高雄高等行政法院判決

109年度訴字第30號

民國109年10月15日辯論終結

原　　告　有龍建設開發股份有限公司

代　表　人　邵明斌

訴訟代理人　黃毓棋　律師

　　顏　宏　律師

被　　告　臺南市政府民政局

代　表　人　顏振標

訴訟代理人　廖偉登

　　吳精元

上列當事人間殯葬管理條例事件，原告不服臺南市政府中華民國108年11月28日府法濟字第1081329793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

一、爭訟概要：

㈠緣原告為臺南市合法殯葬設施「南都福座」（民國83年申請名稱天都福座寶塔、84年核准時為天都福座萬壽塔、89年更名為天都禪寺金寶塔、105年更名為國寶南都、108年更名為南都福座，下稱系爭設施）之經營業者，被告經調查結果，認原告於106年間向臺南市政府工務局（下稱工務局）申請室內裝修，於107年間年竣工之系爭設施第6層納骨櫃位配置，有未報請被告核准而變更原核准設置事項之情形，且有未經被告檢查符合規定、公告啟用，即對外販售系爭設施第6

層納骨櫃位之情形，違反殯葬管理條例第6條第3項、第20條第1項規定，乃依第73條第1項規定，以107年10月4日南市民生字第1071041217號裁處書（下稱前處分）處其法定最低罰鍰新臺幣（下同）30萬元，並限期於收受處分書之日起3個月內改善或補辦手續，原告不服提起訴願，案經臺南市政府108年1月25日府法濟字第1080140517號訴願決定（下稱原訴願決定）駁回，原告不服提起行政訴訟，經本院108年度訴字第122號判決駁回、上訴後亦經最高行政法院109年度裁字第634號裁定駁回。

㈡嗣被告所屬臺南市殯葬管理所於108年5月29日至系爭設施現場進行稽查，查認原告仍有未經啟用販售之情事，乃陳報予被告，被告則認原告逾期未完成改善或補辦手續，而以108年8月23日南市民生字第1080888469號裁處書（下稱原處分）處原告50萬元罰鍰，並限期於6個月內改善或補辦手續。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：

㈠主張要旨：

1.系爭設施於89年8月11日經主管機關即改制前臺南市政府，依當時有效之墳墓設置管理條例規定，以89南市社行字第225810號函同意全塔啟用，且因當時並無殯葬管理條例施行細則第18條「分期分區申請啟用」規定，未有任何保留或分期分區啟用之情形。因此，被告適用101年7月1日修正公布之殯葬管理條例第6條第3項、第20條第1項，認定原告有變更原核准事項、未經公告啟用之違章行為，顯有適用嗣後制訂之法規，認定系爭設施於89年間之啟用效力及範圍之情形，違反「法不溯既往原則」。

2.殯葬管理條例第6條第1項第3款所稱之「配置圖說」係指

建築法上關於營繕建築物之相關工程圖樣，與本件所涉建築物室內裝修無關，被告不察，混淆殯葬設施設置與建築物室內裝修之不同。又系爭設施6樓本即規劃有納骨位室（骨灰區），經臺灣省政府社會處於84年核准在案，嗣88年工務局核發使用執照時之系爭設施6樓平面圖，亦註明為納骨室（骨灰區），並經臺南市政府在89年8月11日核准啟用，系爭設施6樓本即准作為納骨位室（骨灰區）之用，原告並無任何變更之情事。

3.殯葬設施之擴充、增建、改建等行為，依殯葬管理條例第2條第8、9、10款規定，所涉皆為土地或建築物之面積、高度等建築行為，惟原告僅「增設」櫃位，無涉及面積、高度等建築行為，自不符擴充、增建、改建；而設置行為於殯葬管理條例雖無定義性規定，然徵諸同法第4條第3項、第5條第1項、第8條第1項前段等規定可知，應指同涉土地或建築物之面積、高度等殯葬設施之新建行為。系爭設施既無「新建」之行為，亦與殯葬管理條例所稱之「設置」無涉。又殯葬管理條例並未就「增設」櫃位行為予以定義及規制，故「增設」行為並非殯葬管理條例明文所禁止，被告自行創設法無明文之行為態樣予以處罰，於法無據。

4.依內政部97年4月9日台內民字第0970056686號函釋意旨，殯葬管理條例第20條第1項僅於「尚未辦理啟用程序而欲於目前申請啟用」時，主管機關方可依此規定核處。然系爭設施業已於89年8月11日經主管機關即改制前臺南市政府同意全塔啟用，未有任何保留或分期分區啟用之情，已如前述，自無違反殯葬管理條例第20條第1項規定之行為。

