高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
111年度訴字第292號
民國113年8月29日辯論終結

原　　告　李蔡麗月（即吳順利等23人之被選定人）

　　陳志成（即吳順利等23人之被選定人）

上二人共同
訴訟代理人　林石猛　律師
　　高鈺婷　律師
被　　告　高雄市政府工務局

代　表　人　楊欽富
訴訟代理人　楊瑜琦
　　楊森閔
　　余佩君
輔助參加人　高雄市政府經濟發展局

代　表　人　廖泰翔
訴訟代理人　林志憲
　　黃柏景

上列當事人間建築法事件，原告不服高雄市政府中華民國111年7月6日高市府法訴字第11130499600號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、本件於民國111年6月22日修正公布、112年8月15日施行之行政訴訟法施行前已繫屬於本院，於修正行政訴訟法施行後尚未終結，依行政訴訟法施行法第18條第1款前段規定，應適用舊法（即修正前行政訴訟法）審理，合先敘明。

二、行政訴訟法第29條第1項、第3項規定：「（第1項）多數有共同利益之人得由其中選定1人至5人為全體起訴或被訴。……（第3項）訴訟繫屬後經選定或指定當事人者，其他當事人脫離訴訟。」原告李蔡麗月、陳志成及選定人吳順利、李順義、李施春蝦、吳健二、黃仙化、陳志忠、蘇淑娟、張蔡秀粉、簡麗淑、劉人毓、林陳澄代、劉陳聰華、孫子健、許英基、王信發、許朝欽、張月麗、李義風、莊仲義、洪上榮、洪進春等23人主張渠等係多數有共同利益之人，選定原告李蔡麗月、陳志成為全體起訴，有選定當事人選定書在卷可稽（本院卷一第323至325頁），合於上開選定當事人之規定，自屬適法。

三、原告起訴時訴之聲明原為：「確認原處分1（即被告110年10月23日高市工務建字第00000000000號函）、原處分2（即被告110年10月29日高市工務建字第00000000000號公告，與原處分1合稱為原處分）違法。」（本院卷一第11頁）嗣原告於111年11月28日追加其聲明為：「1.確認原處分違法。2.被告應給付原告新臺幣（下同）6,900萬元。」（本院卷一第285頁）被告亦已陳明對於上開訴之追加並無意見（本院卷一第296頁）。則原告上開訴之變更，尚無礙於訴訟終結，且被告就原告變更之訴，並無意見而為本案之言詞辯論，本院認為適當，依行政訴訟法第111條第1項、第2項、第3項第2款規定，爰予准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

○○市○○區○○街（下稱中都街）20號建築物（下稱系爭建築物）1樓為民營中都市場（下稱中都市場），2、3樓前為中都戲院，該戲院自75年停止營業迄今。高雄市政府於11

0年10月23日會同社團法人高雄市建築師公會、同市土木技師公會及同市結構工程工業技師公會三大公會（下稱三大公會）派員進行建築物結構安全會勘後，認定系爭建築物及中都街12、14、16、18號建築物（建號為中都段三小段19、308號及未辦理保存登記之系爭建築物，地號為中都段三小段367、368號土地）為老舊複合用途建築物，因年久失修而有結構安全之虞（下稱110年10月23日會勘紀錄）。被告乃依建築法第81條第1項規定，先於110年10月23日以原處分1檢送會勘紀錄予出席單位及系爭建築物所有人，請建築物所有權人或占用人於文到日起停止使用，並命系爭建築物所有人於文到7日內自行拆除，逾期未辦者，將依法強制拆除；復於同年月29日以原處分2公告系爭建築物及中都街12、14、16、18號建築物所有人或占有人、使用人自公告日起停止使用，並請建築物所有權人於同年11月2日前自行拆除，逾期未辦者，將依法強制拆除（系爭建築物所有人均未對原處分提起訴願）。原告為中都市場各攤商，先於同年月15日以中都市場管理委員會之名義對原處分1提起訴願，而系爭建築物則於同年12月20日經被告拆除。高雄市政府於111年7月6日以高市府法訴字第00000000000號訴願決定駁回。原告仍不服，遂就原處分提起本件確認訴訟及附帶損害賠償訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、原告為原處分之之相對人，亦為利害關係人，提起本件確認處分違法之訴，程序上合法：依原處分1說明欄第三點文義及參照最高行政法院93年度判字第366號判決見解，課予拆除義務之對象包含占用人，故原告自為原處分1之相對人。原處分1雖未送達於原告，然不影響處分相對人之判斷。且被告嗣依行政程序法第100條第2項規定公告與原處分1實質內容相同之原處分2使原告知悉，故依行政程序法第114條規定，原處分1於補正後對原告亦發生效力。退步言之，因原告買受系爭建物及基地之永久使用權，系爭建築物之拆除將

影響原告上開權益而應屬利害關係人。原告已於110年10月27日知悉原處分1內容時，並於110年11月15日對原處分1提起訴願，故原告提起本件確認處分違法之訴，程序上應為合法。

