

法務部行政程序法研究修正小組第 174 次會議紀錄發言要旨

法務部行政程序法研究修正小組第 174 次會議紀錄發言要旨

壹、時間：106 年 8 月 30 日下午 2 時 30 分

貳、地點：本部 3 樓 318 會議室

參、主席：林召集委員錫堯、陳召集委員明堂

肆、出席人員：王委員千維、李委員玉卿、吳委員東都、江委員嘉琪、林委員三欽、林委員秀蓮、陳委員自強、陳委員愛娥、陳委員清秀、陳委員淑芳、程委員明修、詹委員鎮榮、鍾委員瑞蘭

伍、列席人員：內政部張專門委員燕燕、江專員宛瑛、財政部林科長華容、田稽查桂安、本部行政執行署戴主任行政執行官東麗、陳行政執行官清泉、本部邱副司長銘堂、林專門委員建宏、賴科長俊兆、林科長裕嘉、郭專員曉菁、王專員鉉驊、林科員威廷、呂研究員理翔、張助理研究員天界、張助理研究員浩倫

陸、發言要旨：

主席（陳召集委員明堂）：

今天的議題牽涉到公法上債權得否類推適用民法代位權的問題，在現行法架構下應該如何解釋？以及行政程序法是否有修法必要，麻煩大法官與各位委員提供意見，首先，請法律事務司說明。

賴科長俊兆：

主席、各位委員大家好，法律事務司針對今天這個議題的會議資料簡要說明。首先，請各位委員參考會議資料第 2 頁，今天討論的議題是行政法債權，也就是公法債權得否類推適用民法第 242 條代位權的問題。說

明一的部分是民法第 242 條的規定，這個規定在債編裡面是放在通則，債之效力、保全的規定，這裡規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」這條規定的重點是，債權人要去代位行使債務人怠於行使的權利，這裡的債權人是否包括公法上債權，例如稅捐債權，甚至是罰鍰債權，代位行使債務人的權利是否包括公法上權利？目前關稅法第 48 條第 4 項明定關稅的徵收可以準用民法第 242 條至民法第 244 條的規定，但是在沒有明文規定的情況下，公法上債權得否類推適用民法規定行使代位權？第二部分是法務部行政執行署曾經在 93 年時針對這個問題，針對稅捐債權得否代表國家行使代位權及撤銷權，整理學者及實務見解，提供有關機關作為辦理的參考，這部分在會議資料附件 1 的部分。行政執行署的見解整理包含最高行政法院 52 年判字第 345 號判例等相關學說、實務的見解，基本上採肯定說，也就是稅捐債權可以類推適用民法的代位權及撤銷權的規定。另財政部曾經在 104 年函詢本部有關留抵稅額退稅的請求權能否代位行使，當時本部參酌臺灣高等法院 97 年法律座談會及相關學說見解，在 104 年 8 月 25 日函覆，各位可參看會議資料第 15 頁附件 4，該案涉及稅捐債權人得否代位行使留抵稅額的退稅請求權，當時也是採取肯定的見解。而前揭臺灣高等法院的法律座談會見解，各位委員可以參考會議資料第 12 頁，這個座談會其實不是在談代位權，主要是討論罰鍰債權得否類推民法第 244 條，當時多數說採取肯定說。說明四的部分是這次內政部針對不動產經紀業的營業保證金來函詢本部，這裡先請各位委員參考會議資料第 35 頁附件 9 所列不動產經紀業管理條例，首先第 7 條第 3 項規定，不動產經紀業在辦妥公司登記或商業登記後，應依中央主管機關規定繳存營業保證金。在第 8 條第 1 項規定，這個營業保證金由中華民國不動產仲介經紀業或代銷經紀業同業公會全國聯合會統一於指定的金融機構設置專戶儲存。目前不動產經紀業依管理條例的規定，必須在辦妥公司或商業登記後繳存營業保證金給全國聯合會的專戶。營業保證金的用途主要是要保障經紀業交易當事人如果有受損害賠償的時候，就可以用這筆錢，所以在這個條例第 9 條第 1 項就有

提到營業保證金是獨立於經紀業及經紀人員之外，除本條例另有規定外，不因經紀業或經紀人員的債務債權關係而為讓與、扣押、抵銷或設定負擔。同時在第 9 條第 2 項有規定什麼時候可以去請求退還所繳存的營業保證金，即經紀業因申請解散者，得自核准註銷營業日滿 1 年後 2 年內，請求退還原繳的營業保證金。這是母法的規定，同時在子法的部分，在會議資料第 46 頁附件 10，請各位委員參考會議資料第 49 頁不動產業管理條例施行細則第 13 條之 1 規定，得請其退還原繳存之營業保證金是指下列情形之一，包含公司組織申請解散、商號組織申請歇業或營業項目經變更登記後，該公司或商號已無不動產仲介經紀業及不動產代銷經紀業而組織仍存續者，明定什麼情況下得申請退還營業保證金，以上是相關規定。再來請各位委員參照會議資料第 2 頁說明四，內政部 103 年曾經針對國稅局代位義務人不動產經紀業向同業公會請求退還營業保證金抵繳稅款的案件，參考前揭本部行政執行署 93 年函釋，同意國稅局可以以公法上債權人的身分行使代位權。105 年 11 月中華民國不動產仲介業全聯會就這個問題函請內政部進一步釋疑，於是內政部來函詢問本部，內政部初步認為應該經法院確定判決才能主張代位權。補充說明的是，104 年臺灣高等法院座談會的內容在會議資料第 24 頁。這個座談會與 97 年的座談會不同，它所處理的主要是民法第 242 條代位權，而且這個座談會涉及的其實是公法上罰鍰債權，它要代位行使的權利其實是分割遺產的請求權，討論時也有肯否兩說，但多數是採否定說。接下來在會議資料第 3 頁說明五的部分，針對內政部函詢的問題，本部行政執行署的意見在會議資料第 32 頁，主要提到從不動產經紀業管理條例的相關規定來看，請求退還營業保證金其實必須以不動產經紀業依相關規定提出申請為前提，所以如果他沒有主動提出申請，移送機關如果也沒有依民法第 242 條代位提出申請，仲介業全聯會還沒有發生給付營業保證金的義務，也就是一定必須要先經紀業自己主動申請，或是由公法上債權人代位申請，申請之後，仲介業全聯會才会有返還營業保證金的義務。在這樣的情況下，執行分署如果在國稅局沒有代位以及經紀業也沒有主動申請的情況下，執行分署實際上只能去核發一個附條件的扣押命令，

