臺中高等行政法院裁定

109年度訴字第83號

原　　告　陳建民
訴訟代理人　林見軍　律師
被　　告　彰化縣埔鹽鄉公所
代　表　人　許文萍
訴訟代理人　楊錫楨　律師
複代理人　呂家瑤　律師

上列當事人間因建築執照事件，原告提起行政訴訟，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、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。……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」行政訴訟法第107條第1項第10款定有明文。另「（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。」復經同法第5條所明定。依前揭行政訴訟法第5條第1項規定，人民對於依法申請之案件，中央或地方機關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，固得向行政法院提起請求判命該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之課予義務訴訟，惟應先經訴願程序後，始得為之。而此處所稱「經依訴願程序」係指合法提起訴願而言，若未經合法之訴願程序，遽行提起行政訴訟，即屬不備起訴之要件，應依行政訴訟法第107條第1項第10款後段規定裁定駁回之。惟為保障人民之訴訟權利，若訴願機關受理人民所提起之訴願，有怠於作成訴願決定之情形，此時亦應例外地准許人民逕行提起行政訴訟。又依訴願法第85條規定，訴願之決定應自收受訴願書之次日起3個月內為決定，或於必要時延長2個月為決定，是訴願機關是否有怠於作成訴願決定之情形，當可由此裁決義務之違反與否判斷之，若無此義務之違反，自無可由當事人逕向行政法院訴請撤銷原處分之餘地（最高行政法院94年度裁字第2858號裁定意旨參照）。

二、原告雖起訴主張被告於民國（下同）109年2月26日以鹽鄉建字第1090001502號函覆，檢還原告原申請建築執照之書圖而為退件，並要求按函文說明三內容修正後重新送件，仍採消極之作為方式，不為正式的核准或駁回之行政處分，面對被告長時間之消極不作為，不管上開被告之退件函覆是否為行政處分，原告依法都有再向彰化縣政府提起訴願之權利，並已依法提起訴願，是原告為免權益受損，特依行政訴訟法第5條第1項規定訴請被告應依申請作成准許核發建築執照之行政處分等語。經查，原告係依行政訴訟法第5條第1項規定提起本件課予義務訴訟，依前揭說明，自應經合法之訴願程序，始得為之。惟原告不服被告針對其申請建築執照案所作成109年2月26日鹽鄉建字第1090001502號函覆，雖已於109年3月26日向彰化縣政府提起訴願（參見本院卷第75頁），惟迄

今仍在訴願程序審理中，尚未作成訴願決定，有彰化縣政府109年4月17日府法訴字第1090128262號函在卷足憑（參見本院卷第73頁至第74頁），並經本院依職權以公務電話查詢確認在案，有該公務電話紀錄在卷可參。原告依行政訴訟法第5條第1項規定提起本件課予義務訴訟，既尚未作成訴願決定，且依訴願法第85條第1項規定，訴願機關至少應有3個月之審查期間，迄今訴願機關受理原告所提起之訴願，尚未逾3個月，自難認定訴願機關受理原告所提起之訴願，有怠於作成訴願決定之情形。依照上開說明，原告未合法踐行訴願前置程序，即提起本件課予義務訴訟，自有不備起訴要件之違法，應以裁定駁回之。

三、依行政訴訟法第107條第1項第10款、第104條，民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　4　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　莊　金　昌

法　官　陳　文　燦

法　官　劉　錫　賢

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　　109　　年　　5　　月　　4　　日

書記官　許　騰　云