臺中高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

109年11月19日辯論終結

原　　告　江水力

訴訟代理人　陳宏毅　律師

被　　告　臺中市政府都市發展局

代　表　人　黃文彬

訴訟代理人　林懋州

　　張玉晏

　　黃培軒

參　加　人　林福全

參　加　人　林樹成

參　加　人　林樹明

輔　佐　人　林昊先

參　加　人　林名瑋

上列當事人間巷道爭議事件，原告不服臺中市政府中華民國108年5月2日府授法訴字第1080062448號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原處分即被告民國107年3月5日中市都測字第1070033433號函及該部分訴願決定均撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

參加人林福全、林樹成、林名瑋均經合法通知，無正當理由而未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第218條準用民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依到場兩造之聲請，由

其一造辯論而為判決。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

緣第三人楊秀慧於民國107年1月10日向被告申請參加人所共有之臺中市○○區○○段○○○○號（重測前：九張犁段132-2地號）土地建築線指定（示），經被告以107年1月31日中市都測字第107001 9800號函向臺中市烏日區公所函詢○○○區○○段○○○○號（重測前：九張犁段128-9地號，下稱系爭土地）土地道路管理現況及道路屬性，烏日區公所以107年2月2日烏區農建字第1070002513號函（下稱烏日區公所107年2月2日函）復被告「二、本案業經土地建物查詢、養護資料與現場勘查，路段（九德街75巷）九如段447地號土地所有權為私人所有，部分路段目前係曾維護在案且供公眾通行之村里道路。」被告審核後以107年3月5日中市都測字第10700 33433號函（下稱原處分）復楊秀慧，九如段445地號土地臨接之系爭土地為現有巷道，核准445地號土地建築線指定（示）案。原告為系爭土地共有人之一，嗣原告委託法律事務所於108年1月30日函請被告提供107年3月5日中市都測字第1070033433號函核准之建築線指示（定）圖說，被告以108年2月18日中市都測字第1080021676號函檢送107年3月5日中市都測字第1070033433號函及其附件影本予原告，並說明系爭土地依據臺中市建築管理自治條例（下稱中市建管條例）第19條第1項第3款規定指定為現有巷道。原告不服被告108年2月18日中市都測字第1080021676號函（經訴願不受理）及107年3月5日中市都測字第1070033433號函(經訴願駁回）提起訴願，經決定以「針對原處分機關107年3月5日中市都測字第1070033433號函所提之訴願，訴願駁回，其餘訴願不受理

。」原告對於駁回部分，提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.被告為系爭處分前，並未給予原告及其他土地共有人陳述意見之機會，且僅以烏日區公所函覆為形式認定，其處分作成之程序應有瑕疵，且其瑕疵不能補正，應予撤銷：

⑴被告雖以原處分之相對人並非原告，而主張無需給予原告陳述意見之機會。然原處分有關建築線指定注意事項中乃將原告所有之系爭土地認定為現有巷道，被告並以108年2月18日中市都測字第1080021676號函知其係依據烏日區公所107年2月2日函認定系爭土地曾由該公所維護在案且供公眾通行之村里道路後，再依中市建管條例第19條第1項第3款規定「經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路。」指定為現有巷道。系爭指示建築線處分之形式相對人雖非原告，然原處分中內含對原告所共有土地依據中市建管條例第19條第1項第3款為現有巷道認定之處分(確認性質之一般處分)，乃對於該巷道法律地位為拘束性之確認，除了公用地役關係之成立，更限制土地所有權人，使其受拘束，不得反於公眾通行目的而使用土地，故原處分中認定現有巷道之部分，對於原告及其他土地共有人而言，自屬受限制或剝奪其權利之行政處分，原告及其他土地共有人對該部分之處分亦應屬實質相對人。故被告明知原處分中有關現有巷道認定之部分，涉及原告及其他土地共有人之對於共有土地權利之限制或剝奪，而仍未給予陳述意見之機會，自有違反行政程序法第102條規定之瑕疵。

⑵又被告於認定系爭土地是否構成中市建管條例第19條第1項

第3款之現有巷道作成程序中，亦未親自到現場勘查，或辦理會勘以查明系爭土地究否已屬供公眾通行市區○○村里○道路，僅向烏日區公所發函詢問，並依烏日區公所之函覆即為認定。而烏日區公所並無認定現有巷道或既成道路之權限即是否供公眾通行之要件，其至多僅能就其主管之道路管養事務為確認，烏日區公所亦僅至現場拍照數張並無任何實質之調查。故本件被告便宜行事，未實際就現有巷道部分為實質認定外，亦有違背事務權限之瑕疵。

⑶上開瑕疵對於被告是否為現有巷道之認定影響重大，於處分作成後亦已無法補正。是故原處分之作成程序顯屬違法，應予撤銷。

2.本件447地號土地並非「已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路」，被告以原處分認定系爭土地為現有巷道之處分，顯非適法：

⑴447地號土地乃屬私人土地，地目為「建」，非道路用地，亦非臺中市○○○○○道路，烏日區公所因里長建議而於105年12月6日就系爭土地為養護，嗣後被告再以原處分，認定系爭土地為中市建管條例第19條第1項第3款之現有巷道。故烏日區公所於105年12月6日就系爭土地為養護行為時，系爭土地並非臺中市政○○○區○○○○道路，亦非經被告機關所認定之現有巷道，並不○○○區○○道路養護範圍。

⑵烏日區公所並無認定現有巷道之權限，且於105年12月6日養護當時實際上亦無認定系爭土地為現有巷道：

A.按內政部96.7.31台內營字第0960804684號函：「一、有關市區道路之認定乙節，市區道路條例第2條及第6條已有規定。查「現有巷道」係出自建築法第48條第2項規定，其為現有巷道得指定建築線之規定，於建築法令中尚無該等道路管

