臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
111年度原訴更一字第2號
114年1月16日辯論終結

原　　告　王軍二

　　王成章

　　王文麗

共　　同
訴訟代理人　楊志航　律師（兼送達代收人）
複 代理 人　雅蔀恩・伊勇　律師
被　　告　新北市烏來區公所

代　表　人　周至剛（區長）
訴訟代理人　王秉信　律師
複 代理 人　黃柏嘉　律師
參　加　人　蔡國雄
訴訟代理人　呂立彥　律師
參　加　人　蔡潘阿玉

上列當事人間原住民保留地事件，原告不服新北市政府中華民國110年4月29日案號：1100090262號訴願決定，提起行政訴訟，前經本院111年8月25日110年度原訴字第6號裁定，再由最高行政法院111年12月1日111年度抗字第306號裁定廢棄發回本院更為審理，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

第一審及發回前抗告審訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

㈠本件原告起訴時，被告代表人為周守信，嗣於訴訟程序進行中變更為周至剛，茲據被告新任代表人具狀聲明承受訴訟（本院卷一第39頁），核無不合，應予准許。

㈡參加人蔡潘阿玉經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第218條準用民事訴訟法第386條各款所列情形，爰準用民事訴訟法第385條第1項前段，依原、被告兩造及參加人蔡國雄之聲請，由其等一造辯論而為判決。

㈢按「（第1項）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。（第2項）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。（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。……」行政訴訟法第111條第1項、第2項、第3項第2款定有明文。查原告起訴時，聲明係為「1.訴願決定撤銷。2.被告應撤銷准予蔡國潘就新北市烏來區福山段381地號土地於民國56年設定耕作權之行政處分；撤銷准予蔡國雄、蔡潘阿玉就新北市烏來區福山段381地號土地於107年設定耕作權之行政處分。3.被告應訴請法院塗銷新北市新店地政事務所於56年以蔡國潘為耕作權人所為之耕作權設定登記；塗銷105年（字號：新登字第168360號）以蔡國雄、蔡潘阿玉為耕作權人所為之耕作權設定登記。4.訴訟費用由被告負擔。」嗣經本院合議庭行使闡明權詢問原告起訴之請求權依據、法律關係及訴訟類型，原告乃變更其訴之聲明為：「1.訴願決定撤銷。2.被告應依職權撤銷准予蔡國潘就新北市烏來區福山段381地號土地於56年設定耕作權之行政處分；應依職權撤銷准予蔡國雄、蔡潘阿玉就新北市烏來區福山段381地號土地於105年設定耕作權之行政處分。3.被告應訴請法院塗銷新北市新店地政事務所於56年以蔡國潘為耕作權人所為之耕作權設定登記；塗銷105年（字號：新登字第168360號）以蔡國雄、蔡潘阿玉為耕作權人所為之耕作權設定登記。4.第一審及發回前抗告審訴訟費

用由被告負擔。」（本院卷二第119頁、第120頁），被告就原告訴之變更陳稱於程序上不爭執，且核原告前開訴之變更，仍係本於同一基礎社會事實，於本件之審理與終結無礙，應予准許。

二、事實概要：

㈠緣訴外人蔡國潘於56年間依臺灣省山地保留地管理辦法（已於80年4月10日廢止）規定，申請設定包括坐落新北市烏來區福山段381地號（下稱系爭土地）等13筆土地耕作權（針對系爭土地部分，下稱系爭耕作權），嗣經被告核定並為設定登記，耕作權存續期間自56年8月21日至66年8月20日止。蔡國潘於63年1月20日死亡，其繼承人即參加人蔡國雄（蔡國潘之養子）則於105年12月13日以參加人蔡國雄與蔡潘阿玉（蔡國潘之配偶）因繼承取得耕作權並辦妥登記。

