

法律鑑定意見書

「對違反建築法第73條及第77條，而依同法第91條第1項規定處罰之案件，如何選擇裁處對象及方式？」

程明修

東吳大學法律學系副教授

建築法第73條規定：「建築物非經領得使用執照，不准接水、接電及使用。但直轄市、縣(市)政府認有左列各款情事之一者，得另定建築物接用水、電相關規定：一、偏遠地區且非屬都市計畫地區之建築物。二、因興辦公共設施所需而拆遷具整建需要且無礙都市計畫發展之建築物。三、天然災害損壞需安置及修復之建築物。四、其他有迫切民生需要之建築物。(第一項) 建築物應依核定之使用類組使用，其有變更使用類組或有第九條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更使用執照。但建築物在一定規模以下之使用變更，不在此限。(第二項)前項一定規模以下之免辦理變更使用執照相關規定，由直轄市、縣(市)主管建築機關定之。(第三項)第二項建築物之使用類組、變更使用之條件及程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。(第四項)」

同法第91條規定：「有左列情形之一者，處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除：
一、違反第七十三條第二項規定，未經核准變更使用擅自使用建築物者。二、未依第七十七條第一項規定維護建築物合法使用與其構造及設備安全者。三、規避、妨礙或拒絕依第七十七條第二項或第四項之檢查、複查或抽查者。四、未依第七十七條第三項、第四項規定辦理建築物公共安全檢查簽證或申報者。五、違反第七十七條之三第一項規定，未經領得使用執照，擅自供人使用機械遊樂設施者。六、違反第七十七條之三第二項第一款規定，未依核准期限使用機械遊樂設施者。七、未依第七十七條之三第二項第二款規定常時投保意外責任保險者。八、未依第七十七條之三第二項第三款規定實施定期安全檢查者。九、未依第七十七條之三第二項第四款規定置專任人員管理操作機械遊樂設施者。十、未依第七十七條之三第二項第五款規定置經考試及格或檢定合格之機電技術人員負責經常性之保養、修護者。(第一項)有供營業使用事實之建築物，其所有權人、使用人違

反第七十七條第一項有關維護建築物合法使用與其構造及設備安全規定致人於死者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰金；致重傷者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰鍰。（第二項）」

根據上述規定，「違反第七十三條第二項規定，未經核准變更使用『擅自使用建築物者』」，裁罰之對象可能包括「建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者」。在眾多違反行政法上義務之人中，應以何者進行裁罰之疑義。具體而言，所有權人(含共有)、使用人、機械遊樂設施之經營者若同時違反建築法上之義務，應以何者為裁處對象？其中，尚有關於使用人之定義，行政罰與比例原則之關係，行為責任與狀態責任競合爭議，亦應一併判斷。

壹、本件係對於違反建築法第 73 條第 2 項規定，而依同法第 91 條規定處罰之案件。然第 91 條第 1 項規定之處分對象即有建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者等 3 種，應如何選擇裁處對象及方式？以本案而言，系爭建物 1 樓共有部分為 5 人所共有，然可能共有人中之數人同時為使用人，則處分對象應為何人？

一、探求規範目的

根據建築法第 91 條之規範結構觀察，針對違反行政法上義務之行為所裁罰之對象包括「建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者」。在立法技術上，是為了配合同法第 1 項各款不同之裁罰構成要件，所採用的一種包括式或涵蓋式之立法。因此在具體裁罰案件中，應該進一步檢視各款，立法目的首要規制之主體為何，以決定裁罰之主要對象。例如本件爭議所涉第 1 項第 1 款規範，係針對「違反第七十三條第二項規定，未經核准變更使用『擅自使用建築物者』」進行裁罰。同條項第 4 款係針對「未依第七十七條第三項、第四項規定『辦理建築物公共安全檢查簽證或申報者』」，同條項第 8 款係針對「未依第七十七條之三第二項第三款規定『實施定期安全檢查者』」違規對象。換言之，規範上所規定之違反行政法上義務者係指「擅自使用建築物者」、「辦理建築物公共安全檢查簽證或申報者」或「實施定期安全檢查者」，而在實際上進行裁罰時，必須要將之聯繫到「建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者」之一或全部。以第 1 款之規定而言，裁罰對象係「未經核准變更使用擅自使用建築物者」，因此在解釋上，可以初步判斷本法課予行政法上作為或不作為義務者應該主要是以「使用」該未經核准變更使用之設施「使用人」為主，而非單純未辦理變更使用

