臺灣屏東地方法院民事判決

113年度訴字第98號

原　　告
即反訴被告　李正忠
　　李正安
上二人共同
訴訟代理人　吳澄潔律師
被　　告
即反訴原告　康榮祥
訴訟代理人　陳星宇律師
受
告知訴訟人　朱家煌

上列當事人間確認通行權存在等事件，本院於中華民國114年3月14日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、確認原告就被告所有如附圖一所示編號000區域面積17點81平方公尺土地及編號000-1(1)區域面積8點57平方公尺土地有通行權。

二、被告應容任原告於上項土地上鋪設柏油，暨於土地下方埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，被告並不得有妨害原告前開權利行使之行為。

三、訴訟費用由被告負擔。

四、本判決主文第二項，於原告以新臺幣199,000元為被告預供擔保後，得假執行；惟被告如以新臺幣599,083元為原告預供擔保後，得免假執行。

五、原告其餘假執行之聲請駁回。

六、反訴被告應給付反訴原告新臺幣648元，及自民國113年2月17日起迄清償之日止，按週年利率百分之5計算之利息。

七、上項反訴被告之給付義務，於反訴被告其中任一人為給付後，其餘反訴被告於給付範圍內，同免給付義務。

八、反訴原告其餘之訴駁回。

九、反訴訴訟費用由反訴被告連帶負擔百分之4，餘由反訴原告負擔。

十、本判決主文第六項得假執行；惟反訴被告如以新臺幣648元為反訴原告預供擔保後，得免假執行。

十一、反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序事項

一、按訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。第一項情形，第三人未參加或承當訴訟者，當事人得為訴訟之告知；當事人未為訴訟之告知者，法院知悉訴訟標的有移轉時，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知第三人。民事訴訟法第254條第1項、第4項定有明文。查被告康榮祥本為坐落屏東縣○○市○○段000地號土地、同段000地號土地、同段000地號土地（重測前分別為○○段000-1、000-3、000-29地號土地，下分稱其地號）之所有權人(地籍圖詳本院卷一第27頁)。嗣於本件訴訟繫屬中，被告康榮祥將000、000地號土地合併成為000地號土地後，又分割出000、000-1地號地號土地(其坐落即如本判決附圖一)，並將其中000地號土地出售予朱家煌而辦妥所有權移轉登記。原告嗣於114年2月17日具狀本院聲請對朱家煌為訴訟告知，本院亦已依職權於113年7月11日發函通知朱家煌為本件訴訟告知(本院卷一第359至368-1頁)，惟迄至本件最末審理期日止，未據朱家煌同意承當本件訴訟，兩造就此亦無異議，本件即仍由被告康榮祥為本訴部分應訴暨反訴部分實施，合先說明。

二、按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。民事訴訟法第259條及第260條第1項分別定有明文。又民事訴訟法第260條第1項所稱之「相牽連」，係指為反訴標的之法律關係與本訴標的之法律關係間，或為反訴標的之法律關係與作為本訴防禦方法所主張之法律關係

間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有其共通性或牽連性者而言。查原告起訴請求確認其就原為被告所有之000、000、000土地有通行權存在；被告則於言詞辯論終結前提起反訴，主張上開土地業遭原告無權占用並設有圍牆、鐵門等地上物，並請求原告將其地上物拆除騰空返還上開土地。經核本訴及反訴之請求，均係基於上開土地通行所生之糾紛，堪認反訴標的與本訴標的之法律關係，在法律及事實上關係密切，審判資料有其共通性而相互牽連，且反訴非專屬他法院管轄，並得與本訴行同種訴訟程序，則被告提起反訴，於法即無不合，應予准許。

三、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款定有明文。查原告起訴時聲明原為：（第1項）確認原告就被告所有000、000、000土地，如附圖所示著紅色區域部分之土地有通行權存在。（第2項）被告應容忍原告於前項所示通行權存在範圍之土地鋪設柏油以供通行，及埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，並不得妨害原告通行及設置前開管線之行為。(第3項)願供擔保，請准假執行宣告。嗣於114年2月18日具狀並以先、備位聲明變更如下：**㈠先位聲明**：①確認原告就被告所有000、000-1土地，如屏東縣屏東地政事務所113年7月3日複丈成果圖（本院卷二第7頁，即本判決附圖一）所示編號000（面積17.91平方公尺）、編號000-1(1)（面積8.57平方公尺）之土地，有通行權存在。②被告應容忍原告於前項所示通行權存在範圍之土地，鋪設柏油以供通行，及埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，並不得妨害原告通行及設置前開管線之行為。③原告願供擔保，請准假執行宣告。**㈡備位聲明**：①確認原告就被告所有000、000、000-1地號土地，如屏東縣屏東地政事務所113年7月3日複丈成果圖（本院卷二第9頁，即本判決附圖二）所示編號000(1)（面積15.57平方公尺）、編號000-1(1)（面積8.48平方公尺）、編號000(1)（面積2.92平方公尺）之土地，有通

