98 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題 1：

修正行政訴訟法施行後，當事人認最高行政法院之判決，同時具有行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款及同條項第 14 款之再審事由，乃以一訴狀向最高行政法院提起再審之訴，並已繳交裁判費，嗣經最高行政法院就第 1 款事由部分為裁判後，另將第 14 款之事由部分移送至高等行政法院管轄，高等行政法院應否再就該移送部分另徵裁判費？

三、討論意見：

甲說：否定說

按行政訴訟法第 98 條之 1 已明文規定，以一訴主張數項標的，或為訴之變更、追加或提起反訴者，均不另徵收裁判費。不同再審事由固為不同之訴訟標的，但上開條文既已明定以一訴主張數項標的不另徵收裁判費，則當事人以一訴狀載明數個再審事由提起再審之訴，應僅徵收一件之裁判費，始符上開法律規定之意旨。

且依最高行政法院 96 年 12 月份庭長法官聯席會議第 10 則決議，裁判費應以按件徵收為原則，依題旨，當事人既以一訴狀向最高行政法院提起再審之訴，並已繳交裁判費，自不因事後最高行政法院另將第 14 款之事由部分移送至高等行政法院管轄，另須再繳交一次裁判費，否則有違按件徵收之原則。至於最高行政法院依行政訴訟法第 275 條第 3 項規定，將第 14 款之事由部分移送至高等行政法院管轄，致

案件一分為二，雖屬法律規定之結果，仍不能將此不利益歸諸於當事人。

乙說：肯定說

按行政訴訟法第 273 條之再審程序，有形成之效力，其發生之原因事實不同，即為不同之形成權，該條第 1 項所列各款之再審事由，各為不同之形成權，並無先後順序之別，僅須其中一款之原因事實符合再審理由，即應為前訴訟之再開及續行，故在訴訟法上為不同之訴訟標的。

當事人以一訴狀提起再審之訴，以有行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款及同條項第 14 款為理由者，因前者專屬最高行政法院管轄，後者專屬原高等行政法院管轄，為兩個再審之訴，其經最高行政法院就前者予以裁判，而將後者依行政訴訟法第 18 條準用民事訴訟法第 28 條第 1 項規定移送原高等行政法院，仍應依行政訴訟法第 98 條之 3 第 2 項徵收裁判費（最高法院 66 年臺聲字第 73 號判例意旨參照）。至於行政訴訟法第 98 條之 1 規定，以一訴主張數項標的，不另徵收裁判費，係指其數項標的屬同一審級且可共用相同訴訟程序者而言，有其立法說明可資參照，並不包括本題旨情形，否則將產生以訴狀多寡決定裁判費應否繳納，實有失公平。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：

行政訴訟法第 98 條之 1：

「以一訴主張數項標的，或為訴之變更、追加或提起反訴者，不另徵收裁判費。」

行政訴訟法第 273 條第 1 項：

「有左列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。但當事人已依上訴主張其事由或知其事由而不為主張者，不在此限：一、適用法規顯有錯誤者。……一四、原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌者。」

行政訴訟法第 275 條：

「再審之訴專屬為判決之原行政法院管轄。對於審級不同之行政法院就同一事件所為之判決提起再審之訴者，由最高行政法院合併管轄之。對於最高行政法院之判決，本於第二百七十三條第一項第九款至第十四款事由聲明不服者，雖有前二項之情形，仍專屬原高等行政法院管轄。」

最高行政法院96年12月份庭長法官聯席會議第10則決議：

「二人以上依行政訴訟法第 37 條第 1 項第 2 款或第 3 款規定，共同提起行政訴訟，本於裁判費應按件徵收之原則，應徵收一件裁判費；於受敗訴判決後，其中部分原告上訴，應向該聲明上訴之人，徵收一件上訴裁判費。如一部勝訴，一部敗訴，兩造均上訴，應各徵收一件裁判費。」

最高法院 66 年臺聲字第 73 號判例要旨：

「當事人以一訴狀提起再審之訴，以有民事訴訟法第四百九十六條第一項第一、二兩款及同條項第十三款為理由

者，前者專屬本院管轄，後者專屬原第二審法院管轄，為兩個再審之訴，其經原第二審法院就後者予以裁判，而將前者依同法第二十八條第一項規定移送本院者，仍應依民事訴訟費用法第十九條預繳裁判費。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題 2：

土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項規定之「異議」、「復議」程序，是否為土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，提起行政救濟前之必要先行程序？

三、討論意見：

甲說：先行程序說

按土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項業已明文規定，土地權利關係人必須於公告期間內提出異議，並經復議程序，始得提起行政救濟，該「異議」、「復議」程序自屬土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，提起行政救濟前之必要先行程序。至土地徵收公告之附記事項中雖有「土地權利人或利害關係人如不服本徵收處分者，請依訴願法第 14 條及第 58 條規定於公告期滿次日起 30 日內經內政部向行政院提起訴願」之記載，惟該附記係指對徵收處分不服者而言，並不包括對公告事項或補償金額不服在內，兩者救濟程序明顯不同。

乙說：任意程序說

依土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項規定，土地權利關係人固得於經異議、行政機關查處、復議等程序，進而依法提起行政救濟，惟觀之土地徵收條例及訴願法、行政訴訟法，並無未經異議、行政機關查處、復議等程序，土地權利關係人即不得提起行政救濟之規定，是應認前開異議、復議程序係得由土地權利關係人選擇採取之訴願先行程序，而非提起訴願之法定必經先行程

序。

丙說：「異議」為必要先行程序；「復議」為任意程序說

有關土地權利關係人對於徵收補償價額不服之救濟程序，依土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項規定，係循查處及復議程序處理，異議查處程序結束後，土地權利關係人如對查處結果不服，作成原查處處分之機關（即縣市政府）有權將查處結果送交地價評議委員會「復議」，如查處機關不主動將查處結果提請地價評議委員會復議，土地權利關係人應可直接以查處處分為行政爭訟之標的，提起訴願及行政訴訟，是縣市政府是否將查處結果送交地價評議委員會復議，並非土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，提起行政爭訟所必須之先行程序。

四、初步研討結果：

提請大會討論。

五、大會研討結果：

多數採甲說，並送請最高行政法院庭長、法官聯席會議討論。

六、相關法條：

土地徵收條例第 22 條：

「土地權利關係人對於第十八條第一項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。

被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評

議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。

直轄市或縣（市）主管機關依第二十條規定發給補償費完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地權利關係人依前二項規定提出異議或提起行政救濟而停止。

徵收補償價額經復議或行政救濟結果有變動者，其應補償價額差額，應於其結果確定之日起三個月內發給之。」

甲說參考資料：

最高行政法院 93 年度判字第 1067 號判決、95 年度判字第 455 號判決、96 年度裁字第 1999 號裁定、97 年度裁字第 3586 號裁定。

乙說參考資料：

最高行政法院 92 年度判字第 741 號判決、96 年度判字第 1190 號判決。

丙說參考資料：

最高行政法院 95 年度裁字第 862 號裁定、95 年度裁字第 206 號裁定。

甲說參考資料：

最 高 行 政 法 院 判 決　　九十三年度判字第一〇六七號

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

四、本院判斷如下：

（二）按平均地權條例第六十二條之一規定對於重劃區內應拆遷之土地改良物應予補償，補償金額之決定為行政處分，如有不服，如何救濟，依同條例第五十六條第四項授權，由中央主管機關內政部訂定之市地重劃實施辦法第三十八條第四項規定，得於公告期間內以書面向主管機關提出異議，經主管機關重新查處後，如仍有異議，主管機關應將該異議案件提交地價評議委員會評定之。此一不服之程序規定，與平均地權條例第六十條之二規定對於重劃分配結果之不服，亦係於公告期間提出異議，由主管機關調處，調處不成，報請上級主管機關裁決之內容相類。之後制訂之**土地徵收條例第二十二條規定對於徵收補償價額不服之程序，亦屬相當。均以異議之提出，為對於處分不服之先行程序。**足見上開辦法之規定無違母法平均地權條例之法意，亦無違行政救濟容許訴願先行程序之原理，足資適用。如未經異議，無從為合法之訴願，未經合法之訴願程序，起訴請求撤銷原處分，即非適法。

中 華 民 國 九十三 年 八 月 二十 日

最 高 行 政 法 院 判 決　　95年度判字第455號

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

四、本院經核原判決除部分理由外，尚無不合，論斷如下：

（二）按平均地權條例第 62 條之 1 規定對於重劃區內應拆遷之土地改良物應予補償，補償金額之決定為行政處分，如有不服，如何救濟，依同條例第 56 條第 4 項授權，由中央主管機關內政部訂定之市地重劃實施辦法第 38 條第 4 項規定，得於公告期間內以書面向主管機關提出異議，經主管機關重新查處後，如仍有異議，主管機關應將該異議案件提交地價評議委員會評定之。此一不服之程序規定，與平均地權條例第 60 條之 2 規定對於重劃分配結果之不服，亦係於公告期間提出異議，由主管機關調處，調處不成，報請上級主管機關裁決之內容相類。之後制訂之**土地徵收條例第 22 條規定對於徵收補償價額不服之程序，亦屬相當。均以異議之提出，為對於處分不服之先行程序。**足見上開辦法之規定無違母法平均地權條例之法意，亦無違行政救濟容許訴願先行程序之原理，足資適用。如未經異議，無從為合法之訴願，未經合法之訴願程序，起訴請求撤銷原處分，即非適法。

中　華　民　國　95　年　4　月　6　日

理 由

四、本院查：（一）按「直轄市或縣（市）主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時，應即公告，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。前項公告之期間為30日。」「土地權利關係人對於第18條第1項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。」土地徵收條例第18條、第22條第1項、第2項分別定有明文。（二）**按上開土地徵收條例第22條第1項、第2項業已明文規定：土地權利關係人必須於公告期間內提出異議，並經復議程序，始得提起行政救濟，**至於原裁定援引本院93年度判字第1067號判決僅係加強說明其理由而已，抗告意旨謂原裁定無法律明文依據云云，自屬誤解。**又系爭公告之附記事項中雖有「土地權利人或利害關係人如不服本徵收處分者，請依訴願法第14條及第58條規定於公告期滿次日起30日內經內政部向行政院提起訴願」之記載，惟該附記係指對徵收處分不服者而言，並不包括對公告事項或補償金額不服在內，兩者救濟程序明顯不同**，該附記中亦已明確詳予說明，抗告意旨仍執前詞主張其訴願及起訴程序合法云云，自無足採。是原裁定駁回抗告人之訴，並無違誤，其抗告難認有理由，應予駁回。

中　華　民　國　96　年　8　月　30　日

理 由

三、抗告意旨略謂：抗告人不服相對人新竹縣政府查處地價偏低的補償處分，而在提起訴願前未先向地價評議委員會提出復議，實因土地徵收條例第 22 條第 1 項關於異議之規定，在文義上不明確云云。經核「土地權利關係人對於第 18 條第 1 項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣(市)主管機關以書面提出。該管直轄市或縣(市)主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。」、「被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣(市)主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。」為土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項所明定。**是於公告期間內書面異議之提出，為對於原補償處分不服之先行程序，如未經提出異議，並循序提出合法之復議及訴願程序，其訴請撤銷原補償處分，即非合法。**本件抗告人既未對相對人新竹縣政府之查處結果通知提出復議及訴願，原裁定以其起訴不合法予以駁回，自無不合。抗告意旨執其對法律之不知或誤解，求予廢棄，為無理由，應予駁回。又原裁定之被告係新竹縣政府及經濟部水利署，抗告人另列非原裁定當事人之內政部及臺北高等行政法院為相對人，亦與法不合，應併予駁回。

四、據上論結，本件抗告為一部不合法、一部無理由。依行政訴訟法第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　華　民　國　97　年　7　月　17　日

乙說參考資料：

最 高 行 政 法 院 判 決　　九十二年度判字第七四一號

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、本件上訴人在原審起訴主張：

二、被上訴人則以：

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果以：（一）程序方面：被上訴人主張上訴人於公告徵收期間以異議書對於公告徵收補償地價提出異議，被上訴人依土地徵收條例第二十二條第一項規定函復，上訴人不服該查處，未依土地徵收條例第二十二條第二項規定提起復議，逕提行政救濟，應屬程序不合一節。**經查，土地徵收條例第二十二條第二項關於土地權利關係人提起復議之規定，係為保護土地權利關係人而設，尚非提起訴願之前置程序之規定，上訴人省略該程序逕行提起訴願，應無不可。**況提起復議為不服被上訴人依土地徵收條例第二十二條第一項查處之表示，如該復議為提起訴願前必需踐行之程序，上訴人逕行提起訴願亦為不服該查處，則參照訴願法第六十一條規定，亦應由訴願受理機關將其移送被上訴人處理；現受理訴願機關既未認其訴願程序有瑕疵，並已為訴願決定，被上訴人機關即應受其拘束，不得再行責問，以維訴願決定對被上訴人之拘束力。

四、本院核原判決依上開規定及說明，尚無違誤。上訴意旨仍執陳詞，指摘原判決有不適用法規及理由矛盾之違背法令，聲明廢棄改判。惟查：原判決既已明本件土地徵收之徵收補償，其辦理公告現值作業，係依平均地權條例暨地價調查估計規則等相關法令辦理，歷經地價調查、劃分地價區段及估計區段地價等法定作業程序，並依土地徵收條例第二十二條規定，提經臺北市地價評議委員會暨標準地價評議委員會評定，報准內政部核備及計算宗地地價後公告。而系爭徵收土地屬都市計畫公共設施保留地，已依上開平均地權條例第十條及同條例施行細則第七條規定，以毗鄰各非公共設施保留地土地現值之平均數為準，於當年編製土地現值時，依平均地權條例施行細則第六十三條規定計算各公共設施保留地之土地現值係依法公告，作為系爭土地徵收補償地價之依據，並參照平均地權條例施行細則第六條、第六十三條及土地徵收條例第四十六條及都市計畫法第四十九條規定辦理補償，則原判決對系爭土地徵收補償之合法性，已詳予剖析論明，對上訴人之主張均已指駁甚詳，原判決難謂有不適用法規及理由矛盾之違背法令。上訴意旨無非上訴人持其主觀法律見解之歧異，斤斤指摘，核無足取，從而本件上訴意旨難謂為有理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第二百五十五條第一項、第九十八條第三項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　九十二　　年　　六　　月　　十二　　日

理 由

四、本院按：「土地權利關係人對於第 18 條第 1 項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。」「被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。」土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。**依本條規定土地權利關係人固得於經異議、行政機關查處、復議等程序，進而依法提起行政救濟，惟觀之土地徵收條例及訴願法、行政訴訟法，並無未經異議、行政機關查處、復議等程序，土地權利關係人即不得提起行政救濟之規定，是應認前開異議、復議程序係得由土地權利關係人選擇採取之訴願先行程序，而非提起訴願之法定必經先行程序。**苟土地權利關係人不欲進行前開異議、復議等程序，於徵收補償處分作成後，即對該處分提起訴願，其訴願亦屬合法。

中　華　民　國　96　年　7　月　5　日

丙說參考資料：

最 高 行 政 法 院 裁 定　　95 年度裁字第 862 號

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第 242 條定有明文。又提起上訴，應以上訴狀表明上訴理由並應添具關於上訴理由之必要證據，復為同法第 244 條第 1 項第 4 款及第 2 項所明定。是當事人提起上訴，如以原審判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；如以原審判決有同法第 243 條規定所列各款情形之當然違背法令為理由時，其上訴狀應揭示合於該款之事實，及依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。如上訴狀未依此項方法表明，或其所表明者，顯與上開法條規定之情形不相合時，即難認為已對原審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

二、上訴人所有坐落苗栗縣後龍鎮外埔段 1152 之 3 地號，面積 0.0510 公頃土地，為被上訴人以辦理外埔國民小學遷校工程為由，報經內政部以 92 年 3 月 10 日台內地字第 0920072209 號函核准徵收，被上訴人以 92 年 4 月 1 日府地用字第 0920030162 號公告徵收，嗣經上訴人於公告期間內對徵收補償部分提出異議，被上訴人於 92 年 5 月 29 日以府教國字第 0920051869 號函復上訴人未予提高補償金額。上訴人不服，提起訴願及行政訴訟，均遭駁回，遂提起上訴。主張：（一）本件上訴人不服系爭土地之徵收補償價額，被上訴人未依土地徵收條例第 22 條第 2 項規定提請地價評議委員會復議，而依司法院釋字第 469 號解釋意旨，被上訴人已無不作為之裁量餘地，原判決未就司法院釋字第 469 號解釋意旨予以審酌，顯係違誤，亦與憲法第 15 條規定意旨未盡相符。被上訴人之訴訟代理人於此亦有說詞前後矛盾之情，顯見被上訴人有應作為而不作為，損害上訴人權益之情形，原判決未予詳查，有判決理由矛盾之違誤。（二）上訴人於原審提出相鄰土地買賣實例，以證明地政機關查估地價未依法踐行應有程序，然原判決未採上訴人此等主張，亦未傳喚證人，顯有判決理由矛盾之違誤。（三）被上訴人以最低農地價格作為補償基準，已違反憲法第 23 條所定之比例原則等語，為此求為廢棄原判決。

三、原審係以：（一）按徵收土地應補償之地價，依平均地權條例第 10 條、都市計畫法第 49 條及有關法令之規定，原有一定之程序與標準，如已踐行法定程序並合乎標準，當事人自不能因不滿意於補償地價之數額，而遽指為違法。本件被上訴人徵收上訴人所有系爭土地，係經被上訴人報經內政部以 92 年 3 月 10 日台內地字第 0920072209 號函核准徵收，被上訴人並以 92 年 4 月 1 日府地用字第 0920030162 號公告徵收，此有苗栗縣政府徵收公告附卷可稽。又系爭土地經編定為公共設施保留地，依據地價調查估計規則第 18 條規定，應單獨劃分地價區段，其徵收之補償地價，

依平均地權條例第 10 條及土地徵收條例第 30 條規定，以徵收當期毗鄰非公共設施保留地之平均公告現值計算。此項公告現值之標準，依平均地權條例第 15 條、第 46 條、地價調查估計規則第 5 條、第 7 條等規定，直轄市及縣（市）政府對於轄區內之土地，應分別區段、地目、地價等級，經常調查其地價動態及市價，每年編製土地現值表 1 次，提經地價評議委員會評定後分區公告，作為土地移轉及設定典權時，申報土地移轉現值之參考，並作為主管機關審核土地移轉現值及補償徵收土地地價之依據。而實際現場作業程序，係由土地調查人員備齊地籍藍曬圖、地價略圖、地形圖及都市計畫有關圖說，並赴實地就土地之一般狀況、位置、交通、工商繁榮程度、都市計畫情形、使用現況、地價差異等詳為調查，再就地段相連，地價相近之土地劃分同一地價區段；調查時並調查近 1 年之買賣市價或收益情形，且注意地價形成之時間，及參照各種影響地價之因素及其影響之程度，必要時並得參照近年來本區段地價變動趨勢及其他市價比較推定其地價，互相參照校證之。經踐行上開程序評定之當期土地現值，即屬依一定程序所成立之正確公告現值標準，不能任由當事人漫為主張，亦非其他行政機關或第三人可擅為訂定。（二）上訴人所有系爭外埔段 1152 之 3 地號土地係屬公共設施保留地，單獨劃屬第 63 地價區段，其毗鄰之非公共設施保留地，為第 210 地價區段之都市計畫農業區及第 62 地價區段之都市計畫住宅區，有區段地價套繪圖影本附卷可稽，則徵收土地之補償地價，依土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 30 條、平均地權條例第 10 條、第 15 條及第 46 條規定，即應依毗鄰之非公共設施保留地第 210 地價區段及第 62 地價區段之平均土地公告現值，予以計算。查該第 210 地價區段，92 年度公告現值為每平方公尺新臺幣（以下同）2,000 元，第 62 地價區段，92 年度公告現值為每平方公尺 2,600 元，系爭徵收土地及毗鄰地段之土地地價調查估計作業，係由苗栗縣竹南地政事務所依內政部所頒訂之地價調查估計規則，按土地使用分區配合勘查實況，依該規則第 18 條規定劃分地價區段，繪製地價區段圖（系爭上訴人所有之外埔段 1152 之 3 地號土地，為公共設施保留地，依該規則第 18 條第 4 項規定，本即應單獨劃分地價區段），同時依調查結果，考慮各種影響地價因素及地區性地價平衡，擬定各區段地價後，報經苗栗縣地價及標準地價評議委員會評議通過，並辦理公告，此有被上訴人提出之苗栗縣竹南地政事務所進行地價調查估計作業時，就系爭徵收土地毗鄰地價區段為調查估計所製作之地價區段套繪圖、苗栗縣地價及標準地價評議委員會 91 年第 4 次會議紀錄等附卷可證。是上訴人稱本件土地公告現值未踐行法律之規定云云，並非可採。且查政府機關徵收土地，補償地價，僅需依照所徵收土地當期之公告土地現值，不必斟酌該土地以往買賣移轉之價格，亦不必另為調查評估，實係緣於地政機關依平均地權條例相關規定按期公告地價，以參酌土地之最近市價、收益價值等，必提經地價評議委員會評議，復將評議結果公告，其所公告之地價，自有客觀之標準，自不容上訴人再藉口私人間之買賣契約高於補償之地價而遽指為違法。上訴人復稱 62 地價區段及 210 地價區段於 86 年至 92 年（學校價購期間）連續 5 年未加以調整，然而於價購徵收完成後隔年，即 93 年才調整系爭土地所在外埔段土地之公告現值（大部分提高），且各地價區段之各地號土地公告現值已有所不同，其荒唐不法手

段昭然若揭云云。惟依上訴人所提附卷之外埔段 1136 之 4、1140、1149、1152、1154、1164、1167、1170、1175、1177、1178、1183、1185、1189 等地號土地 93 年公告現值，與以往年度相較，互有漲跌，應非上訴人所稱大部分提高之情形；況各年度所考量之因素亦有不同，兩相比較，更非妥適。上訴人所舉洪世傑、朱國如、朱清義、陳美好等 4 人土地買賣私例，其所舉各例之交易時間與本件徵收時間不同，且上開土地非如系爭土地係屬公共設施保留地，其買賣價格較系爭土地為高，亦符一般交易常情，不足反應區域之一般地價情形，上訴人執以指摘地政單位未確實進行地價調查估計，所擬之土地公告現值亦屬偏低云云，尚無足採。又依土地徵收條例第 22 條第 2 項規定，被上訴人對是否提請地價評議委員會復議，自有裁量權，上訴人所指被上訴人未提請地價評議委員會復議，於法有違，亦非可採等詞，為判斷基礎，因而駁回上訴人於原審之訴。

四、本院查：觀之本件上訴意旨，上訴人就原審以前開理由駁回其於原審之訴，固泛言指為違背法令及理由矛盾，惟並未為具體指摘，或具體表明合於當然違背法令之事實，其所述者無非於原審所執業經原審論斷為不可採之陳詞，即難認為已對原判決之違背法令有具體之指摘，其上訴為不合法，應予駁回。

五、依行政訴訟法第 249 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　95　　年　　4　　月　　27　　日

理 由

三、經查本件上訴理由，無非對於不服土地徵收補償價額者，主管機關是否必須提請地價評議委員會復議之程序有所爭執，而上訴人對原判決所指依土地徵收條例第 18 條第 1 項、第 22 條第 1 項、第 2 項規定，**有關徵收補償處分之救濟程序，係循查處及復議程序處理，相對人如對查處結果不服，作成查處之機關（即縣市政府）有權將查處結果送交地價評議委員會「復議」，如果處分相對人有異議，而查處機關又不主動將查處結果提請地價評議委員會復議，則處分相對人應可直接以查處處分為行政爭訟之標的，提起訴願及行政訴訟，是縣市政府是否將查處結果送交地價評議委員會復議，並非受處分之相對人提起行政爭訟所必須之先行程序**；及依土地徵收條例第 30 條規定，被上訴人依系爭土地徵收當期即民國 92 年公告現值加 4 成予以核定補償地價，並無違誤各節，究有如何不適用法規或適用不當，或有如何違反法律、司法院解釋或本院判例之具體情事，上訴人並未依規定表明。又行政訴訟法第 5 條規定之「課予義務訴訟」，須人民因行政機關對其「依法申請」之案件，於法令所定期間不作為，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。**惟依土地徵收條例第 22 條之規定，受處分人對徵收補償有異議，而查處機關又不主動將查處結果提請地價評議委員會復議時，處分相對人亦可直接以查處處分為行政爭訟之標的，提起訴願及行政訴訟，已如前述**，則上訴人自不得提起申請被上訴人應提交復議程序之課予義務訴訟。況查，上訴人異議時主張應依其他被徵收土地所適用之 91 年度（在原審主張 90 年度）之土地現值加成發給補償費乙節，核與土地徵收條例第 30 條規定應按照徵收當期（即 92 年度）之公告土地現值補償其地價不合，本件自無提交地價評議委員會復議之必要。另上訴人主張系爭土地漏未於 90 年間辦理徵收，造成事後調降土地公告現值而發生補償地價差額之損失，核屬系爭徵收行為是否妥當之問題，尚與本件徵收補償處分之適法性無涉。上訴人執上述理由主張原判決違背法令，自與行政訴訟法第 243 條規定之情形顯不相當。依首揭法條規定，本件上訴為不合法，應予駁回。

中　華　民　國　95　年　2　月　9　日

土地徵收條例立法理由：

	第　條　被徵收土地或土地改良物之所有權人，對於其土地或土地改良物之權利義務，於應受之補償費發給完竣時終止。 前項補償費未發給完竣前，得繼續為從來之使用。但合於第二十七條但書規定者，不在此限。 （保留，送院會討論）	規定，應於其結果確定之日起三個月內發給之。 二、徵收土地應發給之補償費，以現金補償為原則，惟如經費不足又急需取得公共建設用地等情形，經報行政院核准者，亦得以土地債券搭發補償，然其比例不得超過補償費之百分之五十，爰於法文中明定之。 審查會： 保留，送院會討論
	第二十一條　被徵收土地或土地改良物之所有權人，對於其土地或土地改良物之權利義務，於應受之補償費發給完竣時終止。 前項補償費未發給完竣前，得繼續為從來之使用。但合於第二十七條但書規定者，不在此限。	
	第二十二條　土地權利關係人對於第十八條第一項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。	
	第二十條　被徵收土地或土地改良物之所有權人，對於其土地或土地改良物之權利義務，於應受補償費發給完竣時終止。 前項補償費未發給完竣前，得繼續為從來之使用，但合於第二十五條但書規定者，不在此限。	行政院案： 規定被徵收土地或土地改良物所有權人權利義務之終止時間。 侯委員惠仙等提案： 規定被徵收土地或土地改良物所有權人權利義務之終止時間。 審查會： 照行政院案通過。
	第五十六條　土地權利關係人對於第十七條第一項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即移請土地徵收審議委員會審議，並將審議結果以書面通知土地權利關係人。	行政院案： 一、第一項明定土地權利關係人對於被徵收土地或土地改良物及其補償費之發放數額等公告事項，如認有錯誤或遺漏時，應於一定時間內提出異議，以維護其合法之權益。 二、土地權利關係人對於因徵收補償價額之異議案件不服查處結果者，為避免發生主管機關查估偏差情事，爰於第二項規定該管直轄市或縣（市）主管機

被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。 直轄市或縣（市）主管機關依第二十條規定發給補償費完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地權利關係人依前二項規定提出異議或提起行政救濟而停止。 徵收補償價額經復議或行政救濟結果有變動者，其應補償價額差額，應於其結果確定之日起三個月內發給之。	被徵收土地權利關係人對於前項審議結果不服時，得向土地專業法庭提起行政救濟。 土地徵收之補償價額以當地地價評議委員會估定之價額為之。	第五十八條　直轄市或縣（市）主管機關依第十九條規定發給補償費完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地權利關係人依第五十六條規定提出異議而停止。
		第五十九條　徵收補償價額經審議或行政救濟結果有變動者，其應補償價額差額，應於其結果確定之日起三個月內發給之。

關得提請地價評議委員會復議。其仍不服地價評議委員會復議結果者，得依法提起行政救濟。

三、為免徵收補償異議案件懸而未決，影響公共建設之進行，於第三項規定發給補償地價完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地所有權人提出異議或提起行政救濟而停止。

四、第四項明定經復議或行政救濟結果，產生補償地價差額之發給期間，以保障被徵收土地所有權人之權益。

侯委員惠仙等提案：

第五十六條：

一、第一項明定土地權利關係人對於被徵收之土地或土地改良物及其補償費之發放數額等公告事項，如認有錯誤或遺漏時，應於一定時間內提出異議，以維護其合法之權益。

二、為避免主管機關查估偏差，爰於第一、二項規定該管直轄市或縣（市）主管機關對土地權利關係人對於因徵收補償價額及補償價額以外之異議案件應即移送土地徵收審議委員會審議。徵收土地權利關係人對於前項審議結果不服時，應許其向土地專業法庭提起行政救濟。

三、為建立確實客觀之地價查估制度，以反映土地市場交易實況；建議本院應儘速審查「土地估價師法

		」草案：該法公布實施後原地價評議委員會價額估定執掌改由專業土地估價師掌理，對於估定價額不服者，可向土地徵收委員會聲明異議；土地徵收爭議非屬價額估定者逕由中央土地徵收審議委員會審理之。 第五十八條： 徵收補償異議案件懸而未決，影響公共建設之進行，爰規定發給補償地價完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地所有權人提出異議或提起行政救濟而停止。 第五十九條： 明定經審議或行政救濟結果產生補償地價差額之發給期間，以保障被徵收土地所有權人之權益。	
		審查會： 保留，送院會討論	（保留，送院會討論）
		第五十七條　土地專業法庭之組成由司法院另定之，並以一審為終結。 土地專業法庭掌理下列事項： 一、土地徵收案件之異議。 二、第八條之徵收補償。 三、第十二條調查勘測遷移之補償。	
		一、徵收爭議內容往往頗為專業，加上近年來土地徵收爭議案件佔人民陳情案件之比例極高，且有持續增加之趨勢，故明定土地徵收爭議應由土地專業法庭專責裁判。 二、第一項明定土地專業法庭之組成方式，並以一審終結為原則，以收專業與效率之效。 三、第二項明定土地專業法庭所轄執掌項目。 審查會： 保留，送院會討論	

四、應受補償人所在地不明者。

主席：第二十條照協商條文通過。

宣讀第二十一條。

第二十一條　被徵收土地或土地改良物之所有權人，對於其土地或土地改良物之權利義務，於應受之補償費發給完竣時終止。

前項補償費未發給完竣前，得繼續為從來之使用。但合於第二十七條但書規定者，不在此限。

主席：第二十一條照審查條文通過。

宣讀第二十二條協商條文。

第二十二條　土地權利關係人對於第十八條第一項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。

被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。

直轄市或縣（市）主管機關依第二十條規定發給補償費完竣後，其公告徵收處分之執行，不因被徵收土地權利關係人依前二項規定提出異議或提起行政救濟而停止。

徵收補償價額經復議或行政救濟結果有變動者，其應補償價額差額，應於其結果確定之日起三個月內發給之。

主席：第二十二條依朝野協商照行政院草案條文通過。

宣讀第二十三條協商條文。

第二十三條　被徵收之土地或土地改良物自公告日起，除於公告前因繼承、強制執行或法院之判決而取得所有權或他項權利，並於公告期間內申請登記者外，不得分割、合併、移轉或設定負擔。土地權利人或使用人並不得在該土地為建築改良物之新建、增建、改建或採取土石、變更地形或為農作改良物之增加種植。其於公告時已在工作中者，應即停止。

共有分管之耕地，部分被徵收者，土地所有權人得於徵收補償地價發給完竣前或核定發給抵價地前，申請共有物分割登記或應有部分交換移轉登記，不受前項不得分割、移轉規定之限制。

主席：第二十三條依朝野協商照行政院草案條文通過。

宣讀第二十四條。

第二十四條　被徵收土地或建築改良物之所有權或他項權利，以公告之日土地登記簿或建築改良物登記簿記載者為準。但於公告前因繼承、強制執行、法院之判決或其他依法律規定取得土地或建築改良物之所有權或他項權利而未經登記完畢者，其權利人應於徵收公告期間內，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請將其權利備案。

被徵收土地因前條第二項規定辦理登記，其權利以登記後土地登記簿記載者為準。

主席：第二十四條照審查條文通過。

宣讀第二十五條。

第二十五條　被徵收之土地，所有權人死亡未辦竣繼承登記，其徵收補償費

則，僅能謂爲係爲補充、執行土地法所定之標準地價制度，而訂定之技術性及細節性規範；依該規則規定所估計之地價，應爲土地法第152條所稱之標準地價，而非平均地權條例第46條所稱之公告土地現值。且另一方面，平均地權條例並無關於授權訂定公告土地現值評定規範之明文（土地徵收條例，亦無授權之明文）。從而，雖地價調查估計規則第1條第2項規定：「依本規則所爲之地價調查估計，應符合平均地權條例有關規定。」但尚不能據此規定，即謂該規則係平均地權條例授權訂定之法規命令[82]。而由於公告土地現值之評定與公告，已涉及土地所有權人之權益，亦即，其成爲核計徵收補償地價之依據，將直接影響人民財產利益之負擔以及損失之填補。是以，公告土地現值之評定，應以法律直接規範或明確授權命令予以規定（中央法規標準法第5條第2款、大法官釋字第443號解釋）。若此，縱使公告土地現值之作用，係平均地權條例第46條及土地徵收條例第30條所明定，但以非經此二法律授權訂定之地價調查估計規則，作爲公告土地現值之評定作業準據，並將其評定結果作爲土地徵收補償之依據，實已違反法律保留原則。

四、土地徵收之行政救濟——土地徵收條例所定「異議」與訴願法所定「訴願」之關係

㈠問題所在

如前所述，內政部核准土地徵收案後，即通知被徵收土地所在地之直轄市或縣（市）政府將徵收案公告三十日，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人（土地徵收條例第18條）。依土地徵收條例第22條第1項規定：「土地權利關係人對於

82 事實上，地價調查估計規則之內容中，完全無平均地權條例第46條所規定之「公告土地現值」或「土地現值表」之用語。

第十八條第一項之公告有異議者，應於公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關以書面提出。該管直轄市或縣（市）主管機關接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知土地權利關係人。」及同條第2項規定：「被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。」另土地徵收之性質爲行政處分，而依訴願法第1條第1項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認爲違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」於是，基於此等規定，「異議」與「訴願」均屬不服土地徵收者之救濟途徑。

又由於徵收公告之應記載事項，依規定包括「徵收之土地或土地改良物及其應補償之費額」（土地徵收條例施行細則第21條第1項第4款）。且如前所述，徵收處分與補償處分，係分別由內政部及直轄市或縣（市）政府作成之二個各自獨立行政處分。而此二個不同機關之行政處分，由直轄市或縣（市）政府於同一徵收公告中揭示其處分內容。結果，於土地徵收條例第22條第1項之規定下，實務上即常見有被徵收人（土地權利關係人）不服徵收處分，或不服補償處分，亦有同時不服二者，而向直轄市或縣（市）政府提出異議者。另一方面，亦有不採異議途徑，而直接針對徵收處分或補償處分不服，向訴願管轄機關提起訴願者[83]；甚至，更有同時提出異議及訴願者。亦即，被徵收人尋求救濟之態樣，於實務上呈現多樣、複雜之現象。於此情形下，究竟土地徵收條例所定「異議」與訴願法所定「訴願」二者之關係爲何？異議之提起，是否爲訴願之先行程序？

83 因徵收處分與補償處分係分別由內政部及直轄市或縣（市）政府所為，故如有不服而提起訴願時，徵收處分之訴願管轄機關為行政院，補償處分之訴願管轄機關為內政部（訴願法第4條第3、5、7款參照）。

㈡實務見解

對於上述異議與訴願之應有關係，於土地徵收條例公布施行前[84]，就行政法院之裁判以觀，並無置疑或異論；以改制前行政法院52年判字第263號判例而言，其認為：「按土地徵收為行政處分之一種，土地所有權人對於政府徵收其土地如有不服，自應依通常程序，於接到徵收通知後三十日內，提起訴願，逾期則徵收即歸確定，不得再對之有何爭執，請求變更已確定之徵收處分。」而土地徵收條例施行後，台北高等行政法院90年訴字第4707號判決亦指出：「異議救濟程序與一般訴願救濟程序間之關係，一般均將之解為二個各自獨立之程序，可由當事人自由決定採取何種救濟方式，若同時提起亦無不可[85]。」亦即，其認為異議乃為訴願前之任意程序，且可同時提起。

但相對地，亦有若干行政法院裁判認為有關補償處分之救濟，異議乃為訴願先行程序。申言之，高雄高等行政法院91年訴字第456號判決認為：「按……為土地徵收條例第二十二條所明定。足見關於徵收補償之爭議，應循異議及行政救濟（訴願、行政訴訟）之方式為之。」台北高等行政法院91年訴字第847號判決

84 土地徵收條例施行前，土地法第227條第3項亦規定：「土地權利利害關係人對於……公告事項有異議者，應於公告期間內向直轄市或縣（市）地政機關以書面提出。」及同法第247條規定：「對於第二百三十九條、第二百四十一條或第二百四十二條之估定有異議時，該管直轄市或縣（市）地政機關應提交標準地價評議委員會評定之。」又，此法文中之「第二百三十九條、第二百四十一條或第二百四十二條」，分別係為「未規定地價土地之補償費、土地改良物補償費之估定機關及農作改良物補償費之估定方法」之規定。

85 又，台北高等行政法院89年訴字第4070號判決亦謂：「土地徵收條例第二十二條第二項關於土地權利關係人提起復議之規定，係為保護土地權利關係人而設，尚非提起訴願之前置程序之規定，上訴人省略該程序逕行提起訴願，應無不可。」此外，同法院91年訴字第5311號裁定亦以異議為訴願前之任意程序。

則以：「有關徵收補償處分之救濟程序，即使在土地徵收條例未制定前，依土地法第二百四十七條之規定，乃是循異議程序，將原徵收補償處分送交地價評議委員會評定，而非直接依訴願程序審理，處分相對人只能在評定處分作成後，再以評定處分為爭訟對象，提起訴願及行政訴訟。而在土地徵收條例制定以後，依土地徵收條例第二十二條之規定，亦是循查處及復議程序處理。」另台中高等行政法院92年訴字第844號判決亦略以：「被徵收土地權利關係人如對於執行徵收機關之徵收土地公告之地價補償部分如有異議暨對該機關查處情形及復議結果不服，土地徵收條例第二十二條第一項及第二項均已有特別規定其程序及要件，是被徵收土地之權利關係人自不得未經上開程序而對於被徵收土地之地價補償部分逕行向訴願機關提起訴願[86]……。」

關於土地徵收條例所定異議，與訴願之關係，於實務上有著如上之不同見解。以下謹對此一議題進一步予以釐清。

㈢分　析

1. 首先，關於土地徵收條例第22條第1項規定，按該項係承襲1989年12月增訂之土地法第227條第3項規定而來；其意旨均在「明定土地權利關係人對於被徵收土地或土地改良物及其補償費之發放數額等公告事項，如認有錯誤或遺漏時，應於一定時間內提出異議，以維護其合法之權益[87]。」而值得注意者，土地法第227條第1、2項規定係規定土地徵收案經內政部核准後，由直轄市或縣（市）政府為公告及通知；因徵收案之核准機關與公告機關

86 台中高等行政法院93年訴字第447號裁定，亦同旨。

87 詳細請參閱立法院內政及民族委員會（編），前揭書（註20），頁22-23。另土地法第227條第3項規定之立法意旨亦同；參閱立法院公報，第78卷第99期，院會紀錄，頁83-84。

不同，且徵收公告爲徵收效力發生之所繫[88]，如有錯誤或遺漏將有影響徵收公告效力之問題。因此，於立法體例上，同條第3項乃增訂異議之明文，使土地權利關係人了解對於公告事項，如認爲有錯誤或遺漏時（即公告內容與處分內容不符時），得提出異議；其立法原意，僅在於期望藉由異議之提出，以更正公告事項之錯誤或遺漏。就此以觀，承襲土地法第227條第3項而來之土地徵收條例第22條第1項，其所定「對……公告有異議」之標的，應僅是指公告事項之錯誤或遺漏而言，尚非指對於土地徵收處分及補償處分之實體內容，認爲有違法或不當。於是，同條項所謂直轄市或縣（市）政府「查明處理」之意涵，亦僅爲就「徵收公告事項是否與徵收處分及補償處分內容相符？」予以查處而言。

2.其次，關於土地徵收條例第22條第2項規定，就其立法歷程以觀，其原來規定爲「被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額有異議者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，土地權利關係人不服復議結果者，應於接到通知後三十日內依法提起行政救濟[89]。」其立法理由乃對於徵收補償價額之異議案件，爲能有客觀且公平之評議，避免發生主管機關查估偏差情事，爰規定該管直轄市或縣（市）主管機關應提請地價評議

88 依土地法第232條規定：「被徵收之土地公告後，……不得移轉或設定負擔。土地權利人或使用人並不得在該土地增加改良物；其於公告時已在工作中者，應即停止工作。……」另土地徵收條例第23條亦規定：「被徵收之土地或土地改良物自公告日起，……不得分割、合併、移轉或設定負擔。土地權利人或使用人並不得在該土地為建築改良物之新建、增建、改建或採取土石、變更地形或為農作改良物之增加種植。其於公告時已在工作中者，應即停止。」又關於土地徵收公告之效力，詳細請參閱陳立夫，「土地徵收之公告通知、補償給付與徵收效力」，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀論文集編輯委員會（編），『黃宗樂教授六秩祝賀——公法學篇（二）』，學林文化事業公司，2002年，頁205以下。

89 內政部（編印），前揭書（註4），頁390-391。

委員會評定之[90]。亦即，凡對於徵收補償價額有異議時，即應提交地價評議委員會評定；而規定中之「復議」，乃指對於直轄市或縣（市）政府所估定之補償價額（即補償處分）再一次評議而言。質言之，其本意爲對於補償處分之異議，擬由地價評議委員會復議之特別程序予以處理救濟。然而，嗣因不明原因（或因立法上之疏失），該項內容變爲現行之規定內容，亦即，將原來之「對於徵收補償價額有異議者」改爲「對於徵收補償價額不服前項查處情形者[91]」。就此以觀，筆者以爲土地徵收條例第22條第2項規定，是有意將地價評議委員會對於徵收補償之評議，作爲訴願（行政爭訟）之先行程序。

3.基於以上所述，筆者以爲前揭有關補償處分之救濟，異議查處及復議乃爲訴願先行程序之行政法院見解，乃與立法意旨相符，得以贊同。另，由於土地徵收條例第22條第2項規定所規範之標的，僅爲補償處分，並不及於徵收處分；故解釋上，對於徵收處分不服時，異議並非爲訴願之先行程序。

4.儘管如上所述，但實際上徵收公告錯誤或遺漏之情形甚少，卻由於土地徵收條例第22條第1項關於異議之規定，在文義上不明確，致實務上反而常見被徵收人不服徵收處分或補償處分（或對二者均不服），而向直轄市或縣（市）政府爲異議者；而直轄市或縣（市）政府亦均予查明處理並直接函復者。於此情況下，事實上產生如下之問題：

(1)對於徵收處分提出異議之部分。由於徵收處分係由中央主管機關內政部所爲，如由直轄市或縣（市）政府對其是否有違法或不當予以查處，於管轄層級上顯有問題。因而，其正確之處理方式應是將該異議視爲訴願，依訴願法第61條規定移由原處分機

90 內政部（編印），前揭書（註4），頁206、390。

91 內政部（編印），前揭書（註4），頁262。

關內政部處理[92]；但事實上，各直轄市或縣（市）政府幾乎從未如此爲之，而係對於異議予以查處逕復。

⑵對於補償處分提出異議之部分。由於補償處分是由直轄市或縣（市）政府所爲，故其對於不服補償處分之異議予以查處，乃對於原補償處分重新自行檢討有無違誤之處，此尚無不妥。然而，查處之決定，性質上仍屬行政處分；於是，對之不服時，可否逕行提起訴願？復滋生疑義。由於土地徵收條例第22條第2項之規定中已明文「不服前項查處情形者」，且如前所述，其立法意旨，係擬將地價評議委員會對於徵收補償之評議作爲訴願之先行程序；是以，對於異議查處之決定不服者，自當依法再提出復議，俟不服復議之決定時，始得提起訴願[93]。但須二次經由原處分機關自我審查之程序，而後始能提起訴願之機制，反而造成人民權利保護之遲延。

