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）

文／魏大喨

壹 問題提出

私有土地成為道路（下稱私道）原因多端，有因私法法律行為，或法令強制規定，亦有因既成事實。法令規定或見於公法或私法。以私道供自己通行用（下稱私道通行者）之通行權源，或本於權利行使（下稱通行權），亦有非源於此種法律上之力[1]，但仍受法律保護（下稱通行利益）。

因私法關係之私道通行權，私道所有人之妨害通行行為，通行權人得本於私權法律關係為妨害排除；如有爭議，得提起確認通行權存在之訴。無私法通行權之人，對私道所有人之妨礙，有無私法上請求依據？私道之設置不乏因公法關係公益目的，依行政管制法令強制規定，土地所有人須留設供一般人（含公眾或特定人）作為道路通行用，亦有因公眾通行一定時間後，該特定土地，土地所有人有容忍任意通行之公法上義務，此為既成道路。私道所有人違反行政管制目的，公權力主管機關本於行政權作用，得為一定行政處分，並依行政程序解決，固不待言。惟公權力部門或礙於人力經費，或怠於公權力行使，致通行受到妨礙之私人，得否尋求私法訴訟程序予以排除？

公法私法二元論，公法關係所生之權利義務（或反射利益）與因私法關係而生之私權利義務，各有適用領域，在分屬二不同審判體系之我國，公法上權利或反射利益被私人侵害，無從直接援為私法上請求。惟晚近學說及實務有緩和趨勢，透過私法上轉介條文，例如民法第 71 條、第 184 條第 2 項，及第 765 條等規定，使公法關係得以進入私法領域，以調整或整合並使公法規範內容成為私法關係之一部[2]。同採公私法二元論之日本，同有二元論緩和之主張。因公法關係形成之私道所有人之妨害通行，日本最高裁判所承認在一定條件下，受妨害通行者，得循私法途徑救濟。

為說明二元論之緩和，本文以鄰近居住者之私道自由通行為題，先介紹私法上「通行權利」之形成及性質，次就公法關係形成之私道，一般人之通行自由與有高度值得保護之特殊通行必要者，在私道通行地位之不同，則藉由最高裁相關判決理由，及其學者見解介紹，為比較說明。公法關係之進入私法領域可能途徑，我國學者早即提出民法第 184 條第 2 項之轉介理論，文末則以日本相關理論，就私道通行之性格為輔助說明，以探討通行利益者私法上妨害排除及妨害預防請求權。

貳 私法關係之通行權

私法關係之通行權，係以「權利義務」之絕對權型態存在，立法上此類通行關係，主要建構在袋地通行權及通行役權上。

一、袋地通行權

（一）絕對權之辨

私權以權利對外效力區分，可分為絕對權（對世權）與相對權。前者，權利內容係對特定法益有直接支配權，權利人得直接以該法益支配之權利對抗任何人，或請求一般人不得侵害其權利。又稱對世權，物權、人格權、準物權、無體財產權、繼承權屬之。後者，僅在特定人對特定人得請求一定作為或不作為，債權屬之。

絕對權之效力及於不特定之任何人，均負有不妨害權利人實現其權利之義務，權利人無須借助義務人之作為即可實現其權利。當構成要件該當時，法院需依法定效果判決，無利益衡量權限。土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人任意行為所生者外，於通行必要範圍內，得擇其周圍地損害最少之處所及方法，並對於通行地因此所受損害支付償金後，通行以至公路（第 787 條、第 800 條之 1）。此為袋地通行權。凡符合其法定要件之土地所有人，即可取得通行權。此通行權基於法定而形成（有稱法定通行權），供通行之土地所有人有容忍袋地所有人通行之義務[3]。因其屬絕對權，權利人有妨害排除請求權、妨害預防請求權，得對供通行土地所有人或第三人為私法上之權利主張[4]。

袋地通行權之絕對權性格，與袋地通行權存在之基本原理有關。通說採私益目的說，認為源於土地相鄰私益關係，本於和睦相互照顧，以調整鄰接地所有人間之權利衝突，提高彼此不動產利用之經濟效能[5]。立於此說，此權利得為拋棄[6]。但因屬物權性格，因物權法定主義，法無明文者不能因公益目的須求，任意擴大解釋其適用範圍，或為類推適用。亦有從公益目的角度思考，認為土地權利行使須符合公益原則，調整個人對社會、國家之利益，以達物盡其用。立於此說，則本於公益目的（如為節省大眾通行成本），或因通行者基於個人人格利益縱其非袋地所有人，亦得類推適用之。

