

臺灣高等法院臺南分院民事判決

107年度上易字第217號

上訴人 劉芳雄
被上訴人 林娟朱
訴訟代理人 林秋宏
被上訴人 洪玉容
羅憶偉
陳素勤

上三人共同

訴訟代理人 張登陸

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國107年5月31日臺灣雲林地方法院第一審判決（106年度訴字第302號）提起上訴，並為訴之變更，本院於108年1月15日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴及變更之訴暨假執行之聲請均駁回。

第二審訴訟費用（含變更之訴部分）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按當事人於第二審為訴之變更追加，請求之基礎事實同一者，無庸經他造同意，此觀民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款規定自明。上訴人於原審聲明第三項請求：被上訴人羅憶偉應將重測前雲林縣○○市○○段○○○段00000地號土地，其中面積47平方公尺之所有權登記塗銷，移轉予上訴人。於本院審理時，將原請求變更為羅憶偉應將雲林縣○○市○○段○○○○○○號、其中3.05平方公尺之土地，移轉登記予上訴人（即上訴聲明第五項）。經核上訴人就變更後之新聲明，與原審聲明相對照，就3.05平方公尺部分，均係基於民法第179條為主張，請求之基礎事實核屬相同，揆諸前揭規定，其訴之變更，於法有據，應予准許。就變更之訴部分，本院僅就變更後之訴為審理，變更前之原訴，本院無庸審理，附此敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：重測前坐落○○市○○段○○○段000000地號（分割自同○段000-0地號，重測後為○○段000地號）之土地為伊所有，而重測前同段000-0地號（重測後為○○段000地號）土地，原為伊與被上訴人林娟朱及他人共有，爰基於如附表「上訴人在本院主張」欄之事實，並依附表「法律依據」欄之規定，提起本件訴訟，求為判決如附表「原審聲明」欄所示，並願供擔保請准為假執行之宣告。原審為伊敗訴之判決，伊聲明不服，提起上訴，且於本院將原審聲明第三項為訴之變更。上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人林娟朱、洪玉容應連帶給付伊新臺幣（下同）449,484元。(三)被上訴人陳素勤、羅憶偉應連帶給付伊186,750元。(四)被上訴人陳素勤、羅憶偉應連帶給付伊340,800元。(五)被上訴人羅憶偉應將雲林縣○○市○○段○○○號、其中3.05平方公尺之土地，移轉登記予伊。(六)願供擔保，請准宣告假執行【原審為上訴人敗訴之判決，上訴人未上訴部分（詳如附表追加、變更是否合法暨本院審理範圍之說明欄），業已確定；上訴人追加張仁在、總昌建設有限公司（下稱總昌公司）、登鎧營造有限公司（下稱登鎧公司）為被告，以及追加如附表第六項聲明請求確認通行權及拆除圍牆部分，業由本院另以裁定駁回訴之追加，上開部分均不在本院審理範圍】。

二、被上訴人林娟朱則以：系爭契約書（詳如附表所載）為伊父親林文生（已歿）代理與洪玉容訂立，關於地上物清除及點交等事宜，係由林文生處理，與伊無關；重測前○○市○○段○○○段00000地號土地為共有地，在分割案件中未說明麻竹是何人所有，且麻竹之實際數量、價值均無從得知，上訴人空言其有麻竹所有權並認為係伊所剷除，並無可信；另依證人劉楊春蝦於原審之證言，足認麻竹並非上訴人種植，上訴人請求賠償麻竹之損害，於法無據等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴駁回。

