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

下

（文接上期）

其二，法院應寬認原告程序中依據新獲得資料所為之訴之變更、追加，以緩和當事人關於特定訴之聲明之困難。在通行權訴訟之審理，因原告對於訴之聲明之特定，本有困難，且有關資料常常必須於起訴後始得知悉，如果原告根據訴訟中逐步呈現之資料，或經法院爭點整理後，而有更動其聲明之情形，應寬認其符合民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款及第 4 款之規定，准許其為訴之變更、追加。通行權訴訟之聲明，因之而有浮動之特性，原告在起訴之初，藉訴訟前蒐集資料，可能只將請求特定為「通行某土地」或僅表明籠統聲明，而後始得依據訴訟過程逐步呈現之資料，經法院行爭點整理，而具體為「某土地如測量圖所示部分」，並依被告答辯、法院調查證據結果，綜合其實體及程序利益之考量，就符合「周圍地損害最少之處所及方法」之通行路徑為聲明之變更，或將多數可能符合「周圍地損害最少之處所及方法」之通行方式，按其主觀實益高低所排列之先、備位順序，追加為客觀、主觀預備合併[26]。

如何判斷損害最少之處所及方法？有論者主張，「鄰地損害最少」的判斷量尺，就是價格。更具體言之，袋地通行對鄰地造成之損害，就是被通行時與不需被通行時，鄰地之價差。袋地通行之訴訟攻防中，雙方當事人必然會提出不同的通行方案，法院要做的就是要求兩造量化其通行方案中之鄰地損害，並評估其量化方法是否合理。最後，比較各方案之土地價格差距，選擇價差最小者作為袋地通行處[27]。若採此見解，兩造需聲請法院囑託不動產估價師鑑定，始能得出周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，然鑑定費用所費不貲，兩造通常都不願先代墊鑑定費用，以致此種判斷標準雖簡潔有力，但在實務上幾乎不常見。惟本文認為，此說之核心思想在於「價格」，「鑑定價差」並非唯一之方式，退而求其次，或可藉由周圍地之公告現值[28]（或任何其他價格標準）作為衡量鄰地損害最少之因素，亦即以土地登記謄本、實價登錄中之價格，量化各通行方案中之鄰地損害，比較各方案之土地被通行總面積之價值（即某同通行方案之總面積乘以各該被通行地之公告現值或任何其他的價格標準），比較何者為價值最小者而得作為鄰地損害最少之通行處方案。實際操作上，得請兩造整理成右列附表一：

不過此種退而求其次之簡便作法，因僅單純以公告現值或任何其他價格標準作為比較依據，不像不動產估價師在鑑定時會依不動產估價技術規則相關規定，就不同估價方法（例如比較法、收益法、成本法）估價所獲得之價格進行綜合比較，就其中金額顯著差異者重新檢討。並視不同價格所蒐集資料可信度及估價種類目的條件差異，考量價格形成因素之相近程度，決定勘估標的價格，並將決定理由詳予敘明（不動產估價技術規則第 15 條）。換言之，不動產估價師之鑑定結果係依專業方式參酌眾多因素後，得出一較具專業、客觀性之「價差」。又此種簡便作法僅能適用在各通行方案均無地上物之情形，才能單純以公告現值或任何其他價格標準來比較。若遇到通行方案中要拆除地上物時，因該被拆除地上物之損害難以透過上開公告現值或任何其他價格標準反映在各通行方案之損害中，於實際比較時，仍有透過不動產估價師、土木技師公會（或建築師、結構技師公會）鑑定之必要。

有論者認為，無論在通行權之有無或通行處所方法之擇定，應考量時間及費用成本。關於周圍地所受損害的審酌，充分呼應臺灣民法的基本思維，即建物不僅是「個人」財產權的客體，亦是「社會」經濟的具體成果。防免建物被拆除，非單純保護個人私利，也保存社會經濟成果，是屬實現公共利益。所以，債編或物權編都分別設有規定，賦予建物基地利用權（租賃權或法定地上權）或要求建物與基地利用權不得分離處分，以促進房屋所有權之安定性，維護社會經濟成果。縱因容許通行致土地被從中割裂，使用上之完整性受影響，與移除多數建物的通行方案相較，後者的損害為大[29]。

