臺灣高等法院臺南分院民事判決

113年度上字第8號

上　訴　人　農業部農田水利署

000000000000000000

法定代理人　蔡昇甫

訴訟代理人　田欣永律師

　　王毓伶律師

上　訴　人　嘉義市政府

000000000000000000

法定代理人　黃敏惠

訴訟代理人　陳文彬律師

複 代 理人　李成章律師

被 上 訴人　林研熙

訴訟代理人　林德昇律師

複 代 理人　邱靜怡律師

上列當事人間請求返還土地等事件，上訴人對於中華民國112年11月15日臺灣嘉義地方法院第一審判決（112年度訴字第438號）提起上訴，本院於114年10月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

原判決主文第三項所定之履行期間改定為1年6個月。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

原判決主文第一項所命給付，上訴人農業部農田水利署如以新臺幣2,187,000元為被上訴人預供擔保後，得免為假執行。

事實及理由

一、被上訴人主張：伊為嘉義市○路○段00000地號土地（下稱系爭土地）之共有人，坐落系爭土地上之道爺圳水道（下稱系爭水道）原係作為農業灌溉使用，並為上訴人農業部農田水利署（下稱農田水利署）開挖設置砌石水溝，占用如原判決附圖（下稱附圖）附號A（水溝）中A3部分、面積54平方公尺之土地，故農田水利署係具有所有權及處分權之人。然

系爭水道已無灌溉功能，並於73年間報廢水路，現由上訴人嘉義市政府保留水路並施作水泥護岸，負責維護管理並改供市區排水使用，故嘉義市政府現為系爭水道之管理機關。上訴人2人占用系爭土地並非基於公用地役關係，亦非基於公共利益不得不使用系爭土地，故上訴人2人係無正當權源占用系爭土地。爰依民法第767條第1項前段、中段、第821條等規定，請求上訴人應共同將坐落系爭土地如附圖所示A3部分、面積54平方公尺之水道遷移，回復原狀後並將土地返還伊及其他全體共有人。原審為伊勝訴之判決，並無不合等語。並聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：

㈠農田水利署：依司法院釋字第400號解釋與眾多實務見解之意旨，系爭水道之排水功能從未停止過，並無被上訴人所指逾越公用地役權之不當使用情形，本件應成立公用地役關係之有權占用。被上訴人雖主張本件為公用地役關係之不當行使云云，惟系爭水道僅係停止農業灌溉功能，市區排水功能從未停止，而為當地居民日常生活所依賴，並無被上訴人所指逾越公用地役權之不當使用情形。況系爭水道因未作灌溉使用，故於73年間已申報廢止，改由嘉義市政府作為市區排水使用，且嘉義市政府曾於107年10月19日依原審法院106年度訴字第324號民事確定判決自行獨立拆除道爺圳他段溝渠，足徵嘉義市政府毋庸與伊溝通即可逕自拆除道爺圳部分溝渠，其對道爺圳顯然具有完整之處分權能；嘉義市政府如有用地需求，應主動向伊辦理有償撥用，不應消極推託管理人身分。系爭水道之管理與處分權人均為嘉義市政府，伊僅為道爺圳水道（含系爭水道）之名義上管理人，並無權拆除系爭水道。原審為伊敗訴之判決，尚有未洽等語，資為抗辯。並上訴聲明：原判決廢棄；被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回；如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

㈡嘉義市政府：系爭水道在設置之初，物理上即兼具有農田灌

溉及供該地區排水之功能，屬於公用地役關係之有權占用，系爭土地之共有人對此自應負有容忍之義務。且被上訴人在明知系爭水道占用系爭土地之情形下，仍持續購買系爭土地，難認其行使權利符合誠信原則。系爭水道倘要改道，單是週遭土地之地勢走向、土壤質地、通洪能力等評估費用，即可能超過被上訴人請求返還土地之利益，遑論後續進行水道改道之工程費用，應認被上訴人提起本訴顯屬權利濫用。況系爭水道之管理機關仍為農田水利署，道爺圳其他溝渠坐落之土地亦為農田水利署管理，因此，伊無權拆除、遷移系爭水道，亦無權在系爭土地探勘挖掘、施作改道工程。另原判決第三項定本件履行期間10個月，依現行實務運作，實難認得遵期完成。原審為伊敗訴之判決，尚有未洽等語，資為抗辯。並上訴聲明：原判決廢棄；被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、兩造不爭執事項為：

㈠被上訴人為系爭土地共有人，應有部分現為5808分之681（依序於110年10月以贈與為原因登記取得26136分之342 、110年12月以買賣為原因登記取得24分之1、112年3月16日以買賣為原因登記取得16分之1） 。

