# 臺中高等行政法院判決

111年度訴字第277號
112年4月26日辯論終結

原　　告　梁麗蘭
被　　告　南投縣政府
代　表　人　許淑華
訴訟代理人　呂秀梅　律師
被　　告　南投縣竹山鎮公所

代　表　人　陳東睦
訴訟代理人　柯怡志

上列當事人間巷道爭議事件，原告不服南投縣政府中華民國111年11月4日府行救字第1110259819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

壹、程序方面：

一、被告○○縣政府之代表人於原告起訴後，由林明溱變更為許淑華，並經變更後之代表人許淑華具狀聲明承受訴訟，有該聲明承受訴訟狀附卷可稽，核無不合。

二、行政訴訟法第111條第1項、第2項規定：「(第1項)訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。(第2項)被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。」原告起訴時原聲明：訴願決定及現有巷道之原處分撤銷。嗣於本院112年3月16日準備程序變更聲明為：⑴被告○○縣政府111年5月31日府工土字第1110130683號函（下稱111年5月31日函）撤銷。⑵訴願決定及被告○○縣竹山鎮公所

（下稱竹山鎮公所）111年6月6日竹鎮工字第1110012767號函（下稱原處分）均撤銷。⑶訴訟費用由被告負擔。其後，原告於言詞辯論期日再變更聲明為：⑴訴願決定及原處分均撤銷。⑵訴訟費用由被告負擔。被告對於原告所為訴之變更無異議，而為本案之言詞辯論，視為同意變更。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

緣被告竹山鎮公所因竹山里辦公處陳情竹山鎮下橫街56-11號（坐落○○縣菩提段第430地號土地，下稱系爭土地）住戶（即原告梁麗蘭）於該址旁所臨之巷道（下稱系爭巷道）修築圍牆而有損壞及侵占道路情事，被告竹山鎮公所遂以民國111年5月16日竹鎮工字第1110011112號函（下稱111年5月16日函）詢被告○○縣政府，關於系爭巷道之屬性，經○○縣政府以111年5月31日函復系爭巷道屬○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道，案經被告竹山鎮公所現場勘查後，依○○縣道路管理自治條例第12條規定，於111年6月6日以原處分函請原告於函到14日內改善並回復道路原狀，原告於111年6月7日具陳情書主張應待由法院審理系爭巷道究為現有巷道與否後，再決定是否拆除圍牆，被告竹山鎮公所再以111年6月10日竹鎮工字第1110013205號函復原告得依限提起訴願。原告提起訴願，經○○縣政府111年11月4日府行救字第1110259819號訴願決定（下稱訴願決定）駁回。原告仍不服，於是提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.築圍牆是在原告之法定空地上，有地政鑑界為憑，並未越界，且有依規定在建築基地內以磚木混凝土等造圍牆，牆身厚度不得小於19公分，牆身高度不得超過3公尺，土地謄本亦有註明法定空地，依大法官解釋私人法定空地並不成立公共地役關係，被告及竹山里里長曾鈺琄對於利用法定空地通

行，並無公法上權利或法律上利益，此部分被告欠缺權利保護必要：

⑴按司法院釋字第400號解釋文意旨可知，公用地役關係之成立僅在限制土地所有權人，使其受拘束，不得反於公眾通行之目的而使用其土地，並無相對應之享受公用地役關係之權利人。公用地役關係是因為不特定公眾之通行而成立，乃基於公眾利益存在，一般不特定之用路人利用具公用地役關係之巷道通行，只是反射利益的結果，非本於其權利或合法利益所生，被告及曾鈺琄尚無權將其他私人所有土地認定為具有公用地役關係既成巷道之公法上權利，亦不得主張對於具有公用地役關係之既成巷道有任何權利或法律上利益。且原告之土地謄本註明有部分法定空地，既然為法定空地，即不可能成立公用地役關係，因此公用地役關係不成立。

⑵該法定空地上皆為原告所種之樹木，原告須利用該地修剪及打掃，且原告有使用執照的建築依據，應可認原告與該地之利用具有相當程度依賴關係，而有法律上之利益。至於被告縱可利用該法定空地旁之系爭巷道通往馬路，亦僅係通行便利而產生之反射利益，難認與該巷道有何相當程度依賴關係，縱有依賴該巷道執行法定職務之必要亦然。因此，被告欠缺權利保護必要。

