

臺灣宜蘭地方法院民事判決

112年度訴字第25號

原告 游祥金
游祥登
游本能

上三人共同

訴訟代理人 莊銘有律師
陳敬穆律師
楊家寧律師

被告 游林寶珠
李慶彥
李慶明

李慶倫
李家昇
李淑梅

游寶蓮
游秋月
游金山
王坤盛
鍾寶珠

上一人

訴訟代理人 阮偉澧
王瑞煌
王芝婷
林 麥
林春茂
林家榮

01 吳林淑敏

02 林慶豐

03 林慶亮

04 林峰正

05 0000000000000000

06 王清子

07 蔡王寶貴

08 上 一 人

09 訴訟代理人 蔡壽力

10 上列當事人間請求塗銷地上權等事件，本院於民國113年1月31日
11 言詞辯論終結，判決如下：

12 主 文

13 被告應將附表所示地上權登記辦理塗銷。

14 訴訟費用由被告連帶負擔。

15 事實及理由

16 壹、程序事項：

17 一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。又不變更
18 訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴
19 之變更或追加，民事訴訟法第255條第1項本文、第256條分
20 別定有明文。查本件原告起訴時主張：(一)先位聲明：游興馮
21 之全體繼承人應將宜蘭縣○○鎮○○段00地號土地（重劃前
22 為羅東鎮竹林段354之42地號，自羅東鎮竹林段354地號土地
23 分割，下稱系爭土地）上所登記如附表所示之地上權（下稱
24 系爭地上權）塗銷；(二)第一備位聲明：1.系爭地上權應予終
25 止。2.游興馮之全體繼承人應將系爭地上權登記塗銷；(三)第
26 二備位聲明：請求酌定系爭地上權存續期間為1年。嗣經本
27 院命原告提出游興馮之除戶謄本及全體繼承人之戶籍謄本
28 後，於民國112年2月9日具狀補正被告姓名（本院卷一第115
29 -117頁），並於113年1月31日最後變更聲明為：(一)先位聲
30 明：被告應將系爭地上權辦理塗銷；(二)第一備位聲明：1.被
31 告應就系爭地上權辦理繼承登記。2.系爭地上權應予終止；

01 (三)第二備位聲明：1.被告應就系爭地上權辦理繼承登記。2.
02 定系爭地上權存續期間為1年（本院卷二第247-248頁）。經
03 核原告前開所為，並未變更訴訟標的，僅為更正其事實上及
04 法律上之陳述，故依前述規定，並無不合，均應准許。

05 二、又按共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數
06 及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾
07 3分之2者，其人數不予計算，民法第820條第1項有明文規
08 定。且土地共有人就共有土地上已由他人設定之地上權，依
09 民法第833條之1規定，請求法院定存續期間或終止地上權，
10 乃以形成之訴，請求判決變更共有土地所設定地上權之內
11 容，依土地法第34條之1第1項規定，以共有人過半數及其應
12 有部分合計過半數，或其應有部分合計逾3分之2之共有人同
13 意，即可行之，非必需共有人全體同意（最高法院106年度
14 台抗字第743號裁定意旨參照）。查原告前開第一、二備位
15 聲明，依民法第833條之1規定，請求終止系爭地上權或定存
16 續存續期間，依前述說明，須以共有人過半數及其應有部分
17 合計過半數，或其應有部分合計逾3分之2之共有人同意，始
18 得為之，而原告為系爭土地之全體共有人，有土地登記謄本
19 （本院卷一第75頁）在卷可憑，其當事人適格，自無欠缺。

20 三、被告游林寶珠、李慶彥、李慶明、李慶倫、李家昇、李淑
21 梅、游寶蓮、游秋月、游金山、王坤盛、王瑞煌、林春茂、
22 林家榮、吳林淑敏、林慶豐、林慶亮、林峰正、王清子、蔡
23 王寶貴均經合法通知，均未於言詞辯論期日到場，核無民事
24 訴訟法第386條所列各款情形，爰依原告聲請，由其一造辯
25 論而為判決。

