臺灣臺中地方法院民事判決

109年度簡上字第236號

上　　訴　　人　陳廷敬
訴訟　代理人　林建宏律師
上　　訴　　人　陳廷榤
兼訴訟代理人　陳廷桂
上　　訴　　人　陳炳煌
被 上　訴 人　臺中市養護工程處
000000000000000000
法定　代理人　彭岑凱
訴訟　代理人　顏佑學
參　　加　　人　陳澤淞
訴訟　代理人　何阿美
參　　加　　人　陳維銓
　　陳永昌

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國109年5月5日本院沙鹿簡易庭108年度沙簡字第257號第一審簡易判決提起上訴，本院於民國110年9月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴人變更及追加之訴均駁回。

第二審訴訟費用（含變更及追加部分）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，不在此限」、「不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加」，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第256條定有明文。依同法第436條之1第3項規定，上開規定於簡易第二審上訴程序，亦準用之。查上訴人於原審依民法第773條、第765條、土地法第231條、第14條第1、2項、國家賠償法第2條規定，聲明求為：「被上訴人應將坐落臺中市○○

區○○段0000○0000地號土地（下分稱1003、1012土地，合稱系爭土地）上如附圖一（即臺中市清水地政事務所複丈日期民國109年2月10日土地複丈成果圖）編號A、B（面積各為0.84、11.53平方公尺）部分所示之側溝（下稱系爭溝渠）填平、回復原狀」之判決。嗣於上訴本院後，變更其請求權基礎為民法第767條第1項中段、民法第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定（見本院卷㈡第339頁）；並追加備位之訴，主張被上訴人在1012土地增設水泥溝頂板之行為，亦侵害1012土地共有人之權利，依民法第767條第1項中段、民法第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，備位上訴聲明：「㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應將1012土地上之水泥溝頂板挖除、回復原狀」（見本院卷㈡第114頁），復於訴狀送達後，更正其備位請求移除之溝頂板位置、面積為「如附圖二（即臺中市清水地政事務所複丈日期110年3月22日土地複丈成果圖）編號B（面積為2.11平方公尺）部分所示之水泥溝頂板（下稱系爭溝頂板）」（見本院卷㈡第339頁）。核上訴人變更請求權基礎及追加備位之訴，前、後所主張之事實均係被上訴人所為是否妨害系爭土地共有人之權利，請求之基礎事實應屬同一，與法無違，應予准許；至上訴人更正其備位請求拆除溝頂板之位置、面積部分，屬不變更訴訟標的而更正事實上陳述，非屬訴之變更及追加。

二、次按當事人在第二審程序為訴之變更應准許者，其原訴因訴之變更而視為撤回，第一審原訴之訴訟繫屬應因訴之變更而消滅，亦即第一審就原訴所為之裁判，因第二審訴之變更應予准許而失其效力，第二審法院對之不得為廢棄或維持之判決（最高法院66年度台上字第3320號判決、71年度台上字第3746號判決意旨參照）。準此，本院既已准許上訴人就原審依民法第773條、第765條、土地法第231條、第14條第1、2項、國家賠償法第2條規定所為請求部分為上開訴之變更，則上訴人於原審所為前開請求視為撤回而訴訟繫屬消滅，本

院自僅就上訴人變更後之新訴及追加備位之訴部分為裁判即可，先此敘明。

三、再按就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加，民事訴訟法第58條第1項定有明文。經查，陳維銓、陳永昌為1003土地之共有人，陳澤淞則為1003土地上門牌號碼臺中市○○區○○路000○0號房屋（下稱247之3號房屋）之使用人，均對於本件判決結果具有法律上之利害關係，是陳維銓、陳永昌、陳澤淞為輔助被告起見，聲請參加本件訴訟，自應准許。

貳、實體事項：

一、上訴人主張：

上訴人為系爭土地共有人，系爭土地上原不存在系爭溝渠。詎被上訴人於106年5月8日，竟於未徵得系爭土地全部共有人同意之情形下，派員至系爭土地，強行開挖系爭溝渠，嚴重侵害系爭土地共有人之所有權，顯見被上訴人具有侵權之故意。嗣經上訴人向被上訴人申請國家賠償，並請求被上訴人填平系爭溝渠、回復原狀，卻遭被上訴人拒絕賠償。又系爭土地上原本縱存在系爭溝渠，惟系爭溝渠自70餘年後，即遭人工以土石級配、水泥填平而不存在，是被上訴人開挖系爭溝渠之行為，應屬新設溝渠，而非清淤。系爭溝渠既屬新設溝渠，則系爭溝渠即非具有公用地役關係之既成水道，且縱使無系爭溝渠之存在，系爭土地亦不會發生淹水之情形，故上訴人請求被上訴人除去妨害，並不構成權利濫用。此外，縱認系爭溝渠為既成水道，上訴人之先位主張無理由，惟1012土地上原不存在系爭溝頂板，被上訴人於106年5月8日開挖系爭溝渠後設置系爭溝頂板之行為，顯然侵害1012土地共有人之權利。爰依民法第767條第1項中段、民法第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，先位訴請被上訴人拆除系爭溝渠、回復原狀；備位訴請被上訴人拆除系爭溝頂板、回復原狀（未繫屬本院部分，不予登載）。