程序之人。同理，第4款要裁罰者，主要是未辦理簽證或申報者，第8款則是未實施檢查者。以致於要將裁罰之義務聯繫到「建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者」身上時，首先即應該考量何人是實際違反義務或者對於該義務之實現具有最高可能性者為斷。

針對本件爭議問題，應先決定建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者，是否屬造成建築法第73條第2項規定所欲防止結果之行為人，或行為人另有他者（亦即是否為「未經核准變更使用『擅自使用建築物者』」）；若是，原則上應優先對使用人進行裁處，惟仍不排除視裁罰目的滿足與否，併同對其餘規範對象為之。反之，若難以針對使用人裁處（如不明、死亡或不知去向），則依其他建築物所有權人或機械遊樂設施之經營者現時對建築物之支配管領力之有無、程度，依個案情形，合義務裁量處罰對象。

再者，建築法第91條所稱之「使用人」，應屬對系爭建築物擁有支配管領力之人（是否具有法律上之權限，在所不問。參最高法院53年台上字第861號判例：因本件並無造成義務違反而就支配管領力有無之說明，占有僅占有人對於物有事實上管領力為已足，不以其物放置於一定處所，或標示為何人占有為生效條件。苟對於物無事實上管領力者，縱令放置於一定處所，並標示為何人占有，亦不能認其有占有之事實）。按「使用人」之概念，應回歸建築法之規範脈絡，不得僅依文義解釋操作；亦即，使用人之所以經前開法條賦予建築管理義務，係如所有權人般，來自其與建築間之支配關係所致—此即學理上之「狀態責任」，而得有效維護物之安全狀態¹；在認定機械遊樂設施之經營者之際，亦應如是考量。

類似見解可參最高行政法院104年度判字第228號判決：「又被上訴人所屬建管處派員於102年10月22日勘查系爭建築物時，上訴人尚未依公寓大廈管理條例第57條規定，將系爭建築物移交予管委會，仍為系爭建築物之事實上具有管領力之『使用人』，為原判決確認之事實，從而，上訴人兼具系爭違規行為之『行為人』及違規建物『使用人』雙重身分，基於『行為責任優於狀態責任』之法理，被上訴人自應適用建築法第73條第2項規定，並依建築法第91條第1項第1款規定論處上訴人之違規行為，詎原處分竟認定上訴人違反建築法第77條第1項之規定，依建築法第91條第1項第2款論處，即有不合。」

¹ 蔡震榮，土地所有人監督責任，月旦法學教室，第139期，2014年5月，頁7；蔡宗珍，建築法上義務人之類型與具體義務人之判定：行政法上行為責任與狀態責任問題系絡的一個切面分析，國立臺灣大學法學論叢，第40卷3期，2011年9月，頁923。

二、比例原則之適用

其次，系爭裁處對象之決定，無非對人民權利之限制，自應以比例原則為中心依歸。而行政程序法第 7 條即屬前開原則之具體化，其規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」是主管機關在決定裁處對象時，應以向將來排除風險或危險為目的，手段上則應視何者為完成前開目的之最佳人選（有效或即時），選擇必要之對象，不得過度開展限制，與所欲達成之前開目的顯失均衡。

