臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度訴字第

）FKT64W1Z1X5L0;@109年2月12日辯

原　　告　蕭文興

被　　告　彰化縣政府

代　表　人　王惠美

訴訟代理人　李佳樹

　　吳孟芳

上列當事人間違章建築事件，原告不服中華民國108年8月26日內政部台內訴字第1080048180號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要及其證據：

（一）原告於其所有之彰化縣○○鄉○○段○○○○○○○○號土地（下稱社中段651-23地號土地，訴願卷66頁之土地所有權狀參照）搭設鐵網及鐵欄杆（高度約1公尺、面積約8平方公尺），經彰化縣社頭鄉公所（下稱社頭鄉公所）以民國108年1月22日社鄉建字第1080001538號違章建築查報單（下稱第1次查報單，本院108年度訴字第183號卷【下稱本院另案卷】）79頁），向被告查報係屬新建之違章建築。經被告審認原告擅自搭設該圍籬，已違反建築法第25條規定，乃以108年1月25日府建使字第1080030221號違章建築補辦手續通知單（下稱第1次通知單，本院另案卷81-82頁），通知原告於文到1個月內自行拆除該圍籬，或依建築法

申請補辦建造執照，逾期依違章建築處理辦法第5條規定拆除之。原告不服，於108年2月20日提起訴願，經內政部以108年5月21日台內訴字第1080026219號訴願決定駁回，遂提起行政訴訟，並聲明求為判決：撤銷訴願決定及第1次通知單。經本院108年12月12日108年度訴字第183號判決（下稱本院另案判決）駁回其訴（本院另案卷199-209頁之本院另案判決參照）。

（二）原告提起上述訴願後，經內政部108年2月23日台內訴字第1080012477號函（本院另案卷89頁之該函說明一參照），請被告重新審查或提出答辯，經被告調查發現108年1月間該地上即放置一個貨櫃屋，該公所第1次查報單漏未記載，且該圍籬高度亦有誤載之情形（本院言詞辯論筆錄4頁被告訴訟代理人陳述參照），乃以108年3月11日府建使字第1080064192號函（本院卷138頁之社頭鄉公所108年3月13日社鄉建字第1080003937號函說明一參照），請該公所再釐清第1次查報內容（本院卷115頁之準備程序筆錄被告訴訟代理人陳述參照），經該公所再次勘驗結果，發現前次查報圍籬高度1公尺及面積8平方公尺有誤，應更正為1.4公尺及74平方公尺，另現場有一個3公尺高的貨櫃（上述準備程序筆錄被告訴訟代理人陳述參照），乃以上述108年3月13日函檢送108年3月13日社鄉建字第Z000000000號違章建築查報單（下稱第2次查報單，本院卷137頁），「補正」第1次查報單內容，將其上圍籬高度「更正」為1.4公尺，面積「更正」為74平方公尺，並記載一個貨櫃高度3公尺（面積15平方公尺），再添加該違建之位置簡圖（本院卷115、137-138頁之該準備程序筆錄，及言詞辯論筆錄4頁之被告訴訟代理人陳述、上述108年3月13日函及第2

次查報單參照）。嗣經被告依社頭鄉公所第2次查報單內容，以108年3月20日府建使字第1080087784號違章建築補辦手續通知單（下稱第2次通知單，本院卷51-52頁），並為與該公所第2次查報單同一內容之「補正」及「更正」（本院卷言詞辯論筆錄4頁之被告訴訟代理人陳述），且於第2次通知單記載與第1次通知單相同之教示（即通知原告於文到30日內自行拆除該圍籬，或依建築法申請補辦建造執照，逾期依違章建築處理辦法第5條規定拆除之）。

（三）嗣因原告逾期未補辦申請建照執照手續，亦未於期限內自行拆除該違建，被告乃以108年5月17日府建使字第1080162831號裁處書（下稱原處分，本院卷99頁），通知原告該建物為違章建築，應予拆除。原告不服原處分（依訴願卷82、62、39、33頁之原告歷次訴願書狀，及同卷58-60頁之被告訴願答辯狀，與本院卷115頁之準備程序筆錄被告訴訟代理人陳述，原告均僅就原處分不服，且兩造亦係針對原處分為攻擊防禦），提起訴願，亦遭決定駁回（本院卷21-25頁之訴願決定書，惟其誤載兩造就被告第2次通知單亦有不服，並對之為訴外決定，詳參本院卷21-22頁），遂提起本件行政訴訟（本院卷13-17頁）。

