最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第107號

上　訴　人　泛喬股份有限公司
代　表　人　李必賢
訴訟代理人　林石猛　律師
　　戴敬哲　律師
　　陳守煌　律師
被上訴人　高雄市政府工務局
代　表　人　吳明昌
訴訟代理人　周元培　律師
　　洪郁婷　律師

上列當事人間建築執照事件，上訴人對於中華民國106年1月17日高雄高等行政法院103年度訴字第532號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、被上訴人高雄市政府工務局代表人於107年2月27日由趙建喬變更為蔡長展，再於107年12月25日變更為吳明昌，經蔡長展、吳明昌先後具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、緣上訴人於民國100年5月5日委託訴外人許銘陽建築師向被上訴人申請坐落高雄市○○區○○○段○○○○○○段000000000000000號等2筆土地（下稱系爭基地）之建造執照（下稱系爭建照），系爭基地位於訴外人陳文火於74年間以合併改制前高雄縣○○鄉○○○段○○○○○號（分割前母地號）、面積約58公頃之山坡地，向合併改制前高雄縣政府（下稱高雄縣政府）申請開發建築，並經高雄縣政府於75年4月間公告核准開發許可（下稱系爭開發許可）之「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」之非都市土地住宅社區開發案範圍內（下稱系爭開發計畫）。被上訴人於100年5月11日以高市工務建字第A000000-0號函以系爭開發計畫案內其他建案有實設

容積樓地板面積超出法定上限情事，建請上訴人應配合系爭開發計畫之變更以使整體開發案之容積率符合規定為由，將上訴人所提出之系爭建照申請案原件退還。上訴人不服，提起訴願，經高雄市政府100年11月21日高市府四維法訴字第1000128620號訴願決定駁回，提起行政訴訟，前經高雄高等行政法院（下稱原審法院）100年度訴字第673號判決，以被上訴人未依建築法第35條規定通知上訴人改正，即逕依建築法第36條規定駁回其申請，有違背行政行為明確性及未踐行法定程序之違法情事等為由，而將訴願決定及原處分均撤銷，並請被上訴人就上訴人100年5月5日申請書，應依該判決之法律見解另為適法之處分在案。嗣被上訴人依上開判決所持之法律見解及建築法第35條規定，對於上訴人100年5月5日所提系爭建照之申請案，以102年8月22日高市工務建字第10236193400號函（下稱被上訴人102年8月22日通知補正函）通知上訴人於文到次日起6個月內改正完竣後再申請復審，其補正內容略以：「主旨：貴公司於本市○○區○○○段○○○○○○○○○○○○號等2筆土地申請建造執照乙案，經審查認有妨礙區域計畫之處，請於文到次日起6個月內改正完竣，送請復審，請查照。說明：三、……因『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內之建案，縣府於99年11月間辦理建造執照案件抽查時，發現該建照係以每輛停車空間可換算最大容積40平方公尺計算扣除，與建築技術規則建築設計施工編第60條及第162條規定不符，以致實設容積之樓地板面積超出法定上限，爰檢視同一建築師於『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內所設計之建照執照結果，發現多達17件建案有相同違法設計情事，經計算個別建築基地超額面積共計約11萬平方公尺之違規情事，有實設容積之樓地板面積超出法定上限情形者，為數甚多。故本案基於開發區範圍內之土地開發利用不得妨礙開發計畫內容之使用，倘計畫範圍內超額容積情形未獲改善前，即逕自許可同一計畫範圍內其他基地個別建造案，勢必導致超額容積現況無從獲得改善，進而造成『

大高雄迪斯奈華城開發計畫案』之開發內容遭受妨礙，有違非都市土地開發許可之規定。四、基於土地整體開發之管制模式，『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內之其他未申報開工之建案及尚未申請建造執照之土地，應配合開發計畫之變更，以使整體開發案之容積率符合規定，故為免『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』之計畫內容受到妨礙，請貴公司參照內政部營建署101年6月26日營署綜字第1012913088號函意旨提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜。五、請貴公司依建築法第36條規定……於接獲本函文之日起6個月內，依照前開說明改正完竣送請復審；屆期未送請復審或復審仍不合規定者，本局得予駁回。」等語。惟因上訴人屆期仍未改正完竣送請復審，被上訴人爰依建築法第36條規定，以103年5月7日高市工務建字第10332930900號函（下稱原處分）通知上訴人駁回系爭建照案之申請。上訴人不服，提起訴願，經決定駁回，提起行政訴訟，亦遭駁回，遂提起本件上訴。

三、本件上訴人主張：依建築法相關規定，建築主管機關受理建造執照之申請時，應就所申請之建築基地個別判斷，就本件上訴人所提系爭建照之申請文件而言，被上訴人亦肯認內容並無不合法令之情形，則被上訴人自應依建築法第33條規定，發給執照。且現行並無法令規定主管機關於個別申請開發建築案審認未符開發計畫時，得禁止其他業主或基地申請開發建築，況主管機關受理建築執照申請案時，以申請案件建築基地以外他宗建物之違規事由，作為否准申請之理由，實質上即生連帶責任之結果。本件被上訴人竟以他宗建物所涉之容積爭議，作為否准上訴人系爭建照申請之依據，並要求上訴人變更系爭開發計畫以改善他宗建物超額容積之情形，顯係增加法律所無之要件，嚴重違背法律保留原則。且系爭開發計畫他宗建物容積超額之爭議，應由他宗容積超額建物之權利人，就該宗建築基地之範圍內選擇適當方式處理，方合於容積管制之目的。惟被上訴人以上訴人未能變更系爭開

