最　高　行　政　法　院　判　決

109年度上字第705號

上　訴　人　社團法人中國青年救國團

代　表　人　吳清基

訴訟代理人　林日春　律師

被 上訴 人　宜蘭縣宜蘭地政事務所

代　表　人　楊嘉欽

訴訟代理人　林國漳　律師

上列當事人間建物登記事件，上訴人對於中華民國109年5月7日臺北高等行政法院107年度訴字第1404號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人請求撤銷訴願決定及原處分暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺北高等行政法院。

其餘上訴駁回。

駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、本件事實經過：

(一)緣坐落宜蘭縣○○鄉○○段732-2、733-6地號土地（地籍重測後為宜蘭縣○○鄉○○段159、169地號土地，下稱系爭土地），於民國54年9月25日完成土地所有權登記，以54年8月20日買賣為原因，登記所有權人為「縣有」、管理者為「中國青年反共救國團直屬台灣省宜蘭縣團務指導委員會」(下稱宜蘭團指會）。85年11月16日及86年12月11日分別更正登記所有權人為「宜蘭縣」。

(二)上訴人於78年11月21日為法人之登記，名稱為「社團法人中國青年反共救國團」(89年11月14日更名為現在名稱）。上訴人於88年3月22日以新總字第383號申請書檢具法人登記證書、代表人身分證明及宜蘭縣礁溪鄉公所(下稱礁溪鄉公所)

87年8月19日八七礁鄉建字第11863號函(下稱礁溪鄉公所87年8月19日函)，就系爭土地上之建物，向被上訴人申辦建物所有權第一次登記；經被上訴人完成法定公告程序後，編為宜蘭縣○○鄉○○段824-1、824-2、824-3、824-4、824-5、824建號建物（地籍重測後為宜蘭縣○○鄉○○段60、61、62、63、64、65建號建物，下稱系爭建物），於88年5月11日登記為上訴人所有（下稱系爭建物登記）。

(三)被上訴人於107年重新檢視系爭建物88年3月間登記文件資料，發現系爭土地所有權人為「宜蘭縣」，上訴人申辦系爭建物登記時，未檢附使用系爭土地之證明文件，不合於當時土地登記規則第73條第3項規定（現行法為第79條第5項），且其所檢具礁溪鄉公所87年8月19日函（系爭建物為合法房屋證明）之受文者為「中國青年反共救國團宜蘭縣團務指導委員會」，非上訴人，系爭建物登記似有瑕疵，乃以107年5月18日宜地壹字第1070004664號函通知上訴人陳述意見，上訴人以107年5月31日（107）青研字第0936號函復，主張任何登記權利法律關係之私權爭執，應經司法機關審判確定，被上訴人不得逕為判斷、決定等語。被上訴人嗣認系爭建物登記係屬被上訴人之疏失而為錯誤之登記，於報經宜蘭縣政府（地政處）查明核准後，於107年6月21日塗銷並以同日宜地壹字第1070005667號函（下稱原處分）通知上訴人。上訴人不服，提起訴願遭決定駁回，提起行政訴訟，並聲明：1.先位聲明：訴願決定撤銷。2.備位聲明：訴願決定及原處分均撤銷。經臺北高等行政法院（下稱原審）以107年度訴字第1404號判決（下稱原判決）駁回上訴人之訴，上訴人遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張、被上訴人於原審之答辯及聲明，均引用原判決所載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)上訴人雖稱系爭土地係借名登記於宜蘭縣名下，其始為所有權人等云云。惟查，於系爭土地54年登記時，上訴人並不具

法人資格，即不具權利能力、行為能力，自無法為有效之借名登記契約。上訴人主張系爭土地為借名登記，尚屬無由。又系爭土地縱有借名登記契約存在，但在未終止前，上訴人不得未經取得土地所有權人同意即登記為系爭建物所有權人。上訴人以系爭土地及系爭建物同屬上訴人所有而為上開主張，並非可採。

