

110 年公務人員特種考試司法人員

考試別：司法人員

等別：三等考試

類科組：行政執行官

科目：行政程序法與行政執行法

考試時間：2 小時

一、行政處分之瑕疵有輕重，「可補正瑕疵」成為合法之行政處分，其情形有那些？（25 分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★

2. 《解題關鍵》：此為法條題，爭點相當集中，唯有透過小題大作方式，就行政程序法第 114 條第 1 項各款類型詳述，就此有一定難度（詳參正規班講義第 6 本第 94-95 頁；第 9 本第 57-58 頁）。

【擬答】

- (一)依據行政程序法第 114 條第 1 項規定：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百一十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。二、必須記明之理由已於事後記明者。三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。」
- (二)前述法條意旨在於行政處分存有瑕疵，並非當然構成違法應予撤銷之事由，仍應視其情節是否足以影響原處分之正確性而定，且須區別該瑕疵情形是否已事後補正而治癒其瑕疵，若其事後之補正已可滿足法規之目的性要求，性質上即屬可補正之事項，本於程序經濟原則，自無不許其補正之理。至於，就可補正瑕疵之行政處分，共為五種情形。
- (三)就行政程序法第 114 條第 1 項第 1 款，實務判決如行政機關所作成行政處分登記公司董監事登記，關於董事會簽到簿之瑕疵部分，因可依其他證據憑認各該次董事會議事錄為真正有效，核不影響原處分結論之正確性；而原欠缺之董監事及董事長之願任同意書則均已據參加人事後補正，該部分之瑕疵亦已治癒不復存在（詳參臺北高等行政法院 99 年度訴更一字第 47 號判決）。
- (四)就行政程序法第 114 條第 1 項第 2 款，依據最高行政法院第 104 年度判字第 14 號判決，行政處分依規定應記明理由者，如未經記明，即罹有瑕疵，惟此一瑕疵，依上舉行政程序法第 114 條第 1 項第 2 款，得因事後即應經訴願之前置程序者，於訴願程序終結前；得不經訴願程序者，於相對人向行政法院起訴前記明而補正。
- (五)續就行政程序法第 114 條第 1 項第 3 款，凡行政機關已於訴願前給予處分相對人陳述意見之機會，核其程序業已補正（臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1393 號判決）
- (六)復就行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款，未經委員會之決議，允許於行政處分做成後，訴願程序終結前，得以委員會補行決議方式補正該程序瑕疵；其中亦包含就已召開委員會做成之決議，於訴願程序終結前發現該次決議之作成存有程序上之瑕疵，自亦得允許以重新召開委員會踐行合法程序做成決議後，取代前次決議以補正該瑕疵（最高行政法院 100 年度判字第 1806 號判決）。
- (七)就行政程序法第 114 條第 1 項第 5 款規定「應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者」，依據最高行政法院 100 年度判字第 1787 號判決意旨，係指行政處分作成前，依法須由其他行政機關之協力、核准或同意，惟其作成雖欠缺該等程序，但已於訴願程序終結前或受處分相對人或其利害關係人向行政法院起訴前補正-亦即於行政處分作成後，已經由應參與該行政處分作成之其他行政機關於規定期限內為協力、核准或同意者，該程序之欠缺，即獲得補正，而屬無瑕疵之行政處分。

公職王歷屆試題（110 司法特考）

二、依漁業動力用油優惠油價標準之規定，漁業人有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為者，應繳回該違規航次漁業動力用油量之優惠油價補貼款。據此，某甲的漁船受有行政機關給付之優惠油價補貼款，嗣後被查獲從事非漁業行為，行政機關以「函文通知」某甲依法應繳回補貼款。上述行政機關「函文通知」之性質為何？又決定其性質對於向某甲請求繳回補貼款之途徑有何差別？（25 分）

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★

2. 《解題關鍵》：早期學說曾有反面理論之爭辯，進而衍生最高行政法院 04 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，以及行政程序法第 127 條修法，只有掌握前述法條及實務見解，本題應可迎刃而解（詳見正規班講義第 7 本第 11-13 頁）

【擬答】

(一)依據行政程序法第 127 條第 1 及第 3 項規定，該函文通知係行政處分：

就繳回補貼款通知之函文性質，向有二說：

1. 觀念通知說：

(1) 依據最高行政法院 04 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，行政程序法第 127 條第 1 項規定，目的在使行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷等原因而溯及失其效力，受益人應返還因該處分所受領之給付，其條文立法原係繼受德國聯邦行政程序法第 48 條，但並未有如該法第 49 條之 1 第 1 項後段『應返還之給付，以書面之行政處分核定之』之規定而賦予行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎。系爭漁船雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當油價優惠標準第 13 條第 1 項第 7 款之規定，惟該標準內並未另賦與主管機關（即被上訴人，下同）得以行政處分命人民為給付之依據，因而該規定僅係重申漁業人應返還公法上不當得利之意旨，並不得解為主管機關有單方以行政處分裁量命漁業人返還不當得利之核定權。

(2) 最高行政法院 104 年度判字第 417 號判決進而依據上開決議，認為函文通知漁業人繳回優惠油價補貼款，並未對外直接發生下命原告繳回優惠油價補貼款或確認給付種類、金額之法律效果，核屬觀念通知，而非行政處分。

2. 行政處分說：

(1) 依據民國(下同)104 年 12 月 30 日公布修正之行政程序法第 127 條規定，其第 1 項規定：「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同」

(2) 復參照前述行政程序法第 127 條第 3 項規定：「行政機關依前二項規定請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之。」

