

裁判字號：高雄高等行政法院 98 年度訴字第 150 號 行政判決

裁判日期：民國 98 年 07 月 08 日

案由摘要：有關行政執行事務

高雄高等行政法院判決

98 年度訴字第 150 號

民國 98 年 6 月 24 日辯論終結

原 告 臺灣省高雄農田水利會

代 表 人 盧○祥 會長

訴訟代理人 陳○慶

林伯祥 律師

王銘鈺 律師

被 告 高雄縣政府

代 表 人 楊○興 縣長

訴訟代理人 韓○華

蔡○展

許泓琮 律師

上列當事人間有關行政執行事務事件，原告不服經濟部中華民國 98 年 1 月 13 日經訴字第 09806125210 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

#### 主 文

訴願決定及原處分均撤銷。

訴訟費用由被告負擔。

#### 事實及理由

一、事實概要：緣被告為辦理曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫，在高雄縣鳳山市立志街至新生街及鳳山溪口至澄清路段等圳路範圍內進行施工。原告以該路段土地部分為其所有，被告未經其同意逕自施工，遂向臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）聲請假處分，經該院以民國 97 年 5 月 2 日雄院高 97 司執全文字第 2297 號執行命令，命被告於本案判決確定前，不得在該土地上為營造及一切處分行為在案。嗣原告在該土地上設置圍籬等障礙物，被告遂於 97 年 5 月 29 日以府水工字第 0970129454 號函要求原告於文到 3 日內立即撤除各種施工障礙等器物，並配合主管機關改善圳路疏濬及環境

維管等各項施工設施，如未於期限內改善完竣，將依行政執行法第 29 條規定代履行，並命原告繳納代履行之費用及相關支出。惟原告並未於期限內改善，被告乃於 97 年 6 月 13 日以府水工字第 0970141347 號函請求原告於同年月 30 日前繳納代履行費用及相關支出計新臺幣（下同）71,908,180 元。原告不服，提起訴願，遭決定不受理，遂提起本件行政訴訟。

## 二、本件原告主張：

- （一）本件被告辦理曹公圳復育整治、水質改善計畫與綠帶開闢而使用原告所有土地多達 47 筆，均已劃為鳳山都市計畫區內。被告非但不予徵收，竟還向原告收取代履行之 71,908,180 元費用，實無理由：1. 依據被告為整治曹公圳所製作之計畫位置圖，可知該復育整治計畫範圍極廣，西由澄清路至東之鳳山溪口，中間向南沿中華街至體育場，均屬整治計畫範圍內，且所涉及土地均已劃為鳳山都市計畫用地。原告於該整治計畫範圍內之土地即有 47 筆，有被告 98 年 6 月 12 日陳報狀中所附之明細表及土地登記謄本等可稽。按原告所有該 47 筆土地，其中多達 44 筆土地早於 62 年 9 月 1 日被劃歸為鳳山都市計畫，其餘 3 筆土地即高雄縣○○市○○○0000-0、0000-0 地號及○○○000 地號土地則於 94 年 10 月 31 日被劃為鳳山都市計畫用地，有高雄縣鳳山市公所（下稱鳳山市公所）核發之都市計畫土地使用分區證明書可稽。又前開於 62 年間劃入鳳山都市計畫之 44 筆土地，土地使用分區幾乎均遭劃為「綠帶」，僅少數用地仍屬住宅區，原告自此時起土地使用權能已大為受限，而 94 年之鳳山都市計畫主要係將原告其餘 3 筆土地再劃入道路用地。2. 由上可知，原告於此區塊所有之 47 筆土地，其中 44 筆早於 62 年即被劃為鳳山都市計畫內，且幾乎被劃為公共設施保留地之綠帶，依都市計畫法第 48 條及行政院 68 年 1 月 12 日（68）臺內字第 0381 號函釋意旨，行政機關若為公益需要使用人民之土地，本應依法辦理價購或徵收土地。又被告於 93 年間依權責開始推動「曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫」，且按 93 年 10 月 21 日被告所屬水利局研商「曹公圳鳳山市區段現有水溝及過去灌溉溝渠應

