

【裁判字號】102,訴更一,145

【裁判日期】1030417

【裁判案由】電子遊戲場業管理條例等

【裁判全文】

臺北高等行政法院判決

102年度訴更一字第145號

103年3月20日辯論終結

原告 李敬賢即頑皮豹電子遊戲場業

訴訟代理人 邱新福 律師

被告 臺北市政府

代表人 郝龍斌（市長）住同上

訴訟代理人 李曉秋

呂學華（兼送達代收人）

上列當事人間電子遊戲場業管理條例等事件，原告不服經濟部中華民國101年12月26日經訴字第10106115660號訴願決定，提起行政訴訟，經本院102年度訴字第200號判決後，最高行政法院以102年度判字第723號判決發回本院更為審理。本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

第一審及發回前上訴審訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

原告前於民國（下同）100年11月11日經被告核准商業設立登記，在臺北市○○區○○街○○○○○號開設頑皮豹電子遊戲場業，登記營業項目為J701010 電子遊戲場業，並於同日向被告申請核發限制級電子遊戲場業營業級別證。案經被告審認，鑑於該址設立電子遊戲場業將對周遭環境安寧、治安及善良風俗造成相當程度負面衝擊，有礙公共安全、安寧及公共利益之虞，依電子遊戲場業管理條例第8條及臺北市土地使用分區管制自治條例第95條之1之規定，以101年1月20日府產業商字第10035092800號函否准所請（下稱前處分）。原告不服，訴經經濟部以101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決定核認被告並未具體說明原告於其營業地址設立電子遊戲場業究係如何「有礙公共安全、衛生、安寧或公共利益之虞者之情事」，有判斷理由不備之瑕疵，將前處分撤銷，並命被告另為適法之處分。經被告重行審酌，核認原告之登記實收資本額未達臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例（下稱系爭自治條例）第4條第3款關於「公司

或商業之登記實收資本額應為新臺幣（下同）1 億元以上」，且營業場所亦不符合自治條例第5 條第1 項第2 款及同條第3 項第2 款之規定，以101 年9 月14日府產業商字第10102040400 號函否准原告申請（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，遭駁回後，遂提起行政訴訟，經本院102 年度訴字第200 號判決撤銷訴願決定及原處分，被告不服，提起上訴，最高行政法院以102 年度判字第723 號判決將原判決廢棄，發回本院更為審理。

二、原告主張略以：

(一)電子遊戲場設置距離非屬地方制度法第19條第7 款第3 目所稱「縣（市）工商輔導及管理」之自治事項所及範圍：

1.凡有特別行政法律規範存在之行政領域，且該法律以層級管轄之立法例分配相關行政事務之管轄權者，該等事項即非自治事項，非地方自治權行使範疇，無從以自治條例或自治規則予以規範：

自治事項之建立，須有法律（中央法律）依據，我國對地方自治事項率皆以層級管轄方式，分就中央主管機關與地方主管機關而規定該法所定事項之管轄權，電子遊戲場業管理條例第2 條規定即為適例。故涉及電子遊戲場業之相關事項，依該法規定分由中央主管機關或地方主管機關管轄，與地方自治團體本身無涉，地方主管機關（直轄市政府或縣市政府）之行為係以法律為據，並受中央主管機關之監督（業務指揮監督與訴願監督），理論上已非地方自治權行使之範疇，自無在此等法律已有明文規定之部分，再以表彰自治權之自治法規予以介入規範的空間。最高行政法院102 年度判字第723 號判決認電子遊戲場業管理條例之距離限制規定為最低限制，被告得就同一問題（法律規範標的）以自治條例方式為較高之限制的見解，實大有商榷餘地。

2.再從有關電子遊戲場業之設立許可條件本身而言，亦難以歸之於地方制度法第19條第7 款第3 目所稱之「縣（市）工商輔導及管理」之自治事項範圍內：

國家權力介入管制私經濟活動，乃對於相關自由權的干預，須由立法者制定合比例性之干預性法律，提供行政管制之依據，故劃定干預行政範疇的權限非地方自治權所及，自不可能為自治事項。因此，地方制度法第18條以下所列之自治事項，除不直接涉及個別人民之基本權領域的公共建設或服務性、協助性任務外，皆非屬於創設干預行政之事項，而是本於已形成之干預行政事務之