5.總而言之，現行我國土地徵收條例建構下之土地徵收制度，係將徵收處分與補償處分，分別由內政部及直轄市或縣

92 依訴願法第61條規定：「訴願人誤向訴願管轄機關或原行政處分機關以外之機關作不服原行政處分之表示者，視為自始向訴願管轄機關提起訴願。前項收受之機關應於十日內將該事件移送於原行政處分機關，並通知訴願人。」

93 附帶說明者，由於內政部90年8月27日台內地字第9011938號函釋示：直轄市或縣（市）主管機關對被徵收土地權利關係人所對徵收補償地價不服查處者，得依職權裁量是否提地價評議委員會復議〔參閱內政部（編印），前揭書（註45），頁05-31-47〕。另諸如：台中高等行政法院93年訴字第292號判決認為：「土地徵收條例第二十二條第二項係規定……對於徵收補償價額不服前項查處情形者，該管直轄市或縣（市）主管機關『得』提請地價評議委員會復議……」，則被告（即直轄市或縣市政府）對是否提請地價評議委員會復議，自有裁量權。從而，實務上亦常見，直轄市或縣（市）政府未將復議之申請，提交地價評議委員會評議者。但事實上，上揭內政部函釋及台中高等行政法院判決之見解，有待商榷。蓋該土地徵收條例第22條第2項法文上雖使用「得」字，但依其立法說明實為「應」字之意涵；詳細請參閱內政部（編印），前揭書（註4），頁601。

（市）政府二個機關爲之，但處分內容則由同一公告揭示之。另一方面，土地徵收條例對於土地徵收之救濟途徑，設有如上所述之異議及復議程序，但由於規定不明確與立法上之疏失，以致於土地徵收之行政救濟上呈現諸多亂象，不僅徒增無謂之爭議，亦使人民權利保護受到阻延。

肆、總　結

以上本文以近年來行政法院關於土地徵收之裁判爲主要素材，就其中呈現之若干爭議問題予以檢討分析，茲歸納其要點如下：

一、土地徵收條例重新導入法定協議之規定，此就尊重私有財產權之觀點而言，自應予肯定。然而，土地徵收本質上應爲取得公共事業所需用地之「最後手段」或「不得已手段」之觀念，於我國尚未落實；致常見需用土地人爲應付土地徵收條例之規定，往往進行形式地、虛應故事之協議程序。而對此情事，已有若干行政法院判決認爲此種流於形式，不符合正當法律程序之協議程序是爲違法。此對於既往需用土地人將協議程序虛應故事之作法，可予以相當程度之警訊；其將有助於落實土地徵收條例關於徵收前之協議程序規定，並符合該條例之立法目的，實值得肯定。又另一方面，有關依土地徵收條例規定所成立協議之法律性質，實務上有公法契約與私法契約之對立。而對此，筆者基於是項法定協議具公共目的性；且協議之進行，往往在徵收申請之際，可謂是替代徵收處分之程序；又協議時，土地所有權人未必與需用土地人處於對等地位，私法自治、契約自由原則於協議時往往是假象等理由，認爲採公法契約之見解爲宜。尤其，協議成立屬公法契約時，於法解釋上，原土地所有權人有土地徵收條例所定收回權之類推適用，就財產權保障之觀點而言，較爲周延。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題3：

法院製作檢舉獎金事件之裁判書，當事人欄有關檢舉人之姓名及住所，是否不得揭露？

三、討論意見：

甲說：肯定說

關於對檢舉人應保守秘密規定之立法意旨以觀，檢舉人資料予以保密，有鼓勵檢舉政策之目的，為避免檢舉人有身分曝光之壓力，故行政救濟前之檢舉或檢舉後之行政救濟均應保密。再由稅捐案件觀之，在原處分及訴願階段之保密相當嚴密，到訴訟階段即不予保密，有違背相關稅法規定之虞。

行政訴訟法第 209 條固規定判決書應記載當事人之姓名及住所，但裁判書之當事人欄位以姓氏或代號代替，並於卷內另為當事人資料之處理，應可認當事人已記載並可確定，而無違行政訴訟法第 209 條之規定。

乙說：否定說

按現行有關檢舉獎金之法令，均係規範主管機關或受理檢舉機關對於檢舉人有保密之義務，則行政機關受理檢舉獎金事件，對於檢舉人之身分固應予保密，惟案件經當事人起訴後，法院即應依行政訴訟法之規定為之，關於裁判書之記載亦無例外。又依行政訴訟法第 209 條規定，判決書應記載當事人之姓名及住所等資料，故檢舉人如為當事人，法院製作之裁判書仍應記載其姓名及住所，始為適法。另為保護檢舉人，可

請書記官於網路上傳裁判正本時，將檢舉人之姓名及住址等資料予以隱匿，令當事人以外之第三人無法獲知其身分，即足以達到保密之效果。

四、初步研討結果：

多數採甲說。

五、大會研討結果：

多數採甲說。

爾後修法時，行政訴訟法第 209 條第 1 項第 1 款建請修正為「判決應作判決書記載左列各款事項：一、當事人姓名、性別、年齡、身分證明文件字號、住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所；當事人依法應予保密者，得以代號代之，並於卷內以保密方式為當事人資料之記載。二、…」。

六、相關法條：

行政訴訟法第 209 條：

「判決應作判決書記載左列各款事項：

一、當事人姓名、性別、年齡、身分證明文件字號、住所或居所；當事人為法人、機關或其他團體者，其名稱及所在地、事務所或營業所。

二、有法定代理人、代表人、管理人者，其姓名、住所或居所及其與法人、機關或團體之關係。

三、有訴訟代理人者，其姓名、住所或居所。

四、判決經言詞辯論者，其言詞辯論終結日期。

五、主文。

六、事實。

七、理由。

八、年、月、日。

九、行政法院。

事實項下，應記載言詞辯論時當事人之聲明及所提攻擊或防禦方法之要領。必要時，得以書狀、筆錄或其他文書作為附件。

理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。」

現行法令有關檢舉獎金之檢舉人應予保密之條文一覽表

法令名稱	條文內容	備註
所得稅法	第 103 條 告發或檢舉納稅義務人或扣繳義務人有匿報、短報或以詐欺及其他不正當行為之逃稅情事，經查明屬實者，稽徵機關應以罰鍰百分之二十，獎給舉發人，並為舉發人絕對保守秘密。 前項告發或檢舉獎金，稽徵機關應於裁罰確定並收到罰鍰後三日內，通知原舉發人，限期領取。 舉發人如有參與逃稅行為者不給獎金。公務員為舉發人時，不適用本條獎金之規定。	
遺產及贈與稅法	第 43 條 告發或檢舉納稅義務人及其他關係人有短報、漏報、匿報或故意以虛偽不實及其他不正當行為之逃稅，或幫助他人逃稅情事，經查明屬實者，主管稽徵機關應以罰鍰提成獎給舉發人，並為舉發人保守秘密。	
契稅條例	第 32 條 告發或檢舉納稅義務人逃漏、匿報、短報或以其他不正當之行為逃稅者，稽徵機關得以罰鍰百分之二十獎給舉發人，並為舉發人絕對保守秘密。 前項告發或檢舉獎金，稽徵機關應於收到罰鍰後三日內，通知原檢舉人，限期領取。 公務員為舉發人時,不適用本條獎金之規定。	
證券交易稅條例	第 7 條 告發或檢舉證券交易稅代徵人有不為代徵、短徵、漏徵、或證券買賣人以詐欺及其他不正當行為逃稅情事，經查明屬實者，稽徵機關應以罰鍰百分之二十，獎給舉發人，並為舉發人絕對保守秘密。 公務人員為舉發人及參與逃稅行為之舉發人，均不適用本條獎金之規定。	
廢棄物清理法	第 67 條 對於違反本法之行為，民眾得敘明事實或檢	

	具證據資料，向所在地執行機關或主管機關檢舉。 主管機關或執行機關對於前項檢舉，經查證屬實並處以罰鍰者，其罰鍰金額達一定數額時，得以實收罰鍰總金額收入之一定比例，提充檢舉獎金予檢舉人。 前項檢舉及獎勵辦法，由直轄市、縣（市）主管機關定之。 主管機關或執行機關為前項查證時，對檢舉人之身分應予保密。	
菸酒管理法	第 44 條 檢舉或查獲違反本法規定之菸酒或菸酒業者，除對檢舉人姓名嚴守秘密外，並得酌予獎勵。前項對檢舉人及查緝機關之獎勵辦法，由中央主管機關定之。	
農藥管理法	第 43 條 檢舉或協助查緝禁用農藥、偽農藥或劣農藥者，主管機關除對檢舉人、協助人之姓名及身分資料保密外，並應給予獎勵；其獎勵之辦法，由中央主管機關定之。	
藥事法施行細則	第 43 條 對於舉發人或協助緝獲偽藥、劣藥、禁藥、不良醫療器材及未經核准製造或輸入醫療器材者之姓名，應嚴予保密，不得洩漏。	
森林保護辦法	第 36 條 舉發人向森林保護機關或其他機關提出舉發時，得以書面或口頭為之，並敘明真實姓名、身分證字號及住址。受理及承辦案件之機關對舉發人姓名及住址，應予保密。 同一案件有數位舉發人時，以最先舉發者為受獎人。	
違法經營石油案件檢舉人及查緝人員獎勵辦法	第 5 條 主管機關、主辦單位或其他查緝單位對於檢舉人之身分資料應予保密。檢舉人因檢舉案件而受威脅、恐嚇或有其他危害行為之虞者，各該單位應立即洽請警察機關依法處理。	

檢舉違反食品衛生案件獎勵辦法	第 7 條 受理檢舉之機關，對於檢舉人之姓名、年齡、住址應予保密，對於檢舉人之檢舉書、筆錄或其他資料，除有絕對必要者外，應另行保存，不附於調查案卷內。如有洩密情事，應依刑法或其他法規處罰或懲處。	
農業用地違規使用檢舉獎勵辦法	第 9 條 受理檢舉之機關，對於檢舉人之姓名等相關資料應嚴予保密，並妥善保管。如有洩密情事，不論故意或過失均應追究責任，並依法議處。但經檢舉人同意公開表揚者，不在此限。	
山坡地保育利用管理獎勵辦法	第 6 條 舉發人不論以書面、口頭、電話或其他方式，提供違反本條例規定事證者，各級承辦人員對舉發人身分及處理過程應予保密。	
取締或舉發違反野生動物保育法案件獎勵辦法	第 7 條 主管機關、執法機關及受理舉發機關對於舉發人之姓名、住所、居所等資料應予保密；其舉發書、筆錄或其他應保密之資料，應妥適保管。如有洩密情事，依法論處。但經舉發人同意公開表揚者，不在此限。	
國家通訊傳播委員會檢舉違法傳播內容獎勵要點	第 4 點 本會對於檢舉人之姓名、年齡、住居所等足資辨別其特徵及檢舉內容等資料，除依法令之查證外，均應保密，非經本人同意，不得公開。	
獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法	第 9 條 檢舉貪污瀆職案件，應以書面記載下列事項，由檢舉人簽名、蓋章或按指紋。但情形急迫者，得以言詞為之： 一、檢舉人姓名、性別、出生年月日、國民身分證統一編號或護照號碼、住所、居所或服務機關、學校、團體，及被檢舉人之姓名或其他足資辨別之特徵。	

	二、貪污瀆職事實。 三、證據資料。 以言詞檢舉者，由受理檢舉機關作成筆錄，交檢舉人閱覽後簽名、蓋章或按指印。其以電話檢舉者，受理檢舉機關應通知檢舉人到達指定處所製作筆錄。 匿名或不以真實姓名檢舉或無具體事證或拒絕製作筆錄者，不給獎金。 第 10 條 受理檢舉機關，對於前條第一項第一款之資料及檢舉書、筆錄或其他有關資料，應予保密，另行保存，不附於偵查案卷內。但法院為釐清案情或審核檢舉獎金有必要者，得調閱之。無故洩漏者，應依刑法或其他法令處罰之。	

一、提案機關：智慧財產法院

二、法律問題4：

某乙對某甲之系爭專利提出舉發，理由為該專利不具進步性，不合專利要件，舉發證據則為A先前技術。案經經濟部智慧財產局審查，認A證據不足以證明系爭專利不具進步性，因而為舉發不成立之審定。舉發人乙不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟，求為判決：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告(智慧財產局）就ＯＯ專利舉發事件，應作成撤銷專利權之審定。案經智慧財產法院裁定命甲參加訴訟後審理結果，認A證據足以證明系爭專利不具進步性，乃為如原告(舉發人乙)上開訴之聲明之全部勝訴判決，該案因被告及甲未不服而告確定。則　智慧財產局收到上開確定判決後，對於判決第2.項「被告就ＯＯ專利舉發事件，應作成撤銷專利權之審定」，是否另外作成撤銷系爭專利權之審定，抑或可逕依上開確定判決為追繳專利證書（公告註銷）及將撤銷專利權意旨刊載專利公報之處分？　智慧財產局如依照判決意旨另外作成撤銷專利權之審定，而甲復對該審定不服，提起訴願遭訴願決定駁回，甲仍不服向智慧財產法院提起行政訴訟，求為判決：訴願決定及原處分均撤銷。在未有新事實或法律變動情形下，則智慧財產法院就該撤銷專利權之審定關於A證據足以證明系爭專利不具進步性部分是否仍須實質審查？

三、討論意見：

部分：

甲說：須另外作成撤銷專利權之審定

本件原確定判決之主文內容為「被告應作成撤銷專利

權之審定」，係依行政訴訟法第 5 條第 2 項課予義務訴訟判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。並非法院代替行政機關作成行政處分(審定)。因此，被告(智慧財產局)應依課予義務訴訟判決之意旨，另外作成撤銷專利權之審定。

乙說：逕為追繳專利證書(或公告撤銷)及將撤銷專利權意旨刊載專利公報之處分

專利法第 67 條第 1 項規定：「有下列情事之一者，專利專責機關應依舉發或依職權撤銷其發明專利權，並限期追繳證書，無法追回者，應公告註銷：……」，同法第 74 條規定：「發明專利權之……撤銷……專利專責機關應刊載專利公報。」是專利權經撤銷確定後，智慧財產局應為後續之處分，即追繳專利證書(或公告註銷)及刊載專利公報。

本件確定判決內容為「被告應作成撤銷專利權之審定」，係命被告為特定內容之行政處分，該特定內容之行政處分，本質上以意思表示達成；參考強制執行法第 130 條第 1 項之規定：「命為一定意思表示之判決確定者，視為自其確定時，債務人已為意思表示。」故智慧財產局無庸另外作成撤銷專利權之審定，僅須接續撤銷專利權以後之處分，即追繳專利證書及將撤銷專利權之意旨刊載於專利公報。

如須另外作成撤銷專利權之審定，理論上，不服該審定者，又可提起訴願及行政訴訟，如此，將反復訴訟，減損法院確定判決之效力。

部分：

甲說：智慧財產法院仍須實質審查

智慧財產局依照法院確定判決意旨作成撤銷專利權之審定係另一新的行政處分，某甲之專利權因該行政處分之撤銷而受有不利益，其所提起之訴訟類型為撤銷訴訟，與某乙原依其專利舉發申請權所提起之訴訟類型為課予義務訴訟，前後二訴訴訟標的不同。法院仍應依一般行政訴訟程序就該撤銷專利權之審定是否違法進行實質審查。因此智慧財產法院就某甲就該撤銷專利權之審定不服所提起之撤銷訴訟，縱然在未有新事實或法律變動情形下，有關 A 證據是否足以證明系爭專利不具進步性之部分仍應再次進行實質審查。

乙說：智慧財產法院毋庸再次進行實質審查

本件某甲所提起之訴訟類型為撤銷訴訟，雖與某乙依其專利舉發申請權所提起之訴訟類型為課予義務訴訟，前後二訴訴訟標的不同，但智慧財產法院已命某甲參加訴訟，依行政訴訟法第 47 條規定，判決對於參加人即某甲亦有效力。前訴訟關於 A 證據足以證明系爭專利不具進步性部分之見解，某甲應受拘束。因此，智慧財產法院於後訴對某甲就該撤銷專利權之審定不服所提起之撤銷訴訟，在未有新事實或法律變動情形下，有關 A 證據是否足以證明系爭專利不具進步性之部分毋庸再次進行實質審查，可逕依前訴判決之效力所及，某甲應受拘束為由，判決駁回某甲於後訴之主張。

丙說：本件某甲所提起之訴訟類型為撤銷訴訟，某乙依其專利舉發申請權所提起之訴訟類型雖為課予義務訴訟，

但某乙舉發申請權舉發所提起課予義務訴訟之對象為某甲專利權存在與否之法律關係，某甲撤銷訴訟之對象亦為某甲專利權存在與否之法律關係，二訴訴訟標的均為某甲專利權存在與否之法律關係，故前後二訴訴訟標的相同。因此，前訴就乙依其專利舉發申請權所提起之課予義務訴訟，既已命某甲參加訴訟，依行政訴訟法第 47 條規定，前訴對某甲亦有效力，某甲就同一訴訟標的為確定判斷效力所及之後訴，不得再行提起行政訴訟，故應依行政訴訟法第 107 條第 9 款裁定駁回訴訟。

四、初步研討結果：

部分：採甲說。

部分：採乙說。

五、大會研討結果：

部分：多數採甲說。

部分：多數採丙說。

六、相關法條：

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題5：

甲公司未依規定辦理年度營利事業所得稅結算申報，經國稅局依查得之營業收入，按同業利潤標準淨利率，核定全年所得額為X元，並據以補稅Y元，另徵怠報金Z元。甲公司於復查及訴願階段，經國稅局通知准予延期提示帳簿憑證供核，詎甲公司均未提示，直至行政訴訟中，甲公司始請求准予補提帳證改為查帳核定，是否有理由？

三、討論意見：

甲說：肯定說

按「納稅義務人未依規定期限辦理結算申報者，稽徵機關應即填具滯報通知書，送達納稅義務人，限於接到滯報通知書之日起15日內補辦結算申報；其逾限仍未辦理結算申報者，稽徵機關應依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額及應納稅額。」及「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」固分別為所得稅法第79條第1項前段及第83條第1項所明定。

然依財政部79年11月28日台財稅第790367340號函釋：「營利事業經稽徵機關依現行所得稅法第 83條第 3 項規定核定所得額後，於行政救濟時始行補提帳證，應准予查帳核定。」而行政訴訟係屬行政救濟程序中之最後一道程序，自無將行政訴訟時始補提帳證者，排除在外而不能重新查帳核定之理。

故甲公司於復查程序、訴願程序，乃至於行政訴訟言詞辯論終結前，均得補提帳證由國稅局查帳核定（參臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1139 號判決）。

乙說：否定說

財政部 79 年 11 月 28 日台財稅第 790367340 號函，其意旨係指納稅義務人於行政救濟之復查及訴願階段得補提帳冊，非謂於復查及訴願階段經過後，在行政訴訟中仍得補提帳冊，此由該函明載「稽徵機關應予受理」可稽。

稅捐之稽徵必須納稅義務人之協力，苟納稅義務人未依規定辦理結算申報，所得稅法第 79 條第 1 項前段及第 83 條第 1 項已明定由稽徵機關應依查得之資料，按同業利潤標準，逕以核定其所得額及應納稅額，此種推計課稅乃緣於稅捐稽徵大量行政，基於稽徵成本之考量，於法自無不合。又苟允許納稅義務人仍得於行政訴訟階段再主張重新提示帳冊，請求准予改為查帳核定，亦有變相鼓勵納稅義務人不遵守法律結算申報之嫌，自此觀點而論，更不宜准許納稅義務人於訴訟中始補提帳證，請求改為查帳核定，否則即與前開所得稅法第 79 條第 1 項前段及第 83 條第 1 項之規定相背(參臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2346 號判決)。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：

所得稅法第 79 條第 1 項前段：

「納稅義務人未依規定期限辦理結算申報者，稽徵機關應即填具滯報通知書，送達納稅義務人，限於接到滯報通知書之日起 15 日內補辦結算申報；其逾限仍未辦理結算申報者，稽徵機關應依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額及應納稅額。」

所得稅法第 83 條第 1 項：

「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」

附件：

財政部 79 年 11 月 28 日台財稅第 790367340 號函。

臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1139 號判決。

臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2346 號判決。

稅制委員會簡介
- 沿革
- 組織與職掌
- 首長簡介
- 業務電腦化情形

訊息公告
- 業務訊息
- 政府資訊公開
- 檔案應用

工作重點
- 稅制改進之研究
- 研審、整編賦稅法令
- 大陸稅制研究

出版刊物
- 出版刊物總覽
- 財政年報
- 中華民國財政
- Guide to R.O.C. Taxes
- Government Finance Annual Report
- 財稅研究
- 主要國家稅制概要
- 各稅法令彙編
- 出版刊物代銷資訊

各稅法令檢索系統
- 各稅函令之適用期限
- 法令彙編釋示函令檢索系統(最新版本)
- 法令彙編釋示函令檢索系統
- 函令免列及節錄理由查詢

網路資源
- 政府服務資源

稅制委員會首頁 > 各稅法令檢索系統 > 法規釋示函令

營利事業於行政救濟時補提帳證可改查帳核定

回前一畫面 下一則

稅目	所得稅法
法令彙編版本	九十四年版
法規章節	第4章 稽徵程序
法條	第83條（帳簿文據之提示）
分類	釋示函令
釋示函令標題	營利事業於行政救濟時補提帳證可改查帳核定
釋示函令內容(如文號)	主旨：營利事業經稽徵機關依現行所得稅法第83條第3項規定核定所得額後，於行政救濟時始行補提帳證，應准予查帳核定。說明：二、查現行所得稅法第83條第3項既已刪除「不得提出異議」之規定，營利事業於行政救濟時，如已提示符合法令規定之帳簿及文據，申請查帳核定者，稽徵機關應予受理，以符修法意旨。惟稽徵機關於進行調查時，可視情節依所得稅法第107條第1項或稅捐稽徵法第46條第1項規定予以處罰。（財政部79/11/28台財稅第790367340號函）
款(類)次	0
則次	18

回頁首

建議瀏覽模式 1024x768 解析度 IE. 5 以上 無障礙網站宣言 I

綠色生活資訊網 greenlivinginformation
行政院 Executive Yuan Republic of China (Taiwan)
財政部 Ministry of Finance, R.O.C.
財政部稅務入口網 http://www.etax.nat.gov.tw
新版關稅法令專區
全國法規資料庫
e等公務園 e-Learning
公務人員終身學習入口網站
文官學苑

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】94,訴,1139
【裁判日期】950330
【裁判案由】營利事業所得稅
【裁判全文】
臺北高等行政法院判決

94 年度訴字第 1139 號
95 年 3 月 9 日辯論終結

原　　告　祥展精密工業股份有限公司
代　表　人　陳國慶（清算人）住同上
訴訟代理人　葉春生律師
被　　告　財政部臺灣省北區國稅局
代　表　人　許虞哲（局長）住同上
訴訟代理人　吳淑珍

上列當事人間因營利事業所得稅事件，原告不服財政部中華民國 94 年 2 月 4 日台財訴字第 09300505690 號（案號：第 09304854 號）訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事　實

一、事實概要：緣原告未辦理民國（下同）85 年度營利事業所得稅結算申報，經被告初查按查得原告開立統一發票之自動報繳營業稅申報資料及逾期未申報營業稅違章案件處分書等，核定營業收入淨額為新臺幣（下同）35,162,557 元，並按同業利潤標準核定營業淨利為 3,867,881 元，全年所得額為 3,888,833 元，補徵稅額 918,982 元，另按所得稅法第 108 條第 2 項加徵怠報金 192,775 元，並於 92 年 10 月 20 日以北區國稅新莊一字第 0920020592 號函將營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書送達原告，原告不服，申請復查，遭被告以 93 年 5 月 27 日北區國稅法一字第 0930008631 號復查決定書（下稱原處分）維持原核定，原告仍不服，提起訴願，遭駁回後，遂向本院提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

(一)原告聲明求為判決：訴願決定及原處分均撤銷。

(二)被告聲明求為判決：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之爭點：

1.原告有無辦理 85 年度營利事業所得稅結算申報之義務？

2.本件滯報通知書、營利事業所得稅核定通知書及補稅額繳款書有無合法送達原告？

3.被告核定原告營業收入淨額為 35,162,557 元於法是否有據？被告核定之怠報金於法是否有據？

(一)原告主張之理由：

1.原告早已結束營業，且結束營業前即已虧損累累，負債甚鉅，資產早已經債權人追索一空，原告並無任何之財產，而原處分所稱「經原查核定營業收入淨額 35,162,557 元」，訴願決定予以維持云云，並無實據可憑，且與事實不符。

2.訴願決定所稱，向清算人之一之陳國家送達滯報通知書、向張淑慧送達營利事業所得稅核定通知書及補稅額繳款書，自生送達效力云云；及原處分所稱，新莊稽徵所將營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書送達申請人（即原告），係經張淑慧蓋章收件，並經公示送達陳國家及陳國慶等語，然就該事實言，其所為送達似非合法，蓋以原告之公司法人人格既尚存在，則依法所為送達即應向公司為之，若係逕以個人或公司董事為送達對象，則顯非合法。

3.基上，訴願決定及原處分所稱函請提示帳證備查，已取具張淑慧收件蓋章之送達回執乙節，顯非合法，因張淑慧並無收受送達之權。

(二)被告主張之理由：

1.「納稅義務人未依規定期限辦理結算申報者，稽徵機關應即填具滯報通知書，送達納稅義務人，限於接到滯報通知書之日起 15 日內補辦結算申報；其逾限仍未辦理結算申報者，稽徵機關應依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額及應納稅額，並填具核定稅額通知書，連同繳款書，送達納稅義務人依限繳納；嗣後如經調查另行發現課稅資料，仍應依稅捐稽徵法有關規定辦理。」「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。「納稅義務人逾第 79 條規定之補報期限，仍未辦理結算申報，經稽徵機關依查得資料或同業利潤標準核定其所得額及應納稅額者，應按核定應納稅額另徵 20% 怠報金。怠報金之金額，不得少於四千五百元。」為所得稅法第 79 條第 1 項、第 83 條第 1 項及第 108 條第 2 項所明定。次按「營利事業經稽徵機關依現行所得稅法第 83 條第 3 項規定核定所得額後，於行政救濟時始行補提帳證，應准予查帳核定。」「營利事業未依規定期限辦理所得稅結算申報，經稽徵機關依所得稅法第 79 條第 1 項規定核定其應納稅額後，於申請復查時始備齊帳證者，如其申請復查程序符合稅捐稽徵法相關規定，可參照本部 79 台財稅第 790367340 號函釋，准予查帳核定，惟仍應依所得稅法第 108 條第 2 項規定另徵怠報金。」為財政部 79 年 11 月 28 日台財稅第 790367340 號函及 81 年 1 月 22 日台財稅第 801797301 號函所明釋。

2.原告未辦理本年度營利事業所得稅結算申報，被告所屬新莊稽徵所以原告因擅自歇業達 6 個月以上，經經濟部於 89 年 1 月 6 日以經（089）商字第 89165442 號函命令解散後，並未依公司法第 396 條規定在期限內申請解散登記，經濟部 89 年 8 月 31 日經 89 中字第 667983 號函，爰依同法第 397 條規定撤銷公司登記在案。按公司法第 24 條規定公司解散後應進入清算程序，原告之公司章程，並無明定清算人，亦未經股東

會選任清算人，依同法第 322 條第 1 項前段規定，應以董事為清算人，新莊稽徵所乃以 92 年 8 月 6 日以北區國稅新莊一字第 0920015062 號函，催請原告於該函送達之日起 15 日內補辦結算申報，該催報通知函分別於 92 年 8 月 11 日送達董事陳國家同居之父親陳福來代為簽收；於 92 年 9 月 5 日由新莊郵局寄存送達董事張淑慧；並於 92 年 9 月 5 日登載民眾日報、中國郵報以公式送達方式送達董事長陳國慶。惟原告並未依限補辦結算申報，乃依所得稅法第 83 條第 1 項規定，依查得之營業稅歸戶清單核定營業收入淨額 35,162,557 元，並按其他運輸工具及零件製造業（行業標準代號：3290-99）同 業利潤標準淨利率 11% 核定營業淨利 3,867,881 元，全年所得額 3,888,833 元，應補稅額 918,982 元，另按所得稅法第 108 條第 2 項加徵怠報金 192,775 元，並於 92 年 10 月 20 日以北區國稅新莊一字第 0920020592 號函將營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書送達原告，經張淑慧於 92 年 10 月 24 日收件蓋章；並於 92 年 11 月 5 日登載民眾日報公示送達陳國慶、陳國家及登載中國郵報公示送達陳國慶。原告主張未接獲查帳通知，請依帳冊文據查帳認定云云，申經復查決定略以：新莊稽徵所分別函請原告於 93 年 1 月 10 日、93 年 1 月 20 日提示帳證備查，已取具張淑慧於 92 年 12 月 26 日蓋章收件之送達回執，惟原告逾期仍未提示，致復查事項無從審酌等由，乃維持原核定。

3.訴願時，原告訴稱早已結束營業，且結束營業前已虧損累累，原核定營業收入淨額 35,162,557 元，乃乏實據可憑，並與事實不符；復查決定所稱營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書係經張淑慧收件蓋章，並經公示送達陳國家及陳國慶云云，就該事實，其所為送達似非合法，概以原告之法人人格既尚存在，則依法為送達應向公司為之，若係逕以個人或公司董事為送達對象，則顯非合法。復查決定所稱函請原告提示帳證備查，已取具張淑慧收件蓋章之送達回執，亦顯非合法，蓋以張淑慧何有送達代收之權云云，資為爭議。財政部訴願決定略以：查公司法第 24 條規定公司解散後應進入清算程序，又原告之公司章程，並無明定清算人，亦未經股東會選任清算人，依同法第 322 條第 1 項前段規定，應以董事為清算人；次查原告業經經濟部於 89 年 1 月 6 日以經（089）商字第 89165442 號函命令解散，復因原告未依公司法第 396 條規定在期限內申請解散登記，經濟部乃以 89 年 8 月 31 日經 89 中字第 667983 號函，爰依同法第 397 條規定撤銷原告公司登記在案。綜上，本件原告業於 89 年 8 月 31 日即進入法定之清算程序。次按公司法第 334 條準用同法第 85 條規定，清算人有數人時，得推定一人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權，則被告依稅捐稽徵法規定向清算人之一之陳國家送達滯報通知書、向張淑慧送達營利事業所得稅核定通知書及補稅額繳款書，自生送達效力；又本件原告之代表人陳國慶為公司董事長，亦為清算人之一，其因不服原核定，業於稅捐稽徵法第 35 條規定之期限內申請復查，足證上開文書均已合法送達。至原告訴稱被告核定其營業收入淨額 35,162,557 元與事實不符乙節，因原告未於限期內申報營利事業所得稅，亦未依法提示帳證供核，被告依所得稅法第 83 條第 1 項規定，逕依查得原告開立統一發票之自動報繳營業稅申報資料及逾期未申報營業稅違章案件處分書等，據以核定其當年度營業收入淨額為 35,162,557 元，另按所得稅法第 108 條第 2 項規定加徵怠報金

192,775 元，並無違誤。原告申請復查亦未提示帳簿、憑證供核，致被告無從審酌，復查決定乃未准變更，亦無不妥。原告復執前詞提起訴願，惟仍未能提示任何帳簿憑證供核，空言主張，自不足採等由，乃予以訴願駁回。

4.茲原告仍執前詞爭執，惟查本件原核定並無不合，已如前述，其所述委無足採。

理　由

一、原告起訴主張：原告早已結束營業，且虧損累累，被告核定營業收入淨額 35,162,557 元並無實據可憑，且本件滯報通知書、營利事業所得稅核定通知書及補稅額繳款書，乃至查帳通知均並未合法送達原告，原處分逕命原告補稅並加徵怠報金多有違誤，為此訴請如聲明所示云云。

二、被告則以：原告係營利事業依法有申報營利事業所得稅之義務，原告未依限申報，被告乃掣發滯報通知書送達原告之代表人收受，並按查得原告開立統一發票之自動報繳營業稅申報資料及逾期未申報營業稅違章案件處分書等核定，於法有據，求為判決駁回原告之訴等語。

三、本件兩造不爭原告係營利事業，董事長陳國慶、董事則為張淑慧、陳國家，原告因自行停業乃未於 86 年 3 月底前辦理其 85 年度營利事業所得稅結算申報，復遭經濟部於 89 年 1 月 6 日以經（089）商字第 89165442 號函命令解散後，惟並未申請解散登記，乃於 89 年 8 月 31 日遭經濟部撤銷公司登記等情，並有公司變更登記事項卡、股東名簿、經濟部 89 年 1 月 6 日（089）商字第 89165442 號函、89 年 8 月 31 日經 89 中字第 667983 號函附於原處分卷第 24 至 28 頁可稽，堪認為真實。

四、本件之爭執，在於：

(一)原告有無辦理 85 年度營利事業所得稅結算申報之義務？

(二)本件滯報通知書、營利事業所得稅核定通知書及補稅額繳款書有無合法送達原告？

(三)被告核定原告營業收入淨額為 35,162,557 元於法是否有據？被告核定之怠報金於法是否有據？

五、關於結算申報義務部分：

(一)按行為時（91 年 1 月 30 日修正前）所得稅法第 3 條第 1 項規定：「凡在中華民國境內經營之營利事業，應依本法規定，課徵營利事業所得稅。」第 71 條規定：「納稅義務人應於每年 2 月 20 日起至 3 月底止，填具結算申報書，向該管稽徵機關，申報其上一年度內構成綜合所得總額或營利事業收入總額之項目及數額，以及有關減免、扣除之事實，並應依其全年應納稅額減除暫繳稅額、尚未抵繳之扣繳稅額及可扣抵稅額，計算其應納之結算稅額，於申報前自行繳納。....」第 79 條第 1 項前段規定：「納稅義務人未依規定期限辦理結算申報者，稽徵機關應即填具滯報通知書，送達納稅義務人，限於接到滯報通知書之日起 15 日內補辦結算申報」第 108 條第 2 項規定：「納稅義務人逾第 79 條規定之補報期限，仍未辦理結算申報，經稽徵機關依查得資料或同業利潤標準核定其所得額及應納稅額者，應按核定應納稅額另徵 20% 怠報金。怠報金之金額，不得少於 4,500 元。」

(二)本件原告既係依法登記設立之營利事業，無論其實際上有無營業，依上開之規定，其均負有於每一年度辦理營利事業所得稅結算申報之義務，僅於其無應納稅額時，無須

於申報前繳納稅款而已，本件原告主張其早已結束營業，且虧損累累，惟其既尚未依法清算完結，依法自不得解免其申報之義務。

六、關於滯報通知書等文書有無合法送達原告？

(一)按公司法第 24 條規定：「解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算。」90 年修正增訂第 26 條之 1 規定：「公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，準用前 3 條之規定。」惟查公司法第 24 條既已明文規定解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算，是公司經中央主管機關依法命令解散者，自亦應行清算，是上開 26 條之 1 規定雖係在 90 年間始行增訂，惟其僅在補充說明以杜爭議而已，合先說明。

(二)又按公司法第 322 條規定：「公司之清算，以董事為清算人。但本法或章程另有規定或股東會另選清算人時，不在此限。」第 8 條第 2 項規定：「公司之經理人或清算人....在執行職務範圍內，亦為公司負責人。」第 334 條準用同法第 85 條第 1 項規定：「清算人有數人時，得推定一人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權。」本件原告既遭經濟部命令解散，依前揭(一)說明，自進入清算程序，而原告亦不爭其章程未另有規定或股東會另選有清算人，是原告之 3 名董事陳國慶（董事長）、張淑慧及陳國家均為清算人，在執行職務範圍內，均為公司負責人，且各有對於第三人代表公司之權。

(三)次按稅捐稽徵法第 18 條規定：「（第 1 項）稅捐稽徵機關為稽徵稅捐所發之各種文書，應受送達人拒絕收受者，稅捐稽徵機關得將文書寄存送達地之自治或警察機關，並作成送達通知書，黏貼於應受送達人之住所、居所、事務所或營業所門首，以為送達。（第 2 項）應受送達人行蹤不明，致文書無法送達者，稅捐稽徵機關應先向戶籍機關查明；如無著落時，應由稅捐稽徵機關保管應送達之文書，而於其牌示處黏貼，並於新聞紙登載公告，曉示應受送達人，應隨時向其領取。（第 3 項）前項公示送達，自將公告黏貼牌示處並自登載新聞紙之日起經 20 日，發生送達效力。....」第 19 條規定：「為稽徵稅捐所發之各種文書，得向納稅義務人之代理人、代表人、經理人或管理人以為送達....」行政程序法第 69 條第 2、3 項規定：「（第 1 項）對於機關、法人或非法人之團體為送達者，應向其代表人或管理人為之。（第 3 項）法定代理人、代表人或管理人有 2 人以上者，送達得僅向其中之 1 人為之。」依以上之規定可知，稅捐稽徵為稽徵稅捐所發之各種文書，無論係滯報通知書、營利事業所得稅核定通知書或補稅額繳款書，其送達得僅向代表人之一為之，即為合法。

(四)查被告所屬新莊稽徵所於 92 年 8 月 6 日以北區國稅新莊 1 字第 0920015062 號函（見原處分卷第 5 頁），催請原告於該函送達之日起 15 日內補辦結算申報，該催報通知函分別於 92 年 8 月 11 日送達清算人陳國家台北縣新莊市八德街 196 號 2 樓之住所，並由其同居之父親陳福來簽收，此有全戶戶籍資料查詢清單及掛號郵件收件回執附於原處分卷第 32 頁及第 4 頁可按，其送達已屬合法；查被告復於 92 年 9 月 5 日將該滯報通知書送達清算人張淑慧台北縣新莊市思源路 593 巷 5 弄 6 號 3 樓之住所，並以寄存之方式送達，此有全戶戶籍資料查詢清單及送達證書附於原處分卷第 33 頁及第 3 頁可按，其送達亦屬合法；至清算人陳國慶，雖於 85 年 9 月 23 日出境，86 年 4 月

25 日遷出台北縣新莊市豐年街 55 號之 11、5 樓並為登記，其應受送達處所不明，被告亦於 92 年 9 月 5 日登載民眾日報及中國郵報以公式送達方式送達該滯報通知書，此有全戶戶籍資料查詢清單及民眾日報及中國郵報附於原處分卷第 34 頁及第 1、2 頁可憑，此一送達同屬合法。是原告主張，被告未對其合法送達滯報通知書，顯不足採。

(五)又查被告於 92 年 10 月 20 日寄發北區國稅新莊 1 字第 0920020592 號函將營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書，該函分別於 92 年 10 月 24 日送達清算人張淑慧上開地址，經張淑慧本人親收，此有掛號郵件收件回執附於原處分卷第 8 頁可按，其送達已屬合法；被告又於 92 年 11 月 5 日登載民眾日報對於陳國慶及陳國家為公示送達及登載中國郵報對陳國慶為公示送達，此有民眾日報及中國郵報附於原處分卷第 6、7 頁可憑，此一送達同屬合法。是原告主張，被告未對其合法送達營利事業所得稅核定通知書及應補稅額繳款書，顯不足採，況查陳國慶於 92 年 12 月 10 日繳納期限屆滿後，旋即於同年月 12 日代表原告申請復查，有復查申請書附於原處分卷第 21 頁可參。

(六)再按所得稅第 83 條第 1 項規定：「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」是原告如對於被告之核定不服為復查申請時，本應同時自動提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；又按財政部 79 年 11 月 28 日台財稅第 790367340 號函釋：「營利事業經稽徵機關依現行所得稅法第 83 條第 3 項規定核定所得額後，於行政救濟時始行補提帳證，應准予查帳核定。」是原告於復查程序、訴願程序乃至於本件言詞辯論終結前，均得補提帳證由被告查帳核定，惟查原告訴訟代理人於言詞辯論期日到庭表示：「原告無法提出帳證」，此有言詞辯論筆錄在本院卷第 45 頁可按，因此被告有無合法送達查帳通知均與本件被告之核定無足影響。

七、關於營業收入淨額核定及怠報金部分：

(一)按所得稅法第 79 條第 1 項中、後段規定：「其逾限仍未辦理結算申報者，稽徵機關應依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額及應納稅額，並填具核定稅額通知書，連同繳款書，送達納稅義務人依限繳納；嗣後如經調查另行發現課稅資料，仍應依稅捐稽徵法有關規定辦理。」第 83 條第 1 項規定：「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」

(二)本件被告以原告未提示有關各種證明所得額之帳簿、文據，依營業稅歸戶清單及自動報繳年檔查詢作業（原處分卷第 10-12 頁及第 15 頁）所示，原告於 85 年 2、4、6、8、12 月自動報繳營業稅之銷售額分別為 8,538,304 元、8,767,822 元、8,274,529 元、8,364,402 及 0 元，合計 33,945,057 元；依台北縣稅捐稽徵處 86 年 10 月 1 日處分書（原處分卷第 9 頁）記載，原告 85 年 9 至 10 月漏報銷售額 1,217,500 元，核定其當年度營業收入淨額為 35,162,557 元；按同業利潤標準（行業標準代號 3290-99）淨利率 11%核定營業淨利 3,867,881 元，並依查得之營業外利息收入 20,952 元（見原處分卷第 13 頁之營業稅歸戶清單）核定全年所得額 3,888,833 元，補徵稅額 918,982 元，洵屬有據。

(三)又本件滯報通知書已合法送達原告，前已述明，本件原告於接到滯報通知書之日起15 日內仍未補辦結算申報，被告依前引所得稅法第 108 條第 2 項規定，按前述核定應納稅額 918,982 元另徵 20% 怠報金 192,775 元，於法亦屬有據。

八、綜上所述，原告之主張，尚無可採，原處分認事用法，俱無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請如聲明所示，為無理由，應予駁回。

九、兩造其餘之陳述，與判決結果不生影響者，不予一一論述，附予敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　95　　年　　3　　月　　30　　日

第五庭審判長法　官　張　瓊　文

法　官　帥　嘉　寶

法　官　王　碧　芳

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後 20 日內向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　95　　年　　3　　月　　30　　日

書記官　葉　瑩　庭

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】97,訴,2346
【裁判日期】980204
【裁判案由】營利事業所得稅
【裁判全文】
臺北高等行政法院判決

97 年度訴字第 2346 號
98 年 1 月 21 日辯論終結

原　　告　雅康貿易有限公司
代 表 人　羅傑美
被　　告　財政部臺灣省北區國稅局
代 表 人　陳文宗（局長）
訴訟代理人　倪永祖
　　梁忠森

上列當事人間因營利事業所得稅事件，原告不服財政部中華民國 97 年 7 月 11 日台財訴字第 09700311330 號訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事　實

一、事實概要：

原告未依規定辦理民國（下同）94 年度營利事業所得稅，經被告核定全年所得額新臺幣（下同）4,533,593 元，應補稅額 1,123,381 元，另徵怠報金 224,679 元。原告不服，申請復查，經被告以 97 年 2 月 25 日北區國稅法一字第 0970006064 號復查決定追減怠報金 134,679 元，其餘復查駁回（下稱原處分）。原告不服，就核定補徵營利事業所得稅部分，提起訴願，經財政部 97 年 7 月 11 日台財訴字第 09700311330 號訴願決定駁回，原告仍不服，遂向本院提起行政訴訟。

二、兩造聲明：

(一)原告聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

(二)被告聲明：原告之訴駁回。

三、兩造之爭點：

被告以原告未提示帳簿憑證供核，核定原告應補稅額 1,123,381 元，是否適法？原告請求准予補提帳證改為查帳核定，是否有理由？

(一)原告主張：

原告因帳務上之疏誤，造成未及時辦理結算，依據財政部 79 年 11 月 28 日台財稅第 790367340 號函釋明釋，納稅義務人於行政救濟時始行補提示帳證應准予查帳核定，故原告申請補提帳證，請被告准予改查帳核課。

