臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
113年度原訴字第9號
114年5月29日辯論終結

原　　告　何錫堅

訴訟代理人　雅蔀恩·伊勇　律師
被　　告　宜蘭縣南澳鄉公所

代　表　人　李勝雄（鄉長）
訴訟代理人　楊文瑄　律師
參　加　人　陳秋月

訴訟代理人　戴維余　律師

上列當事人間原住民保留地事件，原告不服宜蘭縣政府中華民國113年7月15日府訴字第1130083272號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：原告前於民國113年2月1日，依行政程序法第117條規定，分別向宜蘭縣政府請求撤銷曾核准之宜蘭縣南澳鄉伊柚段（同段土地以下省略段號）1569、1571及1572地號（重測前為東岳段728-1、728-13及728-14地號）3筆原住民保留地所有權移轉登記(下稱申請1)，及向被告請求撤銷前核准參加人就1571、1572地號2筆土地(下稱系爭土地)設定之耕作權(下稱申請2)。宜蘭縣政府所屬原住民事務所（下稱原事所）於113年2月7日以宜原經字第1130021311號函（下稱函文1）復以，臺灣宜蘭地方法院(下稱宜蘭地院)111年度原訴字第2號民事判決及臺灣高等法院112年度原上易字

第2號民事判決（下合稱民事確定判決）已指出原告無原住民身分，就原住民保留地無合法之占有使用權源，其與訴外人林雍授土地經營開發之約定，違反行為時臺灣省山地保留地管理辦法(下稱省管理辦法)第6條、第8條第1項規定，應為無效，故無違法行政處分之情事，歉難同意。原告不服函文1，提起訴願，遭宜蘭縣政府113年5月29日府訴字第1130057926號訴願決定（下稱訴願決定1）不受理，原告仍不服，提起行政訴訟，現由本院113年度原訴字第8號審理（下稱前行政訴訟事件）。被告嗣於113年2月29日以南鄉農字第1130002014號函（下稱函文2）復以，業經原事所函文1函復在案，並無違誤。原告不服被告函文2，提起訴願，遭宜蘭縣政府113年7月15日府訴字第1130083272號訴願決定（下稱訴願決定2）不受理，原告仍不服，提起本件行政訴訟。

二、原告主張略以：

(一)訴外人陳敏勇原依原住民保留地開發管理辦法（下稱管理辦法）之前身山胞保留地開發管理辦法(下稱修正前管理辦法)，承租東岳段728地號土地並占有使用。該728地號嗣後經分割：其中一部分於64年9月22日分割產生728-1地號（即1569地號），由陳敏勇於75年12月15日設定耕作權，再於81年7月7日取得所有權；另一部分則於90年4月12日分割產生728-13地號（即1571地號）及728-14地號（即1572地號）。後陳敏勇將728-13及728-14地號土地贈與其女即參加人，參加人遂分別於90年8月17日就728-13地號、於91年11月5日就728-14地號等土地，設定取得耕作權。陳敏勇於79年7月25日與訴外人林雍授簽訂協議書，同意將所管領之東岳段728、728-1地號土地（原728地號嗣分割產生包含728-13、728-14地號在內之多筆土地），提供予林雍授全權經營開發，雙方並約定利潤分配方式及地上物使用事宜。林雍授於82年間因積欠其貨款無法償還，遂於同年4月21日簽立委託書，委託原告管理當時使用中之東岳段728、728-1、728-5等地號土地及地上物，並授權處理相關事務。其後，因林雍授經

營不善另向原告借款，復於同年5月25日簽立讓渡書，將其先前依與陳敏勇協議所得開發經營之前述地號土地（含果樹及地上物）權利讓渡予原告。期間約於83年，因地震波及園區，原告以農場負責人身分領取相關補償金。陳敏勇明知土地及地上物讓渡予原告，其權利繼受人之參加人自79年後即未曾實際占有使用系爭土地。

