臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度上字第145號

上　訴　人
即反訴被告　沈承華
訴訟代理人　張智宏律師
　　黃建誠律師
被　上訴人
即反訴原告　陳臻紜（即張松熀之承當訴訟人）
訴訟代理人　許盟志律師
　　陳嘉文律師

上列當事人間請求確認通行權存在事件，上訴人對於民國108年11月27日臺灣苗栗地方法院107年度訴字第360號第一審判決提起上訴，被上訴人則提起反訴，本院於110年1月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決廢棄。

二、確認上訴人就被上訴人所有坐落苗栗縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○號土地上如附圖一所示5公尺寬通行道路即：72-44地號土地上之98平方公尺、72-45地號土地上之20平方公尺土地有通行權存在。

三、被上訴人於前項上訴人有通行權之土地範圍內應容忍上訴人通行，並不得設置地上物或為任何阻止或妨害上訴人通行之行為。

四、上訴人得在第二項所示通行權範圍之土地上開設道路及鋪設柏油道路，並得埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠。

五、被上訴人之反訴駁回。

六、第一、二審（含反訴部分）訴訟費用均由被上訴人負擔。

七、本判決第三、四項所命給付部分，於上訴人以新臺幣24萬4000元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣73萬1600元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按不變更訴訟標的，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256條定有明文。另按土地所有人之通行權，性質上為土地所有人所有權之擴張，與鄰地所有權之限制，土地所有人於具備必要通行權之要件後，即有通行周圍地以至公路之權利，不以經由法院判決為必要，故當事人就某特定位置、範圍之土地通行權發生爭議時，可以起訴請求確認解決，其訴訟性質即屬確認之訴。惟當事人就同一土地或數所有人之不同土地，可供通行之損害最少之處所及方法，有數相同者存在，起訴請求解決時，此際，其訴訟性質方屬形成之訴。又按袋地所有人對於鄰地有通行權，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之，對於通行地因此所受之損害，並應支付償金；於鄰地所有人有異議時，有通行權之人或異議人得請求法院以判決定之，分別為民法第787條第2項、第3項及準用第779條第4項所明定。參之民法第779條第4項規定於民國98年1月23日增訂時之立法理由揭櫫：「第4項訴訟性質係屬形成之訴，對於何謂鄰地之損害最少之處所及方法，審理法院不受當事人聲明之拘束，得依職權認定之。惟若主張有通過權之人或異議之人請求對特定之處所及方法確認其有無通過之權時，則非形成之訴，而為確認之訴，此際，法院即應受當事人聲明之拘束。」等語（臺灣高等法院暨所屬法院105年法律座談會民事類提案第10號審查意見參見照）。是以民法第787條規定之袋地通行權，基於程序機能選擇權，原告可提起確認之訴或形成之訴。前者係就鄰地之特定處所及方法訴請法院確認其有無通行之權，後者依第787條第3項準用同法第779條第4項規定，則係請求法院就鄰地損害最少之處所及方法酌定由其通行。民法第789條之袋地通行權為民法第787條袋地通行權之一種，當亦為相同之解釋。本件上訴人於原審主張其所有坐落００縣○○鄉○○○段（下均同段，僅以地號稱之）72-26地號土地（下稱系爭土地）為袋地

，對被上訴人所有之同段72-44、72-45地號土地有通行權存在，其起訴聲明請求：確認上訴人就72-44、72-45地號土地有通行權存在，其通行方案請求法院擇其周圍地損害最小之處所為之（即如苗栗縣苗栗地政事務所民國108年8月12日複丈成果圖方案一所示5M通行道路：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在）（見原審卷第445頁），主要係請求法院擇系爭土地周圍地72-44、72-45地號土地內損害最小之處所供系爭土地通行，唯並表示上訴人優先主張之通行方案為如苗栗縣苗栗地政事務所民國108年8月12日複丈成果圖方案一所示5M通行道路：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地而已，並非僅就鄰地之特定處所及方法訴請法院確認其有無通行之權，且原審法院就被上訴人所有72-44、72-45地號土地亦測量出三種不同路寬之通行方案，是本件上訴人於原審所提起之通行權訴訟應如上訴人於原審所陳屬形成之訴（原審卷第385頁），原審判決亦同此認定（見原審判決第2頁第3、4行）；上訴人於本院上訴聲明請求：確認上訴人就被上訴人所有72-44、72-45、72-25及986-3等4筆地號（下稱72-44地號等4筆土地）土地有通行權存在，其通行方案請求本院擇其周圍地損害最小之處所為之（即如苗栗縣苗栗地政事務所108年8月12日複丈成果圖方案一所示5M通行道路：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在）（見本院卷第9頁、第360頁）。則亦係請求法院擇系爭土地周圍地72-44地號等4筆土地損害最小之處所定其通行權範圍，並陳明優先主張之通行方案為何，並於本院合議庭進行言詞辯論審理時主張稱：「（審判長問：上訴聲明請求在苗栗縣○○鄉○○○段000000000000000000000000地號四筆土地內確認通行權（提示本院卷第16、32頁），是否屬「形成之訴」（即對於何謂鄰地之「損害最少之處所及方法」，審理法院不受當事人聲明之拘束，得依職權認定之），即請求法院於上開地號土地範圍內擇定適當之通行權位置

