

104 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果

提案一

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

行政訴訟每一當事人委任訴訟代理人不得逾三人之人數限制，複代理人是否包含在內？

三、討論意見：

甲說：肯定說

(-)行政訴訟當事人得委任訴訟代理人為訴訟行為，然人數過多，聚訟一堂，於訴訟程序進行，反有妨礙，並對當事人產生不利影響，故行政訴訟法第49條第1項但書乃設限制規定：「每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。」以杜浮濫。

(-)又訴訟代理人本於受委任權限而所委任之複代理人，亦為當事人本人之訴訟代理人，訴訟代理人及複代理人所為訴訟行為，亦同對當事人及法院生效，是行政訴訟法第49條第1項但書所謂不得逾三人之人數限制，自應包含複代理人在內。

乙說：否定說

(-)行政訴訟法第49條第1項但書：「每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。」之人數限制，乃參考刑事訴訟法規定而來，其限制係依當事人為準，而非以案件為依據。

(-)訴訟代理人須受特別委任，方得委任複代理人，且不得逾一人，複代理人既非當事人所委任，自未包含於前述條文但書規定所謂每一當事人委任訴訟代理人不得逾三人之人數限制範圍。

四、初步研討結果：採乙說。

五、大會研討結果：採乙說。（實到60人，甲說19票、乙說33票）

六、相關法條：

行政訴訟法第49條

七、參考資料：

(一)最高法院70年台上字第4688號判例

(二)最高行政法院91年度判字第1129號判決

提案二

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

甲機關提起行政訴訟，委任所屬乙機關之代表人為訴訟代理人（有特別代理權），該訴訟代理人再委任律師為複代理人。問乙機關代表人是否符合行政訴訟法第49條第2項第3款之規定？本件複代理是否合法？

三、討論意見：

甲說：否定說

揆諸立法沿革，民國87年10月28日公布之行政訴訟法第49條第2項第3款規定「行政訴訟應以律師為訴訟代理人。非律師具有左列情形之一者，亦得為訴訟代理人：……三、因職務關係為訴訟代理人者。」所稱「職務關係為訴訟代理人者」，係指因本身職（業）務之執行與訴訟事件息息相關，乃基於訴訟事件內容之熟悉性及考量當事人之利益，尤其是費用的節省，允許其為訴訟代理人，例如被告機關與訴訟事件相關之承辦人員或負責法制業務之人員者而言。嗣修正後現行行政訴訟法第49條第2項第3款，立法者具體且限縮代理人資格之範圍為「所屬專任人員」辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。就機關之組織而言，乙機關之代表人並非甲機關之所屬人員，且機關代表人之權限係綜理該機關業務，並指揮監督所屬員工，尚非「專任」辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務之人員，乙機關代表人自不符合行政訴訟法第49條第2項第3款所規定得為訴訟代理人之資格。而委任複代理人須以原訴訟代理人合法代理為前提，本件乙機關之代表人並非甲機關所屬專任辦理法

制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務之人員，不具有訴訟代理人資格，即無委任複代理人之權限，所為之委任即不生訴訟法上之效果。是乙機關之代表人以自己名義委任複代理人，於法不合，縱委任律師為複代理人，亦非適法。

乙說：肯定說

蓋訴訟行為具高度技術性，訴訟代理人制度之意義係基於所有當事人之利益，使訴訟程序客觀化實質化，以俾爭議解決，並經由訴訟代理人制度阻止不具意義之訴訟或訴訟方法提出，避免不必要之陳述，使法院能夠集中於問題爭點，達成審判迅速、訴訟經濟之目的。現行行政訴訟法第49條第2項第3款雖規定代理人資格之範圍為「所屬專任人員辦法法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務」，惟我國機關組織態樣眾多，並非所有機關均有專任之法制或相關人員，則是否為合法代理之規定，仍應以實質代理即對訴訟事件內容之熟悉性及考量當事人之利益為判斷準據。而就業務上而言，乙機關為甲機關之所屬機關，乙機關之人員即為甲機關之所屬人員，乙機關之代表人雖非辦法法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務之「專任人員」，惟乙機關代表人既綜理該機關之業務，訴訟事件亦包含其中，由其代理有利於雙方當事人權益並俾利訴訟之進行，自符合行政訴訟法第49條第2項第3款之規定。且其受特別委任而另行委任律師為複代理人進行訴訟，亦已符合行政訴訟法第49條第2項規定應以律師為訴訟代理人之立法意旨，本件複代理即屬適法。

四、初步研討結果：多數採乙說。

五、大會研討結果：採乙說。(實到60人，甲說5票、乙說52票)

六、相關法條：

行政訴訟法第49條

七、參考資料：無

提案三

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

被繼承人於死亡前2年內贈與繼承人1筆現金（超過贈與稅免稅額），嗣被繼承人死亡後僅遺留不動產，則繼承人為納稅義務人於申請實物抵繳遺產稅時，稽徵機關得否以此筆現金作為審酌有無繳納困難之參考？

三、討論意見：

甲說：肯定說

按遺產及贈與稅法第30條第4項規定：「遺產稅或贈與稅應納稅額在30萬元以上，納稅義務人確有困難，不能一次繳納現金時，得於納稅期限內，就現金不足繳納部分申請以在中華民國境內之課徵標的物或納稅義務人所有易於變價及保管之實物一次抵繳。．．．。」是依上開規定，遺產稅本應以現金繳納之，且因遺產稅係「針對遺產課稅」，故遺產稅亦以「遺產」繳納為原則，是以審酌納稅義務人有無繳現困難時，自應就遺產整體為觀察，包括現金遺產部分。又同法第15條第1項第2款規定：「被繼承人死亡前2年內贈與下列個人之財產，應於被繼承人死亡時，視為被繼承人之遺產，併入其遺產總額，依本法規定徵稅：．．．二、被繼承人依民法第1138條及第1140條規定之各順序繼承人。」此係將已贈予之財產擬制為遺產之規定。在符合上開規定之贈與財產為現金之情形，於受贈人為繼承人且為納稅義務人時，雖遺產中實際上無此筆現金，惟納稅義務人既自被繼承人處取得此筆現金，實質上為被繼承人所遺之現金；且遺產及贈與稅法第15條第1項既規定應併入遺產總額核課遺產稅。從而

，稽徵機關於審酌納稅義務人有無現金繳納困難時，此部分自應列為被繼承人所遺之現金予以審酌。但仍須視納稅義務人對該筆受贈現金之具體使用情形以定其實際上有無現金繳納遺產稅之困難。

乙說：否定說

按遺產及贈與稅法第15條第1項規定：「被繼承人死亡前2年內贈與下列個人之財產，應於被繼承人死亡時，視為被繼承人之遺產，併入其遺產總額，依本法規定徵稅．．．。」究其立法意旨，係在防止被繼承人生前分析財產，規避遺產稅之課徵，故以法律規定被繼承人於死亡前一定期間內贈與特定身分者之財產，於被繼承人死亡時，應視為遺產課稅，核此規定係本於租稅政策所為對遺產總額如何認定之擬制規定，其並未否定被繼承人死亡前2年內贈與之效力。則此筆現金既已於生前贈與，已非屬被繼承人所有，即無從構成被繼承人遺產之一部分，而遺產稅之繳納既以被繼承人之「遺產」繳納為原則，再則實物抵繳遺產稅之設計，係以是否有現金繳納困難情事為準否抵繳要件，自應以繼承人實際繼承之遺產加以判斷，不及於計算遺產總額時之擬制「遺產」。換言之，關於遺產總額及遺產稅如何核定，與遺產稅核定後納稅義務人有無現金繳納困難，係屬不同層次問題，不應混為一談。是以稽徵機關於審酌有無現金繳納困難情事時，自不應將該筆非屬被繼承人所遺之現金列入考量。

四、初步研討結果：多數採甲說。

五、大會研討結果：採甲說。（實到59人，甲說47票、乙說2票）

六、相關法條：

(一)遺產及贈與稅法第15條、第30條

(二)民法第1138條、第1140條

七、參考資料：

(一)甲說參考資料：

1. 財政部93年10月21日台財稅字第09304551400號令
釋

2. 最高行政法院100年度判字第992號判決

(二)乙說參考資料：

財政部89年1月18日台財稅字第0890450617號函釋

提案四

一、提案機關：智慧財產法院

二、法律問題：

系爭專利權人甲向經濟部智慧財產局申請發明專利，經審查准予專利後，向經濟部智慧財產局提出系爭專利更正專利說明書申請案，經濟部智慧財產局經審查為「本案應准予更正」之處分，並將該准予更正事項公告於專利公報，乙不服前揭准予更正之處分，以利害關係人之身分向經濟部提起訴願，其程序是否合法？

