裁判字號：高雄高等行政法院 99 年度訴字第 666 號 行政判決
裁判日期：民國 100 年 10 月 11 日
案由摘要：巷道爭議事件

高雄高等行政法院判決　　99 年度訴字第 666 號
民國 100 年 9 月 21 日辯論終結

原　　告　財政部國有財產局臺灣南區辦事處
代　表　人　李政宗
訴訟代理人　鍾竹英
複　代理人　翁旭紳
被　　告　屏東縣政府
代　表　人　曹啟鴻
訴訟代理人　尤清靜
　　鄭志星

上列當事人間巷道爭議事件，原告不服內政部中華民國 99 年 12 月 22 日臺內訴字第 0990214496 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：緣原告經管之屏東縣屏東市街頭段 4 小段 287-1、287-2、287-3 地號等 3 筆國有土地（下稱系爭土地），經被告以民國 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函，認定具公用地役關係屬現有巷道而指定建築線並核發建照在案，原告不服，陸續提出異議，並請求註銷相關建築執照，被告則分別以 97 年 2 月 4 日屏府建都住字第 0970027292 號函、同年 6 月 2 日屏府建都住字第 0970088889 號函及同年 10 月 20 日屏府建都住字第 0970213310 號函復原告，依林務局農林航空測量所（下稱農林航空測量所）64 年間攝影 65 年間所繪製之航照圖即繪有系爭現有巷道之存在，顯見供公眾通行使用已達 20 年以上，是該現有巷道之認定於法應無不合。原告不服前開被告 97 年 10 月 20 日函文，提起訴願，經內政部 98 年 4 月 30 日

臺內訴字第 0980053487 號訴願決定以系爭土地迄至 95 年 6 月尚出租予私人使用，且系爭土地是否僅屬供特定人通行之用，而非不特定之公眾通行所必要，被告均未予以詳查，復依 65 年、71 年及 81 年之航照圖，均無法證實現有巷道之存在，被告逕認系爭土地為現有巷道，顯屬率斷等由予以撤銷，並責由被告於 2 個月內另為適法之處理。嗣經被告重新審視結果，於 98 年 7 月 1 日以屏府建都住字第 0980114608 號函復原告，仍維持系爭土地為現有巷道之認定。原告猶未甘服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、本件原告主張：

（一）按「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」行政程序法第 6 條定有明文。亦即行政機關於作成行政處分時，對於相同或具有同一性質之事件，如無正當理由，應受其行政先例或行政慣例之拘束而為處理，否則即屬違反平等原則，而構成行政違法。本件被告未依法辦理，即依據屏東縣建築管理自治條例第 2 條第 1 項規定認定系爭土地為現有巷道，並指定建築線，復依據同條例第 4 條第 1 項第 1 款規定，認定系爭土地為供公眾通行，具有公用地役關係之巷道，明顯偏離事實，不符合平等原則。

（二）次按司法院釋字第 400 號解釋理由書及臺中高等行政法院 90 年度訴字第 1209 號判決均載明：「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。」是現有巷道之形成，須經長期供公眾通行達 20 年以上，而具有公用地役關係之巷道，或是經土地所有權人出具供公眾通行之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）本件被告於 93 年 7 月 13 日以屏府建都字第 0930130726 號函，認定原告經管之系爭土地為既成巷道，並指定建築線於其上，致原告喪失使用、收益系爭土地之機會。被告固依

屏東縣建築管理自治條例第 2 條第 1 項及第 4 條第 1 項第 1 款規定而作成上開處分，惟系爭土地是否具有公用地役關係，依司法院釋字第 400 號解釋與臺中高等行政法院 90 年度訴字第 1209 號判決意旨所示，需符合以下三要件：1.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；2.於通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；3.須經歷之年代久遠而未曾中斷。茲就系爭土地是否符合上開三要件，分述如下：

1.須為不特定之公眾通行所必要：依原告 90 年至 93 年間勘查結果所示，系爭 287-1 地號土地上有方木水搭建之鐵皮木造車庫；系爭 287-2 地號土地則遭邱泰茂作停車場及王瑞玉、陳福仁等 2 人及後手蘇哲能過戶建屋承租使用；而系爭 287-3 地號土地遭不明人士作菜圃及花圃使用，其上並有泥土地、水溝及野生榕樹 1 棵，顯見系爭土地不符合此要件。

