裁判字號：最高行政法院 96 年判字第 1033 號判決

裁判日期：民國 96 年 06 月 14 日

裁判案由：建築執照

最　高　行　政　法　院　判　決

96年度判字第01033號

上　訴　人　嘉義縣水上鄉公所
代　表　人　甲○○
訴訟代理人　嚴庚辰律師
參　加　人　庚○○
　　辛○○○
被 上訴 人　乙○○
　　戊○○○
　　己○○
　　丙○○
　　丁○○

上列當事人間因建築執照事件，上訴人對於中華民國94年8月25日高雄高等行政法院93年度訴字第00264號判決提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回高雄高等行政法院。

理　由

一、被上訴人未經許可，在其所有坐落嘉義縣水上鄉鄉1105至1115地號土地建築房屋。惟因上開建築基地面臨之同地段1110地號土地（下稱系爭土地）寬度僅4公尺，被上訴人為取得建造執照，遂於民國（下同）91年10月9日將系爭1110地號土地捐贈予上訴人作為道路使用並於同年11月12日完成所有權移轉登記，上訴人乃據以於系爭土地指定建築線。嗣被上訴人於92年7月25日申請建造執照，因上訴人未依建築法第33條規定於10日內辦理完竣，被上訴人乃提起訴願；上訴人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。被上訴人不服，於同年12月8日及93年1月8日分別提出訴願補充理由，訴願決定雖認上訴人否准核發建造執照予被上訴人之處分違法，然卻以本件如核發建造執照將使系爭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，乃駁回其訴願。被上訴人不服，遂提起本件行政訴訟。

二、被上訴人於原審起訴主張：被上訴人為在柳鄉段1105地號至1115地號土地上建築房屋，乃捐贈長久以來供公眾通行之鄰接土地即系爭土地予上訴人供作道路使用，並完成土地登記

在案。依嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第1款及第3款規定，系爭土地即屬「現有巷道」而得指定建築線。嗣上訴人亦准被上訴人之申請於系爭土地上指定建築線，被上訴人繼而於92年7月25日向上訴人申請核發建造執照，被上訴人一切程序合法，上訴人應依法核發。乃上訴人竟以被上訴人捐贈之土地是否為現有巷道尚有疑義且尚未變更為交通用地，基於維護鄰地所有權人之權益並避免糾紛為由，發函要求被上訴人於3日內檢附鄰地所有權人即參加人同意土地申請變更編定之同意書，否則不予核發建造執照；進而以被上訴人未能補正參加人之同意書為由否准被上訴人建造執照之核發。又訴願決定既肯認系爭土地為「現有巷道」，足見該地依法得指定建築線，是若鄰接該現有巷道之土地日後建築必需退縮，此乃依法產生之結果，縱有影響鄰地，亦屬私益之問題，然訴願決定卻強指本件事關公益而駁回被上訴人之訴願，均屬違法。至被上訴人先行建築非可作為上訴人否准核發建照之理由，依建築法第25條第1項及第86條第1款規定，被上訴人仍得申請補發建造執照。為此請判決將訴願決定及原處分均撤銷及上訴人應准予核發被上訴人就系爭1105地號至1115地號土地建造執照之申請等語。

三、上訴人則以：被上訴人未申請建造執照，擅自建築，上訴人否准核發建造執照，並無不合。又系爭土地屬區域計畫之鄉村區乙種建築用地，依建築法第3條第3項規定，應適用實施區域計畫地區建築管理辦法，至嘉義縣建築管理自治條例係適用於一般都市用地，本件應無適用餘地。被上訴人雖將系爭土地贈與上訴人，該贈與地固成為「現有巷道」，但上訴人並不知被上訴人捐贈土地之目的係為達其指定建築線申請建照之目的，若上訴人知悉內情，自不可能同意受贈，是被上訴人提供不實資料予上訴人，不值得保護。況且，如認系爭土地為現有巷道，因其寬度僅有4公尺，依實施區域計畫地區建築管理辦法第11條規定，應自道路中心線退讓3公尺以上建築始合法，但如此勢必使相鄰之參加人辛〇〇〇及參加人庚〇〇日後於其所有之1116地號及1220地號土地建築必須依建築線退縮而影響渠等權益，事關公益，故系爭土地如要供作道路使用，自以經參加人同意為宜；復因上訴人申請將系爭土地變更為交通用地時，嘉義縣政府亦要求補正參加人同意變更編定之同意書，然被上訴人既未取得參加人之同意，則系爭土地自不宜認係現有巷道，至多僅能認係私設通路，因此，被上訴人以系爭土地指定建築線即有違誤，上訴人自不應核發建造。況縱認系爭土地為現有巷道，然既未供公眾使用，亦不能指定建築線。又被上訴人建築之房屋樓地板面積達1,000平方公尺以上，並系爭土地並非現有巷道而為私設通路，則以該私設通路寬度祇有4公尺，亦不符實施區域計畫地區建築管理辦法第11條第4款及建築技術規則建築設計施工編第2章第2條以及第163條有關私設通路寬度應

