最 高 行 政 法 院 判 決

108年度上字第1108號

上 訴人 即
原審參加人　大新保全股份有限公司

代　表　人　郭蔡金葉
訴訟代理人　徐秀蘭　律師
上　訴　人
即原審被告　高雄市政府
代　表　人　陳其邁
訴訟代理人　林志憲
　　鍾智明
被 上訴 人
即原審原告　蔡金杉
訴訟代理人　許乃丹　律師
　　蔡宛庭　律師

上列當事人間變更登記事件，上訴人對於中華民國108年9月25日高雄高等行政法院108年度訴字第144號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由上訴人負擔。

理　由

一、緣上訴人即原審參加人大新保全股份有限公司（下稱大新公司）前於民國106年3月6日召開股東臨時會（下稱系爭股東會），作成減資新臺幣（下同）400萬元彌補虧損之決議，並於同日由其董事會作成發行新股40萬股、每股10元、合計400萬元之決議。嗣上訴人代表人郭蔡金葉代表上訴人大新公司於106年4月17日（上訴人即原審被告高雄市政府〈下稱

市府〉所屬經濟發展局收文日）檢具公司申請書及相關文件，向上訴人市府申請辦理減資、發行新股之變更登記（下稱系爭變更登記），案經上訴人市府審查結果，以106年10月26日高市府經商公字第10651411020號函（下稱前處分）准予上訴人大新公司系爭變更登記之申請。被上訴人為上訴人大新公司之股東，不服前處分所為准予上訴人大新公司系爭變更登記之處分，提起訴願，經濟部以郭蔡金葉以「蔡施尾遺產共同管理戶代表人」身分出席系爭股東會，是否已得公同共有人全體之同意，以及蔡施尾原持有之32萬股（下稱系爭股份）得否計入系爭股東會之出席股數尚有疑義等由，於107年5月30日以經訴字第10706303330號訴願決定書（下稱前訴願決定）撤銷前處分，並命上訴人市府於收受前訴願決定後3個月內另為適法之處分。嗣經上訴人市府通知上訴人大新公司補正相關書件，並據其以107年8月21日補正申請書進行補正後，上訴人市府再以107年8月30日高市府經商公字第10752201010號函重為准予系爭變更登記之處分（下稱原處分）。被上訴人不服，循序提起本件行政訴訟，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷。經原審法院於108年9月25日判決（下稱原判決）撤銷訴願決定及原處分後，上訴人大新公司不服，提起本件上訴，上訴人市府雖未具狀上訴，因不能脫離訴訟，仍列為上訴人。嗣上訴人市府於上訴審程序中之108年12月10日作成高市府經商公字第10854564400號函（下稱新處分），駁回上訴人大新公司系爭變更登記之申請。

二、被上訴人起訴主張、上訴人市府及大新公司於原審之聲明及答辯，均引用原判決之記載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

㈠上訴人大新公司發行股份總數為400萬股，郭蔡金葉持有1,715,000股，其子郭彥志、郭彥豪各持有5萬股，被上訴人持有1,415,000股，其子女蔡宏達、蔡瓊宇各持20萬股，另一股東李曉青持有5萬股。而上訴人大新公司之前任董事長蔡

