

裁判字號：高雄高等行政法院 103 年度訴字第 532 號 行政判決

裁判日期：民國 106 年 01 月 17 日

案由摘要：建築執照

高雄高等行政法院判決

103 年度訴字第 532 號

民國 105 年 12 月 27 日辯論終結

原 告 泛喬股份有限公司

代 表 人 李必賢

訴訟代理人 林石猛 律師

戴敬哲 律師

被 告 高雄市政府工務局

代 表 人 趙建喬

訴訟代理人 周村來 律師

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 103 年 10 月 8 日高市府法訴字第 10330831600 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、程序事項：

本件被告代表人原為鐘萬順（代理局長），於本件訴訟審理中變更為楊明州，嗣後再變更為趙建喬，並均由其具狀聲明承受訴訟，此有行政訴訟聲明承受訴訟狀及代表人變更資料（本院卷 1 第 177-182 頁、第 204-207 頁）在卷足憑，於法核無不合，應予准許。

二、事實概要：

緣原告於民國 100 年 5 月 5 日委託訴外人許銘陽建築師向被告申請坐落高雄市大樹區姑婆寮段（下稱姑婆寮段）26-405、406 地號等 2 筆土地（下稱系爭基地）之建造執照（下稱系爭

建照），系爭基地位於訴外人陳文火於 74 年間以合併改制前高雄縣大樹鄉姑婆寮段 26-1 地號（分割前母地號）、面積約 58 公頃之山坡地，向合併改制前高雄縣政府（下稱高雄縣政府）申請開發建築，並經高雄縣政府於 75 年 4 月間公告核准開發許可（下稱系爭開發許可）之「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」之非都市土地住宅社區開發案範圍內（下稱系爭開發計畫）。被告於 100 年 5 月 11 日以高市工務建字第 A000708-1 號函以系爭開發計畫案內其他建案有實設容積樓地板面積超出法定上限情事，建請原告應配合系爭開發計畫之變更以使整體開發案之容積率符合規定為由，將原告所提出之系爭建照申請案原件退還。原告不服，提起訴願，經高雄市政府以 100 年 11 月 21 日高市府四維法訴字第 1000128620 號作成訴願駁回之決定，原告仍表不服，提起行政訴訟，前經本院以 100 年度訴字第 673 號判決，以被告未依建築法第 35 條規定通知原告改正，即逕依建築法第 36 條規定駁回其申請，有違背行政行為明確性及未踐行法定程序之違法情事等為由，而將訴願決定及原處分均撤銷，並請被告就原告 100 年 5 月 5 日申請書，應依該判決之法律見解另為適法之處分在案。嗣被告依上開判決所持之法律見解及建築法第 35 條規定，對於原告於 100 年 5 月 5 日所提系爭建照之申請案件，以 102 年 8 月 22 日高市工務建字第 10236193400 號函（下稱被告 102 年 8 月 22 日通知補正函）通知原告於文到次日起 6 個月內改正完竣後再申請復審，其補正內容略以：「主旨：貴公司於本市大樹區姑婆寮段 26-405、406 地號等 2 筆土地（下稱系爭基地）申請建造執照乙案，經審查認有妨礙區域計畫之處，請於文到次日起 6 個月內改正完竣，送請復審，請查照。說明：三、…因『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內之建案，縣府於 99 年 11 月間辦理建造執照案件抽查時，發現該建照係以每輛停車空間可換算最大容積 40 平方公尺計算扣除，與建築技術規則建築設計施工編第 60 條及第 162 條規定不符，以致實設容積之樓地板面積超出法定上限，爰檢視同一建築師於『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內所設計之建照執照結果，發現多達 17 件建案有相同違法設計情事，經計算個別建

築基地超額面積共計約 11 萬平方公尺之違規情事，有實設容積之樓地板面積超出法定上限情形者，為數甚多。故本案基於開發區範圍內之土地開發利用不得妨礙開發計畫內容之使用，倘計畫範圍內超額容積情形未獲改善前，即逕自許可同一計畫範圍內其他基地個別建造案，勢必導致超額容積現況無從獲得改善，進而造成『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』之開發內容遭受妨礙，有違非都市土地開發許可之規定。四、基於土地整體開發之管制模式，『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』範圍內之其他未申報開工之建案及尚未申請建造執照之土地，應配合開發計畫之變更，以使整體開發案之容積率符合規定，故為免『大高雄迪斯奈華城開發計畫案』之計畫內容受到妨礙，請貴公司參照內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號函意旨提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜。五、請貴公司依建築法第 36 條規定……於接獲本函文之日起 6 個月內，依照前開說明改正完竣送請復審；屆期未送請復審或復審仍不合規定者，本局得予駁回。」等語。惟因原告屆期仍未改正完竣送請復審，被告爰依建築法第 36 條規定，以 103 年 5 月 7 日高市工務建字第 10332930900 號函（下稱原處分）通知原告駁回系爭建照案之申請。原告不服，提起訴願，經遭訴願決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

(一)依建築法之規定，建築主管機關受理建造執照之申請時，應就所申請之建築基地個別判斷，就本件原告所提建造執照之申請文件而言，被告亦肯認內容並無不合建築法、都市計畫法或區域計畫法之情形，則被告自應依建築法第 33 條之規定，發給執照。惟被告竟以他宗建物所涉之容積爭議，作為否准原告本件建造執照申請之依據，並要求原告變更系爭開發計畫以改善他宗建物超額容積之情形，顯係增加法律所無之要件，嚴重違背憲法第 23 條之法律保留原則：

1. 依司法院釋字第 443 號、第 367 號解釋理由書及釋字第 360 號、第 313 號解釋，可知限制人民基本權利之事項，除由憲法直接規範之情形外，非以法律或法律明確授權之命令，不得

為之，倘立法者僅授權行政機關制定施行細則，要不得於母法規範以外，另行增加母法所無之限制，否則要難謂無違背憲法第 23 條所揭禁之法律保留原則。次依建築法第 11 條、建築技術規則施工編第 1 條第 1 款、第 161 條第 1 項之規定及最高行政法院 100 年度判字第 851 號判決要旨，可知申請建造執照係以土地為建築基地並以分照之方式申請建築，各執照分別檢討其建築基地面積及建蔽率。且系爭開發計畫範圍內他宗建物所涉之案件，最高行政法院 103 年度判字第 268 號判決亦表明：「建築基地之容積率，除都市計畫或區域計畫另有規定應從其規定外，原則上應就個別建築基地檢討之」（判決書第 20 頁倒數第 4-3 行）。準此，建照審核，以一宗土地為一個許可單位。又所謂一宗土地，指有連帶使用性之建築物所使用之建築基地。是以，建築主管機關受理建造執照之申請時，自應就所申請之建築基地個別判斷，與他宗土地之使用情形無涉。

2. 又觀諸區域計畫法第 15 條之 1 及非都市土地使用管制規則第 13、14、20、21 條等規定，並無隻字片語提及所謂「非都市土地開發係一種土地整體開發之管制模式」，亦未規定同一開發區內其他建物有容積超過法定上限之情形時，主管機關得以此禁止或限制其他業主或基地申請開發建築。職此，內政部 101 年 4 月 3 日內授營綜字第 1010802251 號函說明二、三即表示：「建築基地之容積率，除都市計畫或區域計畫另有規定外，應就個別建築基地檢討之」、「區域計畫法及相關子法並未有容積移轉規定，非都市土地開發許可案亦無以全區總量管制容積相關規定」。內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號函說明二第(三)點亦再次指明：「開發案計畫範圍內個別建築基地之容積是否符合規定，應依核定開發計畫內容及建築法規定，以個別建築執照之建築基地範圍進行檢討，如有容積超過法定上限，就建築管理程序應以個別建築執照處理。……。至於主管機關於個別申請開發建築案審認未符開發計畫時，得否禁止其他業主或基地申請開發建築，現行區域計畫法或非都市土地使用管制規則等法令並未有明文規定」，可知現行區域計畫法或非都市土地使用

管制規則等法令並未有明文規定主管機關於個別申請開發建築案審認未符開發計畫時，得禁止其他業主或基地申請開發建築。質言之，縱同一開發案內之其他建物有容積超過法定上限之情形，主管機關於審查其他業主或基地之建照執照或申報開工時，自不得執該開發區內其他建物已有容積超過法定上限之情事，作為禁止申請建照執照或否准其開工申請之理由，方符合憲法第 23 條之法律保留原則。再者，行政機關受理建築執照申請案時，以申請案建築基地以外他宗建物之違規事由，作為否准申請之理由，實質上即生連帶責任之結果，則參諸民法第 272 條第 2 項之意旨，亦應有法律明文為據。職此，現行法律對於建築執照之申請，既無連帶責任之相關規定，建築主管機關若以申請案以外之他宗建物容積超額為由，否准申請，即屬創設法律所無之連帶責任規定，並對人民之基本權利有所限制，同有悖於憲法第 23 條之法律保留原則。

3. 查，系爭土地為丙種建築用地，依非都市土地使用管制規則第 9 條第 1 項第 3 款所定之容積率限制為 120%（但系爭土地係於非都市土地使用管制規則制定前取得開發許可，故系爭土地是否受該規則之容積率管制，亦有疑義）。又原告所提之系爭建照申請書，設計之容積率為 92.04%、92.77%，並未逾越 120%而符合法規申請建造執照之要件。次查，就本件申請，原告前對被告所為之改正函文提出爭訟，固遭本院認該改正函文非屬行政處分，而以 103 年度訴字第 56 號裁定駁回，惟於該案準備程序中，被告對於法官詢問：「本件若個別審酌有無超額？」答稱：「本件就個別來看沒有超額。」（該案 103 年 5 月 20 日準備程序筆錄第 5 頁），法官另問：「被告否准理由是用其他筆土地有超額建築情形，本件申請沒有超額建築情形？」，被告訴訟代理人答：「對。」（該案 103 年 10 月 21 日準備程序筆錄第 2 頁），職此，系爭建照之申請文件，並無不合建築法、都市計畫法或區域計畫法之情形，至屬明確。
3. 另原處分及訴願決定之理由，乃採業經廢棄之本院 101 年度訴字第 266 號判決所持之意見（見被告 103 年 6 月 20 日訴願答

辯書第 5-11 頁），惟經最高行政法院 103 年度判字第 268 號判決則就該等意見加以指摘：「原判決並援引行為時山坡地開發建築管理辦法第 4 條規定及現行山坡地建築管理辦法第 3 條規定稱：縱認被上訴人 101 年 1 月 3 日以高市工務建字第 10130020900 號函為行政處分，惟非都市土地山坡地申請開發建築程序，具有連續之整體程序之特性，是有關開發許可及建造執照之申請程序，如申請人於時間及空間上密切接續實行其經核准之開發計畫，無從視為不相關之各別獨立之申請許可行為。是以非都市土地山坡地申請開發建築程序，有關建築容積管制，應整體觀之云云。惟由該等規定僅得見山坡地開發建築應陸續踐行之程序，並無得支持原判決就『有關開發許可及建造執照之申請程序，如申請人於時間及空間上密切接續實行其經核准之開發計畫，無從視為不相關之各別獨立之申請許可行為』之論述。」（判決書第 21 頁倒數第 3 行至第 22 頁第 10 行）、「原審未查明上述開發計畫案之開發許可申請人是否即係上訴人？……並究明系爭建照與前揭被上訴人所認容積率超出法定上限之他宗建案，除同坐落於同一開發計畫案範圍內，是否存在其他實質關聯，……，顯然速斷，判決理由亦有不備。」（判決書第 22 頁倒數第 2 行至第 23 頁倒數第 5 行），職此，被告駁回申請之理由，亦顯然牴觸最高行政法院所持之法律上意見。依上，被告以他宗建物所涉之容積爭議，作為否准原告本件建造執照申請之依據，並要求原告變更系爭開發計畫以調整各宗基地，顯係增加法律所無之要件，是原處分確已嚴重違背憲法第 23 條之法律保留原則。

(二)系爭開發計畫案他宗建物容積超額之爭議，應由他宗容積超額建物之權利人，就該宗建築基地之範圍內選擇適當之方式處理，方合於容積管制之目的。惟被告以原告未能變更系爭開發計畫調整各宗建築基地，以改善系爭開發計畫範圍內他宗建物所涉之容積爭議為由，逕行否准原告系爭建照之申請，顯有悖於不當聯結禁止原則：

1. 按行政機關所為之行政行為，應審酌與該法律行為之目的，具有關聯性之法律事實，倘由行政機關恣意採取與本案無關

之法律事實，作為判斷之依據，顯屬行政行為與行政目的欠缺合理關聯之不當聯結，於法要難謂合（行政程序法第 94 條及第 137 條斯同此旨）。容積率係指建築物地面上各層樓地板面積之和與建築基地面積的比率，簡言之即「建坪」與「地坪」之比。而容積率是否符合規定，應按個別建築執照之建築基地分別以觀，與其他建物之容積率有無超出法定上限並不相關，且前揭最高行政法院 103 年度判字第 268 號判決，業已指出若建築執照申請案本身之容積率未逾法定限制，逕以同一開發計畫範圍內他宗建物有超額容積，作為否准建築執照申請之理由，欠缺實質關聯性。又市地重劃、都市更新等土地開發計畫，計畫區域內各宗土地申請建造執照，亦皆係以個別建築基地作審查認定，至於同計畫區域內他宗建物有無超額容積，則非所問。職此，現行法令並無容積率審查係以土地開發計畫全區作認定之相關規定，則縱位處同一開發案內之其他建物有容積超過法定上限之情形，就建築管理程序亦應就各該建物處置，其鄰近建物之合法性或鄰地之興建權利應不受任何影響，主管機關自不得執此作為否准之理由，容無疑義。

2. 另內政部營建署於 103 年 6 月 11 日，邀集高雄市政府人員召開「研商依原山坡地開發建築管理辦法許可住宅社區開發案之計畫變更及超額容積解決方案會議」，就「有關超額容積解決方案」作成之結論，建議最優先之處理方式為：「個別建築基地容積超過法定上限者，優先以個別建造執照之建築基地範圍，透過變更設計解決超過法定容積，或視個案採取封閉（存）、恢復原建照使用性質等方式。」且被告於他案之訴訟程序中，表示對於系爭開發計畫範圍內超額容積建物之問題，可經由拆除他宗建物超建部分，抑或將超額容積建物之部分空間變更為停車空間而免計入容積，獲得解決（參本院 103 年度訴字第 137 號 103 年 7 月 28 日準備程序筆錄第 6 頁倒數第 5 行至末行），足徵關於系爭開發計畫範圍內他宗建物超額容積之爭議，應係要求容積超額建物之權利人，拆除超建部分或透過變更設計該超額容積建物之建造執照或使用執照等方式處理，而非限制他宗建築執照之申請，方合於容積

管制之目的。亦即，建造執照之申請是否違反法規關於容積之規定，應就該申請案之建築基地作認定審查，至於同一計畫區內之他宗建物若有超額容積之情形，應由他宗超額容積建物之權利人，就該宗建築基地之範圍內選擇適當之方式處理。

3. 查，系爭基地不生逾越法定容積限制之問題，又容積管制應就個別建築基地審查檢討，被告自不應以他宗建物所存之超額容積爭議，限制原告建築使用系爭基地之權利。且中央主管機關與被告亦肯認系爭開發計畫範圍內他宗建物超額容積之爭議，應就超額容積建物分別處理。故而，被告以原告未能變更系爭開發計畫調整各宗建築基地，以改善系爭開發計畫範圍內他宗建物所涉之容積爭議為由，逕行否准原告本件建造執照之申請，顯係將與行政目的無關之情事，納入行政行為考量之範疇，確已違背不當聯結禁止原則，與法要難謂合。再者，對於系爭開發計畫範圍內他宗建物超額容積之爭議，參諸前段所述中央主管機關與被告所提出之方式，由他宗容積超額建物之權利人，透過變更該建物之建造執照或使用執照，甚至自行選擇拆除超建部分等方式，皆係針對超額容積之建築基地個別作處置，不致妨礙其他建築基地合法使用土地之權利，且他宗容積超額建物之權利人，亦有自行選擇處理方式之權利。反之，於本件申請中，被告命原告採取變更系爭開發計畫調整全區基地之方法，該方法除嚴重干涉人民對未有容積超額土地建築使用之權利外，且所需花費之時間與財產等成本，實難以預估。況變更申請是否能通過，又通過後，得否建築使用，皆充滿不確定性。亦即，對於系爭開發計畫他宗建物超額容積之爭議，針對超額容積之建築基地個別作處置，符合容積管制之本旨，且對系爭開發計畫範圍內各宗土地與建物權利人之損害較輕微，並能維護人民對未有容積超額土地建築使用之權利。故而，被告執意命原告變更系爭開發計畫，所採取之措施顯然並非對人民權益損害最輕微之手段，其手段與目的亦有失均衡，而不合於比例原則。又系爭開發計畫於75年4月間取得開發許可，經完成雜項工程後，另行於77年8月15日檢送「土地利用計畫圖」

，經主管機關查驗認可，因而於 77 年 8 月 20 日核發雜項使用執照。嗣後，原告就系爭開發計畫範圍內他宗建築基地，前曾於 98 年間兩度辦理開發變更獲准，惟皆係就各宗建築基地辦理變更設計，而非就系爭開發計畫全區。足徵原開發申請書屬綱要計畫性質，僅具建議效力，故關於系爭開發計畫範圍內建築使用之管制，確實應就各宗建築基地個別審查管制。

(三)依建築法第 11 條第 1 項、建築技術規則建築設計施工編第 161 條第 1 項，容積率係依「建築基地」個別計算認定，非都市土地使用管制規則對於建築基地與容積之解釋或定義，皆未有特別規定，且制定非都市土地使用管制規則的內政部，亦持相同立場：

