

裁判字號：臺灣臺中地方法院 97 年簡上字第 109 號民事判決

裁判日期：民國 98 年 01 月 16 日

裁判案由：回復原狀

臺灣臺中地方法院民事判決 97年度簡上字第109號

上訴人 乙○○

訴訟代理人 徐盛國律師

被上訴人 甲○○

丙○○

上二人

訴訟代理人 周仲鼎律師

上列當事人間請求回復原狀事件，上訴人對於民國97年4月2日本
院臺中簡易庭96年度中簡字第5654號第一審民事判決提起上訴，
經於民國97年12月26日言詞辯論終結，本院合議庭判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及訴訟費用之裁判廢
棄。

前項廢棄部分，被上訴人應將上訴人所有坐落台中市○區○○○
○段第9-147地號土地上如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水
泥地面剷除並將上開土地回復為如附件照片所示之原狀。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由上訴人負擔2分之1，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、上訴人方面：

一、上訴聲明：

（一）原判決廢棄。

（二）上開廢棄部分，被上訴人應將上訴人所有坐落台中
市○區○○○○段第9-147地號土地上如附圖所示
A部分面積0.0011公頃之水泥地面剷除，並應將土
地回復原狀交還上訴人。

（三）被上訴人應連帶給付上訴人新臺幣（下同）3,630
元，及另自起訴狀繕本送達之翌日起，至履行前項
請求權之日止，按月給付上訴人330元之損害金。

二、陳述：上訴人於原審起訴主張：坐落台中市○區○○○○
段第9-147地號土地（下稱系爭土地）為上訴人所有，因
與被上訴人所住居之門牌號碼台中市○區○○街○○○巷○號
建物所坐落之土地相鄰，詎被上訴人未經上訴人同意，竟
於民國95年9月23日擅自在系爭土地如附圖所示A部分面
積11平方公尺之地面鋪設水泥，而無權占有並侵害上訴人
對系爭土地之所有權，而構成侵權行為，上訴人爰依民法
第767條及第184條第1項前段規定，請求被上訴人應將所

鋪設之水泥地面剷除，並將土地回復原狀及交還上訴人。上訴人另依土地法第105條準用同法第97條第1項之規定，本於侵權行為及不當得利之法律關係（選擇合併），請求被上訴人連帶賠償自95年9月23日起按每月330元（計算式：申報地價每平方公尺3,600元×11平方公尺）×10%÷12月＝330元）計算之相當於租金之損害等語。另上訴補稱：

- （一）原判決認為「僅係將地面鋪平，且所鋪設之水泥既已附合於原告之土地，其結果對原告並未產生明顯不利之結果」，此等解釋適用法律之結果，已嚴重戕害私法自治及法律對所有權之保障。
- （二）司法實務上，法院向來均認未經同意而強行侵害他人土地者，不能主張權利濫用，有最高法院86年台上字第2500號判決意旨可資參照。在侵權行為人建造五層高之樓房情形下，土地所有權人尚可要求侵權者拆屋還地，本件上訴人本於所有權之作用，僅要求被上訴人將所鋪設之水泥地面剷除，回復土地原狀及交還土地，與前例相較，輕重之間即知原判決以「權利濫用」為由，駁回上訴人之訴，誠待商榷。
- （三）另查系爭土地乃係分割自同段第9-128地號土地，而依95年3月21日台中市政府都市發展局簡便行文表所載，同段第9-128地號土地之土地使用分區係「第二〇住〇區〇〇〇道路用地。雖台中市政府曾表示系爭第9-147地號土地為既成巷道云云，惟台中市政府嗣另於95年5月29日發函表示僅係「部分」為現有巷道，而非全部均為巷道。
- （四）又查，被上訴人等對上訴人提出公共危險罪之告訴（臺灣臺中地方法院檢察署95年度偵續字第359號）。系爭土地前經檢察官到場丈量之結果，認上訴人所有之系爭土地上原所設置之水泥牆與被上訴人所居住之建德街346巷1號門前，尚留有約2.5公尺之寬度，以一般小貨車或小客車約1.7公尺車寬而言，被上訴人仍可對外通行無阻（參不起訴處分書第3頁）。另被上訴人所居住之建德街346巷1號建物前緣，疑似乃屬加建之違章建築，被上訴人若未加蓋違建，則其門前之通道寬度將更大於2.5公尺。另被上訴人所稱之既成或現有巷道，實際上均不含括系爭9-147地號土地在內。況系爭土地先前多為上訴人用供停放機具使用，並無供不特定公眾通行之情，亦與既成巷道之成立要件有別。
- （五）退而言之，縱認系爭土地曾為既成巷道之一部分，然於現今之建德街346巷道路拓寬完工後，系爭土地亦已非屬巷道，參照司法院大法官第400號解釋

