高雄高等行政法院判決

107年度訴更一字第26號

民國108年10月31日辯論終結

原　　告　天悅大酒店股份有限公司

代　表　人　沈德村

原　　告　義大開發股份有限公司

代　表　人　張天吉

訴訟代理人　陳尹章　律師

原　　告　泛喬股份有限公司

代　表　人　李必賢

訴訟代理人　戴敬哲　律師

原　　告　義大皇家酒店股份有限公司

代　表　人　沈德村

共　　同

訴訟代理人　陳守煌　律師

　　蘇吉雄　律師

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

上列當事人間使用執照事件，原告不服高雄市政府中華民國105年6月22日高市府法訴字第10530491100號、第00000000000號、105年6月24日高市府法訴字第10530485400號訴願決定，提起行政訴訟，前經本院105年度訴字第351號判決後，原告不服，提起上訴，經最高行政法院107年度判字第614號判決廢棄，發回本院更為審理，本院判決如下：

主　文

一、訴願決定及原處分（如附表所示）均撤銷。

二、訴訟費用（含更審前訴訟費用）由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

被告代表人原為蔡長展，嗣於本件訴訟審理中變更為吳明昌，並經被告新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

原告所有坐落高雄市○○區○○○段○○○○○○號之建物（下稱系爭建物），原領有合併改制前高雄縣政府核發如附表所示使用執照（下稱系爭使用執照），原係委託第三人林益慶建築師設計及監造，惟因林益慶設計系爭建物階段，即有違反行為時建築技術規則建築設計施工編（下稱建築設計施工編）第60條及第162條等規定，致系爭建物整體實設樓地板面積已逾法定容積上限之情事，被告就原告天悅大酒店股份有限公司（下稱天悅酒店公司）、泛喬股份有限公司（下稱泛喬公司）及第三人鼎固營造股份有限公司（下稱鼎固公司）就99年8月27日核准變更設計之（94）高縣建造字第00000-00號建造執照、97年4月28日核准變更設計之（97）高縣建造字第00000-00號建造執照、97年10月27日核准變更設計之（97）高縣建造字第00000-00號建造執照未竣工部分，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號函勒令停工，並認林益慶有違反建築師法第17條規定之情事，遂以100年10月25日高市工務建字第1000073373號函命林益慶停止執行職務2年。原告天悅酒店公司、泛喬公司及第三人鼎固公司暨林益慶分別針對上開處分提起行

政救濟，經最高行政法院分別以102年度判字第795號及103年度判字第124號等判決駁回確定在案。被告認系爭建物有超額容積之違法事證明確，分別以104年6月30日高市工務建字第10434854600號函、104年7月31日高市工務建字第10435659500號函及104年8月14日高市工務建字第10436380800號函通知原告應於同年9月30日前將系爭建物超額容積部分改善完畢，然均未獲原告具體回復。嗣被告除以104年9月1日高市工務建字第10436915200號函通知原告陳述意見之外，並函知原告應於文到10日內自行協商指定系爭建物超額容積樓地板面積之位置，並敘明屆期未指定者，被告將逕依職權指定，惟原告逾限仍未與被告協商指定，被告遂依職權指定及標繪系爭建物應改善如附表所列超額容積（下稱違法超容積部分）之確實位置，及載明將依法撤銷系爭使用執照關於違法超容積部分，並再給予原告陳述意見之機會，惟原告仍未提出意見陳述。被告乃以附表所示函文撤銷系爭使用執照關於違法超容積部分（下合稱原處分）。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經本院105年度訴字第351號判決駁回，原告提起上訴，經最高行政法院107年度判字第614號判決廢棄原判決，發回本院更為審理。

二、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、按停車空間得不計入容積率之總樓地板面積，如停車空間實際設置面積未達每輛40平方公尺時，究竟以每輛停車空間免計額度最大不得超過40平方公尺計算扣除或僅能以實際設置範圍之面積得不計入容積率之問題，對具有建築專業知識之建築師及具有建築專業知識之被告之建築執照審查人員間仍存有不同見解，經內政部先後以99年12月21日

內授營綜字第0990243327號函及99年12月23日內授營建管字第0990251137號函復稱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。建築師與被告之建築執照審查人員均係具有建築技術規則、建築設計施工、監督、建築法規等專業知識之人員，負有善良管理人之注意義務。原告僅係負有一般人注意義務之建築基地之業主，並非對建築法規與建築技術具有專業知識之專業人員，二者注意義務不同。被告既認定關於附表所示建物是否有超額容積而應撤銷使用執照，均繫於建築設計施工編第60條第6款規定「實施容積管制地區，每輛停車空間（不含機械式停車空間）換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺」之解釋與適用，於認定瑕疵行政處分之類型上，應定性為「純係因法律適用之瑕疵」，顯非原告於選任建築師時未盡一般人注意義務所致之結果，被告認原告應與建築師負同一責任，實不足採。

2、系爭建物皆係依建築執照之設計圖說施作竣工，依發回判決所持法律上見解，即應有「行政處分跨程序拘束力」之適用。故而，系爭建物建造執照既未經撤銷，被告逕以原處分撤銷系爭使用執照，自非適法：

⑴建築物之興建，關於建造執照之核發與使用執照之核發，先後二程序具有關連性，使用執照之核發以起造人按所核准建造執照之設計圖說建築者，於建造執照之處分被撤銷前，依規定主管機關即應發給之，此即符合「行政處分跨程序之拘束力」。易言之，完工之建築工程，其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等如確與建造執照之設計圖

樣相符者，主管機關即應發給使用執照，此為最高行政法院有關核發使用執照法定要件所持之法律見解（參照最高行政法院102年度判字第799號、101年度判字第83號、97年度判字第773號判決）。又系爭使用執照之建物竣工後，申請核發使用執照，均經改制前高雄縣政府依內政部所訂審查項目審查後，認竣工建築物與核准圖說相符，尚無違反建築法第70條第1項規定，而分別核發系爭建物之使用執照，為被告所不爭，復為鈞院更審前105年度訴字第351號判決所確定之事實，則在系爭建物建造執照未被撤銷前，應有「行政處分跨程序拘束力」之適用，此為最高行政法院發回判決，所明確表示之法律見解，足認改制前高雄縣政府依上述法定程序核發系爭使用執照時，並無違法原因，被告豈可於審核相符之要件事實並無變更情形下，再為撤銷原依法核發之系爭使用執照。退步言之，系爭建物建造執照之核發，縱屬於法不合，而有撤銷原因，被告既未依職權撤銷，其效力依然存在，被告核發系爭使用執照之要件事實無所變更，自無從撤銷原依法核發之系爭使用執照。蓋判斷建造執照有無違法，應以核發建造執照當時之事實及法律狀態為依據。「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，與核發使用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，即係核發使用執照當時之事實及法律狀態改變。被告主張其係於建造執照核發後，因義大世界開發案之檢查，始發現如附表所示建物整體容積超

出法定容積率之限制，亦即被告先前作成核發系爭建照之處分時，並未發現系爭開發案範圍內之相關建案其實設容積之樓地板面積已超出法定上限，嗣後知悉系爭建案有實設容積之樓地板面積超出法定上限，因而就已核發使用執照為部分撤銷，則其前後應審酌之基礎事實已有不同，依前揭說明，自不受「行政處分跨程序拘束力」之限制云云，顯係錯誤解讀「行政處分跨程序拘束力」之法律構成要件、法律效果及蓄意規避建築法第70條第1項規定之適用。蓋法院審查核發系爭使用執照合法性之基準時，為原處分發布時之事實及法律狀態，而非被告撤銷系爭使用執照時之事實及法律狀態，兩者不能混為一談。法院審查被告撤銷系爭使用執照之合法性，須以核發系爭使用執照時，是否具有「違法原因」為判斷標準，核與其先決問題之系爭建造執照是否具有「違法原因」無涉，除非其先決問題之系爭建造執照已經被廢止或撤銷而另當別論。被告前曾就他案之建築物，認定違法核發使用執照，逕為撤銷使用執照之行政處分，於行政爭訟程序經最高行政法院88年度判字第2952號判決認定就核發使用執照之建築物，原核發之建築執照，被告迄未予以撤銷，何能逕將使用執照撤銷，其程序是否合法，非無疑問而廢棄原處分及訴願決定，準此，基於行政程序法第6條平等原則，系爭建物建造執照之核發，縱屬於法不合，而有撤銷原因，被告既未依職權撤銷，其效力依然存在，被告核發系爭使用執照之要件事實無所變更，自無從撤銷原依法核發之系爭使用執照，否則即有違反憲法第7條平等原則之疑義。