二、原告主張略以：

（一）人民依法取得之土地所有權，應受法律保障：

依憲法第143條、土地法第43條及民法第773條規定，上述土地為原告於105年初開始依法陸續購得，並依法繳納土地相關稅賦（含地價稅），有彰化縣田中地政事務所（下稱田中地政所）核發的土地所有權狀，和向稅務機關繳費的收據為證。原告依法於自己土地之範圍內置放少部分建築材料，應受法律之保障。

（二）原處分地點與事實不符：

1、本件地址為員集路2段287號，並不是裁處通知單上所寫的員集路2段285號巷口。被告對原告違章通知地點為員集路2段285巷口，違建位置圖也是員集路2段285巷，而其土地地號為社中段650地號，土地產權為社頭鄉，管理者為社頭鄉公所，有田中地政所出具的土地謄本、地籍圖、現場勘驗復丈圖為證。

2、原告土地位置是社中段651-23地號，社頭鄉都市計畫使用分區為住宅區，而不是違章建築查報單上4米寬的員集路2段285號（社中段650地號土地），社頭鄉都市計畫○○○區○○○○○道、道路用地」，此違建位置圖是被告所虛構。

（三）原處分通知於法不符：

1、按建築法第4條、第8條可知，上述土地上設立簡易塑膠網臨時圍籬，並不是查報單所寫的鐵網，更不是承重牆壁。是軟薄的角鐵，並不是鋼筋水泥樑柱，更是沒有屋頂加蓋，平日也沒有持續供個人或公眾作正常使用。

2、依內政部66年5月18日台內營字第735142號函意旨，原處分記載違建為圍籬高度為1.4公尺，不足該函示所列的1公尺半鐵絲網，故原告並未違反建築法第25條規定。

（四）上述土地上塑料圍籬並未影響居民之出入視線並危及交通安全：

1、按都市計畫法第44條、建築技術規則建築設計施工編第1條第32款及司法院釋字第255號解釋意旨，原告所屬上述土地，依內政部於63年8月3日發佈實施的社頭鄉都市計畫土地使用分區顯示：是住宅區。其位於員集路2段285巷西○住○區○○○○○道的道路系統北面、南面、西面，自

63年8月3日即分別都有規劃8米寬的道路。東面的員集路2段285巷4米寬巷道，為輔助性功能的人行步道。過去十年社頭鄉（自然出生死亡）大幅減少了幾千人，由於上述道路基礎設施規劃，早已能滿足當地居民之需求。107年社頭鄉都市計畫土地使用分區檢討時，也未將原告上述土地使用分區，○住○區○○○○○道路用地。

2、被告於第2次通知單上顯示，原告之塑膠網圍籬高度為1.4公尺，而一般人眼睛視線為1.6公尺以上，況原告之塑膠網圍籬半數高度以上為裸空，而且還自東面的建築線退縮3.8公尺。故不存在被告所說，原告之塑膠網圍籬影響居民出入視線並危及交通安全之事。

3、根據谷歌街景圖顯示，自104年7月以前員集路2段285巷4米寬人行步道即長期遭烤煮玉米攤、冷熱飲攤、麵食攤、便利商店違法占用營利，阻礙影響人車正常通行與安全。被告、社頭鄉公所長期包庇，未見依法取締。相反的，原告的塑料網圍籬搭建在私人之上述土地住宅區內，還往自己土地西北退縮1.3公尺的距離，加上原有的4公尺寬的計畫道路，員集路2段285巷口現在通行實際已達5.3公尺寬，是有利居民和車輛通行。絕不是位於原處分違建位置圖上，占用員集路2段285巷計畫道路，而妨礙居民和車輛的正常通行。這種違法讓少部分人占用公有道路營利影響大眾通行安全，不許鄉民在私有土地設立簡易臨時塑膠圍籬，以保護私有財產，因人而異之執法行為，難以接受等語，並聲明求為判決撤銷訴願決定、原處分及被告第2次通知單（本院卷15頁之起訴狀，及言詞辯論筆錄第2頁原告之陳述參照）。

