# 高雄高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5L0;@107年度訴字第

）FKT64W1Z1X5L0;@民國108年6月18日辯

| | | |
|---|---|---|
| 原　　告 | 天悅大酒店股份有限公司 | |
| 代　表　人 | 沈德村 | |
| 原　　告 | 泛喬股份有限公司 | |
| 代　表　人 | 李必賢 | |
| 共　　同 | | |
| 訴訟代理人 | 林慶雲 | 律師 |
| | 梁志偉 | 律師（言詞辯論終結後解除委任） |
| | 陳尹章 | 律師（言詞辯論終結後委任） |
| | 林石猛 | 律師 |
| 複代理人 | 戴敬哲 | 律師（言詞辯論終結後委任） |
| 被　　告 | 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，原告不服高雄市政府中華民國107年8月14日高市府法訴字第10730629800號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、被告代表人原為蔡長展，於本件審理中變更為丙○○，並據其新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、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。」行政訴訟法第111條第1項定有明文。經查，原告起訴狀所載訴之聲明為：「（一）訴願決定及原處分（被告民國107年5月8日高市工務建字第10732136200號函）均撤銷。（二）被告應撤銷100年2月14日高市工務建字第1000007822號函之勒令停工處分，准許原告等復工。」嗣於108年3月5日本院準備程序變更聲明為「（一）訴願決定及原處分均撤銷。（二）被告應准許原告等復工申請　（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照Ｖ；或撤銷或廢止100年2月14日高市工務建字第1000007822號函之勒令停工處分。」再於108年4月3日本院準備程序變更聲明為：「（一）先位聲明：1.訴願決定及原處分（被告107年5月8日高市工務建字第10732136200號函）均撤銷。2.被告應依原告107年3月26日之申請，依據建築法第25條、第93條規定，作成准許原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照復工之行政處分。（二）備位聲明：1.訴願決定及原處分（被告107年5月8日高市工務建字第10732136200號函）均撤銷。2.被告應撤銷或廢止100年2月14日高市工務建字第1000007822號函之勒令停工處分。」復於108年6月4日提出行政訴準備狀（五）變更聲明為：「（一）先位聲明：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應准許原告等復工申請　（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照Ｖ。（二）備位聲明一：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應撤銷100年2月14日高市工務建字第1000007822號函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號

建造執照之勒令停工處分。（三）備位聲明二：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應廢止100年2月14日高市工務建字第10000078 22號函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照之勒令停工處分。」嗣於本院108年6月18日言詞辯論程序變更聲明為：「：（一）先位聲明：1.訴願決定及原處分（被告107年5月8日高市工務建字第10732136200號函）均撤銷。2.被告應依原告107年3月26日之申請，依據建築法第25條及第93條規定，作成准許原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照復工之行政處分。（二）備位聲明一：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應依原告107年3月26日之申請，依據法理或行政程序法第128條第1項第1款規定作成准予行政程序重開並撤銷100年2月14日高市工務建字第10000078 22號函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照勒令停工部分之行政處分。（三）備位聲明二：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告應依原告107年3月26日之申請，依據法理或行政程序法第128條第1項第1款規定作成准予行政程序重開並廢止100年2月14日高市工務建字第10000078 22號函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照勒令停工部分之行政處分。」被告對於原告所為上開變更並無異議而為本案言詞辯論，揆諸首揭規定，應予准許，合先敘明。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

原告分別為改制前高雄縣政府（下稱縣府）於99年8月27日核准變更設計之（94）高縣建造字第00000-00號及99年9月6

日核准變更設計之（97）高縣建造字第00000-00號建造執照（下稱系爭2建照）之起造人，系爭2建照基地均位在縣府於75年4月間公告核准開發許可之「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」（下稱系爭開發計畫案）範圍內。系爭2建照均係委託林益慶建築師設計，經縣府分別於94年3月30日及97年4月28日核准發照，迄今共分別辦理5次及2次變更設計在案。嗣縣府於99年11月2日至5日辦理建造執照案件抽查時，發現1520-5建照停車空間免計算容積等項目不符規定，爰於同年11月10日通知林益慶建築師，若對不符規定項目有異議，請於7日內申請復核，若無異議，則請依規定辦理變更設計或更正說明。林益慶建築師遂於同年月22日以系爭開發計畫案係於87年1月7日前核准為由，書面說明其將提出容積率為百分之160之設計變更。縣府乃於99年11月29日邀集相關人員開會研商，經討論後核認依據建築技術規則建築設計施工編第60條及第162條規定，實施容積管制地區，停車空間得不計入計算容積率之總樓地板面積，係以停車空間實際設置面積為計算基準，且每輛停車空間（不含機械式停車空間）免計額度，最大不得超過40平方公尺，倘每輛停車空間實際設置面積未達40平方公尺，僅實際設置範圍之面積得不計入容積，故1520-5建照每輛停車空間逕以可換算最大容積40平方公尺計算扣除，係建築師對法令認知錯誤，致設計不當。又縣府於99年11月15日至18日辦理建造執照抽查時，發現537-2建照亦有相同情形，縣府乃於同年12月1日及24日通知林益慶建築師辦理變更設計。另於同年12月2日及12月13日請內政部釋示，經該部於同年12月21日及12月23日函復原許可開發計畫書如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦，以及停車空間實際設置面積未達每輛40平方公尺者，

僅實際設置範圍之面積得不計入容積，被告即於100年1月11日及18日檢附上開內政部函文再次通知林益慶建築師辦理系爭2建照之變更設計，並說明本案容積率為百分之120，惟林益慶建築師及原告仍未辦理變更設計，被告乃依建築法第58條第2款規定，以100年2月14日高市工務建字第1000007822號函（下稱100年2月14日函）勒令停工。原告不服，循序提起行政訴訟，分別經本院100年度訴字第435號及最高行政法院102年度判字第795號判決駁回確定在案。原告於107年3月26日就系爭2建照申請復工，案經被告審酌系爭2建照所涉建物係因可歸責於原告之事由，而予以勒令停工，故停工日數應計入同法第53條所定施工期限，又迄至系爭2建照之建築期限屆滿時，原告未有申報竣工，核認系爭2建照已逾建築期限而失其效力，乃以107年5月8日高市工務建字第10732136200號函（下稱原處分）否准其申請。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、最高行政法院102年度判字第795號判決僅認定系爭2建照確有容積超過法定上限之違法，及被告當時依建築法第58條第2款所為之勒令停工處分，並無不合而已，並未認定系爭2建照因係違法而失效，或因被撤銷而失效，亦未排除被告之勒令停工處分之效力，可能因後來之事實或法律狀況變更而發生變化。而違法建照（行政處分）本應依行政程序法第117條規定撤銷；依建築法第58條所為勒令停工之處分，係本於比例原則考量，所為暫時性之前置手段。如勒令停工之處分未達行政目的，即應依行政程序法第117條規定為撤銷系爭2建照之終極手段解決。

