

97 年專門職業及技術人員高等考試試題

等別：高等考試

類科：律師

科目：行政法與強制執行法

一、甲公司承租乙農夫所有的農舍，作為處理塑膠類廢棄物之廠房，民眾向廠房所在地縣政府檢舉甲公司堆放垃圾污染空氣，縣政府派員前往稽查，一方面依據建築法第 91 條規定，以未經核准變更使用擅自使用建築物為由，處使用人甲與所有權人乙各新臺幣（下同）6 萬元罰鍰，並限期補辦手續，另一方面要求甲提出空氣污染改善計畫，惟甲與乙尚未繳納罰鍰、補辦手續以及未及依計畫改善前，廠房即發生大火，持續燃燒兩個月，火勢才被完全撲滅。事後縣政府又限其要求甲與乙清除廠房內遭大火焚燒產生之廢棄物，但甲與乙均逾期仍不處理，縣政府於是委託廠房所在地鄉公所清除該廢棄物，並向高等行政法院起訴，請求判決甲與乙繳納 6 萬元罰鍰、甲與乙連帶給付因撲滅火災所生之費用 600 萬元、縣政府補助鄉公所業已實際支出之清除廢棄物費用 700 萬元，以及預估尚需之清除費用 800 萬元等，試分析縣政府下列作為之合法性：

(一)同時處甲、乙各 6 萬元罰鍰，以及要求甲與乙連帶給付相關費用共 2100 萬元。

(二)逕向高等行政法院起訴請求繳納罰鍰與連帶給付撲滅火災費用、實際支出費用及預估費用。

【參考法條】：

1. 建築法第 91 條第 1 項第 1 款：「有左列情形之一者，處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除：一、違反第 73 條第 2 項規定，未經核准變更使用擅自使用建築物者。」
2. 建築法第 73 條第 2 項：「建築物應依核定之使用類組使用，其有變更使用類組或有第九條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更使用執照。但建築物在一定規模以下之使用變更，不在此限。」
3. 廢棄物清理法第 71 條第 1 項：「不依規定清除、處理之廢棄物，直轄市、縣(市)主管機關或執行機關得命事業、受託清除處理廢棄物者、仲介非法清除處理廢棄物者、容許或因重大過失致廢棄物遭非法棄置於其土地之土地所有人、管理人或使用人，限期清除處理。屆期不為清除處理時，直轄市、縣(市)主管機關或執行機關得代為清除、處理，並向其求償清理、改善及衍生之必要費用。屆期未清償者，移送強制執行；直轄市、縣(市)主管機關或執行機關得免提供擔保向高等行政法院聲請假扣押、假處分。直轄市、縣(市)主管機關或執行機關依前項規定代為清除、處理廢棄物時，得不經土地所有人、管理人或使用人同意，強制進入公私場所進行有關採樣、檢測、清除或處理等相關措施。第 1 項必要費用之求償權，優於一切債權及抵押權。直轄市、縣(市)主管機關或執行機關代為清除、處理第一項廢棄物時，得委託適當公民營廢棄物清除處理機構清除、處理之。」

【破題解析】	本題題目看似複雜，然爭點清楚，需要清晰的觀念並耐心作答。第一小題主要考慮罰行為責任或狀態責任之相關問題，總複習強調的重要聯席會議終於考出來了，連帶的部分較為冷僻，需要以法理作答，同學可連結民法的思考，或是用上課反覆強調的釋字 638 號來切入。第二小題看起來也很奇怪，但仔細想想都是一些基本觀念的測驗，並且在考試附的行政法法條可以找到，同學們考試時要多留心條文的操作與引用。
【破題關鍵】	兩個子題同時問了許多部分，處理上要分點分段的分開討論，切忌寫成一大塊，如第一小題，科處罰鍰跟執行所生相關費用，性質已然不同，怎可能要求同樣的合法要件？第二小題各部份的結論雖然一樣，但理由與依據完全不同，

