臺灣高等法院臺南分院民事判決

107年度上易字第222號

上　訴　人
即原審原告　歐文秀
訴訟代理人　戴勝利　律師
　　林仲豪　律師
　　吳佳龍　律師
上　訴　人
即原審被告　全美戲院有限公司
法定代理人　吳俊漢

上列當事人間請求返還土地事件，兩造對於中華民國107年5月18日臺灣臺南地方法院第一審判決(105年度訴字第1656號)，各自提起上訴，本院於107年3月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人歐文秀後開第二項部分之訴，及訴訟費用之裁判均廢棄。

上訴人全美戲院有限公司應再將坐落臺南市○○區○○段○○○○號土地上如附圖所示編號甲部分、面積零點零壹平方公尺之柱子、編號丁部分、面積零點貳捌平方公尺水泥牆，及同段九二五地號土地上如附圖所示編號戊部分、面積貳點壹伍平方公尺之水泥牆地上物拆除，並將上開土地返還歐文秀及全體共有人；上訴人全美戲院有限公司應再給付上訴人歐文秀新臺幣壹拾捌萬伍仟陸佰伍拾柒元及自民國一0六年九月八日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上訴人歐文秀其餘上訴駁回。

上訴人全美戲院有限公司之上訴駁回。

第一（確定部分除外）、二審訴訟費用，由上訴人全美戲院有限公司負擔五分之四；餘由上訴人歐文秀負擔。

事實及理由

一、上訴人歐文秀主張：

㈠系爭土地為伊與訴外人歐吉秀所共有，伊應有部分14分之13、歐吉秀應有部分14分之1，與上訴人全美公司所有同段000

地號、000地號土地（下合稱全美公司土地，分稱各地號）相鄰，全美公司前曾以原法院88年度重訴字第15號分割共有物事件民事判決(下稱甲案)所附之附圖一主張系爭土地上之建物無權占用其公司土地，並對伊提出返還不當得利訴訟，經原法院以104年度南簡字第36號及104年度簡上字第216號判決全美公司敗訴確定(下稱乙案)，而依乙案囑託國土測繪中心所製作之鑑定書（下稱國土中心鑑定）所示，應係全美公司所有之地上物（水泥牆壁及騎樓等）越界建築占用伊系爭土地，占用面積及範圍如附件之國土中心鑑定圖（下稱附圖）所示，爰依民法第767條、第821條之規定，請求全美公司將占用伊系爭土地之上開地上物悉數拆除，並將其所占用之土地返還伊及全體共有人。

㈡全美公司之上開地上物無權占用伊系爭土地（面積合計3.06平方公尺），其占用無法律上原因而受有相當於租金之利益，參酌系爭土地周遭租金行情，出租面積6平方公尺攤位之每月租金行情為2萬元，以此計算每平方公尺租金為3,333元，爰請求除原審判准部分外，全美公司應再給付伊（減縮更正後）相當租金之不當得利520,095元本息。

㈢原判決為伊不利部分之判決，尚有未洽；爰上訴聲明：1.原判決不利於伊部分廢棄；2.上廢棄部分，⑴全美公司應再將系爭土地內如附圖所示編號甲部分面積0.01平方公尺之柱子、編號丁部分面積0.28平方公尺之水泥牆、編號戊部分面積2.15平方公尺之水泥牆地上物拆除，將上開土地返還予伊及全體共有人；⑵全美公司應再給付伊520,095元本息。至原審判決伊勝訴部分，尚無不合；對全美公司之上訴，答辯聲明：上訴駁回（至歐文秀於原審依不當得利法律關係，請求全美公司給付15年租金損害1,704,686元本息部分，經原審判准48,134元本息，而駁回其餘1,656,552元本息之請求，歐文秀就該敗訴部分，上訴後減縮上訴範圍，僅就敗訴中520,095元上訴，其餘敗訴部分，已告確定）。