為6公尺之規定。是系爭土地不論為現有巷道或私設通路，均不符合核發建造執照之要件，上訴人否准核發，並無違誤等語，資為抗辯。

四、參加人在原審主張略以：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，但被上訴人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。

五、原審判決將訴願決定及原處分均撤銷，並命被上訴人應依原判決之法律見解，另為處分，其理由略以：（一）建築法於65年1月8日修正第3條規定，並由內政部據此訂定「實施區域計畫地區建築管理辦法」第11條，就建築基地應指定之建築線及以私設通路連接道路者，其通路寬度分別為規定。然73年11月7日建築法修正第4章有關建築界線第48條之規定，揆其增訂第2項之理由在於授權直轄市、縣（市）（局）主管建築機關，除對都市計畫規定及依法公告之道路外，均得依建築管理規則就現有巷道指定建築線，以改善地方交通狀況，適合地方實際需要。臺灣省建築管理規則據此於79年3月8日修正發布第4條及第5條。嗣於精省後，上訴人訂定嘉義縣建築管理自治條例以資銜接，其第4條及第5條仍是沿襲上開臺灣省建築管理規則而為相同之規定。是臺灣省建築管理規則及嘉義縣建築管理自治條例第4條及第5條有關現有巷道及建築線之規定即為依據建築法第48條第2項授權訂定之法規命令，此觀內政部75年3月19日台內營字第378352號函釋及內政部94年7月6日內授營建管字第0940006741號函釋之意旨，益徵明瞭。依中央法規標準法16條規定，是建築法第48條第2項及其授權之嘉義縣建築管理自治條例第4條及第5條，既係於都市計畫及依法公告之道路外，所為有關其他現有巷道及其指定建築線之特別規定，且該規定並未將實施區域計畫地區排除在外，並建築法48條第2項之增定又在建築法第3條第3項施行之後，則有關現有巷道之認定及建築線之指定，自應優先適用建築法第48條第2項及嘉義縣建築管理自治條例第4條及第5條之規定甚明。上訴人主張嘉義縣建築管理自治條例僅適用於都市地區，然系爭土地屬區域計畫之鄉村區乙種建築用地，依建築法第3條第3項規定，應適用實施區域計畫地區建築管理辦法，而無嘉義縣建築管理自治條例之適用云云，並不可採。（二）次按嘉義縣建築管理自治條例第2條第1項、第4條第1項及第5條第1項規定，被上訴人之1105至1115地號及系爭土地，與參加人辛○○○及庚○○所有之1116及1220地號土地，於分割前同屬嘉義縣○○鄉○○○段○○○○號；嗣經前手共有人訴請法院裁判分割，先後經臺灣嘉義地方法院77年度訴字第751號判決及82年度訴字第511號訴訟上和解，始分割如兩造上述地號土地之態樣；而其中系爭土地因而分歸被上訴人前手共有人作道路使用保

