

01 最 高 行 政 法 院 判 決

02 112年度上字第425號

03 上 訴 人 林金田

04 林金發

05 林銘輝

06 林阿嬌

07 共 同

08 訴訟代理人 彭傑義 律師

09 被 上 訴 人 基隆市政府

10 代 表 人 謝國樑

11 訴訟代理人 詹振寧 律師

12 參 加 人 強利建設有限公司

13 代 表 人 李福隆

14 訴訟代理人 朱敏賢 律師

15 陳新傑 律師

16 上列當事人間使用執照事件，上訴人對於中華民國112年3月30日  
17 臺北高等行政法院111年度訴更一字第4號判決，提起上訴，本院  
18 判決如下：

19 主 文

20 上訴駁回。

21 上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

22 理 由

23 一、參加人於民國100年間向被上訴人申請在合併前基隆市○○  
24 區○○○段○○○小段（下同）000、000-0及000-0地號土  
25 地（後合併為000地號土地1筆，下稱系爭建築基地）上新建  
26 1幢、32棟、地上3層、32戶建築物，經被上訴人核發100年4  
27 月26日100基府都建字第28號建造執照（下稱系爭建照）。

01 後因建築基地左側圍牆之鄰地邊坡滑動，參加人依據「基隆  
02 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  
03 則」（下稱外牆共構使用審查作業細則）規定，向基隆市建  
04 築師公會提出共構審查申請，經該公會核定後，納入建造執  
05 照變更設計內，並經被上訴人於101年10月29日同意系爭建  
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 （下稱系爭建案）。上訴人共有之基隆市○○區○○段00地  
08 號土地與系爭建築基地相鄰，其主張參加人越界施工，且應  
09 與相鄰之上訴人林銘輝所有000-0地號畸零地合併建築，向  
10 被上訴人陳情，並要求參加人應施作水土保持計畫。被上訴  
11 人於102年11月7日會勘後認定參加人應提送水土保持計畫，  
12 被上訴人都市發展處乃以103年8月15日基府都建壹字第1030  
13 045344號函請參加人提送水土保持計畫送審，並經被上訴人  
14 103年12月19日基府產工貳字第1030075169號函核定水土保  
15 持計畫及104年6月16日基府產工貳字第1040554094號函核發  
16 水土保持完工證明。參加人於建築工程完竣後，向被上訴人  
17 申請核發使用執照，經被上訴人審核認系爭建案依核准圖說  
18 建築完竣，准予核發104年7月9日（104）基府都建使字第36  
19 號使用執照（下稱原處分）。上訴人不服，循序提起行政訴  
20 訟，經原審105年度訴字第1897號判決（下稱前判決）訴願  
21 決定及原處分均撤銷。被上訴人及參加人均不服，提起上  
22 訴，經本院109年度上字第424號判決（下稱本院發回判決）  
23 將前判決廢棄，發回原審更為審理。上訴人於原審更審時撤  
24 回部分訴之聲明並變更為：訴願決定及原處分均撤銷，嗣原  
25 審以111年度訴更一字第4號判決（下稱原判決）駁回上訴人  
26 之訴。上訴人不服，提起上訴（未繫屬本院部分，不另贅  
27 述）。

28 二、上訴人起訴主張、被上訴人於原審之答辯及聲明暨參加人於  
29 原審之陳述，均引用原判決之記載。

30 三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，略以：

01 (一)系爭建築基地施工中，因鄰地土石滑動，參加人（即起造  
02 人）及設計建築師為確保四周山坡地與該建築基地穩定，故  
03 依外牆共構使用審查作業細則，向基隆市建築師公會提出共  
04 構擋土牆審查申請，經該公會101年9月25日基建師字會第10  
05 95號函核定在案。參加人於101年10月18日向被上訴人申請  
06 建造執照第1次變更設計，設計建築師將共構牆審查結果及  
07 報告書納入建造執照第1次變更設計內。參加人於該建築工  
08 程完竣後，向被上訴人申請核發使用執照，經被上訴人派員  
09 查驗建築物符合建築法相關規定，其主要構造、室內隔間及  
10 建築物主要設備與設計圖樣相符，乃核發使用執照，核與建  
11 築法第70條規定相合。

12 (二)依基隆市建築管理自治條例（100年7月20日修正）第28條第  
13 3、4項規定，放樣及基礎之勘驗目的，係為確定建築物之位  
14 置及施工範圍，僅係確定基地之開挖範圍及有無先行施工之  
15 情形，並非基於安全考量。系爭建案放樣勘驗程序業經證人  
16 黃國杰審查並確認，且彼時尚未進行實際開挖階段，則縱使  
17 此項勘驗程序有未經專任工程人員到場會同說明之瑕疵，衡  
18 情尚難謂有何致影響建築物安全而生侵害上訴人權利之結果  
19 可言，上訴人無據此訴請撤銷原處分之訴訟權能。