26 貳、實體部分：

27 一、原告主張：原告為系爭土地之所有人，系爭土地上目前有如
28 附表所示游興馮為地上權人之系爭地上權登記，而兩造均為
29 游興馮之繼承人。緣系爭土地原為訴外人游興讚等14人所共
30 有，游興馮於38年11月4日持建築物改良物情形填報表、房
31 捐收據、他項權利登記聲請書、地上權設定契約書、登記保

01 證書、理由書、建物所有權繼承證明聲請書等文件資料，向
02 地政機關申請系爭地上權，期間為不定期，並於43年3月18
03 日登記完成，迄今已超過70年。惟系爭地上權設定當時，因
04 地上權設定契約書上僅有當時部分共有人蓋章，並未得全體
05 共有人14人之同意，是系爭地上權之設定登記即有無效之原
06 因，應屬自始、當然、確定無效。又如認系爭地上權未有前
07 開無效之原因，然系爭地上權係於43年設定登記迄今，系爭
08 地上權所屬之建築改良物亦均滅失，亦見系爭地上權成立目
09 的已不存在，原告自得訴請准予終止系爭地上權，並請求被
10 告就系爭地上權辦理繼承登記後塗銷。再退步言之，倘法院
11 認系爭地上權成立之目的、建築物或工作物之各種狀況，尚
12 未達終止地上權之程度，亦請求參酌系爭地上權已存在超過
13 70年，請求酌定其存續期間為1年，俾利保障土地所有權人
14 之權益。為此，爰依民法第767條第1項、第833條之1及繼承
15 之法律關係提起本訴等語。並聲明：如前開壹、程序事項更
16 正後聲明所示。

17 二、被告則以：

18 (一)被告鍾寶珠、王芝婷、王瑞煌：系爭土地於游興馮設定地上
19 權時之建築改良物係游興馮、游興爐所有，並自32年2月10
20 日向系爭土地之所有權人承租，租用存續期間為「無期」，
21 於租約存續期間即可重新興建，而系爭地上權登記已歷時70
22 年，可見當時親戚及繼承人間有所共識，原告均沒有異議，
23 至今才請求塗銷或終止系爭地上權，對其它房的繼承人不公
24 平，原告未詳細調查先祖輩彼此間篳路藍縷的濃厚情感，對
25 於雙方確實有租約之事實恐有誤會，原告請求塗銷系爭地上
26 權為權利濫用，不應塗銷等語置辯。並聲明：(一)原告之訴駁
27 回；(二)如受不利判決，願供擔保，請准宣告假執行。

28 (二)被告蔡王寶貴：原告雖主張系爭地上權登記未得全體共有人
29 14位同意，但並未指出是哪14位共有人等語置辯。並聲明：
30 原告之訴駁回。

31 (三)被告林麥：我不識字等語置辯。

01 (四)被告游林寶珠、李慶彥、李慶明、李慶倫、李家昇、李淑
02 梅、游寶蓮、游秋月、游金山、王坤盛、林春茂、林家榮、
03 吳林淑敏、林慶豐、林慶亮、林峰正、王清子未於言詞辯論
04 期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