(二)被告主張：

原告係經營其他未分類批發業，未辦理 94 年度營利事業所得稅結算申報，被告初查依查得營業收入淨額 45,333,618 元，按該業（行業標準代號：4599-99 ）同業利潤標準淨利率 10% 核算營業淨利 4,533,362 元，加計非營業收入總額 231 元，核定全年所得額 4,533,593 元。原告主張已備齊帳證，請重新查核云云，申經被告復查決定以，經被告所屬桃園縣分局通知原告於 96 年 8 月 17 日提示帳簿憑證及有關文據供核，嗣經核准延期至同年 9 月 16 日，惟迄未提示，原核定並無不合。

原告提起訴願後，經被告以 97 年 5 月 5 日北區國稅法一字第 0970007119 號函請原告於文到 5 日內提示帳簿憑證供核，有原告簽收之臺灣郵政掛號郵件收件回執可稽，嗣經核准延期至同年 6 月 5 日，惟迄未提示，原核定並無不合。

理　由

一、按「納稅義務人未依規定期限辦理結算申報者，稽徵機關應即填具滯報通知書，送達納稅義務人，限於接到滯報通知書之日起 15 日內補辦結算申報；其逾限仍未辦理結算申報者，稽徵機關應依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額及應納稅額。」及「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」分別為所得稅法第 79 條第 1 項前段及第 83 條第 1 項所明定。

二、本件原告係經營其他未分類批發業，未辦理 94 年度營利事業所得稅結算申報，被告初查乃依查得營業收入淨額 45,333,618 元，按該業（行業標準代號：4599-99 ）同業利潤標準淨利率 10% 核算營業淨利 4,533,362 元，加計非營業收入總額 231 元，核定全年所得額 4,533,593 元。原告不服，主張已備齊帳證，請重新查核云云，申經被告復查決定略以，經通知原告於 96 年 8 月 17 日提示帳簿憑證及有關文據供核，嗣經核准延期至同年 9 月 16 日，惟迄未提示，原核定並無不合為由，駁回其本部分復查之申請。原告猶不服，循序提起行政訴訟，並為事實欄所載各節之主張，是本件應審酌者厥為：被告以原告未提示帳簿憑證供核，核定原告應補稅額 1,123,381 元，是否適法？原告請求准予補提帳證改為查帳核定，是否有理由？

三、經查：

(一)原告係經營其他未分類批發業，未辦理 94 年度營利事業所得稅結算申報，被告依查得營業收入淨額 45,333,618 元，按該業（行業標準代號：4599-99 ）同業利潤標準淨利率 10% 核算營業淨利 4,533,362 元，加計非營業收入總額 231 元，核定全年所得額 4,533,593 元，此有 94 年度營利事業所得稅結算申報核定通知書可稽（參原處分卷第 5 頁）。上開全年所得額 4,533,593 元係根據原告自行申報的營業稅資料，其營業收入 45,333,618 元係原告自行申報，此為原告於本院審理時陳述明確，原告對於未依限辦理結算申報，亦不爭執（參本院準備程序筆錄）。則被告依查得營業收入淨額 45,333,618 元，按該業（行業標準代號：4599-99 ）同業利潤標準淨利率 10% 核算營業淨利 4,533,362 元，加計非營業收入總額 231 元，核定全年所得額 4,533,593 元，應補稅額 1,123,381 元，揆諸首揭規定，於法並無不合。

(二)原告雖稱：原告將重新提示帳冊請求准予改為查帳核定云云。然查：

財政部 79 年 12 月 28 日台財稅第 790367340 號函，其意旨係指納稅義務人於行政救濟之復查及訴願階段得補提帳冊，非謂於復查及訴願階段經過後，在行政訴訟中仍得補提帳冊，此由該函明載「稽徵機關應予受理可稽」（參本院卷第 49、50 頁）。又行政訴訟之目的，在由法院審查原處分是否適法，在撤銷訴訟，原處分是否適法，其判斷時點應為原處分（含復查決定）作成之時。故苟原處分（含復查決定）作成前，被告機關業已給予原告充分之機會補提帳冊，而原告未為提示者，則被告僅得依法逕為核定其所得額及應納稅額，而作成處分。此際，若任令原告於原處分（含復查決定）作成後，仍得於行政訴訟階段再主張重新提示帳冊，請求准予改為查帳核定，不僅有違撤銷訴訟，判斷原處分是否適法應以原處分作成時為準之法理，且有變相鼓勵納稅義務人不遵守法律結算申報之嫌，自此觀點而論，更不宜准許納稅義務人於訴訟中始補提帳證，請求改為查帳核定，否則即與前開所得稅法第 79 條第 1 項前段及第 83 條第 1 項之規定相背。

本件原告於申請復查時，經被告通知原告於 96 年 8 月 17 日提示帳簿憑證及有關文據供核，嗣經核准延期至 96 年 9 月 16 日，原告仍未提示；而於提起訴願後，經被告以 97 年 5 月 5 日北區國稅法一字第 0970007119 號函請原告於文到 5 日內提示帳簿憑證供核，此有經原告簽收之臺灣郵政掛號郵件收件回執附被告卷可稽，嗣經核准延期至 97 年 6 月 5 日，惟迄未提示，致無從審酌。足見被告於復查及訴願階段，業已通知原告補正，原告均未提示帳簿憑證及有關文據供核，其於行政訴訟中始主張補提帳證，請求改為查帳核定，要不足採。

況依原告於本院言詞辯論時所提補充理由狀記載：「本公司營業收入共 45,333,618 元」等語，亦徵被告依營業收入淨額 45,333,618 元，核算其所得，並無不合。

四、是被告依查得營業收入淨額 45,333,618 元，按該業（行業標準代號：4599-99 ）同業利潤標準淨利率 10% 核算營業淨利 4,533,362 元，加計非營業收入總額 231 元，核定全年所得額 4,533,593 元，應補稅額 1,123,381 元，揆諸首揭規定，並無不法，訴願決定予以維持，亦無不合。原告徒執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

五、兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　98　　年　　2　　月　　4　　日

臺北高等行政法院第二庭

審判長法　官　徐　瑞　晃

法　官　蕭　惠　芳

法　官　陳　金　圍

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　98　　年　　2　　月　　4　　日

書記官　陳　可　欣

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題 6：

訴願法第 82 條第 2 項規定:「受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。」該條文所指「應作為之機關已為行政處分」，是否僅限於有利於訴願人？

三、討論意見：

甲說：肯定說

從法條之文義及法條編列之次序可知，訴願決定機關就怠於處分訴願，得逕以訴願為無理由以決定駁回者，係承前項之「訴願有理由，而命應作為之機關速為一定之處分」之規定，是以該條第 2 項之行政處分，應係指滿足原申請人之申請而有利於原申請人（即訴願人）、訴願人縱提起訴願亦無實益之行政處分而言，至於全部或部分拒絕當事人申請者，應不包括在內。

從人民程序之保障及程序經濟觀點，若採原處分一補作，訴願決定即應以無理由逕予駁回之見解，人民必須再就新處分重為行政救濟，如人民不知就新處分為救濟，則將喪失實體保障之機會，自有未妥。

乙說：否定說

訴願法第 82 條第 2 項之規定，乃立法機關自由形成之空間；法律既已明定受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願無理由，以決定駁回之；自不以訴願決定前應作為機關已依訴願人之請求准為一定之處分，

使訴願之請求獲得滿足為限。

次觀訴願法第 82 條第 2 項之立法理由為：「受理訴願機關未為第 1 項之決定前，應作為之機關已為行政處分者，是應作為而不作為之情形已不復存在，訴願無實益，受理訴願機關應以訴願為無理由，予以駁回。」依該立法理由，所以認訴願無實益，實因訴願人係以應作為機關不作為而請求訴願機關命其作為，應作為機關如已作為（行政處分），無論該行政處分是否有利或不利於訴願人，提起此項訴願之目的（請求命應作為機關作為）已達成，無提此項訴願之實益，由法條文字及立法理由，均未將行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者。至於依訴願法第 82 條第 2 項規定，如不服訴願後行政機關所為處分者，須另行訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非行政法院所得審究。

四、初步研討結果：

提請大會決議。

五、大會研討結果：

甲說 18 票（未逾出席法官半數），乙說 9 票。

六、相關法條：

訴願法第 82 條：

「對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。

受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回

之。」

甲說參考資料：

最高行政法院 76 年度判字第 1848 號判決、95 年度判字第 844 號判決、96 年度判字第 12 號判決；95 年度高等行政法院法律座談會提案三。

乙說參考資料：

最高行政法院 93 年度判字第 1046 號判決、95 年度判字第 1932 號判決、95 年度判字第 2110 號判決、96 年度判字第 97 號判決、96 年度判字第 1340 號判決。

甲說參考資料：

裁判字號： 76 年判字第 1848 號

案由摘要： 徵收補償事件

裁判日期： 民國 76 年 10 月 30 日

相關法條： 訴願法 第 20、21 條 (68.12.07)

要旨： **遲為之訴願決定，對於原告已合法逕行提起之再訴願，應無影響，並無令原告必對該遲為之訴願決定，負有另行提起再訴願之責任。**

《行政法院裁判要旨彙編第 7 輯之裁判內容》

按訴願之決定，自收受訴願書之次日起，應於三個月內為之，必要時得予延長一次，但不得逾二個月；訴願逾此期限不為決定者，訴願人得逕向有管轄權機關提起再訴願，此觀諸訴願法第二十條、第二十一條之規定甚明。卷查本件原告因本案徵收補償事件，不服被告機關於七十五年十二月十六日七五竹鎮建字第一三八四〇號函所為原處分，而於七十五年十二月二十四日向訴願機關即新竹縣政府提起訴願，有該訴願書上加蓋之收文日戳可稽。該縣政府自收受訴願書之次日即同年月二十五日起，經逾三個月即至七十六年三月二十四日止而未為決定，亦未通知原告將其期限延長。且縱將其期限延長一次即二個月，至七十六年五月二十四日止，而該縣政府仍未為決定，原告遂於七十六年五月二十八日逕向有管轄權之再訴願機關即台灣省政府，提起再訴願。就此，亦有該再訴願書上加蓋台灣省政府之收文日戳足憑。因此，原告之逕向台灣省政府提起再訴願，揆諸首揭法條規定，要難謂其於法有所不合。即令為訴願機關之新竹縣政府，於上述期限期滿後，遲於七十六年六月二十九日，始為訴願決定，並於七十六年七月六日，將其訴願決定書送達原告。**然其此項訴願決定，對於原告已合法逕行提起之再訴願，應無影響。並無令原告必須對新竹縣政府遲為之訴願決定，負有另行提起再訴願之責任，況似此再訴願決定遽從程序上駁回後，原告縱另行提起再訴願，亦已逾法定期間，將陷於失權之效果，致斷救濟之途，顯有損人民之權益，自非所宜。**是以再訴願決定以新竹縣政府已為訴願決定，原告逕行提起再訴願之理由，已經消失，如原告對其訴願決定，有所不服，應於法定期間內，另案提起再訴願云云，認為本件逕行提起之再訴願，應不受理，從程序上予以駁回，而不為實體上之審查決定，即非無可議，原告執此指摘，難認為全無理由，應將再訴願決定撤銷，俾由再訴願機關從實體上另行依法決定，以求妥適。

最 高 行 政 法 院 判 決　　95 年度判字第 844 號

上列當事人間因促進產業升級條例事件，上訴人不服中華民國 93 年 11 月 18 日臺北高等行政法院 92 年度訴字第 5181 號判決，提起上訴。本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

理 由

壹、 本件上訴人主張：查司法院釋字第 423 號解釋所欲闡述者為行政處分應以實際內容而非依形式決定其是否為行政處分，惟本案上訴人對民國（下同）91 年 10 月 22 日財北國稅審二字第 0910074421 號函（下稱 10 月 22 日函）是否為行政處分並非因該函是否具備形式要件而為爭議，而係被上訴人以 10 月 22 日函請上訴人依同為被上訴人所發之 91 年 8 月 9 日財北國稅審二字第 0910228050 函及財北國稅審二字第 0910228051 號函辦理，惟該兩函並未合法送達於上訴人，上訴人無法自被上訴人 10 月 22 日函得知該兩函之內容及法律效果為何，因此 10 月 22 日函顯欠缺行政處分所應具備之明確性要件，明顯違反行政程序法第 5 條及第 111 條之規定，其效力顯有重大及明顯之瑕疵。原審未慮及於此，錯誤引用與本案無關之司法院釋字第 423 號解釋，實有適用法規不當之違法。此外，原審認定被上訴人 10 月 22 日函為合法之行政處分，上訴人可對此函提起訴願，無異允許行政機關就同一案件做出「第二次裁決」，顯有害法律之安定性。因如前所述，該 10 月 22 日函之性質並未有具體明確之裁示，應僅為觀念通知。若認同被上訴人之主張，即首次行政處分之公文書若未合法送達於人民，則後續告知該人民之前揭未送達公文書存在事實之通知書亦皆可為有效之行政處分，在眾多相同內容之行政處分下，將使該等行政處分救濟期限之起算點難以明瞭，則行政救濟之法律狀態將毫無安定性可言。次查原審以被上訴人所為非正式之內部公文書上所載電話紀錄為審酌依據，顯無證據效力。且原審亦未要求被上訴人舉證該電話紀錄之真偽，即草率認定該電話紀錄為真，並以其作為於論斷本案之心證時之重要證據，顯有就本案事實應調查而未調查，以及判決不備理由之違法。末查上訴人（91）本財字第 00114 號函係為回覆經濟部 91 年 10 月 3 日工中字第 09105032820 號函，無法作為上訴人已收到 8 月 9 日函證明，而上訴人之 85 年度案件係因其他考量故未續行爭訟，並非代表被上訴人即無應作為而不作為之違法，且 85 年度與 86 年度案件乃為獨立二事，原審於此顯有違背論理法則之違法，爰請求廢棄原判決。

貳、 被上訴人未提出上訴答辯狀。

參、 原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：．．．再者，上訴人就被上訴人 10 月 22 日函，業已向財政部提起訴願，經財政部於 93 年 1 月 16 日以台財訴字第 0920075253 號訴願決定駁回在案，則上訴人仍一再堅持以被上訴人對其依法申請案件有應作為而不作為之情事據以提起本件行政訴

訟，於法自有未合。綜上所述，**被上訴人既已於受理訴願機關即財政部為訴願決定前，就受理事項為否准之處分，已如前述，即屬應作為之機關已為行政處分，依訴願法第 82 條第 2 項規定，上訴人以被上訴人未於法令期限為一定作為而依訴願法第 2 條第 1 項規定提起訴願，自應認訴願無理由駁回之。至被上訴人所為之處分，無論其結果為准或不准，依訴願法第 82 條第 2 項規定，仍應認其訴願無理由予以駁回。**從而，上訴人訴請撤銷訴願決定，及請求判命被上訴人於一定期間內作成「核准上訴人以 86 年度盈餘及員工紅利新臺幣（下同）79,050,000 元轉增資緩課股東及員工當年度所得稅」之行政處分，均為無理由，乃判決駁回上訴人在原審之訴。

肆、 本院按：

一、「對於依訴願法第 2 條第 1 項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。又受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。」訴願法第 82 條第 1 項第 2 款固有明文。**惟該條第 2 項所謂「應作為之機關已為行政處分」應指有利於訴願人之處分而言，蓋從法條之文義及法條編列之次序可知，訴願決定機關就怠於處分訴願，得逕以訴願為無理由以決定駁回者，係承前項之「訴願有理由，而命應作為之機關速為一定之處分」之規定，是以該條第 2 項之行政處分，應係指滿足原申請人之申請而有利於原申請人（即訴願人）、訴願人縱提起訴願亦無實益之行政處分而言，至於全部或部分拒絕當事人申請者，應不包括在內。此外在行政訴訟方面，現行實務見解亦以原告起訴後，原處分機關或受理訴願機關始補作處分或決定，除係有利原告之請求，否則不影響行政訴訟之續行，亦不必要求原告重就重為之處分進行訴願程序，此有最高行政法院於舊制時期所為之 76 年度判字第 1848 號判決釋示在案。蓋若採原處分一補作，訴願決定即應以無理由逕予駁回之見解，人民必須再就新處分重為行政救濟，若人民不知就新處分為救濟，則將喪失實體保障之機會，則從人民程序之保障及程序經濟觀點，自有未妥。為解決上開法條解釋之不合理，自應為目的之限縮解釋，即該條第 2 項之行政處分應係指滿足原申請人之申請有利於原申請人（即訴願人）之行政處分而言。**原審駁回上訴人在第一審之訴，係以：上訴人於 91 年 10 月 11 日及同年月 15 日（91）本財字第 00114 號函之申請案，係經被上訴人以 91 年 10 月 22 日財北國稅審二字第 0910074421 號函復上訴人在案，該函內容略以：「貴公司於 86 年 11 月 19 日除權，利用 85 年度未分配盈餘新台幣 41,500,000 元轉增資，另於 87 年 7 月 25 日除權，利用 86 年度未分配盈餘新台幣 79,050,000 元（含員工紅利新台幣 1,362,000 元）轉增資，皆未依行為時促進產業升級條例施行細則第 41 條規定之期限內，檢齊文件向公司所在地之稅捐稽徵機關辦理緩課所得稅，本局業於 91 年 8 月 9 日分別以財北國稅審二字第 0910228050 號及財北國稅審二字第 0910228051 號函復在案，仍請速依上開

函規定辦理。」等語，核該函之內容指出上訴人未依行為時促進產業升級條例施行細則第 41 條規定之期限內，檢齊文件向公司所在地之稅捐稽徵機關辦理緩課所得稅等語，該函為拒絕上訴人所請之意思等情，為其判斷基礎，惟依原判決所認定之事實，該 91 年 10 月 22 日財北國稅審二字第 0910074421 號函，顯非滿足上訴人即原申請人之行政處分，依上開說明，受理訴願機關自不得逕依訴願法第 82 條第 2 項規定，以無理由駁回之。原判決逕予維持，自有判決不適用法律之違法。

二、再按「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」為行政訴訟法第 5 條所明定。上開規定，已揭示提起課予義務訴訟僅須經過訴願程序之審議即已足，至訴願決定不論係因程序上之審查而為不受理之決定，或經實體上審議以無理由而為訴願駁回之決定，均不生損及訴願審級利益之問題。是以，基於行政救濟程序經濟之考量及人民應儘速受法院審判之憲法上訴訟基本權，行政法院對於當事人提起課予義務訴訟，如經斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，認為訴願決定有違法情事而不影響其結果者，自無僅撤銷訴願決定發交訴願決定機關重新審議之必要。**本件原告訴之聲明僅請求訴願決定撤銷，應未完足，受理更審之原審法院應行使闡明權後詳為審認，不應僅將訴願決定撤銷，附此敘明。**

三、再按課予義務訴訟之訴訟標的，為原告主張行政機關應為行政處分或特定行政處分之公法請求權，雖然原告就行政機關多次否准原告之申請函提起行政爭訟，但只要原告就相同被告、同一事實主張同一公法請求權之訴訟標的提出行政訴訟，自應係同一事件，行政法院應審查是否有違一事不再理訴訟要件。經查，本件上訴人就申請「利用 86 年度未分配盈餘及員工紅利合計 79,050,000 元轉增資擴充機器設備」案件，曾經被上訴人以 91 年 8 月 9 日財北國稅審二字第 0910228051 號函否准，上訴人是否曾經提起訴願？原判決並未查明，本院自無從判斷。另上訴人就被上訴人上開 91 年 10 月 22 日財北國稅審二字第 0910074421 號函，曾向財政部提起訴願，經財政部於 93 年 1 月 16 日以台財訴字第 0920075253 號訴願決定駁回，為原審所認定之事實，則若原告曾就該駁回之訴願決定向原審提行政訴訟，則與本件行政訴訟，是否有同一事件之關係？另上訴人就「利用 86 年度未分配盈餘及員工紅利合計 79,050,000 元轉增資擴充機器設備」事實多次後續申請，被上訴人亦多次函覆，則發生否准法律效果之原處分為何？何者僅係重覆處置？原處分送達是否合法？上訴人多次申請，是否得認係對否准行政處分不服，視為提起訴願（訴願法第 57 條，本院 51 年判字第 485

號、56 年判字第 173 號判例參照）？若原否准之行政處分已逾法定救濟期間，上訴人是否係提出發生之新事實而申請程序重開（行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款），以上事實，原審並未查明，本院自無從判斷，發回後之原審法院就此訴訟要件應依職權詳予查明，釐清上訴人各次申請及被上訴人各覆函之法律性質，並行使闡明權，探求原告提起本件行政訴訟之真意，作適法之裁判。

四、上開事由，本件上訴意旨雖未提及，但為本院應依職權調查之事項，上訴為有理由，應將原判決廢棄。

據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第 256 條第 1 項、第 260 條第 1 項，判決如主文。

中　華　民　國　95　年　6　月　8　日

最 高 行 政 法 院 判 決　　96年度判字第12號

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、被上訴人於原審起訴意旨略謂：被上訴人於民國（下同）91 年 5 月 1 日向上訴人申請長春藤電子遊戲場之營利事業登記證，經上訴人相關單位共同會勘及審理後，考量該縣整體治安及縣民生活品質等情事，而暫緩受理核發登記，俟「桃園縣電子遊戲場業管理自治條例」訂定施行後，始重新開始受理電子遊戲場業之申請營利事業登記，以 91 年 8 月 14 日府建登字第 0910536380 號函原件退還被上訴人之申請案。被上訴人不服，提起訴願，經經濟部於 91 年 11 月 26 日以經訴字第 09106128180 號訴願決定將原處分撤銷，著由原處分機關另為適法處分。上訴人於 92 年 2 月 20 日以府建登字第 0920038431 號函，請被上訴人依規定檢附有關文件，至上訴人處「重新申請電子遊戲場業營利事業登記事項。」並於 93 年 5 月 3 日以府商登字第 0930105116 號函通知被上訴人，請被上訴人於文到一週內送件「申請」，屆時未依程序送達者即駁回等語，被上訴人以該通知，均係要求其檢附有關文件，「重新申請電子遊戲場業營利事業登記事項。」或通知其送件「申請」，認與訴願決定指示上訴人應就被上訴人之申請有無理由為實體之決定意旨不合，乃未送件申請，逕以上訴人逾 1 年 9 個月未為處分，違反作為義務，於 93 年 3 月 2 日提起課予義務訴願，並於同日提起本件課予義務訴訟，請求判命上訴人應作成准予核發被上訴人申請之電子遊戲場營利事業登記證之處分，嗣上訴人於 93 年 5 月 28 日以府商登字第 0930130977 號函，以被上訴人經多次通知仍未能檢送相關申辦文件，駁回被上訴人之申請，訴願機關經濟部亦於 93 年 6 月 17 日以經訴字第 09306220420 號訴願決定駁回被上訴人之課予義務訴願，被上訴人遂於本件訴訟中追加請求判決撤銷經濟部 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號訴願決定。

二、被上訴人在原審起訴主張：

（一）依行政訴訟法第 5 條第 1 項、電子遊戲場業管理條例（下稱管理條例）第 10 條第 1 項、商業登記法第 21、22 條及行政程序法第 51 條第 1、2 項之規定，被上訴人於 91 年 5 月 1 日即已依管理條例第 10 條規定向上訴人送件申請營利事業登記，依管理條例及商業登記法之規定，上訴人既未認為有違反法令或不合法定程式而於收件後 5 日內通知被上訴人補正情事，即應於收件後 7 日內核准登記，惟上訴人自 91 年 5 月 1 日收件迄今仍未為准否之處分，已損害被上訴人之權利。退而言之，依行政程序法相關規定，上訴人依法亦應於 2 個月處理期間內為准否之處分，惟上訴人收件後迄今已逾 2 個月，仍未為適法之處分，已逾越法律所規定應作為之時限，有怠為處分之情事，致被上訴人之財產權受有損害，蓋被上訴人於申請營利事業登記前，須依管理條例相關規定就該場所先行辦理用途變更，以符合都市計劃法、建築法及消防法相關規定，並就該場所欲申請之級別購買機具，檢附相關文件、相片並經衛生單位之檢驗，投保公共意外責任險，完成市招裝潢等相關營業前之準備，始可提出申請，且須經辦理會勘等嚴格審查程序，被上訴人於申請營利事業登

記前即已投入大量時間、金錢，然上訴人遲未依法為准否之處分，縱依行政程序法第 51 條第 3 項規定得於原處理期間之限度內延長一次，亦未見上訴人於原處理期間 2 個月屆滿前將延長之事由通知被上訴人，其怠為處分至為顯然，已損害被上訴人之權利，依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定，被上訴人得提起課予義務訴訟。另上訴人雖曾於 91 年 8 月 14 日為原件發還處分、93 年 5 月 28 日為駁回申請處分，惟均非實體上發生准駁效果之處分，仍屬違反作成處分之義務。如前所述，被上訴人對上訴人之怠為處分業已依法提起 2 次訴願，首次係就上訴人 91 年 8 月 14 日函所為原件發還處分，提起訴願，為經濟部訴願決定撤銷原處分，並責以上訴人於收受訴願決定書後 3 個月內為實體審酌後，另為適法之處分。而上訴人於收受前開經濟部訴願決定書已逾 3 個月，猶未對被上訴人之「長春藤電子遊戲場」營利事業登記申請事件為准駁，顯有怠為處分之情事；上訴人雖於收受經濟部前開訴願決定書 3 個月內，以 92 年 2 月 25 日府建登字第 0920038431 號函通知被上訴人檢附有關文件重新申請電子遊戲場業營利事業登記事項，惟該函文僅係通知被上訴人檢送有關申請書件重新申請營利事業登記，並未產生任何法律上效果，性質上應為觀念通知，非屬行政處分。然被上訴人於 91 年 5 月 1 日即檢具相關申請書件提出申請，該申請案並因上訴人之先前退件處分為經濟部訴願決定撤銷，而回復至最初受理狀態，仍繫屬於上訴人，且其就本件申請案於前為否准處分時，本應將被上訴人所檢附之相關書件留底備查，尚難以已將原申請書件發還被上訴人且未留有備查資料可供審查之作業瑕疵，歸責於被上訴人未配合重新提出申請案，作為本件不作為之理由。此有 92 年 9 月 17 日經訴字第 09206220230 號、92 年 9 月 15 日經訴字第 09206220240 號、93 年 4 月 8 日經訴字第 09306216280 號及 93 年 4 月 9 日經訴字第 09306216290 號等經濟部訴願決定書可稽。第 2 次被上訴人提起課予義務訴願，經濟部訴願決定以上訴人已於 93 年 5 月 28 日為駁回申請處分為由，駁回被上訴人之訴願，惟查上訴人該駁回處分函文，係以被上訴人未依通知檢送相關申辦文件為由，自形式上駁回申請，並非就內容有所審查而為實體上終局性之決定，仍屬違反作成處分之義務，自得依法提起本件訴訟。

（二）被上訴人之訴具備行政訴訟法第 5 條第 1 項之訴訟合法要件：　、按該條項所定之課予義務訴訟中所謂「經依訴願程序後」，係以訴願為前置，立法理由謂在行政機關違法駁回人民申請案的情形，依舊制人民祇得請求撤銷駁回處分，倘若行政機關在其駁回處分被撤銷後，仍堅持己見而繼續違法駁回人民之申請，則人民祇能反覆爭訟請求撤銷，無法有效實現其公法上權利。爰仿效德國課予義務訴訟之立法例，規定對於駁回處分在踐行訴願程序後，得起訴請求判決行政機關應為處分或應為特定內容之行政處分，以資救濟。次按被上訴人於起訴後，行政法院未作成裁判前，受理訴願機關或原處分機關補作訴願決定或行政處分時，如訴願決定命該管機關作成行政處分者，被上訴人起訴既屬合法，訴訟即應繼續進行不受影響。被上訴人已經合法起訴後，始出現行政處分（駁回申請），當無要求被上訴人須重新提起訴願之理。按被上訴人起訴後，該管機關或受理訴願機關始作成處分或決定，除非滿足被上訴人之請求，否則不影響訴訟之續行，亦不必要求被上訴人回頭再就遲來之處

分進行訴願程序，此為德國聯邦行政法院之見解，亦本院 76 年度判字第 1848 號判決之見解。 、被上訴人於 93 年 3 月 2 日提起課予義務訴訟時上訴人及經濟部均尚未作成行政處分及訴願決定，被上訴人已合法起訴後，上訴人始作成處分（駁回聲請），該處分未滿足被上訴人之請求，嗣後經濟部 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號訴願決定亦未作成被上訴人所請求之處分，揆諸前揭立法理由、學者及實務見解，基於訴訟經濟及對人民最有利之原則，自不影響訴訟之續行，亦無須就上訴人嗣後因被上訴人未依通知檢送相關申辦文件為由所為遲來之駁回聲請處分而反覆進行訴願程序，且起訴後，上訴人或經濟部補作之訴願決定及行政處分均未滿足被上訴人之請求，故起訴應屬合法。 、按提起課予義務之訴，依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定所謂「應作為而不作為」，應限縮解釋為「對其申請案，未從本案內容有所審查，而為終局性之決定者」，並非謂在期間內只要該管機關有任何意思表示，即應視為已有作為，必須於對被上訴人最初提出之申請，作實體上發生准駁效果之處分行為，始足相當。查上訴人以 93 年 5 月 28 日函以被上訴人未依通知檢送相關申辦文件為由而駁回被上訴人申請案，並未從本案內容有所審查而為終局性之決定，未作實體上發生准駁效果之處分行為，仍屬違反作成處分之義務。 、查被上訴人於 91 年 5 月 1 日即檢具相關申請書件提出申請，該申請案並因上訴人之先前違法退件處分為經濟部訴願決定撤銷，回復至最初受理狀態，仍繫屬於上訴人，自無所稱被上訴人應「重新申請」之問題。且上訴人就本件申請案於前為退件處分時，本應將被上訴人所檢附之相關書件留底備查，斷無以業將原申請書件發還被上訴人且未留有備查資料可供審查之作業瑕疵，責由被上訴人重新提出申請案之理，此有經濟部訴願決定書可稽，自無重新申請之補正義務，上訴人當應依原先完整之申請案進行審查。被上訴人僅限於合法者始負協力義務，就上訴人違法之退件處分行為所致書證欠缺，並無應配合重新提出申請文件之協力義務，上訴人未依經濟部 91 年 11 月 26 日訴願決定於收受訴願決定書後 3 個月內作成准否之處分，違背作為義務。嗣上訴人以 93 年 5 月 8 日府商登字第 0930130977 號函以被上訴人未依通知檢送相關申辦文件為由駁回被上訴人申請案，未曾從本案內容有所審查而為實體上終局性之決定，仍屬違反作成處分之義務，故上訴人稱被上訴人始終怠於協力配合提出申請文件，因此函文駁回被上訴人申請云云，顯無理由。 、被上訴人並無重新提出申請文件之義務，上訴人嗣後以被上訴人未依通知檢送相關申辦文件為由，所為駁回處分為不合法，臺北高等行政法院對此應可實質自為審查，就前揭違法處分予以評價，並就已成熟之申請案為特定內容之准予發照處分，使人民之權利獲得救濟。 按人民之工作權及財產權應予保障，乃憲法第 15 條所揭櫫，而人民之營業自由，實為工作權及財產權所涵攝之內容，準此，人民自得選擇從事一定之營業為其職業，而政府「對營業許可之條件、營業需遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第 23 條均應以法律定之，其內容更需符合該規定之要件，若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令...相關之事項已制訂法律加以規範者，主管機關尤不得沿用其未獲法律授權所發布之命令」（參照司法院釋字第 514 號）。次查管理條例第

9 條係對於營業場所距離之限制，惟並未授權上訴人主管機關對此得另行設限，上訴人以 91 年 10 月 28 日府城都字第 091023650 號公告就電子遊戲場業營業場所應距離學校、醫院 600 公尺之限制並無任何法令依據，違反依法行政原則。　依中央法規標準法第 18 條規定之從新從優原則，本件申請案應適用管理條例所規定之營業場所距離 50 公尺之限制，並無上訴人事後距離 600 公尺之限制。按該條之從新從優原則，可保障人民於申請許可案件中，避免遭受因不可預測之法規變更所致之損害；而行政機關於受理申請許可案件，於程序終結前遇法規變更時，依該原則應就新舊法規妥為比較而為適用。至上訴人抗辯本件應著眼於整體環境對居民之影響云云，此屬公益之考量，乃另一問題，尚不能與該條所要求之從新從優原則混為一談。被上訴人送件申請時係依管理條例相關規定，於申請營利事業登記前即已投入大量時間、金錢，依當時合法法令進行送件申請，符合管理條例第 9 條所定 50 公尺距離之限制，縱上訴人事後設限為 600 公尺，然依從新從優原則，應適用前者規定，否則行政行為將無預測可能性，而無法保障人民之信賴利益。　就課予義務訴訟言，中央法規標準法第 18 條從新從優原則有其適用之餘地：按本條從新從優原則就課予義務訴訟有其適用餘地，對於人民申請許可案件（例如申請建築執照），係以行政程序終結時之事實及法律狀態為準，而非以行政救濟時或判決時為準。上訴人於 91 年 8 月 7 日公告暫緩受理申請電子遊戲場業營利事業登記有關事項，俟「桃園縣電子遊戲場業發證暨管理自治條例」訂定施行後始重新受理申請，此有該公告及自治條例草案條文可稽，惟自治條例迄未通過，故上訴人未重新受理，而撤銷前揭公告，改以 91 年 10 月 28 日府城都字第 0910236506 號公告，並依據都市計畫法台灣省施行細則第 17 條第 1 項第 9 款之授權，公告限制電子遊戲場營業場登記應距學校、醫院 600 公尺以上。縱認前揭公告係上訴人依都市計畫法台灣施行細則授權發布之行政命令，惟該細則第 17 條第 1 項第 9 款規定，縣（市）政府認為有礙商業之發展或妨礙公共安全及衛生，得經公告限制建築物及土地使用，所稱「有礙商業之發展或妨礙公共安全及衛生」不應漫無限制，甚至牴觸法律。蓋上訴人前揭距離限制 600 公尺之公告內容，實質上排除管理條例第 9 條距離學校、醫院 50 公尺之適用，則根本無一地點符合規定，形同無發照之可能，業已違反管理條例之規定，依中央法規標準法第 11 條該公告應屬無效。上訴人原計畫以自治條例以規範發照事宜，但因未獲通過而以公告方式限制；實際上，立法政策容許設立電子遊戲場後再加強管理，因而制訂管理條例，上訴人所稱電子遊戲場業有礙公安云云係上訴人怠於管理所致，若嚴格管理即可杜絕，上訴人捨之不為，徒以前揭公告全面性限制，實際上已全面否定發照之可能，故公告內容違反法令應屬無效。另經濟部對於上訴人前開距離限制之公告是否違反相關法律規定請求函釋，由於未以具體方法請求，然經濟部 87 年 9 月 7 日經商七第 89217714 號函業已表示，自治條例是否與母法牴觸，及有無違反中央法規標準法第 11 條之規定乙節，請惠提報相關自治條例具體內容，俾憑釋疑辦理，故經濟部未函釋不等同於上訴人之公告合法。　被上訴人於 91 年 5 月 1 日向上訴人提出申請時，依管理條例第 9 條規定，營業場所距離學校、醫院 50 公尺以上即可，彼時上訴人就營業場所距離並未設限，嗣於 91

年 8 月 14 日將被上訴人之申請案件發還，復於同年 10 月 28 日以府城都字第 910236506 號公告電子遊戲場營業場登記應距離高中、職校及國民中、小學、醫院等 600 公尺以上，其事後對於營業場所距離之限制不應溯及既往。

（三）管理條例對縣市主管機關應執行職務行使公權力之事項規範明確，該管機關公務員據此對可得特定之人員有作為義務已無不作為之裁量空間。縱認為主管機關就發照與否有裁量權，其亦應依法裁量為一准否處分，惟本件主管機關行政怠情，迄未為任何准否處分，故上訴人稱其就發照與否有裁量權云云，顯無理由。 、按管理條例第 8 條對營業場所之條件、第 9 條係營業場所距離之限制、第 10 條為申請設立之要件、第 12 條為負責人、營業場所管理人之限制及第 3、4 章係該行業經許可營業後應遵守之義務及違反義務之制裁，均分別定有明文，則該條例對縣市主管機關應執行職務行使公權力之事項已規定明確，該管機關公務員對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，於人民依法申請電子遊戲場業之設立登記要件申請程式齊備後，自應就申請人是否符合該條例所定法定要件予以實體審查後，依法為准駁之處分。 、本申請案就營業場所之條件、營業場所距離、負責人、營業場所管理人之資格，均符合管理條例之規定，此命上訴人提出電子遊戲場申請營利事業登記案件現場會勘記錄表即明，蓋上訴人將電子遊戲場業業者申請案於 91 年 8 月整批原件為發還處分前，均已至現場會勘，此有他案業者對上訴人怠於處分提起民事國家損害賠償案件，上訴人於地方法院審理時提出之電子遊戲場申請營利事業登記案件現場會勘記錄表可稽，依管理條例之規定，上訴人即應依法核發營利事業登記證，而無不作為之裁量空間，且該條例並未賦予主管機關作為或不作為之裁量權限，此亦為他案被上訴人請求國家損害賠償事件判決所確認（台灣桃園地方法院 91 年度國字第 16 號、台灣高等法院 92 年度上國字第 14 號、台灣高等法院 93 年度再國易字第 1 號）。依行政訴訟法第 200 條第 3 款規定應判命上訴人作成被上訴人所申請內容即發照之行政處分。縱認本案件尚未成熟，上訴人尚未實質審查其他要件，惟於被上訴人補正申請文件後，上訴人亦應遵照判決之法律見解對於被上訴人作成發照之決定。為此請判決將原訴願決定撤銷及請求上訴人對於被上訴人於 91 年 5 月 1 日申請核發長春藤電子遊戲場之營利事業登記證事件，應作成准予核發之行政處分等語。

三、上訴人則以：

（一）上訴人因考量整體治安及縣民生活品質等情事，暫緩受理核發電子遊戲場業之營利事業登記證，俟「桃園縣電子遊戲場業發證暨管理自治條例」訂定施行後，始重新開始受理申請營利事業登記，並以 91 年 8 月 7 日府建登字第 0910168429 號公告「暫緩受理申請電子遊戲場業營利事業登記有關事項」，而暫緩受理登記，本案為原件發還之處分。被上訴人不服，提起訴願，為經濟部於 91 年 11 月 26 日以經訴字第 09106128180 號訴願決定將原處分撤銷，由上訴人另為適法處分。上訴人於收受訴願決定書 3 個月內於 92 年 2 月 20 日以府建登字第 0920038431 號函，請當事人依規定至上訴人處申請電子遊戲場業營利事業登記事項，惟當事人迄今仍未送件，是上訴人無「准駁」之依據。又被上訴人認為於訴願決定後上訴人未逕為准否，有怠

為處分之情事，再向經濟部提起訴願，上訴人起訴時經濟部對此訴願尚未作成決定。依行政訴訟法第 5 條之規定，本案並未構成行政訴訟之條件。

（二）依行政程序法第 98 條之規定，本申請案為經濟部撤銷原處分，命上訴人另為適法之處分，上訴人依訴願決定主文，於 92 年 2 月 25 日府建登字第 092038431 號函請當事人檢附有關文件，至府申請電子遊戲場業營利事業登記事項，處分日至本次行政訴訟起訴狀送達日（經濟部收文日 93 年 4 月 12 日）已逾 1 年，超過法定期間，不可視為法定期間所為。

（三）查經濟部類此案件之 92 年 9 月 17 日經訴字第 09206220230 號訴願決定「...桃園縣政府就本件申請案於前為准否處分時，本應將訴願人所檢附之相關書件留底備查，尚難以已將原申請書件發還訴願人且未留有備查資料可供審查之作業瑕疵，歸責於訴願人未配合重新提出申請案，作為本件不作為之理由。『惟為使該府能於本件訴願決定指定期限內重新審查訴願人之申請案並另為適法之處分，仍宜由訴願人儘速檢送其營利事業登記申請案之相關書件予該府憑辦』」，故該被上訴人當有送件之義務。

（四）另鑑於上訴人於 90 年 8 月 7 日府建登字第 0910168429 號公告「暫緩受理電子遊戲場業營利事業登記有關事項」。上訴人依前項公告規定，暫緩受理業者之申請設立，係依法令辦理，且該公告業於 92 年 5 月 12 日以府建登字第 0920100898 號函公告撤銷，而重新受理電子遊戲場業之申請營利事業設立登記，惟仍須符合前述 91 年 10 月 28 日府城都字第 0910236506 號公告規定。依都市計畫法之有關規定公告，且「桃園縣電子遊戲場業管理自治條例」經縣議會通過，現經濟部備查中，上訴人依法政策規劃，有案可跡。

（五）行政固應受法之拘束，然行政權往往具有主動、積極追求公共利益之特性，復以公共事務多元複雜，基於合目的性之考量，往往有必要給予行政權某程度之權宜性與自由性，是毋寧應透過法律及各法律立法意旨加以探求。復觀管理條例第 1 條、第 8 條及第 9 條之規定，此乃立法當時因考慮到該行業對學生有所影響，所以針對其營業場所距離為全國性最低基準規範。是電子遊戲場業之管理有因地制宜之性質，從憲法及地方制度法保障地方自治之意旨以觀，地方主管機關對於業者許可應有裁量權。被上訴人申請之電子遊戲場業營業地點，其經警察局稽核查獲涉嫌賭博者，接近合法營業登記家數之 78%，已嚴重影響桃園縣治安與社會秩序，為維護桃園縣整體治安及縣民生活品質之考量，地方自治團體依法有政策規劃及執行之權。

（六）被上訴人之訴欠缺行政訴訟法第 5 條第 1 項之訴訟合法要件：上訴人以其於 91 年 5 月 1 日即檢具相關文件，向上訴人申請「長春藤電子遊戲場」營利事業登記證，而上訴人收件迄今仍未為適法之處分，有怠於處分情事云云，提起課予義務訴訟，然依行政訴訟法第 5 條第 1 項之規定，人民提起此類課予義務訴訟，應具備下列訴訟合法要件： 已依法提出申請， 所申請者為行政處分， 行政機關未於相當期限內作成行政處分， 權利因怠為行政處分而受侵害之釋明， 需經訴願而未獲救濟。查上訴人於 92 年 2 月 25 日起，即多次函知被上訴人提出申請文件，俾利審查作業之進行，然被上訴人始終怠於協力配合，上訴人業於 93 年 5 月 28 日以府

商登字第 0930130977 號函，就被上訴人之申請作成駁回申請之處分。上訴人既已作成駁回申請之處分，則被上訴人依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起課予義務訴訟，自屬欠缺訴訟合法要件。

（七）縱令被上訴人變更訴之聲明，改依行政訴訟法第 5 條第 2 項提起拒絕申請之訴，亦屬欠缺訴訟合法要件：按依該條項規定，人民提起此類拒絕申請之訴，應具備下列訴訟要件始謂合法： 已依法提出申請， 所申請者為行政處分， 其申請遭行政機關駁回， 權利因駁回申請之行政處分而受侵害之釋明， 需經訴願而未獲救濟。提起拒絕申請之訴，需先經訴願程序者，學界稱為「訴願前置主義」，其目的在於讓原處分機關就其拒絕申請之處分，有自我省察之機會，然被上訴人就上訴人對其作成駁回申請之處分後，並未針對拒絕申請之行政處分依法提起訴願。被上訴人既未經訴願程序而提起申請拒絕訴訟，自屬欠缺訴訟合法要件，於法不合，亦應予已駁回。

（八）綜上所述，被上訴人依行政訴訟法第 5 條第 1 項提起課予義務訴訟，請求命上訴人作成一定內容之行政處分，然上訴人既已作成具體之行政處分，被上訴人之訴自屬欠缺訴訟合法要件；縱被上訴人變更訴之聲明，改依同條第 2 項規定，提起拒絕申請之訴，惟被上訴人對於上訴人拒絕申請之行政處分，亦未依法提起訴願，是與該項訴訟合法要件亦不相符，被上訴人主張上訴人應作成准予核發之行政處分，實屬無稽，上訴人所為並無不法或不妥適之處等語，資為抗辯。