2.該法定空地亦不符合公用地役關係之要件：

⑴參照前述司法院解釋意旨，成立公用地役關係必須具備必要性、和平性、長久性三項積極要件，且未有依建築法規留設之法定空地、建築基地內通路、開放空間等之消極要件情形，方能成立公用地役關係。然該地屬依建築法規留設之法定空地，即不可能成立公用地役關係。又是否為通行之必要雖涉及土地所有人、道路沿線居民間利益之權衡，並不能僅單一考量現行通行者之便捷（最高行政法院92年度判字第1124號判決意旨參照）。

⑵就該法定空地所指建築線指示圖、道路養護等資料部分，建築主管機關基於事物管轄權，於依法指定建築線時，固有依當時事證，認定事實以執行其職務之權限，然建築主管機關為建築線指定時所認定之事實，並不能拘束法院對是否存在公用地役關係之判斷。基此，曾經建築主管機關認屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道，而為建築線之指定者，於是否有公用地役關係存在為爭訟時，法院仍應依法為證據之調查，並為事實之認定（最高行政法院103年度判字第423號判決、108年度上字第925號判決意旨參照）。本件被告載稱「○○縣政府（75）投縣建管（造）字第933-939號、（75）投縣建管（造）字第821號及（105）投府建管（造）字第00307號等建築使用執照在案，……建築線指示圖顯示菩提段430地號土地旁即有現在巷道在案，……。」等語，除前述75年案、105年案外，並未見被告○○縣政府提出其餘建築執照申請案之相關建築線指示圖以供核實，且該兩案之建築線指示，亦不拘束法院對於該法定空地是否成立公用地役關係之認定，自不因此法院即應認在系爭巷道範圍內之該法定空地已成立公用地役關係。而如前所述，已難認利用該法定空地通往對外馬路，為不特定公眾通行所必要，且系爭巷道亦很暢通，更無從認該法定空地為不特定之公眾通行所必要，是關於建築線指示圖等資料，尚無從為有利於被告之認定。至關於道路養護一節，僅能證明包含法定空地在內之巷內供為道路使用，並無法證明該地已成立公用地役關係，是此部分亦難認被告之主張為可採。

⑶原告於78年間購買系爭土地及菩提段411建號建物，是否知悉巷內係作為道路使用，與是否知悉該法定空地作為道路使用，乃屬二事。且所謂於公眾通行之初土地所有權人並無阻止之情事，自應以土地所有權人知悉其土地以供公眾通行之事實，而仍不為反對或阻止，始足當之，若不知悉，自無阻止與否之可言。本件並無事證證明原告及系爭

土地之前所有權人已有知悉該法定空地已供巷道使用之情事，難認已符合公用地役關係之要件，且系爭巷道是否為公眾所通行，亦不生影響。

3.被告及里長曾鈺琄並非該法定空地之所有權人，僅屬得利用系爭巷道通行之一般不特定民眾，其逕以原告侵占馬路為由，先後處以道路交通管理處罰條例、後又改處違建。惟本件認定該法定空地屬現有巷道之處分尚未確定，自無因成立公用地役關係而產生應供公眾通行之義務，既未有已確定成立之公用地役關係，則無就該未確定之公用地役關係所得主張權利或法律上利益受侵害之人。

4.該法定空地兩側僅有下橫街56-11號門牌建物，且該建物門口面向大馬路，非面向系爭巷道，被告固認巷內兩側之居民、親友、洽公之人員，須以該巷道作聯外道路，惟實際上僅係供該巷內兩側住戶（共5戶門牌）通行之便利，且大多數已無居住，且已有系爭巷道可通行，是否可認有通行該法定空地之必要，甚有疑義，並不符合前述司法院解釋之供不特定之公眾通行所必要之要件。被告認定現有巷道之範圍係該法定空地，非指巷內全部巷道，然該地兩側並無存在須經由該道路通行之住戶，已如前述，通行之住戶係位於系爭巷道之中、尾端，不可與是否有通行該法定空地之必要性，混為一談，該法定空地並非道路用地，一直為原告的建地。被告○○縣政府把原告之法定空地當成現有巷道，卻未依法審查是否具備現有巷道之要件，法院應職權調查之。況且，原告於111年初於該法定空地初築圍牆，迄今已中斷通行逾11個月，已喪失原有道路功能，亦不能再成立公用地役關係。

