

最 高 行 政 法 院 裁 定

110年度抗字第62號

抗 告 人 張雪馨

訴訟代理人 陳建勳 律師

相 對 人 臺北市政府都市發展局

代 表 人 黃一平

訴訟代理人 陳郁涵 律師

上列當事人間申請使用執照事件，對於中華民國109年12月30日臺北高等行政法院109年度訴字第257號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由臺北高等行政法院更為裁判。

理 由

- 一、本件行政訴訟提起抗告後，相對人代表人由黃景茂變更為黃一平，茲據新任代表人具狀承受訴訟，核無不合，先予敘明。
- 二、抗告法院認為抗告為有理由者，應廢棄或變更原裁定；非有必要，不得命原法院或審判長更為裁定，行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第492條規定甚明。
- 三、抗告人為101建字第0322號建造執照（下稱系爭建照）工程（下稱系爭工程）之起造人，因系爭工程涉及損害臺北市○○區○○路000巷00號及00號建物，經相對人所屬臺北市建築管理工程處（下稱建管處）於民國100年1月27日辦理會勘後，依臺北市建築施工損鄰事件爭議處理規則（下稱損鄰處理規則）第4條規定予以列管（下稱損鄰列管）。嗣抗告人以104年11月25日申請書向相對人申請系爭工程即門牌號碼臺北市○○區○○路000巷00號等建物（下稱系爭建物）之使用執照（下稱系爭使用執照）【下稱104年11月25日之申請】，經相對人審查後勾選不合格事項以104年12月9日北市都建字第10463028000號函，下稱104年12月9日函）通知抗告人改善。之後抗告人以105年8月12日撤銷列管申請

01 書向相對人申請撤銷系爭工程損鄰列管（下稱撤銷損鄰列管
02 申請），經建管處以105年8月22日北市都建施字第10537117
03 600號函復抗告人，請其依損鄰處理規則第5條第1項第3款規
04 定辦理撤銷損鄰列管事宜。抗告人就該函復提起訴願，經臺
05 北市政府以106年1月25日府訴二字第10600010600號訴願決
06 定：「相對人應於決定書送達之次日起50日內速為處分。」
07 在案。嗣相對人依上開訴願決定意旨，審認系爭工程損鄰列
08 管後續處理程序未依損鄰處理規則第5條規定辦理完成，以1
09 06年3月3日北市都建字第10630862700號函（下稱106年3月3
10 日函）否准抗告人撤銷損鄰列管之申請。抗告人循序提起行
11 政訴訟，經原審106年度訴字第1356號判決（下稱他案判
12 決）駁回確定在案。其後抗告人再以108年5月27日申請書
13 （相對人收文日：108年6月5日）檢附使用執照竣工勘驗審
14 查項目表，向相對人申請核發系爭使用執照【下稱108年5月
15 27日之申請】，經相對人以108年6月11日北市都建字第1083
16 051618號函（下稱108年6月11日函）復略以：有關係爭工程
17 「損鄰列管尚未解列」申請使用執照案，相對人業以106年3
18 月3日函答覆在案，並經他案判決駁回確定等語。抗告人復
19 以108年6月27日再次申請核發使用執照函（下稱108年6月27
20 日申請書）申請准予核發系爭使用執照【下稱108年6月27日
21 之申請】，並表示相對人106年3月3日函及他案判決均係針
22 對解除損鄰列管之申請，與108年5月27日之申請非同一事
23 件。案經相對人以108年7月10日北市都建字第1083058847號
24 函（下稱108年7月10日函）復略以，有關抗告人反映系爭工
25 程損鄰列管尚未解列欲申請使用執照疑義案，相對人108年6
26 月11日函已有敘明。嗣抗告人以相對人不作為為由，提起訴
27 願，經臺北市政府以108年10月25日府訴二字第1086103603
28 號訴願決定（下稱108年10月25日訴願決定）：「相對人應
29 於決定書送達之次日起30日內速為處分。」嗣相對人以108
30 年11月25日北市都建字第1083143291號函（下稱108年11月2
31 5日函）通知抗告人略以，抗告人經審查為損害鄰房有案