經營、輔導與管理。電子遊戲場之經營者本於憲法上營業自由之保障，限制從事電子遊戲場業之條件，當然須由立法者以法律明定，或明確授權行政機關以命令定之。有關營業場所地點之限制，絕非營業活動之管理性質，而是屬於限制營業自由之客觀許可要件，此等基本權利本體限制絕不可矮化為工商輔導與管理等非涉及基本權利本體與基礎關係之管理規則，而任由地方自治團體以自治法規創設基本權之限制要求。

3. 另輔導及管理的對象是指業已申設核准成立之業者，至於申請設立中之業者，則不與焉。此觀被告100年11月10日制定公布之系爭自治條例第1條明定「臺北市為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例」，亦限於電子遊戲場業之管理，而不及於電子遊戲場業之申設。蓋後者申設係屬全國一致性之問題，非屬地方制度法第18條第7款第3目所規定之事項。是自治條例第5條第1項第2款所訂電子遊戲場所距離限制，係對憲法所保障之人民工作權（營業自由）權利本體之干預，且距離限制既非地方自治事項，亦非屬地方制度法所定之縣（市）工商輔導及管理自治事項範疇，從而自治條例第4條另定較高之限制標準，與憲法第15條所保障人民基本權利工作權（營業選擇自由）規定有違，應屬無效。

(二) 被告自電子遊戲場業管理條例89年2月3日公布施行迄今，處理電子遊戲場業申請案件總共5件，均以申請設立經營之電子遊戲場業，因出入份子複雜，不易控管，影響附近住戶及商家之公共安全及安寧等空泛理由，援引臺北市土地分區使用管制規則第95條之1規定據以否准，迭經訴願機關及行政法院認定違法而撤銷，被告執意違法處分，拒不依法行政，若不予糾正，法治國將徹底崩毀。

(三) 關於本件申請是否屬中央法規標準法第18條但書所定「未遭新法規完全廢除或禁止」部分：

1. 最高行政法院102年度判字第723號判決引用該院98年12月份及95年9月份庭長法官聯席會議決議，比附援引謂「兩者均係基於公益之考量，具有強制性」，而強加適用於本案，謂中央法規標準法第18條但書於本件申請案應解釋為「係遭新法規完全廢除或禁止」而無該條但書之適用云云，完全背離事實。蓋上開最高行政法院98年12月份及95年9月份庭長法官聯席會議決議所探討案件情形與本件狀況有別，且非「准」或「駁」人民申請營業權案件而存有立法者重大公益之考量，顯與本案不

同，無可比附援引。況自治條例第4條、第5條立法意旨與中央所訂電子遊戲場業管理條例第1條揭示之立法目的相同，自治條例第4條第3款「公司或商業之登記實收資本額應為1億元以上」、第5條第1項第2款「限制級：應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1千公尺以上。」係由被告單方面主觀認定，並無客觀公正資料可證或經公開討論形成共識，被告提高申請要件之必要性與合理性毫無論據。

2. 又法律不溯既往為法治國基本原則，本件申請係於100年11月11日依電子遊戲場業管理條例規定提出，申請後之100年11月12日（100年11月10日公布）系爭自治條例始施行，比較新舊法，新法即自治條例增加舊法所無之應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上、最小設置單層營業樓地板面積1,000平方公尺以上及公司或商業之登記實收資本額應為1億元以上等要件，在此等狀況之下，本件申請是否屬中央法規標準法第18條但書所定為新法規所未廢除或禁止聲請之事項，依最高行政法院94年度判字第1005號確定判決意旨，應係中央法規標準法第18條但書所定為新法規所未禁止事項，依該條從新從優原則之規定，應適用有利於原告之舊法即電子遊戲場業管理條例規定為有利於原告之判決。

