臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度重上字第112號

上　訴　人　鄭人毓
訴訟代理人　熊健仲律師
被上訴人　澎湖縣望安鄉公所
法定代理人　彭亞湖
被上訴人　屏東縣屏東市公所
法定代理人　林協松
被上訴人　屏東縣政府
法定代理人　潘孟安
訴訟代理人　蔡宛玲
被上訴人　洪村山
訴訟代理人　許庭凱
被上訴人　蔡鴻基
兼上一人
訴訟代理人　陳素珍
被上訴人　莊美智
　　簡明宏
　　張萬生
　　張榮祥
　　葉妙慧
　　林仁保
追加被告　財政部國有財產署
法定代理人　曾國基
訴訟代理人　林秀娟
複代理人　林永華

上列當事人間請求確認通行權存在事件，上訴人對於中華民國107年6月29日臺灣屏東地方法院105年度訴字第710號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108年12月11日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

確認上訴人就如附表三所示被上訴人共有、所有之附表三所示土地，如附表三及附圖一所示編號、面積，有通行權存在。

如附表三所示被上訴人應容忍上訴人於前項土地埋設管線及設置排水溝渠。

第一、二審訴訟費用均由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、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，民事訴訟法第254 條第1 項前段定有明文。又按「所謂於訴訟無影響，係指原告或被告不因為訴訟標的之法律關係移轉於第三人而影響關於為訴訟標的之法律關係之要件而言，是上訴人在本件訴訟繫屬中，雖將系爭土地所有權移轉於他人，而其關於為訴訟標的之法律關係（即本於所有權作用行使排除侵害之請求權）之要件，仍不得因是而指為有欠缺」，最高法院69年度台上字第1641號裁判意旨參照。準此，上訴人提起本件訴訟後，雖於民國105 年8 月31日將坐落屏東縣○○市○○段○○○ ○號土地（下稱802 地號土地；另本件相關土地均坐落屏東縣屏東市○○段，故以下均直接以地號稱之）以買賣為原因移轉登記為訴外人郭再添所有，有土地登記謄本、異動索引附卷可按（見原審卷二第151 至152 頁，卷一第172 至175 頁，卷三第179 至189 頁），依前揭規定，上訴人仍為適格當事人。

二、屏東縣屏東市公所（下稱屏東市公所）之法定代理人原為程清水，嗣於訴訟中變更為林協松，經其具狀聲明承受訴訟（見本院卷一第189 頁），核與法律規定相符，應予准許；另澎湖縣望安鄉公所（下稱望安鄉公所）原法定代理人許賢德離職，由彭亞湖於107 年12月間繼任，經本院於108 年11月21日裁定彭亞湖為望安鄉公所之法定代理人承受訴訟（見本院卷二第152 頁）。

三、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：「．．二、請求之基礎事實同

一者。三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。」；又訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限。民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款、第446條第1項分別定有明文。本件上訴人於原審起訴聲明如附表一所示，嗣不服上訴，先減縮如附表一所示聲明㈡關於請求被上訴人同意鋪設柏油之主張（見本院卷一第76頁背面），嗣因主張通行道路寬度應增加為6公尺，而擴張請求確認通行之土地面積、減縮請求通行830地號土地等，並聲明為如附表二「先位聲明」所示（見本院卷二第105頁），核屬均基於802地號土地對外通行方案之主張，請求之基礎事實同一，應予准許。

