

最 高 行 政 法 院 判 決

110年度上字第357號

上 訴 人 臺北市私立喬治高級工商職業學校

代 表 人 高國慶

訴訟代理人 葉慶元 律師

蔡步青 律師

被 上訴 人 臺北市政府都市發展局

代 表 人 王玉芬

被 上訴 人 臺北市建築管理工程處

代 表 人 虞積學

被 上訴 人 臺北市政府工務局新建工程處

代 表 人 林昆虎

上3人共同

訴訟代理人 蔡進良 律師

黃冠中 律師

被 上訴 人 臺北市政府警察局

代 表 人 張榮興

訴訟代理人 高崇人

被 上訴 人 臺北市交通管制工程處

代 表 人 劉瑞麟

訴訟代理人 王子蓓

上列當事人間有關土地事務事件，上訴人對於中華民國110年2月4日臺北高等行政法院108年度訴更一字第5號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

01 一、原判決關於駁回上訴人請求確認被上訴人臺北市政府都市發
02 展局民國104年3月31日北市都建字第00000000000號函違
03 法、先位聲明請求被上訴人臺北市政府都市發展局就該函所
04 示圍牆回復原狀及備位聲明請求損害賠償部分，暨該部分訴
05 訟費用廢棄，發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭。

06 二、其餘上訴駁回。

07 三、上訴駁回部分，上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

08 理 由

09 一、被上訴人臺北市政府都市發展局(下稱被上訴人都發局)之代
10 表人原為黃一平，嗣變更為王玉芬；被上訴人臺北市建築管
11 理工程處(下稱被上訴人建管處)之代表人原為劉美秀，嗣變
12 更為虞積學；被上訴人臺北市政府工務局新建工程處(下稱
13 被上訴人新工處)之代表人原為黃立遠，嗣變更為林昆虎；
14 被上訴人臺北市政府警察局(下稱被上訴人市警局)之代表人
15 原為陳嘉昌，嗣依序變更為楊源明、張榮興；被上訴人臺北
16 市交通管制工程處(下稱被上訴人交管處)之代表人原為葉梓
17 銓，嗣變更為劉瑞麟，茲分別據新任代表人具狀聲明承受訴
18 訟，核無不合。

19 二、本件事實經過：

20 (一)緣上訴人為○○市○○區○○段3小段440、443、450、453
21 及473地號土地(下分稱440、443、450、453、473地號土
22 地，並合稱系爭土地)之所有權人，系爭土地經都市計畫為
23 8公尺寬計畫道路，使用分區為道路用地(公共設施用地)。
24 訴外人利來建設股份有限公司(嗣更名為利來開發股份有限
25 公司，下稱利來公司)於民國67年間，在473地號土地之鄰
26 接土地興建利來大廈【建造執照：67建(大安)(六)字第
27 57號(下稱系爭建照)，使用執照：70使字第1683號(下稱
28 系爭使照)】。嗣上訴人沿著利來大廈之基地建築線設立圍
29 牆(下稱系爭圍牆)，並於○○市○○區○○路0段與8公尺
30 寬計畫道路之連接口處增建金屬大門(即上訴人之大門，下
31 稱系爭金屬前門)及遮雨棚(下稱系爭遮雨棚)，復於440

01 地號土地上設置與系爭金屬前門曲線外觀相同之金屬大門
02 （即上訴人之後門，下稱系爭金屬後門，與系爭金屬前門合
03 稱系爭金屬大門）。被上訴人都發局認上訴人興建系爭遮雨
04 棚、金屬大門及圍牆（下合稱系爭3違建物），均屬違反建
05 築法第25條第1項規定之違建，依同法第86條第1款規定，均
06 應予以拆除，遂分別以104年3月25日北市都建字第00000000
07 000號函（下稱原處分1）、同日北市都建字第000000000000
08 號函（下稱原處分2）及104年3月31日北市都建字第0000000
09 0000號函（下稱原處分3，並與原處分1、2合稱系爭3處分）
10 通知上訴人應予拆除。

11 （二）其後，因上訴人未自行拆除系爭3違建物，被上訴人都發局
12 再以104年5月27日北市都建字第10461292000號函通知上訴
13 人於104年6月11日前自行拆除，否則將於104年6月12日強制
14 拆除，上訴人不服，於104年6月10日向被上訴人都發局申請
15 停止執行，經被上訴人都發局以104年6月18日北市都建字第
16 10435129000號函（下稱104年6月18日函）復上訴人仍請配
17 合自行拆除改善。上訴人不服上開104年6月18日函，提起訴
18 願，遭不受理。嗣系爭遮雨棚、金屬大門及圍牆，均經被上
19 訴人建管處於104年8月11日執行拆除完畢。上訴人遂向臺北
20 高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，聲明：1. 確認系爭
21 3處分違法。2. 確認系爭土地公用地役關係不存在。3. 被上
22 訴人都發局、建管處、新工處、交管處及市警局均不得於系
23 爭土地開闢道路、續行工程施作或其他妨礙上訴人使用之行
24 為。4. 被上訴人都發局及建管處應連帶給付上訴人新臺幣
25 （下同）1,325,057元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日
26 止，按年息5%計算之利息。經原審104年度訴字第1920號判
27 決（下稱前審判決）駁回後，上訴人不服，提起上訴，經本
28 院107年度判字第676號判決（下稱發回判決）將前審判決關
29 於聲明2部分駁回上訴，關於聲明1、3及4部分廢棄，發回原
30 審更為審理。

01 (三)嗣於更審程序中，上訴人除追加請求回復原狀，並經多次變
02 更，最後訴之聲明為：1. 確認系爭3處分違法。2. 就上訴人
03 所有之系爭土地：(1)被上訴人交管處不得繪製禁止臨時停車
04 紅線；(2)被上訴人新工處不得為道路修繕、道路釘樁、道路
05 地上障礙物拆除作業；(3)被上訴人都發局不得配合辦理道路
06 釘樁作業；(4)被上訴人市警局不得對上訴人設置如臺北市松
07 山地政事務所109年2月7日土地複丈成果圖（下稱109年複丈
08 成果圖）編號A、C所示之門禁設施或對上訴人於上開土地之
09 門禁管制為裁罰行為。(5)被上訴人建管處不得於系爭土地逕
10 行鋪設道路，且不得排除上訴人設置於440、473地號土地上
11 如109年複丈成果圖編號A、B、C所示之門禁設施。3. (1)先位
12 聲明：被上訴人都發局、建管處應連帶將上訴人所有之○○
13 市○○區○○路0段000號0樓旁如原處分1所示之高9公尺、
14 面積45平方公尺之系爭遮雨棚、如原處分2所示之高3公尺、
15 長度12公尺之系爭金屬大門及如109年複丈成果圖編號B所示
16 寬度24公分、高度2.7公尺、長度44.5公尺之系爭圍牆回復
17 原狀；(2)備位聲明：被上訴人都發局、建管處應連帶給付上
18 訴人1,325,057元及自106年4月21日（原判決誤載為起訴狀繕
19 本送達翌日）起至清償日止，按年息5%計算之利息。經原審
20 以108年度訴更一字第5號判決（下稱原判決）駁回上訴人之
21 訴，上訴人遂提起本件上訴。