(四) 被告適用無可實現即無效之自治條例審查本件申請於法有違：

按比例原則乃憲法基本原則，若政府所頒布施行之法規有所牴觸，即違反憲法第23條關於比例原則之規定，應為無效。經查，系爭自治條例第5條第1項第2款限制級之電子遊戲場業營業場所應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規定，任何人皆無可能依該規定獲准申請，此有臺北市政府前商管處處長劉佳鈞於97年5月28日接受自由時報訪問時稱「至於限制級電子遊戲場業仍必須設置在距離學校、醫院1,000公尺以外之商業區，北市目前並無符合這項規定之商業區」可稽。被告於鈞院102年再字第122號再審之訴一案中，亦自認被告現階段暫不希望開放限制級電子遊戲場業在臺北市新設。另依據「都市計劃寶典」一書之臺北市各區都市計畫圖可以看出，找不出符合上開規定之處所，何況依日常生活經驗法則及論理法則亦可知欲在臺北市境內尋覓一

處符合上開規定之限制級電子遊戲場業營業場所根本不可能，故上開規定在臺北市境內確屬無可實現。

(五)爲此，提起本件訴訟，並聲明求爲判決：

先位聲明：1. 訴願決定及原處分均撤銷。

2. 被告對於原告於100年11月11日所爲頑皮豹電子遊戲場業營業級別證申請，應作成准予核發頑皮豹電子遊戲場業營業級別證之處分。

備位聲明：1. 確認前處分曾爲違法。

2. 確認原處分爲違法。

3. 被告應給付原告102萬元及自起訴狀繕本送達被告之翌日起至清償日止按年息百分之5計算之利息。

三、被告答辯略以：

(一)本件原告申請雖係在系爭自治條例100年11月10日制定公布之前，但依中央法規標準法第18條前段本文及臺北市法規標準自治條例第20條前段本文規定，人民申請案之處理程序終結前，據以適用之法規有變更時，適用新法規，則本件應適用100年11月10日制定公布之自治條例規定加以審核。經被告依系爭自治條例加以審核結果，本件申請依原告所提出之商業登記表、臺北市都市計畫整合查詢系統資料、被告衛生局101年6月18日北市衛健字第10152559300號函、被告教育局101年6月22日北市教工字第10137075800號函等資料，原告商業登記資本額僅20萬元，未達自治條例第4條第3款有關「公司或商業登記實收資本額應爲1億元以上」之規定；又原告之營業場所臨接臺北市○○區○○街12.73公尺計畫道路，距其營業場所1,000公尺之範圍內有國立○○大學醫學院附設醫院○○分院，不符同條例第5條第1項第2款有關限制級電子遊戲場營業場所應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規定；另原告申請書所載營業場所面積爲61.24平方公尺，不符合同法第5條第3項第2款有關電子遊戲場業營業場所最小設置單層營業樓地板面積1,000平方公尺以上之規定，被告否准原告申請，並無違誤。

(二)中央法規標準法第18條及臺北市法規標準自治條例第20條但書均規定，行政程序進行中，相關法規有所變更時，若舊法規有利於當事人，而新法規未廢除或禁止當事人所聲請之事項時，應適用舊法規（即從優原則）。又上開規定

僅限於行政程序進行中，不及於爭訟程序（最高行政法院62年判字第507號判例意旨參照）。再按關於縣（市）工商輔導及管理，乃屬地方制度法第18條第7款第3目規定之直轄市自治事項，對此自治事項，在不牴觸中央法律之前提下，直轄市政府自得對於人民權利以自治條例設定比法律一般規定更嚴格的限制，如此才能使直轄市政府真正享有完整的自治權，並得依據直轄市之情況因地制宜而訂定特別規定。被告基於地方自治權限，為因地制宜，依據轄區特性，並經臺北市議會審查通過，於100年11月10日制定公布系爭自治條例，故凡於被告轄區內申請電子遊戲場業之營業登記者，於系爭自治條例施行後，即應受其規範。原告提出申請時（100年11月11日）雖符合舊法即電子遊戲場業管理條例之規定，但被告審查期間即行政程序進行期間，系爭自治條例已於100年11月10日公布施行，本件原告申請案因不符系爭自治條例第4條第3款、第5條第1項第2款、第5條第3項第2款等規定而不得申請營業，是原告之申請事項即屬中央法規標準法第18條但書所規定之「新法規禁止之事項」（最高行政法院100年度判字第1924號判決意旨參照）。另參諸最高行政法院95年9月份及98年12月份第2次庭長法官聯席會議決議意旨，可以確知新法所增訂之嚴格條件，如係基於公益之強制性，主管機關已失裁量空間者，應屬中央法規標準法第18條但書所謂「新法規禁止之事項」。而自治條例顯屬立法者基於重大公益之考量，而以新法規加以禁止之事項，是本件原告之申請案件當屬中央法規標準法第18條但書所謂新法規加以禁止之事項，殆無疑義。