四、按主觀預備合併並有原告多數（共同原告對於同一被告為預備之合併）與被告多數（同一原告對於共同被告為預備之合併）之類型，其在學說及實務上，固因具體個案之不同，各按其性質而持肯定說與否定說互見。其中被告多數的主觀預備合併之訴，如在無礙於被告防禦，為求訴訟之經濟、防止裁判矛盾、避免重複審理、發見真實、擴大解決紛爭、避免訴訟延滯及程序法上之紛爭一次解決，且考量訴訟為集團現象，應予准許。客觀預備合併訴訟本質上乃原告合併提起先、備位訴訟，求法院依原告請求定其審理順序，基於處分權主義之精神，於本件確認通行權之訴訟類型，應認得以合併提起。查本件上訴人於原審起訴主張其所有802地號土地為袋地，須經由被上訴人所有、管理之土地對外通行，因依袋地通行權之法律關係，聲明求為如附表一「原審訴之聲明」所示內容之判決。經原審為上訴人敗訴之判決，上訴人於第二審將如附表一之聲明列為先位聲明，並縮減、擴張聲明如上（即附表二「先位聲明」所示），另又追加如附表二「備位聲明」，而依次求為判決。且就該備位聲明之部分，另追加財政部國有財產署（下稱國有財產署）為被告，主張須通行經過追加被告所管理795、795-3、795-1地號國有土地，始可達通行至公路之目的（見本院卷一第99-100頁）。足

見上訴人所追加之備位之訴，兼有客觀、主觀預備合併之訴，其先位聲明及追加之備位聲明主要爭執點均在於是否符合袋地通行權之要件並其是否於通行必要範圍內，擇損害最少之處所及方法為之，基礎事實係屬同一，亦能避免重複審理、擴大解決紛爭，揆之上開說明以及民事訴訟法第446 條但書及第255 條第1 項第2 款規定，自為法之所許。

五、被上訴人莊美智、簡明宏、望安鄉公所、洪村山、張萬生、張榮祥、屏東市公所經合法通知，無正當理由未於言詞辯論期日到場，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體事項：

一、上訴人主張：伊所有802 地號土地（嗣於105 年8 月31日移轉登記予郭再添所有），係與公路無適宜之聯絡，無法為通常使用之袋地，如附圖一所示編號A 、B 、C 、D 、E 部分，全部屬於已開闢○住○區○○○○道路（道路名稱為崇陽街119 巷與崇陽街），供「新世界」社區住戶向東通行至大同北路，且該方案緊沿789-16地號土地西側界址，故附圖一所示方案通行應為對周圍地損害最少之處所及方法，爰依民法第787 條、第786 條等規定，請求確認就如附表三所示被上訴人共有、所有之土地該表所示編號、面積（對應附圖一之編號與面積），有通行權存在，該等被上訴人並應容忍上訴人於上揭土地埋設管線及設置排水溝渠，並提起先位聲明如附表二「先位聲明」所示；另如認附圖一所示方案非對周圍地損害最少之處所及方法，則請求確認就附圖二所示方案有通行權，被上訴人並應容忍上訴人於有通行權之土地埋設管線及設置排水溝渠，以及就尚未鋪設柏油之部分鋪設柏油，並提起備位聲明如附表二「備位聲明」。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，上訴聲明如附表二所示。

二、被上訴人則以：

㈠葉妙慧：上訴人之前手拒絕參與77○○○區○○○○○路地，放任802 地號土地形成袋地，且至上訴人買受前，該地與社區以圍牆阻隔20餘年，上訴人於買受時應即得知此情，其

主張袋地通行權已違反誠信原則，有權利濫用之情形；所謂建蔽率、容積率暨建築技術規則係在限制基地建築房屋之最大比率，上訴人如以小於此比率方式或選擇採分割基地獨立申請房屋建照聯照而非合照，即無對外通路寬度需達6尺之問題；附圖一所示現況道路未具公用地役關係，未來可以私權而改變，故鑑定報告不應以其現況為道路而折減土地價值；上訴人本可依「國有非公用土地提供袋地通行作業要點」向管理機關申請通行795地號國有土地，且附圖二所示方案影響土地筆數、人數、面積以及價值均較低，此方案方屬對周圍地損害最少之處所及方法等語置辯。並於本院聲明：駁回上訴。

㈡陳素珍、蔡鴻基：上訴人之前手拒絕參與77○○○區○○○○○路地，才造成802地號土地形成袋地，上訴人要通行應向伊等購買土地；以附圖二所示方案通行至機場北路距離最近、損害最小等語置辯。並於本院聲明：駁回上訴。