㈡原告於109年9月2日委由志航法律事務所提出函文（下稱系爭函文）向被告表示，系爭土地自36年起即由原告先祖開墾、建屋設籍其上，輾轉由原告繼續使用迄今，蔡國潘及其繼承人自始無開墾或耕作系爭土地之事實，已違反原住民保留地開發管理辦法（84年3月22日修正前原稱：山胞保留地開發管理辦法，下簡稱原保地管理辦法）之相關規定，故請求被告依行政程序法第117條規定，撤銷准予設定系爭耕作權予蔡國潘，及准其繼承人繼承登記該耕作權之決定，並依原保地管理辦法第16條規定，訴請法院塗銷56年間對蔡國潘、及105年間對參加人蔡國雄、蔡潘阿玉之系爭耕作權登記。因被告自收受之日起逾2個月未為回復，原告認被告對其依法申請之案件應作為而不作為，遂依訴願法第2條提起訴願，經決定不受理後，再向本院提起行政訴訟。本院前以110年度原訴字第6號裁定（下稱前審裁定）駁回，原告抗告後，最高行政法院以111年度抗字第306號裁定（下稱發回裁定）廢棄前審裁定，發回本院更為裁判。

三、本件原告主張：

㈠原告之父祖因早年於原居地受颱風災害之苦，於36年經主管機關要求遷居下山，因土地實際使用需要，洽得系爭土地當時使用人及鄰人之同意後，於系爭土地開墾，建屋，並分別申請房屋門牌、設籍，繳納房屋稅與申請電力使用。後輾轉由後代即原告王成章、王文麗、王軍二等承受使用並繼續使用迄今，此為系爭土地之鄰里皆知，並有門牌證明書、房屋稅籍證明書、用電證明、農業部林業及自然保育署航測及遙測分署64年及88年航拍圖等可資證明。然主管機關不查，竟於56年同意蔡國潘之聲請，准予將系爭土地設定耕作權予蔡國潘並完成登記，然自斯時起而迄於蔡國潘63年死亡為止，蔡國潘並無任何使用耕作系爭土地之事實。系爭土地始終由原告等繼續使用，目前有房舍農作坐落其上，蔡國潘自始即未曾在該土地上有開墾或自行耕作之事實，亦為蔡國潘及所有福山部落之村民所明知。依原保地管理辦法第8條所規定之本辦法施行前，即指79年3月26日之前有開墾之事實者，顯然原告已符合申請耕作權設定登記之要件甚明。承上所述，原告依上開原保地管理辦法之相關規定，應已取得申請登記之他項權利，當應受到保護灼然。經原告請領土地登記簿謄本，始赫見被告竟又於105年以參加人等得繼承為由，辦理違法且逾期之耕作權繼承登記，該登記顯為違法行政處分，並影響原告等之權益甚巨。然該登記顯然違反土地管理機關原住民族委員會（下簡稱原民會）之授權範圍而應撤銷。

㈡被告就系爭土地作成系爭耕作權設定登記之處分係違法應予撤銷：原保地管理辦法關於申請設定耕作權登記之相關規定，係根據山坡地保育利用條例第37條之授權而訂定，其目的在於輔導原住民能在既有墾殖之事實下，取得法律上之耕作權利，而保障原住民之權益，同時避免非原住民擅自取得或占用原住民保留地，進而侵害國土保育。且依行為時該辦法第8條第1款規定，申請設定耕作權登記者，解釋上應限於該辦法79年3月26日發布施行前，已由原住民開墾完竣並長

期不間斷地自行耕作者，始足當之，是以期間內原住民如有未自行耕作、任其荒廢、轉讓第三人占用或任由他人占用者，自不符合賦予申請設定耕作權登記之立法本旨。且原住民於原住民保留地縱有墾殖或耕作之事實，惟於依法設定耕作權登記前，並未取得法律上所保護且具有排他性之耕作權利。最高行政法院著有101年度裁字第1399號、101年度判字第409號、101年度裁字第846號、98年度裁字第2560號裁判均至足參照。是鄉（鎮、市、區）公所依原保地管理辦法規定對於原住民申請耕作權設定登記，擁有最終之核定權限，如被告於核定後，發現原核定第三人蔡國潘及其繼承人蔡國雄、蔡潘阿玉有違法情事，自應依法撤銷原核定處分。