這個條件主要是指義務人在可以領取營業保證金的時候，這個錢是被扣著的，但他實際上沒有辦法去核發收取命令或支付轉給命令。換言之，如果今天這個不動產經紀業義務人縱然符合經紀業管理條例相關退還營業保證金的要件，但是他怠於申請退還營業保證金的情況下，這個公法上稅捐債權人沒有辦法依民法第 242 條的規定代位行使權利的話，這個情況下行政執行分署頂多只能核發扣押命令，不能核發收取命令、支付轉給命令，也就是無法達到公法上債權實現的目的，最後就會變成稅捐債權人在執行期間屆滿後沒辦法繼續執行。以上是就內政部去年 12 月函詢本部的相關意見做一個說明。另外補充在會議資料第 5 頁附上本部研擬之行政執行法修正草案，草案第 15 條第 2 項規定，原處分機關或移送機關為保全行政法上金錢給付義務之執行，於移送執行前或執行中均得準用民法第 242 條至第 245 條及信託法第 6 條至第 7 條規定。今天針對上述議題提請討論，第一個議題：不動產經紀業尚未依前揭規定請求退還原繳存之營業保證金，稅捐債權人得否類推適用民法第 242 條規定，代位不動產經紀業請求退還原繳存之營業保證金？又代位權之行使，是否須經法院確定判決該稅捐債權人具代位權，始得據以主張？第二個，關於這個議題，最新的司法實務見解，即臺灣高等法院 104 年法律座談會研討結果多數採否定說，認為公法上債權無民法第 242 條規定之適用或類推適用的意見，這樣的意見是否在學理上有再予以探求的空間？外國學說或實務有沒有可以借鏡之處？以上說明。

主席（陳召集委員明堂）：

這個部分請本部行政執行署補充說明。

本部行政執行署戴主任執行官東麗：

兩位主席、各位學者專家，大家午安。剛才法律事務司賴科長已經將所有的問題向大家做一個深入的報告，先謝謝法律事務司的報告。行政執行署補充說明，本署已草擬行政執行法第 15 條第 2 項修正條文，現在這個問題請教各位專家、學者的意見，既然關稅法第 48 條第 2 項有這樣的規定，這樣一個類似的規定是把它增訂在行政執行法好呢？還是應該訂在行政程序法？這部分要思考的一個問題，它會涉及到在移送行政執行

之前，我們的行政機關是不是已經可以去行使這個代位權，而不需要等到之後到行政執行的階段才有代位權，有時間點的問題。再來，我們認為臺灣高等法院的這個見解可能有點問題，如同剛才提到的不動產經紀業管理條例第 9 條的規定，請求權時效看起來只有 2 年，但是我們行政執行的時間有 10 年，如果沒辦法行使代位權的話，滿 2 年後我們就沒辦法執行這個財產。其實不是只有這個案件，還包括像剛剛繼承登記的問題，如果今天是一個共同共有的繼承狀態，我們不具有代位權可以去代位請求繼承登記的話，10 年之後執行權就消滅了。但如果我沒記錯的話，土地法第 73 條之 1，繼承人若不去辦理繼承登記，經過 15 年之後國家才造冊，然後才由國有財產局去標售開賣，所以如果一個繼承人不去辦繼承登記，反正國家也不能代位繼承，等到執行時效消滅後再去辦理繼承登記，那就可以完全逃過所有有關的稅捐。而且臺灣高等法院這樣的見解我們也看不太懂，例如肯定說表示應由立法機關權衡比例原則後，循立法程序以法律定之，尚非司法機關超越立法者之權限從事法之續造，依「類推適用」或「目的性」之擴張所得補充，這好像是說我們在解釋法律的時候用類推適用或目的性解釋時，似乎超越了權限，但問題是類推適用本來就是法律解釋方法之一，這樣的說法其立論基礎可能是有點問題的，以上補充。

主席（陳召集委員明堂）：

請各位委員看一下會議資料第 54 頁，行政執行法修法草案現在已送到行政院，還在審查，在草案中的第 15 條當時也徵詢了很多委員的意見，今天我們也請財政部來為各位委員說明實務上的情形。

財政部林科長華容：

向主席、各位先進、各位委員簡要報告，這個會議資料有一個營業稅的個案，還有後面有一個高雄國稅局的個案。針對營業稅的個案，因為營業人本身有累積留抵稅額在帳上很多年了，但因為營業人一直辦停業，所以他是屬於正常營業中的營業人，照我們現行稅法規定，他的累積留抵稅額只能由營業人自己申請才能退還，但是這個營業人同時還有積欠營利事業所得稅等欠稅將逾執行期限，國稅局很擔心營業人一直用停業

的方式保留累積留抵稅額，但是欠稅可能因逾越期限而消滅，所以才會在 104 年函詢有沒有辦法用代位請求的方式，由國稅局代其申請將累積留抵稅額的部分抵繳其他欠稅，這是實務上第一個個案發生的狀況。另外一個是內政部的個案，剛剛賴科長已經說明，以財政部國稅局在執行實務上，欠稅執行是重大問題，所以我們也很希望不管在行政程序法或行政執行法能夠增訂得代位執行的規定，相信對我們欠稅的執行會有很大的幫助，以上簡要說明。

