臺灣臺北地方法院民事判決

112年度訴字第2766號

原　　告　楊琳敏
被　　告　丁莉莉

上列當事人間請求容忍一定行為事件，本院於民國一一三年三月十八日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原告之訴及其假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但有下列各款情形之一者，不在此限：㈠被告同意者；㈡請求之基礎事實同一者；㈢擴張或減縮應受判決事項之聲明者；㈦不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者；被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加，民事訴訟法第二百五十五條第一項第一至三、七款、第二項定有明文。原告原起訴聲明請求被告應就坐落新北市○○區○○段○○○○○○○○○○○地號土地（下依序稱一二五九號地、一二六一號地）面積十平方公尺之區域，於原告房屋整建之建築執照核准後，容許原告進行安全圍籬設置與搭建鷹架，使用期間一八０工作日（見補字卷第五頁書狀），於民國一一二年七月四日變更聲明為請求被告應就一二五九號地、一二六一號地與同段第一二六八地號土地（下稱一二六八號地）相鄰、寬度一公尺、長度十公尺部分，於原告房屋整建之建築執照核准後，容許原告進行安全圍籬設置與搭建鷹架，使用期間一八０工作日（見訴字卷第二九頁書狀），一一三年二月二十九日再變更為請求被告應就一二五九號地、一二六一號地如附圖即新北市新店地政事務所一一三年一月

二十五日土地複丈成果圖（下稱附圖）編號Ａ、Ｂ所示部分，於原告房屋整建計畫經主管建築機關審查許可並發給建築執照後，容許原告進行安全圍籬設置與搭建鷹架，使用期間一八０工作日（見訴字卷第三０五頁書狀），原告前開變更，訴訟標的相同、基礎事實同一，第二次變更並僅係依測量結果特定請求被告容許原告使用之位置及面積，性質為應受判決事項聲明之擴張或減縮，不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，並經被告無異議而為本案言詞辯論，於法自無不合，本院爰就變更後之聲明為裁判，合先敘明。

貳、實體方面

一、原告部分：

（一）訴之聲明：（業按原告請求意旨修正文字）

１被告應於原告就一二六八號地上建物之整建計畫經建築主管機關核准並發給建築執照後，容許原告於一八０工作日期間內，在一二五九號地如附圖編號Ａ所示部分及一二六一號地如附圖編號Ｂ所示部分，就建築執照許可之工程為施工安全圍籬之設置及鷹架之搭建。

２願供擔保請准宣告假執行。

（二）原告起訴主張：一二六八號地（即坐落新北市○○區○○段○○○○○地號土地，一０二年重測前為新北市○○區○○段○○○○段○○○○○○地號土地）為原告所有，相鄰之同段一二五九、一二六一號地（即坐落新北市○○區○○段○○○○○地號、第一二六一地號土地）為被告所有，雙方均在地上興建有房屋，原告在一二六八號地上建物之增建部分導致被告之建物受損，前經被告訴請原告拆除，經臺灣高等法院（下稱高院）以九十七年度上字第二八二號判決命原告將一二六八號地上面積共十九平方公尺之駁坎拆除，並已執行完畢，然一二六八號地上駁坎經拆除後，剩餘駁坎安全性不足、有土石流失情形，原告乃委請建築師辦理地上建物（含駁坎）之整建計畫，該整建計畫含括駁坎修建，而駁坎之位置在一二六八號地緊鄰一

二五九、一二六一號地處，施工時有使用一二五九、一二六一號地設置圍籬、搭建鷹架之必要，爰依民法第七百九十二條規定，請求被告於原告就一二六八號地上建物之整建計畫經建築主管機關核准並發給建築執照後，容許原告於一八０工作日期間內，在一二五九號地如附圖編號Ａ所示部分及一二六一號地如附圖編號Ｂ所示部分，就建築執照許可之工程為施工安全圍籬之設置及鷹架之搭建。

二、被告部分：

（一）答辯聲明：原告之訴駁回，如受不利益判決，願供擔保請准免為假執行。

（二）被告以原告所有一二六八號地上違建增加載重損及被告所有建物，方經被告訴請拆除，經高院九十七年度上字第二八二號及鈞院一０六年度簡上字第一六０號確定判決命原告拆除部分地上物（含駁坎及花臺、柱子），但原告惡意阻饒確定判決之執行，致執行延宕多年，豈有被告訴請拆除後，再許可原告利用被告土地設置圍籬、搭建鷹架重行違法興建地上建物（駁坎）之理？且原告申請一二六八號地上建物之建築執照，應先自行拆除所有地上違建後方可請領，而原告迄未拆除所有地上違建並申請建築執照，加以如未依建築技術規則建築設計施工編第二百六十三條規定退縮一・三公尺，亦不可能取得建築執照；又原告所有之一二六八號地如依法拆除地上違建、退縮一・三公尺後，所餘空間應足敷設置圍籬、搭建鷹架，無庸使用被告所有之一二五九號地、一二六一號地之必要等語，資為抗辯。