發計畫調整各宗建築基地，以改善系爭開發計畫範圍內他宗建物所涉之容積爭議為由，逕行否准上訴人系爭建照之申請，顯有悖於不當聯結禁止原則。又依建築法第11條第1項、建築技術規則建築設計施工編第161條第1項規定，容積率係依建築基地個別計算認定，非都市土地使用管制規則對於建築基地與容積之解釋或定義，皆未有特別規定，且內政部101年4月3日內授營綜字第1010802251號函（下稱內政部101年4月3日函）、內政部營建署101年6月26日營署綜字第1012913088號函（下稱營建署101年6月26日函）及本院105年度判字第262號判決，亦持相同立場。又系爭開發許可係適用72年7月7日發布之山坡地開發建築管理辦法（下稱72年山坡地開發建築管理辦法），自72年至86年間山坡地開發建築管理辦法有關開發許可之規定，係於79年始有依使用分區管制計畫之規定，迄至86年始有依開發計畫書圖管制之規定；而非都市土地使用管制規則係於82年11月5日修正發布第9條第3項，始有經主管機關核定之土地使用計畫，其建蔽率及容積率低於法定建蔽率及容積率者，依核定計畫管制之明文規定。又依臺灣省政府建設廳77年3月11日建四字第003092號函，可知系爭開發許可僅係審查開發建築之消極要件，並未要求需提出開發計畫書圖。且參諸建築法第30條規定，申請建造執照時亦未要求提出開發許可或開發建築計畫書圖等文件，足見系爭開發建築計畫書圖規劃之總樓地板面積192,350平方公尺，並非開發許可處分之規制內容。且系爭開發計畫業經高雄縣政府以98年5月8日府建管字第0980120519號函（下稱高雄縣政府98年5月8日函）及98年12月10日府建管字第0980315558號函（下稱高雄縣政府98年12月10日函）核准2次開發許可之變更，主管機關亦表示變更前後，皆係以建蔽率40%、容積率120%作為管制依據，故系爭建照之申請，已無從再以系爭開發許可為容積管制之依據。又系爭開發計畫申請人陳文火於施作雜項工程時，即有提出「土地利用計劃圖」之變更設計獲准，嗣並經高雄縣政府建設局核發雜項使

用執照，自無再以開發許可之圖說進行後續開發建築管制依據之理。且陳文火嗣將系爭開發計畫內土地轉讓，之後又陸續經多次土地分割，分由不同人取得各宗土地之所有權，主管機關係依各宗土地所屬之各種使用地類別之容許使用項目、建蔽率、容積率，審查核發建造執照已逾200件，可知系爭開發計畫範圍內之開發建築，係依據土地使用分區與使用地類別進行管制，而非以系爭開發許可規劃之容積實施管制等語。為此，求為判決：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被上訴人應依上訴人100年5月5日建造執照之申請，作成核發建造執照之行政處分。

四、被上訴人則以：經核定之非都市土地開發許可，與全區整體規劃性質有關的公共設施工程及其所需之雜項執照申請與個別建築基地申請建造執照的建築行為，彼此間具有密切且不可獨立分割之實質整體關聯性。系爭開發計畫範圍內之建案，有為數甚多實設容積之樓地板面積超出法定上限情形，而該等設計錯誤惟已取得使用執照之建築物，為符比例原則，暫以不拆除為宜，並經檢視系爭開發計畫範圍內其他未申報開工之建案及尚未申請建造執照之土地，其等經換算可取得之容積樓地板面積，已大於該等設計錯誤惟已取得使用執照之超額面積，足以填補原超額設計使用之面積，如能再配合開發計畫之變更，將可使整體開發案之容積率符合規定。系爭開發計畫於75年4月19日公告核准，即成為該地區開發建築之管制依據，自應依經許可之開發計畫管制其土地之使用，山坡地開發建築管理辦法雖於92年修正時刪除開發許可相關規定，惟業將該相關規定增訂於非都市土地使用管制規則中，是原核准之開發計畫倘有變更之必要，後續仍應依管制規則有關變更開發計畫之程序辦理變更開發計畫，未核准變更開發計畫前，仍應依原核准開發計畫內容予以管制土地之使用。是本案即使最初並未明訂開發許可案之土地使用管制應依計畫書、圖管制，而是嗣後修法時增補此部分規範，且無論有無此一增補，皆無損於開發許可案件應依經核准計畫

書圖管制之要求。另高雄縣政府於98年5月8日函及98年12月10日函核准2次變更，係將原作為集合住宅之丙種建築用地，以增列容許使用項目方式變更作為飯店、購物中心及遊樂場等使用，已涉及原核准興辦事業計畫性質之變更，應以新案方式重新申請開發許可，惟上開增列容許使用未依法撤銷變更前，仍屬有效，但相關土地使用強度部分並未因增列容許使用而有變動，故除該增列容許使用項目外，其餘自仍應受原核准計畫之限制。另系爭開發計畫係以原一筆土地申請開發許可，故以開發計畫內容據以管制土地使用之效力及於所有土地，嗣後雖已分割成各宗土地並辦理所有權移轉登記，惟開發區範圍內之土地仍應受開發計畫之管制，不因其所有權已移轉而有所差別。是系爭開發計畫案現狀既已明顯違反當時核准之開發計畫書圖，無論其開發計畫內之各建物所有權是否歸屬同一人，各建物是否分別符合建築管理法令之規範，均因違反開發計畫書圖，則於未變更設計以符合原開發計畫書圖之前提下，均不得允許等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