05 三、本院之判斷：

06 (一)查原告為系爭土地之全體共有人，而系爭土地上現設定有系
07 爭地上權，系爭地上權原始為兩造之被繼承人游興馮於38年
08 間聲請設定，斯時系爭土地之登記所有權人為游興讚、游興
09 盛、游興江、游興溪、游興喜、游興樹、游興會、游智、游
10 興秋、游興林、黃阿梅、游西審、游祥輝、游秀美14人，而
11 今游興馮已死亡，其全體繼承人為兩造，而被告尚未就所繼
12 承之系爭地上權辦理繼承登記，系爭土地上現有之門牌號碼
13 宜蘭縣○○鎮○○路000巷00號建物（下稱系爭建物）非游
14 興馮所遺，現已無游興馮設定地上權時之建築改良物存在等
15 情，業據原告提出系爭土地登記第一類謄本、人工作業登記
16 簿、戶籍謄本、繼承系統表等件（本院卷一第75-83頁、第1
17 19-212頁）在卷可稽，並經本院至現場勘驗、函詢宜蘭縣羅
18 東地政事務所調閱系爭地上權之原始設定資料、調閱系爭建
19 物之建物登記資料，及查閱司法院家事事件公告確認無訛，
20 此有本院勘驗筆錄、勘驗照片、宜蘭縣羅東地政事務所土地
21 複丈成果圖、112年3月24日羅地資字第1120002664號函暨其
22 所附系爭地上權之原始設定登記資料、112年9月5日羅地資
23 字第1120008794號函暨其所附建物謄本、司法院家事事件公
24 告查詢結果等件在卷可憑（本院卷一第457-469頁、第327-3
25 65頁、本院卷二第11-130頁、第219-241頁），且為被告所
26 未爭執，上情堪信為真實。

27 (二)系爭地上權是否有效存在？原告依民法第767條第1項中段之
28 規定請求塗銷系爭地上權，有無理由？

29 1.按「共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同
30 意。」，18年11月30日制定迄今未曾修正之民法第819條第2
31 項定有明文。而地上權之設定，係屬對物設定負擔之處分行

01 為，是若對共有之土地設定地上權，自應經共有人全體之同
02 意始得為之，如共有人中1人或數人未經全體共有人同意，
03 擅為處分共有物，其處分應為無效，不發生物權之效力。次
04 按「租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約成立後
05 2個月內，聲請該管市縣地政機關為地上權之登記。」，89
06 年1月26日修正前土地法第102條規定參照。又「土地與建物
07 權利人不同者，除填報『建築改良物情形填報表』外，不論
08 已否辦理建物保存登記，仍應依照土地登記規定先聲請地上
09 權登記，經審查證明無誤後，分別登記於土地登記總簿之他
10 項權利部及建物標示部；…土地之所有權人與建物所有人不
11 同時，在登記簿依法分別以所有權地上權予以登記，…」；
12 「建物與土地所有權人不同時，除由建物所有人蓋章認定
13 外，並由土地所有權人蓋章證明，同時應填具他項權利登記
14 聲請書，申請地上權登記」，臺灣省各縣市辦理土地登記有
15 關建築改良物登記補充要點第2點第5項第2款、第5款、第4
16 點第2項第4款分別定有明文。再按35年10月2日發布施行之
17 土地登記規則第17條前段規定：「登記，應由權利人及義務
18 人共同聲請之，權利人如因特殊情形，不能覓致義務人共同
19 聲請登記時，得由權利人陳明理由，填具保證書，呈請單獨
20 聲請登記。」；同規則第32條規定：「證明登記原因文件或
21 土地權利書狀不能提出時，應取具鄉鎮保長或四鄰或店舖之
22 保證書。前項保證書應保證聲請人無假冒情事，並證明其原
23 文件不能提出之實情。」。又前臺灣省政府於38年11月10日
24 訂頒之臺灣省各縣市辦理單獨申請地上權設定登記應行注意
25 事項第1點規定：「本省各縣市辦理地上權設定登記時，如
26 建物基地使用人已向基地所有權人訂有口頭或書面之合法租
27 賃契約或地上權契約，而基地所有人拒不履行共同申請者，
28 使用人可陳明不能覓致義務人共同申請登記理由，提繳鄉鎮
29 區公所保證書及繳納租金等憑證，依照土地登記規則第17條
30 第2項規定，單獨申請登記。」。準此，地上權設定原則上
31 應由權利人及土地所有權人共同聲請，權利人如欲申請單獨