⑵於建造執照未被撤銷前，對於同一處分機關關於後續處分即使用執照具有拘束力，最高行政法院107年度判字第614

號判決亦指明，系爭建物苟悉按原核准建造執照之設計圖說予以建築，則在該建造執照未被撤銷前，應有「行政處分跨程序拘束力」之適用。又起造人經核發建造執照後，其就建築物主要構造、室內隔間及建築物主要設備工程之施作，均應與建造執照之設計圖樣相符，倘不相符，主管機關亦將通知起造人修改至相符後，始會發給使用執照。故此，起造人之施工實受建造執照之行政處分（包含核准圖說）之拘束，應按圖施工，始合於建築法規。是原告就系爭建物領得被告審查通過准予核發之建造執照後，就與容積率相關之主要構造依法應按建造執照圖說施工，否則於將來興建完成後申領使用執照時，將會遭被告拒絕核發使用執照。系爭建物經建築完成後，原告備妥使用執照申請書、起造人名冊、建造執照正本、門牌編釘證明書正本、廢棄物管制卡、建築工程完竣報告書、設置消防設備者，檢附檢查合格證明文件、設置電信、電力、避雷、共同天線設備者，檢附內政部登記有案之專業技師簽證報告書、設置昇降設備（含汽車昇降機、機械停車）之建築物，檢附經內政部指定代行檢查機構檢查合格之使用許可證明文件、高雄市政府工務局水工處之雨污水分流、專用下水道查驗合格證明文件、防水材料之審核認可證明文件、公寓大廈者，公共基金計算表及存款證明書、新公共建築物設置殘障設施及設備者，檢附經專業團體勘檢報告書、繳費收據（各項罰金、免附件建防空避難室或停車空間之代金）、地盤圖及位置圖、面積計算表、竣工平面圖、立面圖等竣工圖說及竣工照片、原核准建造執照（包括設計變更）之核准圖說副本等文件，向被告提出申請，由被告依原告提出之文件、圖說與建造執照相關文件、圖說核對，

審核是否發給使用執照，並於被告確認原告係依原核准建造執照之設計圖說予以建築後，始發給使用執照。則依最高行政法院說明，系爭建物既按原核准建造執照之設計圖說予以建築，則在該建造執照未被撤銷前，即有「行政處分跨程序拘束力」之適用，而不得於事後撤銷使用執照，否則建築物完工後使用執照之範圍即將與原建造執照之範圍產生牴觸。

⑶最高行政法院108年度判字第376號判決闡釋，前後二程序互有關聯，先前程序所作成之行政處分（尤其是授益處分）未被撤銷前，於事實及法律狀態不變下，對同一處分機關於後續程序作成後續處分具有拘束力，避免兩相矛盾之行政處分同時出現，暨防範原處分機關藉新作處分之便，以達規避撤銷與廢止授益處分之要件規定目的，而為更不利於相對人的決定，此即「行政處分之跨程序拘束力」。依建築法第25條第1項、第70條第1項前段、第71條、第73條第1項前段規定可知，建築物之建照應請領建造執照，建照完成後之使用，應請領使用執照，建造執照之核發與使用執照之核發先後二程序具有關連性，使用執照之核發，以起造人按所核准建造執照之設計圖說建造完成後發給，依此，起造人經申請主管機關審查許可發給建造執照，於建築工程完成後，申請使用執照，基於上述行政處分之跨程序拘束力，主管機關於建造執照之處分被撤銷前，不得以申請建築許可不合法之理由，否准發給使用執照，此為最高行政法院於大法庭制度實施後就行政處分之跨程序拘束力所表示之法律見解。

⑷建築法第28條僅係建築執照種類之規定，又第53條、第54條固屬建造執照失效之規定，但僅有逾越建築期限或開工

期限，方有建造執照失效之問題，故而，被告主張建物經核發使用執照而進入使用管理階段，建造執照即自動失效云云，顯然逾越法律規定，而有悖於法律保留原則。又若核發使用執照後，建造執照即自動失效，則根本完全不會發生跨程序拘束力之可能，被告上開主張自與發回判決所持意見有嚴重牴觸。況且，被告既稱建造執照已自動失效，竟又以建造執照設計圖說之瑕疵，作為撤銷系爭使用執照一部之理由，論理實有矛盾。再者，依被告主張，則原開發許可在進入雜項執照階段亦應自動失效，對於後續之開發建築自不具管制效力（但原告等業主主張原開發許可申請書，依法本即非開發建築之管制依據），被告卻於另案一再主張開發建築應受原開發許可申請書拘束（系爭建物位於經變更許可區域，而不受原開發許可申請書效力爭議之影響），同屬論理矛盾。系爭建物確係依建造執照之設計圖說施作竣工，依發回判決意旨，即有行政處分跨程序拘束力之適用。又系爭建物建造執照並未經撤銷、廢止或其他法定事由而失效，則原處分逕行撤銷系爭使用執照之一部，即有違反行政處分跨程序拘束力，而應予撤銷。

3、被告撤銷系爭使用執照關於違法超額容積部分之處分，已逾2年除斥期間：

⑴改制前高雄縣政府於99年11月2日至11月5日辦理99年5月及8月建造執照案件抽查，發現部分建造執照變更設計案「地下層停車免計入容積部分，尚有疑義」等抽查不符合規定之情形，乃於99年11月29日邀集高雄縣、市建築師公會召開釐清會議後，確認承辦建築師有技術設計錯誤之情事，並於該次會議中「確認」被告所核發建築執照及使用執照共計17件之系爭建物確有超額容積情事。改制前高雄

縣政府就本件超額容積爭議所涉之建築設計施工編第60條第6款及第161條等規定，以99年12月13日府建管字第0990330057號函請內政部釋示，經內政部以99年12月23日內授營建管字第09902511377號函釋示：「……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……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。」改制前高雄縣政府於99年12月24日以府建管字第0990341882號函，通知各起造人實設容積之樓地板面積超出法定上限，請於期限辦理變更設計或變更使用執照。被告於100年2月14日以高市工務建字第1000007822號函就「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」後續建築（高縣建造字第537-2、1170-2、1520-5號），基於「已核發建造執照及使用執照之系爭建物具有超額容積情事」之理由，依建築法第58條第2款規定勒令停工。原告於100年5月12日就「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」後續建築（高縣建造字第827-2號）向被告申請使用執照，經被告審查後，發現該建照亦有上述因設計錯誤致實設容積之樓地板面積超出法定上限之情形，依建築法第58條第2款規定，以100年9月6日高市工務建字第1000060967號函通知原告應辦理變更設計，始得繼續辦理申請使用執照。原告於100年7月15日就「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」後續建築（高縣建造字第1328-1至1340-1號）向被告申請施工勘驗，經被告審查後，發現該建照亦有上述因設計錯誤致實設容積之樓地板面積超出法定上限之情形，依建築法第58條第2款規定，以100年9月6日高市工務建字第1000060968號函通知原告應辦理變更設計，始得繼續辦理申請施工查驗。高雄市建築師懲戒委員會

