高雄高等行政法院判決

109年度訴字第19號

民國109年10月20日辯論終結

原　　告　旗峰營造有限公司

代　表　人　何張金惠

訴訟代理人　包喬凡　律師

被　　告　高雄市政府

代　表　人　陳其邁

訴訟代理人　林志憲

　　陳冠宇

上列當事人間公司法事件，原告不服經濟部中華民國109年1月6日經訴字第10806316250號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

（一）被告代表人原為韓國瑜，嗣於本件訴訟審理中依序變更為楊明洲、陳其邁，並經被告新任代表人具狀聲明承受訴訟（見本院卷第301頁、第373頁），核無不合，應予准許。

（二）按解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算；解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散；公司之清算人，在執行職務範圍內，為公司負責人；有限公司之清算，以全體股東為清算人，但本法或章程另有規定或經股東決議，另選清算人者，不在此限，此觀公司法第24條、第25條、第8條第2項、第113條第2項準用第79條規定甚明

。準此，於清算程序完結前，法人之人格於清算範圍內，仍然存續，必須待清算完結後始歸於消滅，並不因清算人怠於進行清算有異。查原告業經被告於民國107年8月22日以高市府經商公字第10766305700號函（下稱被告107年8月22日函；見本院卷第19頁）為命令解散在案。惟原告經被告命令解散後並未向法院呈報清算人而實際進行清算等情，有經濟部商工登記公示資料（見本院卷第47頁）、臺灣高雄地方法院109年6月1日雄院和民字第1091000228號函（見本院卷第287頁）在卷可稽。依前開說明，原告既尚未完成清算程序，其法人格於清算範圍內依然存續，仍有當事人能力。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

（一）原告前於79年1月19日經被告核准設立登記（統一編號為00000000)，登記地址為高雄市○○區○○○街○○號5樓之1。嗣經濟部以107年1月18日經商字00000000000號函（下稱經濟部107年1月18日函）檢送「疑似無營業公司總清查作業清單」，函請被告依公司法第10條規定清查辦理。

（二）經被告函詢財政部高雄國稅局（下稱國稅局）鹽埕稽徵所，該所以107年8月13日財高國稅鹽銷字第1070351750號書函（下稱鹽埕稽徵所107年8月13日書函）查覆原告現況為自90年3月1日擅自歇業他遷不明，被告乃認原告有開始營業後自行停業6個月以上之情事，依公司法第10條第2款規定，以107年8月22日函為命令解散之處分，並請原告及其代表人於文到15日內向被告申請解散登記，且告知逾期即依公司法第397條規定廢止公司登記。嗣因原告未依限申請解散登記，被告乃依公司法第397條規定，以108年8月5

日高市府經商公字第10859456100號函（下稱原處分）廢止原告公司登記。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、原處分以原告有公司法第10條第2款規定情事，依同法第397條廢止原告之公司登記，認事用法顯有錯誤：

（1）原告之土木技師於89年11月9日離職後，即繼續沿用政府頒定核可、行之有年之工地主任替代專任工程人員運營工程運作，被告所屬工務局（下稱工務局）竟作出90年4月2日90高市工務建字第7862號函（下稱工務局90年4月2日函）公告停止原告營業。原告旋即檢附相關憑證包含營造業登記證書及承攬工程手冊申請自93年2月1日至94年1月31日停業，並依營造業法第20條規定檢具相關證冊提出申訴，才獲被告以93年4月12日高市府工建字第0930005901號函（下稱被告93年4月12日函）同意原告必要時可依營造業法第6條至第12條所定要件申請復業併同換領綜合營造業，絕無被告107年8月22日函說明三中所稱原告自90年3月1日起擅自歇業他遷不明，構成命令解散之要件情事，因原告係依法奉准之停業中廠商，非擅自歇業且從未他遷。

（2）工務局要原告提出承攬工程手冊以利確認技師離職之後是否由合法工地主任接續運營，原告於107年11月7日向勞動部勞工保險局申請調出，更由中華民國全國營造業工地主任公會於108年9月18日調出原告之許崇義工地主任確實合法聘用，而承攬工程手冊已依當時規定繳回工務局建築管理處，被告管控不當遺失之責任卻要歸於原

告，實屬不當。工務局再要求原告向被告所屬經濟發展局（下稱經發局）、國稅局提出復業申請。原告依工務局指示於107年9月3日再向國稅局提出復業申請，於107年9月5日獲准備查；工務局卻以本件業經被告107年8月22日函命令解散為由，不予核發復業。

