最　高　行　政　法　院　判　決

112年度上字第639號

上　訴　人　陳威廷
訴訟代理人　許世烜　律師
　　林石猛　律師
　　張羽誠　律師
被 上訴 人　臺南市善化區公所

代　表　人　方澤心
訴訟代理人　蔡麗珠　律師
　　江信賢　律師
　　張中獻　律師
參　加　人　王龍寶
　　王美雅
　　王偉呈
　　王美琪
共　　同
訴訟代理人　田雅文　律師

上列當事人間指定建築線事件，上訴人對於中華民國112年7月6日高雄高等行政法院111年度訴更一字第8號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人為坐落臺南市○○區○○段（下稱○○段）365地號土地（下稱365地號土地）之所有權人；參加人則為鄰近土地即○○段376地號土地（下稱376地號土地）之共有人，上開2筆土地間有南北向之巷道（下稱系爭巷道）相隔。上訴人於民國104年就365地號土地向被上訴人申請指定建築線，並於105年3月開始建築，施工期間參加人就系爭巷道位置及

上訴人應否退縮建築而與上訴人發生停工爭執，經被上訴人於105年5月間召開協商會議，會議結論依鄰近土地即○○段374地號土地（下稱374地號土地）於71年間申請指定建築線現有巷道，上訴人繼續施工。嗣參加人於105年8月間以376地號土地向被上訴人申請就系爭巷道依現況道路指定建築線，主張現況道路已與374地號土地於71年間申請指定建築線時不同。被上訴人乃於105年10月31日公告「臺南市○○區○○段376地號土地建築線指定爭議案」公開徵求意見，上訴人遂提出異議。經被上訴人提請106年度臺南市現有巷道評議小組（都市計畫地區分組）第1次會議審議後，被上訴人於106年4月27日以○○字第00000000000號公告（下稱前處分）「臺南市○○區○○段376地號土地建築線指示（定）案現有巷道」。上訴人不服，提起訴願，經訴願決定撤銷前處分，由被上訴人於2個月內另為適法之處分。被上訴人乃以107年2月23日○○字第0000000000號公告（下稱原處分）「臺南市○○區○○段376地號土地建築線指示（定）案現有巷道」，其內容為依現況道路中心兩側均等退讓達4公尺為巷道邊界【高雄高等行政法院（下稱原審）111年度訴更一字第8號判決（下稱原判決）附圖】。上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回後，提起行政訴訟，聲明：訴願決定及原處分均撤銷。案經原審107年度訴字第233號判決（下稱前判決）將訴願決定及原處分均撤銷後，被上訴人及參加人均不服，提起上訴，經本院109年度上字第669號判決廢棄原審前判決，發回更審。嗣原審以原判決駁回後，上訴人遂提起本件上訴，並聲明：原判決廢棄；訴願決定及原處分均撤銷，或發回更審。

二、上訴人起訴主張與被上訴人在原審之答辯及參加人之陳述均引用原判決之記載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

㈠系爭巷道之現況道路基本上是遵循○○段375、375-1地號土地地形而與○○街相聯通，而○○段375地號土地又早自17

年間即已分割該長條形吸管形狀土地，甚且土地共有人於95年間辦理共有物分割時，仍對之持續保留共有狀態，並就系爭巷道後段部分，另分割出同段375-1地號土地，亦保持共有狀態，益證○○段375-2至375-7等地號土地所有權人有意利用同段375、375-1地號之共有土地供作道路使用，以便聯絡對外之計畫道路。又綜觀原審前審卷附70至72、85、86、99、101、105年前行政院農業委員會林務局（下稱林務局）農林航空測量所拍攝系爭巷道航照圖，系爭巷道自70年起已存在，其路型由直線逐漸轉變成略向左彎，惟其前段直線路型部分未改變，至其後段路型偏向左側，則與374地號土地興建房屋及其南側房屋另有向左增建方型建物所致。有疑義者為：系爭巷道前段部分是否有因參加人於99年至105年間在其所有未辦保存登記建物之右側增建狹長型建物，因而縮減系爭巷道前段道路之寬度？

