臺中高等行政法院裁定

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

原　　告　吳正夫

　　吳秉穆

被　　告　苗栗縣政府

代　表　人　徐耀昌

訴訟代理人　饒斯棋　律師

上列當事人間確認行政處分違法事件，原告提起行政訴訟，本院裁定如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、程序方面：

㈠按行政訴訟法第111條第1項、第3項第2款規定：「（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。」經查，原告起訴時原將交通部觀光局列為共同被告，其起訴狀記載訴之聲明原為：「1.請求判決撤銷苗栗縣政府108年9月11日府文銷字第1080009898號函之違法處分及交通部觀光局108年3月26日觀宿字第1080905459號函之違法解釋處分。2.請求判決准予依旅館業管理規則第28條之1規定，申請經強制執行法所執行拍賣之旅館，拍定人得辦理轉讓登記，繼續經營旅館業。3.請求判決被告機關之承辦人等應予賠償原告之損害。」嗣於108年10月29日，原告以行政訴訟更正聲請狀變更

聲明為：「1.請求判決確認原告與被告機關間，申請旅館轉讓登記，被告機關之解釋與處分係屬違法與錯誤。2.請求判決被告機關之承辦人等應予賠償原告之損害。3.訴訟費用由被告負擔。」（本院卷第167頁）另於108年12月5日，原告又具狀更正聲明為：「1.請求判決確認原告與被告機關間，申請旅館轉讓登記，被告機關之解釋與處分係屬違法與錯誤。2.請求判決被告機關或承辦人等應予賠償原告之損害新臺幣（下同）150萬504元。3.訴訟費用由被告負擔。」迄108年12月10日準備程序時，經本院受命法官闡明後，原告吳正夫當庭撤回被告交通部觀光局部分，並更正訴之聲明為：「1.請求判決確認被告108年9月11日府文銷字第1080009898號函違法。2.請求判決被告機關應予賠償原告之損害150萬504元。3.訴訟費用由被告負擔。」另原告又於108年12月11日以更正聲明狀，撤回對交通部觀光局之起訴（見本院卷第327頁），經交通部觀光局之訴訟代理人饒斯棋律師（有行政訴訟法第51條第1項但書所列行為之特別代理權，見本院卷第187頁）表明無意見（本院卷第323頁），上述變更聲明及撤回，經核於法並無不合，應予准許。

㈡其後，原告因經本院闡明確認違法訴訟僅具補充性，乃於108年12月11日再以行政訴訟更正聲請狀再次變更聲明為：「1.請求判決確認原告與被告機關間，申請旅館轉讓登記，依旅館業管理規則第28條之1規定，被告機關之解釋與處分係屬違法無效。2.請求判決被告機關應予賠償原告之損害150萬504元。3.訴訟費用由被告負擔。」（本院卷第327頁），並檢附於同日向被告請求確認其108年9月11日府文銷字第1080009898號函係屬無效之申請書。按行政訴訟法第6條第2項規定：「確認行政處分無效之訴訟，須已向原處分機關請求

確認其無效未被允許，或經請求後於30日內不為確答者，始得提起之。」經查，原告起訴前並未先行向被告請求確認原處分無效，嗣於起訴後變更聲明時始同時向被告請求確認無效，核與行政訴訟法第6條第2項規定須已向原處分機關請求確認其無效未被允許或不為確答之要件不符，亦不得視為事後之補正，否則行政訴訟法第6條第2項規定之確認訴訟起訴要件將成為具文（最高行政法院105年度判字第22號判決意旨參照），且未經被告同意，本院亦認為不適當，故原告108年12月11日之變更聲明，本院不予准許。