(三)原告請求確認前處分為違法，欠缺權利保護必要，且無理由：

前處分前經原告提起訴願，並經經濟部以101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決定加以撤銷，並命被告收受訴願決定書後3個月內另為適法之處分，是前處分已不存在，嗣被告亦依訴願決定意旨重新作成本件原處分，原告如認原處分有違法之處致侵害其權利或法律上之利益，即應逕以原處分為訴訟標的請求救濟。本件原告已依法針對原處分提起課予義務訴願及本件先位聲明之課予義務訴訟，猶針對已不存在前處分訴請求確認其曾為違法，顯然欠缺權利保護必要。再者，被告所為前處分之所以為經濟部加以撤銷，其所持理由乃因前處分對於判斷是否符合不確定法律概念之構成要件時，其判斷之說理未臻完備，有

所不當，並非該處分已達違法之程度。且觀被告嗣已依中央法規標準法第18條本文及臺北市法規標準自治條例第20條本文從新原則規定，正確適用系爭自治條例第4條第3款、第5條第1項第2款、第5條第3項第2款規定，作成否准原告申請之處分，益徵前處分雖理由未臻妥當致遭經濟部撤銷，但其結論尚屬無誤。

(四)原告請求確認原處分為違法，於法未合：

按確認訴訟，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，行政訴訟法第6條第3項有所明定，是謂確認訴訟之補充性原則。本件原告既已於先位聲明請求撤銷原處分及訴願決定，並請求被告對於原告於100年11月11日所為申請，應作成准予核發頑皮豹電子遊戲場業營業級別證之處分，即已針對原處分否准其申請提起課予義務訴訟請求救濟，則其備位聲明請求確認原處分違法，顯與上揭行政訴訟法第6條第3項所揭櫫之確認訴訟之補充性原則有所違背，故原告請求確認原處分違法之確認訴訟，其起訴不合法，應駁回之。

(五)原告請求被告應給付原告102萬元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止按年息百分之5計算之利息部分：

按行政訴訟法第7條所以為得合併請求損害賠償或其他財產上給付之規定，係因此等請求與其所合併提起之行政訴訟間，有一定之前提或因果關係，基於訴訟資料之共通，為避免二裁判之衝突及訴訟手續重複之勞費而為之規範。故於當事人依行政訴訟法第7條規定併為請求時，必其所據以合併之行政訴訟，已經行政法院實體審究且為勝訴之判決，行政法院始得就該當事人依行政訴訟法第7條所為請求，併為實體審究並為勝訴之判決甚明（最高行政法院97年度判字第988號判決意旨參照）。原告訴請被告賠償102萬元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，須以其備位第1、2項聲明有理由為據，惟上開備位聲明尚未經行政法院為有理由之確定判決確認，原告泛稱有確認利益及合併請求損害賠償或其他財產上給付，應無可採。為此，求為判決：駁回原告之訴。

四、查前揭事實概要所載各節，為兩造所不爭執，並有原告所具100年11月11日臺北市政府電子遊戲場業營業級別證申請書、被告100年11月11日北市商一字第1000013635號核准原告商業設立登記函、頑皮豹電子遊戲場業商業登記抄本、前處分、經濟部101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決

定書、原處分、訴願決定等件在卷可稽，其事實堪予認定。是本件主要爭執在於：本件申請應適用申請時之電子遊戲場業管理條例規定，抑或100年11月10日制定公布之系爭自治條例規定？被告以原告申請與系爭自治條例規定不符而否准其請，於法有無違誤？原告先位聲明訴請判令被告應就其申請作成准予核發頑皮豹電子遊戲場業營業級別證之處分，並附帶聲明將訴願決定及原處分均予撤銷，有無理由？原告備位聲明請求確認原處分及前處分違法，並合併請求國家賠償，是否合法有據？