？或僅請求確認特定位置即上訴人主張之方案即如108年8月12日複丈成果圖方案一5公尺寬度，72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在？）上訴人訴訟代理人黃建誠律師：是屬於形成之訴。但我們希望優先採用通行72-44、72-45地號部分之方案。」等語（見本院卷第411頁），揆諸上開說明，基於上訴人之程序機能選擇權，上訴人既主張其所提起之訴為形成之訴，則係請求本院就鄰地損害最少之處所及方法酌定由其通行，是以本件訴訟於二審中其性質仍屬形成之訴，對於何謂鄰地之損害最少之處所及方法，本院自不受上訴人聲明之拘束，而得依職權認定之，爰先予指明。至上訴人於本院雖增加同為被上訴人所有之72-25及986-3二筆地號土地供本院選擇通行方案，然訴訟標的仍為本於系爭土地之通行權形成訴訟，應屬補充事實上或法律上之陳述，而無追加或變更可言，先予說明。

二、另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。前項情形，第三人經兩造同意，得聲請代移轉之當事人承當訴訟，民事訴訟法第254條第1項、第2項前段定有明文。本件訴訟繫屬中，原被上訴人張松熀於108年12月11日將72-44、72-45、72-25及986-3地號土地所有權移轉予被上訴人陳臻紜，陳臻紜聲明承當訴訟（見本院卷第140頁至第154頁），且上訴人與張松熀均同意（見本院卷第138頁、第156頁），經核並無不合，應予准許。

三、再按在第二審提起反訴，非經他造同意，不得為之。但就同一訴訟標的有提起反訴之利益者，不在此限。民事訴訟法第446條第2項但書第2款定有明文。又為利紛爭一次解決，應許供通行之土地所有人提起反訴，請求通行權人依民法第787條規定給付償金，俾免於通行權經勝訴判決確定後，兩造另生支付償金之爭訟（最高法院106年度台上字第2937號判決參照）。查上訴人提起上訴後，被上訴人對上訴人提起反訴，依民法第787條第2項規定請求上訴人自本案確認對被上訴人所有72-44、72-25及986-3地號土地通行權之判決確定

日起，按月給付被上訴人新臺幣（下同）3,899元之償金，依照上開說明，被上訴人自有提起反訴之利益，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊係系爭土地之所有權人，被上訴人係72-44、72-45地號土地之所有權人，系爭土地為不通公路之袋地，系爭土地與72-24、72-25、72-44及72-45等5筆地號土地均係分割自分割前72-1地號土地。72-1地號土地於77年9月8日分割前即得經由位於72-24、988地號土地之現有巷道通行至公路，是分割前72-1地號土地非屬袋地。系爭土地係因土地之分割而形成袋地，且與72-44、72-45地號土地均係分割自相同之72-1地號土地，又72-44、72-45地號土地亦毗鄰現有道路，是本件應有民法第789條第1項通行權限制規定之適用。系爭土地為建地，依法得供作建築使用，其通行範圍自應將建築需要列入考量，依伊所提附圖一通行72-44、72-45地號土地方案，得經由72-2 4及988等2筆地號土地上之聯外道路通行至公路，應屬對鄰地損害最小之通行方案，且系爭土地得申請指定建築線於現有巷道上，符合供作建築之通常使用之目的及民法第789條第1項之規定。被上訴人於本案訴訟進行中始提出72-25地號土地住宅新建工程全區配置圖，惟迄未據以申請建築執照而尚未定案，仍有變動之可能，被上訴人日後自仍可依本件袋地通行之範圍予以變更。至986-3地號土地，屬農牧用地，依法僅得作耕作使用而不得供作道路使用，則伊日後得否經由986-3地號土地對外通行，即有疑異。況986-3地號土地並非分割自72-1地號土地，依民法第789條第1項規定所示，被上訴人所提附圖二通行方案顯依法不合而不足採。又被上訴人所提通行方案，亦不足以供系爭土地作建築之通常使用，自非屬妥適之方案，爰依民法第789條第1項之規定，以形成之訴請求確認對於72-44、72-45、72-25及986-3地號土地範圍內有通行權存在，被上訴人並應容忍上訴人通行，併依同法第788條第1項、第786條第1項、第779條第1項之規定，請求於通行範圍之土地內開