二、上訴人全美公司則抗辯以：

㈠系爭000與全美公司000地號土地本為同一筆土地即原臺南市○區○段○○○○○○號土地（下稱00-000號土地），面積21平方公尺，而系爭000、000地號土地本為同一筆土地即原臺南市○區○段○○○○○○號土地（下稱00-00號土地），面積82平方公尺，原均為兩造所共有，經歐文秀與訴外人歐吉秀於88年間訴請合併分割共有物，而經甲案判決由歐文秀與歐吉秀共同取得系爭土地，由伊取得上開全美公司土地，而全美公司土地於分割前即有兩造所分別興建使用之地上物，使用狀況經甲案囑請地政機關測量結果如原判決附圖一所示，歐文秀現起訴請求伊拆除之系爭水泥牆壁（即如附圖編號丁部分、及編號戊部分水泥牆），乃兩造所有建物之共同壁，並以系爭水泥牆為界提出分割方案，可知歐文秀均主張使用現況之共同壁(即系爭水泥牆)即為兩造土地之地界，未曾爭執伊有越界占用系爭土地之情事，依爭點效及禁反言法理，伊非無權占用，更無不當得利；再依誠信原則之法理，亦不容原審原告依民法第767條規定訴請拆除系爭水泥牆。

㈡又附圖編號甲部分為柱子之一部分，面積僅0.01平方公尺，難謂有妨害歐文秀所有權，技術上亦難僅拆除該部分柱子，歐文秀訴請拆除顯有權利濫用之嫌。又附圖編號乙、丙部分為騎樓，現供公眾通行使用，未妨害歐文秀，無歐文秀主張無權占有之事實。

㈢縱認伊無權占用，惟在兩造另案確認經界訴訟（經原審於104年12月30日以104年度南簡字第195號民事判決，下稱丙案）判決確定兩造土地界址時，伊仍無從知悉共同壁是否坐落系爭土地上，伊為善意占有人，不負返還義務；又關於相當於租金之不當得利，應適用5年短期時效；另歐文秀以周遭之騎樓面積約6平方公尺，每月租金2萬元為計，亦屬過高，應依系爭土地公告現值計算每平方公尺年租金16,456元，較為合理等語。原判決不利伊部分，尚有未洽；爰上訴聲明：1.原判決不利部分廢棄；2.上開廢棄部分，歐文秀於原審之訴及假執行之聲請均駁回。至原判決伊勝訴部分，並無不合；

對歐文秀之上訴，答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執之事實（本院卷第417至420頁）：

㈠歐文秀及歐吉秀於88年間曾與全美公司就其等間原共有之00-00地號土地，面積82平方公尺、00-000地號土地，面積21平方公尺，訴請合併分割共有物(即甲案)，經甲案判決分割成如附圖之情形，亦即由歐文秀及歐吉秀共同取得該附圖編號C即原有00-00地號(現○○段000地號)，面積為41平方公尺、編號A即00-000地號(現府前段000地號)，面積10.5平方公尺，合計共51.5平方公尺；由全美公司則取得編號D即原有00-00地號(分割後地號為00-000地號、現○○段000地號)，面積為41平方公尺、編號B即00-000地號(分割後地號為00-000地號、現○○段000地號)，面積10.5平方公尺，合計51.5平方公尺之土地所有權。

㈡甲案事件審理時有對地上物現況為測量，測量結果如原判決附圖一所示，該附圖一所示編號A、A1、A2之地上物為歐文秀及歐吉秀所共有，合計使用面積為54平方公尺；附圖一編號B、B1之地上物則為全美公司所有，合計使用面積為49平方公尺。

㈢歐吉秀針對其與歐文秀所共有之系爭土地與上開全美公司土地之界址提起確認經界訴訟（即丙案)其界址線如該案判決書附圖即鑑定圖㈡法官囑託事項⑴第一案所示F-G-H-I-J五點之紅色連接線，依此判決，歐文秀與歐吉秀所共有之系爭土地面積分別為10.75平方公尺、40.47平方公尺，合計為51.22平方公尺；全美公司土地面積分別為10.75平方公尺、40.47平方公尺，合計為51.22平方公尺，丙案判決已於105年2月5日確定。

