

高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭

110年度訴字第91號

民國112年8月2日辯論終結

原告 謝冠嫻

訴訟代理人 賴鴻鳴 律師

黃俊達 律師

陳妍蓁 律師

被告 臺南市善化區公所

代表人 方澤心

訴訟代理人 黃閩聰

蔡雪苓 律師

溫菀婷 律師

參加人 吉大成建設有限公司

代表人 王騰凰

訴訟代理人 侯信逸 律師

鄭志倫 律師

上列當事人間指定建築線事件，原告不服臺南市政府中華民國110年2月2日府法濟字第1100152914號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按行政訴訟法第113條規定「（第1項）原告於判決確定前得撤回訴之全部或一部……。 （第2項）前項撤回，被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」經核原告於準備程序追加臺南市政府都市發展局為起訴狀所載訴之聲明第2項即確

認訴訟部分之被告，嗣後陳明撤回該追加被告部分（本院卷1第254頁筆錄）；另於言詞辯論時，就起訴狀所載訴之聲明第1項即撤銷訴願決定及原處分（被告民國109年1月21日善農字第0000000000號函，下稱109年1月21日函）部分，亦陳明撤回訴訟（本院卷2第524頁筆錄），被告同意後，兩造僅就第2項聲明確認訴訟部分為辯論，核與上開規定並無不合，已生撤回效力，先予敘明。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

原告於民國90年間買賣取得○○市○○區○○段(下稱善中段)367地號土地(下稱系爭土地)及坐落其上門牌○○市○○區○○路00巷0號房屋(下稱系爭房屋，合稱系爭房地)所有權。參加人於107年11月間委由建築師事務所坐落系爭房屋對面，面臨○○市○○區○○路00巷(下稱系爭巷道)之善中段297地號土地為建築基地，申請指定建築線。經被告核認占用系爭土地部分面積之系爭巷道屬現有巷道，據以核准指定107年12月18日善建字第106號建築線（下稱107年建築線）。嗣原告委由律師於109年1月13日發函，以被告將系爭土地之退縮騎樓地誤認屬系爭巷道之路幅範圍，作為指定107年指定建築線之基礎，致其土地所有權遭受侵害為由，請求撤銷107年建築線。案經被告以109年1月21日函復原告，略謂：依臺南市建築管理自治條例（下稱本自治條例）指定之107年建築線並無不合理之處。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1.原告有即受確認判決之法律上利益：

(1)系爭房屋（善中段50建號建物）為屋主陳正雄於58年9月1日興建完成，領有改制前善化鎮公所（下稱善化鎮公所）核發之(59)建土營使字第414號使用執照（下稱系爭使用執照），依系爭使用執照所附立體圖及側面圖，明顯可見一樓

建物自行退縮約1公尺範圍作為騎樓空地，供作停放機車及擺放盆栽使用，並未供公眾通行，嗣由原告輾轉於90年7月9日買賣取得系爭房地。參加人所有之善中段297地號土地與系爭房地分別位於系爭巷道之兩側，被告依參加人申請，以善中段297地號土地為建築基地指定107年建築線。惟被告並未實地調查系爭巷道之實際路幅，誤將系爭土地上約1公尺之自行退縮騎樓地部分，誤認屬系爭巷道之路幅範圍，因而錯誤測定該路段之道路中心線及邊界線，作為指定107年建築線之基礎。依被告錯誤指定之107年建築線，反推系爭巷道於該路段之道路中心線及境界線，將向系爭房屋偏移，侵蝕系爭土地之退縮騎樓地，致原告之土地所有權遭受有侵害。

(2)系爭房屋2樓外牆滴水線以內之退縮騎樓地，係原始屋主為擺設花盆而自行退縮建築，並未供公眾通行使用，不成立公用地役或現有巷道法律關係，被告卻以109年1月21日函堅稱其指定107年建築線之基礎並無錯誤，使臺南市警察局亦據此認定於上開退縮騎樓地設置圍籬構成妨礙道路交通，於111年10月4日依違反道路交通管理處罰條例第82條第1項第1款開單舉發。被告復曾以111年8月15日善農字第0000000000號函（下稱111年8月15日函）要求原告自行拆除鐵皮圍籬。被告之表現行為，顯已就原告所主張「系爭房屋2樓外牆滴水線以內之退縮騎樓地，不存在公用地役或現有巷道法律關係」乙節，予以否認，致此項公法上法律關係是否存在不明確，而此種不確定法律狀態可經由確認訴訟加以排除，可見原告有提起確認訴訟之確認利益。

