高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
111年度訴字第13號
115年3月17日辯論終結

原　　告　謝進源
訴訟代理人　林水城　律師
被　　告　高雄市政府水利局

代　表　人　蔡易勳
訴訟代理人　王怡雯　律師

上列當事人間排水溝渠事件，經本院112年8月10日111年度訴字第13號判決駁回原告之訴，原告提起上訴，經最高行政法院112年度上字第683號判決駁回上訴，惟判決理由中指示本院判決關於原告訴之聲明第2項部分漏未裁判，本院補充判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

事實及理由

一、按民事訴訟法第233條第1項規定：「訴訟標的之一部或訴訟費用，裁判有脫漏者，法院應依聲請或依職權以判決補充之。」上開規定，依行政訴訟法第218條規定，於行政法院之裁判準用之。

二、緣原告以其所有○○市○○區道○○段下菜園小段（下稱下菜園小段）1地號土地有環境髒亂及清理不易等情事為由，於民國109年9月21日向被告陳情廢除下菜園小段1地號土地內之水利設施。被告於109年9月30日會同原告至現場會勘，並以109年10月13日高市水利字第10938825100號函檢附現場會勘紀錄回復原告略以：「陸、結論：經現勘該私有土地（即下菜園小段1地號土地）範圍內無公共排水設施，現況既有溝渠屬基地內排水，無具公共排水功能。」嗣後被告接獲當地民眾反映下菜園小段1地號內之流水溝A、B（如附圖所示）現況仍有公共排水功能，但原告卻欲填平A、B；則為

確認A、B排水情形，被告乃於109年12月10日邀集原告、財政部國有財產署南區分署及相關機關單位至下菜園小段1地號、下菜園小段1-3地號及○○市○○區○○段草店尾小段（下稱草店尾小段）256-2地號土地現場辦理會勘（下稱109年12月10日會勘），並作成現場會勘紀錄略以：「陸、結論：一、經當地里長及住戶協助領勘，鳳山區中山路53巷19號（按：係中山路19巷〔下稱19巷〕之誤繕，下同）旁巷道兩旁之地表逕流係沿地下隱蔽之排水路流入鳳山溪，水路流經下菜園小段1地號、1-3地號及草店尾小段256-2地號等土地，故研判該地號上既有排水路有公共使用需求。二、依據高雄市公共排水管理自治條例（下稱排水條例）第10條……及第12條……規定，倘土地所有權人有相關開發使用需求，請向被告提出申請並提送排水改道計畫予被告審查，並由土地所有權人善盡管理權責。」並以110年1月4日高市水利字第10940972500號函（下稱前處分）檢送該會勘紀錄予原告。原告不服前處分，提起訴願，經前訴願決定將前處分撤銷，由被告於2個月內另為處分。被告重新審認並以110年7月22日高市水市一字第11035398700號函(下稱原處分)知原告略以，有關原告所有下菜園小段1地號、草店尾小段255-1地號土地（下合稱系爭土地）經確認具公共排水功能性質，故依排水條例第10、12條規定，倘土地所有權人有相關開發使用需求，可向被告提出申請並提送排水改道計畫予被告審查，並由土地所有權人善盡管理權責等語。原告不服原處分，提起訴願，遭訴願決定駁回，提起本件訴訟，並聲明：「1.確認原告所有坐落下菜園小段1地號土地如附圖所示編號A、B部分及坐落草店尾小段255-1地號土地如附圖所示編號C、D部分之水利設施公用地役關係不存在。2.被告應將上開水利設施填平並給付原告新臺幣(下同)531,590元；並自起訴狀繕本送達翌日起至填平排水設施之日止，按月給付原告44,299元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息。」案經本院以112年8月10日111年

度訴字第13號判決（下稱原判決）駁回後，原告仍不服，提起上訴。經最高行政法院114年11月27日112年度上字第683號判決認原告上訴之主張均無可採，原判決駁回原告之訴，核無違誤；惟原告在本院言詞辯論所為訴之聲明第2項請求判命：「2.被告應將上開水利設施填平……。」部分，本院並未於判決理由論述是否准許，亦未於原判決諭知准駁，此部分核屬漏未判決。是本件關於原告訴之聲明第1項部分，業經本院及最高行政法院判決駁回確定，而應予補充判決者，即上開訴之聲明第2部分。

三、原告就聲明2部分並無理由：

1.按司法院釋字第400號解釋意旨：「憲法第15條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。……。既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償。各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。」係指私有土地因符合既成道路要件而存在公用地役關係時，有關機關應依據法律辦理徵收或給予相當補償，尚非賦予土地具公用地役關係之所有權人主動請求國家為徵收之權利。上述司法院釋字第400號解釋理由書意旨：「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（參照司法院釋字第255號解釋、改制前本院45年判字第8號及61年判字第435號前判例）。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。」所指成立公用地役關係之3項要件，雖係針對私人所有既成道路，然私人土地供水路等排水設施使用之事實，其土地因供排水公益目的之必要，而由公眾使用，其性質與司法院釋字第400號解釋理由書所指之既成道路為不特定之公眾通行所必要，而供公眾通行之性質相似，應可類推適用，惟仍須具備上述3項要件，始得成立公用地役關係。易言之，既成水路成立公用地役關係，應符合下列要件：(1)排水設施（含水路本身）須為供不特定之公眾排水需求所必要者；(2)土地供水路等排水設施使用之初，土地所有權人並無阻止之情事；(3)經歷之年代久遠而未曾中斷。再者，私有土地成立公用地役關係，而為不特定之公眾排水需求之水路，土地所有權人之所有權行使應受限制，其於供公眾通行目的之必要範圍內，有容忍他人使用該既成道路之義務。

2.經查，19巷排水路起於該巷二側，末端各以暗溝(附圖D部分)及明溝形式(附圖C部分)流經草店尾小段255-1地號土地，經(財政部國有財產署所有)下菜園小段1-3地號土地再流至亦屬明溝型態之下菜園小段1地號土地如附圖A、B部分，此水路最終經系爭流水溝地匯入新建之曹公圳綠帶排水溝、鳳山溪，而附圖所示編號A、B、C、D部分之排水路，已符合司法院釋字第400號解釋所述公用地役關係之成立要件等情，如上所述，已據原判決及最高行政法院判決確定在案，則依前揭說明，系爭土地上排水路既具公用地役關係，在供水路排水使用目的之必要範圍內，原告所有權之行使即受到限制，而被告在系爭土地所設之排水設施，核屬為供公眾排水必要範圍內所為之行為，原告本負有容忍之義務，不得請求排除之。從而，原告請求被告應

將上開水利設施填平，並無理由，應予駁回。又本院上開判決已為訴訟總費用之裁判，本補充判決自不另就此部分為訴訟費用之裁判，附此敘明。

四、結論：原告訴請判決如聲明第2項部分，為無理由。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日

審判長法官　黃　堯　讚

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；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（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、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49條之1第1項第3款）。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3項、第4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.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、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，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、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　　115　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　涂　明　鵑