㈣系爭土地、全美公司土地之使用現況如下：

1.系爭土地上現有鋼骨架建物一棟，該土地東側與全美公司土地交接處有一水泥圍牆（下稱系爭水泥牆），呈不規則狀，系爭土地最東側之鋼骨架與系爭水泥圍牆直接連為一體(如原審卷1第208、209頁之圖1、2、4所示)。

2.系爭土地目前為騎樓使用(如原審卷1第211頁之圖7、8所示)，000地號土地與000地號土地最北側交接處有一樑柱，該樑柱係由000及000地號土地之樑柱合併而成，000地號土地上之樑柱為木板結構(寬約17公分)，000地號土地上之樑柱為水泥結構表面為化石材質(寬約67公分)(如原審卷1第210頁之圖5所示)。

3.000地號土地上(騎樓)鋪設有仿石頭式磁磚與000地號土地上(騎樓)所鋪設之磁磚有高度落差約8公分(如原審卷1第210頁之圖6所示)。

4.由騎樓(系爭000地號土地)往南延伸為000地號土地，其上有歐文秀所有之門牌號碼為臺南市○○區○○路○○○號鋼骨架建物一棟(如原審卷1第221頁圖27所示)，該建物大門前東側有一寬約16公分之門柱(據歐文秀稱該門柱係木板裝潢)，由門柱再往南延伸即為系爭水泥牆壁。另000地號土地亦有一水泥磚造建物(係全美公司所有建物)，現為○○服飾店面，該建物大門前西側有一寬約27公分之水泥磚造門柱，該門柱與000地號土地上之門柱相連接(如原審卷1第212頁圖9、10所示，2棟建物門牌均為○○路000號)

5.000地號土地上之建物係2層樓建物，後方有鐵梯可達2樓(如原審卷1第221頁圖29所示)，該建物係以鋼骨架搭建於系爭水泥牆上，鋼骨架與水泥牆連成一體(如原審卷1第216頁圖17所示)。

6.000地號土地上有一水泥磚造建物，門牌號碼為臺南市○○區○○路○○○號(如原審卷1第221頁圖28所示)，其內部以木板裝潢，無法看出系爭水泥牆之位置(如原審卷1第213頁圖11所示)，該建物目前出租，由承租人經營○○服飾站(如原審卷1第213頁圖12所示)。

㈤有關丙案確定經界判決之界址線F、G、H、I、J等5點於現場之實際位置，經測量人員現場測量如下：

1.F點係位於系爭000地號土地與000地號土地最北側交接處之樑柱裡面，由測量人員放置儀器之點(如原審卷1第214頁圖1

4所示)往東南45度延伸22公分之位置即為F點之位置，該位置應靠近000地號土地，但實際上無法確定其確切之位置。

2.G點係位於000地號土地上建物大門西側水泥磚造門柱上噴紅漆之點再往南延伸73公分之位置，該位置大約在系爭000地號土地上建物東側之水泥牆內(如原審卷1第215頁圖15所示)。

3.H點係位於系爭000地號土地上建物東側水泥牆前段牆面上之位置，測量人員於現場就該點有以紅漆為標記(如原審卷1第216頁、217頁圖18、19所示)。

4.I點位於系爭000地號土地上建物東側水泥牆中段，由牆面進入牆壁8公分之位置，測量人員於現場在牆面上以紅漆為標記(如原審卷1第217、218頁圖20、21所示)。

5.J點係位於系爭000地號土地上建物後方水泥牆面紅漆所標示(測量人員於現場以紅漆標示)之點再往南延伸4公尺25公分之位置(如原審卷1第218、219頁圖22、23所示)。

