臺灣士林地方法院民事判決

106年度訴字第586號

原　　告　李明彥
訴訟代理人　劉琦富律師
複　代理人　蔡宛靜律師
追加原告　李後根
　　李志宏
　　李科緯
　　李科禧
　　李科練
　　林泰豐
　　吳秀鳳
　　李詠崴
　　李俊逸
被　　告　林正雄
　　林玉霞兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林建成兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林科樺兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林兩成兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林科銘兼林鄭綉英之承受訴訟人
上五人共同
訴訟代理人　趙政揚律師
被　　告　林粉兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林冠慧兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林冠儀兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　林依潔兼林鄭綉英之承受訴訟人
　　汪智超即林英貴之承受訴訟人
　　汪家慧即林英貴之承受訴訟人
　　汪家儀即林英貴之承受訴訟人
　　汪月子即林英貴之承受訴訟人
　　汪允即林英貴之承受訴訟人

汪金連即林英貴之承受訴訟人
汪瓊華即林英貴之承受訴訟人
汪正洋即林英貴之承受訴訟人
陳德勝
葉勇堅
葉彩雲
葉素梅
陳春蘭
陳宗陽
陳景村
陳根亮
陳溪泉
陳景華
陳美麗
陳姵予（原名陳婉如）
陳怡秀
陳婉昭

上　一　人

訴訟代理人　嚴嘉鍇

被　　告　陳婉菁
蔡春仁
蔡昆峰
蔡淑娟
蔡淑芬
葉素真
張介明即張陳美華之承受訴訟人
張嘉真即張陳美華之承受訴訟人
鄭坤堯即鄭林秀之承受訴訟人
鄭坤棖即鄭林秀之承受訴訟人
鄭坤記即鄭林秀之承受訴訟人
鄭坤達即鄭林秀之承受訴訟人

鄭月霞即鄭林秀之承受訴訟人
鄭月珍即鄭林秀之承受訴訟人
鄭月雲即鄭林秀之承受訴訟人

上列當事人間請求塗銷地上權登記事件，本院於民國112年8月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，辦理地上權人更正登記如附表三所示之繼承人公同共有。被告並應將更正後之上揭地上權登記辦理塗銷。

訴訟費用由被告連帶負擔。

事　實　及　理　由

壹、程序方面

一、按訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴，如其中一人或數人拒絕同為原告而無正當理由者，法院得依原告聲請，以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告。逾期未追加者，視為已一同起訴。民事訴訟法第56條之1第1項定有明文。次按土地所有人依民法第833條之1規定請求終止地上權或酌定其存續期間，及依民法第835條之1規定請求酌定地租，其訴訟標的之法律關係，對於系爭土地全體土地所有人必須合一確定，核其性質屬固有必要共同訴訟，須由系爭土地之共有人全體起訴，其當事人之適格始無欠缺（最高法院106年度台抗字第326號裁定意旨參照）。查原告依民法第833條之1規定請求終止新北市○里區○○段000地號土地（下稱系爭土地）上如附表一所示之地上權部分，依上開說明，須由系爭土地之共有人全體起訴，其當事人之適格始無欠缺，而系爭土地之共有人除原告及被告林建成、林科樺、林科銘、鄭坤堯、鄭坤棖、鄭坤記、鄭坤達外，尚有戊○○、乙○○、己○○、辛○○、庚○○、卯○○、甲○○、壬○○、丁○○等人，有系爭土地登記第一類謄本可稽（見本院卷三第178至183頁、本院卷四第237至254頁），是本院依原告聲請於民國111年9月16日裁定命戊○○、乙○○、己

○○、辛○○、庚○○、卯○○、甲○○、壬○○、丁○○於裁定送達後7日內追加為原告（見本院卷四第341至343頁），其等收受裁定後逾期均未為追加，依上開規定，應視為其等已一同起訴，合先敘明。

二、次按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但請求之基礎事實同一、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者，不在此限。當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止。第168條至第172條及前條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明。他造當事人，亦得聲明承受訴訟。民事訴訟法第255條第1項第2、4、5款、第168條、第175條分別定有明文。查：

(一)原告於106年4月7日起訴時，僅以丑○○、林玉霞、林建成、林科樺、林兩成、林科銘、林粉為被告，並聲明：原告所有系爭土地上如附表一所示之地上權應予終止；被告丑○○、林玉霞、林建成、林科樺、林兩成、林科銘、林粉應將上開地上權於辦理繼承登記後，塗銷該地上權登記【見本院106年度士調字第154號卷（下稱士調字卷）第4頁】。

(二)嗣經查明如附表一所示之地上權人林斤旺（下逕稱姓名）之全體繼承人如附表四繼承系統表所示，此有新北○○○○○○○○106年5月9日函暨所附林斤旺等人戶籍資料、新北○○○○○○○○106年6月3日函暨所附丑○○全戶戶籍資料、新北○○○○○○○○106年8月3日函暨所附辰○○○等人戶籍資料、新北○○○○○○○○106年9月11日函暨所附陳氏菜燕（現名葉陳菜燕）等10人戶籍資料、新北○○○○○○○○106年11月17日函暨所附葉陳菜燕、陳德福、陳豐吉、陳阿幼、林室棋等5人之除戶戶籍資料、新北○○○○○○○○106年12月18日函暨所附葉陳菜燕、陳德福、陳豐吉、陳阿幼、林室棋等5人之除戶戶籍資料（含配偶及與其同設籍子女）、新北○○○○○○○○107年2月14日函暨

