高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
113年度訴字第212號
民國114年10月7日辯論終結

原　　告　黃義和
訴訟代理人　朱冠宣　律師
被　　告　嘉義縣政府
代　表　人　翁章梁
訴訟代理人　陳偉仁　律師
　　陳　明　律師

上列當事人間既成道路事件，原告不服內政部中華民國113年3月27日台內法字第1130004618號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要

緣原告所有坐落○○縣○○鄉○○○段竹圍小段(下稱竹圍小段)80地號土地之北側部分土地(下稱系爭土地，面積20平方公尺)，與其北側相鄰公有道路用地之竹圍小段49地號等土地，經鋪設柏油路面供作義竹鄉頭竹村之東西向村里聯絡道路(下稱系爭巷道)使用。原告於民國111年11月4日提出陳情函向義竹鄉公所請求返還系爭土地，義竹鄉公所依○○縣道路管理自治條例（下稱道路自治條例）第12條第2項規定，於112年4月24日函報被告核認是否屬既成道路。被告審認後，以112年10月30日府建道地字第0000000000號函（下稱原處分）復系爭土地為符合司法院釋字第400號解釋理由所示三要件成立公用地役關係之既成道路，並由義竹鄉公所以112年11月20日義鄉建字第0000000000號函（下稱112年11

月2日函）轉知原告。原告不服原處分，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、依道路自治條例第12條第2項、嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項第1款規定，義竹鄉公所應就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要明確表示意見後，報請被告認定。另依被告公布之現有巷道認定申請書所載，申請人應檢附之資料，包括建築師或測量技師所繪製及簽章確認之道路現況實測地籍圖正本及影本，並應附具基地地號鑑界成果圖影本。然義竹鄉公所報請被告認定之程序，並未檢附上述文件資料或表示意見，被告率然作成原處分，即有違誤。

2、系爭土地不符合司法院釋字第400號解釋理由所指「為供不特定之公眾通行所必要」之要件：

(1)倘有其他替代道路可供不特定公眾通行往來，則無通行人民私有土地之必要。系爭巷道附近居民，部分在竹圍小段137地號巷道之西側，部分在其東側，可各自往東經竹圍小段137地號巷道（寬6公尺），往西經竹圍小段94地號巷道(路寬平均約3公尺)及竹圍小段305之1號地號巷道(路寬6公尺），連接通行至主要道路，可見當地居民及一般往來之民眾進出連通至主要道路，並無通行系爭土地之必要。

(2)系爭巷道與竹圍小段137地號巷道交會處，坐落基地為竹圍小段119、119-1至119-9地號之社區內10戶住戶，在社區內已規劃私設通路可供通往竹圍小段137地號巷道，故系爭社區內10戶居民亦可從竹圍小段137號地號巷道、77地號巷道對外通行至主要道路，亦無通行系爭巷道之必要。

(3)竹圍小段49地號道路土地遭鄰近住戶占用作停車位使用，約20餘坪，已數十年之久，被告只須將遭占用土地追討取回，道路即可拓寬，自無占用系爭土地供作道路使用之必要。

3、系爭土地北側之竹圍小段49地號土地為道路用地，於74年土地重劃後，土地向北移動，被告未依農地重劃條例第28條規

定，辦理土地交接予重劃分配後土地所有人，致未將舊有道路移至重劃後新分配之道路用地，可見系爭土地供作道路使用，係被告違反農地重劃條例第28條規定之行政不作為所造成。

(二)聲明：

1、先位聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

2、備位聲明：確認原告所有坐落竹圍小段80地號土地如嘉義縣朴子地政事務所(下稱朴子地政)114年4月10日收件繪製土地複丈成果圖編號A部分面積20平方公尺公用地役法律關係不存在。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、依改制前林務局農林航空測量所歷年航空攝影圖，可知系爭土地所在之系爭巷道沿線，在竹圍小段49地號土地兩側，有許多住家聚落存在，系爭土地作為道路供公眾通行之情況存在已有數十年之久。另依○○○○○○○○○○（下稱朴子戶政）112年8月10日嘉朴戶字第0000000000號函（下稱112年8月10日函）檢附道路門牌編定資料，可知早在35年至82年之間，至少即有13戶居住於該處，可見系爭巷道供多數民眾所通行之事實。又依原告提供之現場錄影、照片，可見土地路面鋪有瀝青，並設置路燈、電線桿等設備，確係供公眾使用道路且由政府機關管理維護無疑。

