

行政法判解

土地移轉登記已無回復原狀可能時應提確認行政處分違法之訴

最高行政法院99年度10月份第1次庭長法官聯席會議

【關鍵字】

確認訴訟補充性原則、確認行政處分違法、無回復原狀可能。

【事實摘要】

共有土地之所有權應有部分，遭其他共有人依土地法第34條之1規定移轉予他人，嗣再移轉予善意第三人。主張第一次移轉登記處分違法並侵害其權益之土地共有人，如未遲誤法定救濟期間，惟提起撤銷訴訟已無回復原狀之可能者，可否依行政訴訟法第6條第1項後段，以地政事務所為被告提起確認行政處分違法之訴訟？

【裁判要旨】

一、甲說：否定說

地政事務所因權利人及義務人申請，依土地法及土地登記規則所為土地所有權或他項權利變更登記之行政處分，其性質為形成處分，一經登記完成，土地所有權或他項權利即生變動之效力，無須另為執行之行為；又行政處分具存續力，行政處分生效後，如未經撤銷、廢止或其他事由而失其效力，其效力即繼續存在。地政事務所依部分共有人申請所為所有權移轉登記，為形成處分，一經登記完成，即發生所有權移轉之效力，並無執行之問題，該處分未經地政事務所或其上級機關依法撤銷、廢止而消滅或塗銷登記前，為有效存在之行政處分，至買受人再將取得之土地出賣予第三人，並已申請地政事務所辦妥所有權移轉登記，核屬該土地所有權再次變更之新的移轉登記，並非塗銷或撤銷第一次之所有權移轉登記，第一次之移轉登記處分亦不因再移轉登記予第三人而消滅，地政事務所所為之移轉登記處分既仍有效存在，其訴請確認前開處分違法，即難謂合法。

二、乙說：肯定說

對於現存之行政處分主張違法，原則上應提起撤銷訴訟以撤銷該違法之行政處分，而不得提起確認訴訟，此雖為確認訴訟之補充性。惟如因法律上之原因，致當事人雖於行政救濟期間內，亦不得提起撤銷訴訟，此時當事人如不能提起確認訴訟確認該行政處分違法，其權利即不能獲得保護。且因其他事由而消滅之行

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

政處分，既得提起確認行政處分違法之訴訟，則相對於效力仍然存在，並持續侵犯人民權利之違法行政處分，而有受確認判決之法律上利益者，其情節顯較已消滅之行政處分侵害人民權益之情形為重，如不讓受害人提起確認行政處分違法之訴，即屬失衡。故依舉重以明輕之法理，對於效力仍然存在之行政處分，如當事人因非可歸責於己之事由，而已不得對該違法行政處分提起撤銷訴訟時，應認此種情形亦在行政訴訟法第6條第1項後段許其提起確認行政處分違法訴訟之列，以資救濟，始符該條立法旨趣。

三、丙說：肯定說

共有土地之所有權應有部分，遭其他共有人依土地法第34條之1規定移轉予他人，嗣再合法移轉予第三人。主張第一次移轉登記處分違法並侵害其權益之土地共有人，如未遲誤任何法定救濟期間，惟提起撤銷訴訟已無回復原狀之可能者，得依（類推適用）行政訴訟法第6條第1項後段，以地政事務所為被告提起確認行政處分違法之訴訟。

四、決議：

(一) 共有土地之所有權應有部分，遭其他共有人依土地法第34條之1規定轉予他人，嗣再移轉予善意第三人。主張第一次移轉登記處分違法並侵害其權益之土地共有人，如未遲誤法定救濟期間，惟提起撤銷訴訟已無回復原狀之可能者，得依行政訴訟法第6條第1項後段，以地政事務所為被告提起確認行政處分違法之訴訟。