2、行政處分未經撤銷、廢止或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在，建造執照係一種行政處分，主管建築機關核發建造執照後，發現建造執照違法，得於兩年除斥期間內依職權撤銷該建造執照，亦得不撤銷該建造執照而容忍其繼續存在（行政程序法第110條第3項、第117條、第121條第1項參照）。系爭2建照雖有違法情事，而遭被告為勒令停工處分，但迄今已逾兩年撤銷權除斥期間，被告仍未撤銷系爭2建照，則系爭2建照之效力自繼續存在，而且係不得撤銷之永續存在，要無疑義。就實質意義而言，系爭2建照之違法情形，已因兩年撤銷權除斥期間經過之情事變更而治癒。準此，基於「依法已不得為終極手段之事，不得再基於該終極手段而為暫時性之前置手段」之法理，對已不得為撤銷處分（終極手段）之系爭2建照，自不得再為勒令停工處分之暫時性前置手段。故系爭勒令停工處分，因情事變更已失附麗，無法達到行政目的，當無維持理由（行政程序法第128條）。從而，原告請求被告撤銷勒令停工處分准許復工，並無不合。

3、建築法第53條第2項規定所謂「承造人因故未能於建築期限內完工時」，有內政部106年11月3日內授營建管字第10060105308號、72年11月25日台內營字第192336號及71年7月27日台內營字第092646號函釋可資參考，至於如何判斷停工致逾期之原因是否可歸責於起造人，上開內政部函釋雖未敘明，惟依「有義務，始有責任」之歸責法理，自應就具體個案之勒令停工原因及停工後處理過程綜合研判認定，而非可單以勒令停工原因為歸責認定之依據，應不待言。又依建築法第58條規定，主管建築機關對於施工中之建物得予勒令停工處分之事由有7項之多，其性質大別有

二，一為可歸責於承造人或起造人之事由，如危害公共安全者、妨礙公共交通者、妨礙公共衛生者或不按圖施工者（包括因此妨礙都市計畫或妨礙區域計畫）；二為不可歸責於承造人或起造人之事由，例如按圖施工但建造執照有妨礙都市計畫或妨礙區域計畫之違法者。前者之事由，均係承造人或起造人施工時未遵照相關法令或未按圖施工所致，當然歸責於承造人或起造人；後者之事由所以不可歸責於承造人或起造人，係因建造執照係主管建築機關所核發，建造執照如有違法情事，只有主管機關有撤銷或不撤銷之處置權限，承造人或起造人根本無權處理，亦無義務處理，法律自無可能規定其責任應由承造人或起造人承擔之理。另「變更設計」係指核發建造執照後，起造人欲變更建造執照內容，而申請變更設計之謂，其申請程序與申請建造執照程序相同（建築法第39條前段），其性質及結果，與起造人自行撤銷建造執照而申請新的建造執照無異。此為起造人之自主權利，必起造人認為有必要才會申請「變更設計」，法理上，主管建築機關不能違反起造人之意志強制起造人為不利自己之「變更設計」申請。則原告未依被告之要求「變更設計」，並無違反任何法律規定，不能以此為歸責於原告之事由。被告身為主管建築機關，理應於撤銷權法定兩年除斥期間內決定，是否依職權撤銷系爭2建照，始為正辦。乃被告於撤銷權法定兩年除斥期間內未依職權撤銷系爭2建照，將責任歸咎於原告，而謂系爭2建照已逾建築期限而失效云云，明顯誤解法令，應無足採。

4、建築法第53條第2項及第54條第2項，並非建造執照「存續期間」之規定，而係建造執照因特定事由發生（無故未於

建築期限完工或無故未於規定期限內開工）之失效規定。興建建物應申請建造執照，並按建造執照之設計圖說施工，完工後申請使用執照，由主管建築機關派員查驗完竣，其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，發給使用執照（建築法第25條、第39條、第70條）。故建造執照係建築物之興建依據；建物完工後，則為建築物之合法證明及申請使用執照之依據，法令怎麼可能會規定如被告所謂之「建築物完工後，建築執照即失其效力」。建築法僅規定建築工程完竣後，應申請使用執照，否則不准接水、接電及使用（建築法第70條第1項、第73條第1項），並未規定申請使用執照之期限，則建築物完工後，無論間隔多久才申請使用執照均可。又使用執照之核發，除建築物必須主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與建造執照之設計圖樣相符外，有時尚有因為其他法令規定之條件成就始得為之，例如建築法第72條及下水道法是。設若「建築物完工後，建築執照即失其效力」，那要根據什麼來申請及核發使用執照。

5、建築法第58條各款所定得勒令停工之違法事由，係專指施工發生之違法事由，不包括「建造執照本身違反區域計畫等」之違法事由：

（1）建築法係建物興建程序之基本法，其第二章「建築許可」規定在前，接著是第五章「施工管理」，再來就是第六章「使用管理」，脈絡分明。其主要內容為：起造人欲興建建物使用，應委託建築師備妥設計圖說及相關資料，向主管建築機關申請核發建造執照，主管建築機關審查後認為並無違反或妨礙區域計畫或都市計畫等規定，應即核發建造執照。起造人取得建造執照後，應依建

造執照之圖說按圖施工，施工期間主管建築機關得隨時加以勘驗。興建完竣後，起造人應申請使用執照，主管建築機關派員查驗後，認為其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，應發給使用執照。準此，建築法第58條係規定在「施工管理」章，其規定之得勒令停工之違法事由，當然係專指施工時發生之違法事由而言。如欲使建築法第58條得勒令停工之違法事由，含括「建造執照本身違反區域計畫等之違法」，其立法時，應會在第58條規定條文內明確載明，或者在第二章「建築許可」內規定之，始符立法常理。有無妨礙區域計畫或都市計畫，既屬主管建築機關核發建造執照時應加以審查之事項，則理論上，其所核發之建造執照自應不致發生妨礙區域計畫或都市計畫之問題。而起造人如按圖施工，自亦無可能發生妨礙區域計畫或都市計畫情事。必起造人未按圖施工或無照施工，始會發生妨礙區域計畫或都市計畫情事。就行政法之立法例而言，建築法當無可能預先假設主管建築機關會核發違法之建造執照，而刻意預為規定有關違法之建造執照之處理方式之理。甚者，如欲預為規定有關違法之建造執照之處理方式，亦應規定在第二章「建築許可」內。雖然，主管建築機關核發建造執照時，容有可能因審查疏漏，致其所核發之建造執照發生妨礙區域計畫之違法情事。然此種建造執照違法問題之處理，行政程序法第117、121條已有規定（行政程序法未制定施行前，判例闡明之處理方式亦同）。建築法對此未規定，並不影響主管建築機關之處理。

