高雄高等行政法院判決

111年度訴字第336號
民國112年6月20日辯論終結

原　　告　旗峰營造有限公司

代　表　人　何張金惠

訴訟代理人　陳樹村　律師
　　陳慶合　律師
被　　告　高雄市政府
代　表　人　陳其邁
訴訟代理人　林志憲
　　陳雅嵐
　　陳冠宇

上列當事人間申請重開行政程序事件，原告不服經濟部中華民國111年7月26日經訴字第11106305250號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序方面：按解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算；解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散；公司之清算人，在執行職務範圍內，為公司負責人；有限公司之清算，以全體股東為清算人，但本法或章程另有規定或經股東決議，另選清算人者，不在此限，此觀公司法第24條、第25條、第8條第2項、第113條第2項準用第79條規定甚明。準此，於清算程序完結前，法人之人格於清算範圍內，仍然

存續，必須待清算完結後始歸於消滅，並不因清算人怠於進行清算有異。查原告業經被告於民國107年8月22日○○市府經商公字第10766305700號函（下稱被告107年8月22日函；見原處分卷第54頁）命令解散。惟原告經被告命令解散後並未向法院呈報清算人而實際進行清算等情，有經濟部商工登記公示資料（見本院卷第41頁）、臺灣高雄地方法院111年12月19日雄院國民字第1110004342號函（見本院卷第87頁）在卷可稽。依前開說明，原告既未完成清算程序，其法人格於清算範圍內依然存續，仍有當事人能力。

二、爭訟概要：

（一）被告前以原告有公司法第10條第2款規定「開始營業後自行停止營業6個月以上」之情事，以107年8月22日函命令原告公司解散，並請原告及其代表人於文到15日內向被告申請解散登記。惟原告未依限申請解散登記，被告乃依公司法第397條規定，以108年8月5○○市府經商公字第10859456100號函（下稱108年8月5日函）廢止原告公司登記。原告不服108年8月5日函，提起訴願，遭經濟部以109年1月6日經訴字第10806316250號訴願決定（下稱109年1月6日訴願決定）駁回後，提起行政訴訟，經本院於109年10月30日以109年度訴字第19號判決駁回其訴；原告不服而提起上訴，嗣經最高行政法院於110年3月16日以110年度上字第70號裁定駁回上訴確定。

（二）原告在前揭另案行政訴訟期間，於110年2月2日向被告提出書狀申請重開行政程序，請求撤銷前揭107年8月22日函，因被告遲未對其申請作成准駁之處分，原告乃依訴願法第2條第1項規定提起訴願；經濟部以110年12月28日經訴字第11006310520號訴願決定（下稱110年12月28日訴願決定）命被告應於2個月內，對原告之申請依法作成准駁之處分。被告乃發函命原告提送申請書，原告則於111年2月10日向被告提出書狀申請重開行政程序。經被告審查後，以111年2月18日高市府經商字第11100620400號函否

准其行政程序重開之申請（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、原告係因被告所屬工務局公告停業而非自行停業，有被告所屬工務局90年4月2日90高市工務建字第7862號函（下稱工務局90年4月2日函）及被告93年4月12日高市府工建字第0930005901號函（下稱被告93年4月12日函）可證。被告作成命令解散處分時，並未斟酌該2項證據且如斟酌上開證據，原告得受較有利之處分，而符合行政程序法第128條第1項第2款規定。

2、依公司法第10條第2款文義解釋及經濟部56年3月7日商05300號函、91年2月18日經商字第09102018380號函釋意旨，公司如係受停業處分而非自行停業，即無該命令解散規定之適用。原告既係受被告所屬工務局停業處分而非自行停業，則被告依公司法第10條規定命令原告解散，其適用法規顯有錯誤，符合行政程序法第128條第1項第3款及行政訴訟法第273條第1項第1款所定再審事由且足以影響行政處分。故本件符合行政程序法第128條再開行政程序之要件，自應再開行政程序並撤銷被告命令解散處分，始為適法。原處分及訴願決定均未詳予區辨原告究係遭勒令停業抑或自行停業，或謂原告非毫無自行停業之舉，完全忽略公司法第10條第2款應限於「自行停止營業」之情形，與原告係受被告所屬工務局公告停業之情形截然不同。原處分及訴願決定均有適用法規顯有錯誤之違法。

