

第一章 緒論

第一節 研究動機

「行」與食、衣、住並列為民生四大需要，尤其在地狹人稠、寸土寸金的台灣，鄰地通行權問題時常發生，對於土地的利用以及社會經濟的發展有著極大的影響。若有關鄰地通行權之規定或設定有所不當，則會造成土地使用之爭議，進而影響人民生活和國家社會的進步。因此，鄰地通行權，不僅涉及個人土地所有權間之利害關係，亦關乎「路暢其行」之公共利益，以促使土地之利用能達成最大經濟效益，降低人們和貨物的通行成本，同時調和土地所有權人間之利益，以促進國家整體經濟發展，提昇人民的生活品質。鑑於此一問題的重要性，實有加以探討的必要，遂以之作為本文的研究對象。

第二節 研究目的

本文研究目的，在於探討鄰地通行權之相關法律問題及可能的解決之道，以調和爭議當事人間之利害關係；促進土地有效的利用，達成「地盡其利、貨暢其流」之目的；並兼顧土地所有權人之財產保障與公共通行之利益。

第三節 研究方法

本文係就我國實務及學說關於鄰地通行權的見解看法加以分析、歸納整理，並將相關資料類型化。此外基於我國國情、人口密度與日本相仿，故又參酌部分日本文獻資料，與我國文獻相互比較分析，可作為我國學術界與實務界之參考。

第四節 研究範圍

本文探討之鄰地通行權類型，包括袋地通行權、公用地役權、通行不動產役權、基於債權契約之鄰地通行權(又分成租賃通行權、使用借貸通行權)，各自就其成立要件、效力，以及適用時所產生的法律問題做討論，並提出筆者之看法，尚祈師長賢達惠予賜正，甚幸！

第二章 袋地通行權

第一節 前言

現代社會土地使用情形複雜，土地使用之間往往相互干擾或依賴之情形，時常造成土地與公路不相聯絡的情形，當有此種情形存在時，將使土地不能充分利用，而使其經濟效用與價值有所減損。為使此種土地能有效利用，必須設法使其取得通行權利及通行方法。故我國民法在第七八七條至第七八九條規定，上述不通公路土地之所有人，為通行周圍土地而與公路相聯絡，可主張「鄰地通行權」。惟本文為與其他通行權區分及識別，將此「鄰地通行權」稱為「袋地通行權」。

袋地通行權的規定屬於民法物權相鄰關係的一部分。相鄰關係的意旨，主要為鄰居的互助分擔¹，其基礎法理為權利中和的實現社會正義。因此，對袋地通行權之法律解釋上，應以社會利益調和個人財產的保護，俾使有限資源的土地能發揮最大的效用、增進公共利益²。

袋地通行權之性質與一般相鄰關係相同，就土地(被圍繞地)所有人而言，為土地權利行使之擴張，就鄰地(周圍地)所有人而言，則為土地權利行使之限制。申言之，此項通行權係以鄰地所有人之忍受通行義務為內容，並以之成為土地所有權內容之一部分³。

第二節 袋地通行權之立法例

為調和相鄰土地之利用，得通行鄰地之民法上規定，各國民法大都設有規

¹ 參見民法第 774 條至第 800 條之 1。

² 劉惠利，鄰地通行權之研究，東海大學法律研究所碩士論文，民國 84 年 6 月，頁 6。

³ 史尚寬，物權法論，自版，民國 76 年 1 月，頁 93。李肇偉，民法物權，自版，民國 68 年 10 月，頁 141-142。

定，惟立法例不盡相同，主要可分為二種類型⁴：

(一)絕對主義

即以袋地或準袋地為限，始有鄰地通行權。如日本民法第二一〇條規定：「土地為他土地所圍繞而不通公路者，土地所有人得通行圍繞地以至公路。非由池沼河渠或海洋不能通行，或有崖岸致土地與公路顯有高低懸殊者，亦同。」

(二)相對主義

凡土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，該土地所有人即有鄰地通行權。如瑞士民法第六九四條規定：「土地所有人無足夠之通路從而土地通達公路者，得支付償金請求鄰居予其必要通道。」德國民法第九一七條第一項前段規定：「土地因與公路缺乏必要之聯絡，致不能為通常之使用者，土地所有人於此項欠缺排除前，得請求鄰地所有人容許其利用土地，以建立必要之聯絡。」我國民法第七八七條第一項規定：「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。」與前述瑞士、德國立法例相同。

第三節 袋地通行權之成立要件

袋地通行權之成立要件有四：

第一項 須土地無適宜之聯絡

所謂「土地無適宜之聯絡」，係指土地所有人之土地與公路隔絕無法相通，例如四周被他人的土地所圍繞，此土地為袋地。此外，土地與公路間雖有進出通路，但不適宜或通行成本高昂，例如土地雖可經由湖泊、海洋，以船舶與公路相通，但費用高且危險不便，或土地與公路間為懸崖峭壁，難以闢地通行者，此土地為準袋地。惟我國係仿德、瑞立法例，採相對主義，而非採日本絕對主義之立

⁴ 林榮耀，鄰地通行權之認定，載於氏著民事個案研究，民國 66 年 3 月版，頁 191-192。轉引自劉惠利，同前註 2，頁 7-8。

法例，即只要土地與公路無適宜之聯絡，不以絕對不通公路為必要⁵。故土地有袋地或準袋地之情形者，其所有人固得行使通行權；但縱非袋地或準袋地，僅以土地與公路間通行困難，致不能為通常之使用者⁶，例如土地所有人欲達公路，須搭設竹橋或木橋等，該土地所有人亦得行使通行權。此外，該通行困難情形之形成，究係出於人力所為，抑或自然因素；為一時現象或繼續狀態，均非所問⁷。

另應注意者，「土地與公路無適宜之聯絡」中，所謂「公路」係指供公眾通行之通路，不以公有道路(國道、省道、縣市道或鄉鎮道)為限，私有道路只要供公眾自由通行者，亦包括在內⁸。

第二項 須土地通常使用所必要

所謂「是否為土地通常使用所必要」，應考量土地之位置、面積、地形、地勢，社會環境以及土地之用途等因素，綜合判斷是否係依通常方法利用土地之謂。例如被圍繞地為耕地時，其周圍地雖有田埂可供人出入，尚須考慮肥料與收穫物之搬運有無困難。又斟酌土地是否為通常使用之必要，不以向來使用方式為標準，因土地所有人可變更土地之用途，例如由耕種依法變更為開設工廠，則原來之小路，自不足以滿足現在土地通常使用之必要，因車輛須載運貨品，而需開闢汽車車道之故。此外，土地用途之考量，應以合法使用為前提，土地如作不符土地使用管制法規之利用者，難謂係該土地通常使用之必要，自不得主張民法第七八七條之通行權，例如在農地上興建違章工廠，應無主張開設道路通行車輛之餘地⁹。

⁵ 最高法院 53 年台上第 2996 號判例。

⁶ 最高法院 70 年台上第 4694 號判決。

⁷ 溫豐文，論法定通行權，東海大學法學研究第 8 期，頁 52-53。謝在全，民法物權論(上)，民國 93 年，修訂 3 版，頁 318。蕭慧瑜，鄰地通行權問題之研究，台灣土地金融季刊，第 40 卷第 4 期，民國 92 年 12 月，頁 17。

⁸ 溫豐文，同前註 7，頁 53。日本實務上認為：民法所定之公路不以公共道路為限，具有相當程度之寬度，可供自由、安全、容易通行之私人道路亦足當之(東京地判昭 48、5、14 判時 721、40 參照)是以，道路之所有權誰屬，法律上管理之態樣如何，應非所問。轉引自謝在全，同前註 7，頁 340 註十二)。

⁹ 溫豐文，同前註 7，頁 53-54。謝在全，同前註 7，頁 319。蕭慧瑜，同前註 7，頁 17。

又通行之範圍應以使土地得為「通常使用」即已足，不得因通行權人個人特殊用途，例如為求與公路有最近之聯絡，或通行之方便，或是道路是否整齊美觀之市容考量，此等均非土地通常使用所必要。因民法第七八七條所定之通行權，係為促進袋地之利用，而令周圍地所有人負容忍通行之義務，為對周圍地所有權所加之限制，故不可為滿足袋地所有人超過通常使用通行之需求，而損及周圍地所有人之利益¹⁰。因而可認為「可否為通常使用者」，係為利益衡量之問題。易言之，是以袋地所受到的利益(通路必要度)與周圍地所受到的不利益(通路閉鎖必要度)，兩者為比較衡量之結果來作判斷¹¹。

第三項 周圍地須為他人所有之土地

所謂「周圍地」，係指圍繞「與公路無適宜聯絡土地」之土地，被周圍地圍繞之土地，則稱「被圍繞地(或袋地)」。周圍地非以與不通公路土地直接鄰接為限。如果不通公路之土地，與公路之間，有二筆以上不同所有人土地之隔，為達通行公路之目的，此二筆以上不同所有人之土地，均為周圍地¹²。又土地所有人應於善盡利用其所有之土地後(包括周圍地中，有一筆係屬土地所有人所有不同地號之土地)，其土地仍與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，始得通行周圍地以至公路¹³。即周圍地須為他人所有，才能成立袋地通行權。

另與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用之土地，其所有人通行周圍地，除本於民法第七八七條第一項之法定通行權外，亦在屬於他人之周圍地有通行不動產役權、租賃關係或使用借貸關係等意定通行權者，因「與公路之適宜聯絡」不限於自然之聯絡，意定通行權亦為一種「聯絡」的方式，故土地與公路無適宜之自然聯絡者，若有意定通行權，土地所有人可與公路取得適宜之聯絡，不得主

¹⁰ 最高法院 92 年台上第 1399 號判決。

¹¹ 劉惠利，同前註 2，頁 12-13。

¹² 最高法院 69 年台上第 266 號判決。最高法院 90 年台上第 166 號判決。

¹³ 最高法院 85 年台上第 1692 號判決。

張民法第七八七條之法定通行權¹⁴。又原先不通公路之土地所有人，之後購買不同地號之周圍地而與公路取得聯絡；或有新開公路通過，而使不通公路的狀態發生改變，都會使土地所有人原基於民法第七八七條獲得之法定通行權，因之情勢而喪失。

換言之，被圍繞地與周圍地必須所有權人相異，即周圍地具有他人性，被圍繞地所有權內容才有袋地通行權。

第四項 須非土地所有人之任意行為所致

民法第七八七條第一項本無此要件，在二〇〇九年民法修正條文參照德國民法第九一八條第一項規定修法，正式把本要件放進民法第七八七條第一項。若土地與公路無適宜之聯絡，係由於土地所有人之任意行為所造成，周圍地之所有人無容忍其通行之義務。例如破壞原有橋樑、毀壞原有道路、拋棄原有對於鄰地所享有的通行不動產役權或通行使用權，致土地無適宜通路，此時周圍地所有權人自無忍受其通行之義務，蓋任何人原即不得以自己之任意行為加負擔於他人，應由土地所有人自行承受，而不能向周圍地所有人主張通行權。另所謂任意行為，係指土地所有人不僅客觀上認識其行為足以造成土地與公路無適宜之聯絡，且主觀上含有權利濫用的意思¹⁵。但土地所有人如因貧困無力維護原通行之道路或橋樑，致其路基流失或朽斷者，僅屬客觀情形，尚不包括在內¹⁶。基於利益衡量原則，通行權既係增進土地利用之價值，以增進社會的經濟利益，而非僅為土地所有人之個人私利；即若土地所有人為圖己利，以自己之任意行為致增加鄰地負擔者，非法所許。易言之，在個人私益和社會公共利益相調和的範圍內，袋地通行權始被承認¹⁷。因土地所有人之任意行為，雖妨礙民法第七八七條第一項袋地通

¹⁴ 溫豐文，同前註 7，頁 54。陳榮傳，法定通行權，民法物權實例問題分析，2001 年 1 月版，五南圖書公司，頁 77。

¹⁵ 謝在全，同前註 7，頁 320。蕭慧瑜，同前註 7，頁 18。

¹⁶ 民法物權編研修資料彙編第 15 冊，頁 248。

¹⁷ 溫豐文，同前註 7，頁 54。

行權之成立，然利用周圍地之權，於有緊急情況時，仍得依民法第一五〇條之規定而成立，但應負損害賠償責任¹⁸。

第五項 小結

依上所述，成立袋地通行權須具有四個要件，分別為 1.須土地無適宜之聯絡、2.須土地通常使用所必要、3.周圍地須為他人所有之土地、4.須非土地所有人之任意行為所致。所謂與土地無適宜之聯絡，係指土地所有人之土地與公路隔絕無法相通，或雖可聯絡，但不適宜或通行成本過高之情形。而土地通常使用所必要，則指土地所有人對於土地之利用所需通行之需求，即滿足其通行之需求，才能達成其土地利用之效益，當然土地利用行為以合法為前提。另周圍地須為他人所有，此又稱為「周圍地之他人性」，意即土地所有人之所以無法與公路有所聯絡係因周圍之土地屬他人所有且未與周圍地所有人設定通行不動產役權或約定其他意定通行權之謂。又須非土地所有人之任意行為所致，係因袋地通行權性質上為法律對周圍地所有人課予物上負擔，負擔袋地所有人通行所需，此係基於利益衡量原則，為增加土地利用之價值，促進社會的經濟利益之目的，而加以規定的，並非僅為土地所有人個人之私利。是以，若土地因所有人個人之任意行為導致與公路喪失適宜之聯絡，不宜將此不利益轉嫁給周圍地所有人，課予其額外之負擔。

第四節 袋地通行權主體之範圍

第一項 前言

民法第七八七條第一項規定：「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

¹⁸ 史尚寬，同前註 3，頁 95。

路。」法條僅曰「土地所有人」，還有其他依民法規定¹⁹準用民法第七八七條第一項規定之土地用益權人即地上權人、永佃權人及典權人可享有通行權而得通行周圍地。而其他土地利用權人，例如承租人、使用借貸人等，如基於土地利用關係而現實占有使用土地者，若其占有使用土地者，如其占有使用之土地與公路無適宜聯絡，其等於利用土地時亦有發生通行困難之可能，此時該等利用權人可否類推適用民法第七八七條第一項之規定以通行周圍地，以解決其通行問題？不無疑義，以下就此問題分術討論之。

第二項 承租人、使用借貸人等土地利用權人得否行使袋地通行權

第一款 外國立法例

德國聯邦最高法院判例指出，袋地之所有權人、地上權人及其他得使用土地之物權人，均得直接依據其物權請求通行周圍地。其他依債權關係，如使用借貸或承租得使用袋地之人，亦得間接行使袋地所有人之必要通行權，要求周圍地忍受其通行²⁰。

而日本亦有判例承認袋地通行權可準用或援用於租賃權人之間及其他對土地有用益物權人之間。例如 1. 東京控判大正時三年八月十一日謂「袋地或袋地上建物之借用人，既合法占有使用袋地，當然亦得援用袋地所有人基於使用袋地不可或缺對周圍地之通行權。」2. 東京地判昭和卅一年九月廿五日謂「原告 X 之土地租賃權雖未經登記，惟其袋地通行權乃伴隨土地之利用權而存在，受法律承認之權利，故應解為得以對抗一般第三人。」3. 最高裁判所昭和卅六年三月廿

¹⁹ 舊民法第 833 條、第 850 條、第 914 條。

²⁰ 呂潮澤，鄰地通行權適用主體應否擴張之爭議，法學評論，第 56 卷第 4 期，頁 6。

四日判決謂「為使租賃權人 X，得以準用民法第二百十三條(袋地通行權)之規定起見，自應承認 X，對於設置板桓之鄰地有通行權存在。」²¹

第二款 我國法制

一、學說見解

學說上，學者大多主張袋地通行權的適用主體不限於袋地所有權人，其他相關之利用權人亦可適用。惟主張適用之方法有所不同，分述如下：

1.類推適用說

此說認為民法第七八七條第一項規定，可類推適用於袋地之承租人、借用人等利用權人。分述理由如下：

(1)相鄰關係，應解為相鄰接不動產利用權人間之權利義務關係，亦即相鄰關係重在圖謀相鄰不動產各能適法利用，調和利用時所生之衝突，而不重在所有權誰屬。故在理論上，除法律已明定準用之情形外，地上權人與農育權人以及典權人等用益物權人相互間，暨承租人、使用借貸人相互間，以及此等權利人與所有權人、地上權人、農育權人、典權人間，均有準用之必要，否則即難達適法利用不動產之目的²²。

(2)袋地通行權乃袋地所有權權能之一部，斯以得通行圍繞地為其內容。然相鄰關係乃為得調節鄰接地之利用，而非調節所有權本身為目的，故只要對袋地有直接或間接之利用權利者，也應解之為具有通行圍繞地之權能。袋地之租賃權人，立於直接、間接利用土地之權能以視，租賃權與上述之農育權、地上權等並無兩樣，袋地通行權目的在於調節土地之利用，故應解釋為租賃權人(廣義的包含土地或土地上房屋之承租人以及轉承租人等)亦具備袋地通行權²³。

(3)必要通行權之發生與取得，固以相鄰土地所有權之存在為基礎，但土地

²¹ 呂潮澤，同前註 20，頁 6。

²² 姚瑞光，民法物權論，民國 88 年 10 月版，頁 75-76。

²³ 劉得寬，民法諸問題與新展望，1980 年 11 月，頁 531-532。

所有權人取得之必要通行權，並不以土地所有權人自己行使為必要。凡對於被圍地有使用權之人，即得為使用土地之必要而同時享有土地所有權人取得之必要通行權。必要通行權之存在意義，就其靜態言之，固以相鄰土地所有權之互相調和為其意義，但就其動態為觀察，必要通行權之存在價值與被圍地之使用活動有不可分離之密切關係。對被圍地有權為使用之人，於其實際為土地利用之行爲時，不能不以通行周圍地為利用被圍地之必要方法。如對被圍地有權為使用之人，有不能通行周圍地以至被圍地之情形，其得使用被圍地之權利將無實現可能，因而毫無權利價值可言。因而必要通行權之享有關係，不應僅存於土地所有權人之間，必須同時重視土地使用權之存在關係而賦與使用權人必要之通行權。如此始能發揮必要通行權與土地所有權之功能，以促進土地之通常使用，增進被圍地之利用價值。至於利用被圍地之權利人為所有權人自己，抑或承租人、借用人，並無區別之重要性。又我國土地法及三七五減租條例，對於耕地及基地租賃之承租人，其保護傾向於租賃權之物權化。耕地或基地之承租人所受法律之保護不比地上權人及農育權人遜色。民法既有明文規定，地上權人、農育權人、典權人之間可準用有關相鄰關係之規定而享有必要通行權，被圍地之承租人及借用人因使用土地之必要，自無特別加以除外之理由²⁴。意即雖然基於租賃、使用借貸而取得土地利用權者，係屬債權性質之利用權，其本質與基於地上權、農育權、典權等物權性質之利用權不同，但其利用土地並無差異，非同樣地賦予鄰地通行權，將難全土地之利用。故認民法第七八七條之規定應類推適用於承租人、使用借貸人等債權性質之利用權人²⁵。

2.間接第三人效力說

另有論者認為對於用益物權人間，民法並未加以規定是否準用之部分，認為係立法技術的疏漏；但對於非物權的不動產利用人之間是否得類推適用的問題，

²⁴ 陳榮宗，「相鄰地必要通行權」，民法物權論文選輯(上)，民國 73 年 7 月，頁 223-224。

²⁵ 溫豐文，同前註 7，頁 51。

究為法律有意之省略或應以類推適用方法加以規範，就需要較為周延的論證。其認為大部分民法相鄰關係規定既為單純物權調整規範(有關袋地通行權的規定即屬之)，而非如行為規範當然有類推適用於物權人以外行為人之必要²⁶。袋地通行權為土地利用人得就相鄰土地行使一定權利之調整規範類型之一，為相鄰土地間一方物權的擴張而他方物權的縮減。就縮減一方而言，無異物上請求權的排除。就擴張一方而言，所有人得行使的權利內容，原則上均得以契約明示或默示授與他人行使，某些權利依其性質並得合理擴張至處於一定社會關係者，如袋地所有人的同居家屬或賓客亦得行使通過周圍地的通行權。所有人本人於訂立契約後是否仍保有該擴張的權利，也要視契約而定。此類擴張造成他方的負擔因此有輕重之別，僅可能影響償金的高低，除非已達濫用之程度，法律並無加以限制之理，這才符合物權調整的定性，故在相鄰關係中，不論土地權利縮減或擴張的一方，其縮減或擴張效果都當然及於債權利用人，根本沒有類推適用的問題。類推適用在物權效果上與債權利用人基於債權間接行使物權內容雖可能並無實質不同，但採取類推適用，無異先認定相鄰關係規定屬於單純「物權人」間的調整，再「發現」主體的涵蓋上有「漏洞」，理論過於勉強。且債權利用人因類推適用即「直接」取得所有人依法擴張的權利，一如地上權、農育權人、典權人受準用的情形，則所有人在例外情形若希望「保留」一定用益權不許承租人或借用人利用，如出租袋地僅供作為倉儲之用，而自己保留通行權，這種合理的契約自由也一併被剝奪，豈是立法原意？而德國相關學說及實務均採間接發生第三人效力說²⁷。

²⁶ 蘇永欽教授將民法相鄰關係之規定，區分為行為規範與物權調整規範。行為規範之立法意旨在於排除一定有害於公共利益或侵害人權而為法律秩序所不容之行為，或為增進公共利益而要求履踐之行為。物權調整規範以維持土地所有權的自主性為前提，僅為增加其便宜之用、減少資源的浪費，而為局部的權限增減。兩規範在決定規範對象有無之主要區別實益有二：第一，如屬行為規範，而規範內容直接類推適用於可能的行為人，其相關法律效果也當然發生於該行為人。如屬物權調整規範，則部分法律效果固可能間接依契約或社會關係發生於其他人，部分法律效果則仍只發生於物權人，類推適用則不會出現這種分裂的效果。第二，一旦認定為行為規範，則其規範對象原則上應包含所有可能的行為人，不僅債權利用人，即無權利利用人也在類推適用範圍。若屬物權調整規範，第三人雖依契約或社會關係可能間接行使物權人的權利或負擔其義務，卻無論如何不可能把無任何權源的占有人或利用人納入。參見蘇永欽，相鄰關係在民法上的幾個主要問題，法學叢刊第 163 期，民國 85 年 7 月，頁 4。

²⁷ 蘇永欽，同前註 26，頁 6。

另有學者以為土地所有人依相鄰關係之規定，所得主張之法定通行權，並不限於土地所有人始得主張之，對於土地本身有用益權之物權人及債權人，本於土地所有人所授與之用益權，亦得主張與所有人相同之法定通行權。至於舊民法第八三三條、第八五〇條及第九一四條之準用規定，在此似可解為對法定通行權不具意義，或僅在說明因土地所有權擴張，而發生之法定通行權，本屬所有權調整之結果，土地(袋地或準袋地)及通行地之物權，亦均受該調整結果之拘束，故土地設定用益物權者，法定通行權亦隨同土地之利用權，一併由物權人取得²⁸。

此外，亦有論者以為對土地有合法用益權之人，對於土地所有人必有使該土地合於用益目的狀態之權利可得主張，土地所有人對於周圍地所有人不主張通行權致減低其用益之目的時，原即可依民法第二四二條代位土地所有人對周圍地所有人為主張，故縱未加明文規定，亦無大礙。即此說也認同袋地債權利用人可經由袋地所有權人以契約授與行使通行權，而無類推適用之必要。

二、實務見解

而實務上關於袋地通行權的適用主體是否及於承租人、使用借貸人等土地利用權人，見解並不一致，分述如下：

1. 否定說

(1)最高法院六十三年台上字第五五〇號判決認為，土地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，民法第七八七條第一項上段固有規定，但依該條文義解釋，有通行權人及受通行地之人，均應為土地所有人。

(2)最高法院六十九年台上字第二六六三號判決指出，依民法第七百八十七條第一項規定主張對土地周圍地有通行權之人，以該土地所有人為限，認為承租人、使用借貸人等土地利用權人不能主張袋地通行權。

2. 肯定說

²⁸ 陳榮傳，同前註 14，頁 88。

(1)最高法院七十年台上字第三三三四號判決認為，查民法物權編關於土地相鄰關係之規定，在圖謀相鄰不動產之適法調和利用。鄰地通行權之性質，為土地所有權人所有權之擴張，與鄰地所有權人所有權之限制，是以土地所有權人或使用權人，如確有通行鄰地之必要，鄰地所有權人或使用權人，即有容忍其通行之義務，此為法律之物的負擔。土地所有權人或使用權人，基於其物權之作用行使上開請求權時，其對象並不以鄰地所有權人為限。

(2)最高法院七十九年第二次民事庭會議決議：民法創設鄰地通行權，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，增進社會經濟之公益目的，是以袋地無論由所有權或其他利用權人使用，周圍地之所有權及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有權人鄰地通行權，依舊法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、農育權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有權人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他利用權人間即無相互通行鄰地之必要而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間（包括承租人、使用借貸人在內），亦應援用「相類似案件，應為相同之處理」之法理，為之補充解釋，以求貫徹。另最高法院八十二年台上第五八〇號判決同上意旨。

第三款 新法規定

依民國九十八年一月二十三日及民國九十九年二月三日總統公佈之物權新法，採學界多數見解，於第八百條之一規定：「第七百七十四條至前條規定，於地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。」

立法理由：

為調和相鄰關係之利用與衝突，第七百七十四條至前條相鄰關係規定不僅規範相鄰土地所有人間，即地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人間，亦宜準用，爰增訂本條規定，以符民法規範相鄰關係之宗旨，並期立法之精簡。至於建築物所有人為土地之利用人，當然有本條之適用，不待明文。又本條所謂「準用」，係指於性質不相牴觸之範圍內，始得準用，故何種情形可以準用，應依具體個案分別認定之。

第四款 本文見解

民法袋地通行權之規定，著重於土地的充分利用，以增進經濟價值與效益，而非所有權之作用歸屬，是以任何對袋地有利用權能之人，應可容許其通行周圍地以至公路，不須死守民法第七八七條第一項，只適用於所有人之文義。另本於債權關係而取得袋地通行權之袋地利用權人仍須支付價金與周圍地相關當事人，故其應不致不知通行權人為何人，因而不會損及周圍地當事人之權益。準此，袋地利用權人可逕行向周圍地所有權人或其利用權人主張袋地通行權，不須透過其與袋地所有權人間之債權關係，行使袋地所有權人之袋地通行權。

第三項 袋地之無權占有人得否行使袋地通行權

第一款 日本法制

日本實務上採否定說。蓋無權占有本身乃違法行為，如認其有相鄰通行權，無異對於違法者給予法律過度之保護。再者，相鄰通行權係具有通行權土地之所有權內容擴張，土地如為無權占有人所占有，於價值判斷上似無予擴張之餘地²⁹。惟日本學者多數認無權占有人應得類推適用，採肯定說。蓋相鄰通行權乃為促進袋地之利用而存在，利用之實現即在保障袋地上最低限度之生活，袋地之利用是

²⁹ 日本最高裁判所昭和 36 年 2 月 24 日判決(最高裁判所民事判例集第 15 卷 3 號 542 頁)，轉引自謝在全，同前註 7，頁 337 註 5。

否有權應非所問。又阻止土地無權占有人之通行，該占有人為維持現實之生活，必須採取實力之手段，此與占有制度存在目的係禁止自力救濟之原則，以維持社會秩序之功能有違。因之，否定無權占有人之相鄰通行權，等於袋地占有制度之否定，在民法體系上自非適宜³⁰。

第二款 我國法制

一、學說見解

袋地之無權占有人有無袋地通行權，目前我國實務上判決十分稀少，且無解釋函令可供依循，只有部分學者提出相關看法，分述如下：

有學者認為只要係土地之現實利用人，即得為法定通行權之主體。理由如下：1. 否定無權占有人之法定通行權，就周圍地所有人而言，其因此所受之利益，只不過是有權占有人因不利用土地所受之利益而已，此項利益，依利益衡量原則，似無特予保護之必要。2. 占有人對妨害其占有之第三人，得依民法第九六二條占有人物上請求權之規定，請求除去之。而占有之物上請求權，乃不問占有人是否具有合法權源，就占有之事實承認其價值，並予以保護的一種制度。因而縱係無權占有人，對伴隨著被圍繞地(袋地)之利用而生之法定通行權受到妨害時，亦可依占有之物上請求權加以排除而主張通行權。3. 否定無權占有人之法定通行權，意味著被圍繞地(袋地)占有制度之否定，在民法體系上似不妥適³¹。

另有論者以為無權占有人，其占有本身既無正當性，而處於隨時可被排除的狀態，自無反而可以行使所有人依法「擴張」的部分之理。民法關於占有的保護非承認占有人的利益為合法，而在避免因「不法加諸不法」所可能產生的社會秩序混亂，才賦予其優於其他無權者的地位。周圍地所有人得禁止袋地的無權占有

³⁰ 沢井裕，土地賃借人や單なる占據者の袋地通行權，道路、通路の裁判例，第八六頁，有斐閣，一九九七年六月，第二版。谷口知平，相鄰關係と租賃權，判例演習(物權法)，有斐閣，昭和五十年二月，增補初版。河野弘矩，通行權について，民法學2，物權の重要問題，第二四三頁，有斐閣，昭和五十年十二月。轉引自謝在全，同前註7，頁338註五。

³¹ 溫豐文，同前註7，頁51-52。劉得寬，同前註23，頁529。

人通行，一如袋地所有人得排除占有人的占有，並無任何不妥³²。按占有雖係法律所保護之制度，然法律所賦予保護之程度與權利者究屬有間，無權占有人固有第九六二條之請求權，但此為對占有本身之保護，是否可延伸至周圍地要非無疑對周圍地有無通行權似有疑問，自不得因此謂土地之無權占有人得行使第九六二條之請求權，排除周圍地之通行阻礙，進而主張無權占有人有相鄰通行權之類推適用³³。

此外，有論者主張，被圍地之占有人如係無權占有人，此際，儘管相鄰地確有必要通行權存在，於周圍地之有權占有人有妨害通行之情形，亦無積極當事人之適格，因為被圍地之占有人自得以其土地受有妨害為理由排除被圍地無權占有人之通行行為。相鄰地之必要通行權只能附麗於被圍地有權占有人之使用土地權利而存在，不能同時對於無權占有人之侵權行為加以保護³⁴。

二、實務見解

而在我國實務，台灣台北地方法院九十二年訴字第五六二四號判決認為「按民法創設鄰地通行權，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利增進社會經濟之公益目的，是以袋地無論由所有權人或其他利用權人使用，周圍地之所有權人及其他利用權人均有容忍其通行之義務。故有關民法第七八七條袋地通行權部分，原則應限於土地所有權人或使用權人間，並不及於無權使用土地之當事人間。」

三、新法規定

新修正民法第八百條之一規定：「其他工作物利用人準用之。」何謂其他工作物利用人，是否包括無權占有人，解釋上可有正反兩面的說法。如認為所謂其他工作物利用人係指只要單純在工作物上有事實上之利用行為之人，而不論

³² 蘇永欽，同前註 26，頁 6-7。

³³ 謝在全，同前註 7，頁 338 註五。

³⁴ 陳榮宗，同前註 24，頁 226。

其是否有合法利用權源，則無權占有人可準用民法相鄰關係之規定，即其可主張袋地通行權。反之，若認為除了有事實上之利用行為外，還須有合法利用權源，則無權占有人無從準用民法相鄰關係之規定，也就無從主張袋地通行權。

第三款 本文見解

本文以為民法袋地通行權之規定，著重於土地的充分利用，以增進經濟價值與效益，故該規範重心在土地利用關係，而非利用當事人為何人。因此，袋地無權占有人，雖對於袋地無占有使用之權源，但其對於袋地之利用，可增進袋地之經濟利益，若不許其通行周圍地，以便與公路取得聯絡，將妨害袋地之利用，而有違民法袋地通行權規範之宗旨。另一方面，袋地無權占有人通行周圍地，仍須支付償金予周圍地相關當事人，也相當地補償了周圍地當事人所受之損害。準此，本文認為民法袋地通行權之規定，可類推適用於袋地無權占有人。

第五節 袋地通行權之效力

第一項 袋地通行權人之權利

第一款 通行周圍地之權利

袋地利用人具備民法第七八七條第一項之要件者，取得通行周圍地以至公路之權利，而周圍地利用人則有容忍其通行之義務，且周圍地並不僅指以與不通公路土地直接相鄰為限。如不通公路之土地，與公路之間，有兩筆以上不同所有人之土地相鄰，為達通行公路之目的，亦得主張通行該周圍地。惟通行之方法，應依民法第七八七條第二項之規定，於通行必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之。如何始可謂通行之必要及損害最少之處所、方法，應依社會通常觀念，就附近周圍地之地理狀況、相關公路之位置、與通行必要土地之距離、相

鄰土地利用人之利害得失以及其他各種情事，按具體事例斟酌判斷之。且不僅就不同之周圍地為選擇時，應如此判斷，於選擇特定之周圍地後，對其具體通行處所及方法，亦應本此原則為之³⁵。

由上所述可知，所謂「於通行必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」，係利益衡量的問題，即針對袋地利用人的通行必要程度與周圍地利用人的損害程度等相關因素來作比較衡量，以決定通行道路的位置與方法。我國最高法院見解以客觀公平之比較、是否影響土地之利用(例如產生畸零地或對既存的建築物發生影響)等個案因素為判斷。如最高法院七十五年台上字第九四七號判例認為「上訴人係依據民法第七百八十七條第一項規定，主張其對於系爭土地有通行之權利，並非主張其對於系爭土地通行有不動產役權，祇須上訴人所有土地與公路無適宜之聯絡，而通行系爭土地，又為損害最少之處所，即應認上訴人有此權利。至上訴人前此有無通行他人所有之土地，在所不問。原審並未斟酌上訴人所有土地，與公路之間，如通行其他周圍地，與通行系爭土地，以至公路，所生損害如何，而為客觀公平之比較，僅以上訴人前曾通行東側或南側他人所有土地，以至公路，即認上訴人不得依民法第七百八十七條第一項對系爭土地主張通行權，亦有未合。」又如最高法院八十五年台上字第四十六號判決指出「本件上訴人請求通行被上訴人所有○○號土地，將使該筆○○號土地分割為兩塊，不能為完整利用，是即令上訴人主張其有袋地通行權屬實，該通路亦顯非○○號土地損害最少之處所而不能准許。」另有論者提出實務裁判上於決定通路選擇時所考慮的因素：(1)禁止損害過大原則，(2)禁止費用過鉅原則，(3)禁止權利濫用原則，(4)禁止主觀過度原則³⁶。

此外，基於尊重既有的事實狀態以及為減少對周圍地的損害，若周圍地已有既存的道路，且袋地通行權人通行該道路，並不會造成太大的負擔者，則袋地通行權人應優先考慮採行該既存道路為通行，可達到減少對周圍地的損害之目的。

³⁵ 謝在全，同前註 7，頁 321。溫豐文，同前註 7，頁 56。

³⁶ 劉惠利，同前註 2，頁 30-32。

除非客觀上可預見既存道路會被廢除或封閉(例如地震導致原既存道路地形改變不適合通行者), 必須另闢新道路, 始可對外通行; 或是原既存道路過於狹窄, 不符袋地通行權人通常使用之需求, 必須將原有道路拓寬或新闢道路, 才可為通常使用之通行。有以上兩種情形者, 始可不通行既存道路, 而另開新道路。最高法院八十八年台上字第三二九五號判決指出「按鄰地通行權為鄰地所有權之擴張, 其目的在解決與公路無適宜聯絡土地之通行問題, 自應限於必要之程度, 且應選擇對鄰地損害最少之處所為之。其目的並不在解決鄰地建築上之問題, 故土地如已有通路, 要不能以該通路與建築法或建築技術之規定不合, 而要求通行其鄰地。」準此, 如非屬袋地之土地, 在既有道路不符合建築上之需求時, 並不能以建築上需要為由, 認為該土地係「與公路無適宜聯絡, 致不能為通常之使用」而要求通行鄰地。又最高法院八十五年台上字第三一四一號判決認為「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。」此號判決前段意旨與八十八年台上字第三二九五號判決相同, 即周圍地通行權之有無, 不能僅以建築法或建築技術之規定為判斷基礎; 但後段又認為若袋地為建地時, 滿足其建築上需要之通行, 係其通行之必要範圍, 與前段意旨似乎有所矛盾。筆者以為是否應滿足袋地作為建地通行之需求, 宜依個案考量, 而非一律准許通行周圍地。例如該袋地原非建地, 而其周圍提供通行之建地於預留必要之通行範圍後, 依相關之建築法規建築使用, 嗣後該袋地亦變更為建地, 袋地所有人若為袋地建築之需要, 主張拓寬原通行道路之寬度, 而影響周圍地建築物時, 不應准許其拓寬通行。因袋地所有人事前即知周圍地為建地, 有依建築法規為建築使用之可能, 且周圍地所有人已為原非建地之袋地預留必要通行範圍, 故若袋地所有人事後又對周圍地所有人主張其建地所需之通行地而要求拓寬原周圍地所有人為袋地預留之通行地, 將使周圍地所有人遭受不可預見之損

