臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第16號

上　訴　人　卓原正
訴訟代理人　謝岳龍律師
　　劉博中律師
被上訴人　許成斌
　　高許秀梧
　　李許碧玉
　　許碧月
　　陳初鶯（許春輝之承受訴訟人）
　　許程超（許春輝之承受訴訟人）
　　許程鈞（許春輝之承受訴訟人）
　　許菁芬（許春輝之承受訴訟人）
　　許程順（許春輝之承受訴訟人）
　　許程智（許春輝之承受訴訟人）
共　　同
訴訟代理人　陸正康律師
被上訴人　許娟寧（許春輝之承受訴訟人）

上列當事人間請求拆屋還地等事件，上訴人對於中華民國106年9月15日臺灣臺北地方法院104 年度重訴字第1070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

原判決關於命上訴人給付被上訴人許成斌新臺幣參拾壹萬陸仟柒佰肆拾陸元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人許成斌於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。

事　實

壹、程序方面：

一、按訴之客觀預備合併，原告先位之訴勝訴，後位之訴未受裁

判，經被告合法上訴時，後位之訴即生移審之效力，上訴審認先位之訴無理由時，應就後位之訴加以裁判（最高法院95年度台上字第1145號裁判意旨參照）。本件被上訴人備位之訴因原審以其先位之訴勝訴而未受裁判，依上開說明，上訴人提起上訴時，備位之訴即生移審效力，倘本院認先位之訴為無理由時，應就備位之訴加以裁判。

二、上訴人提起上訴後，被上訴人許春輝於民國106 年12月8 日死亡，其繼承人陳初鶯、許菁芬、許程超、許程鈞、許程順、許程智、許娟寧（下稱陳初鶯等7人）均未拋棄繼承等情，有許春輝之繼承系統表、除戶謄本、陳初鶯等8人戶籍謄本附卷可稽（本院卷一第115、117、163至169、229頁），並經其等具狀聲明承受訴訟（本院卷一第113、159頁），核無不合，應予准許。

三、按言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，倘無民事訴訟法第386 條規定之不得一造辯論判決之事由，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決，民事訴訟法第385 條第1項前段定有明文。本件許娟寧經合法通知未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386 條所列各款情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊共有坐落新北市○○區○○段00、00及00地號土地（下以地號分稱，合稱系爭土地），應有部分各為：陳初鶯等7 人之被繼承人許春輝為42分之19，被上訴人許成斌為42分之14，被上訴人高許秀梧、李許碧玉、許碧月各為42分之3 。詎上訴人所有之如原判決附圖編號A 、B 、C 及E 所示（面積合計77.17 平方公尺）之建物即門牌號碼新北市○○區○○街○○○ 號房屋（下稱系爭房屋），未經所有權人同意無權占用系爭土地，伊自得先位主張依民法第767條第1 項、第179 條之規定及繼承之法律關係，請求上訴人拆屋還地並給付相當於租金之不當得利或賠償金。倘認系爭房屋為新北市○○區○○段0 建號（重測前為○○○段○○

小段000 建號）建物（下稱0 建號建物）之增建及改建物，且就系爭土地之不定期租賃關係存在，惟原承租人洪水旺將系爭房屋出售予訴外人簡炳煌、或訴外人王素貞出售予上訴人時，均未依土地法第104 條第1 項規定通知土地所有權人行使優先承買權，故前開買賣契約對伊或被繼承人不生效力，上訴人為無權占有系爭房屋。並就許成斌部分為終止租賃契約之意思表示等語。求為命：㈠先位聲明：1.上訴人應將坐落系爭土地上之系爭房屋拆除，並將占用土地騰空返還被上訴人。2.上訴人應給付陳初鶯等7 人新臺幣（下同）42萬9,869 元、許成斌31萬6,746 元、高許秀梧、李許碧玉、許碧月各6 萬7,872 元，及均自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5 %計算之利息。㈡備位聲明：1.上訴人應自系爭房屋遷出。2.上訴人與王素貞於85年10月1 日在新北市新店地政事務所登記，就坐落00地號土地上，同段0 建號，門牌為新北市○○區○○街○○○ 號，本國式磚造一層房屋，面積55.80 平方公尺，權利範圍全部，於85年9 月11日所為買賣之所有權移轉登記，應予塗銷。3.上訴人應給付陳初鶯等7 人42萬9,869 元、許成斌31萬6,746 元、高許秀梧、李許碧玉、許碧月各6 萬7,872 元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5 %計算利息之判決。並陳明願供擔保請准宣告假執行。