所附葉福成及其祖父母、父母、兄弟姊妹之除戶戶籍資料、新北○○○○○○○○111年8月30日函暨所附M○○等人暨曾與其設籍同戶者戶籍資料、新北○○○○○○○○112年3月7日函暨所附D○○之全體繼承人戶籍資料、新北○○○○○○○○112年3月13日函暨所附寅○○及其配偶、子女之戶籍資料、新北○○○○○○○○112年3月13日函暨所附葉福成及其父母、兄姊之戶籍資料可證（見本院卷一第33至61頁、第93至180頁、第191至196頁、本院卷二第8至19頁、第143至149頁、第173至204頁、第223至241頁、本院卷四第287至321頁、第447至456頁、第457至466頁、第467至476頁）。原告迭經追加、撤回被告及由原告或繼承人聲明承受訴訟如下：

1. 原告於106年10月30日具狀追加林斤旺之繼承人寅○○、子○○、辰○○○、林冠慧、林冠儀、M○○、申○○○、C○○為被告（見本院卷二第50至51頁）；於107年1月31日具狀追加林斤旺之繼承人林依潔、D○○、E○○、H○○、F○○、G○○、天○○、酉○○、B○○、黃○○、A○○、宇○○、地○○、午○○○、陳婉如、戌○○、宙○○、玄○○、J○○、I○○、L○○、K○○為被告（見本院卷二第208至209頁），並因被告子○○推定尚生存，而於109年3月5日具狀撤回對丑○○之訴（見本院卷三第87至91頁）。
2. 被告辰○○○於108年2月26日死亡，其繼承人為被告林粉、林兩成、林玉霞、林科樺、林建成、林科銘、林冠慧、林冠儀、林依潔等9人，均未拋棄繼承，被告林兩成、林玉霞、林科樺、林建成、林科銘於108年3月28日具狀聲明承受訴訟，原告於109年12月1日具狀聲明由林粉、林冠慧、林冠儀、林依潔承受訴訟，有辰○○○之除戶謄本、本院民事紀錄科查詢表及索引卡查詢證明、民事聲明承受訴訟狀可佐（見本院卷三第21頁、本院卷四第403至409、本院卷三第19至20、147至150頁）。

3.被告申○○○經臺灣臺北地方法院109年度亡字第143號裁定宣告於49年10月24日死亡，原告於110年12月13日具狀撤回對申○○○之訴，有臺灣臺北地方法院109年度亡字第143號民事裁定暨確定證明書、民事追加被告狀可證（見本院卷三第274至276頁、第306、310頁）。

4.被告子○○經本院110年度亡字第1號裁定宣告於45年10月1日死亡，原告於110年12月13日具狀撤回對子○○之訴，並追加其繼承人丑○○為被告，有本院110年度亡字第1號民事裁定暨確定證明書、民事追加被告狀可證（見本院卷三第296、297、314頁、第306、310頁）。

5.被告午○○○於110年10月9日死亡，其繼承人為巳○○、未○○等2人，均未拋棄繼承，原告於111年4月13日具狀聲明由巳○○、未○○承受訴訟，有午○○○之除戶謄本、臺灣新北地方法院家事法庭函、民事聲明承受訴訟狀可證（見本院卷四第117頁、第413頁、第115頁）。

6.被告M○○於111年5月19日死亡，其繼承人為鄭坤堯、鄭月霞、鄭坤棖、鄭坤記、鄭坤達、鄭月珍、鄭月雲等7人，均未拋棄繼承，原告於111年9月7日具狀聲明由其等承受訴訟，有M○○之戶籍資料、本院民事紀錄科查詢表及索引卡查詢證明、民事聲明承受訴訟暨撤回追加部分原告狀可證（見本院卷四第289頁、第395至401頁、第345、346頁）。

7.被告D○○於108年9月8日死亡，其繼承人為H○○、F○○、G○○、E○○等4人，惟H○○、F○○、G○○已聲明拋棄繼承，原告於112年3月27日具狀由E○○承受訴訟，有D○○之個人戶籍資料查詢結果、臺灣臺北地方法院公告、民事聲明承受訴訟暨陳報狀可證（見限制閱覽卷、本院卷四第447至456頁、483頁、第479至482頁）。

8.被告寅○○於111年10月30日死亡，其繼承人為汪月子、汪允、汪金連、汪瓊華、汪正洋、汪家慧、汪家儀、汪智超等8人，均未拋棄繼承，原告於112年5月2日具狀由汪月子、汪允、汪金連、汪瓊華、汪家慧、汪家儀、汪智超承受訴訟；

於112年5月17日具狀由汪正洋承受訴訟，有寅○○之戶籍資料、臺灣新北地方法院家事法庭函、民事聲明承受訴訟狀可證（見本院卷四第459頁、第411頁、第503至506頁、第507至510頁）。

9.經核，原告所為上開追加、撤回被告，其請求之基礎事實均屬同一，且屬訴訟標的對於數人必須合一確定，追加其原非當事人之人為當事人者，被告林玉霞、林建成、林科樺、林雨成、林科銘亦無異議而為本案之言詞辯論，依上開規定，核無不合，應予准許。至於當事人聲明承受訴訟部分，均於法洵無不合，亦應准許。

(三)原告復因如附表一所示之地上權設定登記尚有爭執，及部分被告已於109年6月11日辦理繼承登記如附表二所示，而追加、變更聲明如下：

1.原告於107年7月20日具狀追加及變更聲明為：

⑴先位聲明：被告應就如附表一所示之地上權辦理繼承登記，並於辦理繼承登記後將該地上權登記予以塗銷。

⑵備位聲明：原告所有系爭土地上如附表一所示之地上權應予終止；被告應將上開地上權於辦理繼承登記後，塗銷該地上權登記（見本院卷二第295至298頁）。

2.原告於111年6月14日以民事變更聲明狀變更聲明為：

⑴先位聲明：被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正繼承登記為被告全體公同共有，並於辦理更正登記後將該地上權登記予以塗銷。