四、原審判決將訴願決定及原處分關於駁回被上訴人申請長春藤電子遊戲場之營利事業登記證部分均予撤銷，其理由略以：

（一）查經濟部 91 年 11 月 26 日經訴字第 09106128180 號訴願決定，係以：「...電子遊戲場業管理條例既已對電子遊戲場業之相關管理事項納入規範，則縣市主管機關就人民依法申請電子遊戲場業之設立登記要件，於申請程式齊備後，自應就申請人是否符合該條例所訂法定要件予以實體審查後，依法為准駁之處分，原處分機關殊不得僅以政策決定暫緩辦理或研擬相關法規程序中等為由，就已受理人民依法提起之申請逕予退件。縱原處分機關認現行法令仍有不足而積極擬定『桃園縣電子遊戲場業發證暨管理自治條例』，然在該等作為管制法律基礎之自治條例尚未制定頒布前，有關電子遊戲場業之管理仍應依該條例之相關規定辦理，以符法制國家依法行政之基本要求；又其所持公共安全、及基於地方自治精神等論點，除無相關自治法規得採酌為否准之法令依據外，復未據電子遊戲場業管理條例相關規定辦理，實難謂為合法，爰將原處分撤銷，由原處分機關於收受本訴願決定書 3 個月內，對被上訴人之請求依法作成適法之處分。」此有該訴願決定書在卷可稽。按諸訴願法第 95 條規定，該訴願決定有拘束上訴人機關之效力，且依行政程序法第 8 條之規定，則上訴人自應按訴願決定之指示，通知被上訴人檢還原申請文件，就被上訴人原申請案有無理由作實體之審查，惟本件上訴人 92 年 2 月 20 日府建登字第 0920038431 號函，係通知被上訴人依規定檢附有關文件，至上訴人處「重新申請」電子遊戲場業營利事業登記事項；其 93 年 5 月 3 日府商登字第 0930105116 號函，亦係通知被上訴人於文到一週內送件「申請」，此有上訴人提出之上開二書函附卷可稽，足證上

訴人通知被上訴人之意旨，均係要求被上訴人檢送文件「重新申請」或通知被上訴人送件「申請」，均非通知被上訴人檢送原申請案，供其審酌原申請案實體上有無理由，亦即上訴人係要求被上訴人提出新申請案，並非審酌其原申請案有無理由，自難謂上訴人已有按經濟部 91 年 11 月 26 日經訴字第 09106128180 號訴願決定意旨之指示：「就人民依法申請電子遊戲場業之設立登記要件，於申請程式齊備後，就申請人是否符合該條例所訂法定要件予以實體審查，依法為准駁之處分之意旨，通知被上訴人檢回原申請文件，供其審查原申請案實體上有無理由。」反要求被上訴人檢送文件「重新申請」，於被上訴人不願重新申請時，即以被上訴人經其多次通知仍未能檢送相關申辦文件，駁回被上訴人之申請，顯有違行政程序法第 8 條之規定，於法自有未合，訴願決定未予糾正，亦有未洽。查被上訴人以上訴人未於收受訴願決定書 3 個月內，對被上訴人之請求依法作成適法之處分，並以其於上訴人前次退還其申請案時，曾提起訴願為由，逕向臺北高等行政法院提起行政訴訟，惟查被上訴人之申請案經上訴人退件後，訴願機關業已撤銷上訴人所為退件之處分，命上訴人應於 3 個月內另為適法之處分，其後被上訴人縱認上訴人未於 3 個月內另為適法之處分，亦僅得對之提起訴願，並非得逕行提起行政訴訟，本件被上訴人未經訴願程序即逕向本院提起課以義務之訴，其程序本有不合，惟上訴人於本院判決前業已作出駁回被上訴人申請之處分，受理訴願機關亦作出駁回訴願之決定，被上訴人依法得對之提起行政訴訟，是被上訴人於本院審理中，追加訴請判決撤銷上開處分及訴願之決定，即無礙訴訟之進行，且上訴人亦未提出異議而為本案言詞辯論，自應准被上訴人所為訴之追加。

（二）查上訴人 93 年 5 月 28 日府商登字第 0930130977 號函所為駁回被上訴人之申請，及經濟部 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號所為駁回被上訴人訴願之決定，於法不合，已見前述，則被上訴人訴請撤銷即屬有理由，應予准許。惟被上訴人請求判命上訴人應對於被上訴人於 91 年 5 月 1 日申請核發長春藤電子遊戲場之營利事業登記證事件，作成准予核發之行政處分一節，經查被上訴人申請核發長春藤電子遊戲場之營利事業登記證，應否准許，係屬上訴人機關之職權，本件原處分撤銷後，應由上訴人通知被上訴人檢回原申請案之文件，作成准駁之實體處分，非法院所得代行其行政處分權，被上訴人訴請判命上訴人應作成核發予伊長春藤電子遊戲場之營利事業登記證部分，為無理由，應予駁回。

五、上訴人上訴意旨略謂：

（一）原審判決認為被上訴人未經訴願程序即逕行提起課予義務之訴，其程序本有未合，惟上訴人於判決前業已作出 93 年 5 月 28 日府商登字第 0930130977 號函駁回被上訴人申請之處分，及經濟部 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號所為駁回訴願之決定，被上訴人依法得對之提起行政訴訟，則於原審法院審理中，追加訴請判決撤銷前揭處分與決定，無礙訴訟之進行云云，惟查：依行政訴訟法第 5 條第 1 項提起怠為處分訴訟，未經訴願程序則非合法起訴要件，應依同法第 107 條第 1 項第 10 款予以裁定駁回，然本件被上訴人提起怠為處分訴訟時，未經訴願程序，原審法院未依法裁定駁回，係判決違背法令。又依同法第 111 條第 1 項之規定，行政法

院認為適當而允許被上訴人追加他訴之情形，係指變更或追加他訴而無礙上訴人之防禦或訴訟之終結者，惟仍以不違反起訴法定要件為前提，但查本件被上訴人係於違法之訴訟程序中為訴之追加，則原審判決准許為訴之追加，自有不當。

（二）原審判決以上訴人未提出異議而為本案言詞辯論，自應准許被上訴人為訴之追加亦有不當：按行政訴訟法第 111 條第 1 項但書，經被告同意得為訴之追加，係指被告明示或默示同意為訴之變更追加，原審以上訴人未提出異議為由而予准許，惟未提出異議非當然視為默示同意；況上訴人於 94 年 6 月 5 日之準備程序中即以「若改依行政訴訟法第 5 條第 2 項之課予義務訴訟命被告（即上訴人）為一定行為，亦因原告（即被上訴人）未提出訴願，而屬程序不合」，已明示反對被上訴人追加他訴之部分，非如原審判決所為認定，其適用法規顯有違誤。況該條第 4 項復規定，變更或追加之新訴為撤銷訴訟，而未經訴願程序者，不適用前 3 項之規定。本件被上訴人對於上訴人所為處分及訴願決定不服，其未經訴願程序前，不得為訴之追加。

（三）原審法院應將被上訴人之訴訟駁回，蓋被上訴人是否再依同法第 5 條第 2 項提起拒絕申請之課予義務訴訟，實屬二事，原審混淆二種訴訟類型，僅因被上訴人對於上訴人之處分及訴願決定亦得提起行政訴訟，即予追加，有適用法規不當之違誤等語。

六、本院查：

（一）按依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起怠為處分之課予義務訴訟，其未經訴願程序者，為未符起訴要件，本應依同法第 107 條第 1 項第 10 款予以裁定駁回，然本件被上訴人提起怠為處分訴訟之同一日，同時提起怠為處分之課予義務訴願（見起訴狀及訴願書之收文戳），雖未待訴願決定，即逕行提起本件訴訟，惟嗣後訴願機關於本件訴訟終結前已作成 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號訴願決定，為符訴訟經濟原則，應認其程序上之欠缺業已補正，是被上訴人依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起怠為處分之課予義務訴訟，其起訴程式尚無不合。又被上訴人於本件訴訟程序中為訴之追加，追加請求撤銷經濟部 93 年 6 月 17 日經訴字第 09306220420 號訴願決定（下稱系爭訴願決定），即無礙訴訟之終結，原審予以准許，於法並無不合，雖上訴人於原審 94 年 6 月 5 日之準備程序中以：若改依行政訴訟法第 5 條第 2 項之課予義務訴訟命上訴人為一定行為，亦因被上訴人未提出訴願，而屬程序不合等語抗辯，惟係針對被上訴人之從行政訴訟法第 5 條第 1 項之訴變更為第 5 條第 2 項之訴而言，與本件之追加無涉，且本件既經原審認無礙訴訟之終結而准許被上訴人追加，縱上訴人不同意追加，亦無礙被上訴人追加之合法。上訴人主張原審准許被上訴人為訴之追加，顯屬不當云云，核無足採。

（二）查被上訴人於原審請求追加者僅為撤銷系爭訴願決定，並未請求追加撤銷原處分（即上訴人 93 年 5 月 28 日府商登字第 0930130977 號函，下稱系爭處分），有被上訴人 94 年 4 月 21 日辯論意旨狀及原審 94 年 4 月 26 日言詞辯論筆錄附卷可稽，惟上開訴願決定並非滿足被上訴人申請或對被上訴人有利之決定，依訴願法第 82 條第 2 項之規定，訴願機關本不得逕認訴願為無理由而駁回之，是系爭訴願決定逕以原處分機關已作成行政處分為由駁回被上訴人之訴願，於法自有未合，應予撤銷。又在系爭訴願決定作成前，原處分機關既已作成系爭處分，則訴願機關自應續

行訴願程序，而對系爭處分為實體之審酌，無須要求被上訴人對於不利之新處分重為行政救濟，否則若被上訴人不知就新處分為救濟，將喪失實體保障之機會，則從人民程序之保障及訴訟經濟之觀點而言，亦有未妥，是被上訴人雖未為追加請求撤銷系爭處分，惟訴願程序既應一併審酌，行政訴訟程序亦得一併審理，上訴人主張此部分被上訴人既未為訴之追加，行政法院自不得加以審查云云，尚非可採。

（三）查經濟部 91 年 11 月 26 日經訴字第 09106128180 號訴願決定，係以被上訴人 91 年 8 月 14 日府建登字第 0910536380 號退件處分，所持公共安全、及基於地方自治精神等論點，除無相關自治法規得採酌為否准之法令依據外，復未據電子遊戲場業管理條例相關規定辦理，實難謂為合法，爰將該退件處分撤銷，由上訴人另作成適法之處分等語，上訴人自應按訴願決定之意旨，通知被上訴人檢還原申請文件，就被上訴人原申請案有無理由作實體之審查，惟本件上訴人 92 年 2 月 20 日府建登字第 0920038431 號函、及 93 年 5 月 3 日府商登字第 0930105116 號函，均係通知被上訴人依規定檢附有關文件，至上訴人處「重新申請」電子遊戲場業營利事業登記事項，均非通知被上訴人檢送原申請案，供其審酌原申請案實體上有無理由，自難謂上訴人已有按經濟部 91 年 11 月 26 日經訴字第 09106128180 號訴願決定之指示：「就人民依法申請電子遊戲場業之設立登記要件，於申請程式齊備後，就申請人是否符合該條例所訂法定要件予以實體審查，依法為准駁之處分之意旨，通知被上訴人檢回原申請文件，供其審查原申請案實體上有無理由」等意旨辦理，反要求被上訴人檢送文件「重新申請」，是系爭上訴人 93 年 5 月 28 日府商登字第 0930130977 號函竟以被上訴人經多次通知仍未能檢送相關申辦文件，駁回被上訴人之申請等語，自屬於法不合，原審因而將原處分及訴願決定均予撤銷，關於訴願決定部分，其理由雖有不同，惟結論尚無不合，仍應予維持，上訴意旨仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，核無理由，應予駁回。

（四）關於被上訴人請求判命上訴人應對於被上訴人於 91 年 5 月 1 日申請核發長春藤電子遊戲場之營利事業登記證事件，作成准予核發之行政處分部分，原審判決駁回被上訴人之訴，被上訴人並未提起上訴，該部分已告確定，非本件審理範圍，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　96　　年　　1　　月　　11　　日

95 年度高等行政法院法律座談會提案三

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

訴願法第 82 條第 2 項規定：「受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。」其中所謂「應作為之機關已為行政處分者」，該行政處分是否應指有利於訴願人之處分？

三、討論意見：

甲說：肯定說

從訴願法第 82 條法條之文義及編列之次序可知，受理訴願機關就怠於處分之訴願，得逕認訴願為無理由以決定駁回者，係承第 1 項「受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」之規定而來，是該條第 2 項之行政處分應係指滿足原申請人之申請而為有利於原申請人（即訴願人）之處分。至原處分機關事後作成之行政處分，全部或部分拒絕訴願人之申請者，應不在此內。

在行政訴訟方面，現行實務見解亦以原告因訴願逾期不為決定而起訴後，受理訴願機關始作成訴願決定者，除係有利原告之決定，否則不影響行政訴訟之續行，亦不必要求原告重就補作之訴願決定，另行起訴。蓋若採原處分一補作，訴願決定即應以無理由逕予駁回之見解，人民必須再就不利之新處分重為行政救濟，若人民不知就新處分為救濟，則將喪失實體保障之機會，則從人民程序之保障及程序經濟觀點，亦有未妥。是倘訴願事件仍在繫屬中，訴願人表示不服不利其申請之新處分者，即得續行訴願程序，自不宜以其訴願為無理由而逕予駁回。

乙說：否定說

按訴願法第 82 條第 2 項之立法理由為：「受理訴願機關未為第一項之決定前，應作為之機關已為行政處分者，是應作為而不作為之情形已不復存在，訴願無實益，受理訴願機關應以訴願為無理由，予以駁回。」依該立法理由，所以認訴願無實益，實因訴願人係以應作為機關不作為而請求訴願機關命其作為，是應作為機關如已作為（行政處分），無論該行政處分是否有利或不利於訴願人，提起此項訴願之目的（請求命應作為機關作為）已達成，即無提起此項訴願之實益，此由法條文字及立法理由，均未規定行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者，可得而知。至於依該規定，如不服訴願後行政機關所為新處分者，須另行提起訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非法院所得審究。

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

多數採甲說。

六、相關法條：

訴願法第 2 條第 1 項：
人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。
訴願法第 82 條：
對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。
受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。

乙說參考資料：

最 高 行 政 法 院 判 決　　九十三年度判字第一〇四六號

上 訴 人 王玉羨

被 上訴 人 金門縣政府地政局

右當事人間因有關土地事務事件，上訴人對於中華民國九十一年四月十八日臺北高等行政法院九十年度訴字第四四四八號判決（註：北高行以其無理由判決駁回），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人連帶負擔。

理 由

一、上訴人之被繼承人陳維淡於民國八十六年一月三十一日，依廢止前金門馬祖東沙南沙地區安全及輔導條例（下稱安輔條例）第十四條之一第二項，主張完成取得時效，向被上訴人申請坐落金門縣金沙鎮鵲山段一二之二號土地複丈暨所有權登記，經被上訴人進行測量、公告，期間金門縣林務所以書面提出異議，案經金門縣政府未登記土地總登記委員會（下稱土地總登記委員會）於八十八年九月十日辦理調處。陳維淡不服調處結果，循訴願、再訴願程序聲明不服，經再訴願決定機關決定：「撤銷原訴願決定及原行政處分，由原行政處分機關（即被上訴人）另為處分。」被上訴人再將本案移請調處，嗣陳維以被上訴人未於二個月內為准駁之決定，依訴願法第二條第一項規定向金門縣政府提起訴願，該府未為訴願決定前，被上訴人即於九十年三月十四日以（九〇）地籍字第九〇一〇三六號函否准陳維淡之請求。金門縣政府乃於九十年四月十六日以被上訴人已就陳維淡請求為行政處分，無論其結果為准或不准，依訴願法第八十二條第二項認訴願無理由予以駁回。嗣陳維淡於九十年五月十日死亡，由上訴人繼承，仍不服該訴願決定，而提起行政訴訟。

二、上訴人於原審起訴主張：

三、被上訴人則以：

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據結果，以：．．．**上訴人雖主張依訴願法第八十二條第二項為理由駁回訴願者，乃因訴願無實益存在，即訴願人之請求有理由而於訴願決定前應作為機關已依訴願人之請求准為一定之處分，使訴願之請求已獲得滿足，致使該訴願已無實益存在，訴願機關始得以訴願為無理由予以駁回云云。**經查，陳維淡係因本件行政爭訟程序經再訴願決定機關決定撤銷原訴願決定及原行政處分，由被上訴人另為處分，惟被上訴人迄未於二個月之法定期間內為准駁之決定，乃依訴願法第二條第一項向金門縣政府提起訴願，其訴訟係就行政機關違反作為義務請求為一定之處分，並非如修正前訴願法第二條規定，將行政機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分，因此就

該行政爭訟應為實體之審理。亦即**現行訴願法並不將行政機關之不作為擬制為行政處分，故上訴人主張訴願機關應就其提起訴願後被上訴人所為之行政處分為實體之審理，依修正前訴願法第二條規定，固非無據。但依修正後之新增訴願法第八十二條第二項，法律既已明定受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願無理由，以決定駁回之。**則就本件陳維淡以被上訴人未於二個月之法定期間內為准駁之決定，依訴願法第二條第一項向金門縣政府提起訴願，於受理訴願機關未為訴願法第八十二條第一項之決定前，應作為之被上訴人已於九十年三月十四日以（九〇）地籍字第九〇一〇三六號函否准陳維淡請求，其不作為之情形已不存在，訴願即無實益，依前開說明，應以上訴人訴願為無理由予以駁回。上訴人主張訴願法第八十二條第二項為理由駁回訴願，限於以訴願決定前應作為機關已依訴願人之請求准為一定之處分，使訴願之請求已獲得滿足，不包括駁回上訴人請求之行政處分云云，尚非可採。．．．從而上訴人之被繼承人陳維淡依訴願法第二條第一項向金門縣政府提起訴願，請求命被上訴人就陳維淡申請系爭土地時效取得所有權案件准予為陳維淡所有之登記，於訴願機關為訴願決定前，被上訴人已為否准之行政處分，受理訴願機關即金門縣政府即以被上訴人已就陳維淡請求為行政處分，無論其結果為准或不准，依訴願法第八十二條第二項認訴願無理由予以駁回，經核於法並無不合。**上訴人訴請撤銷，並非有理**。．．．。

五、原判決將不合法部分，併判決駁回，固有未洽，惟結論經核無不合，仍應予維持。**查訴願法第八十二條第二項之立法理由為：「受理訴願機關未為第一項之決定前，應作為之機關已為行政處分者，是應作為而不作為之情形已不復存在，訴願無實益，受理訴願機關應以訴願為無理由，予以駁回。」依該立法理由，所以認訴願無實益，實因訴願人係以應作為機關不作為而請求訴願機關命其作為，應作為機關如已作為（行政處分），無論該行政處分是否有利或不利於訴願人，提起此項訴願之目的（請求命應作為機關作為）已達成，無提此項訴願之實益。由法條文字及立法理由，均未將行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者，<u>上訴人主張應限縮解釋，洵非可採</u>。至於依該規定，如不服訴願後行政機關所為處分者，須另行訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非法院所得審究。**次按行政訴訟法第五條第一項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分。」係指行政機關迄未為一定作為情形，如已為行政處分，縱為否准處分，亦無該規定之適用，而應依同條第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或利受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分。」原判決以上訴人未對被上訴人九十年三月十四日（九〇）地籍字第九〇一〇三六號否准處

分經訴願程序，逕訴請被上訴人為准予登記之處分為不合法，予以駁回，並無不合。至上開處分是否無效，上訴人未向被上訴人請求確認，亦未提起確認之訴，非本件範圍，無庸審究，上訴人執此上訴，為無理由，應予駁回。

六、依行政訴訟法第二百五十五條第一項、第九十八條第三項前段、第一百零四條、民事訴訟法第八十五條第二項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　九十三　　年　　八　　月　　十三　　日

最 高 行 政 法 院 判 決　　95 年度判字第 1932 號

上 訴 人　鄭新丁

被上訴人　內政部

參 加 人　桃園縣政府

參 加 人　桃園縣桃園市公所

上列當事人間因收回被徵收土地事件，上訴人對於中華民國 94 年 5 月 12 日臺北高等行政法院 92 年度訴字第 3464 號判決，提起上訴。本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（三）訴願法第 82 條第 2 項之立法理由為：「受理訴願機關未為第一項之決定前，應作為之機關已為行政處分者，是應作為而不作為之情形已不復存在，訴願無實益，受理訴願機關應以訴願為無理由，予以駁回。」依該立法理由，所以認訴願無實益，實因訴願人係以應作為機關不作為而請求訴願機關命其作為，應作為機關如已作為（行政處分），無論該行政處分是否有利或不利於訴願人，提起此項訴願之目的（請求命應作為機關作為）已達成，無提此項訴願之實益，由法條文字及立法理由，均未將行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者。至於依訴願法第 82 條第 2 項規定，如不服訴願後行政機關所為處分者，須另行訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非行政法院所得審究（本院 93 年度判字第 1046 號判決意旨參照）。是依訴願法第 82 條第 2 項規定，法律既已明定受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願無理由，以決定駁回之；**上訴人主張訴願法第 82 條第 2 項應為限縮解釋，限於以訴願決定前應作為機關已依訴願人之請求准為一定之處分，使訴願之請求獲得滿足為限云云，尚非可採**。是本件上訴人以應作為之原處分機關未於 2 個月之法定期間內為准駁之決定，依訴願法第 2 條第 1 項規定，提起訴願，惟於受理訴願機關行政院未為訴願法第 82 條第 1 項之決定前，應作為之被上訴人已於 90 年 9 月 19 日以台（90）內地字第 9012556 號函之行政處分否准上訴人之請求，其不作為之情形已不存在，訴願即無實益，依前開說明，訴願決定機關行政院依訴願法第 82 條第 2 項規定，以上訴人訴願為無理由，予以駁回，自屬有據等詞，為判斷基礎，因而駁回上訴人在原審之訴。

五、本院查：**（一）原審以前開理由駁回上訴人於原審之訴，核無不合。**（二）上訴人上訴意旨雖以：1、本件原審判決認定被上訴人 90 年 9 月 19 日台(90)內地字第 9012556 號函為行政處分，然該函件根本未送達上訴人，依行政程序法第 100 條之規定，根本不生處分之效力；且無論係被上訴人 90 年 9 月 19 日台（90）內地字第 9012556 號函或桃園縣政府 90 年 9 月 27 日 90 府地用

字第 174209 號函，均未載明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關，即完全不符合依行政程序法第 96 條所定行政處分之形式要件，人民更無從循正確法律途徑救濟，是以前開 2 份函件均難認係行政處分。原審判決未斟酌訴願法第 82 條規定情形，判斷行政處分是否存在，且未就關於行政處分要件為正確解釋，應屬行政訴訟法第 243 條第 1 項判決不適用法規或適用不當之違背法令。２、本件上訴人先向桃園縣政府申請收回土地，該府並未於訴願法第 2 條所定期間回覆，本應視為其作成否准之決定，依本院 91 年度 10 月份庭長法官聯席會議決議，已屬作成行政處分。另被上訴人係「同意」桃園縣政府之審查意見通知不准收回，正合於本院前開決議之情形。乃原審引用本院前開決議意旨，然又判斷被上訴人 90 年 9 月 19 日台（90）內地字第 9012556 號函為行政處分，作出與本院前開決議相反之意見，理由有所矛盾，屬行政訴訟法第 243 條第 2 項第 6 款之違背法令。３、本件被上訴人在尚未做出決定前，已知悉參加人桃園縣政府核駁上訴人之申請，而上訴人於提起訴願時，已就本件實體請求部分，即申請收回土地之請求具體明確之表明，被上訴人即應進行實體審查，斟酌上訴人之請求是否有理由，詎被上訴人遽從程序上不受理本件訴願，顯然浪費行政程序。且此亦經原審法院 90 年度訴字第 6518 號判決特別指明，要求訴願機關應予注意，而本件原審法院判決又推翻同院 90 年度訴字第 6518 號判決之見解，造成程序上之無謂浪費，實已違反法治國實質救濟原則。**原審判決認為訴願法第 82 條第 2 項不須為限縮解釋之見解，其解釋及適用法令錯誤，**更屬行政訴訟法第 243 條第 1 項判決不適用法規或適用不當之違背法令等語。（三）惟查：１、本件被上訴人 90 年 9 月 19 日台（90）內地字第 9012556 號函係屬行政處分，為原審依法認定之事實，原判決已詳予說明其理由；而上訴人實際上已進行救濟程序，其請求救濟之權利亦未受影響，是本件原判決並無理由不備或其他適用法令不當情形。２、桃園縣政府於受理上訴人所為收回土地之申請為初步審核後，未逕以上訴人之申請於法不合予以否准，而係向被上訴人呈報，由被上訴人作成否准之決定，通知桃園縣政府，桃園縣政府再轉知上訴人，則被上訴人之決定自屬行政處分，桃園縣政府則自始未為決定，自無由認桃園縣政府已為行政處分。況依本院 91 年度 10 月份庭長法官聯席會議決議，桃園縣政府未自為駁回之決定，即無從認係處分機關，自亦無從視同桃園縣政府已作成否准之決定。上訴人誤會本院 91 年度 10 月份庭長法官聯席會議決議之意旨，而謂原審適用本院前開決議竟又作成與該決議意旨相反之意見，應屬理由矛盾云云，自非可採。３、**上訴人就訴願法第 82 條第 2 項規定之適用，有所誤會，原審業予指明，上訴人仍執前詞而為指摘，自非可取。**又原審法院 90 年度訴字第 6518 號判決固指明被上訴人於審查上訴人申請收回土地之請求時，應進行實體審查，惟因此項法律見解並非原審審理前開案件所為撤銷理由之法律判斷，原無拘束被上訴人之效力，被上訴

人作成與該見解不同之結論，尚難認係違法。（四）基上所述，本件上訴人所述並不足採，其指摘原判決違誤，求為廢棄，為無理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 3 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

最 高 行 政 法 院 判 決　　95 年度判字第 2110 號

上 訴 人　王有

被 上訴 人　臺北市政府衛生局

上列當事人間因醫師法事件，上訴人不服中華民國 94 年 6 月 30 日臺北高等行政法院 93 年度訴字第 2903 號判決，提起上訴。本院判決如下：（**北高行依§107Ⅲ判決駁回**）

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、 本件上訴人於 93 年 2 月 2 日持行政院衛生署 66 年 2 月 5 日核發之「僑中」字第 146 號中醫師證書，向臺北市大安區衛生所申請「審美中醫診所」開業登記，嗣上訴人以臺北市大安區衛生所對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，損害其權益為由，於 93 年 3 月 3 日向臺北市政府提起訴願，並求償自 93 年 2 月 6 日起至發照日止每日新臺幣（以下同）1 萬元及利息 5%之損害賠償金，經訴願機關臺北市政府以臺北市大安區衛生所就上訴人系爭申請案，已於 93 年 5 月 20 日以北市安衛 3 字第 09330478500 號函為否准之行政處分，爰依訴願法第 82 條第 2 項規定，於 93 年 6 月 16 日以府訴字第 09315244700 號訴願決定，駁回訴願。上訴人不服，遂提起行政訴訟。

四、原審審酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：按行政訴訟法第 5 條第 1 項規定，係指行政機關迄未為一定作為情形，如已為行政處分，縱為否准處分，亦無該規定之適用，而應依同條第 2 項規定辦理。**查訴願法第 82 條法條文字及立法理由，均未將行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者。至於，依訴願法第 82 條第 2 項規定，如不服訴願後行政機關所為處分者，須另行訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非行政法院所得審究。次依訴願法第 82 條第 2 項規定，法律既已明定受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願無理由，以決定駁回之；自不以訴願決定前應作為機關已依訴願人之請求准為一定之處分，使訴願之請求獲得滿足為限**；是本件上訴人以應作為之原處分機關未於 2 個月之法定期間內為准駁之決定，依訴願法第 2 條第 1 項規定，提起訴願，於受理訴願機關臺北市政府未為訴願法第 82 條第 1 項之決定前，應作為之機關即臺北市大安區衛生所已於 93 年 5 月 20 日以北市安衛 3 字第 09330478500 號函復否准上訴人之申請，此有臺北市大安區衛生所 93 年 5 月 20 日北市安衛 3 字第 09330478500 號函附卷可稽；其不作為之情形已不存在，訴願即無實益等由，乃駁回上訴人在原審之訴。

六、本院按司法院釋字第 416 號解釋理由書首段謂：「按憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟

之權利，法院亦有依法審判之義務而言，．．．惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文、自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，為合理之規定。」明確宣示訴訟權的制度設計，立法機關享有相當充分的自由形成空間。是則，**訴願法第 82 條第 2 項之規定，乃立法機關自由形成之空間，與憲法第 16 條規定並無違背。上訴人所引本院 76 年度判字第 1848 號判決，係本於修正前行政訴訟法及訴願法所為判斷，自難執為有利於上訴人之論據。**次按行政訴訟法第 19 條第 5 款、第 6 款規定，法官曾參與訴訟事件之前審裁判、更審前之裁判或再審前之裁判者，始應自行迴避。本件原審法官林樹埔及曹瑞卿固曾參與原審 90 年度訴字第 5841 號判決，惟該判決與本件係各自獨立之案件，核與上開應自迴避之要件不符，殊無違反行政訴訟法第 24 條第 2 項第 2 款規定之可言。上訴論旨仍執前詞，指摘原判決違誤，為無理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

最 高 行 政 法 院 判 決　　96年度判字第97號

上 訴 人　曾智昆

訴訟代理人　韓邦財律師

被 上訴 人　桃園縣政府

代 表 人　朱立倫

上列當事人間因工商登記事件，上訴人不服中華民國 94 年 6 月 30 日臺北高等行政法院 92 年度訴字第 05114 號判決，提起上訴。本院判決如下

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、上訴人前於民國（下同）91 年 1 月 14 日（被上訴人受理日期）檢具相關文件，向被上訴人申請於桃園縣中壢市永興里永興街 30 號 1 樓開設「富都電子遊戲場」，經被上訴人以考量該縣整體治安及縣民生活品質等情事，將俟桃園縣電子遊戲場業發證暨管理自治條例公布施行後，重新開始受理申請為由，於 91 年 8 月 8 日以府建登字第 0910517223 號函為原件發還之處分。上訴人不服，提起訴願，經濟部以 91 年 12 月 5 日經訴字第 09106129230 號訴願決定（下稱第 1 次訴願決定）：原處分撤銷，並責由被上訴人於收受訴願決定書後 3 個月內就本件申請案為實體審酌後，另為適法之處分。被上訴人遂於 92 年 2 月 24 日以府建登字第 0920038444 號函，通知上訴人檢附有關文件，向被上訴人重新申請電子遊戲場業營利事業登記事項。上訴人以經濟部撤銷被上訴人上開 91 年 8 月 8 日府建登字第 0910517223 號處分後，迄已逾 5 個月，被上訴人仍未為准駁之處分，違反作為義務，再次提起訴願，請求經濟部自為決定，嗣經濟部作成 92 年 9 月 17 日經訴字第 09206220230 號訴願決定（下稱第 2 次訴願決定），命被上訴人應於上訴人檢送申請書證後 2 個月內，對上訴人之請求依法作成准否之處分。上訴人不服，提起行政訴訟，並合併請求損害賠償，經原審 92 年度訴字第 05114 號判決（下稱原判決）駁回後，提起本件上訴。

二、本件上訴人於原審起訴主張：

（一）第 2 次訴願決定並未滿足上訴人訴願請求，因此，尚不得認為該決定對上訴人為有利。其次，被上訴人通知時，上訴人已提起課予義務訴訟，此時已發生移審效力，被上訴人斯時所為通知或駁回處分，並不影響本件合法提起之訴訟，被上訴人據上訴人未依其通知送件及對該駁回處分提起訴願，而認上訴人未踐行訴願前置程序，恐亦誤會。

（二）訴願機關對於上訴人第 2 次訴願，即應從實體上作成特定內容之處分，而不應一再發回要求被上訴人作成處分，故訴願機關所為第 2 次訴願決定違法，則被上訴人依該違法決定所為命上訴人補件之觀念通知即失所據，其據此所為之駁回處分亦同屬違法，對於上訴人之合法起訴不生影響。

（三）上訴人所有申請文件均符合當時申辦電子遊戲場營利事業登記之規定，且通過被上訴人所有審查，依電子遊戲場業管理條例第 10 條第 1 項、商業登記法第 21 條及第 22

條之規定，被上訴人既未於收受上訴人申請後 5 日內通知上訴人補正，顯係認為上訴人並無違反法令或不合法定程式之處，則上訴人申請案件應認為已達於可為核准處分之程度，且本案於第 1 次訴願時上訴人即已將全份申請文件影本檢送受理訴願機關，被上訴人即已將全案卷宗送交訴願機關，從而訴願管轄機關於第 2 次訴願時，本即應從實體上為核准之處分，是原審即可依行政訴訟法第 200 條規定判命被上訴人應作成核准處分。

（四）上訴人係於 92 年 9 月 24 日收受第 2 次訴願決定書，故國家賠償請求權之消滅時效理當自同年月 25 日起算，而上訴人係於 93 年 9 月 29 日之書狀提出請求，故本件上訴人之請求權尚未罹於國家賠償法第 8 條所定之 2 年時效等語，求為判決撤銷訴願決定，並命被上訴人應作成核發上訴人於 91 年 1 月 14 日（上訴人誤為 11 日）申請之「富都電子遊戲場」營利事業登記證之行政處分，及命被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）4,042,000 元。

三、被上訴人則以：

（一）本件上訴人未依訴願前置之規定，於起訴前提起訴願，逕行提起行政訴訟，姑不論上訴人是依行政訴訟法第 5 條第 1 項或第 2 項規定請求，均未踐行合法之訴願程序，其起訴自不合法。

（二）本件被上訴人並無故意或過失不法可言，被上訴人承辦公務員亦無怠於執行職務之情事。其次，被上訴人依第 2 次訴願決定意旨，陸續函請上訴人檢附有關文件以申請電子遊戲場業營利事業登記事項，然上訴人並未送件，從而被上訴人因無上訴人申請文件可資審查，故以 93 年 6 月 25 日府商登字第 0930158539 號函駁回上訴人申請，自非無由。再者，本件上訴人提起一般給付之實體法律關係為國家賠償請求，而非公法上原因發生之財產上給付，且該項給付須經行政機關裁量，作成給付金錢之行政處分始能成立，顯與一般給付訴訟要件不合。此外，上訴人提起課予義務之訴訟並不合法，且無理由，從而其依行政訴訟法第 7 條規定合併請求損害賠償，自失所附麗。退而言之，縱認其有損害，其損害亦非因被上訴人公務員怠於執行職務所生。又，上訴人於 91 年 8 月 8 日經被上訴人退還原申請書件時，如有損害，斯時即已知悉，惟至 93 年 9 月 29 日始向鈞院提起損害賠償之請求，揆諸國家賠償法第 8 條第 1 項前段規定，顯已逾 2 年之時效期間。

（三）被上訴人衡酌該縣境內電子遊戲場之經營型態，設施環境、消費客群及學校、社區、社會普遍意向等，為避免電子遊戲場之設立有妨礙縣內商業正常發展及妨礙公共、社會安全與環境安寧，於 91 年 10 月 28 日以府城都字第 0910236506 號公告，桃園縣商業區依電子遊戲場業管理條例申請設立電子遊戲場業時，營業場所應距離高中、職校及國民中、小學、醫院等 600 公尺以上，為被上訴人本於行政權作用所為之裁量行為，並未逾越電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定。

（四）本件課予義務訴訟之訴，上訴人要求被上訴人為特定內容之處分，其作成尚涉及行政判斷，並須踐行其他行政程序，揆諸最高行政法院 91 年度判字第 01112 號判決意旨，基於權力分立之原則，原審自不得遽予為之，足見上訴人之請求並無理由等語，資為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

（一）雖上訴人以被上訴人遲未為准駁之處分而提起訴願，惟訴願機關為第 2 次訴願決定時，上訴人並未依被上訴人所請再將申請文件提出，被上訴人自無法憑空就上訴人申請案為具體審查處分；又，依電子遊戲場業管理條例第 1 條第 1 項及第 9 條第 1 項之規定，可知直轄市、縣（市）主管機關對於電子遊戲場業之申請，仍有裁量之餘地。故第 2 次訴願決定命被上訴人應於上訴人檢送申請書後 2 個月內，對其請求依法作成准否之處分，乃於法並無不合。

（二）本件課予義務訴訟之訴，上訴人要求被上訴人為特定內容之處分，其作成尚涉及行政判斷，乃屬被上訴人之裁量範圍，原審自無從遽為准許。且查，被上訴人因前已將上訴人申請之相關文件退還，無法據以實質審查上訴人之申請而為准許或駁回之處分，被上訴人乃依第 2 次訴願決定意旨，分別以 92 年 10 月 30 日府商登字第 0920215861 號函、93 年 5 月 3 日府商登字第 0930105330 號函、93 年 6 月 10 日府商登字第 0930145284 號函陸續請上訴人檢附有關文件以申請電子遊戲場業營利事業登記事項，然上訴人並未送件，從而被上訴人因無上訴人申請文件可資審查，故以 93 年 6 月 25 日府商登字第 0930158539 號函駁回上訴人申請，準此，被上訴人就上訴人前開申請案件，既已依第 2 次訴願決定意旨，依法為實質駁回之處分，上訴人所指被上訴人「怠為處分」之情形已不存在，上訴人若不服被上訴人前開否准處分，自得另循行政爭訟程序請求救濟，上訴人捨此不為，仍堅持以被上訴人怠為處分為由，依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起本件行政訴訟，其訴屬無理由。

（三）本件上訴人損害賠償之給付訴訟，係以上述課予義務訴訟為據，惟課予義務訴訟既經認無理由予以駁回，其損害賠償之請求失所附麗，無從合併提起，應併予駁回，從而原處分依法並無違誤，乃判決駁回上訴人在原審之訴。

五、上訴人上訴意旨除援用原審主張外，並補稱略謂：

（一）上訴人於 92 年 3 月 17 日將原申請文件完整遞送被上訴人，然卻遭被上訴人違法拒收，此有上訴人於原審所提「附件 6」資料可證，顯見第 1 次訴願決定後，被上訴人並非無資料可資審查，而係被上訴人違法拒收所致，然原判決對於上述證據置若未聞，且認定被上訴人無資料可審查，進而認定第 2 次訴願決定為合法，即有判決不備理由及理由矛盾之當然違背法令。

（二）電子遊戲場業管理條例第 1 條及第 9 條之規定，並無任何關於授權目的、內容及範圍之規定，故原判決認定是否准許上訴人申請核發富都電子遊戲場營利事業登記證之行政處分，乃屬被上訴人之裁量範圍，顯然對於行政裁量之法理適用不當，而有判決適用法規不當之違背法令。

（三）原判決置上訴人於原審所提之「附件 8」至「附件 10」資料於不問，顯有判決不備理由之矛盾。其次，所謂事證已臻明確，並非僅限需有申請文件可資審查之情形，本件上訴人申請案既經被上訴人各單位審查通過，即屬事證已臻明確，原判決猶謂本件未符合行政訴訟法第 200 條之要件，是原判決適用行政訴訟法第 200 條為不當，而為判決違背法令。

（四）原判決認為本案已無怠為處分之情形，進而認定無提起怠為處分之訴之必要，亦有判

決不適用法規之違背法令等語。

六、本院按：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」又「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。」「對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」行政訴訟法第 5 條第 1 項及訴願法第 2 條第 1 項、第 82 條第 1 項分別定有明文。本件原判決略以本件課予義務訴訟被上訴人因前已將上訴人申請之相關文件退還，無法據以實質審查上訴人之申請而為准許或駁回之處分，被上訴人乃依第 2 次訴願決定意旨，陸續函請上訴人檢附有關文件以申請電子遊戲場業營利事業登記事項，然上訴人並未送件，從而被上訴人因無上訴人申請文件可資審查，故以 93 年 6 月 25 日府商登字第 0930158539 號函駁回上訴人申請，被上訴人就上訴人前開申請案件，既已依第 2 次訴願決定意旨，依法為實質駁回之處分，上訴人所指被上訴人「怠為處分」之情形已不存在，上訴人若不服被上訴人前開否准處分，自得另循行政爭訟程序請求救濟，上訴人捨此不為，仍堅持以被上訴人怠為處分為由，依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起本件行政訴訟，其訴屬無理由。本件上訴人損害賠償之給付訴訟，係以上述課予義務訴訟為據，惟課予義務訴訟既經認無理由予以駁回，其損害賠償之請求失所附麗，無從合併提起，應併予駁回等語；上訴人提起本件上訴，仍執上開上訴意旨主張。經查

(一)上訴人所稱其於 92 年 3 月 17 日將原申請文件完整遞送被上訴人，然卻遭被上訴人違法拒收，被上訴人並非無資料可資審查，原判決卻認定被上訴人無資料可審查，進而認定第 2 次訴願決定為合法，有判決不備理由及理由矛盾之當然違背法令一節，經查，原判決對於上訴人已依被上訴人 92 年 2 月 24 日通知重新提出申請後，於 92 年 3 月 17 日提出申請文件經簽收，由承辦人簽註意見後，予以退件一節，曾經原審為調查及辯論，惟於判決認定「訴願機關為第 2 次訴願決定時，上訴人並未依被上訴人所請再將申請文件提出，被上訴人自無法憑空就上訴人申請案為具體審查處分」，未敘明其理由，雖有判決不備理由之違法，惟查，上訴人於被上訴人將其 92 年 3 月 17 日申請文件退還後，於 92 年 6 月 5 日提起第 2 次訴願時，係以被上訴人於第 1 次訴願決定後逾 5 個月，仍未為准駁處分，而命其重新提出申請，違反作為義務，以被上訴人怠為處分為由，提起課予義務訴願，請求訴願決定機關自為處分，並未主張其已補送文件被退件，請求訴願決定機關撤銷否准處分，亦即自認被上訴人係對「重新申請案」退件，而未對該退件之否准處分提起爭訟，僅以本件行政救濟主張被上訴人怠為處分，是該 92 年 3 月 17 日之退件否准處分，不在本件爭訟範圍，原審縱漏未予以論述，於本件結論不生影響。

(二)上訴人主張原判決認定是否准許上訴人營利事業登記證之行政處分，屬被上訴人之裁量範圍，顯然對於行政裁量之法理適用不當，而有判決適用法規不當之違背法令一節，經查，原判決係以上訴人因被上訴人遲未為准駁之處分而提起第 2 次訴願，惟訴願機關為第 2 次訴願決定時，上訴人並未依被上訴人所請再將申請文件提出，被上訴

人自無法憑空就上訴人申請案為具體審查處分，至若上訴人提出文件供被上訴人重核時，被上訴人係究依據何時之法律為標準為准否之處分，乃上訴人得就新處分為爭議之問題，尚難以此拒提供文件，並主張不可歸責之事由，是以本件係因欠缺資料可供審查之問題，並非被上訴人否准處分有無違法之實體問題，從而關於為實體審查時，被上訴人有無裁量權，並非本件所需審究者，原判決就此部分所為之論述，僅係就第 2 次訴願決定主文命被上訴人應於上訴人檢送申請書後 2 個月內，對其請求依法作成准否之處分是否違法，應否予以撤銷所作之附帶敘述，核非本件爭點所在，是以原判決該論述因與本件結論無涉，自亦不生判決是否適用法規不當之違背法令問題，上訴人主張，要無可採。

（三）上訴人指原判決認本件申請案未臻成熟，有判決不備理由及不適用法規之違背法令一節，查行政訴訟法第 200 條第 4 款所以規定：「原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或・・・，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」乃因對行政機關尚未進行調查之事實，由專業與人力配置均較優勢之行政機關為之，應更能接近事實真相，對人民將更有保障，且亦可避免侵犯行政權之故；是高等行政法院於課予義務訴訟，有案件事證尚未臻明確情事者，即非為同條第 3 款命行政機關為申請內容行政處分之判決。再行政機關雖有怠為行政處分情事，然若已經訴願決定予以救濟，並該訴願決定主文之諭知，又屬適法，則人民再提起之課予義務訴訟，即非有理由，而與行政訴訟法第 200 條第 4 款規定「原告之訴雖有理由」之要件不合，故高等行政法院自不得為本條款所規定之判決。上訴人於第 2 次訴願決定前既未依被上訴人 92 年 10 月 30 日、93 年 5 月 3 日及 93 年 6 月 10 日通知，將被上訴人原予以退件之資料(即上訴人所稱之附件 8-10) 提出於被上訴人供審核，致被上訴人無從為准駁之處分，而行政法院係審核訴願決定及原處分有無違法，並不代替行政機關為行政處分，以避免侵犯行政權，則上訴人主張原審未審查其提出之附件 8-10，並依行政訴訟法第 200 條作成裁判，有判決不備理由及不適用法規之違背法令云云，亦無可採。