㈢撤銷原處分始符合行政程序法第117條規定：被告針對第三人蔡國潘於56年及其繼承人蔡國雄、蔡潘阿玉於105年就系爭土地設定耕作權就系爭土地，所為之系爭耕作權設定登記處分，既違反原保地管理辦法第8條第1款之規定，係屬違法之授益行政處分，且被告係因蔡國潘及其繼承人蔡國雄、蔡潘阿玉就系爭土地於設定耕作權謊稱系爭土地為其開墾完竣並有自行耕作之事實，且依蔡國潘及其繼承人蔡國雄、蔡潘阿玉陳述而作成其為「使用人」，顯係對於重要事項提供不正確之資料及為不完全之陳述，致使被告依該資料及陳述而作成上開違法之授益行政處分，則依行政程序法第119條第2款規定，蔡國潘縱有信賴利益，其信賴亦不值得保護。是被告依同法第117條規定，依職權撤銷系爭耕作權設定登記處分，自屬有據。況原保地管理辦法關於申請設定耕作權及移轉登記之相關規定，係根據山坡地保育利用條例第37條之授權而訂定，其目的在於輔導原住民能在既有墾植之事實下，取得法律上之耕作權利，而保障原住民之權益，同時避免非原住民擅自取得或占用原住民保留地，進而侵害國土保育，具有強烈之公益目的，並基於法令適用之平等性，以維護依法行政原則等重大公益，縱認蔡國潘之信賴值得保護，其取得系爭地號土地耕作權之信賴利益，並未顯然大於撤銷核准

上開耕作權移轉登記處分所欲維護之公益甚明。且蔡國潘未曾於系爭土地上自行耕作，對於被告所為系爭耕作權設定登記處分違反原保地管理辦法第8條第1款規定，縱非明知，亦難謂無重大過失，是蔡國潘取得系爭土地之耕作權設定登記，有得撤銷之原因，則顯非善意之登記至明，自不受土地法第43條規定之保護。

㈣退步言之，縱認行政程序法第117條，並未賦予人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之請求權，惟原告109年5月5日向被告聲請撤銷行政處分時，符合行政程序法第128條第1項之要件：

1.行政程序法第128條第1項第2款及110年1月20日新增第3項規定，其立法理由並稱修正前行政程序法第128條就該法文中之「新證據」應限於「作成行政處分之時業已存在，惟未經斟酌之證據」已增加法所未有之限制，並不合於該法之立法目的；且鑑於上開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。原告在上開申請書所提門牌證明書、房屋稅籍證明書、用電證明，均為105年參加人等以繼承為由，辦理違法且逾期之耕作權繼承登記之處分時已存在，且未經行政機關斟酌者，符合發現新證據之要件。

2.原告所提新證據可確認參加人以繼承為由，申請耕作權繼承登記不符合「申請設定耕作權登記」之要件，符合行政程序法第128條第1項第2款「經斟酌可受較有利益之處分」之要件：

⑴按原保地管理辦法第8條第1款之規定，原住民在該辦法施行前開墾完竣並自行耕作之原住民保留地，得申請設定耕作權登記，其賦予申請人所享有之公法上請求權，乃係對已於山地開墾，且長期耕作之使用現況加以尊

重，故並非僅以申請人在上開辦法79年3月28日施行前所開墾完竣之事實為已足，尚須自行耕作之狀態迄主管機關核准其申請時仍繼續為必要。

⑵依原告所提證據資料，可以證明系爭土地自36年時起，一直以來均由原告家族耕作使用，蔡國潘及其繼承人蔡國雄、蔡潘阿玉從無使用本案土地之事實，確實不符合申請設定耕作權之要件，該105年准予繼承設定耕作權之處分自為違法行政處分。

