臺中高等行政法院裁定

110年度訴字第355號

原　　告　吳秀珍
　　黃佳偉

共　　同
訴訟代理人　許文鐘　律師
被　　告　雲林縣北港鎮公所

代　表　人　蕭美文
訴訟代理人　李岳曉
參　加　人　黃志端

　　黃得時

上列當事人間陳情事件，本院裁定如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、爭訟概要：

㈠原告吳秀珍、黃佳偉為母女，參加人黃得時、黃志端為原告吳秀珍配偶黃文啟之兄弟，原告二人於民國107年7月間先後以登記原因夫妻贈與取得雲林縣北港鎮好收段609地號土地（權利範圍全部）及登記原因贈與而取得同段613地號土地（權利範圍二分之一）。前參加人黃志端以建築地點北港鎮好收段608、609、613地號土地、自用農舍之建築用途，並取得土地所有權人黃金河之同意，於79年4月間向被告申請建造執照（本院卷第195-215頁），經被告審核後於79年4月

27日核發（79）雲營建字第010號建造執照（本院卷第229頁），嗣於竣工後79年8月間向被告申請使用執照（本院卷第219-227頁），經被告實地丈量尺寸與設計圖相符，而於79年8月24日准予核發79授港營建使字第016號使用執照（本院卷第183、217頁）；另參加人黃得時以建築地點北港鎮好收段605、608、609、613地號土地、養豬場之建築用途，並取得土地所有權人黃李單、黃金河、李啟芳之同意，向被告申請建造執照（本院卷第233-257頁），經被告審核於85年9月18日准予發給（85）雲營建字第049號建造執照（本院卷第263頁），惟因黃得時先行動工，同時依建築法第86條規定罰款新臺幣36,080元，竣工後黃得時於86年10月23日向被告申請使用執照，經被告於86年11月27日准予核發（86）授港營使字第048號使用執照（第259頁）。

㈡原告於110年4月19日向被告陳情，其等所有之609、613地號土地上，黃金河原有之農舍已不復存在，應予廢除建照及使用執照，而黃志端、黃得時之建造執照及使用執照均未經合法程序核發，請求撤銷等語，經被告以110年5月3日港鎮建字第1100006327號函復以：「查本所建築執照登記簿結果，旨揭地號土地曾向本所申請並經審核合格後核發78授港營使字第036號使用執照、79港營使字第016號使用執照、及86港營使字第048號使用執照有案。另經核發之建築執照若建物已不存在，則需依規定檢具相關資料按程序申請拆除執照，經核可後該使用執照即予廢除。」（第169頁）嗣原告再於110年5月7日提出陳情書，陳明被告110年5月3日函復未敘明究竟須檢附何種資料，行何種程序，並請被告針對陳情書之請求，檢附理由為准駁等語，經被告以110年5月19日港鎮建字第1100007562號函復以：「查核發之建築執照若建物已不存在或欲申請拆除，則需依規定檢具相關資料按程序申請拆除執照（相關圖表並上傳至雲林縣政府建築管理資訊系統），茲檢附需依規定檢具之相關資料表乙份。經核可後該使用執照檢還廢除。」原告再於110年5月27日提出陳情書，

主張黃金河之建物早已拆除不存在，被告仍執意要原告檢具資料申請拆除已不存在之建物，甚無實益，且法律依據何在？而被告對原告聲請撤銷黃志端、黃得時現存建物之建築執照及使用執照部分，回覆公文均隻字未提，請被告檢附不應准許之理由等語，經被告以110年6月15日港鎮建字第1100008890號函復以：「核發之建築執照若建物已不存在或欲申請拆除，依規定所需檢具之相關資料本所業於110年5月19日以1100007562號函函復台端有案，相關規定詳載於雲林縣建築管理自治條例等法規。依行政院及所屬各機關處理人民陳情案件要點第一四點規定：同一事由經予適當處理，並已明確答復後，而仍一再陳情者，不予處理。爾後類似事由本所將不再回復。」原告遂對被告前揭110年6月15日函文提起訴願，經雲林縣政府訴願決定不受理。原告不服，提起本件行政訴訟。

