

最 高 行 政 法 院 判 決

109年度上字第424號

上 訴 人 基隆市政府

(原審被告)

代 表 人 林右昌

訴訟代理人 詹振寧 律師

上 訴 人 強利建設有限公司

(原審參加人)

代 表 人 李福隆

訴訟代理人 朱敏賢 律師

陳昱成 律師

被 上 訴 人 林金田

林金發

林銘輝

林阿嬌

共 同

訴訟代理人 洪巧玲 律師

上列當事人間使用執照事件，上訴人對於中華民國109年2月13日臺北高等行政法院105年度訴字第1897號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院。

理 由

一、事實概要：上訴人即原審參加人強利建設有限公司（下稱強利公司）於民國100年間向上訴人即原審被告基隆市政府（下稱基隆市政府）申請在基隆市○○區○○○段○○○小段(下同)265、265-1及265-2地號土地（後合併為265地號土

地1筆，下稱系爭建地）上新建1幢、32棟、地上3層、32戶建築物，經基隆市政府核發100年4月26日100基府都建字第28號建造執照（下稱系爭建造執照）。後因建築基地左側圍牆的鄰地邊坡滑動，強利公司依據「基隆市山坡地建築之擋土牆作為建築物外牆共構使用審查作業細則」規定，向基隆市建築師公會提出共構審查申請，經該公會核定後，納入建造執照變更設計內，並經基隆市政府於101年10月29日同意建造執照第1次變更設計，變更為興建1幢、25棟、地上3層、25戶建築物。被上訴人共有的基隆市○○區○○段21地號土地（下稱系爭鄰地）與系爭建地相鄰。被上訴人主張強利公司越界施工，且應與相鄰之被上訴人林銘輝所有265-3地號畸零地合併建築，向基隆市政府陳情，並要求強利公司應施作水土保持計畫。基隆市政府於102年11月7日會勘後認定強利公司應提送水土保持計畫，基隆市政府都市發展處乃以103年8月15日基府都建壹字第1030045344號函請強利公司提送水土保持計畫送審，並經基隆市政府103年12月19日基府產工貳字第1030075169號函核定水土保持計畫及104年6月16日基府產工貳字第1040554094號函核發水土保持完工證明。強利公司於建築工程完竣後，向基隆市政府申請核發使用執照，經基隆市政府審核通過，核發104年7月9日（104）基府都建使字第36號使用執照（下稱原處分或系爭使用執照）。被上訴人不服，提起訴願，經決定駁回，遂向臺北高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，並聲明：「先位聲明：撤銷原處分及基隆市政府併案辦理山坡地公共安全水土保持等有關共構牆與擋土牆等設施的雜項使用執照；備位聲明：基隆市政府應限期命強利公司就下列事項向基隆市政府申請變更使用執照，並依基隆市政府核准的圖說及核定的施工期限重新施工，再向基隆市政府申辦變更使用執照的核准使用許可：1. 將被上訴人林銘輝所有基隆市○○區○○○段○○○小段265之3地號畸零地納入使用執照的建築基地範圍內。2. 將占用系爭鄰地的共構牆、擋土牆基礎結構及水管設

01 備等部分予以拆除，並依核准圖說補強該等結構，且依法辦
02 理水土保持法所定程序」。經原審闡明及被上訴人多次變更
03 後，最終確定其聲明為：「先位聲明：訴願決定及原處分均
04 撤銷；備位聲明：1. 訴願決定及基隆市政府104年8月26日基
05 府產工貳字第1040049863號函及基隆市政府104年9月30日基
06 府都建壹字第1040054162號函均撤銷。2. 基隆市政府應作成
07 限期命強利公司將占用系爭鄰地的共構牆、擋土牆基礎結構
08 及水管設備等部分予以拆除，並依核准圖說補強該等結構，
09 且依水土保持法所定程序，取得水土保持完工證明後，再依
10 法向基隆市政府申辦變更使用執照的行政處分。」經原審依
11 職權命強利公司獨立參加基隆市政府之訴訟，並以105年度
12 訴字第1897號判決（下稱原判決）訴願決定及原處分均撤
13 銷，基隆市政府及強利公司均不服，提起本件上訴。

14 二、被上訴人起訴主張及基隆市政府與強利公司在原審答辯，均
15 引用原判決所載。

16 三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

17 (一)被上訴人訴願並無逾期，且具備訴訟權能：

18 強利公司於104年8、9月間設置接待中心、架設廣告看板及
19 旗幟等行為，僅能證明其有為銷售建物的準備或預售，不足
20 證被上訴人已知悉原處分的成立。就訴外人林金水是否曾於
21 104年7月詢問基隆市政府技正葉嘉明為何核發原處分給強利
22 公司乙節，強利公司未有何陳報，況訴外人林金水並非本件
23 當事人，其知悉的效力不能歸屬於被上訴人。又原處分並無
24 記載不服行政處分的救濟方法、期間及其受理機關，被上訴
25 人於104年12月24日提起訴願，仍在知悉後1年的期間內，未
26 逾越提起訴願的法定期間。被上訴人為系爭鄰地所有權人，
27 如強利公司確有越界建築、開挖系爭鄰地坡腳，且未依法擬
28 具水土保持計畫等情，則被上訴人的生命、身體及財產安全
29 等權益即有因原處分而受侵害的可能性，為建築法及水土保
30 持法規範的保護範圍，具備提起撤銷訴訟的訴訟權能。

