

裁判字號：高雄高等行政法院 102 年度訴字第 265 號 行政判決

裁判日期：民國 103 年 07 月 29 日

案由摘要：市區道路條例事件

高雄高等行政法院判決

102 年度訴字第 265 號

民國 103 年 7 月 15 日辯論終結

原 告 周翠萍

訴訟代理人 黃厚誠 律師

蔡宜均 律師

伍安泰 律師

被 告 臺南市新營區公所

代 表 人 張睿民

訴訟代理人 楊偉聖 律師

上列當事人間市區道路條例事件，原告不服臺南市政府中華民國
102 年 5 月 15 日府法濟字第 1020428504 號訴願決定，提起行政訴訟
，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

緣坐落改制前臺南縣○○市○○段 735 地號、735-9 地號土地
原為訴外人沈居山、沈水定所共有，739-5 地號土地原為訴
外人沈居山所有，其中地號 735-9、739-5 二筆土地（下稱系
爭土地）因改制前之新營鎮公所於民國 56 年 2 月 1 日核定新營
擴大都市計畫案中編定為「道路用地」。嗣 735 地號土地所
有權人沈居山、沈水定以該 735 地號土地為建築基地向臺南
縣政府申請建造執照，並以 735-9 地號、739-5 地號土地位置
所在之都市計畫內 8 米計畫道路指定建築線申請建造執照，
70 年 11 月建築完成申領使用執照時，復以系爭土地為其建物
之通行道路，經改制前臺南縣政府於 70 年 12 月 16 日准給使用
執照。沈居山於 90 年 10 月 26 日將系爭土地出售予訴外人翁秀
鶯。系爭土地前經編為臺南縣○○市○○路 200 巷 260 弄，嗣

於74年5月1日經整編為臺南市○○區○○○街5巷8弄。翁秀鶯於102年2月間，在系爭土地上構築鋼板鐵皮圍籬阻礙道路通行，經居民提出陳情，嗣被告於102年2月26日實地會勘後，乃以102年3月27日所工字第1020204136號函（下稱102年3月27日函），請翁秀鶯於文到次日起3日內自行拆除完畢，逾期依廢棄物清理法處理。嗣訴外人翁秀鶯逾期仍未自行清除，被告復以102年4月2日所工字第1020217301號函（下稱102年4月2日函）通知，系爭土地上阻斷市區道路通行之圍籬應予拆除，並將於102年4月10日強制執行，翁秀鶯不服上開2函文，提起訴願，經臺南市政府訴願決定駁回。其後，翁秀鶯於102年5月24日在將該2筆土地出售予訴外人蔡佳秀，蔡佳秀又於同年6月6日信託系爭土地所有權予原告。原告仍表不服，遂提起本件確認訴訟。

二、本件原告主張：

（一）原告為訴願人翁秀鶯有關訴訟標的法律關係之繼受人，系爭土地之權利移轉時點為102年6月6日，係在訴願決定作成後，依行政訴訟法第110條第5項規定，原告自有提起行政訴訟之訴訟實施權能。

（二）系爭土地並非既成道路，不成立公用地役關係。

- 1、依司法院釋字第400號解釋理由，既成道路成立公用地役關係之要件定為：一、為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時。二、於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事。三、須經歷之年代久遠而未曾中斷。司法實務歷來亦以上揭要件作為私人土地是否成立既成道路具有公用地役關係認定標準，本件原告系爭土地是否為既成道路成立公用地役關係，即應依上揭要件判斷之。
- 2、兩造另案即臺灣臺南地方法院102年度訴字第971號排除侵害事件，臺南市鹽水地政事務所103年1月13日所測字第1030005525號函檢送系爭土地地籍圖，套合於91年9月16日及96年4月24日航照圖正射影像檔上之套合圖，以及原告提出之行政院農業委員會林務局農林航空測量所航照圖，系爭土地於96年遭被告強鋪柏油路面及水泥地前，東側及北側有養魚池，復有林木區隔，與東側道路並未相連，無