（2）因興建建物必須申請主管建築機關核發建造執照，始得

為之，且必須依建造執照核定之設計圖說按圖施工（建築法第25、39條），故建築法「施工管理」篇，規定施工中主管建築機關得隨時派員勘驗，以確認起造人有無按圖施工及依法施工（建築法第56、58、60、61、62條），其勘驗有無按圖施工之依據，係建造執照之設計圖說；勘驗有無依法施工，則係施工方法有無符合法律規定。準此，施工勘驗之目的，乃旨在勘驗其有無按圖施工及施工方法有無符合法律規定，而非勘驗建造執照有無違法，要無疑義。建築法第58條所定得勒令停工之事由，共有7款，其中第3、4、5款均係施工未依法律規定才會導致之事由；第6款則係未按建造執照圖說施工所導致之事由，亦係未依法律規定施工之一種；至於第1、2款所謂妨礙都市計畫者、妨礙區域計畫者，依「各例示規定，性質相同」之法理，自應解釋為係指施工未依法律規定導致妨礙都市計畫、妨礙區域計畫而言，而非指建造執照妨礙都市計畫、妨礙區域計畫之違法；又第7款係補充概括規定，依「解釋補充概括規定之性質及範圍，應依例示規定之性質而定」之法理，當然亦應解釋為施工未依法律規定所導致之違法事由。此不但益證施工勘驗之目的，乃旨在勘驗其有無按圖施工及施工方法有無符合法律規定，而非勘驗建造執照有無違法，更足證明建築法第58條所定得勒令停工之事由，並不包括建造執照違法（即妨礙區域計畫或妨礙都市計畫）。建築法第58條第1款及第2款所謂妨礙都市計畫或妨礙區域計畫者，係指無建造執照擅自施工，或有建造執照但未按圖施工，致妨礙都市計畫或妨礙區域計畫而言。

（3）就建築法相關條文內容及用語之分析，亦可佐證建築法

第58條第1、2款所規定之事由，乃係專指無建造執照擅自施工，或有建造執照但未按圖施工，致妨礙都市計畫或妨礙區域計畫情形而言，並非指建造執照本身有妨礙都市計畫或妨礙區域計畫情形之違法。按同一法規使用相同用詞，有時偶會有不同之意涵解釋，但如使用不同用詞，縱或近似，必屬不同意涵，此乃立法技術及解釋法令之常識。建築法上之「改正」、「修改」、「變更設計」等用詞，明顯含意各別，且互不包括。主管建築機關審核建造執照之申請時，發現其設計圖說等內容不符法令時，應命其「改正」（第35條），內政部根據建築法第34條委任立法所制定之「建造執照及雜項執照規定項目審查及簽證項目抽查作業要點」第4點及第8點規定，主管建築機關審查建造執照之申請或對建築師簽證項目之抽查，發現有不符法令情事，亦係應命其「改正」；主管建築機關核發建造執照後，於施工勘驗時，發現有不按圖施工之情形者，應命其「修改」（第58、60、61條）；主管建築機關審核查驗使用執照之申請時，發現完成之建物與建造執照之設計圖說不符者，亦係應命其「修改」（第70條）；而起造人施工前或施工中欲變更建造執照之設計內容，則應申請「變更設計」，其申請程序及主管建築機關審核之程序，與申請建造執照之程序完全相同（第39條）。據上可知，建築法上之「改正」是指申請建造執照資料內容之改正，僅於主管建築機關核發建造執照前之審查及抽查程序時，始有其適用；「修改」係指核發建造執照後，施工時有未按圖施工情形者，應將未按圖施工部分修改使之符合建造執照之設計圖說內容，及建物興建完成申請使用執照時，如

有與建造執照之設計圖說不符者，應修改使之符合建造執照之設計圖說內容之謂，均僅於有未按圖施工情形時，始有其適用；「變更設計」則係指核發建造執照後，起造人欲變更建造執照內容，而申請變更設計之謂，此為起造人之自主權利，其性質形同起造人自行撤銷建造執照而申請新的建造執照。建築法第58條規定既曰「修改」，自係專指不按圖施工而命「修改」使之符合建造執照之設計圖說之處理規定甚明。又不按圖施工或無照施工，當然得強制拆除，故其才又規定「必要時，得強制拆除」。設若係依建造執照按圖施工，法律怎可能規定得強制拆除，如係因建造執照違法，主管建築機關也應先撤銷建造執照，使之變成無照建築後始得強制拆除，才符行政程序法第110條第3項之規定。凡此均足證明建築法第58條第1、2款所規定之事由，乃係專指未按圖施工或無照施工所導致的情形，並不包括建造執照本身違法（即妨礙區域計畫或妨礙都市計畫）之情形。

（4）建造執照是否合於法律規定或有無妨礙區域計畫，建築主管機關應於建造執照申請核發階段予以審查，一旦審查合格核發建造執照後，起造人所負責任即為按所核定之圖樣施工。然主管建築機關對於建築物之施工勘驗項目，係在於與基礎、各樓層施工有關各該項目是否合於核定工程圖樣，建造執照之核發是否合於法律規定，有無妨礙區域計畫，並非施工勘驗之項目。法務部就有關地方主管建築機關因建照審查疏失，致誤發不符該區細部計畫土地使用分區管制要點規定之建造執照，得否依行政程序法第117條信賴保護原則規定予以存續保障，或應依建築法第58條規定勒令停工、修改，或於必要時

強制拆除疑義，曾以94年11月21日法律決字第0940043844號函：「請依具體個案情節，參諸有關信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保護之法理基礎，本於職權審認之，在人民之信賴利益值得保護，始進一步就公益與私益影響權衡，究應撤銷而予補償，或維持誤發建造執照之行政處分」。並無可依建築法第58條規定予以勒令停工、修改，或於必要時強制拆除之行政處分方式。益徵建造執照誤發後，在建築物施工中，主管建築機關僅得為是否撤銷建造執照之處分，不得依建築法第58條規定，以建造執照之誤發屬經勘驗發現有妨礙區域計畫之情事，而予以勒令停工之處分。