1. 依建築法第 11 條第 1 項、建築技術規則建築設計施工編第 161 條第 1 項，所謂容積率，係指「建築基地內」建築物總樓地板面積與建築基地面積之比，故於解釋或計算容積率時，都係依各宗建築基地作判斷。另區域計畫法第 15 條第 1 項，係規定地方政府應依區域計畫劃定土地使用分區，並編定各種使用地，而實施管制。並就如何確保土地之使用符合各地號土地所屬之使用分區與使用地，授權主管機關制定管制規則。非都市土地使用管制規則第 9 條則就各種使用地所應適用之容積率（但區域計畫法第 15 條第 1 項授權範圍應未包含容積率，故非都市土地使用管制規則第 9 條實有抵觸法律保留原則之虞，對照都市計畫法第 39 條，即可印證），分別予以規定。然則，區域計畫法與非都市土地使用管制規則對於「建築基地」與「容積率」之解釋或定義並未有特別規定，故於判斷容積率有無違法，仍應以建築法第 11 條第 1 項、建築技術規則建築設計施工編第 161 條第 1 項作為解釋適用之依據。再者，觀諸內政部 101 年 4 月 3 日內授營綜字第 101080251 號函：「區域計畫法及相關子法並未有容積移轉規定，非都市土地開發許可案亦無以全區總量管制容積相關規定」、內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號函：「開發案計畫範圍內個別建築基地之容積是否符合規定，應依核定開發計畫內容及建築法規定，以個別建築執照之建築基地範

圍進行檢討，如有容積超過法定上限，就建築管理程序應以個別建築執照處理。」可知制定非都市土地使用管制規則的內政部，亦認為容積是否符合規定，應依各宗建築基地作判斷，區域計畫法或非都市土地使用管制規則並未有全區總量管制容積之規定。

2. 又參諸最高行政法院 105 年度判字第 262 號判決（原審為本院 103 年度訴更一字第 11 號判決），該案同屬系爭開發計畫範圍內他宗建案所涉之訴訟，最高行政法院於該案肯認：「建築基地之容積率應以個別建築基地檢討之，……，是並無得以別宗基地超額容積情形作為限制合法開發建築申請之明文規定。」（判決書第 25 頁倒數第 10-8 行）、「建築法第 58 條第 2 款規定『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：……二、妨礙區域計畫者。……』該規定同屬建築秩序管制，是亦應就個別建築基地審視其有無妨礙區域計畫，亦屬明確。」（判決書第 25 頁倒數第 4 行至第 26 頁第 3 行），益徵非都市土地使用管制規則對於建築基地與容積之解釋或定義，並未有特別規定。依上，非都市土地使用管制規則第 9 條並非建築法第 11 條第 1 項、建築技術規則建築設計施工編第 161 條第 1 項之特別規定，故審查本件申請案之容積率，即應就系爭建物之建築基地予以計算認定。

(四)系爭開發許可係適用內政部於 72 年 7 月 7 日發布之山坡地開發建築管理辦法（下稱 72 年山開辦法），斯時該辦法未有建築法之授權依據，亦未有相當於 79 年後所定第 8 條、第 27 條之規定，且非都市土地使用管制規則關於容積率之規定，係於 80 年後方制定。職此，依 72 年山開辦法，系爭開發許可申請書並無法作為開發建築之管制依據：

1. 最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決稱山開辦法係依建築法第 97 條之 1 授權而訂定，以及山開辦法第 8 條、第 27 條之沿革，認定系爭開發許可申請書應作為系爭開發計畫範圍各建案開發建築之管制依據。惟 72 年山開辦法，斯時並未有建築

法之授權依據，又山開辦法第 8 條、第 27 條關於「管制依據」與「罰則」之規定，亦未見 72 年山開辦法有所規範。故而，依 72 年山開辦法取得開發許可者，申請之相關書、圖並非開發建築之管制依據。

2. 又觀諸 79 年之山開辦法第 8 條：「依前條第 4 款所擬定之土地使用分區管制計畫，經核定後為該地區開發建築之管制依據，直轄市、縣（市）主管建築機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用。」，作為管制依據的是「土地使用分區管制計畫」，而非「開發建築計畫書、圖」，故依 79 年之山坡地辦法取得開發許可者，開發建築計畫書、圖仍不具管制效力。嗣後，86 年之山開辦法第 8 條修正為：「前條第 2 款規定之開發計畫書、圖，經核定後為該地區開發建築之管制依據，直轄市、縣（市）主管建築機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用。」將管制依據修改為「開發計畫書、圖」，而不限於「土地使用分區管制計畫」，則於 86 年之山開辦法修正後取得開發許可者，開發計畫書、圖才具管制效力。
3. 另非都市土地使用管制規則第 9 條第 1 項關於各種使用地容積率之規定，係於 80 年修正時，方予以增訂。該條第 3 項：「經主管機關核定之土地使用計畫，其建蔽率及容積率低於第 1 項之規定者，依核定計畫管制之。」則係於 82 年 11 月始增訂。又於 86 年之山開辦法修正前，開發建築計畫書、圖並非法規所定之管制依據。職此，基於法治國原則首重的人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則（參司法院釋字第 629 號、第 589 號、第 574 號、第 525 號等解釋），殊難認 82 年 11 月增訂的非都市土地使用管制規則，得以溯及適用，使之前業經開發許可之案件，原本不具管制效力的開發建築計畫書、圖，瞬間成為管制依據。
4. 承上，就系爭開發計畫範圍內的各宗建案，主管機關一直都是以申請建照時（即行為時）之法定建蔽率、容積率作為管制依據。又原告與訴外人義大開發股份有限公司（下稱義大公司），曾就系爭開發計畫範圍內的部分土地，申請變更開發獲准，所載樓地板面積固然有異於系爭開發計畫申請書，但主管機關並未認為變更前後關於建蔽率、容積率之管制有

所不同，而皆適用行為時之法定建蔽率、容積率。職此，實質上就是因為系爭開發計畫申請書依許可當時之法令，並非管制依據，主管機關也都未將系爭開發申請書所載之樓地板面積，作為審查各建案建造執照之標準。依上，依 72 年山開辦法，系爭開發許可申請書並無法作為開發建築之管制依據。至於最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決，對於 72 年山開辦法並無建築法授權，以及「管制依據」與「罰則」之規定係於 79 年始制定，且 79 年山開辦法亦未將開發建築計畫書、圖作為管制依據等事實顯未有正確認知，是該判決所為之意見乃基於不完全或錯誤事實所為，自有疑義。

5. 系爭開發計畫區域於申請開發許可時，是否屬 72 年山開辦法之適用範圍，恐有疑義。因依 72 年山開辦法第 2 條第 1 項：「本辦法以建築法第 3 條第 1 項各款所列地區之山坡地為適用範圍」，可知山開辦法適用範圍限於建築法第 3 條第 1 項所列地區，而非所有之山坡地皆屬該辦法之適用範圍。又建築法第 3 條所謂「實施區域計畫地區」，依實施區域計畫建築管理辦法第 2 點：「本辦法之適用地區，係指區域計畫範圍內已依區域計畫法第 15 條第 1 項劃定使用分區並編定各種使用地之地區。」限於已編定使用地者；至於所謂「內政部指定地區」，觀諸臺灣省政府 66 年 3 月 22 日府建四字第 8233 號函釋，高雄縣被指定之行政區為鳳山市、岡山镇、小港鄉、大寮鄉、路竹鄉、橋頭鄉、林園鄉。惟查，系爭開發計畫區域於申請開發許可時，屬山坡地保育區暫未編定用地土地，於取得雜項使用執照後，高雄縣政府方於 78 年 5 月間核准編定為丙種建築、遊憩、交通、特定目的事業用地。亦即，系爭開發計畫區域於申請開發許可時，並非建築法所稱之「實施區域計畫地區」。次查，系爭開發計畫區域於申請開發許可時，所屬之行政區為高雄縣大樹區，依臺灣省政府 66 年 3 月 22 日府建四字第 8233 號函釋，亦不屬建築法所稱之「內政部指定地區」。依上，系爭開發計畫固然係依 72 年山坡地辦法進行審查通過，惟系爭開發計畫區域於申請開發許可時，似非屬 72 年山開辦法之適用範圍。

6. 於 86 年之山開辦法施行前，山坡地之開發建築，係以土地使

用分區作為管制依據：

(1) 觀諸臺灣省政府建設廳 77 年 3 月 11 日建四字第 003092 號函釋

提及：「據執部分縣市核發建造執照、雜項執照或山坡地開發建築之開發許可，有關申請書件、工程圖說不齊全（如土地權利證明文件未備齊、部分工程圖樣未檢附等），或審查程序未完竣（如消防設備未審查完竣等），或仍有審查結果未經縣市主管建築機關確認為合格等情形，而仍以限期補齊申請書件、圖說或將部分審查程序延至工程開工前辦理，或將未確認為合格部分於所發執照或開發許可文件上載明附帶條件，或由起造人或開發人提出切結書等方式先行發給執照或開發許可，上開執行方式與建築法第 30 條、第 33 條及山坡地開發建築管理辦法第 2 章之規定不合，各縣市如有此類情事，應予改正並應儘速依更正。」可知該函釋作成前，關於山坡地之開發許可申請案件，有於書圖不全之情況下，仍核發開發許可。亦即，依斯時之實務作業，72 年之山開辦法第 8 條所定之開發建築計畫書、圖，並不須經主管機關實質審查。

(2) 另參諸內政部 78 年 4 月 6 日台內營字第 680134 號函釋：「查本

部 77.06.29 修正發布之『非都市土地使用管制規則』第 9 條附表二說明四規定，十公頃以上土地申請變更編定前，應先徵求各該區域計畫原擬訂機關之同意；復依本部 77.08.23 台內營字第六一五六三四號函示各事業主管機關應於同意事業計畫前，辦理徵求同意，據此，於上開部函送達生效之日前，經各地方政府或事業主管機關同意（包括審查完竣、辦理公告或發給許可者）之開發建築案件，自得逕依山坡地開發建築管理辦法規定核發雜項執照。但仍應於申請土地變更編定前，徵得區域計畫原擬訂機關之同意。」可知經開發許可者，於取得雜項執照後，辦理土地變更編定時，仍須再經主管機關同意。亦即，於 79 年之山開辦法施行前，實務作業上係以土地使用分區作為開發建築之管制依據，嗣後 79 年之山開辦法第 8 條即將上開實務作業方式予以明文化。

(五) 退言之，縱認系爭開發許可申請書為開發建築之管制依據。

惟最高法院 105 年度判字第 222 號判決認系爭開發計畫範

圍內各宗建案，應受系爭開發許可申請書所載總樓地板面積 192,350 平方公尺管制之意見，亦係基於錯誤事實所為。蓋觀諸高雄縣政府於 98 年准予系爭開發計畫的兩件變更案之書圖，此兩件變更案所涉土地面積 11.3885 公頃，不到系爭開發計畫總面積的 5 分之 1，但此兩件變更案書圖所載之總樓地板面積即達 392,630.54m²。況主管機關亦表示變更前後，都是以建蔽率 40%、容積率 120%作為開發建築之管制依據，故而，發回判決上開意見，顯然係基於錯誤事實所為，自不具拘束力：

1. 系爭開發計畫範圍內部分區域，在 97-99 年間，有 3 個變更申請案，其中 2 案獲准，另上開 3 件變更案之區域皆未有重疊，茲說明如次：
 - (1) 原告於 97 年 9 月間，提出申請「高雄義大皇冠假日飯店開發計畫案（店鋪集合住宅變更為觀光飯店）」變更案，經高雄縣政府 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函，准予許可「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」非都市土地開發變更案。另觀諸該變更案所核定之「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店說明書」，有記載：「大高雄迪斯奈華城核定開發面積共約 58 公頃，本申請案為其中住宅區之一部分（如圖示）面積 3.1491 公頃，為興建中之店鋪、餐廳及集合住宅（建造執照：93 高縣建造字第 03775 號），本次擬將其中部分面積（25,585m²）變更為義大皇家酒店使用，餘 5,906m²保留原集合住宅。」，且該說明書的「表 2-5.1 相關建築物設施配置表」，記載：「總樓地板面積：109,406.15m²」。
 - (2) 原告與訴外人義大公司於 98 年 8 月間，提出申請「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）非都市土地開發變更案」變更案，經高雄縣政府 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函，准予許可「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」非都市土地開發變更案。又依「大高雄迪斯奈華城商業用地興建一般飯店、商場、購物中心及社區中心用地興建劇院、室內、室外遊樂場報告書（義大廣場開發計畫變更）」，有記載建築計畫內容包含：①義大天悅飯店，建築基地面積：7,528m²，總樓地板面積：33,969.66m²；②義大購物廣場，建築基地面積：3

7,343m²，總樓地板面積：185,628.92m²；③義大社區中心，建築基地面積：17,484.04m²，總樓地板面積：23,860m²；④室內外遊樂設施，建築基地面積：20,038.96m²，室內遊樂設施總樓地板面積：39,765.81m²，室外遊樂設施則不計入總樓地板面積。亦即，該變更案所涉之土地面積為 8.2394 公頃，總樓地板面積則為 283,224.39m²。

(3)訴外人天悅大酒店股份有限公司於 99 年 10 月間，提出申請「大高雄迪斯奈華城義大廣場開發計畫天悅大酒店股份有限公司店舖餐廳辦公室集合住宅變更開發計畫案」變更案，遭高雄市政府都市發展局 102 年 8 月 7 日高市都發審字第 10204362000 號函駁回。

(4)另查，上開兩件變更案，所載樓地板面積固然有異於系爭開發申請書，但主管機關並未認為變更前後關於建蔽率、容積率之管制有所不同，而皆適用行為時之法定建蔽率、容積率作為管制依據。亦即，主管機關亦未認為系爭開發申請書所載之樓地板面積，屬於開發建築之管制依據。同屬系爭開發計畫範圍內他宗建案所涉之訴訟，最高行政法院 105 年度判字第 262 號判決（原審為本院 103 年度訴更一字第 11 號判決）亦肯認：「系爭開發許可按所核准開發計畫內容及變更案均未載明容積率，自應適用申請行為時之非都市土地使用管制規則第 9 條丙種建築用地容積率 120%之規定，此即為該開發案土地利用之強度。」（判決書第 28 頁第 7-11 行）。依上，此兩件變更案所涉之土地面積僅有 11.3885 公頃，不到系爭開發計畫的 5 分之 1，但變更案書圖所載之總樓地板面積已達 392,630.54m²。況主管機關亦表示變更前後，都是以建蔽率 40%、容積率 120%作為管制依據。故而，最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決認系爭開發計畫範圍內各宗建案，應受系爭開發許可申請書所載總樓地板面積 192,350 平方公尺管制之意見，顯然係基於錯誤事實所為。

2.再者，又縱認系爭開發申請書所載之總樓地板面積為管制依據，惟徵諸山坡地開發建築程序，依序取得開發許可及雜項使用執照後，即可申請建造執照，在開發許可及雜項使用執照未經撤銷、變更或廢止前，依行政處分跨程序之拘束力，

原告依法申請建造執照，並無不許之理。又同屬系爭開發計畫範圍內他宗建築所涉之訴訟，最高行政法院 105 年度判字第 262 號判決亦肯認：「行政機關如未依法廢止申請人之開發計畫作為以作為總體管制之手段，而採行建築秩序之管制時，建築基地之容積率即應就個別建築基地檢討之。」（判決書第 25 頁倒數第 6-4 頁），本院 103 年度訴更一字第 11 號判決並指出：「被告如認開發建築申請人有違反核定之土地使用計畫事由，卻未依法申請變更開發計畫，經該管主管機關提出要求處分並經限期改善而未改善者，則其依法得採取之合法管制措施應為廢止原開發許可，並依前述第 37 條第 2 項規定辦理後續事宜，及通知土地所有權人，而非於法無明文規定之情形下，逕以別宗基地超額容積作為限制其他合法開發建築申請人之事由。」（判決書第 31 頁第 5-11 行），可知基於行政處分跨程序拘束力，於開發許可未經廢止之情形，不得逕以目前系爭開發計畫已興建建物之總樓地板面積逾系爭開發申請書所載為由，否准開發建築之申請，始符行政一體原則與誠信原則及信賴保護原則。

3. 另關於系爭開發計畫範圍內他宗建築基地超額容積建築物之問題，內政部營建署與被告皆表示得不限制原告開發建築，而採取其他侵害較小之手段。又被告以他宗建物之違章作為限制原告開發建築之理由，亦背離開發案分區機能規劃之本旨，無助於確保非都市土地開發利用品質之目的，實有違比例原則（參本院 103 年度訴字第 137 號判決，判決書第 47 頁第 6 行至第 49 頁第 2 行；103 年度訴更一字第 11 號判決，判決書第 32 頁倒數第 9 行至第 34 頁第 9 行）。又最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決與 105 年度判字第 262 號判決（系爭開發計畫範圍之另案），就此節皆未有表示意見。是原處分否准原告之申請，確有違反比例原則，應無疑義。況原處分否准本件申請之理由，乃系爭開發計畫範圍內他宗建物超額容積情形未獲改善，惟於本件訴訟中，被告業已對上開容積超額之他宗建物，作成撤銷該等建物使用執照超額容積部分之處分，足徵原處分所為否准之理由，不復存在，自應將原處分予以撤銷。又被告 100 年 1 月 18 日高市工務建字第 0990054855

號函，即表明：「本區之丙種建築用地應依據上開函『應依行為時之法令規定容積率申辦』，亦即本案容積率為百分之120。」益徵被告現主張要以其依系爭開發許可申請書自行換算所得之容積率51.18%作為管制依據，有悖於被告之前之立場，而殊非可採。

(六)不論依72年山開辦法取得之開發許可案，是否係以申請書作為開發建築之管制依據，系爭開發計畫申請人陳文火於施作雜項工程時，即有變更設計獲准，自無理由也無可能要求系爭計畫範圍內各宗土地之權利人，仍依系爭開發許可申請書之設計圖說進行後續開發建築，益徵被告主張應以系爭開發許可申請書作為開發建築之管制依據，誠不足採：

1. 依72年山開辦法第4條第1項（第1章「總則」）、第22條（第4章「施工管理」）、第24條（第4章「施工管理」）規定可知於取得開發許可後，於施作雜項工程中，原申請開發許可所提出之書圖的工程設計不合於地形、地質，應變更設計。且於有辦理變更設計之情形，主管機關依變更設計後之圖說查驗合格，方會發予雜項使用執照。職此，於申請雜項執照之程序中，工程有經變更設計者，自無再以開發許可之圖說進行後續開發建築之理。查，系爭開發許可申請書關於「開發建築計畫書」與「開發建築計畫圖」之內容，固然擬於住宅區興建集合住宅與雙併別墅計1,140戶，又依該申請書中的「土地使用計畫面積分配表」、「土地使用計畫圖」，可知住宅區面積規劃共37.58公頃（該申請書記載計畫總面積為58公頃，故非住宅區面積為20.42公頃），另該申請書中的「建築基地配置計畫圖」，就住宅區各住宅之建築基地亦有作劃設。惟於施作雜項工程階段，系爭開發計畫之原申請人陳文火有進行多次變更設計，並經高雄縣政府建設局核發77年8月20日（77）高縣建管字第10149號雜項使用執照。前揭雜項使用執照據以審核之圖說為原申請人77年8月15日提出第4次變更設計之「土地利用計畫圖」，觀諸77年8月之「土地利用計畫圖」與系爭開發許可申請書中之「土地使用計畫圖」，二者所劃設之道路用地、住宅區、學校用地、商業區、遊憩設施用地等，區域與範圍皆顯然有所不同。故而

