臺中高等行政法院判決

108年度訴字第72號

108年12月25日辯論終結

原　　告　薛健昇

被　　告　臺中市政府建設局

代　表　人　陳大田

訴訟代理人　江彗鈴　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　李育甄

　　林懋州

　　洪奕瑾

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1月30日府授法訴字第1080026769號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告請求被告臺中市政府建設局應將系爭土地如甲證16所示範圍內之柏油路剷除並將土地返還予原告部分，移送臺灣臺中地方法院。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

原告起訴時狀載訴之聲明原為：「一、先位聲明：㈠訴願決定及原處分均撤銷。㈡被告臺中市○○○市0000000市○○區○○○段○○○○號土地如附圖（甲證14螢光筆所示範圍）及照片所示之範圍（面積約：203.85平方公尺）認定為

現有巷道之部分應予撤銷。㈢被告臺中市00000000
0市○○區○○○段○○○○號土地如附圖及照片所示之範圍
認定為現有巷道內之柏油路剷除並將土地返還予原告。㈣訴
訟費用由被告負擔。二、備位聲明：㈠確認臺中市○○區○○
○段○○○○號土地如附圖及照片所示之範圍（面積約：203.8
5平方公尺）現有巷道（公用地役權）法律關係不存在。㈡
訴訟費用由被告負擔。」，嗣原告於108年7月9日準備程序
經本院闡明後，撤回備位聲明部分（丁證1），並經被告同
意，核原告上開訴之撤回於程序上並無不合，應予以准許。
貳、實體方面
一、爭訟概要：
緣被告臺中市政府都市發展局（下稱被告都發局）於107年6
月15日以中市都違字第1070101268號函知被告臺中市政府建
設局（下稱被告建設局）有關臺中市○○區○○○段○○○○
號（下稱系爭土地）南側土地上道路（二崁路706巷39弄，
下稱系爭巷道）遭設置圍籬影響通行，另被告都發局亦於10
7年6月14日以中市都測字第1070095550號函敘明系爭巷道屬
臺中市政府88年第2349號建築執照指定建築線在案之現有巷
道。被告建設局乃以107年7月10日中市○○道字第10700376
43號函限原告於107年8月15日前改善完成，惟原告未於限期
內自行改善，被告建設局再以107年10月15日局授建養道字
第1070050333號函限原告於107年10月24日前改善完成，並
副知臺中市外埔區公所（下稱外埔公所）倘原告屆期未自行
改善完成，協助逕為拆除。惟原告認其設置圍籬部分係屬合
法，於107年10月23日提出陳情，被告建設局為維護用路人
之通行安全，請外埔公所協助逕為拆除，惟現況尚未拆除，
爰以107年11月2日局授建養道字第1070054268號函（下稱系

爭函文）復外埔公所並副知原告，原告不服系爭函文，提起訴願經臺中市政府以108年1月30日府授法訴字第1080026769號決定訴願不受理，原告不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.被告都發局將原告之系爭土地認定為88年第2349號建築執照之現有巷道範圍並命拆除原告於系爭土地所設圍籬，侵害原告之財產權。

2.現行臺中市建築管理自治條例（下稱建管條例）第19條固賦予被告都發局認定現有巷道要件之權限，惟該條例為101年5月7日制定公告實施，被告都發局核准上開建築執照係於88年，應依行為時之法令即臺灣省建築管理規則（下稱舊建管規則）辦理，而依據舊建管規則第4條認定之。

3.參酌司法院釋字第400號解釋理由書以及本院103年度訴字第259號判決意旨，既成道路公用地役關係之成立，須具備：㈠不特定之公眾通行所必要㈡於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止㈢經歷之年代久遠未曾中斷等要件，始能認定已形成既成道路公用地役關係。若僅供特定之鄰地所有人或使用人通行，尚不得遽謂為既成道路。

4.原告之系爭土地為山坡地保育區之林業用地，88年當時僅為不到5米寬之農路，因毗鄰台灣省農會，農路路口為中華民國農會休閒綜合農牧場所有之土地，設有鐵門門禁，非區內耕作土地需要，外人無法通行進入，絕非所謂供公眾通行之巷道。從被告都發局88年認定系爭土地為現有巷道當時之84年空照圖觀之，該區域使用系爭

農路僅有兩棟未辦理保存登記之農舍（88年申請建照指定建築線之二崁路706巷39弄68號為第3棟建物），該兩棟農舍位於袋地因而便宜使用系爭農路，並不符合公眾通行具有公用地役關係之條件，被告都發局於88年時誤將系爭農路認為係現有巷道，核准建築線指定核發建築執照，之後該農舍之住戶多次將系爭農路拓寬，誤導外埔公所鋪設柏油，現行道路已非原來88年時之農路寬度，被告都發局倒果為因，以現行濫行拓寬後之農路寬度反推為88年認定之農路寬度，應屬無稽。且原告於99年申請鑑界、101年向外埔公所申請調解，依法均生時效中斷效果，被告謂時效取得地役權顯屬無稽。

