最　高　行　政　法　院　判　決

112年度上字第541號

上　訴　人　張誠
訴訟代理人　宋國城　律師
　　宋宣慧　律師
被 上訴 人　臺南市政府
代　表　人　黃偉哲
被 上訴 人　臺南市永康區公所

代　表　人　李皇興

參　加　人　國防部政治作戰局

代　表　人　陳育琳
訴訟代理人　張靈秀

上列當事人間巷道爭議事件，上訴人對於中華民國112年6月27日高雄高等行政法院111年度訴字第35號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於被上訴人臺南市永康區公所部分及該訴訟費用部分均廢棄。

二、廢棄部分訴願決定撤銷。

三、關於被上訴人臺南市政府部分之上訴駁回。

四、廢棄部分，第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人臺南市永康區公所負擔；駁回部分，上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人為申請臺南市永康區永仁段（下稱永仁段）1321地號土地指定建築線需要，以民國109年12月21日申請書向被上訴人臺南市永康區公所（下稱永康區公所）申請認定坐落永仁段1325地號（部分）國有土地之巷道（下稱系爭巷道）為現有巷道（下稱系爭申請案）。永康區公所依臺南市建築管

理自治條例（下稱自治條例）第6條第1項第1款及臺南市政府辦理都市計畫土地現有巷道申請指定建築線執行要點（下稱指定建築線執行要點）第5點規定，以110年7月9日所經建字第1100333094A號公告（下稱110年7月9日公告）「擬認定臺南市永康區永仁段1325地號（部分）土地範圍為現有巷道（如公告圖）」，自110年8月1日起公告30日，並於同年月25日與相關單位辦理會勘。公告期間內永仁段1325地號之土地管理者即參加人提出異議，主張系爭巷道原提供精忠九村眷戶使用，該眷村於104年拆除已無使用該巷道需求，該巷道自無公用地役關係，現況僅提供特定住戶使用。嗣被上訴人臺南市政府於110年11月3日召開110年度臺南市現有巷道評議小組（都市計畫地區分組）第6次會議，認系爭巷道現況僅供永仁段1321及1322地號等2筆土地之特定住戶通行使用，未符自治條例第6條第1項第1款規定情形，且上訴人所有之永仁段1321地號土地並無臨接系爭巷道，決議不同意認定系爭巷道為現有巷道。臺南市政府乃以110年11月17日府都管字第1101345416號函（下稱110年11月17日函）檢送會議紀錄予永康區公所，經永康區公所作成110年11月18日所經建字第1100783798號函（下稱原處分）通知上訴人。上訴人不服，提起訴願，遭內政部111年1月22日台內訴字第1100065445號訴願決定駁回，遂向高雄高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，訴請：㈠訴願決定及原處分均撤銷。㈡被上訴人應依上訴人109年12月21日現有巷道認定申請書，作成同意認定為現有巷道指定建築線之行政處分。經原審111年度訴字第35號判決（下稱原判決）駁回，上訴人遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張與被上訴人在原審之答辯及參加人之陳述，均引用原判決之記載。

三、原審駁回上訴人在第一審之訴，係以：㈠依自治條例第2條、第3條第8項及第6條第3項規定，臺南市之都市土地現有巷道之認定及指定建築線事項，已由臺南市政府公告委任區

