臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第四庭
111年度訴字第1520號
114年7月3日辯論終結

原　　告　莊衍秋
訴訟代理人　蔡坤鐘　律師
複 代理 人　許雅涵　律師
被　　告　新北市政府違章建築拆除大隊

代　表　人　陳德儒（大隊長）

訴訟代理人　曾三展
　　曾俊嘉

上列當事人間違章建築事件，原告不服新北市政府中華民國111年10月13日新北府訴決字第1113978883號（案號：1113050738號）訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

訴願決定及原處分均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

甲、程序部分：

本件被告代表人原為李冠德，訴訟進行中依序變更為陳敬勳、陳德儒，茲據被告新任代表人具狀聲明承受訴訟（見本院卷第175至176頁、第245至246頁），核無不合，應予准許。

乙、實體事項：

壹、事實概要：

緣被告於民國（下同）110年4月20日派員至原告所有位於○○市○○區○○路00號00樓建物（下稱系爭建物）露臺現場勘查，查得高度約1層，樓高約3公尺，面積約60平方公尺之金屬、玻璃之構造物，並以110年4月26日新北拆認二字第00

00000000號違章建築認定通知書，認定為未經申請主管建築機關審查許可，擅自違法建造之違章建築。嗣原告對前開違章建築認定通知書提起行政救濟，於行政訴訟進行中，被告因審認前開違章建築認定通知書認定違章建築之範圍有誤，遂以111年6月2日新北拆認二字第0000000000號函撤銷該認定通知書，本院遂據此以110年訴字第1064號判決駁回原告之訴。被告另以111年6月7日新北拆認二字第0000000000號違章建築認定通知書（下稱原處分），認定該違建為「雨遮」，係樓層1層，高度約3公尺，面積約20平方公尺之金屬、玻璃、鐵架之構造物（下稱系爭構造物，如附圖），屬實質違建，限期命原告於文到次日起5日內自行拆除，逾期未拆除者，將強制執行拆除。原告仍表不服，提起訴願，業經新北市政府111年10月13日新北府訴決字第0000000000號（下稱訴願決定）駁回，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

貳、本件原告主張：

一、被告逕自認定系爭構造物為違章建築，且定期拆除，顯與公寓大廈管理條例第8條第1項及第3項規定不符：

（一）查原告於承購系爭建物時，已承受合陽天擎社區之規約，如107年11月20日合陽天擎房屋預定買賣契約書（原證3）第19條第4項約定：「為維護本社區秩序及確定各住戶權利義務關係，買方願簽具並遵守本社區之社區規約附件（十三），並同意本約附件（九）之分管特約亦為規約之一部份，且不得以修改規約或區分所有權人會議決議等方式更易之」，再參附件十三社區規約第14條第3項規定：「社區若一樓有前、後即側邊之庭院、空地或二樓以上之露台連接戶及屋頂平台連接戶，縱使依法不予辦理所有權登記，其專用空地，均專由前述連接各戶約定專用永久管理維護及無償用益，各住戶無異議；上開使用不得搭該違建，此部分因為計入售價，其使用相關之權利義務賣方不負任何買賣契約之責」，既原告已承受合陽天擎社區之規

約，依公寓大廈管理條例第8條第1項及第3項規定，如公寓大廈規約嗣後有修正規定或管委會有另為決議，原則上應先適用社區規約，且程序上應由管委會先予制止，然被告逕自認定系爭構造物為違章建築，且定期拆除，顯與上開規定不符。

（二）系爭構造物施作完成時，社區規約並無就增設雨遮等構造物修訂規範，縱認社區規約嗣後修正新增相關規定（假設語氣，原告否認之），就系爭構造物是否符合社區規約，依107年11月20日合陽天擎房屋預定買賣契約書（原證3）第19條第4項約定，原則上應先適用107年11月20日之社區規約判斷之，本件系爭構造物符合社區規約（原證3），亦符合新北市合法建築物增設一定規模以下構造物處理要點（下稱增設構造物處理要點），是被告主張「另系爭構造物前業經案址社區管理委員會函復本大隊謂已違反社區規約，顯與該增設標準規定不符……」云云，顯無足採。

