

高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭

114年度訴字第313號

民國115年8月13日辯論終結

原告 鄭建龍

訴訟代理人 陳樹村 律師

龔暉翔 律師

被告 高雄市政府工務局

代表人 楊欽富

訴訟代理人 余佩君

李霽

黃建雄 律師

參加人 黃清課

黃勝村

黃勝明

黃勝文

上列當事人間畸零地合併使用調處事件，原告不服高雄市政府中華民國114年7月2日高市府法訴字第11430511000號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

一、原處分及訴願決定均撤銷。

二、被告對於原告民國112年5月2日提出就其所有坐落○○市○○區○○段0小段000-0地號土地與參加人所有同段000地號土地續行調處之申請案，應依本判決之法律見解另為適法之處分。

三、原告其餘之訴駁回。

四、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

參加人黃清課經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第218條準用民事訴訟法第386條各款所列之情事，爰依原告、被告及到場參加人之聲請，由其等就參加人黃清課部分，一造辯論而為判決。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

緣原告所有坐落○○市○○區○○段0小段（下稱同段）000-0地號土地（下稱申請地），因面積狹小、寬度不足，屬無法單獨建築之畸零地，依規定應與鄰地合併使用，始得建築。而參加人黃清課、黃勝村、黃勝明及黃勝文共有之相鄰同段000地號部分土地，即(79)高市工建築使字第325號使用執照（下稱原使用執照）建築基地之保留地，亦屬畸零地（下稱擬合併地），依原使用執照附註記載該保留地係留供為鄰地合併建築，惟若將來無法與鄰地合併時，土地所有權人願無條件改作原建築基地之法定空地（下稱系爭附註）。原告為將申請地與擬合併地合併使用，初於民國111年5月10日依高雄市畸零地使用自治條例（下稱畸零地自治條例）第10條規定第1次向被告申請畸零地調處，案經被告審核上開2筆土地符合調處要件而召開111年12月14日第1次調處會議，惟調處結果為不成立。參加人隨即於112年1月13日向被告申請將擬合併地與原使用執照基地調整，經被告認畸零地自治條例107年間修法時已刪除保留地規定為由核准參加人之申請並核發112年2月8日原使用執照之變更後使用執照（下稱系爭變更使照）在案。待原告續於112年5月2日向被告申請畸零地第2次調處時，被告即以112年5月4日高市工務建字第0000000000號函（下稱被告112年5月4日函）稱擬合併地已變更為法定空地受套繪管制，而非屬畸零地自治條例第10條所稱之畸零地為由予以否准。原告不服提起訴願，經訴願機關以112年9月18日高市府法訴字第00000000000號訴願決定

（下稱112年9月18日訴願決定）認被告未說明何以自治條例之修正致使原使用執照之系爭附註當然失其效力之理由為由，將被告112年5月4日函撤銷。然被告於112年11月9日以高市工務建字第00000000000號函（下稱被告112年11月9日函）重作之處分，仍續以同一修法依據再次否准原告112年5月2日之調處申請，原告不服再提訴願，復經訴願機關以113年4月24日高市府法訴字第00000000000號訴願決定（下稱113年4月24日訴願決定）以被告仍未說明「理由」為由，再將被告112年11月9日函撤銷，並責令被告應於2個月內另為處分。惟被告未依前揭訴願決定意旨於期限內重作處分，而係另以113年8月29日高市工務建字第00000000000號函（下稱被告113年8月29日函）通知原告略謂：因畸零地自治條例107年間修法時已刪除保留地規定，故被告業經核准參加人將擬合併地變更為法定空地之申請並核發系爭變更使照，爰依行政程序法第100條規定併通知原告知悉，如原告不服系爭變更使照，請於收受本函之次日起30日內依法提起訴願等語，並檢附系爭變更使照核准圖說1份。原告隨即對被告113年8月29日函提起訴願，但經訴願機關以114年1月2日高市府法訴字第00000000000號訴願決定（下稱114年1月2日訴願決定）認被告113年8月29日函非屬行政處分為由予以不受理。被告於收到前揭不受理訴願決定後，隨即以擬合併地業經系爭變更使照變更為原建築用地之法定空地，而原告復未對被告嗣後寄送之系爭變更使照於期限內提起訴願，則擬合併地已受法定空地套繪管制，原告112年5月2日申請不符107年8月1日公布施行之畸零地自治條例第10條規定為由，以114年1月17日高市工務建字第00000000000號函駁回原告畸零地調處之申請（下稱原處分）。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：

