臺北高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@107年度訴字第

107年12月13日辯論終結

原　　告　中華貿易開發股份有限公司

代　表　人　李瑞德（董事長）

訴訟代理人　陳意青　律師

被　　告　基隆市政府

代　表　人　林右昌（市長）

訴訟代理人　黃國杰

上列當事人間建築法事件，原告不服內政部中華民國107年2月26日台內訴字第1070013615號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

訴願決定及原處分均撤銷。

被告就原告民國106年10月11日申請就如附件所示土地作成准予核發變更使用執照及併案辦理法定空地分割事件，應依本判決之法律見解作成決定。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

按「（第1項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。……（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……。二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。……」行政訴訟法第111條第1項及第3項第2款分別定有明文。查原告起訴時聲明：「一、原處分及訴願決定均撤銷

。二、被告機關應核發變更使用執照及法定空地分割證明予原告。三、訴訟費用由被告負擔。」嗣經本院闡明，原告經歷次更正及變更訴之聲明，並於言詞辯論期日變更其第2項聲明如下：「二、被告應依原告106年10月11日申請，就如附件所示土地作成准予核發變更使用執照及併案辦理法定空地分割之行政處分。」（本院卷第123頁筆錄），其請求之基礎不變，所為訴之變更合於前揭規定，爰予准許；聲明第2項所稱「附件所示土地」圖說外放本院證物袋，均先予敘明。

二、事實概要：

緣基隆市○○段八堵北小段36、36-2、37-3、63-1、67、96、97、97-1、97-3、97-7、97-8、97-9、97-10、99-1、99-4、99-5、99-6、99-7、99-8、99-9、99-10、99-11、99-12、99-13、99-14、99-15、109、110等28筆土地（現已分割成118筆土地，下稱系爭土地）位於「基隆市（七堵暖暖地區）主要計畫案」範圍，原告以系爭土地為建築基地申請建造建築物，經被告核發（82）基府工建字第0049號建造執照，建築物（基隆市○○區○○路○○○號建築物，下稱系爭建物）興建完成後，經被告核發(82)基使字第0318號使用執照在案。原告為個案辦理系爭計畫變更，於102年6月21日與被告簽訂協議書，被告以103年3月19日基府都計壹字第0000000000B號、103年6月17日基府都計壹字第0000000000B號公告發布實施「變更基隆市（七堵暖暖地區）主要計畫（部分倉儲區為商務專用區、戶外景觀區、保護區及公園用地）案」及「擬定基隆市○○區○○○○段商務專用區、戶外景觀區、保護區及公園用地細部計畫案」（下稱系爭計畫）。因原告於105年4月6日向被告申請將系爭土地恢復為原倉儲區（

已於106年4月10日起30日辦理恢復原分區公開展覽，現尚未完成法定程序。未履約回饋紛爭現於本院審理中，案號：本院106年度訴字第1207號），其後，原告委由周勝傑建築師事務所（下稱周建築師事務所）於105年12月29日申請於系爭土地範圍內指定建築線，被告為此於106年1月4日召開會議，決議略以：「……本案尚未完成恢復原分區都市計畫變更案前，應依協議書內容不得發照建築。」被告並以106年2月2日基府都計壹字第1060200652號函檢送該會議紀錄予原告，請原告依會議決議事項辦理。被告後續核發系爭土地「建築線指示（定）申請書圖」，亦於備考欄填載上開決議。嗣周建築師事務所受託為原告辦理申請系爭土地變更使用執照及併案辦理法定空地分割證明案，經被告以106年9月12日基府都計貳字第1060051783號函（下稱106年9月12日函）復該所依上開會議紀錄決議事項辦理。原告又於106年10月11日向被告申請系爭建物之變更使用執照及併案辦理法定空地分割證明（系爭土地剔除台電使用用地、計畫道路用地後共91筆土地），被告以106年10月30日基府都建參字第1060248241號函（即原處分）請原告依上開被告106年9月12日函示辦理後，再行依規申請。原告不服，提起訴願，經內政部以台內訴字第1070013615號訴願決定駁回，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴主張及聲明：

㈠系爭建物早於82年已取得使用執照，原告申請「設置基地內通路」，似屬「建築物使用類組及變更使用辦法」第8條所定之「其他與原核定使用不合之變更者」，似應申請變更使用執照，然細究該第8條規定，原告所要申請「設置基地內通路」並非該八大項所列之情形，是以，若採法定原則，本