31 (二)系爭建造執照尚未逾期失效：

- 01 1.系爭建造執照核定的竣工期限為開工之日起9個月內，原應
02 於101年5月31日前竣工，後第一次展延竣工期限1年至102年
03 5月31日，又因漏未核算圍牆雜項工程的6個月工期，竣工期
04 限延至102年11月30日（第二次展延）；再展期3個月至103
05 年2月28日（第三次展期）。
- 06 2.依100年7月20日修正後的基隆市建築管理自治條例（下稱建
07 管自治條例）第25條第1項，強利公司申請興建的地上3層建
08 物，每層樓可較系爭建造執照核定時的工期增加1個月，3層
09 樓共可增加3個月，故基隆市政府辦理第二次及第三次展期
10 尚無違誤。強利公司於103年2月25日申請核發使用執照，並
11 出具竣工報告書、按圖施工證明書及監造證明書證明已於10
12 3年2月20日竣工，尚未逾103年2月28日的竣工期限。
- 13 3.強利公司經基隆市政府同意3次展期後，於103年2月25日申
14 請核發使用執照時，尚未逾103年2月28日的竣工期限，非屬
15 建築法第53條第2項所定已逾期限仍未完工的情形，故系爭
16 建造執照不因103年2月28日屆至而失效。又強利公司因與鄰
17 地水土保持疑義未能釐清，遲未能獲得基隆市政府核發使用
18 執照，乃以103年7月31日（103）強建字第1030730236號申
19 請書表示將提出水土保持計畫送審；基隆市政府都市發展處
20 亦以103年8月15日基府都建壹字第1030045344號函要求強利
21 公司應提交水土保持計畫送審，強利公司遂於水土保持計畫
22 經核定後，於103年12月30日申請第2次變更設計新增水土保
23 持計畫設施，並經基隆市政府核准。是就原建造執照核定的
24 工程圖樣及說明書施作完工後，為因應新的情勢，順利取得
25 系爭使用執照所為的補正措施，與原建造執照核定工程範圍
26 尚未完工的情形不同，不能以此一新增工程項目，認為原建
27 造執照所核定的工程範圍尚未完工，建造執照已經失效。又
28 建築法第39條無限制變更設計僅能於興工前或施工中申請辦
29 理，建築法第87條第1款規定、內政部70年6月25日台內營字
30 第23605號函及69年10月22日台內營字第038773號函均顯
31 示，變更設計是得補正的程序，並無時間限制，只要完工日

期是在建造執照有效期限內完成經確認屬實，仍得申請核發使用執照。

(三)強利公司新建建物的主要結構未依系爭建造執照施作，原處分應屬違法：

本件建築物的主要結構越界建築，與設計圖樣不符：

1.臺灣基隆地方檢察署檢察事務官於105年5月12日至系爭建地與系爭鄰地勘查，並囑託基隆市信義地政事務所（下稱信義地政所）進行測量，該地政事務所於105年6月3日製作土地複丈成果圖，標示藍線為地籍段界、綠線為圍牆、紅線為占用系爭鄰地的水泥地基，分別編號A、B、C、D。依測量結果，建物圍牆外占用系爭鄰地的水泥面積，有開挖部分共計為42.08平方公尺。

2.臺灣基隆地方法院（下稱基隆地院）106年度訴字第286號刑事案件承辦法官於107年3月12日至系爭建地與系爭鄰地現場履勘，請信義地政所測量人員洪宇鈞協助指出前開土地複丈成果圖標示A、B、C、D相關位置進行開挖〔標示D部分，另訂時間由當事人會同內政部國土測繪中心（下稱國土測繪中心）人員自行開挖後陳報法院〕，其中標示A、B、C部分開挖後的水泥塊，均與圍牆牆面相連，且呈現表面平整的態樣，與不小心溢流、滲漏所造成的不規則態樣不相符，應為建築施工所需，供水平、垂直放樣刻意鋪設而成。後囑託國土測繪中心進行測量，標示所坐落地號及面積及建物圍牆與地段界線的距離，然後依據信義地政所保管的地籍圖、圖解地籍圖數值化成果等資料，謄繪有關土地地籍圖經界線，與前項成果核對檢核後測定於鑑測原圖上，作成比例尺1/500鑑定圖。依國土測繪中心測量結果，建物圍牆外占用系爭鄰地的水泥面積，有開挖部分共計為35.59平方公尺。由於系爭鄰地為山坡地，與強利公司建案圍牆相鄰的土地均遭泥土覆蓋，以人工方式開挖不易，故未全面開挖進行測量，也因此信義地政所與國土測繪中心因測量範圍不同，就占用系爭鄰地的水泥面積結果難免有所差異，尚難逕認前開鑑測結果

不實。依上開地政事務所及國土測繪中心測量結果，部分建物圍牆（含擋土牆）與地籍圖經界線相符，部分建物圍牆（含擋土牆）退縮在經界線內，是地面上目視可及部分尚無越界，然地下水泥塊部分則有越界占用鄰地的事實，足堪認定。

3.比對強利公司申請使用執照提出的壹層平面圖所示系爭建地南面共構擋土牆，上開地政事務所及國土測繪中心測量開挖的A、B、C、D四處水泥塊，範圍均在建物圍牆外，而不包括南面共構擋土牆外的部分。然依基隆市政府訴訟代理人、強利公司及證人即基隆市政府產業發展處水保技師林石源於107年3月12日刑事現場勘驗時亦表示：如要開挖，須提出相關的水土保持計畫等等；再佐以現場照片、上開基隆地院法官107年3月12日現場履勘標示圖及勘驗照片，均顯示共構擋土牆外的土石確實堆疊已高，有開挖安全性及須否提出水土保持計畫的疑義，始未在該處開挖，尚不能以信義地政所及國土測繪中心開挖測量的範圍不包括共構擋土牆外，即逕認該處無占用系爭鄰地的情形。

4.依建築師孫德耀、證人吳智文於上開刑事案件中證述，再參以內政部國土測繪中心測量結果，有4處的建物圍牆外緣與地籍圖經界線位置完全相符，故強利公司沿著系爭建地與系爭鄰地的地界線規劃、建築圍牆（含擋土牆）乙情，應可認定。又上開刑事案件中，告訴人即被上訴人林銘輝任擇4處圍牆外範圍開挖，均有水泥塊越界占用系爭鄰地的情形，以及107年3月12日現場勘驗筆錄記載，僅開挖部分占用系爭鄰地的面積即達35.59平方公尺，範圍不小，且水泥塊占用系爭鄰地的情形是沿著圍牆外緣成一長條形的延伸，而非小範圍點狀或片段的越界，則系爭建地南面共構擋土牆地下因建築施工所需而刻意鋪設的水泥塊亦有越界占用系爭鄰地的情形，應可認定。