主席（陳召集委員明堂）：

謝謝。請問內政部有什麼意見？

內政部張專門委員燕燕：

主席、各位委員，大家好。內政部在本案面臨的情形，主要是不動產經紀業管理條例的部分，一般經紀業者如果要申請解散，必須在直轄市或縣市政府主管機關註銷營業，1 年以後我們就會依其申請退還營業保證金，即使超過 2 年，營業保證金畢竟是當初業者所繳存的，所以還是會讓他申請。剛剛執行署講的土地法第 73 條之 1 的規定，一般我們在辦理繼承登記的時候，依照遺贈稅法的規定，必須要經過國稅單位核發同意移轉，或是已經繳清免稅的證明文件後，我們才可以辦理移轉登記，土地法第 73 條之 1 應該是在繼承人遲不去辦理繼承登記的時候，為了讓地籍登記整理的比較清楚正確，所以我們會列冊管理 15 年，過了 15 年以後才會拍賣，拍賣的價金只是把不動產變成動產，放在保管倉庫裡面，繼承人還是可以去做領取。拍賣後，國稅單位可以針對拍賣價金就其該扣的稅額去主張。至於剛剛提到營業保證金的部分，實務上註銷營業 1 年以後就可以申請退還，另外依照公司法的規定被撤銷或廢止公司登記，由縣市政府註銷營業 1 年以後，在 103 年之前參照執行署 93 年的見解，都是可以讓公法債權人代位申請退還營業保證金。可是剛剛有提到，105 年的時候，全聯會那裡又有意見，他認為我們所依據的臺灣高等法院見解已經被廢止了，本部 103 年參照法務部行政執行署見解的函釋已經失所附麗，日後法院如果針對代位權有再進一步的判決確定以後，他們再來退還，這樣比較放心，這是我們把這個意見轉到法務部的最主要原

因，以上說明。

主席（陳召集委員明堂）：

這個問題我們呂研究員有提出研究報告，能否請呂研究員說明一下？

呂研究員理翔：

謝謝主席、在座各位委員、各位實務界先進。我被交付的任務主要是去討論關於德國法上有沒有公法上債權人能夠直接類推民法代位權規定去有所主張的議題，之所以說的這樣結結巴巴，是因為德國民法根本沒有代位權的規定，我國民法第 242 條的規定在我的報告裡有提到，其實它來自於法國法，日本人學了法國法後又在我們的民法被繼受，所以文字上就可以看得出來與拿破崙法典相關規定是很接近的。德國法並沒有這樣繼受法國法的過程，所以在德國法並沒有民法代位權的規定，學理上例如孫森焱大法官整理出來的理由是，主要是因為強制執行的制度，德國法比較周延，尤其是對第三人強制執行的制度，德國法比較周延，所以不需要在實體法層次賦予債權人可以針對債務人的第三債務人有所請求的實體上權利。這也是我這裡簡單報告的出發點，我想要問的是，有沒有可能在還沒有進到執行程序之前，債權人就可以對第三債務人有所請求？依照德國法這樣的架構下是沒有這樣的可能性的，依照我在會議資料第 58 頁以下的整理，各位可以看得出來，德國法可以對第三債務人有所請求的規定都是在進入執行程序以後，尤其是德國在民事訴訟法第 886 條，德國民事訴訟法第 8 編其實就是我們的強制執行法，要針對確定判決或終局判決的執行才會有針對第三債務人執行的問題，這樣的觀念或法理也在德國聯邦行政執行法及聯邦行政訴訟法有關執行的部分被準用，不管是在德國聯邦行政訴訟法準用民事訴訟法第 8 編的規定，或者是德國聯邦行政執行法先準用德國租稅通則有關租稅債權的執行，然後租稅通則及租稅債權的執行又再準用回民事訴訟法第 8 編的規定，其實法理都是一致的，在沒有執行名義之前，民事或行政就不會有針對第三債務人的動作。而我自己從公法的角度來思考也比較能夠理解，因為如果一個債權人可以在沒有對第三債務人有行政處分的情況下，直接依據債權人對於債務人的行政處分，去對第三債務人有所請求的話，那可能

已經違反了法律保留的規定了，因為這涉及到對第三人的行政處分或有所請求的問題。我的意思是說，原本的行政處分只有針對原本行政處分的相對人，那個債權債務關係只在於國家與原來債務人的關係，那個債務人跟第三人的關係就不在這個行政處分的關係裡面，所以現在問題在於國家有沒有對這個第三人下行政處分的權限？如果沒有像剛剛關稅法那樣的規定的話，在德國法的概念下是不能直接用法理或代位權的概念對第三人有所請求的。就這個部分是我初步的想法，最後我在會議資料第 59 頁到第 60 頁有提到一個可能的折衷方案是，可以透過法定債權移轉的方式，就是在一定構成要件、事實符合的情況下，直接把債務人對第三債務人的債權透過法律規定直接移轉到債權人身上，由債權人去對第三債務人有所請求，但這都需要法律的特別規定。我想剛剛所提到德國民事訴訟法第 886 條，或我在會議資料第 59 頁所提到的例子，都是透過法定債權移轉的方式，讓原本的債務人脫離債務關係，把這個三角關係簡化成第一債權人對第三債務人間的債務關係，藉以實現他們之間利益衡平的問題。簡單先報告到這裡，謝謝。

主席（陳召集委員明堂）：

謝謝，今天各位委員大多是以行政法的角度思考這個問題，法務部也預計要對民法債編做全盤修正，已經組成債編研修小組，希望能在 109 年修法通過施行，今天邀請了債編研修小組王委員千維及陳委員自強一起討論，分別從民法及行政法的角度共同思考。