2.臺南市新化地政事務所112年7月14日複丈成果圖（下稱附圖）所示A部分，現有巷道之公法上法律關係不存在：

(1)系爭巷道屬司法院釋字第400號具公用地役關係之既成巷道，且符合本自治條例第6條第1項第1款現有巷道之要件，原告並不爭執。惟系爭巷道之路幅範圍則與被告認定不同，原告認系爭巷道之邊界線應以二樓外牆滴水線（AF線）為

01 界，滴水線以內退縮騎樓地之現有巷道法律關係不存在；被
02 告認應至鋪設柏油路邊界線（BE）為界，亦即兩造僅就系爭
03 土地退縮騎樓地部分中如附圖所示A部分（即ABEF連線部
04 分）土地範圍之現有巷道法律關係是否存在有爭議。

05 (2)依系爭使用執照所附之建築圖示，比對一、二樓位置及側立
06 視圖可看出，系爭房屋二樓外牆滴水線至一樓牆面線間，明
07 顯屬建築基地範圍之退縮騎樓地，自始即不在成立公用地役
08 關係或現有巷道關係之道路範圍內，不因政府鋪設柏油路而
09 有改變。況該路段在滴水線以外之鋪設柏油路寬，已足供公
10 眾通行，而騎樓退縮地靠近一樓建物牆面線處，亦有原告另
11 行鋪設相當寬度之水泥地，益徵附圖所示A部分，並無供不
12 特定公眾通行之事實，且非公眾通行所必要之通路，不具有
13 司法院釋字第400號所指公用地役關係，自不符合本自治條
14 例第6條第1項第1款現有巷道之要件。

15 (3)系爭通路並非筆直巷道，各路段之路寬隨使用現況而寬窄不
16 一，依善化鎮公所就面臨系爭巷道之建築基地即善中段331
17 等4筆地號核准之96年7月2日善建字第00325號指定建築線
18 （下稱96年建築線）之現況計劃圖所示，南端A1路寬為2.7
19 公尺，A3路寬2.8公尺，A2路寬3.5公尺，A4路寬3.5公尺。
20 又被告雖舉善化鎮公所就緊臨系爭土地之善中段368地號之
21 建築基地核准之86年4月18日善建字第063448號建築線（下
22 稱86年建築線）之現況計劃圖，

23 載明路寬3.5公尺為證，然其並非指系爭土地前現有巷道之
24 路幅寬度，縱系爭房地之前手對86年建築線指定並無異議，
25 亦不能作為將系爭土地退縮騎樓地認定屬現有巷道範圍之證
26 據。

27 (4)附圖所示A部分，依照台南市政府工務局（下稱工務局）112
28 年7月5日南市工管二字第0000000000號函（下稱112年7月5
29 日函），倘依現行建築法規檢討，其中部分屬法定空地（二
30 樓外牆滴水線af與外牆中心線mn間），另一部分屬建築面積

（即外牆中心線mn與柏油路邊界線be間），二者均不能作為成立公共地役關係或現有巷道法律關係之客體：

①依司法院釋字第400號解釋理由「至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然」之意旨，足見依建築法規定之建築面積或留設之「法定空地」，縱然成為公眾通行之道路，因其與時效而形成之既有道路不同，亦無從成立公用地役關係或現有巷道法律關係，此有臺北高等行政法院107訴字1145號判決意旨可供參照。

②依建築法第11條第1項規定，建築面積為建築物本身所占之地面，性質上與供公眾通行之道路互斥，顯然不能成立公用地役關係或存在現有巷道法律關係。

③依建築法第11條第3項規定「應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用」，故須依「建築基地法定空地分割辦法」檢討後確有多餘法定空地，始可分割作其他使用，在未分割之前，均不得重複使用。系爭土地未經依規定為法定空地之分割，無從確認有多餘法定空地，則附圖所示A部分中之法定空地，自無重複使用作為現有巷道之餘地。況內政部73年8月2日臺內營字第241656號函（下稱73年8月2日函）釋明「建築基地是否為一宗基地，建築法第11條及建築技術規則建築設計施工編第1條第1款已為明定，其為現有巷道分隔者即不能視為一宗基地；又現有巷道與私設通路有別，應不得計入法定空地面積。」可見現有巷道不得計入法定空地面積，則法定空地即當然不能作為現有巷道使用。依工務局112年7月5日函覆本院意旨，謂依現行法規檢討系爭使用執照，其法定空地達78.02平方公尺，倘依被告認定以鋪設柏油路面邊界線為現有巷道範圍，已將依法應留設之法定空地侵蝕殆盡，甚至侵及建築物本身所占之建築面積，已影響系爭房屋之合法性。