二、程序事項

原告原起訴聲明：「先位聲明：被告如附表所示建築執照（即前揭黃志端、黃得時取得建造執照及使用執照）之行政處分均撤銷。備位聲明：確認被告如附表所示建築執照之行政處分均違法。」復於111年1月17日具狀更正先位聲明：「原處分及訴願決定均撤銷。」嗣經本院111年4月13日準備程序向原告確認先位聲明所爭執之原處分為何？經原告表示先位聲明所指之原處分為黃志端、黃得時之建造執照及使用執照，當庭並因認可能超過申請撤銷期間而自行捨棄先位聲明，而逕以備位聲明為本件訴之聲明（本院卷第366頁）。嗣原告再於111年4月22日以行政準備三狀更正訴之聲明，先位聲明：「㈠原處分（雲林縣○○鎮公所110年6月15日港鎮建字第1100008890號函）及訴願決定（雲林縣政府110年10月25日府行方一字第1102910065號訴願決定）均撤銷。㈡被告對於原告110年4月19日之陳情申請，應作成撤銷如起訴狀附表所示之建造執照及使用執照之行政處分。」備位聲明：「確認被告如起訴狀附表所示建築執照之行政處分均違

法。」，並主張先位聲明為行政訴訟法第5條之課予義務訴訟，是原告本件訴訟類型已由起訴之初之撤銷訴訟、確認訴訟，變更為確認訴訟，再變更為課予義務訴訟、確認訴訟，然審酌其請求之基礎事實不變，爰予准許變更。

三、原告起訴主張略以：

㈠原告二人分別為雲林縣○○鎮○○段609、613地號土地之所有權人或共有人，土地上有黃金河、黃志端、黃得時興建之建物，雖曾向被告申請建築執照，但有「重覆使用原告二人土地作為法定空地申請建照，違反建築法第11條第3項」、「申請作為農舍或養豬場使用，但與實際使用狀況不符，未依法申請變更」、「78年間已存在之建物，於85年事後申請建照，違反建築法第28條規定」等情形經原告110年4月19日向被告陳情請求撤銷黃志端、黃得時之建築執照，然被告僅就黃金河於88年間已拆除之建物部分，一再命原告檢附資料申請拆除執照，於110年6月15日函表示類似事由將不再回復，原告方提起訴願及本件行政訴訟。

㈡黃金河於78年間在608、613地號土地蓋有農舍，並向被告申請核發建築執照，而黃得時亦於609地號土地興建母豬舍及母豬運動場，然黃志端仍以608、609、613地號土地為建築基地申請建照，即有重覆利用法定空地之情形，被告應未於核發建照時，派員現場查驗，而未發現黃得時違法興建豬舍使用之情形，即於79年4月27日核發建造執照予黃志端，違反建築法第11條第3項規定。然被告審核黃志端之建造執照申請案時，黃得時之建物已存在，何以無庸列入建蔽率計算、基地是否違反規定重覆申請建築、黃志端申請建築之土地扣除黃得時建物坐落土地後所餘土地面積，是否仍符合法定空地規定。

㈢黃得時於78年間已在609地號土地興建母豬舍及母豬運動場，其後於80年至84年間在605、613地號土地興建母豬舍、看守所、飼料倉庫、堆肥舍、肉豬舍、污水池等建物，卻直到85至86年間方以605、608、609、613地號土地為建築基地

及法定空地，事後向被告機關申請建築執照，被告未查率予核發，顯違反建築法第25條第1項、第28條、第33條、第70條規定。然608、613地號已由黃金河興建農舍，黃得時申請時有法定空地重覆利用之情形，違反建築法第11條第3項之瑕疵。黃得時所興建之豬舍等建物早已非作畜牧設施，而由其親屬作一般居住使用，經原告吳秀珍於97年間陳情，雲林縣政府97年10月8日函復：行政院農委會97年10月7日農牧字第0970155646號公告註銷，雲林縣政府85年5月13日八五府農畜字第057019號函已無從作為被告原處分合法基礎，黃得時未依法變更使用執照所准許之建築物用途，亦違反特定農業區農牧用地之分區使用規則，被告依法應撤銷原處分，以回復原狀。

㈣前揭行政處分均係以原告所有之土地充作建築基地，容任其合法存續，將損及原告使用土地之權利，如該建造許可係違法而遭撤銷，建物之興建不具合法性而為違章建築，乃得拆除回復原狀，然原告未曾就黃志端、黃得時所取得之建造執照及使用執照踐行訴願，且確實可能超過請求撤銷上開建造執照及使用執照之期間，而無法提起撤銷訴訟，原告於110年4月19日向被告陳情請求撤銷黃志端、黃得時上開建築執照，惟被告逾2個月處理期限未就原告申請事項為明確准駁之處置，原告前以甲證10提起課予義務訴願，訴願範圍包含本件起訴狀附表所示被告核發黃志端、黃得時所申請之建築執照，乃提起本件課予義務訴訟，又上開建造執照、使用執照核發已2、30年，且已執行完畢無法回復原狀，故備位請求確認上開建造執照及使用執照違法。

