臺灣高等法院花蓮分院民事判決

107年度上易字第63號

上　訴　人　林德輝
訴訟代理人　吳漢成律師
被上訴人　　謝清溪
　　謝張素貞
　　謝和成
　　謝詠涵
　　扶庭傑
共　　同
訴訟代理人　李百峯律師

上列當事人間請求排除侵害事件，上訴人對於中華民國107年8月3日臺灣臺東地方法院105年度訴字第90號第一審判決提起上訴，本院於108年3月20日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事　實　與　理　由

甲、上訴人方面：

一、上訴人原審起訴主張：

上訴人於民國97年間經判決取得臺東縣○○鄉○○○段○○○○○○○號土地(下稱系爭土地或000-0地號土地)之所有權。惟訴外人謝賢裕於83年間，即於系爭土地上搭蓋加強磚造之一層樓建物，並經臺東縣臺東地政事務所於101年1月12日以101東建字第000000號登記為同段00建號（下稱00建號），目前00建號之所有權人為被上訴人謝張素貞、謝和成、謝詠涵及扶庭傑(下稱謝張素貞等4人)；另一被上訴人謝清溪於89年間，於系爭土地上搭蓋有鋼架造二層建物，並經臺東縣臺東地政事務所於89年3月1日以89東建字第000000號登記為同段00建號（下稱00建號）。上訴人多次要求被上訴人等遷移，被上訴人始以移動地基方式，分別將00、00建號建物搬移至彼等所有之同段000及000-0地號土地上。然00、00建號建

物登記謄本之「權利註記事項建築基地地號」仍記載有系爭000-0土地（下稱系爭註記），被上訴人不積極排除，致上訴人有應留設法定空地事由而無法單獨建築，與建築基地法定空地分割辦法有違，上訴人土地所有權之使用收益處分權能受有侵害，爰依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人等人協同辦理變更00建號及00建號之使用執照。爰聲明：(一)被上訴人謝張素貞等4人應協同上訴人就其等以繼承原因分別共有之00建號，即門牌號碼臺東縣○○鄉○○路○○○號房屋一幢；由臺東縣政府辦理原發照日期83年6月6日東建都管字第000-0號使用執照所載基地概要地號欄之○○○鄉○○段00及00-00地號等二筆土地」，變更登記載為○○○鄉○○○段○○○○○○號土地」。(二)被上訴人謝清溪應協同上訴人就其所有之00建號，即門牌號碼：臺東縣○○鄉○○路○○○號房屋一幢；由臺東縣政府辦理原發照日期89年1月11日東建管字第0000號、90年6月12日東工使字第000000號使用執照所載基地概要地號欄之○○○鄉○○段○○○○號土地」，變更登記載為○○○鄉○○○段○○○○號土地」。

二、上訴人不服原審判決提起上訴後，其陳述除與原審相同者予以引用外，補充略以：

(一)原判決誤認援引最高法院78年度台抗字第297號裁定認上訴人若欲將被上訴人之不作為與積極作為之妨害行為等量齊觀，應以「被上訴人有作為義務」且其不作為具有「不法性」為前提等語，自不足採：

1.前開裁定係針對請求權基礎主張係依民法第184條侵權行為之法律關係時，始有此適用。對於「非主張侵權行為之法律關係」，自不能任意比附援引，尤其上訴人之請求是依民法第767條第1項中段之所有權權能，所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。與對造之妨害行為是否「不法」無涉。故一般對於無權占有他人土地者，土地所有權人主張依民法第767條之規定，請求排除，也只是以占有人是否「有權」占用為判斷基礎，而非是否「不法」占用為判斷依據。