(二)聲明：

01 確認系爭土地如附圖所示編號A部分（即ABEF連線部分）面
02 積1.24平方公尺之現有巷道公法上法律關係不存在。

03 三、被告答辯及聲明：

04 (一)答辯要旨：

05 1.原告並無提起確認訴訟之確認利益，且有違補充性原則：

06 (1)訴外人陳正雄於58年12月間取得建築許可及使用執照，於系
07 爭土地上興建房屋，於土地上留設之退縮騎樓地，供作不特
08 定公眾通行使用，逾20餘年以上，且土地所有權人於通行當
09 初並未阻止，依司法院釋字第400號意旨，已具有公用地役
10 關係，且合於本自治條例第6條第1項第1款現有巷道之要件。
11 又善化鎮公所依面臨系爭巷道之善中段368地號土地
12 （緊臨系爭房地）所有人之申請，作成指定86年建築線。因
13 系爭巷道始終存在，且供公眾通行使用，善化鎮公所復依面
14 臨系爭巷道之建築基地善中段331等4筆地號土地所有人之申
15 請，作成指定96年建築線。臺南縣市合併後，再延續前開建
16 築線之認定，依參加人以善中段297地號土地為建築基地之
17 申請，先後作成指定103年6月20日善建字第0071號建築線
18 （下稱103年建築線）及107年建築線之行政處分，指定建築
19 線處分已生有確定力。

20 (2)原告於90年間買受系爭房地後，就善化鎮公所或被告所為之
21 上開指定86年建築線、96年建築線、103年建築線及107年建
22 築線之行政處分，當時即可以利害關係人之身分提起撤銷訴
23 訟，詎於遲誤訴願期間後，始提起確認現有巷道法律關係不
24 存在之訴訟，核無即受確認判決之法律上利益，且有違反行
25 政訴訟法第6條第3項規定之補充性原則，起訴並非合法。

26 2.附圖所示A部分，現有巷道之公法上法律關係存在：

27 (1)善化鎮公所就鄰近系爭土地之善中段368地號土地，作成之
28 指定86年建築線，其「現況計畫圖」上載明建築基地善中段
29 368地號土地前之路寬為3.5米，而該現況計畫圖之圖說與系
30 爭巷道之現況，並無不符。又依系爭巷道之101年間照片，
31 系爭房屋前之騎樓地，並無自行修葺之水泥地，亦未擺設盆

01 栽等物品阻撓里民通行；直至101年4月間，始出現自行修葺
02 之水泥地，惟仍無擺設盆栽等物品阻撓里民通行之情形。附
03 圖所示A部分既鋪設有柏油路面，顯係由政府管理供公眾通
04 行之道路範圍，且原告或前屋主均未阻止通行，足認該部分
05 土地，符合司法院釋字第400號解釋理由之3要件而具有公用地役關係，依其寬度及公益上需要等情形，符合本自治條例
06 第6條第1項第1款現有巷道之要件。
07

08 (2)建築法60年12月22日修正第11條規定，始有「法定空地」之
09 規定，嗣73年11月7日再修正條文為「本法所稱建築基地，
10 為供建築物本身所占之地面及所應留設之法定空地。」系爭
11 房屋係59年間領取系爭使用執照，斯時建築法尚無法定空地
12 之相關規定，自無留設法定空地之情事。

13 (3)工務局112年7月5日函復本院之說明及附件說明表，所載法
14 定空地達78.02平方公尺，然系爭土地面積僅有57.23平方公
15 尺，可見該說明表係就系爭土地分割前之土地即善化區坐駕
16 段384-19地號（基地面積：185平方公尺）所為之計算，而
17 非針對系爭土地之計算，原告援引為系爭土地之法定地面
18 積，並不正確。

19 (二)聲明：原告之訴駁回。

20 四、參加人陳述要旨：

21 系爭房屋二樓建物外牆滴水線以下之退縮騎樓地，早於101
22 年以前即已鋪設柏油路面，斯時原告尚未買受系爭房地，且
23 未放置任何阻礙通行之物。嗣於104年間，系爭巷道重新鋪
24 設柏油路面，依當時照片顯示該範圍亦有鋪設柏油路，而無
25 任何阻礙通行之物，足見原告所爭執範圍即附圖所示A部分
26 土地，早已供不特定公眾通行已久，且未有任何反對意見，
27 具有司法院釋字第400號理由之公用地役關係及現有巷道法
28 律關係。

29 五、本案爭點：

30 (一)原告有無即受確認判決之法律上利益？有無違反行政訴訟法
31 第6條第3項補充性原則？

01 (二)系爭巷道倘符合本自治條例第6條第1項第1款現有巷道之要件，
02 兩造爭執之附圖所示A部分，是否屬系爭巷道之路幅範圍
03 圍而存在現有巷道公法上法律關係？