行權存在。②被告應容忍原告於前項所示通行權存在範圍之土地，鋪設柏油以供通行，及埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，並不得妨害原告通行及設置前開管線之行為。③原告願供擔保，請准假執行宣告。經核，原告上開訴之變更，均係以其所有之土地得以通行對外而為主張，揆諸上開規定，於法尚無不合，應予准許。

乙、實體方面

壹、本訴部分：

一、原告主張：

㈠緣坐落屏東縣○○市○○段0000○○○○○○段000000地號)地號、同段000(即重測前○○段000-2地號)地號2筆土地為原告共有，被告則為前開2筆土地東側之同段000(即重測前○○段000-1地號)、000(即重測前○○段000-3地號)、000(即重測前○○段000-29地號)地號3筆土地之所有權人【按000、000二筆地號均為114年1月7日(本件訴訟繫屬中)合併分割前之原地號。嗣被告於前開期日，申請就該2筆土地為合併分割後，現狀即如附圖一所示之同段000、000-1地號土地(原000地號土地經抹消而不再沿用)，其坐落與合併分割前原000、000地號位置不同；合併分割前之原000、000地號土地坐落位置，詳參本院卷一第121頁地籍圖。至000地號部分則未有更動】。查000、000地號土地為袋地，無從對外聯絡，兩造遂於民國76年12月3日，就被告所有之重測前000-3地號土地【按此處所指重測000-3地號土地範圍非僅指114年1月7日合併分割前之000地號土地，尚包括000地號土地之全部面積，因000地號土地(即重測前000-29地號)係於91年7月11日始自000-3地號土地分割出來，本院卷一第182、189頁異動索引參照】合意簽定「巷道共同使用同意書」（下稱系爭76年同意書），被告同意無償提供該土地最南側如同意書附圖所示約8坪大小範圍，供原告所有之前開2土地對外聯繫屏東市金城街，上開兩造合意通行範圍，即如本件實測後之附圖一所示編號000區域17.81平方公尺、000-1(1)區域8.57

平方公尺範圍。嗣兩造為進一步確認前揭袋地通行事宜，雙方又於91年8月10日另合意簽署「協議書」1紙（下稱系爭91年協議書），約定被告同意將91年7月11日分割自000-3地號土地之同段000-29地號土地【按即現狀000地號土地】，移轉所有權登記與原告，以便原告仍依現狀通行對外聯繫，原告並應依約支付複丈費、代書費、歷來地價稅等費用以為對價。嗣雙方因故未能依系爭91年協議書約定辦妥000-29地號土地之所有權移轉登記，惟原告仍依系爭76年同意書約定方式繼續對外通行如附圖一所示編號000、000-1(1)範圍土地迄今，足見兩造間就前揭通行範圍，本有使用借貸關係存在。嗣於110年12月15日，經原告持系爭91年協議書請求被告履約移轉000-29地號即重測後000地號土地之所有權與原告時，竟遭原告拒絕；更有甚者，屏東市自來水管普遍設施需經由重測後000、000、000地號土地方能進入原告之000、000土地，原告為此曾於112年6月26日向屏東市調解委員會提出自來水管線裝設之調解聲請，亦遭被告拒絕配合。然兩造既簽有系爭76年同意書及系爭91年協議書而有使用借貸關係存在，被告即負有履約義務，除應容任原告通行如附圖一所示前揭區域範圍土地外，原告本於000、000地號土地所有權人地位，亦得依民法第788條第1項前段規定，主張於其上開設道路鋪設柏油路面，及依同法第786條第1項前段規定，主張於前揭通行範圍土地上、下方設置管線。

㈡退而言之，縱認原告本件不足以藉由系爭76年同意書、系爭91年協議書簽立，主張使用借貸關係存在而無償通行如附圖一所示之前揭範圍被告土地，然查，原告所有000、000地號土地確屬袋地無訛，又此2筆土地與被告所有之114年1月7日合併分割前000、000、000地號3筆土地，係源於同一母地號先後分割而出，依民法第789條第1項規定，亦僅能通行受讓人或讓與人分割之所有地即前揭3筆土地對外聯絡，從而原告依民法袋地通行權等規定，亦可主張通行被告所有如附圖二所示編號000(1)、000-1(1)、000(1)區域範圍土地對外聯

