臺灣高等法院民事判決

107年度重上國字第13號

上　訴　人　全球一動股份有限公司
法定代理人　章渝坪
訴訟代理人　賴中強律師
　　張志朋律師
被上訴人　國家
法定代理人　陳耀祥
訴訟代理人　魏啓翔律師
　　廖敏全
　　吳宜倫

上列當事人間請求國家賠償事件，上訴人對於中華民國107年10月25日臺灣臺北地方法院106年度重國字第43號第一審判決提起上訴，本院於108年6月25日言論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事　實

壹、程序方面：

一、被上訴人法定代理人原為詹婷怡，於上訴人提起上訴後，先後於民國108 年4 月2 日、同年5 月30日變更為翁柏宗、陳耀祥，並經其等於108 年4 月12日、同年6 月4 日具狀聲明承受訴訟，有聲明承受訴訟狀在卷可參（見本院卷㈠第173頁、第209頁），核與民事訴訟法第170條、第175 條規定相符，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人起訴主張：

㈠上訴人為第一類電信事業，於98年取得無線寬頻接取業務特許執照（下稱WBA 執照），主要業務為經營無線寬頻接取業務（下稱WBA 業務），就發射頻率2595～2625MHz 、接收頻率2595～2625MHz 之頻段有使用權利，第一期WBA 執照有效期間為98年12月11日起至104 年12月10日止，共計6 年。上

訴人取得WBA 執照後，擬申請將原WiMAX 系統升級為WiMAX2.1，包含行政院在內之行政機關自101 年初均明確表示支持。而電信法第14條第6 項授權被上訴人訂立無線寬頻接取業務管理規則（下稱WBA 管理規則），依電信法第14條第7 項規定，WBA 管理規則之訂定係以「技術中立原則」為其指導原則，WBA 管理規則絕非限制僅能使用WiMAX 單一技術，上訴人因信賴所取得之WBA 執照乃技術中立，有權進行技術升級為WiMAX2 .1 ，遂於101 年12月22日、102 年4 月22日、102 年6 月10日、103 年4 月11日先後4 次依WBA 管理規則第36條第8 項規定向被上訴人申請變更系統建設計畫書（下分稱系爭第1 、2 、3 、4 申請、合稱系爭4 次申請），然被上訴人之公務員於102 年1 月8 日、102 年6 月3 日、102 年6 月17日及103 年6 月6 日共4 次發函（下分稱系爭第1 、2 、3 、4 次函文，合稱系爭4 次函文），不附理由退回上訴人之申請，於說明項下僅引據並摘錄WBA 管理規則第18條第1 項及第2 項、第46條第2 項及第3 項規定之部分內容，及檢還上訴人系統建設計畫第2 次變更計畫書1 冊，未依行政程序法第96條規定記載處分之理由、表明係行政處分之意旨、不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關，且依國家通訊傳播委員會組織法（下稱通傳會組織法）第9 條第1 項、第2 項第5 款規定，此應由委員會議決議，被上訴人系爭第2 至4 函文僅由內部單位處理，已違反上開規定；且系爭第2 次、第4 次函均未記載「依分層負責規定授權單位主管決行」之旨，另系爭第4 次函文未蓋用機關首長印文，顯未踐行行政處分應記載事項之規定，均已違反行政程序法第96條規定。

㈡又被上訴人遲至103 年9 月24日第610 次委員會始決議上訴人前揭申請應以申請變更「事業計畫書」之方式為之，於103 年12月3 日方在委員會通過審查原則，最終於104 年1 月7 日方核准上訴人變更事業計畫書之申請；被上訴人前揭行政怠惰遲不核准上訴人以系統建設計畫書或事業計畫書變更