5.系爭土地不具備現有巷道要件，且被告並未檢附該法定空地之土地使用權利之證明文件，既然無土地使用權利之證明文件，亦有違反臺灣省建築管理規則（已廢止）第4條之規定，應依法撤銷原處分。

6.一般不特定人民及被告僅具有可通行該系爭土地之反射利益，尚無請求通行或認定為既成道路之公法上權利及不得侵

入民宅：

⑴因竹山里辦公處曾鈺琄請求被告○○縣政府及竹山鎮公所對系爭土地之請求予以回復，然因一般路人並無請求「認定他人私有土地為既成道路」之公法上權利存在，則被告之陳述及理由之說明，未對原告之權益發生具體之法律效果，即非行政處分。再者，縱使認為系爭土地係具備公用地役關係之既成巷道，惟被告等所以得通行系爭土地，乃因公用地役關係所附隨而生之反射利益，並非基於被告有何通行之公法上權利或法律上利益，則其訴請確認系爭土地公用通行地役關係存在，即屬欠缺訴之利益，無權利保護之必要。

⑵經行政機關認定具公用地役關係之現有巷道，並非一成不變，如因地理環境或人文狀況改變，喪失其原有功能；或已無繼續供公眾通行之必要時，參照司法院釋字第255、400號解釋意旨，主管機關自得依職權廢止之，方符合憲法保障人民財產權之意旨。至有無繼續供公眾通行之必要，應徵求土地所有權人同意，此乃客觀之事項，與主觀認知無涉。當地居民並無系爭土地通行權，又因無尾巷，並無公眾通行，且巷道暢通，巷內住戶並無須經由系爭土地通行，被告並非所有權人，無權利用系爭土地，且系爭土地係原告之信託土地（建地），並非道路用地等語。

㈡聲明：⑴訴願決定及原處分均撤銷。⑵訴訟費用由被告負擔。

三、被告竹山鎮公所答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.系爭巷道為單向出口之單一出入道路（無尾巷），其沿線居民對其具有通行之倚賴及必要性，按最高行政法院101年度判字第124號判決意旨，系爭巷道除提供巷道內住戶通行之外，亦為其他與上開住戶交往之鄰右、親友或洽辦事務等不特定公眾通行之必要。被告竹山鎮公所於111年5月12日接獲竹山里辦公處竹山里字第111109號函，即系爭巷道沿線居民

及里民反映原告擅自修築圍牆有阻礙通行等情。質言之，不應拘泥於系爭巷道沿線居民之人數，而應將系爭巷道各個面向之社會功能，如親友互訪等事實上需求皆納入考量，故難謂系爭巷道即無供不特定公眾通行之必要。

2.原告陳稱被告竹山鎮公所「逕行認定現有巷道」之情事，實有誤解。○○縣○○○道認定權限係屬被告○○縣政府，被告竹山鎮公所111年5月16日函報請被告○○縣政府協助查明系爭巷道究否屬現有巷道，後接獲被告○○縣政府111年5月31日函說明系爭巷道確為○○縣建築管理自治條例所稱「現有巷道」之函復。按行政程序法第110條第3項規定，行政處分具有構成要件效力，即有效之行政處分，處分機關以外之國家機關，包括法院，除非是有權撤銷機關，應尊重該行政處分，並以之為行為之基礎，因而有效行政處分（前行政處分）之存在及內容，成為作成他行政處分（後行政處分）之前提要件時，前行政處分作成後，後行政處分應以前行政處分為其構成要件作為決定之基礎（法務部109年2月25日法律字第10903503170號函釋意旨參照）。基於被告○○縣政府認定系爭巷道係現有巷道之基礎下，此確認處分已具構成要件效力，被告竹山鎮公所認定原告擅自修築圍牆之行為有阻礙通行之虞，依法以原處分責令原告於文到後14日內改善，回復道路原狀之處分，於法並無違誤等語。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、被告○○縣政府答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告起訴主張系爭土地部分經被告○○縣政府恣意違法列為現有巷道，被告竹山鎮公所未查，逕行認定原告於自有系爭土地修築圍牆，有違反○○縣道路管理自治條例第12條規定，顯有侵害其財產權益請求撤銷原處分云云：惟建築法上之地方主管機關依建築法指定建築線，乃為須人民申請此一協力始能合法作成之行政處分。按建築法第51條（突出之例外）規定：建築物不得突出於建築線之外。○○縣道路管理