㈡聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告依工務局於107年4月11日審查核准之107年系爭設施第6層竣工平面圖之施工結果，就申請核准備具之文件即臺灣省政府社會處84年5月31日函核准之系爭設施平面配置圖第6層之記載內容，具有空間設計及使用用途之事項變更，故原告未依法備具相關文件報請被告核准，即逕自增設該殯葬設施原設置核准事項內所無之6樓骨灰櫃位，已構成殯葬管理條例第6條第3項規定之違章行為；且該設置之殯葬設施未經主管機關依殯葬管理條例規定公告啟用，即向消費者販售或提供服務，違反殯葬管理條例第20條第1項規定。原告前開違規事實，經被告於107年10月4日以前處分處罰鍰30萬元，並限期自處分書收受之日起3個月內改善、補辦手續，經本院108年度訴字第122號判決維持處分在案。

2.被告所屬臺南市殯葬管理所於108年5月29日查報系爭設施6樓仍載有雙人櫃位「00-00000」編號，原告未依前處分內容提出改善計畫、補辦手續，被告以原告之行為再次違反殯葬管理條例第6條第3項及第20條第1項規定，依同條例第73條規定，以原處分處以50萬元罰鍰並限期自收受處分書之日起6個月內改善或補辦手續，於法並無違誤。

3.本院108年度訴字第122號判決認為，殯葬管理條例第6條及第20條分別屬兩行為，應分開處罰。依殯葬管理條例第6條最低額應處30萬元、依第20條最低額應處30萬元，被告前次僅裁罰30萬元，已屬過輕。被告考量原告不配合改善，已是再次違犯前開規定，爰裁處原告50萬元罰鍰並限

期自收受處分書之日起6個月內改善或補辦手續，所為裁罰應屬適中。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、本案爭點：

㈠原告是否於收受前處分之日起3個月內完成改善停售系爭設施第6層納骨櫃位，或依殯葬管理條例申請補辦？

㈡被告以原處分對原告為裁處，有無違誤？

五、本院的判斷：

㈠前提事實：

如爭訟概要欄所載等情，業經兩造分別陳述在卷，並有被告殯葬管理所108年5月29日臺南市南區違法殯葬行為查報與取締調查紀錄表及現場照片4幀（本院卷第115-118頁）、本院108年度訴字第122號判決影本（本院卷第91-104頁）、原處分（本院卷第27-29頁）、訴願決定書（本院卷第31-37頁）附卷為證，可信為真實。

㈡本件原告受裁罰事實及本院審查標的之確認：

1.前處分之合法性已經裁判確定有既判力，原告於本案不得再為相反之主張：

⑴按訴訟經法院實體審理後所為之確定判決，當事人對於判決內容所確定之判斷，其後不得再就同一法律關係更行起訴或於他訴訟上，為與確定判決內容相反之主張，此即所謂判決之實質上確定力（既判力）。

⑵查原告為系爭設施之經營主體，於106年間向工務局申請室內裝修，而於107年間竣工，但系爭設施竣工完成所呈現之設置及使用現況，經被告調查後發現：A.設施之第6層納骨櫃位配置，有未報請被告核准而變更原核准設置事項之情形。B.使用現狀有「未經被告檢查符合

規定格、公告啟用，即對外販售系爭設施第6層納骨櫃位」之情形，遂認原告違反殯葬管理條例第6條第3項、第20條第1項規定，乃依第73條第1項規定，以前處分處罰鍰30萬元，並為「立即停止對外販售限期於收受處分書之日起3個月內完成改善或補辦手續」之下命規制諭知。原告對前處分不服提起訴願，案經臺南市政府以原訴願決定駁回，原告不服提起行政訴訟，經本院108年度訴字第122號判決駁回，上訴後亦經最高行政法院109年度裁字第634號裁定駁回確定。是以前處分而有關系爭設施違反殯葬管理條例第6條第3項、第20條第1項規定，經依第73條第1項規定處罰是否適法之判斷，既經本院108年度訴字第122號實體判決駁回，並由最高行政法院以上訴不合法裁定駁回確定在案，就原告設施之第6層納骨櫃位配置，有未報請被告核准而變更原核准設置事項之情形，及使用現狀有「未經被告檢查符合規定格、公告啟用，即對外販售系爭設施第6層納骨櫃位」之情形而屬違法之確認，已有既判力，原告不得為與前開確定判決意旨相反之主張，本院亦不得為與前開確定判決意旨相反之判斷，故原告於本案仍爭執前處分之適法性，並無足採，且本院並不再論述，先此敘明。

