

110 年公務人員高等考試三級考試試題

類科：財稅法務

科目：訴願法、行政訴訟法及國家賠償法

考試時間：2 小時

一、某甲在臺北市自宅頂樓搭建一處空中花園，未向主管機關申請許可，遭鄰居檢舉由建築主管機關現場履勘後，認定為違章建築，根據建築法作成 A 行政處分命其拆除。某甲認為該處分之作成，未給予陳述意見之機會，同時處分所命拆除之建物亦有誤植所在位置之情形，係屬無效之行政處分。於是根據行政訴訟法第 6 條規定，未經訴願程序即向高等行政法院提起確認訴訟，確認該處分無效。該案在高等行政法院開庭審理之際，法官行使闡明權限，表示該案應當不至於構成「無效」行政處分，至多僅為「得撤銷」之行政處分。某甲擬在高等行政法院將本案訴之聲明變更為「請求撤銷 A 行政處分」。試問：

(一)本案某甲所提訴訟，就原本所提「確認訴訟」與擬變更之「撤銷訴訟」言，二者訴訟標的是否相同？(15 分)

(二)本件變更聲明為「請求撤銷 A 行政處分」是否合法？(10 分)

1.《考題難易》：★★★

2.《破題關鍵》：第一小題重點在於分析行政訴訟法第 6 條確認訴訟之類型，其中有確認無效、確認法律關係成立與否以及已執行而無回復原狀可能之處分，本題主要在分析甲之訴訟標的。至於第二題主要在考同學有關於行政訴訟法第 111 條第 3 項變更訴之聲明之合法性，以及行政訴訟法第 6 條第 4 項規定。

本題大致上只要掌握訴訟類型及法條概念，應能夠獲取一定分數。

3.《命中特區》：行政法正規班講義第 14 本第 64 頁至第 71 頁。

【擬答】

(一)本題甲原提起訴訟標的為 A 行政處分，與請求撤銷之訴訟標的相同：

1. 依據行政訴訟法第 6 條第 1 項規定，確認訴訟之類型，有確認行政處分無效、確認公法上法律關係存否以及確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟。
2. 本件甲所提起為確認 A 行政處分無效之訴，依據行政程序法第 111 條規定，所謂無效之行政處分，係指行政行為雖有行政處分之形式，但其內容具有明顯、嚴重瑕疵而自始、當然、確定不生效力。基於維護法律安定性、公益性，學說及各國立法例皆認為行政處分是否無效，除法律定有明文之情形外，宜從嚴認定，故乃兼採「明顯瑕疵說」與「重大瑕疵說」作為認定標準之理論基礎(最高行政法院 109 年度上字第 481 號判決)。
3. 據上，確認無效行政處分之訴訟標的為 A 行政處分。
4. 至甲另改聲明提起之撤銷訴訟，在其主張的原因事實範圍內，該處分之合法性為撤銷訴訟訴訟標的之內容，如撤銷訴訟經法院實體判決認處分並無違法而駁回原告之訴確定者，行政處分之合法性已經裁判而對該原因事實涵攝於法律後之法律效果之確認有既判力(最高行政法院 109 年度上字第 800 號判決)。
5. 因此，觀察確認行政處分無效之訴與撤銷訴訟，皆係就行政處分之合法性內容予以審查，僅係其合法性標準有所差異，故應肯認兩訴訟類型之訴訟標的相同。

(二)本題甲變更訴之聲明不合於行政訴訟法第 111 條規定，法院應以行政訴訟法第 6 條第 4 項裁定移送訴願管轄機關：

1. 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」「被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加」「有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：一、訴訟標的對於數人

必須合一確定，追加其原非當事人之人為當事人。二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。三、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明。四、應提起確認訴訟，誤為提起撤銷訴訟。五、依第 197 條或其他法律之規定，應許為訴之變更或追加。」行政訴訟法第 111 條第 1 至 3 項分別定有明文。

2. 次按行政訴訟法第 6 條第 4 項：「應提起撤銷訴訟、課予義務訴訟，誤為提起確認行政處分無效之訴訟，其未經訴願程序者，行政法院應以裁定將該事件移送於訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願。」