（3）依營造業申請登記須知第3點第1項、第4點第1項規定，新設立之營造公司，須取得經發局核發之公司設立證明文件後，再持之向營造業主管機關工務局申請核發營造業登記證書。又依公司登記辦法第3條第1項（修正前公司之登記及認許辦法第10條第1項）規定，營造業之停業流程為：向經發局辦理公司停業登記後，向國稅局辦理停業登記，再向工務局辦理營造業停業。營造業復業流程須向經發局辦理公司復業登記後，向國稅局辦理復業登記，再向工務局辦理營造業復業。依經濟部91年2月18日經商字第09102018380號函釋（下稱經濟部91年2月18日函釋），原告係經主管機關公告停業，不適用公司之登記及認許辦法第10條等規定，自無須再向公司法主管機關經發局辦理公司法之停業登記。況公司之登記及認許辦法係於90年12月12日發布施行，惟原告早在施行前、於90年4月2日已經主管機關公告停業在案，自無適用前述辦法第10條程序規定之可能。原告依法不需向公司法主管機關辦理公司法之停業登記，故於107年8月底收受被告之解散函文、欲申請復業時，經被告之服務櫃臺告知可直接向國稅局申請復業，原告旋於107年9月3日向國稅局申請復業，並於108年1月31日向工務局申請營造業復業登記。被告係以鹽埕稽徵所書函為解散、廢止處分之主要且唯一依據，鹽埕稽徵所函稱原告「擅

自歇業他遷不明」，然被告寄予原告之函文（包含解散、廢止通知）皆由原告公司設立地址合法收受，何有遷移不明？鹽埕稽徵所書函記載存有明顯之重大錯誤；被告未查，再基於此明顯錯誤事實為後續處分，自屬行政程序法第111條第7款具有重大明顯瑕疵之無效處分。

（4）工務局90年4月2日函發文時，營造業管理規則第33條係規定停業期限不得超過1年者，以自行申請停業為適用前提，與本件狀況不同，況此1年期限規定因超越母法營造業法之授權而早已刪除。依公司法第10條第2款文義解釋及經濟部91年2月18日函釋意旨，公司如係受停業處分而非自行停業，即無公司法第10條第2款命令解散規定之適用。原告因技師離職未依規定補聘，經工務局以90年4月2日函公告停業，原告嗣後雖於93年2月3日申請自行停業，然因已屬停業中廠商毋須再申請停業，此觀被告93年4月12日函說明第2點甚明。原告係受公告停業，非自行停業，當無公司法第10條第2款得命令解散規定之適用，原處分以此命令原告解散，顯有認定事實及適用法律之明顯違誤。

2、原處分所據之被告107年8月22日函，程序及實體上皆有違誤，依違法性承繼之法理，原處分亦屬違法而應予撤銷：

（1）原告之法人格得否存續，涉關原告權益重大，與被告進行公司清查作業之行政管理目的間，顯具有更應保護之利益，承此，有關命令公司解散、廢止公司登記等事宜，於現今行政法制下應賦予權利人高度程序保障，方符憲法第15條基本權保障及行政行為一般法律原則之要求。被告卻從未通知原告表示意見，即逕以認事顯有錯誤之鹽埕稽徵所函文斷認原告自行停止營業，被告107年8

月22日函具有未依法定程序之違法。被告稱107年8月22日函已明確命令原告解散（原告對此尚有爭執），該處分既涉及剝奪原告公司法人格與否，為裁罰性質之行政處分，依行政程序法第102條規定，被告即應於處分前予原告陳述意見之機會（原告是否歇業遷移不明尚待查證確認，顯無得免予陳述意見機會之情況），然被告卻從未通知原告表示意見，有程序保障未周之瑕疵。

（2）行政處分應清楚記載主旨、事實、理由及其法令依據，「主旨」應注意用語明確，一讀即知准駁之用意；若為裁量處分，行政機關則應就其行使裁量權之考量觀點有所說明，方屬理由完備之書面處分。被告107年8月22日函主旨記載：「貴公司有開始營業後自行停業6個月以上之情事，涉有公司法第10條第2款得予命令解散之規定，請依說明四申請解散登記，請查照。」同函說明「四、請依公司法第387條第4項規定，於文到15日內向本府申請解散登記，逾期即依同法第397條規定廢止公司登記。」是否已為命令原告解散之處分尚有辨明空間，且該函文亦未明確、具體說明被告應命令原告解散之裁量理由，有未明確之程序瑕疵。被告雖辯稱該函文說明三已提到「依法應予命令解散」，有明確命令等云云，然被告所依據之公司法第10條第2款明文「主管機關得依職權或利害關係人之申請，命令解散之」，被告對命令解散與否具裁量空間，在被告未明確告知已命令解散情況下，不得僅以該函文中說明欄中之偶一論述，即推認該函文已屬命原告法人格解消之裁罰性處分，此方符行政機關之誠實信用原則。再者，公司法第10條賦予主管機關裁量權限，即若具有公司法第10條之各款情狀，