二、緣原告吳正夫於107年10月29日經拍賣取得坐落於苗栗縣○○鄉○○村○○○0號，原由凱秀園汽車旅館有限公司（下稱凱秀園公司）經營之「凱秀園汽車旅館」之土地及其上之建物（下稱系爭房地）所有權。嗣於108年1月2日向被告所屬文化觀光局（下稱文觀局）提出「申請書」，內容略以：「就上開其所拍得之凱秀園汽車旅館建物，欲提供予原告吳秉穆所申請商業設立登記之『合意園汽車旅館』作為經營汽車旅館之使用，並請求文觀局依規定派員蒞臨現場檢視」，經文觀局告以「如欲申請旅館業設立應依交通部觀光局公告之法定表格提出申請」；原告吳正夫又於108年1月23日再提出「申請書」，內容略以：「就系爭房地既由其經法院拍賣取得所有權，則經同一程序亦一併取得該建物之使用執照及『汽車旅館經營許可執照』，因此，其申請合意園汽車旅館登記，無須經凱秀園公司之同意」再次向文觀局申請旅館業設立登記，並於108年3月5日補送未經凱秀園公司簽章之「旅館業轉讓申請書」予文觀局。案經文觀局於108年3月13日以苗文銷字第1080002719號函復略以：「原告吳正夫申請不符法定程式；且『凱秀園汽車旅館』之旅館業專用標識及旅

館業登記證業經凱秀園公司於108年1月30日向該局申請註銷登記，並經該局於同年月31日准予註銷登記在案；本案系爭房地經法院拍賣後，已因事實及法律上原因無法營業，而應予註銷，如擬繼續經營旅館業，必須辦理重新申請」等理由，而否准原告吳正夫之申請。原告不服前開文觀局所為之否准處分，因不諳訴願法管轄之規定，而誤向交通部提起訴願，經交通部函轉被告受理訴願。經被告於108年7月26日以108苗府訴字第25號訴願決定書，以本件作成處分之文觀局雖屬縣府一級機關，惟就本件旅館業經營管理事項尚無權以自己名義作成行政處分，故上開文觀局行政處分係無權限機關所為之行政處分，而將上開處分撤銷。其後，原告吳秉穆於108年8月15日再次委請原告吳正夫檢經具凱秀園公司簽章及自行填寫附件欄之「旅館業轉讓書」並依據「旅館業管理規則」第28條之1向被告申請辦理旅館業轉讓事宜，經被告於108年9月11日以府文銷字第1080009898號函復（下稱原處分）略以：本案系爭房地經法拍後，已因事實及法律上原因無法營業，依旅館業管理規則第15條第4項及第28條第5項之規定應予註銷，如擬繼續經營旅館業，必須辦理重新申請；及「凱秀園汽車旅館」之旅館業專用標識及旅館業登記證業經凱秀園公司於108年1月30日申請註銷登記，並於同年月31日經被告苗栗縣政府准予註銷登記在案；復依據交通部觀光局上開系爭函釋旨揭旅館業管理規則第28條之1未明確規範「旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受」之情形，就觀光法規整體體系觀之，應屬法規有意排除，非屬法規漏未規定之情況。故原告於本案不得直接適用或比附援引旅館業管理規則第28條之1條之規定，建請原告應重新申請登記等理由，而否准原告之申請。原告不服，於是提起本件行政訴訟。

三、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.依強制執行法相關規定及最高法院80年度台抗字第143號判決、49年台抗字第83號判例意旨，強制執行法上之拍賣應解釋為買賣之一種，本案可適用於旅館業管理規則第28條之1。凱秀園汽車旅館於84年間設立登記，107年10月2日依強制執行法規定所為之拍賣，其全部建築物及設備係由拍定人拍定轉讓買受，並無分割轉讓，故符合旅館業管理規則第28條之1第1項規定。有關契約書副本之部分，拍賣機關法務部行政執行署新竹分署發文給拍定人即買受人（原告）之權利移轉證書即代替出賣人與買受人之契約書副本，故應符合旅館業管理規則第28條之1第2項規定。被告以原處分否准原告申請旅館轉讓登記，係依交通部觀光局108年3月26日觀宿字第1080905459號函釋（下稱系爭函釋）所為。然查旅館業管理規則較觀光旅館業管理規則早14年之久訂定，觀光旅館業管理規則第33條第1項有此規定，而屬於低度管理之旅館業規定規則卻無對此情事之明文規定，應屬法律漏洞，宜依類推適用法則，援引觀光旅館業管理規則之立法目的及精神，針對依強制執行法所拍賣拍定受讓案件，檢送旅館業轉讓申請書、不動產權利移轉證書、土地建物所有權狀等文件，即可向主管機關申請核發登記證。