二、系爭構造物非屬建築法所規定之建築物，遑論為違章建築：

（一）按建築法所稱之建築物，須同時符合1、須定著於土地上或地面下，2、須具有頂蓋、樑柱或牆壁，3、須供個人或公眾使用，4、須為構造物或雜項工作物等4項構成要件，有建築法第4條規定、最高行政法院92年度判字第1865號判決（原證4）及內政部營建署85年9月19日營署建字第18458號函釋（原證5）可參。查系爭構造物僅一端附著於系爭建物之牆壁，另三面並無樑柱、牆壁，且非定著於土地上或地面下，顯與「定著於土地上或地面下」、「須具有頂蓋、樑柱或牆壁」之要件不符，自難謂屬建築法所稱之建築物。次觀之建築法第7條規定，系爭構造物亦非雜項工作物。況系爭構造物雖附著於建築物，其與建築物隨時可以分離，性質上屬從物，而非建築物之成分，自不得指為建築物之一部分。

（二）依增設構造物處理要點第3點規定，有妨礙消防安全、公共通行或因應政策及違反其他法令規定者，查報拆除。查

系爭構造物係位於22樓高之露台，與其他位於地面層之違章建築有妨礙消防安全、公共通行之情形顯然不同，故無論依違章建築處理辦法或增設構造物處理要點之規定觀之，依法自應在免予查報之列。另有內政部85年1月15日台內營字第8408896號函釋（原證6）可參。

三、新北市建築師公會114年4月21日新北市建師鑑字第123號鑑定（估）報告書（下稱鑑定報告）認定系爭構造物符合增設構造物處理要點規定，非屬違章建築物：

（一）鑑定報告鑑定結果以：

１、系爭構造物如附圖編號1部分，符合符合增設構造物處理要點第2點第8款所稱「室外設備防護設施」。

２、系爭構造物如附圖編號2部分，符合增設構造物處理要點第2點第1款所稱「雨遮」，以及第7款所稱「露臺無壁式防墜物棚架」。

３、系爭構造物如附圖編號3部分，符合增設構造物處理要點第2點第6款稱「透空遮陽板」，及第6點所稱「透空遮陽板設置原則」。

４、系爭構造物如附圖編號1、2、3部分，系爭構造物施作材質為Low-E玻璃（低輻射玻璃）與不銹鋼材質，屬於綠建材與不燃材料之材質。

（二）承上所述，鑑定報告認定系爭構造物確實符合增設構造物處理要點之規定，是原告主張系爭構造物應非屬違章建築應有理由，故訴願決定及原處分認定系爭構造物為「雨遮」，樓層1層，高度約3公尺，面積約20平方公尺之金屬、玻璃、鐵架之構造物，屬實質違建，限期命原告於文到次日起5日內自行拆除云云，均有違誤等語。

四、並聲明：

（一）訴願決定及原處分均撤銷。

（二）訴訟費用由被告負擔。

參、被告則以：

一、按建築物之建造本應先經主管建築機關之審查許可，並發給執照後始得為之，未經許可擅自建造之建築物者，即謂為違章建築，此有建築法第4條、第25條及違章建築處理辦法第2條足資為據。據此，倘一標的物係符合定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物態樣，增加建築面積者，其建造即應向建築主管機關申請，未為申請者，該構造物即係屬違章建築，違章建築處理辦法第2條、第5條、第6條已有規定。

二、原告主張原處分認定系爭構造物係屬違章建築與公寓大廈管理條例第8條第1項及第3項規定不符，係曲解法令而為恣意解釋：

（一）系爭構造物係坐落於露臺位址處，而露臺位址是否係屬公寓大廈管理條例第8條第1項所定「公寓大廈周圍上下、外牆面、樓頂平臺及不屬專有部分之防空避難設備」之範疇，是否係屬該條文所欲規範之位址，即致生有是否得據以適用之疑義。退步言之，倘若經本院審酌系爭構造物位址係公寓大廈管理條例第8條第1項所欲規範之位址，原告未經許可擅自建造違章建築，此建造行為是否亦符合條文明定之「變更構造、顏色、設置廣告物、鐵鋁窗或其他類似之行為」範疇而有該條文之適用，此亦甚存疑義。

（二）綜再退萬步言之，倘本院審酌前揭論證之位址及行為均屬公寓大廈管理條例第8條第1項明文之規制範疇，然該條文最重要之要旨係為除書規定：「除應依法令規定辦理外」，即謂所為之該些行為如其他法令有明文規定者，尚應符合各該管規定。系爭構造物既屬一建築物，且涉及建造之行為，當即係屬建築法所規制之範疇，惟原告未經許可擅自建造即有為違反建築法之規定，顯係於法未符，既與除書之規範不符，當亦無法適用本條之規定。