五、本院之判斷：

(一)關於先位訴訟部分：

- 1.按電子遊戲場業管理條例第2條規定：「本條例所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」、第8條規定：「電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合下列規定：一、營業場所位於實施都市計畫地區者，應符合都市計畫法及都市土地使用分區管制之規定；於非都市計畫地區者，應符合區域計畫法及非都市土地使用管制之規定。二、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令之規定。三、營業場所之消防安全設備，應符合消防法令之規定。」、第9條第1項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上。」、第11條第1項規定：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書，並檢附其營業場所合於第8條第1款及第2款規定之證明文件，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業……」、第15條規定：「未依本條例規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業。」又經濟部依電子遊戲場業管理條例第11條第1項規定訂定之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第2點規定：「申請作業程序：電子遊戲場業依公司法或商業登記法登記後，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所：1.符合電子遊戲場業管理條例第8條、第9條、第11條第2項、自治條例及其他有關規定……。」
- 2.次按100年11月10日制定公布、同年11月12日生效之系爭自治條例第1條規定：「臺北市為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例。」、第3條第1項規定：「電子

遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應向市政府申請核發電子遊戲場業營業級別證，始得營業；未依規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業。」、第4條第3款規定：「申請電子遊戲場業營業級別證，其申請人應符合下列資格：……三、公司或商業之登記實收資本額應為1億元以上。」、第5條第1項第2款、第3項第2款規定：「（第1項）電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1千公尺以上。……（第3項）電子遊戲場業營業場所面積應符合下列規定：……二、電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板面積1千平方公尺以上。」

3. 第按，受發回或發交之高等行政法院，應以最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎，為行政訴訟法第260條第3項所明定。而本件最高行政法院102年度判字第723號判決所為廢棄理由已明確揭示「電子遊戲場業管理條例第9條第1項規定之立法目的，乃鑑於電子遊戲場業對於社會安寧會造成一定之影響，故明定其營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院50公尺以上。因其對於營業人營業自由之影響尚屬輕微，所定50公尺以上之範圍，應解為係電子遊戲場業營業場所許可設置之範圍。又關於直轄市工商輔導及管理，乃屬地方制度法第18條第7款第3目規定之直轄市自治事項，依同法第25條之規定，直轄市本得就其自治事項，於不牴觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，故直轄市依其地方環境之需要，以自治法規另定較高之標準，難謂與電子遊戲場業管理條例第9條第1項之規定牴觸，此經本院94年11月份庭長法官聯席會議決議釋示在案。故上訴人（按即被告，下同）基於地方自治權，因地制宜，依據轄區特性，經地方議會審查通過，並函報行政院核定後，以100年11月10日府法三字第10033884400號令公布系爭自治條例，自得予以適用。故凡於臺北市轄區內申請電子遊戲場業之營業登記者，於系爭自治條例施行後，即應受其規範」、「本件申請於上訴人作成處分即處理程序終結前，自治條例已公布施行，雖人民依自治條例仍得提出電子遊戲場業營業級別證之申請，然如有不符自治條例第5條第1項第2款關於營業場所，須臨接寬度30公尺以上

道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000 公尺以上之規定，即無從允許核發電子遊戲場業營業級別證，……自治條例關於營業場所須臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000 公尺以上之規定，即屬上開自治條例所允許營業之範圍，是於該允許營業範圍之外設置電子遊戲場業之營業場所，自為自治條例所禁止，從而該規定應屬中央法規標準法第18條但書所謂新法規禁止之事項」、「有關電子遊戲場業管理條例第9 條第1 項（舊法）關於電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上之規定，本係對於電子遊戲場業營業場所設置範圍之禁止規定，而自治條例（新法）復擴大禁止之範圍，是依中央法規標準法第18條規定意旨，本件自應適用前開自治條例，而無適用舊法即電子遊戲場業管理條例之餘地」，是依前開規定，本院自應以前揭最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為判決之基礎。原告以系爭自治條例第5 條第1 項第2 款規定違反比例原則，牴觸憲法第23條規定，請求本院停止審判並聲請釋憲，核無必要，併此敘明。