㈤先位聲明：「㈠原處分（雲林縣○○鎮公所110年6月15日港鎮建字第1100008890號函）及訴願決定（雲林縣政府110年10月25日府行方一字第1102910065號訴願決定）均撤銷。㈡被告對於原告110年4月19日之陳情申請，應作成撤銷如起訴狀附表所示之建造執照及使用執照之行政處分。」備位聲

明：「確認被告核發黃志端、黃得時上揭建築執照之行政處分違法。」

四、被告答辯略以：原告主張被告核發黃志端、黃得時之使用執照有法定空地重覆使用之違法瑕疵乙節，黃志端之使用執照，申請使用土地為北港鎮好收段608、609、613地號土地，使用基地面積4004平方公尺，建造之時已取得當時土地所有權人黃金河（原告即繼承自其土地）之土地使用同意書，興建兩層建築，建築面積各層為123.39平方公尺，加計黃金河原領有（78）授港營使字第036號使用執照之面積193.51平方公尺，建蔽率（建築面積與基地面積之比率）0.079未超過10，符合規定且將現有建築面積納入面積檢討。黃得時之使用執照，申請使用土地為同段605、608、609、613地號土地，使用基地面積7005平方公尺，建造之時已取得當時土地所有權人黃李單、黃金河、李啟芳之土地使用同意書，興建豬舍等建築，建築面積為2402.94平方公尺，各項設施興建面積未超過雲林縣政府85年5月13日八五府農畜字第057019號函允許面積，與規定相符。上開建照及使用皆依規定程序審核而核發，未有法定空地重覆使用之違法瑕疵。被告已分別函復原告須依規定檢附相關資料及程序，提出申請撤銷廢除使用執照，何況原告是要撤銷廢除他人合法請領之使用執照，原告僅以一紙陳情書或訴願書即認可撤銷廢除經審核核發之使用執照，對被告函復告知亦置之不理。並聲明：原告之訴駁回。

五、本院之判斷

甲、先位聲明

㈠按「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107條第1項第10款定有明文。次按，原告提起之行政訴訟，其種類為何，應依原告訴之聲明內容以認定之，非依法律規定原告應提起之訴訟種類為何而定（最高行政法院93年度判字

第1359號判決參照）。再按，行政訴訟法第5條規定：「（第1項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。（第2項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」可知，須人民就其「依法申請」之案件，行政機關怠為行政處分或為否准之行政處分，人民始得依上述規定提起課予義務訴訟。而所謂「依法申請」，係指有依法請求行政機關作為的權利之謂，具體而言，即有請求行政機關作成授益處分之法律上依據，如法令上未賦予人民有請求行政機關作成一定行政處分之權利，即令向行政機關有所「申請」，亦非屬「依法申請」之案件。另所謂行政處分，係指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而言。至行政機關所為單純事實之敘述或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生何法律上之效果，自非行政處分，人民即不得對之提起行政爭訟。而行政程序法第168條雖明定：「人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情。」惟本條係基於從寬原則，將行政事務皆列入陳情之可能範圍，即人民對於行政事項，於主觀上有不滿、請求或意見時，均可提出陳情。而因行政行為非均為行政處分，是屬本條所規範得提出「陳情」之事項，尚非即為行政訴訟法第5條規定之「依法申請」甚明。故人民若非就依法可申請之行政處分提起本條之課予義務訴訟，或行政機關並未怠為處分或未為駁回之行政處分，即應認其起訴係不備要件。

㈡又建築法是為實施建築管理，維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻而制定，建築法第1條已明確揭示其

