如何擇定法定通行權之損害最少方案

——以實務上可能操作方式為中心

文／鄭煜霖

上

壹 前言

土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之（民法第 787 條第 1 項、第 2 項前段）。因土地一部之讓與或分割，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地。數宗土地同屬於一人所有，讓與其一部或同時分別讓與數人，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，亦同（民法第 789 條第 1 項）。

民法第 787 條、第 789 條分別為袋地有償與無償必要通行權之規定（下稱民法第 787 條、第 789 條法定通行權），其性質為因法律規定所生袋地所有人所有權內容之擴張，周圍地所有人所有權內容之限制，為周圍地之物上負擔[1]。學說上認為民法第 787 條法定通行權之要件為：一、須為土地所有人或不動產其他利用權人（民法第 800 條之 1）。二、須與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用。三、須非因土地所有人之任意行為所致[2]。民法第 789 條法定通行權之要件則為：一、土地一部之讓與。二、土地之分割。三、數宗土地同屬於一人所有，讓與其一部或同時分別讓與數人。四、其餘與民法第 787 條相同[3]。若土地所有人符合民法第 787 條、第 789 條各自要件後，即對周圍地取得通行權，惟應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之[4]。本文問題意識為「於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法」應如何理解？法院在個案中擇定損害最少之通行方案時，實務上可能之操作方式為何？本文首先介紹法定通行權之訴訟類型，次探討如何決定損害最少之通行方案，及可能遇到之相關議題。

貳 法定通行權之訴訟類型

一、學說見解

土地所有人提起法定通行權訴訟，周圍地所有人阻止土地所有人通行其土地之原因，固或有單純否定土地所有人之通行權者，但亦不乏有對袋地通行權之內容，包括究否該當為袋地、有無通行權、通行是否屬於必要之範圍，通行是否為對周圍地損害最小之處所與方法等而爭執者，因此，關於袋地通行之訴訟，實應非可一概而論僅為特定訴訟而已[5]。學說上有採確認之訴說[6]、形式的形成訴訟說[7]、區分說[8]者，擇要說明如下。

有論者認為，法定通行權之實體法依據來自民法第 787 條第 1 項及第 2 項前段規定，法條文義並未要求其向法院提起訴訟，與一般而言應據以提起形成之訴之實體法形成權有別；且由民法第 787 條第 3 項準用民法第 779 條第 4 項之「鄰地所有人有異議時，有通過權之人或異議人得請求法院以判決定之。」規定，在文義之反面解讀下，民法第 787 條第 1 項及第 2 項前段規定乃在嚴格限定通行範圍之要件下，直接賦與袋地所有權人通行周圍地權利，袋地所有權人對周圍地所有權人之法定通行權，在其符合法律所定之要件下即成立，既非由袋地所有權人單方意思表示所創設，亦不必由法院裁判所形成，僅在「有異議時」之時，始由法院解決其紛爭，循此脈絡，法院於通行權訴訟，乃進行判斷、認定袋地所有權人之系爭通行範圍是否「必要」、是否為「周圍地損害最少之處所及方法」，具有強烈之確認之訴性格。除「周圍地損害最少之處所及方法」適有多項相同者之情形外，從形成之訴之內涵，及對於民法第 787 條規定之文本分析，傾向於認為通行權訴訟在實體法上缺少得據以提起形成之訴之形成權依據，應屬確認之訴[9]。

有論者認為，各該訴訟均以有通行權為其勝訴之前提要件，故訴訟中法院必須審酌主張有通行權人之土地是否符合行使通行權之要件[10]，其存否依法定，法院無裁量權[11]。於符合法定通行權要件後，民法第 787 條第 3 項規定：「第 779 條第 4 項規定，於前項情形準用之。」亦即通行地所有人對通行權之主張有異議時，有通行權人或異議人得聲請法院以判決定之。通行權人或異議人據此提起訴訟者，訴之性質係屬形成之訴，對於何處係周圍地損害最少之處所及如何之方法係損害最少之方法，審理法院不受當事人聲明之拘束，得依職權定之。易言之，就通行權之存在法院固應審認，但不待法院之形成，法院所形成者乃特定周圍地之損害最少處所及方法（包括得開設道路之寬度及所在），準此，對可能選擇通行之周圍地，應一併起訴為宜。又若主張通行權人或異議人以確認之訴請求對特定之處所及方法確認其有無通行權時，法院因受其訴訟聲明之拘束，則例外屬確認之訴[12]。