5.系爭農路當時僅有2棟建物（加上88年第3棟）使用，何以寬度需要7米，被告都發局顯未依舊建管規則第4條第2項規定，就農路寬度、使用性質、使用時間、通行情形及公益上需要加以認定，構成裁量濫用。被告都發局無法提出88年間認定系爭土地為現有巷道之依據，及符合當時舊建管規則第4條規定之證據，該違法處分自應予撤銷，將原告系爭土地劃入該現有巷道寬度範圍部分予以剔除。

6.依司法院釋字第423號解釋意旨以及最高行政法院91年度判字第1119號判決意旨，原告於107年6月在自己之系爭土地上搭建圍籬，遭被告建設局107年10月15日中市○○道字第1070050333號函指稱原告系爭土地為88年第2349號建築執照套繪有案之現有巷道，禁止私設圍籬妨礙交通，命限期改善拆除，逾期依臺中市道路管理自治條例（下稱道管條例）處理，原告認為此公文侵害原告之財產權，於107年10月23日向臺中市政府併外埔公所

陳情，然被告建設局仍為相同函覆。是系爭公文發文之正本單位雖係外埔公所，副本給原告，惟系爭函文意旨顯已對原告發生「限制原告在自己土地上搭建圍籬」及「將原告之系爭土地認定為現有巷道」之法律效果，為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，侵害原告之財產權，自屬行政處分。

7.且在此之前被告建設局並未對原告有任何行政處分，該函文顯非所謂實施行政處分之觀念通知，原告於此公文方受通知原告之系爭土地被套繪為現有巷道，88年第2349號建築執照套繪現有巷道，從未通知原告亦未曾公告，該現有巷道之認定於88年作成時，應認未對原告發生效力，若謂系爭函文非行政處分，否准原告提起行政救濟，顯侵害憲法保障人民之訴願及訴訟權利。

8.被告建設局系爭函文雖稱系爭土地於88年第2349號建築執照套繪現有巷道，然並未看到套繪測量圖等資料，及被告認定之依據。是道路寬度應經測量，被告將系爭土地套繪為現有巷道，有無經過測量，若未經測量何以認定道路寬度包含系爭土地在內？

9.從原告另案對臺中市政府申請撤銷系爭土地遭認定為現有巷道之案件，被告都發局回覆內容略以：「本局並無相關道路寬度資料」，被告都發局與建設局內部公文（107年6月14日中市都測字第1070095550號）亦顯示「現有巷道實際範圍應以地政機關鑑界或測量為準」，107年8月15日中市都測字第1070139690號函說明二：○○○區○○段○○○○號土地前本局並無相關道路寬度資料」上述顯見被告建設局稱88年第2349號建築執照指定建

築線並未實際測量道路寬度，系爭土地與該建築執照之基地相距數百公尺，根本不可能為該基地之建築線，被告提出之圖面資料更未見系爭土地有套繪。被告都發局自承系爭土地前為套繪有案之現有巷道，惟其並無相關道路寬度資料，顯有在未測量道路寬度，未特定現有巷道範圍之情形下，直接將系爭土地認定為現有巷道，若有爭執再進行測量之荒謬。

10. 綜上所述，系爭土地於88年第2349號建築執照當時並不符合現有巷道之要件，與舊建管規則第4條規定不符，此外，被告都發局亦未經地籍套繪測量程序，原告系爭土地應非道路範圍，系爭函文所述與事實不符，被告建設局禁止原告搭建圍籬等事實上處分行為，應屬違法。

11. 系爭巷道路口為中華民國農會休閒綜合農牧場所有之土地，設有鐵門門禁，因而曾與管制站後方土地所有人發生糾紛，而曾經本院判決。又經原告查訪該農場場長曾世義，得知管制站處為巷道終點，而管制站後為私人土地，並非現有巷道。

㈡聲明：

1. 訴願決定及原處分（被告建設局系爭函文）均撤銷。

2. 被告都發局應將臺中市○○區○○○段○○○○號土地如附圖（甲證16螢光筆所示範圍）及照片所示之範圍（面積約：203.85平方公尺）認定為現有巷道之部分予以撤銷。

3. 被告建設局應將臺中市○○區○○○段○○○○號土地如附圖（甲證16螢光筆所示範圍）及照片所示之範圍認定為現有巷道內之柏油路剷除並將土地返還予原告。

4. 訴訟費用由被告負擔。

三、被告建設局答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.依最高行政法院94年度裁字第1350號裁定之意旨，可知若為實現已確定行政處分之接續執行行為，不得認為係獨立之行政處分。又依行為時行政執行法第2條第1項、第2項、第29條，於行政執行程序中，依行政處分有作為或不作為義務之人，主管機關所為執行或代執行行為，核屬行政處分之實施行為；至於就此類依行政處分有作為或不作為義務之人，主管機關所為告戒行為，則係實施行政處分之觀念通知，屬行政法上之事實行為，並非行政處分。