設道路、埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠等語（原審為上訴人敗訴判決，上訴人不服，提起上訴），並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認上訴人就被上訴人所有坐落００縣○○鄉○○○段72-44、72-45、72-25及986-3等4筆地號土地有通行權存在，其通行方案請求本院擇其周圍地損害最小之處所為之（優先採用如苗栗縣苗栗地政事務所108年8月12日複丈成果圖方案一所示5M寬通行道路：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在）。㈢被上訴人於前項上訴人有通行權之土地範圍內應容忍上訴人通行，並不得設置地上物或為任何阻止或妨害上訴人通行之行為。㈣上訴人得在第二項所示通行權範圍之土地上開設道路及鋪設柏油道路，並得埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠。㈤第三、四項聲明，上訴人願供擔保請宣告准予假執行。就被上訴人反訴部分，上訴人依民法第789條第1項規定請求通行被上訴人所有72-44及72-45等2筆地號土地，依民法第789條第2項規定無須支付償金；又實務上計算通行償金係以受通行土地之「申報地價」作為計算通行償金數額之基礎，系爭土地周圍多作為農耕使用，都市化程度不高，被上訴人以年息百分之8計算償金之數額，顯屬過高而不足採等語，資為抗辯。並答辯聲明：駁回反訴。

二、被上訴人則以：72-1地號土地在分割前尚須經986-2、986-3、986-4地號土地方能對外通行，是以72-1地號土地在分割前即屬袋地，72-44、72-29、988地號上雖有巷道可供通行，惟上開巷道仍屬他人之土地，72-1地號土地不因此而非屬袋地。民法第789條規定通行權之限制，需兩造當事人間直接發生分割或讓與的行為始有適用，系爭土地係上訴人於89年7月間買賣，72-44地號土地則由張松熀於104年12月間買受，嗣後再轉售於伊，本件應無適用民法第789條規定之餘地。72-25、72-44、72-45、72-27地號土地均為伊所有，伊購買上開4筆土地，原係欲合併利用以發揮土地最大利用價

值，惟上訴人主張通行之路徑恰在72-25、72-27地號土地中間，將使上開4筆土地一分為二，且通行範圍過大，造成伊巨大損害，顯非對於鄰地侵害最小之方式；又附圖一通行方式，須經由72-44、72-45、72-24、988、986-4地號土地始能通行至道路，而72-24、988、986-4地號土地上現有通行路徑並非既成道路，上訴人於原審請求僅測量72-44、72-45地號2筆土地，於審酌是否對鄰地損害最少時，自亦應將72-24、988、986-4地號土地上現有路徑非既成道路列入考量。反之，伊主張之附圖二路徑僅須通過72-44、72-55、986-3地號3筆土地，應屬對伊侵害最小之方案，依據附圖二所示，此路徑使用之面積為102平方公尺，而附圖一之路徑，除使用72-44、72-45地號土地外，另72-24、988、986-4地號3筆土地未經測量，然依目測應大於47平方公尺，則其使用面積顯然超過伊主張通行路徑之102平方公尺，絕非為對鄰地損害最少之通行路徑。倘本院認上訴人所主張之通行方案較為妥適，因系爭土地面積僅有106平方公尺，且原係用以養雞，現荒廢無使用，則上訴人主張通行路寬為5公尺，使用鄰地面積達100平方公尺以上，明顯已超出通常使用之範圍。上訴人主張通行之路徑僅供上訴人使用，並無其他人等需使用，則其道路之寬度僅需2公尺為已足等語，資為抗辯，並答辯聲明：上訴駁回。另於本院提起反訴，主張：倘本訴部分經本院判決確認上訴人對72-44、722-25、986-3地號3筆土地有通行權存在，則伊自無法自由使用、收益上開土地，伊因土地所有權受限制而受有相當於租金之損害。爰依上開3筆土地之公告現值，再依附圖二所示上訴人通行之面積，以年息百分之8計算並除以12個月，則每月為3,899元等語，並反訴聲明請求：上訴人應自本案確認對被上訴人所有坐落苗栗縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號土行權之判決確定日起，按月給付被上訴人3,899元。

