

裁判字號：臺灣高等法院 102 年上國易字第 25 號民事判決

裁判日期：民國 103 年 08 月 26 日

裁判案由：國家賠償等

臺灣高等法院民事判決

102年度上國易字第25號

上訴人 謝顏月嬌
謝梅紅

兼 共 同

訴訟代理人 謝光隆

上訴人 謝宗宸

法定代理人 郭滿姣

兼上一人

訴訟代理人 謝光隆

被上訴人 臺北市政府

法定代理人 郝龍斌

訴訟代理人 張珮琦律師

複代理人 許培恩律師

上列當事人間請求國家賠償等事件，上訴人對於中華民國102年9月3日臺灣臺北地方法院102年度國字第42號第一審判決提起上訴，並為訴之追加及減縮聲明，本院於103年8月12日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴及追加之訴駁回。

第二審及追加之訴訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

- 一、本件上訴人謝顏月嬌、謝梅紅、謝宗宸、謝光隆（合稱為上訴人，以下若單指其中一人，則各稱其名）於原審起訴主張被上訴人所屬工務局衛生下水道工程處（下稱工務局衛工處）施作污水下水道分管工程（下稱系爭工程）時，疏於防免危險之發生，致謝顏月嬌、謝宗宸所有房屋受損，且擅自於謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆所有之土地埋設管線，依民法第794條規定請求被上訴人賠償修復屋損之費用新臺幣（下同）12萬0,300元，另依民法第786條、第184條、第189條、第191條、國家賠償法第2條及下水道法第14條規定，請求被上訴人自民國（下同）100年6月10日起，每年給付47萬8,800元之使用土地償金或賠償金（見原審卷第1-2頁、第42頁）〔依下水道法第14條規定請求償金部分，業經原法院裁定移送臺北高等行政法院（下稱北高行政法院），不在本件審理範圍〕。惟謝宗宸為00年00月00日生，有戶籍謄本可稽（見本院卷第18頁），係未成年人，依民法第1086條第1項、第

1089條第1項前段規定，對於謝宗宸之權利義務，應由謝光隆、郭滿姣共同行使或負擔之，本件逕由其父親謝光隆代為起訴，核屬未經合法代理，其母親郭滿姣既已於本院追認謝宗宸之本件起訴（見本院卷第41頁），是謝宗宸於原審訴訟上之瑕疵已經補正，先予敘明。

- 二、嗣本院審理中，謝顏月嬌、謝宗宸基於施作系爭工程造成屋損之同一事實，追加依國家賠償法第2條第2項前段、類推適用民法第794及第191條之規定為請求（見本院卷第15頁背面、第33頁、第41頁背面、第69頁背面、第137頁背面），就支付使用償金或賠償金部分，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆將自100年6月10日起每年給付使用土地補償金或賠償金之請求，減縮為請求自100年6月10日至101年6月9日止之使用補償金（見本院卷第69頁），復追加依國家賠償法第2條第2項後段及類推適用民法第786條之規定為請求（見本院卷第136頁正背面），經核與民事訴訟法第446條、第255條第1項第2款及第3款之規定並無不合，均應准許之。

貳、實體方面：

- 一、上訴人主張：訴外人鎮源營造有限公司（下稱鎮源公司）向被上訴人所屬工務局衛工處承攬系爭工程後，竟違反營造業法第37條、第38條規定，未依下水道法第14條及同法施行細則第7條規定選擇損害最少之方法，未施作必要之防護、支撐措施，亦未事先進行相關權屬、屋況調查並予告知，於100年6月間率爾在臺北市○○區○○路○巷○○號、22號房屋前施作系爭工程，導致謝顏月嬌、謝宗宸所有之18號1樓房屋（下稱系爭房屋，應有部分依序為64分之63、64分之1）前院圍牆傾斜，並使該屋屋頂雨遮支架崩離、雨遮下陷，致屋頂及雨遮失去應有之避雨功能，同時造成前院地坪及圍牆龜裂。又工務局衛工處未依下水道法第14條及同法施行細則第7條規定支付通過謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆所有之坐落臺北市○○區○○段○○段000地號土地（下稱系爭土地，應有部分依序為2分之1、4分之1、4分之1）之償金，即令鎮源公司於系爭土地埋設管渠，顯怠於執行職務，且無法律上原因受有使用系爭土地之利益，並侵害謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆之土地所有權，另應依土地徵收條例第58條第5項所定補償標準，支付彼等按土地公告現值10%計算之償金或賠償金。鎮源公司既為系爭工程承攬人，依民法第224條規定，被上訴人應負同一損害賠償或返還不當得利之責。爰依民法第794條規定規定，並追加依國家賠償法第2條第2項前段、類推適用民法第794條及第191條之規定，請求賠償修復系爭房屋受損費用12萬0,300元，另依國家賠償法第2條第2項前段、民法第184條、第179條、第189條但書、第191條第1項、民法第786條規定，並追加依國家賠償法第2條第2項後段及類推適用民法第786條規定，請求被上訴人支付使用系爭土地償金、賠償或不當得利47萬8,800元等語。並聲明：