（一）主張要旨：

- 01 1、原告所有申請地與擬合併地，位在都市計畫第5種住宅區，
02 依101年8月16日公布施行之高雄市畸零地使用自治條例（下
03 稱101年畸零地使用自治條例）第12條第1項規定，被告於79年核
04 准同段000地號土地使用執照時，已於原使用執照地盤圖上
05 註明，保留26.6平方公尺土地（即擬合併地）供原告所有申
06 請地作為建築使用，此乃當時所為之限制。又此係為使申請
07 地將來申請建照時得申請畸零地合併使用，不但考量申請地
08 所有權人之權益，更具有促進畸零地有效利用之政策目的。
- 09 2、擬合併地根本沒有無法與原告申請地合併建築使用之情形，
10 惟參加人為規避畸零地調處，自79年起至111年止共長達22
11 年時間，參加人皆未曾向被告表示擬合併地無法與申請地合
12 併建築使用，反而係在111年12月14日雙方第1次調處不成立
13 後，旋於112年1月間向被告申請原使用執照變更，將擬合併
14 地變更為法定空地，刻意製造保留地已不復存在之外觀。被
15 告未察及此，仍作成系爭變更使照處分，則系爭變更使照處
16 分自有違誤。
- 17 3、又原告申請地既於畸零地使用自治條例修正前取得，自應適用修
18 正前畸零地使用自治條例，方屬合法。則擬合併地當時所為系爭
19 附註及現況事實狀態均未改變之前提下，被告未經原告同
20 意，即依現行畸零地使用自治條例將擬合併地逕予變更為原使用
21 執照之法定空地，並核發系爭變更使照處分，而未對原告採
22 取任何合理之補救措施，或於畸零地使用自治條例修正後，訂定
23 過渡期間之條款，減輕原告所受到之損害，不僅違反禁止法
24 律溯及既往原則、信賴保護原則，更與司法院釋字第525號
25 解釋意旨相悖，造成對原告之突襲，損害原告利用土地建築
26 之法律上權益，使原告所有申請地無法建築，原告自屬系爭
27 變更使照處分之法律上權益受有損害之利害關係人。對於系
28 爭變更使照作成前，未給予原告陳述意見之機會，又未合法
29 送達使原告知悉，應認系爭變更使照處分未對原告發生效
30 力，原告自不受系爭變更使照處分之拘束，並請求鈞院依最

01 高行政法院106年度判字第644號行政判決見解，於本件一併
02 審查系爭變更使照合法性。

03 4、高市112年9月18日訴願決定已指出，被告未說明為何於畸零
04 地自治條例刪除保留地之規定後，原使用執照圖說地盤圖之
05 系爭附註即當然失其效力，在未盡說明理由之義務及未善盡
06 當事人有利或不利之注意義務下，逕以駁回原告調處之申
07 請，顯已違法，並撤銷被告駁回原告申請調處之處分。惟被
08 告未遵從上揭訴願決定法律見解之拘束，重作適法之處分，
09 仍以原處分駁回原告之申請，自屬有誤。

10 5、況依畸零地自治條例規定，畸零地係以土地之寬度或深度是
11 否達一定標準而為認定，原告所有申請地及參加人所有擬合
12 併地，均曾經被告認定為面積狹小、寬度不足，無法單獨建
13 築之畸零地，縱使擬合併地後續變更為原使用執照建物之法
14 定空地，僅係從物理之認定變更為性質之認定，仍未失卻畸
15 零地之文義認定，現行畸零地自治條例就此亦無在此情況下
16 畸零地已不復存在之明文規定，是被告辯稱本件情況不符調
17 處規定，難認可採，被告應依原告申請，續行第2次畸零地
18 調處。

19 (二)聲明：

20 1、訴願決定及原處分均撤銷。

21 2、被告應依原告112年5月2日申請，作成准予原告申請地與參
22 加人擬合併地續行第2次調處之處分。

23 三、被告答辯及聲明：

24 (一)答辯要旨：

25 1、原告未對系爭變更使照提起行政救濟，被告依現行畸零地自
26 治條例已刪除保留地之規定，將擬合併地變更為法定空地，
27 並核發系爭變更使照予參加人，於法有據：

28 (1)就原處分而言，系爭變更使照乃為「構成要件事實」之一
29 部，如系爭變更使照在未撤銷、廢止或未因其他事由失效
30 前，其效力繼續存在，應具有構成要件效力。再者，因系爭
31 變更使照並非本件訴訟標的，若無其他例外得予審查之事

01 由，在本件訴訟中行政法院不得審查其合法性，原告對之提
02 起本件訴訟，應認欠缺權利保護必要。

03 (2)擬合併地係參加人原使用執照建築基地之保留地，參加人於
04 112年1月13日依建築法第73條第2項規定向被告申請原使用
05 執照之基地調整，依內政部72年5月11日台內營字第158223
06 號函釋意旨，該建築基地上之建物竣工，於79年領得原使用
07 執照後，即已完成建築程序，後來申請變更使用執照則屬另
08 一建築行為，應依照行為時之建築法令規定辦理，即依現行
09 畸零地自治條例為認定。又現行畸零地自治條例業已刪除保
10 留地規定，毋庸再留設保留地，被告乃於112年2月8日核發
11 系爭變更使照，准予將擬合併地納入建築基地面積，成為原
12 使用執照基地之法定空地，自屬於法有據。

13 2、本件係屬原使用執照「附款」之解除條件成就而致限制條件
14 失效之問題，與「法律不溯及既往原則」及「信賴保護原
15 則」無涉，亦與行政爭訟原則上應適用「行為時法」而非適
16 用「裁判時法」之原則無涉：

17 (1)原使用執照地盤圖之系爭附註，性質上係屬原使用執照之
18 「附款」，並未限制將來發生無法與鄰地合併使用之情形，
19 究係基於「法律」變更或是「事實」變更，則擬合併地雖因
20 現行畸零地自治條例刪除101年畸零地自治條例第12條保留
21 地之規定，而使擬合併地變更為法定空地，並經被告核准在
22 案，即該當於系爭附註所載「『將來』無法與鄰地合併時」
23 之條件，則該加註限制之條件自己因後來法律變更並致事實
24 變更，而發生「將來」無法與鄰地合併使用之情形，解除條
25 件成就而當然失其效力，參加人即無需再以擬合併地供原告
26 申請地合併使用，此非屬法律不溯及既往之問題。

27 (2)且原使用執照所預留之保留地，並非「永久」不變，「將
28 來」是有可能變更，原告不能期待擬合併地將來會永久留供
29 其申請地合併使用，自無主張信賴保護原則可言。