2.於通行之初，土地所有權人並無阻止之情事：⑴系爭 287-1 地號土地上有方木水之違建，該地無法通行，原告亦向方木水收取相當於租金之使用補償金，並於 95 年間由方木水自行排除占用，足見系爭 287-1 地號土地係在原告管理之下，並無作通行之情事。⑵系爭 287-2 地號土地則遭王瑞玉、陳福仁等 2 人及後手蘇哲能過戶建屋承租使用。⑶系爭 287-3 地號土地則遭不明人士作菜圃使用，其上並有泥土地，自無供人通行使用之情事。

3.須經歷之年代久遠而未曾中斷：⑴系爭 287-1 地號土地上方木水所搭蓋之違建業於 95 年拆除，並納入原告巡管之地。⑵系爭 287-2 地號土地則遭王瑞玉、陳福仁等 2 人及後手蘇哲能過戶建屋承租使用，嗣於 95 年間蘇哲能返還該土地後，納入原告巡管之地。⑶系爭 287-3 地號土地遭不明人士於其上種菜、種花，且有泥土地，並無供人通行使用，已納入原告巡管之地。

4.綜上，欲構成既成巷道，需符合司法院釋字第 400 號解釋及臺中高等行政法院 90 年度訴字第 1209 號判決所示之 3 個要件，查本件系爭土地並未符合上述任何一項要件，自非

既成巷道，故被告指定系爭土地為既成巷道，核屬違法處分。

（四）依 71 年屏東市區地形圖及原告向農林航空測量所申領之 71、81 年航照圖，均顯示系爭土地當時現況為竹林、果園及闊葉林等樹林分布，並無供公眾通行之情事，顯非屬既成巷道，且系爭土地依內政部產籍資料所載，歷年均分別向承租人及占用人收取租金及使用補償金，復查閱 93 年 3 月間現場履勘照片影本，當時現況亦仍為雜木、草叢，直至 96 年間始遭宏成營造股份有限公司（下稱宏成公司）為鄰地同小段 343 地號土地（未分割前）興建房屋需要，私自占用系爭土地鋪設高壓磚作為買屋住戶出入通路使用，原告為系爭土地之管理機關，從未同意系爭土地供他人作通行使用，於 96 年 9 月間清查發現系爭土地遭該公司占用擅作通道使用時，即行文通知制止，要求騰空返還土地，96 年 12 月間並向被告提出異議，亦證明系爭土地絕非被告所認定「長期」供公眾通行之「現有巷道」，既非屬「現有巷道」，被告將系爭土地劃設納入指定建築線，並核發鄰地同小段 343 地號土地興建房屋建築執照乙事，明顯違法。

（五）又「所謂供公眾通行，具有公用地役關係之既成巷道，係指既成道路供不特定之多數人通行，可認為有公共地役關存在為前提，倘道路僅供特定之鄰地所有人或使用人通行，則僅該特定鄰地所有人或使用人對之有無地役權之問題，尚不得謂該道路為既成公眾通行之道路。」鈞院 90 年度訴字第 1829 號判決著有明文。被告依屏東縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款認定系爭土地為供公眾通行，具有公用地役關係之巷道前，應依同條第 2 項規定依職權就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之。查系爭土地為國有土地，地目為「建」，係可供建築之用地，歷年均分別向承租人及占用人收取租金及使用補償金有案，依過去 20 年間農林航空測量所測得之地形圖及航照圖，均顯示當時現況為竹林、果園及闊葉林等樹林分布，並無供公眾通行達 20 年以上情事，被告不查，仍稱依

64 年間攝影、65 年所繪製之航照圖即繪有現有巷道之存在，更屬謬誤。系爭土地依上述地形圖及航照圖比對觀之，係為封閉性之區域，並無貫通之道路存在，依前開鈞院 90 年度訴字第 1829 號判決意旨，通行系爭土地內竹林、果園及闊葉林者，僅係特定之鄰地所有人或使用人，難謂系爭土地係供不特定之多數人通行，而為供公眾通行、具有公用地役關係之「既成巷道」。被告基於鄰地營建房屋申請需要，事前未徵得原告之同意，逕行劃設系爭土地為現有巷道，亦未通知原告進行現場勘驗，事後並漠視原告之陳情申復，屢屢駁回原告之請求，實屬違誤。

