

論法定通行權

溫 豐 文^{*}

目	次
一、前 言	三、成立要件
二、性質與主體	四、法律效果

一、前 言

土地之數量固定，區位不移，有時不利用鄰地無法充分發揮其經濟效用。而利用鄰地最常見之情形是通行。然通行鄰地須有通行權，否則鄰地所有人基於民法第七六七條妨害排除請求權之規定，得請求除去之。

鄰地通行權之發生原因有三：(一)、基於法律行為者：如基於租賃、使用借貸或地役權設定契約等而取得通行權是。(二)、基於法律行為以外之事實者：如因時效而取得通行地役權是。惟因時效取得通行地役權者，依民法第八五二條規定，以繼續並表見者為限。(三)、基於法律規定者：如依民法第七八七條至第七八九條之規定而取得鄰地通行權是。本文所欲探討者，以基於法律之規定而生之法定通行權為主。

民法第七八七條規定：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金。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。」一般論者稱基於此一規定而生之通行權為必要通行權(Notwegrecht)、鄰地通行權或袋地通行權。因其係基於法律之規定而發生，而與基於租賃、使用借貸或地役權設定契約而生之約定通行權有別，故又可稱之為法定通行權。茲分別從其(一)、性質與主體。(二)、成立要件。(三)、法律效果分析之。

* 東海大學法律系專任教授

二、性質與主體

(一)性質

法定通行權之性質與一般相鄰關係相同，就土地（被圍繞地）所有人言，為土地權利行使之擴張，就鄰地（周圍地）所有人言，則為土地權利行使之限制（註一）。申言之，此項通行權係以鄰地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。土地所有人通行鄰地，為其所有權之行使，因而通行權被妨害時，亦即土地所有權之行使被妨害，土地所有人得依民法第七六七條妨害排除請求權之規定，請求除去之（註二）。

(二)主體

民法相鄰關係之規定，重在不動產「利用」之調和，因而民法第七八七條有關法定通行權之規定，除相鄰接土地所有人間有其適用外，於地上權人間、永佃權人間、典權人間以及各該不動產物權人與土地所有人間，亦得準用（民法八三三、八五〇、九一四條參照）。惟對承租人、使用借貸人等其他土地利用權人以及土地之無權占有人是否亦得類推適用？不無疑問。

(1)首先就承租人、使用借貸人等土地利用權人言

民法第七八七條所定通行權，應否類推適用於承租人、使用借貸人等土地利用權人，我國學者大多從調和不動產利用關係，以促進土地通常使用之立場，而持肯定見解（註三）。至實務上之見解原本紛歧不一（註四），但最高法院七十九年度

（註一） 史尚寬「物權法論」，自版，民國六十八年版，第九三頁。李肇偉「民法物權」，自版，民國六十八年，第一四一、一四二頁。

（註二） 遠藤浩、松本治雄編「隣り近所とつきあひ法」，有斐閣，昭和四十九年版，第六一頁（牛山積執筆）。

（註三） 史尚寬，註一所揭書第九六頁。姚瑞光「民法物權論」，大中國圖書公司，民國六十九年版，第七五、七六頁。鄭玉波「民法物權」，三民書局，民國七十九年版，第七八頁。劉得寬「民法諸問題與新展望」，三民書局，民國六十九年版，第五三二頁。謝在全「民法物權論（上册）」，三民書局，民國八十一年版，第二二一頁。陳榮宗「相鄰必要通行權」，載「台大法學論叢」第一期第三二一頁。呂潮澤「鄰地通行權適用主體應否擴張之爭議」，載「法律評論」第五十六卷第四期第三頁。

（註四） 採肯定見解者有：最高法院五十九年度台上字第一二四五號判決；六十六年度台上字第三四三一號判決；七十年度台上字第三三三四號判決。持否定見解者有：最高法院六十三年度台上字第五五〇號判決；六十九年度台上字第二六六三號判決；司法院70、9、4、(70)廳民一字第〇六四九號函覆台灣高等法院。詳見呂潮澤註三所揭論文。