陳委員清秀：

我個人看法分兩個部分，因為這類案子在行政法院的立場比較偏向可以準用或類推適用，當然行政法院過去的這些決議都是屬於債權人去代位申請退稅，某種程度上是有利於債權人，所以過去行政法院的決議似乎傾向肯定可以類推適用的立場。但是最高法院在 103 年時做了一個判決，是有關代位行使撤銷詐害給付，那個案子裡面法院認為從租稅法定主義、國會保留原則，如果涉及到納稅人的權利義務事項，尤其是限制、侵害人民權利、自由的事項應該由法律定之，所以我覺得最高法院民事庭的判決基本上很支持我們公法的理論。過去台北市稅捐處有個案子也

是被詐害，他是把財產全部移給他太太，結果台北市去打官司全部敗訴，地方法院、高等法院全部都敗訴，去年找我去諮詢，後來他們好像有上訴最高法院，不曉得判決結果怎麼樣，基本上大概也是受到 103 年判決的影響，高等法院、地方法院的立場大概也是對公法類推適用民法持保留態度。所以我看這個案子不只受高等法院民事庭的決議，而是受到最高法院判決的影響，最高法院認為公法應該自成體系，他認為代位權是用來保障私法上債權，而非保障公法上債權。所以剛剛這個案子我認為還是透過修法解決會比較好，否則大法官在釋字 622 號解釋也認為欠稅繼承不能類推適用民法繼承編規定，因此宣告最高法院決議違憲，大法官解釋還是嚴守租稅法定主義、國會保留原則。當然，就個案來講，以不動產經紀這個案子而言，我覺得這個案子跟本次會議討論的議題無關，因為他是一個債權，債權成立時，債權就可以成為扣押的標的，所以我不太了解為什麼還要去行使代位權，因為根本沒有代位問題，因為債權本來就可以強制執行，德國的做法也是這樣，那我們臺灣行政執行法本來就可以準用強制執行法第 115 條，所以我覺得那個個案好像不需要透過那麼複雜的行使代位權，就可以確保債權，我們債權的扣押沒有一定要透過代位權行使才能夠解決，所以我覺得我們法律界是有點誤會了。我的想法是，普通法院這樣的案件類型可能會影響到人民權益事項，最高法院這樣的裁判事項其實還是有益於債權人，而且債權人都是私人、人民，不是國家政府機關，所以我認為最高法院的裁判在有利於人民時類推適用，大概比較不會有問題，如果是在不利於人民的時候去類推適用，在稅法上還是會持比較保留的看法，還是會認為應該遵守租稅法定主義、國會保留原則，我個人的看法是這樣。

陳委員愛娥：

在會議資料第 3 頁裡面有提到，它的差別在於如果不能依民法第 242 條規定的話，只能核發附條件扣押命令，不能核發收取命令，基本上關鍵的部分在於光只是發扣押命令還不夠。

陳委員清秀：

強制執行法第 115 條就沒有說只能核發附條件扣押命令，本來就可以核

發收取命令。

本部行政執行署戴主任執行官東麗：

對不起，各位委員可以再看一下會議資料第 38 頁的相關規定，因為必須要請求退還，所以它是一個附條件的權利，必須要經過請求。

陳委員清秀：

但那個請求應該是個請求權的性質。

本部行政執行署戴主任執行官東麗：

對，就是請求權，所以我們現在代位行使的是請求權，而不是那個債權。

陳委員清秀：

那就查封那個請求權就好了，那就是一個債權。

本部行政執行署戴主任執行官東麗：

可是問題是這個法人它已經解散了，然後也辦了註銷營業了。

陳委員清秀：

不動產經紀業管理條例施行細則第 13 條之 1 就有規定得請求，這表示有一個債權在那裡，他有債權，我們就可以發收取命令了，我認為就不需要代位了。

程委員明修：

我看今天的會議資料是說公法上債權得否類推適用民法的相關規定，形式的命題看起來是這樣的。但顯然不是在這個層面上要去談他要不要類推適用，而是在談最後的執行可不可以去代位的問題，這才是最重要的問題，所以看起來是一個包裝在民法得否類推適用於行政法上的實際執行的問題。我就循著這個脈絡去思考，通常我們會想說能不能類推適用，從過去的否定態度到現在我們會說性質相當的大概還是能類推適用，我希望從這個角度去想，到底這裡有沒有性質相當？要公法上債權發生的原因有非常多種，在公法上的債權發生原因中，目前在行政執行上最大宗的是以行政處分為前提，這也是為什麼我們的行政執行法跟強制執行法有兩套不同體系的重大差別，一個是這種高權行為的強制執行。如果從這個角度來看的話，我會比較傾向假設今天這個行政機關跟這個私法的債權人之間所產生的公法債權債務關係，是源自於一個高權行為而產

生的公法上債權的話，它恐怕就比較不適合因為這個債權人他有一個沒有滿足的私法上的債權，我們去代位他行使，讓這個公法上的債權透過類推適用的方式加諸在私法上債務人的身上，給他額外的負擔。這當然也呼應剛剛呂研究員所說的，因為行政執行所帶出來的是行政處分可能會附隨衍生出來的很多公法上義務，假設我們透過這樣類推適用的方式容許對第三債務人有強制執行的可能的話，我認為在這裡面可能會對於不管行政處分的權限或法律保留原則都會產生一些爭議。這也是為什麼我們關稅法要特別規定的原因，因為關稅法第 48 條這樣規定，使得法律保留的疑慮緩解。相對的，假設今天公法上債權發生的原因不是源自於這種高權行使所產生出來的債權，我們可以說它跟私法上債權比較性質相當，也許在這裡就有類推適用的空間。即使有這個類推適用的空間，我們還必須進一步假設可以類推適用民法第 242 條行使代位權的話，那這個代位權的實現能不能因此取得行政執行上的執行名義，所以就以本案我們現在所討論的這個問題來看，我是持比較保留的態度，除非有像關稅法這樣明文的規定。同時，因為剛剛主席還有其他幾位委員都提到我們行政執行法的草案，行政執行法是一個行政程序法，就如同我們在討論一般行政程序法時會說，行政程序法上的規定不太可能成為我們一般的授權根據，相同的，我認為如果要取得這樣的執行名義，或要有這樣的類推適用空間的話，不宜透過行政執行法去做類似於現行行政執行法草案第 15 條的方式，不過這是額外的問題，不是我們今天所要討論的問題，以上。