2.若參照最高法院77年度台上字第2279號民事裁判:「占有他人之土地，依民法第772條準用第769條規定主張依時效而取得地上權者。土地所有人固不負擔同意占有人登記為地上權人之義務。然占有人若依土地登記規則第113條規定，由其一方之聲請，登記為地上權人，經登記機關受理，在公告期間，土地所有人對之提出異議者，登記機關應依土地法第59條第2項規定予以調處。不服調處者，應於接到調處通知後15日內向司法機關訴請處理。調處結果，若對占有人不利，占有人對土地所有人提起訴訟，即應請求該所有人容忍其辦理地上權登記，以排除土地所有人之異議，使登記程序之障礙除去。此容忍義務不作為義務，因占有人行使地上權登記請求權而發生。至請求同意辦理地上權登記則為請求履行作為義務，與請求容忍係屬兩事。」意指主張物權法律關係，排除或容忍義務，與對造是否「不法」行為無關。

(二)上訴人既依民法第767條第1項中段為請求，則應審究上訴人取得系爭土地時，對於所有權之權能是否圓滿行使？進言之，依最高法院88年度台上字第2420號民事裁判，民法第767條中段所謂妨害者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言。而所謂「不法」，僅須所有人對於行為人之妨害，於法令上並無容忍之義務為已足，並非以行為人之妨害具有刑事責任或有民事上無效、得撤銷事由為必要。故本件應審究者是：

1.上訴人取得系爭土地是否能圓滿行使所有權？

2.依原判決第6頁理由所述，建管事務範圍，在00、00建號之使用執照未變更之情形下，系爭土地將無法單獨進行檢討法定空地之行政程序，而無取得使用執照之可能，故上訴人取得系爭土地，並未能圓滿行使所有權，自不待言。

3.上開不能圓滿行使所有權之原因，係因被上訴人在分割出系爭土地前於原土地上申請辦理第00、00建號之使用執照。而此使用執照於分割出系爭土地後，並未一併辦理變更。

4.上訴人此一不能圓滿行使所有權之原因既存在於被上訴人之變更使用執照，則上訴人對於被上訴人之不作為(不變更使用執照)，是否有容任之義務？若由上訴人取得所有權為合法取得，基於圓滿行使所有權之立場，自無容任之義務，而民法第767條第1項中段即為上訴人據以請求被上訴人之不作為，應與作為有同一義務之法律依據。此與被上訴人之不作為是否有不法完全無關。特別是阻礙上訴人圓滿行使所有權之原因，完全肇始於被上訴人當初於系爭土地上申辦00、00號建號房屋，其「先行行為」造成了上訴人現今無法申辦檢討系爭土地申辦使用執照。故上訴人現依民法第767條第1項中段主張被上訴人因為其先行行為造成之妨害上訴人所有權圓滿行使，確實妨害上訴人之所有權，而請求除去之，此除去方法，即被上訴人之作為義務，申請辦理00、00建號之使用執照變更如上訴聲明所示，於法並無不合

5.上訴人主張之法律關係既係民法第767條第1項，並非要求檢討法定空地辦法，自非行政訴訟，附此敘明。

(三)並聲明：

1.原判決廢棄。

2.被上訴人謝張素貞等4人應協同上訴人就其等以繼承原因分別共有之臺東縣○○鄉○○○段00建號，即門牌號碼：臺東縣○○鄉○○路○○○號房屋一幢；由臺東縣政府辦理原發照日期83年6月6日東建都管字第000-0號使用執照所載基地概要地號欄之○○○鄉○○段00及00-00地號等二筆土地」，變更記載為○○○鄉○○○段○○○○○○號土地」。

3.被上訴人謝清溪應協同上訴人就其所有之臺東縣○○鄉○○○段○○○號，即門牌號碼：臺東縣○○鄉○○路○○○號房屋一幢；由臺東縣政府辦理原發照日期89年1月11日東建管字第0000號、90年6月12日東工使字第000000號使用執照所載基地概要地號欄之○○○鄉○○段○○○○號土地」變更記載為○○○鄉○○○段○○○○號土地」。