三、被上訴人洪玉容、羅憶偉、陳素勤則以：麻竹為林文生所剷

除，與伊等無關，且依劉楊春蝦於原審之證言，足認麻竹並非上訴人所種，上訴人請求賠償麻竹之損害，於法無據；上訴人未證明其所稱雲林縣○○市○○段○○○段000000地號（重測後○○段000地號）之土壤被挖取之事實，自不能要求伊等負損害賠償責任；又依民法第792條規定，因營造或修繕建築物而有使用鄰地之必要者，得使用之，鄰地所有人若因此受損害，固得請求償金，然因非無法律上原因，不能依不當得利之規定為請求，且依該條文規定，鄰地所有人需證明因此受有損害，上訴人既未證明其因此受損害，自不能請求伊等返還不當得利；重測前坐落○○市○○段○○○段000000地號（重測後為○○段000地號）土地，前經共有人訴請分割共有物，由本院94年度上更(二)字第34號判決確定，在該案中並未認定土地面積47平方公尺或3.05平方公尺要歸由上訴人取得，且羅憶偉係信賴登記謄本資料為買賣移轉，合法合理，上訴人無權訴請羅憶偉移轉登記3.05平方公尺土地；至原審法院85年度重訴字第4號判決主文諭知共有人應將土地面積更正為386平方公尺，但共有人不願遵照辦理，而羅憶偉依土地登記謄本資料從事買賣交易，自無不當得利可言等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及變更之訴均駁回。

四、得心證之理由：

(一)上訴人主張伊所種植之麻竹因遭林娟朱、洪玉容剷除，請求其二人連帶賠償449,484元等語，經查：

- 1.上訴人主張重測前坐落○○市○○段○○○段000000地號（重測後為○○段000地號）之土地為伊所有，而重測前同段000-0地號（重測後為○○段000地號）土地原為伊與林娟朱及他人共有，林娟朱於103年10月12日將○○市○○段○○○段000000地號土地之應有部分80分之71，出賣予洪玉容，在系爭契約書第7條點交部分約定鑑界前要將地上物騰空等情，有上開二筆土地重測後之土地登記謄本及系爭契約書影本、重測前000-0地號土地登記謄本（原審卷一第195-211頁、第575-583頁）及原審法院85年度訴

字第322號請求交還土地事件民事判決（原審卷一第495-503頁）為證，上訴人此部分之主張，應為可採。

2. 惟觀諸原審法院85年度訴字第322號請求交還土地事件民事判決，該案為第三人林文雄以該案被上訴人劉塗甚無權占有分割前之○○市○○段○○○段00000地號土地，並在其上種植麻竹為由，訴請劉塗甚除去地上物，在該民事判決中僅認定土地上麻竹為該案被上訴人劉塗甚所種，有判決書可稽（原審卷一第498頁），並未認定種植者為上訴人。

3. 又證人劉楊春蝦於原審結證稱：我在該處居住50年，在該處土地種竹子之人為劉牛，之後由劉茂己夫婦管理採收，都是劉茂己夫婦在整理竹園採收竹筍，我從未看過上訴人種竹子，上訴人長期在台北發展，沒有回來耕種等語（原審卷二第448-049頁）。經核劉楊春蝦與兩造並無親屬、利害關係，應無虛偽陳述或偏袒一造致使自己遭偽證罪處罰之必要，其上開證詞，堪可採信；至上訴人所提出之照片（原審卷一第57-71頁），不能顯示麻竹為何人所種植，自難遽為有利上訴人之認定。

4. 此外，上訴人以林娟朱、洪玉容、張登陸等人毀損麻竹涉犯毀損罪，向臺灣雲林地方檢察署（下稱雲林地檢署）提告，經該署以106年度偵字第377、437、438、439號對上開人等為不起訴處分，上訴人雖不服並聲請再議，惟嗣經臺灣高等檢察署臺南檢察分署（下稱臺南高分檢）106年度上聲議字第641號駁回再議確定，有該不起訴處分書及駁回再議處分書在卷可稽（原審卷一第357-389頁）。上訴人主張其有種植麻竹且遭林娟朱、洪玉容等人剷除云云，尚屬不能證明。