五、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：㈠系爭建照申請案，應得以系爭開發許可所核准之開發計畫全區土地使用強度作為容積管制之依據：1.經查，申請人陳文火於74年間依72年山坡地開發建築管理辦法提出非都市土地山坡地住宅社區開發案開發許可之申請，其開發建築計畫書圖已明確表明系爭開發計畫之住宅區基地面積為375,800平方公尺，總建築面積（容積）為192,350平方公尺，嗣經高雄縣政府審議通過，並於75年4月間公告核准系爭開發許可在案。陳文火接續申請雜項執照，完成基地整地工程並經查驗合格，於77年8月20日向高雄縣政府領得（77）高縣建局建管字第10149號雜項使用執照，復於78年5月26日辦理登記變更編定使用種類丙種建築用地。2.系爭開發計畫地區業經區域計畫之主管機關高雄縣政府於65年5月31日依區域計畫法劃定使用分區為山坡地保育區，僅其當時尚未完成編定使用地類別，

而無法依使用地類別實施管制而已，惟此並不影響其為實施區域計畫地區，而有72年山坡地開發建築管理辦法之適用。上訴人執臺灣省政府66年3月22日府建四字第8233號函指稱系爭開發計畫地區非山坡地開發建築管理辦法之適用範圍云云，並非可採。3.上訴人主張79年2月14日修正發布山坡地開發建築管理辦法（下稱79年山坡地開發建築管理辦法）施行前，實務上係以土地使用分區作為開發建築之管制依據，嗣依法令規定，於79年係依土地使用分區管制計畫為開發建築之管制依據，迄至82年或86年則依核定計畫或開發計畫書圖為開發建築之管制等節，固非全然無據。惟衡諸法令體系及變遷沿革可知，對於主管機關尚未編定或非編定為建築用地使用地類別之山坡地申請山坡地開發建築程序，乃屬特許人民參與土地整體開發利用規劃之機制，開發人自有依該特許開發許可處分所設定之公法上法律關係，據以實施具體建築行為之義務。且觀諸72年山坡地開發建築管理辦法第15條規定，開發人變更開發建築計畫，應依本章規定申請變更許可，益可徵主管機關核定開發許可之開發建築計畫書圖，為行政處分內容之一部分，已形成開發計畫地區開發建築之管制依據。系爭開發許可當時有關建築物樓地板面積，雖無容積率之明文規定，但係以建蔽率及建築物高度之規定為容積管制，且高雄縣政府根據陳文火提出之系爭開發建築計畫書圖，特許開發計畫範圍內之全區土地依其規劃利用方式為開發建築，顯已發生設定具體權利義務關係內容之形成效力。系爭開發許可既已核定系爭開發計畫住宅區基地面積375,800平方公尺範圍內，得興建總樓地板面積（容積）192,350平方公尺之住宅社區，該開發許可所設定土地使用性質及強度之規制內容，自當成為後續申請建造執照階段之前提要件，而具有構成要件效力。故上訴人以建築法第30條有關申請建造執照時並未要求提出開發許可或開發建築計畫書圖等文件，而爭執系爭開發建築計畫書圖規劃之總樓地板面積，並非開發許可處分之規制內容云云，難謂有據。4.上訴人主張申

請人陳文火於施作雜項工程時，即有提出土地利用計劃圖之變更設計獲准，嗣並經核發雜項使用執照，自無再以開發許可之圖說進行後續開發建築管制依據之理云云。惟揆諸65年11月26日修正發布之非都市土地使用管制規則第6條及其附表二規定，可知山坡地開發建築之雜項執照及雜項使用執照，係針對雜項工程設置及施工安全實施管制，並為申請變更編定為建築用地之重要證明文件。惟衡酌陳文火取得高雄縣政府建設局核准之土地利用計劃圖，乃係其於實施雜項工程階段所提出，且其分別劃定之住宅區、商業區、學校用地、遊憩設施用地、步道、道路用地，應係以此標示用地類別，作為開挖整地雜項工程之準則，以便日後申領雜項使用執照，續為土地變更編定為建築用地申請之用，尚與系爭開發計畫書圖所附之土地使用計劃圖，係於申請開發許可程序階段，由申請人以設施種類及用地性質作為圖面標示方法，以表現該開發計畫相關設施之設置標準符合山坡地開發建築管理辦法第9條規定之作用不同，尚難相提並論。再者，系爭開發許可對於原處分機關、其他行政機關、處分相對人及後續依此享有開發建築利益而申請建造執照之申請人，依行政處分跨程序之拘束力或構成要件效力，均具有規制後續申請程序階段之法律上效力。則上訴人以原申請人陳文火嗣將系爭開發計畫內土地轉讓分割，分由不同人取得所有權，主管機關係依各宗土地所屬之使用地類別之容許使用項目、建蔽率、容積率，審查核發建造執照，而非以系爭開發許可全區為容積管制云云，要難憑採。故系爭建照申請案，應以系爭開發許可所核准之開發計畫全區土地使用強度作為容積管制之依據。㈡系爭開發許可所核准之開發計畫範圍雖有變更，但系爭建照申請案之建築基地位於原開發計畫範圍內，仍應受開發計畫全區得興建總樓地板面積與丙種建築用地（住宅區建築基地）面積之比率作為容積管制內容：1.經查，系爭開發計畫前經高雄縣政府於75年4月間公告核准開發許可當時規劃之住宅區面積為375,800平方公尺，總建築面積（容積