(二) 理由：

1. 按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，依民法第758條第1項之規定係採登記生效主義，登記機關就土地登記之申請，依法審查後登載於登記簿上，發生不動產物權變動之效果，無須另為執行之行為，核其性質為形成處分，主張其因該行政處分而權利或法律上利益受有侵害者，應循訴願及撤銷訴訟之行政爭訟途徑以求救濟。至於其訴願不變期間之起算，則應依訴願法第14條之規定，自訴願人受書面通知或知悉時起算。
2. 又按土地法第34條之1第1項至第3項規定：「（第1項）共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。（第2項）共有人依前項規定為處分、變更或設定負擔時，應事先以書面通知他共有人；其不能以書面通知者，應公告之。（第3項）第1項共有人，對於他共有人應得之對價或補償，負連帶清償責任。於為權利變更登記時，並應提出他共有人已為受領或為其提存之證明。」

其因而取得不動產物權者，應代他共有人申請登記。」係為解決共有不動產之糾紛，促進土地利用，便利地籍管理及稅捐課徵而為增訂，其不動產物權變動之效力，悉依上開程序而發生，且其行政爭訟途徑亦無二致。

3. 惟因土地登記規則第95條之規定，部分共有人就共有土地全部為處分，申請登記時，登記申請書及契約書內，應列明全體共有人，及於登記申請書備註欄記明依土地法第34條之1第1項至第3項規定辦理，無須他共有人簽名或蓋章，現行法令亦無登記機關須通知他共有人之明文。因此，他共有人如主張其權利或法律上利益受損害而擬提起訴願，其事實上有受移轉登記或註銷權利書狀之書面通知者，自應於各該書面通知達到之次日起30日內為之。至登記機關如未將登記之結果通知他共有人，可能發生他共有人無由知悉登記處分之作成，致無從提起訴願主張其因該行政處分而權利或法律上利益受有侵害，其訴願期間不能起算之情形，仍應受訴願法第14條第2項但書「但自行政處分達到或公告期滿後，已逾3年者，不得提起」之限制。
4. 惟為保護善意第三人，土地法第43條及民法第759條之1設有登記效力之規定，是在善意第三人信賴登記取得土地權利後，不因其前手登記物權之不實而被追奪，同理，亦不因其前手物權之登記處分有行政法上無效或得撤銷之事由而被追奪，上開登記處分所形成之權利狀態已無改變回復之可能，是原權利人如未遲誤法定救濟期間，縱提起撤銷訴訟，已無可回復之利益，亦即系爭行政處分內容已完全實現而無回復原狀可能，此種情形與行政處分已執行完畢而無回復原狀可能之情形相同，故應許其依行政訴訟法第6條第1項後段所稱之「已執行而無回復原狀可能之行政處分」，提起確認該登記處分為違法之訴訟以保障其權利。

【學說速覽】

一、確認訴訟之概念

確認訴訟規範於行政訴訟法第6條，「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，亦同。」因此，確認之訴可再細分為三類：1.對於違法無效的行政處分（行政程序法第111條）可提確認其為「無效」；2.公法上法律關係存在或成立與否有爭議，可提「確認法律關係成立不成立之訴」；3.對於已執行完畢或因其他原因消滅之行政處分確認該行政處分為「違法」。

本次決議涉及行政訴訟法中「確認行政處分違法之訴」的判斷，特別是在2010

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

年新修正的行政訴訟法中，特別針對確認訴訟的要件與補充性原則加以更明確規範後，本次決議更顯重要。行政訴訟法舊法第6條第1項規定：「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。」但因爲行政處分已經消滅與已執行完畢觀念不同，依據行政訴訟法第196條規定若已執行完畢「仍有回復原狀可能」，仍必須提起「撤銷之訴」作爲救濟，非提起確認行政處分違法之訴，過去對於「已執行完畢」行政處分可否提確認行政處分違法之訴，容易發生爭議。