，系爭開發計畫於申請建造執照階段，自不可能再依系爭開發許可申請書之「土地使用計劃圖」、「建築基地配置計劃圖」之設計興建。

2. 次查，系爭開發計畫範圍內之土地，原編地號為大樹鄉姑婆寮段 26-1 地號，屬山坡地保育區暫未編定用地。於主管機關核發雜項使用執照後，原申請人方循序提出變更編定及分割土地之申請。經高雄縣政府審查，於 78 年 5 月間核准將該地分割為 27 筆土地，並變更編定為丙種建築、遊憩、交通、特定目的事業用地。且高雄縣政府將核准處分送經臺灣省政府地政處同意備查，方囑地政機關辦理異動程序。嗣後，原申請人陳文火將系爭開發計畫內土地轉讓，之後又陸續經多次土地分割，而由不同業主分別取得各宗土地之所有權。又各宗土地權利人申請開發建築時，主管機關即依各宗土地所屬之各種使用地類別的容許使用項目、建蔽率、容積率，審核發建造執照已逾 200 件。可知系爭開發計畫範圍內之開發建築，係依據土地使用分區與使用地類別進行管制，而非系爭開發許可申請書。依上，不論依 72 年山開辦法取得之開發許可案，是否係以申請書作為開發建築之管制依據，系爭開發計畫申請人陳文火於施作雜項工程時，即有變更設計獲准，自無理由也無可能仍以系爭開發許可申請書作為開發建築之管制依據之理。又前揭被告 100 年 1 月 18 日函，被告已明確表示系爭開發計畫區域內之丙種建築用地的開發建築，適用之容積率為 120%。故而，被告主張目前之丙種建築用地，亦應以其所謂之「設計容積率」51.18%作為管制依據云云，實無理由。觀諸被告所提「義大開發區整體容積計算表」關於「目前申請狀況」之設算，可知縱以全區管制之觀點，系爭開發計畫區域內丙種建築用地之開發建築，並未有逾越容積率 120%之情形。

- (七)依 72 年山開辦法，經主管機關確認未有第 6 條所列之消極要件，且依第 7 條審酌關於公共設施事項後，即應核准開發許可。且關於系爭開發許可申請書，主管機關亦係針對第 6 條所列情形予以審查。職此，系爭開發許可申請書之規制內容，旨在於確保系爭土地符合法定消極要件，而不及於後續積

極之開發建築行為：

1. 依 72 年山開辦法第 6 條、第 7 條規定，對於山坡地是否准予開發建築，該辦法僅定有消極要件。又參諸內政部 74 年 9 月 10 日台內營字第 328785 號函：「一、查山坡地開發建築管理辦法六條規定山坡地坡度陡峭、地質結構不良、地層破碎、斷層或廢棄土堆、坑道等有崩塌，危害安全之地區均不得開發建築，該認定標準應於建築技術規則中訂之。該規則刻正併規範研訂，故尚未發布。二、茲大高雄狄斯耐華城申請於高雄縣大樹鄉開發山坡地社區。因涉上開認定標準，本部為求慎重，特檢送申請書圖及法令資料，請貴委員惠就下列事項研提評核意見，俾憑參考：(一)本案之開發區位是否適宜。(二)依據所附地質調查報告資料，其規劃內容是否適宜。(三)其他有關本案申請之評核意見。三、檢附申請報告書乙冊，山坡地開發建築管理法令彙編及山坡地開發建築技術規則草案各乙份，請核參。」可知主管機關就系爭開發許可申請書所為之審查，重點在於確認有無 72 年山坡地辦法第 6 條第 1 項所列之各種情形。系爭開發許可申請書之規制內容，旨在於確保系爭土地符合法定消極要件，而不及於後續積極之開發建築行為。
2. 79 年山開辦法，規定以「土地使用分區管制計畫」作為開發建築之管制依據，應係將之前之實務作業予以明文化。則系爭開發許可申請書之「土地使用計畫圖」，就土地使用分區有所規劃，而得為管制依據。惟系爭開發計畫於雜項工程階段，有變更設計獲准，嗣後變更編定使用地時，亦依雜項工程時提出之「土地利用計畫圖」編定。故而，系爭開發計畫係以 77 年 8 月之「土地利用計畫圖」作為管制依據。依被告關於開發許可規制內容之主張，實質上就是認為系爭開發許可申請書都是開發建築之管制依據。惟上開主張，實與系爭開發許可申請書經核定時之法令不合，應不足採：
 - (1) 被告之論點，顯然係以 86 年山開辦法作為依據，而不合於 72 年山開辦法及 79 年山開辦法之規定，自難謂得 86 年山坡地辦法得以溯及適用，使系爭開發許可申請書成為該地區開發建築之管制依據。又依 72 年山開辦法之附件三，為雜項執照申

請時，應附具開發許可及經核定應檢附之文件圖說。至於申請建造執照時，所須檢附之文件為申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書（參建築法第 30 條）及雜項使用執照，並無庸檢附開發許可文件。益見依 72 年山坡地辦法，開發許可申請書並非開發建築之管制依據。

(2)另被告稱無論英式的開發許可或德式的開發許可，規劃內容必須非常精確，連水溝在哪裡都必須於計畫書圖載明，故根據系爭開發許可申請書關於第五章「計劃與建戶數」、「興建面積」、「人口數」、「公共設施及公用設備」、「整地系統及水土保持計劃」、「防災計劃」、「水土保持計劃」、「自然文化景觀保育計劃」、「建築基地配置計劃」等所有內容，均屬系爭土地應受管制之內容。惟觀諸系爭開發許可申請書，被告所提及之上開事項，申請書之說明或圖表都相當粗略，殊難謂有非常精確之情形。益徵被告上開主張，實際上並非以 75 年當時之時空背景作基礎，而係基於現行法規之立場論斷。

(3)被告所提及系爭開發申請許可書內之上開事項，乃係依 72 年山開辦法附件一之要求。惟該等內容，係供主管機關依 72 年山開辦法第 7 條，審酌相關公共設施與公用設備服務是否有無法配合之情形，而非作為開發建築之管制依據。故而，系爭開發許可申請書所載之計劃戶數、興建面積、人口數等，都僅就住宅區部分進行估計。

(4)被告原認定系爭開發計畫區域內超額容積為 114,233.8 平方公尺，惟其中 (97) 高縣建造字第 1196 號建造執照之建物，原認定有超額容積 64.56 平方公尺，業經兩造確認該建物已不存在超額之情形。故而，系爭開發計畫區域內超額容積應更正為 114,169.24 平方公尺（計算式：114,233.8-64.56）。又關於系爭開發計畫區域，扣除 2 次變更所涉範圍後，其餘三種建築用地之基地面積、已領得建照之總樓地板面積，說明如次：

1. 被告認扣除 2 次變更所涉範圍後，其餘基地面積為 347,879.4 平方公尺，已領得建照之總樓地板面積為 307,368.62 平方公尺。惟觀諸被告之前提出之容積計算表，則認為其餘基地面

積為 337,108.4 平方公尺。

2. 就被告之前提出之容積計算表而言，其餘基地之計算方式，
以及其餘部分樓地板面積，說明如次：

(1) 依被告所提之容積計算表，系爭開發計畫區域內之丙種建築
用地總面積為 455,482 平方公尺，扣除①98 年 5 月間經核准變
更之「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」，基地面積
為 31,491 平方公尺；②98 年 12 月間經核准變更之「義大廣場
開發計畫」，基地面積為 82,394 平方公尺；③未經核准變更
之「天悅二館」，基地面積為 4,488.62 平方公尺後，算得的
337,108.38 平方公尺，相當於被告之容積計算表所認定之其
餘基地面積 337,108.4 平方公尺。

(2) 上開 2 次變更案及未經核准之天悅二館，實設樓地板面積為 1
40,101.59 平方公尺（含超額容積 79,998.73 平方公尺）。上
開 2 次變更案及未經核准之天悅二館以外之建物，超額容積
為 34,170.51 平方公尺。

(3) 上開 2 次變更案及未經核准之天悅二館以外之建物，總樓地
板面積為 260,008.41 平方公尺【計算式：261,918.06（已領
得使照建物）+104,021.43（已領建照尚未領得使照建物）+
34,170.51（3 個變更案以外之超額面積）-140,101.59（3 個
變更案之實設樓地板面積）】。

(4) 3 個變更案以外之容積率約為 77.13%（計算式：260,008.41
÷ 337,108.38 ≈ 77.129%）。

3. 就被告所主張其餘基地之計算方式，以及其餘部分樓地板
面積，說明如次：

(1) 以系爭開發計畫區域內之丙種建築用地總面積 455,482 平方
公尺，扣除①98 年 5 月間經核准變更之「泛喬公司店鋪集合
住宅變更為觀光飯店」（除去未變更為飯店部分），基地面
積為 25,585 平方公尺；②98 年 12 月間經核准變更之「義大廣
場開發計畫」，基地面積為 82,394 平方公尺後，算得之面積
為 347,503 平方公尺。故而，被告所主張之其餘部分丙建面
積為 347,879.4 平方公尺，似有誤算。

(2) 上開 2 次變更案（除去第一案未變更為飯店部分），實設樓
地板面積為 120,126.5 平方公尺（含超額容積 59,894.28 平方

公尺)；上開2次變更案(除去第一案未變更為飯店部分)以外之建物，超額容積為54,274.96平方公尺。上開2次變更案(除去第一案未變更為飯店部分)以外之建物，總樓地板面積為300,087.95平方公尺【計算式：261,918.06(已領得使照建物)+104,021.43(已領建照尚未領得使照建物)+54,274.96(2個變更案(不含未變更飯店部分)以外之超額面積)-120,126.5(2個變更案(不含未變更飯店部分)之實設樓地板面積)】。又上開2次變更案(除去第一案未變更為飯店部分)以外建物之容積率約為86.37%(計算式：300,087.95÷347,503=86.37%)等情。並聲明求為判決：1. 訴願決定(高雄市政府103年10月8日高市府法訴字第10330831600號訴願決定書)及原處分(被告103年5月7日高市工務建字第10332930900號函)均撤銷。2. 被告應依原告100年5月5日建造執照之申請，作成核發建造執照之行政處分。

四、被告則以：

- (一)經核定之非都市土地開發許可，與全區整體規劃性質有關的公共設施工程及其所需之雜項執照申請與個別建築基地申請建造執照的建築行為，彼此間具有密切且不可獨立分割之實質整體關聯性。經查：
1. 依72年山開辦法第4條規定，已明定非都市土地山坡地申請開發建築應踐行之先後程序。又依同辦法第8條規定，顯見經核定後之開發許可，應包括經許可核定之開發建築計畫書、開發建築計畫圖及開發建築財務計畫書等與開發有關之建築書圖，其為核發建照之依據，應不待言。又按同辦法第16條第1項、第24條規定，山坡地開發建築前，依序應先完成整地、公共設施興築與申請雜項執照，並於完工且經查驗合格及領得雜項使用執照後，方可進行建造執照之申請及後續之建築。職是，開發許可之申請人於提出建造執照之申請，除應先行完成各項前置之包括整地、設置水土保持設施及必要之公共工程與申獲必要之雜項執照等作業外，於提出之建造執照申請並應依已核定包含於開發許可之開發計畫書圖予以設計。故有關區域計畫原擬定機關審議同意之開發許可與直轄市、縣(市)主管建築機關核發之雜項執照及建造執照

應為整體程序而且具有連續與實質關聯之特性，不宜將之與一般非開發許可範圍純適用建築法審查之建築申請案等同視之，此有內政部 87 年 10 月 9 日台內營字第 8772997 號函釋可佐。另最高行政法院就相關案件即 103 年度判字第 268 號判決亦於理由欄中就此為相同說明。

2. 系爭開發計畫係經高雄縣政府 75 年 4 月間公告核准開發許可，當時所依據之法令為山開辦法，而該辦法第 8 條於 86 年 3 月 26 日修正時亦將整體開發及管制之概念予以明文，其內容為「……開發計畫書、圖，經核定後為該地區開發建築之管制依據，直轄市或縣（市）政府主管機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用。」即同上開意旨，將開發區域視為一個整體，該區域內之相關開發建築均應受開發計畫書、圖管制，如有妨礙計畫內容者，主管建築機關即得限制使用。又內政部 98 年 1 月 7 日內授營綜字第 0970210893 號函亦明釋，依開發許可程序變更編定之非都市土地，申請人應依開發計畫核定之使用項目申請開建築，不得逕依管制規則使用地容許使用項目及許可使用細目等申請建築執照。再查，系爭開發計畫範圍內之建案，高雄縣政府於 99 年 11 月間辦理建造執照抽查時，發現訴外人林益慶建築師設計之（97）高縣建造字第 01520-5 號及（97）高縣建造字第 00537-2 號等 2 件建造執照，其等每輛停車空間逕以可換算最大容積 40 平方公尺計算扣除，與建築技術規則第 60 條及第 162 條規定不符，以致實設容積之樓地板面積超出法定上限，爰檢視該建築師於系爭開發計畫範圍內所設計之建造執照結果，發現（97）高縣建造字第 01170-2 號建造執照亦有同樣情形，高雄縣政府遂分別通知該建築師及各起造人辦理變更設計，惟皆未獲回應，被告乃於 100 年 2 月 14 日以高市工務建字第 1000007822 號函勒令停工在案。又高雄縣政府為釐清此種設計情形經清查系爭開發計畫範圍內興建完成並已領得使用執照之案件中，有同樣情形且量體較大、樓層較高之建築物，計有（98）高縣建使字第 01025 號、（99）高縣建使字第 00694 號、（99）高縣建使字第 00169 號、（99）高縣建使字第 00683 號及（99）高縣建使字第 01303 號等 5 件使用執照，有高雄縣政府 99 年 12 月 24 日

府建管字第 0990341882 號函影本附卷可憑，是系爭開發計畫範圍內之建案，有實設容積之樓地板面積超出法定上限情形者，為數甚多，而該等設計錯誤惟已取得使用執照之建築物，高雄縣政府為符合行政程序法第 7 條規定之比例原則，認暫以不拆除為宜，並經檢視系爭開發計畫範圍內其他未申報開工之建案及尚未申請建造執照之土地，其等經換算可取得之容積樓地板面積，已大於該等設計錯誤惟已取得使用執照之超額面積，足以填補原超額設計使用之面積，如能再配合開發計畫之變更，將可使整體開發案之容積率符合規定。

(二)經核准之開發建築計畫書圖係開發區域內為任何建築行為之最高指導規範及限制，任何開發區內之開發建築行為，若有違反開發建築計畫書圖，縱其開發行為符合相關現行個別法規（包括建築法、下水道法、山坡地保育條例及環境影響評估法等）之規制，仍不得核發建築執照，且此亦無違反法律保留原則。經查：

1. 依非都市土地使用管制規則第 9 條第 1 項第 3 款規定：「下列非都市土地建蔽率及容積率不得超過下列規定。但直轄市或縣（市）政府得視實際需要酌予調降，並報請內政部備查：……三、丙種建築用地：建蔽率百分之 40。容積率百分之 120。」乃現行法令對一般丙種建築用土地使用強度之管制規定。關於丙種建築用地使用強度之管制，早先係於內政部訂定之實施區域計畫地區建築管理辦法第 4 條第 3 款規定為建蔽率 30%，尚無容積率規定，但依當時建築技術規則建築物高度應受面臨道路寬度之影響；迄非都市土地使用管制規則 77 年 6 月 29 日修正發布，始於第 10 條明定丙種建築用地建蔽率 40%、容積率 160%；87 年 1 月 7 日修正時於第 9 條規定丙種建築用地建蔽率 40%、容積率 120%，此管制規定迄今未再有變動。可見在無容積率規定之時期，建蔽率及建築物高度之規定為土地使用強度之規範依據。惟非都市土地使用管制規則第 9 條第 3 項復規定：「經主管機關核定之土地使用計畫，其建蔽率及容積率低於第 1 項之規定者，依核定計畫管制之。」亦即，經核定之非都市土地使用計畫內之丙種建築用地，其土地使用強度，除不得超過上開第 9 條第 1 項第 3 款之法定建

蔽率及容積率規定外，倘核定許可之使用（開發建築）計畫內容之建蔽率、容積率低於該法定時，仍應依該許可之開發建築計畫內容辦理並實施管制。至因核定計畫當時適用之土地強度法今日後變更，例如建蔽率、容積率等土地使用強度規定放寬，依非都市土地使用管制規則第 22 條第 1 項規定：

「區域計畫擬定機關核發開發許可或開發同意後，申請人有變更下列各款情形之一者，應依第 13 條至第 20 條規定之程序申請變更開發計畫：……二、增加全區土地使用強度。……

。」亦應先申請變更原使用計畫後，始得適用修正後之法定建蔽率、容積率實施建築行為，而非逕行適用申請建築行為時之修正後法定建蔽率、容積率。又上開第 22 條第 1 項規定「增加土地使用強度」之意涵，參之臺灣省政府地政處 86 年 10 月 8 日（86）地四字第 59096 號發布之「山坡地開發建築管理辦法」第 17 條免辦理變更許可規定處理原則，就該條文所稱「不增加土地使用強度」釋以，係指：1. 不得增加原開發許可之全案總樓地板面積。2. 不得增加原開發許可之住宅用地面積及其建蔽率、容積率。3. 不得增加原開發許可之公共設施可容納之人口數。上開辦法第 17 條規定雖已於該辦法 92 年修正時刪除，然上開處理原則就不增加土地使用強度之定義解釋，仍可供作上開非都市土地使用管制規則第 22 條有關「增加全區土地使用強度」之理解。依此可知，「增加原開發許可之全案總樓地板面積」及「增加原開發許可之住宅用地面積及其建蔽率、容積率」均屬增加土地使用強度之一種。再非都市土地使用管制規則第 13 條第 1 項、第 14 條第 3 項、第 26 條之規定配合以觀，足見經主管機關核定之土地使用計畫，如其計畫內容已有明確之土地使用強度規劃書圖，其接續之開發建築，除受行為時之法定建蔽率、容積率限制外，仍應依核定計畫管制之。

