高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
113年度訴字第318號
民國114年3月27日辯論終結

原　　告　王文寶

訴訟代理人　王璿豪　律師
被　　告　高雄市政府工務局

代　表　人　楊欽富
訴訟代理人　邱文龍
　　邱炤維
　　余佩君

上列當事人間有關建築事務事件，原告不服高雄市政府中華民國113年5月20日高市府法訴字第11330357300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：

緣訴外人劉成福（下稱劉君）所有○○市○○區○○段0000號土地（原為同區○○○○00000地號，下稱系爭土地）及其上建物2810號(門牌號碼：○○市○○區○○路0巷00號之1，下稱系爭建物）。系爭建物原領有被告核發(85)高市工建築第1312號建造執照（下稱系爭建照）及(86)高市工建築使字第377號使用執照(下稱系爭使照)，然因系爭建物坐落之系爭土地係(59)高市建都築使字第421號使用執照建築基地之法定空地而有重複使用之情事，違反行為時(民國73年11月7日修訂)建築法第11條有關法定空地不得重複使用之規

定，被告於86年6月17日以(86)高市工務建字第14711號函(下稱系爭吊銷執照函)吊銷系爭建物之系爭建照及使照。惟因被告所屬新興地政事務所函知系爭建物所有權於86年5月23日因買賣由劉君移轉予原告，被告乃於86年8月7日以(86)高市工務建字第22817號函(下稱被告86年8月7日函)通知原告依系爭吊銷執照函辦理在案。嗣原告於111年9月13日以陳情書主張撤銷系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函；經被告以111年9月22日高市工務建字第00000000000號函否准其申請(下稱111年9月22日拒絕申請函)。原告又於112年12月1日再次陳情請求撤銷系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函，案經被告以112年12月11日高市工務建字第00000000000號函(下稱112年12月11日拒絕申請函)復原告礙難受理在案。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.系爭吊銷執照函違反法律保留原則：

行為時建築法第11條第3項，並無重複使用法定空地者得予以吊銷使用執照之明文規定，系爭吊銷執照函引用該條規定，有違法律保留原則，顯非妥適。

2.系爭吊銷執照函與平等原則及行政自我拘束原則有違：

⑴被告於86年間同樣將坐落於○○○0000至0000號土地（與系爭土地同為重測前○○○○00000號土地，下稱鄰地）之建物（補發77高市工建築使字第112號，原59高市建都築使字第421號使用執照）與54高市建土築字第367號建造執照之建物，係重複使用法定空地並重複申請建築執照為由，以86高市土務建字第27449號函吊銷坐落於鄰地上建物之使用執照。經鄰地所有權人提起行政救濟後，最高行政法院88年度判字第2952號判決(下稱系爭判決)被告以86高市土務建字第27449號函吊銷坐落於鄰地上建物之使用執照之原處分，顯有違誤，應予撤銷。

⑵則與本件爭議有相同情事之鄰地，既已經最高行政法院認定被告吊銷原執照之處分違法，且鄰地上之建物已回復為合法建築之狀態；則原告所遭遇之情況與鄰地及其上之建物幾乎完全相同，即系爭建照及使照，均係發給原告之前手劉君，原告並非該授益處分之受處分人，僅係該使用執照標的即建築物之現在所有權人，依前開最高行政法院之判決意旨，及平等原則、行政自我拘束原則，被告不得逕向原告為系爭吊銷執照之處分。

3.系爭吊銷執照函與信賴保護原則有違：

⑴依系爭建照、使照之相關資料及圖說可知，原告之前手即系爭房屋之起造人劉君，向被告申請拆除執照拆除後，始再向被告申請建造執照於同一基地興建系爭建物，並於竣工後向被告申請取得使用執照，且系爭建照及使照均係經被告實質審查後核發。亦即伊時起造人劉君拆除原建物並起造系爭建物時，系爭土地已非其他建物之法定空地，伊時被告就系爭建照也係依建築法第21條以下之規定進行實質審查後核發，並於系爭建物竣工後，依建築法第70條以下之規定進行實質審查後核發系爭使用執照在案。

