

裁判字號：高雄高等行政法院 98 年度訴更二字第 21 號 行政判決

裁判日期：民國 99 年 03 月 24 日

案由摘要：建築執照事件

高雄高等行政法院判決

98 年度訴更二字第 21 號

民國 99 年 3 月 10 日辯論終結

原 告 蕭正崙
蕭黃千鶴
陳美惠
蕭正隆
蕭正明

共 同

訴訟代理人 何永福 律師

複 代 理 人 廖道成 律師

被 告 嘉義縣水上鄉公所

代 表 人 王啟澧

訴訟代理人 王正明 律師

參 加 人 黃文硯

黃毛月娥

上列當事人間建築執照事件，原告不服嘉義縣政府中華民國 93 年 1 月 19 日府行法訴字第 0930015212 號訴願決定，提起行政訴訟，經本院 93 年度訴字第 264 號判決後，被告提起上訴，由最高行政法院 96 年度判字第 1033 號判決發回更審，經本院 96 年度訴更一字第 26 號判決後，原告復提起上訴，再經最高行政法院 98 年度判字第 1173 號判決發回更審，本院判決如下：

主 文

訴願決定及原處分均撤銷。

被告對於原告就坐落嘉義縣○○鄉○○段 1105、1106、1107、1108、1109、1111、1112、1113、1114、1115 地號土地申請核發建造執照事件，應依本件判決之法律見解，另為處分。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用（含發回前上訴審訴訟費用）由被告負擔。

事實及理由

一、事實概要：緣原告未經許可，在其所有坐落嘉義縣○○鄉○○段 1105、1106、1107、1108、1109、1111、1112、1113、1114、1115 地號土地（下稱系爭土地）建築房屋。惟因上開建築基地面臨之同地段 1110 地號土地（下稱系爭 1110 地號土地）寬度僅 4 公尺，原告為取得建造執照，遂將前開 1110 地號土地捐贈予被告作為道路使用，並完成所有權移轉登記，被告乃據以於系爭 1110 地號土地指定建築線。嗣原告於民國 92 年 7 月 25 日申請建造執照，因被告未依建築法第 33 條規定於 10 日內辦理完竣，原告乃提起訴願；被告則於訴願決定作成前，於 92 年 12 月 5 日以嘉水鄉建字第 0920019480 號函為否准核發之處分。原告不服，於 92 年 12 月 8 日及 93 年 1 月 8 日分別提出訴願補充理由，訴願決定認被告否准核發建造執照予原告之處分違法，惟以本件如核發建造執照，將使面臨系爭 1110 地號土地兩旁之鄰地所有權人，即參加人之同段 1116、1220 地號土地，於日後建築房屋時須依建築線各退縮 1 公尺而影響其權益，有違公益，乃依訴願法第 83 條規定決定：「訴願駁回。原處分機關 92 年 12 月 5 日嘉水鄉建字第 0920019480 號函係屬違法。」原告不服，遂提起本件行政訴訟，案經本院以 93 年度訴字第 264 號判決，將訴願決定及原處分均撤銷，並命被告對於原告就系爭土地申請核發建造執照事件，應依本件判決之法律見解，另為處分。被告不服，提起上訴，經最高行政法院以 96 年度判字第 1033 號判決將原判決廢棄，發回本院更為審理。嗣經本院再以 96 年度訴更一字第 26 號判決駁回原告之訴，原告表示不服，提起上訴，復經最高行政法院以 98 年度判字第 1173 號判決將原判決廢棄，發回本院更為審判。

二、本件原告主張：

- (一) 按合於嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項所定 4 款情形之一者，即為該條例所稱之「現有巷道」，而建築基地面臨現有巷道者，得申請指定建築線。原告依同條例第 4 條第 1 項第 3 款規定「私設通路經土地所有權人捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續」之方式，將原告所有系爭 1110 地號土地捐獻給被告，經被告核認該地號土

地係供公眾通行之道路，並同意受贈，嗣於 91 年 11 月 12 日完成系爭 1110 地號土地所有權移轉登記，則原告申請建築基地所面臨之系爭 1110 地號土地，依法成為「現有巷道」，已符合實施建築條件，故依法並無申請「交通用地變更」之必要，縱被告執意申請用地變更，也與本件建照申請案無關。即系爭 1110 地號土地是否核准用地變更與法定「現有巷道」是否成立係兩回事，被告依嘉義縣政府工務局 92 年 9 月 30 日局工建字第 0920004305 號函示略以：「爰此巷道依『嘉義縣建築管理自治條例』第 4 條第 1 項第 2、3 款供道路使用者，在其未完成程序者，若有損及鄰地權益者，應經該土地所有權人同意為宜，以免影響鄰地所有人之權益。」否准原告建照之申請，自有欠法據。