01 者，且尚未依程序辦理完竣，故是否符合核發使用執照核要
02 件，相對人已另函請內政部函釋中，俟該部回函並統整意見
03 後，相對人將依法處分等語。抗告人仍不服，提起本件行政
04 訴訟，並聲明：相對人依抗告人104年11月25日之申請【掛
05 號號碼：（104）8381-00號】，作成核准發給使用執照之處
06 分。嗣於原審審理中，復追加備位聲明：相對人應依抗告人
07 108年5月27日之申請，作成核准發給使用執照之處分及次備
08 位聲明：相對人應依抗告人108年6月27日之申請，作成核准
09 發給使用執照之處分。經原審裁定抗告人之訴及追加之訴均
10 駁回。抗告人猶不服，提起本件抗告，聲明請求原裁定廢
11 棄，抗告人於原程序之訴應予准許或發回由原審更為裁判。

12 四、原裁定以：(一)抗告人主張係依行政訴訟法第5條規定請求訴
13 之聲明第1項「相對人應依抗告人104年11月25日之申請【掛
14 號號碼：（104）8381-00號】，作成核准發給使用執照之處
15 分」。稽之相對人就104年11月25日之申請業已作成行政處
16 分（即相對人104年12月9日函），記載內容略以：「說明：
17 ……□案經審查結果，仍有部分事項未符合規定，詳如附
18 件，『退請』修正後，再行送審。□如有不服，請依訴願法
19 第14條及第58條規定，自本件行政處分書到達之次日起30日
20 繕具訴願書，向本局（按即相對人）遞送……」且相對人已
21 明示經審查結果，仍有部分事項未符合規定，而將104年11
22 月25日之申請退請修正後，再行送審，相對人無其他後續處
23 理等情，均據相對人說明在卷。可知，此為相對人就具體申
24 請案件作成之否准處分，自發生否准之法律效果。抗告人為
25 104年11月25日之申請後，業據相對人就該申請作成行政處
26 分，抗告人收受該處分後，因未於法定救濟期間內提起訴
27 願，即提起課予義務訴訟，顯不符須經合法訴願之前置要
28 件，其起訴亦不合法，且不能補正，依行政訴訟法第107條
29 第1項第10款規定應以裁定駁回其訴。另依抗告人其後申請
30 核發使用執照之文義，明確記載係另依108年5月27日之申請
31 及108年6月27日之申請核發使用執照，且相對人108年7月10

01 日函及臺北市政府108年10月25日訴願決定顯非就104年11月
02 25日之申請所作成之行政處分及訴願決定，至為明確。相對
03 人104年12月9日函已明確依建築法第70條規定記載另為報請
04 查驗無訛後，始得另為申請使用執照之核發，並載明提起訴
05 願程序之教示條款，且將文件退還抗告人，而抗告人就相對
06 人104年12月9日函並未提起訴願，亦未舉證是否業依該函內
07 容報請查驗無訛。從而抗告人主張相對人就104年11月25日
08 之申請之准駁內容為相對人108年7月10日函，相對人104年1
09 2月9日函是補正處分，而不是駁回系爭使用執照申請的處分
10 云云，即無足取。(二)抗告人起訴狀訴之聲明因有不明瞭及不
11 完足之處，經原審審理時闡明，令抗告人敘明及補充之，抗
12 告人主張訴之聲明第1項為相對人應依104年11月25日之申
13 請，作成核准發給使用執照之處分。抗告人於原審行準備程
14 序終結後始為訴之追加備位聲明「相對人應依抗告人108
15 年5月27日之申請，作成核准發給使用執照之處分」及次備
16 位聲明「相對人應依抗告人108年6月27日之申請，作成核准
17 發給使用執照之處分」，有礙訴訟之終結且妨礙相對人攻擊
18 及防禦。況抗告人上開訴之追加內容未具體明確，且為相對
19 人所不同意，原審認抗告人上開訴之追加均為不適當，即屬
20 不合法而不應准許，併予裁定駁回等語，駁回抗告人在原審
21 之訴。