亦非當然命令解散，而應就相關情況判斷、裁量是否有應即予命令解散之情。財產權為憲法明文保障之基本權，原告自始無解散公司之意，被告於處分前未予原告陳述意見機會、亦未踐行基本事實之確認查核，更未於處分時就其行使裁量權之考量觀點為說明，被告107年8月22日函文具有主文、內容不明確之重大瑕疵。

(3)被告僅以鹽埕稽徵所107年8月13日書函所稱之原告「自90年3月1日起擅自歇業他遷不明」，即逕認原告構成公司法第10條第2款之命令解散情狀。惟原告係依工務局之公告處分停業，非擅自歇業。又原告自79年1月19日核准設立迄今，設址皆位於高雄市○○區○○○街○○號5樓之1，從未變更，何來他遷不明？況被告自承107年8月22日函亦寄至該新盛一街地址，該函文已於107年8月31日合法送達，原告於該址有人管理、非他遷不明之事實至明。另參國稅局109年8月3日財高國稅鹽銷字第1092352078號函，高雄市稅捐稽徵處（下稱高市稅捐處）登載原告自90年3月1日起「擅自歇業他遷不明」，似僅因原告自90年3月1日起未再申報營業稅（原告於90年4月2日即經工務局公告停業，故未再申報營業稅），且稅籍管理資料中亦無原告申請停歇業之紀錄等，高市稅捐處未實際查核、確認、甚或約詢原告就營業狀況表示意見，所謂擅自歇業他遷不明僅屬高市稅捐處之推測，不足以代表原告實際之營運狀況，有關原告實際之經營情況仍應回歸前述工務局相關函文之記載，被告107年8月22日函有認定事實之明顯錯誤。

(4)原告早經工務局90年4月2日函公告停業在案，雖於93年間依法申辦停業，然被告以93年4月12日函覆原告已公

告停業，依內政部93年1月13日台內營字第0930081571號令屬營造業法施行日（92年2月7日施行）前之停業中廠商，得於復業時依營造業法第6條至第12條所定要件辦理等語。承此，原告之停業狀態非自行申請停業所致，而係經被告公告停業，自不受自行停業每次最長不得超過1年之限制，而屬公司法第10條第2款後段「已辦妥停業登記者」之例外情況，被告當不得命令原告解散。

（5）原告收受被告107年8月22日函後，因認知其僅屬確認營業與否之通知，非命令解散之處分，故未對該函文提起訴願，而係於107年9月3日速至國稅局申請於107年12月15日復業，後併依營造業法、被告93年4月12日函文等規定向工務局申辦綜合營造業復業登記。豈料，工務局108年2月21日高市工務建字第10830727300號函（下稱工務局108年2月21日函）卻以原告未提出營造業登記證書、承攬工程手冊等併辦複查換證為由，退回原告之營造業復業登記申請，原告遲因可歸責被告之行政失誤而無法取得營造業復業登記許可，108年4月只好先撤回國稅局稅務之復業申請。而原告於93年2月3日檢送營造業停業申請書予工務局時，已同時檢附營造業登記證書、營造業承攬工程手冊之正本，申請書、證書及手冊皆由工務局收文未予返還。今工務局保管不周、遺失相關文件後，反要求原告提出該等文書，並以此為由退回原告之營造業復業登記申請，至為無理。有關營造業復業登記案，經原告爭取，被告109年1月16日以高市府法訴字第10930068800號訴願決定（下稱被告109年1月16日訴願決定）撤銷工務局108年2月21日函在案。原告自收受被告107年8月22日函文後，即配合被告、國稅局等各單