- (二) 次按嘉義縣建築管理自治條例第 4 條所稱之「現有巷道」，並無道路寬度之設限規定，至同條例第 5 條或實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條等關於道路寬度之規定，完全係針對實施建築時就臨接道路之寬度需多少（需不需要退讓），以及面臨現有巷道之基地，其建築線之指定應如何計算等所為之規定，故本件巷道寬度縱未達 6 公尺，實不影響被告之受贈行為，亦即被告接受原告捐獻土地作為現有巷道，無任何違法或不當。蓋倘認為巷道寬度必須達 6 公尺以上，才能成為上開條例所稱之「現有巷道」，則該條例何需另有不足時該如何退讓及現有巷道之寬度大於 4 公尺或 6 公尺者，仍應保持原有寬度之規定？從而，系爭 1110 地號土地自被告同意受贈，並完成土地所有權移轉登記時起，即已成為法定之「現有巷道」。又原告捐獻私有土地作為聯外通道，效果絕不止於私利，對鄰地所有權人必然有其實益，蓋系爭 1110 地號土地乃經被告認定為「供公眾通行之道路」，可謂合乎公益，而非侵犯他人權益。何況上述建築管理辦法就道路寬度之規定既屬強制規定，則凡提出建築之申請者，均應依法辦理，無人得以倖免，故原告所有建築基地已作退讓。至原告鄰地，原告自無權干涉他人日後是否建築，假使鄰地所有權人日後欲申請建築，當然亦須符合相關建築法規之規定，須退讓建築線，

此乃法令規定之結果，屬個人私益範疇，理應無涉及公益，亦與原告捐地行為是否屬於惡意無關，自無須取得鄰地所有人之同意書。

(三) 又坐落嘉義縣○○鄉○○○段 259 地號土地，原共有人有數十人，經臺灣嘉義地方法院（下稱嘉義地院）於 78 年 5 月 30 日以 77 年度訴字第 751 號裁判分割，其中如該判決附圖所示編號 4 之土地分歸李結定等 5 人（4 戶）共有，編列為嘉義縣○○鄉○○○段 259 之 5 地號土地，其上分別建有房舍居住，當時即私設通路供 4 戶共有人出入。嗣上開 259 之 5 地號土地，於 82 年 12 月 29 日以和解方式，完成第 2 次分割，且依建物占地情形分割為 4 筆土地，但仍保留原私設通路作為道路用地，並保持共有（如該案和解筆錄附圖所示 259 之 5 地號之代號 5）。上開嘉義縣○○鄉○○○段 259 之 5 地號土地，即為本件原告申請建築用地（系爭土地）之前身，原告於其第 2 次分割後向原共有人承買，是系爭 1110 地號土地即為當初之私設通路部分（1110 地號土地長度較原私設通路稍短），長久以來已成為供公眾通行之既成巷道，此亦為被告所認定（參被告 91 年 6 月 13 日嘉水鄉建字第 9100008668 號函及同年 10 月 17 日嘉水鄉建字第 9100015438 號函）。然被告稱：「依實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條規定，確實如建築基地鄰接兩條不同地號之現有道路時，則須依上開辦法各自道路中心線退讓 3 公尺。因此，鄰人土地面積勢必相對縮小，影響鄰人權益甚大，易言之，今若為『私設通路』，便不須自道路中心線退讓 3 公尺，則不影響鄰地所有權人之權益。」惟事實上，任何建地只要有對外聯絡道路存在，即使為私設通路，一樣得申請建築，自無須大費周章地將「私設通路」轉變為法定「現有巷道」，本件係因被告遊說原告將系爭 1110 地號土地捐獻為鄉有地，並稱以捐獻方式而認定為現有巷道較能得到公信，可促使建照迅速核發，原告始將系爭 1110 地號土地捐獻予被告。

(四) 再建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造，固為建築法第 25

條第1項所明定，惟依同法第86條第1款規定，違反第25條之規定擅自建造者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工「補辦」手續；必要時得強制拆除其建築物。質言之，擅自建造時除罰鍰外，尚可補辦手續，非不能補正。本件最初係委由詹朝光建築師事務所規劃設計，依法提出建築線指定（91嘉水鄉建字第193號），嗣經被告派員於92年1月27日指定建築線，並移送臺灣省建築師公會於92年2月17日審查符合規定，同日即向被告提出申請核發建築執照。又原告為爭取時效，乃於依法提出申請建築執照後，隨即動工開始整地建築，不料被告就本件申請案，要求原告應補提鄰地所有權人同意書，需鄰地所有權人同意系爭1110地號土地變更為交通用地，以致遲未辦理，迄今仍不予核發建築執照。另原告於84年申請於○○鄉○○段1121地號及1122地號土地建築時（84年嘉水鄉建執山字第94號及95號），同樣自道路中心線退縮3公尺建築，當時亦無須取得鄰地所有權人同意書，可證退讓3公尺建築實無關鄰地所有權人權益甚明。復系爭1110地號土地，既經被告認定為「供公眾通行之道路」，依嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第1款凡供公眾通行，具有公用地役關係之巷道，即可成為「現有巷道」之規定，只要再依同條第2項規定之項目審核，即可成為現有巷道。而嘉義縣政府建築管理課技士邱英峰於鈞院93年8月13日行準備程序時，已證稱「本件土地符合嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第1款之規定」，及證人洪全泰於97年4月25日在鈞院作證時，亦證稱「交通局認為屬於供公眾通行」，被告於鈞院97年7月1日行言詞辯論程序時，亦自承「系爭1110地號道路符合供公眾通行具有地役關係之道路」等語；被告91年6月13日函文，亦指出○○○段259之49地號土地（即系爭1110地號土地重測前之地段地號），係供公眾通行之道路無誤，另被告91年8月29日函文，再度就系爭土地供道路使用日期，指出依「戶籍謄本、稅籍證明及村、鄰長等證明，因年代久遠，尚無法認定該道路確實使用日期」，其中所謂「因年代久遠」，當然係指超過20年