2、被告對於具體事實之評價、如何涵攝於法規範要件之見解或裁量斟酌之因素應負有具體敘明之義務，惟其僅以110年10月23日會勘紀錄結論作為依據，將非其所屬內部機關作成之會勘紀錄結論附於原處分1，惟未予敘明系爭建築物如何該當「傾頹或朽壞有危險之虞」而致「必須立即拆除」，有行政處分理由不備之瑕疵。

3、被告僅提出110年10月23日會勘紀錄，未提出系爭建築物如建物結構安全鑑定等報告書，有處分恣意濫用判斷餘地而違法之瑕疵：

(1)建築法第81條所稱「傾頹或朽壞而有危害公共安全之建築物」，乃不確定法律概念，且涉及風險評估，固可認被告享有判斷餘地。惟被告將110年10月23日會勘記錄附於原處分1、原處分2，卻未具體說明系爭建築物何處有鋼筋外露、風化以致斷面積不足之情形？何謂斷面積不足？系爭建築物2樓何處樑柱爆裂、鏽蝕以致將發生何種災害而有害公共安全？復未說明何謂「斷面減少」，又將造成何種災害致有害公共安全？亦未說明箍筋間距之標準為何，何以40公分為「過大」而有害於公共安全？所稱系爭建築物混凝土塊隨時有剝落情形究係存在何處？何謂「隨時有剝落情形」？何以能夠據以認定有危害公共安全之情形？何以無法經由補強予以改善，避免拆除之發生？被告就上列事項均未提出會勘照片予以指明、佐證，亦未提供系爭建築物頂蓋、樑柱或牆壁等抗壓強度數據、結構損壞調查報告、鋼筋配置查核報告，且就上列數據低於何種規範標準，致認有害公共安全而應立即拆除。是被告就系爭建築物之抗壓強度等數據均未調查完備，被告所為判斷係出於不完全之資訊，顯然恣意濫用而違法。參以另案及司法實務上其他有關機關拆除建物案件，原

處分機關均有出具相關鑑定機關經過嚴謹之調查、鑑識程序所作成鑑定報告書作為拆除之依據。惟被告僅據110年10月23日會勘紀錄寥寥數語，便將市場攤商賴以生計之系爭建築物拆除，原告誠難甘服。

(2)再依高雄市結構工程工業技師公會112年8月8日112高結師（十三）字第0000000000號函、社團法人高雄市建築師公會112年8月23日112高建師鑑字第610號函、高雄市土木技師公會112年8月28日高市土技字第11203704號函所示，可見原處分之認定不僅未出具正式鑑定報告，會勘過程亦未透過任何儀器或工具檢測，僅透過肉眼現場目視，更未留下會勘照片、現場標示圖或客觀測量數據等資料可供檢核確認，調查過程草率無章。且由110年10月23日會勘紀錄之開會及散會時間，可知當日會勘時間僅1小時，何以能在1小時調查完面積高達約200坪之系爭建築物而作成7項結論，顯有疑義。況會議紀錄中並無「系爭建築物應予全部拆除」之結論，為何需要連攤臺拆除，理由均無從得知。

4、系爭建築物尚得於補強後繼續使用，被告將系爭建築物全部拆除，違反比例原則，且有違反有利不利一併注意原則：

(1)原處分1、原處分2均記載：「二、有關旨揭建築物……會勘，其結論為：『……（五）該建物於沒發生地震時尚無立即危險，但如有地震則有局部坍塌風險、（六）該建物無結構補強經濟價值…』」等語。然系爭建築物之何處將有局部坍塌風險，且何須將系爭建築物全部拆除？何以不進行補強？被告均未為說明。況原處分1、原處分2記載「建物無結構補強經濟價值」，非謂系爭建築物無法補強，則就排除系爭建築物危害公共安全風險之目的，顯得擇採對人民財產權侵害更小之補強手段，被告卻捨而不用，逕行將系爭建築物全部拆除，違反必要性原則甚明。而被告是否已依職權調查中都市場攤商對於市場、攤臺之權利，及有利於人民之補強手段等事項，已非無疑，亦有違反行政程序法上之有利不利一併注意原則之瑕疵。

(2)依被告及三大公會109年7月6日會勘紀錄記載：「五、各單位討論：（一）……經現地勘查結果……需立即修復補強」「六、結論：……（二）請業務單位另函建築物所有權人依建築法第77條規定並限期30日對該建築物辦理修繕補強並維護改善。」等語，可知系爭建築物於109年7月6日尚得透過修繕補強而改善，而無立即拆除之必要。則1年多後之110年10月23日系爭建築物究有何劇烈變化，而致被告與三大公會變更其結論為「無結構補強經濟價值」而應立即拆除，未見被告詳細說明。又依三大公會證人證述可知，渠等均未考量攤臺對於攤商之經濟價值，未評估保留攤臺之可能性，且三大公會均未針對系爭建築物修補費用進行評估，徒憑想像遽認無經濟價值，故三大公會110年11月2日共同聲明（下稱系爭聲明）之認定程序顯有瑕疵，不足採信。

