高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
113年度訴字第426號
114年8月26日辯論終結

原　　告　謝正宏
　　謝正榮
共　　同
訴訟代理人　劉家榮律師
　　黃渝鈞律師
被　　告　臺南市玉井地政事務所

代　表　人　高瑞豐
　　謝芷琪
　　許曉婷

上列當事人間有關土地登記事務事件，原告不服臺南市政府中華民國113年8月12日府法濟字第1131058401號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要：

(一)訴外人嚴欺頭於清朝同治9年（即民國前42年）以其所有坐落臺南市玉井區玉中段682地號土地（即重測前玉井段407地號，下稱系爭土地）為原告先人謝文治設定未定期限之典權（下稱系爭典權）。嗣因系爭典權屬於地籍清理條例第27條第1項第1款規定所指「於中華民國38年12月31日以前」「以典權或臨時典權登記」之不動產權利，登記機關即被告乃依上述規定，以民國104年2月9日所登記字第0000000000號公告3個月（自104年2月13日起至同年5月13日止），期滿無人異議，被告爰於104年5月14日逕為辦理地籍清理塗銷登記，

並於同日以所登記字第0000000000號函通知原告。復因系爭土地有地籍清理條例第32條規定所稱土地總登記時登記名義人之住址記載不全之情形，經臺南市政府於104年9月9日以府地籍字第0000000000號公告（自104年9月17日起至同年12月16日止共90日），請土地權利人或利害關係人依規定申請更正登記，屆期無人申請，臺南市政府即依地籍清理條例第11條第1項規定列入106年第2批及107年度第1批地籍清理未能釐清權屬土地代為標售，惟經二次標售未完成標售，臺南市政府即依地籍清理條例第15條第1項規定，囑託被告於107年9月6日登記為國有。

(二)原告於113年3月1日向被告主張因嚴欺頭於系爭典權設定後逾30年未贖回系爭土地，謝文治於民國前12年即可依民法第924條及民法物權編施行法第5條第1項規定取得系爭土地所有權，爰基於繼承及受讓等由，請求被告就上述依地籍清理條例第15條第1項登記為中華民國所有之系爭土地辦理塗銷及變更所有權登記為原告2人按應有部分各2分之1共有。被告審查後，以原告所主張原登記之系爭典權業於104年5月14日依地籍清理條例第27條辦理地籍清理塗銷，依土地登記規則第56條規定，非經法院判決塗銷確定，登記機關不得就已登記為中華民國所有之系爭土地為塗銷登記為由，於113年3月5日以登記補正字第000026號補正通知書通知原告於15日內補正，惟原告逾期並未提出法院確定之塗銷判決，被告爰以113年3月22日登記駁回字第6號駁回通知書（下稱原處分）駁回原告之申請，原告於是循序提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、系爭土地原為嚴欺頭所有，嚴欺頭於民國前42年（清朝同治9年）以系爭土地向原告先代謝文治約定以設定未定期限之典權之方式取得典價，並由謝文治使用收益系爭土地，嗣因嚴欺頭遲未將系爭土地贖回，且已經過30年之久，依民法第924條及民法物權編施行法第5條第1項之規定，以及最高法

院52年度台上字第3616號判例之見解，原告之先代實際上於法定期間30年屆滿，亦即民國前12年時，日本民法施行於臺灣（民國12年1月1日）前，便已取得系爭土地之所有權。

2、雖原告之先代於民國前12年依法取得系爭土地之所有權時未經登記為所有權，且於民國2年（大正2年）登記時係登記為典權，然民法第924條之30年期間屆滿由典權人取得典物所有權之規定並不以登記為所有權取得之要件，僅需符合上述法律規定即法定取得所有權，故原告2人現為實際之所有權人應屬無疑。

3、政府因誤認本件情形應適用日治時期之不動產質權之規定，為政權交替、法令變更之過渡，而於79年9月3日將原告登記於系爭土地之典權更正為臨時典權，並經被告104年2月9日所登記字第0000000000號公告後逕塗銷原登記，原告對該公告並不知情，而未即時對此提出異議；系爭土地登記為國有後，原告亦未收到相關通知，因此無從提出救濟。依憲法法庭112年憲判字第20號判決之意旨，此係政府因政權移轉、法令變更，為清查、整理土地之地籍狀態方推行之政令，並無變更原所有權之意；又原告不具法律專業知識，相關政令之資訊亦不甚清楚，實難期待原告得按政府公布之規定完成不動產物權之登記，或為異議、陳述意見等相關保障自身權利之行為，原告所有權之財產權保障，相較於逕行承認土地登記為國有之狀態，應更值得保護。