另有論者認為，所謂「通行必要範圍」應從安定性與發展性、客觀性與主觀性兩個角度加以探討。安定性指過去通路通行事實之延續，發展性則指未來事實上的需要而為現狀之變更。安定性既無變更現狀的通行秩序，則應優先於發展性之考慮。客觀性指袋地極須通路以之為對外聯絡，依地形外表的位置關係，客觀上為一般人所認同的通行路線。例如直線的路線優先於曲折的路線，不須拆除地上物的路線優先於須拆毀地上物的路線。主觀性則指依袋地使用權人之使用目的所被認定之通行路線。主觀性之判斷常因袋地之用途可能隨使用權人更易而變更，加以行政規章亦可能對特定用地之道路寬度設有規定，該行政規章能否影響袋地通行權所主張通路之寬度，法院見解仍未見一致等因素，而具有較大之爭議性。個案上，宜顧及其他重要觀點，以為整體之衡量。對周圍造成損害最少之處所及方法乃屬價值判斷及利益衡量之問題。若通行必要之範圍內有數條路線及數種寬度的通路可供選擇，似可就下列各項因素綜合比較：（一）對地上物之影響：即是否要拆除地上物。（二）對他人土地完整性之影響：即是否會產生畸零地、對建物之建築是否有影響。（三）通行地現在之使用類別：即該通行土地之地目為何，若屬都市計畫區，則該通行地為何種用地。（四）通行地價值之損失：此部分於必要時可囑託公正第三人鑑定該地之價值，就該鑑定報告書依單位面積計算通行地總面積之損失總額。（五）對他人造成之實質損失：即對第三人因不能利用該地之實質上損失，例如不能合併使用土地。（六）損失之歸屬：即對該地因通行所致之損失，由何人承擔。例如通行土地為私人所有，則由該個人承擔損失。通行土地如屬國有財產，則轉為全民承擔損失[30]。此見解之論述常為事實審法院所採用[31]。

另有論者認為，基於尊重既有的事實狀態以及為減少對周圍地的損害，若周圍地已有既存的道路，且袋地通行權人通行該道路，並不會造成太大的負擔者，則袋地通行權人應優先考慮採行該既存道路為通行，可達到減少對周圍地的損害之目的。除非客觀上可預見既存道路會被廢除或封閉（例如地震導致原既存道路地形改變不適合通行者），必須另闢新道路，始可對外通行；或是原既存道路過於狹窄，不符袋地通行權人通常使用之需求，必須將原有道路拓寬或新闢道路，才可為通常使用之通行。有以上兩種情形者，始可不通行既存道路，而另開新道路[32]。

四、本文見解

上開見解均為的論，可供實務於個案上操作。然綜觀上開見解後，可否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？本文予以嘗試並建構如下：

第一、由法院闡明後，請兩造合意何種通行方案為損害最少或非損害最少，或將各通行方案之損害程度依序排列。前者情形可能發生在兩造爭執原告之土地是否符合法定通行權之要件，但對於某造所提之通行方案為損害最少方案均不爭執，遇此情形，法院得於爭點整理程序中列為不爭執事項，記明筆錄，僅需於判決中認定原告土地是否符合法定通行權要件即可。又或者兩造提出數種通行方案，實務上若要具體化通行方案的內容，須由地政機關進行測量出具土地複丈成果圖後，始得特定其聲明為「確認就如土地複丈成果圖所示某部分土地有通行權存在」，惟每個通行方案之土地複丈成果圖均需繳納一筆土地測量費用，若遇有地上物者，需另外繳納一筆地上物測量費，對於當事人訴訟成本之消耗，亦不容小覷，故於訴訟前階段若兩造所提之通行方案有 A、B、C 方案，經法院偕同兩造現場履勘後，發現其中 C 方案顯非損害最小之方案者，即得曉諭兩造合意將 C 方案排除於損害最少方案之考量範圍外，列為不爭執事項，記明筆錄，不僅可以節省測量費用之支出，亦得使兩造聚焦在 A、B 方案之攻防，無庸就 C 方案另為證據調查，達到訴訟經濟、集中爭點之效，此時法院僅需於判決中認定 A、B 方案何者為損害最少，無庸再論斷 C 方案是否為最少損害。至於後者情形可能發生在兩造提出數種通行方案，例如 A、B、C、D 方案，亦繳納測量費後取得土