陳委員愛娥：

這在程序上會涉及一些民法上的制度，不知道是否能請專長領域為民法的委員先做一些說明？還有剛才呂研究員所提到的德國法制的情況，兩位應該能夠更深入的說明其背景。

陳委員自強：

各位委員大家好，坦白講今天是來學習的，不過我認為，如果今天我們都可以互相類推，請問我們一般民法的債權得否代位行使公法上權利？然後我們也可以查封等，例如以他們說的保證金退還來作為查封的對

象？我是說，如果我們今天有非常明確的公法與私法區別，我們也有強制執行法與行政執行法的區別，事實上這意義是什麼，這就十分有趣。第二個，其實我非常贊成剛剛呂研究員所說的，依我的了解，我們代位制度是從日本立法例抄過來的，雖然這個制度是學法國，但又不像法國，事實上差別蠻大的，而德國人沒有代位制度也能解決問題，為什麼我們就一定要從代位去處理？就如同剛剛所說的，退還保證金就是一個債權，而且這應該是公法上債權，那這個公法上債權在你們公法體系就可以處理了，為什麼還要跑到代位去呢？不管它是什麼性質，它就是一個錢在那裡，還是可以作為執行的標的，這沒有什麼問題。

陳委員清秀：

對，沒有問題，債權成立本來就可以扣押了，代位反而有點多此一舉。

陳委員自強：

就這個問題來講，我還是比較支持陳清秀委員的說法，其實有時候用一般的原則來處理就可以了，而且最近公法很常類推適用民法，請問那個類推適用的基礎在哪裡？難道民法上的保全制度不管公法或私法，是一個共通的法律原則，所以可以類推適用嗎？它有什麼樣的基礎？老實講，我並不是很清楚。還有一點，如果要代位行使，例如退還保證金、退稅以外，能不能代位行使裁判分割？如果代位行使的權利是比較屬於私法上權利的時候，坦白講，這會有與民爭利的感覺，像我最近看中國民法總則，有個蠻先進的規定，如果一個人要負刑事責任、行政責任與民事責任的話，民事責任一定是最優先的，不只是民法上，它很多法律都有這樣的規定。我的意思是，公法上的罰鍰或稅捐，如果也可以跟一般民法上債權做財產分配的話，是不是有點與民爭利的感覺？今天如果說保全制度就是民法上制度，那保全的就是民法上債權，至少我們可憐的民法上債權還能夠有實現的機會。

王委員千維：

各位前輩，我一直以來會覺得民法第 242 條至民法第 245 條有關保全的這類規定，嚴格來講應該是強制執行法的規定，但將它規定於民法，所以民法第 242 條有個很重要的前提要件是，一定是債務人沒有其他財產、

無資力的情況下才有可能去代位，如果債務人還有充足的財產，債權人是沒有辦法主張代位權的，其實很明顯可以看得出來，這個權利的行使就是在做一個強制執行的準備動作，如果把它看成是強制執行法的規定的話，有可能可以思考的方向就不太一樣。也就是說，雖然它的規定位置在民法，也不見得一定要把它解釋成一個實體的規定，例如民法以前的情事變更原則的規定，原來規定在民事訴訟法，後來修法後才搬到民法這邊來，所以其實有可能保全的規定要怎麼定性可以先來釐清。另外就是代位權，其實債權人去行使這個權利的效果，最後還是歸諸於債務人，會議資料上有提到最高法院判例，債權人去行使最多只能說是代位受領，因為真正的法律效果要歸諸於債務人，因為那是債務人的權利，所以說這所謂的代位，我覺得比較近似的還是像代理的情形，也就是幫債務人來行使，但是效果還是歸於債務人。如果像代理的話，從民法的角度來思考的話，你要把這個代理的權限到底要擴張到什麼樣的地步？民法上代理的來源有兩個，一個是意定代理，本人透過意思表示自願授權給哪個人，這當然是比較沒有問題的，另一個就是法定代理，而法定代理的情形當然是比較狹隘的，通常一般人也都是比較有特殊身分關係的，例如父母是未成年子女的法定代理人，所以代位權這個制度比較有可能衝擊到的是代理，變成讓債權人有一個類似的法定代理權，那這個法定代理權如果要讓公法上債權也取得這樣的法定代理權，基本上可以再進一步思考要不要把類似法定代理人權限有這樣擴張的情形。

吳委員東都：

從體系來講，這問題涉及到民法第 242 條所涉及的債權有兩個，一個是保全的債權，一個是被代位標的的債權，如果用公、私法權利來看，排列組合有四種情形，那排列組合到底哪些情形是直接適用，哪些是類推適用，這恐怕有點困難。我們先從被保全的債權如果是私權，代位權的標的如果是私權，那這是典型的民法第 242 條。如果被保全的債權是私權，代位標的是公權，那這是直接適用還是類推適用？孫森焱大法官有提到過，不管私權、公權都是代位標的，在民法債編總論下冊第 613 頁，如果依照這個見解，這會是屬於直接適用。這要回應陳委員清秀，因為

最高法院的決議，關於那個代位請求退稅，那是因為保全的債權是私權，代位的標的是公權，所以按照這個見解的話也並非類推適用，我們並未明講是類推適用，以我的見解而言並非類推適用。這又與我們目前討論的標的不太一樣，我們目前討論的標的是被保全的債權是公權，但代位標的是私權，或者被保全的債權是公權，但代位標的是公權，這是我們現在要討論的比較多的情況。如果被保全的債權是公權，那又分成兩種情況，這個公法上權利到底是可以行政處分命給付的，或是不可以用行政處分命給付的，這會有實益，因為可以用行政處分命給付的可以作為執行名義。當時民法第 242 條有一個背景是，必須透過訴訟作為執行名義，民法第 242 條都是透過訴訟作為執行名義，如果是可以用行政處分命給付的，那行政機關(即債權人)就可以馬上用行政處分取得執行名義，馬上可以進入行政執行，所以承認它可以代位的需要性比較低。如果被代位標的是公權，那因為我們公法上沒有規定，這就比較純粹屬於我們公法上問題，那就是法律未規定，所以如果是我們今天會議議題討論的這種情況的話，那是我所說的第三種情況，而且這是可以行政處分命給付的情形，這只是回應剛剛陳委員清秀所說的，事實上二者處理的是不同問題。

