

什麼是既成道路（巷道）（二）？——既成道路（巷道）的概念與要件

文·張捷誠（認證法律人） · 房子·土地·鄰居 · 2023-10-13

本文

上一篇說明法律上常見的幾種「道路」，以下介紹什麼是既成道路（巷道）？符合哪些要件才算是既成道路？

一、既成道路（巷道）^[1]的意義是什麼？大法官怎麼說？

（一）大法官的說法

司法院釋字第400號解釋文指出，當既成道路符合一定要件而成立公用地役關係時，土地所有權人對這塊地就已經無法自由使用收益，人民的財產受到特別犧牲，這時候國家應依法徵收補償^[2]。

（二）既成道路（巷道）的意義

從上面的司法院解釋，可以統整出既成道路（巷道）的意義如下：

1. 具備公共用物性質，不論屬於私有或公有土地^[3]。

2. 若是私有土地，國家要補償人民的特別犧牲

因為既成道路的土地所有權人必須提供私人土地讓大家通行，無法自己使用收益，嚴重限制他的所有權，形成法律上的「特別犧牲」，國家要給予補償^[4]。

3. 透過公法上時效取得

既成道路依照「事實」來成立，是一種公法上的時效取得，而不是由國家以行政行為或人民以契約的方式來成立^[5]。所以既成道路（巷道）與民法上的不動產役權^[6]、袋地通行^[7]等供公眾通行的道路；或與建築法上為了符合臨接建築線，或依法留設的私設通路等所形成供公眾通行的道路，皆不相同^[8]。

4. 不用向地政機關登記

此種公法上的時效取得地役權（即成立公用地役關係），與民法上時效取得不動產役權的效果不同，前者僅須

事實符合要件，國家或地方政府就會直接取得權利，不用再經過地政機關的登記程序；後者則是事實符合要件後，權利人只是取得一個「請求登記的權利」而可向地政機關申請而已^[9]，並不會直接取得權利。

二、既成道路（巷道）的要件

要符合哪些要件才是既成道路？雖然依照司法院釋字第400號解釋的理由書^[10]，可以整理出3個要件，但其中仍有些爭議，進一步說明如下：

(一) 不特定的公眾通行所必要

1. 怎樣才算有必要性，法院沒有一致見解

先就通行必要性來講，實務上的常見情況，例如僅有單向出口的單一道路（即無尾巷，如圖1中的A）或是雙向均可聯外通行的道路，如圖2中的A”。如何認定A或A”對這些沿線居民是否具有通行必要性？

法院其實意見相當混亂，在圖1即A的情況，有認為雖然沿線居民只有少數特定住戶，但他們的親友、訪客也會為了來訪洽公等原因通行，就構成公眾通行^[11]；或有法院認為只有居民不算不特定多數人，但另外有神壇、廟宇或教會等，因為有不特定信眾出入，就具有公眾通行的必要性^[12]。

至於圖2即A”的情況，學說及實務多認為，因為A”不論是左右任一方向的通路均非唯一或必要，居民可以從A”上下方的道路通行，所以不具有必要性。另外，讀者可能會想到，A”有可能是非沿線居民要來回不同主要道路時要走，但既然非沿線居民，雖可符合不特定公眾的要件，但也因為可選擇其他通路，縱使路程較遠，也不構成通行「必要」的要件^[13]。