（六）按「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」為訴願法第 96 條所明定。次按司法院釋字第 368 號解釋吳庚大法官協同意見書指明：「行政訴訟之救濟功能，端賴行政法院之判決為行政官署所遵守，為貫徹此一理念，行政訴訟上又出現一種制度：即違法之行政處分，經行政法院撤銷，而被告機關於事實及法律狀態並未改變之情形下，重覆作成內容相同之行政處分，此際原告對重覆處分提起撤銷訴訟，若依一般既判力之理論，係屬訴訟標的之同一，理應以起訴不合法駁回，惟德國通說，均認為行政法院應不受一事不再理原則限制，不僅應予受理，且基於受前一案件判決既判力之拘束，逕為原告勝訴之裁判。焉有如上開行政法院判例所示，被告機關得無條件合法的作成與被撤銷處分相同之重覆處分，而原告再次提起訴訟於行政法院時，又可能遭敗訴之命運，其不合理孰勝於此！實則行政法院對上開判例亦自知其並非妥適，且迭有不同見解之裁判，例如同院 78 年判字第 1408 號判決即稱：『按【行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。】行政訴訟法第 4 條定有明文。又【行政法院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告機關另為復查者，該管機關自得本於職權，調查事證，重為復查之決定，其重為復查之結果，縱與已撤銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違。】本院固著有 60 年度判字

第 35 號判例。惟上開所謂重為復查之結果，縱與已撤銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違，係指復查發見新事實或新證據，足以支持相同內容之處分而言，若事實及法律狀態均未變更，且未發見新證據，而為內容相同之反覆處分者，則與上開法條及說明有違。』惟未能及時對上開判例予以變更，致有本號解釋之產生。」是訴願法第 96 條之規定具有加強訴願決定拘束力之作用，原處分機關重為處分，除有在訴願決定作成時未發現之新事證，或訴願決定明顯預留餘地外，不得為與已撤銷之原處分內容相同之處分（參見吳庚著「行政法之理論與實用」增訂第 9 版，第 652 頁）。準此，若事實及法律狀態均未變更，被告即不得為內容相同之行政處分。查本件被告於 93 年 7 月 13 日以屏府建都字第 0930130726 號函將原告所經管之系爭土地劃為同小段 343 地號（之後分割出 343、343-1、343-2、343-3、343-4 地號）私有土地建築線，此不利處分業經內政部 98 年 4 月 30 日臺內訴字第 0980053487 號訴願決定予以撤銷，並命被告於 2 個月內另為適法之處分，嗣被告於 98 年 7 月 1 日以屏府建都住字第 0980114608 號函復原告仍維持原處分。綜觀被告第 2 次行政處分之理由、資料，均已於前次訴願程序中提出，並非新事實、新證據，嗣被告又為相同內容之行政處分，顯然違反訴願法第 96 條與司法院釋字第 368 號解釋吳庚大法官協同意見書，而訴願決定就此未予審酌，並駁回原告之訴願，顯非適法等情。並聲明求為判決撤銷訴願決定及原處分。

三、被告則以：

（一）本件原告經管之系爭 3 筆土地，經被告以 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函，認定具公用地役關係屬現有巷道而指定建築線並核發建照在案，原告不服，多次提出異議申復，被告乃分別以 97 年 2 月 4 日屏府建都住字第 0970027292 號函、同年 7 月 11 日屏府建都住字第 0970138497 號函及同年 10 月 20 日屏府建都住字第 0970213310 函復原告，說明依農林航空測量所 64 年間攝影、65 年間繪製之航照圖即繪有系爭現有巷道之存在，供公眾通行使用已達 20 年以上

，是該現有巷道之認定於法應無不合。嗣被告復以 98 年 7 月 1 日屏府建都住字第 0980114608 號函復原告，內容略以：「說明：…三、…本府就本案系爭現有巷道重新審視結果，仍應維持原處分：（一）…該巷道非僅客觀上已因時效關係而成立公用地役關係，且主觀上亦其為供公眾通行而具有公用地役關係之現有巷道，故本府依上開條例規定於 93 年 7 月 13 日以屏府建都字第 0930130726 號函認屬現有巷道並據指定建築線在案。（二）次查本府委由農林航空測量所於 64 年間攝影 65 年所繪製之航照圖繪有旨揭現有巷道之存在，顯然該現有巷道於上述期間之前即已存在，尚有供公眾通行達 20 年以上之情事。…（四）…又本案系爭巷道係屬雙向出口且已興建排水溝，供鄰近居民通行，皆顯示符合司法院大法官釋字第 400 號解釋文。」等語。而就上開被告函文，訴願決定亦予以維持，是原處分於法並無不合。

