

指定公共開放空間與人民財產權之特別犧牲—  
評台北高等行政法院 105 年度訴字第 573 號與  
最高行政法院 107 年度判字第 643 號判決

編目 | 公法

出處	月旦裁判時報·第 88 期·頁 5-16。	
作者	林明鏘教授	
關鍵詞	公共開放空間指定、財產權特別犧牲、行政執行、訴訟標的、訴訟種類	
摘要	<p>本文評析北高行 105 年訴字第 573 號與最高行 107 年判字第 634 號判決，並認為：</p> <p>一、指定私有土地為公共開放空間之行為，其因屬都市計畫通盤檢討變更，原則上應屬法規性質。新修正之行政訴訟法都市計畫專章，使受指定人民，認該指定行為違法有侵權之虞，得自都市計畫公布生效日起 1 年內，提起無效確認訴訟。</p> <p>二、指定公共開放空間，若指定供一般汽機車通行，不僅違反建築技術規則對公共開放空間之法定範疇，且實質上已形成道路指定，應屬違法。</p> <p>三、都市計畫主管機關，不得逕依都市計畫書圖或都審會決議，逕行強拆私人所設障礙物，仍應依行政執行法第 27 條規定為之。</p> <p>四、指定私有土地為公共開放空間，並限制應供一般汽機車通行，除屬違法外，該土地所有權人亦得依釋字第 747 號解釋法理，請求合理補償。</p> <p>五、本案原告之救濟途徑應循撤銷訴訟，不得假借提起確認訴訟或不作為預防訴訟，以規避因可歸責原告事由之逾時而未提行政爭訟之不利益負擔，最高行認原告無權利保護必要，洵屬正確。</p>	
重點整理	本案事實	<p>一、X1 為甲社區土地所有權人，X2 為甲社區大樓起造人，因都市計畫事件，向 Y 市府提起行政訴訟，認 Y 指定 X1 所有土地部分地區應留設 8 公尺「帶狀式公共開放空間」，供公眾汽、機車通行及緊急救護防災通道使用。</p> <p>二、原告 X1、X2 主張系爭被指定為公共開放空間土地，並非都市計畫內之道路，爰自行設置障礙物，而相鄰舊社區 Z1 等住戶向 Y 市府抗議，認原告違反都市計畫法，影響民眾公共通行及消防救災。</p> <p>三、被告 Y 市府勘查後，認原告以電捲門封阻民眾通行，遂強制拆除原告設置之障礙物，強制開放該空間私有土地供一般民眾之汽機車通行。</p> <p>四、原告不服，提起「消極不作為訴訟」：除供緊急救護防災道路功能使用外，被告 Y 市府不得命原告開放供一般人汽機車通行系爭開放空間</p>

		<p>之土地，以及確認系爭開放空間，不得開放汽機車通行之公法上法律關係存在。</p> <p>五、本案北高行 105 年訴字第 573 號判決，駁回原告之訴。原告上訴，經最高行 107 年判字第 634 號駁回上訴確定。</p>
	<p>爭點整理</p>	<p>一、指定私人土地為公共開放空間之法令依據及法律定性為何？被告機關之指定行為是否合法？應由誰負合法之舉證責任？</p> <p>二、被告機關 Y 以何執行名義強制拆除原告 X1、X2 設置之障礙物？</p> <p>三、原告 X1、X2 是否因公共開放空間「指定」而受有「特別犧牲」？被告機關 Y 應否給予適當補償？</p> <p>四、原告 X1、X2 若認指定行為不法致侵害其財產權時，應以何種訴訟方式及訴訟種類請求救濟？</p>
	<p>判決理由與評析</p>	<p>一、指定「公共開放空間」行為定性與其合法性問題</p> <p>(一) 「公共開放空間」，依建築技術規則建築設計施工編第 283 條第 1 項，指建築基地內依規定留設達一定規模且連通道路開放供公眾通行或休憩之空間，有沿街步道式開放空間及廣場式開放空間等兩種公共開放空間。</p> <p>(二) 同條第 3 項規定：「基地內供車輛出入之車道部分，不計入開放空間。」準此，開放空間並非屬車道，即非供一般民眾汽機車通行之土地，因其非屬道路，亦非公共設施保留地。公共開放空間原則上供附近居民(限行人)通行或休憩，所有權人不得將之封閉獨立使用。</p> <p>(三) 本件之公共開放空間指定之依據為何？及指定之法律性質為何？應先予究明：</p> <p>1. 本案北高行及最高行判決，均認指定帶狀式公共開放空間之法令依據為都市計畫法授權由各縣市政府發布之特定區計畫，及建築法第 33 條所核發之使用執照加註事項 12 點之內容。</p> <p>2. 至於指定原告私有土地為公共開放空間之法律性質為何？由於原告並未於訴訟中指摘，故法院亦未整理成為爭點，僅於判決理由中，間接敘述該指定行為之性質。</p> <p>3. 最高行認原告於原審所提先位聲明，「核其性質，係提起預防性不作為訴訟。」從而此種指定行為即非屬行政處分，而係對法規內容之不服。</p> <p>4. 本文認為：</p> <p>(1) 依釋字第 156 號及第 742 號解釋定性，都市計畫之通盤檢討變更，屬法規性質，個案變更或限制一定地區人民財產權者，方屬行政處分。</p> <p>(2) 本件公共開放空間指定，若係於通盤檢討時指定，則屬法律性質，</p>