法對外進出，且上有地上設置物（停車棚），無供公眾進出使用，非屬既成道路，至為明顯。

- 3、系爭土地有地上設置物（停車棚），設置物下方土地為排水溝渠，由系爭土地南側居民加蓋作為停車使用，非為道路，無有供進出使用。被告自承「．．．北側部分構造物是南側（即標 739-5、735-9 地號）土地之住戶在路的北側還有土溝自行搭車棚停車。」「．．．房屋建好後，北側留有土溝，96 年接獲里辦公室申請將邊溝變成水泥溝，溝渠部分有變動過。」（102 年 12 月 17 日準備程序筆錄）證人即系爭土地附近居民李金灝、涂邱金枝、許李素梅及沈慶祥等 4 人亦證稱系爭土地北側有地上設置物已 20 年以上，未有供通行使用，僅南側寬度至多 3 公尺土地有特定居民進出。
- 4、系爭土地於 96 年前，東側及北側為養魚池及樹林，無法對外連絡，僅南側有寬約 3 公尺路面供南側 8 戶（臺南市○○區○○○街 5 巷 8 弄 22 至 36 號建物）及東南側巷弄內 6 戶（同巷弄 38 至 42 號、46 號至 50 號建物）特定之鄰地所有人進出使用。系爭土地因南、北及東側均無法對外連絡，僅有上開住戶居民進出，無有他人行至該處，依上揭實務見解，系爭土地僅供特定之鄰地所有人進出，非屬既成道路。又，本件上開建物係在 70 年 11 月申請使用執照，該南側建物之特定居民（非公眾）始以系爭土地寬約 3 公尺路面進出之起始日期甚為明確，與司法院解釋揭禁之「須時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概」之既成道路要件不符，故不成立公用地役關係。
- 5、再參「因不特定之公眾通行所必要之既成道路成立公用地役關係，土地所有人行使所有權應受限制者，應限於原供公眾通行之既成道路部分，難謂因公眾通行之必要得任意變更其位置或擴張其範圍。」「地方政府改善既成道路，土地所有權人固有容忍之義務，但如拓寬既成道路，其拓寬部分即不得比照而為相同之解釋。」「所謂『已成之道路』即以『已因時效完成而有公用地役關係存在』為前提，並以為便利公眾通行整理市鄉道路環境，於現有既成道

路為必要之改善養護鋪設柏油路面而未變更該道路形態或拓寬打通者為限。」最高法院 88 年度臺上字第 250 號民事判決、最高行政法院 74 年度判字第 837 號、77 年度判字第 1494 號判決。退言之，縱認系爭土地寬約 3 公尺路面為既成道路（原告否認之），然北側有地上設置物（停車棚），於被告 96 年開闢道路鋪設柏油路面前，並非路面，亦無供進出使用，為兩造所不爭執。依上揭實務見解，被告不得將系爭土地上之設置物除去，逕闢為道路，其行為顯屬違法。

（三）被告逕將私人土地編為道路用地，再強鋪設柏油路面，所有權人即喪失對土地使用收益之權能，顯與憲法保障人民財產權之意旨有違。

1、被告 102 年 3 月 27 日函及 102 年 4 月 2 日函對系爭土地如何該當市區道路條例定義之「道路」，並無任何理由說明；訴願決定則以原告系爭土地之土地使用分區及現況皆為道路，認已合於市區道路條例第 2 條第 1 款所定義之「都市計畫區域內道路」，而有該條例之適用。然私人土地是否為既成道路成立公用地役關係，應依司法院釋字第 400 號解釋揭櫫之要件判斷之，前已述及。都市計畫土地使用分區僅係規範土地之使用性質及限制事項，亦即土地所有權人對編為道路用地之利用應受都市計畫法相關規定限制，並非用以認定私人土地是否為既成道路成立公用地役關係，故非謂私人土地一經都市計畫編為道路用地，即可認該私人土地為既成道路具有公用地役關係。系爭土地雖為政府規劃之計畫道路，但迄今尚未經政府徵收，其所有權仍屬原告所有，並非既成道路，不成立公用地役關係，不適用任何道路管理法規。且倘依被告所辯，政府僅須將私人土地編為道路用地，再強鋪設柏油路面，所有權人即喪失對土地使用收益之權能，顯與憲法保障人民財產權之意旨有違，土地徵收條例徵收補償之規定亦成具文。準此，系爭土地要不因有巷弄門牌編定，即可認定供公眾通行而已具有公用地役關係，被告認定系爭土地為具有公用地役關係之既成道路，抑或適用市區道路條例之「都市計畫區域內所