繫，並依前述民法第788條第1項前段、第786條第1項前段等規定，於附圖二前揭區域範圍之土地上、下分別鋪設柏油路及設置管線。

㈢綜上，原告先位主張以民法第464條、第470條第1項使用借貸關係及同法第767條、第786條第1項前段、第788條第1項前段之土地相鄰關係為請求權基礎；備位則以民法第767條、第787條、第789條第1項、第786條第1項前段、第788條第1項前段之袋地通行權及土地相鄰關係為請求權基礎，提起本件訴訟。**先位部分聲明**：①確認原告就被告所有坐落屏東縣○○市○○段000地號、000-1地號土地，如附圖一所示編號000（面積17.91平方公尺）、編號000-1(1)（面積8.57平方公尺）之土地，有通行權存在。②被告應容任原告於前項所示通行權存在範圍之土地，鋪設柏油以供通行，及埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，並不得妨害原告通行及設置前開管線之行為。③願供擔保請准宣告假執行。**備位部分聲明**：①確認原告就被告所有坐落屏東縣○○市○○段000地號、000地號、000-1地號土地，如附圖二所示編號000(1)（面積15.57平方公尺）、編號000-1(1)（面積8.48平方公尺）、編號000(1)（面積2.92平方公尺）之土地，有通行權存在。②被告應容任原告於前項所示通行權存在範圍之土地，鋪設柏油以供通行，及埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，並不得妨害原告通行及設置前開管線之行為。③願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠重測前原000-3地號土地，係被告母親於69年6月20日出資承購，於69年9月12日移轉登記於伊之名下，並於該土地上興建鋼製傢具工廠營業使用。76年12月22日上午8時30分許，原告持系爭76年同意書闖進工廠內，企圖逼迫伊出面簽署。因斯時伊於外地念書而不在工廠，原告遂轉向威脅、打罵被告父親即訴外人康兩守，逼迫康兩守需持被告印章於同意書上用印，康兩守迫於無奈，最終僅以自己之印章用印。嗣後

康兩守因擔心家人安危，從未告知上情，直至康兩守死亡後，伊於101年間整理其遺物時，赫然發現康兩守之親筆信件後方知上情。系爭76年同意書所載內容既未經伊之承諾，且其上亦無本人之簽名用印，復未授權康兩守得代理伊簽署，是該內容自不得拘束伊，從而原告2人依使用借貸之法律關係而為主張，自屬無據。至系爭91年協議書部分，係因當時伊慮及父親年邁力衰，兄弟姐妹對於工廠又無接手意願，加上土地價值不高，暫無利用重測前000-3地號土地之想法，是91年間當原告上門請託確認通行範圍及移轉部分土地所有權時，伊本於敦親睦鄰，方答應先就重測前000-3地號土地分割出000-29地號土地(即重測後000地號土地)，並待重測前000-29地號土地之抵押權擔保之債務如數清償後，即移轉所有權登記予原告，是系爭91年協議書性質應為附條件之贈與契約。現伊既已知悉系爭76年同意書係遭原告脅迫並傷害康兩守而來，伊即不願再將重測前000-29地號土地贈與原告，爰依民法第408條第1項規定，以本件112年11月13日民事答辯暨反訴起訴狀之送達，向原告撤銷上開土地贈與之意思表示，又上開附條件之贈與契約既經撤銷，則系爭91年協議即宿溯及消滅，以是，原告先位聲明主張通行如附圖一所示方案之土地，即無理由。

㈡另查，114年1月7日合併分割前之000、000、000、000、000地號土地，均係56年1月16日自重測前之○○段000-1地號土地先後分割而來，斯時兩造尚未各自取得該土地所有權，分割行為應發生在兩造之前手或更前手之間，兩造係嗣後方各自輾轉而取得前開分割後之土地所有權，而兩造間既未直接發生分割或讓與之行為，依最高法院爾來見解，縱000、000土地為袋地，本件仍無民法第789條規定之優先適用，亦即原告並無權以備位聲明主張依該條規定，而能優先通行於被告所有如附圖二所示編號000(1)、000-1(1)、000(1)區域範圍土地。另原告備位聲明亦主張依民法第787條規定，通行如上附圖二範圍被告土地為侵害鄰地最小方案云云，然原告

主張與事實不符，蓋伊於110、111年間曾欲出售前揭範圍土地，然遭仲介告知因該部分土地涉有臨地通行現狀，致其土地價值減損約新臺幣（下同）1,070萬元，是原告上開通行方案顯非侵害鄰地最小之方式。伊本件係主張，應依附圖三所示方案，沿000及000地號土地之界址線往南穿越同段000地號訴外土地而對外連接至金城街，即通行如附圖三所示編號000(2)、000(3)、000(1)區域範圍之土地，為對鄰地之最小侵害。此方案固需拆除000地號土地上部分現存之訴外人所有鐵皮車庫，惟該車庫係未經保存登記之違章建築，本無合法利益可資保護。又000地號土地面積僅111.8平方公尺，其面積與原000、000、000地號土地面積相比，僅不到1/10，況前開附圖三之通行面積合計亦僅占鄰地17.44平方公尺範圍，自屬較小之侵害方法無訛。

㈢至就原告主張先、備位聲明中關於管線設置權、柏油路面鋪設請求部分，既附圖三所示前揭被告主張之方案始為侵害鄰地最小通行方式，則無論管線設置或鋪設柏油路面，自應同於附圖三前揭通行方案區域範圍土地上、下設置，為合於民法規定等語。