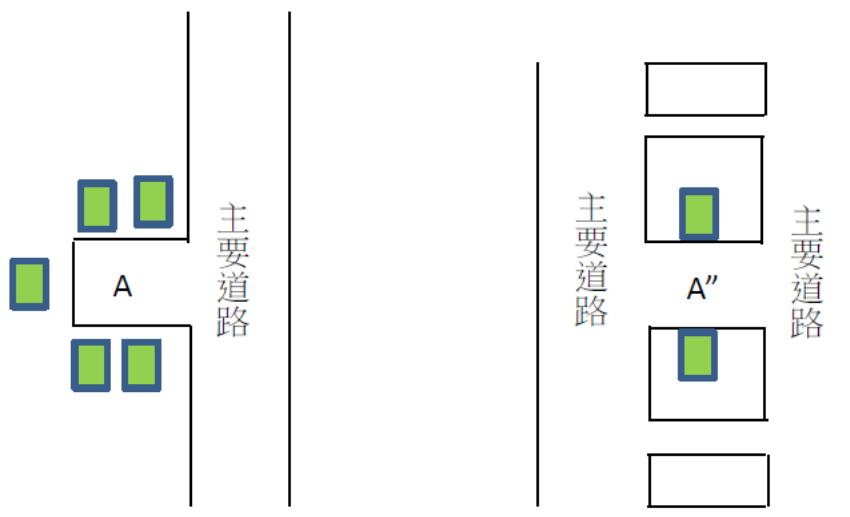


圖 1：單向出口的單一道路

圖 2：雙向均可聯外通行的道路

圖1及圖2

資料來源：作者自繪。

2. 學者建議考量社會功能性

光從上面實務的看法，讀者們應該可以發現，所謂的沿線居民到底可否被認為是不特定的多數人，而有不特定公眾通行的必要性，其實有所矛盾不一致。所以有學者提出以「社會功能性」來重新建構「不特定公眾通行所必要」的概念，認為不應拘泥於沿線居民人數，而應提高視野，把這個路段各個面向的「社會功能」，包含親友互訪、送貨、推銷、通行穿越之便利、散步等事實上的需求皆納入考量^[14]，並以近來的最高行政法院裁判^[15]來印證這個理論^[16]。

3. 建築管理實務有輔助判斷標準

綜合以上可以發現司法院釋字400號解釋留下的問題相當多，大法官因為沒講清楚，導致既成道路（巷道）的要件認定相當混亂，也導致建築管理實務上用了很多輔助判斷的標準，來認定有沒有公眾通行必要性，例如「已有編釘門牌戶2戶以上，且其門牌編釘或戶籍登記已逾20年」^[17]，或是「經由政府部門或道路主管機關出具曾執行該道路興闢、維護或管理有案之道路證明文件」^[18]等。

(二) 公眾通行之初，土地所有權人並未阻止

此要件的判斷，實務上常是將土地所在的沿線居民傳喚來作證、並調查土地供公眾通行的成因。例如法院參考沿線居民居住建物的第一次所有權登記辦理資料、航照圖或房屋的起造契約等資料，來綜合判斷，例如從航照圖證明道路上確實曾於通行之初設有阻礙通行的物品（如鐵門），且是土地所有權人設置的^[19]。

學者另有補充，「阻止的情事」，無論明示或默示、有形或無形的方式阻止都算，且不僅限於「公眾通行之初」，而是於成立公用地役關係前，土地所有權人均未曾阻止公眾通行的情事存在^[20]。

(三) 年代久遠而未曾中斷

1. 建管實務認為20年算年代久遠

對於此要件，學者有認為時效取得制度應該是公法及私法的共通法律原理，此要件應可以類推適用民法時效取得的規定^[21]。而在各地方政府的建管實務上，也常見以民法第769條的不動產長期取得時效即20年，來作為認定具公用地役關係的標準之一^[22]。或以土地沿線居民門牌編釘門牌或戶籍登記的時間逾20年，來作為判斷標準^[23]。

2. 有學者認為不該借用民法20年的規定

但厲害的讀者們應該還記得司法院釋字第400號解釋理由書中提到，依建築法規及民法等規定提供土地作為公眾通行的道路，不是具有公用地役關係的既成道路。所以另外有學者認為，既成道路（巷道）既然與依民法或

建築法所形成的道路不同，就不應該去借用民法關於不動產物權取得時效的期間^[24]。

如果不用民法20年取得時效的規定，要幾年才算年代久遠呢？學者認為對照釋字第400解釋提到的「日據時期或八七水災^[25]」等例子，而1959年發生的八七水災距離這號解釋的公布年份（1996年）已是30餘年以上，所以主張至少要30年以上才符合^[26]。