三、原告主張一二六八號地（即坐落新北市○○區○○段○○○○○地號土地，一０二年重測前為新北市○○區○○段○○○○段○○○○○○地號土地）為其所有，相鄰之同段一二五九、一二六一號地（即坐落新北市○○區○○段○○○○○地號、第一二六一地號土地）為被告所有，雙方均在地上興建有房屋，其在一二六八號地上建物之增建部分導致被告

建物受損，前經被告訴請其拆除，經高院以九十七年度上字第二八二號判決命其將一二六八號地上面積共十九平方公尺之駁坎拆除之事實，業據提出高院九十七年度上字第二八二號民事判決、相片為證（見補字卷第九至二一頁），核屬相符；關於一二五九號地、一二六一號地自七十五年十月二十九日起即為被告所有，迄未變更，地上並有建號同段第二九五二號、門牌號碼新北市○○區○○路○段○○○巷○號房屋，及一二六八號地自九十四年四月二十六日起為原告所有，地上並有建號同段第二九五四號、門牌號碼新北市○○區○○路○段○○○巷○號房屋，迄未變更等情，並經本院職權查證屬實，有土地建物查詢資料可稽（見訴字卷第三九至四五頁）；關於原告所有之一二六八號地與被告所有之一二五九、一二六一號地緊鄰，並經本院會同兩造、地政人員勘驗屬實，有勘驗筆錄、現場相片、新北市新店地政事務所覆函暨一一三年一月二十五日土地複丈成果圖【即附圖】可稽（見訴字卷第二一三至二二0、二二五、二二七頁）；原告前開主張並均為被告所不爭執，應堪信為真實。

但原告主張其辦理地上建物（含駁坎）整建計畫，修建駁坎施工時有使用一二五九號地如附圖編號Ａ所示部分及一二六一號地如附圖編號Ｂ所示部分設置圍籬、搭建鷹架一八０工作日之必要部分，則為被告否認，辯稱：其前訴請原告拆除違建駁坎後，再許可原告利用其土地設置圍籬、搭建鷹架重行違法興建駁坎，有違事理，且原告申請一二六八號地上建物之建築執照，應先自行拆除所有地上違建，原告迄未拆除所有地上違建、亦未申請建築執照，原告整建計畫不符建築技術規則建築設計施工編第二百六十三條規定，亦不可能取得建築執照，又原告所有之一二六八號地如依法拆除地上違建、退縮一・三公尺後，所餘空間應足敷設置圍籬、搭建鷹架，無庸使用被告所有之一二五九號地、一二六一號地之必要等語。

四、按土地所有人因鄰地所有人在其地界或近旁，營造或修繕建

築物或其他工作物有使用其土地之必要，應許鄰地所有人使用其土地，民法第七百九十二條前段固有明文。惟請求將來給付之訴，以有預為請求之必要者為限，得提起之，民事訴訟法第二百四十六條亦有明定。履行期未到與履行之條件未成就不同，故於履行期未到前，如被告有到期不履行之虞者，固得提起請求將來給付之訴，但在履行之條件未成就前，則不許提起將來給付之訴；將來給付之訴，以債權已確定存在，僅請求權尚未到期，因到期有不履行之虞，為其要件，最高法院四十六年台上字第七四五號、八十六年度台上字第一三八五號著有裁判闡釋甚明。是請求將來給付之訴，不唯以權利已確定存在為前提，且以有到期不履行之虞而有預為請求之必要為要件。

（一）原告請求被告於其就一二六八號地上建物之整建計畫經建築主管機關核准並發給建築執照後，容許其於一八０工作日期間內，在一二五九號地如附圖編號Ａ所示部分及一二六一號地如附圖編號Ｂ所示部分，就建築執照許可之工程為施工安全圍籬之設置及鷹架之搭建，無非以一二六八號地為其所有，一二五九、一二六一號地為被告所有，兩造之土地緊鄰，一二六八號地上之違建駁坎經拆除後，剩餘駁坎安全性不足、有土石流失情形，經其委請建築師辦理地上建物（含駁坎）之整建計畫，該整建計畫含括駁坎修建，而駁坎之位置在一二六八號地緊鄰一二五九、一二六一號地處，施工時有使用一二五九、一二六一號地設置圍籬、搭建鷹架之必要為論據，關於土地之所有權歸屬及位置緊鄰部分，並為被告所不爭執，且與本院職權查證結果一致，前已述及，被告以前詞置辯，是本件所應審究者，厥為：原告請求被告許可其「利用一二五九、一二六一號地設置圍籬、搭建鷹架一八０工作日以進行一二六八號地上建物（含駁坎）整建工程」之權利，是否已經存在？如已存在，被告是否有到期不履行之虞而有預為請求之必要？