立法宗旨。按建築法第11條規定：「（第1項）本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。（第2項）前項法定空地之留設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，其寬度於建築管理規則中定之。（第3項）應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。」就建築基地應留設法定空地之規範，乃基於建築管理之考量，以落實維護安全及景觀等公共利益之目的，並無保護特定人之意旨。法定空地之留設，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用，對於土地所有人行使對土地之使用權能，產生一定之限制，故建造執照中包括法定空地如何留設，乃行政機關對於公法上具體事件，所為直接對外發生效力之決定，係屬行政處分。然建造執照中所定建築基地留設之法定空地係行政機關職權行使之結果，並未賦予人民得依建築法第11條請求行政機關查明法定空地並撤銷原核發建造執照之請求權，亦即建築法第11條並非人民得據為請求之依據，因之，原告主張依建築法第1條第3項規定，請求被告作成撤銷參加人建築執照之行政處分，其就此並無公法上之請求權可言，其性質僅係促使主管機關發動職權，乃屬建議、舉發之陳情性質。查被告就原告110年4月19日之陳情書，復以110年5月3日函文並敘明：「查本所建築執照登記簿結果，旨揭地號土地曾向本所申請並經審核合格後核發78授港營使字第036號使用執照、79港營使字第016號使用執照、及86港營使字第048號使用執照有案。」等語，顯係被告針對原告陳情書所指土地上之各建物使用執照，查明後認係經該所「審核合格後核發」，並非毫未回應原告所指關於參加人建築執照之陳情事項，惟被告上開110年5月3日函文僅屬就陳情事項之查認結果通知，核屬事實陳述之觀念通知，不具發生法律效果之意思，不符合行政處分之要件，嗣原告再於110年5月7日、27日提出陳情書

（二）、（三），對照前後陳情書內容可知原告係認被告未就其所請撤銷參加人建築執照部分為准駁之回應，核係對行政違失之舉發或行政上權益之維護甚明，此等事項依上述行政程序法第168條規定固屬得提出陳情之事項，然因行政機關對於原告所詢事項之答復，僅為單純理由之說明，並非所謂「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」，是被告於110年5月19日、同年6月15日分別函復原告陳情書（二）、（三），仍非屬行政處分，而關於原告本件爭執之被告110年6月15日函文，除重申已核發之建築執照若建物已不存在或欲申請拆除，應依規檢具資料提出申請外，更僅是說明同一事由前已明確答復，爾後類似事由將不再回復，旨在為單純事實之敘述，或為行政作為與不作為之理由說明，不生何法律上效果，僅屬觀念通知，自非行政處分，應不得對之提起訴願或行政訴訟。從而，因原告110年4月19日之陳情，及被告之函復，不生上述行政訴訟法第5條所稱就人民「依法申請」案件，怠為行政處分或為否准行政處分之情。故關於此類陳情，原告自不得對被告提起行政訴訟法第5條之課予義務訴訟。

㈢綜上所述，本件原告以110年4月19日陳情書請求被告作成撤銷參加人建築執照之行政處分，因其並無公法上之請求權，性質上僅為陳情性質，並非屬於「依法申請」之案件，被告並不負有作為義務，即令被告未依原告所請，原告亦不得主張其有權利或法律上利益受損害，而對被告提起行政訴訟法第5條所定課予義務訴訟。從而，原告提起本件課予義務訴訟，於法不合，且其情形無從補正，應予駁回。

乙、備位聲明

㈠按行政訴訟法第4條第1項規定：「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，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提

起撤銷訴訟。」第6條第1項、第3項規定：「（第1項）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。……（第3項）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。」訴願法第14條第1項、第2項規定：「（第1項）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。（第2項）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。」

㈡準此以論，撤銷訴訟目的在於排除違法行政處分之規制效力，第三人主張行政機關授予他人利益之行政處分有違法，損害其權利或法律上利益之情形，倘該處分之規制效力仍存續中，自應於法定不變期間內，踐行訴願程序後，提起撤銷訴訟救濟。必須行政處分於可得提起訴願期限屆滿前，或依法提起訴願後在訴願決定前，或訴願決定後尚未依法提起行政訴訟前，或於訴訟繫屬中，該違法之行政處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，始得提起或變更為確認行政處分違法之訴訟，此即為確認訴訟補充性原則。申言之，確認行政處分違法訴訟在於彌補人民原來不得提起撤銷訴訟或課予義務訴訟，致無其他救濟途徑之公法上爭議事件，得提起確認訴訟請求救濟，以保障其權益，並非提供人民對於法定救濟期間經過後，已生形式存續力之行政處分，再給予行政爭訟之機會。因此，當事人主張行政處分違法，如未依限提起訴願或撤銷訴訟，致行政處分已發生形式存續力者，則不僅所提起之訴願或撤銷訴訟為不合法，應予不受理或駁回，對於該不可爭訟之行政處分，即不得迂迴提起確認行政處分違法訴訟。否則，基於確認訴訟補充性原則，行政法院應以其起訴有不備要件之不合法而予駁回。從而，第三人對於行政