害，因此不應許可袋地所有拓寬原通行地之要求，但若袋地所有人與周圍地所有人進行協商，周圍地所有人同意袋地所有人拓寬之要求者，則不在此限。

有通行權人選擇周圍地損害最少之處所及方法通行，該通行場所並非一成不變，例如周圍地之使用狀態如有變更，或對周圍地所有人的負擔有顯著變更之場合，為減少其損害，通行處所或方法自得予以變更，是為通行處所及方法之可變性。此乃基於相鄰關係在調整鄰接不動產間最妥適利用之宗旨所使然，非僅有關適用之問題，即袋地通行權是以調和相鄰土地的公平利用為目的，依誠信原則，於可請求變更其內容之場合應肯定得為通行場所及方法之變更。認定通行場所之變更並不是僅以當事人之主觀意圖為斷，而應加入雙方當事人的利弊得失作客觀的比較衡量來加以判斷，以免有礙通行權關係的安定性³⁷。而具體分析通行權與情事變更的關係，通常可依下列三點予以探討：(1)袋地所有人(或利用人)就土地的利用方法予以變更的場合。例如農地變更為工業用地，為因應如此變化，應可請求通路的變更。於此種場合對周圍地的地域性是成為被考慮的有利因素。袋地為農地，周圍地亦為農地，而周圍地尚未以「向來的用法」予以利用，袋地為了便於農地利用，從原僅通行牛馬的道路寬度，應肯定為了農業機械車之通行而拓寬道路的寬度。(2)通路的周圍地所有人於變更周圍地的利用方法之場合，在技術的進步、時代的要求之情況下，通路應合於地域的特性而改變。(3)公路的位置若有變更，於周圍地可通公路且較適切的場合，通路位置亦可變更³⁸。

第二款 於必要時得開設道路

袋地利用人於具備通行權之要件後，即有通行周圍地以至公路之權，但仍應於通行之必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之，故原則上不得開設道路，僅於必要時，得開設道路，而袋地通行權人之開路權其實就是民法第七八七條袋地通行權的一個延伸及擴大，且通行方法應不限於地面開設道路，如以

³⁷ 謝在全，同前註 7，頁 321。

³⁸ 東孝行，通行權と事情の變更，民商 69 卷 3 號頁 411 以下。轉引自劉惠利，同前註 2，頁 34。

地下道、陸橋、空中纜車等為之，私有水路之行船，亦可包括在內。例如對被林立建築物圍繞之袋地，可藉地下道或陸橋之方法開設通路；對於被山林圍繞之山上袋地，與其耗費很大的財力伐木闢路，寧可架設空中纜車較為經濟。至於開設道路之寬度如何，應視相關土地及四周環境之現況、目前社會繁榮之情形、交通運輸、現代生活之需要、通行必要地通常使用所必要及通行地所受損害之程度定之。例如通行土地為農地時，基於農業機械化之需求，就耕耘機通過所需之寬度，當屬道路所需之寬度。且若使用狀態有變更，為減少損害，通行處所或方法亦得予以變更。

不過，開設道路，不論其規模大小，終究係屬於現狀之改變，為期不使鄰地所有權利受到長期、過度之損害，新修正的民法第七八八條第二項規定：「前項情形，如致通行地損害過鉅者，通行地所有人得請求有通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地，其價額由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。」係指本項購買請求權僅於通行權人依第一項規定開設道路時始有適用，且以因開設道路致通行地所有人損害過鉅為限。是否損害過鉅應依社會通念定之，例如開設道路係永久使用，而周圍地面積甚小，於開設道路後，所剩土地成為畸零地，幾乎已無利用價值，即符合本項要件。而得請求購買部份為開設道路之土地以及因開設道路而形成難以利用之畸零地。至於其價額由雙方當事人協議定之，如無法達成協議，則可以訴訟請求法院以判決定之。另周圍地所有人有此項購買請求權乃價額決定之先決條件，是以法院於當事人就有無購買請求權有爭執時，即應先予以判斷。又通行權人如為土地所有人以外之其他利用權人時，本項規定應解為無準用之餘地。此係避免土地利用權消滅後，無須使用通行道路，而生困擾³⁹。

第二項 袋地通行權人之義務

³⁹ 謝在全，同前註 7，頁 323-324。

第一款 支付償金之義務

一、償金之性質

按諸上述，有通行權人得通行周圍地以至公路，甚且於必要時，尚得開設道路以利通行，雖說袋地通行權應考量「於通行必要之範圍，以損害最少之處所及方法」為之，但通行權人之通行或開設道路之行為，仍不免使周圍地因此而受有損害，因此民法第七八七條及七八八條均規定，有通行權人對於通行地因其通行或開設道路行為所受之損害，應支付償金。準此，支付償金，乃為通行權人之適法通行行為致通行地不能使用所受損害之補償，亦即在性質上應為鄰地所有權受到限制的一種填補，乃因調整相鄰之土地所有權後，通行地所有人忍受袋地通行權人通行而蒙受不利益，自有進一步以償金調整損益，以維持公平，而不得視為袋地通行權人因行使袋地通行權之「外力侵入」之侵權行為損害賠償，故償金之給付，與要否具備侵權行為損害賠償請求權之條件並無關聯⁴⁰。又償金非通行周圍地之對價，與民法第七八三條規定之償金係使用餘水之對價不同，因償金並非通行周圍地之對價，償金支付義務之性質為債權，其遲延僅生債務不履行之效力，故通行權人縱不支付償金，因通行權之基礎為土地所有權，只須與公路無適宜聯絡之狀態存在，其通行權不因不支付償金而消滅，被通行周圍地之所有人，僅得依債務不履行之規定，請求給付償金⁴¹，而不得禁止其通行⁴²。也因為償金與通行權無對價關係，因此償金僅能就供通行之周圍地所生損害加以估計，而不得擴及袋地因此所增加之利益。

另償金之支付義務為通行權土地之法定負擔，當下之土地所有權人負有支付之義務，不過當土地所有權移轉給他人時，支付償金之義務亦當然隨同移轉於受讓人，惟移轉前所積欠之償金，則不在受讓人承受範圍內。對於通行地有抵押權

⁴⁰ 朱柏松，論袋地通行權與公用地役權之關係，月旦民商法雜誌第4期，2004年6月，頁62。

⁴¹ 姚瑞光，同前註22，頁87。

⁴² 蘇永欽認為：民法關於地上權、農育權地租欠付規定於此應可類推適用，償金積欠達兩年總額者，得禁止其行使法定權限(氏著，論動產加工的物權及債權效果，民法經濟法論文集第一冊，頁318，民國77年10月初版)。

之人，得以通行償金請求權為抵押物之從權利，而主張為其抵押權之標的。必要通行權，因通行周圍地之必要消滅而消滅；因通行權之消滅，償金支付義務亦同時消滅。但消滅前所積欠遲延之部分，仍應支付⁴³。此外，通行地之受讓人，就通行地於受讓後因通行受損害而生之償金請求權，性質上並非通行地之讓與人可預先拋棄的，故通行地之讓與人拋棄償金請求權之效力，應不及於受讓人。

二、償金之計算

對於償金的額度計算，通常是通行地所有人與袋地所有人最容易發生爭議的地方。一般而言，袋地通行權人對通行周圍地所造成之損害，有兩種：一為開設道路時，為了鋪設所生之損害；另一為對通行地繼續通行所生之損害。對該等損害，其應支付償金的標準如何？實務曾舉行座談討論⁴⁴，分述如下：

甲說：所謂「償金」係指補償周圍地所有權人不能使用土地之損害。按通行地所受之損害，通常應是以該地為出租所能收入地租之金額，故土地所有人請求有通行權人支付償金，應以地租為標準而陸續之請求。

乙說：通行權多屬永久性質，無確定交還通行地之期限。事實上通行地所受之損害，為土地所有人自己不能使用，永久供他人通行，不啻將土地出賣與人，因此宜由有通行權人一次支付相當於地價之償金，在有通行權之人，亦恰似買得通行地，供永久通行之用，故周圍地所有權人得以地價為標準，一次請求。

丙說：法文規定對於通行地因此所受之損害應支付償金，與損害賠償之性質相似，故周圍地所有權人所生究係如何之損害？應就具體事實認定，然後決定如何之償金，故應以實際所生之損害為準。

結論：擬採丙說。而司法院第一廳研究意見，亦認為「償金」係指補償周圍地所有權人不能使用土地之損害。與損害賠償之性質相當，故償金支付標準應就具體審酌周圍地所有權人所受之程度而為認定，即依實際所生之損害為準，同上

⁴³ 史尚寬，同前註 3，頁 96。

⁴⁴ 71 年台灣高等法院台中分院法律問題座談。

述丙說之見解。有論者亦認為償金以補償通行地之損害為目的，其金額應以通行地所有人所受損害之標準定之，當事人未約定者由法院判之⁴⁵。

此外，最高法院八十五年台上第六十七號判決認為「土地所有人通行鄰地而依民法第七八七條第二項規定所應支付償金之數額，應斟酌因通行所受利益及鄰地因之所受之損害之程度，並就雙方之經濟狀況作為衡量標準。」本判決將估計償金數額之因素，擴及通行所得之利益及雙方之經濟狀況。本文認為既然償金之性質係對於周圍地所有人因通行不能使用土地造成損害之補償，則關於償金之計算，只須針對周圍地所有人就通行之具體事實所受之實際損害之多寡來考量，而不須斟酌通行所得之利益以及雙方之經濟狀況。另外，通行權人就通行地之使用權限既只有通行，並無其他使用權限，且該通行權不具獨占性，通行權人與周圍地所有人皆可通行。因此不宜只以地租或地價為估價之標準。

袋地通行權之償金，既係對於周圍地所有人因通行不能使用土地造成損害之補償，是以須有損害發生始得請求。若周圍地已有現存通道可資通行，通行權人即不必再請求開設其他通路，周圍地所有人即無損害發生，自不得請求償金；倘若周圍地無現存道路可資通行，通行權人請求開設道路時，償金之請求數額應考量道路寬度之大小、通道所經之路線、通行期間之長短等因素。另如果通行權人請求開設通路，將發生拆除周圍地之地上物、產生畸零地、使周圍地之建設發生困難之情事，自應將此種對周圍地不能整體使用之損害加以斟酌，而非僅就通路之部分進行損害之計算，除非通行地所有人明知有提供通行義務之情形下，仍故意為地上物之設置而要求償金之情形外，有關償金之計算亦不應只以該通行地從來之使用價值來作計算之依據，否則將使周圍地所有人之權益遭受過多之損失。準此，袋地通行權之償金，依發生損害原因之不同，可分為「供通行道路土地之償金」以及「對周圍地不能整體使用之償金」。兩者可作為計算償金的指標。

「供通行道路土地之償金」之計算標準得以申報地價為基準，蓋土地使用管制、土地利用現況等因素均反映於地價，故可以申報地價為計算基礎。至於「對

⁴⁵ 史尚寬，同前註 3，頁 95。

周圍地不能整體使用之償金」之計算標準，則須考慮土地位置、面積、地形、地勢、通路寬度、通行場合以及土地之用途而定之。此外，償金之請求應整體考量，若綜合考量之結果，有「供通行道路土地之償金」以及「對周圍地不能整體使用之償金」兩種情形，則應合併請求之，而非於償金之外，再另外加上損害賠償費用⁴⁶。

關於償金支付方式我國民法並無規定，一般依通行地所受損害有無永續性或確定性與否，而有所不同。其損害有永續性且不確定者(例如日常生活所須之通行，通行地所受使用或收益減縮之損害)，償金應以定期給付為宜。蓋係防止日後通行權消滅而發生返還問題之糾紛。反之，僅有一時性質且確定之損害(例如因通行道路之開設而拆除建築物或砍伐樹木等所造成之損害)，則以一次給付全部償金為宜。此外，關於償金請求權之消滅時效視償金支付方式而有所不同。如為一次給付者，依民法第一二五條之規定，請求權因十五年間不行使而消滅；如為定期給付者，則適用民法第一二六條之規定，各期給付請求權因五年間不行使而消滅。

另外，關於償金支付之起算點，我國民法亦無規定，有學者主張償金支付開始之時期係通行權人行使通行權時起，蓋從此時開始方有損害可言⁴⁷。另有學者認為給付償金之義務應自取得通行權時起算⁴⁸。而在實務見解方面，最高法院六十七年台上字第二六四六號判決中指出，償金係指補償土地所有權人不能使用土地之損害，必於有通行權者，行使其通行權後，始有是項損害之發生，與通行權無對價關係。八十二年司法院民事廳研究意見認為，通行權人行使通行權，將使通行地所有人不能使用通行地或通行該通行地受到限制，支付償金即為通行地因此不能使用或使用受到限制所受損害之補償，故此項支付償金之義務，應自取得通行權時起算。

⁴⁶ 何彥陞，不動產通行權之研究，2005年台北大學不動產與城鄉學術研討會，頁15。

⁴⁷ 謝在全，同前註7，頁322。陳立人，鄰地通行權問題之探討，台灣土地金融季刊，第42卷第2期，民國94年6月，頁76。

⁴⁸ 王澤鑑，民法物權(通則·所有權)，2002年9月，頁228。

由上述可知，關於償金支付之起算點，有「自通行權人開始行使周圍地通行權時」起算，以及「自通行權人取得周圍地通行權時」起算，兩種爭議的看法。本文贊同後者。理由係袋地通行權人取得通行權後，周圍地所有人即負有隨時要提供袋地通行權人通行該地的義務；換句話說，自袋地通行權人取得通行權時起，周圍地所有人對於其所有地之使用收益將會受到限制，不能再為通行目的以外之利用。故即使袋地通行權人尚未開始行使其通行權而通行該地，但周圍地所有人已因此而受有不能以己意利用該地的損害。所以，本文認為償金支付之起算點，宜由「自通行權人取得周圍地通行權時」起算。

第二款 回復原狀之義務

當袋地通行權消滅後，袋地通行權人若在通行地有所設置，除非土地所有權人主張保留之外，通行權人應回復通行地之原狀。例如某一林地之所有權人因其林地與公路無適宜聯絡，其欲將所砍伐之林木運出，因而向其鄰地主張袋地通行權，並於該地上開闢道路。待其林木運輸完畢後，除非該鄰地所有權人向其主張保留該道路，不然應回復鄰地原有之面貌。

第六節 人為袋地之通行權

第一項 人為袋地之通行權之法律關係

因土地一部之讓與或分割，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地，而不能通行其他周圍地，且有通行權人，對於通行無須支付償金。民法第七八九條訂有明文。立法理由謂因土地之一部讓與或分割，致生不通公路之土地者，其結果由當事人之任意行為而然。故其土地之所有人，祇能不給報償而通行於受讓人取得之公路接續地，或讓與人現存之公路接續地，或已屬於他分割人之公路接續地，其

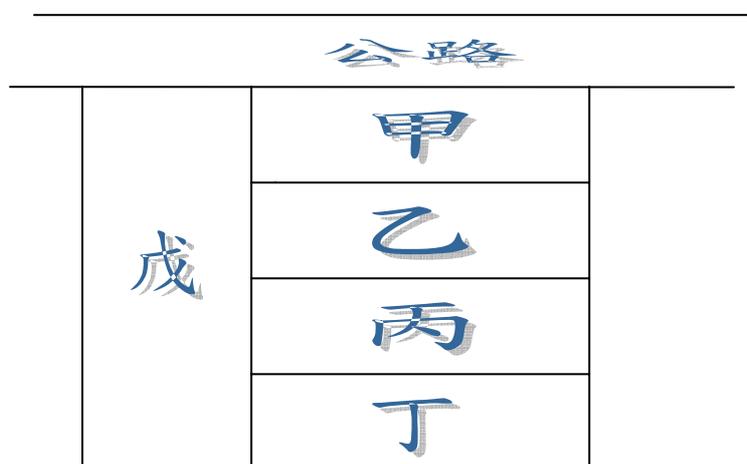
他之鄰地所有人，不負許其通行之義務。最高法院九十六年台上字第一四一三號判決亦認為「民法第七八九條之立法基礎，乃在於袋地通行權本屬相鄰土地間所有權之調整，土地所有人固得本於其所有權，而就土地得任意為土地一部之讓與或處分，但不得因而增加其周圍土地之負擔，倘土地所有人就土地一部之讓與，而使成為袋地，為其所得預見，或本得為事先之安排，即不得損人利己，許其通行周圍土地，以至公路。」準此，此時土地之所以不通公路，並非出於自然之原因，而是因為當事人之任意行為，使原來一宗土地，成為所有權各別獨立之數宗土地，造成原所無之袋地現象。

民法第七八九條規定意旨，亦在呼應相鄰關係規定之性質，其非在賦與土地所有人於所有權外之其他權利，而是在調整相鄰土地所有權之內容。是以，本條規定之主要旨趣在於因土地之一部讓與或分割，致生不通公路土地之情形，係由當事人之任意行為(例如買賣、互易、贈與等)造成之結果，故不能因此使其他周圍地負通行之義務，僅得通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地，縱使其他周圍地為通行損害最少之處所或方法亦然。此係因相關當事人應承擔其任意分割或讓與之行為所造成土地與公路無適宜聯絡，致不能為通常使用之後果，而不得因此加重他人負擔。且土地所有人就因此所取得之通行權不必支付報償⁴⁹，是以，有謂民法第七八九條規定之通行權，為「無償通行權」。惟此不須支付償金，係指不必額外開設道路，單純通行而言；若有另外開設道路之必要，對於通行地因此所受之損害，依民法第七八八條第一項規定，仍應支付償金。

另依最高法院九十二年台上字第一八三三號判決指出「按民法第七八九條第一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，而得因之與公路為適宜之聯絡者(即得藉由其中一筆或數筆與公路相通聯)，其中之一筆或數筆土地非藉助該通聯之土地即不能單獨對外通聯時，該同屬一人所有之土地，亦不能自己捨通聯之土地，而反藉由其他鄰地主張其通行權存在。依此，土地所有人將其所有之數筆土地，分別轉讓數

⁴⁹ 謝在全，同前註 7，頁 326-327。

人之情形下，仍應有本條之適用。」準此，新修正通過施行的民法第七八九條第一項條文規定，後段加入「數宗土地同屬於一人所有，讓與其一部或同時分別讓與數人，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，亦同。」例如甲有四宗相連之土地，如(圖一)所示，若甲將這三宗土地分別賣給乙、丙、丁，因其造成不能與公路為適宜之聯絡，無法為通常之使用，係甲任意行為所致，不能因而使與此無關之周圍地所有人受有不可預見之負擔，則乙、丙、丁只能通行原屬甲之土地以至公路，而不能通行鄰地戊之土地至公路。故乙只能通行甲之地至公路，丙只能通行甲、乙之地之公路，丁只能通行甲、乙、丙之地至公路。



(圖一)

此外，民法第七八九條之適用時機，必須是土地一部讓與或分割，造成有一部土地不通公路之情形，係於讓與或分割當時已存在，當事人可預見，而先作適當的安排處置。若於讓與或分割後發生有一部土地不通公路之情形，因非當事人所能預見，也非其任意行為所致，無適用民法第七八九條規定之餘地。例如某分割取得之土地出入必須仰賴某座橋樑對外聯絡，因颱風來襲，造成橋樑斷裂，致無法與公路相通者。

第二項 人為袋地之通行權之繼受問題

民法第七八九條之規定是否必以相鄰土地關係人間，需直接有土地分割之共

有人或土地一部之受讓人與讓與人間之關係為限？即對讓與或分割後之土地的概括繼受人或特定繼受人是否亦有適用？例如甲與戊之土地係相鄰，且都可與公路聯絡，若爾後甲將其土地之一部讓與乙，乙受讓之部分係與公路無聯絡之土地，另剩餘之部分，甲其後讓與丙，嗣後丙又讓與丁，則乙可否對丁主張本條之通行權或乙可否向戊主張第七八七條之通行權？

第一款 概括繼受

若丙丁係因繼承取得甲之剩餘土地者，應認乙可對丁主張本條之通行權，蓋繼承為繼承人對於被繼承人財產權利義務之概括繼受，故繼承人自應承受此物上負擔。此一肯定見解，學說⁵⁰與實務⁵¹均贊同，無所爭議。

第二款 特定繼受

惟在特定繼受方面，則眾說紛紜，莫衷一是，各方見解並不一致，以下就日本學說實務及我國學說實務分別說明之：

一、日本學說

1. 繼受說⁵²

(1)日本民法第二一三條⁵³規定之基本旨趣，在於因讓與或分割之自己任意行為造成袋地，應調整該土地之內部利益，而不能連累其他無關之周圍地。是以，該條與其他相鄰關係之規定相同，以調整土地之利用為目的，因而土地之物上負擔，隨土地而存在，於土地特定繼承人亦有適用。

(2)如採不繼受說，袋地或圍繞地所有人變更時，對於未變更之圍繞地或袋地

⁵⁰ 謝在全，民法物權論(上)，民國 98 年 6 月，修訂 4 版，頁 312。王澤鑑，民法物權，2009 年 7 月，頁 192-193。

⁵¹ 司法行政部民事司台(68)民司函字第 0626 號函復台高院。

⁵² 謝在全，同前註 50，頁 325-326。

⁵³ 日本民法第 213 條：「因分割而生不能通往公共道路土地者，該土地所有人為通至公共道路，只能通行其他分割人所有地。於此情形，無須支付賠償金。前項規定，準用土地所有人將其土地一部讓與之情形。」

所有人而言，將因自己全然不知之事由，而獲得非預期之利得(圍繞地所有人不必負擔無償之通行義務)，或遭受意外之損失(袋地所有人需支付償金始能獲得通行權)，致無法預期自己利益狀態之安定，基於利益衡量之考量，自非所宜。意即特定繼受人有無本條適用，原則上之問題在於分割或一部讓與當事人間之利益狀態不應生不可預測之變更。

(3)本條之通行權規定形式上雖係無償，然袋地與圍繞地於分割或讓與時，通常均係預見通行負擔之存在，故在讓與之價格或分割土地之方法上已有所調整，準此以觀，本質上仍屬有償而非無償。

2.不繼受說⁵⁴

(1)本條之立法意旨在於當事人間有預見袋地形成之可能性，故應由當事人自行負擔其結果，當事人亦可在分割時預定通行之道路，或將通行負擔計算在分割或買賣價值之內，(例如圍繞地因有通行負擔存在，故其價值較通常為低)，以為救濟。然在特定繼受並無此項情形存在，自應解為無本條之適用。

(2)本條係因讓與或分割之當事人關係而導入無償之利用關係，屬人之關係的法律，固無不當。然在無相類特別社會關係之當事人間必要求為無償之利用，與近代社會關係上理想狀況乃有償之原則相違背。且只因能證明過去有某種偶然之情形(例如土地之分割或讓與關係)之結果，遂使土地負無償利用關係之永久負擔，非近代土地所有權之應有情況所能接受。

(3)如採繼受說，其他不負本條規定通行義務之相鄰地所有人，得以本條規定對抗袋地所有人，則袋地所有人勢必須就與自己無直接關係之相鄰地所有人之所有權變動，逐項回溯調查，不僅與社會上之交易常情有違，且事實上亦困難頗多。

3.折衷說：採此說者，見解不一致，分述如下⁵⁵：

⁵⁴ 謝在全，同前註 50，頁 326-327。

⁵⁵ 謝在全，同前註 50，頁 327-328。

(1)無償通行權乃有償通行權之例外，僅於有特殊情事時始有適用，袋地之形成於土地特定繼受人間既未與聞(尤其不能預知有通行權損害之發生)，自不能認有此種特殊情事。因之，關於容忍通行之規定乃袋地通行權之一般規定，性質上特定繼受人當然應有適用，即袋地之特定繼受人僅承受通行權之規定，至於無償性之規定則不承受，而應回復適用袋地通行權之一般規定，即有償性原則。

(2)本條通行權規定之立法意旨之一，既在於當事人間就袋地之發生有預見可能性，則在特定繼受之情形亦應以特定繼承人就袋地發生之事實有無預期可能性，為決定有無本條適用之前提條件。在土地所有人將一筆土地分成多筆，同時全數分別讓與他人之情形，於各該當事人間既係有此種預見之可能性，故應有本條之適用。至在其他種特定繼承之情形，多數狀況下均不可能有此種預見之可能性，此際僅有依誠信原則解決之，蓋相鄰關係當事人間，為使相互之利益均能實現，本即有相互忍讓共同協力之義務。

(3)圍繞地通行權於法律規定之要件具備時，固然已發生，並已成為圍繞地所有權之內在限制，但此僅為觀念之通行權，必待周圍地通行之處所及方法確定，而得通行後，通行權始實現，成為現實之通行權。此際通行地之損害方才發生，有償與否之問題遂隨之誕生。準此，無償通行權已現實化者，圍繞地之特定繼受人應承受之。且在僅有袋地特定繼受時，無論通行權已否現實化，亦得繼續享有該通行權，因如此解釋對圍繞地所有人並未受不測之損害，對袋地亦不致不利益。至若通行權未現實化前，圍繞地發生特定繼受時，觀念通行權固應承受但須待袋地所有人行使通行權，圍繞地之損害方才發生，就此項償金應解為由袋地所有人負擔。

二、日本實務

日本實務上現多採繼受說，例如有最高裁判所的判決⁵⁶認為，此項通行權乃

⁵⁶ 日本最高裁判所平成 2 年 11 月 20 日判決，最高裁判所民事判例集 44 卷 8 號 1037 頁。

附著於袋地之物權的權利，對殘餘地所課之物權負擔，故對被通行地之受讓人亦應有第二一三條規定之適用。蓋圍繞地通行權如因殘餘地之讓與而消滅，則袋地所有人之法律保護將因自己所不知之偶然事由而被剝奪，此自非合理。另若因此解為須通行殘餘地以外之圍繞地，使其所有人遭受不測之不利益，亦非妥當。

三、我國學說

關於此一問題，有論者以為如採否定見解(不繼受說)，當袋地所有人變更時，原受讓地、讓與地或他分割地之所有人因不必再容忍通行義務，將獲得非預期之利得。反之，其他周圍地所有人因要負擔容忍通行義務，而遭受意外損失，基於利益衡量原則，顯非適宜。如採肯定見解(繼受說)，則其他周圍地所有人得以民法第七八九條之規定對抗袋地所有人，拒絕袋地所有人依民法第七八七條所定行使通行權。果如此，當土地因輾轉轉讓或一再分合，致袋地之形成非當事人所得預見，甚或難予辨認原來之受讓地、讓與地或分割地時，如何主張民法第七八九條之無償通行權，不無疑問。是以肯定見解亦非妥適。因而認為民法第七八九條所定無償通行權，對讓與或分割後之土地特定繼受人是否適用，採否定說與肯定說，均有缺失。惟基於利益衡量原則以及考量民法第七八九條所定通行權之性質為土地之物上負擔，原則應採繼受說。但為匡正繼受說之缺失，例外情形似可採不繼受說之見解⁵⁷。

另有學者認為基於因相鄰關係所生之土地所有人之義務乃物上負擔之性質，以及衡量當事人間之利益考量，認應以繼受說為宜。至若因土地輾轉讓與或分割之結果，圍繞地所有人不能預見通行負擔存在，或袋地所有人長久不主張有法定通行權，圍繞地之使用上有重大變動(如已建有房屋等)情形時，袋地所有人之無償通行權是否存在，應依誠信原則、權利失效或情事變更原則等解決之，以求公平⁵⁸。

⁵⁷ 溫豐文，同前註 7，頁 55-56。

⁵⁸ 謝在全，同前註 50，頁 328。

四、我國實務

此一問題，我國實務未盡一致，但近年來似已採繼受說。分述如下：

1.不繼受說

(1)六十九年台上字第二六六號判決：「……民法第七百八十九條第一項：因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地所有人因至公路僅得通行受讓人或讓與人或他分割人直接間就土地一部讓與或分割結果，有不通公路土地情形而為之規定。如果讓與或分割當時無此情形，於讓與或分割，及經輾轉讓與第三人後，始發生有此情形，自不復有該條之適用。……」

(2)六十九年台上字第二六七二號判決：「……訟爭土地之分割，既在各有關地主讓受之前，而其讓受復為兩造分別與前土地所有人間之行爲，則上訴人等所有土地果與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用，亦無適用民法第七百八十九條之餘地。……」

(3)八十二年台上字第一〇〇九號判決：「惟其分割，係在兩造分別讓受之前，兩造間並無直接發生分割或讓與之行，上訴人亦無依民法第七百八十九條規定主張通行系爭土地之餘地。」

2.繼受說

(1)七十一年台上字第二六六五號判決：「……又鄰地通行權為被圍繞地所有權之內容，鄰地所有人因相鄰關係就其土地所受之限制係其所有權內容所受之法律之限制，其性質為被圍繞土地所有人所有權之擴張與鄰地所有人所有權之限制，其因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地之所有人因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地，且不因嗣後部分土地之再轉讓，使原有之通行權消滅。……」

(2)八十三年台上字第二二三九號判決：「……上訴人既因讓售訟爭土地之一

部分，致被上訴人輾轉受讓之土地未能通達公路，依民法第七百八十九條第一項規定：『因土地一部讓與分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地之所有人，因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地。』即此項鄰地通行權係為土地利用之社會經濟目的，所賦予土地所有人之法律上當然負擔，原具有準物權之請求權性質，不因嗣後之土地輾轉讓與，而得使原有通行權消滅之旨，被上訴人請求確認其對上訴人所有訟爭土地有通行權存在，並主張上訴人應拆除地上物，容忍其通行，洵非無據。」

(3)九十六年台上字第二五七一號判決：「惟按因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地之所有人，因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地，民法第七百八十九條定有明文。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。分割之土地僅能通行受讓人或其他分割人之土地，。」

五、本文見解

本文原則上贊同繼受說(肯定說)，蓋民法第七八九條所規定之法定通行權，其性質乃為對周圍地所有人之物上負擔，而此物上負擔原則不因土地之特定繼受而有所改變，且若因土地之讓與或分割而使袋地所有人通行周圍地之通行權消滅，此種出於偶然不可歸責於袋地所有人事由，導致其袋地通行權消滅，對袋地所有人而言，不甚公平。另一方面，當袋地所有人不能通行原周圍地時，可能會謀求通行其他周圍地，將使原本不負被通行義務之其他周圍地所有人，增加不可預期之負擔，有損其權益。準此，原則以採繼受說為妥。故依繼受說，在上述例子中，乙可對丁主張民法第七八九條之無償通行權，而不可向戊主張民法第七八七條之通行權。雖繼受說對周圍地所有人保護較不周，惟周圍地所有人與其前手(在周圍地所有權或是利用權之輾轉變更時)仍可就其基礎之債權債務關係謀

求補救之道(例如債務不履行、瑕疵擔保責任)。惟例外情況，不排除適用折衷說或不繼受說(否定說)。例如：若袋地所有人久不行使無償袋地通行權，而至周圍地所有人另為土地之利用開發後，始主張無償通行權，此時依誠信原則可認其不能再主張無償通行權，而視周圍地利用之情況來決定採哪說，例如若周圍地開闢成花園，可採折衷說，請求袋地所有人通行支付償金，以補償周圍地所有人因袋地所有人通行，所造成對花園之損失。如周圍地已興建建築物，已無餘地可供通行，袋地所有人始主張無償通行權，則可依情事變更原則，採不繼受說(否定說)，認袋地所有人之無償通行權已消滅，此時其為通行之需要，似可向其他周圍地所有人主張民法第七八七條之通行權。

第三項 類似案例之探討

第一款 土地分管

土地分管契約係指土地共有人間約定各自分別占有共有物之特定部分而為使用、收益之契約，其契約性質為債權契約。共有人間若因分管契約所分管之土地，發生與公路無適宜聯絡而不能通行至公路之情形，其可否主張通行權，若可主張通行權係應通行其他共有人之分管土地，或其他周圍地亦可通行？

一、實務見解

就此問題，最高法院八十二年台上字第五八〇號判決指出『查民法創設鄰地通行權之目的，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，以增進社會經濟之公益，是以袋地無論由所有人或其他利用權人使用，周圍地之所有人及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有人鄰地通行權，依舊民法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他土地利用權人間即無相

互通行鄰地之必要，而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間，亦應援用「相類似案件，應為相同之處理」之法理，為之補充解釋，以求貫徹。按系爭土地為農地，有土地登記簿謄本(見一審卷一二 - 一五頁)可稽，依農業發展條例第三 條規定不得分割。兩造共有之一一一 - 七九號土地因分管結果，被上訴人分管之土地不通於公路，必須通行上訴人分管之土地，供耕耘機出入，始能為通常之使用。被上訴人雖僅為該筆土地之共有人而非單獨所有人，亦非因分割而取得該部分土地，惟因分管之結果，致被上訴人分管之土地不通於公路，與民法第七百八十九條第一項所定因土地一部分割致有不通於公路之土地者相類似，得類推適用民法第七百八十七條及第七百八十九條第一項規定，認被上訴人得通行上訴人分管之土地以至公路，經核於法洵無違誤。』易言之，上述判決認為雖當事人協議分管共有土地而分別為使用、收益，惟分管土地並非兩宗各別獨立之土地，與民法有關通行權規定之構成要件有所不同，因而無民法該規定之適用。但分管土地之結果與民法第七百八十九條第一項所定因土地一部分割致有不通於公路之土地者相類似，因而得類推適用民法第七百八十七條及第七百八十九條第一項規定，通行其他共有人分管之土地以至公路。

二、學說見解

惟有學者有不同看法，認為分管部分之法律依據，乃是共有人本於分管契約所為之任意安排，性質上與受到物權法定主義限制的所有權，截然不同。相鄰關係之規定在一定之程度內，係在救濟將物理上不可分之土地，細分為多個所有權客體，及物權法定主義對所有權的內容的僵硬規定下，所形成的不合理現象。反之，分管部分之決定，其地界範圍之決定僅為暫時性之安排，在私法自治的原則下，也可以彈性地調整共有人間之權利義務之界限，絲毫未見應由立法者介入，調整共有人對於分管部分之權利內容之必要。此時即使發現分管契約有何不合理

之處，亦應透過法律行為之相關規定，解釋分管契約或對其作必要之內容補充，故無論如何，均不宜認為共有人之通行其他共有人之分管部分，為法定通行權。是以，共有人之應有部分既及於共有土地之全部，其對於土地之全部均得通行之，在訂定分管契約後，其對於其他共有人分管部分之通行，雖因分管契約而受限制，但共有人對其分管部分，既非如所有人對其標的土地之直接、絕對、排他之支配，如有與公路無適宜聯絡之分管部分者，分管該部分之共有人之通行其他部分之權，似應認為乃分管契約之當然內容，不待類推適用土地相鄰關係之規定解決之。此外，論者也認為最高法院八十二年台上字第五八〇號判決之類推適用，在方法論上亦非妥當。蓋法定通行權之規定，係因相鄰之土地非屬同一人所有，且對於相鄰地之所有人，亦無法強制其應達成關於通行之協議，乃以立法之手段調整其所有權，其與土地共有人之分管部分僅為分管契約安排之結果，應由共有人自行自行以法律行為解決通行之問題者，性質上差異頗大，實不具備得類推適用之類似性⁵⁹。

三、本文見解

本文以為訂定分管契約之土地，係不同於相鄰之土地且非同一人所有之情形，袋地共有人對於擬通行之其他分管部分土地，亦有所有權，只是屬於他人分管之部分，並非另一所有權客體之土地，理論上袋地共有人可自行通行之。但為避免影響分管該通行地共有人之使用收益，宜由袋地共有人與擬通行其他分管部分土地之共有人，就通行位置、範圍、支付償金數額進行協商。惟如果共有人就其分管土地間之通行權利無法達成協議時，為調和分管土地相鄰關係，發揮袋地之經濟效益，應有類推適用民法有關通行權規定以為救濟之必要。基於分管部分之所以不通公路之原因，係由土地所有人自己之任意行為所造成，應自行承擔袋地通行所形成之不利益，而不得要求通行他人之土地。是以，雖分管土地之約定