（四）上訴人另主張原判決認為本案已無怠為處分之情形，進而認定無提起怠為處分之訴之必要，惟被上訴人雖於上訴人起訴後之 93 年 6 月 25 日為處分駁回上訴人之申請，然本案已進入行政訴訟程序，並不影響本件合法提起之行政訴訟，依學者及本院 76 年度判字第 1848 號判決見解，充其量僅係使怠為處分之訴成為拒絕處分之訴，對上訴人之聲明毫無影響，有判決不適用法規之違背法令一節，查原判決以被上訴人就上訴人前開申請案件，既已依前開訴願決定意旨，依法為實質駁回之處分，上訴人所指被上訴人「怠為處分」之情形已不存在，上訴人若不服被上訴人前開否准處分，自得另循行政爭訟程序請求救濟，上訴人捨此不為，仍堅持以被上訴人怠為處分為由，依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起本件行政訴訟，其訴屬無理由，應予駁回，參諸訴願法第 82 條第 2 項規定「受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之」，在原處分機關之上級機關尚且應為駁回之決定，則在審查怠為處分是否違法之行政訴訟中，要無對未經訴願程序之駁回處分逕為審查之理，上訴人所引之本院 76 年度判字第 1848 號判決見解，與現行訴願法第 82 條第 2 項規定不合，且非判例；另所提學者見解，忽視人民行政救濟

之訴願機關審查之利益，本院均不受其拘束，上訴人據以指摘原判決有不適用法規之違背法令云云，亦無可採。至上訴人主張其他各節，業經原審一一論駁在案，並無違背法令。綜上所述，本件第 2 次訴願決定並無違誤，原判決予以維持，並將損害賠償之給付訴訟一併駁回，核無不合。上訴意旨為無理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

最 高 行 政 法 院 判 決　　96 年度判字第 1340 號

上 訴 人 桃園縣政府

被 上訴 人 塗秀情即皇鼎電子遊戲場

上列當事人間因違反電子遊戲場業管理條例事件，上訴人對於中華民國 94 年 8 月 25 日臺北高等行政法院 93 年度訴字第 3560 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於撤銷訴願決定、原處分及命上訴人對於被上訴人民國九十一年七月五日申請核發皇鼎電子遊戲場之營利事業登記證事件，應依原判決之法律見解作成行政處分及該訴訟費用部分均廢棄。

廢棄部分被上訴人在第一審之訴駁回。

廢棄部分第一審及上訴審訴訟費用由被上訴人負擔。

理 由

一、 被上訴人於民國 91 年 7 月 5 日向上訴人申請皇鼎電子遊戲場之營利事業登記（下稱系爭申請事件），經上訴人以因考量桃園縣整體治安及縣民生活品質等情事，將俟制定「桃園縣電子遊戲場業發證暨管理自治條例」公佈施行後，重新開始受理申請營利事業登記，遂於 91 年 8 月 8 日以府建登字第 0910530593 號函將被上訴人申請原件全數發還(下稱前駁回處分)。被上訴人不服，提起訴願，受理訴願機關經濟部於 91 年 12 月 3 日以經訴字第 09106129000 號訴願決定書撤銷原處分，並要求上訴人於收受訴願決定書後 3 個月內重新依法審查，另為適當之處分(下稱前訴願決定)。嗣上訴人以因業已將被上訴人提出之所有申請文件退還被上訴人，要求被上訴人依規定檢附有關文件，重新申請電子遊戲場業營利事登記事項。被上訴人於 93 年 5 月 26 日以上訴人有於法定期間內應作為而不作為之情事為由，復向經濟部提起訴願。嗣於訴願期間進行中，經上訴人以 93 年 5 月 28 日以府商登字第 0930130963 號函為駁回其申請之處分（下稱原處分），受理訴願機關經濟部並於 93 年 10 月 13 日以經訴字第 09306228520 號訴願決定書駁回被上訴人之訴願，被上訴人不服，遂提起本件行政訴訟。

二、 被上訴人於原審起訴主張：

三、上訴人則以：

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

五、上訴意旨略以：

六、本院經核原判決，依前開規定及說明，固非無見，惟查：按人民因中央或地方機關對於其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，固得依訴願法第 2 條第 1 項提起訴願，而受理訴願機關，依訴願法第 82 條第 1 項規定，倘認訴願有理由，自應指定相當期間，命應作為機關速為一定之處分。惟依訴願法第 82 條第 2 項復規定「受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。」再**觀訴願法第 82 條第 2 項之立法理由為：「受**

理訴願機關未為第一項之決定前，應作為之機關已為行政處分者，是應作為而不作為之情形已不復存在，訴願無實益，受理訴願機關應以訴願為無理由，予以駁回。」依該立法理由，所以認訴願無實益，實因訴願人係以應作為機關不作為而請求訴願機關命其作為，應作為機關如已作為（行政處分），無論該行政處分是否有利或不利於訴願人，提起此項訴願之目的（請求命應作為機關作為）已達成，無提此項訴願之實益，由法條文字及立法理由，均未將行政機關所為行政處分限於與訴願人之請求相合者。至於依訴願法第 82 條第 2 項規定，如不服訴願後行政機關所為處分者，須另行訴願，是否妥適，乃立法政策問題，非行政法院所得審究。經查本件被上訴人於 93 年 5 月 26 日以上訴人有於法定期間內應作為而不作為之情事為由，向經濟部提起訴願，固非無據，惟嗣於訴願期間進行中，上訴人已於 93 年 5 月 28 日以府商登字第 0930130963 號函為駁回其申請之處分，揆諸前述，受理訴願機關經濟部乃依訴願法第 82 條第 2 項規定，認被上訴人訴願為無理由而駁回被上訴人之訴願，即無違誤。原審判決認行政訴訟法之課予義務訴訟原告於為上訴人應作成行政處分或特定內容行政處分聲明之同時，亦聲明「原處分及訴願決定撤銷」，僅是將請求撤銷駁回處分及訴願決定撤銷之意思更明確表明。因而，就同一申請案件，起訴時僅聲明上訴人應作成行政處分或特定內容行政處分，於訴訟中追加聲明「原處分及訴願決定撤銷」，並非為訴之追加，至多僅為訴之聲明擴張，並進而認原被上訴人對上訴人迨為處分之訴願決定，既屬合法，上訴人嗣後對駁回被上訴人之申請處分，等同已提起合法訴願，上訴人及訴願機關均應依前訴願決定之理由為實質之審查，從而撤銷原處分及訴願決定，並命上訴人應依該判決之法律見解，作成行政處分，而忽略上訴人業已將被上訴人原申請之文件均退還與被上訴人，上訴人及訴願機關均無從為實質審查，再不論上訴人於接獲前前訴願決定後，通知被上訴人應依規定檢附有關文件，重新申請營利事業登記事項，其所用語「重新申請」，未能究明其申請准駁係依何時之法令為准是否可議，惟被上訴人亦非不得於上訴人為其核駁其申請為行政救濟，詎被上訴人不為此圖，執意於上訴人多次通知其檢附有關文件，拒不為之，更於上訴人駁回其申請之處分，不另為提起訴願，仍堅持上訴人迨為處分為由，而提起行政訴訟，自為無理由，上訴意旨指摘原判決違背法令，即有理由，自應由本院將原判決關於撤銷訴願決定、原處分及命上訴人對於被上訴人申請核發營利事業登記證事件，應依原審判決之法律見解作成行政處分部分均廢棄，並駁回被上訴人於原審之訴。

據上論結，本件上訴為有理由，爰依行政訴訟法第 256 條第 1 項、第 259 條第 1 款、第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題 7：

行政訴訟繫屬中，行政機關發布有利於當事人之解釋函令，並於函令中說明該令發布後尚未確定案件亦有適用。惟該函令經行政法院審查結果認係違反相關法律規定，則該解釋函令於行政法院審理中之個案應否適用？

三、討論意見：

甲說：行政機關之解釋函令屬行政程序法第 159 條規範之行政規則，依該條第 1 項，為非直接對外發生法規範效力之規定，理論上係本於平等原則，認解釋函令具有間接之外部效力。故本件之解釋函令雖經行政法院審查結果，認有違反上位法律規範，惟其內容既有利於當事人且表明該令發布後尚未確定案件亦有適用，則本於平等原則，行政法院自應適用。

乙說：依司法院釋字第 216 號解釋，法官於審判案件時對於行政機關依其職掌所為法規釋示之行政命令，仍得依據法律表示適當之不同見解。本件之解釋函令經行政法院審查結果既認違反相關法律規定，自得不予適用。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：

行政程序法第 159 條：

「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，

所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。

行政規則包括下列各款之規定：

一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。

二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

司法院釋字第 216 號解釋：

「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定聲請解釋。

就關稅未繳清之貨物取得動產抵押權者，其擔保利益自不能存在於該貨物未繳之關稅上，此觀關稅法第三十一條第二項、第三項規定甚明。前司法行政部六十五年十一月十五日台（六五）函民字第〇九九八二號及六十七年七月廿二日台（六七）函民字第〇六三九二號函提示執行法院，於拍賣關稅記帳之進口貨物時，應將該貨物未繳關稅情形，於拍賣公告內載明，並敘明應由買受人繳清關稅，始予點交，此項函示，核與上開法條意旨相符，不屬同法第五十五條第三項規定之範圍，既未侵害動產抵押權人之權益，亦為確保關稅之稽徵所必要，與

憲法保障人民財產權之本旨，並無牴觸。」

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題 8：

聲請人主張其符合財團法人法律扶助基金會(下稱法律扶助基金會)受法律扶助者無資力認定標準，提起行政訴訟，已向法律扶助基金會分會申請法律扶助准許在案，無資力支出訴訟費用，並提出財產歸屬資料清單、房屋租賃契約為證，請求行政法院准予訴訟救助，經行政法院審核後，認聲請人提出之上開文件資料，不足以釋明聲請人係窘於生活，且缺乏經濟信用，則行政法院對聲請人聲請訴訟救助，應否准許？

三、討論意見：

甲說：肯定說

按「經分會准予法律扶助之無資力者，其於訴訟程序中，向法院聲請訴訟救助時，應准予訴訟救助。但另有不符法律扶助事實之證明者，不在此限。」為法律扶助法第 62 條所明定。

參諸法律扶助法第 62 條規定之立法理由:有鑒於訴訟救助以無資力為前提，而法律扶助之申請人，既經分會審查符合無資力之要件，其再向法院聲請訴訟救助時，法院就其有無資力，除另有反證外，已毋庸再審酌，應准予訴訟救助，藉以簡省法院之調查程序，並可強化法院訴訟救助之功能，減輕基金會經費之負擔，爰於本條明定。本件聲請人至法律扶助基金會分會申請法律扶助，業經該會准予法律扶助，行政法院毋庸再審酌聲請人有無資力，本件又無法律扶助法第 62 條但書之情形，其聲請訴訟救助，應予准許。

乙說：否定說

按「當事人無資力支出訴訟費用者，法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助。但顯無勝訴之望者，不在此限。」「經分會准予法律扶助之無資力者，其於訴訟程序中，向法院聲請訴訟救助時，應准予訴訟救助。但另有不符法律扶助事實之證明者，不在此限。」行政訴訟法第 101 條及法律扶助法第 62 條所明定。足見法院仍得就當事人資力是否符合無資力之法律扶助要件進行審查，非絕對受財團法人法律扶助基金會審酌之拘束甚明。再按當事人無資力支出訴訟費用而聲請訴訟救助者，關於無資力支出訴訟費用之事由，應提出可使行政法院信其主張為真實且能即時調查之證據以釋明之，此觀行政訴訟法第 102 條第 2 項及第 176 條準用民事訴訟法第 284 條之規定自明。而所謂無資力，係指窘於生活，且缺乏經濟上之信用者而言(最高行政法院 97 年度裁聲字第 18 號判例意旨參照)。

法律扶助法第 3 條規定之無資力者，指符合社會救助法之低收入戶或其每月可處分之收入及可處分之資產低於一定標準者，與行政訴訟法第 101 條所謂無資力，指窘於生活，且缺乏經濟上之信用者，不盡相符。行政訴訟法中得聲請訴訟救助之所謂無資力，係視應預納訴訟費用之人，是否已無資力繳納訴訟費用，與法律扶助基金認定之無資力，尚無必然關聯。行政法院於受理訴訟救助聲請案件時，仍應就聲請人是否符合行政訴訟法第 101 條之規定為

審查。

本件聲請人聲請訴訟救助，雖提出財產歸屬資料清單、房屋租賃契約為證，然所提上開文件尚不足以釋明其缺乏經濟上之信用，核與上開准予訴訟救助之要件不符，其聲請即屬不應准許。

四、初步研討結果：

多數採甲說。

五、大會研討結果：

本提案保留。

六、相關法條:

行政訴訟法第 101 條：

「當事人無資力支出訴訟費用者，行政法院應依聲請，以裁定准予訴訟救助。但顯無勝訴之望者，不在此限。」

最高行政法院 97 年度裁聲字第 18 號判例意旨：

「行政訴訟法第 101 條所謂無資力，係指窘於生活，且缺乏經濟上之信用者而言。」

最高法院 18 年抗字第 260 號判例：

「民事訴訟法第 107 條第 1 項前段所謂無資力係指窘於生活，且缺乏經濟上之信用者而言。」

法律扶助法第 3 條（無資力者之定義）:

「本法所稱無資力者，係指符合社會救助法之低收入戶或其每月可處分之收入及可處分之資產低於一定標準者。

前項所稱一定標準之認定辦法，由基金會定之。」

法律扶助法第 13 條（法律扶助之對象）:

「無資力者，得申請法律扶助。」

法律扶助法第 14 條（得申請法律扶助無須審查其資力之情

形)：

「有下列情形之一者，得申請法律扶助，無須審查其資力：

一、涉犯最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件，於審判中未經選任辯護人者。

二、因智能障礙致未能為完全陳述，於審判中未經選任辯護人或代理人，審判長認有選任辯護人或代理人之必要者。

三、符合社會救助法所規定之低收入戶者。」

法律扶助法第 16 條（不應准許申請法律扶助之情形)：

「法律扶助之申請，如有下列情形之一者，不應准許：

一、依申請人之陳述及所提資料，顯無理由者。

二、申請人勝訴所可能獲得之利益，小於訴訟費用及律師報酬者。但所涉及之紛爭具有法律上或社會上之重大意義者，不在此限。

三、就同一事件依本法或其他法律已受法律扶助，而無再予扶助之必要者。

四、對於基金會之訴訟。

五、於台灣地區外所進行之訴訟。

六、申請之事項不符法律扶助之目的者。

前項第一款及第二款之規定，於法律諮詢不適用之。」

法律扶助法第 62 條（訴訟救助之聲請)：

「經分會准予法律扶助之無資力者，其於訴訟程序中，向法院聲請訴訟救助時，應准予訴訟救助。但另有不符法律扶助事實之證明者，不在此限。」

※民國 93 年 1 月 7 日立法理由：

一、本條宣示本法與訴訟法有關訴訟救助制度之關係。

二、無資力之當事人若經分會審查符合無資力之要件，而准予法律扶助時，其亦得依民事訴訟法或行政訴訟法之規定，聲請訴訟救助，准其暫免訴訟費用。

三、有鑒於訴訟救助以無資力為前提，而法律扶助之申請人，既經分會審查符合無資力之要件，其再向法院聲請訴訟救助時，法院就其有無資力，除另有反證外，已毋庸再審酌，應准予訴訟救助，藉以簡省法院之調查程序，並可強化法院訴訟救助之功能，減輕基金會經費之負擔，爰於本條明定。

財團法人法律扶助基金會受法律扶助者無資力認定標準：

本法第三條所稱每月可處分之收入及可處分之資產低於一定標準者，係指符合下列標準之一者：

一、申請人為單身戶，住所地於台北市之申請人其每月可處分之收入未超過新台幣（下同）二萬八千元者；住所地於高雄市之申請人其每月可處分之收入未超過二萬三千元者；住所地於台灣省或其他地區之申請人其每月可處分之收入未超過二萬二千元者。本款之申請人其可處分之資產須在五十萬元以下，且限於無本標準第六條所列之應計算之家庭人口者。

二、申請人非單身戶，以其住所地單身戶之標準，其應計算之家庭人口自第三人起，每增加一人，則全家每月可處分之總收入即增加一萬元為其計算標準。且其應計算之家庭人口數為三人，可處分資產在五十萬元以下；自第四人起，平均每人可處分資產在十五萬元以下。

三、全戶所得未達申報所得稅之標準者。但因軍公教及獎

勵投資優惠或逃漏稅，而導致免申報者，不在此限。符合第一項第一款、第二款上下百分之二十之範圍內者，得為部分扶助。

相關裁判:

臺灣高等法院民事裁定（96 年度抗更(一)字第 23 號)：

「民事訴訟法中得聲請訴訟救助之所謂無資力，係視應預納訴訟費用之人，是否已無資力繳納訴訟費用，與法扶基金會所認定之無資力，尚無必然關聯。民事訴訟法第 107 條第 1 項前段所謂無資力係指窘於生活，且缺乏經濟上之信用者而言。(最高法院 18 年抗字第 260 號判例參照)。依民事訴訟法第 77 條之 13 及 77 條之 16 規定，民事訴訟所應預納之訴訟費用未達訴訟標的之 1.7%，依抗告人之財產觀之，抗告人之家庭成員每月有現金收入 1 萬元，且抗告人有不動產，非無籌措款項以支出訴訟費用之信用技能，抗告人即非缺乏經濟上之信用者，則抗告人非屬民事訴訟法第 107 條第 1 項前段所指之無資力支出訴訟費用者，已堪認定。」

臺灣高等法院民事裁定（94 年度聲字第 9 號)：

「按經分會准予法律扶助之無資力者，其於訴訟程序中，向法院聲請訴訟救助時，應准予訴訟救助。但另有不符法律扶助事實之證明者，不在此限。法律扶助法第 62 條定有明文。足見法院仍得就當事人資力是否符合無資力之法律救助要件進行審查，非絕對受財團法人法律扶助基金會審酌之拘束甚明。次按當事人無資力支出訴訟費用者，依民事訴訟法第 107 條第 1 項

規定，法院固應依聲請准予救助，惟當事人就無資力支出訴訟費用之事由，仍應提出能即時調查之證據以釋明之，此觀諸同法第 109 條第 2 項、第 284　條亦有明文規定。經本院審核上揭文件亦不足以釋明其無資力支出訴訟費用 8100 元（見本院 94 年度上易字第 42 號卷第 23 頁），又核聲請人並無其他證明可證其所稱屬實。從而，聲請人聲請本件訴訟救助，無從准許，應予駁回。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題9：

某甲針對A縣政府函提起撤銷訴訟（編為訴字案），經高等行政法院審認該函非行政處分，以「裁定」駁回某甲之訴。甲提起「抗告」，經最高行政法院審認該函為行政處分，乃廢棄原裁定，發回原法院更為裁判。嗣經原法院以「判決」駁回某甲之訴，甲不服，提起「上訴」，則應否徵收裁判費？

三、討論意見：

甲說：肯定說

按「上訴，依第98條第2項規定，加徵裁判費二分之一。」依行政訴訟法第98條之2第1項定有明文，是本件依同法第98條第2項前段規定，應徵收上訴裁判費新台幣6,000元。

行政訴訟法第98條之2第2項所稱「發回更審再行上訴」，應僅限於「上訴」後經最高行政法院發回更審而「再行上訴」之情形，始免徵裁判費，不包括「抗告」後經最高行政法院發回更審而「上訴」之情形。

乙說：否定說

按行政訴訟法第98條之2第2項規定：「發回或發交更審再行上訴，或依第257條第2項為移送，經判決後再行上訴者，免徵裁判費。」就其文義，並未如甲說限於上訴經廢棄發回更審，又再上訴者。故基於保護人民權益立場，解釋上亦應包括抗告後廢棄發回，經判決後上訴之案件。

丙說：折衷說

案件之上訴與抗告，其訴訟程序不同，故裁判費之徵收不同，上訴案件按通常或簡易訴訟程序加徵二分之一；抗告案件一律徵收 1,000 元。惟抗告後廢棄發回更審，經判決後又上訴者，應如何徵收裁判費，於立法時並未考量，形成法律漏洞。鑒於行政訴訟法第 98 條之 2 第 2 項規定之立法意旨及公平性考量，本件應依甲說計算上訴裁判費，並扣除前已徵收之抗告費用 1,000 元，故應徵收其上訴裁判費 5,000 元。

四、初步研討結果：

採丙說。

五、大會研討結果：

甲說 15 票，乙說 0 票，丙說 19 票（未逾出席法官半數）。

六、相關法條：

行政訴訟法第 98 條：

「訴訟費用指裁判費及其他進行訴訟之必要費用，由敗訴之當事人負擔。但為第一百九十八條之判決時，由被告負擔。

起訴，按件徵收裁判費新臺幣四千元。適用簡易訴訟程序之事件，徵收裁判費新臺幣二千元。」

行政訴訟法第 98 條之 2：

「上訴，依第九十八條第二項規定，加徵裁判費二分之一。發回或發交更審再行上訴，或依第二百五十七條第二項為移送，經判決後再行上訴者，免徵裁判費。」

行政訴訟法第 98 條之 4：

「抗告，徵收裁判費新臺幣一千元。」

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題10：

當事人主張因行政機關之行政行為受有損害，乃循序向行政法院提起行政訴訟救濟，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新台幣若干元。行政法院審理結果，如認為本案訴訟部分因不符訴訟程式要件應予裁定駁回時，則關於請求損害賠償部分，得否一併以裁定駁回之？

三、討論意見：

甲說：肯定說

依行政訴訟法第 7 條規定提起合併請求損害賠償之訴，其立法意旨在於提起行政訴訟之際，利用同一訴訟程序合併請求損害賠償，以達訴訟經濟之利益。故必須所提起之本案訴訟合法存在時，始能合併提起損害賠償，如所提起之本案訴訟不合法而遭駁回，則請求損害賠償部分即失所附麗。再者，由於行政訴訟法第 7 條規定，行政法院因此取得原先由普通法院審理國家賠償事件之法定移轉權，是行政法院就損害賠償部分，自始即有審判權；且依同法第12條之1第1項規定，受訴法院於起訴時有審判權者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而變成無審判權。是案件經行政法院審理後，如認本案訴訟部分不合法，此時本案訴訟既經裁定駁回，其依國家賠償法併為提起損害賠償之訴部分，因失所附麗，自得一併駁回。

乙說：否定說

按「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提

起行政訴訟」為行政訴訟法第 2 條所明定。又行政訴訟法第 7 條固規定提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償，然此類損害賠償本質上屬國家賠償事件。茲依據國家賠償法第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」是國家賠償事件在現行法採雙軌制下，被害人除於提起行政訴訟時得依行政訴訟法第 7 條規定一併請求損害賠償外，自應依該法第 11 條第 1 項前段之規定，向普通法院提起損害賠償之訴，依循民事訴訟途徑尋求解決。從而，當行政法院以本案訴訟不合法而以裁定駁回時，就其依國家賠償法請求損害賠償部分，自應依行政訴訟法第 12 條之 2 第 2 項規定，依職權一併於主文諭知移送至有管轄權之普通法院審理，而非以一併駁回之方式處理。

四、初步研討結果：

多數採甲說。

五、大會研討結果：

送請最高行政法院庭長、法官聯席會議討論。

六、相關法條：

行政訴訟法第 2 條：

「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」

行政訴訟法第 7 條：

「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」

行政訴法第 12 條之 1 第 1 項：

「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。」

行政訴法第 12 條之 2 第 2 項：

「行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。」

國家賠償法第 12 條：

「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題11：

數納稅義務人對於稽徵機關核課之遺產稅處分提起撤銷之訴，獲敗訴之結果，法院就訴訟費用之負擔應如何裁判？

三、討論意見：

甲說：按「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。」;「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。」,民法第272條、第273條第1項分別定有明文。此連帶債務之特徵，即在於數人對同一給付分別負擔全部給付之責任，惟債權人就其債權則僅得受一次之滿足,不得重複受償。準此，在稅法上按納稅義務之性質，如具備上開特徵者，即應承認有成立連帶債務之可能。查遺產稅之成立，由遺產及贈與稅法第1條第1項規定:「凡經常居住中華民國境內之中華民國國民死亡時遺有財產者，應就其在中華民國境內境外全部遺產，依本法規定，課徵遺產稅」,及第6條第1項第2款規定:「遺產稅之納稅義務人如左：一、……二、無遺囑執行人者，為繼承人及受遺贈人……」,可知在無遺囑執行人之情形下，遺產稅之納稅義務人應為繼承人全體。在稅法上既未允許繼承人僅就其繼承之範圍或比例負其納稅義務，解釋上各納稅義務人就遺產稅之總額均負有繳納義務，而稅捐稽徵機關則僅得受領一次之清償，由此性質可知遺產稅之納稅義務應屬公法上之連帶債務。則

依行政訴訟法第104條準用民事訴訟法第85條第2項規定，主文應諭知「訴訟費用由原告連帶負擔」。

乙說：租稅法內未有連帶債務之明文規定，即於民法上亦僅規定數人負同一債務而給付內容可分時，亦以成立可分債務平均分擔為原則（民法第271條參照）。因而我國並無成立連帶債務之普遍法律原則存在。另一方面，基於租稅法定原則及法律安定之要求，不許法律無明文規定時，以類推適用之方法創設或加重人民之負擔。連帶租稅債務對債務人之負擔，較之可分之債為重，因此在租稅法無明文規定時，亦不得類推適用民法有關連帶債務之規定，以成立連帶租稅債務。故題示情形，主文應依行政訴訟法第98條第1項諭知「訴訟費用由原告負擔」。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題12：

對於高等行政法院所發執行命令，依強制執行法第12條第1項規定，向高等行政法院聲明異議，則高等行政法院審理此異議案件，應以法官三人合議為之，或以法官一人獨任為之？

三、討論意見：

甲說：以法官三人合議為之

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。」為行政法院組織法第3條第1項所規定。又按「簡易訴訟程序在獨任法官前行之。」為行政訴訟法第232條所規定。故高等行政法院之審判，除行政訴訟法第2編第2章「簡易訴訟程序」之審判外，應由法官三人合議行之。

另按行政訴訟法第306條第2項規定：「執行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政執行法之規定。」準此，執行機關為高等行政法院時，準用強制執行法之規定。而強制執行法第12條規定：「當事人或利害關係人，對於『執行法院』強制執行之命令，或對於『執行法官』、書記官、執達員實施強制執行之方法，強制執行時應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。前項聲請及聲明異議，由『執行法院』裁定之。不服前項裁定，得為抗告。」足見該法分別情形規定有應由「執行法

院」或「執行法官」作為之事項，其中關於駁回債務人之聲明異議事項，強制執行法第 12 條第 2 項規定由「執行法院」而非「執行法官」裁定之。凡此於執行機關為高等行政法院時，亦同，最高行政法院 97 年度裁字第 4432 號裁定採此見解。

乙說：以法官一人獨任為之

執行程序與審判程序有別，故行政訴訟法第 306 條第 1 項及第 2 項規定:「高等行政法院為辦理強制執行事務，得設執行處，或囑託普通法院民事執行處或行政機關代為執行。」、「執行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政執行法之規定。」可知高等行政法院自行為強制執行事務，應設執行處，並準用強制執行法之規定。

再按強制執行法第 3 條規定:「強制執行事件，由法官或司法事務官命書記官督同執達員辦理之。本法所規定由法官辦理之事項，除拘提、管收外，均得由司法事務官辦理之。」可知辦理強制執行事件，係以執行法官為主體。又強制執行法第 12 條第 2 項所稱之「執行法院」，係指實施強制執行法院之民事執行處，而非實施強制執行法院之民事庭。故強制執行法第 12 條第 2 項關於駁回債務人聲明異議之裁定，乃由執行法官一人獨任行之(司法院院字第 2000 號解釋參照)。此於執行機關為高等行政法院時，亦應為相同之解釋。最高行政法院 97 年度裁字第 2829 號裁定對於高等行政法院由法官一人所為之裁定，

並未有法院組織不合法之指摘，而為抗告駁回之裁定，似亦同意此一見解。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說，並送請最高行政法院庭長、法官聯席會議討論。

六、相關法條：

法院組織法第 3 條：

「地方法院審判案件，以法官一人獨任或三人合議行之。

高等法院審判案件，以法官三人合議行之。

最高法院審判案件，以法官五人合議行之。」

法院組織法第 16 條：

「地方法院設民事執行處，由法官或司法事務官辦理其事務；其法官在二人以上者，由一人兼任庭長，簡任第十職等至第十一職等或薦任第九職等，監督該處事務。」

行政法院組織法第 3 條：

「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。

最高行政法院之審判，以法官五人合議行之。」

行政訴訟法第 229 條：

「左列各款行政訴訟事件，適用本章所定之簡易程序：

一、關於稅捐課徵事件涉訟，所核課之稅額在新台幣三萬元以下者。

二、因不服行政機關所為新台幣三萬元以下罰鍰處分而涉訟者。

三、其他關於公法上財產關係之訴訟，其標的之金額或

價額在新台幣三萬元以下者。

四、因不服行政機關所為告誡、警告、記點、記次或其他相類之輕微處分而涉訟者。

五、依法律之規定應適用簡易訴訟程序者。

前項所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減為新台幣二萬元或增至新台幣二十萬元。」

行政訴訟法第 232 條：

「簡易訴訟程序在獨任法官前行之。」

行政訴訟法第 306 條：

「高等行政法院為辦理強制執行事務，得設執行處，或囑託普通法院民事執行處或行政機關代為執行。

執行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政執行法之規定。

債務人對第一項囑託代為執行之執行名義有異議者，由高等行政法院裁定之。」

強制執行法第 2 條：

「民事執行處置法官或司法事務官、書記官及執達員，辦理執行事務。」

強制執行法第 3 條：

「強制執行事件，由法官或司法事務官命書記官督同執達員辦理之。

本法所規定由法官辦理之事項，除拘提、管收外，均得由司法事務官辦理之。」

強制執行法第 12 條：

「當事人或利害關係人，對於執行法院強制執行之命令，或對於執行法官、書記官、執達員實施強制執行之方法，

強制執行時應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，得於強制執行程序終結前，為聲請或聲明異議。但強制執行不因而停止。

前項聲請及聲明異議，由執行法院裁定之。

不服前項裁定者，得為抗告。」

司法院院字第 2000 號解釋：

「強制執行法第 12 條、第 13 條所謂執行法院，係指為強制執行之法院而言，執行法院依該兩條所應為之裁定，或由執行推事為之，或由其他推事為之，均無不可。對於執行推事之行為，為聲請或聲明異議時，縱令實際上以由兼任院長之推事或其他推事裁定為宜，但由該執行推事裁定，仍非法所不許。」

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題13：

某甲為某公立國民中學教師，被學校查得其有教學不力之具體事實，經學校教師評審委員會決議通過予以解聘，該校隨即將該決議依教師法第14條第3項規定，報請主管教育行政機關即縣（市）政府核准，嗣經該管縣（市）政府核准後函復學校，並副知某甲，再由學校通知某甲自縣（市）政府核准之日起解聘。某甲不服，應如何為行政救濟？

三、討論意見：

甲說：某甲得以縣（市）政府為被告循序提起撤銷訴訟，或以學校為被告提起確認聘任關係存在之訴訟。

按公立國民中學聘任之教師係基於聘約關係，擔任教育工作，依其聘約之內容，教師應履行公立國民中學對於學生所應提供之教育服務，及所得行使之公權力行政，性質上係公法上契約。其契約關係之成立，本質上仍屬雙方間意思表示之合致。是關於聘約內容之事項，無由一方基於意思優越之地位，以單方行為形成之可言，自不應承認校方有以行政處分形成或改易聘約內容之權限。教師法第14條規定教師解聘、停聘或不續聘之事由及應踐行之程序，無非聘約之法定內容。校方單方面為解聘、停聘或不續聘之行為，關係聘約之形成或改易，其性質非行政處分，而為行使終止聘約之權利。若因解聘、停聘或不續聘發生爭執，致聘任之公法法律關係成立、不成立或存在、不存在不明，應循確認訴訟救濟之（最高行政法院91年度裁字第1436號及94年度裁字第187號裁定意旨參照）。

至於有關公立國民中學教師之解聘、停聘或不續聘，除應依聘約履行外，因有主管教育行政機關之介入，並審查學校教師評審委員會之決議是否合法妥適，而作出是否核准之決定，應屬行政機關就具體事件所為對外直接發生法律效果之單方行政行為，因此主管教育機關之核准已具有行政處分之性質，受處分人如有不服，自得循訴願、行政訴訟程序，以主管教育行政機關為被告，提起撤銷訴訟（最高行政法院 93 年度判字第 162 號及 93 年度判字第 1255 號判決意旨參照）。綜上，本件某甲若係對縣（市）政府核准函不服，應以縣（市）政府為被告循序提起撤銷訴訟。若係對學校通知解聘之函文不服，則應以學校為被告逕行提起確認兩造間聘任法律關係存在之訴。

乙說：某甲僅得以縣（市）政府為被告循序提起撤銷訴訟。

某甲得以縣（市）政府為被告循序提起撤銷訴訟，理由同甲說後段之說明。至於學校教師評審委員會決議通過解聘某甲，並依教師法第 14 條第 3 項規定，報請主管教育行政機關核准後，再由學校通知教師解聘之決定，依甲說前段之說明，該通知函既非屬行政處分之性質，且因主管教育行政機關之核准函未經撤銷前，其效力仍繼續存在，若教師以學校為被告提起確認聘任關係存在之訴訟，因上開行政機關核准函非屬該訴訟之審查對象，則基於該核准函之構成要件效力，法院尚無從為與該核准函相反之認定，而應認此確認訴訟無即受確認判決之法律上利益，依行政訴訟法第 6 條第 1 項規定，某甲自不得提起上開確認之訴。

丙說：某甲得以縣（市）政府為被告循序提起撤銷訴訟，或以學校為被告循序提起撤銷訴訟。

某甲得以縣(市)政府為被告循序提起撤銷訴訟部分，理由同甲說後段之說明。又關於公立國民中學教師之解聘、停聘或不續聘，經學校教師評審委員會決議通過後，雖應依教師法第 14 條第 3 項規定，報請主管教育行政機關核准，然教育主管機關所審查之對象，乃係學校教師評審委員會所為之決議，學校於主管機關核准後，對教師所為解聘之通知，仍不失為學校單方之決定，並對教師發生解聘之法律效果，故上開學校之通知函亦具有行政處分之性質，受處分人如有不服，亦可以學校為被告循序提起撤銷訴訟（最高行政法院 97 年度判字第 181 號判決意旨參照)。又按確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，於原告得提起撤銷訴訟者，不得提起之，行政訴訟法第 6 條第 3 項定有明文。則本件某甲既得就學校通知函，提起撤銷訴訟，自不得再以學校為被告提起確認聘任關係存在之訴訟。

四、初步研討結果：

送請大會討論。

五、大會研討結果：

送請最高行政法院庭長、法官聯席會議討論。

六、相關法條：

教師法第 14 條第 1 項、第 3 項：

「教師聘任後除有下列各款之一者外，不得解聘、停聘或不續聘：

一、受有期徒刑 1 年以上判決確定，未獲宣告緩刑者。

二、曾服公務，因貪污瀆職經判刑確定或通緝有案尚未結案者。

三、依法停止任用，或受休職處分尚未期滿，或因案停止職務，其原因尚未消滅者。

四、褫奪公權尚未復權者。

五、受禁治產之宣告，尚未撤銷者。

六、行為不檢有損師道，經有關機關查證屬實者。

七、經合格醫師證明有精神病者。

八、教學不力或不能勝任工作，有具體事實或違反聘約情節重大者。」

「有第一項第一款至第七款情形者，不得聘任為教師。其已聘任者，除有第七款情形者依規定辦理退休或資遣外，應報請主管教育行政機關核准後，予以解聘、停聘或不續聘。」

教師法第 14 條之 1 第 1 項：

「學校教師評審委員會依第 14 條規定作成教師解聘、停聘或不續聘之決議後，學校應自決議作成之日起 10 日內報請主管教育行政機關核准，並同時以書面附理由通知當事人。」

行政訴訟法第 4 條第 1 項：

「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾 3 個月不為決定，或延長訴願決定期間逾 2 個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」

行政訴訟法第 6 條第 1 項、第 3 項：

「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」

「確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，於原告得提起撤銷訴訟者，不得提起之。」

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題14：

政府採購法第101條第1項規定，機關辦理採購，發現廠商有法定事由情形之一，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，該項刊登通知應否有期間之限制？

三、討論意見：

甲說：否定說

按「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：……」政府採購法第101條第1項定有明文，立法意旨在於廠商有違法與重大違約情形時，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案時，於招標文件規定該案廠商不得參加投標、作為決標對象或分包廠商之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，避免其再危害其他機關，並利建立廠商間之良性競爭環境。是刊登政府採購公報之制度，與公法上之請求權或形成權之行使無涉，從而公法上有關消滅時效或除斥期間之規定，政府採購法並無直接適用或類推適用之餘地。

乙說：肯定說

按「機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。」「依前條

第 3 項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠……」政府採購法第 102 條第 3 項及第 103 條分別定有明文。依上開規定，機關一旦將違法（約）廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報，廠商因此將不得於一定期間內參加投標或作為決標對象或分包廠商，是機關刊登公報之通知，因其後續將發生制裁之效果，對廠商而言，實屬一不利益之措施。

為達成政府採購法之立法目的（尤其是避免其他機關再受危害），並參酌機關刊登公報通知，其最終將對廠商發生制裁效果，屬不利廠商之措施，不宜久懸，若放任機關長時間不行使，將影響法律秩序之安定性，準此，機關將不良廠商刊登公報之通知自應於一定期間內行使，亦即機關刊登公報通知之行使應受時效之限制，始為合理。惟政府採購法並未就機關刊登公報之通知期間為規定，在立法者尚未明文規定行使期間之情況下，應以類推適用的方法填補此項法律漏洞。

雖然政府採購法第 101 條第 1 項各款之規定，或係契約義務之違反，或係因廠商已無履行義務能力，非均屬違反行政法上義務之行為，惟其後續所生之效果具有制裁性，與行為人因違反行政法上義務所附隨之行政裁罰相似，二者同屬對義務違反之處罰性質的規範;而行政罰法第 27 條第 1 項就公法上裁處權之時效設有規定，明定「行政罰之裁處權，因 3 年期間之經過而消滅」，本諸「相同事物作相同處

理、不同事物作不同的處理」之原則，本件自應類推適用行政罰法第 27 條第 1 項關於裁處權時效之規定，故機關將違約廠商刊登政府採購公報通知之行使，其時效應為 3 年，逾期即不得再通知將廠商刊登政府採購公報。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

提案機關撤回本提案。

六、相關法條：

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題15：

原告逾行政程序法第128條第2項所定期間，始向被告機關申請行政程序之重新進行，經被告機關以其申請不合法而駁回其申請。原告不服，提起訴願遭駁回，提起行政訴訟，問此時高等行政法院應以裁定駁回或判決駁回？

三、討論意見：

甲說：　按原告之訴，不備其他要件者，行政法院應以裁定駁回之，行政訴訟法第107條第1項第10款定有明文。原告逾行政程序法第128條第2項所定期間，申請行政程序重新進行，被告機關應以其申請不合法予以駁回，並未重新進行行政程序重為實體審查。則原告復提起本件訴訟，因其既已逾行政程序法第128條第2項所定期間，即已喪失救濟權限，其訴為不合法，且亦無法命原告補正，高等行政法院應依首揭法條之規定，以裁定駁回原告之訴。(臺北高等行政法院92年度訴字第4609號裁定、93年度訴字第2919號裁定、97年度訴字第468號裁定參照)

行政程序之重新進行，應具備行政程序法第128條第1項之要件，並應於同條第2項規定之期間內申請，始得為之。若已逾申請期間，其申請即非合法。依行政訴訟法第5條規定，是提起課予義務訴訟，須以人民依法申請之案件為其前提，如其申請不合法，自不得提起，如逕對之提起，應認其不備起訴要件，依行政訴訟法第107條第1項第10款後段規

定裁定駁回之。(臺北高等行政法院 94 年度訴字第 18 號裁定參照)

被告機關拒絕重新進行行政程序，此一決定性質上應係程序上之「重覆處置」，此一決定非實體法之決定，而係程序法上決定，亦即「程序法上之行政處分」(陳敏著行政法總論五版第 309 頁、第 310 頁、第 489 頁參照)。就此程序法上之行政處分，並非高等行政法院即應實體審究，以判決駁回。例如人民因訴願逾期，而遭訴願不受理之決定，該訴願不受理決定亦為行政處分之一種（吳庚著行政爭訟法論第三編第四章三、四參照)，人民不服提起行政訴訟，高等行政法院仍應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款裁定駁回。

乙說：行政程序重新進行之決定可分為兩個階段，第一階段准予重開，第二階段重開之後作成決定將原處分撤銷、廢止或仍維持原處分。若行政機關第一階段即認為重開不符合法定要件，而予以拒絕，就沒有第二階段之程序。上述二種不同階段之決定，性質上皆是新的處分。受處分不利影響之原告依法自得提起行政爭訟。高等行政法院應實體審究，以判決駁回。(最高行政法院 97 年度裁字第 5406 號裁定、臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3070 號判決參照)

四、初步研討結果：

多數採甲說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：

行政程序法第 128 條第 2 項：

「前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算，但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。」

行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款：

「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：……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」

人民請求上級機關或自治監督機關，對其下級機關或自治團體採取監督措施，而遭拒絕者，該拒絕通常亦非行政處分[32]。

(2) **重覆處置** (wiederholende Verfügungen)

人民不服行政機關所為之決定者，應於法定之救濟期間內提起行政爭訟。人民未依限提起行政爭訟，或雖依限提起行政爭訟而無結果，而仍就同一事件向原行政機關請求作成對其有利之決定者，亦屬常見。在此種情形，行政機關如僅對其引述該原已作成之決定，而予以拒絕者，因未在實體上重新設定法律效果，並非作成行政處分，是即所謂之「**重覆處置**」[33]。

【實例】
營業人A申請營業許可被駁回。A於已逾訴願期間後，仍致函主管機關，提出反對見解，請求就該事件重新審查。主管機關回覆以該案件已經終結，其主張之理由亦不可採。則該表示為重覆處置，A不得對之提起訴願。

反之，行政機關如對同一事件重新處理，並於實體上作成新決定，則不論行政機關有無此一義務，皆成立另一新行政處分，是為「**第二次裁決**」(Zeitbescheid)[34]。行政機關若僅對當事人之反對意見，表示並不可採，而未對事件為實體處理，通常為重覆處置，而非第二次裁決。

由於「重覆處置」並未在實體上設定法律效果，在此一意義下並非行政處分，人民自不得對之提起行政爭訟[35]。惟如就行政程序之觀點言之，作成重覆處置之行政機關，亦表示其不重新開始行政程序（參照行程129）之意思，從而亦設

「一般給付訴訟」之訴訟類型，人民所請求之事項為行政處分時，其拒絕固可認定為行政處分，人民所請求之事項為事實行為時，如別無其他足資認定規制性質之要素時，其拒絕則非行政處分。Vgl. Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, VwR[4], Rdnr. 204 f. 在前者情形，如有不服，應提起課予義務訴願及課予義務訴訟。在後者情形，如有不服，則應提起一般給付訴訟。

[32] Vgl. Kopp, VwVfG[6], § 35 Rdnr. 40.

