

臺中高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭

112年度訴字第146號

原告 祭祀公業法人苗栗縣羅坤佑

代表人 羅濟森

訴訟代理人 陳美瑩律師

被告 苗栗縣政府

代表人 鍾東錦

訴訟代理人 賴木山

吳梓鈺

上列當事人間請求命為一定行為事件，原告提起行政訴訟，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：

本件原告起訴狀所載訴之聲明為：「被告於『○○縣○○鄉雙峰納骨設施』改善排水系統後，再予核准啟用。」（見本院卷第15頁）；嗣於民國112年12月13日言詞辯論期日更正訴之聲明為：「被告應於『○○縣○○鄉雙峰納骨設施』業者，將排水系統遷出坐落○○縣○○鄉樟樹東段452地號土地後，再予核准啟用。」（見本院卷第316頁）。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

（一）緣訴外人葉碧雲即新滿昌殯葬有限公司（下稱新滿昌公司）負責人前經被告以99年10月21日府民生字第0000000000號函（下稱99年10月21日函）同意就坐落○○縣○○鄉○○○段（下同）451、453地號土地辦理「○○縣○○鄉雙峰納骨牆興建營運計畫」案（下稱系爭設施案）。復經○○縣○○鄉

01 公所（下稱銅鑼鄉公所）以100年12月8日銅鄉民字第000000
02 0000號函（下稱100年12月8日函）同意系爭設施逕流排放水
03 流至第四公墓排水溝。又經被告以104年10月2日府水保字第
04 0000000000號函核發水土保持完工證明（下稱系爭水土保持
05 完工證明）。新滿昌公司於取得被告核發之（105）栗商建
06 銅建字第00045號建造執照後，於106年2月16日開工，至108
07 年7月16日完工，取得被告核發之（109）栗商建銅使字第000
08 13號使用執照。

09 (二)原告因恐系爭設施之排水系統若經由原告所有坐落同段452
10 地號土地（下稱系爭土地）上之排水溝渠，再匯流入下流樟
11 樹新圳，將來系爭設施啟用後之排水量超出樟樹新圳之容納
12 量，被告將廢止原核准原告之宗人納骨塔啟用計畫，損及原
13 告權益。前以109年2月24日坤字第1號函（下稱109年2月24
14 日陳情函）向被告陳情略以：系爭設施變更或改善其排水計
15 畫前，禁止其啟用等語，經被告以109年3月10日府民生字第
16 0000000000號函復系爭設施辦理情形。原告不服，提起行政
17 訴訟，聲明：被告應禁止系爭設施排水經由系爭土地，排放
18 到銅鑼鄉公所第四公墓下方之樟樹新圳等語，經本院以109
19 年12月3日109年度訴字第73號判決（下稱前案判決）駁回其
20 訴確定。

21 (三)其後，原告再以112年3月31日坤佑字第11201號函（下稱112
22 年3月31日陳情函）陳情於系爭設施之排水系統改善前，禁
23 止核發啟用核准，經被告以111年4月11日府民生字第000000
24 0000號函（下稱系爭函文）回復系爭設施辦理情形，並拒絕
25 所請之意。原告不服，提起本件行政訴訟。

26 二、原告主張及聲明：

27 (一)宗人納骨塔自82年起僅供存放羅氏宗人，未對外營業，每年
28 至多於春分祭祖或特定節日始舉辦祭祀，是系爭土地之排水
29 溝多在排放自然流水，迄未有超量排水致下游樟樹新圳溢流
30 之情。然系爭設施乃對外營業之大型殯葬設施，且設有大型
31 滯洪池，其事業排水量顯非私接系爭土地原僅設計供自地排

01 放自然流水之溝渠所能容納，且下游樟樹新圳亦無法容納系
02 爭設施加上原告之排水量，此有改制前臺灣苗栗農田水利會
03 （本院按現為農業部農田水利署苗栗管理處）104年4月20日
04 苗農水管字第0000000000號函（下稱水利會104年4月20日
05 函）可佐。系爭設施私接系爭土地之排水溝，若逢大雨洪水
06 四處溢流，恐將使該山坡地上包含原告、下游第四號公墓以
07 及農田等均因此受波及，且宗人納骨塔原獲准啟用，亦將面
08 臨被廢止之困境。原告唯恐被告強行核准啟用系爭設施致損
09 害自身權益，乃以陳情函請被告促請系爭設施改善排水設
10 施，然系爭函文仍未正面回復原告。