通說認爲，因行政訴訟法第196條第1項規定：「行政處分已執行者，行政法院爲撤銷行政處分判決時，經原告聲請，並認爲適當者，得於判決中命行政機關爲回復原狀之必要處置。」例如，罰鍰處分已經繳清時，因所繳納金錢仍可回復原狀，故仍應該提起「撤銷訴訟」並依據第196條第1項請求回復原狀即可。⁹²因此，2010年行政訴訟法第6條第1項新修正「確認行政處分違法之訴」特別增加「已執行而無回復原狀可能」要件，以杜絕爭議。⁹³但須注意，「撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，於原告有即受確認判決之法律上利益時，行政法院得依聲請，確認該行政處分爲違法。」（行政訴訟法§196Ⅱ）

二、確認訴訟補充性原則

行政訴訟法第6條第1項所謂有「受確認判決的法律上利益」是指因爲原告「現在」處於不確定的法律狀態，若不確認行政處分無效或違法，將受到不利益結果。同時需注意，提起確認訴訟有所謂「確認訴訟補充性原則」，除了「確認行政處分無效訴訟」之外，原告應該優先使用撤銷訴訟、課予義務訴訟或提起給付訴訟來真正達到救濟自己權利方爲正途，否則對於「違法行政處分」僅確認其違法而不加以撤銷或變更，原處分依舊存在違法狀態仍未除去，行政處分依舊具有效力，提起確認行政處分違法或存否之訴無法真正達到權利救濟之目的。因此所謂的「補充性原則」是指在其他訴訟類型都無法達成權利救濟時，方可使用確認訴訟。故新修行政訴訟法第6條第3項特明訂：「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。」補充性原則不適用確認行政處分無效之訴，是因法院一旦確認該處分爲行政程序法第111條所列無效之情形，行政處分自始當

⁹² 吳庚，《行政法之理論與實用》，10版，664頁。

⁹³ 劉宗德、彭鳳至，〈行政訴訟法〉，收錄於翁岳生編，《行政法（下）》，元照，2006年10月，3版，445頁。

然確定無效因而有其實益。

又「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，高等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。」（行訴法§6IV）

【決議意見評析】

本次決議爭議焦點乃是在於新修正的確認行政處分違法之訴是指「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」，所謂「已執行之行政處分」會發生是否限於具備「執行力」的「下命處分」才可提起的疑問。因「形成處分」一作成即發生、消滅或創設一定法律關係，不需要加以執行。如決議中所涉及的「土地登記處分」一經登記即發生法律上效力，沒有行政執行之問題。本次決議最高行政法院認為確認行政處分違法之訴中所謂的「已執行而無回復原狀可能之行政處分」，並無區分下命處分或形成處分之必要，只要原違法處分「已執行而無回復原狀可能」，或「行政處分內容已完全實現而無回復原狀可能」的情形，即可提起。本次決議作合目的性擴張解釋，有效提高確認行政處分違法之訴的適用，在新法修正後特別具有意義，相當值得注意。

【考題分析】

A為B大學學生，B以A在學期中缺課九週，違反該校學則，缺課不得高於全學期授課時數三分之一（即六週）之規定，將A該學期所有必修、選修科目，均予扣考，以零分計算，致A不及格學分數，在連續兩學期中均達二分之一以上，而受到B大學之退學處分。A收到退學處分後，以其缺課時數僅有四週，而學校計算有誤，乃提起確認該退學處分為違法之行政訴訟。本案應如何審理，試分析說明之。（99行政執行官③）

◎答題關鍵

請參考上述學說介紹確認訴訟要件與補充性原則之概念。

【相關法條】

土地法第34條、行政訴訟法第6條、第196條。

【參考文獻】

1. 陳淑芳，確認訴訟之補充性，月旦法學教室，2008年12月，第74期。
2. 陳淑芳，確認訴訟之提起與類型，月旦法學教室，2009年4月，第78期。
3. 劉建宏，2009年行政訴訟法修法評釋，月旦法學雜誌，2010年4月，第179期。

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！