㈣並聲明：①原告之訴駁回。②如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

貳、反訴部分：

一、反訴原告主張：反訴被告無權占用伊所有如附圖一所示編號000面積17.81平方公尺、000-1(1)面積8.57平方公尺範圍之土地作為通行使用，且未經伊之同意而於伊所有之114年1月合併分割前000、000地號土地上，設置如屏東縣屏東地政事務所113年5月21日屏複法土字第37400、37500號複丈成果圖所示（下稱附圖四）編號000(2)面積1.03平方公尺、000(1)面積0.01明方公尺之北側圍牆，並無權占用迄今，依民法第767條規定，伊自得反訴請求被告將上開圍牆除去，並返還前揭全部占用範圍之土地；亦得依民法第179條規定，請求反訴被告給付占用期間相當於租金之不當得利。至不當得利

之計算方式，參酌上開土地距離屏東市中心僅需10至15分鐘，生活機能良好，爰以土地申報總價7%計算較為適宜，而上開土地111年1月間之申報地價為每平方公尺1,680元，以5年期間計算反訴被告應給付相當於租金之不當得利為15,640元（計算式：1,680元×26.6㎡×7%×5年＝15,640元）等語。並聲明：㈠反訴被告應將附圖一所示編號000面積17.81平方公尺範圍土地、編號000-1(1)面積8.57平方公尺範圍土地，返還該土地占用與反訴原告。㈡反訴被告應給付反訴原告15,640元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢願供擔保，請准宣告假執行。

二、反訴被告則以：就反訴原告主張拆除之前揭附圖四北側圍牆部分，現因反訴原告已將114年1月7日合併分割前之000、000地號土地出售予第三人朱家煌，並該圍牆於本件審理中已遭全部拆除清空，附圖四所示編號000(2)、000(1)區域範圍圍牆已不復存在，000(2)區域範圍土地現為朱家煌事實上占有中，反訴原告就此事實亦無爭執，則反訴原告仍請求反訴被告應騰空返還前揭附圖四北側圍牆占用範圍土地，已屬無據。至就反訴原告尚請求反訴被告返還附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍部分土地占用，查此部分土地反訴被告既已以本訴主張兩造間存有使用借貸關係，反訴原告自應容任反訴被告通行其上，其請求反訴被告返還此部分土地之占用，亦嫌無據。又反訴被告既就前揭土地有合法使用權源，則反訴原告請求反訴被告給付等同租金之無權占用不當得利，亦屬無據等語。並聲明：㈠反訴原告之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

參、本院之判斷：

一、本訴部分：

㈠按確認法律關係成立或不成立之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。又所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律

關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號判例意旨參照）。原告主張其所有之000、000地號土地為袋地，對被告所有如附圖一、二之通行方案土地有通行權、管線通過權等節，為被告於本件訴訟中否認，原告前揭權利已陷於法律關係存否不明確，而致其私法上地位有受侵害危險，並上開危險能以本件確認判決加以除去，是原告提起本件訴訟即有受確認判決之法律上利益，起訴請求確認上情，自屬適法，合先說明。

㈡經查，下列事實為兩造於本件審理中無爭執，並有卷附地籍圖(本院卷一第27、45頁、卷二第37頁)、土地登記第一類謄本(本院卷一第29至43頁)、系爭76年同意書(本院卷一第47至48頁)、系爭91年協議書(本院卷一第49至50頁)、兩造屏東縣屏東市調解委員會調解不成立證明書(本院卷一第55頁)、土地異動索引(本院卷一第89至96頁、第163至233頁、卷二第41至56頁)、現場照片(本院卷一第123至127頁)、被告91年6月4日重測前○○段000-3地號土地複丈申請資料(本院卷一第385至388頁)等可參，亦經本院偕同兩造當事人及屏東地政事務所人員至現場勘驗，而製有勘驗筆錄1紙、現場照片數幀及複丈成果圖4張等在卷足憑(本院卷一第237至259頁、第375頁、卷二第7至12頁)，自堪信為真：

1.000、000地號土地為原告自70年5月11日起因繼承取得所有權而共有迄今，此2土地均為袋地，自70年間起，均藉附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍土地向南對外聯繫至屏東市金城街，及至本件審理終結之時，原告仍延續前揭方式對外通行。

2.上1.區域範圍土地，業經原告鋪設柏油路面直至金城街；又前揭柏油道路北側，於114年1月7日合併分割前原000地號土地及現狀000地號土地上，原告曾搭建有如附圖四所示編號000(2)、000(1)坐落之磚造圍牆乙座(下稱系爭北側圍牆)，本院112年12月10日現勘時該圍牆之現場狀態，

即如本院卷一第123至127頁照片所示；嗣至本件審理中，系爭北側圍牆已遭被告方全部拆除完畢(含000(2)、000(1)全部坐落範圍)，又該圍牆所占用如附圖四所示編號000(2)區域土地，現已返還被告方占有使用中。