2.被告又辯稱凱秀園公司於108年1月30日向被告提出旅館業註銷登記，於108年1月31日准予註銷云云。然原告於107年10月29日取得系爭房地所有權，108年1月2日向被告提出旅館轉讓逕行移轉之申請書，108年1月23日、同年3月5日續向被告提出申請，而遭退回，係構成行政訴願救濟之標的。而經苗栗縣政府訴願審議委員會訴願決定有理由，將文觀局108

年3月13日苗文銷字第1080002719號函撤銷，該訴願決定對行政機關具有應遵守之效力，故被告對旅館登記證註銷處分失去法律效力。況且，被告所稱108年1月31日註銷係在107年10月29日原告取得產權之後，也是在107年12月24日原告買受旅館設備、108年1月2日申請旅館轉讓逕行移轉登記之後，故被告主張登記證註銷，對原告申請依旅館業管理規則第28條之1規定轉讓登記不生影響。

3.交通部觀光局之系爭函釋及被告所為原處分確實違法且損害原告權利，致原告無法營業，且每月負擔投資貸款利息、僱人守衛等開銷費用，原告損失甚大，被告應賠償原告之損失等語。

㈡聲明：1.請求判決確認被告108年9月11日府文銷字第1080009898號函（即原處分）違法。2.請求判決被告機關應予賠償原告之損害150萬504元。3.訴訟費用由被告負擔。

四、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.法務部行政執行署新竹分署以竹執忠101年勞退費執字第00003232號就系爭房地所為之拍賣，僅就拍賣公告之「附表」內3筆不動產為之，並不包含「凱秀園汽車旅館經營許可執照」，原告主張於拍賣時一併取得顯屬無據：

⑴法務部行政執行署新竹分署依行政執行法第26條、強制執行法第81條第1項、第2項第1款、辦理強制執行事件應行注意事項第57條第2項等規定，以竹執忠101年勞退費執字第00003232號就本件系爭房地所為之拍賣公告，依據上開公告之公告事項八、其他公告事項㈠明示「本件查封物如合併拍賣，應分別列價，並應達到底價，以總價最高者得標。」復據上開公告「附表」所示，本件拍賣公告之拍賣

標的為編號1（坐落苗栗縣○○鄉○○段○○○○號，最低拍賣價格（新臺幣元，以下同）792萬元）土地、編號2（建號76號，基地坐落苗栗縣○○鄉○○段○○○○號，建物門牌苗栗縣○○鄉○○村00鄰○○○0號，最低拍賣價格243萬元）二層樓加強磚造建物及編號3（建號暫編194號，基地坐落於苗栗縣○○鄉○○段○○○○○○○○號，建物門牌苗栗縣○○鄉○○村00鄰○○○0號，最低拍賣價格30萬元）二層樓加強碑造建物。並於該「附表」之「備註欄」亦註明：「一、上開不動產分別標價，合併拍賣，拍賣最低價額新臺幣1,065萬元、保證金新臺幣213萬元，以總價最高者得標。」及「二、本件拍賣編號3之建物為未辦保存登記建物，拍定人不得持移轉證明辦理保存登記。又本件拍賣以建物現況拍賣，當事人及拍定人均不得以面積不符，請求增減價金，本建物經苗栗縣政府查報擅自建造，拍定人並需自行承擔日後可能遭拆除之風險。」

⑵揆諸上開拍賣公告可知，本件拍賣公告之「附表」內僅就上開3筆不動產分別標價，最低拍賣價格分別為編號1土地792萬元及編號2建物243萬元、編號3建物30萬元合計為1,065萬元，核與本件拍賣公告「附表」之「備註欄」所示之拍賣最低價額1,065萬元相符，由此可知，本件拍賣標的之範圍除上開編號1至3所列之土地及建物外，並不包含其他動產、不動產或其他財產權在內，堪可認定。

⑶次查，依辦理強制執行事件應行注意事項第57條第2項之規定觀之，查封拍賣之不動產於查封時，應於查封筆錄載明係由債務人或其他第三人占有使用（即該不動產於查封時之占有使用狀態）之目的，乃攸關該不動產拍定後法院是否點交之重要判準，自屬影響拍賣價格之重要事項，至