5.依系爭建造執照，強利公司原規劃在系爭建地的北面、西面及南面建築圍牆，與系爭鄰地區隔，後因系爭建地南面緊臨

01 系爭鄰地處有土石滑落情形，乃於101年5月30日申請基隆市
02 建築師公會審查以擋土牆作為外牆共構使用，經該公會同意
03 後，辦理第一次變更設計，將圍牆長度250.35公尺變更為18
04 8.44公尺；新設置共構擋土牆高度3公尺以上長度20.93公
05 尺、高度3公尺以下長度34.95公尺。由於共構擋土牆是將擋
06 土牆與建築物外牆共構使用，具有承載建築物重量的作用，
07 屬於建築法第8條所稱的承重牆壁，而為建築物的主要結
08 構。又依證人蔡清溪於刑事案件中證稱及強利公司之表示，
09 強利公司於辦理第一次變更設計前，因施作圍牆所需而刻意
10 鋪設在地底下的水泥塊，已與變更設計後增建的共構擋土牆
11 合為一體，而屬主要結構的一部分，應認已有主要結構越界
12 建築，而與設計圖樣不符的情形。

13 6.依證人即建築師孫德耀於刑事案件履勘及審理時之證述，可
14 知圍牆外占用系爭鄰地的水泥基礎既與圍牆相連結，為圍牆
15 基座的一部分，再與第一次變更設計後新增的共構擋土牆合
16 為一體，屬主要結構的一部分。

17 7.強利公司確有建築工程占用系爭鄰地的事實，且占用部分應
18 包括作為主要結構共構擋土牆之一部分的地下水泥基礎，而
19 有與設計圖樣不符的情形，原處分違反建築法第70條第1項
20 規定。

21 (四)本件放樣勘驗有瑕疵，非屬經勘驗合格的項目：

22 1.依承造人弘基營造有限公司於100年9月5日申報放樣勘驗時
23 適用的建管自治條例第28條、依上開規定訂定的「基隆市建
24 築工程施工中必需勘驗部份作業要點（下稱作業要點）」第
25 3、6、7點及營造業法第41條規定，放樣勘驗為基隆市政府
26 必須派員查驗的項目，且基隆市政府人員進行勘驗時，專任
27 工程人員必須到場說明，並在勘驗文件上簽名，未依規定到
28 場或簽章者，基隆市政府應不予查驗。

29 2.依證人即基隆市政府承辦人黃國杰於原審審理時證述，承造
30 人弘基營造有限公司於100年9月5日提出建築工程勘驗申報
31 書上所載專任工程人員林化農及監造人即建築師孫德耀，均

01 未於放樣勘驗時到場進行說明，僅由證人黃國杰亦不知其職
02 務的代辦林進添領勘，且無留存任何現勘紀錄，顯與上開規
03 定不符，基隆市政府不應予以查驗。

04 (五)本件無情況判決的必要：強利公司雖主張興建的建築物已對
05 外銷售完畢等，然原處分經撤銷後，強利公司仍可於符合法
06 定要件後，備妥應備文件再行提出使用執照的申請；倘住戶
07 因此受有損失，係其與強利公司間私權問題，應循民事途徑
08 解決，尚無涉及公共利益的重大損害，故本件應無情況判決
09 的必要。

10 (六)綜上，強利公司新建建物的主要結構未依系爭建造執照所核
11 定的設計圖樣施作，且有未經勘驗合格的項目，基隆市政府
12 作成原處分已違反建築法第70條規定，且侵害被上訴人所有
13 系爭鄰地的所有權，訴願決定予以維持，亦有違誤，是被上
14 訴人以先位聲明訴請撤銷原處分及訴願決定，為有理由，應
15 予准許。被上訴人先位聲明的請求已獲勝訴判決，備位聲明
16 的請求即無再予審究的必要。

17 四、上訴意旨略謂：

18 (一)基隆市政府部分：

19 1.依本院75年度判字第2075號、75年度判字第1005號、73年度
20 判字第403號判決、行政院62年2月23日台內字第1610號及內
21 政部66年2月14日台內營字第781180號函釋，越界建築應循
22 民事訴訟途徑解決，原審未職權調查及行使闡明權，更未於
23 判決中說明理由，有不適用行政訴訟法第12條之2第5項、第
24 125條及構成同法第243條第1項、第2項第3款、第6款等當然
25 違背法令事由。

26 2.本院103年度裁字第575號裁定已敘明建築法並未賦予人民得
27 請求主管機關撤銷核發使用執照處分之公法上請求權，依建
28 築法第26條第1項、第28條規定，主管機關依建築法所核發
29 之使用執照，僅係建築物建造完成後之使用許可，自無賦予
30 非受處分之被上訴人有何公法上之權利，原判決驟引建築法
31 第1條泛論建築法規均具有保護第三人之規範效力，率斷被

01 上訴人依建築法第70條第1項有提起本件行政訴訟之訴訟權
02 能，違背論理法則而有判決適用法規不當、不備理由及理由
03 矛盾。

04 3.原審認定強利公司於原處分核發後之104年8月間在系爭建地
05 上設置接待中心、架設廣告看板及旗幟等行為，僅能證明其
06 有銷售建物的準備或預售，不表示基隆市政府已作成原處分
07 云云，顯有理由矛盾。被上訴人胞兄雖非本件當事人，然
08 是否經被上訴人告知而知悉原處分之核發，是否以被上訴人名
09 義向葉技正質問及被告知救濟期間，均影響被上訴人提起訴
10 願之起算期間，原審未訊問強利公司、被上訴人胞兄及葉技
11 正，顯有不備理由。

12 4.系爭圍牆及擋土牆位在建築物主結構之外，其上方並無結構
13 物，非建築法第8條所稱建築物之主要構造(基礎、主要樑、
14 柱、承重牆壁、樓地板、屋頂)，而係屬建築法第7條所稱之
15 「雜項工作物」。原審未經專業鑑定，逕自認為系爭圍牆或
16 擋土牆是建築法第8條所稱之承重牆，判決不備理由。原審
17 認「由於共構擋土牆是將擋土牆與建築物外牆共構使用，具
18 有承載建築物重量的作用，屬於建築法第8條所稱的承重
19 牆，而為建築物的主要結構」經核與建築技術規則建築設計
20 施工編第1條規定不符，判決理由矛盾。

