九十年度各級行政法院行政訴訟法律座談會提案

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題一：

某甲為未依「電子遊戲場業管理條例」辦理營利事業登記為電子遊戲場業之營利事業，而自己設置電子遊戲機經營電子遊戲場營業。經主管機關查獲後，原應依電子遊戲場業管理條例第十五條及同條例第二十二條之規定，以某甲違反「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業」之規定，而依同條例第二十二條之規定，移送地檢署偵辦（電子遊戲場業管理條例第二十二條之規定內容為：「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金」）。惟主管機關竟錯誤適用法律，認為某甲行為係該當同條例第十六條「非電子遊戲場業之其他營利事業，不得就其營業場所，供他人設置電子遊戲機營業」，而依同條例第二十八條（「違反第十六條規定者，處行為人新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，並限期令其改善；屆期仍未改善者，按次連續處罰至其改善為止」）之規定處以罰鍰。某甲不服，提出訴願，受理訴願機關發現上開法律適用錯誤之情事，但認為應適用訴願法第八十一條第一項但書所揭示之「不利益變更禁止原則」（訴願法第八十一條第一

原已確定違法之課稅處分，同時再依行政訴訟法第八條第一項及稅捐稽徵法第二十八條之規定，提起一般給付訴訟，請求稽徵機關返還溢繳之稅款，始合法。因如不先提起上開課予義務訴訟，而逕依行政訴訟法第八條第一項及稅捐稽徵法第二十八條之規定，提起一般給付訴訟，將破壞已確定課稅處分之拘束力，且有礙法秩序之一貫性。

丙說：不得直接依行政訴訟法第八條第一項及稅捐稽徵法第二十八條之規定，提起一般給付訴訟。納稅義務人應向稽徵機關依稅捐稽徵法第二十八條規定請求返還溢繳稅款，為稽徵機關所拒絕後，納稅義務人應對之提起訴願，如仍為訴願決定所駁回，始得對稽徵機關否准返還之行政處分提起撤銷之訴，同時再依行政訴訟法第八條第一項及稅捐稽徵法第二十八條之規定，提起一般給付訴訟，請求稽徵機關返還溢繳之稅款，始合法。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討：

㈠法律問題部分文字修正如左：

納稅義務人如主張未經訴願及行政訴訟而已確定之課稅處分，有適用法令錯誤或計算錯誤，

致溢繳稅款之情形，可否依行政訴訟法第八條第一項及稅捐稽徵法第二十八條之規定，提起一般給付訴訟？

㈡增加討論意見丁說如左：

丁說：參考八十九年十月十六至十八日法律座談會提案，法律問題二：「新行政訴訟法施行後，原告依稅捐稽徵法第二十八條之規定，向稅捐稽徵機關申請退還溢繳之稅款，稅捐機關認並無原告所指之溢繳情事而予拒絕（以書面通知）後，原告應如何尋求救濟？」中大會研討結果增加之丁說：「視原告之請求是否涉及原課稅處分違法的爭執而定，如涉及課稅處分是否違法之爭執，則稅捐稽徵機關拒絕退稅，為一行政處分（確認原課稅處分不違法之確認性行政處分），原告如有不服，可提起課予義務訴訟；如不涉及任何行政處分，或不涉及原課稅處分是否違法之爭執，則稅捐稽徵機關拒絕退稅，為一事實行為（否認法律上義務存在之通知），原告如有不服，可提起一般給付訴訟。」。

㈢大會研討結果：

多數採丁說。

六、相關法條：

行政訴訟法第八條第一項：人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。

行政訴訟法第五條第一項：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。

稅捐稽徵法第二十八條：納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還；逾期未申請者，不得再行申請。

財政部七十年二月二十四日：台財稅字第31422號函：

「納稅義務人不服行政法院之判決提起再審之訴，如貴局經答辯後始發覺原核定、訴願及再訴願均值斟酌，可於行政救濟程序終結前向行政法院提出補充答辯，於再審裁判前，依法仍應受行政法院原判決之拘束，未便自行撤銷，如具備稅捐稽徵法第二十八條所定情形，得依該條規定辦理。」

參考資料（89.10.16～18 法律座談會提案）

最高行政法院暨臺北、臺中、高雄三所高等行政法院法律座談會法律問題提案

一、法律問題二：　　高雄高等行政法院　提

新行政訴訟法施行後，原告依稅捐稽徵法第二十八條之規定，向稅捐稽徵機關申請退還溢繳之稅款，稅捐機關認並無原告所指之溢繳情事而予拒絕（以書面通知）後，原告應如何尋求救濟？

二、討論意見：

甲說：應提起一般公法上之給付訴訟（行政訴訟法第八條第一項）。蓋稅捐稽徵法第二十八條溢繳稅款之返還，性質上屬公法上不當得利之返還請求權，可經由一般給付之訴實現其權利（參見陳清秀著「行政訴訟法」第一百三十一頁及前行政法院八十六年八月份庭長、評事聯席會議決議），故不須經由訴願程序，即可逕依行政訴訟法第八條第一項之規定，提起一般給付訴訟。

乙說：應提起課予義務訴訟（行政訴訟法第五條第二項）。因依稅捐稽徵法第二十八條第一項之規定向稅捐機關申請返還溢繳稅款，此時稅捐機關仍須經過審核後而為「准駁」之行政處分。故前開情形，原告之申請於遭拒絕（駁回）後，仍應循訴願程序，請求救濟，如

再遭駁回，始依行政訴訟法第五條第二項規定，提起課予義務訴訟，惟得合併為一般給付之訴之聲明。

三、初步研討結果：

多數採乙說。

四、大會研討：

㈠增加討論意見丙說、丁說如左：

丙說：稅捐稽徵法第二十八條所規定之退稅請求權之性質，理論上係屬公法上請求權，惟公法上請求權受到侵害，應如何謀求救濟，應視侵害行為而定。倘請求權之行使，係針對違法之行政處分者，應提起撤銷訴訟；係請求行政機關做成行政處分者，須提起課予義務訴訟，如針對事實行為者，須提起一般給付訴訟。茲應研究者，即稅捐稽徵法第二十八條僅規定得「申請退還」，其性質為何，殊值探討，溢繳稅款純係事實問題，故該法第二十八條所規定之退稅請求權，理論上，可直接提起一般給付訴訟，惟因原告既已向稅捐稽徵機關申請退稅而被拒絕，是其救濟之道，宜對拒絕退稅之處分提起撤銷訴訟，而依行政訴訟法上規定，合併提起一般給付訴訟。

丁說：視原告之請求是否涉及原課稅處分違法的爭執而定，如涉及課稅處分是否違法之爭執，則稅捐稽徵機關拒絕退稅，為一行政處分（確認原課稅處分不違法之確認性行政處分），

原告如有不服，可提起課予義務訴訟；如不涉及任何行政處分，或不涉及原課稅處分是否違法之爭執，則稅捐稽徵機關拒絕退稅，為一事實行為（否認法律上義務存在之通知），原告如有不服，可提起一般給付訴訟。