22 三、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之答辯及聲明，均引用原
23 判決之記載。

24 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

25 (一)本件發回判決業已認定上訴人就原處分1、3提起訴願並未逾
26 越法定期間，故亦無違反確認訴訟補充性之要求，而無起訴
27 不合法之情事。又關於原處分2部分，上訴人業於原審審理
28 時提出104年4月9日喬（校）字第10404092號函，觀諸該函
29 意旨核與原處分1、3同，均係向被上訴人建管處所為不服之
30 申訴，並以副本通知都發局，可見上訴人就系爭3處分，均
31 係以申訴之方式對被上訴人建管處為之。揆諸發回判決意

旨，上訴人就原處分2部分，亦應視為已提起訴願，自無違反確認訴訟補充性原則。次按訴願法第57條所定30日內補正期間，並非不變期間，訴願人補送理由書，雖逾該補正期間，倘受理訴願機關尚未以未補正為由駁回訴願，應予受理。本件上訴人對於都發局認定系爭金屬大門、遮雨棚、圍牆為違章建築之系爭3處分確有不服，僅因系爭3處分關於如何救濟之教示尚非明確，致上訴人誤向被上訴人建管處提出申訴，而在都發局104年6月18日再次發函通知上訴人請配合自行拆除改善後，上訴人亦已提出訴願書提出訴願，堪認上訴人確有在訴願機關駁回訴願前補正，依前揭說明，本件並無訴願不合法之情事。

(二)次按建築法第25條第1項前段規定、第86條第1款規定，另依臺北市政府於84年11月7日發布之當前取締違建措施(於92年11月26日修正並更名為臺北市違章建築處理要點，嗣於100年4月15日廢止)、100年4月1日訂定發布之臺北市違章建築處理規則(下稱處分時違建處理規則)，而依處分時違建處理規則第4條第1款、第2款、第5條(原判決誤載為點)第1項、第25條第1項、第2項第3款及臺北市現行違章建築拆除處理原則(下稱拆除處理原則)第2點、第3點等規定可知，建築物未經主管建築機關審核許可並核發執照者，尚不得擅自建造或使用或拆除，倘有該等行為者，主管機關於必要時，得強制拆除該違章之建物。又臺北市政府對53年1月1日以後至83年12月31日前存在之既存違建，雖原則上拍照列管，列入分類分期計畫處理，惟此並不影響該構造物係屬未經許可發照而擅自建造之違章建築本質，必要時仍得強制拆除，若屬大型違建、列入專案處理或有危害公共安全、山坡地水土保持、妨礙公共交通、公共衛生、市容觀瞻或都市更新等情形，則優先執行查報拆除。至於84年1月1日以後新產生之違建，除有處分時違建處理規則第6條至第22條規定之情形外，即應查報拆除，至於拆除之順序，因考量人力之負擔，乃依拆除處理原則之規定為之。因此，只要是94年1月1日以

01 後查報之新違建，或有妨害公共交通之既存違建，均得優先
02 拆除。

03 (三)關於原處分2之系爭金屬大門部分：

04 觀諸臺北市政府工務局（下稱工務局）84年3月8日北市工建
05 字第31162號新違建勒令停工拆除通知單（下稱84年3月8日
06 拆除通知單）所檢附之照片及被上訴人都發局於104年間作成
07 原處分2前至現場勘查之照片，上訴人84年間設置之舊有金
08 屬「前門」原本是「上方雕花、下方為直條樣式」之金屬構
09 造物，其後重新更換、變更成「上方雕花、下方為圓弧樣
10 式」之金屬構造物，足認系爭金屬前門確為84年1月1日以後
11 新產生之違建無訛。又依行政院農業委員會林務局農林航空
12 測量所（於112年8月1日更名為農業部林業及自然保育署航測
13 及遙測分署，下稱農林所）於83年所拍攝之航照圖並無發現
14 系爭金屬後門之顯影，惟被上訴人都發局於104年間至現場
15 勘查時，卻發現系爭金屬後門之樣式與系爭金屬前門之樣式
16 相同，足堪認系爭金屬前、後門應屬同一時期（即84年1月1
17 日以後）所建之新違建，且又於104年間才查報，依拆除處理
18 原則第3點第4款規定，自應優先拆除，原處分2並無違誤。
19 再者，因系爭金屬大門樣式之變更非全部拆除改建無法達
20 成，故無論是否係以永久性建材為之，均非處分時違建處理
21 規則第4條第4款所稱之「修繕」，且被上訴人提出之航照圖
22 確屬上訴人所在位置之航照圖，而該航照圖並無系爭金屬後
23 門之顯影。況且，比對系爭金屬前門與後門之照片，不僅材
24 質、樣式均相同，且該材質於104年間拍攝時尚屬新穎，故
25 被上訴人都發局因此認定系爭金屬大門均屬84年1月1日以後
26 之新違建，尚屬有據，上訴人主張系爭金屬大門核屬83年12
27 月31日以前之既存違建，洵非可採。

28 (四)系爭遮雨棚為84年1月1日以後產生之新違建；系爭圍牆則為
29 83年12月31日以前產生之既存違建：

- 30 1. 系爭遮雨棚前於84年3月間曾因興建中經查報違建，而由工
31 務局以84年3月8日拆除通知單通知上訴人在案，依該拆除通

- 知單所附照片，可知84年3月8日所查報之系爭遮雨棚僅有紅色塗漆之金屬棚架，並無被上訴人都發局於104年3月至現場查看時新增之透明頂蓋及「喬治中學」之標誌，顯見該透明頂蓋及喬治中學之標誌係於84年3月8日以後施作完成。再參酌上訴人85年3月7日喬高職字第850307號函（下稱85年3月7日函）記載「說明：……二、此遮雨棚原為加強型鋁質建物，……興建目的為提供學校師生及往來市民遮蔽風雨之用，……三、此遮雨棚於民國83年7月被大颱風完全吹毀，……四、為避免遮雨棚重建再次天災毀損，傷及師生及市民，乃請建築師重新設計，改以鋼骨重新築構，外型與原來鋁結構幾乎相同，於83年年底完成。……」可知，上訴人興建系爭遮雨棚係為了遮蔽風雨之用，故倘僅有金屬棚架，自無法達成其興建該建物之目的，故無論系爭遮雨棚之金屬棚架，是否確於83年12月31日以前完成，該棚架既尚未加上頂蓋，則該棚架自屬尚未完工之遮雨棚，須待金屬棚架與透明頂蓋結合後始得稱之為「完工」，是被上訴人都發局認定系爭遮雨棚屬84年1月1日以後產生之新違建，於法自無違誤。
2. 系爭圍牆原為水泥外觀，且係於83年12月31日以前所施作，嗣上訴人於該水泥牆外另鋪上紅磚，且增裝燈飾等情，有上訴人83年第24屆畢業紀念冊所附照片及105年3月17日之現況照片可佐。是以，被上訴人都發局審認鋪上紅磚並不影響系爭圍牆為既存違建之定性，故於原處分3就系爭圍牆之違建類別乃勾選為「既存違建」，於法亦無不合。
3. 另依上訴人84年6月19日陳情書、工務局84年6月24日84北市工建字第14820號函（稿）、上訴人85年3月7日函、被上訴人建管處（當時隸屬於工務局）便簽、85年3月8日局長交辦案件提陳（核）單、被上訴人建管處85年5月份之便簽，可知工務局當時確係認定系爭遮雨棚為違建，且應停工拆除，僅因上訴人陳情，被上訴人建管處始「暫列83年既存違建專案再處」，亦同時表明「為適法起見，仍應請該校儘速申辦雜項執照，以符合建築法之規定」，惟上訴人嗣後仍未依建