	所以理由永遠比結論來的重要。考試時要靜下心來漸次的一一處理，並小心時間與篇幅的壓力！
【參考閱讀】	洪家殷，行政罰法之狀態責任及一行為不二罰原則。
【命中特區】	<p>(一)李澤，司法官行政法講義 W，頁 81、86 以下；W2，頁 19 以下、頁 45 以下，【命中率】100%。</p> <p>(二)蔡憲文，保成，行政法要義，頁 575 以下，【命中率】100%。</p> <p>(三)張正，保成，《行政法體系重點整理（下）》，1CF11，頁 242-243、277、287-289、517-523【命中率】75%。</p> <p>(四)張正，保成，《行政法歷屆試題》，1CD14，頁 577-580、792-795，【命中率】90%。</p> <p>(五)林槐，保成，行政法精研（下），1CK04，行政罰之責任條件，頁 193-202、行政執行-公法上金錢給付義務之執行，頁 254-262、一般給付訴訟，頁 482-486，【命中率】100%。</p> <p>(六)林槐，評最高行政法院 95 年度 1 月份庭長法官聯席會議決議—行政罰之處罰對象，保成法律新聞雜誌第 63 期，頁 60 以下，【命中率】100%。</p> <p>(七)程翎，保成，1CC23，行政法例題演練，一版，第肆編第二章行政罰，頁 223-226、同編第三章行政執行，頁 236-240，【命中率】100%。</p>

【擬答】：

(一)同時處甲、乙各 6 萬元罰鍰，以及要求甲乙連帶給付費用之合法性：

1. 罰鍰部分：

依建築法第 72 條第 2 項與 91 條第 1 項第 1 款，建築物使用權人與使用人，皆為法規之規範對象，主管機關分別科處裁罰，看似符合法條的規定。然此間有無違反行政罰法的相關要求？行政機關是否擁有選擇裁量之自由，得自行選擇或併罰處罰之對象？

(1) 實務見解

①最高行政法院 95 年 1 月份庭長法官聯席會議決議認為：「…建築主管機關應對建築物所有權人或使用人處罰，應就其查獲建築物違規使用之實際情況，於符合建築法之立法目的為必要裁量，並非容許建築主管機關恣意選擇處罰之對象，擇一處罰，或兩者皆予處罰。又行政罰係處罰行為人為原則，處罰行為人以外之人則屬例外。建築主管機關如對行為人處罰，已足達成行政目的時，即不得對建築物所有權人處罰。…」從此決議之結論可看出，採取了原則否定例外肯定之見解，除非是為達行政目的，行政機關並沒有自由選擇處罰對象之權限。

②如依照決議內容，本題科處甲以外又科處乙，如果不具其他行政目的，似不可併科，應屬違法。

(2) 學說檢討

①學說上對於該決議並非沒有檢討的聲音，學者以為，法條是針對不同主體為科處，一行為不二罰應適用在「同一人」之「同一行為」，不同人所為之行為自始屬於數行為，不生一行為不二罰之問題。故以一行為不二罰中是否吸收或併罰的判斷標準之一「處罰目的」為理由，並非妥適。

②學者認為，由於法治國家處罰人民以具備故意過失為必要，本例真正的關鍵在於責任條件，處罰違反行為責任之人(行為人甲)，其當然必須具備行政罰法第 7 條之故意過失。然得否科處狀態責任之人(所有人乙)，也應視其是否具備主觀責任條件。

③是故乙若對於建築法規的違反也具備故意過失時(未必是行為之故意過失，可能是法規科予所有權人監督責任的故意過失)，則亦可對乙裁處，反之，則不得裁處。

(3) 小結：

雖然學說上認為該次決議有檢討的空間，然不論從決議之立場或主觀責任條件之方向出發，此處同時科處兩人皆有可議之處，罰鍰應非適法。

2. 連帶給付費用之部分

本題第二個重點，在於可否要求甲乙連帶給付相關費用。

(1) 撲滅火災費用

首先，相關費用中，撲滅火災之 600 萬元，主管機關並不能要求甲乙給付，因為撲滅火災屬於主管機關的法定職務，而非物之所有人、使用人之義務，即便造成火災屬於可歸責之情形，可歸責之人另負其他民事或刑事上責任，但除法律有特別規定外，並不另負行政法上義務，自無代替履行該義務而生費用之問題，此一部份，不能要求甲乙給付，更遑論連帶給付。

(2) 清除費用的連帶

① 清除費用依照廢棄物清理法第 71 條第 1 項，屬於義務不履行而施以代履行之代履行費用，依行政執行法第 29 條之規定，可向義務人要求代履行費用，且依照第 2 項，可先估算數額命義務人繳納，故實際支出與預估費用部分，應可要求義務人給付(然仍要確定甲與乙孰為條文中之義務人或都是)。

② 然而，連帶給付屬於法律上較重之責任，應有法律明文為限，此處看不出有何連帶之法律依據。釋字 638 號解釋認為，關於違反義務同時有多數行為人之歸責：原則上按其行為情節之輕重分別處罰(行政罰法第 14 條第 1 項規定參照，此為行政罰法採取單一正犯概念下之必然)；但仍承認例外可採取各負平均分擔責任等其它歸責方式，惟此一例外必須符合法律保留、嚴格的授權明確性原則與比例原則。