位之指示積極辦理各項復業程序，豈料被告等各公務單位行政瑕疵不斷，倘非工務局作業馬虎，原告早於108年初即已順利復業登記，豈會再於108年8月5日遭被告廢止公司登記？又原告於109年1月收受營造業復業登記之訴願決定，申請營造業復業登記之程序雖已無疑義，然又因被告已廢止原告公司登記，法人格存續致生爭議，相關程序再度無法續辦，所有不利益卻皆由原告承受，誠屬重大不公。

（6）被告係以原告經其107年8月22日函命令解散後，未於期限內申請解散登記為由，作成廢止原告登記之原處分，則被告107年8月22日函顯為原處分作成之基礎，兩者間並具有前後階段密切之連貫性，依最高行政法院98年度判字第1009號、103年度判字第453號判決所揭櫫之違法性承繼法理，原處分已承繼被告107年8月22日函之違法性而同屬違法，應加以撤銷，方能保障原告權益。

（二）聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、本案前因經濟部以公司登記主檔及財政部財稅資料中心稅籍主檔比對所悉原告疑似無營業事實，以107年1月18日函檢送疑似無營業公司總清查作業清單，請被告依公司法第10條規定辦理。被告遂以107年7月20日高市府經商字第10733733900號函請鹽埕稽徵所協查原告最近6個月內有無營業事實或申辦停業登記之情事，該所以107年8月13日書函復原告自90年3月1日起已擅自歇業他遷不明。國稅局所載「擅自歇業他遷不明」其意係指公司未領具發票及報繳營業稅等客觀事實認定；另依行政程序法第103條第1項第5

款規定，被告因事證明確得不給予陳述意見之機會，經濟部107年2月9日經商字第10702402680號函會議紀錄案由五決議亦有述明。被告乃認原告涉有公司法第10條第2款得予命令解散規定之情事，以107年8月22日函命令原告解散登記，並請原告及其公司代表之負責人於文到15日內向被告機關申請解散登記，且告知逾期未辦即依公司法第397條規定廢止公司登記。其命令解散行政處分函主旨後段載明「請依說明四申請解散登記」即明確表示已命令解散，說明三亦載明「自90年3月1日起擅自歇業他遷不明，已構成命令解散之要件，依法應予命令解散」之事實及理由，實屬完備之書面處分。該107年8月22日函業於同年月31日以寄存送達方式送達於原告，並因原告未提起行政救濟而已確定，惟原告迄未依限向被告申請解散登記。被告遂依公司法第397條規定以原處分廢止原告之公司登記，並無違誤。

2、由工務局93年4月12日函主旨欄所載，可知該函僅係工務局同意原告自93年2月1日至94年1月31日止停業。而原告於94年1月31日停業期滿後，即未再有申請停業或復業之情事。且原告所提證據資料均無法證明其於94年1月31日停業期滿後，有再向被告申請停業之情形，自難認原告嗣後有再依規定辦妥停業登記。至原告所舉國稅局准予該公司自107年12月15日復業之函文，業經國稅局以原告業經被告命令解散，以108年4月16日財高國稅鹽銷字第1081071806號函撤銷在案。況被告為確認原告於107年8月22日遭命令解散前6個月期間，有無實際營業事實或有申辦停業之情形，另以108年8月30日高市府經商字第10834339200號函再次詢問鹽埕稽徵所，業據該所以108年9月9日財高

國稅鹽銷字第1082352421號書函表示，原告自90年3月1日起已擅自歇業他遷不明，至107年8月22日前6個月並無申辦停業之情形。堪認原告確有自行停止營業6個月以上，且未依規定辦妥停業登記之情事，所訴自不足採。另被告以109年1月16日訴願決定撤銷工務局108年2月21日函，工務局已於109年3月11日函請原告儘速向其申請歇業登記。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

（一）被告107年8月22日函所為命令解散之處分是否為無效行政處分？若非無效行政處分，是否業已確定？

（二）被告依公司法第397條規定，以原處分廢止原告之公司登記，是否適法？

五、本院之判斷：

（一）本件爭訟概要欄所載事實，業經兩造陳明在卷，並有經濟部商工登記公示資料（見本院卷第47頁）、經濟部107年1月18日函（見原處分卷第56頁）、鹽埕稽徵所107年8月13日書函（見原處分卷第58頁至第59頁）、被告107年8月22日函（見本院卷第19頁至第21頁）、原處分（見本院卷第23頁）及訴願決定（見本院卷第13頁至第18頁）等附卷可稽，自堪認定。

（二）被告107年8月22日函所為命令解散處分並非無效行政處分，且已確定：

1、按「公司有左列情事之一者，主管機關得依職權或利害關係人之申請，命令解散之：……二、開始營業後自行停止營業6個月以上者。但已辦妥停業登記者，不在此限。」公司法第10條第2款定有明文。