（三）另更甚者，公寓大廈管理條例第8條第3項僅係明文倘前揭行為經管委會制止不從者，得報請主關機關加以裁罰，惟

該條文尚無具有優先而排除其他各該管法令規定適用之特別法性質。

（四）據此，系爭構造物屬未經許可擅自建造，違反建築法之規定，原處分依建築法認定其係屬違章建築者，洵屬適法有據，然原告空泛未具理由主張原處分違反上開規定之部分，顯無足憑採，且有曲解法令而為恣意解釋之情事。

三、原告主張系爭構造物非屬建築法所規定之建築物部分：

（一）依原處分勘查紀錄表之違建示意圖及現勘照片可知，原處分認定案址屬違章建築之範圍為系爭構造物。

（二）按建築法第25條、第28條及第31條規定可知，建築物之建造應經申請建築主管機關許可後始得為之，且建築面積（依建築技術規則建築設計施工編第1條3款規定，建築面積：建築物外牆中心線或其代替柱中心線以內之最大水平投影面積。）應於建造執照申請時加以載明，故凡有增加建築面積之情事者，均應於相關圖說加以標示並申請得許可後始得建造。

（三）依建築法第4條規定，系爭構造物係以斜樑等設備搭設固定於案址建物之牆面上，附屬於主建築物結構上，且無法輕易分離移動（亦非伸縮式帆布棚架），當亦具有其定著性，並亦有增加水平投影建築面積之使用空間，顯與該建築物之態樣相符，而應經申請許可後始得建造為之。然原告竟主張其得隨時分離顯係悖於事實，洵無足採。

（四）原告援引最高行政法院判決及內政部函釋，並主張系爭構造物另三面無樑柱、牆壁，且非定著於土地上或地面上云云，惟觀諸原告援引之法院判決及內政部函釋，前者判決理由，僅謂建築物並非係指具有頂蓋、樑柱或牆壁，三者中任何一項便屬建築法上之建築物；後者函釋僅係表明建築法第4條規範建築物之定義，並強調建築物應符合定著性。

（五）查系爭構造物係以斜樑等結構搭設固定於案址建物之牆面上，至少係一具有頂蓋及牆壁之構造物，當與建築法定4

條定義之建築物相符。至系爭構造物既固定於案址主建築物之牆面上，該主建築物又係定著於土地上，系爭構造物當亦屬定著於土地上之建築物無疑。原告此部主張竟辯稱系爭建物非定著於土地上，若謂依原告此部分之論理，豈非一樓以外之建築物均非定著於土地上，而均非屬建築物，更毋庸受建築法之規制？原告此論理顯係曲解法令之恣意解釋，不知所云，委無足採。

四、鑑定報告欠缺論據或顯與增設構造物處理要點不符，無參考之證據價值，更無法據以指摘原處分之適法性：

（一）原處分認定屬違章建築之系爭構造物原則係區分為左側、中央及右側三大結構體，而系爭構造物如附圖編號1至3係原告自行編列，然核編號1其本質係屬系爭構造物左側及右側結構體之部分範圍。惟參照系爭構造物之現場勘查照片可知，系爭構造物左側、中央及右側部分顯屬各自獨立之一體性結構，而編號1又與編號2之範圍相鄰，不具備界分獨立之狀態，本即屬左側或右側結構體之範圍，如原告欲主張符合增設構造物處理要點之項目，亦應僅得援引適用單一項目，尚難得謂之得以切分適用增設構造物處理要點之不同項目。原告自行切分系爭構造物左側及右側範圍而分別主張適用增設構造物處理要點之不同項目，顯屬無據。

（二）鑑定報告稱系爭構造物編號1符合增設構造物處理要點第2點第8款「室外設備防護設施」部分（鑑定報告第4頁）：鑑定報告（第20頁）針對系爭構造物之量測數據，因前開項目構造物之增設標準尚有與室外設備之距離規定，此未見鑑定報告內容有顯示量測數據，然欠缺該等量測數據又如何得以論證系爭構造物編號1符合增設構造物處理要點第2點第8款，故鑑定報告僅說明其係為室外空調機設備之防護設施，欠缺論證與該增設標準符合與否之依據，此逕稱系爭構造物編號1符合增設構造物處理要點第2點第8款，洵無足採。