30 3、高市112年9月18日、113年4月24日訴願決定，顯未斟酌原使
31 用執照系爭附註限制條件之性質係屬行政處分之「附款」，

並非行為時法與裁判時法相異時原則上應依據行為時的法律來判斷之問題，則其所持之見解即尚有可議。嗣本件訴願決定時，因被告將系爭變更使照處分通知原告，而原告並未提起訴願，認定被告據以駁回原告第2次調處之申請，於法有據，而駁回原告之訴願，則上開兩次訴願決定撤銷之理由自己無需再予討論。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、參加人陳述要旨：

(一)被告明知法令已經修改的情況下，仍然通知召開調處會，參加人是在不知情的情況下，參加第1次調處。參加人領有系爭變更使照，依法有據，擬合併地不是畸零地，不受現行畸零地自治條例第10條限制，不需調處。

(二)申請地除與擬合併相鄰外，亦與同段000地號土地相鄰，同段000地號土地現仍是空地，原告可以與同段000地號土地合併建築。

五、爭點：

(一)本院可否審查系爭變更使照處分？

(二)被告以原處分否准原告112年5月2日第2次調處之申請，是否合法？

(三)原告請求被告依原告112年5月2日申請，作成准予原告所有申請地與參加人擬合併地續行第2次調處之處分，有無理由？

六、本院的判斷：

(一)前提事實：如爭訟概要欄所載事實，有原告111年5月10日調處申請書、高雄市政府畸零地調處會111年第1次會議提案表及調處會議紀錄（本院卷第111頁至第117頁）、原使用執照地盤圖及其上附註（本院卷第23頁）、申請地土地登記第2類謄本（本院卷第21頁至第22頁）、同段000地號地籍圖資查詢系統資料（訴願卷2第70頁至第73頁）、同段000地號土地多目標地籍圖（訴願卷2第74頁）、Google街景圖（訴願卷1第40頁）、系爭變更使照存根查詢資料、資料明細及所

01 附面積計算表、位置圖、現況圖（本院卷第25頁至第27頁、
02 第125頁至第126頁）、原告112年5月2日高雄市畸零地調處
03 申請書（收文字號：第0000000號，本院卷第119頁）、被告
04 112年5月4日函、112年11月9日函、高雄市政府112年9月18
05 日訴願決定、113年4月24日訴願決定（本院卷第127頁至第1
06 35頁、第151頁至第163頁）、被告113年8月29日函（本院卷
07 第169頁至第170頁）、高雄市政府114年1月2日訴願決定
08 （本院卷第173頁至第177頁）、原處分（本院卷第95頁至第
09 96頁）及訴願決定（本院卷第97頁至第109頁）等在卷可
10 佐，自可認屬真實。

11 (二)應適用的法令：

12 1、建築法

13 (1)第11條：（第1項）本法所稱建築基地，為供建築物本身所
14 占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，
15 於申請建築前應合併為一宗。（第2項）前項法定空地之留
16 設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距
17 離，其寬度於建築管理規則中定之。（第3項）應留設之法
18 定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分
19 割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管建築機關
20 定之。

21 (2)第44條：直轄市、縣（市）（局）政府應視當地實際情形，
22 規定建築基地最小面積之寬度及深度；建築基地面積畸零狹
23 小不合規定者，非與鄰接土地協議調整地形或合併使用，達
24 到規定最小面積之寬度及深度，不得建築。

25 (3)第45條：（第1項）前條基地所有權人與鄰接土地所有權人
26 於不能達成協議時，得申請調處，直轄市、縣（市）（局）
27 政府應於收到申請之日起1個月內予以調處；調處不成時，
28 基地所有權人或鄰接土地所有權人得就規定最小面積之寬度
29 及深度範圍內之土地按徵收補償金額預繳承買價款申請該管
30 地方政府徵收後辦理出售。徵收之補償，土地以市價為準，
31 建築物以重建價格為準，所有權人如有爭議，由標準地價評

01 議委員會評定之。（第2項）徵收土地之出售，不受土地法
02 第25條程序限制。辦理出售時應予公告30日，並通知申請
03 人，經公告期滿無其他利害關係人聲明異議者，即出售予申
04 請人，發給權利移轉證明書；如有異議，公開標售之。但原
05 申請人有優先承購權。標售所得超過徵收補償者，其超過部
06 分發給被徵收之原土地所有權人。（第3項）第1項範圍內之
07 土地，屬於公有者，准照該宗土地或相鄰土地當期土地公告
08 現值讓售鄰接土地所有權人。

09 (4)第46條：直轄市、縣（市）主管建築機關應依照前2條規
10 定，並視當地實際情形，訂定畸零地使用規則，報經內政部
11 核定後發布實施。

12 (5)第73條：（第1項）建築物非經領得使用執照，不准接水、
13 接電及使用。但直轄市、縣（市）政府認有左列各款情事之
14 一者，得另定建築物接用水、電相關規定：一、偏遠地區且
15 非屬都市計畫地區之建築物。二、因興辦公共設施所需而拆
16 遷具整建需要且無礙都市計畫發展之建築物。三、天然災害
17 損壞需安置及修復之建築物。四、其他有迫切民生需要之建
18 築物。（第2項）建築物應依核定之使用類組使用，其有變
19 更使用類組或有第9條建造行為以外主要構造、防火區劃、
20 防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不
21 合之變更者，應申請變更使用執照。但建築物在一定規模以
22 下之使用變更，不在此限。（第3項）前項一定規模以下之
23 免辦理變更使用執照相關規定，由直轄市、縣（市）主管建
24 築機關定之。（第4項）第2項建築物之使用類組、變更使用
25 之條件及程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。

