最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第557號

上　訴　人　王世凱
　　邱柳陰
共　　同
訴訟代理人　詹順貴律師
　　吳姿徽律師
被上訴人　臺北市政府都市發展局
代　表　人　黃景茂
參　加　人　森業營造股份有限公司
代　表　人　黃呈琮
訴訟代理人　許献進　律師
　　歐陽佳怡　律師

上列當事人間建築法事件，上訴人對於中華民國107年11月8日臺北高等行政法院106年度訴字第276號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回確認被上訴人104年5月28日104拆字第0057號拆除執照違法訴訟部分廢棄，發回臺北高等行政法院。

其餘上訴駁回。

上訴駁回部分訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人提起上訴後，被上訴人代表人於民國107年12月25日變更為黃景茂，經其具狀聲明承受訴訟，經核並無不合，應予准許。

二、緣參加人前經臺北市政府以104年1月29日府都新字第10332426302號函通知（下稱都更核定處分；前經上訴人邱柳陰等人訴請撤銷，業由原審法院以104年度訴字第439號撤銷原處分、並經本院於106年7月20日以106年度判字第379號判決駁回臺北市政府之上訴確定），有關參加人擔任實施者擬具之「變更（第二次）臺北市○○區○○段4小段44地號等26筆土地更新事業計畫及變更權利變換計畫」案（下稱系爭都更

案），准予核定實施。參加人遂據以向被上訴人申請坐○○○區○○段○○段○○○號、44-4地號等21筆土地之建造執照及拆除執照，經被上訴人核發104年6月10日104建字第0133號建造執照（即原處分一）及104年5月28日104拆字第0057號拆除執照（即原處分二）在案。上訴人（即同段4小段44-4地號土地所有權人，權利範圍各為8分之1）不服原處分一提起訴願遭駁回，乃於106年2月24日提起行政訴訟，訴請撤銷訴願決定及原處分一，並於原審法院審理期間即106年8月25日追加請求確認原處分二違法，經原審法院併予審理後，均予駁回。上訴人遂提起本件上訴。

三、上訴人起訴之主張、被上訴人及參加人在原審的答辯，均引用原判決所載。

四、原判決駁回上訴人在原審之訴，其理由略以：

㈠、關於原處分一即系爭建造執照部分：原處分一於原審訴訟程序進行中，業經被上訴人自行依職權以107年1月30日北市都建字第10734838200號函予以撤銷，並重新核發107年2月6日107建字第0029號建造執照在案。故原處分一已於原審訴訟程序中經撤銷而不存在，上訴人訴請撤銷系爭建造執照處分已無訴訟實益，欠缺權利保護要件，應予駁回。

㈡、關於原處分二即系爭拆除執照部分：1.本件為進行都市更新之拆除作業，依建築法第78條規定，除有同條但書規定之情形外，自應先請領拆除執照始得拆除建築物。復參照「臺北市政府受理都市更新權利變換實施者依都市更新條例第三十六條規定請求代為拆除或遷移土地改良物補充規定」（下稱北市都更代為拆除補充規定）第5條規定，應依行為時（108年2月26日廢止）「直轄市、縣（市）政府受理都市更新權利變換實施者申請代為拆除或遷移土地改良物執行應注意事項」第2點第5款檢具之文件即為拆除執照，可知即便是臺北市政府代為拆除，執行拆除作業亦需要拆除執照始可為之。查參加人於105年3月8日檢附系爭拆除執照向被上訴人申請代為拆除，隨後被上訴人於同年3月31日及4月22日召開權利