3.原告並非因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由：被告作成核准參加人以繼承為由，申請耕作權繼承登記之行政處分時，並未通知原告陳述意見，導致原告對於參加人之申請案毫無所悉，無從於行政程序提出主張，更遑論提起救濟。因此，原告並非因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由，自不符合行政程序法第128條第1項但書之消極要件。

4.原告並無逾越5年除斥期間：本件被告准予參加人以繼承為由，申請耕作權繼承登記之行政處分，依土地登記第二類謄本所示，係於105年12月13日做成，原告約於109年3月間聽聞訴外人向被告聲請所有權移轉登記，乃於109年5月5日委請律師發函，催請被告撤銷參加人之耕作權設定登記，惟被告僅回覆依法辦理，原告乃再委請律師於109年9月2日發函，是原告109年5月5日向被告聲請撤銷行政處分，自未逾除斥期間。

5.被告雖舉原告王軍二、王文章曾經就同地段其他地號申請土地權利，而主張原告應早已知悉系爭土地登記情形，然其他地號土地均無與系爭土地相連，原告申請其他土地時均未含括系爭土地，且原告使用系爭土地從無發生糾紛，原告係因109年3月間經人告知系爭土地已經遭他人設定耕作權，始知悉原告有得請求之事由，自未逾自知悉起3個月救濟期間。

㈤本件依法本應視為已經放棄耕作權登記權利，而依無繼承人之規定，由被告（執行機關）報請縣市主管機關核定，囑託土地登記機關塗銷登記。然因被告事實上已核准辦理違法之耕作權繼承登記，允宜依法訴請法院塗銷登記。是原告於109年5月5日之聲請書函，係請被告「依行政程序法、原保地管理辦法相關規定，依職權撤銷對於參加人准予設定耕作權之行政處分，並向管轄法院訴請塗銷耕作權設定登記，或請逕移管轄機關辦理訴請塗銷耕作權設定登記。」等情，並聲明求為判決：1.訴願決定撤銷。2.被告應依職權撤銷准予蔡國潘就新北市烏來區福山段381地號土地於56年設定耕作權之行政處分；應依職權撤銷准予蔡國雄、蔡潘阿玉就新北市烏來區福山段381地號土地於105年設定耕作權之行政處分。3.被告應訴請法院塗銷新北市新店地政事務所於56年以蔡國潘為耕作權人所為之耕作權設定登記；塗銷105年（字號：新登字第168360號）以蔡國雄、蔡潘阿玉為耕作權人所為之耕作權設定登記。4.第一審及發回前抗告審訴訟費用由被告負擔。

四、被告則以：

㈠行政程序法第117條「原處分機關得依職權」之文義，暨「違法行政處分是否撤銷，原則上仍委諸行政機關之裁量」之立法理由可知，該規定僅是賦與行政機關就違法行政處分得自為撤銷之職權，並未賦與行政處分相對人或利害關係人請求原處分機關為撤銷行政處分之全部或一部之公法上請求權。蓋違法行政處分於法定救濟期間經過前，行政處分相對人或利害關係人本得對違法行政處分提起行政爭訟請求撤銷，於法定救濟期間經過後，如許其有得請求原處分機關或其上級機關撤銷之公法上權利，則訴願法上之提起訴願及行政訴訟法上之起訴法定不變期間，即失其意義。是行政程序法第117條前段之規定，並未賦與行政處分相對人或利害關係人有請求原處分機關或其上級機關撤銷違法行政處分之全部或一部之公法上請求權。因此，人民如依據該規定請求行