公所（除東區、北區、中西區、南區、安平區、安南區及新營區計7區外）處理，並自101年6月11日生效，是永康區公所就轄區內都市土地現有巷道認定及指定建築線事項，始具事務管轄權限。上訴人請求判命臺南市政府應依其109年12月21日現有巷道認定申請書，作成同意認定系爭巷道為現有巷道並就永仁段1321地號土地作成指定建築線之行政處分，不具被告適格。㈡對照自治條例第6條關於認定現有巷道之具體規定，其中第1項第1款即為司法院釋字第400號解釋所指成立公用地役關係之既成道路。依該號解釋意旨，此類經主管機關具體認定為既成道路，倘因地理環境或人文狀況改變，喪失其原有功能者，尚應隨時檢討並予廢止；舉重以明輕，倘其從未經主管機關具體認定為成立公用地役關係之既成道路，經時間遞嬗其地理環境或人文狀況改變而已乏不特定之公眾通行所必要者，即無從依該款規定認定為現有巷道。查上訴人於109年12月21日向永康區公所申請認定系爭巷道為具有公用地役關係之現有巷道並申請指定建築線，經永康區公所於110年7月9日辦理公告擬認定為現有巷道之計畫圖，公告期間自110年8月1日起30日，並於110年8月25日會同相關單位辦理會勘。公告期間內永仁段1325地號土地管理者即參加人提出異議，永康區公所因認系爭巷道之現有巷道認定發生疑義，提請現有巷道評議小組評議，即非無據。觀諸前臺灣省政府農林廳林務局農林航空測量所（現改制為農業部林業及自然保育署航測及遙測分署）88年3月26日航照圖，系爭巷道周遭存有諸多建物，且有平行之東西向巷道，東側則有南北向道路貫穿，交錯區隔各街區；而於108年11月29日航照圖，系爭巷道南側及東側建物及道路均已拆除成為空地，系爭巷道東側尾端更遭參加人所設圍籬封阻，不再與其他道路相接而成為無尾巷，此與上訴人所述參加人於104年起拆除現地周圍眷舍等節相符；參照永康區公所110年7月9日公告附圖，堪認該殘存巷道寬約7.44公尺至7.84公尺，長度約23.95公尺，僅能供北側忠孝路54巷3號、4號等2

戶特定住戶對外通行，但該巷道北側路緣與上訴人所擬申請指定建築線之永仁段1321地號土地南側地籍線間仍有4.28公尺至4.42公尺之距離，足見縱在參加人於104年起拆除現地周圍眷舍以前，系爭巷道得以與周遭巷道相連並供周遭建物眾多住戶對外通行使用，然依現況寬度、使用性質、使用期間、通行情形，其周遭地理環境及人文狀況已有大幅變化，難認其仍有公益上需要認定屬供公眾通行而具公用地役關係之巷道。系爭巷道從未經主管機關具體認定為成立公用地役關係之既成道路，且經時間遞嬗其地理環境及人文狀況改變，已乏不特定公眾通行必要，自無從認定為現有巷道。是臺南市政府於110年11月3日召開110年度臺南市現有巷道評議小組（都市計畫地區分組）第6次會議決議本案不同意認定為現有巷道，其理由為：「一、查忠孝路54巷原係『精忠九村』眷村內通路，惟因眷村地上物前於104年全數拆除騰空，現地周圍並已施設圍籬，該通路現況僅提供永仁段1321及1322地號等2筆私有地之特定住戶通行使用，未符臺南市建築管理自治條例第6條第1項第1款規定之情形。二、申請人（即上訴人）所有之永仁段1321地號土地無臨接該通路。」臺南市政府以110年11月17日函檢送該會議紀錄予永康區公所，經永康區公所依該決議作成原處分通知上訴人，表示不同意其現有巷道認定及指定建築線之申請，即非無據。至上訴人所援引110年8月25日會勘結論，僅屬各會勘單位在其執掌範圍內所表示之意見，以供永康區公所及現有巷道評議小組審酌，而非最終對外發生效力之行政處分，尚無拘束力。而該殘存巷道之北側路緣與上訴人所擬申請指定建築線之永仁段1321地號土地南側地籍線間，仍有4.28公尺至4.42公尺之距離；對照上開航照圖及地籍圖以觀，顯見上訴人所有之永仁段1321地號土地已為參加人所管理之永仁段1325地號土地包圍而成為袋地，該土地之通行或建築需求，仍得經土地所有權人自行依民法上關於袋地通行權之相關規定取得通行權並申請指定建築線，以盡其地利，尚不因永康區

公所不同意其前揭關於現有巷道認定而無從使用收益其土地；凡此均待上訴人循民事途徑解決紛爭，而不能謂參加人負有主動提供通行之義務。上訴人訴請依其申請作成同意認定現有巷道指定建築線之行政處分，則乏其據，應予駁回等語，為其判斷之基礎。

四、本院之判斷：

㈠廢棄改判部分（關於永康區公所部分）：

1. 行政訴訟法第5條規定：「（第1項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。（第2項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」是可知，課予義務訴訟以曾向中央或地方機關提出依法申請之案件，且經合法訴願程序，為其起訴合法要件。課予義務訴訟所須具備之訴願程序，自應視申請人所為申請案件之主管機關，而定其應為處分之機關及不服之訴願管轄機關。