以上。而依上述村、鄰長之證明內容，其供道路使用日期更超過 40 年。則系爭 1110 地號土地在捐贈前，自屬嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款之現有巷道。是即使原告自願選擇捐獻土地之方式來進行，但只要被告同意受贈，原告依法完成土地移轉登記手續，系爭 1110 地號土地自成為前開建築管理規則所認定之「現有巷道」，根本無須為用地變更之申請，惟被告就嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 3 款之規定解釋為：「今依法文文意應係先經變更為道路使用後（即交通用地之變更）始能為捐贈土地而辦理移轉登記」，亦即指上開法文所謂「捐獻土地為道路使用」即係「變更為交通用地」之意，不知解釋之根據何在？難道未經變更為交通用地之既成巷道，均不能作為「道路使用」？明顯與事實不符。再者，嘉義縣政府交通局及訴願決定，均認定系爭 1110 地號土地為供公眾通行之道路，即已符合嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款及第 3 款所稱之「現有巷道」，而被告亦依法指定建築線，自應毋須檢附鄰地所有權人同意書，即應許可核發建築執照。故嘉義縣政府工務局及被告嗣後再回頭審核系爭 1110 地號土地是否為現有巷道，程序上不免自相矛盾。另原住戶以系爭 1110 地號土地作為巷道使用已經 30 餘年，即使參加人黃毛月娥亦利用通行，只是在本件訴訟中始將面臨系爭 1110 地號土地之方向築起磚牆，並改以同段 1120 地號土地通行，此有照片為證，顯然黃毛月娥供述從未通行系爭土地與事實不符。

- (五) 又被告自始即主張依實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條之規定辦理，並稱「原告所捐贈之土地之寬度僅為 4 公尺，依上開法文須自道路中心線退讓 3 公尺以上建築始與法有合，然若依法退讓 3 公尺以上之建築，勢必影響鄰地所有權人日後建築房屋建築線亦須退讓 1 公尺，影響鄰地所有權人之權益甚大」「今若為私設通路，便不須自道路中心線退讓 3 公尺，則不影響鄰地所有權人之權益」云云。而在其仍否認系爭 1110 地號土地為「現有巷道」之情況下，又改稱應依嘉義縣建築管理自治條例第 5 條第 1 項第 1

款規定辦理，並謂系爭 1110 地號土地寬度為 4 公尺，長度約 30 公尺，則原告建築線之指定，亦應以系爭 1110 地號土地之中心線為準，兩旁均等退讓，以合計達 4 公尺寬度之邊界線作為建築線，而本件原告卻係以寬度 6 公尺為指定建築線，已明顯侵害鄰地所有權人之權益，原告應重新以寬度 4 公尺為指定建築線始為合法，卻未說明其主張一再變更之理由。況建築線之指定乃被告派員所為，於 92 年 1 月 27 日在建築師提出之「建築線指示（定）申請書圖」審查欄蓋上驗訖章（定案編號：91 嘉水鄉建字第 19331 號），並移送臺灣省建築師公會於 92 年 2 月 17 日查核及審查為「符合規定擬准發照」。換言之，究竟應以「寬度 6 公尺」或「寬度 4 公尺」為指定建築線始為合法，係經被告派員勘驗確定，縱然有誤，亦非原告之過失。

- (六) 本件原告申請建築執照包括指定建築線，共計 2 次，第 1 次於 91 年 5 月間提出申請，被告受理後旋依法定程序會辦，並諭知原告補附證件資料參審，原告完全配合被告要求，被告主張原告提供不正確資料或以不完全陳述等不正當方法欺瞞被告，並未舉出確切證據，況被告本係負責審核之機關。本件係因有人提出異議，被告乃建議原告捐贈土地，於 91 年 10 月 17 日被告發文同意受贈，翌日卻發文駁回原告之申請。原告捐贈系爭 1110 地號土地係在第 1 次申請被駁回之前，非如被告所稱係為解套而捐贈。被告又稱不知原告捐贈土地之目的，但捐贈土地既係在提出申請建照之後，被告豈有不知之理？至被告曾依原告申請而指定建築線，此係在原告第 2 次提出申請時，與被告答辯事實相反。再者，當第一次申請建築執照遭被告駁回後，原告認為被告處置不當，乃重新整理資料，由建築師依法提出第二次申請，並獲指定建築線（92 年 1 月 27 日 91 嘉水鄉建字第 19331 號），嗣因系爭 1110 地號土地是否應變更編定為交通用地，被告及嘉義縣政府回頭再次審核是否為供公眾通行之道路屬性問題，以及應經鄰地所有權人同意始得變更編定為交通用地，甚至又否認系爭 1110 地號土地非現有巷道，如此前後一再反覆，更將現有巷道區分為既成巷道、私