政機關作成撤銷原違法行政處分之行政處分，性質上亦僅是促使行政機關為職權之發動，行政機關雖未依其請求而發動職權，人民亦無從主張其有權利或法律上利益受損害，而循行政爭訟程序請求行政機關自為撤銷行政處分。原告前委託楊志航律師以志航法律事務所109年5月5日109航律桃字第0101002號函被告，請求撤銷准予參加人對系爭土地設定耕作權之行政處分。並訴請法院塗銷新北市新店地政事務所於105年（字號：新登字第168360號）以參加人為耕作權人所為之耕作權設定登記，經被告以109年5月15日新北烏產字第0000000000號函復該地於56年即設有他項權利，原他項權利人蔡國潘於63年1月20日死亡，依據民法第759條、第1148條規定，繼承係事實行為，被告處理蔡國潘繼承人申請耕作權繼承登記於法並無不合。嗣原告復委託楊志航律師以志航法律事務所109年9月2日109航律桃字第0101005號函被告，請求撤銷准予蔡國潘就系爭土地於56年設定耕作權之行政處分。並訴請法院塗銷新北市新店地政事務所於56年以蔡國潘為耕作權人所為之耕作權設定登記；塗銷105年（字號：新登字第168360號）以參加人為耕作權人之耕作權設定登記，依函文說明段二、記載：「是管理機關依同法第117條規定，應依職權撤銷系爭耕作權設定登記處分」云云，因被告未就原告上開申請為函復，原告爰依訴願法第2條規定提起訴願，並經訴願決定訴願不受理。惟行政程序法第117條規定僅係賦與行政機關就違法行政處分得自為撤銷之職權，並未賦與人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之請求權，故原告依據該規定請求被告作成撤銷系爭耕作權核定之處分，性質上僅是促使行政機關為職權之發動，被告縱未依其請求而發動職權，亦難認原告有權利或法律上利益受損害。職是，原告請求被告依行政程序法第117條規定撤銷系爭耕作權核定一節，核無公法上之請求權，訴願決定不受理，於法亦無不合，懇請本院駁回原告之訴。

㈡按所謂權利保護必要，指尋求權利保護者，准予經由向法院請求之方式，以實現其所要求的法律保護之利益；其乃基於誠實信用原則，主要在維護法院訴訟功能不被濫用。次按提起行政訴訟請求法院裁判者，應以有權利保護必要為前提；且權利保護必要之要件，為法院應依職權調查之事項，倘原告之訴欠缺權利保護必要之要件者，應認其訴為無理由，予以判決駁回（最高行政法院108年度判字第293號判決意旨參照）。原告訴之聲明第3項應係提起行政訴訟法第8條第1項所定之一般給付訴訟，然依原住民委員會109年3月18日原民土字第0000000000號函所釋，如行政機關撤銷此類授益之行政處分，得逕囑託登記機關辦理塗銷登記，此部分縱認原告訴之聲明第2項部分為有理由，亦僅需由原告囑託登記機關（新北市新店地政事務所）辦理塗銷登記，而不需另向民事法院訴請塗銷登記，此部分原告起訴即欠缺權利保護必要。

㈢原住民得申請回復土地權利取得地上權、農育權及所有權等權利，應為國內原住民知之甚詳之權利，原告主張使用系爭土地，如符合法規，即有可能可以申請取得地上權、農育權或所有權等相關權利，依常理，使用土地之人自然希望登記為土地權利人，原告長年以來不可能沒有查詢過系爭土地的登記情形；尤其，原告王軍二曾於99年11月26日申請取得與系爭土地同地段11地號土地之農育權、103年4月28日申請分割繼承登記取得與系爭土地同地段83、190、441地號土地所有權，原告王成章亦曾於99年11月26日申請取得與系爭土地同地段131、81、131之1、131之2地號土地之農育權、103年4月28日申請分割繼承登記取得與系爭土地同地段112、115、129地號土地所有權，與原告王軍二之情形相同，原告王文麗則無相關資料，是原告至少在99年當時，即應該了解到系爭土地他人之登記情形。又據被告訴訟代理人於112年10月24日至系爭土地觀察之結果，將現場建物之情況對照原告所提附件11空拍圖之位置來看，編號①之○○○○0號、編