2. 至原告一再主張經核准開發計劃書圖於 75 年核准前並無法律明文可以成為管制依據，故被告援引該經核准之計劃書圖做為管制依據之主張，自有違反法律保留原則云云，應有誤解。經查：

- (1) 依系爭已核准之開發計劃書圖觀之：75 年高雄縣政府系爭已

核准之開發計劃書圖，性質上應屬行政處分，且在山坡地原則禁止，例外准許開發的基本架構下，申請人於申請時所提出並經准許之條件，等同申請人在自我承諾，自我管制下所例外取得之授益行政處分，其必須受到自我拘束，此乃當然之理。而上開行政處分依行政程序法第 110 條第 3 項之規範意旨，其迄今均未廢止或撤銷，故其效力仍繼續存在。故而系爭已核准之開發許可，是一個計畫裁量的形成，基本上，屬財產權內容之形成，透過此一開發許可，人民始取得開發建築之權利，自與對人民既有權予以干涉之財產權侵害有別。且此一計畫裁量之特許，並拘束基於這個計畫裁量之下的後續與後階段的處分或決定，形成整體關聯跟連貫性拘束的多階段程序管制。直接拘束後階段主管機關所為之行政管制措施，也會拘束到其他主管機關所為之決定。否則，若單以原告之主張均用行為時之建築法令，而無須受到此處分之拘束，則上開迄今仍有效力之開發計劃書圖豈不名存實亡。

- (2)就山坡地開發建築管理辦法之意旨觀之：首先就山開辦法（以下皆指該辦法 86 年修正前版本）之開發許可意旨觀之，綜觀該辦法第 3 條規定不准山坡地零星開發及例外得核定之原因，以及第 5 條第 1 項、第 6 條規定禁止開發之情形，可看出山坡地開發建築管理辦法所規範之開發許可，乃是鑑於山坡地開發利用較平地存有更多潛在風險，而不宜放任自由開發利用，而在一般土地使用管制之外所額外建立之特別控管機制。其制度精神在於，縱使個別山坡地編定種類適合建築使用，但該土地之建築開發若不符該辦法所允許開發之條件者，仍不允其開發利用。亦即山坡地開發之開發許可，因為對周邊環境衝擊較大，且特定開發項目可能為地質條件所不許開發，是否得以開發建築與開發量體、種類、分布及位置等，有決定性關係，甚至一定程度與設施之設計有關，故需細緻評估與管控，難以直接採用固定的編定種類去進行管制，因此在土地使用管制上係採所謂的依（經核定開發）計畫管制。質言之，個案性開發特許基於兼顧週邊環境衝擊，故開發基地的具體規劃設計內容為其得以例外被允許之關鍵，所以在開發許可之土地使用管制上，係以所核准開發計畫內容

進行土地使用管制。而由此開發許可制度特性即可導出現行法明定開發許可案之土地依經核定計畫書、圖管制，乃事理之必然結果。至於 75 年之前關於開發許可之規定縱使沒有明確規範應依經核定計畫書圖管制，在法律解釋上，基於前述開發許可制度之原理，仍應為相同之解釋，否則開發許可案的土地使用管制將會失去計畫指引，而不再有意義。進而，開發許可案件既以其經核定計畫書圖為土地使用管制依據，因此其土地使用管制之原型為全區具有一體不可分割利用之管制特性，而必須進行精算精管方式管制土地利用行為。

(3)從法律解釋之角度，亦應得出相同之結論：

- ①由歷史解釋觀之，山坡地建築管理辦法之依據主要係根據建築法 97 條之 1 規定，即在 73 年制定當時之立法理由即清楚提到，山坡地開發原則是禁止的，例外才能許可，故如前述，山坡地開發許可係屬特許行為。故而山坡地開發辦法在立法理由即表明係為避免破壞山坡地，因此，在立法上，其本身就同時具有管制土地利用的功能。準此，依歷史解釋之角度可以導出，山開辦法不只管建照，亦涉及土地利用的管制。由此一立法目的，開發許可係涵蓋土地利用管制及建築管制無疑。
- ②另依體系解釋觀之，山開辦法第 4 條第 1 項明文規定「依下列順序辦理」，其第一順序為應申請開發之程序，即係透過審查機制，判別開發是否安全，此為第一層次；次之申請雜項執照，即為確定水土保持等安全措施，有無落實，藉以防止危險，亦係落實第一層次開發計劃中之基本安全要求；最終始進入第三階段，即建築管理之層次。故由體系解釋觀之，核定計畫書圖係同時包含了計劃管制、開發管理與建築管理三個層次，絕無於建築管理階段，只須依相關建築管理法令進行建築管理，而完全無視開發許可，對後續建築管理之拘束效力，以致無法貫徹土地使用管制的規範目的。
- ③再由目的解釋觀之，如上述，開發許可具有特許行政處分之性質，亦即對原則上禁止開發之山坡地予以特許利用之法效力，故開發許可之實質效力，應相當於法規命令。換

言之，非都市土地使用管制規則係對原本不需專案核准開發之土地所為之一般通案性規定，但土地若是海埔地、山坡地，因為本質禁止開發，例外才能開發，必須根據地質條件之設計與安排，進而取得專案許可，始能進行後續開發，故而開發許可之書圖，其實等同於本不可以開發的地區，透過這個許可之書圖，而允許開發，從而申請人即須依此開發許可之書圖去進行利用，故其實質效力相當於非都管制規則之效力。準此，由此角度觀之，開發許可之功能及其效力實與非都市土地管制規則相同，而同時包含拘束開發管理與建築管理層次，由此即可推演出即使原告申請案件符合建築法之相關法令，但倘不符合計畫書圖所管制之土地使用時，仍應不予許建築許可。

- (4)另查系爭開發計畫案係原高雄縣政府於75年4月19日依據山開辦法公告核准開發許可之山坡地住宅社區開發案件，於其計畫經核定後，即成為該地區開發建築之管制依據，自應依經許可之開發計畫管制其土地之使用，上開辦法雖於92年修正時刪除「開發許可」相關規定，惟業將該相關規定增訂於非都市土地使用管制規則中，是原核准之開發計畫倘有變更之必要，後續仍應依管制規則有關變更開發計畫之程序辦理變更開發計畫；未核准變更開發計畫前，仍應依原核准開發計畫內容予以管制土地之使用。是本案即使原本在山坡地開發許可時期，最初並未明訂開發許可案之土地使用管制應依計畫書、圖管制，而是嗣後修法時增補此部分規範，惟此一增補，只不過是把山坡地開發許可，本質上原已存在之特許效力作補充之說明，尚難謂該增補前之山坡地開發許可，不具特許之性質，此不可不辨，故無論有無此一增補，皆無損於開發許可案件應依經核准計畫書、圖管制之要求；蓋開發許可制度由法理與其制度體系觀察，若不為如此解釋將生制度內部邏輯上之矛盾。故而開發計畫經許可後，開發人及開發地區土地使用人即負有依照核定計畫書圖使用土地之義務，亦即開發計畫區土地使用不違反核定計畫書圖之不作為義務；相對地，主管機關亦有監督、維持核定開發計畫內容確實被遵守之義務與權限，亦即在整體開發計畫情形，就其核

定開發計畫書圖內容來看，全區土地利用具有一體、不可分割獨自利用之特性，局部違反開發計畫，即已構成對該開發計畫之違反與土地使用管制之違反，主管機關固然可以僅就個別土地利用行為違反土地使用管制規定為由予以裁罰，但更應可就開發人或是開發地區土地使用人之土地利用行為，在計畫控管之層級，基於對開發計畫整體之考量，為維持核定開發計畫後續合法實施、防止整體違反核定開發計畫內容情形之惡化，而在違法狀態排除前，基於該開發許可行政處分之效力，限制全區中尚未開發建築土地之利用，並得同時依照違反土地使用管制裁罰及要求變更開發計畫，此外，原告申請建築之內容，亦與原經核定之計畫書圖之基地配置、位置、建築型態等均有不合，被告自無法無視於已核定之計畫書圖之管制內容，而予以許可建築。

- (5)且學者戴秀雄於臺灣環境與土地法學第 305 期（2016 年 10 月 14 日）亦撰文分析至於 75 年之前關於開發許可之規定縱使沒有明確規範應依經核定計畫書圖管制，表面上來看似有法律保留上之疑慮，但是究其實質，在法解釋上基於前述開發許可制度之原理，以所核准開發計畫內容進行土地使用管制為開發許可制度之本質特性與原生應有態樣，故縱使有明文宣告以所核准開發計畫內容進行土地使用管制，實仍應為相同之解釋。況且，若不為此解釋，則開發許可案的土地使用管制將會失去計畫指引，而不再有意義。進而，開發許可案件既以其經核定計畫書圖為土地使用管制依據，因此其土地使用管制之原型為全區具有一體不可分割利用之管制特性，而必須進行精算精管方式管制土地利用行為。惟若核定開發計畫書圖所載內容，對於開發地區內部土地利用明確規定依照編定用地別管制者，自仍得依編定用地別管制，只是此種管制方式表面上看與一般非都市土地並無不同，究其本質卻仍是依核定開發計畫管制。

3. 有關申請建造執照程序之建築容積管制，並非應以開發許可計畫區域範圍內個別建築基地之法定容積規定作為管制方式。
。經查：

- (1)如上述可知，經主管機關核定之土地使用計畫，如其計畫內

容已有明確之土地使用強度規劃書圖，其接續之開發建築，除受行為時之法定建蔽率、容積率限制外，仍應依核定計畫管制之，且按山坡地保育區係區域計畫主管機關為保護自然生態資源、景觀、環境，與防治沖蝕、崩塌、地滑、土石流失等地質災害，及涵養水源等水土保持，依有關法規，會同有關機關劃定者；於此區域開發建築自應審慎並予管制，免致違反上開保護規範，並生公共安全之虞。早年因非都市土地使用管制規則並無山坡地開發許可之相關規定。內政部遂於72年7月7日訂定發布山開辦法以為管制之依據，該辦法係由建築法第79條之1授權而訂定；其間經79年、86年及88年，共3次修正；依各次所訂之第8條、第27條規定意旨，山坡地申請建築開發許可時，所擬定之土地使用分區管制計畫，經核定後為該地區開發建築之管制依據，直轄市、縣（市）主管建築機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用；且山坡地社區內建築物及基地之使用，違反所核定之開發許可內容者，應依建築法令處理或處罰。嗣該辦法於92年3月26日修正名為「山坡地建築管理辦法」，並刪除有關申請開發許可之規定，納入非都市土地使用管制規則。上開原管理辦法第8條及第27條關於非都市土地開發之使用管制及違反使用之處罰規定，亦因區域計畫法第3章及第5章已有明文，乃予刪除。然原規定與上開現行非都市土地使用管制規則第9條第3項規定互核，可知山坡地開發建築，從72年發布山坡地開發建築管理辦法迄今，依該辦法或非都市土地使用管制規則規定核發開發許可者，其建築之實施應依該許可之開發建築計畫內容（包括土地使用之強度）辦理並實施管制，並無不同。且計畫核定後，如欲增加全區土地使用強度情形，應申請變更開發計畫，否則即與開發許可之內容有違。

- (2)再依山坡地建築管理辦法第4條第1項規定，各該程序之申請，因法規範之要求容有不同，而應受其各自要件之規範。是人民取得開發許可之開發計畫案後，申請建造執照時，主管建築機關應依申請時建築法之相關規定辦理。依建築法第1條及第3條規定，因該法適用地區包括實施區域計畫地區，是區域計畫法及其授權訂定之非都市土地使用管制規則暨上

開依建築法授權訂定之山坡地建築管理辦法自均屬上述建築法相關之法規。再依建築法第 11 條第 1 項、行為時建築技術規則建築設計施工編第 161 條之規定可知，建築基地之容積率，原則上應就個別建築基地檢討之，惟於都市計畫或區域計畫另有規定時，仍應從其規定。上揭區域計畫法第 15 條第 1 項授權訂定之非都市土地使用管制規則第 9 條第 1 項及第 3 項規定，即屬原則與特別規定之情形。

- (3)系爭開發計畫 75 年 4 月當時山坡地開發建築，依山開辦法第 3 條規定，應達十公頃以上，係以一定範圍地區整體規劃開發為考量所核准開發許可，當時開發案規劃構想係以中上級山坡地住宅社區為開發申請，且原申請為姑婆寮段 26-1 地號 1 筆土地，面積為 58 公頃以一宗土地申請開發，該計畫案業有記載建築基地配置計畫係屬山坡地鄉村住宅為丙種建築用地，其建蔽率為 30%，當時雖無容積率規定，但需依建築物高度來管控建築物總樓地板面積，即依建築技術規則建築設計施工編第 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 公尺之規定。由該計畫案擬開發之道路系統圖所示道路系統分為最大寬度為 10 公尺，最小寬度為 6 公尺，住宅社區建築型式為七層及二層建築物兩種；其做為該宗山坡地住宅社區建築物興建規模及所個別持分及集合住宅共同持分之全區可興建住宅之總樓地板面積，就開發許可報告書內容所述該山坡地住宅社區計畫興建 1140 戶。就七層集合住宅共 290 戶，每戶計畫面積 165 平方公尺，二層別墅住宅 A 型 120 戶、B 型 230 戶、C 型 220 戶、D 型 100 戶、E 型 180 戶，各類型別墅住宅計畫面積各為 188、154、174、162、178 平方公尺；故該社區合計興建七層 290 戶，樓地板面積 47850 平方公尺；二層別墅住宅 850 戶，樓地板面積 144500 平方公尺，合計共 1140 戶，總樓地板面積為 192350 平方公尺，規劃居住人口數為 9012 人。按開發許可屬於規劃許可層次，經核可之開發計畫書內容部分屬於規劃構想，開發者應可依據市場變化酌予調整變更開發計畫書之內容，其變更後應不得超過原開發計畫所核定之規劃居住人口數即 9012 人。此於內政部 94 年 4 月 28 日台內營字第 0940082885 號函亦有相關函釋在案。故而被告

基此否准原告之處分，自屬適法無訛。

(4)學者戴秀雄更於其文章亦指出：「開發計畫經許可後，開發人及開發地區土地使用人即負有依照核定計畫書圖使用土地之義務，亦即開發計畫區土地使用不違反核定計畫書圖之不作為義務；相對地，主管機關亦有監督、維持核定開發計畫內容確實被遵守之義務與權限。亦即在整體開發計畫情形，就其核定開發計畫書圖內容來看，全區土地利用具有一體、不可分別獨自利用之特性，局部違反開發計畫即已構成對該開發計畫之違反與土地使用管制，主管機關固然可以僅就個別土地利用行為違反土地使用管制規定為由予以裁罰，但更應可就開發人或是開發地區使用人之土地利用行為，在計畫控管之層級，基於對開發計畫後續合法實施、防止整體違反核定開發計畫內容情形之惡化，並非不可以而在違反狀態排除前，基於該開發許可行政處分之效力限制全區中尚未開發建築土地之利用，並應同時依照違反土地使用管制裁罰要求變更開發計畫，而不是僅僅針對建築管制部分進行處理。」更足資佐證。

(5)至管制之方式鑒於系爭開發許可係對地質條件本不適合開發建築之山坡地，經由地質調查及專業審查等計畫書圖核定機制，提供變更土地使用管制的特殊調整管道，亦即本存有基地乘載量和負荷之安全疑慮而不能開發的山坡地，除非經過專業審查，確保安全條件符合地質狀況的規劃設計，而予以專案許可，才允許人民得根據許可之書圖進行後續開發建築，故其本質屬特許處分，無論英式的開發許可或德式的開發許可皆然，規劃內容必須非常精確，連水溝在哪裡都必須於計畫書圖載明，以取得開發之特許（發展權），始能據以取得後續之建築許可，故該許可屬特許行政處分之性質。故而根據開發許可所核定計畫書圖內關於第五章「計劃與建戶數」、「興建面積」、「人口數」、「公共設施及公用設備」、「整地系統及水土保持計劃」、「防災計劃」、「水土保持計劃」、「自然文化景觀保育計劃」、「建築基地配置計劃」（即建蔽率與類似容積率）等所有內容，均屬系爭基地應受管制之內容，而此一開發許可，除經變更、撤銷、廢止

或因其他事由而失其效力，否則自核准許可時起，即對外發生效力，無論多久，許可及管制效力皆存續存在，原告自應受其拘束。另高雄縣政府 98 年 5 月 8 日核准「皇冠假日飯店變更案」及 98 年 12 月 10 日核准「天悅一館及義大廣場變更案」，查原告係將原作為集合住宅之丙種建築用地，以「增列容許使用項目」方式變更作飯店、購物中心及遊樂場等使用，依據內政部地政司 98 年 2 月 12 日書函所示原則，其用途與原住宅社區開發計畫核定許可用途並不相符，已涉及原核准興辦事業計畫性質之變更，自應依行為時管制規則第 3 章土地使用分區變更之規定，以新案方式重新申請開發許可，並變更為特定專用區遊憩用地，而非以丙種建築用地「增列容許使用項目」方式辦理變更。但上開增列容許使用雖非適法，惟迄今效力仍在，上開增列容許使用未依法撤廢變更前，關於使用用途固得依增列之容許使用項目而為飯店、購物中心、遊樂場等使用，但相關土地使用強度部分並未因增列容許使用而有所變動，故除該次申請增列容許使用之項目外，其餘自仍應受原核准計畫之限制，併予敘明。

(三)系爭開發計畫案係以原一筆土地申請開發許可，故以開發計畫內容據以管制土地使用之效力及於所有土地，嗣後雖已分割成各宗土地並辦理所有權移轉登記，惟開發區範圍內之土地仍應受開發計畫之管制，不因其所有權已移轉而有所差別。是系爭開發計畫案現狀既已明顯違反當時核准之開發計畫書圖，無論其開發計畫內之各建物所有權是否歸屬同一人，各建物是否分別符合建築管理法令之規範，均因違反開發計畫書圖，則於未變更設計以符合原開發計畫書圖之前提下，均不得允許。經查：