2. 訴願法第4條規定：「訴願之管轄如左：……四、不服直轄市政府所屬各級機關之行政處分者，向直轄市政府提起訴願。……」第8條規定：「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委任機關或其直接上級機關提起訴願。」建築法第2條第1項規定：「主管建築機關，在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第48條規定：「（第1項）直轄市、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。但都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，直轄市、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。」第101條規定：「直轄市、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。」臺南市據此制定自治條例，其中第2條規定：「本自治條例之主管機關為臺南市政府；必要時，主管機關得委任所屬機關辦理。」第3條規定：「（第1項）建築基地面臨計畫道路、廣場、市區道路、公路或符合第六條規定之現有巷道者，得申請指定建築線。……（第8項）指定建築線之業務，都市土地由臺南市政府都市發展局辦理，非都市土地由本府工務局辦理，另主管機關得委任各區公所辦理。」第6條規定：「（第1項）本自治條例所稱現有巷道，指非都市計畫道路，並符合下列情形之一者：一、依其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定屬供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二、非屬法定空地之私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書。三、非屬法定空地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。四、於中華民國七十三年十一月七日本法修正公布前，曾指定建築線之巷道，經主管機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻。……（第3項）現有巷道之業務，其土地位於都市計畫區者由本府都發局辦理，位於非都市計畫區者由本府工務局辦理，另主管機關得委任各區公所辦理。（第4項）為處理現有巷道認定疑義，主管機關應組成現有巷道評議小組評議之。評議小組之組織及相關作業規定，由本府都發局另定之。」依上開規定可知，涉及現有巷道之建築線指定，其現有巷道存否之認定，乃建築線指定之前提。主管建築機關，在臺南市為臺南市政府，依自治條例第2條、第3條第8項及第6條第3項規定，臺南市之都市土地現有巷道之認定及指定建築線事項，得委任由各區區公所辦理。臺南市政府101年9月24日府都規字第1010667091

A號公告，業公告委任區公所（除東區、北區、中西區、南區、安平區、安南區及新營區計7區外）辦理臺南市都市土地建築線指定及現有巷道業務，並自101年6月11日生效，故永康區公所就轄區內都市土地現有巷道之認定及指定建築線事項，即具有事務管轄權限。其依法辦理臺南市政府委任事件所為之行政處分，為受委任機關即永康區公所之行政處分，不服該行政處分者，得向臺南市政府提起訴願。

3. 臺南市政府修正發布之指定建築線執行要點第2點規定：「（第1項）建築基地面臨本自治條例第六條第一項第一款規定之現有巷道需指定建築線者，其現有巷道之認定原則如下：㈠使用性質、使用期間：巷道旁已有編釘門牌房屋二戶以上，且其門牌編釘或戶籍登記已逾二十年。㈡通行情形及公益上需要：經道路管理機關確認符合供公眾通行之必要。（第2項）建築基地申請指定建築線，符合下列二款情形之一者，不受前項規定之限制：㈠無指定建築線，而已領有建築執照且執照內已切結供公眾通行、已註記有既成道、既成巷路、現有道或其他類似性質之巷道。㈡本要點發布前指定建築線在案者。（第3項）本要點所稱供公眾通行必要之巷道，指經道路管理機關確認本要點發布實施前為其興闢、維護或管理有案，土地所有權人目前仍無限制特定人通行使用之巷道。」第5點規定：「（第1項）第三點之申請文件完成審查後，建築線指定機關應將擬認定現有巷道之計畫圖於本府公告欄、申請案所在地之區公所及里辦公處、申請巷道出入口明顯處公告三十日，並通知該巷道之土地所有權人。（第2項）前項公告應登報周知，其登報費用由申請人負擔。」第6點第1項規定：「建築線指定機關得於公告期間受理任何公民或團體以書面提出之意見，應併同彙整下列資料後提送臺南市現有巷道評議小組評議參考：㈠第二點第一項有關證明文件（確認供公眾通行必要之文件，必要時應附非屬法定