04 六、本院的判斷：

05 (一)前提事實：

06 1.如爭訟概要欄所載等情，業經兩造分別陳述在卷，並有系爭
07 土地謄本（第49頁）、系爭房屋建物謄本（第51頁）、迦南
08 律師聯合事務所109年1月13日律中字第109015號函（第143
09 頁）、107年建築線指示(定)申請書圖（第105頁）、被告109年
10 1月21日函（第29頁）、訴願決定書（第31頁）附本院卷1為證，
11 可信為真實。

12 2.被告為臺南市政府依行政程序法第15條第1項、第3項公告授
13 權辦○○市○○區建築線指定及現有巷道業務之事務管轄機
14 關，有臺南市政府101年9月24日府都規字第1010667091A公
15 告（本院卷1第203頁）為證。被告認系爭巷道於系爭土地之
16 路幅範圍，應以鋪設之柏油路面邊界線為界，原告則認應以
17 系爭房屋二樓外牆滴水線為界。兩造就是否屬系爭巷道之路
18 幅範圍、現有巷道公法上法律關係存否存有爭議之土地範
19 圍，僅為滴水線、柏油路邊界線間之土地，而不包括滴水線
20 以外之柏油路面、柏油路邊界線至一樓牆面線間斜坡水泥路
21 面。本院112年3月25日現場勘驗時，經兩造分別就滴水線、
22 柏油路邊界線指界後，指示測量機關測繪爭執之土地範圍即
23 為附圖所示A部分（即滴水線AF、柏油路邊界線BE間之ABEF
24 連線部分）等情，有本院112年3月25日履勘現場之勘驗筆錄
25 （第255-257頁）及現場拍攝照片（259至267頁）附本院卷2
26 可證。

27 (二)原告有即受確認判決之法律上利益：

28 1.依行政訴訟法第6條第1項前段規定意旨，原告提起確認訴
29 訟，須有即受確認判決之法律上利益，始得提起。所謂「即
30 受確認判決之法律上利益」，於確認公法上法律關係存在或
31 不存在之訴訟，係指原告因其公法上法律關係之存在與否，

遭被告否認致其存否不明確，使原告之公法上地位有受侵害之危險，而此項危險得以確認判決除去者而言。

2.系爭土地如附圖所示A部分，倘認屬本自治條例第1項第1款「屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道」之現有巷道範圍，則不僅因屬供公眾通行之巷道而受到權利行使之限制，且因巷道占用系爭土地之路幅面積變大，在西側巷道邊界線不變情形下，巷道中心線及其東側巷道邊界線將往系爭土地方向移動。因此，原告將來欲以系爭土地為建築基地申請指定建築線時，自巷道中心線起算應退讓法定距離2公尺之建築線，勢必同時向系爭土地偏移，發生減少建築基地空間之結果而受有法律上不利益。反之，倘認非屬現有巷道之路幅範圍，巷道中心線及巷道邊界線則反向移動，將來指定建築線的位置亦同，即獲有法律上利益。

3.被告具有現有巷道之事務管轄權限，前以上開109年1月21日函復知原告，略稱其所指定107年建築線之認定無誤；復以111年8月15日函通知原告限期拆除系爭土地於騎樓退縮地興建之鐵皮圍籬，逾期將移送權責主管機關裁處等語，此有上開函文(第93頁)及隨函檢附之蒐證照片(第95頁)附本院卷2為證。臺南市政府警察局因認該騎樓地設置之圍籬物，構成道路交通處罰條例第82條第1項第1款規定妨礙交通之違規，於111年10月4日開立舉發道路交通管理事件通知單(本院卷2第91頁)。又被告於訴訟中主張附圖所示A部分屬於系爭巷道之路幅範圍內，可知因被告之否認，使附圖所示A部分公用地役關係有無成立、現有巷道公法上法律關係是否存在不明確，致原告之法律上地位及其權利有受侵害之危險，而依其情形，得以確認判決除去危險，自應認原告有即受確認判決之法律上利益。又上述兩種具確認判決利益之法律關係，不盡相同，原告選擇訴請確認現有巷道公法上法律關係不存在，而不提起確認公用地役關係不存在之訴，於法尚無不許。

(三)原告提起本件訴訟，不違反確認訴訟之補充性原則：

01 1.依行政訴訟法第6條第3項規定「確認訴訟，於原告得提起或
02 可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得
03 提起之」之意旨，係因原告提起上開其他類型訴訟所獲致之
04 形成判決或給付判決，同時有具有確認為訴訟標的之公法上
05 法律關係存在或不存在之判決效力，既可達成確認判決之目
06 的，復可提供比確認判決較有效之權利救濟，基於權利保護
07 必要之考量，認無容許提起確認訴訟之必要。反之，原告提
08 起之確認訴訟所欲達成之目的，無法藉由可得提起之其他訴
09 訟類型獲致判決而達成者，即與補充性原則無違。