二、上訴人則以：系爭房屋之原所有權人洪水旺與系爭土地之原所有權人許冬霖、許瑞徵、許春輝等3人（下合稱許冬霖等3人）間，就系爭土地存在不定期限租賃關係，伊購買系爭房屋後，亦繼受租賃關係而占有系爭土地，並經許瑞徵、許春輝同意而由許冬霖代理其等向洪水旺、簡炳煌及伊之父卓振祥收取租金。伊固於90年間起未繳納租金，惟被上訴人亦未催告伊繳納租金，未合法終止租賃契約，兩造間之租賃契約仍合法存在，伊自非無權占有。縱認伊無權占有系爭土地，惟被上訴人請求相當於租金之不當得利實屬過高，應以系爭土地之申報地價5 %計算始為合理公平等語，資為抗辯。

三、原審就先位之訴為被上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命上訴人應將系爭房屋拆除，並將系爭土地騰空返還予被上訴人；上訴人應給付許春輝42萬9,869 元，及其中22萬3,369 元部分自104 年10月9 日起，其中16萬9,726 元部分自105 年2 月27日起，其中3 萬6,774 元部分自106 年3 月25日起，均至清償日止，按週年利率5 %計算之利息；上訴人應給付許成斌31萬6,746元，及其中14萬7,094元部分自104年10月9日起，其中14萬2,556元部分自105年2月27日起，其中2萬7,096元部分自106年3月25日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息；上訴人應給付高許秀梧、李許碧玉、許碧月各6萬7,872元，及其中3萬1,519元部分自104年10月9日起，其中3萬549元部分自105年2月27日起，其中5,804元部分自106年3月25日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並為准、免假執行之宣告，駁回被上訴人其餘之訴及假執行之聲請。上訴人就其敗訴部分，提起上訴，上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人之部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。（被上訴人就敗訴部分，未據上訴，非本件審理範圍。）

四、兩造不爭執事項：

㈠48地號土地（面積80平方公尺）、00地號土地（面積16.98平方公尺）、於86年重測前為新北市○○區○○○段○○小段(下稱○○小段)000-00、000-00地號，000-00地號分割自000-00地號，000-00地號分割自000-0地號，000-0地號於36年7月1日土地總登記時，所有權人為許冬霖等3人，權利範圍各3分之1，有土地登記謄本（原審卷一第15至16頁、卷二第40至41頁）、新北市新店地政事務所（下稱新店地政所）107年3月27日新北店地登字第1074014117號函及所附資料可參（本院卷一第333至367頁）。

㈡00地號土地（面積60.33平方公尺）於重測前為○○小段000-0地號，分割自000地號，於36年7月1日土地總登記時，所

有權人為許冬霖等3人，權利範圍各3分之1，有原土地登記謄本可佐（原審卷一第157頁）。目前地上建物有○○段0000建號即訴外人游武雄所有之新北市○○區門牌號碼○○街000號房屋（下稱000號房屋）、及0建號建物，並於77年8月29日設定地上權予訴外人游武雄，設定權利範圍55.80平方公尺，有土地登記謄本可參（原審卷一第12至13頁）。

㈢0建號建物於14年4月建築，於39年辦理總登記，重測前為○○小段000建號，面積55.80平方公尺，有建物登記謄本、新北市地籍異動索引、新店地政所105年4月22日新北店地籍字第1053775893號函及登記資料可參（原審卷一第25至27、41至43、135至166頁）。系爭房屋係上訴人於85年間向王素貞所買，為二層樓建物，經原審會同新店地政所履勘測量結果，占用00地號土地41.64平方公尺、00地號土地31.37平方公尺、00地號土地4.17平方公尺，共計77.17平方公尺（詳如原判決附圖所示A、B、C及E部分）。且系爭房屋與相鄰之000號房屋一併出租予全家便利商店光明店作為營業使用乙情，有不動產買賣契約書暨付款支票4紙、新店地政所106年2月3日新北店地測字第1064011718號函附之複丈成果圖，及現況照片3張附卷可憑（原審卷一第44至46頁反面、卷二第49至50頁、本院卷二第41、43頁）。

㈣許冬霖於88年7月1日歿、許瑞徵於95年8月16日歿、許春輝於106年12月8日歿，有3人之除戶戶籍謄本為據（本院卷一第225至229頁）。被上訴人因繼承而共有系爭土地，陳初鶯等7人繼承許春輝之應有部分為42分之19，許成斌繼承許冬霖之應有部分為42分之14，高許秀梧、李許碧玉、許碧月繼承自許瑞徵，應有部分各為42分之3。陳初鶯等7人尚未辦理分割遺產。