㈥依丙案判決確定之界址線測量結果系爭水泥牆有如附圖編號丁面積0.28平方公尺、編號戊面積2.15平方公尺占用到系爭土地；全美公司所興建於000地號土地之門柱有如附圖編號甲、面積0.01平方公尺部分占用000地號土地；全美公司出租他人使用鋪設有磁磚及洗石子之騎樓如附圖編號乙、丙所示，面積合計0.62平方公尺部分占用000地號土地。

四、兩造爭執之事項：

㈠附圖所示編號丁、戊之水泥牆係由何人所興建？全美公司有無占用系爭土地之法律上正當權源？附圖所示編號甲、乙、丙之地上物占用000地號土地是否有妨害歐文秀所有權之行使？歐文秀依民法第767條、第821條及第179條規定請求全美公司拆除上開水泥牆及給付不當得利，是否有理由？是否有權利濫用的情形？

㈡歐文秀如得請求全美公司返還不當得利？其金額應如何計算？

五、得心證之理由：

㈠有關兩造爭執事項㈠之如附圖所示編號甲、乙、丙地上物、丁、戊水泥牆部分：

1.查兩造不爭執事實㈢之丙案已就系爭土地與全美公司土地之界址，判決確定如該案判決書附圖之「鑑定圖㈡依法官囑託事項⑴第一案」所示F-G-H-I-J之五點之紅色連接線，有本院調閱原審104年南簡字第195號卷宗暨判決附卷可稽（見該丙案原審卷第222頁）；依此判決，經分割之面積均為51.22平方公尺，已於105年2月5日確定在案。而系爭土地遭全美公司無權占用部分，亦經本院勘驗現場（僅係全美公司出租他人承租之○○服飾店側）如上開兩造不爭執事實之㈣、㈤，有勘驗筆錄、現場略圖、及原審相片可按（見本院卷第223至225、208至222頁）；及經原審囑託國土中心鑑定如附圖編號所示（於F-G-H西側）甲、乙、丙、丁、戊部分，其被占有使用地號、面積，亦皆如附圖之一覽表所示，該中心並陳明本案係其使用精密電子測距經緯儀，在系爭土地附近檢測103年度臺南市中西區地籍圖重測時測設之圖根點，經檢核無誤後，以各圖根點為基點，分別施測系爭土地及附近各界址點，並計算其坐標值輸入電腦，以自動繪圖儀展繪於鑑測原圖上(同重測後地籍圖比例尺1/500)，然後依據臺南市臺南地政事務所保管之地籍圖、地籍調查表等資料，展繪本案有關土地地藉圖經界線，與前項成果核對後測定於鑑測原圖上，作成比例尺1/500鑑定圖；有該中心覆原審106年8月14日測籍字第1060003133號函暨鑑定書、鑑定圖在卷可稽（見原審卷1第227至229頁）。兩造就此測量鑑定結果，亦皆於原審表示並無意見（見原審卷1第244、245頁）。

2.就兩造不爭執事實之㈥，全美公司確已越界占用部分，歐文秀主張：上開越界部分，均為全美公司後來新增加的，我們不知道全美公司何時蓋的，顯然有變動過才會占用伊土地，占用部分皆為全美公司獨有等語；全美公司則抗辯以：系爭水泥牆從88年分割共有物到現在都沒有變動，歐文秀稱界址有移動，請對造提出證據，若拆除恐會有危險，造成建物安