三、兩造不爭執之事項（本院卷第290頁）：

（一）上訴人係系爭土地即72-26地號土地（面積106平方公尺）

之所有權人，而被上訴人係72-44、72-45地號土地（面積分別為289、49平方公尺）之所有權人，72-44、72-45地號土地係分割自72-25地號土地，而72-25、72-26、72-27地號土地均係分割自72-1地號土地。

（二）被上訴人曾於聯外道路通往系爭土地之其中一條通行路線上設置鐵網阻礙通行（原審卷第200頁）。

（三）系爭土地依現況與公路無適宜之聯絡而無法對外通行而屬袋地（原審卷第312至313頁）。

四、本件爭點（本院卷第290頁）：

（一）在72-1地號土地分割出72-24、72-25、72-26（即系爭土地）、72-27地號土地前，72-1地號土地是否袋地？

（二）上訴人主張之通行方案，是否為對周圍地損害最少之處所及方法？

（三）上訴人依民法第789條第1項規定提起本件形成之訴，請求本院酌定通行範圍，有無理由？併依同法第788條第1項、第786條第1項、第779條第1項之規定，請求於通行範圍之土地內開設道路、埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠，有無理由？

（四）被上訴人反訴請求上訴人給付償金，有無理由？

五、本院得心證之理由：

（一）72-1地號土地分割出72-24、72-25、72-26、72-27地號土地前，72-1地號土地並非袋地：

1、被上訴人辯稱72-1地號土地，在分割之前即屬袋地，其依據不外72-1地號在分割前尚須經同段986-2、986-3、986-4地號土地方能對外通行，且上開地號土地均屬他人之土地，又臺灣苗栗地方法院109年度訴字第273號分割共有物事件，曾向苗栗縣政府函查72-24地號土地上現有巷道是否為既成道路？經苗栗縣000000000000道00000000000號函覆「經查旨揭地號土地目前尚未接獲相關單位或土地所有權人向本府申請既成道路認定。」故72-24地號土地上之巷道非屬既成道路云云。

2、查72-1地號土地於77年9月8日因分割而增加72-24至72-42等地號，有土地登記簿謄本在卷（原審卷第220、236頁），其時並在分割後之72-1地號上申請建築執照即同段842建號（門號號碼０００００鄉０００００號），當時分割後72-1地號上之新建房屋842建號即係以南邊與72-24地號、988地號土地連接處劃設建築線，當時之72-24地號、988地號土地北邊及分割後72-1地號東北邊之同段986-2、986-3、986-4地號土地在76年10月24日套繪時已係現有巷道，此有苗栗縣政府109年9月4日函覆本院：航空圖所示紅色斜線區塊（即72-24地號、988地號土地北邊，見本院卷第110、158頁）已套繪為「現有巷道」，並檢送分割後72-1地號申請建築執照，上有建築線之地籍套繪圖在卷可稽（本院卷第174、176頁），被上訴人對上開函文內容亦無意見（本院卷第201頁），被上訴人並陳明3.4公尺寬之道路是坐落988地號土地上明確在卷（本院卷第237、348頁）。是以至少在上開套繪時，分割後72-24地號、988地號土地北邊及同段986-2、986-3、986-4地號土地已係現有巷道，分割前72-1地號土地確可對外通行，否則苗栗縣政府斷無可能同意分割後72-1地號上之新建房屋以南邊與72-24地號、988地號土地連接處劃設建築線，此與72-24地號是否經人申請為既成道路無涉；另雖同段986-2、986-3、986-4地號土地非其時72-1地號土地所有人所有，然76年10月24日套繪時既已是現有巷道，且供分割前72-1地號土地通行，並無任何阻礙，自屬可供公眾通行之道路，並非需符合「既成道路」之要件始能認分割前72-1地號當非袋地，從而堪認72-1地號土地在分割前並非袋地。

（二）本件應有民法第789條第1項之適用：

1、按民法第789條之立法意旨，乃因土地所有人讓與土地之一部或分割土地時，就其可能造成不能與公路為適宜之聯絡之情形，為其能預見而得事先安排，土地所有人不能因自己之讓與或分割土地之任意行為，導致對當事人以外之