於100年10月20日依高雄市政府工務局提案移送，決議懲戒承辦建築師停止執行業務，內政部建築師懲戒覆審委員會101年6月29日決議建築師申請懲戒覆審駁回，維持原處分。

⑵基上說明，改制前高雄縣政府於99年11月29日召開邀集高雄縣、市建築師公會召開釐清會議後，確認承辦建築師有技術設計錯誤之情事，並於該次會議中「確認」被告所核發建築執照及使用執照共計17件之系爭建物確有超額容積情事，而於99年12月24日以府建管字第0990341882號函，通知各起造人實設容積之樓地板面積超出法定上限，請於期限辦理變更設計或變更使用執照等情，足認被告於最高行政法院102年度判字第795號及103年度判字第124號判決確定前，已確實知悉系爭建物有所謂超額容積情事，導致建築執照及使用執照具有「違法原因」及「撤銷原因」，依最高行政法院發回判決就系爭使用執照撤銷權2年除斥期間，其知悉時間應如何認定起算日所表明之法律見解，可導出被告於最高行政法院102年度判字第795號及103年度判字第124號判決確定前，已「確實知悉」系爭建物有所謂超額容積之違法撤銷原因，不得主張以前案確定日始起算2年除斥期間之結論，上述所列舉事實之時間點，最早為99年11月29日，最晚為100年6月29日，任何時間點起算除斥期間，均已超過2年。

⑶鈞院於100年度訴字第435號判決已明確認定系爭建物有超額容積樓地板面積之情事，徵諸最高行政法院100年度判字第1764號判決所謂是否確實知曉有撤銷原因，於收受相關他案第一審刑事判決後亦得據以認定除斥期間之起始日之見解，則被告至遲於鈞院102年7月11日100年度訴字第

435號判決書送達之後已確實知曉所謂超額容積之撤銷原因。尤其甚者，被告針對系爭建物是否超額容積樓地板面積之行政爭訟事件，於100年7月15日所作3件訴願決定，均已明確認定系爭建物有超額容積樓地板面積之情事，徵諸最高行政法院101年度判字第473號判決所謂是否確實知曉有撤銷原因於收受本案訴願決定後亦得據以認定除斥期間之起始日之見解，亦足認被告已確實知曉所謂超額容積之撤銷原因，尚可提前至100年7月15日訴願決定書送達之後。從而，被告之撤銷權已逾行政程序法第121條規定之2年除斥期間，自堪認定。

⑷原處分指稱之違法原因事實為原告委託林益慶建築師或許銘陽建築師設計系爭建物，並申請建造執照，建築師違反建築技術規則相關規定，致實設容積樓地板面積逾越法定上限，故系爭建物部分使用執照亦存有相同違法事實。故而，原處分所指之撤銷原因就是系爭建物實設容積樓地板面積逾越法定上限。其次，改制前高雄縣政府99年12月22日府建字第0990340107號函中指出：「本府於99年11月29日邀集高雄市建築師公會、高雄縣建築師公會召開復核會議釐清爭議後，確認其設計當時因對於建築技術規則建築設計施工編第60條及第162條規定認知錯誤，致有設計不當之情事」，而改制前高雄縣政府99年12月24日府建管字第0000000000號函再重申「經本府於99年11月29日邀集高雄縣、市建築師公會召開釐清會議後，確認其有技術設計錯誤之情事」，亦即，改制前高雄縣政府於99年11月29日召開會議，並於該次會議中「確認」系爭建物有容積設計錯誤之情形。又被告以系爭建物有容積設計錯誤為由，以100年2月14日高市工務建字第1000007822號函勒令同一開

發區內已領建造執照而尚未完工之建案停工，被告並清查開發區全部建案後，另以100年10月25日高市工務建字第1000073373號函送對建築師之停止執行業務處分。嗣經覆審程序，內政部建築師懲戒覆審委員會作成101年6月29日（101）建台懲字第102號決議書，其中將容積設計違規之建案予以列舉製表，更分別記載各建案之超額面積，並記載「四、高雄市政府工務局答辯略以……經查本案係縣市合併改制前高雄縣政府即已確認義大世界開發案各建物有『實設面積之樓地板面積已超出法定上限』之情事」，更足認被告至遲於101年6月29日前，即確實知悉系爭建物有超額容積之情事。再者，被告亦明確表示本件撤銷部分使用執照之面積，就是以前揭建築師懲戒覆審決議書之內容為據，且經被告確認原處分係依據建築師懲戒書作成，原處分撤銷使用執照之範圍皆在懲戒書所載範圍內。亦徵被告於前揭建築師懲戒覆審決議書作成時（101年6月29日），即已知悉原處分所指之撤銷事由。從而，依發回判決所持法律上意見，本件除斥期間之起算，應以被告確實知悉原處分所稱之違規事實為準，而被告至遲於101年6月29日即確實知悉，故被告於104年10月間所為之撤銷處分（即原處分），自已逾越除斥期間，而屬違法處分。

⑸被告既肯認對於本件與前案確定判決之違法原因事實係屬同一，則就同一建築之主管機關即被告，對於同一違法原因事實所導致「撤銷原因」之知悉時間，前後差距竟長達2年多之時間，顯悖於論理法則及經驗法則。尤其甚者，被告係系爭建物之建築主管機關，對於使用執照之核發適法與否，有適用及解釋法律之權限，其是否知悉系爭建物前所核發之系爭使用執照有違法超額容積情事，而有應予

撤銷之原因，在於其是否已確實知悉該違規事實，如確已知悉該違規事實，即應正確適用及解釋法律。而原處分所引前案確定判決，為關於被告於另案所為之行政處分，被處分之當事人提起行政救濟之問題，要與被告是否知悉關於其前所為之行政處分（即系爭使用執照違法超額容積部分）是否違法、有無撤銷原因之事實等情，尚屬無涉。

⑹行政程序法第121條所定之除斥期間，並非須俟法院於確定判決中認定有撤銷原因後，始謂主管機關已實際知曉。被告雖辯稱其至另案行政訴訟判決確定時始確實知悉原核發使用執照之處分有撤銷原因，然提起行政訴訟程序乃原告依法救濟之權利，與被告究否確實知曉行政處分是否應予撤銷無涉，否則被告豈非自承其作成原處分時，主觀上猶無法確認原核發使用執照究竟有無應予撤銷之原因。況本件係源起於因位於同一開發計畫範圍內之建築物有超額容積之違法情事，被告因同一違法情事，前已分別於100年2月14日函為勒令停工處分及以100年10月25日函為命林益慶停止執行職務2年之懲戒處分，而迭經原告（天悅酒店公司、泛喬公司）、林益慶等分別提起行政救濟在案。則徵諸被告就系爭建物為同一建築事務之主管機關，對於同一違法原因事實，既已分別為勒令停工處分及懲戒承辦建築師停止執業2年處分，則就該同一違法原因事實之本件，自應仍以其就該違法原因事實實際知悉之時點（即99年11月29日）予以起算，始無悖於論理法則及經驗法則。

4、行政處分除具有行政程序法第111條各款情形之一而當然無效外，具有存續力，於未經撤銷、廢止或因其他事由而失效前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3項參照），應受其他國家機關之尊重，除非該行政處分成為訴訟

審理的對象，否則對法院亦有拘束效果，倘若涉及先前由該行政處分所確認或據以形成之事實，即應予以承認及接受，以之為判決之既定構成要件。且該等行政處分尚未經撤銷、廢止或因其他事由而失效，則隨行政處分之存續力而產生構成要件效力，對法院亦有拘束效果。所稱其他事由失其效力者，當然包括法律上規定有效期間之情形。例如建築法第53條第2項及第54條第1項第2項等規定有關建造執照或雜項執照失其效力之情形。內政部61年6月22日台內營字第466654號令謂「建造執照係建築物申請建造之許可文件，於建築物完成，申領使用執照後即不生效力，自應併使用執照申請案件存檔」等語，係創設建築法所無失效事由，違反法律保留原則，顯無可採。