㈢莊美智、簡明宏、張萬生、張榮祥：789-16地號土地係各地主於社區規劃時提供私人土地供作道路使用，802地號土地地主當時未參與分擔路地，自行造成袋地，卻要求通行他人之私人土地，有損提供路地之地主權益，不應准許等語置辯。於本院未以書狀或言詞提出聲明。

㈣洪村山：上訴人既主張802地號土地為農用，應無需使用4公尺寬之道路；民法第787條之袋地通行權不及於埋設管線及排水之權利，上訴人既未取得主管機關核發之建築執照及核准埋設五大管線路線圖，其請求埋設管線及排水，顯屬無據；上訴人應向被上訴人等人價購土地或以合建方式處理通行問題等語資為抗辯。並於本院聲明：駁回上訴。

㈤林仁保：789-16地號土地○住○區○○○道路用地，僅供社區內住戶通行，上訴人應依國有財產署國有非公用土地通行使用標準收費支付償金等語資為抗辯。並於本院聲明：駁回上訴。

㈥屏東縣政府：伊所管理829地號土地現已具道路形態，供新

世界社區住戶通行使用，並未禁止通行，惟若日後進行國有土地清查，認定829地號土地為被占用國有非公用不動產，而有向社區收取使用補償金時，不排除一併向上訴人追繳等語置辯。並於本院聲明：駁回上訴。

㈦追加被告國有財產署：789-16地號土地與795地號土地間圍牆並非伊所設置；伊所管理之795地號國有土地為住宅區，地形方整，如依附圖二方式讓上訴人通行，將造成土地一分為二，且尚需另外開路，反觀附圖一所示方案僅係利用現成私設道路通行，並無增加負擔，此方屬侵害最小之處所及方法。並於本院聲明：駁回上訴。

㈧望安鄉公所、屏東市公所未曾於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀作何聲明或陳述。

三、兩造不爭執事項：

㈠802地號土地由上訴人於104年11月24日以買賣為原因辦理所有權移轉登記，嗣於105年6月16日提起本件訴訟後，又於105年8月31日出售予郭再添並辦理所有權移轉登記。802地號土地地目田、都市計畫土地使用分區為住宅區。

㈡789-16地號土地地目道，所有權人為莊美智、簡明宏、澎湖縣望安鄉（由望安鄉公所管理）、洪村山、張萬生、張榮祥、屏東縣屏東市（由屏東市公所管理）、蔡鴻基、陳素珍；809-2地號土地所有權人為陳素珍、蔡鴻基；810-1地號土地所有權人為林仁保；829地號土地為國有土地（管理者為屏東縣政府）；1004-1地號土地所有權人為葉妙慧；795、795-1、795-3地號土地為國有土地（管理者為國有財產署）。

㈢802地號土地坐落於屏東市新世界社區內，該社區為封閉式社區型態，東邊所臨大同北路，為社區住戶對外連絡之交通要道，於社區出入口設有警衛崗哨管制出入社區人員，出、入為不同通道，為社區出入之唯一通路（現況為利用同段789-16地號土地，再經由809-2、810-1、829、1004-1等地號土地通往大同北路）。社區西邊未直接臨機場北路，其間

隔有同段系爭795 、797 地號等非社區土地，789-16地號土地與795 地號土地間，設有圍牆阻隔出入。

㈣802 地號土地之西、北、南邊之毗鄰土地均搭建建物，無法供通行，東邊直接面臨之同段789-16地號土地為社區內現供住戶通行之私設道路（崇陽街119 巷），但並非依法編定之現有巷道或具公用地役關係之既成道路；802 地號土地之所有權人不得任意通行該789-16地號土地，802 地號土地確屬與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用之袋地。