㈡綜觀原審查證之事實，以及111年12月7日至現場履勘時，在場人許茂松（即○○段375-3地號土地所有人暨同段375及375-1地號土地共有人）、許海江（即374地號土地及其上建物門牌號碼為○○市○○區○○街63-1、63-2號房屋所有人）之陳稱，和證人許義方（即從小居住在○○區○○街上並曾於70年至72年間在參加人所有○○街71號房屋內擔任鐵工職務）、許棟樑（即許海江之子）於原審準備程序之證稱可知，參加人父祖輩以買賣原因取得從重測前○○段555地號土地分割得出之同段555-1地號土地後，即已在該土地興建未辦保存登記之○○街71號房屋，最初係以栽種藤花作為其所有土地與同段555地號（即重測後○○段375地號）土地之分界線，而重測後○○段375地號土地自始即作為其後方同段375-2至375-7等地號土地通行至對外計畫道路之聯絡道路；雖參加人於80年前後有改建其未辦保存登記建物，並將其邊界種植之藤花拆除而興建圍牆，仍未改變系爭巷道之寬度或越界建築；迨至90至100年間，參加人另將邊界之圍牆拆低，並在其未辦保存登記建物右側增建雨遮，然其雨遮興

建之寬度並未逾越圍牆範圍；直至原審111年12月7日至系爭巷道履勘時，參加人之房屋右側仍有搭建雨遮及設有圍牆，且其雨遮及圍牆就○○段375地號土地之編號D部分亦無逾越之情狀，則系爭巷道確有以○○段375地號土地位置及寬度（即現況道路）供不特定公眾通行數十年，且不知其始日之事實。從而，原處分認定系爭巷道之現況道路符合臺南市建築管理自治條例(下稱自治條例)第6條第1項第1款規定之現有巷道，且系爭巷道兩旁土地應自現況道路中心兩側均等退讓4公尺作為巷道邊界，經核與自治條例第6條第1項第1款、第7條第1項第1款前段規定相符，自屬適法之處置。

㈢證人許義方雖曾於短暫期間受僱於參加人之父，惟距今已近40年之久；證人許棟樑為374地號土地所有人許海江之子，縱其於80年間搬離該處，但因其父許海江仍繼續居住該址，本於直系血親間之往來，其仍相較於○○街其他居民更瞭解系爭巷道之變化，況系爭巷道使用之土地，部分占用其父所有374地號土地，其等證述自無需偏頗參加人之必要，更無論彼二人證述情節互核一致，亦與原審現場履勘時在場人許茂松、許海江之陳述情節大致相符，復核與系爭巷道地籍圖之規劃、歷年航照圖關於系爭巷道及附近建物變化情狀並無齟齬之處，則渠等陳述及證述情節自堪採信。綜上，原處分認定系爭巷道之現況道路符合自治條例第6條第1項第1款規定之現有巷道，且系爭巷道兩旁土地應自現況道路中心兩側均等退讓4公尺作為巷道邊界等情，於法並無違誤，訴願決定遞予維持，亦屬適法，乃判決駁回上訴人在第一審之訴。

四、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤。茲就上訴理由再予論述如下：

㈠按「公用地役關係乃私有土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有間，久為我國法制所承認……。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年

代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概(例如始於日據時期、八七水災等)為必要。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。」司法院釋字第400號解釋理由書闡釋甚詳。因此，既成道路成立公用地役關係之要件，須為：1.供不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利及省時；2.於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；3.經歷之時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，且未曾中斷。

㈡建築法第48條規定：「(第1項)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。……。(第2項)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。」第101條規定：「直轄市、縣(市)政府得依據地方情形，分別訂定建築管理規則，報經內政部核定後實施。」臺南市政府依建築法第101條規定制定自治條例，該條例第3條第1項規定：「建築基地面臨計畫道路、廣場、市區道路、公路或符合第6條規定之現有巷道者，得申請指定建築線。」第6條第1項第1款規定：「本自治條例所稱現有巷道，指非都市計畫道路，並符合下列情形之一者：一、依其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。」第7條第1項第1款規定：「面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應依下列規定辦理：一、現有巷道之寬度達2公尺以上且單向出口長度在40公尺以下，雙向出口在80公尺以下者，以該巷道中心線為準，向兩旁均等退讓，以合計達到4公尺寬度之邊界線作為建築線；……。」核上開自治條例規定並未逾建築法授權之範圍，亦與指定建築線所為達成建築管理目的不相違背，自得作為臺南市政府所轄指定建築線作業認定現有巷道之依據。