（二）按 58 年編製之屏東市擴大都市計畫圖，繪有爭議道路存在，該圖顯示系爭巷道於當時係供不特定之公眾通行，由現行中正路通行至信義路之雙向通道，由目前現存兩側老舊眷村足以證明，系爭巷道始於民國初年甚至更久，年代久遠已不可考，通行之初地主並無反對，通行至 58 年間早已因時效取得公用地役權，嗣於 67 年間財政部國有財產局因工程受益費方式取得系爭土地，仍未有反對通行之情事，且 71 年、81 年及 96 年之空照圖均顯示有道路型態存在未曾中斷，該巷道目前仍供不特定之公眾通行，且經指定建築線而顯有存在之必要性。綜觀既成巷道爭議事件大部分為私有土地具有公用地役權而導致爭議，本件系爭土地為國有土地，且具有公用地役權存在，為保障目前巷道兩側已合法取得執照之住戶，基於信賴保護原則，應以維持巷道通行為宜。

（三）又「本件土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項道路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖仍有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不得違反供公眾

通行之目的。原告擅自將已成之道路廢止，改闢為田耕作，被告官署糾正原告此項行為，回復原來道路，此項處分，自非違法。」最高行政法院45年判字第8號判例著有明文。查本件原告所提供之現況圖係由按件計酬人員獨自完成，其現地位置未經丈量，缺乏公信力，且其91年間認定為水泥地部分，92年卻認定為庭院，標準不一，又系爭巷道已具公用地役權事實，於93年間正式認定為現有巷道並指定建築線，便不容原告有妨害公眾通行之行為，其後續有關土地租賃行為，應為原告不查，仍就系爭土地進行錯誤管理，惟不影響系爭巷道為既成巷道之事實，原告如認為該巷道已無存在必要，應經由改道或廢道程序申請廢止等語，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，業據兩造分別陳明在卷，復有被告93年7月13日屏府建都字第0930130726號函、97年2月4日屏府建都住字第0970027292號函、同年6月2日屏府建都住字第0970088889號函、同年10月20日屏府建都住字第0970213310號函、98年7月1日屏府建都住字第0980114608號函、內政部98年4月30日臺內訴字第0980053487號訴願決定書及99年12月22日臺內訴字第0990214496號訴願決定等影本附訴願卷可稽，洵堪認定。本件兩造之爭點為系爭土地是否為具有公用地役關係之現有巷道？茲分述如下：

（一）按「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之。利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾3年者，不得提起。」「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後3個月

內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾5年者，不得申請。」訴願法第14條第1項、第2項及行政程序法第128條分別定有明文。又對於已具有存續力之行政處分，是否重新進行行政程序，原則上由行政機關以裁量決定之。惟在一定情形，依法律規定，當事人有請求行政機關重新進行行政程序之權利時（例如行政程序法第128條），行政機關自應依其請求重新進行行政程序。人民對已不可爭訟之行政處分，請求行政機關予以撤銷或廢止時，其實包含兩項請求；其一，請求行政機關重新進行行政程序；其二，請求行政機關經由重新進行之行政程序，廢棄該原已不可爭訟之行政處分。對上述人民之請求，行政機關如僅對原行政處分為指示，根本拒絕重新進行行政程序，即所謂之「重覆處置」，此一決定雖非實體法之決定，但其內容係拒絕重新進行程序，為程序法上決定，亦即「程序法之行政處分」。反之，行政機關如應人民之請求而重新進行行政程序，並經由該程序為是否廢棄原行政處分之決定，則係對事件再次作成實體決定，亦即所謂之「第二次裁決」。行政機關於實體上作成第二次裁決者，縱然未經明示，實際上亦包含重新進行行政程序之程序上決定。

（二）次按「建築基地面臨計畫道路、廣場、市區道路、公路或合於本自治條例規定之現有巷道者，得申請指定建築線。」「本自治條例所稱現有巷道，係指符合下列情形之一者：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（須從已指定建築線計起）。三、中華民國73年11月7日本法修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，經本府認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。前項第1款所稱供公眾通行之巷道，應由本府就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之。」屏東縣建築管理自治條例第2條第1項及第4條亦有明文。查，訴外人黃靖雯於93年7月12日向被告申請就坐落屏東市街頭段4小段343