變換範圍內土地改良物拆除或遷移協調會（下稱拆遷協調會），已事先於同年3月10日發函通知上訴人參加；105年6月4日（原判決誤繕為6月24日）及同年7月1日召開都市更新及爭議處理審議會專案小組會議（下稱專案小組會議），亦已事先於同年5月24日、6月15日通知上訴人參加。是縱使原處分二作成時，未送達予上訴人，惟衡諸常情，其二人於105年3月10日受前開土地改良物拆除或遷移協調會開會通知時；或至遲於同年3月31日、4月22日召開協調會時，即應知悉參加人已經領得被上訴人核發之原處分二，否則參加人如何得申請臺北市政府代為拆除並召開土地改良物拆除或遷移協調會？況上訴人早於被上訴人都更核定處分作成後，即提起撤銷訴訟（原審法院104年度訴字第439號、本院106年度判字第379號），其對於系爭都更案之進行與內容應知悉甚詳，自無一邊對於都更核定處分提起撤銷訴訟，但一方面卻對於因該處分而核發之系爭拆除執照全無知悉之理。則上訴人斯時自得循序提起訴願及撤銷訴訟，惟上訴人反而遲至105年7月2日執行拆除完畢後，始於提起撤銷原處分一之訴訟中，於106年8月25日（原審收文日）以行政準備㈠狀追加確認原處分二違法之訴，洵有違確認訴訟補充性。2.縱依上訴人主張於105年8月15日始知悉原處分二，惟按行政程序法第98條第3項規定，係以處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人未能依法律規定時限提起救濟，而將相對人或利害關係人於處分書送達後1年內之聲明不服，擬制為法定期限內所為。此所謂1年內聲明不服，對於未受行政處分送達之利害關係人因知悉在後者，該1年期間之計算，應自其知悉時起算。是對於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，利害關係人自應於知悉處分後1年內提起行政訴訟。準此，上訴人遲至106年8月25日始追加確認原處分二違法之訴訟，亦已逾期，難認有據等詞，資為其論據。

五、上訴理由略謂：

㈠、原判決所提之105年3月31日、105年4月22日二次拆遷協調會及105年6月4日（上訴人誤繕為6月24日）、105年7月1日二次專案小組會議，均是本於行為時都市更新條例第36條及北市都更代為拆除補充規定，由實施者申請臺北市政府代為拆除的規定，與本案爭議原處分二所依據之建築法無關，不得將此等程序與原處分二是否向上訴人合法送達或以其他方式得以知悉混為一談；且該協調會及專案小組會議也未討論關於原處分二之合法性及效力期限，即使在105年7月1日專案小組會議經被上訴人局長做成結論要求實施者以原處分二為依據繼續與上訴人協調，該會議也對原處分之合法性未置一語。原判決混淆被上訴人召開上開協調會及專案小組會議所依據之法律，並誤認建築法事件與都市更新事件之法律性質，原判決違反論理法則，認定事實與所憑證據內容不符，構成判決不備理由及判決理由矛盾之違法。

㈡、行政訴訟法第6條為現行法對於確認處分違法訴訟之明文規定，且依實務與通說見解，確認處分違法訴訟無起訴不變期間之限制。原判決以行政程序法第98條第3項對於利害關係人提起訴願所適用之1年不變期間，逕自適用於行政訴訟法第6條確認處分違法訴訟，此見解不僅發生法律適用上對行政訴訟類型發生誤認之違法，更因創設法律對人民訴訟權所無之限制而違憲，亦屬判決理由矛盾；依上訴人於原審之主張及原判決理由之論述，上訴人之聲明是否存有訴之利益、是否合乎確認訴訟補充性、本案請求有無理由等等疑問均與被上訴人做成原處分二之程序、依據資料、法定要件是否符合等事項有密切關聯，然而原判決未讓兩造及參加人對此爭執事項進行充分辯論、未要求被上訴人提出相關證據、未說明為何不調查原處分二，更未依行政訴訟法第125條第1項職權調查證據及事實關係，亦構成判決不備理由之違法等語。

六、本院查：

㈠、按行政訴訟法第6條第1項、第3項規定：「（第1項）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。……（第3項）確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴，不在此限。」其第3項乃所謂「確認訴訟之補充性」規定。依其立法理由係鑑於認定行政處分是否違法，已有撤銷訴訟作為權利保護方式，如其得提起撤銷訴訟，卻逕行提起確認訴訟，或原得提起撤銷訴訟而怠於為之，至撤銷訴訟已無法提起時，始提起確認訴訟，不僅混淆行政訴訟權利保護之機制，且將使「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」既無期間之限制，亦不受補充性之限制，恐將有失法律秩序之安定性；另基於訴訟經濟及最大法律保護原則之要求，如得提起課予義務訴訟或一般給付訴訟者，亦不得提起確認訴訟。惟違法之行政處分於當事人或利害關係人未及提起訴願前，即已執行完畢而無回復原狀可能或因其他事由而消滅者，該行政處分已無可供撤銷之效力，當事人只得提起確認該行政處分為違法之訴訟，以資救濟。於此情形，當事人及利害關係人並非以「確認違法訴訟」取代遲誤之「撤銷訴訟」，自無違反上述確認訴訟補充性之要求。