㈡同段000-000地號土地（下稱000-000土地）所有權人為中華民國，管理機關為農田水利署。

㈢附圖附號A部分（水溝）所示之道爺圳水道（即系爭水道）原係作為灌溉使用，經農田水利署於73年間申報廢止後，目前供市區排水使用。

㈣系爭水道南側之000-000土地現由第三人占有使用中。

四、得心證之理由：

㈠被上訴人為系爭土地共有人，應有部分現為5808分之681乙節，有土地登記簿謄本可稽，且為兩造所不爭執（不爭執事項㈠前段）；又系爭水道占用系爭土地如附圖附號A（水溝）中A3部分、面積54平方公尺之土地等情，有被上訴人提出之相片可佐（原審卷第101頁），並經原審現場勘驗，以及

囑託嘉義市地政事務所測量，有勘驗筆錄及嘉義市地政事務所112年8月30日嘉地測字第1125400310號函暨複丈成果圖可證（原審卷第71-77頁），是上開事實堪可認定。

㈡上訴人固辯稱系爭水道占用系爭土地，屬於公用地役關係之有權占用云云。惟查：

1.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，久為我國法制所承認，司法院釋字第400號解釋理由書亦謂：「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（司法院釋字第255號解釋、行政法院45年判字第8號及61年判字第435號判決先例參照）。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。」依上開理由書意旨，乃在說明公用地役關係使私有土地具有公共用物性質之法律關係，所列舉之法律要件雖針對既成道路為之，惟對於通行方式相似之既成水路公用地役關係之成立，亦應有適用，向來為實務上所承認（最高法院88年度台上字第698號判決意旨參照）。再按私人土地因供排水、防洪等公益目的之需，存在溝渠、水道等排水設施，由不特定之公眾使用，乃私有土地具有公共用物性質之公用地役關係，須具備不特定之公眾排水所必要（非僅為便捷或省時），且於公眾使用之初，土地所有權人並無阻止之情事，及經歷之年代久遠而未曾中斷等要件，因係對土地所有權之嚴重限制，致所有權人對該土地已無從自由使用、收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，是以對於公用地役要件之合致與否，自應嚴謹判斷，以保障人民之財產權（最高法院112年度台上字第1807號判決意旨參照）。上訴人抗辯系爭水道僅係停止農業灌溉功能，但市區排水功能從未

停止，系爭水道占用系爭土地，屬於公用地役關係之有權占用等語。揆諸前開說明，自應審酌系爭水道占用系爭土地是否符合前開司法院釋字第400號解釋以「供不特定之公眾使用」、「土地所有權人於使用之初並無阻止」、「年代久遠未曾中斷」及「無復記憶其確實之起始」等要件，以判斷系爭水道占用系爭土地，是否具有公用地役關係。

2.經查，附圖附號A部分（水溝）所示之道爺圳水道（即系爭水道）原係作為農業灌溉使用，經農田水利署於73年間申報廢止後，目前供市區排水使用等情，為兩造所不爭執（不爭執事項㈢），是此部分事實，堪可認定。又查依農田水利署前身即台灣省嘉南農田水利會（下稱嘉南水利會）於69年間之公文簽註單中承辦單位擬辦內容記載「本件經查閱前有關本案資料，舊道將圳用地現做為嘉義市街排水，故其維護管理之責，宜由嘉義市公所辦理」，督導股長表示：「該水路既自12年已不能使用，既往曾否報廢無法攷稽，故擬請嘉義區即予辦理報廢手續」，首長欄則批示：「如各擬」等內容（本院卷一第259頁），以及嘉義市政府提出73年4月19日函主旨欄記載：檢送嘉南水利會所有嘉義市○○段000-0號等4筆及○○○段000-0號等12筆（誤載為等）地目「水」土地廢用會勘紀錄一份，請依結論辦理；而會勘紀錄第四點結論記載：…⑵○○○段000-0號等12筆目前已轉為市區排水並非灌溉用等語（原審卷第131-133頁）綜合觀之，系爭水道在69年間已多年不使用，嗣後間隔一段時間後，改為「供市區排水之用」，其後嘉義縣政府、嘉義市政府與嘉南水利會於73年4月12日上午9時半始進行會勘，確認系爭水道在73年間已經改供市區排水之用等情，應可認定。

3.再查，證人即系爭水道附近住戶林耀偉於本院結證稱：我知道原審卷第101頁圖片中的水溝（按即系爭水道），因為我住在旁邊，我的出生地就在系爭水道旁邊，我從小到現在的生活圈都是在系爭水道旁邊，只有當兵時離開家而已。系爭水道在我出生時就存在了，何時存在我不確定。我知悉系爭