3.原告曾與被告父親即訴外人康兩守於76年12月3日簽立「巷道共同使用同意書」1紙(即系爭76年同意書)，內容即如證物四(本院卷一第47至48頁)，雙方當時約定，原告得通行同意書附圖所繪之重測前○○段000-3地號土地之南側區域約8坪範圍；該同意書上康兩守以代理人身分之簽名、用印為真正；該同意書上同意人即被告康榮祥部分則未有用印。

4.原告曾於91年8月10日邀同康兩守及另訴外人陳國文2人為見證人，加計被告，合計共5人一同簽立「協議書」1紙（即系爭91年協議書)，內容即如證物五(本院卷一第49至50頁)，雙方當時約定略以，為使原告所有重測前○○段000-27地號(即000地號)土地得對外聯繫，被告同意將重測前○○段000-29地號(即000地號)土地於原告依約繳納稅費、複丈費及代書費完足暨被告塗銷抵押權登記設定後，移轉該土地所有權登記與原告；該協議書之內容及兩造暨見證人之簽名均為真正；惟兩造嗣未依系爭91年協議書約定，移轉000地號土地所有權登記至原告名下。

5.原000、000、000、000、000地號5筆土地於56年1月16日以前，均屬重測前母地號即○○段000-1地號土地之一部，嗣該母地先後於60、70年間經分割為重測前○○段000-27(即000地號)、000-2(即000地號)、000-1(即114年1月7日合併分割前原000地號)、000-3(即114年1月7日合併分割前原000、000地號)等4筆地號土地；前開000-3地號土地嗣於91年7月11日，又經被告申請而分割出重測前○○段000-29地號(即000地號)土地；前開5筆土地於本件起訴時坐落位置即如本院卷一第27頁所示；嗣於本件審理中之114年1月7日復經被告申請，而將其中000、000地號土

地合併為000地號土地後(000地號嗣經塗銷而不再沿用)，再分割出000-1地號土地，000、000-1地號土地之現狀坐落位置，即如附圖一所示。

查兩造既分別主張如上，從而本件爭點應為：㈠原告以先、備聲明，分別請求確認如附圖一、附圖二所示之通行方案，是否有理由？㈡原告請求在確認之通行方案，被告之土地上、下方，鋪設柏油路面及設置管線，是否有據？

㈢原告先位請求確認就附圖一所示通行方案A之被告土地有通行權，為有理由：

1.原告先位聲明主張，本於兩造間爾來之使用借貸關係，原告就附圖一所示編號000、000-1(1)合計26.38平方公尺範圍之被告土地自有通行權(下簡稱方案A)等語，並以系爭76年同意書、系爭91年協議書等件為據；惟為被告否認，辯稱略以，系爭76年同意書上無有被告簽名，且係康兩守當年受原告威逼脅迫而簽立，對被告自不生效力，另系爭91年協議書已經被告於本件審理中向原告撤銷土地贈與協議，原告本件自無從主張有權依附圖一之方案A通行伊之土地等語。

2.首查，被告就原告提出之系爭76年同意書(本院卷一第47至48頁參照)，並未否認其上其父親康兩守當年之簽名為真正，僅泛稱當年代理人康兩守係遭原告脅迫而簽立，被告就此並提出所謂康兩守當年親筆書立之便簽1紙為據(下稱系爭便簽，本院卷一第119頁參照)以資證明其情。然查，系爭便簽上固據載明略以：「民國76年12月22日...上午8.30分，李正忠、李正安兄弟兩人進入我廠內強逼地主康榮祥取出印鑑，地主不在而後對我打罵，此事如何處理」等語，惟細繹內容，其上並未有任何立書人之署名，復原告亦否認其真正，並被告於本件審理中未能以他證證明該便簽本身及所載內容之真實性，則本件是否有如被告所辯，76年12月2日康兩守係因原告2人逼迫後方同意代理被告簽署系爭76年同意書？已乏積極佐證。則系爭76年同

意書既被告未否認其上代理人康兩守之簽名、用印為真，並本件迄無旁證堪可彈劾其憑信性，本院自可引之為得信賴之基礎事實。而查該同意書上經載明略以：「立康榮祥所有屏東市○○段00000地號土地前面面積約有捌坪左右(如後附圖)，今願無償供李正忠、李正安及康榮祥等共同巷道之使用，對該巷道三方均不得變更其他使用，以後如有變動，須三方均同意...」等語，再經核對該同意書附圖所示約定通行巷道坐落範圍(本院卷一第47頁參照)，與本判決附圖一通行方案A之區域吻合(即均坐落重測前原000-3地號土地西南角)，且附圖一通行方案A之實測通行面積合計為26.38平方公尺【即17.81(編號000)+8.57(編號000-1(1))=26.38≒8坪】，經換算後，恰為8坪大小，與前揭同意書約定之通行內容亦相吻合，並原告自70年間即已依附圖一方案A之現狀對外通行迄今，亦為被告本件無爭執，足見系爭76年同意書所載約定內容，爾來應受兩造事實上相當程度之遵守，否則被告當無由容任原告藉此方式通行無阻近40載，甚且於上鋪設柏油道路(詳後述)，則原告主張兩造間就方案A之通行係存有使用借貸契約關係，應認有據。至被告另辯稱，系爭76年同意書上並無其親自簽名、用印，而僅有代理人康兩守之用印，契約效力亦不及於伊本人云云；惟按，使用借貸契約依民法規定並非要式契約，又本件揆諸前述，已能據知，兩造間就附圖一通行方案A爾來應有明示或默示之通行合意存在，則縱然系爭76年同意書上當事人簽章因故未臻完備，實不影響本院就兩造間已存有方案A使用借貸關係之認定，被告此間所辯，並不足為其有利認定。

