高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
112年度訴字第434號
民國114年2月20日辯論終結

原　　告　趙振棋

訴訟代理人　郭泓志　律師
　　陳婉瑜　律師
被　　告　高雄市政府工務局

代　表　人　楊欽富
訴訟代理人　余佩君
　　黃鈺純
　　林煒程

上列當事人間建築法事件，原告不服高雄市政府中華民國112年10月13日高市府法訴字第11230675000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

一、事實概要:

原告前以其所有○○市○○區○○段六小段937-2地號土地（下稱系爭土地）之法定空地（下稱系爭法定空地）設置圍牆而申請雜項執照，經被告以（112）高市工建築雜字第00013號核發雜項執照（下稱系爭雜項執照）。嗣被告查得第三人泰嘉建設有限公司（下稱泰嘉公司）前於民國99年間為申請在系爭土地及同地段937地（下稱937地號）號土地建造五

層樓建築物（下稱系爭建物）既已領有（99）高市工建築字第00774號建造執照（下稱系爭建照）及（100）高市工建築使字第01832號使用執照（下稱系爭使照），則因系爭建照一層平面圖說上系爭法定空地標示載有「保持現況通行」之內容，雖原告係於107年間取得系爭土地及建物，然系爭法定空地自仍應保持現況通行使用，故其於111年12月間申請雜項執照於系爭法定空地設置圍牆即與上揭建築執照核准圖說核定內容未合，業已違反建築法第73條第2項規定，被告遂以112年6月20日高市工務建字第00000000000號函（下稱原處分）撤銷系爭雜項執照。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、系爭土地未經指定為公共設施保留地，也未被指定為建築線，也非現有巷道，更非有通行必要性之既成道路，此業經鈞院110年度訴字第238號判決確定在案，亦即，並無法令依據剝奪原告對系爭土地之合法使用。而圍牆所興建之位置，雖位於系爭土地之法定空地範圍，然參照最高法院104年度台上字第2303號民事判決意旨，縱使該空地為法定空地，亦非因此有供公眾通行之義務，為此原告依法向被告提交相關申請文件後，經被告核發系爭雜項執照，准許原告於系爭土地上興建圍牆，被告嗣後又以系爭使照一層平面圖中「維持現狀通行」為由，撤銷系爭雜項執照，亦即，系爭土地雖為法定空地，然此不影響原告於系爭土地上興建圍牆，也非被告撤銷系爭雜項執照之理由。

2、依被告113年12月3日函所附之雜項執照申請資料，地籍圖謄本及建築線指示（定）申請書圖，均明確顯示系爭土地為「單一、獨立且完整之土地」，地籍圖中無所謂道路存在，只有面前道路指出建築線，後方並無建築線。參以，系爭土地112年6月9日之會勘記錄，被告當時有3位人員到場，均稱「查本局核發之（99）高市工建築字第00774號建築執照，

卷內檢附之建築線指示圖並未將系爭通路範圍指定為建築線。」等語，亦可佐證系爭土地為「單一、獨立且完整之土地」，系爭法定空地並未單獨被指定為建築線，也非作為通行之道路使用。

3、依建築師公會繪圖圖例，現有道路應以「褐土色」標示、空地應以「綠色」標示、騎樓則應以「黃色斜紅線」標示。系爭法定空地係以「綠色」標示為「空地」，並非以「褐土色」標示為「道路」，足證系爭土地原始建照中，並未將系爭法定空地留作道路使用。相鄰土地（即937地號土地）後方空地之所以會有「維持現狀通行」之記載，係因相鄰土地有「騎樓用地」，亦即，系爭使照一層平面圖中「維持現狀通行」係針對937地號土地「騎樓用地」之記載，與系爭法定空地無關。

