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

（文接二版）

告在前項所示土地上通行，不得有任何禁止或妨礙原告通行之行為」。有直接以給付之訴之方式表明者：「被告應容許原告通行被告所有○○地號土地如附圖所示○○部分土地以至公路」，此時給付之訴即包含確認之訴。亦有以主觀及客觀預備合併之方式表明者：「先位之訴：請求確認原告就被告甲所有 A 地號，如附圖所示部分，面積○○平方公尺之土地有通行權存在，被告甲應將上開土地通行權範圍內之地上物除去，並應提供原告安設電線、水管、瓦斯管或其他管線及開設道路以供通行」、「備位之訴：請求確認原告就被告乙所有 B 地號，如附圖所示部分，面積○○平方公尺之土地有通行權存在，被告乙應將上開土地通行權範圍內之地上物除去，並應提供原告安設電線、水管、瓦斯管或其他管線及開設道路以供通行」。

於法定通行權訴訟第二階段，原告訴之聲明採形成或確認聲明若有不明確者，法院應依民事訴訟法第 199 條第 2 項向其闡明，請原告將訴之聲明調整成適法、適於執行之聲明，確認本件訴訟類型。若原告就第二階段採形成聲明者，此時原告訴之聲明應調整為：「一、確認原告對某被告之某土地，有通行權存在。二、通行方案由法院擇定損害最少之處所判認之。」若有相異通行土地上之數通行方案，應將本案已浮現之所有通行方案之不同周圍地所有人列為被告，否則法院縱認原告聲明範圍外通行土地之通行方案，係對周圍地損害最少之處所及方法，仍應受原告聲明確認之土地範圍所拘束，應駁回原告之訴[17]。若係採確認聲明者，考量其法定通行權之法律關係後，將多項可能之通行方式，於客體層面，可以於一訴中排列先、備順序，為客觀預備合併之聲明。同時，在主體層面，因不同之通行方式間，供通行周圍地不相同，且為不同人所有，袋地所有權人必須分別對不同人主張其先、備位之通行方式，以致先、備位聲明之被告不同，而有主觀預備合併，造成客觀、主觀預備合併相結合之複雜訴訟型態[18]。

參 如何擇定損害最少通行方案——實務上可能之操作方式

一、法院於適用第787、789條規定時，均應擇其周圍地損害最少之處所及方法

民法第 787 條第 2 項就鄰地通行權人應於通行必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之之規定，於第 789 條第 1 項所定之情形，亦有其適用，法院於適用第 787 條或第 789 條規定，均應擇其周圍地損害最少之處所及方法[19]。學說上亦認為，若法院認為讓與或分割形成之袋地，在選擇通行處時，必須符合「周圍地損害最少」及「必要性」等要件，應該「類推適用」民法第 787 條，較為允當[20]。

二、何謂於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法

通行權紛爭事件，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，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，比較衡量袋地與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[21]。由上所述可知，所謂「於通行必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」，係利益衡量的問題，即針對袋地利用人的通行必要程度與周圍地利用人的損害程度等相關因素來作比較衡量，以決定通行道路的位置與方法[22]。

不僅就不同之周圍地為選擇時應如此判斷，於選擇特定周圍後，對其具體通行處所及方法為選擇時亦應本此原則為之。特定周圍地之特定通行處所並非永續不變，例如周圍地使用狀態如有變更，為減少其損害，通行處所或方法自得予以變更，是為通行處所及方法之可變性。此乃基於通行處所及方法選擇之上述特質，與相鄰關係在調整鄰接不動產間最妥適利用之宗旨所使然。然通行處所及方法可否變更仍應按上述斟酌因素，依當事人雙方利益為客觀之比較衡量，不得僅以當事人之主觀意圖為斷，以免有礙通行權關係之安定性。變更之事由包括通行必要土地及通行周圍地利用方法之改變，例如原屬農地嗣依法變更為工業用地，以及公路位置之改變等[23]。

於法定通行權訴訟第二階段，原告訴之聲明採形成聲明者，由於法院不受當事人聲明之拘束，應就訴訟中已浮現之可能通行方案（不論是兩造提出或法院職權提出者），擇定何者為損害最少之方案。於法院擇定後，若原告有將該方案之周圍地所有人列為被告，則應認原告之訴有理由，並將該損害最少方案形諸於判決主文。反之，若原告未將其列為被告，基於處分權主義，仍應受原告以何人為被告、聲明確認之土地範圍所拘束，此時應以原告之訴無理由，判決駁回。若係採確認聲明者，不論原告係以單一聲明請求確認某通行方案為損害最少方案，或是採客觀、主觀預備合併相結合之方式，法院即應受其聲明之拘束，此時僅需認定原告聲明中之通行方案是否為損害最少方案，如法院認定之損害最少方案與原告聲明中之通行方案相同者，則原告之訴有理由，並將原告聲明中之通行方案形諸於判決主文。反之，則無理由，判決駁回。因此不論如何，法院均需於此階段，擇定損害最少之通行方案，僅於擇定結果出來後，依原告訴之聲明係採形成或確認聲明、有無將損害最少方案之周圍地所有人列為被告，而異其處理方式。