㈤附圖一所示通行方案，全部屬於已開闢○住○區○○○道路（道路名稱為崇陽街119 巷與崇陽街，社區通行房屋戶數約200 戶、屋齡25年以上）；附圖二所示通行方案，編號A 為已開闢○住○區○○○道路（道路名稱為崇陽街119 巷，社區通行房屋戶數約200 戶、屋齡25年以上），編號B 為住宅區建築用地，編號C 、D 為都市○○道路用地。崇陽街119 巷業已鋪設柏油，上有公共照明、排水溝蓋及汙水處理管路等公共設施。

四、本院之判斷：

㈠按土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。前項情形，有通行權人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，民法第787 條定有明文。經查：802 地號土地坐落於屏東市新世界社區內，土地之西、北、南邊之毗鄰土地均搭建建物，無法供通行，新世界社區為封閉式社區型態，東邊所臨大同北路，為社區住戶對外連絡之交通要道，於社區出入口設有警衛崗哨管制出入社區人員，出、入並規劃有不同通道，為社區出入之唯一通路，但此通路並非依法編定之現有巷道或具公用地役關係之既成道路，故802 地號土地之所有權人不得任意通行該路，802 地號土地確屬與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用之袋地等情，為兩造不爭執（見本院卷一第76頁），亦有現場照片可參（見原審卷一第49-51 頁、卷二第83頁，本院卷

一第176 頁），堪信為真實。則802 地號土地確實為袋地，且現時因遭如附表三所示土地所有權人之反對而無法藉附圖一所示道路通往大同北路，上訴人依民法第787 條規定，請求袋地通行權，係行使法律賦予之權利，自屬有據。葉妙慧抗辯上訴人未先向其洽詢或向國有財產署申請通行，即逕提起本件訴訟，違反誠信原則，有權利濫用云云，尚不足取。

㈡被上訴人主張上訴人之前任所有權人於77年10月間，未與789-4 地號等土地所有權人，一同申請就789-16等地號土地為新○○○區○○設道路，並銜接795 地號為私設道路連接至機場北路指定建築線申請建築使用，故上訴人因此不得主張通行權之權利，並無理由：

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，不容袋地所有人任意預為拋棄，最高法院著有75年台上字第947 號判決可供參照。

2.經查，789-4 、789-5 等地號地主於77年間曾提供部分保留地面積、使用面積供申請建造執照，同時申請就789-16等地號土地為私設道路，並銜接795 地號土地為私設道路連接至機場北路指定建築線申請建築使用，經屏東縣政府以77年11月16日屏建管字第10677 號核發建造執照；789-4 、789 -5等地號土地陸續興建房屋後成立新世界社區，且原本規劃該社區內住戶係以789-16地號土地往西銜接795 地號土地至現有巷道（現況為機場北路目前已變更為計畫道路），但因795 地號土地地主將該地移轉予國有財產署供為抵稅使用，789-16地號土地為稅務目的將地目更改為道，故而新世界社區實際上均利用789-16地號土地，再經由809-2 、810-1 、829 、1004-1等地號土地往東通往大同北路（即附圖一所示方案）等情，為兩造不爭執，並有屏東縣政府建設局函暨所附申請建造執照資料、屏東縣政府訴願答辯書在卷可證（見原審卷一第116-121 頁，卷二第14-17 頁，卷三第6-21頁）。而參以802 地號土地重測前為勝利段283-1 地號土地，土地

面積自69年5月起至今均為1,673平方公尺，此有土地登記簿、土地登記謄本、地籍圖、異動索引在卷可證（見原審卷一第121頁，卷三第26頁、第30-40頁、第179-189頁），可見802地號土地所有權人於77年間，並未如789-4、789-5等地號地主提供部分保留地面積、使用面積參加申請建造執照，故葉妙慧等人辯稱：802地號土地原土地所有權人未參與社區規畫興建，未提供部分土地供作社區道路設施用地等語，尚非無據。