[33] Vgl. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VwR[11], § 12 Rdnr. 31; Wolff/Bachof/Stober, VwR II[6], § 45 Rdnr. 49. 另請參照本書第十二章第七節「四、」之說明。

[34] 【行政法院76年判字第902號判決】
人民對於行政機關請求事項，經核駁後，如認有新事由非不得再行申請，而行政機關就新之申請所為准駁之表示，既已發生公法上之效果，即屬新之行政處分。

定有法律效果，而為**形成行政程序之行政處分**。對此一處置人民應訴請重新進行行政程序。由於其最終之目的在於作成實體之決定，因此正確之爭訟途徑，應為課予義務訴訟中之「裁決訴訟」(Bescheidungsklage)[36]。至於「**第二次裁決**」，本質上為**實體決定之行政處分**，依其決定之內容在於許可或駁回人民之申請，而得依情形提起撤銷訴訟[37]或課予義務訴訟[38]。

(3) **準備行為** (Vorbereitungsakte; Vorbereitungshandlungen; vorbereitende Maßnahmen)

行政機關尚未作成完全及終局之決定前，為推動行政程序之進行，所為之**指示**或**要求**，為「**準備行為**」[39]。準備行為依其是否具有獨立之規制效力而可為下列之區分：

- **不具規制性質之準備行為**：準備行為未設定有拘束力之法律效果者，**欠缺規制之性質**，並非行政處分。惟人民對此種準備行為之要求，如不予理會，可能導致行政機關於認定事實時為不利之證據評價，從而

---

[35] 【行政法院５４判字第２７７號判例】
被告官署就系爭土地不合逕為移轉登記之規定，以及所以未能辦理之事實，通知原告，並非本於行政權而對原告為何行政行為，顯於原告權益不生具體的法律上效果。原告前就同一事實提出訴願及再訴願，均被決定駁回。乃於事隔兩年之後，又請求逕為移轉登記，經被告官署以前項通知說明無法辦理，核其所敘述之理由，與前案所據以拒絕原告請求逕辦移轉登記之理由相同，尤不能視為另一新的消極行政處分，原告自無對之提起行政爭訟之餘地。

【行政法院６１裁字第２４號判例】
訴願及行政訴訟，均係對於未確定之行政處分，請求救濟之方法，若行政官署之處分已確定，自不得更藉行政爭訟程序請求救濟。本件原告於行政處分確定後，復就同一事由向台灣省政府陳情，經該府指復不准，此項指復僅係重申維持原處分之意旨，並非就新事實所為之新處分，乃原告竟對此指復通知向內政部及行政院一再訴願，顯係對已確定之行政處分，更事爭訟，自非合法。

[36] Vgl. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VwR[11], § 12 Rdnr. 31.

[37] 【行政法院５１判字第４５６號判例】
財政部關務署就同一事件，先後為二次決定，其後一次之決定顯係重複，於法不合。原告起訴意旨，雖未就此指責，然其對於該重複之決定表示不服，要難認為無理由，應由本院予以撤銷，以資糾正。

[38] Vgl. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VwR[11], § 12 Rdnr. 31.

[39] Vgl. Wolff/Bachof/Stober, VwR II[6], § 45 Rdnr. 53.

處分再為審查。縱然法院之**判決**，亦可經由「**再審**」(Wiederaufnahme des Verfahrens)而重為審查，如有違法，並予以廢棄。行政處分之作成，通常未經正式之程序，其正確性亦不如法院之判決，尤應給與重新審查之機會。因此，對於人民已不可爭訟之行政處分，在一定條件下，行政機關不僅有權，甚且有義務重新進行行政程序[4]。

對於已具有存續力之行政處分，是否重新進行行政程序，原則上由行政機關以**裁量**決定之。惟在一定情形，**依法律規定**，當事人有請求行政機關重新進行行政程序之權利時（例如行政程序法第１２８條），行政機關自**應**依其請求重新進行行政程序。此外，行政機關是否**依職權**重新進行行政程序之**裁量**，**縮減為零**，而有重新進行行政程序之義務時，亦**應**重新進行行政程序。

人民對已不可爭訟之行政處分，請求行政機關予以撤銷或廢止時，其實包含兩項請求：其一，請求行政機關**重新進行行政程序**；其二，請求行政機關經由重新進行之行政程序，**廢棄該原已不可爭訟之行政處分**。對上述人民之請求，行政機關如僅對原行政處分為指示，根本拒絕重新進行行政程序，即所謂之「**重覆處置**」(wiederholende Verfügung)。此一決定雖非實體法之決定，但其內容係拒絕重新進行程序，為程序法上決定，亦即「**程序法之行政處分**」[5]。反之，行政機關如應人民之請求而重新進行行政程序，並經由該程序為是否廢棄原行政處分之決定，則係對事件再次作成**實體決定**(Sachentscheidung)，亦即所謂之「**第二次裁決**」(Zweitbescheid)[6]。行政機關於實體上作成第二次裁決者，縱然未經明示，實際上亦包含重新進行行政程序之程序上決定。

二、人民申請重新進行行政程序

1、概說

行政程序法第１２８條，對人民得申請重新進行行政程序之情形，明文規定如下：

---

[3] 有關「行政處分之存續力」，請參照本章第一節說明。

[4] Vgl. Maurer, Allg. VwR[14], § 11 Rdnr. 55.

[5] BVerwGE 44, 333, 335; 13, 99, 101 ff.

[6] Vgl. Maurer, Allg. VwR[14], § 11 Rdnr. 56; Battis, Allg. VwR[2], C I 4, S. 231. 有關「重覆處置」及「第二次裁決」，另請參照本書第十章第二節「三、3、(2)」之說明。相關之法律救濟問題，見本節「四、」之說明。

吳庚著

行政爭訟法論

修訂第三版

行政法院五十四年判字第二二一號判例）。訴願決定書屬要式行爲，其記載事項訴願法第八十九條定有格式：「一、訴願人姓名、出生年月日、住、居所、身分證明文件字號。如係法人或其他設有管理人或代表人之團體，其名稱、事務所或營業所，管理人或代表人之姓名、出生年月日、住、居所、身分證明文件字號。二、有法定代理人或訴願代理人者，其姓名、出生年月日、住、居所、身分證明文件字號。三、主文、事實及理由。其係不受理決定者，得不記載事實。四、決定機關及其首長。五、年、月、日。」訴願決定書之正本，應於決定後十五日內送達訴願人、參加人及原行政處分機關。又依訴願法第九十條規定，「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內向高等行政法院提起行政訴訟」，此稱爲法律救濟途徑之告知（Rechtsbehelfsbelehrung 日譯教示）。上述告知記載舊法已有，但欠缺對未爲告知或告知錯誤之效果規定，以致於並不周延。新法彌補此一缺點分別設有規定：「對於得提起行政訴訟之訴願決定，因訴願決定機關附記錯誤，向非管轄機關提起行政訴訟，該機關應於十日內將行政訴訟書狀連同有關資料移送管轄行政法院，並即通知原提起行政訴訟之人」（第九十一條第一項）；「有前項規定之情形，行政訴訟書狀提出於非管轄機關者，視爲自始向有管轄權之行政法院提起行政訴訟」（同條第二項）。訴願決定書附記之告知（教示）錯誤者，「應由訴願決定機關以通知更正之，並自更正通知送達之日起，計算法定期間」（第九十二條第一項）；「訴願決定機關未依第九十條規定爲附記，或附記錯誤而未依前項規定通知更正，致原提起行政訴訟之人遲誤行政訴訟期間者，如自訴願決定書送達之日起一年內提起行政訴訟，視爲於法定期間內提起」（同條第二項）（註六四）。

註六四：此次修改訴願法較舊法條文增加兩倍，字數增加更多；其實不少條文結構不夠嚴謹，贅語連篇，試舉第九十二條爲例，共分爲兩項，字數達一百五十個。吾人試改寫爲：「訴願決定未依第九十條規定爲附記或附記錯誤者，應更正之，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間。因未爲附記或更正，致遲誤行政訴訟期間時，自訴願決定書送達之日起一年內，視爲法定期間」。字數已減少三分之一，文義尚略勝一籌。原條文所謂「致原提起行政訴訟之人遲誤行政訴訟期間」，「如自訴願決定書送達之日起一年內提起行政訴訟」，尤其累贅。

三、訴願決定之類別

法院之裁判依其性質可分爲程序裁判與實體裁判，前者乃關於訴訟程序上之爭點的意思表示，通常以裁定之形式爲之，其就實體上爭點所爲者原則上應用判決方式，民事訴訟如此，行政訴訟亦然。訴願決定固然亦可就其判斷之事項，分辨其爲程序決定抑實體決定，但均通稱決定，自無從由名稱而定其性質。故訴願決定較有意義之分類，應就其決定之內容爲斷：

1. 不受理之決定

訴願不受理之決定指訴願之提起不合法，應從程序上駁回者而言，與以裁定駁回原告之訴的情形相當。訴願法第七十七條規定，下列各款情形應爲不受理決定：一、訴願書不合法定程式不能補正或經通知補正逾期不補正者：訴願書應依法定之程式記載（第五十六條），訴願書不合法定程式能補正者，應命其於二十日內補正（第六十二條），凡不能補正或逾期不補正之事件，即屬本款所定情形。二、提起訴願逾法定期間或未於第五十七條但書所定期間內補送訴願書者：訴願人於法定期間內向訴願管轄機關或原處分機關表示不服，即有阻斷行政處分確定之效力，但應於三十日內補送訴願書，此

爲第五十七條所明定，若逾期未補送即與未於法定期間提起訴願同。三、訴願人不符合第十八條之規定者：即訴願人非行政處分相對人亦與行政處分無利害關係之人，而非法人團體未設置代表人或管理人者亦不得爲訴願人。又所謂毫無利害關係指無須審查，即可確定系爭行政處分對訴願人權益並無任何影響之謂，若應經審查而後始能確定，則屬訴願有無理由問題。四、訴願人無訴願能力而未由法定代理人代爲訴願行爲，經通知補正逾期不補正者：本款係配合第二十條有關訴願能力之規定而設。五、地方自治團體、法人、非法人之團體未由代表人或管理人爲訴願行爲，經通知補正逾期不補正者。六、行政處分已不存在者：本款說明欄謂「行政處分不存在，指原行政處分經撤銷之情形而言」，旨在避免將行政處分已因期間屆滿、執行終了或其他事由而失效，均視爲行政處分不存在，遽將訴願駁回之不當，蓋行政處分雖不存在，訴願人尚有可回復之法律上利益時，仍應許其提起或續行訴願及行政訴訟（參照釋字第二一三號解釋第三項）。七、對已決定或已撤回之訴願事件重行提起訴願者：目的在防止當事人濫訴，及基於一事不再理之原則而設，認定訴願事件是否相同，則應就訴願人、原處分機關及訴願標的等項予以判斷。八、對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者：所稱非行政處分指事實行爲、觀念通知、公法契約及行政命令等雖屬行政機關之公權力行爲，但皆非訴願之對象者而言，至於其他不屬訴願事項，包括根本非公法性質之民事事件或公權力之單方行爲但另有替代訴願之途徑者，諸如公務人員保障法上之復審或申訴、律師或會計師之懲戒等事項。上述訴願法第七十七條各款，係從行政院暨所屬各級行政機關訴願審議委員會審議規則第十三條修正增列，與審議規則比較最大不同乃刪除「訴願已無實益」（規則第十三條第五款後段）及「其他不應受理之事由」（同條第七款）兩種不受理原因。其實刪除亦造成不周延之結果，因爲立法意旨既將行政處分不存在界定爲行政處分經撤銷，則不存在無法涵蓋行政處分縱由訴願決定予以撤銷，亦無實益之情形，假如某種考試之應考人因體格檢查或其他資格遭認定不符，而爲主辦考試機關拒絕其報考，應考人提出訴願，在作成訴願決定前考試早已結束，且法令修改未來不可能再辦理相同之考試，則訴願決定縱認定其合於報考資格，亦無任何實益可言（註六五）。至於其他不應受理之事由，例如多種法律皆規定，提起訴願之前應先經先行程序，如未踐行此類程序即屬不應受理之事件（註六六）。原審議規則此兩款規定並非第七十七條之八款所能囊括無遺，故解釋上應認爲該條各款係例示性質，並無「列舉之規定視爲排除其他」之作用。

註六五：司法院三十四年院字第二八一〇號解釋即以考試已完畢，對決定是否及格不具實益，訴願應不予受理爲主旨。此種見解目前實務上已不採，蓋考試縱已放榜，如成績核計錯誤，仍非不能補行錄取，故所謂不具實益前述解釋並非恰當之例，另應注意大法官釋字第五四六號解釋對院字二八一〇號之變更。

註六六：參照陳志清，前書，八十七頁。

2. 訴願無理由之決定

受理訴願機關審理訴願事件之結果，認其無理由者，應以決定駁回之（訴願法第七十九條第一項），所稱無理由謂訴願指摘原處分違法或不當在法律上並不成立。駁回訴願之理由，受理訴願機關有自行斟酌之權，不受原處分所憑理由或原處分機關答辯時之陳述所侷限。原處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由認爲正當者，應以訴願爲無理由（同條第二項）。

3. 訴願有理由之決定

認訴願爲有理由者，亦即原處分有違法或不當情形，應於訴願人所聲明之範圍內，撤銷原處分，

但不受其主張之理由或證據之拘束，訴願理由雖無可採，但依其他理由認爲原處分有撤銷原因者，仍應以訴願爲有理由。撤銷原處分不限於全部撤銷，亦可爲一部撤銷，一部駁回之決定（第八十一條前段）。訴願人對原處分未聲明不服部分，依法產生形式的存續力（確定力），除非與已聲明不服之部分有不可分之關係外，受理訴願機關不得予以審查。撤銷原處分後，並得視事件之情節，逕爲變更之決定或發回原處分機關另爲處分（同條中段）。至於如何視情節單純撤銷、自行變更或發回重爲處分，本章第三節已有詳細敍述，於此不贅。又受理訴願機關撤銷原處分，發回原處分時，第八十一條第二項規定應指定相當期間命其爲之。此項規定爲此次修法所新增，爲嗣後訴願決定書必須記載之事項，但不限記載於主文，在理由中指明亦可，其方式可仿司法院大法官宣告法令違憲時，諭知猶豫期間之作法。期間之長短如何？是否相當固爲受理訴願機關裁量之事項，但最長不宜超過訴願法第二條第二項之二個月期間。但原處分機關若未遵守指定期間，逾期始重爲處分，於效力並不生影響。

4. 依職權撤銷或變更原處分

依職權撤銷或變更，依訴願法第八十條第一項規定，指「提起訴願因逾法定期間而爲不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。」按提起訴願因逾法定期間而遭不受理之決定者，行政處分即具有形式的存續力（確定力），凡已有存續力之行政處分，原處分機關或其上級機關發現其違法或不當時，在一定之條件下並非不得依職權撤銷或變更，與法院之裁判一經確定，法院無論依職權或依聲請絕對不能予以更動之情形不同。故依職權撤銷或變更原處分，實不限於逾法定期間致不受理之單一情形，其他訴願因不合法而被駁回者，亦不能完全排除。第八十條第一項前段之文字係承襲舊法第十七條第二項而來，而舊法之規定諒基於訴願僅因逾期而遭駁回，「最堪同情」之故，蓋若非逾期，原本可獲救濟。舊法第十七條第二項依其文義，有關機關只要認爲原處分違法或不當，即可不顧信賴利益無條件變更或撤銷，顯與公認之行政法學理不符，新法起草時遂將行政程序法草案中有關違法處分之撤銷及信賴保護條款全盤採爲第八十條第二項至第三項之規定：依職權之撤銷或變更，有下列情形之一者，不得爲之：「一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。」行政處分受益人有下列情形之一時，其信賴不值得保護：「一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使原行政處分機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或爲不完全陳述，致使原行政處分機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知原行政處分違法或因重大過失而不知者。」至於信賴利益之補償則規定於該條之末項：「行政處分之受益人值得保護之信賴利益，因原行政處分機關或其上級機關依第一項規定撤銷或變更原行政處分而受有損失者，應予補償。但其補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。」上述條文適用時尚有以下三點應予注意：㈠首須以行政處分已經確定，在訴願程序上已處於不得撤銷或變更之狀態爲前提，因爲不得撤銷或變更之處分，其信賴程度與爭訟繫屬中尚未確定者，不能相提並論。㈡如訴願由第三人提起，若因而發現原處分違法（包括第三人之訴願爲無理由或不合法駁回在內），與該管機關依職權發覺之情形，並無不同，如原處分對相對人已屬確定，則亦應考慮該相對人信賴利益之保護（註六七）㈢信賴保護原則係基於維持社會生活中法秩序之安定，以及保障人民權益之目的而建立，爲現代法治國家最重要原則之一（註六八）。行政處分已發生形式的存續力，且因其授益性質對處分相對人產生信賴保護之利益時，該管機關自應予以尊重，

倘欲依職權撤銷或變更，亦須以原處分顯然違法爲限，外國立法例及我國行政程序法（第一一七條），亦均以行政處分「違法」爲撤銷之條件，訴願法第八十條則除違法外尚包括「不當」，適用時似應審愼，不宜過分擴張。

註六七：Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 1978, § 48 Rn. 10.; F. O. Kopp. VwGO, 8. Aufl., 1989, S.847f.

註六八：Vgl. Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S.210, 311, 314f., P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S.216.

5. 情況裁決

情況裁決與行政訴訟法第一九八條之情況判決相當，皆爲來自日本之制度，其利弊得失在討論情況判決時已經說明，不再贅述。訴願法就情況裁決規定如下：「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願」（第八十三條第一項）；前項情形，訴願決定書主文仍應載明原處分違法或不當（同條第二項），例如，似可作如下之記載：「㈠原處分違法（或不當）。㈡經斟酌一切情事訴願應予駁回。」。成爲情況裁決對象之原處分係屬違法，並不因主文有駁回訴願之字樣而改變，故因此權處分遭受損害者，本可請求國家賠償。訴願法第八十四條特賦予該管機關介入之權限：「受理訴願機關爲前條決定時，得斟酌訴願人因違法或不當處分所受損害，於決定理由中載明由原行政處分機關與訴願人進行協議」（第一項），「前項協議與國家賠償法之協議有同一效力」（第二項）。

四、訴願決定之效力

訴願決定亦爲行政處分之一種，行政處分所具有之效力包括存續力（確定力）、構成要件效力、確認效力等在訴願決定自亦具備。按行政程序可大別爲兩類：即非爭訟性（nichtstreitiges Verfahren）與爭訟性（streitiges Verfahren）程序，前者所產生之結果多屬通常之行政處分，後者則以作成爭訟裁決性處分（streitentscheidender Verwaltungsakt）爲目的。訴願程序之情形係由一個中立之層級，就兩造之爭執經由類似法院訴訟之過程，確定事實及適用法規，訴願決定便屬典型之爭訟裁決性處分，自應承認其具有較強之效力或拘束效果（Bindungswirkung）（註六九）。質言之，經訴願決定作實體上判斷之事件，應有一事不再理原則之適用，除有再審之法定原因外，原處分機關或其上級機關（包括訴願決定機關），均不得重開程序或任意撤銷或變更，如有法定廢止原因則另當別論。訴願法第九十五條稱：「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力；就其依第十條提起訴願之事件，對於受委託行使公權力之團體或個人，亦有拘束力」。本條規定解釋論上應作上述瞭解；但後段文字似嫌多餘，因爲受委託行使公權力者，就爭訟事件言當然有機關之地位（參照釋字第二六九號解釋）。又第九十六條增設規定：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重爲處分者，應依訴願決定意旨爲之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」具有加強訴願決定拘束力之作用，原處分機關重爲處分，除有在訴願決定作成時未發現之新事證，或訴願決定明顯預留餘地外，不得爲與已撤銷之原處分內容相同的處分（參照釋字第三六八號解釋）。

註六九：行政處分有無實質的確定力乃行政法學上聚訟紛云之問題，大體言之：強調行政效能或所謂實質

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】92,訴,4609
【裁判日期】940215
【裁判案由】土地增值稅
【裁判全文】
臺北高等行政法院裁定

92 年度訴字第 4609 號

原　　告　鄭　幼
被　　告　台北市稅捐稽徵處
代 表 人　謝松芳（處長）住同上
訴訟代理人　簡淑如
　　鄭美琪
　　李毓聰

上當事人間因土地增值稅事件，原告不服台北市政府中華民國 92 年 8 月 27 日府訴字第 09215381900 號訴願決定，提起行政訴訟。本院裁定如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、原告於民國 92 年 10 月 14 日起訴意旨略以：伊所有坐落台北市南港區麗山段 2 小段 461 地號等 8 筆土地，於 67 年間訂約出售予案外人林文珍，嗣因林文珍因案被判刑入獄，延至 79 年間始向被告所屬南港分處申報移轉現值及申請免徵土地增值稅，並經核准免徵在案。嗣該分處以其查得林文珍非屬名實相符之農民，依法不得免徵土地增值稅為由，通知原告補徵原免徵之土地增值稅額計新台幣（下同）4,239,293 元。原告不服，於 81 年 11 月 26 日申請復查，經被告以 82 年 1 月 29 日北市稽法（乙）字第 91751-1 號復查決定：「復查駁回。」上開復查決定書於 82 年 2 月 13 日送達，原告因不諳法律，未於法定期間內提起訴願而告確定。其後原告認林文珍無自耕能力，而蒙騙原告有自耕能力，向原告購買農地，致原告受有損害，而於 86 年間向台灣台北地方法院檢察署告訴林文珍詐欺，案經檢察官履勘台北市信義區祥和段四小段第 89、90 地號 2 筆土地，查明林文珍確在上開土地種植南洋杉、檳榔樹、椰子樹多年，且據財團法人台灣基督教長老教會出具證明書證明林文珍在該教會擔任董事長係屬無給職，因而於 86 年 6 月 28 日給予林文珍不起訴處分在案，另近日原告與林文珍聯繫得知林文珍因具有農民身分，而一直參加農民健康保險，此項新證據，如獲斟酌應可獲得較有利之行政處分，雖其發生時間在原告起訴前之 5 年前，惟行政程序法係在 88 年 2 月 3 日製定，90 年 1 月 1 日施行，原告係在該法施行後，始能依據該法第 128 條之規定，申請撤銷或廢止被告原對原告課徵土地增值稅之該課處分，因依行政程序法第 128 條之規定訴請撤銷被告所屬南

港分處於 81 年 10 月 14 日對原告而為補繳土地增值稅之行政處分。審理中原告復於 94 年 1 月 12 日當庭提出追加起訴狀，主張伊於 67 年間將所有南港區麗山段 2 小段第 461、462 地號，同段 5 小段第 24、88、93、202、206 地號及舊莊段 4 小段第 474 地號等 10 筆土地持分，以 10 萬元出售予林文珍，嗣因林文珍因案被判刑入獄，延至 79 年間始向被告所屬南港分處申報移轉現值及申請免徵土地增值稅，並經核准免徵在案。嗣該分處以其查得林文珍非屬名實相符之農民，依法不得免徵土地增值稅為由，通知原告補徵原免徵之土地增值稅額計 4,239,293 元。惟據被告 93 年 6 月 23 日北市稽財乙字第 09361533800 號函略謂「本案地號土地為耕地以外之其他農業用地，依行為時土地稅法施行細則第 58 條規定，移轉時申請免徵土地增值稅或辦理產權移轉登記，毋須檢附買受人自耕能力證明書，僅須檢附繼續作農業使用承諾書等文件即可，是以林君（指本案買受人林文珍）有無自耕能力，非稅捐稽徵機關及登記機關應審查之事項，本處南港分處自毋庸通報地政機關」，並認其依財政部 81 年 5 月 20 日台財稅第 810154756 號函釋前段規定補徵原免徵土地增值稅款，「依法並無不合」，查被告以「經查林君並非名實相符之農民」為由撤銷原免徵之土地增值稅，而被告上開復函，竟又自稱買受人有無自耕能力，非稅捐機關及登記機關應審查之事項，其明顯自相矛盾，倘是否有自耕能力，非被告應審查事項，則被告又如何審查得悉林文珍非名實相符之農民？又如何得以該理由撤銷原免徵土地增值稅之處分？益徵其行政處分之瑕疵。次查依據被告復函所稱本案土地因屬耕地以外之其他農業用地，故移轉時僅須檢附買受人繼續作農業使用承諾書即可，而無須檢附買受人之自耕能力證明書，依該立法意旨，顯見耕地外之其他農業用地其管制強度與耕地用之農地並不相同，而無買受人必須有自耕能力之限制及要求；法令僅就標的土地之使用目的作管制，而未就買受人資格作管制，被告逕予「經查買受人林君非名實相符之農民」即撤銷本件原免徵土地增值稅之處分，恐有曲解法令之原意，其處分顯有違誤。原告出售 10 筆土地予林文珍，惟林文珍委託之代書將其分成兩批送件，第 1 批計有南港區麗山段 2 小段第 461、462 地號，同段 5 小段第 24、88、93、202、206 地號共 7 筆土地、另一批則再分送舊莊段 4 小段第 474 地號，及南港區麗山段 5 小段第 42、45 地號 2 筆土地移轉申請案，該 10 筆土地均過戶完成後，經查於 80 年 8 月間，最後移轉登記之麗山段 5 小段第 42、45 地號 2 筆土地即經被告轄下信義分處通知後，遭地政機關逕為撤銷移轉登記，土地回復為原告所有亦無補繳增值稅之問題，惟同樣以林文珍自耕農身分辦理移轉之其他 8 筆土地，被告卻係以通知補繳增值稅之方式處理，明顯為完全相同之事件竟為完全迥異之處理，行政機關就同一事件為不同之處理，致影響人民之權益，應屬重大瑕疵。為此追加訴訟，先位聲明請求判決確認被告 81 年 10 月 14 日以「經查林君非名實相符之農民」為由，撤銷原免徵土地增值稅之行政處分，係屬無效之行政處分。備位聲明則仍維持原聲明請求判決撤銷被告 81 年 10 月 14 日對原告補徵土地增值稅 4,239,293 元之核課處分。

二、關於追加確認之訴部分：

(一)按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意，或行政法院認為適當者，不在此限。」行政訴訟法第 111 條第 1 項定有明文。

(二)本件原告於起訴時係請求判決撤銷被告所屬南港分處於 81 年 10 月 14 日對原告而

為補繳土地增值稅之行政處分。審理中則以被告所屬南港分處 81 年 10 月 14 日撤銷原免徵土地增值稅之行政處分，係以林文珍非名實相符之農民作為撤銷原核定免徵土地增值稅之理由，惟據被告 93 年 6 月 23 日北市稽財乙字第 09361533800 號函略則謂「本案地號土地為耕地以外之其他農業用地，依行為時土地稅法施行細則第 58 條規定，移轉時申請免徵土地增值稅或辦理產權移轉登記，毋須檢附買受人自耕能力證明書，僅須檢附繼續作農業使用承諾書等文件即可，是以林君（指本案買受人林文珍）有無自耕能力，非稅捐稽徵機關及登記機關應審查之事項，本處南港分處自毋庸通報地政機關」，並認其依財政部 81 年 5 月 20 日台財稅第 810154756 號函釋前段規定補徵原免徵土地增值稅款，「依法並無不合」。因認被告所屬南港分處原處分與上開書函所陳相互矛盾，原行政處分顯屬違法為由，請求確認被告所屬南港分處撤銷免徵土地增值稅之行政處分為無效之行政處分云云。被告則於原告請求追加訴訟時即表示不同意原告所為訴之追加。查原告所為追加確認之訴之上開理由，與其請求撤銷原行政處分之理由既有不同，自難認原告所為訴之追加為適當，被告既不同意原告所為訴之追加，則原告追加確認原行政處分為無效之訴訟，自屬起訴不備其他要件，應以裁定駁回之。

三、關於提起撤銷之訴部分：

(一)按「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。・・・1、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。2、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。3、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請。」行政程序法第 128 條定有明文。上開規定所稱「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，加以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。所稱已逾 5 年者不得申請，係指行政處分經合法送達受處分人之翌日起算（法務部 91 年 2 月 25 日法律字第 0090047973 號函釋參照）。

(二)本件系爭行政處分，原告不服申請復查，經被告以 82 年 1 月 29 日北市稽法（乙）字第 91751-1 號復查決定：「復查駁回。」該復查決定書於 82 年 2 月 13 日送達，原告未表示不服提起訴願，此有復查決定書及送達證書附在原處分卷可按，並為原告所不爭，迄原告於 92 年 1 月 30 日及同年 2 月 24 日依行政程序法第 128 條之規定，向原處分機關申請程序再開，顯已逾上開法律所訂 5 年之法定救濟期間，被告所屬南港分處 92 年 3 月 4 日稽南港甲字第 0926025800 號函，對原告 92 年 2 月 24 日申請書，以發現新事實新證據為由，申請程序再開，認其已逾 5 年之申請期限，予以駁回，於法並無不合，訴願決定維持被告屬南港分處此部分之處分，亦稱妥適。至於被告所屬南港分處對原告 92 年 1 月 30 日，以發現新事實新證據為由申請程序再開，僅以案已確定函復原告，確有未就原告之申請為准駁之情形，於法尚有未合，訴願決定認其係觀念之通知予以不受理之決定，亦有未洽，惟本件原告再度向被告

所屬南港分處提出申請，該分處已作實體之處分，訴願機關亦已作實體之訴願決定，已見前述，則該部分自無再予撤銷，發回訴願機關另為實體之訴願決定之必要，合併敘明。從而，本件原告此部分之訴，因原告向被告所屬南港分處申請程序再開之時，已逾法定之 5 年期限，是原告之訴有不備其他要件之違法，亦應以裁定駁回之。

四、兩造其餘攻擊防禦方法均與本件裁判結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

五、依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　2　　月　　15　　日

第七庭審判長法　官　鄭小康

法　官　黃秋鴻

法　官　林金本

上為正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於送達後 10 日內向本院提出抗告狀（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　2　　月　　15　　日

書記官　王英傑

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】93,訴,2919
【裁判日期】940824
【裁判案由】都市計畫
【裁判全文】
臺北高等行政法院裁定

93 年度訴字第 2919 號
94 年 8 月 11 日辯論終結

原　　告　林國華
被　　告　新竹市政府
代 表 人　林政則（市長）
訴訟代理人　方迺中
　　魏春玉
　　陳志偉

上列當事人間因都市計畫事件，原告不服新竹市政府中華民國 93 年 8 月 19 日台內訴字第 0930005133 號訴願決定，提起行政訴訟。本院裁定如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事　實

一、事實概要：原告為坐落新竹市新興段（重劃前地號）1855、1876 號等兩筆土地耕地租約共同承租人之一，民國 92 年 12 月 22 日原告以聲請書向被告陳情，謂系爭土地於其繼承人 72 年 5 月 31 日辦理繼承移轉登記時，檢具被告所屬建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明書載明系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區，但被告所屬建設局 75 年 6 月 3 日以 75 市建都字第 3730 號函復原告申請系爭土地土地使用分區證明時則稱，系爭土地係屬新竹（西南地區）細部計畫內尚未地籍分割，請俟地政單位分割後再行申請，又依 74 年 10 月 24 日新竹市地政事務所土地複丈成果圖系爭土地無住宅區之建築線，亦無公共設施，主張系爭土地於 75 年 6 月 3 日前既無編定住宅區，從而被告所屬建設局前揭土地使用分區證明書核定系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區有誤，應予更正。被告以 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函復：「...二、查旨揭兩筆地號土地，係屬 45 年 5 月 28 日公告實施之新竹市都市計畫，土地使用分區為住宅區；暨民國 71 年 2 月 2 日公告實施之新竹都市計畫（西北、西南地區）都市計畫範圍內，土地使用分區為部分住宅區部分道路用地，並非台端所述無編定使用分區...三、本府依法辦理樁位測定及公告後，再依法辦理分割，並於民國 76 年 2 月 2 日完成分割登記，新興段 1876 號土地分割為 1876、1876 之 1、...1876 之 9 等 10 筆地號土地，及同段 1855 地號土地分割為 1855、1855 之 1 地號等貳筆土地。其中同段 1876、1876

之 2、1876 之 3、1876 之 5、1876 之 6、1876 之 7、1876 之 9 及 1855 之 1 地號土地使用分區為住宅區，另同段 1876 之 1、1876 之 4、1876 之 8 及 1855 等地號土地為道路用地。四、茲因地籍尚未分割完竣時土地使用分區為部分住宅區部分道路用地，本府 75 年 6 月 3 日 75 市建都字第 3730 號函略示：『...該兩筆土地尚未地籍分割，俟地政單位分割後再行申請...』。而台端指稱建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明為住宅區，請提供相關文件后本府再行處理。」原告復於 93 年 3 月 25 日提出再聲請書向被告陳情，指稱系爭土地於 75 年 12 月 19 日公告重劃前地目為田地，重測前為新興段 92、95、100、101、110 號等 5 筆土地目為田地，其土地謄本上蓋有「都市土地」，證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 19 日為平均地權條例第 3 條規定之都市計畫範圍內之土地，其土地使用分區為農業用地，主張系爭土地應更正為 45 年 5 月 28 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內農業用地，暨民國 71 年 2 月 2 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內新竹西南地區細部計畫範圍，土地使用分區為農業用地。被告以 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函復原告：「台端再聲請本市新興段（重劃前地號）1855、1876 共貳筆地號土地使用分區係都市計畫範圍內之住宅區疑義乙案，本府業於 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函回覆在案，復請查照。」原告不服，提起訴願，經訴願決定駁回，原告猶未甘服，遂向本院提起行政訴訟。

二、兩造聲明：

(一)原告聲明：

訴請判決坐落於新竹市新興段（重劃前地號）1855、1876 號等二筆土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日屬都市計畫範圍內農地，土地使用分區為農業用地。

訴請判決被告之建設局 72 年 6 月 14 日 72 建都字第 2862 號土地使用分區證明書所載系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區，更正為系爭土地係屬都市計畫範圍內農業用地。

訴訟費用由被告負擔。

(二)被告聲明：

駁回原告之訴。

訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之主張：

甲、原告主張：

(一)訴願決定理由第 1 條指明都市計畫法第 23 條第 3 項規定第 3 項規定細部計畫核定發布實施後，應於 1 年內豎立都市計畫樁、計畫座標及辦理地籍分割測量，並將道路及其他公共設施用地，土地使用分區之界縣測繪於地籍圖上，以供公眾閱覽或申請謄本之用；及訴願決定理由第 2 條指稱系爭土地於 45 年公告都市計畫，土地使用分區為住宅區，暨於 71 年 2 月 2 日公告都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內，土地使用分區為部分住宅區、部分道路區，依法辦理樁位測定及公告後，再依法辦理分割於 76 年 3 月 2 日完成分割登記。該決定理由所指系爭土地於 76 年 3 月 2 日以都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內辦理分割登記，惟查：系爭土地應於 73 年 2 月 1 日完成前開都市計畫法第 23 條第 3 項規定之，且分割登記為 1855、1855

之 1、1876、1876 之 1 至之 9 等 12 筆土地，其中 1855 之 1、1876、1876 之 2、1876 之 3、1876 之 5、1876 之 6、1876 之 7、1876 之 9 號等 8 筆土地為住宅區，其中 1855、1876 之 1、1876 之 4、1876 之 8 號等 4 筆土地為道路用地，經新竹市地政事務所 74 年 10 月 24 日即新竹地方法院 74 年度訴字第 1652 號租佃爭議事件之系爭土地複丈成果圖證明系爭土地於 74 年 10 月 24 日前無依都市計畫法第 23 條第 3 項規定辦理之及分割登記該 12 筆土地，又系爭土地登記謄本因 34 年台灣光復於 35 年土地總登記，在於 66 年 8 月 6 日重測登記，繼於 76 年 3 月 5 日土地重劃奉新竹市政府即被告 76 年 3 月 2 日府地劃字第 72681 號函辦理重劃分割登記分割為上開 12 筆土地，依該 12 筆土地登記謄本之登記原因欄、原因發生欄、備考欄等載證為 76 年 3 月 2 日土地重劃奉被告 76 年 3 月 2 日府地劃字第 72631 號函是辦理分割登記等字樣，又於 77 年 11 月 15 日土地重劃將前開 12 筆土地變更為新興段 17、19、50、57、59、63、64、73、93、95 號等 10 筆土地，於該土地登記謄本查無 76 年 2 月 2 日之都市計畫新竹西北、西南細部計畫範圍內之分割上開 12 筆土地登記，有 66 年 8 月 6 日前之系爭土地為新興段 92、95、100 、101、110 號等 5 筆土地登記謄本、76 年 3 月 5 日之上開 12 筆土地登謄本、77 年 11 月 15 日之新興段 1 小段 17 號等 10 筆土地登記謄本等為證，此證明系爭土地於 76 年 3 月 2 日土地重劃分割登記，非依都市計畫法第 23 條第 3 項規定辦理都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內之分割登記，況且被告之都市發展局 93 年 3 月 12 日局都計字第 2793 號土地使用分區證明書載明系爭土地於 87 年 11 月 26 日公告實施都市計畫（新竹西南地區）細部計畫，又被告 93 年 3 月 24 日府地劃字第 0930038570 函之說明第 3 條指證系爭土地於 75 年 12 月 19 日至 76 年 1 月 17 日重劃，足以證明被告之答辯確實有捏造證據。綜合上開 3 件證物足以證明系爭土地於 71 年 2 月 2 日根本無公告都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內，自無土地使用分區為部分住宅區，部分道路用地。

(二)修正前土地法第 30 條規定私有農地所有權之移轉，其承受人以承受後能自耕者為限，承受農地需檢附自耕能力者之法令為內政部 70 年 3 月 20 日台內地字第 1409 號函令第 1 項、第 2 項規定未實施區域計畫或都市計畫地區之田、旱地目土地，及經都市計畫編訂為農業區或保護區之田、旱地目土地，有內政部地政司 79 年 12 月 14 日 79 地政發字第 16864 號函為證，足以證明修正前土地法第 30 條規定農地所有權移轉需檢自耕能力是以地目田、旱地為執行土地使用現況及法定用途認定標準，但本案內政部訴願決定理由第 2 條指稱「...訴願人主張系爭土地於 34 年台灣光復至 75 年 12 月 18 日地目田地，仍做農作物生產使用，並課征田賦稅，應屬農業用地乙節，...該地目等則係日據時期為課徵土地稅賦，依土地使用現況所銓定，唯沿襲至今，地目等則之記載與土地使用現況已有失實，是地目亦不得作為土地使用現況或土地法定用途認定標準，內政部 88 年 3 月 3 日台（88）內字第 8888644 號函令有釋示...」，顯然該訴願決定理由引用 88 年 3 月 3 日法令判決，確實有誤，且該 88 年 3 月 3 日函令不得溯及既往，應依 34 年台灣光復至 77 年 12 月 18 日之法令為判決依據。

(三)所謂都市土地，都市計畫範圍內，依平均地權條例第 3 條規定都市土地依法發布都市計畫範圍內之全部土地，及司法行政部 59 年 5 月 12 日台 59 民字第 3403 號令之提示

高等以下各級法院辦理租佃爭議事件注意要點第 9 條規定指證實施都市計畫範圍內即實施都市平均地權條例範圍，實施都市平均地權條例於 66 年 2 月 2 日修正為平均地權條例，該 2 條法令規定足以證明都市土地、都市計畫範圍內非依都市計畫法第 3 條規定之都市計畫，亦非依都市計畫法公告之實施都市計畫地區範圍內之土地，也非區域計畫法第 3 條規定之區域計畫，但內政部訴願決定理由指稱平均地權條例第 3 條所稱都市土地即係指都市計畫法公告實施都市計畫地區範圍內之土地，該決定理由實有違法判決，惟查：依據被告之建設局都市計畫課（該課於 88 年後係屬都市發展局所屬單位）76 年 12 月 1 日 76 市建都字第 12035 號函載證系爭土地業經新竹縣政府（45 年被告身為新竹市公所）45 年 5 月 28 日府建土字第 17653 號公告實施都市計畫範圍內；新竹市地政事務所 87 年 4 月 22 日 87 新地一字第 3218 號函載證系爭土地於 72 年申辦繼承登記時，其繼承人等有檢附被告之建設局 72 年 6 月 14 日 72 建都字第 2862 號土地使用分區證明書所載系爭土地係屬都市計畫範圍內；該二件證據證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 72 年 6 月 14 日係實施都市計畫範圍內，地目田地，有 35 年至 66 年 3 月 22 日之重測前地號 92、95、100、101、110 號 5 筆土地登記謄本，及 66 年 3 月 23 日至 76 年 3 月 1 日之土地登記謄本為證，自無系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告實施都市計畫及土地使用分區編為住宅區，亦自無 71 年 2 月 2 日公告都市計畫（新竹西北；西南地區）細部計畫及土地使用分為部分住宅區，部分道路用地，況有前第 1 條 3 件證物證明之，故系爭土地於 75 年 12 月 18 日前依內政部 70 年 3 月 20 日台內地字第 10409 號函令第 1 項規定未實施都市計畫或區域計畫地區之田、旱地目土地應受修正前土地法第 30 條規定限制，而土地使用分區應列管，惟農業用地，足以證明內政部訴願決定理由及被告確實認定系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告實施都市計畫法範圍內即為都市計畫法公告之都市計畫，都市計畫即是編定住宅區，土地使用分區即為住宅區，就是系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日實施都市計畫範圍內即是都市計畫，土地使用分區為住宅區。

(四)行政院 62 年 9 月 20 日 62 經字第 7916 號函令潘部之限制建地擴展方案規定建地地區應分期分區開發，後期開發地區之農地仍保留，是以前項都市計畫區內之農地所以編定為建築用地，但尚未確定分期分區開發，其目前無建築之可能者，自應視同上開之後期開發地區，仍應保留作農業生產之用，故所有權之移轉承受人應依修正前土地法第 30 條規定限制檢附自耕能力證明，該函令所稱都市計畫區內是指都市計畫擬定，變更程序畫定之計畫地區範圍內，有內政部營建署 93 年 5 月 3 日營署都字第 0930029107 號函為證；又內政部 63 年 10 月 19 日台內地字第 597048 號函令規定都市計畫範圍內之農地，雖已編定為建築用地，但尚未確定分期分區開發，除已完成細部計畫，或能確定建築線，或主要公共設施已照主要計畫完成，依法得申請建築者外，其承受人仍應受修正前土地法第 30 條規定限制檢附自耕能力證明，該二函令有相同規定之處，有最高法院 69 年度台上字第 3592 號民事判例為座落於彰化縣鹿港鎮永安段 3629 號土地於 62 年 2 月 2 日買賣契約標地之移轉登記案件，該土地地目田地，有土地登記謄本為證，該土地於 60 年 8 月 24 日由鹿港鎮公所劃入都市計畫住宅區，惟其細部計畫迄今未完成，又都市計畫範圍內之農地，除已完成細部計畫、或能確定建

築線、或公共設施已照主要計畫完成，依法得申請建築者外，其承受人仍應具自耕能力證明，經內政部 63 年 10 月 19 日內地字第 59048 號函令釋示有案，而其買方無自耕能力所承受該土地有違修正前土地法第 30 條規定，其買契約標的依法應屬無效，為所有權移轉登記自屬不應准許等判決，此判例證明農地之認定是依據土地登記謄本之地目田地即為農地，及農地經公告都市計畫編定住宅區，但細部計畫未完成仍受修正前土地法第 30 條規定限制，該爭議問題是承辦單位依都市計畫住宅區核發土地使用分區證明書，地政事務所是該土地使用分區證明書之都市計畫住宅區不受修正前土地法第 30 條規定限制，故核發土地使用分區證明書之承辦單位應列管農地經公告都市計畫住宅區仍受上開二項函令規定限制於核發土地使用分區證明應列管為農業用地，惟查：系爭土地於 34 年台灣光復至 75 年 12 月 18 日地目田地即為農地，並如內政部訴願決定理由系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告都市計畫編訂住宅區，暨於 71 年 2 月 2 日公告都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內編訂為部分住宅區、部分道路用地，依前第 1 條之 3 件證物證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日未依都市計畫法第 23 條第 3 項規定辦理根本無法申請建築，又長達 30 年又 6 個月期間更無分期分區開發應為後期開發地區之農地仍保留，保留作農業生產之用，應受修正前土地法第 30 條規定限制，有行政院 62 年 9 月 20 日台 62 經字第 7916 號函令釋示，參照前開最高法院 69 年度台上字第 3592 號民事判例，而行政院 62 年 9 月 20 日台 62 經字第 7916 號函令於 76 年 6 月 5 日經行政院 76 年 6 月 5 日台 76 內字第 1187 號函廢止，有內政部中部辦公室 93 年 4 月 22 日台內中營字第 0933503578 號函為證，故系爭土地於 75 年 12 月 18 日前仍受行政院 62 年 9 月 20 日台 62 經字第 7916 號函令規定限制及修正前土地法第 30 條限制，故系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日土地使用分區證明應列管為農業用地。