⑵備位聲明：

①被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正登記為被告全體公同共有。

②原告所有系爭土地上如附表二所示之地上權應予終止；被告應將上開地上權於辦理更正繼承登記後，塗銷該地上權登記（見本院卷四第167至171頁）。

3.原告於111年6月17日以民事變更聲明（一）狀變更聲明為：

⑴先位聲明：被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正

繼承登記為被告全體公同共有，並於辦理更正登記後將該地上權登記予以塗銷。

⑵備位聲明：

①被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正登記為被告全體公同共有。

②原告所有系爭土地上如附表二所示之地上權應予終止；被告應將上開地上權於辦理更正繼承登記後，塗銷該地上權登記（見本院卷四第201至205頁）。

4.經核，原告追加先位聲明部分，雖被告林玉霞、林建成、林科樺、林兩成、林科銘表示不同意原告追加（見本院卷三第13頁），惟原告追加之訴與原訴均涉及同一地上權設定之基礎事實，訴訟及證據資料在相當程度範圍內得加以援用，可認請求之基礎事實同一，依上開規定，應予准許。至於原告變更備位聲明部分，係因情事變更而以他項聲明代最初之聲明，亦應准許。

三、本件追加原告戊○○、乙○○、己○○、辛○○、庚○○、卯○○、甲○○、壬○○、丁○○經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依被告林玉霞、林建成、林科樺、林兩成、林科銘之聲請，由其一造辯論而為判決；本件除被告林玉霞、林建成、林科樺、林兩成、林科銘之外，其餘被告經合法通知，均未於言詞辯論期日或最後言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依原告丙○○之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面

一、原告起訴主張略以：

(一)原告丙○○為系爭土地之共有人，應有部分9分之5。系爭土地重測前為○○○○○○段○○○小段00地號（面積為6.98公畝，即698平方公尺），當時共有人為訴外人盧陳細妹、朱木火、蔡學洲、蔡鎮源、蔡進春、李仁祥等6人（如單指其一則逕稱姓名，合稱原共有人），應有部分各6分之1，林

斤旺於38年12月7日填具「建物填報表」、「他項權利登記申請書」及理由書，自陳其向朱木火租地建屋，因朱木火不願配合登記，依台灣省各縣市辦理土地登記有關建築改良物補充要點規定，設定如附表一所示之地上權（下稱系爭地上權）。然林斤旺申請系爭地上權設定登記時，未附具租約或地上權設定同意書，且未經系爭土地原共有人全體同意，縱林斤旺與朱木火間有達成口頭協議，亦不符合全體共有人同意之要件，與35年10月2日公布施行之土地登記規則第17條、第32條規定不符，是系爭地上權設定登記有無效事由，原告自得請求塗銷。

(二)縱認系爭地上權設定登記並非無效，然依林斤旺所提資料，系爭土地上之建物門牌號碼為○○鄉○○路0號，式樣及構造為「本國式土角造」，該建物已於67年3月3日遭徵收拆除，系爭土地上現為全新紅磚造房屋（即本院卷二第139頁所示照片），而系爭地上權設定之始，並無容任建築物滅失後重為建置之目的，且系爭地上權未約定存續期間，自38年迄今已有60餘年且免地租，若不終止系爭地上權，對系爭土地所有權人權益影響甚大，可認系爭地上權成立之目的自原建物滅失而不存在，原告自得請求終止系爭地上權。爰先位依民法第767條第1項中段、第821條規定，備位依民法第833條之1規定提起本件訴訟，並聲明：

1. 先位聲明：被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正繼承登記為被告全體公同共有，並於辦理更正登記後將該地上權登記予以塗銷。

2. 備位聲明：

⑴被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正登記為被告全體公同共有。

⑵原告所有系爭土地上如附表二所示之地上權應予終止；被告應將上開地上權於辦理更正繼承登記後，塗銷該地上權登記。

二、被告則以：

(一)林玉霞、林建成、林科樺、林雨成、林科銘部分：

1.依林斤旺所提之「建築改良物情形填報表」上記載「17.土地所有權人：朱木火等六人…20.權利憑證名稱及件數：房捐收據一件、理由書一件、他項權一件、租約一件、保證書一件」等語(見本院卷二第81頁)，可知林斤旺確有檢具其與朱木火等6人間之租約，原告主張林斤旺未附具租約及未取得系爭土地原共有人同意，均與事實不符。又系爭地上權經地政機關辦理公告通知程序後，於39年3月14日審查完畢，認定系爭地上權設定登記並無疑義，亦有「建築改良物情形填報表」上「審查意見」欄記載「相符」可證。是系爭地上權設定登記程序符合臺灣省各縣市辦理單獨聲請地上權設定登記應行注意事項第2至4項之規定，並無違法之瑕疵。

2.依新北市○○區○○路○段000號房屋（下稱系爭房屋）之稅籍資料所示，該屋於30年1月起課房屋稅，構造別為「木石磚造(磚石造)」，折舊年數為80年，並無改變建築構造或重建之記載（見本院卷三第225頁）。又系爭房屋面積為103.5平方公尺（約31.3坪)，與林斤旺聲請系爭地上權之面積「32坪二合五勺」大致相符，且林斤旺辦理系爭地上權設定時該屋業已存在，足徵系爭地上權之目的係供系爭房屋使用，而系爭房屋現仍存在且在使用中，則系爭地上權成立目的仍然存在。

3.又系爭房屋原為林斤旺所興建，原有三個門牌號碼即○○鄉○○路0、0、0號，後因門牌整編，○○鄉○○路0號改編為○○路○段000號、○○鄉○○路0號改編為○○路○段000號，○○鄉○○路0號則廢止，嗣因配合○○區○○路道路拓寬，系爭房屋連接○○區○○路側有部分內縮拆除，惟整體建物仍為當時林斤旺所興建房屋，僅嗣後有修補、增建等情形，依實務見解，地上權不因建築物或其他工作物滅失而消滅，依舉重以明輕之法理，系爭地上權自不因地上權人為維持其建物之良善，而有另以磚塊、水泥等建材包覆、修繕或改良原建物之情形，即認地上權成立目的業已不存在等

