102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：

甲為國內私立就業服務機構，印尼國人外勞乙於來臺工作前，在印尼國積欠印尼仲介公司訓練期間含訓練費、體檢費、護照費、仲介費、來臺機票費等費用計新臺幣（下同）7萬元；另依印尼國規定，其國人到外國工作者，須匯回儲蓄金即保證金計3萬元。民國(下同)94年12月，甲為國人雇主丙及外勞乙辦理就業服務業務，由丙聘僱乙為家庭看護工（屬第2類外國人）。丙依甲指示，將外勞乙應該償還7萬元及應匯回印尼國保證金3萬元，合計10萬元，按月定額自丙每月應給付乙薪資中扣除交付甲，甲於收受規定標準以外之上述款項後，再全數轉交給印尼仲介公司，甲之行為有無違反就業服務法第40條第5款規定，應否依同法第66條第1項裁處罰鍰？

三、討論意見：

甲說：肯定說

㈠就業服務法第35條第2項規定：「私立就業服務機構經營前項就業服務業務得收取費用；其收費項目及金額，由中央主管機關定之。」第40條第5款規定：「私立就業服務機構及其從業人員從事就業服務業務，不得有下列情事：……五、要求、期約或收受規定標準以外之費用，或其他不正利益。……」

㈡雇主聘僱外國人許可及管理辦法第43條規定：「雇主依勞動契約給付第2類外國人工資，應檢附印有中文及該外國人本國文字之薪資明細表，記載實領工資、

工資計算項目、工資總額、工資給付方式、外國人應負擔之全民健康保險費、勞工保險費、所得稅、膳宿費、職工福利金、依法院或行政執行機關之扣押命令所扣押之金額，或依其他法律規定得自工資逕予扣除之項目及金額，交予該外國人收存，並自行保存5年。雇主應備置及保存勞動契約書，經驗證之外國人入國工作費用及工資切結書，供主管機關檢查。雇主依第27條第2項規定引進第2類外國人者，免備置及保存前項所定之切結書。第1項工資，除外國人應負擔之項目及金額外，雇主應全額以現金直接給付第2類外國人。但以其他方式給付者，應提供相關證明文件，交予外國人收存，並自行保存1份。第1項工資，雇主未全額給付者，主管機關得限期令其給付。」又行政院勞工委員會（下稱勞委會）91年12月26日勞職外字第0910208011號令公告之「修正私立就業服務機構就業服務收費標準表」第5項第4款規定：「私立就業服務機構不得向外國人收取或代收本收費標準表以外之費用。」雖嗣於93年1月13日修正之「私立就業服務機構收費項目及金額標準」並無類似不得代收規定，惟依雇主聘僱外國人許可及管理辦法第43條所訂定之「外國人入國工作費用及工資切結書」（93年6月25日修訂）第4點注意事項載明「未列於此切結書之其他款項，任何人不得代扣或代收。」（98年8月20日修訂之切結書末尾備註3、4亦有類似規定）。

㈢按就業服務法第40條第5款之立法目的，在防止我國私立就業服務機構巧立名目收取額外費用，致侵害外國勞工之權益，所謂收取應包括代收在內。否則私立就業服務機構均得以代收名義，並以事後業已轉付為由，藉口向外勞收取或扣除額外費用，致生糾紛，將

無以保障外勞之權益。況且，依就業服務法第35條第2項的規定，私立就業服務機構得收取或代收的費用，悉依法令明定；而「雇主聘僱外國人許可及管理辦法」第43條第4項亦明定，外勞的薪資應由雇主以現金直接給付予外勞；另「外國人入國工作費用及工資切結書」亦載明除列於切結書之款項外，任何人不得代扣或代收。

㈣由以上規定可知，私立就業服務機構於接受外國人委任辦理從事就業服務法第46條第1項第8款至第10款規定工作之就業服務業務，均須依上開標準向外國人收取服務費之金額，不得要求、期約或收受規定標準以外之費用或其他不正利益，否則即違反就業服務法第40條第5款規定。所以，就業服務法第40條第5款所稱收受「規定標準以外之費用」或「其他不正利益」並非同質，只須有其一，即構成違反就業服務法第40條第5款規定，並未限定所收取標準以外之費用，亦須具不正利益，或該利益歸於自己始具有可罰性（最高行政法院101年度判字第355號判決意旨參照）。

㈤綜上，本件甲的行為已該當就業服務法第40條第5款規定中收受規定標準以外費用之要件，應依同法第66條第1項規定裁處罰鍰。

乙說：否定說

㈠參以勞委會91年10月7日勞職外字第0910205963號函說明三、（四）釋示：「有關外勞在國外發生之費用（含借款）應載明於『外國人來華工作費用及工資切結書』，並經由勞工輸出國驗證。如外勞書面同意雇主或仲介公司代為轉交『借款』，其金額應與『外國人來華工作費用及工資切結書』相符。」可知，營利就業服務機構在接受外國人委任辦理從事就業服務法

第46條第1項第8款至第10款規定工作之就業服務業務，固須依私立就業服務機構收費項目及金額標準的規定，向外國人收取服務費之金額，不得要求、期約或收受規定標準以外之費用或其他不正利益，否則即違反就業服務法第40條第5款規定。惟以上規定之目的，乃在防止我國營利就業服務機構巧立名目收取額外費用，致侵害外國勞工權益，故必須營利就業服務機構向外國勞工收取標準外款項之利益歸於自己或第三人，始具有可罰性。如果其向外國勞工收取標準外款項之目的係代為償還借款，因清償利益係歸於該外國勞工，即與所謂「收受規定標準以外之費用，或其他不正利益」有間。

㈡至於代收保證金部分，雖然由勞委會91年10月7日勞職外字第0910205963號函說明三、不得（九）所釋示：「關於印尼勞工第1年每月新臺幣3,000元保證金一節，本會已於91年8月14日勞職外字第0910205346號函請各仲介公會，略以：該項費用由勞工自行依該國規定匯款，我國雇主及人力仲介公司無義務再介入或代匯該項儲蓄金。另駐臺北印尼經濟貿易代表處91年8月23日0837/TU/KDEI/VIII/2002函稱，已註銷原切結書有關臺灣仲介公司代扣新臺幣3,000元儲蓄金之規定。故請各仲介公司勿再要求雇主代扣該款費用。」可知，我國雇主及人力仲介公司自91年8月以後已無義務代收代匯該項保證金，應由印尼勞工自行依其母國規定匯款，但我國營利就業服務機構如果仍依過去的作業方式代收保證金，並匯回印尼，其最終利益歸該印尼勞工所有，基於同上法理，此代收轉付行為並不該當「收受規定標準以外之費用，或其他不正利益」之要件（最高行政法院100年度判字第822號判決意旨

參照）。

㈢綜上，本件甲的行為並不該當就業服務法第40條第5款規定之要件，不得依同法第66條第1項規定裁處罰鍰。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說10票，採乙說29票。

六、相關法條：

（一）就業服務法第35條第2項、第40條第5款、第66條第1項、第46條第1項第10款

（二）外國人從事就業服務法第46條第1項第8款至第11款工作資格及審查標準第4條第4款

（三）雇主聘僱外國人許可及管理辦法第2條、第43條

（四）私立就業服務機構收費項目及金額標準，如附件一。

七、參考資料：

（一）最高行政法院101年度判字第355號判決，如附件二。

（二）最高行政法院100年度判字第822號判決，如附件三。

附件一

私立就業服務機構收費項目及金額標準(民國99年03月02日修正)

附件二

最高行政法院裁判書101年度判字第355號

附件三

最高行政法院裁判書100年度判字第822號

提案二

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

政府採購法第101條第1項第10款所規定之「因可歸責於廠商之事由」，是否以全部可歸責於廠商之事由為限？

三、討論意見：

甲說：肯定說。

政府採購法第101條第1項第10款規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：...十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。」所謂「因可歸責於廠商之事由」係指全部可歸責於廠商而言，如非可全部歸責於廠商，而係招標機關及廠商均有可歸責之事由，或全部可歸責於招標機關之事由，或部分可歸責於招標機關、部分可歸責於第三人之事由，或不可歸責於招標機關及廠商之事由時，即無本款之適用（最高行政法院98年度判字第741號判決參照）。

