最　高　行　政　法　院　判　決

113年度上字第392號

上　訴　人　廖照金
訴訟代理人　丁聖哲　律師
被 上訴 人　新北市政府
代　表　人　侯友宜
訴訟代理人　李承志　律師
　　黃文承　律師
輔助參加人　新北市政府城鄉發展局

代　表　人　黃國峰

上列當事人間巷道爭議事件，上訴人對於中華民國113年5月16日臺北高等行政法院111年度訴字第392號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回上訴人請求確認如原判決附表編號1至6號所示土地公用地役關係不成立之訴及該訴訟費用部分廢棄，發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭。

二、其餘上訴駁回。

三、駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、爭訟概要：

上訴人為新北市鶯歌區○○段如原判決附表所示計14筆土地（下合稱系爭土地，各該土地重測前地號見原判決附表）之所有權人，因其中如原判決附表：

㈠編號1至5所示土地（下稱系爭群組一土地），位於新北市鶯歌區○○○街26巷道（非計畫道路，下稱○○○街26巷）上，為門牌號碼同巷31至37號建物（下合稱31-37號建物）建造時，坐落基地指定建築線向南臨接○○○街26巷道路之土地。

㈡編號6所示土地（下稱系爭群組二土地），位於東西向之○○○街26巷與同區○○路二段28巷（非計畫道路，下稱○○28巷）之間呈南北向而鋪設有柏油路面之土地，向北可通往○○○街。

㈢編號7至14所示土地（下稱系爭群組三土地），位於○○28巷東側臨接○○○街26巷，其上設有排水側溝與柏油路面。關於系爭土地是否存在公用地役關係，上訴人與養護系爭土地道路設施之被上訴人間存有爭執，乃向臺北高等行政法院（下稱原審）提起確認訴訟，聲明：「確認上訴人所有系爭土地之公用地役關係不成立」，經原審以111年度訴字第392號判決（下稱原判決）駁回，提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張、被上訴人在原審之答辯及聲明均引用原判決之記載。

三、原審為上訴人不利之判決，是略以：㈠系爭群組一土地現為○○○街26巷道路範圍一部，為31-37號各門牌建物面○○○街26巷一側所設門扇通往該巷道須經之土地，在31-37號建物建造時所申領80年鶯建字第1342號建造執照（下稱系爭建照）資料中，有上訴人於民國80年4月28日出具同意書，表明同意他人在土地（當時為重測分割前○○段○○小段260-12地號土地，下稱○○小段260-12地號土地）上申領建築執照興建建物，並於80年8月10日出具切結書，載明該等土地內既成道路，自願退縮至6公尺以供公眾通行之旨，遞於81年5月28日出具同意書，對於自○○小段260-12地號土地所分割出之同小段260-216地號，及再分割出之同小段260-226地號土地等，仍同意他人在其上申領建築執照興建建物，應均本於上訴人之意思所製作而為真正。上開切結書既由上訴人表明因土地內本即存在既成道路而同意退縮供公眾通行，且系爭建照圖說亦列載基地臨接之巷道（○○○街26巷），有供公眾通行達20年而領有證明書，雖該證明書未能查得其內容，仍可看出系爭建照申請前，系爭群組一土地應存在供公眾通行之道路；另由71年、74年及79年間航照圖，可見目

前○○○街26巷前後筆直貫通可供通行，僅確切開始通行時間、緣由或具體範圍無法查考，且81年7月間為興建系爭建照之建物而申請指定建築線之指示圖中，在31-37號建物臨接○○○街26巷該側也未有黃色「退縮建築」之標示，後續取得之使用執照圖說中，亦可見31-37號建物基地在系爭群組一土地該側，有編為○○○街26巷之道路連接至其他市區道路，長期形成貫通路網，供不特定民眾往來通行，迄今已逾30年以上，現並有設置道路側溝與柏油路面，31-37號建物臨○○○街26巷該側則設置有門扇，須通過系爭群組一土地才連接至該巷，足見系爭群組一土地上確有公用地役權存在。至於31-37號建物另側通往中庭之通路，並非建造時規劃對外之通道，而系爭群組一土地上現設有水泥鋪面並遭占用停車，則可循市區道路相關管制規定處理，不妨礙該部分土地公用地役關係之存在。㈡依71年、74年及79年航照圖，即可見系爭群組二土地在申請系爭建照前，可供○○○街26巷貫通至○○28巷通行，且緊鄰該土地之門牌號碼○○28巷23號建物，前於68年8月間即初編門號在案，當時有來往通行之需要。上訴人於系爭建照申辦中也居於所有權人地位，於80年4月28日出具同意書，同意建物使用系爭群組二土地（重測分割前編為○○小段260-60地號），並於80年8月10日出具切結書，表明對該土地內既成道路，願退縮至6公尺以供公眾通行，復於81年5月28日再次出具同意書，且建築線指示圖上也以咖啡色「既成巷道」圖例標示之，系爭建照圖說就原判決附表編號6土地，則記載該巷道供公眾通行未達20年，但地主即上訴人自願退縮至6公尺道路。凡此足認系爭群組二土地有作道路供不特定公眾通行使用，且其初始時間、緣由，因時隔久遠，已不可考，並已通行至今逾30年以上，對不特定民眾確有通行之必要；至於土地上現今遭人放置花盆等物，乃是否依相關規定管理之問題，仍成立公用地役關係。㈢系爭群組三土地緊鄰○○28巷並與○○○街26巷貫通，其下有設置排水側溝，上以水泥鋪面而與柏油路面