（三）鑑定報告稱系爭構造物編號2符合增設構造物處理要點第2點第1款「雨遮」或第7款「露臺無壁式防墜物棚架」部分（鑑定報告第4頁以下）：

１、有關增設構造物處理要點第2點第1款「雨遮」部分：

鑑定報告（第20頁）針對系爭構造物之量測數據，按雨遮之增設標準尚有深度及與開口左右寬度之規定，而鑑定報告內容並未有顯示編號2與開口左右寬度之量測數據，然欠缺該等量測數據又如何得以論證編號2符合增設構造物處理要點第2點第1款；再且，鑑定報告顯示右側編號2之深度為1公尺，惟觀諸鑑定報告附件5之測量平面示意圖，比對左側及右側編號2之深度，可知左側編號2之深度明顯大於右側編號2（鑑定報告附件5不知緣由欠缺量該測數據），此亦顯然逾越增設構造物處理要點明文不得突出1公尺之規定，故鑑定報告僅說明其係可以遮陽及防止雨水等，惟欠缺論證與該增設標準符合與否之依據或顯已違反增設構造物處理要點之明文，仍逕稱系爭構造物編號2符合增設構造物處理要點第2點第1款，當洵無足採。

２、有關增設構造物處理要點第2點第7款「露臺無壁式防墜物棚架」部分：

（1）依增設構造物處理要點附圖所示露臺無壁式防墜物棚架之態樣係為具有支撐架之落柱型式，然系爭構造物編號2顯係為無支撐架結構之雨遮，尚難謂屬棚架，故亦難適用本款之規定。

（2）另系爭構造物前業經管委會111年8月24日合陽天擎（管）字第0000000000號函覆被告稱已違反社區規約（本院卷第471頁，附件8），故顯不符增設構造物處理要點第2點附表所定「6.依法成立公寓大廈管理組織之公寓大廈，應依公寓大廈管理條例規定。但公寓大廈規約另有規定者，從其規定。」，難加以援引適用，鑑定報告書稱符合增設構造物處理要點第2點第7款之論述當與增設構造物處理要點之規定齟齬未合。

（四）鑑定報告稱系爭構造物編號3符合增設構造物處理要點第2點第7款「露臺無壁式防墜物棚架」部分（鑑定報告第7頁以下）：

１、依增設構造物處理要點附圖所示露臺無壁式防墜物棚架之態樣係為具有支撐架之落柱型式，然系爭構造物編號2顯係為無支撐架結構之雨遮，尚難謂屬棚架，故亦難適用本款之規定。

２、另系爭構造物前業經管委會函復被告謂已違反社區規約，故顯與增設構造物處理要點第2點附表所定增設標準不符，難加以援引適用，鑑定報告稱符合增設構造物處理要點第2點第7款之論述當與本要點之規定齟齬未合。

（五）綜觀鑑定報告之內容，查鑑定報告第2頁所載之鑑定要旨係為鑑定系爭構造物是否符合鑑定報告之相關規定，又參鑑定報告第3頁所載之鑑定經過亦明文鑑定人針對系爭構造物現場丈量其各項尺寸，並逐項紀錄等情。惟原告既主張系爭構造物符合增設構造物處理要點之規定，此亦為本鑑定內容之主要爭點，然鑑定報告內容並未全然顯示系爭構造物是否符合各該項目之增設標準，如雨遮與開口間之寬度或室外設備防護設施與室外設備間之距離等均未有相關之量測數據，僅空泛陳稱系爭構造物具有防護或遮陽防水等功能，即逕論系爭構造物符合本要點之規定，顯屬無據。再且，增設構造物處理要點第3點第3款亦明定：「依本要點規定得免予查報認定之項目，如有下列情形之一者，仍予以查報拆除：……（三）屬依法成立公寓大廈管理組織之公寓大廈之部分者，不符公寓大廈管理條例規定或其規約規定。」承前所述，管委會業經函復表示系爭構造物係屬違反社區規約，爰此原告尚均無法主張適用增設構造物處理要點。