改善及清查地籍等相關事宜」會議紀錄記載：「六、會議結論：…（二）僅作市區排水使用之曹公圳河道目前部分屬雨水下水道系統F及K幹線，該段河道長期有違章建築阻礙水流及無法辦理清疏作業，請下水道課提供違章資料給高雄農田水利會及鳳山市公所依侵占土地及違建查報。」顯見被告明知整治區域內有違建，且其下水道課亦有違章資料，則被告本應基於主管機關權責自行拆除違建，此時早已無待土地所有權人為查報。事實上被告亦無依會議結論提供任何違建資料予原告，原告已向被告提出名下土地之租賃情形，而查報拆除違建並非土地所有權人之義務，則本件被告以原告不配合查報違建並放任違建為由，主張應由原告負擔拆除違建及地上物徵收補償費用，顯無理由。3. 按整治市區排水流域、拆除違建等，本係身為地方主管機關之被告依法應為之任務，被告也才會於93年起編列預算進行整治計畫，並責令相關單位配合辦理。原告所有47筆土地被涵蓋於該整治復育及綠帶開闢計畫範圍內，其中20幾筆土地並被劃為綠帶保留地，依規定被告實施本計畫前即應先對原告為徵收，徵收後並對其上坐落之違建為拆除或另為地上物補償，是被告此處所為之花費均與原告無關。詎被告非但以經費不足為由拒絕原告之徵收請求，竟還向土地平白被使用之原告索取拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用及地上物補償費用總計高達71,908,180元之所謂代履行費用。是被告寧願給付非法違建戶高額補償金，卻向苦於土地無法徵收之原告索取拆除違建之高額代履行費用，顯見被告主張無理至極，亦違背行政程序法第8條行政機關應依循之誠信原則。

- （二）被告本得自行就事實上已供市區排水用之圳路申請變更排水類別，無須先經土地徵收：1. 本件被告所為整治復育之曹公圳範圍，實已係曹公圳之最下游段，此由計畫位置圖可知曹公圳由西向東流入鳳山溪口，再匯入大海，最下游段流經鳳山市區，其周遭及下游根本無農田，直接將居民所排放之廢水排入鳳山溪並匯入大海，則此段圳路無任何農田灌溉之需。本件爭執以外之曹公圳上游流域有無農田

灌溉即與本件無關，重點應判斷曹公圳內之水源流經本件爭執區域時，究竟有無事實上灌溉功能。被告此處稱曹公圳流域廣大仍存灌溉功能，顯係放大焦點、意圖模糊本件爭執之市區排水區塊，其所辯顯無可採。2. 本件觀諸被告自 93 年起所製作各項函文，明文記載「作市區排水用之曹公圳河道」「嚴重影響市區排水」等語，足證被告對曹公圳此段圳路作市區排水之用亦有認知，惟其卻於本件開庭時屢以「劃定 F、K 幹線是屬於早期部分，現在已不作市區排水用」「系爭區域主要功能並非作市區排水之用」等含糊、模稜兩可語詞為陳述，事實上被告不敢斷然否認該圳路確實有供市區排水之用，亦不否認此段圳路現今已無供農田灌溉之用，足證曹公圳此段圳路確供市區排水之用無疑，否則被告豈不自打嘴巴否認自己先前製作之函文，如此行政機關又有何公信力，是被告所辯並無理由。3. 又被告辯稱原告以未先辦理徵收為由，拒絕被告整治及變更排水類別，顯為不實。按排水類別之變更與土地徵收係二回事，怎會因未徵收土地而影響水利主管機關對排水類別之變更。按「中央管區域排水之排水集水區域及設施範圍之劃定、變更，由經濟部水利署（以下簡稱水利署）審查後報中央主管機關核定公告；直轄市管、縣（市）管區域排水之設施範圍由該直轄市、縣（市）政府審查後報水利署核轉中央主管機關核定後公告之。」「…；直轄市管、縣（市）管區域排水之管理機關為該排水流經之直轄市、縣（市）政府，或由其所設置之機關管理。」排水管理辦法第 4 條第 3 項及第 6 條分別定有明文。則被告顯係本件曹公圳流域之管理機關，曹公圳此段流域已供市區排水使用多年，依排水管理辦法第 4 條第 3 項規定，被告本得就該排水設施範圍依職權審查後報經濟部水利署（下稱水利署）核轉中央主管機關核定後公告。本件圳路原有之農田排水功能早已喪失，然身為排水管理機關之被告卻遲不變更排水類別，顯為推卸責任，甚至主張曹公圳只供單純農田排水之用，足見其規避責任已嚴重昧於事實。4. 由上可知，欲變更排水類別，可由被告以「排水設施範圍變更」之