有道路」，均屬無據。

- 2、況市區道路條例對何謂道路並無定義，是否土地所有權屬於政府者始為市區道路？抑或私設道路亦為市區道路？相關判斷標準付之闕如，何能以之作為原告對系爭土地是否能夠行使所有權能之判準。又依最高法院 85 年度臺上字第 770 號、99 年度臺上字第 1988 號民事判決可知，若土地已成為既成道路並具有公用地役關係時，道路管理機關始得基於公眾通行之目的，依市區道路條例之規定進入該土地就道路為必要之整理、改善及維護。反之，若土地尚不具有公用地役關係時，道路管理機關自不得任意進入為任何管理行為，否則即造成違法侵害人民財產權，衍生國家賠償責任。原處分以系爭土地現況為道路，未聲明是否符合既成道路之要件，即認定原告所有權之行使應受限制，所為違反市區道路條例第 16 條規定，依同條例第 29 條第 1 項規定，逕行拆除原告於系爭土地架設之圍籬，顯屬違法。
- 3、從而，原告所有之系爭土地既非既成道路，亦未存在公用地役關係，被告即不得在尚未辦理徵收，且無公用地役關係存在之私有土地上，任意鋪設柏油路面，是被告在系爭土地鋪設柏油興建道路之行為，已有妨害原告就系爭土地使用收益之權利，原告自得本於所有權，於系爭土地上搭設圍籬，行使民法第 767 條第 1 項之土地所有權人之排除侵害請求權。

（四）尚未開闢之計畫道路（道路用地），主管建築機關得依申請據以指定建築線，核發建照，並非已開闢之道路始得指定建築線，特為澄清。

- 1、依「查都市計畫法第 17 條第 2 項規定：『未發布細部計畫地區，應限制其建築使用及變更地形。但主要計畫發布已逾 2 年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照。』本案工業區建築基地臨接之都市計畫道路雖未開闢，惟該建築基地如合於上開規定，仍得由主管建築機關指定建築線，核發建築執照。」
內政部營建署 92 年 12 月 22 日營署建管字第 0922920477 號函

。

2、被告以 70 年間系爭土地所處 8 米計畫道路雖未徵收，惟沈居山興建房屋販售時以該 8 米計畫道路指定建築線並申請建造執照，該 8 米計畫道路係已有符合建築法規之通行寬度，主管建築機關始能發給建照執照云云，主張系爭土地遭占用搭建車棚部分亦屬通行範圍。惟本件○○○街 5 巷 8 弄 22 至 36 號建物 70 年間興建時，系爭土地已於 56 年 2 月 1 日核定新營擴大都市計畫案，留設為道路用地，依建築法第 48 條第 1 項、第 49 條及臺南市建築管理自治條例第 3 條第 1 項規定及前揭內政部營建署函示，斯時系爭土地雖為尚未開闢之計畫道路（道路用地），主管建築機關仍得依申請據以指定建築線，核發建照，並非已開闢道路始得指定建築線。且證人李金灝等 4 人均證稱系爭土地於 96 年興建側溝鋪設柏油路面前僅有約 3 公尺路面，被告上開主張有混淆事實之虞，且於法無據等情。並聲明求為判決（一）確認被告對系爭土地之公用地役之法律關係不存在。（二）確認被告 102 年 3 月 27 日函及 102 年 4 月 2 日函之行政處分違法。