地號之建築基地以系爭土地為現有巷道指定建築線，被告所屬建設局遂於同年月 13 日至現場實測，並認定系爭土地為供公眾通行，具有公用地役關係之巷道，而予指定建築線在案乙節，業據被告陳明在卷，復有被告 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函影本附訴願卷（98 年度卷第 49 頁）足稽。嗣至 96 年 9 月 26 日原告發現上開 343 地號土地已建築房屋，並由宏成公司利用系爭土地鋪設高壓磚作為買受 343 地號土地上房屋之住戶出入通行使用，乃請求宏成公司清除系爭土地地上物返還該土地，並繳納使用補償金，宏成公司則以系爭土地已經被告 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函認定為現有巷道，因而拒絕原告之請求，原告乃向被告查詢系爭土地經認定為現有巷道並指定建築線之法令依據及資料，經被告以 97 年 2 月 4 日屏府建都住字第 0970027292 號函覆原告，其係依屏東縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款及第 2 項規定，以 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函認定系爭土地屬現有巷道並據指定建築線在案等情，亦有原告 96 年 9 月 26 日臺財產南改字第 0962505731 號函、同年 12 月 11 日臺財產南改字第 09625064551 號函、宏成公司 96 年 10 月 15 日第 2007-HC-A-034 號函及被告 97 年 2 月 4 日屏府建都住字第 0970027292 號函等影本附訴願卷（98 年度卷第 52-57 頁）為憑。綜上可知，被告係以 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函，認定系爭土地為供公眾通行，具有公用地役關係之巷道，而予指定建築線，原告雖非上開函（行政處分）之受處分人，然因原告為系爭土地管理機關，自屬該處分之利害關係人，而其於 96 年 10 月 15 日經由宏成公司函覆內容知悉上開處分時，距該處分送達生效後已逾 3 年（訴願法第 14 條第 2 項參照），而無法再對該處分為行政救濟。又原告知悉上情後，於 97 年 4 月 29 日以系爭土地依原告歷次勘查資料記載，均作建地使用，並分別向承租人及占用人收取租金及使用補償金在案，不符合現有巷道要件，因此向被告提出異議，並請求註銷相關土地建築執照，被告乃以 97 年 6 月 2 日屏府建都住字第 0970088889 號函覆原告，以被告於 71 年

委由農林航空測量所測繪 1/1000 地形圖顯示已有系爭道路存在，故被告 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函據以認定該道路具有公用地役關係指定建築線，並無誤認，嗣原告請求被告提供上開地形圖，並自行向農林航空測量所調閱系爭土地 71、81、96 年航照圖比對結果，認系爭土地 71 年當時現況為竹林、果園及闊葉林等，並非現有巷道，乃於 97 年 8 月 21 日再向被告提出異議，並請求註銷相關土地建築執照，經被告再查核農林航空測量所於 64 年間攝影 65 年所繪製之航空圖已繪有系爭巷道及上開 71 年委由農林航空測量所測繪 1/1000 地形圖繪有該巷道之圖示，遂於 97 年 10 月 20 日以屏府建都住字第 0970213310 號函覆原告，認其依屏東縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項規定認系爭土地為現有巷道，並無不合等情，此有原告 97 年 4 月 29 日臺財產南改字第 09725014521 號函、原告所屬屏東分處 97 年 7 月 7 日臺財產南屏三字第 0973003439 號函、同年 8 月 21 日臺財產南屏三字第 0973003800 號函、被告 97 年 6 月 2 日屏府建都住字第 0970088889 號函、同年 7 月 11 日屏府建都住字第 0970138497 號函及同年 10 月 20 日屏府建都住字第 0970213310 號函等影本附訴願卷（98 年度卷第 61-71、99 頁）可參。足見原告於 97 年 4 月 29 日、97 年 8 月 21 日分別提出原告歷次勘查資料、現場照片及農林航空測量所關於系爭土地 71、81、96 年航照圖等新證據，向被告提出異議，並請求註銷相關土地建築執照，實有對前揭已不可爭訟之被告 93 年 7 月 13 日屏府建都字第 0930130726 號函（行政處分），請求被告予以撤銷之意思，揆諸前述行政程序法第 128 條規定及說明，上開原告函其實包含兩項請求；其一，請求被告重新進行行政程序；其二，請求被告經由重新進行之行政程序，撤銷該原已不可爭訟之行政處分。原告上開函雖漏未援引行政程序法第 128 條規定，或因承辦人員不闇法令規定，而不知要援引上開法條規定，仍無礙其上開請求之法律上效力。則被告事後就原告所提出之新證據及自行調閱上開農林航空測量所於 64 年間攝影 65 年所繪製之航空圖及 71 年所測繪 1/1000 地形圖為實體審查結果，而以