第二次民事庭會議亦採肯定意見，作成以下決議：「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，依同法第八百三十三條、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（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，類推適用，以求貫徹。」（註五）。

按民法相鄰關係之規定，旨在調和不動產利用。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、永佃權、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。最高法院上開決議，基於鄰地通行權之立法目的，援用「相類似者，應為相同處理」之法理，認定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，實值贊同（註六）。

(2)其次就土地之無權占有人言

土地之無權占有人是否亦得主張民法第七八七條之法定通行權？我國尚無判例或解釋令，可資依循，國內學者亦甚少論及。對此，日本實務係採否定見解（註七）但學者有持肯定意見者（註八）。固然，為保護無權占有人的生活、經濟活動，似不應犧牲周圍地所有人之利益，但基於下述三項理由，筆者以為，似應承認土地

（註 五） 黃宗樂監修「六法全書。民法」，保成文化事業出版公司，民國八十二年版，第九八三頁。

（註 六） 王澤鑑先生對最高法院七十九年度第二次民事庭決議⁽¹⁾有深入之分析。詳見王澤鑑「關於鄰地通行權的法律漏洞與類推適用」，載「萬國法律」第五十五期第三頁以下。

（註 七） 日本最高裁判所昭和三十六年二月二十四日判決（最高裁判所民事判例集十五卷三號五四三頁）。大阪地方裁判所昭和四十八年一月三十日判決（判例タイムズ二九五號二八一頁）。

（註 八） 如谷口知平「相鄰關係と賃貸借」，載柚木馨、谷口知平、加藤一郎編「判例演習（物權法）」，有斐閣，昭和四十九年版，第五二九頁。澤井裕「土地賃借人や單なる占據者の袋地通行權」，載澤井裕、東島敏明、宮崎裕二編著「道路、通路の裁判例」，有斐閣，一九九一年版，第六八頁。奧田昌道等編「民法學2（物權の重要問題）」，有斐閣，昭和五十年版，第二四三頁（河野弘矩執筆）。

之無權占有人亦得行使法定通行權較妥。①否定無權占有之法定通行權，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，並予以保護之一種制度。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（註九）。③否定無權占有之法定通行權，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（註一〇）。

綜據上述，只要係土地之現實利用人，即得為法定通行權之主體。土地所有權人以及基於地上權、永佃權、典權等物權性質之土地利用權人，因民法有明文規定適用或準用，固不待言。基於租賃，使用借貸等債權性質之土地利用權人，亦得類推適用。甚至無權占有人亦宜解為得為法定通行權之主體。

三、成立要件

法定通行權之成立要件有四：

(一)須土地無適宜之通路

即民法第七八七條第一項中所定：「土地與公路無適宜之聯絡」。其情形不以絕對不通公路者為限，土地雖非絕對不通公路，因其通行困難以致不能為通常之使用時，亦應許其通行周圍地以至公路（五三年台上二九九六號）。學說稱絕對不通公路之土地為袋地。稱通行困難之土地為準袋地。所謂通行困難，如須攀登絕崖峭壁或橫渡險灘急流始通公路是。其形成，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（註一一）。

（註九） 劉得寬，註三所揭書第五二九頁。

（註一〇） 鈴木祿彌、篠塚昭次編「不動產法」，有斐閣，昭和四十八年版，第四四頁（澤井裕執筆）。

（註一一） 謝在全，註三所揭書第二二一頁。王澤鑑「民法物權(1)·通則·所有權」，三民書局，一九九二年版，第一八〇頁。

惟應注意者，我民法第七八七條所定法定通行權之成立要件係着眼於「土地無適宜之通路」，亦即只要土地與公路無適宜之聯絡即已足，不以絕對不通公路為必要。此一規定係仿德、瑞立法例，採相對主義，而非採日本民法第二一〇條絕對主義之立法例（註一二）。因而土地處於袋地或準袋地，所有人固得行使法定通行權。縱非處於袋地或準袋地，苟其土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，所有人亦得行使法定通行權（註一三）。例如土地與公路之間，雖有人行巷道，但該土地若是工廠用地，僅利用該巷道，無從搬運材料時，亦可謂與「無適宜之通路」之觀念相當，而主張法定通行權。