（二）聲明：訴願決定及原處分（如附表所示）均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、原審判決已指明本件源起於因位於同一開發計畫範圍內之建築物有超額容積之違法情事，先經被告勒令停工、各該當事人爰循序提起訴願及行政訴訟，後經最高行政法院以102年度判字第795號判決駁回而確定。另林益慶建築師違反建築師法第17條、建築法第34條第1項及行為時建築設計施工編第60條及第162條等相關規定，致系爭建物有超額容積之情事，經被告處以林建築師停止執業2年處分之行政救濟，亦經最高行政法院以103年度判字第124號判決中關於附表所示建物是否有超額容積，略以：「……（四）建築設計施工編第60條第1項第4款或第6款（82年3月1日修正發布為同條項第4款，99年5月19日修正發布為同條項第6款）及第162條第1項第2款規定：『停車空間及其應

留設供汽車進出用之車道，規定如下：……實施容積管制地區，每輛停車空間（不含機械式停車空間）換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺。』『前條總樓地板面積依本編第1條……及下列規定計算之：……二……或依法設置之防空避難設備、裝卸、停車空間、……得不計入總樓地板面積。……。』又依建築技術規則第161條規定，容積率係指基地內建築物總樓地板面積與基地面積之比。而容積率規範之目的，在於限制一定基地面積，得興建之基地內建築物總樓地板面積，則在計算容積率時，依建築技術規則第162條規定作為計算總樓地板面積減項之停車空間面積，由於建築技術規則第60條對於實施容積管制地區每輛停車空間換算容積之樓地板面積，有『最大』不得超過40平方公尺之限制，是得減除之停車空間面積未達40平方公尺者，解釋上應以實際設置之停車空間面積為計算基準，即屬當然之理。……。（六）綜上所述，原判決認事用法並無違誤，並就兩造間有關（1）義大世界案17件建造執照有無容積率之限制？（2）義大世界案建造執照之停車空間，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，是否違反建築設計施工編第60條及第162條之規定？若有違反上開規定，原告有無故意或過失？（3）停車空間換算容積之樓地板面積，係屬建築師簽證項目或主管建築機關應審查之規定項目？（4）建築師法第17條前段有關建築師受委託設計應遵守之規定，係以建築師簽證項目為限？抑或包括建築師簽證項目及主管建築機關應審查之規定項目？（5）系爭停業處分是否應考量停車空間換算容積之樓地板面積，係屬建築師簽證項目或主管機關應審查之規定項目

，而為不同之決定？上開停業處分，是否適法等爭點，明確論述其事實認定之依據及得心證之理由，對原告在原審之主張如何不足採之論證取捨等事項，亦均有詳為論斷，其所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與解釋、判例亦無牴觸，並無所謂判決不適用法規或適用不當等違背法令之情形。……。」確定在案。故被告以林益慶建築師停止執行業務2年之懲戒案，經訴願及訴訟，迄至最高行政法院以上開判決駁回其上訴始告確定，足見客觀上附表所示之各建物確有超容積之違法事實，原告亦未爭執上開客觀事實，故而附表所示之建物確均有超額容積之違法事實甚明。

2、由建築法本身之規範可知，分別規範「建造執照」與「使用執照」，係欲達成表彰建築物得依本法規範合法使用之唯一目的，自無從將「建造執照」與「使用執照」區分成2個不同程序，內政部87年10月9日台內營字第8772997號函、87年7月2日台內營字第8772186號函亦足徵如此。又建築執照依建築法第28條、第54條第1項、第2項及第53條第2項規定有其存續期間，期滿不論係起造人已竣工或未完工，建築執照即失其效力。由內政部61年6月22日台內營字第466654號函：「建造執照係建築物申請建造之許可文件，於建築物完成，申領使用執照後即不生效力，自應併使用執照申請案件存檔。」87年6月19日台內營字第8772121號函亦指明「按建築物之承造人因故未能依主管建築機關核定建築期限內完工時，得申請展期，但以2次為限，每次不得超過6個月，逾期執照作廢。」系爭建物建造執照在竣工期限內申報竣工，並領得使用執照，其建造程序即已終結，建築許可程序已進入使用階段，此階段發現

建物有兩造不爭之超額容積之情事，故被告即撤銷使用執照之超容積部分，於法自無不合，否則因逾期建造執照期限而成為違建之建物所在多有，一般即由處理違建之各工務主管機關，依相關規定就此等違建加以處理，從未尚須先撤銷原建造執照之作法，此即因建造執照已因逾效期而失其效力之故。

3、行政處分跨程序拘束力適用之大前提，為有信賴保護原則之適用，然本件違法建照之核發係可歸責於義大開發業者，對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成，無信賴保護之情形，自無行政處分跨程序拘束力之適用。尤以論者在論述行政處分跨程序拘束力時，雖舉「倘官署先前同意甲的建築許可申請，由於行政處分跨程序拘束力的緣故，官署即不能以建築許可申請不合法為理由，而作成命甲停工之新處分」，然稽其意旨，似認如原建築許可申請不合法應循撤廢途徑處理，不應在法未有明文情形下，創設另一停工之新程序而作成停工之處分，此應係行政處分跨程序拘束力之核心意涵，惟尚非謂倘法律於撤廢規定外尚設有停工之特別規定時，行政機關仍不得依法為停工之處分。建築法第58條即係此一停工之特別規定，如主管建築機關於建築物施工中發現有同條第2款違反區域計畫法之情事，自得依該條命停工、修改（包含變更設計之修改）等行政處分，此時如以行政處分跨程序拘束力否定建築法第58條之適用，不啻以一行政法學理尚未完全肯認之不成文效力，排斥立法者之明文立法，自不合依法裁判原理之「窮盡判斷原則」（司法者對於立法者所明文規定之各項構成要件及法律效果，均須毫無遺漏地全部加以評價並予適用，以檢驗具體行

為事實是否合於各該規定之構成要件，以決定其法律效果或判斷其行為之適法性，不得有所遺漏或忽略），實則建築法第58條規定中，對於原行政處分違法而本得依行政程序法第117條撤銷者，明定主管建築機關得命停工、修改之規範意旨，無非係本於比例原則之考量，亦即倘得停工、修改（包含變更設計之修改）即得到回復合法狀態之行政目的，自無須採取對人民損害最大之撤銷原行政處分之手段，此時主管建築機關依法命停工、修改，洵屬適法有據，自不容持行政處分跨程序拘束力以否定建築法第58條之適用。再退步言，行政處分跨程序之拘束力，須於事實及法律狀態不變之前提下始有適用，然本件原告雖依被告所核發之建造執照進行施工，惟依前述，原告於施工中經被告勘驗發現系爭開發案整體容積（包括系爭建物建造執照）超出法定容積率之限制，而有違反非都市土地使用管制規則第9條規定情形，進而清查發現有如附表所示各建造執照亦有相同違法情事。亦即被告先前作成核發建照處分時，並未發現系爭開發案範圍內之相關建案其實設容積之樓地板面積已超出法定上限，嗣後原告於興建施工中，被告已知悉系爭建案有實設容積之樓地板面積超出法定上限之情形，其前後應審酌之基礎事實已有不同，自不受「行政處分跨程序拘束力」之限制。且鈞院101年度訴字第266號、100年度判字第435號判決及最高行政法院102年度判字第795號判決均再再指明本件並無此原則之適用，從而本件自無行政處分跨程序拘束力原則適用甚明。