若係於個案變更時指定，則係行政處分。

5. 最後，係指定公共開放空間行為合法性問題：
  - (1) 本案各級行政法院，均未肯認指定行為有何違法之處，北高行判決理由認為系爭都市計畫是否符合法定要件，應由原告負舉證責任(因行政行為受合法性推定原則)，並認為使用執照漏未載入都市計畫指定原告部分土地應受公共開放空間之限制，並不影響系爭都市計畫之拘束效力。
  - (2) 又認為本件開放公共空間指定，供一般民眾汽機車通行，並不違法，且具必要性及合理性。
  - (3) 本文認為北高行判決理由脫離了開放空間之法令定義，有商榷餘地。
6. 本案判決最關鍵性之問題係：「開放空間」之指定，得否指定為類似一般道路之法定空地？
  - (1) 本文認為，建築技術規則若無特別排除規定，依法秩序一體原則，自得援用於都市計畫中，則建築技術規則設計施工編第 283 條所定之開放空間概念，既應援用於都市計畫中，則依該條之文義及體系解釋，開放空間即不得指定供道路使用。
  - (2) 然本案判決對此卻忽略不論，即有判決不備理由之違法。
7. 綜上：
  - (1) 系爭公共開放空間之指定，明定其用途為「供汽機車通行即緊急救護防災通道使用」，其法令基礎為都市計畫(法規或一般處分)及使用執照(行政處分)兩者，兩者重疊併用，乃作為系爭案件之雙重訴訟標的，始稱合法。
  - (2) 原告於逾越提起撤銷訴訟之法定期限後，轉而提起一般給付訴訟及確認訴訟，行政法院未予指明並裁定駁回，似有未當。
  - (3) 公共開放空間指定用途，明顯違法，但行政法院誤認建築技術規則不適用於都市計畫法令，而認為系爭公共開放空間指定行為並無違法。
  - (4) 本文認為，都市計畫除有特別規定外，仍應適用建築法之定義規定，否則建築管理與都市計劃一旦脫鉤，將明顯抵觸都市計畫法第 40 條規定(都市計畫法與建築法之連帶關係原則)。

## 二、行政強制執行之執行名義及合法性問題

與公共開放空間指定有關聯之「強制拆除障礙物」行為，雖記載於判決事實欄，惟原告未表示爭執，故本案判決未表示法律見解。被告機關勘查現場時，認原告違反系爭都市計畫書圖及審查會決議內容，且與使用執照核准

