臺中高等行政法院判決

107年度訴更一字第25號

108年7月4日辯論終結

原　　告　黃萬錫

被　　告　彰化縣政府

代　表　人　王惠美

訴訟代理人　陳政麟　律師

輔助參加人　彰化縣和美鎮公所

代　表　人　阮厚爵

訴訟代理人　謝孟夆

上列當事人間巷道爭議事件，前經本院於中華民國106年6月15日以105年度訴字第417號判決駁回，原告不服，提起上訴，經最高行政法院於107年10月25日以107年度判字第611號判決廢棄發回本院更為審理，本院判決如下：

主　　文

一、訴願決定及原處分關於認定原告所有彰化縣○○鎮○○段○○○○號土地位於○鎮○○路範圍，逾如附圖綠點區域所示面積49.93平方公尺以外部分均撤銷。

二、原告其餘之訴駁回。

三、本審及發回前上訴審訴訟費用由被告負擔十分之一，餘由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

本件原告起訴時，被告之代表人為魏明谷，嗣於訴訟中變更為王惠美，茲據新任代表人具狀聲明承受訴訟，經核無不合，應予准許。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

原告為彰化縣○○鎮○○段○○○○號土地（重測前地號為彰化縣○○鎮○○○段○○○○段000○0○號，下稱系爭土地）所有權人，其於系爭土地辦理重測後之民國（下同）102年底，函請輔助參加人將系爭土地位於彰化縣○○鎮○○路（下稱湖竹路）範圍之部分，移除瀝青路面以回復原地貌。輔助參加人為確認對湖竹路之養護權責範圍，檢附湖竹路67年版航照圖及輔助參加人96年、98年養護資料，以103年1月2日和鎮建字第1020025110號函請被告認定系爭土地旁道路，是否為既成道路。被告歷經現場會勘、輔助參加人補正現況地籍套繪圖及96年工程竣工圖、現場勘查後，於105年4月21日召開彰化縣既成道路認定及現有巷道廢止或改道審議委員會（下稱審議會）105年度第1次會議，決議：○○○鎮○○路○○段995、998地號部分土地，現況作為道路使用，且查67年航照圖，已有相對路形存在，通行之初無土地所有權人阻擋之情事，尚符司法院釋字第400號解釋理由書，係為既成道路，其審認範圍詳附件（現況測量套繪圖）。」並以105年5月20日府工管字第0000000000A號函（下稱原處分）通知原告。原告不服，循序提起訴願及行政訴訟，原請求撤銷訴願決定及原處分，嗣追加備位之訴，請求確認系爭土地之公用地役關係不存在，經本院105年度訴字第417號判決將先、備位之訴均駁回後，原告不服，提起上訴，經最高行政法院107年度判字第611號判決廢棄，發回本院更為審理。

二、原告除引用前審之起訴主張外，並再主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、訴願決定及原處分對於輔助參加人是否有請求行政機關將系爭土地，認定為具有公用地役關係既成巷道之公法上權

利未詳查，應予撤銷：

最高行政法院107年度判字第611號判決已明確釋明：「道路管理機關對於道路之修築、改善及養護，乃其職權行為，均尚無請求行政機關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。」惟輔助參加人因原告請求移除系爭範圍土地上之瀝青路面，輔助參加人為釐清養護範圍，函請被告認定是否為既成道路，依上開釋明，輔助參加人依法無請求行政機關將系爭土地認定為具有公用地役關係既成巷道之公法上權利，即無彰化縣政府辦理既成道路認定執行要點之申請者資格，訴願決定及原處分未詳查，應予撤銷。

2、訴願決定誤認系爭土地有依建築法規及民法等規定，提供土地作為公眾通行之道路情事，係認定事實錯誤，訴願決定應予撤銷：

系爭土地未有依建築法規及民法等規定，提供土地作為公眾通行之道路情事，故與最高行政法院101年度判字第231號判決事實理由不同，該判決不能適用於本案，惟訴願決定已誤認本案有依建築法規及民法等規定，提供土地作為公眾通行之道路情事，係認定事實錯誤。

3、訴願決定與原處分認定「系爭土地為既成道路」，惟系爭土地確實有不符司法院釋字第400號解釋關於時效取得公用地役關係之要件，故訴願決定及原處分認定事實錯誤與不當適用司法院釋字第400號解釋之既成道路要件，應予撤銷：

⑴觀本案67年航照圖可知，系爭土地上之路段，僅供照片中央之三合院便於通行至照片右方即東方住宅區之用，該三

合院之住戶另有照片左方即西方之對外道路可用，足證系爭土地上部分位於當時路面之範圍，並不該當司法院釋字第400號解釋理由書闡釋之「為不特定公眾通行之必要」此要件。且自原處分說明二可知，原處分僅審究「於公眾通行之初，所有權人是否無阻止之情事」、「時間上是否經歷之年代久遠而未曾中斷其功能」兩要件。被告就系爭土地上部分位於當時路面之範圍是否為「不特定公眾通行之必要」此要件全未審酌，即逕認本件系爭土地之部分為既成道路，被告顯未履行職權調查義務，有違行政程序法第36條。訴願決定未予糾正，亦應撤銷。

⑵臺北高等行政法院105年度訴字第67號判決明確指出，不得僅以空照圖即認定爭議道路為「供公眾通行之用」，機關應有調查確認之義務。本件訴願決定及被告僅據67年航照圖，泛稱「已有相對路形存在」，並未就67年間，該道路是否有「供不特定公眾通行之必要」為調查確認並予以舉證，訴願決定及原處分即有瑕疵。實則，67年間之該道路，至多僅為附近住戶通行便利或省時。且72年湖竹路20號依法應依2公尺寬之湖竹路再退縮2公尺成為既成道路，故74年之路寬依法必大於67年之路寬2公尺，被告未能舉證67年間，該系爭路段是否確有「供不特定公眾通行之必要」及75年航照圖確實已有湖竹路20號依法應依2公尺寬之湖竹路再退縮2公尺成為既成道路之事證，確有違失，故被告主張「……有關航照圖部分，依照67年及75年航照圖看來，31巷及系爭路段的路寬並沒有差很多，而且由75年航照圖更可以看出兩者的路寬一致，所以沒有最高行政法院所指摘的問題存在。」已無採信之理。

⑶觀96年施工圖，其道路寬窄不一，足證系爭土地所面臨2

公尺寬之湖竹路再加上72年湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線合計4公尺寬之湖竹路，確實已足夠供公眾通行，觀系爭土地東側有5公尺寬（原處分認定有系爭土地有1公尺既成道路加上2公尺寬之湖竹路再加上72年湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線合計5公尺），西側有6.3公尺寬（原處分認定有2.3公尺既成道路加上2公尺寬之湖竹路再加上72年湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線合計6.3公尺）等須供通行，上揭事證已證實系爭土地已面臨足夠供公眾通行4公尺寬之湖竹路，系爭土地被認定既成道路，究係如何符合司法院釋字第400號解釋理由書所揭示成立公用地役關係以供公眾通行為「必要」、「67年至102年土地所有權人並無阻止之情事」及「67年至102年系爭土地供公眾通行所必要未曾中斷」等之要件，被告依法應提出確實事實來證明。

⑷系爭土地現尚非成為公眾通行之道路，故最高行政法院61年判字第435號判例不適用本案系爭土地；被告主張「供附近及到訪之不特定公眾往來之用」及「具有供不特定公眾通行之功能」，並不代表有供不特定公眾通行之必要，被告稱有此功能即有此必要，尚嫌速斷。最高行政法院107年度判字第611號判決亦未認「系爭土地位於彰化縣○○鎮○○路上為供道路使用，而湖竹路係一雙向開口之東西向道路，可經由彰新路6段或湖竹路94巷，到達彰濱聯絡道路。」乙事。

⑸再按，最高行政法院104年度判字第276號判決「既成道路並非一成不變，如因地理環境或人文狀況改變，已喪失既成道路原有功能者」之意旨，現今系爭土地上部分位於湖

竹路之範圍，亦無供不特定公眾通行之必要。觀67年10月6日及75年5月5日航照圖，當地居民當可自由使用系爭土地所依臨2（或4）公尺寬之湖竹路（72年加上湖竹路20號依法應退縮之2公尺，合計為4公尺寬之湖竹路），湖竹路20號（含）及31巷（含）之居民，縱不使用系爭土地上部分位於2（或4）公尺寬湖竹路之範圍，湖竹路往東直行可往彰新路，湖竹路20號（不含）及31巷（不含）後之居民，縱不使用系爭土地上部分位於2（或4）公尺寬之湖竹路範圍，往西行於現今湖竹路94巷右轉直行，接彰新路7段251巷直行即可達縣道139線往西可往水尾、往東可往彰化，湖竹路往西直行可往水尾，故系爭土地上部分依臨2（或4）公尺寬湖竹路旁，無供不特定公眾通行之必要；觀85年7月17日、92年10月4日、97年11月22日航空攝影圖，當地居民當可自由使用系爭土地所依臨4公尺寬之湖竹路，縱不使用系爭土地上部分位於4公尺寬湖竹路，往東可往彰新路，湖竹路20號（不含）及31巷（不含）後之居民，縱不使用系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，往西行有下列4種路線與外通行：A.由湖竹路往西行於湖竹路94巷左轉後經北川路200巷到底左轉北川路直行即可前往縣道139線，如北川路200巷到底右轉彰化縣○○鄉○○路直行可前往縣道134線；B.由湖竹路往西行於湖竹路94巷右轉直行，接彰新路7段251巷直行即可達縣道139線；C.由湖竹路往西行於北溪路右轉直行，接彰新路7段293巷直行即可達縣道139線；D.由湖竹路往西行接彰化縣○○鄉○○路○○○巷直行，可經由彰化縣○○鄉○○路右轉可前往縣道134線及左轉可前往縣道139線；觀102年9月27日航照圖，當地居民當可自由使用系爭土地所依臨4公尺寬之湖竹

路，湖竹路20號（含）前與湖竹路31巷（含）前之居民欲往縣道139線，均無須經過系爭土地，直接往東直行即可到達；湖竹路20號（不含）及31巷（不含）後之居民，縱不使用系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，仍有至少3種方式可達縣道139線：A.由湖竹路往西行於湖竹路94巷左轉後再左轉美港公路（省道61乙）直行即可前往縣道139線；B.由湖竹路往西行於湖竹路94巷右轉直行，接彰新路7段251巷即可達縣道139線；C.由湖竹路往西行接北溪路再左轉美港公路（省道61乙）直行，即可前往縣道139線，足稽現今系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，亦無供不特定公眾通行之必要，而僅為附近住戶通行便利或省時之用，訴願機關與被告未見於此，於判斷系爭土地是否有「供不特定公眾通行之必要」時，並未盡調查確認之義務，僅以航照圖認定系爭土地上「已有相對路形存在」而構成既成道路，實錯誤解釋司法院釋字第400號解釋闡明之要件，確有認定事實錯誤之情形，是訴願決定及原處分應予撤銷。

⑹995地號即現今湖竹路，當地居民均可自由使用995地號（湖竹路），往東即可到達彰新路及往西行即有上開說明4種路線與外通行，當地居民往來通行時無須利用系爭土地，系爭土地依臨995地號即湖竹路，確實無供不特定公眾通行之必要。而原告上開與外通行路線之主張，並非主張湖竹路非既成道路，故被告主張「若依原告之主張，認湖竹路非既成道路，則湖竹路上之住戶自不得依公用地役關係使用湖竹路通行（即連原告亦無法使用湖竹路通行），何來湖竹路上之住戶可經由湖竹路（非系爭土地之部分）往西通行至其他巷弄之說？益見，原告所為上開通行主張

，有悖論理法則。」等語，係認定事實錯誤。

⑺在司法院釋字第400號解釋明文肯認時效取得公用地役關係之前提下，為保障土地所有人之財產權及避免過度擴張公權力範圍之故，法院解釋前揭「年代久遠」等既成道路成立要件時，應遵循司法院釋字第400號解釋設定之嚴格時效取得私有地上公用地役關係之要件，判斷私有土地上之既成道路是否果因符合時效取得要件，而形成基於事實狀態而來之公用地役關係，如無法具備時效取得之要件，縱然已形成道路，仍不得認有公用地役關係之存在。若有疑義，亦應為有利於土地所有人之判斷。臺灣桃園地方法院103年度訴字第2025號民事判決，就此明揭「……況南通路21巷2弄供通行至多始於60年度晚期至70年代，尚未達時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，自亦不符合大法官釋字第400號解釋關於時效取得公用地役關係之要件。」惟觀被告及輔助參加人於前審所提之所有事證，都無法證明系爭土地自67年起確有供不特定公眾通行之必要道路情事，訴願決定機關及被告實有怠於調查、出於臆測不憑證據認定事實之違法。

