高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
112年度訴字第101號
民國113年7月4日辯論終結

原　　告　李明安
訴訟代理人　沈聖瀚　律師
被　　告　臺南市關廟區公所

代　表　人　李賢村
訴訟代理人　林文仁
　　蘇寶鳳

上列當事人間殯葬管理條例事件，原告不服臺南市政府中華民國112年2月2日府法濟字第1120155852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

一、爭訟概要：

緣原告為臺南市關廟區五甲段3676地號土地(下稱系爭土地)之所有權人，而系爭土地上設有「方籮」、「方蔡布」、「方林快」、「方開伯、林慈惠」、「方長佳」之墳墓。其中「方籮」、「方蔡布」、「方林快」墳墓部分，已經臺灣臺南地方法院臺南簡易庭（下稱臺南地院）民國110年1月11日108年度南簡字第1042號民事判決（下稱系爭民事確定判決）上開墳墓應拆除，並將占用之土地騰空返還原告，則「方籮」、「方蔡布」及「方林快」之繼承人已經被告核發墳墓起掘許可證明在案。另就「方開伯、林慈惠」（下稱系爭墳墓）及「方長佳」之墳墓部分，原告於111年9月7日向被告申請核發墳墓起掘許可證明，但經被告以111年9月14日南關所民字第0000000000號函（下稱原處分）否准原告所

請。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.系爭土地因現況雜草叢生，原告曾請工人到場進行整地作業，經被告112年4月26日到場履勘時，現場僅餘系爭墳墓（即「方開伯、林慈惠」墳墓）已無方長佳之墳墓，似因原告委託工人整地時被發掘，嗣後工人已與方長佳後代調解成立，並已遷離墳墓，故本件僅就「方開伯、林慈惠」墳墓即系爭墳墓為爭執，合先敘明。

2.系爭墳墓因年籍資料久遠，戶政系統查無相關資料可資證明其繼承人為何人，則原告前依無主墓作業標準公告、登報，並已向被告申請系爭墳墓為無主墓。縱有訴外人方耀南提供之族譜，但此非屬戶政機關所出具之戶籍謄本整理而成之祖譜，實屬無據。

3.系爭墳墓是否於72年11月11日前設置，非屬合法與否判斷依據：系爭土地上另3座墳墓亦皆是在72年11月11日前設置，但已經系爭民事確定判決為無權占用。縱認系爭墳墓確於72年11月11日前設置，但依被告主張系爭墳墓已達200年歷史，根本無法查得完整戶籍資料，那被告如何確定系爭墳墓未違反當時之法令而設置？被告既無法舉證斯時設置之法令依據為何，又依其107年4月2日南關所民字第0000000000號函覆系爭土地上之墓碑查無相關資料，足徵系爭墳墓斯時設置並未依墳墓設置管理條例報請主管機關核准在案，又未留存相關資料，自非屬合法之墳墓。

4.原告為系爭土地之所有權人，前手為李金池，系爭土地本為山坡地保育區，嗣改為農牧用地，顯見系爭墳墓根本未得土地所有權人同意逕為埋葬，實屬無權占用。為使原告所有權之利用得以圓滿完整，原告曾秉持誠意與訴外人和解，卻遭刁難而無法達成共識，是依殯葬管理條例第25條

第1項及內政部103年11月3日台內民字第0000000000號解釋函釋意旨，向被告申請核發起掘許可證明予原告。

㈡聲明：

1.訴願決定及原處分關於否准系爭墳墓起掘證明部分均撤銷。

2.被告應准予核發系爭墳墓之起掘許可證明予原告。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告於111年9月7日申請核發系爭墳墓及方長佳墳墓起掘其它相關證明，並主張已為無主墳墓之查明；但系爭墳墓是否為無主墓，仍應由核發起掘許可證明之主管機關即被告依個案事實本於權責判斷。則被告112年4月26日至系爭土地現勘時，現場已被整地，僅剩系爭墳墓一座，方長佳墳墓已尋無墓碑。另電詢○○○○○○○○○○關廟辦公處墓碑主人之戶籍資料，然戶役政系統於明治38年(民前6年)以前戶籍資料登載不全，故查無方開伯、林慈惠、方長佳等3人戶籍資料。然依訴外人方耀南提供之族譜及其他繼承人之切結書，方開伯為訴外人第四代祖先，林慈惠為方開伯之妻，訴外人是第十三代子孫；另方長佳據訴外人口頭認祖並每年清明亦有祭祀之事實，但無法提供族譜證明。則被告即以原處分認定系爭墳墓為有主墓，起掘其他相關證明需由後代子嗣提出申請，倘若後代子嗣未向被告辦理申請程序，被告亦無權核發起掘許可證明，以避免涉及墳墓賠償事宜。

2.又因系爭墳墓為有主墓，原告若認系爭墳墓已對系爭土地之所有權侵害，應提起民事訴訟排除侵害，被告即會依民事判決書核發墳墓起掘其它相關證明。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：被告以系爭墳墓為有主墓，而以原處分駁回原告之申請，是否有理由？