五、本件被上訴人主張上訴人未經其同意，無權占用系爭土地，依民法767條第1項、第179條之規定及繼承之法律關係，先位聲明請求上訴人應將系爭房屋拆除後騰空返還系爭土地，及給付相當於租金之不當得利；備位聲明請求上訴人應自

系爭房屋遷出，及將系爭房屋所為買賣之所有權移轉登記應予塗銷，並給付相當於租金之不當得利，為上訴人所否認，並以前詞置辯。茲就兩造之爭點及本院之判斷，分述如下：

㈠上訴人主張兩造間就系爭房屋所占用之系爭土地存有不定期租賃契約關係，是否可採？

1.按稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約；不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃；租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思者，視為以不定期限繼續契約。民法第421條第1項、第422條、第451條分別定有明文。又按98年1月23日修正前之民法第820條第1項規定：「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」，而共有物之出租係管理行為之一種，故共有人中之一人或數人將共有土地之特定部分出租者，須經其他共有人之同意。如共有人中之一人未經他共有人之同意，擅將共有物之全部或一部出租他人，對於他共有人不生效力。（最高法院71年度台上字第4199、5180號判決要旨參照）。又按民事訴訟法第358條關於私文書經本人或其代理人簽名、畫押、蓋章或按指印者，推定為真正之規定，須其簽名、畫押、蓋章或按指印係本人或其代理人為之，在當事人間已無爭執或經舉證人證明者，始得適用；單純之沈默，與默許同意之意思表示不同，對無權占有人之使用未加異議，僅單純沈默而未為制止者，不生任何法律效果，亦非默許同意繼續使用；被上訴人主張上訴人已在上開橫式土地使用權同意書上蓋章同意伊等在上開土地上蓋建房屋，伊等非無權占有等情，既經上訴人否認其事，依民事訴訟法第277條、第357條所定之舉證責任分配原則，自應由被上訴人就該同意書上之印章係屬上訴人所有及該印文係上訴人所蓋之事實，負舉證責任（最高法院28年渝上字第10號判例、83年度台上字第237號、81年度台上字第400號判決意旨參照）。查系爭土地原為被上訴人之被繼

承人即許冬霖等3人所共有（不爭執事項㈠、㈡），依修正前民法第820條第1項規定，出租系爭土地應得共有人全體之同意。如未經他共有人之同意，即擅將共有物之全部或一部出租他人，對於他共有人不生效力。

2.上訴人主張其繼受系爭房屋第一任屋主洪水旺、第2任屋主簡炳煌及前手王素貞等與許冬霖等3人間，就系爭土地成立之不定期租賃契約關係，於購買系爭房屋起至90年間，均由其父卓振祥以現金或支票向系爭土地管理人許冬霖繳納租金，就系爭土地係有權占用等情，並提出租金收據及支票存根等為證（原審卷一第47至51頁、本院卷一第625至629頁），被上訴人自認許冬霖確曾於收據上簽名並收取租金，然辯稱許冬霖並無出租之意思，許瑞徵、許春輝則未同意或授權許冬霖出租系爭土地，系爭房屋並非原9建號建物，而係由上訴人拆除改建，縱認原有不定期租賃契約關係，亦因原房屋不堪使用經拆除而終止等語。經查，上訴人於85年間向王素貞購買系爭房屋（不爭執事項㈢），王素貞則係於82年間經其配偶簡炳煌贈與而得，有新店地政所105年4月22日新北店地籍字第1053775893號函送之9建號建物異動索引、建物異動登記簿等在卷可佐（原審卷一第135至141頁）。上訴人所提出之簡炳煌78年10月13日、81年10月29日、84年11月1日收據，及卓振祥86年12月26日收據（上開4張收據合稱系爭收據）上均記載：「係台端租用○○市○○街土地（原洪水旺先生租用地）面積103平方公尺（○○市○○○段○○小段000-0、000-00（一部分）、000-00地號）自民國…（貳/參年份）租金（依申報地價百分之伍計算）」等字（原審卷一第47至50頁）。載明「租用」之意思，而○○小段000-0、000-00、000-00地號土地即為重測前00、00、00地號土地（詳不爭執事項㈠、㈡），租用面積為103平方公尺，較之系爭房屋坐落系爭土地共77.17平方公尺（不爭執事項㈢），範圍更大。卓振祥並曾於86年12月26日開立面額23萬2,240元支票交由許冬霖提示兌現，用以繳納系爭土地