㈡大會研討結果：

採丁說。

五、相關法條：

稅捐稽徵法第二十八條、行政訴訟法第五條第二項、第八條第一項。

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題三：

重劃後之土地，地主死亡，其繼承人繼承後第一次移轉時，土地增值稅能否依平均地權條例第四十二條第三項及土地稅法第三十九條第四項之規定，減徵百分之四十？

三、討論意見：

甲說：否定說，其理由略謂：按平均地權條例第四十二條第三項及土地稅法第三十九條第四項均規定：「經重劃之土地，於重劃後第一次移轉時，其土地增值稅減徵百分之四十。」所稱第一次移轉，如曾發生繼承移轉者，自包括繼承登記在內。此觀司法院大法官釋字第二四一號解釋：「財政部六十六年七月二十五日台財稅字第三四八一九號函稱：『在六十二年九月六日都市計畫法修正公布前經編為公共設施保留地，並已規定地價；但在該法修正公布後曾發生繼承移轉者，於被徵收時，不適用平均地權條例第四十二條第一項但書規定。』係基於都市計畫法修正公布後，已有因繼承而移轉之事實，於該土地被徵收時，既以繼承開始時之公告土地現值為計算土地漲價總數額之基礎，則其土地增值稅負在一般情形已獲減輕，故應依上開條例第四十二條第一項前段規定減徵土地增值稅百分

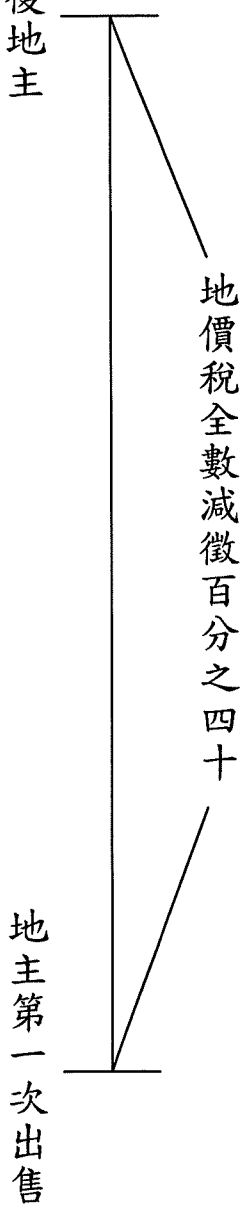
之四十，不適用同條但書減徵百分之七十之規定，上開財政部函符合前述法條之立法意旨，於租稅法律主義及公平原則無違，並不牴觸憲法。」即明，雖上開釋字第二四一號解釋，並非對重劃土地之移轉所作之解釋，惟既均係因地主死亡，發生繼承之原因事實所作之解釋，自可類推適用，因而財政部八十六年三月三十一日台財稅字第八六一八八八七九七號函稱：「有關繼承原因發生在重劃後之土地，繼承人辦妥繼承登記後再移轉時，已非屬重劃後之第一次移轉，應無土地稅法第三十九條第三項（八十八年五月二十一日修正後為第四項）其土地增值稅減徵百分之四十之適用。」依大法官解釋之同一法理，財政部此一解釋，亦不違背憲法公平原則，應得予以適用。

乙說：肯定說，其理由略謂：按平均地權條例第四十二條第三項及土地稅法第三十九條第四項均規定：「經重劃之土地，於重劃後第一次移轉時，其土地增值稅減徵百分之四十。」條文所稱第一次移轉，如曾發生繼承移轉，持否定說者，認應包括繼承登記在內，最主要之理由，係謂重劃後既已因繼承而移轉登記之事實，則其土地增值稅負已獲減輕，故條文所稱第一次移轉應包括繼承登記在內云云為論據。第查土地稅法第二十八條規定因繼承而移轉之土地，免徵土地增值稅，故繼承後之土地增值稅，係改以繼承開始時之公告

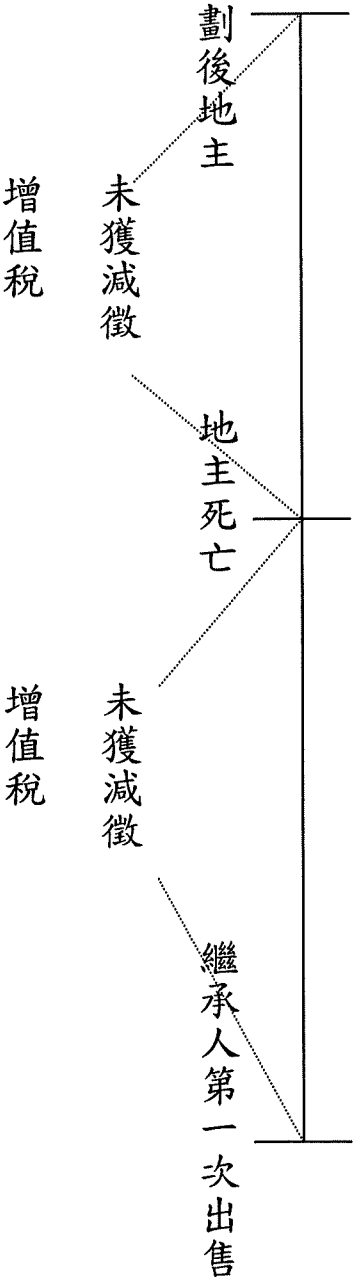
土地現值為計算土地漲價總數額之基礎，其土地增值稅負在一般情形可獲減輕，因認苟經繼承者，即不應再獲減徵土地增值稅為論據。惟土地稅法之所以有上開規定，係因繼承人於繼承時已繳納較增值稅猶多之遺產稅，不能令繼承人重複負擔二種鉅額稅負所致，此種因繼承而變更計算土地公告現值之事由，為任何繼承土地者均會發生相同之結果，與平均地權條例第四十二條第三項及土地稅法第三十九條第四項規定無涉。從而，否定說未審酌繼承人已繳納較之增值稅猶多之遺產稅之情事，徒以繼承事實發生後，以繼承開始時之公告土地現值為計算土地漲價總數額之基礎，其土地增值稅負一般已獲減輕為由，主張繼承人繼承後出售土地非屬第一次移轉登記，不能獲得減徵土地增值稅百分之四十，已屬無據。而且，如重劃後地主於公告現值尚未調整之年度內即死亡者，其繼承人並未享受任何因繼承而致公告土地現值調高計算土地漲價總數額之基礎，其土地增值稅並未獲何減輕，倘解釋因繼承而有移轉登記，即非屬第一次移轉登記，不得享有減徵百分之四十之土地增值稅，顯有違憲法所定之平等原則。至於大法官釋字第二四一號解釋，係就都市計畫法修正公布前經編為公共設施保留地，並已規定地價，而在該法修正公布後曾發生繼承移轉者，於被徵收時，是否適用平均地權條例第四十二條第一項

但書之規定（舊法，現已刪除），所為之解釋，並非為重劃所為之解釋，其效力應不及於重劃之範圍，合併敘明。為增進瞭解本案，茲繪圖解說如下：

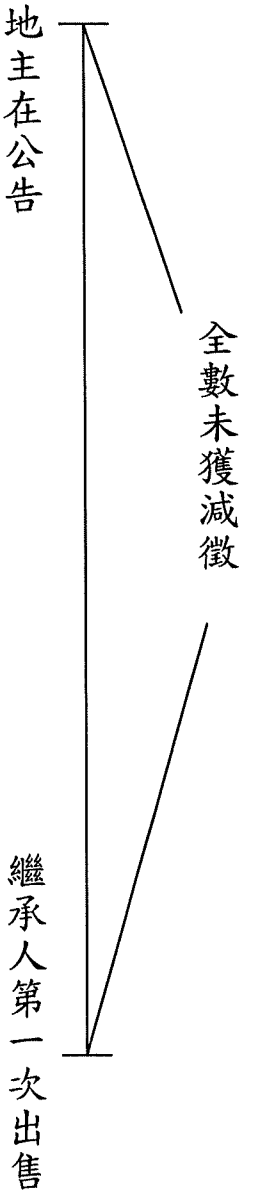
圖一：



圖二：



圖三：



四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

在最高行政法院見解未變更前，多數採甲說。

六、相關法條：

平均地權條例第四十二條第三項：

「經重劃之土地，於重劃後第一次移轉時，其土地增值稅減徵百分之四十。」

土地稅法第三十九條第四項：內容同上。

舊平均地權條例第四十二條：

「被徵收之土地，其土地增值稅一律減徵百分之四十。但在中華民國六十二年九月六日都市計畫法修正公布，經編定為公共設施保留地，並已規定地價，且在該次都市計畫法修正公布後未曾移轉者，其土地增值稅減徵百分之七十。經重劃之土地，於重劃後第一次移轉時，其土地增值稅減徵百分之二十。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題四：