⁵⁹ 陳榮傳，同前註 14，頁 91-92。

造成與公路無適宜之聯絡，與民法第七八九條第一項規定，因土地一部之讓與或分割，而與公路無適宜之聯絡，要件有所不同，但兩者法理相同，故可類推適用民法第七八九條第一項規定，即該袋地共有人僅可通行其他共有人分管之土地，而不得通行其他周圍地。

第二款 土地徵收

依土地法第二〇八條規定，國家只能因公共事業之需要，得依土地法之規定，徵收私有土地。若政府機關因公共建設之需要，徵收人民土地之一部分，導致剩下之土地與公路之聯絡被阻絕，人民是否可主張民法第七八九條規定，無償通行被徵收之土地？

一、實務見解

依最高法院八十四年台上字第二八七九號判決「政府依土地法之規定徵收私有土地者為原始取得，此與讓與乃不變更原權利之同一性而僅變更主體者不同；與分割係原共有人由共享一所有權而變更為分別單獨享有一所有權者亦異。」從而認為因徵收而有不通公路之土地者，不適用民法第七八九條之規定。

二、本文見解

本文贊同此一見解，主因為徵收係出於公共事業之需要，而非政府任意之行為，且徵收所取得之土地都有其特定的用途(例如興建學校)，若許可鄰地權利人之通行，則將有害於徵收目標之達成，因此該鄰地權利人不可主張民法第七八九條之規定，要求無償通行被徵收之土地。此外，本文認為本例土地不通公路之情形，非由該土地權利人任意行為所造成，可適用民法第七八七條第一項規定，主張通行其他相鄰之土地，並依民法第七八七條第二項規定，支付償金予鄰地所有人。

第三款 強制執行

假設一土地被查封，拍賣時，被分成好幾部分拍賣，若因此造成其中之一部有不通公路之情形，則此一不通公路土地之拍定人，可否主張民法第七八九條之權利，無償通行其他被拍定之土地？

一、實務見解

最高法院九十六年台上字第一四一三號判決指出「民法第七百八十九條之立法基礎，乃在於袋地通行權本屬相鄰土地間所有權之調整，土地所有人固得本於其所有權，而就土地得任意為土地一部之讓與或處分，但不得因而增加其周圍土地之負擔，倘土地所有人就土地一部之讓與，而使成為袋地，為其所得預見，或本得為事先之安排，即不得損人利己，許其通行周圍土地，以至公路。故土地之一部因強制執行，致造成袋地之情形，倘非出於土地所有人之任意行為或預期其得事先安排者，當無民法第七百八十九條之適用。」準此，因強制執行導致被拍賣之土地的一部與公路無適宜之聯絡，此非原土地所有人任意行為所造成，而得為事先之安排，故無民法第七八九條之適用。

二、學說見解

另有論者亦認為，土地之一部讓與有出於強制執行者，非出於土地所有人任意行為造成土地不通公路，非可預見而自為安排之情形，似可主張民法第七八七條所定之必要通行權，而無民法第七八九條之適用⁶⁰。

三、本文見解

⁶⁰ 謝在全，同前註 7，頁 328

惟本文以為，雖土地之一部形成袋地，非原土地所有人任意行為所造成，但因袋地拍定人在拍定前已知拍定之土地為袋地，應能預見關於通行權取得之問題，另外為使與該被拍賣土地相鄰之土地，不因強制執行之結果須承擔上述與公路無適宜聯絡之土地要求通行之意外不利益，此例似宜類推適用民法第七八九條第一項規定，只許通行原被拍賣土地有公路聯絡之部分，而不許通行與被拍賣土地相鄰之土地，另通行地所有人可向通行權人請求償金，以平衡各方之權益。

第七節 國有土地之袋地通行權

民間私有土地對外無適宜之聯絡道路，若周圍地為國有土地時，是否可依民法第七八七條規定申請通行國有土地，應由相關機關(通常為國有財產局)考量該國有土地之性質、用途以及相關法令之規定，並至現場加以勘查是否有通行之必要，以決定是否准許申請人之請求。例如若相鄰之國有土地為軍事用地者，因基於國防保密安全之需要，無法許可相鄰私有土地之權利人申請通行。又如政府為特定用途(如闢為高速公路)所徵收之土地，若容許鄰地權利人通行，恐無法達成徵收之目的者，亦無法相鄰私有土地之權利人申請通行。

而就國有財產局所管理之國有土地而言，國有財產局對於人民因其私有土地對外無適宜之聯絡道路，申請請求依民法第七八七條規定通行國有財產局所管理之國有土地時，國有財產局應依該局九十六年四月十二日台財產局管字第0960011049號函令規定，辦理是否許可人民通行之申請，以及通行償金之計收，說明如下：

(一)申請通行之土地適合處分者-不予核發土地通行權使用同意書，應由申請人循其他方式取得欲通行國有土地之合法使用權源後，再行使用。惟法院並不以土地是否適合處分作為判斷通行權之要件。

(二)申請土地不適合處分者-如法令或事實上不得處分者(如公共設施用地或

崎零狹長地形等)，得同意通行，並可作申請建造執照、雜項執照或使用執照之用。但不得將供通行之土地計入建築基地範圍。並按需通行土地之使用方式不同，依下列方式計收使用償金：

1.申請建造執照等需要者：使用償金按當期公告地價年息 2%計算，一次計收 50 年(不合同意申請通行案之當年度所餘月份)，繳款後不得申請退還，期限屆至後仍有使用需要者，再依上開規定計收。若申請人繳款後，未申請建照或申請建照遭建管機關駁回、已取得所有權或其他合法使用權者，得自返還或取得所有權土地年期當月起按比例退還。

2.單純性之通行使用者：使用償金按當期公告地價年息 2%計算，一次計收 5 年(不合同意申請通行案之當年度所餘月份)，繳款後不得申請退還，期限屆至後仍有使用需要者，再依上開規定計收。若申請人繳款後，已無通行之必要、已取得所有權或其他合法使用權者，得自返還或取得所有權土地年期當月起按比例退還。

(三)需通行土地發生所有權移轉者：基於繼受取得之法理，就同一通行位置於同意通行期限內，無需另行計收通行償金。惟通說認需通行土地移轉時，支付償金之義務，亦當然移轉，惟於移轉前所未支付之償金，不在受讓人所承受之範圍內。

(四)通行權人要求變更供通行土地之位置者：應重新計收使用償金；但因法令規定、本局通知或不可抗力等因素需變更供通行土地之位置者，不在此限。

(五)本局 91 年 9 月 11 日函核定前已核准通行，但通行權人拒絕一次繳足 50 年或 5 年償金者，得仍按年繳納償金，惟應定期列管追收，公告地價如有變動時，即調整償金金額；至未按期繳納償金者，應實地清查使用現況，仍有通行事實，依法追償，已無通行事實或需要，撤銷其通行權。

第八節 袋地通行權發生爭議時之解決程序

若土地所有權人或其他利用人就袋地通行權與周圍地所有權人或其他利用人發生爭議時，可以協商、向鄉鎮市區調解委員會或法院聲請調解或向法院提起相關訴訟加以解決紛爭。就這三種方式分述如下：

第一項 協商

袋地所有權人或利用權人與周圍地所有權人或利用權人可就通行周圍地相關問題進行協商(包括通行方式、通行位置、償金及其他事宜)，當兩造就協商事項達成協議時，即可解決該土地之通行問題，袋地所有權人或利用權人可依協議內容通行周圍地；反之，若協商不成立，則袋地所有權人或利用權人可向鄉鎮市區調解委員會或法院聲請調解或提起訴訟。

第二項 調解

依民事訴訟法第四〇五條規定，袋地或周圍地相關當事人可向鄉鎮市區調解委員會或法院就袋地通行權相關爭議事項，聲請調解。若調解成立者，經法院核定確定後，則袋地與周圍地兩造當事人就通行周圍地之權利義務關係，係須依照調解內容辦理，且因確定之調解內容，效力與確定判決相同，因此雙方當事人不得再向法院提起訴訟聲明不服。反之，倘調解不成立，則袋地所有權人或利用權人可向法院提起訴訟，進入訴訟程序。

另依民事訴訟法第四〇三條第一項第一款規定，不動產所有人或其他利用不動產之人相互間因相鄰關係發生爭執者，除非有不能調解之情事，否則於起訴前，應經法院調解。此為「強制調解事件」。袋地通行權事件係相鄰關係所生之事件，故於民事訴訟程序進行前，除非有不能調解之情事，不然應先經法院調解。目的是因相鄰關係具有繼續性，如相關當事人相互間因此類相鄰關係發生爭執，影響日後彼此相處之和諧，自宜避免訴訟之對立。

又依民事訴訟法第四二〇條之一第一項規定：「第一審訴訟繫屬中，得經兩

造合意將事件移付調解。」是以，即使雙方當事人就關於袋地通行權之事項進入訴訟程序，仍可合意將事件移付調解。而此時法院應依當事人之合意，將事件移付相關之鄉鎮市調解委員會進行調解。

第三項 起訴

若經調解不成立，袋地當事人或周圍地當事人就通行權之存否、或就某特定位置、範圍之土地通行權發生爭議，而不能以合意訂其通行之處所及方法者，可向法院提起訴訟，由法院加以判斷決定。以下就當事人可提之訴訟類型分述之。

袋地當事人與周圍地當事人，因通行權存在與否不明，互有爭執之時，例如周圍地當事人阻絕袋地當事人通行，可提起確認通行權存在不存在之訴。訴訟實務上，當事人單獨提起確認通行權存在不存在之訴，其訴訟結果之實益不大，因為原告即使獲勝訴判決確定，亦無法以該確認判決對被告為強制執行。相鄰地當事人間遇有通行權糾紛之情形，事實上大多會同時發生周圍地當事人妨害通行之行為，或袋地當事人強行通行行為。在此情形之下，雙方當事人欲制止對方之妨害行為或強行行為，必須提起給付之訴始能奏效⁶¹。

在袋地通行權確實存在的前提下，凡對於袋地當事人，其通行周圍地之行為受周圍地當事人妨害者，例如在通行通路上擺設障礙物，袋地當事人得向法院提起不得妨害通行之訴，請求周圍地當事人排除障礙物。反之，若袋地當事人對某周圍地無袋地通行權，卻強行通行該地，該周圍地當事人得向法院提起不得通行之訴，請求袋地當事人不得通行該地。上述兩訴之性質皆屬給付之訴。

另當事人就袋地通行權之存在並無爭議，惟就某特定位置、範圍之袋地通行權發生爭議，例如於同一土地或數所有人之不同土地，發生有數個客觀同樣適宜通路之選擇問題或應於何處以如何寬度開設通路之問題⁶²，法院應對通行權之必要、通行之周圍地、通路之寬度及其損害最少之處所，依全辯論意旨，不受當事

⁶¹ 陳榮宗，同前註 24，頁 225。

⁶² 史尚寬，同前註 3，頁 97。

人聲明之拘束，以職權予以斟酌認定之。此外，若就償金是否需要給付，或應給付多少金額為爭議內容，亦同。因此類訴訟本質並非在釐清袋地通行權有無之問題，且法院可不受當事人聲明之拘束，而依職權為判決，故性質為一形成之訴。

第九節 袋地通行權之消滅

第一項 消滅之事由

土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路，此為袋地所有人主張袋地通行權之要件。惟如土地嗣後與公路已有適宜之聯絡，而能為通常之使用者，袋地通行權即歸於消滅。準此，袋地通行權可因下列事由而消滅：(一)喪失袋地性。(二)不具備周圍地他人性。(三)合意廢止袋地通行權。(四)合於權利失效原則。說明如下：

(一)喪失袋地性

若袋地嗣後與公路有適宜之聯絡，例如袋地旁開設新通路可對外聯絡，且可讓袋地為適當之利用者；或袋地另外取得具有通行權之通路。因袋地已能通行至公路與外界聯絡，喪失袋地性，是以該袋地通行權消滅。此外，因一時因素造成土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用之情形者，該因素消滅時(例如道路坍方已排除，橋樑斷落已修復)，袋地通行權亦歸於消滅。另袋地利用人對周圍地取得通行不動產役權，可通行鄰地至公路，袋地性喪失，袋地通行權消滅。

(二)不具備周圍地他人性

袋地所有權人取得相鄰周圍地之所有權，因而得通行原周圍地，與公路取得適宜之聯絡者，因周圍地與袋地已隸屬同一所有權所有，故周圍地喪失他人性，是以原袋地不再是袋地，因此原該袋地通行權消滅。

袋地承租人，另外也承租與袋地相鄰的周圍地者，就承租人之立場，其可由袋地經由周圍地通至公路，產生類似周圍地喪失他人性之效果，是以袋地通行權亦消滅。

(三)合意廢止袋地通行權

袋地通行權之規定，旨在解決相鄰土地間因土地利用所產生之利害衝突，並期袋地之使用價值可因通行問題獲得解決而提高，以達物盡其用之公共利益，因而在民法上加以規定，為一法定通行權，若認為此一規定非強制規定者，袋地通行權人得與周圍地所有人合意拋棄袋地通行權。但我國實務認為袋地所有權不容袋地所有人任意預為拋棄，於後詳述。

(四)合於權利失效原則

消滅時效制度並不適用於袋地通行權，惟若通行權人長期間怠於行使該權利，其結果使周圍地的居民忘卻該土地被通行之事實，則袋地通行權依「權利失效原則」而消滅⁶³。

第二項 袋地通行權可否預為拋棄

關於袋地通行權可否預為拋棄，涉及袋地通行權之規定是否為強制規定，實務與學說意見有所不同，分述如下：

第一款 實務見解

最高法院七十五年台上字第九四七號判例宣示「民法第七八七條第一項所定之通行權，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。」又最高法院八十三年台上字第二二三九號判決認為「鄰地通行權係為土地利用之

⁶³ 篠塚昭次，不動產法の常識改訂版上，頁 56。轉引自劉惠利，同前註 2，頁 61。

社會經濟目的，所賦予土地所有人之法律上當然負擔，原具有準物權之請求權性質，不因嗣後之土地輾轉讓與，而得使原有通行權消滅之旨。又民法第七八七條第一項前段及第七八九條第一項所定之通行權，均具有強制性質，不容以特約除去之。」由上述可知，最高法院認袋地通行權係民法基於促進土地利用之公益目的所為之強制規定，不容許相關當事人以特約加以排除。

第二款 學說見解

惟學說多數持與實務相反之立場。有認為相鄰關係規定主要是在調整相鄰關係人間之私權利衝突，故非強制規定，當事人間可不妨作不同之約定或予以拋棄⁶⁴。即認相鄰關係規定僅為調和相連不動產權利人相互間之權利，無強制性，所以權利人若自願拋棄，故無不可；若彼此間訂立與該規定相異之債權契約，亦為有效⁶⁵，而排除相鄰關係規定之效力。另有論者從經濟學分析的角度認為相鄰關係物權的調整主要著眼於資源的有效利用，而認為即使法律不賦予通行權，袋地所有人或其他利用權人也會設法與周圍地所有人或其他利用權人就無法通達公路對土地利用上造成的限制與周圍地提供通行可能帶來土地損失，雙方就各自的利害權衡下達成協議，以債權或物權(不動產役權)的契約方式解決袋地通行的問題。而民法相鄰關係規定唯一合理的解釋，就是在某些相鄰關係的情境，會因一方的「策略行為」而造成交易成本的提高，甚至妨礙合理契約的作成，易言之，交易一方處於優勢、充分掌握對方談判籌碼時，往往會出現策略行為。以袋地為例，縱在袋地通行所增利益明顯高於周圍地因通行所受損害之情形，周圍地所有人仍可能因袋地一方在談判上處於明顯弱勢而「拿翹」，或在契約履行時不斷製造問題，以致大幅增加交易成本，對社會不利。此時法律若規定袋地所有人得通行周圍地，但須支付償金，則雙方的交易地位立刻可以正常化，誰都不能用策略行為阻撓合理契約的迅速作成。因此與其說法律在這裡要強制的是通行，不如說

⁶⁴ 謝在全，同前註 50，頁 291。

⁶⁵ 史尚寬，同前註 3，頁 79。

是通行權的賦予，使周圍地所有人必須與袋地所有人協議是否通行，及包括償金在內的一切條件，而不得以策略行為拖延交易，增加交易成本。因而認強制當事人只能在物權調整後的基礎上為進一步的調整，而不得自始排除規範效果的發生。一塊袋地因民法所做的調整而有通行周圍地之權，另一塊袋地因當事人在此基礎上再做調整而不得行使通行權，兩者都可使相鄰土地發揮其最大的效益。換言之，任何非任意形成的新袋地都可依相鄰關係之規定取得通行權，也可依當事人合意改變此一通行權，從而所有袋地都可由利害關係人以契約把使用土地的成本與效益「內部化」，而發揮最大的資源經濟效果。因而最高法院否定當事人不行使袋地通行權約定的效力，很可能的結果是犧牲了經濟效益較高的周圍地來成全經濟效益較低的袋地，而非如其假設的促進物盡其用的整體利益。且無端縮小當事人自治的空間，事實上反而會因相鄰土地成本的外部化，而減少總體經濟效益⁶⁶。

第三款 本文見解

本文以為，基於袋地之有效利用，使其地盡其利，以及為避免周圍地所有權人或其利用權人可能藉機「拿翹」，損及袋地所有權人或其利用權人利用該袋地之權益。還有為讓雙方當事人在磋商相關袋地通行權之權利義務關係(例如償金之數額)時，地位能平等相當，不讓一般情形，處於較優勢地位之周圍地當事人有坐地起價的機會，而避免增加袋地當事人取得袋地通行權之無謂成本。故關於民法袋地通行權之規定，本文認同最高法院七十五年台上字第九四七號判決之內容，此為強制規定，不可特約拋棄。

第十節 小結

⁶⁶ 蘇永欽，同前註 26，頁 13。

袋地通行權立法例分成絕對主義與相對主義，我國採相對主義，即凡土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，該土地所有人即有鄰地通行權。不以袋地或準袋地為限。而袋地通行權之成立要件有四：1.須土地無適宜之聯絡、2.須土地通常使用所必要、3.周圍地須為他人所有之土地、4.須非土地所有人之任意行為所致。

關於袋地通行權主體範圍，除了民法第七八七條第一項所規定之土地所有人外，基於袋地通行權之立法目的，著重於土地的充分利用，而非所有權之歸屬，是以任何對袋地有利用權能之人，應可容許其通行周圍地以至公路，因而民法增訂了第八百條之一，使地上權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人亦可準用袋地通行權之規定。但此準用之規定，並無論及無權占有人，此一問題，日本實務採否定說，日本學說多採肯定說，認可類推適用；而我國實務也採否定說，我國學說則有所分歧，肯定說、否定說皆有人主張。筆者認基於貫徹促進土地利用之意旨，宜採肯定見解。

袋地通行權人具有通行周圍地之權利，但為避免對周圍地所有人造成太大的負擔，於通行必要範圍內，選擇對周圍地損害最少之處所及方法通行；且於通行所需必要時，得開設道路以供通行之用。惟開設道路，如致通行地損害過鉅者，通行地所有人得請求通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地，此於新修正之民法第七八八條第二項訂有明文。此外，若通行權人之通行對通行地造成損害，通行權人應支付償金與通行地所有人。此償金之性質為通行權人之通行行為致通行地使用受限制的一種填補，非通行周圍地之對價。

民法第七八九條規定之意旨在於相關當事人應承擔其任意分割或讓與之行為所造成土地與公路無適宜聯絡，致不能為通常使用之後果，而不得因此加重他人負擔。另針對無償之袋地通行權是否得由袋地特定繼受後之所有權人繼受之問題，共有三說，即繼受說、不繼受說、折衷說。日本學說分歧，日本實務多採繼受說；我國學說原則採繼受說，但例外認可採折衷說或不繼受說；我國實務未盡一致，但近年來似已採繼受說。筆者原則認同繼受說。

若土地所有權人或其他利用人就袋地通行權與周圍地所有權人或其他利用人發生爭議時，解決之程序有三，即 1.協商、2.調解、3.起訴。另袋地通行權可因下列事由而消滅：1.喪失袋地性、2.不具備周圍地他人性、3.合意廢止袋地通行權、4.合於權利失效原則。此外，袋地通行權可否預為拋棄，涉及袋地通行權之規定是否為強制規定，實務與學說意見有所不同。實務認係強制規定，學說多數認為非強制規定。筆者認同實務見解，認袋地通行權之規定為強制規定，當事人不可以特約排除。

第三章 公用地役權

第一節 前言

第一項 公用地役權之意義

公用地役權又稱公用地役關係⁶⁷，現行法律對於公用地役關係尚無明文之規定，目前僅建築法規中對於公用地役關係有簡略的規定(台灣省建築管理規則第四條⁶⁸、台北市建築管理規則第二條⁶⁹、高雄市建築管理自治條例第三條⁷⁰)，但以上法規並沒針對公用地役權具體定義。所謂公用地役權係指「特定之土地基於供不特定多數人之通路、排水等目的之使用，因歷經長久歲月而使各該不一特定人得永久加以使用之通行權。」其權利標的如屬於道路時，則通稱為既成道路，此一權利係屬於對習慣之承認而成立的一種不動產役權。

第二項 公用地役權之性質

依行政院四十五年判字第八號判例：「行政主體得依法律規定或以法律行為，對私人之動產或不動產取得管理權或其他物權，使該項動產或不動產成為他有

⁶⁷ 以往實務上均稱為「公用地役權」，嗣行政院於民國 68 年 3 月 12 日發出台(68)內 2275 號函更正為「公用地役關係」，參照地政法令彙編 86 年版，頁 1499。

⁶⁸ 台灣省建築管理規則第四條：「本規則所稱現有巷道包括左列情形：一、供公眾通行，具有公用地役關係之巷道。二、私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意書或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者。三、本法七十三年十一月七日修正公布前，曾指定建築線之現有巷道，經縣市主管建築機關認定無礙公共安全、公共衛生、公共交通及市容觀瞻者。前項第一款所稱供公眾通行之巷道應由縣市主管機關就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之。」

⁶⁹ 台北市建築管理規則第二條第三款：「現有巷道：指供公眾通行且因時效而形成公用地役關係之非都市計畫巷道。」

⁷⁰ 高雄市建築管理自治條例第三條：「基地臨接供公眾通行之現有巷道，其最小寬度為二·五公尺並符合下列規定之一者，得於指定建築線後申請建築：
一、供公眾通行具有公用地役關係之巷道。二、私設通路或基地內通路經土地所有權人，出具土地使用權同意書或捐獻土地，供公眾通行，並依法完成土地登記手續者。曾經本府工務局指定建築線有案且已建築完成之現有巷道，不受前項規定之限制。建築基地與都市計畫道路夾有具公用地役關係之現巷道，得以現有巷道之邊界線作為建築線，並納入都市計畫道路。第一項第一款所稱供公眾通行具有公用地役關係之巷道，應符合下列情形之一：一、巷路旁之房屋已編有二戶門牌以上，且編釘或戶籍登記逾二十年者。二、該現有巷道土地登記謄本之登記資料，地目為「道」，並有通行事實存在者。」

公物，以達行政之目的。此際該私人雖仍保有其所有權，但其權利之行使，則應受限制、不得與行政目的相違反。本件土地成爲道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認爲已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項道路之土地，即已成爲他有公物中之公共用物。原告雖仍有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不得違反供公眾通行之目的。」即公用地役關係係行政主體基於行政目的，對於私人財產給予限制，通行的對象爲不特定公眾，且不以有供役地與需役地存在爲必要；易言之，既有道路之通行屬公法上之一種事實，本質爲一公法關係，與私法上不動產役權性質不同，可說公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之公法上法律關係，因而若有爭議，僅能依行政救濟方式謀求解決，不能以民事訴訟程序要求保護其權益，例如向當地縣市政府提出檢舉，請求排除道路之路障。至於可否向行政法院主張「公用地役權」請求排除通行之障礙，涉及此等通行之性質，於後有所詳述。

第二節 公用地役權之法律關係

第一項 公用地役權之客體

依據大法官會議釋字第四〇〇號解釋表示，公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係。以及諸多實務上裁判見解⁷¹，亦表示私人之土地可成立具有公共用物性質的公用地役關係。是以，可知私有土地係公用地役權之客體。惟公有土地是否亦有成立公用地役關係之可能？上述見解究竟係表示排斥公有土地成立公用地役關係之可能性？抑或僅止於肯認私有土地上之公用地役關係，而不生對公有土地之排他效果？此一問題值得探討。

按憲法保障私有財產權之當然前提爲，私有財產原則上應供私用，任何人(包括國家)不得予以侵害。然而爲了調和公、私益間的衝突，乃有公用徵收與公用

⁷¹ (改制前)行政法院 45 年判字第 8 號、46 年判字第 39 號判例。

限制制度之設，以緩和「所有權絕對化」的弊害。公有土地本應供公用(但不一定直接供公眾使用)，因此在性質上並無不得成立公用地役權之限制，惟為使土地使用目的名實相符，最好透過撥用⁷²(參照土地法第二十六條)或劃為道路用地的方式，以謀終局解決⁷³。

換言之，性質上應供私用的私有土地既然可以成立公用地役關係，依舉重以明輕的法理，在解釋上殊無排斥性質上應供公用的公有土地不得成立公用地役關係之必要。即公用地役關係固以存於私有土地為常態，但在法理上並非不得存於公有土地上。準此，就司法院大法官釋字第四〇〇號解釋理由書之內容，不宜視為其反對公有土地上成立公用地役關係。蓋公用地役權既得因時效而取得，則在公有土地之所有人或管理人負有較諸私有土地之所有人更高之公益義務的情況下，只要符合前揭解釋理由書所定之要件，則殊無否定公有土地上成立公用地役關係之必要性與可能性的實質理由⁷⁴。例如甲市政府撥歸所屬乙局使用之公有土地，若經附近居民往來通行，漸成道路使用而未曾中斷，且乙局未曾有阻止通行之情事，如經過一段長久的期間，已使不特定人產生此為既成道路之確信者，則可認為該道路上存有公用地役權，因而，乙局事後不能將之封閉另作他用。

第二項 公用地役權之構成要件

既成道路如形成公用地役關係，將導致所有權人對土地無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家應依相關法律規定辦理徵收給予補償，因而需符合一定要件。惟所謂一定要件為何，往昔行政法院判決較少詳加指出，直到大法官釋字第四〇〇號解釋⁷⁵，終於提出較為明確的構成要件，茲分積

⁷² 參見土地法第 26 條。

⁷³ 蔡茂寅，公有土地能否成立公用地役權，月旦法學雜誌第 39 期，頁 17。

⁷⁴ 蔡茂寅，同前註 73，頁 17。

⁷⁵ 參照司法院大法官釋字第四〇〇號解釋理由書節錄：「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認(參照本院釋字第二五五號解釋、行政法院四十五年度判字第八號及六十一年判字第四三五號判例)。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年

極要件與消極要件悉述如下：

第一款 積極要件

一、為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時

公用地役關係之對象，係不特定之公眾，且不以有供役地與需役地關係存在為必要。如該道路只供特定之鄰地所有人或使用人通行，則僅係特定之鄰地所有人或使用人對之有無通行不動產役權或袋地通行權之問題，尚不得遽謂該道路為「既成公眾通行之道路」⁷⁶。此外，所謂通行所必要，雖不必類如無此通路即不能與公路聯絡，要須無此通路，則欲到達此通路所達到之公路，在客觀上顯然不便，不合社會生活所需要者始可⁷⁷。

二、於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事

私有土地於公眾通行之初，土地所有權人如未予以阻止，其後因時效取得公用地役關係，不以辦理時效取得「登記」為必要，此與民法時效取得物權以登記為要件之情形，有所不同⁷⁸。

三、經歷之年代久遠而未曾中斷

1. 實務見解

既成道路通行年限至少需多長，司法院大法官釋字第四〇〇號解釋理由書並沒有明確指出，只謂年代久遠，一般人無復記憶其確實之起始，知其梗概為必要。此為一不確定法律概念，因此，若認定上發生困難，應由法院依具體個案判斷決定之。然實務上年限之長短，各有不同的看法。有認為，所謂既成道路之公用地

代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能之其梗概(例如始於日據時期、八七水災等)為必要。」

⁷⁶ (改制前)行政法院 81 年判字第 2104 號判決。

⁷⁷ 最高行政法院 91 年判字第 1376 號判決。

⁷⁸ 吳光明，新物權法論，2009 年 9 月，頁 320。

役權，須有二十年以上之時間，方能取得⁷⁹。亦有認為十五年者⁸⁰。也有泛稱「數十年」者。另有比照民法時效取得規定者，或短期時效可否適用⁸¹等不同見解。由上可知，釋字第四〇〇號解釋理由書未明確限定期間，固然較具彈性，但因要件不明確，恐將導致公用地役關係認定之困難，甚至可能因認定標準不一致，引發更多的爭議。

2. 本文見解

針對公用地役權取得時效之期間，本文認為於立法訂定時效取得期間前，宜類推適用民法時效取得之規定。蓋釋字第四〇〇號解釋理由書未明確指出時效取得期間之長短，卻要求「一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概」，似有意委由法官依個案事實各別認定判斷。惟本文以為大法官之所以未明確指出期間之長短，係本於權力分立原則，尊重立法權之精神，不宜由司法權來決定取得時效期間，而應由立法機關經由討論制定法律加以規定，司法權僅能提供立法可能之方向及思維，故「一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概」之說法，似為大法官提供立法機關立法時之參考，以及立法前，給予法院審理類似案件時判斷之要件。不過，因此一要件頗為模糊，不夠明確，將導致不同法院適用及認定結果發生歧異，例如對於取得時效長短的認定，此會有害人民對於司法判決的信賴，也損及該地土地所有權人之權益。是以，為保障土地所有權人之土地使用收益權，及使法院有較為明確的要件為裁判，以增進人民對於裁判之信服度，立法機關宜儘速就時效取得期間為立法，以求一勞永逸解決此一問題。

第二款 消極要件

一、不得違反供公眾通行或防洪公共利益等公共目的、或以損害他人

⁷⁹ (改制前)行政法院 45 年判字第 8 號、53 年判字第 157 號、57 年判字第 32 號、61 年判字第 435 號判例。

⁸⁰ 最高法院 85 年台上字第 770 號判決。

⁸¹ 最高法院 84 年台上字第 3488 號判決。

為主要目的或濫用權利

公用地役關係形成時，實務上認為「不得違反供公眾通行或防洪公共利益等公共目的」，例如最高法院七十六年台上字第一七六一號判決，「系爭土地似自民國七十年起，即已成為供公眾通行之既成道路，而有公用地役關係存在，不容被上訴人收回作為其他用途之使用。倘准拆除該部分道路及排水溝，非但妨害公眾之通行及排水，且有礙市容觀瞻及都市發展，被上訴人自己獲益甚少，而對於公益損害甚大。」

又實務也認為「不得以損害他人為主要目的或濫用權利」，如最高法院八十八年台上字第三五七號判決，「按權利之行使，不得違反公共利益或以損害他人為主要目的，固為民法第一百四十八條第一項所明定。倘權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大，非不得視為以損害他人為主要目的。惟行使權利，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。原審未詳加調查審認本件上訴人行使其所有權之結果，所能獲取之利益若干，及被上訴人或國家社會因該權利之行使，所受之損失多少？僅以系爭土地上訴人或其他共有人依建築法規不能單獨作為建築使用，及拆除系爭道路設施，將嚴重妨害公眾之通行及排水設施，並有礙市容觀瞻與都市發展，即認上訴人為權利濫用，已嫌速斷。」

由上述判決可知，任何法律關係之形成，自不得濫用或過當行使，且不得違反供公眾通行或防洪之公共目的，例如政府為利於公眾通行，整理道路環境，自得於既成道路為必要之改善、維護，以維公共利益。是以，系爭土地所有權人行使權利，應受限制，不得違反供公眾通行之目的，而排除他人之使用⁸²。且具有公用地役關係之既成巷道為公眾通行之道路，雖為私人保有所有權，亦不容該所有人在該道路上起造任何建築物，妨礙交通⁸³。

⁸² 最高法院 85 年台上字第 770 號判決。

⁸³ (改制前)行政法院 44 年判字第 11 號判例、61 年判字第 435 號判例。

二、不得因公眾通行之必要而任意變更其位置或擴張其範圍

公用地役關係形成時，實務上認為「不得任意變更其位置或擴張其範圍」，例如最高法院八十八年台上字第二五〇號判決：「按因不特定之公眾通行所必要之既成道路成立公用地役關係，土地所有人行使所有權應受限制者，應限於原供公眾通行之既成道路部分，難謂因公眾通行之必要得任意變更其位置或擴張其範圍。⁸⁴」依據上開判決可知，成立公用地役關係之通行地範圍或位置應特定，不得因公眾通行之變化而任意變更，以免損及土地所有權人之權益。

第三項 公用地役關係土地之利用與限制

第一款 土地所有權人對於既成道路之利用

一、上空或地下之利用

既成道路的公用地役關係之範圍，原則上只及於地上土地之通行，並未及於上空或地下部分，因此，土地所有權人可以就上空或地下部分為使用收益。例如作為鄰接土地房屋之地下室⁸⁵。另依司法院大法官釋字第四四〇號解釋，「主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。」，亦係肯認相同見解。故而，如行政機關擬使用既成道路之地下部分開闢下水道，應依下水道法規定給予損失補償；擬使用既成道路之地下部分開闢捷運設施時，亦應給予穿越地下之損失補償⁸⁶。

二、法定空地之利用

既成道路如非坐落於都市計畫道路用地，而是屬於住宅用地時，則其在週邊

⁸⁴ 最高法院 88 年台上字第 357 號判決同其意旨。

⁸⁵ 陳清秀，《既成道路相關法律問題探討》，既成道路相關法律問題研討會報告論文，2004 年 4 月 21 日，頁 4。

⁸⁶ 吳光明，同前註 78，頁 323。

土地建築房屋時，依其情形在一定要件下可以將既成道路納入作為建築基地範圍，作為建蔽率計算基礎⁸⁷。內政部曾有函釋：「依建築法第十一條規定，建築物法定空地為建築基地之一部分，水圳加蓋部分之土地，如屬起造人所有，或經水利主管機關同意作為建築使用者，得作為法定空地，惟不得妨礙其灌溉、排水功能及公共安全，否則不得允許作為建築使用亦不得作為法定空地⁸⁸。」既成水路在不妨礙其灌溉、排水功能及公共安全之情形下，得作為法定空地，基於同一法理，既成道路在不違反供公眾通行之目的條件下，自亦得作為法定空地。

三、物上請求權之行使

公用地役關係土地所有權之行使雖受限制，惟該土地既未經徵收，則土地所有權人仍保有其所有權能，對於無權占有其土地者，仍得行使民法第七六七條之物上請求權，請求無權占有者返還土地，僅在公法上其所有權之行使，應受不得違反供公眾通行之目的及不許擅自圍堵已成之道路，或變更作建築基地之限制。例如他人在既成道路土地上空架設遮雨棚，並於系爭土地上擺攤做生意，則其設攤倘與既成道路土地間有一定之結合關係，在時間上亦有相當之繼續性，其攤位雖具有活動性，土地所有權人仍得排除其占有使用⁸⁹。易言之，僅於既成道路土地上不得違反供公眾通行之目的前提下，對於既成道路土地上空或地下，土地所有權人仍得排除他人之占有使用。

第二款 既成道路土地利用上之限制

一、不得違反供公眾通行之目的

土地若已供公眾通行達數十年之久而成為既成道路者，則因有公用地役關係之成立，此類道路之土地既已成為他有公物中之公共用物，土地所有權人雖仍保

⁸⁷ 陳清秀，同前註 85，頁 5。

⁸⁸ 內政部 64.10.29 台內營字第 657150 號函釋。內政部營建署 92.1.29 營署工程字第 0922901423 號函。

⁸⁹ 最高法院 84 年台上字第 2153 號判決。

有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不可與行政目的相違反，即土地之使用收益，不得違反供公眾通行之目的。是以土地所有權人不得在既成道路上擅為妨礙交通之行爲，例如不得在道路上起造任何建築物或作建築之基地⁹⁰、或作耕地使用⁹¹、或以竹柱、鐵線築成圍籬⁹²，亦或意圖收回路地。

另土地所有權人在巷道上建築騎樓，而在地面上建立水泥支柱，占用巷道，使原有巷道寬度縮減，顯不能謂無礙公共交通，至巷道出入原無住戶多少之限制，不能謂巷內僅住三戶，即不構成妨礙公共交通之要件⁹³。既成道路係屬供公眾通行之道路，如有任意設置路障或其他妨害交通之物時，得由警察機關加以排除並處罰鍰⁹⁴。

