

訴願人 〇〇〇

原處分機關 臺北市政府工務局

右訴願人因違反建築法事件，不服原處分機關八十九年一月十一日北市工建字第八九三〇一〇一一〇〇號書函所為處分，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

原處分撤銷，由原處分機關另為處分。

事 實

一、本市萬華區〇〇路〇〇段〇〇號建物，位於商業區內，領有原處分機關核發之七十使字第XXXX號使用執照，原核准用途為「店舖」。

由訴外人〇〇〇於該址開設〇〇茶莊，領有本府核發之北市建一商號(87)字第XXXXXXX號營利事業登記證，登記營業項目為「1. 其他零售業【茶具】2. 農產品零售業【茶葉】」。

二、嗣經本府警察局萬華分局於八十八年十二月二十九日十一時查獲訴願人未經核准擅自於系爭建物經營〇〇茶藝館（本府正俗專案取締對象），涉嫌違法公然播放色情錄影帶供不特定消費者顏〇〇等八人觀賞，該分局乃以八十九年一月五日北市警萬分行字第八九六〇二三五三〇〇號函請原處分機關建築管理處等相關機關依權責裁處。案經原處分機關審認系爭建物違規使用為色情錄影帶播放場所，違反建築法第七十三條後段規定，乃依同法第九十條第一項規定，以八十九年一月十一日北市工建字第八九三〇一〇一一〇〇號書函處以訴願人新臺幣（以下同）二十萬元罰鍰，並勒令停止違規使用。訴願人不服，於八九年一月二十四日向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、按建築法第七十三條規定：「建築物非經領得使用執照，不准接水、接電或申請營業登記及使用；非經領得變更使用執照，不得變更其使用。」第九十條第一項規定：「違反第七十三條後段規定擅自變更使用者，處建築物所有權人或使用人新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用。得以補辦手續者，令其限期補辦手續，不停止使用或逾期不補辦者得連續處罰。」

臺北市土地使用分區管制規則第五條規定：「本市都市計畫範圍內土地及建築物之使用，依其性質、用途、規模，分為左列各組....十九：第十九組：一般零售業甲組：....三十一：第三十二組：娛樂服務業：....」

臺北市土地使用分區管制規則第五條土地及建築物使用組之使用項目規定：「.....十

九、第十九組：一般零售業甲組：.... (十七) 茶葉及茶具。.....三十二、第三十二組：娛樂服務業：.... (七) 錄影帶節目帶播映業及視聽歌唱業.....」

二、本件訴願理由略謂：

(一) 八十八年十二月二十九日臺北市政府警察局萬華分局實施臨檢，員警為求績效，竟以現場搜得之錄影帶為證，未查明事實真相，更誤載訴願人為負責人，而依妨害風化移送法辦。

(二) ○○茶莊從未涉及色情不法行為，顧客均為鄰里街坊，平均年齡更達七十五高齡左右，茶資每人一百元，純屬老人聚會場所，員警臨檢當日，適逢茶莊負責人○○○重病住院，某不明老人竟私下攜帶限制級錄影帶至店中播放，而負責現場幫忙沖茶泡水之訴願人因店務繁忙，未予察覺制止，此一微小疏失竟遭警員據以移送法辦，是否適法？

三、卷查本案系爭建物位於商業區內，領有原處分機關核發之七十使字第XXXX號使用執照，原核准用途為「店舖」，此有使用執照存根附卷可稽。原處分機關據本府警察局萬華分局之通報，認定訴願人為○○茶藝館現場負責人，其未經申請核准變更使用，即擅自違規使用為色情錄影帶播放場所，並以有訴願人及○○茶莊查獲當日現場消費顧客○○○等八人簽名之本府警察局萬華分局八十八年十二月二十九日之實地檢查（查訪）紀錄表及本府警察局萬華分局八十九年一月五日北市警萬分行字第八九六〇二三五三〇〇號函影本附卷佐證，認定系爭建物未經領得變更使用執照，擅自變更使用，違反建築法七十三條後段規定，並依同法第九十條第一項規定裁罰，尚非無據。

四、惟查建築法第九十條第一項係規定：「違反第七十三條後段規定擅自變更使用者，處建築物所有權人或『使用人』新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用：...」然本件系爭建物之違規使用人，依上開本府警察局萬華分局八十八年十二月二十九日之實地檢查（查訪）紀錄表受檢商號、屋主或負責人欄所載名稱係○○○，且該紀錄表之檢查（查訪）實況欄略謂：「一、.....現場○○○供稱本店原為○○茶藝館，實際負責人○○○因.....病住院中，施某以每月新台幣壹萬元受僱於○○○負責○○茶藝館現場工作.....」則系爭建物之違規使用人似應為○○茶藝館負責人○○○，而非訴願人。亦即本件應受裁罰之違規行為主體應為○○○，非訴願人，原處分機關未審及此，遽予裁罰訴願人，自有未洽。爰將原處分撤銷，由原處分機關另為處分。

五、另行政機關依法為裁量處分時，應遵守基本法律原則，以求所作成處分之合法性及合目的性，否則其裁量權之行使即有瑕疵。在建築物非經領得變更使用執照，即違規變更使用，而應依建築法第九十條第一項規定處以建築物所有權人或使用人六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並勒令停止使用等處罰時，建築管理機關應視建築物違規使用之程度及情節輕重，於不逾越必要程度而能實現法定義務之方法中選擇對義務人侵害最小之方法，

審慎行使裁量權，而為合於比例原則之適當之處分。卷查本件違規使用情節係系爭建物之使用人於系爭建物違法公然播放色情錄影帶供不特定消費者觀賞，而涉嫌構成刑法第二百三十五條所規定之散布猥褻物罪，原處分機關就系爭建物未經申請核准變更使用，即擅自違規使用為色情錄影帶播放場所之行為處以二十萬元罰鍰並勒令停止使用，雖未逾越法定裁量範圍，然散布猥褻物罪所侵害法益之程度顯較意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為而容留或媒介以營利之媒介性交及猥褻罪（刑法第二百三十一條參照）輕微，此徵諸刑法第二百三十五條及第二百三十一條所規定刑度輕重之區別自明。從而，原處分機關於裁罰時自應衡量其違規情節之輕重而採取達成目的所採影響最輕之手段，以符合比例原則。本案經原處分機關於八十九年四月二十四日派員列席本府訴願審議委員會第四九六次會議時表示，就散布猥褻物及媒介性交易及猥褻等行為而有違規使用建物違反建築法第七十三條規定之案件，依第九十條第一項規定為處罰時，並未區別個案之違章情節，均處以二十萬元之罰鍰。是以，本件原處分機關為裁處時，顯未衡量其違規情節之輕重而採取相當之手段以達成促其合法使用系爭建物之行政目的，自有未洽，此部分宜由原處分機關另為處分時，併予考量。

六、綜上論結，本件訴願為有理由，爰依訴願法第十九條前段之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員 張明珠
委員 黃茂榮
委員 楊松齡
委員 薛明玲
委員 王惠光
委員 曾巨威
委員 黃旭田
委員 劉興源
委員 曾忠己

中 華 民 國 八十九 年 四 月 二十六 日

市長 馬英九

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行