(二)聲明：訴願決定及原處分均撤銷；被告應依原告113年3月1日之聲請，將臺南市玉井區玉中段682地號土地所有人中華民國（含管理者財政部國有財產署）之登記塗銷，並作成登記予原告2人按應有部分各2分之1共有的行政處分。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、本件應探究原告先代謝文治與嚴欺頭約定於系爭土地設定典權時，民間習慣及當事人真意，以定其法律性質。就清朝時期典權性質而言，當時的法律原則採取民間的法律關係一任

其私約，有關民事項則僅規定徵稅及直接影響公益的事項而已，可謂當時的民事法悉由慣習法成立。臺灣因律例規定未普遍實施，因而慣習法的範圍頗為廣泛，瞭解臺灣慣習的最佳資料有兩種，一是官府發行的縣志、魚鱗冊等，另一是民間的契據（參照臺灣私法第22、23頁）。日人據台初期，土地建物之典賣立契仍沿習清朝，採契尾之制度，清朝劉銘傳實施土地清丈，展開編查保甲、調查户口，資就户問地，同時設有莊圖、堡圖、縣圖等地籍圖及魚鱗冊、過户冊，於土地所有人則發給丈單（地契），所謂丈單即清丈完竣掣給業主管業之憑證，類似現在之所有權狀……民間土地遇有典賣即隨契移轉，憑登載於魚鱗冊、過户冊，為「推收過户」之程序。所謂「推收」則係徵收契稅之謂。依當時清律規定，凡土地、建物賣買或設定存續期間超過10年之典權時，應由當事人會同檢具丈單及契字向州縣申請核發「契尾」並繳納手續費即契稅，以憑辦理過户訂正魚鱗冊後將丈單及契尾發給買主或典主。核發「契尾」之目的，乃由政府證明典賣之事實及徵收契稅(參照內政部81年3月出版臺灣土地登記制度之由來與光復初期土地登記之回顧第19、182頁)。諸前述清朝時期民間關於土地事項，悉依習慣立契約與老契交付作為憑證，本件原告主張依清朝時期之習慣云云，自應提出依當時民間習慣所立之契約與交付之老契，內容載明出典逾30年未回贖或回贖期間屆滿即取得典物所有權之效力契約或與其有關丈單、契尾等證據書類作為證據。

2、誠如原告所述，日本政府於實施土地調查時，原告之先代於清朝時期若認系爭土地之典權已依當時習慣依契據內容取得典物所有權，則辦理申報時應主張為土地所有權人登記為業主。又台灣土地登記規則規定，申請土地權利登記，除依本規則所定外，準用不動產登記法並應檢附土地台帳主管官署發給之土地台帳謄本……。系爭土地台帳仍僅登載業主為嚴欺頭、承典為謝文治、大正2年10月3日典權相續質權移轉，且其日據時期土地登記簿亦登載業主嚴欺頭……質權移轉等

等，顯見土地台帳與日據時期土地登記簿登載內容相符，尚且基於法律之安定性，時代下所衍生之法令當有所依循，而且當時台灣土地調查規則施行細則第5條之法令亦賦與人民得聲明不服之權利，惟土地調查一經查定確定時，以後不能以查定以前之事由與查定之效果相爭。是原告所陳事項，依法無據，實不可採。

3、原告申請書雖敘明取得典物所有權，惟經審查結果，原告原登記之臨時典權業已塗銷，且系爭土地屬地籍清理清查辦法第3條第10款登記名義人住址不全或不符之土地，業經二次標售程序未能完成標售，已依地籍清理未能釐清權屬土地代為標售辦法第20條規定囑託登記為國有，是已辦畢土地登記之權利，依土地登記規則規定，不得擅自予以塗銷，被告爰通知補正，原告於補正期間未完成補正程序，原處分駁回其申請，自屬有據。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

(一)原告先人謝文治於清朝同治9年即民國前42年取得之系爭典權，是否因系爭土地所有人嚴欺頭逾30年未贖回，而於民國前12年當時即依我國民法第924條及民法物權編施行法第5條第1項規定，由典權人取得系爭土地所有權？