21 (二)強利公司部分：

22 1.有關越界建築與否之爭議係屬私權爭執而應循民事訴訟途徑
23 解決，原判決未察，顯有行政訴訟法第243條第2項第3款
24 「行政法院於權限之有無辨別不當」之違背法令。又建築法
25 第70條第1項核發使用執照制度，僅在確保建造完成之建築
26 物按建造執照核准內容興建。本院108年度判字第376號、10
27 7年度判字第614號、102年度判字第799號、101年度判字第8
28 3號及97年度判字第773號等判決見解，向來認為建築物建造
29 執照及使用執照二者之關聯，有「行政處分跨程序拘束
30 力」，故於建造執照未被撤銷而完成建築後，主管機關即應
31 依建築法第70條第1項規定發予使用執照。基隆市政府都市

發展處101年10月12日基府都建壹字第1010180492A號函證明，102年11月7日會勘時並無任何「逾界開挖」情事；而基隆市政府104年8月19日基府產工罰貳字第1040234967B號函裁處強利公司之理由，實為施工人員於「基地內」未經申請許可而堆積土石，與越界建築無涉。基隆市政府依強利公司所提出之建造執照與建築物竣工平面圖及立面圖查驗相符後，始發給系爭使用執照，應屬適法。至系爭建案有無違反建築法規，皆屬建造執照之核發有無違誤之情事，不得以此認定基隆市政府核發使用執照予強利公司違法。原判決既認定該建造執照仍屬有效，於未論明行政處分跨程序拘束力之情況，亦未審酌建築法核發使用執照之程序及標準，逕撤銷系爭使用執照，乃適用法規不當，且牴觸權力分立原則與行政訴訟法第201條規定，並違反論理法則及構成判決理由不備及判決理由矛盾。

2.系爭建地重劃後地勢平坦，純建築行為毋庸施作水土保持設施。強利公司從未交付任何水土保持施工圖予訴外人林金水，且非系爭鄰地之所有權人或實際使用人，亦未於其上從事水土保持法第12條第1項各款之行為，自不該當「水土保持義務人」之要件。囿於被上訴人屢屢陳情，為避免爭議，業向基隆市政府申請第二次變更設計，於「基地內」施作水土保持設施。原判決誤信強利公司未依法擬具水土保持計畫，與客觀事證不符，判決理由矛盾。退言之，水土保持法第12條第1項並非賦予人民有權請求主管機關作成施設水土保持設施處分之權利，主管機關不能以強利公司違反該條項為由，拒絕發給使用執照，否則違反不當聯結禁止原則。

3.證人黃國杰證稱對於孫德耀建築師或專任技師林化農有無於放樣勘驗時到場均「沒印象」，然依作業要點第7點規定，營造業管理規則第43條規定專任工程人員應負現場說明，可知查驗時建築師並無在場之義務，且營造業管理規則已於94年10月27日廢止。證人黃國杰業於原審證稱其有於放樣勘驗時到場確認系爭建案基地之範圍及查看承造人有無先行施

01 工，上訴人提出之「建築工程勘驗申報書」，亦經證人黃國
02 杰至現場勘驗合格後註記「本進度依規勘驗」及其職章。又
03 建管自治條例及作業要點均未規範「勘驗紀錄」之形式及應
04 載明事項，是倘專任工程人員林化農未會同在場或基隆市政
05 府未製作勘驗紀錄，證人黃國杰亦已確認承造人完成放樣程
06 序且屬合格，另案證人孫德耀建築師亦於基隆地院106年度
07 訴字第286號審判時陳稱其有查核放樣工程係合格，故該次
08 放樣勘驗之目的已然達成，原審所指之程序瑕疵並不影響基
09 隆市政府查驗合格之判斷。再者，依建管自治條例第28條第
10 2項但書規定，可知若未事前報請勘驗即施工，仍得事後向
11 基隆市政府報備並免予勘驗，舉重以明輕，本件縱有原判決
12 所指之瑕疵，亦屬輕微，並非重大。除該次放樣勘驗外，基
13 隆市政府亦有依法派員至現場依序查驗「擋土牆、圍牆」
14 等，並認定合格，得以補正原判決所指之瑕疵。是原判決所
15 為之認定顯有違誤，且與事實未洽。至證人黃國杰雖於辦理
16 其他建案有不法行為，自不能遽此混為一談，率稱其辦理本
17 案亦有違法，上訴人興建系爭建案均依相關規定辦理，並經
18 基隆市政府審查後先後核發建造執照及使用執照，核無不當
19 之處。

- 20 4. 證人孫德耀建築師初始將外牆設計為「圍牆」，列於「雜項
21 工作物概要表」。次因100年10月3日基隆市豪雨沖刷，致系
22 爭鄰地土石滑動，為確保系爭建地及四周山坡地之安全，經
23 101年9月25日基隆市建築師公會審核後，將部分「圍牆」變
24 更設計為「共構擋土牆」，且因另有變更其他主要構造，故
25 為第一次變更設計，申請書並將「圍牆」及「擋土牆」均列
26 於「雜項工作物變更設計概要表」，使用執照申請書亦將
27 「圍牆」及「擋土牆」記載於「雜項工作物概要表」。而依
28 證人孫建築師於刑事案件中證述，可知圍牆是否為建築物之
29 結構體，必須經專業鑑定，無法目視判斷。再按建築技術規
30 則建築設計施工編第1條之定義，承重牆係指承受本身重量
31 及本身所受地震、風力外並承載及傳導其他外壓力及載重之