(3)而在原處分1、原處分2作成之前，原告等攤販於110年8月至10月間已委請弘晟工程企業有限公司（下稱弘晟公司）對系爭建築物骨架、鋼板、雨遮、樑柱等結構進行補強工程，花費超過30萬元，足證系爭建築物於進行相關補強工程後尚得繼續使用。倘若系爭建築物已朽壞不堪而無法補強，弘晟公司應不會同意承攬相關工程，顯見除命拆除外，被告尚有其他損害人民權益較少手段得以解決建築物結構安全問題。被告卻仍於做成原處分1、原處分2，命原告拆除系爭建築物，顯然違反比例原則。

5、被告依建築法第76條及第77條之1規定，對系爭建築物負有檢查、改善等維護義務，惟被告自101年9月3日會勘系爭建築物後，迄未履行其維護義務，直至110年10月14日城中城大樓事件發生後即命拆除系爭建築物，未給予補強機會，違反正當法律程序原則。被告亦未考慮到原告已於110年8月至10月間對系爭建築物結構進行補強等事實，甚至會同輔助參加人於協商程序中，勸導原告繼續與系爭建築物所有權人商談、仍應履行買賣契約等語，使原告相信被告不會立即拆除

系爭建築物，並會輔導渠等及所有人對建物進行補強和改善。

6、關於系爭聲明，證人郭正一固證述110年10月24日有地震，覺得系爭建築物特別嚴重而與土木、結構技師公會討論是否拆除較安全云云。惟系爭建築物並未因110年10月24日地震而發生局部崩塌之結果，郭正一並未於地震後實際前往系爭建築物檢視是否有因地震而發生局部坍塌結果，徒憑想像遽認對系爭建築物有所影響，已有可議之處，況證人方定成、吳惠聰亦均未證述於110年10月24日地震後系爭建築物有發生局部崩塌之情形，則三大公會110年11月2日作成「若地震來臨時有立即倒塌危險，應僅速拆除」之聲明，自嫌率斷。實則，依110年11月1日媒體報導「陳其邁市長表示……要求工務局於11月5日進行拆除」，可知高雄市市長於三大公會作成系爭聲明前，即已下令被告拆除系爭建築物，則三大公會是否係依專業考量而作成聲明，或係先射箭再畫靶，自非無疑。再者，高雄市市長110年11月1日下令被告拆除系爭建築物時及被告拆除攤臺時，未依行政程序法第102條規定給予原告陳述意見之機會，而本件並無同法第103條得不給予陳述意見機會之情形，故被告逕行拆除攤臺自於法未合。

7、被告為建築管理機關，應明知拆除私有建築物涉及財產權限制，應符合正當法律程序，建物需經鑑定認定其結構上確有建築法第78條第3款及第81條第1項規定「傾頹或朽壞」「危害公共安全」等情況，始得命強制拆除。惟被告僅於110年10月23日邀集三大公會會勘，未作成任何安全結構鑑定，缺乏相關佐證資料及調查報告，甚至未留存會勘報告或照片。在資訊不充足、缺乏鑑定報告之情況下，被告逕作成違法之原處分1、原處分2應有過失，並旋將系爭建築物拆除，致原告建物使用權利受侵害及未來無法繼續營業之損失，每一攤位或店鋪損失約300萬元，而原告攤位及店鋪共23個，故損失共計6,900萬元，爰依國家賠償法第2條第2項前段規定請求被告給付損害賠償。

(二)聲明：

1、確認原處分違法。

2、被告應給付原告6,900萬元。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、被告於110年10月23日以原處分1函送系爭建築物所有權人，敘明系爭建築物經三大公會辦理結構安全會勘，該函說明二引述110年10月23日會勘紀錄結論，已敘明理由，原告不服原處分1而提起訴願，被告亦於111年5月27日以高市工務建字第00000000000號訴願補充答辯書補充說明，並由三大公會110年11月2日共同聲明：「系爭建築物若地震來臨時有立即倒塌危險，應儘速拆除。」作為結論補充。被告非僅以系爭建築物有無結構補強價值之單一項目逕認是否為建築法第81條規定「朽壞而有危害公共安全之建築物」。

2、被告於110年10月23日以原處分1函請系爭建築物所有權人或占用人於文到日起停止使用，並於文到7日內自行拆除，逾期未辦者，將由被告辦理強制拆除作業，以維公共安全，此有現況照片，且於110年10月23日以副本紙本張貼於系爭建築物。業由高雄市政府相關權責單位召開上開會議說明並給予其陳述意見在案，故系爭建築物公告拆除前，已依行政程序法第102條規定辦理。