之違法行為，拖延上訴人系統建設期間，自上訴人於101 年12月22日系爭第1 次申請，至被上訴人於103 年12月3 日第620 次委員會決議通過事業計畫書變更之審查原則止之23個月期間，被上訴人未教示上訴人應循何種程序辦理升級及後續救濟程序為何，致上訴人無法依原訂將WiMAX 系統升級為WiMAX 2.1 系統之計畫正常營運，而依行政程序法第51條第2 項、第3 項規定，被上訴人就系爭第1 次申請應於受理後2 個月內處理，至遲亦應於4 個月內處理完畢，是被上訴人之公務員上開行為，已構成怠於執行職務。因被上訴人之公務員前揭執行職務構成故意或過失之不法行為及怠於執行職務，已侵害上訴人依WBA 執照得正常營運之經營權，且因被上訴人未核准變更技術前，上訴人無法繼續履行原事業計畫書所載責任，並導致上訴人蒙受巨大之營業損失及財產權積極減少之損害，損害總金額即受有營業利益損失共計新臺幣（下同）244 億8,841 萬6,644 元，其中自102 年1 月起至103 年11月止，共23個月之所失利益為103 億10,92 萬3,333 元，爰依國家賠償法第2 條第2 項前段及後段規定，一部請求5,000 萬元及自105 年11月18日起至清償日止，按年息5%計算之利息等語（原審就上開請求部分，判決上訴人敗訴，上訴人不服，提起上訴），並就前揭金額中之1,000 萬元一部提起上訴，並上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項部分廢棄；㈡被上訴人應給付上訴人1,000 萬元，及自105 年11月18日起至清償日止，按年息5%計算之利息；㈢願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：

㈠上訴人系爭第1 次申請將WiMAX 系統升級為WiMAX2 .1 版本時，因上訴人當時所提WiMAX2 .1 版本究為同一技術種類升級，或已屬不同技術種類變更之資料尚有疑義，故被上訴人於檢退原申請資料，並要求上訴人補充說明，被上訴人隨即召開「WiMAX 系統升級為WiMAX2 .1 版本之技術規格案討論」會議，邀同上訴人分別於102 年1 月25日、3 月8 日及4

月26日進行3 次會議，針對上述疑義與上訴人進行討論，並於第3 次會議作成WiMAX 系統升級為WiMAX2 .1 版本應屬不同技術種類之變更之結論。上述3 次會議均有上訴人之人員參與，對「WiMAX 系統升級為WiMAX2 .1 版本應屬技術種類之變更」此一結論已知之甚詳，則依WBA 管理規則第18條第2 項第3 款第1 目規定，採用之「技術種類」與原「事業計畫書」所載之技術種類不同者，上訴人若擬變更其「技術種類」，不得循變更「系統建設計畫」之方式而提出，因此已涉及「事業計畫書」內容之變更。而被上訴人系爭第2 至4 次函文亦指明WBA 管理規則有規範，並非不附理由。綜合前開歷次會議決議與系爭第1 次函文所揭示「不得以系統建設計畫之變更方式，而影響上訴人以事業計畫書所載責任之WiMax802.16e-2005/TDD 技術種類」，上訴人當時早已明知其技術種類變更僅得循WBA 管理規則所定事業計畫書變更之規定辦理，而不得採用系統建設計畫變更之方式提出申請。然上訴人仍一再重複檢送內容實質無異之系統建設計畫變更申請案，此乃上訴人一再堅持其非屬技術種類變更而刻意所為，不應認上訴人得藉由一再送件申請之舉措，即得以豁免上訴人依事業計畫書所載責任本應履行之法定義務。再依WBA 業務之行政管制規範，為維持開放業務時之競價及管制公平性，WBA 管理規則內本無經營者於特許執照期間內得變更事業計畫書之設計，亦即WBA 管理規則並未賦予經營者享有於原特許執照期間內變更其事業計畫書之技術種類，或上訴人所稱之技術升級之請求權，故上訴人並未享有於原WBA 執照有效期間內申請變更事業計畫書之權利。系爭第2 至4 次函文，縱因程序及程式瑕疵經行政院訴願審議委員會撤銷，惟上訴人本無申請變更事業計畫書之權利，被上訴人上開檢還處分對上訴人並無任何實體權利之影響，上訴人更未因此受有損害，被上訴人亦無上訴人所稱毫不作為、刻意延宕之情事。