01 牆壁；依水土保持技術規範第117條規定，擋土牆係指為攔
02 阻土石、砂礫及類似粒狀物質所構築之構造物，二者使用目
03 的、功能及受力方向互殊。本案無論係「圍牆」或「擋土
04 牆」，均屬建築法第7條之雜項工作物，並非同法第8條之承
05 重牆壁，不屬建築物之主要構造。而依基隆市建築師公會專
06 業技師簽證之「建築共構擋土牆審查報告書」所載「TYPE-
07 A、TYPE-B及TYPE-C」即共構擋土牆之範圍均位於本案建地
08 南面，屬未予開挖之範圍。然被上訴人林銘輝於95年間出售
09 系爭建地時，已向信義地政所申請複丈；於100年10月3日基
10 隆市驟降豪雨後，強利公司並會同被上訴人及基隆市政府至
11 現場會勘，確認系爭建地之圍牆並無逾界建築；嗣因被上訴
12 人一再向基隆市政府陳情，101年12月21日信義地政所重行
13 複丈，再次確認系爭建地之建物均位於基地內；另案刑事判
14 決函請內政部國土測繪中心測量結果，亦認為系爭建地之圍
15 牆（含擋土牆）均有退縮或與地界線相符。復觀系爭建地
16 「圍牆配筋圖」及第一次變更設計「共構擋土牆配筋圖」，
17 足見系爭建地圍牆或擋土牆外圍並無結構物，若有，亦非屬
18 主要結構，且未配置鋼筋。再者，依另案刑事案件履勘照片
19 所示，該等鋼筋混凝土基礎平整且具相當厚度，佐以前開
20 「圍牆配筋圖」，可證系爭建地之圍牆為L型。臺灣省土木
21 技師公會109年7月21日鑑定報告結論亦稱共構擋土牆或圍牆
22 於地界外凸出之水泥塊，並未發現有任何鋼筋之現象，此些
23 凸出之水泥塊並不屬圍牆或擋土牆之本體結構，若敲除並不
24 會危害建物或擋土牆（或圍牆）之安全。再依另案刑事案件
25 證人孫德耀、吳智文、陳德耀所述，系爭建地圍牆外之水泥
26 塊，僅係無筋混凝土（PC），為施工人員於放樣時施作方便
27 之假設工程，又未於施工後清除所致，並非地基或水泥基
28 座，雖上方尚屬平整，然外側邊緣呈現不規則狀，且臺灣省
29 土木技師公會109年7月21日鑑定報告書依透地雷達掃描檢測
30 後，確認該水泥塊並無鋼筋存在，是該水泥塊並不屬系爭建
31 案之主要結構。原審未依職權囑託測量機關開挖及鑑定，亦

01 未調查系爭建地圍牆外水泥塊之性質，復未審酌現場勘驗照
02 片所呈現鋼筋混凝土基礎與水泥塊實存有相當之高低落差，
03 且未比對「圍牆配筋圖」及「共構擋土牆配筋圖」，逕認坐
04 落於系爭建案圍牆外之水泥塊已與共構擋土牆合為一體而屬
05 主要結構，進而認定原處分已違反建築法第70條第1項規
06 定，與建築技術規則建築設計施工篇第一章第1條第25款規
07 定不符，並曲解建築法第7條、第8條有關主要構造及雜項工
08 作物之內涵，有違反證據法則、理由矛盾、不備理由及適用
09 法規不當。

- 10 5.於原判決撤銷系爭使用執照下，已合法使用5年餘之建物霎
11 那間即成為違章建築，顯更違背上訴人或住戶之信賴保護，
12 且屬重大損害。原判決認本件無行政訴訟法第198條情況判
13 決之必要云云，顯適用法規不當。

14 五、本院判斷：

- 15 (一)「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴
16 訟。」行政訴訟法第2條定有明文。本件被上訴人主張其為
17 系爭鄰地所有權人，系爭鄰地與強利公司建案坐落之系爭建
18 地相鄰，惟強利公司興建之建物主要結構越界建築，且系爭
19 鄰地為山坡地，強利公司於系爭鄰地開挖坡腳未依法擬具水
20 土保持計畫，原處分違反兼及保護被上訴人生命、身體及財
21 產安全之建築法第70條第1項及水土保持法第12條規定，被
22 上訴人乃以利害關係人身分對基隆市政府核發予強利公司之
23 系爭使用執照提起本件行政訴訟等情，為原判決確定之事
24 實。查，強利公司興建之建物是否越界占用被上訴人土地，
25 以及被上訴人如欲排除該侵害，固亦為私權爭執。惟系爭使
26 用執照乃基隆市政府依強利公司之申請，依據建築法第70條
27 規定所為之授益行政處分，被上訴人以利害關係人身分對系
28 爭使用執照提起本件行政訴訟，屬行政訴訟法第2條所定得
29 提起行政訴訟之公法上爭議，至被上訴人主張之越界建築則
30 為本案之攻擊防禦方法，故上訴人以本件應屬私權爭執，原

01 審未裁定移送民事法院審理為由，指摘原判決違反行政訴訟
02 法第12條之2第5項規定，並無可採。

03 (二)「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利
04 或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提
05 起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為
06 決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」行政訴訟法第4條
07 第1項定有明文。行政訴訟原則上係以保護個人主觀公法上
08 權利為目的，而以結合保護規範理論及主觀之權利侵害之模
09 式構成撤銷訴訟之權利保護體系。人民主張權利受到違法行
10 政處分侵害而具備訴訟權能者，固有提起撤銷訴訟之原告適
11 格，惟撤銷訴訟之目的在於使原告得透過訴訟請求行政法院
12 除去違法行政處分之效力並排除該處分所生之權利侵害，故
13 原告提起之撤銷訴訟有無理由，除繫於行政處分是否違法
14 外，尚以原告之權利實際受到該處分之侵害為必要，若原告
15 之權利未因行政處分受到實際侵害，其提起之撤銷訴訟，即
16 難認為有理由。

17 (三)強利公司雖主張被上訴人無提起本件行政訴訟之訴訟權能，
18 惟查，被上訴人並非原處分之直接相對人而係第三人，則應
19 先審究被上訴人是否具備提起本件撤銷訴訟之訴訟權能，此
20 則須藉由保護規範理論加以判斷。因此，被上訴人首須指出
21 原處分違反之法規，續以探究該法規之規範目的，除保護公
22 共利益外，是否亦兼及保護特定範圍或特定範圍之個人利
23 益，而後判斷被上訴人是否為該法規保護之對象。則查，被
24 上訴人以利害關係人身分對之提起先位聲明之撤銷訴訟，並
25 指摘原處分違反之法規為建築法第70條第1項及水土保持法
26 第12條規定。按建築法第1條規定之立法意旨雖為實施建築
27 管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀
28 瞻，惟「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築
29 機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。
30 但合於第78條及第98條規定者，不在此限。」「有關建築規
31 劃、設計、施工、構造、設備之建築技術規則，由中央主管