㈡、次按建築法第78條規定：「建築物之拆除應先請領拆除執照。但左列各款之建築物，無第83條規定情形者不在此限：一、第16條規定之建築物及雜項工作物。二、因實施都市○○○○○道路等經主管建築機關通知限期拆除之建築物。三、傾頹或朽壞有危險之虞必須立即拆除之建築物。四、違反本法或基於本法所發布之命令規定，經主管建築機關通知限期拆除或由主管建築機關強制拆除之建築物。」而依108年1月30日修正前都市更新條例第36條第1項規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期30日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市

、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務……」北市都更代為拆除補充規定第5條規定：「實施者請求本府代為拆除或遷移土地改良物時，除依『直轄市、縣（市）政府受理都市更新權利變換實施者申請代為拆除或遷移土地改良物執行應注意事項』第2點規定檢具相關文件外……」行為時（108年2月26日廢止）直轄市縣（市）政府受理都市更新權利變換實施者申請代為拆除或遷移土地改良物執行應注意事項第2點第5款則規定：「直轄市、縣（市）政府受理實施者依本條例第36條規定申請代為拆除或遷移土地改良物時，應請實施者檢具申請書（如附件）及下列文件：……（五）拆除執照。但符合建築法第78條但書規定者，不在此限。」可知，臺北市政府依修正前都市更新條例第36條規定，受理都市更新權利變換實施者代為拆除權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物之申請，除符合建築法第78條但書規定情形而無庸取得拆除執照者外，原則上固以取得拆除執照為前提。

㈢、復按認定事實應憑證據，至法院採為認定事實之證據，必於訟爭事實有相當之證明力者，方符證據法則。若一種事實得生推定證據之效力者，亦必于現行法規有根據，即為現行法規所明認者而後可，斷不能以單純論理為臆測之根據，而就訟爭事實為推定之判斷。又「（第1項）判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。（第2項）有下列各款情形之一者，其判決當然違背法令：……六、判決不備理由或理由矛盾。」行政訴訟法第243條著有規定。依同法第133條規定，行政法院於撤銷訴訟，或於其他訴訟，為維護公益之必要者，應依職權調查證據。且依同法第125條及第189條規定，行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束；為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將得心證之理由，記明於判決。又依同法第209條第3項規定，判決書理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。故行政法院對有利

於當事人之事實或證據，如果有應調查而未予調查之情形，或不予調查或採納，卻未說明其理由，或認定事實未憑證據者，即構成判決不備理由之違法。

㈣、查上訴人於原審即以其非代為拆除申請人，否認其於收受上述會議通知、或參加該等會議時，即知悉原處分二之存在。經原審以參加人於105年3月8日檢附系爭拆除執照向被上訴人申請代為拆除，隨後被上訴人(按乃其所屬都市更新處）即發函通知上訴人於同年3月31日及4月22日召開拆遷協調會，並於同年5月24日、6月15日通知（按乃臺北市政府發文）上訴人參加於105年6月4日（原判決誤載為6月24日）及同年7月1日所召開之專案小組會議等情，據以認定：縱使原處分二作成時，未送達予上訴人，惟其於105年3月10日收受前開拆遷協調會開會通知時，或至遲於同年3月31日、4月22日召開拆遷協調會時，即應知悉參加人已經領得被上訴人核發之原處分二；況上訴人無一邊對於都更核定處分提起撤銷訴訟，卻對於因該處分而核發之系爭拆除執照全無知悉之理。其得循序提起訴願及撤銷訴訟，然遲至105年7月2日執行拆除完畢後，始於106年8月25日追加確認原處分二違法之訴，有違確認訴訟補充性等語，而不採上訴人之主張。惟觀之卷附被上訴人所屬都市更新處及臺北市政府之會議通知均只單純記載開會事由，亦即：召開參加人擔任實施者擬具之系爭都更案權利變換範圍內土地改良物拆除或遷移第1次、第2次協調會；系爭都更案本市都市更新及爭議處理審議會專案小組會議、第2次會議等內容（見原審卷第333-340頁），並未敘及參加人已取得拆除執照即原處分二乙事，卷內且無上述會議曾提及原處分二之相關紀錄可資查考，是原審以被上訴人上述拆除會議之通知及召開通知，認定上訴人於是時即知悉原處分二之存在，容嫌速斷。又上訴人邱柳陰前雖就都更核定處分提起行政爭訟，然其是否因此即當然知悉被上訴人後續已核發原處分二之事實，仍有待調查其他事證加以論明。從而，上訴意旨執此指摘原判決理由與卷內證據未合，係有

