高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第二庭
113年度訴字第188號

原　　告　林正庸
被　　告　高雄市議會
代　表　人　康裕成

上列當事人間撤銷許可事件，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，有起訴不合程式或不備其他要件之情形者，行政法院應以裁定駁回之，行政訴訟法第107條第1項第10款定有明文。次按，提起行政訴訟法第4條之撤銷訴訟，以有行政處分之存在為前提，亦即，須其所請求撤銷之標的，屬於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，始為相當，倘若求為撤銷之標的非屬行政處分，應屬起訴不備合法要件。再按撤銷訴訟，須經合法訴願前置程序。而訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之；利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾3年者，不得提起。又提起訴願逾法定期間者，應為不受理之決定，分別為訴願法第14條第1、2項及第77條第2款所明定。故原告如未依法踐行訴願程序，其進而提起撤銷訴訟，自不備其他要件，行政法院應以裁定駁回之。

二、原告起訴主張略以：被告民國63年6月11日第8屆第3次會議決議（下稱系爭決議），公告許可高雄市六合夜市（下稱六合夜市）每天封路設攤，導致車輛無法通行，違反交通規則

及牴觸憲法長達50年以上等語。並聲明：被告系爭決議應予撤銷。

三、本院之判斷：

㈠按地方制度法第25條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」第28條規定：「下列事項以自治條例定之：一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。」是以，自治法規如係經自治議會機關通過，自得就自治事項干涉人民權利義務。由於地方制度法係於88年1月25日始制定公布，在地方制度法施行以前，關於地方自治法規之名稱甚為混亂，未必依據地方制度法第26條第1項、第27條規定定其法規名稱，而應以其制定方式分辨其究屬自治條例或自治規則。又高雄市政府為維護市容、交通、衛生及商業秩序，加強攤販管理，而於53年10月21日定有高雄市攤販管理規則；嗣因地方制度法之施行，乃經被告第5屆第4次大會決議通過，並經高雄市政府於89年10月25日高市府建市字第38761號修正公布高雄市攤販管理自治條例，縣市合併後上開條例於101年11月14日廢止，並於101年11月12日再制定公布高雄市攤販臨時集中場管理自治條例，其第6條第1項規定：「本自治條例施行前，經合併改制前高雄市議會或○○縣○○○○○○○道路範圍內之攤販臨時集中場，仍得繼續營業；……。」依前揭制定及沿革可知，該等係經自治議會決議通過、由自治機關即高雄市政府公布施行之自治法規（自治條例），本得依法創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務。

㈡經查，六合二路攤販臨時集中場即俗稱之六合夜市，高雄市政府為管理該市集攤販，乃經被告以63年系爭決議通過得合法設攤之路段為高雄市中山一路至自立路之六合二路路段，並經高雄市政府63年7月2日高市府警行字第54410號公告設立，預估容納攤販數150攤，此有高雄市政府經濟發展局函復本院之高雄市臨時攤販集中場勘查決定明細表附卷可憑，是六合夜市為合法設置於道路範圍內之攤販臨時集中場，應堪認定。又原告提起本件撤銷訴訟，依其訴之聲明，係以「被告系爭決議」為程序標的，惟參照前開規定及說明，被告為地方自治議會，其通過同意設置六合夜市之系爭決議，並非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，非屬行政處分，自不得對之提起撤銷訴訟；縱認原告得對具行政處分性質之改制前高雄市政府63年7月2日高市府警行字第54410號公告提起撤銷訴訟，仍以經合法訴願前置程序為前提，而上開公告期滿迄今遠逾3年，原告已不得對之提起訴願，即不得提起撤銷訴訟，是其起訴自屬不備要件，且不得補正，本院亦無闡明由其更正被告或程序標的之必要。末查原告於本件起訴狀固另記載「確認訴訟」乙詞，然依其訴之聲明，核係提起撤銷訴訟，業如上述，且遍觀其書狀內容，亦均未記載有關確認訴訟之訴之聲明，尚難認其係提起此部分訴訟，併予敘明。

㈢綜上所述，原告以非行政處分之被告系爭決議為程序標的，提起撤銷訴訟，自屬起訴不備要件，且性質上不能補正，依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，原告起訴不合法，應以裁定駁回。

四、結論：原告之訴不合法。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　19　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

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　　7　　月　　19　　日

書記官　鄭　郁　萱