主席（林召集委員錫堯）：

請問剛才提到扣押債權可以強制執行，實際上要如何執行？

本部執行署戴主任執行官東麗：

在此先釐清體系問題，假設現在要修法準用民法第 242 條規定，會因規定在行政程序法或行政執行法而有不同，若規定在行政程序法，則類似關稅法第 48 條規定，在移送執行之前即可行使代位權，如此就會如同吳東都委員所提到，是否可用行政處分下命給付的狀況？例如義務人欠國家一筆錢，國家在作成處分確定後，尚未移送行政執行署執行前，即可行使代位權，就會討論是否可用行政處分命給付的狀況；如果係規定在行政執行法，亦即行政機關作成行政處分並移送行政執行署執行，就是行政執行的問題，而行政執行法大多數規定是準用強制執行法，所以對於義務人的所有財產可以扣押、收取。舉例言之，如果行政執行署查到

義務人在某個銀行有存款時，即可以向銀行作成直接命收取的命令。所以在討論時可能要注意是移送執行署前還是移送後，在法律上會有不同的意義。另外，剛才提到法定債權移轉的問題，建議如果未來要修法，盡量不要規定債權直接移轉給國家，否則將侵害一般普通債權。因為民事執行與行政執行經常併案處理，除了最優先的稅捐債權外，其他的民間債權與公法上債權是立於相同分配地位，如果法律直接明定債權移轉，反而造成一般民間債權人無法直接參與分配。

吳委員東都：

行政執行法修正草案第 15 條第 2 項規定準用民法第 242 條代位權規定，是代位何種權利？是代位向民事法院起訴嗎？如果可以用行政處分命其給付，何以要代位向法院起訴？

林委員秀蓮：

行政執行法修正草案第 15 條第 2 項準用民法第 242 條原指在行政執行當中準用代位權規定。後來送行政院之前，又加上「移送執行前」也可以準用。

李委員玉卿：

我想借用呂理翔研究員書面資料第 57 頁的內容，首先民法第 242 條代位權規定，在報告裡有提到在學理上是指間接訴權，運用在訴訟上。所以剛才討論的代位登記遺產，應非民法第 242 條的問題。再者，依行政執行法修正草案第 15 條規定，行政執行署在執行前或執行後，要如何行使代位訴權？誠如吳東都委員所言，代位權係債權人對債務人的債務人行使，此種狀況如何發生在行政執行署？行政執行署究竟是債權人、債務人、第三債務人？我認為都不是。另外，剛才有委員提到行政處分是公權力的行使，要受到嚴格法律保留，我認為不會有此一問題，因為民法第 242 條係規定已經成立的債權，若須有法律保留，應係指債權成立之前的事情。另外有關民法第 242 條規定之操作，借用今天討論的個案，公法債權人向民事法院起訴，代位行使公法債務人對第三人之債權，其訴之聲明即請求法官命第三債務人對公法上債務人給付，但由公法債權人收取，此與強制執行不同，強制執行的支付轉給命令或收取命令，都

是執行程序，不會落入間接訴權的範圍。至於最高法院擔心公權力行使要有法律保留或公法上債務會受到擴張之不利益等，基本上應該不存在。例如在民事訴訟中，公法債權人獲得勝訴判決，對於第三債務人而言，義務會有多大？我認為只有金錢給付義務，不會有其他義務，所以我的想法與 104 年座談會決議見解不同，座談會肯定說認為公法上義務的形成要受到很嚴格的規範，但觀諸肯定說內容都是在論述裁罰，而公法上債權相當多樣，並不僅限於裁罰，也有行政契約。如果該座談會決議是討論裁罰之情形，則與今天討論案例不同，是否得以完全援用，值得懷疑。另外，強制執行中有參與分配，在這些債權人中，亦會有公法上債權人，如果公法債權人可以用參與分配來滿足債權，但卻不能行使民法第 242 條的代位權？孰重孰輕？

主席（林召集委員錫堯）：

公法上債權人行使代位權，被代位權利應為債務人對第三人之債權範圍。所以應該不存在被代位後，可以對第三人行使公權力。

林委員三欽：

本案的債務人是一家公司，其已經符合退還保證金的地位，但是保證金返回請求權尚未發生，仍須由該公司提出請求。因此在本案中，如認為有請求權而直接命債權移轉，可能會有誤會，因為本案尚未發生返還請求權，所以此部分必須要先釐清。至於就本次會議討論議題而言，公法有很多議題都會向私法借鏡，例如抵銷、公法上不當得利等。因此，在衡量各方利益後，如果未造成涉案各方當事人權益重大不利影響，且基於公益之考量，透過類推適用應為可行之方式。而且行使代位權，並未有擴張第三債務人之義務，亦非透過行政處分實現債權，而僅是類推適用民事法上已經成熟的制度。另外，我個人想問民法第 242 條規定，以本案而言，難道只能在訴訟上主張退還保證金嗎？能否於訴訟外主張？

吳委員東都：

民法第 242 條並不限於訴訟上主張，如果第三債務人願意任意給付，可以不用以訴訟主張。甲是債權人，乙是債務人，丙是第三債務人，甲代乙請求丙給付，丙願意給付，可以不用透過訴訟。但真正問題是，民法