持共有，又該土地前經上訴人認係供公眾通行之道路而於91年6月13日以嘉水鄉建字第9100028668號函核發道路證明予被上訴人；被上訴人復於91年10月間將之捐贈予上訴人，經上訴人以91年10月17日以嘉水鄉建字第9100015438號函再次確認系爭土地係供公眾通行之道路而同意受贈，並於91年11月12日完成土地所有權登記在案。其後，上訴人申請將系爭土地變更為交通用地，亦經嘉義縣政府以92年1月6日府交工字第0920008533號函及92年6月6日府地用字第0920068360號函同意變更，上訴人則於92年1月27日核准於系爭土地指定建築線。按建築法第48條第2項之立法意旨既授權直轄市、縣（市）（局）主管建築機關，除對都市計畫規定及依法公告之道路外，均得依建築管理規則就現有巷道指定建築線，以改善地方交通狀況，適合地方實際需要，而嘉義縣建築管理自治條例第4條及第5條既係沿襲臺灣省建築管理規則並本於建築法第48條第2項授權訂定，是系爭土地原來縱屬私設通路，然既經被上訴人贈與上訴人供作道路使用並完成土地登記在案，核已該當嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之「現有巷道」。換言之，私設通路如經土地所有權人出具供公眾通行之同意書，或經土地所有權人將之捐贈為道路使用經完成土地登記手續者，依上開條例均可認屬現有巷道，該條例並未就可成為現有巷道之私設通路設有寬度限制，其與該私設通路變為現有巷道後，應否退縮寬度建築係屬建築線指定之問題，二者應予區別，此節亦經訴願決定指明在案。是嘉義縣建築管理自治條例就可構成第4條第1項各款之現有巷道並無寬度及其使用編定之限制，亦無附加須經鄰地所有人同意始足成為現有巷道之規定，則上訴人以92年12月1日嘉水鄉建字第0920019108號函要求被上訴人應提出鄰地所有權人同意將系爭土地變更編定為交通用地之同意書，始能認系爭土地為現有巷道而核給建造執照，顯與上開嘉義縣建築管理自治條例之規定不符，自屬違誤。再者，系爭土地是否變更為交通用地純屬該地能否享有稅捐減免而已，與其是否屬於建築法令所稱之現有巷道及其應如何指定建築線係屬二事，業據證人即嘉義縣政府交通局人員盧彥宏到庭證述，並有嘉義縣非都市土地申請變更編定為交通用地開發事業計畫審查作業要點附卷可稽，故上訴人以系爭土地尚未完成交通用地變更編定，僅能認係私設通路不宜認屬現有巷道云云，亦屬誤解，並非可取。又被上訴人於捐贈土地前曾申請於系爭土地指定建築線，經上訴人派員至現場勘查結果，被上訴人當時已在1105至1115地號土地上興建房屋等情，業據證人即當時指定建築線之承辦人員洪全泰到庭證述，是被上訴人嗣於91年10月間申請將系爭土地捐贈與上訴人，難謂上訴人全然不知被上訴人捐贈之目的係為建築線之指定而來，此從上訴人91年10月17日嘉水鄉建字第9100015438號函覆同意被上訴人之捐贈，亦載明被上訴人捐贈系爭土地係

要供公眾通行之道路使用等語，益徵明瞭。又上訴人既同意受贈系爭土地為道路使用，則如前所述，該土地即屬嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之現有巷道，自與上訴人是否知悉被上訴人捐地之動機無涉，是上訴人一再主張縱其認系爭土地為現有巷道，亦因被上訴人未就捐地之目的為完全之陳述，故被上訴人之利益亦不值得保護云云，殊非可取。綜上各情，系爭土地為嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之現有巷道，堪予認定。上訴人主張其不能稱為現有巷道，充其量祇是私設通路之性質云云，並不可採。（三）又系爭土地應屬嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之現有巷道，並該規定並未附加須得鄰地所有人同意或須完成用地變更之限制，是上訴人以92年12月1日嘉水鄉建字第0920019108號函命被上訴人應補正鄰地所有權人即參加人同意土地申請變更編定之同意書，嗣再以92年12月5日嘉水鄉建字第0920019480號函以被上訴人未依限補正參加人之同意書為由，否准被上訴人建造執照之申請，即有違誤。訴願決定就此亦指摘原處分係屬違誤，固無不合。按依訴願法第83條之規定，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，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。查被上訴人所提起者係課予義務訴願，並非撤銷訴願，是否有上開訴願法第83條情況決定之適用，非無推研餘地。況且，系爭土地既屬嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之現有巷道，即得適用同條例第2條第1項及第5條規定申請指定建築線。又系爭土地為單向出口，其寬4公尺，長度約30公尺，則依嘉義縣建築管理自治條例第5條第1項第1款之規定，並該規定對於實施區域計畫地區建築管理辦法第11條應優先適用，則參加人日後建築是否應退縮建築，非無探求餘地。上訴人復以本件並無上開自治條例規定之適用，而應適用實施區域計畫地區建築管理自治條例第11條前段有關規定，爭執參加人日後建築必須各自退讓1公尺云云，即有可議之處。至建築技術規則建築設計施工編第2條及163條有關通路寬度須達6公尺