兩年之租金等情，有支票存根（原審卷一第51頁）、臺灣土地銀行新店分行105年4月26日店存字第1055001229號函檢送之交易明細及支票兌現紀錄（原審卷一第170至175頁），及第一商業銀行總行105年8月24日一總營集字第34135號函檢送之客戶資料（原審卷一第220至221頁）等為證，且被上訴人自認系爭收據上許冬霖之簽名為真正，堪認簡炳煌、卓振祥前於77年至86年間確有向許冬霖承租系爭房屋所占用之系爭土地，許冬霖並有收取租金。上訴人稱87至90年間仍透過卓振祥繳納租金云云，雖未能舉證以實其說，上訴人並自承90年之後即未再繳納租金，惟就承租之系爭土地仍為占有使用，而許冬霖或繼承人許成斌未即表示反對之意思，依民法第451條規定，視為以不定期限繼續租賃契約，卓振祥死亡後，上訴人為卓振祥之繼承人，其主張繼受系爭土地之不定期租賃契約關係，自屬有據。而許冬霖於死亡前並未終止契約，繼承人許成斌固於本院審理中表示終止租賃契約（本院卷一第675頁），惟並未表明終止租約之依據為何，且建築房屋基地之出租人，以承租人積欠租金額達二年以上為原因，終止租賃契約，仍應依民法第440條第1項規定，定相當期限催告承租人支付租金，必承租人於其期限內不為支付者，始得終止租賃契約，非謂一有承租人欠租達二年以上之事實，出租人即得隨時終止租賃契約（最高法院68年度台上字第777號判例要旨參照），本件許成斌並未舉證其曾依法催告上訴人支付租金，且上訴人前於104年5月12日與許成斌簽立土地租賃契約書（原審卷一第52頁），補繳90年至103年底之租金，許成斌自承先收受協議之租金100萬元後，嗣於104年7月28日以其他共有人不同意出租為由全數退還上訴人（原審卷二第105頁反面至106頁），並有支票影本可參（原審卷一第123、124頁），則上訴人前已向許成斌繳納租金，許成斌未經合法催告，亦未表明終止契約之依據，所為終止契約於法未合，許成斌與上訴人間就系爭房屋坐落之系爭土地上之不定期租賃契約關係仍有效存在。另98年1月23日修正

即現行民法第820條第1項規定：「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數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三分之二者，其人數不予計算。」，縱認許成斌個人於104年5月12日與上訴人簽訂土地租賃契約書，同意出租系爭土地予上訴人，然未經過半數之共有人同意，其應有部分亦未逾3分之2，不符民法第821條第1項規定，自對於其他共有人不生效力。

3.上訴人又主張系爭收據亦有許瑞徵之印文，系爭土地之管理者許冬霖代理許瑞徵、許春輝與上訴人成立租賃契約，許瑞徵及許春輝知悉許冬霖就系爭土地出取租金並無反對或異議，至少有默示同意出租云云。被上訴人則否認許瑞徵印文之真正，亦否認許春輝、許瑞徵授權他人刻章或委由許冬霖代理簽立系爭收據、收取租金並管理系爭土地，亦即否認系爭收據簽章之真正，此部分自應由上訴人負舉證責任。經查，系爭收據（原審卷一第47至50頁）許春輝簽名下方並無許春輝之印文，而係蓋印許冬霖之印章並加註「代」字。佐以證人王素貞於原審證稱：簡炳煌有跟許冬霖租土地，都以現金拿去給許冬霖家，臺北市○○路，幾號不知道，系爭收據收款人都是許冬霖簽的，許冬霖的太太也有在現場，為何許春輝下面簽名有個代字不清楚，有一次伊與簡炳煌一起去繳地租，土地的事都是許冬霖在處理等語（原審卷一第223至224頁），足認系爭收據收款人許瑞徵、許春輝之簽名，應為許冬霖個人所簽具。再者，許瑞徵長年在國外，77年以後並無入出境紀錄（本院卷二第199頁），自無可能在系爭收據上蓋印。且許瑞徵曾於47年7月3日申辦印鑑登記，有臺北市文山區戶政事務所107年4月17日北市文戶資字第1076003056號函附之印鑑條影本可參（本院卷一第483、485頁），以肉眼核對即可判斷系爭收據上許瑞徵之印文與印鑑條之印文不同。上訴人固提出另案聲請法務部調查局文書暨指紋鑑識實驗室鑑定書鑑定書，鑑定結果認定系爭收據與另案收據上許瑞徵簽名下方之印文相同（本院卷一第395、403、405頁），