第 242 條並不限於請求權，如果乙對丙有形成權，此時才會有乙不行使形成權，甲行政機關能否代位行使之問題。如果是請求權，只要符合法定要件，權利即已發生，無所謂仍需主張之問題。假設今天乙無償贈與丙，符合撤銷贈與之要件，乙不行使撤銷權，於強制執行時，發現乙可對丙行使撤銷權，此時討論國家能否代位，才有實益。另外在國家不能以處分命給付之情形，例如基於行政契約負有公法上債務，此時仍有討論代位之實益。這也是我剛才提到要分以行政處分命給付與不得以行政處分命給付之實益。

陳委員淑芳：

我想提供另一種思考方式，比較類似於程明修委員的想法。在公法領域直接適用民法，應指所有法領域所共同適用的原理原則，例如誠信原則等。至於類推適用，則應限於公法上債權債務關係，而所謂公法上債權債務關係，係指國家與人民間是處於相互對等地位，例如基於行政契約或公法上不當得利所產生，於此種關係下，學說大部分認為可以類推適用民法規定。但如果國家與人民間是具有上下隸屬關係，例如課處罰鍰或課稅等，我們會稱為公法上金錢給付義務，不稱為債權債務關係，此部分我認為不能類推適用民法規定，因為行政處分可以作為執行名義移送各分署強制執行，於強制執行時，如果義務人對其他人有債權，即可依行政執行法第 26 條準用強制執行法第 115 條以下相關規定，獲得債權滿足。今天討論的案例，我認為只要符合不動產經紀業管理條例規定之相關要件，債權即已成立，而非一定要經請求，才認為債權成立。本案行政執行署可依收取債權之相關規定強制執行，不應再類推適用民法代位權規定。所以會議資料所涉疑義的第一個問題，我認為並不存在。

江委員嘉琪：

我個人比較傾向公法上債權之保全，可以類推民法之規定。如果從債務人可以輕易滿足債權人債權，卻怠於或故意不行使，導致債權人債權無法實現，基於民法第 242 條可以代位行使，這部分我認為公法與私法是共通的。惟在類推適用「債務人怠於行使其權利，債權人為保全債權」之「債權」，剛才有委員提到此一債權應區分來自高權關係或是非高權關

係，我認為從保全債權的角度觀之，重點反而在於債權是否未被滿足，而非該債權是基於欠稅或行政契約，因此我個人認為公法上債權是可以類推適用民法第 242 條規定。但從民法第 242 條無法導出行政機關可以作成行政處分，亦即在法無明文的狀況下，於類推適用後，不會有作成行政處分的空間與必要。至於若要另外立法使行政機關在必要時，對第三人作成行政處分，則是另一個問題。

詹委員鎮榮：

如果將問題簡化為公法上債權的實現，我可以贊成類推適用民法代位權的規定。今天會議資料的代位權有兩種，一種是退稅請求權，另外一種是代位行使私法債權請求權，而今天要討論的是代位行使私法請求權。我的基本想法是要分兩層次思考，第一層次是公法上債權的成立與否，此當然會涉及到係以行政處分或行政契約所產生之債權，但此非本次會議要處理的重點。重點在於當已經成立公法上金錢給付債權時，行政機關要如何實現債權？不論是民法或公法上的債權清償，都是課予人民總財產的不利益。若從此一角度觀之，是否還需要區分公法或私法屬性？公法上債權類推適用民法第 242 條規定可能會對第三債務人造成之不利益，目前可想像之例子如民事上債權人一直不行使其民法上債權，其債務人會有期待當時效完成後而產生的抗辯權，一旦行政機關可代位行使債權，是否會造成民事上債務人權利的侵害？如果是肯定，就需要有法律保留。但我初步認為期待不行使應不致於造成對債務人權利侵害。

陳委員愛娥：

在會議資料的第 5 頁有兩個問題。針對第一個問題，我贊同剛才吳東都委員之意見，第一個問題並無類推適用民法第 242 條代位權之必要，因為依行政執行法準用強制執行法相關規定，即足以解決。我也贊同債權並不需要債權人請求才會發生。至於第二個問題是原則性問題，但債務人怠於行使其「權利」，可能會有各種權利，不僅有金錢給付債權而已，如同剛才吳東都委員所提到撤銷贈與意思表示，即為形成權之例子。所以在討論類推適用民法第 242 條規定時，不能只考量到金錢給付請求權，若只限於金錢給付請求權，依行政執行法準用強制執行法之規定，恐怕

大部分的問題都能解決。另外，準用民法第 242 條規定，亦會涉及到國家公權力的介入，因為對第三債務人提起訴訟，而第三債務人與國家並無直接的公法上金錢給付義務存在，以此角度而言，難謂對第三人之權利毫無影響，因此必須要審慎考量，此為針對第二個問題的意見。此外，剛才大家對於應如何類推適用民法第 242 條規定似乎有不同意見。我贊同陳淑芳委員的意見，應在國家與人民雙方居於平等地位之關係下去類推適用民法規定，亦即須法律關係在本質上具相類似性。如果行政機關一開始以高權行為去啟動金錢給付義務的產生，不論是裁罰權或是稅捐核定權限，若之後要在此種非平等關係下類推適用原則上屬於平等關係的民法法律規範，我認為要很慎重。民法所發展出一般法律所共通的原理原則，例如誠信原則，可適用於所有法律領域。但真正的民法原則，應係指當事人處於對等關係之下的權衡考量所產生，若無此前提，則難謂符合類推適用的法理。因此，公法若要類推民法制度，公法上當事人間之關係必須要處於民法上對等地位，才能有類推適用的法理基礎。如果今天最主要是討論第一個議題，我認為這恐怕某種程度上是基於對法的誤解而來，因為債權請求權本來就可以依行政執行法準用強制執行法的規定來實現。至於民法第 242 條的民事債權保全制度要當作一般法律原則，或是所有公法上金錢給付義務關係都可以類推適用民法第 242 條，尤其在代位行使之權利也包括其他權利之部分，我就認為要很慎重。