自治條例第12條規定：「公共道路不得擅自建築、使用或破壞。有前項情事，管理機關應責令行為人恢復原狀並限期改善；……」○○縣建築管理自治條例第16條第2項規定：「前項之現有巷道不得擅自阻礙或破壞通行。如有擅自阻礙或破壞通行者，由道路主管機關裁處。」分割前系爭土地（75年8月8日分割登記）與同地段435地號土地，於75年5月17日核發（75）投縣建管（造）字第933～939號建造執照及地盤圖在案，周邊同地段段436地號土地於77年5月16日核發（77）投縣建管（造）字第821號建造執照在案，同地段427地號土地於105年7月29日核發（105）投府建管（造）字第307號建造執照在案在案，根據上開3份建築執照地盤圖、建築線指示圖顯示系爭土地旁即有系爭巷道在案。因系爭土地與435地號土地為基地取得之建物建築執照，依75、77年之臺灣省建築管理規則第5條規定，系爭土地之基地以435地號土地中心線為準，兩旁土地（包括系爭土地內之部分土地）退讓合計4公尺之邊線為建築線，自75年至105年至原告起訴前後三十餘年間，供門牌號碼：下橫街66、56-12、56-13、56-14、56-15、68等戶通行。

2.原告爭執系爭土地之部分土地供公眾通行，乃係根據「○○縣政府（75）投縣建管（造）字第933～939號建築執照」地盤圖所示，該通行使用部分屬於○○縣道路管理自治條例第3條第4款規定「本自治條例所稱中央機關管理外之公共道路如下：……四、○○縣建築管理自治條例認定之現有巷道。」之現有巷道，即是以○○縣建築管理自治條例第16條第7款規定「本自治條例所稱現有巷道，現況平均寬度應為2公尺以上，且路面應鋪築適當之硬鋪面，並符合下列情形之一者：……七、中華民國90年5月4日本自治條例公布前，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○○市容觀瞻。」

3.按市區道路條例第2條第1款、行為時建築技術規則建築設計施工編第1條第36款「道路：指○○市計畫法或其他法律公

布之道路（得包括人行道及沿道路邊綠帶）或經指定建築線之現有巷道。」規定可知，○○市計畫法公布或經指定建築線之現有巷道(包含私人土地因時效完成而成立有公用地役關係之既成道路，或依建築法規定由土地所有權人提供土地作為公眾通行之道路)，○○市區道路，縱○○市區道路尚未依法徵收而仍為公共設施保留地，該土地所有權人當然即負有容忍供公眾通行之公法上法律效果，而該物上容忍義務因私法所有權移轉時，對繼受人亦得主張。原告自稱其78年間買受系爭土地及其上建物411建號房屋，該時430地號指定建築線部分即供巷道通路使用，其有容忍義務，而不得有阻礙其通行之用行為。

4.依○○縣道路管理自治條例第9條第1項、行政程序法第110條第3項規定，及法務部109年2月25日法律字第10903503170號函釋意旨，系爭巷道業經道路主管機關（即○○縣政府）確認為現有巷道，此確認處分已具構成要件效力，原處分機關（即被告竹山鎮公所）為道路管理機關，乃本於道路主管機關所確認之事實基礎，基於維護道路公眾通行所為之管理行為，尚無涉及系爭巷道屬性之認定權限。且本件有違反行政訴訟法第4條第1項，或同法第5條第2項規定之情形，即有對非行政處分提起撤銷訴訟，或對非依法申請案件提起課予義務訴訟，均屬起訴不備要件，且情形均無法補正，依照行政訴訟法第107條第1項第10款規定，應以裁定駁回等語。