然此鑑定不能證明許瑞徵及許春輝同意出租系爭土地、或曾授權許冬霖收取租金、代理用印或簽發收據，亦無從證明系爭收據許瑞徵之印文為真正。上訴人於本院另提出洪水旺76年間之租金收據2紙為證（本院卷一第627、629頁），然上訴人所持有之原本即為影本（本院卷二第51頁），許春輝下方之印文相當模糊不清，無從比對該印文與許春輝另案委任狀上之印文（本院卷二第687頁）是否相符。上訴人另引用許成斌曾於被上訴人與游武雄間原法院104年度重訴字第1198號拆屋還地事件中具結證稱：「（問：你父親簽這樣文件時，有無其他人的授權？）我不知道，應該有，因為我有看到他們有把錢分掉，我就是看到他們每段時間結算後把錢分掉。」等語（筆錄見本院卷一第208頁）為證，然許成斌之上開證詞並非因為親眼見聞其父許冬霖經其他兄弟授權，而是基於曾經看過許冬霖等人分錢，而推論許冬霖可能有被授權，且另案係針對游武雄是否與被上訴人成立租賃契約所為之證述。許成斌於原審則答稱：有看到他們有分一筆公帳，一直有一筆公帳，有些收入跟支出就放在裡面。不知道公帳收入來源，伊沒有管過那公帳。沒有聽過或看過父親與許瑞徵及許春輝兄弟之間討論過有關系爭土地要出租的事情。沒有看過本件屋主來家裡付租金的事情，也沒有看過父親收到租金以後就跟許瑞徵、許春輝來分租金的事情，沒有看過或聽過許瑞徵或許春輝委託他人出租或收取租金等語（原審卷二第105頁反面、106頁反面至107頁）。可見，許成斌對於許冬霖與許瑞徵、許春輝間有否討論出租系爭土地、有無授權或收取分配租金等情，均不曾見聞，對於兄弟三人分公帳之事，亦不能確認公帳的來源，也沒見過本件租金存入公帳等事實，況依上訴人提出許冬霖等3人在新北市○○區○○街當地擁有土地之明細表所載（本院卷一第136頁），土地筆數眾多，兄弟分帳是否包含本件租金，亦乏證據認定，是許成斌於另案所為推論之詞，顯不足為上訴人有利之認定。而上訴人所提出之證據無從推認許瑞徵、許春輝同意委由許

冬霖管理系爭土地，或於事後承認許冬霖該無權代理行為，上訴人主張許冬霖有代理許瑞徵、許春輝簽約出租系爭土地之權限，或許瑞徵、許春輝同意或默示同意許冬霖出租管理系爭土地云云，無從採信。

4.上訴人另辯稱0建號建物原所有權人洪水旺於38年11月間，與許冬霖等3人就○○小段000地號土地設定不定期之地上權（下稱系爭地上權），雖系爭地上權於73年12月12日因拋棄而塗銷，然地上權之拋棄未向土地所有權人以意思表示為之而未生效，系爭地上權仍繼續存在。系爭房屋長年占用系爭土地，許瑞徵、許春輝從未曾對系爭房屋所有權人表示異議，亦有默示同意成立租賃契約云云，惟查：000地號係00地號土地分割重測前之地號。00、00地號於36年7月1日土地總登記前為○○小段000-0地號（不爭執事項㈠），000地號土地與000-0地號土地為不同地號，有新店地政所107年3月27日新北店地登字第1074014117號函可參（本院卷一第333頁），00、00地號土地並未設定地上權。再者，系爭地上權權利範圍僅16.88坪，嗣於73年12月12日因拋棄而塗銷地上權，有新店地政所105年4月22日新北店地測字第1053775893號函送之000地號查詢資料可佐（原審卷一第160、161頁），至遲在許成斌於91年6月7日辦理分割繼承登記，許春輝、高許秀梧、李許碧玉、許碧月等於98年12月9日辦理分割繼承登記（繼承自許瑞徵）時（原審卷一第12至13頁），即可知悉00地號土地已無地上權之登記，認該拋棄之意思表示已到達系爭土地之所有權人，難認系爭地上權尚屬有效。況洪水旺於73年12月12日已塗銷系爭地上權，自無於77年6月間出售0建號建物時（原審卷一第143頁反面）一併讓與系爭地上權之意思，後手簡炳煌承購0建號建物時，自無從知悉並受讓系爭地上權，故僅有以系爭收據主張與系爭土地所有權人間有租賃契約關係存在，從未主張尚有地上權，亦無地上權之權利證明文件。又參酌上訴人與王素貞就系爭房屋簽訂之不動產買賣契約書第14條約定：「本約成立