（六）縱然編號2、3符合「露臺無壁式防墜物棚架」增設標準（惟此僅屬假設語氣，前業經論證編號2與本要點規定不符），基於撤銷訴訟判斷行政處分違法性之基準時點，此

亦無法指摘原處分之適法性，原處分之作成亦屬適法有據，並無違誤。

（七）據而，鑑定報告欠缺論據或顯與增設構造物處理要點規定不符之內容並無參考之證據價值，更無法據以指摘原處分之適法性等語。

五、並聲明：

（一）駁回原告之訴。

（二）訴訟費用由原告負擔。

肆、兩造不爭之事實及兩造爭點：

如事實概要欄所述之事實，業據提出○○市○○區○○段05248-000建號土地建物查詢資料（見本院卷第211至212頁）、被告111年4月29日勘查紀錄表（見本院卷第128至131頁）、原處分（見本院卷第127頁）及訴願決定（見本院卷第133至139頁）等本院卷所附證物為證，其形式真正為兩造所不爭執，堪信為真，兩造之爭點厥為：

一、合陽天擎社區管委會函復表示系爭構造物係屬違反社區規約，系爭構造物是否不得適用增設構造物處理要點？

二、系爭構造物是否不得適用增設構造物處理要點（112年12月13日修正發布）所增訂第2點第7款之「露臺無壁式防墜物棚架」部分？得否適用增設構造物處理要點（110年1月28日修正發布）第2點第6款之「露臺無壁式防漏防墜物雨棚」之規定？

三、系爭構造物是否屬於增設構造物處理要點中免予查報之構造物？

伍、本院之判斷：

一、本件應適用之法條與法理：

（一）建築法第2條第1項規定：「主管建築機關，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。」

（二）建築法第4條規定：「本法所稱建築物，為定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構

造物或雜項工作物。」

（三）建築法第9條規定：「所稱建造，係指左列行為：……二、增建：於原建築物增加其面積或高度者。但以過廊與原建築物連接者，應視為新建。……。」

（四）建築法第25條第1項本文規定：「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。」

（五）建築法第86條第1款規定：「違反第25條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自建造者，處以建築物造價千分之50以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。」

（六）以下辦法、要點核乃執行母法（建築法）之技術性、細節性行政規定，與立法意旨相符，且未逾越母法之限度，行政機關予以適用，自無違誤：

１、違章建築處理辦法第2條規定：「本辦法所稱之違章建築，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物。」

２、違章建築處理辦法第5條前段規定：「直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起5日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之。……」

３、違章建築處理辦法第6條規定：「依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。」

４、110年1月28日修正發布之增設構造物處理要點第2點規定：「增設下列構造物，且符合附表規定之規模者，得免予查報：（一）雨遮。（二）無壁體之花架。（三）圍籬。（四）露天空調設備。（五）合法建築物七層樓（含）以下，且建造達二十年之屋頂層防漏水無壁式雨棚。（六）露臺無壁式防漏防墜物雨棚。（七）室外設備防護設施。（八）社區資源回收空間。（九）警衛亭。（十）其他經目的事業主管機關同意認定之項目。」；附

表「項目：雨遮；位置：除建築物出入口以外之開口；材料：以非鋼筋混凝土材料為限；標準：1.雨遮不得突出建築物外牆中心線或其代替柱中心線1公尺。2.雨遮寬度以開口左右各50公分為限。備註：雨遮水平投影不得突出建築線及境界線」

5、112年12月13日修正發布之增設構造物處理要點第2點規定：「增設下列構造物，且符合附表規定之規模者，得免予查報：（一）雨遮。……。（六）露臺無壁式防漏雨棚。（七）露臺無壁式防墜物棚架。（八）室外設備防護設施。」；附表「項目：雨遮；位置：除建築物出入口以外之開口；材料：以非鋼筋混凝土材料為限；標準：1.雨遮不得突出建築物外牆中心線或其代替柱中心線1公尺。2.雨遮寬度以開口左右各50公分為限。備註：雨遮水平投影不得突出建築線及境界線。」「項目：露臺無壁式防漏雨棚；位置：露臺；材料：以非鋼筋混凝土或輕鋼架材料等不燃材料為限。標準：1.雨棚高度應小於或等於該樓層高度。2.除既有女兒牆及必要之結構柱外，不得有壁體或門窗。3.雨棚構造物之柱體及支撐不得搭於女兒牆頂部。4.依法成立公寓大廈管理組織之公寓大廈，應依公寓大廈管理條例規定。但公寓大廈規約另有規定者，從其規定。5.合法建築物建造達20年以上。備註：雨棚水平投影不得突出建築物原女兒牆外緣。」「項目：露臺無壁式防墜物棚架；位置：露臺；材料：以非鋼筋混凝土或輕鋼架材料等不燃材料為限；標準：1.棚架高度應小於或等於該樓層高度。2.每戶搭建面積(含雨遮/既存違建）應小於或等於30平方公尺。3.除既有女兒牆及必要之結構柱外，不得有壁體或門窗。4.棚架構造物之柱體及支撐不得搭於女兒牆頂部。5.採無壁體透明棚架。6.依法成立公寓大廈管理組織之公寓大廈，應依公寓大廈管理條例規定。但公寓大廈規約另有規定者，從其規定。備註：棚架水平投影不得突出建築物原女兒牆外緣。」「項目：室外設備防護設施；