㈡聲明：原告之訴駁回。

五、爭點：

㈠系爭土地部分原屬系爭巷道之部分，是否屬○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道？

㈡被告○○縣政府111年5月31日函認定系爭巷道（含部分系爭土地）為○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道，是否違法？原告對被告○○縣政府認定系爭巷道屬現有巷道之處分，未經訴願程序，逕以○○縣政府為被告，是否合法？

㈢原告擅自於系爭巷道建築圍牆，被告竹山鎮公所依據○○縣道路管理自治條例第12條規定，以原處分限期原告文到後14日內改善，恢復系爭巷道原狀，是否適法？原告訴請撤銷訴願決定及原處分，是否有理由？

六、本院的判斷：

㈠前提事實：

緣被告竹山鎮公所因竹山里辦公處陳情系爭土地住戶（即原告）於系爭巷道修築圍牆而有損壞及侵占道路情事，乃以該公所111年5月16日函詢被告○○縣政府，關於系爭巷道之屬性，經被告○○縣政府111年5月31日函復系爭巷道屬○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道，案經被告竹山鎮公所現場勘查後，依○○縣道路管理自治條例第12條規定，於111年6月6日以原處分函請原告於函到14日內改善並回復道路原狀。原告不服原處分，提起訴願，經訴願決定駁回等情，有被告竹山鎮公所111年5月16日函、被告○○縣政府111年5月31日函、原處分、訴願決定書等附卷可佐（本院卷27、45、105、116-118頁），堪認此部分事實為真實。

㈡按建築法第2條第1項規定：「主管建築機關，在中央為內政部；在○○市○○市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第101條規定：「○○市、縣（市）政府得依據地方情形，分別訂定建築管理規則，報經內政部核定後實施。」現有巷道存在與否之認定，乃建築線指定與建築執照核發之前提。建築基地因面臨現有巷道，得申請指定建築線而申請建築。此種現有巷道，係因具備一定之條件而成立，其是否成立、寬度如何，直接影響相鄰土地所有權人對於使用土地建築之財產權行使及人民通行自由之保障，主管機關依實際情況所為之認定，乃是就已經存在的法律狀態，為拘束性確認，核屬確認性質之一般處分（最高行政法院107年度訴字第354號判決意旨參照）。依行政程序法第110條第3項規定，該一般處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。

㈢系爭土地部分原屬系爭巷道之部分，係屬○○縣建築管理自治條例第16條第1項第7款所稱之現有巷道：

1.應適用的法令：

⑴○○縣建築管理自治條例第16條第1項規定：「本自治條例所稱現有巷道，現況平均寬度應為2公尺以上，且路面應鋪築適當之硬鋪面，並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、供公眾通行20年以上，並經本府認定無礙公共安全、公共衛生、公共交○○市容觀瞻且公益上確有需要之巷道。三、巷道兩旁已有編釘門牌房屋2戶以上，且其門牌編釘或戶籍登記已逾20年。四、土地登記簿謄本之地目登記為道或使用地類別登記為交通用地，且現況已供道路使用。五、已臨接建築線之私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書者（須從已指定建築線起算）。六、已臨接建築線之私設通路經土地所有權人捐獻土地為道路使用，並依法完成土地移轉登記手續。七、中華民國90年5月4日本自治條例公布前，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○○市容觀瞻。」

⑵73年11月7日修正公布建築法第42條本文規定：「建築基地與建築線應相連接，其接連部分之最小寬度由省（市）主管建築機關統一規定。」第48條規定：「（第1項）○○市、縣（市）（局）主管建築機關，應指定已經公告道路之境界線為建築線。○○市細部計畫規定須退縮建築時，從其規定。（第2項）前項以外之現有巷道，○○市、縣（市）（局）主管建築機關，認有必要時得另定建築線；其辦法於建築管理規則中定之。」