4、系爭土地及其上建物領有系爭建照及系爭使照，所座落之基地為系爭土地，與937地號土地間為兩個獨立地號之土地，因此系爭使照一層平面圖明確以「地界線」標示，並以「地界線」為界線，分別標示出「B1」、「B2」兩個獨立的建築基地範疇，同時也是兩個獨立的建築及使用執照。依建築法第11條第1項前段、第31條第3款、第32條第1款規定可知，建築執照之申請，需明確記載「建築地址」，並於工程圖樣中明確標示「基地位置圖」，於圖說中地界線即標示了建築執照中建築基地之「邊界」，地界線以外之部分，即非建築執照之內容。系爭建照及使照之圖說，雖將「B1」、「B2」兩個獨立建築執照繪製在一起，然兩者間既明確以「地界線」作為標示，已可區分「B1」、「B2」兩個獨立建築執照之建築基地範疇，則937地號土地建築執照圖說中之標示，並不影響系爭土地的使用，自非限制系爭土地使用權利之「附款」。

5、系爭建照及使照之圖說中，均無「溝渠及出水方向」之標示，可證當時並無「溝渠」存在，則系爭土地上之溝渠顯為「區公所事後未經土地所有人同意而新增」，自不能稱原告

所興建之圍牆影響溝渠之排水而作為撤銷系爭雜項執照之理由。 再者，系爭法定空地早經「○○市○○道評議小組」認定非屬「現有巷道」，足證「裕民街172巷13弄」路標標示之指示方向顯然非指系爭法定空地。

6、系爭雜項執照申請基地之原使用執照圖說「並無『維持現況通行』」之限制，「維持現況通行」乃「鄰地使用執照之內容」，要與本件建築基地無涉，系爭法定空地並非現有巷道，亦非長期持續由公眾通行，更未曾經主管機關以行政處分或附款之方式要求原告需將其維持供公眾通行之狀態，原處分卻稱系爭雜項執照「違法」，卻未具體表明該「違法」之內容及依據究竟為何，而以不具行政處分或附款效力之「鄰地使用執照之圖說上的文字」為憑，撤銷系爭雜項執照，顯屬違法剝奪人民財產權，顯非適法。

7、被告於112年9月21日、112年11月10日派員至現場拆除原告所興建之圍牆，更於112年11月14日打除原告於系爭法定空地上所鋪設之水泥地面，顯致生損害於原告，致使原告受有相關財產損害即興建圍牆、鋪設水泥等費用合計新台幣（下同）589,716元，原告當得依法併提損害賠償。

(二)聲明：

1、訴願決定及原處分均撤銷。

2、被告應給付原告589,716元，及自起訴狀繕本送達翌日時起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、第三人泰嘉公司於99年間以系爭土地與937地號土地共同申請起造系爭建物時，系爭法定空地已供通行且設有側溝及標示76年高雄市公物之水溝蓋等公共設施，該路面及側溝並為鼓山區公所維護管理。泰嘉公司申請系爭建照時，為符合建蔽、容積之相關規定及依法留設系爭法定空地，以利建造系爭建物，乃以系爭土地為系爭法定空地並於圖說註明「保持現況通行」方式辦理，故系爭使照一層平面圖說顯示系爭法

定空地範圍標示載有「保持現況通行」之內容，且與○○市區道路形成通行路網，又系爭法定空地之地面鋪設混凝土路面及設有側溝及水溝蓋等公共設施，後原告於107年間因買賣取得系爭土地及建物，並已明知系爭法定空地應保持現況通行使用，然卻於111年12月間明知設置圍牆將使系爭法定空地無法保持現況通行之違法情事，仍向被告申請雜項執照，是該圍牆雜項執照之核發與系爭建照核准圖說核定之內容不合，已違反建築法第73條第2項規定，即原告明知系爭雜項執照（圍牆）之核發違法或因重大過失而不知，故其有信賴不值得保護之情形。