語。並答辯聲明：原告之訴駁回。

(二)汪正洋部分：對塗銷地上權登記沒有意見等語。

(三)C○○部分：這件事情伊不曉得，沒有意見。對於實際地上權是否有房屋占用，伊都不了解等語（見本院卷三第32、323頁、本院卷四第129頁）。

(四)H○○部分：這件事情伊不曉得，沒有意見等語（見本院卷三第32頁）。

(五)宙○○部分：系爭土地原共有人均未對系爭地上權設定登記乙事向地政機關表示異議，可見其等對林斤旺有償取得地上權之行為默許，即使為口頭約定亦有法律上效力，60餘年來早已成為不定期契約，且因租金繳交未設定期限，自非逕予中止合約之理由。若原告認系爭地上權設定登記有瑕疵或不合法，應向行政法庭提出救濟，勝訴後由地政機關補正或註銷登記。原告聲明要求辦理繼承登記後予以塗銷，與民法繼承意旨或精神有衝突，如果系爭地上權設定登記是無效的，被告就沒有繼承，要如何辦理繼承登記並塗銷等語，並答辯聲明：原告之訴駁回（見本院卷三第83至84、106頁）。

（六）其餘被告則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

三、本院之判斷

（一）關於原告先位之訴之判斷

1.原告丙○○為系爭土地之共有人，應有部分9分之5。而與追加原告戊○○、乙○○、己○○、辛○○、庚○○、卯○○、甲○○、壬○○、丁○○及被告林建成、林科樺、林科銘、鄭坤堯、鄭坤棖、鄭坤記、鄭坤達共有系爭土地。而系爭土地重測前為小八里坌段埤子頭小段86地號（面積為6.98公畝，即698平方公尺），原共有人為訴外人盧陳細妹、朱木火、蔡學洲、蔡鎮源、蔡進春、李仁祥等6人（如單指其一則逕稱姓名，合稱原共有人），並於66年間分割增加同小段86-1、86-2地號等2筆土地（重測後為中山段385及404地號），而前開86-1地號土地係改制前

臺北縣八里鄉公所辦理八里鄉停（二）停車場工程用地徵收、前開86-2地號土地係原臺灣省交通處公路局興建關渡橋拓寬103線道路工程用地徵收。而系爭地上權係地政機關於38年收件，於38年12月7日完成如附表一所示地上權登記，系爭地上權嗣後於109年為如附表二所示之繼承登記等情，為兩造所不爭執，並有系爭土地公務用謄本、新北市地籍異動索引、土地建物查詢資料、新北市淡水地政事務所106年5月18日新北淡地登字第1064027437號函及所附資料、新北市淡水地政事務所106年10月31日新北淡地登字第1064036482號函及所附土地、建物登記簿、系爭地上權登記聲請書、土地登記保證書、理由書、新北市政府106年10月31日新北府地徵字第1062103536號函所附土地登記簿等資料、新北市政府106年11月8日新北府地徵字第1062195153號函所附土地登記簿、新北市淡水地政事務所109年12月4日新北淡地登字第1096098205號函所附系爭地上權登記資料等在卷可按（見本院卷一第24至32頁、本院限閱卷、本院卷一第65至77頁、本院卷二第70至87頁、第88至104頁、105至113頁、本院卷三第152至163頁），堪信為真實。

2. 按繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有，民法第1151條定有明文。次按因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。民法第759條亦有明文。又地上權之塗銷，性質上乃不動產物權之處分行為，於繼承人因繼承取得地上權之情形，依民法第759條規定，非經辦理繼承登記，無從為地上權之塗銷登記。亦即被告等被繼承人林斤旺之繼承人及再轉繼承人在負有將系爭地上權塗銷之義務下，當亦負有就系爭地上權為正確之繼承登記之義務，以使原告能圓滿塗銷系爭地上權。經查，被繼承人林斤旺之繼承系統表如附表四所示，已如上述，而系爭地上權於109年6月11日辦理如附

表二所示之繼承登記，此有系爭土地建物查詢資料在卷可按。惟查：

⑴被繼承人林斤旺於53年1月2日死亡時，由於其長男子○○經本院110年度亡字第1號裁定宣告於45年10月1日死亡，是子○○並無繼承權，是系爭地上權應由子○○之長男丑○○代位繼承，並與林斤旺之三女寅○○、次男林金立、養女陳林甘（即林氏甘）、養女鄭林綉（即林氏甘）共同繼承，是如附表二所示之繼承登記，就關於繼承人子○○之登記顯然有誤，應予更正剔除，並更正增加繼承人即被告丑○○（下稱A部分）。

⑵林斤旺之三女寅○○於111年10月30日死亡時，由於其次男癸○○先於105年4月9日死亡，應由癸○○之長女汪家慧、次女汪家儀及長男汪智超代位繼承，並與寅○○之長女汪月子、次女汪允、三女汪金連、四女汪瓊華及三男汪正洋共同繼承，是如附表二所示之繼承登記，就關於繼承人寅○○之登記顯然有誤，應更正由被告汪月子、汪家慧、汪家儀、汪智超、汪允、汪金連、汪瓊華、汪正洋就被繼承人寅○○所遺之系爭地上權辦理繼承登記（下稱B部分）。

⑶林斤旺之次男林金立於101年5月10日死亡時，由於其次女林秋霞先於90年8月31日死亡，應由林秋霞之長女林冠慧、次女林冠儀及三女林依潔代位繼承，並與林金立之配偶辰○○○、養女林粉、長男林兩成、長女林玉霞、次男林科樺、三男林建成、四男林科銘共同繼承。又辰○○○於108年2月26日死亡，辰○○○之繼承人亦為被告林粉、林兩成、林玉霞、林科樺、林建成、林科銘、林冠慧、林冠儀、林依潔，是如附表二所示之繼承登記，就此部分，尚無違誤。