(5)「行政處分跨程序之拘束力」原則之所謂「於事實及法律狀態不變下」，乃係指核發建造執照後之事實及法律狀態，與核發建造執照當時之事實及法律狀態並未改變之意。亦即核發建造執照後並未發生新的不同事實（例如未按圖施工致生建築法第58條規定之法律效果）致其法律狀態變更之謂。並非謂核發建造執照後，發現建造執照違法，即係事實及法律狀態改變。蓋必先有行政處分，始有行政處分有無違法之評價及判斷問題，故所有之違法行政處分，當然都是於行政處分後始會發現或認定。設若「行政處分後，始發現行政處分違法」，即屬該行政處分後之「事實及法律狀態」已改變，而不得適用「行政處分跨程序之拘束力」原則，則「行政處分跨程序之拘束力」原則豈非形同具文，而永無適用之餘地。且據最高行政法院107年度判字第614號判決等實務見解及司法院長許宗力著作可知，主管建築機關核發建造執照後，如發現建造執照有違法情事，應依行政程序法

第117條、第119條及第121條規定為撤銷與否之決定（本件無廢止問題），亦即主管建築機關如認為其有行政程序法第119條所定之信賴不值得保護情形者，即應於兩年除斥期間內為撤銷該建造執照之處分；反之，即應權衡欲維護之公益與信賴授予利益之大小，分別為存續保障或補償保障之處理。在建造執照未經撤銷之前，依「行政處分跨程序之拘束力」原則，主管建築機關不得於後續程序之施工勘驗及申請使用執照時，為與建造執照效力相悖或更不利於起造人之新處分，如勒令停工、拒絕勘驗、拒絕核發使用執照或撤銷使用執照等是，以達規避撤銷授益處分（建造執照）之要件規定目的。故就「行政處分跨程序拘束力」原則而言，亦足證明建築法第58條各款所定得勒令停工之違法事由，並不包括「建造執照本身違反區域計畫等」之違法事由。

6、100年2月14日函勒令停工處分，係以系爭2建照違法而處於得撤銷之狀態為前提，所為之「有暫時效力之行政處分」，且係「有持續效力之行政處分」，最高行政法院認定勒令停工處分合法，係以勒令處分「作成時」之法律及事實狀況為斷。因被告為勒令停工處分後，迄無後續處理，且於法定撤銷權除斥期間內，未為撤銷系爭2建照之處分，致使系爭2建照之效力繼續存在，且處於不得撤銷之永續存在狀況，其違法情形，已因2年撤銷權除斥期間經過之情事變更而治癒。基於「依法已不得為終極手段之事，不得再基於該終極手段而為暫時性之前置手段」之法理，對已不得為撤銷處分（終極手段）之系爭2建照，自不得再為勒令停工處分之暫時性前置手段。換言之，勒令停工處分，因被告一直未為後續之終局處分（包括撤銷系爭2

建照處分），導致撤銷權除斥期間經過，引發事實變更及因事實變更而造成法律效果變更等情事變更，已失其行政目的，而無所附麗，變成「嗣後違法行政處分」。學者及實務通說關於限制人民權益之持續效力之行政處分，因嗣後事實或法律變更而質變為違法，即「嗣後違法行政處分」，基於憲法保障人民權利之基本原則，行政機關當然有義務予以廢棄。本件勒令停工處分後，其原因已因被告未於撤銷權除斥期間內為撤銷系爭2建照處分而治癒，不再存在，被告應依申請或依職權廢棄勒令停工處分。惟行政機關應如何廢棄該「嗣後違法行政處分」則有「撤銷」、「廢止」兩種不同見解，且行政程序法第128條第1項第1款固有類似「嗣後違法行政處分」之規定，但其僅規定相對人有申請撤銷、廢止或變更處分之權利，而不及於行政機關有撤銷、廢止或變更該處分之義務，且有「但有相對人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限」、「相對人之申請應自法定救濟期間經過後3個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。……。」之限制，未符上述「基於憲法保障人民權利之基本原則，行政機關當然有義務予以廢棄」之旨，為完整預備合併之訴之聲明，爰併主張之。

7、依建築法第25條規定而核發之建築執照，其性質係屬「授益行政處分」，本質上並無執行力，只得作為行政訴訟法第8條第1項一般給付之訴之請求權。但因建築法第93條規定非經「許可」不得復工，而「許可」一般認為係屬同意之行政處分，應無疑義，無許可即擅自復工，人民即會遭被告裁罰。本件爭議的前端問題係因相關建築執照涉有超額容積的違法，但已因撤銷權逾越除斥期間而就地合法，

此為兩造所不爭執。之前因建照有超額容積之違法而勒令停工之行政處分，雖經行政爭訟確定，然現已「就地合法」而不得再行撤銷，基於法之安定性，超額容積違法既已不得撤銷而形同合法，人民自得依違法已因時間經過而治癒之建造執照的授益處分，向被告請求施工，因建築法第93條規定須有許可才可復工，而許可又為行政處分。從而，原告自無從依行政訴訟法第8條第1項之規定提起一般給付之訴（施工或復工為行政事實行為），則原告提起本件課予義務之訴，應屬合法且為有理由。

（二）聲明：

1、先位聲明：

（1）訴願決定及原處分均撤銷。

（2）被告應依原告107年3月26日之申請，依據建築法第25條及第93條規定，作成准許原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照復工之行政處分。

2、備位聲明一：

（1）訴願決定及原處分均撤銷。

（2）被告應依原告107年3月26日之申請，依據法理或行政程序法第128條第1項第1款規定作成准予行政程序重開並撤銷被告100年2月14日函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照勒令停工部分之行政處分。

3、備位聲明二：

（1）訴願決定及原處分均撤銷。

（2）被告應依原告107年3月26日之申請，依據法理或行政程序法第128條第1項第1款規定作成准予行政程序重開並

廢止100年2月14日高市工務建字第10000078 22號函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照勒令停工部分之行政處分。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、系爭2建照勒令停工處分業已確定，自具既判力，任何人均應受其拘束。而原告援引之建築法第93條及第25條，均非於勒令停工處分確定後，授與行政機關或法院，得不受其既判力拘束而為准予復工申請或勒令停工處分與撤照處分係具主從關係之明文，如何依此請求如先位聲明之主張，已非無疑。