4.第一審、第二審訴訟費用由被上訴人負擔。

乙、被上訴人方面：

一、被上訴人答辯則以：

系爭土地登記謄本之「地上建物建號」欄載明為「（空白）」，係在「其他登記事項」欄下「權狀註記事項建築基地地號」，始有00、00建號之建築基地地號若干註記，此應為上訴人取得系爭土地時所明知。況依上訴人提出之建物謄本記載，00建號建物係坐落上○○段000-0地號土地上，00建號建物則坐落於上○○段000地號土地上，根本不曾坐落上訴人所有之000-0地號土地，且上訴人所稱「移動地基」乙事並不存在，蓋於法院判決分割前00及00建號即已坐落於目前位置。又系爭註記係地政機關自行註記，與被上訴人無關，上訴人應得本於所有權人資格逕向地政機關申辦更正，或循行政救濟程序請求塗銷。縱上訴人目前無法於系爭土地上建築房屋，亦非被上訴人之行為所致，被上訴人無可歸責之事由、亦無任何侵害之行為，並無會同上訴人辦理變更00、00建號使用執照之義務，上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人應變更使用執照，並無理由。並聲明：上訴人之訴駁回。

二、被上訴人於本院陳述除與原審相同者予以引用外，補充略以：

(一)上訴人上訴聲明第二項所指：被上訴人謝張素真等4人共有00建號建物之使用執照地號欄所載之○○○鄉○○段00、00-00地號」，係該件使用執核發後，實施地籍圖重測前之原地號，有土地登記簿謄本在卷可考；上訴聲明第三項所指：被上訴人謝清溪所有00建號建物之使用執照地號欄即係載明為○○○鄉○○○段○○○○號」亦有該使用執照影本，及使用執照存根影本附卷可稽。足見二者使用執照內容均無錯誤可言，亦無變更之需要。上訴人上訴聲明求為變更其記載，已嫌無據。尤其上訴人既係主張行使土地所有權之排除侵害權能，又有何「協同」辦理變更被上訴人所有合法建物使用執照記載內容之權利？亦嫌費解。

(二)00建號建物實係被上訴人謝張素真等4人之被繼承人謝清連生前起造建成，有該建物使用執照，及該建物第一次登記申請書等可憑。顯見並非訴外人謝賢裕所建。上訴意旨竟猶稱係訴外人謝賢裕於83年間搭蓋云云，顯屬謬誤。

(三)被上訴人所有之00建號及同段00建號建物實際坐落位置與謄本記載相符，亦即建物基地從無變更乙節，業經原審列明為兩造不爭執事項，復經上訴人在原審四度確認無誤。詎上訴意旨竟又稱被上訴人以移動地基方式，分別將00、00建號建物搬移至000及000-0地號土地上云云，更係改異之詞，自無足採。

(四)姑且不論被上訴人所有之00建號及同段00建號建物登記謄本之記載內容，何以對於上訴人所有之同段000-0地號土地竟有影響？上訴人指稱00、00建號建物登記謄本之「權利註記事項建築基地地號」仍記載有其000-0地號土地，被上訴人不一併排除云云，亦與上訴人在原審指稱「該建號赫然還在系爭土地地號之『權利註記事項建築基地號』上」，致其所有權權能中之使用、收益及處分仍受被上訴人侵害云云之主張，前後說詞，亦顯歧異。

(五)按所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉，民法第765條規定甚明。而「土地所有人自由使用、收益、處分其所有物，雖僅得於法令限制之範圍內行之。但無法律根據之行政命令，不得對於所有權加以限制」，亦據最高法院著有21年上字第1010號判例闡述甚明。所有人之使用、收益、處分權能既仍須受法令之限制，上訴人之土地所有權亦無從排除依法之徵收，從而原審判決認上訴人主張被上訴人已妨害其所有權行使，依民法第767條第1項中段作為請求權基礎，請求被上訴人為一定行為，應以被上訴人有作為義務，且此不作為具有「不法性」為前提乙節，應無違誤可指。更無上訴人所稱適用法規錯誤可言。