(一)被上訴人應給付謝顏月嬌、謝宗宸12萬0,300元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)被上訴人應自100年6月10日起，每年給付謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆47萬8,800元〔已於本院減縮為請求給付47萬8,800元，如後三、所述〕。

二、被上訴人則以：謝宗宸並未依國家賠償法第10條第1項之前置程序請求賠償，起訴之程序於法已有未合；系爭工程係工務局衛工處交由鎮源公司承攬施作，並非公務員行使公權力行為，縱有國家賠償法之適用，工務局衛工處始為賠償義務機關，上訴人逕對伊起訴，當事人顯不適格。又伊並非系爭房屋坐落基地之鄰地所有人，並無適用民法第794條、第786條之餘地，鎮源公司替上訴人修復落地鋁門窗及大門，僅因上訴人之陳情及基於敦親睦鄰因素，並非承認上訴人所稱屋損係鎮源公司所造成。且系爭房屋之損害於94年間便已存在，該屋損與系爭工程並無相當因果關係，上訴人不得請求賠償。縱得請求，上訴人迄未證明確切之損害數額，其之請求亦屬無據。況上訴人於100年6月間即知受有所稱之損害，至102年7月18日始行起訴，102年11月20日始追加依民法第191條第1項規定為請求，均已逾2年之時效規定，伊自得拒絕賠償。另於公、私有土地下埋設管渠或其他設備，土地所有人不得拒絕，為下水道法所明定，系爭工程之施工自有法律上之原因，至使用償金部分，復經工務局衛工處作成支付償金之處分，更無侵權行為或不當得利可言等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，並為上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應給付謝顏月嬌、謝宗宸12萬0,300元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(三)被上訴人應給付謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆47萬8,800元。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項（見本院卷第125頁正背面）：

(一)系爭房屋為謝顏月嬌、謝宗宸所有，應有部分比例依序為64分之63、64分之1（見原審卷第6頁、本院卷第48-49頁）。

(二)系爭土地為謝顏月嬌、謝光隆、謝梅紅所有，應有部分比例依序為2分之1、4分之1、4分之1（見原審卷第15頁）。

(三)鎮源公司向被上訴人所承攬之系爭工程於100年6月間施作完成，因謝光隆以該公司之施工損及系爭房屋及系爭土地為由向臺北市議員陳情，乃先後於100年6月9日、101年11月1日辦理現場會勘（見原審卷第7-11頁）。

(四)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆於102年5月16日依國家賠償法第2條規定，以書面請求工務局衛工處賠償系爭房屋因前項施工所致之損害並支付系爭土地之使用補償費，經工務局衛工處於102年7月11日拒絕賠償（見本院卷第52-67頁、原審卷第12-13頁）。

(五)上訴人於102年7月19日提起本訴（見原審卷第1頁）。

(六)上訴人依下水道法第14條、土地徵收條例第58條第5項規定請求被上訴人支付使用系爭土地補償費，經原法院於102年9月3日以102年度國字第42號裁定移送北高行政法院，北高行政法院於103年5月14日以102年度訴字第1480號判決駁回上訴人之起訴（見本院卷第117-120頁），上訴人未上訴已經確定。