其他土地所有人造成不測之損害。此法條所規定之通行權性質上乃土地之物上負擔，隨土地而存在，土地所有人將土地分割成數筆，同時或先後讓與數人，應仍有該法條規定之適用（最高法院89年度台上字第756號判決意旨參照）。另按民法第789條第1項之立法理由在於土地所有人不能因自己之任意行為，致增加他人之負擔。因此，如數筆土地同屬一人所有，本得藉由其中一筆或數筆與公路相通聯，嗣因所有人之任意行為，將其中之一筆或數筆土地讓與他人，致生與公路無適宜聯絡之情事，自不能捨原屬同一人所有、且可對外通聯之土地，而藉由其他所有人之鄰地通行至公路。現行民法第789條第1項後段之規定雖係於98年1月23日修正增訂，惟對於土地所有人於修正前，將其所有之數筆土地，分別轉讓數人，致生部分土地與公路無適宜聯絡之狀態延續至新法增訂施行後之情形，仍有適用（最高法院109年台上字第2537號判決意旨參照）。依其立法目的，既係土地所有權人應對於其任意行為所形成之袋地通行問題，自行負擔供通行之義務，故將袋地所有權人之通行權利，限縮至僅能通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地，以保障第三人之權益，而受讓人或讓與人或他分割人之所有地則負有供通行義務之物上負擔。

2、經查，系爭土地東面毗鄰72-44地號土地、南面鄰接72-27地號土地，而72-45地號土地係鄰接72-44、72-25地號土地，72-25地號土地又毗鄰986-3地號土地，此有地籍圖、航照圖各1份（原審卷第43、44頁）在卷可稽；另經原審法院至現場履勘結果，72-45地號土地現有接往鋪設柏油路面之私設道路（原審卷第311、316至317頁），另986-3地號土地亦有鄰接無名道路（原審卷第358、372頁）；而被上訴人除為72-44、72-45地號土地之所有權人外，72-25、72-27、986-3地號土地亦係被上訴人所有，此有土地登記謄本3份（原審卷第62至64頁、第224至226頁、第497至499頁）存卷可參。從而依不爭執事項（一）所示，系

爭土地及72-25、72-27地號土地均係分割自72-1地號土地，又72-44、72-45地號土地亦係分割自72-25地號土地，依民法第789條第1項之規定，屬袋地之系爭土地欲主張通行，應僅能對於72-25、72-27、72-44、72-45地號土地主張具有通行權，此為對於上訴人權利行使之法律限制，並課予72-1地號土地所分割出來土地之物上負擔，不應受負有負擔土地之所有權人更動而影響，即或非自72-1地號分割出之986-3地號土地之現所有權人即被上訴人同意或自願提供986-3地號土地供系爭土地通行，雖可經由兩造同意訴外以協議為之，然在訴訟上既違反民法第789條第1項之立法意旨，且增加日後986-3地號土地新所有權人之物上負擔，即難以被上訴人同意提供986-3地號土地供通行，即免除自72-1地號分割出之其他土地之物上負擔。

3、被上訴人雖辯稱上訴人係在系爭土地分割後，方以買賣之方式取得系爭土地，故無民法第789條規定之適用云云，並提出最高法院69年台上字第2672號判決為其依據，然參諸民法第789條第1項規定之旨趣，乃在於土地所有人為土地一部之讓與或分割時，對於不能與公路適宜聯絡之情形，當為其所預見，而得事先為合理之解決。是土地所有人將土地之部分或分割成數筆，同時或先後讓與數人時，亦有前揭條項規定之適用，並不以不通公路土地所有人與受讓人或讓與人或他分割人直接間就土地一部為讓與或分割結果，而有不通公路土地之情形為限（最高法院90年度台上字第1679號、88年度台上字第2946號、86年度台上字第2725號判決意旨參照）。此乃因此法條所規定之通行權性質上乃土地之物上負擔，隨土地而存在（最高法院89年度台上字第756號、85年度台上字第396號判決意旨參照）。另前大法官謝在全所著民法物權論亦同此見解（謝在全民法物權論【上】修訂七版第231、232頁參照），準此，被上訴人以兩造並未直接發生分割或讓與之行為為由，主張本件無民法第789條之適用，顯無足採。