位置：室外設備上方及四周；材料：以非鋼筋混凝土或輕鋼架材料等不燃材料為限；標準：1.防護設施之頂蓋及壁體，其水平投影範圍以不超過該設備外緣1公尺為限，高度以自該設施最高處增加不超過50公分為限。2.限用於電力、電信、煤氣、空氣調節等設備。備註：1.應設置於建築基地內，不得突出建築線及境界線，且不得設置於私設通路、開放空間、共同走廊、退縮空地或騎樓範圍。2.不得占用法定停車空間等。」

（七）以下函釋為執行建築法及違章建築處理辦法之技術性、細節性內容之闡示，與立法意旨相符，且未逾越該法之限度，承理該具體個案之行政機關予以適用，自無違誤：

新北市政府104年7月17日新北府工拆字第0000000000號公告：「本府關於建築法及違章建築處理辦法就違章建築處理業務部分所定主管機關權限，劃分予本府違章建築拆除大隊，以該大隊名義執行，並廢止本府100年1月19日北府工拆字第0000000000號關於權限劃分之公告，均自000年0月00日生效。」

二、合陽天擎社區管委會雖函復表示系爭構造物係屬違反社區規約，但系爭構造物仍可適用增設構造物處理要點：

（一）被告雖主張系爭構造物前業經管委會111年8月24日合陽天擎（管）字第0000000000號函覆被告稱已違反社區規約（本院卷第471頁，附件8），故不符增設構造物處理要點第2點附表所定「6.依法成立公寓大廈管理組織之公寓大廈，應依公寓大廈管理條例規定。但公寓大廈規約另有規定者，從其規定。」，故仍應查報拆除云云。

（二）惟查合陽天擎社區管委會111年8月24日合陽天擎（管）字第0000000000號函雖函覆被告：「……二、本社區47號22樓及49號22樓住戶之露台增建雨遮事宜，已違反本社區規約第二條第三項（三）之規定」（見本院卷第471頁），然合陽天擎社區規約（109年7月5日區權會修正通過）第二條三、約定專用部分（三）露台及庭院（1）記載：

「依起造人與承買住戶間合陽天擎買賣契約書所載明分管特約（附件一）第三條之範圍及規定，該住戶對前述約定專用部分之使用，應依使用執照所載用途為之，符合法令規定之方式使用，『不得搭蓋違建』、損害建築物主要結構或製造噪音妨礙他人居住品質。」（見本院所調取之110年度訴字第1064號卷第205至219頁，即本院卷第530至546頁），此所謂「不得搭蓋違建」，因社區規約並無明文指定或排除之項目，應僅指「應查報拆除之違建」，而不及「程序違建」或「主管機關得免予查報認定」之構造物。蓋「程序違建」乃指其建築物之位置、高度、結構、與建蔽率等均不違反當地都市計畫建築法令規定，且獲得土地使用權，僅於程序上疏失，未領建築執照，擅自興工者而言（見內政部64年10月17日台內營字第656943號函，本院卷第548頁），其雖未領有建築執照及使用執照，但既不違反當地都市計畫建築法令規定，且已獲得土地使用權，可以補辦登記或執照；而「主管機關得免予查報認定」之構造物，則是使用執照雖未記載，但得免予查報拆除，可見違規情形輕微且住戶有使用之必要，則在社區僅籠統約定「不得搭蓋違建」時，如果前揭二種情形，仍認為屬於合陽天擎社區社區規約三、（三）（1）所稱「不得搭蓋」之「違建」範圍，實與吾國社會之法律感情不符。是本件「系爭構造物是否符合社區規約」？仍屬本院裁判之範圍，社區自行認定之「違建範圍」，對被告並無拘束力。易言之，本件應先認定系爭構造物是否符合「主管機關得免予查報認定」之規定，用以判斷合陽天擎社區管委會111年8月24日合陽天擎（管）字第0000000000號函「自行認定」之「不得搭蓋違建」之範圍是否合法，而非先認為【合陽天擎社區管委會前揭函自行認定之「違建範圍」必為合法且有拘束力，故系爭構造物不得適用增設構造物處理要點】，被告主張尚不足採。