方式審查後直接報水利署核轉中央主管機關核定後公告即可，並非難事。詎被告為免除日後接管責任，以其地方水利主管機關之優勢地位拒不辦理排水類別變更，原告實係莫可奈何，如今又遭被告主張應負管理維護之責索取7千多萬元之代履行費用，如此豈有天理。既然本件變不變更排水類別均操之被告手上，再去認定是否應先變更排水類別即無意義，而應視事實上係作何種排水之用來定機關權責。本件被告屢以水利署之函文主張未為排水類別變更及移交管理前，仍應由原告依臺灣省灌溉事業管理規則負維護管理責任，即顯無理由，因原告面對事實上已為市區排水用之圳路，既無權制止居民排放廢水，亦無公權力拆除其上違建。而被告身為地方之廢污水及雨水排洩管理機關，四、五十年來並沒有為該流域之居民規劃建設相關排水設施，而係便宜行事，直接使用本件曹公圳之水路供鳳山市民排水，另一方面卻對此已無灌溉事實且被污染之水路，要求原告應依高水質標準之臺灣省灌溉事業管理規則負圳路之維護管理責任，豈有道理。被告設有環保局，有權依水利法、水污染防治法等相關規定取締違法排放廢水者，更有公權力主動拆除違建戶，明知水路已遭污染卻長期放任不管，如今又主張無公權力之原告應負其責，被告推卸責任至此，請鈞院明鑑。

- (三) 本件被告顯係自認基於權責進行「曹公圳復育整治及水質改善計畫」，並開發周邊綠帶設施，並向中央申請經費補助，顯見被告認為整治係其義務：1. 被告一再主張係因原告未盡圳路管理維護之責並放任違建，故其基於水利主管機關地位代原告拆除違建並進行整治工程，並向原告索取代履行費用 71,908,180 元。然被告既不認為整治或拆違建係其本身之義務，為何早早向中央請領大筆補助款？被告先申請中央核發經費以編列預算進行整治，經費核撥後於 97 年間發包，於此期間被告從未要求原告對該計畫支付任何費用，直到 97 年 5 月間原告對被告聲請假處分，被告竟蠻橫不理，視法院假處分如無物繼續施工，還陸續於 97 年 5 月 29 日、6 月 9 日及 6 月 13 日發函主張因原告怠於維護管理

，其所為係行政執行，並向原告索取代履行費用。被告所為顯係為報復原告對其聲請假處分。2. 被告身為地方最高行政機關，對司法程序非但不予尊重，竟還無視行政程序及法令規定違法向原告索討高額代履行費用，讓被告從應給付原告土地使用費用（徵收或價購）之人，瞬間躍升為可向原告索取 7 千多萬元之大戶。原告所受不公平待遇歷歷在目，此由被告僅對原告索取代履行費用，卻未曾聽聞對同樣放任違建之鳳山市公所、鳳山國民小學、財政部國有財產局等其他土地所有人索討代履行費用即可證明。且本件大多數違建均位於其他公有地上，原告所有土地上之違建僅少數且為內側（臨曹公圳），外圍被其他公有地上之違建所包圍，則被告擁有拆除違建之公權力，對於自己或其他公家單位土地上之違建長期不處理，卻對原告施加放任違建罪名，顯自打嘴巴，足見被告主張之無理。