(二)上訴人主張系爭建物登記並非純屬登記機關之疏失而錯誤登記，被上訴人不得逕為塗銷云云。查本件被上訴人於107年重新檢視系爭建物88年3月間登記文件資料，發現系爭土地所有權人登載為「宜蘭縣」，且上訴人申辦系爭建物保存登記時，確未檢附使用系爭土地之證明文件，不合當時土地登記規則第73條第3項規定（現行法為第79條第5項），乃通知上訴人陳述意見以資補正。因上訴人仍未提供系爭土地使用證明文件，且申辦程序未檢附使用系爭土地之證明文件一事，並不涉及私權爭執，被上訴人爰依土地登記規則第144條第1項規定，報經宜蘭縣政府查明核准後，辦理塗銷登記並以原處分通知上訴人，於法並無違誤。

(三)上訴人主張被上訴人於93年間即明知系爭土地與建物並非同一人所有，惟未於2年之除斥期間內行使撤銷權，已不得依職權撤銷系爭建物保存登記云云。查本件系爭土地登記為上訴人所有之疑義，最早係於前宜蘭縣代理縣長107年3月27日召開宜蘭縣政府擴大縣務會議時始質疑此情，可知宜蘭縣政府於107年5月8日撤銷系爭土地登記之行政處分並未逾撤銷權2年之除斥期間，而系爭建物是在系爭土地撤銷後始發現當時登記有瑕疵，始於107年6月21日為本件撤銷，自未逾2年之除斥期間。且上訴人申辦系爭建物登記，對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使被上訴人依該資料或陳述而作成行政處分，亦無上訴人所陳違反信賴保護原則之情事。

(四)上訴人復主張訴願審議程序違反正當法律程序，應予撤銷云云。經查，宜蘭縣政府第745、748次縣務會議結論請被上訴

人依法撤銷系爭建物保存登記，而本件訴願委員黃○○委員、李○○委員分別擔任宜蘭縣政府勞工處處長、計畫處處長，均有參加上開縣務會議，在情感上、職務上均可認為具偏頗之可能性，故此2人於本件訴願審議委員會中自行迴避，核屬適法允當。又查本件訴願審議委員會，因主任委員余○○有參與上開第748次縣務會議，乃自行迴避，以口諭方式指定陳委員○○代理主席並主持會議，並無不合。上訴人上開主張，亦非可採。

(五)從而，本件被上訴人查認系爭建物登記係屬被上訴人之疏失而為錯誤之登記，於報經宜蘭縣政府（地政處）查明核准後，於107年6月21日塗銷並以原處分通知上訴人，於法並無違誤。訴願決定予以維持，亦無不合。上訴人徒執前詞，先位聲明訴請撤銷訴願決定，備位聲明請求撤銷訴願決定及原處分，均無理由，應予駁回。

四、上訴意旨略謂：

(一)107年9月3日第298次訴願審議委員會究竟係由主任委員余○○抑或由代理主席陳○○召集？又余○○何時口諭指定陳○○擔任代理主席？如余○○有自行迴避事由，應在簽到簿上簽名，方為正當，原判決有未依職權調查及判決理由不備之違背法令。又訴願委員陳○○曾多次擔任宜蘭縣政府訴訟代理人，於本件具有偏頗之可能性，竟未自行迴避，顯有違訴願法第55條規定。且訴願委員黃○○、李○○並無客觀上利害關係事由仍自行迴避，違反訴願法第55條規定。原判決未說明上開2人須迴避之理由，自有判決理由不備之違背法令。

(二)查礁溪鄉公所曾於85年間邀集宜蘭縣政府及相關單位研商系爭土地使用同意權一事，宜蘭縣政府明確表示上訴人為系爭土地之所有權人，其土地使用權同意書應由上訴人出具等語。原判決未就宜蘭縣政府授權由上訴人自行同意系爭土地使用一事是否為顯而易見純屬登記機關之疏失而錯誤登記說