按「事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準。」「事業或污水下水道系統排放廢（污）水，違反第七條第一項規定．．．處新台幣六萬元以上六十萬元以下罰鍰，並通知限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰。．．．」為水污染防治法第七條第一項及第三十八條所明定；另同法第五十四條規定「事業未於依第三十八條．．．所為通知改善之期限屆滿前，檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件，向主管機關報請查驗者，視為未完成改善。」原告工廠因排放廢水未符合標準，經被告機關裁處罰鍰外，並通知限期於九十年六月三十日前改善完妥，檢具符合放流水標準或其他規定之證明文件，向主管機關報請查驗，否則視為未完成改善，將依法執行按日連續處罰。試問：

㈠期限屆滿，原告未檢具相關證明文件報請查驗，被告機關遂認定其未完成改善，乃自同年七月一日起執行按日連續處罰至同年月三十一日止，每日各處新台幣六萬元罰鍰，惟原告工廠已在改善期限內自同年六月十五日起即停工迄今，未再有排放污水，並取得目的事業主管機關之停工證明，則原告自停工日起是否仍應受處罰？

㈡期限屆滿，原告未檢具相關證明文件報請查驗，被告機關遂認定其未完成改善，乃自同年七月一日起執行按日連續處罰至同年月三十一日止，每日各處新台幣六萬元罰鍰，惟原告工廠於七月間曾停工數日，則停工日是否仍應處罰？

㈢原告於同年八月一日申報完成改善，並經檢驗合格後，被告機關得否再就改善前之期間（即同年七月一日至三十一日），按日連續處罰？

三、討論意見：

㈠甲說：應予處罰。按水污染防治法第五十四條規定，事業未依規定向主管機關報請查驗者，視為未改善。又所謂「視為未改善」乃法律之擬制規定不能以其他事證予以推翻，原告縱於同年六月十五日後即未曾有排放廢水之行為，惟因疏於報請查驗，依法仍應視為未完成改善，被告機關執行按日連續處罰，自無違誤。（最高行政法院八十一年度判字第一六一六號、八十四年度判字第八四〇號、八十九年度判字第三二七一號判決參照）

乙說：不應處罰。因按日連續處罰兼具行政秩序罰之性質，目的乃在處罰行為人之污染行為，故如原告在改善期限內停工，未有污染行為屬實者，自不應予連續處罰。又按水污染防治法第五十四條所謂檢具「其他規定證明文件」，包含目的事業主管機關出具之已停工

之證明文件，行政院環境保護署八十年十二月二十六日環署水字第五〇七四三號函釋甚明，故停工之證明本得據以報請查驗。又「視為」雖係擬制事實或法律關係之用語，通常固不得以事證推翻，然則此項規範意旨能否全然適用於行政法之領域，特別是「有無違反法律的事實」證明部分，實有待商榷。因上開條文乃為撙節行政成本，課原告主動報請查驗之義務，應無就「是否改善完成之事實」作終局性確認之用意，是以解釋該條文意旨時不能拘泥於文義，應許原告於訴訟中提出反證（李建良，二論水污染防治法有關按日連續處罰規定之適用問題，台灣本土法學雜誌第二十三期第二十九頁參照。）本題原告雖未檢具證明報請查驗，其既能提出反證，自不應連續處罰。（最高行政法院八十三年度訴字二五七號判決參照）

丙說：不應處罰。因按日連續處罰性質上為行政執行罰，相當於行政執行法上「怠金」之制度，倘義務人業已申報停工（工廠法施行細則第二十條參照）不再生產，將來再復工時，仍需依水污染防治法施行細則第六十七條規定報請查驗合格始准復工，故在復工前主管機關並無督促義務人義務履行之必要，本件原告在改善期限內自行申報停工，未有污染行為屬實，自不應予連續處罰。又按水污染防治法第五十四條所謂檢具「其他規定證明文

件」，包含目的事業主管機關出具之已停工之證明文件，行政院環境保護署八十年十二月二十六日環署水字第五〇七四三號函釋甚明，故停工之證明本得據以報請查驗。又「視為」雖係擬制事實或法律關係之用語，通常固不得以事證推翻，然則此項規範意旨能否全然適用於行政法之領域，特別是「有無違反法律的事實」證明部分，實有待商榷。因上開條文乃為撙節行政成本，課原告主動報請查驗之義務，應無就「是否改善完成之事實」作終局性確認之用意，是以解釋該條文意旨時不能拘泥於文義，應許原告於訴訟中提出反證（李建良，二論水污染防治法有關按日連續處罰規定之適用問題，台灣本土法學雜誌第二十三期第二十九頁參照）。本題原告雖未檢具證明報請查驗，其既能提出反證，自不應連續處罰。（最高行政法院八十三年度訴字二五七號判決參照）

㈡甲說：應予處罰。按水污染防治法所定按日連續處罰，乃行政執行罰之性質，其立法目的在乃在課受處分者應於期限內改善之義務，對不遵行期限改善，即按日連續處罰至遵行改善為止，用促踐行改善之義務，則於按日連續處罰期間，無論是否停工或污染均應處罰。（最高行政法院八十一年度判字第二一八五號判決及行政院環境保護署八十九年十月二十三日㈧環署水字第〇〇六二六四五號函釋參照）

乙說：不應處罰。因按日連續處罰兼具行政秩序罰之性質，行為人有污染行為始應處罰，原告主張其間曾停工未生產，如查明確因停工未排放廢水，該停工日自不應予以處罰（最高行政法院八十年度判字第二四一二號）又八十六年十二月空氣污染防制法修正草案第六十條第三項原規定：「按日連續處罰期間，不因例假日或歲修等事由而停止處罰」，業遭立法院刪除，可資參考（立法院公報第八十六卷第五十六期一九九七年十二月二十七日第二七九—二八〇頁）。

㈢甲說：應予處罰。按環保主管機關係採事後稽核方式，以認定事業有無完成改善事宜，且查驗後仍需檢驗，至少需時七日始能作成檢驗報告，要求環保機關每日依違反事實填發處分書，殊無可能。又水污染防治法之按日連續處罰，其立法目的在課以受處分人應於通知期限內確實完成改善，對不遵行期限改善者，即按日連續處罰至遵行改善為止，促違法者應於限期改善期間內儘速並確實完成改善。因此，對不遵行期限改善者，經申報完成改善後，被告機關得就未改善前期間按日連續處罰，並非「回溯」執行按日連續處罰。且水污染防治法第三十八條之按日連續處罰，並未規定需按日填發處分書，只要依違反時間按日填具處分書，縱係一次填具，一次送達仍未違反規定（行政院環境保護署八十