㈡上訴人於103 年8 月8 日再次以系統建設計畫變更申請為名

，提出技術種類變更之申請，嗣被上訴人針對上訴人該申請技術種類變更案件，於103 年9 月24日第610 次委員會議決議，並以103 年10月2 日通傳通訊字第10300543120 號函否准。雖被上訴人負責審理申請案之委員會議係經審酌被上訴人與業者辦理3 次相關技術規格之討論會議，及103 年6 月23日「無線寬頻接取業務經營者變更技術」公開說明會等資料，並於103 年9 月24日第610 次委員會議決議，另給予業者變更事業計畫書之機會，再於103 年10月28日為WBA 業務之經營者變更技術種類所涉及之事業計畫書變更一事，廣泛邀集各界及相關產業召開「無線寬頻接取業務經營者變更事業計畫書審查原則」公開說明會，可謂已盡政府進行輔導業者最大善意，惟不得以此形成於後之政策開放決定，即反推被上訴人先前依WBA 管理規則，維持管制公平性之行政行為或處分係屬違法。嗣被上訴人決定給予經營者變更事業計畫書之機會，而於104 年1 月7 日作成核准之處分，亦非謂上訴人具有請求技術變更之權利。則上訴人請求權既不存在，自無國家賠償法第2 條第2 項所定權利受侵害可言。況上訴人取得WBA 執照後卻未積極經營服務，依上訴人事業計畫書所載責任為98年應建設至993臺、99年應建設至1,338臺，但上訴人於98年實際上僅累積建設至38臺、於99年實際上則僅累積建設至191 臺，足見於98、99年以前，上訴人所為基地臺建設即已大幅落後於事業計畫書所為承諾而不為積極建設，一路落後之情事係上訴人提出技術變更申請之前已經發生。於被上訴人否准上訴人換照處分作成前，上訴人仍僅有645臺有效之電臺執照，僅達其事業計畫書所載責任約1/3，上訴人主張其「預估營業毛利」及「實際營業毛利」之差額達244億8,841萬6,644 元為其本件請求之損害，乃上訴人自98年以前之基地臺建設大幅落後於事業計畫書所為承諾乃至完全停滯所致，上訴人不應將怠於從事建設之後果歸責於被上訴人，遑論其損害與被上訴人行政行為或處分間，並無相當因果關係等語，資為抗辯。並答辯聲明：㈠上訴駁回；㈡

如受不利益判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實（見本院卷㈠第136至140頁、第170頁）：

㈠上訴人前依WBA管理規則，經被上訴人特許而發給WBA執照，主要業務為經營WBA業務，執照有效期間為98年12月11日起至104年12月10日止，為期6年。

㈡上訴人以系爭第一次申請（見原審卷㈠第39頁），提出WBA業務營運期間系統建設第2次變更計畫書之申請，被上訴人以系爭第1次函文回覆（見原審卷㈠第40頁），被上訴人並於102年1月25日邀集上訴人召開「WiMAX系統升級為WiMAX2 .1版本之技術規格案討論會議」（見原審卷㈡第69至73頁），於102年3月8日邀集上訴人召開第2次「WiMAX系統升級為WiMAX 2.1版本之技術規格案討論」會議（見原審卷㈡第74至76頁），再於102年4月26日邀集上訴人召開第3次「WiMAX系統升級為WiMAX2 .1版本之技術規格案討論」會議（見原審卷㈡第77至78頁）。

㈢上訴人以系爭第2次申請提出營運期間系統建設第2次變更計畫書之申請（見原審卷㈠第43頁），被上訴人以系爭第2次函文函覆上訴人（見原審卷㈠第44頁）。

㈣上訴人以系爭第3次申請提出營運期間系統建設第3次變更計畫書之申請（見原審卷㈠第45頁），被上訴人則以系爭第3次函文函覆上訴人（見原審卷㈠第46頁）。

㈤上訴人以系爭第4次申請提出營運期間系統建設第4次變更計畫書之申請（見原審卷㈠第47頁），被上訴人則以系爭第4次函文函覆上訴人（見原審卷㈠第48頁）。

㈥上訴人於103年4月30日、103年7月3日向行政院提出訴願，經行政院以103年10月2日院臺訴字第1030149361號決定書為訴願決定（見原審卷㈠第49至54頁），撤銷被上訴人系爭2至4次函文所為否准上訴人申請之處分，並命被上訴人於2個月內另為適法之處分。

㈦被上訴人於103年6月23日辦理「無線寬頻接取業務經營者變

更技術」公開說明會（見原審卷㈡第79至117 頁），經被上訴人103 年9 月24日第610 次委員會議決議，為另給予業者變更事業計畫書之機會（見原審卷㈠第55至56頁反面），於103 年10月28日為WBA 業務之經營者變更「技術種類」所涉「事業計畫書」變更一事，邀集各界召開「無線寬頻接取業務經營者變更事業計畫書審查原則」公開說明會（見原審卷㈡第118 至135 頁）。

㈧上訴人以 103年8月8日全球一動字第1030000817號函再為系統建設計畫變更之申請，被上訴人則以103年10月2日通傳通訊字第10300543120 號函否准上訴人申請（見原審卷㈠第57至第58頁）。