1. 原開發許可該宗開發範圍土地之限制，總樓地板面積為 192350 平方公尺，規劃居住人口數為 9012 人，即為容積總量管制之依據。目前開發計畫書圖與現狀之差異如被證 10 所示，其中關於土地使用強度控管部分，原開發許可範圍山坡地住宅社區迄今核發使用執照數量為 184 件，戶數 443 戶，總樓地板面積 683005 平方公尺（此未含超額容積 114233.8 平方公尺），倘以原開發計畫最高每人居住面積 24 平方公尺/人換算，

居住人口密度已達 28459 人。退步言，若以行為時容積率 120%計算，58 公頃可興建總樓地板面積為 696000 平方公尺，仍優於原開發許可 144500 平方公尺，惟僅係已趨近飽和，倘包含行政訴訟判決確定超額容積 17 件部分，人口數及樓地板面積等業已嚴重超出土地使用強度。

2. 本件原告申請系爭建造執照之建物，係位於 75 年依山開辦法核准通過之「大高雄迪斯奈華城開發計畫案」內，故而當時本開發計畫既係山開辦法審核通過，自有該辦法之適用，殆無疑義。而該辦法第 8 條明白規定：「雜項工程施工中，發現地形、地質與實際工程設計不符時，起造人應會同承造人及監造人依法變更設計後，始得繼續施工。其有危害安全之虞者，主管建築機關得令其停工，並為緊急處理」。換言之，依當時之法令，凡開發計畫之書、圖說核定後，該開發計畫之書、圖即為管制之依據業如上述，使用人若有違反即可由主管機關加以限制使用人為開發計畫內容之使用。而亦由該辦法之規範意旨可知，整體開發計畫之書、圖並無限制其開發計畫內須單一所有權人或複數所有權人，亦無明文開發計畫內之權利可否轉讓或變更，足徵依該辦法之規範意旨可知，法規既係規範開發計畫之書、圖本身，而不論其內所有權人之人數。故而按上開說明函釋論述本開發計畫係經管理辦法審核通過，就建築法個別獨立之申請建造執照與依「山坡地開發建築管理辦法」規定非都市土地山坡地申請開發建築亦不可分離，原告自不得主張因開發計畫內之個別建物所有權人不同，故被告不得依該計畫內其它開發計畫所有權人之疏失，而限制本件之開發，即無理由甚明。
3. 至被告 100 年 1 月 18 日所發高市工務建字第 0990054855 號函，非對原告之請求為承諾，且係就開發區內各建物之容積率為轉知內政部之意見，與原告是否仍應受開發計畫書圖之限制或被告是否因而同意放寬原開發計畫書圖之限制無涉。經查：
 - (1)若要變更原容積率，非僅被告同意而應依相關法定程序為之；系爭開發計畫案係 75 年間由高雄縣政府依據 72 年訂定之山開辦法規定核准開發許可之住宅社區開發案件，其核准開發

計畫書圖文件應作為後續開發建築之管制依據。其後內政部於 92 年 3 月 26 日配合「山坡地開發建築管理辦法」修正名稱為「山坡地建築管理辦法」，並將開發許可專章刪除，統一納入「非都市土地使用管制規則」辦理，故本案尚須辦理變更開發計畫，自應依行為時管制規則第 22 條規定辦理。依據管制規則第 22 條規定，申請變更開發計畫應依第 13 條至第 20 條規定之程序辦理（同新申請開發許可案件），办理流程如附件 1。故而，若欲變更容積率之限制，原告應依上開規定辦理，自非被告片面得以同意加以變更甚明。

- (2)且按內政部 99 年 12 月 21 日內授營綜字第 0990243327 號函說明四略以：「……75 年 4 月 14 日原許可開發計畫書是否有載明容積率，如有規定容積率，請申請人申請建築執照時，其容積率得依本部上開 87 年 10 月 9 日台內營字第 8772997 號規定，按原核准開發計畫內容辦理；如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦。」被告 100 年 1 月 18 日高市工務建字第 09900954855 號函，僅係轉知依內政部函文內容，本區屬丙種建築用地，個別基地於行為時容積率規定為百分之 120 而已，惟本開發案既經特許開發，本於開發許可制度之本質原理，仍應依經核定計畫書圖管制，故各宗基地仍必須依照經核定計畫書圖所載之內容進行土地使用管制。況該函非原告請求變更原核准容積率後被告之回覆，僅係將內政部函文轉知，性質上僅為事實行為，自非處分或有與任何人合意變更原開發計畫書圖限制之表示。更罔論如上述，依法規規範，非被告可自行決定變更原核准開發計畫書圖之容積率，故而自無從單憑此函文即認被告有片面同意原告變更原開發計畫書圖就容積率所為之限制甚明。

4. 另如上述被告並無核准之權限，且該函文僅係轉知中央機關之意見，並非就原告之申請而為同意之回覆，原告自無依此行政行為產生信賴基礎，原告亦非基於此基礎進為申請行為，更罔論原告提出申請亦未告知其係位於整體開發區範圍內，並提供開發計畫書圖供被告參酌。顯就此其申請案係位於開發區內之重要事項未為完全陳述，及提供任完整及正確之資料，而有不值得保護之例外情況，自不符信賴保護原則之

要件。又按信賴保護原則之要件有三，須有信賴基礎，信賴表現，信賴值得保護等三要件，始有信賴保護原則之適用。況在法治國原則之下，人民所信賴之國家行為，厥以涉及公權力行使之具有權力作用屬性之法律、行政處分等為限，尚非任何國家行為，均得界定為信賴保護原則之信賴基礎。本件係系爭開發計畫案受託人林益慶建築師事務所因開發區範圍內容積率之適用疑義，以 99 年 11 月 22 日 99 建築字第 002 號函請高雄縣政府釋疑，經高雄縣政府以 99 年 12 月 2 日府建管字第 0990321303 號函請內政部釋示，嗣經內政部以 99 年 12 月 21 日內授營字第 0990243327 號函釋復，爰縣市合併後被告以 100 年 1 月 18 日高市工務建字第 0990054855 號函復陳情人即林益慶建築師事務所，是系爭函文乃被告就陳情人所函詢事項所為函復一般法令釋疑之「觀念通知」，尚非就具體申請案件所為准駁之行政處分，自非屬「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」，則該觀念通知自非屬「公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者」，故尚不得作為適用信賴保護原則之信賴基礎，更何況該函轉知之內容，亦明顯於法未合，確實存有抵觸法律而無效之瑕疵，尚難謂陳情人對此得以形成值得保護之法確信。另本件僅屬單純請求釋疑之觀念通知，開發業者並未根據此一觀念通知為任何進一步之行為，即難謂本件存有適用信賴保護原則之信賴表現行為，故本件並不存在有信賴保護原則之問題。系爭函文僅為觀念通知，並非行政處分，亦非屬法規，故對外並未直接發生法律效力，其內容僅屬主管機關對某事件所表達之看法，且其內容亦有違反非都市土地開發許可效力之法律規定，開發業者尚不得援引該函作為信賴基礎。又本件顯無信賴表現，且其信賴亦有不值得保護之情形，故並無信賴保護原則之適用。

5. 內政部營建署 103 年 7 月 1 日函檢附之 103 年 6 月 11 日會議紀錄，有關超額容積解決方案部分之會議記錄內容，係就本案進行可行性解決方案之討論而非認同原告之主張。經查：

- (1) 按區域計畫法第 15 條之 1 及非都市土地使用管制規則第 13 條、第 14 條、第 20 條、第 21 條等規定可知，非都市土地之開發

許可，乃申請人為開發利用需辦理土地使用分區變更時，應製作開發計畫書、圖及檢具有關文件，向直轄市或縣（市）政府提出申請；直轄市或縣（市）政府受理申請後，應提出具體初審意見，併同申請案之相關書圖，送請各該區域計畫擬定機關，提報其區域計畫委員會，依各該區域計畫內容與相關審議作業規範及建築法令之規定審議，申請案經區域計畫委員會審議同意後，由區域計畫擬定機關核發開發許可予申請人，並通知土地所在地直轄市或縣（市）政府；應將許可內容公告 30 日；申請人違反核定之土地使用計畫，經該管主管機關提出要求處分並經限期改善而未改善者，直轄市或縣（市）政府應報經區域計畫擬定機關廢止原開發許可。據此以言，非都市土地之開發許可，係透過許可方式控制土地開發利用之管理制度，開發者對土地之開發並不限於非都市土地分區使用計畫所限定之內涵，而係由開發者自行依其土地利用需求擬訂土地開發計畫，送經政府審查同意，取得開發許可後進行開發。簡言之，非都市土地之開發許可機制係一種個案之管制，為一種土地整體開發方式。

(2)內政部營建署 103 年 7 月 1 日函檢附之 103 年 6 月 11 日會議紀錄

有關超額容積解決方案，建議優先以個別建造執照之建築基地範圍，透過變更設計或個案封閉、恢復原建照使用性質，係基於公益上之理由及為符合行政程序法第 7 條規定之比例原則，係選擇對系爭開發計畫範圍內其他個案較小損失之做法，以符合系爭開發計畫範圍內樓地板之總量管制。會議結論又載，若無法透過建築法相關規定解決個別基地超額容積者，建議循開發計畫變更調整方式辦理。足見主管機關認為合併為一宗土地內之各別建物得為整體之容積率、建蔽率之檢討。就系爭開發計畫範圍內之相關開發建築均應受開發計畫書、圖管制，其他個別宗基地超額容積之情形尚未獲解決，基於系爭開發計畫之整體開發概念，如於個別宗基地超額容積情形未獲改善前，逕自允許同一計畫範圍內之其他個別建造案，將致超額容積現況無從獲得改善，進而造成系爭開發計畫之實現遭受妨礙，失卻土地開發許可機制創設之原意，有違區域計畫法及非都市土地使用管制規則之規定。再依

內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號函指明，法律並未有主管機關不得為整體檢討、評估之明文規範，且實務上亦非無相關或相同之作法，故依行政程序法第 1 條及第 9 條規定，有關保護人民權益亦為行政機關應予考量之重點。本案同一開發區內之其他建案既屬明顯違法，被告要求其變更設計，期使一宗土地內所有建築物均合法，係選擇對原告較小損失之做法，自無違法情事。

(四)高雄縣政府於 75 年 4 月 18 日公告核准陳文火申請之「大高雄狄斯耐華城開發許可報告」後均未辦理開發許可變更；僅 98 年始辦理二次增列容許使用項目，這二次增列容許使用內容係針對個別建築基地（皇家觀光飯店坐落範圍），申請之個別建築基地面積為 3.1491 公頃，主要增列土地容許使用項目得作觀光旅館使用，故與本案實無關聯。又原告所提出之上開圖說雖有被告之戳章，惟原告並未提出相關函文足資佐證該圖說所代表之意涵如何，係已核准變更或有其它情形。故而，原告憑此即認定系爭開發計畫僅具建議效力，已非的論。況依 72 年山開辦法第 4 條規定，已明定非都市土地山坡地申請開發建築應踐行之先後程序。系爭開發計畫範圍雜項執照（75 高縣建築建管字第 7147 號）係於 75 年 8 月 12 日領得，就雜項工程施工中，若遇山開辦法第 22 條之狀況，自得依其規定辦理雜項執照變更設計，此與涉及增加建築基地地號、面積、土地使用強度、變更土地使用性質及變更原開發許可之主要公共設施、公用設備等，屬上開辦法第 15 條規定：「開發人變更開發建築計畫，應依本章規定申請變更許可。」而高雄縣政府於 75 年 4 月 18 日公告核准陳文火申請之「大高雄狄斯耐華城開發許可報告」後均未辦理開發許可變更，更足徵開發計畫絕非如原告所指僅具建議效力，自不待言等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件事實概要欄所載之事實，業經兩造各自陳述在卷，並有系爭土地登記謄本（本院卷 2 第 8-10 頁）、系爭開發計畫開發許可申請書圖（外放）、建造執照及雜項執照規定項目審查表暨系爭建照申請書件（本院卷 1 第 16-19 頁）、被告 102 年 8 月 22 日通知補正函（本院卷 1 第 20-21 頁）、原處分（本

院卷1第22頁)及訴願決定書(本院卷1第24-32頁)等附卷可稽,洵堪認定。兩造之爭點為:(一)系爭建照申請案,是否得以系爭開發許可所核准之開發計畫全區土地使用強度,作為容積管制之依據?(二)系爭開發許可所核准之開發計畫範圍有無變更?系爭建照申請案之建築基地,其受土地使用強度之管制內容為何?(三)被告審查系爭建照申請案,以系爭開發許可所核准之開發計畫範圍內,有實設容積樓地板面積超出法定上限之情形,基於土地開發利用不得有妨礙開發計畫內容之使用,而命原告應予改正,惟因原告逾期未予改正,乃以原處分否准原告之申請,是否有違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原則及信賴保護原則之情事?茲將本院之判斷分述如下:

- (一)系爭建照申請案,應得以系爭開發許可所核准之開發計畫全區土地使用強度作為容積管制之依據:
1. 按區域計畫法於63年1月31日公布後,乃成為非都市土地區域發展計畫之規範依據。參諸行為時區域計畫法第1條:「為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,以加速並健全經濟發展,改善生活環境,增進公共福利,特制定本法。」第4條第1項:「區域計畫之主管機關:中央為內政部;省(市)為省(市)政府;縣(市)為縣(市)政府。」第7條第9款:「區域計畫應以文字及圖表,表明左列事項:……九、土地分區使用計畫及土地分區管制。」及第15條第1項:「區域計畫公告實施後,不屬第11條之非都市土地,應由有關直轄市或縣(市)政府,按照非都市土地分區使用計畫,製定非都市土地使用分區圖,並編定各種使用地,報經上級主管機關核備後,實施管制。變更之程序亦同。其管制規則,由中央主管機關定之。」之規定,可知區域計畫法第15條第1項規定概括授權中央主管機關內政部訂定非都市土地使用管制規則,雖未就授權之內容與範圍為明確之規定,惟依法律整體解釋,應可推知立法者有意授權內政部就非都市土地使用分區及使用地類別之編定或變更編定、容許使用項目及其使用強度之管制準則、實施監督管理之管制方式等事項,依據主管機關行政專業之考量,訂定

法規命令，以資規範。因之，非都市土地使用管制規則雖涉及人民財產權之限制，惟依據司法院釋字第 443 號、第 367 號及第 506 號解釋意旨，衡酌區域計畫法之立法目的及其整體規定之關聯意義為綜合判斷，應可認定非都市土地使用管制規則所為容許使用、建蔽率、容積率、土地使用分區變更及使用地變更編定等相關管制規定，符合區域計畫法第 15 條第 1 項規定之授權意旨，且未逾越法律授權之目的、範圍及內容，核與憲法第 23 條法律保留原則之意旨並無牴觸，自得予以援用。

2. 次按 65 年 11 月 26 日修正發布之非都市土地使用管制規則第 6 條規定：「依本規則規定得為建築使用之土地，其建築管理，依實施區域計畫地區建築管理辦法之規定辦理之。」附表二說明（四）山坡地範圍內各使用區之土地，申請開發建築，應依山坡地開發建築管理辦法之規定為之，並於雜項工程完工經查驗合格後，檢附證明文件依其開發計畫內容之土地使用性質，申請變更編定為允許之用地。又內政部於 69 年 10 月 3 日修正發布之實施區域計畫地區建築管理辦法第 4 條第 3 款規定丙種建築用地為建蔽率 30%，75 年 3 月 12 日修正發布之同辦法第 4 條第 3 款規定，丙種建築用地建蔽率為 40%，惟容積率並未規定，但建築物高度係受面臨道路寬度之影響（當時建築技術規則建築設計施工編第 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）。另內政部為加強山坡地開發建築管理，促進土地合理利用，維護公共安全，於 72 年 7 月 7 日（79 年 2 月 14 日始另修正）依職權訂定發布山坡地開發建築管理辦法（其後立法機關鑑於目前工商發達、社會繁榮、人口不斷增加，建築用地需求日益增高，都市近郊之山坡地乃逐漸被開發為建築使用，為確保山坡地建築居住環境之品質，避免肇致災害，乃於 73 年 11 月 7 日增訂建築法第 97 條之 1 規定：「山坡地建築管理之辦法，由內政部定之。」），其第 2 條第 1 項規定：「本辦法以建築法第 3 條第 1 項各款所列地區之山坡地為適用範圍。」第 3 條規定：「山坡地開發建築面積不得少於 10 公頃。但依法已得為建築使用之山坡地，不在此限。」第 4 條規定：「（第 1 項）山坡地開

發建築，應向直轄市、縣（市）主管建築機關依左列順序申請辦理：一、申請開發許可。二、申請雜項執照。三、申請建造執照。（第2項）前項第1款申請開發許可，於依法已得為建築使用之山坡地，不適用之。」第6條第1項規定：「山坡地有左列各款情形之一者，不得開發建築。一、坡度陡峭者。二、地質結構不良、地層破碎、斷層或順向坡有滑動之虞者。三、現有礦場、廢土堆、坑道，及其周圍有危害安全之虞者。四、有崩塌或洪患之虞者。五、有礙自然文化景觀者。六、依其他法律規定不得建築者。」第8條規定：「（第1項）申請開發許可應備具左列書、圖。一、開發建築計畫書。二、開發建築計畫圖。三、開發建築財務計畫書。（第2項）前項書、圖如附件一。」附件一規定開發建築計畫包括左列圖書文件：一、開發建築計畫書：應載明左列事項並以圖表說明。（一）申請開發人姓名……。（二）土地座落……。（三）開發地區之自然環境及地理景觀資料：……。（四）開發地區現況之分析：……。（五）計畫興建戶數、建築型態、建築密度及容納人口數。（六）實質發展計畫：……。二、開發建築計畫圖：（一）道路系統。（二）土地使用計畫。（三）建築基地及使用類別。（四）水土保持設施。三、開發建築財務計畫書：……。」第10條第1項規定：「直轄市、縣（市）政府為審查開發建築計畫，應由工務、建設、農林、地政等有關單位及專家學者會同審查，並得邀請申請開發人列席說明。」第12條規定：「直轄市、縣（市）政府……核准開發建築者，並應將開發許可內容於……公告30天。」第14條規定：「開發建築計畫經許可後，開發人應於收受之日起1年內申領雜項執照，逾期未申領者，應將原開發建築許可公告作廢。」第15條規定：「開發人變更開發建築計畫，應依本章規定申請變更許可。」第16條第1項規定：「山坡地開發建築，應先從事整地，設置水土保持設施及必要之公共工程等，其需挖填土石方或其他雜項工作者，應申領雜項執照。」第24條規定：「山坡地應於雜項工程完工查驗合格後，始得申請建造執照。」