之日乙方（即王素貞）有關○○○段○○小段000-0、000-00、000-00部分之租約無條件讓與甲方（即上訴人）」（原審卷一第45頁），僅就租賃契約部分約定讓與，遍查契約並未表明有何地上權，難謂上訴人業已受讓系爭地上權。復參酌新店地政所105年2月22日新北店地測字第1053772254號函所載「三、次查光復後，臺灣省政府於民國37年巳巧府綱地甲字第754號訓令訂頒『各縣市辦理土地登記有關建築改良物補充要點』，作為各縣市政府辦理建物登記之依據，其規定為建物權利人應填具建物情形填報表，並提出平面圖及位置圖、他項權利登記申請書、保證書等資料向縣市地政機關申請…」（原審卷一第116至117頁），可知斯時就土地與建物所有權人不同時，建物所有權人填具前開文件即得申請為建物所有權及地上權登記，並未規範應提出經建物坐落基地之所有權人出具之土地使用同意書始可辦理，而依卷附新店地政所105年4月22日新北店地測字第1053775893號函附之辦理地上權登記之相關資料（原審卷一第136至166頁），未見有土地所有權人同意書，所檢附之38年11月建築改良物情形填報表及他項權利登記聲請書上所蓋印文亦極為模糊（原審卷一第146、147、150、151頁），縱認係許瑞徵、許春輝之印文，然許瑞徵為00年0月00日生、許春輝為00年00月00日生，有其二人除戶戶籍謄本為據（本院卷一第227、229頁），斯時均為限制行為能力人，依民法第78條規定，未得法定代理人允許所為之單獨行為係無效。況且系爭房屋占用41地號土地「41.64平方公尺」、00地號土地31.37平方公尺、00地號土地4.17平方公尺，共計占用系爭土地77.17平方公尺（不爭執事項㈢），與0建號建物登記坐落00地號土地面積為「55.80平方公尺」，顯有不同，上訴人主張是事後增建，被上訴人則主張是拆除改建，兩造對於系爭房屋與0建號建物之同一性莫衷一是，自不得以洪水旺曾就坐落之00地號土地於73年12月12日前設定有地上權，即認系爭房屋使用系爭土地，已取得共有人許瑞徵及許春輝之同意。至於許瑞

徵、許春輝於本件起訴前縱未曾對系爭房屋所有權人表示異議，然所有權人未行使權利之原因不一而足，參照首開裁判要旨，單純之沈默，與默許同意之意思表示不同，對無權占有人之使用未加異議，僅單純沈默而未為制止者，不生任何法律效果，亦非默許同意繼續使用。

5.上訴人另主張系爭土地原由許冬霖等3人之母親許高芸收取租金，許瑞徵及許春輝長年以來與母親許高芸同住，應知悉許高芸就系爭土地收取租金一事，而無任何反對或異議，至少有默示同意出租云云，惟查，上訴人並未提出許高芸曾向系爭房屋或0建號建物原所有權人收取租金之收據為證，所提出另案署名許高芸簽收之租金收據（原審卷一第290至296頁、卷二第21至23、26、27頁），就收據之形式及許高芸簽名字跡均有明顯不同，許成斌於另案原法院105年度重訴字第983號拆屋還地事件結證稱：沒有看過這些收據，許高芸本人不識字，會寫名字，但字體像小孩，這些收據伊看都不是許高芸親自寫的等語（筆錄見原審卷二第168頁）。故上開收據上是否均為許高芸所簽，已有疑義，且所載收租範圍亦與本件無關。再者，許成斌固於原審答稱以前是由祖母許高芸收租，祖母往生後交給許冬霖處理等語（原審卷二第107頁反面）。然依卷存證據無從認定許高芸之出租範圍包含系爭房屋坐落之系爭土地，自難認許瑞徵及許春輝有何默示同意許高芸出租之事實。

6.上訴人另以系爭房屋曾向台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）及臺北自來水事業處（下稱北水處）申請設置電錶及水錶，應有出具地主同意書，可證確有同意出租系爭土地云云。惟查，系爭房屋曾向台電申請用電，因原始用電憑證已逾保存年限，業經銷燬，原供電日期無從查考，而土地所有權同意書非申請用電之必備項目等情，有台電公司107年11月15日北南字第1071517308號函可佐（本院卷一第713頁）。而系爭房屋申請裝置自來水栓，然已查無申請資料，亦有北水處108年1月17日北市水南營字第1086001290號函在卷

（本院卷二第81頁），故系爭房屋縱曾申請接電或裝自來水栓，亦無法認定許瑞徵及許春輝同意出租系爭土地。

7.小結，上訴人就系爭房屋坐落之系爭土地，與許冬霖及其繼承人許成斌間確有不定期租賃契約關係存在，惟上訴人所舉之證據不足認定其與許瑞徵或許春輝間成立租賃關係，依98年1月23日修正前、後之民法第820條第1項規定，該租約對於許瑞徵、許春輝及其繼承人即高許秀梧、李許碧玉、許碧月及陳初鶯等7人（下合稱高許秀梧等10人）自不生效力。

