

※有關建造執照涉及假處分裁定疑義乙案

發文機關：臺北市政府法規委員會

發文字號：臺北市政府法規委員會96.01.29.北市法二字第09633328300號函

發文日期：民國96年1月29日

主旨：有關本市94建字第○○號建造執照其中○○地號涉及假處分裁定疑義乙案，復如說明，請查照。

說明：

一、復 貴局95年12月28日北市都建字第09572475400號函。

二、查強制執行法第51條第2項、第3項規定：「實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。實施查封後，第三人未經執行法院允許，占有查封物或為其他有礙執行效果之行為者，執行法院得依職權或依聲請排除之。」同法第113條規定：「不動產之強制執行，除本節有規定外，準用關於動產執行之規定。」故申請建造執照之建築基地，如有全部或一部遭土地所有權人之債權人申請假處分，禁止債務人（土地所有權人）對土地為讓與、設定抵押、出租及其他一切處分行為，則在假處分裁定執行後，債務人出具土地使用權同意書允許第三人申請建築執照興建房屋之行為，應有違假處分之效力，依上開規定即對債權人不生效力。惟本案如查明土地所有權人係出具土地使用同意書在前，土地遭假處分查封在後，則依上開規定，出具土地使用同意書並非債務人在「實施查封後」之行為，此時，該土地使用權同意書之效力是否受影響？則有不同之見解。

（一）第一種見解認為，土地所有權人在出具同意書當時，對土地尚可有權處分，且土地所有權人出具同意書後，其同意建築之行為即已完成，不須再有其他協力行為來完成建照之申請，故實難想像嗣後發生之假處分對該已完成之同意建築行為產生何種限制，主管機關核發建築執照，僅為建築管理之行政行為，無須過度介入私權；主管機關依建築法第30條規定僅須審核土地權利證明文件之效力，故應得依土地所有權人有效且有權出具之同意書，同意核發建築執照，毋庸考量嗣後始發生之假處分查封之效力；關此，可參考辦理強制執行事件應行注意事項第57點第10款之規定：「出租人與承租人訂立租賃契約後，將租賃物交付承租人占有前，經執行法院查封者，承租人不得主張係查封前與債務人訂約承租該不動產，阻止點交。」如依上開規定之反面解釋，訂定租約及交付租賃物皆在查封之前，即可不受查封效力之拘束；同理，倘訂立土地使用權同意書及交付土地皆在查封之前，亦應可不受查封效力拘束，而由主管機關發給建築執照。

（二）第二種見解則認為，雖然土地所有權人出具土地使用同意書為有權處分，但該同意書具有繼續性處分之性質，其效力已受嗣後之假處分查封所限制，主管機關似不得依其效力已受限制之同意書核發建照；況且，考量如土地所有權人自為起造人，申請建照之過程中受假處分查封，即不得再核發建照之情形，亦可得知取得土地使用授權之相對人之權利，應不可大於土地所有權人本身之權利，如令其反而可取得建照，於理亦有未合；此外，參考土地法第75條之1規定：「前條之登記（土地權利變更登記）尚未完畢前，登記機關接獲法院查封、假扣押、假處分或破產登記之囑託時，應即改辦查封、假扣押、假處分或破產登記，並通知登記聲請人。」亦即，縱使不動產債權移轉在先，申請物權登記亦在先，地政機關在接獲假處分執行之通知後，即不得為物權登記之行政作為；同理，縱使出具土地使用權同意及申請建照均在先，建管機關在獲知假處分查封後，亦不得為核發建

照之行政作為，建照之核發因有礙於執行效果，故不應准許。

三、以上，兩種見解皆言之有理，本會就出具土地使用同意書於假扣押查封之前，曾於92.8.8北市法二字第 09230797700號函採取第一種見解，認為仍可核發建照（附件一），惟此案就假處分部分再加以研析，認為第二種見解亦不無是理，貴局可本於職權擇一認定，如認仍有疑義，因案涉中央主管法令之解釋，建議可函請中央主管機關釋示，或函詢本案為假處分裁定之法院，請其釋明出具土地使用同意書在假處分執行之前的情形，是否仍可核發建照，以為辦理之依據。