2、又原告援引之學者意見，指明暫時效力之行政處分，係指在干涉行政或給付行政內，行政機關可能保留嗣後之審查及終局決定，而於尚未調查事實終結前，即先行作暫時之決定，其所實例亦同，均係行政機關就特定事件為終局認定前之暫時性行為，惟本件勒令停工處分，由其法條明文，或建築法之規範意旨均無以其為撤照處分之前處分之明文或規範意義，反而係與撤照處分均係屬於建築法為達成其第1條所揭示之立法目的所為不同平行規範作為，由行政機關以此例原則及各個案之具體狀況而為選擇，自非原告所指之有暫時效力之行政處分甚明。實則「撤銷執照」及「勒令停工」為兩個不同之行政處分，各自有其各自之要件，主管機關依比例原則為考量而選擇不同行政處分之方式，自不得將比例原則之考量，推論上開2個獨立之處分間有主從關係。且原告亦忽略其主張撤照處分業經除斥期間之訴訟尚未確定，何以除撤照處分外，被告即無其他作為，亦未見原告舉證，更罔論本件前已確定之勒令停工

處分係認定原告違法，而其未改正而致使違法狀態繼續，何以得於撤照處分行政機關不得為之之主張前提下，將勒令停工所表彰原告之違法狀態補正變成合法？若未補正合法，則表示勒令停工處分所表彰原告之違法狀態仍繼續中，在原告未依法補正前，勒令停工處分何以無存續之必要？亦未見原告證明，足徵其主張顯無理由。故而，原告先位聲明實已違應受確定判決既判力拘束之法理。退步言，縱認被告已無法為撤照處分，系爭建物之容積，本應受原開發計劃書圖之限制（包含建築型態、內容及總樓地板面積）業亦經最高行政法院108年第1次庭長法官聯席會議決議所肯認。故於原告未依開發計劃書圖改正前，勒令停工處分，自仍有存在之必要，原告所指應有誤解。至於行政處分跨程序拘束力原則，係就建造執照與使用執照均已核准之前提下繼而討論，而本件原告尚未完工，完全未進入使用執照是否核發之狀態，自無此原則之適用。否則，若依原告主張，依此原則，被告必同意復工，且必核發使用執照，等同被告於其施工期間及施工完成後之審查，均無法依法為之，等同架空被告基於建築法所授權之審查義務，顯非符合建築法之規範原意。

3、就備位聲明（一）部分，原告所指應撤銷之標的為100年2月14日函關於原告（94）高縣建造字第01520號建造執照及（97）高縣建造字第537號建造執照之勒令停工處分，惟此業經判決確定在案。故而依行政訴訟法第107條第9款之明文，其上開主張無論實體上是否有理由，既其訴訟標的顯為確定判決所及，其此部分之主張明顯不適法。

4、原告援引行政程序法第122條為其依據，惟原告未證明得廢止之依據，且同條但書明文：「廢止後仍應為同一內容

處分，不在此限」。而依最高行政法院108年第1次庭長法官聯席會議所示，開發區內之建物，其建築型態、內容及面積均應受開發計劃書圖之拘束。而本件開發區內建物確有違反計劃書圖之情事，原告未改正前，被告本仍得為停工處分，從而依本條但書，原告仍不得主張廢止處分。另原告主張依同法第128條為其依據，單以該條款觀之，原告主張符合該條第1項第1款，惟該條第1項第1款所指之「事實」，原告究係主張為何？若係指被告不得撤照，罹於除斥期間，此是否為本條款指之「事實」，更非無疑。更罔論依原告主張，撤照處分，被告應於99年11月29日邀集會議得出結論自應知情，其2年期限顯至101年底即屆至。惟關於勒令停工處分，最高行政法院係於102年12月判決確定，顯在原告主張被告撤照處分已罹除斥期間之後。原告未於上開救濟程序中主張，原告亦應受第128條第1項但書不得主張之限制，且其申請，依同條第2項，亦早已逾此處分明文之3個月期限。本件係100年2月14日，被告所作勒令停工之處分，而於鈞院100年度訴字435號判決中，原告亦主張撤銷系爭2建照已逾期。故至原告向被告提出本件申請，顯已逾上開規範5年期限，足見原告亦無法依本條作為主張依據甚明。

5、就建築法第58條規定觀之，舉凡建築物於施工中經主管機關勘驗發現有上開各項事由，即得勒令停工。而由法條規範文義及內容觀之，其內第6款即明指施工行為所造成之事實狀態未符建照內應記載之情事，故而適用建築法第58條之前提要件自應涵蓋施工行為造成之事實狀態與建造執照本身違法2種情事。又依建築法第58條第2款、非都市土地使用管制規則第9條第3款規定，建築物於施工中，發現

有妨礙區域計畫情事者，主管機關應以書面通知停工或修改，必要時並得強制拆除。原告於被告核發系爭2建照後施工中，被告勘驗發現原告有前揭違章情事，乃通知應辦理系爭2建照之變更設計，又改制前高雄縣政府為兼顧原告權益復函請內政部釋示，經該部以99年12月21日函釋及99年12月23日函釋以原許可開發計畫書如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦，及停車空間實際設置面積未達每輛40平方公尺者，僅實際設置範圍之面積得不計入容積，即於100年1月11日及同年月18日檢附上開內政部函文，再次通知辦理建造執照之變更設計，並說明本件容積率為百分之120，原告對該處分並無提起行政救濟而告確定，嗣因原告未辦理系爭2建照之變更設計，被告乃以其違反非都市土地使用管制規則第9條規定，致妨礙區域計畫，依建築法第58條第2款勒令停工，並無不合。

6、何以建築法第58條規範係如原告所指之分類，而得將其區分成何者係可歸責於起造人事由；何者屬非可歸責於起造人事由，甚而何以建造執照有妨礙都市計劃或區域計劃之情事，均可歸入非可歸責於起造人範圍，均未見原告提出相關規範以佐其說，其主張已非有理由。況由本件係改制前高雄縣政府抽查發現系爭2建照有「每輛停車空間（不含機械式停車空間）均以面積40平方公尺換算容積之樓地板面積，違反建築技術規則第60條及第162條之規定」之違法，經被告為第一次行政作為即要求原告變更設計（原告就此處分未為爭執而確定），原告不從，被告始依其上開違法情事，係妨礙區域計畫，援引建築法第58條勒令停工。故而，系爭2建照因期限經過而失效，係因系爭2建照將停車空間均以40平方公尺計算而有違法情事，故遭被告