10 2.經查，善化鎮公所及被告固曾就面臨系爭巷道之其他建築基
11 地，先後作成前述之指定86年建築線、96年建築線、103年
12 建築線、107年建築線。惟按建築主管機關依人民申請作成
13 之指定建築線處分，其規制效力在於該處分所為指定建築線
14 之規制內容，至於建築線指定程序中，建築主管機關對於現
15 有巷道之認定，僅是建築主管機關據以作成指定建築線處分
16 之理由，因法無明文特別規定，亦不生確認效力(最高行政
17 法院110年度上字第408號判決參照)。是以，縱認原告可基
18 於利害關係人之地位，針對上開指定建築線處分提起撤銷訴
19 訟，惟其獲致之判決效力之確認效果，僅在於確認指定建築
20 線之公法上法律關係有無違法，而不及於為判決理由之現有
21 巷道之路幅位置，無從確認系爭土地如附圖所示A部分之現
22 有巷道法律關係有無存在，不能達成本件確認訴訟所欲達成
23 之目的。故被告主張原告可得提起撤銷上開指定建築線處分
24 之訴訟，卻提起本件確認訴訟即有違反補充性原則云云，尚
25 非可採。又被告雖認系爭巷道符合本自治條例第6條第1項第
26 1款之現有巷道，惟迄未作成公告認定為現有巷道（坐落之
27 土地及其位置、各路段之路面寬度）之行政處分，業據被告
28 陳明在卷（本院卷2第41頁），則原告無法就附圖所示A部分
29 是否經公告認定屬現有巷道範圍表示不服，亦無從藉由對該
30 公告提起撤銷訴訟，以達成確認訴訟目的，則其提起本件訴
31 訟即難認有違反確認訴訟之補充性原則。

01 (四)附圖所示A部分之現有巷道公法上法律關係，應屬存在：

02 1.應適用的法令：

03 (1)臺南市建築管理自治條例第6條第1項第1款：「本自治條例所
04 稱現有巷道，指非都市計畫道路，並符合下列情形之一者：
05 一、依其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需
06 要認定屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二、非屬
07 法定空地之私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意
08 書。三、非屬法定空地之私設通路經土地所有權人捐獻土地
09 為道路使用，並依法完成土地移轉登記手續。四、於中華民國
10 73年11月7日本法修正公布前，曾指定建築線之巷道，經
11 主管機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀
12 瞻。」

13 (2)司法院釋字第400號解釋理由書：「公用地役關係乃私有土
14 地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念
15 有間，久為我國法制所承認……既成道路成立公用地役關
16 係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利
17 或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之
18 情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠
19 雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其
20 確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災
21 等）為必要。至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作
22 為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本
23 件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。……」

24 2.系爭巷道符合本自治條例第6條第1項第1款規定之現有巷
25 道：

26 依本自治條例第6條1項第1款規定現有巷道之要件中，包括
27 「屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道」乙節，核與司
28 法院釋字第400號所稱因時效形成公用地役關係之既成道路
29 相當，應可作相同之解釋，為同一標準之判斷。經查，系爭
30 房屋領有59年核發之使用執照，則位於房屋門前之系爭巷
31 道，應自該時起即供作該屋及鄰近住戶出入通行之用。又系

01 爭巷道為雙向出口之通路，北端接中興路，南端接光明路。
02 位於系爭巷道兩側之建築基地善中段368地號(巷道東側)、
03 331地號等4筆地號(巷道西側)曾分別於86年、96年間以面
04 臨系爭巷道申請指定建築線，經善化鎮公所作成指定86年建
05 築線、96年建築線；另建築基地善中段297地號(巷道西
06 側)，則於103年、107年間二度申請，經被告作成103年建
07 築線、107年建築線等情，此有經核定之上開各建築線指示
08 (定)申請書圖(第93頁、第97頁、第101頁、第105頁)及航
09 測圖數幀(第463、465頁)附本院卷1在為證，足認系爭巷
10 道有繼續供公眾通行而未曾間斷之事實。復參照證人即里長
11 林怡珊、鄰地所有人楊榮村到院證述內容，核與上開事證並
12 無不符，且兩造及參加人就系爭巷道屬具公用地役關係之既
13 成巷道，均無反對之主張，足認系爭巷道為供不特定之公眾
14 通行所必要，且未有所有權人阻止通行之情事，已經歷數十
15 年之久，復參酌其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及
16 公益上需要情形，符合本自治條例第6條1項1款規定之現有
17 巷道。