設通路、交通用地等等，令原告無法清楚瞭解嘉義縣建築管理自治條例第4條所指之「現有巷道」究何所指。

- (七) 內政部63年6月3日臺內營字第578459號函所謂「公法優於私法為法律適用上一大原則，…系爭土地縱設有地役權存在…」等語，顯然係指民法物權編所規範之地役權，始有討論「公法優於私法」之必要，而本件原告依嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款規定，捐獻並完成移轉系爭1110地號土地予被告，以符合現有巷道認定，或者系爭1110地號土地，係經被告認定為供公眾通行之道路，而同意受贈，以彰其具公用地役關係之巷道，與本件申請建築執照，均純屬「各項（級）公法適用上或解釋上之爭議」，與物權法地役權之設定無關，自非得相提並論。又系爭1110地號土地係依法定程序，成為「得申請指定建築線之現有巷道」，且係經由建築師依法提出第二次申請，並獲指定建築線在案，自符合相關建築法令之規定，就精神而言，已相當合乎上開函文之意旨，惟被告卻一再自我否定曾作過之認定及核許。
- (八) 嘉義縣建築管理自治條例第5條與79年3月8日發布之臺灣省建築管理規則第5條之規定內容相同，如上揭自治條例第5條有牴觸地方制度法應屬無效，然臺灣省建築管理規則第5條之規定，仍屬有效，故依臺灣省建築管理規則第5條之規定，本件系爭1110地號土地之長度係在40公尺以下，且係單向，故只要以巷道寬度合計有4公尺之邊界線，作為建築線，即屬合法，不會影響鄰地權益。縱本件亦無臺灣省建築管理規則第5條之適用，亦不論最高行政法院有無權利宣告嘉義縣建築管理自治條例第5條規定無效，然其宣告無效前，上述條例業已施行多年，且引起人民之信賴，基於信賴保護原則，該自治條例第5條在原告申請本件建照時，仍有效用。何況被告於前審亦明確指出原告應依該自治條例第5條第1項第1款規定，重新以寬度4公尺為指定建築線始為合法。
- (九) 系爭1110地號土地其道路屬性，係屬「供公眾通行，具有公用地役關係之巷道」，已如前述，即使在不適用本件最

有爭議之嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第2款及第3款之情形下，依實施區域計畫地區建築管理辦法第11條之規定，鄰地將來建築時亦應退讓，顯見本件核准建照給原告，不會損害鄰地所有人之權益。而原告係為節省土地稅負及更明確與強化「現有巷道」屬性，才將系爭1110地號土地捐贈給被告，此觀原告91年10月9日捐贈申請書上載明係因「道路認定及稅捐問題」，被告亦認為系爭1110地號土地，確係供公眾通行之道路，才同意接受捐贈，足見原告將系爭土地贈與予被告，並無任何惡意，未施用詐術，被告更無受騙情形。被告於鈞院93年8月13日行準備程序時，已自承係為了「減免稅負問題」，被告應受「禁反言原則」之拘束，被告主張原告捐贈係為了掩護非法，自不足採。

(十) 本件證人洪全泰(即被告建管承辦人員)於鈞院99年1月8日行準備程序時到庭證稱：「(問：如果道路的問題確定可以核發建照的話，除會影響鄰地所有人外，尚有何種公益會受影響?)主要係會影響到鄰地的權益，指定建築線後，原來係4米，雙方還要再退縮1米達到6米的寬度，其他倒沒有影響，若有達到6米，消防車進入也沒有什麼問題。至於庭上詢問公益的問題，我們係針對核發的部分，其他因素可能沒有考量那麼多，我們僅審酌依據建築法有無符合規定。」「(問：審查表審查通過基本上就沒有違反公益的問題?)此係內政部營建署規範的審查表，我們依此審查申請的圖說，如果符合的話，我們當然就必須核發建照。」「(問：核准建照之後，會不會造成何種公益損害的情形?)一般僅針對審查表項目審查，如果審查表通過，庭上詢問公益的問題，我無法將審查項目併在一起，申請人送件，我們按照審查程序決定核發與否，公益事項並不是我說了算。」綜觀證人所述，足認本件建築執照之核發，應依照內政部營建署規範的審查表進行審查，若經審查通過，即應核發建築執照，此係法定要件，自不容行政機關再以法定事項以外之理由否准建照之申請。

(十一) 嘉義縣建築管理自治條例第4條對該條例所稱「現有巷

道」規定，結合第 5 條面臨現有巷道之基地，其建築線指定規定，係關於現有巷道指定建築線之規定，而非關於核發建造執照之規定。本件原告捐贈系爭 1110 地號土地予被告，是否符合該條例第 4 條第 1 項第 3 款要件而成為「現有巷道」，而得據以指定建築線，固關係上開被告指定建築線處分之效力，但該指定建築線處分，在經撤銷、廢止或因其他事由失其效力前，其效力繼續存在。

- (十二) 被告依嘉義縣政府工務局 92 年 9 月 30 日局工建字第 0920004305 號函第 3 項之說明，否准原告建照之申請，顯有以下違誤：1. 本件已完成捐贈程序，捐贈之土地已移轉到被告名下，被告認為「尚未完成程序」，顯然有誤。2. 被告認為「應經該土地所有權人同意」，不僅毫無法令依據，且該見解亦經嘉義縣政府撤銷。3. 本件系爭 1110 地號土地既已符合嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款「供公眾通行，具公用地役關係之巷道」或第 3 款「私設通路經土地所有權人捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者」之規定，被告為何仍不准申請，均未說明理由。
- (十三) 本件發給建照一事，並不涉及公益，至於 2 位參加人日後如申請建築須退縮 1 米之私益，亦係因法令規定之結果，與本件建築執照是否核發無關：1. 所謂公益之概念，實務上如最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決指出：「按所謂公益係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合，即由特殊私益與公共利益共同組成之整合概念。是以適用公益原則，必須從具體事件中各方利益之比較及其交互影響，加以探討，求其平衡完備而無所偏廢。」顯然採取集合說之見解，即為由特殊私益與公共利益共同組成之整合概念，所指乃不特定多數人之利益。至於本件土地周邊之鄰地所有權人僅 2 位，亦即本件參加人，並非不特定多數人，自不生與公益相違背之情事。2. 至於本件原告捐獻私有土地作為聯外道路，效果即不僅止於私利，對