勒令停工而來，此自係可歸責於原告之原因，此由鈞院100年度訴字第435號判決亦足資佐證。從而，系爭2建照係因其停車空間之數量與法不符，違反區域計畫法第15條第1項授權訂立非都市土地使用管制規則第9條規定，致妨礙區域計畫，故遭勒令停工，與其有無變更設計無涉，此明顯係可歸責於原告所致，原告所指，自有誤解甚明。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

（一）先位聲明：原告以系爭2建照因除斥期間經過不得撤銷，100年2月14日函勒令停工處分已失所附麗，爰請求依建築法第25條、第93條規定准許其復工，是否有據？

（二）備位聲明：原告依法理或行政程序法第128條第1項第1款規定，請求重開行政程序並撤銷或廢止被告100年2月14日函關於系爭2建照勒令停工處分，是否有據？

五、本院的判斷：

（一）關於先位聲明部分：

1、應適用的法令：

（1）建築法第25條：「（第1項）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。（第2項）直轄市、縣（市）（局）主管建築機關為處理擅自建造或使用或拆除之建築物，得派員攜帶證明文件，進入公私有土地或建築物內勘查。」

（2）建築法第26條第1項：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關依本法規定核發之執照，僅為對申請建造、使用或拆除之許可。」

（3）建築法第35條：「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。」

（4）建築法第39條前段：「起造人應依照核定工程圖樣及說明書施工；如於興工前或施工中變更設計時，仍應依照本法申請辦理。」

（5）建築法第53條：「（第1項）直轄市、縣（市）主管建築機關，於發給建造執照或雜項執照時，應依照建築期限基準之規定，核定其建築期限。（第2項）前項建築期限，以開工之日起算。承造人因故未能於建築期限內完工時，得申請展期1年，並以1次為限。未依規定申請展期，或已逾展期期限仍未完工者，其建造執照或雜項執照自規定得展期之期限屆滿之日起，失其效力。（第3項）第1項建築期限基準，於建築管理規則中定之。」

（6）建築法第54條：「（第1項）起造人自領得建造執照或雜項執照之日起，應於6個月內開工；並應於開工前，會同承造人及監造人將開工日期，連同姓名或名稱、住址、證書字號及承造人施工計畫書，申請該管主管建築機關備查。（第2項）起造人因故不能於前項期限內開工時，應敘明原因，申請展期1次，期限為3個月。未依規定申請展期，或已逾展期期限仍未開工者，其建造執照或雜項執照自規定得展期之期限屆滿之日起，失其效力。（第3項）第1項施工計畫書應包括之內容，於建築管理規則中定之。」

（7）建築法第58條：「建築物在施工中，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：一、妨礙都市計畫者。二、妨礙區域計畫者。三、危害公共安全者。四、妨礙公共交通者。五、妨礙公共衛生者。六、主要構造或位置或高度或面積與核定工程圖樣及說明書不符者。七、違反本法其他規定或基於本法所發布之命令者。」

（8）建築法第59條：「（第1項）直轄市、縣（市）（局）主管建築機關因都市計畫或區域計畫之變更，對已領有執照尚未開工或正在施工中之建築物，如有妨礙變更後之都市計畫或區域計畫者，得令其停工，另依規定，辦理變更設計。（第2項）起造人因前項規定必須拆除其建築物時，直轄市、縣（市）（局）政府應對該建築物拆除之一部或全部，按照市價補償之。」

（9）建築法第70條第1項：「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。直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應自接到申請之日起，10日內派員查驗完竣。其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，發給使用執照，並得核發謄本；不相符者，一次通知其修改後，再報請查驗。」

（10）建築法第71條第1項：「申請使用執照，應備具申請書，並檢附左列各件：一、原領之建造執照或雜項執照。二、建築物竣工平面圖及立面圖。」

（11）建築法第73條第1項前段：「建築物非經領得使用執照，不准接水、接電及使用。」

（12）建築法第93條：「依本法規定勒令停工之建築物，非經許可不得擅自復工；未經許可擅自復工經制止不從者，除強制拆除其建築物或勒令恢復原狀外，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金。」

2、依前揭建築法第53條規定，主管建築機關核發建造執照時，應依照建築期限基準規定，核定建築期限，建築期限從開工日起算，而開工後，承造人應於建築期限內完工，否則建造執照將失其效力。再依建築法第54條規定，起造人自領得建造執照之日起，應於6個月內開工，起造人因故不能於期限內開工，又未依規定申請展期，或已逾展期期限仍未開工者，其建造執照失其效力。足見，起造人負有於一定期限內開工之義務，承造人負有於建築期限內完工之義務，起造人未於期限內開工或承造人未於建築期限內完工者，建造執照依法當然失其效力，不待主管機關另作成撤銷之行政處分。又起造人及承造人既分別負有遵期開工及遵期完工之義務，如起造人或承造人因可歸責於己之事由，遭主管建築機關勒令停工，致無法於建築期限內完工，因承造人違反其完工義務係起造人或承造人本身事由所造成，此屬起造人或承造人違反公法義務，故停工日數自應計入建築期限，但如主管建築機關勒令停工之事由，係不可歸責於起造人或承造人者，自難認起造人或承造人有公法義務之違反，停工日數如仍計入建築期限，顯然不合理，則停工日數自不得計入建築法第53條規定之施工期限。依此，內政部71年7月27日台內營字第092646號函謂：「查建築工程因糾紛涉訟而停工者，其停工之日數，原則上應計入建築法第53條規定之建築期限，本部（63）台內營字592553號函釋示在案；惟因故經主管建築機關勒令

停工者，並經查明不應歸責於承造人、起造人後，其工程停工日數得不計入建築法第53條規定之施工期限。」等語，同揭斯旨，本院自得予以援用。

3、又依建築法第58條、第59條規定，主管建築機關審查許可發給建造執照後，若於施工中發現有建築法第58條或第59條情事，主管建築機關應（或得）勒令停工，建造執照如遭勒令停工，此時建造執照雖然有效，但起造人仍不得施工，自須待停工事由消失並經主管機關許可後始得復工，且建築期限仍繼續進行。縱使於停工期間，主管機關核發建造執照之處分已逾撤銷權之除斥期間，而不得依行政程序法第117條規定予以撤銷，此僅表示未罹於建築期限之建造執照形式上仍有效存在，如停工事由未消失，起造人仍不得施工，而罹於建築期限之建造執照已失其效力，亦難認定建造執照之停工事由，已因兩年撤銷權除斥期間經過之情事變更而治癒，逕而准予復工。