㈢經查，原審係依○○段375號土地之土地分割沿革、土地建物查詢資料、新舊地籍對照圖示意圖、原審勘驗筆錄、70年至72年、85年、86年、99年、101年、105年林務局農林航空測量所拍攝系爭巷道航照圖，及證人許茂松、許海江、許義方、許棟樑等人之證述等證據，斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，而認系爭巷道自70年起即已存在，系爭巷道之現況道路是遵循○○段375、375-1地號土地地形而與○○街相聯通，而○○段375地號土地又早自17年間即已分割該長條形吸管形狀土地，○○段375-2至375-7等地號土地所有權人有利用同段375、375-1地號之共有土地供作道路使用，以便聯絡對外之計畫道路；參加人雖於99年至105年間在其所有未辦保存登記建物之右側增建狹長型建物，然系爭巷道前段部分並未因此縮減道路之寬度，故系爭巷道確有以○○段375地號土地位置及寬度（即現況道路）供不特定公眾通行數十年，且不知其始日之事實等情，已詳述得心證之理由，並就上訴人主張系爭巷道不具公用地役關係乙節，何以不足採取，予以指駁在案，經核與卷內證據並無不合，亦無違反論理法則、經驗法則或理由不備之情事。故依上開規定及說明，被上訴人審認系爭巷道符合自治條例第6條第1項第1款規定，為具有公用地役關係之巷道，依同條例第7條第1項第1款前段規定，系爭巷道兩旁土地應自現況道路中心兩側均等退讓4公尺作為巷道邊界，而以原處分為公告，並無違誤，原判決維持原處分，因而駁回上訴人之訴，即無不合。上訴意旨主張原判決未依司法院釋字第400號解釋理由書所示「既成道路成立公用地役關係」之三要件予以論證，未依職權調查參加人房屋於81年間與111年間是否存有差異之事實，復未說明其差異是否影響系爭巷道位置及寬度之判斷結果，且未就卷附航照圖囑託專業協助判釋，遽不採航照圖所示參加人房屋擴建增建致巷道東移之事實，有判決不適用法規不當及理由不備之違法等語。核係就原判決已經詳為論駁

之事項，復執陳詞為爭議，以其個人之主觀見解及就原審認定事實、證據取捨之職權行使事項為指摘，並無可採。

㈣行政法院依行政訴訟法第133條規定，應依職權調查證據，係以裁判基礎之事實不明為前提，倘行政法院依既有證據資料足證明待證事實時，則其未就其他未經當事人聲明調查之證據予以調查，自難謂有何違反上開規定可言。另證據資料如何判斷，為證據之評價問題，在自由心證主義之下，其證明力如何，是否足以證明待證之事實，乃應由事實審法院斟酌辯論意旨及調查證據之結果，自由判斷；苟其判斷無違反證據、經驗及論理法則等違法情事，即非法所不許。換言之，證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。

㈤原判決已敘明，綜觀歷年航照圖觀察，系爭巷道鄰近之建物會因拍攝角度、清晰程度及彩色影像而互有差異，但無論如何變化，自70年起之航照圖即已顯示有系爭巷道之存在，雖其路型由直線逐漸轉變成略向左彎，然其前段直線路型部分則未改變，至其後段路型偏向左側，則與374地號土地興建房屋及其南側房屋另有向左增建方型建物所致等情。原判決已明確指出系爭巷道前段之直線路型即原處分所認定之現有巷道範圍，巷道前段之直線路型未曾變更，至系爭巷道後段雖因374地號土地後續興建房屋而使路型偏向左側，然此處並非原處分所認定之現有巷道範圍，自與原處分無涉。上訴意旨主張原審既已認定系爭巷道為85年以後的現況，而與70年起航照圖所顯示之巷道路型有異，則系爭巷道現在路型並未達20年以上，系爭巷道並未符合「時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概」，原判決有適用法規不當等語，核係其主觀之意見而對原判決之意旨有所誤解，自無足採。