2、依被告99年4月6日高市工務建字第0000000000號函審查核准系爭土地等12筆土地之指示（定）建築線圖所附圖說及現況照片可知系爭法定空地當時為3米寬供通行，且與周圍道路（九如四路753巷及裕民街）形成通行路網，又其地面鋪設混凝土路面及設有交通號誌（反光鏡）、側溝、水溝蓋等公共設施。嗣為符合建蔽、容積之相關規定及留設法定空地，以利建造系爭建物，乃以系爭法定空地於圖說註明「保持現況通行」方式申請建照。是以，系爭建照核准圖說均載明法定空地範圍應「保持現況通行」，且系爭使照竣工照片亦顯示系爭法定空地當時現況供通行，且與○○市區道路形成通行路網，及其地面鋪設混凝土路面及設有側溝、水溝蓋等公共設施。是以，系爭法定空地之留設目的除有安全（如防火）、環境舒適（景觀、日照、通風）等考量外，依核准圖說所載尚包括「建築物與側溝間」之空間「保持現況通行」，從而原告申請系爭雜項執照於系爭法定空地設置圍牆，將使系爭法定空地無法「保持現況通行」及破壞系爭法定空地之側溝，顯有與系爭建照圖說內容不合之情，已違反建築法第73條第2項規定，被告核發系爭雜項執照即有違法之情事，乃以原處分撤銷系爭雜項執照，於法並無不合。

3、系爭建照及使照之一層平面圖說均已載明法定空地「保持現況通行」，而依建築法第30條、第39條及第70條規定可知，

除建築物主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符外，尚須依核定工程圖樣及說明書施工始發給使用執照，是以系爭法定空地在未辦理變更前仍應依原核定內容予以「保持現況通行」。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

(一)被告以原處分撤銷系爭雜項執照，是否適法？

(二)原告請求被告賠償拆除圍牆及水泥地面之損害589,716元，是否有據？

五、本院的判斷：

(一)前提事實：

如事實概要欄所載之事實，業據兩造分別陳明在卷，並有系爭土地所有權狀（第21頁）、系爭雜項執照（第27至31頁）、系爭建照（第197至201頁）、系爭使照（第23至25頁）、系爭建照及使照一、二層平面圖（第173、177頁）、原處分（第123至124頁）及訴願決定書（第83至92頁）等附本院卷1可稽，自堪認定。

(二)應適用的法令：

1、建築法：

⑴第11條：「（第1項）本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。（第2項）前項法定空地之留設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，其寬度於建築管理規則中定之。（第3項）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；其分割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。 」

⑵第28條：「建築執照分左列四種：一、建造執照：建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照。二、雜項執照：雜項工作物之建築，應請領雜項執照。三、使用執照：

建築物建造完成後之使用或變更使用，應請領使用執照。四、拆除執照：建築物之拆除，應請領拆除執照。」

⑶第30條：「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」

⑷第73條第2項、第4項：「（第2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9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4項）第2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。」

2、建築物使用類組及變更使用辦法第8條第8款：「本法第73條第2項所定有本法第9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之規定如下：……八、建築物之共同壁、分戶牆、外牆、防空避難設備、機械停車設備、中央系統空氣調節設備及開放空間，或其他經中央主管建築機關認定項目之變更。」

3、行政程序法：

⑴第117條：「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119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。」

⑵第119條：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

⑶行政程序法第120條：「（第1項）授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。（第2項）前項補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。（第3項）關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟。」

4、是依上開規定可知，違法授予利益處分經過法定救濟期間後，除撤銷對公益有重大危害，或受益人無信賴不值得保護之情形，而其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益外，原處分機關或其上級機關為維護公益之必要，依職權予以撤銷，自為法所許。又違法授益行政處分之受益人，如有對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分之情事，或明知行政處分違法或因重大過失而不知者，其信賴不值得保護，無信賴利益可言，原處分機關或其上級機關得於撤銷對公益並無重大危害之情形下，依職權撤銷該違法行政處分之全部或一部分，且受益人就該受益處分被撤銷所受之損害，亦無行政程序法第120條之補償請求權可言。