11 (二)人民對行政機關是否有公法上之請求權，應就法律規範保障
12 之目的觀之，而所謂「保護規範理論」，即為系爭法規之目的，
13 乃（主要或附帶）保護特定人之利益，而非僅促進公益
14 者，亦即是否具有主觀公權利，應從法律規範保障之目的為
15 何來探求，是如就法規之整體結構、適用對象、所欲產生之
16 規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定
17 人之意旨時，則個人可據此而主張主觀公權利（司法院釋字
18 第469號解釋意旨參照）。則原告是否因被告未命系爭設施
19 為排水改善即核准啟用而權利或法律上利益有受損害之可能
20 性，須回歸被告核准啟用殯葬設施所依據之法律是否為保護
21 規範？而行為時即99年1月27日修正公布之殯葬管理條例第1
22 條第1項、第8條及第9條第1項前段等規定，除具有環境與生
23 命尊嚴之永續發展外，兼有保障殯葬設施所在地鄰人之生命
24 權、身體權及財產權益，不因該續葬設施之設置或擴充而遭
25 受顯著不利影響之規範意旨，非僅純粹以保護抽象環境之公
26 共利益為目的，應屬保護規範。是被告就系爭設施為核准啟
27 用與否，除對系爭設施發生效力外，亦對原告產生法律上效
28 果，則當因生命、身體及財產等權益受有影響而提起行政訴
29 訟法第8條規定之一般給付訴訟，自係屬於對於現實權利或
30 法律上利益有所主張，應認原告有訴訟權能、當事人適格。

01 (三)依憲法第22條規定，財產權之行使雖有社會義務性，然國家
02 亦有義務保護人民在實現基本權中，免於遭受第三人行為之
03 侵害，此由上開殯葬管理條例規範意旨已就納骨設施之設置
04 影響鄰人財產權益有所保障可徵，是被告即負有保護原告之
05 義務。又行為時即100年6月1日修正公布之水利法第67條規
06 定：「高地所有權人以人為方法，宣洩洪潦於低地，應擇低
07 地受損害最少之地點及方法為之，並應予相當補償。」查系
08 爭設施於100年向銅鑼鄉公所申請排放系統時，銅鑼鄉公所
09 疏未注意未經當時系爭上地之所有權人即訴外人羅士奇同
10 意，亦未補償，且是否已擇損害最少之方法及地點為之亦不
11 得而知，即逕予核准，被告於該錯誤之情下，核准系爭設施
12 之使用、建造執照亦有重大瑕疵。系爭設施之排水系統經系
13 爭土地之排水溝後，匯入樟樹新圳，依水利會104年4月20日
14 函可知，系爭設施之排水設施，於大雨來襲時恐致原告遭受
15 淹水之苦。宗人納骨塔乃被告附條件同意啟用，該許可恐遭
16 廢止，已逾原告就系爭土地所應負之社會義務。再被告對第
17 三人之干預手段，需足以有效達到保護目的，又不得超出必
18 要之程度，亦即須受禁止保護不足及禁止過度侵害之雙重拘
19 束。考量系爭設施已存在一定年頭，原告固對銅鑼鄉公所未
20 經羅士奇同意即行核准系爭設施之排水設施有所不服，於今
21 若請求廢止系爭設施之建造、使用執照亦屬過度侵害，惟系
22 爭設施既有上情所述，被告亦有保護原告不受侵害之義務，
23 乃依系爭設施申請時之殯葬管理條例第8條、第18條及苗栗
24 縣殯葬管理自治條例第16條等規定，訴請被告命系爭設施改
25 善排水設施後，再核准啟用。

26 (四)原告於前案判決係請求被告禁止系爭設施將廢水排放至系爭
27 土地，今則係請求被告於系爭設施改善排水系統後，再予啟
28 用，訴訟標的不同非屬同一案件，故無重複起訴。至被告主
29 張系爭設施之聯外排水為銅鑼鄉公所同意排放，且依水利法
30 第67條規定，原告應向銅鑼鄉公所或系爭設施之所有權人尋
31 求救濟或賠償等語，然被告為殯葬管理條例規定之主管機