圖說不符，遂強制拆除。原告若認該拆除行為違法並侵害其權利，應如何救濟？

- (一) 按行執法第 27 條第 1 項：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之。」
- (二) 若行政執行不符前開規定，受執行義務人，得依行執法第 9 條聲明異議，且對異議決定不服者，得向行政法院提起債務人異議之訴。
- (三) 本案被告拆除原告設置之障礙物，其執行名義含都市計畫書圖之決議文及使用執照內容。但都審會決議文是否為法令內容之一部？使用執照漏未記載此段附記時，是否得為有效合法之執行名義？且被告拆除前是否已為合法限期通知改善？其執行行為屬直接或即時強制？
- (四) 本文認為，都市計畫書圖或審查會決議尚不得作為合法執行名義，蓋其書圖未明確化義務人之具體義務，且決議文並非書圖之當然義務附加。
- (五) 故被告仍應依行執法第 27 條，書面通知原告限期履行，原告對該書面通知除得聲明異議及提起行政訴訟外，並得依行訴法第 116 條，聲請停止執行。

### 三、指定開放空間與特別犧牲的關聯性問題

- (一) 開放空間屬供防災救護需要，而由法規強制土地所有權人留設之法定空地，應屬保障土地所有權人及附近居民所必要之社會義務，似未違反比例原則，亦無所謂特別犧牲，應予補償之必要，蓋此時土地所有權人的權利限制，仍屬輕微。
- (二) 若指定公共開放空間供一般汽機車通行，則顯屬以指定取代地役權之設定，形成新設既成道路，依釋字第 400、440、747 號解釋，應屬對土地所有權人之實質上剝奪定限物權，而受有特別犧牲，且該限制非屬輕微，故應依徵收補償法理，給予土地所有權人適當之損失補償，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

### 四、訴訟標的與訴訟種類選擇之問題

- (一) 本文認為，本案之真正訴訟標的應為：
  1. 特定區計畫中指定公共開放空間供一般汽機車使用行為；以都市計畫通盤檢討方式為主的法規命令合法性；
  2. 使用執照附記開放空間供一般汽機車使用；
  3. 強行拆除原告妨礙通行之障礙物；
  4. 請求因特別犧牲之損失補償。

	<p>(二) 原告一方面無法對都市計畫通盤檢討之指定記載及都審會決議會提起行政爭訟，蓋其性質屬於法規；另一方面，原告未及時對使用執照付款提起訴願及撤銷訴訟；且未對行政強制行為聲明異議及提起債務人異議之訴；最後也未提起確認訴訟或因特別犧牲請求一般損失補償。</p>
<p>結論</p>	<p>一、指定私有土地為公共開放空間之行為，其行為屬都市計畫通盤檢討變更，原則上應屬法規性質。而新修正之行訴法第 237-18 條及第 237-20 條，使受指定人民，認該指定行為違法有侵權之虞，得自都市計畫公布生效日起 1 年內，提起無效確認訴訟，以資救濟。</p> <p>二、指定公共開放空間，若指定供一般汽機車通行，不僅違反建築技術規則對公共開放空間之法定範疇，且實質上已形成道路指定，應屬違法行為。</p> <p>三、都市計畫主管機關，不得逕依都市計畫書圖或都審會決議，逕行強拆私人所設之障礙物，仍應依行執法第 27 條規定為之。</p> <p>四、指定私有土地為公共開放空間，並限制應供一般汽機車通行，除屬違法外，該土地所有權人亦應得依釋字第 747 號解釋之法理，請求合理補償。</p> <p>五、本案原告之救濟途徑應循撤銷訴訟，不得假借提起確認訴訟或不作為預防訴訟，以規避因可歸責原告事由之逾時而未提行政爭訟之不利益負擔，最高行認原告無權利保護必要，洵屬正確。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>人民不服執行命令，依行政執行法第 9 條聲明異議，經異議決定駁回後，是否應先踐行訴願程序，始得合法提起行政訴訟？若應先提起訴願，應由何機關為訴願管轄機關？</p>
<p>延伸閱讀</p>	<p>張永健 (2020)，〈既成道路之私法性質與徵收補償請求基礎 - 釋字第 747 號解釋後的新局〉，《臺北大學法學論叢》，第 113 期，頁 1-47。</p> <p>※ <u>延伸閱讀推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】<a href="http://www.lawdata.com.tw">www.lawdata.com.tw</a> 立即在線搜尋！</u></p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！