(三)本院查：

1、第三人泰嘉公司為在937地號及相鄰之系爭土地同時興建2幢2棟地上五層樓建物2戶，於99年間同時遞件並分別向被告申請建造執照，於其製作之一、二層建物平面圖說，將坐落937地號土地上之建物標示為B1，坐落系爭土地上之系爭建物則標示為B2（本院卷1第137頁），後經被告按其申請戶數而分別核給(99)高市工建築字第00773號建造執照及連號之系爭建照（本院卷1第295至301頁），並於100年間興建完成後發給連號之使用執照（即(100)高市工建築使字第01831號使用執照及系爭使照）。而依系爭使照所附之一層建物平面圖（本院卷1第137頁），係以粉色（或褐土色）標示B1及B2建物本體構造，以淺綠色代表空地，B1建物西側臨10米計劃道路（裕民路）並有退縮騎樓地以斜線表示，在退縮騎樓地且

位於B1及B2建物南側之綠色空地則標示寬度為300公分並註記「保持現況通行」，該註記文字位在937地號之地界線內；又B1及B2建物北側則臨6米九如四路753巷道路；另依系爭使照所附現況圖（本院卷1第138頁）及系爭建物之建築線指示圖（本院卷1第146頁）亦均標示系爭建物（B2）東側亦臨現有巷道，經被告勘查該巷道業經編為裕民街172巷13弄（本院卷1第391頁）。

2、其後原告於107年間買受系爭土地及建物而取得其所有權（本院卷1第430至433頁）。嗣後高雄市政府交通局（下稱交通局）於108年10月2日派員在系爭土地上劃設禁止臨時停車紅線及「消防通道」字樣。原告不服向交通局提出陳情函請求塗銷系爭土地上所噴載「消防通道」之字樣，因交通局否准其申請，原告乃對之提起訴願及行政訴訟，經本院110年度訴字第238號判決認系爭使照所附一層平面圖B2建物南側之空地係屬法定空地，且未經標示作為現有巷道使用；參以本件被告於該案中亦以110年9月10日高市工務建字第00000000000號函（下稱被告110年9月10日函）表示該地非屬指定建築線之現有巷道，無○○市○○○道改道或廢止辦法之適用；佐以該處空地含水溝寬度為3.3公尺，經消防局實測在現場兩側均未停放車輛情形下，消防水車仍無法通行，顯見該空地寬度並不符合消防車輛救災活動空間指導原則所定消防車輛救災動線之需求；再對比○○市○○○○○○○道清冊、高雄市政府網站公告「消防局建議需劃設消防通道搶救困難地區資料」，均無上開空地被列管之記載，則交通局因誤認該空地屬現有巷道且為消防通道，而於該空地上劃設「消防通道」字樣之行政事實行為應屬違法，且明顯侵害原告對該系爭土地之所有權利，因而判決交通局應將該空地上之「消防通道」字樣塗銷等語（本院卷1第437至455頁），後因交通局未提出上訴而告確定。

3、而原告於上開行政訴訟事件確定後，隨即委請第三人王西村即王西村建築師事務所將系爭建物南側之法定空地設計興建

圍牆，並全權代表原告向被告申請該圍牆之雜項執照建築許可，彼等即於111年12月間檢附雜項執照申請書、雜項工作概要表、工程圖說（即現況圖、地盤圖、位置圖、一層平面圖）、建築基地現況彩色照片、地籍圖謄本、原告委託書、建造執照及雜項執照建築師簽證表、土地及建物登記謄本、指示建築線申請書圖、本院110年度訴字第238號判決書、被告110年9月10日函、○○市○○○道評議小組第20次會議紀錄等文件（本院卷1第179至181、423至461頁）向被告提出申請，經被告承辦人員依建築師簽證文件進行書面審核，並依職權調取系爭建照及使照，經審核該圍牆之興建並無違反基地禁限建規定（本院卷1第419至422頁），因而於112年1月間核准發給原告系爭雜項執照（本院卷1第27至31頁）。