97 年 10 月 20 日屏府建都住字第 0970213310 號函覆原告，認其依屏東縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項規定認系爭土地為現有巷道，並無不合，顯然被告已依原告之請求而重新進行行政程序，並經由該程序為維持原行政處分之決定，故上開函乃係對系爭土地是否符合屏東縣建築管理自治條例第 4 條第 1 項第 1 款規定具有公用地役關係之現有巷道，再次作成實體決定，亦即所謂之「第二次裁決」。是原告不服前開被告 97 年 10 月 20 日函文，提起訴願，經內政部 98 年 4 月 30 日臺內訴字第 0980053487 號訴願決定以系爭土地迄至 95 年 6 月尚出租予私人使用，且系爭土地是否僅屬供特定人通行之用，而非不特定之公眾通行所必要，被告均未予以詳查，復依 65 年、71 年及 81 年之航照圖，均無法證實現有巷道之存在，被告逕認系爭土地為現有巷道，顯屬率斷等由予以撤銷，並責由被告於 2 個月內另為適法之處理，嗣經被告重新審視結果，於 98 年 7 月 1 日以屏府建都住字第 0980114608 號函覆原告，仍維持系爭土地為現有巷道之認定，原告就上開函循序提起本件行政訴訟，程序上並無不合。被告 98 年 7 月 1 日屏府建都住字第 0980114608 號函說明（三）記載：「・・・惟本系爭現有巷道早於 93 年 7 月 13 日即經本府第（一）點所述理由始以屏府建都字第 093130726 號函即據以認定該現有巷道具有公共地役關係存在並指定建築線在案，惟當時貴處（訴願人）並未就當時處分提出異議，迄至 97 年間始就本系爭現有巷道提起訴願，恐已逾越行政程序法規定，於行政機關依法處分裁定 2 年內如對原處分機關處分不服，始得提起訴願之時效已失，應逕予裁決駁回不受理；惟本案內政部訴願委員會仍准予提訴願並作成訴願決定書判決原處分撤銷，於 2 個月由原處分機關另為適法之處分決定，是否適法，本府認為顯有再審酌之必要。」等語，揆諸前揭法律規定及說明，尚有誤解，而不可採。

（三）又按「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（參照本院釋字第 255 號解釋、行政法院 45 年判字第 8 號

及 61 年判字第 435 號判例）。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。」（司法院釋字第 400 號解釋理由書參照）。綜上司法院解釋理由可知，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，且須經歷之年代久遠而未曾中斷，若僅為特定之多數人通行之便利或省時，或雖通行時間久遠，然現已經中斷通行，亦不能成立公用地役關係。查，系爭土地為原告管理之國有土地，該土地為因應現場被占用現況，及原使用人許彩雲、王瑞玉、陳福仁申購渠等各自占用之土地部分，原告乃於 93 年 6 月 8 日將系爭土地由原屏東市街頭段四小段 287 地號，分割增加 287-1、287-2、287-3 地號土地，業據原告陳明在卷，復有土地登記謄本及原告 93 年 5 月 6 日臺財產南勘字第 0930015831 號函等影本附本院卷（二）（詳見原告 100 年 8 月 31 日準備書狀（一）證物 5、6）可稽。又上開分割後之 287 地號面積 8 平方公尺，在分割前已由訴外人許彩雲占用搭蓋鐵皮車庫，許彩雲於 90 年 6 月 6 日申請租用該土地，復於 91 年 12 月 13 日申請購買該土地，經原告於 90 年 6 月 12 日及 93 年 6 月 17 日兩度至現場勘查無誤，並向許彩雲追繳 5 年（即自 85 年 5 月起）之使用補償金，復於 93 年 10 月 14 日將上開分割後之 287 地號土地讓售給許彩雲等情，亦據原告陳明在卷，復有原告土地勘清查表、使用現況略圖及現場照片等影本附本院卷（二）（詳見原告 100 年 8 月 31 日準備書狀（一）證物 1、4）足稽。另 287-1 地號面積 26 平方公尺，在分割前係由訴外人方木水占用搭蓋鐵皮木造車庫，經原告於 90 年 6 月 12 日及 93 年 11 月 12 日至現場勘查無訛，嗣經屏東縣屏東市公所（下稱屏東市公所）於 94 年 12 月 22 日向被告所屬建設局查報為違章建築，復經原告於 95 年 1 月 25 日函請訴外人方木水停止