2、依航空攝影圖及周圍道路網路，一般公眾及當地住戶通行往來，必須經由系爭巷道，並無其他替代通行之方法，應屬供公眾通行所必要。原告主張位於系爭巷道與竹圍小段137地號巷道交會處有社區住戶10戶，已在社區內已劃設私有通道可供直接通往竹圍小段137地號巷道，而無須行經系爭巷道。然此為地主劃設之私有通道，一般公眾不能迴避系爭巷道而通行此路。況門牌義竹鄉頭竹村頭竹圍31號住戶，其住處前水溝外緣已占用竹圍小段49地號巷道土地大半部，往來行人車

輛必須利用竹圍小段80、81地號土地部分面積，始能正常通行使用。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

被告依道路自治條例第12條第2項所為原處分，認定系爭土地為符合司法院釋字400號解釋理由所示三要件之成立公用地役關係的既成道路，是否適法？

五、本院的判斷：

(一)前提事實：

如事實概要欄所載等情，經兩造分別陳述在卷，並有原告111年11月4日陳情書（附訴願卷第109頁）、義竹鄉公所112年4月24日義鄉建字第0000000000號函(第21頁)、竹圍小段49地號及80地號土地登記謄本（第33頁、第395頁）、原處分(第23頁)、義竹鄉公所112年11月20日函(第99頁)、訴願決定（第27頁）附本院卷為證，應可信為真實。

(二)應適用的法令：

1、道路自治條例

(1)第2條：「本自治條例所稱之道路，○○縣○○○○道、鄉道、市區道路、專用公路、村里聯絡道路、農路、現有巷道，及其必要附屬設施。」

(2)第3條：「自治條例用詞，定義如下：一、村里聯絡道路：指都市計畫區外供公眾通行之道路。但不包括專用公路、農路。……。」

(3)第4條第1、2項：「（第1項）本自治條例所稱主管機關為嘉義縣政府，依道路屬性劃分權責單位如下：……。（第2項）本自治條例所稱管理機關（單位）如下：……二、市區道路、村里聯絡道路、現有巷道、原住民部落聯絡道路、農路等為各該所轄鄉（鎮、市）公所。……。」

(4)第12條：「(第1項)私人土地供公眾通行，具公用地役關係而為既成道路者應繼續從來之使用 ，土地所有權人不得違反公眾通行之目的而佔用或破壞。若有上列情事，道路管理機關

（單位）應先為必要之改善、養護及使用，必要時得報請主管機關或警察機關依道路交通管理處罰條例辦理，並得移送法辦。(第2項)前項所稱供公眾通行，具公用地役關係而為既成道路，應由管理機關（單位）就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要明確表示意見後，再報請主管機關認定。但若為建築線指定，涉有本縣建築管理自治條例第4條第1項第1款所稱既成道路之認定，應由管理機關（單位）會同建管單位明確表示意見後，再報請主管機關認定。」

2、嘉義縣建築管理自治條例第4條第1項：「本自治條例所稱現有巷道包括下列情形：一、○○縣道路管理自治條例所稱之既成道路。……。」

(三)先位聲明部分：

1、原告提起撤銷訴訟，訴訟類型之選擇並無錯誤：

(1)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……。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。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不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」司法院釋字第400號解釋理由書闡釋甚詳。是以，既成道路成立公用地役關係，須具備：1.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.須經歷之年代久遠而未曾中斷。3.於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事。而道路自治條例第12條第1、2項所稱應由道路管理機關報請主管機關認定之「供公眾通行，具公用地役關係而為既成道路」，即為司法院釋字第400號解釋理