4、嗣原告於112年5、6月間派工整地欲施作圍牆時，附近居民會同高雄市議員李喬如等人向被告陳情該地通行被阻塞，已影響民眾生命財產安全（本院卷1第159頁），被告遂於112年6月9日召集系爭土地所有人即原告、系爭建照及使照設計建築師王東奎、市議員李喬如、當地里長陳玉芳、高雄市政府水利局、養護工程處、○○市○○區公所等單位至937地號土地及系爭土地南側空地通行疑義辦理聯合會勘（本院卷1第325頁），里長陳玉芳稱伊已70餘歲，從小該地即供公眾通行使用等語；水利局表示該地有道路側溝，溝蓋為76年產物，屬公共排水設施等語；鼓山區公所則表示該地柏油路面及側溝皆由本所維護管理等語；王東奎建築師則稱系爭建物南側空地為本案法定空地範圍，於99年建造，依100年使照圖說規劃，註記應保持現況通行使用等語；原告則稱系爭使照圖說上之加註應屬無效，何況建築線指示圖及原告之廢巷申請均稱該空地非現有巷道，至於現場雖有溝渠排水，原告為保持排水功能，已有埋設暗管維持既有水路等語。其後被告於會勘結論表示因本案刻正施工，請原告應顧及居民安全及依職安法設置相關安全措施；至於系爭雜項執照是否違反系爭建照及使照圖說註記內容，應由建管處考量釐清；另針

對現況議員表示該地公共設施遭破壞毀損之部分，請鼓山區公所查明後本權責核處等語，被告隨後於112年6月14日以高市工務建字第00000000000號函將該次聯合會勘之會議紀錄分別寄送給各與會人員（或單位）（本院卷1第139至144頁）。爾後鼓山區公所續於112年6月17日○○市○區經字第00000000000號函復被告表示：系爭建物南側空地之側溝經水利局認定屬公共排水設施，本所現場查看有「水泥覆蓋側溝」及「變更斷面」影響公共排水情事，將另函請當事人回復其原有排水功能，並通報水利局為必要之處置等語（本院卷1第193至195頁）。

5、而原告於前揭聯合會勘後，繼續依系爭雜項執照核准內容施工，至112年6月16日止，已搭妥鋼筋混凝土之三處圍牆，其中南側圍牆已將該空地上之側溝完全以水泥覆蓋，並將該圍牆植基在側溝之上，僅尚未貼上磁磚及設置出入之鐵捲門（本院卷1第237至243頁），且原告除水電工程及監視器系統裝置費用外，就該圍牆施作工程已支出503,391元（本院卷1第71至80頁）。惟被告建管處則直至112年6月19日審認系爭雜項執照與系爭使照核准圖說內容相違背，而有違反建築法第73條第2項規定情事，簽請擬依行政程序法第117條規定撤銷系爭雜項執照（本院卷1第149至153頁），被告乃據以作成本件原處分，並請原告於文到14日內拆除圍牆恢復原狀，否則將以違章建築論處（本院卷1第123至124頁）。然經被告於112年7月18日派員至現場勘查，原告仍未拆除圍牆，經通知原告陳述意見後，乃於112年9月11日作成高市工違鼓字第1058號處理新違章建築處分書（本院卷1第331至345頁），其後該圍牆已於112年11月間拆除完畢，系爭建物南側空地現已鋪設柏油路面及恢復側溝溝蓋（本院卷1第45至69頁；卷2第11至13、79頁）。

6、以上事實，復為兩造所不爭，並有兩造分別提出之系爭建照、使照（含一、二層平面圖、現況圖）、雜項執照、被告99年4月6日高市工務建字第0000000000號函附建築線指示

圖、建築執照存根查詢系統表、裕民街172巷13弄現況照片、本院110年度訴字第238號判決、原告申請系爭雜項執照相關文件（含被告書面審核文件）、高雄市議員李喬如服務處112年6月8日函、被告112年6月9日聯合會勘現況照片、被告112年6月14日高市工務建字第00000000000號函（含聯合會勘之會議紀錄）、○○市○○區公所112年6月7○○市○區經字第00000000000號函、112年6月14日至同年月16日止之施工照片、原告興建圍牆之費用清單與單據、被告建管處簽稿（含被告簽稿會核單、原處分函稿）、被告112年7月31日高市工務建字第00000000000號函、112年9月12日高市工務建字第00000000000號函（含處理新違章建築處分書）、圍牆拆除過程及現況照片等文件在卷可證，則此部分事實亦堪信為真實。