四、本案如採說明二所述第一種見解，且經確實查明土地所有權人係出具土地使用同意書及交付土地在假處分查封之前，則原核發建造執照，即無瑕疵之問題，亦無撤銷之問題。惟若採說明二所述第二種見解，認為土地使用權同意書之效力已受嗣後假處分查封所限制，不得據以核發建照，則又可分為兩種情形：

- （一）第一種情形，申請建築之土地雖遭假處分查封，但主管建築機關未受通知，對於假處分並不知情，而已經核發建照；此時應有行政院 62.2.23臺62內1610號函第二點之適用：「主管機關已核發建築執照或修建證後，土地權利關係人提出異議時，應通知其向法院提起訴訟，俟法院判決確定後再行依法處理，在未經法院判決確定前，異議人如欲對造停工，得依民事訴訟法規定之保全程序請求「假處分」以定暫時狀態，須經法院裁定許可後，主管建築機關始得禁止施工。」
- （二）第二種情形則是主管機關在核發執照前，已知悉申請建築執照之土地遭假處分查封（例如本案債權人93.6.8聲請書如已向貴局建管處陳明假處分查封之事實即屬之），此時依說明二所述第二種見解即不應核發建築執照，倘誤為核發，該核發建照之行政處分即有瑕疵，應依行政程序法第 117條至第 121條之規定辦理；按行政程序法第 117條規定：「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 受益人無第一百十九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。」故此種情形是否撤銷建照，尚須考量受益人之信賴利益及是否有信賴不值得保護之情形而為決定。惟縱使符合法定撤銷條件，因行政程序法第117 條規定為「得」撤銷，行政機關對於撤銷與否仍有裁量權，併予敘明。

五、綜上說明，答覆 貴局來函所詢疑義如下：

- （一）關於 貴局 93.6.23函是否為行政處分乙節；按行政程序法第92條第 1項規定：「本法所稱行政處分，係指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。」該函因未直接發生任何法律效果，故應非屬行政處分。
- （二）關於行政院 62.2.23臺62內1610號函所指之「他造」、「對造」，應係指假處分相對人而言，本案張○○君僅對土地所有權人申請假處分，未併為請求禁止申請建照，嗣後亦未對起造人○○公司另申請假處分，則其假處分效力自會因假處分申請事項、對象及假處分執行時點的不同，而有所不同。本案倘若張○○君再對○○公司申請禁止施工的假處分，經查封後，貴局自應禁止施工；抑或張○○君未再為禁止施工之假處分申請，但貴局採前述說明二的第二種見解，再經依職權衡酌後撤銷建照；或是張○○君對原建照之核發認為損及其權益，提起訴願，經訴願審理機關撤銷原處分，則自亦不得再准其施工。至於對系爭土地使用同意書及假處分查封之效力（即已核發執照的效力）應作何認定為當？除依前述說

明三建議，可函請中央主管機關或法院解釋外，貴局亦得本於職權卓處。法院係採不告不理制度，在法院未對本案有確定判決作出前，並非必須以法院確定判決之認定為依據。

- (三) 關於士林地方法院93年裁全字第1228號假處分裁定謂：「債務人.....不得為讓與、設定抵押、出租及其他一切處分行為」，自應包括禁止債務人在「實施查封後」出具土地使用權同意書供起造人申請建築執照，或交付土地供起造人興建房屋之行為；惟本案重點應不在假處分效力之爭執，而在假處分效力發生前已作成之行為，其效力應如何認定之爭執，均已如前述，茲不再贅述。
- (四) 關於來函說明五謂如經司法判決確定原土地使用權同意書不合法時，則原核發建照應屬無效處分或得撤銷處分之疑義，按行政程序法第 111條規定，對無效處分已有明確定義，本案情形原核發建照應僅可能為得撤銷之違法授益行政處分，而非無效處分，故在原處分撤銷前，其效力仍繼續存在，可據以為後續之建築行為。

備註：本件事實因涉個案認定，僅供參考。