01 築法相關規定申請雜項執照，工務局尚且於90年12月20日函
02 告上訴人配合改善拆除。是以，原處分1認系爭遮雨棚為84
03 年1月1日以後興建之新違建，尚非無憑。又依上訴人上開85
04 年3月7日函之內容，亦可知上訴人係將原鋁製之遮雨棚全部
05 拆除，而重新設計為鋼骨結構，此核非處分時違建處理規則
06 第4條第4款所規定之修繕，足認被上訴人都發局於104年查
07 報時認定系爭遮雨棚屬違法增建，難謂無據。

08 (五)系爭遮雨棚、圍牆之設置均有妨礙公共交通之情事：

09 1. 按都市計畫法第42條第1項第1款、第48條、第51條規定，可
10 知都市計畫得視實際情況，設置道路等公共設施用地，而由
11 各該事業機構予以徵收或購買；或由該管政府或鄉、鎮、縣
12 轄市公所依徵收、區段徵收或市地重劃等方式取得。依都市
13 計畫法指定之公共設施保留地，不得為妨礙其指定目的之使
14 用。但得繼續為原來之使用或改為妨礙目的較輕之使用。又
15 市區道路為公物，私有土地不因都市計畫細部計畫劃定為道
16 路用地，即當然成為道路，其提供公用，須經徵收、購買或
17 經土地所有人之同意取得處分權，始得作為路基興建道路。
18 另依建築法規之規定，提供土地作為公眾通行之道路與因時
19 效而形成之既成道路不同，非屬司法院釋字第400號解釋所
20 指私人土地因成立公用地役關係，特別犧牲其財產上之利
21 益，國家應徵收給予補償之範疇。私有土地依建築法規之規
22 定，提供作為公眾通行之道路，雖非上開解釋之既成道路，
23 其未經徵收者，如於取得建造執照時，出具同意開闢道路供
24 公眾通行，即應持續作為公眾通行道路使用。

25 2. 次按65年建築法第42條本文及第48條本文規定，暨臺北市政
26 府64年11月3日府工建字第52316號函訂定之「建築基地四周
27 為窪地或公共設施未施工完成前或對外無一通路時，核發建
28 造執照之處理原則」（下稱64年核發建照處理原則）第1點
29 規定可知，建築基地與建築線應相連接，而直轄市主管建築
30 機關，應指定已經公告道路之境界線為建築線，而為避免建
31 築基地與鄰地發生土地、通道或其他糾紛等問題，建築基地

01 起造人於申請主管機關核發建造執照時，應待其完成公共設
02 施整體規劃，抑或就出入通道、擋土牆等設施先行施作完
03 成，達路寬至少3.5公尺，並經該管機關勘驗合格後，方可
04 施作房屋興建工程。

05 3. 上訴人為系爭土地之所有權人，而473地號土地經臺北市政
06 府規劃為寬度8公尺之計畫道路，使用分區亦為公共設施道
07 路用地。而利來公司前曾於67年間申請系爭建照時，經工務
08 局於473地號土地上指定、劃設利來大廈興建之建築線。其
09 後，利來公司於67年間興建利來大廈時，乃將大樓停車場之
10 出入口設置鄰接於473地號土地，而屬對外無通路之情形，
11 則揆諸前揭規範意旨，倘未能使用473地號土地以連接至基
12 隆路2段，自屬64年核發建照處理原則所稱公共設施（道
13 路）未施工完成且該停車場對外無通路之情形，是上訴人主
14 張利來大廈並無符合64年核發建照處理原則所規範之情形一
15 語，即無足採。又利來公司於申請系爭建照時，業已開闢47
16 3地號土地至少達3.5公尺之道路，且473地號土地於工務局
17 核發系爭使照時，事實上鄰接利來大廈至少3.5公尺之範圍
18 業已提供予利來大廈停車場出入口連接基隆路2段及其他用
19 路人通行所使用。益徵，473地號土地鄰接利來大廈至少3.5
20 公尺之範圍於70年間核為供公眾通行使用之道路無訛。

21 4. 至上訴人雖稱473地號土地未經徵收、購買，且未曾同意供
22 他人使用，被上訴人亦自承查無上訴人出具之土地使用同意
23 書，可見473地號土地並未提供公眾使用等語。然查，上訴
24 人於前審已自承系爭圍牆於50年代建校時起即已存在於473
25 地號土地上，嗣於67、68年間因興建利來大廈，建商利來公
26 司懇求同意暫時拆除圍牆並切結於完工後恢復原狀。詎利來
27 公司於完工後拒絕復原，上訴人乃於70年自行恢復系爭圍牆
28 等情。由此可知，上訴人於利來公司興建利來大廈之初，確
29 曾同意利來公司開闢3.5公尺之道路，利來公司並因此而能
30 符合當時之建築法令，且嗣後順利取得系爭建照及使照。又
31 倘上訴人僅係為了便於利來公司興建利來大廈，而暫時同意

01 利來公司使用473地號土地，並無同意作為利來大廈停車場
02 出入口連接至基隆路2段之道路使用，則何以利來公司會設
03 計以該通道作為停車場出入口並銜接○○市○○路0段。況
04 且，上訴人所稱利來公司曾切結於完工後將會回復原狀，卻
05 未提出其所稱之切結書以資佐證，亦未提出其與利來公司
06 是否曾因回復原狀之爭議發生糾紛之事證，是上訴人稱其僅係
07 暫時同意利來公司使用473地號土地之陳述，已非無疑。再
08 者，上訴人所在既緊鄰利來大廈，難謂諉為不知利來公司在
09 興建利來大廈地下停車場，則上訴人在興建期間未提出任何
10 質疑，亦未拒絕利來公司繼續使用473地號土地，最後並使
11 利來公司取得系爭使照，此節亦與常情不符。

- 12 5. 上訴人另舉臺灣臺北地方法院94年度簡字第1號確認使用權
13 利存在等事件（下稱系爭簡易事件）之判決主張利來大廈住
14 戶並無通行473地號土地之必要等語。但由原審109年1月8日
15 至現場勘驗所製作之筆錄及所拍攝之照片，可知利來大廈原
16 有設計地下停車場，而該停車場出入口須經過473地號土地
17 以連接○○市○○路0段，而因上訴人設置系爭圍牆之故，
18 以致該停車場已無法使用，現乃由該大廈1樓建物所設置之
19 升降梯進出。又系爭建照之地面層平面圖，固有地下停車場
20 升降梯與出入口之設計，惟該平面圖上係記載「暫用汽車升
21 （昇）降機」，顯見該升降梯之設計僅係臨時之設計，至於
22 其設計之目的為何，因事隔數十年，已無可考。況且，證人
23 即申請系爭建照之建築師程儀賢另於系爭簡易事件證稱：
24 「汽車坡道是在暫用升降梯字樣的上面，車道則是從1樓連
25 接到地下室。以汽車來說，有2個通道，1個是從1樓可以到
26 地下室的汽車坡道及升降梯，但升降梯是暫用」等語，可知
27 利來大廈當初申請系爭建照時之設計，即已有由1樓旁進入
28 汽車平面坡道之設計，則由此更足以證明利來大廈興建當
29 時，即係以上訴人所有之473地號土地作為汽車平面坡道與
30 外界連接之道路。