4、經查，原告為系爭2建照之起造人，系爭2建照基地均位在縣府於75年4月間公告核准開發許可之系爭開發計畫案範圍內。系爭2建照均係委託林益慶建築師設計，經縣府分別於94年3月30日及97年4月28日核准發照，迄今共分別辦理5次及2次變更設計在案。嗣縣府於99年11月2日至5日辦理建造執照案件抽查時，發現1520-5建照停車空間免計算容積等項目不符規定，爰於同年11月10日通知林益慶建築師，若對不符規定項目有異議，請於7日內申請復核，若無異議，則請依規定辦理變更設計或更正說明。林益慶建築師遂於同年月22日以系爭開發計畫案係於87年1月7日前核准為由，書面說明其將提出容積率為百分之160之設計變更。縣府乃於99年11月29日邀集相關人員開會研商，經

討論後核認依據建築技術規則建築設計施工編第60條及第162條規定，實施容積管制地區，停車空間得不計入計算容積率之總樓地板面積，係以停車空間實際設置面積為計算基準，且每輛停車空間（不含機械式停車空間）免計額度，最大不得超過40平方公尺，倘每輛停車空間實際設置面積未達40平方公尺，僅實際設置範圍之面積得不計入容積，故1520-5建照每輛停車空間逕以可換算最大容積40平方公尺計算扣除，係建築師對法令認知錯誤，致設計不當。又縣府於99年11月15日至18日辦理建造執照抽查時，發現537-2建照亦有相同情形，縣府乃於同年12月1日及24日通知林益慶建築師辦理變更設計。另於同年12月2日及12月13日向請內政部釋示，經該部於同年12月21日及12月23日函復原許可開發計畫書如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦，以及停車空間實際設置面積未達每輛40平方公尺者，僅實際設置範圍之面積得不計入容積，被告即於100年1月11日及18日檢附上開內政部函文再次通知林益慶建築師辦理系爭2建照之變更設計，並說明本案容積率為百分之120，惟林益慶建築師及原告仍未辦理變更設計，被告乃依建築法第58條第2款規定，以100年2月14日函勒令停工。原告不服被告100年2月14日函，循序提起行政訴訟，分別經本院100年度訴字第435號及最高行政法院102年12月23日102年度判字第795號判決駁回確定。而兩造於前揭判決確定後，直至原告於107年3月26日就系爭2建照申請復工前，被告不曾撤銷系爭2建照，原告亦不曾依被告100年1月11日及18日函文對系爭2建照申請變更設計，其中系爭1520-5建照於95年3月29日申報開工，經展期預定竣工期限為97年2月15日；系爭537-2建照則於

98年3月2日申報開工，經展期預定竣工期限為104年7月9日，故系爭2建照均已逾建築法第53條所定之竣工期限而未完工等事實，為兩造於本院審理時所是認，並有兩造分別提出本院100年度訴字第435號、最高行政法院102年度判字第795號判決、建築執照資訊查詢─執照明細資料單2份、系爭2建照未完工照片等文件在卷可證（見本院卷第75至79、189至243、575至579、589至595頁），則此等事實自堪信實。依此，被告100年2月14日函係以原告系爭2建照申請之際即已存有妨礙當時既有區域計畫規範情事，且係原告委任之建築師設計不當所致，經被告函請其變更設計未果，被告遂依建築法第58條第2款規定勒令其停工，但並未據此撤銷系爭2建照，揆諸前揭說明，系爭2建照勒令停工既係可歸責於原告之事由所致，停工日數仍應計入建築期限，則於原告107年3月26日申請復工以前，系爭2建照均已逾竣工期限而未完工，依建築法第53條第2項規定，系爭2建照已因期限屆至而失其效力，原告以業經失效之系爭2建照申請復工，實屬無憑。況且系爭2建照停工事由並未消失，起造人仍不得施工，即使系爭2建照已逾撤銷權除斥期間而不得撤銷，此至多表示537-2建號建造執照於撤銷權除斥期間經過後仍存在，無從使系爭2建照之停工事由因此而治癒，乃原告逕主張被告以100年2月14日函對系爭2建照勒令停工後，並未撤銷系爭2建照，則系爭2建照縱有違法原因，因被告知悉後已逾2年均未依行政程序法第121條第1項規定行使撤銷權致已不得再予撤銷，故系爭2建照已發生其永久准予建造效力，被告100年2月14日函即失所附麗而無效，被告應准許原告復工云云，亦屬無據。

5、原告主張建築法第58條各款所定勒令停工事由，係專指施工發生之違法事由，不包括「建造執照本身違反區域計畫等」之違法事由云云，實係爭執被告100年2月14日函勒令停工處分之合法性，惟原告對被告100年2月14日函勒令停工處分不服，循序提起行政訴訟，分別經本院100年度訴字第435號判決及最高行政法院102年度判字第795號判決駁回確定，已如前述，則本院就被告100年2月14日函勒令停工處分，自毋庸再行審酌。

6、再按建築法第25條第1項前段規定係說明建物非經主管機關之許可（發給建造執照），不得擅自建造；建築法第93條規定則說明勒令停工之建物非經主管機關之許可，不得擅自復工，亦即前揭2項規定無非強調建物之初始興建及勒令停工後之復工，非經主管機關以許可審查程序並作成同意處分之方式均不得為之，均非起造人申請建造或申請復工之請求權依據。況且，建造執照之申請程序，建築法已於第29條至第36條等規定予以詳細規範；至於勒令停工之復工申請，則端視其依建築法第58、59條規定勒令停工之事由後，並循依建築法第39條前段變更設計之程序規定，於主管機關同意其修改或變更設計之審查程序後即得復工，是以建築法前揭規定並非申請復工之請求依據，乃原告於系爭2建照遭被告100年2月14日函以其該當建築法第58條第2款規定勒令停工後，未進行變更設計程序使系爭2建照符合區域計畫，卻另依建築法第25條、第93條規定逕請求被告應准其復工，亦屬無據。

7、綜此，原告前揭主張，洵無足取；被告原處分以系爭2建照所涉建物係因可歸責於原告之事由，而予以勒令停工，故停工日數應計入同法第53條所定施工期限，又迄至系爭

2建照之建築期限屆滿時，原告未有申報竣工，核認系爭2建照已逾建築期限而失其效力為由，否准其復工申請，並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不當。乃原告先位聲明對之訴請撤銷，並請求判命被告應依原告107年3月26日之申請，依據建築法第25條、第93條規定，作成准許系爭2建照復工之行政處分等情，為無理由，應予判決駁回。