(六)建物使用執照之申請、核發、變更等，均屬建築管理之行政

事務，應非屬於民事訴訟之爭訟標的。再土地登記之註記內容或法定空地之檢討管理等，亦均屬於行政管理事宜，亦無任何通常土地竟可自外於該等行政管理範圍，自與上訴意旨所謂土地所有權之圓滿無涉。上訴人對於土地管理之行政程序內容有所不服，自應循行政救濟程序尋求改正，非逕指為私權爭執，強求他人配合。

(七)況且，上訴人與被上訴人謝清溪間依原審95年度訴字第38號民事判決分割土地後，上訴人因分割取得坐落臺東縣○○鄉○○○段○○○○○○號土地，於99年間3月間辦理土地登記時，其土地標示部原無系爭「權利註記事項建築基地地號」之登記內容，迨104年11月25日始經地政機關以「更正」為由，於同年12月1日逕行加註登記。足見上訴人所指系爭土地登記之註記內容，並非出於被上訴人之作為，殊非被上訴人有何改正之作為義務。亦足徵上訴人取得前揭上○○段000-0地號土地時，並無其所謂對於所有權之權能是否圓滿行使之問題。

(八)被上訴人並無妨害上訴人土地所有權之作為，更無涉及不法。上訴人既認主管機關據以逕行辦理系爭註記事項之「內政部98年9月7日研商建築基地法定空地分割辦法第5條第6條執行疑義案會議結論第2點」，「實有增加建築基地法定空地分割辦法第6條第1項所無之限制」，「殊屬失當」，倘又認即係前揭最高法院判例所指：欠缺法律根據而對於所有權加以限制之行政命令，竟不循行政程序或行政訴訟方式，爭取行政機關改正其作為，反以民事訴訟手段逕向被上訴人請求明顯屬於行政事務之作為(即更建物使用執照記載內容)，亦嫌欠合。

(九)上訴人在原審又已自認其目前並無在○○○段000-0地號土地單獨建築之計劃等語，足見上訴人目前尚無建造執照之申請，更無申請建物使用執照之事實，顯然即無「檢討法定空地」或「申辦使用執照」等情事。又何來上訴意旨所謂「造成目前檢討法定空地之遭拒」、「上訴人現今無法申辦檢討

系爭土地申辦使用執照」之說？甚且上訴人將來申請建築是否符合建築基地法定空地分割辦法第3條或第4條之規定？亦猶未可知。

(十)臺東縣政府函已指出：將法定空地分割檢討一併辦理於變更使用執照時，尚須由○○○段000-0地號土地所有權人共同出具私設道路通行使用之同意書等語，上開○○○段000-0地號土地所有權人，即上訴人、被上訴人謝清溪及訴外人蘇瓊英既猶未能共同出具使用土地同意書，自亦無從進入上訴意旨所謂檢討法定空地之階段。

(十一)上訴人所有之○○○段000-0地號土地登記之「其他登記事項」內容，除被上訴人所有同段00建號及00建號外，尚有其他建號之註記，有該筆土地謄本在卷可稽。足徵上訴人訴求被上訴人變更00建號及00建號建物之使用執照，亦無從達到上訴人訴訟之目的，或足使上訴人所謂圓滿行使其所有權至明。

(十二)並聲明：

1.上訴駁回。

2.第二審訴訟費用由上訴人負擔。

丙、兩造不爭執之事項(見原審卷二第117頁)：

一、上訴人於99年3月16日因判決共有物分割取得000-0地號土地之所有權，該土地於分割前○○○鄉○○○段000、000、000-0等三筆土地之一部分。

二、000-0地號土地登記第一類謄本所記載，「地上建物建號」欄記載為「空白」，於「其他登記事項」欄則記載「權狀註記事項建築基地地號:上○○段00建號之建築基地地號為上○○段000、000、000-0、000-0、000-0、000-0地號分割自:000地號……上○○段00建號之建築基地地號為○○○段000、000-0、000- 0、000-0地號」。