施尾原持有系爭股份，其於99年11月00日死亡，繼承人為被上訴人、蔡佳旻、郭蔡金葉及蔡金山，嗣長子蔡金山拋棄繼承，系爭股份於99年12月10日登記為「蔡施尾遺產共同管理戶代表人郭蔡金葉」，上訴人大新公司亦於同日召開股東臨時會，選舉郭蔡金葉、郭彥志、李曉青為董事，被上訴人為監察人，並推舉郭蔡金葉為董事長，該屆董事、監察人任期於102年12月9日屆滿。上訴人市府於105年5月31日以高市府經商公字第10553727300號函限期命上訴人大新公司應於105年9月13日前完成辦理改選董監事之事宜，逾期則當然解任；嗣郭蔡金葉以該公司董事長身分於105年9月11日召開股東臨時會，該次股東會決議選任郭蔡金葉、郭彥志、郭呂偉菁為董事，郭彥豪為監察人，並推舉郭蔡金葉為董事長。而被上訴人前因不服蔡施尾所遺系爭股份由郭蔡金葉擔任管理人或代表人，向臺灣高雄少年及家事法院（下稱高雄少家法院）起訴請求分割遺產，嗣被上訴人與郭蔡金葉、蔡佳旻等3人於106年1月20日在高雄少家法院105年度家訴字第27號事件中成立訴訟上和解，和解筆錄（下稱系爭和解筆錄）內容係同意系爭股份由郭蔡金葉、被上訴人各取得16萬股，兩人應互相協同使上訴人大新公司辦理股東變更登記。被上訴人乃於106年2月21日發函通知郭蔡金葉及上訴人大新公司辦理股票過戶手續，惟上訴人大新公司除未將系爭股份其中16萬股登記至被上訴人名下外 ，郭蔡金葉更以上訴人大新公司董事長身分於106年3月6日召開系爭股東會，並將系爭股份全數計入當日出席股份數，決議辦理減資400萬元，並同時發行新股400萬元。上訴人大新公司固非系爭和解筆錄之當事人，然郭蔡金葉既為該公司之代表人，則該公司顯已知悉系爭股份其中16萬股已由被上訴人取得之股權異動事實，竟遲不辦理股東名簿變更登記事宜，反而即行召開系爭股東會，顯係故意以不正當之消極行為拖延股權變更登記，致郭蔡金葉得以不實持有之股票數而跨過公司法第174條作成股東會決議之門檻，則上訴人大新公司主張其不受系爭和解筆

錄拘束，被上訴人仍應依公司法第165條規定向其辦理股權系爭變更登記云云，尚非有理。

㈡依系爭和解筆錄意旨，郭蔡金葉於106年1月20日以後即負有使上訴人大新公司完成股東股權系爭變更登記之義務。斯時起迄同年2月18日止（系爭股東會相關股東名簿記載之閉鎖期間106年2月19日至同3月5日）距系爭股東會之召開（106年3月6日）尚有一個月餘時間，尚非在股票過戶閉鎖期間之內，上訴人大新公司應有充裕時間完成股東股權變更登記事宜，然郭蔡金葉與上訴人大新公司消極不作為，以被上訴人於106年2月21日以存證信函通知其辦理股權登記時係在系爭股東會過戶閉鎖期間，其無法辦理股份變更登記云云為辯，自無足採。

㈢經核106年3月6日系爭股東會出席簽到簿，僅郭蔡金葉、郭彥志、郭彥豪等3人出席，被上訴人及其他股東並未出席，且上訴人大新公司已知蔡施尾原持有系爭股份32萬股於106年1月20日已因系爭和解筆錄由郭蔡金葉及被上訴人各分得16萬股，自不得將被上訴人分得之16萬股計入106年股東會中郭蔡金葉所代表之出席股數，據此計算系爭股東會出席股數僅1,975,000股，未達上訴人大新公司已發行股份總數1/2（即200萬股）；另參照被上訴人不服系爭股東會決議，以上訴人大新公司為被告提起民事訴訟，業經臺灣高等法院高雄分院107年度上字第120號民事判決確認系爭股東會決議不成立，足認系爭股東會之決議確因未達法定最低出席股份數額而不成立。

㈣高雄少家法院105年度家全字第36號假處分裁定僅針對表決權之行使受到限制，尚不及於股東出席權，即郭蔡金葉雖仍得以「蔡施尾遺產共同管理戶代表人」身分出席股東會；惟上訴人大新公司既早於106年1月20日即知悉系爭股份其中16萬股已由被上訴人取得之股權異動事實，則在計算出席各股東之股份數時，自不得將被上訴人於106年1月20日已取得之16萬股份仍計入郭蔡金葉所代表之出席股數。意即郭蔡金葉