（二）關於備位聲明部分：

1、應適用的法令：

（1）行政程序法第3條第1項：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」

（2）行政程序法第128條：「（第1項）行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。（第2項）前項申請，應自法定救濟期間經過後3個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾5年者，不得申請。」

2、第按人民之權利或利益，因行政處分而受有損害者，固然可以依法提起行政爭訟。惟人民如不為爭訟，或未及時為爭訟，則必須接受該行政處分。法定之救濟期間，在於確保行政處分之合法性及妥當性得以儘速釐清。因此，法律

救濟期間經過後，基於法律安定之要素，不許人民再主張不服，行政處分即具有存續力（或不可爭訟性）。因此，對於人民已不可爭訟之行政處分，在一定條件下，行政機關不僅有權，甚且有義務重新進行行政程序，而前揭所指之一定條件，即指行政程序法第128條（陳敏著，行政法總論八版，第489至490頁）。又行政程序法第128條所謂「法定救濟期間經過後」，係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，予以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。非經實體判決確定之行政處分，符合上開規定者，自得依上揭規定申請重新進行行政程序；若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，因其得依再審程序謀求救濟，自不得再依上揭規定申請重新進行行政程序。惟如具體個案情形無從依再審程序謀求救濟，因捨申請重新進行行政程序之外別無他途，解釋上，當容許其申請重新進行行政程序，以求周延（參照最高行政法院101年度判字第134號、99年度判字第1016號判決，法務部97年2月4日法律字第0960043161號函，林錫堯著，行政法要義三版，第539頁）。依此，行政程序重開之要件須為：1、處分之相對人及利害關係人均得為申請人；2、受理申請之機關通常為原處分機關；3、需具備第128條之各款事由；4、申請人須於行政程序或救濟程序中非基於重大過失而未主張此等事由；5、自法定救濟期間經過未逾3個月或自法定救濟期間經過未逾5年（吳庚著，行政法之理論與實用增訂13版，第407頁）。

3、查原告備位聲明係主張被告100年2月14日函固曾經原告提起行政爭訟，並經本院及最高行政法院實體判決確定，然因被告於前揭判決確定後，逾2年除斥期間均未撤銷違法

之系爭2建照，依法即不得撤銷該建照而必須容忍其繼續存在，且系爭2建照之違法情事已因2年撤銷權除斥期間經過之情事變更而治癒。故基於「依法已不得為終極手段之事，不得再基於該終極手段而為暫時性之前置手段」之法理，對已不得為撤銷處分（終極手段）之系爭2建照，自不得再為勒令停工處分之暫時性前置手段。故系爭勒令停工處分，因情事變更已失附麗，無法達到行政目的，當無維持理由，故其爰依前揭法理及行政程序法第128條第1項第1款規定，申請重開行政程序，並應作成撤銷或廢止被告100年2月14日函關於系爭2建照勒令停工部分之行政處分云云。惟按，行政處分於法律救濟期間經過後，基於法安定性，原則上不許人民再主張不服，惟為保護相對人或利害關係人之權利及確保行政合法性，僅例外於行政程序法第128條規定，在一定條件下，相對人或利害關係人得向行政機關申請重新進行行政程序，並無依法理得申請程序重開並藉以撤銷、廢止或變更已確定行政處分之情事，則原告欲就被告100年2月14日函申請程序重開並將之撤銷或廢止，自是僅得依據行政程序法第128條規定為之。又查，原告於被告100年2月14日函法定救濟期間內已因不服前揭處分而分別提起訴願及行政訴訟，並先後經本院100年度訴字第435號及最高行政法院102年12月23日102年度判字第795號判決駁回確定乙節，已如前述，且原告於最高行政法院102年度判字第795號判決後，復以前揭確定判決違反行政處分跨程序之拘束力、信賴保護原則、建築法第34條、行政程序法第119條第2款等規定，及系爭建照業已逾2年得行使撤銷權之除斥期間而不得撤銷，依行政程序法第117條即發生存續保障，並使被告100年2月14日函

失所附麗而應予撤銷，但為前揭確定判決所未及審酌等事由，主張前揭確定判決存有行政訴訟法第273條第1項第1款適用法規顯有錯誤而向最高行政法院聲請再審，亦經最高行政法院於103年5月22日以103年度判字第254號判決駁回其再審之訴，有最高行政法院103年度判字第254號判決書一份在卷可參（見本院卷第625至644頁），則揆諸前揭行政程序法第128條規定之說明，原告於經行政法院實體確定判決將被告100年2月14日函予以維持確定後，已就其前揭申請程序重開之事由藉由行政訴訟再審程序尋求救濟，自不得再依行政程序法第128條規定申請重新進行行政程序，況且原告於107年3月26日提出程序重開申請時，被告100年2月14日函自法定救濟期間經過後已逾5年，從而，原告逕依行政程序法第128條第1項第1款規定請求重開程序並作成撤銷或變更被告100年2月14日函關於系爭2建照勒令停工之行政處分云云，亦屬無據。

4、綜上所述，原告前揭主張，亦無可取，被告原處分以被告100年2月14日函業經最高行政法院102年度判字第795號判決確定，且系爭2建照已逾建築期限而失效，因而未准許其程序重開及復工等情，並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不當，原告備位聲明一、二訴請撤銷訴願決定及原處分，並請求被告應依原告107年3月26日之申請，依據法理或行政程序法第128條第1項第1款規定，作成准予程序重開並作成撤銷或廢止被告100年2月14日函關於系爭2建照勒令停工部分之行政處分，為無理由，不應准許。

（三）本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述。至原告於言詞辯論終結後固具狀請求再開辯論予兩造再

行協商、以和解方式終結本件爭執之機會云云，然本件事證已明，且本件宣判後亦無礙於兩造另行協商或和解，故無再開辯論之必要，附此敘明。

六、結論：原告之訴無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段、第104條、民事訴訟法第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　23　　日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官　蘇　秋　津

法官　曾　宏　揚

法官　林　彥　君

以上正本係照原本作成。

一、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）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、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）

三、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 |
| --- | --- |
| （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。<br>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。<br>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。<br>2.稅務行政事件，具備會計師資格者。<br>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。<br>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（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　　108　　年　　7　　月　　23　　日

書記官　謝廉縈