⑻觀本案108年1月9日準備程序筆錄：「　法官：當時和美鎮公所找中興測量公司到現場測量時，寬度是如何抓的（提示本院前審卷第269頁，並告以要旨）？Ｖ輔助參加人訴代：31巷與湖竹路交叉口，現場測量的道路寬度為4.37；左側為3.41，這也是當時測量的實際寬度，我們是以這2點連線做出來的。因為當時原告已經破壞路面，而且圍籬已經圍起來，我們無法進入，所以我們以系爭路段該2端點的寬度抓直線來認定。這是現場實際測量的寬度，而竣工圖上面的標示有時候會比較含糊。舉例來說0K至0K+5

8公尺，OK是從一個路段的中間直接畫上去，沒有確切的坐標位置；而58公尺到底落在哪裡，圖面無法與現場比對出來。我們委託中興測量公司所做的測量圖，將旁邊所有建築的相對位置均一一標示出來，位置是確切的，也比較精準。」可知輔助參加人以「我們以系爭路段該2端點的寬度抓直線來認定」及「我們委託中興測量公司所做的測量圖，將旁邊所有建築的相對位置均一一標示出來，位置是確切的，也比較精準」等認定系爭土地為既成道路，輔助參加人確實不是以供公眾通行為必要來認定系爭土地為既成道路，不符合司法院釋字第400號解釋理由書所揭示成立公用地役關係以供公眾通行為必要之要件。

⑼觀本案108年3月27日準備程序筆錄：「原告：請被告提○○○鎮○○段○○○○號臨湖竹路東方界址點往南處起○○○鎮○○段○○○○號臨湖竹路西方界址點往南處2.3公尺處，面積總共54.13平方公尺，有鋪設柏油及供當地人通行必要的證據。被告訴代：證據部分，我們在鈞院前審有提出中興測量公司的測量資料，以及鈞院上次到現場履勘，由證人姚寶煉、姚連發之作證可知，我們認定的面積不會超過姚寶煉、姚連發所說當時走路的範圍，而且姚寶煉、姚連發也都說明這條路已經通行好久，起始點都不知道，符合大法官解釋意旨，所以被告認定系爭土地為既成道路，在證據上是足以證明的。有關航照圖部分，依照67年及75年航照圖看來，31巷及系爭路段的路寬並沒有差很多，而且由75年航照圖更可以看出兩者的路寬一致，所以沒有最高行政法院所指摘的問題存在。」可知，被告訴代之證詞無明確事證可證實「67年間，上揭道路是否確有供不特定公眾通行之必要」、「系爭土地72年已面臨4公尺寬之

湖竹路，系爭土地被認定既成道路，究係如何符合司法院釋字第400號解釋理由書所揭示成立公用地役關係以供公眾通行為必要」、「67年至102年系爭土地供公眾通行所必要未曾中斷」及「67年至102年土地所有權人並無阻止之情事」等事，故上揭被告訴代之證詞依法不可採信。

4、訴願決定及被告就系爭土地構成既成道路乙事，考量與既成道路要件無關之事項，係增加法規範所無之限制，構成裁量濫用之違法瑕疵：

道路有供不特定公眾通行之功能，並不代表有供不特定公眾通行之必要，況「路網」並非司法院釋字第400號解釋闡釋之「⑴功能上需為不特定公眾通行之必要，非僅為通行便利或省時；⑵於公眾通行之初，所有權人並無阻止之情事；⑶時間上須經歷之年代久遠而未曾中斷其功能」要件。被告雖辯稱「『路網』一詞，係在考量系爭土地作為湖竹路使用之部分，是否『具不特定之公眾通行所必要』」，惟觀，訴願決定「系爭土地部分位於彰化縣○○鎮○○路○○路段於當地已為路網之一部分且周邊已形成聚落」，再觀，被告105年2月23日府工管字第1050054862號函之說明二第（二）項，乃採「該路段是否於當地已形成路網，且有供不特定公眾通行之必要。」用語，顯見訴願決定機關及被告將「該路段是否於當地已形成路網」與「該路段有供不特定公眾通行之必要」分列為考量系爭道路是否為既成道路之要件，輔助參加人於同年月25日以和鎮建字第1050003916號函，函覆「該路段已與當地形成路網」。惟是否已與當地構成路網，並非構成既成道路與否之要件，且「路網」之概念難謂明確；湖竹路本身就是一條僅有一臺車寬度之狹窄道路，與其他連接巷弄寬度相仿。如

照前揭公文往返所稱，附近已形成「路網」（假設語），其他巷弄自可替代湖竹路。僅有一臺車寬度之湖竹路，又如何會是訴願決定及被告認為之「為不特定公眾通行之必要道路」？基上，系爭道路並非既成道路甚明；訴願決定機關及被告雖未於訴願決定及原處分明揭，惟自前揭被告與輔助參加人公文往返，可知訴願決定機關及被告實質上已將「系爭土地是否已與當地構成路網」乙事納入判斷系爭土地是否構成既成道路之考量，係增加司法院釋字第400號解釋闡釋要件所無之限制。

5、輔助參加人於函文已載明「未能知悉該路段通行之初是否曾有遭地主阻斷之情事」，惟被告未另行舉證，亦未說明為何認定「該路段通行之初未遭地主阻斷」，實有怠於調查、出於臆測不憑證據認定事實之違法：

⑴輔助參加人105年2月25日和鎮建字第1050003916號函之說明二載明：「協助查復內容：（三）有關該路段通行之初是否曾有遭地主阻斷之情事，因年代久遠，本所現職人員均未能知悉……」，因行政程序採職權調查主義，對於應依職權調查之事實，負有概括之調查義務，即凡與行政決定有關，而有調查必要者，均應調查。亦即，行政機關基於承擔確定真實事件關係之公益義務，應秉持客觀態度調查，對當事人有利與不利之事項均一併注意。職此，被告欲認定系爭土地為既成道路，自應就「該路段通行之初未遭地主阻斷」一事負舉證責任。輔助參加人於函文既已載明「未能知悉該路段通行之初是否曾有遭地主阻斷之情事」，被告應另覓其他證據以證明，惟被告未另行舉證，亦未於原處分說明為何認定「該路段通行之初未遭地主阻斷」，實有怠於調查、出於臆測不憑證據認定事實之違法。

⑵續觀系爭土地有部分土地被竹子築成之圍籬，圍籬內之土地已從事農業生產多年，故系爭土地有部分土地已有被中斷阻止供公眾通行之事，觀前審卷證亦可證明「系爭土地東側北方界址點往南處，96年前及後都無鋪設柏油之事」及「96年前及後全部邊緣石且部分系爭土地確實已被土覆蓋，地主已有阻斷不讓人通行之事證」等；又依108年4月19日勘驗現場即照片13及照片15，由照片13證人所站的位置左手邊目測大約有2公尺以上（現場無測量，以實地測量長度為主），即系爭土地東側北方界址點往南2.98公尺以上其在未挖掘前已長滿雜草可知，確實已遭地主阻斷通行；再觀「108年1月18日勘驗照片6、7、8、9、12、13、14、15、16、38、39」及「108年4月19日勘驗照片2、5、6、7、8、9、10、11、12」等處，系爭土地有部分皆被泥土覆蓋且長滿雜草且無通行之痕跡，上揭事實，證實96年前系爭土地有部分，地主已有阻斷不讓人通行之事證等事，故輔助參加人105年2月25日和鎮建字第1050003916號函之說明二載明：「協助查復內容：（三）有關該路段通行之初是否曾有遭地主阻斷之情事，因年代久遠，本所現職人員均未能知悉……」以及108年3月27日準備程序筆錄：「（法官：當時在原告土地上的柏油路面鋪設到哪裡？圖上有沒有顯示出來？是在圍籬的外面？還是圍籬的裡面也有？）輔助參加人訴代：木板牆的裡面都被土覆蓋住，我們知道有，但現場沒有辦法完全測量到。」確有違誤，系爭土地確實有不符司法院釋字第400號解釋關於時效取得公用地役關係之要件，即原處分未審酌67年至102年系爭土地供公眾通行所必要且未曾中斷之要件，應予撤銷。

⑶觀108年1月18日勘驗現場測量結果現有3.33公尺有鋪設柏

油路面，與中興測量有限公司（下稱中興公司）系爭土地面積成果圖現場測量時有量到4.37公尺有鋪設柏油路面，其有超過1.04公尺與現有柏油路面有高低落差及層次之分別，其證實兩個柏油路面非同一時間完成，其落差部分已被泥土鋪蓋並約有100公分左右長之雜草，無供通行之痕跡且堆放水泥桶及雜物，故上揭路段已有超過1.04公尺被中斷阻止供公眾通行之事，目前上揭超過1.04公尺路段確實無法供公眾通行；觀中興公司系爭土地面積成果圖4.15公尺有鋪設柏油路面處往東即湖竹路31巷方向勘驗，其只有2.9公尺有鋪設柏油路面，其他已被泥土鋪蓋並約有100公分左右長之雜草，無供通行之痕跡且堆放水泥桶及雜物，故上揭路段已有被中斷阻止供公眾通行之事，目前該路段確實無法供公眾通行；觀中興公司系爭土地面積成果圖所示，圖面上寬度3.83公尺處，該處經實際勘測柏油路面寬度為2公尺55（3.90公尺減1.35公尺），其1.04公尺與柏油路面有高低落差及層次之分別，其證實兩個柏油路面非同一時間完成，其落差部分且被泥土鋪蓋，無供通行之痕跡且雜草叢生，故上揭路段已有被中斷阻止供公眾通行之事，目前該路段確實無法供公眾通行；觀中興公司系爭土地面積成果圖所示，圖面上寬度3.16公尺處，經實際勘測柏油路面寬度為2.6公尺，其他皆是100公分左右長之雜草叢生，無供通行之痕跡且堆放水泥桶及雜物，故上揭路段已有被中斷阻止供公眾通行之事，目前該路段全部確實無法供公眾通行，且無供通行之痕跡。

6、「系爭土地於重測時土地之界址位置及面積都改變，故本案土地疑有構成既成道路成立公用地役關係，依法應由101年10月25日開始計算」及「系爭土地於102年12月4日及1

05年12月13日就被中斷，其確實不足20年之事證，確有不符合年代久遠之要件及不符合和平未中斷之要件」等事：系爭土地原告於82年7月22日因買賣取得，本案地號買賣移轉登記原告前，82年6月3日向彰化縣和美地政事務所申請鑑界，其結果，本案地號無任何土地供不特定之公眾通行及任何竊佔事；本案地號於101年4月10日協助指界完成，其重測結果兩個界址點位於目前的柏油路上，故本案土地經重測其結果已有變更；原告因被告101年9月11日府地測字第1010264374號公告重測確定結果，遂於102年12月4日陳請輔助參加人於103年1月4日前將誤鋪設於系爭土地內之瀝青路面移除，恢復系爭土地原地貌；關於本案土地82年複丈成果與101年重測結果不一樣，彰化縣和美地政事務所已函請輔助參加人妥處；103年12月29日輔助參加人自認本案土地尚未認定為既成道路，故現況私有土地輔助參加人尚無養護權利；105年12月12日16：55時原告以電話告知輔助參加人鋪設柏油承辦人，原告不願意讓輔助參加人於上揭土地範圍內鋪設柏油，105年12月12日下午9：58時原告於輔助參加人網站登錄如105年12月13日原告之陳明狀的留言；105年12月13日原告具狀陳明，不願意讓輔助參加人或他人於上揭土地範圍內，鋪設柏油或其他侵害所有權之行為；105年12月13日09：20時，原告於本案土地上阻止被告違法強行於本案土地上鋪設柏油；因被告101年9月11日府地測字第1010264374號公告重測確定結果，其結果於101年10月25日確定，故本案土地疑有構成既成道路成立公用地役關係，依法應由101年10月25日開始計算，又102年12月4日及105年12月13日原告皆有以書面及出面阻止之情事，故本案土地疑有構成既成道路成立

公用地役關係，一開始就被中斷，其確實不足20年，確有不符年代久遠之要件及不符合和平未中斷之要件。

7、輔助參加人103年1月2日和鎮建字第1020025110號函及原處分將系爭土地有鋪設柏油為成立公用地役關係之範圍，確有認定事實錯誤，訴願決定未糾正亦有違誤，均應撤銷：