⑶71年3月13日修正公布臺灣省建築管理規則第4條規定：「（第1項）本規則所稱之供公眾通行之既成巷路，係指符合左列情形：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。三、本法73年11月7日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，○縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交○○市容觀瞻者。（第2項）前項第1款所稱供公眾通行之巷道○○縣市主管機關就其寬度、使用性質、使用時間、通行情形及公益上需要認定之。」第5條第1項第1款規定：「面臨供公眾通行之既成巷路，其建築線之指定，應依左列規定辦理：一、單向出口長度在40公尺以下，雙向出口在80公尺以下，寬度不足4公尺者，以該巷路中心線為準，兩旁均等退讓，以合計達到4公尺寬度之邊界線作為建築線；巷路長度超過上開規定者，兩旁亦應均等退讓，以合計達到6公尺寬度之邊界線作為建築線；其退讓之土地，不得以空地計算。……」

⑷79年3月8日修正公布臺灣省建築管理規則第4條規定：「（第1項）本規則所稱現有巷道包括左列情形：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。三、本法73年11月7日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，○縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交○○市容觀瞻者。（第2項）前項第1款所稱供公眾通行之巷道○○縣市主管機關就其寬度、使用性質、使用時間、通行情形及公益上需要認定之。」第5條第1項第1款規定：「面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應依左列規定辦理：一、巷道為單向出口長度在40公尺以下，雙向出口在80公尺以下，寬度不足4公尺者，以該巷道中心線為準，兩旁均等退讓，以合計達到4公尺寬度之邊界線作為建築線；……。」

2.從73年11月7日修正公布建築法第42條、第48條、71年3月13日修正公布臺灣省建築管理規則第5條第1項第1款規定可知，建築基地與建築線需相連接，且面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應以該現有巷道中心線為準，兩旁均等退

讓，合計最小寬度4公尺之邊界線指定之。又對照地籍圖謄本、系爭巷道現照片及○○縣政府建設局75年5月17日投府建管字第3282號函暨所附地籍套繪圖（本院卷53、55、169-171頁）可知，門牌竹山鎮下橫街56-11號之建物（下稱系爭建物）係坐落在系爭土地上，而該址處旁所臨之系爭巷道係位於部分系爭土地及435地號土地之上。據上，部分系爭土地之所以成為系爭巷道用地，係因訴外人張麗霞及游銘貴於75年5月10日，為了在分割前之430及435地號土地上新建住宅（含系爭建物），而向○○縣政府建設局申請核發建築執照，並經准予發給（75）投縣建管（造）字第933～939號建造執照，此有○○縣政府建設局函文暨所附地籍套繪圖附卷可證（本院卷169-171頁）。觀之該地籍套繪圖註記「退縮建築線」、「路中心線」，可知當時應係因興建H（分割後430-6地號）、I（分割後430-6地號）、J（分割後430-6地號）、G（分割後430地號即系爭建物）等4戶申請指定建築線而留設系爭巷道，系爭建物東北方之屋角即與指定之建築線相臨接。是以，既然系爭建物係於75年5月10日由訴外人張麗霞及游銘貴申請獲准核發建築執照，而在系爭土地上所建造，且於75年申請建築執照當時即已按照73年11月7日修正公布建築法第42條、第48條、71年3月13日修正公布臺灣省建築管理規則第5條第1項第1款規定，在系爭巷道坐落之部分系爭土地及435地號土地上，指定最小寬度4公尺之現有巷道邊界線作為建築線，則系爭巷道（含部分系爭土地）自屬符合○○縣建築管理自治條例第16條第1項第7款所稱之現有巷道。縱使原告係於78年間始從前手購得系爭土地及建物，仍無法改變其中部分系爭土地已屬現有巷道之事實，且原告買受系爭土地後同應受其部分屬現有巷道之拘束。若原告不同意其私有之系爭土地作為現有巷道使用，應向主管機關申請廢止現有巷道或改道，於廢止或獲准改道前尚不得擅自修築圍牆破壞現有巷道。

3.嗣於77年5月13日及105年7月28日，訴外人劉豐慶、沈鴻瑋分別申請在菩提段436、427地號土地上新建住宅，亦均以面臨系爭巷道而申請指定建築線，並將系爭巷道向內延伸長度，分別經○○縣政府建設局77年5月16日及被告105年7月29日核准發給建築執照，亦有函文暨所附配置圖各2份附卷可佐（本院卷173-179頁）。