於該占有使用係作何用途，均非所問。另所謂「現況點交」係指執行法院就所查封之不動產執行查封時，於現場履勘筆錄所記載該不動產之外觀現況（即指該不動產有無增建、有無占用鄰地等情彩），於拍定後依上開筆錄所載不動產之外觀現況點交予拍定人之謂，與該不動產係作何使用、有無產權紛爭等無涉。

⑷然依據本件拍賣公告「附表」之「使用情形欄」所敘明：「一、本件拍賣之不動產有抵押權設定，拍定後抵押權塗銷。二、依本分署101年2月24日現場查封筆錄所載，76建號為旅館，營業用。建物為義務人所有，現由義務人經營使用。三、依本分署107年1月24日現場履勘筆錄所載：據地政人員表示，兩棟建物各隔有7間房，房號201-208之棟有增建，另一側房（房號301-308）無增建，各房間均有獨立出入口。另依建物謄本所載，76建號部分占用鄰地697地號，占用面積13.86平方公尺（已併入建物面積計算），依義務人之負責人所述，在民國83年有與鄰地（天神段697地號）所有人簽訂土地租賃契約，租約20年，惟現在實際情形如何，仍請應買人自行查明注意，若有相關私權紛爭需另尋相關救濟途徑解決，本件拍定後依現況點交。四、……」可知，本件拍賣之不動產於查封當時，該系爭76建號建物為義務人所有，且係由義務人經營使用，故本件依辦理強制執行事件應行注意事項第57條第2項之規定，執行法院應依法嚴格執行點交；是本件執行法院亦應依上開規定就本件拍賣公告之「附表」內「使用情形欄」第三點所述拍賣不動產之外觀現況依該外觀現況點交予拍定人。

⑸綜上所述，原告指摘其經法院拍賣取得系爭房地所有權，

且遽以系爭房地於查封筆錄所載「76建號建物為旅館，營業用。建物為義務人所有，現由義務人經營使用。」經執行機關「現況點交」系爭房地後，逕以認為經同一程序亦一併取得該「汽車旅館經營許可執照」之主張，顯係對於強制執行拍賣實務就拍賣公告所列拍賣標的所含範圍及其效力有所誤解，核原告之主張於法無據，並無理由。

2.旅館業管理規則第28條之1未規範「旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受」之情形，屬法規有意排除，非屬法規漏未規定之情況；且此條規定與觀光旅館業管理規則第33條之立法規範目的迥然有別，自不容比附援引，於本案並無類推適用之餘地；核被告就原告申請案所為之系爭原處分，係屬適法，原告起訴主張系爭原處分違法，顯無理由：

⑴依旅館業管理規則第28條之1第2項及第3項規定可知，主管機關對旅館業之管制，首重經營主體之確認，其次則為該經營主體有無遵守行政法上之義務。而旅館業管理規則第28條之1條第2項及第3項有關旅館經營權轉讓及旅館業登記證之申請，明定應由轉讓人及受讓人共同申請，乃為確立行政法上之管制對象。又依其共同申請所應備具之相關文件可知，自申請人提出申請時迄至主管機關作成終局決定為止之行政程序中，均應具備雙方當事人合意共同申請之法定要件，始為合法。

⑵次就觀光旅館業管理規則第33條第1項文義觀之，觀光旅館建築物經法院拍賣或經債權人依法承受者，若買受人或承受人欲繼續經營觀光旅館業時，於取得該建築物所有權後，仍應準用觀光旅館業管理規則第5條以下關於「籌設」之規定，向交通部申請「籌設」，並於「籌設」完成後，復再準用同規則第12條關於「發照」之規定，備具相關

法定文件報請交通部會同警察、建築管理、消防及衛生等有關機關查驗合格後，發給觀光旅館業營業執照及觀光旅館業專用標識，始得營業；非謂買受人或承受人於取得該建築物所有權即可經同一程序一併取得該觀光旅館業營業執照及觀光旅館業專用標識。

