臺中高等行政法院裁定

109年度簡抗字第11號

抗　告　人　巫琨瑞

相　對　人　國防部陸軍司令部（抗告狀誤載為陸軍總司令部）

代　表　人　陳寶餘

相　對　人　國防部

代　表　人　嚴德發

相　對　人　國軍退除役官兵輔導委員會

代　表　人　馮世寬

上列當事人間請求返還不當得利事件，抗告人對於中華民國109年9月22日臺灣彰化地方法院109年度簡字第37號行政訴訟裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄，發回臺灣彰化地方法院行政訴訟庭更為裁判。

理　由

一、按抗告法院認為抗告為有理由者，應廢棄或變更原裁定；非有必要，不得命原法院或審判長更為裁定，行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第492條規定甚明。上開規定，依行政訴訟法第236條之2第4項規定，於簡易訴訟程序準用之。

二、原裁定係以：查抗告人對相對人國防部陸軍司令部、國防部、國軍退除役官兵輔導委員會提起本件訴訟（抗告人雖以「民事訴訟起訴狀」表明提起「民事侵權起訴」，但依起訴狀訴之聲明、事實及理由所載，該事件性質上仍屬因公法關係所生之爭議，應由行政法院審判），然上開相對人機關之所在地分別在桃園市龍潭區、臺北市中山區、臺北市信義區，均非本院管轄範圍。抗告人向無管轄權之本院起訴，顯有違誤，而本件起訴之訴訟標的金額並未逾新臺幣40萬元，復考

量抗告人主要係爭執由國防部陸軍司令部作成之已退軍職人員退除給與重新計算表，乃依職權將本件移送至臺灣桃園地方法院行政訴訟庭。

三、抗告意旨略以：

㈠抗告人依「財產權」爭議應由民事法庭審理，民事訴訟是指國家、集體和個人的各種民事權益，因受到侵害或發生爭議而產生紛紛，由事主提出起訴，如房產糾紛、合約糾紛、繼承糾紛、侵權糾紛等，通過民事訴訟制度解決當事人之間權利義務之爭，保障民事主體所應享有和承擔的權利義務關係得以實現。依新修正後陸海空軍軍官士官服役條例之退休給付服滿20年換計算年資則是20＋軍校年資及月補償金，但抗告人服滿20年卻是僅算20年年資，前後結果不同，是不公平的差別對待，針對性調整。確定之86年5月19日陸退字第046883號俸金支領憑證、證號319352，核定退休俸舊制80%、新制2%、年慰問金80%，是終止服役關係之合約行為，國防部不能私自變更，是民事上侵權行為，應由民事法院審理。民事起訴，未就民事管轄論訴，管轄權應由民事庭裁定，違反之裁定無效。民事侵權屬私權，無涉公法上攻防，有司法院釋字第758號解釋以性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

㈡抗告人依聲請定期撥付臺中郵局與臺中臺灣銀行（侵權發生地），遭相對人結構違法減少支付約每月萬餘元，依民事訴訟法第15條規定，得由行為地之法院管轄。最高法院56年台抗字第369號裁定以所謂行為地，凡為一部實行行為或其一部行為結果發生之地皆屬之。

㈢抗告人非現職，已非雇主、職員，國防部陸軍司令部無權重

新核定。國防部陸軍司令部86年7月17日信守字第14516號函核發抗告人退伍給與無誤，國防部陸軍司令部107年6月25日國陸人勤字第1070013878號函重新計算退除給與是錯的。原裁定認定起訴書上之被告「陸軍總部」應改為「國防部陸軍司令部」，顯示抗告人現在非「國防部陸軍司令部」所屬，證明「侵權行為」成立。

㈣綜上，抗告人現在既非相對人所屬，其財產權爭議由民事法庭審理，原審對起訴書內容未詳閱，有違程序正義等語。

四、本院查：

㈠我國訴訟制度採公私二元化，乃有民事訴訟與行政訴訟二大審判權之劃分。惟因法律事件本質上具備高度專業性，公私審判權之劃分並非易事，實務上迭生審判權之積極或消極衝突，為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，96年7月4日行政訴訟法乃增訂第12條之2，其第2項前段明文：「行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院」；另為保障當事人之程序上權利，及確保法院關於審判權有無之判斷正確，第6項規定：「行政法院為第2項及第5項之裁定前，應先徵詢當事人之意見」，嗣99年1月13日因增訂第6項，而將此項移列為第7項。綜觀此等規定，無非在完整週全保障人民之訴訟權，使人民可以及時接近司法之正確途逕以獲得有效保障，不致因錯認審判權而貽誤權利，尤其是有時效、期間限制之權利行使，此即司法院釋字第540號解釋文所揭示之意旨「俾保障人民憲法上之訴訟權」。其次，固然關於審判權之判斷，由最具專業權威之法院依職權予以判斷為適當，然司法救濟本質上具備被動性、最後性，在人民主動尋求救濟時，法院才有介入之餘地，故對於人民起訴所主張之事實及審