五、上訴人主張工務局衛工處未踐行下水道法第14條及同法施行細則第7條規定之程序，即將系爭工程交由鎮源公司承攬，鎮源公司復未依相關規定，於100年6月間率爾在臺北市○○區○○路○巷○○號、22號房屋前施作系爭工程，導致謝顏月嬌、謝宗宸所有之系爭房屋受損，並侵害謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆所有之系爭土地，被上訴人應負損害賠償責任、支付償金，或返還使用系爭土地之不當利益等情，為被上訴人所否認，並辯以前揭情詞。是本件所應審酌者為：(一)上訴人僅以被上訴人為被告，當事人適格有無欠缺？(二)謝顏月嬌、謝宗宸依國家賠償法第2條第2項前段、民法第794條、類推適用該規定，或類推適用民法第191條規定，請求被上訴人賠償系爭房屋受損之損害，有無理由？(三)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依國家賠償法第2條第2項、民法第184條、第179條、第189條但書、第191條第1項、民法第786條或類推適用該規定，請求被上訴人賠償、使用系爭土地之損害、償金，或返還不當利益，有無理由？茲論述如下：

(一)上訴人僅以被上訴人為被告，當事人適格有無欠缺？

1.按當事人之適格，指當事人就特定訴訟標的有實施訴訟之權能而言，此項權能之有無，應依當事人與特定訴訟標的之關係定之（最高法院26年渝上字第639號判例參照）。在給付之訴，原告祇須主張自己有給付請求權，對於其主張有給付義務之被告提起，即為當事人適格。至原告是否確為權利人，被告是否確為義務人，乃訴訟實體上有無理由之問題，並非當事人適格之欠缺。又當事人是否適格，應以原告主張之事實為準，非以法院判斷之結果為準。

2.上訴人主張工務局衛工處為被上訴人所屬之機關，遂以被上訴人為起訴對象；被上訴人則抗辯工務局衛工處始為賠償義務機關，上訴人以其為被告請求國家賠償，當事人顯不適格云云。查，工務局衛工處有組織法之依據，且有對外為意思表示之權限，雖據被上訴人提出組織規程、決標公告及工程契約為證（見本院卷第162-163頁、第158-159頁、第164-181頁），惟上訴人認被上訴人應負國家賠償責任，將被上訴人列為對造，提起本件訴訟，迭經上訴人陳明，揆之前揭說明，本件之當事人適格即無欠缺，至被上訴人是否確為賠償義務機關，則屬訴有無理由之問題。被上訴人所辯尚有未洽，並非可取。

(二)謝顏月嬌、謝宗宸依國家賠償法第2條第2項前段、民法第794條、類推適用該規定，或類推適用民法第191條、請求被上

訴人賠償系爭房屋受損之損害，有無理由？

1.依國家賠償法第2條第2項前段為請求部分：

- (1)接受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第4條第1項前段、第2條第2項前段分別定有明文。惟按行政契約與私法契約之區別，係以其發生公法或私法上權利義務變動之效果為斷。凡不得作私法契約標的之事項，而以契約型態作成時，自應視之為行政契約，若契約標的在性質上非私法契約或行政契約所獨佔，則應參酌契約目的之所在，判斷其屬性。遇有爭議情形，可依下列標準：(1)契約之一方為行政機關。(2)契約之內容係行政機關一方負有作成行政處分或高權的事實行為之義務。(3)執行法規規定原本應作成行政處分，而以契約代替。(4)涉及人民公法上權利義務關係。(5)約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方之條款，使行政機關享有特權或優勢之約定；為綜合判斷。是公權力依法得以行政契約方式執行，然其公權力授與之目的，在於與受授權人建立公法之法律關係，並使其如同行政機關對外行使公權力，執行行政任務。如行政機關以承攬契約或類似之私法契約，委託民間業者完成特定之行政任務，而非行政機關與受授權人建立公法之法律關係，並使其如同行政機關對外行使公權力，執行行政任務者，如修築道路、清理垃圾等，均非公權力之受託人，其所為之行為自非行使公權力（最高法院95年台上字第1445號判決意旨參照）。