3.況本件亦據原告提出系爭91年協議書1紙為據(本院卷一第49至50頁參照)，而觀諸該協議書內容，兩造係約明略以：「立協議書人康榮祥稱甲方，李正忠、李正安稱乙方，因座落○○段000-3地號臨000-27地號之出口，原為乙方之父所有，於出售000-3地號土地時因故未能將000-3

地號臨000-27地號之出口處分割，(現已分割為000-29地號)而一併出售給第三者，但當時雙方曾約定日後必須預留為000-27地號土地出入道路，現經甲、乙雙方協議，甲方同意辦理分割並移轉給乙方....雙方協議內容如下：一、甲方所有座落屏東市○○段000000地號土地，...甲方同意就該筆地號土地清償完畢後十五日內出具辦理移轉登記所需之文件，將000-29地號土地移轉登記給乙方，絕無異議。...五、甲方日後若出售屏東市○○段00000地號土地時不得將○○段000-29地號土地出售給第三者，若甲方違約時，願負損害賠償之責任而絕無異議。...」等語。又被告就該協議書係被告本人及康兩守親簽乙情，於本件審理中亦無爭執(本院卷一第305頁審理筆錄第6行參照)，且被告亦於系爭91年協議書91年8月10日正式簽立前之同年7月間，特意將重測前000-3地號土地西南角落分割出重測前000-29地號土地1筆【按即附圖一所示編號000區域土地】，目的應在為兩造簽立系爭91年協議書預作準備(此觀協議書第3行已據載明「(現已分割為000-29地號)」等語即明)，並系爭91年協議書約定內容與系爭76年同意書所載，兩相勾稽，除無扞格外，尚可認有互為補強約定通行方式意旨，上情在在可證，兩造91年7、8月間，就維持現狀通行方案(即方案A)，實存有高度共識，方而有前揭分割土地及締約等作為，從而益可證明，本院前開認定之76間起兩造間存有方案A之通行約定，與事實吻合而屬可信。被告固陳稱，於締約當時，係不知道76年間伊父康兩守曾遭原告威逼簽署系爭76年同意書情事，方才首肯依上方式辦理系爭91年協議書之簽立云云；然查，系爭91年協議書上既有康兩守之親簽而為見證人，本院實難想像，康兩守於遭原告極端羞辱後，竟仍同意見證、認同系爭91年協議書之簽立而願供原告便利，衡情，若非本無威逼簽署之情事，即係康兩守已然宥恕、冰釋與原告間之誤會，又康兩守與被告間係父子，關係難謂疏離，復本件其亦同

意擔任系爭91年協議書見證人，可見父子二人就本件通行事項，當有交換意見於先，為合於本件時序，亦符家人間互動倫常。乃被告復辯稱，本件康兩守從未與其談論過前揭系爭便簽所載76年間曾遭原告威逼情事，致其於91年間均被蒙在鼓裡而未察覺等語，所辯實有逸脫前揭證據徵表，本院實難驟採信為真。至兩造嗣後雖因故未能履行系爭91年協議內容，並由被告確實移轉000地號土地之所有權登記至原告名下，惟系爭91年協議書內容僅用以輔助本院確認兩造間確有方案A之使用借貸關係存在，原告有無附圖一方案A通行權本非植基於系爭91年協議書內容之果然履行，則被告縱然辯稱，系爭91年協議書為一附條件贈與性質契約關係，且其已於本件審理中之112年11月10日(本院卷一第105頁，被告民事答辯暨反訴起訴狀第5頁上方參照)，依民法第408條第1項規定向原告主張撤銷該「贈與」契約等語，實無礙本院上情之認定，併與敘明。

4.小結：綜上，兩造間就附圖一所示方案A通行區域範圍爾來存有使用借貸關係，原告依民法第464條規定，就附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍有合法通行權，堪以認定。又原告先位主張既有理由業說明如上，本院即無庸再就原告本件備位聲明部分論斷；另被告亦聲請本院就000、000-1、000地號土地送請鑑價，俾以確認其所主張如附圖三所示通行方案方為最小損害鄰地方案(核屬備位聲明部分之被告答辯，本院卷二第95至96頁參照)，亦無必要，一併敘明。