18 3.附圖所示A部分在系爭巷道之路幅範圍內，有現有巷道公法
19 上法律關係存在：

- 20 (1)善化鎮公所指定86年建築線之建築基地為系爭土地北邊相鄰
21 地之善中段368地號土地，其經核准之「建築線指示(定)
22 申請書圖」所附「現況計畫圖」(本院卷1第95頁、第435
23 頁)，於靠近系爭土地處之系爭巷道圖示上，載明「現有
24 路」之路寬為「3.5公尺」。此建築線指定案係面臨系爭巷
25 道之建築基地中，最早作成之指定案件，現況計畫圖製作人
26 並無援引前案資料為書面作業之可能，應有確實進行現地路
27 面幅度之調查，其可信度較高。又依該現況計畫圖之系爭巷
28 道圖示，從善中段368地號土地進入系爭土地之初始段，路
29 寬並無明顯減縮，由此可合理推論系爭土地北側之初始路
30 段，供作道路通行之路寬，並無突然大幅度減縮之情形，應
31 無與3.5公尺相差幅度過大之可能。又系爭巷道於系爭土地

01 北側之路寬，倘算至系爭房屋二樓外牆滴水線為止，僅2.74
02 公尺，有系爭土地現況成果圖（本院卷1第283頁）為證，且
03 經證人即被告建設課長陳敬峰到庭證述屬實（本院卷2第48-
04 49頁筆錄）。是以，倘依原告之主張，系爭土地供通行使用
05 之路幅僅至滴水線為止，退縮騎樓地均未供通行之用而不予
06 計入，則其北側路寬僅約2.74公尺，顯與「現況計畫圖」所
07 載路寬3.5公尺相差幅度過大，核與上開推論結果不符，其
08 可信度較低。反之，寬約1公尺之退縮騎樓地，雖非全部，
09 但有部分面積自86年間起即供作道路通行，則其北側路寬為
10 2.74公尺加計自滴水線至經認定之巷道邊界線，則巷道路幅
11 之寬度，較為符合上述「北側路寬不可能與3.5公尺相差幅
12 度過大」之推論結果，其可信度較高。

13 (2)證人即系爭土地所在之里長林怡珊到庭證稱：她在95年間接
14 任里長時，系爭房屋之門前騎樓地是平坦路面，並無障礙設
15 施阻隔，當時即有供人行走等情(本院卷2第190頁筆錄)，核
16 與證人即原告鄰居（中興路19巷3號房屋所有人）楊榮村到
17 庭證述：他63年間搬到該處居住，在90年間、104年間，曾
18 拜託議員協○○市○○○○○○道鋪設柏油路，系爭土地之
19 騎樓地一直有人出入通行，也有鋪柏油路等情，大致相合，
20 並有101年4月間系爭房屋門騎樓地前已鋪設柏油路之照片
21 (本院卷2第129、131頁)在卷可證。又依104年度善化區道路
22 破損修補工程開口契約(第三、四批)」暨其竣工圖表（本院
23 卷1第389-395頁）所示，於系爭巷道（即圖表所示Q段之工
24 程路段）施作挖除AC面層（即瀝青混凝土鋪面，俗稱柏油
25 路），再重新鋪設5公分AC面層，鋪設柏油路面之各分段平
26 均寬度，分別為3.2、3.0、2.6、2.9、5.3公尺。再參對上
27 開竣工圖表所附之「施工前」照片（本院卷1第395頁）顯
28 示，系爭房屋退縮騎樓地，除房屋門口外鋪設有一小段斜坡
29 狀水泥地外，其餘路面均鋪設有柏油路，並未有擺放花臺、
30 設置圍籬之情形。此外，本院112年3月5日現場履勘時，系
31 爭房屋門口外仍鋪設有約70公分寬之一小段斜坡狀水泥地，

其餘路面均屬柏油路面，經測量騎樓地路面至2樓建物地板之最小高度為280公分，此有上開勘驗筆錄及現場拍攝照片可證。準此，系爭土地之退縮騎樓地內，除自一樓建物牆面線向外延伸，由原告自行鋪設之斜坡狀水泥地外，其餘部分之土地早經政府鋪設柏油路面納入道路管理，並有刨除並重新鋪設柏油面之道路維護措施，則在此柏油路面範圍內，核與上開證人所述供人通行之路幅範圍相合，足認退縮騎樓地內之鋪設柏油路面，亦屬系爭巷道之路幅範圍，符合已經歷數十年供不特定公眾通行而未遭所有人阻止之情事。是以，本件爭議之附圖所示A部分，即滴水線至柏油路面邊界線之土地面積，核屬本自治條例第6條第1項第1款規定之現有巷道範圍，存在現有巷道公法上法律關係。