機關授予他人利益之行政處分不服，若未於法定期間內循序踐行訴願程序後，再提起撤銷訴訟救濟，而逕行提起確認行政處分違法訴訟者，自為法所不許，其起訴即不備程序要件，符合行政訴訟法第107條第1項第10款之不合法情形，且無從命補正，行政法院自應裁定駁回之（最高行政法院109年度上字第519號判決參照）。

㈢經查，被告於79年、85年、86年分別核發予黃志端、黃得時建造執照及使用執照，而其二人申請建造執照前已取得當時土地所有權人之同意乙節，業據被告提出乙證5、乙證6為證，原告雖爭執黃志端所提土地使用同意書缺少613地號土地共有人李啟芳之同意書、黃得時所提文書土地所有權人黃金河、李啟芳之簽名字跡出於一人之手，係偽造而來云云，然查黃志端所使用613地號土地之面積範圍僅限於黃金河之應有部分三分之二，且經黃金河同意使用，尚無共有人李啟芳同意之必要，業據被告到庭陳述明確，復有該地號土地登記簿可參，至黃得時所提同意書之土地所有權人姓名無論是否為同一人所書寫，均蓋有土地所有權人之印章，且該同意書亦未能排除本人授權所為之可能性，況且黃志端、黃得時係於上開土地興建建築物，土地所有權人係可顯而易見自己土地為第三人所使用之事實，然多年來當時之土地所有權人並未有任何反對之意思表示，再者，如原告所知，土地所有權人黃金河於78年間亦曾取得建造執照、使用執照（本院卷第213頁），其顯非無識於土地上興建建築物所應申請之相關行政程序，惟就其子黃志端、黃得時使用上開土地興建建築物，亦從未有反對意見，自不得僅以原告前開所指，遽認黃志端、黃得時所提出之土地使用同意書為偽造。而原告2人現所有之609、613地號土地，於黃志端、黃得時申請相關建築執照之時係為黃金河所有，黃金河於被告核發予黃志端、黃得時上揭建造執照、使用執照時，身為利害關係人並未提起訴願、撤銷訴訟，且上開建造執照、使用執照核發迄今，顯逾訴願法第14條第2項本文及但書之法定不變期間，

上開建造執照、使用執照之行政處分已發生形式存續力，不得再以訴願及行政訴訟等通常救濟方法予以撤銷或變更，且基於法安定性之維護，此等行政處分之形式存續力對於後續繼受相同權利地位之利害關係人，亦生效力，從而，黃金河以下之土地所有權繼受者，包含原告2人在內，自同受行政處分形式存續力之拘束而不得另為訴願、撤銷訴訟。

㈣又建造執照係主管建築機關許可起造人於建築基地上，按其申請工程圖樣及說明書，新建、增建、改建或修建建築物。核其規制內容之性質並不因建築物已竣工領取使用執照，即歸於消滅或不存在，亦非無撤銷使回復原狀之可能。而使用執照則係於建築工程完竣後，由起造人會同承造人及監造人向主管建築機關申請，派員查驗，其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，即發給使用執照，用以管理建築物之使用及安全，使用執照之核發係持續存在之行政處分，並未歸於消滅或不存在，亦非無撤銷而回復未經核發使用執照狀態之可能。查黃志端、黃得時係分別於79年、85年、86年取得建造執照、使用執照，其時之土地所有權人黃金河，於法定救濟期間經過，未為訴願、行政訴訟，已生行政處分之形式存續力，原告2人同受拘束，業如前述，原告2人不僅不得再提起訴願、撤銷訴訟，核諸前開說明及規定，原告亦不得對於不可爭訟之行政處分，迂迴提起確認行政處分違法訴訟，是原告本件起訴備位聲明違反行政訴訟法第6條第3項規定之確認訴訟補充性原則，自非法所許，而此情形無從補正，應從程序上裁定駁回其訴。至原告起訴意旨關於實體事項之主張，基於程序不合，實體不究原則，自無論駁之必要，併予敘明。

六、結論：原告之訴不合法。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　10　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法官　劉錫賢

法官　莊金昌

法官　楊蕙芬

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提起抗告（須依對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　10　　日

書記官　林昱妏