⑷林斤旺之養女陳林甘（即林氏甘）繼承部分：

①林斤旺之養女陳林甘繼承後於83年5月16日死亡時，應由其長女葉陳菜燕（即陳氏菜燕）、長男陳德福、次男陳豐

吉、四女陳冬子（即陳阿幼）、四男C○○繼承。是如附表二所示之繼承登記，就此C○○繼承部分，尚無違誤。惟陳林甘之次女申○○○經臺灣臺北地方法院109年度亡字第143號裁定宣告於49年10月24日死亡，先於陳林甘死亡，並無繼承權，是如附表二所示之繼承登記，就關於繼承人申○○○之登記顯然有誤，應予更正剔除（下稱C部分）。

②又陳林甘之長女葉陳菜燕於98年9月27日死亡，由葉陳菜燕之長女H○○、次女F○○、長男D○○、四女G○○、次男葉福成、三男E○○共同繼承。另葉陳菜燕之次男葉福成於繼承後之99年2月8日死亡，其並無配偶及子女（見本院卷二第223至226頁），應由其兄姐弟即H○○、葉素貞、D○○、G○○、E○○共同繼承，而葉陳菜燕之長男D○○於繼承後之108年9月8日死亡，其並無配偶及子女，本應由其姐妹弟即H○○、葉素貞、G○○、E○○共同繼承，因H○○、F○○、G○○已拋棄繼承，故由被告E○○繼承，均如上述。是如附表二所示之繼承登記，就此由被告H○○、葉素貞、G○○、E○○繼承部分，尚無違誤，原告丙○○主張如附表二所示之繼承登記部分有遺漏被告D○○部分，請求更正，此部分容有誤會。

③又陳林甘之長男陳德福於繼承後之93年6月12日死亡，應由陳德福之配偶陳吳糧、長男酉○○、長女天○○、次女A○○、次男B○○、三男黃○○繼承。而陳德福之配偶陳吳糧於99年9月29日死亡時，亦由長男酉○○、長女天○○、次女A○○、次男B○○、三男黃○○繼承。是如附表二所示之繼承登記，就此由被告酉○○、天○○、A○○、B○○、黃○○繼承部分，尚無違誤，

④又陳林甘之次男陳豐吉於繼承後之89年3月17日死亡，應由陳豐吉之配偶陳王秀鳳、長女地○○、次女午○○○、三女陳婉如、四女戌○○、五女宙○○、六女玄○○、長

男宇○○繼承。而陳豐吉之配偶陳王秀鳳於89年8月24日死亡時，亦由地○○、午○○○、陳婉如、戌○○、宙○○、玄○○、宇○○繼承。陳豐吉之次女午○○○於110年10月9日死亡時，其繼承人為巳○○、未○○共同繼承，是如附表二所示之繼承登記，就關於繼承人午○○○之登記顯然有誤，應更正由被告巳○○、未○○就被繼承人午○○○所遺之系爭地上權辦理繼承登記（下稱D部分）。

⑤又陳林甘之四女陳冬子於繼承後之102年5月25日死亡，應由長女K○○、長男Ｊ○○、次男Ｉ○○及次女Ｌ○○繼承，均詳如上述。是如附表二所示之繼承登記，就此部分，尚無違誤，

⑸林斤旺之養女M○○於繼承後之111年5月19日死亡，應由其長男鄭坤堯、長女鄭月霞、次男鄭坤棖、三男鄭坤記、四男鄭坤達、次女鄭月珍及三女鄭月雲繼承，均詳如上述。是如附表二所示之繼承登記，就關於繼承人M○○之登記顯然有誤，應更正由被告鄭坤堯、鄭月霞、鄭坤棖、鄭坤記、鄭坤達、鄭月珍及鄭月雲就被繼承人M○○所遺之系爭地上權辦理繼承登記（下稱E部分）。

⑹是原告請求被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正繼承登記為如附表三所示被告全體繼承人公同共有（即應更正部分如上揭A、B、C、D、E所示部分）等情，自屬有理由。

3.按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第767條第1項定有明文。次按「共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。」，18年11月30日制定迄今未曾修正之民法第819條第2項定有明文。地上權之設定，係屬對物設定負擔之處分行為，是若對共有之土地設定地上權，自應經共有人全體之同意始得為之，如共有人中1人或數人未經全體共

有人同意，擅為處分共有物，其處分應為無效，而不發生物權之效力。又「租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約成立後2個月內，聲請該管市縣地政機關為地上權之登記。」89年1月26日修正前土地法第102條規定參照。而原告先位之訴係主張系爭地上權登記自始無效，其得依前引規定請求被告塗銷系爭地上權登記等語，為被告所否認，並以前開情詞置辯。經查：

⑴按35年10月2日公布施行之土地登記規則（以下所稱土地登記規則均指35年10月2日公布施行之規範）第17條規定：「登記，應由權利人及義務人共同聲請之，權利人如因特殊情形，不能覓致義務人共同聲請登記時，得由權利人陳明理由，填具保證書，呈請單獨聲請登記。但土地增值稅，應由權利人代納之」。同規則第32條規定：「證明登記原因文件或土地權利書狀不能提出時，應取具鄉鎮保長或四鄰或店鋪之保證書。前項保證書應保證聲請人無假冒情事，並證明其原文件不能提出之實情」。依上開規定，地上權設定之權利人欲聲請單獨登記者，仍應以「其與土地所有權人間確有地上權設定之合意」為要件，亦即土地使用人確已與土地所有人訂有口頭或書面之合法地上權契約，僅因不能覓致義務人共同聲請登記時，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。另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，證明原文件不能提出之實情。此乃在義務人即基地所有權人未會同辦理之情況下所做之權宜規定，故於適用上自應嚴守其所規定之相關要件，以避免浮濫而損及土地所有人之權利。又按臺灣省政府於38年11月10日訂頒單獨登記事項，其第1條規定：「本省各縣市辦理地上權設定登記時，如建物基地使用人已向基地所有權人訂有口頭書面之合法租賃契約或地上權契約，而基地所有權人拒不履行共同申請者，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條第2 項規定，單獨聲請登記」（見本院卷二第70至71頁）。準此，地上權設定原則上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登記者，亦以「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」為要件，僅因不能覓致義務人共同申請登記，始得由權利人陳明理由後填具「不能覓致義務人共同聲請登記理由」之保證書單獨申請（最高法院106年度台上字第2408號裁判意旨參照）。經查：