5. 依上所述，上訴人請求林娟朱、洪玉容連帶賠償麻竹被剷除之損害449,484元，於法無據，應予駁回。

(二) 上訴人主張雲林縣○○市○○段○○○段000000地號（重測後○○段000地號）、面積62平方公尺之土地，遭陳素勤、

01 羅憶偉等人盜取土地上下共70公分、43.4立方公尺之土壤，
02 並堆置建築用具及鋼筋等物，致上訴人受有消極損害即每月
03 12,000元之麻竹收益，上訴人前已定期催告其等回復原狀，
04 因其等均不回復，伊請求金錢賠償186,750元等語，經查：

05 1.上訴人就此部分主張，固提出收據1張及照片數張為證（
06 原審卷二第15頁、第59-71頁），惟觀諸上開收據及照片
07 ，尚無從認定上開土地之土壤有無被挖走，亦無從認定係
08 何人所為，是上訴人此部分之主張，已非無疑。

09 2.又證人劉楊春蝦於原審結證稱：其不知道建設公司有無從
10 上訴人土地挖走有機土等語（原審卷二第449頁）。由劉
11 楊春蝦上開證言，亦無從認定係羅憶偉等人將土壤挖採。

12 3.此外，上訴人復未能舉證證明其主張，因此，上訴人請求
13 羅憶偉等人賠償土壤被挖取之損失186,750元，亦乏依據
14 ，應予駁回。

15 (三)上訴人主張總昌公司為建屋之需要，利用上訴人所有重測前
16 ○○市○○段○○○段000000000000地號土地搭設鷹架、
17 綁鋼筋、貼磁磚，自民國104年9月15日起至106年3月18日止
18 建屋期間受有不當得利，致上訴人土地受有污染之損害，請
19 求羅憶偉、陳素勤連帶給付340,800元等語，惟查，依上訴
20 人之主張，在上訴人所有上開二筆土地之鄰地興建房屋者，
21 乃係總昌公司，而非羅憶偉、陳素勤二人，且依○○市○○
22 段○○○段00000000000000000000地號土地建造執照、000
23 -00地號等15筆土地建造執照、○○市○○段○○○○號使用執
24 照、000地號使用執照、000地號等2筆土地使用執照、000地
25 號等15筆土地使用執照觀之（原審卷二第521-537頁），上
26 開使用執照之起造人均為總昌公司，因此，縱如上訴人之主
27 張，在其鄰地建屋，因使用上訴人所有上開二筆土地施工而
28 受有利益者，或造成上訴人土地受有污染之損害者，均為總
29 昌公司，是上訴人於本件訴訟請求羅憶偉、陳素勤二人應連
30 帶給付340,800元，難認有理由，應予駁回。

31 (四)上訴人主張雲林縣○○市○○段○○○○號土地重測前總面積

為339平方公尺，重測後總面積為387.79平方公尺，增加48.79平方公尺，洪玉容出售予羅憶偉的土地只有339平方公尺，不包括重測後多出來的48.79平方公尺，所以上訴人對於重測後多出來的土地仍有1/16的權利存在，換算面積約為3.05平方公尺（計算式： $48.79 \div 16 = 3.05$ ，小數點第2位以下四捨五入），羅憶偉應將雲林縣○○市○○段○○○○○○號、其中3.05平方公尺之土地，移轉登記予伊等語，經查：

1. 上訴人主張重測前○○市○○段○○○段000000000000000000地號土地為其與他人共有，上開共有土地曾經共有人訴請分割，經原審法院85年度重訴字第4號、本院94年度上更(二)字第34號判決確定，此有上訴人提出之民事判決2份、確定證明書1份在卷可稽（原審卷一第77-101頁、第105-111頁），堪認屬實。
2. 至上訴人另主張羅憶偉應將雲林縣○○市○○段00000地號、其中3.05平方公尺之土地，移轉登記予伊云云，然查，羅憶偉於104年6月15日因買賣取得重測前○○市○○段○○○段00000地號土地乙節，有土地登記謄本可稽（原審卷一第581頁），而重測前○○段○○○段000-0地號土地前由共有人訴請分割共有物，曾經原審法院85年度重訴字第4號第一審判決准予分割，惟嗣後經本院94年度上更(二)字第34號判決認定：○○段○○○段000-0地號土地屬交通用地，不應分割，乃廢棄原審法院85年度重訴字第4號准許重測前○○段○○○段000-0地號土地分割部分，並改判駁回○○段○○○段000-0地號土地共有人之分割請求確定等情，有該民事判決可證，是上訴人再援引原審法院85年度重訴字第4號判決為此部分主張之依據，自無可採。
3. 再查，羅憶偉既係於104年5月26日以買賣為原因取得000-0地號土地，並於同年6月15日辦理登記，有該土地登記謄本可稽（本院卷一第101頁），則羅憶偉取得該土地，乃係買賣價金之對價，因羅憶偉買受者即該地號土地，縱使