理養護之規定。二、依前開建築法及市區道路條例規定定義，現有巷道非屬市區道路（經公告道路）範疇，其所涉道路管理養護之權責分工等規定，請貴府依地方制度法授權，於貴管道路管理自治法規中明定之。」；次按本自治條例所稱道路，係指本市○○區○○○○道路及其附屬工程。本自治條例之主管機關為臺中市政府（以下簡稱本府），執行機關及其權責劃分如下：一、本府建設局（以下簡稱建設局）：(一)道路之修築、改善及養護。…三、本府都市發展局：(一)建築物施工使用道路未逾二公尺之核准。(二)都市○○區○○○巷道之認定、改道及廢止。執行機關得將道路設施、天橋、人行地下道及其附屬設施之維護及清潔，委託本府所屬各區公所辦理。臺中市道路管理自治條例第2條第1項、第3條第1項第1款、第3款及第2項定有明文。再按臺中市政府所屬機關得因業務需要，將附表所列權限，委託臺中市政府其他不相隸屬機關或臺中市政府所屬各區公所執行之。而依附表所列，臺中市政府都市發展局僅得將「都市計畫土地使用分區違規事項通報業務」、「無農舍證明」，及「公寓大廈管理組織申請報備業務」委託臺中市政府所屬各區公所執行之。是依上開規定，認定現有巷道之權責機關為被告，且該事項並非得授權市政府所屬各區公所執行之範圍。

B.又依本件證人黃仁柏到庭所述可知，烏日區公所亦認其並無權限認定系爭土地是否為現有巷道，烏日區公所當時係因里長建議而養護，亦不知遭養護之系爭土地為私人所有，即誤認土地為公有或其管轄道路而錯誤養護，自無於養護當時先為認定系爭土地為現有巷道。故烏日區公所於105年12月6日所為之養護行為，係基於認識錯誤所為之違法養護，自不生道路性質認定或歸屬之法律效力。

C.被告雖稱原告於養護後至處分前皆無表示反對之意思，似認因原告於道路養護後無爭議之意思表示即得補正違法養護之適法性。然行政機關之違法行政行為，其適法性不因人民有無爭議之意思表示而得以補正，況烏日區公所及被告從未告知或公告同意養護之法律效力，亦無讓原告得以選擇是否同意養護(已無法補正)，事後亦無為相關之補正行為，亦不符行政程序法第114條之規定而不生補正效力，故該養護行為乃屬違法之養護，故烏日區公所係違法將系爭土地納入維護或管理，自不符合中市建管條例規定，原處分自屬違法。

3.系爭土地並非已供公眾通行之道路：

⑴被告依中市建管條例第19條第1項第3款規定，以被告107年3月5日中市都測字第1070033433號函及所附建築線指定注意事項第3點（一）認定「道路寬度：臨接道路情形：基地東側臨接現況寬1.28至3.83公尺現有巷道（詳測量成果圖）等」及核准建築線指示（定）圖說，即認定系爭土地南端部分為現有巷道，使所有權人（即原告）對該土地之使用即受有限制，而負有供公眾無償通行之義務對於人民之財產權侵害不可謂不大，故該款之適用，仍應以私有土地具有公用地役關係為前提，而非只要政府或主管機關將私人土地為已興闢，或已納入維護管理有案即可恣意剝奪人民之土地財產，仍需以該土地符合司法院釋字第400號解釋之屬供公眾通行而成立公用地役關係之土地，始屬合法。故本案所爭執者，即系爭土地是否合於司法院釋字第400號解釋而屬供公眾通行具公用地役關係之土地。

⑵原告所共有之系爭土地，從未對外供公眾通行，被告未予調查，遽予認為供公眾通行之現有巷道，應有違誤：

A.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、八八水災等）為必要（司法院釋字第400號解釋理由書參照）。倘人民之私有土地遭認定有公用地役關係，其雖仍保有所有權，惟其所有權之行使受有將受有持續性之限制，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，司法院釋字第400號解釋固闡明國家應依法律之規定辦理徵收給予補償或以他法補償，惟因目前尚無相關法令可資依循，致人民無請求國家徵收補償之公法上權利，實與剝奪人民所有權無異，故於認定私有土地有無公用地役關係存在時，自應採取嚴格之標準，始符比例原則。

B.最高行政法院99年度判字第550號判決以所謂既成為公眾通行之道路，係以該道路供不特定之多數人即公眾通行，而有可認為有公用地役關係存在者，方屬相當，若該道路祇供特定之鄰地所有人或使用人通行，則僅該特定之鄰地所有人或使用人對之有無地役權問題，尚不得執以遽謂該道路為既成公眾通行之道路。

C.系爭土地約於106年時遭當地里長主動申請鋪設柏油，並未經原告及其他所有權人同意。原告多次向烏日區公所人員詢問將系爭土地納入養護之時間及歷程，至今未告知原告，僅表示已鋪設柏油納入維護。然行政機關將原告土地納入維護之初既未經土地所有權人表示意見，自行鋪設柏油，即非合法，自不得以此為由主張系爭土地屬依中市建管條例第19條第1項第3款規定認定之現有巷道。且本件申請建築線指定案，乃係445地號土地所有權人向被告就系爭土地是否屬於現

有巷道之部分，向烏日區公所函詢後，僅經烏日區公所107年2月2日函覆：「路段（九德街75巷）九如段447地號土地所有權為私人所有，部分路段目前係曾維護在案且供公眾通行之村里道路。」並檢附部分維護路段位置略圖及現場照片，而據以認定系爭土地為中市建管條例第19條第1項第3款之現有巷道。惟被告於認定是否為現有巷道之行政程序究應進行如何程序（告知會勘、公告等）？被告似無明確規定，至今亦未說明。然無論被告或烏日區公所皆無進行任何實質調查判定之程序，被告逕以烏日區公所上開函覆認定系爭土地已屬供公眾通行之道路，認定程序應非合法。

D.系爭土地係原告與江氏宗親所共有，自64年起迄今僅有原告及江吳省二家人在此居住，系爭土地北端與原告家中三合院相通而無出路，原告及江氏宗親將土地南側鄰同段493地號（即九德街）之部分做為對外出入之私人通道使用，並曾於該處設置一拱門牌樓通道（該拱門牌樓上掛有「江宅」字牌，約於90幾年因毀損而拆除），並無供公眾通行。此私人通路僅能通往原告及江吳省住家（類似無尾巷），通路盡頭為溪流，數十年來僅為原告及家人出入及停車所使用，兩旁住戶皆無將住家出入口設置於該通路上，亦無設置門牌，附近鄰里皆知系爭土地為私人通路而無利用通行，並無供公眾通行之事實。是系爭土地從未對外供公眾通行，被告遽予認定為供公眾通行之現有巷道，應有違誤。被告僅以現場拍攝之兩張照片中，有機車停放之情形，佐以現場路口有電線桿及路燈，即遽予認定為供公眾通行之現有巷道。然被告提出之相關現場照片中停放之機車，皆為原告家人及江吳省家人所停放，而447地號土地鄰接九德街口處所設置之路燈(裝設於電線桿上)，乃係104年底因里長○○○區○○○○○街之照

