臺北高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第四庭
114年度停字第50號

聲　請　人　游家威

相　對　人　新北市政府違章建築拆除大隊

代　表　人　陳德儒（大隊長）

上列當事人間聲請停止執行事件，聲請人聲請停止執行相對人中華民國114年7月24日新北拆認二字第1143267119號違章建築認定通知書及同年月25日新北拆拆一字第1143267687號違章建築拆除時間通知單，本院裁定如下：

主　文

聲請駁回。

聲請訴訟費用由聲請人負擔。

事實及理由

一、按行政訴訟法第116條第1項、第3項規定：「（第1項）原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。……（第3項）於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」準此，我國法制以行政處分不停止執行為原則，停止執行為例外，行政機關之處分或決定，在依法撤銷或變更前，具有執行力，原則上不因提起行政救濟而停止執行。是於行政訴訟起訴前裁定停止原處分或決定之執行，必須具備「將發生難於回復之損害」，且「有急迫情事」之積極要件，及「對公益無重大影響」之消極要件。所謂「難於回復之損害」，係指損害不能回復原狀，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難的程度，而

且其損害不能以相當金錢填補者而言，至於當事人主觀認知上難於回復的損害，並不屬於該條所指難於回復的損害。又同項但書所稱「但於公益有重大影響者，不得為之。」意指原處分或決定之執行雖符合「將發生難於回復之損害且有急迫情事」之積極要件，但如具備「對公益有重大影響」之消極要件，仍不許裁定停止執行。是以，聲請停止原處分執行事件如未具備積極要件，即應駁回所請，核無再審究其消極要件是否具備之必要。又行政訴訟法第116條第3項之規定，實乃行政訴訟暫時權利保護制度之一環，停止執行制度係屬暫時之權利保護，非本案救濟程序，法院須於有限時間內，依即時可得調查之證據，就停止執行要件事實之存否而為認定，聲請人應就其符合停止執行之要件事實負其釋明之責，倘停止執行之聲請，經審查結果，於上揭法定要件欠缺其一，乃屬要件不備，即應駁回。

二、次按聲請停止執行之標的應以具有規制效力之行政處分爲對象，如對非行政處分聲請停止執行，即與聲請停止執行之要件不合。所謂行政處分，指行政機關就公法上具體事件所為公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為；至於行政機關通知之內容僅在敘述事實或說明理由，未發生具體法律效果者，並非行政處分。

三、事實概要：

緣聲請人所有坐落於新北市○○區○○路0段000巷00弄00號增建之雨遮、露台（下稱系爭構造物），經相對人於民國114年7月24日以新北拆認二字第1143267119號違章建築認定通知書（下稱認定通知書）認定依據建築法第25條、第86條第1款及違章建築處理辦法第5條等規定，應予拆除，相對人並於次日（即114年7月25日）以新北拆拆一字第1143267687號違章建築拆除時間通知單（下稱拆除通知單）通知聲請人將訂於114年8月8日起執行系爭構造物拆除。聲請人不服，提起訴願，並於訴願繫屬中向本院聲請停止執行。

四、聲請意旨略以：

㈠系爭構造物無論係拆除或再為增建，均有結構之公安疑慮，應審慎為之；況認定通知書如於日後經認定為違法，聲請人恐難再次施工回復系爭構造物原狀，系爭構造物之價值除以金錢衡量外尚須考量其使用上價值，故其價值實難估計，認定通知書如繼續執行將使聲請人受有難於回復之損害。又依拆除通知單所示，系爭構造物將於114年8月8日後執行，聲請人雖已提起訴願，惟本件有無待訴願機關作成決定之急迫性，而有立即停止原處分執行之必要。再以，系爭構造物拆除將使所坐落之建物內部公共安全發生疑慮，考量停止認定通知書之執行僅係延後拆除時間、其存在對於其他房屋結構並無影響，相較於聲請人因系爭構造物拆除所受之損害，停止認定通知書之執行對於公益並無重大影響。

㈡原處分之作成有違反有不利一律注意原則、處分作成未附理由而有違反明確性原則、未給予聲請人陳述意見機會之程序瑕疵等違法，聲請人之本案訴訟並非顯無理由；聲請人係依法申請興建系爭構造物，系爭構造物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第2條第1款「雨遮」及第6款「露台無壁式防漏防墜物雨棚」之規定，得免予查報。認定通知書未說明系爭構造物如何違反建築法等規定，亦未給予聲請人陳述有無拆除之必要、將如何改善（依系爭構造物占所在房屋之面積規模等比例，聲請人如雇工改善或可免於違章建築之認定）之機會，未查明系爭構造物是有立即重大公安危害，即貿然決定拆除，顯違反行政程序法相關規定，認定通知書應予撤銷，及對聲請人而言本案訴訟非顯無理由等語。