二、對主管機關所為必要之改善及養護負容忍義務

政府為便於公眾通行，整修市鄉道路環境，於現有既成巷道為必要之改善養護，鋪設柏油路，該道路型態並未變更，亦未拓寬打通者，得以公用地役關係繼續使用⁹⁵。已成為公眾通行之村里道路，地方政府為便於公眾通行而在有公用地役關係之通路上鋪設瀝青，土地所有權人不能謂其權益有所損害，就私法上言，該所有權人似有容忍之義務⁹⁶。是以，政府機關將具有公用地役關係之土地編為巷道並鋪設柏油路面，土地所有權人即有容忍之義務，不得依民法上無權占有之法律關係，訴請政府機關除去柏油交還土地⁹⁷，因系爭道路所有權，並未因鋪設柏油路面，而致其所有權行使與其本來應有之行使狀態有何不一致之情形，自難謂其所有權受有何損害⁹⁸。簡言之，政府為利於公眾通行，整理道路環境，得於

⁹⁰ (改制前)行政法院 44 年判字第 11 號判例。

⁹¹ (改制前)行政法院 57 年判字第 32 號判例。

⁹² (改制前)行政法院 61 年判字第 435 號判例。

⁹³ (改制前)行政法院 52 年判字第 221 號判例。

⁹⁴ 參見道路交通管理處罰條例第 8 條第 1 項第 2 款、第 82 條。

⁹⁵ (改制前)行政法院 78 年判字第 436 號判決。

⁹⁶ 法務部 58.4.10(58)台函民字第 2844 號函，法務部行政解釋彙編(1)，頁 420。

⁹⁷ 司法院 71.6.11(71)廳民一字第 0441 號函研究意見，民事法律問題研究彙編(2)，頁 159。

⁹⁸ 台灣高等法院 89 年上易字第 650 號判決。

高雄市市區道路管理自治條例第 16 條規定：「既成道路應依公用地役關係繼續使用，土地所有人不得違反公眾通行之目的不供使用，道路主管機關並得為必要之改善、養護。」

台北市市區道路管理自治條例第 14 條規定：「既成道路，土地所有人不得違反供公眾通行之

既成道路爲必要之改善、維護，以維公共利益⁹⁹。另道路主管機關於既成道路上鋪設柏油路面，適法與否屬公法上之爭議，應循行政爭訟之程序爲之¹⁰⁰。

第四項 公用地役權之廢止

具有公用地役關係供公眾通行之既成道路，係因滿足時效規定之事實狀態而成爲公物，爲他有公物中之公共用物，因此既成道路具有公物之性質。準此，公物消滅廢止的原因與方式，同時也是既成道路消滅廢止的原因與方式。依行政程序法第九十二條第二項後段規定：「有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，爲一般處分。」而一般處分適用有關行政處分之規定，是以，公用地役關係本質爲公法關係，所以其廢止自不得如私法自治般自由，因須考慮公眾通行之公共利益，因而既成道路之廢止應由行政機關爲一定之公示。例如改制前之行政法院六十一年判字第三七〇號判決：「本院四十四年度判字第十一號及四十五年度判字第八號判決，所謂既成道路不容任意廢止，係指正常道路，未經政府核准，土地所有人擅自廢止而言，非謂危險道路，經政府核准者，亦不得廢止。」

公物廢止之方式如下¹⁰¹：

1.自然之廢止：在公物的功能已經喪失，或不能滿足公物設定之目的時，可自然廢止，無須任何法律上之程序。例如既成道路因地震導致地形變動，已不能再爲通行者。這是以實質面而爲觀察。

2.法定之廢止：在經過法定設定程序之公物，則必須經過同樣的廢止程序，方得廢止之。以行政處分設定之公物，如公佈一個公路之用途，也應以行政處分廢止之。此類廢止，大多爲公物已無繼續使用之效益，因而由行政機關依法定方式加以廢止使用。依司法院大法官會議釋字第二五五號解釋：「在實施都市計畫範圍內，道路規畫應由主管機關依都市計畫法之規定辦理，已依法定程序定有都

目的而爲使用，道路主管機關並得爲必要之改善或養護。」

⁹⁹ 最高法院 90 年台上字第 1624 號判決。

¹⁰⁰ 台灣高等法院 92 年上更(一)字第 46 號判決。

¹⁰¹ 陳新民，行政法學總論，三版，民國 81 年 1 月，頁 322。

市計畫並完成細部計畫之區域，其道路之設置，即應依其計畫實施，而在循法定程序規畫道路系統時，原即含有廢止非計畫道路之意，於計畫道路開闢完成可供公眾通行後，此項非計畫道路，無繼續供公眾通行必要時，主管機關自得本於職權或依申請廢止之。」和釋字第四〇〇號解釋(節錄)：「至於因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並予廢止。」由上述釋字內容可知，既成道路因地理環境或人文狀況改變，無繼續供公眾通行之必要時，主管機關得本於職權或依申請廢止該道路公物之性質。即法定廢止既成道路公物之性質，可分成申請廢止及職權廢止，分述如下：

(1)依申請廢止：台灣省建築管理規則第六條：「現有巷道之改道或廢止，應向當地縣市主管機關申請之，縣市主管機關應將廢止或改道之路段公告一個月，徵求異議。依前項申請改道者，除應檢討新設巷道與現有巷道位置圖外；並應檢附新設巷道土地所有權人出具供公眾通行及變更地目為道之同意書，或捐獻土地為道路使用之同意書。現有巷道改道後之新巷道寬度應合於前條規定。新巷道自開闢完成供公眾通行之日起，其土地所有權人不得違反供公眾通行之使用，原巷道土地所有權人於新巷道開闢通行並辦理變更地目為道，或將新巷道土地完成捐獻移轉登記手續之日起，得申請廢止原巷道。」依上述可知，非屬都市計畫之道路，若有都市計畫道路，或其他鄰近土地所有權人提供新設道路供公眾通行；或有既成道路因地理環境、人文狀況之改變而喪失其原有功能者，當地行政主管機關可本於職權或原既成道路所有權人之申請，廢止原道路公物之用途¹⁰²，惟依申請廢止者，應先公告一個月，徵求是否有異議，以保障原通行該道路之不特定人的權益。被廢止之道路，其公用地役關係消滅，該土地所有權人原因公用地役關係，對於該既成道路所受之使用收益限制亦隨之消滅，而可回復為一般使用收益。

(2)依職權廢止：實務上，改制前之行政院五十三年判字第一五七號判例：

「行政主體固得依法律規定，對私人財產取得他物權，使該私人財產成為他有公

¹⁰² 內政部 71 年 8 月 6 日台內營字第 93196 號函，見內政部法令解釋彙編(營建類)，民國 78 年 12 月，頁 904。

物，但此項公物關係，亦得由行政主體為廢止之意思表示而消滅(公用或共用廢止)。本件原告所有之系爭土地，雖在日據時期即經成為村道，供公眾通行，可認為已因時效完成而有公用地役關係之存在，但台中縣政府已於四十三年十二月六日令飭該管鄉公所依照地籍圖，回復原有地形，以維原告之產權，並以副本送達原告，則該項公用地役關係(共用物關係)，顯已因該項廢止處分而消滅。原告就該項土地恢復為田地而耕作，即不能謂非正當。該江某等請求將該土地仍充道路使用，不准原告墾耕，台中縣政府處分予以拒絕，應無違法之可言。」即行政法院認為主管機關認為既成道路已無繼續通行之必要，得由行政機關為廢止之意思表示而消滅其公物關係，該廢止之意思表示性質屬行政處分。公物一經廢止，喪失其公法上特別地位，也同時喪失公法的使用權利¹⁰³。是以，不特定人不能再本於公用地役關係通行該地，而原土地所有權人不再受因公用地役關係所生之限制，而於該地為一般使用收益。

第三節 公用地役權妨害之救濟

公用地役關係之對象，係不特定之公眾。若不特定公眾通行具有公用地役關係之土地遭到土地相關權利人之攔阻或妨害時，可否以本於「公用地役權」，請求排除侵害？此涉及一般不特定人利用具公用地役關係之既成道路通行，係屬反射利益或是權利、法律上利益。關於此一問題，學界和實務各有不同見解，試述如下：

一、反射利益說

持此說者認為，既成道路的利用僅是公物設置的反射利益，利用人只是在不相妨害之情況下得平等地自由通行該既成道路，以增進其生活便利而已，並非賦予利用人權利，使其得對抗公物主管機關或對第三人或使其得主張侵「權」行為。

¹⁰³ 尤重道，透視公用地役權，初版，民國 83 年 7 月，永然文化出版股份有限公司，頁 49-50。

我國¹⁰⁴及日本學者¹⁰⁵多主張此說看法。

而日本實務上有認為，供一般公眾使用之公道，其管理人基於其為公物之性質，固應供一般公眾通行，但此係行政措施之反射效果，使得公道應供人自由通行而已，每個通行者自難謂因此對公道之管理人取得通行權。因之，管理人在處分公道時，通行權人尚不得以通行權被侵害為由，請求排除侵害(日本大判大八，六、十八民錄二五、一〇五四)¹⁰⁶。

又我國實務上，不論是最高法院或是最高行政法院多認為不特定多數人通行既成道路，僅為反射利益。如最高行政法院九十三年度判字第一二五一號判決：「公用地役關係僅為行政法上行政主體基於行政目的，依法對私人財產賦予限制之關係，一般不特定民眾利用具公用地役關係之巷道通行，僅係反射利益之結果，非本於其權利或合法利益所發生，不得主張對該土地有任何權利或法律上利益。」又如最高法院八十九年度台上字第二五〇〇號判決：「私有土地若實際已供公眾通行數十年，成為道路，其土地所有權縱未為移轉登記，仍為私人所保留，其所有權之行使，仍應受限制，應認為已有公用地役關係之存在，土地所有人固不得違反供公眾通行之目的而為使用，惟公用地役關係之對象，係不特定之公眾，且亦不以有供役地與需役地之存在為必要；易言之，既成巷道之通行僅屬公用地役關係之反射利益，本屬公法上之一種事實，其本質乃係一公法關係，與私法上不動產役權之性質不同。」依據上開判決，具公用地役關係之既成道路之通行性質，僅係公法關係上的一種反射利益，與私法上之不動產役權係為一種權利，有所不同，故不特定人通行具公用地役關係之既成道路受到妨害或阻礙，無法主張係權利或法律上利益受到侵害而請求救濟。

¹⁰⁴ 范揚，行政法總論，頁 207。林紀東，行政法各論，頁 209。史尚寬稱為「反射權」，實指反射利益之義，見氏著行政法論，頁 116。轉引自李惠宗，公物法，收錄於翁岳生編，行政法(上)，元照出版有限公司，2006 年 10 月，三版，頁 358。

¹⁰⁵ 參磯崎辰五郎，行政法總編，世界思想社，1953 年，頁 251。渡邊宗太郎，頁 291。田中二郎，頁 321。成田賴明等五人，現代行政法，頁 260。轉引自李惠宗，收錄於翁岳生編，同前註 101，頁 358。

¹⁰⁶ 謝在全，同前註 50，頁 180 註九。

二、權利或法律上利益說

由於反射利益說對一般人的利用狀態的侵害，不能提供救濟之道，新近理論亟思建立一般利用係屬一種「權利」的理論。此為日本、德國新近公物法的理論傾向；美國公共信託理論亦同¹⁰⁷。惟公物的一般利用並非一概而論可視為「權利」或「法律上值得保護的利益」，而是應在一定的構成要件下，視公物於居民日常生活的重要程度，始予承認其具有權利之性質，而給以個案救濟。例如對某道路的使用，其鄰近居民(沿街居民)之訴訟利益或權利必大於其他偶爾自由使用之居民，故就同一利用關係而言，其權利與反射利益即呈相對化的狀態，而非可一概而論。有學者認為，人民對公物之利用已達於「依賴利用¹⁰⁸」之程度，可視為其利用公物之地位，至少屬於「法律上利益」。例如居於河中之船民其利用公河以事交通；住在死巷內之居民恃該巷始得與外界聯繫，民法第七八七條之袋地通行權亦提供此種依賴利用之理論基礎。由於該公物處於圓滿合於利用之狀態，已成為利用者之生活支柱，利用人對之利用已形成一種依賴關係，此種狀態，從憲法上保障自由(如居住遷徙)的精神觀之，自應以法律加以保護。此種依賴利用的狀態始可稱之為「利用權」或「法律上之利益」¹⁰⁹。當然，以人民對公物之「依賴利用」程度，或是公物對於居民日常生活的重要程度作為認定是否屬於「權利」或「法律上之利益」的判斷標準，而此一判斷須參考社會一般生活型態及時代需要來作個別判斷。

據上所論，日本實務亦有認為，各個通行入對於公道，在不妨害他通行入之自由或利益範圍內，為生活上必需行動之自由，應有自由使用之權¹¹⁰，此種通行入之自由，雖係由公法關係而生，然既為行使日常生活中各種權利所不可或缺，為賦予民法上之保護，在私人妨害公道之情形，應認係妨害被害人之自由權，乃係

¹⁰⁷ 李惠宗，收錄於翁岳生編，同前註 104，頁 358-359。

¹⁰⁸ 所謂「依賴利用」，係指利用人生活或權利行使均須利用該公物始得展開之利用狀態而言。參見李惠宗，收錄於翁岳生編，同前註 104，頁 362。

¹⁰⁹ 李惠宗，收錄於翁岳生編，同前註 104，頁 362。

¹¹⁰ 參見日本民法第 710 條。

侵權行為，自得請求排除侵害¹¹¹。但我國實務尚無採此說見解之相關判決。

三、本文見解

本文以為上述兩說各有見地，惟「權利或法律上利益說」似較妥適。蓋依反射利益說之主張，任何不特定人若通行具公共地役關係之既成道路受到妨礙，因為此一通行係公法上的反射利益，故認為一律不能請求排除，筆者以為此種看法過於武斷。反之，權利或法律上利益說主張，視不同通行人對於公共地役地通行之依賴利用程度，以及生活所需之必要程度，作不同的區別判斷。易言之，若對於公用地役地之利用率頗高，或為日常生活出入必須者，倘若其通行受到妨礙，則例外認為其通行該地之性質具有「權利」或「法律上之利益」，而可請求排除通行之阻礙。相對地，若只有偶而通行公用地役地之人，因通行利用率不高，甚至尚有其他道路可供通行，則認為通行該地只是個反射利益，不致過度損及其利益，可不賦予其排除通行阻礙之「權利」或「法律上之利益」。一般來說，居住於公用地役地附近之居民，對於該地利用頻率高，且此種通行對於其生活狀態之圓滿有密切之關係，而非只是單純為了通行之便利，若一律不給予救濟之權利，則有害於該等居民生活品質，且易使其採取其他體制外之手段發動抗爭，造成額外社會成本的浪費。準此，「權利或法律上利益說」之看法，似較為可採。

第四節 既成道路之補償

依最高行政法院之見解，因時效完成而有公用地役關係存在之既成道路，土地所有權人仍保有所有權，惟其所有權之行使受限制，不得違反供公眾通行之目的。似認公用地役關係之法律關係是一種「財產權之社會拘束」，而非「公用徵

¹¹¹ 日本最高裁判所昭和三十一年一月十六日判決，最高裁判所民事判例集十八卷一號一頁。
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20081003144110.pdf> 瀏覽日期：2009年12月28日

收」之概念。此或緣於公用徵收之概念，只侷限於「財產權之剝奪」，而不及於「財產權之限制」之故¹¹²。另又因既成道路事實上已供公共通行之用，且其數目相當龐大，以地方的財力往往無法辦理徵收補償，因此地方政府傾向於不予納入徵收補償之範圍。因而早期之實務見解及行政院函釋，多以既成道路上存有公用地役關係，消極地賦予土地所有權人容忍及不作為義務，並未積極提及土地所有權人權益損失補償問題。

第一項 早期行政函釋及實務見解¹¹³

行政院六十七年七月十四日台內字第六三〇一號函：「……政府依都市計畫主動辦理道路拓寬打通工程，施工後道路型態業已改變者，該道路範圍內之私有土地，除日據時期既成道路目前仍作道路使用，且已登記為『道』地目者，若用地機關一時無法籌措補償費時，仍可依據公用地役關係繼續使用，暫不須辦理徵收補償外，其餘土地，應一律辦理徵收補償。……」又如行政院六十九年二月二十三日台內字第二〇七二號函：「本案日據時期重劃區內道路用地，其原地主有否獲得分配換地應確實查明，如已予分配換地，則該道路地產權應屬公有，可根據換地資料循地權清理方式，辦理所有權變更登記，如未予分配換地，而該地於總登記時其地目為『建』自應依台六十七內字第六三〇一號院函規定辦理徵收補償。……查台六十七內字第六三〇一號院函指出日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償費，並非永久不予依法徵收，依土地法第十四條：『公共交通道路土地不得為私有……其已成為私有者，得依法徵收。』之原旨，作如下之補充規定：『今後地方政府如財政寬裕或所興築道路曾獲得上級專案補助經費，或依法徵收工程受益費，車輛通行費者，則該道路內私有既成道路土地應一律依法徵收補償。』」依據上開行政函釋

¹¹² 葉百修，從財產權保障觀點論公用徵收制度，國立台灣大學法律學研究所博士論文，民國 77 年 11 月，頁 165。

¹¹³ 此處所謂早期係指民國 85 年 4 月釋字 400 號作成之前。

可知，行政機關早期認為，具公用地役關係之既成道路，應給予徵收補償，只是須待其財政狀況許可，有編列補償費或有獲得補助費、工程受益費、車輛通行費者，才能給予徵收補償。即是否徵收補償，完全由行政機關決定，土地所有權人無從置喙。

另在司法實務上，例如改制前之行政法院七十一年判字第五〇三號判決：

「……系爭道路用地，既因時效完成依法有公用地役關係之存在，被告機關籌得補償費並聲請省政府核准徵收以前，其所有權之行使，即應受限制。被告機關因財源短絀，無法籌措補償費，未經省政府核准徵收以前，乃不予徵收補償，揆之上開要旨及行政院台六十九內字第二〇七二號函補充規定，尚無不合，且與土地法地十四條第二項之『得』依法徵收之規定並無牴觸之可言。」又如改制前之行政法院七十三年判字第一四三四號判決：「……查系爭土地為既成道路，因時效而有公用地役關係之存在，此種情形僅限制所有權人使用，並不影響其所有權，地方政府將來徵收該土地時，始有土地法第二〇八條及第二三一條第一項規定之適用，目前被告機關並未獲上級專案補助費或依法徵收工程受益費、車輛通行費，自無行政院台六十九內字第二〇七二號函補充規定適用之餘地，原告砌詞指摘原處分為不當，無可採取，從而被告機關否准原告請求徵收補償，並無違誤。」依上述判決意旨，皆表示認同行政函釋所表達，行政機關有權自行決定是否對於具公用地役關係之既成道路給予徵收補償，土地所有權人沒有請求行政機關徵收補償之權利。

第二項 司法院大法官會議相關解釋

上述情形，在司法院於民國八十五年四月作成釋字第四〇〇號解釋後開始發生改變。解釋文：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益

目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。至於因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並予廢止。行政院中華民國六十七年七月十四日台六十七內字第六三一號函及同院六十九年二月二十三日台六十九內字第二七二號函與前述意旨不符部分，應不再援用。」之後，大法官又於民國八十六年十一月作成釋字第四四〇號解釋，再次表示：「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。」據此，大法官似已肯認以「特別犧牲¹¹⁴」理論作為國家補償責任之依據。

惟因釋字第四〇〇號解釋中指明「各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。」是以，各道路主管機關，仍可以財政困難為由，藉此不辦理徵收補償。因而大法官又於民國八十九年十月作成釋字第五一六號解釋：『國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。故補償不僅需相當，更應儘

¹¹⁴ 「特別犧牲」理論，顧名思義係指：「徵收乃對財產之侵害，其型態無論剝奪或限制，亦不問對個別人或一群人，若與他人相比較顯失公平，且係被迫為公益而超過可忍受之犧牲。」其立論基礎為：對人民財產之保障難期絕對公平，若少數人因公益而無法免於侵害，財產之存續保障既有所欠缺，則至少應以價值保障作為彌補。參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂10版，民國96年9月，頁754註十七。

速發給，方符憲法第十五條規定，人民財產權應予保障之意旨。準此，土地法第二百三十三條明定，徵收土地補償之地價及其他補償費，應於「公告期滿後十五日內」發給。此項法定期間，雖或因對徵收補償有異議，由該管地政機關提交評定或評議而得展延，然補償費額經評定或評議後，主管地政機關仍應即行通知需用土地人，並限期繳交轉發土地所有權人，其期限亦不得超過土地法上述規定之十五日¹¹⁵。倘若應增加補償之數額過於龐大，應動支預備金，或有其他特殊情事，致未能於十五日內發給者，仍應於評定或評議結果確定之日起於相當之期限內儘速發給之，否則徵收土地核准案，即應失其效力。行政院八十五年一月十七日庭長評事聯席會議決議略謂：司法院釋字第一一 號解釋第三項，固謂徵收土地補償費額經標準地價評議委員會評定後，主管機關通知並轉發土地所有權人，不得超過土地法第二百三十三條所規定之十五日期限，然縱已逾十五日期限，無從使已確定之徵收處分溯及發生失其效力之結果云云，其與本解釋意旨不符部分，於憲法保障人民財產權之旨意有違，應不予適用。』由此號解釋可看出，行政機關以財政困窘為由不補償人民之損失，已不被大法官所認同，所以不於相當期限內給予人民補償，將導致徵收處分失效。同理，本於公用地役關係之土地所有權人，亦受有「特別犧牲」，似有一同適用之必要。準此，宜可認為若行政機關不於相當期限內給予補償，公用地役關係就不復存在。

第三項 學者見解

有論者認為既成道路公用地役權之實務見解是為了公眾通行之目的，其目的本身符合公共利益應無疑義。既成道路存在公用地役權，可以防止土地所有權人以所有權為由阻礙私有既成道路之通暢，以利公眾通行之公共利益，因此應可視為達成此項公共利益之理性方法。既成道路因有公用地役權之存在，將影響該土地之價值，因為土地所有權人已無法使用收益該土地，如欲出賣該土地恐怕亦無

¹¹⁵ 參見司法院院字第 2704 號、釋字第 110 號解釋。

人願以相當之價值購買；事實上因該土地已成公用，且只能為公眾通行之使用，一般人因皆可無償通行，所有權人和不相關第三人對此土地所能之利用並無太大區別，因此將無人願購買該土地。則所有權人之所有權已是有名無實，可以說是被拒絕就其土地為全部經濟上可行之使用。依照美國管制準徵收理論，判斷具有公用地役權之既成道路是否構成準徵收，需解決之問題是「無限期地供公眾通行是否構成永久性物理上占有」。因為在公用地役權被廢止前，土地所有權人排除他人干涉之權能已被拒絕，甚至無法就該土地為任何使用收益，故是一種物理上占有，接著必須解決之問題即是「此種占有是否為『永久』」。一般而言，公眾通行可認為是種「永久性物理上占有」，因而構成準徵收。準此，存在公用地役權之既成道路，顯已成立占有準徵收¹¹⁶。是以，應視同公用徵收給予土地所有權人適當之補償。

第四項 補償對象之排除

釋字第四〇〇號解釋明確確立具公共地役關係之既成道路應予補償之原則，惟因各既成道路形成原因有所不同，故並非所有既成道路皆應給予補償，部分既成道路應排除於補償對象之外，分述如下：

1. 土地所有權人明示同意無償提供公眾通行之用的既成道路

孫森焱大法官於釋字第四〇〇號解釋提出不同意見書(節錄)認為：「於私有土地存有公用地役關係之原因或因政府未經徵收即先行開闢為道路者，有係人民自行闢設為道路，係出於行善而鋪橋造路或願無償提供土地於公眾通行。此種提供道路用地之所有人，初未預期自政府獲得地價之補償。倘因本號解釋之結果，竟得獲政府辦理土地之徵收而補償其地價，豈非得意外財。」是以，編為道路用

¹¹⁶ 謝哲勝，準徵收之研究，收錄於氏著，財產法專題研究(二)，頁 261-263。謝哲勝，從美國法上的土地準徵收論既成道路公用地役權之妥當性，經社法制論叢第 14 期，民國 83 年 7 月，頁 187。

地之私有土地，如係土地所有權人明示同意無償提供公眾通行之用，則無須由政府辦理徵收補償。

2.由建設公司為增加社區建築基地之價值，預先規劃供公眾通行之道路用地

孫森焱大法官同份不同意見書(節錄)亦認為：「另有建設公司為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地，供公眾通行之用，增加社區建築基地之價值者。此種於設置社區之初，即由建設公司規劃為道路用地者，該道路用地之地價已計入社區建築基地之成本，由承購社區建築物及基地之人負擔其費用，如由政府於經過相當期間後辦理徵收補償，無端增加公庫負擔，亦非合理。」意即建設公司開闢道路供後來之社區使用，因開闢道路成本已轉嫁由承購社區建築物及基地之人負擔，其並未受有損失，故不宜再由政府給予補償，以免讓建設公司受有不當之利益。

3.土地登記簿標示部未加註徵收註記，但實際上已完成公告徵收之土地

於土地徵收實務上，曾有受理民眾陳請徵收所有現已被作為道路使用之土地時發現，部分事實上已依法公告徵收並已發放補償費完竣或業已支付價金予土地所有權人、已完成價購程序者，惟因疏忽致未繼續辦理後續所有權移轉登記予需用土地人事宜，因年代久遠，致原徵收土地之繼承人或買受人不知有上開已徵收或價購之情形，而誤以為所有土地為未受補償之既成道路。探究其原因發現，早年之土地徵收案件並未強制應於土地登記簿上加蓋徵收戳章，依行政院五十一年八月四日台五十一內四九三七號令核示，「經公告徵收之土地在尚未辦理移轉登記前加貼浮籤註明『經○○號令公告徵收』字樣」，是以早期遇有公告徵收案件係於土地登記簿以貼浮籤註明「已公告徵收」方式辦理，惟浮籤原本即不易保存，且登記簿翻動次數頻繁，時日一久致部分浮籤脫落，遂發生已公告徵收之

土地，因土地登記簿標示部未加註徵收註記，致予人未徵收之誤解，甚有發生第三人於買賣時，因信賴土地登記而取得所有權或繼承人申請以部分事實上業經徵收之土地抵繳遺產稅之情形。有關類此情形，曾已辦畢土地徵收或價購者，實有必要確實查明釐清，以避免重複徵收或價購，而造成公帑之浪費¹¹⁷。

第五項 補償方式

具有公用地役關係之既成道路，符合補償對象之要件者，有關行政機關自應依據相關法律辦理徵收，並斟酌國家財政狀況給予相當補償。若各級政府如因經費困難不能為全面徵收補償者，可訂定確實可行之期限籌措財源逐年辦理之，另依釋字第四〇〇號解釋文內容，亦可以其他方法為補償，國內學者與行政機關所建議與實行之方式歸納如下：

1. 發行債券

政府可利用公債之發行來籌措徵收所需的經費，亦可考慮發行土地債券之方式代替現金之補償，對解決財政之困境，為一簡便易行之方法，但債券之發行係替未來子孫舉債之行為，必須評估政府之負債能力及未來經濟發展遠景審慎為之

¹¹⁸。

2. 公地交換抵償

依照「國有非公用不動產交換辦法」及「都市計畫私有公共設施保留地與公有非公用土地交換辦法」規定觀之，僅私有公共設施保留地得與公有非公用土地辦理交換，所謂「公共設施保留地」，係指依都市計畫法之規定，於都市計畫範圍內指定之公共設施用地，而未經政府開闢或使用之公私有土地。既成道路非屬公共設施保留地，似不得辦理交換，如須辦理交換，必須配合修改相關規定，縱

¹¹⁷ 鍾美玉，由既成道路之公用地役關係談既成道路之補償，土地問題研究季刊，民國 93 年 3 月，頁 32。

¹¹⁸ 劉厚連，因形成公用地役關係之既成道路補償問題之研究，住都雙月刊第 130 期，頁 7。

修改相關規定，能否找到適當之非公用土地來與既成道路交換，亦非無疑，所以以「土地交換」方式來取得既成道路，其效益實屬有限¹¹⁹。

3.設定地役權(現不動產役權)

關於私有既成道路之取得方式，台灣省政府地政處(現為內政部中部辦公室)於八十三年間曾建議以下列方式取得¹²⁰：

(1)建議交通事業主管機關對於私有既成道路之取得，宜優先考量以設定地役權(現不動產役權)方式為之，並研議相關作業規定，以利執行：本省私有既成道路數量龐大，政府限於財力短期間內無法全部徵收取得，為基於尊重及保障人民之私有財產權，建請交通事業主管對於私有既成道路，宜優先考量以設定地役權(現不動產役權)方式取得土地使用權，並對於相關作業細節等進一步研議規範，俾利執行。

(2)建議內政部修訂土地法第十四條條文，增訂私有既成道路得以設定地役權(現不動產役權)方式取得土地使用權。查土地法第十四條規定：「左列土地不得為私有： 5.公共交通道路。前項土地已成為私有者，得依法徵收之。」，復按私有既成道路，為兼顧公、私利益，宜以設定地役權(現不動產役權)方式取得土地使用權，為利宣傳執行，建議本條規定第二項末尾增訂：「但前項第 5 款公共交通道路，具有公用地役關係者，得依法設定地役權(現不動產役權)。」

4.設定地上權

依大眾捷運法¹²¹與獎勵民間參與交通建設條例¹²²規定：交通設施須穿越他人土地上空或地下時，得設定地上權。因此，於私有土地既成道路上設定地上權，可為未來努力之方向，但現時尚無得為依據的法律¹²³。

¹¹⁹ 陳明燦，私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討，月旦法學第 112 期，頁 83。

¹²⁰ 台灣省地政處第二科，以設定地役權方向取得既成道路用地可行性之研究，台灣地政第 103 期，1994 年 9 月，頁 40。

¹²¹ 大眾捷運法第 19 條第 2 項：「前項須穿越私有土地及其土地改良物之上空或地下之情形，主管機關得就其需用之空間範圍，在施工前，於土地登記簿註記，或與土地所有權人協議設定地上權，協議不成時，準用土地徵收條例規定徵收取得地上權。」

¹²² 獎勵民間參與交通建設條例第 10 條第 1 項：「本條例所獎勵交通建設之交通用地及依第十二

5.市地重劃

市地重劃是依照都市計畫規劃內容，將一定區域內，畸零細碎不整之土地，加以重新整理、交換分合，並興建公共設施，使成為大小適宜、形狀方整，各宗土地均直接臨路且立即可供建築使用，然後按原有位次分配予原土地所有權人。而重劃範圍內之道路、溝渠、兒童遊樂場、鄰里公園等公共設施及工程費用，則由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔。

市地重劃範圍內之公有道路、溝渠、河川及未登記土地均一律視為公共設施用地之「抵充地」¹²⁴，以降低重劃區內土地所有權人之「公共設施用地平均負擔率」¹²⁵，藉以提高其參與市地重劃之誘因。惟有論者認為，似應取消現行公共設施用地「抵充地」之設計，將之作為與既成道路交換之土地來源。或將既成道路視為「道路」並列為重劃區內之公共設施用地項目，再依既成道路之「受益範圍」以決定其受益「範圍」及「受益人」，基於「受益付費」所建構之計算機制取得既成道路用地，惟現行平均地權條例及市地重劃實施辦法尚須配合修正¹²⁶。惟另有學者認為，由於既成道路為「既成」，因此難以市地重劃的方式取得，而以跨區的方式來辦理，較為可行。但是否能找到適當的土地為交換，仍有疑問，況且市地重劃牽涉太廣，有緩不濟急之虞¹²⁷。

6.容積移轉

目前我國的土地使用係採分區管制方式，在已實施容積率管制的地區，經由「容積率」的限定，對各土地使用分區各基地之發展程度加以控制，以達到充分利用都市土地，合理引導土地發展，控制人口數量與使用密度之目的，然而土地

條規定區段徵收範圍內之土地，屬公有土地者，主管機關依程序辦理撥用後，得訂定期限出租或設定地上權與民間機構使用，……」第 12 條第 2 項：「主管機關依前項取得之土地，得依第十條、第十五條規定出租或設定地上權……」第 15 條第 1 項：「本條例所獎勵之民間機構得以承租或設定地上權方式取得第十二條土地辦理開發……」。

¹²³ 顏愛靜，「私有土地既成道路補償問題面面觀」座談會，月旦法學第 16 期，頁 72。

¹²⁴ 參見平均地權條例第 60 條第 1 項。

¹²⁵ 參見市地重劃辦法附件 1 第 2 點。

¹²⁶ 陳明燦，同前註 119，頁 84。

¹²⁷ 顏愛靜，同前註 123，頁 73。

使用分區管制方式是由政府直接規劃各基地之發展程度，對於被規劃為公共設施用地限制使用分區者，因發展的權利受到限制，將產生利益爆損之不公平現象，如能參考國外彈性土地使用管制—發展權¹²⁸移轉(The Transfer of Development Rights 簡稱 T、D、R)，並配合我國國情及既有土地使用管制方式，藉著給與被徵收土地發展權，不僅不須花費政府預算徵收土地，土地所有權人亦可將所持有之發展權轉移出售，而獲得合理之補償，此亦不失為一解決既成道路徵收之好辦法¹²⁹。亦有論者認為，容積移轉係屬土地發展權意涵之體現，主管機關可以不必支出經費而解決既成道路之取得相關問題，惟須配合修改相關法律，由登記機關辦理容積發展權登記¹³⁰。

7. 捐地節稅

民國八十九年立法院修正「土地稅法」，免除買賣公共設施保留地的土地增值稅，由於公共設施保留地的市價遠低於公告現值，而綜所稅捐贈列舉扣除額卻是以公告現值認定捐地金額，因而例如若在市面上以公告現值一、兩成之價格購買既成道路用地，然後在申報綜所稅時，將土地以公告現值計價捐給政府，計算下來，對高所得者而言，乃是一項有利的節稅策略。此種「低價買進、高額抵稅」的現象，遭質疑富人以此種捐贈方式，享受豐厚的節稅利益，致使政府稅收短少，財政部乃採禁絕防堵措施，並於九十二年六月函釋自九十三年一月一日起按「土地取得成本」計算認定捐地金額，此將造成捐地節稅之情事大幅減少，惟此項禁絕防堵措施，政府勢必又要重新面臨棘手的既成道路無錢徵收的問題¹³¹。

8. 競價收購

¹²⁸ 發展權係指在土地上從事興建、開發的權利，也就是發展者可憑藉發展權移轉而變更土地現行使用強度，其觀念起於英國，而主要實施在美國。

¹²⁹ 台灣地政社論，期待以建築容積移轉方式解決既成道路用地之取得問題，台灣地政第 131 期，頁 3。

¹³⁰ 陳明燦，同前註 119，頁 82-83。

¹³¹ 賴樹奎，健全多元配套機制、解決私有既成道路補償問題，土地問題研究季刊，民國 93 年 3 月，頁 41-42。

民國九十二年間，財政部為關閉富人捐地抵稅的管道開啟另一扇門，提出「中央補助直轄市及縣市政府取得既成道路試辦計畫」，補助地方政府收購既成道路。財政部規劃兩種管道讓地方政府選擇：一、由地方政府自己編預算，以競價收購機制，最低價優先價購；二、由地方政府成立財團法人，地方政府每年編列一定預算，設定競價機制，由地主參與競標，以最低價格得標，財團法人向地主購買後，依相關規定捐贈給地方政府。財政部並表示，此項機制非強迫，而係採自願性，並非「徵收」。此種競價收購方式隱含了市場機制的特色，政府與地主公開議價，低價者政府優先補償，高價者補償順位較為延遲。這種解決方式固然能為政府舒緩財務壓力，但卻會造成部分地主為求搶先領到補償費，而競相以低價搶標，進而導致領到的補償費大幅縮水。雖然政府是希望透過公開協議之程序，進一步掌握地主的意願與偏好，進而達到「各取所需」的最佳結果。然而，由於協議的進行乃政府與地主直接接觸，政府既是球員又是裁判，既有既成道路未能徵收皆因政府無經費所引起，如今造成此一「不公平」的事實後，又引用相互競爭的機制，試圖「壓迫」地主顯示其真正的偏好，且此結果又會減損地主的利益，故此一方式是否能奏效，不無疑問¹³²。

本文見解

在上述諸多既成道路補償方案中，本文認為若行政機關可編列補償金，給予徵收補償，一勞永逸解決問題，為最佳方法。如徵收補償不可行，以有償設定地上權或不動產役權之方案，為次佳方法。蓋設定有償地上權或地役權，對政府而言，無須一次拿出龐大的經費，只須定期拿出一定數額的地租給予該土地所有權人，此不致造成財政上過重的負擔，且也能減少行政程序上相關成本之支出；另一方面，對土地所有權人來說，雖其對於該土地之使用收益受到限制，但可定期獲得政府給予的地租，填補其不能充分利用之損失，也減少土地所有權人阻擾既成