明安全所辦理裝設，並非原告或其他共有權人所設置，原告及土地所有權人雖容讓電線桿及路燈設置，然並非將私有土地提供公眾通行。故被告就系爭土地認定為已供公眾通行之事證，顯然不符上開大法官解釋之標準，故原處分所為之認定，實有違誤。

⑶訴願決定雖以臺中市政府64年141256號建築執照申請人江吳省所附圖例，以該圖例上所繪之系爭土地標示為「既成巷路」，原告與其他共有人簽立土地使用權同意書同意江吳省於共有土地上使用土地建築房屋，認系爭土地於64年供公眾通行使用為「既成巷路」云云，惟查：

A.上開建築執照係江吳省於64年單獨申請，原告及其他共有人僅同意其使用共有土地建築房屋，並無同意該通路為既成巷路供公眾通行，江吳省為申請該建照所附之圖例內容，並非原告或其他共有人同意範圍所及，自不得因上開建照所附圖例中將系爭土地標示為「既成巷路」，即據認系爭土地已供公眾通行。

B.再者，從中市建管條例第19條第1項第5款規定「本自治條例所稱現有巷道，包括下列情形：……五、曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道、備案道路經認定供公眾通行或經指定建築線之計畫道路變更為非計畫道路者。」可知，即便為「曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道」，仍需符合「經認定供公眾通行之要件」，始能認定為該款之現有巷道。上開建築執照申請案，乃屬上開自治條例第19條第1項第5款之情形，依規定仍需符合經認定供公眾通行之要件始能認定屬現有巷道。被告及訴願決定未適用第5款規定，卻將「曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道」情形推論為同條項第3款「公眾通行」之論證，顯有適用法規錯

誤、規避法定要件之違法。

⑷從鈞院履勘所拍攝照片顯示，445地號土地上有舊平房（J及I左側磚造平房），平房一直以來沒有使用也未掛門牌，J對應樓房為Z的後面。445地號土地出入是由照片Z所示439-3地號土地出入口，中間間隔幾塊土地，都是同一個家族居住，445地號土地長久以來都沒有使用系爭巷道出入，都是走439-3地號土地出入。另445地號（地主自行圍起）與系爭土地之前有民事地界爭訟，案件確定後，系爭土地要往內縮，所以445地號土地地主就自行以鐵及波浪板圍起來，故通路在末端有內縮，但路口是寬的。照片K、L、W、X、Y所示房屋為原告所有，坐落同段457地號，門牌號確為九德街79號（之前為九德街75巷69號）。照片M、N、O、P所示房屋即為江吳省，門牌號碼為九德街73號（之前為九德街75巷20號），照片A、D所示3個水錶，2個為原告所有、1個為江吳省所有，系爭巷道只有原告及江吳省2戶使用等詞。

4.參加人所共有之445地號土地，長年來並無使用447地號土地為通行，又參加人對於原告共有之土地有無通行權，亦屬民事爭議，應與本件無涉：

⑴參加人雖主張447地號土地為其唯一可通行之道路，惟參加人之445地號土地上舊厝早已無人居住，參加人為重新建築始向被告聲請本件建築線之指定，且445地號土地上舊厝，其門牌從未設置予面臨447地號土地側，且445、447地號土地鄰接處原先即有設置圍牆阻隔，因10多年前地界爭議，原告之447地號部分土地內縮後，參加人即以波浪板阻隔，從98年至今兩造土地都是遭阻隔無法通行之狀態。足認參加人之土地並未通行原告所有之447地號土地，參加人辯稱447地號土地為其445地號土地最初可通行之通路之一，並非真實

，參加人之445地號土地長年來從未使用系爭447地號土地為通行。

⑵再從參加人提出之空拍圖片以觀，雖未標明其所稱之另一條通路之路徑，然所指應即為照片Z中所拍攝之新式透天住宅大門(牌樓式鐵捲門，設置於九如段439-5地號土地上)，再比對其提呈之空拍圖片，可知其445地號土地原先之通路應是自439-5沿441-4、442-2、444地號土地出入(444地號土地可能亦屬參加人所有或共有之土地)，而現442-2與444地號土地鄰接處遭封阻，參加人之445地號土地因而喪失原先出入之私設通路，始轉而欲通行原告447地號土地之私設通路。

⑶又無論參加人之445地號土地現是否無路可為通行，其欲通行原告之447地號土地有無通行權利，亦屬民事上袋地通行權之爭議，與本件447地號部分土地是否合於中市建管條例第19條第1項第3款所規定之現有巷道為不同之爭議，參加人自不能以此為主張。

㈡聲明：撤銷原處分（被告107年3月5日中市都測字第1070033433號函）及該部分訴願決定。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.系爭巷道依據烏日區公所107年2月2日函表示，屬曾養護在案且供公眾通行之村里道路，爰依中市建管條例第19條第1項第3款規定：「經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路。」被告據此認定為現有巷道，依法並無違誤。

2.另查被告64年第10號（收文字號：141256）建造執照，系爭

巷道屬該建築基地（○○○鄉○○○段○○○○號）內之一部分，而依當時執照資料所載，系爭巷道係標示為「既成巷路」，亦應可認系爭巷道於當時已供通行使用，且當時之土地所有權人之一即為原告，其既同意起造人江吳省於原告之土地上行使使用土地建築房屋之權利，原告對於該建造執照之內容應難謂為不知，且既於64年迄今既已容任道路管理機關於系爭巷道上進行管理維護，尚難主張其未供公眾通行使用之權利。

3.依司法院釋字400號解釋理由書略以：「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、八水災等）為必要。」又依建築法第101條授權制定之中市建管條例第19條：「本自治條例所稱現有巷道，包括下列情形：一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。關於供通行公用地役權之取得時效，原則上應依民法第769條規定以20年為準，惟若符合同法第770條規定之條件者，得以10年以上視為公用地役權之時效年限。二、建築執照案內基地之私設通路或通路未供公眾通行，經土地所有權人出具供公眾通行同意書或無償捐獻土地作為道路（含道路截角部分），並依法完成土地移轉登記手續，且該建造執照案基地符合建築法規定者。三、經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里