3.惟查，新世界社區為各該土地所有人自行協商而為建設，實不能強制社區內所有土地所有權人均須參與，亦不能以原土地所有權人未參與為由，禁止或限制上訴人主張鄰地通行權，致802地號土地無從為通常合理利用；又鄰地通行權之規範具有促進土地利用之公益目的，故土地所有人不得任意預為拋棄，此參首開判例意旨可明，職是，縱若802地號土地原土地所有權人曾為無路通行亦可、以後不主張通行權之表示，此預先拋棄通行權之意思應屬無效，亦無從拘束嗣後之買受人，更非判斷上訴人得否依民法第787條主張通行權之要件，被上訴人據此主張上訴人無通行權之權利，並無理由。況上訴人於104年11月24日以買賣為原因登記取得802地號土地（見原審卷一第174頁），在此之前歷經多次所有權人更迭，且土地面積自69年5月起至今均為1,673平方公尺，並無因移轉、分割而變更面積，位置亦無不同，此有土地登記簿、土地登記謄本、地籍圖、異動索引在卷可證（見原審卷一第121頁，卷三第26頁、第30-40頁、第179-189頁），顯見上訴人或其前歷任所有權人亦無因802地號土地一部之讓與或分割致成目前袋地之狀況，自無民法第789條得以拘束嗣後取得所有權人之通行限制，被上訴人主張上訴人不得請求確認通行權，洵無可採。

㈡附圖一所示方案為上訴人得請求通行周圍地損害最少之處所及方法，且使其能為通常使用：

1.按袋地所有人之通行權，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，民法第787 條第2 項定有明文。而考量通行之必要範圍並選擇周圍地損害最少之處所及方法，本即為利益衡量，應依實際情形，考量通行與否之利弊得失，以決定通行道路是否確為周圍地損害最少之處所及方法。又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87年度台上字第2247號、85年台上字第3141號判決意旨參照。

2.經查，新世界社區為封閉式社區型態（新世界社區房屋戶數約200 戶、屋齡25年以上），前因795 地號土地地主將該地移轉予國有財產署供為抵稅使用，789-16地號土地為稅務目的將地目更改為道，故而新世界社區實際上均利用789-16地號土地，再經由809-2 、810-1 、829 、1004-1等地號土地往東通往大同北路，業如前述；又社區東邊所臨大同北路，為社區住戶對外連絡之交通要道，於社區出入口設有警衛崗哨管制出入社區人員，出、入規劃有不同通道，為社區出入之唯一通路（附圖一所示方案即南邊之通路），附圖一所示方案全部屬於已開闢〇住〇區〇〇〇道路（道路名稱為崇陽街119 巷與崇陽街），足見附圖一所示方案確自新世界社區建築完成時起即供約200 戶之住戶對外通行使用。再者，如附表三所示土地所有權人莊美智、簡明宏、洪村山、張萬生、張榮祥、蔡鴻基、陳素珍、林仁保、葉妙慧雖反對讓上訴人通行附圖一所示方案，但並無表示不願繼續提供新世界社區住戶對外通行，屏東縣政府更無反對讓上訴人依此方案通行。況查，崇陽街119 巷業已鋪設柏油，上有公共照明、排水溝蓋及汙水處理管路等公共設施等情，為兩造不爭執，並經本院現場勘驗明確，有現場圖、照片附卷為證（見本院卷

一第195-210 頁）。顯見目前新世界社區住戶均利用附圖一所示方案往東銜接大同北路對外通行，該通路亦已設置有公共照明、排水溝蓋及汙水處理管路等公共設施供社區住戶使用，故讓上訴人亦得藉此通行，並無增加土地所有權人或管理人負擔，亦無造成額外損害。反觀附圖二所示方案，雖通行之面積較少，但將造成795 地號土地從中分隔，南北均成為畸零地而無法使用，且795 、797 地號等非社區土地，789-16地號土地與795 地號土地經界間，有設立圍牆阻隔出入，故如通行附圖二方案亦需拆除圍牆、整地，顯非對外聯絡之適宜方式，亦非對周圍地損害最少之處所及方法。