26 2、78年畸零地使用規則（已於99年12月25日廢止）

27 (1)第9點第1項：畸零地非與其相鄰之唯一土地合併，無法建築
28 使用時，該相鄰之土地非經留出合併使用所必須之土地不准
29 建築，但留出後所餘之土地形成畸零地時，應全部合併使
30 用。

(2)第11點：與唯一鄰接建築線之基地相鄰之裡地及依本規則應補足或留出合併使用之基地，土地所有權人或鄰地所有權人無法達成協議合併使用時，得檢附左列書件，向本府申請調處。……。

3、101年畸零地自治條例（已於107年8月1日修正）

(1)第3條本文：本自治條例所稱畸零地，指適用建築法地區內面積狹小或地界曲折之基地。

(2)第12條：（第1項）鄰接計畫道路之畸零地非與其相鄰之唯一土地合併，無法建築使用時，該相鄰之土地除其土地所有人協議價購畸零地之全部供合併使用外，非經保留合併使用所必需之土地，不得建築。但畸零地有下列情形之一者，不在此限：一、位於道路交叉處且依建築管理相關法令規定應截角退讓之公有土地。二、基地上有第9條第3項之建築物。三、符合前條規定。（第2項）相鄰土地依前項規定保留合併使用所必須之土地，致保留後所餘之土地形成畸零地時，應全部合併使用。

(3)第14條：（第1項）相鄰土地所有權人無法依第12條第1項規定協議價購畸零地之全部供合併建築使用，得向主管機關申請調處。（第2項）前項情形，經1次調處仍無法協議成立時，主管機關得准予建築。

4、現行畸零地自治條例

(1)第4條第1款：本自治條例用詞，定義如下：一、畸零地；指建築基地屬下列情形之一者：（一）側面應留設騎樓之建築基地，其寬度或深度未達附表二規定。（二）前目以外之建築基地，其寬度或深度未達附表一規定。但依法側面應退縮建築之基地，其退縮部分不計入最小寬度。（三）基地未符合都市計畫規定之最小面積、寬度或深度。

附表一

使用分區或使 用地類別 基地情形	住宅區及 甲、乙種 建築用地	商業區	丙種建築 用地	工業區及 丁種建築 用地
------------------------	----------------------	-----	------------	--------------------

(公尺)					
(省略)					
正面路寬 超過25公尺	最小寬度	4・〇〇	4・〇〇	6・〇〇	7・〇〇
	最小深度	16・〇〇	18・〇〇	20・〇〇	16・〇〇

02 (2)第10條：畸零地所有權人與同屬畸零地之鄰地所有權人，無
 03 法依建築法第45條規定達成協議時，得檢附下列文件向主管
 04 機關申請調處：一、需合併土地之土地登記（簿）謄本及地
 05 籍圖謄本各1份。二、相關土地地盤圖及現況圖各17份，表
 06 明需合併使用土地最小面積之寬度及深度。三、相關土地所
 07 有權人及他項權利人之姓名、通訊地址。四、公告土地現
 08 值、市價概估及地上物補償之概估。五、建築線指示（定）
 09 圖。六、未能自行達成協議說明書。

10 (3)第11條：（第1項）為處理前條調處事宜，主管機關得設畸
 11 零地調處會，並通知有關土地所有權人、他項權利人及其他
 12 利害關係人進行調處。（第2項）前項調處程序如下：一、
 13 審查申請人所規劃合併使用土地最小面積、寬度及深度，必
 14 要時得酌予調整。二、查估合併土地附近之買賣市價，徵詢
 15 各權利人意見，促成各土地所有權人，以公開議價之方式達
 16 成買賣或其他合併使用之合意。（第3項）前項調處時，一
 17 方無正當理由不到場者，視為調處不成立。（第4項）第1項
 18 畸零地調處會之設置要點，由主管機關另定之。

19 (4)第12條：（第1項）前條情形，經調處2次不成立者，土地所
 20 有權人得就規定最小面積之寬度及深度，預繳承買價款及相

01 關費用，申請主管機關辦理徵收出售或標售。（第2項）前
02 項畸零地徵收出售、標售作業程序，由主管機關另定之。

03 （三）本院應審查系爭變更使照之合法性：

04 1、按行政處分除自始無效外，在未經撤銷、廢止或未因其他事
05 由而失其效力前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3
06 項規定參照）。有效之先前行政處分成為後行政處分之構成
07 要件事實之一部分時，則該先前之行政處分因其存續力而產
08 生構成要件效力。當事人如以後行政處分為訴訟客體，而非
09 以有效之先前行政處分為訴訟客體，提起行政訴訟時，則該
10 先前行政處分之實質合法性，原則上並非該受訴行政法院審
11 理之範圍。固然有存續力之前行政處分，其構成要件效力並
12 非絕對。在前行政處分缺乏有效行政救濟途徑；或者依當時
13 環境，無法期待處分相對人為行政救濟（例如依處分作成當
14 下時空觀察，前行政處分對當事人有利）等情況下，行政機
15 關或法院事後審查以前行政處分為基礎之後行政處分合法性
16 時，並非不能例外審究前行政處分認事用法之合法性。不過
17 當前處分之當事人有合法救濟途徑，卻任意放棄依該救濟程
18 序為主張，該前行政處分之構成要件效力，即應受到尊重，
19 不得任意排除其適用（最高行政法院109年度上字第875號判
20 決要旨參照）。此即說明有效之先前行政處分成為後行政處
21 分之構成要件事實之一部分時，則該先前之行政處分因其存
22 續力而產生構成要件效力，並拘束原處分機關、處分相對
23 人、法律上利害關係人及其他國家機關。惟該構成要件效力
24 之有無，本質上屬於行政實體法之問題，並不當然拘束法
25 院，尤其是行政法院，否則若行政處分構成要件效力對行政
26 法院如同對其他行政機關般，無差別地一體適用，使行政法
27 院必須完全接受行政處分有效存在之既存事實，不得將其列
28 入合法性審查之範圍，並以此為基礎，作出裁判，恐將減損
29 權力分立原則下司法權制衡行政權應有之制度功能。是依前
30 揭判決意旨可知，除非前行政處分之當事人有合法救濟途
31 徑，卻任意放棄依該救濟程序為主張，致使前行政處分發生

