高雄高等行政法院裁定

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度訴字第

原　　告　綠益康生物科技實業股份有限公司
代　表　人　李淑睿
被　　告　科技部南部科學工業園區管理局
代　表　人　林威呈
訴訟代理人　陳靜雲
　　黃泉發
　　張秀真

上列當事人間工商登記事件，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、按「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。」行政訴訟法第107條第1項第10款定有明文。又依同法第6條第1項後段提起確認行政處分違法之訴訟，須以行政處分存在為前提，並以之為訴訟之程序標的，此為起訴合法要件。次按所謂行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此參諸訴願法第3條第1項及行政程序法第92條第1項規定自明。倘人民對於非屬行政處分者提起確認行政處分違法之訴訟，即屬起訴不備其他要件，且其情形不能補正，應依行政訴訟法第107條第1項第10款後段規定裁定駁回之。

二、次按行政訴訟法第8條第1項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。」既係請求法院判命行政機關為財產上之給付，或作成行政處分以外之非財產上給付，故須經行政機關作成行政處分，始予以給付之事項，人民自無從逕行提起一般給付訴訟，否則無異免除審查行政處分合法性須遵守之訴願前置主義，使當事人可藉由提起一般給付訴訟，規避提起課予義務訴訟應具備之訴訟要件；亦即一般給付訴訟與課予義務訴訟於本質上應互為非可兩立之訴訟類型，此即所謂公法上之給付請求權事件，依事件性質應提起課予義務訴訟者，恆無提起一般給付訴訟之可能及必要，僅非屬課予義務訴訟救濟之範疇者，始可能歸入一般給付訴訟之適用對象（最高行政法院107年度判字第744號判決要旨參照）。因此，倘應提起課予義務訴訟，而逕予提起一般給付訴訟，其訴為不合法。

三、訴外人德英生物科技股份有限公司（下稱德英公司）於民國91年7月5日經被告（改制前為臺南科學工業區開發籌備處）核准在園區內設立，同年8月6日經濟部核准德英公司設立登記。原告為合作開發訴外人郭國華（即德英公司設立登記之董事長）「CCMP-100（黃水茄）中草藥抗癌產品」等產品，先後與郭國華、德英公司、訴外人吳耀昆（原告當時代表人）簽訂合作開發協議，後於91年7月5日簽訂前揭產品等之解約協議書，協議書第3條約定原告持有之技術作價股份，願以每股新臺幣（下同）10元全部讓售予德英公司技術團隊成員。德英公司爰於91年9月5日以公司經股東臨時會決議增資，並檢附91年8月7日董事會議事錄（含董事會議簽名簿）、公司章程、91年8月7日股東臨時會議事錄、財團法人中華民

國企業技術鑑定委員會鑑價報告書等資料向被告申請變更登記，嗣又補正提出91年8月3日技術入股協議書7份及91年8月5日監察人查核報告書1份申請變更登記，經被告審核後以91年10月4日南二字第0910013297號函（下稱91年10月4日函）核准（下稱核准處分）。嗣原告主張91年間技術作價股份抵繳股款牽涉無效行為等事由，於106年3月16日、106年4月5日向被告申請撤銷核准處分，前經本院106年度訴字第386號判決駁回，原告不服提起上訴，經最高行政法院109年度判字第47號判決駁回上訴確定。嗣原告以107年9月3日申請書向行政院、科技部，請求依行政程序法第117條撤銷核准處分，經該院、部移由被告辦理，被告遂以107年12月14日南商字第1070036179號函（下稱107年12月14日函）向原告說明撤銷核准處分案，正由司法機關受理，將視判決結果確定後研辦。原告不服，提起訴願，遭訴願決定不受理，遂提起本件行政訴訟。

四、原告起訴主張略以：被告作成核准處分時，明知該處分違反行為時公司法第156條第5項、第266條第2項、第277條、行政程序法第4條等規定，卻仍予核准，損害原告技術財產權益，致使原告技術財產權法律地位處於不安狀態，則原告依行政程序法第117條請求被告應重新審查核准處分是否有如原告指陳之違法情事，如有違法情事，應依職權撤銷之。且公司法爭訟得將行政程序法第117條及公司法第156條第5項規定綜合觀察，賦與人民享有「裁量怠惰（行政機關因故意不為，怠於行使法律授權之行政裁量）」撤銷請求權，本件被告不依行政程序法第117條立法意旨規定撤銷違法之核准處分，於法不合等語。並聲明：1、請求確認被告107年12月14日函表示拒絕「重新審查被告91年10月4日南二字第91001

3297號函核准登記德英生物科技股份有限公司變更登記表登記『現金增資265,000,000元現金以外財產增資300,000,000元』發行新股之行政處分是否有違法之情事」，應屬違法之行政處分。2、被告應依行政程序法第117條立法意旨及訴願法第58條規定先行重新審查其91年10月4日函核准登記德英公司變更登記表登記「現金增資265,000,000元現金以外財產增資300,000,000元」發行新股之行政處分是否有如原告申請書及訴願書列明之違法情事，如有違法情事應依行政程序法第117條規定職權撤銷之。

五、按行政程序法第117條前段規定：「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。……」依其「得依職權」之文義暨立法理由明載：「行政處分發生形式確定力後，違法行政處分是否撤銷，原則上仍委諸行政機關之裁量」等語，可知本條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請求權。因此，人民如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，性質上僅是促使行政機關為職權之發動，行政機關對該請求之答覆，並非行政處分。查原告以107年9月3日申請書向行政院、科技部，請求查明被告91年10月4日函核准系爭增資變更登記，是否具有行政程序法第117條之規定，依職權撤銷違法行政處分，經該院、部移由被告辦理，揆諸前揭規定及說明，行政程序法第117條規定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，被告嗣以107年12月14日函所為之答覆，對於原告之權利或法律上利益亦不生任何准駁之法律上效果，自非屬行政處分，不得為確認行政處分違法訴訟之程序標的。則原告訴之

聲明1：「請求確認被告107年12月14日函應屬違法之行政處分」，因被告107年12月14日函非屬行政處分，則原告對之提起確認行政處分違法之訴訟，即屬起訴不備其他要件，且其情形不能補正，應依行政訴訟法第107條第1項第10款後段規定裁定駁回之。

六、次查原告訴之聲明2：「被告應依行政程序法第117條立法意旨及訴願法第58條規定先行重新審查其91年10月4日函核准登記德英公司變更登記表登記『現金增資265,000,000元現金以外財產增資300,000,000元』發行新股之行政處分是否有如原告申請書及訴願書列明之違法情事，如有違法情事應依行政程序法第117條規定職權撤銷之。」雖其於本院109年2月19日行準備程序時，主張係依行政訴訟法第8條規定提起給付訴訟，請求本院命被告依行政程序法第117條立法意旨，重新審查是否有如原告所主張違法情事，如果有違法時，應依職權撤銷（本院卷第401頁參照）。經核原告該項聲明之目的，仍係要請求被告做成撤銷核准之行政處分，若僅係請求被告單純依行政程序法第117條重新審查核准處分，顯然無從達到其訴之目的，自屬欠缺訴之利益。原告請求被告依行政程序法第117條規定依職權做成撤銷核准處分之行政處分，自應以提起課予義務訴訟為之，原告提起一般給付訴訟即有未合，故原告訴之聲明2部分，亦非合法，應併予駁回。

七、結論：原告之訴為不合法。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　1　　日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官　李　協　明

法官　曾　宏　揚

法官　廖　建　彥

以上正本係照原本作成。

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出抗告（須按對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　1　　日

書記官　陳　嬿　如