臺北高等行政法院判決

107年度訴字第1371號

）FKT64W1Z1X5L0;@108年6月13日辯

原　　告　中郵通股份有限公司
代　表　人　吳正興（董事長）
訴訟代理人　顏瑞成　律師
　　林子陽　律師
被　　告　陽明山國家公園管理處
代　表　人　劉培東（處長）
訴訟代理人　王棟樑　律師

上列當事人間建築法事件，原告提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

理　由

一、程序事項：

本件原告起訴後，被告之代表人已由詹德樞變更為劉培東，茲由新任代表人具狀聲明承受訴訟（參本院卷第153頁），核無不合，應予准許。

二、緣被告前於民國102年12月6日以營陽遊字第1020007214號函（下稱系爭處分）現場張貼告示，通知原告其所有坐落臺北市○○區○○路○○號建物（下稱系爭建物）之構造已違反建築法第25條規定，依同法第86條規定應予拆除。原告於102年12月12日下午，由訴外人劉政池代表原告簽立切結書（下稱系爭切結書）與被告成立行政和解契約，達成合意之契約內容「針對B區建材新舊疑義一節，兩造合意共同委由第三方公正者加以檢驗，如經檢驗為新建材，中郵通公司願自行

拆除；若非新建材，則兩造合意保留不予拆除之，被告不再執行系爭行政處分。」等語。詎被告以107年8月14日營陽遊字0000000000號函，命原告限期自行將B區未拆除部分拆除。

原告不服，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張略以：

原告與被告間對於原告所有之系爭建物之B區部分是否拆除，立有行政契約。被告作成系爭處分，草率認定系爭建物全部（面積892.73平方公尺）均有修、改建為混凝土加強磚造一至二層之情事而應予拆除。斯時，由於事出緊急，於102年12月12日下午3時許，訴外人「劉政池」乃代表原告公司與時任陽管處處長之訴外人「陳茂春」於陽管處之二樓協調，協調過程中，「劉政池」極力向被告機關爭取免拆或緩拆，而「陳茂春」因自忖系爭處分恐有重大瑕疵（蓋被告認定系爭建物有改、修建，全憑目測主觀判斷，從未鑑定），為補正該行政處分之適法性，乃要求「劉政池」代表原告公司簽立切結書，並同意原告倘若簽立切結書，則原告公司之系爭建物B區即可暫不拆除，待將B區建材採樣鑑定其新舊後，再行決定其拆、留與否，雙方至此成立和解契約。上開「劉政池」代表原告公司與「陳茂春」代表被告機關商討之過程，有錄音檔案（待整理完成後一併提出），錄音中「陳茂春」要求「劉政池」簽立切結書時，明確表示同意將B區保留送鑑定後，待鑑定結果顯示確實使用舊建材者，即可予以保留。被告應履行系爭行政和解契約之內容，廢止系爭拆除處分有關於B區之部分。並求為判決：1.被告應廢止系爭處分關於拆除附圖所示B區（見本院卷第31頁）建物之行政處分。2.訴訟費用由被告負擔。

四、被告抗辯略以：

兩造間並未就系爭建物之B區部分是否拆除訂立行政契約。系爭處分業已確定，且該確定判決業已就原告所提鑑定報告認定並不足以影響原處分所為違章建築之認定。原告前亦請求確認系爭處分B區部分為無效。案經本院106年度訴字第535號裁定駁回原告之訴及最高行政法院106年度裁字第1868號駁回抗告在案，並求為判決：1.原告之訴駁回。2.訴訟費用由原告負擔。

五、本院查：

（一）按行政訴訟法第8條第1項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」該條項係關於一般給付訴訟之規定，是為實現公法上給付請求權而設。故人民提起一般給付訴訟，須以請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上之給付為限。次按「（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。」亦為同法第5條所規定。

（二）再按「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事

實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。……」為行政訴訟法第125條第1項至第3項所明定。我國行政訴訟有撤銷訴訟、課予義務訴訟、確認訴訟及一般給付訴訟等不同類型，而訴訟種類之選擇，攸關人民得否在一次訴訟中達到請求法院保護其權利之目的，故當事人於事實及法律上之陳述如有未明瞭或不完足之處，或訴訟種類選擇錯誤時，審判長固應行使行政訴訟法第125條第3項所定之闡明權。惟如當事人有委任專業律師為其訴訟代理人，則關於審判長闡明之密度，應與當事人本人為訴訟行為之情形有別（最高行政法院107年度裁字第2156號裁定意旨參照）。

（三）原告起訴請求被告應廢止系爭處分關於拆除附圖所示B區建物之行政處分，核屬行政訴訟法第5條第2項所定請求被告應為特定內容之行政處分之課予義務訴訟，經本院於108年6月13日言詞辯論時，對原告所委任之訴訟代理人（律師）闡明：「先位之訴之訴訟種類？原告是請求被告作成廢止之行政處分，應係課予義務訴訟。起訴狀記載行政訴訟法第8條應有錯誤，應係第5條。原告是否堅持提起一般給付訴訟？」等語，原告訴訟代理人答稱：「先位聲明第1項我們還是依據行政訴訟法第8條提起一般給付訴訟好了，之前原告沒有提出申請。」等語（本院卷第223-22 4頁）。則本院業已闡明原告起訴之訴訟種類得否達到請求目的，並詢問原告訴訟代理人有何因應之處置，惟原告訴訟代理人仍堅持續行一般給付訴訟，則本於處分權主義，本院即應以給付訴訟為審理，已盡行政訴訟法第125條第3項之闡明義務。按訴訟類型之選擇屬當事人處分權範疇，

原告提起之訴訟類型為一般給付訴訟，並非課予義務訴訟，其訴訟類型之選擇自有未合，其訴不備訴訟要件，為不合法。又人民提起一般給付訴訟，須以請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上之給付為限，已如前述，則原告依據行政訴訟法第8條規定，請求被告應廢止系爭處分關於拆除附圖所示B區建物之行政處分，於法不合，為無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，原告請求調查證據，亦無必要，附此敘明。

六、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　年　　7　　月　　11　　日

臺北高等行政法院第五庭

審判長法　官　林　惠　瑜

法　官　洪　遠　亮

法　官　張　瑜　鳳

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、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1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件

（續上頁）

㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備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，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡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.上訴人之配偶、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.上訴人為公法人、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㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　11　　日

書記官　劉　育　伶