乙說：否定說。

政府採購法第101條第1項第10款僅規定「可歸責於廠商之事由」，而非規定「全部可歸責於廠商之事由」，是該可歸責之事由自非以全部可歸責為限，而應以因可歸責於廠商之事由致延誤履約期限之情節是否重大定之（最高行政法院100年度判字第1338號、101年度判字第302號、930號判決參照）。

四、初步研討結果：

一致採乙說（否定說）。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說6票，採乙說39票。

六、相關法條：

（一）政府採購法第101條第1項第10款

（二）政府採購法施行細則第111條

提案三

一、提案機關：智慧財產法院

二、法律問題：

某甲於民國98年1月1日，以A商標指定使用於化粧品，向智慧財產局申請註冊，主張A商標之圖樣雖無先天識別性，但經其長期而大量使用，已經成為其指定商品之識別標識，取得後天識別性，並提出使用證據一批以資證明。經智慧財產局審查，認某甲提出之使用證據，尚不足使相關消費者認識A商標為表彰化粧品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，有違審定時商標法（92年5月28日修正公布之商標法）第23條第1項第2款之規定，而於99年1月1日作成A商標不准註冊之審定。甲不服提起訴願，遭決定駁回，遂向智慧財產法院提起行政訴訟，請求撤銷訴願決定及原處分，並命智慧財產局作成准予A商標註冊之處分。訴訟中某甲提出原處分作成後使用A商標之補強證據一批，主張A商標確有後天識別性。試問法院對於原處分作成後始發生A商標使用之補強證據，是否須予審酌？

三、討論意見：

甲說：須予審酌。

㈠「按商標在核准註冊前尚屬準備註冊之程序，必自註冊之日，始取得商標專用權，申請註冊之商標在申請註冊程序未終結前，法律或事實有所變更時，主管機關應依變更後之法律或事實處理。本件據以核駁之乙所註冊之商標既經經濟部中央標準局於甲申請註冊之A商標被核駁後提起行政救濟之訴願中撤銷確定，自應依變更後之事實處理，認甲之訴願為有理由，並不因商標撤銷案無溯及效力而有不同。」（行政法院 75 年 10 月份庭長評事聯席會議決議參照）。

㈡關於行政訴訟事實及法律判斷之基準時點，通說認為

撤銷訴訟以原處分作成時為判斷基準時，課予義務訴訟以事實審言詞辯論終結時為判斷基準時。

㈢本件系爭商標A申請註冊被核駁，申請人提起行政訴訟，除請求撤銷訴願決定及原處分外，並請求命智慧財產局作成核准A商標註冊之處分，故本質上為課予義務之訴訟。依上揭第(一)（二）說明，本件A商標是否有後天性識別性之事實狀態，自應以智慧財產法院言詞辯論終結時為判斷基準，則某甲所提出原處分作成後使用A商標之證據，自應一併審酌之。

㈣至於乙說理由(一)所稱以「審查時」即原處分作成時為事實狀態之判斷基準時，應係指「行政決定」之判斷基準時點，此與「行政訴訟」之判斷基準時點，乃分屬不同概念。

乙說：不須審酌。

㈠按92年5月28日修正公布之商標法第23條第1項規定：「商標有下列情形之一者，不得註冊：…」，係由舊法第37條規定「商標圖樣有左列情形之一者，不得申請註冊：…」修正而來，參照同條修正理由略以：「商標是否有不得註冊事由，其判斷時點在實務上常引起爭議，本項明定『不得註冊』，即以『審查時』作為准駁時點，以杜爭議，至於何種情形應以申請時方為準，則另規定於第二項」等文字，是商標申請案是否核准，以核准註冊時之事實狀態為原則，例外則規定於同條第2項以申請時為準。凡非第2項明示規定之事由，應依第1項規定以審查時作為判斷之時點（最高行政法院98年度判字第1483號判決參照）。本件是否取得後天識別性之事實狀態，非屬第23條第2項之例外規定，依同條第1項規定，應以「審查時」即原處分作成時為判斷之時點。某甲提出原處分作成後始

發生之使用證據，自不須予以審酌。

㈡行政訴訟事實及法律判斷之基準時點，固有撤銷訴訟以原處分作成時為基準時，課予義務訴訟以事實審法院言詞辯論時為基準時之說，惟此僅為原則，如實體法（商標法、專利法等）另有規定時，自應從其規定。

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說22票，採乙說14票。

六、相關法條：

七、參考資料：

（一）92年5月28日修正公布商標法第23條第1項立法理由二：現行條文列為第一項。現行條文所定「不得申請註冊」，致實務上得否註冊係以申請時作為判斷之時點，惟商標須經審查始准予註冊，恆需一段時日，常見申請時雖有不准註冊之情形，但於審查時已不存在該情形，於無違反公益又無妨礙他人權益時，如悉以申請時作為准駁時點，並不合理，爰將「不得申請註冊」修正為「不得註冊」。至何種情形應以申請時為準，另於第二項明定，以資明確。

（二）92年5月28日修正公布商標法第23條條文

提案四

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

國軍老舊眷村改建條例第3條規定之原眷戶，所領有「眷舍居住憑證」並享有「承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」，是否屬主管機關或其所屬權責機關所作成之授益行政處分？嗣後主管機關或其所屬權責機關以發生法令上之原因，註銷原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益(指「承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」)，是否有行政程序法第124條除斥期間之適用？

三、討論意見：

甲說：肯定說(即認屬於授益行政處分之廢止，有除斥期間之適用)。

㈠按「本條例所稱原眷戶，係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。」國軍老舊眷村改建條例第3條第2項定有明文。軍眷配住眷舍，依國防部修正發布之78年6月26日國軍在臺軍眷業務處理辦法(86年1月22日更名為國軍軍眷業務處理辦法，91年12月30日廢止)第121條規定：「凡配住眷舍之眷戶，由軍種單位建立『國軍眷舍管理表』……，並配發給眷戶居住證，……。」故主管機關或其所屬權責機關核發眷舍居住憑證，為授益行政處分(最高行政法院93年度判字第1444號判決、100年度判字第1961號判決、101年度判字第319號判決參照)。嗣後主管機關或其所屬權責機關發現原眷戶違規將眷舍出租或轉讓予他人，依上開國軍在臺軍眷業務處理辦法第133條第3款(或國軍軍眷業務處理辦法第31條第3款)規定，註銷原眷戶居住憑證，屬法規准予廢止合法授益行政處分，有行政程序法第124

條所定2年除斥期間之適用(最高行政法院96年度判字第1835號判決參照)。

㈡軍人因任軍職而獲配住軍方所管理眷舍，原屬私法上使用借貸關係，主管機關或其所屬權責機關所核發證明眷舍配住權之眷舍居住憑證，原僅係單純私權證明文件。惟因眷舍之配住須經申請(上開國軍在臺軍眷業務處理辦法第111條、國軍軍眷業務處理辦法第17條第1項參照)，並由主管機關審查後核定配住，並配發眷舍居住憑證，則就眷舍申請之准駁或註銷，影響軍眷配住眷舍權益之有無，且直接對外發生法律效果，要難謂非行政處分（最高行政法院100年度判字第1404號、99年度判字第332號判決意旨參照）。迄85年2月5日總統(85)華總字第8500027130號令制定公布條例制定後，主管機關或其所屬權責機關發給原眷戶之眷舍居住憑證，即兼具私法借貸關係存在之證明及確認領證人具有國軍老舊眷村改建條例所定原眷戶資格之確認性行政處分性質(最高行政法院100年度判字第2008號判決參照)。