2.本件審查之標的：

查被告就原告前處分認定之違章事實，除處以法定最低罰鍰30萬元外，並為「限期於收受處分書之日起3個月內完成改善或補辦手續」之下命規制諭知(見本院卷第111-114頁)。嗣因臺南市殯葬管理所於108年5月29日檢查發現系爭設施6樓仍載有雙人櫃位「00-00000」編號，經被告認：A.原告未依限完成改善或補辦手續；B.前處分後，仍販

售塔位，再次違反殯葬管理條例第20條第1項規定，以原處分處以50萬元罰鍰並限期自收受處分書之日起6個月內改善或補辦手續，上開A.B.之事實，均為本件審查之標的。

㈢殯葬管理條例第73條第1項前段有關「並限期改善或補辦手續」之規定為「預防性不利處分」：

1.應適用之法令：

⑴殯葬管理條例第6條第1項及第3項規定：「(第1項)殯葬設施之設置、擴充、增建、改建，應備具下列文件報請直轄市、縣（市）主管機關核准；其由直轄市、縣（市）主管機關辦理者，報請中央主管機關備查：一、地點位置圖。二、地點範圍之土地登記（簿）謄本及地籍圖謄本。三、配置圖說。四、興建營運計畫。五、管理方式及收費標準。六、申請人之相關證明文件。七、土地權利證明或土地使用同意書。(第3項)殯葬設施於核准設置、擴充、增建或改建後，其核准事項有變更者，應備具相關文件報請直轄市、縣（市）主管機關核准；其由直轄市、縣（市）主管機關辦理者，應報請中央主管機關備查。」

⑵同法第20條第1項規定：「設置、擴充、增建或改建殯葬設施完工，應備具相關文件，經直轄市、縣（市）主管機關檢查符合規定，並將殯葬設施名稱、地點、所屬區域、申請人及經營者之名稱公告後，始得啟用、販售墓基或骨灰（骸）存放單位。其由直轄市、縣（市）主管機關設置、擴充、增建或改建者，應報請中央主管機關備查。」

⑶同法第73條第1項規定：「(前段)殯葬設施經營業違反

第6條第1項或第3項規定，未經核准或未依核准之內容設置、擴充、增建、改建殯葬設施，或違反第20條第1項規定擅自啟用、販售墓基或骨灰（骸）存放單位，處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續；(中段)屆期仍未改善或補辦手續者，得按次處罰，情節重大或拒不遵從者，得令其停止開發、興建、營運或販售墓基、骨灰（骸）存放單位、強制拆除或回復原狀。(後段)未經核准，擅自使用移動式火化設施經營火化業務，或火化地點未符第23條第1項規定者，亦同。」

2.「預防性不利處分」及其處罰之性質：

按行政罰係對一過去違反行政法上義務行為之非難，而所謂「違反行政法上義務之行為」，以有「行政法上義務」之存在為前提，換言之，必先有「行政法上義務」（包括作為義務、不作為義務、忍受義務、金錢給付義務或物之交付義務等義務），始有「違反行政法上義務之行為」可言，亦因而始有施予「行政罰」之可能，倘行政法上義務尚未發生，則尚無違反行政法上義務之行為可言。而行政法上義務之發生可能基於法律、自治條例或法規命令，也可能基於防止危害之發生或擴大，法律授權行政機關得課予人民一定義務之「預防性不利處分」；而「預防性不利處分」之目的，係命違規者於一定時間內除去違法狀態或停止違法行為，非屬裁罰性之不利處分，然就違反「預防性不利處分」所課予之義務，而法制設計上得對之按次處罰者，（包含裁罰性不利處分及預防性不利處分）則屬行政罰。