22 五、抗告意旨略以：兩造當事人於109年12月9日原審言詞辯論
23 時，均不爭執相對人104年12月9日函中「退請修正後，再行
24 送審」之記載，並非終局駁回抗告人申請使用執照核發之行
25 政處分，僅係要求抗告人對於申請使用執照之「補正」程序
26 而已。一般行政實務對於不發生終局准駁之補正，均認為係
27 觀念通知，抗告人無從對其提起訴願或行政訴訟，而實際上
28 抗告人已就該補正通知為相關補正，惟相對人仍不作出任何
29 准駁之處分，抗告人提起本件課予義務訴訟，自有理由。又
30 相對人於本件訴訟前，亦不爭執相對人104年12月9日函非屬
31 駁回處分，此對照相對人就抗告人108年5月27日之申請、10

01 8年6月27日之申請，於收文後並未重新編訂收件日期、字
02 號，亦可證明。原審將通知補正之觀念通知，認定為駁回申
03 請之行政處分，並以此認為抗告人未就駁回申請之行政處分
04 提起訴願，進而駁回抗告人於原審之訴，實屬可議等語。

05 六、本院查：

06 (一)行政訴訟法第125條第1、2、3項規定：「(第1項)行政法
07 院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。(第2
08 項)審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之
09 辯論。(第3項)審判長應向當事人發問或告知，令其陳述
10 事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或
11 陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」同法第
12 5條規定：「(第1項)人民因中央或地方機關對其依法申請
13 之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或
14 法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起
15 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
16 訟。(第2項)人民因中央或地方機關對其依法申請之案
17 件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經
18 依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分
19 或應為特定內容之行政處分之訴訟。」課予義務訴訟之目的
20 在於取得依法申請之行政處分或特定內容之行政處分。又行
21 政程序法第174條規定：「當事人或利害關係人不服行政機
22 關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明
23 不服時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或
24 本法或其他法規另有規定者，不在此限。」查行政機關尚未
25 作成完全及終局之決定前，為推動行政程序之進行，所為之
26 指示或要求，為準備行為。準備行為如具有規制之性質，但
27 尚非完全、終局之規制，為程序經濟，不得對其獨立進行行
28 政爭訟，而應與其後之終局決定，一併訴請撤銷。此即前引
29 行政程序法第174條前段明文所定。再建築法第70條第1項規
30 定：「建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申
31 請使用執照。直轄市、縣(市)(局)主管建築機關應自接到申

01 請之日起，10日內派員查驗完竣。其主要構造、室內隔間及
02 建築物主要設備等與設計圖樣相符者，發給使用執照，並得
03 核發謄本；不相符者，1次通知其修改後，再報請查驗。但
04 供公眾使用建築物之查驗期限，得展延為20日。」依前引建
05 築法第70條第1項規定可知，建築工程完竣後，起造人會同
06 承造人及監造人申請使用執照，由前開主管建築機關，於前
07 開規定期限內派員查驗完竣，如符合前開規定者，發給使用
08 執照；不相符者，乃1次通知其修改後，再報請查驗。故申
09 請人之申請目的係請准核發使用執照，如該申請因尚未符合
10 規定，而由該主管建築機關通知修改事項後再為報驗，因該
11 主管建築機關就此申請，係依前揭規定通知申請人修改，尚
12 待申請人再報請查驗後始為准駁決定，則該通知修改之補正
13 通知乃主管建築機關為核發使用執照與否之決定前，為推動
14 該行政程序之進行所為之準備行為，固具有規制性質，除申
15 請人認其已符合申請要件，毋庸補正外，尚非完全、終局之
16 規制，當事人或利害關係人不服，僅得於對實體決定聲明不
17 服時一併聲明之。

