臺灣高等法院民事判決

113年度上國字第8號

上訴人 張麗惠

訴訟代理人 張建隆

上訴人 董議雲

被上訴人 新北市政府違章建築拆除大隊

法定代理人 陳德儒

訴訟代理人 曾三展

廖珮辰

王志哲

上列當事人間請求國家賠償事件，上訴人對於中華民國112年12月14日臺灣新北地方法院111年度國字第21號第一審判決提起一部上訴，本院於114年2月11日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人張麗惠負擔五分之三，餘由上訴人董議雲負擔。

事實及理由

一、按依國家賠償法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行名義。賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾30日不開始協議，或自開始協議之日起逾60日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴，國家賠償法第10條第1項、第11條第1項分別定有明文。查上訴人張麗惠、董議雲（下分稱張麗惠、董議雲）前以書面向被上訴人請求國家賠償，經被上訴人於民國111年5月26日分別以新北拆法字第1113259451、1113259452號函拒絕賠償，有上開函文在卷可憑（見原審

01 (一)卷第31至49頁)，上訴人已踐行國家賠償法所定之書面先
02 行協議程序，則其於111年11月8日提起本件國家賠償事件，
03 自屬合法。

04 二、上訴人主張：張麗惠、董議雲所有坐落新北市○○區○○路
05 0段000巷00弄0○○號（下合稱系爭建築物）之5樓屋頂層如
06 勘查紀錄表立面示意圖紅色部分之遮雨棚（下合稱系爭增
07 建），屬新北市合法建築物增設一定規模以下構造物處理要
08 點（下稱系爭要點）第2點第5款規定免予查報之合法增建，
09 竟遭被上訴人違法認定為違章建築，並於110年9月14日強制
10 拆除（下稱系爭拆除行為），致伊所有系爭建築物漏水而受
11 有損害，伊自得請求被上訴人國家賠償等情，爰依國家賠償
12 法第2條第2項規定，求為命被上訴人應給付張麗惠、董議雲
13 各新臺幣（下同）310萬元、200萬元，及其中210萬元、100
14 萬元自起訴狀繕本送達翌日起算，其餘100萬元、100萬元自
15 民事擴張聲明狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決（原
16 審就此部分為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，
17 其餘未繫屬部分不予贅述）。於本院上訴聲明：(一)原判決關
18 於駁回下列第2、3項部分廢棄。(二)被上訴人應給付張麗惠31
19 0萬元，及其中210萬元部分自起訴狀繕本送達翌日起，其餘
20 100萬元自民事擴張聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日
21 止，按週年利率5%計算之利息。(三)被上訴人應給付董議雲20
22 0萬元，及其中100萬元部分自起訴狀繕本送達翌日起，其餘
23 100萬元自民事擴張聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日
24 止，按週年利率5%計算之利息。

25 三、被上訴人則以：系爭增建屬新北市政府所規定於98年6月25
26 日後不得再為增建之實質違建，不符合系爭要點規定免予查
27 報範圍，伊認定系爭增建屬違建，並為系爭拆除行為，屬執
28 行職務行使公權力，自無不法等語，資為抗辯。答辯聲明：
29 上訴駁回。

30 四、系爭增建係於99年間所建，被上訴人於110年2月23日、同年
31 3月3日製作違章建築認定通知書予張麗惠、董議雲，張麗

01 惠、董議雲分別於110年2月25日及同年3月9日收受該通知
02 書，並於同年3月11日提起訴願，經新北市訴願委員會分別
03 於同年5月13日、14日駁回，上訴人提起行政訴訟後，又於1
04 11年4月6日撤回起訴。而被上訴人於110年9月14日為系爭拆
05 除行為等情，為兩造所不爭執（見本院卷第204、304、361
06 頁），並有違章認定通知書、送達通知書、派勤紀錄表、拆
07 除現場照片、訴願決定書、行政訴訟起訴狀、行政訴訟撤回
08 起訴狀在卷可參（見原審(一)卷第133至136頁、本院卷第221
09 至226、329至357、425至433頁），堪信為真正。張麗惠、
10 董議雲主張因被上訴人違法之系爭拆除行為，致其受有損
11 害，依國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人國家賠償
12 310萬元、200萬元本息等語，為被上訴人所否認，並以前詞
13 置辯。茲就兩造爭執析述如下：