3、中都市場攤商55、56年間向系爭建築物所有權人買受攤位使用，為無名契約，原告非建物所有權人，而該攤位係附屬於系爭建築物內，並無獨立相關產權登記。被告依建築法第81條、第82條、第96條之1規定，於110年10月29日以原處分2公告系爭建築物及中都街12號等相關建築物停止使用，並限期命建築物所有權人自行拆除，逾期將由被告強制拆除，嗣於進行系爭建築物強制拆除，自包括該附屬設施之拆除甚明，而建物內存放之物品，逾期不遷移則視同廢物處理，被告上開公告通知於法並無違誤。至於原告與系爭建築物所有權人間之契約權利爭議，因系爭建築物所有權人長期未盡維

護、管理之責，容任系爭建築物牆柱塌裂、鋼筋裸露，致建物拆除(含攤台)後無法使用，原告之財產權與工作權受到影響部分，原告均未對系爭建築物所有人請求改善，原告與土地建物所有權人間契約履約爭議問題，宜依民事協議或私法途徑釐清解決。

4、原告雖主張另案之市場拆除，係經委託結構技師事務所鑑定建物之結構安全，始作成拆除建築物處分云云。惟另案市場建造時未申請建照及使用執照，致被審計部列為違章建築等因，違反建築法第25條而依同法第86條強制拆除，與本案屬建築法第81條規定朽壞而有危害公共安全之建築物情形有別。違章建築未有合法建築執照，結構並不清楚，而本件合法建物有建築執照，建物結構資料較為完整，故請相關公會會勘即可瞭解。又被告於109年、110年分別邀請三大公會進行系爭建築物會勘，惟110年會勘結果已朽壞而有危害公共安全，三大公會亦於系聲明：「系爭建築物若地震來臨時有立即倒塌危險，應儘速拆除。」系爭建築物所有權人經被告函文限期拆除，逾期未辦理自行拆除，方續由被告違章建築處理大隊辦理110年度「拆○○市○○區中都市場危險房屋及廢棄物清運工程案」，從而於110年12月20日完成拆除工程以維公共安全，於法並無不合，且與另案不同。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、輔助參加人陳述要旨：

(一)輔助參加人依高雄市政府副市長林欽榮於110年10月26日指示，考量中都市場地緣關係，輔導及安置中都市場攤商臨時營業地，可依攤商意願，優先以三民區中都街、中和街周邊騎樓作為選擇，給予3個月期限之騎樓相關使用特許措施；並積極輔導移轉至○○市○○街（約10攤位）、十全市場（約15攤位）及博愛市場（約15以上攤位）等處營業，並協助系爭建築物及土地所有權人與營業攤商之契約相關協商合意事宜。

(二)輔助參加人於110年10月27日函轉被告原處分1函文予中都市場各攤位使用人知悉。輔助參加人復於110年10月29日邀集中都市場攤商、土地所有權人、高雄市政府法制局及被告就中都市場退場及安置議題進行協調，惟市場攤商及土地所有權人雙方意見分歧，討論尚無做成具體結論。

(三)經輔助參加人110年11月3日調查及協助，共計輔導中都市場18攤攤商，除1攤因年事已高不營業外，其餘皆找到合適暫時安置營業地方。另於110年11月24日邀集中都市場攤商、高雄市政府法制局、都發局及被告等相關單位，召開攤商權益法律諮詢會，協助確保攤商權益於法律上之保留。輔助參加人另於111年1月12日核發補貼救濟金予中都市場共計17攤攤商。

五、爭點：

(一)原告是否具訴訟當事人適格？

(二)被告是否未給予原告陳述意見之機會，是否有程序瑕疵？原處分因而違法？

(三)被告認定系爭建築物該當「傾頹或朽壞而危害公共安全」，以原處分命原告停止使用，證據是否足夠，原處分是否合法？

(四)原告請求被告賠償6,900萬元，是否有據？

六、本院之判斷：

(一)前提事實：如爭訟概要欄所載之事實，業據兩造分別陳明在卷，並有被告110年10月23日會勘紀錄（本院卷一第195至198頁）、原處分1（本院卷一第31至32頁）、原處分2（本院卷一第33至35頁）、訴願申請書（訴願卷第66至67頁）、訴願決定（本院卷一第90至98頁）等附卷可稽，堪予認定。

(二)應適用之法令：

1、建築法

(1)第1條：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」

(2)第81條：「（第1項）直轄市、縣（市）（局）主管建築機關對傾頹或朽壞而有危害公共安全之建築物，應通知所有人或占有人停止使用，並限期命所有人拆除；逾期未拆者，得強制拆除之。（第2項）前項建築物所有人住址不明無法通知者，得逕予公告強制拆除。」

(3)第96條之1：「（第1項）依本法規定強制拆除之建築物均不予補償，其拆除費用由建築物所有人負擔。（第2項）前項建築物內存放之物品，主管機關應公告或以書面通知所有人、使用人或管理人自行遷移，逾期不遷移者，視同廢棄物處理。」

2、行政訴訟法

(1)第6條第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。」

(2)第7條：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」

3、國家賠償法

(1)第2條第1項、第2項：「（第1項）本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。（第2項）公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」

(2)第7條第1項：「國家負損害賠償責任者，應以金錢為之。但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。」