③ 同理，若各該義務人不履行其義務而受到代履行之間接強制，代履行費用被要求負連帶責任之時，也應有法律保留、授權明確性、與比例原則的要求。此處雖非屬釋字 638 中違反義務之罰鍰而係履行義務(執行手段)，處理上應無不同。故關於連帶部分，由於無法律之明文規定，似有問題。

(3) 小結：

縣政府要求甲乙連帶給付相關費用應非適法。

(二) 關於縣政府向高等行政法院起訴求之部分

1. 罰鍰部分

罰鍰屬於行政程序法第 92 條之行政處分，且為下命處分，若非重大明顯瑕疵而無效，作成後即生效力。其中下命處分具有「自力執行力」，行政機關可逕自對行政處分內容為執行，此處縣政府所科處之罰鍰，應依照行政執行法第 11 條以下，移送法務部行政執行署行政執行處執行之。若提起訴訟，法院應以「無權利保護必要」為由，依行政訴訟法第 107 條裁定或判決駁回。

2. 撲滅火災所生費用

如前所述，撲滅火災屬於主管機關之職務義務，縣政府並無向甲乙請求之理，也當然無法訴訟請求(即使程序受理，也會實體無理由敗訴駁回)。

3. 清除廢棄物之實際支出與預估費用

該部分屬於代履行費用已如前述，執行機關要求代履行費用是否得提起訴訟？行政執行法第 34 條：「代履行費用或怠金，逾期未繳納者，移送行政執行處依第二章之規定執行之。」可見立法者將代履行費用預設成行政執行法上的公法上金錢給付義務，設計了一個行為不行為義務執行轉向成金錢給付義務執行之制度。是故，縣政府要求該等費用，也應依行政執行法第 11 條以下，移送法務部行政執行署行政執行處執行之。若提起訴訟，法院應以「無權利保護必要」為由，依行政訴訟法第 107 條裁定或判決駁回。

4. 小結：

縣政府之起訴皆不合法(或無理由)，惟理由或依據皆盡不同，如上所述。

二、甲擔任國家通訊傳播委員會委員，因使未具職業駕駛資格之親戚擔任其公務車駕駛，遭行政院作成停職處分，甲不服該停職處分，試分別回答下列問題：

(一) 對國家通訊傳播委員會委員之停職處分，依公務員懲戒法之規定，作成停職處分之機關為

公職王歷屆試題 (97 專技高考)

「該管主管長官」，試問國家通訊傳播委員會委員之該管主管長官依司法院大法官之解釋之見解為何？汝之見解如何？

- (二)甲不服停職處分，認為有停止執行之必要，甲未循訴願程序，而逕依行政訴訟法第 116 條第 3 項向臺北高等行政法院聲請停止執行。請說明行政法院實務之見解？學者之間有何不同見解？試分別說明之。

【破題解析】	本題算是「過時」的時事題，該議題在新聞熱頭時學界也討論的火熱，所以有不少學者發表文章，可見重要的時事問題必須持續一段時間的關心(例如之前的 ETC)，近三年的重大時事應該都有機會回鍋再出，準備上不可輕忽。
【破題關鍵】	兩個子題爭點明顯，第一小題必須對釋字 613 號解釋有所了解，可見行政法考題也會用到憲法觀念(憲法考題也是)；第二小題即便不清楚這個時事也沒差別，是「暫時性權利保護制度」中一個很傳統的考點，因為比較偏向專題，打點式的概念，所以沒念到就會不知道怎麼寫，但肯否兩說的理由其實也是訴訟制度操作上的一些概念，所以應該還是個能靠”掰”功搶基本分的題目。
【參考閱讀】	(一)林明鏘，論政務人員之懲戒與暫時先行停職。 (二)蘇永欽，獨立機關委員的停職問題。 (三)李建良，論停職處分的停止執行。
【命中特區】	(一)于亮，停職制度與聲(申)請停止執行—以獨立機關委員為對象，保成法律新聞雜誌第 78 期，頁 34 以下，【命中率】100%。 (二)黃覺宸，行政法講義書(二)：頁 35 以下；講義書(四)：頁 165 以下，【命中率】100%。 (三)張正，保成，《行政法體系重點整理(下)》，1CF11，頁 449-451、547-548，【命中率】50%。 (四)張正，保成，《行政法歷屆試題》，1CD14，頁 758-763，【命中率】50%。 (五)林槐，保成，行政法精研(上)，1CK03，獨立委員會，頁 265-266；林槐，保成，行政法精研(下)，1CK04，行政訴訟與停止執行，頁 528-529；【命中率】75%。 (六)程翎，保成，1CC23，行政法例題演練，一版，第貳編行政組織，頁 79-82、第伍編第二章行政訴訟，頁 302、304-307，【命中率】80%。