全結構之問題云云。經查：

⑴就國土中心鑑定如附圖之編號甲、乙、丙、丁及戊占用系爭土地部分，以現今科學技術能否拆除？拆除後是否有危害建物安全之虞？等情，經本院送請高雄市土木技師公會鑑定結果（下稱土木技師鑑定）認為：㈠有關鑑定圖中編號甲（柱子）部分，有「一角」越界，經查看（由鑑定報告附件4照片1之B電器開關孔)該柱為鋼柱，鋼柱外側以木質裝璜擴大為67cm（公分，下同）x 105cm，占用上訴人土地為木質裝潢部分（詳鑑定報告附件4照片1至4)，故此占用部分可以拆除，且不影響建物安全。㈡編號乙(騎樓磁磚)、丙(騎樓洗石子)部分，屬於地坪裝修鋪面(詳鑑定附件4之照片5、6)，故此占用部分可以拆除，且不影響建物安全。㈢編號丁(水泥牆）部分，經以電鑽鑽粉末查看(詳附件4之照片11、12)，其材質為水泥牆，其左端無邊界柱，上方未支撐樑板(詳附件4照片10)，故屬隔間用之非結構牆，此占用部分可以拆除，且不影響建物安全。㈣編號戊(水泥牆）部分，經以電鑽鑽粉末查看(詳附件4照片11、13、14)，其材質為紅磚牆，由於該磚牆屬於後來所砌，用以隔間用，故此占用部分可以拆除，且不影響建物安全，有該公會108年1月19日以高市土技字第10800315號函（見本院卷第279頁）暨上開鑑定附卷可稽（證物外放）。

⑵全美公司固抗辯：占用的建築物本體與當初分割共有物時的建築物相同，因為當時為了分割共有物才請工人建造圍牆，歐文秀亦陳述圍牆應是雙方一人砌一半而成，87年1月至今都無拆過，兩造於甲案已有合意係依系爭水泥牆分隔位置分管使用，而具正當使用權源云云；惟查，兩造間之界址，依上開丙案確定經界判決之界址線為「F、G、H、I、J等」5點連線，已如上述，為兩造所不爭，全美公司於原審就其占用系爭土地如附圖編號甲所屬之門柱，為木質裝潢部分；占用如附圖編號乙(騎樓磁磚)、丙(騎樓洗石子)屬於地坪裝修鋪面部分，並無爭執（見原審卷1第245頁）；而有關如附圖編

號所示越界之丁、戊(水泥牆），皆為隔間用之非結構牆，編號丁之材質為水泥牆，其左端無邊界柱、上方亦未支撐樑板；編號戊(水泥牆），經以電鑽鑽粉末查看材質為紅磚牆，屬於後來所砌，已如上開土木技師鑑定所示，已顯示屬於後來所砌，而有越界；何況上開如附圖編號丁、戊牆壁皆與如附圖編號所示甲、乙、丙所示地上物依序連結成一線，則全美公司稱其自88年分割共有物迄今皆未變動云云，與上開調查結果不符，已非無疑。即證人高海山於甲案審理時證稱：有關系爭水泥牆之興建過程，可能因為地界線的關係，阻擋工人不能做，我只是完成一樓二道分隔牆的下半部，上半部是全美公司作的，有次爭執很嚴重，他們去報警等語（見本院卷第85頁）；核上開地上物之如附圖編號所示乙(騎樓磁磚)、丙(騎樓洗石子)部分並非屬分隔牆之上半部，為全美公司不爭執為其所施作，亦與證人上開證言不相符合，證人亦已指出當時歐文秀與全美公司因分割之經界迭生爭執激烈；甲案審理當時全美公司猶否認有與歐文秀達成協議分管（見本院卷第93頁），而於本案則竟稱兩造已有分管協議云云而為相反陳述，可見全美公司之上開抗辯顯然矛盾、齟齬不一，不能採為有利全美公司之認定。即兩造縱有共同壁亦應係如兩造不爭執之「G點」，位於000地號土地上建物大門西側水泥磚造門柱上噴紅漆之點，再往南延伸73公分之位置，該位置大約在系爭000地號土地上建物東側之水泥牆內(如原審卷1第215頁圖15所示)。比對相片結果，可見全美公司確有無權占用如兩造不爭執之事實㈥之情形。