（文轉三版）

附表一：各通行方案價值比較

通行方案	經過地號	土地所有人	各土地通行面積	各方案通行總面積	各地號通行價值（計算式：公告現值或任何其他價格標準 × 面積）	各方案通行總價值
A 方案						
B 方案						

註釋

26 郭玉林，同註 6，第 86-88 頁。

27 張永健，同註 20，第 220-221 頁。

28 或有論者質疑公告現值與實際市價仍有差距，何以作為判斷標準？惟當今土地公告現值已逐漸趨近市價，且採此方式並不在於探究各該土地之真實價值，重點在比較各該土地之相對價值，例如 A 土地之實際市價高於 B 土地，通常 A 土地之公告現值亦會較 B 土地高，是透過此種相對價值之比較，即能得出各通行方案中總價值最低者，為損害最少之通行方案。

29 吳瑾瑜，足使農牧林業用地為「通常使用」之通行權不能捨棄防災防火需求－以臺灣高等法院臺中分院 109 年度上字第 98 號民事判決為範例，月旦實務選評 2:6 期，2022 年 6 月，第 101、107 頁。

30 劉惠利，鄰地通行權之研究，東海大學法律研究所碩士論文，1995 年，第 26-27、33 頁。

31 例如臺灣高等法院 106 年度上易字第 650 號

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
一、本刊歡迎各界賜稿，內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個人資料及其他法定限制公開事項。
二、文稿內容應符合本刊宗旨，以研究實務上重要問題為主題，或作者為文科論題之關係人，請勿來稿。
三、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
四、文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

地複丈成果圖，兩造依卷內現有證據資料，審慎思考並排序損害大小後，例如原告認為損害最少至最大之方案依序為 A<B<C<D，被告則認為是 B<A<C<D，可以發現兩造均認 C、D 方案非損害最少方案，法院得於爭點整理程序中列為不爭執事項，記明筆錄，例如記載「兩造同意 C、D 方案並非損害最少方案，爭執事項為：A、B 方案何者為損害最少方案？」此時法院僅需於判決中認定 A、B 方案何者為損害最少，無庸再論斷 C、D 方案是否為最少損害。基於上開理由，本文認為透過兩造合意或排序各通行方案之損害程度，先剔除顯非損害最少者，可達促進訴訟經濟、集中爭點之效，故列為判斷損害最少之第一步驟。

第二，就其餘有爭執之通行方案，曉諭兩造就各自主張為損害最少之方案，是否聲請法院囑託不動產估價師鑑定，得出各該通行方案中周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，並以此價差來比較，得出何者為損害最少之通行方案。此在兩造土地均有相當價值時，當事人才可能願意支出鑑定費用。若當事人同意鑑定者，宜在囑託鑑定前先行爭點整理（用開庭或書面方式，均無不可），決定證據契約之種類、效力，並盡量成立仲裁鑑定契約，以免兩造就鑑定結果再為爭執[33]。例如依民事訴訟法第 326 條規定，請兩造提出鑑定單位、鑑定項目、鑑定問題。為尊重當事人本於權利主體與程序主體地位合意選擇追求訴訟經濟之程序利益，兩造是否合意選任或由法院職權囑託某鑑定單位鑑定，並同意以此鑑定結果為依據？就鑑定項目之部分，亦可請兩造先特定欲比較之通行方案為何，提出主張為損害最少方案之複丈成果圖，註明成果圖文號，並具狀捨棄沒有要列入比較之通行方案（例如記載：原告 / 被告認為某方案顯非損害最少方案，除法院認為有鑑定之必要外，同意捨棄，不於本案中作為攻防方法及鑑定標的），以節省鑑定費用及司法資源。就鑑定問題之部分，可能為：「兩造通行方案中，各方案之被通行地（某地號土地）被通行時與不被通行時之市價分別為何（即被通行時與不被通行時之「價差」）？說明形成鑑定結果之相關理由、依據，提供鑑定時所參考之相關資料。」又囑託鑑定時，可請鑑定單位將鑑定結果另整理成右列附表二，以便比較。鑑定結果出來後，法院要做的就是依鑑定結果，比較各方案之土地價格差距，選擇價差最小者作為損害最少方案。此種方法因具有簡潔有力、判斷明確之優點，故列為判斷損害最少之第二步驟。