三、討論意見：

甲說：肯定說

按「發明專利權人申請更正專利說明書、申請專利範圍或圖式，... 得就下列事項為之：... 。三、誤記或誤譯之訂正。... 」、「更正，... ，不得超出申請時說明書、申請專利範圍或圖式所揭露之範圍」及「更正，不得實質擴大或變更公告時之申請專利範圍。」，專利法第67條第1項第3款、第2項及第4項分別定有明文。依專利法第67條規定之立法理由在於平衡第三人與專利權人之利益，又專利審查基準第二篇第9章2-9-1頁所揭意旨亦在於保護公眾利益，可知專利法第67條規定之更正准予處分，確實涉及專利權人與特定人間之利益平衡，故專利法就整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，自有保障受專利更正處分所影響之特定人之立意。又按利害關係人得提起訴願，為訴願法第14條第2項所明定，是以乙若能釋明其就經濟部智慧財產局准予系爭專利更正專利說明書之處分具有利害關係，自屬本件之利害關係人，例如乙主張系爭專利權人甲已向法院起訴主張

乙侵害系爭專利並請求損害賠償等爭議事件，且依據系爭專利原公告之說明書及申請專利範圍，乙之產品並未落入系爭專利之原申請專利範圍，並提出民事起訴狀、民事答辯理由狀等相關訴訟文書及專利侵害鑑定報告為證憑，釋明本件原處分准予系爭專利變更說明書內容及申請專利範圍，已損害乙之實體防禦及訴訟程序之權益，足認乙係屬訴願法第14條第2項所謂之利害關係人，而得提起本件訴願。

乙說：否定說

- (-)按訴願法第1條第1項規定，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但該項但書則規定，法律另有規定者，從其規定。而所謂法律另有規定非逕行得提起訴願者，所在多有。例如商標法規定之異議程序、專利法規定之再審查程序、稅捐稽徵法規定之申請復查程序等，屬於提起訴願程序前應經先行救濟程序之規定，公務人員保障法所設之復審程序、會計師法所規定之懲戒程序、教師法所規定申訴及再申訴程序等，則屬於循其他取代訴願途徑之救濟程序，上揭規定均屬前揭訴願法第1條但書之法律另有規定之情形。又最高行政法院45年度判字第68號判例：「兵役法施行法第六十八條第六十九條關於緩徵緩召之複核，係不服緩徵緩召之特別程序。如未依此特別程序申請複核，遽向該管上級管署提起訴願，程序上自有未合。」即明揭法律規定向行政機關先行救濟、異議或複核係屬法定特別之程序，若未依此特別程序而逕自提起訴願，則非適法。因此，對於此種行政處分之救濟程序，既屬

法律規定之特別程序，相對於訴願法之一般訴願程序規定自應優先適用。

- (二)次按「發明專利權有下列情事之一，任何人得向專利專責機關提起舉發：一、違反第21條至第24條、第26條、第31條、第32條第1項、第3項、第34條第4項、第43條第2項、第44條第2項、第3項、第67條第2項至第4項或第108條第3項規定者。…三、違反第12條第1項規定或發明專利權人為非發明專利申請權人。」、「發明專利權得提起舉發之情事，依其核准審定時之規定。但以違反第34條第4項、第43條第2項、第67條第2項、第4項或第108條第3項規定之情事，提起舉發者，依舉發時之規定。」、「任何人對於經核准延長發明專利權期間，認有下列情事之一，得附具證據，向專利專責機關舉發之：一、發明專利之實施無取得許可證之必要者。二、專利權人或被授權人並未取得許可證。三、核准延長之期間超過無法實施之期間。四、延長專利權期間之申請人並非專利權人。五、申請延長之許可證非屬第一次許可證或該許可證曾辦理延長者。六、以取得許可證所承認之外國試驗期間申請延長專利權時，核准期間超過該外國專利主管機關認許者。七、核准延長專利權之醫藥品為動物用藥品。」，專利法第71條第1項第1、3款、第3項、第57條第1項分別定有明文。可知專利法已明確規定違反新穎性、進步性專利要件、違反專利申請專利範圍、說明書或圖示之更正要件、違反說明書揭露要件、違反專利分割要件、具備不允許延長專利權要件、或非專利權共有人全體提出專利申請、或爭執專利權人為非申請權人等情形，係屬法定舉發事

由，而應提起舉發程序。故專利法關於舉發之規定，係屬於前述應於訴願前有先行程序之法定特別救濟程序，對於專利申請專利範圍、說明書或圖示之更正之准否不服，應提起舉發程序，而適用訴願法第1條第1項但書之規定。

(三) 又按專利法第48條但書規定：「但因申請程序不合法或申請人不適格而不受理或駁回者，得逕依法提起行政救濟。」、第82條第2項第2款規定：「發明專利權經撤銷後，有下列情事之一，即為撤銷確定：…二、提起行政救濟經駁回確定者。」乃專利法所規定應提起一般行政救濟程序（即訴願程序）之情形，故比較前揭專利法所明定舉發事由之規定以及專利法所定一般行政救濟程序之規定，亦突顯專利法之舉發程序規定有別於一般可逕行提起行政救濟程序之特別規定。是以，就本件准予系爭專利更正之原處分，乙若認為系爭專利說明書之更正有不應准許之事由，依法即應向專利專責機關即經濟部智慧財產局提起舉發，若不服經濟部智慧財產局之舉發審定，始能依訴願法之規定提起訴願。

(四) 再者，專利權具有法定排他權授予之本質，其權利範圍來自申請專利範圍及說明書、圖示之內容，故專利法第47條規定對核准專利應予公告，使公眾能知悉該專利權內涵，而專利法設立舉發之公眾審查制度，任何人均得對於專利可專利要件質疑而提出舉發，使專利專責機關即經濟部智慧財產局公告專利案可專利性能再予檢視。同理，申請專利範圍、說明書或圖示之更正，亦可能影響專利技術內容之排他範圍，故專利法第68條第2項規定專利專責機關於核准更正後應公告其事

由，使公眾知悉專利更正內容，而藉助專利法設立舉發之公眾審查制度，任何人也可對於專利更正是否符合要件提出質疑而提出舉發，使經濟部智慧財產局得再檢視更正之合法性。是以，依本件之情形，乙應向經濟部智慧財產局提起舉發，使得經濟部智慧財產局得再對於准予專利及核准更正之行政處分重行進行檢視。而無論對專利之行政處分或准予更正之行政處分之質疑，除上揭適用公眾審查制度之規定外，專利法並未設有利害關係第三人可逕行提起訴願之規定。因此，若乙可主張其係行政處分之有利害關係之第三人而得提起訴願，則任何第三人就可逕自提起訴願程序而無視其他法規中之特別規定，則不僅如同本件准予更正行政處分之情況，則對於經濟部智慧財產局一般所准予專利權之行政處分，任何人均會因專利權在一定技術範圍內的排他行使而有利害關係，即可直接向經濟部訴願會提出引證案而主張專利不具可專利要件，而無庸透過向經濟部智慧財產局提起舉發程序。如此不僅完全架空專利法所規定之舉發程序，亦將使經濟部智慧財產局喪失法定應重新檢視其行政處分適法性之機會。此外，乙此等認為違反更正要件可逕提訴願而可忽視依法應提舉發之主張若能成立，何以未見專利實務上有對於准予專利行政處分認為係違反專利法新穎性、進步性等規定，逕依訴願法「利害關係人」規定提起訴願，而未依專利法規定提起舉發者？故訴願審理機關受理本件之決定，應已違反訴願法第1條第1項但書及相關專利法舉發規定，其亦已僭越行政機關職權，創設新的行政救濟途徑，不只違反平等原則，也

於權力分立、法律保留原則有違。況且，乙既然未對原處分提出舉發而是逕自提起訴願程序，則乙若就本件行政爭訟失利後，亦可能再向經濟部智慧財產局提出舉發或舉發後之行政救濟，而將使得本件循環爭訟，無法紛爭一次解決，明顯浪費行政及訴訟資源。

(五)承上，乙未依專利法之規定就系爭專利說明書准予更正之原處分提起舉發，顯然於法不合，其程序不合法。

四、初步研討結果：採甲說。

五、大會研討結果：多數採乙說。(實到59人，甲說11票、乙說13票，未逾出席法官半數)

六、相關法條：

(一)專利法第47條、第48條、第57條第1項、第67條第1項第3款、第2項及第4項、第71條第1項、第3項、第82條第2項

(二)訴願法第1條第1項、第14條第2項

七、參考資料：

(一)最高行政法院45年判字第68號判例

(二)經濟部103年6月18日經訴字第10306105880訴願決定書

提案五

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

甲領有工廠登記證在案，其所有坐落於工業區之A土地，非原核定工廠登記證用地之範圍，係直接供工廠員工停車場使用，主管機關並課以工業用地稅率數十年，嗣經主管機關查核結果，認A土地非坐落於原工廠登記之工廠用地範圍，爰改按一般用地稅率核課地價稅。系爭A土地改以一般用地稅率核課地價稅，是否有理？

