臺北高等行政法院判決

110年度訴字第654號
110年12月30日辯論終結

原　　告　寬頻房訊科技股份有限公司

代　表　人　郭阿美（董事長）

訴訟代理人　蘇得鳴　律師
被　　告　新北市政府城鄉發展局

代　表　人　黃國峰（局長）住同上
訴訟代理人　劉乃瑄
　　施瑋杰

上列當事人間都市計畫法事件，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

一、爭訟概要：

緣新北市○○區○○段0000、0000、0000、0000及0000號等5筆土地（以下合稱系爭土地）為原告所有，屬於「變更林口特定計畫區計畫」案範圍之土地，土地使用分區為公墓用地。原告於民國109年1月22日以智恭字第1090122001號函（下稱原告109年1月22日函）向被告函詢關於系爭土地得否捐贈作為都市計畫容積移轉之送出基地使用，經被告以109年2月6日新北城開字第1090151278號函（下稱109年2月6日函）復原告系爭土地倘經查明認屬公共設施保留地，則符合都市計畫容積移轉實施辦法（下稱系爭實施辦法）第6條第1項第3款規定之私有都市計畫公共設施保留地，自可作為容

積移轉之送出基地使用，倘後續申辦容積移轉欲將旨揭土地作為送出基地時，仍須依系爭實施辦法第17條規定，由接受基地所有權人取得送出基地所有權，且應符合「都市計畫容積移轉實施辦法」、「新北市都市計畫容積移轉許可審查要點」、「新北市政府受理都市計畫容積移轉案件申請作業規範」、「新北市都市計畫容積移轉送出基地土地改良物之認定及處理原則」等相關規定並依規定辦理。嗣原告再次以109年2月21日智恭字第1090221001號函（下稱原告109年2月21日函）向被告詢問關於系爭土地得否捐贈作為都市計畫容積移轉之送出基地使用，被告又再次以109年3月3日新北城開字第1090337323號函（下稱109年3月3日函）復原告相關都市計畫容積移轉規定。原告認未獲置理，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.系爭土地為私有都市計畫公共設施保留地，原可作為容積移轉送出基地使用，然被告及新北市政府殯葬管理處（下稱新北市殯葬處）卻以系爭土地上存有墳墓，並以空泛之內規認為土地倘非素地，即不予受理，致原告無法將系爭土地申請作為容積移轉之送出基地使用。又原告實際送件申請容積移轉時應備文件內容非常複雜，包括所有權人同意書、委託書、謄本、計算表、送出及接受基地之相關資料、切結書、各項使用分區或保護區之文件、連接道路相關證明等等，均要耗費相當多的人力且非短時間可以完成。況且，被告為辦理容積移轉之主管機關，已於本件訴訟審理時明確表示拒絕受理（即被告明確表示應清理土地乾淨後始受理）之意旨，故倘原告送件申請，被告必定以土地上墳墓未清理完畢為由而予以退件，故原告確有提起本件確認訴訟之法律上利益。為此，爰依行政訴訟法第6條第1項規定提起「確認公法上法律關係成立」之訴訟。

2.系爭土地已經由被告轉由新北市殯葬處查明，未曾辦理徵收、協議價購或獎勵私人或團體投資興辦等情事，多年來系爭土地被政府限制作為公墓用地，卻未規劃設置公墓或予以徵收，更無其他利用計劃。又系爭土地既被限制為「公墓用地」使用，則其上現有之既存墳墓應以維持現況並予適當管理為原則，不應該再強迫命令民眾遷葬乾淨後，始允許申請作為容積移轉之送出基地，否則即有持續重大損害民眾利用土地之權利，亦有害於社會經濟發展，是被告明確表示系爭土地不符合申請資格，已顯失均衡，違反比例原則。再者，被告未依特殊情況（即對於公墓用地此一特殊土地現況）作任何個別調整，而一概不予受理申請，顯然逾越行政裁量，而屬違法。

3.此外，原告為系爭土地之所有權人，就系爭土地有作為容積移轉案件申請人之資格，惟系爭土地之送件資格已明確遭被告拒絕，是此事實行為業已侵害原告作為申請人之權利，依據最高行政法院104年度判字第209號判決意旨，原告自得提起預防性不作為之給付訴訟，請求被告不得以土地上有既存墳墓為由而拒絕原告之申請。