（三）本件系爭土地之通行方案，以附圖一之5公尺寬通行道路為通行範圍，為對周圍地損害最少之處所及方法：

1、按，民法第787條第1項所定之通行權，其主要目的，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益，是袋地通行權，非以袋地與公路有聯絡為已足，尚須使其能為通常使用，而是否能為通常使用，須斟酌該袋地之位置、地勢、面積、用途、社會環境變化等因素為綜合判斷，倘袋地為建地時，並應考量其坐落建物之防火、防災、避難及安全需求，始符能為通常使用意旨，而准許通行之土地不敷袋地建築之基本需求，尚不能謂已使建地之袋地為通常之使用（最高法院107年度台上字第1613號判決、最高法院104年度台上字第256號判決意旨參照）。另按袋地通行權，非以袋地與公路有聯絡為已足，尚須使其能為通常之使用。而是否為通常使用所必要，除須斟酌土地之位置、地勢及面積外，尚應考量其用途。故袋地為建地時，倘准許通行之土地，不敷袋地建築之基本要求，自不能謂已使袋地能為通常之使用（最高法院87年度台上字第2247號判決意旨參照）。再按鄰地通行權之功能在解決與公路無適宜聯絡袋地之通行問題，不在解決袋地之建築問題，固不能僅以建築法或建築技術上之規定為酌定通行事項之基礎，但通行鄰地之目的既在使袋地得為通常之使用，是於袋地為建地時，即須將其建築需要列入考量；若准許通行之土地，不足敷袋地建築之基本需求，尚不能謂已使為建地之袋地為通常之使用（最高法院85年度台上字第3141號判決意旨參照）。又依前大法官謝在全所著民法物權論略謂：民法之相鄰關係與建築都市計畫法規均係在調整土地或其他不動產之妥適利用，故相鄰關係之適用亦應斟酌建築都市計畫法規之規定；....，蓋若建築法規之基本需求不予考量，將使有通行必要之土地無法有效利用，不僅有違相鄰關係在調整鄰接不動產妥適利用之意旨，且有礙都市之觀瞻及

發展，況建築都市計畫法規之規定即在確保通行，並應符合防火、避難及衛生等需求，相鄰關係之適用倘就此一併考量，不但保障通行必要土地之適切利用，更能發揮積極調節鄰接土地利用之功能（謝在全民法物權論【上】99年9月修訂五版第290頁參照），足徵有關袋地通行範圍自應考量建築之基本要求，方能使為建地之袋地為通常之使用。

2、被上訴人雖提出系爭土地往北經72-44、72-25及986-3地號土地對外連接之寬2公尺之通行方案如附圖二，並表示其亦為986-3地號土地所有權人，願拆除72-25地號上現有地上物改建，並有提出委請訴外人繪製之住宅新建工程全區配置圖2份（原審卷第495至497頁），已具體就72-25、72-44、72-45、72-27地號土地合併規劃、設計興建房屋，並有實際計算建蔽率、容積率及基地面積，倘依上訴人所主張附圖一往東自被上訴人所有之72-44、72-45地號土地通行，將導致被上訴人所有之上開4筆土地一分為二，無法合併利用，實係對於被上訴人所有權能之重大侵害云云，然查被上訴人所提之通行方案如附圖二所示，目前雖有對外連接986-3地號上之無名道路，然其他所經之通行範圍內，有具鐵皮屋頂之馬達、鐵捲門及鐵皮牆壁、倉庫、磚造圍牆，現況無法通行至986-3地號之無名道路等情，業經原審法院勘驗明確，有勘驗筆錄及相片在卷（原審卷第357至371頁），縱被上訴人目前亦為986-3地號土地之所有權人而同意提供通行，然與上訴人所主張通行權依據之民法789條規定不符。另被上訴人於原審固有提出住宅新建工程全區配置圖2份，表示可拆除其所主張通行路線上之地上物云云，惟上開二配置圖既有不同，即表示尚未定案，係被上訴人於本案訴訟進行中始提出，且迄仍未據以申請建築執照，故仍有變動之可能，被上訴人日後自仍可依本件袋地通行之範圍予以變更。況依被上訴人所提之附圖二所示，在72-44、986-3地號土地範圍內各有1將

近90度之轉彎處，不利行車安全，又系爭土地地目為建，使用分區為「農業區」，依法得為建築房屋，此有系爭土地所有權狀及土地使用分區證明書可稽（原審卷第473、474頁），且系爭土地經986-3地號土地對外通行至現有道路之長度，依複丈成果圖之比例計算已達20公尺以上，建築技術規則建築設計施工編第2條既已明定：「私設通路之寬度，基地應與建築線相連接，其連接部分之最小長度應在二公尺以上，基地內私設通路之寬度不得小於左列標準：三、長度大於二十公尺為五公尺」（原審卷第138頁），則上訴人苟欲在系爭土地上興建合法建物，顯需有5公尺寬之對外通路始能取得建築執照，是以被上訴人所提附圖二往北走寬2公尺之通路自不足供系爭土地為通常使用，而非適當之通行方案至明。即或被上訴人於原審所另主張之系爭土地改往南走，經訴外72-27、72-29地號土地之通行路線（見原審卷第496頁新建工程配置圖），亦同有直角轉彎處過多，路寬不足之缺點，是以被上訴人主張之附圖二或往南走經訴外72-27、72-29地號土地之方案，均非適當之通行方案。