3. 經查，本題甲應提撤銷訴訟而誤提確認訴訟，其變更聲明未符合行政訴訟法第 111 條規定，且甲未履行訴願先行程序，依據行政訴訟法第 6 條第 4 項規定，應裁定移送訴願管轄機關。

二、納稅義務人某戊收受財政部臺北國稅局某年度所得之課稅處分，應納稅額為新臺幣 50 萬元。因主張國稅局就所得屬性判斷錯誤，有所不法。於是提起復查，失敗後提起訴願。訴願審議機關經審理後，認為某戊之主張確有所本，於是撤銷原本之課稅處分，發回臺北國稅局。詎料，臺北國稅局在發回後之程序中，不僅認定原本所作成之課稅處分並無違法，同時應納稅額還不止原本的 50 萬元，於是重新作成處分，課徵某戊新臺幣 52 萬元之稅捐。試問此一重新作成之處分是否合法？(25 分)

1. 《考題難易》：★★★

2. 《破題關鍵》：本題爭議在於討論訴願不利益變更禁止問題，然多數人在回答時恐形式而援用最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，而認為基於正確認事用法下得重為不利決定。惟在該決議內有說明，除非有正確認事用法，否則仍應受訴願決定拘束。本題關鍵在於所得屬性之判斷，從題意中訴願審議機關已經確認臺北國稅局判斷錯誤，然其在未說明其如何正確認事用法下維持原判斷，甚且加重處罰，並無法適用前述決議意旨。

故本題關鍵在於仍否精準操作最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議。

3. 《命中特區》：行政法正規班講義第 13 本第 67 頁至第 68 頁。

【擬答】

(一)依據訴願法第 81 條第 1 項規定，臺北國稅局應受訴願決定拘束

1. 依據訴願法第 81 條第 1 項：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」亦即就訴願機關撤銷原處分，則原處分應受拘束，且於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益決定。

2. 查本題，訴願審議機關既認為某戊之主張有所本，並據以撤銷原本課稅處分，則臺北國稅局應受訴願理由拘束，據訴願理由做出後續判斷。

(二)然依據最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，倘正確認事用法後，得為更不利決定：

1. 按最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，規定受理訴願機關認訴願為有理由時之處理方法，並未規定原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，不得為更不利於處分相對人之處分。在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。因此，原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，並不違反訴願法第 81 條第 1 項但書之規定。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。

2. 故依據上開決議內容：

(1)倘經原處分機關正確認事用法後，得為更不利處分。

(2)然原不利處分，就有利於行為人部分，倘非出於裁量濫用或裁量逾越權限，則不得較原行政處分更不利，否則有違禁止恣意原則。

(三)本題未見原處分機關有說明重新認事用法後重新”判斷所得屬性”之說明，故重新課徵新臺幣(下同)52萬元處分違法：

- 1.經查，依據題意”臺北國稅局在發回後之程序中，不僅認定原本所作成之課稅處分並無違法，同時應納稅額還不止原本的 50 萬元，於是重新作成處分”原處分機關，並未就所得屬性判斷錯誤乙事有所回應，故原處分機關未經重新正確認事用法，逕認原處分合法。
- 2.甚者，在未說明理由下加重處罰，實屬未附理由而不採納訴願決定理由，已違反訴願法第 81 條第 1 項規定。
- 3.綜上，原處分未見有裁量瑕疵，原處分機關在未有正確認事用法之題意說明，應受訴願法第 81 條第 1 項規定拘束，故重新做成更不利 52 萬處分違法。

【補充實務見解】

最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議

【決議】訴願法第 81 條第 1 項：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」此項本文規定係規範受理訴願機關於訴願有理由時，應為如何之決定。其但書明文規定「於訴願人表示不服之範圍內」，顯係限制依本文所作成之訴願決定，不得為更不利益之變更或處分，自是以受理訴願機關為規範對象，不及於原處分機關。本項規定立法理由雖載有「受理訴願機關逕為變更之決定或原行政處分機關重為處分時，均不得於訴願人表示不服之範圍內，為更不利益之變更或處分」之文字。然其提及參考之民國 69 年 5 月 7 日訂定之「行政院暨所屬各級行政機關訴願審議委員會審議規則」第 15 條，僅規定受理訴願機關認訴願為有理由時之處理方法，並未規定原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，不得為更不利於處分相對人之處分。在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。因此，原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，並不違反訴願法第 81 條第 1 項但書之規定。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。