連接，該等土地前於69年11月間之地目變更為「道」，並於70年間使用編定為「鄉村區交通用地」，於76年註銷編定，納入都市計畫管制範圍，原地目等則制度則於106年1月1日起廢除。對照71年、74年及79年航照圖，可見該處土地為空地兩側筆直延伸貫通可供通行，且緊鄰該等土地旁之建物，即門牌號碼編為○○28巷23號起至9或11號等建物，其中23號建物門牌初編日期為68年8月27日，堪認該等土地早於69年間即供不特定公眾通行使用，具體形成時間、原因，因時隔久遠而難以查考，持續逾30年以上，且○○28巷須維持相當寬度以利往來安全，此段又與○○○街26巷彼此貫通，進而與其他市區道路形成路網連結，堪認有維持供公眾通行之必要，成立公用地役關係等語，為其判斷之基礎。

四、本院按：

(一)廢棄發回部分：

1.參照司法院釋字第400號解釋理由書對私有土地成立公用地役關係之闡釋，既成道路成立公用地役關係，須具備下列要件：1.為不特定之公眾通行所必要；2.於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；3.須經歷時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，且未曾中斷。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，其土地供公眾通行使用之法律上基礎不同，自不成立公用地役關係。又司法院釋字第400號解釋理由書關於私有土地形成公用地役關係所須「時日長久」之確切年代，雖未有明確之闡釋，然類推適用民法第769條規定，以經歷20年間未曾中斷為認定基準，尚屬適當。

2.按建築法第48條：「(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。但都市細部計畫規定須退縮建築時，從其規定。(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。」改制前臺灣省政府依建築法第48條第2項、第101條之授權，於

62年9月12日訂定發布之臺灣省建築管理規則（下稱62年省建管規則），對於被上訴人改制前以臺北縣政府於91年12月23日訂定發布施行臺北縣建築管理規則之前，臺北縣轄區內之建築管理，亦有適用。62年省建管規則第3條第1項：「建築基地，臨接計畫道路，或依『面臨既成巷道，申請建築原則』得申請指示或指定建築線。申請人應填具申請書及……。縣（市）主管建築機關核辦後，應將指示或指定之圖，送1份交給申請人。」第14條：「建築基地，除……外，臨接道路之寬度應在2公尺以上，其以通路連接道路時，通路長度在10公尺以內者，路寬應爲2公尺，長度每增加1公尺時，寬度應增加10公分，寬度達4公尺時，得不再因增長而加寬。基地內所有建築物之總樓地板面積在500平方公尺以上時，通路寬度應爲4公尺。」嗣省建管規則於79年3月8日修正發布（下稱79年省建管規則），修正後79年省建管規則第2條第1項：「建築基地面臨計畫道路、廣場、市區道路、公路或合於本規則規定之現有巷道者，得申請指定建築線。」第4條：「(第1項)本規則所稱現有巷道包括左列情形：一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二、私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者。三、本法73年11月7日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，經縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。(第2項)前項第1款所稱供公眾通行之巷道應由縣市主管機關就其寬度、使用性質、使用時間、通行情形及公益上需要認定之。」第5條第1項第1款、第3款：「面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應依左列規定辦理：一、巷道為單向出口長度在40公尺以下，雙向出口在80公尺以下，寬度不足4公尺者，以該巷道中心線為準，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；巷道長度超過上開規定者，兩旁亦應均等退讓，以合計達到6公尺寬度之邊界線作為建築線。……三、建築基地正面臨接計畫道路，側面