九年十月二十三日㈨環署水字第〇〇六二六四五號函參照）。本題依首揭水污染防治法第五十四條規定，原告既遲至改善期限過後始申報完成改善，則申報前應視為未完成改善，則依同法第三十八條、同法施行細則第六十四條第一款規定，應自限期改善期滿翌日起至申報前一日止，按日連續處罰。況若如乙說，義務人一旦完成改善，並經檢驗合格後，主管機關即應停止按日連續處罰，不問義務人違規次數的多寡及其程度，不但對守法者不公平，且易啟業者僥倖之心，自不足採。

乙說：不應處罰。依按日連續處罰之制度本質而言，其性質上係屬行政執行罰（李建良前揭文參照，最高行政法院亦採之，八十年度判字第一一四二號、八十四年度判字第八四〇號判決參照。）學者陳敏認為行政執行法第三十一條第二項但書之規定，亦將水污染防治法等按日連續處罰之規定，定性為執行罰（見氏著行政法總論八十八年十二月二版第七六三頁）。行政執行罰之目的乃在督促義務人「將來」義務之履行，並非對「過去」行為之處罰，故於義務人已申報完成改善，並經檢驗合格後，主管機關即已失去督促將來改善的意義，其再為處罰已無法令之授權目的（授權主管機關處執行罰以督促義務人履行義務）之情事存在，自不得再就改善前義務人之違法行為予以處罰（最高行政法院八

十九年度判字第二五七三號、三四一五號判決參照）甲說之作法無異是凡有違規之事實即予處罰，則按日連續處罰之性質將變成秩序罰而非執行罰，恐違法律授權之本旨。且該說所謂易啟業者僥倖之心，實係肇因於主管機關執法懈怠，並非制度本身之缺點，欲避免上開結果，主管機關僅需掌握時效，隨即按日開單處罰及執行，並佐以勒令停工、歇業等處罰即可解決。

四、初步研討結果：

㈠多數採丙說。

㈡多數採乙說。

㈢多數採乙說。

五、大會研討結果：

㈠多數採丙說。

㈡乙說部分「不應處罰。因按日連續處罰『兼具行政秩序罰之性質』，行為人有污染行為始應處罰……」，於刪除「兼具行政秩序罰之性質」等字後，多數採乙說。

㈢多數採乙說。

六、相關法條：

水污染防治法第七條第一項、第三十八條、第五十四條。

水污染防治法施行細則第六十四條、第六十七條。

工廠法施行細則第二十條。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題五：

甲公司積欠其員工薪資數月，經員工請求迄未清償，並於民國九十年二月一日經台南縣政府認定歇業。其員工遂依勞動基準法第二十八條規定向勞工保險局請求墊償遭甲公司積欠之前開歇業日往前推算六個月工資；勞工保險局於審核後，同意墊付，並於墊償完畢後，以書面通知甲公司限期償還墊款未果，遂以甲公司為被告，依勞動基準法第二十八條第四項後段、積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第十四條規定，向管轄之高等行政法院提起一般給付訴訟，訴請判令甲公司應償還其所墊償款項並加計逾期之法定利息，受訴之高等行政法院應否為實體裁判？

三、討論意見：

甲說：本件應屬公法爭議事件，受訴法院應為實體判決。

理由：勞工與雇主間因勞動契約所生工資糾紛，原應屬單純之民事紛爭。惟政府為保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特於勞動基準法第二十八條第二項前段規定「雇主應按其當月雇用勞工投保薪資總額及規定之費率，繳納一定數額之積欠工資墊償

基金，作為墊償前述積欠工資之用」，因此雇主需依此項規定，提繳一定數額之款項予該積欠工資墊償基金；且於雇主歇業、清算或宣告破產時，積欠勞工之工資，於一定範圍內，由該基金墊償，以保障勞工之工資在特定範圍內能確實獲得支付，使勞工權益得以確保，促進其家庭及社會之安定。雇主違反該項規定，尚應依同法第七十九條第一款裁處罰鍰。且該基金係由中央主管機關設管理委員會管理之，基金之收繳有關業務，則由中央主管機關委託勞工保險機構辦理，顯見該基金之設立及運作，均係基於勞動基準法之特別規定，並以公權力之介入，以達成其立法之目的。次依民法第二百四十二條規定，債權人之代位權，係債務人怠於行使其權利，債權人為保全債權，而以自己之名義，行使債務人之權利；且代位權行使所生私法上效力，仍應直接歸屬於債務人，債權人僅得為債務人受領給付，其標的物仍為債務人之一般債權人之共同擔保物，行使代位權者不得直接以之充清償（參照史尚寬先生所著債法總論第四版第四五三頁）。依積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第十四條規定，勞工保險局於墊償雇主甲公司積欠之工資後，即得向雇主追償墊款，並不以勞工怠於行使權利為必要，且勞工保險局為政府機關，其追償墊款係基於法律之特別規定，而非基於保全自己債權之目的，其追償復有最優先受

清償權，而非追償後所生之私法效力仍歸屬債務人，足見前述辦法第十四條雖使用「代位行使」等文字，然其性質上與私法上之代位權仍顯有不同。足見積欠工資墊償基金之設立目的、管理程序、基金之收繳、費率之核定、積欠工資之墊償及墊償後之追償，均具公益性質，且經政府公權力介入，則其所衍生之糾紛，應屬公法爭議事件。勞工保險局於以上開基金墊償甲公司積欠員工之前述薪資後，向甲公司追償該項墊償款及法定遲延利息，自係請求基於公法上原因發生之財產上給付，而應爲實體上審判。（參附件㈠臺中高等行政法院八十九年度訴字第五四〇號判決）

乙說：本件係屬行政私法行為，受訴法院無審判權，應以裁定駁回。

理由：勞動基準法第二十八條第四項規定雇主積欠之工資，經勞工請求未獲清償者，由積欠工資墊償基金墊償之。係由勞工保險局就雇主積欠之工資債務，專為勞工權益，提供最終必獲清償之擔保，而為類似法定的債務擔保（民法第七百三十九條參照），於勞工保險局以積欠工資墊償基金墊償後，再依據積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第十四條規定，以勞工保險局名義，依法向雇主或清算人或破產管理人請求於限期內償還墊款，核其性質係屬行政行為。本件勞工保險局雖屬國家機關，惟於墊償勞工工資時，尚非高權

行政行為，而係為達成行政上之任務，提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務所採取的「國庫行政」（即私經濟行政）之「行政私法」行為（參吳庚先生著行政法之理論與實用八十九年九月六版，頁十二）。而所謂「代位行使」之觀念，原規定於修正前民法第三百十二條（八十八年四月二十一日修正），其原條文為「就債之履行有利害關係之第三人為清償者，得按其限度就債權人之權利，以自己之名義，代位行使。．．．」（現行法修正為「．．．於其清償之限度內承受債權人之權利，．．．」），另現行民法第七百四十九條亦有「保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權。．．．」之類似規定，是則，依上開墊償管理辦法第十四條所規定，勞工保險局於墊償雇主所積欠之工資後，所得代位行使之債權，即係本於受讓原來勞工對雇主之工資債權，其仍不失為同一債權。本件勞工保險局所墊償者，既屬甲公司與其所屬員工間，本於僱傭契約所生之薪資債權私權糾紛，在不失債之同一性法理下，勞工保險局所得行使之償還墊款請求權，應仍屬私權爭執。本件既屬行政私法行為，勞工保險局自應依民事相關法律規定，向普通法院尋求救濟（參吳庚先生前揭書，頁十四、十五），其逕向無審判權之高等行政法院起訴，依行政訴訟法