註腳

- [1] 首先要跟讀者們釐清的是，筆者在系列文章中使用「既成道路（巷道）」的方式呈現是因為實務上的用語並不統一，例如新竹市建築管理自治條例第4條第1項第1款就規定「供公眾通行，具有公用地役關係之巷道」，但桃園市、宜蘭縣及嘉義縣都用了「具有公用地役關係之既成道路」，為了避免讀者混淆，所以用此方式論述。實際上司法院釋字400號解釋，對於有公用地役關係的私有「道路」，是僅以既成道路來說明。
- [2] 司法院釋字第400號解釋：「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……。」
- [3] 對於公有土地能否成立公用地役關係，臺北高等行政法院104年度訴字第516號判決認為，依舉重明輕的法理，既然私有土地可以成立公用地役關係，公有土地如果符合要件，當然也有容忍公眾通行的義務。
- [4] 參張捷誠（2022），《人民對於土地被徵收不服，如何救濟（一）？——土地徵收的基本介紹》。
- [5] 司法院釋字第400號解釋理由書：「至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」
- [6] 民法第851條：「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。」
- [7] 民法第787條：「
I 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。
II 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；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。
III 第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。」
- [8] 參照學者的整理，認為以下情形都不屬於「具公用地役關係的既成道路」：
1、依建築法第49條、第50條規定，建築物退讓而成為公眾通行的道路。
2、依建築法規留設的私設通路（包括土地所有權人基於使用借貸關係提供土地予起造人，供作私設通路的情形），而成為供公眾通行的道路。
3、土地所有權人為供公眾通行的目的，依民法贈與規定，把捐贈土地於公有，卻因故未完成移轉登記的道路。
4、私有土地因設定或時效取得不動產役權或因袋地通行權的規定，而供特定人或鄰地所有人通行，嗣因前開通行人的親友、送貨或商品的需要，導致通行實況外觀好像變成不特定人在通行。

參陳立夫（2021），《土地法研究（三）》，頁127-134。

[9] 民法第769條：「以所有之意思，二十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。」

民法第770條：「以所有之意思，十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人。」

民法第772條：「前五條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。於已登記之不動產，亦同。」

[10]司法院釋字第400號解釋理由書：「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，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。」

[11]林三欽（2017），〈現有巷道相關法律問題之研究—聚焦於公用地役關係〉，《月旦法學雜誌》，第26期，頁113。

[12]最高行政法院104年度判字第563號判決、最高行政法院104年度裁字第275號裁定。

[13]參林三欽，註11，頁112。

[14]參林三欽，註11，頁113。

[15]如最高行政法院105年度判字第291號判決、最高行政法院105年度判字第220號判決等，詳參林三欽，註11，頁113-116。

[16]但也有學者認為仍應就供通行的原因、道路區位與周遭地理環境來個案判斷，對於「非供通行的成因，即嗣後因特定人的親友來訪或郵差、送貨等需求而有通行的情況」應該不是所謂的「通行必要」。參陳立夫，註8，頁132。

[17]連江縣建築管理自治條例第3條第2項：「前項第二款第一目所稱供公眾通行之巷道，由本府就其寬度、使用性質、使用期間、通行情形及公益上需要認定之，並符合下列情形之一：

- (一)現有巷道旁已有編訂門牌房屋二戶以上，且其門牌編訂或戶籍登記已逾二十年。
- (二)本縣實施都市計畫前土地登記謄本之地目登記為道，並有通行事實存在者。」

[18]臺東縣建築管理自治條例第4條第2項：「前項第一款所稱之巷道，指具有下列情形之一者：

- 一、巷道旁之房屋已編有二戶門牌以上，且編訂或戶籍登記逾二十年者。
- 二、經由政府部門或道路主管機關出具曾執行該道路興闢、維護或管理有案之道路證明文件。
- 三、為不特定之公眾通行所必要，於公眾通行之初，土地所有權人無阻止情事，公眾通行事實經歷年代久遠且未曾中斷。」

[19]最高行政法院108年度上字第970號判決。

[20]參陳立夫，註8，頁133。

[21]陳清秀（2004），〈既成道路相關法律問題探討〉，《月旦法學雜誌》，第112期，頁58。

[22]例如新北市建築管理規則第3條第2項、基隆市建築管理自治條例第5條第2項。

[23]如桃園市建築管理自治條例第14條、連江縣建築管理自治條例第3條、臺東縣建築管理自治條例第4條。

[24]參陳立夫，註8，頁133-134。

[25]八七水災是1959年8月7日，一個從臺灣旁邊擦身而過北上朝日本撲去的颱風艾倫，造成臺灣西部沿海地區，從苗栗縣、臺中縣、彰化縣、南投縣、雲林縣、嘉南平原各鄉鎮到高雄縣市空前嚴重的水患。資料來源，文化部（n.d.），《[八七水災](#)》（最後瀏覽日：2022年5月10日）。

[26]參陳立夫，註8，頁133-134。

標籤

► 既成道路，既成巷道，特別犧牲，補償，公眾通行