3.況經本院送請社團法人高雄市不動產估價師公會，就附圖一、二兩項通行方案，造成789-16地號等通行土地價值減損各若干鑑定，經該公會指定兆豐不動產估價師事務所蘇文清估價師針對上開標的勘估，並進行產權、一般因素、區域因素、個別因素、不動產市場現況及勘估標的依最有效使用情況下，採用比較法及土地開發分析法進行評估最終價格結果，附圖一所示方案所造成鄰地土地使用利益減損為3,208,772元，附圖二所示方案為11,884,515元，有該事務所108 年10月3 日估價報告書外放卷外可憑，通行後者造成之損害明顯高於前者。上開鑑定係鑑定機關專案推選承辦會員辦法與會員承辦公會受託估價案件遵守規範，分派予蘇文清估價師負責辦理，其所提出之估價報告書並經社團法人高雄市不動產估價師公會專案鑑定業務委員會完成審議（見本院卷二第79頁），本院審酌鑑定機關委任之鑑定人為不動產估價師（證書見報告後附），具專業知識，本其專業就相關資料進行綜合評估，提出上開專業意見，並將鑑定過程詳載於估價書，是上開鑑定之意見，自堪採為認定802 地號土地分別依附圖一、二方案通行時，鄰地因此減損之價值之判斷基礎。

4.雖葉妙慧辯稱鑑定報告不應以附圖一所示現況為道路而折減其土地價值，並質疑鑑定標準云云（見本院卷二第157-158頁）。惟查，如附圖一所示通路雖非依法編定之現有巷道或

具公用地役關係之既成道路，已如前述，然該通路幾十年來均供約200 戶之新世界社區住戶對外通行使用，為兩造不爭執，故不動產估價師「參考」估價作業通則關於既成巷道得以現況使用分區土地價格水準，考量廢巷可能時間成本予以折現，時間成本則考量毗鄰建物尚可使用年數決定；且因同一社區毗鄰建物建築完成日期截至價格日期已經歷28.17 年，毗鄰建物結構為鋼筋混凝土造，其經濟折舊50年外，參酌民間使用習慣，實際使用及社區屋齡相近程度以約60年作推算基礎，以此標準推算毗鄰建物尚可使用年數31.83 年，而若提供通行使用後，未來整個社區更新或重整開發，以最新完成建物計算，需要再使用年數為60年，因此就再使用年數為60年與毗鄰建物尚可使用年數31.83 年差額成本為計算供通行後減損價格，另再根據五大銀行平均基準利率計算折現率為7.41%，因此而得出附圖一方案各編號土地之使用利益減損價格（見該報告第58-61 頁），計算標準與算式尚堪允當。且該鑑定報告就附圖二所示方案，針對編號A 部分（為已開○住○區○○○道路，道路名稱為崇陽街119 巷），亦同樣參考上開標準進行使用利益減損價格，甚至針對編號C、D 部分，更認定為國有都市○○道路，本應供國民通行，而直接認定不因通行造成任何價格減損（見該報告第64-66頁），顯見該鑑定報告無論附圖一、二均採相同之使用利益減損標準計算，並無不公或不利於附圖一所示土地所有權人或管理權人之情。葉妙慧空言鑑定報告鑑定前提有誤、提出自己主張之價格標準云云，自難可採。

5.又查，802 地號土地之都市計畫土地使用分區為住宅區，此有土地登記謄本、屏東市公所函在卷可證（見原審卷三第179 頁、第174-175 頁），目前為空地，經原審勘驗明確（見原審卷一第86頁），上訴人並陳稱之後預計作為建築使用（見原審卷二第4 頁背面，本院卷一第111 頁）。而依據實施區域計畫地區建築管理辦法第11條規定：「建築基地臨接公路者，其建築物與公路間之距離，應依公路法及其有關法規