㈥原判決以系爭巷道之現況循○○段375、375-1地號土地地形而與○○街相聯通，系爭巷道後段部分之○○段375-2至375

-7等地號土地所有權人有利用同段375、375-1地號之共有土地供作道路使用，以便聯絡對外之計畫道路，並參酌證人即○○段375-3地號土地所有人暨同段375及375-1地號土地共有人許茂松、證人即○○段374地號土地及其上建物門牌號碼為臺南市○○區○○街63-1、63-2號房屋所有人許海江、證人即從小居住在臺南市○○區○○街上並曾於70年至72年間在參加人所有○○街71號房屋內擔任鐵工職務之許義方，及證人即許海江之子許棟樑等人之證述，因而認定系爭巷道內之住戶都是透過系爭巷道通往○○街，實際供巷道內居民對外聯通之出入道路使用，以及通行期間逾20年以上等事實，核與證據法則、論理法則及經驗法則無違。從而系爭巷道所供通行之對象除當地住戶外，則與上開住戶交往之親友，或洽辦事務之郵差、水電抄表員、消防員及其他經濟生活上所必須連絡之不特定人員等，亦有通行之必要，客觀上已達供不特定公眾通行之程度。原處分以現有之路型通行期間已達20年以上，為巷道內住戶共同的出入道路，具有通行、消防等公益上所需，為具有公用地役之現有巷道而予以公告，自於法有據，原判決予以維持，認事用法並無違誤。上訴意旨主張系爭巷道應屬「私設通路」，系爭巷道係單一入口（位於○○街），底部封閉之巷道，巷內僅有5戶（○○街63號、63-1號、63-2號、65號及67號）住戶，系爭巷道僅供上開5戶特定住戶通行，縱偶有鄰居、親友、郵差等人經由系爭巷道出入，至多僅屬可得特定之人為通行便利而使用之情形，顯非供不特定公眾通行，原判決一方面似認系爭巷道屬「供特定人通行之私設通路」，另方面卻認系爭巷道係供「不特定公眾」通行，其認定事實顯有矛盾，原審未正確掌握訴訟資料，未依職權調查，復未於判決理由敘明其判斷系爭巷道「供不特定公眾通行數十年，且不知其始日」所憑證據及心證理由，有不適用法規及判決不備理由之違法等語，無非係其主觀見解及就原審認定事實、證據取捨之職權行使事項為指摘，並無可採。又本院104年度判字第563號判

決之案情，與本案不同，自難比附援引，上訴意旨執此主張原判決違法，亦無足採。

㈦依原審確定之事實，即證人許海江證稱：「（問：你蓋房子時，前面〈靠○○街方向，即365地號土地〉有無房屋？）有別人的古厝，後來賣掉後，買的人有拆除重建。」「（問：古厝還在的時候，這條路的寬度是否跟現在一樣？）都一樣。」等語，此與證人許義方之證稱：「（問：就證人的印象，當時系爭巷道的位置與形狀與現在的現況是否相符？）要進去的入口沒有改變都是這樣，因為○○街61號（坐落365地號土地）以前是有房子，後來有拆掉……我從以前到現在都是住在○○街，我從小到大系爭巷道都是這樣沒有什麼改變，只是巷道兩邊的房子有改變，巷道沒有改變。」等語，互核一致，足認系爭古厝存在與否，均未變更系爭巷道之路型或寬度，原審自無就古厝坐落位置再予調查之必要。上訴意旨主張原審僅注意參加人有無佔用85年航照圖前後所顯現之巷道，而疏於調查認定上訴人在興建○○街61號房屋前之系爭古厝相關位置為何，此將影響系爭巷道原有寬度之判斷，進而影響自治條例第7條有關「向兩旁均等退讓」之適用，原判決有不適用行政訴訟法第125條第1項、第133條前段之違誤等語，核屬其主觀之見解，自無足採。

㈧復按行政訴訟法第189條第1項規定：「行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」可知，構成行政法院判斷事實真偽之證據評價基礎，乃全辯論意旨及調查證據之結果，且行政訴訟採自由心證主義，所有人、物均得為證據，並無證據方法或證據能力之限制。至依行政訴訟法第149條規定，審判長對於有具結義務之證人，於訊問待證事實前，應命其具結，以確保證言之真實性，然未經具結之證據，雖屬訴訟程序上的瑕疵，惟此種瑕疵得因當事人不責問而視為補正，但尚不至使該證據無效，僅其證據力須由法院依自由心證斷定而已，法院將該證據採為判決之依據，該

判決並非即屬違法。經查，證人許茂松及許海江於原審之證述，雖未經命具結，然前開證人之證述內容，業經原審於言詞辯論時提示予當事人辯論，有原審言詞辯論筆錄可按(原審卷2第139頁)，核無不合。原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則，判斷事實之真偽，採為判決之依據，自於法無違。上訴意旨指摘證人許茂松及許海江，未經具結，其陳詞不具證據能力，原判決未依客觀證據採為判決基礎，不採航照圖所示參加人房屋擴建增建致巷道東移之事實，有應調查之證據未予調查、判決不備理由之違法等語，顯有誤會，亦無可採。

㈨綜上所述，上訴人之主張均無可採，原判決駁回上訴人在原審之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　2　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　王　碧　芳

法官　鍾　啟　煒

法官　陳　文　燦

法官　林　秀　圓

法官　王　俊　雄

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　2　　日

書記官　張　玉　純