01 6. 綜合上開事證，堪認上訴人於利來公司申請系爭建照、使照
02 時，確曾同意473地號土地臨利來大廈建築線3.5公尺之範圍
03 內提供予利來大廈停車場出入口銜接基隆路2段及其他用路
04 人通行所使用，且該部分土地事實上亦已開闢成道路，上訴
05 人即應持續作為公眾通行道路使用，則上訴人未經申請在其
06 上施設系爭遮雨棚及圍牆，自有妨礙公共交通之情事。又細
07 觀系爭遮雨棚之照片，可知該遮雨棚雖後方2個鋼柱係固定
08 於旁邊建築物之牆壁上，但其靠近基隆路之鋼柱則係固定於
09 土地上，是其整個結構尚非無妨礙公共交通。故本件上訴人
10 請求確認被上訴人都發局所為之系爭3處分違法，為無理
11 由，應予駁回，則難逕認系爭3處分違法侵害上訴人權利，
12 且系爭3處分亦非被上訴人建管處所為，是其依行政訴訟法
13 第7條規定合併請求如訴之聲明第3項所示，亦無理由，應併
14 予駁回。

15 (六)末按任何訴訟提供人民之權利保護，均以有權利保護必要為
16 要件。而人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵
17 益之具雙重效力之授益處分，本得於處分作成後提起訴願及
18 撤銷訴訟救濟，在處分未作成前，人民並不會因處分而有權
19 利或法律上利益受損害。是以，除非個案情形特殊，如不許
20 可人民預防地發動行政訴訟程序以阻止行政處分之作成，人
21 民權利無從及時受到保護外，人民並無就行政處分提起預防
22 性不作為訴訟之權利保護必要，否則訴願、撤銷訴訟之制
23 度，即可能落空。故當事人不得任意請求法院預先判命行政
24 機關不得作成某種行政處分，以免行政權之運作遭受過度之
25 干預。本件市警局信義分局104年10月5日北市警信分交字第
26 00000000000號函(下稱104年10月5日函)僅係會勘通知函；
27 另被上訴人建管處104年11月9日北市都建照字第1048527520
28 0函(下稱104年11月9日函)則係就系爭土地是否為已開闢之
29 道路為說明，亦無任何侵害上訴人權利之舉。至被上訴人新
30 工處、交管處雖曾依據臺北市議會市民服務中心協調○○市
31 ○○區○○里辦公處等陳情案104年11月17日會勘紀錄(下

01 稱系爭會勘紀錄）而分別為104年11月27日北市工新養字第0
02 0000000000號函（下稱新工處104年11月27日函）、104年12
03 月1日北市交工規字第000000000000號函（下稱交管處104年1
04 2月1日函），但因上訴人已聲請定暫時狀態處分，並經原審
05 以104年度全字第131號裁定禁止被上訴人新工處、建管處將
06 上訴人所有之系爭土地，以具公用地役法律或已開闢道路法
07 律關係為由，續行工程施作供公眾通行，是上訴人並無非提
08 起預防性不作為訴訟，其權利無從及時受到保護之特殊情
09 形，則其提起如訴之聲明2所示之預防性不作為訴訟，核無
10 權利保護必要等語，以原判決駁回。

11 五、本院查：

12 （一）建築法第4條規定：「本法所稱建築物，為定著於土地上或
13 地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物
14 或雜項工作物。」第9條規定：「本法所稱建造，係指左列
15 行為：一、新建：為新建造之建築物或將原建築物全部拆除
16 而重行建築者。二、增建：於原建築物增加其面積或高度
17 者。……三、改建：將建築物之一部分拆除，於原建築基地
18 範圍內改造，而不增高或擴大面積者。四、修建：建築物之
19 基礎、樑柱、承重牆壁、樓地板、屋架及屋頂，其中任何一
20 種有過半之修理或變更者。」第25條第1項前段規定：「建
21 築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查
22 許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。」第28條第
23 1款、第2款規定：「建築執照分左列四種：一、建造執照：
24 建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照。二、
25 雜項執照：雜項工作物之建築，應請領雜項執照。」第86條
26 第1款規定：「違反第25條之規定者，依左列規定，分別處
27 罰：一、擅自建造者，處以建築物造價千分之50以下罰鍰，
28 並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。」第97
29 條之2規定：「違反本法或基於本法所發布命令規定之建築
30 物，其處理辦法，由內政部定之。」違章建築處理辦法第1
31 條規定：「本辦法依建築法第97條之2規定訂定之。」第2條

規定：「本辦法所稱之違章建築，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物。」第5條規定：「直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起5日內實施勘查，認定必須拆除者，應即拆除之。認定尚未構成拆除要件者，通知違建人於收到通知後30日內，依建築法第30條之規定補行申請執照。違建人之申請執照不合規定或逾期未補辦申領執照手續者，直轄市、縣（市）主管建築機關應拆除之。」第6條規定：「依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。」第11條之1規定：「（第1項）既存違章建築影響公共安全者，當地主管建築機關應訂定拆除計畫限期拆除；不影響公共安全者，由當地主管建築機關分類分期予以列管拆除。……（第3項）既存違章建築之劃分日期由當地主管機關視轄區實際情形分區公告之，並以1次為限。」處分時違建處理規則第1條規定：「臺北市政府（以下簡稱本府）為實施建築管理，有效執行建築法有關違章建築（以下簡稱違建）之處理規定，特訂定本規則。」第2條規定：「本規則之主管機關為本府，並委任本府都市發展局（以下簡稱都發局）執行。」第4條第1款、第2款及第4款規定：「本規則之用詞定義如下：一、新違建：指民國84年1月1日以後新產生之違建。二、既存違建：指民國53年1月1日以後至民國83年12月31日以前已存在之違建。……四、修繕：指建築物之基礎、樑柱、承重牆壁、樓地板、屋架，在原規模範圍內，以非永久性建材為修理或變更，且其中任何一種修繕項目未有過半者。」第5條規定：「（第1項）新違建應查報拆除。但符合第6條至第22條規定者，應拍照列管。（第2項）前項拍照列管之新違建，若經本府各目的事業主管機關認定有妨礙消防安全、公共通行或古蹟保存維護者，應查報拆除。」第25條第1項、第2項第3款規定：「（第1項）既存違建應拍照列管，列入分類分期計畫處理。但大型違建、列入本府專案處理或有危害公共安全、山