三、討論意見：

甲說：肯定說，以工廠登記證認定說

(-)按財政部91年7月31日台財稅第0910453050號令謂「工廠管理輔導法於90年3月14日公布施行，為因應工廠登記制度之變革，申請適用工業用地稅率課徵地價稅及合法登記工廠減半徵收房屋稅之案件，應依下列規定辦理：一、依土地稅法第18條第1項第1款規定，工業用地按千分之10課徵地價稅，上開規定係以辦理工廠登記之廠房用地為適用對象，亦即以製造業為主要對象，工廠管理輔導法實施後，工廠登記改已達一定標準者，始需依該法申辦工廠登記。故製造業之範圍包括領有工廠登記證之工廠及免辦工廠登記而實際從事物品製造、加工行為者。是以，於工業用地或工業區內，須設廠從事物品製造、加工者，始可准予適用工業用地稅率課徵地價稅，至於是是否達申辦工廠登記標準，則非所問…四、工業用地申請按千分之10稅率課徵地價稅或合法登記之工廠申請減半課徵房屋稅者，各應檢附之證件如下：(一)地價稅部分：1.建廠期間：應檢附建造執照（建築物用途載明與物品製造、加工有關

之用途)及其他相關文件。如建廠前依法需先取得工廠設立許可者，應加附工廠設立許可。2. 建廠完成後：已達申辦工廠登記標準者，應檢附工廠登記核准函及工廠登記證；未達申辦工廠登記標準者，應檢附使用執照或其他建築改良物證明文件…。」

(二)本件系爭A土地，並非原核定之工廠登記範圍內之土地，則不論該地是否為工業使用所必要之附屬用途，即無法適用工業用地稅率核課地價稅。(最高行政法院98年度判字第501號、96年度判字第339號、96年度判字第242號判決參照)。

乙說：否定說，非以工廠登記證範圍認定說

(一)系爭A土地係坐落於工業區內，且係供員工停車之用，其用途復不違反都市計畫之相關規定，則員工停車場之用途，係供合於工廠管理輔導法所規定工廠之使用，而得認屬直接供工廠使用有關之土地或視為工廠之一部分，即難謂與土地稅法所規定按工業用地稅率課徵地價稅之要件不合。

(二)有關於工業用地之定義，是否符合工廠管理輔導法所規定工廠之要件，應自客觀使用情形判斷之，並不以由土地所有權人自行設廠使用為必要，有財政部69年6月13日台財稅字第34700號函：「凡依法核定之工業區土地及政府核准工業或工廠使用之土地，已按工業主管機關核定規劃使用者，無論自有自用或出租與興辦工業人使用，均得適用土地稅法第18條規定之工業用地特別稅率課徵地價稅。」可參。

(三)就土地之利用，法令並無禁止得合併數筆土地為同一目的使用之意旨，故就土地是否直接供工廠有關之使用或視為工廠之一部分等關於土地是

否按工業主管機關核定規劃使用之判定，自應就相關土地予以整體觀察，尚不得僅就各筆土地分別予以獨立判斷。

(四)土地稅法第18條第1項第1款，關於工業用地已按目的事業主管機關核定規劃使用者，並不以土地上之工廠領有工廠登記證為必要，系爭A土地係坐落於工業區內，供工廠之員工停車場之使用，合於工廠管理輔導法所規定工廠之使用，屬於直接供工廠使用有關之土地或視為工廠之一部分，是以應依工業用地稅率核課地價稅。(最高行政法院102年度判字第143號判決參照)

四、初步研討結果：採乙說。

五、大會研討結果：提案機關撤回本提案。

六、相關法條：

(一)土地稅法第18條第1項第1款

(二)土地稅法施行細則第13條第1款

七、參考資料：

(一)甲說（肯定說）參考裁判

1. 最高行政法院98年度判字第501號判決

2. 最高行政法院96年度判字第339號判決

3. 最高行政法院96年度判字第242號判決

(二)乙說（否定說）參考裁判

最高行政法院102年度判字第143號判決

提案六

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

某縣政府辦理農地重劃，已依農地重劃條例第25條規定公告分配結果，並依同條例施行細則第51條規定通知土地所有權人應於期限內繳納差額地價，嗣因移送行政執行而取得該差額地價，惟該差額地價之公法上請求權已罹於時效，土地所有權人遂依公法上不當得利之法律關係提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟。試問：土地所有權人能否類推適用民法第182條第2項惡意受領人之規定請求附加利息一併返還？

三、討論意見：

甲說：肯定說

(一)按公法與私法，雖各具特殊性質，但二者亦有其共通之原理，私法規定之表現一般法理者，應亦可適用公法關係，有最高行政法院52年判字第345號判例意旨足參。鑑於公法上不當得利向為實務所承認，惟其成立要件及返還範圍於行政程序法中未有明文，為填補此法規範之漏洞，應類推適用民法第182條第2項關於附加利息一併償還之規定，給予土地所有權人請求給付利息之權利。

(二)公法上不當得利，可分為一般公法上不當得利及特殊公法上不當得利。特殊公法上不當得利之返還請求權，如98年1月21日修正公布之稅捐稽徵法第28條、第38條第2項及行政程序法第127條等，法律已明定應計付利息或準用民法相關規定；而在一般公法上不當得利，法律雖無明文規定，但不能解釋為當然禁止（最高行政法院86年8月份庭長評事聯席會議決議意旨參照），基於相同

法理，亦應准許類推適用民法第182條第2項關於不當得利附加利息一併償還之規定，以求均衡。

(三)所謂公法上不當得利，乃指在公法範疇內，欠缺法律上原因而發生財產變動，致一方得利，他方受損害而言。基於依法行政原則，不合法之財產變動均應回復至合法狀態，得利之一方不僅應將不當得利返還受損人，受損人亦得請求所失利益（民法第181條參照）。是「所受利益」為金錢時，即可能本於該利益更有所取得利息，自應一併償還。若給付有遲延情形，亦得類推適用民法第203條、第231條及第233條規定，請求給付遲延利息。

(四)人民基於行政處分而受領利益，嗣因行政處分效力溯及消滅而需返還時，依行政程序法第127條第2項準用民法有關不當得利之規定，行政機關得準用民法第182條第2項規定請求加計利息返還，德國學說及實務均採此見解（劉建宏，行政主體向人民主張公法上返還請求權之法律途徑及其返還範圍－以授益處分經自行撤銷之情形為例，東吳法律學報第19卷第2期，第208頁）。故基於對等原則，在類似之財產變動情形，人民因行政機關違法執行行政處分，致有財產上之損害，亦應給予類推適用民法第182條第2項規定一併請求給付利息之權利，始謂公平。

(五)德國實務見解認為，所受領之金錢如與商業性資金混合使用，即受領人將所受領之金錢與其企業或商號之資金混合而用於商業用途，應視為所受領之給付已發生利息（劉建宏，前揭文，第206頁）。就實際之情形而言，受領人受領金錢給付後，鮮少將其單獨存放，多與其他金錢混合，若受

損人能舉證證明此情，並無不准許其一併請求償還利息之理。

乙說：否定說

(一) 公法上不當得利，可分為一般公法上不當得利及特殊公法上不當得利。特殊公法上不當得利之返還請求權，如98年1月21日修正公布之稅捐稽徵法第28條、第38條第2項及行政程序法第127條等，法律已明定應計付利息或準用民法相關規定；但在一般公法上不當得利，則無此規定，蓋因公法上已有「信賴保護原則」、「誠實信用原則」及「衡平原則」等足資應付，故無類推適用民法第182條第2項有關返還不當得利時應附加利息規定之必要與實益（林明昕，公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構，第252頁）。易言之，公法上之返還義務，如法律或其明確授權訂定之命令未有加計利息之規定或準用相關加計利息規定之明文，並不當然加計利息，此觀稅捐稽徵法第49條規定：「滯納金、利息、滯報金、怠報金、短估金及罰鍰等，除本法另有規定者外，準用本法有關稅捐之規定。但第6條關於稅捐優先及第38條關於加計利息之規定，對於罰鍰不在準用之列。」自明。是一般公法上不當得利事件，若法律或其授權訂定之命令未設有加計利息或準用相關加計利息規定之明文，人民向國家請求返還公法上不當得利時，原則上即不得請求加計利息。

(二) 依最高行政法院52年判字第345號判例意旨，公法與私法，雖各具特殊性質，但二者亦有其共通之原理，私法規定之表現一般法理者，亦可適用於公法關係。但並非謂所有私法規定均得適用或

類推適用於公法關係，必須當事人因公法上不當得利事件主張之公法上請求權，與私法上請求權，具備共同法理，且本質相同時，方有類推適用私法規定之空間。

- (三)一般公法上不當得利返還請求權，其結構及目的，固與民法之不當得利返還請求權相似，而得類推適用其成立要件，但因國家公法上之收入，原則上係用在公益，而非獲利，與私法上收益性質不同，故一般公法上不當得利事件，國家並未受有何利息利益，自無請求返還利息之餘地。