（二）聲明：

1、原處分及訴願決定均撤銷。

2、被告應依原告110年2月2日之申請，就107年8月22日函作成准予行政程序重開之行政處分。

3、被告應作成撤銷107年8月22日函之行政處分。

四、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、本案係經濟部為落實公司法第10條規定，基於健全公司管理、防止虛設公司等目的，以107年1月18日經商字第10702400450號函將比對公司登記主檔及財政部財稅資料中心稅籍主檔，產製無營業公司清單後，交付被告辦理命令解散、廢止登記作業程序。被告再向財政部高雄國稅局函詢確認原告營業事實及申辦停業狀況後，作成被告107年8月22日函命令原告公司解散之行政處分，於法並無違誤。

2、原告經被告先後以107年8月22日函及108年8月5日函為命令解散及廢止公司登記之處分，其中前處分（即本次申請行政程序再開之標的）於107年8月31日送達原告後，因無人對之提起爭訟而確定；後處分雖經原告提起訴願，然經濟部以109年1月6日訴願決定駁回其訴願，並經本院109年度訴字第19號判決駁回其訴及最高行政法院110年度上字第70號裁定駁回上訴而確定。

3、原告108年8月29日旗峰108字第0829號訴願書函已明確主張其係「依照○○市政府工務局規定將營造業登記證書暨承攬工程手冊繳存工務局建築管理處並○○市府工建字第0930005901號函同意停業，符合內政部規定係屬停業中廠商，得於需要復業時申請復業併同換領綜合營造業。」該事項業經被告、經濟部、本院及最高行政法院審酌，故該項事實並非行新事實或發現新證據，不得據以主張行政程序法第128條規定之重開行政程序。

4、原告雖主張被告所屬工務局90年4月2日函及被告93年4月12日函未經被告審酌而未能受較有利之處分，有行政程序法第128條第1項第2款規定之程序重開事由。然原告既為前揭2函文之受文者，該函文早已在原告能掌握之範圍內，則其未於被告作成107年8月22日函之行政程序中即行提出，亦未於收受該107年8月22日函後提出行政救濟，並據以主張該事由，難謂原告無重大過失。故該2函文係因原告之重大過失而未能於原行政程序或救濟程序中主張，

依行政程序法第128條第1項但書規定，原告亦不得主張有行政程序法第128條第1項第2款規定之情形。

5、原告另主張其係受被告所屬工務局及被告停業處分而非自行停業，依經濟部相關函釋意旨，並無公司法第10條第2款命令解散規定之適用，被告適用法規顯有錯誤而有行政程序法第128條第1項第3款規定之程序重開事由。惟原告前就被告108年8月5日函廢止公司登記之處分所提行政訴訟案曾主張相同理由，經本院109年度訴字第19號判決認定原告於93年2月3日向被告所屬工務局申請自93年2月1日起至94年1月31日自行停業，並獲被告所屬工務局函覆告知其將來辦理復業時之相關規定等情，足見其客觀上應非毫無自行停業之舉，原告所稱係受被告所屬工務局停業處分而非自行停業之情形，仍不可採。原告主張其無公司法第10條第2款規定之適用，被告適用法規顯有錯誤，並無理由，本件無行政程序法第128條第1項第3款所定情形。

（二）聲明：原告之訴駁回。

五、爭點：原告就被告107年8月22日函依行政程序法第128條第1項第2款及第3款規定申請行政程序重開，被告以原處分否准其申請，是否適法？

六、本院之判斷：

（一）爭訟概要欄所載事實，業經兩造陳明在卷，並有被告107年8月22日函（見原處分卷第54頁）、108年8月5日函（見原處分卷第57頁）、本院109年度訴字第19號判決（見原處分卷第84頁至第95頁）、最高行政法院110年度上字第70號裁定（見原處分卷第119頁至第120頁）、原告110年2月2日申請行政程序再開狀（見訴願卷2第16頁至第26頁）、111年2月10日申請行政程序再開狀（原處分卷第150頁至第153頁）、經濟部109年1月6日訴願決定（見原處分卷第77頁至第79頁）、110年12月28日訴願決定（見本院卷第23頁至第29頁）、原處分（見本院卷第31頁）及訴