第三，若兩造均不願聲請鑑定，則請兩造提出合理之量化方式，例如以公告現值或任何其他的價格標準，量化各通行方案中之鄰地損害，比較各方案中被通行部分土地之價值差距，說明何者為價值最少者而得作為鄰地損害最少之通行方案（另請兩造以上開附表一整理，以便比較）。惟本文初步認為，此種簡便作法僅能適用在各通行方案均無地上物之情形，才能單純以公告現值或任何其他價格標準來比較，若遇到通行方案中要拆除地上物時，因該被拆除地上物之損害難以透過上開價格標準反映在各通行方案之損害中，於實際比較時，仍有聲請鑑定之必要。若兩造採此種簡便方法，因有上述要面對之難題，並非絕對標準，本文認為仍需就各項因素比較後，綜合判斷。

第四，在已經求諸所有鑑定以外可以量化之價格標準後，若量化後有顯著之價值差距，在兩造均不願意聲請鑑定之前提下，本文認為依卷內現有證據資料，因各通行方案之相對價值已呈現顯著差距，法院應選擇相對價值最小者作為損害最少方案。若量化後之價值差距不大，則進一步就安定性與發展性、客觀性與主觀性、對地上物之影響、對他人土地完整性之影響、通行地現在之使用類別、通行地價值之損失、對他人造成之實質損失、損失之歸屬等因素，綜合比較。其中若某通行方案需拆除之地上物為建物者，由於我國現行法秩序認為建物具有高度經濟價值，防免建物被任意拆除，非單純保護個人私利，也保存社會經濟成果，攸關公共利益。以摧毀建物（社會經濟成果）來促進土地使用之利益，要跨越的「正當性」門檻自然不低[34]。是建物遭移除或必須回復的損害，通常大於周圍地土地使用上完整性受影響的損害，難認屬損害最少之通行方案。

綜上，本文認為在判斷損害最少之通行方案時，可操作具體步驟為：第一、法院闡明後，請兩造合意何種通行方案為損害最少或非損害最少，或將各通行方案之損害程度依序排列，可先剔除顯非損害最少者。第二、就其餘有爭執之通行方案，曉諭兩造就各自主張為損害最少之方案，聲請法院囑託不動產估價師鑑定，得出各該通行方案中周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，並以價差最小者為損害最少方案。第三、若兩造均不願聲請鑑定，則請兩造提出合理之量化方式，量化各通行方案中之鄰地損害，比較各方案中被通行部分土地之價值差距。若量化後有顯著之價值差距，應以相對價值最小者作為損害最少方案。第四、若量化後之價值差距不大，則進一步就安定性與發展性、客觀性與主觀性、對地上物之影響、對他人土地完整性之影響、通行地現在之使用類別、通行地價值之損失、對他人造成之實質損失、損失之歸屬等因素，綜合比較。其中涉及拆除建物者，與周圍地土地使用上完整性受影響的損害相較，應認拆除建物之通行方案非屬損害最少之方案。