占用行為，並儘速自行拆除地上物，方木水乃於同年5月2
4日將上開車庫拆除，返還287-1地號土地給原告等情，亦
有原告90年6月12日勘查現場使用現況略圖、現場照片、9
3年11月12日土地勘清查表、使用現況略圖、95年1月25日
臺財產南字第0950000259號函、287-1地號土地處理明細
表、屏東市公所94年12月26日屏市建字第0940043845號函
及94年12月22日違章建築查報單等影本附本院卷（二）（
詳見原告100年8月31日準備書狀（一）證物1第2、3頁、
證物4第3、5頁、證物8、9、10）為憑。再查，287-2地號
土地經原告分別於90年1月18日、同年6月21日、同年9月2
4日、91年7月18日、92年4月16日及93年6月17日至現場勘
查結果，該土地係由訴外人王瑞玉及陳福仁占用，使用狀
況為玉光巷17、19號庭院、木棚屋、棚架、花圃、水溝，
面積為94平方公尺，王瑞玉及陳福仁並曾因原告追繳該土
地自85年5月起之使用補償金，而對渠等占用範圍生有疑
義，於90年8月22日（收件日期為同年月28日）向原告申
請複勘，復於92年3月6日向原告申請承租渠等占用之土地
，並於同年9月10日與原告簽訂租約租用上開土地，且於
租約第6點特約事項，自承渠等自82年7月21日即占用上開
土地，嗣於93年3月18日王瑞玉及陳福仁向原告申購該土
地，因渠等於同年4月30日將其共有之同段343地號土地及
其上建物即玉光巷17、19號房屋出售給訴外人蘇哲能，並
於同年6月25日向原告申請過戶換約（租約），原告乃於9
3年8月13日與蘇哲能就上開287-2地號土地簽訂租約，並
於同年9月16日註銷王瑞玉及陳福仁就該土地之申購案，
嗣至95年5月1日蘇哲能將其上開343地號土地出售予訴外
人邱智雄，復於同年6月27日向原告申請終止287-2地號土
地租約，經原告於同年7月20日派員勘查結果，287-2地號
土地地上物已拆除，地面為雜草、柏油路、水泥地及水溝
等，乃同意自95年6月27日（申請退租日）起終止租約等
情，此有原告90年1月18日、同年6月21日、同年9月24日
、91年7月18日、92年4月16日及93年6月17日土地勘清查
表、使用現況略圖、現場照片、王瑞玉及陳福仁90年8月2

2日申請書、原告90年9月5日臺財產南改字第0900023594號函、92年3月6日承租國有非公用不動產申請書、92年9月10日92國基租字第000016號國有基地租賃契約書、93年3月18日承購國有非公用不動產申請書、土地及建築改良物買賣所有權移轉契約書、93年6月25日國有非公用不動產過戶換約申請書、公有土地承租轉移協議書、93年8月13日92國基租字第00016號國有基地租賃契約書、原告93年9月16日臺財產南字第0930034226號函、蘇哲能95年6月27日終止國有土地租約申請書、原告同年7月20日會勘紀錄及同年8月17日臺財產南管字第0950035059號函等影本附本院卷（二）（詳見原告100年8月31日準備書狀（一）證物7第1、4頁、證物11第1、3頁、證物13第1-4頁、證物2第1、2頁、證物3第1-8頁、證物4第4、5頁、證物12第1、2頁、證物14、證物15、證物16、證物17第2頁、證物20、證物21、證物22、證物19、證物22、證物23、證物26、證物27）可參。又查，287-3地號土地經原告分別於90年1月18日、同年6月12日、同年8月16日、同年9月3日及98年10月12日至現場勘查結果，該土地其中一部分面積約70平方公尺，係由訴外人邱泰茂作停車場使用，一部分面積50平方公尺由訴外人莊輝煌在其經營之藝術家餐廳後方搭建加強磚造2樓廚房（此部分已追繳自85年5月起之使用補償金，並於98年11月2日自287-3地號分割增加287-4地號出租給訴外人莊輝煌使用），其餘土地為泥土地、水溝及野生榕1棵等情，此有原告90年1月18日、同年6月12日、同年8月16日、同年9月3日及98年10月12日土地勘清查表、使用現況略圖、原告申租主檔查詢作業等影本附本院卷（二）（詳見原告100年8月31日準備書狀（一）證物7第2、4頁、證物28第1、2頁、證物31第1、2頁、證物32第1、2頁、證物4第6、7頁、證物33）可稽。原告100年8月31日準備書狀（一）第12頁稱：邱泰茂占用之停車場係位於287-2地號土地，核與上開土地勘清查表、使用現況略圖不符，故原告此部分陳述，尚非可採，附此敘明。