㈡聲明：

1.確認原告所有系爭土地得作為容積移轉送出基地使用。

2.被告不得以系爭土地上存有地上物（墳墓）而拒絕原告作為容積移轉送出基地使用。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.因系爭土地上之既存墳墓，屬新北市都市計畫容積移轉送出基地土地改良物之認定及處理原則第2點規定所稱之土地改良物，故在未清理系爭土地上之土地改良物並完成贈與登記為公有前，依法不得許可送出基地之容積移轉。又原告明知系爭土地屬林口特定區計畫範圍內之公墓用地，依據都市計畫法新北市施行細則第49條規定，系爭土地即應作為公墓使用。然而，系爭土地現況多已作為私人墓地使用，於公益性

而言，其已不符合都市計畫土地使用之原意。另系爭土地倘經地方政府取得後，為有效管理公有土地，須進行公墓用地之整體開發規劃或為都市計畫變更等，地方政府仍需耗費大筆費用及時間等成本清理系爭土地之地上物，故系爭土地於地方政府取得公共設施保留地之整體效益而言，相當微弱。

2.原告迄今未曾具體提出系爭土地之容積移轉申請案件進行審查，被告實難斷定系爭土地實際情況是否符合都市計畫容積移轉相關規定，故系爭土地是否可作為都市計畫容積移轉之送出基地，仍應以實際審查狀況為準。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

㈠原告訴之聲明第1項提起確認訴訟，是否符合確認訴訟之要件？有無確認利益？

㈡原告訴之聲明第2項提起預防性不作為之給付訴訟，有無依據？

五、本院之判斷：

㈠前提事實：

前揭爭訟概要欄所載事實，為兩造所不爭執，復有系爭土地登記謄本（本院卷第27至35頁）、新北市政府都市計畫土地使用分區（或公共設施用地）證明書（本院卷第71頁）、被告109年2月6日函（本院卷第73至76頁）、被告109年3月3日函（本院卷第79至81頁）、原告109年1月22日函（本院卷第115頁）、原告109年2月21日函（本院卷第135頁）在卷可稽，自堪信為真實。

㈡原告訴之聲明第1項提起確認訴訟，洵無理由：

1.按行政訴訟法第6條第1項規定：「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。」又所謂有即受確認判決之法律上利益，乃指原告之權利或法律上利益目前所處之不確定法律狀況，若不起訴請求

判決予以確認，即將受不利益之效果或有受侵害之危險，且得以確認判決除去者而言。再者，行政訴訟法規範得提起確認訴訟之類型有「確認行政處分無效訴訟」、「確認公法上法律關係成立或不成立訴訟」及「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訴訟」三種。而關於確認公法上法律關係成立或不成立訴訟；其所稱之公法上法律關係，係指特定生活事實之存在，在兩個以上權利主體間所產生之公法上權利義務關係，或產生人對權利客體間之公法上利用關係。而行政法上法律關係之成立，雖有直接基於法規規定者，亦有因行政處分、行政契約或事實行為而發生者，惟法規、行政行為及事實均非法律關係之本身，不得以其存否為確認訴訟之標的（最高行政法院109年度上字第379號判決參照）。

2.次按都市計畫法第83條之1規定：「（第1項）公共設施保留地之取得、具有紀念性或藝術價值之建築與歷史建築之保存維護及公共開放空間之提供，得以容積移轉方式辦理。（第2項）前項容積移轉之送出基地種類、可移出容積訂定方式、可移入容積地區範圍、接受基地可移入容積上限、換算公式、移轉方式、折繳代金、作業方法、辦理程序及應備書件等事項之辦法，由內政部定之。」又依都市計畫法第83條之1第2項規定授權訂定之系爭實施辦法第6條第1項規定：「送出基地以下列各款土地為限：一、都市計畫表明應予保存或經直轄市、縣（市）主管機關認定有保存價值之建築所定著之土地。二、為改善都市環境或景觀，提供作為公共開放空間使用之可建築土地。三、私有都市計畫公共設施保留地。但不包括都市計畫書規定應以區段徵收、市地重劃或其他方式整體開發取得者。」第8條規定：「（第1項）接受基地之可移入容積，以不超過該接受基地基準容積之百分之30為原則。（第2項）位於整體開發地區、實施都市更新地區、面臨永久性空地或其他都市計畫指定地區範圍內之接受基地，其可移入容積得酌予增加。但不得超過該接受基地基