3. 本為以為行政程序法既已修法，則應將本題所述漁業用油優惠款繳回函文通知，定性為行政處分。

(二)依據提議，就觀念通知說及行政處分說，分別論述其後續救濟途徑差異：

1. 採取觀念通知說者，應以行政訴訟法第 8 條一般給付之訴請求公法上不當得利返還：

依據最高行政法院 04 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，機關既未有得單方以行政處分裁量原告返還不當得利之核定權，亦無由依行政執行法第 11 條第 1 項以處分文書或書面通知限期履行作為執行名義，而需另提起給付訴訟，以取得執行名義。本件被告以函文通知漁業人繳回優惠油價補貼款，並未對外直接發生下命原告繳回優惠油價補貼款或確認給付種類、金額之法律效果，核屬觀念通知，而非行政處分。

2. 採取行政處分說，則該處分得處作為執行名義，應送行政執行署行政執行：

(1) 行政程序法於 104 年 12 月 30 日修正公布，於 105 年 1 月 1 日起修正施行而增定同法第 127 條第 3 項、第 4 項規定後，行政機關將提供一次金錢給付之授予利益行政處分（下稱授益處分）撤銷而有溯及既往失效之情形時，受益人應依同條第 1 項規定返還因該處分所受領之給付。

(2) 就此依據行政執行法第 11 條第 1 項本文規定，義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關

移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之。

三、行政處分不因提起行政救濟而停止執行，但基於那些法定原因，得停止執行？(25 分)

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★
2. 《解題關鍵》：此題為法條題，其在於考驗答題者能否清楚說明法條有何類型之停止執行事由(詳參正規班講義第 15 本第 49-79 頁)。

【擬答】

(一)依據訴願法第 93 條第 2 項規定，有兩款停止執行事由：

1. 依據訴願法第 93 條第 2 項規定，原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。
2. 是就訴願法規定共有兩種情形得申請停止執行：
 - (1)原行政處分之合法性顯有疑義者。
 - (2)執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者。
3. 復依據最高行政法院 95 年度裁字第 2440 號裁定，所謂「原行政處分之合法性顯有疑義者」，係指依原處分之形式或內容觀之，不待調查即得認定其合法性有疑義之情形而言。

(二)依據行政訴訟法第 116 條第 2 項、第 3 項規定，原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者得作為停止執行事由：

1. 按行政訴訟法第 116 條第 2 項、第 3 項規定：
 - (1)依據行政訴訟法第 116 條第 2 項規定，行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。
 - (2)依據行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。
 - (3)觀諸上開法條規定，就「原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者」，依據起訴前後之時間點，賦予行政法院停止處分執行權限。
 - (4)「難以回復之損害」，固然要考慮將來可否以金錢賠償，但也不應只以「能否用金錢賠償損失」當成唯一之判準。如果損失之填補可以金錢為之，但其金額過鉅時，或者計算有困難時，為了避免將來國家負擔過重的金錢支出或延伸出耗費社會資源的不必要爭訟，仍應考慮此等後果是否有必要列為「難以回復損害」之範圍(最高行政法院 97 年度裁字第 4594 號裁定)。

四、行政執行法第 29 條：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。」其中，『指定人員』之範圍為何？有何法律效果？(25 分)

【破題關鍵】

1. 《考題難易》：★★
2. 《解題關鍵》：此部分關鍵在於掌握法務部函釋及行政執行法第 29 條第 2 項，此爭點非屬困難(詳見正規班講義第 12 本第 60 頁)。

【擬答】

(一)依據行政執行法第 29 條及法務部函釋規定，指定人員限於非機關內部人員：

1. 依據行政執行法第 29 條第 1 項規定，依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。
2. 另依據法務部法律字第 10703500190 號函，按行政執行法所稱「代履行」，為間接強制方法之一，係指義務人依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，並於上開文書載明不依限履行時將予強制執行之意

公職王歷屆試題（110 司法特考）

旨，逾期仍不履行，且其行為能由他人代為履行者，由執行機關委託第三人或指定人員代履行之；其代履行之費用，由執行機關估計其數額，命義務人繳納，本法第 27 條、第 28 條第 1 項第 1 款及第 29 條定有明文。又此一強制執行，如係由執行機關指定機關內人員履行者，係屬「直接強制」，而非屬上述「代履行」（本部 91 年 12 月 11 日法律字第 0910045357 號函意旨參照），故本法第 29 條第 1 項所稱「指定人員」，除其他法律對於行為義務之執行另有規定得由執行機關內人員代為履行者外，原則上不包含執行機關內之人員。

(二)倘非代履行之行政執行，則無法依據行政執行法第 29 條第 2 項規定請求代履行費用：

1. 按行政執行法第 27 條第 1 項規定，依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之。
2. 復按行政執行法第 28 條第 2 項規定，前條所稱之直接強制方法如下：一、扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。二、進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。三、收繳、註銷證照。四、斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。
3. 依據行政執行法第 29 條第 2 項規定，前項代履行之費用，由執行機關估計其數額，命義務人繳納；其繳納數額與實支不一致時，退還其餘額或追繳其差額。
4. 職此，目前行政執行法僅規定代履行得由執行機關向義務人請求執行費用。
5. 然查，法務部法制字第 10702525730 號函，查本條後段規定「由主管機關強制代辦道路修復作業，其代履行所需費用由申請人負擔，並限期繳納」，是否係指由主管機關指定機關內人員代辦道路修復作業？如為肯定，上開規定應屬「直接強制」，其代辦所需費用即非屬代履行費用，並應符合行政執行法第 32 條規定。
6. 綜上，倘由機關直接執行則非屬代履行，依據法務部函釋應屬於直接強制，機關不得向義務人請求代履行費用。