①系爭地上權登記係由林斤旺於38年間單獨聲請辦理系爭地上權登記，依目前現存之於38年間收件之系爭地上權登記資料，尚有聲請人林斤旺填具之建築改良物情形填報表、他項權利聲請書、理由書及由村長林隆業、鄉長張水來所出具之土地登記保證書等掃描文件檔存資料在卷可按（見本院卷二第81至84頁、本院卷三第152至163頁），而依聲請人林斤旺填具之建築改良物情形填報表上之權利憑證名稱欄中，尚記載有房捐收據1件、租約1件，惟目前查無上揭建築改良物情形填報表上所記載房捐收據1件、租約1件留存，而上揭建築改良物情形填報表為聲請人林斤旺所填載，則登記當時是否確實有附據上揭文件，已非無疑。

②依聲請人林斤旺填具提出之他項權利聲請書所記載之聲請人為林斤旺（他項權利人）、朱木炎（所有權人），並無記載系爭土地之其他共有人；且聲請人林斤旺所提出之理由書中明確記載：查本人於民國前17年10月向朱木炎租用小八里坌埤子頭字第86地號建築房屋當時曾双方口約年付2元議定茲為依法申請地上權設定登記事宜屢經商請申請登記詎該朱木火拖詞推延拒不蓋章除檢具他項權利登記申請書並添附保證書及租約書外，合理陳明事實祈准予登記籍確產權為禱等語（見本院卷二第82頁），足見聲請人林斤旺在理由書已明確其係向系爭土地共有人之一朱木火承租土地，理由書所載情形與上揭他項權利聲請書所記載之朱木炎（所有權人）之內容相合，是原告主張林斤旺僅向

朱木火租地建屋，並未經系爭土地原共有人全體同意等情，即為可採，則林斤旺顯非向系爭土地之全體所有權人承租系爭土地甚明。被告雖辯稱：林斤旺確有檢具其與朱木火等6人間之租約，原告主張林斤旺未附具租約及未取得系爭土地原共有人同意，均與事實不符云云，惟目前並無被告所稱租約可供認定，且如果聲請人林斤旺在聲請當時確實有附上系爭土地全體共有人所立之租約，則他項權利聲請書所記載之所有權人也應該為全體共有人，而非僅記載朱木火1人，是被告上揭所辯，尚非可採。是原告主張：系爭地上權登記，不符合全體共有人同意之要件，與35年10月2日公布施行之土地登記規則第17條、第32條規定不符，是系爭地上權設定登記有無效事由，即為可採。

⑵按臺灣於日治時期之初，係以軍令為統治法源，西元1895年11月17日，始以日令第21號之3，施行台灣住民民事訴訟令，審判官依地方慣例及條理審判訴訟。迨西元1896年，日本中央政府制訂法律第63號「有關施行於台灣之法令之法律」，改以委任立法方式，得由臺灣總督發佈命令為法源依據，此時期臺灣之有效法源乃以臺灣地方習慣為原則，日本法令為例外。嗣自西元1922年（大正11年，民國11年）1月1日施行法律第3號，進入以敕令立法為原則，此時期改以日本當時有效民法為原則，臺灣地方習慣為例外，迄至臺灣光復日止。而西元1923年日本民法施行後，日治前期已發生之地上權，須依第407號特例勅令第6條規定 適用日本民法相關規定（參見法務部編印台灣民事習慣調查報告103年10月版第326-327頁、王泰升著台灣法律史概論2018年2月五版2刷第291至300頁、最高法院105年度台上字第1980號判決參照）。經查，林斤旺係於民前17年（即明治28年，西元1896年）在系爭土地上興建房屋居住等情，有林斤旺於38年間單獨聲請辦理系爭地上權登記時出具之建築改良物情形填報表及理由書可按（見本院卷二第81、82頁）。則林斤旺係於民前17年（即明治28

年，西元1896年）在系爭土地上興建房屋居住當時，依上揭法律適用意旨，雖應適用以臺灣地方習慣為原則，日本法令為例外，但自西元1923年日本民法施行後，日據前期已發生之地上權，須依日據時期第407號特例勅令第6條規定適用日本民法相關規定，而依日本民法第176條、第251條規定，物權之設定及移轉，因當事人意思表示一致而發生效力，不以登記為必要；而各共有人非經其他共有人同意，不得變更其共有物（見臺灣高等法院105年度上更（一）字第104號判決參照）。則本件林斤旺在日據時期，欲在系爭土地設定地上權，自須與全體共有人合意為之始合法有效。足見原告主張：系爭地上權登記，應經全體共有人同意為可採信。而被告復未能舉證證明林斤旺於38年單獨聲請辦理系爭地上權之登記時，已依當時適用之我國民法第832條、第819條第2項規定，得系爭土地全體共有人之同意下，自亦無「不能覓致義務人共同聲請登記」之情形，足認林斤旺於38年間單獨聲請辦理系爭地上權登記，不具備土地登記規則第17條、第32條第1項之要件甚明。