買賣後經重測而生土地面積增加48.79平方公尺之事實（原審卷一第131頁），亦無法認定羅憶偉係無法律上原因取得該增加面積之土地。因此，出賣人包括上訴人，均無從主張羅憶偉應再增加給付買賣價金，或依不當得利之規定請求返還重測增加之土地面積。從而，上訴人依不當得利之規定，請求羅憶偉移轉登記3.05平方公尺予伊，應屬無據，不應准許。

五、綜上所述，上訴人依附表「法律依據」欄之規定，求為判決如附表「原審聲明」欄所示，均無理由，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。又上訴人於本院審理時，將原審第三項聲明變更請求為：羅憶偉應將雲林縣○○市○○段○○○○○○號、其中3.05平方公尺之土地，移轉登記予上訴人，亦無理由，應予駁回。又其假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。

六、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。

七、據上論結，本件上訴及變更之訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中	華	民	國	108	年	2	月	19	日
				民	事	第	四	庭	審
					判	長	法	官	翁
							法	官	金
							法	官	黃
									義
									成
									張
									家
									瑛

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中	華	民	國	108	年	2	月	19	日
							書	記	官
								鄭	信
								邦	

附表：

項次	上訴聲明	原審聲明	追加、變更是否合法暨本院審理範圍之說明	上訴人在本院主張	法律依據
第一項	原判決廢棄。	-	-	-	-
第二項	被上訴人林娟朱、洪玉容應連帶給付上訴人449,484元。	被上訴人林娟朱、洪玉容應連帶給付上訴人449,484元及林娟朱以105年8月1日台北民生郵局第0000號存證信函、洪玉容以105年7月26日台北民生郵局第0000號存證信函、張登陸以104年10月15日台北民生郵局第0000號存證信函送達催告起，按年息5%之利息。 (原審聲明第一項)	上訴人就此項未就原審判決駁回利息部分之請求提起上訴，利息請求部分業已確定。	被上訴人林娟朱於103年10月12日將○○市○○段○○○段000-0號(重測後為○○段000地號)土地之應有部分80分之71出賣與被上訴人洪玉容，在其土地買賣契約書(下稱系爭契約書)第7條點交部分約定鑑界前要將地上物騰空。因上訴人及訴外人劉振河、劉藍有於97年10月間合資僱工在○○○段000-0、000-00地號(分割自同○段000-0地號，重測後○○段000地號)、面積62平方公尺之土地上掘地30公分，並栽種麻竹22棵，每棵含有6株種苗，每一株種苗3,000元，費用共計396,000元，麻竹地下莖含軸型根狀莖均為上訴人所有。被上訴人林娟朱、洪玉容於買賣土地、點交時，擅自處分上訴人所有之麻竹農作物，林娟朱等人除了應將麻竹苗種回來之外，還要連帶賠償培育麻竹苗所需之費用每月1萬2,000元，為期2年共計28萬8,000元。請求金錢賠償449,484元。	土地法第97條第1項、民法第213、214、215條(本院卷二第311、313頁)