(二)依修正前管理辦法關於申請設定耕作權之要件（參照第8條第1項第1款規定），旨在輔導原住民就其於79年施行前已開墾完竣並自行耕作之保留地取得合法權利。實務見解闡明申請人不僅須證明於79年辦法施行前已開墾完竣，自行耕作之狀態必須持續至主管機關核准登記時；若期間中斷耕作、任其荒廢或容由他人占用，即與立法本旨不符，尚難認符合申請設定耕作權之資格。本件原核准設定耕作權處分之相對人陳敏勇、參加人，係以不正確資料或不完全陳述使行政機關核准，該處分不僅違法，渠等之信賴亦不值得保護，自得依法予以撤銷。

(三)原告為系爭土地實際占有使用人，原應可依管理辦法第28條第3項規定申請租用。被告當初核准參加人之耕作權設定時，並未依法審查實際使用情況，對原告合法租用土地造成重大困難，侵害其權利，且被告有公法上審查權限，故可以之為被告提起行政訴訟。管理辦法第28條第3項亦兼顧區內非原住民住戶之居住權益，被告違反前述辦法，以原告不具原住民身分、無合法占有權源為由，否准原告撤銷該耕作權登記之申請，侵害原告基於設籍及長期使用事實申請租用之權利，應具有提起本件課予義務訴訟之當事人適格。

(四)被告雖以原告不具原住民身分、對原住民保留地無合法占有使用權源為由否准其申請，然依管理辦法第28條第3項規定，非原住民在轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）內設有戶籍者，本得申請租用依法可供建築之保留地作為自住房屋基地。原告自82年7月26日起，即已將戶籍遷至宜蘭縣○○鄉○○村○○路○段○○巷○○號之系爭土地上建物所在

處，並持續設籍居住至今未曾遷出，自得申請租用系爭土地，被告僅因其非原住民身分即否准其請求，顯有失據。

(五)並聲明：

1.訴願決定及原處分（即函文2）均撤銷。

2.被告應撤銷於90年8月17日核准參加人就1571地號土地耕作權設定登記之行政處分。

3.被告應撤銷於91年11月5日核准參加人就1572地號土地耕作權設定登記之行政處分。

三、被告答辯略以：

(一)原告並非管理辦法第28條第3項規定「非原住民在本辦法施行前已租用原住民保留地繼續自耕或自用者」繼承人或受贈人，自無法藉由該規定取得承租之權利。原住民保留地租用予非原住民應符合都市計畫分區類別為山坡地保育區農牧用地，且不得超過300平方公尺。然系爭土地並非建地，無法作為房屋基地，且2筆土地面積分別為5,005.79、336.07平方公尺，依管理辦法第28條第3項規定，原告無法取得承租作為房屋基地之權利。況民事確定判決認定位於1569、1571地號「宜蘭縣○○鄉○○村○○路○段○○巷○○號」建物屬違建，不符原住民保留地承租要件，原告不得申請設定耕作權，且認定原告曾自陳土地為參加人所有，不符合修正前管理辦法第8條第2項之設定耕作權及所有權要件。且原告建物係坐落於1569、1571地號土地，不包含1572地號土地，亦不符合管理辦法第28條第3項規定之申請承租要件。原告主張依管理辦法第28條第3項規定，請求被告撤銷參加人耕作權設定，並無理由。

(二)參加人、陳敏勇均有於東岳段728地號占有使用，其後並分別依參加人、陳敏勇占有使用之範圍，分割出系爭土地並設定耕作權，查無原告原始使用之相關記載，陳敏勇與林雍授等人之約定權利移轉行為是否與參加人相關，即有疑義。且依原告所提79年7月25日之協議書第2條約定，陳敏勇與林雍授協議共同開發經營之範圍僅包含重測前之東岳段728地號

土地種有果樹部分，惟重測前728地號土地於79年間之面積廣大，已開發種植果樹之範圍究屬何處，是否包含系爭土地全部，無以認定。1572地號土地其上並無任何建物，原告並未設籍於上，且不在原告與參加人另案民事訴訟之範圍，故無任何證據可證該土地並非由參加人占有使用。

(三)原告前於113年2月1日，依行政程序法第117條提出申請1、2，並非依法申請案件，原告並無公法上請求權。且原告促請被告依職權撤銷，被告作為與否，難謂對原告權益造成損害。原告縱使不服被告所為函文2，惟該函僅屬觀念通知，未對原告權利或法律上利益產生任何准駁效力，因此本件訴訟不符合課予義務訴訟之實體判決要件。