⑶再按法律行為，不依法定方式者無效，但法律另有規定者，不在此限，民法第73條定有明文。所謂法律行為之無效，係指法律行為因欠缺有效要件，自始、當然、確定的不發生法律行為上之效力，毋庸當事人為何種主張，亦無需法院為無效之宣告，即當然不發生效力，且不僅是自始不生效力，其後亦無再發生效力之可能，縱經當事人承認，亦不能發生其效力。查設定地上權為物權行為，依民法第760條規定，不動產物權之移轉或設定，應以書面為之，即設定地上權之行為係要式行為，必須以書面為之，且地上權設立登記，原則上應由權利人與義務人共同聲請之，例外於符合修正前土地登記規則第17條所定之情事，得由權利人檢具該規則第17條、第32條第1項所定證明文件，呈請單獨聲請登記，此乃為法定之要式。若未提出符

合上述規定之文件，其因此單獨聲請之地上權登記，自難謂為合法，換言之，即存有無效之原因，而自始、當然、確定不發生效力。本件林斤旺於38年12月7日單獨聲請系爭地上權設定登記時，不備土地登記規則第17條、第32條第1項之要件，而有無效之原因，前已詳論，自難僅以地政機關已為審查登記，或是課以土地所有權人如認為地上權有無效之原因必須在地政機關公告期間內提出異議或更正之義務，故即使已經地政機關審查登記，而土地所有人未提出異議或更正，亦不發生無效視為有效，瑕疵即因此補正之結果。否則地政機關不合法之登記，只須經過相當時日瑕疵即可補正，而變成合法之登記，發生物權得、喪變更之效力，此不啻剝奪真正權利人之權利，亦擾亂土地登記具有公信力之制度。是被告抗辯：系爭地上權經地政機關辦理公告通知程序後，於39年3月14日審查完畢，認定系爭地上權設定登記並無疑義云云，尚非可採。

⑷綜上，系爭地上權登記自始當然確定無效，則原告丙○○依民法第767條第1項中段、第821條及繼承之法律關係，將系爭地上權登記予以塗銷，為有理由。

（二）從而，林斤旺租地建屋而單獨為地上權之設定登記，未經系爭土地全體共有人同意，應屬無效；且系爭地上權之設定登記亦非由地上權人及全體土地共有人共同申請設定，並不符合當時有效土地登記規則等所定地上權人單獨聲請設定地上權之要件，則地上權之設定自屬違反法律規定方式而屬無效。是林斤旺申請設定登記之地上權既不存在，則系爭地上權登記，當屬有害於原告及系爭土地全體共有人之所有權，則原告請求被告辦理塗銷系爭地上權登記即為有理由。而如附表二所示之繼承登記既然有誤，則原告為能行使其上揭所有權妨害除去請求權，當可依民法第759條規定及上揭相關意旨，請求被告更正系爭地上權之繼承登記。從而，本件原告先位依民法第767條第1項中段、第821條之規定，請求被告應將如附表二所示之地上權繼

承登記，更正繼承登記為如附表三所示被告全體公同共有，並於辦理更正登記後將該地上權登記予以塗銷，即屬有據，自應准許。

四、綜上所述，原告依據民法第767條第1項中段、第821條之規定，先位請求被告應將如附表二所示之地上權繼承登記，更正繼承登記為被告全體公同共有，並於辦理更正登記後將該地上權登記予以塗銷，即屬有據，自應准許。又原告先位之訴既經本院認為有理由而予以判准，自毋庸再就備位之訴另為裁判，併此敘明。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提之證據，經審酌後均與判決之結果不生影響，爰不另一一論述，併此敘明。

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　　112　　年　　9　　月　　26　　日

民事第一庭　審判長法　官　陳章榮

法　官　蔡子琪

法　官　方鴻愷

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　26　　日

書記官　周彥儒

附表一：

土地標示：新北市○○區○○段000地號					
地上權人	收件年期	收件字號	登記原因	權利範圍	設定權利範圍
林斤旺	民國38年	○○字第000420號	設定	全部	73.55平方公尺

附表二：

土地標示：新北市○○區○○段000地號					
地上權人	收件日期	收件字號	登記原因	權利範圍	設定權利範圍

子○○、林兩成、林科樺、林建成、林科銘、林玉霞、林冠慧、林冠儀、林依潔、林粉、寅○○、酉○○、B○○、黃○○、天○○、A○○、宇○○、地○○、午○○○、陳婉如、戌○○、宙○○、玄○○、C○○、E○○、H○○、F○○、G○○、申○○○、J○○、I○○、K○○、L○○、M○○	民國109年6月11日	淡地登字第054200號	繼承	公同共有全部	73.55平方公尺

附表三：

土地標示：新北市○○區○○段000地號		
地上權人	權利範圍	設定權利範圍
丑○○（代位繼承人）、林兩成、林科樺、林建成、林科銘、林玉霞、林冠慧、林冠儀、林依潔、林粉、汪月子（即寅○○繼承人）、汪家慧（即寅○○繼承人）、汪家儀（即寅○○繼承人）、汪智超（即寅○○繼承人）、汪允（即寅○○繼承人）、汪金連（即寅○○繼承人）、汪瓊華（即寅○○繼承人）、汪正洋（即寅○○繼承人）、酉○○、B○○、黃○○、天○○、A○○、宇○○、地○○、巳○○（即午○○○之繼承人）、未○○（即午○○○之繼承人）、亥○○（原名陳婉如）、戌○○、宙○○、玄○○、C○○、E○○、H○○、F○○、G○○、J○○、I○○、K○○、L○○、鄭坤堯（即M○○之繼承人）、鄭月霞	公同共有全部	73.55平方公尺