¹³² 賴樹奎，同前註 131，頁 42-43。游振輝，既成道路徵收補償問題之探討-以大法官釋字第四〇〇號解釋為中心，土地問題研究季刊，民國 94 年 6 月，頁 70-71。

道路利用之可能性，可達成「雙贏」的局面。除非土地所有權人不同意設定有償地上權或地役權，才考慮適用其他方式補償。

第五節 小結

土地經不特定人長期通行，而未被土地所有權人阻止者，該土地會轉變成具有公用地役關係之他有公物性質，則土地所有權人對於土地之使用收益將受到限制，即不得違反供公眾通行之目的。另政府爲了便利公眾通行，於現有既成道路爲必要之改善及維護，如該道路之型態並未變更，得以公用地役關係繼續使用之。又若既成道路現實上已無繼續通行之必要者，行政機關可依職權或依土地所有權人之申請加以廢止，以解除對於該土地使用收益之限制。

公用地役關係本質上爲公法關係，得通行公用地役地之人，僅係享受公法上之反射利益，即公用地役權不具「權利」或「法律上利益」之性質，故通行人不得主張「公用地役權」對抗土地所有權人。惟由於反射利益對通行人通行之侵害，不能提供救濟的管道，因而新近理論欲建立一般利用係「權利」或「法律上利益」之理論。以人民對於公物之「依賴利用」程度，或是公物於居民日常生活的重要程度作爲判斷標準，來認定是否屬於「權利」或「法律上利益」。不過，爲了有有明確的判斷標準，故似宜以制定法律明定判斷標準，以避免發生認定爭議。

行政主管機關對於具有公用地役關係之既有道路，依法得徵收，並給予補償，惟現今政府財政困難，無法爲全面的徵收補償，故可訂定確實可行之計畫，籌措財源，逐年編列預算，分區分段進行徵收補償。若不欲爲徵收，可另依其他適當之方法爲補償，例如設定有償地上權或不動產役權。

第四章 通行不動產役權

第一節 前言

第一項 通行不動產役權之意義

依新修正之民法第八五一條規定：「稱不動產役權者，謂以他人不動產供自己不動產通行、汲水、採光、眺望、電信或其他以特定便宜之用為目的之權。」故可知通行不動產役權係不動產役權的一種，內容為限制他人不動產(供役不動產)所有權之行使，以便利自己不動產(需役不動產)之利用，提高自己不動產價值之權利。例如甲地為通行之便利，在乙地設定通行不動產役權，並得在乙地開設道路，以供通行，可謂乙地供甲地便宜之用，甲地之價值因而提高¹³³。是以，通行不動產役權係指為達通行之目的，以他人之不動產供自己之不動產通行便宜所設定之不動產役權。因此，通行不動產役權係存在於他人不動產上，以他人不動產供通行之用，為需役不動產存在之物權。

第二項 通行不動產役權之特性

通行不動產役權既為不動產役權之一種，故亦具有不動產役權之特性，分述如下：

一、從屬性

不動產役權本質上雖為獨立之物權，而非如相鄰關係為所有權內容之擴張，但不動產役權係為需役不動產之便宜而成立，故須與需役不動產結合，因而提高其價值之物權，從屬於需役不動產而存在，不得由需役不動產分離而為讓與或為其他權利之標的物，為從物權之一種。是以，不動產役權與需役不動產所有權同

¹³³ 謝在全，民法物權論(中)，修訂4版，民國98年6月，頁165。

其命運，此與抵押權、質權、留置權須從屬於債權而存在之情形相同。日本民法第二八一條第一項前段明定：「地役權為需役地所有權之從權利，得一併移轉，或成為需役地上存在之其他權利之標的。」而我國民法第八五三條規定：「不動產役權不得由需役不動產分離而為讓與，或為其他權利之標的物。」準此，可為不動產役權從屬性之具體規定¹³⁴。

所謂「不動產役權不得由需役不動產分離而為讓與」，有三種情形，敘述如下¹³⁵：

1.需役不動產所有人不得自己保留需役不動產之所有權，而僅以不動產役權讓與他人。若違反者，不動產役權之讓與無效，受讓人不能取得不動產役權，不動產役權仍為需役不動產而存在。

2.不得僅將需役不動產之所有權讓與他人，而自己保留不動產役權。如當事人間係特別約明僅讓與需役不動產所有權，不動產役權不隨同移轉者，需役不動產所有權之讓與固屬有效，但不動產役權違反其從屬性，因而具有消滅之原因，否則如非有上述之特別約明，則宜解為不動產役權隨同讓與。

3.不得將需役不動產之所有權與不動產役權，分別讓與不同之人。若有違反者，當事人間之真意，顯不欲將不動產役權隨同需役不動產而為讓與，故受讓需役不動產所有權人無從取得不動產役權，而不動產役權之受讓人因不動產役權之讓與違反民法第八五三條規定，係屬無效也無法取得不動產役權，此際不動產役權因無需役不動產存在而消滅。惟有認為受讓需役不動產所有權人可隨同取得不動產役權。

所謂「不動產役權不得由需役不動產分離而為其他權利之標的物」，係指需役不動產為其他權利之標的物時，不動產役權亦隨同為其他權利之標的物而言。例如需役不動產已設定有通行不動產役權，之後需役不動產所有人(不動產役權人)又將其土地設定地上權，雖未言明地上權可享有通行不動產役權，實質上地

¹³⁴ 謝在全，同前註 133，頁 182。姚瑞光，同前註 22，頁 181-182。

¹³⁵ 謝在全，同前註 133，頁 182-183。姚瑞光，同前註 22，頁 182-183。王澤鑑，同前註 50，頁 403。

上權人亦得行使通行不動產役權。惟若當事人間設定不動產役權時約定，需役不動產所有人於需役不動產設定其他權利，不動產役權不隨同為其他權利之標的物，並經登記者，則視為係不動產役權之約定消滅事由發生，不動產役權不為其他權利之標的物。

二、不可分性

不動產役權乃提高需役不動產價值之權利，係為需役不動產之便宜而取得，自係為需役不動產全部而存在，且不動產役權供役不動產之負擔係須利用供役不動產，於不動產役權之設定目的範圍內，自須利用該不動產之全部，若許將供役不動產分割為數部分，則為需役不動產全部之便宜而成立之不動產役權，將無法達其便宜之目的。例如將設有通行不動產役權之供役不動產分成三部分，各得通行三分之一，則原先可通行全部供役不動產之便宜目的，將難以達成。因此，不動產役權之發生、消滅與享有就需役不動產與供役不動產而言，均及於其全部，不得分割為數部分或僅為一部分而存在¹³⁶，此即為不動產役權之不可分性。自需役不動產而言，不可分性係從屬性之延伸，因不動產役權既從屬需役地而存在，自係從屬於全部而非特定之某部分。又自供役不動產而言，不動產役權為其不可分之負擔，自係存在於供役不動產全部之上。以下就不動產役權不可分性之內容，加以說明：

(一)發生之不可分性

需役不動產為共有者，各共有人無從依自己之應有部分取得不動產役權。若共有人中之一人因時效而取得不動產役權者，其他共有人亦一同取得¹³⁷。因不動產役權係為需役不動產之便宜而設定，非為需役不動產之應有部分存在，也非為需役不動產特定人而存在，因而共有人之一人取得不動產役權，係為需役不動產取得，非為其個人之故。

供役不動產為共有者，各共有人無從就其應有部分為他共有人設定不動產役

¹³⁶ 謝在全，同前註 133，頁 201-202。

¹³⁷ 參見日本民法第 284 條第 1 項。

權。共有不動產已設定不動產役權者，各共有人就不動產役權之負擔為共有不動產之全部，而非各按其應有部分負擔一部分。蓋不動產役權係對供役不動產具體性之直接利用，自無從由抽象之應有部分設定之。

(二)消滅之不可分性

需役不動產為共有者，各共有人無從就其應有部分，使已存在之不動產役權一部分消滅¹³⁸，若共有人中一人按其應有部分為消滅供役不動產上不動產役權之行為者(如拋棄)，其行為不生效力。供役不動產為共有者，各共有人亦無從僅就其應有部分，除去不動產役權之負擔。蓋供役不動產之負擔係存在於供役不動產上，而非供役不動產共有人之應有部分上。

(三)享有或負擔之不可分性

不動產役權設定後，需役不動產或供役不動產無論係原來為共有或是設定後始成為共有，不動產役權係由需役不動產共有人共同享有，由供役不動產共有人共同負擔之，而非由需役不動產各共有人分別享有，亦非由供役不動產共有人分別負擔¹³⁹。

依新修正之民法第八五六條本文規定：「需役不動產經分割者，其不動產役權，為各部分之利益，仍為存續。」例如甲乙共有之需役不動產，曾為共有不動產之便宜，與供役不動產所有人丙，設定得通行丙的不動產之不動產役權。之後甲乙分割共有不動產，其不動產役權為甲乙分得部分之利益，仍為存續。即甲乙仍可全部的(非按分得部分)行使其不動產役權，通行於丙的不動產。另依新修正之民法第八五六條但書規定：「但不動產役權之行使，依其性質，祇關於需役不動產之一部分者，僅就該部分仍為存續。」例如上例甲乙共有不動產之通行不動產役權，若甲乙分割共有不動產之結果，只有甲有需求通行丙的不動產，則通行不動產役權僅就甲分得部分之不動產，仍為存續。

依新修正之民法第八五七條本文規定：「供役不動產經分割者，不動產役權

¹³⁸ 參見日本民法第 282 條第 1 項。

¹³⁹ 謝在全，同前註 133，頁 185-186。

就其各部分，仍為存續。」例如上述通行不動產役權之例，供役不動產如為丙丁兩人共有，經分割共有不動產，各取得一部分，甲乙之不動產役權，就丙丁分得部分，仍為存續。即甲乙仍得通行丙丁分得之不動產。另依新修正之民法第八五七條但書規定：「但不動產役權之行使，依其性質，祇關於供役不動產之一部分者，僅對於該部分，仍為存續。」例如上例就丙丁分割之不動產，甲乙只有通行丙所分之不動產的需求，則通行不動產役權僅就丙分得部分之不動產，仍為存續。

此外，不動產役權之不可分性，與不動產役權內容範圍之變更或減縮，並不相同。任何限制物權，均得由當事人以合意變更或減縮其內容範圍。不動產役權亦不例外。例如需役不動產設定通行不動產役權後，需役不動產所有人因通行的範圍需求減少，而與供役不動產所有人合意減縮供役地之面積。此種情形，並未將一個不動產役權分割為數個，然後合意消滅其中之一，故非不動產役權之分割。與不動產役權之不可分性，並無衝突。

三、不具獨占性

不動產役權對供役不動產不具排他之獨占性。蓋不動產役權設定後，供役不動產所有人僅於不動產役權行使必要之範圍內，負容忍或消極不作為之義務，於無礙不動產役權人權利行使範圍內，供役不動產所有人之用益權能仍繼續存在。是以，供役不動產設定如通行不動產役權後，得在不妨礙其目的範圍內，再設定相同或其他不動產役權，甚或其他用益物權¹⁴⁰。且不動產役權亦得與供役不動產所有人共同利用¹⁴¹，例如通行不動產役權之道路，供役不動產所有人亦可通行之¹⁴²。

除此之外，通行不動產役權尚有別於其他不動產役權之處，分述如下：

1. 通行不動產役權係不動產役權人得於供役不動產上為一定行為(通行)為內容之不動產役權，為積極不動產役權。

¹⁴⁰ 參照新修正之民法第 851 條之 1。

¹⁴¹ 參照新修正之民法第 855 條第 2 項。

¹⁴² 謝在全，同前註 133，頁 205。

2.不動產役權依權利行使或內容實現之時間是否有繼續性為標準，可分為繼續性不動產役權或非繼續性不動產役權。前者係指權利內容之實現，不必每次有不動產役權人之行為，而在時間上能繼續無間之不動產役權而言，例如築有道路的通行不動產役權。後者係指權利內容之實現，每次均以有不動產役權人之行為為必要之不動產役權而言，此種不動產役權大抵無固定之設施，例如未開設道路之通行不動產役權¹⁴³。

3.不動產役權依其權利之存在是否表現於外為標準，可區分為表見不動產役權與非表見不動產役權。通行不動產役權之存在，有外形事實為表現，能自外部認識，為表見不動產役權¹⁴⁴。

其中 2、3 之區別實益在於能否時效取得通行不動產役權¹⁴⁵。

第二節 通行不動產役權之取得

通行不動產役權可由法律行為以及法律行為以外之事實而取得，分述如下：

第一項 基於法律行為而取得

第一款 通行不動產役權之設定

不動產役權之設定，有基於契約行為者，另有基於單獨行為者如遺囑。依民法第七五八條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。」因而以契約行為設定者，須有書面合意並辦妥登記後始生效力；以單獨行為設定者，亦須辦妥登記後始生效力。又因不動產役權具從屬性，故為不動產役權設定登記時，除應於供役不動產他項權利部登記外，並應於需役不動產標示部其他登記事項欄記名供役不動產之編號。需役不動產屬於他登記機關管轄時，供役不動產所在地之登記機關應於登

¹⁴³ 黃志偉，地上權、地役權、抵押權之物權法律解析暨登記實務，初版，2007 年 11 月，頁 134。

¹⁴⁴ 黃志偉，同前註 143，頁 134。

¹⁴⁵ 參照新修正之民法第 852 條第 1 項。

記完畢後，檢附供役不動產登記用紙他項權利部記載事項影本通知他登記機關辦理登記¹⁴⁶¹⁴⁷。

以下就設定行為之設定主體、從屬性之歸屬、設定內容、設定之特別要件，分別探討之：

一、設定主體

1.供役不動產

不動產役權之設定行為係處分行為，供役不動產是承受負擔之一方，一旦設定後，不動產所有權即承受供一定便宜之用的負擔，而由供役不動產所有人實際承擔不作為或不行使權利的義務，對供役不動產所有人不利，依「任何人不得為大於自己之處分」法理，任何非所有人為此類直接影響所有權之處分，無疑均屬大於自己之處分，故須對供役不動產有處分權之人始得為之，也就是應以供役不動產所有人為限。易言之，只有供役不動產所有人得就供役不動產設定不動產役權，其他用益權人均不得就其用益之不動產為他人不動產之便宜，設定不動產役權，否則即為無權處分。

2.需役不動產

(1)所有人

依新修正之民法第八五一條規定之意旨，通行不動產役權係以他人不動產供自己不動產通行便宜之用的權利。意即需役不動產(需役不動產)所有人可為其不動產便宜使用之需要，於他人之不動產(供役不動產)設定不動產役權。例如：需役不動產所有人為了縮短通行至公路之時間，於相鄰不動產設定通行不動產役權。

(2)用益物權人

¹⁴⁶ 史尚寬，同前註 3，頁 212。謝在全，同前註 133，頁 190。

¹⁴⁷ 參照土地登記規則第 109 條。

需役不動產之用益物權人可否為需役不動產取得不動產役權？通說認為不動產役權乃以調節不動產利用為其目的，而不重於不動產所有權之歸屬，而用益權人係不動產之實際利用人，既得準用相鄰關係之規定¹⁴⁸，民法又無禁止其取得不動產役權之明文，且新修正之民法第八五九條之三第一項規定：「基於以使用收益為目的之物權而使用需役不動產者，亦得為該不動產設定不動產役權。」準此，且為使其得充分利用不動產以盡其利，於其用益物權之範圍內，自宜解為有取得不動產役權之權能¹⁴⁹。

(3) 承租人

需役不動產承租人可否為承租之不動產取得不動產役權？學者間有不同看法，說明如下：

① 否定說

少數學說認為承租人不能自行取得不動產役權，因法律無明文許其取得不動產役權之規定，故如有取得不動產役權之必要，只可以租用或借用供役不動產之方式為之¹⁵⁰。

② 肯定說

多數學說認為基於不動產租賃之物權化傾向，不動產承租人之地位，就不動產役權之關係來說，應與地上權為同樣之考量，是以，不動產承租人得為承租不動產之便宜，取得不動產役權。不動產役權與土地相鄰關係，同屬法律為調和不動產和土地利用而設，僅調和之程度與方法，有所不同而已，兩者均不重在不動產及土地所有權誰屬，凡有需役之不動產及可能供役之不動產均得成立不動產役權。另就實際情況而言，為使不動產盡其利，需役不動產屬誰所有亦可不論¹⁵¹。

③ 本文見解

¹⁴⁸ 參照民法第 800 條之 1。

¹⁴⁹ 王澤鑑，同前註 50，頁 406。姚瑞光，同前註 22，頁 177。史尚寬，同前註 3，頁 207。謝在全，同前註 133，頁 190。

¹⁵⁰ 鄭玉波，民法物權，修訂 14 版，三民書局，頁 184。

¹⁵¹ 王澤鑑，同前註 50，頁 406。史尚寬，同前註 3，頁 207-208。姚瑞光，同前註 22，頁 178。謝在全，同前註 133，頁 190-191。

本文以為不動產役權著重於不動產使用收益之利用關係，而非所有權歸屬，以求不動產能盡其利。需役不動產之承租人，係承租需役不動產而為使用收益之人，為使其對於需役不動產之使用，能獲得最大之效益，且依民法第四二五條規定，租賃權具有物權化之效力，承租人具有類似用益物權人之地位，應肯認需役不動產承租人亦可為需役不動產設定不動產役權。另新修正之民法第八五九條之三第一項規定，基於以使用收益為目的之租賃關係而使用需役不動產者，亦得為該需役不動產設定不動產役權。亦採肯定見解。

(4)其他利用人？

除了上述所有人、用益物權人、承租人之外，需役不動產上其他利用人，例如使用借貸人，可否為需役不動產之便宜利用設定不動產役權，學說上有不同見解，分述如下：

①肯定說

有少數學者認為，如果觀念上可以打破由所有人自己設定之原則，又為什麼要限制「使用者」來設定範圍，而使用者中又排除了借貸人？既然實務上從限於典權人，放寬到所有物權人，乃至草案再放寬到租賃人，似乎都很難說明係建立在什麼清楚的法理之上：為什麼有償的租賃可以，無償的借貸就不可以？因而認為，應開放非所有人的利用人皆可設定不動產役權，不需對其範圍作任何限制¹⁵²。即主張凡對需役不動產有所利用之人皆可設定不動產役權。

②否定說

依新修正之民法第八五九條之三第一項規定：「基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，亦得為該不動產設定不動產役權。」準此，只有需役不動產之用益物權人和租賃權人可為需役不動產設定不動產役權。另有學者認為，承認用益物權人及租賃權人得設定不動產役權，在義務分擔及從屬性之解釋上，已面臨相當大的挑戰。基於例外從嚴之法理，新法未將不動產役權之

¹⁵² 蘇永欽，重建役權制度—以地役權的重建為中心，月旦法學雜誌 65 期，頁 88。

設定人擴及於其他依債之關係使用需役不動產之折衷選擇，實不無可取之處。且為維護不動產役權之性質，避免需役不動產之用益人範圍過度廣泛，致有淪為人役權之虞，且租賃權以外之其他債之利用關係本無對抗第三人之效力，故此等限制在立法政策上仍值肯定¹⁵³。

③本文見解

以上二說，以否定說為妥，蓋因租賃權以外之其他債之利用關係利用人，基於債權相對性原則，若需役不動產所有權有所變動，不能以其債權對抗需役不動產所有權之受讓人，結果將喪失對需役不動產的利用權限，如此也將導致無法達成不動產役權之設定目的。由此可知，需役不動產本於租賃權以外之其他債之利用關係利用人，對於供役不動產所設定之不動產役權利用關係，將陷入不安定之狀態，或有淪為人役權之虞。例如甲為一土地所有權人，乙為該地之使用借貸人，倘允其就鄰近他人之土地設定通行不動產役權，若之後甲將土地轉賣移轉給丙，因乙與甲間只具有使用借貸關係，所以不論認為通行不動產役權從屬於需役不動產所有權、或從屬於使用借貸權，乙都無法繼續行使該通行不動產役權。此外如認乙有權繼續通行該他人土地，則有成為人役權的疑慮。又如該設定通行不動產役權之行爲，而為登記，表明係基於需役不動產租賃權以外之債權關係，若認通行不動產役權從屬於該債權關係，因該債權關係無對抗第三人之效力，則此登記與債權相對性有所扞格，逾越登記原有意旨。準此，本文以為租賃權以外之其他債之關係利用人不宜為需役不動產設定不動產役權。

二、從屬性之歸屬

從屬性係不動產役權之特性，若不動產役權係需役不動產所有人所設定，則該不動產役權從屬於需役不動產所有權，此並無爭議。惟如不動產役權係由需役

¹⁵³ 陳重見，地役權修正草案評析，台灣本土法學雜誌第 107 期，頁 189。謝在全，同前註 133，頁 194。陳榮傳、詹森林於民國 89 年 7 月 29 日民法物權編修正系列研討會之發言，參見蘇永欽，同前註 152，頁 93-94。

不動產之用益物權人或承租人所設定，此時不動產役權應從屬於何種權利，則有所爭議，分述如下：

1.從屬所有權說

此說認為基於維護不動產役權從屬性之性質，不動產役權只有附從於所有權之觀念，沒有不動產役權附從於某限制物權或債權的問題。前者所指設定主體之擴大，係指設定人之擴大，權利主體始終都是所有人。例如不動產是張三的，李四為典權人，而設定通行不動產役權，不動產役權主體是張三，李四的權利是從典權來的，因典權涵蓋範圍和所有權一樣，故設定對他也有利，但不能說典權人就成了通行不動產役權人。是以，不動產役權的設定與權利主體是兩回事，不應混為一談¹⁵⁴。

2.從屬用益權說

此說認為通行不動產役權設定後，依其設定之內容，通行不動產役權人有時須負一定之義務，例如有償通行不動產役權之租金支付義務、通行不動產役權之維持設置義務、通行不動產役權消滅時之回復原狀義務，上開義務為法定之物權負擔，若認為通行不動產役權從屬於需役不動產所有權，所有權人將因此增加額外之負擔。再以上述例子來說，若認為張三為通行不動產役權人，則張三可能因此要負擔支付租金之義務、維持設置之義務等，對張三有所不公。因此，為使法律關係趨向單純之考量，應認係為需役不動產之用益物權、租賃權設定為宜。且於辦理登記時，除應就供役不動產為標示外，並應記載係該需役不動產之某號次之用益物權或租賃權，以表明係為該用益權設定不動產役權，此種不動產役權乃在增加該用益權之價值。因而，此種通行不動產役權係從屬於需役不動產之用益權，而非該不動產之所有權，因該用益權之移轉而移轉，因該用益權之消滅而消滅¹⁵⁵。

3.本文見解

¹⁵⁴ 蘇永欽，同前註 152，頁 96-97。陳榮傳、詹森林採同一見解，參見蘇永欽，同前註 152，頁 93-94。

¹⁵⁵ 謝在全，同前註 133，頁 193-194。陳重見，同前註 153，頁 188-190。

本文以為通行不動產役權宜從屬於用益權。理由如下：

用益權人設定通行不動產役權後，若約定對於供役不動產之利用為有償，而將租金之支付為登記者，該租金即變成物上負擔，如其從屬於需役不動產所有權，需役不動產所有人為通行不動產役權人，則該租金將由需役不動產所有人負擔。雖此問題亦可不予登記，當成係一債之關係，由用益權人負擔來加以解決；惟通行不動產役權之義務，不單只有租金負擔，尚有民法第八五五條之設置維持義務，與新修正之民法第八五九條之一準用第八三九條之回復原狀義務，這兩種義務無法援用移轉租金負擔義務之方法來改變不動產役權人所應負擔之義務責任。因此，這樣的作法對需役不動產所有人有失公平，根本的解決之道，應以用益權人作為通行不動產役權人，即不動產役權從屬於需役不動產之用益權，才能解決此一問題。

此外，通行不動產役權係為用益權人便宜使用土地而設定的，對需役不動產所有人未必有利，因而若用益權消滅後，通行不動產役權仍繼續從屬於需役不動產所有權而存在，對於不動產盡其利之立法宗旨，並無所助益。是以，本文認為用益權人設定之通行不動產役權，應從屬於用益權，為用益權人使用供役不動產之利益而存在；另一方面，當用益權消滅後，該通行不動產役權亦隨同消滅，簡化相關之法律關係。另新修正之民法第八五九條之三第二項規定：「不動產役權因以使用收益為目的之物權或租賃關係之消滅而消滅。」同此意旨。

三、設定內容

1.使用目的類型

按修正前之民法條文規定並未就不動產役權便宜使用之內容加以具體或類型化，因而不動產役權使用之內容得於不違反公序良俗及強制規定之範圍內，由當事人自由約定之。但此項約定內容既屬不動產役權之核心部分，基於物權之公示原則以及為保護交易之安全，自應辦理登記。惟目前實務上，多僅簡單登記「地

役權(現不動產役權)」而別無其他具體內容，完全無法達到登記的公示目的。為強化不動產役權利用公示功能，新修正之民法第八五一條規定：「稱不動產役權者，謂以他人不動產供自己不動產通行、引水、採光、眺望、電信或其他以特定便宜之用為目的之權。」意即登記之內容無須詳細具體，僅以類型化，足以自外部客觀認識供役不動產之負擔內容即可。是以，在不動產役權之設定目的係為了需役不動產便宜之需要，而以供役不動產作為通行之用者，應為「通行」之登記，以達公示之目的¹⁵⁶。

2.存續期間

不動產役權之存續期間，現行民法無明文規定，故當事人得約定一定之存續期間或不特別約定存續期間。惟是否可約定永久存在，則有疑義。自近代用益物權為定限物權，存續期間應屬有限，俾與所有權之永久性無違之理論而言，自應持否定之見解。不過，基於羅馬法以來得設永久不動產役權沿革之理由，以及不動產役權對於所有權之限制程度甚低，並不全然剝奪所有人對供役不動產之利用，故學者通說均承認得設定永久不動產役權，不動產役權之作用既在調節不動產之利用，此項肯定約定永久期限之見解亦屬正當¹⁵⁷。

3.對價

關於不動產役權之設定係為有償或無償，民法亦無明文規定，締約當事人可自行約定，故非必須為對價之支付，惟如約定為有償者，因對價非不動產役權成立之要件，是以非經登記，不得對抗受讓需役不動產之第三人，而僅具有普通債權之效力¹⁵⁸。

四、設定之特別要件

¹⁵⁶ 蘇永欽，同前註 152，頁 83-84。謝在全，同前註 133，頁 191-192。

¹⁵⁷ 舟橋諄一，物權法，昭和 54 年 12 月，頁 429。川島武宜，注釋民法(7)，昭和 59 年 11 月，頁 468。謝在全，同前註 133，頁 192。劉惠利，同前註 2，頁 92。鄭玉波，同前註 150，頁 180。王澤鑑，同前註 50，頁 406。

¹⁵⁸ 王澤鑑，同前註 50，頁 406。蘇永欽，同前註 152，頁 87-88。謝在全，同前註 133，頁 168。

按不動產役權不具獨占性，得於同一不動產上與其他物權同時存在。因而於不動產上已有不動產役權者，如欲再設定不動產役權或其他物權包括用益物權與擔保物權，原則上供役不動產所有人得自由為之。惟後成立之物權若有礙先前不動產役權之行使，例如供役不動產已設定通行不動產役權，之後如再設定地上權，而有妨礙不動產役權人通行者，此時地上權之設定，應先經不動產役權人同意後，始可設定¹⁵⁹。新修正之民法第八五一條之一規定：「同一不動產上有不動產役權與以使用收益為目的之物權同時存在者，其後設定物權之權利行使，不得妨害先設定之物權。」此條文正是呼應上述情形所增訂的。因而，不動產所有人設定不動產役權後，於同一不動產得設定其他物權，惟其設定對於不動產役權之行使有妨害者，應得不動產役權人之同意。至於判斷是否有礙不動產役權行使之時點，以後物權欲登記之時定之。倘設定時無妨礙之情事，於登記後始發生者，不動產役權人得依物上請求權排除該妨礙¹⁶⁰。

反之，若不動產上已先設定其他用益物權，例如地上權、典權、農育權者，因此類用益物權具排他效力，故若欲在同一不動產上設定不動產役權，為避免影響該用益物權人對於不動產之利用，應先經其同意後，始能設定不動產役權¹⁶¹。例如某不動產已設定有地上權，之後鄰人另有需要欲在該不動產設定通行不動產役權以為通行之用，為避免設定通行不動產役權造成地上權人利用不動產之不便或損失，必須先獲得地上權人同意，才能設定之。新修正之民法第八五一條之一規定，係本於上述意旨所增訂。

第二款 通行不動產役權之讓與

關於不動產役權之讓與，民法未設明文規定，惟同為用益物權的地上權、農

¹⁵⁹ 蘇永欽，同前註 133，頁 98。蔡明誠，民法物權編地役權修正草案之評析，法學叢刊 213 期，頁 56。陳重見，同前註 153，頁 192-195。

¹⁶⁰ 謝在全，同前註 133，頁 193。

¹⁶¹ 蘇永欽，同前註 152，頁 98。蔡明誠，同前註 159，頁 56。陳重見，同前註 153，頁 192-195。

育權及典權，民法皆有明文規定得為讓與¹⁶²，且新修正之民法第八五三條規定：「不動產役權不得由需役不動產分離而為讓與。」由此可知，不動產役權係可讓與的，且因不動產役權具有從屬性，其讓與需與其從屬之需役不動產共同為之，並應有書面之合意，經辦理登記後，始發生效力¹⁶³。例如為了甲不動產所有人張三通行之需要，而在乙不動產設定通行不動產役權，張三為通行不動產役權人，不動產役權從屬於甲不動產所有權。爾後，張三將甲不動產出賣讓與給李四，李四取得甲不動產所有權，基於從屬性，李四亦同時取得通行乙不動產之不動產役權。

第二項 基於法律行為以外之事實而取得

第一款 時效取得

一、一般要件

依民法第七七二條準用第七六九條、第七七〇條規定與新修正之第八五二條第一項規定：「不動產役權因時效而取得者，以繼續並表見者為限。」可知以通行不動產役權為例，時效取得通行不動產役權之要件係以行使通行不動產役權之意思，二十年間和平、公然(表見)、繼續以他人不動產供自己不動產通行之用，得請求登記為不動產役權人(如其占有之始為善意並無過失者，其期間為十年)。即在時效進行期間，有繼續及表見利用占有他人不動產之情形，可因時效完成而取得不動產役權，且不以他人所有未登記之不動產為限¹⁶⁴。反之，若是非繼續而表見之不動產役權，例如未築道路之通行不動產役權，僅是偶而使用他人不動產，或係基於鄰居之情誼，或因無損害發生而不便阻止，即大多係出於好意而加以容忍，如此種不動產役權亦可依時效而取得，則該供役不動產之所有人或使用人，將提高警覺而不肯給予鄰人好意上之便利，反易使其與鄰人之交誼發生裂

¹⁶² 參見民法第 838 條第 1 項、第 850 條之 3、第 917 條第 1 項。

¹⁶³ 王澤鑑，同前註 50，頁 406。謝在全，同前註 133，頁 194。

¹⁶⁴ 最高法院 54 年台上字第 698 號判例。

痕，且對其也太過嚴苛，與時效制度本旨有違¹⁶⁵。是以，欲依時效取得不動產役權，以繼續並表現為限¹⁶⁶。而依實務見解精神亦可認為「因時效而取得不動產役權者，首須以他人之不動產供自己不動產便宜之用，同時又以繼續並表現者為要件，倘非供自己不動產便宜之用，而係供鄰近住戶公共通行，或其地所有人自己亦通行，或表現而不繼續者，均無因時效而取得不動產役權之可能¹⁶⁷」。

此外，鑑於共有人利害攸關，權利與共，新修正之民法爰仿日本民法第二八四條規定，增訂第二項，明定：「前項情形，需役不動產為共有者，共有人中一人之行為，為他共有人之利益，亦生效力。」本項規定係本於不動產役權之不可分性而設，且本項中之「行為」係包括「作為」與「不作為」。例如以需役不動產之土地係甲、乙、丙共有為例來說，下列情況有本項之適用。(1)甲一人亦得為共有地依不動產役權取得時效規定而取得不動產役權，此對乙、丙也是有利益之行為，故對乙、丙亦生效力。(2)於不動產役權時效進行中，乙一人之行為，如對他共有人有益者，亦對全體共有人發生效力¹⁶⁸。例如占有之供役不動產為第三人妨害，乙對其行使占有物上請求權，以回復其占有¹⁶⁹。(3)若被進行不動產役權取得時效之不動產所有人對於需役不動產共有人中一人之行為，於其他共有人有利益者，對其亦有效力，例如不動產所有人對丙承認其占有係屬繼續中¹⁷⁰。再者，為對供役不動產所有人之衡平保護，新修正之民法第八五二條增訂第三項規定：「向行使不動產役權取得時效之各共有人為中斷時效之行為者，對全體共有人發生效力。」意即如部分需役不動產共有人因行使不動產役權時效取得進行中時者，則供役不動產所有人為時效中斷之行為時，僅需對行使不動產役權時效取得進行中之各共有人為之，不需擴及未行使之其他共有人，即對全體共有人發生效力。

¹⁶⁵ 史尚寬，同前註 3，頁 213。謝在全，同前註 133，頁 195。

¹⁶⁶ 辛學祥，民法物權論，民國 69 年 11 月版，頁 157。

¹⁶⁷ 最高法院 61 年台上字第 3122 號判決。

¹⁶⁸ 謝在全，同前註 133，頁 197-198。

¹⁶⁹ 參見新修正之民法第 963 條之 1。

¹⁷⁰ 謝在全，同前註 133，頁 198。

二、不動產役權關於「繼續」之特別要件

另有論者認為¹⁷¹，新修正之民法第八五二條第一項規定所稱之繼續與第七六九條、第七七〇條所稱之繼續，在意義上有所差別。前者係指與時效取得權利人之持續不斷之占有行為有關，而後者則不然。依法國民法第六八八條第二、三項規定：「繼續之地役權，係指無須人之實際行為，得繼續使用或可繼續使用之地役權(第二項)非繼續性地役權，係指需要人之實際行為才能行使之地役權(第三項)。」可見不動產役權時效取得所稱之繼續與否，係專以有無人之實際行為介入始得更新為斷，如須仰賴人之行為則屬非繼續，反之即屬繼續。而我國實務及學者通說亦以不動產役權內容之實現，是否每次均以有不動產役權人之行為介入，為繼續與否之判斷標準¹⁷²。因之，雖依民法第七七二條不動產役權有關時效取得之規定，原則上係準用不動產所有權之規定，惟在繼續一詞之定義上，則有相當之差別。否則既然民法第七七二條已有概括準用之明文，不動產役權反於其他物權，再予重複規範，即顯突兀而無必要。

三、道路是否必須為需役不動產所有人所開設

此外，依前述可知，通行不動產役權欲因時效而取得，必須符合「繼續」之要件，因而以在供役不動產上開設道路為必要，惟此道路是否必須為需役不動產所有人所開設，非無爭議，日本實務與學界就此議題有所探討，分述如下：

1. 日本法制

日本實務見解認為該道路之開設，須由需役地所有人所為者，始足當之¹⁷³。

¹⁷¹ 陳重見，同前註 153，頁 195-196。

¹⁷² 史尚寬，同前註 3，頁 210。姚瑞光，同前註 22，頁 186。謝在全，同前註 133，頁 175。最高法院 32 年上字第 1527 號判例。最高法院 57 年台上字第 1695 號判決。

¹⁷³ 日本最高裁判所昭和 30 年 12 月 26 日判決，最高裁判所民事判例集 9 卷 14 號 2097 頁，<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/056D89944CE3C20749256A850031650A.pdf>。
日本最高裁判所昭和 33 年 2 月 14 日判決，最高裁判所民事判例集 12 卷 2 號 268 頁，<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/1E30CB923BC40BB649256A850031640B.pdf>。最近瀏覽

此係因通行事實本身，嚴格來說，性質上不過是土地之非繼續使用而已，此雖非不得依通行使用之頻繁次數等客觀情事，綜合考察，按照社會通念認定該通行是否已具繼續性，但此無法排除供役地所有人僅係因好意而容忍斷續使用其土地，卻被認定係完成通行地役權取得時效之危險。因而對通行地須繼續使用之基礎事實，作為通行地役權取得時效必須具備之要件，除通行事實外，亦必須有其他特別情事存在始足當之，故將「道路之開設」當成此一特別情事要件¹⁷⁴，且需由需役地所有人為之。