三、被告略以：

（一）原告主張其合法取得上述土地，並依法繳納土地相關稅賦云云，所陳係土地所有權人應有之權利與義務，與本件涉及建築之爭議係屬二事，原告雖為土地所有權人，惟涉及建造行為仍應依建築法第25條申請許可。

（二）社頭鄉公所第2次查報單所載上述違建位於社中段651-23地號土地，與違建坐落地號一致，並無違誤。次依被告現場勘查照片所示，原告以角鐵固定，於市區緊臨巷口處搭設圍籬○○○鄉○○路○段○○○巷），並於圍籬範圍內堆置石塊數堆與貨櫃屋，已然影響居民之出入視線並危及交通安全，明顯違背上開函釋之規定。

（三）被告原處分係就原告違反建築法第25條擅自建造部分，並以違章建築處理辦法相關規定辦理，依法並無違誤，原告主張其涉嫌刑法第304條規定之強制罪云云，即有誤解等語，並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、本件事實欄所載事實，有上開證據可稽，應堪認定。本件兩造之爭點為：原告對被告第2次通知單提起本件撤銷訴訟，是否合法？又原告訴請撤銷原處分是否有據？茲論述如下：

（一）原告對被告第2次通知單起訴不合法部分：

1、按行政程序法第101條規定：「（第1項）行政處分如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，處分機關得隨時或依申請更正之。（第2項）前項更正，附記於原處分書及其正本，如不能附記者，應製作更正書，以書面通知相對人及已知之利害關係人。」。

2、次按行政程序法第96條第1項第2款所謂「事實、理由及其法令依據」，乃行政機關為處分時，斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，作成決定（即「主旨」之所由依據）。書面行政處分所記

載之「事實、理由及其法令依據」，如其事實與理由之記載稍欠完足者，為處分之機關非不得於事實審行政法院行政訴訟程序中，就作成行政處分時即已存在、且不改變行政處分之性質及不妨礙當事人防禦之前提下，為事實或理由之補充（追補理由），供事實審行政法院調查審酌（最高行政法院104年度判字第50號、第527號、第551號判決意旨參照）。

3、再按行政機關就個別事件對外所為公法上之單方行為，除依訴願法第3條第1項及行政程序法第92條第1項之規定，行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係屬典型之行政處分外，因有無法效性，尚有所謂「觀念通知」、「重複處分」與「第二次裁決」等型態。所謂「觀念通知」，係指行政機關就特定事實之認知為單純事實之敘述或理由說明，或對一定事項之觀念向特定人為通知表達而言，並非對當事人之請求有所准駁，並不具有發生法律效果之意思，當事人之權益不因此而生何法律上之效果，故不屬具有法效性之行政處分，自不得對之提起行政爭訟。又「第二次裁決」是指原行政處分發生形式上之存續力後，行政機關依職權或經當事人異議，就原行政處分於未變更原有行政處分之事實及法律狀態，對於重複提出之請求為重新之實體審查，並予裁決，其結果雖與第一次裁決相同，惟因發生公法上效果，故仍為一項新的行政處分，而得為行政爭訟之客體。而所謂「重複處分」者，乃指行政機關作成處分後，於答覆申請人時，再重申先前所為之確定處分，而未重為實質決定，其性質應僅屬觀念通知，而非行政處分，不得為行政爭訟之客體，為最高行政法院61年裁字