- (2)謝顏月嬌、謝宗宸主張鎮源公司於系爭房屋前之鄰地挖掘土地時，疏於施作防免危險發生之相關安全措施，且監督不周，致系爭房屋受損，鎮源公司為被上訴人之使用人，被上訴人應依國家賠償法第2條第2項前段規定負賠償責任云云；被上訴人則抗辯鎮源公司非伊所屬公務員，亦無受託行使公權力，僅基於該公司與工務局衛工處之私法承攬契約關係承作系爭工程，無國家賠償法適用餘地等語。茲分述之：

- ①謝顏月嬌、謝宗宸主張鎮源公司施作系爭工程違反營造業法第37、38條規定，被上訴人就鎮源公司之過失負同一責任，應依國家賠償法第2條第2項前段規定賠償其等之損害云云。查，工務局衛工處與鎮源公司於98年8月26日簽訂工程契約，約定由鎮源公司施作第2期松山及信義區（98年度永吉國中附近）之分管網路工程（即系爭工程），有上訴人決標公告及工程契約可稽（見本院卷第158-159頁、第164-181頁），且為上訴人所不爭執，足見工務局衛工處係以承攬之私法契約，委託鎮源公司完成下水道分管網路之工作，核非工務局衛工處與鎮源公司建立公法之法律關係，並使鎮源公司如同工務局衛工處對外行使公權力，執行行政任務。揆之前揭說明，鎮源公司自非公權力之受託人，其所為之行為，應非

公權力之行使。則謝顏月嬌、謝宗宸主張其等所有系爭房屋因鎮源公司之施工受有損害，依國家賠償法第2條第2項前段規定，請求賠償系爭房屋受損之12萬0,300元，於法顯然未合，不應准許。

- ②謝顏月嬌、謝宗宸又主張工務局衛工處未盡監督鎮源公司之責，應負過失執行施作下水道職務之國家賠償責任，並以照片及估價單為證（見原審卷第3-5頁、第14頁、第48頁）。惟按民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院17年上字第917號判例參照）。查，前揭照片及估價單充其量僅能證明系爭房屋之地坪與牆面龜裂、雨遮支架崩離，至於造成之原因為何，工務局衛工處如何監督不周，謝顏月嬌、謝宗宸既未進一步舉證，依前揭舉證責任之說明，其等此項主張即不足據。故不論謝顏月嬌、謝宗宸指稱之損害是否已經被上訴人證明係94年間施工所造成，仍難認其等之請求為有理。

- ③謝顏月嬌、謝宗宸另主張被上訴人已於100年6月8日之協調會中當場承認鎮源公司施工不當造成損害，繼於102年12月30日準備程序中陳稱「被上訴人確實沒有其他證明方式足以證明損害係94年間造成」，顯就施工不當造成屋損之事實為自認，被上訴人仍依國家賠償法第2條第2項前段規定而為賠償云云。然所謂自認，係指當事人對於他造主張不利於己之事實，在訴訟上承認其為真實或積極而明確的表示不爭執而言。查，工務局衛工處100年6月21日北市工衛松字第00000000000號函說明二僅記載：「有關松隆路9巷18號、22號因污水下水道分管工程施工致鄰損案，經協調本處施工廠商鎮源營造有限公司將就達成協議之損壞部分進行修復」（見原審卷第9頁），非惟無鎮源公司承認施工不當造成如本件所主張之損害之敘述，依鎮源公司101年11月1日會勘時所表明：「☐經現場勘查，就該建物裂縫尚無法斷言全然為本公司施工所致。☐本公司將先行調閱前附近新建大樓施工時鄰房鑑定報告以釐清責任歸屬，屆時再請召開協調會議」（見原審卷第11頁），鎮源公司斯時顯認為未經調查，責任歸屬尚未釐清，此參以是次會議結論：「有關本鄰損案本處施工廠商鎮源營造有限公司表示因目前尚無法確定其責任歸屬，請施工廠商鎮源營造有限公司儘速配合於101年11月20日前提出相關佐證資料憑辦後續協調事宜，以維住戶權益」，更足徵之。故本件不得單憑前揭會議紀錄，即為被上訴人曾為不利己之陳述。另細觀102年12月30日準備程序筆錄，受命法官詢問：「可否提出原審卷24至36頁被證1臺北市結構工程公業技師公會(94)北結技師鑑字第1716、1716-1號鑑定報告正本？或以何方法證明上訴人主張之損害係94年間之損害？」，被上訴人雖答稱：「被上訴人確實沒有其他證明方式，其