明理由，即有不符應依職權調查之規定及判決理由不備之違背法令。

(三)系爭建物於辦理建物所有權第一次登記時有檢附合法房屋證明文件及建物測量成果圖，且經宜蘭縣政府核發使用執照，即可依當時土地登記規則第73條第1項規定辦理保存登記。被上訴人作成原處分前未調查系爭建物已領有使用執照之事實，即撤銷系爭建物登記，即屬有誤。原審以無使用執照為由要求上訴人應檢附使用基地之證明文件，實有未依職權調查及判決理由不備之違背法令。

(四)上訴人成立立案日期為41年10月31日，顯見上訴人自該日起即存在有效之法人格。且宜蘭團指會係屬上訴人之分支機構，故系爭建物使用執照當屬上訴人所有。且被上訴人爭執宜蘭團指會與上訴人間之關係，則非屬顯而易見之錯誤，自不得依土地登記規則第144條規定塗銷系爭建物登記。

(五)原判決未說明上訴人究竟何者重要事項提供不正確或不完全，即逕認上訴人有信賴不值得保護之情事，有判決理由不備之違背法令。

五、本院查：

甲、駁回部分：

(一)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3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」第24條規定：「經訴願程序之行政訴訟，其被告為下列機關：一、駁回訴願時之原處分機關。二、撤銷或變更原處分時，為撤銷或變更之機關。」第107條第1項第10款規定：「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應先定期間命補正……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」是可知原告提起撤銷訴訟，須以行政處分為程序標的，且須經合法之

訴願程序，如有不符上開實體判決要件者，行政法院應以裁定駁回其起訴。

(二)本件上訴人於起訴時聲明請求撤銷訴願決定及原處分，嗣於108年10月21日變更先位訴之聲明請求撤銷訴願決定，並將原聲明列為備位聲明，原判決准許訴之變更，並以先位聲明及備位聲明均無理由，予以駁回。查關於上訴人先位聲明係單獨請求撤銷訴願決定，而依卷附訴願決定書主文記載為「訴願駁回」，是該訴願決定並非撤銷或變更原處分，不得單獨作為撤銷訴訟之程序標的，行政法院應以其起訴不合法予以駁回。原判決未查，予以實體判決固有未合，惟其結論並無二致，上訴意旨求予廢棄，仍應認為不可採。

乙、廢棄發回部分：

(一)行政訴訟法第125條第1項規定：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。」第133條前段規定：「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據」第189條第1項前段規定：「行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。」第209條第3項規定：判決書「理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。」高等行政法院為事實審，故於撤銷訴訟，應本於職權調查證據，並依調查證據之結果，斟酌全辯論意旨，認定事實。又行政訴訟所採之上開職權調查原則，其具體內涵包括事實審法院有促使案件成熟，亦即使案件達於可為實體裁判程度之義務，以確定行政處分之合法性及確保向行政法院尋求權利保護者能得到有效之權利保護。職是，行政法院違反上開職權調查義務而為裁判，或對有利於當事人之事實或證據，有應調查而未予調查之情形，或不予調查或採納，卻未說明其理由者，其裁判均屬違背法令。

(二)土地法第37條規定：「(第1項)土地登記，謂土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記。(第2項)土地登記之內容、程序、規費、資料提供、應附文件及異議處理等事項之

規則，由中央地政機關定之。」土地登記規則第7條規定：「依本規則登記之土地權利，除本規則另有規定外，非經法院判決塗銷確定，登記機關不得為塗銷登記。」第34條第1項規定：「申請登記，除本規則另有規定外，應提出下列文件：一、登記申請書。二、登記原因證明文件。……四、申請人身分證明。五、其他由中央地政機關規定應提出之證明文件。」準此，登記機關依上開規定受理登記，所登記之土地權利，除土地登記規則有特別規定外，非經法院判決塗銷確定，登記機關不得為塗銷登記。