水道目前管理者是（嘉義）市政府，道將圳蓋好後，道爺圳在47年就荒廢掉了，我小時候父親當里長的時候，系爭水道就是他向市政府要求經費蓋的，那時都是人工開鑿的。系爭水道就是荒廢掉了，變市區排水，因為都是爛泥巴，里民反應有蚊蟲，才向市政府反應要經費來蓋。我父親大約60幾年時當里長，所以60幾年我父親當里長那時就向市政府申請經費來蓋成水溝，也是依原地的現況蓋的，蓋好後就一直到現在，都是在做市區的排水用途等語（本院卷一第335-336頁）。本院審酌林耀偉上開證言，堪認道爺圳至少在47年間就已荒廢，後來變市區排水，嗣後林耀偉之父親則係遲至60幾年間才以里長身份向市政府申請經費來蓋成現在水溝之外觀等情。

4.經綜合上開事證，系爭水道原來之功能係供農業灌溉及農業排水之用，參考嘉南水利會69年間之公文簽註單及林耀偉之上開證言，可認系爭水道原來之農業灌溉及農業排水功能至少在47年間就已荒廢，自應認系爭水道縱使原具有公用地役關係，然在47年間因系爭水道荒廢，而應認原來之公用地役關係已經中斷，亦即在該時之公用地役關係已廢止而不復存在。至林耀偉固另證稱：47年後一段時間以後，系爭水道之功能改為市區排水，60幾年間，其當里長的父親向市政府申請經費來蓋成水溝，蓋好後都是在做市區的排水用途等語，然系爭水道改做為市區排水功能的時間距今之年代尚難稱極為久遠，且林耀偉均可明確記憶其確實之起始時間。經與司法院釋字第400號解釋之要件相核，尚難認系爭水道嗣後改為市區排水功能迄今，足以另成立新的市區排水功能之公用地役關係，亦可認定。

5.綜上，系爭水道原來供農業灌溉及農業排水功能之公用地役關係至少在47年間已廢止而不復存在，而系爭水道嗣後改為市區排水功能迄今，因不符合司法院釋字第400號解釋之要件，亦不足以另成立新的市區排水功能之公用地役關係等情，均經認定如上，則上訴人辯稱系爭水道占用系爭土地，屬

於公用地役關係之有權占用云云，即難認有據。

㈢被上訴人依民法第767條第1項前段、中段、第821條等規定，請求上訴人應共同將系爭水道遷移，回復原狀後並將土地返還伊及其他全體共有人等語，經查：

1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又以無權占有為原因，請求返還土地者，占有人對土地所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，土地所有權人對其土地被無權占有之事實無舉證責任，占有人自應就其取得占有係有正當權源之事實證明之（最高法院112年度台上字第1669號判決意旨參照）。又請求返還所有物之訴，固應以現在占有該物之人為被告，惟所稱占有，不惟指直接占有，即間接占有亦包括在內。貸與人係經由借用人維持其對借用物之事實上管領力，依民法第941條規定為間接占有人，不失為現在占有人（最高法院87年度台上字第213號判決意旨參照）。再按建物之拆除，為事實上之處分行為，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限（最高法院102年度台上字第2053號判決意旨參照）。

2.經查，附圖附號A部分（水溝）所示之道爺圳水道（即系爭水道）原係作為灌溉使用，經農田水利署於73年間申報廢止後，目前供市區排水使用等情，為兩造所不爭執（不爭執事項㈢）；而嘉義市政府認同農田水利署所稱系爭水道並未撥用予嘉義市政府（本院卷二第60頁），以及農田水利署自陳道爺圳（含系爭水道）長期未辦理撥用予嘉義市政府，農田水利署為道爺圳（含系爭水道）之名義上管理人等情（本院卷二第99頁），依上情觀之，系爭水道目前雖由嘉義市政府做為市區排水使用，然本院審酌農田水利署既為系爭水道之管理人，而道爺圳（含系爭水道）復未經依法撥用予嘉義市政府，且系爭水道主要坐落於系爭土地南側之000-000土地，該筆土地之管理者登記為農田水利署（本院卷一第127頁），足認農田水利署仍為系爭水道之管理機關，其對道爺圳

（含系爭水道）仍有管理權限，亦即農田水利署仍為對系爭水道有事實上處分權之人。因此，系爭水道目前雖由嘉義市政府做為市區排水使用，依上開關係觀之，則嘉義市政府應係以相當於借用人之地位使用系爭水道，而農田水利署仍以間接占有之方式占有系爭水道等情，堪可認定。