⑴觀本案108年1月9日準備程序筆錄：「（法官：鋪設柏油時有無特別需要注意的事項？）證人：我們大部分是照現有道路的路寬來鋪設。（法官：在原告土地上的系爭路段於鋪設前，上面有無柏油？）證人：有。我承辦這次在路面鋪設之前就已經有鋪設柏油，我們是直接鋪設上去，寬度是按照原來柏油路面的寬度鋪設。」「（法官：依照96年的設計圖，系爭路段之道路寬度為何？）證人：在31巷口剛好是『0K＋58』（從0到58公尺），寬度從3.1到3.9公尺。原有路面有寬、有窄，設計圖上的寬度應該與現場柏油路面的寬度一致。如果有拓寬的話，設計圖上應該會記載拓寬工程。」「（原告向法官陳明後問：路面鋪設時，證人有沒有去現場測量湖竹路的正確位置？）證人：沒有，只有照現有的位置去鋪設而已，就是按照舊有路面鋪設。」「（被告訴代：依96年柏油路面施工圖，這個道路設計不是證人所設計，道路設計時有無可能比原來的柏油路面還要較窄的情形？）證人：一般來說不會。」「　被告訴代向法官陳明後問：請鈞院提示96年施工圖（本院前審卷第82頁背面），上面記載湖竹路0K至0K＋10公尺，寬度為3.5公尺到3.9公尺；0K＋10公尺至0K＋58公尺，寬度為3.9公尺到3.1公尺，所謂寬度記載3.5公尺到3.9公尺，3.5公尺的數字是否為0K的寬度？3.9公尺是否為0K＋10公

尺的寬度？記載寬度3.1公尺，是否記為0K＋58公尺處的寬度？ｖ證人：是。」證實0K＋58公尺處即系爭土地臨湖竹路東方界址點處即土地面積成果圖標示1公尺或0.98公尺處之界址點處，證人所鋪設柏油寬度係3.1公尺且係96年及96年之前道路之寬度，108年4月19日勘驗時其先前量得3.33公尺加0.98公尺再加上目測2公尺以上合計6.31公尺以上鋪設柏油（現場無測量，以實地測量長度為主），故超過之2.98公尺柏油絕非輔助參加人所鋪設亦非當時及之前路之寬度，108年4月19日勘驗當場，證人前里長姚寶煉表示係地主自行鋪設，原告當場表示無鋪設柏油，由上揭證人謝奇璜證詞及96年柏油路面施工圖，可知不是輔助參加人所鋪設，即2.98公尺（含勘驗現場土地面積成果圖標示0.98公尺）確實不是輔助參加人103年1月2日和鎮建字第1020025110號函所稱養護權責範圍；觀108年4月19日勘驗現場土地面積成果圖標示4.15公尺處挖掘，僅挖到擋土牆，無挖到有鋪設柏油之證據；上揭超過2.98公尺之鋪設柏油係何人鋪設、為何鋪設、鋪設多少面積及何時鋪設等事，確實已影響系爭土地面積及範圍，觀108年4月19日勘驗現場土地面積成果圖標示4.15公尺處挖掘，僅挖到擋土牆無挖到有鋪設柏油之證據，故被告將系爭土地有鋪設柏油為成立公用地役關係之範圍，確有違誤。

⑵依上揭證人謝奇璜及96年柏油路面施工圖可證實，被告訴代本案107年12月12日準備程序筆錄之供詞：「如果是單筆998地號土地可以參看前審卷第269頁，由此可知原告土地使用到柏油路面的面積是54.13平方公尺。」及「當時是由和美鎮公所向被告申請既成道路之認定，被告請和美鎮公所提供相關面積、既成道路資料，和美鎮公所於是委

請中興公司就系爭土地在湖竹路上之面積及位置予以測量，被告根據中興公司的測量圖來認定，實際上使用面積就如同鈞院前審卷第269頁之54.13平方公尺，是以柏油路鋪設的範圍為準來計算占用的面積。」及108年6月12日準備程序筆錄：「針對彰化縣和美鎮公所前職員謝奇璜先生上次到庭作證之證詞，被告表示意見如下：一般鋪設柏油的工程單位為了方便驗收，不會少鋪，一定會多鋪一些，這樣量起來的尺寸才會合乎驗收的尺寸。一般工程公司在施工時都會多鋪一些寬度或長度，以利驗收，雖然當時設計圖的寬度與現在測量圖不一致，但是依照工程鋪設慣例來講，應該是有多鋪一些寬度，所以中興公司這次的測量圖符合目前柏油路面的寬度及護岸寬度。」「輔助參加人訴代：我們當時提供的是竣工圖，竣工圖會比現場還要短少一點點，主要是因為廠商怕驗收不合格，怕現場尺寸不足竣工圖尺寸，而且竣工圖是廠商提供的數據，所以竣工圖的尺寸通常會比現場還要再窄一點點。」等語，確有認定事實錯誤之情事。

⑶被告未提出明確事證，證實「證人謝奇璜之證詞依法可信」，故被告主張「是故，上開中興公司於108年4月19日實測之成果圖，應是較符合原處分所認定之現場柏油路面寬度及護岸寬度。」等語，依法不可採信。

8、中興公司106年3月27日（106）中興測字第1060000129號函所檢送面積成果圖，其資料確實與96年養護資料不符，其所計算之系爭土地面積確有認定事實錯誤之情事：

系爭土地東北方之界址點位於輔助參加人96年養護資料0K+58公尺附近，西北方之界址點位於0K+90公尺附近，故系爭土地所依臨湖竹路所鋪設柏油最窄3.1公尺、最寬3.7公

尺，再觀中興公司106年3月27日（106）中興測字第1060000129號函所檢送面積成果圖，系爭土地所依臨湖竹路所鋪設柏油有寬3.83公尺及4.15公尺，其資料確實與96年養護資料不符，其計算之系爭土地面積確有認定事實錯誤之情事，訴願決定及原處分對系爭土地面積確有認定事實錯誤之情事未詳查，應予撤銷。又原告已於前審準備程序時否認前審證人吳銘峰所主張系爭土地54.13平方公尺全部鋪設柏油一事，故該證人之主張，依法不可採信。是被告主張「中興公司依其向地政機關申請之界址點實施測量系爭土地在柏油路即馬路範圍，並標示於鈞院前審卷第195頁面積成果圖綠色部分面積為54.13平方公尺。則原處分所附測量圖關於系爭土地位於湖竹路範圍內之綠點區域均有鋪設柏油，確係供公眾通行，且範圍明確，並無通行使用面積不明之情事。」等語，確屬認定事實錯誤。

9、「系爭土地與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路71年12月18日起路寬依法應為4公尺含以上，可供公眾通行」、「湖潭段1000地號之建物、1001地號之建物、1002地號之建物等與986地號之建物所依臨之湖竹路，路寬依法應有6公尺含以上，可供公眾通行」及「湖潭段990地號之建物所依臨之995地號即湖竹路依法應有3公尺再加上二分之一之現有湖竹路寬度，可供公眾通行」等之事實，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事：

⑴臺灣省建築管理規則第5條規定於94年6月20日經臺灣省政府以府法二字第0940007262號令發布廢止，其規定與90年12月25日內政部臺90內營字第9067777號函核定之彰化縣建築管理自治條例第5條等規定完全相同。

⑵觀輔助參加人104年12月21日和鎮建字第1040027614號函

之說明二：「使照位○○○鎮○○○段塗厝厝小段230-1地號（現為湖潭段986地號）」之配置圖及建築執照字號：（70）和鎮建字第17914號，其依湖潭段995地號即是現今湖竹路（寬200公分）退縮200公分為建築線，符合臺灣省建築管理規則第5條規定，由上揭輔助參加人104年12月21日函之說明二證實湖潭段986地號之建物所依臨200公分寬之湖竹路退縮200公分為建築線，故71年12月18日後湖竹路路寬依法應有400公分即4公尺（含）以上，可供公眾通行，故系爭土地與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路應有4公尺（含）以上寬度，可供公眾通行，觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，系爭土地與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路所鋪設柏油最寬只有3.16公尺，確實與事實不符，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事。

⑶觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，湖潭段1000、1001、1002地號，其都有建物分別係湖竹路29號、27號及25號等，其建築執照應是在72年（不含）以後93年（含）以前取得，依據臺灣省建築管理規則第5條規定，其應依湖竹路（寬200公分）退縮建築線200公分，方符合規定，故湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路距離，係湖竹路（寬200公分）加上湖潭段986地號之建物所依臨湖竹路（寬200公分）退縮200公分為建築線再加上湖潭段1000、1001、1002等地號上之建物依湖竹路退縮建築線200公分，故湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路路寬依法應有6公尺（含）以上，可供公眾通行，觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路，路

寬最寬係4.6公尺，確實與事實不符。

⑷觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，湖潭段990地號其建物係湖竹路32號，其依臺灣省建築管理規則第5條規定或彰化縣建築管理自治條例第5條等規定，其應離依臨之湖竹路中心點3公尺處為其建築線，故湖潭段990地號之建物所依臨之995地號即湖竹路寬度，應係3公尺再加上二分之一之現有湖竹路寬度，可供公眾通行，觀前審所測量之系爭土地面積成果圖可知，湖竹路32號其建物已逾越現有湖竹路，確實已違反臺灣省建築管理規則第5條或彰化縣建築管理自治條例第5條規定，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事。

10、觀前審106年2月13日履勘現場照片T、U、V、N、O、P可證實「應提供公眾通行之路地，被當地居民圍起來種菜及鋪設水泥，拒絕提供公眾通行」及「前審所測量之系爭土地面積成果圖標示4.15公尺處皆有鋪設柏油之寬度，確實與現場僅鋪設2.9公尺柏油不符」等事，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事：

⑴觀前審106年2月13日履勘現場照片T-以湖竹路中心線測量4公尺，實際係以系爭土地西北方界址點（湖竹路中心線）往北（986地號土地）測量4公尺，即系爭土地西北方界址點與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路，71年12月18日起路寬4公尺，可供公眾通行之範圍，觀上揭系爭土地西北方界址點往北（986地號土地）測量4公尺範圍之現況，大部分已被當地居民圍起來種菜及鋪設水泥，拒絕提供公眾通行，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事。

⑵觀前審106年2月13日履勘現場照片N、O及P-在照片N拍攝

處測量湖竹路寬度2.9公尺，照片O處即是前審所測量之系爭土地面積成果圖標示4.15公尺處，上揭履勘事證，證實「前審所測量之系爭土地面積成果圖標示4.15公尺寬處皆有鋪設柏油確實與現場僅鋪設2.9公尺柏油寬度不符」。

11、中興公司系爭土地面積成果圖現場測量時未將湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法所依臨200公分寬之湖竹路退縮200公分及彰化縣○○鎮○○路○○○○○○○○○○○○號○○鎮○○段○○○○號建築物之建築線位置標示出來，確有違誤；0K＋58公尺處即系爭土地臨湖竹路東方界址點處即中興公司系爭土地面積成果圖該處標示1公尺處，其所鋪設柏油路面寬度為3.1公尺，108年1月18日勘驗現場測量結果為3.33公尺有鋪設柏油路面，與中興公司系爭土地面積成果圖現場測量時有量到4.37公尺有鋪設柏油路面確實與事實不符，確有違誤；觀中興公司系爭土地面積成果圖4.15公尺有鋪設柏油路面處往東即湖竹路31巷方向勘驗，其只有2.9公尺有鋪設柏油其他皆是荒草，故該處實際鋪設柏油路面寬度與中興公司系爭土地面積成果圖不同；續觀108年1月18日勘驗筆錄：「輔助參加人訴代：4.15公尺是後來電腦繪製拉線，是對準牆面切過去測量（詳後附照片30），實際測量結果是4.37公尺（詳後附照片31、32、33）。」該勘驗照片31、32、33之地理位置與成果圖標示4.15公尺處之地理位置不同，上揭輔助參加人訴代之陳述，確有違誤；觀中興公司系爭土地面積成果圖所示，圖面上寬度3.83公尺處，該處經實際勘測柏油路面寬度為2.55公尺（3.90公尺減1.35公尺），續觀勘驗照片12、13，其深度約30公分寬約90公分左右，其挖出之物都是垃圾土、塑膠袋及其他廢棄物，無輔助參加人96年施工圖所標示