文意旨，既成道路喪失其原有功能者，應隨時檢討並予廢止。系爭土地既非屬既成巷道，上訴人自屬有權而得完全支配使用土地，並得對妨礙上訴人使用系爭土地之侵權行為，主張排除。

(六) 再退步言，系爭土地縱仍屬既成巷道，被上訴人亦無權在系爭土地上鋪設水泥。蓋私有土地如成立公用通行地役權者，所有權人之權利行使，固受限制而不得違反供公眾通行之目的，然被上訴人亦僅於通行之必要範圍內使用土地通行，法律並未授與通行權人得為超出通行必要範圍以外之其他行為，被上訴人仍無權在系爭土地上鋪設水泥。

(七) 被上訴人於本件上訴程序中，雖另為「袋地通行權」之抗辯。惟按，民事訴訟法第447條第1項前段及第3項規定：當事人不得提出新攻擊或防禦方法。違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之。況查本件前於上開公共危險案件偵查中，既經檢察官實地丈量結果，上訴人所有之系爭土地與被上訴人所居住之建德街346巷1號門前，尚有2.5公尺之寬度一節已如前述，被上訴人為圖一己之便而違法加建違章，致使屋前通行之路寬縮減，卻欲犧牲上訴人之私有土地而為袋地通行權之主張，顯然欠缺袋地通行成立上所需之必要性。

(八) 綜上所述，系爭土地並非既成巷道，因遭被上訴人無權占有及鋪設水泥，為此上訴人爰依民法第767條、第184條第1項前段規定，訴請被上訴人應將所鋪設之水泥地面剷除，將土地回復原狀及交還上訴人，並另按每月330元計算損害金，賠償上訴人。

三、證據：除援用第一審所提證據外，另提出照片及實務見解為證。

貳、被上訴人方面：

一、聲明：上訴駁回。

二、陳述：被上訴人於原審答辯：上訴人所有之系爭土地，業經臺中市政府以行政處分認定為供公眾通行具有公用地役關係之既成巷道，上訴人因要求被上訴人價購未果，竟於95年3月4日強行違規設置水泥牆供為路障，並控告被上訴人竊占（業經檢方為不起訴處分），而欲藉此遂其要求被上訴人價購之目的。被上訴人不堪其擾，只好向臺中市政府陳情，經市府派員會勘認定上訴人所設置之水泥牆為違規路障，並限期自行拆除而未遵令，臺中市政府乃於同年5月19日派工打除路障，並依「道路交通管理處罰條例」開罰。因臺中市政府派人拆除違規路障後，系爭土地部分位置高低不平，並有積水而滋生蚊蟲之情形，被上訴人始將高低不平之處加以鋪平，面積約為8.48平方公尺，而非11平方公尺（臺中市中山地政事務所土地複丈成果圖對水

泥地之面積計算有所錯誤），此應為該既有巷道土地通行所必需，被上訴人並無不法侵害上訴人所有權之情事或其他之侵權行為。況系爭土地既經市政府劃定為既成巷道，被上訴人益無不當得利可言，更無上訴人所稱之無權占有情事，上訴人要求相當於租金之損害，亦無理由。又上訴人要求被上訴人拆除僅僅約數平方公尺面積之水泥地面，其權利之行使，造成被上訴人出入不便及環境髒亂蚊蟲滋生，上訴人所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大，顯係以損害他人為主要目的之權利濫用等語，另於上訴程序中補稱：