【擬答】：

(一)NCC 委員停職處分的主管長官為何？

1. 獨立機關委員有停權處分的適用

釋字 613 理由書認為：「行政院院長更迭時，獨立機關委員若因享有任期保障，而毋庸與行政院院長同進退，雖行政院院長因此無從重新任命獨立機關之委員，亦與責任政治無違，且根據公務員懲戒法第 4 條第 2 項規定，行政院院長於獨立機關委員有違法、失職情事，而情節重大，仍得依職權先行停止其職務，因行政院院長仍得行使此一最低限度人事監督權，是尚能維繫向立法院負責之關係。」可見大法官將停職制度擴大適用於獨立行政機關之委員，有助於補償任期保障所造成之責任政治之減損。

2. 對獨立機關委員作成停職處分之主管長官為何？

(1)公務員懲戒法第 4 條第 2 項規定：「主管長官對於所屬公務員，依第 19 條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職權先行停止其職務。」此處之「主管長官」所指為何？

(2)依釋字 613 號解釋之意旨，行政院為國家最高行政機關，基於行政一體，須為包括 NCC 在內之所有行政院所屬機關之整體施政表現負責，故應擁有對通傳會委員之人事決定權。理由書中復表示，依據公務員懲戒法第 4 條第 2 項規定，行政院長於獨立機關委員違法、失職情事，而情節重大，仍得依職權先行停止其職務，因行政院院長仍得行使此一最低限度人事監督權，是尚能維繫向立法院負責之關係。由此可見，行政院院長於獨

立機關委員違法失職而符合公務員懲戒法第 4 條第 2 項要件時，得停止其行使職權。

(3)然而，得否以前揭 613 號解釋之解釋意旨認定獨立機關之主管長官為行政院院長？學者認為，本號解釋並未明確指明行政院院長是政務人員的唯一主管長官，獨立委員會之主任委員在理論上亦可能為主管長官。

(4)管見認為，若採取主委之見解，則主委自己受懲戒時要以何為主管長官？故解釋上，尚有以獨立委員會全體決議作為是否停職的可能，然此似乎與條文文意之「主管長官」文意不符。此處就應以何者為主管長官或容許同時容許兩者皆為主管長官？究為立法政策的問題，當初公務員懲戒法之設計並未考量獨立機關之情形，宜修法明文確認之。

(二)甲未循訴願即逕向北高行聲請停止執行之部分：

1. 聲（申）請停止執行競合之處理

當事人同時或先後向原處分機關、訴願受理機關及行政法院請求停止執行原處分或決定，應如何處理？學說、實務有不同見解：

(1)學說見解

學說認為，現行法並無禁止當事人同時聲（申）請數機關停止執行之明文規定，基於權利保護之觀點，並無禁止之理。

於此，依行政訴訟法第 116 條第 4 項規定「行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。」之意旨，停止執行之決定應先由行政機關為之；其次再由司法機關決定之。且停止執行之決定不論由司法機關或行政機關先為之者，均有優先之效力，亦即，由最先受理者判斷之。

(2)司法實務

司法實務對於停止執行競合應如何處理，各方見解分歧。有認為應由最先受理之機關予以審理者（91 年各級行政法院法律座談彙編）。晚近見解認為，除非其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，將發生難以回覆之損害者，原則上應先向原處分機關或訴願受理機關申請停止執行，殊無逕向行政法院聲請之必要，以免當事人變相規避訴願程序。否則，應以欠缺權利保護必要予以駁回（最高行政法院 90 年裁字第 345 號裁定、91 年裁字第 877 號裁定）。

2. 甲得否不經訴願直接向北高行聲請停止執行？

對此，司法實務與學說也有不同看法：

(1)否定說（台北高等行政法院 96 年停字第 24 號裁定）

- ①受處分人應依訴願法第 93 條第 2 項規定申請停止執行，無逕向行政法院聲請之必要。
- ②行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關。若一有行政處分，當事人得不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異允許當事人得規避訴願程序。
- ③除非情況緊急，非即時由行政法院處理將難以救濟，否則難認有跳過訴願程序直接由行政法院救濟之必要。
- ④訴願法與行政訴訟法關於停止執行之規定固採雙軌制，但受處分人係「依其選擇」提出申請，並非得「同時」提出申請，否則無異濫用行政救濟程序，且恐生訴願機關與行政法院見解不一，導致無所適從之情形。