2.原告於系爭土地南側之系爭巷道設置鐵絲圍籬致影響通行乙案，被告都發局以107年6月15日中市都違字第1070101268號函通知被告建設局依權責規定處理，另被告都發局並於107年6月14日中市都測字第1070095550號函，確認系爭土地道路依據該局88年第2349號建築執照套繪內容係屬指定建築線在案之現有巷道。被告建設局即以107年7月10日中市○○道字第1070037643號函通知原告，稱原告於系爭巷道設置鐵絲圍籬，違反道管條例第18條規定，命限期改善，逾期仍未完成改善將依同法第34條之規定予以處罰。惟原告未改善，被告建設局再次函告原告限期進行改善，並以副本函送外埔公所，如原告屆期仍未完成改善者，請其協助逕予拆除。嗣期限屆至，原告仍拒不拆除圍籬，外埔公所以107年10月29日外區公建字第1070015073號函詢問被告建設局，是否依前函之內容，協助執行拆除，被告建設局始以系爭函文，通知外埔公所，請為協助逕行拆除私設圍籬。

3.由上開函文往來歷程可知，被告建設局於先前分別以107年7月10日中市○○道字第1070037643號函及107年10月15日局授建養道字第1070050333號函，通知命原告應就其於系爭土地道路上私設之鐵絲圍籬，依道管條例第18條規定拆除改善，已課予行政法上之義務，自屬行政處分，其後續因回覆外埔公所之函詢所為系爭函文，參照訴願法第1條、第3條、第77條規定暨前揭最高行政法院裁定意旨，僅係函請外埔公所逕為協助執行之通知，並非對原告之行政處分，原告據之提起訴願，程序自有未合，訴願決定並無不當，原告本件撤銷之訴，係無理由，應予駁回。

4.參「88年2349號建造執照套繪圖」暨系爭土地空間位置圖，88年間套繪有案之系爭巷道「臺中市○○區○○路○○○巷○○弄」之道路路寬標示為6.7公尺，該道路左沿至原告系爭土地，道路寬度一致，可證系爭土地南側相鄰之同一條道路，路寬即與6.7公尺相當，系爭巷道確屬供道路通行長達20年。

5.據台灣電力股份有限公司台中區營業處豐原分處108年10月25日豐原字第1081201370號函，表示系爭土地道路旁所設置之電桿迄今年代久遠，文案超過台電保存年限已不可考，無法提供設置資料等語，可知其設置期間之年代久遠，足證系爭土地存在道路供公眾通行之時間，係已逾20年以上，年代久遠並未曾中斷之事實。

6.另依系爭土地道路旁住戶提供、於原告架設圍籬前拍攝之現場照片，可見系爭土地道路使用及路面寬度與現狀完全一致，亦得知系爭土地供作道路使用之現狀事實。

7.臺灣臺中地方法院103年度簡字第174號行政判決之基礎

事實所涉及之土地標的，亦為「臺中市○○區○○路○○○巷○○弄」，與本件系爭巷道相同，並同為私設圍欄阻礙道路通行之案件，亦可參酌。

㈡聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

四、被告都發局答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.有關於原告所述公用地役關係部分：

⑴司法院釋字400號釋字解釋理由書所稱之既成巷道與依建築法第101條授權制定之建管條例第19條之現有巷道，均得作為指定建築線之依據，故前開司法院釋字解釋理由書即已明示：「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，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」。

⑵系爭巷道係依建管條例第19條第1項第5款規定認定之現有巷道，與上開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。

2.有關原告所述認為現有巷道應予撤銷部分：本案現有巷道係依據被告都發局建物套繪圖內容，系爭土地東側為同區段488-20地號，領有臺中市政府88年2349號建築執照，如前述是依建管條例第19條第1項第5款，以前述建築執照認定系爭土地所在之二崁路706巷39弄為套繪有案之現有巷道範圍。

3.而系爭土地所在道路之寬度認定部分，被告都發局係僅就該巷道沿線相關有案之建築執照查復，供被告建設局

作為道路主管機關於道路管理之參考，未對系爭土地前道路寬度做出實質認定。

㈡聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

五、爭點：

㈠被告建設局107年11月2日之系爭函文是否為行政處分？

㈡原告請求被告都發局應將臺中市○○區○○○段○○○○號土地如附圖（甲證16螢光筆所示範圍）及照片所示之範圍（面積約：203.85平方公尺）認定為現有巷道之部分應予撤銷，是否有理由？

㈢原告請求被告建設局應將臺中市○○區○○○段○○○○號土地如附圖（甲證16螢光筆所示範圍）及照片所示之範圍認定為現有巷道內之柏油路剷除並將土地返還予原告，是否有理由？