20 (三)系爭建案設計暨監造人○○○建築師及相關專業技師係將第  
21 1次變更設計後之「共構擋土牆」列為「雜項工作物」，向  
22 被上訴人辦理第1次變更設計前，即有先行送請基隆市建築  
23 師公會審查，業經該會審查通過，被上訴人方同意參加人辦  
24 理第1次變更設計事宜，足見簽證建築師及技師已明確認定  
25 本件之「共構擋土牆」為建築法第7條之「雜項工作物」，  
26 而非上訴人所主張同法第8條之「承重牆」，自非建築物之  
27 主要構造，益證基隆市建築師公會於參加人申請系爭建照第  
28 1次變更設計時，其審查意見早已同意參加人上開變更設計  
29 申請書之內容，是應認「共構擋土牆」確為「雜項工作物」  
30 無誤，自無依上訴人之聲請再函詢基隆市建築師公會之必要  
31 等語，為其論據，駁回上訴人於原審之訴。

01 四、本院查：

02 (一)行政訴訟法第260條第3項規定，受發回或發交之法院，應以  
03 最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎，故  
04 該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審  
05 理，亦不致有所偏頗或影響當事人之審級利益，而有迴避之  
06 必要。因此同法第19條第5款規定法官曾參與該訴訟事件之  
07 前審裁判，應自行迴避，不得執行職務，係指法官就同一事  
08 件曾參與下級審裁判，嗣後再參與上級審裁判而言。是訴訟  
09 事件於發回或發交下級審後如由參與更審前上級審裁判之法  
10 官審理，並無本款應自行迴避規定之適用，自不生迴避之問  
11 題。至於最高法院84年度台非字第161號判決所涉者，係法  
12 官曾參與發回前下級審法院之裁判，與本件情形不同，自難  
13 比附援引。上訴意旨援引上開刑事判決主張原判決之審判長  
14 鍾啓煌為曾經參與本院發回判決之陪席法官，難以再為不同  
15 判斷，其未自行迴避，仍參與原判決之審判，自有違誤云  
16 云，指摘原判決違背法令，並無可採。

17 (二)建築法第28條規定：「建築執照分左列四種：一、建造執  
18 照：建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照。  
19 二、雜項執照：雜項工作物之建築，應請領雜項執照。三、  
20 使用執照：建築物建造完成後之使用或變更使用，應請領使  
21 用執照。四、拆除執照：建築物之拆除，應請領拆除執  
22 照。」第70條第1項前段規定：「建築工程完竣後，應由起  
23 造人會同承造人及監造人申請使用執照。直轄市、縣（市）  
24 （局）主管建築機關應自接到申請之日起，10日內派員查驗  
25 完竣。其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖  
26 樣相符者，發給使用執照，並得核發謄本；不相符者，一次  
27 通知其修改後，再報請查驗。」依此，完工之建築工程，其  
28 主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符  
29 者，主管機關即應發給使用執照。

30 (三)次按圍牆為應請領雜項執照之雜項工作物，此觀建築法第4  
31 條及第7條規定即明。另建築技術規則建築設計施工編第1條

01 第22款、第25款規定：「本編建築技術用語，其他各編得適  
02 用，其定義如下：……二十二、外牆：建築物外圍之牆壁。  
03 ……二十五、承重牆：承受本身重量及本身所受地震、風力  
04 外並承載及傳導其他外壓力及載重之牆壁。」

05 (四)經查，參加人於101年10月18日申請系爭建案第1次變更設  
06 計，在系爭建築基地興建1幢、25棟、地上3層，共25戶建築  
07 物及圍牆(圍繞25戶建築物之圍牆)雜項工程，其中經納入雜  
08 項工程之新設共構擋土牆，係因系爭建築基地施工中，鄰地  
09 土石滑動，參加人(即起造人)及設計建築師為確保四周山坡  
10 地與系爭建築基地穩定，故向基隆市建築師公會申請在圍繞  
11 25戶建築物之「圍牆」之部分段落共構擋土牆(高度3公尺以  
12 上長度20.93公尺，高度3公尺以下長度34.95公尺)，經基隆  
13 市建築師公會核定，並經被上訴人同意。上開擋土牆並非與  
14 25戶建築物之「外牆」共構，而是共構於圍繞該25戶建築物  
15 之圍牆之部分段落，並非建築技術規則建築設計施工編第1  
16 條第25款之「承重牆」，並經臺灣省土木技師公會於107年5  
17 月10日派員至現場勘查，就參加人提供資料及當時鑑定照片  
18 進行研判，經鑑定分析後，將原鑑定報告內有關「擋土牆」  
19 之用詞修正為「圍牆」。又依內政部國土測繪中心107年4月  
20 24日測籍字第1070001521號函及所附鑑定書圖，可知部分圍  
21 牆(含擋土牆)與地籍圖經界線相符，部分圍牆(含擋土  
22 牆)退縮在經界線內，故地面上目視可及部分尚無越界。至  
23 於圍牆外之凸出水泥塊，經臺灣省土木技師公會於109年6月  
24 18日至現場會勘，並做透地雷達掃瞄擋土牆(或圍牆)，鑑定  
25 結果上開水泥塊未發現有任何鋼筋之現象，不屬圍牆或擋土  
26 牆之本體結構，若敲除並不會危害建物擋土牆(或圍牆)之安  
27 全等情，核與證人○○○建築師證稱圍牆外混凝土沒有結構  
28 上作用，僅為施工方便之假設工程等語相符，另參加人之代  
29 表人李福隆所涉臺灣基隆地方法院106年度訴字第286號違反  
30 水土保持法案件，亦經判決無罪確定，故系爭建案之主要構  
31 造並無越界建築及違反水土保持法情事。而參加人於系爭建