）為192,350平方公尺。嗣於78年5月26日辦理登記變更編定使用種類丙種建築用地，其丙種建築用地面積共計為455,482平方公尺。又系爭開發計畫地區，嗣經高雄縣政府分別以98年5月8日函及98年12月10日函，核准「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」及「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」之非都市土地開發計畫案之開發許可變更；另「泛喬公司店鋪集合住宅變更天悅二館一般飯店說明書」之非都市土地開發計畫書變更案，則未獲准許。而系爭基地係位於原住宅社區開發計畫地區範圍內，並未涉及變更事業計畫性質，亦非坐落在上開2次開發計畫變更許可範圍內。系爭開發計畫部分土地開發計畫區域，雖歷經2次興辦事業開發計畫之開發變更許可，且因變更後新開發計畫之土地使用性質及強度已與系爭開發計畫不同，就其重疊地區部分，已發生由變更後新的開發計畫取代系爭開發計畫之效果，而被劃出系爭開發許可處分規制之開發建築計畫範圍之外，然就系爭開發許可未變更部分之開發計畫區域，仍應繼續受系爭開發許可效力之拘束。而系爭基地既在系爭開發許可之非都市土地住宅社區開發案範圍內，參諸本院105年度判字第222號判決意旨，系爭建照申請案仍應以系爭開發許可所核准之土地使用強度（建築容積）作為管制依據。則上訴人主張系爭開發計畫，嗣經高雄縣政府98年5月8日函及98年12月10日函為2次變更，無從再以系爭開發許可為容積管制云云，即非可採。2.又查，系爭開發計畫原規劃住宅區基地面積為375,800平方公尺，建築面積合計為192,350平方公尺，可知全區土地使用強度之建築容積比率應為51.18%。開發人陳文火接續辦理用地變更登記之丙種建築用地面積為455,482平方公尺，經扣除高雄縣政府前述2次核准開發變更許可範圍丙種建築用地面積合計為113,885平方公尺後，系爭開發許可之非都市土地住宅社區丙種建築用地面積應剩餘341,597平方公尺。依系爭開發許可所特許之土地使用強度，按其得興建住宅之總樓地板面積之比率計算結果，系爭開發許可目前丙種建築

用地全區之土地使用強度，應可認其尚得興建總樓地板面積（建築容積）174,829.34平方公尺之住宅，故應以此作為系爭開發許可所規制之容積管制內容。㈡被上訴人審查系爭建照申請案，以系爭開發許可所核准之開發計畫範圍內，有實設容積樓地板面積超出法定上限之情形，基於土地開發利用不得有妨礙開發計畫內容之使用，而命上訴人應予改正，惟因上訴人逾期未予改正，乃以原處分否准上訴人之申請，尚無違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原則及信賴保護原則：1.系爭開發許可雖未載有容積率，但有全區土地使用強度之容積管制。而系爭開發許可目前規制之丙種建築用地全區之土地使用強度，僅容許興建住宅總樓地板面積（建築容積）為174,829.34平方公尺。惟該住宅開發建築計畫地區已領得建造執照，但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積已達247,794.83平方公尺，如再加上該地區違反建築技術規則之超額容積樓地板面積59,573.79平方公尺，更高達307,368.62平方公尺，均已超過系爭開發許可所特許之土地使用強度。又縱採上訴人主張之計算方式，其實設容積之比率約為86.36%，顯亦超過全區整體建築容積之比率51.18%。是以，被上訴人就上訴人所提系爭建照之申請案件，雖依申請建造執照行為時之法令規定即建蔽率40%、容積率120%為個別建築基地之審查依據，但因其全區整體實設容積已超過開發許可核定之計畫內容，乃以102年8月22日通知補正函，命上訴人應依建築法第36條規定，於接獲該函文之次日起6個月內改正完竣，送請復審。嗣因上訴人屆期仍未改正完竣，被上訴人以原處分通知上訴人駁回系爭建照案之申請，應屬適法。2.上訴人雖主張依本院103年度判字第268號判決及105年度判字第262號判決見解，以及內政部101年4月3日函、營建署101年6月26日函內容，可知原處分以系爭開發計畫地區範圍內之他宗建築基地有妨礙計畫內容之情事，而否准上訴人系爭建照案之申請，已違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原

則及信賴保護原則云云。然查，內政部101年4月3日函、營建署101年6月26日函固以非都市土地開發許可案，並無以全區總量管制容積相關規定，而容積率應以個別建築執照之建築基地範圍進行檢討。縱認開發許可核定當時之區域計畫法、非都市土地使用管制規則及山坡地開發建築管理辦法等規定，並無法令明文得以開發建築計畫書圖所規劃之土地使用強度作為開發建築之管制依據，惟上訴人基於高雄縣政府核發之開發許可處分所設定具體土地使用內容之公法上法律關係之效力，接續申請建造執照，依行政處分構成要件效力，即應受該特許處分規制內容之拘束，始得享有開發建築之利益，並無疑義。次細繹本院103年度判字第268號判決及105年度判字第262號判決意旨，係針對系爭開發計畫地區如有違反建築技術規則之超額容積情事，主管機關得否以該事由作為個別建築基地容積管制之依據，而表示之法律見解，尚與本院105年度判字第222號判決所表示申請建造執照，應受開發許可核准之土地使用強度進行容積管制之法律意見，其觀察評價判斷之面向及重點未盡相同，故亦難逕以上開本院2則判決意見而為有利於上訴人之認定。再者，上訴人既係基於系爭開發許可而接續為建造執照之申請，被上訴人依據系爭開發許可所特許之開發建築容積上限，審酌其全區整體實設容積已超過開發許可核定之計畫內容，且因上訴人未能遵期改正，而否准後續階段系爭建照申請案之申請，則其所為既係受前行政處分構成要件效力之拘束而為之決定，乃依法行政之當然結果，難謂與法律保留原則、誠信原則及信賴保護原則有違，亦難謂係創設連帶責任之舉措。其次，衡酌內政部營建署103年6月11日召開「研商依原山坡地開發建築管理辦法許可住宅社區開發案之計畫變更及超額容積解決方案」會議紀錄，並參諸79年山坡地開發建築管理辦法第27條、92年3月26日修正公布之山坡地建築管理辦法第9條第3項及現行非都市土地使用管制規則第53條規定，可認被上訴人對於系爭開發計畫地區範圍內違反建築技術規則之超額容積