六、本院的判斷：

㈠前提事實：

被告都發局於107年6月14日以中市都測字第1070095550號函敘明系爭巷道屬臺中市政府88年第2349號建築執照指定建築線在案之現有巷道（乙證1-2），並於107年6月15日以中市都違字第1070101268號函知被告建設局有關系爭土地南側土地上二崁路706巷39弄即系爭巷道遭設置圍籬影響通行（乙證1-1）一事。被告建設局乃以107年7月10日中市○○道字第1070037643號函限原告於107年8月15日前改善完成（乙證1-3），惟原告未於限期內自行改善，故被告建設局再以107年10月15日局授建養道字第1070050333號函限原告於107年10月24日前改善完成，並副知外埔公

所倘原告屆期未自行改善完成，協助逕為拆除（乙證1-4）。惟原告認其設置圍籬部分係屬合法，故於107年10月23日提出陳情（甲證7），被告建設局以系爭巷道屬經被告都發局套繪有案之現有巷道，且依臺中市政府88年第2349號建築執照所示（乙證1-3、1-7），系爭巷道寬度約為7公尺，遭設置圍籬處寬度僅約5公尺，通行至圍籬設置處時寬度驟然縮減恐有通行安全之慮，為維護用路人之通行安全，請外埔公所協助逕為拆除，惟現況尚未拆除，爰以系爭函文復外埔公所，並副知原告（甲證14）。原告不服系爭函文，提起訴願經臺中市政府以108年1月30日府授法訴字第1080026769號決定訴願不受理（甲證15）。原告不服，遂提起本件行政訴訟，以上事實有各項資料可查（甲證7、14、15、乙證1-1、1-2、1-3、1-4、1-7，本件判決相關證據之編號詳附表）。

㈡被告建設局之系爭函文為行政處分，其以系爭巷道屬現有巷道，因原告設置圍籬致圍籬處之通行寬度驟然縮減，以系爭函文命外埔公所協助逕為拆除，並無不合：

1.被告建設局系爭函文應屬行政處分：

⑴應適用之法令：行政程序法第92條第1項、訴願法第3條第1項（附錄）。

⑵依上述規定及司法院釋字第423號解釋意旨，行政機關作成之函文是否為行政處分，不應拘泥於該公文書所使用之文字，而應探求行政機關之真意，若行政機關對於人民請求作成行政處分之事項，雖未為具體准駁之表示，但如自其說明之內容，已足認其有准駁之表示，而對人民發生法律上效果者，即應認屬行政處分。

⑶經查，原告為系爭土地之所有權人（甲證1），107年6月間於系爭巷道設置圍籬，被告建設局因認圍籬設置影響通行，於107年7月10日以中市○○道字第1070037643號函依據道管條例第18條第1項、第34條限期請原告自行改善完成。因原告未限期改善，再以107年10月15日局授建養道字第1070050333號函限原告於107年10月24日前改善完成，並副知外埔公所倘原告屆期未自行改善完成，協助逕為拆除。原告不服被告建設局上開107年10月15日函，於107年10月23日提出陳情，主張系爭巷道並非既成道路（甲證7），後被告建設局函請原告改善，惟原告均未改善完成，遂於107年11月2日以系爭函文請外埔公所協助逕為拆除，並副知原告（乙證1-3、1-4、甲證14）。而觀系爭函文記載：「……經查同段41-40、41-12、488-1及488-20等5筆地號上道路（二崁路706巷39弄）皆經臺中市政府都市發展局查屬套繪有案之現有巷道。3.另查旨揭地號臨地（同段488-1地號）之本府88年第2349號建築執照相關圖說，旨揭巷弄寬度約7公尺，惟現遭設置圍籬處之路寬僅約5公尺。4.因旨揭地號旁多筆土地上道路經查皆屬套繪有案之現有巷道，故旨揭地號前道路屬供公眾通行之道路，惟通行至圍籬設置處時，通行寬度驟然縮減，恐有通行安全之慮，為維護用路人之通行安全，敬請貴所依臺中市道路管理自治條例第18條、臺中市政府所屬機關權限委託辦法暨廢棄物清理法第11條等相關規定，協助逕為拆除，以為維護用路人之通行安全。……」等語，經查該函雖未見准駁之文字，惟被告建設局顯然依據被告都發局

所指定之建築線認定系爭道路之寬度，並據此認定原告設置圍籬將造成通行安全之疑慮，乃請外埔公所協助逕為拆除，並副知原告，準此，系爭函文自屬對外發生法律效力之行政處分，被告主張系爭函文並非行政處分，尚無足採。

2.系爭巷道屬道管條例第2條所規定之道路及建管條例第19條第1項第5款所規定之「現有巷道」：

⑴應適用之法令：道管條例第2條、建管條例第2條、第19條第1項第5款（附錄）。

⑵依前揭規定可知，被告都發局為都市○○區○○○巷道之認定、改道及廢止之主管機關，亦為建管條例之主管機關，而依建管條例第19條第1項第5款規定，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，為該條例所稱之現有巷道。