○道路。四、未領有建築執照之私設通路，供公眾持續通行滿20年以上期間；或於本自治條例公布實施前業經本府道路主管機關或公所為維護當地道路之公眾通行需要予以鋪設路面或設置使用之巷道。五、曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道、備案道路經認定供公眾通行或經指定建築線之計畫道路變更為非計畫道路者。六、都市計畫細部計畫規定之都市設計審查地區，並經臺中市都市設計審議委員會審定兼供車道通行之防火巷。七、於都市計畫地區，經私人或民間團體自行闢設或土地改良設置之現有巷道，如申請人無法有效舉證相關文件或經都發局認定為現有巷道之土地權利人提出異議時，得製作非都市○○巷道○路圖，經道路主管機關確認有公眾通行需要者，經都發局予以公告30日徵求異議，並通知該巷道土地全部所有權人，公告期滿無人異議者，得認定為現有巷道，並依法據以指定建築線；惟於公告期間有民眾或團體提出異議或陳情意見時，得提請臺中市建築爭議事件評審委員會評審會議審決確認。八、農地重劃道路現況為道路且供公眾通行使用者。九、其他依土地○○○區段徵收經核定增設或依核定土地開發計畫闢建之道路，或土地所有權人出具供公眾通行使用同意書經法院公證或認證或自行捐贈本府之土地，並開闢為公共使用道路及編定為交通用地之道路。」司法院釋字第400號解釋之既成巷道及中市建管條例第19條所稱之現有巷道，均得作為指定建築線之依據，故釋字第400號解釋理由書明示：「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，非本件解釋所指之共用地役關係，乃屬當然。」本件系爭巷道即依中市建管條例第19條第1項第3款規定認定為現有巷道，與釋字所指因時效取得公用地役關

係之既成道路成立要件並不相同，自不得相提並論。

4.依最高行政法院107年度判字第354號判決，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，主管機關依實際情形所為之認定，乃是就已經存在之法律狀態，為拘束性確認，核屬確認性質之一般處分。原告雖為系爭巷道之土地所有權人，惟仍屬該一般處分直接受影響之利害關係人，雖上開處分無公告或通知原告，原告如有不服，自得依訴願法第14條第2項規定於一定期間內提起訴願，但非謂該確認性質之一般處分對任何人作成時未一併通知土地所有權人（原告）即生行政處分無效之違法。

5.依最高行政法院106年度判字第2號判決，主管機關對於既成道路之認定，乃對於過去發生之事實加以確說，並非變更土地之現存權利義務狀態，創設新的法律關係之下命或形成處分，非屬「限制或剝奪之行政處分」之範疇，自無適用行政程序法第102條給予處分相對人陳述意見之程序義務。退步言，系爭現有巷道依烏日區公所107年2月2日函及被告64年第10號（收文字號：141256）建造執照內容，已客觀上明白足以確認系爭巷道性質，並無疑義，不因原告或其他土地所有權人有反對之意思表示而否定現有巷道成立之既成事實，依行政程序法第103條規定，行政機關得不予陳述意見，依法自屬有據等語。

㈡聲明：駁回原告之訴。

四、參加人陳述要旨及聲明：

㈠參加人林樹明陳述：

1.系爭447地號土地為參加人唯一可通行之公眾通行道路：

⑴參加人所有之445地號最初雖有2條通道可通行，一條為系爭

道路，另一條為鈞院現場勘驗照片Z(通行範圍為同段439-5、441-1、441-2地號土地），照片Z為基地內私設通路，已遭屋主（門牌號碼：臺中市○○區○○街○○號）用圍牆、鐵捲門圍起來。

⑵至系爭447地號土地之通行狀況，經鈞院於108年8月14日至現場履勘結果，系爭447地號土地除原告通行使用，並有第三人江吳省與其親屬居住於同段448、449地號土地上之房屋，亦有通行道路之事實。再依據被告所附64年第10號建照執照（申請人江吳省）之資料所載，系爭道路於當時即標示為「既成巷路」，並有原告同意書在案，嗣於105年11、12月間再由當時里長取得原告同意後，以烏日區焚化爐回饋金補償，作為系爭447地號土地鋪設柏油之用，於參加人申請指定建築線時，亦經烏日區公所以107年2月2日函覆被告系爭道路（改編前為九德街75巷）部分路段維護在案；參以參加人445地號土地上之磚造平房，外觀上老舊，已屬相當年代之建物，另依烏日區公所函詢戶政事務所之108年10月2日中市烏戶字第1080003431號函所示，緊鄰系爭447地號土地旁之九德街79號（原門牌號碼九德街75巷10號，107年7月20日改編）於62年4月23日已遷入設籍，顯見系爭巷道路於62年間即已存在，供公眾通行至今達40年以上。

⑶依上開情形，系爭447地號土地已符合中市建管條例第19條第1項第1、3款要件經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路，且現況路寬1.28~3.83公尺，於超過2公尺部分，並無不得指定建築線之情形，從而，被告之原處分及臺中市政府之訴願決定均合法，並無違誤。

2.至於原告雖主張本件應依照大法官釋字第400號解釋理由意

旨，認定系爭447地號土地是否具有公用地役關係之現有巷道云云。惟大法官釋字第400號解釋爭點，在於行政院就有公用地役關係既成道路不予徵收之函有無違憲，而其理由意旨，關於成立公用地役關係之要件，與中市建管條例第19條第1項第1、3款親定，縱有未盡相同之處，然被告認定現有巷道之成立與否，應依上開條例之相關規定處理。系爭447地號土地符合中市建管條例第19條第1項第1、3款之要件，已如上述，被告並據以為系爭土地建線指定之成果，即為合法有據。