01 建築機關定之，並應落實建構兩性平權環境之政策。」則為
02 建築法第25條第1項及第97條所規定，由是可知建造建築物
03 應遵守相關建築規範之目的固在保護公共利益，惟亦在確保
04 建築物安全以保護建築物使用人，並避免建築物發生不合建
05 築規範之危險而危及鄰地住戶生命、身體及財產安全而有保
06 護該特定範圍內人民之保護規範。又水土保持法第12條規定
07 水土保持義務人於山坡地或森林區內從事該條第1項所列行
08 為前，應先擬具水土保持計畫，送請主管機關核定後，始得
09 為之，其除寓有保育水土資源，涵養水源等公益目的外，亦
10 有保障擬開發地域因開發行為可能造成災害範圍內的居民生
11 命、身體及財產安全之保護規範。被上訴人以其為系爭鄰地
12 所有權人，並主張原處分違反上開規定而有侵害其權利之可
13 能而有提起本件訴訟之訴訟權能，應可採取。強利公司主張
14 被上訴人欠缺提起本件訴訟之訴訟權能，並不可採。

15 (四)繼審究原處分有無違法並侵害被上訴人權利：

16 1.行政訴訟法第189條規定，行政法院為裁判時，除別有規定
17 外，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理法則及經
18 驗法則判斷事實之真偽；依此判斷而得心證之理由，應記明
19 於判決。基於行政訴訟之職權調查原則（行政訴訟法第125
20 條第1項及第133條），法院必須充分調查為裁判基礎之事證
21 以形成心證，在對全辯論意旨及調查證據之結果為評價時，
22 應遵守訴訟資料之完整性及正確掌握。法院既負有審酌與待
23 證事實有關之訴訟資料之義務，如未審酌，亦未說明理由，
24 即有不適用應依職權調查規定，及判決不備理由之違背法
25 令。

26 2.次按建築法第4條規定：「本法所稱建築物，為定著於土地
27 上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構
28 造物或雜項工作物。」第7條規定：「本法所稱雜項工作
29 物，為營業爐竈、水塔、瞭望臺、招牌廣告、樹立廣告、散
30 裝倉、廣播塔、煙囪、圍牆、機械遊樂設施、游泳池、地下
31 儲藏庫、建築所需駁坎、挖填土石方等工程及建築物興建完

成後增設之中央系統空氣調節設備、昇降設備、機械停車設備、防空避難設備、污物處理設施等。」第8條規定：「本法所稱建築物之主要構造，為基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂之構造。」第28條規定：「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。」第30條規定：「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。」第31條規定：「建造執照或雜項執照申請書，應載明左列事項：一、起造人之姓名……三、建築地址。四、基地面積、建築面積、基地面積與建築面積之百分比。五、建築物用途。……。」第39條規定：「起造人應依照核定工程圖樣及說明書施工；如於興工前或施工中變更設計時，仍應依照本法申請辦理。但不變更主要構造或位置，不增加高度或面積，不變更建築物設備內容或位置者，得於竣工後，備具竣工平面、立面圖，一次報驗。」第70條第1項前段規定：「建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申請使用執照。直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應自接到申請之日起，十日內派員查驗完竣。其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，發給使用執照，並得核發謄本；不相符者，一次通知其修改後，再報請查驗。……。」準此，可知建築執照有四種，其中建築物之新建、增建、改建及修建，應請領「建造執照」；雜項工作物之建築，應請領「雜項執照」；建築物建造完成後之使用或變更使用，應請領「使用執照」；建築物之拆除，應請領「拆除執照」。而建築工程完竣後，主管建築機關原則上應自接到申請之日起10日內派員查驗建築物主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，即得發給使用執

01 照。而所謂主要結構，為基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地
02 板及屋頂之構造。

03 3.經查，原判決係以：(1)本件建築物的主要結構越界建築，即
04 強利公司雖沿系爭建地與系爭鄰地的地界線規劃、建築圍牆
05 (含擋土牆)，其中建築於北面、西面之圍牆，經基隆地院囑
06 託國土測繪中心於該圍牆外開挖，測得圍牆外A、B、C、D四
07 處水泥塊占用系爭鄰地，面積35.59平方公尺，而強利公司
08 另申請於南面以擋土牆作為外牆共構使用，因在該圍牆共構
09 擋土牆外部分開挖，有安全性及須否提出水土保持計畫的疑
10 義而未在該處開挖，但不能因開挖測量範圍不包括共構擋土
11 牆外，即認該處無占用系爭鄰地，且觀北面、西面A、B、
12 C、D四處水泥塊是沿著圍牆外緣成一長條形延伸之情形，可
13 以認定該南面共構擋土牆地下因建築施工所需而刻意鋪設的
14 水泥塊亦有越界占用系爭鄰地之情形。該共構擋土牆是將擋
15 土牆與建物外牆共構使用，具有承載建築物重量的作用，屬
16 於建築法第8條所稱的承重牆壁，而為建築物的主要結構。
17 強利公司辦理第一次變更設計前因施作圍牆所需而刻意鋪設
18 在地底下的水泥塊，已與變更設計後增建的共構擋土牆合為
19 一體，而屬主要結構之一部分，應認已有主要結構越界建
20 築，而與設計圖樣不符。(2)依申報時適用之建管自治條例第
21 28條規定及作業要點第3點、第6點、第7點及營造業法第41
22 條規定，可知放樣勘驗為基隆市政府必須派員查驗項目，勘
23 驗時，專任工程人員必須到場說明，並在勘驗文件上簽名，
24 未依規定到場或簽章者，基隆市政府應不予查驗。本件建築
25 工程勘驗申報書上所載專任工程人員林化農及監造人即建築
26 師孫德耀，均未於放樣勘驗時到場說明，僅由承造人委託之
27 代辦人林進添領勘，且無留存任何現勘紀錄，有違上開規
28 定，而有必須勘驗部分未經勘驗合格之情等語，為其判斷之
29 基礎。