(三)土地登記規則第144條第1項規定：「依本規則登記之土地權利，有下列情形之一者，於第三人取得該土地權利之新登記前，登記機關得於報經直轄市或縣（市）地政機關查明核准後塗銷之：一、登記證明文件經該主管機關認定係屬偽造。二、純屬登記機關之疏失而錯誤之登記。」此規定，源自84年7月12日修正增訂之同規則第132條：「依本規則不應登記，純屬登記機關之疏失而錯誤登記之土地權利，於第三人取得該土地權利之新登記前，登記機關得於報經直轄市或縣(市)地政機關查明核准後塗銷之。」規定，該次修正理由為：「依本規則不應登記，純屬登記機關之疏失而錯誤登記者，並非私權有所爭執，民事法院亦無從受理審判，於第三人取得該土地登記權利前，自應由登記機關依職權撤銷原處分，辦理塗銷登記。」；而現行土地登記規則第144條規定，則係90年9月14日修正時，將原第132條規定予以修正，於修正後條文第1項第1款及第2款明定得塗銷之情形，修正理由為：「按違法之行政處分除係無效或瑕疵已補正者外，其餘均屬得撤銷，基於依法行政原則，並兼顧信賴保護原則，依行政程序法第117條及第119條規定，登記機關或其上級地政機關自得於第三人取得該土地權利之新登記前，依職權撤銷原准予登記之處分，爰配合修正文字。」依此，可知限於不涉私權爭執，純屬登記機關之疏失之錯誤登記，始得

由登記機關依土地登記規則第144條第1項規定，於報經直轄市或縣（市）地政機關核准後為塗銷。

(四)系爭建物登記時之土地登記規則(84年7月12日修正發布、84年9月1日施行)第73條規定：「(第1項)申請建物所有權第一次登記，應提出使用執照及建物測量成果圖。有左列情形之一者，並應附其他相關文件：……二、申請人非起造人時，應檢具移轉契約書或其他證明文件。(第2項)實施建築管理前建造之建物，無使用執照者，應提出主管建築機關或鄉(鎮、市、區）公所之證明文件或實施建築管理前有關該建物之左列文件之一：一、曾於該建物設籍之戶籍謄本。二、門牌編釘證明。三、繳納房屋稅憑證。四、繳納水費憑證。五、繳納電費憑證。(第3項)前項建物與基地非屬同一人所有者，並另附使用基地之證明文件。」上開規定迭經修正為現行土地登記規則第79條規定：「(第1項)申請建物所有權第一次登記，應提出使用執照或依法得免發使用執照之證件及建物測量成果圖或建物標示圖。有下列情形者，並應附其他相關文件：……四、申請人非起造人時，應檢具移轉契約書或其他證明文件。……(第3項)實施建築管理前建造之建物，無使用執照者，應提出主管建築機關或鄉（鎮、市、區）公所之證明文件或實施建築管理前有關該建物之下列文件之一：一、曾於該建物設籍之戶籍證明文件。二、門牌編釘證明。三、繳納房屋稅憑證或稅籍證明。四、繳納水費憑證。五、繳納電費憑證。六、未實施建築管理地區建物完工證明書。七、地形圖、都市計畫現況圖、都市計畫禁建圖、航照圖或政府機關測繪地圖。八、其他足資證明之文件。(第4項)前項文件內已記載面積者，依其所載認定。未記載面積者，由登記機關會同直轄市、縣（市）政府主管建築、農業、稅務及鄉（鎮、市、區）公所等單位，組成專案小組並參考航照圖等有關資料實地會勘作成紀錄以為合法建物面積之認定證明。(第5項)第3項之建物與基地非屬同一人所有者，並另附使用基地之證明文件。」是可知，關於土地登記