㈨被上訴人於 103年12月3日第620次委員會議決議通過系爭變更事業計畫書審查原則（見原審卷㈠第59頁至61頁）。

㈩上訴人以 103年8月8日全球一動字第1030000818號函提出「無線寬頻接取業務事業計畫書第 1次變更計畫書」並經補正後，被上訴人以104年1月7日通傳平臺字第10300758130號函為附附款核准（見原審卷㈠第62頁）。

㈪上訴人向被上訴人申請自103年12月17 日起「展延建設期間23個月」，被上訴人以104年3月26日通傳基礎字第10463004730 號函否准其申請（見原審卷㈡第20頁），上訴人不服而提起訴願，經行政院以104年7月24日院臺訴字第0000000000號訴願決定書駁回。上訴人提起行政訴訟，訴訟過程中變更聲明最終請求「經被上訴人核發之103年10月14日WBA業務特許執照之有效期間，應自104年12月11日起展延23 個月」，經臺北高等行政法院以104年度訴字第1189 號判決駁回（見原審卷㈡第26至38頁）；上訴人提起上訴，經最高行政法院於107年2月8日以107年度判字第86號判決駁回上訴確定。

㈫上訴人因 WBA業務特許執照屆期未獲換發，上訴人對被上訴人不予換照行政處分提起行政訴訟，經臺北高等行政法院以104 年度訴字第1786號判決撤銷被上訴人所為之否准換照處分（見原審卷㈠第86至104 頁）。被上訴人提起上訴，經最

高行政法院於107年5月31日以107年度判字第320號判決廢棄，發回臺北高等行政法院審理中。

㈣被上訴人以 103年3月26日通傳通訊字第10341009960號函核准上訴人申請第2次系統建設計畫變更設備及數量，以104年1月7日通傳平臺字第 10300758130號函核准上訴人申請無線寬頻接取業務事業計畫書第1次變更，以 104年3月18日通傳基礎字第10400019900號函核准上訴人申請第3次系統建設計畫變更，以 104年7月13日通傳基礎字第10400312600號函核准上訴人申請第4 次系統建設計畫變更（見原審卷㈡第137至143 頁）。

㈤上訴人以104年2月12日全球一動字第1040000255號函就其申請系統建設第 3次變更計畫案，向被上訴人表明：「本公司系統建設計畫預計104年上半年建置1,809臺基地臺…旨揭計畫書第4 頁與第33頁所載建設日期尚屬合理」（見原審卷㈡第144 頁）。

㈥上訴人於105 年11月18日以國家賠償請求書向被上訴人請求賠償（見原審卷㈠第15至19頁），經上訴人於106 年1 月25日以拒絕賠償理由書拒絕賠償（見原審卷㈠第20至21頁）。

㈦對104年11月23日被上訴人第671次委員會議否准上訴人換照申請，被上訴人前副主任委員虞孝成、前委員彭心儀有提出不同意見書，被上訴人前主任委員石世豪有提出協同意見書（見原審卷㈠第70至74頁、卷㈡第208 至212 頁、第215 至228 頁）。

㈧監察委員仉桂美、王美玉於105年11月2日提出對被上訴人之糾正案文（見原審卷㈠第75至85頁）。

四、兩造爭執要點：

㈠上訴人主張其於101 年12月22日起向被上訴人提出WBA 業務營運期間系統建設第2 次變更計畫書之申請，經被上訴人以系爭4 次函文回函，被上訴人之公務員就上訴人上開申請，有違反行政程序法第96條、通傳會組織法第9 條之規定，而有故意、過失侵害上訴人根據系爭特許執照得以正常營運之

經營權，是否有理由？經查：

1.按國家賠償法第2條第2項前段所定之國家賠償責任，以有故意或過失之不法行為及自由或權利損害之發生，並二者間有相當因果關係（即責任成立之相當因果關係）為其成立要件，如不合於此項成立要件，即難謂有國家賠償請求權存在。又行政處分之當否，與承辦之公務員是否構成職務上之侵權行為，原屬兩事，行政處分縱令不當，其為此處分或執行此處分之公務員未必構成職務上之侵權行為（最高法院92年度台上字第556號判決參照）。是以，行政機關所為行政處分，如其公務員於處分時確有故意或過失之不法行為，固有國家賠償法之適用，惟行政處分之作成常涉及對事證之證據價值判斷及相關法令之解釋，若無何違常之顯然錯誤或其他不法行為存在，雖嗣後因受處分人循行政爭訟程序聲明不服，經上級機關或行政法院為相異認定而推翻，亦不能因此逕認為行政處分之公務員有故意或過失之不法行為，而應負國家賠償責任。且國家依國家賠償法第2條第2項前段規定所負損害賠償責任，係就公務員職務上侵權行為所負之間接責任，必先有特定之公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民之自由或權利，該特定公務員之行為已構成職務上之侵權行為時，國家始應對該受損害之人民負賠償之責任。