三、臺東縣政府105年1月28日府地測字第號000000000函說明第二點中記載，按內政部98年9月7日研商建築基地法定空地分割辦法第5條、第6條執行疑義案會議結論第2點：「申請人

按本辦法第6條檢附經法院確定判決書至地政機關申辦建築基地分割為多筆地號之案件，建請本部地政司轉知各地方地政事務所，於辦理分割後之各筆土地所有權狀保留原基地所屬建號，以避免爭議。」故上訴人經分割取得之000-0土地，係依上開會議結論，而將原基地所屬00、00建號建物註記於其土地登記第一類謄本之「其他登記事項」欄中。

四、00建號房屋坐落於同段000-0地號土地上，該建物實際坐落位置與謄本記載相符，建物所有權人為被上訴人謝張素貞、謝和成、謝詠涵、扶庭傑。

五、00建號房屋坐落於同段000地號土地上，該建物實際坐落位置與謄本記載相符，建物所有權人為被上訴人謝清溪。

六、臺東縣政府105年8月15日府地測字第0000000000號函說明欄中記載：如需刪除○○○段第00、第00建號之建築坐落基地多餘空地，應依程序申辦法定空地分割證明及變更使用執照。

七、臺東縣政府106年6月28日府地測字第號0000000000函說明欄中記載：本案00、00建號建物之使用執照（83年6月6日東建都管字第000-0號、89年1月11日東建管字第0000號）辦理變更使用執照應由各該建物所有權人共同具名申請，並檢附上○○段000-3地號土地所有權人出具之私設道路通行使用之同意書，一併變更使用執照辦理。

八、臺東縣政府107年1月3日府建管字第號0000000000函說明欄中記載：1.○○○段000-0地號登記簿-土地標示部-其他登記事項欄註記：該地號為同段00等建號建築基地，係依據建物使用執照登載，如該基地分割仍應轉載註記。2.000-0地號分割後土地上無任何建物，自得單獨申請建築，惟由內政部77年3月1日台內營字第000000號函釋觀之，仍應由本案地上建物所有權人共同具名依「建築基地法定空地分割辦法」規定申請法定空地分割後，檢具核准分割書件向地政單位辦理塗銷建物登記註記，再依建築法第30條及臺東縣建築管理自治條例第11條規定辦理申請建築。3.第00建號及00建號，

將基地地號變更為000-0地號及000地號之辦理變更使用執照事項，應先檢討其建築物實際坐落地號，並得將建築基地法定空地分割檢討一併辦理於變更使用執照；又其法定空地由原使用執照建築面積與地籍謄本所示之基地面積觀之，尚屬足夠。

九、臺東縣政府107年2月27日府建管字第0000000000函記載：因本案○○○段00建號（坐落於○○○段000地號）建築物與道路無鄰接，若係利用同段000-0地號通往道路，其依據本府107年1月3日府建管字第0000000000號函說明二、（三）將法定空地分割檢討一併辦理於變更使用執照時，自應依府106年6月28日府地測字第號0000000000函說明二，由○○○段000-0地號土地所有權人共同出具私設道路通行同書。

十、00號建物之使用執照（即臺東縣政府辦理原發照日期83年6月6日東建都管字第000-0號使用執照）基地概要地號欄中記載○○○鄉○○段○○○○○○號等2筆(如附表)」。00號建物之使用執照辦理登記，由謝清溪（土地所有權人）同意謝清連（起造人）作建築使用，尚無林德輝之具名。