制度，就土地部分係採強制登記制度，惟就建築改良物部分則並無相同之規定，而係採任意登記制度，僅就依法興建取得使用執照之新建物，或實施建築管理前合法之舊有建物始可登記。上開得為建物登記之客體(即依法興建取得使用執照之新建物或實施建築管理前合法之舊有建物)而未登記者，與不得為建物登記之客體(即非依法興建取得使用執照之新建物或實施建築管理前不合法之舊有建物)無從辦理建物登記者，均仍為民法物權規定所保障之客體，其所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉(民法第765條規定參照)。又，無論依系爭建物登記時或現行規定，申請建物所有權第一次登記，原則上應提出使用執照為證，由於使用執照之發給，係以符合建造執照之設計為前提(建築法第70條參照)，而申請建造執照時，須檢附土地權利證明文件(建築法第30條參照)，故無庸於申請建物登記時再次檢附，僅於申請人非起造人時，規定應檢具移轉契約書或其他證明文件；無使用執照者，則區分係實施建築管理前或後建造之建物，如屬實施建築管理前建造之建物，非不准登記，惟應提出主管建築機關或鄉（鎮、市、區）公所之證明文件或實施建築管理前有關該建物之證明文件，且於建物與基地非屬同一人所有之情形，規定應另附使用基地之證明文件，至於如屬實施建築管理後之建物，除有依法得免發使用執照之情形外，則屬依法不應登記。

(五)系爭建物登記時之土地登記規則第51條第1項規定：「有左列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：一、不屬受理登記機關管轄者。二、依法不應登記者。三、登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執者。四、逾期未補正或未照補正事項完全補正者。」此一規定修正移列於現行土地登記規則第57條第1項。參照前揭關於申請建物所有權第一次登記應檢附文件之說明，登記機關如認申請案件屬無

使用執照，且有建物與基地非屬同一人所有之情形，或有申請人與鄉（鎮、市、區）公所之證明文件之受文者(申請人)非同一人之情形，應定期間命補正使用基地之證明文件、權利移轉契約書或其他證明文件；如認申請案件屬有使用執照，而使用執照之起造人與申請人已有不同之情形，亦應定期間命補正使用執照、移轉契約書或其他證明文件。申言之，登記機關不得逕以上開登記文件有所欠缺，即駁回登記之申請，同理，登記機關亦不得逕以前有未予補正即予准許登記之情事，即指為有「純屬登記機關之疏失而錯誤之登記」之事由，依土地登記規則第144條第1項規定予以塗銷。

(六)經查，系爭土地於54年9月25日登記所有權人為「縣有」、管理者為宜蘭團指會，85年及86年陸續更正登記所有權人為宜蘭縣；上訴人於88年3月22日檢具法人登記證書、代表人身分證明、礁溪鄉公所87年8月19日函(受文者：宜蘭團指會)，就系爭建物向被上訴人申辦系爭建物登記，於88年5月11日登記為上訴人所有；宜蘭縣政府於93年間函囑被上訴人辦理更正登記，更正登記名義人為宜蘭團指會，嗣後又依憑辦理後續權利書狀換給更名及統一編號更正登記，登記為上訴人所有；嗣宜蘭縣政府調取相關事證查認系爭土地非上訴人所有，被上訴人於107年5月8日以撤銷為登記原因辦理塗銷系爭土地登記，回復至所有權人為宜蘭縣；被上訴人於107年依宜蘭縣政府107年5月9日交辦事項及107年5月15日、6月5日宜蘭縣政府第745、748次會議紀錄裁示事項辦理，重新檢視系爭建物88年登記原案，發現上訴人申辦時，未檢附使用系爭土地之證明文件，不符合當時土地登記規則第73條第3項規定（現行法為第79條第5項），且其所檢具礁溪鄉公所87年8月19日函（系爭建物為合法房屋證明）之受文者為「中國青年反共救國團宜蘭縣團務指導委員會」，並非上訴人，爰於107年5月18日通知上訴人陳述意見，上訴人函復主張本件實涉私權爭執，應經司法機關審判確定，被上訴人不