號②○○○○○00號、編號③○○○○○0號之0號建物皆非老舊，看不出原告所主張36年間即已建屋。

㈣原告提起訴願及前審行政訴訟，均從未以行政程序法第128條為主張，最早應見於本件更審訴訟原告112年7月27日行政訴訟準備狀，則原告自始未向被告提出，遲至本件訴訟方向本院主張，於法不合。退萬步言之，系爭耕作權「繼承登記」雖係於105年12月13日完成，惟參加人僅是辦理繼承登記繼受取得權利，事實上，蔡國潘早於56年即登記設定耕作權，有關行政程序法第128條程序再開之消滅時效，應自斯時起算，原告主張程序再開顯逾法定救濟期間。再退萬步言之，依行政程序法第128條第2項規定，原告應自法定救濟期間經過後3個月內為之；自法定救濟期間經過後已逾5年者，則不得申請，參加人既於105年12月13日完成系爭耕作權繼承登記，而原告遲至本件訴訟方為主張，當已逾法定救濟期間等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、參加人則以：山坡地保育利用條例第37條108年修法理由說明：原住民依原條文及其授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第8條、第9條、第12條規定申請設定原住民保留地耕作權或地上權，繼續經營滿5年取得所有權。考量該等土地或於原開辦法施行前早已由原住民開墾完竣並世代使用，或已完成造林、居住使用，該辦法發布施行後，復規定其應先設定耕作權或地上權滿5年，方能取得所有權，實不盡合理，爰刪除繼續經營滿5年之限制，將原住民保留地所有權直接回復予原住民，並協助原住民辦理所有權之移轉登記。顯見蔡國潘在登記為耕作權人後5年即實質原始取得系爭土地所有權，至蔡國潘於63年1月20日過世，行政機關於105年間通知參加人依法辦理繼承登記。原告於本件主張其先人早在蔡國潘開墾系爭土地前即已進行開墾，應撤銷蔡國潘耕作權登記，自應提出開墾系爭土地之證明，臨時建物門牌係戶政機關便於管理戶政所為之措施，與土地基地權利歸屬或開墾作業並無關聯，況且有臨時建物門牌亦不代表開墾事實，遑論

對系爭土地做大規模之開墾，耕作權聲請登記攸關國有土地開發利用須經地政權責機關實地履勘後核定墾荒的範圍，非任何人在無實際墾作事實可隨意蒙混，必有現地墾作之事實方得聲請核准，原告不思提出證明自身墾作之事實，反而質疑他人40年前即依法取得之權利，謬誤之處不言可喻，今又提出傳喚與本案不相關聯之蔡○新欲證明原告在系爭土地曾有移轉取得爭議，此異於原先主張開墾之事實，不僅偏離行政訴訟爭議且屬私權實體爭執，況若有移轉處分之情事，原告自應提出取系爭土地之書面文件，而非由不相關人士出庭作證實體權利歸屬之爭議，原告訴訟主張混亂已偏離行政訴訟爭點。又查原告所提之證人係多次在原告訴訟代理人案件相關人，在106年度簡字第9號判決更虛稱蔡○新取得水權登記相關資料為法院所駁。因此，除原告未舉證說明證人與本案相關性外，其所陳述之內容可信度令人質疑且不可考，原告若有實體上權利歸屬之應提出書面移轉文件，非另案提出模糊訴訟爭議混淆是非等語。

六、本院之判斷：

㈠本件訴訟類型之釐清：

1.本件原告起訴時，聲明第2項係請求被告撤銷准予蔡國潘、參加人設定耕作權之行政處分，起訴狀則載明係提起課予義務之訴（本院110年度原訴字第6號案卷，下稱前審卷，第10頁）。訴願決定及本院前審裁定均以原告無公法上請求權、本件非依法申請之案件為由，駁回原告之訴願或起訴，顯亦認原告係提起課予義務訴願或行政訴訟。嗣最高行政法院廢棄本院前審裁定並發回更審，原告於本件前程序中則稱起訴聲明第1項、第2項係為撤銷訴訟，至聲明第3項為一般給付訴訟（本院卷一第86頁、第110頁）；迄至本件言詞辯論時，經本院合議庭闡明後，原告再變更訴之聲明並稱本件為課予義務訴訟。（本院卷二第120頁）