㈢又按「原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。」國軍老舊眷村改建條例第5條第1項前段定有明文。原眷戶固享有承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益，然該規定乃國軍老舊眷村改建條例對於符合規定之原眷戶權益所為之抽象規定，必待主管機關及具體、確定之原眷戶雙方踐行該條例及相關之行政程序規定，該具體、確定之原眷戶始能取得國軍老舊眷村改建條例規定之「原眷戶權益」。主管機關即國防部於眷改遷購「說明書」列載眷村改建計畫依據、目的、對象、計價基準及遷購位置、遷購意願、遷購住宅、原眷戶權益

、違占建戶權益、原眷戶領取輔助購宅款購置民間市場成屋、房地產權禁止處分暨一般規定等有關國防部與原眷戶間相關權利義務事項甚詳；並明載原眷戶同意遷購者，應於說明會後3個月內，填具遷購申請書，經法院或民間公證人認證後，繳交至列管單位按程序審查後層報國防部辦理。上揭「說明書」有關原眷戶享有之權益部分，即為國防部所為之授益行政處分。是國防部依國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，對於不同意改建之原眷戶，註銷原眷戶「眷舍居住憑證」及「原眷戶權益」，應有行政程序法第124條2年除斥期間之適用(最高行政法院101年度判字第407號判決參照)。

乙說：否定說(即認非屬於授益行政處分之廢止，無除斥期間之適用)。

㈠軍眷獲配住軍方所管理眷舍之法律關係，乃私法上使用借貸關係，主管機關或其所屬權責機關所核發證明眷舍配住之眷舍居住憑證，雖係公文書，然原僅係單純私權證明文件。嗣85年2月5日制定公布國軍老舊眷村改建條例，該條例為促進「加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」(第1條規定參照) 等公共利益之達成，創設原眷戶權益為享有「承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」。其經由第3條第2項規定「原眷戶」為「領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶」，第5 條第1項規定原眷戶權益為享有「承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」，是以「眷舍居住憑證」始因而發生公法之效力。

㈡申言之，眷舍居住憑證之發給係於國軍老舊眷村改建條例施行前，然在發給當時，僅係作為眷戶與國防部所屬配住機關間具配住眷舍私法上使用借貸關係之憑證，正如同一般配有宿舍之公務人員與配住機關之關係(司法院釋字第557號解釋參照)，而未生公法上之法律關係，自非授與國軍老舊眷村改建條例原眷戶權益之授益行政處分。迄至國軍老舊眷村改建條例公布施行後，則因該條例創設原眷戶權益，始發生公法上之法律關係。原眷戶權益乃基於國軍老舊眷村改建條例創設者，並非主管機關以行政處分所形成，屬於給付行政之性質，故非原眷戶之固有權益，原眷戶行使該權益，自應依國軍老舊眷村改建條例規定為之。

㈢國軍老舊眷村改建條例第22條規定對不同意改建之原眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，其重點係在註銷原眷戶權益，至於併同註銷眷舍居住憑證，乃基於國軍老舊眷村改建條例第3條第2項規定原眷戶之認定係以領有眷舍居住憑證為前提所不得不然，惟殊不得謂因國軍老舊眷村改建條例之原眷戶權益創設，即得將發給當時不具行政處分性質之眷舍居住憑證擬制為行政處分之理。

㈣從而，有關註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之處分，固係不利於原眷戶之行政處分，並非授益行政處分之廢止，且係因原眷戶違反法定作為義務，而經主管機關即國防部依法為註銷處分，自無行政程序法第124條所規定2年除斥期間之問題。(最高行政法院101年度判字第7號、100年度判字第2204號、100年度判字第2019號、100年度判字第295號判決意旨參照)

四、初步研討結果：多數採乙說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說16票，採乙說24票。

六、相關解釋及法條：

（一）司法院釋字第557號解釋

（二）行政程序法第123條第1項第1款

（三）國軍老舊眷村改建條例第3條、第5條第1項、第22條第1項

（四）國軍老舊眷村改建條例施行細則第20條第1項

（五）78年6月26日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法(已廢止)、第3條、第4條、第111條、第121條、第133條

（六）86年1月22日修正發布之國軍軍眷業務處理辦法(已廢止)：第3條、第17條、第31條

七、參考資料：

（一）甲說參考資料：

1.最高行政法院93年度判字第1444號：

2.最高行政法院100年度判字第1961號判決

3.最高行政法院101年度判字第319號判決

4.最高行政法院96年度判字第1835號判決

5.最高行政法院101年度判字第407號判決

6.最高行政法院100年度判字第2008號判決

7.最高行政法院100年度判字第1404號判決係針對主管機關重複配舍之原眷戶撤銷後配眷舍之情形，認有行政程序法第121條第1項撤銷權除斥期間規定之適用，故應係以配住眷舍為授益行政處分為前提，所為之立論。

8.最高行政法院99年度判字第332號判決係針對主管機關重複配舍之原眷戶撤銷後配眷舍之情形，認有行政程序法第121條第1項撤銷權除斥期間規定之適用，故應係以配住眷舍為授益行政處分為前提，所為之立論。

9.最高行政法院100年度判字第2240號判決係針對主管機

關重複配舍之原眷戶撤銷後配眷舍之情形，認有行政程序法第121條第1項撤銷權除斥期間規定之適用，故應係以配住眷舍為授益行政處分為前提，所為之立論。

⑩.最高行政法院100年度判字第1363號判決

（二）乙說參考資料：

1.最高行政法院101年度判字第7號判決

2.最高行政法院100年度判字第2204號判決

3.最高行政法院100年度判字第2019號判決

4.最高行政法院100年度判字第295號判決

提案五

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

甲機關於民國90年間違法溢發徵收補償費予乙，嗣甲機關於101年5月間發覺上情，乃於101年10月1日依行政程序法第117條規定作成撤銷該溢發補償費之處分，該撤銷處分於101年10月5日送達乙，乙未對該撤銷處分不服而告確定。甲機關遂於101年12月10日依公法上不當得利之法律關係向高等行政法院提起行政訴訟，請求乙返還溢領之補償費，問該公法上請求權5年之消滅時效應自何時起算？

三、討論意見：

甲說：應自甲機關撤銷該違法溢發補償費之處分送達乙時起算。

按「授予利益之行政處分，其內容係提供1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。前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」、「公法上之請求權，除法律有特別規定外，因5年間不行使而消滅。公法上請求權，因時效完成而當然消滅。」為行政程序法第127條及第131條所明定。本件乙溢領補償費係屬金錢，該部分既經撤銷，其受領即有不當得利之情形，而甲機關於101年10月1日撤銷違法溢發補償費之處分後，該違法溢發補償費之行政處分，依行政程序法第118條規定雖溯及失效，然乙受領當時係因甲機關之核發處分而受領，並非受領之初即不當得利，故甲機關需待其將該違法溢發補償費處分撤銷並送達乙後，始取得不當得利返還請求權，亦即該請求權係自101年10月5日始得行使，其於101年12 月

10日提起本件訴訟時，未逾行政程序法第131條規定之5年時效。

乙說：應自甲機關發給系爭補償費之時起算。

㈠按時效制度之目的，乃為了維持法律之安定性、尊重權利之既存現狀，避免因時間經過而發生舉證困難，致使法律關係長期處於不安定；權利人若任由權利長期處於停滯狀態，空有權利而不欲行使或任其無期限的行使權利，均非安定法社會秩序所望。因此最高法院96年度台上字第2326 號判決意旨以「民法第128條規定消滅時效，自請求權可行使時起算。該所謂『可行使時』，係指請求權人行使其請求權，客觀上無法律上之障礙而言，要與請求權人主觀上何時知悉其可行使無關。」核與消滅時效立法意旨相符，自得參酌適用。查本件甲機關雖於100年5月間始發覺90年間違法溢發補償費給乙，並經甲機關撤銷該授益處分。惟甲機關對溢發補償費之違法行政處分事實發生後，即得撤銷原違法溢發補償費之處分並請求乙返還系爭補償費，客觀上並無法律規定不得請求返還之障礙，故本件消滅時效應自甲機關發給系爭補償費之時起算，不因甲機關知悉撤銷原因在後，而影響本件消滅時效期間起算點之認定，否則將與消滅時效之法制目的有違。