(四)雖原告主張系爭建物南側空地未經指定為公共設施保留地，也未被指定為建築線，也非現有巷道，更非有通行必要性之既成道路，當無任何法令依據得剝奪原告對系爭土地之合法使用。雖系爭使照所附一層平面圖於937地號土地B1建物南側空地有標示「保持現況通行」，但該註記限制僅就937地號土地受其規制效力，不包含系爭土地及其建物在內，何況被告於原告申請系爭雜項執照時，亦經依職權調取系爭使照所有文件審核後，審認原告該圍牆之興建並無違背該基地禁限建規定，足認937地號土地所標示「保持現況通行」之限制與系爭土地無涉，故系爭雜項執照並無違法疑義，被告原處分逕依行政程序法第117條予以撤銷，即有違法情事云云。惟查：

1、937地號土地上之建物與系爭土地上之系爭建物，係泰嘉公司於99年間同時向被告申請興建、同時核發建造執照，並於同時興建完成、同時經被告核給使用執照，只是因泰嘉公司按戶數請求被告核發個別獨立之建照及使照，故有不同但均為連號之建照及使照號碼乙節，已如前述，並有原告自行提出上開建照建築執照存根查詢系統一份（本院卷1第295至30

1頁）為證，並經本院依職權聯網查詢屬實（本院卷2第87至101頁）。因上開二幢二棟建物係同時申請建築線指示圖，嗣後又申請同時興建，且又建築基地相連，則建築師繪製建築平面圖、現況圖、地盤圖及位置圖原本就可以繪製在同一份文件上，作為上開數件建照及使照之共通使用文件，此於基地相連之建物或連棟建物之興建，得以簡化文件製作成本及時間，受理申請之機關亦基於便民措施容許申請人就該等建物得使用同一份建築圖面。基此，系爭使照所附之一、二層平面圖、現況圖、地盤圖及位置圖（本院卷1第137至138頁）均將937地號土地及系爭土地繪製在同一份申請書圖上，乃至937地號土地上之建物與系爭建物亦繪製在同一平面圖，則建築師在繪製平面圖上之註記，除屬個別建物之個別設施應分別註記（如B1、B2、門廊、騎樓、迴轉騎樓地等是）外，其餘註記就作為上開二建物之共同註記（如建築線標示、流水方向、公共排水溝等是），當不至於因「6M九如四路735巷」標註在937地號土地旁邊，將導致系爭土地北側即不臨九如四路753巷道路；參以繪製該建築平面圖說之建築師王東奎亦曾出席被告112年6月9日召集之聯合會勘，並明確表示依建築線指示圖及系爭使照所附一層平面圖說規劃，系爭建物南側之空地為法定空地範圍，其註記應保持現況通行使用等語（本院卷1第144頁），經佐以系爭建物申請建築線指示圖時，該建物基地南側確有道路可以聯絡東西兩側道路（本院卷1第146頁，右下側之左邊照片），復參系爭使照所附現況圖（本院卷1第138頁），937地號土地及系爭土地合稱申請位置，其東側（裕民街172巷13弄）、北側（九如四路753巷）、西側（裕民路）均臨道路，若系爭使照所附一層平面圖上關於937地號土地建物南側法定空地南側所標註之「保持現況通行」僅拘束937地號土地而不包括系爭土地在內，將使該建築基地西側之裕民路無法通行至東側之裕民街172巷13弄，並致937地號土地建物南側空地成為