三、被告則以：

（一）按行政主體得依法律規定或以法律行為，對私人之動產或不動產取得管理權或他物權，使該項動產或不動產成為他有公物，以達行政之目的。此際該私人雖仍保有其所有權，但其權利之行使，則應受限制，不得與行政目的相違反（最高行政法院 45 年判字第 8 號判例、61 年判字第 2465 號判例參照）。而行政主體因公眾行長期通行之事實，因時效對私有土地具有公用地役關係，其取得時效年限，行政法規對此並無明文規定，最高行政法院 46 年判字第 39 號判例見解認應以實際供公眾通行數十年為時效取得之要件，最高法院 85 年度臺上字第 770 號判決則認為需有通行 15 年以上時間，始有公用地役關係，同院 86 年度臺上字第 2622 號判決則認為公用地役關係須 20 年以上之時間要件。另最高行政法院 90 年度判字第 2283 號判決見解與司法院釋字第 400 號解釋則以需時日長久，一般人無復記憶其確實之起

始為其要件，惟該判決及釋字第 400 號解釋均未具體將通行時間量化，而時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，乃抽象之法律概念，在具體個案上適用上或有不同結論，參以「公法與私法，雖各具特殊性質，但二者亦有其共通之原理，私法規定之表現一般法理者應亦可適用於公法關係，私法中誠信公平之原則，在公法上應有其類推適用法」（最高行政法院 52 年判字第 345 號判例、93 年度判字第 843 號判決參照），即公用地役關係可類推適用民法之規定取得。最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決明確認應類推適用民法第 772 條、第 769 條及第 770 條規定來解決公用地役關係時效取得之爭議，本件系爭土地是否具公用地役關係，可依最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決見解判斷之。

- (二) 系爭土地在 56 年 2 月 1 日核定新營擴大都市計畫案中經編定為「道路用地」前即有供公眾通行之事實，復經編定為都市計畫內 8 米計畫道路，迄至訴外人翁秀鶯於 102 年 2 月間構築鐵皮圍籬阻礙通行時，已有近 50 年之實際通行事實，依前開見解，系爭土地類推適用民法第 772 條準用民法第 769 條規定，已具備公用地役關係，因系爭土地具備公用地役關係，其性質已屬他有公物中之公用物，原告自不得違反系爭道路供公眾通行之目的。再者，系爭土地之原土地所有權人沈居山、沈水定於 70 年建築房屋時，以系爭土地所在之未徵收之 8 米計畫道路為通行道路並指定建築線，向建管機關申請建造執照及申領使用執照，足見原所有權人對系爭土地供公眾通行之時並無反對，且提供系爭土地為供通行之道路，原告之前手翁秀鶯自原所有權人沈居山取得系爭土地時，自應繼受系爭土地所有權權能之限制，原告亦為繼受取得，其對系爭土地所有權之權能自不能大於其前手。且自 70 年沈居山、沈水定以系爭土地為道路供通行而申請使用執照迄今，亦已有逾 30 年之通行事實，依前開見解及繼受沈居山提供道路供通行之法理，原告亦不能違反系爭土地供公眾通行之目的。又系爭土地原為臺南縣○○市○○路 200 巷 260 弄（何時整編已無案可考），

經於 74 年 5 月 1 日整編為臺南縣○○○街 5 巷 8 弄，有臺南市新營區戶政事務所 102 年 9 月 27 日南市新營戶字第 1020123603 號函可稽。依臺南市新營區戶政事務所前揭函所示，系爭道路遠在 74 年 5 月 1 日前即已作道路使用，始編定為新營區行政區域街道使用，要無庸疑，易言之，系爭土地在 74 年 5 月 1 日前即供不特定人通行，為市區道路。