空地之證明）。㈡第三點之申請資料。㈢第四點第二項之書件。㈣鄰近有關之建築線或建築執照附圖、或以都市計畫地形底圖代替前圖。㈤申請基地鄰近與巷道全景之照片。」第7點規定：「依本自治條例第六條第一項第二、三款規定辦理者、依本要點第二點第二項第一款認定者及依第六點經評議小組審議通過之現有巷道指定建築線者，應先將已認定現有巷道範圍、寬度，比照第五點之處所公告後始生效，並通知該巷道之土地所有權人。」依臺南市政府訂定臺南市現有巷道評議小組設置要點第1點規定：「臺南市政府為辦理臺南市現有巷道認定疑義、改道及廢止，特設臺南市現有巷道評議小組，並訂定本要點。」第2點第1款規定：「本小組設都市計畫地區分組及非都市計畫地區分組，其受理案件屬性及任務如下：㈠都市計畫地區分組：1.評議都市計畫地區建築線指定之現有巷道疑義事項。2.評議都市計畫地區現有巷道改道或廢止事項。3.提供都市計畫地區其他與現有巷道有關之諮詢及建議事項。」第3點規定：「都市計畫地區分組置委員十三人，其中一人為召集人，由本府都市發展局局長兼任；副召集人一人，由本府都市發展局副局長兼任；其餘委員由本府就下列人員聘（派）之：㈠本府工務局代表一人。㈡本府地政局代表一人。㈢本府都市發展局代表一人。㈣本府交通局代表一人。㈤本府法制處代表一人。㈥社團法人臺南市建築師公會建築師代表二人。㈦建築、都市計畫、地政及法律專家學者各一人。」第9點規定：「本小組委員聘（派）、會議決議與交付執行事項及日常組務事項，都市計畫地區分組由都市發展局執行，非都市計畫地區分組由工務局執行，並以本府名義函請有關機關辦理。」依上開規定可見，臺南市現有巷道評議小組係依自治條例所設置，評議有關建築線指定之現有巷道疑義或現有巷道改道、廢止事項，然非屬依法獨立行使職權及代表不同利益觀點成員所組成之委員會，並不享有判斷餘地。

4.經查，上訴人為申請永仁段1321地號土地指定建築線所需，以109年12月21日申請書向永康區公所申請認定系爭巷道為現有巷道及指定建築線。永康區公所依自治條例第6條第1項第1款及指定建築線執行要點第5點規定，以110年7月9日公告「擬認定臺南市永康區永仁段1325地號（部分）土地範圍為現有巷道（如公告圖）」，自110年8月1日起公告30日，並於110年8月25日與相關單位辦理會勘。公告期間內永仁段1325地號土地管理者即參加人提出異議，永康區公所因而提請現有巷道評議小組就系爭巷道之認定疑義為評議。經110年11月3日召開之110年度臺南市現有巷道評議小組（都市計畫地區分組）第6次會議，決議不同意認定系爭巷道為現有巷道，臺南市政府以110年11月17日函檢送該會議紀錄予永康區公所，經永康區公所依該決議作成原處分通知上訴人，表示不同意其現有巷道認定及指定建築線之申請，為原審依法確定之事實，核與卷證相符。依指定建築線執行要點第5點規定，永康區公所審查申請文件後，係公告其擬認定現有巷道之計畫圖30日，並通知該巷道之土地所有權人，如有爭議時則彙整相關資料提送臺南市現有巷道評議小組評議，俟臺南市政府函復該小組會議紀錄後，始由永康區公所作成原處分並通知上訴人，在此之前僅為處分前之準備行為。原判決並論明：上訴人109年12月21日現有巷道認定申請書係向永康區公所提出並由該區公所收文，且永康區公所就上訴人系爭申請案已依其事務管轄權限循序進行現有巷道認定及指定建築線事項之行政程序，上訴人所援引110年8月25日會勘結論，僅屬各會勘單位在其執掌範圍內所表示之意見，以供永康區公所及現有巷道評議小組審酌，而非最終對外發生效力之行政處分，尚無拘束力。對照臺南市政府110年11月17日函係以各現有巷道評議小組委員及受理案件公所（單位）為受文者，足見臺南市政府並未以自己名義就系爭申請案作成行政處分等情，原審據以認定原處分係永

康區公所以自己名義所作成，已敘明其判斷之依據及得心證之理由，核無違誤。至於上訴人主張機關間權限分配應依實質認定，現有巷道評議小組既歸屬於臺南市政府，掌有最終決策權，上訴人亦收受該小組關於系爭申請案之會議紀錄，應認其已直接對外發生法律效果，具行政處分性質，原處分應為臺南市政府所作成，原判決顯有判決理由矛盾之違背法令云云，乃屬其一己主觀之法律見解，尚非可採。