2.經查，上訴人前就系爭第2至4次函文向行政院提起訴願，經行政院訴願委員會以103年10月2日院臺訴字第0000000000號決定書撤銷系爭第2至4次函文，並要求被上訴人於2個月內另為適法之處分，有該訴願決定書在卷可參（見原審卷㈠第49至54頁），而觀諸訴願決定書之理由係記載：「上開三函均於主旨記載有關訴願人申請案復如說明，然於說明項下僅引據並摘敘無線寬頻管理規則第18條第1項、第2項、第46條第2項、第3項部分規定內容，並檢還訴願人無線寬頻接取業務營運期間系統建設第2次變更計畫書1冊，未依行政程序法第96條規定記載處分之理由、表明係行政處分

之意旨，及不服之救濟方法、期間及其受理機關、而該會103年6月6日函（即系爭第4次函文）尚且未蓋具首長印章，顯未依法踐行書面行政處分應記載事項，於法尚有違誤。」等語（見原審卷㈠第54頁），可知系爭4次函文經認定係被上訴人就上訴人以變更系統建設計畫書之方式將WiMAX系統升級為WiMAX2.1版之申請為否准之決定，乃就公法上具體特定事件所為之決定，係屬行政處分，然依上開訴願決定之理由可知，被上訴人未於系爭第2至4次函文內表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關，而有違行政程序法第96條，及與通傳會委員會議審議及授權要點第4條第9項所規定應由委員會決議方式處理之規定不符而遭撤銷。上開訴願決定並非認定「上訴人有於第一期WBA執照有效期間內申請變更事業計畫書之權利」，亦非以「上訴人將WiMAX系統升級為WiMAX2.1版本僅屬同一技術種類升級，而得以變更系統建設計畫之方式為之」之理由據以撤銷系爭4次函文，故行政院訴願審議委員會所為撤銷系爭第2至4次函文既係因該等行政處分有未記載救濟方式等違反行政程序事由，而非具體指摘被上訴人於系爭4次函文之決定有所違誤。則上訴人逕以系爭第2至4次函文遭行政院訴願決定書撤銷為由，作為被上訴人之公務員有故意或過失不法侵害其權利之依據，尚非可採。

3.又依WBA管理規則第4條第1項規定：「經營本業務（即WBA業務）者應經本會（即被上訴人）特許，於取得特許執照（即WBA執照）後，始得營業。」、第7條第1項規定：「申請經營本業務之特許案件，依下列二階段程序辦理：一、第一階段：依規定審查申請人之申請書、事業計畫書及其他資格與條件。二、第二階段：申請人經第一階段審查合格後，成為合格競價者（以下簡稱競價者），得依規定參加競價，得標者依規定繳交履行保證金及最低特許費預收保證金後，由本會發給籌設許可。」、第31條前段規定：「得標者於本會得標通知到達之翌日起30日內向本會繳交履行保證金及

最低特許費預收保證金後，由本會核發籌設許可。」、另第46條第1項、第2項前段、第3項、第4項第1款依序規定：「特許執照有效期間為6年，屆滿後失其效力。」、「特許執照有效期間屆滿時，得申請換發，有效期間仍為6年，並以1次為限。」、「經營者申請換發特許執照，應檢送下列文件：一、申請書。二、原事業計畫書執行情形之自評報告。三、頻率運用績效自評報告。四、未來6年營運之事業計畫書。五、其他經本會指定之文件。」、「第2項申請換發執照，有下列情形之一者，不予換發：一、無正當理由未完成系統建設計畫，致履行保證金未全數退還或未履行事業計畫書所載責任。」第46條立法理由並揭示：「…第3項明定特許執照屆滿時，本會審議換發執照審酌事項。第4項明定特許執照屆滿時，不予換發之條件；第1款：經營者應依申請本業務時，所檢具系統建置規劃，完成營業區域內相關建置，無正當理由者，不予換發執照，並依規定撤銷許可。」。是由上開規定可知，第一類電信事業，應經特許並發給執照始得營業，且經營WBA業務之特許執照有效期間為6年。而依WBA業務之行政管制規範，為維持開放業務時之競價及管制公平性，WBA管理規則本無經營者於原特許執照期間內可得變更事業計畫書中所載之WBA技術種類之規定（屬該規則第18條第2項第3款第1目所定內容）。且被上訴人於管理規則制定前之95年8月2日已在「推動無線寬頻接取與運用」政策規劃方案公開意見徵詢文件，揭示因無線寬頻接取商業營運模式不明，對此種類似實驗摸索性質之特許執照有效期間不宜過長，保留適時檢討業務可行性之彈性較妥當，因此執照有效期為6年，屆期依當時法規進行審核申請換發之意旨，並載明「本次雖名為釋出營運執照……但因無線寬頻技術尚在演進中，且商業模式不定，實質上較似釋出可進行商業運轉之實驗性質執照……有意參與本業務營運者，應充分瞭解並評估此一技術與商業模式不明，且日後可能會有新營運執照釋出之狀況下之營運風險，並自負營運成敗結