再者，考量產生風險或危險者對回復原狀之接近性較高，更能有效排除此一違法狀態，如同最高行政法院 95 年 1 月份庭長法官聯席會議所述：「建築主管機關究應對建築物所有權人或使用人處罰，應就其查獲建築物違規使用之實際情況，於符合建築法之立法目的為必要裁量，並非容許建築主管機關恣意選擇處罰之對象，擇一處罰，或兩者皆予處罰。建築主管機關如對行為人處罰，已足達成行政目的時，即不得對建築物所有權人處罰。」**故應優先對行為人進行裁處，尚不需對其餘人等為之**²。然若所有人、使用人、機械遊樂設施之經營者雖非行為人，亦未同意改變使用，仍有依建築法第 73 條第 2 項規定，負有應隨時注意建築物之使用狀態，而及時要求行為人停止並排除違法狀態之責任，是若為預防所有人、使用人、機械遊樂設施之經營者怠於履行前開責任之必要，則仍不排除主管機關得對其進行裁處。按前開狀態責任之課予，無非為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻（建築法第 1 條參照）；**所有人、使用人、機械遊樂設施之經營者既享有建築物使用之利益，即應負擔相對義務，承擔適時排除對建築物風險或危險之責任，而不應存有對建築法合法狀態受破壞時，可茲袖手旁觀之誤解**。相似見解，有如臺北高等行政法院 103 年度訴字第 369 號判決：「建築法課予建築物所有權人、使用人應維護建築物合法使用與其構造及設備安全之責任，其責任之內容，係屬以物為中心之「狀態責任」，業如前述。是原告為系爭建物之使用人，對物有實際上管領能力之人，即有排除建物

² 蔡震榮，同前註 1，頁 7；洪家殷，行政罰法：第四講—行政罰之處罰對象，月旦法學教室，第 90 期，2010 年 4 月，頁 47；李建良，論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題：兼評最高行政法院 93 年度判字第 628 號、95 年度判字第 1421 號判決及其相關判決，黃舒芃主編，2007 行政管制與行政爭訟，2008 年，頁 63。

危險、回復物安全狀態之義務，即令造成系爭建物未合法使用之情形，乃出於建商所為。是以，原告以買受系爭建物時，原狀即為倉庫云云置辨，藉以卸免建築法上使用人維持合法使用建物之義務，亦無可採。」

最後，於難以針對行為人裁處時，何需另依「對建築物之支配管領力之有無、程度」，就建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者三人，決定何者屬行政罰之裁處對象？按如前述，裁處對象之擇取，依行政程序法第 5 條，應以得有效排除風險或危險者為優先考量。如是，既難命行為人為之，尚應回歸狀態責任人處理。此外，建築法第 73 條第 2 項規定所課予者，既屬以物為中心之「狀態責任」，其裁處對象之擇取，須視其對建築物之支配管領力有無、程度（是否具法律上之使用權限，在所不問），方能有效排除風險或危險。換言之，建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者，既同屬建築法第 73 條第 2 項規定之狀態責任人，並無法自前開規定直接推出何者應予優先裁處之順位；此際，應由行政機關自建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者當中，依個案對建築物之支配管領力有無、程度，按比例原則進行裁處對象之擇取。類似見解，可參內政部 95 年 3 月 10 日台內營字第 0950800998 號函釋：「一、有關違反建築法第 73 條第 2 項規定者，按同法第 91 條第 1 項規定，處建築物所有權人、使用人『新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除』，案據前揭訴願決定書理由二所載略以，訴願人承租時，系爭建築物實已未經申請變更使用執照，違規設置成游泳池，訴願人承租其建造完成之游泳池對外營業，亦僅能就該建築物之現狀負維持及管理義務，並無積極變更該建築物構造及設備、或變更建築物使用用途之實質管領力。原處分機關未查明該建築物之實際管領權人，即…處罰訴願人，揆諸首揭法條規定…應予撤銷。」

三、本案說明

查系爭建物，之所以產生與系爭使用執照原核准圖說不符，違反建築法第 73 條第 2 項規定之情形，依案例事實，係由部分共有人所致，且該部分共有人亦為建築物使用人。則如前述，應援引最高行政法院 95 年 1 月份庭長法官聯席會議所述：「建築主管機關如對行為人處罰，已足達成行政目的時，即不得對建築物所有權人處罰。」單獨優先對為現為使用人之違法改建之共有人（行為人）進行裁處。然若「非行為人」之其他共有人，事先依「分管契約」同意改變使用，

或縱未同意，皆仍有依建築法第 73 條第 2 項規定，保持建築物合法使用狀態，及時要求改建之共有人停止並排除違法狀態之義務，是若為預防其他共有人怠於履行前開責任之必要，主管機關仍得對其進行裁處，尚不應令其存有對建築法合法狀態受破壞時，得袖手旁觀之誤解。然而，主管機關在並行對於使用人與所有人裁罰之前，仍應綜合判斷是否在比例原則要求下，僅裁罰其一即可達成行政目的，以避免其他實際上無排除建築物違法狀態之共有人有受過當侵害之虞。