餘另具狀」等語（見本院卷第70頁），然造成系爭房屋受損之原因不一，則即令被上訴人未能證明謝顏月嬌、謝宗宸指稱之裂縫係94年間施工所造成，亦無法據以推論該損害係鎮源公司施工所致，故仍無法認被上訴人已為自認。謝顏月嬌、謝宗宸片面擷取協調會之結論與被上訴人之陳述，遽為被上訴人已自認之主張，洵非正當，其等請求被上訴人負擔國家賠償之責云云，亦非法所能許。

2.依民法第794條、類推適用該規定，或類推適用民法第191條規定為請求部分：

(1)按「土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損害。」民法第794條定有明文；「土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任。但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺，或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。」民法第191條亦有明定。惟所謂設置有欠缺，係指土地上之建築物或其他工作物，於建造之初即存有瑕疵而言。所謂保管有欠缺，係指於建造後未善為保管，致其物發生瑕疵而言。

(2)謝顏月嬌、謝宗宸主張被上訴人有防止損及施工鄰地所有人之財產權利之義務，系爭房屋之完整性因鎮源公司之不當施工受損，茲依民法第794條、類推適用該規定請求賠償，縱不能類推適用民法第794條規定，亦可類推適用民法第191條規定請求被上訴人賠償云云；被上訴人則抗辯其非系爭房屋之鄰地所有人，自無依民法第794條或類推適用該規定請求賠償之餘地，又謝顏月嬌、謝宗宸於102年11月21日始追加類推適用民法第191條之規定，已逾2年時效，其得拒絕賠償等語。茲分述之：

①謝顏月嬌、謝宗宸雖依民法第794條規定請求賠償，但被上訴人抗辯其非系爭房屋或系爭土地之鄰地所有人等語，為謝顏月嬌、謝宗宸所不否認，則此項主張，與民法第794條之要件顯然不符，其等據以請求被上訴人賠償，自屬不應准許。

②謝顏月嬌、謝宗宸又主張其得類推適用民法第794條規定請求賠償，縱不得依之請求，民法第191條第1項規定亦得類推適用之云云。惟所謂類推適用，係指就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞之方法而言。未經法律規範之事項，是得否類推適用某項法律規定，應先探求某項法律規定之規範目的即立法理由，其次再判斷得否基於「同一法律理由」，依平等原則將該法律規定類推及於該未經法律規範之事項。查，被上訴人非系爭房屋鄰地之所有人，既未據謝顏月嬌、謝宗宸予以爭執，其等與被上訴人間即無相鄰關係，與民法第794條之規定即不具類似性。至鎮源公司完成所移

交之下水道管路係被上訴人所有，雖經被上訴人陳述在卷（見本院卷第123頁背面），但依謝顏月嬌、謝宗宸所陳之其等係以管線施工致系爭房屋受損為由請求賠償（見本院卷第123頁背面），顯非下水道建造之初所存之瑕疵，或建造完成後疏於保管之瑕疵造成之損害，其等所為主張與民法第191條第1項規定亦不具類似性。且民法及下水道法就下水道之施作非無相關之規範，亦無基於相當平等正義之要求為相同處理之必要。揆諸前揭說明，自不得類推民法第794條、第191條第1項規定為本件之請求。至民法第191條第2項則為土地所有人之求償權，謝顏月嬌、謝宗宸依之請求，亦無理由。

3.依上所述，被上訴人與謝顏月嬌、謝宗宸無相鄰關係，且被上訴人就系爭工程所施作之下水道管渠亦無何設置或保管欠缺之情，謝顏月嬌、謝宗宸依國家賠償法第2條第2項前段、民法第794條、類推適用該規定，或類推適用民法第191條規定，請求被上訴人賠償，於法均有未合，難認有理。

(三)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依國家賠償法第2條第2項、民法第184條、第179條、第189條但書、第191條第1項、民法第786條或類推適用該規定，請求被上訴人賠償使用系爭土地之損害、償金或返還不當利益，有無理由？茲論述如下：