01 關，興辦殯葬設施固須經其他機關依權責檢查核准，惟最終
02 核准啟用權責係屬被告，核其性質為多階段處分，且原告係
03 請求被告本於法規主管機關，應保障系爭設施之鄰人如原告
04 之財產權益，命被告對系爭設施為一定干預行為，是對被告
05 提起本案訴訟應屬合法。

06 (五)雖內政部102年7月22日台內民字第0000000000號函（下稱內
07 政部102年7月22日函）稱啟用殯葬設施另涉其他法規之主管
08 機關檢查，符合規定者始由殯葬主管機關依殯葬條例第20條
09 第1項規定公告啟用等語，惟系爭設施之興辦事業計畫核准
10 及關於建物之建築、消防法規之主管機關均為被告，再依都
11 市計畫法第4條、區域計畫法第4條、水土保持法第2條等規
12 定，主管機關亦屬被告。另系爭設施地點未坐落於國家公園
13 範圍或特定水土保持區內，設置面積約8,818.6平方公尺，
14 亦毋須經環境影響評估，是依系爭設施坐落之地區及開發面
15 積、規模以觀，主管機關均為被告，僅被告將其權限分由轄
16 下各單位為之，然各單位所為之行為，最終仍歸屬於被告，
17 亦即系爭設施無須經被告以外其他主管機關檢查之情形。則
18 被告以上揭內政部函釋辯稱：系爭設施啟用須經其他機關檢
19 查符合規定，推諉非被告得自行決定等語，容有誤會。

20 (六)觀系爭設施之水土保持計畫核定本可知，其所評估之安全排
21 水，僅指系爭設施坐落之基地及其上游之流水得安全排至系
22 爭土地之排水溝。系爭設施位於銅鑼鄉，其逕流量評估竟以
23 「三義(2)」觀測站90至99年之年平均雨量為計算基準已有
24 偏誤。該核定僅以滯洪池之方式調節，無從認定系爭土地之
25 排水能負擔系爭設施之排洪量，遑論亦未審酌系爭土地連接
26 至樟樹新圳的狀況，難認該核定安全無虞。又系爭設施之東
27 側有坐落銅鑼鄉公所土地上之山溝，系爭設施本得經由該山
28 溝連接野圳將水排至西湖溪，連接後龍溪至台灣海峽，上開
29 排水路徑所經之途為銅鑼鄉公所之公墓用地，無須經過其他
30 私人土地，反較不影響原告及下游公墓、農地，應屬損害最

01 小之排水規畫。銅鑼鄉公所竟強行通過系爭設施之聯外排
02 水。

03 (七)被告雖主張系爭水土保持完工證明後迄今均未發生水害等
04 語，然今極端氣候現象頻傳，超出歷史平均數值的暴雨天氣
05 時有所聞，舉凡南、北台灣均於今年度因暴雨發生淹水災
06 情，香港更於本月遭遇破139年來雨量紀錄之暴雨襲擊，利
07 比亞現亦遭洪災肆虐，足以證明僅以年平均雨量預估規劃之
08 排水系統，實不足因應現今天氣型態。況系爭設施排水規劃
09 之年平均雨量非以銅鑼鄉雨量為計算基準，則若明知該規劃
10 已有安全疑慮，僅因未有實害發生而駁回原告請求，將如同
11 基泰大直鄰損案，於鄰地大樓塌陷前即知工地數據異常，卻
12 因於當下沒有積極事證認定違法，任令其繼續施工造致後續
13 重大損害。宗人納骨塔存放羅氏祖先之宗祠，若因被告推諉
14 卸責，致使暴雨來臨造致洪災，原告卻須承擔被告督導不周
15 之後果，附條件之啟用將遭廢止，羅氏祖先無安身之處，衡
16 情實已超過原告基於公益須容忍之範疇。銅鑼鄉公所就系爭
17 設施之聯外排水，欠缺通盤考量，未經安全評估，更未曾協
18 調上下游鄰人就排水部分達成共識。

19 (八)聲明：被告應於系爭設施業者，將排水系統遷出系爭土地
20 後，再予核准啟用。

21 三、被告答辯及聲明：

22 (一)本件正確訴訟類型應該為課予義務訴訟，原告起訴未先行向
23 被告請求，亦未經訴願程序，於法未合，行政訴訟法第5條
24 規定人民因中央或地方機關對其「依法申請之案件」，於法
25 定期間不作為或駁回，致權益受有損害，得經過訴願程序
26 後，提起行政訴訟；若人民未向中央或地方機關依法申請，
27 逕行向行政法院提起課予義務訴訟，自於法未合。又一般給
28 付訴訟與課予義務訴訟（特別的給付訴訟）之訴求內容因有
29 重疊，如係「依法申請之案件」，應優先適用特別規定之課
30 予義務訴訟，可認其對於課予義務訴訟具有某種程度的補充
31 性（最高行政法院106年度裁字第1671號裁定意旨參照），