5. 原處分既係永康區公所所作成，依訴願法第4條第4款及第8條規定，本件訴願管轄機關應為永康區公所之直接上級機關即臺南市政府，而非內政部所管轄。本件由無訴願管轄權之內政部受理上訴人之訴願而作成訴願決定，自屬管轄錯誤。至於原審援引訴願法第57條規定：「訴願人在第十四條第一項所定期間向訴願管轄機關或原行政處分機關作不服原行政處分之表示者，視為已在法定期間內提起訴願。」及第61條規定：「（第1項）訴願人誤向訴願管轄機關或原行政處分機關以外之機關作不服原行政處分之表示者，視為自始向訴願管轄機關提起訴願。（第2項）前項收受之機關應於十日內將該事件移送於原行政處分機關，並通知訴願人。」逕論以：觀諸上訴人收受永康區公所原處分所附臺南市政府110年11月17日函檢送現有巷道評議小組評議會議紀錄，足見其現有巷道認定及指定建築線之申請均未獲滿足。而上訴人於110年11月30日分別向臺南市政府及內政部提出訴願書，堪認其已向臺南市政府表示對原處分不服之意，應視為已在法定期間內提起訴願。臺南市政府對之未實質作成訴願決定，亦未滿足上訴人之訴願請求，並將該事件移由內政部訴願委員會審議，依前揭規定，臺南市政府處理程序並不影響視為上訴人於法定期間內已提出訴願之效力，且內政部訴願委員會予以實體審查，應認上訴人已踐行合法之訴願程序，符合行政訴訟法第5條第1項規定之起訴要件，法院應實體審理其課

予義務訴訟有無理由等語，固非無見。惟查，上訴人誤以臺南市政府為原處分機關，於110年11月30日分別向臺南市政府及內政部提出訴願書，均記載內政部為訴願管轄機關（訴願卷第55至58頁、第69至72頁）。依訴願法第57條規定，固可視為上訴人已提出訴願，然其並無變更臺南市政府方屬訴願管轄機關之效力，最終由無訴願管轄權之內政部作成訴願決定，此係訴願管轄錯誤而非行政機關怠為處分之情形，尚無行政訴訟法第5條第1項規定之適用。訴願人有無提起訴願，與訴願決定是否管轄錯誤，殊屬二事。原判決遽以上訴人已提出訴願及內政部作成訴願決定即屬已經合法訴願程序，而認其提起課予義務訴訟為合法，即有判決適用法規不當之違背法令。

㈡駁回上訴部分（關於臺南市政府部分）：

依上所論，永康區公所就其轄區內都市土地現有巷道認定及指定建築線事項，經臺南市政府委任辦理，具有事務管轄權限。上訴人於原審以臺南市政府為被告，請求判命應依其109年12月21日現有巷道認定申請書，作成同意認定系爭巷道為現有巷道並就永仁段1321地號土地作成指定建築線之行政處分，乃屬被告不適格，原判決因而駁回上訴人在原審此部分之訴，並無違誤。上訴意旨仍執詞爭執臺南市政府始為具有事務管轄權限之機關，指摘原判決有判決理由矛盾之違背法令，自無可採。

㈢綜上所述，臺南市政府既欠缺被告適格，原審據以駁回上訴人在原審該部分之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。又本件係由無訴願管轄權之內政部受理訴願而作成決定，自屬管轄錯誤。原審雖正確認定永康區公所為原處分機關，但以上訴人已提起訴願並經內政部訴願委員會實質審查及作成訴願決定，遽認已符實體判決要件而為上訴人敗訴之判決，自有未洽。上訴意旨求予廢棄原判決，雖未指摘訴願管轄錯誤，然原判決此部分既有上開違背法令情事，上訴仍

為有理由，訴願決定應予撤銷。至於上訴人訴請撤銷原處分及永康區公所應依其109年12月21日現有巷道認定申請書，作成同意認定為現有巷道指定建築線之行政處分部分，因本件仍待訴願管轄機關另依法踐行訴願前置程序，此部分之實體上之主張，於本件無從逕予審酌，事證尚未臻明確，應由訴願管轄機關另為適法之決定。

五、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259條第1款、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　30　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　陳　國　成

法官　林　秀　圓

法官　楊　坤　樵

法官　李　明　益

法官　高　愈　杰

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　章　舒　涵