形式確定力並確保其實質存續力時，其所延伸之構成要件效力方得一併存在，並為後行政處分之受訴法院所尊重。惟若前行政處分在現行法制下欠缺救濟途徑，或是雖有救濟途徑，但個案情形下無法期待人民提起行政爭訟，或雖提起行政爭訟但未獲適當之救濟機會，致使人民無法有效利用救濟途徑以免行政處分形式確定力之發生時，自不具備期待可能性，此際即得阻卻其構成要件效力，而得為後行政處分之受訴法院審究前行政處分認事用法之合法性。

2、經查，被告以系爭變更使照處分將擬合併地變更為法定空地，致參加人所有擬合併地不復具備現行畸零地自治條例第4條所定畸零地要件，自無現行畸零地自治條例第10條調處申請須以「畸零地所有權人」與同屬「畸零地之鄰地所有權人」之要件該當，據以原處分駁回原告112年5月2日第2次調處之申請。準此，本件訴訟標的之原處分，顯係以系爭變更使照處分之作成及其效力，作為其構成要件前提事實之基礎。

3、次查，被告於112年2月8日作成系爭變更使照處分後，雖未曾將該處分送達利害關係人即原告，惟被告112年5月4日函即已表明擬合併地業受法定空地套繪管制，已非屬畸零地為由，據以否准原告第2次調處之申請（本院卷第127頁至第128頁）；而原告對被告112年5月4日函提起訴願，其112年6月6日訴願書則明確表示：經原告進一步查證始發現被告係以系爭變更使照處分將擬合併地變更為原建築用地之法定空地，則被告所為系爭變更使照處分已影響原告就申請地之權益，詎被告所為系爭變更使照處分不僅違反當初發照條件，且未經申請地地主同意即逕予變更為原建築用地之法定空地，自屬違法，並違反行政自我拘束和禁反言原則，乃被告進而據此否准原告調處申請，於法更難謂合等語（112年9月18日訴願卷第35頁至第38頁）；而訴願機關作成112年9月18日訴願決定時，其理由欄第六項即對被告系爭變更使照處分進行實體審理，並認原使用執照所為系爭附註是否因畸零地

01 自治條例修法之故而當然失其效力，容有再予查明之必要，
02 從而原告於訴願理由指謫系爭變更使照違反當初發照條件，
03 且未經申請地地主同意即逕予變更為原建築用地之法定空
04 地，似非無據。被告112年5月4日函未經釐清及說明，即逕
05 否准原告第2次調處之申請，容有率斷之嫌為由，爰將被告
06 前函撤銷，並責令被告於2個月內另為處分（本院卷第129頁
07 至第135頁）；惟被告重作之112年11月9日函僅再次強調107
08 年畸零地自治條例修法理由，故系爭變更使照自得將擬合併
09 地納入原使用執照之法定空地，則本案即不符合本市畸零地
10 調處要件等語（本院卷第151頁至第152頁）；原告隨後就被
11 告112年11月9日函提起訴願之訴願書（112年12月8日）亦表
12 明：原使用執照所附系爭附註係為使申請地將來申請建照時
13 得申請畸零地合併使用，本具有促進畸零地有效利用之政策
14 目的，今該條件及現況均未變更，被告卻未經原告同意，即
15 同意擬合併地地主變更為原建築用地之法定空地，已違反信
16 賴保護原則，造成對原告突襲，則被告所為系爭變更使照處
17 分係屬違法，也違反法律禁止溯及既往原則，更遑論被告亦
18 未依前訴願意旨說明理由等語（113年4月19日訴願卷第122
19 頁至第128頁）；嗣訴願機關113年4月24日訴願決定書理由
20 欄第七項則再次復述前次訴願決定理由，並認被告仍未說明
21 理由，且被告重為處分時，在事實狀態未改變之前提下，仍
22 持前訴願決定未採據之主張而執意維持112年5月4日函所為
23 之事實認定及法令見解，實難謂妥適，故將被告112年11月9
24 日函撤銷，責令被告於2個月內查明後另為處分（本院卷第1
25 53頁至第163頁）；惟被告遲未於上開訴願決定後2個月內另
26 為處分，而係以113年8月29日函復原告，其說明欄第一項先
27 是表明其係依據原告113年6月27日申請書及113年4月24日訴
28 願決定書辦理，第二、三項則再次敘明系爭變更使照業將擬
29 合併地變更為法定空地及依行政程序法第100條通知原告，
30 第四項則告知如對系爭變更使照不服，請依法提起訴願（本
31 院卷第169頁至第170頁）；而原告於收受該函後之期限內即