㈣被告○○縣政府111年5月31日函認定系爭巷道（含部分系爭土地）屬○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道，適法有據，原告未對被告○○縣政府認定系爭巷道屬現有巷道之處分提起訴願，逕以○○縣政府為被告，並不合法：

1.按行政訴訟法第107條第1項第10款規定：「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」第4條第1項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」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，此觀諸行政程序法第92條第1項及訴願法第3條第1項之規定可明。

2.經查，被告竹山鎮公所111年6月6日函係限期命原告將系爭巷道恢復原狀，而被告○○縣政府111年5月31日函係認定系爭巷道為○○縣建築管理自治條例所稱之現有巷道，兩者並非相同事件，原告於提起訴願時，雖請求事項記載：「一、撤銷現有巷道之原處分。二、撤銷令訴願人恢復原狀並限期改善之原處分。」然於訴願書表明其不服之行政處分書發文日期及文號僅為被告竹山鎮公所111年6月6日函，訴願書亦僅記載：「……無權卻違法行為令竹山鎮公所所作的處分書應予撤銷，應予撤銷令訴願人恢復原狀並限期改善之原處分。」等語（訴願卷1、12頁），顯示原告並未於訴願程序

對被告○○縣政府111年5月31日函表示不服，再觀之訴願決定書記載：「訴願人因巷道通行事件，不服原處分機關111年6月6日竹鎮工字第1110012767號函，提起訴願乙案，經本府依法審議決定如下：……。」（本院卷116頁），可知原告就被告○○縣政府111年5月31日函自始未經提起訴願，原告若對系爭巷道經被告○○縣政府認定為現有巷道不服，而欲提起撤銷訴訟，自應先踐行訴願程序，其就此部分逕行提起本件撤銷訴訟，依前述說明，即屬未經合法提起訴願之必要先行程序而提起撤銷訴訟，而為行政訴訟法第107條第1項第10款之起訴不備其他要件，為不合法且不能補正，應予駁回。

3.另被告○○縣政府雖為原處分之訴願機關，並以訴願決定駁回原告之訴願，原告不服原處分及訴願決定而提起行政訴訟，亦僅需以原處分機關竹山鎮公所為被告即可，並無併以○○縣政府為被告之必要。

㈤原告擅自於系爭巷道上建築圍牆，被告竹山鎮公所依據○○縣道路管理自治條例第12條規定，以原處分限期原告於文到後14日內改善，恢復系爭巷道原狀，並無違法，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由：

1.應適用的法令：

⑴○○縣道路管理自治條例第3條第3、4款規定：「本自治條例所稱中央機關管理外之公共道路如下：……三、既成道路。四、○○縣建築管理自治條例認定之現有巷道。」第4條第1項規定：「本自治條例所稱主管機關為本府，縣道、鄉道管理機關為本府，其餘道路為各鄉（鎮、市）公所。」第12條第1項、第2項規定：「（第1項）公共道路不得擅自建築、使用或破壞。（第2項）有前項情事，管理機關應責令行為人恢復原狀並限期改善；屆期未改善，得續報警察機關依道路交通處罰條例或續報主管機關處新臺幣1萬元以上，10萬元以下罰鍰並得代履行；經處罰鍰

後屆期仍未改善，得按次處罰；○○市區道路例及公路法者依其規定裁處。」

⑵○○縣建築管理自治條例第16條第2項規定：「前項之現有巷道不得擅自阻礙或破壞通行。如有擅自阻礙或破壞通行者，由道路主管機關裁處。」

2.按行政處分生效後，發生存續力，在未遭撤銷、廢止或因其他事由失效前，其效力繼續存在，處分機關與相對人(或利害關係人)同受該行政處分規制內容之拘束；且有效之行政處分，應為處分機關以外之其他國家機關（包括法院）所尊重，並以之為既存之構成要件事實，作為其本身決定之基礎，此即行政處分之構成要件效力。查系爭巷道業經被告○○縣政府111年5月31日函確認屬現有巷道，在認定系爭巷道為現有巷道之處分未經撤銷、廢止或因其他事由失效前，本院應受其效力所拘束並予以尊重，若原告對被告○○縣政府認定系爭巷道為現有巷道之處分不服，應另循行政救濟程序救濟之，不得擅自阻礙或破壞通行。