(五)系爭土地出租原告訂有三七五租約在案（租約地段地號系屬重劃後地段、地號），系爭土地原所有權人即出租人林金龍於 75 年 3 月 25 日死亡，有林金龍戶籍謄本為證，依內政部 65 年 4 月 12 日台內地字第 673252 號函令第 1 項第 5 款規定原告有系爭土地之優先承購權，故原告得為提出本案件。

(六)依據內政部訴願決定理由第 2 條指稱系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告實施都市計畫，土地使用分區為住宅區，暨於 71 年 2 月 2 日公告實施都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內，此證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 38 日非屬都市土地不適用平均地權條例第 22 條第 1 項第 2 款規定都市土地於公共設施為完竣前，仍依農業用地課徵田賦稅，應以該土地使用分區為都市計畫之住宅區課徵地價稅，道路用地免徵地價稅，不因 71 年 2 月 2 日公告實施都市計畫（新竹西北、西南地區）細部計畫範圍內之土地使用分區為部分住宅區、部分道路用地，就以平均地權條例第 22 條第 1 項第 2 款規定由地價稅改徵田賦稅，但被告於 93 年 5 月 25 日本案訴願答辯書之事實及理由第 3 條指稱系爭土地於 79 年 12 月 19 日前依平均地權條例第 22 條第 1 項第 2 款規定課徵田賦稅，經前開證物證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日非屬都市土地不適用平均地權條例第 22 條第 1 項第 2 款規定課徵田賦稅，或由地價稅改徵田賦稅，此證據證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12

月 18 日仍課徵田賦稅，其土地使用分區應為農業用地，否則實無適用法令課徵田賦稅，惟查：系爭土地面積共計 1.3355 公頃（土地登記謄本為證）於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日課徵田賦稅，有新竹市稅捐稽徵處 73 年第 1 期系爭土地之田賦實物繳納稅單為證，該田賦實物繳納稅單課徵土地面積共計 1.3355 公頃無道路用地免徵部分田賦稅，該田賦實物繳納稅單足以證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日課徵田賦稅是依土地使用分區為農業用地又地目田地課徵田賦稅，又經前開證物證明內政部 88 年 3 月 3 日台 88 內地字第 888644 號函令不得溯及既往，及系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日係為都市計畫範圍內，地目田地即為農地，故系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日係為都市計畫範圍內農地，土地使用分區為農業用地，才符合課徵田賦要件，是被告確實認定都市計畫範圍內即都市計畫，都市計畫即為住宅區，土地使用分區即為住宅區，亦是都市計畫範圍內即為住宅區，土地使用分區即是都市計畫範圍內住宅區，就是被告之建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明書，將系爭土地係屬都市計畫範圍內農業用地載為系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區，況土地使用分區為都市計畫範圍內住宅區是課徵地價稅不符課徵田賦稅要件，足以證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日確為都市計畫範圍內農地，土地使用分區為農業用地。

(七)被告 77 年 6 月 77 日府第權字第 25696 號函因林炎熐等 4 人於 77 年 6 月 9 日申請系爭土地代為照價收買乙案，該函指證系爭土地已為「都市土地」依行政院 50 年 1 月 9 日台 50 內字第 01 65 號令規定承佃人不得依土地法第 33 條規定申請政府代為照價收買，此證明細爭土地於 77 年 6 月 9 日前仍為都市土地，該都市土地是平均地權條例第 3 條規定公告之都市土地，系爭地係為都市土地是何公告？公告字號？聲請大院調查該證據。

(八)依被告答辯狀之事實第 2 條系爭土地依平均地權條例第 1 項第 3 款規定耕地三七五出租應課徵田賦稅，又被告前開答辯系爭土地於 71 年 2 月 2 日公告實施都市計畫新竹西北、西南地區細部計畫範圍內，土地使用分區為部分住宅區、部分道路用地，並完成椿位測定，故該道路用地為公共設施並免徵田賦稅，惟查：系爭土地全部面積為 1.3355 公頃（1 萬 3 千 3 百 55 平方公尺），於 73 年第 1 期課徵系爭土地支田賦稅的土地面積為 1.3355 公頃，有新竹市稅捐稽徵處 73 年第 1 期系爭土地之田賦實物繳納稅單為證，此證明系爭土地於 71 年 2 月 2 日之土地使用分區無部分為道路用地，足以證明系爭土地 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日根本為未開發地區無建築可能。原告於 93 年 3 月 25 日聲請書聲請系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 19 日是實施平均地權條例第 3 條規定都市土地之都市計畫範圍內，其土地使用分區為農業用地，被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函所載系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告實施之都市計畫，土地使用分區為住宅區，暨 71 年 2 月 2 日公告實施都市計畫新竹西南地區細部計畫範圍內，土地使用分區為部分住宅區、部分道路用地，應更正為系爭土地於 45 年 5 月 28 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內農業用地，暨於 71 年 2 月 2 日公告實施都市計畫新竹西北、西南地區細部計畫範圍內，土地使用分區為農業用地，及被告建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區所

載系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區更正為都市計畫範圍內農業用地，但被告答辯卻捏造為該聲請書聲請系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 19 日為平均地權條例第 3 條規定之都市計畫範圍內，其土地使用分區為「農業區」，主張系爭土地更正為 45 年 5 月 28 日公告實施都市計畫範圍內農業用地，暨 71 年 2 月 2 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內新竹（西南地區）系部計畫範圍，土地使用分區為「農業區」。

(十)揆諸所揭前開法令、證物、判例等足以證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 38 日係屬都市計畫範圍內農地，土地使用分區為農業用地，訴請鈞院依訴之聲明判決。

乙、被告主張：

(一)依訴願法第 1 條規定：「人民對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...」。另同法第 3 條規定：「本法所稱行政處分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」。經查被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函，係函復原告 92 年 12 月 22 日聲請有關被告建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號函土地使用分區證明書所載本市新興段（重劃前地號）1855、1876 等貳筆地號土地使用分區原都市計畫範圍內住宅區更正為系爭土地係屬都市計畫範圍內農業用地，說明：(一)系爭地號土地係屬 45 年 5 月 28 日公告實施之新竹都市計畫、土她使用分區為住宅區...。(二)本府依法辦理椿位測定及公告後，再依法辦理分割...。(三)前因地籍尚未分割完竣時，土地使用分區為部份住宅區、部份道路用地...。請提供相關文件后本府再行處理。另原告所提被告 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函系原告 93 年 3 月 25 日再聲請書內容與 92 年 12 月 22 日聲請書相同，被告函復以「台端再聲請...乙案本府業於 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函回復再案」。被告上開兩函僅為對已發佈之都市計畫內容之說明陳述，並無另為決定或以本府公權力措施之准、駁而對原告發生法律效果之行為，不屬行政處分之行為至為顯著，原告依訴願法對之提起訴願、應為不當合先說明。

(二)再查原告所提系爭地號土地係屬 45 年 5 月 28 日公告實施新竹都市計畫範圍土地使用分區為住宅區。新竹縣政府為指導有秩序之發展，已造成良好生活環境，依都市計畫法第 17 條規定擬定新竹西南、西北地區細部計畫並於 71 年 2 月 2 日府建都字第 23558 號函公告實施，將系爭地號土地劃設部份供道路使用，其土地使用分區則為部份住宅區、部份道路用地。並於公告實施後，依都市計畫法第 23 條規定辦理椿位測定及公告後，再依法辦理分割，並於 76 年 2 月 2 日完成分割登記，其中新興段 1876 地號土地分割為 1876 之 1、1876 之 2...等十筆地號土地，同段 1855 地號土地分割為 1855...等貳筆土地，其中新興段 1876...等 8 筆地號土地使用分區為住宅區，同段 1876 之 1...等 4 筆地號土地使用分區為道路用地。前所述原告所提系爭土地，自 45 年 5 月 28 日新竹都市計畫公告實施依始即納入新竹都市計畫範圍屬都市土地，其土地使用分區為住宅區並於 71 年 2 月 2 日公告實施新竹都市計畫（西南、西北區）細部計畫，劃設部份土地為道路用地，並無原告指稱無編定使用分區或都市計畫範圍內農地土地使用分區為農業用地之情事至為明顯。

(三)依平均地權條例第 22 條規定：非都市土地...徵收田賦，但都市土地「合於左列規定者亦同」，...第 2 款公共設施未完竣前，仍作農業使用者，本案系爭土地被告於 75 年 12 月 19 日依平均地權條例規定辦理重劃前仍供農業使用，依上開規定課徵田賦。本案經原告指系爭土地於台灣光復至 75 年 12 月 18 日開發為建築使用前仍供農業使用課征田賦稅，指稱系爭土地為農業用地，當屬引喻失義，自不足取證。

(四)依都市計畫法第 48 條規定：「依本法指是之公共設施保留地供公用事業設施之用者...依左列方式取得之。(一)徵收(二)區段徵收(三)市地重劃。」本案系取地號土地，被告於細部計畫公告實施，並完成釘樁、地籍分割後，於 75 年 12 月 19 日依平均地權條例第 56 條規定辦理市地重劃開發，原告引此遽斷系爭土地 75 年 12 月 19 日之前非屬都市計畫土地使用分區為住宅區亦屬不當。

(五)依都市計畫法第 26 條規定：「都市計畫經發佈實施後，不得隨時任意變更...。」原告 92 年 12 月 22 日聲請書及 93 年 3 月 25 日再聲請書再要求更正系爭土地使用分區已屬不合，被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函及 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函就系爭土地都市計畫，實質內容及辦理過程分別加以說明回復，應屬允當。

(六)經詳細審閱原告補充起訴理由全卷引述之事實及理由，均以系爭土地自 45 年 5 月 28 日至民國 75 年 12 月 18 日日前依平均地權條例第 22 條第 1 項第 2 款規定課徵田賦稅，引證其土地使用分區應為農業用地為系爭土地出租與原告，並訂有三七五租約，其後因土地所有權人（即出租人）林金龍於 70 年 3 月 25 日死亡，原告對系爭土地之優先承購權而提出本訴，經查依本條例用辭之定義如左：「一、都市土地：指依法發布都市計畫範圍之土地。非都市土地依法編定之農業用地或未規定地價者，徵收田賦。但都市土地合於左列規定者，亦同...。二、公共設施尚未完竣前，仍作農業田地使用者...前項第 2 款及第 3 款以自耕農地及依耕地三七五減租條例出租之耕地為限。」並無可供引都市計畫發佈實施地區土地使用分區為可建築用地，在公共設施未完竣前，仍供農業使用、徵收田賦，變更都市計畫土地使用分區之依據，且本案系爭土地都市計畫發佈實施之土地使用分區，與土地實際使用狀況無關聯，原告為其承租土地之土地所有權人，死亡之優先承購情事要求被告不一都市計畫法第 8 條規定之程序，逕為變更，被告依法駁回其申請，應屬適法，原告為優先承購未思依其適用法令爭取其權益，而思要求被告違法變更土地使用分區，顯已偏頗。

(七)綜前所述：原告所提之訴顯無理由，敬請大院惠予審議並依法駁回其訴，以彰公義。

理　由

一、本件係原告為坐落新竹市新興段（重劃前地號）1855、1876 號等兩筆土地耕地租約共同承租人之一，於 92 年 12 月 22 日向被告陳情謂略以：「系爭土地於其繼承人 72 年 5 月 31 日辦理繼承移轉登記時，有檢具被告所屬建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明書，載明系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區；但該局 75 年 6 月 3 日以 75 市建都字第 330 號函復原告申請系爭土地土地使用分區證明時則稱，系爭土地係屬新竹（西南地區）細部計畫內尚未地籍分割，請俟地政單位分割後再行申請；又依 74 年 10 月 24 日新竹市地政事務所土地複丈成果圖系爭土地無住宅區之建築線，

亦無公共設施，主張系爭土地於 75 年 6 月 3 日前既無編定住宅區，從而被告所屬建設局前揭土地使用分區證明書核定系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區有誤，應予更正。」等語。被告以 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函復：「…二、查旨揭兩筆地號土地，係屬 45 年 5 月 28 日公告實施之新竹市都市計畫，土地使用分區為住宅區；暨民國 71 年 2 月 2 日公告實施之新竹都市計畫（西北、西南地區）都市計畫範圍內，土地使用分區為部分住宅區部分道路用地，並非台端所述無編定使用分區…三、本府依法辦理椿位測定及公告後，再依法辦理分割，並於民國 76 年 2 月 2 日完成分割登記，新興段 1876 號土地分割為 1876、1876 之 1、…1876 之 9 等 10 筆地號土地，及同段 1855 地號土地分割為 1855、1855 之 1 地號等貳筆土地。其中同段 1876、1876 之 2、1876 之 3、1876 之 5、1876 之 6、1876 之 7、1876 之 9 及 1855 之 1 地號土地使用分區為住宅區，另同段 1876 之 1、1876 之 4、1876 之 8 及 1855 等地號土地為道路用地。四、茲因地籍尚未分割完竣時土地使用分區為部分住宅區部分道路用地，本府 75 年 6 月 3 日 75 市建都字第 37 30 號函略示：『…該兩筆土地尚未地籍分割，俟地政單位分割後再行申請…』。而台端指稱建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明為住宅區，請提供相關文件后本府再行處理。」，原告復於 93 年 3 月 25 日提出再聲請書向被告陳情，指稱系爭土地於 75 年 12 月 19 日公告重劃前地目為田地，重測前為新興段 92、95、100、101、110 號等 5 筆土地目為田地，其土地謄本上蓋有「都市土地」，證明系爭土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 19 日為平均地權條例第 3 條規定之都市計畫範圍內之土地，其土地使用分區為農業用地，主張系爭土地應更正為 45 年 5 月 28 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內農業用地，暨 71 年 2 月 2 日公告實施都市土地之都市計畫範圍內新竹西南地區細部計畫範圍，土地使用分區為農業用地。被告以 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函復原告：「台端再聲請本市新興段（重劃前地號）1855、1876 共貳筆地號土地使用分區係都市計畫範圍內之住宅區疑義乙案，本府業於 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函回覆在案，復請查照。」；原告對於上開被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函及 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函，均表不服，為如事實欄所載之主張。

二、關於被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函部分：

(一)按行政程序法第 128 條規定：「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。‧‧‧。前項申請，應自法定救濟期間經過後個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請。」。

(二)本件原告主張坐落新竹市新興段（重劃前地號）1855、1876 號等兩筆土地，被告所屬建設局 72 年 6 月 14 日 72 市建都字第 2862 號土地使用分區證明書，載明系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區，於 75 年 6 月 3 日前既無編定住宅區，從而被告所屬建設局前揭土地使用分區證明書核定系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區有誤，請求被告對於系爭二筆土地於 45 年 5 月 28 日至 75 年 12 月 18 日，應更正屬都市計畫範圍內農地，土地使用分區為農業用地；並應將被告所屬之建設局 72 年 6 月 14 日 72 建都字第 2862 號土地使用分區證明書所載系爭土地係屬都市計畫範圍內住宅區，更正

為系爭土地係屬都市計畫範圍內農業用地乙節；查系爭二筆土地使用分區證明書，係於 72 年 6 月 14 日所作成，原告並未於法定期間內提起訴願，該行政處分業已確定；原告主張該行政處分違法，請求撤銷之，依上開行政程序法第 128 條第 2 項「程序重新開始」規定，縱原告並不知悉違法之事實，但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，即不得申請。然原告迨 92 年間才向被告申請之，揆諸上開說明，已逾 5 年期間，是關於此部分，原告應已喪失救濟權限。

三、關於被告 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函部分：

(一)按行政訴訟法第 4 條第 1 項規定：人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。而此所謂行政處分，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。

(二)本件原告因上開都市計畫事件，不服被告 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函，提起訴願。該函謂：「台端再聲請本市新興段（重劃前地號）1855、1876 共貳筆地號土地使用分區係都市計畫範圍內之住宅區疑義乙案，本府業於 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函回覆在案，復請查照。」；經查該函係就原告申請案件，重申被告業於 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函回覆在案，僅屬觀念通知性質，尚不對外發生准駁之法律上效果，自非行政處分。

四、綜上所述，訴願決定以被告 93 年 2 月 2 日府都計字第 0930008344 號函及 93 年 4 月 1 日府都計字第 0930043916 號函二部分，均為無理由，予以訴願駁回；雖其駁回理由有所不同，但結論並無二致，本院仍以原告提起行政訴訟，顯非合法，應予駁回。

五、依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　8　　月　　24　　日

第七庭審判長法　官　鄭　小　康

法　官　李　玉　卿

法　官　黃　秋　鴻

上為正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於送達後 10 日內向本院提出抗告狀（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　8　　月　　24　　日

書記官　王琍瑩

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】97,訴,468
【裁判日期】970729
【裁判案由】退休
【裁判全文】
臺北高等行政法院裁定

97 年度訴字第 468 號

原　　告　陳幸綿
訴訟代理人　余景登　律師
複　代理人　蘇千晃　律師
被　　告　銓敘部
代　表　人　吳聰成（代理部長）
訴訟代理人　陳蓓紋（兼送達代收人）
　　林文益

上列當事人間因退休事件，原告不服公務人員保障暨培訓委員會中華民國 96 年 12 月 25 日 96 公審決字第 0764 號復審決定，提起行政訴訟。本院裁定如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、按公務人員保障法第 25 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利損害其權利或利益者，得依本法提起復審。…」第 30 條規定：「（第 1 項）復審之提起，應自行政處分達到之次日起 30 日內為之。（第 2 項）前項期間，以原處分機關收處分機關收受復審書之日期為準。…。」。次按行政程序法第 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：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。（第 1 項）。前項申請，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請（第 2 項）。」又「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：..十、起訴不合程式或不備其他要件。」行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款定有明文。

二、本件原告係高雄市立楠梓特殊學校幹事，其退休案前經被告依其選擇「一次退休金」之

填載內容，以民國 95 年 6 月 19 日部退四字第 0952659937 號函核定自 95 年 8 月 16 日退休生效，並依其新制施行前、後核定年資（分別為 14 年及 11 年 2 個月），核給新制施行前一次退休金 27 個基數及新制施行後一次退休金 17.5 個基數。嗣原告於 96 年 6 月 1 日向被告申請變更其退休金種類為「月退休金」時，被告以原告已逾法定提起救濟期間，且其自願退休案之核定結果業已確定，爰以同年 7 月 25 日部退四字第 0962807113 號書函否准。原告不服，爰依規定提起復審遭決定駁回。原告不服，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告起訴意旨略以：原告於 49 年 7 月 23 日生，核定處分定 95 年 8 月 16 日退休生效時，固未滿 50 歲，然原告自 94 年 5 月 17 日起至 95 年 8 月 15 日止，因疾病連續請假逾 6 個月，無法銷假上班，依公務人員退休法施行細則第 9 條規定，應認定為無工作能力，自不受公務人員退休法第 6 條第 3 項後段不得擇領月退休金或兼領月退休金之限制，從而依法有擇領月退休金之權利。證人黃士純主觀上誤認原告無擇領月退金權利之事實，為原告於核定處分確定後，發見未經斟酌之證據，且如經斟酌可受較有利益之裁判者，原告亦可依行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款、行政訴訟法第 273 條第 1 項第 13 款規定申請撤銷、廢止或變更核定處分云云。

四、但查原告係經被告以 95 年 6 月 19 日部退四字第 0952659937 號函核定自 95 年 8 月 16 日退休生效，從而，原告至遲於 95 年 8 月 16 日即退休時，即已知悉其自願退休係一次退休，而非月退休，若其對該一次退休之核定函不服，自當依前揭公務人員保障法第 30 條第 1 項規定，至遲應於 95 年 9 月 16 日前向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，尋求救濟，詎原告未依法定限期提起復審，該退休核定函已告確定至明。

五、次查原告係於 96 年 6 月 1 日以 96 綿字第 960601001 號函，依行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定，向被告申請變更退休金種類為月退休，但查原告至遲於 95 年 8 月 16 日即知悉其退休種類為一次退休，若以發現新證據為由，依行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定，申請變更月退休，必依行政程序法第 128 條第 2 項規定，於 95 年 12 月 16 日前向被告提出申請，始符法定期限，詎原告係於 96 年 6 月 1 日始提出申請，其申請已逾法定期限，要無疑義。被告否准原告申請暨公務人員保障暨培訓委員會駁回原告復審申請並無不合，原告逕提本件訴訟，其起訴要件即有不備，應予駁回。

六、據上論結，本件原告之訴為不合法，爰依行政訴訟法第 107 條第 10 款、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　97　　年　　7　　月　　29　　日

臺北高等行政法院第七庭審判長法　官　黃　秋　鴻

法　官　林　玫　君

法　官　闕　銘　富

上為正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於送達後 10 日內向本院提出抗告狀（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　97　　年　　8　　月　　4　　日

書記官　孫　筱　晴

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】94,訴,18
【裁判日期】941026
【裁判案由】所得稅法
【裁判全文】
臺北高等行政法院裁定

94 年度訴字第 18 號
94 年 10 月 12 日辯論終結

原　　告　李劍美
被　　告　財政部臺灣省北區國稅局
代 表 人　許虞哲（局長）住同上
訴訟代理人　曾韋瑜
　　沈樹梅

上列當事人間因所得稅法事件，原告不服財政部中華民國 93 年 11 月 2 日台財訴字第 09300376110 號訴願決定（案號：第 09302399 號），提起行政訴訟。本院裁定如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、按行政程序法第 128 條規定：「（第 1 項）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：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。（第 2 項）前項申請，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算，但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請。」即行政程序之重新進行，應具備行政程序法第 128 條第 1 項之要件，並應於同條第 2 項規定之期間內申請，始得為之。若已逾申請期間，其申請即非合法。次按行政訴訟法第 5 條規定：「（第 1 項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。（第 2 項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」是提起課予義務訴訟，須以人民依法申請之案件為其前提，如其申請不合法，自不得提起，如逕對之提起，應認其不備起訴要件，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款後段

規定裁定駁回之。

二、本件原告為旭慶營造股份有限公司（下稱旭慶公司）之負責人，即所得稅法第 89 條所稱之扣繳義務人，其於民國（下同）82 年 1 月 1 日至 82 年 12 月 31 日給付吳伍虎薪資所得新臺幣（下同）400 萬元，未依同法第 88 條規定於給付時扣取稅款 463,800 元（訴願決定誤載為 436,000 元），案經被告所屬臺北縣分局查得，以 86 年 3 月 25 日北區國稅北縣資第 86008806 號函限期責令補繳稅款。旭慶公司不服，以該公司名義向被告申請復查，經被告以 89 年 4 月 1 日北區國稅法第 89018484 號復查決定維持原核定；原告不服，向財政部提起訴願，經該部以 89 年 8 月 7 日台財訴第 0890037662 號訴願決定（案號：第 892785 號）以被告核發之補繳各類所得扣繳稅額繳款書之扣繳義務人係原告，並非旭慶公司，是該公司以其名義向被告申請復查，難謂適格，復查決定逕自改列原告為復查申請人，並從實體上駁回其申請，核難謂妥為由，將原復查決定撤銷，由被告另為適法之處分。嗣經被告重新審理，以 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號重核案件復查決定，仍維持原核定。原告不服，復提起訴願、訴願再審，均經以程序不合不予受理，原告仍不服，提起行政訴訟，經本院 91 年 9 月 23 日 90 年度訴字第 6059 號裁定駁回；原告猶未甘服，提起抗告，經最高行政法院 92 年 11 月 14 日 92 年度裁字第 1632 號裁定駁回抗告確定在案。原告嗣於 93 年 1 月 7 日（被告所屬臺北縣分局收文日期）以被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定適用法規顯有錯誤為由，依行政程序法第 117 條、第 128 條及財政部 91 年 3 月 26 日台財稅字第 0910451701 號函規定，向被告所屬臺北縣分局申請撤銷被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定，案經被告所屬臺北縣分局以 93 年 4 月 16 日北區國稅北縣二字第 09300012922 號函復略以：「說明：...三、台端因不服裁罰，提起復查維持原核定、再訴願因訴願申請人不適格，由原處分機關撤銷另為處分，再由財政部臺灣省北區國稅局 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號函訴願決定重核案件復查決定書仍維持原核定，復提訴願、再審及高等行政法院行政訴訟，皆以程序不合不予受理，台端提起抗告，最高行政法院已於 92 年 11 月 14 日 92 年度裁字第 1632 號裁定在案。...」等語，未准所請。原告不服，提起訴願，遭財政部以 93 年 11 月 2 日台財訴字第 09300376110 號訴願決定（案號：第 09302399 號）不受理，原告仍不服，以被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定適用法規顯有錯誤為由，向本院提起課予義務訴訟，依行政訴訟法第 5 條第 2 項、行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款、行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款規定，求為判決：「　財政部以 93 年 11 月 2 日台財訴字第 09300376110 號訴願決定（案號：第 09302399 號）及被告所屬臺北縣分局 93 年 4 月 16 日北區國稅北縣二字第 09300012922 號函均撤銷。　應命被告撤銷 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定。」云云。

三、本件原告對於被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定不服，提起訴願、訴願再審、行政訴訟之行政救濟，經本院認原告提起行政訴訟之期間於 90 年 7 月 12 日即已屆滿，其 90 年 10 月 23 日始向本院提起行政訴訟顯非合法，而以 91 年 9 月 23 日 90 年度訴字第 6059 號裁定駁回，原告不服提起抗告，經最高行政法院 92 年 11 月 14 日 92 年度裁字第 1632 號裁定駁回抗告確定在案，有被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第

89056501 號復查決定書、財政部 90 年 5 月 8 日台財訴字第 0900016992 號訴願決定書（案號：第 09001343 號）、財政部 90 年 8 月 22 日台財訴字第 0900038347 號再審決定書（案號：第 09002470 號）、本院 90 年度訴字第 6059 號裁定及最高行政法院 92 年度裁字第 1632 號裁定附原處分卷可稽。是被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定之行政處分，自應以其得提起行政訴訟救濟期間之屆滿日即 90 年 7 月 12 日之時點，認其法定救濟期間屆滿，該行政處分已具有不可爭力。原告對於被告 89 年 11 月 2 日北區國稅法第 89056501 號復查決定之行政處分，以適用法規顯有錯誤為由，請求（申請）被告行政程序之重新進行並重新作成撤銷該行政處分，其申請之期間，依行政程序法第 128 條第 2 項前段規定，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之，且原告未主張及舉證其事由發生在後或知悉在後，則自 90 年 7 月 13 日起算，至 90 年 10 月 12 日（星期五）屆滿 3 個月。惟原告遲至 93 年 1 月 7 日始向被告所屬臺北縣分局提出申請書，有被告所屬臺北縣分局收文戳蓋於申請書可考，已逾申請期間。揆諸首開說明，其申請自為法所不許，被告所屬臺北縣分局以 93 年 4 月 16 日北區國稅北縣二字第 09300012922 號函未准所請，訴願決定亦從程序上予以駁回，核無不合，原告復對之提起行政訴訟，不備起訴要件，應予駁回。

四、依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款後段、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　10　　月　　26　　日

第三庭審判長法　官　王立杰

法　官　王碧芳

法　官　胡方新

上為正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於送達後 10 日內向本院提出抗告狀（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　94　　年　　10　　月　　26　　日

書記官　陳幸潔

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】97,裁,5406
【裁判日期】971225
【裁判案由】退休
【裁判全文】
最 高 行 政 法 院 裁 定

97 年度裁字第 5406 號

抗 告 人 陳幸綿

上列抗告人因與相對人銓敘部間退休事件，對於中華民國 97 年 7 月 29 日臺北高等行政法院 97 年度訴字第 468 號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由臺北高等行政法院更為裁判。

理 由

一、本件抗告人係高雄市立楠梓特殊學校幹事，其退休案前經相對人依其選擇「一次退休金」之填載內容，以民國 95 年 6 月 19 日部退四字第 0952659937 號函核定自 95 年 8 月 16 日退休生效，並依其新制施行前、後核定年資（分別為 14 年及 11 年 2 個月），核給新制施行前一次退休金 27 個基數及新制施行後一次退休金 17.5 個基數。嗣抗告人於 96 年 6 月 1 日向相對人申請准其退休案行政處分法定救濟期間經過後，重為適法之行政處分，變更其退休金種類為「月退休金」，相對人以抗告人退休案之核定已逾法定提起救濟期間，該核定結果業已確定，抗告人不符行政程序法第 128 條規定要件，爰以 96 年 7 月 25 日部退四字第 0962807113 號書函（下稱原處分）否准所請。抗告人不服，向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，經以 96 年 12 月 25 日 96 公審決字第 764 號復審決定書駁回。抗告人猶未甘服，遂提起本件行政訴訟，訴之聲明：1.復審決定及原處分均撤銷。2.命被上訴人作成准上訴人退休金種類變更為月退休金之行政處分。原裁定以其申請已逾法定期限，其起訴為不合法，予以裁定駁回。

二、抗告意旨略謂：本件證人黃士純辦理抗告人之退休案時，誤認抗告人不得擇領月退休金，致損及抗告人權利乙節，抗告人於 96 年 3 月 14 日與黃士純會晤時，始知悉此一新事實新證據，原審未依抗告人之聲請傳訊黃士純查明該等情形，且疏未注意行政程序法第 128 條第 2 項本文後段規定，應自知悉同條第 1 項第 2 款新證據時起算 3 個月，而非經法定救濟期間經過後 3 個月內，故抗告人於 96 年 6 月 1 日申請變更原「一次退休金」為「月退休金」之行政處分並未逾越 3 個月法定期間，原裁定顯有違誤云云。

三、本院按：「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。一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定

再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算，但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請。」「行政機關認前條之申請為有理由者，應撤銷、廢止或變更原處分；認申請為無理由或雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之。」行政程序法第 128 條、第 129 條定有明文。「退休公務人員或請領撫慰金遺族對於退休案、撫慰金案之審定結果，如有不服，得依公務人員保障法提起救濟；如有顯然錯誤，或有發生新事實、發現新證據等行政程序再開事由，得依行政程序法相關規定辦理。」公務人員退休法施行細則第 24 條亦規定甚明。準此，行政程序重開之要件如下：(一)處分之相對人或利害關係人得為申請人；(二)須向管轄行政機關提出重新進行程序之申請；(三)須具備行政程序法第 128 條之各款事由；(四)申請人須於行政程序或救濟程序中非基於重大過失而未主張此等事由；(五)自法定救濟期間經過未逾 3 個月或自法定救濟期間經過未逾 5 年。重開程序之決定可分為兩個階段，第一階段准予重開，第二階段重開之後作成決定將原處分撤銷、廢止或仍維持原處分。若行政機關第一階段即認為重開不符合法定要件，而予以拒絕，就沒有第二階段之程序。上述二種不同階段之決定，性質上皆是新的處分。受處分不利影響之申請人依法自得提起行政爭訟。經查，本件抗告人 96 年 6 月 1 日申請函，係依公務人員退休法施行細則第 24 條、第 25 條、行政程序法第 117 條規定請求相對人准其退休案行政處分法定救濟期間經過後，重為適法之行政處分，變更其退休金種類為「月退休金」。可知，抗告人申請函之真意為申請行政程序重開。嗣經相對人以抗告人退休案之核定已逾法定提起救濟期間，該核定結果業已確定，抗告人不符行政程序法第 128 條規定要件，以原處分拒絕程序重開。復審決定亦就抗告人是否符合行政程序法第 128 條行政程序之要件予以審查論究，作成復審駁回之決定。抗告人對於復審決定不服，提起本件課予義務訴訟，訴之聲明「1.復審決定及原處分均撤銷。2.命被上訴人作成准上訴人退休金種類變更為月退休金之行政處分。」即訴請撤銷關於程序重開第一階段之行政處分，並請求判命相對人第二階段重開之後作成決定將原處分變更為月退休金之行政處分。程序上並無不合。原審對原處分及復審決定所持理由（抗告人不符行政程序法第 128 條規定要件），是否合法，未為實體審究，逕以抗告人原退休案之核定業已逾法定救濟期間已告確定，系爭 96 年 6 月 1 日之申請（行政程序重開）已逾行政程序法第 128 條第 2 項規定之法定期限，從程序上駁回抗告人之訴，即有未合。抗告論旨執此指摘原裁定違誤，求予廢棄，為有理由，爰將原裁定廢棄，發回原審法院重新調查審理。

四、依行政訴訟法第 272 條、民事訴訟法第 492 條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　97　　年　　12　　月　　25　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　鄭　淑　貞

法官　鄭　忠　仁

法官　黃　本　仁

法官　帥　嘉　寶

法官　胡　方　新

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中　　華　　民　　國　　97　　年　　12　　月　　26　　日

書記官　郭　育　玎

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】94,訴,3070
【裁判日期】951031
【裁判案由】考績
【裁判全文】
臺北高等行政法院判決

94 年度訴字第 3070 號
95 年 10 月 12 日辯論終結

原　　告　姜俊澤
訴訟代理人　姜豐田
被　　告　銓敘部
代　表　人　朱武獻（部長）住同上
訴訟代理人　陳韋呈
　　李亦筠

上列當事人間因考績事件，原告不服公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）中華民國 94 年 8 月 16 日公審決字第 200 號復審決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事　實

一、事實概要：原告前係臺北縣警察局〔民國（下同）91 年 1 月 1 日改制後為臺北縣政府警察局，下稱臺北縣警局〕新莊分局警員，臺北縣警局於辦理 85 年年終考績時，因原告當年平時考核獎懲相互抵銷後，累積申誡達 30 次，臺北縣警局於辦理 85 年年終考績時，依 86 年 6 月 4 日修正前之公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款後段規定予以考列丁等，並報經被告以 86 年 4 月 11 日 86 臺審三字第 1445541 號函（下稱原考績審定函）審定免職，嗣經臺北縣警局以同年月 16 日北警人字第 78932 號考績通知書（系爭免職處分）予原告免職處分，原告不服，循序提起復審、再復審，分經臺北縣政府（下稱北縣府）86 年 9 月 3 日 86 北府人二字第 333684 號復審決定及公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）86 年 12 月 3 日 86 公審決字第 52 號再復審決定予以駁回，原告不服提起行政訴訟，亦經最高行政法院（89 年 7 月 1 日改制前為行政法院，下同）87 年 4 月 3 日 87 年度判字第 580 號判決駁回確定，就之提起再審之訴，亦經最高行政法院以 88 年 8 月 31 日 88 年度判字第 3377 號判決予以駁回。嗣原告於 92 年 12 月 23 日對被告原考績審定函提起復審，經保訓會 93 年 4 月 27 日 93 公審決字第 128 號復審決定書以原告提起復審逾期為由決定不受理，原告就之未再爭議。嗣原告再就本件以發現新事實新證據為由再予爭執，被告則於 93 年 2 月 25 日、93 年 3 月 18 日、93 年 5 月 24 日函知原告請其依行政救濟程序規定辦理，原告不服申請復審，經保訓會於 93 年

10 月 12 日以 93 號八審決字第 317 號復審決定書決定不受理，原告仍未甘服提起再復審，亦經保訓會以 94 年 2 月 22 日 94 公審決再字第 2 號決定書駁回再復審之聲請，原告對之未提起行政訴訟以求救濟。嗣原告再以其發現新事實、新證據，依行政程序法第 128 條就同一事由向被告請求重開程序，經被告以 94 年 4 月 21 日部特三字第 0942490000 號書函（下稱原處分）予以否准，原告不服，提起復審亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

（一）原告聲明：

1、原處分及復審決定均撤銷。

2、請求命被告銓敘部撤銷 86 年 4 月 11 日（86）台審 3 字第 1445541 號函審定，及作成「考績總分 62 分以上（79 分以下），考績等次：丙等以上，獎懲: 留原級俸以上（含本俸 1 級）；說明: 依法應予復職及損害賠償。」之行政處分。

3、請求判決（或責由）被告依復職程序辦理，並作成協議書，依法損害賠償違法免職期間之俸給〔包括：違法（無效）免職期間之任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績，及月俸、職務加給（專業加給、職務加給）、扣繳公保費、退撫自付〕。

4、訴訟費用由被告負擔。

（二）被告聲明：

1、駁回原告之訴。

2、訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之爭點：

（一）原告主張之理由：

1、依行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款及第 3 款之規定，本件雖曾依法定程序尋求救濟，惟因原告欲尋求救濟之事項發生新事實及有系爭免職處分作成時未經斟酌之重要證據，即相當於現行行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 、4 、9、13 及 14 款所定之再審事由，原告並於知悉時 3 個月內向被告申請撤銷原處分，且未逾 5 年之法定救濟期間。

2、本案之前雖曾提出請求，惟請求事項因發生新事實，又銓敘部前部長吳容明、前臺北縣警局局長鄭榮進、前臺北縣警局新莊分局分局長柯木成違法免職所犯罪行等發現新事實，暨因發現法規變更，過去係以發現新事實或發現新証據提出請求，94 年 9 月 17 日發現應依行政程序法 128 條第 1 項第 1 款「免職所依據事實事後發生有利原告之變更：公務人員考績法施行細則刪除第 5 條，提升其位階至公務人員考績法第 6 條」提出更新救濟，及發現有未經斟酌之重要證據應依行政程序法 128 條第 1 項第 3 款，如經斟酌可受較有利益之處分，即具有相當於行政訴訟法 273 條第 1 項第 1 、4 、9 、13、14 款所定再審事由且足以影響行政處分之證據，於知悉時三個月內提出請求於法有據，且自法定救濟期間經過未逾五年之說明，舉證如下揭之理由中。另銓敘部 94 年 4 月 21 日部特三字第 0942490000 號書函不作為決定，為發生新的行政處分應予撤銷，依據 79 年 12 月 28 日總統令修正公布之公務人員考績法第 16 條「公務人員考績分數及獎懲銓敘機關如有疑義，應通知該機關詳復事實及理由，或通知該

機關重加考核，必要時得調卷查核或派員查核。」第 19 條「各機關長官及各主管長官，對所屬人員考績，如發現不公或循私舞弊情事時，銓敘機關得通知其上級長官予以懲處，並應對受考績人重加考核。」90 年 6 月 20 日總統令修正公布之公務人員考績法第 16 條「公務人員考績案，送銓敘部銓敘審定時，如發現有違反考績法規情事者，應照原送案程序，退還原考績機關另為適法之處分。」第 19 條「各機關辦理考績人員如有不公或循私舞弊情事時，其主管機關應查明責任予以懲處，並通知原考績機關對受考人重加考績。」以上公務人員考績法第 16 條、第 19 條，依法雖應適用舊法規定應通知該機關詳復事實及理由，或通知該機關重加考核、應照原送案程序，退還原考績機關另為適法之處分，連修正後之該法均規定應照原送案程序，退還原考績機關另為適法之處分、其主管機關應查明責任予以懲處，並通知原考績機關對受考人重加考績，該法所規定「應」字為拘束行政非裁量行政，換言之，銓敘部裁量空間限縮為零時，人民則有權請求行政救濟，請貴院審查本請求案，銓敘部既已違反平等原則，該作為而不作為書函決定就應撤銷，爰附帶請求審查銓敘部 86、4 、11（86）台審 3 字第 1445541 號函審定即臺北縣警局考績通知書：「總分：59，考績等次：丁等，獎懲：免職，說明：依法應予免職。」之違法行政處分，不依法行政就是違反平等原則。原告於請求事項三增加及月俸、職務加給，復審人應繳公保費等之扣除係依據（94 年 9 月 17 日另知悉當年行政訴訟法第 2 條第 2 項逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論）。及本請求事件有行政程序法 128 條第 1 項第 1 款「發生具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人（原告）或利害關係人之變更者」、行政程序法第 111 條第 1 項 6 款：未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權者，無效。該法第 110 條 4 項：無效之行政處分自始不生效力所衍生之結果；又公務人員保障暨培訓委員會 93 年 10 月 28 日公保字第 0930009193 號令及 93 年 11 月 8 日公保字第 0930009517 號函均已明確規定無效之行政處分自始不生效力；發現新事實（行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款）：則為前銓敘部吳容明、前臺北縣警局鄭榮進、前臺北縣警局新莊分局柯木成及巡官許竹利共同濫用政府強大公權力妨害公務，逼迫原告無法依法執行司法警察工作，除應回復原告公務人員身分，並應損害賠償違法（無效）免職期間之任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績，且警察人員之專業加給無理由不回復，憲法第 7 條定有明文「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，不但如此，此期間對原告個人名譽不無影響，除應盡速恢復原告個人名譽外，亦應回復工作權避免浪費國家人力行政資源。

3、94 年 3 月 23 日發現有當年行政訴訟法第 28 條第 1 項第 4 款未經斟酌重要証物：本案前經最高行政法院 87 年 4 月 3 日以 87 年度判字第 580 號由審判長評事陳石獅、評事趙永康、高啟燦、蔡進田、鄭淑貞等判決，最高行政法院 91 年 2 月 7 日以 91 年度裁字第 109 號由審判長法官徐樹海、法官蔡進田、鄭淑貞、林茂權、林家惠等裁定，查以上判決、裁定有行政訴訟法第 28 條 1 項 4 款依法律或裁判應迴避之評事蔡進田、鄭淑貞參與裁判。

4、94 年 3 月 23 日發現行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款「適用法規顯有錯誤」、第

13 款發現未經斟酌之證物或得使用該證物（修正前為第 28 條第 1 項 1 、10 款）；另 94 年 9 月 17 日知悉當年行政訴訟法第 28 條第 1 項得提再審之訴，包括第 1 款「適用法規顯有錯誤者。」如「大法官會議解釋理由書，有關免職處分既已解釋為懲戒處分，就應累積懲戒處分超過 2 大過（18 次申誡）以上才適用當年公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款之規定，行政處分則應適用公務人員考績法第 6 條 第 2 項（考列甲等及丁等之條件，應明訂於本法施行細則中，以資應用）及第 1 項規定，及其施行細則第 5 、6 、15 、16 條之規定」，當年行政訴訟法 28 條第 4 款（現行 273 條第 1 項第 4 款）「依法律或裁判應迴避之評事參與判者。」、第 6 款（現行 273 條第 1 項第 8 款）「當事人之代理人，關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決者」如「吳容明、鄭榮進（妨害公務罪）、柯木成、許竹利（妨害公務罪、偽造公文書罪）」、第 7 款「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」如「許竹利與柯木成對原告在勤，卻偽造不在勤之記過處分」、第 10 款「當事人發見未經斟酌之重要證物者。（現行 273 條第 1 項第 13 款）當事人發見未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限。」，如原告被處分者皆為行政處分，均無懲戒處分（行政機關因違法受司法機關之懲戒處分），兩種處分性質截然不同，既然當年之大法官會議解釋理由書，有關免職處分既已解釋為懲戒處分，就應累積懲戒處分超過 2 大過（18 次申誡）以上才適用當年公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款之規定，行政處分則應適用公務人員考績法第 6 條第 2 項規定，及其施行細則第 5 、6 、15、16 條之規定；及不當連結柯木成、許竹利偽造事實之記過行政處分，將 84、85 累積 2 年之行政處分，應予記功卻不予記功之行政處分。

行政訴訟法第 200 條第 1 項「行政法院對於人民依第 5 條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為左列方式之裁判」第 3 款「原告之訴有理由，且案件事証明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分」、第 201 條「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得以撤銷。」、第 243 條（判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。有左列各款情形之一者，其判決當然違背法令。…二、依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者。…）、第 283 條：裁定已確定，而有第 273 條之情形者，得準用本編之規定，聲請再審。276 條：再審之訴應於 30 日不變期間內提起。前項期間自判決確定時起算，但再審之理由知悉在後者，自知悉時起算。…再審之訴自判決確定時起算，如已逾 5 年者，不得提起。…273 條：有左列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。…不在此限：一適用法規顯有錯誤者。…十三當事人發現未經斟酌之證物或得使用該証物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者（結合行政程序法 111 、110 、 117、118 、128 條及公務人員考績法第 2 、3 、6 、12、13 條、公務人員考績法施行細則第 5（修正後提升其位階為公務人員考績法第 6 條）、6 條、15 條、16 條暨刑法第 135 、134 、129 條第 2 、3 項）。提出程序更新訴訟。行政程序法：第 4 條：行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。