本於袋地通行關係之私道通行，因係立於不動產相鄰利用之物權關係，屬絕對權性格。與之相對的另一通行關係之形成，則藉人格權（自由權）保護規定，由司法審判實務透過演繹解釋而形成，性格與袋地通行權截然不同。人格權雖屬絕對權，但因其內容之具體化－人格利益之要否受到保護，須經法院之利益衡量，因而可稱為相對權。

（二）權利或利益之辨

袋地通行無論其為有償或無償，均以土地與公路無適宜之聯絡為成立要件，且建構在財產權法益非人格權益上，此類通行權自立法形式以觀，以土地所有權相鄰關係為基礎，因土地不能與公路為適宜相通而當然取得，乃「權利」屬性，當滿足法定構成要件時，法院不得作利益權衡以定通行權之有無。換言之，通行權當然存在於特定相鄰土地上，無待法院之形成，亦不以經法院判決確定為必要，有爭議時以訴確認之。確認之訴，學說認係具體化性質。至於第 787 條第 2 項規定，於必要範圍內，擇周圍地損害最少之處所及方法為之並準用第 779 條第 4 項規定（同條第 3 項），即有異議時，得請求法院以判決定之。立法理由又謂損害最少之處所及方法，法院不受當事人聲明之拘束等語，似有形成訴訟性格，但立法理由又謂雙方如訴請確認「對特定之處所及方法」有無通過權者，則屬確認之訴，並受聲明之拘束；另訴如以有通過權為其勝訴之前提要件者，法院即須審酌是否符合袋地之要件等語，由此可知袋地通行權係權利性質，其存否依法定，法院無裁量權。同法第 789 條第 1 項、第 2 項之無償通行權，亦應為相同之解釋。

至於民法第 800 條之 1 所定之地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地建築物或其他工作物利用人之準用袋地通行權規定，何種情形可以準用，雖須依具體個案分別認定（參照立法理由），但所謂依具體個案認定，僅係由法院審酌具體個案，是否符合袋地通行法定要件之「判定」性質，不能認授與法官就法律效果為「裁量」，自仍屬權利存否之判斷[7]。

（三）財產權保障或人格權（自由權）之思辨

袋地通行權之取得本於土地所有權而生，立法上縱擴大需役地之解釋至土地以外之建築物，及至不動產所有權以外之其他用益物權、利用權，債權，仍有其適用、準用或類推適用之界限，其不若以人格法益（自由權）做為通行權基礎之靈活彈性。換言之，不動產相鄰關係之立法趨勢，固擴張至不動產利用關係，不再單以土地所有權相鄰關係為限，但非不動產相鄰關係人間，或欠缺不動產利用權限，如無權占有他人不動產，或無其他合法不動產利用權之人，或與有通行權者間有交誼往來之親友，均不能同享通行權利，難以援引主張通行權存在。因此，私道之通行，立法政策面究應立足於私益目的或公益目的，或以土地利用相鄰關係，或應以人格權為考量，較得以完成人類通行移動自由需求，乃值得深思之議題。反之，私有財產受到法律保障，私有土地所有人對私有土地之管理利用，亦不能被過度干涉，苟私道之通行未設一定條件或純以人格利益做為唯一考慮要素，私有財產制度將遭破壞，兩者如何平衡並予調和，日本最高裁平成 9 年一則判決，即以自由權（人格權）做為論述通行權益之基礎，頗值介紹。

二、不動產通行役權法律關係

（一）不動產役權意義

役權分為地役權與人役權[8]。地役權係為特定土地利益而使用他人土地之權利。我國地役權原僅限於以土地為供需役之對象，民國 99 年為發揮不動產役權功能，促進土地及其定著物之利用價值，修正民法第 851 條定義性規定，「稱不動產役權者，謂以他人不動產供自己不動產通行、汲水、採光、眺望、電信或其他以特定便宜之用為目的之權」。修法理由謂，為發揮公示目的並便於地政機關為便宜具體內容之登記，爰例示積極不動產「通行」役權之便宜類型。依此「不動產通行役權」係指以他人之不動產供自己不動產通行之一種積極役權。修正時除將供需役之客體擴大為不動產，並增設用益權人之不動產役權，於第 859 條之 3 第 1 項規定，「基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，亦得為該不動產設定不動產役權」。因此，對不動產有用益權之人如以通行為目的而設定役權者，為用益權人之通行役權。另同法第 859 條之 4 復有自己之不動產役權，即「不動產役權，亦得就自己之不動產設定之」。