- (三) 原告否認系爭土地曾供通行使用，係被告於 96 年間未經徵收且未取得其同意自行開闢供通行，惟依證人沈慶祥、李素梅、涂邱金枝及李金灝到庭證稱，系爭土地於沈居山建築完成後，即在系爭土地上鋪設約 3 米柏油路面供通行，足證系爭土地最遲在 70 年時已供通行使用，迄今已逾 30 年。再者，當時系爭土地所處 8 米計畫道路雖未徵收，惟沈居山興建房屋販售時以該 8 米計畫道路指定建築線並申請建造執照時，該 8 米計畫道路係已有符建築法規之通行寬度，建管機關始能發給建造執照，證人沈慶祥、李素梅、涂邱金枝及李金灝等人雖證稱沈居山有鋪設約 3 米的柏油路面，李金灝更證稱有部分係澆置水泥路面（此與 96 年建構側溝時現場照片有柏油及水泥路面相符），惟供通行之路面究以泥土或柏油或水泥，僅係通行品質問題，尚難以鋪設柏油或水泥路面部分，始認為供通行之範圍，證人李素梅固曾證稱在系爭土地北面泥土路面搭建車棚供停車，此乃系爭土地周邊居民占用通行道路空間，非謂遭占用搭棚停車部分非屬 8 米計畫道路通行範圍。至於被告於 95 年應新北里辦公處及里民陳情而於 96 年發包「○○○街 5 巷道路側溝興建工程」，係在原有道路兩側興建排水溝，施工時系爭土地即已鋪設柏油供公眾通行，側溝興建完成後，因施工過程損壞原有道路路面始重新鋪設柏油，原告主張被告將系爭土地開闢為道路，要與事實不符。

- (四) 都市計畫區域內所有道路，屬市區道路；又市區道路用地範圍內，除道路及其附屬工程，暨第 8 條規定必需附設於道路範圍之各項設施外，禁止任何其他建築，其有擅自建築者，勒令拆除之，並依第 33 條之規定，予以處罰，市區道路條例第 2 條第 1 款、第 16 條分別定有明文。系爭土地固

為未經徵收之私有道路，惟該土地已具公用地役關係而為公眾通行之道路，且為都市計畫內道路用地，依市區道路條例第2條第1款規定，即屬市區道路，依法不得擅自建築，不因該道路用地未辦理徵收而異。原告之前手翁秀鶯確實在供通行之市區道路上建構固定式鐵皮浪板圍籬阻斷道路通行，違反市區道路條例第16條規定，被告之命訴外人翁秀鶯自行拆除之原處分及訴願決定自無為法或不當。本件被告之原處分係排除原告違反公用地役關係，即排除翁秀鶯違反供公眾通行目的之構築鐵皮圍籬之行為，而非將未徵收之私有土地闢為道路之設置管理使用行為，與系爭土地是否徵收乃不同層次之法律問題，原告將之混為一談，要屬誤會等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、本件如事實概要欄所載之事實，業經兩造分別陳明在卷，並有被告及臺南市政府上開各函文、系爭土地之土地登記第2類謄本影本（本院卷第18至19頁）、土地登記簿謄本及其異動索引（本院卷第44至66頁）、都市計畫土地使用分區或公用設施用地證明書（本院卷第67頁）、70南建局使字第6835號使用執照申請書、臺南縣政府建設局建築執照核定配置圖（本院卷第68至70頁）、被告102年2月26日現地照片（原處分卷第5頁）、被告102年3月22日被告現場照片（本院卷第180至181頁）及被告102年4月1日現地照片（原處分卷第8頁）附卷可稽，足堪認定。兩造所爭執者厥為原告對被告提起確認系爭土地之公用地役關係不成立，原告是否具有即受確認判決之法律上利益？系爭土地是否為具有公有地役關係？被告命原告限期清除障礙物恢復通行之處分，是否適法？經查：

（一）確認系爭土地之公用地役法律關係不存在之部分：

- 1、按「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。」行政訴訟法第6條第1項前段定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，須因法律關係之存否不明確，致原告在公法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以

對於被告之確認判決除去之者，始為適法。苟原告主張之法律關係存在與否並非藉由對被告提起確認之訴而得除去者，應認其對被告提起確認之訴，欠缺權利保護之必要，而無受判決之實益。