又「土地與公路無適宜之聯絡」中，所稱「公路」，係指供公眾通行之通路，並不以公有道路（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。同時不以地籍圖或土地登記簿上所記載之「道」地目為限，實際上，只要供作道路使用，縱非「道」地目，亦得充之（註一四）。

(二)須土地通常之使用所必要

即民法第七八七條第一項所定：土地因與公路無適宜之聯絡，致「不能為通常之使用」者而言。所稱「不能為通常之使用」，乃無法依通常方法利用土地之謂。換言之，鄰地通行權之行使，須為土地通常之使用所必要。是否為土地通常之使用所必要，除應考慮土地之位置、面積以及地形、地勢等因素外，尚應考量土地之用途以定之。例如被圍繞地為耕地時，其周圍地雖有田埂可供人出入，尚須考量肥料與收穫物之搬運有無困難（註一五）。又如在出產石材之石山，尚須考慮石材之搬運有無障礙（註一六）。應注意者，有關土地用途之考量，應以合法的利用(Ordnungsmässige Benutzung)為準，土地若作違法使用，自不得主張民法第七八七條

(註一二) 德國民法第九一七條第一項規定：土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有人得向周圍鄰地請求，容許其利用鄰地所有人之土地建立必要之聯絡。

瑞士民法第六九四條第一項規定：土地與公路無足用之通道者，其所有人得請求鄰地所有人允許通行地以至公路，但須支付全額償金。

日本民法第二一〇條規定：土地被他土地圍繞不通公路時，土地所有人為至公路得通行周圍地。非經由池沼、河渠或海洋不能他通，或有崖岸致土地與公路高低懸殊時，亦同。

(註一三) 李肇偉，註一所揭書第一四二頁。

(註一四) 末川博「物權・親族・相繼」，岩波書店，昭和四十五年版，第二八五頁。

(註一五) 日本大審院民事部大正三年八月十日判決（法律新聞九六七號三一頁）參照。

(註一六) 日本大審院民事部昭和十三年六月七日判決（大審院民事判例集十七卷一三三一頁）參照。

之鄰地通行權，例如在農地上興建違章工廠，應無一步主張開設道路通行車輛之餘地。又審酌土地是否為通常使用所必要時，不應以從來之使用方法為標準，土地倘因使用種別編定變更而變更改用途時，其使用必要亦隨之變更。例如原位於農業區之農地，因土地使用種別變更為住宅區而改為建地使用時，原來通行之田間小徑若不敷使用，得開設道路以利通行是。

(三) 周圍地須為他人所有且利用之土地

民法第七八七條第一項後段規定：土地所有人得通行周圍地以至公路，其中所稱「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）」^(註一七)。周圍地不以與土地（被圍繞地）直接相鄰者為限，倘不通公路之土地與公路之間，有二筆以上不同所有人之土地，為達通行之目的，此二筆以上不同所有人之土地，均茲所稱周圍地（註一七）。惟周圍地須為他人所有且利用，始得成立法定通行權（註一八）。周圍地中，只要有一筆係屬土地所有人所有不同地號之土地，或雖屬他人所有但基於通行地役權（或租賃、使用借貸）關係，土地所有人因之可與公路取得適宜聯絡者，要皆不得主張在其他周圍地上另有法定通行權。又土地所有人基於民法第七八七條規定，對周圍地中之一筆土地原設有通路之法定通行權，嗣後因購買不同地號之周圍地，致與公路取得聯絡者，其原設道路之法定通行權，應解為因之之而喪失（註一九）。申言之，周圍地不僅須是與被圍繞地不同地號之土地，而且須是他人所有且利用之土地，亦即周圍地須具有他人性，始得成立法定通行權。