01 已提起訴願，其訴願書表明訴願標的為被告113年8月29日
02 函，惟其理由再次強調被告以系爭變更使照將擬合併地變更
03 為原建築用地之法定空地，因而據以駁回原告調處之申請，
04 原告已對此表示不服，並業經訴願決定二度撤銷被告否准處
05 分，詎被告仍再度作成第3次處分，為免逾訴願期限，先予
06 提起訴願等語（本院卷第277頁至第279頁）；惟訴願機關11
07 4年1月2日訴願決定則以被告113年8月29日函僅為單純事實
08 敘述，並非對原告之申請調處請求有所准駁，核屬觀念通
09 知，並非行政處分，而為不受理決定（本院卷第173頁至第1
10 77頁）；雖原告不服上開不受理決定有提起行政訴訟，並再
11 次主張被告系爭變更使照處分違反畸零地有效利用之立法目
12 的、信賴保護原則及法律不溯及既往原則，屬違法行政處
13 分，則被告以該處分為基礎所為後續否准處分，亦屬違法等
14 語，然經本院於114年12月9日以114年度訴字第91號裁定仍
15 認被告113年8月29日函非屬行政處分為由駁回其訴確定（本
16 院卷第269頁至第276頁）；至被告於前揭訴願機關作成不
17 受理決定後，隨即於114年1月17日作成本件原處分，並以原告
18 未對系爭變更使照提起訴願而告確定為由據以駁回原告112
19 年5月2日第2次調處之申請（本院卷第53頁至第54頁）等事
20 實，為兩造所是認，並有被告前揭歷次函文、原告訴願書、
21 歷次訴願決定等文件在卷可稽，是以從前揭查證事實觀之，
22 原告至遲於112年6月6日對被告112年5月4日函提起訴願之
23 際，即已知悉系爭變更使照處分之存在並連同被告112年5月
24 4日函一併對之提出訴願，依訴願法第14條第2項規定，原告
25 已依法對之提出訴願，且原告歷次提起之行政爭訟主張均係
26 以系爭變更使照處分違法為基礎或前提事實，作為被告後續
27 所為否准處分亦屬違法之論據而提起行政救濟。則依原告歷
28 次行政爭訟主張可知，原告不服被告處分之標的，除其已具
29 體表明被告否准其第2次調處之申請外，實質上還包括被告1
30 12年2月8日所作之系爭變更使照處分，甚且訴願機關112年9
31 月18日及113年4月24日訴願決定也均有就被告所為系爭變更

01 使照處分進行實體審理，進而審認被告以107年畸零地自治
02 條例業已修正，致原使用執照之系爭附註當然失效為由作為
03 系爭變更使照處分之依據，顯然欠缺依據及理由說明，並據
04 以撤銷被告112年5月4日函及112年11月9日函。然被告不但
05 未依113年4月24日訴願決定意旨重作准駁原告調處申請之處
06 分，反而另作113年8月29日函併附上系爭變更使照，惟其內
07 容既表明係依前揭訴願決定意旨及原告申請書意旨辦理，但
08 又再次敘明系爭變更使照處分之變更重點，要求原告對之於
09 期限內提起訴願，則該函顯令原告受到混淆，除一面仍續對
10 該函提起訴願外，並於理由內再次表明系爭變更使照與被告
11 遲未准許原告調處申請之緣由，要求被告應確實依前訴願決
12 定意旨重作，並應作成准許原告調處申請之處置。則姑不論
13 被告113年8月29日函究否為行政處分，原告歷次對被告函文
14 所提出之行政救濟，始終不曾間斷對被告系爭變更使照處分
15 係屬違法之訴求，更無論原告早於112年6月6日業已實質對
16 系爭變更使照不服並請求救濟，且訴願機關112年9月18日及
17 113年4月24日訴願決定亦已對系爭變更使照進行實體審理，
18 自不能僅因被告遲未依訴願機關113年4月24日訴願決定意旨
19 重作准駁處分，且原告未依被告113年8月29日函文末後說明
20 另單獨就被告系爭變更使照處分於送達後之期限內提起訴
21 願，被告即可無視113年4月24日訴願決定意旨而逕認系爭變
22 更使照對原告已生形式確定力，並對原告第2次調處之申請
23 具備構成要件效力為由，不必說明原使用執照之系爭附註是
24 否失效，即得以擬合併地已受法定空地套繪管制，非屬畸零
25 地，而以原處分逕自否准原告第2次調處之申請。是其關於
26 系爭變更使照處分已告確定且於本案有構成要件效力之論
27 據，顯有違誤。然原告既已對系爭變更使照處分不服且為被
28 告否准原告第2次調處申請之前提要件而提起行政救濟，但
29 直至訴願機關作成113年4月24日訴願決定後遲未獲得適當之
30 救濟機會，乃至原告提起本件行政訴訟後，仍續主張系爭變
31 更使照之違法瑕疵，揆諸前開說明，系爭變更使照處分既為

01 原處分合法性之實體前提，且未經行政法院實體確定判決確
02 認其合法性而產生既判力，則其客觀合法性即屬本院審理與
03 判斷原處分是否違法之必要範疇，本院自得併予審查。

04 (四)被告以原處分否准原告112年5月2日第2次調處之申請，並不
05 合法：

06 1、按「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分
07 前，除已依第39條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定
08 舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。」

