臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@107年度訴字第

原　　告　陳炳煌
　　陳廷敬
　　陳廷桂
被　　告　臺中市政府建設局
代　表　人　陳大田

上列當事人間陳情事件，原告不服臺中市政府中華民國107年8月15日府授法訴字第1070184677號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、被告代表人原為黃玉霖，嗣變更為陳大田，業經其具狀聲明承受訴訟，依法核無不合，應予准許。

二、事實概要及其證據：

原告為臺中市○○區○○路000000000000000段○000○0號前私有土地之共有人，重測前為臺中市○○區○○○段○○○○○○○號土地（地籍圖重測○○○區○○段○○○○○號，下稱系爭土地，本院卷63-67頁之地籍圖及土地查詢資料）。原告認為被告未經其同意，於民國106年5月間在上址前之側溝開挖施工，並放置鐵板及鋪設碎石，已侵害地主權益，要求有關單位提供土地使用同意書，或將側溝填平恢復土地原狀，而於107年2月21日向臺中市政府1999話務中心陳情（107年2月22日分文，本院卷45頁之交辦單），經被告以107年3月19日局授建養字工三字第1070012918號函（本院

卷53頁）復原告陳炳煌略以：「．．．說明：．．．二、本案經查為原側溝養護修繕工程，現況已修繕完畢，以維持正常排水功能。另本案空地所放置之鐵板及碎石非屬本局所置，業以106年6月2日中市建功三字第1060068251號函復臺端在案．．．。」原告就同一事項再於107年3月27日向該話務中心陳情（本院卷47頁之交辦單），被告以107年4月20日局授建養工三字第1070018439號函（本院卷55頁）復原告陳炳煌略以：「．．．說明：．．．二、本案經查為既有側溝養護修繕工程，現況已修繕完畢，以維持正常排水功能，且未施設新增結構物，先予敘明。三、另臺端陳情未經地主同意而強制施工影響地主權益乙事，本局法制單位已調案審閱，以釐清相關案情。」原告不服107年4月20日函，提起訴願，亦遭決定不受理（本院卷23-29頁），遂提起本件行政訴訟（本院卷13-19頁）。

三、原告主張略以：

（一）原告為系爭私有土地之共有人，目前係私設巷道，供原告及其他共有人自用，非供公眾通行使用。詎被告於106年5月間，未經共有人同意及取得使用同意書，於系爭土地強行開挖溝渠，並於其上放置鐵板及鋪設碎石，嚴重侵害地主權益。原告於107年3月27日申訴，並發函被告請求為填平回復原狀之處分，惟遭被告回函駁回。經其向臺中市沙鹿區公所查詢，系爭土地上並無排水溝之設置及養護紀錄，可見被告誤將原無側溝存在之系爭土地列為原有側溝養護疏濬，致生損害於原告，被告認系爭土地有既有排水溝存在，顯與事實不符。

（二）原告請求被告為一定作為，即填平系爭土地上由被告挖掘之側溝及施設之工作物，其性質為請求一定行為之課予義

務請求，原告除以電話申訴外，另發函具體請求被告為填平回復原狀，被告拒絕上開請求行為，係屬給付請求之拒絕，原告依法得對之提起訴願及行政訴訟。是被告107年4月20日函係具體對原告所為回復原狀請求為拒絕之意思表示，非單純之觀念通知，訴願決定對此即有誤會，原告自得為本件起訴。

（三）原告另申請被告徵收系爭土地，惟被告回函亦稱查無排水側溝，顯見被告於106年5月間所為強制挖掘側溝行為，已侵害地主之權益，被告所為否准回復原狀之行政處分，顯然違法不當，應予撤銷，並即進行回填。

（四）原告請求權依據如下：

1、按司法院釋字第440號解釋意旨，人民之財產權應予保障，憲法第15條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市○○道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。

2、依民法第773條規定，既成道路之土地，縱有公共地役關係存在，亦僅不能排除公眾通行而已，於其地下權利之行使，非依法律不得妨害。

3、民法第765條規定，可見私有土地所有權，無論地上及地下均不容許他人之侵害。

4、依土地法第231條規定，需用土地人，應俟補償地價及其他補償費發給完竣後，方得進入被徵收土地內工作。

5、依土地法第14條第1項及第2項規定，公共交通道路土地，不得為私有，已成為私有者，得依法徵收之。

（五）原告對於被告稱：「本件系爭道路坐落於臺中市○○區○○段○○○○○○號，於74年依建築法規之規定僅為臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○建築線．．．」乙節，沒有意見，但110-6地號土地不是既成巷道等語，並聲明求為判決：⑴訴願決定及原處分均撤銷（行政訴訟法第4條）；⑵被告應將坐落臺中市○○區○○路（原告誤載為段，本院卷13頁原告起訴狀參照）247-3號前側溝填平，回復原狀（同法第5條）。