01 原告起訴正確訴訟類型應為課予義務訴訟，然原告未先行訴
02 願程序，其起訴要件自不具備。縱使原告可以提起一般給付
03 訴訟，亦欠缺公法上請求權。又司法院釋字第469號解釋係
04 在闡述申請國家賠償之要件，而本件並非請求國家賠償，自
05 無適用之餘地。

06 (二)系爭設施領有系爭水土保持完工證明，原告所稱聯外排水部
07 分，亦據銅鑼鄉公所100年12月8日函准許排放在案，原告若
08 有不服，自應就該函提起行政救濟。又依內政部102年7月22
09 日函說明二略以：「茲因各種類殯葬設施興辦事業計畫之共
10 通性需辦理內容，除依本條例及相關子法規定，申請辦理興
11 辦事業計畫核准外，涉及建造執照、使用執照、消防設施等
12 建築管理法規及消防法規所定應辦理項目；……，爰本條例
13 第20條第1項所稱『檢查符合規定』，係指殯葬主管機關除
14 依本條例相關規定及原興辦事業計畫核准內容檢查外，並須
15 會同殯葬設施開發案所涉其他法規之主管機關檢查，俾確認
16 該殯葬設施是否符合規定，倘經檢查符合規定者，則由殯葬
17 主管機關續行本條例第20條第1項所定公告、啟用程序。」
18 是系爭設施倘經各法規主管機關檢查符合規定，被告自應依
19 殯葬管理條例第20條第1項規定准予啟用。再原告應依水利
20 法第67條規定向系爭設施之所有權人請求以受損害最少之地
21 點及方法宣洩洪潦或補償，而非向被告請求。

22 (三)聲明：原告之訴駁回。

23 四、本院判斷：

24 (一)前提事實：

25 如爭訟概要所述之事實，有系爭土地第2類謄本、99年10月2
26 1日函、銅鑼鄉公所100年12月8日函、系爭水土保持完工證
27 明、系爭建造執照、系爭使用執照、被告許可函、109年2月
28 24日陳情函、112年3月31日陳情函、系爭函文等件在卷可按
29 （見本院卷第29頁、第59頁、第215頁、第61頁、第62頁、
30 第63頁至第68頁、第35頁、第69頁至第75頁、第36頁、第20
31 9頁至第214頁），堪認真正。

01 (二)按人民訴請行政法院判命行政機關未來不得作成損害其權利
02 之行政行為，稱為預防性不作為訴訟。人民以此行政訴訟請
03 求禁止行政機關之行為，除事實行為外，也包括將作成之行政
04 處分。預防性不作為訴訟具有事前審查性質，為免司法權
05 過早介入行政權的決定空間，規避訴願前置程序的可能，因
06 此，僅在人民將因行政機關作成之行政處分或其他公權力行
07 為，而有發生重大損害之虞或無可回復之重大不利益，且須
08 在事後救濟已無實益或無可期待人民俟行政行為作成後再循
09 行政救濟情形下，具特別權利保護必要性，司法權始可事前
10 介入審判。換言之，只有在訴願及撤銷訴訟不能達成有效權
11 利保護，如不許可人民預防地發動行政訴訟程序以阻止行政
12 處分或事實行為的作成，權利無從及時受到保護時，才例外的
13 允許提起此類訴訟。而預防性不作為訴訟之性質為消極性
14 給付訴訟，屬於行政訴訟法第8條規定之一般給付訴訟，故
15 依一般給付訴訟之要件，仍須以其對該行政機關享有公法上
16 之請求權（主觀公權利）始得為之（最高行政法院110年度
17 上字第673號判決意旨參照）。