第一百零七條第一項第一款規定，自應以裁定駁回之。（附件㈡高雄高等行政法院九十年度訴字第一三五一號裁定）

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：

勞動基準法第二十八條

民法第二百四十二條、第七百九十三條

行政訴訟法第一百零七條第一項第一款

積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第十四條、第三條、第四條：

第十四條：勞保局依本法第二十八條規定墊償勞工工資後，得以自己名義，代位行使最優先受清權（以下簡稱工資債權）依法向雇主或清算人或破產管理人請求於限期內償還墊款；逾期償還者，自逾期之日起，依基金所存銀行當期一年定期存款利率計收利息。

雇主欠繳基金者，除追繳並依本法第七十九條規定處罰鍰外，並自墊付日起計收利息。

第三條：本基金由雇主依勞工保險投保薪資總額萬分之二．五按月提繳。

第四條：勞保局每月計算各雇主應提繳本基金之數額繕具提繳單，於次月底前寄送雇主，於繳納同月份勞工保險費時，一併繳納。

前項提繳單，雇主於次月底前未數到時，應按上月份提繳數額暫繳，並於次月份提繳時，一併沖轉結算。

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題六：

依行政訴訟法第五十五條第一項規定：「當事人或訴訟代理人經行政法院之許可，得於期日偕同輔佐人到場。」，同法第四十九條第一項規定：「當事人得委任訴訟代理人為訴訟行為。但每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。」，如一當事人已委任訴訟代理人三人，其中一訴訟代理人為律師，該律師於期日偕同輔佐人到場，可否以該當事人委任之訴訟代理人已三人為由，不許可之？是否會因該輔佐人為律師與否而有差異？

三、討論意見：

甲說：肯定說

行政訴訟法第四十九條第一項但書之立法理由乃在防止訴訟代理人意見分歧，而妨礙當事人之權益。如許可訴訟代理人為律師，於期日偕同輔佐人到場，則意見更為分歧，更會妨礙當事人之權益，故不論該輔佐人是否為律師，均應不許可之。

乙說：否定說

行政訴訟法第五十五條並無一當事人已委任訴訟代理人三人，訴訟代理人不得於期日偕

同輔佐人到場之規定，且輔佐人既係於期日中輔助該訴訟代理人（律師）為事實上或法律上陳述，不致妨礙當事人之權益，故不論該輔佐人是否為律師，均應許可之。

丙說：折衷說

行政訴訟法第五十五條固無一當事人已委任訴訟代理三人，訴訟代理人不得於期日偕同輔佐人到場之規定，且輔佐人於期日中輔助該訴訟代理人（律師）為事實上陳述，不致妨礙當事人之權益，應許可之，固無疑義，但身為律師之訴訟代理人竟然需要另一律師為輔佐人，輔助其為法律上陳述，實難想像，除非是為脫免行政訴訟法第四十九條第一項但書之訴訟代理人人數限制之規定，故該輔佐人如為律師，應不許可之。

四、初步研討結果：

採丙說。

五、大會研討結果：

採丙說，並將最後一句「……故該輔佐人如為律師，『應』不許可之。」，其中「應」字修正為「得」字。

六、相關法條：

行政訴訟法第四十九條第一項規定：「當事人得委任訴訟代理人為訴訟行為。但每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。」

行政訴訟法第五十五條第一項：「當事人或訴訟代理人經行政法院之許可，得於期日偕同輔佐人到場。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題七：

原告誤以甲機關為被告，向A高等行政法院（下稱法院）提起撤銷訴訟，A法院以被告甲之機關所在地在B法院轄區，即以裁定將案件移送於B法院確定在案，嗣原告於B法院審理中，以甲機關係誤列為由，依行政訴訟法第一百零七條第二項之規定將被告更正為乙，而乙之機關所在地在C法院轄區（非專屬管轄），問B法院可否將該案件裁定移送於C法院？

三、討論意見：

甲說：按「移送訴訟之裁定確定時，受移送之法院受其拘束。前項法院，不得以該訴訟更移送於他法院。」行政訴訟法第十八條準用民事訴訟法第三十條定有明文。本件B法院為受移送之法院，依上開法條之規定，B法院自不得再將該案件移送於C法院。

乙說：按民事訴訟法第三十條之立法意旨係在「加速訴訟進行，以免輾轉移送，虛耗時日」，然該條之規定應以同一被告為限，本件原告於B法院審理中既已將被告更正為乙，其被告已非同一人，對被告乙而言，自無準用民事訴訟法第三十條規定之餘地，因此本件B法院應可將該案件裁定移送於C法院審理。

四、初步研討結果：

多數採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說。

六、相關法條：

行政訴訟法第十三條、第十八條、一百零七條第二項，民事訴訟法第二十八條第一項、第三十條第一項、第二項。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題八：

勞工保險局以被告不具領取老年農民福利津貼之資格，乃通知被告因其農保資格已被取消，故應返還溢領之老年農民福利津貼，並限期命被告於文到十五日內返還。嗣因被告逾期未返還，勞工保險局乃向高等行政法院訴請被告返還已領取之農民福利津貼。則（一）勞工保險局是否為本件訴訟適格之原告？（二）本件有無起訴之必要？

三、討論意見：

（一）勞工保險局是否適格之原告部分：

甲說：（肯定說）

按「本津貼之核發業務，由中央主管機關委託勞工保險局辦理。」為老年農民福利津貼申領及核發辦法第六條所明定，且對准予核發或追繳溢領等實際執行事項，為勞工保險局本於受託事項，代理行政院農業委員會為意思表示，具有公法上之法定代理人資格，僅是效果歸於行政院農業委員會。此外，關於核發作業，勞工保險局知之最稔，相關案件之卷宗資料亦存放勞工保險局，由勞工保險局擔任原告於行政作業上及訴訟上皆具效

率與便利性。故應認勞工保險局於本件為適格之原告。

乙說：（否定說）

按老年農民福利津貼暫行條例第二條規定：「本條例所稱主管機關：在中央為行政院農業委員會；」老年農民福利津貼申領及核發辦法第六條則規定：「本津貼之核發業務，由中央主管機關委託勞工保險局辦理。」另訴願法第七條則規定「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分。」而老年農民福利津貼之發放，性質上為授益行政處分，且勞工保險局與行政院農業委員會並無隸屬關係，故依上開所述此授益行政處分之作成機關應為行政院農業委員會，則因此授益行政處分之撤銷，而得請求返還不當得利者，亦應為行政院農業委員會，並依上述老年農民福利津貼申領及核發辦法第六條規定，行政院農業委員會委託勞工保險局辦理之事項，亦僅限於老年農民福利津貼之核發業務，並未包括溢領款項之訴追，故以勞工保險局為原告提起本件訴訟，其原告適格自有欠缺。

（二）本件有無起訴必要部分：

甲說：（肯定說）

按「不符本條例資格而領取福利津貼者，其溢領之福利津貼應由本人或法定繼承人自事實發生之日起三十日內繳還；未繳還者，應依法追訴。」老年農民福利津貼暫行條例第四條第四項定有明文，故關於溢領之老年農民福利津貼自有起訴請求返還之必要。

乙說：（否定說）

本件係因授益行政處分被撤銷，請求返還溢領之老年農民福利津貼，而行政處分之撤銷，其撤銷本身亦為行政處分，且原告於撤銷之處分中同時定有被告返還原所溢領津貼之履行期間，原告即可執該處分書，依據行政執行法第十一條第一項第一款規定請求行政執行，自無再起訴請求之必要。（參附件—高雄高等行政法院九十年度訴字第一三〇六號）