鄰地所有權人亦有其實益，因此系爭 1110 地號土地經被告認定為「供公眾通行之道路」，可謂合乎公益，而非侵犯他人權益。至於參加人日後於其所有土地建築時，將面臨到系爭土地部分是否須依建築線退縮之問題，此乃因依法指定建築線之結果。至於本件被告無論是否核發建照予原告，皆不影響 2 位參加人日後申請建築須退縮 1 米之私益。換言之，是否影響參加人之私益，與本件建築執照是否核發無關。3. 次按實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條所為關於道路寬度之規定，此係完全針對實施建築時就臨街道路之寬度需多少（需不需退讓）以及面臨現有巷道之基地其建築線之指定應如何計算所作之規定。被告以「系爭巷道之鄰地所有權人日後欲申請建築時亦必須符合上開規定退讓，則建地勢將減少」等由否准原告之申請，明顯屬於私益而非關公益，被告以將系爭巷道指定為「現有巷道」可能影響參加人日後建築申請一事歸於公益考量，顯與上開建築管理辦法所定之法律目的有所違背。4. 況且，縱使參加人所有之○○段 1116、1220 地號土地日後建築應各退縮 1 公尺，依建築技術規則建築設計施工編第 163 條規定，其建築物之建築線之通路得計入法定空地面積，亦非完全對其不利。訴願決定就本件核發建照究竟對公益有何重大損害及其就原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事而就公、私利益已為具體衡量，並未說明其理由，僅泛言本件如核發建照予原告將使參加人日後建築房屋建築線須各退讓 1 公尺，將影響參加人權益云云，遽指與公益相違背，難謂與訴願法第 83 條情況決定之要件相符。是訴願決定以本件如核發建照予原告顯與公益相違背而為情況決定，自屬可議。4. 綜上所陳，實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條就道路寬度之規定既屬強制規定，則凡提出建築之申請者，均應依法辦理，無人得以倖免，故原告所有之建築基地已作退讓，且原告亦無權干涉他人日後是否申請建築，假使參加人日後欲申請建築，當然亦須符合相關建築法規之規定，須退讓建

築線，此乃法令規定之結果，屬個人私益範疇，理應無涉及公益，更不因本件建築執照是否核發而有所不同。是以系爭建築執照核發事件，原告自無須取得參加人之同意書等情。並聲明求為判決訴願決定及原處分關於不利於原告部分均撤銷；被告應作成核准原告申請坐落嘉義縣○○鄉○○段 1105 地號至 1115 地號土地上建築執照之處分。

三、被告則以：

- (一) 原告為取得建築執照，依嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 3 款之規定，捐贈系爭 1110 地號土地（使用分區：鄉村區），並移轉登記予被告，然原告所捐贈之土地寬度為 4 公尺，依實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條之規定，應自道路中心線退讓 3 公尺以上建築始合法，但原告若退讓 3 公尺以上之建築，勢必影響鄰地所有權人之權益甚大。是原告欲將所捐贈之系爭 1110 地號土地，變更為「交通用地」時，嘉義縣政府以「經會同工務單位審核結果，因該地變更為道路使用（現有巷道），嗣後毗鄰之同段 1111、1112、1113、1116、1220 地號等土地申請建築執照須退縮配置，為免於肇致糾紛」，而核認須補上開土地所有權人同意，惟原告並未補正，故被告依嘉義縣政府工務局 92 年 9 月 30 日局工建字第 0920004305 號函所示「依嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 2 款、第 3 款供道路使用者，在未完成程序前，若有損害鄰地權益，應經土地所有權人同意為宜，以免影響鄰地所有權人之權益」之意旨，否准原告建築執照之申請，並無違誤。又原告未依法取得建築執照前即逕自建造房屋，依其房屋建造完竣之狀況，原告在系爭土地上之建築物總樓地板面積合計在 1,000 平方公尺以上，而系爭 1110 地號土地長度約 30 公尺，寬度僅 4 公尺，原告若將系爭 1110 地號土地作為「私設通路」使用，違反實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條、建築技術規則建築設計施工編第 2 章第 2 條所定通路寬度之標準，是不論系爭 1110 地號土地係屬「私設通路」或「現有巷道」，目前建築完竣之房屋，均不符合相關條文之規定，被

告自無法發給建築執照。

- (二) 原告於 91 年 6 月 10 日以「因舊有道路年久失修，又經原告僱機具整地因素，故原告重新鋪設柏油路，請被告基於其該筆 259 之 49 地號土地係完全私人且僅供道路通行使用」為由，向被告申請出具道路證明，被告因該筆土地符合「供公眾通行道路」之要件，於同年 6 月 13 日以嘉水鄉建字第 9100008668 號函說明：「上開地號係供公眾通行道路無訛」。嗣原告又於 91 年 10 月 9 日以「原告道路認定及稅捐問題，須將該筆土地無償無他項權利設定無條件捐贈予被告」為由，將系爭土地捐贈予被告，此與原告所主張係為「指定建築線」，乃依嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 3 款規定，捐贈系爭 1110 地號土地予被告，已明顯不同。而原告明知其建築完竣之房屋不符合實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條、建築技術規則建築設計施工編第 2 章第 2 條所定通路寬度之標準，乃改以捐贈系爭 1110 地號土地，以符合嘉義縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 3 款「現有巷道」之規定。依原告 91 年 6 月 10 日申請道路證明及同年 10 月 9 日願無條件捐贈土地之申請書，被告不知原告捐贈土地之目的，係為達其申請建築執照或指定建築線之目的，即原告對重要事項提供不正確資料或以不完全陳述等不正當方法，令被告先認定系爭 1110 地號土地為「供公眾通行道路」，後主動捐贈該地，致使被告同意受贈，待其符合法定程序後，遂要求被告指定建築線，顯見原告捐贈土地之目的，純係為達被告為其指定建築線之目的，原告竟稱係被告一再遊說原告將系爭 1110 地號土地捐贈，可促使建照迅速核發，原告始如是辦理，顯與事實不符。縱被告已認定系爭巷道為現有巷道，惟原告為牟暴利搶建龐大建築面積，事後又提供不實資料予被告，顯然原告不值得保護。又按「公益原則」為行政法之基本法律原則，在概念結構上係指「公益關聯性」，強調行政機關應為公益服務，而非所謂公益優先於私益。實務上有最高行政法院 23 年判字第 3 號判例、58 年判字第 47 號判例及 69 年度判字第 259 號判決可參。又人民因行政處分而取得某種權利