4、改制前高雄縣政府99年12月22日府建字第0990340107號及99年12月24日府建管字第0990341882號等函意旨，純係縣府當時依規定抽查發現由林建築師等人設計屬同一開發計

畫含系爭建物在內之其他建築物建照執照，多有不符行為時建築技術規則第60條及第162條等規定，且屬建築師簽證之範疇，尚非行政審查部分，復因有涉及建築法令之解釋權限，縣府乃以前揭2件函文除報請內政部處理，及副知林建築師及起造人等人之外，並通知林建築師及起造人等人限期依法理變更設計，核屬通知限期改善之事實或理由說明，自難謂被告於斯時即知悉系爭使用執照關於違法超容積部分確屬違法行政處分，而應予撤銷之原因，足資證明被告無論於99年11月29日或101年6月29日均僅知悉系爭建物有超額容積之違法「事實」。而系爭使用執照關於違法超容積部分之情事，雖經改制前高雄縣政府於99年11月間抽查發現，遞經被告全面清查發現共計17件建築執照有類似違法情事後，爰作成勒令停工、不同意開工、不予勘驗、不予核發使用執照及不同意變更使用等相關處分，遞經訴願及行政訴訟，經最高行政法院102年度判字第795號及103年度判字第124號判決確定後，始確認建築師於設計系爭建物之階段，即有違反行為時建築設計施工編第60條、第162條及建築師法第17條等規定之行為，致系爭建物存有超額容積之違法事實，而得以確信系爭使用執照因適用法規錯誤致超容積係屬違法行政處分，具有應撤銷之原因。且系爭使用執照既屬違法授益行政處分，而其違法事由非僅單純涉及違法事實之認定，核有違反行為時建築設計施工編第60條及第162條規定「適用法規之瑕疵」之情事，故依最高行政法院102年度2月份第2次聯席會決議意旨，不應僅以被告「知悉」該違法原因之「事實」為除斥期間之起算時點，而應自有權撤銷之機關「確實知曉」原作成之授益行政處分有「適用法規瑕疵」之撤銷原因時

，起算2年之除斥期間，始符法理。而被告係因系爭建物涉及超額容積之行政訴訟判決確定日，始確實知曉系爭使照確實存有違法超額容積之「適用法規瑕疵」，構成違法行政處分之撤銷原因，自應以前揭行政法院判決確定日為除斥期間之起算時點。繼而本件被告所為處分自無逾越2年除斥期間之情事甚明。

5、系爭建物均已於原告所指99年11月29日或101年6月29日之前就已投入營運，而原處分就系爭使用執照關於違法超容積部分，既予以撤銷，則系爭建物內之違法超容積部分即屬違章建築，後續各目的事業主管機關可據以進行拆除、禁止使用或斷水、斷電等作為且原告位於整個義大世界範圍內，一旦有上述情事發生所影響者，絕非原告單一，而係造成整體義大世界營運之衝擊，不僅恐造成原告難以回復之損害，更殃及所有位於義大世界內之經營者，被告即不可不審慎認定，另由卷內存有資料即原告等前以被告就包括附表所示建物之「大高雄迪斯奈華城開發計畫案（今義大世界開發案）」就建物有無實設容積之樓地板面積已超出法定上限之爭議，陳情監察院，監察院曾以：「大高雄迪斯奈華城開發計畫於民國75年依『山坡地開發建築管理辦法』向主管機關申請開發許可而獲核准，各該土地並因此而登記其使用地類別編定為『丙種建築用地』當時之法令並無容積限制之規定，則該開發案之各項建物依內政部87年10月9日台內營字第8772997號函意旨，並無容積率之適用或限制之問題，自亦無『實設容積之樓地板面積已超出法定上限』之情事可言，合併前之高雄縣政府及合併後之高雄市政府，以該開發案各建物『實設容積之樓地板面積以超出法定上限』為由，要求已領得建照執照及使用

執照之業主變更設計及變更使用執照，並進而對部分建案勒令停工，適用法規明顯有違失，且嚴重違反人民之信賴保護原則」對高雄市政府提出糾正、再糾正案。由此觀之，關於系爭建物是否超額容積爭議，原告等陳情後，監察院即持不同看法而提出糾正及再糾正案。被告謂因關於系爭建物是否有超額容積至判決確定，原告所有系爭建物有超額容積違法之爭議，始獲確實釐清，並確知原處分有違法撤銷原因，自非無稽。故依行政程序法第121條規範意旨判斷，被告實非能為而不為，而有怠於行使撤銷權之情形。被告行使本件撤銷權，自無逾越2年除斥期間。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

（一）系爭建物之建造執照及使用執照有無存有如附表所示超額容積之違法瑕疵而具有行政程序法第117條之得撤銷原因？

（二）被告以如附表所示處分依行政程序法第117條規定撤銷系爭使用執照，是否逾行政程序法第121條第1項規定所指之2年除斥期間？

（三）本件有無「行政處分跨程序效力」之適用？

五、本院的判斷：

（一）前提事實：如爭訟概要欄所示之事實，業據兩造所是認，並有最高行政法院102年度判字第795號、103年度判字第124號判決，被告104年6月30日高市工務建字第10434854600號、104年7月31日高市工務建字第10435659500號、104年8月14日高市工務建字第10436380800號函、104年9月1日高市工務建字第10436915200號函及如附表所示函文、訴願決定書等附卷可稽，堪予認定。

（二）按「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第119條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」「第117條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起2年內為之。」為行政程序法第117條、第121條第1項所明定。此即行政處分之職權撤銷，並以該處分係屬自始違法為前提，所謂違法，係指行政處分違反外部法規（含因違反行政規則而構成違反平等原則之情形）。而行政處分是否自始違法而得依職權撤銷，原則上依行政處分作成時之事實與法律狀態判斷之。若係無效之行政處分，則屬確認無效之問題，無效之行政處分不得為職權撤銷。至於已生效之行政處分，不論是已確定或尚未確定，原則上均得為職權撤銷之對象（但經行政法院實體判決者，則另受有既判力拘束之問題）。又依前揭規定觀察，行政機關之職權撤銷為其裁量權限，基於依法行政原則、平等原則及比例原則之要求，違法之行政處分原則上「得」依職權撤銷或為全部或一部之撤銷；但基於信賴保護原則、利益衡量原則或法律安定原則之要求，又應限制行政機關之職權撤銷，其中行政程序法第121條第1項所規定之除斥期間，即係基於法安定性之需求而限制行政機關撤銷權之行使。而本件最高行政法院發回意旨並指明：「行政程序法第121條所謂『知有撤銷原因』，係指有權撤銷之機關確實知曉原作成之授益行政處分有撤銷原因時，起算2年之除斥期間。」等語（參本院卷第27頁），亦即行政機關於確實知悉原處分有「得

撤銷之違法原因」時，即起算撤銷權之除斥期間，至於該行政機關是否知悉限制撤銷之其他事由，例如信賴是否值得保護？有無信賴利益？信賴利益是否大於撤銷所欲維護之公益？乃至法律有無特別規定限制撤銷事由，固有待行政機關進一步調查認定，則此即係法律規定除斥期間而給予行政機關調查處理上開事項之期間，是以該除斥期間之起算不以行政機關知悉得依法撤銷之全部事實為必要。又倘機關管轄權變更，承受業務之機關對於前機關之知悉應一併承受（參學者林錫堯著，行政法要義修訂四版，第361至362頁）。

（三）系爭建物之建造執照及使用執照是否均存有超額容積之違法瑕疵而具有行政程序法第117條之得撤銷原因部分？

1、應適用的法令：

（1）建築法第28條：「建築執照分左列四種：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。……。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。……。」

（2）建築法第34條第1項：「直轄市……主管建築機關審查或鑑定建築物工程圖樣及說明書，應就規定項目為之，其餘項目由建築師或建築師及專業工業技師依本法規定簽證負責。……。」