原有路面整理、瀝青黏層及瀝青混凝土面層6.5公分鬆方等之物，故該處實際鋪設柏油路面寬度與中興公司系爭土地面積成果圖不同；觀中興公司系爭土地面積成果圖所示，圖面上寬度3.16公尺處，經實際勘測柏油路面寬度為2.6公尺，其他皆是荒草，圖面上寬度3.41公尺處往東即湖竹路31巷方向勘驗，故該處實際鋪設柏油路面寬度與中興公司系爭土地面積成果圖不同；綜上事證，中興公司系爭土地面積成果圖標示原告土地使用到柏油路面的面積是54.13平方公尺，確實與事實不符，確有違誤，故被告訴代107年12月12日準備程序筆錄的供詞：「如果是單筆998地號土地可以參看前審卷第269頁，由此可知原告土地使用到柏油路面的面積是54.13平方公尺。」「當時是由和美鎮公所向被告申請既成道路之認定，被告請和美鎮公所提供相關面積、既成道路資料，和美鎮公所於是委請中興公司就系爭土地在湖竹路上之面積及位置予以測量，被告根據中興公司的測量圖來認定，實際上使用面積就如同鈞院前審卷第269頁之54.13平方公尺，是以柏油路鋪設的範圍為準來計算占用的面積。」確有違誤；且中興公司系爭土地面積成果圖標示1公尺、4.15公尺、3.83公尺及3.16公尺等處，與實際測量寬度3.33公尺、2.9公尺、2公尺55、2.6公尺不同。觀67年及75年之湖竹路31巷路之寬度係4公尺，觀67年系爭路段湖竹路寬度係2公尺，與證人謝奇璜之證詞及96年養護資料得知75年系爭路段湖竹路31巷旁寬度係3.1公尺，故湖竹路31巷之4公尺寬度確實大於67年系爭路段湖竹路寬度2公尺及75年系爭路段湖竹路31巷旁寬度係3.1公尺，故被告主張「另由67年、75年之大圖航照圖顯示，湖竹路31巷之寬度並未明顯大於系爭土地路段，

而訴願決定卷第35、89頁之航照圖屬小圖面且可能因拍攝角度有偏差致有『湖竹路31巷之寬度明顯大於系爭土地路段』之錯覺。」等語，被告確有認定事實錯誤之情事。

12、觀108年1月18日勘驗照片14其現場測量點結果為4.26公尺，其中26公分應屬原告土地範圍，其實際應有寬度為4公尺；觀同日勘驗照片33其現場測量點結果為4.37公尺，其實際測量結果應有寬度為6公尺，本測量點非以湖竹路20號建物之建築線為始點及湖竹路29號、23號、25號、27號等建物之建築線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日勘驗照片16其現場測量結果終點為3.33公尺，該測量點始點應往照片之右方移動1公尺左右方位於湖竹路20號之建築線，本測量結果終點應為4公尺，本測量點非以湖竹路20號建物之建築線為始點及系爭土地界線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日勘驗照片12其現場測量結果終點3.90公尺，該測量點始點應往照片之右方移動1.30公尺左右方位於湖竹路20號之建築線，本測量點結果終點應為4公尺，本測量點非以湖竹路20號建物之建築線為始點及系爭土地界線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日勘驗照片17、18其現場測量結果終點為3.94公尺，照片17上方之人員應往正後方移動3公尺左右方為湖竹路32號建築線正確之起始點，本測量點結果終點應為6公尺，本測量點非以湖竹路32號建物之建築線為始點○○○鎮○○段○○○○號建築物之建築線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日勘驗照片19其現場測量結果終點為2公尺6，照片19之起點人員應往正後方移動2.7公尺左右方為湖竹路32

號建築線為正確之起始點，本測量點結果終點應為6公尺，本測量點非以湖竹路32號建物之建築線為始點○○○鎮○○段○○○○號建築物之建築線終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日照片20、21其現場測量結果終點為3.8公尺，照片20之起點人員應往正後方移動3.5公尺左右方為湖竹路32號建築線為正確之起始點，本測量結果終點結果應為6公尺，本測量點非以湖竹路32號建物之建築線為始點○○○鎮○○段○○○○號建築物之建築線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日照片22、23其現場測量結果終點為3.94公尺，照片22之起點人員應往正後方移動3公尺左右方為湖竹路32號建築線正確之起始點，本測量結果終點應為6公尺，本測量點非以湖竹路32號建物之建築線為始點○○○鎮○○段○○○○號建築物之建築線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；觀同日勘驗照片24、25其現場測量結果終點為3.94公尺，本測量結果終點應為6公尺，本測量點非以湖竹路54號、56號建物之建築線為始點及湖竹路63號、65號建物之建築線為終點，故本測量點測量結果非湖竹路應有的寬度及正確位置；湖竹路鋪設柏油時未依彰化縣○○鎮○○路20、23、000000000000000000000000000號○○○鎮○○段○○○○號（以上被告未提供）建築物等執照建築線鋪設柏油，故本案108年1月18日勘驗測量路之寬度時，與應有之實際寬度及位置不同，故勘驗照片12、16、18、19、21、23、24、33等之測量點寬度結果，與實際應有之寬度及位置不同，確有違誤。

13、「本院所測量之系爭土地面積成果圖欠缺彰化縣○○鎮○

○段0000000路00號）、1000（即湖竹路29號）、1001（即湖竹路27號）、1002（即湖竹路25號）、990（即湖竹路32號）、997地號之建物依法退縮2公尺之建築線等資料，上揭資料係判斷系爭土地是否有成立公用地役關係以供公眾通行為必要一事之重要資料，故上揭成果圖確有違誤」及「彰化縣○○鎮○○段○○○

？）證人：在我還沒有出生之前就一直供人通行了。（法官：以前這條路這個路段是彎彎曲曲，還是直直的？）證人：原告土地的這個路段原本就是直的。原告：請證人提出有供不特定人通行的證據。」等認定事實確有錯誤；而被告稱：「足證，湖竹路未曾有因建物阻檔而無法通行之情事」亦有違誤。

14、被告訴代、輔助參加人訴代、證人姚寶煉及姚連發於108年1月18日勘驗筆錄之證詞，依法不可參酌：

⑴觀67年10月6日、75年5月5日、85年7月17日、92年10月4日、97年11月22日、102年9月27日等航照圖，證實證人姚寶煉所稱：「現在交通方便，但以前竹圍湖內里的居民若要到新港村水尾買賣或要到彰新路坐車，出入完全要走這條路。」等語，與上揭航照圖所展現之事實不符，確有違誤，依法不可參酌。

⑵觀證人謝奇璜於108年1月9日準備程序證稱：「……現場就是依照現場道路來鋪設AC柏油路面而已。」以及該證人其餘證詞前已提及；續觀照片19柏油路面寬2.6公尺、照片11為2.55公尺、照片12為3公尺90減照片13之1.35公尺，證人姚連發未提出2臺牛車可在2.6公尺及2.55公尺會車之證據，準此，姚連發所證稱：「原本是1臺牛車，後來變成2臺車可以會車，到哪裡我沒有記……」確有違誤，依法不可參酌。

⑶本案尚缺湖潭段990地號之建物建築執照及使用執照、湖潭段997地號之簡易屋建築執照及使用執照、湖潭段1000、1001、1002地號之建物建築執照及使用執照等，以及湖竹路23、25、27、29、32、36、54、56、63、65號等之建築設計圖及執照建築線指示圖等，已違反彰化縣政府辦理

既成道路認定執行要點第2點第1項第6款規定，依中央法規標準法第18條及前揭執行要點第2點第2項規定，法院依法應命被告限期補正上開建築執照及使用執照之資料，被告不能補正或逾期未補正，或雖補正仍不符合規定者，應以程序不符實質不論之法則，判決如原告訴之聲明。故被告訴代「其實有部分有退縮建築線，但系爭土地上沒有建物，所以沒有建築線的問題。」等語，已有違誤，依法不可參酌。

⑷觀「湖竹路20號依法所依臨200公分寬之湖竹路退縮200公分，故系爭土地依臨之湖竹路72年起為4公尺寬（不含系爭土地部分）」及「證人姚寶煉及姚連發未提出護岸是以前道路位置」等事證，故證人姚寶煉所證稱：「重測以後，大約7、8年前原告黃先生開始有意見。那時候公所也有會勘，縣政府有派人來，我把舊的護岸挖出來讓他們照相，這些都有資料。（法官：護岸？）證人煉：用石頭堆起來的石頭護岸，就是路邊的護岸。這條湖竹路在4、50年以前兩側都有用石頭堆起來的護岸，原告黃先生在20幾年前購買都沒有意見，直到重測之後才開始追究。」「大約3公尺多，現在剩下2公尺多而已，原告黃先生現在圍起來的地方到護岸距離有1公尺以上。（證人姚寶煉指出以前路邊護岸的位置，並由在場人員挖掘，詳後附照片6、7、8、9）。」「（法官：方才挖掘的地點有水泥包覆，是否是以前的路邊護岸？）證人發：是。（法官：方才測量的路寬為3.90公尺，是否跟你印象中的路寬差不多？）證人發：應該差不多。（法官：請證人指出印象當中的道路寬度是到何處？）證人發：原本是1臺牛車，後來變成2臺車可以會車，到哪裡我沒有記，但黃先生購買土地當時，護

岸就在那裡了，就是剛剛挖的位置。（法官：兩造有無要發問？）（原告向法官陳明後問：護岸是公所施作？）證人發：以前的話，應該是公所。」足稽現今系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，亦無供不特定公眾通行之必要，而僅為附近住戶通行便利或省時之用。被告所提，均無法證實「系爭土地67年面臨2公尺寬之湖竹路有供不特定之公眾通行所必要，72年起面臨4公尺之湖竹路（2公尺寬之湖竹路加上湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線合計4公尺）有供不特定之公眾通行所必要，及67年至102年土地所有權人並無阻止之情事，及67年至102年系爭土地供公眾通行所必要未曾中斷。」等情。

15、系爭土地之擋土牆70年以前堆砌（當時所有權人非原告），其真正之用途為何、何人製作擋土牆及何時堆砌擋土牆，上揭疑點尚未查明清楚之前，依法不得以擋土牆為成立公用地役關係之正確道路範圍：

觀108年1月9日準備程序筆錄：「（法官：有負責處理本案系爭路段之道路養護工作之業務嗎？）證人：有。」「（法官：證人在什麼期間任職於和美鎮公所？擔任何職務？）證人：民國70年擔任技士，100年離開，我的業務是道路養護方面的工作。」「（法官：是何原因辦理道路養護？）證人：縣政府公文下來委託我們辦理的，我是該道路養護工作的主辦，我有到現場看，但當初設計是不是我，我也忘了，我知道是我承辦的，所謂設計是指道路養護設計。現場就是依照現場道路來鋪設AC柏油路面而已。（法官：鋪設柏油時有無特別需要注意的事項？）證人：我們大部分是照現有道路的路寬來鋪設。（法官：在原告土地上的系爭路段於鋪設前，上面有無柏油？）證人：有。

我承辦這次在路面鋪設之前就已經有鋪設柏油，我們是直接鋪設上去，寬度是按照原來柏油路面的寬度鋪設。」「（法官：提示本院前審卷第82至83頁資料，公文後所附竣工圖是否為96年間的竣工圖資料？）證人：這個圖是縣政府設計然後交給我們執行發包，是96年當時我承辦的業務，就是照片所示的部分竣工圖。（法官：從照片與竣工圖來看，系爭路段有無施作路邊的排水溝？）證人：爭議的路段應該沒有。96年只有施作路面而已，沒有施作排水溝、擋土牆。」「（法官：依照96年的設計圖，系爭路段之道路寬度為何？）證人：在31巷口剛好是『0K＋58』（從0到58公尺），寬度從3.1公尺到3.9公尺。原有路面有寬、有窄，設計圖上的寬度應該與現場柏油路面的寬度一致。如果有拓寬的話，設計圖上應該會記載拓寬工程。」可得知系爭土地之擋土牆70年以前完成（當時所有權人非原告），故堆砌擋土牆真正之用途為何、何人製作擋土牆及何時堆砌擋土牆，108年4月19日勘驗現場土地面積成果圖標示1公尺或0.98公尺處，為何無挖到擋土牆，上揭疑點尚未查明清楚之前，不得以擋土牆為成立公用地役關係之正確道路範圍。

16、臺灣彰化地方法院105年度簡上字第30號民事判決所依據之事實及法律，本案依法不得參考：

中華電信彰化營運處係未經核准同意，私自違法於系爭土地埋設管線，其坐落位置如臺灣彰化地方法院彰化簡易庭104年3月5日彰院恭彰民正104彰簡調字第69號函囑託彰化縣和美地政事務所收件日期104年3月17日和土測字392號，測量日期104年4月9日之土地複丈成果圖所示甲1、乙、甲2等使用面積合計6.08平方公尺；於臺灣彰化地方法院

105年度簡上字第30號民事判決，原告未依建築法第7條（84年7月12日版）、建築法第28條（84年7月12日版）第2款規定、彰化縣建築管理自治條例第12條規定、行政程序法第158條第1項第2款規定（88年1月15日版）及臺北市政府法規委員會94年11月8日北市法二字第09432071800號函說明第5點等規定主張「中華電信彰化營運處未經核准同意，私自違法於系爭土地埋設管線」，所以原告未能勝訴；惟本案須適用司法院釋字第400號解釋之既成道路要件，中華電信彰化營運處於系爭土地埋設管線，則需依上開規定辦理，惟中華電信彰化營運處未經地主同意，即於系爭土地埋設管線，確實於法不合；又司法院釋字第400號解釋之既成道路要件不適用中華電信彰化營運處埋設管線案，上揭臺灣彰化地方法院105年度簡上字第30號民事判決所依據之事實及法律與本案皆不同，故本案不得參考。