(四) 須非土地所有人之任意行為所致

民法對此雖未規定，但基於利益衡量原則，土地與公路無適宜之聯絡，若係出於土地所有人自己之任意行為所致，自不得主張法定通行權。例如土地所有人任意破壞原有橋樑，或任意拋棄原有之通行地役權，周圍地所有人應無容忍其通行之義務。蓋承認法定通行權之目的，在於促進土地之利用價值，以增進社會的經濟利益，而非僅為土地（被圍繞地）所有人之個人私益。申言之，唯有在個人私益與社會公益調和之限度內，法定通行權始被承認。是以土地所有人為圖己利，以自己之任

(註一七) 謝在全，註三所揭書，第二二五頁。王澤鑑，註十一所揭書，第一八〇頁。

(註一八) 篠塚昭次編《判例》，第一卷第一二九頁（注一），總則・物權（一），三書堂，昭和五十二年刊，第六五九頁（學理）（注一）。

(註一九) 日本最高裁判所昭和三十三年三月二十八日判決（判例時報五一六號三五頁）。

意行爲致增加鄰地負擔者，自非所許（註二〇）。

另依民法第七八九條第一項規定，因土地之一部讓與或分割，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（註二一）。蓋因此種不通公路之情形，亦係由於土地所有人之任意行爲所致，其情形爲當事人所預見，可期待其事先安排，自不得損人利己，許其通行其他周圍地以至公路也。基此論點，土地因強制執行而讓與或因法院判決分割致不通公路者，因非土地所有人之任意行爲所致，應無本條項（民法七八九條一項）之適用（註二二）。又依本條項行使之通行權，無須支付償金（同條二項），係屬無償通行權，是宜注意。

問題是民法第七八九條之規定，除適用於直接讓與或分割之當事人外，對讓與或分割後之土地概括繼受人或特定繼受人是否亦有適用？對此問題，在概括繼受人之情形，學說與實務上之見解均採肯定說，殆無爭議（註二三）。蓋土地之概括繼受人，如遺產繼承人、營業合併人或財產之概括承受人等應概括承受財產上之一切權利義務之故也。但在特定繼受人之情形，則衆說紛云，莫衷一是（註二四），實務上之見解亦不一致（註二五）。如採否定見解（不適用說），當袋地所有人變更時，原受讓地、讓與地或其他分割地之所有人因不必再容忍通行義務，將獲得非預期

（註二〇） 史尚寬，註一所揭書，第九五頁。謝在全，註三所揭書，第二二二頁。

（註二一） 爲貫徹本條之立法精神，民法物權編修正草案仿德國民法第九一八條第二項後段之規定，在本條項後增訂：「數土地屬於一人所有，而讓與其一者，亦同。」

（註二二） 川島武宜編「注釋民法(7)·物權(2)」，有斐閣，昭和五十三年版、第二四五頁（野村好弘執筆）；姚瑞光，註三所揭書，第八七頁；謝在全，註三所揭書，第二二三頁；王澤鑑，註十一所指揭書，第一八一頁。不同意見有：史尚寬，註一所揭書，第九五頁；李肇偉，註一所揭書，第一四四頁。

（註二三） 學者之意見：謝在全，註三所揭書，第二二三頁；王澤鑑，註十一所揭書，第一八三頁。實務之見解：司法行政部民事司台（六八）民司函字第〇六二六函復台灣高等法院。

（註二四） 我國民法第七八九條係仿日本民法第二一三條之規定。而日本學者對其民法第二一三條之規定是否適用於讓與或分割後之特定繼受人頗有爭議，學說有否定說（不適用說）、肯定說（適用說）、折衷說，而折衷說所持見解亦不一致。我國學者謝在全先生對此曾作詳細介紹，請參照謝在全，註三所揭書，第二四七～二五〇頁。