01 坡地水土保持、妨礙公共交通、公共衛生、市容觀瞻或都市
02 更新之違建，由都發局訂定計畫優先執行查報拆除。（第2
03 項）前項危害公共安全、山坡地水土保持、妨礙公共交通、
04 公共衛生、市容觀瞻或都市更新之認定原則如下：……三、
05 妨礙公共交通：指占用道路、人行道、騎樓或經本府交通
06 局、警察局、消防局或工務局等主管機關認定有影響公共交
07 通者。……」又臺北市政府為有效執行現行違章建築之拆
08 除，特訂定拆除處理原則，其中第2點規定：「本原則之處
09 理分三軌執行之。」第3點規定：「第一軌：應優先拆除之
10 違建（包括下列第1款至第6款同時一併執行）：……（四）
11 民國94年1月1日以後產生之新違建（即民國94年1月1日以後
12 查報新違建）。（五）經本府目的事業主管機關認定有危害
13 公共安全、消防安全、山坡地水土保持、妨礙公共交通、公
14 共衛生、市容觀瞻或都市更新者、或依『臺北市違章建築處
15 理規則』第25條、第26條認定之違建。……」由以上規定可
16 知，建築物未經主管建築機關審核許可並核發執照者，不得
17 擅自建造，如有違反，主管機關於必要時，得強制拆除該違
18 章之建物。又臺北市政府對53年1月1日以後至83年12月31日
19 前存在之既存違建，雖原則上拍照列管，列入分類分期計畫
20 處理，惟此並不影響該構造物係屬未經許可發照而擅自建造
21 之違章建築本質，必要時仍得強制拆除，若屬大型違建、列
22 入專案處理或有危害公共安全、山坡地水土保持、妨礙公共
23 交通、公共衛生、市容觀瞻或都市更新等情形，則優先執行
24 查報拆除。至於84年1月1日以後新產生之違建，除有處分時
25 違建處理規則第6條至第22條規定之情形外，即應查報拆
26 除，至於拆除之順序，因考量人力之負擔，乃依拆除處理原
27 則之規定為之。因此，只要是94年1月1日以後查報之新違
28 建，或有妨害公共交通之既存違建，均得優先拆除。

29 （二）65年建築法第42條規定：「建築基地與建築線應相連接，其
30 接連部分之最小寬度由省（市）主管建築機關統一規定。
31 ……」第48條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機

01 關，應指定已經公告道路之境界線為建築線。……」63年2
02 月5日發布之臺北市建築管理規則(90年12月11日更名為臺北
03 市建築管理自治條例)第1條規定：「本規則依建築法第101
04 條規定訂定之。」第9條規定：「建築基地臨接計畫道路或
05 經指定有案之建築線者，起造人應在申請建造執照或雜項執
06 照前，向工務局申請指示建築線。……」上開規定建築基地
07 與建築線應相連接，即在要求每個建築必須緊接道路，自己
08 有一個出入口，避免行走別人的道路。查臺北市政府「為改
09 進新建房屋基地周圍之衛生環境，擬訂建築基地四周為窪地
10 或公共設施（僅指道路、排水溝、擋土牆3種）未施工完成
11 前或對外無一通路時，核發建造執照之處理原則」，以64年
12 11月3日(64)府工建字第52316號函請內政部備查。該函說明
13 以：「一、查建築基地四周為窪地或公共設施未完成或對外
14 無一通路時，為避免侵佔鄰地，製造現有巷，或發生淹水情
15 形，破壞整體都市計劃之發展，本府工務局均儘量請其完成
16 公共設施再申請建造執照。二、又依細部計畫已公布地區即
17 可發建照，但如公共設施未完成，則常於建築物完成後，因
18 未配合興建公共設施，對交通、排水等問題均無法解決，居
19 住環境變成惡劣不堪，亟待改善。三、本府工務局經研究結
20 果，擬依左列原則處理：（一）「建築基地四周均為窪地，無
21 法依建築法第43條但書規定辦理或公共設施（僅指道路、排
22 水溝、擋土牆3種）未施工完成或對外無一通路，無法做合
23 理解決時，其情形與未臨接建築綫者相同，為避免發生土
24 地、通道……等糾紛問題，並改善居住環境，擬請在計畫道
25 路打通，可通達該基地時，再行申請建造執照；惟若在設計
26 時對排水、通路、安全等問題均能做合理解決時，仍可先行
27 申請建造執照，但應受左列規定之限制：1. 出入通道、擋土
28 牆等應先行施工完成，路寬至少3.5公尺，並經勘驗合格
29 後，房屋工程始可開工。……（二）前條說明之建築基地，於
30 申請核發建築綫指示證明時，於圖面備考欄內分別註明：
31 『道路、排水溝、擋土牆等未完成地區或完成地區』……」

01 由該函之說明可知，建築基地四周有公共設施未完成或對外
02 無一通路時，無法做合理解決時，其情形形同未臨接建築
03 線，為避免發生侵佔鄰地，製造現有巷等糾紛問題，破壞整
04 體都市計畫之發展，擬請在計畫道路打通時，再申請建造執
05 照；惟若在設計時對上開問題能做合理解決，仍可先行申請
06 建造執照，但房屋工程之開工則須受限於出入通道、擋土牆
07 等應先行施工完成，路寬至少3.5公尺，並經勘驗合格，且
08 應於申請核發建築線指示證明時，於圖面備考欄內分別註
09 明：「道路、排水溝、擋土牆等未完成地區或完成地區」。

10 (三)都市計畫法第42條第1項第1款規定：「都市計畫地區範圍
11 內，應視實際情況，分別設置左列公共設施用地：一、道
12 路……」第51條規定：「依本法指定之公共設施保留地，不
13 得為妨礙其指定目的之使用。但得繼續為原來之使用或改為
14 妨礙目的較輕之使用。」市區道路條例第1條規定：「市區
15 道路之修築、改善、養護、使用、管理及經費籌措，依本條
16 例之規定，本條例未規定者，適用其他法律。」第2條第1款
17 規定：「市區道路，指下列規定而言：一、都市計畫區域內
18 所有道路。」第10條規定：「○○市區道路所需土地，得依
19 法徵收之。」第32條第2項規定：「直轄市或縣(市)政府○
20 ○市區道路分工權責、設施維護、使用管制、障礙清理等管
21 理事項之規定，由直轄市或縣(市)政府分別定之，並報內政
22 部備查。」行為時○○市○區道路管理規則(108年4月16日
23 修正公布名稱為「○○市○區道路管理自治條例」及全文30
24 條)第2條規定：「本規則○○市區道路，係指台北市（以下
25 簡稱本市）行政區域內所有道路，並包括其附屬工程在
26 內。」第4條規定：「(第1項)○市○區道路由台北市政府
27 (以下簡稱本府)按業務職掌授權所屬工務局、交通局、建
28 設局、環境保護局及警察局管理，其主管業務劃分如左：
29 一、市區道路之修築、改善、養護挖掘，共同管道之設置、
30 使用、管理、維護及公共設施使用道路、建築使用道路等之
31 管理，為工務局。二、公車事業機構營運路線及其沿線使用