四、初步研討研果：多數採乙說。

五、大會研討結果：採乙說。(實到56人，甲說13票、乙說30票)

六、相關法條：

(一)行政程序法第127條

(二)民法第181條、第182條第2項、第203條、第231條第1項、233條第1項

(三)稅捐稽徵法第28條第3項、第38條第2項、第49條

七、參考資料：

(一)最高行政法院52年判字第345號判例

(二)最高行政法院86年8月份庭長評事聯席會議決議

(三)劉建宏，行政主體向人民主張公法上返還請求權之法律途徑及其返還範圍—以授益處分經自行撤銷之情形為例，東吳法律學報第19卷第2期，第206、208頁

(四)林明昕，公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構，第252頁

(五)否定說之參考判決有：最高行政法院103年度判字第52號判決、100年度判字第1340號、101年度判字第197號判決、99年度判字第790號判決、高雄高等行政法院97年度訴字第716號判決

提案七

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

甲與乙結婚，生子丙、丁後即因故離家出走行蹤不明，丙、丁則由其母乙單獨撫養。嗣於40年後，甲因無人照顧且體弱多病而由直轄市老人福利機構依職權予以適當保護及安置。期間因丙、丁二人以其父自幼未盡扶養義務且情節重大，向法院聲請免除扶養義務並經法院裁定准許。嗣老人福利機構以法院裁定免除扶養義務前之老人保護及安置所需之費用，檢具相關單據，通知丙、丁償還，丙、丁以其業經法院裁定免除扶養義務在案拒絕返還，循序提起行政訴訟，有無理由？

三、討論意見：

甲說：否定說

(一) 民法第1118條之1

(二) 修正增訂刑法第294條之1條文乃係配合民法第1118條之1增訂條文而來，故縱民法第1118條之1之立法理由未說明法院所為減輕或免除負扶養義務者之扶養義務之確定裁判，是否具有溯及效力，然上開二法條既有如此緊密關係，則參酌刑法第294條之1之立法理由，不失為最能探求民法第1118條之1立法本意之方法。從而刑法第294條之1之立法理由既已說明：「依民法第1118條之1修正草案之規定，扶養義務之減輕或免除，須請求法院為之。法院減輕或免除扶養義務之確定裁判，僅向後發生效力，並無溯及既往之效力。」等語，則依民法第1118條之1規定減輕或免除扶養義務人之扶養義務之確定裁判，僅向後發生效力，並無溯及既往之效力。

乙說：肯定說

(-)按「第一項老人保護及安置所需之費用，由直轄市、縣（市）主管機關先行支付者，直轄市、縣（市）主管機關得檢具費用單據影本及計算書，通知老人之直系血親卑親屬或依契約有扶養義務者於三十日內償還；逾期未償還者，得移送法院強制執行」為上揭老人福利法第41條第3項所明文。參以該條文於96年1月31日修正之立法理由：「…除依法令負有扶養義務之人外，實際上亦有依契約負有扶養義務者，相關置於危難之行為，除刑事告訴外，亦有民事損害賠償問題，爰酌修第一項，使臻周延。配合第1項增訂依契約負有扶養義務之人…。」可知，國家於扶養義務人未盡其扶養義務，致老人之生命、身體、健康發生危難時，依前開老人福利法之規定，予以短期保護與安置，乃履行國家依法律所應盡之公法上緊急處置義務，使老人獲得暫時之保護，以避免危難發生；但受安置之老人之扶養義務人始為法定之最終扶養義務人，故前開老人福利法規定，國家予以暫時性安置所代墊之費用應由扶養義務人償還。主管機關依老人福利法第41條第3項規定向扶養義務人求償，乃基於此一法律規定之公法債權，而非「代位」老人對法定扶養義務人行使扶養請求權，換言之，該公法債權與民事之扶養請求權有別；惟國家對老人予以暫時性安置所代墊費用之償還請求權，仍係以受請求人扶養義務存在為前提，倘扶養義務已據法院裁判免除而不存在，法律上已非扶養義務人，國家自不得再對之請求代墊費用之償還。（最高行政法院101年度判字第562號判決參照）

(二)丙丁以其父甲無正當理由未盡扶養義務，且情節重大，向法院請求免除扶養義務，並經法院准許在案，則該民事確定裁定顯已變更丙丁原應對甲負扶養義務之特定法律關係結果，且確認丙丁自始對甲即無扶養義務，亦即該形成裁定兼具有確認之性質，應有溯及之效力，否則民法第1118條之1免除扶養義務之規定徒成具文，顯非立法之本旨。至刑法第294條之1立法理由固載明「依『民法』第1118條之1修正草案之規定，扶養義務之減輕或免除，須請求法院為之。法院減輕或免除扶養義務之確定裁判，僅向後發生效力，並無溯及既往之效力。因而於請求法院裁判減輕或免除扶養義務之前，依民法規定仍負扶養義務。本條所定阻卻遺棄罪成立之事由，與『民法』第1118條之1修正草案扶養義務之減輕免除事由相同者，事由是否存在，民刑事案件各自認定，彼此不受拘束，併此敘明。」惟此僅為民法第1118條之1立法草案之說明，並非該條最終決定之立法理由，況且刑法係採罪刑法定主義，須以行為時法律有刑罰規定者，始得加以處罰，此與民法之立法尚屬有間，故難以刑法第294條之1立法理由拘束民法第1118條之1及老人福利法第41條之適用。

四、初步研討結果：多數採乙說。

五、大會研討結果：經表決此設題屬私權爭執，不再繼續討論（實到57人，認屬公法事件8票、認屬私法事件30票）。

六、相關法條：

(一)刑法第294條之1

(二)老人福利法第41條

七、參考資料：

最高行政法院101年度判字第562號判決

提案八

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

按漁業法第59條規定「漁業動力用油，免徵貨物稅。漁業動力用油優惠油價標準，由行政院定之。」，次按依漁業法第59條授權訂定之99年11月23日修正發布之漁業動力用油優惠油價標準（下稱優惠油價標準）第13條第1項第7款規定「使用甲種、乙種或丙種漁船油之漁業人，應按其違規情形，分別依下列規定繳回漁業動力用油之優惠油價補貼款：一、…七、從事非漁業行為：繳回該違規航次用油量部分。」，被告行政院農業委員會得否以原告所有之漁船（下稱系爭漁船）經查獲有從事非漁業行為之事實，依優惠油價標準第13條第1項第7款規定，核算該漁船違規航次之用油量計，作成下命之行政處分，命原告限期繳回該違規航次之優惠用油補貼款（下稱系爭補貼款）？

三、討論意見：

(一)肯定說（即甲說）：

按優惠油價標準第13條第1項第7款規定，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。是漁業人購買漁業動力用油時，即依前述說明，由油品公司按油牌價先予扣除後，再由被告編列預算，無息歸付油品公司。故被告依行政院所定之優惠油價標準，發給漁業人漁業動力用油購油手冊，由油品公司按油牌價先予扣除，再由被告編列預算，無息歸付油品公司，乃係附解除條件之授益行政處分，如漁業人購買動力用油後有違反上開規定從事非漁業行為者，即屬解除條件成就，應由被告執行收回該違規航次漁業動力

用油量之優惠油價補貼款（最高行政法院101年度判字第1132號判決意旨參照）。原告之系爭漁船於獲得漁業動力用油優惠補貼後，將所購漁船動力用油用於從事非漁業行為，業已該當優惠油價標準第13條第1項第7款之規定，被告給予優惠油價補貼之授益行政處分，即因解除條件成就而溯及既往失其效力，是被告以書面通知漁業人即原告繳回該違規航次漁業動力用油量之系爭補貼款，並無不合；次按行政程序法第127條規定：「（第1項）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。（第2項）前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」依其文義，第2項所稱「返還範圍」，自係指第1項「受益人應返還因該處分所受領之給付」，易言之，第2項之完整文義應係「受益人應返還因該處分所受領之給付，其返還範圍準用民法有關不當得利之規定」，條文並未限制行政機關只能以提起一般給付訴訟之方式請求受益人返還所受利益，僅其受利益之範圍準用民法不當得利之規定而已。是於符合法律規定之情形下，行政機關尚非不得以行政處分之方式，命受益人返還其所受利益；再按行政執行法第2條：「本法所稱行政執行，指公法上金錢給付義務、行為或不行為義務之強制執行及即時強制。」第11條第1項：「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：一、其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間