- (3)原告雖主張依59年核發之系爭使用執照所附建築圖示，二樓建物突出於一樓建物外，設有退縮騎樓地，屬建築基地範圍，供屋主自行擺放盆栽，客觀上可有效阻止不特定公眾通行，使之不成立司法院釋字第400號解釋之公用地役關係，即不可能存在現有巷道法律關係云云。經查，系爭房屋於58年建築完成時，即為二樓以上建築，二樓建物突出於一樓建物本體之外，有留設約1公尺寬無騎樓柱之騎樓地，附圖所示A部分均位於騎樓地範圍等情，有系爭使用執照所附之建築圖示及上開現場履勘照片為證。又「巷道」之功能在於供通行之用，故凡土地平面並無阻礙物存在，足以作為承受車輛、行人通行之路面，且連接至其他道路，並有供不特定公眾通行之事實者，即屬既成巷道。依司法院釋字第400號解釋意旨，除依建築法規課予之義務所設置或依民法規定提供土地作為公眾通行之道路者外，應均適用該解釋理由之檢驗標準，據以判斷是否屬「具有公用地役關係之巷道」。上開騎樓於59年間建築完成時，為其建築基地之系爭土地，依當時建築法規，尚無強制設置騎樓或無遮簷人行道之規定。縱依現行法規檢討，因其面臨之道路為現有巷道，亦非○○市○樓地設置標準第3條第1項應設置騎樓或無遮簷人行道之建築

01 基地。此外，復查無土地所有人依民法規定提供作道路使用
02 之證據，可見係由起造人自行設置之私設騎樓，並非依建築
03 法規所設置之法定騎樓，仍有司法院釋字400號解釋理由之
04 適用，亦即只要符合該號解釋理由之檢驗標準，性質上仍可
05 成為具有公用地役關係之巷道，而符合本自治條例第6條第1
06 項第1款現有巷道。又依上開證人林怡珊、楊榮村之一致陳
07 述，參對前述101年、104年系爭土地照片，足認在104年以
08 前，騎樓地上並無放置花臺、盆栽，在此之前，難謂土地所
09 有人於公眾通行之初即阻止通行之作為。況原告自一樓建物
10 牆面線往外鋪設之斜坡水泥地，亦僅約70公分寬，可與被告
11 所主張之柏油路面邊界線明顯區別。再者，騎樓地路面至2
12 樓建物之最小通行高度為280公分，已如前述，依一般經驗
13 法則，應足可供人車通行，並無通行受阻情形。原告此部分
14 之主張，核無可採。

15 (4)原告雖主張附圖所示A部分，依工務局112年7月5日函復本院
16 之意旨，按現有的法規檢討，其中部分面積屬法定空地，部分
17 面積屬建築面積，則依其性質或依現行法規定，均不能成立
18 公用地役關係或現有巷道法律關係云云。惟查：

19 ①建築法60年12月22日修正以前，尚無「法定空地」之規定，
20 嗣於60年12月22日修正建築法第11條第1項，始規定「本法
21 所稱建築基地，為一宗土地，供建築物本身所占之地面及其
22 所應保留之空地。」再於73年11月7日再就第1項法條用語修
23 正為「本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及所
24 應留設之法定空地……。」（現行法規定相同）依此修法歷
25 程可知，在60年12月22日修法以前，建築法尚無留設法定空
26 地之相關規定。又按34年2月26日訂定發布之建築技術規則
27 建築設計施工編第16條規定「建築面積指建築物所佔平面最
28 大面積，基地面積指建築物基地平面最大面積。」嗣63年2
29 月5日修正建築技術規則建築設計施工編第1條規定「本編各
30 項建築技術用語之定義如左：……三、建築面積：建築物外
31 牆或其代替之柱中心線以內之最大水平投影面積……。」

（現行法文字略有修改，但規定意旨相同）可知在63年2月5日修法以前，騎樓地並無建築物佔據其土地平面，非屬法規定義之建築面積；在修法後，騎樓外牆中心線以內之投影面積，始得計入建築面積。經查，系爭使用執照係59年間核發，依當時法規，尚無所謂「留設法定空地」之規定，附圖所示A部分之騎樓地亦非建築面積，則對附圖所示A部分不發生限制「法定空地」、「建築面積」使用之規制力。況該使用執照之建築基地為重測前坐駕段384-19地號（基地面積185平方公尺），系爭土地（面積57.23平方公尺）則係嗣後從該建築基地分割而來，尚難僅依該使用執照之記載內容，計算系爭土地之建築面積、法定空地之面積。從而，系爭使用執照處分時，非屬法定空地、建築面積之附圖所示A部分，原告主張依現行法予以檢討，認係法定空地、建築面積而不能成立公用地役關係或現有巷道法律關係，尚無可採。