(3)第9條第1項：「依第2條第2項請求損害賠償者，以該公務員所屬機關為賠償義務機關。」

(三)原告得對原處分命其停止使用部分提起確認訴訟

1、經查，系爭建築物1樓為中都市場，2、3樓前為中都戲院，該戲院自75年停止營業迄今。系爭建築物坐落於高雄市三民區中都段三小段，所有人為訴外人邱茂雄等人（本院卷二第

588至599頁）。部分選定人於55年至70年間以有償取得之方式，陸續向當時系爭建築物所有人取得1樓攤位之使用權；原告及其餘選定人則是與攤位使用權人具有一定親屬或朋友關係，而實際經營使用攤位（本院卷一第27至28、37至85頁），故原告（含選定人）為系爭建築物1樓之占有人，應可認定。次查，被告依建築法第81條規定作成之原處分包含兩部分（本院卷一第31至35頁）：其一為命所有人、占有人或使用人停止使用；其二為命所有人自行拆除系爭建築物（逾期未拆除，則由被告辦理強制拆除作業）。110年10月23日作成之原處分1雖僅送達於系爭建築物所有人（本院卷一第32頁），然因處分內容包括依命「占有人停止使用」部分，且原告實際知悉原處分1內容而於法定救濟期間內提起訴願；被告雖又於同年月29日以一般處分即公告方式作成原處分2，命系爭建築物占有人停止使用（本院卷一第33至35、297至298頁）。但對原告而言，原處分1、2作成之時間密接，規制效力相同，都是命占有人停止使用，應認原告對原處分1提起訴願，即已符合起訴前之先行程序。又原告為系爭建築物之占有人，關於被告命停止使用部分，自屬原處分之相對人，具有當事人適格。系爭建築物於原告起訴前之110年12月20日業經被告拆除而執行完畢，則原告依行政訴訟法第6條第1項規定，就原處分命其停止使用部分，提起本件確認訴訟，應為合法，先予敘明。

2、然查，被告依建築法第81條第1項規定，以原處分命所有人自行拆除系爭建築物（逾期未拆除，則由被告辦理強制拆除作業）部分，所有人並未提起訴願（本院卷二第585頁）。處分相對人為系爭建築物所有人而非原告。原告雖就原處分上述部分亦為主張（本院卷一第297頁），惟行政訴訟法保障之利害關係人，限於法律上利害關係，若僅具經濟上、情感上或其他事實上之利害關係者則不屬之。關於原處分命拆除系爭建築物部分，依上開規定，干預的是建物所有權，受干預對象為建物所有人，原則上僅所有人具有主觀公權利；

原告作為占有人，只是受到原處分拆除系爭建築物之附帶影響；又從卷附照片及攤位範圍示意圖觀之（本院卷一第219至224頁、本院卷二第90頁），系爭建築物1樓攤位間無明確之隔離，且未辦理區分所有之單獨所有權登記，並無所有權客體之型態現實化與具體化表現於外部，攤位不僅在物理上依附於系爭水泥建物，無論在構造上或使用上，其顯然均缺乏獨立性，無法與系爭建築物分離存在，並無獨立之所有權，與區分所有建物差異甚大；佐以被告僅有命所有人應履行建築法上之修繕維護義務，從未命原告負責維護（本院卷二第341至349、351至360、529至532、535至540頁）；中都市場亦未依零售市場管理條例申請納入管理，主管機關亦未以市場管理條例命令停業，而是轉知依照建築法所為之原處分（本院卷一第87至88頁、卷二第621、623頁）。則在建築法第81條拆除系爭建築物之脈絡中，系爭建築物所有權人才具有主觀公權利；部分選定人僅有對系爭建築物所有人基於前述契約所生之私法上債權債務關係；原告及其餘選定人則只有基於與攤位使用權人具有一定親屬或朋友關係，而實際經營使用攤位之事實上利用，應可認定。故原告受到原處分拆除系爭建築物的附帶影響，在公法評價上，係因拆除系爭建築物損及部分選定人依契約使用攤位之債權，此屬建築物所有人是否因故意或過失未妥適維護建築物，造成不能履行上開契約之私權爭執；原告及其餘選定人更無從認為有何主觀公權利可言，均不能認為原告對於拆除系爭建築物具有公法上之權利或法律上利益。是就原處分上述部分，依建築法第81條第1項規定，原告受到原處分之影響僅能評價為事實上利害關係，非法律上利害關係，尚不具備得對被告主張之主觀公權利，不得依行政訴訟法第6條第1項規定，就原處分命所有人自行拆除系爭建築物部分，提起確認訴訟。此部分原告為當事人不適格，其主張並無理由。