能否以「蔡施尾遺產共同管理戶代表人」身分出席股東會，與股東會上就其出席所代表股份數之計算，為不同之兩件事情，不容混為一談，是系爭股東會出席股份總數並未超過發行股份之半數。

㈤基上，系爭股東會既因未有代表已發行股份總數過半數股東之出席，不符公司法第174條作成股東會決議之規定，則股東會之減資決議即不成立，上訴人大新公司自不得申辦減資登記；且因上訴人大新公司章程所載之股份總數400萬股業已全數發行完畢，倘欲增資發行新股，須由股東會變更章程所定股份總數後始得為之，無法直接依公司法第266條第2項規定以董事會特別決議為之，是上訴人大新公司董事會未經股東會變更章程之程序，即於106年3月6日作成發行新股40萬股、每股10元、合計400萬元之決議，自屬無效，上訴人大新公司亦不得據此申辦發行新股登記。又被上訴人既已向上訴人市府提供相當之證據資料，以證明申請系爭變更登記存有疑義，上訴人市府顯應盡其職權所能及的注意範圍，審酌系爭和解筆錄及其職務上已知之資料為綜合判斷，並查明郭蔡金葉、上訴人大新公司何以未先辦理股權變更登記等疑義，諭令上訴人大新公司說明及改正，並待其改正後，始審酌是否同意其申請登記；上訴人市府卻怠於為之，反於107年8月30日作成原處分准予上訴人大新公司系爭變更登記，於法有違，訴願決定未予糾正，亦有未合，因而將訴願決定及原處分均予撤銷。

四、上訴人大新公司上訴意旨略以：

㈠依最高法院見解，上訴人大新公司並非系爭和解筆錄之當事人，不因其代表人知悉系爭股份變動，使上訴人大新公司負有主動辦理股權變更登記之義務；至於被上訴人主張應類推適用民法第101條規定，視為股權變更登記完成云云，應無理由。原判決混淆法人及法人代表人之權利義務，已屬行政訴訟法第243條第1項判決不適用法規及適用法規不當之違背法令。

㈡原判決認系爭和解筆錄一旦作成之後，郭蔡金葉單獨負有使上訴人大新公司主動辦理系爭變更登記之義務。惟系爭和解筆錄係記載被上訴人與郭蔡金葉互相協同辦理，並非郭蔡金葉個人單獨辦理，是原判決有行政訴訟法第243條第2項第6款理由矛盾之當然違背法令。

㈢原判決認郭蔡金葉可逕依系爭和解筆錄辦理系爭變更登記等情，完全違背公司法第202條、第206條及第208條第3項規定，自屬行政訴訟法第243條第1項判決不適用法規之違背法令。

㈣原判決未依行政訴訟法第177條第1項規定裁定停止訴訟程序，屬行政訴訟法第243條第1項不適用法規之違背法令。

五、本院查：

㈠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，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」此為我國行政訴訟法關於撤銷訴訟之規定。提起撤銷訴訟，除須具備行政訴訟應具備之一般實體判決要件之外，另須具備撤銷訴訟之特別實體判決要件（或稱本案判決要件），其中原告訴請撤銷之行政行為係行政處分，且其尚未消滅即為其一要件，亦即撤銷訴訟之提起，應以行政處分在「起訴時」而且「在訴訟繫屬中」尚未「消滅」，為其訴訟要件；如行政處分經行政機關於訴訟繫屬中撤銷或廢止，其規制內容對相對人或第三人所帶來之不利益效果已不再存在，則該行政處分自屬業已消滅，即無透過撤銷訴訟排除其效力之必要。至於撤銷訴訟進行中，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，固得向行政法院聲請確認該行政處分為違法（同法第196條第2項規定參照），然此須由原告提出相對應之聲請，方得為之。且上述要件為行政法院應依職權調查之事項，因此，縱於高等行政法院最後言詞辯論終結時具備上述

要件，惟向本院提起上訴後，本院依職權調查結果，如發現已欠缺上述要件，且原告未聲請確認該行政處分違法時，即無再依撤銷訴訟救濟之實益，仍應認訴為無理由，而為敗訴之判決。