（3）建築法第97條：「有關建築規劃、設計、施工、構造、設備之建築技術規則，由中央主管建築機關定之……。」

（4）建築法第97條之2：「違反本法或基於本法所發布命令規定之建築物，其處理辦法，由內政部定之。」

（5）建築師法第17條：「建築師受委託設計之圖樣、說明書

及其他書件，應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定……。」

（6）建築技術規則總則編第1條：「本規則依建築法（以下簡稱本法）第97條規定訂之。」

（7）建築技術規則總則編第3條第1項：「建築物之設計、施工、構造及設備，依本規則各編規定。……」

（8）建築設計施工編第1條：「本編建築技術用語，其他各編得適用，其定義如下：……三、建築面積：建築物外牆中心線或其代替柱中心線以內之最大水平投影面積。……。五、樓地板面積：建築物各層樓地板或其一部分，在該區劃中心線以內之水平投影面積。但不包括第3款不計入建築面積之部分。……。七、總樓地板面積：建築物各層包括地下層、屋頂突出物及夾層等樓地板面積之總和。……。」

（9）行為時建築設計施工編第60條第1項第4款（註：82年3月1日修正發布為同條項第4款規定，99年5月19日修正發布為同條項第6款規定，102年1月17日修正發布為同條項第7款規定迄今）：「停車空間及其應留設供汽車進出之車道，規定如左：……四、實施容積管制地區，每輛停車空間（不含機械式停車空間）換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺。」

（10）建築設計施工編第161條：「（第1項）本規則所稱容積率，指基地內建築物之容積總樓地板面積與基地面積之比。基地面積之計算包括法定騎樓面積。（第2項）前項所稱容積總樓地板面積，指建築物除依本編第55條、第162條、第181條、第300條及其他法令規定，不計入

樓地板面積部分外，其餘各層樓地板面積之總和。」

（11）行為時建築設計施工編第162條第1項第2款：「前條容積總樓地板面積依本編第1條第5款、第7款及下列規定計算之：……二、……或依法設置之防空避難設備、裝卸、停車空間、機電設備、安全梯之梯間、緊急昇降機之機道、特別安全梯與緊急昇降機之排煙室……得不計入總樓地板面積。……。」

2、查系爭建物係緣於「大高雄迪斯奈華城」開發計畫，該開發計畫係於75年3月6日經內政部審議通過核准之山坡地建築開發許可案，並經改制前高雄縣政府依當時山坡地開發建築管理辦法第12條規定，於75年4月14日公告核准開發許可。而上開開發計畫依當時法令規定，丙種建築用地僅有建蔽率40%規定（內政部於75年3月12日修正實施區域計畫地區建築管理辦法第4條第3款規定，將丙種建築用地原建蔽率30%修正為40%），並無容積率之規定，建築物高度受面臨道路寬度之影響；嗣後非都市土地使用管制規則經內政部以77年6月29日（77）台內地字第608840號令修正發布第10條規定，明定丙種建築用地建蔽率40%、容積率160%；其後又以87年1月7日（87）台內地字第8776145號令修正發布同規則第9條規定，將丙種建築用地修正為建蔽率40%、容積率120%。爾後起造人自87年起開始申請建造執照（含變更設計），經被告依申請建造執照行為時之法令規定建蔽率40%、容積率120%，審查核發系爭建物之建造執照確定等情，有大高雄迪斯奈華城開發計畫書第133頁、系爭建物建造執照申請案之設計圖說及建造執照存根等附本院101年度訴字第330號卷、100年度訴字第435號卷足憑，業經本院依職權調取上開卷核閱屬實，應堪認定

。次觀本件核准開發許可當時，丙種建築用地雖僅有建蔽率40%之規定，而無容積率之規範明文，惟依當時建築設計施工編第14條規定，建築物高度不得超過基地面前道路寬度之1.5倍加6公尺，可見當時法令對於建築物總樓地板面積，係以建蔽率及建築物高度之規定為容積總量之管制，以達到促進土地及天然資源之保育利用，人口及產業活動之合理分布，健全經濟發展，改善生活環境，增進公共福利之行政目的。是以，本件核准開發許可當時，丙種建築用地雖無容積率之明文規範，惟仍有建蔽率及建築物高度之限制，而系爭建物，或面臨12公尺寬道路，或面臨8公尺寬道路，且依開發許可當時法令對於建築物高度之規定，如面臨12公尺寬道路，建築物高度須受24公尺之限制，如面臨8公尺寬道路，建築物高度須受18公尺之限制規定，然依原告於本院101年度訴字第330號行準備程序時所陳：「（問：本案17件建照申請案高度是否皆以21.6公尺來設計？）是的。」「（問：若建築物的高度都是以21.6公尺來設計，這樣的高度是否有違反75年核准開發許可案件當時建築所規範建築高度之規定？）被告並未指責原告有違反高度規定，只是指責容積計算部分停車空間換算。」「（問：此會涉及本案審照時所應適用的建築法令，是以建照申請案提出申請時作為審照的標準，還是以75年開發當時的法令作為審照標準，若本案依原告所主張適用75年開發當時之法令，可能有違反建築物高度的問題，原告有何意見？原告是否堅持本案建照應依75年當時之法令作為審查標準？）相關法令之適用是否割裂或適用最有利當事人，應由主管機關依職權適用法令。」等語，足徵原告對於本件非都市土地山坡地申請開發建築程序所應整體適

用之法令，不無僅擇其有利部分單獨割裂適用之情形，亦與建築相關法令所定容積總量管制之目的有違，並不足採。是以，綜衡非都市土地山坡地申請開發建築程序之特性，及有關建築容積管制之立法目的，如原許可開發計畫書已載明容積率者，申請人基於正當合理之信賴，於其申請建築執照時，固得按原核准開發計畫內容所記載之容積率辦理；惟若當時未有容積率之規範，而未載明容積率者，依整體法規範意旨觀之，自應依申請建築執照行為時之相關法令規定容積率辦理，以兼顧法律適用之整體性及公益與私益間之衡平。且觀原告申請系爭建物建造執照時，亦係以申請建造執照行為時之法定容積率120%設計辦理，亦有系爭建物建造執造申請案設計圖說附本院101年度訴字第330號卷可參，從而，本件開發許可所核准開發計畫內容既未載明容積率，系爭建物應適用之法規，自應依建造執照申請行為時非都市土地使用管制規則第9條丙種建築用地容積率為120%之規定辦理，則系爭建物應有法定容積率120%之限制，洵堪認定。

3、又揆諸行為時建築設計施工編第60條第1項第4款及第162條第1項第2款規定可知，建築技術規則對於「停車空間」之概念，雖無闡釋定義之條文，惟依前揭條文通常文義之解釋作用，應可確定其概念範疇及涵攝範圍，係指與設置停車位及車道進出有直接關聯性之停車空間而言，在客觀上並無法令規定不明確之情事。復參酌內政部營建署101年8月20日營署建管字第1010052356號函稱：「……按建築技術規則建築設計施工編第60條第6款規定『實施容積管制地區，每輛停車空間（不含機械式停車空間）換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺。』查本部82