死巷，則該建築平面圖上註記「保持現況通行」即無任何意義，由是益證建築師王東奎前揭陳述方與事實相符。

2、次查，系爭建物南側空地未經指定為公共設施保留地，也未被指定為建築線，也非現有巷道乙節，固為兩造所是認，然系爭建物南側空地非屬現有巷道，與該空地應否限制建築以供不特定多數人通行使用，究屬二事，故本院110年度訴字第238號判決於判決理由內認定系爭建物南側空地非屬現有巷道，亦非消防通道之爭點效力，與原告能否於系爭使照負有前揭限建附款情況下仍得取得系爭雜項執照以便興建圍牆，並不發生任何拘束效力；至於裕民街172巷13弄之居民除系爭建物南側空地外，尚有其他聯絡道路得以通行至裕民路（本院卷2第15頁），亦與原告於系爭使照上開所負限建附款尚未解消前即得興建圍牆阻斷通行，亦無任何干係；雖被告於本院審理時自承原告提出系爭雜項執照申請時，被告承辦人員確有依職權調取系爭使照全部卷宗併予審認，但進行書面審查時，疏未注意該平面圖上關於系爭建物南側空地有該6字特別註記，因而核發系爭雜項執照等語（本院卷2第24頁），此即說明被告就系爭雜項執照於存有違反建築法第73條第2項情事仍逕予核發，確具有應注意能注意而不注意之過失責任，但此等事實仍不改變系爭雜項執照業已該當行政程序法第117條所指之「違法行政處分」要件，只要系爭雜項執照不存有行政程序法第117條各款所定情事，本得由原處分機關即被告依職權予以撤銷，以回復其既有之法秩序。

3、再查，系爭雜項執照之撤銷，固對原告私人土地利用及其興建費用產生相當之損害，但並不生對公益（或公眾通行利益）有重大危害情事，故本件本不該當行政程序法第117條第1款規定要件。另查，原告為向被告申請系爭雜項執照，係全權委請建築師王西村代表原告向被告申請建築許可，而彼等總計檢附雜項執照申請書、雜項工作概要表、工程圖說（即現況圖、地盤圖、位置圖、一層平面圖）、建築基地現

況彩色照片、地籍圖謄本、原告委託書、建造執照及雜項執照建築師簽證表、土地及建物登記謄本、指示建築線申請書圖、本院110年度訴字第238號判決書、被告110年9月10日函、○○市○○○道評議小組第20次會議紀錄等文件向被告提出申請乙節，復如前揭查證事實所述，而依建築師王西村簽證提出之建築基地現況彩色照片標示申請位置為緊鄰系爭建物之空地，但不含側溝之公共排水溝（訴願卷第157頁；本院卷1第423頁、卷2第77頁）；至其繪製之一層平面圖則標示系爭建物南側空地寬度約290公分，並緊鄰系爭土地之地界線，該圍牆即係以空地寬度290公分並緊鄰地界線邊緣興建（訴願卷第107頁；本院卷1第181頁、卷2第83頁），因被告僅負責書面審核，工程圖樣及現況照片則由建築師簽證負責，又因建築師提出之現況照片表明圍牆之興建不會超逾側溝，不影響公共排水系統，致系爭雜項執照之審核即未經會請水利局表示意見。然查，依系爭使照所附一層平面圖即已清楚標示系爭建物南側空地寬度為300公分，且該寬度已包含公共排水溝在內（本院卷1第137頁），則系爭雜項執照工程圖說既表明圍牆興建寬度為290公分並緊鄰地界線，顯然系爭雜項執照所欲興建之圍牆勢必將掩蓋含在地界線內之公共排水溝；參以被告112年6月9日聯合會勘紀錄原告自述內容（表明將埋設暗管以維持既有水路，本院卷1第144頁）及原告實際委請工人施作之圍牆，亦確實直接將圍牆本體建築在系爭土地之側溝上方（本院卷1第237頁），此核與鼓山區公所於經現場會勘後，系爭建物南側空地因原告整地行為確已以「水泥覆蓋側溝」及「變更斷面」而有影響公共排水情事（本院卷1第193至195頁）等情，亦經前揭查證屬實，則原告代理人王西村所提出之系爭雜項執照申請，即有意規避公共排水系統及其管轄機關之審核，並提出與其現況照片所表示之申請位置不相符之工程圖說，更未在其簽證負責之工程圖樣施工範圍內外標示公共排水溝及水流方向，致令被告承辦人員依其所提書面資料進行審核後，誤認該圍牆之興