二、被上訴人答辯：

被上訴人開挖系爭溝渠，固未徵得系爭土地全體共有人之同意，惟上訴人於74年間起造門牌號碼臺中市○○區○○路000000000000號房屋（下稱247之1號等房屋）時，系爭溝渠已存在，並為上訴人所知悉，系爭土地共有人亦無反對之情事，足見系爭溝渠為具有公用地役關係之既成水道。又系爭溝渠於106年5月8日被上訴人施工前仍存在，僅係遭土石淤塞，被上訴人開挖系爭溝渠目的係清疏，以使系爭溝渠排水流暢，並未損及上訴人權益。另系爭溝頂板原本即存在，且所在位置為1012土地所有人依建築法規提供土地供公眾通行之道路，為現有巷道（即舊斗潭路），依市區道路條例第4條規定，被上訴人既為該現有巷道之道路養護機關，自得依市區道路條例第9條第2項規定，對該現有巷道進行改善、養護及重修，上訴人應負有容忍之義務，故上訴人之請求，均無理由。

三、參加人答辯：

㈠陳澤淞部分：我目前住在247之3號房屋，上開房屋是我於74年間向上訴人買受取得，當時系爭溝渠已經存在，如果沒有系爭溝渠，下雨時就無法排水，並會造成淹水。

㈡陳維銓部分：系爭溝渠存在已經超過40年。

㈢陳永昌部分：上訴人於74年間起造247之1號等房屋時，舊斗潭路、系爭溝渠就已經存在。

四、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴。兩造之聲明為：

㈠上訴人聲明：

1.先位聲明：

⑴原判決廢棄。

⑵被上訴人應將系爭土地上如附圖一編號A、B部分所示之系爭溝渠填平，回復原狀。

2.備位聲明：

⑴原判決廢棄。

⑵被上訴人應將1012土地上如附圖二編號B部分所示之系爭溝

頂板填平，回復原狀。

㈡被上訴人聲明：上訴駁回。

五、本件經兩造整理並簡化爭點，結果如下：

㈠兩造不爭執事項（見本院卷㈡第341頁）：

1.被上訴人於106年5月8日派員至系爭土地，開挖系爭溝渠，並設置系爭溝頂板。

2.被上訴人開挖系爭溝渠及設置系爭溝頂板前，僅取得1003土地部分共有人陳百壽、訴外人陳茂樹、陳財源、陳謙隆及陳維銓之名義出具之土地使用權同意書。

3.上訴人於108年4月3日請求被上訴人填平系爭溝渠、回復原狀，經被上訴人於108年5月24日以108年度賠議字第0000000號拒絕賠償理由書拒絕賠償。

㈡兩造爭執事項（見本院卷㈡第342頁）：

1.上訴人先位依民法第767條第1項中段、第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人將系爭溝渠填平、回復原狀，是否有據？被上訴人抗辯系爭土地於106年5月8日被上訴人施工前，已存在系爭溝渠，且系爭溝渠屬於具有公用地役關係之既成水道，有無理由？

2.倘上訴人先位之訴無理由，上訴人備位依民法第767條第1項中段、第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人將系爭溝頂板移除、回復原狀，是否有據？被上訴人抗辯系爭溝頂板原本即存在，且所在位置為1012土地所有人依建築法規提供土地供公眾通行之道路，為現有巷道（即舊斗潭路），依市區道路條例第4條規定，被上訴人為該現有巷道之道路養護機關，自得依市區道路條例第9條第2項規定，對該現有巷道進行改善、養護及重修，上訴人應負有容忍之義務，有無理由？

3.上訴人提起本件訴訟，有無權利濫用之情事？

六、得心證之理由：

㈠先位之訴部分：

1.按「所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之」、「因故

意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」、「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」，民法第767條第1項中段、第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項前段固有明文。惟按公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認。既成道路成立公用地役關係，首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；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，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（司法院釋字第400號解釋理由書意旨參照）。又公用地役關係並非私法上之權利，不以登記為成立要件，私有土地如實際供公眾通行道路之用達數十年之久，即應認已有公用地役關係存在，土地所有人自不得違反供公眾通行之目的而為使用（最高法院87年度台上字第2236號判決意旨參照）。此外，前開解釋理由書所指成立公用地役關係之要件，雖係針對私人所有既成道路，然私人土地供水路等排水設施使用之事實，其土地因供排水、排洪公益目的之必要，而由公眾使用，其性質與前開解釋理由書所指之既成道路為不特定之公眾通行所必要，而供公眾通行之性質相似，應可類推適用。易言之，既成水路成立公用地役關係，應符合下列要件：⑴排水設施（含水路本身）須為供不特定之公眾排水需求所必要；⑵土地供水路等排水設施使用之初，土地所有權人並無阻止之情事；⑶經歷之年代久遠而未曾中斷。本件上訴人主張系爭溝渠並非具有公用地役關係之既成水道，上訴人自得請求排除侵害等語，既為被上訴人所否認，即應由被上訴人就上開有利於己之事實，負舉證之責。經查：