01 登記者，亦以「聲請人與土地所有權人間確有租賃契約或地
02 上權設定之合意」為要件，僅因不能覓致義務人共同聲請登
03 記，始得由權利人陳明理由後填具「不能覓致義務人共同聲
04 請登記理由」之保證書單獨聲請（最高法院106年度台上字
05 第2408號判決意旨參照）。

06 2.經查，系爭土地於游興馮在38年間聲請設定系爭地上權時登
07 記之所有權人為游興讚、游興盛、游興江、游興溪、游興
08 喜、游興樹、游興會、游智、游興秋、游興林、黃阿梅、游
09 西審、游祥輝、游秀美14人（下稱游興讚等14人），有系爭
10 地上權設定時填具之建築改良物情形填報表及他項權利登記
11 聲請書之申請人附表、地上權設定契約書之土地共有人欄
12 位，及系爭土地共有人名簿（本院卷一第329-345頁、第347
13 -351頁、本院卷二第117-119頁）在卷可憑，而建築改良物
14 情形填報表內建物所有權人姓名欄則記載游安旺、游興馮、
15 游興爐3人，可知系爭土地共有人與該建築改良物共有人並
16 非同一，則依上說明，土地所有權人與建物所有權人不同
17 時，自仍應由系爭土地全體共有人即游興讚等14人與建物共
18 有人即游興馮共同辦理地上權登記並蓋章證明為原則，游興
19 馮如欲單獨設定地上權登記，其應先陳明有何「與游興讚等
20 14人確有租賃契約或地上權設定之合意」，並附具「不能覓
21 致義務人共同聲請登記理由」之保證書，始得單獨聲請。

22 3.觀諸系爭地上權之原始設定登記資料，無論係建築改良物情
23 形填報表、他項權利登記聲請書、地上權設定契約書（本院
24 卷第329-351頁），土地所有權人欄位雖記載「黃阿梅等14
25 人」，及建築改良物情形填報表、他項權利登記聲請書之申
26 請人附表、地上權設定契約書之土地共有人欄位雖載有游興
27 讚等14人之欄位，然實際僅有游興盛、游興江、游興溪、游
28 興喜、游興樹、黃阿梅6人（下稱游興盛等6人）之蓋章，並
29 無其餘土地共有人之簽名或蓋章，而他項權利登記聲請書之
30 他項權利人欄位則記載游興馮、游興爐2人（下稱游興馮等2
31 人），可認系爭地上權之設定登記並未會同系爭土地當時全

體所有權人為之，而係由游興馮等2人單獨聲請登記。

4.而如前所述，於38年間土地登記之權利人，固得依前開當時有效施行之土地登記規則第17條、第32條第1項之規定單獨聲請登記，惟依其規定，地上權設定之權利人欲聲請單獨登記者，仍需以「聲請人與土地所有權人間確有租賃契約或地上權設定之合意」之物權行為為要件，亦即土地使用者確實已與土地所有人合意成立租賃契約或地上權契約，僅因不能覓致義務人共同聲請登記，始得由權利人陳明理由填具「不能覓致義務人共同聲請登記理由」之保證書單獨聲請，其於證明登記原因文件不能提出時，應出具鄉鎮保長或四鄰或店鋪之保證書。

5.稽諸前述系爭地上權之原始設定登記資料，地上權設定契約書上既僅有游興盛等6人之蓋章，並無其餘土地共有人之簽名或蓋章（本院卷一第347-351頁），足認本件與游興馮等2人達成設定系爭地上權之合意者，應僅有游興盛等6人，而不包含其餘共有人甚明；另參以所附之登記保證書記載「因土地所有人對於上開土地（即系爭土地）地上權設定不肯連同申請蓋章」等情（本院卷一第353頁），既是「不肯連同申請蓋章」，顯見系爭土地除游興盛等6人外之其餘共有人與游興馮等2人當時並無設定地上權之合意。從而，本件堪信系爭地上權於設定登記之時，並未獲得全體土地共有人之同意設定，且斯時尚無現行土地法第34條之1得由共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意或應有部分合計逾三分之二之共有人為地上權設定之規定，系爭地上權之設定既未經全體土地共有人之同意，依上說明，實無從發生地上權設定登記之物權效力，且游興馮等2人於登記時未能提出其與系爭土地全體共有人間確有租賃契約或地上權設定合意之證據，亦不合前述「聲請人與土地所有權人間確有租賃契約或地上權設定之合意」之要件，即無從循前述土地登記規則之規定單獨聲請登記，是系爭地上權之設定登記顯難認合於35年10月2日發布施行之土地登記規則第17條規定。從而，系