(四)並聲明：原告之訴駁回。

四、參加人陳述意見略以：

(一)原告並非耕作權設定登記之相對人，僅為無權占有人，故對前經被告所為之耕作權設定登記不具訴訟權能，非本件行政訴訟之適格當事人。本件土地分別於90年8月17日及91年11月5日經參加人取得耕作權登記，相對人為參加人，與原告並無關聯。原告既非相對人，亦非所有權人，且不具原住民身分，無法取得原住民保留地之任何權利，無論耕作權設定登記是否撤銷，均與原告無涉，依管理辦法及民法第71條規定，無法取得土地之占有及使用權限。參加人訴請原告拆屋還地，業經民事確定判決認定原告為無權占有人，經參加人依法聲請強制執行後，原告已被排除占有，故原告就耕作權歸屬不具法律上利害關係，亦無可能因耕作權設定登記撤銷而取得任何權利。至原告主張其得合法申請租用系爭土地，並稱參加人之耕作權登記處分使其租用受阻，惟本件土地並非國有原住民保留地，故不得依管理辦法申請承租。縱使參加人之耕作權登記處分被撤銷，原告不一定能因此通過審核取得租賃資格，故其主張至多僅為法律規範之反射利益，而非有法律上利害關係。

(二)原告主張其依協議書、委任書及讓渡書等文件，與林雍授間存在貨款、借貸關係，並因此經林雍授讓渡本件土地及地上物所有權云云。然參加人否認該等文書之真實性，即便陳敏勇與林雍授間、或林雍授與原告間曾有任何合意，此亦不影響原告無法取得系爭土地之事實。山坡地保育利用條例、管理辦法等法令，皆旨在保障原住民族文化及經濟土地權利，並排除或禁止非原住民取得原住民保留地之承租權或所有權，以維護原住民族生存權，防止原住民族因非原住民之巧取強奪而流離失所。由此可見，任何非原住民族透過巧取或強奪方式侵吞原住民族土地及資產，均為立法所禁止。原告及林雍授均非原住民，原告自不可能透過上述文書，從同樣不具原住民身分之林雍授處取得系爭土地之任何權利。再者，原住民保留地旨在保障原住民生計，管理辦法第3條已明確宣示該立法精神，且依第20條規定，收回之原住民保留地須經鄉（鎮、市、區）公所擬具分配計畫，並經原住民保留地土地權利審查委員會審查後，受理申請及分配。因此，原住民保留地之收回制度並非保障特定人或依法取得資格之個人所有，自難認原告有請求被告撤銷系爭土地耕作權登記後直接申請承租獲准之公法上權利。

(三)並聲明：原告之訴駁回。

五、前揭事實概要欄所載，除後述爭點外，為當事人所不爭執，並有原告申請1、2函（原處分卷第1-4頁、本院卷第111-114、135-140頁）、原事所函文1（原處分卷第5-7頁）、訴願決定1（本院卷第23-26頁）、被告函文2（原處分卷第9-10頁）、訴願決定2（原處分卷第73-76頁）在卷可稽，並經本院調取前行政訴訟事件卷及民事確定判決卷查閱屬實，應可認定。本件爭執者為原告可否依行政程序法第117條規定，請求撤銷被告前所核准參加人耕作權設定登記之處分?

六、本院之判斷

(一)本件緣於原告委由志航法律事務所於113年2月1日以113航律桃字第0101002號函（原處分卷第1-4頁），請求被告依行政

程序法第117條規定，依職權撤銷參加人就系爭土地之耕作權設定登記，因被告收受申請僅以函文2回復稱函文1並無違誤，原告難認有理，惟未依其申請為作為，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，以被告應依其申請撤銷參加人系爭土地耕作權設定登記處分為程序標的，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，即撤銷原准予參加人就系爭土地設定耕作權登記之行政處分意旨明確，其中原告聲明第2項、第3項係請求被告作成特定內容，即請求撤銷准予參加人就系爭土地設定耕作權登記之行政處分，應屬課予義務訴訟。復原告起訴意旨係本於其撤銷本件耕作權登記及前行政訴訟事件撤銷所有權登記後，即有權承租系爭土地之立場，請求被告改正將系爭土地設定耕作權予參加人之違誤。況因被告准予參加人設定耕作權之行政處分，係於90、91年間作成，有原告提出之南澳鄉山胞保留地使用清冊附卷可參(本院卷第119-125頁)，並為當事人所不爭執，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參加人設定耕作權之行政處分，顯有訴願已經逾期而起訴不合法情事，核先敘明。