3.次查，附圖附號A部分（水溝）所示之道爺圳水道（即系爭水道）目前既係供市區排水使用，且嘉義市政府自承系爭土地上水泥護岸為其所施作（原審卷第135頁），以及其係基於排水需求，依嘉義市汙水下水道使用管理自治條例第10條、第14條之規定，施工維護系爭水道（本院卷二第60-61頁），足認嘉義市政府目前應係管理使用系爭水道之機關無誤。嘉義市政府雖辯稱其未向農田水利署申請撥用，農田水利署亦未將道爺圳水道（即系爭水道）撥用予嘉義市政府，要難認其對系爭水道有事實上處分權云云；惟查，嘉義市政府既現為系爭水道之管理使用機關，即使未依法完成撥用程序，然參酌嘉義市政府114年5月9日府工水字第1141452947號函稱：嘉義市政府已於107年10月19日完成原審法院106年度訴字第324號拆除地上物事件訴訟案地上物等語（本院卷一第525頁），而上開判決命嘉義市政府拆除之標的亦為道爺圳水道之其他水道，有該判決在卷可稽（原審卷第187-192頁），由此觀之，嘉義市政府毋庸與農田水利署溝通即可逕自拆除道爺圳部分水道，則嘉義市政府對道爺圳有事實上處分權無誤。亦即依上情可認嘉義市政府與農田水利署共同對系爭水道均有事實上處分權，是嘉義市政府此部分辯詞，要無可採。

4.至嘉義市政府另辯稱：被上訴人在明知系爭水道占用系爭土地情形下，仍持續購買系爭土地，難認其行使權利符合誠信原則。系爭水道倘要改道，單是週遭土地之地勢走向、土壤質地、通洪能力等評估費用，即可能超過被上訴人請求返還土地之利益，遑論後續進行水道改道之工程費用，應認被上訴人提起本訴顯屬權利濫用等語。惟按權利之行使，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，固為民法第148條所明定。惟上開規定係規定行使權利，不得以損害他人為目的，若當事人行使權利，雖足使他人喪失利益，苟非以損害他人為主要目的，即不在該條所定範圍之內。被上訴人為系爭土地全體共有人之利益，本於所有權提起本件訴訟，係合法行使所有權人之正當權利，既未違反公共利益，亦非以損害他人為主要目的，依上開說明，難認有何權利濫用之情形；況系爭土地南側之同段000-000土地所有權人為中華民國，該土地原本作為灌溉之用，現供排水之用，而依附圖之測量圖所示，000-000土地寬度足以供排水之用，僅係上訴人2人未按該土地之地形，構建排水之水道，始占用系爭土地。亦即系爭水道目前既由嘉義市政府實際管理使用，則上訴人2人自可協調將系爭水道及000-000土地撥用予嘉義市政府，嗣後嘉義市政府再依000-000土地之地形，改道重新鋪設排水溝渠，並不影響於排水之功能，且不生損害排水渠道兩側人民生命、財產安全情事，依此觀之，尚難認被上訴人提起本訴有權利濫用之情形。又系爭水道對系爭土地不具有公用地役權關係等情，業經認定如上，即使被上訴人明知系爭水道占用系爭土地之情形下，仍持續購買系爭土地，亦難認其行使權利有何違反誠信原則之情形。嘉義市政府此部分辯詞，亦無可採。

5.此外，上訴人2人復未舉證證明其等對系爭土地有正當占有權源，而被上訴人為系爭土地共有人，上訴人2人均為系爭水道之事實上處分權人，則被上訴人請求上訴人2人應共同將系爭水道遷移，回復原狀後並將土地返還被上訴人及其他全體共有人，洵屬正當有據，應予准許。

五、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項前段、中段、第821條等規定，請求上訴人應共同將坐落系爭土地如附圖所示A3部分、面積54平方公尺之系爭水道遷移，回復原狀後並將土地返還被上訴人及其他全體共有人，即有理由，應予准

許。原審為上訴人敗訴之判決，併依被上訴人及嘉義市政府之聲請，分別酌定擔保金額為准、免假執行之宣告，核無違誤。上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。又農田水利署就敗訴部分陳明願供擔保以代釋明，聲請宣告免為假執行，於法並無不合，爰酌定相當之擔保金額准許之。

六、按判決所命之給付，其性質非長期間不能履行，或斟酌被告之境況，兼顧原告之利益，法院得於判決內定相當之履行期間或命分期給付。經原告同意者，亦同。履行期間，自判決確定或宣告假執行之判決送達於被告時起算。民事訴訟法第396條第1項、第3項分別定有明文。本院審酌上訴人2人均為公務機關，要就000-000土地完成撥用程序，以及欲進行系爭水道之遷移，均須一定行政程序及作業時間，且招標遷移工程亦需編製預算、尋覓工程廠商等事務，非立時可就，況系爭水道南側之000-000土地現由第三人占有使用中等情（不爭執事項㈣），亦均須費時排除；原審未及審酌上開因素而酌定上訴人履行期間為10個月，尚有未合，爰由本院依職權改定履行期間為1年6個月，並諭知如主文第二項所示。

七、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　23　　日

民事第三庭　審判長法　官　黃瑪玲

法　官　黃聖涵

法　官　張家瑛

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出

理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　23　　日

書記官　楊宗倫

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。