者。二、其處分文書或裁定書未定履行期間，經以書面限期催告履行者。三、依法令負有義務，經以書面通知限期履行者。」所稱「公法上金錢給付義務」，同法施行細則第2條規定：「本法第2條所稱公法上金錢給付義務如下：一、稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金及短估金。二、罰鍰及怠金。三、代履行費用。四、其他公法上應給付金錢之義務。」條文除列舉1至3款為公法上金錢給付義務之類型，並以第4款「其他公法上應給付金錢之義務」為概括規定。而漁業人受優惠油價補貼而有優惠油價標準第13條第1項第7款之從事非漁業行為時，依條文規定既應繳回該違規航次用油量部分，是就此應繳回優惠油價補貼之規定，自屬行政執行法第11條第1項所指「義務人依法令負有公法上金錢給付義務」之範疇，依同條項第3款規定，被告自得以書面通知原告限期繳回系爭補貼款。復參以所謂行政處分，依訴願法第3條第1項及行政程序法第92條第1項規定，係指中央或地方行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。被告以書面通知原告限期繳回系爭補貼款，已對原告產生規制效力，不問其形式或名稱為何，義務人即原告收受通知之後，如有不服並非不得提起行政爭訟，該書面通知自係行政處分（吳庚著行政法之理論與實用增訂12版，第519頁至520頁參照）。末按優惠油價標準第14條第1項固規定：「漁業人或漁業從業人有前條第1項第1款至第6款、第3項或第4項所定情形之一者，依本法（即漁業法）第10條規定處分。」而漁業法第10條規定：「漁業人違反本法或依本法所發布之命令時，中央主管機關得限制或停止其漁業經營

，或收回漁業證照1年以下之處分；情節重大者，得撤銷其漁業經營之核准或撤銷其漁業證照。……。」據此，漁業人違反優惠油價標準第13條第1項第1款至第6款、第3項或第4項之規定時，除應按其違規情形，分別依各該款、項之規定繳回漁業動力用油之優惠油價補貼款外，另應依漁業法第10條規定予以限制或停止其漁業經營……等處分。查優惠油價標準雖未另以明文規定漁業人有第13條第1項各款所定情形之一者，行政機關得以行政處分命漁業人繳回優惠油價補貼款，致被告所為書面通知與行政執行法第11條第1項「本於法令之行政處分」之規定似屬有間。惟依前開說明，原告係「依法令負有公法上金錢給付義務」，被告自可以書面行政處分命原告限期繳回系爭補貼款。（臺北高等行政法院103年度訴字第805號、第806號判決參照）

(二) 否定說（區分乙、丙、丁三說）：

乙說：被告不得以下命行政處分之方式請求返還系爭補貼款，應提起一般給付訴訟，被告所為僅為觀念通知。

查優惠油價標準第13條第1項第7款，係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，而非賦予被告得以行政處分命漁業人繳回優惠油價補貼款之法律基礎。此觀諸同標準第14條第1項僅規定：「漁業人或漁業從業人有前條第1項第1款至第6款、第3項或第4項所定情形之一者，依本法第10條規定處分（即限制或停止其漁業經營、收回漁業證照1年以下之處分、撤銷其漁業經營之核准或撤

銷其漁業證照)」，而未一併規定「漁業人有第13條第1項各款所定情形之一者，依該條項規定處分」，基於「明示其一，排除其他」之法理，益見該標準並未賦予被告得以行政處分命漁業人繳回優惠油價補貼款之權限。揆諸最高行政法院102年度判字第600號、103年度判字第107號判決意旨，尚不能以「漁業人」依優惠油價標準第13條第1項第7款負有繳回所受領優惠油價補貼款之義務，而認被告得以行政處分命該「漁業人」返還優惠油價補貼款；本件系爭漁船雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當優惠油價標準第13條第1項第7款之規定，因認被告給予優惠油價補貼款之授益行政處分因解除條件成就而溯及既往失其效力，致漁業人受有利益、被告受有損害，且因漁業人受領給付之法律上原因已不存在，而發生公法上不當得利之關係，惟優惠油價標準第13條第1項第7款規定不過係重申漁業人應返還公法上不當得利之意旨，至於其請求權行使之對象（即受益人為何人）、返還之範圍等均須類推適用民法第180條至第183條之規定，被告並無單方裁量之決定權，性質上非屬前揭行政執行法第11條第1項所定之「公法上金錢給付義務」，被告尚不得以行政處分方式命受益人返還系爭補貼款，如受益人經被告通知限期返還仍置之不理，被告即應提起行政訴訟法第8條第1項之一般給付訴訟，以訴請受益人返還不當得利（繳回系爭補貼款）。被告以書面通知原告繳回系爭補貼款，並未對

外直接發生課予原告繳回優惠油價補貼款公法上金錢給付義務之法律效果，核屬觀念通知或催告之性質，且不因其載有救濟期間之教示、逾期不履行將移送強制執行等條款或經原告提起訴願及行政訴訟，而變更其本非屬行政處分之性質。（最高行政法院102年度判字第600號判決、103年度判字第107號判決、臺北高等行政法院103年度訴字第803號、第804號、第917號裁定參照）

丙說：被告不得以下命處分之方式請求返還，其所為僅為形式之行政處分，但行政法院仍需進行實體審理。

1. 對於行政機關之公法上不當得利返還請求權之實現，學說上另有承認行政機關得直接以行政處分命相對人返還之觀點，並得以該行政處分作為嗣後行政強制執行之執行名義，此涉及學理上應用所謂「反面理論」之容許性爭議。亦即，行政機關作成行政處分時，對於該行政處分之行為形式之授權問題，具有肯定說與否定說兩種見解，肯定見解認為行政機關若欲採用行政處分之行為方式，並不需要有法律授權。從法律保留之角度觀察，法律保留原則之射程範圍僅及於處分內容，不及於行為形式之授權要求；否定說則認為法律保留原則亦適用於行政行為之形式，行政機關對人民有請求權之實體法上依據，不能直接作為其有作成行政處分命給付之法律基礎。採否定說者認為行政機關追償公法上不當得利之途徑，除非另有法

律對於行為形式之授權，否則應提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟請求之。（告別反面理論，程明修，月旦法學教室第145期）

2. 惟縱使採取否定反面理論，認為行政機關在無法律對於行為形式之授權基礎下，不能以行政處分之方式請求返還公法上不當得利，仍可能存在「形式之行政處分」，係指行政機關明確地表示自己所作的行為是一個行政處分，但是事實上行政機關可能自始至終均無作成行政處分之權限（換言之，行政機關已經濫用了行政行為的形式選擇權，而誤用行政處分），或者將自己原本應作成之內部行為、行政命令或者自治規章或其他意思表示，誤以行政處分的外觀型態對外發布。同時也可能包括一些在外形上是以行政處分之形式公佈，而其內容卻僅僅是涉及民事法上措施之行為。由於形式之行政處分仍具有行政處分之形式外觀，對於相對人民而言，也是將之理解為真正的行政處分。一般認為，行政機關對於行政行為的誤用或者濫用，係屬於行政行為效力層次的問題。因此當人民欲針對該形式行政處分尋求法律救濟時，行政法院對之仍應有審判權限。而具體的訴訟類型還是適用以行政處分作為前提的訴訟類型，特別是撤銷訴訟。（形式之行政處分，程明修，月旦法學教室第45期）
3. 綜上，採取反面理論之否定見解下，被告在無法律對於行為形式授權基礎下，本不得以行政處分之方式行使公法上不當得利返還

請求權，惟被告所為之書面具有行政處分之外觀，並記載有救濟期間之教示、逾期不履行將移送強制執行等條款，據其表示之內容，目的在於造成公法上的效果，亦即擬以發生公法上之法律效果作為目的時，該行為就應該具有行政處分所應具備的規制上的特徵，係屬「形式之行政處分」，原告若有不服，理應容許其提起撤銷訴訟以為救濟。因此，在裁判上，仍應進行實體審理，以保障人民訴訟權益。

丁說：被告不得以下命處分之方式請求返還，其所為之書面係無效之執行名義，人民得以確認無效之訴救濟之。

1. 在行政處分之作成欠缺根據法規情形，由於行政執行係對人民自由權利之重大干預，如允許行政機關在欠缺法律、法律授權訂定之法規命令、自治條例或自治條例授權訂定之自治規則之依據下，得自由作成行政處分科加人民行政法義務並得依行政執行法強制執行，顯然與法律保留原則有違。因此，縱然此一情形涉及行政處分內容之實體爭議，如欲以該行政處分作為執行名義，仍以該處分係根據法規作成始為合法之執行名義。亦即，上開所謂「本於法令之行政處分」，解釋上係指「本於法律、法律授權訂定之法規命令、自治條例或自治條例授權訂定之自治規則之行政處分」而言，而不及於職權命令或行政規則。（賴恆盈，試論行政處分之執行名義適格，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集）