或背面臨接現有巷道者，於申請指定建築線時，應一併指定該巷道之邊界線，其因而退讓之土地，得以空地計算。」可知，99年12月25日改制為新北市前之臺北縣轄區內，建築基地申請建造建築物者，於62年省建管規則施行後，應臨接計畫道路或寬度2至4公尺之既成巷道，指定其建築線；於79年省建管規則施行後，以建築基地面臨具公用地役關係之既成（現有）巷道為由，申請指定建築線者，該既成巷道雖可能前因62年省建管規則之施行，僅有2至4公尺不等寬度之路幅，但其巷道長度超過79年省建管規則第5條第1項第1款規定者，仍須以巷道寬度合計達6公尺之邊界線作為建築線，私有基地所有權人為此出具切結或同意書，同意將其私有基地臨接既成巷道一側退縮原私用範圍，使之與所臨寬度不足之既成巷道合計達6公尺，一併供公眾通行使用而作道路者，該私人自願逾既成道路範圍之外，另退縮私用而供公眾通行使用的範圍，縱日後依建築法令已併屬現有巷道，依法不能妨礙道路通行之使用，該部分供公眾通行使用之法律上基礎，仍源自私所有權人依建築法規所為之同意，而非因不特定公眾日久通行之時效所形成，自不成立公用地役關係。同理，私有土地供公眾通行使用雖已歷經一定期間，然在尚未達20年間未曾中斷之長久時日前，仍未成立公用地役關係，此間若因該土地建築使用之需求，由其所有權人自願依建築法規將符合法定路幅寬度之土地供作公眾通行使用之道路，以利主管機關據以指定建築線者，嗣後道路通行縱已時日長久，其法律上基礎仍是該私所有權人依建築法規提供土地作道路使用之同意，而非源自一般人無復記憶之公用起始，並不合時效形成之要件，亦非依公用地役關係形成之既成道路，也不成立公用地役關係。

3.經查，系爭群組一土地現為○○○街26巷道路範圍之一部，為31-37號建物各自通往○○○街26巷須經之土地；系爭群組二土地則位於東西向○○○街26巷與○○28巷之銜接處，呈南北走向可向北通往○○○街，其上鋪有柏油路面；31-3

7號建物前於80年間申請系爭建照時，曾由上訴人以土地所有權人之地位，於80年8月10日出具切結書，願就此等建物坐落之基地，包括重測分割前○○小段260-12、260-60等地號土地內之既成道路，自願退縮至6公尺寬之範圍供公眾通行，以資申請指定建築線；○○小段260-12地號土地臨○○○街26巷該側，嗣後經分割、重測出系爭群組一土地，同小段260-60地號土地則經分割、重測出系爭群組二土地；31-37號建物申請系爭建照時，是以基地正面所臨接○○○街26巷，而非以建物所面中庭之通路對外通行。原審卷一第279頁所附系爭建照檢附「建變圖」之圖說上，針對申請建築之基地（即系爭群組一土地分割重測前之○○小段260-12地號土地）正面所臨○○○街26巷路段，有標示該巷道供公眾通行已達20年而領有證明書，針對側面所臨系爭群組二土地之巷道，則記載該巷道供公眾通行雖未逾20年，但地主（即上訴人）自願退縮至6公尺作道路等情，為原審依法確定之事實，核與卷內證據相符。依此，系爭群組一、二土地在31-37號建物於80年間申請建造時，均有由所有權人出具切結書，向主管建築機關表達同意退縮其私用範圍，至符合79年省建管規則所定指定建築線須達之6公尺路幅寬度。而其中：

⑴原判決雖以被上訴人提出附於原審卷一第455頁即原審卷二第297頁所附之彩色版「建築線指示（定）申請書圖」上，不論在31-37號建物基地正面所臨接○○○街26巷該側（即系爭群組一土地所在位置），或者側面系爭群組二土地所在南北向銜接○○○街26巷與○○28巷之位置，均以圖例之咖啡色「既成巷道」標示其範圍，未為任何圖例上黃色「退縮建築」之標示為由，認定系爭群組一、二土地，在31-37號建物申請指定建築線當時，都屬已成立公用地役關係之既成巷道云云。但查，依原審查明在卷之指定建築線案卷，該彩色版「建築線指示（定）申請書圖」右下半部「建築線指示（定）紀錄事項」之欄位中，有特