- （一）系爭土地乃係分割自同段第9-128地號土地，而同段第9-128地號土地業經台中市政府判定為供公眾通行具有公用地役關係之既成巷道，則被上訴人對系爭土地自具有通行之權利。被上訴人為通行之安全，依法當可於市政府派人拆除路障後致土地高低不平且有積水滋生蚊蟲等情形下，將高低不平之路面鋪設水泥予以整平，此亦為既有巷道供通行所必需。
- （二）原審認系爭土地於鋪設水泥之際，已非既成巷道，顯非正確，蓋因臺中市政府為都市計畫之主管機關，所為認定系爭土地為既有巷道之行政處分已有效存在，縱其內容有所不當或違法，在經其上級官署依訴願程序撤銷之前，司法機關不能否認其效力。又都市計劃內供公眾通行之既成道路，係有公用地役關係之存在，雖土地所有人仍保有其所有權，然所有權之行使應受限制，不得違反供公眾通行之目的而排除他人之使用。系爭土地既經臺中市政府認定為既成巷道，原審卻自行改行認定系爭土地已非既成巷道，自有不當，並有侵害行政機關行政權限之虞。
- （三）原審自行認定系爭土地已非既成巷道之理由，亦有不備。因查，被上訴人之住宅門前現有之十米道路尚未拓寬前，系爭土地即為被上訴人屋前通行之必經道路，自屬既有巷道，且為被上訴人之上開建物申請興建時所指定之建築線所臨之道路。雖今該十米道路拓寬後之柏油路面，未及於系爭土地，然亦不能因此而否定被上訴人進出10米道路時不須經由系爭土地，故系爭土地對被上訴人而言，與道路拓寬前一樣，均屬既成巷道無疑。原審引用大法官第400號解釋文中「至於因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並與廢止」，有過度解釋之嫌，蓋系爭土地為既成道路，並未喪失其原有功能，仍為被上訴人通行聯外所必經，原審單以有新建道路而論斷系爭土地已非既

成道路，實顯速斷。更有甚者，如照原審推論，原有既成道路可供通行之被上訴人，竟因新建道路而無法通行聯外所唯一必經原有既成道路，實屬無法想像。

(四) 按土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。又所謂土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用之情形，並不以土地絕對不通公路為限，雖有道路可通至公路，但其聯絡並不適宜，致不能為通常使用之情形者，亦包括在內。退步言之，縱認系爭土地已非既有巷道，則被上訴人亦可主張袋地通行權，因被上訴人之住宅與新建之10米道路間，除系爭土地外，並無其他適宜之聯絡道路，被上訴人對系爭土地自可主張袋地通行權，亦當可為鋪設路面之相關行為。

(五) 縱認被上訴人無權通行系爭土地，然上訴人亦不得請求被上訴人回復原狀及給付每月330元之不當得利。蓋因權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的。系爭土地既經臺中市政府判定為既有巷道，因土地高低不平並有積水滋生蚊蟲等情形，被上訴人始將之鋪平，實無不法侵害上訴人所有權之情事或其他侵權行為，上訴人長期未使用系爭土地，所言欲種植花草樹木顯非真實，其要求被上訴人拆除僅僅數平方公尺水泥地面之主張，對其而言顯無任何益處，卻係以損害他人為主要目的，上訴人之要求，顯為權利濫用。

三、證據：除援用第一審所提證據外，另提出照片為證。

叁、本院依職權向臺中市政府調取被上訴人所住居之門牌號碼台中市○區○○街○○○巷○號建物之建造執照、使用執照卷宗及函查相關都市計劃圖等資料到院參辦。

肆、法院得心證之理由：

一、程序方面：按當事人於第二審程序不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。前項但書各款事由，當事人應釋明之，民事訴訟法第447條第1、2項定有明文，此項規定依同法第436條之1

第3項於簡易程序準用之。本件上訴人於民國97年6月9日民事答辯二狀中新增提出「袋地通行權」之抗辯事由。此項攻擊防禦方法，被上訴人於第一審中並未提出，迄本件二審程序準備程序終結之日始行提出，因為上訴人所不同意，且有違促進訴訟終結之義務，另審酌被上訴人並未一併釋明如不許其提出則有顯失公平之情事，是依民事訴訟法第447條第3項規定，被上訴人所為「袋地通行權」之新抗辯事由之提出，不予准許，合先敘明。