3.另圍籬係原告所圍，嗣參加人申請烏日區公所拆除圍籬。實際上參加人有留缺口可以進出，其土地係從紅磚房屋來起算，圍籬並未全部封閉，參加人之建築物亦有2個道路可以通行。庭呈照片、建築線指示（定）申請書圖各1張，參加人依據建築線業經申請使用執照，需要出入通行系爭巷道，從圖示黃色道路進到綠色標示部分，照片右邊即69號紅色房屋，現要將紅色房屋整理後搬進居住；房屋所在445地號基地原來有2條路可通行，一條是本件系爭（圖示黃色）道路，另一條現屋主作圍牆圍起來，且作了鐵捲門，該條道路已經被堵住，隔壁另一筆是別人的土地。當初系爭巷道的養護，是原告要里長去鋪設柏油，這是原告親口告訴參加人，所以才去申請指定建築線。

㈡參加人林福全、林樹成及林名瑋等未到庭亦未提出書狀作何陳述。

㈢聲明：駁回原告之訴。

五、爭點：

㈠被告原處分函附建築線指示圖說（現況測量成果圖），所示系爭447地號南端部分土地，是否為中市建管條例第19條第1

項第3款之現有巷道，或有符合同條項第2、5款要件之情形？

㈡被告以原處分函指定系爭445地號土地建築線，是否適法，原告請求撤銷被告原處分函及訴願決定關於原處分部分，是否有據？

六、本院的判斷：

㈠前提事實：

第三人楊秀慧於107年1月10日向被告申請參加人所共有之臺中市○○區○○段○○○○號（重測前：九張犁段132-2地號）土地建築線指定（示），經被告以107年1月31日中市都測字第1070019800號函向臺中市烏日區公所函詢○○○區○○段○○○○號（重測前：九張犁段128-9地號，下稱系爭土地）土地道路管理現況及道路屬性，烏日區公所以107年2月2日函復被告「二、本案業經土地建物查詢診、養護資料與現場勘查，路段（九德街75巷）九如段447地號土地所有權為私人所有，部分路段目前係曾維護在案且供公眾通行之村里道路。」被告審核後以原處分函復楊秀慧，九如段445地號土地臨接之系爭土地為現有巷道，核准445地號土地建築線指定（示）案。原告為系爭土地共有人之一，嗣後原告委託法律事務所於108年1月30日函請被告提供原處分函核准之建築線指示（定）圖說，被告以108年2月18日中市都測字第1080021676號函檢送原處分函及其附件影本予原告。原告不服被告108年2月18日中市都測字第1080021676號函及原處分，提起訴願，遭決定以「針對原處分機關107年3月5日中市都測字第1070033433號函所提之訴願，訴願駁回，其餘訴願不受理。」此為兩造所不爭執，且有烏日區公所107年2月2日函文、被告108年2月18日函、原處分函及所附現況測量成果圖、

建築線豐定（示）注意事項、照片、訴願決定等件資料影本附卷可證（本院卷第71-122頁），此部分事實堪以認定。

㈡應適用的法令：

1.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42條規定：「建築基地與建築線應相連接，其接連部分之最小寬度，由直轄市、縣(市)主管建築機關統一規定。……。」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。」

2.中市建管條例第1條規定：「本自治條例依建築法（以下簡稱本法）第101條規定制定之。」第2條規定：「本自治條例之主管機關為臺中市政府（以下簡稱本府）都市發展局（以下簡稱都發局）。」臺中市政府組織權限劃分自治條例第2條規定：「中央法規明定直轄市政府為地方主管機關，而使本市取得地方自治團體管轄權者，本府得以組織自治條例及相關機關組織規程為權限劃分。……」臺中市政府100年11月30日府授都工字第10001798081號公告：「……公告事項：臺中市政府都市發展局執行下列法規之主管機關權限：一、建築法及其子法。」

3.中市建管條例第10條第1項規定：「建築基地臨接計畫道路、廣場、市區道路○○路或合於本自治條例規定之現有巷道者，應申請指定（示）建築線。但已開闢完成之道路或廣場

，其境界線經都發局公告為免申請指定（示）建築線範圍者，得免申請指定（示）建築線。」第11條規定：「申請指定（示）建築線應填具申請書，並檢附地籍圖謄本一份及下列文件一式二份向都發局提出：……四、測量成果圖：基地臨接現有巷道或山坡地，或位於山坡地地區或非免建築線指定（示）地區，應檢附標示道路高程規劃資料。但基地地面與臨接道路路面高低相差未逾三公尺者免附。……」第19條第1項規定：「（第1項）本自治條例所稱現有巷道，包括下列情形：一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。關於供通行公用地役權之取得時效，原則上應依民法第769條規定以20年為準，惟若符合同法第770條規定之條件者，得以十年以上視為公用地役權之時效年限。二、建築執照案內基地之私設通路或通路未供公眾通行，經土地所有權人出具供公眾通行同意書或無償捐獻土地作為道路（含道路截角部分），並依法完成土地移轉登記手續，且該建造執照案基地符合建築法規定者。三、經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路。四、未領有建築執照之私設通路，供公眾持續通行滿20年以上期間；或於本自治條例公布實施前業經本府道路主管機關或公所為維護當地道路之公眾通行需要予以鋪設路面或設置使用之巷道。五、曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道、備案道路經認定供公眾通行或經指定建築線之計畫道路變更為非計畫道路者。……」可知符合上揭各款「現有巷道」之要件，即得申請指定（示）建築線。

4.臺中市道路管理自治條例第2條第1項規定：「本自治條例所稱道路，係指本市○○區○○○○道路及其附屬工程。」第3條規定：「（第1項）本自治條例之主管機關為臺中市政府

（以下簡稱本府），執行機關及其權責劃分如下：一、本府建設局（以下簡稱建設局）：（一）道路之修築、改善及養護。（二）道路之管理。……三、本府都市發展局：（一）建築物施工使用道路未逾二公尺之核准。（二）都市○○區○○○巷道之認定、改道及廢止。……（第2項）執行機關得將道路設施、天橋、人行地下道及其附屬設施之維護及清潔，委託本府所屬各區公所辦理。」是臺中市道路之維護執行機關為臺中市政府建設局，惟其得將道路之維護委託烏日區公所執行。

㈢按訴願法第14條第1、2項規定「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之。利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算……」；復依最高行政法院107年度判字第354號判決意旨「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。建築基地因面臨具公用地役關係之巷道，得申請指定建築線而申請建築。此種具有公用地役關係之現有巷道，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。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。」（本院卷第138頁）查本件被告於108年2月18日以中市都測字第1080021676號函，檢附前揭原處分函、附件及烏日區公所107年2月2日函等予原告，原告始知悉系爭巷道經指定為現有巷道；故原告於108年3月8日就上開被告原處分函文提起撤銷之訴願救濟程序，依上開規定及說明意旨，自屬合法，