01 道路，設置站位、站牌、候車亭、售票亭之核定管理及交通
02 標誌、標線、號誌之設置維護，停車場之管理及國民或公私
03 事業機構申請興建收費道路或專用道路之核定及管理為交通
04 局。三、市區道路之清潔維護為環境保護局。四、產業道路
05 之修築、改善、養護及管理為建設局。五、違反道路交通障
06 礙之處理及其他有關交通秩序、安全等使用道路之管理為警
07 察局。道路障礙處理涉及工務等有關業務者，分由本府各有
08 關機關辦理。(第2項)前項業務劃分涉及2個以上機關之事
09 項，由主管機關協調其他有關機關辦理。」第14條規定：
10 「既成道路，土地所有人不得違反供公眾通行之目的而為使
11 用，道路主管機關並得為必要之改善或養護。」第15條規
12 定：「既成道路或都市計畫道路用地，在不妨礙其原有使用
13 及安全之原則下，主管機關埋設地下設施物時，得不徵購其
14 用地。但損壞地上物應予補償。」第16條規定：「市區道路
15 修築或改善，土地所有人願無償提供土地者，應將該土地地
16 價扣除後核算工程受益費。如該道路使用土地全部由土地所
17 有人無償提供者，免徵工程受益費。」第60條規定：「市區
18 既成道路或已列入都市計畫但未完成之道路，不得變更現狀
19 占用或破壞；……」由以上規定可知，市區道路為公物，私
20 有土地不因都市計畫細部計畫劃定為道路用地，即當然成為
21 道路，其提供公用，須經徵收、購買或經土地所有人之同意
22 取得處分權，始得作為路基興建道路；另依建築法規之規
23 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
24 路不同，非屬司法院釋字第400號解釋所指私人土地因成立
25 公用地役關係，特別犧牲其財產上之利益，國家應徵收給予
26 補償之範疇；私有土地依建築法規之規定，提供作為公眾通
27 行之道路，雖非上開解釋之既成道路，其未經徵收者，如於
28 取得建造執照時，出具同意開闢道路供公眾通行，即應持續
29 作為公眾通行道路使用，主管機關依其情形，○○市區道路
30 條例規定為修築、改善及養護，所有權人負有容忍之義務，
31 此為本院發回判決所指明。

01 (四)關於確認原處分1及原處分2違法部分：

02 經查，上訴人於84年3月8日經查報之舊有金屬「前門」原本
03 是「上方雕花、下方為直條樣式」之金屬構造物，104年查
04 報時已變更為「上方雕花、下方為圓弧樣式」之金屬構造
05 物，此非全部拆除改建無法達成，故無論是否係以永久性建
06 材為之，均非處分時違建處理規則第4條第4款所稱之「修
07 繕」；後門則為樣式相同之金屬構造物，同屬84年1月1日以
08 後之新違建，又上訴人於84年3月8日經查報之系爭遮雨棚僅
09 有紅色塗漆之金屬棚架，104年查報時則係鋼骨結構，且有
10 透明頂蓋及「喬治中學」之標誌，亦屬84年1月1日以後之新
11 違建；系爭金屬大門及系爭遮雨棚既均為104年查報之新違
12 建，應予拆除，則原處分1及原處分2於法均無違誤，已經原
13 審依調查證據及辯論結果，詳述得心證之理由，並就上訴人
14 主張係因學校前門於83年7月間遭颱風毀損而為修繕，雖修
15 復後樣式有異，但並未使用永久性建材，亦未變更高度及面
16 積，自非違法增建，又被上訴人都發局所提出之航照圖，並
17 未拍攝到系爭金屬後門所在位置，自難認定當時並無系爭金
18 屬後門，亦不能排除系爭金屬後門實際興建於83年6月24
19 日至同年12月31日之間；並以被上訴人都發局所提出之簽呈
20 內容為據，主張系爭遮雨棚係屬既存違建，自83年迄遭拆除
21 前，其面積、高度並未變更，故上訴人並未增建，而屬修繕
22 之舉各節，何以不足為有利於上訴人之認定予以論駁甚明，
23 經核與卷內證據尚無不符，無違反經驗法則、論理法則或其
24 他證據法則，則依上開說明，原判決認原處分1及原處分2並
25 無違誤，駁回上訴人訴請確認原處分1及原處分2違法部分，
26 於法尚無不合。上訴意旨就原判決已經詳為論述及指駁之事
27 項，復執陳詞為爭議，主張原判決未審酌處分時違建處理規
28 則第4條第4款修繕之要件，僅憑臆測認定系爭金屬前、後門
29 均屬84年1月1日以後產生之新違建，顯有認事用法之違誤及
30 判決不備理由之違法，又原判決未審酌建築法第9條第2款增
31 建之定義，逕認系爭遮雨棚屬84年1月1日後所生之新違建，

01 有認事用法之違誤及判決不備理由之違法云云，無非係其個
02 人主觀見解及就原審認定事實、證據取捨之職權行使事項為
03 指摘，即無可採，上訴人就此部分之上訴，應予駁回。

04 (五)關於確認原處分3違法部分：

05 1. 查系爭圍牆原為水泥外觀，係於83年12月31日以前所施作，
06 嗣上訴人於該水泥牆外另鋪上紅磚，且增裝燈飾，被上訴人
07 都發局審認上訴人鋪上紅磚之舉，並不影響系爭圍牆為既存
08 違建之定性，故於原處分3就系爭圍牆之違建類別乃勾選為
09 既存違建；系爭圍牆坐落473地號土地，上訴人為該土地之
10 所有權人，而473地號土地經臺北市政府規劃為寬度8公尺之
11 計畫道路，使用分區為公共設施道路用地，惟未經徵收，此
12 為原審依法確定之事實，核與卷內資料相符，且為兩造所不
13 爭。又上訴人於前審請求確認公用地役關係不存在部分，業
14 經前審駁回而上訴確定，其理由係以系爭土地並未遭該案被
15 上訴人何機關認定有公用地役關係存在之情，難認有何即受
16 確認判決之法律上利益存在，予以駁回，此亦有本院發回判
17 決可稽。是以，原處分3合法與否，即系爭圍牆之有無強制
18 拆除之必要，繫於上訴人興建系爭圍牆有無妨礙公共交通之
19 情事？易言之，繫於上訴人是否有將系爭土地提供公眾通行
20 之情事？就此，上訴人予以否認，被上訴人都發局則主張本
21 件係利來公司於67年間，依64年核發建照處理原則第1點規
22 定，在申請建照前先行施工完成路寬至少3.5公尺之出入通
23 道供公眾通行。

24 2. 經查，原判決認上訴人於利來公司取得系爭建照及系爭使照
25 之時，確有同意利來公司開闢473地號土地至少3.5公尺之道
26 路，以供利來大廈住戶及其他公眾通行使用，無非以利來公
27 司前曾於67年間申請系爭建照時，經工務局於系爭473地號
28 土地上指定、劃設利來大廈興建之建築線，有利來大廈建築
29 線指示（定）申請圖說可稽；又利來公司將大樓停車場之出
30 入口設計設置鄰接於系爭473地號土地，而屬對外無通路之
31 情形，則揆諸64年核發建照處理原則第1點規定意旨，利來