3. 又按79年2月14日修正發布之山坡地開發建築管理辦法第3條規定：「山坡地開發建築面積不得少於10公頃。但有左列各

款情形之一者，不在此限。一、實施區域計畫地區之非都市土地，經依法辦理使用分區編定，依規定容許建築者。二、實施都市計畫地區，已完成細部計畫，其使用分區可供建築者。三、興闢公共設施、公用事業、慈善、福利、文化事業或其他公共建設所必要之建築物，經省（市）政府核准者。四、依其他法律規定得為建築使用者。」第7條規定：「山坡地申請開發許可應檢附左列文件。一、申請書。二、開發建築計畫書、圖。三、水土保持計畫書。四、土地使用分區管制計畫書、圖。五、開發建築財務計畫書。六、環境影響評估報告書。」第8條規定：「依前條第4款所擬定之土地使用分區管制計畫，經核定後為該地區開發建築之管制依據，直轄市、縣（市）主管建築機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用。」第27條規定：「山坡地社區內建築物及基地之使用，違反所核定之開發許可內容者，應依建築法令處理或處罰。」其後，內政部為配合將原山坡地開發建築管理辦法申請開發許可之規定，納入非都市土地使用管制規定予以規範，並依據行政院核頒「改進土地使用變更審議機制方案」之改進措施：刪除有關申請開發許可之規定，納入非都市土地使用管制則予以規範；另將申請雜項執照有關水土保持設施部分予以刪除，納入水土保持法令予以規範；又因違反管制使用之土地，區域計畫法及都市計畫法已訂有罰則，且為配合開發許可回歸土地使用管制法規予以規範，爰刪除有關違反核定開發許可內容，應依建築法令處理或處罰之規定；乃於92年3月26日修正發布山坡地建築管理辦法（原名稱：山坡地開發建築管理辦法）及全文10條，並自發布日施行（參見山坡地建築管理辦法修正總說明）。且修正前山坡地開發建築管理辦法第8條，因有關非都市土地開發之使用管制規定，區域計畫法第3章區域土地使用管制已有明定，修正發布之山坡地建築管理辦法爰予刪除該修正前山坡地開發建築管理辦法第8條規定；又修正前山坡地開發建築管理辦法第27條，因違反管制使用之土地，區域計畫法及都市計畫法均訂有罰則，另為配合開發許可已納入土地使用管制予以規範，爰予刪除該修正前山坡地開發建築管理辦法第27條規定

（參見山坡地開發建築管理辦法修正修文對照表）。

4. 揆諸我國土地利用計畫法制，係依據都市計畫法、區域計畫法及國家公園法等專業法規（現新增自 105 年 5 月 1 日施行之國土計畫法）之規範，而形成確保國土安全與永續發展，保育自然環境與資源，建構資源與產業合理配置，維護地理、人口、資源、經濟活動等相互依賴及促進共同利益關係之土地利用計畫，並授權行政主管機關基於行政專業及計畫高權之地位，就各該專業法規所規範之土地範圍，製定適當合理之土地使用計畫，強化土地資源保育及利用之管理機制，確保空間發展計畫之實現。而開發建築行為，係為達成特定目的，積極利用土地，接續為空間規劃設計建築之漸進式開發行為。是由開發建築之事物本質而言，土地使用計畫，乃建築計畫之上位規範計畫；建築計畫，則為土地使用計畫之下位規範計畫，應受土地使用計畫之規制。又鑑於土地使用計畫，攸關國土安全與整體綜合計畫之實現，原則上應由國家機關立於計畫高權地位裁決確定其計畫內容，人民並無擬定土地開發計畫內容之基本權利，僅得於法令限制之範圍內（所有權社會化之表徵），依照國家機關設定之土地使用計畫，取得主管機關之建築許可（風險管理措施），而依法自由使用、收益、處分其財產權，此乃憲法第 15 條及第 23 條所為對人民財產權之制度性保障及限制之體現。惟若國家機關將土地利用內容之計畫事項，例外賦予人民於符合法定要件下，得為辦理土地開發建築計畫之申請（如前述區域計畫法、非都市土地使用管制規則或山坡地開發建築管理辦法），允許人民以其規劃構想為基礎，參與一定範圍內土地利用內容之形成，而額外取得自由活動之範圍，則該核准開發許可之行政處分，應屬形成處分之特許性質，且基於該開發許可所形成具體土地使用內容之公法上法律關係，乃係對土地利用（屬物性）設定具體之權利義務關係。故土地使用者依該開發許可，如欲享有土地開發建築之利益，自須依據該開發許可所設定形成之公法上法律關係，享受權利及負擔義務，而行政主管機關基於該開發許可所設定之規制內容，對於人民之開發建築行為進行管制，則屬依法行政之當然結果。

5. 經查，系爭開發計畫案係位於改制前高雄縣大樹鄉姑婆寮段 26-1 地號、面積約 58 公頃之山坡地，為非都市土地，前經區域計畫之主管機關高雄縣政府於 65 年 5 月 31 日劃定使用分區為山坡地保育區，但尚未編定使用地類別。申請人即訴外人陳文火於 74 年間依行為時山坡地開發建築管理辦法提出非都市土地山坡地住宅社區開發案開發許可之申請，經高雄縣政府審議其提出之開發建築計畫書圖，當時其開發建築計畫書圖已明確表明系爭開發計畫之住宅區基地面積為 375,800 平方公尺，總建築面積（容積）為 192,350 平方公尺（七層雙併集合住宅建築面積 47850 平方公尺＋二層雙併別墅住宅建築面積 144500 平方公尺＝192350 平方公尺），嗣經高雄縣政府審議通過，並於 75 年 4 月間公告核准系爭開發許可在案。爾後開發人陳文火接續申請雜項執照，完成基地整地工程並經查驗合格，於 77 年 8 月 20 日向高雄縣政府領得（77）高縣建局建管字第 10149 號「雜項使用執照」，復於 78 年 5 月 26 日辦理登記變更編定使用種類丙種建築用地完竣等情，已據兩造分別陳明在卷，且有系爭土地登記謄本（本院卷 2 第 8 頁）、系爭開發許可申請書圖（外放）及其第 64 頁（本院卷 1 第 146 頁）、高雄縣政府建設局建管課承辦人 75 年 4 月 14 日簽（本院卷 1 第 349-350 頁〈被告陳明開發許可公告遍尋無著〉）、雜項執照（本院卷 1 第 176 頁）、雜項使用執照（本院卷 1 第 65 頁）、高雄縣政府 78 年 5 月 22 日 78 府地用字第 66791 號函（本院卷 2 第 43 頁）、內政部 75 年 3 月 6 日台（75）內營字第 378698 號函稿（本院卷 1 第 346-348 頁）及 99 年 12 月 21 日內授營綜字第 0990243327 號函（本院卷 1 第 328 頁）在卷足憑，堪信為真實。
6. 原告雖主張自 72 年至 86 年間山坡地開發建築管理辦法有關開發許可之規定，係於 79 年始有依使用分區管制計畫之規定，迄至 86 年始有依開發計畫書圖管制之規定；而非都市土地使用管制規則係於 82 年 11 月 5 日修正發布第 9 條第 3 項，始有經主管機關核定之土地使用計畫，其建蔽率及容積率低於法定建蔽率及容積率者，依核定計畫管制之明文規定。又依臺灣省政府建設廳 77 年 3 月 11 日建四字第 003092 號及內政部 74 年 9

月 10 日台內營字第 328785 號等函釋，可知系爭開發許可僅係審查開發建築之消極要件，並未要求一定要提出開發計畫書圖。且參諸建築法第 30 條規定，申請建造執照時亦未要求提出開發許可或開發建築計畫書圖等文件，足見系爭開發建築計畫書圖規劃之總樓地板面積 192,350 平方公尺，並非開發許可處分之規制內容云云；惟查：

- (1)按系爭開發許可，係主管機關高雄縣政府適用內政部依職權於 72 年 7 月 7 日發布之山坡地開發建築管理辦法而核發之特許處分。又行為時該辦法第 2 條第 1 項係以建築法第 3 條第 1 項各款所列地區之山坡地為適用範圍，參諸 65 年 1 月 8 日修正公布之建築法第 3 條第 1 項規定：「本法之適用地區如左：一、實施都市計畫地區。二、實施區域計畫地區。三、經內政部指定地區。」（73 年 11 月 7 日修正公布之建築法第 3 條第 1 項亦同），及依 65 年 4 月 29 日制定公布之山坡地保育利用條例第 6 條第 1 項：「山坡地應按土地自然形勢及其可利用之限度，依照區域計畫法有關規定，劃為各種土地使用區，並編定各種使用地。」、區域計畫法第 15 條第 1 項前段：「區域計畫公告實施後，不屬第 11 條之非都市土地，應由有關直轄市或縣（市）政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。」之規定可知，系爭開發計畫地區業經區域計畫之主管機關高雄縣政府於 65 年 5 月 31 日依區域計畫法劃定使用分區為山坡地保育區，僅其當時尚未完成編定使用地類別，而無法依使用地類別實施管制而已，惟此並不影響其為實施區域計畫地區，而有 72 年 7 月 7 日發布之山坡地開發建築管理辦法之適用。原告執臺灣省政府 66 年 3 月 22 日府建四字第 8233 號函釋指稱系爭開發計畫地區非山坡地開發建築管理辦法之適用範圍云云，並非可採。
- (2)次按 79 年 2 月 14 日修正發布之山坡地開發建築管理辦法第 8 條及第 27 條規定，土地使用分區管制計畫書圖經核定後，為該地區開發建築之管制依據，主管機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用，山坡地社區內建築物及基地之使用，如有違反所核定之開發許可內容者，應依建築法令處理或處罰。86

年3月26日修正發布之山坡地開發建築管理辦法第8條及第27條規定，開發計畫書、圖，經核定後為該地區開發建築之管制依據，主管機關得限制使用人為妨礙計畫內容之使用，山坡地社區內建築物及基地之使用，如有違反所核定之開發許可內容者，應依建築法令處理或處罰。另82年11月5日修正發布非都市土地使用管制規則第9條第3項規定，經主管機關核定之經主管機關核定之土地使用計畫，其建蔽率及容積率低於法定建蔽率及容積率者，依核定計畫管制之。則原告主張依內政部78年4月6日台內營字第680134號函釋意旨，於79年2月14日修正發布山坡地開發建築管理辦法施行前，實務作業上係以土地使用分區作為開發建築之管制依據，嗣依79年至86年有關開發許可之法令規定，於79年係依土地使用分區管制計畫為開發建築之管制依據，迄至82年或86年則依核定計畫或開發計畫書圖為開發建築之管制等節，固非全然無據。

- (3)惟衡諸前揭法令體系及變遷沿革可知，行為時山坡地之保育及利用，係依照主管機關根據區域計畫法劃定之各種土地使用區及編定之各種使用地為管制依據，且山坡地之開發建築，對於已編定為建築用地之使用地類別，不需申請開發許可，人民依法即得申請為建築使用，而屬一般許可機制；但為防治沖蝕、涵養水源及環境保護之目的，乃要求事先應為水土保持處理與維護（申請雜項執照）等環境風險控管之保護措施。至於主管機關尚未編定或非編定為建築用地使用地類別之山坡地，人民如欲進行開發建築者，則須事先申請開發許可，由主管機關依照土地使用及建築管理之相關法規，審查申請人提出之開發建築計畫書圖（含土地使用計畫、建築基地及使用類別、建築密度等），就該具體開發建築計畫內容，作成是否核給開發許可處分之決定，故此種山坡地開發建築申請程序，乃屬一種特許人民參與土地整體開發利用規劃之機制，開發人自有依該特許開發許可處分所設定之公法上法律關係，將開發計畫範圍內之土地全部重新規劃整理，接續申請整地（挖填土石方）、設置水土保持設施及必要公共工程等雜項工作之雜項執照，並於雜項工程完工查驗合格

，領得雜項使用執照，完成變更編定為建築用地，再接續申請建造執照，據以實施具體建築行為之義務。且觀諸 72 年 7 月 7 日發布之山坡地開發建築管理辦法第 15 條規定，開發人變更開發建築計畫，應依本章規定申請變更許可，益可徵主管機關核定開發許可之開發建築計畫書圖，為行政處分內容之一部分，已形成開發計畫地區開發建築之管制依據。

- (4)又按 72 年 7 月 7 日發布之山坡地開發建築管理辦法，固係內政部本於中央主管機關之法定職權而訂定，惟申請人陳文火於 74 年間提出系爭開發許可之申請時，建築法已於 73 年 11 月 7 日增訂第 97 條之 1 為授權之規定，且申請人陳文火取得系爭開發許可，既屬高雄縣政府依該辦法所核發之特許處分，並屬授予開發建築利益之行政處分，則於該特許之開發許可處分未經撤銷、廢止或因其他原因失其效力前，自具有法律上之規制效力。又鑑於山坡地之開發建築，歷經開發許可、雜項執照、建築執照等多階段行政程序，而系爭開發許可處分所設定具體土地使用計畫之公法上法律關係，已形成財產權之內容，自當成為後續申請建造執照階段之基礎處分，而發生構成要件效力。是以，系爭開發許可當時有關建築物樓地板面積，雖無容積率之明文規定，但係以建蔽率及建築物高度之規定為容積管制，且高雄縣政府根據申請人陳文火提出之系爭開發建築計畫書圖，特許開發計畫範圍內之全區土地依其規劃利用方式為開發建築，顯已發生設定具體權利義務關係內容之形成效力。再衡諸土地使用性質及強度，乃開發許可處分就土地開發建築所設定之重要規制內容，因此系爭開發許可根據系爭開發建築計畫書圖，既已核定系爭開發計畫住宅區基地面積 375,800 平方公尺範圍內，得興建總樓地板面積（容積）192,350 平方公尺之住宅社區，該開發許可所設定土地使用性質及強度之規制內容，自當成為後續申請建造執照階段之前提要件，而具有構成要件效力。故原告以建築法第 30 條有關申請建造執照時並未要求提出開發許可或開發建築計畫書圖等文件，而爭執系爭開發建築計畫書圖規劃之總樓地板面積 192,350 平方公尺，並非開發許可處分之規制內容云云，難謂有據。

(5)另內政部為系爭開發計畫案，因事涉行為時山坡地開發建築管理辦法第6條規定，爰以74年9月10日台內營字第328785號函請主管機關就(1)本案之開發區位是否適宜，(2)依據所附地質調查報告資料，其規劃內容是否適宜，(3)其他有關本案申請之評核意見等事項，請委員研提評核意見，俾憑參考（本院卷2第101頁）。揆諸內政部該函釋，僅係督促主管機關於核發開發許可前，應踐行審查山坡地有無該辦法第6條所定不得開發建築情形之法定程序，並非謂主管機關於審查是否核准開發許可時，僅在確認系爭開發建築計畫有該辦法第6條第1項所列之各種情形。且稽之該辦法第8條及第12條之規定，已明定主管機關應審查申請人提出之開發建築計畫書圖，且核准開發建築者，應將開發許可內容公告30天，足認系爭開發許可處分，係對系爭開發計畫地區土地發生設定具體開發建築計畫內容之公法上法律關係，而為形成處分，並非僅係具有建議效力之綱要計畫性質。此外，觀諸臺灣省政府建設廳77年3月11日建四字第003092號函釋內容（本院卷2第44頁），雖可認當時部分縣市核發山坡地開發建築之開發許可，於申請人尚未補齊申請書件、圖說前，先行發給開發許可之情形。惟參之該函釋對各縣市此類情事，實已明令下級機關有關不合法令規定之要件而發給執照或許可者，非但為法所不許，亦易滋生糾紛，徒增行政上之困擾，各縣市主管建築機關，目前加強行政監督，以避免執行上之偏差。故該函釋內容，並不足以認定開發計畫書圖僅具有開發計畫綱要建議之性質，且審酌系爭開發許可申請程序，係基於申請人提出之開發建築計畫書圖為審查基礎，並據以核准其開發建築之開發許可申請，亦顯與上述函釋所稱行政實務不合法令規定情形不同。則原告主張系爭開發許可之規制內容僅及於審查該辦法第6條所定開發建築之消極要件，系爭開發建築計畫書圖所規劃之土地使用強度，並非開發許可處分之規制內容云云，亦非可採。

(6)從而，高雄縣政府核准系爭開發許可之開發建築計畫，已明確記載系爭開發計畫住宅區基地面積375,800平方公尺範圍內，得興建總樓地板面積（容積）192,350平方公尺之住宅

社區之內容，則被告依此主張原告申請系爭建照時，應受系爭開發許可所為有關係爭開發計畫土地使用性質及強度內容之拘束，即非無據。

7. 原告雖又主張系爭開發計畫申請人陳文火於施作雜項工程時，即有提出「土地利用計劃圖」之變更設計獲准，嗣並經高雄縣政府建設局核發 77 年 8 月 20 日（77）高縣建管字第 10149 號雜項使用執照，自無再以開發許可之圖說進行後續開發建築管制依據之理。且原申請人陳文火嗣將系爭開發計畫內土地轉讓，之後又陸續經多次土地分割，分由不同人取得各宗土地之所有權，主管機關係依各宗土地所屬之各種使用地類別之容許使用項目、建蔽率、容積率，審查核發建造執照，可知系爭開發計畫範圍內之開發建築，係依據土地使用分區與使用地類別進行管制，而非以系爭開發許可規劃之容積實施管制云云；惟查：