- 2、按「市區道路，指下列規定而言：一、都市計畫區域內所有道路。二、直轄市及市行政區域以內，都市計畫區域以外所有道路。三、中央主管機關核定人口集居區域內所有道路。」「市區道路主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」市區道路條例第2條及第4條分別定有明文。前揭第4條之規定乃縣市自治事項授予之規範，縣市政府就此事項即得本於團體權限及自主組織權之行使而為內部機關權限之劃分。觀諸臺南市市區道路管理自治條例第4條第1項、第2項規定：「（第1項）本自治條例之主管機關為臺南市政府，各管理機關業務權責劃分如下：一、工務局：（一）市區道路之修築、改善、養護及挖掘。（二）共同管道、照明設施、行道樹、橋樑、涵洞與隧道之設置、管理及維護。（三）公共設施使用市區道路及建築使用市區道路之管理。．．．。三、都市發展局：現有巷道之認定．．．。（第2項）前項第1款、第2款業務，必要時得委任或委託區公所或其他機關辦理。」又臺南市政府101年12月21日府工公養一字第1011087867號公告：「公告『臺南市市區道路管理自治條例』第4條委任區公所事宜，並自「臺南市市區道路管理自治條例」公布日生效。」承上規定可知，臺南之市區道路現有巷道之認定權限依首揭自治條例劃分予臺南市政府都發局，而市區道路之修築、改善、養護及挖掘等事項則劃分予臺南市政府工務局後委由被告辦理。是被告僅有前述市區道路之修築、改善、養護及挖掘；共同管道、照明設施、行道樹、橋樑、涵洞與隧道之設置、管理及維護；公共設施使用市區道路及建築使用市區道路之管理權限，至關於現有巷道之認定，屬臺南市政府都發局之權責，被告並無認定權限。準此，原告訴請確認系爭土地之公用地役法律關係存在與否之既成巷道爭議，自應以

臺南市政府都發局為被告始為適法，其以臺南市新營區公所為被告，原告在公法上有受侵害之危險，尚無從藉本訴訟予以除去，自無受判決之實益。又本件原告之訴為確認之訴，非撤銷訴訟或課予義務訴訟，亦無依行政訴訟法第107條第2項規定命補正之餘地，從而，本件原告對被告訴請確認系爭土地之公用地役法律關係不存在，為欠缺權利保護之必要，而無受判決之實益，應予駁回。

(二) 確認被告102年3月27日函違法部分：

- 1、按「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」行政訴訟法第6條第1項定有明文。是行政處分已執行完畢而無回復原狀之可能，並具有確認利益，原告應依行政訴訟法6條第1項後段規定，提起確認訴訟。本件被告102年3月27日函依市區道路條例第16條規定，請原土地所有權人翁秀鶯，於文到3日內，將系爭土地上鋼板鐵皮圍籬自行拆除完畢，逾期依廢棄物清理法處理，惟查，原處分業於102年4月10日執行拆除完畢而無回復原狀之可能，是原告將撤銷訴訟部分轉為提起確認行政處分違法之訴，應予准許。
- 2、另按「市區道路，指下列規定而言：一、都市計畫區域內所有道路。」「道路用地範圍內，除道路及其附屬工程，暨第8條規定必須附設於道路範圍內之各項設施外，禁止其他任何建築，其有擅自建築者，勒令拆除之，並依第33條之規定，予以處罰。」市區道路條例第2條第1款及第16條分別定有明文。
- 3、依行為時臺灣省建築管理規則第2條規定「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。」同規則第3條規定「申請指定建築線應填具申請書，並檢附左列文件：一、地籍套繪圖應描繪一個街廓以上，並應標明建築基地之地段、地號、方位、基地範圍及鄰近之各種公共設施，道路之寬度。二、基地位置圖應簡明標出基地位置、附近道路、機關學