(2)肯定說

學說有認為，於此應肯定甲委員得於原處分機關、受理訴願機關與行政法院三者之間，自行選擇同時或先後聲（申）請停止執行。主要理由如下：

①文義解釋

按訴願法第 93 條第 2 項與行政訴訟法第 116 條第 3 項並未規定，受處分人必先向訴願機關申請停止執行而未獲救濟後，始得向行政法院提出聲請。

②立法解釋

行政訴訟法第 116 條第 2 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

公職王歷屆試題 (97 專技高考)

定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」據此可見，立法者已明文肯定人民在訴訟繫屬之前得向行政法院聲請停止原處分或決定之執行。考其立法政策，當係認為由受理訴願機關或原處分機關停止執行猷有未足，故欲以雙軌制強化對人民權利之保障，此一新制應無禁止人民同時聲請停止執行之意。

③聲請停止執行並非逃避訴願

向行政法院聲請停止執行原行政處分，固與訴願程序之進行互有關聯，但仍屬不同層次之制度。停止執行旨在提供受處分人之暫時性權利保護，並未免除受處分人提起訴願之義務。受處分人倘怠於提起訴願，該停止處分之裁定反而將失所附麗，故不生實務見解所稱「逃避訴願」問題。

(3)小結

管見以為，雙軌制自由選擇或肯定說固然可能產生訴願機關與行政法院見解不一的情形，但實際運作上，如有一機關率先作出停止執行之決定者，其餘機關即可駁回其餘之聲（申）請，尚不至於浪費救濟資源。故應以肯定說可採，甲提起聲請執行程序要件應屬合法。

三、甲為乙私立大學碩士班三年級研究生，於民國 96 年 11 月參加該研究所的「碩士候選人資格考試」，其中某考試科目未達及格標準。乙私立大學乃依該系所碩士候選人資格考試要點的規定，將甲予以退學。請問：現今你是甲的律師，如何透過行政救濟程序與實質理由論證幫甲進行救濟？反之，如果你是乙的律師，將如何答辯？

【參考法條】：

大學法第 33 條：

大學為增進教育效果，應由經選舉產生之學生代表出席校務會議，並出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議；學生出席校務會議之代表比例不得少於會議成員總額十分之一。

大學應輔導學生成立由全校學生選舉產生之學生會及其他相關自治組織，以增進學生在校學習效果及自治能力。

學生為前項學生會當然會員，學生會得向會員收取會費；學校應依學生會請求代收會費。

大學應建立學生申訴制度，受理學生、學生會及其他相關學生自治組織不服學校之懲處或其他措施及決議之事件，以保障學生權益。

前四項之辦法，於各大學組織規程定之。

【破題解析】	本題是此份考卷最好掌握的一題，只要對大學自治相關釋字有所認識，便可逐一說明(這題也很憲法，今年律師兩題都這樣)。題目分甲乙部分，這種辯論式考題的寫法，事實上的結果是什麼不重要，即便是毫無爭議的權威實務見解(例如大法官承認退學屬於大學自治範疇)，仍可在適當之處挑戰或衝撞，並且利用「退萬步言」的方式有層次的丟出理由。而且甲跟乙的理由可以對打，就好像裁判書的原被告理由一樣，這樣才符合「律師設定」的考題角色，不然會覺得好像沒什麼好寫，甚至有寫不下去的感覺。這種題目，就是所謂的「看到黑影就開槍」，一槍都不要放過！！
【破題關鍵】	利用上課不斷強調的行政法解題思考流程，可以逐步的帶出各個爭點而不會有遺漏，這種題目的周延性最重要，利用標題讓閱卷者可快速看出答題的方向與層次，然後不斷地將釋字與條文參雜在說明中，像在講話一樣，夾敘夾議的寫完來，就能獲取不錯的分數！筆者處理的三個主軸，分別是法律保留、正當程序與比例原則(判斷餘地或裁量)，相關之處一定要有憑有據，拉可以用的東西來用，適當之處唬爛一下自己的想法，便很有內容與靈魂了！
【命中特區】	(一)李澤，爭點班行政法講義 1：頁 34、55、58 以下以下，【命中率】100%。 (二)黃鬻宸，行政法講義書(二)：頁 102 以下，【命中率】100%。 (三)張正，保成，《行政法體系重點整理(上)》，1CF10，頁 290-295，【命中