判權之選擇，即應予尊重，如有必要時，即得依前揭行政訴訟法第12條之2第7項規定先徵詢當事人之意見（最高行政法院109年裁字第1806號裁定意旨參照）。

㈡依行政訴訟法第125條規定：「（第1項）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2項）審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。（第3項）審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。（第4項）陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或告知。」其立法理由略以：「二、行政訴訟因涉及公益，如行政法院就事實關係，須受當事人主張之拘束不能依職權調查，將有害於公益，爰……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。二、闡明權為審判長之職權，亦為其義務。為期發見真實，並使當事人在言詞辯論時有充分攻擊或防禦之機會，審判長自應行使闡明權，使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，俾訴訟關係臻於明瞭……。四、審判長行使闡明權之方法，應向當事人發問、告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；如當事人所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」上開規定，依行政訴訟法第236條規定，於簡易訴訟程序適用之。若未依上開規定行使闡明權，即屬消極不適用法規之違背法令情形。

㈢經查，原裁定以：查抗告人對相對人國防部陸軍司令部、國防部、國軍退除役官兵輔導委員會提起本件訴訟（抗告人雖以「民事訴訟起訴狀」表明提起「民事侵權起訴」，但依起訴狀訴之聲明、事實及理由所載，該事件性質上仍屬因公法

關係所生之爭議，應由行政法院審判），乃依職權將本件移送至臺灣桃園地方法院行政訴訟庭，固非無據。惟查：

1.抗告人於原審提起「民事訴訟起訴狀」，內容載明：「受益人因確定之86年5月19日陸退字第046883號俸金支領憑證、證號319352，核定退休俸舊制80%、新制2%、年慰問金80%，遭陸軍司令部以107年6月25日國陸人勤字第1070013878號函，發現確定之退撫養老俸金遭違法轉換，雖依法提起訴願，未處理逾4個月有餘，107年11月22日提起行政簡易訴訟起訴狀，……爰依行政訴訟第15條之2依受益人之管轄法院，與該法第292條…：40萬元內，屬簡易庭承審，故依法起訴，遭彰化地方法院107年度簡字第39號移送桃園地方法院，桃園地方法院108年簡字第50號未處理遠距審理聲請狀，國防部尚未就公法上之爭議涉及公益情事答辯，桃園地方法院尚未釐清，無明示合意停止，亦無擬制之合意停止（聲請遠距審理）在案，無行政訴訟法第185條適用……爰依桃園地方法院109年7月20日桃院祥行昭108年度簡字第50號函，回覆請再循其他司法途徑為之，提起民事『侵權』起訴……」等語，並檢附臺灣桃園地方法院行政訴訟庭109年7月20日桃院祥行昭108年度簡字第50號函所載略以：「二、本件前經本院分別定109年5月19日、109年6月24日行言詞辯論程序，庭期通知均已合法送達台端。另……三、本件因兩造當事人未遵期到庭，依行政訴訟法第185條第2項規定，視為撤回其訴，本件訴訟程序已告終結，本院前已以109年6月29日函文通知台端。台端倘欲再主張其權利者，應循其他司法途徑為之。」（原審卷第5-6、23頁）。

2.抗告人民事訴訟起訴狀內之訴之聲明亦載明：民法第732條「終身定期金」等之適用關係、民法上之「侵權」行為等語

。

3.抗告意旨又堅稱國防部不能私自變更，是民事上侵權行為，應由民事法院審理，民事侵權屬私權，無涉公法上攻防，司法院釋字第758號解釋以性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響等語。

4.綜上以觀，抗告人於原審表明其曾於107年11月22日就陸軍司令部107年6月25日國陸人勤字第1070013878號函（退除給與重新計算表）提起行政訴訟，經原審法院以107年度簡字第39號行政訴訟裁定移送臺灣桃園地方法院行政訴訟庭審理（另就被告國防部部分移送臺灣臺北地方法院行政訴訟庭），抗告人聲請遠距審理未果，嗣因兩造二次均未到庭，依法視為撤回訴訟而結案，抗告人乃依據臺灣桃園地方法院109年7月20日函意旨，另行依民事侵權法律關係提起本件訴訟。抗告人似應已知悉行政訴訟與民事訴訟之區別，倘其真意係堅持提起民事訴訟，且提出「民事訴訟起訴狀」，原審法院逕以行政訴訟事件分案繫屬，再依職權以原裁定移送臺灣桃園地方法院行政訴訟庭審理，應已違背當事人審判權之選擇。是則，抗告人本件起訴之真意究竟係不服國防部陸軍司令部107年6月25日國陸人勤字第1070013878號函而提起行政訴訟，抑或係依民事侵權法律關係提起民事訴訟，猶待通知其到庭表示意見並行使闡明權以釐清。然因原審未開庭闡明，查明其真意為何，逕以原裁定移送臺灣桃園地方法院行政訴訟庭，似有未經調查即逕行認定之違誤，也易生審判權之消極衝突，反到失去審判權依職權移送在保障人民訴訟權之立法目的。誠然審判權有無之審查，應優先於起訴合法性之審查，惟審判權之歸屬猶有疑義前，非不得藉命為程式之補

正以明審判範圍，並得依行政訴訟法12條之2第7項徵詢規定，以書面通知或進行準備程序使抗告人表示其對訴訟選擇之處分權真意，再作成判斷。

㈣原審逕以裁定將抗告人之訴移送臺灣桃園地方法院行政訴訟庭，抗告人不服提起抗告，應認抗告為有理由，惟關於審判權之認定尚有如前述應予調查之處，爰予以廢棄，著由原審調查後更為裁定。

五、結論：本件抗告為有理由，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　7　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法官　劉　錫　賢

法　官　楊　嵎　琇

法　官　陳　文　燦

以上正本證明與原本無異。

本裁定不得抗告。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　7　　日

書記官　林　昱　妏