⑶再按，所謂類推適用，係指法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，以為適用。故為類推適用時，首須就法律所未設之規定，確認其究為有意的不規定，抑或係立法者之疏忽、未預見或情況變更所致，如係前者，不生補充的問題；其次，必須探求法律規範之意旨，覓出彼此相類似之點，建立可供比附援引之共通原則。

⑷查「旅館業管理規則」係於91年10月28日交通部交路發字第091B000123號令訂定發布全文38條，並自發布日施行，迭經3次修正，最後修正日期為105年10月5日；另查「觀光旅館業管理規則」係於66年7月2日內政部（66）台內警字第734818號令、交通部（66）交字第05976號令會銜訂定發布，亦經多次修正，最後修正日期為105年1月28日；由上述說明可知，上開2行政規則之訂定發布日期雖顯有差距，惟主管機關（即交通部）於105年間就上開2行政規則均有進行修正；另參照《旅館業管理規則部分條文修正條文總說明（105年10月5日修正）》：「鑒於近年來住宿型態多樣化以提供旅客不同住宿體驗，爰簡化申請設立旅館登記要件。另配合104年2月4日發展觀光條例修正公布，修正旅館業之定義，及將其他有營利事實之住宿場所納入旅館業管理。又為完備旅館業之管理，增訂應撤銷登記之規定。本次合計修正條文計16條，其中新增3條、刪除3條」，並未包含修正第28條之1規定（按第28條之1係於1

02年1月3日修正通過），而「觀光旅館業管理規則」第33條第1項之本文規定早已於92年4月28日即已修正完成，按105年1月28日修正僅係將「一、條次變更。二、考量修正條文第3條已有觀光旅館業相關監督管理事項由交通部委任交通部觀光局或委辦直轄市政府執行之規定，惟各條文表彰主管機關之用語則有『交通部』、『主管機關』、『原受理機關』等未竟一致，爰統一修正為『交通部』，以利依循。」而已。基此，就原告起訴狀事實及理由第12點所指「查旅館業管理規則於91年10月28日訂立公佈施行。觀光旅館業管理規則於105年1月28日訂立公佈施行。……由於訂立時間兩差14年之久……規定不盡詳細，致生法律漏洞，宜依類推適用法則，援引觀光旅館業管理規則之立法動機目的及精神……。因此從上觀之，旅館業管理規則較觀光旅館業管理規則早14年之久訂立，焉能謂屬法規有意排除，而是確定可證並非被告所主張之屬法規有意排除，應係屬法規漏洞未規定之因」云云，原告顯就上開2行政規則之訂定發布及修正日期及修法歷程有誤解。

⑸次查，實務就強制執行法上之拍賣，認應解釋為買賣之一種，即拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位，即採所謂「私法買賣說」之見解（最高法院49年台抗字第83號判例意旨參照），惟基於上開判例意旨可知，拍賣機關僅係代替拍賣標的物之原所有權人（即債務人）居於出賣人地位，將拍賣標的物出賣予拍定人而已，非謂拍賣機關亦有代替債務人與拍定人就該標的物欲做何種特定使用之用途或目的一併代其有所合意。

⑹再查，按發展觀光條例第2條第6、7款、第24條第1項、第66條第2項之規定，觀光旅館業、旅館業其定義不同、規

模不同，故規範目的自屬不同分別，始會依特性授權訂立不同管理規則。綜上所述，旅館業管理辦法第28條之1條未明確規範「旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受」之情形，應屬主管機關交通部有意排除，非屬法規漏未規定之情況，亦並非係主管機關交通部對此部分之疏忽、未預見或情況變更所致自明。核上開「旅館業管理辦法」第28條之1條與「觀光旅館業管理規則」第33條第1項之規範目的迥然有別，自不容比附援引，且無類推適用之餘地。