準容積之百分之40。」第9條第1項規定：「接受基地移入送出基地之容積，應按申請容積移轉當期各該送出基地及接受基地公告土地現值之比值計算，其計算公式如下：接受基地移入之容積＝送出基地之土地面積×（申請容積移轉當期送出基地之公告土地現值/申請容積移轉當期接受基地之公告土地現值）×接受基地之容積率。」第13條第1項規定：「送出基地於許可其全部或部分容積移轉前，除第6條第1項第1款土地外，應視其類別及性質，將所有權之全部或部分贈與登記為國有、直轄市有、縣（市）有或鄉（鎮、市）有。」第16條第1項規定：「容積之移轉，應由接受基地所有權人或公有土地地上權人檢具下列文件，向該管直轄市、縣（市）主管機關申請許可：一、申請書。二、申請人之身分證明文件影本；其為法人者，其法人登記證明文件影本。三、送出基地所有權人及權利關係人同意書或公有土地管理機關出具之同意文件。四、送出基地及接受基地之土地登記簿謄本或其電子謄本。五、送出基地及接受基地之土地所有權狀影本或公有土地管理機關出具之同意文件。六、公有土地設定地上權契約，並載明移入容積應無條件贈與為公有，地上權人不得請求任何補償之規定。七、其他經直轄市、縣（市）主管機關認為必要之文件。」第17條規定：「（第1項）直轄市、縣（市）主管機關受理容積移轉申請案件後，應即審查，經審查不合規定者，駁回其申請；其須補正者，應通知其於15日內補正，屆期未補正或補正不完全者，駁回其申請；符合規定者，除第6條第1項第1款之土地及接受基地所有權人或公有土地地上權人依第9條之1規定繳納代金完成後逕予核定外，應於接受基地所有權人、公有土地地上權人或前條第3項實施者辦畢下列事項後，許可送出基地之容積移轉：一、取得送出基地所有權。二、清理送出基地上土地改良物、租賃契約、他項權利及限制登記等法律關係。但送出基地屬第6條第1項第3款者，其因國家公益需要設定之地上權、徵收之地上權或註記供捷運系統穿越使用，不在此

限。三、將送出基地依第13條規定贈與登記為公有。（第2項）前項審查期限扣除限期補正之期日外，不得超過30日。」揆諸前揭規定，可知就容積移轉取得私有公共設施保留地制度運作而言，是由接受基地之所有權人檢具第16條第1項所列各款文件，向該管直轄市、縣（市）主管機關申請許可，由主管機關受理申請後，依系爭實施辦法第8條、第9條第1項所定標準，計算接受基地可移入容積，並界定可移入容積之上限，審查認申請符合規定者，於接受基地所有權人辦畢：⑴取得送出基地所有權；⑵清理送出基地上土地改良物、租賃契約、他項權利及限制登記等法律關係；⑶將送出基地依同辦法第13條規定贈與登記為公有等事項後，主管機關才許可送出基地之容積移轉，使申請之接受基地人得依許可內容，移入容積在接受基地上供建築使用。

3.經查，原告於本院審理時自承其係請求確認公法上法律關係存在（成立）（本院卷第254頁、276頁），惟原告與被告間究有何法律關係存在，原告並未敘明，僅陳稱：原告並未提出容積移轉之申請，此係因原告實際送件申請容積移轉時應備文件內容非常複雜，包括所有權人同意書、委託書、謄本、計算表、送出及接受基地之相關資料、切結書、各項使用分區或保護區之文件、連接道路相關證明等等，均要耗費相當多的人力且非短時間可以完成。況且，關於系爭土地得否作為容積移轉之送出基地乙節，被告已明確表示拒絕受理之意旨，是堪認原告有提起本件確認訴訟之利益等語（本院卷第255頁、第270頁）。然而，如前所述，關於容積移轉制度，本應由接受基地之所有權人檢具應備文件向主管機關申請，倘經主管機關否准，再循行政訴訟法第5條第2項規定提起課予義務訴訟，惟原告基於自身經濟利益之考量，不循前開程序，而逕自提起本件確認訴訟，復未能說明兩造間有何法律關係應予確認，難認符合前揭提起確認訴訟之要件。