或利益，倘因其保持既得權益，致發生破壞現有之法律秩序或所生之影響匪淺，即屬具有公益上之必要，自應予以撤銷，此係從比例原則考量利益之均衡，並非完全囿於公益優先於私益之觀點。而原告上揭所建房屋，面臨巷道寬度僅4公尺，為符合實施區域計畫地區建築管理辦法「道路寬度在6公尺以下者，自道路中心線退讓3公尺以上建築」之規定，被告日後若核發建築執照將使面臨系爭巷道兩旁鄰地所有權人日後建築房屋建築線各退讓1公尺，影響鄰地所有權人之權益，且原告有以捐贈掩護非法之惡意，自目的與手段關係加以衡量，顯與公益相違背，而有行政訴訟法第198條之適用，亦即縱為違法行政處分，亦得駁回原告之訴，遑論被告從未為違法行政處分。且嘉義縣政府就相類似案件，為避免火災時巷道寬度不足，消防車無法即時開進巷道搶救，亦均依上開規定限制6公尺建築線，其他縣市亦同。

- (三) 依據內政部63年6月3日臺內營字第578459號函示意旨，可知嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第1款至第3款之規定，對現有巷道之認定，雖無明定寬度限制，但仍應符合建築法令始得辦理建築許可，否則縱使捐贈為供公眾通行，仍不得以具公共地役關係之巷道，即據以核發建築執照。原告既在被告於92年1月27日為其指定建築線之前，早已開始動工興建，完全未考慮系爭1110地號土地性質為何，即貿然興建高達8戶之建築物，若系爭1110地號土地經認定為私設道路，僅得興建2戶建築物，顯見原告除未取得建築執照前即行動工外，復未慮及系爭1110地號土地寬度不足6米，是否可據以認定為現有巷道而指定建築線，或據以申請建築執照等事項，迨至興建完工，始將所有問題推諉予被告，原告若在建築執照核發後始動工興建，自不會有本件爭議。
- (四) 系爭1110地號土地既屬區域計畫之鄉村區之乙種建築用地，依建築法第3條第1項第2款之規定，應適用建築法，則內政部依同條第3項之授權規定，訂定實施區域計畫地區建築管理辦法，本件自須適用該辦法相關規定，至嘉義縣

建築管理自治條例主要係適用於一般都市用地，因此該條例第 5 條之規定，本件應無適用之餘地。而內政部 67 年 3 月 3 日臺內營字第 774124 號函亦認：「實施區域計畫地區內建築管理依建築法第 3 條第 3 項之授權應依『實施區域計畫地區建築管理辦法』之規定，本辦法未規定者，適用建築法之規定。」又內政部為避免火災、衛生、安全等因素，屢依我國建築現況修訂建築技術規則建築設計施工編，其第 163 條規定：「基地內各幢建築物間及建築物至建築線間之通路，得計入法定空地面積。基地內通路之寬度不得小於左列標準，但以基地內通路為進出道路之建築物，其總樓地板之面積合計在 1,000 平方公尺以上者，通路寬度為 6 公尺…。」限制內容與實施區域計畫地區建築管理辦法大致相符。顯然，實施區域計畫地區建築管理辦法與其他法規，均係針對我國目前建築安全標準所為之規範。系爭 1110 地號土地已依區域計畫法第 15 條第 1 項劃定為鄉村區，並編定為乙種建築用地，完全符合實施區域計畫地區建築管理辦法第 2 條規定。是本件應有實施區域計畫地區建築管理辦法適用之餘地。況且內政部 94 年 7 月 6 日內授營建管字第 0940006741 號函謂：「建築法第 48 條現有巷道之認定，係由地方主管建築機關依據各該直轄市、縣（市）建築管理自治條例（規則）之規定辦理。」而建築法第 48 條之立法理由為：「…並得依建築管理規則就現有巷道指定建築線…。」並未明文排除實施區域計畫地區建築管理辦法之適用。且嘉義縣建築管理自治條例第 5 條第 1 項第 1 款規定，巷道為單向出口長度在 40 公尺以下，寬度只要 4 公尺，即可以該巷道之邊界線作為建築線，顯已抵觸實施區域計畫地區建築管理辦法第 11 條及建築技術規則建築設計施工編之相關規定，依地方制度法第 30 條第 1 項之規定，應屬無效，亦不得加以適用。