⑺再查，交通部觀光局就被告函詢有關「遭法拍之旅館業，拍定人可否依旅館業管理規則第28條之1規定，以轉讓方式取得旅館業登記證乙案」所為之108年3月26日觀宿字第1080905459號函釋（下稱系爭函釋）略以：「……三、『旅館業管理規則』第28條之1條未明確規範『旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受』之情形，就觀光法規整體體系觀之，應屬法規有意排除，非屬法規漏未規定之情況……。四、依據『旅館業管理規則』第4條第2項旅館業申請登記文件包含『土地、建物同意使用證明文件影本（土地、建物所有權人申請登記者免附）』，旅館業之經營與土地或建物產業並無必然性之關聯，爰該案遭法拍之原旅館經營業者後續可能之處理方式略有下列2種方式：㈠取得法拍拍定人所出具之土地或建物同意使用證明文件而繼續經營。㈡無法取得法拍拍定人所出具之土地或建物同意使用證明文件，屬『旅館業管理規則』第28條第5項『旅館業因事實或法律上原因無法經營者』之情形，則應依該規定繳回或註銷登記證，並停止經營。五、就所詢拍定人如欲申請經營旅館業，查『旅館業管理規則』第28條之1並未明確規範『旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受

『之情形，本案不得直接適用或比附援引該規定，建請應重新申請登記。」揆諸前揭說明，交通部光觀局所為之上開系爭函釋，並未違反任何憲法層次之基本法理原則，亦符合法律優位與法律保留原則之依法行政原則之要求，故交通部觀光局所為之系爭函釋於法洵無不合。

⑻末查，原告於108年8月15日再次以「旅館業轉讓申請書」向被告提出變更經營主體轉讓登記之申請，被告依據旅館業管理辦法第28條之1及交通部觀光局系爭函釋，以系爭原處分否准原告之申請，並建請原告應重新申請登記。基於上述說明，核被告就原告申請案所為否准之系爭原處分顯無任何違法、不當之處。

⑼綜上所述，旅館業管理規則第28條之1既未規範「旅館建築物經法院拍賣或債權人依法承受」之情形，應屬法規有意排除，非屬法規漏未規定之情況；且此條與觀光旅館業管理規則第33條之規範目的迥然有別，自不容比附援引，於本案並無類推適用之餘地；核交通部觀光局所為之系爭函釋及被告就原告申請案所為之系爭原處分，均屬依法行政之適法行政行為，故原告主張系爭原處分違法，顯無理由。

3.交通部觀光局所為之108年3月26日觀宿字第1080905459號函（即系爭函釋）及被告所為之原處分，均屬依法行政之適法行為，且亦無任何應執行而怠於執行職務之情形，原告於本案亦不具任何公法上之請求權得對被告主張賠償：交通部觀光局所為之系爭函釋及被告所為之系爭原處分，並未違反任何憲法層次之基本法理原則，亦符合法律優位與法律保留原則之依法行政原則之要求，均屬適法之行政行為，是交通部觀光局與被告就本案而言，核無任何應執行而怠於執行職務

之情形，故原告並無任何公法上請求權以資行使。基此，原告主張被告應負損害賠償責任，顯無理由等語。

㈡聲明：駁回原告之訴。

五、本院的判斷：

㈠原告起訴聲明1.「請求確認原處分違法」之部分，違反行政訴訟法第6條第3項前段之確認訴訟補充性規定，起訴不合法：

1.應適用的法令：

⑴行政訴訟法第6條第1項、第3項前段規定：「（第1項）確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。（第3項）確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。」第107條第1項第10款：「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，審判長應定期間先命補正：……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」

⑵訴願法第14條第1項規定：「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之。」

⑶行政程序法第98條第3項規定：「處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後1年內聲明不服時，視為於法定期間內所為。」

2.行政訴訟法第6條第3項前段「確認訴訟補充性原則」之規定，其目的在使原告提起更直接、更有效之訴訟種類，以保護其權利，更可避免原告規避撤銷訴訟或課予義務訴訟所應遵

守之特別規定（尤其是訴願前置及起訴期間之限制），並得減少原告提起不必要之確認訴訟。故確認訴訟居於補充性地位，倘原告得以撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟作為權利保護方式，卻逕行提起確認訴訟，或原得提起上開訴訟而怠於為之，至上開訴訟已無法提起時，始提起確認訴訟，基於訴訟經濟原則、訴願先行救濟制度之維護、主觀權利訴訟救濟有效性之要求，應認不備行政訴訟法第6條第3項前段規定之要件，且無從補正，依行政訴訟法第107條第1項第10款規定應予裁定駁回。