09 「利害關係人亦得提出陳述書，為事實上及法律上陳述，但
10 應釋明其利害關係之所在。」「行政處分之相對人或利害關
11 係人得於第104條第1項第4款所定期限內，以言詞向行政機
12 關陳述意見代替陳述書之提出。」行政程序法第102條本
13 文、第105條第2項、第106條第1項分別定有明文。觀諸前揭
14 法條體系與立法旨意，係在保障利害關係人於行政處分作成
15 前，得主動提出陳述意見書或到場陳述意見之程序參與權，
16 用以落實正當法律程序，並輔助行政機關獲致精確審酌事實
17 之效果。是以，上開事前陳述意見權之賦予，應以利害關係
18 人「客觀上得以知悉行政機關預定作成處分之事實及具體理
19 由」為前提；若行政機關未以相當方式告知或使利害關係人
20 有得知悉該行政程序進行之可能，致其無從知悉處分之預定
21 作成，事實上即剝奪其依法得主動陳述意見之機會，自難謂
22 行政機關已遵守上開規定而合法提供利害關係人陳述意見之
23 程序保障，其所為之行政處分即欠缺法妥當性與程序合法
24 性。

25 2、次按行政程序法第93條規定：「（第1項）行政機關作成行
26 政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文
27 規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內
28 容者為限，始得為之。（第2項）前項所稱之附款如下：
29 一、期限。二、條件。三、負擔。四、保留行政處分之廢止
30 權。五、保留負擔之事後附加或變更。」第96條第1項第2
31 款、第3款規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事

項：……二、主旨、事實、理由及其法令依據。三、有附款者，附款之內容。」行政程序法第96條第1項第3款明文規定書面行政處分附有附款時，應予載明，其旨在於附款對於主要行政處分之規制效力有補充調整之功能，基於明確性原則，應於書面載明其內容。另所謂負擔係指行政機關作成授益處分時，課予行政處分相對人額外之作為、不作為或容忍義務，當相對人不履行負擔時，行政處分之效力不受影響，惟可依行政程序法第123條第3款廢止授益處分而已，此於相對人出具承諾為一定之負擔時，也應為相同解釋。

3、經查，原使用執照圖說地盤圖上，有加註文字略以：「2. 配合高雄市畸零地規則（按：係指78年畸零地使用規則）之規定，扣除保留地。保留地(1)9.2m²、(2)17.4m²，合計26.6m²。3. 本保留地(1)(2)若將來無法與鄰地合併時，本人願無條件作為本基地之法定空地。」（本院卷第23頁），上揭加註第3點文字即系爭附註核係被告核發原使用執照時所附加之附款，其意在使原使用執照基地所有人，保留畸零地與相鄰畸零地可申請合併為建築基地，以使零碎土地或形狀不整土地可達到有效建築利用目的，惟將來若無法與鄰地合併時，為保障基地所有權人權益，此時保留地可作為建築基地之法定空地。顯見該附款係就參加人取得原使用執照時，額外就擬合併地保留予相鄰畸零地所有權人將來合併申請為建築基地之容忍義務，除非無法申請合併，參加人才能將保留地作為基地之法定空地，此屬原使用執照之「負擔」附款。則該負擔既屬原使用執照處分之一部分，在原使用執照處分效力仍依然有效情況下，負擔之履行義務亦隨之存在，不因法規變更而受影響。

4、被告作成系爭變更使照處分係屬違法：

按建築法第44條及畸零地自治條例關於畸零地強制合併使用之規範，其立法意旨乃在於透過法規限制，促使畸零地所有權人與相鄰土地所有權人協商合併，將客觀上難以獨立發揮經濟效能或無單獨建築價值之土地，轉化為構造安全且得充

分利用之建築基地，以落實憲法第143條第1項土地整體合理利用及「物盡其用」之基本國策；且按建築法第45條第1項係規定只要申請地與擬合併地地主一次調處不成立時，地主即得向該管地方政府申請就規定最小面積之寬度及深度範圍內之土地按徵收補償金額預繳承買價款徵收後辦理出售。惟高雄市基於建築法第46條規定之授權，其於107年修訂現行畸零地自治條例第12條規定則明定需經2次調處不成立時地主方得行使建築法第45條之權利，其用意無非盡力促使申請地與擬合併地地主間合致協議之達成，而減少主管機關使用強制徵收之手段。然申請地地主於開啟申請調處程序之初，主管機關理應已預見申請地地主或擬合併地地主均不排除於將來調處不成立時會行使建築法第45條規定所示權利，則受理申請地地主第1次調處申請之主管機關，於其申請之際既已審認申請地與擬合併地符合現行畸零地自治條例第10條規定該二地均同屬畸零地之要件而應受理調處申請，且第2次調處目的僅在促進地主間合致協議之達成，則第1次調處時主管機關認定之事實理應與第2次調處所認定之事實並無二致，除非第1次調處不成立至第2次調處申請期間有另發生無法預見或不可歸責之突發事故，方有中斷第2次調處之可能。經查，被告於原告111年5月10日申請第1次調處時，業經審認申請地與擬合併地均屬現行畸零地自治條例第10條規定所稱之畸零地而符合調處要件（本院卷第117頁）並進行調處，嗣因調處不成立後，參加人隨即向被告申請將擬合併地變更為原使用執照建築用地之法定空地，而被告明知擬合併地甫與申請地調處不成立，仍基於107年畸零地自治條例修法意旨而作成系爭變更使照處分乙節，已為被告作成112年5月2日及同年11月9日否准原告第2次調處申請處分及其訴願答辯之理由（112年9月13日訴願卷第29頁至第34頁；113年4月19日訴願卷第91頁至第97頁），並為被告於本院審理時所自承（本院卷第287頁至第288頁）。然查，被告所作成之系爭變更使照處分，並未說明擬合併地刻正處於第1次調