2、查原告於78年12月15日經工務局准予於高雄市○○區○○

○街○○號5樓之1籌設丙等營造業，並於79年1月19日辦竣公司設立登記後開始營業。嗣因經濟部107年1月18日檢附「疑似無營業公司總清查作業清單」，函請被告依公司法第10條規定清查辦理，經被告函請鹽埕稽徵所協查後，認定原告有開始營業後自行停業6個月以上之情事，乃依前揭公司法第10條第2款規定以107年8月22日函作成命令解散處分，命其應依公司法第387條第4項規定於命令期限內辦竣解散登記，逾期即依公司法第397條廢止其公司登記等情，有工務局78年12月15日78高市工務建字第37419號函（見原處分卷第5頁）、高雄市政府建設局79年1月19日高市建設二字第03592300號函（見原處分卷第1頁）、經濟部商工登記公示資料（見本院卷第47頁）、經濟部107年1月18日函（見原處分卷第56頁）、被告107年7月20日高市府經商字第10733733900號函（下稱被告107年7月20日函；見原處分卷第57頁）、鹽埕稽徵所107年8月13日書函（見原處分卷第58頁至第59頁）、被告107年8月22日函（見本院卷第19頁至第21頁）在卷可稽。而被告於107年8月22日函之說明六已載明：「對本處分如有不服，應於接到本處分之次日起30日內繕具訴願書送由本府向經濟部提起訴願」之教示條款，並將107年8月22日函所為命令解散處分向原告營業所及原告之代表人送達等情，此觀該函文及其送達證書（見原處分卷第61頁、第62頁）即明。惟原告於收受該命令解散處分後並未在法定期間內繕具訴願書針對被告107年8月22日函提起訴願，反而係於107年9月3日向國稅局申請復業等情，則為原告所自承（見本院卷第230頁），並有原告向國稅局所提出之復業申請書（見原處分卷第74頁）在卷可憑，堪認被告107年8月22日函所為

命令解散處分不但已對原告生效，且亦已確定無疑。

3、原告固主張：其僅係依法奉准停業中廠商，非擅自歇業，且從未他遷，被告從未通知原告表示意見，僅以鹽埕稽徵所書函為解散處分之主要且唯一依據，鹽埕稽徵所函稱原告「擅自歇業他遷不明」，惟被告寄予原告之函文（包含解散、廢止通知）皆由原告公司設立地址合法收受，原告並無遷移不明，鹽埕稽徵所書函記載存有明顯之重大錯誤；被告未查，逕以認事顯有錯誤之鹽埕稽徵所函文斷認原告自行停止營業而為後續處分，被告107年8月22日函有未依法定程序之違法及認定事實之明顯錯誤，亦有主文、內容不明確之重大瑕疵，自屬行政程序法第111條第7款具有重大明顯瑕疵之無效處分云云。然：

（1）按行政程序法第111條就行政處分之無效原因，採重大明顯瑕疵說，該條第1款至第6款是重大明顯瑕疵之例示，同條第7款則為重大明顯瑕疵之概括規定，用以補充前6款例示規定所未及涵蓋之情形。所謂「重大明顯瑕疵」，係指其瑕疵之程度，不但重大且任何人一望即知。行政處分之瑕疵性是否達重大明顯之程度，並非依當事人之主觀見解，亦非以受法律專業訓練者之認識能力為標準，而係依一般具有合理判斷能力者之認識能力決定之，其簡易之標準即係普通社會一般人一望即知其瑕疵為判斷標準。換言之，該瑕疵須「在某程度上猶如刻在額頭上般」明顯之瑕疵，倘行政處分之瑕疵倘未達到重大明顯之程度，一般人對其違法性的存在與否猶存懷疑，基於維持法安定性之必要，則不令該處分無效，僅係得撤銷而已，尚難指該行政處分為無效。次按行政行為之內容應明確；行政處分以書面為之者，應記載主旨

、事實、理由及其法令依據，行政程序法第5條及第96條第1項分別定有明文。行政程序法第96條之立法目的在使受處分之人民得瞭解行政處分之原因事實及處分依據之法令，而非要求行政機關將相關之法令、事實或採證認事之理由等鉅細靡遺記載，故書面行政處分關於事實及其法令依據等記載是否合法，即應自其記載是否已足使人民瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令加以判定。