率】95%。

(四)張正，保成，《行政法歷屆試題》，1CD14，頁 136-140、504-507，【命中率】95%。

(五)林槐，保成，行政法精研(上)，1CK03，退學處分與判斷餘地、判斷瑕疵，頁 183-185、退學處分與大學自治、法律保留，頁 213、退學處分與行政救濟，頁 231，【命中率】100%。

(六)程翎，保成，1CC23，行政法例題演練，一版，第參編第一章行政處分，頁 127、121-122、92-93、第伍編第二章行政訴訟，頁 287、293、312-313，【命中率】90%。

【擬答】：

(一)甲之部分

1. 程序主張：

- (1)釋字 382 號認為，各級學校對學生所為之退學，足以改變學生身分，對其憲法上受教權有重大影響。而乙雖為私立大學，但在系爭關於學生身分資格之教育事項，屬於公權力委託之範圍，屬行政機關。故乙對甲所為之退學決定，屬於行政程序法第 92 條之行政處分。
- (2)甲可提起訴願法第 1 條撤銷訴願，不獲救濟再依行政訴訟法第 4 條起撤銷訴訟。且因為我國採取「訴訟原則不停止執行主義」，甲未免遭受無法回復的損害，可同時依訴願法第 93 第 2 項或行政訴訟法第 116 條第 3 項申(聲)請停止執行，以得到更大的救濟與保護。

2. 實體理由

(1)對甲之退學處分的法源依據不足

乙作成之退學處分，無疑侵害甲之受高等教育權(憲法第 22 條、釋字 626 參照)，法治國家對於人民權利之限制，必須遵守法律保留原則。無法律不得限制人民之權利。依照釋字 443 理由書建構之層級化法律保留，甲之受教權應屬於相對法律保留領域，應以法律或符合授權明確性之命令方得限制。本案乙私立大學乃依據自訂之系所碩士候選人資格考試要點，即對甲作出改變身分的退學處分，法源依據不足，違反法律保留，應將退學處分撤銷。

(2)對甲之退學處分並無踐行正當程序

①即便法院認為退學屬於大學自治事項，然依照釋字 563、626 之意旨，大法官真正的意涵是認為：在大學自治與受教權衝突之場合，或許排除法律保留的適用，但大學對於學生受教權之限制，仍應遵守正當程序與比例原則等等之實質合法要求。

②是故，乙對於甲的退學處分，未踐行正當程序，這些程序應包含行政程序法第 96 條的附記理由與救濟教示，102 條的陳述意見。又依照釋字 462 號關於教師升等之評量，釋字 491 號對於公務員免職之部分，大法官也強調必須要有適法之組織與委員會決議，對於學生之退學亦應同此解讀。

③就算退學屬於大學自治而屬於無庸法律保留領域，也不代表國家不能以法律為適當之限制，釋字 563 號即言，教育主管機關對大學之運作亦可為適法性監督。故各大學所為之退學處分雖或許因為大學自治而無需法律保留，大學法也未對退學設有明文，但對學生申訴制度有所要求，大學法所為之框架規定仍可作為各學校自訂學則時應遵循的方向。故大學法第 33 條第 4 項要求各大學應建立學生申訴制度，受理學生不服學校懲處之事件，乙校並無建立該等制度(或不完善)；又依大學法第 33 條第 1 項，學生出席校務會議代表不得少於總額十分之一，申訴制度之建構亦應比照辦理。故乙之退學處分未履行正當程序，應屬違法。

(3)對甲之退學處分違反比例原則

又乙之考試要點，對於某考試科目未達及格即可退學之規定，太過嚴苛。學業評量固是

公職王歷屆試題 (97 專技高考)

學生在學是否適合學習的衡量指標之一，然學業成績並非教育事業唯一的目標重心，尤其本案為研究所領域，係在培養研究生獨立自主學習與實驗精神、提升發現與解決問題之能力，而不是考試是否拿手，分數是否漂亮。釋字 626 亦言，受教權為憲法所保障，對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受較為嚴格之審查。以考試成績作為一項指標已然可疑，何況是全部指標，且該要點規定是某科而不是全部或部分科目未達及格即予退學，顯然苛酷。故該要點與依此要點所為之退學處分，不符教育與研究目的，也非最小侵害手段，違反比例原則而無效。