三、系爭構造物不得適用增設構造物處理要點（112年12月13日修正發布）所增訂第2點第7款之「露臺無壁式防墜物棚架」部分，但可適用增設構造物處理要點（110年1月28日修正發布）第2點第6款之「露臺無壁式防漏防墜物雨棚」之規定：

（一）按撤銷訴訟程序標的違法判斷基準時點，原則係以處分時的事實或法規為基準，而非裁判時。因制度上，行政訴訟旨在由法院對行政行為作事後的合法控制，故行政法院所應審查者乃行政機關作成處分時是否合於當時之事實或法規狀態；另觀念上，依法作成的行政處分，不會因為事後的事實或法規變更而當然構成違法，故行政處分是否合法取決於行政機關作成處分時的事實或法規狀態（最高行政法院111年度上字第570號判決參照）。本件係屬撤銷訴訟，原處分係於111年6月7日作成，而新北市政府增設構造物處理要點增訂第2點第7款「露臺無壁式防墜物棚架」，是在原處分作成後之112年12月13日修正發布，系爭構造物自不得適用增設構造物處理要點（112年12月13日修正發布）所增訂第2點第7款之「露臺無壁式防墜物棚架」規定。

（二）惟增設構造物處理要點（110年1月28日修正發布）第2點第6款亦設有「露臺無壁式防漏防墜物雨棚」之規定，是原處分依有利不利一併注意原則，仍應審查系爭構造物是否符合前揭「露臺無壁式防漏防墜物雨棚」之規定。

四、系爭構造物是否屬於（處分作成時應適用之）110年1月28日修正發布之增設構造物處理要點中「免予查報」之構造物，尚有未明，原處分未予測量，逕認屬於應查報拆除之違建，非無違誤：

（一）系爭構造物經本院送鑑定結果，新北市建築師公會114年4月21日新北市建師鑑字第123號鑑定報告以：

１、系爭構造物如附圖編號1部分，符合112年12月13日修正發布增設構造物處理要點第2點第8款所稱「室外設備防護設施」。

２、系爭構造物如附圖編號2部分，符合112年12月13日修正發布增設構造物處理要點第2點第1款所稱「雨遮」，以及第7款所稱「露臺無壁式防墜物棚架」。

３、系爭構造物如附圖編號3部分，符合112年12月13日修正發布增設構造物處理要點第2點第7款稱「露臺無壁式防墜物棚架」。

４、系爭構造物如附圖編號1、2、3部分，系爭構造物施作材質為Low-E玻璃（低輻射玻璃）與不銹鋼材質，屬於綠建材與不燃材料之材質。

（二）原告雖主張系爭構造物非屬建築法所規定之建築物云云。惟查依建築法第4條規定，所謂建築物，為定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物。系爭構造物一端依附定著於牆面上，已具備建築法第4條規定建築物應具有頂蓋及牆壁之樣式，且其亦增加水平投影之建築面積，應符合該條定義供個人使用之構造物，即為建築法定義之建築物，原告主張固不足採。

（三）被告雖主張原處分認定屬違章建築之系爭構造物原則係區分為左側、中央及右側三大結構體，而系爭構造物如附圖編號1至3係原告自行編列，然核編號1其本質係屬系爭構造物左側及右側結構體之部分範圍，惟系爭構造物左側、中央及右側部分顯屬各自獨立之一體性結構，而編號1又與編號2之範圍相鄰，不具備界分獨立之狀態，本即屬左側或右側結構體之範圍，如原告欲主張符合增設構造物處理要點之項目，亦應僅得援引適用單一項目，尚難得謂之得以切分適用增設構造物處理要點之不同項目。原告自行切分系爭構造物左側及右側範圍而分別主張適用增設構造物處理要點之不同項目，顯屬無據云云。