（二）不動產通行役權之取得

不動產通行役權，通行權人被侷限於「供自己不動產（含所有權及用益權、租賃權）」通行，以需役不動產存在為

（文轉三版）

註釋

1. 本文所稱「權利」以「法力說」為基調。法力說為通說所採，主要意旨係結合意思說及利益說兩要素，即權利係給予享受具體利益之法上之力。權利之唯一主體固為利益，但將之具體化最典型手段，仍為意思。主法力說者甚多，耶林律克（Jellinek）沿用耶林之定義並予補充，認為權利為依人類意思力或人類之意思能力所保護之利益；同屬此說之米修（Michoud）則將權利解為法律保護之人類利益，保護手段為代理利益之意思，或防衛利益之意思，而此種代理或防衛利益之意思，則為將權利現實化之力。見水波郎譯著，權利論（原著 Jean DABIN, Droit subjectif, 1954, Paris, Dalloz），創文社（昭 52.9），100 頁以下。
2. 詳參見蘇永欽，尋找新民法，北京大學出版社（2008.9），317 頁以下。
3. 土地嗣後與公路已有適宜之聯絡，而能為通常之使用者，袋地所有人失其通行權。85 台上 1781 號判例。
4. 實務解釋方面，擴大袋地之認定標準，不以土地絕對不通公路為限，因通行困難致不能為通常之使用時，亦屬之。53 台上 2996 號判例。
5. 參看自謝在全，民法物權論（上冊），新學林（103.9），188 頁。
6. 75 台上 947 號判例，認為袋地通行權規定之主要目的，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益，不容袋地所有人任意預為拋棄，似有公益目的說傾向，但學者並不贊同。謝在全，前揭書，189 頁。
7. 另最高法院 96 年台上字第 584 號判決，認區分所有建物之專有部分，如為其他專有部分所圍繞，無法對外為適宜之聯絡，致不能為通常之使用，最高法院承認此類情形，與袋地類似，法律本應同予規範，因立法者之疏忽，而發生顯在之法律漏洞，亦得類推適用民法袋地通行權之規定
8. 人役權係為特定人利益而設定之權利，例如得居住他人房屋之居住權。係羅馬法役權一種類型，我國民法立法時以人役權為習慣所無，因

法源法
www.lawba
委任律師、裁判金額、歷審裁判
法
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

要件，且不得由需役不動產分離讓與，或為其他權利之標的物（第 853 條）。其取得以法律行為（即役權設定契約）為主，但亦得因時效而取得（第 772 條準用第 769 條）。

雖同以他人之不動產供自己通行為目的，但不動產通行役權與公用地役關係（既成道路屬之），係不同之概念，前者為物權上之權利義務關係，屬物權須經役權之設定，亦屬絕對權；後者為私有土地因時效而形成供公眾使用之特殊制度，其非私法上之權利義務（詳後述）。

三、意定通行權

具權利性質之通行權取得，尚有意定通行權。其非因相鄰關係或因提高自己不動產價值在他人不動產設定役權之故，乃以契約（債）如使用借貸、租賃、或其他約定，在他人之不動產上取得通行權。亦屬權利性質但僅在相對人間發生效力，此層意義為相對權。債權債務主體變更，乃債之更改或契約承擔性質，非得契約原當事人同意，不得為之[9]。意定通行權與不動產通行役權（第 851 條）之意義及要件不同，後者是為需役不動產而存在之物權，若為「特定人之利益」而存在，例如特定人於供役土地為一定行為，雖無需役不動產，亦得為意定通行權之約定。換言之，乃以他人之土地供自己個人利用，非以需役不動產之利益為目的[10]。

參 公用通行地役關係

一、意義及形成

私有財產須形成制度性保障，大法官釋字第 400 號指出，「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」，並闡述「個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利」。足見財產權保障並非全立於所有權絕對原則。其次，就私有土地之公用地役關係之性質及形成要件，本號解釋指出：此類公用地役法律關係具有公共用物性質[11]。私有土地上之道路成立公用地役關係之要件：第一、須為不特定之公眾通行必要，非僅為通行之便利或省時；第二、於公眾通行之初，土地所有人並無阻止之情事；第三、須經歷之年代久遠而未曾中斷。所謂年代久遠雖不限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概為必要[12]。

公用地役關係形成原因，不以時效為限。學者指出，有「因政府未經徵收即先行開闢為道路者；或因人民自行闢設為道路者；或依都市計畫法寬度開闢為道路而未辦理徵收者，不一而足」[13]。私有土地上因時效而形成既成道路，為他有公物中之公共用物，所有權人仍保有所有權，但其行使受限制，不得違反供公眾通行之目的，如擅將既成道路廢止，主管機關得予糾正回復原來道路，此項處分得依行政程序救濟[14]。另釋字第 400 號解釋指出，「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」。