（四）綜上所述，原告對已屬市區排水之圳路並無維護管理之責，亦無公權力拆除違建，被告自不得將違建戶歸咎於土地所有權人即原告身上。從而，被告向原告主張行政執行並索取代履行費用即無理由。另無論被告主張之代履行費用為原處分計算之 71,908,180 元或重新計算之 65,010,160 元，原告均否認其請求依據及計算方式。被告 97 年 6 月 13 日府水工字第 0970141347 號函命原告應負擔 71,908,180 元之代履行費用，顯係違法行政處分等情。並聲明求為判決撤銷訴願決定及原處分。

三、被告則以：

（一）已無灌排使用之系爭圳路，應由原告報經主管機關核准廢止並辦理移交接管；系爭圳路在變更排水類別及辦理移交接管前，原告仍負有維護管理系爭圳路之法定作為義務：1. 按「興辦水利事業人興辦灌溉事業，應擬定灌溉事業區及其系統，報主管機關核定；其由直轄市或縣（市）主管機關興辦者，應報中央主管機關核定。變更或廢止時，亦同。灌溉事業區內埤池、圳路及其他設施之變更或廢止，應經興辦水利事業人同意，並報經主管機關核准。」「各類排水之變更，應由該排水變更前後之主管機關協商同意

後，始得為之；其涉及直轄市及縣（市）或二縣（市）以上者，應由中央主管機關核定之。各類排水之銜接事宜，應由各管理機關或事業負責人協調決定之。」「農田水利會設立後，遇有自然環境變遷或水資源規劃變更時，在直轄市區域者，由直轄市主管機關依職權或經農田水利會之申請，報請中央主管機關核准後，得對各該農田水利會及其事業區域為合併、分立、變更或撤銷之決定；在直轄市區域以外者，由中央主管機關決定之。」水利法第 63 條之 2、排水管理辦法第 5 條及農田水利會組織通則第 9 條分別定有明文。準此，已無灌排使用之系爭圳路，應由原告報經主管機關核准廢止並辦理移交接管，在此之前，系爭圳路之排水類別並非當然變更。2. 又原告曾就已無灌排使用之圳路在完成報廢前，其疏濬維護單位及權責劃分事宜，二度函請水利署（即水利中央主管機關）作成釋示，嗣後更提請行政院農業委員會（即農田水利會組織法上之中央主管機關，下稱農委會）邀集水利署、各地方縣市政府、各地農田水利會作成以下決議：（1）水利署 95 年 6 月 29 日經水政字第 09550216280 號函釋略以：「說明：…二、…在未依排水管理辦法相關規定變更排水類別及辦理移交接管前，其有關圳路之疏濬維護管理工作，依臺灣省灌溉事業管理規則第 46 條第 2 款規定，仍應由貴會（即原告）負責。」（2）水利署 95 年 8 月 11 日經水政字第 09550262850 號函除重申前旨外，並表示：「說明：…三、前開已無灌排使用之圳路，水利會應依水利法第 63 條之 2 規定報經主管機關（縣市政府）核准廢止；…。」（3）農委會於 95 年 10 月 17 日召開之「研商農田水利會圳路報廢面臨困難及管理權責爭議問題會議」，其討論事項案由二決議為：「一、各農田水利會就實際情形若認定所轄管之圳路確已不具灌排使用功能，則應依照農田水利會組織通則第 9 條及水利法第 63 條之 2 規定報請主管機關核准廢止。二、…於該圳路依規定報准廢止農田灌排使用後，由縣、市政府協調需地機關負圳路維護管理之責及變更水路之行政事宜」。3. 蓋以水利法及排水管理辦法就各類