辦理，並應經當地主管建築機關指定（示）建築線；臨接其他道路其寬度在六公尺以下者，應自道路中心線退讓三公尺以上建築，臨接道路寬度在六公尺以上者，仍應保持原有寬度，免再退讓。建築基地以私設通路連接道路者，其通路寬度不得小於左列標準：四、基地內以私設通路為進出道路之建築物總樓地板面積合計在一、〇〇〇平方公尺以上者，通路寬度為六公尺。」，故802 地號土地如供建築基地使用，其基地內以私設通路路寬4 公尺將不符最小寬度，此有屏東縣政府函在卷可證（見本院卷二第56頁），故葉妙慧所稱802 地號土地對外通路寬度無庸6 公尺云云，將不敷建築之基本需求，難謂已使802 地號土地為通常之使用，自無可採。

6.末查，民法第787 條第1 項規定：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金」；民法第788 條規定：「有通行權人，於必要時，得開設道路。對於通行地因此所受之損害，應支付償金」；至於此「償金」之性質當然另屬開設道路對通行地造成損害之支付義務。惟償金之支付與通行權間並無對價關係，被通行之土地所有人如未於通行權之訴提起反訴請求，亦非不得於通行權訴訟確定後另行訴求給付，最高法院86年度台上字第3265號判決足資參照。林仁保雖辯稱上訴人欲通行附圖一所示方案，應支付償金；葉妙慧亦辯稱本院應為償金之對待給付云云，然民法第264 條規定：「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付」，揆諸前揭規定，本件償金之請求與容忍通行道路之請求間既無對價關係，被上訴人即不能主張同時履行抗辯權。且原審以及本院審理中均闡明被上訴人提到補償之意是否欲提出反訴，被上訴人於原審均表示會再考慮、待一審判決後再決定（見原審卷三第95頁暨背面、第149 頁），至本院則明白表示不願提出反訴（見本院卷二第170 頁），故本院亦無需就上訴人應否支付償金、數額予以審究並判決，附此敘明。

㈣按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，民法第786條第1項定有明文。802地號土地既無與公路適宜之聯絡，且得作為建築使用，已如前述，若非通過他人土地，自無法連接公用事業之電線、水管，其情形自已符合民法第786條第1項規定。且查，附圖一通行方案上崇陽街119巷排水溝渠為私有，若802地號土地興建房屋汙水欲接入該處陰井，連接管段埋設位置如需經私人土地，申接者需先行取得該土地所有權人同意後再向該府申辦汙水接管事宜，此有屏東市公所函、屏東縣政府函、臺灣自來水公司函在卷可佐（見原審卷三第70頁、第112頁、第121頁），是上訴人請求如附表三所示被上訴人應容忍上訴人於附圖一方案所示有通行權之土地埋設管線及設置排水溝渠，為有理由，自應併與准許。

五、綜上所述，上訴人本於民法第787條、第786條等規定，請求確認其就附圖一所示編號A、B、C、D、E之土地有通行權存在，如附表三所示被上訴人應容忍其於前開有通行權之土地埋設管線及設置排水溝渠，為有理由。原審為上訴人敗訴判決，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，爰由本院廢棄改判如主文第2、3項所示。另訴之預備合併，必先位之訴無理由，法院始應就備位之訴為裁判，如先位之訴有理由，法院即無庸就備位之訴為裁判，故本院自無需就上訴人二審所追加之備位之訴為審酌。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。

六、末按「因下列行為所生之費用，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其全部或一部・・・二、敗訴人之行為，按當時之訴訟程度，為伸張或防衛權利所必要者」，民事訴訟法第81條第2款定有明文。上訴人請求通行被上訴人所有土地，

被上訴人為防衛其財產權而不同意上訴人之請求，所為訴訟行為應在防衛其權利所必要之範圍內，若令提供土地讓上訴人通行之被上訴人，再行負擔訴訟費用，恐非事理所平，爰依上開規定，命勝訴之上訴人負擔全部訴訟費用。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第463 條、第385條第1項前段、第450 條、第81條第2 款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　31　　日

民事第四庭

審判長法　官　甯　馨

法　官　李昭彥

法　官　羅培毓

以上正本證明與原本無異。

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，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　108　　年　　12　　月　　31　　日