又行政程序法第121條第1項規定：「第117條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起2年內為之。」係對行政機關行使撤銷權（形成權）期間之限制，其目的在於使法律關係早日確定，此係除斥期間之規定，與消滅時效起算點之規定為不同之事項，是此規定並不影響消滅時效期間起算點之認定。

丙說：應自可合理期待權利人為請求時起算。

按行政法與私法在基本結構上，本存有相當多的差異，行政法之立法目的主要係規範國家與人民間權利義務關係，針對行政主體與人民間所生行政法上法律關係加以規範，行政之目的及內容，係由憲法與法律予以劃定並確認，故行政之權限與權能僅能在法秩序所建構之基礎上獲得，因此，行政法上多屬強行規定。而民法是規範私人間社會生活的法律，以私法自治為基本原則，特徵在於個人得依其意思形成私法上權利義務關係。是在討論行政法上請求權時效時，應一併思考民法與公法請求權之不同點。基此，行政法上請求權可行使時之認定，應解為係可合理期待權利人為請求時，自此起算消滅時效方屬合理，至可合理期待權利人為請求之判斷，則應就具體個案認定，於本件情形應自甲機關於101年5月間知悉該事實時起算。

四、初步研討結果：

多數採丙說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說29票，採乙說0票，採丙說4票。

六、相關法條：

（一）行政程序法第117條、第118條、第121條、第127條、第131條。

（二）民法第128條

七、參考資料：

甲說：最高行政法院100年度判字第204號判決、100年度判字第34號判決。

乙說：最高行政法院101年度判字第244號判決。

丙說：最高行政法院101年度判字第625號判決。

提案六

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

當事人對於民國101年9月6日修正行政訴訟法施行前已終結之簡易訴訟程序事件，於101年9月6日修正行政訴訟法施行後向高等行政法院聲請確定訴訟費用額，該裁定應由高等行政法院以法官一人獨任行之？抑或應以法官三人合議行之？

三、討論意見：

甲說：（以法官一人獨任行之）

按「本法稱修正行政訴訟法者，指中華民國100年11月1日修正後，公布施行之行政訴訟法；稱舊法者，指修正行政訴訟法施行前之行政訴訟法。」「修正行政訴訟法施行前已繫屬於高等行政法院之簡易訴訟程序事件，於修正行政訴訟法施行後，依下列規定辦理：一、尚未終結者：由高等行政法院裁定移送管轄之地方法院行政訴訟庭，依修正行政訴訟法審理。其上訴、抗告，適用修正行政訴訟法之規定。二、已終結者：其上訴、抗告，適用舊法之規定。」行政訴訟法施行法第1條及第3條第1項定有明文。既然行政訴訟法101年9月6日修正施行前已終結之簡易訴訟程序事件當事人提起上訴、抗告，都應適用舊法即修正前行政訴訟之規定，則其案件確定後當事人聲請確定訴訟費用額事件，亦應同此解釋。則依行政訴訟法第104條準用民事訴訟法第91條第1項規定，法院未於訴訟費用之裁判確定其費用額者，第一審受訴法院於該裁判有執行力後，應依聲請以裁定確定之。該訴訟費用額之確定既應由「第一審受訴法院」以裁定為之，而修正前行政訴訟簡易訴訟事件之第一審受訴法院，依修正前行政訴訟法第232條規定，原指高等行政法院

之獨任法官，是則有關101年9月6日修正行政訴訟法施行前已終結之簡易訴訟程序事件，當事人於101年9月6日修正行政訴訟法施行後向高等行政法院聲請確定訴訟費用額之事件，仍應依舊法之簡易訴訟程序，由獨任法官以裁定為之。

乙說：（以法官三人合議行之）

按「高等行政法院之審判，以法官三人合議行之。但簡易訴訟程序以法官一人獨任行之。」原為89年7月1日修正施行之行政法院組織法第3條第1項所規定。惟為因應各地方法院設置行政訴訟庭，行政訴訟簡易訴訟程序事件之第一審改由地方法院行政訴訟庭受理，高等行政法院已不再以獨任法官審理簡易訴訟程序事件之第一審，行政法院組織法乃於100年11月23日修正（101年9月6日施行），將上開第3條第1項但書「但簡易訴訟程序以法官一人獨任行之。」之規定予以刪除，第3條第1項全文修正為：「高等行政法院之審判，以法官三人合議行之。」因此，自101年9月6日起，高等行政法院之審判均應以法官三人合議行之。再則行政訴訟法施行法第3條第1項第2款係在規定101年9月6日修正行政訴訟法施行前已終結簡易訴訟程序事件之上訴、抗告應循之救濟程序，與修法後高等行政法院辦理審判事件之法院組織無涉。故對101年9月6日前已終結之簡易訴訟程序事件，當事人於101年9月6日以後向高等行政法院聲請確定訴訟費用額之事件，該裁定應由法官三人合議行之。

四、初步研討結果：

採乙說

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說7票，採乙說26票。

六、相關法條：

（一）行政訴訟法第232條

（二）修正後行政訴訟法施行法第1條、第3條第1項

（三）修正前行政法院組織法第3條第1項

（四）修正後行政法院組織法第3條第1項

（五）民事訴訟法第91條第1項

提案七

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

行政程序法第128條所謂「法定救濟期間經過後」其意義為何？如行政處分業已經過行政訴訟終結確定，事後發生該條第1項各款情形，是否仍得再申請程序重開？

三、討論意見：

甲說：否定說，不得再申請程序重開。

㈠行政程序法第128條程序重開規定，乃係在一般行政救濟途徑以外，另設之特別救濟途徑，其目的在調和法之安定性與目的性之衝突，以保護相對人或利害關係人之權益並確保行政處分之合法性。其既屬「特別救濟途徑」，本諸例外從嚴之原則，該條所謂「法定救濟期間經過後」，應係指行政處分之相對人或利害關係人於法定救濟期間內，未依法定之救濟程序請求撤銷、廢止或變更，致該行政處分發生形式之確定力而言。

㈡換言之，如當事人或利害關係人已依法提起行政救濟，無論在行政救濟程序中或已終結，均應依行政救濟之程序進行及定其效果，自無再許其另闢蹊徑申請程序重開之理，否則不但有違訴訟經濟原則，亦使行政處分存續力與法院判決既判力產生衝突，顯不符程序重開之本旨(參照臺北高等行政法院101年度訴字第709號、最高行政法院101年度判字第354號、100年度判字第2094號、2163號、99年度判字第1060號、95年度判字第1809號判決，法務部97年6月16日法律字第0970016884號函及98年4月15日法律字第0980003338號函)。

乙說：肯定說，得再申請程序重開。

㈠行政程序法第128條第1項規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限」，從該條項但書反面解釋，當事人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，即不得申請重新進行行政程序；反之，如當事人非因重大過失，而未在法律救濟程序中主張得申請重新進行行政程序之事由者，即不在排除之範圍。足見，該條所謂「法定救濟期間經過後」，並無限制未提起行政訴訟之情形。因此，對經行政法院判決確定之行政處分，應亦得申請重新進行行政程序。

㈡行政處分經行政訴訟確定後，如有再審事由，當事人固得提起再審，如有行政程序法第128條規定之事由，亦得申請程序重開，此二權利乃請求權競合，當事人得擇一行使，不能因人民得以再審救濟，即剝奪程序重開之權利。

㈢依行政訴訟法第214條規定，確定判決之效力固及於當事人及其繼受人。惟對被告機關而言，撤銷訴訟之確定判決，係課以其不得重為被撤銷之行政處分；課予義務訴訟之確定判決，係課以其應為判決所命行政處分之義務。行政法院之確定判決，並未限制被告機關廢棄負擔處分或作成授益處分。因此，原行政處分因行政法院判決而確定者，亦不妨礙行政機關重為實體之決定。