⑶經查，系爭巷道之道路屬性，前經被告建設局及外埔公所分別向被告都發局函詢，經被告都發局先後以107年6月14日中市都測字第1070095550號函、107年8月15日中市都測字第1070139690號函以及107年12月11日中市都測字第1070214977號函回覆被告建設局及原告。查被告都發局107年6月14日中市都測字第1070095550號函記載：「……旨揭巷道依據本府府88年2349號建築執照內容屬指定（示）建築線在案之現有巷道……」後又以107年8月15日中市都測字第1070139690號函表示：「檢送本局104年12月22日中市都測字第1040218996號函核發本市○○區○○○段○○○○○○○號土地建築線指定案及本府88年第2349號建築執照相關圖

說乙份供參……」（乙證2-2），準此可知，系爭巷道前經被告都發局104年12月22日中市都測字第10402 18996號函核准指定建築線在案，屬經指定（示）建築線在案之現有巷道，並另核發有臺中市政府88年第2349號建築執照，符合建管條例第19條第1項第5款之「曾指定（示）建築線且已核准建築完成之巷道」規定，確屬建管條例所稱之現有巷道，雖該建築執照並非由系爭土地申請而係由鄰地所申請，惟經比對88年第2349號建築執照套繪圖、系爭土地空間位置圖、臺中市大甲地政事務所108年11月15日甲地二字第10800 08883號函檢送○○○區○○○段○○○○號土地複丈成果圖以及本院108年10月4日之履勘現場圖（乙證1-7、本院卷第383頁、丁證8、5、6）可知，經被告都發局所指定建築線之巷道確實與系爭巷道為同一巷道即二崁路706巷39弄，故原告主張現有巷道之認定應依舊建管規則第4條規定為之、系爭巷道與該建築執照之基地相距數百公尺，不可能為該基地之建築線云云，並無可採。

3.被告建設局以系爭土地屬現有巷道，因原告設置圍籬致圍籬處之通行寬度驟然縮減，以系爭函文命外埔公所協助逕為拆除，並無不合：

⑴應適用之法令：道管條例第2條、第18條、第34條（附錄）。

⑵依前揭規定可知，臺中市○○區○○道路，以被告建設局為管理機關，道路範圍內之側溝及路面，不得破壞、更改及設置妨礙排水或交通安全之設施。若有違反者，處新臺幣3萬元以上10萬元以下罰鍰，並得命

限期改善；屆期未改善者，建設局得逕予修復或拆除，並令所有人、設置人或行為人負擔相關費用。

⑶經查，系爭巷道屬臺中市○○區○○道路，以被告建設局為管理機關，其道路範圍內之側溝及路面，不得破壞、更改及設置妨礙排水或交通安全之設施。又系爭巷道曾經被告都發局104年12月22日中市都測字第1040218996號函核准指定建築線在案，而依該88年2349號建築執照之圖說，系爭巷道寬為6.7公尺（乙證1-7），復據本院108年10月4日之勘驗筆錄記載：「現場丈量所剩道路寬至原告所主張之地籍線（按即原告設置圍籬處）分別為2.9公尺、2.65公尺、2.3公尺、4.6公尺、4.6公尺，最窄為2.3公尺，最寬為4.6公尺」（丁證4），可知系爭巷道因原告設置圍籬，致原有巷道寬度有程度不一之縮減，最窄處僅餘2.3公尺可供通行，原有巷道寬度縮減近2/3，顯已妨礙交通而足以影響公眾利用系爭巷道通行之安全，被告建設局因此於107年7月10日、107年10月15日分別函請原告限期改善，並於期限屆至原告仍未改善完成，以系爭函文請外埔公所協助逕為拆除，並副知原告，揆諸前揭說明，於法並無不合，原告主張系爭巷道係經兩側住戶違法拓寬、被告建設局與都發局並未測量道路寬度、未特定現有巷道範圍云云，並無可採。

4.綜上所述，系爭函文屬行政處分，系爭巷道為建管條例第19條第1項第5款所規定之「現有巷道」，被告建設局以系爭土地屬現有巷道，因原告設置圍籬致圍籬處之通行寬度驟然縮減，以系爭函文命外埔公所協助逕為拆除，並無不合，訴願決定不予受理，其理由雖有違誤，然

其結論並無不同，原告聲明請求撤銷系爭函文，為無理由。

㈢就原告聲明請求撤銷被告都發局將系爭土地依甲證16所示範圍認定為現有巷道之部分，未經訴願程序，其訴不合法應予駁回：

1.應適用的法令：行政訴訟法第4條第1項、第107條第1項第10款（附錄）。

2.按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。次按提起撤銷訴訟，除法律別有規定外，須以經過訴願為前提，如未經提起訴願或提起訴願逾法定期間，即屬未經過合法之訴願程序，其起訴不備要件，且其情形不能補正，行政法院應依行政訴訟法第107條第1項第10款規定以裁定駁回其訴。