排水之法定維護管理機關及排水類別之變更程序既已定有明文，原告即不得捨「法定」廢止圳路之程序而不為，一再置其「法定」維護管理責任於不顧，並在辦理移交接管前空言指稱其就系爭圳路並無任何維護管理之責，否則水利法等相關法令豈非形同具文。又倘如原告所言，無須變更排水類別即當然變更維護管理機關為被告，則原告又何需於95年間二度函請水利署作成釋示，並提請農委會作成決議？俟水利署作成釋示、農委會作成決議後，原告仍置之不理，甚至主張水利署之函文錯誤引用臺灣省灌溉事業管理規則（查該規則之發布機關即為經濟部），益證原告無視於相關法令及直接上級主管機關之釋示，就系爭圳路僅欲本於所有權人之地位主張權利（原告於代為整治之過程中，即向高雄地院聲請假處分並架設圍籬阻止工程進行，進而提起民事訴訟主張整治工程違法侵害其所有權），卻無任何維護管理責任之推諉卸責心態。4. 是依前揭規定及說明，已無灌排使用之系爭圳路，應由原告報經主管機關核准廢止並辦理移交接管；系爭圳路在變更排水類別及辦理移交接管前，原告仍負有維護管理系爭圳路之「法定」作為義務，經被告屢次命其履行，原告均置之不理，被告代其履行法定義務，整治系爭圳路，並無違法或不當之處。

- (二) 系爭圳路之堤岸設施、邊坡土地、水質改善、環境衛生等事項，係為原告之法定維護管理義務；而系爭圳路上之地上物若未予拆除、運棄，根本無法將系爭圳路回復至其法定之應有狀態；經被告屢次命其善盡管理權責並依法妥處，原告均置之不理而由被告代為整治，則其相關之代履行必要費用，應由原告負擔：1. 按「灌溉事業，除多目標或具有特殊目標之設施，由政府設立或指定機構管理外，其餘灌溉事業，由興辦灌溉事業人呈准主管機關設置管理機構管理之。前項灌溉事業人包括農田水利會（以下簡稱水利會）及其他公私法人及自然人。第1項所稱管理機構包括各地水利會及水利公司及其他公私法人。」「管理機構應經常檢驗其轄區域內之灌溉用水水質，並予紀錄。」「

管理機構對灌溉設施除防汛及災害搶修時辦理外每年並應舉行總檢查 1 次，擬具歲修計畫，呈報或層報主管機關核准後實施，…。」「前條歲修計畫管理機構，應依照下列規定辦理：一、水庫埤池：應注意造林，保林等水土保持工作並定期檢修。二、圳路：導水路、幹支分線、給水路、排水路、補助水路、隧道、暗渠、配水、量水等設備，每年至少應疏濬或整理 1 次並填補缺口保持完整。疏濬取出之泥沙、雜草及淤集物，不得佔壓農田或堆集水路兩側。三、堤岸：每年應檢修 1 次並於外堤坡種植草木。四、其他建造物應定期檢查維護並予必要之更新。」分別為臺灣省灌溉事業管理規則第 4 條、第 26 條第 1 項、第 45 條、第 46 條所明定。系爭圳路在變更排水類別及辦理移交接管前，原告仍負有維護管理系爭圳路之法定作為義務，已如前述，是原告依前揭規定，自負有疏濬、管理、維護、改善、檢修系爭圳路、渠道堤岸、邊坡土地，暨改善水質之法定義務。2. 惟原告長年廢弛職務，未盡管理權責及法定義務，造成淤積嚴重、垃圾遍布、阻塞渠道、惡臭難聞、週邊環境髒亂、違建四處林立，每逢雨季即發生嚴重之登革熱疫情，衍生環保污染與長年水患等重大民生問題，系爭圳路上之住戶占用渠道護岸及邊坡土地，並直接將污水排入系爭圳路，更是造成阻礙水流、清疏困難、水質污染之主要原因。換言之，系爭圳路上之地上物若未予拆除、運棄，根本無法將系爭圳路回復至其法定之應有狀態；而系爭圳路之堤岸設施、邊坡土地、水質改善、環境衛生等事項，本即為原告之法定維護管理義務。況且系爭圳路上之大多數住戶於 30 幾年間即已設籍，係屬建築法修正公布前之合法房屋，被告無法依建築法之相關規定，命住戶強制遷離或逕將建物拆除；然系爭圳路既為原告所有，就系爭圳路之堤岸設施、邊坡土地、水質改善、環境衛生等事項並負有法定之維護管理義務，原告早就應該善盡其維護管理之責，本於所有權人之地位訴請拆屋還地，以將系爭圳路回復至其法定應有狀態。原告一再主張其為土地所有權人，但並無任何維護管理之義務等語，無異是將其長