㈣德國行政程序法第51條規定，認為行政法院判決與行政權之效力可分別視之，縱該行政處分事後經行政法院判決確定，仍得申請程序重開，且行政機關可為與

原判決歧異之決定，二者效力相同，但行政處分存續力不當然變更法院判決。我國行政程序法第128條既係源自德國行政程序法第51條，似應為相同解釋(參照臺北高等行政法院91年度訴字第4223號、92年度訴字第5535號判決，及陳敏，行政法總論，96年10月5版，第490頁；劉建宏教授，既判力與行政程序重開及違法行政處分之撤銷，行政訴訟法第18次研究會，台灣法學187期，100年11月1日，第46至64頁)。

丙說：折衷說，如無法再審，則可申請程序重開。

㈠行政程序法第128條所謂「法定救濟期間經過後」，係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，予以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。非經實體判決確定之行政處分，符合上開規定者，自得依上揭規定申請重新進行行政程序；若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，因其得依再審程序謀求救濟，自不得再依上揭規定申請重新進行行政程序。

㈡惟如具體個案情形無從依再審程序謀求救濟，因捨申請重新進行行政程序之外別無他途，解釋上，當容許其申請重新進行行政程序，以求周延(參照最高行政法院101年度判字第134號、99年度判字第1016號判決，法務部97年2月4日法律字第0960043161號函，林錫堯，行政法要義，95年9月3版，第539頁)。

四、初步研討結果：

多數採丙說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說14票，採乙說4票，採丙說20票。

六、相關法條：

行政程序法第128條

七、參考資料：

（一）甲說參考資料：

1.臺北高等行政法院101年度訴字第709號判決

2.最高行政法院100年度判字第2094號判決

3.最高行政法院101年度判字第354號判決

4.最高行政法院95年度判字第1809號判決

5.最高行政法院100年度判字第2163號判決

6.法務部97年6月16日法律字第0970016884號函

7.法務部98年4月15日法律字第0980003338號函

（二）乙說參考資料：

1.臺北高等行政法院91年度訴字第4223號判決

2.陳敏，行政法總論，96年10月5版，第490頁：

「固然，行政訴訟法第214條明文規定，確定判決之效力及於當事人及其繼受人。惟對被告機關而言，撤銷訴訟之確定判決，係課以其不得重為被撤銷之行政處分；課予義務訴訟之確定判決，係課以其應為判決所命行政處分之義務。行政法院之確定判決，並未限制被告機關廢棄負擔處分或作成授益處分。因此，原行政處分因行政法院判決而確定者，亦不妨礙行政機關重為實體之決定。行政程序法第128條第1項但書之反面解釋，當事人非因重大過失，而未在法律救濟程序中主張得申請重新進行行政程序之事由者，即不在排除之範圍。因此，對經行政法院判決確定之行政處分，應亦得申請重新進行行政程序。惟我國最高行政法院之司法實務上，則持反對之見解。」

3.德國聯邦行政程序法第51條條文規定：「(第1項)有下列情形時，行政機關應依利害關係人之申請，就已不可爭訟之行政處分之廢棄或變更作成決定：一、行政處分所依據之事實狀態或法律狀態事後發生有利於關

係人之變更者；二、發現新證據，可使利害關係人受較有利之決定者；三、具有民事訴訟法第580條所規定之再審事由者。(第2項)前項申請，以利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張者為限，始為合法。(第3項)申請應於3個月內為之。期間應自利害關係人知悉行政程序重新進行之事由之日起算。(第4項)申請由第3條規定之管轄機關決定之；請求被廢棄或變更之行政處分係由其他行政機關作成者，亦同。(第5項)第48條第1項第1句及第49條第1項之規定，仍有其適用。」(引自傅玲靜，論行政程序之重新進行，月旦法學，第147期，2007年8月，頁104。)

（三）丙說參考資料：

1.最高行政法院101年度判字134號判決

2.法務部97年2月4日法律字第0960043161號函

3.林錫堯，行政法要義，95年9月3版，第539頁：

「上開條文規定『行政處分於法定救濟期間經過後』，意指經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，關係人可依再審程序謀求救濟，故不在重新進行行政程序之列。惟如依行政處分之內容，關係人根本不能循再審程序謀求救濟者（尤其依上述第1款，請求廢止或變更原處分者），因捨申請重新進行行政程序之外別無他途，解釋上，亦當容許其申請重新進行行政程序，以求周延。至非經實體判決確定之行政處分，得為申請，自不待言。」

提案八

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

人民因行政機關違法處分而循序提起行政訴訟，經行政法院依行政訴訟法第198條之規定為情況判決確定，其主張受有損害，先依國家賠償法第2條第2項規定，向民事法院起訴請求行政機關損害賠償，經駁回確定，就同一原因事實再依行政訴訟法第199條第2項之規定向行政法院請求該機關賠償其損害，有無違反一事不再理原則？

三、討論意見：

甲說：否定說。

情況判決乃為維護公益而使受當事人蒙受特別犧牲，其判決既為合法行為，則當事人因此所受的犧牲，在性質上屬於損失，而應予補償；另從情況判決確認行政處分的違法性而言，受處分人因該違法處分所受之不利益，其性質即屬於損害，而應予賠償。是情況判決係為調和公益與私益之衡平措施，故於主觀責任要件上，不以公務員有故意或過失為必要，係獨立之請求權基礎，與國家賠償法第2條第2項所規定之國家賠償責任，係以公務員於執行職務行使公權力時，有故意或過失為要件，且性質純屬侵權行為的損害賠償者，尚有不同，乃不同之請求權基礎，非同一事件，於二者要件均具備的情形，構成請求權競合，人民得擇一行使其權利，並無違反一事不再理原則（最高行政法院101年度裁字第1645號裁定參照）。

乙說：肯定說。

㈠行政訴訟法第198條規定之情況判決，係專為撤銷訴訟而設計之制度，其目的在於避免因法院做成撤銷判決，改變以行政處分有效存續為前提所造成之既成事

實，對於現有事關公益產生重大損害，其目的在於維護公益之情況下，尊重既成之事實，是其係肯定行政處分之違法性，則當事人因此所受之不利益，應該屬損害賠償性質。而同法第199條第2項之規定係將當事人受行政機關之違法行政處分，行政法院因維護公益之需，仍對原處分之效力予以維持，當事人受此特別犧牲，得依該規定於1年之除斥期間內，向高等行政法院訴請賠償，此規定與行政訴訟法第7條之規定，均屬訴訟程序上之規定，而其所指之實體上關係，仍為國家賠償，其賠償及其請求之範圍仍應依國家賠償法、民法或其他實體上之相關規定定之，難謂行政訴訟法第199條第2項之規定，係法律賦予人民之特別實體請求權，此參照最高行政法院101年度判字第614號判決意旨：「人民如依行政訴訟法第199條規定訴請徵收機關賠償者，係基於行政處分違法而來，自屬國家賠償之性質，在國家賠償法所未規定之事項，應適用民法之規定，是關於損害賠償之範圍，自應適用民法之相關規定」（同院99年度判字第675號判決意旨併參）益明。

人民訴訟權利及程序，應予周延之保障及維護，此為民主與法治國之本旨，雖依各法律制度之規定及設計，同一原因事實、訴訟標的及當事人所生之請求權，相關法律雖有規定均得向普通民事法院或高等行政法院提起訴訟，惟當事人只能選擇其一，如謂可分別或先後向普通民事法院或高等行政法院提起訴訟，因民事法院及行政法院間對於證據之取捨及事實認定，彼此不受拘束，即可能生不同系統法院間有裁判歧異之問題；且當事人於受其中一系統法院不利之裁判後，尚可能轉尋向另一系統法院起訴，以求另獲有利之裁

判之可能，均有違反民事訴訟及行政訴訟所應遵守之一事不再理原則。另國家賠償法關於請求程序，係採雙軌制，可循民事訴訟途徑或行政訴訟請求，依國家賠償法第11條第1項但書之規定，則無論循何種訴訟程序請求，就同一原因事實，均不得再行起訴。而已依國家賠償法之規定向民事法院起訴後，基於同一原因事實，可否再向行政法院提起損害賠償訴訟，行政訴訟法雖未對此等情形予以明文規定，本於同一法理，亦應為相同之解釋，認不得再向行政法院提起損害賠償訴訟。