(四)原處分作成前，被告未給予原告陳述意見機會之程序瑕疵，已經合法補正

行政程序法第114條第1項第3款、第2項前段規定賦予有程序瑕疵之行政處分，在訴願程序終結前，得有補正其瑕疵之機會。蓋程序或方式要求通常之旨，在促進行政實體決定之正確性，當事人依原處分之理由，在訴願程序終結前，已有向原處分機關陳明其事實或法律上意見之機會，使原處分機關得依當事人陳明之意見，如同行政處分作成前所踐行相關行政程序般，重新審查原處分合法妥當性，俾以決定是否撤銷或變更原處分者，即可認原處分之程序瑕疵已經此補正，排除前因程序瑕疵所致之形式違法性，以促進行政效率。故訴願人依訴願法第56條規定，對於原處分所依據事實或法律上原因，於訴願書中載明其相對應不服之事實或法律上理由，由原處分機關依訴願法第58條第2項規定，如上述補正之要求，重新審查原處分之合法妥當性後，仍不依訴願人之請求撤銷或變更原處分並提出訴願答辯者，即應認原處分前未予當事人陳述意見機會之瑕疵已經補正，訴願管轄機關或行政法院均不得再以原處分曾有程序瑕疵而違法為由，撤銷或變更原處分（最高行政法院111年度上字第363號判決意旨參照）。被告作成原處分前，雖未給予原告陳述意見之機會，然原告依原處分之理由（本院卷一第31至35頁），於訴願程序已繕具訴願書（訴願卷第47至49、91至100、102至104頁），已有向原處分機關陳明其事實或法律上意見之機會，並由原處分機關重新審查原處分之合法妥當性後提出訴願答辯（訴願卷第32至34、71至74、124至132頁），原處分並無理由不備之瑕疵，且依照上述說明，應認原處分未予原告陳述意見機會之程序瑕疵，嗣後已獲補正。原告主張，並無理由。又被告援引輔助參加人曾於110年10月27日發函原告說明中都市場即時停止營業、於同年月29日召開該市場退場事宜協調會（被告列席提出報告）及曾受議員邀請開會討論市場建築拆除後攤商擔憂權益受損之會議，據以主張已給予原告陳述意見之機會等語（本院卷一第188頁），然行政程序法第102條所保障當事人陳述意見之機會，須確保當事人受

通知陳述意見時，得以知悉與作成行政處分有關之議題、法律依據及相關資訊。以輔助參加人或其他人所舉辦之會議為名，使原告誤認議題，難以期待原告得針對被告適用建築法第81條第1項規定表達意見，不能認為被告作成原處分前有依法給予陳述意見之機會，被告據以主張，尚有誤解，附此敘明。

(五)系爭建築物屬於朽壞而有危害公共安全之建築物

1、就系爭建築物是否有危害公共安全之事實，迭經原告聲請多間鑑定機構，本院均一一函詢，然因系爭建築物已經拆除，而無從鑑定，業已盡調查之能事，先予敘明。從卷內事證可知，85年4月間系爭建築物已有結構安全疑慮，高雄市建築師公會曾出具鑑定報告書：㈠本件鑑定標的物於54年申請建照，為加強空心磚造參樓及部分加強磚造貳樓之構造物，並於55年取得使使用執照（55高市建土築使字第375號）。依現場勘查目視結果，柱、樑、樓版及牆壁等結構構件有多處龜裂、混凝土剝落、鋼筋銹蝕等損壞情況，現場並發現有自行補強之鋼鐵支柱。申請人（即所有權人）表示：由於鑑定標的物於10年前已出現結構體損壞之警訊，所有權人為了公共安全起見，已先自行停止二樓以上電影院之營業使用。㈡根據混凝土氯離子含量測試報告：⑴柱之氯離子含量超過國家標準CNS約10倍。①（0.2533％）＋（0.024％）＝10.55倍。②（5.8259kg／m³）＋（0.60kg／m³）=9.71倍。⑵樑之氯離子含量超過國家標準CNS約28～30倍。①（0.7188％）÷（0.024％）＝29.95倍。②（16.5324kg／m³）÷（0.60kg／m³）=27.55倍。⑶樓版之氯離子含量超過國家標準CNS約5倍。①（0.1335％）÷（0.024％）=5.56倍。②（3..0705kg／m³）÷（0.60kg／m³）=5.12倍。㈢由於氯離子含量超過國家標準CNS甚多倍，……，過高之氯離子含量會腐蝕鋼筋、降低混凝土強度及使用年限。⑴本棟建築物雖然外形方正，「高寬比」小於4，其長向數據為0.47，短向數據為0.96，屬於低層且立面無退縮欽建築物。但是，其各層平面配