四、初步研討結果：

（一）採乙說。

（二）採乙說。

五、大會研討結果：

（一）採乙說。

（二）採乙說。

六、相關法條：

訴願法第七條

行政執行法第十一條第一項第一款

老年農民福利津貼申領及核發辦法第六條：

本津貼之核發業務，由中央主管機關委託勞工保險局辦理；其所需經費，由中央主管機關編列年度預算撥付之。

老年農民福利津貼暫行條例第二條、第四條第四項：

第二條：本條例所稱主管機關：在中央為行政院農業委員會；在省（市）為省（市）政府；在縣（市）為縣（市）政府。

第四條第四項：不符本條例資格而領取福利津貼者，其溢領之福利津貼應由本人或法定繼承人自事實發生之日起三十日內繳還；未繳還者，應依法追訴。

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題九：

依行政訴訟法第五十五條第一項、第三項規定：「當事人或訴訟代理人經行政法院之許可，得於期日偕同輔佐人到場。．．．前二項之輔佐人，行政法院認為不適當時，得撤銷其許可或禁止其續為訴訟行為。」，於行合議審判之訴訟事件，如當事人或訴訟代理人於準備程序期日偕同輔佐人到場，受命法官應如何處理？

三、討論意見：

甲說：得由受命法官當庭諭知是否許可。

行合議審判之訴訟事件，受命法官於準備程序期日即為廣義之行政法院，得指揮訴訟程序之進行，故如當事人或訴訟代理人於準備程序期日偕同輔佐人到場，受命法官得當庭諭知是否許可。

乙說：應由合議庭評議後諭知是否許可。

依首揭行政訴訟法第五十五條第一項、第三項之規定，可得許可當事人或訴訟代理人於期日偕同輔佐人到場、或可得撤銷其許可或禁止其續為訴訟行為者，為「行政法院」，且

為狹義之行政法院，而該法條關於行政法院權限之規定，於受命法官行準備程序時並無得準用之條文，故於行合議審判之訴訟事件，如當事人或訴訟代理人於準備程序期日偕同輔佐人到場，受命法官不得當庭諭知是否許可，而應由參與合議審判之法官評議後諭知是否許可。

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

採甲說。

六、相關法條：

行政訴訟法第五十五條第一項、第三項：「當事人或訴訟代理人經行政法院之許可，得於期日偕同輔佐人到場。前二項之輔佐人，行政法院認為不適當時，得撤銷其許可或禁止其續為訴訟行為。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題十：

某甲於向原處分機關請求確認行政處分無效，惟未待其所請求之事項經原處分機關允許或未逾請求後三十日不為確答之期限，即以該原處分之行政機關為被告，提起確認行政處分無效之訴訟，於裁判時，所請求行政機關確認行政處分無效已逾三十日，或經行政機關拒絕，行政法院應如何處理？

三、討論意見：

甲說：確認行政處分無效之訴訟，應先向主管行政機關請求確認行政處分無效，於其請求無結果（參照行政訴訟法第六條第二項），即在確認行政處分無效之訴訟，應先向主管機關請求確認行政處分無效，於其請求無結果，或經請求後於三十日內行政機關不為確答時，始得提起，若逕行起訴，自應認其欠缺起訴要件，因此在主管行政機關對於其請求加以拒絕或根本不為決定時（亦即其請求無結果時），方得提起確認之訴。本件某甲雖有向主管行政機關請求確認為行政處分無效，惟未待主管行政處分機關確答或逾請求期限三十日（即根本未為確答）前，提起確認行政處分無效之訴，依上說明，應認某甲提起本

件確認之訴有不備起訴要件之不合法，縱審理中某甲所請求確認行政處分無效已予補正，仍應以裁定駁回某甲之訴。

乙說：若某甲提起確認行政處分無效之訴，行政法院於審理時，該某甲之請求確認行政處分無效，業經主管行政機關加以拒絕或已逾三十日之請求期限時，則某甲之起訴要件業已補正，行政法院不得將某甲所提起之確認行政處分無效之訴，以某甲不備起訴要件而逕予駁回。蓋某甲既已向原處分之主管行政機關請求確認其行政處分無效，雖未待其請求無結果或未逾請求後三十日不為確答之期限，即提起確認行政處分無效訴訟，惟此項程序瑕疵，得因已逾三十日或行政機關予以拒絕而治癒；且如再予裁定駁回，某甲勢必於裁定駁回後，將再行提起該確認行政處分無效之訴，顯然不符訴訟經濟之原則，於人民權利之保護亦有未妥。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說。

六、相關法條：

行政程序法第一百十三條：行政處分之無效，行政機關得依職權確認之。

行政處分之相對人或利害關係人有正當理由請求確認行政處無效時，處分機關應確認其為有效或無效。

行政訴訟法第六條第二項：確認行政處分無效之訴訟，須已向原處分機關請求確認其無效未被允許，或經請求後於三十日內不為確答者，始得提起之。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題十一：

對於簡易訴訟之裁定提起抗告者，如未於抗告理由中具體表明該訴訟事件所涉及之原則性法律見解，原高等行政法院應如何處理？

三、討論意見：

甲說：毋庸命補正，即將卷證檢送最高行政法院。

理由：依行政訴訟法第二百三十五條第一項規定，對於適用簡易程序之裁判提起抗告，須經最高行政法院之許可；而同法第二百四十六條第三項關於不合法命補正之規定，並不及於簡易程序之抗告事件；是原高等行政法院自毋庸定期命補正，而應檢卷送抗告法院。

乙說：應定期命補正，若不補正，再將證卷檢送最高行政法院。

理由：依最高行政法院九十年度四月份庭長法官聯席會議紀錄，其討論結果：簡易抗告案件，未於理由狀內具體表明所涉及之原則性法律見解者，參照行政訴訟法第二百四十六條、二百四十九條規定，應由高等行政法院先命補正（如附件）。

丙說：應定期命補正，若不補正，原高等行政法院即應以裁定駁回之。

理由：行政訴訟法第二百四十六條第三項關於不合法命補正之規定，雖未及於簡易程序之抗告事件。唯簡易程序之上訴或抗告事件，依同法第二百三十五條規定，均屬須經最高行政法院許可，該許可並以訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性為限，則簡易程序之上訴事件既得由原高等行政法院「命補正」及「裁定駁回」，基於舉重明輕之法理，關於裁定抗告事件，自得類推適用上開上訴事件之規定，而有同法第二百四十六條第二項規定之適用。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說。

六、相關法條：

行政訴訟法第二百三十五條、第二百四十六條、第二百四十九條。

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題十二：

政府採購法第七十五條第一項各款所定期間是否屬於不變期間。

三、討論意見：

甲說：政府採購法第七十五條異議期間之規定，目的在於確保招標結果之穩定，並提高招標作業之效率，其性質應為不變期間，招標機關不得將該期間延長或縮短。且若招標機關得以裁量指定異議期間，則廠商之等標期將成為不確定之狀態，並影響決標結果，顯非該條立法之本意。因之，本件仍應自公告後十日起算異議期間。

乙說：不變期間係法定期間，因當事人遲誤該期間致生一定之失權效果。政府採購法第七十九條明文規定申訴逾期應不予受理，對異議逾期則無規定，亦無其他失權效果之規定，同法施行細則第一百零五條前段則規定：「異議逾越法定期間者，『得』不予受理，並通知提出異議之廠商。」，故政府採購法第七十五條之異議期間，應僅為訓示規定。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

多數採甲說。

六、相關法條：

政府採購法第七十五條：

「廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定（以下合稱法令），致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議：

一、對招標文件規定提出異議者，為自公告日或邀標日起等標期之四分之一，其尾數不足一日者，以一日計。但不得少於十日。

二、對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議者，為接獲機關通知或機關公告日起十日。

三、對採購之過程、結果提出異議者，為接獲機關通知或機關公告日起十日。其過程或結果未經通知或公告者，為知悉或可得而知悉之日起十日，但屬招標、審標、決標事項者，至遲不得逾決標日起十五日。