(二)乙之部分

乙得以下列理由為抗辯：

1. 此屬大學自治事項無庸法律保留

本校碩士候選人資格考試要點已然可作為退學處分之依據，釋字 626 號解釋將研究所入學簡章定性成可限制人民權利之「一般性法規則」，則限制學生學位事項之要點，自也屬於此種一般性法規則。此種法規則雖沒有法律之授權，然綜合釋字 380、450、563、626 號解釋，大學自治為憲法第 11 條講學自由之保障範圍，大學關於入學資格、內部組織、課程設計、研究內容、學力評鑑、考試規則及畢業條件等，皆屬於大學自治的範疇。大學對於畢業條件既享有自治權，自得以其自治規章，於合理及必要之範圍內，訂定相關資格條件，不生違反憲法第二十三條法律保留原則之問題。故本案以該要點作為退學處分之依據，合法適當。

2. 該退學處分並無違反正當程序之要求

(1)雖然行政處分之作成依照行政程序法之規定必須踐行第 96、102、甚至 107 條等規定，但依照該法第 3 條第 2 項第 6 款之規定，「學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序」不適用行政程序法之規定，自然也無上開條文之適用。

(2)大學法對於學生申訴制度之框架立法雖有指示各大學為制度建構之精神，然仍賦予各大學相當大的裁量與決定權限，各大學本得依其校內資源與學習管理自主而為規劃設計，並非謂申訴制度之建立與大學法有落差即為違法。

3. 該退學處分屬於本校之裁量範圍

(1)本校課程設計與規劃並非以學業成績作為唯一評量，然不可諱言地，學業評量係一重要且直接的指標。研究所學業仍是以多元價值與培養自主研究之方向為主，僅要求最低限度的學業成績，避免無心學業或研究之學生，卻為了各種原因(如擋兵役、準備其他考試等)而於本所就讀，耗費學習資源，卻又無法勉強維持基本的研究心態。

(2)且研究所課業評量寬鬆，仍無法達成要點之標準，不適合繼續深研的程度可見一斑。又評量決定屬於各該評量者之判斷餘地，依照釋字 319、462 等解釋，除非有違法或顯然不當情事，上級機關與法院皆應尊重。故本校之要點與退學處分，皆屬於正當合理範疇內的裁量權限，應屬適當。

四、發票人甲簽發本票給乙，以支付貨款，執票人乙先聲請法院許可強制執行之裁定後，復另行起訴請求給付票款之確定判決，乙依據「本票裁定」與「確定判決」聲請強制執行，法院應如何處理？又甲向乙清償票款後，未將本票取回，乙持本票聲請許可裁定後，據以聲請強制執行，在強制執行程序中，甲應如何救濟？

【破題解析】	(一)執行名義之競合與效力。 (二)本票裁定執行力之要件。 (三)無既判力之執行名義成立前，有發生債之消滅事由者，債務人之救濟方法。
【命中特區】	(一)施行、曉甌，保成，1CQ08 強制執行法、國際私法 KEY 題，第一章 肆、救濟，KEY 題 1，初版，頁 49，【命中率】100%。 (二)執行名義之競合：黎民編著強制執行法新論體系重點整理，97 年 3 月修訂七

版頁 106-107，【命中率】100%。
(三)無既判力之執行名義成立前，有發生債之消滅事由者，債務人之救濟方法為何：黎民編著，強制執行法新論體系重點整理，97 年 3 月修訂七版，頁 205-206，【命中率】100%。
(四)本票裁定執行力之要件，請參閱請參閱黎民編著非訟事件法體系重點整理 97 年 3 月初版，頁 529-532，【命中率】100%。

【擬答】：

(一)執行法院之處理：

1. 執行名義之競合與效力：

(1)按債權人對於債務人同一實體法上之請求權，先後取得兩個以上之執行名義者，謂之執行名義之競合。本案情形，本票債權人乙就其本票債權先聲請非訟法院取得許可強制執行之裁定後，因該裁定無實體上之確定力，故又就同一實體債權另行起訴請求給付票款取得勝訴確定判決，此即為執行名義之競合。