合先敘明

㈣關於系爭九如段447土地是否係中市建管條例第19條第1項規第3款規定之現有巷道；按臺中市建築管理自治條例第19條第1項第3款規定：「三、經由政府部門、道路主管機關或管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之『公眾通行』市區○○村里○道路。」其立法理由：「二、道路認定亦得由管理機關為之，且經道路主管或管理機關確認屬於其管轄已興闢、或維護管理之市區○○村里○○○○○道路之函文，即符合要件，爰予以修正第1項第3款。」足知道路主管機關除須確認該道路已興闢或維護管理外，亦須確定有「公眾通行」之事實。經查：

1.被告以108年2月18日中市都測字第1080021676號函檢送原處分函及其附件影本予原告，並說明系爭土地依據中市建管條例第19條第1項第3款規定指定為現有巷道；其建築線指定（示）注意事項記載「道路寬度:臨接道路(或水溝)情形：基地東側驗接現況寬1.28～3.83公尺現有巷道（詳測量成果圖），大於（含）2公尺者，以現況道路中心線退縮2公尺為建築線，小於2公尺者，建築時依現況條留，不予指定建築線，本案現有巷道係依本市烏日區公所107年2月2日烏區農建字第1070002513號函辦理」。依本市烏日區公所107年2月2日烏區農建字第1070002513號函固稱「二、本案業經上地建物查詢資料、養護資料與現場勘查，路段(九德街75巷）九如段447地號土地所有權為私人所有，部分路段目前係曾維護在案且供公眾通行之村里道路。」並有維護路段位置圖及現況照片可稽（本院卷第81-90、121-122頁）。

2.上揭烏日區公所107年2月2日函雖表示系爭巷道曾維護在案且供公眾通行村里道路之事，嗣其108年10月7日以烏區公建

字第1080019636號函復本院則稱「二、本所於105年12月6日，依據本區前九德里『林國佑里長建議』，於九如段447地號(九德街75巷）進行路面刨除修復工程。……施作地點查有巷道名稱與門牌號瑪，施作現場亦有電桿、路燈等公共設施，勘查當日停放數輛機車，『似』供不特定人士使用及通行。……」並附98、101年、104年及107年系爭土地現況照片及街景圖（本院卷第261-271頁），可知系爭土地有無確供公眾通行並非明確。復查：

⑴烏日區公所承辦人員即證人黃仁柏到庭證述：「(系爭九如段447地號土地於105年12月6日是否有經公所維護養護過？)這是根據前里長的建議而作道路養護。(為何里長會給這樣的建議？建議的過程為何？)因為里長的建議有時候是有公文的依據，有時候是可能有一些相關的維護經費，里長發現路面損害嚴重，就通知公所去作路面維護，本件里長是以電話告知這個訊息，我有接收到這個訊息，後來委託給工程顧問公司去跟里長接洽確實要施作的路段，因為里長確實有提及系爭路段需要改善。(當時接收的資訊，不管是從里長請託或其它，是否知道系爭地號土地屬於私人土地？)就公所而言，若里長有任何的建議，可能會危害路人行走的安全的話，基本上不會去管私人土地或公有土地，都是先作維護，區公所一開始並不會特別去確認是否為私人土地……，後來都發局於107年1月31日有來函詢問這邊的狀況公所才知道，因為巷道內有的是計畫道路，有的是未徵收的私人土地。（依據證人所稱，105年12月6日養護之前或養護當下，並不知道系爭土地是屬於私人土地？）是。……（對於函覆內容所指的曾經維護在案，指的就是105年12月6日的維護嗎？這是第一次維護嗎？公所可否就該路是否為第一次維護部分查到

相關的紀錄？）在我任職公所期間的道路維護就只有那一次，但是公所更早之前是否維護過，我無從得知。就本案已經盡量找之前的資料，因時隔太久，都找不到與本案有關的養護資料。……（若原本知悉是私人土地的話，只是因為里長的建議，你們就可以直接去鋪設柏油或維護嗎？）若知道是私人土地的話，就會先徵求土地所有權人的同意來作維護。（105年12月6日當時決定要去作分段維護時，有向都發局確認是否是現有巷道嗎？）假設真的土地所有權人會有爭議的話，他們會出來阻止工程的進行或不讓承包廠商施作，當時施作時並沒有這個問題，事後都發局來指定建築線，土地所有權人才表示意見。（證人稱土地所有權人當下沒有出來表示意見，但公所有沒有通知當事人讓其有表示意見的機會？）沒有，當時不知道系爭土地是私人土地。……（你是否以檢附給都發局的位置圖及2張現場照片來判斷認定是否有供公眾通行的條件？除此之外，你是否還有檢附其他的資料提供給都發局來判斷？）……依檢附的資料可知裡面確實有其他的住戶，旁邊有路燈、電桿，當時沒有辦法確定這些機車是不是供附近居民使用，若有住戶的話，一定也會有其他的路人在行走，當時回覆給都發局的文件就是這些文件。」等情；足知系爭土地有無實際供不特定公眾通行使用，係屬有疑義，尚需調查相關事證以審認。

⑵又證人林國佑到庭證稱：「（請證人敘述當初你申請鋪設柏油路的原因？）當時我自103年至107年擔任第2屆的里長，因為烏日焚化爐回饋金約100多萬元，70%放在建設，30%其他活動使用，70%的建設裡面可以鋪設柏油、水溝或其他的建設，這件是我擔任里長時因為九德里的里民有多次反應意見，建設方面公所一直希望要做建設的工作，所以就會去做