主席（林召集委員錫堯）：

我們現在要釐清的是，為何要類推適用民法？是行政法要發展自己的法理，才來類推適用民法。行政法發展行政法的債權債務關係，目的是要類推適用民法，雖然行政契約已經明文化，但公法上不當得利、公法上無因管理，在德國的教科書都承認可以類推適用民法。但重點仍在於須考量可否類推適用及如何類推適用等兩個層次的問題。另外還有一點是關稅法第 48 條規定，在大法官釋字第 474 號解釋有關公法上請求權消滅時效制度，當年大法官作了很重要的方法論的闡釋，該號解釋首先說明公法法規沒有規範請求權消滅時效，包括公法上的法理也尚未發展出來，亦無相關公法法規可類推適用，最後才導出類推適用民法之結論。

所以關稅法第 48 條規定，是否也可以用相同的思考模式。

陳委員愛娥：

時效制度不論是在裁處權時效或金錢請求權時效，都是必須存在的制度，但債權保全制度，是否可以當成一般法理，我認為則未必。因為在行政執行法上已有一套對公法上金錢給付義務之執行制度，因此有關公法上權利保全制度，即涉及立法形塑空間，難以當作一般法理看待。至於剛才主席所提到公法上債權債務關係，確實是德國法上的概念，但在德國法上類推適用民法，是因為此類關係類似於民事法律關係，因此無必要重新訂一套行政領域的法制。所以民法第 242 條如果係類推適用於平等的公法上債之關係，較無問題。但如果是單方高權關係，則有未妥。

吳委員東都：

公法上債權債務關係，如係基於行政契約，則非類推適用，因為行政程序法有規定準用民法。惟在準用過程中，須說明性質上有無抵觸，若有抵觸即不能準用。至於行政處分所形成的公法上請求權，能否類推適用民法第 242 條？因為行政處分作成後，即可取得執行名義，但問題在於該執行名義是未經過法院審核。

李委員玉卿：

吳東都委員點出民庭法官的困境，在很多國賠案件，當民事被告抗辯國家並未取得公法上債權時，民庭法官能否認定行政處分違法？有部分民事庭的見解是不認定。

主席（林召集委員錫堯）：

我確認一個問題，代位權的行使主體是主管機關還是行政執行機關？

本部執行署戴主任執行官東麗：

移送機關，也就是主管機關。

陳委員淑芳：

類推適用的前提是法律未有規定，但針對屬於上下隸屬關係的行政處分，在公法領域已經有制度與體系，就是以行政處分作為執行名義，並依據行政執行法強制執行。在法律已經有規定下，是否還需要類推適用民法規定？我想這是主要問題。

李委員玉卿：

剛才行政執行署有提到修法的事情，陳愛娥委員有提到行政執行已有一套制度，為何要再類推適用民法第 242 條處理？我的初步想法是，民事關係之所以會有第 242 條代位權規定，係因為私人間除有公證書或判決之執行名義外，無法直接進行強制執行。所以一定要有訴訟程序取得確定判決，才有後續的執程序。但公法上行政處分即得作為執行名義，所以並無類推適用民法第 242 條之必要，這是一個想法。另外一個問題是，行政執行署是基於什麼理由要修法，因為執行階段不作實體認定，而是形式判斷。所以就個案而言，假設第三人在行政執行階段表示異議，債權人就要透過提起確認訴訟方式解決，對行政執行而言，並無窒礙。如果第三人不提出異議，債權即可透過執行而獲得債滿足。若如此，即無須再透過修法解決。

林委員三欽：

剛才有委員提到民法第 242 條非一般法律原則，所以無法類推適用，惟類推適用並非指被類推的條文須為一般法律原則，而是類推後可以解決法無明文下所遇到的類似狀況。另外有提到本案如果可以適用行政執行一整套的制度，何需要用民法第 242 條來解決？我認為如果遇到債務人怠於行使其權利，難道也可用行政執行代位行使撤銷權嗎？所以當遇到行政執行也無法解決的情況下，才類推適用民法第 242 條，使移送機關先破除怠於行使權利的情況，再啟動後續的行政執行。剛才吳東都委員提到，第一層次的權利若是以行政處分之高權行為作成，可以逕行移送，但因為未經過法院審查，可能風險比較高。我承認這部分風險確實比較高，但列入考慮也不至於到完全排除的地步。最後，我想了解請求權的發生時點，到底在什麼時候？例如社會保險的給付請求權，當所有要件都已成就，但請求權人並未提出申請，請問該請求權已經可以成為命債權人移轉之標的嗎？還是需要由被保險人提出申請？本案似乎是處於此種情況下。所以即使要件成就，但請求權是否發生，也是一個問題。以上補充。

吳委員東都：

為何要區別請求權是否能以行政處分命其給付，延續我剛才所舉的例子，假設甲行政機關以行政處分形成公法上金錢債權，乙債務人是處分相對人，而乙對丙有債權請求權，假如甲機關可以代位乙請求，若丙主張行政機關於實體法上對乙沒有權利存在，因為乙對丙的請求是私法上的請求權，屬於民事法院管轄。民事法院並不可以審查處分的合法性，又假設乙不對處分提撤銷訴訟，丙要如何救濟？丙並無管道主張處分有瑕疵而請求撤銷處分，所以對丙的權利保護，漏洞很大。要先解決這個問題，才能承認類推適用。

本部行政執行署戴主任執行官東麗：

現在移送到執行署的案件，一定要是合法送達的案件。如果受處分人放棄權利救濟，案子就會確定。今天之所以提出這議題，是因為我們行政執行法的規定，有很多不完整之處。所以我們已經提了修法草案到行政院法規會審議。另外，行政執行中，如果第三人對於行政執行有意見，可以聲明異議，所以有救濟程序。在整個法體系的救濟程序而言是完備的。謝謝。

主席（陳召集委員明堂）：

今天開會到此為止，謝謝各位參與。

主席：林錫堯、陳明堂

記錄：張天界、張浩倫