4.次查，被告109年2月6日函乃載明：「主旨：有關貴公司詢問本市○○區○○段0000、0000、0000、0000、0000地號等

5筆土地涉及都市計畫容積移轉相關規定一案，復如說明，請查照。說明：……六、本函僅就臺端來函作容積移轉相關法令之說明，後續倘申辦容積移轉欲將旨揭土地作為送出基地時，仍須依都市計畫容積移轉實施辦法第17條規定由接受基地所有權人取得送出基地所有權，且應符合……等相關規定並依規定辦理……及符合申請當時容積移轉相關法令規定後，始得為之。」（本院卷第73至75頁）另被告109年3月3日函說明五亦為相同意旨之記載（本院卷第79至81頁）。由此足知，原告係就系爭實施辦法相關規定適用之疑義詢問被告，並非依相關法規請求被告為行政處分或應為特定內容之行政處分，是上開函文無非係就原告之函詢所為之單純的事實敘述及適用之說明，尚非對人民之請求有所准駁，亦未對原告之權利義務產生任何規制，原告尚難據此主張兩造間有何法律關係存在。至於被告於本院審理時固然援引相關法律規定，敘明原告在未清理系爭土地上之土地改良物（墳墓）前，依法不得許可送出基地之容積移轉，然被告亦說明：「原告迄今未曾具體提出系爭土地之容積移轉申請案件進行審查，被告實難斷定系爭土地實際情況是否符合都市計畫容積移轉相關規定，故系爭土地是否可作為都市計畫容積移轉之送出基地仍應以實際審查狀況為準。」（本院卷第90頁）是以，原告既未實際提出送出基地容積移轉之申請，則系爭土地於將來實際申請時究是否符合都市計畫容積移轉相關規定仍未可知，是原告逕自起訴請求確認系爭土地得作為容積移轉送出基地使用，亦難認有權利保護必要。

5.綜上，原告與被告間難認有何法律關係存在，且原告未依都市計畫容積移轉相關規定向主管機關提出容積移轉之申請，即逕自起訴請求確認系爭土地得作為容積移轉送出基地使用，亦無權利保護必要。是以，關於原告訴之聲明第1項之請求，即無理由，應予駁回。

㈢原告訴之聲明第2項提起預防性不作為訴訟，亦無依據：

1.按任何訴訟提供人民之權利保護，均以有權利保護必要為要件。而人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之具雙重效力之授益處分，本得於處分作成後提起訴願及撤銷訴訟救濟，在處分未作成前，人民並不會因處分而有權利或法律上利益受損害。是以，除非個案情形特殊，如不許可人民預防地發動行政訴訟程序以阻止行政處分之作成，人民權利無從及時受到保護外，人民並無就行政處分提起預防性不作為訴訟之權利保護必要，否則訴願、撤銷訴訟之制度，即可能落空。故當事人不得任意請求法院預先判命行政機關不得作成某種行政處分，以免行政權之運作遭受過度之干預。

2.本件原告主張其為系爭土地之所有權人，就系爭土地有作為容積移轉案件申請人之資格，惟系爭土地之送件資格已明確遭被告拒絕，是此事實行為業已侵害原告作為申請人之權利，依據最高行政法院104年度判字第209號判決意旨，原告自得提起預防性不作為之給付訴訟，請求被告不得以土地上有既存墳墓為由而拒絕原告之申請等語。然查，最高行政法院104年度判字第209號判決意旨僅係在說明何種情況下可以提起給付訴訟，而非在闡述任何可以提起給付訴訟之情形下，均可提起預防性不作為之給付訴訟，是原告以該判決意旨為據，主張其得提起本件預防性不作為之給付訴訟，已非可取。又如前所述，原告就系爭土地實際上並未提出送出基地容積移轉之申請，則系爭土地於實際申請時究是否符合都市計畫容積移轉相關規定仍未可知，至被告109年2月6日函、109年3月3日函僅係就原告之函詢所為之單純的事實敘述及適用之說明，尚非對人民之請求有所准駁，且縱然被告於本院審理時援引相關法律規定說明原告在未清理系爭土地上之土地改良物（墳墓）前，依法不得許可送出基地之容積移轉，惟此僅屬被告於本件訴訟之答辯內容，對於現行法規意旨加以闡述說明而已，亦難認被告此舉有何侵害原告權利之虞，況原告並未舉證或說明其有非提起預防性不作為訴

訟，其權利無從及時受到保護之特殊情形，則其提起如訴之聲明第2項所示之預防性不作為訴訟，核無權利保護必要，亦應駁回。

㈣綜上所述，原告前揭主張，均無足採。從而，原告請求如訴之聲明第1至2項所示，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法，經核與判決結果不生影響，故無逐一論述之必要，併此敘明。

六、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　27　　日

臺北高等行政法院第一庭

審判長法　官　許瑞助

法　官　林麗真

法　官　林秀圓

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，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示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。（須按他造人數附繕本）

三、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241條之1第1項前段）

四、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1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其法定代理人具備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，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代

	理人者。
㈡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㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　14　　日

書記官　張正清