（註二五） 持否定見解者有：最高法院六十九年度台上字第二六六號判決（最高法院民刑事裁判選輯第一卷第一期第三三二頁）；最高法院六十九年度台上二六七二號判決（司法院公報第二三卷第二期第五三頁）。持肯定見解者有：最高法院七十一年度台上字第二六六五號判決；司法院81.11.6、81廳民一字第一八五七一號函復台灣高等法院（黃宗樂編，註五所揭書，第九八五頁）。

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（適用說），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。

據上所述，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，原則上應採肯定說。但為匡正肯定說之缺失，例外情形似可採否定見解。何者為例外情形？似可透過案例之累積，比較各種特定繼受人之繼受原因與繼受方式之異同，歸納其種類加以類型化，然後基於衡平之原理，予以析出。

四、法律效果

具備上述要件後，對土地所有人發生以下法律效果：

(一) 通行之權利

即土地所有人取得法定通行權，得通行周圍地以至公路，但應於通行必要之範圍內擇其損害最少之處所及方法為之（民法七八七條二項），於必要時，得開設道路（民法七八八條前段）。此項通行權，如受通行地所有人或第三人妨害時，土地所有人基於妨害排除請求權得以妨害者之費用與勞力請求除去之。如因而受有損害時，並得依民法第一八四條之規定，請求損害賠償。

然則，選擇周圍地損害最少之處所及方法通行，有時不易判定，當周圍地所有人對通行權之處所及方法有異議時，法院得因有通行權人之聲請決定之（民法物權編修正草案七八七條二項後段參照）。決定通行之處所及方法，應參酌社會一般觀念，斟酌附近之地理狀況、相鄰地利害關係人之得失損益及其他情事，就具體事例加以判斷（註二十六）。至必要時得開設道路，其道路之寬度如何？亦應審酌土地

（詩二六） 日本東京地方裁判所昭和三十八年九月九日判決（判例タチムズ一五六號九一頁）。

通常使用所必要之程度，通行地所受損害最少之處所及方法與衡量土地所受利益與周圍地所受不利益等情事決定之。如土地所有人僅因保有汽車，為便於自己汽車之通行，而主張拓寬周圍地之道路或開設道路，強迫周圍地所有人過度忍受，似不應准許，較為妥當（註二七）。

另應注意者，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，因而不容袋地所有人任意預為拋棄（七五年台上九四七號）。

（二）支付償金之義務

有通行權人，因通行或開設道路，對於通行地因此所受之損害，應支付償金（民法七八七條一項但書、七八八條但書）。此項償金係對通行地所有權人因不能使用土地所受損害之補償，而非通行土地之對價。故通行權人縱不支付償金，只要依相鄰關係而成立之法定通行權要件存在，其通行權並不因之而消滅。於此場合，通行地之所有權人僅得依債務不履行之規定，請求通行權人支付償金，而不得禁止其通行。

關於償金之支付標準，民法未設規定，應就具體事實審酌通行地所有權人所受損害之程度而認定。至支付償金之方法，應為一次支付抑為定期支付，民法亦未規定，宜按通行地所有權人所受之損害為繼續性或確定性與否而定。有通行權人於他人建地上開設道路，雖有繼續性但其損害總額不能預先確定，其支付償金之方法，應以定期支付為宜（註二八）。又此項償金之支付義務為通行權土地之法定負擔，因而如採定期支付方式，當土地所有權移轉於他人時，其支付義務當然隨同移轉於受讓人。但移轉前所拖欠之償金，則不在受讓人承受範圍之內。

（註二七） 奧田昌道等編，註八所揭書，第二四四頁（河野弘矩執筆）。

（註二八） 司法院71、10、28、(71)廳民一字第〇六七號函復台灣高等法院（黃宗樂編，註五所揭書，第九八五頁）。