件原告根本不須申請變更使用執照。

㈡縱本件原告應申請變更使用執照，被告所應審酌者乃原告是否有檢附原使用執照及變更用途說明書、相關權利證明是否齊全，建築物用途是否符合分區使用規定等，然被告於原告提出「變更使用執照」申請時，並未實地審酌，而依106年1月4日決議駁回，自屬消極未適用法律，且該決議內容係針對系爭建物變更為商務區之重新取得雜項執照、建造執照、使用執照而言，並非指原告於82年間原已取得之建造執照、使用執照亦受影響，該協議書所稱「不得發照建築」應非得拘束原告。亦即，原告若就系爭土地重新申請建造執照、使用執照，本不應准許，但原告並非重新申請建造執照、使用執照，而係申請變更82年核發之使用執照，且變更用途為「設置基地內通路」，被告以原告違反協議書內容作為手段，否准原告之變更申請，顯然有違行政程序法第7條規定之虞。

㈢系爭土地並無不能私設道路之情形，此為被告訴訟代理人107年7月2日所自陳。是以，被告以不相關之決議內容否准原告之變更使用執照申請顯無理由。

㈣綜上，原處分及訴願決定，僅以被告106年1月4日之決議內容為憑，並未依法審查原告申請變更使用執照有無理由，自屬消極未適用法律，且上開決議內容亦有違反法律規定，擴張法所無之規定，有逾越法定裁量範圍之違法，均應撤銷。

㈤聲明：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應依原告106年10月11日申請，就如附件所示土地作成准予核發變更使用執照及併案辦理法定空地分割之行政處分。

四、被告答辯及聲明：

㈠按建築法第28條之規定，變更使用執照屬建築執照之一種，

故原告於106年10月11日掛件申請變更使用執照，被告以原處分請原告依被告106年9月12日函示依106年1月4日會議決議辦理後，再行依規申請，並無不符。

㈡原告申請變更系爭建物使用執照，所提設置基地內道路之圖說可知，就目前基地內7棟建築物，為符合建築法規，乃申請設置基地內道路，讓土地可臨接建築線而得以分割乙節，有關變更使用執照之申請，應依被告「變更使用執照申請流程及應附証件」檢附相關書圖，始得辦理審核，本件僅檢附地籍套繪圖、現況圖，故無法查核是否符合「建築物使用類組及變更使用辦法」規定，且原告擬變更「設置基地內道路」是否涉及建築法第7條所稱之挖填土石方等工程，因無相關圖說亦無法審認，另僅就原告陳報狀所附之地籍套繪圖查核，其擬分割後之土地部分未鄰接擬變更之基地內道路，故無法單獨申請建築，與「建築基地法定空地分割辦法」第3條規定不符。

㈢聲明：駁回原告之訴。

五、本院之判斷：

㈠查原告於106年10月11日向被告申請系爭建物之變更使用執照及併案辦理法定空地分割證明（系爭土地剔除台電使用用地、計畫道路用地後共91筆土地），經被告作成原處分予以否准，原告不服，所提訴願遭駁回，遂向本院提起本件行政訴訟之事實，有申請書、原處分及訴願決定書可稽（本院卷第57、26、19頁），為可確認之事實。

㈡關於變更使用執照，相關規定如下：

按建築法第28條規定：「建築執照分左列四種：1、建造執照：建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照。2、雜項執照：雜項工作物之建築，應請領雜項執照。3、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。4、拆除執照：建築物之拆除，應請領拆除執照。」第70條規定：「建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申請使用執照。……」第74條規定：「申請變更使用執照，應備具申請書並檢附左列各件：一、建築物之原使用執照或謄本。二、變更用途之說明書。三、變更供公眾使用者，其結構計算書與建築物室內裝修及設備圖說。」第75條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關對於申請變更使用之檢查及發照期限，依第七十條之規定辦理。」次按建築物使用類組及變更使用辦法第3條規定：「建築物變更使用類組時，除應符合都市計畫土地使用分區管制或非都市土地使用管制之容許使用項目規定外，並應依建築物變更使用原則表如附表三辦理。」。

㈡關於辦理法定空地分割證明，相關規定如下：

按建築法第11條規定：「本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。……應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。」次按，建築基地法定空地分割辦法（下稱分割辦法）第1條規定：「本辦法依建築法第十一條第三項規定訂定之」第3條規定：「建築基地之法定空地併同建築物之分割，非於分割後合於左列各款規定者不得為之。一、每一建築基地之法定空地與建築物所占地面應相連接，連接部分寬度不得小於二公尺。二、每一建築基地之建蔽率應合於規定。但本辦法發布前已領建造執照，或已提出申請而於本辦法發布後方領得建造執照者，不在此限。三、每一建築基地均應連接建築線並得單獨申請建築。四、每一建築基地之建築物應