公職王歷屆試題 (110 高等考試)

三、某直轄市 A 市長有感於轄內歷史建築眾多，雖均未達到中央政府所主管之「古蹟」之年代標準，但仍有相當之文化價值。於是提案由市議會通過「A 市市定文化歷史建築自治條例」，授權該市文化局得指定「市定古蹟」。市民某甲在該市有老宅一棟，已與建商談妥都更改建。詎料竟為 A 市文化局依據前揭自治條例，作成行政處分指定該老宅為市定古蹟，導致某甲喪失將老宅進行都更之經濟利益。某甲不服提起行政訴訟，主張該指定為市定古蹟之行政處分違法。行政法院經審理，亦認定指定古蹟並非直轄市之權限，行政處分確有違法而加以撤銷。判決主文為：「A 市所作成指定○○老宅為古蹟之行政處分撤銷、發回 A 市文化局另為適法處分」。發回後，A 市文化局經重新調查，仍然認為該老宅有相當之歷史文化價值，於是仍然重新作成將該老宅指定為古蹟之行政處分。試問 A 市文化局就發回後之該案，有無重新作成將該老宅指定為古蹟之行政處分之權限？倘若重新作成之處分為違法，某甲應如何請求其無法參與都更之經濟損失？(25 分)

- 1.《考題難易》：★★★★
- 2.《破題關鍵》：依據題意，本題有兩大爭點可以論述，分別是中央與地方管制密度之權限劃分，此部分實務見解有司法院釋字第 738 號解釋；另一爭點則是判決拘束力問題。本文認為基於下述理由不宜討論中央與地方管轄密度權限爭議。首先，本題中 A 市並未上訴至最高行政法院，無論如何必須先探討法院判決拘束力，簡言之，哪怕題意之判決違法侵害地方自治權，判決既已確定且題目沒有推翻判決之說明，則 A 市必須受該判決拘束，這是訴訟法最基本道理；其次，本題題目沒有附法條說明中央法規之規範，則不宜過度自我揣測中央法規是否容有地方為更高密度之規範權限。
本題困難之處與其在於討論爭點，不如說是在爭點之抉擇，故在答題上應適度回應出題者之用心，說明為何僅選擇討論判決拘束力爭點。
至於國家賠償起訴問題則是行政訴訟及國家賠償審判權劃分之基礎爭點。
- 3.《命中特區》：行政法正規班講義第 15 本第 44 頁至第 46 頁；行政法正規班講義第 17 本第 5 頁至第 54 頁；。

【擬答】

(一)本題倘 A 市未上訴至最高行政法院，則依據司法院釋字第 368 號解釋及行政訴訟法第 216 條規定，A 市不得重新將老宅指定為古蹟：

1.本題或容有討論中央與地方權限劃分爭議，如司法院釋字第 738 號解釋管制密度問題，然本題 A 市既未提起上訴至最高行政法院，且從題意觀察 A 市亦無推翻該判決之訴訟作為，則本題所示判決內容是否有所違誤皆告確定而具有既判力，必須優先討論判決拘束力問題。

2.依據司法院釋字第 368 號解釋文，行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。

3.次按行政訴訟法第 216 條第 1 項、同條第 3 項規定，I 撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力、III 前二項判決，如係指摘機關適用法律之見解有違誤時，該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。

4.經查，「行政法院經審理，亦認定指定古蹟並非直轄市之權限，行政處分確有違法而加以撤銷。」是行政法院既以 A 市無指定古蹟為直轄市管轄權限，A 市並未上訴至最高行政法院且從題意 A 市未有推翻該判決之訴訟行為，則依據司法院釋字第 368 號解釋及行政訴訟法第 216 條第 1、3 項規定，A 市應受拘束，不得為不同法律見解之判斷。