30 4.惟查，系爭建地與系爭鄰地相鄰，強利公司於系爭建地上新
31 建1幢、32棟、地上3層、32戶建築物，經基隆市政府於100

01 年4月26日核發系爭建造執照。後因建築基地左側圍牆的鄰
02 地邊坡滑動，強利公司依據「基隆市山坡地建築之擋土牆作
03 為建築物外牆共構使用審查作業細則」規定，向基隆市建築
04 師公會提出共構審查申請，經該公會核定後，納入建造執照
05 變更設計內，並經基隆市政府於101年10月29日同意建造執
06 照第1次變更設計，變更為興建1幢、25棟、地上3層、25戶
07 建築物。嗣被上訴人主張強利公司越界施工，基隆市政府於
08 102年11月7日會勘後認定強利公司應提送水土保持計畫，強
09 利公司乃據以提送水土保持計畫送審及施作水土保持，經基
10 隆市政府核定水土保持計畫並於完工後核發水土保持完工證
11 明，為原判決確定之事實。則依據建築法第97條授權訂定之
12 建築技術規則建築設計施工編第1條規定：「本編建築技術
13 用語，其他各編得適用，其定義如下：……二十二、外牆：
14 建築物外圍之牆壁。……二十五、承重牆：承受本身重量及
15 本身所受地震、風力外並承載及傳導其他外壓力及載重之牆
16 壁。」此外，所謂「圍牆」，依建築法第7條及第28條規
17 定，則為應請領雜項執照之工作物。上開系爭建案似為同一
18 基地上興建25戶，每戶3樓透天住宅之建築物，則強利公司
19 變更設計者究係該25戶建築物之「外牆」？或是圍繞該25戶
20 建物之「圍牆」？如係圍牆，則基隆市政府是否為簡化行政
21 流程，而在原核發強利公司之建造執照外，將圍牆雜項執照
22 併入原照，而以建造、雜項併案審查執照方式為之？二者於
23 使用執照之審查上是否為不可分之關係？又強利公司提出之
24 共構申請究係共構於25戶之「建築物外牆」或25戶建築物外
25 之「圍牆」？原判決一方面認共構擋土牆是將擋土牆與「建
26 物外牆」共構使用，一方面又認係在「圍牆」共構擋土牆，
27 認定事實前後不一，判決理由矛盾。

- 28 5. 原判決復認強利公司係沿系爭建地與系爭鄰地的地界線規
29 劃、建築圍牆(含擋土牆)，似係認為該圍牆並未越界建築占
30 用系爭鄰地，至原判決認為主要結構越界者，係指外溢於南
31 面共構擋土牆圍牆外之水泥塊。然而，圍繞主建物之圍牆如

非建造執照建築物的主要結構，而係雜項工作物，則該圍牆即非系爭新建主建物之主要結構，既非建築物之主要結構，何以會因為在該圍牆加上擋土牆，即二牆共構之後，該圍牆就變成建築物之主要結構？又認定事實須憑證據，原判決既謂依據基隆地院囑託國土測繪中心測量作成之107年4月19日鑑定圖，圖示黑色實線為地籍圖經界線，圖示灰色區域為建物圍牆（含擋土牆）範圍，圖示紅色（B2、C2、D2）區域是建物圍牆外使用「系爭建地」的水泥平台範圍，其面積為3.19平方公尺，圖示藍色（A、B1、C1、D1）區域為建物圍牆外占用「系爭鄰地」的水泥平台範圍，其面積為35.59平方公尺，圖示註記“XX公分”是建物圍牆外緣與地籍圖經界線的垂直距離，註記“相符”為建物圍牆外緣與地籍圖經界線位置相符等情，原判決乃據以認定圍牆（含擋土牆）並未越界建築，至於北面、西面圍牆外占用「系爭鄰地」的水泥平台範圍，面積為35.59平方公尺（ $2.12 + 0.77 + 1.46 + 31.24 = 35.59$ ），固屬有據。然而，系爭建地高達3千平方公尺以上，此觀原審卷附系爭建造執照可明（原審卷二第158-161頁），原判決並說明南面共構擋土牆之圍牆外部分，未經測量，則原判決在未經測量之情形下，逕以在西面、北面圍牆外測得之水泥塊達35.59平方公尺，且呈現長條形延伸形狀等情，而在無其他證據足以證明之情形下，自行認定南面共構擋土牆之圍牆外理當有因建築施工而刻意鋪設之的水泥塊占用系爭鄰地之情形，即有認定事實不憑證據之違背法令情事。

6. 原判決復認定：依基隆市政府100年4月26日核發的系爭建造執照，強利公司原規劃在系爭建地的北面、西面及南面建築圍牆，以與系爭鄰地區隔，後因系爭建地南面緊臨系爭鄰地處有土石滑落情形，強利公司乃於101年5月30日申請基隆市建築師公會審查以擋土牆共構使用，經該公會同意後，辦理第一次變更設計，將圍牆長度250.35公尺變更為188.44公尺；新設置共構擋土牆高度3公尺以上長度20.93公尺、高度3公尺以下長度34.95公尺，並有基隆市建築師公會101年9月