置差異性較大，1f1即市場之頂版，樓版為全面積且無挑空，2f1即電影院之觀眾席，則約有五分之三面積為挑空，導致上、下樓層間質心及剛心之偏心甚大，造成在地震力作用下之扭轉效應較為明顯。因此建築物外圍樑柱需配置強度較大之主結構體，用以抵抗地震力之作用。⑵經電腦程式（ETABS）重新分析計算後，檢核原施工圖之主結構體配筋量，發現於市場之頂版即1f1：①約有50％的建築物外圍樑，其抵抗地震力鋼筋嚴重不足，不足鋼筋量已超出原施工圖鋼筋量1倍以上，有的甚至高達3.5倍。②約有15％的建築物外圍柱鋼筋量不足，其不足之鋼筋量約為原施工圖上所標示之12％至24％。⑶根據建築技術規則建築構造編第410條，受撓柱耐震規定於樑柱接頭及圍束區需配置緊密箍筋，其間距得大於10公分，但是舊有建築物柱箍筋一般而言間距過大，因為當時建築技術規則尚無此項規定。因此，在地震力反覆作用下，柱箍筋內之混凝土因無緊密箍筋之圍束來作用，導致混凝土抗壓強度無法充分發揮，容易產生破壞及裂損現象。㈣經複委託林經堯結構技師作建築物結構安全性評估，依現行法規及結構設計規範計算其柱、樑所需鋼筋量，發現原依舊法規與舊規範所設計之柱、樑鋼筋量，有局部不足之情況，尤其是以樑所需之鋼筋量差異最大。綜合上述各項實際現況觀察與科學數據核算得知：本鑑定標的物之結構安全勘慮，尤其是人潮擁擠之市場公共建築，更應重視結構體安全之考量。由於結構體補強施工困難度高，且不符經濟效益。同時基於公共場所避難逃生公共安全檢查之各項嚴格規定，建議宜先停止使用，透過都市更新等方式獎勵其改建，以維護社會之公共利益，確保人民之公共安全（下稱系爭鑑定，本院卷二第370至375頁）。

2、系爭鑑定作成後，被告於85年7月間向系爭建築物所有權人發函表示：「系爭建築物經建築師公會鑑定結構安全勘慮，請予以排除，否則將危害公共安全，違反建築法第91條」。於101年至105年間，被告就系爭建築物之建築安全事宜，曾

召開系爭建築物「結構安全會勘事宜會議」，會議結論為：「無立即倒塌之虞，需進行補強。」（本院卷二第329、331至334、347至348頁），並於104年命系爭建築物所有權人儘速修繕維護（本院卷二第335頁）、函請輔助參加人監督及輔導中都市場公共安全及管理營運（本院卷二第339頁）；被告再於105年10月間召開系爭建築物「現況結構及使用情形聯合會勘會議」，會議結論為：「有關中都市場屋頂損壞部分請建物所有權人及使用人協調改善事宜。……中都市場周圍建築物損壞部分通知所有權人維護改善。」（本院卷二第341至349頁）。被告於109年7月曾對系爭建築物進行會勘，會勘結論為：「建築物損壞部分，如未進行修繕補強，日後恐有混凝土剝落情況…請業務單位另函建築物所有權人依建築法第77條規定限期辦理修繕補強並維護改善。」之後陸續命系爭建築物所有人限期辦理修繕補強，並於同年12月間以所有人未依規定維護建築物構造安全，裁罰6萬元（本院卷二第351至360、529至532、535至540頁）。嗣於110年10月23日被告會同三大公會派員進行建築物結構安全會勘後，認定系爭建築物及中都街12、14、16、18號建築物（建號為中都段三小段19、308號及未辦理保存登記之系爭建築物，地號為中都段三小段367、368號土地）為老舊複合用途建築物，因年久失修而有結構安全之虞。被告乃於同日作成原處分1，於同年月29日作成原處分2。三大公會並於同年11月2日作成系爭聲明，表示：「系爭建物若地震來臨時有立即倒塌危險，應儘速拆除」（本院卷二第381頁）。

3、110年10月23日會勘紀錄及結論指出（本院卷二第213至217、377至380頁）：(1)建物後方外牆、柱、樑等處鋼筋去年(109年)外露，今年(110年)前述位置鋼筋外露加劇，且鋼筋有風化剝落，已影響斷面積不足。(2)今年現況2樓柱已接近全數有爆裂情形且柱的鋼筋鏽蝕，斷面減少；其箍筋現況多數斷裂，且原箍筋間距過大(40公分)。(3)1樓柱樑開裂保護層剝落，樓板混凝土剝落，鋼筋外露生鏽。(4)混凝土塊隨

時有剝落情形(5)該建物於沒發生地震時尚無立即危險，但如有地震則有局部坍塌風險。(6)該建物無結構補強經濟價值。(7)該建物(中都街20號)與中都街12、14、16、18號等號構造相連。上開結論核與卷附照片相符（本院卷一第261至267頁），佐以證人即參與會勘之高雄市土木技師公會代表方定成證稱：會勘是看有無公共安全及立即危險。110年現況柱子破壞程度比109年大，整個柱子破壞程度非常嚴重，假如受到外力，確實有立即危險，也有公共安全。……110年10月23日會勘紀錄與系爭聲明結論是相同的，110年11月2日只是就會勘紀錄再補述。會勘當時是就整體考量，沒有針對局部拆除進行評估。……85年的系爭鑑定可以參考，因為是做混凝土氯離子含量測試，而氯離子含量對鋼筋鏽蝕的情況是時間性問題……即時補強，可以延長使用時間，但最終還是會使混凝土破裂等語（本院卷二第414至421頁）。證人即參與會勘之高雄市結構工程工業技師公會代表吳惠聰證稱：耐震能力補強方案……有時候已經很危險各單位會勘認為需要拆除就會拆。目前以肉眼觀察，因為柱子鋼筋外露，箍筋已經斷裂。110年10月23日會勘紀錄與系爭聲明結論是一樣的。所謂沒有經濟價值是指補強費用太高，跟做新的一樣。85年系爭鑑定可以參考。現場會勘是評估當下的情況，至於之後會不會倒塌則是機率問題，不在評估當下考慮的範圍等語（本院卷二第413至430頁）。證人即參與會勘之高雄市建築師公會代表郭正一證稱：系爭聲明是補充110年10月23日會勘紀錄；系爭建築物的補強成本太高……技術上不太可行。當時並沒有針對攤台經濟價值做判斷，而是就整體建築物判斷。85年系爭鑑定可以參考，那時的氯離子含量就已經超標；我們評估的是當下的情況，未來是否倒塌則是機率問題等語（本院卷二第434至442頁）。