期怠為維護管理系爭圳路之責，轉嫁到被告身上，有悖於公平正義原則，更有違其身為公法人所負之社會義務。3. 綜上所述，系爭圳路之堤岸設施、邊坡土地、水質改善、環境衛生等事項，係為原告之法定維護管理義務；而系爭圳路上之地上物若未予拆除、運棄，根本無法將系爭圳路回復至其法定之應有狀態；經被告屢次命其善盡管理權責並依法妥處，原告均置之不理而由被告代為整治，則其相關之拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用、地上物補償費用，均屬代履行之必要費用，應由原告負擔等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、兩造之爭點為被告因辦理曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫，就該圳溝兩旁之建物所支出拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用及地上物補償費用，是否屬被告代履行之費用，而應由原告負擔；又原告對被告追繳上開費用之函文不服，能否提起行政訴訟救濟。經查：

- （一）按「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。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。」「代履行費用或怠金，逾期未繳納者，移送行政執行處依第 2 章之規定執行之。」行政執行法第 29 條及第 34 條分別定有明文。上開條文所謂「代履行」，係指義務人負有義務而不履行時，由執行機關委託第三人或指定人員代為履行而言。至於主管機關委託第三人或由指定人員執行後所產生之費用支出，應由義務人自行負擔，蓋此項費用乃因義務人不自動履行義務而產生。主管機關就代履行費用應核定其金額通知義務人限期繳納，此項核定究其性質乃屬獨立之行政處分（確認及下命處分），蓋其得為獨立之執行名義，義務人若不按期繳納，則依行政執行法第 34 條規定，得移送行政執行處執行之。綜上可知，「代履行」為間接強制方法之一，關於執行方法上之選擇是否妥當，其救濟途徑固應依行政執行法第 9 條規定聲明異議，惟對於代履行費用之核定函，既具有

確認及下命處分之性質，義務人若對其是否應負擔該費用或對其金額有所不服，自得依法提起訴願及行政訴訟救濟之，合先敘明。

- (二) 又依行政執行法第 29 條規定，須依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，並經執行機關委託第三人或指定人員代履行時，義務人始須負擔代履行之費用。反之，若非依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務之人，其對行政機關所實施之執行行為，自無負擔代履行之費用可言。查，被告雖以 97 年 6 月 13 日府水工字第 0970141347 號函命原告繳納代履行之費用，然該費用乃為被告辦理曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫，就該圳溝兩旁之建物所支出之拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用及地上物補償費用，而上開計畫為被告所屬水利局辦理 95 年度河川及海洋水質維護改善計畫，其中高雄縣鳳山溪流域整體整治第 2 階段水質改善工程規劃及細設計畫之一部分，業據兩造陳明在卷，復有上開被告函文、高雄縣鳳山溪流域整體整治第 2 階段水質改善工程規劃及細設計畫書、曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫經費執行說明表等影本附本院卷可稽。按上開工程規劃及細設計畫書所載該計畫之緣起：「本府前承蒙行政院環境保護署補助辦理鳳山溪流域整體整治工程，利用回收鳳山溪中崙污水處理廠之放流水，．．．，經人工溼地淨化後以 5,000CMD，BOD10mg/L 之放流水，再由人工溼地末端之抽水站抽送至匯流口放流，以稀釋鳳山溪污染濃度；惟鳳山溪由於河川污染特性，加上本縣污水下水道工程基礎建設之進度落後，造成生活污水污染河川之比重日漸增加，為迅速有效解決上述問題，．．．，因此高雄縣政府水利局（以下簡稱水利局）特擬定『高雄縣鳳山溪流域整體整治第 2 階段水質改善工程規劃及細設計畫』（以下簡稱本計畫），希望藉此在本縣專用污水下水道基礎建設進度落後及尚未完成建置前，達成減少鳳山溪流域水體水質受污染惡化之情形，縮短河川污染河段，改善河川生態環境之破壞，．．．，同時達到水質改善及保護工作。另匯