⑴上訴人前於74年間申請在重測前坐落臺中市○○區○○段○○○段000000000000地號土地上興建247之1號等房屋，有臺

中市政府都市發展局74年度府都建建字第1209號建造執照案卷可稽。觀諸247之1號等房屋興建時之建築線指示（定）申請圖面及興建完成時之竣工圖、配置圖等資料（見臺中市政府都市發展局74年度府都建建字第1209號建造執照第17、55頁），可見其上標示247之1號等房屋申請興建位置前方土地（即重測前坐落臺中市○○區○○段○○○段000000000000地號土地，重測後分別為1012、1003土地，見原審卷第27、261頁）上存在「現有排水溝」；且依247之1號等房屋完工照片所示（見臺中市政府都市發展局74年度府都建建字第1209號建造執照第13至15頁），足知247之1號等房屋完工時，系爭土地上確有溝渠存在，核與陳維銓於參加訴訟前以證人身分具結證稱：70年時，系爭土地上存在水溝，當時有正常水流運作等語（見本院卷㈡第98頁）大致相符，堪認系爭溝渠至遲於247之1號等房屋起造前即已存在系爭土地上。

⑵系爭溝渠起點在247之3號房屋前方，並位於低處，北側則為高地，且系爭溝渠流向為由北往南，流至門牌號碼臺中市○○區○○路000號房屋時改往西流，有勘驗筆錄、現場照片附卷可稽（見本院卷㈡第252至261頁），且觀諸上訴人所提出之現場照片（見原審卷第179至183頁），可見舊斗潭路地勢北高南低，故當颱風來襲或有強烈雨勢時，因舊斗潭路地處低窪，舊斗潭路北側高地之雨水會流入舊斗潭路，導致路面發生積水之情形，核與陳維銓證稱：下大雨時，因新舊斗潭路高度相差1米多，水由新斗潭路流入舊斗潭路，會造成土石流、路面積水等語（見本院卷㈡第98頁）大致相符。堪認系爭溝渠確具有排水功能，可避免舊斗潭路低窪處發生淹水情形，及減緩路面積水之危害，為供不特定之公眾排水需求所必要。上訴人固稱縱使沒有系爭溝渠，舊斗潭路也不會淹水，且可經由「系爭溝渠對側溝渠」排水至「新斗潭路計畫溝渠」等語。惟查，觀諸上訴人所稱「系爭溝渠對側溝渠」之現狀，南側有遭土石淤積之現象（見本院卷㈡第261頁），北側雖有涵管與新斗潭路地下管道相通，然新斗潭路

地勢較舊斗潭路為高（見本院卷㈡第259頁），且如前所述，舊斗潭路地勢北高南低，是降雨時，位於舊斗潭路南側低窪處之雨水顯無可能經由「系爭溝渠對側溝渠」南側往北側排放，再流向「新斗潭路計畫溝渠」，故上訴人此部分主張，自非可採。

⑶上訴人固稱系爭溝渠已遭人工填平而不復存在，被上訴人開挖系爭溝渠係新建溝渠等語。惟查，依臺中市政府建設局、上訴人所提出系爭溝渠所在位置施工前之現場照片所示（見本院卷㈡第75、130至142頁），固可見被上訴人開挖系爭溝渠前，系爭溝渠已遭石頭、磚塊、泥土等填塞至地面高度。惟觀諸陳維銓所提出被上訴人開挖系爭溝渠時之現場照片（見本院卷㈡第147至149頁），可見系爭溝渠當時為明溝，且溝渠兩側溝壁及溝岸水泥構造不但均尚存在，且大致完好，僅原供流水之渠道部分遭土石填塞、覆蓋，而難以發揮其排水功能，核與證人即臺中市養護工程處幫工程司鍾昇達具結證稱：施工時系爭土地本來就有水溝，前後都有水溝蓋，只有中間一段通路的地方沒有水溝蓋，清淤時系爭溝渠仍存在，只是大部分被土蓋住了，我忘記系爭溝渠後半段是否有全部被土蓋住等語（見本院卷㈡第95頁）大致相符，堪認被上訴人於106年5月8日施工挖除系爭溝渠內之土石、級配，僅係清除系爭溝渠內長年淤積之土石，而非新建溝渠，是上訴人前開主張，亦難採憑。