另有論者認為，就此訴訟類型之判斷，即應依當事人主張、抗辯之內容，考量法院有無就鄰地通行權之行使依職權介入為合目的性裁量之必要。詳言之，如當事人僅就鄰地通行權存否有所爭執，但如法院確認通行權存在，通行地上恰有直通公路之路線，且兩造就此並無異議，此際，法院就鄰地通行權之行使即無依職權裁量之必要，法院就鄰地通行權存否之判斷僅具有確認性質，為確認之訴。反之，如當事人間不僅就鄰地通行權存否加以爭執，就鄰地通行權之行使是否合乎「損害最少性」之爭點已顯現，不問原告聲明是否另聲明「請求法院依職權認定通行他人土地損害最小之處所與方法」，或陳明為形成之訴，法院就鄰地通行權之行使即有依職權裁量之必要，以終局性、一次性解決有關鄰地通行權所生紛爭，此際，此類訴訟即兼具形成訴訟與確認訴訟之性質，法院不受原告所聲明之通行處所及方法所拘束[13]。換言之，此說認為應實質探求通行權訴訟是否有法院介入就通行方案裁量之必要，以定其訴訟類型。

二、實務見解

實務見解採階段說，當事人就通行權是否存在及其通行方法，互有爭議，法院即須先確認袋地對周圍地有無通行權，具有確認訴訟性質。待確認通行權存在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有形成訴訟性質。經法院判決後，周圍地所有人就法院判決之通行範圍內，負有容忍之義務，不能對通行權人主張無權占有或請求除去；倘周圍地所有人有阻止或是妨害通行之行為，通行權人得一併或於其後訴請禁止或排除侵害，具有給付訴訟性質。另倘通行權人係訴請法院對特定之處所及方法確認其有無通行權限時，因係就特定處所及方法有無通行權爭議之事件，此類型之訴訟事件乃確認訴訟性質，法院審理之訴訟標的及範圍應受其聲明拘束[14]。

又經法院判決後，周圍地所有人就法院判決之通行範圍內，負有容忍之義務；倘周圍地所有人有阻止或妨害通行之行為，通行權人得一併或於其後訴請禁止或排除侵害。實務上就此項請求權大多逕以上開通行權規定為據，惟有論者認為，土地必要通行權性質上並非獨立之權利，僅係該土地所有權內容之擴張，是其請求權基礎應是第 767 條之物上請求權，方屬的論[15]。

三、本文見解

本文認為，為使起訴之當事人於判決確定後取得能順利通行之實質結果，以達成其訴之目的，法定通行權訴訟類型應為階段說，區分成三階段。第一階段為確認訴訟性質，目的在確認袋地對周圍地有無通行權；第二階段按處分權主義，由原告依其訴之目的來特定訴之聲明是形成或確認訴訟，由法院審酌何者為損害最少通行方案；特定通行方案及範圍後，第三階段為使上開通行方案之範圍內順利通行，得請求周圍地所有人容忍、禁止或排除侵害，具有給付訴訟性質。

四、如何特定訴之聲明

通行權訴訟之訴之聲明，依實務上之案例，例示如下[16]：有以單純確認之訴之方式表明者：「確認原告對被告所有○○地號土地如附圖所示之○○部分、面積○○平方公尺之土地有通行權存在」，通常會合併給付訴訟訴之聲明：「被告應容忍（許）原

（文轉三版）

註釋

1 最高法院 111 年度台上字第 327 號判決意旨。
2 謝在全，民法物權論上，2020 年 10 月，修訂七版，第 217-220 頁；王澤鑑，民法物權，2011 年 8 月，增訂二版，第 191-192 頁。
3 謝在全，同註 2，第 228-229 頁。
4 謝在全，同註 2，第 220 頁。
5 許世賢，鄰地通行權實務問題之研究，東吳大學法律學系碩士論文，2019 年，第 71 頁。
6 郭玉林，法定通行權之審理爭議－以特定訴之聲明為起點，法令月刊第 69 卷 6 期，2018 年 6 月，第 80-81 頁。
7 陳計男，鄰地通行之訴，法制現代化之回顧與前瞻－楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集，1997 年 8 月，第 257 頁。
8 謝在全，同註 2，第 224-225 頁。另參鄭冠宇，民法物權，2015 年 9 月，四版，第 258 頁。
9 郭玉林，同註 6，第 80-81 頁。
10 鄭冠宇，民法物權，2015 年 9 月，四版，第 258 頁。
11 魏大喨，鄰近居住者之私有道路自由通行權－以公法轉介進入私法關係為中心（上），司法周刊第 1850 期，2017 年 5 月 19 日，2 版。
12 謝在全，同註 2，第 224-225 頁。另參鄭冠宇，同註 10，第 258 頁。
13 陳品妤、戴旻諺，「向左走還是向右走？解構鄰地通行權訴訟－從臺灣嘉義地方法院 100 年度訴字第 302 號判決談起」，全國律師第 25 卷第 12 期，2021 年 12 月，第 80-81

植根法律
數位法律資料
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 700 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院司
電
02-236