（四）綜上可知，系爭土地在被告以93年7月13日屏府建都字第0

930130726號函認定為現有巷道前，早已分別被訴外人方木水、王瑞玉、陳福仁、邱泰茂及莊輝煌等人占用，作為車庫、庭院、木棚屋、棚架、花圃、水溝、停車場及廚房等用途，而未作為巷道使用，嗣至95年5月24日方木水將287-1地號土地上之車庫拆除，及訴外人蘇哲能於95年7月20日將287-2地號土地地上物拆除，由鉅成建設股份有限公司於95年9月21日取得在343地號土地建造5戶房屋之建造執照，並建造房屋後，始在系爭土地上鋪設高壓地磚作為巷道使用，此由原告100年8月31日準備書狀（一）所附證物13之原告90年9月24日土地勘清查表及現場照片、證物3之原告92年4月16日土地勘清查表及現場照片、證物26之原告95年7月20日會勘紀錄及現場照片、證物41之原告100年8月1日土地勘清查表及現場照片等資料對照觀之，即可得知。參以原告自行向農林航空測量所調取之系爭土地71、81、96年航照圖（詳見98年度訴願卷第68-70頁），其中71、81年航照圖關於系爭土地位置之顏色明顯較其四周道路之顏色為深，其上顯有植物生長，未作巷道使用，反觀96年航照圖關於系爭土地位置之顏色則與其四周道路之顏色相類似，足見其上已無地上物，已經作巷道使用，核與上開原告勘查系爭土地使用情形相吻合，益證系爭土地早在71年以前即未作巷道使用。至於被告所提出之現場照片均係於本件爭訟中所拍攝，故其所顯示系爭巷道乃為現在之情況，自不足以證明該巷道於93年經被告認定為現有巷道前之使用情形；而被告所提出之71年所測繪1/1000地形圖，僅能證明系爭土地上無建物，尚無法證明該土地當時係作巷道使用；另被告所提出之58年屏東市擴大都市計畫圖及64年間攝影65年間所繪製之航照圖縱使能證明系爭土地曾經被利用作為信義路通往中正路之巷道使用，然觀之前揭71及81年航照圖、原告土地勘清查表及說明，該巷道早在71年之前，即已不再供公眾通行而中斷，核與前述成立公用地役關係之要件不合，則被告於系爭土地中斷通行20餘年後，於93年7月13日以屏府建都字第0930130726號函認定系爭土地為現有巷道，自有違誤，且於98年7月1

日復以屏府建都住字第0980114608號函維持系爭土地為現有巷道之認定，亦有未合。況且，被告所認定之系爭巷道仍係連絡信義路與公益街，而公益街雖為計畫道路連接信義路與中正路，惟目前靠中正路部分現仍有4棟房屋阻隔，尚未開通，致公益街目前為死巷，僅能由信義路進出，業據被告陳明在卷（詳見本院100年5月20日準備程序筆錄第3頁），復有現場照片附本院卷（二）（詳見原告100年10月6日提出之準備書狀（二）所附第1張照片）為憑；又信義路目前可經由公勤一街（與系爭巷道緊鄰）通行至中正路，故系爭巷道既無連接信義路與中正路之功能，而公益街之住戶因可利用公益街自信義路進出，事實上亦無利用系爭巷道之必要，是系爭巷道顯然僅供面臨該巷道之住戶通行便利之用，核與前述成立公用地役關係之要件亦不相符。至於面臨系爭巷道之住戶若無其他通路可供通行，而須利用系爭土地通行，乃屬各該住戶是否得依民法第787條規定主張袋地通行權之問題，尚與公用地役關係無涉，附此敘明。

（五）綜上所述，系爭土地在71年之前，即未供公眾通行，核與前述成立公用地役關係之要件不合，被告98年7月1日屏府建都住字第0980114608號函維持系爭土地為現有巷道之認定，自有違誤。訴願決定予以維持，亦有未合。原告起訴意旨求為撤銷，為有理由，自應由本院將訴願決定及原處分予以撤銷。又本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法核與判決之結果不生影響，爰無逐一論述之必要，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　100　年　10　月　11　日

高雄高等行政法院第三庭

審判長法官　邱　政　強

法官　林　勇　奮

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　100　年　10　月　11　日

書記官　周　良　駿

資料來源：高雄高等行政法院裁判書彙編（100年版）第293-313頁