願決定（見本院卷第33頁至第39頁）附卷可稽，堪予認定。

（二）應適用之法令：

1、行政程序法

⑴第128條：「(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。(第3項)第1項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」

⑵第129條：「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。」

2、公司法

⑴第10條第2款：「公司有下列情事之一者，主管機關得依職權或利害關係人之申請，命令解散之：……二、開始營業後自行停止營業6個月以上。但已辦妥停業登記者，不在此限。」

⑵第24條：「解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算。」

⑶第25條：「解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散。」

⑷第397條：「（第1項）公司之解散，不向主管機關申請解散登記者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，廢止其登記。（第2項）主管機關對於前項之廢止，除命令解散或裁定解散外，應定30日之期間，催告公司負責人聲明異議；逾期不為聲明或聲明理由不充分者，即廢止其登記。」

（三）原告就被告107年8月22日函，依行政程序法第128條第1項第2款及第3款規定申請行政程序重開，不符法定期間：

1、按「（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。」行政程序法第128條第1項、第2項定有明文。同法第129條規定：「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。」準此，行政處分於法定救濟期間經過後，須具有行政程序法第128條第1項所列各款情形之一，相對人或利害關係人始得申請行政程序重開。申請人如因重大過失而未能於行政程序或救濟程序主張其事由，或自法定救濟期間經過（事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算）已逾3個月，或自法定救濟期間經過已逾5年者，即不許再申請行政程序重開。而行政程序重開之申請如不符合法定要件，行政機

關即無從開啟已終結之行政程序，自無以續行審究原處分是否具有應予撤銷、廢止或變更之情事。參照行政程序法第128條於110年1月20日修正新增第3項規定：「第1項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」其增訂立法理由載明：「……四、鑑於系爭規定之立法目的既係為加強對人民權利之保護，確保行政之合法性，是凡足以推翻或動搖原行政處分所據以作成事實基礎之證據，皆應屬系爭規定『發現新證據』之適用範圍，自應包括『於行政處分作成後始存在或成立之證據』在內，……」等語，足見該條第1項第2款所稱之「新證據」包含處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，與處分作成後始存在或成立之證據，但須經斟酌可受較有利益之處分者，始足當之；且以申請人非因重大過失而未能於行政程序或救濟程序為主張者為限。此外，本於行政程序法第128條第1項第3款「其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由」申請重開行政程序者，既以相當於行政訴訟法所定再審事由為其要件，則該要件之解釋自應與行政訴訟法第273條第1項各款所定再審事由之解釋一致；其中本於行政訴訟法第273條第1項第1款「適用法規顯有錯誤」之事由提起再審之訴者，因原判決適用法規有無錯誤，其事由於判決效力發生之時，即已存在，當事人於收受判決之送達時，即已知悉，自不生發生在後或知悉在後之問題。基於相同法理，相對人或利害關係人本於行政程序法第128條第1項第3款「其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由」中「適用法規顯有錯誤」之事由申請重開行政程序事由者，其關於原行政處分是否有適用法規顯有錯誤情事，其事由於當事人收受該行政處分時即已知悉，並不發生知悉在後或發生在後之問題。