2. 惟實務上最值得檢討者，厥為因誤發、溢領扶（救）助金或補償費事件中，相關法規並未規定得作為行政處分命返還該公法上不當得利時，行政機關得否作成行政處分命返還之事件。類似相關判決，諸如最高行政法院92年度判字第620號、第843號、第784號、第653號、第590號判決，均認主管機關既無依法單方裁量核定之權限，仍應由行政機關提起一般給付之訴，以確定不當得利之範圍，學者基於行政強制執行之法律保留要求以及規範體系之和諧，應認為其不得作成行政處分命返還誤發或溢領之各種金錢給付。（賴恆盈，試論行政處分之執行名義適格，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集）
3. 又觀行政程序法第111條：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者。」，有認為第7款屬概括條款，尚待日後學界與實務之推廣與確認。學者陳敏將第7款即相對之無效原因計列欠缺管轄權、不依法定方式、主觀之事實不能、法律不能、內容不明確及意思瑕疵等項目。被告未依法定方式給付訴訟請求返還不當得利，逕以行政處分之方式作成，人民得

以確認無效之訴加以救濟。且衡諸人民未必得立予判斷行政處分係屬無效或得予撤銷之情，倘人民對於究應提起訴願或行政訴訟之決定有所錯誤時，均應視為人民已於時限內完成訴願或起訴行為，倘原處分機關於訴願程序中已拒絕人民訴願請求並檢具答辯，人民應即無需另向原處分機關請求確認之必要。（包國祥律師，無效行政處分—政府濫權之阻止，律師雜誌第263期）

四、初步研討結果：採甲說。

五、大會研討結果：採甲說。（實到56人，肯定說33票、否定說7票）

六、相關法條：

(一) 漁業法第2條、第4條第1項、第59條

(二) 依漁業法第59條授權訂定之99年11月23日修正發布之漁業動力用油優惠油價標準第13條

(三) 行政程序法第92條、第111條、第127條

(四) 行政執行法第2條、第11條第1項

(五) 行政執行法施行細則第2條

七、參考資料：

(一) 甲說參考決議及裁判：

1. 最高行政法院101年度判字第1132號判決

2. 100年度高等行政法院法律座談會第8號

3. 臺北高等行政法院103年度訴字第805號判決

4. 臺北高等行政法院103年度訴字第806號判決

(二) 乙說參考裁判：

1. 最高行政法院102年度判字第600號判決

2. 最高行政法院103年度判字第107號判決

3. 臺北高等行政法院103年度訴字第803號裁定

4. 臺北高等行政法院103年度訴字第804號裁定

5. 臺北高等行政法院103年度訴字第917號裁定

(三) 丙說參考文獻：

1. 告別反面理論，程明修，月旦法學教室第145期
2. 形式之行政處分，程明修，月旦法學教室第45期
3. 行政處分之變種與異形－擬制行政處分與形式行政處分，蕭文生，臺北大學法學論叢第73期

(四) 丁說參考文獻：

1. 賴恆盈，試論行政處分之執行名義適格，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集
2. 包國祥律師，無效行政處分—政府濫權之阻止，律師雜誌第263期

提案九

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

甲乙丙於90年1月1日繼承其父所遺留耕地，登記應有部分各1/3，丙因欠債而被債權人聲請拍賣由丁拍定（面積未達0.25公頃），嗣丁提起共有物分割之訴並經法院判決准予分割確定，丁旋即向A地政事務所申請分割登記，A地政事務所審理結果，認該判決與法令有違否准登記，丁不服循序提起行政訴訟，法院應否准許？

三、討論意見：

甲說：應予駁回

(-)按「本條例用辭定義如下：……11耕地：指依區域計畫法劃定為特定農業區、一般農業區、山坡地保育區及森林區之農牧用地。……」；「(第1項)每宗耕地分割後每人所有面積未達0.25公頃者，不得分割。但有下列情形之一者，不在此限：……三、本條例中華民國89年1月4日修正施行後所繼承之耕地，得分割為單獨所有。四、本條例中華民國89年1月4日修正施行前之共有耕地，得分割為單獨所有。(第2項)前項第3款及第4款所定共有耕地，辦理分割為單獨所有者，應先取得共有人之協議或法院確定判決，其分割後之宗數，不得超過共有人人數。」；「有下列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：……二、依法不應登記者。」農業發展條例第3條第11款、第16條第1項但書第3款、第4款、第2項及土地登記規則第57條第1項第2款分別定有明文。其立法目的係在防止耕地細分以利農業之經營管理，但為兼顧耕地權屬之簡化而設例外規定。次按「依農業發展條例第16條（

即現行法第16條第1項，下同)第3款規定『本條例中華民國89年1月4日修正施行後所繼承之耕地，得分割為單獨所有。』其立法意旨係為促進產權單純化，故同意繼承人得於繼承時，同時主張分割為單獨所有。又耕地分割執行要點第12條(即現行要點第11條)規定『依本條例第16條第3款、第4款規定申請分割之耕地，應分割為單獨所有。但耕地之部分共有人協議就其應有部分，仍維持共有者，不在此限。』基此，本案原繼承人既未主張分割為單獨所有，部分共有人復將繼受持分移轉他人，其關係屬農業發展條例修正施行後之共有關係，自不得援引該條例第16條但書第3款之規定辦理分割。」，有內政部91年8月15日台內地字第0910010422號函釋可參。

- (二)又按土地登記規則第100條：「依據法院判決申請共有物分割登記者，部分共有人得提出法院確定判決書及其他應附書件，單獨為全體共有人申請分割登記，……」，其規定「得提出法院確定判決書……申請分割登記」，而非規定為登記機關應依法院確定判決書分割登記，可知登記機關就相關分割登記之申請，仍應本於法定職權，依有關法規而為適法之處理。
- (三)依農業發展條例第16條第1項本文規定，每宗耕地分割後每人所有面積未達0.25公頃者，原則不得分割。其立法目的係在防止耕地細分以利農業之經營管理，但為兼顧耕地權屬之簡化，而設有同條項但書第3款等例外規定。申言之，上開第3款係例外規定為「所繼承之耕地」得分割為單獨所有，其規定之範圍，應以繼承人「所繼承之耕地」為限，亦即在此範圍之內，為解決繼承人間因

「繼承事實」所生之「共有困境」，始設此例外規定，其他情形（如由繼承人受讓取得共有耕地之應有部分並非繼承而共有者），並不在例外規定之列。何況，基於法律解釋「例外從嚴」之原則，對於上開例外規定亦不宜擴大其適用範圍，否則無以達成其立法目的。是以農業發展條例第16條第1項但書第3款「所繼承」之耕地得分割為單獨所有之規定，依前所述，應以繼承人就「所繼承」之耕地始得申請分割，由繼承人受讓應有部分之第三人，對該第三人而言，並非「所繼承」之耕地，依法自不得申請分割登記，即該第三人依法並不具有分割登記之申請要件。準此，內政部91年函釋以原繼承人既未主張分割為單獨所有，部分共有人將繼受持分移轉他人，該他人係農業發展條例修正施行後成立之共有關係，尚不得援引該條例第16條第1項但書第3款之規定辦理分割等語，核與法律之規範意旨，並無不合。

乙說：應予准許

(-)按農業發展條例第16條第1項但書第3款、第4款及第2項條文之文義觀之，耕地之共有關係如係發生在農業發展條例89年1月4日修正施行前，縱每宗耕地分割後共有人每人所有面積未達0.25公頃，仍得辦理分割登記為單獨所有。另如係因繼承而為共有耕地，該繼承之法律事實不論係發生在農業發展條例89年1月4日修正施行前、後，縱分割後共有人每人耕地面積未達0.25公頃，均仍得辦理分割登記為單獨所有，不受面積須達0.25公頃之限制；亦即凡因繼承而共有之耕地，無論繼承事實發生之時間係在農業發展條例89年1月4日修正施行前後，該共有耕地均可辦理分割登記為單

獨所有。

(二)次按上開農業發展條例第16條第1項本文之立法意旨主要在防止耕地細分，以利農場經營管理、簡化耕地權屬複雜性之目的，原則上分割後每宗耕地每人所有面積未達0.25公頃者，不得辦理分割，例外在符合但書各款情形之一者始允許耕地分割。該條項但書第3款規定「本條例中華民國89年1月4日修正施行後所繼承之耕地，得分割為單獨所有」，其立法說明略以：「立法院之審議修正係基於行政院版本第1項有關『耕地不得移轉為共有，但因繼承者除外』之規定，因繼承得為共有，經一段時間後，勢必又有「共有」之產權糾紛問題；繼承係法律事實，不能以人為因素掌控，．．．最後決定『繼承之耕地，得分割為單獨所有』」，故該款規定係為解決耕地因繼承而產生產權過度複雜之問題(內政部101年2月9日函釋參照)。準此以言，在「繼承」此一不能以人為因素掌控之法律事實發生時，耕地因繼承而發生共有關係之產權過度複雜之問題即已存在，不因第三人嗣後取得繼承人其中一人之應有部分而有不同，此時，為貫徹農業發展條例第16條第1項但書第3款之立法意旨，應認共有人(包括繼承人與非繼承人)就共有耕地得辦理分割登記為單獨所有，始合乎該條款「繼承之共有耕地得分割為單獨所有」之立法目的。否則，若謂因繼承人中之一人將其應有部分移轉登記予第三人，該第三人及其他繼承人均不得辦理共有耕地分割登記，不僅與農業發展條例第16條第1項但書第3款之立法目的有違，且此涉及人民權利之限制，並無法律依據或法律具體明確之授權，與法律保留原則亦有未