年3月1日發布修正該條文於第4款增列上開規定之修正說明載明『停車空間所佔之面積應包括車道等公共面積，取其平均值約為40平方公尺，作為換算依據。』」等語（附於本院101年度訴字第330號卷1第240頁），足見每輛停車空間（不含機械式停車空間）換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺之規定，係內政部基於主管建築機關建築管理之實務經驗而訂頒之換算依據。況衡酌建築物容積管制目的，係為控管土地使用強度及人口密度，以維護土地合理使用及居民生活品質，而依前揭建築設計施工編第162條第1項第2款已明文揭櫫須依法設置之停車空間，始得不計入總樓地板面積，則依文義解釋、體系解釋及目的解釋，建築設計施工編第60條第1項所謂之每輛停車空間，當係指實際設置之停車空間而言，蓋非如此，豈非縱容建築物容積遭違法不當挪用，自非法之所許。復徵諸法規範意旨若非以實際設置之停車空間，始得作為換算容積之樓地板面積之計算基準，其立法技術上僅需逕為規定每輛停車空間換算容積之樓地板面積為40平方公尺即可，又何需訂頒每輛停車空間換算容積之樓地板面積，最大不得超過40平方公尺之限制規定？是綜合上述，顯見前揭法文所稱之停車空間，係以實際設置之停車空間面積為計算基準，而非不論其實際設置面積為何，皆得以概數換算方式計算其免計容積之樓地板面積，要無疑義。經查，系爭建物之建造執照既應受容積率120%之限制，而原告亦自陳系爭建物之建築設計圖說所設計之實際停車空間面積，確實與面積計算表上容積率檢討停車空間換算面積不符，面積計算表容積率檢討部分，係以每輛停車空間40平方公尺換算免計容積樓地板面積，對被告提出依建造執照概要表

及圖說之實際設置停車空間面積無爭執，復有系爭建物建造執照申請案之設計圖說等及建造執照存根附於本院101年度訴字第330號卷足佐，則原告就系爭建物之停車空間，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之建築設計，當已違反建築設計施工編第60條及第162條之規定。今系爭建物於申請建造執照階段，原告所委任之建築師於各樓層、各項空間規劃設計圖說面積已有前揭規定之違反，因改制前高雄縣政府依建築法第34條規定僅就規定項目審查，至其餘項目（即各樓層、各項空間規劃設計圖說）則由建築師或建築師及專業工業技師依建築法規定簽證負責，以致未能查悉建築師前揭設計圖說有該等違法瑕疵而核發如附表所示建造執照，則附表所示建造執照於核發之始，自當已存有前揭規定之違法情事。又查，原告取得如附表所示建造執照後，隨後復以系爭建物建造完成（或部分完成，如附表原告天悅酒店公司所申請之使用執照）並經改制前高雄縣政府依建築法第70條第1項規定執行驗收，經核與原核發建造執照內容相符後，續核發如附表所示使用執照之事實，亦為兩造於本院準備程序所不爭（本院卷第548頁），並有被告陳報狀在卷可佐（本院卷第509頁），依此，如附表所示之建造執照及使用執照均存有同樣之違法瑕疵而具有行政程序法第117條之得撤銷原因，即堪認定。乃原告仍主張系爭建物所屬開發計畫於核准開發許可時並無容積管制，且每輛停車空間均以面積40平方公尺換算容積之樓地板面積，並無違反建築設計施工編第60條及第162條之規定云云，洵屬無據，要無足取。

4、雖原告另主張建築師與被告之建築執照審查人員始具有建

築技術規則、建築設計施工、監督、建築法規等專業知識之人員，負有善良管理人之注意義務，而原告並非對建築法規與建築技術具有專業知識，應僅負一般注意義務，則被告不得令原告擔負與建築師相同之行為責任云云。然查，系爭建物之建造執照與使用執照是否得由被告職權撤銷，需以該處分係屬自始違法為前提，所謂違法，係指行政處分違反外部法規（含因違反行政規則而構成違反平等原則之情形），並以行政處分作成時之事實與法律狀態據以研判乙節，已如前述，此與原告應否就該處分之作成擔負主觀之故意過失責任，並無干係。至於原告委託建築師為其規劃設計申請之系爭建物建造執照將每輛停車空間（不含機械式停車空間）一律以40平方公尺換算容積之樓地板面積，不計入計算容積率之總樓地板面積，而非以停車空間實際設置面積為計算基準之事，是否可歸責於原告或為原告之注意義務所及，則屬原告有無行政程序法第119條規定所指信賴不值得保護事項之討論範疇，此亦與系爭建物之建造執照是否存有得撤銷之違法原因，實無相關。乃原告執此主張系爭建物之建造執照及使用執照縱有違法事由，亦與原告無涉，不應歸責原告云云，經核與本項爭點無關，併此敘明。

（四）被告以如附表所示處分撤銷系爭使用執照，是否逾行政程序法第121條第1項2年除斥期間？

1、經查，改制前高雄縣政府係於99年11月2日至同年月5日辦理建造執照案件抽查時，發現林益慶建築師所設計如附表編號15之建造執照及（97）高縣建造字第00000-00號建造執照每輛停車空間一律以40平方公尺換算容積之樓地板面積，其實設容積率超過法定容積率120%之限制，而有違

反非都市土地使用管制規則第9條、建築設計施工編第60條及第162條規定之情形，經該府通知林建築師辦理變更設計而不為，復經陸續清查後續發現已興建完成之建物如附表編號2、3、14至18之建造執照及使用執照，以及施工中建物如（94）高縣建造字第00000-00號（尚未取得使用執照部分）、（97）高縣建造字第00000-00號、（97）高縣建造字第1170-02號建造執照，均有實設容積之樓地板面積已超出法定上限之情事，改制前高雄縣政府乃以99年12月24日府建管字第0000000000號函通知起造人（即原告）、承造人、林益慶及許銘陽建築師要求渠等就前揭施工中之建物於文到15日內辦理變更設計及就已興建完成並領得使用執照之建物於文到30日內辦理變更使用執照，但原告及其委任之建築師均拒不辦理。後縣市合併後，被告隨即於100年2月14日以高市工務建字第10000007822號函復原告天悅酒店公司、泛喬公司、第三人鼎固公司關於施工中建物即（94）高縣建造字第00000-00號、（97）高縣建造字第00000-00號、（97）高縣建造字第00000-00號之3項建造執照未竣工部分，依建築法第58條第2款規定勒令渠等停工；繼之對前揭所查覺有超額容積之建物（含施工中及已興建完成並領得使用執照者），復併同被告陸續清查發現亦有超額容積違規情事如附表編號1、4至13之建造執照及使用執照、（97）高縣建造字第01196-1號、（96）高縣建造字第00000-00號、（97）高縣建造字第00000-00至00000-00號（共13件）、（96）高縣建造字第00000-00號建造執照共35件違規案件【其中附表編號2與編號14為同一建造執照及使用執照；另附表編號15之使用執照與施工中之（94）高縣建造字第00000-00號建造執照亦為同一

案件，因（94）高縣建造字第00000-00號建造執照超額容積樓地板面積達20438.58平方公尺，被告考量撤銷使用執照以對起造人損害最小方式執行，調整其超額容積樓地板面積集中於未領有使用執照部分（20104.45平方公尺），其餘334.13平方公尺方列入附表編號15之使用執照內】，以林益慶、許銘陽建築師有違反建築師法第17條規定情事，將彼二人移送其所設置之高雄市建築師懲戒委員會（依建築師法第47條規定，建築師懲戒委員會為主管機關內部之合議組織）處理，經該會決議對林益慶處以停止執行業務2年、對許銘陽處以停止執行業務2個月後，由被告以100年10月25日高市工務建字第1000073373號函復彼二位建築師而作成懲戒處分。因原告天悅酒店公司、泛喬公司、鼎固公司及林益慶、許銘陽等人對上開勒令停工處分、懲戒處分不服，經行政救濟程序後，業經最高行政法院分別以102年度判字第795號、103年度判字第124號判決駁回而告確定等事實，為兩造於本院準備程序所是認，並有改制前高雄縣政府99年12月22日府建管字第0990340107號函、99年12月24日府建管字第0990341882號函、被告100年2月14日高市工務建字第1000007822號函、100年10月25日高市工務建字第1000073373號函、內政部建築師懲戒覆審委員會（101）建台懲字第102號決議書、被告108年8月23日陳報狀等文件在卷可稽（見本院105年度訴字第351號卷1第225至233、353至354、361至402頁；本院卷第507至509頁），並經本院依職權調取本院100年度訴字第435號、101年度訴字第330號卷全卷核閱屬實，則此等事實自堪信實。