四、被告略以：

（一）原告前於106年5月31日、107年2月22日及107年3月27日向上述話務中心所為之檢舉及陳請，請求將系爭道路側溝回復原貌之行為，其內容係屬「建議」、「陳情」性質，並非依法申請之案件，而被告對此陳情所為之函復，依訴願法第3條第1項、第77條第8款、行政程序法第92條規定及最高行政法院95年度裁字第2909號裁定意旨，自非行政處分，原告即不得提起訴願。

（二）系爭土地於74年依建築法規定作為重測前臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○定之建築線，並作為建築基地通行使用。按市區道路條例第4條，明定直轄市○○○市區道路之主管機關；復參酌最高法院102年度台上字第1315號判決意旨，私有土地依建築法規之規定，作為公眾通行之道路與因時效而形成之既成道路不同，雖非上開解釋所稱之既成道路，其未經徵收者，仍應持續作為公眾使用，被告自得依市區道路條例第4條、第5條、第9條第2項等規定為改善、養護及重修，原告即負有容忍之義務。基此，被告就系爭土地排水溝渠之養護，自無須以徵得土地所有權人同意為要件，原告對

之提起訴訟，當非適法。倘請求權人對系爭土地認定為現有巷道不服，應循其他法律途徑申請。且被告回復之函文非屬行政處分，原告請求訴願決定及原處分均撤銷，其訴不合法等語，並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件事實欄所載事實，有上開證據可稽，應堪認定。本件兩造之爭點為：⑴被告107年4月20日函拒絕原告之申請，是否合法？⑵原告請求本院判命被告應將臺中市○○區○○路○○○○號前側溝填平，回復原狀，是否有據？茲論述如下：

（一）撤銷訴訟部分：

1、按提起訴願，以有行政處分之存在為前提要件。所謂行政處分，依訴願法第3條第1項及行政程序法第92條第1項規定，係指中央或地方行政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。又行政處分之要素包含有行為（行政機關公法上之意思表示）、行政機關、公權力、單方性、個別性及法效性等。至行政機關所為通知、單純事實之敘述、理由之說明、就法令或行政契約約定條款所為釋示、重申及行政指導等，並未對外直接發生法律上效果，即非行政處分（最高行政法院102年度判字第436號判決意旨參照）。另因我國現行行政訴訟法第8條已規定有關於一般給付訴訟之訴訟類型，故應認人民申請行政機關作成事實行為者，其拒絕之答復亦屬事實行為而非行政處分（吳庚先生著行政法之理論與實用增訂8版336頁參照）。

2、經查，原告前於106年5月26日、107年2月21日及107年3月27日分別向上述話務中心檢舉及陳請（本院卷175-179頁之交辦單），其內容分別略為：「事由：反○○○區○○路247之1號旁土地上，第三工務大隊水溝施工，未經地主

同意放置一大塊鐵板，要求單位移置，陳請相關單位協助處理，並以公文回覆市民。」、「事由：一〇〇〇區〇〇路247之3號前的側溝，於106年5月開挖施工，開挖側溝之前未經地主同意而強制施工，地主已反映數次，並要求查看土地使用同意書，但單位遲遲未提供，因已侵害地主權益，陳請相關單位協助提供土地使用同意書，或將側溝填平恢復土地原狀。二〇〇〇區〇〇路247之3號旁的私有空地，遭申請開挖上述側溝的申請人放置3片鐵板在側溝上，以及鋪設碎石（範圍約5米寬、20米長），要求移除鐵板與碎石。．．．。」、「事由：．．．沙鹿區私有土地遭強制施工開挖側溝以及堆放鐵板與碎石相關問題。反〇〇〇區〇〇路247之3號及247之1旁的側溝，於106年5月開挖施工，開挖側溝之前未經地主同意而強制施工，地主已反映數次，並要求查看土地使用同意書，但單位遲遲未將同意書拿出，已侵害地主權益，陳情人表示先前反映的案件承辦僅回覆側溝養護修繕工程，現況已修繕完畢。與陳情人所要求的回覆不同，建請提供土地使用同意書，並將側溝填平恢復土地原狀，．．．。」就上開內容觀之，原告係請求被告將上述斗潭路247之3號及247之1號旁之系爭土地上，所放置之鐵板及鋪設之碎石移置及清除，且認被告於系爭土地上開挖側溝之行為未經地主（即原告）同意，已侵害地主權益，故請求被告提供土地使用同意書，或將側溝填平恢復土地原狀等事實行為。