具獨立之出入口。」第4條規定：「建築基地空地面積超過依法應保留之法定空地面積者，其超出部分之分割，應以分割後能單獨建築使用或已與其鄰地成立協議調整地形或合併建築使用者為限。」第5條第1項規定：「申請建築基地法定空地分割，應檢附直轄市、縣市主管建築機關准予分割之證明文件。」又都市計畫法第32條規定：「各使用分區之建蔽率不得超過下列規定。但本細則另有規定者外，不在此限：……二十一、倉庫區：百分之七十。」查系爭建物經核發（82）基使字第0318號使用執照（訴願卷第160頁），其建蔽率載0.518/10，未超過上開都市計畫法規定之建蔽率範圍，應適用上開分割辦法第4條規定辦理。

㈣按上開分割辦法第5條第1項規定，申請建築基地法定空地分割，應檢附直轄市、縣市主管建築機關准予分割之證明文件，故原告欲為法定空地分割，應先向被告申請准予分割證明。又同辦法第3條第3款規定，建築基地之法定空地併同建築物之分割，每一建築基地均應連接建築線並得單獨申請建築，是原告申請分割後之空地應連接建築線。惟系爭土地分割並未連接建築線，原告乃於106年10月11日申請「設置基地內通路」，併案辦理法定空地分割。經被告以原告申請「設置基地內通路」依建築物變更使用類組及變更使用辦法第8條規定，應申請變更使用執照，取得變更使用執照後，始得申請法定空地分割證明，而使用執照為建築執照之一種，故以原處分通知原告依106年9月12日函示辦理後，再依規定申請等語，即否准原告申請。

㈤查被告106年9月12日函，略謂：「請依本府106年2月2日研商會議紀錄決議事項辦理」等語（本院卷第35頁），被告106年2月2日函，略以：「……檢送106年1月4日召開後續處理

事項研商會議紀錄乙份，請依會議決議事項辦理」等語（本院卷第33頁），而該106年1月4日會議決議，略以：「六、臨時動議：㈠為105年12月29日周勝傑建築師申請本案範圍指定建築線乙案，是否得以同意辦理，提請討論。決議：1.本案因未依協議書內容完成履約項目，先予勸退一次，惟日後倘提具切結書再度申請，同意依現行計畫指定建築線，並於備註欄註記本案尚未完成恢復原分區都市計畫變更案前，應依協議書內容不得發照建築。」（被告書證卷第9頁）。揆諸上開決議內容係同意依原告依現行計畫指定建築線，並於備註欄註記本案尚未完成恢復原分區都市計畫變更案前，應依協議書內容不得發照建築，顯然無涉系爭土地前核發之(82)基使字第0318號使用執照之變更。又兩造協議書（被告書證卷第3、4頁）原告應依協議內容開發使用及回饋，原告之回饋時程如下：「應於系爭計畫發布實施日起二年內完成捐贈（含認養）手續，手續完成後方可核發乙方（即原告）土地之雜項執照（含建造執照）」，原告實施進度規定：「應於系爭計畫發布實施之日起2年內取得雜項執照、3年內取得建造執照，6年內取得全部使用執照。……」可見決議內容所稱「應依協議書內容不得發照建築」之執照係指依系爭計畫案發布實施之日起2年內取得之雜項執照、3年內取得之建造執照，6年內取得之全部使用執照，並非指(82)基使字第0318號使用執照。被告以原告申請變更(82)基使字第0318號使用執照屬協議書內容，依106年1月4日決議內容否准申請，即有違誤。

㈥雖被告辯稱：原告應依被告「變更使用執照申請流程及應附証件」（本院卷第92頁）檢附相關書圖，始符合規定，原告僅檢附地籍套繪圖、現況圖，故無法查核是否符合規定，且

原告擬變更「設置基地內道路」是否涉及建築法第7條所稱之挖填土石方等工程，因無相關圖說亦無法審認，另僅就原告陳報狀所附之地籍套繪圖查核，其擬分割後之土地部分未鄰接擬變更之基地內道路，故無法單獨申請建築，與「建築基地法定空地分割辦法」第3條規定不符云云。惟查：