四、初步研討結果：

一致採乙說（肯定說）。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說24票，採乙說14票。

六、相關法條：

（一）行政訴訟法第107條第1項第9款、第198條、第199條

（二）國家賠償法第2條第2項

（三）國家賠償法第6條、第11條第1項

提案九

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

廠商偽造投標文件，於民國96年3月1日遞交投標文件參與機關依政府採購法辦理公開招標採購之投標，經機關於同月8日開標，9日審標，而於同月10日決標，嗣機關於99年4月1日發現廠商上述偽造投標文件之情形，應依政府採購法第101條第1項第4款之規定通知廠商將刊登政府採購公報。依最高行政法院101年度6月份第1次庭長法官聯席會議決議，機關依上述規定對廠商刊登政府採購公報之通知，係對廠商違反行政法上義務之行為，予以不利處分，具有裁罰性，屬行政罰，應適用行政罰法第27條第1項所定3年裁處權時效。本件機關之3年裁處權時效，應從何時起算?

三、討論意見：

甲說：應自廠商遞交偽造投標文件參與投標時即96年3月1日起算。

㈠按「行政罰之裁處權，因3年期間之經過而消滅。前項期間，自違反行政法上義務之行為終了時起算。但行為之結果發生在後者，自該結果發生時起算。」行政罰法第27條第1項、第2項定有明文。依其立法理由之說明，認為行政罰裁處權之行使與否，不宜懸之過久，而使處罰關係處於不確定狀態，影響人民權益，惟亦不宜過短，以免對社會秩序之維護有所影響，爰規定其消滅時效為3年，並就時效之起算點加以明定，以杜紛爭。

㈡按政府採購法立法目的在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，為同法第1條所明定。若廠商偽造投標文件，參與投標，將使公平採購程序受到破壞，政府採購

效率與功能下降，無法確保採購品質，致政府採購法前揭立法目的不能達成，是政府採購法第101條第1項第4款規定，廠商參與投標有偽造投標文件之情形時，予以通知將刊登政府採購公報之具有裁罰性之不利處分。則廠商參與投標時，自負有提出真實投標文件之義務。而廠商違反上述行政法上義務，以偽造投標文件，參與投標時，已符合政府採購法第101條第1項第4款規定之構成要件，其違反行政法上義務之行為於96年3月1日參與投標時即已終了，故本件其裁處權時效應於96年3月1日起算。

乙說：應自機關知悉時即99年4月1日起算。

㈠按「機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件，對其內容有疑義時，得通知投標廠商提出說明。前項審查結果應通知投標廠商，對不合格之廠商，並應敘明其原因。」政府採購法第51條固定有明文。惟觀諸上述規定可知，政府採購法為提升採購效率，僅課予招標機關審查廠商「投標文件」之義務，而未要求招標機關針對投標文件之內容，應逐一實質審查是否與事實相符。

㈡次查，於廠商偽造投標文件參與投標之情形，實務上於機關依政府採購法第51條規定之機制從事審查時，不易由其內部主動查覺，常係因廠商上述之參與政府採購程序所施用不正當手段，另涉及刑事或其他爭議，事後始由外部機關通知始發現有上揭違反行政法上義務之行為，若其行政罰法第27條第2項之裁處權期間自參與投標時起算，將有甚多偽造投標文件參與投標之廠商，因機關發現其有上揭違反行政法上義務之行為時，已逾行政罰法第27條第2項之3年裁處權期間，無法依政府採購法第101條第1項之規定，通知廠商

將刊登政府採購公報，而使政府採購法第1條之立法目的落空。且實務上機關依政府採購法第51條之規定，縱欲進行實質查證，亦確有事實上及法律上之困難，故行政罰法第27條第2項所謂裁處權期間自違反行政法上義務之行為終了時起算，應自機關知悉時起算，本件裁處權時效應自機關知悉廠商以偽造投標文件參與投標時即99年4月1日起算。(最高行政法院101年度判字第648號判決參照)

四、初步研討結果：

採甲說

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說24票，採乙說12票。

六、相關法條：

（一）政府採購法第51條、第101條、第102條、第103條

（二）行政罰法第27條第1項、第2項:

七、參考資料：

（一）最高行政法院101年6月份第1次庭長法官聯席會議決議

（二）最高行政法院101年度判字第609號判決(甲說之參考判決，惟該件之事實與本題事實不同，係偽造履約相關文件之情形，然其裁處權時效亦認應於偽造行為完成時起算)、最高行政法院101年度判字第648號判決(乙說之參考判決)

提案十

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

甲廠商於民國(下同)93年繳納押標金後，參與乙機關招標之政府採購法（下稱採購法）規範之採購案，並由訴外人丙於93年12月31日得標，乙將甲之押標金發還。嗣甲之實際負責人A就上開採購案，涉犯採購法第87條第4項以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為價格競爭之情事之犯罪行為，經檢察官於95年12月1日提起公訴，同年12月31日乙接獲上開起訴書而知悉；案經地方法院刑事庭於審理第1審判決A有罪後，乙乃於101年7月1日函認甲所為有影響採購公正之違反法令行為，依採購法第31條第2項第8款及系爭採購案投標須知規定，通知甲繳回已發還之押標金。甲對負責人A上開「圍標」行為違反採購法第31條第2項第8款圍標行為並不爭執，但主張乙繳回押標金之處分，已罹於行政程序法第131條公法上請求權5年時效。問：採購法第31條第2項規定之「追繳」已發還押標金之法律性質為何？是否為公法上之請求權，有無行政程序法第131條時效消滅之適用？

三、討論意見：

甲說：「追繳」押標金之法律性質為下命侵益性行政處分，並不適用行政程序法第131條公法上請求權5年時效。

㈠按「（第1項）公法上之請求權，除法律有特別規定外，因5年間不行使而消滅。（第2項）公法上請求權，因時效完成而當然消滅。」為行政程序法第131條第1項、第2項所明定。所謂「公法上請求權」，係指權利義務主體相互間，基於公法上法律關係，一方向他方請求為特定給付之權利，其與追繳押標金係招標機關本於公權力作用，單方所為之下命侵益性行政行

為顯然不同（最高行政法院100年度判字第1071號、100年度判字第1474號判決意旨參照）。採購法第31條第2項所稱追繳押標金，既非公法上請求權，自無適用該條消滅時效規定之可能。

㈡追繳押標金若屬「管制性不利處分」則亦非「公法上請求權」。且目前實務上廠商對政府機關依採購法第31條第2項規定所為「追繳」押標金之函文，均以提起撤銷訴訟之形式為之。而如若採購法第31條第2項規定為採購機關之公法上請求權，理論上似應依行政訴訟法第8條第1項規定提起追繳押標金一般給付之訴，因此依實務運作，似亦認「追繳」押標金非屬採購機關之公法上請求權。

乙說：「追繳」押標金之法律性質為管制性不利處分，且為公法上財產請求權，有行政程序法第131條時效消滅規定之適用。

㈠按採購法第30條第1項前段規定：「機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金。」第31條第2項並針對招標文件中明文規定，投標廠商如有不當或違法圍標行為介入，所繳納之押標金依法即得不予發還或追繳為規範。足見投標廠商繳納押標金目的，在於確保投標之公正，此係辦理招標機關所為之管制，以避免不當或違法行為介入。因此，押標金的追繳，性質上屬管制性不利處分（核其性質乃以公權力強制實現廠商參與投標時所為之擔保，屬於「管制性不利處分」），自行政罰法所謂裁罰性不利處分係以違反行政法上義務而對過去不法行為所為之制裁並不相同（最高行政法院101年度判字第625號判決、100年度判字第1071號判決意旨參照）。