招標機關應自收受異議之日起二十日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議

之廠商。其處理結果涉及變更或補充招標文件內容者，除選擇性招標之規格標與價格標及限制性招標應以書面通知各廠商外，應另行公告，並視需要延長等標期。」

政府採購法施行細則第一百零五條：

「異議逾越法定期間者，得不予受理，並通知提出異議之廠商。但招標機關仍得評估其事由，於認其異議有理由者，並得自行撤銷或變更原處理結果或暫停採購程序之進行。」

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題十三：

原告違反區域計畫法第十五條第一項規定，經被告依同法第二十一條規定，裁處罰鍰新台幣六萬元，原告不服，依序提起行政爭訟，於高等行政法院訴訟繫屬中死亡（有繼承人），其復未委任訴訟代理人，應如何處理？

三、討論意見：

甲說：原告於起訴時雖有當事人能力，但於訴訟繫屬中死亡，業已喪失當事人能力，應依行政訴訟法第一百零七條第一項第三款規定，以裁定駁回之。

乙說：依行政執行法第十五條規定，義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行。另訴願法第九十三條規定，原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。本件原處分有執行力，被告仍得逕對原告之遺產為強制執行，原告繼承人所繼承之財產，勢必因強制執行之結果而受影響，係利害關係人。茲原告對原處分既有爭執而提起行政訴訟，為避免影響其繼承人之財產權，依行政訴訟法第一百八十六條準用民事訴訟法第一百六十八條規定，於繼承人承受訴訟以前，訴訟程序當然停止。法院應俟

繼承人依行政訴訟法第一百八十六條準用民事訴訟法第一百七十六條聲明承受訴訟，或於不聲明承受訴訟時，準用民事訴訟法第一百七十八條依職權裁定命續行訴訟後，為實體上之判決。

丙說：原告於起訴時尚未死亡，有當事人能力，起訴應屬合法，其於訴訟繫屬中始死亡，不得依行政訴訟法第一百零七條第一項第三款規定裁定駁回之；又本件訴訟標的為撤銷行政罰之行政處分，其訴訟標的之法律關係依法不得由原告之繼承人承受，是本件無承受訴訟之必要。且參考稅捐稽法第五十條之二：「依本法或稅法規定應處罰鍰者，．．．受處分人如有不服，應依行政救濟程序辦理。但行政救濟程序終結前，免依本法第三十九條規定予以強制執行。」及依行政執行法第七條第一項規定，行政罰之執行時效，自處分確定之日起算，本件原告於訴訟繫屬中死亡，無從確定，不發生行政執行法第十五條對遺產執行之問題。再者，以行政處罰之作用著重對違反義務行為施予制裁，使義務人心生警惕觀之，義務人於處罰後尚未確定前即已死亡，處罰之對象既已不存在，警惕作用已然喪失，如堅持由繼承人承受訴訟，無異於對義務人以外之第三人加以處罰，違反「無責任即無處罰」或「罪及一身」等原則（參見廖義男著，行政處罰之基本爭議問

題，收錄於臺灣行政法學會學術研討會論文集第二九七頁）。本件參照民事訴訟法第五百八十條前段「夫或妻於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結」之規定，將本事件視為訴訟終結；或參照陳計男大法官著「行政訴訟法釋論」第二八九頁、行政訴訟參考手冊初稿第三六頁之意見，以訴訟程序當然終結，依「高等行政法院行政訴訟事件編號計數分案報結實施要點」第二十六條規定：「事件因分案錯誤或其他原因，不能依第二十項至第二十四項之規定報結者，經報明院長准報『他結』」，簽報他結。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說。

註：本題經最高行政法院於九十年十二月十八日舉行之十二月份庭長法官聯席會議另作決議。

六、相關法條：

行政訴訟法第一百零七條第一項第三款：

「原告之訴，有左列各款情形之一者，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：

．．．．．．．．．．

「三、原告或被告無當事人能力者。」

行政執行法第十五條：

「義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行。」

訴願法第九十三條第一項：

「原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。」

行政訴訟法第一百八十六條：

「民事訴訟法第一百六十八條至第一百七十一條、第一百七十三條、第一百七十四條、第一百七十六條至第一百八十一條、第一百八十五條至第一百八十七條之規定，本節準用之。」

民事訴訟法第一百六十八條：

「當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止。」

行政執行法第七條第一項：

「行政執行，自處分、裁定確定之日或其他依法令負有義務經通知限期履行之文書所定期間屆滿之日起，五年內未經執行者，不再執行；其於五年期間屆滿前已開始執行者，仍得繼續執行。但自五年期間屆滿之日起已逾五年尚未執行終結者，不得再執行。」

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題十四：

異議人或舉發人以某專利違反專利法第九十七條及第九十八條之規定而為異議或舉發，經智慧財產局審定不成立後，異議人或舉發人乃請求行政救濟，於高等行政法院訴訟中，提出關於異議或舉發事由之新證據，高等行政法院應否予以審究。

三、討論意見：

甲說：依專利法第一０二條第二項及第一０五條準用第七十二條第四項規定，異議人或舉發人補提證據，應自異議或舉發之日起一個月內為之。上開規定均屬強制規定，異議人或舉發人未於期限內提出證據，即發生失權之效果，不得再於其他行政救濟程序中提出新證據。

乙說：專利權給予之目的在鼓勵技術之創新，其保護具強烈之排他性，獲得新型專利者必須具備絕對的新穎性、進步性及產業可利用性等要件，缺一不可。是專利如經異議或舉發時，應根據異議或舉發理由為全面審查，非僅以異議人或舉發人所提出之證據為限，故異議人或舉發人於高等行政法院所提出之新證據，法院仍應予審究。

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

採甲說。

六、相關法條：

專利法第七十二條第四項：

「舉發人補提理由及證據，應自舉發之日起一個月內為之。」

專利法第一０二條第二項：

「異議人補提理由及證據，應自異議之日起一個月內為之。」

專利法第一０五條：

「第二十二條至第二十五條……、第七十二條至第七十七條……規定，於新型專利準用之。」

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題十五：

原告某甲與被告財政部臺灣省中區國稅局間綜合所得稅事件經臺中高等行政法院判決駁回原告之訴，並於六月三十日分別將判決送達某甲在雲林縣之住所及被告機關，某甲迄未提起上訴，被告機關請求核發確定證明書，其確定日期應否加計在途期間？如需加計在途期間，其在途期間應如何計算？

三、討論意見：

甲說：不加計在途期間，於七月二十日確定。行政訴訟法第二百十二條第一項規定：「判決，於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法上訴者，阻其確定。」又同法第八十九條第一項前段規定：「當事人不在行政法院所在地住居者，計算法定期間，應扣除其在途之期間。」既為「扣除」，自須有上訴權人提起上訴時，於計算上訴是否逾期，始予扣除在途期間。當事人既未上訴，自無扣除在途期間可言，否則，加計在途期間之結果，將使不變期間延長。惟實務上核發確定證明書時，須注意必於在途期間經過後，始可發給，俾免爭議。八十一年臺中地方法院（刑事）法律座談會之結論即採此說（詳附件

一）。

乙說：應加計在途期間，於八月一日確定。

1行政訴訟法第八十九條規定之扣除在途期間，實係於法定期間外，附加在途期間之謂。在途期間，不但適用於通常法定期間，即不變期間亦應適用。法定上訴期間如有在途期間之扣除，實質上乃為法定期間之延長，故無論受不利益判決之當事人有無上訴，計算確定日期，均應計入在途期間。臺灣高等法院七十七年（民事）法律座談會，屏東地方法院八十二年（民事）法律座談會均採此見解（詳附件二、三）。