（續上頁）

（即M○○之繼承人）、鄭坤棖（即M○○之繼承人）、鄭坤記（即M○○之繼承人）、鄭坤達（即M○○之繼承人）、鄭月珍（即M○○之繼承人）、鄭月雲（即M○○之繼承人）		

附表四：（繼承系統表）

被繼承人	第一代繼承人	第二代繼承人	第三代繼承人	第四代繼承人
被繼承人 林斤旺 明治00年0月00日生 民國53年1月2日亡 配偶 林連氏治 明治00年0月00日生 民國10年3月19日亡 配偶 林連鴛鴦 民國35年2月1日亡	養女 林氏阿茶 明治00年0月00日生 民國11年12月10日終止收養			
	長女 林氏女 民國0年0月00日生 民國2年8月17日亡			
	次女 林氏可絨 民國0年0月00日生 民國5年7月13日亡			
	長男 子○○ 民國0年00月0日生 民國45年10月1日亡 配偶 林氏阿瑜 民國00年00月0日生	長男 丑○○（代位繼承） 民國00年0月00日生		
	三女 寅○○ 民國00年0月00日生 民國111年10月30日亡 配偶 汪添福 民國00年00月00日生 民國85年6月13日亡	長女 汪月子（繼承） 民國00年0月0日生		
		長男 汪昌壽 民國00年00月0日生 民國37年6月13日亡		
		次男 癸○○ 民國00年0月00日生 民國105年4月9日亡 配偶 汪鄭招弟 民國38年4月6日	長女 汪家慧（代位繼承） 民國62年4月15日	
			次女 汪家儀（代位繼承） 民國63年7月10日	
			長男 汪智超（代位繼承） 民國69年2月7日	
		次女 汪允（繼承） 民國42年9月20日		
		三女 汪金連（繼承） 民國44年11月29日		
		四女 汪瓊華（繼承） 民國48年8月20日		
		三男 汪正洋（繼承） 民國00年0月00日生		
	次男 林金立 民國00年0月0日生 民國101年5月10日亡 配偶 辰○○○ 民國00年0月00日生 民國108年2月26日亡	養女 林粉（繼承） 民國00年0月0日生 民國40年6月25日收養		
		長男 林雨成（繼承） 民國00年0月00日生		
		長女 林玉霞（繼承） 民國00年00月00日生		
		次女 林秋霞 民國00年0月00日生	長女 林冠慧（代位繼承） 民國00年0月00日生	

		民國90年8月31日亡 配偶 林室棋 民國00年0月0日生 民國98年12月30日亡	次女 林冠儀（代位繼承） 民國00年0月00日生	
			三女 林依潔（代位繼承） 民國00年00月0日生	
		次男 林科樺（繼承） 民國00年0月0日生		
		三男 林建成（繼承） 民國00年00月00日生		
		四男 林科銘（繼承） 民國00年0月0日生		
	養女 陳林甘即林氏甘 民國0年0月00日生 民國2年10月8日收養 民國83年5月16日亡 配偶 陳天四 明治00年00月00日生 民國37年7月5日亡	長女 葉陳菜燕 即陳氏菜燕 民國00年0月0日生 民國98年9月27日亡 配偶 葉金窓 民國00年0月00日生 民國86年5月12日亡	長女 H○○（繼承） 民國00年00月0日生	
			次女 F○○（繼承） 民國00年00月0日生	
			長男 D○○ 民國00年0月00日生 民國108年9月8日亡	
			三女 葉麗卿 民國00年00月0日生 民國00年0月00日出養	
			四女 G○○（繼承） 民國00年0月00日生	
			次男 葉福成 民國00年00月00日生 民國99年2月8日亡	
			三男 E○○（繼承） 民國00年0月0日生	
		長男 陳德福 民國00年0月0日生 民國93年6月12日亡 配偶 陳吳糧 民國00年0月00日生 民國99年9月29日亡	長男 酉○○（繼承） 民國00年0月00日生	
			長女 天○○（繼承） 民國00年00月00日生	
			次女 A○○（繼承） 民國54年2月15日	
			次男 B○○（繼承） 民國00年0月0日生	
			三女 陳妓紛 民國00年0月00日生 民國59年8月20日亡	
			三男 黃○○（繼承） 民國00年0月0日生	
		次女 申○○○ 民國00年0月00日生 民國49年10月24日亡		
		次男 陳豐吉 民國00年0月00日生 民國89年3月17日亡 配偶 陳王秀鳳 民國00年0月00日生 民國89年8月24日亡	長女 地○○（繼承） 民國00年0月0日生	
			次女 午○○○ 民國00年0月00日生 民國110年10月9日亡 配偶 張秀男 民國100年1月22日亡	三男 巳○○（繼承） 民國00年0月0日生 次女 未○○（繼承） 民國00年00月0日生
			三女 陳婉如（繼承） 民國00年0月00日生	
			四女 戌○○（繼承） 民國00年0月00日生	
			五女 宙○○（繼承） 民國00年0月0日生	
			六女 玄○○（繼承）	

（續上頁）

			民國00年0月0日生	
			長男 宇○○（繼承） 民國00年0月00日生	
		三女 陳千代子 民國00年00月0日生 民國31年12月7日亡		
		四女 陳冬子即陳阿幼 民國00年00月00日生 民國102年5月25日亡 配偶 蔡武雄（離）	長女 K○○（繼承） 民國00年0月00日生	
			長男 J○○（繼承） 民國00年00月0日生	
			次男 I○○（繼承） 民國00年00月00日生	
			次女 L○○（繼承） 民國00年0月00日生	
		三男 陳德順 民國00年00月00日生 民國38年8月21日亡		
		四男 C○○（繼承） 民國00年00月00日生		
	養女 M○○即林氏秀 民國00年0月0日生 民國25年2月19日收養 民國111年5月19日亡 配偶 鄭正楠 民國00年0月0日生 民國107年6月1日亡	長男 鄭坤堯（繼承） 民國00年00月00日生		
		長女 鄭月霞（繼承） 民國00年00月00日生		
		次男 鄭坤椹（繼承） 民國00年0月0日生		
		三男 鄭坤記（繼承） 民國00年0月0日生		
		四男 鄭坤達（繼承） 民國00年0月00日生		
		次女 鄭月珍（繼承） 民國00年0月0日生		
		三女 鄭月雲（繼承） 民國00年0月00日生		