- ②依司法院釋字第400號解釋文及理由書意旨，屬私有土地之既成巷道，凡符合理由書揭示之3要件者，即可成立公用地役關係，未見有因土地屬性而排除適用此法制成立公用地役關係之意涵。至解釋理由謂「至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」等語，係闡明該解釋之道路客體範圍，限於因時效而形成之既成道路，而不及於依建築法規及民法等規定提供土地作為公眾通行之道路。故建築基地之法定空地及建築面積，作為公眾通行之道路使用，倘係基於時效且符合上述3要件之檢驗標準所形成，而非因「建築法規及民法等規定提供土地」所形成者，仍可成立公用地役關係。附圖所示A部分係起造人自行設置之私設騎樓地一部分，而非依建築法規課予之義務所設置之法定騎樓，已如前述，故附圖所示A部分中之建築面積、法定空地，仍可成立公用地役關係，至於是否符合上述3要件，純屬事實判斷之問題。原告執上述解釋理由為依據，主張建築法規之法定空地及建築面積，縱認符合司法

院釋字第400號解釋理由之3要件，仍不能成立公用地役關係或現有巷道法律關係，並無可採。

③建築物佔用地平面之土地，其上既有阻礙物存在，不論屬室內或室外，性質上該部分土地當然不能作為供公眾通行使用之道路。然建築物與地平面間倘有相當之高度距離，且土地上並無阻礙物存在，有可承受行人或車輛通行之路面，且連接至其他道路，性質上不妨礙其作為供公眾通行之道路使用，即可適用司法院釋字第400號之3要件予以檢驗是否成立公用地役關係。故依現行法檢討，為私設騎樓地之附圖A所示部分，其中在外牆中心線以內之投影面積，固可認屬建築面積，然依其事實情形，並不妨礙作為道路使用，且有供不特定公眾通行之事實，已如前述，則尚非不能因時效而成立公用地役關係或本自治條例第6條第1項第1款現有巷道法律關係。故原告主張附圖所示A部分，屬建築面積者，依其性質當然不能作為現有巷道，核無可採。

④建築法第11條於73年11月7日修正時，增列第3項規定「應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割辦法，由內政部定之。」（現行法將「內政部」修正為「中央主管建築機關」，其餘規定相同）。然條文所稱「應留設之法定空地……並不得重複使用」之意旨，參照建築法第1條規定為實施建築管理之立法目的，解釋上係限制應留設之法定空地不得再重複作其他建築使用，至於事實上供不特定公眾通行之道路使用，不涉建築管理之問題，應非該條文所限制範圍。況法定空地因具公用地役關係而認屬本自治條例第6條第1項第1款現有巷道，依同條例第7條規定發生之效力，係面臨現有巷道之基地，其建築線之指定應自巷道中心線退讓一定距離，並未就該法定空地為重複使用。故原告主張倘認法定空地可成立公用地役關係或現有巷道法律關係，即有違反建築法第11條第3項規定云云，亦無可採。

01 ⑤本自治條例第6條第1項第2款、第3款規定之現有巷道，其要件為「非屬法定空地之私設通路……」等語，係就私設通路情形，明文設有「非屬法定空地」之限制，藉以排除法定空地之適用。然對照同條項第1款規定「依……具有公用地役關係之巷道」等語，則無排除「法定空地」之用語，依此立法體例，可推知立法者有意作不同之規範安排，亦即第1款規定之現有巷道，並未排除法定空地之適用。又原告雖援引內政部73年8月2日函，據為其主張之依據。惟依該函「現有巷道……應不得計入法定空地面積」之意旨，僅能理解為依其函示情形，經認定屬現有巷道之土地面積，不得計入建築基地之法定空地面積，非謂凡屬法定空地當然不能成為現有巷道之一部分。故依該函釋意旨，尚難採為有利於原告判斷之依據。

14 (五)綜上所述，原告之主張，均無可採。附圖所示A部分核屬本自治條例第6條第1項第1款規定之現有巷道範圍，原告請求確認該部分土地之現有巷道公法上法律關係不存在，並無理由，應予駁回。又本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，並無逐一論述之必要，併此說明。

20 七、結論：原告之訴為無理由。

21 中 華 民 國 112 年 8 月 23 日

22 審判長法官 李 協 明

23 法官 邱 政 強

24 法官 孫 奇 芳

25 以上正本係照原本作成。

26 一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

30 二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。	1. 當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。 2. 稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3. 專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。
(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	1. 當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4. 當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中 華 民 國 112 年 8 月 23 日

書記官 宋鑠瑾