3.查前開殯葬管理條例第73條第1項前段就行為人納骨櫃位

於核准增設，未經核准即行動工變更及未經主管機關檢查即對外銷售，違反之法律效果，除得處以法定罰鍰外，主管機關依同項前段最後一句並得命違規行為人為「限期改善或補辦手續」之處分。而本件被告命原告限期(收受處分書3個月內)改善或補辦手續，對照原告前處分違規之事實，即在課予原告一定之作為義務以回復到未違規前之狀態或儘速備具相關文件向主管機關「補辦核准」或「檢查」程序，使違規狀態所生危害不再發生或擴大(此於一般消費者購買違法增設之塔位而生紛爭最屬常見)，核其性質即屬前述「預防性不利處分」，而如上所述，違規者若未確實履行主管機關預防性不利處分所課之一定作為義務，縱使其僅是消極地不作為，仍該當前揭預防性不利處分所課作為義務之違反，而構成殯葬管理條例第73條第1項中段規定之處罰要件。

㈣被告就原告違章事實認定係屬正確：

1.應適用之法令：行政罰法第7條第1項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」亦即，違反行政法上義務之行為，若係出於故意或過失，即應加以處罰。其中所謂「故意」，係指行為人對所有違反行政法上義務之客觀構成要件要素的認知，以及實現該構成要件之意志而言。至於「過失」，則是指行為人對於違反行政法上義務之構成要件事實之發生，雖非故意，但按其情節應注意、能注意而不注意，或雖預見其能發生而確信其不發生者而言。

2.經查，原告因未依法備具相關文件報請被告核准，即逕自增設該殯葬設施原設置核准事項內所無之6樓骨灰櫃位，且該設置之殯葬設施未經主管機關依殯葬管理條例規定公

告啟用，即向消費者販售或提供服務，經前處分認違反殯葬管理條例第6條第3項及第20條第1項規定，被告除依第73條第1項前段規定，以前處分處罰鍰30萬元，並命其於3個月內完成改善或補辦手續之「預防性不利處分」，而被告所屬臺南市殯葬管理所於108年5月29日至系爭設施現場進行稽查，除發現原告仍未於期限內完成改善或補辦手續，且有未經主管機關檢查符合規定，再次販售塔位之行為，有臺南市殯葬管理所所製108年5月29日「臺南市南區違法殯葬行為查報與取締調查紀錄表」及現場照片4幀在卷可證(見本院卷第115-118頁)，則原告違反殯葬管理條例73條第1項前段(違反同條第6條第3項、第20條部分)、中段(違反預防性不利處分部分)之行為，均堪以認定。

㈤被告就原告違章事實行為之定性及法律之適用，雖非正確，但無不當：

1.應適用之法律：

⑴殯葬管理條例第73條第1項(詳如前引法條)。

⑵臺南市政府處理違反殯葬管理條例案件裁罰基準表：「項次一；違反法條：第6條第1項或第3項、第20條第1項；裁罰基準：(一)第1次處30萬元並責令限期改善或補辦手續。(二)第2次處50萬元，並責令限期改善或補辦手續。」

⑶行政罰法第25條：「數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之。」

2.按受不利益處分之人提起行政救濟，旨在請求除去其不利之處分，故受理行政救濟之機關如就原處分予以變更，其結果不得更不利於原處分，此即「禁止不利益變更原則」，故依行政救濟之法理，原告提起本件行政訴訟之結果，

不得為更不利於原處分之決定。經查，本件原告未依前處分中諭令之預防性不利處分為限期改善或補辦手續，且於前處分後再次販售塔位，核係2個行為違反2個不同行政法上義務之規定(即殯葬管理條例第73條第1項前段、中段)，依前揭行政罰法第25條規定，本應分別處罰。被告就原處分認定之違章事實，雖以本件原告係第二次違反同法第6條第3項、第20條之行為，且違反第6條第3項、第20條之行為係個別之行為，裁處50萬元罰鍰，並限期於6個月內改善或補辦手續，已屬從輕云云(見本院卷第197頁)，然其法律適用之論述，未分別就原告違反殯葬管理條例第73條第1項前段、中段之行為分別認定並導出併罰之法律效果，於法律適用並非正確而有違誤，惟原告法律適用之結論，對原告較為有利(二行為併罰之最低罰鍰合計為60萬元)，基於不利益變更禁止原則，仍應予以維持。

㈥綜上所述，原告前揭主張均無足取；被告原處分雖有如上述之違誤，惟其結果有利於原告，基於不利益變更禁止原則，仍應予以維持；訴願決定遞予維持，結論亦並無不合。原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述，於判決結果不生影響，無庸一一論列，併予敘明。

六、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　9　　日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官　吳　永　宋

法官　林　彥　君

法官　黃　堯　讚

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　　109　　年　　11　　月　　9　　日

書記官　江　如　青