二、反射利益性質－訴權否定說

他有公共用物（既成道路）所有權人於不妨害一般公眾通行使用目的外，仍有自由使用權利，而一般公眾之自由使用，無須取得使用特許或為任何之意思表示，其所可享受之自由使用，咸認是一種反射利益，並非嚴格意義下之權利。所謂一般公眾使用或自由使用，就如公物之使用，如公有道路之通行、河川之洗濯、公園之散步、海水浴場之游泳、海濱之散步，同其性質是。

反射利益是因行政法為公益目的而實施之各種命令或限制禁止等規定之反射結果，而使不特定一般大眾受其利益之謂。有稱為反射權者，乃因公法執行結果而生之派生利益，該利益之享有非因法律直接賦予之利益，基於權利係「法力說」立場，反射利益與權利自有不同意義。反射利益與公權利之辨，學說不同。公權利被侵害得為訴訟上之回復請求或請求損害賠償；反射利益受侵害，則不能為此種救濟。

三、反射利益或公權利之辨

反射利益與公權利之區分，以大法官釋字第 469 號解釋理由為標準，即法律規範保障目的，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，則規範目的在保障個人權益；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益受損害，應許其依法請求救濟。亦即，法律規範目的在保護公共利益或一般國民者，私人係因該規範之執行而受到反射利益非公權利。此區分標準，日本學說及實務，採緩和理論者，亦認為不能從給付行政角度單純看待，反射利益如係法律上值得被保護者，亦應有行政訴訟原告適格性。例如日本東京高等裁判所昭和 36 年 3 月 15 日，就確認公有道路廢止無效訴訟事件判示[15]，道路之存在為公共團體住民乃至一般公眾通行之便利，雖係供公用之反射利益，非為個人各別使用之特別權利而設置，主管行政廳就其管理之公用道路為廢止之處分，如該公道係自己住家唯一出入口，因廢道處分受到阻塞，是直接對日常生活上造成重大障害，就該廢道處分，有提起無效確認訴訟之利益。另對於穿越步道之廢止處分，鄰近住民提出廢道處分效力之停止訴訟事件，福井地方裁判所昭和 46 年 10 月 16 日判示[16]，住民利用穿越步道為其日常生活通行所需，則因廢道處分造成通行之人減少，受有營業收入影響或地價下滑損失者，該步道便利受益係法律上之利益，其為行政訴訟之適格原告。最高裁亦採相同見解[17]。學說方面，雖立於公物利用係反射利益非為權利觀點，但亦認為一般人亦得提出廢道處分訴訟。認為利用者在實體法上對公物有自由使用利益，甚至是一種權利化之利益，以克服反射利益論之無提訴權；亦有從程序法觀點說明，認為利用者地位之保護，不僅是取得實體上法之利益或權利者而已，亦須著重於其對公物行政管理有行政參與權，利用者之自由被違法妨害時，應有妨害排除請求權利以為救濟[18]。亦即其地位有如該公道之行政管理者。

四、私法之適用－公私法二元論之修正

公法私法二元論下，已成公共用物之既成道路，土地所有人妨害通行行為，受其妨礙之一般個人，得否為民事私法之妨害排除訴訟？又應以如何之法律關係為請求基礎？

二元論基本論述，對日本最高裁有關道路之使用，以自由權說明，加以批評，認為自由有學問自由、表現自由等自然意義下之自由，但如依權利概念予以保障，將會使兩者混淆，道路使用自由權不能解為係私法上權利概念[19]。日本實務原採否定論。關於公共用物使用之紛爭，無民事法之適用，「通行之自由權」不得以日本民法第 710 條非財產權之損害為媒介，依侵權行為法律關係為妨害排除之請求，公物之自由使用不過是一種反射的利益，其通行無從以自由權之行使，做為論述基礎[20]。

公法私法二元論意義，公法關係之排除私法適用，可謂是公法私法嚴格區別說。但漸有公法關係亦有私法適用餘地之相對區別說出現。即管理關係之國家、公共團體等公權力主體，或具優越意思主體，對於國民之關係，如為具體的、公共用物及營造物之設置、管理、利用等，非無私法適用餘地。近來學說方面亦有公法體系與私法體系區別不要說（區別否定論），不著重於公私法概念下的法律關係，認為應從各個行為法關係做為問題解決之着眼點。