違章建築物部分，固得依建築法規責令起造人改善或拆除，或就系爭開發計畫地區超額容積建物部分，依職權將其使用執照超額容積部分予以撤銷，以解決該違章情形。惟系爭開發計畫地區已領得建造執照但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積已達247,794.83平方公尺（實設容積比率為72.54%），如依上訴人所稱實設容積率亦達86.36%，均已超過系爭開發許可所特許之容積比率51.18%，而此部分總樓地板面積之容積管制，須依非都市土地使用管制規則第22條規定為變更開發計畫之申請，始得合法增加全區土地使用強度，尚無從逕依建築法規責令起造人改善或拆除而解決此問題。3.另被上訴人審查系爭建照申請案時，雖以系爭開發計畫地區之其他建築基地實設容積之樓地板面積超出法定上限，而以102年8月22日通知補正函命上訴人提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜；嗣於原審訴訟程序中，追補系爭開發計畫地區已領得建造執照但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則之超額容積樓地板面積），亦已超過系爭開發許可所特許之全區整體建築容積比率51.18%之理由。是以，行政機關追補之理由如於作成行政處分時即已存在，並未改變行政處分之性質，基於訴訟經濟及紛爭解決一次性之原則，自應容許行政機關於行政處分同一性之前提下，於事實審訴訟程序中追補處分之理由。準此，被上訴人102年8月22日通知補正函，已足使受通知之上訴人瞭解其命補正之原因事實及法令依據，縱其事實與理由之記載未盡完足，然被上訴人基於該補正通知之同一基礎事實，為事實及理由之補充，尚未改變其命上訴人提出變更開發計畫並調整基地方式之改正性質，亦無礙當事人盡其攻擊防禦之能事。則被上訴人該理由追補，應予准許。從而，被上訴人命上訴人提出變更開發計畫並調整基地方式改正，然因上訴人未遵期改正，而以原處分否准上訴人系爭建照之申請，並未違反比例原則及不當聯結禁止原則，則上訴人前開主張，

尚難採憑。㈣綜上，原處分並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，上訴人請求撤銷訴願決定及原處分，並請求被上訴人應依上訴人100年5月5日建造執照之申請，作成核發建造執照之行政處分，為無理由，爰判決駁回上訴人之訴。

六、上訴理由略謂：㈠關於山坡地開發建築之管制依據，72年山坡地開發建築管理辦法並無規範，嗣於79年山坡地開發建築管理辦法始明文規定申請開發許可文件中之「土地使用分區管制計畫書圖」，核定後作為開發建築之管制依據，至於其他申請文件（包含開發建築計畫書圖），則非管制依據。又82年增訂非都市土地使用管制規則第9條第3項，關於建蔽率、容積率應受核定計畫限制之規定，以及86年山坡地開發建築管理辦法修正將開發建築之管制依據擴張為開發計畫書圖之規定，皆無溯及適用之餘地。職此，原判決以系爭開發計畫取得許可，因而得為後續之開發建築為由，認定系爭開發建築計畫書圖即成為開發許可處分之規制內容，其所持法律上意見，顯然逾越79年山坡地開發建築管理辦法關於管制依據之明文，違反法律保留原則。另原判決所為推論，實質上使82年增訂之非都市土地使用管制規則第9條第3項、86年山坡地開發建築管理辦法第8條規定，適用於75年取得開發許可的系爭開發計畫，亦不符法律不溯及既往原則。㈡系爭開發計畫範圍內各宗土地權利人申請開發建築時，主管機關即依各宗土地所屬之使用地類別的容許使用項目、建蔽率、容積率，審查核發建造執照已逾200件。被上訴人如能詳審實設容積樓地板面積，理當不會發生超額容積情事，然其竟認應由上訴人承受其未盡職責之後果。上訴人如何能於短短限期6個月內整合各宗基地所有權人，由上訴人1人提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜。且被上訴人既已對系爭開發計畫其他建案之超額容積樓地板面積部分，經由撤銷超額容積樓地板面積部分之使用執照方式予以改正在案，如仍要求上訴人提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜，顯然違反