建對公共排水系統不生影響而核發系爭雜項執照，佐以建築師王西村全權代理原告處理系爭雜項執照申請事務，依民法第224條規定，原告本應就其代理人之故意或過失負同一責任。準此，被告就系爭雜項執照之核發固有未注意系爭使照圖說註記而核發之過失責任，然原告因委任建築師王西村申請系爭雜項執照，對於雜項工作物是否遮蔽或阻斷公共排水系統另有提供不正確資料，致使被告誤認系爭雜項執照無涉公共排水設施而據以核發，則原告亦該當行政程序法第119條第2、3款規定所指信賴不值得保護之情狀。雖原告於本院言詞辯論期日主張系爭雜項執照申請文件所附建築基地現況彩色照片（本院卷2第77頁），於申請當時並未曾以紅色框線標示申請位置，該項申請文件應係事後偽造等語（本院卷2第52至53頁），然查，系爭雜項執照所附建築基地現況彩色照片早於訴願程序時即已提出，並未經原告表示異議；嗣後於本院審理時被告再度於113年12月3日以高市工務建字第00000000000號函提出（本院卷1第423頁）時，原告亦於本院113年12月16日準備程序時陳稱該等資料確為原告所提出並無隱藏等語（本院卷2第6頁），則原告迄至本院言詞辯論終結之際方否認該項文件為建築師王西村所製作，已有前後陳述矛盾而難採信；何況建築基地現況彩色照片需經建築師簽章確認基地現況及申請範圍，以便被告承辦人員無須至現場查看而僅作書面審查即可，如該現況照片並未以框線標示申請位置，則施工範圍顯然無從特定而屬無效之書面製作，此觀系爭建照所提建築基地現況彩色照片（訴願卷第153頁）亦可得相同之佐證，是原告上開主張，洵屬無據。

4、綜此，揆諸前揭行政程序法第117條規定意旨，被告原處分以系爭雜項執照有違反建築法第73條第2項規定之違法瑕疵，遂依行政程序法第117條規定予以撤銷，並命原告應於文到14日內拆除系爭雜項執照所示圍牆以回復空地之原狀，自屬適法處置。

(五)末查，原告主張因系爭使照平面圖關於系爭建物南側空地之註記不能拘束系爭土地，故系爭雜項執照並無違法情事，被告不得依行政程序法第117條規定予以撤銷；縱認系爭雜項執照確有違法瑕疵，但原告申請系爭雜項執照並未提出任何不實文件，並堅信系爭使照平面圖說之註記與系爭土地無涉，且信賴被告所核發系爭雜項執照之合法性而據以派工施作圍牆，總計支出工程費用589,716元，但卻遭被告認定為違章建築，並於112年11月10日派員至現場拆除原告所興建之圍牆，更於112年11月14日打除原告於系爭法定空地上所鋪設之水泥地面，顯致生損害於原告，致使原告受有上開興建圍牆、鋪設水泥等費用之損害，依法應由被告賠償或補償等語。然查，系爭雜項執照確有違法瑕疵，被告亦無行政程序法第117條各款所列不得撤銷情事，則原處分依該條規定予以撤銷，即無違法疑義，是原告前揭主張並無理由乙節，已如前述，揆諸前揭規定之說明，原告無論是依國家賠償法第2條第2項前段或行政程序法第120條第1項規定請求被告給付其圍牆施作費用589,716元及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，亦屬無據，應併予駁回。

六、綜上所述，原告之主張，均不可採。被告原處分依行政程序法第117條規定撤銷系爭雜項執照，尚無違法疑義，訴願決定遞予維持，亦無不當，乃原告對之訴請撤銷，並請求如聲明所示，均無理由，應予駁回。本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，核於判決結果不生影響，爰不逐一論駁，併此敘明。

七、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　3　　月　　13　　日

審判長法官　林　彥　君

法官　黃　堯　讚

法官　黃　奕　超

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；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（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、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項第3款）。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.上訴人或其代表人、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、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、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者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、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，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、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者。

是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴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　　114　　年　　3　　月　　13　　日

書記官　蔡　玫　芳