1.依國家賠償法第2條第2項、民法第184條及第179條規定為請求部分：

(1)按公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，除其他法律有特別規定外，祇能依據國家賠償法之規定向國家請求賠償，要不能依民法第184條侵權行為之規定向國家請求賠償（最高法院85年度台上字第1556號判決參照）；又公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。國家賠償法第2條第2項雖有明文。惟國家機關依國家賠償法負賠償責任，係以其所屬公務員行使公權力之行為，具違法性為前提要件（最高法院95年台上字第1864號判決意旨參照）；另所謂不當得利，依民法第179條規定，係以當事人無法律上原因而受利益，致他方受損害為成立要件。如當事人之受利益有其法律上之原因者，即不生不當得利之問題。

(2)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆主張工務局衛工處未踐行下水道法第14條及同法施行細則第7條規定之通知支付償金程序，即令鎮源公司開挖系爭土地埋設管渠，侵害其等對系爭土地之所有權，被上訴人應負國家賠償法第2條第2項、民法第184條之賠償責任，或應依民法第179條規定返還使用系爭土地之不當利益云云；被上訴人則抗辯工務局衛工處之公務員執行職務行使公權力如有因故意過失侵害人員權利情形，僅得依國家賠償法請求賠償，又工務局衛工處係依下水道法相

關規定發包系爭工程予鎮源公司施作，已作成支付償金之處分，即無不法，亦非無法律上原因，且謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆於103年7月21日始追加依國家賠償法第2條第2項後段之規定為請求，已逾2年，其得拒絕賠償等語。查：

- ①謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆既迭稱工務局衛工處執行公權力侵害系爭土地所有權，其等逕依民法第184條規定請求賠償，依上開說明，顯有未合，不應准許。
- ②依下水道法施行細則第7條規定，工務局衛工處於鎮源公司施作系爭工程前，應於工程計畫訂定後，以書面通知土地所有人、占有人或使用人。前項通知書應記載下列事項：「①預定開工日期。②施工範圍。③埋設物之尺寸及構造。④施工方法。⑤施工期間。⑥償金。⑦償金支付日期及領取償金時所應提示之證件。」，卻未通知，為兩造所不爭，雖堪以認定。惟下水道法第14條第1項前段明定：「下水道機構因工程上之必要，得在公、私有土地下埋設管渠或其他設備，其土地所有人、占有人或使用人不得拒絕。」，則工務局衛工處委由鎮源公司於系爭土地施作系爭工程，核屬公權力之正當行使，要無不法可言，且有其法源依據。工務局衛工處雖未於施工前以書面通知上訴人，惟其業依下水道法第14條第1項及臺北市○於○○道法施行細則第10條授權發布之「臺北市市政府舉辦下水道工程使用土地支付償金或補償金基準」第2條規定，於102年8月16日辦理系爭土地使用補償金確認會勘，再於102年8月27日、同年12月12日檢送現場會勘紀錄、會勘紀錄暨補償費請領書，其後未據謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆對該核定使用補償金之處分提出異議等情，有北高行政法院102年度訴字第1480號判決可證（見本院卷第119頁），復經本院依職權調取上開卷宗查明，工務局衛工處已完成應盡之公法義務，甚為明確。揆之前揭說明，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依國家賠償法第2條第2項、民法第179條規定而為請求，亦有未當，仍非有理。
- ③另按「國家因興辦臨時性之公共建設工程，得徵用私有土地或土地改良物。」「徵用土地或土地改良物，應自公告徵用之日起計算使用補償費，並於公告期滿後十五日內一次發給所有權人、地上權、典權、不動產役權、農育權、永佃權或耕作權人；其每年補償費，土地依徵用公告期滿第十五日之公告土地現值百分之十計算，土地改良物依徵收補償費百分之十計算；徵用期間不足一年者，按月計算之；不足一月者，按日計算之。」，為土地徵收條例第58條第1項、第5項所明定；而「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。」，亦經土地法第97條第1項予以明文。惟本件下水道管渠尚非臨時性使用，核與徵用之概念有間，且基於保護水域水質以改善國民生活環境，增進公共福利之公益目的，對於下水道之建設與管理，下水道法第14條已賦與得通過私人土地之權限，就此造成土地所有人