17、系爭土地依臨之湖竹路72年起為4公尺寬（不含系爭土地部分），已足夠當地民眾通行之需，所以彰化縣○○鎮○○段○○○○號土地之公用地役法律關係確實不存在：

觀108年1月18日勘驗筆錄：「轉角柏油路面寬度為3.62公尺（詳後附照片26、27，原告當場主張應該要有4公尺）、柏油路面到道路護岸之寬度為3.96公尺（詳後附照片28、29）。」續觀75年5月5日航照圖，證實該路段已存在且有汽車正在通行該處，故系爭土地依臨之湖竹路72年起為4公尺寬（不含系爭土地部分），已足夠當地民眾通行之需，所以彰化縣○○鎮○○段○○○○號土地之公用地役法律關係確實不存在。

18、系爭土地所面臨2公尺寬之湖竹路再加上72年湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線，合計4公

尺寬之湖竹路，確實已足夠供公眾通行：

觀96年施工圖「0K至0K＋10公尺，寬度為3.5公尺到3.9公尺」、「0K＋10公尺至0K＋58公尺，寬度為3.9公尺到3.1公尺」、「0K＋58公尺至0K＋176公尺，寬度為3.1公尺到3.7公尺」、「0K＋176公尺至0K＋224公尺，寬度為3.7公尺到2.5公尺」、「0K＋224公尺至0K＋280公尺，寬度為2.5公尺到3.7公尺」、「0K＋280公尺至0K＋290公尺，寬度為3.7公尺到3.5公尺」等，可知0K＋10公尺至0K＋290公尺鋪設柏油最寬係3.9公尺供通行，續觀系爭土地所在之東側有鋪設柏油分別寬4.35公尺、寬4.7公尺及4.53公尺，系爭土地所在之西側有鋪設柏油分別寬3.86公尺、3.95公尺、4.17公尺、3.64公尺、3.95公尺等，其道路寬窄不一，上揭事證，證實系爭土地所面臨2公尺寬之湖竹路再加上72年湖潭段986地號之建物即湖竹路20號依法退縮2公尺之建築線實已足夠供公眾通行。

19、原告聲請撤銷原處分及訴願決定，如獲勝訴判決，僅有撤銷被告認定系爭土地非屬既成道路之法律效果，並非確認系爭土地具有公用地役之關係，故原告於訴之聲明第2項提起確認訴訟，即屬必要、適法。是被告主張「撤銷訴訟已包含確認行政處分違法之性質，原告所提之撤銷訴訟已足以達『確認其所有之彰化縣○○鎮○○段○○○○號公用地役法律關係不存在』之訴訟效果，並無追加提起確認訴訟之訴訟利益，是原告此部分主張，亦無理由。」等語，確有認定事實錯誤之情事。

20、輔助參加人無法提出「中興公司測量時，道路確實有破壞之處」、「輔助參加人訴代有與里長到現場勘查之照片或實證」、「原告何時把土撥出來、其土撥到何處、共撥出

來之長度和面積多少及何處路無法直接看到」、「里長認為何時的路確實應該有多寬，路被覆蓋確定時間及距離」、「輔助參加人訴代及里長何時拿鋤頭挖開擋土牆面遺址及其確實位置」、「輔助參加人訴代及里長拿鋤頭進入私人土地開挖，是否依法有據或執行公務」、「系爭土地認定為既成道路時的柏油路面的範圍照片或實證」及「原告何時確實破壞那些柏油路面」等事證，輔助參加人之主張並非事實。

（二）聲明：

1、先位聲明：訴願決定及原處分關於系爭土地之核定部分均撤銷。

2、備位聲明：確認系爭土地經被告認定為既成道路面積54.13平方公尺部分之公用地役關係不存在。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、就中興公司於108年4月19日實測之成果圖，被告沒有意見。則本件系爭土地供公眾通行之範圍至少亦有如該成果圖所示之綠色點狀部分，面積為49.93平方公尺（依該成果圖所示，該面積49.93平方公尺道路，仍在原處分所認定之範圍內）。

2、最高行政法院發回意旨略謂：「然依67年航照圖，上開湖竹路上似有地上建物（見訴願決定卷第35、89頁）。如經查明確有建物，該67年間存在的地上建物，有無阻斷或影響當時湖竹路之通行？」等語。但查，67年航照圖所顯示湖竹路上之「遮蔽物」，係道路南側土地所種植之樹木（未種植在湖竹路上），其枝葉漫生至湖竹路上空，致航照圖拍攝時產生湖竹路上似有「遮蔽物」之錯覺，實非湖竹

路上有地上建物阻斷或影響當時湖竹路之通行。又於108年1月18日現場勘驗時，經提示予證人姚寶煉、姚連發「依民國67年航照圖所示，圖上建物所在位置為何（提示訴願卷第35頁及第89頁予證人閱覽，並告以要旨？）」經證人姚寶煉於現場指出該建物，該2證人並均證述，這條路（即湖竹路）一直都有通，沒有被建築物擋到。再者，108年4月19日現場履勘時證人姚寶煉亦證述：「　法官問：訴願卷第35頁、第89頁圖面所示之建物在何處（提示證人，並告以要旨）？Ｖ證人姚寶煉答：應該是這2棟（詳後附照片16、17）。（法官問：在之前，這2棟前面的路有開通嗎？還是阻擋起來不讓人通行？）證人姚寶煉答：在我還沒有出生之前就一直供人通行了。（法官問：以前這條路這個路段是彎彎曲曲，還是直直的？）證人姚寶煉答：原告土地的這個路段原本就是直的。」是湖竹路自未曾有因地上建物阻斷致影響通行之情事。

3、原告主張：「……湖竹路20號（不含）及31巷（不含）後之居民，縱不使用系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，往西行有下列4種路線與外通行……」云云。但查，若依原告之主張，認湖竹路非既成道路，則湖竹路上之住戶自不得依公用地役關係使用湖竹路通行（即連原告亦無法使用湖竹路通行），何來湖竹路上之住戶可經由湖竹路（非系爭土地之部分）往西通行至其他巷弄之說？益見，原告所為上開通行主張，有悖論理法則。

4、證人姚寶煉於108年4月19日現場勘驗時證述：「（被告訴代問：請問證人，證人住在這裡多久？）證人：我是35年次，從出生就住在這裡。（被告訴代問：你走這條路有多久的時間？）證人：從小孩子的時候就在走了。這條路無

法歷史考證已經走多久，我們的父母從以前就在走這條路了。」證人姚寶煉於108年1月18日現場勘驗時證述：「（法官問：請問證人姚寶煉，你住的地方離此地有多遠？）證人煉：約100公尺。（法官問：你在此居住多久？）證人煉：已經住73年。（法官問：系爭路段你是否走過？）證人煉：從我出生會走路後就有走過。（法官問：你是否天天都會走這條路？）證人煉：差不多，以前沒有每天，但我做里長以後每天都會走好幾遍，我做里長已經做20幾年。（法官問：你何時開始做里長？）證人煉：從民國87年8月1日到107年12月25日。（法官問：這條路尤其是系爭路段何時開始有人行走？）證人煉：已經無法考證，說不定超過1百2百年以上也說不定。（法官問：這條路來來往往行走的人是否很多？）證人煉：現在交通方便，但以前竹圍湖內里的居民若要到新港村水尾買賣或要到彰新路坐車，出入完全要走這條路。（法官問：這條路供人通行的情形有多久？）證人煉：從我認識事情到現在也已經走了60幾年。（法官問：這條路已經供人通行很久，在你行走期間有無遇到有人將它擋起來不讓人行走的情形？）證人煉：沒有，這是第1次遇到。（法官問：你說這是第1次遇到原告黃先生有意見，他是何時開始有意見？）證人煉：重測以後，大約7、8年前原告黃先生開始有意見。那時候公所也有會勘，縣政府有派人來，我把舊的護岸挖出來讓他們照相，這些都有資料。（法官問：護岸？）證人煉：用石頭堆起來的石頭護岸，就是路邊的護岸。這條湖竹路在4、50年以前兩側都是有用石頭堆起來的護岸，原告黃先生在20幾年前購買都沒有意見，直到重測之後才開始追究。（法官問：你是否還記得以前路邊護岸的位置？）

證人煉：記得，我可以挖給法官看。（法官問：以前通行的路大概有多寬？）證人煉：大約3公尺多，現在剩下2公尺多而已，原告黃先生現在圍起來的地方到護岸距離有1公尺以上。（法官問：這邊是到這裡，對側呢？）證人煉：對側以前也有護岸。（法官：請證人指出對側之路的邊界（詳後附照片10）。法官指揮現場人員測量證人姚寶煉所指系爭路段以前通行之路寬。）（法官：經測量，兩側的距離為3公尺90（詳後附照片12）。法官指揮現場人員測量目前柏油路面邊緣至證人姚寶煉所指路邊護岸之距離。）（法官：一、經測量，目前從柏油路面邊緣至證人所指路邊護岸的距離為1公尺35（詳後附照片13）。二、請問證人，現在整條路的路寬為多少？）證人煉：目前約4公尺左右，有的路段比較寬，有的路段比較窄，但不會差很多。」「（被告訴代向法官陳明後問：今日履勘之系爭土地上之道路護岸是何時施作？）證人煉：民國50幾年。（被告訴代：民國50幾年開始就是這樣的路寬嗎？就是到這個道路護岸嗎？）證人煉：是。黃先生向前地主購買土地時，那時候的土地是農田，所以那條護岸很明顯。」同期日證人姚連發證述：「（法官問：請問證人姚連發，你在這裡住多久？）證人發：從我出生後就住到現在，已經有60幾年。（法官問：這條湖竹路，尤其是原告所有土地上之湖竹路部分是何時開通？）證人發：從我是小孩子時就有路在供人行走。（法官問：這條路平時有無人出入？）證人發：有，以前農業時代都要經由這條路騎腳踏車到水尾，這條路東往彰新路、西往水尾。（法官問：平時這條路有人通行嗎？）證人發：有。（法官問：這條路開通以後，是否有人出來阻擋，不讓別人行走？）證人發：大

部分都是自己獻地給別人通行。（法官問：後來是否有人把路擋起來，不讓別人行走？）證人發：沒有。（法官問：本案原告黃先生對這部分有意見，你是否知道？）證人發：我知道。（法官問：黃先生何時開始有意見？）證人發：重測後。（法官問：以前這條路開始通行時，路寬多少？）證人發：約1臺牛車可以行走的寬度。（法官問：後來寬度？）證人發：2臺車可以會車的寬度。（法官問：何時變得比較寬？）證人發：我沒有記這些。（法官問：是否已經很久了？）證人發：很久了。（法官問：有無超過30年。）證人發：應該不只30年，有4、50年以上了。（法官問：方才挖掘的地點有水泥包覆，是否是以前的路邊護岸？）證人發：是。（法官問：方才測量的路寬為3公尺90，是否跟你印象中的路寬差不多？）證人發：應該差不多。（法官問：請證人指出印象當中的道路寬度是到何處？）證人發：原本是1臺牛車，後來變成2臺車可以會車，到哪裡我沒有記，但黃先生購買土地當時，護岸就在那裡了，就是剛剛挖的位置。」「（被告訴代向法官陳明後問：今日履勘之系爭土地上之道路護岸是何時施作？）證人發：約民國4、50年。（被告訴代：那時候開始就是這個路寬嗎？就是到道路護岸嗎？）證人發：是。」足證，系爭土地路段係符合司法院釋字第400號解釋理由書有關公用地役關係解釋意旨「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。」且因上開證人於現場所指原有柏油路面寬度與中興公司測量之柏油路面寬度相若，顯見被告認定系爭土地為既成道路之位置、寬度均屬正確。另現場的柏油路面是在105年12月重新鋪設，比原來通行的範圍窄（即比原有柏油路面範圍窄），當時105年12月重新鋪設時，因為原告抗議，所以輔助參加人鋪設時比原來通行的範圍窄，目前現場所看到系爭土地柏油路面是窄於原來的通行範圍。而被告在認定既成道路時，是以輔助參加人委請中興公司測量的範圍即原來的通行範圍，來認定道路的寬度。

5、再就輔助參加人前職員謝奇璜於108年1月9日之證述，表示意見如下：

查，一般施作柏油路面之廠商為利於驗收，通常會較設計圖說及竣工圖說之路面寬度多鋪設一些柏油路面寬度，以免驗收時因測量誤差致寬度不足而造成未通過驗收。是故，上開中興公司於108年4月19日實測之成果圖應是較符合原處分所認定之現場柏油路面寬度及護岸寬度。