2、查被告107年8月22日函係交由郵務機關分別向原告之營業所及原告代表人送達，而因未獲會晤原告代表人本

人，亦無受領文書之同居人、受僱人或應送達處所之接收郵件人員，無法以直接送達或補充送達方式為該文書之送達，郵務人員乃於107年8月31日將該函件分別寄存在高雄市前金郵局及旗山郵局，並製作送達通知書2份，1份黏貼於應送達人住居所門首，另1份置於該送達處所信箱或適當位置以為送達等情，有被告107年8月22日函送達證書（見原處分卷第55頁、第56頁）在卷可稽，依行政程序法第74條規定，已生合法送達之效力。對照被告107年8月22日函之內容（見原處分卷第54頁），其中說明欄已載明：「六、對本處分如有不服，應於接到本處分之次日起30日內繕具訴願書送由本府向經濟部提起訴願」足見被告不但已表明該函文具有行政處分之性質，更就行政救濟期間及途徑已為具體而明確之教示。而因原告營業所位在高雄市前金區，此有經濟部商工登記公示資料（見本院卷第41頁）可稽，其就該函提起訴願之不變期間自送達之翌日即107年9月1日起算，加計在途期間5日，期間至107年10月5日屆滿，原告並未對被告107年8月22日函提起訴願，此為原告所自承（見本院卷第146頁），堪認被告107年8月22日函於提起訴願之不變期間屆滿即已確定。原告遲至110年2月2日始向被告具狀，以被告以107年8月22日函作成命令解散處分未斟酌被告所屬工務局90年4月2日函及被告93年4月12日函為由，依行政程序法第128條第1項第2款、第3款及行政訴訟法第273條第1項第1款規定請求行政程序再開等情，此觀其110年2月2日申請行政程序再開狀（見訴願卷2第16頁至第26頁）即明，已逾行政程序法第128條第2項前段所定請求行政程序再開應在「法定救濟期間經過後3個月內」之期限。而原告既為被告107年8月22日函之處分相對人，其就被告107年8月22日函適用法規是否顯有錯誤，於該函發生對外效力時即已存在，原告應於收受被告107年8月22日函之送達時，即已知悉，依前揭說明，

該事由自無發生在後或知悉在後之問題；再由原告所援引之被告所屬工務局90年4月2日函及被告93年4月12日函（見本院卷第19頁至第22頁）以觀，原告均為該函文之相對人，原告亦於108年1月31日向被告所屬工務局申請復業，此觀被告所屬工務局108年2月21日高市工務建字第10830727300號函（見原處分卷第62頁）即明，堪認原告早已知悉該2紙函文內容無疑；且原告於109年1月16日另案就被告108年8月5日函提起行政訴訟時亦能提出該2紙函文（見本院109年度訴字第19號卷第33頁、第41頁）作為證據，此據本院依職權調取該案卷宗查明屬實，足見該2紙函文早為原告所知悉，則其未於被告作成107年8月22日函之行政程序中據以提出爭執，或於收受被告107年8月22日函以後遵期提出行政救濟並據以作為主張事由，自難謂其無重大過失，更無從認有行政程序法第128條第2項後段所定事由發生在後或知悉在後之情形。則原告就被告107年8月22日函申請行政程序重開既已逾行政程序法第128條第2項所定申請行政程序重開之除斥期間，依前揭說明，即無進一步審查其是否符合行政程序法第128條各款要件之必要，被告亦無從開啟已終結之行政程序，續行審究原處分是否具有應予撤銷、廢止或變更之情事。從而，被告作成原處分否准原告就107年8月22日函申請重開行政程序，並無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合。原告仍執前詞，主張原處分及訴願決定違法，自無可採。

（四）原告請求被告應依其110年2月2日之申請，就107年8月22日函作成准予行政程序重開之行政處分及作成撤銷107年8月22日函之行政處分，均無理由：

1、按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，行政訴訟法第5條第2項定有

明文。次按「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，應為下列方式之裁判：……二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。……」此觀行政訴訟法第200條第2款規定甚明。如人民循序提起課予義務訴訟之請求未符個別法令規定之要件，則屬無理由而應予判決駁回。

2、查原告就被告107年8月22日函，依行政程序法第128條第1項第2款及第3款規定申請行政程序重開，既不符法定期間，被告即無從開啟已終結之行政程序，續行審究原處分是否具有應予撤銷、廢止或變更之情事，業如前述。從而，原告請求判命被告應依其110年2月2日之申請，就107年8月22日函作成准予行政程序重開之行政處分及作成撤銷107年8月22日函之行政處分，均無理由，依前揭規定，應予判決駁回。

七、綜上所述，原告之主張，並不足採。被告作成作成原處分否准原告就107年8月22日函申請行政程序重開，核無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合。原告仍執前詞，訴請撤銷訴願決定及原處分，並請求判命被告應依其110年2月2日之申請，就107年8月22日函作成准予行政程序重開之行政處分及作成撤銷107年8月22日函之行政處分，均無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後認均與本判決結果不生影響，爰不逐一論駁，併此敘明。

九、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　112　年　　7　　月　　14　　日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官　孫　國　禎

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　14　　日

書記官　林　幸　怡