而日本學界多認為，從時效制度的旨趣而言，道路之開設並非必須由需役地所有人為之，由任何人為開設均可。作為時效取得之基礎，應考量對於通行供役地是否具有支配關係為斷。準此，由需役地所有人開設道路之情形，固可認為對於供役地具有支配關係；然若為自己行使地役權之意思，就他人開設之道路，以自己之費用或勞力，加以維持或管理，繼續供自己通行之用時，需役地所有人顯已藉該道路之設備，以該地作為供役地而置於自己實力支配之下，從客觀上表現占有之型態，可資承認其得因時效取得通行地役權。是以，道路就係何人所開設，應非所問¹⁷⁵。

2.我國法制

另觀察我國實務見解¹⁷⁶，多認為只要需役不動產所有人主觀上有通行供役不動產之意思，並有在供役不動產開設道路通行之客觀事實，即得依時效取得通行不動產役權。惟並無同日本實務般明示道路之開設，須由需役不動產所有人為之。而我國學界只有少數學者，對此問題有所著墨，認同日本學者通說之看法，認為只需對於供役不動產之道路有支配關係，從客觀上具有占有之型態，即可以

日：2009年11月30日。

¹⁷⁴ 謝在全，同前註 133，頁 200 註十六。黃志偉，同前註 143，頁 145。陳重見，同前註 153，頁 196。

¹⁷⁵ 舟橋諄一，同前註 157，頁 432。我妻榮，新訂物權法(民法講義Ⅱ)，1984年4月，頁 421。川島武宜，同前註 157，頁 492。

¹⁷⁶ 台灣高等法院台中分院 90 年上字第 15 號判決、台灣高等法院 91 年上易字第 297 號判決、台灣高等法院高雄分院 89 年重上更字第 11 號判決。

時效而取得通行不動產役權，而無須以需役不動產所有人開設道路為要件。

3.本文見解

本文以為時效取得不動產役權，道路之開設毋庸限於需役不動產所有人為之的要件。理由如下：

1.民法第八五二條規定，時效取得不動產役權，以繼續並表見為限。繼續之要件可以對於道路之開設表現出來，惟由何人為開設行為，法條並無明文規定，因此可以推論出，道路之開設不須限於需役不動產所有人為之，始能時效取得不動產役權。

2.根據學說¹⁷⁷以及新修正之民法第八五九條之三第一項規定，需役不動產之用益物權與承租人，可為需役不動產設定不動產役權，是以，亦可以時效取得不動產役權。準此以觀，即使該用益物權人與承租人未於供役不動產為道路之開設，亦能以時效取得不動產役權。

3.本文認同日本與我國學說看法，只要對於供役不動產之道路具有維護、使用等支配關係，可從外觀看出占有之型態，即可避免因供役不動產所有人之好意容忍需役不動產利用人為通行，所可能造成取得通行不動產役權之危險。易言之，若供役不動產所有人發現需役不動產利用人對於供役不動產有為通行以外之其他積極維護行為時，為避免需役不動產利用人時效取得通行不動產役權，其應為必要之阻止行為。

依占有事實完成時效而取得通行不動產役權者，得請求地政機關登記為通行不動產役權人，但供役不動產所有人並無協同請求登記之義務¹⁷⁸，故該占有人依土地登記規則第一〇八條第二項及第一一八條規定，單獨檢附證件，請求登記為通行不動產役權人。

¹⁷⁷ 謝在全，同前註 133，頁 197。陳重見，同前註 153，頁 188-190。蘇永欽，同前註 152，頁 87-88。

¹⁷⁸ 最高法院 68 年台上字第 2994 號判例。

另因時效而取得通行不動產役權，僅有請求登記為通行不動產役權人之權利，並非當然取得通行不動產役權，故在未登記為通行不動產役權人之前，無通行不動產役權存在可言，自不能本於通行不動產役權之法律關係，而向供役不動產所有人有所請求或主張¹⁷⁹。易言之，不得主張有占有正當權源以對抗不動產所有人之物上請求權，或在其設施被拆除後，請求供役不動產所有人回復原狀¹⁸⁰。

第二款 繼承取得

不動產役權為財產權，因而需役不動產所有人或其他取得不動產役權之用益權人死亡時，需役不動產所有權或用益權，可由其繼承人依民法第一一四八條規定繼承之。於繼承開始時，繼承人即取得被繼承人之不動產役權，不待登記即生效力，惟依民法第七五九條規定，仍需辦理登記後始得處分之¹⁸¹。

第三節 通行不動產役權之效力

取得通行不動產役權之人可通行供役不動產，且對於其通行有所妨害者，可請求排除妨害。而供役不動產所有人應容忍通行不動產役權人對於供役不動產之通行，以下就通行不動產役權人及供役不動產所有人之權利義務，加以說明。

第一項 通行不動產役權人之權利

第一款 得通行供役不動產

不動產役權存在之目的係以供役不動產供需役不動產便宜之用，是以需役不動產之不動產役權人，自有使用供役不動產之權利。依設定而取得不動產役權

¹⁷⁹ 最高法院 60 年台上字第 1677 號判例。

¹⁸⁰ 最高法院 63 年台上字第 1235 號判例。

¹⁸¹ 黃志偉，同前註 143，頁 135。

者，應依設定契約及登記內容定之；其因讓與或繼承而取得原有之不動產役權，則依原有內容定之。若因時效取得者，應依原來行使不動產役權之利用態樣與其後登記之內容定之。是以，通行不動產役權對於通行的方法或範圍，如經約定，通行不動產役權人通行供役不動產自不得超越或變更該約定之範圍。反之，如未約定者，於達成通行不動產役權目的之必要，且對供役不動產損害最少之範圍內，得為一切必要之使用¹⁸²；即通行不動產役權人應考慮供役不動產之經濟的使用及供役不動產所有人之利益，儘可能以避免損害之方法，行使其權利。易言之，不動產役權人於使用供役不動產時，仍應於為達不動產役權目的所必要之範圍內，選擇於供役不動產損害最少之處所及方法為之¹⁸³，此亦表示行使權利應依誠信原則為之¹⁸⁴之另一具體表現。倘若不動產役權人超過約定範圍而使用或因逾越權限，除供役不動產所有人得請求不動產役權人停止或訴請禁止，於受有損害時，得請求損害賠償¹⁸⁵。另依新修正之民法第八五九條之二準用第八三六條之三之規定，不動產役權人違反約定之使用方法，經供役不動產所有人阻止而仍繼續為之者，供役不動產所有人得終止不動產役權。例如通行不動產役權人與供役不動產所有人約定供役不動產只准通行小客車，若通行不動產役權人開大客車通行，即違反約定之使用方法，經供役不動產所有人通知勸阻，通行不動產役權人卻依然故我，此時供役不動產所有人得終止通行不動產役權，如又因此造成供役不動產所有人受有損害，其可再向通行不動產役權人請求損害賠償。

另外，甲於所有之 A 地經營旅館業，於乙所有之 B 地設定通行不動產役權，起先使用九人座廂型車，後來甲因業務擴大，須使用大遊覽車時，可否拓寬通行道路？此涉及不動產役權之使用範圍，得否依需役不動產的需要而為調整的問題。學者間有不同之見解，分述如下：

甲說認為不動產役權既係為供需役不動產便宜之用而存在，則其便宜之範

¹⁸² 謝在全，同前註 133，頁 202。

¹⁸³ 參見民法第 854 條但書。

¹⁸⁴ 參見民法第 148 條。

¹⁸⁵ 史尚寬，同前註 3，頁 218。謝在全，同前註 133，頁 202-203。王澤鑑，同前註 50，頁 408。

圍，自當然依需役不動產之需要而增減。

乙說認為不動產役權之範圍應以取得時之需要為標準，不得因需役不動產以後需要之變更而當然增減，此係與瑞士民法第七三九條所規定之需役不動產之需要雖有變更，仍不得要求供役不動產所有人增加其負擔，規範意旨相近。

丙說認為就不動產役權之性質而言，一方面雖為需役不動產之利益而設，但不能置供役不動產之利益於不顧，他方面雖足以限制供役不動產所有權之作用，但不能以就需役不動產之需要為限，故不動產役權應以取得時之需要為標準，然若需役不動產之需要因自然原因而有所增減時，仍應許其增減。例如家用通行不動產役權，應許通行不動產役權人家族人口之自然增減而許其通行。若需役不動產之增減係因人為因素或需役不動產利用變更而生者，例如工廠通行不動產役權，因工廠業務之擴張而需擴大通行之道路，則需當事人雙方同意另行訂定¹⁸⁶。

丁說認為不動產役權之範圍，當事人間有約定時，自應以約定時之登記範圍為準，不得因當事人一方之需求而當然加以改變；惟若未為約定時，則不動產役權之存在既係為需役不動產之便宜而存在，在需求自然增加之情形下，不動產役權之範圍增大應得為之。但需役不動產需求之增加，係因土地利用之變更而生者，不得要求相當於其增加部分之不動產役權行使之擴張¹⁸⁷。

戊說認為不動產役權為需役不動產之便宜而設，恆無一定存續期間，所謂便宜於需役不動產之方法，往往因歷時較久而生變更之情形，故不問設定行為曾否明定不動產役權之行使範圍，應依民法第一四八條及第八五九條之意旨，許斟酌需役不動產需要之增減情形，而將原定範圍酌予伸縮，惟增加需要須以設定當時得以預想之自然事實為準，再依經濟情形變更後之需要狀況，酌予擴張其範圍。例如因交通器具之改良，而致涉及原定通行道路幅員之改變¹⁸⁸。

¹⁸⁶ 李肇偉，同前註 3，頁 309。

¹⁸⁷ 王澤鑑，同前註 50，頁 409。史尚寬，同前註 3，頁 218。謝在全，同前註 133，頁 208。

¹⁸⁸ 劉志敦，民法物權上卷，民國 37 年 10 月版，轉引自謝在全，同前註 130，頁 204。

本文見解

以上學說，可說是眾說紛紜、莫衷一是，本文認為似宜採丁說較妥，蓋係基於供役不動產與需役不動產之間利益之平衡，以及使需役不動產對於供役不動產能有所彈性之充分利用，還有供役不動產對於需役不動產行使不動產役權之利用方式與範圍能有所預見，減少對於供役不動產之損害等幾個面向，加以考量之結果。

蓋不動產役權為不動產物權，應依登記內容決定其行使權利的範圍。例如雙方當事人就供役不動產通行之目的，設定通行不動產役權，同時也約定了通行道路的寬度、位置，則通行不動產役權人應依約定之內容行使權利，即對於供役不動產，需役不動產當事人只能為通行之使用，且只能通行約定之道路位置和寬度。惟若雙方當事人未為明確之約定者，可認為供役不動產所有人默示許可需役不動產所有人可視需役不動產實際之需要，於對供役不動產損害最少的範圍內，擴大不動產役權行使之範圍。例如上述甲經營旅館之例，甲之旅館業務增加須使用大遊覽車時，得拓寬道路以為通行之用。惟若不動產役權人變更原先約定之不動產利用性質而為利用，因供役不動產所有人對此無所預見，恐對於供役不動產造成損害，故應不許不動產役權人為變更約定之利用。例如前例甲將旅館改成工廠而須使用卡車營業，而須拓寬道路時，因不動產利用之性質有所變更，為避免造成供役不動產所有人乙不可預見之損害，所以甲不得要求拓寬道路。

第二款 得為附隨之必要行為與設置

依民法第八五四條及第八五五條第一項規定，不動產役權人因行使或維持其權利得為必要之行為，或為必要之設置。此所謂必要之行為並非指行使通行不動產役權本身之行為，而係指為達到充分實現通行不動產役權之通行目的，所需之附隨必要行為。例如在原本荒煙漫草的供役不動產開築道路，或架設天橋，以利通行，達成設定通行不動產役權之目的。又此種附隨必要行為不僅包含單純行

爲，亦及於設置工作物，日本有判例承認對通行地役權的通路應爲設置水管、污水排水設備、天然氣之導入設備，足堪借鏡¹⁸⁹。惟若此等行爲，非行使或維持通行不動產役權所必要，且未經供役不動產所有人之同意，不得爲之¹⁹⁰，以避免造成供役不動產所有人額外不必要之損害及負擔。另一方面，不動產役權人爲此種附隨必要行爲時，應擇於供役不動產損害最小之處所與方法¹⁹¹，以符「比例原則」¹⁹²。此但書規定於供役不動產所有人與不動產役權人間創設法定債之關係，不動產役權人如因過失而有違反時，對供役不動產所有人應負損害賠償之責¹⁹³。例如通行不動產役權人欲在供役不動產上開闢道路，有兩處可供開闢，一處有花圃，另一處只是單純空地，則通行不動產役權人應擇空地之處開闢道路，而非有花圃之處，因其非對供役不動產損害最小之處。若通行不動產役權人擇有花圃之處開闢道路，應對供役不動產所有人負損害花圃之賠償責任。另不動產役權人使用供役不動產，多不具獨占性，不但可設定內容不相排斥之數個不動產役權，亦可設定其他以供役不動產爲標的之物權，例如地上權、農用權、典權等。故不動產役權人爲附隨之必要行爲時，除須顧及供役不動產所有人之利益外，亦須兼顧其他以供役不動產爲標的之物權人之權益，選擇對其損害最少之處所及方法爲之¹⁹⁴。

第三款 得行使物上請求權

不動產役權人在其權利範圍內，對於供役不動產有直接支配之權能，此種情形與不動產所有人無異，故依民法第七六七條第二項規定，第七六七條第一項關於所有權保護之規定，於不動產役權準用之。

第七六七條第一項所定之請求權共有三個：一是所有物返還請求權，二是所有權妨害除去請求權，三是所有權妨害預防請求權。首先，關於返還請求權，基

¹⁸⁹ 劉惠利，同前註 2，頁 103-104。

¹⁹⁰ 姚瑞光，同前註 22，頁 190。

¹⁹¹ 參見民法第 854 條但書。

¹⁹² 王澤鑑，同前註 50，頁 409。史尚寬，同前註 3，頁 218。

¹⁹³ 謝在全，同前註 133，頁 206。

¹⁹⁴ 吳光明，同前註 78，頁 333。

於不動產役權亦須隨供役不動產才能行使，如供役不動產不存在，不動產役權自無從達其行使之目的。換言之，不動產役權之標的物占有本身與需役不動產之占有結合，若供役不動產被他人無權占有將有害於不動產役權之行使，為徹底排除妨害不動產役權之行使，不動產役權人自亦應有返還請求權¹⁹⁵。另準用並非全盤適用，僅就其性質相近者，依其權利之性質而為適用，是以不動產役權之內容如需占有供役不動產，而其供役不動產又為他人無權占有，致不動產役權人全然喪失供役不動產之占有，無從行使不動產役權時，不動產役權人應有請求該他人將供役不動產交還不動產役權人占有或管領之必要，且供役不動產既在不動產役權人手中，被他人侵奪而去，則不單純訴請其遷出(排除侵害)，而請求將之交還不動產役權人，於理論上亦無不可¹⁹⁶。

後兩個請求權，係為謀不動產役權之圓滿行使所必須。例如有人將通路阻塞妨害通行不動產役權人通行，通行不動產役權人可對之行使不動產役權妨害除去請求權，排除其通行之阻礙。此外，若有人之建築物遇大雨，有倒塌發生阻礙通路之危險時，通行不動產役權人可對之行使不動產役權妨害預防請求權，請求其為必要之預防措施。

第四款 通行不動產役權行使或方法之變更

新修正之民法第八五五條之一規定：「供役不動產所有人或不動產役權人因行使不動產役權之處所或方法有變更之必要，而不甚礙不動產役權人或供役不動產所有人權利之行使者，得以自己之費用，請求變更之。」本條於通行不動產役權之內容說明如下：1.不動產役權人主觀上認行使不動產役權之處所或方法有變更之必要，尚有未足，必須其變更亦無甚礙供役不動產所有人權利之行使，不動產役權人始得行使之。2.因變更所生之費用，應自行負擔。3.此項變更亦不得有

¹⁹⁵ 李肇偉，同前註 3，頁 311。王澤鑑，同前註 50，頁 410。謝在全，同前註 133，頁 208。

¹⁹⁶ 謝在全，同前註 133，頁 208-209。

礙其他用益權人之權利行使，例如第八五一條之一之用益權人¹⁹⁷。筆者以為，為使土地能獲得充分的利用，以謀求最大的經濟效益，在不過度影響雙方當事人權益的前提下，雙方當事人可合意使一方當事人變更行使不動產役權之處所或方法，且由提出變更者負擔費用，於公益及雙方之利益均有所助益。例如甲在乙所有之土地設定通行不動產役權，並在該地東側架設天橋以供通行之用。後來政府在該地西邊附近開闢新的道路，甲認為改通行西邊，路程較短，節省通行時間，因而打算將天橋改架設在西側，若乙認為甲將天橋改架設在西側，對其土地之利用無礙時，則甲可自費拆除東側之天橋，改在西側架設新天橋。

第二項 通行不動產役權人之義務

第一款 維持設置之義務

依新修正之民法第八五五條第一項前段規定：「不動產役權人，因行使權利而為設置者，有維持其設置之義務。」意即不動產役權人既有為附隨之必要行為與設置之權，則因行使權利而為設置者，自有維護設置之義務。例如通行不動產役權為通行之必要，設置天橋，則其對於天橋自有維護之義務，以避免因天橋之毀損造成供役不動產所有人之損害。若通行不動產役權人未盡該義務，致供役不動產所有人受有損害，其應負賠償之責。另新修正之民法將本條增訂後段：「其設置由供役不動產所有人提供者，亦同。」即若設置由供役不動產所有人提供者，亦由不動產役權人負維持義務，與德國民法第一〇二一條第一項規定，係由供役地所有人負維持義務者不同，蓋以該項設置既以便利不動產役權之行使為目的，設置又由其使用，故依公平原則由不動產役權人負維持之責¹⁹⁸。

第二款 允許供役不動產所有人使用設置之義務

¹⁹⁷ 謝在全，同前註 133，頁 204-205。

¹⁹⁸ 民法物權編研修資料彙編第 6 冊，頁 114-115。

依新修正之民法第八五五條第二項規定：「供役不動產所有人於無礙不動產役權行使之範圍內，得使用前項之設置，……。」是以，供役不動產所有人，得使用設置物，換句話說，不動產役權人有允許供役不動產所有人使用設置物之義務¹⁹⁹，除非供役不動產所有人使用設置物會妨礙不動產役權人行使不動產役權。例如：設有通行不動產役權之土地，不動產役權人爲通行之需要而設置天橋，土地所有權人於不妨礙不動產役權人行使通行不動產役權之前提下，也可使用天橋通行。

第三款 地租支付之義務

不動產役權之設定，雖不以有償爲必要條件，但約定爲有償時，不動產役權人即有依約支付之義務。另依新修正之民法第八五九條之二準用第八三六條第二項之規定，地租之約定經登記者，不動產役權讓與時，前不動產役權積欠之地租，受讓人應負連帶清償責任²⁰⁰。

第三項 供役不動產所有人之權利

第一款 地租及其調整請求權

若不動產役權之設定，有地租之約定時，供役不動產所有人自有請求不動產役權人給付地租之權利。另依新修正之民法第八五九條之二準用第八三五條之一規定，原縱無地租之約定，然如因不動產所有人就不動產之負擔增加，非當時所能預料，仍無償使用顯失公平者，不動產所有人得聲請法院酌定其地租。而不動產役權設定後，因土地價值之昇降，依原定地租給付顯失公平者，不動產所有人得聲請法院增加之。再者，依新修正之民法第八五九條之二準用第八三六條第二項之規定，地租之約定經登記者，不動產役權讓與時，前不動產役權積欠之地租，

¹⁹⁹ 吳光明，同前註 78，頁 334。

²⁰⁰ 謝在全，同前註 133，頁 210。吳光明，同前註 78，頁 335。

得向受讓人請求連帶清償²⁰¹。

第二款 設置使用權

供役不動產所有人有時得與不動產役權人共同利用供役不動產，因而不動產役權人因行使權利而有所設置時，為避免供役不動產所有人重行設置之勞費，依新修正之民法第八五五條第二項前段規定之意旨，供役不動產所有人於無礙不動產役權行使之限度內，可使用該設置²⁰²。即供役不動產所有人就該設置之使用權，與不動產役權人有相衝突之情形時，仍次於不動產役權人²⁰³。

第三款 供役不動產使用處所與方法變更之請求權

德國民法第一〇二三條第一項規定：「地役權之行使限於供役地之一部分者，所有人認為該部分之使用對其有特殊不便時，得請求將地役權之行使，遷移於其他適於地役權人利益之處所，遷移之費用應由所有人負擔，並須預付。」此項請求權，因我國民法本無規定，故供役不動產所有人有無相同之權利，不無爭議。例如供役不動產所有人為了蓋新的房舍，得否請求通行不動產役權人遷移通行道路於其他適當處所？

此一問題，於新修正之民法增訂第八五五條之一規定後獲得解決。條文內容：「供役不動產所有人因行使不動產役權之處所或方法有變更之必要，而不甚礙不動產役權人權利之行使者，得以自己之費用，請求變更之。」蓋不動產役權之性質著重於不動產之用益，故若能調和供役不動產與需役不動產兩不動產之利用，提高兩不動產之使用效益，對於供役不動產之使用處所、方法有所變更，並無不可。且有時不動產役權人與供役不動產所有人並得共同使用供役不動產，此

²⁰¹ 謝在全，同前註 133，頁 214。黃志偉，同前註 143，頁 138。吳光明，同前註 78，頁 335。

²⁰² 參見民法第 855 條第二項。

²⁰³ 黃志偉，同前註 143，頁 138。謝在全，同前註 133，頁 213。姚瑞光，同前註 22，頁 193。史尚寬，同前註 3，頁 221。

與地上權、農育權、典權等定限物權，係獨占的使用土地不同，且不動產役權人行使權利，應選擇於供役不動產損害最少之處所與方法為之，此為不動產役權人利用供役不動產之基本原則，故基於此等法理，為顧全供役不動產所有人之利益起見，應與德國民法為相同之解釋。而變更所需費用，由供役不動產所有人負擔。此變更請求權，乃供役不動產所有權所含之權利，得依自己事實上不動產之改變，而引起內容之變更²⁰⁴。例如通行不動產役權人為通行之需要在供役不動產上修築道路，之後供役不動產所有人因建築房子之需要，必須利用道路部分不動產時，供役不動產所有人可請求不動產役權人變更道路的位置，只要該變更不損及通行之目的，通行不動產役權人可接受該請求，而變更的費用由供役不動產所有人負擔。如此，通行不動產役權人仍能繼續通行供役不動產供需役不動產便宜之用；另一方面，供役不動產所有人可順利建築房屋使用，兩全其美。

第四項 供役不動產所有人之義務

第一款 容忍及不作為之義務

不動產役權係以供役不動產供需役不動產便宜之用，故供役不動產所有人於不動產役權目的範圍內，有容忍不動產役權之行爲及不爲一定利用之不作為義務。例如通行不動產役權是以供役不動產供需役不動產通行之用，供役不動產所有人負容忍通行不動產役權人通行供役不動產之義務；且於通行之道路上，供役不動產所有人亦負有不能爲妨害通行不動產役權人通行之利用的不行爲義務。

至於供役不動產所有人是否負有積極作為之義務？有論者認為原則上沒有，蓋自不動產役權沿革而言，羅馬法上有「役權無作為義務」之原則。而在我國民法上，不動產役權既為物權，則其權利內容自以對供役不動產之直接支配為限，而不得請求供役不動產所有人為一定之行爲，此與不動產役權所由來之羅馬

²⁰⁴ 史尚寬，同前註 3，頁 221。姚瑞光，同前註 22，頁 193。王澤鑑，同前註 50，頁 413。謝在全，同前註 133，頁 213-214。劉惠利，同前註 2，頁 106-107。

法上沿革相符。惟例外若約定供役不動產所有人於不動產役權存續期間內，負有使供役不動產合於所約定之一定狀態者，即供役不動產所有人有一定之作爲義務，依不動產役權乃在圖調和土地之利用而言，固無不可²⁰⁵，因此，例外可認爲供役不動產所有人負有積極作爲義務。而由德國民法第一〇二一條第一項²⁰⁶及日本民法第二八六條²⁰⁷規定觀之，也認爲供役不動產所有人可負有積極作爲義務。

另外，此約定係生債權效力或物權效力，則有不同見解。有認爲此項約定僅於當事人間生債權效力，而無物權效力，故不得以此約定拘束供役不動產之受讓人²⁰⁸。而日本學說則分成兩說²⁰⁹，一說認爲物權的不動產役權是對物權自體支配供役不動產，若爲求積極的行爲係爲債權義務；另一說認爲不動產役權從本質上是調節兩宗不動產間的利用，於利用上必要的設備等作爲不動產役權的內容，應屬附隨之義務，依此而爲物權義務。物權義務說爲多數說。

本文見解

本文以爲供役不動產所有人，於不動產役權行使的範圍內，原則上只有容忍和不作爲之義務，除非雙方當事人另行約定使供役不動產所有人爲一定作爲之義務。例如通行不動產役權人與供役不動產所有人約定由供役不動產所有人負責通行道路之鋪設，則此時基於尊重當事人之間的私法自治，故肯認供役不動產所有人負有依約定履行作爲之義務。惟我國民法與德國民法及日本民法不同，並無明文規定，所以基於物權法定主義，不能創設不動產役權之內容，且亦無從爲公示，是以，通行不動產役權人與供役不動產所有人所爲之約定，僅具有債權效力，而無物權效力，因而不得拘束供役不動產之受讓人。

²⁰⁵ 謝在全，同前註 133，頁 212。劉惠利，同前註 2，頁 107。

²⁰⁶ 德國民法第 1021 條第 1 項：「供役地上的設備屬於行使地役權範圍的，在地役權的利益所需範圍內，可以規定，供役地所有人應當維護該設備。」

²⁰⁷ 日本民法第 286 條：「因設定行爲或特別契約，供役地所有人，負有以其費用爲地役權之行使設置或修繕工作物之義務，供役地所有人之指定承受人，亦負擔此義務。」

²⁰⁸ 謝在全，同前註 133，頁 212。

²⁰⁹ 劉惠利，同前註 2，頁 108。

第二款 維持設置費用之分擔義務

供役不動產所有人，於不妨礙不動產役權行使範圍內，得使用不動產役權人所為之設置，且應按其受益之程度，分擔維持其設置之費用，上述於新修正之民法第八五五條第二項有明文規定。目的係爲了使設置物能達到物盡其用，同時讓供役不動產所有人不必再爲其他設置，以節省無益之費用，但應按其受益之程度分擔設置之費用，以示公平²¹⁰。惟此僅係任意規定，當事人得另爲約定²¹¹。

第四節 通行不動產役權之消滅

第一項 消滅之原因

通行不動產役權爲不動產物權，不動產物權之一般消滅事由自有其適用，且不動產役權具有從屬性，其尚有特別消滅事由，一併敘述如下：

第一款 一般消滅事由

1. 混同

不動產役權取得後，需役不動產與供役不動產同歸於一人所有時，不動產役權因混同而消滅，但需役不動產或供役不動產爲第三人權利之客體，致其存續於所有人或第三人有法律上之利益者，則例外不消滅²¹²²¹³。例如一設有地上權之土地取得通行不動產役權，其後需役不動產所有人取得供役不動產所有權，需役不動產與供役不動產同歸於一人所有時，不動產役權本因混同而消滅，但因需役不動產上尚有地上權，若地上權人對於供役不動產有通行之利益者，則通行不動產役權例外不消滅。另基於不動產役權不可分性，就供役不動產或需役不動產共有

²¹⁰ 吳光明，同前註 78，頁 336。姚瑞光，前揭書，頁 192。王澤鑑，同前註 50，頁 412。謝在全，同前註 133，頁 214。

²¹¹ 王澤鑑，同前註 50，頁 412。謝在全，同前註 133，頁 214。

²¹² 參見民法第 762 條。

²¹³ 黃志偉，同前註 143，頁 140。謝在全，同前註 133，頁 216。

人中之一所生之混同，不動產役權不因之而消滅。

2. 拋棄

無償不動產役權，無論是有期限或無期限，基於民法第七六四條財產權應得隨時拋棄之法理，不動產役權既為財產權，法律又無禁止拋棄之規定，不動產役權人自得隨時拋棄。另有償不動產役權，通說認為有期限者應支付剩餘期間之對價(地租)後，始得拋棄，否則供役不動產所有人仍得繼續請求。不動產役權無期限或永久期限者，為兼顧雙方當事人之利益，新修正之民法第八五九條之二規定準用民法第八三五條第二項之規定，即不動產役權人應於一年前通知不動產所有人或支付未到支付期之一年分之對價後，始得拋棄之。惟需役不動產有抵押權存在，因不動產役權之拋棄可能影響抵押權人之利益，故其拋棄應得抵押權人之同意²¹⁴。又拋棄之方法，應向供役不動產所有人以意思表示為之，並依民法第七六四條、第七五八條及土地法第七十二條規定，辦理塗銷登記。如為共有之不動產役權，必須由共有人全體為拋棄之意思表示，共有人不得就其應有部分為拋棄之意思表示²¹⁵。

3. 存續期間屆滿與約定消滅事由發生

不動產役權訂有存續期限者，於期限屆滿時，不動產役權自歸於消滅。例如當事人雙方設定通行不動產役權三年，三年期滿，通行不動產役權消滅。而當事人約定以特定事由之發生為不動產役權消滅原因者，於該特定事由發生時，不動產役權歸於消滅。例如當事人設定通行不動產役權時，約定當政府在當地開闢道路後，通行不動產役權消滅之解除條件，若其後條件成就，通行不動產役權消滅。

4. 事實上不能

新修正之民法第八五九條第二項規定：「不動產役權因需役不動產滅失或不堪使用而消滅。」此種情況分成兩類：

²¹⁴ 黃志偉，同前註 143，頁 139-140。謝在全，同前註 133，頁 217。王澤鑑，同前註 50，頁 414。

²¹⁵ 吳光明，同前註 78，頁 337。

(1)標的物滅失：不動產役權因需役不動產或供役不動產之全部滅失而消滅。若因一部分滅失。不當然發生不動產役權消滅之結果，應以殘餘之不動產，是否使不動產役權行使不能為斷²¹⁶。例如設定通行不動產役權之供役不動產原範圍，因地震導致地形發生變化，致使可供通行範圍縮小，若因而無法滿足需役不動產通行之需求者，則該通行不動產役權消滅。

(2)目的不能：因自然原因，致使不動產役權之目的不能實現時，不動產役權亦應歸於消滅²¹⁷。例如上述之供役不動產，若因地震導致地形發生變化，導致其與需役不動產間難以聯絡通行，則該通行不動產役權亦消滅。

第二款 特別消滅事由

1. 土地徵收

國家機關因徵收而取得土地者，係屬原始取得性質，故在該土地上之負擔歸於消滅，因而供役不動產被徵收時，不動產役權自難逃消滅之命運。但徵收之土地為需役不動產時，因不動產役權具有從屬性，自應由需用土地所有人取得不動產役權²¹⁸。

2. 土地重劃

因土地重劃致不動產役權消滅者，其情形有二：

(1)農地重劃土地之上所存之地役權，於重劃後仍存在於原有土地上。但因重劃致設定地役權之目的已不存在者，其地役權視為消滅，地役權人得向土地所權人請求相當之補償²¹⁹。此項請求權之行使，應自重劃分配確定之日起，二個月

²¹⁶ 史尚寬，同前註 3，頁 222。

²¹⁷ 吳光明，物權法新論，2006 年 8 月，頁 336。

²¹⁸ 謝在全，同前註 133，頁 216。

²¹⁹ 參見農地重劃條例第 32 條第 1 項。

內為之²²⁰。因重劃致地役權人不能享受與從前相同之利益者，得於保存其利益之限度內設定地役權²²¹。

(2)在都市土地，地役權因市地重劃致不能達其設定目的者，該權利視為消滅。地役權人得向土地所有權人請求相當之補償²²²。此項請求權之行使，應於重劃分配結果確定之次日起二個月內為之²²³。

上述所謂地役權不能達設定之目的或其目的已不存在者，應係指土地經重劃分配後，經分得之供役地已不能再供需役地便宜之用，或需役地已不再需使用供役地而言。而因此得請求補償者，基於公平原則似應以有償之地役權為限。另所謂地役權不能享受與從前相同之利益者，則係指供役地所能供之便宜或需役地所需之便宜已有縮減，故只能於所存利益之限度內再設定地役權²²⁴。

3. 法院之宣告

依新修正之民法第八五九條第一項規定：「不動產役權之全部或一部無存續之必要時，法院因供役不動產所有人之請求，得就其無存續必要之部分，宣告不動產役權消滅。」所謂不動產役權無存續之必要，係指不動產役權之存在，已不能或難於供原定便宜之用而言。此可自供役不動產與需役不動產兩方面為觀察。自供役不動產來說，供役不動產滅失或未滅失但無供或不能供需役不動產便宜之用而言²²⁵，例如設有通行不動產役權之供役地，因地震造成地形變動，而與需役不動產通行聯絡困難者謂之。自需役不動產來說，需役不動產之滅失，或是需役不動產已無繼續利用不動產役權之必要者，不動產役權自無存續之必要²²⁶。例如為通行設有不動產役權之需役不動產，因公共道路之新設，使需役不動產直接面臨道路，使通行不動產役權喪失其設定之目的，則該通行不動產役權無存續之必

²²⁰ 參見農地重劃條例第 32 條第 3 項準用第 31 條第 2 項。

²²¹ 參見農地重劃條例第 32 條第 2 項。

²²² 參見平均地權條例第 64 條第 1 項。

²²³ 參見平均地權條例第 65 條。

²²⁴ 謝在全，同前註 133，頁 217。

²²⁵ 謝在全，同前註 133，頁 218。

²²⁶ 謝在全，同前註 133，頁 218。

要，法院因供役不動產所有人之請求，宣告不動產役權消滅。此外，需役不動產原用途一時暫停，而不動產役權尚有利益存在者，仍難認為不動產役權無存續之必要²²⁷，例如設有通行不動產役權之需役不動產上有工廠，因颱風導致設備毀損暫時停工，不能因此認為該通行不動產役權無存續之必要。另不動產役權之一部無存續之必要者，亦可依本條規定，請求法院宣告無存續必要部分之不動產役權消滅。另一方面，為此項請求權之主體，法條文義似僅限於供役不動產所有人，惟供役不動產設定不動產役權後，於該土地上取得地上權、農育權、典權或租賃權之人，為實際利用供役不動產之人，為避免影響其土地之利用，似宜認為亦得行使此項請求權，而該請求權之相對人為不動產役權人²²⁸。

發生無存續必要之情事時，如當事人同意消滅不動產役權時，不動產役權當然可因雙方當事人聲請塗銷登記而消滅，無須經由法院宣告消滅之必要。故新修正之民法第八五九條第一項之規定，係於不動產役權人不同意消滅時，始有適用。此種宣告不動產役權消滅之判決為形成判決，判決確定時，不動產役權即歸於消滅，不以塗銷登記為生效要件。判決確定後，供役不動產所有人即可單獨申請辦理塗銷不動產役權之登記²²⁹。

第三款 出於可歸責當事人之事由

1. 因不動產役權人違反約定用法而終止

依新修正之民法第八三六條之三前段規定：「地上權違反約定之使用方法，經土地所有人阻止而仍繼續為之者，土地所有人得終止地上權。」本條規定，依第八五九條之二規定，於不動產役權準用之²³⁰。另此處請求終止之主體，除不動產所有人外，在該不動產上取得地上權、農育權、典權或租賃權之人，為實際利

²²⁷ 王澤鑑，同前註 50，頁 415。

²²⁸ 劉惠利，同前註 2，頁 110。謝在全，同前註 133，頁 220。

²²⁹ 參照土地登記規則第 7 條及第 27 條之規定。

²³⁰ 謝在全，同前註 133，頁 220。

用供役不動產之人，若不動產役權人違反約定之使用方法，致影響其不動產之利用，如不動產役權係該等用益權人與不動產役權人設定者，該等用益權人似亦可終止該不動產役權。

2. 因欠租而終止

依新修正之民法第八五九條之二準用第八三六條規定：「不動產役權如有地租之約定，而不動產役權人積欠租金達二年之總額，除另有習慣外，不動產所有人經定相當期限催告不動產役權人支付地租，如其於期限內不為支付時，不動產所有人即得終止不動產役權。不動產役權經設定抵押權者，並應同時將該催告之事實通知抵押權人。地租之約定經登記者，不動產役權讓與時，前不動產役權人積欠之地租應併同計算。」是以，不動產役權若約定為有償，不動產役權人須定期支付地租予不動產所有人，若不動產役權人不支付地租，且積欠租金總額達二年，如經不動產所有人定相當期限催告其支付租金，而不動產役權人仍不於所定期限內為支付者，為保障不動產所有人之權益，其得終止不動產役權人繼續行使不動產役權之權利。另如不動產役權地租之約定經登記者，因已有公示外觀，故受讓不動產役權之人可事前調查知悉讓與人是否支付地租，且也為保障不動產所有人之利益，因而課與受讓不動產役權之人應連同負擔前不動產役權人所欠之地租。當然，受讓不動產役權之人可另依與前不動產役權人之內部關係請求賠償或返還，自不待言。另若不動產役權有設定抵押權者，因如不動產役權被不動產所有人終止，則抵押權將失所附麗，故為保障抵押權人之權益，不動產所有人應同時將該催告之事實通知抵押權人。