1.按「按行政處分作成後，行政機關得否於行政訴訟中追加、變更或補充行政處分理由及其法律依據，我國目前實務上多係採取『有條件肯定說』之見解，亦即行政法院基於職權調查原則及訴訟（程序）經濟原則，於『未改變行政處分之本質與結果（同一性）』『須屬於裁判基準時已存在之理由』『無礙當事人之攻擊防禦（程序保障權利）』及『須由行政機關自行追補理由』之前提下，得允許行政機關於行政訴訟中追補行政處分之理由及其法律依據，此與行政程序法第114條第1項第2款、第2項所定處分未記明理由之補正行為有別。」最高行政法院107年度判字第278號判決意旨參照。復按行政行為之內容應明確，行政處分以書面為之者，應記載主旨、事實、理由及其法令依據，行政程序法第5條及第96條第1項定有明文。允許行政機關於行政訴訟中追補行政處分之理由，應符合1、未改變行政處分之本質與結果（同一性）。2、須屬於裁判基準時已存在之理由。3、無礙當事人之攻擊防禦（程序保障權利）。4、須由行政機關自行追補理由（最高行政法院105年度判字第512號判決參照）。又「行政處分以書面為之者，固應記載主旨、事實、理由及其法令依據，惟為此等記載之主要目的，乃為使人民得以瞭解行政機關作成行政處分之法規根據、事實認定及裁量之斟酌等因素，以資判斷行政處分是否合法妥當，及對其提起行政救濟可以獲得救濟之機會；故書面行政處分關於事實及其法令依

據等記載是否合法，即應自其記載是否已足使人民瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令判定之，而非須將相關之法令及事實全部加以記載，始屬適法。」亦有最高行政法院96年度判字第594號判決可資參照。

2.觀諸原處分記載，被告係以原告應依106年9月12日函示辦理後，再依規定申請等語，否准原告申請，即否准理由僅106年9月12日函。茲據審判長於言詞辯論期間詢問被告：「請問原處分否准之理由只有106年9月12日函？」被告訴訟代理人答稱：「是。」、審判長又問原告申請時是否有提出如被告附件1所示文件？（提示本院卷第92頁「變更使用執照申請流程及應附証件」），原告訴訟代理人表示：「當初有提出，被告在訴願階段表示相關資料都已經還給原告了。」、審判長再問：「被告是否有實質審查原告提出之文件？」及該「變更使用執照申請流程及應附証件」之理由是否出現在原處分？被告訴訟代理人均答稱：「沒有。」有筆錄可稽（本院卷第125、126頁）。被告訴訟代理人亦於準備程序中表示沒有就原告申請內容審查，有筆錄可稽（本院卷第71、72頁筆錄），本院亦於準備期日詢問被告：「原處分為何未提到原告申請時並未檢附『變更使用執照申請流程及應附証件』？」被告訴訟代理人答稱：「原告106年10月11日申請時檢附都計科不得發照函文，被告認為既然已經有106年1月4日會議決議不得發照，若再命原告補正，最後仍無法核准，反而讓申請人感覺徒勞無功。」等語（本院卷第102頁筆錄），是被告未實質審查原告提出之文件，也沒有通知原告補正「變更使用執照申請流程及應附証件」，堪予認定。查被告追補理由係原告並未依「變更使用執照申請流程及應附証件」規定辦理，此與原處分否准理由，顯不相同，兩者理由

之基礎事實並不相同，被告追補之理由，已改變行政處分之本質與結果（同一性）；再者，本件繫屬後於107年7月2日、107年8月6日行準備程序，被告遲至107年11月6日方提出上述追補理由（本院卷第90頁），經查「變更使用執照申請流程及應附証件」規定辦理變更使用執照分為二階段辦理，各有應檢附證件，原告陳述被告追補上述理由有礙其攻擊防禦，為可採信，是若准許追補應認未能保障原告程序權。依前揭說明，被告於行政訴訟中追補行政處分理由，於法不合，不應准許。

六、綜上所述，被告就原告之申請，請原告依「106年9月12日函示辦理後，再行依規申請」，作成原處分，否准原告申請設置基地內道路及併案辦理法定空地分割，洵有違誤，訴願決定未予糾正，亦有不合。原告起訴意旨執以指摘，並訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許。惟原告求為判決逕命被告依其106年10月11日申請，就如附件所示土地作成准予核發變更使用執照及併案辦理法定空地分割之行政處分部分，按行政訴訟法第200條第4款規定：「行政法院對於人民依行政訴訟法第5條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」茲原告之申請是否符合「變更使用執照申請流程及應附証件」規定，因未經被告調查後為第一次判斷，事證亦未臻明確，本院無從自為判決，爰依行政訴訟法第200條第4款之規定，就請求有理由部分，判命被告應依本判決之法律見解另為適法之處分，並就其請求未達全部有理由之部分，予以駁回。又本件兩造其餘陳述主張核與本件判決結果無影響，爰不逐一論述，併此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依行政訴訟法第200條第4款、第104條、民事訴訟法第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　3　　日

臺北高等行政法院第六庭

審判長法　官　林　惠　瑜

法　官　張　瑜　鳳

法　官　林　妙　黛

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示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（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、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1項但書、第2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.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。
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.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。
是否符合㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　3　　日

書記官　劉　育　伶