（四）惟系爭構造物是否屬於（110年1月28日修正發布之）增設構造物處理要點第2點規定「（一）雨遮。……（六）露臺無壁式防漏防墜物雨棚。（七）室外設備防護設施。」，本應分別認定，不以構造物「不得相鄰」、「必須具備界分獨立之結構體」為必要，且新北市建築師公會114年4月21日新北市建師鑑字第123號鑑定報告認定【如附圖編號1部分，符合「室外設備防護設施」、如附圖編號2部分，符合「雨遮」以及「露臺無壁式防墜物棚架」，如附圖編號3部分，符合「露臺無壁式防墜物棚架」】，其並未因系爭構造物因彼此「相鄰」或「不具備界分獨立之結構體」，而為「不符合」之認定，其顯亦採用本院前揭法律見解，被告主張尚不足採。

（五）被告雖主張違章建築未經申請許可，建造物相關規模未經主管機關相關審查，就有影響公共安全，只要是新違建就有妨礙公共安全云云，惟查（110年1月28日修正發布之）增設構造物處理要點第1點規定「新北市政府（以下簡稱本府）為解決合法老舊建築物屋頂層漏水，因應綠建築政策方案之推廣，對於增設一定規模以下之構造物，其不影響公共安全、公共交通、公共衛生或市容觀瞻者，得免予查報認定，特訂定本要點。」，可知若符合綠建築政策方案之推廣，增設一定規模以下之新構造物，得免予查報認定，當然亦包括「不影響公共安全、公共交通、公共衛生或市容觀瞻」者，如若「只要是新違建就有妨礙公共安全」，則任何一定規模以下之「新構造物」均不得免予查報認定，前揭增設構造物處理要點第1點規定「不影響公共安全、公共交通、公共衛生或市容觀瞻」之要件即形同虛設，被告主張尚不足採。經查本件系爭構造物位於22樓高之露台，與其他位於地面層之違章建築情形顯然不同，且其材質為Low-E玻璃（低輻射玻璃）與不銹鋼材質（見新北市建築師公會114年4月21日新北市建師鑑字第123號鑑定報告），屬於綠建材與不燃材料之材質（見同上鑑定

報告），客觀上顯然不會影響公共安全，被告主張尚不足採。

（六）被告雖主張鑑定報告內容並未全然顯示系爭構造物是否符合各該項目之增設標準，如雨遮與開口間之寬度或室外設備防護設施與室外設備間之距離等均未有相關之量測數據，僅空泛陳稱系爭構造物具有防護或遮陽防水等功能，即逕論系爭構造物符合本要點之規定，顯屬無據，及訴願決定稱依被告勘查紀錄表、3D透視圖及現場照片，系爭雨遮深度已突出建築物外牆中心線1公尺（約1.04至1.45公尺），寬度亦顯超出開口左右50公分，不符處理要點第2點附表之規定云云。

（七）惟被告勘查紀錄表並未就系爭雨遮深度為測量，其亦未就室外設備防護設施與室外設備間之距離為測量，則系爭構造物是否已突出建築物外牆中心線1公尺（約1.04至1.45公尺），寬度是否超出開口50公分？室外設備防護設施與室外設備間之距離為何？均屬未知，且新北市建築師公會114年4月21日新北市建師鑑字第123號鑑定報告認定【如附圖編號1部分，符合112年12月13日修正發布之增設構造物處理要點第2點「室外設備防護設施」、如附圖編號2部分，符合112年12月13日修正發布之增設構造物處理要點第2點「雨遮」以及「露臺無壁式防墜物棚架」，如附圖編號3部分，符合112年12月13日修正發布之增設構造物處理要點第2點「露臺無壁式防墜物棚架」】，雖然「露臺無壁式防墜物棚架」部分於本件撤銷訴訟無法適用，但其是否符合「110年1月28日修正發布之增設構造物處理要點第2點（六）露臺無壁式防漏防墜物雨棚。（七）室外設備防護設施。」，原處分未予調查，其是否「得免予查報認定」？合陽天擎社區管委會111年8月24日合陽天擎（管）字第0000000000號函「自行認定」之「不得搭蓋違建」之範圍是否合法？均有未明，自不得逕認無110年1月28日修正發布之增設構造物處理要點之適用，然原處分逕

認無110年1月28日修正發布之增設構造物處理要點之適用，即屬無據，應予撤銷。

五、綜上，原處分非無違誤，訴願決定未予糾正，竟予維持，亦有不合。原告訴請撤銷，為有理由。

六、兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

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

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　17　　日

審判長法　官　陳心弘

法　官　林妙黛

法　官　畢乃俊

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　　7　　月　　17　　日

書記官　李依穎