實務上，日本明治 31 年 3 月 30 日大審院就村道通行妨害之排除請求事件，即判示系爭村道係供公眾通行之用，個人依自己生活行為需要得予自由使用，而有共同使用權，此權利因公法上關係而發生，個人權利行使當然受到私法之保護，如有妨害其他人之共同使用者，其不只係危害公用物使用之公共秩序，亦是對他人自由侵害之侵權行為，被害人得依民法關係向司法機關起訴，請求加害人賠償損害，並排除該障礙物；另判示原審判決以對原告僅是反射利益非取得公用地役權，該妨害村道利用之行為僅能由村請求排除之理由不當，駁回原告請求，自屬有誤。又日本最高裁昭和 39 年 1 月 16 日同認得以自由權被侵害為由，提起侵權行為訴訟[21]，認為地方公共團體所開設之道路，各村民對其他村民未侵害其利益或自由之程度內，為自己生活所須之通行，有自由使用權。通行之自由權雖源於公法關係，但如為個人日常生活上各種權利行使所不能欠缺者，應受民法之保護，而得成立侵權行為法律關係。

日本實務之轉介民法自由權（人格權）說，備受學說批評，理由仍立足於反射利益說。而公共用物利用權，依日本地方自治法第 10 條規定，任何住民均有相同之利用資格。公物之使用自由，是公法上之權利與私法上權利有別，「通行之自由權」並非私法上之人格權、生活權。惟最高裁於後述平成 9 年之判決，仍肯認通行自由權概念，並以「日常生活上不可欠缺」為條件，就私道之使用，認為屬人格權、生活權內容，受侵權行為損害賠償制度保護之自由權（日民第 710 條）。最高裁之「通行自由權」說，做為因私人在公私有道路通行妨害之排除請求依據之此先例，具劃時代意義，對私道之使用妨害排除，開創公法關係進入私法上人格權領域，對於公法領域有關公物之自由使用法律關係採公私法二元論之傳統見解，產生根本性影響，將其帶往緩和論方向[22]。

肆 因公法關係設置之道路

一、以建築法第11條第1項、第2項為例

私有土地因公法規定而成為私道，例如我國建築法第 11 條第 1 項、第 2 項規定是。按建築基地係供建築物本身所占之地面，並應留設法定空地，做為其前後左右之道路，或其他建築物間之距離用，寬度授權依建築管理規則定之。同法第 48 條、第 101 條規定，須提供土地做為公眾道路使用亦屬之。

（下期待續）

（作者為最高法院法官）

註釋

而不予採取，日本民法同無。見謝在全，前揭書，17 頁註 4。

9. 最高法院 87 年台上字第 1964 號判決。
10. 參見蘇永欽，重建役權制度，月旦法學 65 期，81 頁。
11. 釋字第 255 號解釋、行政法院 45 判 8 號及 61 判 435 號判例。
12. 最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決。
13. 陳清秀「既成道路相關法律問題探討」，月旦法學雜誌，第 112 期（2004.9），並指出「人民自行闢設為道路者，則有為行善而鋪橋造路或願無償提供土地於公眾通行者；亦有建設公司為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地，供公眾通行之用，增加社區建築基地之價值者等」。惟所謂「依都市計畫法寬度開闢為道路」，在此應指已符合既成道路要件（如時效）而言，於此本文不予論述。
14. 行政法院 45 判 8 號判例。
15. 金井、恵里可「公道を通行する権利」，82 頁；參看自 http://sucra.saitama-u.ac.jp/modules/xoonips/download.php/BKSK100206.pdf?file_id=19900。
16. 同上。
17. 里道附近住民對於縣知事之廢道處分，有撤銷訴訟請求原告適格。最高裁昭和 62.11.24 判決，沢井裕 / 東畠敏明 / 宮崎裕二編著，道路 . 通路の裁判例，第二版，有斐閣（1991），24 頁。
18. 畠山武道 / 土居正典「道路自由使用權の性格と利用者保護（一）」，187-189 頁；參看自 file:///D:/Users/taliang/Desktop/KJ00004488251.pdf。
19. 田村浩一「村民の村道使用関係の性質 (等)」，民商法雜誌，51 卷 4 号 656 至 658、659 頁。引自金井、恵里可，前揭文，84 頁（前揭網頁）。
20. 金井、恵里可，前揭文，84 頁（前揭網頁）。
21. 最高裁昭和 39 年 1 月 16 日第 1 小法廷判決、民集 18 卷 1 號 1 頁。沢井裕 / 東畠敏明 / 宮崎裕二編著，道路 . 通路の裁判例，第二版，有斐閣（1991），36 頁。
22. 金井、恵里可，前揭文，85 頁（前揭網頁）。

法律網
ank.com.tw
裁判書
全新檢索功能
全文內容、裁判案由、裁判主文
源資訊
專線
509-3536
L WEEKLY
周刊
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
定價400元
訂閱