6、另由67年、75年之大圖航照圖顯示，湖竹路31巷之寬度並未明顯大於系爭土地路段，而訴願決定卷第35、89頁之航照圖屬小圖面且可能因拍攝角度有偏差致有「湖竹路31巷之寬度明顯大於系爭土地路段」之錯覺。

7、有關備位聲明之訴部分：

查，撤銷訴訟已包含確認行政處分違法之性質，本件原告起訴聲明為撤銷訴願決定及原處分，核原處分之內容係認定彰化縣○○鎮○○段○○○○○○○○號部分土地現況作為道

路使用，即認定為既成道路，是以，原告所提之撤銷訴訟已足以達「確認其所有之彰化縣○○鎮○○段○○○○號公用地役法律關係不存在」之訴訟效果，並無追加提起確認訴訟之訴訟利益，是原告此部分主張，亦無理由。

8、綜上，原告所有坐落系爭土地之部分土地係位於彰化縣○○鎮○○路上為供道路使用，而湖竹路係一雙向開口之東西向道路，可經由彰新路6段或湖竹路94巷，到達彰濱聯絡道路（此為最高行政法院107年度判字第611號判決所是認），在當地已形成完整之路網，湖竹路除可供該道路上之住戶使用外，尚有供附近及到訪之不特定公眾往來之用，具有供不特定公眾通行之功能；再依被告所陳航照圖顯示及上開證人姚寶煉、姚連發之證述，67年前湖竹路應早已形成道路，則系爭土地作為湖竹路使用自已存在20餘年以上，益見該道路經歷之年代久遠而未曾中斷，一般人無復記憶其確實之起始，另亦未聽聞通行之初，土地所有權人有阻止之情事。而被告依輔助參加人提供之資料及105年1月29日同原告進行會勘結論等相關資料認定，上開道路符合司法院釋字第400號解釋理由書所示之要件，乃以原處分通知原告系爭土地及995地號土地作道路使用部分為既成道路，自與司法院釋字第400號解釋所稱既成道路之要件及最高行政法院61年判字第435號判例意旨相符，當屬適法之處分。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

系爭土地位於湖竹路範圍內部分，是否為不特定之公眾通行所必要？於公眾通行之初，土地所有權人有無阻止之情事？是否經歷之年代久遠而未曾中斷？系爭土地位於湖竹路範圍

內之面積究竟為何？

五、本院的判斷：

（一）前提事實：

前揭爭訟概要之事實，分別有如附表所示各項資料可查（甲證1、乙證3-1、3-2、3-3，本件判決相關證據之編號詳附表）。

（二）按行政訴訟法第260條規定：「除別有規定外，經廢棄原判決者，最高行政法院應將該事件發回原高等行政法院或發交其他高等行政法院。前項發回或發交判決，就高等行政法院應調查之事項，應詳予指示。受發回或發交之高等行政法院，應以最高行政法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」關於此，本件最高行政法院107年度判字第611號判決將本院前審判決廢棄發回更審，法律判斷之理由略以：「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（參照司法院釋字第255號解釋、本院45年判字第8號及61年判字第435號判例）。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。』此有司法院釋字第400號解釋理由可資參照。又公用地役關係是建立在長期和平、自願形成的通行狀態

上，通行權的維護是長時間已然存在現狀的保留，因使所有權人對土地無從自由使用收益，造成土地所有權之嚴重限制，對於公用地役關係要件之合致與否，應嚴謹判斷。」等語，以上廢棄理由之法律上判斷，為其廢棄前審判決之基礎，依前揭行政訴訟法第260條第3項規定，本院自應受其拘束。

（三）系爭土地位於湖竹路範圍內土地部分具備司法院釋字第400號解釋所稱之公用地役關係之要件：

1、依司法院釋字第400號解釋意旨，既成道路成立公用地役關係，應具備：⑴為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；⑵於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；⑶須經歷之年代久遠而未曾中斷等要件。其中，既成道路是否為不特定公眾通行所必要，非僅圖一時之便利或省時，應綜合考量當地之現有客觀情狀，判斷其屬於特定地區對外聯絡之原有功能已否喪失，有無較為適宜之其他道路可供替代而定。易言之，凡私有土地長期供不特定公眾通行未曾中斷，土地所有權人於通行之初未為阻止，且目前並無因地理環境或人文狀況改變，喪失其供道路通行之原有功能者，其成立公用地役關係之狀態自仍存續中。

2、查原告係於82年7月5日以買賣方式取得系爭土地（參見前審卷第34頁），而為系爭土地所有權人，系爭土地於101年間辦理重測（參見前審卷第37頁至第40頁），原告發現該土地經鋪設柏油路面，遂於102年底函請輔助參加人將系爭土地位於湖竹路範圍之部分，移除瀝青路面以回復原地貌。輔助參加人為確認對湖竹路之養護權責範圍，檢附湖竹路67年版航照圖及輔助參加人96年、98年養護資料，

以103年1月2日和鎮建字第1020025110號函請被告認定系爭土地旁道路，是否為既成道路。被告歷經現場會勘、輔助參加人補正現況地籍套繪圖及96年工程竣工圖、現場勘查後，於105年4月21日召開審議會決議：○○○鎮○○路○○段995、998地號部分土地，現況作為道路使用，且查67年航照圖，已有相對路形存在，通行之初無土地所有權人阻擋之情事，尚符司法院釋字第400號解釋理由書，係為既成道路，其審認範圍詳附件（現況測量套繪圖）。」並以原處分通知原告。另現今系爭路段之柏油路面是於105年12月重新鋪設，因鋪設當時原告抗議，故輔助參加人鋪設時較原來通行的範圍為窄（即比原有柏油路面範圍窄），是輔助參加人委請中興公司測量的範圍即以原來的通行範圍來認定道路的寬度，此有被告提出現場照片、新聞報導等件為證（參見前審卷第273頁至第275頁）。依該辦理測量之中興公司測量員即證人吳銘峰於前審106年3月7日行準備程序時到庭證稱系爭土地位於湖竹路範圍內之面積是54.13平方公尺（參見前審卷第218頁），並有面積成果圖在卷可稽（參見前審卷第195頁）。該測量員並證稱：「（湖潭段998地號是原告土地，在湖竹路裡面的面積多少，有無計算出來？）有，是54.13平方公尺。（就是綠色的部分，提示本院卷第195頁予證人，並告以要旨？）對，綠色部分就是998地號在馬路上的面積。……（在馬路的部分54.13平方公尺？）對。」等語。系爭土地位於湖竹路範圍內○○○區○○○○○路之一部分，自屬供公眾通行之既成道路，有通行之事實。

3、另有關系爭湖竹路確實供不特定之公眾通行所必要，且於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止，經歷之年代久遠

亦未曾中斷等情，業經證人即曾任當地里長之姚寶煉於本院行勘驗程序到場證述：「（請問證人姚寶煉，你住的地方離此地有多遠？）約100公尺。（你在此居住多久？）已經住73年。（系爭路段你是否走過？）從我出生會走路後就有走過。（你是否天天都會走這條路？）差不多，以前沒有每天，但我做里長以後每天都會走好幾遍，我做里長已經做20幾年。（你何時開始做里長？）從民國87年8月1日到107年12月25日。（這條路尤其是系爭路段何時開始有人行走？）已經無法考證，說不定超過1百年、2百年以上也說不定。（這條路來來往往行走的人是否很多？）現在交通方便，但以前竹圍湖內里的居民若要到新港村水尾買賣或要到彰新路坐車，出入完全要走這條路。（這條路供人通行的情形有多久？）從我認識事情到現在也已經走了60幾年。（這條路已經供人通行很久，在你行走期間有無遇到有人將它擋起來不讓人行走的情形？）沒有，這是第1次遇到。（你說這是第1次遇到原告黃先生有意見，他是何時開始有意見？）重測以後，大約7、8年前原告黃先生開始有意見。那時候公所也有會勘，縣政府有派人來，我把舊的護岸挖出來讓他們照相，這些都有資料。（護岸？）用石頭堆起來的石頭護岸，就是路邊的護岸。這條湖竹路在4、50年以前兩側都是有用石頭堆起來的護岸，原告黃先生在20幾年前購買都沒有意見，直到重測之後才開始追究。（你是否還記得以前路邊護岸的位置？）記得，我可以挖給法官看。（以前通行的路大概有多寬？）大約3公尺多，現在剩下2公尺多而已，原告黃先生現在圍起來的地方到護岸距離有1公尺以上。……（請問證人，現在整條路的路寬為多少？）目前約4公尺左右，有的路段

比較寬，有的路段比較窄，但不會差很多。」「（今日履勘之系爭土地上之道路護岸是何時施作？）民國50幾年。（民國50幾年開始就是這樣的路寬嗎？就是到這個道路護岸嗎？）是。黃先生向前地主購買土地時，那時候的土地是農田，所以那條護岸很明顯。」另證人即居住系爭路段旁之居民姚連發亦到場證述：「（請問證人姚連發，你在這裡住多久？）從我出生後就住到現在，已經有60幾年。（這條湖竹路，尤其是原告所有土地上之湖竹路部分是何時開通？）從我是小孩子時就有路在供人行走。（這條路平時有無人出入？）有，以前農業時代都要經由這條路騎腳踏車到水尾，這條路東往彰新路、西往水尾。（平時這條路有人通行嗎？）有。（這條路開通以後，是否有人出來阻擋，不讓別人行走？）大部分都是自己獻地給別人通行。（後來是否有人把路擋起來，不讓別人行走？）沒有。（本案原告黃先生對這部分有意見，你是否知道？）我知道。（黃先生何時開始有意見？）重測後。（以前這條路開始通行時，路寬多少？）約1臺牛車可以行走的寬度。（後來寬度？）2臺車可以會車的寬度。（何時變得比較寬？）我沒有記這些。（是否已經很久了？）很久了。（有無超過30年。）應該不只30年，有4、50年以上了。（方才挖掘的地點有水泥包覆，是否是以前的路邊護岸？）是。（方才測量的路寬為3公尺90，是否跟你印象中的路寬差不多？）應該差不多。……（請證人指出印象當中的道路寬度是到何處？）原本是1臺牛車，後來變成2臺車可以會車，到哪裡我沒有記，但黃先生購買土地當時，護岸就在那裡了，就是剛剛挖的位置。……（今日履勘之系爭土地上之道路護岸是何時施作？）約民國4、50年。（

那時候開始就是這個路寬嗎？就是到道路護岸嗎？）是。」等語（參見本院卷一第213頁至第221頁），核與被告所提出系爭路段之湖竹路67年10月6日、75年5月5日、85年7月17日、92年10月4日、97年11月22日、102年9月27日拍攝之航照圖，均顯示系爭路段之湖竹路始終供公眾通行，且年代久遠未曾中斷等情相符。另本院至現場勘驗，系爭路段旁有多戶住家，並有車輛通行之事實（參見本院卷一第233頁照片），有本院108年1月18日、4月19日勘驗筆錄及現場照片在卷可稽。依上開證人所言，該路段為連通湖內里及新港村水尾、彰新路之道路，確有提供不特定之公眾通行之必要。又湖竹路係一雙向開口之東西向道路，可經由彰新路6段或湖竹路94巷，到達彰濱聯絡道路（參見訴願卷第26頁、第27頁、第30頁、第32頁），在當地已形成完整之路網，湖竹路除可供該道路上之住戶使用外，尚有供附近及到訪之不特定公眾往來之用，具有供不特定公眾通行之功能，並非僅是供附近住戶通行便利或省時之用。顯見，系爭土地位於湖竹路部分，確實符合前揭司法院釋字第400號解釋所稱成立既成道路具有公用地役關係之要件。是原告訴稱「系爭土地上部分位於湖竹路之範圍，並無供不特定公眾通行之必要，而僅為附近住戶通行便利或省時之用，訴願機關與被告未見於此，於判斷系爭土地是否有『供不特定公眾通行之必要』時，並未盡調查確認之義務，僅以航照圖認定系爭土地上『已有相對路形存在』而構成既成道路，實錯誤解釋司法院釋字第400號解釋闡明之要件，確有認定事實錯誤之情形。」等云，容屬其主觀認知，並非可採。