⑵嗣後原告投入畢生積蓄向起造人劉君於86年5月8日購入系爭房地，並於同年5月23日辦理所有權移轉登記。惟被告卻因疏忽未發現有本件重複使用法定空地之情形，而以系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函知原告，系爭建物之系爭建照、使照均業已被吊銷，致原告當時合理信賴系爭建物具有合法建照及使造作為信賴基礎，而購入系爭建物此一信賴表現，忽然變成違建，對原告權益之侵害顯然甚鉅，在原告並無行政程序法第119條所列各款信賴不值得保護之情形下，被告處分顯然與信賴保護原則有違，應予撤銷。

4.原告可依行政程序法第117條提起本件救濟：

⑴未遵期提起行政救濟理由：

原告於86年6月25日收到新興地政事務所86高市地新一字第4455號函，告知原告所有系爭建物之系爭建照及使照均業已被吊銷後，隨即立即與被告聯繫尋求救濟方式，而被告伊時並未有任何救濟之教示，僅告知原告得以申請法定空地分割，原告於無相關認知之情形下，當下立即依照被告之指示委任專業人員辦理法定空地分割之相關事務，始無法於法定救濟期間提起行政救濟。

⑵另倘若認為限於未經救濟程序之行政處分，方有行政程序法第117條之適用，且行政機關有權利選擇是否撤銷違法處分，人民並無主動請求權，此解釋違反公務員依法行政原則，且罔顧人民權利，使行政程序法第117條形同具文。是以，原告自得依行政程序法第117條提起本件救濟。

㈡聲明：

1.先位聲明：

⑴被告112年12月11日拒絕申請函及訴願決定均撤銷。

⑵被告應依原告112年12月1日之申請，作成就被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函准予程序重開之處分，併撤銷上開二函。

2.備位聲明：確認被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函係違法行政處分。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.系爭建物起造在他案建築基地之法定空地，已違反行為時建築法第11條規定法定空地不得重複使用之規定，被告隨即以系爭吊銷執照函及86年8月7日函知原告，依法有據，洵無違誤。則原告主張處分不當等語，恐有誤解法令。

2.原告主張鄰地所適用系爭判決部分，該案係於59年間取得使用執照在案，然當時被告卻以73年修訂之建築法第11條規定予以吊銷執照，即有適用法規顯有錯誤之情形，故最高行政法院方予以撤銷原吊銷執照處分。然本件系爭建築

執照核發時間係於73年11月7日修正公布建築法第11條第3項規定之後，從而系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函於法並無違誤，原告理由顯不足採。

3.原告於111年9月13日方陳情撤銷系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函，然本件並無行政程序法第128條各款規定情形，況本件自法定救濟期間經過後已逾5年，亦不得申請程序重開。是以，被告以111年9月22日拒絕申請函及112年12月11日拒絕申請函復原告，於法並無不合。

4.原告另主張係依行政程序法第117條請求撤銷違法處分，惟該條文並未賦予人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之請求權，法意甚明。故人民依上開規定請求行政機關作成撤銷原違法行政處分之行政處分，性質上僅是促使行政機關為職權之發動，行政機關雖未依其請求而發動職權，人民亦無從主張其有權利或法律上利益受損，循行政爭訟程序請求行政機關自為撤銷行政處分。是其起訴即欠缺實體判決要件，行政法院應依行政訴訟法第107條第1項第10款所規定不備其他要件而不能補正，以裁定駁回其訴。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

㈠原告112年12月1日之申請，是否符合行政程序法第128條之申請要件？

㈡被告否准原告申請行政程序重開及撤銷系爭吊銷執照處分，是否適法？

五、本院的判斷：

㈠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，並有原告111年9月13日陳情書（訴願卷第75-84頁）、112年12月1日陳情書（訴願卷第61-72頁）、系爭吊銷執照函（第47頁）、被告86年8月7日函（第49頁）、被告111年9月22日拒絕申請函（第85-86頁）、被告112年12月11日拒絕申請函