由書所指成立公用地役關係之既成道路，自須符合上述解釋理由書所揭示之三要件。

(2)依道路自治條例第12條第1項及2項、第4條第1項及2項規定意旨，可知○○縣○村里○○道路是否屬具公用地役關係之既成道路，應由道路管理機關即所轄鄉公所調查並明確表示意見後，報請主管機關即被告認定。而竹圍小段第49、80、81地號土地交界地段均位於非都市土地範圍，並無都市計畫道路之設置規劃，有被告114年5月13日府經都字第0000000000號函（本院卷第297頁）可稽，足認系爭巷道為都市計畫區外供公眾通行之道路，屬道路自治條例第3條定義之「村里聯絡道路」。是以，被告審酌義竹鄉公所陳報之調查意見，就爭議之系爭土地是否符合上述三要件予以審查結果，依道路自治條例第12條第2項所為成立公用地役關係之決定，就土地所有權人對該部分土地之使用收益權能，直接發生限制之法律效果，使其權利受到損害，核屬依道路自治條例第12條第2項作成之確認性行政處分。從而，原告不服原處分，經訴願程序後，提起撤銷訴訟，尚屬有據。

2、系爭土地符合既成道路成立公用地役關係之上述三要件：

(1)系爭土地為供不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利及省時：

①經查，系爭巷道現況鋪設有瀝青柏油路面，兩側畫有寬面白實線，單側設有排水溝（蓋）、電線桿及路燈等公共設施，於該巷道路與其他巷道口交叉處，則劃有黃線、設置禁止停車標誌牌。而系爭土地經測量結果，面積20平方公尺，位於系爭巷道之柏油路面範圍內，在原告於竹圍小段80地號土地所設置磚造圍牆之外，北側鄰接竹圍小段49地號道路土地等情，有被告派員113年8月23日拍攝巷道路況錄影光碟經本院準備程序當庭勘驗筆錄（第274-275頁）、114年5月19日系爭土地現場勘驗筆錄（285頁）及現場照片（327-331頁）、朴子地政複丈成果圖所示A部分（第325頁）附本院卷為證，足認系爭土地位於原告所興建磚造圍牆外之系爭巷道柏油路

面，供作道路使用，且設置有完整之道路公共設施。又義竹鄉公所就該鄉頭竹村村內道路委託廠商維修養護，工程名稱為「110年度○○縣○○鄉○○村人文據點串聯及周邊道路改善工程」，包括系爭巷道在內，然於維修前發現該路段已被其他單位先行施作，其餘部分則委託由蓊蘴工程顧問有限公司施工完竣等情，有義竹鄉公所113年9月12日義鄉建字第0000000000號函附該工程施工位置圖及竣工圖（本院卷第205、227-228頁）為證，足認系爭巷道由義竹鄉公所管理維護，係供公眾通行為公益所必要之道路。

②系爭巷道沿線附近所涉之住戶門牌，有義竹鄉頭竹村頭竹圍28、29、31、32、46、57、58、60、66號（以上9戶為35、36年設籍）、義竹鄉頭竹村頭竹圍65、59號（以上2戶為64、72年設籍）、義竹鄉頭竹村頭竹圍30號之3、30號之9（以上2戶82年設籍），此有朴子戶政112年8月10日函（本院卷第115頁）附「義竹鄉頭竹圍段竹圍小段80、81地號所涉道路門牌編定資料」及國土測繪圖資服務雲影像圖數幀（本院卷第117-133頁）為證。再觀諸上述圖資服務雲影像圖及交通路線圖（本院卷第311頁），系爭巷道與竹圍小段94、137、77地號巷道相連通，可○○縣○000○○鄉道嘉30、27線等主要道路，形成完整的交通路網。由現實之地理環境及當地居民交通需求與依賴關係整體觀之，系爭巷道除供該巷道附近住戶居民通行對外聯絡外，其他不特定之外地民眾因從事社交、訪友、經濟及工商活動（例如鄰居朋友、郵務包裹、水電、瓦斯），亦有通行其間之必要。又依朴子地政複丈成果圖所示，系爭土地A部分呈三角形，最寬處為1.8公尺，恰為系爭巷道該處柏油路面（從磚造圍牆至柏油路外緣）之寬度，已達該處含水溝蓋路寬3公尺之大半部分，可知往來行人車輛倘不利用系爭土地通行系爭巷道，實無法正常通行使用，足認系爭土地非僅供巷道內住戶於村里聯絡道路間為通行之便利或省時，確有為供不特定之公眾通行所必要。