之損失，該條項但書亦有依法補償之規定，自無所謂比照前揭規定請求支付償金、賠償金或不當得利之權利。況謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆究受有如何之損害，未據進一步之舉證，由此益徵其等之請求為法所不能准許。

2.依民法第189條但書、第191條第1項規定為請求部分：

(1)按「承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者，不在此項」民法第189條定有明文。惟承攬人為承攬事項，加害於第三人者，定作人除於定作或指示有過失外，不負賠償之義務（最高法院18年上字第2010號判例參照）。是謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆就被上訴人有何「定作」或「指示」之過失，負有證明之責。又「土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負損害賠償責任。但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺，或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限」，亦為民法第191條第1項所明定。是工作物所有人之責任，係以對工作物之設置或保管有欠缺為基礎。

(2)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆主張承攬系爭工程之鎮源公司擅自於系爭土地埋設管渠，侵害其等對系爭土地之使用，工務局衛工處之指示顯有過失，應依民法第189條但書、第191條第1項規定負責云云。惟工務局衛工處係依下水道法第14條規定而進行系爭工程之招標、決標等事務，既於前述，鎮源公司於系爭土地埋設管渠，不僅難認違法，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆就工務局衛工處對鎮源公司之「定作」或「指示」有何不當，復未舉證證明之，此項主張顯乏依據，不足為取。至被上訴人應否負工作物所有人之責，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆就本件下水道建造之初，或建造完成後疏於保管存有瑕疵致其等之系爭土地所有權遭侵害，既未為任何之舉證，其等依民法第191條第1項規定而為請求，自仍無理。

3.依民法第786條第1項或類推適用該規定為請求部分：

(1)按「土地所有人非通過他人之土地，不能設置電線、水管、瓦斯管或其他管線，或雖能設置而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而設置之。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並應支付償金。」民法第786條第1項定有明文。又所謂類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似事項之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，倘無法律漏洞，自不生類推適用而補充之問題，前亦敘及。

(2)謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆又主張被上訴人將下水道埋設於系爭土地，應比照土地徵收條例第58條第5項、土地法第97條之規定給付償金云云。惟民法第786條第1項係土地相鄰關係之規定，被上訴人非系爭土地鄰地之所有人，為不爭之情，且下水道法第14條已有支付償金之規定，即無法律未規定之事項，應比附援引民法第786條第1項規定之法律漏洞情形

。依上開說明，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依民法第786條第1項規定或類推適用該規定，請求被上訴人給付使用系爭土地之償金，亦非法所許。

4.依上所述，鎮源公司施作之下水道管渠雖貫穿系爭土地，但工務局衛工處執行職務乃依法有據，其使用系爭土地所作支付償金之處分亦已確定，且乏工務局衛工處定作或指示不當，或設置、保管欠缺之事證，更無法律規範漏洞而得依相鄰關係主張權利之依據，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依國家賠償法第2條第2項、民法第184條、第179條、第189條但書、第191條第1項，民法第786條第1項或類推適用該條規定為請求，均無理由。

六、從而，謝顏月嬌、謝宗宸依民法第794條規定，並追加依國家賠償法第2條第2項前段、類推適用民法第794條及類推適用民法第191條之規定，請求被上訴人給付12萬0,300元，及自起訴狀繕本送達翌日起之法定遲延利息，謝顏月嬌、謝梅紅、謝光隆依國家賠償法第2條第2項前段、民法第184條、第179條、第189條但書、第191條第1項、民法第786條規定，並追加依國家賠償法第2條第2項後段及類推適用民法第786條規定，請求被上訴人給付47萬8,800元，均屬無據，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，及駁回其假執行之聲請，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，及所為訴之追加，均無理由，應予駁回。

七、被上訴人雖另抗辯上訴人提起本訴未踐行國家賠償法第10條之前置程序，惟上訴人之各項請求均非有理，自無加以審酌之必要，又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提其他證據，於判決結果不生影響，亦不另一一論斷，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴及追加之訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 103 年 8 月 26 日
民事第十五庭

審判長法 官 郭瑞蘭
法 官 陳雅玲
法 官 許純芳

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 103 年 8 月 26 日
書記官 任正人