符。

(三)經查，本件系爭耕地90年間因繼承而登記為甲乙丙共有，雖該繼承事實發生之時間係在農業發展條例89年1月4日修正施行之後，惟依農業發展條例第16條第1項但書第3款規定，繼承人甲乙丙均得申請辦理系爭耕地分割為單獨所有。嗣丙之應有部分雖經其債權人向法院聲請強制執行拍賣，由丁拍定取得其應有部分3分之1之所有權，揆諸前開規定及說明，應認繼承人甲乙仍得申請辦理系爭共有耕地分割為單獨所有，且丁繼受繼承人丙之共有人地位，亦得於分割後宗數未超過共有人人數之情況下，以共有人之協議或法院確定判決申請將系爭耕地辦理分割為單獨所有；內政部91年8月15日函釋「原繼承人既未主張分割為單獨所有，部分共有人復將繼受持分移轉他人，其關係屬農業發展條例修正施行後之共有關係，自不得援引該條例第16條但書第3款之規定辦理分割」及101年2月9日函釋「該條款之立法意旨已敘明允許本條例修正後繼承之耕地得例外分割，係源自於其繼承產生之共有關係，倘若繼承人將其應有部分移轉予第三人，其共有關係既非來自繼承，則此第三人似無該判決所稱可完全繼受繼承人之地位，而得將耕地辦理分割為單獨所有」，反於斯旨所為之釋示，乃對人民權利之行使增加農業發展條例所無之限制，有違法律保留原則。

四、初步研討結果：多數採乙說。

五、大會研討結果：採乙說。(實到56人，甲說7票、乙說28票)

六、相關法條：(無)

七、參考資料：

最高行政法院 102 年度判字第 190 號判決

提案十

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

原告依行政訴訟法第6條提起確認行政處分為違法之訴訟，誤列被告機關時，法院應否類推適用同法第107條第2項之規定，定期命補正？

三、討論意見：

甲說：肯定說

有關被告適格有欠缺情形，實務因行政訴訟之被告多為行政機關，原告多為人民，且因現行第一審不採律師強制代理制度，原告人民往往難以掌握正確之被告機關為何，故多採曉諭方式命其更正。且關於當事人適格與否，為法院應依職權調查之事項（最高法院32年上字第160號民事判例），加以原處分機關之判斷困難，因此行政訴訟法第107條第2項雖僅規定，撤銷訴訟及課予義務訴訟，原告於訴狀誤列被告機關者，準用第1項規定，其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正。然就確認行政處分為違法之訴訟部分，同有原處分機關判斷困難之問題，且「確認行政處分違法之訴訟」始終是「撤銷訴訟」的補充規定，有關提起撤銷訴訟之行政爭訟前置要件，在「確認行政處分為違法之訴訟」中亦須具備，特別是法定期間之遵守。換言之，原處分之規制效力即使消滅，提起確認行政處分為違法之訴訟者，亦視其行政爭訟階段，而遵守法定不變期間。例如(1)行政處分作成後未進入訴願程序以前，以原處分規制效力消失而提起確認行政處分違法之訴訟者，必須在提起訴願法定不變期間內。(2)

行政處分作成後且進入訴願程序中，原處分規制效力方行消滅者，其提起確認行政處分違法之訴訟，必須在提起行政訴訟之法定不變期間內為之（臺北高等行政法院92年度訴字第3691號判決參照）。因此確認行政處分為違法之訴訟，仍會有起訴逾期問題，為避免已進行審理程序或已取得訴訟資料，因訴嗣後不合法所導致之浪費，並兼顧原告之程序與實體利益之保護，如原告誤列被告機關時，行政訴訟法第107條第2項未列其應否命補正，應屬立法上之疏漏，法院仍應依職權調查，故應有類推適用同法第107條第2項之規定，以填補法律漏洞之必要。是以，確認行政處分為違法之訴訟，原告於訴狀誤列被告機關者，應類推適用同法第107條第2項之規定，定期命補正（法官辦理行政訴訟事件參考手冊第40、41頁參照）。

乙說：否定說

(-) 撤銷訴訟及課予義務訴訟，其被告機關為作成該行政處分之機關，如原告誤列其他機關為被告時，原屬當事人不適格之問題，但因行政訴訟性質特殊，撤銷訴訟及課予義務訴訟不僅有起訴期間之限制，且被告機關須依法律之規定，非原告得任意選擇，加以行政機關職能日漸擴張，行政法規及行政組織非常複雜，何者為原處分及撤銷或變更原處分或決定之行政機關，要求原告悉予明瞭，亦強人所難。如原告誤列被告機關，即以其訴為當事人不適格而予駁回，而對正當被告之起訴，又因已逾法定起訴期間，不能再行起訴，殊非保護原告權利之道，因此行政訴訟法第107條

第2項乃規定，撤銷訴訟及課予義務訴訟，原告於訴狀誤列被告機關者，準用第1項規定，其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正（翁岳生主編「行政訴訟法逐條釋義」，2002年11月初版，第376頁參照）。若裁定命補正，原告不補正，則法院以裁定駁回之，此情形係當事人不適格之特別規定。

(二)惟於確認行政處分為違法訴訟之提起，行政訴訟法並未設有救濟期間之限制，且對於訴訟可能性之濫用，可以透過確認利益存在之要件加以限制，以維持法安定性，故無訴願法第14條、行政程序法第98條或行政訴訟法第106條救濟期間規定之類推適用（最高行政法院101年度判字第760號判決參照）。因此確認行政處分為違法之訴訟並不同於撤銷訴訟或課予義務訴訟，會有起訴逾越法定期間之問題。且如不以法律關係主體為被告，參諸最高行政法院90年6月份庭長法官聯席會議決議，欠缺當事人適格、權益保護必要要件，屬於狹義的「訴的利益」之欠缺，此等要件是否欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障。基於「明示其一，排除其他」之法理，行政訴訟法第107條第2項既然只列撤銷訴訟及課予義務訴訟，因此於確認行政處分為違法之訴訟，如係被告適格有欠缺，即屬被告不適格之情形，則無類推適用行政訴訟法第107條第2項規定之餘地，自無庸命原告補正，而應以判決駁回原告之訴。

四、初步研討結果：多數採甲說。

五、大會研討結果：多數採乙說（實到54人，甲說17票、乙說24票，未逾出席法官半數）。

六、相關法條：

行政訴訟法第6條第1項、第107條第1、2項

七、參考資料：

(一)甲說（肯定說）參考資料：

法官辦理行政訴訟事件參考手冊，司法院101年8月印行，第40頁至第41頁

(二)乙說（否定說）參考資料：

1. 最高行政法院90年6月份庭長法官聯席會議決議參照

2. 德國行政法院法逐條釋義：第78條（有關錯誤的被告）（陳敏譯，「德國行政法院法逐條釋義」，司法院91年10月印行，第774、775頁參照）

八、附件：

(一)法官辦理行政訴訟事件參考手冊，司法院101年8月印行，第40頁至第41頁

(二)司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編—90年3月至91年8月，司法院91年12月出版，第1154頁至第1156頁

(三)行政訴訟法第107條於87年修正之立法理由

(四)行政訴訟法第107條於100年修正之立法理由

(五)陳敏譯，「德國行政法院法逐條釋義」第78、82條，司法院91年10月印行，第764、765頁、第768、769頁、第774、775頁、第876至879頁

(六)臺北高等行政法院92年度訴字第3691號判決

(七)最高行政法院101年度判字第760號判決

提案十一

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

A係經甲公司於民國100年7月30日董事會選任並於同年8月15日就任之董事長，惟未向主管機關辦理該項變更登記（選任A為董事之股東會決議，選任A為董事長之董事會決議，均未經法院判決撤銷或確認無效）。嗣甲公司於102年6月1日提起行政訴訟時（非有關A為負責人登記之行政訴訟），於起訴狀載列A為代表人；惟依公司登記主管機關經濟部之公司登記資料所示，甲公司「代表公司負責人」欄原登載B經刪除（甲公司登記有案之最近一次代表公司負責人B及其他董監事任期自94年8月15日起至97年8月14日止，屆期未辦理完成改選董監事變更登記，依經濟部○○號函限期完成董監事改選變更登記，逾期未辦理，於102年4月20日甲公司之董事、監察人職務當然解任）。受訴法院應否以甲公司未經合法代表人提起訴訟，裁定命補正？