③原告雖主張位於系爭巷道與竹圍小段137地號巷道交叉路口處，坐落竹圍小段119地號等10戶社區住戶及附近居民可經由該社區之私設通道，或分別向東經竹圍小段137、77地號巷道、向西經竹圍小段94地號巷道對外通行至主要道路，非無替代道路，可見系爭土地並非供公眾通行所必要云云。惟查，原告所指該社區內之私設通道，依原告提出之平面圖所示（本院卷第371頁），既非供公眾使用之道路，系爭巷道沿線其他住戶或途經該處外地訪客，無從進入社區通行該私有通道，仍須藉由通行系爭巷道才可以連通各村里聯絡道路，可見該私有通道尚難替代該路段之系爭巷道。又倘依原告主張系爭巷道附近居民，只能分別向東、向西通行，豈非阻絕系爭巷道東西側居民之雙向往來。而系爭巷道可連通鄰近村里巷道形成完整的交通路網，構成交通網路之重要幹道，已如前述，自屬供當地居民、來往該地不特定人通行所必要。依原告所主張將破壞上述交通路網之完整性，顯未顧及當地居民仍有經由系爭巷道，東西向往來通行之必要，亦未顧及外地訪客或途經該地外地人亦有通行系爭巷道之必要，尚無可採。

(2)系爭土地供公眾通行經歷時日長久，使用期間已達數十年以上，且未曾中斷：

依原告111年11月20日向被告提出之陳情函，自陳：「三、本案系爭路段之80、81地號上的圍牆係於民國47年或48年向朴子地政事務所申請，由股長陳中政率員前來測量鑑界後興建……。」等語（本院卷第88頁），可知原告於47、48年間興建磚造圍牆時，即未將系爭土地納入圍牆之內，顯見自該時起，就該部分土地與圍牆內土地之使用目的及管理強度即有差別。又依改制前林務局農林航空測量所63年2月14日、74年12月12日、80年2月24日、87年12月27日、95年6月14日、111年4月26日航空攝影圖（本院卷第259-267頁、訴願卷第37頁），顯示自63年起，系爭巷道已形成明顯的東西向路型，與現今路型相一致，且迄今仍供作道路通行使用，足

認其供作道路通行使用歷時久遠，符合已達數十年之久且未曾中斷之要件。

(3)系爭土地於公眾通行之初，原告未有反對或阻止之情事：

原告於47、48年間，興建磚造圍牆時，將系爭土地摒除在圍牆之外，已如前述，則一般公眾即有從圍牆外土地通行路過之可能性。再者，原告並未主張，亦未提出何時有反對或阻止他人通行之具體證據以供查證。準此，難認原告於公眾通行之初有反對或阻止之情事。

(4)依上所述，系爭巷道內之系爭土地確已符合司法院釋字第400號解釋理由所闡述既成道路成立公用地役關係之三要件，被告依道路自治條例第12條第2項規定作成原處分，並無違誤。

3、原告雖主張義竹鄉公所未依道路自治條例第12條第2項規定明確表示意見，亦未依被告公布之現有巷道認定申請書，記載應檢附之資料，並提出建築師或測量技師所繪製及簽章確認之道路現況實測地藉圖正本及影本，並附具基地地號鑑界成果圖影本，被告即率然作成原處分，違反道路自治條例第12條第1、2項規定程序。又因74年間土地重劃機關有未依農地重劃條例第28條規定辦理重劃後分配土地交接之違法，致系爭遭占用為道路云云。惟查：