- (1) 山坡地開發建築之開發許可，關於主管機關核定許可之開發計畫書圖，應審視具體個案開發計畫書圖之內容，若其係完成開發計畫目的之重要內容者，則開發人負有依該開發計畫內容之規劃及專業法規之要求，執行其開發計畫內容。惟若開發計畫書圖之內容並非重要內容，僅係輔助達成開發計畫目的之細節性、技術性之執行方法，如有變更該部分開發計畫書圖規劃之內容，因未涉及開發計畫重要內容之變更（如公共設施之規劃性質及功能均相同，僅變更其設置區位及方法，但並不妨礙其正常功能之行使及原規劃目的），則主管機關允許開發人為配合開發計畫未來開展性及環境變遷之發展需求，逕依行為時專業法規之規定，規劃設計符合開發計畫原則之方法、步驟或措施，申請相關許可，應與山坡地開發建築之管制目的無違。
- (2) 揆諸 65 年 11 月 26 日修正發布之非都市土地使用管制規則第 6 條規定：「依本規則規定得為建築使用之土地，其建築管理，依實施區域計畫地區建築管理辦法之規定辦理之。」附表二說明（四）山坡地範圍內各使用區之土地，申請開發建築，應依山坡地開發建築管理辦法之規定為之，並於雜項工程完工經查驗合格後，檢附證明文件依其開發計畫內容之土地使

用性質，申請變更編定為允許之用地。據此可知，山坡地開發建築之雜項執照及雜項使用執照，雖係山坡地開發建築程序中的一環，針對開發建築之雜項工程設置及施工安全實施管制，並為申請變更編定為建築用地之重要證明文件。惟衡酌開發人陳文火於申請雜項執照程序階段，取得高雄縣政府建設局核准之土地利用計劃圖（本院卷1第64頁），乃係其於實施雜項工程階段所提出，且其分別劃定之住宅區、商業區、學校用地、遊憩設施用地（含公園、綠地、兒童遊樂場）、步道、道路用地，應係以此標示用地類別，作為開挖整地雜項工程之準則，以便日後申領雜項使用執照，續為土地變更編定為建築用地申請之用，尚與系爭開發計畫書圖所附之土地使用計劃圖（本院卷1第160頁），係於申請開發許可程序階段，由申請人以設施種類及用地性質作為圖面標示方法，以表現該開發計畫相關設施之設置標準符合山坡地開發建築管理辦法第9條規定之作用不同，尚難相提並論。

- (3)再者，高雄縣政府於75年4月間公告核准系爭開發許可之非都市土地住宅社區開發案，對於原處分機關、其他行政機關、處分相對人及後續依此享有開發建築利益而申請建造執照之申請人，依行政處分跨程序之拘束力（同一行政機關）或構成要件效力，均具有規制後續申請程序階段之法律上效力。又參諸最高行政法院105年度判字第222號判決亦認：「主管機關核定之土地使用計畫，如其計畫內容已有明確之土地使用強度規劃書圖，其接續之開發建築，除受行為時之法定建蔽率、容積率限制外，仍應依核定計畫管制之。」、「計畫核定後，如欲增加全區土地使用強度情形，應申請變更開發計畫，否則即與開發許可之內容有違。」、「許可山坡地開發建築計畫內容之處分，雖係授申請人予特許開發利益之處分，惟同時亦以核定計畫之內容對計畫內之土地為管制，一經核定許可，接續之開發建築行為，無論係由申請開發人或其他使用人（包括建築起造人）實施，均有按使用計畫內容實施開發建築行為之遵從義務；開發過程中，如有上述增加全區土地使用強度情形發生，原許可機關自得限制該開發計畫之繼續，並命申請人或使用人限期改善回復至按計畫內

容為建築，或申請變更計畫，以免妨礙土地使用計畫之實現，甚至對公共安全造成危害。」等語（本院卷1第228-240頁）。則原告以原申請人陳文火嗣將系爭開發計畫內土地轉讓，之後又陸續經多次土地分割，分由不同人取得各宗土地之所有權，主管機關係依各宗土地所屬之各種使用地類別之容許使用項目、建蔽率、容積率，審查核發建造執照，可知系爭開發計畫範圍內之開發建築，係依據土地使用分區與使用地類別進行管制，而非以系爭開發許可全區為容積管制云云，要難憑採。

8. 綜上以觀，衡諸山坡地開發建築之開發許可、雜項執照及建造執照之申請程序，具有連續性、整體性及多階段行政程序之特徵，主管機關基於專業法規授與之法定職權，藉由漸進式之階段程序進行有秩序的審查決定，並以前行政處分之存在及內容，作為後行政處分之前提要件及行為基礎，而開發許可之行政處分，既係對申請人提出開發建築之申請案為開發許可之審查，則有關開發許可之重要內容即土地使用性質及強度，自屬主管機關審查並作成具有規制效力之開發許可處分內容。故系爭建照申請案，應以系爭開發許可所核准之開發計畫全區土地使用強度作為容積管制之依據。則被告依系爭開發許可內容之開發計畫書圖全區土地使用強度為系爭開發計畫地區容積管制之依據，即屬依法行政之當然結果，於法核無不合。

(二)系爭開發許可所核准之開發計畫範圍雖有變更，但系爭建照申請案之建築基地位於原開發計畫範圍內，仍應受系爭開發許可所核准之土地使用強度，即開發計畫全區得興建總樓地板面積與丙種建築用地（住宅區建築基地）面積之比率作為容積管制內容：

1. 按山坡地開發建築，主管機關核定開發許可之開發計畫書圖，為行政處分內容之一部分，且其各該階段程序均須以前一階段程序作為基礎暨接續開展下一階段程序任務，具有階段處分明確性及作業程序循序性之公益要求，而形成開發計畫地區開發建築之管制依據，以達成山坡地開發建築多階段行政程序之管制目的。故原核定開發許可之開發計畫內容若已

有容積總量之管制，則該開發計畫全區建築基地之容積總量，即應受該特許處分內容之規制，並作為後續個別建築基地申請建造執照程序階段之管制依據。是以，後續申請建造執照之建築管理程序，除應符合行為時法定建蔽率、容積率之規定外，亦應受原核定開發許可所特許之開發計畫地區全區容積總量管制內容之拘束。

2. 經查，系爭開發計畫係屬非都市土地住宅社區開發案，前經高雄縣政府於 75 年 4 月間公告核准開發許可，當時開發計畫所規劃之住宅區面積為 375,800 平方公尺，總建築面積（容積）為 192,350 平方公尺。嗣於 78 年 5 月 26 日辦理登記變更編定使用種類丙種建築用地完竣後，其丙種建築用地面積共計為 455,482 平方公尺。又系爭開發計畫地區，嗣經高雄縣政府分別以 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函及 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函，核准「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」及「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」之非都市土地開發計畫案之開發許可變更；另「泛喬公司店鋪集合住宅變更天悅二館一般飯店說明書」之非都市土地開發計畫書變更案，則未獲准許。而系爭建照申請案之建築基地，係位於原住宅社區開發計畫地區範圍內，並未涉及變更原開發計畫「住宅社區」之事業計畫性質，亦非坐落在高雄縣政府 98 年 5 月 8 日核定之「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」及 98 年 12 月 10 日核定之「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」開發計畫變更許可範圍內等情，已據兩造分別陳明在卷，且有高雄縣政府 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函（本院卷 1 第 66 頁）、98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函（本院卷 1 第 67 頁）及高雄市政府都市發展局 102 年 8 月 7 日高市都發審字第 10204362000 號函（本院卷 1 第 329-330 頁）在卷可參，堪信為真實。
3. 原告雖主張系爭開發計畫案，業經高雄縣政府以 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函及 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函核准兩次開發許可之變更，故系爭建照之申請，已無從再以系爭開發許可為容積管制之依據云云；另被告則以：上開兩件變更案僅係在丙種建築用地增列可供旅館容許

使用項目，及為建築物用途變更許可，並未涉及開發計畫許可之變更云云置辯；惟查：

- (1)按區域計畫法第 15 條之 1 規定：「（第 1 項）區域計畫完成通盤檢討公告實施後，不屬第 11 條之非都市土地，符合非都市土地分區使用計畫者，得依左列規定，辦理分區變更：一、政府為加強資源保育須檢討變更使用分區者，得由直轄市、縣（市）政府報經上級主管機關核定時，逕為辦理分區變更。二、為開發利用，依各該區域計畫之規定，由申請人擬具開發計畫，檢同有關文件，向直轄市、縣（市）政府申請，報經各該區域計畫擬定機關許可後，辦理分區變更。（第 2 項）區域計畫擬定機關為前項第 2 款計畫之許可前，應先將申請開發案提報各該區域計畫委員會審議之。」第 15 條之 2 規定：「（第 1 項）依前條第 1 項第 2 款規定申請開發之案件，經審議符合左列各款條件，得許可開發：一、於國土利用係屬適當而合理者。二、不違反中央、直轄市或縣（市）政府基於中央法規或地方自治法規所為之土地利用或環境保護計畫者。三、對環境保護、自然保育及災害防止為妥適規劃者。四、與水源供應、鄰近之交通設施、排水系統、電力、電信及垃圾處理等公共設施及公用設備服務能相互配合者。五、取得開發地區土地及建築物權利證明文件者。（第 2 項）前項審議之作業規範，由中央主管機關會商有關機關定之。」又依區域計畫法第 15 條第 1 項規定授權訂定之非都市土地使用管制規則第 13 條第 1 項規定：「非都市土地開發需辦理土地使用分區變更者，其申請人應依相關審議作業規範之規定製作開發計畫書圖及檢具有關文件，並依下列程序，向直轄市或縣（市）政府申請辦理：一、申請開發許可。二、山坡地範圍屬依水土保持法相關規定應擬具水土保持計畫者，取得水土保持完工證明書；非山坡地範圍，應取得整地排水計畫完工證明書。三、申請土地使用分區及使用地之異動登記。」另區域計畫之中央主管機關內政部基於法定職權，為委辦直轄市、縣（市）政府非都市土地使用分區及使用地變更申請案件，乃訂頒「非都市土地使用分區及使用地變更申請案件委辦直轄市縣（市）政府審查作業要點」，依該作

業要點第 2 點本文規定：「非都市土地申請開發需辦理使用分區及使用地變更之案件，須依區域計畫法第 15 條之 1 規定經區域計畫擬定機關許可審議，面積規模於 30 公頃以下者，委辦直轄市、縣（市）政府代為許可審議核定。」第 8 點規定：「直轄市、縣（市）政府受理土地開發案件經直轄市、縣（市）政府專責審議小組審議合於規定者，由直轄市、縣（市）政府核發許可；不合規定者，駁回其申請。」

- (2)經查，原告於系爭開發計畫案範圍內之姑婆寮段 26-26 等 10 筆土地，提出「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」非都市土地開發計畫案之申請，前經高雄縣政府召開「非都市土地開發審議」會議審議完竣，依據區域計畫法第 15 條之 2、非都市土地使用分區及使用地變更申請案件委辦直轄市縣（市）政府審查作業要點第 8 點規定，以 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函核准許可開發變更。另原告與訴外人義大公司於系爭開發計畫案範圍內之姑婆寮段 26-310 等 11 筆土地及同段 26-21 等 3 筆土地，提出「大高雄迪斯奈華城（義大廣場）」非都市土地開發計畫案之申請，前經高雄縣政府召開「非都市土地開發審議」會議審議完竣，依據區域計畫法第 15 條之 2、非都市土地使用分區及使用地變更申請案件委辦直轄市縣（市）政府審查作業要點第 8 點規定，以 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函核准開發許可變更等情，為兩造所不爭執，且有高雄縣政府 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函（本院卷 1 第 66 頁）及「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店說明書」（本院卷 1 第 264-265 頁、本院卷 2 第 12-15 頁）、高雄縣政府 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函（本院卷 1 第 67 頁）、同日府建管字第 0980315558A 號函（本院卷 2 第 18 頁）及「大高雄迪斯奈華城商業用地興建一般飯店、商場、購物中心及社區中心用地興建劇院、室內、室外遊樂場報告書（義大廣場開發計畫變更）」（本院卷 1 第 266-269 頁、本院卷 2 第 19-22 頁）在卷足佐，堪以認定。
- (3)審諸上開兩案開發許可變更之申請人為興辦遊憩事業之開發建築，依據區域計畫法第 15 條之 1 規定向主管機關提出開發計畫變更之申請，並經主管機關依據區域計畫法第 15 條之 2

及非都市土地使用分區及使用地變更申請案件委辦直轄市縣（市）政府審查作業要點第 8 點之規定，核准該兩案之開發變更許可。而主管機關核准其開發計畫變更許可之依據，既係依循區域計畫法第 15 條之 1 及同法第 15 條之 2 之規定所為，則該核准開發變更許可處分之性質，顯屬開發計畫許可階段之變更開發許可處分，而非僅屬增列土地容許使用項目之許可處分。是該兩案遊憩事業開發建築之開發計畫範圍內土地，既經高雄縣政府核准許可變更其開發計畫內容，變更其土地使用性質及強度，縱認其審核程序有瑕疵（本院卷 1 第 46-49 頁、本院卷 2 第 159-160 頁），惟於該開發變更許可處分未經撤銷、廢止或其他原因失效前，仍應受該處分規制效力之拘束。是故，被告抗辯上開兩件變更案僅係在丙種建築用地增列可供旅館容許使用項目，及為建築物用途變更許可（將住宅變更為觀光飯店），並無涉及開發計畫變更之許可云云，固非可採。

- (4) 惟觀諸系爭開發計畫案之興辦事業性質，係屬非都市土地住宅社區開發案，其中部分土地開發計畫區域，雖歷經兩次興辦事業開發計畫之開發變更許可，且因變更後新開發計畫之土地使用性質及強度已與系爭開發計畫不同，就其重疊地區部分，已發生由變更後新的開發計畫取代系爭開發計畫之效果，而被劃出系爭開發許可處分規制之開發建築計畫範圍之外，然就系爭開發許可未變更部分之開發計畫區域，仍應繼續受系爭開發許可效力之拘束。而系爭建照申請案之建築基地，既在系爭開發許可之非都市土地住宅社區開發案範圍內（本院卷 1 第 345 頁），參諸最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決意旨，系爭建照申請案仍應以系爭開發許可所核准之土地使用強度（建築容積）作為管制依據。則原告主張系爭開發計畫，嗣經高雄縣政府 98 年 5 月 8 日府建管字第 0980120519 號函及 98 年 12 月 10 日府建管字第 0980315558 號函為兩次變更，無從再以系爭開發許可為容積管制云云，即非可採。
4. 又查，依據系爭開發計畫原規劃住宅區基地面積為 375,800 平方公尺，建築面積合計為 192,350 平方公尺（建築容積），由此可知系爭開發許可所特許之全區土地使用強度之建築

容積比率應為 51.18% ($192350 \div 375800 = 0.5118$)。又系爭開發計畫部分開發計畫區域，雖因歷經前述兩次開發許可變更而被新的開發計畫所取代，故應予劃出系爭開發計畫地區之外。惟有關係爭開發計畫並未變更之剩餘丙種建築用地部分，仍應受系爭開發許可所設定土地使用性質及強度之規制效力之拘束。準此，開發人陳文火基於系爭開發許可，所接續辦理用地變更登記之丙種建築用地面積為 455,482 平方公尺，經扣除高雄縣政府前述兩次核准興辦事業開發計畫之開發變更許可範圍丙種建築用地面積合計為 113,885 平方公尺 ($31491 \text{ 平方公尺} + 82394 \text{ 平方公尺} = 113885 \text{ 平方公尺}$) 後，系爭開發許可之非都市土地住宅社區丙種建築用地面積應剩餘 341,597 平方公尺 ($455482 \text{ 平方公尺} - 113885 \text{ 平方公尺} = 341597 \text{ 平方公尺}$) 等情，已據兩造分別陳明在卷，且有「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店說明書」(本院卷 1 第 264 頁) 及「大高雄迪斯奈華城商業用地興建一般飯店. 商場. 購物中心及社區中心用地興建劇院. 室內. 室外遊樂場報告書 (義大廣場開發計畫變更)」(本院卷 1 第 268 頁) 在卷可考，堪予認定。

5. 從而，系爭建照申請案之建築基地，係位於原住宅社區開發計畫地區範圍內，並未涉及變更原開發計畫「住宅社區」之事業計畫性質，亦非坐落在高雄縣政府 98 年 5 月 8 日核定「泛喬公司店鋪集合住宅變更為觀光飯店」及 98 年 12 月 10 日核定「大高雄迪斯奈華城 (義大廣場)」之非都市土地開發計畫案範圍內，故原告於該建築基地之開發建築行為，仍應受系爭開發許可所核准之開發計畫全區丙種建築用地 (住宅區建築基地) 之土地使用強度之管制。又稽諸系爭開發許可目前丙種建築用地全區面積為 341,597 平方公尺，依系爭開發許可所特許之土地使用強度，按其得興建住宅之總樓地板面積之比率計算結果，系爭開發許可目前丙種建築用地全區之土地使用強度，應可認其尚得興建總樓地板面積 (建築容積) 174,829.34 平方公尺 ($341597 \text{ 平方公尺} \times 51.18\% = 174829.34 \text{ 平方公尺}$) 之住宅，故應以此作為系爭開發許可所規制之容積管制內容。

(三)被告審查系爭建照申請案，以系爭開發許可所核准之開發計畫範圍內，有實設容積樓地板面積超出法定上限之情形，基於土地開發利用不得有妨礙開發計畫內容之使用，而命原告應予改正，惟因原告逾期未予改正，乃以原處分否准原告之申請，尚無違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原則及信賴保護原則：

1. 按 65 年 11 月 26 日修正發布之非都市土地使用管制規則第 6 條規定：「依本規則規定得為建築使用之土地，其建築管理，依實施區域計畫地區建築管理辦法之規定辦理之。」69 年 10 月 3 日修正發布之實施區域計畫地區建築管理辦法第 4 條第 3 款規定丙種建築用地為建蔽率 30%，並無容積率之規定；75 年 3 月 12 日修正發布之同辦法第 4 條第 3 款規定，丙種建築用地建蔽率為 40%，亦無容積率之規定；但其建築物高度均受面臨道路寬度之影響。嗣 77 年 6 月 29 日修正發布之非都市土地使用管制規則第 10 條規定，丙種建築用地建蔽率 40%、容積率 160%；87 年 1 月 7 日修正發布之同規則第 9 條規定，丙種建築用地為建蔽率 40%、容積率 120%；其後均以建蔽率 40%、容積率 120%為非都市土地丙種建築用地之管制規定。次按建築法第 1 條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」第 11 條第 1 項規定：「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。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。」行為時建築技術規則建築設計施工編第 1 條第 1 款：「本編建築技術用語，其他各編得適用，其定義如下：一、一宗土地：本法第 11 條所稱一宗土地，指一幢或二幢以上有連帶使用性之建築物所使用之建築基地。但建築基地為道路、鐵路或永久性空地等分隔者，不視為同一宗土地。」第 161 條前段規定：「本規則所稱容積率係指基地內建築物總樓地板面積與基地面積之比。」準此可知，建築法規所稱之容積率，係針對個別建築基地內建築物總樓地板面積與基地面積之比率而進行檢討。又按建築法第 35 條規定：「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。」第 36 條規定：「起造人應於接獲第一次通知改正之日起 6 個月內，依照通知改正事項改正完竣送請復審；屆期未送請復審或復審仍不合規定者，主管建築機關得將該申請案件予以駁回。」

