高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第三庭
111年度訴更一字第27號

原　　告　呂宜峰

訴訟代理人　張羽誠　律師
　　林司涵　律師
　　鄭文龍　律師
被　　告　臺南市政府
代　表　人　黃偉哲
訴訟代理人　許雅芬　律師
　　蔡宜君　律師
　　王文廷　律師

上列當事人間建築執照事件，原告提起行政訴訟，經本院中華民國109年9月22日107年度訴字第329號判決駁回，原告不服提起上訴，經最高行政法院109年度上字第1121號判決廢棄發回更審，關於原告追加備位之訴部分，本院裁定如下：

主　文

原告追加之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、按「（第1項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。（第2項）被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：一、訴訟標的對於數人必須合一確定，追加其原非當事人之人為當事人。二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。三、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明。四、應提起確認訴訟，誤為提起撤銷訴訟。五、依第197條或其他法律之規定，應許為訴之變

更或追加。」行政訴訟法第111條第1項至第3項定有明文。查原告於原判決訴之聲明為「1.先位聲明：訴願決定及原處分均撤銷。2.備位聲明：確認原處分所形成之公法上法律關係不成立。」嗣於本件審理中，於民國112年8月29日準備程序，變更及追加訴之聲明為「1.先位聲明：訴願決定、原處分(關於廢止如附表所示編號㈠㈡㈣㈥㈦㈧之建築執照及使用執照）均撤銷。2.備位聲明：確認原處分(關於廢止如附表所示編號㈠㈡㈣㈥㈦㈧之建照及使照部分)違法。」(本院卷1第499-500頁)被告對於原告追加之備位聲明部分並不同意（本院卷1第500頁）。

二、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。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。」行政訴訟法第6條第3項定有明文。其修正立法理由載明：「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。」準此，就確認行政處分違法之訴訟而言，公法上法律關係因行政處分而發生者，當事人如有爭執，本應提起撤銷訴訟撤銷原處分，使該法律關係隨之變更或消滅，避免當事人怠於提起訴願及撤銷訴訟，而聽任行政

處分確定後，再以無起訴期間限制之確認訴訟，主張該行政處分違法，架空訴願及撤銷訴訟制度。從而，提起確認訴訟自不能違反行政訴訟法第6條第3項所定確認訴訟補充性原則，亦即原告若得提起撤銷訴訟，即不得提起確認訴訟，且不以撤銷訴訟有理由為限。而原告業就被告106年10月19日府工管二字第0000000000號函（即上開聲明之原處分）於先位聲明提起撤銷訴訟，不論其撤銷訴訟有無理由，即不得再行提起確認訴訟，其追加備位聲明再行提起確認訴訟，依上開說明，此部分追加之訴即屬不備其他法定要件，為不合法，自應裁定駁回。

三、結論：原告追加之訴不合法。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　29　　日

審判長法官　林　彥　君

法官　黃　奕　超

法官　廖　建　彥

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。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3項、第4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.抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、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，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。

	3.專利行政事件，抗告人或其代表人、管理人、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.抗告人之配偶、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.抗告人為公法人、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，抗告人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　2　　日

書記官　謝　廉　縈