㈡又權利之行使應有時效之限制，不論私法上或公法上

之權利皆然。是於行政法律關係中，財產法性質之請求權，均應有消滅時效之適用，始符合法律安定之要求，追繳押標金之原處分為不利處分，「並為」行政主體為公法上財產請求權之行使，應有行政程序法第131條第1項、第2項規定之適用（最高行政法院101年判字第625號判決意旨參照）。

㈢追繳押標金處分屬管制性不利處分，係行政主體為公法上財產請求權之行使，關於權利行使的時間上限制，採購法既無特別規定，自應適用行政程序法第131條第1項5年時效期間的規定（最高行政法院101年度判字第8號判決意旨參照）。又追繳押標金之規定，係屬公法上的請求權，依行政程序法第131條1項規定：「公法上請求權，除法律有特別規定外，因5年間不行使而消滅。」惟上開時效應自何時起算，行政程序法並未規定，即應類推適用民法第128條之規定，依該條前段規定：「消滅時效，自請求權可行使時起算。」是追繳押標金之請求權時效，即應自請求權可行使時起算（最高行政法院101年度判字第787號判決意旨參照）。因此追繳押標金為公法上請求權，應適用行政程序法第131條第1項之5年期間之規定。

附註：

追繳押標金等非屬裁罰性不利處分，不適用行政罰法第27條裁處權時效之規定，似已為最高行政法院一致見解。

由最高行政法院100年判字第1071號、100年判865號判決可知，其認依採購法第30條第1項前段及第31條第2項第8款規定，暨押標金乃擔保全體投標者均能遵照投標應行注意事項以踐行相關程序，除督促得標者應履行契約外，兼有防範投標人圍標或妨礙標售程序

公正之作用，堪認投標廠商繳納押標金之目的，亦有確保投標公正之目的，此為辦理招標機關所為之管制，以避免不當或違法之行為介入。因此，法律規定廠商如有此類行為者，辦理招標之政府機關即得對其所繳納之押標金不予發還，或予以追繳，核其性質乃以公權力強制實現廠商參與投標時所為之擔保，**屬於「管制性不利處分」**，此與行政罰法所稱之**「裁罰性不利處分」**係以違反行政法上義務而對於過去不法行為所為之制裁相殊。是以，被上訴人對上訴人所為強制追繳押標金之處分，固為不利之行政處分，但不屬於行政罰法所稱之行政罰處分，自**無該法第27條關於時效期間規定之適用**等情。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說0票，採乙說34票。

六、相關法條：

（一）行政程序法第131條

（二）政府採購法第31條

七、參考資料：

（一）行政程序法第131條所稱之「**公法上請求權**」，在立法過程中（立法者主觀意志）似有將之視為「公權力行使」及「人民對行政機關之債權請求權」之意，但使用「公法上請求權」之用語，在客觀的解釋上，應僅及於「人民對行政機關之債權請求權」。從客觀說的解釋及法律漏洞的填補，本書認為此「公法上之請求權」應包括「行政機關對人民之金錢及實物之給付請求權」及「人民對行政機關之債權請求權」，至於「行政機關對人民行使公權力作成行政處分而為命令或

禁止之權限」及「行政罰裁處權」則不在其內。(李惠宗，行政法要義)

（二）所謂「**公法上請求權**」，係指權利義務主體相互間，基於公法上法律關係，一方向他方請求他方特定給付之權利（最高行政法院100判1071），適用消滅時效者，主要係公法上之財產請求權，例如行政機關對人民之金錢給付請求權與人民對行政機關之債權請求權。(黃俊杰，行政法)

（三）所謂**公法上請求權**係指本法或其他行政法、律或法規，所賦予具公法性質之請求權。(陳慈陽，行政法總論)

（四）**下命處分**，只命相對人為特定作為、不作為或忍受某種措施，或解免作為、不作為義務之行政處分。當事人若不履行其義務，則須另行付諸行政執行。(李惠宗，行政法要義，100年9月五版)

（五）**下命處分**指命相對人為特定之作為、不作為或忍受的處分，納稅處分、徵兵處分及警察機關為維護秩序之各種處分均屬之。下命處分所課予之義務，相對人未履行時，即生強制執行之問題，各種處分中亦唯有下命處分有強制執行之可能性及必要性。(吳庚，行政法之理論與實用，增定11版)

（六）管制性不利處分：

行政機關在行政處罰之外，為維護行政秩序之必要，而作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分者，應循一般行政程序，作成其他不利益行政處分，並詳細說明其所採管制措施乃為達成行政目的所必要之理由，且全面接受司法審查。

行政處罰與其他行政管制性質之不利益行政處分之目的不同，因此行政機關作成行政處罰或其他行政管制

性質之不利益行政處分時之理由，完全不同，且**行政管制性質之不利益行政處分依法亦不應適用行政處罰相關規定**，故行政機關作成行政處罰以外其他行政管制性質之不利益行政處分時，不得以人民有故意或過失違反行政法上義務之行為為管制理由，而應敘明各該管制措施乃為向未來維持行政秩序所必要之理由，並予人民就此一內容之不利益行政處分，依行政程序法規定，為正確表達意見之機會，否則即有剝奪該處分相對人正確陳述意見之機會而違反正當法律程序之虞。（司法院釋字第621號大法官彭鳳至、徐璧湖協同意見書四、3、及註二十九）。

（七）最高行政法院100年度判字第1071號判決

（八）最高行政法院100年度判字第1474號判決

（九）最高行政法院101年度判字第787號判決

（十）最高行政法院100年度判字第1985號判決

（十一）最高行政法院101年度判字第625號判決

(十二) 最高行政法院101年度判字第8號判決

101年最高行政法院裁判統計資料：

	適用行政程序法第131條	不適用行政程序法第131條
案號	101年度判字第787號 101年度判字第679號 101年度判字第625號 101年度判字第640號 101年度判字第8號	

提案十一

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

直轄市、縣（市）主管機關就祭祀公業法人依祭祀公業條例第30條第1項第2款及第2項規定陳報有關選任管理人之事項所為之「備查」行為，是否為行政處分？

三、討論意見：

甲說：否定說。

所謂行政處分，依訴願法第3條第1項規定係指中央或地方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而言。祭祀公業法人依祭祀公業條例第30條規定召開派下員大會，並就該條所規定之事項作成選任管理人決議時，固有將會議紀錄報請公所轉報直轄市、縣（市）主管機關「備查」之義務，惟同條例第57條規定，對「備查」之事項有異議者，除應依祭祀公業條例規定之異議程序辦理外，得逕向法院起訴，以確定其私權爭議。又人民向監督機關陳報須經「備查」之事項，其目的僅在供監督機關事後監督之用，不以之作為該行為之合法要件。足見，主管機關對於祭祀公業法人派下員大會會議紀錄為「備查」與否之行為，對於祭祀公業法人派下員大會所決議事項是否有效，並不生影響，其性質並非行政處分。

乙說：肯定說。

㈠行政機關對祭祀公業選任管理人後所為「備查」之行為，性質上究係行政處分或屬觀念通知，不應拘泥於行政機關所使用之文字，而應從實質上該行為是否發生法律上效果。祭祀公業法人依祭祀公業條例第30條規定，於決議選任管理人後30日內報請公所轉報直轄

市、縣（市）主管機關備查，有關執行祭祀公業法人事務、管理祭祀公業法人財產等，均以主管機關同意備查之新管理人為合法之代表人（同條例第22條前段規定），同時一旦主管機關同意新管理人之備查，即表示原任之管理人資格被推定已經喪失，而無法再以管理人身分行使職權，對原任管理人之權益及祭祀公業整體之運作，均發生重大之影響。是直轄市、縣（市）主管機關對祭祀公業法人選任管理人後所為備查之行為，足以發生具體之法律上效果，性質上應屬行政處分。