18 (二)經查抗告人前以104年11月25日申請書向相對人提出104年11
19 月25日之申請，經相對人以104年12月9日函復抗告人，記載
20 內容略以：「說明：□復臺端104年11月25日申請案。□案經
21 審查結果，仍有部分事項未符合規定，詳如附件，退請修正
22 後，再行送審。□如有不服，請依訴願法第14條及第58條規
23 定，自本件行政處分到達之次日起30日內繕具訴願書，向本
24 局（按即相對人）遞送……」等語（相對人104年12月9日函
25 參見原審卷第163頁，該函所載「附件」參見原審卷第117
26 頁），抗告人爭執前揭函文為補正處分，而原審於言詞辯論
27 期日，經審判長詢相對人訴訟代理人「被證13（即相對人10
28 4年12月9日函）係是否為行政處分？是駁回處分，還是補正
29 處分？」相對人訴訟代理人表示「被證13是行政處分，此處
30 分是補正處分，但原告（即抗告人）未就補正處分提出訴
31 願。」相對人訴訟代理人復表示略以，該部分有與相對人確

01 認過，相對人認為駁回抗告人申請，涉及抗告人利益重大，
02 故以補正方式處理等語（參見原審卷第386頁）是依上可知，
03 抗告人及相對人均認為相對人104年12月9日函係命抗告
04 人為「補正處分」。至相對人104年12月9日函之性質為何，
05 可否單獨對之提起行政救濟？茲依該函意旨及前引建築法第
06 70條第1項規定可知，相對人就抗告人申請系爭使用執照，
07 經審查後僅通知抗告人修改事項，對於抗告人該申請是否為
08 准、駁處分，尚待抗告人就該修改事項為報驗後再為處理。
09 此由相對人104年12月9日函中所稱之「附件」即「相對人使
10 用執照竣工勘驗審查項目表」中就查核結果，於第1次審查
11 結果有勾選「符合」或「不符合」之情，但於第1次複查部
12 分，並未就查核結果究為「符合」或「不符合」予以勾選；
13 復稽之該表備註欄第2點註明「第1次審查需對審查項目勾選
14 『符合』或『不符合』意見；不符項目並描述不符內容；複
15 查時得僅對不符項目。」等語，然於複查部分迄未就查核結
16 果為任何勾選。是可知104年11月25日之申請，除經相對人
17 為第1次審查外，尚須經複查程序始會有處理結果，且相對
18 人亦尚未就該處理結果回覆抗告人。參據前引行政程序法第
19 174條規定及前揭說明，前開相對人所為通知抗告人修改補
20 正函之性質應係相對人對於抗告人申請核發系爭使用執照
21 准、駁前之具規制性之準備行為，且抗告人並未認其已符申
22 請要件，毋庸補正，則該補正函尚非完全、終局之規制，抗
23 告人如有不服，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。
24 故抗告人主張相對人104年12月9日函係通知抗告人補正修改
25 事項，相對人尚未為核發系爭使用執照之准、駁處分，即無
26 不合。又相對人既尚未就抗告人104年11月25日之申請為
27 准、否核發系爭使用執照之終局處分，不因相對人104年12
28 月9日函其後載有教示條款，即謂抗告人已逾救濟期間，而
29 不得再提起行政救濟。原裁定認為相對人104年12月9日函係
30 就104年11月25日之申請所為之駁回處分，且未就前揭相對
31 人所陳該函文係「補正處分」等語何以不足採之理由，僅以