別載明「建築線及區界線指定情形詳如現況計劃圖」，而後附彩色版「現況計劃圖」（原審卷一第457頁，內容與原判決所稱「建變圖」一致）上，在申請基地正面臨接○○○街26巷一側，及側面臨接該巷與○○28巷銜接處往北通往○○○街之位置，即相當於系爭群組一、二土地所在位置，便明顯有以圖例之黃色，標示「退縮建築」的範圍，還以箭頭指引，載明「以對側房屋外牆壁垂距6公尺退縮建築」（指向基地正面、側面兩側黃色「退縮建築」區域）、「本巷道供公眾通行未達20年，地主自願退縮至6M道路（附同意書）」（指向基地側面咖啡色標示巷道區域），「本巷道供公眾通行已達20年領有80年2月11日北縣鶯私服字第030號證明……」（指向基地正面巷道咖啡色標示巷道區域），且該圖基地截角呈圓弧狀，相較於「建築線指示（定）申請書圖」之基地截角垂直，似更符合當地道路情狀，且圖面右下角更有基地截角之建築線詳細圖示，則原判決所稱彩色版「建築線指示（定）申請書圖」，究竟是否為主管建築機關就該申請指定建築線案所劃設具規制效力之指定圖說，抑或僅為申請當事人所繪之申請圖例，至於具規制效力之建築線指定，仍應以「現況計劃圖」為基準，仍有未明，此關係31-37號建物申請建築時，系爭群組一、二土地是否就位在私所有權人自願退縮基地供公眾通行使用之區域內，尤其系爭群組一、二土地於31-37號建物所屬建案申請建造期間，陸續自原建築基地分割析離，未一併隨同基地及其上建物出售予購屋者，而由原始基地所有權人即上訴人保有至今，其面積未擴及現今○○○街26巷之全部，是否即因該部分乃基地所有權人因臨既成道路為申請指定建築線以供建築而自願退縮之範圍，究竟有無成立因不特定公眾通行起始之公用地役關係，原審均應依職權審究查明，然原審對「建築線指示（定）申請書圖」載明建築線指定情形應如現況計劃圖，以及所稱「建變圖」之現況計劃圖上標示之「退縮建

築」範圍等，竟均恝置不論，遽以性質、規制效力均仍有疑之「建築線指示（定）申請書圖」，認定系爭群組一、二土地自80年間31-37號建物申請建造時起，即已全部均屬不特定公眾通行所形成之道路，迄今逾30年而時日長久，成立公用地役關係，已有未盡職權調查及判決不備理由之違誤。

⑵系爭群組二土地於80年間由所有權人同意退縮其私用面積至路寬達6公尺之時，該土地上雖已有供公眾通行使用之巷道，但該部分通行時間，依原審查明在卷之「建變圖」（即前述申請指定建築線案檢附之「現況計劃圖」）所示，似仍未達20年間未曾中斷之長久時日，則所有權人就該部分已供通行使用之巷道，縱連同其自願退縮達路寬6公尺部分，一併同意日後供公眾通行時日長久，其法律上基礎，參照前開說明，仍難謂源自一般人無復記憶之公用起始，能否謂已成立公用地役關係，亦非無疑。

4.綜上，原判決駁回上訴人請求確認如系爭群組一、二土地公用地役關係不成立之訴部分，既有如前述之違法，且與判決結論有影響，上訴論旨就此部分求予廢棄，為有理由，又因此部分事證尚有由原審再為調查審認之必要，本院無從自為判決，故將原判決此部分廢棄，發回原審高等行政訴訟庭更為審理。

(二)駁回上訴部分：

經查，原審係依系爭群組三土地之現場圖、現場照片、71年、74年及79年間拍攝之航照圖、新北市鶯歌戶政事務所函附之○○28巷門牌查詢資料、土地舊登記簿、新北市樹林地政事務所說明函、新北市政府地政局說明函等，並斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，論以：系爭群組三土地現鄰○○28巷而與○○○街26巷貫通，設有水泥鋪面之排水側溝而與柏油路面連接，自71年間航照圖起，即顯示該等土地兩側貫通為可供通行之空地，緊鄰土地旁門牌號碼○○28巷23號建物初編門牌日期為68年8月27日，該等土地之地目於69年11

月間變更為「道」、於70年間將其使用編定為「鄉村區交通用地」，可見系爭群組三土地早於69年間起，即供不特定公眾通行使用，所在○○28巷並與○○○街26巷貫通而與其他市區道路連結，為公眾通行所必要，而其具體形成時間、原因，則因時隔久遠而難以查考，至今持續逾30年以上，符合司法院釋字第400號解釋公用地役關係之要件；至於該土地下設排水側溝本為道路之一部，其上現狀有遭放置物品占用，則可循道路管制相關規定處理，不妨礙公用地役關係之存在等語，經核與卷內證據並無不符，亦無違反論理法則、經驗法則或理由不備、理由矛盾之情事，原判決就此部分駁回上訴人於原審所提之訴，於法並無違誤。上訴意旨所述各節，無非重述在原審所提而為原審所不採之主張，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項為爭議，就原審已論斷或指駁不採者，以其主觀之見解再予爭執，指摘原判決有理由不備及適用法則不當之違誤，並無可採。

五、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第260條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　20　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　蕭　惠　芳

法官　李　君　豪

法官　林　淑　婷

法官　廖　建　彥

法官　梁　哲　瑋

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　20　　日

書記官　曾　彥　碩