2.審諸原告起訴意旨，不問其訴之聲明內容或就訴訟類型之主張，均係本於其方有權設定系爭土地耕作權立場，請求被告改正將系爭土地設定登記予蔡國潘或參加人之違誤。因被告准予蔡國潘設定耕作權之行政處分，係於56年間作成，嗣系爭土地再於105年間以繼承為原因登記參加人為耕作權人，原告均未曾針對蔡國潘、參加人之耕作權登記提起訴願，姑不論參加人登記成為系爭土地耕作權人，並非基於被告之行政處分（詳後述），本件原告若以第三人撤銷訴訟類型，聲明請求被告撤銷准予蔡國潘、參加人設定耕作權之「行政處分」，已有未經訴願前置程序而不備起訴要件之疑義。另參酌本件緣於原告委由志航法律事務所於109年9月2日以109航律桃字第0101005號函（參訴願卷第10頁至第13頁），援引行政程序法第117條規定，請求被告依職權撤銷蔡國潘、參加人就系爭土地之耕作權設定，因被告收受聲請後未有何作為，原告乃提起訴願，再於訴願不受理後提起本件行政訴訟等爭訟過程，原告顯係認被告應作為而不作為損害其權利或法律上利益，以被告「未准駁其申請撤銷蔡國潘、參加人系爭耕作權」為程序標的提起本件行政爭訟；再對照原告聲明，其訴請被告為一定作為（撤銷原准予蔡國潘、參加人就系爭土地設定耕作權之行政處分，訴請塗銷系爭耕作權登記）之意旨已經明確，本件應為學理上之給付訴訟性質，其中原告聲明第1項、第2項係請求被告作成特定內容（即撤銷准予蔡國潘、參加人就系爭土地設定耕作權）之行政處分，應屬課予義務訴訟，至聲明第3項請求被告訴請塗銷系爭耕作權登記，則為一般給付訴訟。

㈡原告欠缺請求權基礎：

1.因蔡國潘、參加人之系爭耕作權設定時間，均已逾法定救濟期間，原告遂援引行政程序法第117條規定，聲請被告依職權撤銷被告之「行政處分」，已如前述，原告於書狀（參原告行政訴訟起訴狀，前審卷第20頁；行政訴訟準備

狀，本院卷一第92頁）及本院審理時所為陳述（本院卷二第120頁），亦均稱其主張之請求權基礎即係行政程序法第117條。

2.按行政程序法第117條前段「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之」之規定，僅係賦予行政機關就違法行政處分得自為撤銷之職權，並未賦予人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之公法上請求權，人民依該規定請求行政機關作成撤銷原違法行政處分之行政處分，性質上只是促使行政機關為職權之發動，即使行政機關未依其請求發動職權，人民亦無從主張其有權利或法律上利益受損害，繼而循行政訴訟程序請求行政機關自為撤銷之行政處分。（最高行政法院111年度抗字第69號裁定意旨參照）行政程序法第117條既未賦予人民請求行政機關為一定作為之請求權基礎，原告據以請求被告「依職權撤銷准予蔡國潘、參加人就系爭土地設定耕作權之行政處分」（聲明第1項、第2項部分），及「訴請法院塗銷地政事務所就以蔡國潘、參加人為耕作權人之耕作權設定」（聲明第3項部分），均為無據。原告雖另以原保地管理辦法第16條規定，作為聲明第3項之基礎，惟原告既不得依據行政程序法第117條訴請被告撤銷系爭耕作權設定，則在蔡國潘、參加人就系爭土地之耕作權未經撤銷情況下，論理上被告亦無訴請塗銷系爭耕作權登記之依據與立場，原告聲明第3項之請求，自無理由。