㈢並聲明：停止認定通知書及系爭拆除通知單之執行。

五、本院查：

㈠按建築法第25條第1項規定：「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。但合於第七十八條及第九十八條規定者，不在此限。」第86條第1款規定：「違反第二十五條之

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五十以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。」第97條之2規定：「違反本法或基於本法所發布命令規定之建築物，其處理辦法，由內政部定之。」復按內政部依建築法第97條之2授權訂定之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。」第5條規定：「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五日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之。……」建築法為維護公共安全，規定未經主管建築機關審查許可並發給執照，不得擅自建造建築物，違反者，除其情節僅係程序上未申辦執照，而有補正可能，給予限期補照之機會外，否則應予拆除。違章建築事件依據其違法態樣，可分為「實質違建」或「程序違建」，所謂「實質違建」係指未依「建築法」及「實施都市計畫以外地區建築物管理辦法」之規定，申領建築執照，擅自建造，且無法補正者而言；所謂「程序違建」則係指其建築物之位置、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（最高行政法院111年度上字第530號判決意旨參照）。

㈡聲請人所有之系爭構造物經相對人於114年7月8日至現場勘查後認定違反建築法第25條規定，屬未經申請建築許可即擅自建造之違章建築，乃以認定通知書通知聲請人於文到5日內自行拆除，逾期未拆除者，相對人將強制拆除，拆除後之建築材料應自行清除，逾期不清除者依廢棄物清理法規定處理等語。經核認定通知書之內容已認定系爭構造物經勘查認定係屬違建，構成強制拆除要件，命自行拆除，否則逕為強制執行之意思，參照最高行政法院107年4月份第1次庭長法官聯席會議決議意旨，自應認屬確認及下命性質之行政處分

（認定通知書以下稱原處分）。至於系爭通知單係相對人為了執行認定通知書之原處分，後續通知聲請人應執行拆除日期之觀念通知，不另發生法律效果，自非行政處分。

㈢關於認定通知書（即原處分）之停止執行部分：

1. 按訴願法第93條第2項、第3項規定：「（第2項）原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。（第3項）前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」準此，當事人固得於起訴前向行政法院聲請停止原處分之執行。惟聲請人於行政處分後提起訴願前既得向原行政處分機關申請停止執行，或於訴願中向受理訴願機關申請停止執行，自得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，竟未為之。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查，故必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要，而駁回其聲請（最高行政法院109 年度裁字第1487號裁定理由參照）。

2. 查聲請人已提起訴願，惟尚未作成訴願決定，聲請人亦未向訴願機關申請停止原處分之執行，相對人則尚未排定拆除日期，有本院114年8月5日電話紀錄可稽（本院卷第53-55頁）。本件並無訴願機關或相對人遲未對停止執行之申請為准駁，造成非即時聲請由行政法院處理則有難以救濟之緊急情況；則聲請人提起訴願後，既非不能向訴願機關申請停止原處分之執行而有向本院聲請之必要，其捨訴願機關而逕向本院聲請停止執行，無異規避訴願程序，而請求本院為行政處分之審查，依首揭規定及說明，應認本件聲請欠缺權利保護必要。

3.雖原處分認定聲請人所有之新北市○○區○○路0段000巷00弄00號增建雨遮及露台為違章建築且無從補辦建造執照，應予拆除，惟聲請人若因拆除而受有損害，核屬財產上之損失，並非無從以金錢估計其價值，依一般社會通念難認不能以金錢賠償，且日後如經行政救濟途徑，由訴願機關或行政法院審認聲請人之主張為有理由而撤銷原處分，亦僅相對人應否負國家賠償之責任，非屬行政訴訟法第116條第3項前段所稱之「原處分或決定之執行將發生難於回復之損害」，與聲請停止執行之要件不合，難謂有不能以金錢賠償或難於回復原狀之急迫情況，核與行政訴訟法第116條第3項要件不合。至聲請人主張系爭構造物有無拆除必要、原處分作成程序有違反行政程序法之情事云云，則屬對於原處分合法性之爭執，核屬本案實體爭議，且依現有事證，難認原處分有不待調查顯然即知之違法，難謂原處分之合法性顯有疑義，應由法院於本案訴訟審酌兩造之主張並依相關證據綜合判斷。

㈣關於拆除通知單之停止執行部分：聲請人對系爭通知單聲請停止執行部分，核屬對非行政處分之觀念通知聲請停止執行，於法未合，應予駁回。

六、綜上，本件停止執行之聲請，核與前揭規定要件不符，聲請為無理由，應予駁回。

七、依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條第1項、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　5　　日

審判長法　官　陳心弘

法　官　鄭凱文

法　官　林妙黛

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告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
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.抗告人或其代表人、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，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，抗告人或其代表人、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。
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.抗告人之配偶、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.抗告人為公法人、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，抗告人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　5　　日

書記官　李建德