3、被上訴人雖認上訴人所提出之方案即附圖一所示，將使被上訴人所有之72-25、72-44、72-45、72-27地號4筆土地一分為二，無法合併利用，實係對於被上訴人所有權能之重大侵害云云，然原72-1地號土地所有權人於77年9月8日將土地分割出系爭土地及72-25、72-27地號，並將系爭土地置於72-25地號土地西側、72-27地號土地北側而成袋地時（見原審卷第37、46、224頁土地登記謄本及同卷第114頁地籍圖），即應有所規劃，且72-25地號上86年間興建同段556建號建物（門牌號碼門號號碼０００００鄉００００００號）時，於86年3月10日分割出72-44、72-45地號土地（見原審卷第39、46、62頁土地登記謄本），再由72-45地號土地分割出72-47地號土地（見原審卷第232土地登記謄本），並將72-45、72-47地號土地全部劃為556號

建號對外連接72-24地號土地上原有巷道之私設道路，聲請建築執照時所劃之建築線則劃於72-45與72-24地號之地籍線上，此有苗栗縣政府109年9月4日函所檢送本院之556號建號申請建築線圖在卷（本院卷第174、178頁），被上訴人對上開函文內容亦無意見（本院卷第201頁），是以在556號建號86年興建時，72-45地號分割出之目的即係供通行使用，而本件上訴人主張通行72-45地號土地南側，符合原先72-45地號分割出時之目的，且上訴人主張通行之72-44、72-45地號土地南側現況部分舖設水泥，部分舖設水泥磚，部分為泥土草地，設有鐵絲網柵欄及種有少許林木，並連接現有之私設道路，業經原審法院勘驗明確，有勘驗筆錄及相片在卷（原審卷第310至318頁），是以上訴人主張系爭土地之通行方案應如附圖一往東行經72-44、72-45、72-24及988地號之原有巷道對外通行，自屬有據，至上訴人主張通行之72-44、72-45地號土地南側雖將使被上訴人所有之72-27地號無法與72-25、72-44地號合併利用，然此係原先72-25地號於86年辦理土地分割，而使系爭土地成為袋地時所得預見，是以原72-25地號所有人（包括分割後72-44、72-45地號所有人）當承受依民法第789條規定，應提供系爭土地通行之不利。

4、又系爭土地地目為建，使用分區為「農業區」，依法得為建築房屋已如上述，且系爭土地經72-44、72-45地號土地對外通行至現有道路之長度，依複丈成果圖之比例計算已達20公尺以上，依建築技術規則建築設計施工編第2條規定，上訴人苟欲在系爭土地上興建合法建物，顯需有5公尺寬之對外通路始能取得建築執照，在72-44、72-45地號土地所有人同意提供系爭土地通行前，上訴人自無從在系爭土地上申請建築執照，是以被上訴人以上訴人自89年8月7日取得系爭土地所有權後未供建築之用推論系爭土地無建屋需求，尚屬無據；是以為使系爭土地達到通常建築使用之目的，通行範圍自應考量建築之基本要求，方能使

建地之袋地為通常之使用，故本院認應酌定以附圖一之5公尺通行道路為通行範圍（下稱系爭通行範圍），為對周圍地損害最少之處所及方法。故本案應確認上訴人就被上訴人所有坐落苗栗縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○○○號土地上如附圖一所示5M寬通行道路：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在）。上訴人請求被上訴人於上開系爭通行範圍內，應容忍上訴人通行，並不得設置地上物或為任何阻止或妨害上訴人通行之行為，應予准許。