01 公司須於申請系爭建照前，於系爭473地號土地上，開闢實
02 施至少3.5公尺以上之通道，藉以連接至基隆路2段，以避免
03 發生利來大廈之停車車輛無法出入之情形，故倘未能使用系
04 爭473地號土地以連接至基隆路2段，自屬該原則所稱公共設
05 施（道路）未施工完成且該停車場對外無通路之情形，此觀
06 系爭建照之設計圖說即明；再者，利來公司於取得系爭建照
07 後，乃依據系爭建照之內容興建利來大廈，復經工務局核准
08 領取系爭使照在案，且系爭473地號土地於工務局核發系爭
09 使照時，事實上鄰接利來大廈至少3.5公尺之範圍業已提供
10 予利來大廈停車場出入口連接基隆路2段及其他用路人通行
11 所使用，亦有系爭使照暨開闢通行之照片可證；上訴人自承
12 因利來公司興建利來大廈，懇求上訴人同意暫時拆除圍牆並
13 切結於完工後恢復原狀，詎利來公司於完工後拒絕復原等
14 語，惟倘上訴人僅係為了便於利來公司興建利來大廈，而暫
15 時同意利來公司使用系爭473地號土地，並無同意作為利來
16 大廈停車場出入口連接至基隆路2段之道路使用，則何以利
17 來公司會設計以該通道作為停車場出入口並銜接○○市○○
18 路0段，有違常情，且上訴人亦未提出其所稱之切結書以資
19 佐證，復未提出其與利來公司是否曾因回復原狀之爭議發生
20 糾紛之事證，又倘上訴人確僅係暫時同意，然上訴人所在學
21 校既緊鄰利來大廈，則利來公司在興建利來大廈地下停車場
22 時，上訴人難謂諉為不知，則上訴人在利來公司興建期間，
23 未提出任何質疑，亦未拒絕利來公司繼續使用系爭473地號
24 土地，最後並使利來公司取得系爭使照，亦與常情不符，為
25 其論據。

- 26 3. 惟查，依原判決上開所指之利來大廈建築線指示(定)申請圖
27 記載，申請基地為大安區六張犁段23、15-7、15-9及23-4等
28 4筆土地，其基地正面臨接30公尺之已開闢之計畫道路基隆
29 路，左側及背面則均臨接8公尺計畫道路，正面、左側及背
30 面均指定有建築線，是可知利來大廈建築基地之建築線非僅
31 係左側之計畫道路(即473地號土地)之境界線，是該建築基

01 地是否仍合於64年核發建照處理原則所規範之對外無一通路
02 之情形，未據原判決予以論明。又原判決另論以利來公司將
03 大樓停車場之出入口設計設置鄰接於473地號土地，而屬上
04 開原則所稱公共設施（道路）未施工完成之情形，則原審亦
05 未續予查明上開建築線指示(定)申請圖備考欄是否有依上開
06 原則第2點規定，註明屬道路未完成地區或完成地區，則原
07 審憑何證據認定系爭建照係依上開處理原則而核發？況原判
08 決亦未說明依系爭建照之設計圖何處可以證明利來公司於申
09 請系爭建照時，業已開闢473地號土地至少達3.5公尺之道
10 路？又原判決執利來公司領取有系爭使照及原審卷一第442
11 頁至第446頁之相片，認定鄰接利來大廈至少3.5公尺之範圍
12 業已提供予利來大廈停車場出入口連接基隆路2段及其他用
13 路人通行所使用等情，然查，系爭使照及上開照片(部分標
14 示有3公尺之通路，亦非被上訴人都發局所主張之3.5公尺)
15 僅能證明利來大廈確實係依系爭建照所設計之地下停車場之
16 出入口而完工，完工初始有一通路，然何以有該通路？出於
17 上訴人同意永久提供？抑或如上訴人所主張係因利來公司懇
18 求上訴人同意暫時拆除圍牆並切結於完工後恢復原狀？又上
19 訴人所在學校固緊鄰利來大廈建築基地，惟原判決憑何認定
20 上訴人必須知悉並明瞭利來大廈興建地下停車場？何以上訴
21 人必須進而提出質疑或拒絕出借473地號土地提供興建工程
22 之用，始謂與常情相符？何以上訴人提不出利來公司回復原
23 狀之切結書，即可反面推論上訴人提供473號土地非係暫時
24 而係永久？何況，如前所述，473地號土地固屬計畫道路用
25 地，惟未經臺北市政府徵收或價購，上訴人仍保有所有權，
26 對於利來公司所須解決之「3.5公尺寬之出入通道」問題，
27 上訴人與利來公司間究基於何法律關係有提供3.5公尺寬之
28 出入通道永久供公眾通行之用之義務？無需對價？如有對
29 價，其對價為何？原審亦均迄未予究明。上訴意旨主張本件
30 無64年核發建照處理原則之適用，原判決有適用法規不當之
31 判決違背法令，且原判決未斟酌對上訴人有利之證物並說明

01 不予採納之理由，卻以上訴人短暫同意拆除系爭圍牆而駁回
02 上訴人請求，其判決理由不備且矛盾違背法令，並請求廢棄
03 為有理由。因此部分之原判決違背法令影響事實之確定及判
04 決結果，自應由本院將此部分之原判決廢棄，發回原審更為
05 審理。

06 (六)關於上訴人請求回復原狀或損害賠償部分：

07 1. 原處分1及原處分2並未違法，原判決駁回上訴人請求確認原
08 處分1及原處分2違法，於法無違，已如前述，則上訴人依行
09 政訴訟法第7條合併請求就此部分之回復原狀或損害賠償部
10 分，自均屬無據，原判決予以駁回，於法亦無不合：

11 (1)先位聲明：被上訴人都發局、建管處應連帶將上訴人所
12 有之○○市○○區○○路0段000號0樓旁如原處分1所示
13 之高9公尺、面積45平方公尺之系爭遮雨棚及如原處分2
14 所示之高3公尺、長度12公尺之系爭金屬大門回復原狀。

15 (2)備位聲明：查上訴人係主張因系爭3處分違法，受有：A.
16 磚牆、柱子、鋼筋模板、面貼百碎磚、鍛造大門含小門、
17 鍛造後門、門口採光罩含不銹鋼水槽等修復復原費用1,24
18 1,100元；B. 拆除圍牆清運費44,888元；C. 護欄及警示燈
19 費用35,438元；D. 圍籬費用6,720元；E. 後門拆除費用481
20 元及F. 其他拆除費用3,150元之損害，合計1,325,057元，
21 爰向被上訴人都發局、建管處請求應連帶給付上訴人1,32
22 5,057元及自106年4月21日起至清償日止，按年息5%計算
23 之利息，未就系爭3處分為分別之請求，原審亦因認系爭3
24 處分均未違法，而認上訴人該全部之請求均為無理由，未
25 令上訴人就各該處分部分分別表明及請求，復未予以調
26 查。是以，本院僅就上訴人之請求，參照其於起訴狀所提
27 之原證9至14，以可明顯歸屬於原處分1及原處分2部分，
28 予以維持原判決駁回之結論：鍛造大門含小門205,000
29 元、鍛造後門176,000元、門口採光罩含不銹鋼水槽等36
30 8,000元及後門拆除費用481元，合計749,481元部分(其餘
31 金額詳後述)。

01 2. 原判決就認定原處分3違法部分，有如前所述之違背法令情
02 事，猶待原審查明，上訴人就被上訴人都發局附帶請求損害
03 賠償之訴部分，因失所據，爰一併發回由原審更為審理：

04 (1)先位聲明：被上訴人都發局應將上訴人所有之○○市○○
05 區○○路0段000號0樓旁如109年複丈成果圖編號B所示寬
06 度24公分、高度2.7公尺、長度44.5公尺之系爭圍牆回復
07 原狀。

08 (2)備位聲明：被上訴人都發局應給付上訴人575,576元(1,32
09 5,057元-749,481元)部分及自106年4月21日起至清償日
10 止，按年息5%計算之利息。