（二）經查：

1民法第七百九十二條前段係規定土地所有人於鄰地所有人在其地界或近旁，營造或修繕建築物或其他工作物有使用其土地之必要，應許鄰地所有人使用其土地，是土地所有人容許鄰地所有人使用其土地，以「鄰地所有人在地界或近旁，營造或修繕建築物或其他工作物而有使用其土地之必要」為要件，且鄰地所有人該營造或修繕工作應合於土地法、建築法、建築技術規則、山坡地保育利用條例、都市計畫法、農地重劃條例等等土地、建築相關法令，應為當然解釋，蓋土地所有權人基於民法第一百四十九條正當防衛之規定，本有權拒絕鄰地所有人利用其土地進行非法之工作，自不許鄰地所有人依民法第七百九十二條規定主張有權使用其土地；至辨別鄰地所有人有無使用土地所有人土地之必要，以營造或修繕工作之位置、方法、範圍確定為前提，否則不唯無從確認該營造或修繕工作係在地界或近旁，且無從認定鄰地所有人自己之土地不足敷營建或修繕工作使用，而有使用土地所有人土地之必要。

2原告自一一二年四月十日起至一一三年三月十八日本件言詞辯論終結時止，始終未能具體提出所謂其就一二六八號地上建物之整建計畫內容，甚且當庭自承尚未提出建築執照之申請（見訴字卷第三二二頁筆錄），新北市政府工務局亦覆函指一二六八號地僅領有六五店建字第二九一六號建造執照、六七店使字第三０六三號使用執照，及九三店建字第六八三號建造執照，而該九三店建字第六八三號建造執照開工日期為九十四年七月二十五日，規定竣工期限為九個月，依建築法第五十三條規定已失其效力，自一０六年起迄今無其他申請建築執照之紀錄（見訴字卷第二０九、二一０頁），足見原告於言詞辯論終結前仍未就一二六八號地上建物之整建計畫向新北市政府建築主管機關提出建築執照之申請，無從認原告有在一二六八號地合法進行營造或修繕工作，及該營造或修繕工作之位置在地界或

近旁，以及一二六八號地不足敷該營建或修繕工作之施工使用，簡言之，難認原告就一二六八號地有使用被告所有一二五九號地如附圖編號A所示及一二六一號地如附圖編號B所示部分一八0工作日之必要，難謂有民法第七百九十二條規定之適用，亦即原告對被告尚無民法第七百九十二條之土地使用權存在。

（三）原告既尚無民法第七百九十二條規定之適用、對被告尚無民法七百九十二條規定之土地使用權存在，原告提起本件將來給付之訴，難認有據。

五、綜上所述，原告於言詞辯論終結前仍未就一二六八號地上建物之整建計畫向新北市政府建築主管機關提出建築執照之申請，無從認原告有在一二六八號地合法進行營造或修繕工作，及該營造或修繕工作之位置在地界或近旁，以及一二六八號地不足敷該營建或修繕工作之施工使用，難認原告就一二六八號地有使用被告所有一二五九號地如附圖編號A所示及一二六一號地如附圖編號B所示部分一八0工作日之必要，難謂有民法第七百九十二條規定之適用、難認原告對被告尚無民法第七百九十二條之土地使用權存在，從而，原告提起將來給付之訴，請求被告於原告就一二六八號地上建物之整建計畫經建築主管機關核准並發給建築執照後，容許原告於一八0工作日期間內，在一二五九號地如附圖編號A所示部分及一二六一號地如附圖編號B所示部分，就建築執照許可之工程為施工安全圍籬之設置及鷹架之搭建，洵屬無據，不應准許，其假執行之聲請亦失所附麗，爰併駁回之。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院審酌後，認於判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

據上論斷，本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第七十八條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　25　　日

民事第四庭　法　官　洪文慧

以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　　113　　年　　4　　月　　25　　日

書記官　李文友

附圖：新北市新店地政事務所113年1月25日土地複丈成果圖