5、被上訴人雖以系爭土地之面積僅有106平方公尺（原審卷第222頁），以5公尺寬之通行路線計算上訴人主張之通行方式，所需通行之面積分別為118平方公尺（如附圖一所示），與系爭土地面積相較，顯有比例失衡，過度侵害被上訴人之權益云云，然5公尺寬之通行路線所使用之72-45地號20平方公尺部分，於被上訴人前手所有72-25地號興建556建號建物時即已供通路使用，是以本件上訴人主張通行之方案實際上僅係多出72-44地號土地之98平方公尺部分，雖亦與系爭土地面積相當，惟此係因系爭土地可供建築房屋之故，而民法第789規定既係為解決土地所有權人分割或讓與行為所形成之袋地通行問題，自應承擔此等供通行之義務，尚難認有比例失衡之情狀，過度侵害被上訴人之權益之情事。被上訴人雖另以上訴人所主張之附圖一通行方案之所連產業道路最窄處為3.4公尺寬，然依空照圖所示，自上開路徑再對外通行之產業道路，其寬度則明顯較窄，故本案之通行寬度2公尺即可云云，並提出另案地政事務所109年9月16日複丈成果圖為證（本院卷第232頁），然查系爭土地可供建築使用，為使其達符合地目之通常使用需有5公尺寬之對外通路已如上述，縱系爭通行範圍外接之現有道路路寬尚不足5公尺，乃係日後上訴人如何處理之問題，與本件之認定無涉，附此敘明。

（四）上訴人依民法第788條第1項、第786條第1項、第779條第1

項之規定，請求於系爭通行範圍之土地內開設道路、埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠，有無理由？

1、按有通行權人於必要時，得開設道路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金。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。土地所有人因使浸水之地乾涸，或排泄家用或其他用水，以至河渠或溝道，得使其水通過鄰地。但應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之，民法第788條第1項、第786條第1項、第779條第1項各定有明文。

2、上訴人有通行附圖一所示5米寬通行道路即系爭通行範圍之權利，既如前述。衡諸交通道路多舖設柏油或水泥路面，以利人車通行，亦有清除路面障礙物等禁止妨礙通行需求，且系爭通行範圍，目前現況部分舖設水泥，部分舖設水泥磚，部分為泥土草地，設有鐵絲網柵欄及種有少許林木，業經原審法院勘驗明確，有勘驗筆錄及相片在卷（原審卷第310至317頁），是以系爭通行範圍並無任何建築物，是以上訴人請求被上訴人在系爭通行範圍行內之土地應容忍上訴人通行，並不得設置地上物或為任何阻止或妨害上訴人通行之行為。並請求於系爭通行範圍之土地內開設道路、埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠，符合法律規定，亦不甚妨害被上訴人就土地之利用，未逾必要範圍，被上訴人應容忍之。

（五）被上訴人反訴請求上訴人給付償金，為無理由：

本件係依民法第788條第1項，准許上訴人關於被上訴人應容忍其開設道路之請求，此時固應認上訴人對於被上訴人就系爭通行範圍因此所受損害，應依民法第788條第1項但書規定支付償金，然被上訴人僅表明對系爭土地通行其所主張之通行方案（即附圖二）要請求償金（本院卷第292

至294頁），經本院於準備程序行使闡明權，被上訴人表示如要主張附圖一通行方案之償金，將於一週內另行具狀陳報（本院卷第289頁），並於本院言詞辯論時仍表示只就附圖二方案請求償金（本院卷第412頁），即並無就附圖一之通行方案（包括本院准許之系爭通行範圍）請求償金之意，本院爰不就此部分予以審究，應由兩造日後另行處理，至被上訴人反訴請求償金部分，因本院並未認定附圖二之通行方案為適當之通行方案，故被上訴人之反訴請求即無理由，應予駁回。

六、綜上所述，上訴人本於民法第789條、第788第1項前段、第786條第1項、第779條第1項等規定，請求確認其對於被上訴人所有坐落苗栗縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○○○號土地上如附圖一所示5公尺寬通行道路即：72-44地號上之98平方公尺、72-45地號上之20平方公尺土地有通行權存在。被上訴人於上開通行權之土地範圍內應容忍上訴人通行，並不得設置地上物或為任何阻止或妨害上訴人通行之行為。並請求上訴人得在上開通行權範圍之土地上開設道路及鋪設柏油道路，並得埋設電力、瓦斯、自來水及電信等管線及設置排水溝渠，為有理由，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。爰由本院予以廢棄改判如主文第2、3、4項所示。被上訴人追加之反訴無理由，應予駁回如主文第5項所示。又上訴人陳明願供擔保宣告准假執行，核無不合，爰酌定相當擔保金額准許之。另依職權，酌定被上訴人定相當擔保金額後，得免假執行。

七、本件事證已臻明確，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，本件上訴為有理由，被上訴人之反訴為無理由，依民事訴訟法第450條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　26　　日

民事第一庭　審判長法　官　張瑞蘭

法　官　洪堯讚

法　官　蔡秉宸

正本係照原本作成。

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項所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　趙郁涵

中　華　民　國　110　年　3　月　2　日