憲法第15條財產權保障及法律保留原則、比例原則甚明。㈢內政部78年4月6日台內營字第680134號函、內政部101年4月3日函、營建署101年6月26日函、本院100年度判字第851號判決、103年度判字第268號判決、105年度判字第262號判決，均認建築基地之容積率係個別計算認定。原判決援引不同見解之本院105年度判字第222號判決而認系爭建照申請案仍有以整體開發計畫作為整體容積總量管制之必要，顯然未及注意系爭開發計畫之時點，溯及適用法令之違誤甚明。㈣系爭開發計畫規劃之住宅面積為375,800平方公尺，總建築面積為192,350平方公尺，嗣辦理變更為丙種建築用地完竣後，其丙種建築用地面積共計為455,482平方公尺。則丙種建築用地既已變大，總建築面積理應隨之變大，原判決認建築容積總量仍為192,350平方公尺，顯有違誤。㈤被上訴人102年8月22日通知補正函要求上訴人改正之事項，係他宗建物實設容積超出法定上限之問題，嗣於本件訴訟程序中，方追補主張系爭開發計畫之容積總樓地板面積，應依容積率51.18%設算。亦即，被上訴人作成原處分前，並未踐行建築法第35條所定「一次性」通知申請人改正之法定程序。原判決容許被上訴人追補應改正事項，並作為駁回上訴人所請之論據，自有不適用建築法第35條規定之違法。且被上訴人為前開追補主張前，經其核准之建照，未曾將全區容積率51.18%所設算之總樓地板面積列為審查事項。又系爭開發計畫他宗建案發生容積爭議後，亦由主管機關確認系爭開發計畫全區係依法定容積率120%管制。且由內政部營建署103年6月11日召開之「研商依原山坡地開發建築管理辦法許可住宅社區開發案之計畫變更及超額容積解決方案」會議紀錄，亦顯示系爭開發計畫全區係依法定容積率管制，故只要解決他宗建案實設容積樓地板面積超出法定上限，即不存在容積違法之問題。從而，原判決未審酌被上訴人所為之追補主張，業已嚴重牴觸其前所為之各項行政行為，即逕行以該等追補主張作為駁回上訴人之論據，尚有悖於行政程序法第8條誠信原則

及信賴保護原則。㈥原判決認定系爭開發計畫範圍內個別建築基地申請建造執照，適用法定容積率120%審查，但一旦全區已核發之建造執照所容許興建之容積樓地板面積，累積逾越以容積率51.18%乘以全區丙種建築用地面積所算得之174,829.34平方公尺，即不再核發建造執照，難謂係創設連帶責任之舉措。惟原判決上開見解，等同後申請者只因一時未有建築規劃，經他宗建築基地搶先申請建築後，其土地即無法再興建，豈未有創設連帶責任之情事，顯與論理法則有違。㈦原審法院105年度訴字第351號判決，認系爭開發計畫之容積問題，應受原審法院100年度訴字第435號判決（經本院102年度判字第795號判決維持）、101年度訴字第330號判決（經本院103年度判字第124號判決維持）之既判力拘束，即系爭開發計畫範圍內之丙種建築用地，應受法定容積率120%之限制。準此，原判決認定系爭開發計畫範圍內之丙種建築用地，應依51.18%之容積率管制，即已牴觸原審法院100年度訴字第435號判決、101年度訴字第330號判決所生之既判力，而有不適用行政訴訟法第213條及本院72年判字第336號判例之違法。

七、本院查：

（一）按「區域計畫公告實施後，不屬第11條之非都市土地，應由有關直轄市或縣（市）政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。變更之程序亦同。其管制規則，由中央主管機關定之。」為63年1月31日公布施行之區域計畫法第15條第1項所規定。建築法於65年1月8日修正第3條，增列第1項第2款，將實施區域計畫地區列為適用建築法地區，並於同條第3項規定：「第1項第2款之適用範圍及管理辦法，由內政部定之。」其後，內政部以建築法第3條第1項各款所列地區之山坡地為適用範圍，以72年7月7日台內營字第169702號令發布72年山坡地開發建築管理辦法，作為山坡地開發建築管理之規範。又73

年11月5日修正發布之非都市土地使用管制規則附表二「使用分區內各種使用地之變更編定原則表」說明欄第7點規定：「山坡地範圍內各使用區之土地，應依山坡地開發建築管理辦法之規定申請開發建築，並於雜項工程完工經查驗合格後，檢附證明文件依其開發計畫內容之土地使用性質，申請變更編定為允許之用地。」準此規定，依區域計畫法第15條第1項規定實施管制之非都市土地，適用72年山坡地開發建築管理辦法申請開發建築經許可者，於雜項工程完工經查驗合格後，應依開發計畫內容之土地使用性質，申請使用地變更編定，以實施管制。換言之，非都市土地經核准建築開發後，得作建築使用之土地，為使用地類別之變更，係對非都市土地使用之管制手段。是以，將使用地類別變更為「丙種建築用地」後，仍應依原核准開發計畫之內容為使用之限制，始與非都市土地作建築使用應經特許之區域計畫法規範意旨相符。

（二）次按72年山坡地開發建築管理辦法第4條第1項規定：「山坡地開發建築，應向直轄市、縣（市）主管建築機關依左列順序申請辦理：一、申請開發許可。二、申請雜項執照。三、申請建造執照。」第8條第1項規定：「申請開發許可應備具左列書、圖：一、開發建築計畫書。二、開發建築計畫圖。三、開發建築財務計畫書。」第12條規定：「直轄市、縣（市）政府應於受理申請之日起60日內，將審查結果以書面通知申請人。其核准開發建築者，並應將開發許可內容於各該直轄市、縣（市）政府、鄉（鎮、市、區）公所及開發建築所在地公告30天。」第14條規定：「開發建築計畫經許可後，開發人應於收受通知之日起1年內申請雜項執照，逾期未申領者，應將原開發建築許可公告作廢。」第15條規定：「開發人變更開發建築計畫，應依本章規定申請變更許可。」第24條規定：「山坡地應於雜項工程完工查驗合格後，始得申請建造執照。」是依區域計畫法第15條第1項規定實施管制之非都市土地，依72