早期為解決祭祀公業土地問題，內政部及臺灣省政府分別訂定「祭祀公業土地清理要點」及「臺灣省祭祀公業土地清理辦法」，作為行政機關清理祭祀公業土地之依據。惟因未具法律位階且祭祀公業錯綜複雜，致清理效果未臻理想，立法院為達到延續宗族傳統兼顧土地利用及增進公共利益之目標，配合地籍清理之政策方向，以維持祭祀公業之優良傳統，並解決其原為公同共有關係所生之土地登記、財產處分運用之困難問題，乃制訂「祭祀公業條例」（參照立法總說明）。依該條例第30條規定，祭祀公業法人決議選任管理人，應將派下員大會會議紀錄於會議後30日內，報請公所轉報直轄市、縣（市）主管機關備查。倘主管機關否准祭祀公業法人備查之申請，自屬行政機關基於職權，就特定之具體事件，所為發生公法上效果之單方行政行為，而為行政處分，應可依法提起訴願及行政訴訟，以求救濟。

四、初步研討結果：

一致採甲說（否定說）。

五、大會研討結果：

實到人數：57人，採甲說26票，採乙說8票。

六、相關法條：

祭祀公業條例第22條、第30條、第57條

七、參考資料：

甲說：最高行政法院100年度裁字第2352號裁定、101年度裁字第702號裁定。

乙說：最高行政法院88年度判字第4013號判決、最高行政法院92年度判字第1875號判決。

祭祀公業條例立法總說明：

祭祀公業，係以祭祀祖先為目的所設立之獨立財產，淵源於南宋時之「祭田」，乃漢人社會獨特習尚。就維持宗族之意識、發揚崇祖睦親之傳統習慣及土地經濟而言，祭祀公業自有其時代背景並具重要意義與價值。惟今日傳統農業社會結構解體，人際關係疏離，以致派下為爭奪祀產而訴訟不斷，且祭祀公業設立悠久，受日據影響以致宗譜闕如、系統不明、權利主體認定不易。經查目前臺灣地區祭祀公業土地約有六萬四千餘筆，土地面積逾一萬三千九百公頃，甚多土地資源未能有效利用，部分稅賦無法徵收，允宜正視並妥善解決。

為解決祭祀公業土地問題，內政部及臺灣省政府雖分別訂定「祭祀公業土地清理要點」及「臺灣省祭祀公業土地清理辦法」，作為行政機關清理祭祀公業土地之依據，惟因未具法律位階且祭祀公業錯綜複雜，致清理效果未臻理想。是以祭祀公業之相關事務，必須制定專法予以規範。

為達到延續宗族傳統兼顧土地利用及增進公共利益之目標，配合地籍清理之政策方向，以維持祭祀公業之優良傳統，並解決其原為公同共有關係所生之土地登記、財產處分運用之困難問題。

提案十二

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

稽徵機關就當事人贈與稅之課稅要件事實，提出客觀上財產移轉之證據並依職權查無對價移轉之原因事實，是否足認稽徵機關已就贈與稅之核課盡其舉證之責？

三、討論意見：

甲說：肯定說

稅捐稽徵機關所須處理之案件多而繁雜，有關課稅要件事實，類皆發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關並未直接參與當事人間之私經濟活動，其能掌握之契約訂立等資料自不若契約當事人，契約當事人之主觀意思亦非不可由客觀上所存之各種資料加以推知，故稅捐機關就當事人課稅要件事實為舉證，如已從客觀上為各種調查，如銀行存款憑條、匯款單、存摺、往來明細、當事人稅捐申報資料等，足推知贈與之成立者，即難指稅捐機關未盡舉證責任。（最高行政法院101年度判字第919號、100年度判字第1208號判決參照）

乙說：否定說

稅捐之稽徵乃科人民以義務，課稅事實之存在自應依證據認定之，無證據自不得以擬制推測之方法，推定課稅事實之存在。故當事人否認課稅事實所持之辯解，縱屬不能成立，亦不能因此即反推必有課稅事實，仍非有證據不得遽為課稅事實之認定。又課稅要件事實，基於依法行政原則，應由稽徵機關負舉證責任，其所提證據必須使法院之心證達到確信之程度，始可謂其已盡舉證之責，若僅使事實關係陷於真偽不明之狀態，法院仍應認定該課稅要件事實為不存在，而將

其不利益歸於稽徵機關。至於人民因否認本證之證明力所提出之反證，因其目的在於推翻或削弱本證之證明力，防止法院對於本證達到確信之程度，故僅使本證之待證事項陷於真偽不明之狀態，即可達到其舉證之目的，在此情形下，其不利益應由稽徵機關承擔。依遺產及贈與稅法第3條第1項、第4條第2項規定，贈與稅的課徵，既以財產的給予與收受雙方有贈與的合意為要件，稽徵機關對此課稅要件事實，即負有舉證責任；而財產所有人將其財產移轉予他人的原因多端，未必係贈與行為，尤其非親屬間以贈與為原因之財產移轉，乃特殊事實（非常規事實），稽徵機關必須提出相當的積極證據加以證明，不能徒憑財產移轉之事實即推定其必屬贈與行為。（最高行政法院101年度判字第641號判決參照）

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

提案機關高雄高等行政法院撤回本提案。

六、相關法條：

遺產及贈與稅法第3條第1項、第4條第1項、第2項

七、參考資料：

（一）最高行政法院101年度判字第919號

（二）最高行政法院100年度判字第1208號

（三）最高行政法院101年度判字第641號

提案十三

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

當事人主張因行政機關違法行政處分損害其權利，而提起撤銷訴訟，並依行政訴訟法第8條第2項規定請求損害賠償，行政法院審理後，如認撤銷訴訟部分有行政訴訟法第107條第1項第2款至第10款情形，以訴不合法裁定駁回，則關於請求損害賠償部分，應如何處理？

三、討論意見：

甲說：當事人主張因行政機關之違法行政行為受有損害，循序向行政法院提起行政訴訟，並依行政訴訟法第7條規定於同一程序中，合併依國家賠償法規定請求損害賠償者，因行政法院就國家賠償部分，自當事人依法「附帶」提起國家賠償時起取得審判權，而案件經行政法院審理後，如認行政訴訟部分因有行政訴訟法第107條第1項第2款至第10款情形而不合法者，此時行政訴訟既經裁定駁回，其依國家賠償法附帶提起國家賠償之訴部分，屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因而失所附麗，自得一併裁定駁回。當事人雖主張依行政訴訟法第8條規定請求損害賠償，惟國家賠償法第12條之規定係行政訴訟法第2條所指之法律別有規定，當事人提起撤銷訴訟時，固得依行政訴訟法第7條合併請求損害賠償，但不得依同法第8條之規定，向行政法院請求損害賠償。當事人雖主張依同法第8條請求損害賠償，行政法院應不受其拘束，逕認其請求損害賠償部分係依同法第7條合併請求損害賠償，一併裁定駁回(最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議決議及90年度裁字第893號裁定、92年度裁字第1186號裁定意旨參照)。

乙說：當事人依行政訴訟法第7條規定，於提起撤銷訴訟合併請求損害賠償，因所提撤銷訴訟不合法，此部分之訴固得裁

定駁回。惟當事人主張依行政訴訟法第8條第2項規定請求損害賠償，則無論其請求賠償之實體法上依據，係依民法上之規定抑或依國家賠償法之規定，均非行政訴訟法第8條所定之公法上原因所生之給付，而為民事訴訟審判之範圍。是以，當事人提起撤銷訴訟，並依行政訴訟法第8條第2條規定請求損害賠償者，縱所提撤銷訴訟因不合法而得以裁定駁回，然關於損害賠償部分，仍應另以裁定移送有審判權及管轄權之民事法院(最高行政法院101年度裁字第966號裁定意旨參照)。

四、初步研討結果：

多數採甲說。

五、大會研討結果：

提案機關臺北高等行政法院撤回本提案。

六、相關法條：

行政訴訟法第2條、第7條、第8條、第12條之2、第107條

七、參考資料：

（一）最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議決議

（二）最高行政法院90年度裁字第893號裁定

（三）最高行政法院92年度裁字第1186號裁定

（四）最高行政法院101年度裁字第966號裁定