(二)甲得依據行政訴訟法第 7 條併提國家賠償法第 2 條第 2 項請求國賠：

1.按行政訴訟法第 7 條規定，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。

2.次按，最高行政法院 98 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議(二)決議，當事人主張因行政機關之違法行政行為受有損害，循序向行政法院提起行政訴訟，並依行政訴訟法第 7 條規定於同一程序中，合併依國家賠償法規定請求損害賠償者，因行政法院就國家賠償部分，自當事人依法「附帶」提起國家賠償時起取得審判權。

3.經查，「發回後，A 市文化局經重新調查，仍然認為該老宅有相當之歷史文化價值，於是仍然重新作成將該老宅指定為古蹟之行政處分。」本題 A 市政府不顧法院判決，逕而違反司法院釋字第 368 號解釋及行政訴訟法第 216 條第 1、3 項規定，致甲無法參與都更而造成經濟損失。

4.故甲得依法提起撤銷訴願後提起撤銷訴訟。於起訴時，依據行政訴訟法第 7 條併提國家賠償法第 2 條第 2 項、同條第 7 條請求填補損害。

【補充】

司法院釋字第 738 號解釋文：電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，尚無抵觸法律保留原則。臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則。惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。

四、某甲因未經登記經營商業，遭主管機關查獲，並根據商業登記法課處罰鍰。某甲主張其所經營者為公益性質的活動，並非營業行為。主管機關所為之裁罰明顯違法。但某甲並未針對該罰鍰提起訴願及行政訴訟，反而根據國家賠償法第 2 條第 2 項，以裁罰機關所為之決定違法為理由，向臺北地方法院民事庭提起國家賠償訴訟。試問某甲所提訴訟是否合法？（25 分）

1.《考題難易》：★★★

2.《破題關鍵》：本題關鍵在於理解國家賠償中第一次權利保護問題，就此爭點過往實務多採取必須踐行行政訴訟救濟先行，然近期隨著最高法院見解改變，似乎民事審判體系就此有所鬆動。

3.《命中特區》：行政法正規班講義第 17 本，第 56 至 60 頁。

【擬答】

(一)本題涉及甲是否先履行行政訴訟第一次權利保護，方得提起後續國家賠償？實務學說曾有不同見解：

1.肯認國家賠償前須踐行第一次權利保護說：

人民主張其權利受公權力積極或消極侵害，得訴請行政法院審查公權力行為（作為或不作為）是否合法，如不合法，則由行政法院撤銷之，或由行政法院課與行政機關作為之義務，學者稱此為第一次權利保護，行政機關之違法行為經行政法院撤銷或經行政法院命為作為後，人民若仍有損害，則得依國家賠償法相關規定提起國家賠償訴訟，學者稱此為第二次權利保護。可知人民欲請求第二次權利保護，應以第一次權利保護有理由為前提（臺灣臺北地方法院民事簡易判決 108 年度北國簡字第 13 號）。

2.否認國家賠償前須踐行第一次權利保護說：

按人民對於公務員為（或不為）行政處分而執行職務行使公權力時，認有違法不當者，除得依行政爭訟程序尋求救濟外，當然亦得依國家賠償法請求賠償，且兩者併行不悖，

應無先後次序之限制，始符法律保障人民權利之本旨。故民事之裁判，如以行政處分是否無效或違法為據者，苟行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長固應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。若當事人已表明不循行政爭訟程序請求救濟或捨棄該行政程序救濟之途，而選擇逕行提起民事訴訟請求國家賠償者，民事法院固不能否認該行政處分之效力，然究非不得就公務員為該行政處分行使公權力時，有無故意或過失不法侵害人民權利之情事，自行審查認定（最高法院 96 年台上字第 1595 號判決意旨參照）。

3. 本文認為基於保障人民權利意旨，應採取否認國家賠償前須踐行第一次權利保護說，至當事人倘因其延誤提起行政訴訟致損害發生，自得依據與有過失理論，應扣除其自身所造成之損失。

(二) 據上縱甲並未提行政訴訟，然行政機關行為顯然違法，其所提其國家賠償訴訟仍合法：

1. 基於前述本文所採取認國家賠償前須踐行第一次權利保護說，因“主管機關所為之裁罰明顯違法。”縱甲並未提其行政訴訟，然行政機關行為顯然違法，其所提其國家賠償訴訟仍合法。

2. 此時，本題因行政處分之違法尚待定論，則依據民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。

公職王