二、實體方面：被上訴人丙○○所有坐落臺中市○區○○段第7380建號建物（門牌號碼台中市○區○○街○○○巷○號），前係由訴外人邱錦德於民國82年間以旱溪段第200-620、200-840及200-900地號等三筆土地為建築基地，並以其中之同段第200-900地號土地直接鄰接當時之6米道路建築線為據，而向臺中市政府申請核准興建（82中工建字第1602號建照）。嗣經完工並由臺中市政府發給83中工建使字第926號使用執照及辦妥建物第一次所有權登記。訴外人邱錦德申請興建上開建物當時，臺中市政府係依台中市○區○○街○○○巷（原編列為振興路162巷）之6米現有巷道據以供為建築線指定之用等情，有本院依職權向臺中市政府所調取之上開建物建造執照及使用執照卷宗所附相關申請書件及核准圖說資料可參，核屬實在。

（一）按上開建物興建當時尚屬有效施行之臺灣省建築管理規則（民國94年6月20日廢止）第2、4、7條所規定：「建築基地面臨計畫道路、廣場、市區道路○○路或合於本規則規定之現有巷道者，得申請指定建築線。本規則所稱現有巷道包括左列情形：一 供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二 私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者。三 本法七十三年十一月七日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，經縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。建築基地地面臨現有巷道申請建築，免附該巷道之土地權利證明文件」。足認於82年間台中市○區○○街○○○巷（原編列為振興路162巷）係屬業經主管機關所核定之6米現有巷道，並據以供為建築線指定之用，雖當時實際鋪設柏油路面之寬度僅為3.8米，而有部分路地並未鋪柏油路面，然實際鋪設柏油路面之寬度為若干，僅係道路通行便利與否之問題，尚無從據以為否定當時之台中市○區○○街○○○巷（原編列為振興路162巷）係屬6米「現有巷道」之認定。

（二）次查，上開原屬6米現有巷道之臺中市○區○○街○○○巷，嗣經臺中市政府依都市計劃圖所示之10米計

劃道路規劃內容，予以截彎取直並拓寬成為目前之臺中市○○區○○街○○巷之10米道路現況。系爭上訴人所有之9-147地號土地，乃係分割自同段第9-128地號土地，依95年3月21日臺中市政府都市發展局簡便行文表所載，該9-128地號土地之使用分區編定乃係「第二○住○區○○○○道路用地」，雖臺中市政府曾以系爭土地屬現有巷道為由，而派員拆除上訴人前在系爭土地上所施設之鋼筋水泥牆，然依卷內地籍圖謄本及原審履勘現場並囑託台中市中山地政事務所派員協助測量所得結果，上訴人所有之系爭土地目前乃係坐落於已開闢完成之現有10米都市○○道路之東側，並不在該10米都市○○道路之範圍內。是原審以台中市○○街○○巷原有之道路，因重新拓寬鋪設10米柏油路面，道路範圍已不及於系爭土地，另系爭土地與拓寬後之10米柏油道路間尚有加蓋之路側水溝管道相隔，被上訴人之建物左鄰即系爭土地之東南側之同段第9-113地號土地位置上嗣後所新建之房屋建築線亦均係直接面臨拓寬後之10米柏油路面為由，因認原有道路業因地理環境之改變而喪失原有功能，因認系爭土地已失現有巷道之功能等情，於法並無不當。被上訴人所為系爭土地現仍屬既成道路或現有巷道之抗辯，尚非有據。

- (三) 被上訴人雖另抗辯認定系爭土地是否為既成巷道或現有巷道，乃係行政機關之行政權限，法院應無權另為認定云云。惟按，人民之財產權應予保障，憲法第15條定有明文。又人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障，亦為憲法第143條第1項所明定。而保障人民之財產權，本為政府機關重要職責之一，不得在無法律依據下以侵害憲法所保障之人民對其所有之土地所有權。是政府機關如因公共事業需要而有使用人民土地之必要時，國家設有徵收制度（土地法及土地徵收條例參照），土地徵收乃係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以強制取得之途徑，國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予人民合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。故補償不僅需相當，更應儘速發給，方符憲法第15條人民財產權應予保障之意旨。本件都市計劃主管機關如認系爭土地仍為供公眾通行所必要者，按理於辦理上開都市○○道路之規劃時，本應將系爭土地一併劃入