所謂需要修補道路的地方，大概就是如此。……（請問是哪位里民反應要鋪設道路？提示本院卷第122頁的照片予證人閱覽）有鋪設卷內照片所示的這條道路，當時里內有一些無○巷○鄉○○○道路破損希望能夠修復，所以我們與公所的人員先到現場勘查後要提報，公所人員我已不太記得，因為全里人口數有1萬6千多人，所以道路蠻多的，我記得原告江先生跟其他鄉親曾經反映哪些道路是破損的希望能夠來作修復。……（你當時知道照片所示部分是原告江水力家族私人所有的土地嗎？）我知道原告家住在裡面，但是因為那附近的道路都是私人的土地，其實我不知道地主是誰，我知道原告是住在裡面，我知道是私人土地，但不曉得是誰的，我只有舉報，沒有特意去了解這筆土地是誰的。……（就你所知，如果是私人道路，可以向公所申請由公所來修補道路嗎？）據我所知因為有回饋金，這部分提報的私人土地，現勘之後會要求通知地主提出土地使用同意書後，有點要無條件的讓公家機關去做施作改善。……　這個照片的左邊即參加人所有的土地，請庭上提示地籍圖（附件1第2頁），中間有上色這一塊是445地號即參加人所共有的土地，旁邊九德街，請問你知道參加人445地號也就是參加人原本的土地，之前要從哪裡出入嗎？445地號出入九德街要走哪裡？（當庭提示本院卷第477、27頁）Ｖ印象中原告住在裡面，我因為左邊參加人之前是空房子，沒有人住，原告是住在457地號，參加人445與447地號之間有用圍籬圍起來，參加人要從左邊444地號及現任里長2戶房子的大門來出入（地號不清楚），這是我聽當地的人說的，我沒有去確認。……（你說你會來鋪設柏油路是因為里民的要求及反映，如果平常里民沒有反映的話，你會去鋪設柏油路嗎？）基本上都是要由里民來反

映，鄉親民眾在反映時，基本上不一定是單獨某1個人，可能是很多人一起泡茶閒聊時提及哪個地方常常發生車禍，路面破損，要求里長去改善。」等情，足見證人林國佑係證述系爭土地有私設道路，惟未證述系爭土地上有供不特定公眾通行之事，況其尚證述參加人所共有上開445地號土地係經由同地段444地號及現任里長2戶房子的大門來出入（地號不清楚），非係通行系爭土地上之道路出入九德街。並參以烏日區公所109年9月23日函覆105年回饋金使用計畫書（九德里部分）、105年○○○區○里道路暨公共設施新設、修繕等工程（開口契約）案之第2次派工紀錄及派工明細表、竣工圖及105年12月6日施作之施工照片表等養護資料（本院卷第623-708頁）；益徵系爭土地上柏油道路係因原告里民道路修繕需求向里長反應，嗣由臺中市烏日資源回收廠105年回饋金使用計畫書之補助金支付而施作鋪設修復，非因系爭土地屬現有巷道而維護。

3.依本院就系爭地現場勘驗筆錄及現場略圖、照片所示（本院卷第189-218頁、209、210），其中勘驗筆錄記載「（何時圍起來？）江吳省之子洪梧峰答：921地震後，地政課重測，他們的土地位移，最前面的路本來很寬，被他們封起來，變成比較窄，所以我們就改走這一條。原告答：縮過來，之前與445地號地主也有訴訟，本來這邊比較寬，沒有這種形狀，是直的，後來有訴訟土地鑑界才變成這樣縮進來。（所以現在圍起來，如後附照片H、I所示）？原告：當時445地號地主勝訴就圍起來，本來系爭447地號土地這邊會比較寬一點。（445地號是何時圍起來的？）原告答：大約10幾年前，不確定是民國80幾年或90幾年，是921地震之後。（445地號地主勝訴後才圍起來？）原告答：對，應該是90幾年，

最早於路口處有一拱門貼上「江寓」兩個字，921地震壞掉才拆除。最外面的拱門有掛「江寓」兩個字。」之情；並參以烏日區公所函覆上開附98、101年、104年及107年系爭土地現況照片及街景圖（本院卷第267-271頁），均見參加人所共有上開445地號土地與系爭土地間均有圍籬設置情形，實無從認定參加人有自系爭土地出入九德街之事實。再參以本院至現場勘驗時之詢問「（江吳省與原告是同輩？）江吳省之子江梧峰答：對，原告是我的八叔，我父親與原告是兄弟，當初建築房屋是以我母親的名義申請。（以前就圍這樣？）江梧峰答：以前這裡有人居住均已搬離，我們建築之前448地號上是三合院，祖父將土地及該棟建物（坐落451地號）全部分配給叔叔伯伯，我們分得448地號土地。（江吳省的房屋旁邊有兩塊空地，如後附照片V、W所示？）江梧峰答：是。……（449地號土地何人所有，如後附照片V所示？）江梧峰答：我的弟弟，已搬出去。（何人停車使用，如後附照片V所示？）江梧峰答：以前是我在停車。（圍牆外的那條水溝有無名稱，如後附照片S所示，是否農田水利會的？）被告答：應該是33-4地號土地，整條是水路系統，以被告判斷應該是水利會的。（原告房屋坐落457地號？）原告答：後面456地號土地現在是路。456地號類似自己的通路，給451與452地號兩戶通行，原告是從系爭447地號土地出入。……（你們出入均從系爭447地號土地？）原告答：是。江梧峰答：是。」等情，堪認系爭巷道僅原告及江吳省2戶使用，縱認參加人共有之445地號上舊有房屋曾有以系爭巷道出入，亦僅屬系爭巷道供「特定人」出入之情形。

4.又台灣電力股份有限公司台中區營業處108年12月3日固函稱「『經洽臺中市烏日鄉公所』查復旨述路燈係該公所於104

年3月19日裝設（附掛於既設電信桿），本處係於104年12月辦理公用路燈普查作業時發現該新增路燈（如附件），送經臺中市政府建設局確認後，納入臺中市○○○○路燈帳戶。」之事（本院卷第303、347頁）。惟查，依臺中市養護工程處109年9月22日函覆說明「二、經查詢『臺中市○○○設○道路及其附屬設施查報系統』，旨揭路段本處並無養護紀錄(含105年12月6日前之養護資料)」之旨（本院卷第611頁），亦知系爭土地除上開烏日區公所於105年12月6日以烏日資源回收廠105年回饋金施作外，並無其他納入維護或管理之紀錄；是據上，已無從認定系爭土地係屬已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路，故管理機關烏日區公所前開107年2月2日函文所稱路段(九德街75巷）九如段447地號部分路段目前係曾維護在案且供公眾通行村里道路之事，即屬違誤。再酌以上揭烏日區公所108年10月7日函文所稱「四、○○○區○○街○○號(原門牌號九德街75巷10號於107年7月20日改編）於62年4月23日已遷入設○○○區○○街○○號(原門牌九德街75巷20號於107年7月20日改編）於85年3月16日遷入……」之情及臺中市○○區000000000街00○00號設戶籍資料所示（本院卷第262、281頁），亦知101年11月15日整編前（中山路1段九如巷）及107年7月20日改編後（九德街）並無「75巷」（即系爭巷道）之戶籍資料。從而，被告依此認定系爭土地屬管理機關函示該道路為已興闢、已納入維護或管理之公眾通行市區○○村里○道路，而以原處分即107年3月5日中市都測字第1070033433號函及其附件說明系爭土地，係依據中市建管條例第19條第1項第3款規定指定為現有巷道，並就參加人所共有445地號土地指定其建築線，注意事項記載道路寬度:臨接道路(或水溝)情形：基地