3.按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，此為民法第767條所有權保護之物上請求權。本件歐文秀為系爭土地共有人，系爭土地既有全美公司所有之上開地上物之存在（即甲、乙、丙、丁及戊占用系爭土地部分），顯足以妨害歐文秀對於系爭土地所有權之行使，全美公司亦未能舉證證明其就上開地上物有何占用系爭

土地之正當權源，是歐文秀主張如附圖編號所示甲、乙、丙、丁及戊部分係全美公司無權占用，洵無不合。而上開全美公司無權占用情形自附圖所示編號甲、乙、丙、丁及戊部分，合計面積達3.06平方公尺，可見越界情形非小；全美公司抗辯以：伊占用面積小且屬騎樓供公眾通行範圍，對歐文秀所有權無影響云云，亦無可採；從而，歐文秀本於民法第767條所有物之物上請求權及第821條規定，請求全美公司應將占用於系爭土地上如附圖所示編號甲、乙、丙、丁及戊之地上物悉數拆除，並將土地交還歐文秀及全體共有人，核屬有據。

4.又權利之行使，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。民法第148條定有明文。復按所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法（最高法院86年度台再字第64號裁判參照）。「所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體的情形，依正義衡平之理念加以調整，而求其妥適正當。」（最高法院91年度台上字第754號判決參照）。又禁止權利濫用之行為，係指在外觀上為權利之行使，實質上卻違反權利之社會性，因而不能認係正當行使權利之行為，亦即行使權利因逾越權利之本質及經濟目的，或逾越社會觀念所允許之界限，而成為權利之濫用。查全美公司無權占用系爭土地如兩造不爭執事實之㈥，已偏離兩造經界；而上開占用部分皆可以拆除，僅涉及私人，並不影響建物（僅作一樓店面出租他人之小商店）暨公共安全，有上開土木技師鑑定報告可據，雖全美公司復抗辯：歐文秀請求拆除即有權利濫用，違反誠實信用原則云云，惟查，全美公司前曾以甲案所附之附圖一主張系爭土地上之建物無權占用其公司土地2.5平方公尺，並對伊提出返還不當得利訴訟，經原審法院以

乙案判決全美公司敗訴後確定，業經本院調閱在卷可稽；而實際上為全美公司無權占用如附圖所示編號甲、乙、丙、丁及戊部分，合計面積達3.06平方公尺，歐文秀請求全美公司悉數拆除，應認係正當行使權利之行為，並未逾越社會觀念所允許之界限，亦無實質上違反權利之社會性；且歐文秀完整利用，維持兩造間分割共有物後之公平與和諧，亦非單純以損害他人為主要目的，全美公司上開之抗辯，並無可採為有利於其之認定。

㈡歐文秀請求全美公司返還不當得利之金額應如何計算部分：

1.按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第179條定有明文。而無權占有他人土地，可能獲得相當於租金之利益為社會通常之觀念（最高法院61年台上字第1695號判例參照）。又按租金之請求權因5年間不行使而消滅，既為民法第126條所明定，則凡無法律上之原因，而獲得相當於租金之利益，致他人受損害時，其請求權之時效期間，仍應依前開規定為5年（最高法院96年度台上字第2660號裁判參照）。歐文秀主張本件全美公司無權占用伊系爭土地內如附圖所示編號甲、乙、丙、丁及戊部分，已如上述，則全美公司就上開部分土地之使用，係屬無法律上原因而受有相當租金之利益，致伊受有損害，即無不合；歐文秀並已於本院審理時減縮請求全美公司應給付其相當於租金之不當得利年數為5年。

2.又歐文秀主張：依其所有附近土地租金行情為每平方公尺3,333元，並請求以該金額計算不當得利等語，惟為全美公司否認，並以前詞抗辯。本院審酌民法第179條所謂之「利益」，係指不當得利過程所取得之個別、具體之利益而言，系爭土地又係坐落於台南市○○路鬧區，應依個案之實際使用情形而為認定；又按本件全美公司已在其土地興建建物連同騎樓（包含無權占用部分），出租他人經營服飾店使用多年收取租金等情為全美公司所不爭執，則全美公司無權占用上開土地出租之利益已具體轉變為金錢獲利，是應無準用土地