㈣原告主張於附圖一所示通行方案A之被告土地上、下鋪設柏油路及設置管線，為有理由：

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。有通行權人於必要時，得開設道路。民法第786條第1項、第788條第1項前段定有明文。查原告所有00

0、000地號土地均為袋地，兩造就此並無爭執。又附圖一所示方案A經本院確認原告有通行權之該圖所示編號000、000-1(1)區域範圍土地，除現狀本為柏油道路鋪面已經兩造通行數十載外，考量附圖二所示原告備位通行方案(下稱方案B)尚須再經000(1)地號之第3筆土地，且方案B之總通行面積合計達26.97平方公尺，已大於方案A；另被告主張之附圖三所示通行方案(下稱方案C)，又須經訴外人所有之同段000地號土地，且須移除現狀其上座落之附圖三所示編號000(2)區域鐵皮屋一半基礎，於訴外人之影響難謂為小，毋寧依方案A兩造已存在歷有年所之通行現狀為基礎，肯認原告有前揭民法規定之管線設置權及開設道路權利，為損害鄰地最少之處所及方法，則原告本件先位主張，於附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍之被告土地上鋪設柏油路面，及於前開土地下方埋設水管、電力、電信、瓦斯管線，且被告不得妨害原告前揭通行及設置前開管線權利，揆諸民法前揭規定，應認有據，同應准許之。

二、反訴部分：

㈠就反訴原告請求反訴被告應騰空返還附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍土地之無權占用部分：

1.查反訴被告就反訴原告此節主張之以「通行及鋪設柏油路面方式」占用附圖一方案A土地，既據本院認定兩造間自76年間伊始即存有使用借貸關係迄今，並反訴被告就此區域範圍土地因有通行之必要故須設置柏油路面等情，亦經說明如上，從而反訴被告占有使用附圖一方案A區域範圍土地，並鋪設柏油路面於其上以供通行，自屬合法而為有權占用，反訴原告本於土地所有權人地位主張反訴被告應返還前開土地占用，自非有據，難以准許。

2.附帶說明者為，反訴原告亦主張附圖四所示編號000(1)面積0.01平方公尺範圍土地，前據反訴被告搭建系爭北側圍牆而無權占用，此部分應命反訴被告「拆除該圍牆」之占用等語(本院卷一第111頁上方參照)。而查，前開附圖四

所示編號000(1)區域範圍土地，及至本件起訴時，確經反訴被告以興築系爭北側圍牆方式占用，為兩造無爭執，又本件反訴被告雖經本院認定，就附圖一所示000區域範圍土地具有通行使用借貸關係存在，惟不代表反訴被告有權於其上搭建與通行無關之其他地上物，從而反訴原告請求反訴被告應予騰空拆除前開0.01平方公尺之系爭北側圍牆占用部分，自屬有據。次查，系爭北側圍牆及至本件審理中，已據反訴原告方面逕行拆除完畢，兩造就此事實並無爭執(本院卷二第113頁審理筆錄第8行參照)，則本件反訴原告起訴請求反訴被告騰空拆除前揭圍牆地上物之主張，既事實上已無從履行，且已滿足反訴原告之主張，此部分起訴應認已乏權利保護必要，即應駁回之。

㈡就反訴原告請求反訴被告給付無權占用附圖一所示編號000、000-1(1)及附圖四所示編號000(2)、000(1)區域範圍土地之租金不當得利15,640元及法定遲延利息部分：

1.就附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍土地部分：查此部分土地即方案A通行範圍，反訴被告係有合法通行及開設道路權利，迭說明如上，則反訴原告主張反訴被告獲有無權占用他人土地之租金不當得利云云，即非有據，難能准許。

2.就附圖四所示編號000(2)、000(1)區域範圍土地部分：

①反訴原告起訴主張，反訴被告亦於附圖四所示編號000(2)面積1.03平方公尺、000(1)0.01平方公尺土地上(下合稱系爭附圖四土地)，建有系爭北側磚造圍牆(即如本院卷一第123頁照片所示)，且及至本件起訴時，該圍牆仍在矗立中(嗣於本件審理中已遭反訴原告方面拆除完畢)，反訴被告自屬無權占用系爭附圖四土地，從而反訴原告自可主張反訴被告給付自本件起訴前5年區間，等同租金之不當得利等語。反訴被告就此並無爭執，且對系爭北側圍牆實測結果占用土地情形如上，於本件審理中亦無異議。而查，反訴被告就附圖一所示編號000區域範圍土地固有通行

權，惟並無在其上搭建與通行無關之其他地上物之權利，亦說明如前，更況，系爭北側圍牆尚占用本院並未認定反訴被告有占用權利之前揭附圖四所示編號000(2)區域範圍土地，從而反訴原告指摘反訴被告以興築系爭北側圍牆方式無權占用系爭附圖四土地，並應負給付占用期間租金不當得利之責，即屬有據，應予准許。