- (五) 再按最高行政法院 89 年度判字第 1763 號判決意旨略以：「縣市主管機關對於私有土地是否屬於現有巷道，固有認定之職權，惟其依法律授權，據臺灣省建築管理規則第 4 條第 1 項第 1 款及第 2 項所為之認定，須以供公眾通行，具有

公用地役關係存在為前提，並應就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之。」本件建物幾為原告所建，且參加人亦證實系爭 1110 地號土地未供公眾通行，而原告迄今仍未舉證證明有公用地役關係，是縱系爭 1110 地號土地已被認定為現有巷道，但既未供公眾使用，仍不得遽以指定建築線。又縱系爭 1110 地號土地符合嘉義縣建築管理自治條例第 4 條「現有巷道」之規定，仍必須依法先變更為道路用地，且必須退縮為 6 公尺之建築線，此亦有最高行政法院 86 年度判字第 3023 號判決可稽。

(六) 依證人洪全泰於鈞院 94 年 1 月 5 日行準備程序調查時，證稱「91 年 8 月 29 日我第一次去現場勘查的時候，已經正在興建房子，我認為不符合自治條例全部現有巷道的要件」等語，可知 91 年 8 月 29 日原告已開始興建房屋。又原告委請之建築師詹朝光於原告 92 年 2 月 20 日建築執照申請書內，已自認「本案已先行動工，完成進度 80%」。又依建築師詹朝光 91 年 12 月 24 日建築線指定申請書上所載，證人洪全泰係於 92 年 1 月 27 日至現場指定建築線等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、參加人則以：系爭 1110 地號土地固係以前共有土地分割出來成為通路，且屬於單向出口，但原告建屋之前都沒有與參加人協商，如果參加人日後建屋面臨系爭 1110 地號土地部分要退縮的話，參加人不同意退縮，但如保持現狀的話，參加人沒有意見等語，資為論據。

五、按「建築物非經申請直轄市、縣(市)(局)主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。」「違反第 25 條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自建造者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。」為建築法第 25 條第 1 項前段及第 86 條第 1 款所明定。是未經取得建築許可擅自建築者，固應依建築法第 86 條第 1 款規定處罰起造人，然該起造人本有申請建造執照之權利，是除該建築物有危害公共安全之急迫危險應即予拆除外，主管機關仍應就該建物是否合於核發建造執照之要件予以審核。

六、經查，原告未經核發建造執照即在其所有坐落嘉義縣○○鄉○○段 1105 地號至 1115 地號土地上建築房屋。原告為取得建造執照之核發，遂將系爭 1110 地號土地捐贈予被告作為道路使用並完成所有權移轉登記手續，被告則據以於系爭 1110 地號土地指定建築線。嗣原告向被告申請建造執照，因被告未依建築法第 33 條規定於 10 日內辦理完竣，原告乃提起訴願；而被告於訴願決定作成前於 92 年 12 月 5 日以嘉水鄉建字第 0920019480 號函為否准核發之處分。原告不服，於 92 年 12 月 8 日及 93 年 1 月 8 日分別提出訴願補充理由，惟訴願決定雖認被告否准核發建造執照予原告之處分違法，然卻以本案如核發建造執照予原告將使面臨系爭 1110 地號土地兩旁鄰地即參加人黃毛月娥、黃文硯日後於其所有之 1116 及 1220 地號土地建築房屋須依建築線各退縮 1 公尺而影響其權益，顯與公益有違，而依訴願法第 83 條規定決定：「訴願駁回。確認被告 92 年 12 月 5 日嘉水鄉建字第 0920019480 號函係屬違法。」等情，分別為兩造所自陳，並有土地登記簿謄本、建造執照申請書、被告否准核發執照函文及訴願決定書附訴願卷及本院卷可稽，自堪認定。

七、依行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 388 條規定，除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。又行政法院為救濟法院，提起行政訴訟者，係求為有利於己之判決，如求為不利於己之判決，所提起之訴訟即屬不合法。查原告向被告申請核發建造執照遭否准，依法提起訴願。訴願決定結果是確認原處分(否准處分)(即被告 92 年 12 月 5 日嘉水鄉建字第 0920019480 號函)係屬違法，但因如准核發建造執照，有違公益，遂依訴願法第 83 條駁回訴願。則訴願決定既是確認原處分違法，就此部分係有利於原告，該訴願決定不利於原告者，乃駁回撤銷原處分之請求。而原處分係以系爭 1110 地號土地認定為現有巷道尚有疑義，且其交通用地變更程序未完成，要求原告補正鄰地所有權人同意土地申請變更編定之同意書，原告未補正，而否准其建造執照之申請。訴願決定則以系爭 1110 地號土地為嘉縣建管自治條例所稱之現有巷道，被告以原告未檢附鄰地所有權人同意土地申請變更編定

同意書，而否准申請，並不合法。因此，原告起訴聲明請求將訴願決定及原處分均撤銷，被告應准核發系爭建造執照之申請，其不服範圍自不包括訴願決定確認原處分違法(在理由範圍內)部分(否則此部分之不服即不合法)，故此部分已非本院之實體審理範圍。換言之，本院就系爭 1110 地號土地為嘉縣建管自治條例所稱之現有巷道，及原告毋庸檢附鄰地所有權人同意土地申請變更編定同意書事項，不得為審理，僅應審理原告建造執照之申請，是否符合法定要件，如符合，得否以發給建造執照，有違公益為由，而不予核准申請，此亦為本次最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷，依行政訴訟法第 260 條第 3 項規定，本院自應以上開法律上判斷為判決基礎。則兩造所為非本院審理範圍之主張，因與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論述，先此敘明。