4、綜合上情可知，系爭建築物於85年間依現場勘查目視、氯離子含量及電腦程式分析計算，已有結構安全上的疑慮，被告自101年起即多次針對系爭建築物之情況進行監督管理，足

見系爭建築物本已存有朽壞而有危害公共安全之疑慮，且隨著時間經過，建物只會更加老舊，本件又無可信之結構補強紀錄；被告於110年10月23日進行會勘，依據現場情況及證人即三大公會代表之意見作成原處分，實係奠基於歷次監督管理所得資料之延續；證人是具有結構安全方面專業知識之人，依現場目視也是具有可信性的會勘方式；佐以上開證人證詞可知，三大公會是就系爭建築物整體結構安全進行評估，並認為補強所須過鉅，而無經濟價值，系爭聲明雖與會勘紀錄的措辭稍有不同，仍在表達系爭建築物有公安危害之意。被告101年9月間雖曾認為「系爭建築物無立即倒塌之虞，需進行補強」，但此僅係歷次調查所得資料之一，不能單憑此即認為被告110年10月間所為調查及原處分有何違誤。又從上揭證人證述可知，會勘所著重者乃當下系爭建築物之整體情況，以此評估系爭建築物有無朽壞而危害公安，如繼續發展下去，有足夠的可能性對公共安全造成損害，屬於秩序法上的危險防衛；至於未來發生地震究竟會不會倒塌，涉及地震各種變數，則屬機率問題，不在會勘評估範圍。原告屢執系爭建築物經歷地震猶存，欲證立系爭建築物無危害公安及主張攤位及原告持有之相關財物有經濟價值，被告未為詳細評估等語，尚有誤會。原告雖曾於同年8月至10月間經攤商委請弘晟公司進行工程乙節，然從卷附照片觀之（本院卷一第373、375、389頁），原告所謂補強工程係於系爭建築物地上1樓後方出口外牆處設置一局部範圍之金屬頂板，弘晟公司亦非專業結構補強相關工程公司，尚難認為是進行系爭建築物結構補強工程（本院卷一第335至346、377、379頁）；上開設施既於110年10月21日即已存在（本院卷一第332頁），依同年月23日會勘紀錄及前揭證人所述，經整體評估後均未提及上開設施有助於結構安全之情形，尚難認為系爭建築物業經「補強」而無危害公共安全。酌以原處分命原告停止使用，涉及原告占有使用及營業之權利，就認定事實之證據調查而言，被告雖然沒有提出鑑定報

告書，但系爭建築物為領有建築執照之合法建物，建物結構資料較為完整（本院卷二第601至613頁），被告依歷次監督管理所得資料及110年10月23日會勘紀錄，認定系爭建築物符合建築法第81條第1項要件，而命原告停止使用，本院認為尚可支持。原告主張系爭建築物並無朽壞而有危害公共安全之情形，被告應提出鑑定成果報告書，原處分理由不備、判斷出於不完全資訊、違反正當法律程序、比例原則及有利不利一併注意原則等語，尚難為其有利之認定。

(六)原告請求國家賠償部分亦無理由

原告主張依行政訴訟法第7條合併請求國家賠償（本院卷二第618頁）。然依國家賠償法第2條第2項規定意旨，請求國家賠償，須以公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利為要件。原告係以被告所為原處分違法，依原處分所為之行政執行，致其受有財產上損害為由，請求國家賠償。然查，被告所為原處分並無違誤，已如前述，則被告依原處分所為之執行，並非「不法侵害」原告之權利，核與上開規定要件不合，原告請求國家賠償，並無理由。

七、綜上所述，原告之主張並無可採。被告依建築法第81條規定作成原處分命原告停止使用，並無違誤，原告訴請確認原處分違法，及依國家賠償法請求如聲明2所示部分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊及防禦方法，均核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論述，附此敘明。

八、原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　19　　日

審判長法官　林　彥　君

法官　黃　堯　讚

法官　黃　奕　超

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，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告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（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、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.上訴人或其代表人、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，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、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.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(一)、(二)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(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　19　　日

書記官　李　佳　芮