2又依行政法院訴訟當事人在途期間標準第三條第一款規定「當事人非居住於管轄區域內者，其在途期間按該行政法院區域之在途期間日數（日數不同者，按最長日數，但台北高等行政法院以七日計，高雄高等行政法院以八日計），再加其居住地行政法院管轄區域內之在途期間日數計算。」故其在途期間，應以臺中高等行政法院轄區內最長日數六日，加上雲林縣於高雄高等行政法院轄區內之在途期間六日計算，合計十二日。其確定日期為八月一日。

丙說：應加計在途期間，於八月三日確定。加計在途期間之理由同乙說，惟在途期間日數之計

算，如當事人居住於管轄區域外時，係以管轄法院在途期間之最長日數，逕加上居住地法院管轄區域內之在途期間日數，將發生居住於雲林縣之當事人，向臺中高等行政法院起訴時，其上訴之在途期間較居住於高雄縣之當事人為長之不合理結果（即雲林縣為十二日，高雄縣為十日）。故宜參酌「法院訴訟當事人在途期間表」第二部分「當事人非居住於管轄區域內者，……，其在途期間按該法院區域內之在途期間日數（日數不同者，按最長日數），再加其居住地地方法院管轄區域內之在途期間日數（日數不同者，按最長日數）計算。」之規定，以本院轄區內最長之在途期間六日，加計高雄高等行政法院轄區內最長之在途期間八日，合計十四日。確定日期為八月三日。

四、初步研討結果：

採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說。

六、相關法條：

行政訴訟法第八十九條、第二百一十二條。

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題十六：

國民住宅主管機關以國民住宅之承購人有國民住宅條例第二十一條第一項各款情事之一，為收回該住宅及基地，乃聲請高等行政法院裁定准予強制執行，應如何處理？

三、討論意見：

甲說：應予駁回。理由如下：

一、按「政府興建之國民住宅出售後，有左列情事之一者，國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行。」固為七十一年七月三十日修正公布之國民住宅條例第二十一條第一項所明定。惟按國家為達成其行政上之目的，得處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下為各種行為，此謂為私經濟行政（亦可稱為國庫行政），即政府為達成行政上之任務，所採取之私法形態之行為。查政府為照顧收入較低家庭之住居生活，經政府計畫，由其直接興建、提供貸款予人民自建或以獎勵投資之方式興建國民住宅，而以出售、出租或貸款自建等方式，提供住宅予人民之行為，除行政機關決定何人是否有資格接受國宅補助（承購、承租或貸款）時，屬公法關係外，於決定之後「如何」履行補助則

為私法關係（參見吳庚著，行政法之理論與實用，增訂六版，第十二至十四頁，如附件）。故依上開條項收回國宅之爭議，乃解除國民住宅買賣契約所生之私權紛爭，此觀同上法條第二項有關應按房屋之剩餘價值收回國宅之規定自明。則同條項規定「得移送法院裁定後強制執行」，所指之「法院」自係普通地方法院民事庭，並非高等行政法院。

二、退而言之，縱認題示情形係公法爭議，因國民住宅條例全文於七十一年七月三十日修正公布之時，立法者既已明文授權普通地方法院審理「裁定強制執行」事件，雖新制行政訴訟法於八十九年七月一日施行，然立法者之授權並未改變，執法者自不能以解釋方式變更其授權對象，此即行政訴訟法第二條所謂法律別有規定公法上之爭議應由普通法院審理之情形，故此類裁定事件自仍應以普通地方法院為審理法院。

三、何況行政講究主動、積極與效率，於法律許可之多種作為方式中，行政機關基於行政效率之考慮，及自我實現行政目的之職能，有義務選擇最有效能之行政作為手段，以達成其施政目標。而法院存在之目的，主要係提供人民於其權利受侵害時救濟之管道，而非代替行政機關為行政處分。國民住宅條例第二十一條第一項既規定：「政府興建之國民住宅出售後，有左列情事之一者，國民住宅主管機關得收回該住宅及基地」，則國宅主管機關於此

法條之授權下，自得以行政處分命國宅承購人交回其住宅及基地，並依行政執行法之規定予以執行，達到收回國宅之目的，而人民如不服則可循訴願及行政訴訟程序救濟，殊無向行政法院起訴或聲請裁定強制執行之必要。

乙說：應予准許。

國民住宅主管機關以國民住宅之承購人有國民住宅條例第二十一條第一項各款情形之一，主張收回該國宅及基地，乃公法上之爭議，僅因該條文於立法之時，行政法院只有一級一審，且原則上只審理撤銷訴訟，乃規定由普通法院受理「收回國宅裁定強制執行」事件，茲新制行政訴訟法既已於八十九年七月一日施行，自應改由高等行政法院受理此類裁定事件。

四、初步研討結果：

（無）

五、大會研討結果：

採甲說。

六、相關法條：

國民住宅條例第二十一條

政府興建之國民住宅出售後，有左列情事之一者，國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行。

一　作非法使用者。

二　積欠貸款本息達三個月，經催告仍不清償者。

三　出售、出典、贈與或交換未經國民住宅主管機關同意者。

四　同一家庭有政府直接興建或貸款自建之國民住宅超過一戶者。

五　變更為非居住使用或出租，經通知後逾三十日未予回復或退租者。

六　承購後滿三個月經催告仍未進住者。

七　積欠管理費達六個月者。

前項收回之住宅，其價格按該房屋之原承購價格扣除房屋折舊後之餘額計算之。房屋如有損毀者，並應減除所需修復費用。如有欠繳房地稅捐或到期未還之貸款本息與未到期之貸款本金者，並應扣繳抵付。其基地之收回以原承購價格為準。

第二項房屋折舊之標準，依行政院所定之固定資產折舊率表按平均法計算之。

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題十七：

稅捐稽徵機關以同業利潤標準之推估方式獲得之基礎事實，得否作為漏稅裁罰之依據？

三、討論意見：

甲說：（肯定說）

理由：稽徵機關之所以以同業利潤標準推估課稅所得，皆因納稅義務人不盡其協力義務，如不提供帳證，致使稽徵機關無法獲得正確之課稅基礎，倘稽徵機關已盡其調查義務，仍未能獲得必要之課稅事實時，均容許以推估之事實作為課稅基礎，則既得以推估方法課稅，自無不許以之作為漏稅處罰依據之理；且目前審判實務上亦皆採此見解。

乙說：（否定說）

理由：按課稅事實方面，之所以容許推估課稅制度之存在，主要是基於租稅公平，以及稽徵程序上之特徵；而租稅處罰係著重於對違反租稅義務行為之制裁，因此，對其違法事實之認定，必須十分明確，始符合處罰「明確性原則」之要求，是以稽徵機關須本於職權進行調查，於獲得明確之違法事實後，才能據以處罰。至於納稅義務人是否盡其協力義務，與此並無

必然關連。蓋協力義務係協助稽徵機關調查課稅之事實，有關處罰之事實，則不在此義務之範圍。故不得因相對人不盡協力義務，即得由稽徵機關自行推估事實，並作為處罰之事實基礎（參閱洪家殷教授著「對營業人漏進、漏銷及逃漏營業稅之處罰」一文—如附件，刊於台灣本土法學雜誌第二十一期。）

四、初步研討結果：

採甲說。

五、大會研討結果：

採甲說。

六、相關法條：（未列）