臺灣桃園地方法院民事裁定

109年度簡聲抗字第3號

抗　告　人　陳靜如

相　對　人　陳美鳳

上列當事人間聲請公示送達事件，抗告人對於民國109 年3 月30日本院司法事務官所為109 年度桃司簡聲字第35號裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄。

准將抗告人對相對人如附件所示之通知為公示送達。

聲請及抗告程序費用均由相對人負擔。

理　由

一、抗告人聲請及抗告意旨略以：抗告人係坐落於桃園市○○鎮○○段○○段0000號土地（下稱系爭土地）之共有人，相對人之被繼承人陳水金則為系爭土地之地上權人及其上建物之所有權人，而抗告人欲出售系爭土地，並依土地法第104 條規定以存證信函通知相對人是否願依相同條件行使優先承購權，然寄送予相對人之存證信函因「遷移新址不明」而遭退回。又土地法第104 條規定與同法第34條之1 規定不同，無法類推適用土地法第34條之1 第2 項規定，更無法適用土地法第34條之1 執行要點第7 點就公告之方式及內容之規定，故原裁定依土地法第34條之1 第2 項及土地法第34條之1 執行要點第7 點規定，駁回抗告人之聲請顯有違誤等語，並聲明：原裁定廢棄，准予抗告人公示送達之聲請。

二、按表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名、居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知；對於當事人之送達，有應為送達之處所不明者，受訴法院得依聲請，准為公示送達，民法第97條、民事訴訟法第149 條第1 項第1 款分別定有明文。準此，表意人非因自己之過失，不知相對人居所者，始得依民事訴訟法公示送達之規定，聲請法院以公示送達為意思表示之通知。次按所謂「應為送達之處所不明者」，係指已用相當之方法探查，仍不知

其應為送達之處所者而言。其「不明」之事實，應由聲請公示送達之人負舉證之責任，而由法院依具體事實判斷之（最高法院82年台上字第272 號判例參照）。另按土地法第104 條有關通知優先購買權人優先購買之規定，如優先購買權人之住址確無法查明，應參照依民法第97條之規定，以公示送達方式辦理（內政部76年5 月20日台內地字第503424號函釋意旨參照）。

三、經查，抗告人主張其係系爭土地之共有人，相對人則地上權人陳火之繼承人等情，已據其提出繼承系統表、戶籍謄本、苗栗縣竹南鎮戶政事務所函及系爭土地登記第三類謄本影本等件為證（見原審卷第11頁至第50頁），自堪信為真。又抗告人前以竹南中港郵局第92號存證信函所示之通知至相對人之戶籍址即桃園市○○區○○路○○○ 巷○○號6 樓，經郵務人員以「遷移新址不明」退回，有上開存證信函暨其退件信封影本在卷可稽（見原審卷第9 頁至第10頁），而相對人迄今仍設籍於上址，亦有其個人戶籍資料可佐，是抗告人所為公示送達之聲請，核與前揭規定相符，應予准許。再者，基地出賣時，地上權人有依同樣條件優先購買之權，出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人，土地法第104 條定有明文，而上開通知「地上權人」優先購買之規定未如同法第34條之1 第2 項於共有人就共有土地為處分、變更或設定負擔，共有人於不能以書面通知「他共有人」時得以公告之規定，亦無準用之規定，惟原裁定未察，逕以抗告人得依土地法第34條之1 第2 項及土地法第34條之1 執行要點第7 點規定以公告方式為通知，而認抗告人無聲請公示送達為其出售共有土地意思表示通知之必要與利益，遽以駁回抗告人之聲請，尚有未洽，抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為有理由，爰廢棄原裁定，並准將附件所示之通知向相對人為公示送達。

四、據上論結，本件抗告為有理由，爰依非訟事件法第46條、第21條第2 項、第24條第1 項，民事訴訟法第492 條、第95條

、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　109　　年　　6　　月　　30　　日

民事第一庭　審判長　法　官　卓立婷

法　官　張永輝

法　官　徐雍甯

以上正本係照原本作成。

本裁定不得再抗告。

中　　華　　民　　國　109　　年　　6　　月　　30　　日

書記官　李靜雯