⑷基此，系爭溝渠至遲於74年間即存在迄今，已逾30餘年，未曾中斷，並為供不特定之公眾排水需求所必要，且依卷附事證，尚無法證明系爭溝渠供排水之初，系爭土地共有人有阻止之情事，堪認系爭溝渠為具有公用地役關係之既成水道，揆諸前開說明，系爭土地共有人均不得違反供公眾排水之目的而為使用。

2. 再按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的，民法第148條第1項定有明文。又權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因行使權利可得之利益，

與他人及國家社會因其行使權利所受之損失，比較衡量以定之。倘其行使權利所得之利益極少，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。此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋（最高法院79年度台上字第2023號判決意旨參照）。經查，系爭溝渠之面積僅12.37平方公尺（計算式：0.84＋11.53＝12.37），占用系爭土地之面積甚少，然如前所述，系爭溝渠有助於降低或減緩豪雨或颱風來襲時舊斗潭路路面積水之災害，對於247之1號等房屋住戶之住居安全甚為重要，如將系爭溝渠填平，將可能導致舊斗潭路淹水之情形更為嚴重，足見247之1號等住戶因上訴人行使妨害除去請求權、損害賠償請求權所受之損失甚大。又依前開247之1號等房屋興建時之建築線指示（定）申請圖面及興建完成時之竣工圖、配置圖等資料所示（見臺中市政府都市發展局74年度府都建建字第1209號建造執照第17、55頁），可見其上標示247之1號等房屋申請興建位置前方土地即1012土地為「現有巷道」；另觀諸陳維銓、上訴人所提1003土地現場照片（見本院卷㈡第142、150至151、263頁），可見1003土地於被上訴人施工前，可供人、車自舊斗潭路通行至247之1號等房屋之後方建物，則上訴人請求被上訴人填平系爭溝渠、回復原狀後所獲利益，即為將系爭土地繼續供人、車通行之利益，與247之1號等住戶因上訴人行使權利所受之前開損失相較，上訴人因行使上開權利所得之利益極少，堪認上訴人請求被上訴人填平系爭溝渠，違反公共利益，且係以損害他人為主要目的，已構成權利濫用。

3.從而，被上訴人開挖系爭溝渠前，未取得系爭土地全部共有人之同意，固為兩造所不爭執。惟系爭溝渠為具有公用地役關係之既成水道，則系爭土地所有人權利之行使應受限制。是上訴人先位主張依民法第767條第1項中段、民法第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人填平系爭溝渠，既屬違反供公眾排水之目的而為使用，復構成權利濫用，自難准許。

㈡備位之訴部分：

上訴人主張系爭溝頂板原不存在等語，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查，觀諸臺中市政府建設局、上訴人所提出之系爭溝渠所在位置施工前之現場照片（見本院卷㈡第75、130至142頁），可見如附圖二編號B部分所示位置，於被上訴人106年5月8日施工前，僅遭土石填平至地面高度，而無水泥溝頂板之存在，堪認系爭溝頂板為被上訴人施工時所新設。惟查，上訴人先位請求被上訴人填平系爭溝渠為無理由，已如前述，倘若容許上訴人拆除系爭溝頂板，將導致系爭溝頂板西側未辦保存登記建物之使用人無法通行至舊斗潭路，如有行人、車輛經過如附圖二編號B部分所示位置，亦可能因路面及系爭溝渠之高低落差，發生事故，顯見舊斗潭路用路人因上訴人行使妨害除去請求權、損害賠償請求權所受之損失甚鉅；又系爭溝頂板面積僅2.11平方公尺，占用1012土地之面積極少，堪認上訴人因行使上開權利所得之利益極少，足徵上訴人請求被上訴人拆除系爭溝頂板，違反公共利益，且係以損害他人為主要目的，已構成權利濫用，是上訴人備位主張依民法第767條第1項中段、民法第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人拆除系爭溝頂板，亦屬無憑。

七、綜上所述，上訴人先位依民法第767條第1項中段、第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人將系爭水溝填平、回復原狀；及備位依民法第767條第1項中段、第184條第1項前段、國家賠償法第2條第2項規定，請求被上訴人將系爭溝頂板移除、回復原狀，均無理由，其變更及追加之訴均應駁回。

參、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提證據，經審酌均於判決結果無影響，爰不予逐一論駁，併此敘明。

肆、據上論結，本件上訴人變更及追加之訴均無理由，依民事訴訟法第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　8　　日

民事第二庭　審判長法　官　呂麗玉

法　官　江奇峰

法　官　鄭百易

上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　110　　年　　10　　月　　8　　日

書記官　唐振鐙