01 相對人104年12月9日函文所載，及援引原審部分言詞辯論筆
02 錄內容，遽予認定相對人就抗告人104年11月25日之申請，
03 已有准、駁之否准處分，於法未合，亦有認定事實未依證據
04 及理由不備之違誤。且查抗告人嗣固以108年5月27日申請書
05 向相對人提出申請，惟觀諸該申請書所載內容為「主旨：因
06 101建字第0322號工程之竣工缺失已查驗合格，特此申請核
07 發使用執照，……。說明：1.旨揭建造執照工程前已竣工，
08 並於104年11月25日掛件申請使用執照。2.因本人已將使用
09 執照竣工勘驗審查項目表（詳如後附）內載有多項未合格之
10 事項已逐一補正完畢呈請鈞局（按即相對人）准將使用執照
11 核發申請人，以維人民權利。」嗣經相對人以108年6月11日
12 函復後，抗告人又提出108年6月27日申請書，所載內容為：
13 「主旨：再次申請准予核發使用執照，兼覆貴局（按即相對
14 人）108年6月11日函……。說明：……□本人前於108年5月
15 27日向貴局提出申請核發使用執照。惟貴局回覆略謂：
16 ……，蓋貴局前開所指無論函覆或行政訴訟，均是針對解除
17 鄰損列管之申請案而生，與本108年5月27日所提申請核發使
18 用執照案，非屬同一事件，尚祈貴局諒察，准予核發使用執
19 照。□倘貴局否准（駁回）本件核發使用執照之申請，亦請
20 具體敘明理由，俾符法制。」等語（參見原審卷第27～28
21 頁、第31～32頁），茲依上揭申請內容觀之，抗告人108年5
22 月27日申請書表明係就104年11月25日申請使用執照乙事，
23 因已將使用執照竣工勘驗審查項目表內載有多項未合格之事
24 項逐一補正完畢，故請求相對人准許核發使用執照。而108
25 年6月27日申請書則係重申108年5月27日申請書所為申請意
26 旨，並兼就相對人108年6月11日函為函覆說明。故依上揭抗
27 告人所提出之2函文意旨觀之，明白表示係就其104年11月25
28 日之申請，因已補正完畢，故請相對人為准許核發使用執照
29 之處分，可知抗告人因認其就104年11月25日之申請，已補
30 正完畢，故以108年5月27日申請書向相對人提出申請，茲因
31 相對人仍未為處分，復以108年6月27日申請書再為申請，是

01 實質上此2次申請乃延續104年11月25日之申請，該2次申請
02 與104年11月25日之申請乃同屬一事。復查抗告人於108年8
03 月16日向臺北市政府提起訴願，其訴願聲明係表明相對人應
04 對於抗告人104年11月25日之申請，作成核准發給使用執照
05 之處分，其意旨亦表明其於104年11月25日提出申請，經相
06 對人派員為第1次審查後，勾選不合格事項通知抗告人改
07 善，抗告人於逐一改善完成後，再於108年5月27日申請核發
08 使用執照，惟相對人卻未於法定期間作成准、駁之決定，嗣
09 抗告人復於108年6月27日催請相對人核發使用執照，惟相對
10 人仍不為任何決定，則自抗告人104年11月25日申請核發使
11 用執照起已逾數年，即便自108年5月27日通知改善完成起
12 算，亦已2月有餘，相對人顯有對於法定申請案件依法應作
13 為而不作為之情事，因而提起訴願等語（參見原審卷第297
14 ～299頁），可見抗告人表明於其104年11月25日之申請，經
15 相對人通知改善後，業經完成改善，請相對人作成准予核發
16 使用執照之處分，惟相對人卻遲未作處分，因此提起訴願，
17 難認抗告人就104年11月25日之申請，未提起訴願。又抗告
18 人以相對人不作為為由，提起訴願，亦經臺北市政府以108
19 年10月25日訴願決定命相對人應於決定書送達之次日起30日
20 內速為處分，惟相對人猶以108年11月25日函通知抗告人略
21 以其將於待內政部回函並統整意見後，再依法處分等語（參
22 見原審卷第41頁），而於原審審理時仍未為准、駁之行政處
23 分。相對人訴訟代理人並陳述略以，依被證13補正事項內
24 容，抗告人尚未完全補正，是以相對人尚無法作出核准給予
25 使用執照的處分，……對於抗告人是否依被證13提供相關資
26 料補正部分，除損鄰事件外，尚需相對人確認，如認後續有
27 必要，則請原審函詢之。亦即相對人認為此部分屬使用執照
28 審查判斷事項，此部分尚待調查，原審若認為抗告人辦理進
29 度在何種程序的話，還是要請原審直接函詢調查等語（參見
30 原審卷第387、388頁）。據上可知抗告人自104年11月25日
31 為系爭使用執照之申請暨其主張於108年5月27日已補正通知