18 (三)次按殯葬管理條例第20條規定：「（第1項）設置、擴充、
19 增建或改建殯葬設施完工，應備具相關文件，經直轄市、縣
20 （市）主管機關檢查符合規定，並將殯葬設施名稱、地點、
21 所屬區域、申請人及經營者之名稱公告後，始得啟用、販售
22 墓基或骨灰（骸）存放單位。其由直轄市、縣（市）主管機
23 關設置、擴充、增建或改建者，應報請中央主管機關備查。
24 （第2項）前項應備具之文件，由直轄市、縣（市）主管機
25 關定之。」及苗栗縣殯葬管理自治條例第16條規定：「設
26 置、擴充、增建、改建殯葬設施完工後，應檢送下列文件報
27 本府檢查符合規定，並將殯葬設施名稱、地點、所屬區域及
28 設置者之名稱或姓名公告後，始得啟用、販售墓基或骨灰
29 （骸）存放單位：一、申請書：內容包含殯葬設施名稱、地
30 點、所屬區域、申請人及經營者之名稱或姓名。二、核准設
31 置、擴充、增建或改建之許可函。三、使用執照或其他完工

證明。四、應有設施之現場照片。五、苗栗縣政府消防局消防檢查合格之證明文件。六、耐燃硬度測試證明：設置骨灰（骸）櫃位者，應有由登記有案專業法人或學術機關（構）認證之二級以上耐燃硬度測試證明。七、室內裝修合格證明。八、設施配置竣工圖。九、申請人及經營者證明文件。十、營運計畫。十一、收費標準。十二、使用管理辦法。十三、土地權利證明或土地使用同意書。十四、其他依法應具備之資料文件。」

(四)查本件依原告上開主張事實，足見原告係恐系爭設施之排水系統連接系爭土地排水溝，將來啟用後之排水量超出樟樹新圳之容納量，被告將廢止原核准原告之宗人納骨塔啟用計畫，損及其權益，乃起訴請求判決被告應於系爭設施之業者，將排水系統遷出系爭土地後，再予核准啟用至明。是以，核諸原告起訴意旨係請求判令被告於系爭設施之業者將排水系統遷出系爭土地前，禁止為核准系爭設施啟用之處分，其訴訟性質自屬預防性不作為之一般給付訴訟。則被告辯稱：原告提起本件訴訟，在性質上係屬課予義務訴訟，因未先行踐行行訴願程序，故起訴不備要件，為不合法乙節，於法容欠允洽，不能採取。

(五)惟衡諸被告將來適用殯葬管理條例第20條及苗栗縣殯葬管理自治條例第16條規定作成核准系爭設施啟用之處分，未必立即發生系爭設施排水量超出樟樹新圳容納量之結果，致使原告受有原獲核准之宗人納骨塔啟用計畫為被告廢止之損害。且原告如認為被告將來若未於系爭設施之業者將排水系統遷出系爭土地，即作成核准啟用處分，係違法侵害其權益者，亦非不能提起行政爭訟以回復所受損害，殊難認原告目前有發生重大損害之虞或已有重大利益損失，未提起本件預防性不作為之給付訴訟，俟被告作成核准系爭設施啟用處分後，再提起撤銷訴訟救濟已無實益。再者，系爭設施將排水系統連接至設於系爭土地上之排水溝渠是否不法侵害原告私法上權益，原告本得循民事訴訟救濟。又原告亦無從提起本件預

防性不作為之給付訴訟以排除被告99年10月21函同意新滿昌公司負責人葉碧雲辦理系爭設施案之處分、銅鑼鄉公所100年12月8日函同意系爭設施逕流排放水流至第四公墓排水溝之處分，以及被告核發之系爭水土保持完工證明、被告核發之（105）栗商建銅建字第00045號建造執照及（109）栗商建銅使字第00013號使用執照等行政處分所規制之法律效果。

五、綜上所述，原告提起本件預防性不作為訴訟，並無特別權利保護必要，原告訴請判決如訴之聲明所示，為無理由，應予駁回。

六、本件判決基礎已臻明確，原告聲請履勘現場之證據方法並無必要；至於兩造其餘攻擊防禦方法，均核與判決結果不生影響，亦不逐一論述，附此敘明。

七、結論：本件原告之訴為無理由，應予駁回。

中 華 民 國 112 年 12 月 27 日

審判長法官 蔡 紹 良

法官 黃 司 熒

法官 張 鶴 齡

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；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（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

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. 當事人或其代表人、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。

	2. 稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3. 專利行政事件，當事人或其代表人、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。
(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	1. 當事人之配偶、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. 當事人為公法人、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，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(一)、(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

02 中 華 民 國 112 年 12 月 27 日
03 書記官 黃 靜 華