3.經查，現有巷道認定之權責機關為被告都發局，且系爭巷道係經被告都發局104年12月22日中市都測字第10402 18996號函核准指定建築線在案，已如前所述。故原告聲明請求撤銷被告都發局將系爭土地依甲證16所示範圍認定為現有巷道之部分，自應就上揭處分以利害關係人之地位，提起訴願及行政訴訟請求撤銷，方為正辦。惟據原告之訴願書及訴願決定所載（丁證9、甲證15），

原告於訴願程序中表明係因不服被告建設局系爭函文而提起訴願，經訴願不予受理而提起本件行政訴訟，於起訴狀中方將被告都發局列為共同被告（本院卷第13頁），並於本院108年7月9日之準備程序中表明其係不服被告都發局107年8月15日中市都測字第1070139690號函（下稱被告都發局107年8月15日函）（丁證1），惟查被告都發局該函之內容，僅係檢送系爭巷道屬性認定之相關建築執照圖說資料予臺中市政府養護工程處參酌之內部函文，並非行政處分，原告起訴請求撤銷被告都發局107年8月15日函，已有誤會。

4.準此，原告不服系爭巷道被認定為現有巷道之行政處分，卻自始未對被告都發局104年12月22日中市都測字第1040218996號函表示不服並提起訴願，逕於本件行政訴訟中列都發局為被告，請求撤銷被告都發局對系爭巷道屬現有巷道之認定，則原告此項聲明未經訴願，已有起訴要件不備之不合法，且其情形不能補正，揆諸前揭行政訴訟法第107條第1項第10款規定，其訴為不合法，應予駁回。

㈣就原告聲明請求被告建設局應將系爭土地如甲證16所示範圍內之柏油路剷除並將土地返還予原告之部分，本院並無受理權限，應移送臺灣臺中地方法院審理：

1.應適用的法令：行政訴訟法第2條、第12條之2第2項。

2.按公法上之爭議，除法律別有規定外，得依行政訴訟法提起行政訴訟。然若行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院，行政訴訟法第2條及第12條之2第2項定有明文。又因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所

在地之法院管轄，則為民事訴訟法第10條第1項所明定。而我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判，因公法關係所生之爭議，由行政法院審判；土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係所生之爭議，亦不受影響（司法院釋字第758號解釋及理由書意旨參照）。

3.次按民法第767條第1項規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」經查，原告提起本件訴訟，並為前揭聲明，經本院於108年7月9日之準備程序及108年12月25日之言詞辯論程序中曉諭其說明聲明第3項之請求權基礎，原告均主張因系爭土地為其所有，被告建設局侵害其對系爭土地之所有權，即民法第767條所規定之物上請求權為請求依據，請求排除侵害，此有上開準備程序筆錄及言詞辯論筆錄附卷可稽（本院卷1第480頁以及本院卷2第178頁）。

4.查原告為系爭土地所有權人（甲證1），既依民法第767條第1項請求為前揭聲明之主張，核其性質，即屬私法關係所生之爭議，依照上開說明，其訴訟即應由普通法院審判。雖原告另引用司法院釋字第400號解釋及本院103年度訴字第259號判決主張上開土地不符公用地役權之成立要件云云。然依首揭司法院釋字第758號解釋，

土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，核其性質，即屬私法關係所生之爭議，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。準此，原告引用司法院釋字第400號解釋，並有他項請求撤銷被告都發局認定系爭土地為現有巷道之聲明，仍不影響其屬私法關係所生爭議之本質。是原告該項聲明，本院並無受理權限。又兩造係因不動產物權涉訟，依民事訴訟法第10條第1項規定專屬不動產所在地之法院管轄，從而本件之管轄法院即係臺灣臺中地方法院，爰依首揭規定，將本件移送於有受理訴訟權限之臺灣臺中地方法院審理。

㈤綜上所述，系爭函文並無違誤，訴願決定以其並非行政處分不予受理，雖有違誤，惟其結論並無不同，仍應予維持，原告訴請撤銷，為無理由。又原告請求撤銷被告都發局107年8月15日函將系爭土地依甲證16所示範圍認定為現有巷道之部分，其訴不合法，應予駁回。至原告聲明被告建設局應將系爭土地如甲證16所示範圍內之柏油路剷除並將土地返還予原告之部分，本院並無受理權限，應移送臺灣臺中地方法院審理。另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。

七、結論：原告之訴為一部不合法，一部無理由，一部本院無審判權，爰將一部不合法與無理由部分併予判決駁回，無審判權部分移送臺灣臺中地方法院審理。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　15　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法　官　王　德　麟

法　官　詹　日　賢

法　官　林　靜　雯

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	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。