入鳳山溪之曹公圳，現地雜草叢生污染嚴重，為減少鳳山溪流域水體水質受污染惡化之情形，勢必須一併檢討規劃，故本局特將『曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫』一併納入計畫。」又依該計畫書所載執行內容第7點：「內政部營建署已補助新臺幣150萬元，另本府亦編列20萬元整配合款，辦理曹公圳（鳳山城址段）環境規劃設計作業，該計畫基地位於鳳山市境內的舊曹公圳水道及周邊都市計畫綠帶，呈T字形分布，自鳳山溪口至澄清路全長為2,175公尺，圳寬3.5至5.5公尺，南北向圳道則沿中華街向南流至立志街口（高雄縣立體育場）長度為700公尺，圳寬3.5至5.5公尺。計畫總長度約2.9公里；本計畫基地範圍內除圳溝水道本身外，還包含圳溝兩側之水利用地，已編定為都市計畫綠帶，寬幅20-30公尺不等，目前多為民宅及攤販所使用……。」則由上開計畫書所載內容可知，「曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫」乃為「高雄縣鳳山溪流域整體整治第2階段水質改善工程規劃及細設計畫」之一部分，該計畫之目的在使被告專用污水下水道基礎建設尚未完成建置前，達成減少鳳山溪流域水體水質受污染惡化之情形，縮短河川污染河段，改善河川生態環境之破壞，同時達到水質改善之目的；另「曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫」之基地範圍內除圳溝水道本身外，還包含圳溝兩側之水利用地，並於本次計畫將已編定為都市計畫綠帶部分，一併開闢完成。故「曹公圳（鳳山城址段）復育整治及水質改善計畫」之需地機關及執行機關均為被告，原告雖為曹公圳水道之基地所有人，然並非上開計畫之執行機關，且被告執行上開計畫，並未對原告之土地辦理徵收，是原告亦無以其土地配合被告辦理上開計畫及開闢綠帶之義務。

- (三) 再據93年10月21日被告所屬水利局研商「曹公圳鳳山市區段現有水溝及過去灌溉溝渠應改善及清查地籍等相關事宜」會議紀錄記載：「(一) 鳳山市區之曹公圳作灌溉使用之河道由高雄農田水利會自行清疏維護，其餘僅供市區排水使用之河道由鳳山市公所辦理清疏維護。(二) 僅作市

區排水使用之曹公圳河道目前部分屬雨水下水道系統F及K幹線，該段河道長期有違章建築阻礙水流及無法辦理清疏作業，請下水道課提供違章資料給高雄農田水利會及鳳山市公所依侵占土地及違建查報。(三)曹公圳河道用地(寬約2-4公尺)於鳳山都市計畫均已規劃於20米寬綠帶內，建請觀光交通局作整體規劃並儘速開闢該綠帶，以美化鳳山市容。」(詳見訴願卷第40頁)。參以被告所提出其辦理曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫前後之現場照片(附本院卷)顯示，曹公圳(鳳山城址段)係位於鳳山市區，該圳道兩旁房屋林立，已無農田。是原告主張上開區段之曹公圳，僅供市區排水使用，已無灌溉農田之功能乙節，堪予採信。則上開圳溝之功能既已由灌溉農田變更為供市區排水使用，被告本應依水利法第4條第3項及第5條第1項規定，由該排水變更前後之主管機關協商同意後，再由被告審查後報水利署核轉中央主管機關核定後公告變更排水類別，並由被告負責管理。縱使該圳溝尚未依上開程序辦理變更排水類別，仍應由原告負責管理，然因該圳溝主要係供市區排水使用，僅附帶具有連接上下游之農田灌溉渠道之功能，故原告只要保持上開圳溝完整暢通，即已盡其管理之責，尚難因原告仍為該河道之管理機關，即任意擴大其法定義務，而認定原告就被告所辦理曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫，亦有配合施工之作為義務。故被告於97年5月29日以府水工字第0970129454號函，限原告於文到3日內配合其辦理曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫等圳路改善施工等作為，因原告非屬上開計畫之執行機關，自不因被告上開函文要求原告配合施工，即認定原告對該計畫有作為義務，是原告未依上開函文配合被告施工，自非屬行政執行法第29條規定，本於法令之行政處分，負有行為義務而不為之情形。從而原告對被告因上開整治計畫所支付之相關費用，自亦無負擔之義務。