之規定，均須對於私設通路而言，上訴人援引為建築線指定之依據，顯有誤會。再者，所謂公益，乃不特定多數人之利益，查本件縱使核發建照於被上訴人，所影響者，僅係參加人二人日後於其所有之1116、1220地號土地建築時就面臨系爭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，依建築技術規則設計施工編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。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被上訴人所受損害、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被上訴人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被上訴人顯與公益相違背而為情況決定，自有可議，上訴人復執以作為其否准核發建造之理由，即非可採。（四）綜上所述，上訴人以系爭土地應屬私設通路性質，以被上訴人建築現狀，不應核發建照予被上訴人；且以被上訴人未能補正參加人同意將系爭系爭土地變更編定為交通用地為由，遂以92年12月5日嘉水鄉建字第0920019480號函否准被上訴人建造執照之申請，核與嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款規定有違，俱無可採。故而上訴人所為否准核發建造之處分，即屬違法。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，爰將訴願決定及原處分均予撤銷；然因本件是否達於核發建造執照之程度，尚待上訴人依職權就嘉義縣建築管理自治條例第5條有關建築線及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，被上訴人在請求命上訴人依照本判決之法律見解對於被上訴人申請核發建照事件，另作決定部分，為有理由，其餘部分，為無理由，應予駁回。

六、上訴意旨略以：（一）系爭土地既屬區域計劃之鄉村區，依建築法第3條第2款、第48條規定，似得適用嘉義縣建築管理自治條例。然而建築法第3條第3項針對區域計劃土地之建築線，已授權內政部制定實施區域計劃地區建築管理辦法，本件應有該管理辦法第11條之適用，準此，依建築法之規定，針對指定建築線應適用之法令容有爭議，惟依據實施區域計劃地區建築管理辦法，本件指定建築線必須為6公尺，而非僅需退縮至4公尺；再者，系爭案件若無實施區域計劃地區建築管理辦法之適用，則與其內容相符之建築技術規則建築設計施工編亦無適用餘地，前揭管理辦法豈非形同具文，亦足證系爭案件應優先適用該管理辦法，故被上訴人之主張顯

然違反上開建築法令。況系爭道路縱符合嘉義縣建築管理自治條例第4條之現有巷道，惟仍必須依法先變更為道路用地及退縮為6公尺之建築線，此有本院86年度判字第3023號判決可參，亦足證上訴人並未違法。（二）被上訴人明知其建築完竣之房屋，不符合實施區域計劃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，乃以捐贈系爭土地以符合嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款之規定，而成為現有巷道，惟上訴人依被上訴人於91年6月10日申請道路證明之申請書及同年10月19日願無條件捐贈土地之申請書，全然不知該捐贈之目的係為換取申請建築執照獲指定建築線之目的，換言之，被上訴人係提供不正確資料或以不完全陳述等不正當方法，使上訴人完成其指定建築線之目的，依行政程序法第119條之規定，故被上訴人之信賴並不值得保護等語。

七、本院查：（一）按「直轄市、縣(市)(局)主管建築機關，應指定已經公告道路之境界線為建築線。但都市細部計畫規定須退縮建築時，從其規定。前項以外之現有巷道，直轄市、縣(市)(局)主管建築機關，認有必要時得另定建築線；其辦法於建築管理規則中定之。」建築法第48條定有明文。又「本自治條例所稱現有巷道包括下列情形：一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二、私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書者。三、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。四、於中華民國73年11月7日本法修正施行前曾指定建築線之現有巷道，經主管機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。」「面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應依左列規定辦理：一、巷道為單向出口長度在40公尺以下，雙向出口在80公尺以下，寬度不足4公尺者者，以該巷道中心線為準，兩旁均等退讓，以合計達到4公尺寬度之邊界線作為建築線；巷道長度超過上開規定者，兩旁亦應均等退讓，以合計達到6公尺寬度之邊界線作為建築線。但面○○○區○○○巷道之基地，應以合計達8公尺寬度之邊界線作為建築線。」嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項及第5條第1項第1款定有明文。又「實施區域計畫地區建築管理辦法」第11條規定：「建築基地臨接公路者，其建築物與公路間之距離，應依公路法及有關法規辦理，並應經當地主管建築機關指定（示）建築線；臨接其他道路其寬度在6公尺以下者，應自道路中心線退讓3公尺以上建築，臨接道路寬度在6公尺以上者，仍應保持原有寬度，免再退讓。建築基地以私設通路連接道路者，其通路寬度不得小於左列標準：一、長度未滿10公尺者為2公尺。二、長度在10公尺以上未滿20公尺者為3公尺。三、長度大於20公尺者為5公尺。四、基地內以私設通路為進出道路之建築物總樓地板面積合計在1,000平方公尺以上者，通路寬度為6公尺。」（二）按「自