校或其他明顯建築物之相關位置。三現況圖應標明地形、鄰近現有建築物、道路及溝渠，其比例尺不得小於地籍圖。」明定申請建築線之指定須臨接道路或廣場始得為之，且須於申請書標示。經查，原所有權人沈居山、沈水定以735地號土地為建築基地向改制前臺南縣政府申請建造執照，嗣經改制前臺南縣政府於70年12月16日發給使用執照等情，有上開臺南縣政府建設局建築執照核定配置圖及70南建局使字第6835號使用執照申請書足憑。又觀諸上開訴外人沈居山及沈水定委由建築師所提出之臺南縣政府建設局建築執照核定配置圖所示，該配置圖標示建案係以計畫供公共通行之8米道路為臨接道路，是訴外人沈居山及沈水定申請指定建築線係以8米可供公共通行之計畫道路為要件，並經主管機關予以核准，而系爭土地為8米計畫道路之一部分，依其配置圖所示亦須供公共通行，非僅供特定人通行，是基於禁反言原則，訴外人沈居山及沈水定已不得再主張與自己行為相矛盾之權利，對於系爭735-9、739-5地號土地自不得再為「非供公共通行使用」之相反主張，而負有容認公共通行之公法上義務，即生物上容認之義務，要不待言。

- 4、次觀70年8月28日、83年9月2日航照圖，上開8米計畫道路未全部開闢，另依證人李金灝、許李素梅、沈慶祥於本院102年12月17日準備程序中亦證述：住戶在路北邊搭建車庫，原通行路段寬度約僅3米，96年做好側溝與鋪柏油後整條路才開通等語。被告於103年7月15日言詞辯論期日同稱8米道路是96年北側邊溝完成後始全部通行，有上開期日筆錄可憑。參以訴願卷所附工程結算驗收證明書及道路工程平面圖，○○○街5巷道路側溝興建工程驗收完工日期為96年10月16日，可認原告主張於96年之前，系爭土地之使用狀態尚未全部供公眾通行，固屬實在。惟承前所述，訴外人沈居山及沈水定對於系爭735-9、739-5地號土地負有容認公共通行之公法上義務，該物上容認義務因私法所有權移轉時，對繼受人亦得主張。原告及其前手翁秀鶯、蔡佳秀為系爭土地之受讓人，均應承受上開公法義務，

自不得有違背此義務之作為。準此，被告 96 年間施作新北六街 5 巷道路側溝興建工程並完成 8 米道路開闢而供公共通行，系爭土地所有權人自有容認之義務。此與最高法院 88 年度臺上字第 250 號民事判決、最高行政法院 74 年度判字第 837 號、77 年度判字第 1494 號判決之事實顯不相侔，尚難比附援引。

- 5、至原告另以系爭土地於 96 年前，東側及北側為養魚池及樹林，無法對外連絡，僅南側有寬約 3 公尺路面供南側 8 戶（臺南市○○區○○○街 5 巷 8 弄 22 至 36 號建物）及東南側巷弄內 6 戶（同巷弄 38 至 42 號、46 號至 50 號建物）特定之鄰地所有人進出使用，依實務見解，系爭土地僅供特定之鄰地所有人進出，非屬既成道路。又，本件上開建物係在 70 年 11 月申請使用執照，該南側建物之特定居民（非公眾）始以系爭土地寬約 3 公尺路面進出之起始日期甚為明確，與司法院釋字第 400 號揭櫫之「須時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概」之既成道路要件不符，故不成立公用地役關係云云，茲為爭執。惟「於私有土地存有公用地役關係之原因，不限以時效取得為唯一原因，有因政府未經徵收即先行開闢為道路者；或因人民自行闢設為道路者；或依都市計畫法寬度開闢為道路而未辦理徵收者，不一而足。其因人民自行闢設為道路者，則有為行善而鋪橋造路或願無償提供土地於公眾通行者；亦有建設公司為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地，供公眾通行之用，增加社區建築基地之價值者等」（學者陳清秀著既成道路相關法律問題探討，刊載月旦法學雜誌 112 期，2004 年 9 月）。是公用地役關係之形成，非僅限於時效原因而形成，查系爭土地係因前土地所有權人之指定建築線而負有供公共通行之義務，則系爭土地是否因時效成立公用地役權仍無礙本件之認定。
- 6、承前所述，系爭土地所有權人對於被告 96 年間施作○○○街 5 巷道路側溝興建工程並完成 8 米道路開闢，負有公法上容認之義務。又系爭土地業於 96 年 10 月 16 日完成測溝工程並重新鋪設柏油，土地全部已完成市區道路型態，依首揭