01 爭地上權之設定登記既非由地上權人及全體土地所有權人共
02 同聲請設定，又不符合地上權人單獨聲請設定地上權之要
03 件，則系爭地上權之設定自屬無效。

04 6.至被告鍾寶珠、王芝婷、王瑞煌雖辯稱游興馮等2人自32年2
05 月10日向系爭土地之所有權人承租，租用存續期間為「無
06 期」，於租約存續期間即可重新興建，原告請求塗銷系爭地
07 上權為權利濫用，不應塗銷等語，惟遍觀卷內僅有系爭地上
08 權原始設定登記資料所附之地上權設定契約書，其上固載有
09 「特訂立租約如左」等語，惟細繹其名稱及內容，均係以設
10 定「地上權」之目的所為之約定，尚難單憑其內容載有「租
11 用」、「租金」字樣，即認當事人間另存有成立租賃契約之
12 合意，被告鍾寶珠、王芝婷、王瑞煌復未舉證或說明當事人
13 間究於何時開始、對系爭土地之何部分，成立存續期間如
14 何、租金如何之租賃關係，其等辯稱存有不定期租賃關係部
15 分，即無足採。又原告本於所有權之作用，請求被告塗銷系
16 爭地上權，乃其權利正當行使，亦難認為專以損害被告為目
17 的，其等辯稱原告請求塗銷系爭地上權為權利濫用，亦不足
18 採。

19 7.從而，系爭地上權之設定登記既非由地上權人及全體土地所
20 有權人共同聲請設定，又不符合地上權人單獨聲請設定地上
21 權之要件，則系爭地上權之設定自屬違反法律規定而屬無
22 效，然仍繼續留存在系爭土地上，自屬妨害原告對系爭土地
23 所有權之完整性，原告自得行使所有權妨害除去請求權，請
24 求被告塗銷系爭地上權登記。

25 四、綜上所述，原告依據民法第767條第1項中段規定，先位訴請
26 被告應將系爭地上權登記塗銷，為有理由，應予准許。又原
27 告先位之訴既經本院認為有理由而予以判准，自毋庸再就備
28 位之訴另為裁判。另本件原告既無聲請假執行，且本件係屬
29 命被告為意思表示之判決，其性質即屬不適於執行，本無准
30 為假執行宣告之必要，故被告鍾寶珠、王芝婷、王瑞煌聲請
31 宣告供擔保免為假執行，核無必要，併予敘明。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法並所提證據，經審酌後認均不足影響判決結果，爰不逐一論列，附予敘明。

六、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第2項。

中華民國 113 年 2 月 21 日

民事庭審判長法官 伍偉華

法官 黃淑芳

法官 夏煒萍

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中華民國 113 年 2 月 21 日

書記官 邱淑秋

附表：

坐落土地地號：宜蘭縣○○鎮○○段00地號土地

權利種類：地上權

收件日期：民國38年

收件字號：竹林字第2389號

登記日期：43年3月18日

登記原因：設定

權利人：游興馮

權利範圍：2分之1

存續期間：（空白）

地租：空白

證明書字號：羅地字第228號

設定義務人：游興讚等18人

其他登記事項：因合併轉載自：99地號（一般註記事項）本地上權以建築改良物共有為目的持分貳分之壹。