（第83-84頁）、(59)高市建都築使字第421號使用執照查詢資料（第129-138頁）、系爭建照及使照申請資料（第143-214頁）、系爭土地之土地登記簿資料（第151-152頁）、最高行政法院88年度判字第2952號判決（第41-46頁）及訴願決定書（第27-40頁）等附本院卷可稽，自堪認定。

㈡原告112年12月1日就系爭吊銷執照處分申請行政程序重開，與行政程序法第128條要件不符：

1.應適用之法律及說明：

⑴按「（第1項）行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。（第2項）前項申請，應自法定救濟期間經過後3個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾5年者，不得申請。(第3項)第1項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」「行政機關認前條之申請為有理由者，應撤銷、廢止或變更原處分；認申請為無理由或雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之。」行政程序法第128條、第129條定有明文。

⑵程序重開之法定要件：

上揭規定為行政程序重開之規定，可知行政程序重開係對於行政處分已經確定之事件，允許相對人或利害關係人於具有一定事由時，重啟已終結之行政程序，促使行政機關改變原已確定之處分，以調和法之安定性與合法

性間之衝突。準此，行政程序重開之要件如下：A.處分之相對人或利害關係人得為申請人；B.須向管轄行政機關提出重新進行程序之申請；C.須具備行政程序法第128條之各款事由；D.申請人須於行政程序或救濟程序中非基於重大過失而未主張此等事由；E.自法定救濟期間經過未逾3個月或自法定救濟期間經過未逾5年。

⑶又重開程序之決定可分為兩個階段，第一階段准予重開，第二階段重開之後作成決定將原處分撤銷、廢止或仍維持原處分。若行政機關第一階段即認為重開不符合法定要件，而予以拒絕，就沒有第二階段之程序。上述二種不同階段之決定，性質上皆是新的處分，受處分不利影響之申請人依法自得提起行政爭訟，並經法院實體審究，而為裁判。（最高行政法院97年度裁字第5406號裁定、101年度判字第452號判決參照）。

2.經查，原告先於111年9月13日以陳情書主張撤銷系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函，經被告以111年9月22日函拒絕申請；原告再於112年12月1日陳情主張依行政程序法第117條規定並檢附改制前行政法院之系爭判決向被告請求撤銷系爭吊銷執照函及86年8月7日函，仍經被告以112年12月11日函拒絕，依該函文意旨略謂：「……二、旨揭陳情案本局業於111年9月22日拒絕申請函復在案。三、按行政程序法第128條：……依上開規定，本案已逾法定救濟期間經過後5年，且無新事證，本局礙難受理。」則被告112年12月11日拒絕申請函顯係就原告就112年12月1日之陳情書，經審核後認原告之申請仍不符合行政程序法第128條規定之要件，而作出駁回之處分，縱仍未變更被告111年9月22日拒絕申請函之見解，然被告係依原告112年12月1日之申請資料重為審酌，應認屬第二次裁決，為一行政處分，原告自得對其爭訟。

3.又原告無非係執系爭判決作為新事實、新證據，向被告申請程序重開並請求作成撤銷系爭吊銷執照處分。然查，系

爭土地既經被告查得係(59)高市建都築使字第421號使用執照建築基地之法定空地而有重複使用之情事，因違反行為時(73年11月7日修訂)建築法第11條有關法定空地不得重複使用之規定，即於86年6月17日作成系爭吊銷執照處分，並以86年8月7日函通知原告在案。然原告遲至112年12月1日始請求程序重開，顯已逾行政程序法第128條第2項所定自法定救濟期間經過已逾5年之法定期限。