(2)查被告107年8月22日函所為命令解散處分，既於主旨欄明確記載該命令解散處分之規制內容要旨，並於說明欄詳載該處分作成之相關法令依據、處分相對人、認定事實之理由及教示條款，此觀被告107年8月22日函（見本院卷第19頁至第21頁）即明。核無任何人一望即知之程度的重大明顯瑕疵，且其記載亦已足使原告得以瞭解該行政處分係欲作成命令該公司解散之處分意旨、處分所據之原因事實及法令規定，依上開說明，即難指該行政處分為無效，亦難認該處分有何違反行政行為明確性原則之瑕疵。原告主張其收受被告107年8月22日函後，因認其僅屬確認營業與否之通知，並非命令解散之處分，故未對該函文提起訴願云云，自無可採。至原告所主張其並無遷移不明，被告107年8月22日函引用鹽埕稽徵所函稱原告「擅自歇業他遷不明」之記載存有錯誤乙節，惟被告107年8月22日函係依公司法第10條第2款所作成之命令解散處分，而公司法第10條第2款係以公司「開始營業後自行停止營業6個月以上」作為其法定構成要件，並非以「擅自歇業他遷不明」作為構成要件，足見被告僅係將鹽埕稽徵所107年8月13日書函之協查結果作

為其認定原告該當於公司法第10條第2款所定「開始營業後自行停止營業6個月以上」構成要件事實之佐證，原告於客觀上是否有鹽埕稽徵所函稱「擅自歇業他遷不明」之事實，並非由該函文一望即知，尚待調查相關證據始能加以認定。準此，被告107年8月22日函所為命令解散處分，縱引用鹽埕稽徵所函文作為認定事實依據，亦不因而成為無效之行政處分。

(3)加值型及非加值型營業稅法第28條規定：「營業人之總機構及其他固定營業場所，應於開始營業前，分別向主管稽徵機關申請稅籍登記。」第30條第1項：「營業人依第28條及第28條之1申請稅籍登記之事項有變更，或營業人合併、轉讓、解散或廢止時，均應於事實發生之日起15日內填具申請書，向主管稽徵機關申請變更或註銷稅籍登記。」第31條規定：「營業人暫停營業，應於停業前，向主管稽徵機關申報核備；復業時，亦同。」第35條第1項規定：「營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每2月為1期，於次期開始15日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報。」依上開規定，公司營業係指經營公司登記之營業項目，並應就其營業場所辦理稅籍登記，且無論有無銷售額，應以每2月為1期，填具規定格式之申報書，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額，若欲暫停營業則應向主管稽徵機關申報核備，如未經核備即應認屬自行停業。

(4)查被告曾以107年7月20日函請鹽埕稽徵所協查原告最近

6個月內有無營業事實或申辦停業登記之情事，該所以107年8月13日書函復原告自90年3月1日起已擅自歇業他遷不明等情，有被告107年7月20日函（見原處分卷第57頁）、鹽埕稽徵所107年8月13日書函（見原處分卷第58頁至第59頁）在卷可稽。而依前揭加值型及非加值型營業稅法第35條第1項之規定，營業無論有無銷售額，均仍應以每2月為1期填具申報書向主管稽徵機關申報營業稅，縱有客觀上未能營業情形，亦不能解免其申報營業稅之義務。經本院向國稅局函查前揭鹽埕稽徵所協查結果之相關認定依據，該局函覆以：原告自90年3月1日起即無營業稅申報紀錄等情，有國稅局109年8月3日財高國稅鹽銷字第1092352078號函（見本院卷第335頁至第339頁）在卷可稽，足見原告自90年3月起即未申報營業稅，且其停業前並未向主管稽徵機關申報核備，依據上開說明，更難認被告據此協查結果認定原告已有自行停業之情形，有何重大明顯瑕疵。況公司法第10條第2款所定之命令解散係以公司有無「開始營業後自行停止營業6個月以上」情事為其要件，其構成要件之認定係以公司有無營業事實為依據。其立法目的在於防止虛設公司，以保障公眾交易安全。而原告有無繼續營業事實之證據資料，主要存在原告公司及其董事所得支配之範圍，其倘不服被告作成命令解散處分前就該公司有無營業事實之調查結果，原告自得檢附相關證據資料提起訴願加以爭執，然原告捨此不為，任由該命令解散處分救濟期間經過，迄被告作成原處分廢止公司登記之後，始欲爭執被告在前揭程序依職權調查證據結果所認定之事實，實無可採。