第二項 消滅之效力

不動產役權既已消滅，不動產役權人已無再繼續支配供役不動產之權能，故依一般法理，不動產役權人除供役不動產所有人得單獨聲請塗銷不動產役權登記

外，應負協同塗銷不動產役權登記之義務²³¹。如占有供役不動產者，負回復原狀交還不動產之義務，不占有供役不動產者，而在其上有設置工作物時，應負回復原狀之義務²³²。以通行不動產役權來說，通行不動產役權人因該不動產役權消滅，則不得再以他人不動產為自己不動產而為通行之行爲。

此外，關於供役不動產上有不動產役權人設置之工作物時，供役不動產所有人對於該工作物有無購買權？依新修正之民法第八五九條之一規定：「不動產役權消滅時，不動產役權人所爲之設置，準用第八三九條之規定。」另新修正之民法第八三九條第三項規定：「地上權人取回其工作物前，應通知土地所有人。土地所有人願以時價購買者，地上權人非有正當理由，不得拒絕。」意即若供役不動產所有人提出願以時價購買供役不動產上不動產役權人所設置之工作物時，不動產役權人非有正當理由，不得拒絕供役不動產所有人之請求。而此處所謂之設置，包括定著物或其他工作物在內²³³。

第五節 小結

通行不動產役權為不動產役權之一種，因而亦具有不動產役權之特性，例如從屬性、不可分性、不具獨占性。另通行不動產役權可由法律行爲取得，如設定行爲與讓與行爲。設定行爲內容包括供役不動產之設定主體，以供役不動產所有人為限；而需役不動產之設定主體，除所有人之外，依新修正之民法第八五九條之三規定，用益物權人與承租人亦可為設定主體。關於通行不動產役權從屬性之歸屬，有從屬所有權說及從屬用益權說，筆者基於簡化當事人間之法律關係之理由，認宜採從屬用益權說。又存續期間可約定永久，此外，當事人也可自行約定為有償或無償，惟如約定為有償者，因對價非不動產役權成立之要件，是以非經

²³¹ 參見土地登記規則第 143 條。

²³² 謝在全，同前註 133，頁 221。

²³³ 謝在全，同前註 133，頁 221-222。鄭玉波，同前註 150，頁 194。

登記，不得對抗受讓需役不動產之第三人，而僅具有普通債權之效力。另通行不動產役權不具獨占性，得於同一土地與其他物權存在。惟若有礙存在在先物權之行使，設定前應先經前物權人同意，始可為之。通行不動產役權亦可基於法律行為以外之事實取得。如時效取得和繼承取得。通行不動產役權時效取得係指以行使通行不動產役權之意思，二十年間和平、公然(表見)、繼續以他人不動產供自己不動產通行之用，得請求登記為通行不動產役權人(如其占有之始為善意並無過失者，其期間為十年)。

通行不動產役權人之權利與義務，前者包括 1.得通行供役不動產、2.得為附隨之必要行為與設置、3.得行使物上請求權、4.通行不動產役權行使或方法之變更；後者包括 1.維持設置之義務、2.允許供役不動產所有人使用設置物之義務、3.地租支付義務。另供役不動產所有人之權利與義務，前者包括 1.地租及其調整請求權、2.設置使用權、3.供役不動產使用處所與方法變更之請求權；後者包括 1.容忍及不作為之義務、2.維持設置費用之分擔義務。

通行不動產役權消滅事由有三，分別為一般消滅事由、特別消滅事由、出於可歸責當事人之事由。前者包括 1.混同、2.拋棄、3.存續期間屆滿與約定消滅事由發生、4.事實上不能。中者包括 1.土地徵收、2.土地重劃、3.法院之宣告。後者包括 1.因不動產役權人違反約定用法而終止、2.因欠租而終止。消滅之效果為通行不動產役權人應回復供役不動產之原狀，並塗銷通行不動產役權之登記。另若供役不動產所有人提出願以時價購買供役不動產上不動產役權人所設置之工作物時，不動產役權人非有正當理由，不得拒絕供役不動產所有人之請求。

第五章 基於債權契約之鄰地通行權

第一節 前言

對鄰地以爲通行之使用，除了法定的袋地通行權、通行不動產役權以及公用地役權之外，當事人亦可於不違反強行規定及公序良俗的前提下，透過訂定債權契約之方式，合意決定符合雙方當事人利益之土地通行型態。一般而言，以債權契約約定之鄰地通行權之類型有兩種，一以租賃形式訂定，另一以使用借貸形式訂定。

土地租賃係有償對價的使用型態，其通行的內容，較能從契約約定的內容得知；相對，土地使用借貸係無償使用的型態，若通行人以無償方式爲利用時，而土地所有權人不聞不問，未置可否的態度，是否有與土地通行人訂定土地使用借貸契約，則有疑問。以下就此兩種類型之約定通行權相關內容，分別敘述之。

第二節 基於租賃契約之鄰地通行權

第一項 前言

稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用、收益，他方支付租金之契約²³⁴。因而土地所有權人可支付租金，承租他人之土地以爲通行之用。例如(如圖二)一土地所有權人甲之土地雖有與道路(3)相接，惟甲要前往道路(1)，必須經由道路(3)至道路(2)，才能到道路(1)，另甲可向乙承租土地，直接通行乙地至道路(1)；或是向丙承租丙地，通行丙地至道路(2)，在前往道路(1)。出租人乙或丙，應保持各該土地適合供通行用，而不能有礙於承租人甲通行之情況²³⁵。惟若甲有

²³⁴ 參見民法第 421 條第 1 項。

²³⁵ 參見民法第 423 條。

特殊通行之需求(例如通行大型車輛)，可與乙或丙約定，於各該地開闢柏油路，並自行維護。又租賃係將標的物之利用權能全部交付予承租人，意即承租人對於標的物可為排他之利用，非經約定出租人不得使用²³⁶，易言之，乙或丙非經甲同意，不得通行乙地或丙地，除非是為維護各該土地適於通行之目的。

依上所述可知，租賃通行契約係指通行地所有權人將土地出租予他人通行之用，而承租人支付租金予通行地所有權人以為對價。此租賃契約以通行為內容，與前述之通行權在性質上有相似之處，於後詳述之。



(圖二)

第二項 租賃契約之通行權與其他通行權之比較

第一款 租賃契約之通行權與通行不動產役權之區別

租賃契約之通行權與通行不動產役權同為意定通行權，而兩者之區別，如下所述：

²³⁶ 沢井裕，隣地通行權，1987年5月，一粒社，頁181。

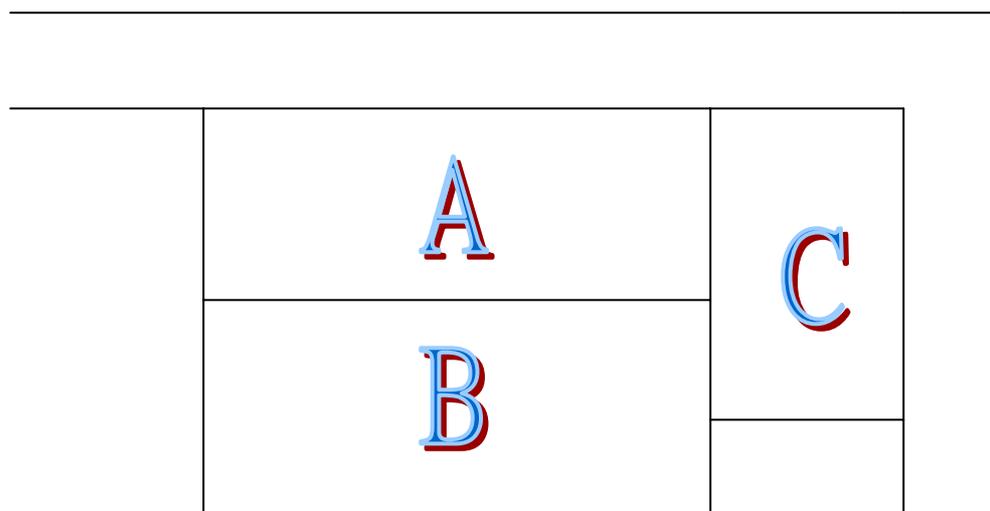
1.前者屬債權性質，只需雙方當事人合意，不需經過登記即可成立；後者屬物權性質，需經過登記才能成立生效。

2.前者屬債權性質，僅具相對性，故若遇有妨害其行使權利者，只能通知出租人或代位主張出租人之權利加以排除；而後者因屬物權性質，具有絕對排他性，因而若遇有妨害其行使權利者，可準用民法第七六七條規定，直接加以排除。

3.前者係有償，後者可為有償也可為無償。

第二款 租賃契約之通行權與袋地通行權之關係與區別

租賃契約之通行權與袋地通行權，兩者似存在互斥關係，當一個與公路無適宜之袋地，若符合法定要件，則可對鄰地主張袋地通行權，例如(圖三)中的 B 地為一袋地，依民法第七八七條規定，可對鄰近之 A、C 地主張袋地通行權，以通行至公路。惟若 B 地利用人與 A 地所有權人訂定租賃契約以為通行，則此時就不符合袋地通行權之與公路無適宜聯絡的要件，故不能對 C 地主張袋地通行權。直到該租賃契約消滅後，才能再主張袋地通行權。



(圖三)

至於兩者之區別，如下所述：

1.前者係有償的，通行與支付價金間具有對價關係；後者原則無需支付對價，惟若通行造成通行地受有損害時，袋地通行權人應支付償金，但償金與通行間不具對價關係。若袋地通行權人不支付償金，周圍地所有人只能對其主張債務不履行損害賠償，而不得拒絕其通行。

2.前者為意定通行權，由契約當事人間意思表示合致而成立，後者為法定通行權，係法律給予之權利，不待當事人之意思表示，只要具備法定要件即可主張。

3.關於消滅原因，前者如契約訂有期限，於期限屆滿時，通行權歸於消滅；承租人或借用人於契約關係存續中死亡，且可能已無繼續用益標的物之實益，承租人之繼承人或貸與人得終止契約；抑或是承租人或借用人違反約定或不依標的物性質而定之方法使用標的物者，出租人或貸與人得終止契約。後者如喪失袋地性、不具備周圍地他人性、合意廢止袋地通行權、合於權利失效原則，袋地通行權消滅。

第三項 通行地所有權之轉讓

依民法第四二五條規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。」同法第四二二條規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」租賃契約雖是債權契約，理論上只具有相對性，契約當事人不能以契約內容對抗第三人，惟依上開條文規定，租賃期限在五年內訂有字據或經公證之契約，於出租人交付租賃物於承租人後，由承租人占有中者，此種情況縱使出租人將標的物所有權讓與受讓人，承租人仍可對該受讓人主張租賃契約之效力，此類情形，學說稱為「租賃契約之物權化」。是以，租賃鄰地通行權契約後，出租人轉讓土地予他人，該契約之效力，依上開民法規定，區

分爲兩種：

1.若當事人訂定之契約，租期在五年以內且以字據訂定，或經公證者，土地亦已經出租人交付給承租人通行者，即使出租人將土地受讓給他人，承租人仍可對受讓人主張租賃契約之內容。

2.若當事人訂定之契約內容非屬 1 之事項者，則承租人不能以租賃契約內容對抗通行地之受讓人，即受讓人可排除承租人通行該地。

第四項 通行權之轉讓與轉租

第一款 通行權之轉讓

一、實務見解

若承租人將租賃所得之通行權轉讓予他人，則該受讓人可否對出租人主張契約之內容而通行出租人之土地，此有爭議。曾有實務見解²³⁷認為，有關通行權之契約若屬債權性質，依民法第二九四條第一項前段規定：「債權人得將債權讓與於第三人」，及第二九七條第一項前段：「債權之讓與非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。」則受讓人自得由原承租人受讓系爭土地之通行權，且若已踐行通知出租人之義務，自可對出租人發生讓與之效力，而通行該土地。惟另有實務²³⁸認為，鄰地所有人間所訂之約定通行權契約，僅於當事人間發生債之效力。其債權債務之主體，以締結契約之當事人為準，應由各該當事人行使契約上之權利或負擔其義務。主體如有變更，係屬更改或契約承擔之性質，非得契約原當事人之同意，不得為之。

二、學說見解

²³⁷ 最高法院 83 年台上字第 347 號判決。

²³⁸ 最高法院 84 年台上字第 220 號判決，87 年台上字第 1964 號判決。

有論者²³⁹以為，租賃關係的成立與存續是基於雙方的信任，通常均解為非經出租人同意不得讓與(可從第四四三條依舉輕明重推知)，違反時出租人亦可終止契約²⁴⁰。意即除了告知出租人之外，尚須經其同意，通行權之受讓人始能通行出租人之土地。

三、本文見解

本文以為通行權租賃契約之受讓人，除告知租賃地之所有權人(即出租人)之外，亦須得其同意，始能成為租賃契約的新當事人，而行使通行權通行出租人之所有地。蓋通行權租賃契約，非單純債權讓與，另涉及土地使用權之移轉，且出租人尚負維持土地適於通行狀態之義務，因而承租人為何人，對於出租人是否願意出租所有地提供通行，有密切的關係。換言之，出租人之所以願意出租該地給承租人通行使用，係基於對承租人之信任，相信承租人會依土地之性質通行該地，同時出租人也做好出租的風險評估。是以，若承租人未經出租人同意，擅自將土地通行權轉讓與他人，將使出租人承擔不可預測的風險，對出租人的權益有所損害及不公。準此，承租人將租賃地之通行權讓與他人時，須經出租人同意始生效力。

第二款 通行權之轉租

承租人於租賃關係存續期間，可否將通行權轉租與第三人？依民法第四四三條第一項本文規定：「承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人。」另依同條第二項規定：「承租人違反前項規定，將租賃物轉租於他人者，出租人得終止契約。」意即基於出租人對於承租人之信賴關係，以及出租人對於承租人利用租賃物之風險評估控管，出租人願與承租人成立租賃關係。惟若承租人非經出

²³⁹ 蘇永欽，同前註 26，頁 19。

²⁴⁰ 最高法院 37 年上字第 6886 號判例。

租人承諾，而將租賃物轉租於他人，將破壞出租人對其之信賴關係，且出租人將無法有效控管租賃物之風險，可能使其蒙受損失。是以，承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租於他人。若承租人非經出租人承諾，將租賃物轉租於他人，出租人得終止契約，如因轉租造成出租人之損害，承租人要負賠償責任²⁴¹。準此，通行地承租人，在租賃關係存續期間，非經出租人同意，不得將租賃地通行權轉租與第三人。若承租人非經出租人承諾，將租賃地通行權轉租於第三人，如因此造成出租人之損害，則承租人要負賠償責任。

第三節 基於使用借貸契約之鄰地通行權

第一項 前言

依民法第四六四條規定：「稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約。」意指當事人可約定標的物以無償方式貸與他方使用，關於提供標的物供他人使用，係與租賃相同，兩者皆屬用益類債權；兩者差異在於使用借貸為無償，而租賃為有償。故例如兩相鄰之土地，一與公路相接，另一未與公路相接，未與公路相接之土地所有權人，若得與公路相接之土地所有權人同意可無償通行該地以至公路者，則此即為約定土地供通行之使用借貸契約。貸與人應維持該土地適於通行之狀態，而不能設置障礙物妨害借用人通行，否則借用人可請求貸與人排除該障礙物²⁴²。

第二項 貸與地所有權之轉讓

若使用借貸契約存續中時，貸與人將土地讓與他人，若該受讓人請求土地借用人終止通行，因民法關於使用借貸之規定，未如租賃有第四二五條「買賣不破

²⁴¹ 參見民法第 444 條第 2 項、第 432 條第 2 項、第 433 條。

²⁴² 最高法院 83 年台上字第 2316 號判決。

租賃」之規定，故借用人不能以使用借貸契約之效力對抗該受讓人，此係使用借貸與租賃另一不同之處，區別的原因應為使用借貸係無償，即使回歸債權相對性之原則，使契約之一方不能對抗第三人，對其所造成的損害不會太大，所以基於例外從嚴的法則而讓使用借貸契約回歸原則。

第三項 借用權之使用借貸

民法第四六七條第二項規定：「借用人非經貸與人之同意，不得允許第三人使用借用物。」相對於第四三三條²⁴³規定之意旨，承租人可自行允許第三人使用租賃物，不須先經出租人同意。蓋用益類債權係本於當事人之信賴關係，而由一方將標的物交付他方使用，若另由第三人使用，將使標的物所有人承擔不可預知之風險，使用借貸為無償，提供給貸與人之保障，對照租賃契約之出租人更為不足，因此，借用人若欲使第三人使用借用物，應經貸與人同意。例如基於使用借貸契約而具有通行權之土地借用人，若想讓其他第三人通行借用通行地，須先通知土地貸與人並得其同意，始能讓第三人通行。

第四項 基於默示使用借貸之通行權

第一款 日本法制

基於默示使用借貸得否成立通行權，涉及當事人真意的解釋。日本學說認為通行使用借貸契約之成立與好意容忍他人通行之不同點在於，通行使用借貸契約之成立，除有讓人通行之意思外，尚須具備「出借意識」。準此，在判斷當事人之真意是否屬於欲成立通行使用借貸契約，從個案中找尋當事人是否具有「出借意識」，是一個重要的輔助判斷的方法²⁴⁴。又日本實務上認為，原訂有土地通行使用借貸契約之貸與人，之後將土地轉賣予第三人，且售價比鄰近的土地便宜，

²⁴³ 民法第 433 條：「……，或因承租人允許為租賃物之使用、收益……」

²⁴⁴ 岡本詔治，隣地通行權の理論と裁判(增補版)，信山社，2009 年 2 月，頁 53。

該土地受讓人(即第三人)亦知該地訂有讓他人通行之使用借貸契約，並對於借用人之通行不持異議，故可認為土地受讓人默示表示繼受土地讓與人原先與借用人所訂定關於通行之使用借貸契約。若契約訂有期限，則受讓人不能於期限屆至前，阻礙借用人通行。反之，土地受讓人不知訂有通行之使用借貸契約，或受讓土地後立即對借用人之通行表示異議，則基於債權之相對性，借用人之使用借貸債權不能對抗土地受讓人²⁴⁵。

由上可知，日本實務以為，土地受讓人知有通行使用借貸契約存在，且於受讓土地後，對於原使用借貸契約借用人之通行不為異議者，視為具有「出借意識」，因而可認為土地受讓人默示表示繼承土地讓與人與借用人所訂定通行使用借貸契約。反之，若土地受讓人若不知有通行使用借貸契約之存在，或知悉但於受讓土地後，立即對借用人之通行表示異議，可顯示其並無「出借意識」，則回歸債權相對性原則，原通行使用借貸契約不拘束土地受讓人。

第二款 我國法制

依民法第一五三條第一項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」是以，當事人間默示互相意思表示合致者，契約亦能成立。惟默示意思表示仍須從外表可看出其行為欲發生一定私法上效果之意思，否則單純的沉默，不能視為係默示意思表示。例如有人一再通行某一土地至公路，但該土地所有權人對於他人通行之行為，不置可否，究竟土地所有權人係默示同意與他人成立使用借貸契約讓其通行，或是基於好意容忍他人通行之行為，此牽涉當事人真意的解釋。我國學界尚無文獻討論此一問題。而我國實務認為，基於債權相對性，土地受讓人不受土地讓與人與借用人所訂定使用借貸契約內容之拘束，即使土地受讓人受讓土地後，對於借用人繼續通行該土地不加以阻

²⁴⁵ 東京地判昭和 44・3・29 下民集 20 卷 3・4 号 160 頁，札幌地判昭和 44・8・28 判時 582 号頁，轉引自岡本詔治，同前註 238，頁 58-62。

止，亦不視為有默示成立通行之使用借貸契約的意思表示²⁴⁶。即我國實務看法一律採取債權相對性原則，即土地受讓人不受土地讓與人與借用人所訂定通行使用借貸契約的拘束。

第三款 本文見解

本文認同日本學說與實務所提出根據土地所有權人是否具有「出借意識」來區別默示訂立通行使用借貸契約與好意容忍他人通行，即於原有訂定通行使用借貸契約的個案中，以土地受讓人是否知悉有該契約存在，以及對於借用人繼續通行是否表示異議，來判斷土地受讓人是否具有「出借意識」，而決定是否有默示訂立通行使用借貸契約。如此判斷具有彈性，比較容易顧及雙方當事人之權益及社會之經濟利益。蓋既然土地受讓人已知有通行使用借貸契約存在，而對原借用人通行不持異議，代表其願意讓借用人繼續行使原契約之權利，顯示其有繼續「出借」該地供借用人通行之意；相對地，借用人見土地受讓人對其繼續通行該地不表反對之意，應會認為土地受讓人有意讓其繼續本於原通行使用借貸契約而為通行，雖然雙方當事人無明示繼續履行通行使用借貸契約之意，惟從兩者的行為外觀可顯示，其有繼續履行通行使用借貸契約的意思，故在此一情形下，可認為土地受讓人默示繼承土地讓與人與借用人所訂立通行使用借貸契約。反之，依我國實務見解，一律採用債權相對性原則，認借用人一律不能以原通行使用借貸契約對抗土地受讓人，則將使借用人於土地受讓人若長期對其通行不持異議，讓借用人以為其默許可依原契約內容通行，如突然表示異議，會使借用人蒙受不可預期之損害，對其有所不公。另無「出借意識」，只是基於友誼關係、親屬關係等好意容忍他人通行者，則不受通行使用借貸契約之拘束，惟依個案情形，若長期通行，可能會時效取得通行不動產役權或公用地役權。總而言之，當事人間係默示成立通行使用借貸契約或僅是好意容忍他人通行，應依個案當事人之真意為判

²⁴⁶ 89 年訴字第 3236 號判決。

斷。

第四節 債權契約之鄰地通行權之消滅

第一項 消滅事由

第一款 一般消滅事由

債權契約之鄰地通行權不論係基於租賃契約或是使用借貸契約，共同之消滅事由如下：

- 1.契約訂有期限者，於期限屆滿時，通行權歸於消滅²⁴⁷。
- 2.承租人或借用人於契約關係存續中死亡，因喪失契約主體適格，且可能已無繼續用益標之物之實益，故承租人之繼承人或貸與人得終止契約，契約關係因而消滅²⁴⁸。
- 3.承租人或借用人應依約定之方式使用標之物，無約定方法者，則依標之物性質而定之方法利用之²⁴⁹。承租人或借用人違反約定或不依標之物性質而定之方法使用標之物者，出租人或貸與人得終止契約²⁵⁰。

第二款 特別消滅事由

一、租賃契約通行權之特別消滅事由

租賃契約特有的消滅事由如下：

- 1.租賃契約未定期限者，承租人或出租人得隨時終止契約。但若有利於承租人之習慣者，從其習慣²⁵¹。但書規定，目的是為了保護弱勢的承租人。

²⁴⁷ 參見民法第 450 條第 1 項、第 470 條第 1 項前段。

²⁴⁸ 參見民法第 452 條、第 472 條第 4 款。

²⁴⁹ 參見民法第 438 條第 1 項、第 467 條第 1 項。

²⁵⁰ 參見民法第 438 條第 2 項、第 472 條第 2 款前段。

²⁵¹ 參見民法第 450 條第 2 項。

2.訂有期限之租賃契約，當事人一方可約定於期限屆滿前，得終止契約²⁵²。惟終止契約，應先期通知相對人²⁵³，以避免其遭受不可預期之損害。

二、使用借貸契約通行權之特別消滅事由

使用借貸契約特有的消滅事由如下：

1.使用借貸契約未定期限者，借用人應於依使用借貸之目的使用完畢後，返還借用物予貸與人。若借用人未返還借用物，貸與人可於經過相當時期後，推定借用人已使用完畢者，向借用人請求返還²⁵⁴。如係不能依借貸之目的定其期限者，貸與人得隨時請求返還借用物²⁵⁵。基於貸與人與借用人利益之平衡，原則以借用人對於借用物使用完畢後，才負返還責任。例外於無法依借貸目的定使用期限者，為保障貸與人之權益，故認貸與人得隨時請求返還借用物。

2.貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物時，得終止契約，請求借用人返還借用物²⁵⁶。蓋使用借貸契約係無償契約，貸與人因自己臨時需要終止契約，不致於對借用人造成太大的損害。

3.借用人未經貸與人同意允許第三人使用借用物者，貸與人得終止契約²⁵⁷。蓋貸與人係基於信賴關係始將借用物無償借予借用人使用，若借用人未經貸與人同意即將借用物交由第三人使用，破壞其與貸與人之間的信賴關係，且因此契約為無償關係，又將使貸與人承擔不可預知的風險，準此，貸與人得終止契約。

4.借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞者，貸與人得終止契約²⁵⁸。蓋貸與人基於信賴借用人會妥善使用借用物，因而無償借與使用，若借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞，不僅破壞貸與人對其之信賴，且使貸與人蒙

²⁵² 參見民法第 453 條前段。

²⁵³ 參見民法第 453 條後段。

²⁵⁴ 參見民法第 470 條第 1 項。

²⁵⁵ 參見民法第 470 條第 2 項。

²⁵⁶ 參見民法第 472 條第 1 款。

²⁵⁷ 參見民法第 472 條第 2 款後段。

²⁵⁸ 參見民法第 472 條第 3 款。

受損害或提高風險，是以，貸與人得終止契約。

第二項 消滅之效力

通行之債權契約因上述事由消滅後，原通行權人(即承租人或借用人)應回復原通行地之原狀²⁵⁹，若有於通行地增設便於通行之工作物，可取回之²⁶⁰，然後歸還予土地所有權人。又在租賃契約關係中，如承租人於通行地上支出有益費用(例如把土地整平或鋪上柏油路面)，若出租人知其情事而不為反對者，契約關係消滅後，承租人可向出租人請求償還該費用，但以其現存之增價額為限²⁶¹。而在使用借貸契約關係中，借用人若有同承租人於通行地上支出有益費用，而貸與人同出租人知其情事而不為反對者，契約關係消滅後，借用人可主張類推適用租賃之規定，向貸與人請求償還該費用。

第五節 小結

以租賃或使用借貸方式訂立契約，使用土地以為通行之用，乃屬私法自治之範圍，當事人於不違反法律強行規定及公序良俗的前提下，得基於意思表示之合致，約定成立符合雙方利益的土地通行態樣。然因該等契約僅具債權性質，故依租賃契約取得之通行權固得依民法第四二五條規定對抗承租土地之受讓人，惟依使用借貸契約取得之通行權，則無從對抗通行地之受讓人，其安定性較弱。

租賃契約與使用借貸契約最大的不同在於，前者為有償而後者為無償。因，此不同，形成兩者契約權利義務關係的差異，例如除了上述可否對抗通行土地受讓人之差別外，關於可否不經土地所有權人同意，即擅自同意第三人通行土地，亦有不同。租賃允許而借貸則不許。會有如此不同，關鍵在於有償與否，影響土

²⁵⁹ 參見民法第 431 條第 2 項但書。

²⁶⁰ 參見民法第 431 條第 2 項本文。

²⁶¹ 參見民法第 431 條第 1 項。

地所有權人對於風險承擔能力的高低。租賃契約因係有償，有承租人的租金可供擔保，出租人承擔承租人使用風險的能力較高，所以承租人可不經出租人同意，擅自同意第三人通行土地；反之，使用借貸契約則否。

另關於默示成立通行使用借貸契約與單純好意容忍通行，兩者如何區別，日本實務提出就個案土地所有權人是否具有「出借意識」來判斷其真意，而我國實務上，對於此類事件仍一律依債權相對性原則或純粹申言以當事人真意為準，筆者以為不妨可參考日本學說與實務所提出的「出借意識」，輔助判斷當事人真意，使該判斷不至於流於恣意，而有較為明確的標準。

第六章 結論

於現代社會中，國民的生活與國家經濟的發展高度仰賴通路的通行，所以在法律制度上規定了各式不同的通行權之形式，以使人與人之間的交流與貨物之間流通能夠達成目的，促進社會進步及滿足人們生活之所需。因而，為達到「地盡其利、貨暢其流」之目標，各政府機關及法律制度應盡可能滿足與保障關於通行權之行使。惟憲法第十五條規定，國家對於人民之財產權應予保障。許多具有實質效益之通路的土地為私人所有，也就是說，通行權之行使將對人民土地所有權之行使造成損害，形成兩種權利的衝突，是以，對私有財產之保護與通路通行之公共利益，兩者間應如何作利益的調整與調和係一大課題。以下就前述各通行權之內容，做一簡述之整理。

一、關於袋地通行權之論述，主要歸納為七點，分述如下：

(一)袋地通行權之立法例與其成立要件：前者主要分成絕對主義與相對主義，採絕對主義如日本，採相對主義如我國、瑞士、德國。後者主要有 1.須土地無適宜之聯絡、2.須土地通常使用所必要、3.周圍地須為他人所有之土地、4.須非土地所有人之任意行為所致。

(二)袋地通行權主體範圍方面，依民法第七八七條第一項規定，僅就土地所有人訂有明文。惟袋地通行權之立法目的，著重於土地的充分利用，而非所有權之歸屬，是以任何對袋地有利用權能之人，應可容許其通行周圍地以至公路，因而民法增訂了第八百條之一，使地上權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人亦可準用袋地通行權之規定。但此準用之規定，並無論及無權占有人，此一問題，日本實務採否定說，日本學說多採肯定說，

認可類推適用；而我國實務也採否定說，我國學說則有所分歧，肯定說、否定說皆有人主張。筆者係採肯定見解。

(三)袋地通行權之權利義務，前者包括袋地通行權人得通行周圍地之權利，惟為避免對周圍地所有人造成太大的負擔，於通行必要範圍內，選擇對周圍地損害最少之處所及方法通行。例如若周圍地已有既存之道路，且袋地通行權人通行該道路，不會造成太大負擔者，則袋地通行權人應優先考慮採行該既存道路通行。可供以判斷的因素有 1.禁止損害過大原則、2.禁止費用過鉅原則、3.禁止權利濫用原則、4.禁止主觀過度原則。又如因情事變更，通行之處所及方法可予以變更，惟該變更不得僅以當事人主觀意圖為斷，而應加入雙方當事人之利弊得失作客觀的比較衡量來加以判斷。此外，為使袋地通行權人能充分有效行使通行權，於通行所需必要時，其得開設道路以供通行之用。惟開設道路，如致通行地損害過鉅者，通行地所有人得請求通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地。此於新修正之民法第七八八條第二項訂有明文。後者包括支付償金之義務，此償金之性質為通行權人之通行行為致通行地使用受損害的一種填補，非通行周圍地之對價。此外，關於償金支付之起算點，有「自通行權人開始行使周圍地通行權時」起算，以及「自通行權人取得周圍地通行權時」起算，兩種爭議的看法。筆者贊同後者。又當袋地通行權消滅後，袋地通行權人若在通行地有所設置，除非土地所有權人主張保留之外，通行權人應回復通行地之原狀。

(四)民法第七八九條規定之意旨在於相關當事人應承擔其任意分割或讓與之行為所造成土地與公路無適宜聯絡，致不能為通常使用之後果，而不得因此加重他人負擔。另針對無償之袋地通行權是否得由袋地特定繼受後之所有權人繼受之問題，共有三說，即繼受說、不繼受說、折衷說。日本學說分歧，日本實務多採繼受說；我國學說原則採繼受說，但例外認可採折衷說或不繼受說；我國實務未盡一致，但近年來似已採繼受說。

(五)國有土地與私有土地相同，均可主張袋地通行權。

(六)因袋地通行權發生爭議時解決程序有三，即 1.協商、2.調解、3.起訴。

起訴之種類，如周圍地當事人阻絕袋地當事人通行，可提起確認通行權存在不存在之訴，此性質為確認之訴。又在袋地通行權確實存在的前提下，凡對於袋地當事人，其通行周圍地之行爲受周圍地當事人妨害者，袋地當事人得向法院提起不得妨害通行之訴；反之，若袋地當事人對某周圍地無袋地通行權，卻強行通行該地，該周圍地當事人得向法院提起不得通行之訴，上述兩訴之性質皆屬給付之訴。另當事人就袋地通行權之存在並無爭議，惟就某特定位置、範圍之袋地通行權發生爭議，或就償金是否需要給付，或應給付多少金額爲爭議，請求法院爲判決者，因此類訴訟本質並非在釐清袋地通行權有無之問題，且法院可不受當事人聲明之拘束，而依職權爲判決，故性質爲形成之訴。

(七) 袋地通行權可因下列事由而消滅：1.喪失袋地性、2.不具備周圍地他人性、3.合意廢止袋地通行權、4.合於權利失效原則。此外，袋地通行權可否預爲拋棄，涉及袋地通行權之規定是否爲強制規定，實務與學說意見有所不同。實務見解認爲袋地通行權係民法基於促進土地利用之公益目的所爲之強制規定，不容許相關當事人以特約加以排除。學說多數見解認爲相鄰關係規定主要是在調整相鄰關係人間之私權利衝突，故非強制規定，當事人間可不妨作不同之約定或予以拋棄。筆者認同實務見解，認袋地通行權之規定爲強制規定，當事人不可以特約排除。

二、關於公用地役權之論述，主要歸納爲六點，分述如下：

(一) 公用地役權係指「特定之土地基於供不特定多數人之通路、排水等目的之使用，因歷經長久歲月而使各該不特定人得永久加以使用之通行權。」此一權利係屬於對習慣之承認而成立的一種不動產役權。又公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之公法上法律關係，因而若有爭議，僅能依行政救濟方式謀求解決，不能以民事訴訟程序要求保護其權益。

(二) 公用地役權之構成要件，分爲積極要件與消極要件，前者有三，即 1.