3.系爭巷道既經被告○○縣政府111年5月31日函認定屬○○縣政府建築管理自治條例所稱之現有巷道，自屬○○縣道路管理自治條例第3條第4款規定之公共道路，又系爭巷道○○縣○○鄉道，按○○縣道路管理自治條例第4條第1項規定，係以被告竹山鎮公所為管理機關。查原告於111年初在系爭巷道上，未經許可任意修築圍牆，而有擅自建築或損壞道路之情事，已違反○○縣道路管理自治條例第12條第1項規定，按同條第2項規定，作為系爭道路管理機關之被告竹山鎮公所，即有權責令修築圍牆之行為人（即原告）恢復原狀並限期改善。雖原告已將系爭土地辦理信託登記，惟原告自陳其為111年初修築圍牆之行為人，且該圍牆係屬未經許可增建之違章建築，原告本即有拆除之義務，故被告竹山鎮公所以原處分限期原告於文到後14日內改善，恢復系爭巷道原狀，適法有據。

4.原告雖主張：修築圍牆是在原告之法定空地上，按司法院釋字第400號解釋文意旨，該法定空地不符合公用地役關係之要件，被告對於利用法定空地通行，並無公法上權利或法律上利益，此部分被告欠缺權利保護必要，非屬得主張權利或法律上利益受侵害之人等語。惟查：

⑴依司法院釋字第400號解釋意旨可知，「既成道路」因具有公用地役關係，土地所有權人需容忍其所有土地須供不特定之公眾通行使用，對於土地所有權人使用土地之權利形成限制，故認定「既成道路」之目的，乃在於確認該土地所有權人是否負有容忍其土地供不特定公眾通行使用之公法上義務，使不特定公眾得以利用該土地通行；至於「現有巷道」，從前述建築法第48條規定觀之，則係申請指定建築線用以興建房屋所需，指定建築線須臨接現有巷道之目的，係在確保建築基地出入通行之可能，故司法院釋字第400號解釋所揭示具公用地役關係之「既成道路」概念，與建築法所稱「現有巷道」概念並不相同，其目的亦有差異，惟二者均屬○○縣道路管理自治條例第3條所規定之公共道路。被告○○縣政府111年5月31日函及同年6月17日府建都字第1110138171號函，均僅係認定系爭巷道屬○○縣建築管理自治條例所稱之「現有巷道」，並未認定系爭巷道屬「既成道路」。又被告竹山鎮公所原處分係依據被告○○縣政府111年5月31日函，限期原告於文到後14日內改善，恢復系爭巷道原狀，核與系爭巷道是否具備公用地役關係而為既成道路無涉，原告此一主張顯然將「既成道路」與「現有巷道」之概念混淆。

⑵另所謂權利保護必要，是指尋求權利保護者，准予經由向法院請求的方式，以實現其所要求的法律所保護之利益，此係基於誠實信用原則，防止訴訟制度遭受濫用。查被告竹山鎮公所並非向法院請求之一方，其以原處分限期原告於文到後14日內改善，恢復系爭巷道原狀，係因原告有未經許可於系爭巷道上修築圍牆，擅自阻礙或破壞通行之違

法行為在先，原處分係被告竹山鎮公所本於其為系爭道路管理機關之職權，依法行政所為之處分，核與權利保護必要無涉。原告此部分主張，亦無可採。

㈥綜上所述，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予判決駁回。另原告對被告○○縣○○○○○○○道○○○巷道之處分，未先經訴願程序，逕列○○縣政府為被告部分，為不合法，此部分本應以裁定駁回之，惟基於訴訟經濟原則並避免裁判歧異，併以判決駁回之。

㈦本件事證明確，兩造其餘主張及答辯，均核與判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

七、結論：原告之訴為一部不合法，一部無理由，併以判決駁回。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　10　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法官　陳文燦

法官　張鶴齡

法官　黃司熒

以上正本證明與原本無異。

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）；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。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

| 得不委任律師為訴訟代理人之情形 | 所　需　要　件 |
| --- | --- |
| ㈠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。<br>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。 |
| ㈡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。<br>2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。<br>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。<br>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㈠、㈡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㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。 | |

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　10　　日

書記官　李孟純