東側驗接現況寬1.28～3.83公尺現有巷道（詳測量成果圖）等，應認非屬適法有據。

㈤系爭九如段447土地是否係中市建管條例第19條第1項規第2、5款規定之現有巷道，說明如下：

1.依前臺中縣政府建設局64年1月4日建都字第10號建築執照（本院卷第125-130頁）（被告稱係64年第10號建築執照）所示，其所附配置圖雖就系爭巷道與九如巷另以箭頭標示「既成巷路」之文字，但依圖例所示，系爭巷道係位於尚未分割之○○○鄉○○○段○○○○號基地內，屬該建築基地內之一部分，因建築基地（○○○鄉○○○段○○○○號）尚未分割，且該配置圖並無劃設建築線，故系爭巷道部分雖標示「既成巷路」，惟仍與九如巷係屬圖例上之「原有巷路」者不相同；參以上開臺中市養護工程處函覆「說明三、敬請被告協助查明旨案道路（即系爭巷道）是否為指定（示）建築線有案之現有巷道或「法定空地」或依建築法留設之私設通路……」之內容；而酌以建築技術規則建築設計施工編第1條第38款規定「私設通路：基地內建築物之主要出入口或共同出入口……至建築線間之通路……」；應認被告於109年11月6日函稱「說明二、……64年10號建造執照圖說內容，經查前開執照圖說無繪製建築線。另查系爭土地（九如段447地號）64年10號建造執照之既成巷道（退縮地）範圍，又既成巷道面積不計入法定空地面積檢討，非為建造房屋應保留之法定空地；部分屬64年10號建造執照之法定空地範圍，惟相關地籍分割實際法定空地之範圍應以地政機關鑑界測量為準。」之內容為實，故該項建築執照並未劃設建築線，且系爭土地部分屬法定空地，系爭土地之系爭巷道（退縮地）範圍不計入法定空地面積，係屬「依建築法留設之私設通路」。

2.按「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」建築法第30條定有明文。本件上開64年第10號建築執照所附土地使用權同意書記載「茲有江吳省等人，擬在下列土地建築壹層加強磚造建築物壹棟，業經江坤隆等人完全同意，為申請建造雜項特立此同意書憑，土地標示及使用範圍如下：烏日鄉128地號，土地所有權人江水力（即原告）、江水立、江氏月、江坤隆、江水池、江水良」等內容（本院卷第126-127頁），及本院勘驗時江吳省之子江梧峰亦陳稱時建築房屋須經叔叔伯伯同意才能建築，江吳省與原告是兄弟之旨（本院卷第194頁），故應認係江吳省申請建築執照，因當時烏日鄉128地號土地所有權人與建築執照起造人非同一，起造人江吳省依建築法第30條規定所出具之土地權利證明文件，而非就尚未分割之烏日鄉128地號、64年第10號建築執照所附配置圖上基地內之巷路即系爭土地，出具供公眾通行之同意書。參以中市建管條例第19條第1項第2款規定「『非屬法定空地之私設通路』或基地內通路經土地所有權人『出具供公眾通行同意書』」為現有巷道之規定，應認上開64年第10號建築執照所附土地使用權同意書非屬該條例第19條第1項第2款規定之供公眾通行同意書，自無從認定為現有巷道。

3.承上所述，被告於109年5月19日以中市都測字第1090086303號函說明「經查旨揭原臺中縣○○鄉○○○段○○○○號土地經重測後之地號為『九如段452地號』：另查本府64年141256號建築執照之編號應為64年10號，合先敘明。依本府64年10號建築執照內容所載，九德街、九德街95巷及九如段447地號土地(部分）為既成巷路(詳附件）。」（本院卷第413-415頁），核未依本院函詢有無指定或曾經建築線之事說明；

其所稱「九德街、九德街95巷及九如段447地號土地(部分）為既成巷路」之文句，及上開109年11月6日函稱「說明四、……依當時執照資料所載，系爭巷道係標示為『既成巷路』，亦『應可認系爭巷道於當時已供通行使用』，且當時之土地所有權人之一即為江水力（即原告），其既『同意』起造人江吳省女士於系爭土地上行使使用土地建築房屋之權利，且既於64年迄今既已容任道路管理機關於系爭巷道上進行管理維護，應『尚難主張其未供公眾通行使用之權利』。」（本院卷第820頁），核係依該執照所附配置圖之標示回覆，且與本院上揭㈣㈤1.2.所認定之內容不同，本院自不受被告該等函文之說明之拘束，併予敘明。故綜上，自無法認定系爭土地上之系爭巷道有符合第2款或第5款所稱「建築執照案內基地之私設通路或通路未供公眾通行，經土地所有權人出具供公眾通行同意書……，並依法完成土地移轉登記手續，且該建造執照案基地符合建築法規定者」或「自治條例公布施行前，曾指定（示）建築線之巷道」之要件。

㈥從而，原處分函復楊秀慧關於參加人共有九如段445地號土地臨接之系爭土地為現有巷道（即系爭巷道），核准445地號土地建築線指定（示）案（本院卷第81-87頁），此部分建築線指定之認定有誤，訴願決定予以維持，亦有未洽；故原告請求撤銷原處分及訴願決定關於原處分部分，係屬有據，應予准許。又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，併此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為有理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　年　　11　月　　26　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法　官　劉　錫　賢

法　官　莊　金　昌

法　官　楊　嵩　琇

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，	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。

經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	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　　109　年　　11　月　　26　　日

書記官　黃　靜　華