三、討論意見：

甲說：肯定說

(一)按「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：……四、原告或被告未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為者。」行政訴訟法第107條第1項第4款明文規定。

(二)次按「公司之設立或其他登記事項有偽造、變造文書，經裁判確定後，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。」、「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第

三人。」分別為公司法第9條第4項、第12條所明定。從而，關於公司負責人之認定，除該項公司登記有行政程序法第111條各款所列之無效事由，抑或經依法撤銷、廢止或因其他事由而失效之情形外，依行政程序法第110條第3項規定，該項登記之效力應繼續存在，故應以公司登記主管機關所登記之負責人為準，且除刑事法院及審理該項登記是否有效或應否撤銷或廢止之法院以外，其他法院及有關機關均受該登記之拘束。（最高行政法院103年度裁字第1403號裁定、最高行政法院103年度裁字第1706號裁定意旨參照—附件一、二）。是以，公司負責人之認定應以公司登記主管機關之登記為準。

(三) A雖為甲公司董事會選任並已就任之董事長，惟依公司登記主管機關經濟部之公司登記資料所示，甲公司之「代表人」欄處為空白（全體董監事當然解任）。甲公司起訴時載列「A」為代表人，與登記資料未合，顯屬未由合法之代表人提起訴訟，且依其情形可以補正（得依民事訴訟法第51條第2項規定聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人；或依公司法第208條之1規定聲請法院選任臨時管理人），故受訴法院應命甲公司補正。

乙說：否定說

(一)按「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」為公司法第12條明文規定。可知，公司法對於公司變更登記係採登記對抗主義，登記與否僅生對抗要件而非生效要件。

(二)復參照最高法院68年台上字第2337號判例(附件三)意旨：「股份有限公司新任董事長，自其就任後即生效力，並非經主管機關准予變更登記後，始生效力，此觀公司法第12條規定，不難明瞭。」故股份有限公司之新任董事長，雖不以經主管機關准予變更登記後始生效力，仍須就任始生效力(最高法院94年度台抗字第685號民事裁定、最高法院103年度台抗字第224號民事裁定意旨參照—附件四、五)。A既已就任為甲公司之董事長，自得合法代表甲公司提起訴訟，受訴法院自無庸命其補正。

四、初步研討結果：採甲說。

五、大會研討結果：採甲說。(實到55人，甲說34票、乙說0票)

六、相關法條：

(一)行政訴訟法第107條第1項第4款

(二)行政程序法第110條第3項、第111條

(三)民事訴訟法第51條第2項

(四)公司法第9條第4項、第12條、第195條第2項、第208條之1

七、參考資料：

(一)甲說(肯定說)參考裁判：

1. 最高行政法院103年度裁字第1403號裁定
2. 最高行政法院103年度裁字第1706號裁定
3. 最高行政法院95年度判字第1612號判決

(二)乙說(否定說)參考裁判：

1. 最高法院68年台上字第2337號判例
2. 最高法院94年度台抗字第685號民事裁定
3. 最高法院103年度台抗字第224號民事裁定

提案十二

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

甲依國有財產法第52條之2規定，檢具申請書及相關證明文件，向財政部國有財產署台北分署申請讓售坐落台北市之A地號國有土地（下稱系爭國有土地），經該分署審查結果，以甲之申請與該法律規定不符，函復不同意辦理，並註銷甲之申購案。甲不服，循序提起行政訴訟，行政法院有無受理權限？

三、討論意見：

甲說：否定說

按行政訴訟法第2條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」是行政訴訟之訴訟標的以公法上爭議為限；至私法上之爭議，則由民事法院審判，非屬行政法院之審判權限。又「……行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。」業經司法院釋字第448號解釋在案。查國有土地之出售屬私經濟行為，有契約自由原則之適用，國有財產法第52條之2僅係規定得申請讓售土地之資格、要件，使符合資格、要件之人，取得請求讓售國有土地即為要約之地位而已，至是否讓售，管理機關財政部國有財產署或各分署仍有審酌及決定之權限。是此一規定，尚非賦與人民請求國有土地之管理機關讓售國有土地之權利。從而，財政部國有財產署或各分署依國有財產法第52條之2規定所為讓售土地之行為，僅屬行政機關代表國庫出售所為之私法上契

約行為；而其拒絕人民要求讓售，亦非屬高權之決定，而非行使公權力之行為。本件國有財產署台北分署所為不同意讓售系爭國有土地，並註銷甲所提申購案之復函，僅屬國有土地管理機關拒絕讓售系爭國有土地之意思表示，並非基於公權力所為之行政處分，甲如有爭執，應循民事訴訟程序請求救濟，行政法院並無受理權限，應依行政訴訟法第12條之2第2項規定，將該案移送於有受理權限之管轄法院。

乙說：肯定說

(-)緣立法院於87年5月7日召開第3屆第5會期財政委員會第9次會議，多位委員論述許多世代居住在經登記為國有土地上之民眾，其居住時間久遠，且該等土地本即為使用人祖產或由其向原地主受讓而來，但於台灣光復後政府辦理土地總登記時，因早年資訊不發達，且民智未開，而未申請辦理土地所有權登記，以致該等土地被視為無主土地，逕登記為國有，對這些民眾而言，非常不公平。嗣由立法委員洪性榮等8人連署提案增訂國有財產法第52條之2草案，明定將該等土地無償發還予原得登記為私有土地之民眾，以符公平正義，惟因影響層面過大，經立法院朝野黨團協商參採財政部之建議，改採取讓售制度，避免破壞土地登記制度及法律安定性，而經立法院三讀通過增訂國有財產法第52條之2規定，將原得登記為私有之土地，讓售予原得登記為私有土地之民眾。依該法條之立法過程可知，國有財產法第52條之2規定之目的，係為處理35年12月31日前原得登記為私有之土地，卻被登記為國有土地之不公平情形，而負有還地於民之行政任務，並具

有履行一定行政目的之公益考量，非屬單純之私經濟行為。則國有財產署或各分署以人民之申請不符合國有財產法第52條之2規定之要件，而註銷其申購案之決定，為是否與人民訂立讓售國有土地契約之前，基於公權力行使職權所為對外直接發生法律效果之行政處分，而非國庫行為，因具公法性質，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟。

(二)由於某一爭議究屬因公法或私法關係而生，性質上有時甚難判斷，故在決定某類爭議的救濟管道時，自亦應同時將人民所可能獲得實質保障的因素納入考量，始符合憲法第16條賦予人民訴訟權的意旨，以使人民真正獲得程序上救濟的機會（司法院釋字第695號解釋羅昌發大法官協同意見書參照）。本件就救濟之實效性而言，由行政法院審理，較能使當事人獲得實質救濟，並符合憲法第16條保障訴訟權之意旨。蓋當事人提起民事訴訟，須與行政機關間存有私法關係，並因此發生民事上請求權作為其起訴之基礎。如當事人無民事上請求權，縱令使其得循民事訴訟程序請求救濟，亦將一律遭法院實體駁回的結果；其結果與不賦予當事人任何救濟機會之情形，並無不同。本件情形，人民依國有財產法第52條之2規定提出讓售國有土地之申請，如以民事關係之角度而言，僅屬「要約」之意思表示，且我國現行制度亦無類似強制締約之規定，則國有財產署或各分署若不同意申請人之申請，而註銷其申購案，申請人並無任何民事上請求權，得主張其符合國有財產法第52條之2規定之要件，國有財產署或各分署不得拒絕讓售該國有土地。相較於此，行

政訴訟法第2條已經肯認公法上之爭議，除法律別有規定外，得依該法提起行政訴訟，則有關人民依國有財產法第52條之2規定申請讓售國有土地，經國有財產署或所屬各分署審查結果，認與該規定要件不符，而註銷申請人申購案之決定，申請人如有不服，應認其得提起行政爭訟以為救濟，方符合憲法第16條保障訴訟權之意旨，以使人民真正獲得程序上救濟的機會。

四、初步研討結果：採乙說。

五、大會研討結果：多數採乙說。（實到55人，甲說18票、乙說25票，未逾出席法官半數）

附記：本提案所涉法律問題，最高行政法院已列為庭長法官聯席會議討論議案。

六、相關法條：

(一) 國有財產法第52條之2（89年1月2日公布增訂）

(二) 國有財產法第52條之2（92年2月6日修正公布）

(三) 辦理國有財產法第五十二條之二讓售案件注意事項第1點、第3點、第7點、第13點

七、參考資料：

(一) 甲說（否定說）參考裁判：

1. 最高行政法院103年度裁字第1522號裁定

2. 最高行政法院103年度判字第552號判決

3. 最高行政法院101年度裁字第807號裁定

4. 最高行政法院98年度裁字第1107號裁定

5. 最高行政法院95年度裁字第873號裁定

(二) 乙說（肯定說）參考裁判：

最高行政法院101年度裁字第2218號裁定