4. 查原告登記實收資本額為20萬元（本院102 年度訴字第200 號案卷第163 頁），未達系爭自治條例第4 條第3 款所定1 億元以上；且其營業場所臨接臺北市○○區○○街12.73 公尺計畫道路，在其營業場所1,000 公尺之範圍內復有醫院（國立○○大學醫學院附設醫院○○分院，約800 公尺）及學校（臺北市立○○國民小學，283 公尺）（同上卷第165 ~172 頁），不符同條例第5 條第1 項第2 款有關限制級電子遊戲場營業場所應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000 公尺以上之規定；另依原告申請書所載，其營業場所面積為61.24 平方公尺（同上卷第111 頁），與同條例第5 條第3 項第2 款有關電子遊戲場業營業面積最小設置單層營業樓地板面積1,000 平方公尺以上之規定亦有未合。是原處分以本件原告所請不符系爭自治條例規定而予否准，於法並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告訴請判命被告應就其申請作成准予核發頑皮豹電子遊戲場業營業級別證之處分，並附帶聲明將訴願決定及原處分均予撤銷，為無理由。

(二)關於備位訴訟部分：

- 1.按「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。」、「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。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。」為99年1月12日修正、同年5月1日施行（現行法）之行政訴訟法第6條第1項、第3項所明定。其立法理由略以：「本條第3項原規定確認訴訟之補充性，限於『確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟』，並不及於第1項後段之確認行政處分違法之訴訟。而認定行政處分是否違法，已有撤銷訴訟作為權利保護方式，如其得提起撤銷訴訟，卻逕行提起確認訴訟，或原得提起撤銷訴訟而怠於為之，至撤銷訴訟已無法提起時，始提起確認訴訟，不僅混淆行政訴訟權利保護之機制，且將使『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』既無期間之限制，亦不受補充性之限制，恐將有失法律秩序之安定性，爰將原第3項『確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟』，修正為『確認訴訟』，並設但書排除確認行政處分無效之訴訟，以符法理。又確認訴訟之補充性，理論上不僅係對於撤銷訴訟而言，基於訴訟經濟及最大法律保護原則之要求，如得提起課予義務訴訟或一般給付訴訟者，亦不得提起確認訴訟。原第3項僅規定確認訴訟對於撤銷訴訟之補充性，未顧及課予義務訴訟及一般給付訴訟，亦欠周全，爰併予修正增列。」
- 2.又行政訴訟法第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107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，業經最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議決議在案。

3. 查原告提起備位訴訟，係以其所提本件申請遭被告以前處分及原處分2度否准，上開處分均屬違法，致其受有102萬元之損害，而有訴請確認前處分及原處分違法並依行政訴訟法第7條規定合併請求國家賠償之必要為據。然被告雖先後以前處分及原處分否准原告所請，但前處分因未具體說明原告於其營業地址設立電子遊戲場業如何有礙公共安全、衛生、安寧或公共利益之虞情事，有判斷理由不備之瑕疵，經原告提起訴願後，業經經濟部以101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決定撤銷，並著由被告另為適法之處分（本院102年度訴字第200號案卷第31～34頁），嗣被告重為審酌後，認原告所請不符系爭自治條例規定，以原處分予以否准所請，原告不服乃循序提起前述之先位訴訟即課予義務訴訟以為救濟，上情已詳述如前。是原告就其所提本件申請未獲被告准許，既已合法提起課予義務訴訟，而在現行訴訟制度下選擇直接、有效救濟途徑作為權利保護方式，揆諸前揭規定與說明，基於確認訴訟之補充性，自不得提起確認訴訟，訴請確認前處分及原處分違法。又原告所提備位訴訟即確認訴訟既不合法，依上開最高行政法院98年6月份第1次庭長法官聯席會議決議，其依國家賠償法附帶提起國家賠償之訴部分，即失所附麗，應併予駁回。

六、綜上所述，原處分並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請判決如其先位聲明所示，為無理由。又原告已合法提起先位之課予義務訴訟，以為救濟，依行政訴訟法第6條第3項規定，自不得提起確認訴訟，原告以備位訴訟訴請確認前處分及原處分違法，其訴自非合法，爰併以本判決一併駁回；至其依國家賠償法附帶提起國家賠償之訴部分，因備位之訴駁回而失所附麗，應併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結

果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件原告先位訴訟為無理由，備位訴訟為不合法，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 103 年 4 月 17 日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法 官 王 碧 芳

法 官 陳 秀

法 官 程 怡 怡

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、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）

四、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 103 年 4 月 28 日
書記官 張 正 清