（5）再按「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第39條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」「有下列各款情形之一者行政機關得不給予陳述意見之機會：……五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。」此觀行政程序法第102條、第103條第5款規定甚明。準此，行政機關作成行政處分之前未給予相對人陳述意見之機會並不當然構成違法之瑕疵。況有效之先前行政處分成為後行政處分之構成要件事實之一部分時，則該先前之行政處分因其存續力而產生構成要件效力。當事人如以後行政處分為訴訟客體，而非以有效之先前行政處分為訴訟客體，提起行政訴訟時，則該先前行政處分之實質合法性，並非該受訴行政法院審理之範圍。查原告既經被告107年8月22日函為命令解散處分，復經因原告收受該處分後並未對該行政處分提起訴願而已告確定，且該行政處分既不具有無效之情形，業如前述。主管機關依公司法第397條第1項規定所為之廢止登記處分，固以命令解散處分為其認定事實之基礎，但二者仍屬不同行政程序所作成之行政處分，各自均得提起行政爭訟，其僅對廢止登記處分提起行政爭訟者，因命令解散處分非屬本案程序標的，不在行政法院審查範圍，若其未經權限機關自行予以撤銷，行政法院不得逕自否定其效力。依上開說明，本院即應受該前提行政處分效力之拘束，並作為審查原處分之基礎。原告上開主張無非均係爭執該已確定之命令解散處分，仍無解於該命令解散處分已經確定之事實，均不致使原處分違法而得撤銷，其

上開主張，亦不足採。

（三）被告依公司法第397條規定，以原處分廢止原告之公司登記，應屬適法：

1、按「公司之解散，不向主管機關申請解散登記者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，廢止其登記。」公司法第397條第1項定有明文。

2、次按行政處分乃行政機關就公法上具體事件行使公權力規制其效果之決定或措施，於發生效力後即形成並確認該公法上之權利義務關係存在，未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在，除拘束原處分機關、相對人、利害關係人外，基於權力分立原則及法定權限專屬原則，行政法院就非本案爭訟標的之行政處分，必須予以尊重，並肯定其規制效果，此稽之行政程序法第110條第3項甚明。

3、原告固主張：原告之停業狀態係因其土木技師於89年11月9日離職後，經工務局90年4月2日函公告其停止營業，並非自行申請停業所致；依經濟部91年2月18日函釋，不適用公司之登記及認許辦法第10條等規定；況公司之登記及認許辦法係於90年12月12日發布施行，原告早在施行前、於90年4月2日已經主管機關公告停業，自無適用該辦法第10條程序規定之可能，原告依法無須向公司法主管機關辦理公司法之停業登記，即無公司法第10條第2款命令解散規定之適用；且其並非自行停業，自不受自行停業每次最長不得超過1年之限制，而屬公司法第10條第2款後段「已辦妥停業登記者」之例外情況，被告不得命令原告解散，原處分所依據之被告107年8月22日函，程序及實體上皆有違誤，依違法性承繼之法理，原處分亦應撤銷云云。然：

（1）行政處分除自始無效外，在未經撤銷、廢止或未因其他事由而失其效力前，其效力繼續存在。即：有效之行政處分，處分機關以外之國家機關，包括法院，除非是有權撤銷機關，應尊重該行政處分，並以之為行為之基礎；除有該行政處分無效情形以外，本院仍應受前提行政處分效力之拘束，此乃法治國之法安定性與權力分立原則之當然結果。查被告107年8月22日函命令解散之處分生效後，原告即負有於法定期限內辦竣解散登記之作為義務。而原告並未對被告上開命令解散處分合法提起訴願，該處分已告確定，業如上述，且該命令解散處分又未經被告自行撤銷或廢止、抑或因其他事由而失效，具有實質之存續力，本院即應受該前提行政處分效力之拘束，並作為審查原處分之基礎。從而，原告經命令解散登記處分後，未於命令期限內自行辦竣解散登記，被告依前揭公司法第397條規定，作成原處分廢止原告之公司登記，自無不合，應屬適法。原告前揭關於公司法第10條第2款相關法令適用之主張亦無非均係在爭執被告107年8月22日函所為命令解散處分違法，惟被告107年8月22日函並非本件撤銷訴訟之程序標的，原告上開主張均無解於該命令解散處分已經確定之事實，尚不致使原處分違法而得撤銷。況原告事實上曾於93年2月3日向工務局申請自93年2月1日起至94年1月31日自行停業，並獲工務局函覆告知其將來辦理復業時之相關規定等情，有其營造業停業申請書（見本院卷第219頁）及被告93年4月12日函（本院卷第41頁）在卷可稽，足見其客觀上亦非毫無自行停業之舉，故其上開主張自難作為對其有利認定之佐憑。