，亦得為上訴審訴訟代理人	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　　1　　月　　22　　日

書記官　李　孟　純

本判決引用的相關條文：

【行政程序法第92條第1項】

本法所稱行政處分，係指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。

【行政訴訟法】

第4條第1項

人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。

第107條第1項第10款

原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：

十、起訴不合程式或不備其他要件者。
【訴願法第3條第1項】
本法所稱行政處分，係指中央或地方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。
【臺中市道路管理自治條例】
第2條
（第1項）本自治條例所稱道路，係指本市○○區○○○○道路及其附屬工程。
（第2項）前項附屬工程，係指市區道路條例第3條規定之附屬工程。
第3條
（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）：
㈠道路之修築、改善及養護。
㈡道路之管理。
……
㈣公共設施或建築使用道路之管理。
……
三、本府都市發展局：
㈠建築物施工使用道路未逾二公尺之核准。
㈡都市○○區○○○巷道之認定、改道及廢止。
第18條
（第1項）道路範圍內之側溝及路面，不得破壞、更改及設置妨礙排水或交通安全之設施。
（第2項）前項違規情形，經建設局通知限期自行修復或拆除，

屆期未修復或拆除者，建設局得逕予修復或拆除。但情況急迫時建設局得逕行修復或拆除之。

（第3項）前項由建設局代為修復或拆除之相關費用，由所有人、設置人或行為人負擔。

第34條

違反……、第18條第1項、……規定者，處新臺幣3萬元以上10萬元以下罰鍰，並得命限期改善；屆期未改善者，得按次處罰。

【臺中市建築管理自治條例】

第2條

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）。

第10條第1項

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19條第1項第5款

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。

【建築法】

第48條

（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49條

在依法公布尚未闢築或拓寬之道路線兩旁建造建築物，應依照直轄市、縣（市）（局）主管建築機關指定之建築線退讓。

第101條

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。

【臺灣省建築管理規則第4條】（94年6月20日廢止）

（第1項）本規則所稱現有巷道包括左列情形：

一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。

二、私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者。

三、本法73年11月7日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，經縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。

（第2項）前項第1款所稱供公眾通行之巷道應由縣市主管機關就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之。

附表、證據編號對照表

證據編號	證據名稱	證據內容	所附卷宗	頁碼
甲證1	臺中市○○區○○○段487地號土地謄本		本院卷1	P25-26

（續上頁）

甲證2	臺中市外埔區公所101年2月17日調解期日通知書及調解不成立證明書		本院卷1	P27-30
甲證3	107年3月8日拍攝系爭土地已鋪設柏油之照片		本院卷1	P31-32
甲證4	原告107年5月11日電子郵件陳情及機關答覆內容		本院卷1	P33-34
甲證5	原告第2次鑑界設置界址圍籬之照片		本院卷1	P35-38
甲證6	被告建設局107年10月15日局授建養道字第1070050333號函		本院卷1	P39-40
甲證7	原告107年10月23日陳情書		本院卷1	P41-42
甲證8	被告建設局107年11月2日局授建養道字第0000000068號函		本院卷1	P43-44
甲證9	系爭土地84年空照圖照片		本院卷1	P45-46
甲證10	88年申請建築執照指定建		本院卷1	P47-48

(續上頁)

	築線之二崁路706巷39弄68號房屋			
甲證11	被告都發局107年12月11日中市都測字第0000000077號函		本院卷1	P49-50
甲證12	被告都發局107年6月14日中市都測字第0000000000號函		本院卷1	P51-52
甲證13	被告都發局107年8月15日中市都測字第0000000000號函		本院卷1	P53-54
甲證14	原處分-被告建設局107年11月2日局授建養道字第1000000000號函		本院卷1	P55-56
甲證15	訴願決定書-臺中市政府府授法訴字第0000000000號函檢送訴願決定書		本院卷1	P57-62
甲證16	臺中市○○區○○○段487地號地籍謄本(原告訴之聲明2附圖)	原原告所編甲證14	本院卷1	P487-488

(續上頁)

甲證17	原告99年申請複丈之臺中市○○區○○○段487地號土地複丈成果圖及照片	原原告所編甲證15	本院卷1	P497-500
甲證18	原告107年申請複丈之臺中市○○區○○○段487地號土地複丈成果圖	原原告所編甲證16	本院卷1	P501-502
乙證1-1	被告都發局107年6月15日中市都違字第0000000000號函	乙證1-1表被告建設局所提乙證1	本院卷1	P97-108
乙證1-2	被告都發局107年6月14日中市都測字第0000000000號函	乙證1-2表被告建設局所提	本院卷1	P109-114
乙證1-3	臺中市養護工程處107年7月10日中市○○道字第1000000000號函、原告107年8月1日陳述意見書及附件、被告都發局107年8月15日中市都測字第1070139690號函及附件(被告都發局88年第2349號建造執照相關圖說及現場照片)	乙證1-3表被告建設局所提乙證3	本院卷1	P115-164