市區道路條例第 16 條規定禁止其他任何建築，有擅自建築者，應勒令拆除之。本件訴外人翁秀鶯於系爭土地上建築圍欄，有被告 102 年 2 月 26 日、3 月 22 日現地照片可證，兩造亦不爭執，其行為有違首揭市區道路條例第 16 條之規定。從而，被告以 102 年 3 月 27 日函命訴外人翁秀鶯限期清除處分，即屬有據，原告訴請確認違法為無理由。

(三) 確認被告 102 年 4 月 2 日函違法部分：

- 1、按「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得為之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」行政訴訟法第 6 條第 1 項亦定有明文。足見依前揭規定提起確認訴訟以行政處分為前提。而此所謂行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為而言，此觀訴願法第 3 條第 1 項規定自明。故提起訴願，以有行政處分之存在為前提要件。至行政機關所為單純事實之敘述（或事實通知）或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生何法律上之效果者，自非行政處分，人民即不得對之提起訴願，最高行政法院 44 年判字第 18 號、62 年裁字第 41 號判例可資參照。
- 2、觀諸被告 102 年 4 月 2 日函以「主旨：台端所有座落本區○○段 739-5 地號上阻斷市區道路（○○○街 5 巷 8 弄）通行之圍籬，依市區道路條例經認定為擅自建築，應予拆除，詳如說明。請查照。說明：一、依據本所 102 年 3 月 27 日所工字第 1020204136 號函（諒達）及本所 102 年 4 月 1 日現地勘查結果（如現地照片）辦理。二、依行政執行法第 27 條規定—依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之。經查本所業以處分書送達台端，是以依上述規定，本所訂於 102 年 4 月 10 日上午 10 時辦理強制執行（拆除圍籬），先予敘明。三、同法第 29 條第 1 項規定—依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履

行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。另同法條第 2 項規定，前項代履行之費用，由執行機關估計其數額，命義務人繳納；其繳納數額與實支不一致時，退還其餘額或追繳其差額，併予說明。四、台端對於本所 102 年 3 月 27 日所工字第 1020204136 號函處分書如有不服，請於公文送達之次日起 30 日內繕具訴願書並檢附相關資料，經由本所向臺南市政府提出訴願。」等語。核該函文內容僅為本於原處分（即被告 102 年 3 月 27 日函文）而為定期拆除之通知及告知相關規定，並教示原告得對被告 102 年 3 月 27 日函提起行政救濟，是被告 102 年 4 月 2 日函並未對原告另發生任何法律效果，核其性質，係屬觀念通知，並非行政處分，自非得提起確認之訴之對象，本件原告以之為行政處分提起確認之訴，即不合法。

（三）綜上所述，被告 102 年 4 月 2 日函並非行政處分，原告提起確認訴訟，為不合法。另被告所為 102 年 3 月 27 日處分並無不合，原告訴請確認違法，為無理由，均應駁回。又原告請求確認系爭土地不成立公用地役關係之訴，則無公用地役關係不明確之危險存在而欠缺確認利益，亦應駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法經本院斟酌後，核與本件判決結果不生影響，爰無逐一論述之必要，併予敘明。

五、據上論結，本件原告之訴一部為不合法，一部為無理由，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款、第 98 條第 1 項前段、第 104 條，民事訴訟法第 95 條、第 78 條規定，判決如主文。

中 華 民 國 103 年 7 月 29 日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官 蘇 秋 津

法官 林 彥 君

法官 張 季 芬

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後 20 日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁

定駁回。

二、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 241 條之 1 第 1 項前段）

三、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 1 項但書、第 2 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. 上訴人或其法定代理人具備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 103 年 7 月 29 日

書記官 江 如 青

資料來源：高雄高等行政法院裁判書彙編（103 年版）第 283-302 頁