3、被告先後以106年6月2日中市建工三字第1060068251號函（本院卷49頁）、107年3月19日函（本院卷53頁）、107年4月20日函（本院卷55頁）答覆在案，其內容分別略為：「說明：．．．二、反映之〇〇〇區〇〇里〇〇路〇〇〇

○○號前側溝改善工程』業於106年5月11日改善既有側溝淤積完成，查現有鐵板非本府建設局所置。」、「說明：．．．二、本案經查為原側溝養護修繕工程，現況已修繕完畢，以維正常持排水功能。另本案空地所放置之鐵板及碎石非屬本局所置，業以106年6月2日中市建工三字第10600682251號函復臺端在案（正本諒達）。」、「說明：．．．二、本案經查為既有側溝養護修繕工程，現況已修繕完畢，以維持排水功能，且並未施設新增結構物，先予敘明。三、另臺端陳情未經地主同意而強制施工，影響地主權益乙事，本局法制單位已調案審閱，以釐清相關案情。」經查，被告上述函文無非說明：系爭土地之側溝開挖為側溝改善工程或既有側溝養護修繕工程，且放置之鐵板及碎石並非被告所置，而原告陳情未經地主同意強制施工部分，亦經相關法制單位調案審閱釐清。是被告上述函文內容，無非為行政機關所為之通知、單純事實之敘述、理由之說明，未對外直接發生法律上效果，即非行政處分。次查，被告上開函文之內容，縱有拒絕原告為上述事實行為之申請，揆諸前揭說明，我國現行行政訴訟法第8條已規定有關於一般給付訴訟之訴訟類型，故被告拒絕之答復亦屬事實行為而非行政處分。

4、準此可知，被告107年4月20日函並非行政處分，依上述規定及說明，不得對之提起訴願，故訴願決定從程序上予以駁回，依法並無不合。而原告對於非屬行政處分之被告107年4月20日函提起撤銷訴訟，請求撤銷訴願決定及原處分（即107年4月20日函），依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，訴訟不合法，本應以裁定駁回之，惟原告另外合併提起之課予義務訴訟為顯無理由，基於訴訟經濟起見，

爰一併以判決駁回之。

（二）課予義務訴訟部分：

1、按行政訴訟法第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。」此即為「怠為處分之課予義務訴訟」及「排除否准處分之課予義務訴訟」。由上可知，無論提起何種課予義務訴訟，均須具備：①原告所申請者為行政處分或特定內容之行政處分。②須該管機關於法定期間內應作為而不作為，或拒絕申請。③原告須先經訴願程序。④原告須主張損害其權利或法律上利益（吳庚先生著，行政爭訟法論，88年5月修訂版，第109至116頁參照）。

2、次按同法第107條第3項規定：「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」再按提起行政爭訟者，須其爭訟有權利保護必要，即具爭訟利益為前提，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議或審判結果，亦無從補救或無法回復其法律上地位或其他利益，即無進行爭訟而為實質審查實益（司法院釋字第546號解釋意旨參照）。故人民提起行政訴訟，倘有誤用訴訟類型情形，顯然無法達成請求權利保護之目的，其訴欠缺權利保護必要之要件，應以判決駁回（最高行政法院90年6月份庭長法官聯席會議

決議意旨參照）。

3、經查，被告107年4月20日函內容，僅說明本件為既有側溝養護修繕工程，且已修繕完畢，並未施設新增結構物。而關於原告陳情未經地主同意強制施工部分，已經相關法制單位調案審閱釐清。故被告107年4月20日函文為行政機關單純事實之敘述及通知，並非行政處分，已如上述。再者，原告訴之聲明，請求被告應將上述側溝填平，並回復原狀，亦僅請求被告為特定之事實行為，則原告自應提起一般給付訴訟，始為合法訴訟類型。惟經本院闡明後，原告仍選擇提起課予義務訴訟（本院107年11月27日審理單、函稿及原告107年12月3日行政訴訟陳報狀參照），依上述規定及說明，其起訴之訴訟類型即有錯誤，顯然無法達成訴訟目的，核屬欠缺權利保護必要之要件，自應以判決駁回原告之訴。

六、結論，原告對非行政處分提起撤銷訴訟，為不合法；另原告應提起一般給付訴訟而誤用課予義務訴訟類型，顯無理由，爰不經言詞辯論，一併判決駁回之。又本件兩造其餘實體部分之攻防方法核與判決之結果不生影響，爰不一一論述。

中　　華　　民　　國　　108　年　　1　　月　　22　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法官　王　德　麟

法　官　蔡　紹　良

法　官　詹　日　賢

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
（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。 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。
（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。

（續上頁）

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　　108　年　　1　　月　　22　　日

書記官　詹　靜　宜