第三項	被上訴人陳素勤、追加被告張仁在、總昌公司、登鎧公司及被上訴人羅憶偉應連帶給付上訴人186,750元。	被上訴人羅憶偉、陳素勤、張登陸應連帶給付上訴人627,140元，及羅憶偉、陳素勤以105年7月26日台北民生郵局第0000號存證信函、張登陸以104年10月15日台北民生郵局第0000號存證信函送達催告起，按年息5%計算之利息。 (原審聲明第二項)	1.就羅憶偉、陳素勤之請求，部分本金及全部利息部分，上訴人未就原審判決駁回上開部分提起上訴，上開部分業已確定。 2.就張登陸之請求，上訴人未就原審判決駁回該部分請求提起上訴，該部分業已確定。 3.就追加被告張仁在、總昌建設有限公司、登鎧營造有限公司之請求，此部分追加不合法(另以裁定駁回)。	雲林縣○○市○○○段000-00地號(重測後○○段000地號)、面積62平方公尺之土地遭總昌公司等入盜取土地上下共70公分、43.4立方公尺之土壤，並堆置建築用具及鋼筋等物，致上訴人受有消極損害即每月12,000元之麻竹收益，上訴人前已定期催告總昌公司、登鎧公司及羅憶偉等三人回復原狀，惟其等均不回復，鈞院應定期命陳素勤、張仁在及羅憶偉回復原狀，逾期不回復，上訴人得請求金錢賠償186,750元。	民法第189、213、214、215、216條、建築法第26條第2項、最高法院48年台上字第1934號判例(本院卷二第313、317、319、321頁)
第四項	被上訴人陳素勤、羅憶偉及追加被告張仁在應連帶給付上訴人340,800元。			總昌公司法定代理人陳素勤、登鎧公司法定代理人張仁在及工地負責人羅憶偉，於104年9月15日至106年3月18日共計55日之建築期間，使用上訴人所有之雲林縣○○市○○段○○○段○○○段○○○段土地，受有相當於租金之不當得利共計21萬3,400元。且上開二筆土地於建築施工過程遭受污染，陳素勤等三人應負責將土地回復原狀，並移除建築過程產生之廢棄物，刮除地面廢土上下共10公分並回填土方。回復原狀之費用共計12萬7,400元，以上合計共34	最高法院61年台上字第1695號判例、土地法第97條(本院卷二第321頁)

(續上頁)

				萬800元，陳素勤等人應連帶負返還責任。	
第五項	被上訴人羅憶偉應將雲林縣○○市○○段000-0地號土地其中3.05平方公尺移轉登記予上訴人。	被上訴人羅憶偉應將重測前○○市○○段○○段000之0號土地(重測後為○○段000地號)其中面積47平方公尺之所有權登記塗銷，移轉予上訴人。(原審聲明第三項)	1.在面積3.05平方公尺範圍內為訴之變更，此部分訴之變更合法，本院僅就變更之訴為審理。 2.逾3.05平方公尺部分，上訴人未就原審駁回判決提起上訴，業已確定。	雲林縣○○市○○段○○○○號土地重測前總面積為339平方公尺，106年間重測後總面積為387.79平方公尺，增加48.79平方公尺，洪玉容出售予羅憶偉的土地只有339平方公尺，不包括重測後多出來的48.79平方公尺，所以上訴人對於重測後多出來的土地仍有1/16的權利存在，換算面積約為3.05平方公尺(48.79÷16)。	民法第179條
第六項	確認上訴人對被上訴人羅憶偉所有坐落雲林縣○○市○○段000-0地號土地全部有通行權存在，追加被告總昌公司、登鎧公司及被上訴人羅憶偉並應將土地上圍牆拆除。	(二審追加)	此部分追加不合法(另以裁定駁回)。	上訴人為雲林縣○○市○○段00地號土地所有權人，000地號土地為袋地，依民法第789條，上訴人有權通行鄰地即000-0地號土地，該地為交通道路用地，總昌公司、登鎧公司及羅憶偉等三人卻砌磚牆阻礙上訴人通行，所以上訴人要追加請求上三人拆除圍牆。	民法第185、787條第1項