貳、若應受處分之對象為 5 人時，應係針對 5 人共同開立 1 張裁處書（如本案之裁處情形），或是針對 5 人個別予以處分？

換言之，配合前開論述，本題似進一步假設，應純以共有人為裁處對象，而可改設問如：究應將前開五人類如共同違反行政法上義務之數人，分別裁處之；抑或如非法人團體之成員，共同裁處之³？

本文認為，應將就共有人五人分別開立裁處書，較為妥適⁴。首先，考量狀態責任之設計，係基於人民對於物之狀態之管領力而生，則義務違反之罰鍰裁處，亦隨個別管領力之有無、程度為之。其次，不論分別共有或共同共有之共有人，皆係對共有物之全部行使權利，且對危險狀態負有恢復原狀之義務，每一分子均須參與；猶如各級行政法院 93 年度法律座談會法律問題 第 9 則所述：「『數人按其應有部分，對於一物有所有權者，為共有人。』『共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。』為民法第八百十七條第一項暨第八百二十條第一項所明定。乃有關行政法上違反管制規定之責任人，不限土地單獨所有，於分別共有之情形，如係同一事件，同時存在多數責任人，其發生原因復均相同者，土地共有人均應成為責任人（參見黃啟禎，干涉行政法上責任人之探討，收錄於當代公法新論（中），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，二〇〇二年七月，頁三〇二以下）。是土地分別共有人因違反管理義務而依法應裁處罰鍰者，其罰鍰額度應衡量各共有人之土地持分及違章情節而定，自以分別處罰為宜。」（本文認民法第 828 條第 2 項既規定共同共有之情形，亦應準用民法 820 條，是前開論述得同援引於其上。）再者，若不採分別處罰，則針對怠於繳交之罰鍰，究係如何強制執行，則有困難。蓋若針對 5 人共同開立 1 張裁處書，則該裁處罰鍰之義務人歸

³ 陳淑芳，物之共有之行政責任，台灣法學雜誌，第 122 期，2009 年 2 月 15 日，頁 98。

⁴ 反對見解如後：學者陳淑芳依民法第 821 條，認共有人就共有物對外係屬一體為由，認應合併處罰，見前揭註文，頁 99-100；學者蔡震榮則以共同共有乃共同管理為由，認應合併處罰，前揭註 1，頁 8。

屬不明；若逾期未繳交，應就何共有人之財產為強制執行，不免生有疑義。有謂，尚得就共有物為之，惟強制執行標的之擇取，應以義務人之財產為準，義務人不明，何以為之；且共有物價額若未足以清償罰鍰，則仍續生如前開應以何人之物，為強制執行之疑義。

是本文認為，無論分別共有或共同共有，各共有人對系爭建築物均負管理義務，主管機關自應就五人分別裁處罰鍰；且個人之罰鍰數額亦應依應有部分或實際管領力之程度決斷之，尚不生罰鍰總額可能超過法定最高額之疑慮。類似見解，可參台北高等行政法院 103 年度訴字第 1458 號判決：「原告及訴外人張炳青等共 20 人，既經系爭土地所有人（吳玲錦、黃韻昇）同意出具土地使用權同意書，擬具水土保持計畫，共同委由黃韻達於系爭土地上代為申請處理興建集村農舍，並經被告 94 年 6 月 7 日函核定該水土保持計畫，並載明水土保持義務人為原告及訴外人張炳青等 20 人在案…被告以原告屬水土保持法第 4 條所稱之水土保持義務人，未依同法第 12 條第 1 項所核定之水土保持計畫實施水土保持之處理與維護…分別處以法定最低度 6 萬元罰鍰並通知限期改正，並無處罰當事人不適格或非義務人受罰之問題，亦核與比例原則或一事不二罰等法律原則無悖，復無違行政罰法第 15 條、第 16 條、水土保持法第 33 條第 1 項、基隆市違反水土保持法案件罰鍰裁罰標準等規定之罰鍰上限。原告上揭主張，均難憑採。」