4、雖原告主張依證人即輔助參加人前道路養護人員謝奇璜證

詞及96年柏油路面施工圖（參見前審卷第87頁），證實0K＋58公尺處即系爭土地臨湖竹路東方界址點處即土地面積成果圖標示1公尺或0.98公尺處之界址點處，證人所鋪設柏油寬度係3.1公尺且係96年及96年之前道路之寬度，108年4月19日勘驗時其先前量得3.33公尺加0.98公尺再加上目測2公尺以上合計6.31公尺以上鋪設柏油（現場無測量，以實地測量長度為主），故超過之2.98公尺柏油絕非輔助參加人所鋪設亦非當時及之前路之寬度，108年4月19日勘驗當場，證人前里長姚寶煉表示係地主自行鋪設，原告當場表示無鋪設柏油，由上揭證人謝奇璜證詞及96年柏油路面施工圖，可知不是輔助參加人所鋪設，即2.98公尺（含勘驗現場土地面積成果圖標示0.98公尺）確實不是輔助參加人103年1月2日和鎮建字第1020025110號函所稱養護權責範圍等云。經查，依輔助參加人所提供96、98年道路養護資料所示（參見前審卷第82頁至第83頁），系爭路段分別於96年、98年間進行道路改善工程及排水溝蓋改善工程，依該96年9月11日驗收之道路改善工程剖面圖顯示，位於湖竹路31巷旁之道路寬度，即0K＋10公尺～0K＋58公尺為3.9公尺至3.1公尺，0K＋58公尺～0K＋176公尺為3.1公尺至3.7公尺，惟該圖面並未顯示系爭土地位於湖竹路範圍為何，自無從得知其面積。雖辦理系爭路段96年道路改善工程之承辦人員即證人謝奇璜於本院審理時到庭證稱：「（依照96年的設計圖，系爭路段之道路寬度為何？）在31巷口剛好是『0K＋58』（從0到58公尺），寬度從3公尺1到3公尺9。原有路面有寬、有窄，設計圖上的寬度應該與現場柏油路面的寬度一致。如果有拓寬的話，設計圖上應該會記載拓寬工程。」「（依96年柏油路面施工圖，

這個道路設計不是證人所設計，道路設計時有無可能比原來的柏油路面還要較窄的情形？）一般來說不會。」「（請鈞院提示96年施工圖，即本院前審卷第82頁背面，上面記載湖竹路0K至0K＋10公尺，寬度為3.5公尺到3.9公尺；0K＋10公尺至0K＋58公尺，寬度為3.9公尺到3.1公尺，所謂寬度記載3.5公尺到3.9公尺，3.5公尺的數字是否為0K的寬度？3.9公尺是否為0K＋10公尺的寬度？記載寬度3.1公尺，是否記為0K＋58公尺處的寬度？）是。」等語（參見本院卷一第188頁至第191頁），然該證人亦證稱：「（是何原因辦理道路養護？）縣政府公文下來委託我們辦理的，我是該道路養護工作的主辦，我有到現場看……現場就是依照現場道路來鋪設AC柏油路面而已。（鋪設柏油時有無特別需要注意的事項？）我們大部分是照現有道路的路寬來鋪設。（在原告土地上的系爭路段於鋪設前，上面有無柏油？）有。我承辦這次在路面鋪設之前就已經有鋪設柏油，我們是直接鋪設上去，寬度是按照原來柏油路面的寬度鋪設。……（現場有人阻斷或反對通行嗎？）沒有，我沒有碰到，施工單位也沒有跟我反應。」「（路面鋪設時，證人有沒有去現場測量湖竹路的正確位置？）沒有，只有照現有的位置去鋪設而已，就是按照舊有路面鋪設。」等語（參見本院卷一第185頁至第186頁、第188頁）。顯見，系爭路段於96年間重新鋪設柏油路面時，乃是依照既有道路寬度施作，並未實際量測其位置，且施工期間並未有人阻止通行。是尚難以其道路改善工程剖面圖所顯示道路寬度確認系爭土地位於湖竹路範圍及面積為何。惟上開證人謝奇璜既稱系爭路段於96年間重新鋪設柏油路面係依既有道路寬度施作，又前揭於104年3月9日辦理測量

之中興公司測量員吳銘峰亦證稱所測得之面積54.13平方公尺即係系爭土地位於湖竹路（當時路面即是96年間鋪設，現今路面為105年12月重新鋪設）範圍，顯見原告所有之系爭土地確有部分土地始終位於既有道路之範圍內，並經多次鋪設柏油路面供公眾通行未曾中斷無誤。是原告訴稱彰化縣○○鎮○○段○○○○號土地即現今湖竹路（即系爭路段東側部分，參見本院卷一第445頁），當地居民均可自由使用995地號（湖竹路），往東即可到達彰新路及往西行即有上開說明4種路線與外通行，當地居民往來通行時無須利用系爭土地，系爭土地依臨995地號即湖竹路，確實無供不特定公眾通行之必要等云，顯然忽視道路具有通行連結之功能，恣意解讀系爭路段東、西兩側各有通行路徑，已無需用系爭土地之必要，顯非可採。

5、至於原告主張「證人謝奇璜證詞證實0K＋58公尺處即系爭土地臨湖竹路東方界址點處即土地面積成果圖標示1公尺或0.98公尺處之界址點處，證人所鋪設柏油寬度係3.1公尺且係96年及96年之前道路之寬度。」一節，其所稱3.1公尺乃原設計圖面之寬度，要與前揭證人謝奇璜所稱「寬度是按照原來柏油路面的寬度鋪設」、「（有沒有去現場測量湖竹路的正確位置？）沒有，只有照現有的位置去鋪設而已，就是按照舊有路面鋪設。」有所出入。另原告所稱「108年4月19日勘驗時其先前量得3.33公尺加0.98公尺再加上目測2公尺以上合計6.31公尺以上鋪設柏油（現場無測量，以實地測量長度為主），故超過之2.98公尺柏油絕非輔助參加人所鋪設亦非當時及之前路之寬度，108年4月19日勘驗當場，證人前里長姚寶煉表示係地主自行鋪設，原告當場表示無鋪設柏油，由上揭證人謝奇璜證詞及96

年柏油路面施工圖，可知不是輔助參加人所鋪設，即2.98公尺（含勘驗現場土地面積成果圖標示0.98公尺）確實不是輔助參加人103年1月2日和鎮建字第1020025110號函所稱養護權責範圍；觀108年4月19日勘驗現場土地面積成果圖標示4.15公尺處挖掘，僅挖到擋土牆，無挖到有鋪設柏油之證據；上揭超過2.98公尺之鋪設柏油係何人鋪設、為何鋪設、鋪設多少面積及何時鋪設等事，確實已影響系爭土地面積及範圍，觀108年4月19日勘驗現場土地面積成果圖標示4.15公尺處挖掘，僅挖到擋土牆無挖到有鋪設柏油之證據，故被告將系爭土地有鋪設柏油為成立公用地役關係之範圍，確有違誤。」等云。然查，原告曾於105年12月13日阻止輔助參加人鋪設柏油，及設置路障阻止他人通行使用系爭路段（參見前審卷第273頁至第275頁、本院卷一第317頁），輔助參加人並稱現有道路範圍已變得更窄等語（參見本院卷一第142頁），是現場之柏油路面已與原來道路寬度有所不同。而其所稱104年3月9日測量之面積成果圖標示4.15公尺處（參見前審卷第269頁），經本院指示測量人員定位後當場挖掘，現場雖無柏油路面，但有舊有道路護岸遺跡（參見本院卷一第386頁、第423頁），是原告此部分主張，仍難為有利原告事實之認定。又本院為確認系爭土地位於湖竹路範圍及面積，乃請證人姚寶煉依其所證稱系爭道路在4、50年前兩側均設有石頭護岸之事實，分別於108年1月18日、4月19日至現場勘驗時挖掘該護岸遺跡，並依此護岸遺跡（即本院卷一第445頁面積成果圖C、D兩點）連結西面彰化縣○○鎮○○段○○○○號柏油路面與水泥地面交接點、東面路面邊緣建物屋角（即本院卷一第445頁面積成果圖A、B兩點），重新測量系

爭土地位於湖竹路範圍及面積，此有本院108年1月18日、4月19日勘驗筆錄及現場照片（參見本院卷一第241頁至第245頁、第399頁至第409頁）在卷可稽。另本件經囑託中興公司依上旨重新測量後，系爭土地位於湖竹路範圍內之面積為49.93平方公尺（如附圖綠點所示範圍），其範圍及位置均詳如中興公司108年4月19日之測量面積成果圖即附圖所示（參見本院卷一第445頁）。依前揭中興公司於104年3月9日測量成果圖顯示，系爭土地位於湖竹路範圍內之面積為54.13平方公尺（參見前審卷第195頁），然測量員即證人吳銘峰於前審106年3月7日行準備程序時到庭證稱：「我會畫那條線是因為圍籬圍起來，我們不太方便看到那邊，我也不太確定，只能依照A點有路邊線把它拉過去。」等語（參見前審卷第228頁），是本次依實際道路邊緣之護岸遺跡連結西面彰化縣○○鎮○○段○○○○號柏油路面與水泥地面交接點、東面路面邊緣建物屋角所得之重新測量結果，自應較符合真實情況。況且，依上開96年9月11日驗收之道路改善工程剖面圖顯示，位於湖竹路0K＋58公尺～0K＋176公尺（包含系爭土地區間）為3.1公尺至3.7公尺，雖僅是設計圖面之道路寬度，未必為道路實際寬度，已如前述，但若採用本次重新測量結果，則路面寬度最多可縮小約24公分左右，且就北側現有路邊線至面積成果圖C、D兩點分別測得3.63公尺、3.73公尺（參見本院卷一第445頁），已與該區間原設計圖面道路寬度極為接近，顯然較為可採。是以，基於以上理由，本院認為系爭土地位於湖竹路範圍內之面積應為49.93平方公尺，而非54.13平方公尺（參見前審卷第269頁），原處分認定係54.13平方公尺即有違誤，但在面積49.93平方公尺範圍內

部分，仍應認定屬於既成道路而具有公用地役關係。

（四）系爭土地位於湖竹路範圍內部分，於公眾通行之初，土地所有權人無阻止之情事，且經歷之年代久遠而未曾中斷，不因原告事後阻止通行而受影響：

1、按「既成為公眾通行之道路，其土地之所有權，縱未為移轉登記，而仍為私人所保留，亦不容私人在該道路上起造任何建築物，妨害交通。原告所有土地，在20餘年前，即已成為農路，供公眾通行，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在，則該農路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖有其所有權，但其所有權之行使，應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之農路，以竹柱、鐵線築為圍籬，阻礙交通，意圖收回路地，自為法所不許。」最高行政法院61年判字第435號判例意旨參照。又既成道路係由於事實條件成就，而形成其法律效果，並非因主管機關作成行政處分所規制，故私有土地必須在形成既成道路之前，曾中斷通行，始可阻卻其條件之成就，如已形成既成道路後，已具公用地役關係，其所有權人阻障他人通行，不具適法性，主管機關自得予以排除。故既成道路具備公用地役關係後，再被暫時阻障，仍不生中斷效果。

2、經查，本院於108年1月18日至現場勘驗時，經提示訴願卷第35頁及第89頁之航照圖予證人姚寶煉、姚連發，均一致證稱系爭路段並未被建築物阻擋（參見本院卷一第222頁）；復於本院108年4月19日至現場履勘時，證人姚寶煉亦證述：「（訴願卷第35頁、第89頁圖面所示之建物在何處？）應該是這兩棟（詳後附照片16、17）。（在之前，這兩棟前面的路有開通嗎？還是阻擋起來不讓人通行？）在我

還沒有出生之前就一直供人通行了。（以前這條路這個路段是彎彎曲曲，還是直直的？）原告土地的這個路段原本就是直的。」（參見本院卷一第386頁）。顯見，訴願卷第35頁及第89頁之航照圖所顯示系爭路段未曾因地上建物阻斷致影響通行之情事。至於最高行政法院發回意旨略謂：「然依67年航照圖，上開湖竹路上似有地上建物（見訴願決定卷第35、89頁）。如經查明確有建物，該67年間存在的地上建物，有無阻斷或影響當時湖竹路之通行？」等語，其中航照圖所顯示湖竹路上之「遮蔽物」，應係道路南側土地所種植之樹木（未種植在湖竹路上），其枝葉漫生至湖竹路上空，致航照圖拍攝時產生湖竹路上似有「遮蔽物」之錯覺，實非湖竹路上有地上建物阻斷或影響當時湖竹路之通行，此觀被告所提出系爭路段之湖竹路67年10月6日、75年5月5日、85年7月17日、92年10月4日、97年11月22日、102年9月27日拍攝之航照圖，均顯示系爭路段之湖竹路始終供公眾通行，且年代久遠未曾中斷，亦可得知。另最高行政法院發回意旨所稱「依和美鎮公所委請中興公司於104年3月就系爭土地依臨之湖竹路測量之成果圖，該部分（見訴願決定卷第24頁面積成果圖長方形○○○區○○○路寬約3.41至4.37公尺，而湖竹路31巷之寬度，似只是微略寬於該路段。惟以67年航照圖對照觀察，湖竹路31巷之寬度明顯大於該路段（見訴願決定卷第35、89頁）。」惟依上開被告所提出系爭路段之湖竹路67年10月6日航照圖顯示，湖竹路31巷之寬度卻未明顯大於系爭路段；另觀諸系爭路段其他75年5月5日、85年7月17日、92年10月4日、97年11月22日、102年9月27日之航照圖，湖竹路31巷之寬度亦未有明顯大於系爭路段之情形，是可知訴