（2）至原告所主張之違法性承繼理論，其適用與否涉及人民權利救濟之必要性及先行處分之法安定性間的權衡。原則上對行政處分提起撤銷訴訟之程序中，其先決問題涉及已作成的另一行政處分是否合法時，因該另一行政處分未經依法定程序予以撤銷而具有公定力，行政法院基於構成要件效力，不能否定該行政處分之效力，此乃基於法安定性之要求；僅例外於先行處分與後行處分屬於一個連貫性之手續且均以發生一定之法律效果為其目的，尤其是在先行處分對於保障權利救濟之程序較不充分，而先行處分僅屬後行處分之準備行為時，先行處分之違法性始為後行處分所承繼，在後行處分之撤銷訴訟上，法院方得例外以先行處分之違法進而否認其效力，不引為後行處分之裁判依據。惟不同行政處分間若不存在前揭關係，或先行程序上已賦予充分之權利救濟途徑時，即難認有該理論之適用。觀諸公司法第397條第1項所定之廢止登記處分，係以「公司之解散，不向主管機關申請解散登記者」作為其適用對象，並非僅以同法第10條第2款前段所定命令解散之情形為限，尚包含公司自行解散等情形；且公司經主管機關依公司法第10條第2款命令解散以後，未必每件均須主管機關依公司法第397條第1項作成廢止公司登記處分始能完成公司解散之行政程序，亦可能由該受處分公司依據同法第387條規定自行申辦解散登記，其公司解散之行政程序即告完結，足見主管機關依公司法第10條第2款命令解散處分性質上並非必然僅屬公司法第397條第1項作成廢止公司登記處分之準備行為，而應屬自成獨立行政程序所作之行政處分。況在主管機關依公司法第10條第2款作成命令解

散處分以後，該公司倘不服該命令解散處分，無待主管機關後續依公司法第397條第1項作成廢止公司登記處分，即得針對該命令解散處分直接提起訴願尋求救濟，亦足見在命令解散處分之作成程序上已賦予其充分之權利救濟途徑，依前揭說明，自難認在廢止公司登記處分之行政訴訟程序中仍有該理論之適用。故原告主張被告107年8月22日函程序及實體上皆有違誤，依違法性承繼之法理，原處分亦應撤銷云云，即無可採。

4、原告另主張：被告從未通知原告表示意見，僅以鹽埕稽徵所書函為廢止處分之主要且唯一依據，逕以認事顯有錯誤之鹽埕稽徵所函文斷認原告自行停止營業而為後續處分，有未依法定程序之違法及認定事實之明顯錯誤云云。惟觀諸公司法第397條第2項規定：「主管機關對於前項之廢止，除命令解散或裁定解散外，應定30日之期間，催告公司負責人聲明異議；逾期不為聲明或聲明理由不充分者，即廢止其登記。」準此，在公司係經主管機關命令解散之情形，主管機關在依公司法第397條第1項作成廢止公司登記處分前，尚無須依同條第2項踐行催告公司負責人聲明異議之程序。且依行政程序法第102條、第103條第5款之規定，行政機關作成行政處分之前未給予相對人陳述意見並不當然構成違法之瑕疵，亦如前述。而原告於收受該命令解散登記處分後，不但未就該處分提起訴願，且未於命令期限內自行辦竣解散登記等客觀事實，均為原告所不爭，堪認被告依公司法第397條規定作成原處分廢止原告之公司登記，其所根據之事實在客觀上已明白足以確認，依行政程序法第103條第5款規定，被告縱未在該處分作成前給予處分相對人或利害關係人陳述意見之機會，仍難認該行

政處分已構成應予撤銷之違法。

六、綜上所述，原告之主張，均不足採。被告依公司法第397條第1項作成原處分廢止原告之公司登記，核無違誤；訴願決定予以維持，亦無不合，原告仍執前詞，訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後認均與本判決結果不生影響，爰不逐一論駁，併此敘明。

八、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　109　年　　10　　月　　30　　日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官　李　協　明

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，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（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、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241條之1第1項前段）

三、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1項但書、第2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.上訴人或其法定代理人具備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　　109　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　林　幸　怡