第75號判例、62年裁字第41號判例、94年度裁字第2192號裁定、99年度裁字第2705號裁定及101年度裁字第2568號裁定意旨所明釋。

4、經查：

⑴社頭鄉公所第1次查報單及被告第1次通知單，均記載原告於651-23地號土地上搭設鐵網及鐵欄杆（高度約1公尺、面積約8平方公尺），後者並通知原告於文到1個月內自行拆除該圍籬，或依建築法申請補辦建造執照，逾期依違章建築處理辦法第5條規定拆除之。原告不服，於108年2月20日提起訴願，經內政部以上述108年2月23日函請被告重新審查或提出答辯，經被告調查發現108年1月間該地上即放置一個貨櫃屋，社頭鄉第1次查報單就此漏未記載，且該圍籬高度亦有誤載之情形，乃以前揭108年3月11日函，請該公所再釐清第1次查報內容，經該公所再次勘驗結果，發現前次查報圍籬高度1公尺及面積8平方公尺有誤，應更正為1.4公尺及74平方公尺，另現場有一個3公尺高的貨櫃，乃以上述108年3月13日函檢送第2次查報單，「補正」第1次查報單內容，將其上圍籬高度「更正」為1.4公尺，面積「更正」為74平方公尺，並記載一個貨櫃高度3公尺（面積15平方公尺），且添加該違建之現場位置簡圖。嗣經被告依該第2次查報單內容，以108年3月20日第2次通知單，為與該公所第2次查報單同一內容而對其第1次通知單為「補正」及「更正」（本院卷內言詞辯論筆錄4頁之被告訴訟代理人陳述參照），並於第2次通知單記載與第1次通知單相同之教示等情，已如前述。

⑵、準此可知，被告第2次通知單「補正」及「更正」原告該違建之事實（即該圍籬高度為1.4公尺、面積為74平方公

尺，另該貨櫃高度為3公尺、面積為15平方公尺），在被告第1次通知單作成時即已存在；且該第2次通知單已於108年3月26日送達原告（本院卷53頁之送達證書參照），原告不服該第1次通知單提起行政爭訟，於108年5月21日及108年12月12日訴願決定及本院另案判決駁回前，其對被告第2次通知書內容若有不服，均得在上述各該行政爭訟程序中分別聲明救濟並加以攻擊防禦；又該第1次通知單及第2次通知單均屬同一違章建築之補辦手續通知書，依前揭規定及說明可知，被告第2次通知單對其第1次通知單所為之上述「補正」及「更正」，核屬事實補充及更正（追補及更正事實）之「重複處分」，並未重為實質決定，其性質應僅屬觀念通知，而非行政處分，原告對被告第2次通知單如有不服，應於本院另案及其訴願之行政爭訟程序（即被告第1次通知單之救濟程序）中一併加以救濟，不得另為行政爭訟之客體，惟原告於本院另案繫屬中之108年9月23日再就被告第2次通知單提起本件撤銷訴訟（本院卷13頁之原告起訴狀收文日期章參照），即屬重複起訴。再者，被告第2次通知單並非行政處分，原告對之提起本件撤銷訴訟，依法亦有不合，且上述瑕疵均無法補正，本院原應依行政訴訟法第107條第1項第7款及第10款規定裁定駁回之，惟因原告本件訴訟另一部分為無理由（詳下述），基於訴訟經濟起見，爰一併以判決駁回之。

（二）原處分是否合法部分：

1、本件應適用之法令：

⑴建築法：

①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。」。

②第7條規定：「本法所稱雜項工作物，為營業爐竈、水塔、瞭望臺、招牌廣告、樹立廣告、散裝倉、廣播塔、煙囪、圍牆、．．．．。」。

③第9條第1款規定：「本法所稱建造，係指左列行為：一、新建：為新建造之建築物或將原建築物全部拆除而重行建築者。」。

④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78條及第98條規定者，不在此限。」。

⑤第28條規定：「建築執照分左列4種：一、建造執照：建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照。二、雜項執照：雜項工作物之建築，應請領雜項執照。三、使用執照：建築物建造完成後之使用或變更使用，應請領使用執照。四、拆除執照：建築物之拆除，應請領拆除執照。」。

⑥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。．．．」。

⑵違章建築處理辦法：

①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5日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之。認定尚未構成拆除要件者，通知違建人於收到通知後30日內，依建築法第30條之規定補行申請執照。違建人之申請執照不合規定或逾期未補辦申領執照手續者，直轄市、縣（市）主管建築機關應拆除之。」。

⑶彰化縣建築管理自治條例第39條之1規定：「（第1項）建築物未依本法第25條規定申請許可擅自建造者，限期補辦建築執照；必要時得強制拆除其建築物。（第2項）補辦建築執照之規定，得由本府另定之。（第3項）違章建築之拆除，由本府執行之。違章建築之查報及勒令停工，由各鄉（鎮、市）公所辦理。」。