十一、00號建物之使用執照（即臺東縣政府辦理89年1月11日東建管字第0000號、90年6月12日東工使字000000號使用執照）基地概要地號欄中記載○○○鄉○○段○○○○號等1筆」。00建號之使用執照辦理登記已滅失，但臺東縣政府表示：依本案各地號所有權異動清冊研判，本案各建物申請建築執照之日期早於上訴人取得本案各地號權利之最早之日期（93年2月23日），自無出具土地使用同意建築之可能性。

丁、本院之判斷：

按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項中段定有明文。此所謂妨害者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言。而所謂「不法」，僅須所有人對於行為人之妨害，於法令上並無容忍之義務為已足，並非以行為人之妨害具有刑事責任或有民事上無效、得撤銷事由為必要

(最高法院88年度台上字第2420號判決意旨參照)。故本件爭執之重點，在於上訴人以所有權受侵害為由，依民法第767條第1項中段之規定，請求被上訴人配合辦理使用執照變更記載有無理由？茲就上開爭點說明如下：

一、00號建物(門牌號碼為○○路000號)坐落於○○鄉○○○段○○○ ○○○號土地上，所有權人為被上訴人謝張素貞等4人；00號建物之使用執照（即臺東縣政府辦理原發照日期83年6月6日東建都管字第000-0號使用執照）基地概要地號欄中記載○○○鄉○○段00、00-00地號」；00號建物(門牌號碼為○○000號)坐落於○○鄉○○○段○○○○號土地上，所有權人為被上訴人謝清溪；00號建物之使用執照（即臺東縣政府辦理89年1月11日東建管字第0000號、90年7月9日東工使字000號使用執照）基地概要地號欄中記載○○○鄉○○段○○○○號」等事實，有00、00號建物第二類謄本、臺東縣臺東地政事務所105年12月16日檢送之00、00號建物登記資料(見原審卷一第25、29、281、283、287、290、291頁）、臺東縣政府105年1月28日函文(見原審卷一第34-1頁）可按。

二、上訴人所有之000-0地號土地，其「地上建物建號」欄記載為「空白」，「其他登記事項」欄則記載：「權狀註記事項建築基地地號:上○○段00建號之建築基地地號為上○○段000、000、000-0、000-0、000-0、000-0地號分割自:000地號；權狀註記事項建築基地地號；○○○段00、00、00建號之建築基地地號為上○○段000、000、000-0、000-0、000-0、000-0地號；權狀註記事項建築基地地號:○○○段00建號之建築基地地號為○○○段000、000-0、000-0、000 -0地號」，有000-0地號土地登記第一類謄本足稽(見原審卷一第117頁）。

三、按建築法第11條規定：「本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。前項法定空地之留設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，其

寬度於建築管理規則中定之。應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。」、建築基地法定空地分割辦法第3條規定：「建築基地之法定空地併同建築物之分割，非於分割後合於左列各款規定者不得為之。...」、第4條規定：「建築基地空地面積超過依法應保留之法定空地面積者，其超出部分之分割，應以分割後能單獨建築使用或已與其鄰地成立協議調整地形或合併建築使用者為限。」、第5條規定：「申請建築基地法定空地分割，應檢附直轄市、縣市主管建築機關准予分割之證明文件。」、第7條規定：「直轄市或縣市主管建築機關依第五條規定核發准予分割證明，應附分割圖，標明法定空地位置及分割線，其比例尺應與地籍圖相同。」。另：

1.臺東縣政府105年1月28日函覆上訴人說明：「...按內政部98年9月7日研商建築基地法定空地分割辦法第5條、第6條執行疑義案會議結論第2點：『申請人按本辦法第6條檢附經法院確定判決書至地政機關申辦建築基地分為多筆地號之案件，建請本部地政司轉知各地方地政事務所，於辦理分割後之各筆土地所有權狀保留原基地所屬建號，以避免爭議。』，合先敘明。三、『應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割要件及申請核發程序等事項之辦法，由中央主管機關定之。』『建築基地之土地經法院判決分割確定，申請人檢附法院確定判決書申辦分割時，地政機關應依法院判決辦理。依前項規定分割為多筆地號之建築基地，其部分土地單獨申請建築者，應符合第3條或第4條規定。』分為建築法第11條第3項、建築基地法定空地分割辦法第6條所明定，準此，法院判決分割為多筆地號之建築基地，雖其權屬已為分別所有，惟仍應符合建築基地法空地分割辦法第3條或第4條規定，始得單獨建築。本案經○○○鄉○○○段000、000、000-0、000-0、000-0、000-0地號等6筆土地(重測前為○○段00、00-00地號土地)領有83年6月6