14 (一)上訴人得提起本件訴訟：

15 人民對於公務員為行政處分而執行職務、行使公權力時，認
16 有違法不當者，除得依行政爭訟程序尋求救濟外，當然亦得
17 依國家賠償法請求賠償，且二者併行不悖，應無先後次序之
18 限制，始符法律保障人民權利之本旨。至於行政訴訟法第12
19 條第1項、第2項規定之立法目的係為防止對於同一基礎事實
20 所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟，由於不同法院對事實認
21 定歧異，致生裁判結果互相抵觸之情形而設，並非因此剝奪
22 人民之民事或刑事訴訟權。故民事之裁判，如以行政處分是
23 否無效或違法為據者，苟行政爭訟程序尚未開始，民事法院
24 審判長即應依民事訴訟法第199條第2項規定行使闡明權，曉
25 諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確
26 定之。若當事人已表明不循行政爭訟程序請求救濟，或捨棄
27 該行政程序救濟之途，而選擇逕行提起民事訴訟請求國家賠
28 償者，民事法院固不能否認該行政處分之效力，然究非不得
29 就公務員為該行政處分行使公權力時，有無故意或過失不法
30 侵害人民權利之情事，自行審查認定（最高法院96年度台上
31 字第1595號判決意旨參照）。上訴人就系爭增建為被上訴人

01 認定係違章建築，雖曾對被上訴人提起行政訴訟，然其已撤
02 回該訴訟乙情，有行政訴訟起訴狀、撤回起訴狀在卷可參
03 （見本院卷第341、357、425至433頁），依上開說明，本院
04 非不得自行審查認定系爭拆除行為是否違法，被上訴人辯以
05 上訴人不得提起本件國家賠償事件云云，無足採憑。

06 (二)系爭增建非屬得免予查報之違建：

07 1.建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之
08 審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除，建築
09 法第25條第1項本文定有明文。系爭增建係於99年間所
10 建，且未取得建造許可等情，為上訴人所不爭執（見本院
11 卷第204頁），可見系爭增建未經許可而為建造，依上開
12 規定，自屬違建。

13 2.系爭要點第2點第5款規定，合法建築物7層樓（含）以
14 下，且建造達20年之屋頂層增設防漏水無壁式雨棚，得免
15 予查報。即合法建造達20年之合法建築物屋頂層所增設無
16 壁式雨棚需附著在合法建築物上，方得免予查報。上訴人
17 雖主張系爭增建下方之系爭建築物是合法的，故系爭增建
18 符合系爭要點第2點第5款規定，屬免予查報之合法增建云
19 云，然系爭建築物屋頂層有既存違建（即立面示意圖綠色
20 部分）存在，而系爭增建係建築附著在既存違建上乙情，
21 有立面示意圖在卷可參（見原審(一)卷第134、136頁），足
22 見系爭增建並非附著於合法建築物上，與系爭要點第2點
23 第5款規定不符，系爭增建自非屬得免予查報之範圍，上
24 訴人上開主張，難以採憑。則系爭增建屬違建，既經查
25 報，被上訴人自得依法限期上訴人自行拆除，或強制拆
26 除。

27 (三)被上訴人所為系爭拆除行為係屬合法：

28 1.違反第25條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自
29 建造者，處以建築物造價千分之50以下罰鍰，並勒令停工
30 補辦手續；必要時得強制拆除其建築物，建築法第86條第
31 1款規定自明。