3.原告又主張其於109年9月2日向被告提出申請時，所附門牌證明書、房屋稅籍證明書、用電證明等（訴願卷第17頁至第20頁）均屬行政程序法第128條第1項第2款所稱之新證據，自得請求被告重開行政程序撤銷蔡國潘、參加人系爭耕作權之設定云云。

⑴按行政程序法第128條第1項、第2項規定：「（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、發生新事實或新證據，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。」故行政處分之法定救濟期間經過後已逾5年，不問是否具有行政程序法第128條第1項各款所列舉之事由，相對人或利害關係人均已不得依據該條規定申請重開行政程序撤銷、廢止或變更該處分。

⑵本件蔡國潘對系爭土地之耕作權係於56年間經被告准予設定登記，該准予設定之行政處分已逾法定救濟期間超過5年，依前揭行政程序法第128條第2項但書規定，已不得申請重開行政程序。至參加人所以取得系爭土地之耕作權並為登記，乃基於繼承之原因，系爭土地謄本已經載明（前審卷第37頁）；而「繼承，因被繼承人死亡而開始。」，民法第1147條定有明文，又「原住民於原住民保留地取得承租權、無償使用權或依法已設定之耕作權、地上權、農育權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓及出租。」、「原住民保留地他項權利之移轉、塗銷、交換、內容變更登記、更名登記（如自然人、法人、管理機關、管理人、夫妻聯合財產之更名）、住址變更登記、更正登記等之申請案件，由鄉（鎮、市、區）公所審查，並委任為申請義務人，在申請義務人欄內加蓋鄉（鎮、市、區）公所印信後轉送地政事務所辦理。」，行為時原保地管理辦法第15條、原民會依職權

訂定之原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業須知第8點均有規定，可知原保地已設定之耕作權，在原耕作權人死亡後，其繼承人得逕因繼承事實之發生而取得該耕作權，僅其登記應由鄉（鎮、市、區）公所審查登記要件無誤後，以受原民會委任為申請義務人名義轉送地政事務所辦理，對照參加人系爭耕作權之登記申請，係由被告依據上開作業須知，以105年11月23日新北烏產字第0000000000號函新北市新店地政事務所辦理（原處分卷第1頁、第2頁），土地登記申請書（原處分卷第68頁至第74頁）則蓋有「土地所有權人中華民國管理機關原住民族委員會委任聲請義務人○○市○○區公所區長高富貫」戳章及被告印信，亦得佐證。準此，被告對於參加人申請耕作權繼承登記，應僅針對參加人所提資料是否齊備進行審查，未及於參加人實體上得否設定耕作權之准否，又被告上述函文既未對參加人直接發生准否設定耕作權之法律效果，亦難謂為一行政處分，更無重開行政程序並撤銷之可能。

七、綜上所述，原告以行政程序法第117條為請求權基礎，提起課予義務訴訟（聲明第1項、第2項部分）及一般給付訴訟（聲明第3項部分），其就課予義務訴訟部分應認非屬依法請求之案件而有不備起訴要件情形，應裁定駁回；至一般給付訴訟部分則因欠缺請求權基礎，應認為無理由而判決駁回。本院為求卷證齊一及訴訟經濟，爰併以判決駁回之。

八、本件事證已臻明確，原告聲請傳喚證人蔡○新、施○星、林○財等，均認為無調查之必要；至兩造其餘攻擊防禦方法，與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，均併此敘明。

據上論結，依行政訴訟法第107條第1項第10款、第98條第1項前段、第104條、第218條，民事訴訟法第85條第1項前段、第385條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　2　　月　　13　　日

審判長法　官　蕭忠仁

法　官　許麗華

法　官　吳坤芳

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、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49條之1第1項第3款）。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3項、第4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.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、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，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、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	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。

審訴訟代理人	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　　114　　年　　2　　月　　13　　日

書記官　何閣梅