(二)被告以原處分駁回原告就系爭土地辦理塗銷及變更所有權登記為原告2人按應有部分各2分之1共有之申請，有無違誤？

五、本院的判斷：

(一)前提事實：如爭訟概要欄所記載的事實，有日治時期土地登記簿（影本附原處分卷第3-6頁）、日治時期土地台帳（影本附原處分卷第11-12頁）、土地登記簿（影本附原處分卷第13-22頁）、異動索引（影本附原處分卷第23-28頁）、被告104年2月9日所登記字第0000000000號公告及函（影本附原處分卷第41-42、43頁）、被告104年5月14日所登記字第0000000000號函（影本附原處分卷第45頁）、臺南市政府104年9月9日府地籍字第00000000000號公告（影本附原處分卷

第47-50頁）、臺南市政府106年6月6日府地籍字第000000000000號公告（影本附原處分卷第51-56頁）、臺南市政府107年1月5日府地籍字第00000000000號公告（影本附原處分卷第57-62頁）、臺南市政府107年8月27日府地籍字第000000000000號函（影本附原處分卷第67-70頁）、土地登記申請書（影本附原處分卷第87-94頁）、被告113年3月5日登記補正字第000026號補正通知書（影本附原處分卷第95頁）、原處分（影本附原處分卷第101-102頁）、訴願決定書（影本附原處分卷第103-118頁）可稽，足以信實。

(二)經查，系爭土地原登記之系爭典權，係於日治時期大正2年（即民國2年）10月3日辦理保存登記，並同時辦理發生於清朝同治9年（即民國前42年）之典權設定登記，存續期間不拘年限，土地所有權人登記為嚴欺頭，典權人為謝氏見凉、謝氏鳳凉；嗣於日治時期昭和15年（即民國29年）1月22日辦理質權持分移轉由「謝雄、謝等福」相續（繼承）「謝氏見凉」持分，質權人變更為「謝氏鳳凉、謝雄、謝等福」3人；民國35年7月24日則由申報人謝雄持臺灣省土地關係人繳驗憑證申報書，以「謝氏鳳凉、謝雄、謝等福」為所有權人名義申報土地權利，惟經審查意見簽註：「『業主不符台帳面竹圍嚴欺頭典主謝氏鳳凉、謝雄、謝等福』、『業主3名不是所有權』、『質權者』、『業主嚴欺頭』」等內容，故臺灣光復後土地登記簿仍沿續日治時期土地登記簿之權利內容登載；迨60年12月31日因繼承（被繼承人：謝等福）及讓與（讓與人：謝鳳凉）而由謝雄單獨取得典權全部；又因典權人謝雄死亡，而於79年1月24日辦理分割繼承由謝陳格、謝枝財各繼承2分之1典權；79年9月3日原登記之「典權」權利更正為「臨時典權」，79年9月6日辦理贈與登記由謝枝財取得臨時典權全部；復因謝枝財死亡而由原告於97年1月10日辦理分割繼承各取得2分之1臨時典權，以上權利沿革，有前述日治時期土地登記簿、日治時期土地台帳及臺灣省土地關係人繳驗憑證申報書（影本附原處分卷第7-10

頁）、土地登記簿（影本附原處分卷第13-22頁）、異動索引（影本附原處分卷第23-28頁）可稽，並為兩造所不爭，堪以認定。

(三)承前所述，系爭典權設定於清朝同治9年（民國前42年），且未定期限，而臺灣係於清朝光緒21年（民國前17年即西元1895年）割讓與日本，日本政府占領臺灣後，有關土地之權利，依明治31年（即民國前14年）7月律令第9號第1條規定，暫時不依日本民法第二編物權之規定，而依舊慣。依據日治時期臨時臺灣舊慣調查會之調查結果，可知前清時期，臺灣舊慣，土地出典，無論經過幾年，均得以贖回，並無出典30年後喪失回贖權之慣例（參見最高法院83年度台上字第2958號民事判決；陳金田譯，臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書—臺灣私法，第一卷，第355-356頁、第366頁，臺灣省文獻委員會編印）。準此以言，系爭典權在日本民法施行於臺灣前，雖出典已逾30年，然依臺灣舊慣，土地所有人嚴欺頭並未喪失回贖權，其典權關係仍然存在。