得逕為判斷、決定等情，為原審所依法確定之事實，核與卷內證據資料相符，與證據法則、經驗法則及論理法則均無違背，自應為本院判決之基礎。

(七)而原判決繼而以系爭土地54年登記時，上訴人並不具法人資格，即不具權利能力、行為能力，自無法為有效之借名登記契約，又縱有借名登記契約存在，但在未終止前，上訴人不得未經取得土地所有權人同意即登記為系爭建物所有權人，又上訴人申辦系爭建物登記時，確未檢附使用系爭土地之證明文件，不合當時土地登記規則第73條第3項規定（現行法為第79條第5項），乃通知上訴人陳述意見以資補正，因上訴人仍未提供系爭土地使用證明文件，且申辦程序未檢附使用系爭土地之證明文件一事，並不涉及私權爭執，被上訴人爰依土地登記規則第144條第1項規定，報經宜蘭縣政府查明核准後，辦理塗銷登記並以原處分通知上訴人，於法並無違誤等語，固非無見。惟查，本件被上訴人係依宜蘭縣政府107年5月9日、6月5日交辦事項及107年5月15日宜蘭縣政府第745、748次會議紀錄裁示事項辦理，既如前述，而該第745次會議「貳、報告事項」「四、專案報告」之(三)記載略以：查其使用執照之申請，以不存在之分支機構「宜蘭團指會」向宜蘭縣政府申請，且非政府機關，不得充當為縣有土地之管理機關等語；又該第748次會議「貳、報告事項」「四、專案報告」之(二)記載略以：系爭建物使用執照起造人缺乏適格性一事，上訴人陳述意見，仍無法提出使用同意的權利證明，基於公益考量，請建設處依法撤銷使用執照起造人等語，此分別有該2次會議紀錄在原處分卷第313頁至第317頁可參。則宜蘭縣政府似業依職權查知系爭建物已獲使用執照之發給，惟其使用執照上所載之起造人名義非以上訴人之法人名義。而依前開之說明，系爭建物使用執照之有無，涉及上訴人究應否提出使用基地之證明文件，申言之，究屬有使用執照之情形，上訴人僅係應就宜蘭團指會與上訴人法人間之關係提出相關資料予以說明其權利之移轉或同一性？或者

屬無使用執照之情形，上訴人仍屬未依當時土地登記規則第73條第3項規定（現行法為第79條第5項）檢附使用基地之證明文件？如屬前者，參照原處分卷(第124頁至第131頁）所附之「中國青年反共救國團組織章程」第19條規定「本團為推展團務得設立分支機構，於各直轄市、縣市設團務指導委員會.....」等語觀之，上開宜蘭團指會是否屬不具權利能力而為上訴人之分支機構，其權利義務俱歸屬於有權利能力之上訴人，而非宜蘭縣政府所稱之「不存在之分支機構」？又，上訴人固於上訴後始提出「上證10」宜蘭縣政府建設局88年3月19日建局管字第840號使用執照影本，然依前述，本件系爭建物是否曾獲發給使用執照一節，本即為亟待原審應依職權調查之事項，尚與不許於法律審提出新事實或新證據之意旨無違，至該項使用執照之真正如何？「建造執照字號」一欄何以空白？其所載發給日期既係在系爭申請之前，上訴人何以未於申請時檢附？此關係被上訴人得否依土地登記規則第144條第1項為塗銷登記之事項，均有待事實審法院詳予調查認定。上訴意旨指摘原判決有未依職權調查之違背法令，求予廢棄，尚非無據。

(八)訴願法第52條規定：「(第1項)各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。（第2項)訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。(第3項)訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。」第53條規定：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。」第55條規定：「訴願審議委員會主任委員或委員對於訴願事件有利害關係者，應自行迴避，不得參與審議。」行政院及各級行政機關訴願審議委員會審議規則第13條規定：「訴願會會議由主任委員召集，委員應親自出席，不得由他人代理，開會時並以主任委員為主席。主任委員因故不能召集或出席時，指定委員一人