01 案工程完竣後，向被上訴人申請核發使用執照，經被上訴人  
02 派員查驗該建築物樓層數及戶數、建物尺寸等皆符合建築法  
03 規相關規定，其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與  
04 設計圖樣相符等情，為原判決合法確定之事實。是原判決據  
05 以認定被上訴人核發使用執照之原處分，符合建築法第70條  
06 第1項之規定，認事用法，並無違誤。又系爭建案圍牆外地  
07 面開挖發現之水泥塊既非圍牆或擋土牆之本體結構，且系爭  
08 建案之主要構造亦無越界建築及違反水土保持法情事，而無  
09 主要構造與設計圖樣不符之情形，是以原判決認無需就上開  
10 共構擋土牆是否為系爭建案之承重主要結構一節再函詢基隆  
11 市建築師公會之必要，即無不合。上訴意旨猶就原審取捨證  
12 據及認定事實之職權行使，主張原審有違反職權調查規定及  
13 判決不備理由等違背法令事由云云，並無可採。

14 (五)建築法第56條規定：「(第1項)建築工程中必須勘驗部分，  
15 應由直轄市、縣(市)主管建築機關於核定建築計畫時，指  
16 定由承造人會同監造人按時申報後，方得繼續施工，主管建  
17 築機關得隨時勘驗之。(第2項)前項建築工程必須勘驗部  
18 分、勘驗項目、勘驗方式、勘驗紀錄保存年限、申報規定及  
19 起造人、承造人、監造人應配合事項，於建築管理規則中定  
20 之。」核其意旨，係針對建築工程必須勘驗部分明定由承造  
21 人會同監造人按時申報，且主管建築機關得隨時勘驗監督，  
22 以簡化勘驗手續，並利查考與建築之管理。基隆市建築管理  
23 自治條例(100年7月20日修正)第28條之勘驗規定及基隆市  
24 建築工程施工中必需勘驗部份作業要點(下稱作業要點)，其  
25 旨亦同。又營造業法第41條有關營造業之專任工程人員及工  
26 地主任於工程主管或主辦機關勘驗、查驗或驗收工程時之義  
27 務及辦理之工作；並對未依規定辦理者，工程主管或主辦機  
28 關對該工程應不予勘驗、查驗或驗收等規定，旨在確保營繕  
29 工程施工品質。惟查，系爭建案之放樣勘驗僅在確定基地之  
30 開挖範圍，無涉安全考量，且放樣勘驗時尚未進行實際開挖  
31 等情，業據原判決依證據認定甚明，是以原判決認定本件放

01 樣勘驗縱有未經專任工程人員到場會同並於該勘驗相關文書  
02 簽章查驗之情事，其情形並不影響系爭建案合於建築法第70  
03 條第1項前段規定核發使用執照要件之判斷與結論，即無不  
04 合。上訴意旨仍執與本件核發使用執照無關之事實，主張系  
05 爭建案之放樣勘驗未經專任工程人員到場會同並簽名，違反  
06 營造業法第41條及作業要點第6點及第7點之規定，原判決未  
07 就該勘驗瑕疵說明其法律效果而有判決不備理由之違法，並  
08 將使上開有關勘驗之法規成為贅文，並抵觸權力分立原則云  
09 云，亦無可取。

10 五、綜上所述，原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤，上訴  
11 意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁  
12 回。另本院為法律審，依行政訴訟法第254條第1項規定，應  
13 以高等行政法院判決確定之事實為判決基礎，當事人在上訴  
14 審不得提出新攻擊防禦方法或新事實、新證據資為上訴之理  
15 由。上訴意旨另指結構計算書是否有將共構擋土牆納入計  
16 算，且本件屬於結構之專業認定，應向結構技師公會函詢等  
17 語，乃上訴人於上訴審始提出之新攻擊方法及新事實、新證  
18 據，本院無從加以審酌，併此敘明。

19 六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1  
20 項、第98條第1項前段、第104條，民事訴訟法第85條第1項  
21 前段，判決如主文。

22 中 華 民 國 113 年 11 月 14 日

23 最高行政法院第二庭

24 審判長法官 陳 國 成

25 法官 高 愈 杰

26 法官 蔡 如 琪

27 法官 林 麗 真

28 法官 簡 慧 娟

29 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

30 中 華 民 國 113 年 11 月 14 日