五、本院的判斷：

㈠前提事實：

如爭訟概要欄所示之事實，有原告111年9月7日申請書（本院卷第81頁）、系爭土地異動索引及土地謄本（本院卷第179、185-189頁）、方氏族譜（本院卷第113-114頁）、臺南地院系爭民事確定判決（本院卷第55-78頁）、原處分（本院卷第17頁）及訴願決定（本院卷第19-28頁）等附卷可稽，應堪認定。

㈡私有土地上墳墓遷葬之說明：

1.應適用之法律及主管機關相關函釋：

⑴殯葬管理條例：

A.第3條第1項、第2項第3款規定：「（第1項）本條例所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府；在鄉（鎮、市）為鄉（鎮、市）公所。（第2項）主管機關之權責劃分如下：……三、鄉（鎮、市）主管機關：（一）鄉（鎮、市）公立殯葬設施之設置、經營及管理。（二）埋葬、火化及起掘許可證明之核發。（三）違法設置、擴充、增建、改建殯葬設施、違法從事殯葬服務業及違法殯葬行為之查報。」

B.第25條第1項規定：「公墓不得收葬未經核發埋葬許可證明之屍體或骨灰。骨灰（骸）存放設施不得收存未檢附火化許可證明、起掘許可證明或其他相關證明之骨灰（骸）。火化場或移動式火化設施，不得火化未經核發火化許可證明之屍體。但依法遷葬者，不在此限。」

C.第29條規定：「公墓內之墳墓棺柩、屍體或骨灰（骸），非經直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）主管機關或其委託之機關核發起掘許可證明者，不得起掘。但依法遷葬者，不在此限。」

D.第30條規定：「直轄市、縣（市）或鄉（鎮、市）主管機關對轄區內公立公墓內或其他公有土地上之無主

墳墓，得經公告3個月確認後，予以起掘為必要處理後，火化或存放於骨灰（骸）存放設施。」

⑵殯葬管理中央管理機關內政部對私有土地無主墳墓之處理，有以下相關之函釋：

A.102年5月3日台內民字第0000000000號函：「一、依本部99年8月5日台內民字第0000000000號函釋略以，『有關私有土地上墳墓之遷葬事宜，涉及私權爭執，土地所有權人可訴請法院審理以排除侵害，如經查明確為無主墳墓，因無訴求對象，致無法依私權爭執訴請法院審理，土地所有權人為使該筆土地得以有效合理運用，得逕向該轄區公所申請核發起掘許可證明後，將骨骸起掘存放至骨灰(骸)存放設施，以解決問題。』惟上開土地所有權人是否確已查明該墓為無主墳墓，仍應由核發起掘許可證明之主管機關依個案事實本權責判斷。」

B.103年11月3日台內民字第0000000000號書函：「……惟私有土地之無主墳墓之處理非屬本條例第30條範圍內容，……二、所詢鄉（鎮、市）主管機關可否接受私人申請處理所有土地上無主墳墓1節，按於他人私有土地設置墳墓，涉及私權爭執，當事人應循法院訴訟排除侵害，如經查明確為無主墳墓，因無訴求對象，致無法依私權爭執訴請法院審理，基於解決問題及考量便民原則，得逕向該轄鄉（鎮、市）公所申請核發起掘許可證明之相關證明，自行將骨骸起掘存放於骨灰(骸)存放設施，以解決問題。」

C.前開2函釋乃係內政部本其主管權責，對無主墳墓所為之解釋性行政規則，符合殯葬管理條例立法意旨，未增加法律所無之要件或限制，自得予適用。

2.私有土地上墳墓遷葬得請求核發起掘證明之要件：

綜上規定及內政部之解釋性行政規則可知，主管機關就墳墓核發起掘許可證明者，限於公墓之墳墓。又對無主墳

墓，得經公告確認，予以起掘、火化或存放於骨灰（骸）存放設施者，亦限於公立公墓或公有土地之無主墳墓。至私有土地上之無主墳墓核發起掘許可證明之申請，並非殯葬管理條例所明定之申請事件，惟如經查明確為無主墳墓，因無訴求對象，復無法依私權爭執訴請法院審理，土地所有權人為使該筆土地得以有效合理運用，得逕向該轄區公所申請核發起掘許可證明，然前提仍以土地所有權人確已查明該墓為無主墳墓。

㈢被告以原處分否准原告起掘許可證明之申請，核屬適法：

1.系爭墳墓為有主墳墓：

⑴原告就坐落系爭土地上之5座墳墓提起民事爭訟歷程以觀，足認原告已知悉系爭墳墓為有主墳墓：

A.查，原告前於106年12月29日曾以被繼承人方長佳、方楊筷、方開伯、林慈惠、方籮、姚方蔡之繼承人列為被告，而提起民事排除侵害訴訟，請求繼承人方耀南、方東波等201人拆除系爭土地上之5座墳墓，經臺南地院107年度訴字第590號民事判決駁回，理由為民事被告中葉銀樹、李清池、方李桂花於原告起訴前已死亡，未由全體共有人參與訴訟而屬當事人不適格，且無從補正，故訴顯無理由，逕以判決駁回，有臺南地院107年度訴字第590號民事判決在卷（訴願卷第69-75頁）可參。