日東建都管字第000-0號、89年1月11日東建管字第0000號使用執照及90年7月9日東工使字第460號變更使用執照在案，依前所述，台端所陳，本府無法據以逕自辦理註銷，是以本案請參依上開規定辦理。」(見原審卷一第34-1頁）。

2.臺東縣政府105年8月15日府地測字第0000000000號函說明：「查旨○○○鄉○○○段00建號...○○○段00建號...，如需刪除建築坐落基地多餘空地者，應依程序申辦法定空地分割證明及變更使用執照。...本案因涉房屋基地及其法定空地之法令規定，可由上○○段000-0地號土地所有權人依據建築基地法定空地分割辦法規定，向建管單位申請單獨建築，如符合規定後另提供000-0地號分割前之土地所有權人同意證明，併持憑向登記機關申請塗銷註記登記。」(見原審卷一第207頁）。

3.臺東縣政府106年6月28日府地測字第0000000000號函說明：「本案00、00建號建物之使用執照（83年6月6日東建都管字第000-0號、89年1月11日東建字第0000號）辦理變更使用執照應由各該建物所有權人共同具名申請，並檢附上○○段000- 0地號土地所有權人出具之私設道路通行使用之同意書，一併變更使用執照辦理。」(見原審卷一第359頁）。

4.臺東縣政府107年1月3日府建管字第0000000000號函(見原審卷二第8頁）說明略以：

⑴○○○段000-0地號登記簿-土地標示部-其他登記事項欄註記：該地號為同段00等建號建築基地，係依據建物使用執照登載，如該基地分割仍應轉載註記。

⑵000-0地號分割後土地上無任何建物，自得單獨申請建築，惟由內政部77年3月1日台內營字第000000號函釋觀之，仍應由本案地上建物所有權人共同具名依「建築基地法定空地分割辦法」規定申請法定空地分割後，檢具核准分割書件向地政單位辦理塗銷建物登記註記，再依建築法第30條及臺東縣建築管理自治條例第11條規定辦理申請建築。

⑶第00建號及00建號，將基地地號變更為000-0地號及000地

號之辦理變更使用執照事項，應先檢討其建築物實際坐落地號，並得將建築基地法定空地分割檢討一併辦理於變更使用執照；又其法定空地由原使用執照建築面積與地籍謄本所示之基地面積觀之，尚屬足夠。

5.臺東縣政府107年2月27日府建管字第0000000000函記載：「因本案○○○段00建號（坐落於○○○段000地號）建築物與道路無鄰接，若係利用同段000-3地號通往道路，其依據本府107年1月3日府建管字第0000000000號函說明二、（三）將法定空地分割檢討一併辦理於變更使用執照時，自應依府106年6月28日府地測字第0000000000號函說明二，由○○○段000-0地號土地所有權人共同出具私設道路通行同書。」(見原審卷二第73頁）。