4.從而，原告就被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函申請程序重開，核與行政程序法第128條第2項規定所定應於法定期限內提出之要件未符。被告112年12月11日函所為駁回重開處分，洵屬於法有據，訴願決定遞予維持，亦無不合。

㈢原告主張依行政程序法第117條撤銷被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函部分：

1.按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，行政訴訟法第5條第2項固定有明文。然所謂「依法申請之案件」，係指人民依據法令之規定，有向機關請求就某一特定具體之事件，為一定處分之權利者而言；至同法第5條第1項規定所謂「應作為而不作為」，係指行政機關對於人民之申請負有法定作為義務，卻違反此一作為義務而言。是法令如僅係規定行政機關之職權行使，因其並非賦予人民有公法上請求行政機關為行政處分之權利，人民之請求行政機關作成行政處分，性質上僅是促使行政機關發動職權，並非屬於「依法申請之案件」，行政機關對該請求之人民並不負有作為義務，即令其未依其請求而發動職權，該人民無從主張其有權利或法律上利益受損害。

2.次按行政程序法第117條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤

銷；其上級機關，亦得為之。」本條係規定於法定救濟期間經過後之違法行政處分，原處分機關或其上級機關得撤銷其全部或一部違法行政處分之職權行使，並未賦予人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之請求權，法意甚明。故人民依上開規定請求行政機關作成撤銷原違法行政處分之行政處分，性質上僅是促使行政機關為職權之發動，行政機關雖未依其請求而發動職權，人民亦無從主張其有權利或法律上利益受損，循行政爭訟程序請求行政機關自為撤銷行政處分（最高行政法院109年度判字第135號判決意旨參照）。

3.經查，原告以行政程序法第117條為據，求命被告自行撤銷86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函部分，依上所述，顯然欠缺公法上之請求權基礎，尚屬無據。況其所主張違法之系爭吊銷執照函及被告86年8月7日函部分，既未於法定救濟期間內循行政爭訟程序求為撤銷，於法定救濟期間經過後，即已發生形式確定力，更何況原告也早已經過得依行政程序法第128條規定申請程序重開之期間，已如上述。從而，原告起訴請求判決如先位訴之聲明1.、2.所示，洵無理由，應予駁回。

㈣原告備位聲明請求確認被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函係違法行政處分部分：

1.按行政訴訟法第6條第1項及第3項分別規定：「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。」及「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴，不在此限。」可知，行政訴訟法所規定的確認訴訟，是人民就特定公法上法律關係的存在與否以及其內容請求行政法院予以確認的訴訟，其種類包含確認行政處分無效、確認公法上法律關

係成立或不成立、確認已執行而無回復原狀可能的行政處分或已消滅的行政處分為違法等3種。而且確認訴訟具有補充性，若該確認訴訟求為確認公法關係是否成立或違法的行政處分，屬得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，則不得提起之。

2.經查，系爭建照、使照，經被告於86年6月17日吊銷，並由被告以86年8月7日函通知原告在案，雖原告非系爭執照之處分相對人，然在其登記為系爭建物所有權人後，若認系爭吊銷執照處分有違法事由，原告自可主張其為利害關係人，循序提起訴願、撤銷訴訟，並遵守訴願期間及起訴期間，始能達其訴之目的。詎原告未經訴願程序、已逾越撤銷訴訟之起訴期限，方提起確認被告86年6月17日系爭吊銷執照函及86年8月7日函係違法行政處分訴訟，顯與行政訴訟法第6條第3項關於確認訴訟補充性之規定有違，欠缺權利保護必要，故其備位聲明，應認無理由，併予判決駁回。

六、綜上所述，原告主張各節，並非可採。原告先位聲明訴請被告作成准予程序重開之處分，並以備位聲明訴請確認原處分為違法，均為無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經核與本件判決結果不生影響，爰不一一論駁，併予敘明。

七、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　17　　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　　114　　年　　4　　月　　17　　日

書記官　林　映　君