B.嗣原告再以「方籮」「方蔡布」及「方林快」之繼承人列為被告而提起民事排除侵害訴訟，請求方耀南、方東波等153人拆除渠等被繼承人於系爭土地上之3座墳墓，經110年1月11日臺南地院系爭民事確定判決「方籮」「方蔡布」及「方林快」之繼承人應拆除墳墓，並將占用之土地騰空返還原告，有系爭民事確定判決附本院卷(第55-77頁)可稽。

C.後原告再於111年1月28日以方清煌、方子慶、方耀南等共160人為被告，向臺南地院提起確認方清煌等160

人就系爭墳墓及方長佳墳墓所有權不存在(臺南地院111年度南簡字第984號，下稱984號卷)，該院調查時，被告方耀南到庭，提供族譜(見984號卷第91頁)並陳述：「方開伯、林慈惠是方家第四代祖先，我是第十三代，那塊土地以前是方家的土地，方開伯是第四代祖先，我沒有權利可以決定把他的墳墓移走，因為上面有五座墳墓，我的曾祖母墳墓在那裡，我的曾祖母我可以做主，但其他我不能作主。」(見984號卷第88頁)。

⑵被告就系爭申請案之調查部分：

訴外人方耀南、方東波等14人於被告調查時，已出具切結書(見本院卷第117-130頁)表示「方開伯、林慈惠」為渠等之第四代祖先，並提供祖譜為證，方耀南復於本院調查證述：「這門第四代墳墓在我小時候就有，系爭土地最早是我們方家的，上面有5門墳墓，中間有3門墳墓，一門是我們的祖先，一門是我父親的祖母方林快，這是我可以作主的部分都已遷移……，但方開伯、方長佳的部分，他們是第四代，關係到1、200多人，我們無法作主，原告對我們提告已經5、6年，我每次都有去開庭，每年的清明節我們有辦理宗親會順便掃墓。」(見本院卷第234頁)與其於臺南地院111年度南簡字第984號民事案件調查時陳述之情節相符。

⑶綜上，原告所有系爭土地因存有「方籮」「方蔡布」「方林快」「方開伯、林慈惠」「方長佳」之墳墓，其為管理使用土地，而先後提起爭訟，其中「方籮」「方蔡布」及「方林快」墳墓部分，已經臺南地院系爭民事確定判決應拆除墳，並將占用土地騰空返還原告在案。至原告就系爭墳墓訴請排除侵害部分，因訴外人方耀南到庭陳稱為其第四代之祖先，另依方耀南提出之祖譜，亦確有「方開伯」之名諱(見本院卷第113頁)，且系爭土地過往5門墳墓存在之狀態，亦與家族集合式的墳塚

形式相符，是以系爭墳墓屬方耀南等人先祖之墳墓，堪以認定。

2.被告之事實認定尚無違誤：

據上所述，被告綜合原告歷年就系爭土地提起民事爭訟之判決結果，並參考方耀南提供之族譜、切結書等情，以系爭墳墓為方耀南等第四代祖先，據之認定為有主墳墓，並無違誤。至原告提起臺南地院111年度南簡字第984號民事確認所有權不存在訴訟部分，因無法依戶政資料查得「方開伯、林慈惠」之戶籍資料，原告遂撤回民事訴訟部分（見984號卷第81頁），至多證明原告就系爭墳墓確認所有權不存在案件起訴合法(當事人適格)要件，因自行考量系爭墳墓之全體繼承人難以搜索、補正而撤回，與系爭墳墓為有主墳墓或無主墳墓之判斷，並無必然關聯。故原告以提起臺南地院111年度南簡字第984號民事訴訟時，因無法查得「方開伯、林慈惠」之戶籍資料及其全體繼承人名冊，而撤回民訴一事，可證明系爭墳墓確為無主墳墓云云，核係原告之誤解，無足可採。

六、綜上所述，被告就原告110年9月7日核發起掘證明之申請，以系爭墳墓為有主墓，依內政部之函釋，原告應提起民事訴訟排除侵害以為解決，而否准其申請，揆諸前開說明，尚難認有違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。原告以前開理由主張原處分及訴願決定違法，請求關於否准系爭墳墓起掘證明部分均予撤銷，並應准予核發系爭墳墓之起掘許可證明予原告，尚難認為有理由，應予駁回。此外，兩造其餘之主張及舉證，經核均不足以影響本件判決之結果，爰不一一指陳，併予敘明。

七、判決結論：本件原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　18　　日

審判長法　官　林　彥　君

法　官　廖　建　彥

法　官　黃　堯　讚

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　　7　　月　　18　　日

書記官　林　映　君