(2)關於執行名義競合後之效力，學說上有二：

①從新說：

本說認為當執行名義競合時，不論新舊執行名義之內容是否彼此一致或有相互牴觸，原舊有執行名義因新執行名義之成立而失其效力，債權人僅得依據新的執行名義聲請強制執行。

②選擇說：

本說認為當執行名義競合時，新舊執行名義均自各保有其效力，在未經債務人提出反對名義前，債權人可擇一適用或以新舊執行名義同時對於債務人財產聲請強制執行。

結論：

以上二說以乙說選擇適用說為通說。蓋因甲說所謂舊執行名義因新執行名義之成立而失效，並無法律上之依據，且二執行名義之實體請求權內容是否同一，執行法院並不負實體審認之責，故當執行名義競合時，新舊執行名義均自各保有其效力，債權人可擇一適用或以新舊執行名義同時聲請對於債務人強制執行，若債權人有重複受償之虞者，債務人可主張執行名義之實體債務已有消滅事由，而提起債務人異議之訴，藉以排除其他執行名義之執行力。

2. 執行法院是否須命債權人乙提出本票原本？

(1)執行名義為確定判決或其他與確定判決有同一效力者（例如民事訴訟法上之和解、調解、支付命令、經法院核定之鄉鎮市調解），因其已具備既判力之確定效果，故債權人無須提出本票原本。

(2)然若執票人依據票據法第 123 條規定，向本票發票人行使追索權時，固得聲請非訟法院裁定後強制執行，惟其立法目的係為加強本票之獲償性，以助長本票之流通，究其本質，仍為追索權之行使。本票准許強制執行之裁定，係強制執行法第 4 條第 1 項第 6 款之執行名義，屬非訟事件程序。法院之裁定並無確定實體法律關係之效力。參酌本票具提示性及繳回性，執票人行使追索權時，仍需提示票據始能行使權利。本票執票人聲請裁定准許強制執行，亦係其行使追索權方式之一，其聲請強制執行時，自仍需提出本票原本於執行法院，以證明其係執票人而得以行使追索權（臺灣高等法院 95 年度台簡上字第 26 號判決、最高法院 92 年度抗字第 1437 號裁定、最高法院 82 年度台上字第 2619 號判決要旨參照）。從而，本案執行法院對於債權人乙以本票准許強制執行之裁定為執行名義聲請強制執行，除應命提出裁定正本及該裁定已合法送達於債務人之證明或裁定之確定證明書外，並應提出該本票原本，以證明聲請人係執票人而得行使票據權利，不得僅以該執行名義聲請強制執行。

(二)債務人甲之救濟方法：

1. 債務人甲清償票款後並無消滅執行名義執行力之效果：

債權人乙基於實體法上之請求權基礎，已依法定方式取得執行名義即將該請求權轉化為執行債權，此種債權人得以聲請法院對於債務人為強制履行之請求權，稱為強制執行請求權。關於該強制執行請求之實現，是否須以債權人實體法上之請求權於強制執行時仍繼續的存在為前提？本法採德日通說見解，認為僅須係就債權人之強制執行請求權作抽象的觀察，執行法院受債權人之請求而實施強制執行時，在程序上僅能就債權人有無執行名義存在，作形式上之審查，並不進一步就債權人在實體法上請求權是否真實存在作實質認定。蓋因當事人實體權利之存在與否，係屬民事審判程序之任務，須經由證據之調查、行言詞辯論直接審理之下為判斷，而非執行法院之權責範圍。

職是之故，債權人如依法取得執行名義，縱其在實體法上之請求權已因和解、清償、提存、抵銷、免除、混同或罹於時效等原因而消滅或受妨礙，仍得據以請求強制執行。

2. 債務人甲之救濟方法：

甲得依據本法第 14 條第 2 項前段，提起債務人異議之訴，並依本法第 18 條第 2 項之規定，向訴訟繫屬之法院，聲請停止執行之裁定。

按本法第 4 條第 1 項規定，強制執行依執行名義為之，則強制執行請求權之成立，以有執行名義為已足，執行法院只就執行名義之法定要件並本法第 6 條之規定，形式上審查執行名義是否合法有效為已足，至於執行名義內所表彰債權人實體上請求權是否確屬存在，則非所問。本題情形，債務人甲雖已就實體債務為清償，但該清償核屬民法上之債之消滅事由，並無消滅執行名義執行力之效果，故債權人乙之执行程序並無違法執行，僅有不當執行之問題。為補救前開抽象的執行請求權說立場，易形成債權人實體請求權於執行時之實質與形式上名實不符之現象，本法乃於第 14 條第 2 項規定：執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制执行程序終結前提起異議之訴；以茲救濟。本題甲得於提起前開債務人異議之訴後，依本法第 18 條第 2 項之規定，向訴訟繫屬之法院，聲請停止執行之裁定，並於取得裁定後提供擔保金停止乙之強制执行程序以茲救濟之。

職
王