②第查，系爭附圖四土地係坐落於屏東市金城街旁，不惟交通便利外，周遭生活機能亦佳，過往車輛川流不息，參以系爭土地使用分區為：鄉村區，使用地類別為：乙種建築用地設定，價值不斐，則反訴原告請求依歷年土地申報地價年息百分之7，計算無權占用面積之租金不當得利，於行情並未逾越，應予准許。而查，系爭附圖四土地歷年申報地價已據本院查明在卷(本院卷二第108-1頁參照)，則依反訴被告本件占用面積暨反訴原告主張之前揭公式計算結果，反訴被告應給付自107年11月14日起至112年11月13日(即反訴繫屬日，本院卷一第97頁)止，如附表所示租金不當得利5年合計648元，即屬有據，應予准許。至反訴原告逾此金額之主張，則無理由，不應准許。

③按遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5；給付無確定期限者，債務人於債權人得請求時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力，民法第233條第1項前段、第203條、第229條第2項分別定有明文。查反訴原告請求反訴被告給付租金不當得利，既係以支付金錢為標的，且該債權核屬無確定期限之給付性質，又反訴被告迄今既未給付反訴原告分文，依上規定，即應負金錢債務給付遲延之責。職是，反訴原告本件請求反訴被告給付自反訴被告收受反訴起訴狀繕本之翌日（即113年2月17日，本院卷一第

274頁，反訴被告113年2月16日準備書(一)狀第4頁第三段參照)起，至清償前揭648元租金不當得利債務之日止，按週年利率百分之5計算之法定利息，亦屬有據，應准許之。

肆、綜上所述：

1.本訴部分：原告依據兩造間使用借貸法律關係，請求確認原告有如附圖一所示編號000、000-1(1)區域範圍被告土地通行權，及於該區域範圍土地上、下鋪設柏油路面以供通行暨設置管線，並主張被告應容任其前開權利之行使，係屬有據，應予准許。原告就前開勝訴部分，陳明願供擔保請准宣告假執行，關於確認確認通行權部分，性質上本不得為假執行，爰駁回此部分之聲請；至就判命被告應容忍及禁止被告為一定之行為部分，被告亦陳明願供擔保，請准免假執行宣告，經核兩造聲請均無不合，爰依民事訴訟法第390條第2項、第392條第2項規定，酌定相當擔保金額分別准許之，而諭知如主文第4、5項。

2.反訴部分：反訴原告請求反訴被告給付如附圖四所示編號000(2)、000(1)區域範圍之被告土地無權占用租金不當得利648元及自113年2月17日起迄清償之日止，按週年利率百分之5計算之利息，均屬有據，應予准許；反訴原告逾此範圍之請求，則非有據，反訴起訴應予駁回之。又前開判決命反訴被告給付租金不當得利部分，其金額顯未逾50萬元，依民事訴訟法第389條第1項第5款之規定，應由本院依職權為假執行之宣告，另反訴被告亦陳明願供擔保請准宣告免為假執行，爰併依民事訴訟法第392條第2項規定，酌定相當金額擔保金，諭知如主文第10項。至反訴原告其餘之訴遭駁回部分，假執行聲請亦無所附麗，爰併與駁回之而諭知如主文第11項。

伍、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提出之證據，經本院審酌後，核與判決之結果不生影響，爰不一一論駁，併此敘明。

陸、訴訟費用負擔之依據：㈠本訴部分：民事訴訟法第78條；㈡反訴部分：同法第79條、第85條第2項。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　18　　日

民事第三庭　法　官　曾士哲

正本係照原本作成。

如對判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　18　　日

書記官　陳恩慈

附表：（計算式：土地申報地價×占用面積×年息率百分之7÷12個月×5年占用期間）

地號	占用期間	占用位置即附圖四編號	占用面積（平方公尺）	不當得利數額（元/新臺幣）		備　註
000	107年11月14日起至112年11月13日（即反訴繫屬日）	000⑵	1.03	占用期間	計算式	
				107年11月14日起迄110年12月31日	1,600×1.03×0.07÷12＝9.6；9.6×37.57個月≒361	本地號土地109年1月1日起迄110年12月31日申報地價為每平方公尺1,600元
				111年1月1日起迄112年11月13日	1,680×1.03×0.07÷12＝10.1；10.1×22.43個月≒227	本地號土地111年1月1日起迄112年12月31日申報地價為每平方公尺1,680元
000	同　上	000⑴	0.01	107年11月14日起迄110年12月31日	1,600×0.01×0.07÷12＝1；1×37.57個月≒38	本地號土地109年1月1日起迄110年12月31日申報地價為每平方公尺1,600元
				111年1月1日起迄112年11月13日	1,680×0.01×0.07÷12＝1；1×22.43個月≒22	本地號土地111年1月1日起迄112年12月31日申報地價為每平方公尺1,680元
		合計	1.04		648	