法第97條第1項、第105條規定以法定申報地價計算相當於租金之利益之餘地；惟歐文秀所提出之租賃契約書所載之租金亦非系爭土地之租金，歐文秀以其他地點之租金主張全美公司所受之利益，本有落差，已非可採；歐文秀復未證明全美公司出租上開建物及騎樓所收受之租金金額；則本院認應以全美公司於原審所陳依系爭土地公告現值計算年息百分之10，而系爭土地之公告現值皆為每平方公尺164,559元，有土地登記謄本在卷可憑（見原審卷第40、41頁），則依年息百分之10計算每平方公尺之土地年租金，洵較合理；歐文秀就其應有部分請求全美公司給付無權占用編號甲、乙、丙、丁及戊部分土地5年之不當得利，合計應為233,791元（164,559元x 10%× 3.06× 5× 13/14＝233,791元，元以下4捨5入）為有理由，應予准許。逾此部分之請求，即屬無據，不應准許。全美公司於本院猶嫌以上開公告現值計算之年息百分之10過高，並無可採。

㈢末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；民法第229條第2項定有明文。本件歐文秀起訴請求全美公司給付伊相當於租金之不當得利，並未定有給付之期限，在其受歐文秀催告後未為給付時，應負遲延責任。準此，歐文秀於原審請求全美公司給付233,791元，及自106年8月31日民事變更訴之聲明狀繕本送達全美公司之翌日即106年9月8日起（見原審卷1第233訴狀、240-1頁之送達證書，又原判決理由已稱歐文秀係於106年8月31日具狀，而其送達翌日為106年8月19日，乃顯然錯誤，併於此更正），至清償日止，按年息百分之5計算之法定遲延利息，亦屬有據，應予准許。逾此部分之請求，即屬無據。

六、綜上所述，歐文秀依民法第767條及第821條之規定，請求全美公司應將無權占用系爭土地上如附圖所示編號甲、乙、丙

、丁及戊之地上物悉數拆除；並將土地返還歐文秀及全體共有人；暨依同法第179條不當得利規定之法律關係，請求全美公司應給付其相當於租金之不當得利233,791元及自106年9月8日起至清償日止，按年息百分之5計算之法定遲延利息，洵屬正當，應予准許。逾此範圍之請求，即非正當，不應准許。就上開應予准許部分，除原審所命給付外，就全美公司應再將系爭土地上如附圖所示編號甲柱子、丁及戊均水泥牆之地上物予以拆除，並應將土地返還歐文秀及全體共有人；全美公司並應再給付歐文秀185,657元（233,791－48,134＝185,657），及自106年9月8日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息部分，原審為歐文秀敗訴之判決，尚有未洽，歐文秀上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。至上開不應准許而原審為歐文秀敗訴判決，及原審所命全美公司應將系爭土地上如附圖所示編號乙、丙之地上物拆除，將土地返還歐文秀及全體共有人並命給付48,134元本息部分，經核並無不合，兩造各自上訴分別指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，均為無理由，皆應駁回其上訴。

七、本件事證已明，兩造其餘攻防及舉證，核於本判決結果不生影響，爰毋庸一一論述。本院準備程序終結後，全美公司嗣又抗辯土木技師鑑定尚有諸多疑點，擬請求再鑑定，並請求傳喚二位土木技師鑑定人到庭說明，以策建物安全云云，核已無必要，且經對造主張有拖延訴訟之嫌，故不應准許，合併說明。

八、據上論結，本件歐文秀之上訴為一部有理由、一部無理由，全美公司之上訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78條、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　25　　日

民事第三庭　審判長法　官　李素靖

法　官　藍雅清

法　官　莊俊華

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　26　　日

書記官　劉素玲