書記官　王紀芸

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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。

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

附表一（原審訴之聲明）：

㈠、確認上訴人就莊美智、簡明宏、洪村山、張萬生、張榮祥、陳素珍、蔡鴻基、澎湖縣望安鄉（由望安鄉公所管理）及屏東市（由屏東市公所管理）坐落789-16地號土地如原審判決

附圖一所示編號A部分面積638平方公尺土地；就中華民國所有（由屏東縣政府管理）坐落830地號土地如原審判決附圖一所示編號B部分面積6平方公尺土地；就陳素珍、蔡鴻基所共有坐落809-2地號土地如原審判決附圖一所示編號C部分面積82平方公尺土地；就林仁保所有坐落810-1地號土地如原審判決附圖一所示編號D部分面積133平方公尺土地；就中華民國所有（由屏東縣政府管理）坐落829地號土地如原審判決附圖一所示編號E部分面積7平方公尺土地；就葉妙慧所有坐落1004-1地號土地如原審判決附圖一所示編號F部分面積52平方公尺土地，均有通行權存在。

㈡、被上訴人（除財政部國有財產署外）不得在上開土地上營建或為其他妨害上訴人通行之行為，並同意上訴人在上述通路上為舖設柏油、埋設管線及排水之行為。

附表二（上訴聲明）：

一、先位聲明：

㈠、原判決廢棄。

㈡、確認上訴人就莊美智、簡明宏、洪村山、張萬生、張榮祥、陳素珍、蔡鴻基、澎湖縣望安鄉（由望安鄉公所管理）及屏東市（由屏東市公所管理）坐落789-16地號土地如附圖一所示編號A部分面積958平方公尺土地；就陳素珍、蔡鴻基所共有坐落809-2地號土地如附圖一所示編號B部分面積124平方公尺土地；就林仁保所有坐落810-1地號土地如附圖一所示編號C部分面積202平方公尺土地；就中華民國所有（由屏東縣政府管理）坐落829地號土地如附圖一所示編號D部分面積11平方公尺土地；就葉妙慧所有坐落1004-1地號土地如附圖一所示編號E部分面積77平方公尺土地，均有通行權存在。

㈢、如附表三所示被上訴人應容忍上訴人於附圖一方案所示有通行權之土地埋設管線及設置排水溝渠。

二、備位聲明：

㈠、原判決廢棄。

㈡、確認上訴人就莊美智、簡明宏、洪村山、張萬生、張榮祥、陳素珍、蔡鴻基、澎湖縣望安鄉（由望安鄉公所管理）及屏東市（由屏東市公所管理）坐落789-16地號土地如附圖二所示編號A 部分面積1059平方公尺土地；就中華民國所有（由國有財產署管理）坐落795 地號土地如附圖二所示編號B 部分面積166 平方公尺土地、坐落795-3 地號土地如附圖二所示編號C 部分面積7 平方公尺土地、坐落795-1 地號土地如附圖二所示編號D 部分面積28平方公尺土地，均有通行權存在。

㈢、被上訴人（除林仁保、屏東縣政府、葉妙慧外）應容忍上訴人於附圖二方案所示有通行權之土地埋設管線及設置排水溝渠，並容忍於附圖二方案所示編號B 、C 、D 部分鋪設柏油路面。

附表三：

對應附圖一之編號	地號	通行面積（㎡）	所有權人
A	屏東市○○段789-16地號	958	莊美智、簡明宏、澎湖縣望安鄉公所（管理者）、洪村山、張萬生、張榮祥、屏東縣屏東市公所（管理者）、蔡鴻基、陳素珍
B	屏東市○○段809-2地號	124	陳素珍、蔡鴻基
C	屏東市○○段810-1 地號	202	林仁保

（續上頁）

D	屏東市○○段829地號	11	屏東縣政府（管理者）
E	屏東市○○段1004-1地號	77	葉妙慧