(四)又於日治時期，日本民法未施行於臺灣以前所設定之典權，依大正11年（即民國11年）9月18日第407號令公布施行於台灣之法律特例明定，自日本民法施行後（大正12年1月1日起），即適用關於不動產質權之規定，期滿者，質權人對不動產之使用收益權及質物上之擔保均歸消滅，且無質權設定人不回贖，質權人即取得所有權之明文。衡以日本民法施行於臺灣前，在臺灣發生之典權並無存續期間，當時典權之期間，係限制債務人之回贖權行使及限制債權人之被擔保債權行使之期間，而非典權之存續期間，此項典權，自日本民法施行於台灣（民國12年1月1日）以後，依日本民法施行法第34條、第32條、第31條及日本民法第360條規定，固應適用日本民法關於不動產質權之規定，變為有存續期限10年之不動產質權，於期限屆滿後，當事人得更新之，惟不動產質權期限之更新，以明示之更新為限，其質權關係未經更新契約另訂存續期限者，於期限屆滿時消滅（參見最高法院49年度

台上字第2432號、80年度台上字第2377號民事判決；最高行政法院94年度判字第2081號、100年度判字第2005號判決；王泰升，臺灣法律史概論，元照出版公司，西元2001年7月，第344頁）。本件系爭典權於日治時期昭和15年1月22日辦理質權持分移轉由「謝雄、謝等福」相續（繼承）「謝氏見凉」持分，「謝氏鳳凉、謝雄、謝等福」3人變更為質權人，有前述日治時期土地登記簿謄本及土地台帳為憑，顯見系爭典權確實於日治時期依當時法制已變更為不動產質權。而原告並未舉證證明於不動產質權規定之10年存續期限屆滿時，典權人曾與系爭土地所有人嚴欺頭為契約之更新，則自日本民法施行於臺灣（民國12年1月1日）起，已變更為不動產質權之系爭典權，於10年存續期限屆滿時即民國21年12月31日即消滅，自無於臺灣光復後，因我國民法之施行，再行回復之餘地。況查，我國民法物權編全文210條係於民國18年11月30日始由國民政府制定公布；並自民國19年5月5日施行，而依民法物權編施行法第1條前段規定：「物權在民法物權編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法物權編之規定」，已明示不溯及既往，乃法律適用之基本原則。故原告主張於民國前12年因嚴欺頭未贖回系爭土地逾30年，或於臺灣光復後適用我國民法物權編施行法第5條第1項及民法第924條規定，嚴欺頭之贖回權消滅，故原告已取得系爭土地所有權云云，均無可採。

(五)至原告主張本件應適用最高法院52年台上字第3616號判例，認清朝時期設定之典權，因30年間不行使回贖權之除斥期間屆滿，典權人不待登記即取得典物所有權等語。惟查，最高法院52年台上字第3616號判例所指之典權，為原依舊慣設定之典權，日治時期並「未」依台灣土地登記規則為「典權登記」，亦「未」依日本民法第2編為「不動產質權登記」者（最高行政法院100年度判字第2005號判決參照）。本件系爭典權係於清朝同治9年（即民國前42年）設定，於日治時期大正2年（即民國2年）10月3日辦理保存登記並同時辦理

典權設定登記，昭和15年（即民國29年）1月22日辦理質權持分移轉，臺灣光復初期35年辦理土地權利憑證繳驗申報後所登記之典權人為謝鳳凉等3人，業如前述，足見系爭典權，經原告之先人於日治時期為「典權登記」，並為「不動產質權登記」，係屬38年12月31日以前以典權登記之不動產質權之事實，此與最高法院52年台上字第3616號判決所關涉之典權，係指原依舊慣設定之典權，日治時期並「未」依台灣土地登記規則為「典權登記」，亦「未」依日本民法第2編為「不動產質權登記」之情事，尚屬有間，事實不同，用法亦異，自無從比附援引。

(六)綜上所述，系爭典權在日本民法施行於臺灣前，雖出典已逾30年，然依臺灣舊慣，土地所有人嚴欺頭並未喪失回贖權，其典權關係仍然存在，惟自日本民法施行於臺灣（民國12年1月1日）起，已變更為不動產質權之系爭典權，於10年存續期限屆滿時即民國21年12月31日歸於消滅，自無於臺灣光復後，因我國民法之施行，溯及既往，再行回復之餘地。原告之主張，均無可採。被告以原處分駁回原告就系爭土地辦理塗銷及變更所有權登記為原告2人共有之申請，於法有據；訴願決定予以維持，亦無違誤。原告徒執前詞，訴請判決如其聲明所示，為無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及陳述，經本院詳加審酌後，或與本件之爭執無涉，或對本件判決結果並不生影響，爰不逐一論列，附此敘明。

六、結論：原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　30　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內

補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文	

書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　30　　日

書記官　黃玉幸