治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」地方制度法第30條第1項定有明文。查「實施區域計畫地區建築管理辦法」係內政部依建築法第3條第3項之授權所訂定，係基於法律授權所訂定之中央法規，其中第11條規定：「臨接其他道路其寬度在6公尺以下者，應自道路中心線退讓3公尺以上建築」，係有關實施區域計畫地區建築管理之基本規定，此與依建築法第97條授權訂定之「建築技術規則建築設計施工編」之相關規定遙相呼應，地方自治團體於訂定建築管理自治條例（規則)時，自不得加以牴觸，否則即有無效之虞。查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，顯已牴觸上引「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，應屬無效而不得加以適用，惟原審竟予優先適用，而認嘉義縣建築管理自治條例第4條及第5條既係沿襲臺灣省建築管理規則並本於建築法第48條第2項授權訂定，是系爭1110地號土地原來縱屬私設通路，然既經被上訴人捐贈上訴人供作道路使用並完成土地登記在案，核已該當嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第3款所稱之「現有巷道」，而該條例並未就可成為現有巷道之私設通路設有寬度限制，亦無附加須經鄰地所有人同意始足成為現有巷道之規定，則上訴人以92年12月1日嘉水鄉建字第0920019108號函要求被上訴人應提出鄰地所有權人同意書，始能認系爭1110地號土地為現有巷道而核給建造執照，顯與上開嘉義縣建築管理自治條例之規定不符，自屬違誤等語，置「實施區域計畫地區建築管理辦法」第11條之規定於不顧，有違地方制度法第30條第1項之規定，揆之上開說明，原判決即有適用法規不當之違法。（三）次查原審依訊問証人即當時指定建築線之承辦人洪全泰之結果，認定被上訴人於捐贈土地前曾申請於系爭土地指定建築線，經上訴人派員至現場勘查結果，被上訴人當時已在1105至1115地號土地上興建房屋等事實，惟根據卷附資料，被上訴人申請指定建築線之日期為91年12月19日（申請書圖）及91年12月24日（申請書），惟上訴人究於何時指定建築線？何時至現場勘查？被上訴人之房屋究於何時開始興建？由卷內資料實無從得知，況被上訴人申請捐贈1110地號土地之日期為91年10月9日，顯在申請指定建築線之前，而原判決則認定捐贈土地係在指定建築線之後，亦有認定事實不憑証據之違法，且此事實之認定涉及被上訴人之捐贈是否出於「以捐贈掩護非法」之惡意，及上訴人得否撤銷捐贈與撤銷指定建築線之處分，進而影響到上訴人應否核准被上訴人建造執照之申請，原審判決未詳予調查審認，亦有疏誤。（四）原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以原處分及訴願決定均有違誤，因將其均予撤銷

，並命上訴人應依原判決之法律見解另為處分，揆之上開說明，尚有未洽。上訴論旨執以指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由，又本件部分事實尚未臻明確，爰將原判決廢棄發回，由原審法院更為適法之審理。

八、據上論結，本件上訴為有理由，爰依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　96　年　6　月　14　日

第一庭審判長法　官　高　啟　燦

法　官　黃　璽　君

法　官　廖　宏　明

法　官　楊　惠　欽

法　官　林　樹　埔

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　華　民　國　96　年　6　月　15　日

書記官　吳　玫　瑩

資料來源：司法院法學資料檢索系統