㈡經查，上訴人大新公司前於106年3月6日召開系爭股東會，作成減資400萬元彌補虧損之決議，並於同日由其董事會作成發行新股40萬股、每股10元、合計400萬元之決議。嗣郭蔡金葉代表上訴人大新公司於106年4月17日檢具公司申請書及相關文件，向上訴人市府申請辦理系爭變更登記，經上訴人市府於106年10月26日作成前處分准予上訴人大新公司系爭變更登記之申請，惟由經濟部以前訴願決定撤銷前處分，並命上訴人市府另為適法之處分。嗣經上訴人市府通知上訴人大新公司補正相關書件，並據其以107年8月21日補正申請書進行補正後，上訴人市府再於107年8月30日以原處分重為准予系爭變更登記，被上訴人不服，循序提起本件行政訴訟。原審因認被上訴人之訴有理由，而以原判決撤銷訴願決定及原處分。

㈢嗣上訴人大新公司不服，提起本件上訴。經查，被上訴人於本件上訴程序答辯狀，提出上訴人市府作成之新處分（見本院卷第64頁），其上係載：「主旨：貴公司（即上訴人大新公司）申請減資、發行新股一案，歉難照准，應予駁回，請查照。說明：一、依據貴公司107年8月21日補正申請書及高雄高等行政法院108年9月25日108年度訴字第144號判決（即原判決）辦理。二、處分相對人：處分相對人名稱：大新保全股份有限公司（即上訴人大新公司）……三、貴公司減資、發行新股變更登記申請一案前經本府107年8月30日高市府經商公字第10752201010號函（即原處分）核准變更登記之行政處分，……案經高雄高等行政法院108年9月25日108年度訴字第144號判決撤銷該處分在案，先予敘明。……五、綜上，原處分既經高雄高等行政法院撤銷在案，貴公司變更登記應予駁回。……」等字句。則上訴人市府就上訴人

大新公司系爭變更登記之同一申請事件，先於107年8月30日作成全部准許系爭變更登記之原處分；嗣原處分經原判決撤銷，上訴人市府於收受原判決後，依原判決意旨作成新處分，否准上訴人大新公司系爭變更登記之申請，由該新處分內容觀之，除駁回上訴人大新公司之申請外，同時寓有撤銷原處分之意涵。再者，上訴人大新公司對新處分不服，循序提起行政訴訟，目前經原審法院109年度訴字第120號事件於109年7月14日裁定停止訴訟程序中（見本院卷第78頁）。則原處分在本件訴訟繫屬中業已消滅，被上訴人本件之請求業已完全獲得滿足，此節既為被上訴人所得知，其無庸再透過撤銷訴訟排除其效力之必要，故本件撤銷訴訟已無實益。

㈣原審以訴願決定及原處分違法為由，進而以原判決予以撤銷，固非無據；惟經本院細繹全部卷證，依職權自被上訴人於上訴程序答辯狀所附證物，查得原處分既嗣因上訴人市府於上訴程序中作成新處分，依法撤銷而已消滅，與撤銷訴訟之特別實體判決要件未合。又依被上訴人109年4月10日所提出之答辯狀，僅陳明原處分已經被上訴人市府以新處分撤銷，並未表明聲請確認原處分為違法。從而，原處分於原判決後既已消滅，被上訴人即無提起撤銷訴訟之實益，上訴意旨雖未指摘及此，惟此係本院應依職權審酌之事項，仍應認其上訴為有理由，且因本件事實已臻明確，本院爰將原判決廢棄，並駁回被上訴人在原審之訴。關於訴訟費用之負擔，因本件情節為敗訴人按當時訴訟程度為伸張權利所必要，故仍由勝訴人負擔。

六、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104條、民事訴訟法第81條第2款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　13　　日

最高行政法院第一庭

審判長法　官　侯　東　昇

法　官　王　碧　芳

法　官　簡　慧　娟

法　官　蔡　紹　良

法　官　鍾　啟　煌

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　13　　日

書　記　官　蔡　宜　婷