四、證人即臺東縣政府建管科人員汪明諒於原審證稱：基地地號變更不是變更使用執照的原因，因地政單位需看到變更後的使用執照才能塗銷註記，我們建管單位才會受理民眾申請變更使用執照等語(見原審卷二第88頁）；證人即臺東縣政府建管科人員施劉昆洋於原審證稱：當初這幾棟有使用執照之建物是包含000-0地號土地一起來申請的，建築法認為這是一宗基地，所以沒有分地號，000-0地號土地因判決分割出來後，會是這幾張使用執照的法定空地，所以不能單獨建築；會由建管單位審查這塊地分出去後，使用執照上的法定空地是否足夠，這邊是商業區，建蔽率應該是百分之80，所以會有百分之20法定空地，我們要確認法定空地是否足夠，買到法定空地不能蓋房子就有問題等語(見原審卷二第88頁背面）。

五、依上開事證，可知系爭註記應係基於建築法第11條第1項建築基地應為一宗之立法意旨及該條第3項授權訂定之建築基地法定空地分割辦法之規定，經內政部開會討論後依會議結論而標註，目的應在於管理建築基地如因嗣後分割為多筆後，分割出之土地日後欲單獨建築時，能便於從登記謄本上檢視是否會影響既存建物之法定空地是否足夠、合法，為主管

機關建築管理之方法；且縱使未在系爭土地上為系爭註記，亦無礙於系爭土地已成為00、00建號建築基地之一部分之事實，建築管理機關依上開建築法令仍可不予核發建築執照，上訴人在未辦理法定空地分割之前，仍不能申請單獨建築，足認上訴人就系爭土地所有權之圓滿行使已受到妨害。然依前揭建築法令、臺東縣政府函文及證人之證詞，上訴人之系爭土地仍可依相關法令規定辦理法定空地分割、變更使用執照並進而塗銷系爭註記，堪認上訴人並無長期忍受上開妨害之義務，揆諸首揭說明，上訴人依民法第767條第1項中段之規定，自得主張其系爭土地之所有權已受到被上訴人之妨害。

六、惟上訴人所有之000-0地號土地如欲塗銷系爭註記，依上揭法令規定、臺東縣政府函文內容及證人之證詞，程序上須由上訴人會同00、00建號建物所有權人即被上訴人共同具名向主管機關臺東縣政府辦理法定空地分割(姑不論系爭土地亦為○○○段00、00、00建號之建築基地，詳前所述)，並取得臺東縣政府核准證明(須附分割圖)，才能辦理變更00、00建號建物使用執照之記載，再憑以向地政事務所塗銷系爭註記；且因00建號建物與道路無鄰接，若利用○○○段000- 0地號土地通往道路，並須檢附○○○段000-0地號土地所有權人(為被上訴人謝清溪、上訴人、訴外人蘇瓊英分別共有，見原審卷一第469頁土地登記謄本)出具之私設道路通行使用之同意書，方能辦理法定空地分割。上訴人未依法進行法定空地分割程序，取得臺東縣政府核准分割之證明，程序上已有未合，且此一程序涉及法定空地位置、面積等建築法令之規定，顯然不能以上訴人上訴聲明第2、3項請求之被上訴人行為之內容代替，則上訴人逕請求被上訴人謝張素貞等4人協同辦理00建號、被上訴人謝清溪協同辦理00建號之使用執照變更記載如前述上訴聲明2、3，即難准許。

七、綜上所述，本件上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人為如上訴聲明第2、3項所示之特定行為，為無理由

，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，理由與本院雖有不同，結論則無二致，應予維持。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、又原判決理由四、(四)所述「...同段000、000-0、000-0及000地號土地之登記謄本，均有與系爭註記相同之註記存在，...上揭土地之所有人若欲單獨申請建築房屋，亦會產生與000-0土地相同之問題，以至於上揭每筆土地均可能有無法單獨申請建築房屋之問題，...希冀兩造於判決之後能夠重啟協商」等語，確為兩造與訴外人蘇瓊英間徹底、迅速處理上開土地糾葛且利人利己之方法，希望兩造均能慎重考慮，併此敘明。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及未經援用之證據，對本件判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　12　　日

民事庭審判長法　官　張健河

法　官　李水源

法　官　林碧玲

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴

人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　12　　日

書記官 徐珮綾