肆 應先決定損害最少之方案後，再決定有無開設道路必要，不應將開設道路列為損害考量因素之一

有通行權人於必要時，得開設道路（民法第 788 條第 1 項本文）。袋地之土地所有人於具備必要通行權後，原則上不得開設道路，僅於必要時始得為之，此觀諸民法第 788 條第 1 項規定即明[35]。有無必要開設道路，開設如何路面、寬度之道路，道路應否附設排水溝或其他設施，則應參酌相關土地及四周環境現況、目前社會繁榮情形、一般交通運輸工具、通行需要地通常使用所必要程度、通行地所受損害程度、建築相關法規等事項酌定之[36]。又土地修築道路需經核准者，應依法令辦理，乃屬當然（例如水土保持法第 12 條第 1 項第 1、3 款）[37]。

依民法第 788 條第 1 項本文之文義解釋及民法第 787、788 條之體系解釋，可知得否開設道路係在法院判斷何處為損害最少之通行方案後，始進一步就該通行方案之現況，審酌有無開設道路之必要，二者為不同階段應考量之問題，係屬二事，不應將開設道路列為損害考量因素之一。實務上不乏見到被告即周圍地所有人為此項抗辯者，此時法院應予闡明，以免答辯內容將開設道路列為損害考量因素之一，致其答辯方向有誤，無助於實際攻防，亦無法呈現各該通行方案損害之相對樣貌（亦即將不該列為損害考量之因素也列入，而高估某方案之損害）。於囑託不動產估價師鑑定時，亦應提醒上開事項，以免將開設道路列為損害考量因素之一，而高估周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，致需重為鑑定，徒增訴訟成本。

伍 結論

本文依序從法定通行權之訴訟類型、如何決定損害最少通行方案及可能遇到之相關議題，加以探討。首先，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。

再者，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之處。本文認為可具體操作之步驟有四：第一、由兩造合意何種通行方案為損害最少或非損害最少，或將各通行方案之損害程度依序排列，於爭點整理時先剔除顯非損害最少者。第二、就其餘有爭執之通行方案，曉諭兩造就各自主張為損害最少之方案，聲請法院囑託不動產估價師鑑定，得出各該通行方案中周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，並以價差最小者為損害最少方案。第三、若兩造均不願聲請鑑定，則請兩造提出合理之量化方式，量化各通行方案中之鄰地損害，比較各方案中被通行部分土地之價值差距，若量化後有顯著之價值差距，應以相對價值最小者作為損害最少方案。第四、若量化後之價值差距不大，則進一步就安定性與發展性、客觀性與主觀性、對地上物之影響、對他人土地完整性之影響、通行地現在之使用類別、通行地價值之損失、對他人造成之實質損失、損失之歸屬等因素，綜合比較。其中涉及拆除建物者，通常難認屬損害最少之通行方案。

最後，依民法第 788 條第 1 項本文之文義解釋及民法第 787、788 條之體系解釋，可以得出應先決定損害最少之方案後，再決定有無開設道路之必要，不應將開設道路列為損害考量因素之一。若被告即周圍地所有人為此項抗辯者，此時法院應予闡明。於囑託不動產估價師鑑定時，亦應提醒上開事項，以免將開設道路列為損害考量因素之一，而高估周圍地被通行時與不被通行時之「價差」，致鑑定結果無從作為裁判基礎。

（作者為南投地方法院法官）

附表二

通行方案	各周圍地不被通行時之市價		各周圍地被通行時之市價		各土地之價差	總價差
	地號	市價	地號	市價		
原告方案（XX 複丈成果圖）	XX 土地					
	XX 土地					
被告方案（XX 複丈成果圖）	XX 土地					
	XX 土地					

註釋

判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上字第 334 號判決、臺灣高等法院臺南分院 103 年度上易字第 178 號判決等，經筆者以關鍵字檢索，採用此種論述之事實審判決約 131 件，最後檢索日：113 年 3 月 8 日。

32 徐文桓，同註 22，第 19-20 頁。

33 最高法院 98 年度台上字第 1131 號、102 年度台上字第 246 號判決意旨。

34 吳瑾瑜，同註 29，第 107 頁。

35 最高法院 106 年度台上字第 831 號判決意旨。

36 最高法院 95 年度台上字第 1718 號判決意旨。

37 謝在全，同註 2，第 223 頁。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。

二、作品如以審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。

四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。

五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。