㈡系爭房屋是否坐落於游武雄設定之地上權範圍內？

上訴人主張游武雄就00地號土地設定有權利範圍55.80平方公尺之地上權，而00地號土地面積僅60.33平方公尺，即約有92.49％面積之使用收益權人為游武雄而非被上訴人，被上訴人就00地號土地是否有權請求上訴人拆屋還地並返還不當得利，即有疑義云云。惟查，游武雄所有之000號房屋，重測前為○○小段000建號，一層建物，總面積55.80平方公尺。游武雄前向000建號原所有權人郭洪寶玉承購時，一併於77年6月29日承購坐落於重測前○○小段000、000之0、000之0、000之0、000之00地號土地上，權利範圍共16.88坪之地上權。並於77年8月29日就坐落新北市○○區○○段00-0、00-0、00、00、00地號、○○段000地號土地，共同設定地上權55.80平方公尺，其他登記事項註記有「以建築改良物為目的」，嗣經新店地政所105年1月4日土地複丈成果圖所載，000號房屋坐落於新北市○○區○○段00-0、00-0、00、00、00地號，○○段000、000地號土地上，二層樓建物，總面積為121.92平方公尺等情，有土地建築改良物他項權利移轉變更契約書、上開土地登記謄本及105年2月22日新北市新店地政事務所新北店地測字第1053772254號函在卷可參（原審卷一第104至110頁反面、116至117頁），足知游武雄於77年8月29日登記地上權時，係以原55.80平方公尺之000號房屋坐落之6筆土地上共同設定地上權，非

僅在00地號土地上設定55.80平方公尺，目前000號房屋之實際面積為121.92平方公尺，已大於游武雄所設定之地上權權利範圍，上訴人所有之系爭房屋自無可能坐落在游武雄設定之地上權範圍內，上訴人稱00地號土地約有92.49%面積之使用收益權人為游武雄云云，實有誤會，況上訴人並非地上權人，其據此辯稱土地所有權人即被上訴人不得請求拆屋還地及返還不當得利云云，實無足採。

㈢被上訴人依民法第767 條第1 項規定請求上訴人拆屋還地，有無理由？

按民法第767 條第1 項規定：「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。」、第821條規定：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」。查上訴人就系爭房屋坐落之系爭土地，僅與許成斌間有不定期租賃契約關係存在，然該租約對於系爭土地其他共有人不生效力，既如前述，上訴人對於高許秀梧等10人自仍屬無權占有系爭土地，高許秀梧等10人依民法第767條第1項規定，請求上訴人拆屋還地，即無不合。許成斌則不得主張上訴人無權占有，然參照最高法院37年上字第6703號判例要旨：「各共有人對於無權占有或侵奪共有物者，請求返還共有物之訴，依民法第八百二十一條但書之規定，應求為命被告向共有人全體返還共有物之判決，其請求僅向自己返還者，應將其訴駁回。」，本院自仍應命上訴人將系爭房屋拆除後，返還坐落之系爭土地予全體共有人即被上訴人。又本件既准許將系爭房屋全部拆除，則上訴人另稱被上訴人請求拆除坐落於未設定地上權00、00地號上之部分房屋，將使系爭房屋因部分結構破壞而有安全上疑慮，影響系爭房屋效用及價值而屬權利濫用云云，即無審究之必要，附此敘明。

㈣被上訴人得否請求上訴人給付不當得利？金額為若干？

1.按無法律上原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第179 條定有明文。而無權占有他人之建物，可能獲得相當於租金之利益亦為社會通常之觀念（最高法院61年台上字第1695號判例意旨參照）。復按土地法第97條第1 項固規定，城市地方房屋之租金以不超過土地及其建築物申報總價年息10％為限，惟按城市地方供營業用之房屋，承租人得以營商而享受商業上之特殊利益，非一般供住宅用之房屋可比，其基地所約定之租金，自不受上開規定之限制。依土地法第105 條規定準用同法第97條規定，此於租用基地建築房屋應亦同。是以，租地建屋如係供營業用之房屋，即非一般供住宅用之房屋可比，自無適用土地法第97條、第105 條規定之餘地（最高法院107 年度台上字第1820號判決要旨參照）。又基地租金之數額，除以基地申報地價為基礎外，尚須斟酌基地之位置，工商業繁榮之程度，承租人利用基地之經濟價值及所受利益等項，並與鄰地租金相比較，以為決定（最高法院68年台上字第3071號判例意旨參照）。