年山坡地開發建築管理辦法申請開發建築，應提出表明具體開發內容之開發建築計畫書、圖，記載計畫興建戶數、建築型態、建築密度及容納人口數等，經主管機關許可者，該開發許可授予申請人特許開發為房屋興建，為授益性行政處分，且經公告核准之開發許可內容，係對計畫範圍內土地為使用管制，並有對物處分之效力。因此，開發人或繼受取得該土地之所有權人，或得以該土地申請建造執照之權利人，以原開發許可範圍內編為丙種建築用地之土地，作為建築基地申請建造執照，興建之房屋型態與內容，應受原開發許可之拘束。依上，據72年山坡地開發建築管理辦法核准開發建築之土地，雖已變更編定為丙種建築用地，倘以之作為建築基地申請建造執照，仍應依開發計畫內容為申請，其得興建房屋之面積，不因非都市土地使用管制規則有關建蔽率、容積率之規定，於系爭開發許可作成後有變更，而有不同。此一見解，為本院108年1月份第1次庭長法官聯席會議決議所採。

（三）經查，改制前高雄縣○○鄉○○○段○○○○○號土地，經高雄縣政府65年5月31日劃定使用分區為山坡地保育區（未編定使用類別）之非都市土地，並於65年6月1日辦理公告，該筆土地自上開公告後，即屬使用應依區域計畫法及其相關規定實施管制者。訴外人陳文火於74年間，以該筆土地向高雄縣政府申請開發建築，提出之開發建築計劃書「五、計劃興建戶數、建築型態、建築密度及容納人口數」部分，記載：「本基地面積約58公頃，由於坡度平緩，…適合高密度的開發型態，故本社區計劃興建1,140戶，其中在靠近北區及西區之8m次幹線道路邊，擬興建七層雙併之集合住宅，餘者則擬興建五種不同型式之二層雙併別墅，面積自158平方公尺至188平方公尺不等之住宅與渡假休閒別墅（詳建築配置計劃圖，透視圖及平面圖）。本基地之各建築可概略分為道路上邊坡建築、道路下邊坡建築及平地之建築……本社區之各類型住宅之戶數、面積詳述如

下：七層雙併集合住宅：290戶，每戶計劃面積165平方公尺（約50坪）合計興建面積：165平方公尺/戶x 290戶=47,850平方公尺；A型二層雙併別墅住宅：120戶，每戶計劃面積：188平方公尺（約57坪），合計興建面積……22,560平方公尺；B型二層雙併別墅住宅：230戶，每戶計劃面積：154平方公尺（約48坪），合計興建面積……35,420平方公尺；C型二層雙併別墅住宅：220戶，每戶計劃面積：174平方公尺（約53坪），合計興建面積……38,280平方公尺；D型二層雙併別墅住宅：100戶，每戶計劃面積162平方公尺（約49坪）合計興建面積……16,200平方公尺；E型二層雙併別墅住宅：180戶，每戶計劃面積：178平方公尺（約54坪），合計興建面積……32,040平方公尺，故本區合計興建七層雙併集合住宅：290戶建築面積47,850平方公尺，二層雙併別墅住宅：850戶，建築面積144,500平方公尺」（詳見卷附大高雄迪斯耐華城規劃報告開發許可申請書所附開發建築計劃書）。足認高雄縣政府依72年山坡地管理辦法規定所核准之系爭開發計畫，僅許可於該筆土地上興建七層雙併集合住宅，及二層雙併別墅，合計之總建築面積為192,350平方公尺。如欲改變建築之內容，依72年山坡地開發建築管理辦法第15條規定，應依該辦法之規定，申請變更許可，否則，即不得為許可以外之建築物興建。此外，經高雄縣政府於75年4月間核准系爭開發計畫後，該土地於78年5月26日辦理登記變更編定使用種類為丙種建築用地之土地，面積共計為455,482平方公尺；又系爭開發計畫地區雖經高雄縣政府分別以98年5月8日函及98年12月10日函，核准「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」及「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」之非都市土地開發計畫案之開發許可變更；另「泛喬公司店鋪集合住宅變更天悅二館一般飯店說明書」之非都市土地開發計畫書變更案，則未獲准許，然本件系爭建照申請案之建築基地，係位於系爭開發計畫之原住宅社區開發

計畫地區範圍內，並未涉及變更原開發計畫「住宅社區」之事業計畫性質，亦非坐落在高雄縣政府98年5月8日函核定之「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」，或98年12月10日函核定之「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」開發計畫變更許可範圍內，則經原審確定，且為兩造所不爭執之事實。基上事實，上訴人繼受陳文火取得系爭基地之人，揆諸前開規定及說明，以系爭基地作為建築基地申請建造執照，興建之房屋型態與內容，應受系爭開發許可內容之限制，不因系爭開發計畫於經系爭開發許可後，編定為丙種建築用地，而受非都市土地使用管制規則77年6月29日修正於第10條規定丙種建築用地建蔽率上限為40%，容積率上限為160 %；87年1月7日修正後第9條規定，容積率上限改為120%之影響；亦與系爭開發計畫範圍內之前揭開發許可變更無關。上訴意旨，以山坡地開發建築之管制，72年山坡地開發建築管理辦法並無規範，於79年山坡地開發建築管理辦法始明文規定申請開發許可文件中之「土地使用分區管制計畫書圖」，核定後作為開發建築之管制依據，其他申請文件非管制依據，認依72年山坡地開發建築管理辦法核定之系爭開發計畫，以其開發建築計畫書圖作為開發許可處分之規制內容，顯逾越79年山坡地開發建築管理辦法關於管制依據之明文，違反法律保留；並以82年增訂之非都市土地使用管制規則第9條第3項、86年山坡地開發建築管理辦法第8條規定，適用於75年取得開發許可之系爭開發計畫，不符法律不溯及既往原則，係屬誤解，而不足採據。至本院100年度判字第851號判決，係以都市土地作為建築基地之情形，與本件係非都市土地經許可開發建築，應受開發許可拘束之情形有別，尚難比附援引，作為主張之依據；而本院103年度判字第268號判決及105年度判字第262號判決，並未經本院選為判例，且所採見解，已為本院108年1月份第1次庭長法官聯席會議決議所不採，上訴人自難執以作為對其有利之主張。