(續上頁)

乙證1-4	被告建設局107年10月15日局授建養道字第1070050333號函	乙證1-4即被告建設局所提乙證4	本院卷1	P165-168
乙證1-5	臺中市外埔區公所107年10月29日外區公建字第1070000000號函、被告都發局107年10月29日中市都測字第107088397號函附相關建造執照一樓建造平面圖	乙證1-5即被告建設局所提乙證5	本院卷1	P169-182
乙證1-6	被告建設局107年11月2日局授建養道字第0000000068號函、原告訴願書及所附證物資料、原告107年11月22日申請書(請求撤銷違法認定現有巷道之範圍)、被告建設局訴願答辯狀、臺中市養護工程處107年8月10日中市○○道字第0000000000號函、臺中市政府107年12月26日函及被告建設局108年1月16日回覆函檢附相關資料	乙證1-6即被告建設局所提乙證6	本院卷1	P183-364

（續上頁）

乙證2-1	臺中市外埔區公所107年6月6日外區公建字第1070007320號函及臺中市養護工程處107年8月10日中市建養道字第1070046067號函	乙證2-1表被告都發局所提被證一	本院卷1	P375-378
乙證2-2	被告都發局107年6月14日中市都測字第0000000000號函、107年8月10日中市都測字第1070046067號函及附件、107年12月11日中市都測字第0000000000號函	乙證2-2即被告都發局所提被證二	本院卷1	P379-398
乙證2-3	被告建設局107年11月2日局授建養道字第0000000068號函	乙證2-3即被告都發局所提被證三	本院卷1	P399-400
乙證2-4	臺中市政府108年1月30日府授法訴字第0000000000號訴願決定書及原告起訴狀影本(含附件及證物)	乙證2-4即被告都發局所提被證四	本院卷1	P401-454
乙證2-5	本件相關法令規定節錄影本	乙證2-5即被告都	本院卷1	P455-460

（續上頁）

		發局所提被證五		
乙證1-7	被告都發局88年第2349號建造執照套繪圖及系爭土地空間位置圖	乙證1-7即被告建設局所提乙證7	本院卷1	P511-516
乙證1-8	台電台中區營業處豐原分處108年10月25日豐原字第0000000000號函	乙證1-8即被告建設局所提乙證8	本院卷2	P99-100
乙證1-9	系爭土地道路旁住戶提供之現場照片	乙證1-9即被告建設局所提乙證9	本院卷2	P101-104
乙證1-10	臺灣臺中地方法院103年度簡字第174號行政判決	乙證1-10即被告建設局所提乙證10	本院卷2	P125-138
丁證1	108年7月9日準備程序筆錄		本院卷1	P475-486
丁證2	108年8月27日準備程序筆		本院卷1	P517-524

（續上頁）

		錄			
	丁證3	臺中市大甲地政事務所108年9月12日甲地二字第10000000000號函附水美西段321地號土地登記謄本及地籍圖		本院卷2	P17-22
	丁證4	108年10月4日勘驗筆錄		本院卷2	P25-30
	丁證5	水美西段321地號履勘現場圖之一及履勘現場照片		本院卷2	P31-46
	丁證6	水美西段321地號履勘現場圖之二及履勘現場照片		本院卷2	P47-56
	丁證7	○○○區○○○段○○○○號地籍圖資查詢結果圖		本院卷2	P57-58
	丁證8	臺中市大甲地政事務所108年11月15日甲地二字第1000000000號函檢送外埔○區○○○段○○○○號土地複丈成果圖		本院卷2	P59-62
	丁證9	108年12月10日準備程序筆錄		本院卷2	P105-112

（續上頁）

丁證10	訴願決定書之送達證書		訴願卷	P144
丁證11	臺中市政府108年1月30日府授法訴字第0000000000號訴願決定書		訴願卷	P139-143
丁證12	原告補充訴願理由書（附證物11-13）		訴願卷	P108-115
丁證13	被告建設局108年1月16日局授建養道字第0000000008號函（含附件1-3）		訴願卷	P93-100
丁證14	被告都發局108年1月8日中市都測字第0000000000號函		訴願卷	P91
丁證15	臺中市政府107年12月26日府授法訴字第0000000041號函及第00000000000號函		訴願卷	P87-90
丁證16	臺中市政府107年12月24日府授法訴字第0000000005號函及被告建設局107年12月20日局授建養道字		訴願卷	P84-85

（續上頁）

	第0000000000號函			
丁證17	被告都發局107年12月18日中市都測字第0000000053號函及所附相關建築執照圖說		訴願卷	P77-82
丁證18	被告建設局答辯書（含證物1-8）		訴願卷	P34-66
丁證19	原告訴願書（含證物1-10及附圖照片）		訴願卷	P1-24