2. 經查，系爭開發許可所核准之系爭開發計畫，係於非都市土地使用管制規則 77 年 6 月 29 日修正發布前，依山坡地開發建築管理辦法申請核准之開發建築案，因所核定之開發計畫未規定容積率，被告乃依據內政部 99 年 12 月 21 日內授營綜字第 0990243327 號函釋：「有關係爭開發計畫案，請高雄縣政府查明 75 年 4 月 14 日原許可開發計畫書是否有載明容積率，如有規定容積率，申請人申請建築執照時，其容積率得依該部 87 年 10 月 9 日台內營字第 8772997 號規定，按原核准開發計畫內容辦理；如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦」之意旨，以 100 年 1 月 18 日高市工務建字第 0990054855 號函轉知原告：系爭開發計畫地區之丙種建築用地之容積率為 120% 乙情，並就系爭開發計畫地區範圍內丙種建築用地之建造執照申請案件，均以申請建造執照行為時之法令規定即建蔽率 40%、容積率 120% 為審查依據。其次，系爭開發許可原規劃開發計畫丙種建築用地全區，已經領得使用執照之總樓地板面積為 261,918.06 平方公尺，又已經領得建造執照但尚未領取使用執照之總樓地板面積為 104,021.43 平方公尺，二者實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則超額容積部分）合計為 365,939.49 平方公尺，扣除其中高雄縣政府兩次核准開發計畫變更許可地區之總樓地板面積 118,144.66 平方公尺後，目前實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則之超額容積樓地板面積 59,573.79 平方公尺）為 247,794.83 平方公尺等情，已據兩造分別陳明在卷（本院卷 2 第 157 頁），且有內政部 99 年 12 月 21 日內授營綜字第 0990243327 號函（本院卷 1 第 328 頁）及被告 100 年 1 月 18 日高市工務建字第 0990054855 號函（本院卷 1 第 327 頁）附卷可稽，洵堪認定。

3. 準此，系爭開發許可雖未載有容積率，但有全區土地使用強度之容積管制。而系爭開發許可目前規制之丙種建築用地全區（面積合計為 341,597 平方公尺）之土地使用強度，僅容許興建住宅總樓地板面積（建築容積）為 174,829.34 平方公尺，已如前述。惟該住宅開發建築計畫地區已領得建造執照但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則之超額容積樓地板面積）已達 247,794.83 平方公尺（全區整體容積比率為 72.54%），如再加上該地區違反建築技術規則之超額容積樓地板面積 59,573.79 平方公尺，更高達 307,368.62 平方公尺（全區整體容積比率為 89.98%），均已超過系爭開發許可所特許之土地使用強度。又縱採原告主張之計算方式，其實設容積之比率約為 86.36%（總樓地板面積 300087.95 平方公尺÷扣除兩次開發計畫變更許可後之丙種建築用地總面積 347503 平方公尺＝86.36%〈本院卷 2 第 123 頁背面〉），顯亦超過系爭開發許可所特許之住宅區土地使用強度即全區整體建築容積之比率 51.18%。是以，被告就原告所提系爭建照之申請案件，雖依申請建造執照行為時之法令規定即建蔽率 40%、容積率 120%為個別建築基地之審查依據，但因其全區整體實設容積已超過開發許可核定之計畫內容，乃以 102 年 8 月 22 日通知補正函（本院卷 1 第 20-21 頁）略以：系爭開發計畫案既屬非都市土地，依山坡地開發建築管理辦法擬具開發計畫送經政府審查同意而取得開發許可，自應依許可之土地開發計畫進行開發，該區域內之相關開發建築均應受開發計畫書圖之管制，如有妨礙計畫內容，主管機關即得限制使用。基於土地整體開發之管制模式，為使整體開發案之容積率符合規定，避免系爭開發計畫案之計畫內容受到妨礙，請原告提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜等語，而命原告應依建築法第 36 條規定，於接獲該函文之次日起 6 個月內改正完竣，送請復審。嗣因原告屆期仍未改正完竣送請復審，被告爰依前揭規定，以原處分通知原告駁回系爭建照案之申請，應屬適法。

4. 原告雖主張依最高行政法院 103 年度判字第 268 號及 105 年度

判字第 262 號判決見解，以及內政部 101 年 4 月 3 日內授營綜字第 1010802251 號、內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號等函釋內容，可知原處分以系爭開發計畫地區範圍內之他宗建築基地有妨礙計畫內容之情事，而否准原告系爭建照案之申請，已違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原則及信賴保護原則云云；然查：

(1)參諸內政部 101 年 4 月 3 日內授營綜字第 1010802251 號函略以

：「……說明：二、……建築基地之容積率，……應就個別建築基地檢討之。……三、次按區域計畫法及相關子法並未有容積移轉規定，非都市土地開發許可案亦無以全區總量管制容積相關規定。……」等語（本院卷 1 第 46-47 頁），內政部營建署 101 年 6 月 26 日營署綜字第 1012913088 號函略以：「……開發案計畫範圍內個別建築基地之容積是否符合規定，應依核定開發計畫內容及建築法規定，以個別建築執照之建築基地範圍進行檢討，如有容積超過法定上限，就建築管理程序應以個別建築執照處理；倘有上開事項或其他未符合開發計畫內容經主管機關認定者，申請人依前開管制規則第 22 條規定辦理變更開發計畫再依核定計畫申請開發、建築。至於主管機關於個別申請開發建築案審認未符開發計畫時，得否禁止其他業主或基地申請開發建築，現行區域計畫法或非都市土地使用管制規則等法令並未有明文規定。……」等語（本院卷 1 第 48-49 頁），固以非都市土地開發許可案並無以全區總量管制容積相關規定，而容積率應以個別建築執照之建築基地範圍進行檢討。惟衡酌山坡地開發建築之開發許可、雜項執照及建造執照之申請程序，具有連續性、整體性及多階段行政程序之特徵，主管機關基於專業法規授與之法定職權，進行專業分工之審查，藉由漸進階段式程序之審查決定，並以前行政處分之存在及內容，作為後行政處分之前提要件及行為基礎，是開發許可之行政處分，既係對申請人提出開發建築之申請案為開發許可之審查，則有關開發許可之重要內容即土地使用性質及強度，即屬主管機關審查並作成具有規制效力之開發許可處分內容。是故，縱認開發許可核定當時之區域計畫法、非都市土地使用管制規則及山坡地

開發建築管理辦法等規定，並無法令明文得以開發建築計畫書圖所規劃之土地使用強度作為開發建築之管制依據，惟原告基於高雄縣政府核發之開發許可處分所設定具體土地使用內容之公法上法律關係（屬物性）之效力，接續申請建造執照，依行政處分構成要件效力，即應受該特許處分規制內容之拘束，始得享有開發建築之利益，並無疑義。次依最高行政法院 103 年度判字第 268 號判決（本院卷 1 第 34-45 頁）及 105 年度判字第 262 號判決（本院卷 1 第 248-263 頁）意旨，雖亦認非都市土地開發許可案並無以全區總量管制容積相關規定，且容積率應以個別建築執照之建築基地範圍進行檢討。惟細繹其判決案例之基礎事實，係針對系爭開發計畫地區如有違反建築技術規則之超額容積情事，主管機關得否以該事由作為個別建築基地容積管制之依據，而表示之法律見解，尚與最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決（本院卷 1 第 228-240 頁）所表示申請建造執照，應受開發許可核准之土地使用強度進行容積管制之法律意見，其觀察評價判斷之面向及重點未盡相同，故亦難逕以最高行政法院 103 年度判字第 268 號及 105 年度判字第 262 號判決意見而為有利於原告之認定。

- (2)再者，基於開發許可之特許處分性質，所形成具體土地使用內容之公法上法律關係，係屬對土地利用（屬物性）設定具體之權利義務關係，土地使用人欲利用該特許處分享受土地開發建築之利益，必須依該特許處分所形成公法上法律關係之規定，享受權利，負擔義務。縱在整體開發建築程序完成前，有容積管制相關法令發生變遷，惟基於多階段行政程序構成要件效力之法理，仍應依原核准開發計畫內容所特許之土地使用強度為開發建築之管制，始符合其規範目的。且參諸最高行政法院 105 年度判字第 222 號判決意旨（本院卷 1 第 228-240 頁），亦闡述經主管機關核定之土地使用計畫，如其計畫內容已有明確之土地使用強度規劃書圖，其接續之開發建築，除受行為時之法定建蔽率、容積率限制外，仍應依核定計畫管制之。而計畫核定後，如欲增加全區土地使用強度情形，應申請變更開發計畫，否則即與開發許可之內容有違之意旨。是以，系爭開發建築計畫書圖雖未載明容積率，該

地區丙種建築用地於建造執照申請程序階段，固得以行為時法定建蔽率、容積率為個別建築基地之檢討，但此並無礙於該開發計畫地區應併受系爭開發許可所特許全區土地使用強度之容積管制之效力拘束。故原告既係基於系爭開發許可而接續為建造執照之申請，被告依據系爭開發許可所特許之開發建築容積上限（土地使用強度），審酌其全區整體實設容積已超過開發許可核定之計畫內容，且因原告未能遵期改正，而否准後續階段系爭建照申請案之申請，則其所為既係受前行政處分構成要件效力之拘束而為之決定，乃依法行政之當然結果，難謂與法律保留原則、誠信原則及信賴保護原則有違，亦難謂係創設連帶責任之舉措。

- (3)其次，衡酌內政部營建署 103 年 7 月 1 日營署綜字第 103291063 5 號函附 103 年 6 月 11 日召開「研商依原山坡地開發建築管理辦法許可住宅社區開發案之計畫變更及超額容積解決方案」會議紀錄略以：「……二、有關超額容積解決方案：(一)有關開發計畫之超額容積檢討部分，應依非都市土地使用管制規則第 14 條第 3 項規定及本部 99 年 12 月 21 日內授營綜字第 09902 43327 號函示說明四略以：『原許可開發計畫書是否有載明容積率，如有規定容積率，申請人申請建築執照時，其容積率得…按原核准開發計畫內容辦理；如未載明容積率，則應依行為時之法令規定容積率申辦。』辦理。(二)經檢討有超額容積部分，建議優先以建築法規及開發計畫變更調整方式辦理，說明如下：1. 個別建築基地容積超過法定上限者，優先以個別建造執照之建築基地範圍，透過變更設計解決超過法定容積，或視個案採取封閉（存）、恢復原建照使用性質等方式。2. 無法透過建築法相關規定解決個別基地超額容積者，建議循開發計畫變更調整方式辦理：(1)將超額容積以既有開發計畫範圍內可供建築使用土地內尚未建築開發土地之容積填補，該土地之容積作為其他基地超額容積使用部分，未來無法再申請開發建築；如尚未建築開發土地之容積無法完全填補超額容積，高雄市政府建議申請人購買整併開發範圍周邊土地（擴大範圍），以增加法定容積填補超額容積方式，應透過變更開發計畫及擴大計畫範圍方式處理。……」等

語（本院卷1第55-57頁），並參諸79年2月14日修正發布之山坡地開發建築管理辦法第27條規定：「山坡地社區內建築物及基地之使用，違反所核定之開發許可內容者，應依建築法令處理或處罰。」92年3月26日修正公布之山坡地建築管理辦法雖無此明文，但於第9條第3項仍規定：「建造期間之施工管理，依建築法有關規定辦理。」及現行非都市土地使用管制規則第53條規定：「非都市土地之建築管理，應依實施區域計畫地區建築管理辦法及相關法規之規定為之；其在山坡地範圍內者，並應依山坡地建築管理辦法之規定為之。」職此可認，被告對於系爭開發計畫地區範圍內違反建築技術規則之超額容積違章建築物部分，固得依建築法規責令起造人改善或拆除，或就系爭開發計畫地區違反建築技術規則超額容積建物部分，依職權將其使用執照超額容積部分予以撤銷，以解決該違章建物超額容積之違章情形。惟依上所述，系爭開發計畫地區已領得建造執照但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則之超額容積樓地板面積）已達247,794.83平方公尺（全區總樓地板面積與丙種建築用地總面積之容積比率為72.54%），如依原告所稱實設容積率亦達86.36%，均已超過系爭開發許可所特許之全區土地使用強度（全區整體建築容積比率為51.18%），而此部分總樓地板面積之容積管制，須依非都市土地使用管制規則第22條規定為變更開發計畫之申請，始得合法增加全區土地使用強度，尚無從逕依建築法規責令起造人改善或拆除而解決此問題。

- (4)另被告審查系爭建照申請案時，雖以系爭開發計畫地區之其他建築基地有違反建築技術規則建築設計施工編第60條及第162條規定，致實設容積之樓地板面積超出法定上限，而以102年8月22日通知補正函命原告提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜（本院卷1第20-21頁）；嗣於本件訴訟程序中，又追補系爭開發計畫地區已領得建造執照但尚未領取使用執照及已領得使用執照之實設總樓地板面積（不含違反建築技術規則之超額容積樓地板面積），亦已超過系爭開發許可所特許之全區整體建築容積比

率 51.18%之理由。參諸行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束，且應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽為裁判（行政訴訟法第 125 條第 1 項及第 189 條第 1 項前段參照）。是以，行政機關追補之理由如於作成行政處分時即已存在，並未改變行政處分之性質，且無妨礙當事人攻擊防禦之訴訟權，亦有助於法院客觀事實與法律之發現，則基於訴訟經濟及紛爭解決一次性之原則，自應容許行政機關於行政處分同一性之前提下，於事實審行政法院行政訴訟程序中追補行政處分之理由。準此，被告 102 年 8 月 22 日通知補正函已詳為說明系爭開發計畫案係屬非都市土地，依山坡地開發建築管理辦法擬具開發計畫送經政府審查同意而取得開發許可，自應依許可之土地開發計畫進行開發，該區域內之相關開發建築均應受開發計畫書圖之管制，如有妨礙計畫內容，主管機關即得限制使用。基於土地整體開發之管制模式，為使整體開發案之容積率符合規定，避免系爭開發計畫案之計畫內容受到妨礙，請原告提出變更開發計畫並調整基地方式改正完竣後，再行辦理建築許可事宜等語，且依該函所記載之證據方法、事實、理由及其法令依據，已足使受通知之原告瞭解其命補正所由生之原因事實及其依據之法令，縱其事實與理由之記載未盡完足，然被告基於該補正通知之同一基礎事實（系爭開發計畫範圍內土地開發利用不得為妨礙開發計畫內容之使用），為事實及理由（系爭開發計畫之全區土地使用強度已超過系爭開發許可所特許之全區整體建築容積比率 51.18%）之補充，尚未改變其命原告提出變更開發計畫並調整基地方式之改正性質，且此爭點亦經原告表示其不受系爭開發計畫全區整體容積之管制，並無改正之義務，可知亦無礙於當事人盡其攻擊防禦之能事（參見本院 105 年 12 月 27 日言詞辯論筆錄）。則被告於本件訴訟程序中為原處分之理由追補，係其所命原告應提出變更開發計畫並調整基地方式之改正範圍內，應予准許。從而，被告以系爭開發許可計畫區域範圍內建築基地實設建築物容積總量，已超過系爭開發許可核定之土地使用強度，經命原告提出變更開發計畫並調整基地方式改正，然因

原告未遵期改正，而以原處分否准原告系爭建照之申請，既係基於開發許可處分構成要件效力之法理，盱衡法規所定之事項若權利義務相關連者，本諸法規適用之整體性，不得任意割裂適用，致破壞權利義務之平衡，而賡續以之為後續建照申請程序之管制，並未違反比例原則及不當聯結禁止原則。故綜上情以觀，原告以前揭情詞指稱原處分以系爭開發計畫地區範圍內之他宗建築基地有妨礙計畫內容之情事，而否准原告系爭建照案之申請，已違反法律保留原則、比例原則、不當聯結禁止原則、誠信原則及信賴保護原則云云，尚難採憑。

(四)綜上所述，系爭建照申請案之基地，係在系爭開發許可之非都市土地住宅社區開發計畫範圍內，自應受該開發許可所特許之全區土地使用強度（建築容積總量）管制之拘束。而接續之開發建築行為，無論係由開發人或其他使用人（包括建築物起造人）實施，均有按開發許可開發建築計畫內容實施開發建築行為之遵從義務。是於開發建築過程中，如有增加全區土地使用強度情形發生，主管機關為免妨礙土地使用計畫之實現，甚至對公共安全造成危害，所為限制該開發計畫之繼續，並命申請人或使用人限期改善回復至按計畫內容為建築，或申請變更計畫，應屬適法。從而，被告就系爭建照案之申請，除審查其不得超過申請建造執照行為時之非都市土地使用管制規則第9條第1項第3款之法定建蔽率及容積率規定外，併審查該開發計畫全區整體容積有無超過系爭開發許可所核准之土地使用強度，然因發現該開發計畫全區整體容積已經超過系爭開發許可所核准之土地使用強度，爰以被告102年8月22日通知補正函請原告依法申請變更開發計畫，再行辦理建築許可事宜。但因原告未遵期改正，被告乃以原處分否准原告系爭建照案之申請，經核被告所為之原處分，並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨，請求撤銷訴願決定及原處分，並請求被告應依原告100年5月5日建造執照之申請，作成核發建造執照之行政處分，為無理由，應予准許。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院審酌後認與判決結果不生影響，爰

不逐一論述，併此敘明。

六、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 106 年 1 月 17 日

高雄高等行政法院第二庭

審判長法官 蘇 秋 津

法官 林 彥 君

法官 張 季 芬

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	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

院認為適當者 | 。

，亦得為上訴 | 3. 專利行政事件，具備專利師資格或
審訴訟代理人 | 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 106 年 1 月 17 日

書記官 周 良 駿

資料來源：高雄高等行政法院裁判書彙編（106 年版）第 797-878 頁