都市○○○道路範圍內，並變更其土地地目及使用分區編定而予以一併徵收，始符合社會公平正義原則，尚難遽以系爭土地曾有部分供為都市○○○○○道路使用情事，逕為都市○○道路闢建完成後，原有之舊道路仍需繼續供為道路使用之認定，並謂法院無權審認云云。

- (四) 再按，「公用地役權」關係乃指私有土地具有公共用物性質之法律關係者而言，核與民法上「地役權」概念有間。又既成道路成立公用地役關係之要件為：(1)須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時。(2)於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事。(3)須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，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（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。既成道路符合上開要件因而成立公共地役關係，雖並不以登記為成立要件，惟此種公共地役關係，乃係以不特定之公眾為對象，得通行公用地役地之人，亦僅係得享受公法上之「反射利益」之人，非謂其對土地所有權人取得公用地役權，無從據「公用地役權」以對抗土地所有權人之所有權。又私有土地如供公眾通行已歷數十年而成為既成道路者，在公法上雖認有公用地役關係存在，原土地所有權人之所有權行使固應受其限制。惟該私有土地如未經辦理徵收，則土地所有權人仍保有其所有權能，對於侵害其土地者，仍得行使民法第767之物上請求權，僅係在公法上其所有權之之行使應受不得違反供公眾通行之目的，及不得擅自圍堵或變更其使用目的而已，非謂他人均得在該私有土地上任意施工或依己意改變其原有之地貌。
- (五) 按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條中段定有明文。系爭土地既為上訴人所有，其土地使用分區編定仍屬「第二○住○區○○○○道路用地」，另台中市○區○○街○○○巷業經臺中市政府依都市計劃予以截彎取直並拓寬成為目前之道路現況，上訴人所有之系爭土地並非坐落於拓建完成之10米都市○○道路範圍內，難認仍具有原供公眾通行使用之道路性質一節，已如前述。被上訴人既非土地所有人，復未得所有權人即上訴人之同意，即在系爭土地上鋪設如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面，縱認被上訴人所述系爭土地前曾供公眾通行一節屬實，揆諸上揭說明，被上訴人本不得在系爭土地上任意施工或依己意改變原有之地貌。是上訴人本於所有權之作用及侵權行

為之法律關係，求為判命被上訴人應將系爭土地上如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面予以剷除以回復回狀，核屬有據。被上訴人雖另自行以市售米尺量測系爭土地，並謂臺中市中山地政事務所土地複丈成果圖對水泥地之面積計算有所錯誤，伊所鋪設之面積約僅為8.48平方公尺，而非11平方公尺云云。惟查，如附圖所示臺中市中山地政事務所複丈日期96年11月9日之土地複丈成果圖，乃係臺中市中山地政事務所測量人員依原審現場履勘指示所為施測，客觀上應可採信，被上訴人並非保管地籍資料之專業人員，僅據伊主觀上所認定之範圍而為粗略之量測，即謂複丈成果圖上面積計算有所錯誤云云，自非可採。

(六) 次按，動產因附合而為不動產之重要成分者，不動產所有人，取得動產所有權；又喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償金。民法第811條、第816條固有規定。惟若該「附合」於不動產之動產，係出於未得不動產所有權人同意之他人強制性行為時，表面上不動產所有權人雖因他人之行為而增加其所有之不動產成分，看似有利，然實質上卻係違背不動產所有權人之意思，此種情形，即係學理上所稱之「強迫之不當得利」，難認必具有增益不動產所有權之效能，甚或有害於不動產所有權人之所有權行使。本院因認應以不動產所有權人主觀上是否認可該項利益而為判斷。易言之，如因附合而受有表面上形式利益之不動產所有權人，其主觀上如不願取得或保有因附合所產生之形式利益時，不動產所有權人依法仍可請求喪失動產所有權之他人除去所為附合之物，以避免後續另有返還該強迫之不當得利之爭議發生。

(七) 又按，權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的；行使權利、履行義務，應依誠實及信用方法；民法第148條第1項、第2項定有明文。此所謂是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此雖係權利社會化之基本內涵所必然之解釋。然於具體適用此一原則時，仍應斟酌不同情狀及性質，較量雙方當事人間利益，以求法律關係之公平妥適。又該條所定不得以損害他人為主要目的，係指行使權利「專以」損害他人為目的之情形而言，若