為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時、2.於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事、3.經歷之年代久遠而未曾中斷。所謂「經歷之年代久遠而未曾中斷」，於司法院大法官釋字第四〇〇號解釋理由書並沒有明確指出，只謂年代久遠，一般人無復記憶其確實之起始，知其梗概為必要。此為一不確定法律概念，因此，若認定上發生困難，應由法院依具體個案判斷決定之。如此雖較具彈性，但因要件不明確，恐將導致公用地役關係認定之困難與爭議。針對公用地役權取得時效之期間，筆者認為於立法訂定時效取得期間前，宜類推適用民法時效取得之規定。惟為保障土地所有權人之土地使用收益權，及使法院有較為明確的要件為裁判，以增進人民對於裁判之信服度，立法機關宜儘速就時效取得期間為立法，以求一勞永逸解決此一問題。後者有二，即為 1.不得違反供公眾通行或防洪公共利益等公共目的、或以損害他人為主要目的或濫用權利，2.不得因公眾通行之必要而任意變更其位置或擴張其範圍。

(三)土地所有人對於具有公用地役關係之既成道路之利用與限制，在利用層面方面，因既成道路的公用地役關係之範圍，原則上只及於地上土地之通行，並未及於上空或地下部分，因此，土地所有權人可以就上空或地下部分為使用收益。且既成道路在不違反供公眾通行之目的條件下，自亦得作為法定空地而為利用。另公用地役關係土地所有權之行使雖受限制，惟該土地既未經徵收，則土地所有權人仍保有其所有權能，對於無權占有其土地者，仍得行使民法第七六七條之物上請求權，請求無權占有者返還土地。在限制層面方面，具公用地役關係之既成道路，性質上已成為他有公物中之公共用物，土地所有權人雖仍保有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不可與行政目的相違反，即土地之使用收益，不得違反供公眾通行之目的。此外對主管機關對於既成道路所為必要之改善及養護亦負容忍義務。

(四) 具有公用地役關係供公眾通行之既成道路，為他有公物中之公共用物，因此既成道路具有公物之性質。準此，公物消滅廢止的原因與方式，同時也是既成道路消滅廢止的原因與方式。公物廢止之方式分為 1.自然之廢止，即公物

的功能已經喪失，或不能滿足公物設定之目的時，可自然廢止，無須任何法律上之程序。2.法定之廢止，即經過法定設定程序之公物，則必須經過同樣的廢止程序，方得廢止之。法定廢止又可分成申請廢止及職權廢止。

(五)不特定公眾本於「公用地役權」通行具有公用地役關係之土地若遭妨害，可否請求排除妨害之救濟？此涉及「公用地役權」之性質。日本多數實務和學說、我國實務和多數學說採「反射利益說」，認既成道路的通行僅是公物設置的反射利益，利用人只是在不相妨害之情況下得平等地自由通行該既成道路，以增進其生活便利而已，並非賦予利用人權利，得請求排除通行之妨害。惟另有日本部分實務我國部分學者主張「權利或法律上利益說」，認應視不同通行人對於公共地役地通行之依賴利用程度，以及生活所需之必要程度，作不同的區別判斷。若對於公用地役地之利用率頗高，或為日常生活出入必須者，倘若其通行受到妨礙，則例外認為其通行該地之性質具有「權利」或「法律上之利益」，而可請求排除通行之阻礙。相對地，若只有偶而通行公用地役地之人，因通行利用率不高，甚至尚有其他道路可供通行，則認為通行該地只是個反射利益，不致過度損及其利益，可不賦予其排除通行阻礙之「權利」或「法律上之利益」。筆者認後說為妥。

(六)因時效完成而成立公用地役關係之既成道路，其所有權人對土地已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，以彌補土地所有權人之損失。惟因各既成道路形成原因有所不同，故並非所有既成道路皆應給予補償，部分既成道路應排除於補償對象之外，如 1.土地所有權人明示同意無償提供公眾通行之用的既成道路、2.由建設公司為增加社區建築基地之價值，預先規劃供公眾通行之道路用地、3.土地登記簿標示部未加註徵收註記，但實際上已完成公告徵收之土地。而補償之方式，除了政府機關編列預算之外，因政府財政困難尚有其他補償方式，例如發行債券、公地交換抵償、設定不動產役權、設定地上權、市地重劃、容積移轉、捐地節稅、競價收購等方法。

三、關於通行不動產役權之論述，主要歸納為六點，分述如下：

(一)通行不動產役權為不動產役權之一種，因而亦具有不動產役權之特性，例如從屬性、不可分性、不具獨占性。此外，通行不動產役權尚有別於其他不動產役權之處，例如通行不動產役權係不動產役權人得於供役不動產上為一定行為(通行)為內容之不動產役權，為積極不動產役權。通行不動產役權依權利行使或內容實現之時間是否有繼續性為標準，可分為繼續性通行不動產役權或非繼續性通行不動產役權。通行不動產役權之存在，有外形事實為表現，能自外部認識，為表見不動產役權。

(二)通行不動產役權可由法律行為取得。如設定行為與讓與行為。設定行為內容包括供役不動產之設定主體，以供役不動產所有人為限；而需役不動產之設定主體，除所有人之外，依新修正之民法第八五九條之三規定，用益物權人與承租人亦可為設定主體，惟除前述以外之其他利用人，不可為設定主體。關於通行不動產役權從屬性之歸屬，有從屬所有權說及從屬用益權說，筆者採從屬用益權說。設定之內容方面，通行不動產役權之使用類型為「通行」；存續期間由當事人合意約定，亦可約定永久期限。此外，當事人也可自行約定為有償或無償，惟如約定為有償者，因對價非不動產役權成立之要件，是以非經登記，不得對抗受讓需役不動產之第三人，而僅具有普通債權之效力。另因不動產役權不具獨占性，得於同一不動產上與其他物權同時存在。因而於不動產上已有通行不動產役權者，如欲再設定不動產役權或其他物權包括用益物權與擔保物權，原則上供役不動產所有人得自由為之。惟若後成立之物權若有礙先前通行不動產役權之行使，應先經通行不動產役權人同意後，始可設定；同理，若不動產上已先設定其他用益物權，為避免影響該用益物權人對於不動產之利用，應先經其同意後，始能設定通行不動產役權。

(三)通行不動產役權亦可基於法律行為以外之事實取得。如時效取得和繼承

取得。通行不動產役權時效取得係指以行使通行不動產役權之意思，二十年間和平、公然(表見)、繼續以他人不動產供自己不動產通行之用，得請求登記為通行不動產役權人(如其占有之始為善意並無過失者，其期間為十年)。即在時效進行期間，有繼續及表見利用通行他人不動產之情形，可因時效完成而取得通行不動產役權，且不以他人所有未登記之土地為限。

(四)通行不動產役權人之權利與義務，前者包括 1.得通行供役不動產、2.得為附隨之必要行為與設置、3.得行使物上請求權、4.通行不動產役權行使或方法之變更；後者包括 1.維持設置之義務、2.允許供役不動產所有人使用設置物之義務、3.地租支付義務。

(五)供役不動產所有人之權利與義務，前者包括 1.地租及其調整請求權、2.設置使用權、3.供役不動產使用處所與方法變更之請求權；後者包括 1.容忍及不作為之義務、2.維持設置費用之分擔義務。

(六)通行不動產役權消滅事由有三，分別為一般消滅事由、特別消滅事由、出於可歸責當事人之事由。前者包括 1.混同、2.拋棄、3.存續期間屆滿與約定消滅事由發生、4.事實上不能。中者包括 1.土地徵收、2.土地重劃、3.法院之宣告。後者包括 1.因不動產役權人違反約定用法而終止、2.因欠租而終止。消滅之效力為通行不動產役權人應回復供役不動產之原狀，並塗銷通行不動產役權之登記。另若供役不動產所有人提出願以時價購買供役不動產上不動產役權人所設置之工作物時，不動產役權人非有正當理由，不得拒絕供役不動產所有人之請求。

四、關於債權契約之鄰地通行權之論述，主要歸納為七點，分述如下：

(一)以債權契約約定之鄰地通行權之類型有兩種，一以租賃形式訂定，另一以使用借貸形式訂定。租賃形式係有償，使用借貸形式係無償。

(二)租賃鄰地通行權契約後，出租人轉讓土地予他人，該契約之效力，依民法規定區分為兩種：1.若當事人訂定之契約，租期在五年以內且以字據訂定，或

經公證者，土地亦已經出租人交付給承租人通行者，即使出租人將土地受讓給他人，承租人仍可對受讓人主張租賃契約之內容。此係本於民法第四二五條「租賃契約之物權化」之規定。2.若當事人訂定之契約內容非屬 1.之事項者，則承租人不能以租賃契約內容對抗通行地之受讓人，即受讓人可排除承租人通行該地。此係回歸債權相對性原則。另承租人將租賃所得之通行權轉讓予他人，則該受讓人可否對出租人主張契約之內容而通行出租人之土地之問題，原則上應認為基於租賃契約係本於雙方當事人之信賴關係所訂定，承租人未經出租人同意，擅自將土地通行權轉讓與他人，將使出租人承擔不可預測的風險，對出租人的權益有所損害及不公。準此，承租人將租賃地之通行權讓與他人時，須經出租人同意始生效力。此見解於同為用益權性質之使用借貸通行契約亦同。

(三)租賃契約之通行權與通行不動產役權之區別在於，前者屬債權性質，不需經過登記即可成立；後者屬物權性質，需經過登記才能成立生效。另因前者屬債權性質，僅具相對性，故若遇有妨害其行使權利者，只能通知出租人或代位主張出租人之權利加以排除；而後者因屬物權性質，具有絕對排他性，因而若遇有妨害其行使權利者，可準用民法第七六七條規定，直接加以排除。

(四)租賃契約之通行權與袋地通行權之區別在於，前者係有償的，通行與支付價金間具有對價關係；後者原則無需支付對價，惟若通行造成通行地受有損害時，通行權人應支付償金，但償金與通行間不具對價關係。又此兩者間，似存在互斥關係。

(五)使用借貸契約存續中時，貸與人將土地讓與他人，若該受讓人請求土地借用人終止通行，因使用借貸契約無如租賃契約物權化之規定，故土地借用人不得對抗受讓人，而應終止通行返還土地於受讓人。

(六)土地所有人對於有人通行該地，未置可否，可否認為其默示表示訂立使用借貸通行契約之意思，應依土地所有人之真意判斷之。日本實務與學說提出從個案中找尋當事人是否具有「出借意識」，作為輔助判斷的方法。例如土地受讓人知有通行使用借貸契約存在，且於受讓土地後，對於原使用借貸契約借用人之

通行不為異議者，視為具有「出借意識」，因而可認為土地受讓人默示表示繼承土地讓與人與借用人所訂定通行使用借貸契約。反之，若土地受讓人若不知有通行使用借貸契約之存在，或知悉但於受讓土地後，立即對借用人之通行表示異議，可顯示其並無「出借意識」，則回歸債權相對性原則，原通行使用借貸契約不拘束土地受讓人。筆者贊同上述見解。

(七)租賃通行契約與使用借貸通行契約，共同之消滅事由為 1.契約訂有期限者，於期限屆滿時、2.承租人或借用人於契約關係存續中死亡，喪失契約主體適格時、3.承租人或借用人違反約定或不依標的物性質而定之方法使用標的物時。租賃契約特有的消滅事由為 1.租賃契約未定期限者，承租人或出租人得隨時終止契約。但若有利於承租人之習慣者，從其習慣、2.訂有期限之租賃契約，當事人一方可約定於期限屆滿前，得終止契約。惟終止契約，應先期通知相對人。使用借貸契約特有的消滅事由為 1.使用借貸契約未定期限者，借用人應於依使用借貸之目的使用完畢後，返還借用物予貸與人、2.貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物時，得終止契約，請求借用人返還借用物、3.借用人未經貸與人同意允許第三人使用借用物者，貸與人得終止契約、4.借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞者，貸與人得終止契約。消滅之效力為原通行權人應回復原通行地之原狀，若有於通行地增設便於通行之工作物，可取回之，然後歸還予土地所有權人。又在租賃契約關係中，如承租人於通行地上支出有益費用，若出租人知其情事而不為反對者，契約關係消滅後，承租人可向出租人請求償還該費用，但以其現存之增價額為限。而借用人可主張類推適用租賃之規定，向貸與人請求償還該費用。

總而言之，袋地通行權與公用地役權係本於法令規定之要件而成立，屬法定通行權；而通行不動產役權與基於債權契約所成立之通行權係基於當事人間之合意而成立，屬意定通行權。從另一個角度觀察，袋地通行權與通行不動產役權係

物權性質，具有絕對效力，可對抗第三人；而基於債權契約所成立之通行權係債權性質，原則上除法律上有特別規定外，只具有相對效力，不可對抗第三人，安定性較為薄弱，而公用地役權則因實務認為對於主張通行之不特定人而言，僅具「反射效力」，不能起訴救濟，僅能向行政機關請求排除通行之妨礙，對於通行權之保障亦有所不足。準此，袋地通行權與通行不動產役權具物權絕對效力，較具安定性，對通行權人較有保障。

此外，公用地役權係屬公法性質，且通行對象係不特定的公眾。而袋地通行權、通行不動產役權、債權契約約定鄰地通行權係屬私法性質，通行對象係特定當事人。準此，公用地役權之法律關係，不同於其他三者。

另就袋地通行權之償金補償、設定通行不動產役權與鄰地通行權租賃契約的償金性質加以比較，詳述如下：

袋地通行權人行使袋地通行權造成周圍地損害所支付的償金，兩者間不具對價關係，若袋地通行權人不支付償金，周圍地相關關係人只能以債務不履行為由，請求袋地通行權人支付，而不能阻礙袋地通行權人通行。此係立法者經利益權衡後，所作出的選擇決定，即優先保障袋地通行權人對於袋地利用的權利，促進土地利用，增加整體的經濟效益，有利於公共利益。故不賦予周圍地相關關係人對袋地通行權人不支付償金之行為有主張同時履行抗辯的權利。本文認同之。

設定通行不動產役權如有約定地租，因通行不動產役權內容係雙方當事人自行約定，雙方的權利義務關係具有對價關係，是以，若通行不動產役權人不支付償金，供役不動產所有人得行使同時履行抗辯權，拒絕通行不動產役權人通行。另若通行不動產役權人積欠地租達二年之總額，除另有習慣外，供役不動產所有人經定相當期限催告不動產役權人支付地租，如其於期限內不為支付，供役不動產所有人得終止不動產役權²⁶²。

鄰地通行權租賃契約，係雙務債權契約，出租人給予承租人通行所有地的義

²⁶² 參見民法第 859 條之 2 準用第 836 條。

務與承租人支付租金予出租人之義務，互為對價。準此，若承租人不支付租金，出租人得行使同時履行抗辯權，拒絕承租人通行。另出租人於承租人租金有遲延者，得定相當期限，催告承租人支付租金，如承租人於其期限內不為支付，出租人得終止契約²⁶³。

綜上所述，設定通行不動產役權與鄰地通行權租賃契約所約定之通行內容與租金，具對價關係，有同時履行抗辯權之適用。反之，通行袋地對鄰地所生損害補償金，因兩者間不具對價關係，沒有同時履行抗辯權之適用，只能主張債務不履行之損害賠償，而不能拒絕袋地通行權人通行。後者之所以和前兩者有所不同，除了基於增進土地利用之整體經濟效益之公共利益考量，此外，袋地通行通常不像設定通行不動產役權與鄰地通行權租賃契約尚有其他替代的方案，因此立法者經過利益權衡後，選擇優先保護袋地通行權人。本文亦認同之。

就袋地通行權、通行不動產役權、債權契約之鄰地通行權適用之層次比較，詳述如下：

袋地通行權適用的範圍最小，必須係袋地，始有主張袋地通行權之可能。而袋地用益權人，也可以設定通行不動產役權或以債權契約與鄰地所有人約定鄰地通行權，通行鄰地。是以，對袋地用益權人來說，通行鄰地的方法有行使袋地通行權、設定通行不動產役權、與鄰地所有人訂定以通行鄰地為內容之債權契約。而袋地通行權與另兩者似有互斥關係，因若有設定通行不動產役權，或約定有以通行鄰地為內容之債權契約，則該地就不符合與公路無適宜聯絡之要件，而無法主張袋地通行權。

通行不動產役權與債權契約之鄰地通行權，係意定通行權，可隨土地用益權人個人之需要，與另一土地所有人為設定通行或約定通行行為。因此可適用的範圍較大。

²⁶³ 參見民法第 440 條第 1 項。

以下提出仍有待後續加以探討關注之議題：

1.民法已將地役權規定修正為不動產役權，意即通行權之客體，已由原本只限於土地，擴及土地上之定著物，此等改變是否會衍生其他問題，有待新法施行後繼續加以追蹤探討。

2.袋地通行權之客體，現行法只限於土地，是否可比照不動產役權，擴及土地上之定著物，例如一建築物之地下一樓及地下二樓之區分所有權，原同屬於數人共有，嗣後以變賣方式分割，由甲、乙分別取得地下一樓、地下二樓建物及其對應之基地應有部分所有權，雙方就乙得否通行甲之地下一樓之車道，出入地下二樓呢？此係涉及建築物區分所有間通行之問題，與袋地通行權之規範意旨相似，可考量之後修法是否將袋地通行權之客體擴及土地上之定著物。

附錄一

申請通行使用國有土地切結書

本人所有之 縣(市) 鄉(鎮、市、區) 段
小段 地號土地，與貴局經管之 縣(市) 鄉(鎮、
市、區)

段 小段 地號(或部分)國有土地相毗鄰，因本人
所有之土地與公路無適宜聯絡，需通行前開國有土地面積
平方公尺，(範圍如附圖)，特此切結，願依下列事項使用該
土地：

- (一) 本案土地僅供通行使用，絕不興建任何建築物、構造
物或施設圍障，且本人申請建築執照時，絕不將本案
國有土地計入基地面積。
- (二) 將來本人所有土地如有其他通路或 貴處須收回本案
國有土地，而另以其他土地提供通行時，聽由 貴處
隨時無條件收回本案國有土地，本人絕不要求任何補
償。
- (三) 本人願依照本案國有土地公告地價年息 2% 計算，支
付使用償金，以 50 年為 1 期(不含同意申請通行案
之當年度所餘月份)，向 貴處繳納，且於繳款後不
得以任何理由要求退還。期滿前如仍有維持通行使用
必要者，應自行向 貴處申請繳納使用償金。
- (四) 本案國有土地因通行權存在，若足以減損其價值(例
如售價減少)或造成實際損害(如拆除圍籬等)時，
願另案就價值減少或損害部分支付損害賠償費用。

此 致

財政部國有財產局臺灣南區辦事處

立切結書人：

身分證統一編號：

地 址：
電 話：

中 華 民 國 年 月 日

附錄二

民法袋地通行權及不動產役權新修正條文

修正條文	修正理由
<p>第七百八十七條 土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，<u>除因土地所有人之任意行為所生者外</u>，土地所有人得通行周圍地以至公路。</p> <p>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；<u>對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。</u></p> <p><u>第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。</u></p>	<p>一、按鄰地通行權係為調和相鄰地關係所定，此項通行權乃就土地與公路無適宜之聯絡者而設。若該土地本與公路有適宜之聯絡，可為通常使用，竟因土地所有人之任意行為而阻斷，則其土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，應由土地所有人自己承受，自不能適用第一項有關必要通行權之規定，爰仿德國民法第九百十八條第一項，增訂第一項除外規定，原但書規定移列於第二項並酌作文字修正。至於所謂任意行為(德文willkürliche Handlung)，係指於土地通常使用情形下，因土地所有人自行排除或阻斷土地對公路之適宜聯絡而言，例如自行拆除橋樑或建築圍牆致使土地不能對外為適宜聯絡是。惟土地之通常使用，係因法律之變更或其他客觀情事變更，致土地所有人須改變其通行者，則不屬之。</p> <p>二、增訂第三項，理由同第七百八十六條說明三。即為確保土地所有人及鄰地所有人之權利，爰增訂第三項，使其得以準用第七百七十九條第四項，以資周延。又其準用範圍限於損害最少處所及方法有關之異議程序規定，不包括償金，併予</p>

	指明。
<p>第七百八十八條</p> <p>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。</p> <p><u>前項情形，如致通行地損害過鉅者，通行地所有人得請求有通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地，其價額由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。</u></p>	<p>一、現行條文未修正，改列為第一項。</p> <p>二、土地所有人行使其通行權，開設道路，如致通行地損害過鉅者，應許通行地所有人得請求有通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地，俾求公平並維持不動產相鄰關係之和諧。雙方是否買賣土地及其價額，由當事人協議定之，不能協議者，得請求法院以判決定之，爰增訂第二項。</p>
<p>第七百八十九條</p> <p>因土地一部之讓與或分割，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或其他分割人之所有地。數宗土地同屬於一人所有，讓與其一部或同時分別讓與數人，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，亦同。</p> <p>前項情形，有通行權人，無須支付償金。</p>	<p>一、數宗土地同屬於一人所有，而讓與其一部(包括其中一宗或數宗或一宗之一部分)或同時分別讓與數人，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人因至公路，亦僅得通過該讓與之土地，以貫徹本條立法精神，爰仿德國民法第九百十八條第二項後段規定，修正第一項。又所謂「同屬於一人」非指狹義之一人，其涵義包括相同數人，併予指明。</p> <p>二、第二項未修正。</p>
<p>第八〇〇條之一</p> <p>第七百七十四條至前條規定，於地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。</p>	<p>配合新增第四章之一「農育權」及修正第五章章名「不動產役權」修正文字。</p>
<p><u>不動產役權</u></p>	<p>本章需役及供役客體已從土地擴張至其他不動產，為使章名名實相符，爰將本章章名由地役權修正為不動產役權，其他相關條文併配合調整之。</p>
<p>第八百五十一條</p> <p>稱<u>不動產役權者，謂以他人不動產供自己不動產通行、汲水、採光、眺望、電信或其他以特定便宜之用為目的之權。</u></p>	<p>一、地役權現行條文規定以供役地供需役地便宜之用為內容。惟隨社會之進步，不動產役權之內容變化多端，具有多樣性，現行規定僅限於土地之利用關係已難滿足實際需要。為發揮不動產役權之功能，促</p>

	<p>進土地及其定著物之利用價值，爰將「土地」修正為「不動產」。</p> <p>二、不動產役權係以他人之不動產承受一定負擔以提高自己不動產利用價值之物權，具有以有限成本實現提升不動產資源利用效率之重要社會功能，然因原規定「便宜」一詞過於抽象及概括，不僅致社會未能充分利用，且登記上又僅以「地役權」登記之，而無便宜之具體內容，無從發揮公式之目的，爰明文例示不動產役權之便宜類型，以利社會之運用，並便於地政機關為便宜具體內容之登記。又法文所稱「通行、汲水」係積極不動產役權便宜類型之例示，凡不動產役權人得於供役不動產為一定行為者，均屬之；至「採光、眺望」則為消極不動產役權便宜類型之例示，凡供役不動產所有人對需役不動產負有一定不作為之義務，均屬之。至「其他以特定便宜之用為目的」，則除上述二種類型以外之其他類型，例如「電信」依其態樣可能是積極或消極，或二者兼具，均依其特定之目的定其便宜之具體內容。不動產役權便宜之具體內容屬不動產役權之核心部分，基於物權之公示原則以及為保護交易之安全，地政機關自應配合辦理登記，並予指明。</p>
<p>第八百五十一條之一</p> <p>同一不動產上有不動產役權與以使用收益為目的之物權同時存在者，其後設定物權之權利行使，不得妨害先設定之物權。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、不動產役權多不具獨占性，宜不拘泥於用益物權之排他效力，俾使物盡其用，爰增訂本條。準此，不動產所有人於其不動產先設定不動產役權後，無須得其同意，得再設定用益物權(包括不動產役權)，反之，亦然。此際，同一不動產上用</p>

	<p>益物權與不動產役權同時存在，自應依設定時間之先後，定其優先效力，亦即後設定之不動產役權或其他用益物權不得妨害先設定之其他用益物權或不動產役權之權利行使。又不動產役權(或用益物權)若係獲得先存在之用益物權(或不動產役權)人之同意而設定者，後設定之不動產役權(或用益物權)則得優先於先物權行使權利，蓋先物權既已同意後物權之設定，先物權應因此而受限制。再所謂同一不動產，乃指同一範圍內之不動產，要屬當然，併予敘明。</p>
<p>第八百五十二條 <u>不動產役權因時效而取得者，以繼續並表見者為限。</u> <u>前項情形，需役不動產為共有者，共有人中一人之行爲，或對於共有人中一人之行爲，為他共有人之利益，亦生效力。</u> <u>向行使不動產役權取得時效之各共有人為中斷時效之行爲者，對全體共有人發生效力。</u></p>	<p>一、現行條文移列為第一項，並作文字整理。</p> <p>二、需役不動產為共有者，可否因時效而取得不動產役權？再者，如數人共有需役不動產，其中部分需役不動產所有人終止通行，其餘需役不動產所有人是否因此而受影響？現行法尚無明文規定，易滋疑義。鑑於共有人間利害攸關，權利與共，爰仿日本民法第二百八十四條規定，增訂第二項，明定「共有人中一人之行爲，或對於共有人中一人之行爲，為他共有人之利益，亦生效力」。又本項中之「行爲」係包括「作為」及「不作為」，亦屬當然。</p> <p>三、為對供役不動產所有人之衡平保護，如部分需役不動產共有人因行使不動產役權時效取得進行中者，則供役不動產所有人為時效中斷之行爲時，僅需對行使不動產役權時效取得進行中之各共有人為之，不需擴及未行使之其他共有人，即對全體共有人發生效力；準</p>

	<p>此，中斷時效若非對行使不動產役權時效取得之共有人為之，自不能對他共有人發生效力，爰參照前開日本民法第二百八十四條第二項規定，增訂第三項。</p>
<p>第八百五十三條 <u>不動產役權不得由需役不動產分離而為讓與，或為其他權利之標的物。</u></p>	<p>配合章名修正。</p>
<p>第八百五十四條 <u>不動產役權人因行使或維持其權利，得為必要之附隨行為。但應擇於供役不動產損害最少之處所及方法為之。</u></p>	<p>不動產役權人為遂行其權利之目的，於行使其不動產役權或維持其不動產役權起見，有另須為必要行為之時，學者有稱此必要行為為「附隨不動產役權」，並認為其與「主不動產役權」同其命運。故此必要行為非指行使不動產役權之行為，乃行使不動產役權以外之另一概念，如汲水不動產役權於必要時，得為埋設涵管或通行之附隨行為，即其適例。因此，為期立法之明確，並杜爭端，爰於「必要行為」增加「附隨」二字。</p>
<p>第八百五十五條 <u>不動產役權人因行使權利而為設置者，有維持其設置之義務。其設置由供役不動產所有人提供者，亦同。</u> <u>供役不動產所有人於無礙不動產役權行使之範圍內，得使用前項之設置，並應按其受益之程度，分擔維持其設置之費用。</u></p>	<p>一、為行使不動產役權而須使用工作物者，該工作物有由不動產役權人設置者；亦有由供役不動產所有人提供者。在該設置如由供役不動產所有人提供之情形，因其係為不動產役權人之利益，自應由不動產役權人負維持其設置之義務，始為平允，爰增訂第一項後段規定如上。又不動產役權人既有維持其設置之義務，自係以自己費用為之，自屬當然。</p> <p>二、現行第二項及第三項之規定，合併規定為一項，俾求文字簡潔。</p>
<p>第八百五十五條之一 <u>供役不動產所有人或不動產役權人因行使不動產役權之處所或方法有變更之必要，而不甚礙不動產役權人或供役不動產所有人權利之行使者，得以自己</u></p>	<p>本條新增。 設定不動產役權時，雖定有行使不動產役權之處所或方法，惟供役不動產所有人或不動產役權人認有變更之必要時，有無請求變更之權？現行法尚無明</p>

<p>之費用，請求變更之。</p>	<p>文規定，學者通說採肯定見解。基於誠信原則，如其變更不甚妨礙不動產役權人或供役不動產所有人權利之行使，應許其有此請求權。爰參考德國民法第一千零二十三條、瑞士民法第七百四十二條立法例，明定供役不動產所有人或不動產役權人得以自己之費用請求變更不動產役權人行使權利之處所或方法，以期明確。</p>
<p>第八百五十六條 需役不動產經分割者，其不動產役權為各部分之利益仍為存續。但不動產役權之行使，依其性質祇關於需役不動產之一部分者，僅就該部分仍為存續。</p>	<p>配合章名修正並為標點符號之整理。</p>
<p>第八百五十七條 供役不動產經分割者，不動產役權就其各部分仍為存續。但不動產役權之行使，依其性質祇關於需役不動產之一部分者，僅就該部分仍為存續。</p>	<p>配合章名修正並為標點符號之整理。</p>
<p>第八百五十八條 (刪除)</p>	<p>一、本條刪除。 二、為配合第七百六十七條第二項增列準用規定，本條爰予刪除。</p>
<p>第八百五十九條 <u>不動產役權之全部或一部無存續之必要時，法院因供役不動產所有人之請求，得就其無存續必要之部分，宣告不動產役權消滅。</u> <u>不動產役權因需役不動產滅失或不堪使用而消滅。</u></p>	<p>一、不動產役權因情事變更致一部無存續必要之情形，得否依本條規定請求法院宣告不動產役權消滅，法無明文，易滋疑義，為期明確，爰於本條增列不動產役權之一部無存續必要時，供役不動產所有人亦得請求法院就其無存續必要之部分，宣告不動產役權消滅，俾彈性運用，以符實際，並改列為第一項。又不動產役權原已支付對價者，不動產役權消滅時，不動產役權人得依不當得利之規定，向供役不動產所有人請求返還超過部分之對價，乃屬當然，不待明定。 二、不動產役權於需役不動產滅失或不堪使用時，是否仍須依本條第一項</p>

	<p>向法院請求宣告不動產役權消滅，學說上有不同意見。為免爭議，爰增訂第二項，明定上開情形其不動產役權當然消滅，毋待法院為形成判決之宣告。</p>
<p>第八百五十九條之一 不動產役權消滅時，不動產役權人所為之設置，準用第八百三十九條規定。</p>	<p>一、本條新增。 二、不動產役權消滅時，不動產役權人有無回復原狀之義務，以及其與供役不動產所有人間就不動產役權有關之設置，權利義務關係如何？現行法尚無如第八百五十條之七農育權準用第八百三十九條地上權之規定，適用上易茲疑義，爰參酌學者意見並斟酌實際需要，增訂準用規定。又本條之「設置」，係指不動產役權人為行使不動產役權而為之設置，應屬當然。</p>
<p>第八百五十九條之二 第八百三十四條至第八百三十六條之三規定，於不動產役權準用之。</p>	<p>一、本條新增。 二、為發揮不動產役權之功能，增進土地及其定著物之價值，爰增訂第一項將得設定不動產役權之人，不限於需役不動產之所有人、地上權人、其他基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，亦得為之。 三、前項之不動產役權乃基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者為自己使用需役不動產之利益而設定，其設定又無須得到土地所有人之同意，是以，該不動產役權之存續自應與原得使用需役不動產之權利同，爰增訂第二項使其隨原權利消滅而歸於消滅。</p>
<p>第八百五十九條之三 基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，亦得為該不動產設定不動產役權。 前項不動產役權，因以使用收益為目的</p>	<p>一、本條新增。 二、按現行供役不動產僅限於對他人土地設定之，若供役不動產為需役不動產所有人所有，所有人本得在自己所有之不動產間，自由用益，尚</p>

<p>之物權或租賃關係之消滅而消滅。</p>	<p>無設定不動產之必要，且有權利義務混同之問題，是自己不動產役權承認與否，學說上不無爭議。然而隨社會進步，不動產資源有效運用之型態，日新月異，為提高不動產之價值，就大範圍土地之利用，對各宗不動產，以設定自己不動產役權方式，預為規劃，即可節省嗣後不動產交易之成本，並維持不動產利用關係穩定。例如建築商開發社區時，通常日後對不動產相互利用必涉及多數人，為建立社區之特殊風貌，預先設計建築之風格，並完整規劃各項公共設施，此際，以設定自己不動產役權方式呈現，遂有重大實益。對於自己不動產役權，德國學說及實務見解亦予以承認。為符合社會脈動，使物盡其用，並活絡不動產役權之運用，爰增設自己不動產役權之規定(瑞士民法第七百三十三條規定參照)，以利適用。</p>
<p>第八百五十九條之四 不動產役權，亦得就自己之不動產設定之。</p>	<p>一、本條新增。 二、基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，為該不動產設定之不動產役權，以及自己不動產役權，除不動產役權之設定人及設定客體與一般不動產役權有異者外，其餘本質上仍無不同，爰明定準用本章關於不動產役權之規定。</p>
<p>第八百五十九條之五 第八百五十一條至第八百五十九條之二規定，於前二條準用之。</p>	<p>一、本條新增。 二、不動產役權與地上權均使用他人土地之物權，性質近似，爰增訂本條。</p>

參考文獻

一、書籍

(一)中文書目

- 王澤鑑，《民法物權第一冊—通則/所有權》，自版，2002年9月。
- 王澤鑑，《民法物權》，自版，2009年7月。
- 尤重道，《透視公用地役權》，一版，永然文化出版股份有限公司，民國83年7月。
- 史尚寬，《物權法論》，自版，民國76年1月。
- 李肇偉，《民法物權》，自版，民國68年10月。
- 吳光明，《物權法新論》，初版，新學林出版股份有限公司，2006年8月。
- 吳光明，《新物權法論》，初版，三民書局，2009年9月。
- 吳光明，《新物權法論》，初版，三民書局，2009年9月。
- 吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂十版，自版，民國96年9月。
- 辛學祥，《民法物權論》，台灣商務印書館，民國69年11月。蔡宗珍，《憲法與國家(一)》，初版，元照出版有限公司，2004年4月。
- 法務部編，《民法物權編研修資料彙編第15冊》，民國85年12月。
- 陳新民，《行政法學總論》，三版，民國81年1月。
- 姚瑞光，《民法物權論》，自版，民國88年10月。
- 翁岳生編，《行政法(上)》，三版，元照出版有限公司，2006年10月。
- 黃志偉，《地上權地役權抵押權之物權法律解析暨登記實務》，初版，五南圖書出版股份有限公司，2007年11月。
- 劉得寬，《民法諸問題與新展望》，自版，1980年11月。
- 鄭玉波，黃宗樂修訂，《民法物權》，修訂十四版，三民書局，2004年3月。
- 鄭玉波主編，《民法物權論文選輯(上)》，初版，五南圖書出版股份有限公司，民國73年7月。
- 蔡明誠，《物權法研究》，二版，新學林出版股份有限公司，2005年3月。

謝在全，《民法物權論(上)》，修訂三版，新學林出版股份有限公司，民國 93 年 8 月。

謝在全，《民法物權論(上)》，修訂四版，新學林出版股份有限公司，民國 98 年 6 月。

謝在全，《民法物權論(中)》，修訂四版，新學林出版股份有限公司，民國 98 年 6 月。

謝哲勝，《財產法專題研究(二)》，初版，1999 年 11 月。

蘇永欽，《民法經濟法論文集第一冊》，初版，民國 77 年 10 月。

蘇永欽主編，《民法物權實例問題分析》，初版，五南圖書出版股份有限公司，民國 90 年 1 月。

(二)日文書目

川島武宜，《注釈民法(7)》，有斐閣，昭和 59 年 11 月。

舟橋諄一，《物權法》，有斐閣，昭和 54 年 12 月。

沢井裕，《隣地通行權》，一粒社，1987 年 5 月。

我妻榮，《新訂物權法(民法講義Ⅱ)》，岩波書局，1984 年 4 月。

岡本詔治，《隣地通行權の理論と裁判(增補版)》，信山社，2009 年 2 月。

二、期刊

台灣省地政處第二科，〈以設定地役權方向取得既成道路用地可行性之研究〉，《台灣地政》，第 103 期，1994 年 9 月。

台灣地政社論，〈期待以建築容積移轉方式解決既成道路用地之取得問題〉，《台灣地政》，第 131 期，1997 年 1 月。

朱柏松，〈論袋地通行權與公用地役權之關係〉，《月旦民商法雜誌》，第 4 期，2004 年 6 月。

呂潮澤，〈鄰地通行權適用主體應否擴張之爭議〉，《法律評論》，第 56 卷第 4

期，民國 79 年。

何彥陞，〈不動產通行權之研究〉，2005 年台北大學不動產與城鄉學術研討會。

蔡茂寅，〈公有土地能否成立公用地役權〉，《月旦法學雜誌》，第 39 期，1998 年 7 月。

陳清秀，〈既成道路相關法律問題探討〉，既成道路相關法律問題研討會報告論文，2004 年 4 月 21 日。

陳明燦，〈私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 112 期，2004 年 9 月。

陳立人，〈鄰地通行權問題之探討〉，《台灣土地金融季刊》，第 42 卷第 2 期，民國 94 年 6 月。

陳重見，〈地役權修正草案評析〉，《台灣本土法學雜誌》，第 107 期，2008 年 6 月。

溫豐文，〈論法定通行權〉，《東海大學法學研究》，第 8 期，1994 年 9 月。

游振輝，〈既成道路徵收補償問題之探討-以大法官釋字第四〇〇號解釋為中心〉，《土地問題研究季刊》，第 4 卷第 2 期，民國 94 年 6 月。

賴樹奎，〈健全多元配套機制、解決私有既成道路補償問題〉，《土地問題研究季刊》，第 3 卷第 1 期，民國 93 年 3 月。

劉厚連，〈因形成公用地役關係之既成道路補償問題之研究〉，《住都雙月刊》，第 130 期，民國 86 年 12 月。

蔡明誠，〈民法物權編地役權修正草案之評析〉，《法學叢刊》，第 213 期，2009 年 1 月。

顏愛靜，「私有土地既成道路補償問題面面觀」座談會，《月旦法學雜誌》，第 16 期，1996 年 8 月。

謝哲勝，〈從美國法上的土地準徵收論既成道路公用地役權之妥當性〉，《經社法制論叢》，第 14 期，民國 83 年 7 月。

蘇永欽，〈重建役權制度—以地役權的重建為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 65 期，2000 年 10 月。

蕭慧瑜，〈鄰地通行權問題之研究〉，《台灣土地金融季刊》，第 40 卷第 4 期，民國 92 年 12 月。

鍾美玉，〈由既成道路之公用地役關係談既成道路之補償〉，《土地問題研究季刊》，第 3 卷第 1 期，民國 93 年 3 月。

三、學位論文

葉百修，〈從財產權保障觀點論公用徵收制度〉，國立台灣大學法律學研究所博士論文，民國 77 年 11 月。

劉惠利，〈鄰地通行權之研究〉，東海大學法律研究所碩士論文，民國 84 年 6 月。