願卷第35、89頁之67年航照圖所顯示「湖竹路31巷之寬度明顯大於系爭土地路段」一節，應係拍攝角度偏差、光影遮蔽所致，抑或係拍攝當時湖竹路31巷正在整地施工，致有路面呈現較寬之情形。再者，為求通行安全順暢，道路應維持前後一定寬度，較符合常態，然依訴願卷第35、89頁之67年航照圖所示，湖竹路31巷呈現上寬下窄之形狀，甚至在中間路段呈現方形缺口，顯非合理。是依其道路形狀而言，可合理推論31巷在靠近原告系爭土地部分，並非全部供作道路通行使用。是本件尚難僅憑訴願卷第35、89頁之單一航照圖所顯示之內容，即斷言中興公司於104年3月9日所為測量結果全不可採。

3、再依被告所提出之前揭航照圖及上開證人姚寶煉、姚連發之證述，系爭路段之湖竹路至遲應在距今4、50年前即已形成道路，且該道路始終保持通行未曾中斷，亦未有通行之初經土地所有權人阻止之情事，已符合司法院釋字第400號解釋公用地役關係之要件。本件原告雖於102年間出面阻止通行，並於104年間在系爭土地面積成果圖所示道路上設置圍籬路障（參見前審卷第220頁及第269頁黑線部分）；復於105年12月13日阻止輔助參加人鋪設柏油（參見前審卷第273頁至第275頁、本院卷一第317頁）及他人通行使用系爭土地湖竹路；另於本院審理時原告主張依108年1月18日、同年4月19日勘驗照片所示，系爭土地有部分皆被泥土覆蓋且長滿雜草且無通行之痕跡，證實96年以前系爭土地即有地主阻斷不讓人通行之事證等云，然因當時已形成既成道路，具公用地役關係，依照前揭說明，仍不受原告上開阻止行為所影響。是故，系爭土地面積成果圖綠點形狀所示道路（參見本院卷一第445頁），自形成供

不特定公眾通行之道路後，經歷多年未曾中斷，且觀諸當地目前之地理環境或人文狀況，尚無較適宜之聯外道路可替代，其原具之道路功能並無喪失，自應認所具之公用地役關係仍存續中。被告依輔助參加人提供之資料及105年1月29日會同原告進行會勘結論等相關資料認定，系爭路段符合司法院釋字第400號解釋理由書所示之要件，乃以原處分通知原告系爭土地及995地號土地作道路使用部分為既成道路，自與司法院釋字第400號解釋所稱既成道路之要件及最高行政法院61年判字第435號判例意旨相符，當屬適法之處分。惟因本院經調查後並參酌系爭路段有護岸遺跡等理由，認為系爭土地位於湖竹路範圍內之面積應為49.93平方公尺（如附圖綠點區域所示部分），而非54.13平方公尺，已如前述，則原處分關於認定系爭土地位於湖竹路範圍逾49.93平方公尺部分即有違誤，亦即原處分在面積49.93平方公尺範圍內部分，仍應認定屬於既成道路而具有公用地役關係，原告就此部分請求撤銷，為無理由，至其餘部分則無公用地役關係，原告請求撤銷，則應認為有理由。

（五）至於原告訴稱「觀輔助參加人104年12月21日和鎮建字第1040027614號函之說明二：『使照位○○○鎮○○○段塗厝厝小段230-1地號（現為湖潭段986地號）』之配置圖及建築執照字號：（70）和鎮建字第17914號，其依湖潭段995地號即是現今湖竹路（寬200公分）退縮200公分為建築線，符合臺灣省建築管理規則第5條規定，由上揭輔助參加人104年12月21日函之說明二證實湖潭段986地號之建物所依臨200公分寬之湖竹路退縮200公分為建築線，故71年12月18日後湖竹路路寬依法應有400公分即4公尺（含）

以上，可供公眾通行，故系爭土地與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路應有4公尺（含）以上寬度，可供公眾通行，觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，系爭土地與湖潭段986地號之建物所依臨之湖竹路所鋪設柏油最寬只有3.16公尺，確實與事實不符，訴願決定及被告未查，確有認定事實錯誤之情事。」「觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，湖潭段1000、1001、1002地號，其都有建物分別係湖竹路29號、27號及25號等，其建築執照應是在72年（不含）以後93年（含）以前取得，依據臺灣省建築管理規則第5條規定，其應依湖竹路（寬200公分）退縮建築線200公分，方符合規定，故湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路距離，係湖竹路（寬200公分）加上湖潭段986地號之建物所依臨湖竹路（寬200公分）退縮200公分為建築線再加上湖潭段1000、1001、1002等地號上之建物依湖竹路退縮建築線200公分，故湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路路寬依法應有6公尺（含）以上，可供公眾通行，觀前審所測量之系爭土地面積成果圖，湖潭段1000、1001、1002與986地號之建物所依臨之湖竹路，路寬最寬係4.6公尺，確實與事實不符。」等云。然按，建築物非經申請核發建造執照，不得擅自建造；建築基地與建築線應相連接，主管建築機關應指定已經公告道路之境界線為建築線，分別為建築法第25條第1項、第42條、第48條等規定所明定。又依現行彰化縣建築管理自治條例第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，應依下列規定辦理：一、巷道為單向出口長度在40公尺以下，雙向出口長度在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；巷道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。但面○○○區○○○巷道之基地，應以合計達8公尺寬度之邊界線作為建築線，現有巷道臨接排水溝寬達1.5公尺以上者，其退讓由排水溝內緣單邊退讓。」臺灣省建築管理規則於94年6月20日廢止前，亦有相類似之規定。依輔助參加人104年12月21日和鎮建字第1040027614號函（參見前審卷第86頁背面）檢送彰化縣○○鎮○○○段○○○○段000○0○號（現為湖潭段986地號）之建築執照字號：（70）和鎮建字第17914號建物配置圖及位置圖所示（參見前審卷第89頁至第90頁），該建物退讓200公分為建築線，依據上開規定，巷道寬度不足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，顯見該巷道寬度應為4公尺，此恰與本件經中興公司於104年3月9日至現場測量之面積成果圖顯示系爭路段東側上開建物所在位置之巷道寬度分別為4.6公尺及4.37公尺（參見前審卷第269頁）等情大致相符。原告上開主張湖竹路路寬依法應有6公尺（含）以上云云，應有誤解，委非可採。至於原告所有系爭土地所在之路段部分，因南、北兩側均無建築物，此有本院至現場勘驗之照片在卷可稽，既未經指定建築線，自無退讓地之問題，仍應依相關事證確認系爭土地實際供公眾通行之範圍，此部分業經本院認定明確，已如前述，茲不再重述，附此敘明。

（六）有關原告備位聲明，請求確認系爭土地經被告認定為既成道路面積54.13平方公尺部分之公用地役關係不存在部分：

1、按「確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。」分別為行政訴訟法第6條第1項及第3項所明定。其中，第3項即為「確認訴訟之補充性原則」之規定。又具有公用地役關係之既成道路，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，核屬確認性質之行政處分。土地所有權人如有不服，原則上應提起撤銷訴訟以為救濟，基於確認訴訟之補充性原則，應不許逕行提起公用地役關係不存在確認訴訟（最高行政法院107年度判字第354號判決意旨參照）。

2、查原處分係認定彰化縣○○鎮○○段○○○○○○○○○號部分土地現況作為道路使用，為既成道路，原告起訴之先位聲明為撤銷訴願決定及原處分關於系爭土地之核定部分，即屬行政訴訟法第4條所規定之撤銷訴訟。依照上開說明，本件原告提起撤銷訴訟，即有「確認其所有之彰化縣○○鎮○○段○○○○號公用地役權法律關係不存在」之訴訟效果，是原告備位聲明復提起確認公用地役關係不存在訴訟，顯然違反確認訴訟之補充性原則，應不合法。

（七）本件判決基礎已經明確，兩造其餘的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，無一一論述

的必要，一併說明。

六、結論：訴願決定及原處分關於認定系爭土地位於湖竹路範圍逾49.93平方公尺部分核有違誤，應予撤銷，原告就此部分起訴為有理由；惟其餘未逾49.93平方公尺部分，因仍有公用地役關係，原處分之認事用法並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合，是原告就此部分請求一併撤銷，則為無理由，應予駁回。至於原告起訴之備位聲明「請求確認系爭土地經被告認定為既成道路面積54.13平方公尺部分之公用地役關係不存在」部分，因起訴不合法，亦應駁回。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　18　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法　官　林　秋　華

法　官　陳　文　燦

法　官　劉　錫　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	1.上訴人或其法定代理人具備律師資

之一者，得不委任律師為訴訟代理人	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。
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　　7　　月　　18　　日

書記官　許　巧　慧

附錄本判決引用的相關條文：

【彰化縣政府辦理既成道路認定執行要點】

第2點

（第1項）

申請者應檢附下列文件，向本府提出申請：

（一）申請書（附件一）。

（二）土地登記簿謄本及地籍圖謄本各乙份（請逕向地政事務所申請）。

（三）道路現況照片。

（四）實測現況套繪地籍圖（應描述一個街廓以上，並標明地段、地號、方位、申請土地範圍及各種公共設施、道路之寬度，其比例不得小於地籍圖）。

（五）非法定空地使用證明文件（非屬建築用地類別者免）。

（六）毗鄰申請地之建物建築執照及使用執照資料（無者免附）。

（七）街路巷道門牌編釘證明、戶政設籍資料（請逕向戶政事務所申請）。

（八）申請認定道路範圍之臺灣地區像片基本圖第1版（或71年附近年度空照像片）及第3版（或83年附近年度空照像片）（請逕向行政院農委會林務局農林航空測量所：臺北市○○○路2段100之1號洽購00-00000000）。

（九）委託書（附件二）。

（第2項）

前項申請文件不合規定，其可補正者，限期補正；不能補正或逾期未補正，或雖補正仍不符合規定者，得退回其申請。

第3點

（第1項）

既成道路依司法院大法官釋字第400號解釋理由書，基於巷道之寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要等情形，依

下列原則認定：

（一）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。

（二）於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事。

（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。

（四）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，非大法官解釋所指之公用地役關係。

（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，應徵詢管理機關（單位）意見，管理機關（單位）應就其寬度、使用性質、使用期間、養護該路段歷史紀錄、通行情形公益上需要明確表示意見，以及有無取得土地所有權人供公眾通行同意書等相關資料。

附表、證據編號對照表

證據編號	證據名稱或內容	所附卷宗	頁碼
甲證1	訴願決定書	前審卷	8-9
甲證6	彰化縣政府地籍圖重測土地標示變更結果通知書	前審卷	40
甲證16	另案臺灣彰化地方法院彰	本院卷一	327

（續上頁）

	化簡易庭囑託彰化縣和美地政事務所鑑測土地複丈成果圖		
附件5	被告105年2月23日府工管字第1050054862號函（詢輔助參加人）	本院卷一	111
附件6	輔助參加人105年2月25日和鎮建字第1050003916號函（復被告）	本院卷一	113
附件9	彰化縣政府辦理既成道路認定執行要點	本院卷一	177-178
附件11	輔助參加人103年12月29日和鎮建字第0000000000號函	本院卷一	377
乙證1	系爭土地之Google地圖	前審卷	58
乙證2	系爭土地附近門牌電子圖查詢畫面	前審卷	59
乙證3	67年航照圖及地籍套繪圖	前審卷	60
乙證3-1	被告105年5月20日府工管	前審卷	73背面-74

（續上頁）

	字第0000000000A號函及其附件（原處分）		
乙證3-2	審議會105年度第1次會議簽到簿及會議紀錄與簡報	前審卷	76-81
乙證3-3	輔助參加人103年1月2日和鎮建字第1020025110號函及其附件	前審卷	82-83
乙證3-4	輔助參加人104年12月21日和鎮建字第0000000000號函及其附件（使用執照竣工圖）	前審卷	86背面-90
乙證3-5	被告103年3月11日府工管字第1030056128號函（檢送被告所屬工務處103年1月21日會勘紀錄）	前審卷	91-92背面
乙證5	系爭土地面積成果圖	前審卷	195
乙證附件3	彰化縣建築管理自治條例	前審卷	263-265
丁證1	中興公司108年5月6日（108）中興測字第00000000	本院卷一	443-445

（續上頁）

	35號函（檢送系爭土地面積成果圖）		