八、按「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」固為訴願法第 83 條所規定。惟此情況決定與行政訴訟法第 198 條之情況判決同在避免撤銷原屬違法之行政處分後，將對公益造成損害所致，蓋因違法之行政處分除非有無效之情形，否則在未被職權撤銷或爭訟撤銷之前，仍受有效之推定，此時縱令提起撤銷爭訟，在訴願及行政處分均不停止執行的前提下，法律關係將會不斷累積成長，終至使既成事實的保護成為必要的課題。是違法行政處分經受處分人訴請撤銷者，訴願決定機關及法院本應予以撤銷，否則依法行政原則無以貫徹；惟如因撤銷行政處分會對既成事實造成衝擊，嚴重損及公共利益，則例外使該違法之行政處分存續，並由國家之賠償作為替代救濟措施。換言之，情況決定所欲保護的既成事實係由行政機關違法行政處分所造成，而其不利益卻是犧牲法治原則，將不利益歸由處分之相對人或利害關係人負擔，則此對於違法行政處分所造成之既成事實及隨之而至之公共利益所為之讓步，應屬法治原則之例外，自應謹慎利用。又按所謂公益，乃

不特定多數人之利益，查本件縱使核發建造於原告，所影響者，僅係參加人 2 人日後於其所有之 1116、1220 地號土地建築時就面臨系爭 1110 地號土地部分是否須依建築線退縮之問題，而此乃因依法指定建築線之結果，難認與不特定人之公共利益有關。況縱使參加人之 1116、1220 地號日後建築應各退縮 1 公尺，依建築技術規則建築設計施工編第 163 條規定，其建築物至建築線之通路得計入法定空地面積，亦非完全對其不利。另被告主張為避免火災時巷道寬度不足，消防車無法即時開進巷道搶救，嘉義縣政府就相類似案件，均依規定限制 6 公尺建築線，其他縣市亦同，本件如以 4 公尺寬度巷道之邊界線作為建築線，核准原告建造執照，將造成該建物發生火災時，消防車進出困難，致影響公益云云。然查，系爭 4 公尺寬度之巷道已大於一般車輛或消防車之寬度，可供消防車進出，且該巷道僅提供原告所建造之少數建物住戶進出，而被告原指定之建築線位於原告土地部分已經退縮 1 公尺，故該巷道靠近原告建造之建物處，實際已有 5 公尺寬度，此有建築線指示申請書圖影本附卷為憑，參以將來鄰地 1116、1220 地號土地建築時就面臨系爭 1110 地號土地部分之建築線亦須各退縮 1 公尺，使該巷道達到 6 公尺寬，則由系爭巷道提供通行之住戶家數規模，現指定之建築線位置，及將來鄰地建築時之建築線位置等情判斷，足認系爭巷道已足供消防車進出，且保障住戶消防安全無虞。被告上開主張，尚非可採。再者，證人即被告原承辦本件建造執照申請案之人員洪全泰亦到庭證稱：本件若核准原告建造執照之申請，僅會影響到鄰地 1116、1220 地號土地將來建築時，其面臨 1110 地號土地部分建築線須各退縮 1 公尺，此外並無其他公益會受影響（詳見本院 99 年 1 月 8 日準備程序筆錄第 3 頁）等語，益證原告建造執照之申請，若符合法定要件，而予以核發建造執照，尚無違反公益。訴願決定就本件核發建造究竟對公益有何重大損害及其就原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事而就公、私利益已為具體衡量，並未說明其理由，僅泛言本件如核發建造執予原告將使參加人日後建築房屋建築線須各退讓 1 公尺，將影響參加人權益云云，遽指與公

益相違背，難謂與訴願法第 83 條情況決定之要件相符。是訴願決定以本件如核發建造予原告顯與公益相違背而為情況決定，自有可議，被告復執以作為其否准核發建造之理由，即非可採。

九、綜上所述，被告以系爭 1110 地號土地應屬私設通路性質，以原告建築現狀，不應核發建造予原告；且以原告未能補正參加人同意將系爭 1110 地號土地變更編定為交通用地為由，以 92 年 12 月 5 日嘉水鄉建字第 0920019480 號函否准原告建造執照之申請，既有違法。訴願決定就此雖同為指摘，然其未將原處分撤銷以求糾正，卻為情況之決定，然其決定尚難認與訴願法第 83 條之規定相符，故其情況決定，即有裁量濫用之違法，亦有未洽。爰由本院將訴願決定及原處分均予撤銷，以期適法；然因本件是否達於核發建造執照之程度，尚待被告依職權就建築法之相關規定予以調查審認後再據以作成裁量決定，故依行政訴訟法第 200 條第 4 款規定之意旨，原告在請求命被告依照本院判決之法律見解對於原告申請核發建造事件，另作決定部分，為有理由，其餘部分，為無理由，應予駁回。

十、據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依行政訴訟法第 200 條第 4 款、第 104 條、民事訴訟法第 79 條，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 3 月 24 日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官 邱 政 強

法官 詹 日 賢

法官 李 協 明

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後 20 日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提起上訴後 20 日內向本院提出上訴理由書（須按對造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後 20 日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

中 華 民 國 99 年 3 月 24 日

書記官 周 良 駿

資料來源：高雄高等行政法院裁判書彙編（99年版）第 201-225 頁