判決不備理由之違法等語，即屬可採。至臺北市政府於拆遷協調未果後，嗣以105年7月1日府都新字第10531201400號函（見原審卷第341頁）駁回參加人代拆之申請，並將上訴人列為該函副本收受者，於說明二記載：「……經歷本府召開2次協調會及2次本市都市更新及爭議處理審議會專案小組會議，仍未能達成共識，由於貴公司（即參加人）業依法領得本府都市發展局核發104拆字第0057號拆除執照（即原處分二）……」等語，核上訴人最遲應已得由此敘述知悉原處分二之存在；惟上訴人於原審復就此陳稱其非於臺北市政府發函當日收受該函（見原審卷第451頁言詞辯論狀），則該函於何時送達上訴人，亦涉其知悉原處分二時點之判斷，原審未予究明，同有未依職權調查事實關係之疏漏。

㈤、末按行政程序法第98條第3項規定：「處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後1年內聲明不服時，視為於法定期間內所為。」旨在對於處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人未能依法律規定時限提起救濟，而將相對人或利害關係人於處分書送達後1年內之聲明不服，擬制為法定期限內所為，以避免處分機關之違誤，造成未諳法律之人民，其訴訟權未獲確實保障；乃係以法律針對行政處分之救濟設有期間之限制為前提，所為救濟期間之寬限。而行政處分如在人民提起撤銷訴訟之前已執行完畢而無回復原狀可能者，即無提起撤銷訴訟之實益及必要，此際倘人民具有受確認判決之法律上利益，為貫徹人民依憲法第16條規定享有之訴訟權，得依行政訴訟法第6條第1項後段規定直接獨立提起確認行政處分違法訴訟。因行政訴訟法對此類型之確認行政處分違法訴訟之提起，並未明文規定起訴期間，自無行政程序法第98條第3項所稱「視為於法定期間內所為」之問題，而不得執該規定作為限制人民行使訴訟權之論據。核依上訴人主張知悉之時點105年8月15日，原處分二既已執行完畢而無回復原狀之可能，其無得循訴願、撤銷訴訟方

式救濟，只能提起確認處分違法訴訟，並不涉行政程序法第98條第3項規定之適用。原判決謂：縱依上訴人主張其於105年8月15日知悉原處分，惟依行政程序法第98條第3項規定，上訴人遲至106年8月25日始追加確認原處分二違法之訴訟，係已逾期云云，亦有未洽。上訴意旨主張原判決此見解違法，即屬有據。

㈥、綜上所述，原判決所為之事實認定有如上所述之違誤，致上訴人知悉原處分二之時點究否係在105年3、4月間、抑或係在105年7月1日原處分二執行完畢之後，尚有未明，而影響原判決以上訴人所提此部分訴訟有違確認訴訟補充性，應予駁回之結論。倘係前者，上訴人於知悉時乃得循訴願、撤銷訴訟方式救濟，其所提本件確認處分違法訴訟即有違前述確認訴訟補充性之要件；如為後者，則因無該消極要件，即應就上訴人此部分訴訟為實體審理。從而，上訴人指摘原判決關於原處分二部分違法，求予廢棄，為有理由；因此部分事實有由原審法院再為調查之必要，爰將此部分原判決廢棄，發回原審法院詳為調查審認，更為適法之裁判。另上訴人就原判決駁回其請求撤銷訴願決定及原處分一部分提起上訴，並未依行政訴訟法第242條規定主張原判決於此究違背何項法令條款及其具體情事，是上訴人此部分上訴為不合法，爰以判決併予駁回。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部不合法，依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項、第98條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　5　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　王　碧　芳

法官　蘇　嬿　娟

法官　鍾　啟　煌

法官　林　玫　君

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　108　年　　12　　月　　6　　日

書記官　張　鈺　帛