處不成立至第2次調處申請期間有何無可避免而仍需變更之理由；其次，107年畸零地自治條例修法理由固表明「修正建築基地本身如符合最小寬、深度時，免與相鄰畸零地協議調整地形或合併使用，而得單獨建築之規定」（本院卷第137頁），此係指修法後之建築基地無須再留設保留地供相鄰畸零地合併使用，但並無明文規定前開規定對修法前所有基地之保留地均得溯及適用情事，從而原使用執照上之系爭附註自不因107年畸零地自治條例施行之結果而當然失其效力，更遑論被告早已知悉申請地欲與擬合併地合併使用而曾申請過第1次調處，則被告仍遽以前揭修法理由逕自核准參加人之申請而為系爭變更使照，已顯屬無據；再者，系爭變更使照將原使用執照圖說地盤圖上具備負擔性質之附款（即系爭附註）予以除去，致參加人所有之擬合併土地變更為法定空地，進而使原告所有之申請地不復具備調處合併之可能，致形成無法單獨建築之畸零地，此舉無異阻絕周邊相鄰土地經由整合達致最適利用之途徑，實質上悖離建築法第44條貫徹土地物盡其用、維護都市整體空間機能之法定政策目的，堪認系爭變更使照處分於實體法上亦存有違背建築法第44條立法意旨及利益衡量欠缺之重大瑕疵，而屬違法處分。

5、末查，被告復以該存有違法瑕疵之系爭變更使照處分為據，認定參加人所有擬合併土地業已變更為法定空地，進而據以駁回原告112年5月2日第2次調處之申請（即本件原處分），即屬有誤。亦即系爭變更使照處分既屬違法處分，自不得作為駁回原告調處申請之合法構成要件事實基礎，承前處分之構成要件效力說明，被告據此所為之原處分，即難謂適法。從而，原告主張系爭變更使照處分及原處分均存有實體違法，請求將原處分予以撤銷，為有理由，應予准許。

（五）原告請求被告依原告112年5月2日申請，作成准予原告所有申請地與參加人所有擬合併地續行第2次調處之處分，並無理由：

01 1、按課予義務訴訟之審理，受訴行政法院應以言詞辯論終結時
02 之事實及法律狀態為基準，判斷原告請求行政機關作成特定
03 行政處分之訴訟標的有無理由。經查，被告作成系爭變更使
04 照處分未說明其變更之合法理由，且該處分將原使用執照圖
05 說地盤圖上具備負擔性質之附款予以除去，致參加人所有之
06 擬合併地變更為法定空地，使原告所有申請地不復具備調處
07 合併之可能，致形成無法單獨建築之畸零地，實質違背建築
08 法第44條貫徹土地物盡其用之立法意旨，存有重大違法瑕
09 疵，系爭變更使照處分應予撤銷，而以違法系爭變更使照處
10 分作為構成要件判斷之原處分，亦同屬違法應予撤銷，業經
11 本院論述如前。

12 2、惟查，原告本件訴訟除請求撤銷原處分及訴願決定外，復併
13 同請求被告應作成准予就原告所有申請地與參加人所有擬合
14 併地續行第2次調處之行政處分。然系爭變更使照處分經本
15 院撤銷後，參加人所有之擬合併地是否當然恢復為得作為畸
16 零地調處標的之法律狀態，抑或被告尚需重為適法之程序調
17 查、補正陳述意見保障，並重新審酌擬合併地之使用管制與
18 權利負擔，據以認定是否符合畸零地調處之法定要件，事關
19 行政機關對建築管理及土地調處要件之裁量與第1次認定權
20 限，其事實與法律狀態尚處於不確定之階段，本院於現階段
21 尚無從直接替代行政機關逕行認定原告已達「依法應准予續
22 行調處」之法定要件。從而，原告請求被告應作成准予續行
23 第2次調處之處分部分，依目前之客觀事實及法律狀態，尚
24 欠缺確定之實體法上請求權要件，難認有理由，此部分請求
25 自應予以駁回；由被告應於本判決確定後，本於本判決之法
26 律見解，另為適法之處置。

27 七、綜上所述，系爭變更使照處分有應撤銷之違法瑕疵，被告未
28 查，以之為原告112年5月2日畸零地調處申請之構成要件審
29 查，認不符合現行畸零地自治條例第10條規定，而以原處分
30 駁回原告申請，自有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未合。
31 原告訴請撤銷原處分及訴願決定，為有理由，應予准許。然

01 本件能否續行第2次調處之實體事實不明，待被告踐行合法
02 程序並本於權責進行審查後，始能判斷第2次調處之申請合
03 法與否，據以作成適法之處分。則原告請求被告應依原告11
04 2年5月2日申請，作成准許就申請地與擬合併地進行調處之
05 行政處分，爰依行政訴訟法第200條第4款規定，判命被告應
06 依本判決之法律見解另為適法之行政處分，逾此部分之請求
07 不予准許，應予駁回。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘
08 攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決結果不
09 生影響，並無逐一論述之必要，併此說明。

10 八、結論：原告之訴為一部有理由，一部無理由。

11 中 華 民 國 115 年 8 月 25 日

12 審判長法官 林 彥 君

13 法官 黃 奕 超

14 法官 邱 美 英

15 一、上為正本係照原本作成。

16 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
17 提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內
18 補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，
19 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
20 繕本）。

21 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，
22 逕以裁定駁回。

23 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
24 法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不
25 委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。
26

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	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

師為訴訟代理人	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。	

02 中 華 民 國 115 年 8 月 25 日
03 書記官 祝 語 萱