25日基建師字會第1095號函、系爭建造執照及第一次變更設計申請書等附卷可證（原審卷一第309頁、卷二第164、183頁）。則查，上開圍牆總長度188.44公尺，其中共構擋土牆之圍牆合計55.88公尺（20.93+34.95），對照被上訴人提出之地籍圖、基隆地院囑託國土測繪中心測繪之鑑定圖及系爭使用執照之壹層平面圖（見原審卷一第51、62頁），上開共構擋土牆之圍牆似非全部與系爭鄰地相鄰，而是另與265-3地號住宅區土地相鄰（分割自265地號，所有權人爲被上訴人林銘輝，亦爲出售系爭建地之原地主），且系爭建地與265-3地號土地似均非特定土水保持區土地而不需施作水土保持（見原審卷三第238-241頁、第305、306頁），果爾，則上開共構擋土牆之圍牆即非全部與系爭鄰地相鄰；加以圍牆如係雜項工作物，似應僅爲併入系爭建造執照共同審查之雜項工作物自身之主要結構，而非承受系爭建造執照主要建築物本身重量及本身所受地震、風力外並承載及傳導其他外壓力及載重之牆壁，亦即似非系爭建造執照所指主建物之主要結構，原審就此亦未詳查，卻以如前述之自行推測，先推測南面與系爭鄰地相鄰之圍牆（共構擋土牆）外有水泥塊占用系爭鄰地，復無其他證據可資證明下，再以該占用系爭鄰地之水泥塊既與圍牆相連，爲圍牆基座之一部分，其與第一次變更設計後新增的共構擋土牆合爲一體，故難認不屬於主要結構之一部分，進而認定本件建築工程有主要結構占用鄰地而與設計圖不符之違反建築法情事，亦有認定事實不憑證據之違背法令情事。

7. 原判決雖引用證人陳德耀於107年3月12日刑事案件履勘時證述：這邊的坡度高低差達4米，在A部分可能為了施工方便，把水泥鋪設得比原本設計的圍牆地基範圍再大一點，因為原本是泥土地，為了方便放樣作整地，與結構體相連在一起，屬於結構體的一部分，差別只是有無鋼筋等語，以此認爲占用系爭鄰地之水泥塊既與圍牆相連，故屬主要結構。惟法院在對全辯論意旨及調查證據之結果爲評價時，應遵守訴訟資

料之完整性及正確掌握，則核對證人陳德耀於107年3月12日
刑事案件履勘時之證詞，可知原判決並未引用上述證詞全
文，實則其緊接上述證詞之後，係謂：「……差別只是有無
鋼筋的結構體，所以我們要依據建築師的設計圖去判斷結構
體的性質。」（原審卷二第254、255頁），而原判決既引用證
人即建築師孫德耀於刑事案件中證述：圍牆設計時有設置無
鋼筋水泥（PC），此與地基不同，只是一個假設工程，為了
施工方便而設置，不是建築物的結構體，圍牆外的水泥混凝
土沒有結構上的作用，拆除不會有安全疑慮，107年3月12日
現場勘驗所見，確有平整的水泥鋪設與圍牆相連，但不敢確
定這水泥鋪設是否就是無鋼筋水泥，因為從表面看無法確定
水泥塊裡到底有沒有鋼筋，要進一步開挖或用X光照等語
（原審卷三第56、62頁），則何以建築師孫德耀證稱圍牆外
的水泥混凝土沒有結構上的作用，圍牆設計時有設置無鋼筋
水泥（PC），與地基不同，是為施工方便之假設工程，不是
建築物的結構體等語之證詞為不可採？再者，原審就強利公
司主張系爭建物坐落之基地為基隆市政府82年間開發完成之
重劃區，及業經臺灣省土木技師公會於107年5月10日派員至
現場勘查，作成系爭建造執照工程圍牆安全鑑定（補充）報
告書，其鑑定意見除將「擋土牆」之用詞修正為「圍牆」外
，並已鑑定興建圍牆時毋庸且亦無開挖坡角，及所謂之共構
擋土牆乃緊鄰圍牆內側而朝系爭建地方向「內」增建，且無
越界情事，暨強利公司訴訟代理人於原審言詞辯論時提出強
利公司代表人李福隆被訴違反水土保持法案件，經臺灣高等
法院107年度上訴字第3907號判決其無罪之刑事判決等有利
於強利公司之證據，原審均未予調查亦未置一詞，而僅截取
前述證人陳德耀部分證詞，推測圍牆外之水泥塊是本件建築
工程之主要結構，而有主要結構越界建築之違反建築法第70
條情事，經核即有未盡審酌與待證事實有關之訴訟資料之義
務及未說明理由，而違反依職權調查規定，及判決不備理由
之違背法令。

01 8.至於原判決雖另以系爭建案之專任工程人員未於放樣勘驗時
02 到場說明，並在勘驗文件上簽名瑕疵，基隆市政府有不應予
03 以放樣查驗之瑕疵為由，而認原處分核發系爭使用執照違
04 法。然而，本件撤銷訴訟屬保護被上訴人權利之主觀訴訟，
05 被上訴人雖有提起本件撤銷訴訟之原告適格，但仍須原處分
06 違法並確實侵害被上訴人權利，始得以判決撤銷原處分除去
07 其效力。放樣勘驗固為施工管理程序之一部分，但其目的是
08 否僅在確認系爭建案之範圍？抑或有安全考量，如未經專任
09 人員到場會同說明，則建築物瑕疵即遭後續建築工程掩蓋難
10 以調查，致影響建築物安全而生侵害被上訴人權利之結果？
11 又被上訴人復主張強利公司未先擬具水土保持計畫而有違反
12 水土保持法侵害其權利之可能，並以之為具備本件訴訟權能
13 之保護規範。但系爭建地是否果如上訴人所稱乃重劃完成而
14 毋庸擬具水土保持計畫即得建造房屋之土地？果上訴人上開
15 主張為可採，則強利公司未就系爭建案先擬具水土保持計畫
16 究竟有無侵害被上訴人之權利？亦未見原審加以調查，原判
17 決就此亦有判決未依職權調查證據及不備理由之違法。

18 (五)綜上所述，原判決有違反證據法則，判決理由矛盾及不備理
19 由之違背法令事由，上訴意旨執以指摘原判決，並求予廢
20 棄，為有理由。因被上訴人之請求是否有理由，尚須由原審
21 調查事實始能判斷，自應由本院將原判決廢棄，發回原審更
22 為審理。

23 六、據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項
24 、第260條第1項，判決如主文。

25 中 華 民 國 110 年 12 月 23 日

26 最高行政法院第一庭

27 審判長法官 侯 東 昇

28 法官 王 碧 芳

29 法官 鍾 啟 煌

30 法官 蔡 紹 良

31 法官 簡 慧 娟

01 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
02 中 華 民 國 110 年 12 月 23 日
03 書記官 劉 柏 君