2.許成斌與上訴人間既有不定期租賃契約關係存在，上訴人占有系爭土地對許成斌而言，自有法律上原因，許成斌自不得依不當得利法律關係請求上訴人返還利益，其請求上訴人給付31萬6,746 元及法定遲延利息，為無理由。

3.上訴人所有之系爭房屋對高許秀梧等10人而言，係無權占用系爭土地，已如前陳，上訴人獲有相當於租金之利益，致使高許秀梧等10人均受有無法使用系爭土地之損害，高許秀梧等10人依不當得利法律關係請求上訴人給付自99年10月起（起訴前五年內）至104 年12月間（共5 又1/4 年）相當於租金之利益，自屬有據。就請求之金額部分，經查，陳初鶯等7 人之被繼承人許春輝就系爭土地之應有部分為42分之19；高許秀梧、李許碧玉、許碧月應有部分各為42分之3（不爭執事項㈣）。而00地號土地自99年起至104 年之申報地價均為每平方公尺2 萬5,920 元；00地號土地於99年至101 年申報地價為每平方公尺2 萬0,659.2 元、於102 年至104 年申

報地價為每平方公尺2萬1,248元；00地號土地於99年至101年申報地價為每平方公尺1萬6,480元，於102年至104年申報地價為每平方公尺1萬7,600元，有地價第一類謄本在卷可參（原審卷一第28至29頁、卷二第63頁）。次查，系爭房屋占用系爭土地合計77.18平方公尺，系爭土地前臨新北市○○區○○街12米道路，旁臨8米街道，鄰近捷運○○站及公車站，周圍有便利超商、機車行、早餐店等，飲食攤眾多，商業活動興盛，系爭房屋與相鄰000號房屋目前一併出租予全家便利商店光明店做營業使用等情，有原判決所附之複丈成果圖、原審勘驗筆錄可據（原審卷一第64頁）及現況照片可佐（本院卷二第41、43頁），並為兩造所不爭執。斟酌系爭土地坐落位置、交通狀況、工商繁榮程度、上訴人出租供營業用之利益等情，並參照上開規定及說明，認高許秀梧等10人就上訴人占有系爭土地所受之利益以申報地價10％計算，尚屬適當。上訴人稱系爭土地歷年均以土地申報地價之5％計算租地建屋之租金行情，以10％計算顯屬過高云云，然上訴人所提出系爭收據係77年至87年間租金之計算方式，並非上訴人近年來出租為便利商店營業使用之現況行情，且參以上訴人未表明出租系爭房屋予全家便利商店之價格及期間，亦未提出其與全家便利商店之租賃契約供法院參酌（原審卷二第194頁反面、本院卷二第195頁），並審酌以104 年度申報地價，年息10％計算高許秀梧等10人合計之應有部分，每月合計僅請求1萬107元〈計算式：（41.64㎡x 2萬5,920元）＋（31.37㎡x 2萬1,248元）＋（4.17㎡x 1萬7,600元）∨x（ 19＋3＋3＋3）/42× 10％/12月＝1萬107元，元以下四捨五入〉之不當得利，難認有何過高之情形，上訴人前開所辯，尚無足採。則陳初鶯等7人（即繼承自許春輝之部分）合計請求42萬9,869元，高許秀梧、李許碧玉、許碧月各請求6萬7,872元（詳如附表所示），及法定遲延利息，均為有理由，應予准許。

㈤本件高許秀梧等10人先位聲明請求上訴人拆除系爭房屋，將

系爭土地返還被上訴人全體，及請求給付不當得利部分均為有理由，本院即無庸就備位聲明為審酌，附此敘明。

六、綜上所述，高許秀梧等10人依民法第767 條第1 項、第179 條規定及繼承之法律關係，先位聲明請求上訴人將系爭房屋拆除，返還占用之系爭土地予被上訴人，上訴人應給付陳初鶯等7 人合計42萬9,869 元，給付高許秀梧、李許碧玉、許碧月各6 萬7,872 元，及法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。許成斌關於不當得利之請求，為無理由，應予駁回，至其請求拆屋還地部分，尚無庸於主文另行諭知駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為准、免假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤，上訴意旨，就此部分指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第78條、第79條、第463 條、第385 條第1 項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　17　　日

民事第二庭

審判長法　官　陳容正

法　官　王怡雯

法　官　紀文惠

正本係照原本作成。

被上訴人均不得上訴。

上訴人如不服本判決，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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　17　　日

書記官　李昱蓁

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。