⑷內政部96年2月26日台內中營字第0960800808號函釋略以：「．．．說明：．．．四、．．．貨櫃屋如認定屬建築法第4條所稱之建築物，且符合建築法第99條第3款、第4款規定者，得依據地方主管建築機關所定建築管理自治條例或規則規定申請許可，惟無上開建築法第99條之適用者，於補行申請執照時，對於特殊結構或設備之建築物，尚得依同法第34條第1項規定，『委託或指定具有該項學識及經驗之專家或機關、團體為之』；至申請執照不合規定者，依違章建築管理辦法第5條末段規定，直轄市、縣（市）主管建築機關應拆除之。」。

2、原處分合法：

⑴按行政處分除非具有無效之事由而無效外，具有存續力，在未經撤銷、廢止或未因其他事由失效前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3項參照）。又行政處分具有構成要件效力，即有效之行政處分，處分機關以外之國家機

關，包括法院，除非是有權撤銷機關，應尊重該行政處分，並以之為行為之基礎，因而有效行政處分（前行政處分）之存在及內容，成為作成他行政處分（後行政處分）之前提要件時，前行政處分作成後，後行政處分應以前行政處分為其構成要件作為決定之基礎，後行政處分成為行政訴訟之訴訟對象時，由於前行政處分並非訴訟對象，後行政處分之受訴行政法院，並不能審查前行政處分之合法性，前行政處分之合法性應由以前行政處分為程序對象或訴訟對象之訴願機關或行政法院審查之（最高行政法院99年度裁字第2152號裁定、98年度判字第31號、第1472號判決意旨參照）。

⑵如前所述，被告第2次通知單係「補正」及「更正」其第1次查報單（即前行政處分）內容，故本身並非行政處分。再者，前行政處分並沒有無效之事由，而具有存續力，且其未經上述訴願決定及本院另案判決撤銷，亦未遭廢止或未因其他事由而失效，依前揭規定及說明，其效力繼續存在。又前行政處分業已成為被告作成本件原處分（即後行政處分）之前提要件（決定基礎），茲原告就本件原處分提起撤銷訴訟，依上述說明，本院即不能審查前行政處分之合法性，前行政處分之合法性應由上述訴願決定及本院另案判決（含上訴程序等）加以審查。

⑶又被告第2次通知單已於108年3月26日送達原告，惟原告逾期未補辦申請建照執照手續，亦未於期限內自行拆除該違建，被告乃以原處分通知略以：「一、台端上列擅自建造之經查違反下列規定，依建築法及違章建築處理辦法認定為違章建築，應予拆除：・・・逾期未補辦申請建照執照手續（違章建築處理辦法第5條）（彰化縣政府108年3

月20日府建使字第1080087784號違章建築補辦手續通知單通告補照在案，108年3月26日送達），亦未於期限內自行拆擅自建造建築物。二、請台端於收到本裁處書30日內自行拆除擅自建造建築物，逾期未拆除，本府將另排定時間執行拆除作業。‧‧‧。」依前揭規定及說明，原處分依法核屬有據。原告主張其為上述土地之所有權人，並依法繳稅，其於該土地上放置建築材料，應受法律保障；又其圍籬未占用公用道路，亦不影響交通安全，被告第2次通知單及原處分記載之違建地點及材料均與事實不符，故其並未違反建築法第25條規定云云，均有誤解，不足採取。

五、結論：原處分依法核無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤；另被告第2次通知單非屬行政處分，原告對之提起本件撤銷訴訟，本應裁定駁回之，惟基於訴訟經濟起見，爰一併以判決駁回之。原告僅對原處分提起訴願，訴願決定誤就被告第2次通知單亦加以審理，併決定駁回之，雖有不當，但其駁回原處分之結論並無二致，亦應維持。又本件事證已臻明確，且兩造其餘攻擊防禦方法，均核與本件判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　26　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法官　王　德　麟

法　官　蔡　紹　良

法　官　詹　日　賢

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；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（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

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.上訴人或其法定代理人具備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。

(續上頁)

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　　109　　年　　2　　月　　26　　日

書記官　詹　靜　宜