臺北縣警局當年之新莊分局長柯木成為了幫原台南縣警察局長張洪林報復對原告父親姜仁德、姜豐田向警政署檢舉張洪林非法掩護莊姓警員製作不實之汽、機車肇事

圖，事後經姜豐田蒐證真實現場圖證實，有鑑定委員會鑑定書，台灣台南地方法院檢察署檢察官起訴書、台灣台南地方法院刑事判決書、台灣高等法院台南分院刑事判決書等可佐證；並於工作上由當（83）年姜仁宗被撞死案發生後，姜豐田之課長李忠王於開會中分別二次向姜豐田轉達：「第一次為：局長（即張洪林）對你告警員（即莊警員）很不諒解；第二次為：姜豐田因考績被考乙等事件提出復審，李課長再於開會中向姜豐田提出如你考績堅持復審，你會死得很悽慘」；被警界最清廉之前署長姚高橋降調非主官職務（前台北市警察局副局長）；張洪林利用各種行政資源〔如對姜豐田於課員任內，積分排名第 2 名，台南縣曾退休 2 名，出缺 2 位薦任之職務，張運用其行政人脈，硬是不按規定由本局陳報朱順成、姜豐田升任，為了掩飾其報復真相，連排名第一名之朱課員也不報升薦任職務，所空出薦任職，由他單位派補，直至警察人員管理條例於 86.5.21 修正後，朱、姜課員才能依法銓敘警正四階一級官等，儘管張洪林已退休，至目前為止，姜豐田被整肅之事實仍存在，如考績仍通常是乙等，張洪林運用各種方法，對姜豐田進行整肅，其行政人脈，不因退休而終止，包括「人事人員 7 時 45 分到本課查勤，姜豐田長期 7 時 40 分至 8 時準時上班；前林股長，亦曾放出辦公費隨便報，只要不放入自己口袋，都沒關係，被姜豐田駁斥：請承辦總務吳小姐依法行政，長官視導時，沒錢請客，姜豐田願參加，共同分擔餐費，吳小姐父親曾當過督察員，如果是姜害吳，可回去問你父親，林故意有意無意錯誤引導姜等，伺機整肅，一般員警則可能被誤導便宜行政，被依貪污罪移送法辦，否則被考核為不聽主管命令或工作無法配合等」，警察機關存在此類之人，為了有機會長官引薦升官者不勝枚舉〕，因姜豐田依法行政，張洪林對姜豐田報復不成之同時，由戶口資料（或查詢北市、縣警察局及戶政所）取得姜仁德有小孩（姜俊澤）任警察工作，一方面利用柯木成明知姜俊澤考績尚未達到免職要件，由柯木成以個人意志運用該分局不知情巡官（1）偽 造事實記過 1 次及申誡 1 次應扣除，即影本附件六 003 案 11 月 16 日值班勤務在勤卻被構陷缺勤、005 內房勤務躲在牆角看電視。（2 ）累 積 84、85 兩年行政處分記過 3 次，不能併計於 85 年之行政處分（即 015 案於 84 年林口所任內轄內被查獲農門遊樂場賭博性電玩 40 台記過 1 次、024 案 84 年 8 月 29 日被查獲蘇福仁經營六合彩案記過 1 次）、025 未依規定轉報一、二種戶資料；申誡 3 次，不能併計於 85 年之行政處分（020 案 84 年 7 月-12 月戶口缺績申誡 1 次、021 案 84 年 7 月-12 月戶口缺績申誡 2 次），嘉獎 1 次（用 022 案以掩飾其累積 2 年將原告免職之企圖）不能併計於 85 年之行政處分。（3）偵 破施博然殺人事件，以重傷害被起訴應記功應抵銷記過 1 次，偵破陳志豪搶奪案，應嘉獎 2 次。（4）014 因病未減輕 0424 待命服勤為缺蹟 3 次，申誡 1 次應扣除。（5）002 公務人員保障法 85 年 10 月公布後適用法規顯有錯誤值班、待命服勤未服勤，待命服勤 1 次申誡應扣除。原統計當年 1-12 月工作表現總計 20 次申誡、記過 5 次、嘉獎 5 次；抵銷（應偵破刑案記功 1 次、嘉獎 2 次；84 年記過 3 次、申誡 3 次、嘉獎 1 次應扣除；偽造（虛構）事實記過 1 次、申誡 1 次應扣除；錯用法規待命服勤申誡 1 次應扣除申誡 1 次；待命服勤申誡減半成缺蹟 3 次（未達申誡），應再扣除申誡 1 次），依公務人員考績法施行細則第 15 條抵銷，僅累積 8 次申誡，尚未達到累積 2 大過以上，柯木成故

意將姜俊澤非法評列丁等免職，且柯木成對免職重大事件本應審慎審核，卻明知姜俊澤考績尚未達到免職要件，為期升任二條金線四顆金星台北市警察局副分局長，將原告以「非法」之手段免職，陳報前台北縣警察局，局長鄭榮進向銓敘部誣陳原告 85 年考績事實，以考績丁等免職；柯木成目的在配合張洪林職權之便，達到晉升台北市政府警察局之分局副分局長。

5、94 年 9 月 17 日知悉有當年行政訴訟法 28 條第 1 項第 1 款「適用法規有錯誤者」、第 7 款「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」、第 10 款「當事人發見未經斟酌之重要證物者」等新事實：查當年行政訴訟法第 28 條、第 29 條第 1 項「再審之訴應於 2 個月內提起之。」第 2 項「前項期間自判決送達時起算。其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。」且該法第 2 條附帶請求損害賠償（2 項除適用行政訴訟之程序外，準用民法之規定），95 年 4 月 4 日發現新事實，按當年公務人員保障法第 1 條規定「為保障公務人員之權益，特制定本法，本法未規定者，適用其他有關法律規定」，因該法請求權因無規定，應適用民法第 128 條前段消滅時效之規定。依據民法第 129 條、130 條、131 條、137 條之規定，推算証明 87 年 4 月 3 日最高行政法院 87 年度判字第 580 號判決，至 92 年 4 月 29 日，才屆滿重行起算之 5 年時效，原告在 91 年 3 月 25 日曾向警政署提起復審請求撤銷違法免職處分，為時效中斷，並於 91 年 10 月 13 日向最高行政法院提起行政訴訟，92 年 4 月 11 日以經最高行政法院 91 年度訴字第 4223 號判決駁回後為時效不中斷，再重行起算時效 5 年，至 97 年 5 月 8 日才屆滿重行起算之 5 年時效，爾後復有 92 年 7 月 22 日以 92 年度訴字第 2403 號裁定：原告之訴駁回，為時效不中斷，復重行起算 5 年。至少需至 97 年 8 月 14 日才屆滿 5 年。原告於 94 年 3 月 23 日至 4 月 3 日發見新事實、未經斟酌之重要証據，在 94 年 4 月 5 日重新向銓敘部提出請求書，當然自知悉時起算未超過 3 個月，均在再審之訴期限內及請求權重行起算 5 年之有效期內。從 92 年 8 月 14 日重行起算 5 年，需至 97 年 8 月 14 日，才屆滿 5 年，當然未滿請求權重行起算 5 年之有效期，又本行政程序更新訴訟於另 94 年 9 月 17 日發現新事實，即知悉當年行政訴訟法第 28 條第 1 項得提再審之訴，包括該條第 1 款適用法規顯有錯誤者。如大法官會議解釋理由書，有關免職處分既已解釋為懲戒處分，就應累積懲戒處分超過 2 大過（18 次申誡）以上才適用公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款之規定，行政處分之累積，則應適用該法第 6 條第 2 項及第 1 項規定，及其施行細則第 5 、6 、15、16 條之規定」、行政訴訟法第 28 條第 4 款（現行為 273 條第 1 項第 4 款）「依法律或裁判應迴避之評事參與判者。」、第 6 款「當事人之代理人，關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響判決者（現行為 273 條第 1 項第 8 款）」如「吳容明、鄭榮進（妨害公務罪）、柯木成、許竹利（妨害公務罪、偽造公文書罪）」、第 7 款「為判決基礎之證物，係偽造或變造者（現行為 273 條第 1 項第 9 款）」如「許竹利與柯木成對原告在勤，卻偽造不在勤之記過處分」「內房依規定值勤偽造躲在牆角看電視」、第 10 款「當事人發見適用法規顯有錯誤未經斟酌之重要證物者（現行為 273 條第 1 項第 13 款）」如「原告被處分者皆為行政處分，均無懲戒處分；及不當連結包括：柯木成、許竹利偽造事實之 1 次記過行政處分，將 84、85 累積 2 年

之記過 2 次、申誡 3 次、嘉獎 1 次之行政處分，考績法第 2 、3 條規定偵破重傷害罪著有功績，應予記功 1 次卻不予記功之行政處分，偵破陳志豪強奪應嘉獎 2 次。」扣除尚未達 2 大過，並遵守行政訴訟法第 29 條規定「再審自知悉時起算，並於行政訴訟法修正後為 30 日不變期間內（修正前 2 個月內）及至 97 年 8 月 14 日屆滿 5 年有效期之內，提起行政程序更新訴訟。理由如下：

北縣警局人事資料列印報表（94 年 9 月 17 日知悉有行政訴訟法再審第 28 條第 1 項第 1 款「適用法規顯然錯誤者」及第 1 項 第 10 款影本附件六原告發見未經斟酌之重要證物，如經斟酌可受較有利之裁判者。）003 之 85 年 11 月 26 日值班勤務無故缺勤記過 1 次，因該案查勤巡官並未至漁港所查勤，僅因電話聯絡未通，竟騙稱「曾叫瑞平派出所值勤警員去看，姜俊澤、周秋豐確實不在所」，事實姜俊澤、周秋豐均確實在所，經周秋豐、姜俊澤查問瑞平派出所當日值勤員警，值勤警員每人均稱「許竹利巡官未到其所，且並未告訴許竹利巡官姜俊澤、周秋豐確實不在所」，因當年漁港駐在所地處海邊，鹽分很重，姜豐田服務單位係台南縣警察局安檢課，經常去漁港駐在所督導勤、業務，海邊電話聯繫不通，係由於鹽分侵蝕電線產生銅銹，係經常存在的問題，台南縣係通知警察電訊所人員前去維修，許竹利巡官除了偷勤未前往督勤，竟為其當年考績甲等及配合柯木成偽造虛構姜俊澤、周秋豐不在勤，該件記過係姜豐田依公務人員保障法申訴格式協助姜俊澤、周秋豐製作，許竹利巡官故意以姜俊澤格式不合不受理，但周秋豐記過處分卻撤銷，證明北縣警局人事資料列印報表 003 之 85 年 11 月 26 日值班勤務無故缺勤記過 1 次為偽造，該處分既為偽造，許竹利巡官、柯木成除涉嫌偽造文書外，當年行政訴訟法第 1 條第 2 項「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」定有明文，該偽造構陷之記過行政處分除不得併計 85 年度姜俊澤考績累計外，也証明當年分局長柯木成，不惜與許竹利巡官偽造文書，明知子虛烏有，仍強加記過 1 次於姜俊澤 85 年考績累計，既証明偽造構陷違法無效行政處分，屬法官審理之職權，依公務人員考績法第二條「公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核」，除不得列為 85 年考列丁等條件中外，應撤銷該記過處分，原考績分數 59 分，依公務人員考績法施行細則第 15、16 條規定加 3 分，則原告 85 年之考績，應依公務人員之考績第 6 條第 1 項「60 分以上應列丙等」。

當年公務人員考績法第三條「年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之考績...。」臺北縣警局人事資料列印報表以下 84 年之記過、申誡不得列為 85 年考列丁等條件中：

020 申誡 2 次 84 年 7-12 戶口業務缺蹟，不能併計於 85 年考績，應屬法官審查職權，法律安定性應退讓，以符合公務人員考績法第 2 、3 、6 、24 條之規定。應予扣除。

021 申誡 1 次 84 年 7-12 戶口業務缺蹟，不能併計於 85 年考績，以符合公務人員考績法第 2 、3 、6 、24 條之規定。

022 嘉獎 1 次 84 年尋獲失竊機車 6 輛，不能併計於 85 年考績，以符合公務人員考績法第 2 、3 、6 、24 條之規定。

024 記過 1 次，84 年 0829 被查獲蘇福仁經營六合彩賭博案，不能併計於 85 年考績，以符合公務人員考績法第 2 、3 、6 、24 條之規定。

015 記過 1 次，84 年在林口分駐所轄內被查獲賭博性電玩 40 台。不能併計於 85 年工作考績，以符合該考績法第 2 、3 、6 、24 條規定。

025 記過 1 次，未依規定轉報 1 、2 種戶資料，85 年 1 月 18 日新警人 235 （95 年 8 月 5 發現新事實影本附件六未經斟酌之証物）；該案未註明被查日期，亦在林口分駐所轄內被查獲，應為 84 年之考績，亦不能併計於 85 年考績，以符合該考績法第 2 、3 、6 、24 條之規定。

003 之 85 年 11 月 26 日值班勤務無故缺勤記過 1 次，係電話不通偽造為值班勤務無故缺勤，以符合公務人員考績法第 2 、3 條之規定。

005 之 0913 內房值班勤務躲在牆角看電視亦為偽造，拘留所內房與法庭相同，扣除牢房則變成長方形，在正方行拘留所內、外部雖有鐵門隔離，空間開放，除辦公桌 1 張外， 並無牆角，純粹是偽造事實，電視是警察機關裝設的，並非私人帶進去，又電視有安撫人犯情緒之功能，拘留所人犯可看，警察人員亦可看，看電視並未違反規定，否則警察機關就不會裝設，且內房值班首要除防脫逃、還需防止其自殺（尤其當日進拘留所之人，有情緒不穩定狀況，諸如東張西望，愁眉不展等，警察人員專業判斷，應防止意外發生，提供其看電視，和緩其情緒有其必要，原告並於該人後方以眼角注意），遊動管理是必要的，巡官當天查勤，在外房叫，我曾答有，巡官並探頭查看，依規定服勤，還被申誡，全分局之員警群起哄，認該巡官故意找碴，証明有重大瑕疵、不當連結；申誡以躲在牆角為要件，既證明「內房值班勤務躲在牆角」是偽造事實，該申誡亦應扣除，以符合公務人員考績法第 2 、3 條之規定。

002 記過 1 次 85 年 12 月 16 日值班、待命服勤未服勤應適用 85 年 公務人員保障法 14 條規定，應扣除待命服勤申誡 1 次，因當天正常勤務（不含待命服勤）已超過 10 小時，包括待命服勤為 24 小時，應僅申誡 2 次（有 014 待命服勤申誡 1 次可證），查 85 年 10 月 26 日公務人員保障法（第 14 條：公務人員經指派於上班以外執行職務者，服務機關應給予加班費、補休假、獎勵或其他相當補償）自公布日施行後，待命服勤，應依警政署早已規定可簽出，必要時可召回規定，查勤警官在混，因未看警政署通報及公務人員保障法，適用法規錯誤，應屬法官審查職權，法律安定性應退讓，以符合公務人員考績法第 2 、3 條之規定。

「85 年 1 月 22 日偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴，依刑法第 278 條「使人受重傷者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑。」五年以上有期徒刑屬重大刑案，按警察人員獎懲標準表二之（十七）偵破刑案，著有功績者。」記功，應抵銷記過 1 次（或申誡 3 次），之前判決計算在內，以符合公務人員考績法第 2 條、3 條之規定。

95 年 8 月 15 發現新事實及未經斟酌之証物：85 年 1 月 11 日偵破陳志豪強奪陳勇程案， 87 年 6 月 25 日因懲治盜匪條例案，經臺灣板橋地方法院 86 年度少連訴字第 000007 號判決有期徒刑，徒刑 6 年，附記 - 偽造文書刑 6 月強奪刑 1 年又 8 月懲治盜匪刑 4 年併，該案應嘉獎 2 次，亦須列為 85 年之考績，再抵銷申誡 2 。 以上

銓敘部部分係依據行政院人事行政局 62 年參字第 29737　號函規定「獎懲以發布日期為生效日期」，本件原告所據免職之處分部分係核布於 85 年間；惟查 79 年 12 月 28 日修正公布之公務人員考績法第 3 條「年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之考績。」 ，又查該法第 6 條第 2 項「考列甲等及丁等之條件，應明訂於本法施行細則中， 以資應用。」，並未授權行政院人事行政局另為規定； 該考績法第 24 條「本法施行細則，由考試院定之」； 有關屬於丁等之條件，該法第 6 條第 2 項法律明確授權由考試院訂於公務人員考績法施行細則中，以資應用， 且中央法規標準法第 11 條「法律不得抵觸憲法，命令不得抵觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得抵觸上級機關之命令 」，行政院人事行政局 62 年參字第 29737 號函規定既非公務人員考績法施行細則，也無該法之授權，又中央法規標準法第 11 條「法律不得抵觸憲法，命令不得抵觸憲法或法律， 下級機關訂定之命令不得抵觸上級機關之命令」，且憲法 172 條「命令與憲法或法律牴觸者無效。」，行政院人事行政局 62 年參字第 29737 號函規定為行政命令， 既已牴觸公務人員考績法第第 3 條第 1 項之規定，又無法律授權，適用法規顯有錯誤，當然無效； 查北縣警局人事資料列印報表以上行政處分抵銷後，計 84 年記過 3 次、申誡 3 次、嘉獎 1 次係適用法規顯有錯誤， 電話不通偽造、變造值班勤務無故缺勤記過 1 次，「偽造內房值班勤務躲在牆角」申誡 1 次，均不得列為免職條件中， 及適用法規錯誤 85 年 12 月 16 日（公務人員保障法已公布）值班、待命服勤未服勤， 應扣除待命服勤申誡 1 次，剩處分未值班 2 次申誡，又偵破 85 年 1 月 22 日偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴記功 1 次，應抵銷記過 1 次（或申誡 3 次）及 95 年 8 月 15 日發現新事實， 即 85 年 1 月 11 日偵破陳志豪強奪陳勇程案， 87 年 6 月 25 日因懲治盜匪條例案，經臺灣板橋地方法院 86 年度少連訴字第 000007 號判決有期徒刑，徒刑 6 年，附記- 偽造文書刑 6 月（搶奪刑 1 年又 8 月）懲治盜匪刑 4 年併，本件應嘉獎 2 次，應抵銷申誡 2 次，因事後 87 年偵結判刑，該等均應列為 85 年原告考績，係未經斟酌之重要證物，如經斟酌對原告可獲較有利之判決，依公務人員考績法施行細則第 16 條規定，原考績 59 分再加 21 分等於 80 分，則原告當年考績， 應可依公務人員考績法第 6 條第 1 項規定 70 分以上，考列乙等，惟因原告， 當年仍有申誡 9 次，依考績法第 8 條「 曾記 1 大過人員，考績不得列乙等以上」，考績法第 6 條第 2 項「考列甲等及丁等條件， 應明訂本法施行細則中，以資應用」， 考績法施行細則第 4 條「考績考列甲等者， 須受考人有特殊條件各目之一（如累積達記 1 大功以上）或一般條件 2 目以上（如累積達記 2 小功以上，又如全年無遲到、早退紀錄） 」，原告不屬考績甲、丁等、 因超過 9 次申誡應列丙等，從以上各類事證，證明柯木成先生確有不當聯結 （即 85 年累積僅剩 9 次申誡處分； 請鈞院再審查 012 值班勤務因身體不適遲服勤，85 年 6 月 1 日發表申誡 1 次 （原應申誡 2 次），因有向主管請病假，並經主管准假，分局不准， 又事後經分局查證確實原告當天生病有醫生證明， 原告從警以來，就僅那次生病非常嚴重，躺在醫院，暈迷不省人事， 事後請假未獲准， 0424 待命服勤擅離申誡 1 次與以上因身體暈迷不省人事，醒來事後請假， 與遲服值班請病假為同 1 事件，有關值班 2 次

申誡既已減輕為 1 次申誡， 待命服勤因確是重病、擅離申誡 1 次亦應減半為缺蹟 3 次， 未達申誡規定，應予免除，柯木成故意切割成 2 次處分， 並於 85 年 5 月 9 日發表，柯木成目的在整肅原告， 待命服勤擅離申誡 1 次未減輕，相同事件不相同處理，故意分別於 85 年 5 月 9 日與 6 月 1 日發表目的在掩飾應減輕而不減半， 證明柯木成有重大瑕疵、不當連結，應予撤銷， 則原告僅剩 8 次申誡處分，未達 9 次申誡應列丙等之規定。

「85 年 1 月 22 日偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴，依刑法第 278 條『使人受重傷者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑。』五年以上有期徒刑屬重大刑案，按警察人員獎懲標準表二之（十七）偵破刑案，著有功績者。」記功，85 年 1 月 11 日偵破陳志豪強奪陳勇程案，87 年 6 月 25 日因懲治盜匪條例案，經臺灣板橋地方法院 86 年度少連訴字第 000007 號判決有期徒刑，徒刑 6 年，附記- 偽造文書刑 6 月強奪刑 1 年又 8 月懲治盜匪刑 4 年併，本件應嘉獎 2 次，應抵銷申誡 2 次；查當年公務人員考績法第三條「年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之考績。」縣警局依公務人員考績法第 2 條「公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核」，應主動予原告記功 1 次、嘉獎 2 次依公務人員考績法施行細則第 16 條規定，應加考績 5 分，則原告當年考績，應依公務人員考績法第 6 條第 1 項規定以達 79 分以上，應考列乙等，但依其施行細則第 4 、5 、6 規定，以列乙等為適當。

綜合以上偽造、變造（行政訴訟法第 273 條第 1 項第 9 款）記過 1 次及申誡 1 次，請病假值班申誡 1 次、待命服勤申誡 1 次，分割不同日之處分確為有重大瑕疵、不當連結之事實無效（行政程序法第 111 條 1 項 7 款、110 條第 4 項），銓敘部應依公務人員考績法第 2 條「公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核」及第 3 條「年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之考績。」、第 6 條第 2 項、第 24 條 及行政訴訟第 273 條第 1 項第 1 款之規定：經審應撤銷之處分，即不能併計於免職條件之內（1 、偽造記過 1 次、申誡 1 次，應予扣除。2 、將 84 年行政處分應扣除，抵銷記過 3 次、申誡 3 次、嘉獎 1 次，不得列為免職條件中。3 、適用法規錯誤 12 月 16 日未服待命服勤申誡 1 次應撤銷。4 、85 年偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴應記功 1 次及偵破陳志豪強奪案應嘉獎 2 次。）應依據公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款「平時考核：獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過。於年終考績時，併計成績增減總分。平時考核獎懲得抵銷，無獎懲抵銷而累積達 2 大過者，年終考績應列丁等」；原累積達 30 次申誡，減掉偽造之記過 1 次、申誡 1 次，減掉 84 年度記過 3 次、申誡 3 次、嘉獎 1 次，抵銷偵破施博然案記功 1 次、偵破陳志豪搶奪案應加獎 2 次，及值班、待命服勤（適用法規錯誤）之 1 次申誡僅剩累計記申誡 9 次，根本無公務人員考績法第 7 條第 1 項第 4 款及尚未達公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款「平時考核獎懲得抵銷，無獎懲抵銷而累積達 2 大過者，年終考績應列丁等」之要件，故原違法免職懲戒處分，應予撤銷，請依公務人員考績法第 2 條「公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核」，斟審原

告依公務人員考績法施行細則第 16 條規定，原考績 59 分＋21 分=80 分，則原告當年考績，應依公務人員考績法第 6 條第 1 項規定已達 70 分以上，應考列甲等 80 分，又因 85 年行政處分實際僅累積 9 次申誡（若再扣除重大瑕疵、不當連結病假值班減輕與待命服勤未被減輕之 1 次申誡，累積應僅剩申誡 8 次），除不得考列甲、丁等規定外，亦未達考列丙等申誡 9 次以上之要件，請判決原告考績等次為乙或丙等。

司法院釋字第 243 號解釋，其解釋理由書第一段揭示：公務員之懲戒，依憲法第 77 條規定，屬於司法院職權範圍，司法院設有公務員懲戒委員會，為主管懲戒事項之司法機關。對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分，此項權限之行使及其救濟程序如何規定，方符憲法之意旨，應由有關機關通盤檢討，而為適當之調整。95 年 4 月 4 日發現得使用該證物（附件六）證明姜俊澤被累積獎懲均為行政處分，按司法院釋字第 243 號解釋意旨「免職處分不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分，既是懲戒處分，就必須累積懲戒處分之記過、申誡」，累積行政處分與大法官會議議決釋字第 243 號解釋意旨不符，故適用公務人員考績法第 12 條或警察人員管理條例第 31 條有關免職處分之相關條例、法律，均為適用法規錯誤；大法官會議解釋自發布日起，具有約束全國各機關之效力，85 年原告被免職事件，即銓敘部 86、4 、11（86）台審 3 字第 1445541 號函審定及臺北縣警局考績通知書：「總分：59，考績等次：丁等，獎懲：免職，說明：依法應予免職。」為違法、逾越權限之行政處分，違反平等原則，應一併撤銷；查原告被處分者皆為行政處分，並無懲戒處分，有臺北縣警局處分書證明該處分均為行政處分，並無懲戒處分；故不應適用當年公務人員考績法第 12 條第 1 項年終考績應考列丁等之規定或警察人員管理條例第 31 條第 1 項第 11 款之規定；縱令累積行政處分超過 2 大過（18 次申誡）也僅能依公務人員考績法第 6 條第 2 項「考列甲等及丁等之條件，應明訂於本法施行細則中，以資應用。」，兼適用 81 年 4 月修正公布之公務人員考績法施行細則第 5 條「公務人員年終考績評分，考列丁等者，除本法及本細則另有規定者外，須受考人在考績年度內，具有左列條件之一者為限：一、挑撥離間或誣控濫告，情節嚴重，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果者。四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽者。」，非有上揭四種條件仍不得考列丁等免職；應依第 6 條「受考人所具條件，不屬第 4 條及第 5 條所列舉甲等或丁等條件者，由機關長官衡量其獎懲紀錄，或就具體事蹟，評定其適當考績等次。」考列丙等以上，乙等較適法；原告被臺北縣警局處分均是行政處分，有人事資料列印報表可証，該表亦為得使用該證物作為行政法院對是否為懲戒處分加以斟酌之重要証物，如經斟酌該証物非懲戒處分，可受較有利之裁判，當然不符合免職（懲戒處分應為撤職）之要件，就無適用當年公務人員考績法第 12 條第 1 項年終考績應考列丁等之規定；所有行政處分亦證明原告無公務人員考績法施行細則第 5 條之行政處分，應依該細則第 6 條第 1 項及考績法第 6 條考列丙等以上乙等較適法；銓敘部若依公務人員考績法第 12 條規定將原告處以免職之懲戒，則必需舉證原告 85 年考績，有懲戒處分累計超過 2 大過或 18 次申誡以上，否則即適用法規顯有錯誤，違反平等原則。又 81 年公務人員考

績法施行細則第 16 條「公務人員平時考核，應併入年終考績增減總分。嘉獎或申誡 1 次者，考績時增減其總分 1 分；記功或記過 1 次者，增減其總分 3 分；記 1 大功或大過 1 次者，增減其總分 9 分…。」臺北縣警局考績通知書：「總分 59 分，考績：丁等，獎懲：免職，說明：依法應與免職」依公務人員考績法第 2 、3 條及其施行細則第 15、16 條規定抵銷〔臺北縣警局人事資料列印報表（1 、020 申誡 2 次 84 年 7-12 戶口業務缺蹟；2 、021 申誡 1 次 84 年 7-12 戶口業務缺蹟；3 、022 嘉獎 1 次 84 年尋獲失竊機車 6 輛。4 、024 記過 1 次，84 年 0829 被查獲蘇福仁經營六合彩賭博案;5 、015 記過 1 次,84 年在林口派出所轄內被查獲賭博性電玩 40 台。)；6 、025 記過 1 次，未依規定轉報 1 、2 種戶資料，85 年 1 月 18 日新警人 235 ；以上 84 年記過、申誡、嘉獎均不能併計於 85 年考績，應予抵銷〕。7 、003 之 85 年 11 月 26 日值班勤務無故缺勤記過 1 次為偽造，應扣除。8 、內房值班勤務躲在牆角看電視亦為偽造，申誡 1 次應扣除。9 、002 記過 1 次 85 年 12 月 16 日值班、待命服勤未服勤應適用公務人員保障法 14 條規定，應扣除待命服勤申誡 1 次，因當天不含待命服勤，正常勤務已超過 10 小時，包括待命服勤為 24 小時，應僅申誡 2 次〔有 014 申誡 1 次 4 月 24 日待命服勤擅離（公務人員保障法未公布）可證〕，應適用 85 年 10 月 26 日公務人員保障法（第 14 條：公務人員經指派於上班以外執行職務者，服務機關應給予加班費、補休假、獎勵或其他相當補償）公布日施行後，且待命服勤，警政署早已規定可簽出，必要時可召回，查勤警官因未看警政署通報，適用法規錯誤，屬法官審查職權，法律安定性應退讓以符合公務人員考績法第 2 條之規定。10、「85 年 1 月 22 日偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴，應記功，抵銷記過 1 次（或申誡 3 次）。11、85 年 1 月 11 日偵破陳志豪搶奪陳勇程案，搶奪刑 1 年又 8 月，應嘉獎 2 次，亦須列為原告 85 年考績，再抵銷申誡 2 次。」。依公務人員考績法第 3 、2 條規定加上「偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴，依刑法第 278 條「使人受重傷者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑；五年以上有期徒刑屬重大刑案，按「偵破刑案，著有功績者。」記功，抵銷記過 1 次及偵破陳志豪搶奪陳勇程案嘉獎 2 次抵銷申誡 2 次。查當年 1-12 月考績，總計 20 次申誡、記過 5 次、嘉獎 5 次計累積申誡 30 次，抵銷（偵破施博然重傷害刑案應記功 1 次、陳志豪搶奪案嘉獎 2 次，84 年記過 3 次、申誡 4 次、嘉獎 1 次，偽造事實記過 1 次、申誡 1 次），依公務人員考績法施行細則第 15 條規定可抵銷 21 次申誡，僅累積 9 次申誡，尚未達到累積 2 大過以上，依法考績應為總分應為 59＋21=80 分，惟查公務人員考績法第 13 條末段「曾記 1 大過人員，考績不得列乙等以上」，（95 年 8 月 15 日發現，當年原告之考績應丙等，但若再審查重大瑕疵、不當連結（病假同日 2 次申誡減輕為 1 次申誡、待命服勤 1 次申誡未被減輕為 3 次劣蹟，相同事件不同處理，違反平等原則，故應減輕為 3 次劣蹟）未達 1 次申誡再被撤銷，85 年僅累積被申誡 8 次，考績等次以乙等為適法，獎懲：應晉本俸 1 級並給與半個月俸額之 1 次獎金，為警佐 2 階 1 級 200 元。），說明：依法應予復職及損害賠償。

95 年 4 月 4 日知悉得使用該證物（臺北縣警局人事資料列印報表），如經斟酌可受較有利之裁判，如原告被處分者皆為行政處分（由行政機關本於權責為之），均無

懲戒處分，既然當年之大法官會議解釋理由書，有關免職處分既已解釋為懲戒處分，就應累積懲戒處分超過 2 大過（18 次申誡）以上才適用當年公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款之規定。總之；行政處分則應適用公務人員考績法第 6 條第 2 項「考列甲等及丁等條件，應明訂於本法施行細則中，以資應用」及第 1 項「…乙等 70 分以上，不滿 80 分。丙等：60 分以上，不滿 70 分。丁等：不滿 60 分。」規定，及其施行細則第 5 、6 條、第 15、16 條增分或減分（包括 1 、許竹利與柯木成對原告在勤，卻偽造不在勤之記過處分）及偽造「躲在牆角」申誡 1 次扣除。2 、非免職當年之行政處分達 3 小過、3 次申誡、1 次嘉獎扣除，即將 84、85 累積 2 年之行政處分，違反考績法第 3 條第 1 項第 1 款：年終考績係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1-12 月 任職期間之考績；又考績法第 24 條及第 6 條第 2 項僅授權考試院於施行細則中明訂丁等要件，法有明文，並未授權由人事行政局另為函釋，故適用人事行政局另為函釋規定為適用法規顯有錯誤。3 、85 年偵破施博然殺人未遂案，經檢察官以重傷害罪起訴應記功 1 次，偵破陳志豪強奪案應嘉獎 2 次，及公務人員保障法公布後，適用法規顯有錯誤之待命服勤申誡 1 次扣除；總計應減少扣 16 分，再加記功 1 次加 3 分、嘉獎 2 次加 2 分，增減累積結果僅剩 9 次 申誡，尚未達記 2 大過，不得考列丁等，若鈞院審酌相同事件未相同處理（值班 2 次申誡減輕為 1 次申誡、待命服勤申誡 1 次應減輕 3 次缺績，未達申誡），又故意以不同日期發佈各申誡 1 次之重大瑕疵、不當連結待命服勤 1 次 申誡撤銷，僅剩申誡 8 次，亦未達考列丙等超過 1 大過（或 9 次申誡）之條件，考列丁等即違反依法行政原則，也違反平等原則，同時也違反法律保留原則，考列乙較適法，原告曾參加警察人員丙等特考及格，依據憲法第 18 條規定「人民有應考試服公職之權。」要免職（屬懲戒權）就應依法律規定，適用人事行政局之規定，無法律授權，應依公務人員考績法第 2 、3 條、第 6 條第 2 項及考績法施行細則第 5 條規定（係法律授權之法規，又該細則早已在 90 年 6 月 20 日提升其位階於該法第 6 條第 3 項），適用人事行政局之規定，違反公務人員考績法第 2 、3 條規定，違反該法第 6 條第 2 項及其施行細則第 5 、6 條法律授權規定，為適用法規顯有錯誤，已明確違反平等原則、法律保留原則，證明銓敘部、台北縣政府警察局、新莊分局主官，違法、逾越其職權，同時違反憲法第 22、23、24、80 條規定。

6、又有關 79 年 12 月 28 日總統公布公務人員考績法年終考績第 3 條 1 項 1 款規定（年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之考績）已於之前判決過，原告前對公務人員考績法令欠熟稔，於本件提出起訴狀，才發現適用法規錯誤之新事實，銓敘部係依據行政院人事行政局 62 年參字第 29737 號函規定「獎懲以發布日期為生效日期」，本案原告所據免職之處分係核布於 85 年間。銓敘部適用法規顯有錯誤，因公務人員考績法第 6 條 2 項考列丁等條件，應明訂於公務人員考績法施行細則中，以資應用；銓敘部爰用行政院人事行政局 62 年參字第 29737 號函規定「獎懲以發布日期為生效日期」，在公務人員考績法施行細則中找不到，就不能應用為考列丁等的條件；又行政院人事行政局又非考試院，無法律之授權，此為當年原告未主張之新事實，請於行政程序更新訴訟中應特別審慎審查者。另銓敘部主張

僅執行停職處分，係為妨害公務罪卸責，依停職應領半薪（警察人員管理條律第四條規定：警察官、職分立，官受保障，職得調任，非依法不得免官或免職），被告稱為執行停職之行政處分，行政處分若僅停職則不停官，原告至今卻從未被支領官俸，證明銓敘部與台北縣政府警察局對原告自始至今執行免職處分並非執行停職處分，更證明銓敘部與台北縣政府警察局施強暴脅迫妨害原告依法執行司法警察工作；若銓敘部証明為執行停職，如此長期不支給原告官俸，則構成刑法第 129 條剋扣應發給之款物罪。

（二）被告主張之理由：

1、按行政處分之作成係依處分當時之法律狀態及事實狀態為依據，且原告免職之處分業因法定救濟期間經過而發生形式確定力。且原告上述訴稱之新事實，以其所提事證係空言主張，並無具體事證，亦非屬作成免職處分當時所依據之事實事後發生變更，自無行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款之適用。

2、原告訴稱發現行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 、4 、9 、13、14 等款所定再審事由（如指稱 87 年間最高行政法院之判決及 91 年間最高行政法院之裁定有行政訴訟法第 273 條應迴避之法官參與裁判；司法院大法官會議解釋指出免職處分實質上屬於懲戒處分，認為考績法第 12 條第 1 項第 1 款後段所定獎懲抵銷累積達 2 大過係指懲戒處分之累積，故原告當初之免職處分應依考績法第 6 條規定辦理；臺北縣警局相關人員偽造原告懲處事實等），得依行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款申請撤銷上述被告對於原告所為免職之處分一節，經查考績法第 12 條第 1 項第 1 款後段所定獎懲抵銷累積達 3 大過，所稱獎懲係指同條款前段所定之平時考核（嘉獎、記功、記大功、申誡、記過、記大過），並非指懲戒處分，因此，被告 86 年 4 月 11 日 86 台審三字第 1445541 號函，以原告 85 年平時考核獎懲相互抵銷後，累積記過 5 次、申誡 15 次，經臺北縣警局依 86 年 6 月 4 日修正前之考績法第 12 條第 1 項第 1 款後段規定予以考列丁等，爰審定依法應予免職，適用法規並無違誤。又原告其餘主張再審之事由，以其所舉事證並未具體明確，或係其於之前行政救濟程序中得主張或未經採納之事由，且均不足以影響其系爭免職處分，亦無行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款之適用。

3、末查原告自其上述免職之處分不得依法提起救濟後（被告上述免職處分係於 86 年 4 月 22 日送達原告，原告當時未於復審 30 日之法定期間提起復審）迄至 94 年 4 月 5 日以發現新事實、新證據提出重開程序請求之日，已逾 5 年，依行政程序法第 128 條第 2 項後段但書規定，不得提出申請。

理　由

一、原告起訴主張：原告前雖曾就本件曾提出請求，惟因發生新事實，發現銓敘部部長、前北縣警局局長及新莊分局分局長違法免職所犯罪行等新事實，又發現法規變更及有未經斟酌之重要證據，如經斟酌可受較有利益之處分，即具有相當於行政訴訟法 273 條第 1 項第 1 、4 、9 、13、14 款所定再審事由，足以影響行政處分之證據，故依行政程序法 128 條第 1 項第 1 款、第 3 款等規定，向被告請求重開程序，此申請未逾 5 年之法定救濟期間，自屬合法，為此，提起本件訴訟，求為判決：原處分及復審決定均撤銷；

命被告撤銷 86 年 4 月 11 日（86）台審 3 字第 1445541 號函審定，及作成「考績總分 62 分以上（79 分以下），考績等次：丙等以上，獎懲:留原級俸以上（含本俸 1 級）；說明: 依法應予復職及損害賠償。」之行政處分，及判決（或責由）被告依復職程序辦理，並作成協議書，依法損害賠償違法免職期間之俸給〔包括：違法（無效）免職期間之任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績，及月俸、職務加給（專業加給、職務加給）、扣繳公保費、退撫自付〕云云。

二、被告則以：行政處分之作成係依處分當時之法律狀態及事實狀態為依據，原告免職之處分業因法定救濟期間經過而發生形式確定力。且原告訴稱之新事實，均無具體事證，亦非屬作成免職處分當時所依據之事實事後發生變更，自無行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款之適用。另被告審定原告應予免職，適用法規並無違誤。又原告其餘主張再審之事由，以其所舉事證並未具體明確，或係其於之前行政救濟程序中得主張或未經採納之事由，且均不足以影響其系爭免職處分，亦無行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款之適用。系爭免職處分於 86 年 4 月 22 日送達於原告後，因其未於復審期間內提起復審而確定，迄至 94 年 4 月 5 日以發現新事實、新證據向被告提出請求已逾 5 年，依行政程序法第 128 條第 2 項後段但書規定，不得提出申請等語，資為抗辯。

三、按「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。一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。」固為行政程序法第 128 條第 1 項所明定，惟上開申請自法定救濟期間經過後已逾五年者，即不得為之，亦經同法第 2 項定有明文。據此，行政處分之相對人或利害關係人，於法定救濟期間經過後已逾五年者，縱有行政程序法第 128 條第 1 項各款情形，亦不得依上開規定申請重開程序，自不待言。

四、經查，本件原告於 94 年 4 月 7 日依行政程序法第 128 條第 1 項規定向被告申請重開程序請求被告撤銷 86 年 4 月 11 日 86 臺審三字第 1445541 號（審定免職）函，惟上開行政處分業經臺北縣警局以 86 年 4 月 16 日北警人字第 78932 號考績通知書轉知原告，原告於 86 年 4 月 22 日收受該通知書，原告未依行為時公務人員保障法第 22 條、訴願法第 14 條規定於 30 日內提起復審一節，為兩造所不爭執，且有原告請求（舉發）書附保訓會 94-1006-01-0134-1-1 號卷、臺北縣警局送達證書附卷可稽，堪信為真實。據此，原告於 94 年 4 月 7 日申請重開程序之時，距被告 86 年 4 月 11 日 86 臺審三字第 1445541 號（審定免職）函法定救濟期間（自 86 年 4 月 23 日起算至 86 年 5 月 22 日止）經過後，顯已逾五年，是原告依行政程序法第 128 條第 1 項規定申請重開程序，揆諸首揭規定自有未合，原處分否准原告之申請，於法並無違誤。原告訴稱伊 94 年 9 月 17 日知悉有當年行政訴訟法 28 條第 1 項第 1 款、第 7 款、第 10 款等新事實，當時行政訴訟法第 28 條、第 29 條第 1 項、第 2 項期間自判決送達時起算，其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。且該法第 2 條附帶請求損害賠償（第 2 項除適用行政訴訟之程序外，準用民法之規定），95 年 4 月 4 日發現新事實，按行為時公務

人員保障法對請求權因無規定，故依該法第 1 條規定應適用民法第 128 條前段消滅時效之規定，本件未逾請求權重行起算 5 年期間云云，應屬誤解，要無可採。

五、綜上所述，原處分否准原告程序重開之申請，並無不合，復審決定遞予維持，亦無違誤。原告訴請撤銷原處分及復審決定，及命被告銓敘部撤銷 86 年 4 月 11 日（86）台審 3 字第 1445541 號函審定，及作成「考績總分 62 分以上（79 分以下），考績等次：丙等以上，獎懲: 留原級俸以上（含本俸 1 級）；說明: 依法應予復職及損害賠償。」之行政處分，並請求判決（或責由）被告依復職程序辦理，並作成協議書，依法損害賠償違法免職期間之俸給〔包括：違法（無效）免職期間之任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績，及月俸、職務加給（專業加給、職務加給）、扣繳公保費、退撫自付〕，洵無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法，經核與判決之結果不生影響，無庸逐一論述，併予敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第 98 條第 3 項前段之規定，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　95　　年　　10　　月　　31　　日

第一庭審判長法　官　王立杰

法　官　劉錫賢

法　官　周玫芳

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　95　　年　　10　　月　　31　　日

書記官　何閣梅

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題16：

訴願機關認訴願不合法而為不受理之決定，訴願人不服提起行政訴訟，聲明請求撤銷訴願決定及原處分，法院審理結果認訴願為合法，訴願機關應為實體之審議，其為不受理之決定尚有未合，而為撤銷訴願決定之判決，至於原處分部分則因尚待訴願機關為實體審議，法院尚無從逕行判斷，此時主文是否應併為「原告其餘之訴駁回」之記載？

三、討論意見：

甲說：肯定說

原告既聲明原處分應併予撤銷，如法院判決僅諭知訴願決定撤銷，則關於原處分撤銷部分之聲明，似有漏未裁判之嫌。且目前實務上關於課予義務訴訟依行政訴訟法第200條第4款判決者，均於主文併為原告其餘之訴駁回之記載，本題撤銷訴願決定之理由雖與上述課予義務訴訟不同，但其結果均未能完全滿足原告之聲明則無二致，是本題主文如併為原告其餘之訴駁回之記載，應較週全。

法院就原處分撤銷之聲明並未為實體之審理及裁判，雖主文有原告其餘之訴駁回之記載，惟僅具有形式上之確定力，並無實質之確定力，訴願機關及法院嗣後仍得為相反之決定及判決。

乙說：否定說

行政訴訟因有原處分及訴願之先行程序，與民事訴訟起訴時兩造完全立於對等之地位，其性質尚有不同。且本題法院係因無從判斷始未併為原處分撤銷之諭

知，並非認原處分撤銷之請求為無理由，故實質上原告已獲得全部勝訴之判決，如併為原告其餘之訴駁回之諭知，可能促使原告為無益之上訴，實屬多餘。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

六、相關法條：