2、是依前揭查證事實之說明，被告就附表編號15所示之建造

執照（即（94）高縣建造字第00000-00號）於100年2月14日時即已確知其有超額容積之妨礙區域計畫情事，並決意依建築法第58條第2項規定作成勒令停工處分而發生對外之法律效果，而基於同一建造執照所生之附表編號15使用執照，其超額容積樓地板面積又係與未完工之建物併同計算，則被告就附表編號15之建造執照及使用執照確實知悉其有超額容積之違法原因，即應與被告就同一建造執照所執行之外部處分（即勒令停工處分）併同觀察，亦即至遲於100年2月14日時，被告已確實知悉附表編號15之建造執照及使用執照均有超額容積之違法原因；至於附表編號1至14、16至18之建造執照及使用執照，被告於100年10月25日時亦已確知其有超額容積致生建築師就其所製作之設計圖說違反建築技術規則情事，並決意依建築師法第17條、第46條第4款規定對林益慶、許銘陽作成命令停業之懲戒處分而發生對外之法律效果，則被告就附表編號1至14、16至18之建造執照及使用執照確實知悉其有超額容積之違法原因，即應與被告就相同建造執照及使用執照所執行之外部處分（即懲戒處分）併同觀察，亦即至遲於100年10月25日時，被告已確實知悉附表編號1至14、16至18之建造執照及使用執照均有超額容積之違法原因。今行政程序法第121條第1項規定既已明示原處分機關對違法行政處分撤銷權之行使為2年之除斥期間，則被告就附表所示具有違法原因之建造執照及使用執照得依職權撤銷者，理應於其確實知悉違法原因之2年內，即102年2月13日或102年10月24日前為之，然被告卻遲至104年10月16日始作成如附表所示之原處分，並據以撤銷具有違法原因之系爭使用執照，則被告就系爭使用執照撤銷權之行使，顯已逾行政

程序法第121條第1項之除斥期間而不得行使。

3、雖被告主張系爭使用執照關於違法超容積情事固經改制前高雄縣政府於99年11月間抽查發現，復經被告全面清查發現共有上開建築執照有類似違法情事後，爰作成勒令停工、不同意開工、不予勘驗、不予核發使用執照及不同意變更使用等相關處分，迭經訴願及行政訴訟，被告尚且遭監察院糾正被告勒令停工處分違法，直至經最高行政法院102年度判字第795號及103年度判字第124號判決確定後，被告始能確認建築師於設計系爭建物之階段，確有違反行為時建築設計施工編第60條、第162條及建築師法第17條等規定之行為，致系爭建物存有超額容積之違法事實，而得以確信系爭使用執照因適用法規錯誤致超容積係屬違法行政處分，具有應撤銷之原因，故被告知悉系爭使用執照違法原因始點，應自最高行政法院前揭判決確定時起算云云。惟查，被告於本院準備程序自陳：「（問：被告在100年2月14日的函勒令停工以後，直至104年10月16日函撤銷使照，期間長達4年之久的原因為何？）……被告自100年2月14日下勒令停工之處分後，原告也不斷的提出各式各樣的行政訴訟，再加上本件涉及開發區範圍的限制，我們需等待最高行政法院判決的結果。……我們認為勒令停工的損害比較小，撤銷使照的損害比較大，所以，先作勒令停工的處分。」等語（見本院卷第542頁），然觀諸改制前高雄縣政府99年12月22日及同年月24日函文內容，其中原告天悅酒店公司所屬（94）高縣建造字第01520-5號建造執照為地下6層地上7層建物，建物分一至三期，一期已完工並領得使用執照（即附表編號15），另二期近乎完工，三期自底版向上施工至一樓底版（見本院105年度訴字

第351號卷1第227頁），則被告以100年2月14日函對該建物勒令停工時，該建物之二、三期部分既已近完工或已施作一半以上，又遭被告認定占有較多超額容積之建物等情，已如前述，反之，此際如以同樣違法原因撤銷該一期建物之建造執照及使用執照，實難認該二、三期建物所受停工荒蕪之損害會小於該一期建物必須拆除少許超額容積樓地板面積之損害。更何況，原告就施工中建物遭受勒令停工或就興建完成之建物遭受撤銷使用執照之損害多寡，實與被告是否能確實知悉該等建物之建築執照存有違法得撤銷之原因，並無任何關係，此應係被告於知悉建築執照有得撤銷之違法原因後，於2年除斥期間內斟酌原告之信賴利益保護、公益衡量需求、或考量撤銷手段如何符合比例原則時所需調查處理之事項。故被告尚不得於上開勒令停工及懲戒處分事件經最高行政法院判決確定後，方謂其已確實知悉附表所示建築執照有得撤銷之違法原因，且由此益證被告於作成勒令停工及懲戒處分時，實已知悉附表所示建築執照有違法事由。則被告以前詞卸免，亦無足取。

（五）末查，「關於建築物之興建，建造執照之核發與使用執照之核發，先後二程序具有關連性，使用執照之核發以起造人按所核准建造執照之設計圖說建築後核發。則於先前程序所作成之行政處分（尤其是授益處分）未被撤銷前，於事實及法律狀態不變下，對同一處分機關於後續程序作成後續處分具有拘束力，以禁止原處分機關藉新作處分之便，達規避撤銷與廢止授益處分之要件限制，而為更不利於相對人之決定，此即所謂『行政處分跨程序之拘束力』。……本件系爭使用執照部分是否確悉按該建造執照之設計圖說予以建築？苟悉按原核准建造執照之設計圖說予以建

築，則在該建造執照未被撤銷前，應有『行政處分跨程序拘束力』之適用。」等語，固為本件最高行政法院發回判決理由所闡述（本院卷第43至44頁）。惟查，系爭建物如附表所示之建造執照及使用執照均存有同樣之違法瑕疵而具有行政程序法第117條之得撤銷原因，且被告至遲於100年2月14日或同年10月25日時即已確實知悉附表所示之建造執照及使用執照均有超額容積之違法原因，然其迨至102年2月13日或同年10月24日前均未依行政程序法第117條規定依職權將附表所示有超額容積違法瑕疵之建造執照及使用執照予以撤銷，則其對該違法行政處分撤銷權之行使因已逾行政程序法第121條第1項規定之除斥其間而不得為之乙節，已如前述，縱使被告撤銷權之行使尚未罹於除斥期間，其於知悉如附表所示之建造執照及使用執照同樣且同時具有違法原因後，不選擇一併撤銷如附表所示之建造執照及使用執照，而僅選擇撤銷如附表所示之使用執照，此應係植基於行政目的與手段間比例原則之考量而為部分撤銷，與行政處分跨程序拘束力之法理尚無必然關連。況且，被告撤銷權之行使既已罹於除斥期間，則被告本不得於除斥期間經過始依行政程序法第117條規定作成如附表所示之原處分，故本件亦無行政處分跨程序效力法理適用之疑義，併此敘明。

（六）綜上所述，如附表所示之建造執照及使用執照固均有超額容積之違法瑕疵，然被告於100年2月14日或同年10月25日確實知悉前揭處分之違法原因後，卻遲至104年10月16日始作成本件原處分，顯已逾越行政程序法第121條第1項規定之除斥期間而有違法情事，訴願決定遽以維持，亦有未合。從而，原告訴請撤銷，為有理由，爰判決如主文所示

。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊及防禦方法與判決結果不生影響，爰無逐一論述之必要，併此敘明。

六、結論：原告之訴有理由。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　21　　日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官　吳　永　宋

法官　孫　奇　芳

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。 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。
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　　11　　月　　21　　日

書記官　謝　廉　縈