11 3. 原判決以系爭3處分非被上訴人建管處所為，駁回上訴人所
12 為附帶請求關於對被上訴人建管處請求部分，於法有據，上
13 訴意旨求為廢棄，並非可採。

14 (七)關於上訴人請求預防性不作為訴訟部分：

15 1. 對於公權力干涉產生違法侵害基本權利之立即危險，成立不
16 作為請求權，人民可據以向行政法院提起性質上屬於給付訴
17 訟之預防之不作為訴訟，請求權利保護。惟任何訴訟提供人
18 民之權利保護，均以有權利保護必要為要件。人民就對己之
19 侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之具雙重效力之授益
20 處分，本得於處分作成後提起訴願及撤銷訴訟救濟。蓋在處
21 分未作成前，人民並不會因處分而有權利或法律上利益受損
22 害。是以除非個案情形特殊，如不許人民提起預防性不作為
23 訴訟，人民權利無從及時受到保護外，人民並無就行政處分
24 提起預防性不作為訴訟之權利保護必要。至於行政上事實行
25 為如係違法，就行政實體法而言，行政機關在期待可能之範
26 圍內，負有除去因該事實行為所造成之違法狀態並回復至合
27 法狀態之義務；相對地，人民因該事實行為遭受權利侵害
28 者，享有結果除去請求權與回復原狀請求權，並得視情形主
29 張損害賠償請求權或損失補償請求權。是以，除非個案情形
30 特殊，如不許人民提起預防性不作為訴訟，人民權利無從及

01 時受到保護外，人民亦無就行政事實行為提起預防性不作為
02 訴訟之權利保護必要。

03 2. 經查，本件上訴人主張系爭土地伊並未同意供公眾使用，詎
04 被上訴人都發局竟無視臺北市政府交通局(下稱交通局)104
05 年7月15日北市交規字第00000000000號函(下稱104年7月15
06 日函)認定系爭土地無需供公眾通行之判斷，仍執意以系爭
07 會勘紀錄、市警局信義分局104年10月5日函、新工處104年1
08 1月27日函、交管處104年12月1日函、建管處104年11月9日
09 函為據，請求上訴人將系爭土地開闢供公眾使用，顯係以公
10 權力行為侵害上訴人之財產權，上訴人為避免系爭土地日後
11 遭被上訴人侵害，爰提起預防性不作為之訴，起訴請求就上
12 訴人所有之系爭土地：(1)被上訴人交管處不得繪製禁止臨時
13 停車紅線；(2)被上訴人新工處不得為道路修繕、道路釘樁、
14 道路地上障礙物拆除作業；(3)被上訴人都發局不得配合辦理
15 道路釘樁作業；(4)被上訴人市警局不得對上訴人設置之門禁
16 設施或對上訴人於上開土地之門禁管制為裁罰行為。(5)被上
17 訴人建管處不得於系爭土地逕行鋪設道路，且不得排除上訴
18 人設置之門禁設施。核其請求不作為之內容，部分屬行政處
19 分，部分屬事實行為，依前揭之說明，如個案情形特殊，不
20 許人民提起預防性不作為訴訟，人民權利無從及時受到保護
21 時，人民非不得就行政處分或行政事實行為提起預防性不作為
22 訴訟之權利保護必要。原判決僅就上訴人得否就行政處分
23 提起預防性不作為訴訟之權利保護必要，予以論述，尚失之
24 簡略，先予指明。

25 3. 惟查，原判決業已論明：市警局信義分局104年10月5日函僅
26 係為釐清○○市○○區○○街000巷通往基隆路2段巷道是否
27 為已開闢都市計畫道路案所為之會勘通知函，並無任何侵害
28 上訴人權利之虞。另被上訴人建管處104年11月9日函則係就
29 系爭土地是否為已開闢之道路為說明，亦無任何侵害上訴人
30 權利之舉。至系爭會勘紀錄固然記載：為信義區基隆路2段1
31 55號旁、嘉興街256巷已開闢道路之範圍鑑界及設置軌道式

大門工程、紐澤西護欄等爭議乙案，辦理現場會勘，會勘結論：本案為釐清爭議，請都發局測量科配合被上訴人新工處於旨揭路段進行指樁確認；請被上訴人新工處於指樁確認完成，並釐清已開闢道路之範圍後完成路面修繕工作；俟被上訴人新工處完成旨揭路段道路修繕後，請被上訴人交管處繪設紅線，並請被上訴人市警局信義分局依法辦理等語。惟被上訴人新工處104年11月27日函載明將依行政法院審理結果辦理後續，被上訴人交管處104年12月1日函則記載請被上訴人新工處完成道路修繕後函知該處，俾利辦理後續繪設禁止臨時停車紅線相關事宜。是以，被上訴人建管處、新工處無從為系爭會勘紀錄所指示之工作；被上訴人都發局亦無從配合辦理道路釘樁作業；而被上訴人交管處、市警局更無從為後續繪設禁止臨時停車紅線、裁罰之行為，是上訴人並無非提起預防性不作為訴訟，其權利無從及時受到保護之特殊情形。經核本件上訴人既得對被上訴人作成之一般處分或裁罰處分，提起行政爭訟以除去該處分之效力，且縱有金錢上之損害，亦無不得回復之情形，就此部分，上訴人得透過訴願及撤銷訴訟尋求救濟，而得為有效之權利保護；亦得對被上訴人所作之事實行為，透過結果除去請求權、回復原狀請求權或主張損害賠償請求權等尋求救濟，而得為有效之權利保護；揆諸前揭之說明，原判決認本件無提起預防性不作為訴訟之特別權利保護必要之情形，於法並無不合。上訴意旨仍執前詞指摘被上訴人無視訴外人交通局104年7月15日函認定系爭土地無須供公眾通行之判斷，仍執意請求上訴人將系爭土地開闢供公眾使用，係以公權力行為侵害上訴人之財產權，且由部分函文意旨載稱將開闢系爭土地，亦有侵害上訴人財產權之高度可能，而符合蓋然性要件，上訴人本件僅得提起預防性不作為之訴救濟而無其他救濟管道，業符合特別權利保護之必要性要件等語，尚非可採。至上訴人主張原審104年度全字第131號裁定，亦肯認上訴人權益有發生重大損害之虞，符合重大損害性要件，原判決並未逐一審究前開預

防性不作為之訴訟要件，反以上訴人聲請定暫時狀態假處分之保全效力駁回上訴人本訴之請求，亦有違背法令一節，查預防性不作為訴訟與定暫時狀態假處分之要件各有不同，且本院審查預防性不作為訴訟之要件，不受原審定暫時狀態假處分裁定之拘束，原判決執該定暫時狀態假處分裁定予以論述，固欠周妥，惟其結論無誤，仍屬可以維持，上訴意旨求為廢棄，並無可採。

六、綜上所述，原判決關於上訴人請求確認原處分3違法暨向被上訴人都發局合併請求回復原狀及損害賠償部分，有如上所述違背法令之情事，上訴意旨求予廢棄關於此部分之原判決，為有理由，惟因關於該部分之事證有待原審再予調查審認之必要，本院尚無從自為判決，爰將原判決關於此部分廢棄，發回原審更為適法之裁判。原判決其餘部分並無違誤，上訴意旨求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第260條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 5 月 2 日

最高行政法院第四庭

審判長法官 王 碧 芳

法官 李 玉 卿

法官 王 俊 雄

法官 侯 志 融

法官 鍾 啟 煒

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 113 年 5 月 2 日

書記官 徐 子 嵐