01 修改事項後，相對人迄原審審理時，已逾多時，猶未作成
02 准、駁處分。抗告人因相對人不作為提起訴願，其訴願聲明
03 係請求相對人應對抗告人104年11月25日之申請，作成核准
04 發給使用執照之處分。嗣固經訴願機關命相對人於一定期限
05 內為處分，但抗告人係聲明請求命相對人為核准發給使用處
06 分之處分，故該訴願決定並未滿足其請求，且因前開訴願決
07 定並未載明不服該決定之教示條款，依訴願法第92條第2項
08 規定，抗告人在該訴願決定送達後1年內已向原審提起本件
09 行政訴訟，應視為於法定期間內提起。是本件應認抗告人所
10 提課予義務訴訟，業經合法訴願程序。參諸相對人104年12
11 月9日函係命抗告人為補正修改事項之準備行為，須待相對
12 人為准、駁之終局決定後，始得一併聲明不服；而相對人10
13 8年6月11日函係告知抗告人有關係爭工程損鄰列管尚未解列
14 申請使用執照乙案，經他案判決駁回確定之情，至相對人10
15 8年7月10日函係重述相對人108年6月11日函意旨，該2函與
16 本件抗告人申請核發系爭使用執照乙案係屬二事，此有前揭
17 3函文及他案判決在卷可按（參見原審卷第163頁、第29頁、
18 第33頁、第43～53頁）。原審未予究明，以抗告人108年5月
19 27日之申請及108年6月27日之申請，相對人已以108年6月11
20 日函及108年7月10日函為函復，抗告人復提起訴願等情，認
21 此屬抗告人所為之另件申請，並以抗告人104年11月25日之
22 申請，業經相對人104年12月9日函復，惟抗告人未於法定救
23 濟期間內提起訴願，而以其訴不合法裁定駁回，未予實體審
24 理，核有違誤。

25 (三)又行政訴訟法第111條第3項規定：「有下列情形之一者，訴
26 之變更或追加，應予准許：……□訴訟標的之請求雖有變
27 更，但其請求之基礎不變。……」抗告人本件係因系爭建物
28 申請核發系爭使用執照，其認已補正完畢，故報請相對人查
29 驗後核發系爭使用執照，其固歷經104年11月25日之申請，
30 復以108年5月27日申請書報請查驗，及以108年6月27日申請
31 書重申申請之旨，但其申請目的均係為系爭建物申請核發系

01 爭使用執照，108年5月27日之申請及108年6月27日之申請均
02 係延續104年11月25日之申請而來，故其請求之基礎乃屬不
03 變。原審自應闡明前揭備位聲明、次備位聲明均屬同一件申
04 請案，並請抗告人為適當之聲明，原裁定卻以抗告人在準備
05 程序後始為追加備位聲明及次備位聲明，有礙訴訟之結終且
06 妨礙相對人攻擊及防禦，又抗告人所為此部分追加內容未具
07 體明確，復為相對人所不同意，故認其此部分追加之訴不合
08 法而駁回其訴，亦有未合。

09 (四)綜上所述，原裁定核有違誤，抗告論旨執以指摘原裁定違
10 法，求予廢棄，非無理由，應予准許。爰將原裁定廢棄，由
11 原審調查後，另為適法之裁判。另抗告人於原審係依行政訴
12 訟法第5條第1項規定提起課予義務訴訟，然抗告人於原審僅
13 聲明：相對人應依抗告人104年11月25日之申請，作成核准
14 發給使用執照之處分，未一併聲明將108年10月25日訴願決
15 定撤銷，則本案發回後，原審自應闡明抗告人為正確且完足
16 的訴之聲明，原審宜一併注意，附此敘明。

17 七、據上論結，本件抗告為有理由，依行政訴訟法第272條、民
18 事訴訟法第492條，裁定如主文。

19 中 華 民 國 111 年 4 月 13 日

20 最高行政法院第二庭

21 審判長法官 吳 東 都

22 法官 王 俊 雄

23 法官 林 妙 黛

24 法官 侯 志 融

25 法官 陳 秀 嫻

26 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

27 中 華 民 國 111 年 4 月 13 日

28 書記官 陳 映 羽