(二)查原告於本院審理時陳明係依行政程序法第117條請求撤銷本件耕作權登記處分等語（本院卷第329頁）。惟按行政訴訟法第5條第2項規定：「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。」此項課予義務訴訟之提起，以人民依法申請之案件，遭主管機關駁回為要件，如非屬依法申請之案件，即使形式上申請為主管機關所駁回，亦不得提起上開課予義務訴訟。次以，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）。是行政程序法第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「依職權撤銷准予參加人就系爭土地設定耕作權登記之行政處分」（聲明第2項、第3項部分），要屬無據。

(三)再者，參加人於經准在系爭土地設定耕作權後，於95年9月13日取得1571地號土地之所有權，並於109年10月28日將其於1572地號土地之耕作權贈予孔少英，孔少英於110年1月24日取得所有權(本院卷第91-110、119-125、175-184、237-248頁)，堪認設定耕作權之法律關係已經完結，是原告請求撤銷標的之規制內容既已完結，被告已無從加以撤銷，則原告請求被告作成撤銷系爭土地原設定耕作權登記之行政處分，也顯無理由。

(四)原告雖主張其設籍且占有使用系爭土地，可依管理辦法第28條第3項申請租用系爭土地，被告准予參加人於系爭土地設定耕作權登記，侵害其可租用系爭土地之權利云云。惟按民事確定判決業認訴外人林雍授與陳敏勇之協議書，違反省管理辦法第6條第1項、第8條第1項規定，不得將使用之土地及其地上建物，作為質押、交換、贈與、租賃及與平地人合夥經營之標的，或讓與、轉租或設定負擔，且違反修正前管理辦法第15條第1項規定，不得轉讓或出租耕作權或無償使用權，依民法第71條本文，自始當然無效，「原告占有1569、1571地號土地並無正當權源」，參加人訴請原告拆屋還地為有理由，判決原告敗訴確定，嗣業經民事執行，原告履經聲請停止執行均遭駁回，原告復對參加人提起債務人異議之訴及請求不當得利，也均遭駁回，經核閱民事確定判決卷宗無

訛，並有宜蘭地院執行命令、113年度聲字第36號裁定、113年度羅簡聲字第24號裁定、113年度羅原簡字第30號判決及113年度原重訴字第1號判決在卷可考(本院卷第349-402頁)。且系爭土地之所有權人現為參加人及孔少英，如前所述。是被告縱撤銷系爭土地設定在前之耕作權，也不會導致原告即可租用系爭土地之結果。況原告是否得申請租用系爭土地，難認無需經現在之所有權人同意(管理辦法第27條第2款規定參照)，其申請租用開發系爭土地(管理辦法第24條第2項規定參照)，也難謂行政機關即會准許，原告主張之損害顯屬抽象及假設性損害。是難認被告准予參加人於系爭土地設定耕作權登記，有侵害原告之占有使用利益及所主張之租用權利可言。從而，縱原告亦有提起第三人撤銷訴訟之意，除前所述有早逾訴願期間而不合法之情形外，其起訴也難認有保護必要或有權利受損害情事，而顯無理由，附此敘明。

七、綜上所述，原告以申請2函請求被告撤銷准予參加人登記設定系爭土地耕作權之行政處分，非法之所許。本件被告以函文2未准原告所請，而作成撤銷參加人設定耕作權登記之行政處分，訴願決定不受理，於法均無不合。原告上開聲明為無理由，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，經核均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　19　　日

審判長法　官　蕭忠仁

法　官　吳坤芳

法　官　羅月君

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　　114　　年　　6　　月　　19　　日

書記官　陳又慈