（四）上訴人於100年5月5日以系爭基地為建築基地，向被上訴人申請系爭建造之申請，其內容為：「……4.基地概要：……法定建蔽率40%；法定容積率120%；基地面積合計1,653㎡；……法定空地面積991.8㎡；土地使用分區或編定用地－丙種建築用地。5.建築概要：建築物用途－住宅Ｈ２；設計建築物高度15.45m；簷高0m；建築面積582.65㎡；總樓地板面積1,917.66㎡；設計建蔽率35.25%；設計容積率92.04%；建造類別新建；……構造種類鋼筋混凝土結構造；……層棟戶數1幢1棟地上3層地下1層1戶；總設計停車輛數8輛，法定輛數4輛，鼓勵輛數0輛，自行增設輛數4輛」（見原審卷一第16頁背面建照執照申請書）核其申請新建之內容，應係依申請時非都市土地使用管制規則關於建蔽率及容積率之規定為設計，與前述系爭開發許可特許權利人得於改制前高雄縣○○鄉○○○段○○○○○號土地上為建築物興建之內容，明顯不同，即非依系爭開發許可之內容，提出建造執照之申請，依前開各節說明，上訴人本件申請，非法之所許。至於系爭開發計畫範圍內其他各宗土地權利人申請開發建築，主管機關核發建造執照，適用建蔽率及容積率之結果，並不影響本件建造執照申請是否合法之判斷。

（五）又按「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。……」「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」「建造執照或雜項執照申請書，應載明左列事項：一、起造人之姓名、年齡、住址。起造人為法人者，其名稱及事務所。二、設計人之姓名、住址、所領證書字號及簽章。三、建築地址。四、基地面積、建築面積、基地面積與建築面積之百分比。五、建築物用途。六、工程概算。七、建築期限。」「直轄市、縣(市)(局)主管建築機關，對於申請建造執照或雜項執照案件，認為不合本法規定或基於本法所

發布之命令或妨礙當地都市計畫或區域計畫有關規定者，應將其不合條款之處，詳為列舉，依第33條所規定之期限，一次通知起造人，令其改正。」分別為建築法第25條第1項前段、第30條、第31條及第35條之規定。依此，起造人以非都市土地作為建築基地，申請建造執照，倘申請內容，與區域計畫有關規定有不合，而屬得補正者，建築主管機關應詳列其不合規定之處，通知起造人改正，起造人若未依限提出相關必要事證為補正者，或因違反區域計畫法之管制規定，其本質屬不能補正者，建築主管機關即應以申請不合法，駁回其申請。上訴人本件申請，係以非都市土地為建築基地申請建築物新建許可，依前開說明，申請之內容，顯與系爭開發許可特許權利人於改制前高雄縣○○鄉○○○段○○○○○號土地上為建築物興建之內容不符，系爭建照之申請，即因違反區域計畫法對於非都市土地使用之管制限制，為不合法，並屬不能補正者。被上訴人否准上訴人本件系爭建照之申請，即無不合。

八、綜上所述，原判決以系爭建照申請案之建築基地，在系爭開發許可之非都市土地住宅社區開發計畫範圍內，應受該開發許可所特許之全區土地使用強度（建築容積總量）管制之拘束。接續之開發建築行為，無論係由開發人或其他使用人（包括建築物起造人）實施，均有按開發許可開發建築計畫內容實施開發建築行為之遵從義務，認於開發建築過程中，如有增加全區土地使用強度情形發生，主管機關為免妨礙土地使用計畫之實現，甚至對公共安全造成危害，所為限制該開發計畫之繼續，並命申請人或使用人限期改善回復至按計畫內容為建築，或申請變更計畫，應屬適法。認被上訴人就系爭建照案之申請，除審查其不得超過申請建造執照行為時之非都市土地使用管制規則第9條第1項第3款之法定建蔽率及容積率規定外，併審查該開發計畫全區整體容積有無超過系爭開發許可所核准之土地使用強度，以發現該開發計畫全區整體容積已經超過系爭開發許可所核准之土地使用強度，以

被上訴人102年8月22日通知補正函請上訴人依法申請變更開發計畫，再行辦理建築許可事宜，因上訴人未遵期改正，被上訴人否准上訴人系爭建照案之申請，並無違誤，而認上訴人請求撤銷訴願決定及原處分，並請求被上訴人應依其100年5月5日建造執照之申請，作成核發建造執照之行政處分，為無理由，而駁回上訴人在第一審之訴。理由雖有未盡周延之處，然其結論，並無不合，仍應予維持。上訴論旨，指摘原判決有違反憲法對財產權之保障及法律保留原則、比例原則及行政程序法第8條規定之誠信原則與信賴保護原則等情，觀諸前開各節之說明，無非係以其歧異之見解，指摘原判決有違背法令情事，求予廢棄，難認為有理由，應予駁回。此外，上訴人依行政訴訟法第253條第1項第3款規定，聲請行言詞辯論，惟本件事實已臻明確，且上訴人係就被上訴人否准其建造執照之申請為爭訟，審酌本件訴訟之情節，本院認無行言詞辯論之必要，爰不經言詞辯論逕為判決，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　108　年　3　月　14　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　蕭　惠　芳

法官　蘇　嫊　娟

法官　高　愈　杰

法官　沈　應　南

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　華　民　國　108　年　3　月　14　日

書記官　張　鈺　帛