果」等語（見原審卷㈡第46頁正反面）。是以，被上訴人主張因WBA 業務屬實驗性質，執照為短期6 年，故WBA 管理規則自始即無6 年執照期間內得變更「事業計畫書」之制度設計，亦未賦予經營者得變更「事業計畫書」之權利，否則即與特許之公益目的有違，亦影響經審查及競價取得特許之公平性等語，並非無據。

4.再者，上訴人於系爭第1 次申請時，因WBA 管理規則並無經營者可於原特許執照期間內變更事業計畫書之規定，被上訴人即以系爭第1 次函文指明：「三、查貴公司依無線寬頻接取業務規則第18條第2 項第3 款第1 目規定，於無線寬頻接取業務『事業計畫書』載明採用無線寬頻接取技術種類為WiMax802.16e -2005/TDD技術。四、有關貴公司依無線寬頻接取業務管理規則第36條第8 項規定申請旨揭系統建設計畫變更，計畫將既有WiMax 網路升級至WiMax2 .1Extended 乙案。貴公司如何落實前揭規則第36條略以（第8 項）得標者或經營者變更第1 項第4 款及第2 項系統建設計畫時……但其變更不得影響履行保證金及事業計畫書所載責任之規定？」等語（見原審卷㈠第40頁反面至第41頁），則被上訴人已揭示上訴人所申請WiMAX2 .1 涉及新增802.16m 及TD-LTE等2 種技術種類，此變更已與上訴人原事業計畫書所載之技術種類不同，上訴人不得以「變更系統建設計畫」方式，而影響其事業計畫書所載責任。是以，系爭4 次函文雖有上開2.所載決行程序、程式不符之違法，然依WBA 管理規則並無上訴人享有於6 年執照期間內得變更「事業計畫書」之制度設計，亦未賦予其有得變更「事業計畫書」之權利，在未獲被上訴人同意變更事業計畫前，仍應依照原所提出經核准之事業計畫書及系統建設計畫進行建設，以履行其依事業計畫書所載之法定責任。從而，上訴人主張其因被上訴人系爭4 次函文未教示其應循何種程序升級，使其無從提出變更事業或系統建設計畫書之申請將WiMAX 系統升級為WiMAX2.1，侵害依WBA 執照得正常營運之經營權（即特許權）云云，即不可採

。

5.至上訴人主張被上訴人於103 年12月3 日第620 次委員會議決議通過系爭變更事業計畫書審查原則，並於104 年1 月7 日核准上訴人變更事業計畫書之申請，可見被上訴人已延宕上訴人之申請云云。經查，依被上訴人103 年9 月24日第610 次委員會會議第1 案決議指出：WBA 業務經營者申請涉及事業計畫書所載事項變更案件，應向被上訴人申請事業計畫書之變更，至其所送事業計畫書應載事項，應依管理規則第18條第2 項規定辦理，有該次會議紀錄在卷可參（見原審卷㈠第55頁反面）；同年10月8日被上訴人第612次委員會議亦決議：對於WBA 業務經營者未於屆期申請換照期間提出之事業計畫書變更申請案件，其相關審查項目及審查標準等事項，應辦理公開說明會，以集思廣益並聽取各方意見；並於103年10月28日為WBA業務之經營者變更「技術種類」所涉及之「事業計畫書」變更一事，廣泛邀集各界及相關產業召開「無線寬頻接取業務經營者變更事業計畫書審查原則」公開說明會（見原審卷㈡第118至135頁），再於同年12月3 日被上訴人第620 次委員會議決議通過相關審查程序與原則（見原審卷㈠第59頁）。嗣後，上訴人提出「無線寬頻接取業務事業計畫書第1次變更計畫書」並經補正後，被上訴人以104 年1月7 日通傳平臺字第10300758130號函為附附款核准（見原審卷㈠第62頁）等情（見兩造不爭執事項第㈦至㈩所載）。可見被上訴人係於103年9月24日經委員會議決議後，經變更「技術種類」所涉及變更事業計畫書申請審查之標準，始將在不影響原事業計畫書所載責任下，同意上訴人所為之變更申請，自難據此因事後法規之變更所核准上訴人之申請，而認系爭4 次函文所本之事實基礎及法規適用有何違法之處。