01 2.系爭增建係屬違建，被上訴人於110年2月23日、同年3月3
02 日製作違章建築認定通知書予上訴人，上訴人分別於110
03 年2月25日及同年3月9日收受該通知書，為上訴人所不爭
04 執。觀諸該通知書記載：「臺端應於文到次日起五日內自
05 行拆除該實質違章建築，逾期未拆除者，本大隊將強制拆
06 除(行政執行法第二十七條、第二十八條及第三十二
07 條)；違章建築拆除時，敷設於違章建築之建築物設備一
08 併拆除之；違章建築拆除後之建築材料應自行清除，逾期
09 不清除者，視同廢棄物，依廢棄物清理法規定處理(違章
10 建築處理辦法第七條、第八條)」等字句，足見上訴人應
11 於收受上開通知書後5日內自行拆除系爭增建，上訴人卻
12 未依限為之。又被上訴人為系爭拆除行為前，已在系爭建
13 築物張貼拆除通知單2次乙情，為上訴人所不爭執(見本
14 院卷第362至363頁)，難謂上訴人就被上訴人所為系爭執
15 行行為毫無所悉。上訴人主張被上訴人未依照程序為拆除
16 行為，且未以電話告知云云，惟法律並未規定被上訴人應
17 在強制拆除前，以電話與上訴人聯絡，況被上訴人已將認
18 定系爭增建屬違建，限期自行拆除之通知書合法送達予上
19 訴人，並於系爭拆除行為前再行張貼拆除公告，難認被上
20 訴人有何未依程序為系爭拆除行為之情。堪認被上訴人依
21 法為系爭拆除行為，乃為公權力之正當行使，自非屬公務
22 員有故意或過失之不法行為。上訴人主張系爭增建屬系爭
23 要點第2點第5款之合法增建物，被上訴人所為系爭拆除行
24 為係違法行為，應負國家賠償責任云云，委無可採。

25 (四)上訴人請求被上訴人賠償其損害，為無理由：

26 公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人
27 民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第2
28 條第2項前段定有明文。而國家賠償法第2條第2項所定之國
29 家賠償責任，本質上為侵權行為損害賠償責任。又侵權行為
30 之成立，須行為人因故意過失不法侵害他人權利，亦即行為
31 人須具備歸責性、違法性，不法行為與損害間有因果關係，

01 始能成立，且主張侵權行為損害賠償請求權之人，對於侵權
02 行為之成立要件應負舉證責任。而公務員依據有效行政處分
03 為執行，乃為公權力之正當行使，尚難認定該公務員有故意
04 或過失之不法行為，自無損害賠償責任。被上訴人認定系爭
05 增建屬違建，並為系爭拆除行為，並無不法，已如上(三)所
06 述，則張麗惠、董議雲分別請求被上訴人賠償310萬元、200
07 萬元本息，要無理由。

08 五、綜上所述，上訴人依國家賠償法第2條第2項規定，請求被上
09 訴人應給付張麗惠、董議雲各310萬元、200萬元，及其中21
10 0萬元、100萬元自起訴狀繕本送達翌日起算，其餘100萬
11 元、100萬元自民事擴張聲明狀繕本送達翌日起，均至清償
12 日止按週年利率5%計算之利息，均無理由，不應准許。原審
13 就此部分為上訴人敗訴之判決，核無違誤。上訴意旨指摘原
14 判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

15 六、上訴人雖請求本院傳喚證人李佩瑾、林欣圓、吳宏仁、陳子
16 賢、吳祭晶，並調閱兩造間通聯紀錄、調查被上訴人派勤紀
17 錄表上簽呈報被上訴人主管日期，以證明系爭要點之制訂過
18 程、兩造聯繫過程、被上訴人未依程序為系爭拆除行為云
19 云，惟被上訴人承辦人員簽呈呈報時間、系爭要點制訂過
20 程、兩造聯繫過程，均無礙本院為上開認定，故核無調查上
21 開證據之必要。另本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防
22 禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本
23 判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

24 七、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1
25 項、第85條第1項，判決如主文。

26 中 華 民 國 114 年 3 月 4 日
27 民事第八庭

28 審判長法 官 許炎灶
29 法 官 郭俊德
30 法 官 朱美璘

31 正本係照原本作成。

32 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其

01 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狀
02 （均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或
03 具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師
04 資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項
05 但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴
06 者，應一併繳納上訴審裁判費。

07 中 華 民 國 114 年 3 月 5 日

08 書記官 張郁琳