(四)又查，上開圳溝水道所使用之基地及圳溝兩側之水利用地，已編定為都市計畫綠帶，在被告辦理曹公圳(鳳山城址

段)復育整治及水質改善計畫前,該圳溝兩旁土地多為民宅及攤販所使用,而上開民宅及攤販所使用之基地,除原告所有之水利用地外,尚有高雄縣鳳山市公所及國有財產局管理之公有土地,被告在執行上開計畫時,已將上開圳溝兩側之綠帶開闢完成等情,業據兩造分別陳明在卷,復有土地登記謄本、都市計畫土地使用分區(或公共設施用地)證明書、現場照片及測量圖(附地圖用塑膠筒內)等附本院卷足稽。是被告在執行曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫時,已將上開圳溝兩側之綠帶開闢完成,被告因開闢綠帶需使用第三人之土地,本應依土地徵收條例之規定辦理徵收,且在該土地上之合法建物亦應一併辦理徵收;若土地上之建物為違章建築,則應依法發放救濟金或依職權予以拆除。然被告未經辦理土地徵收,即使用原告之土地完成上開圳溝兩旁之綠帶,顯有侵害原告之土地所有權之虞。又原告為興辦灌溉事業人,對於在其所有之水利用地上建造之違建或合法建築,並無執行拆除之公權力。是被告主張原告放任他人在其土地上建造房屋,自應負除去其土地上之建物,配合被告施工之義務云云,顯已超出原告職權範圍。況且,上開圳溝兩旁之民宅及攤販所使用之基地,除原告所有之水利用地外,尚有高雄縣鳳山市公所及國有財產局管理之公有土地,已如前述,故上開民宅及攤販等建築所使用之土地,尚涉及其他行政機關管理之土地,亦非原告單獨所能排除。再者,被告因執行曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫,就該圳溝兩側之建物所支出之拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用及地上物補償費用,乃屬開闢上開圳溝兩旁之綠帶所支出之費用,而非屬直接疏濬上開圳溝所支出之費用,核與原告對該圳溝所負疏濬、管理及維護之義務無關,故被告請求原告負擔上開費用,自屬無據。

(五)綜上所述,被告辦理曹公圳(鳳山城址段)復育整治及水質改善計畫,因原告非上開計畫之執行機關,自無配合施工之義務,而上開圳溝兩旁建物之拆遷補償,亦非原告之權限,故被告因執行上開計畫及開闢綠帶,就該圳溝兩旁

之建物所支出拆除費用、拆除運棄費用、委外現況調查費用及地上物補償費用，本應由被告自行負擔。從而，被告以上開費用為代履行費用為由，於97年6月13日以府水工字第0970141347號函命原告繳納，即有違誤。訴願決定以原告如對被告上開命其繳納代履行費用之處分不服，應依聲明異議方式以資救濟，尚非屬提起訴願所得救濟之範圍云云，而為訴願不受理，所持法律見解，亦有可議。原告起訴請求撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許。又本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法並不足以影響本件判決之結果，自無庸逐一論述，併此敘明。

五、據上論結，本件原告之訴為有理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 98 年 7 月 8 日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官 邱 政 強

法官 詹 日 賢

法官 李 協 明

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提起上訴後20日內向本院提出上訴理由書（須按對造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

中 華 民 國 98 年 7 月 8 日

書記官 周 良 駿

資料來源：司法院高雄高等行政法院裁判書彙編（98年版）第537-554頁