高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第二庭
112年度訴字第394號
民國114年7月8日辯論終結

原　　告　楊陳翠雲

訴訟代理人　劉逸中　律師
被　　告　嘉義縣六腳鄉公所

代　表　人　黃鉦凱
訴訟代理人　葉尚騰
　　黃曜春　律師

上列當事人間使用執照事件，關於原告追加之訴部分，本院裁定如下：

主　文

一、原告追加之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、按「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，……得向行政法院提起撤銷訴訟。」「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，審判長應先定期間命補正：……十、起訴不合程式或不備其他要件。」行政訴訟法第4條第1項、第107條第1項第10款分別定有明文。次按「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。」「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。」此觀行政訴訟法第111條第1項、第6條第3項規定甚明。參照行政訴訟法第6條修正立法理由載明：「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，公法上法律關係因行政處分而發生或消滅者，當事人如有爭執，本應提起撤銷訴訟以撤銷行政處分而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，聽任行政處分確定後，再以無起訴期間限制之確認訴訟爭執該行政處分效力，架空訴願及撤銷訴訟制度。從而，提起確認訴訟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。

二、查原告起訴時訴之聲明為：「被告民國112年4月28日鄉建字第1120005132號函（下稱原處分）、嘉義縣政府112年8月22日府行法訴字第1120179877號訴願決定（下稱訴願決定）均予以撤銷。」（見本院卷第11頁）嗣於訴狀送達後之114年6月3日具狀變更聲明為：「一、先位聲明部分：（一）確認被告核發之(66)鄉建字第1230號及(67)鄉建字第5266號使用執照（下稱系爭使用執照）效力存在。……二、備位聲明部分：訴願決定及原處分均撤銷。」（見本院卷第407頁）核係在其就原處分提起撤銷訴訟後，追加先位聲明以確認系爭使用執照效力存在。惟原告為坐落嘉義縣六腳鄉灣內段灣內

小段618地號土地（下稱系爭土地）之共有人（權利範圍4分之3），前經嘉義縣政府於90年6月1日以九十府農畜字第59560號函同意系爭土地作畜牧設施容許使用（下稱系爭容許使用同意函），並曾先後領得系爭使用執照及90年7月3日(90)鄉建字第9000004746號使用執照（下稱90年使用執照）；嗣因被告作成原處分以系爭容許使用同意函經嘉義縣政府廢止為由，廢止系爭使用執照及90年使用執照等情，此觀原處分（見本院卷第31頁至第33頁）即明。原告固主張：六腳蒜頭郵局郵務士張晁榕向其戶籍地址（即嘉義縣六腳鄉灣南村8鄰灣內1號之1）投遞原處分時無人在家，該郵務士將2張郵務送達通知書均投入信箱內並無張貼於信箱外側，不符寄存送達之要件，不生合法送達效力，原處分尚未對原告生效云云。然原處分係經被告交付郵政機關於112年5月4日向原告前揭戶籍地址送達，郵務人員因未獲會晤本人，亦無受領文書之同居人、受雇人或應受送達處所接收郵件人員，乃勾選「寄存於蒜頭郵局並作送達通知書二份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處所門首，一份置於該受送達處所信箱或其他適當位置，以為送達。」有原處分之送達證書（見本院卷第159頁）在卷可稽。對照六腳鄉蒜頭郵局郵務士張晁榕就原處分送達之實際情形於本院結證稱：該處所之信箱很淺且是塑膠盒挖洞所改裝，信箱表面有許多沙塵貼不住送達通知書，其乃將2張招領單都投進入信箱（見本院卷第368頁至第370頁）等詞，足見其寄存送達方式並未完全符合行政程序法第74條所定應將送達通知書1份黏貼於應受送達人住居所門首，1份置於該受送達處所信箱或其他適當位置之要件，自難認已於112年5月4日即已發生寄存送達效力。惟原告之子楊福樹已於同年月18日至蒜頭郵局代理原告領取原處分等情，有中華郵政股份有限公司嘉義郵局113年8月15日嘉郵字第1131000018號函、簽領執據及其身分證影本（見本院卷第161頁、第165頁）在卷可憑，堪認自斯時起原處分已對原告發生效力，故原告主張原處分尚未

對其生效云云，即無可採。從而，系爭使用執照效力存否所涉及之公法上法律關係繫於原處分之規制效力存否，原告如有爭執，本應就原處分提起撤銷訴訟以撤銷原處分而使該法律關係隨之變更或消滅，原告既已就原處分提起撤銷訴訟，不論其撤銷訴訟有無理由，即不得再行提起確認訴訟，依前揭說明，其追加先位聲明提起確認訴訟，即屬不備其他法定要件，此部分追加之訴為不合法，自應裁定駁回。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　31　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

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	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。

一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	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　　114　　年　　8　　月　　1　　日

書記官　林　幸　怡