6.綜上，依WBA 管理規則上訴人無於其WBA 執照有效期間6 年內申請變更事業計畫書之權利，則被上訴人系爭4 次函文遂有決行程序、程式不符之違法，然此並無故意、過失不法侵

害上訴人依WBA 執照之經營權，則上訴人依國家賠償法第2條第2 項前段規定請求被上訴人賠償1,000 萬元本息，並無理由，不應准許。

㈡上訴人主張：其於101年12月22日起向被上訴人提出WBA業務營運期間系統建設第2次變更計畫書之申請，至104年1月7日被上訴人始核准上訴人變更事業計畫書之申請，被上訴人公務員就上訴人上開申請之程序有怠於執行職務，侵害上訴人根據系爭特許執照得以正常營運之經營權，是否有理由？

1.按公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，國家應負賠償責任，國家賠償法第2 條第2 項後段固有明文。惟參照司法院釋字第469 號解釋意旨，上開所謂「公務員怠於執行職務」，係指被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求執行而怠於執行，或本於法律規定之內容，其目的係為保護人民生命、身體及財產法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定，對可得特定之人所負之作為義務已無不作為之裁量餘地，猶怠於執行職務時，始得謂為公務員有怠於執行職務之情事；若法律賦予該公務員有因時因地或其他考量為行政裁量時，該管公務員並無「無不作為裁量餘地」之作為義務，則該公務員之裁量是否適當縱有爭議，亦非上開所謂「公務員怠於執行職務」之情形（最高法院104年度台上字第1619號裁判意旨參照）。又人民依上開規定請求國家賠償時，尚須人民之生命、身體或財產所受損害，與公務員怠於執行職務行為間，具有相當因果關係，國家始對之負損害賠償責任。

2.被上訴人就上訴人系爭第1 次申請，先於102 年1 月25日即邀集上訴人召開「WiMAX 系統升級為WiMAX 2.1 版本之技術規格案討論會議」，再於102年3月8日邀集上訴人召開第2次「WiMAX系統升級為WiMAX 2.1版本之技術規格案討論」會議，會議結論認為「WiMAX 2.1係WiMAX Forum定義之WiMAX 系統規格演進版本，但非WiMAX 802.16e-2005/TDD之升級版本

」，有該等會議記錄可稽（見原審卷㈠第59、74頁），復於102年4月26日召開第3次「WiMAX系統升級為WiMAX2.1版本之技術規格案」會議會同上訴人進行討論，最終仍獲致：「WiMAX1.0之無線寬頻接取技術規格係採用IEEE802.16e-2005/TDD技術種類，WiMAX2.1之無線寬頻接取技術規格除採用IEEE802.16e-2005/TDD外，另新增採用IEEE802.16m及3GPPTD-LTE兩種無線寬頻接取技術種類。是以，WiMAX2.1為WiMAX Forum訂定之WiMAX技術標準演進版本，但其所新增採用之IEEE802.16m及3GPP TD-LTE兩種無線寬頻接取技術種類並非IEEE802.16e-2005/TDD之升級版本」之總結，亦有該會議紀錄在卷可參（見原審卷㈠第77頁）。再者，被上訴人就上訴人系爭第1至4次申請，已於系爭第1至4次函文均記載並引用WBA管理規則第18條第1項及第2項、第46條第2項及第3項規定，則依該等條文內容及上開會議結論已可知，上訴人上開技術種類變更之申請，應於WBA執照有效期間屆滿前申請換發WBA執照時，以提出事業計畫書之方式為之，足證被上訴人之公務員針對上訴人歷次以檢送變更系統建設計畫書為申請，已引用WBA管理規則之規定，揭示應於換發WBA執照時以提出事業計畫書之程序為之，難認有怠於執行職務之情事。況上訴人依WBA管理規則本無於第一期WBA執照有效期間6年內申請變更事業計畫書之權利（WBA管理規則第18條第2項第3款第2目、第36條第8項參照），業經認定如前。是被上訴人所屬承辦人員已依當時電信法及WBA管理規則之相關規定辦理，並據以召開會議及將上訴人之4次申請分別予以回函，自難認其有應執行之職務而怠於准予申請變更之故意過失行為。上訴人雖主張WBA管理規則係以技術中立原則為指導原則，WBA管理規則並未限制WBA技術種類，亦未禁止以申請變更事業計畫書之方式辦理系統升級云云。然WBA業務屬實驗性質，執照為短期6年，故WBA管理規則自始即無6年執照期間內得變更「事業計畫書」之制度設計，亦未賦予經營者得變更「事業計畫書」之權利，業如上揭㈠3.所載。況上訴