3.經查，原告吳秉穆於108年8月15日再次委請原告吳正夫檢經具凱秀園公司簽章及自行填寫附件欄之「旅館業轉讓書」並依據「旅館業管理規則」第28條之1向被告申請辦理旅館業轉讓事宜，經被告於108年9月11日以原處分否准原告之申請（本院卷第47-49頁）。原告不服原處分，原應於收到原處分函文之日起30日內，向被告之上級行政機關交通部提起撤銷訴願，惟因原處分未告知救濟期間，依行政程序法第98條第3項規定，訴願期間延長為1年，原告未經過訴願程序，逕行提起本件確認行政處分違法之訴訟，已違反上開行政訴訟法第6條第3項前段之確認訴訟補充性規定。是以，原告本得提起撤銷訴願及撤銷訴訟為其救濟方式，卻捨此不為，逕行提起確認之訴，核與行政訴訟法第6條第3項確認訴訟補充性原則之意旨有違，依上開規定與說明，顯不合法，且性質上無從補正，應予裁定駁回。

㈡原告起訴聲明2.「請求判決被告機關應予賠償原告之損害150萬504元」部分，屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因上開確認訴訟不合法而失所附麗，一併裁定駁回：

1.應適用的法令：

⑴行政訴訟法第7條規定：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」

⑵最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議㈡決議：「行政訴訟法第7條規定『提起行政訴訟，得於同一程序中，『合併請求』損害賠償或其他財產上給付。』並未明定『合併提起訴訟』，故其文義上並不僅限於客觀訴之合併之情形，又斟酌該條之立法過程，乃在使當事人於提起行政訴訟時得「附帶」提起不同審判系統之訴訟，以連結行政訴訟與國家賠償訴訟審判權，而達訴訟經濟目的之意旨，並參照該條立法理由第三點明文闡述：『向行政法院『附帶』提起損害賠償之訴，自應適用行政訴訟程序，而其實體上之法律關係，仍以民法有關規定為依據……。』是行政訴訟法第7條規定所謂『合併請求』損害賠償或其他財產上給付，其訴訟法上之意義，依行政訴訟法與國家賠償法之規範體系而言，不宜限制解釋為客觀訴之合併，而應包含當事人於提起行政訴訟時，就同一原因事實請求之國家賠償事件，得適用行政訴訟程序『附帶』提起損害賠償或其他財產上給付訴訟，行政法院並於此情形取得國家賠償訴訟審判權之意，以符合立法意旨及立法理由，復可與國家賠償法第11條但書規定：『但已依行政訴訟法規定，『附帶』請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。』配合適用。是當事人主張因行政機關之違法行政行為受有損害，循序向行政法院提起行政訴訟，並依行政訴訟法第7條規定於同一程序中，合併依國家賠償法規定請求損害賠償者，因行政法院就國家賠償部分，自當事人依法『附帶』提起國家賠償時起取得審判權，而案件經行政法院審理後，如認行政訴訟部分因有行政訴訟法第10

7條第1項第2款至第10款情形而不合法者，此時行政訴訟既經裁定駁回，其依國家賠償法附帶提起國家賠償之訴部分，屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因而失所附麗，自得一併裁定駁回。」

2.經查，原告主張交通部觀光局之系爭函釋及被告所為原處分確實違法且損害原告權利，致原告無法營業，且每月負擔投資貸款利息、僱人守衛等開銷費用，原告損失甚大，被告應賠償原告之損失150萬504元云云，核其意旨係依行政訴訟法第7條附帶提起之國家賠償訴訟，並經原告吳正夫於本院準備程序時確認無訛，依前述最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議㈡決議，此部分損害賠償之請求，屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因上開確認訴訟不合法而失所附麗，故一併裁定駁回。

㈢原告之訴，既經本院以程序不合法予以駁回，則其實體上之主張，自無審究之必要，併此敘明。

六、結論：原告之訴為不合法，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　27　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法官　莊　金　昌

法　官　楊　嵎　琇

法　官　陳　文　燦

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提起抗告（須依對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　27　　日

書記官　林　昱　妏