有論者對於袋地通行權判決進行實證研究後，從 105 筆判決討論判斷「鄰地損害最少」之標準。其中有 80 筆判決（百分之 76）考量通行處之長短、寬度、面積；22 筆判決（百分之 13）考量通行處對鄰地使用現狀改變之程度。並發現只有 3 筆判決（百分之 3）以通行處之公告地價（或任何其他價格標準）作為衡量鄰地損害最少之因素（之一）！其他法院有考量過之因素，包括：是否有既成私有道路，可能之通行處是否有為道路用地者，通行所經過之土地筆數，通行所影響之鄰地所有權人人數，是否有畸零地可供通行，與四鄰袋地有共同通行方式，是否使鄰地之剩餘面積過小，袋地所有權人是否共有某筆鄰地等；當然，也有判決泛稱採用各種因素之綜合考量。由此可知，事實審法院在具體個案中很用心地找尋判斷鄰地損害最少之標準，但因為缺乏最高法院的判決、判例指引，又沒有其他理論基礎，導致判斷標準不斷細瑣化[24]。

三、可能之操作標準

如何審酌損害最少之處所及方法，為法定通行權訴訟中最難判斷之處，由於最高法院歷年見解均強調應比較衡量袋地與周圍地所有人雙方之利益及損害來綜合判斷，似缺乏明確之指引，於訴訟上常淪為兩造各說各話的局面，蓋各該周圍地所有人均不希望其土地就是損害最少之處所及方法。因此，如何從最高法院的個案綜合判斷說中，發展出具體可操作之判斷標準？若有不同判斷標準，邏輯或操作上有無適合的優先順序？此為本文所欲探究者，以利兩造於訴訟攻防中有所預測、依循及聚焦，避免突襲性裁判。

在此需先有個基本認識，特定損害最少之處所及方法之困難，除來自對於法律要件「周圍地損害最少之處所及方法」解釋結果之不確定性外，亦有事實面之原因。通行權訴訟繫屬後，於訴訟之初，常因所指之具體位置、距離、面積等事項尚未經地政機關測量，或周圍有無既成道路、鄰地之使用方式等情形尚未明朗，有待於法院審理過程中，基於防免突襲性裁判之目的，隨各階段調查證據結果，藉由爭點整理，逐步釐清或確認法定通行權之法律關係，當事人始能進一步特定訴之聲明而指明系爭通行範圍。居原告地位之袋地所有權人隨審理中之爭點整理結果，逐步特定訴之聲明之流程中，對於各項可能之通行方式，得於考量其實體及程序法上利益後，擇定其聲明，或依其主觀之實益高低，為客觀及主觀預備合併之聲明。隨之，居被告地位之周圍地所有權人得以就系爭通行範圍聚焦為具體之答辯，法院之審判對象亦因之明朗，心證形成之可能結果，得為當事人預測，並充分攻擊、防禦[25]。

有了上開認識後，法院具體之操作方式，其一，法院得行使闡明權，以緩和當事人關於特定訴之聲明之困難。法院對作為原告之袋地所有權人所為之闡明，包含釐清法定通行權與計畫道路、既成道路之功能上差異、曉諭各階段之調查結果及其對訴訟之影響程度（如測量結果、既成道路調查結果、周圍地所有權人及使用狀況之調查結果等）、並使原告知悉法院對於「通行必要」、「周圍地損害最少之處所及方法」等法律要件於解釋適用時將考量之要素（如路寬、通行距離、使用情形），使原告得有效特定較有勝訴機會之系爭通行範圍，避免徒列過多之通行方式、或主張顯不合法律規定之通行方式；法院對於作為被告之周圍地所有權人所為之闡明，除使其就前述部分提出答辯外，同時曉諭通行權訴訟中關於客觀、主觀預備合併訴訟型態之意涵及法院審理順序，使各被告間，得以衡量實體、程序上之利害關係，擇定適合之訴訟主張及訴訟策略（如是否與其他被告採取相同立場）。

（下期待續）

（作者為南投地方法院法官）

註釋

頁。

14 最高法院 111 年度台上字第 327 號、111 年度台上字第 1201 號判決、107 年度台上字第 1445 號裁定、88 年度台上字第 2864 號判決意旨、民法第 779 條第 4 項立法理由。

15 謝在全，同註 2，第 223 頁。

16 許世賢，同註 5，第 78-79 頁。

17 陳品妤、戴旻諺，同註 13，第 77 頁。另參臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會民事類提案第 10 號研討結果。

18 郭玉林，同註 6，第 84 頁。

19 最高法院 106 年度台上字第 796 號判決意旨。

20 張永健，袋地通行權判決之實證研究，月旦法學雜誌第 216 期，2013 年 4 月，第 211-227 頁。張永健，法定通行權之經濟分析，國立臺灣大學法學論叢第 41 卷特刊，2012 年 11 月，第 1353 頁。

21 最高法院 111 年度台上字第 327 號判決意旨。

22 徐文栢，論鄰地通行權，東海大學法律學系碩士論文，2010 年，第 19 頁。

23 謝在全，同註 2，第 220-221 頁。

24 張永健，同註 20，第 218-220 頁。

25 郭玉林，同註 6，第 86 頁。

法律網 加值型營業稅法 法學方法與現代民法（增訂七版）二刷 侵權行為法（債法總論 第五冊）初版 黃茂榮著 黃茂榮著 黃茂榮著 定價900元 定價900元 定價900元 1000元者贈65元 書城熱賣中 WEEKLY 司法周刊 每周出刊 訂閱 全年優惠價幣400元 訂閱 劃撥號 4377 戶 司法周刊 話 618798