人經被上訴人審查符合WBA管理規則所定經營WBA業務第一階段之資格後，成為合格競價者，再依該規則第18條第1 項、第2 項規定提出相關文件，向被上訴人提出申請，經被上訴人依該規則第3 節規定完成資格審查後，始得由被上訴人公告列入合格競價者名單，方能參與競價程序，故事業計畫書乃上訴人欲通過參與競價作業資格審查，依WBA 管理規則第18條第2 項規定，載明法定應記載事項而提出之申請文書之一，故於被上訴人委員會議決議制定及公告審查原則賦予業者可得申請變更前，上訴人本應依照其所提出據以申請並經核准之事業計畫書履行。是以，上訴人主張被上訴人顯已違反行政程序法第51條第1至3 項之規定，未於4個月內就上訴人之申請予以否准，顯已侵害上訴人之經營權云云，並非可採。

3.上訴人又主張被上訴人經監察院以其於102 年6 月間至103年6 月間，多次未經委員會決議，不附理由檢還申請資料，不具行政處分之合法形式等事由，提出糾正案文為由，主張被上訴人應負國家賠償責任，並提出監察院糾正案文為憑（見原審卷㈠第75至85頁）。觀諸該糾正案文係以被上訴人對於上訴人之申請，未依法經由委員會決議，不附理由一再檢還，違反明確性原則；延宕2 年始明示技術升級應循途徑等違失，依監察法第24條提案糾正移送行政院檢討改善。而監察院之糾正係著眼於行政機關行政事項之處理，有無可再加以改進之處予以糾正，及行政機關為行政行為是否具備積極性、明確性，而有再予檢討之餘地為衡酌，此與國家賠償之要件，係機關所屬公務員之不作為須達無裁量餘地，且其違失與損害間有相當因果關係，機關始因該公務員之不作為負國家賠償責任，容有不同。且綜觀上開2.所載，兩造間自系爭第1 次申請以來，被上訴人業已於102 年1 月25日、同年3月8日、同年4 月26 日先後3 次邀集上訴人召開「WiMAX系統升級為WiMAX 2.1 版本之技術規格案討論會議」等相關資料，故被上訴人並非如上訴人所稱之毫不作為；況上訴人既

依其自行所提出之事業計畫書取得經營特許業務之資格，自應履行其事業計畫書內容，以符特許事業利用公有無線電波頻率提供公眾電信服務之公益目的。從而，自無從僅以上訴人提出監察院之糾正案文即逕認被上訴人未盡作為義務而應負國家賠償責任，是上訴人此部分主張，亦難憑採。

4.綜上，上訴人並無法證明被上訴人有怠於執行職務之行為，而侵害其依WBA 執照之經營權，則上訴人依國家賠償法第2條第2 項後段規定請求被上訴人賠償1,000 萬元本息，即屬無據。

五、從而，上訴人依國家賠償法第2 條第2 項前段及後段之規定，請求被上訴人應給付其1,000 萬元，及自105 年11月18日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊及防禦方法，及上訴人聲請傳喚彭心儀為證人，並傳喚劉孔中、陳護木為鑑定人，及聲請被上訴人提出其他電信業者即中華電信、遠傳電信、臺灣大哥大、大同電信自98年迄今進口基地台及歷年實際建置基地台之數量，以證明其他業者均有設置大量未經被上訴人許可之黑站基地台及其並無積極建設等情，經本院審酌後，核與本件爭點無涉亦與判決結果不生影響，核無必要，故不逐一論究，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　23　　日

民事第十七庭

審判長法　官　黃雯惠

法　官　石有為

法　官　林佑珊

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其

未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　24　　日

書記官　張永中

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。