(1)道路自治條例第12條第2項固規定道路管理機關就既成道路之寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要明確表示意見後，報請主管機關認定。惟管理機關提供意見之目的，無非作為主管機關形成決定之參考資訊。而主管機關作成決定前，就管理機關陳報之意見，倘有所疑義，非不能自行調查或請管理機關再行調查後陳報。故道路管理機關就其陳報之資訊內容，只須「明確表示意見」即可。經查，義竹鄉公所112年4月24日陳報函載明「二、經查本鄉頭竹圍段竹圍小段81及80地號部分私有土地(如附件一綠框斜線處），路面已鋪設瀝青(註：旁有側溝）……符合為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省之要件。三、其次據

多位村民表示該道路已存在久遠，另依林務局農林航空測量所……航空攝影圖，其道路存在多年未曾中斷……且土地供公眾通行之初，未曾接獲土地所有權人阻止之情事。」等語（本院卷第21頁），足認其就上述應調查事項，已敘明事實並明確表示其意見，並無違反道路自治條例第12條第2項規定程序。

(2)被告所為原處分，雖未將認定具公用地役關係之土地位置及面積完整載明，惟依原處分之說明三所載「本案經貴所查明，義竹鄉頭竹圍段竹圍小段80及81地號部分私有土地，路面已鋪設瀝青（旁有側溝）」等語，可知認定之位置及面積，即為鋪設瀝青之柏油路面，應屬可得確定。況上開情形與未記明理由之情形有間，且於本院囑託朴子地政測量時，被告指明其原處分認定之範圍，經測量員鑑測製有系爭複丈成果圖，標明系爭土地範圍及其面積為A部分面積20平方公尺，最寬處為1.8公尺，足認已為理由補正，難謂內容仍有不明確，核與處分明確性原則無違。況原告就被告指示測量之結果，未予爭執，則其理由之補正，核不妨礙原告之攻擊、防禦權利，基於訴訟經濟原則，本院自得依測量結果所補正之面積及位置為審酌（最高行政法院110年度上字第137號判決意旨參照）。

(3)被告公布之現有巷道認定申請書（本院卷第31頁），係針對為申請指定建築線，而先行申請認定建築基地臨接土地為現有巷道而設。此觀諸其載明「為辦理……需要，須申請基地地號座落……地號前臨接之……地號等……筆土地為『現有巷道』，惠請貴所辦理現有巷道認定」「注意事項：……5.如涉及土地糾紛，而導致建築線指示有誤，申請人（委託人）願負一切民、刑事法律責任。」等語即明，並非申請「認定既成道路成立公用地役關係」之申請書，兩者尚有不同，原告主張義竹鄉公所未依「現有巷道認定申請書」申請云云，容有誤會，並無可採。至於土地重劃機關有無依農地重劃條例第28條規定就重劃區內經重劃分配之土地辦理交

接，核與系爭土地是否符合司法院釋字第400號解釋理由所闡述三要件之判斷，並無關涉，原告此部分主張，亦無可採。

(四)備位聲明部分：

原告不服被告認定系爭土地成立公用地役關係之原處分，提起撤銷訴訟即可達其權利救濟目的，且原告已提起撤銷訴訟，經本院審認判斷，已如前述。是以，依行政訴訟第6條第3項確認訴訟補充性原則，原告自不得就「系爭土地A部分20平方公尺公用地役法律關係不存在」乙節提起確認訴訟，就此備位聲明，即非合法。再者，系爭土地符合司法院釋字第400號解釋理由所闡述既成道路成立公用地役關係之三要件，已如前述，基於同一理由，原告此部分聲明，亦屬無據，應併予駁回。

(五)綜上所述，原告之主張，均無可採。原處分及訴願決定，並無違誤。原告先位聲明訴請撤銷訴願決定及原處分，備位聲明訴請確認公用地役關係不存在，均為無理由，應予駁回。本件判決基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，並無逐一論述之必要，併此敘明。

六、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　28　　日

審判長法官　孫　奇　芳

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　　114　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　周　良　駿