代行主席職務。」宜蘭縣政府訴願審議委員會組織規程第3條第1項規定：「本府訴願審議委員會（以下簡稱本會）置委員5人至15人，其中1人為主任委員，由縣長就本府具法制專長之高級職員調派專任或兼任；其餘委員由縣長就本府高級職員調派專任或兼任，並遴聘社會公正人士、學者、專家擔任；其中社會公正人士、學者、專家不得少於委員人數二分之一。委員應有二分之一以上具有法制專長，任期均為兩年。」第4條規定：「(第1項)本會委員或承辦人對於訴願事件有利害關係者，或曾在其他機關參與該訴願事件之處分或決定者，應自行迴避。（第2項）前項情形，由主任委員決定之。」第5條規定：「本會會議由主任委員召集，開會時並以主任委員為主席，主任委員因故不能召集或出席時，得指定委員一人代理之。」按訴願委員自行迴避制度之設計，在求訴願結果公正客觀，故凡訴願委員對訴願事件具有法律上、倫理上、情感上、職務上及經濟上之利害關係，客觀足認其執行職務作成訴願決定，將有偏頗之可能性，均應自行迴避，否則應認為訴願決定有違法之情事；反之，訴願委員如認自己有自行迴避之必要，且經主任委員或其代理人之同意而未參與訴願審議者，尚不得逕指為違法。又訴願審議委員會既在審議行政處分有無違法或不當(訴願法第1條第1項參照)，訴願委員自以具有法制專長者為佳，而查執業律師須經律師考試及格，具有法制專長，且其應以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命(律師法第1條第1項參照)，是無排斥執業律師擔任訴願審議委員之理由；又各縣市政府業務繁多，涉訟事件自亦不在少數，如有必要，允宜委任律師為訴訟代理人以維權益，是倘無前揭所稱客觀足認其執行職務作成訴願決定，將有偏頗之可能性之情事，尚不得僅以執業律師曾多次擔任宜蘭縣政府之訴訟代理人，即指為有應自行迴避之事由，況向宜蘭縣政府提起訴願之案件，其程序標的均僅係宜蘭縣政府所屬各機關或鄉（鎮、市）公所所為之行政處分(訴願法第4條第1款及第2款參照)，非由

宜蘭縣政府本身所為。上訴意旨指摘訴願委員陳○○曾多次擔任宜蘭縣政府訴訟代理人，於本件具有偏頗之可能性，未自行迴避，有違訴願法第55條規定一節，依上開之說明，自無可採，合先指明。再者，所謂「出席委員過半數之同意」應指扣除「應自行迴避」者，出席委員過半數之同意而言。查原判決業已論明宜蘭縣政府訴願審議委員會主任委員余○○、委員黃○○及李○○，分別任職宜蘭縣政府秘書長、勞工處處長及計畫處處長，黃○○及李○○出席宜蘭縣政府第745次縣務會議，3人均出席宜蘭縣政府第748次縣務會議，該2次會議均有討論系爭土地及系爭建物案，該2次會議均涉及系爭建物登記之處理，余○○未出席107年9月3日第298次訴願審議委員會，指定委員陳○○代理，委員黃○○及李○○於該次會議中出席表示有自行迴避之事由，核與卷內證據資料相符，是該3人之自行迴避，核與上開法令並無不合，上訴意旨指摘其違法，並無所據。又查原判決業已論明本件訴願審議，宜蘭縣政府之訴願委員共9位，於訴願開會時到席5位，扣除2人迴避後，已獲出席委員過半數之同意等語，核與訴願卷附之簽到表所示出席人員有陳○○、黃○○、曾○○、黃○○及李○○等5人相符，復與該次會議紀錄關於黃○○及李○○2人迴避，出席而未迴避之委員3人中，有陳○○及黃○○2人同意初審意見之紀錄相符，原判決就此部分於法並無不合，上訴意旨執其個人主觀歧異見解，指摘其違法，尚有誤會。

六、綜上，原判決駁回上訴人先位聲明關於撤銷訴願決定之訴，所持理由雖有不當，惟結果並無二致，仍應以上訴為無理由，駁回此部分之上訴。另原判決駁回上訴人備位聲明請求撤銷訴願決定及原處分之訴，既有如上所述與判決結論有影響之違法，上訴意旨求予廢棄，即有理由，惟因此部分事證有由原審再為調查審認之必要，本院尚無從自為判決，爰將此部分原判決廢棄，發回原審更為適法之裁判。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由。依行政訴訟法第255條第2項、第256條第1項、第260條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　20　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　簡　慧　娟

法官　鍾　啟　煌

法官　蔡　紹　良

法官　王　碧　芳

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　20　　日

書記官　葉　倩　如