當事人係為自身之利益而行使權利，雖於他人之利益不無損害，然若非以損害該他人為主要目的，縱他人所受損害大於權利人所行使權利之利益，仍不在該條所規定之範疇。承前所述，上開原屬6米現有巷道之台中市○區○○街○○○巷，嗣經臺中市政府依都市計劃圖所示10米計劃道路規劃內容，予以截彎取直並拓寬成為目前之10米道路現況，都市計劃主管機關並未於辦理上開都市○○○○○道路規劃時，將系爭土地一併劃入計劃道路之範圍及變更其土地使用分區編定並予以一併徵收，尚難以系爭土地曾有部分曾供為道路使用情事，逕為都市○○道路闢建完成後，原有之舊有道路仍必需繼續供為公眾通行使用之認定。至被上訴人就系爭土地是否存在有私法上之通行權源，則屬另事。尚難認上訴人所為回復原狀之請求，係以損害被上訴人為其主要目的而謂本件有濫用權利之情事。原審以被上訴人所鋪設之水泥，已附合於上訴人所有之系爭土地上，其結果對上訴人並未產生明顯不利，倘命被上訴人剷除所鋪設之水泥，除須花費剷除費用外，所回復之原狀於上訴人並無何益處或所得利益極少為由，而認上訴人係屬權利濫用一節，尚有未洽。

- (八) 末按，民法第213條第1項規定負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。本件被上訴人未得上訴人之同意即在上訴人所有之系爭土地上鋪設如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面，既非有據，則上訴人本於所有權之作用及侵權行為之法律關係，求為判命被上訴人應將系爭土地上如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面予以剷除以回復原狀，核屬有據且屬正當權利行使之範疇。至上訴人所另訴請被上訴人交還土地及連帶給付損害金部分，按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第179條前段固有明定。惟承前述，本件被上訴人在系爭土地上鋪設水泥，僅係為求通行之便利，其主觀上係認為上訴人應容忍其通行系爭土地；另被上訴人除在系爭土地上鋪設水泥外，並無將系爭土地另為區隔或另為排除他人使用之其他資供表彰占有之客觀行為，尚難認被上訴人在系爭土地上鋪設水泥，即係有上訴人所主張之「無權占有」行為存在。系爭土地坐落於被上訴人所住居之上開建物屋外及現供公眾通行之道路之外側，屬開放式空間狀態，復仍為上訴人所有，是上訴人對系爭土地之占有權源，並未因被上訴人在其上鋪設水泥而遭被上訴人侵奪並喪失占有。是上訴人以被

上訴人無權占有系爭土地為由，而為判命被上訴人應將系爭土地交還上訴人，並應連帶賠償上訴人3,630元及另自起訴狀繕本送達之翌日起至履行前項請求權之日止，按月給付上訴人330元之損害金部分，自非有據。

- 伍、綜上所述，本件上訴人本於民法第767條、184條及179條規定，訴請被上訴人應將系爭土地上如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面剷除，另應將上開土地交還上訴人及應連帶給付上訴人3,630元，及另自起訴狀繕本送達之翌日起至履行前項請求權之日止，按月給付330元之損害金等語。就其中被上訴人應將系爭第9-147地號土地上如附圖所示A部分面積0.0011公頃之水泥地面剷除，並將土地回復為如附圖所示原狀部分，為有理由，應予准許。至上訴人其餘判令被上訴人交還土地及連帶給付損害金之主張，則非正當，不應准許。從而，原審就上開應予准許部分，所為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰予以廢棄改判如主文第1、2項所示。至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，理由雖有不同，惟結論並無二致，仍應予以維持，上訴論旨指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，則無理由，應予駁回。
- 陸、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與判決結果無影響，爰不逐一論述，併予敘明。
- 柒、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第436條之1第3項、第450條、第449條第2項、第79條、第85條第1項、第87條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 98 年 1 月 16 日
民事第二庭 審判長法官 許秀芬
法官 吳美蒼
法官 林宗成

上正本證明與原本無異。
不得上訴。

中 華 民 國 98 年 1 月 16 日
書記官