

臺中高等行政法院判決

103 年度訴字第 224 號  
103 年 10 月 23 日辯論終結

原 告 謝○○  
被 告 臺中市雅潭地政事務所  
代 表 人 黃○○  
訴訟代理人 田○○  
蘇○○

上列當事人間地上權登記事件，原告不服臺中市政府中華民國 103 年 5 月 14 日府授法訴字第 1030049224 號訴願決定（案號：0000000），提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：緣原告於民國（下同）102 年 4 月 2 日經由法院拍賣取得臺中市○○區○○段○○○○○號建物（門牌：臺中市○○區○○路○段○○○○○號，下稱系爭建物）所有權，於 103 年 1 月 2 日檢附臺灣臺中地方法院不動產權利移轉證書，向被告申請系爭建物所坐落之土地（臺中市○○區○○段○○○○○號），設定地上權登記。案經被告審理後，以原告不符申請設定法定地上權之要件，依內政部 103 年 2 月 17 日內授中辦地字第 1036031262 號函及土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，以 103 年 2 月 25 日雅駁字第 000022 號土地登記案件駁回通知書（下稱原處分），駁回原告之申請。原告不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、本件原告主張：

（一）原告於 102 年 4 月 2 日自臺灣臺中地方法院合法拍定取得系爭建物，並於 102 年 4 月 23 日完成所有權移轉登記，遂於 102 年 5 月 27 日依法單獨提出法定地上權位置複丈申請及併案法定地上權之設定登記，但被告測量單位卻以應會同土地所有權人會同申請，不得由原告單獨申請為由，駁回原告申請。原告不服，提起訴願，經臺中市政府訴願委員會以 102 年 10 月 17 日府授法訴字第 1020137650 號訴願決定撤銷原處分，命被告另為適法處分，被告測量課遂依法完成法定地上權位置測量後，並依法自行移轉跨課至登記課辦理法定地上權設定登記。但被告登記課以史無前例不知如何為設定登記為由，向臺中市政府地政局請示，臺中市政府地政局並未指示，反而轉呈內政部中部辦公室請示，內政部中部辦公室於 103 年 2 月 17 日內授中辦地字第 1036031262 號函釋指示：「土地與其上建物既非因強制執行之拍賣而致所有人各異，嗣後雖拍賣建物再異其所有，其拍定人仍

不得依上開民法規定申請為法定地上權之登記。」被告登記課遂依此函釋，以原處分駁回原告之申請。

(二)惟依民法第 838 條之 1 規定可知，僅以土地或建築物拍賣時，亦同有法定地上權之適用，當然亦可為法定地上權之設定登記。內政部中部辦公室 103 年 2 月 17 日之函釋顯然違反民法該條之規定，被告之原處分亦於法未合。而訴願決定亦僅就單獨拍賣建築物雖有法定地上權之適用，但不得為登記，且未針對原告就其援用行政命令違背法律規定，顯與憲法規定不符。又其援引之最高法院 69 年台上字第 1687 號判例為其決定之根據，但原告遍查最高法院發行之判例全書，卻無此判例之登載，莫非訴願委員會可自編最高法院之判例。

(三)綜上，訴願決定及原處分均於法未合等情。並聲明求為判決訴願決定及原處分均撤銷。

三、被告則以：

(一)本案之爭點為系爭建物申請法定地上權設定之法律依據適不適用民法第 838 條之 1 規定，而非原告所主張被告依內政部函釋駁回原告所請為違反行政命令牴觸法律位階之問題：

1. 本案原告所稱：其於 102 年 4 月 2 日自臺灣臺中地方法院民事執行處合法拍定取得系爭建物並於 102 年 4 月 23 日完成所有權移轉登記，原告於 102 年 5 月 27 日依法單獨提出法定地上權位置複丈申請及併案法定地上權設定，但經被告之測量單位以應會同土地所有權人申請，不得僅由原告單獨申請為由駁回申請，原告不服提起訴願，經臺中市政府訴願委員會訴願決定書撤銷原處分，被告測量課遂依法完成法定地上權位置測量後，依法移轉跨課至登記課辦理法定地上權設定登記。惟查原告所稱於 102 年 5 月 27 日依法單獨提出法定地上權位置複丈申請及併案法定地上權設定，經被告之測量單位以應會同土地所有權人申請，不得僅由原告單獨申請為由駁回申請，原告不服提起訴願，經臺中市政府訴願委員會訴願決定書撤銷原處分，被告測量課遂依法完成法定地上權位置測量乙事，僅為原告辦理法定地上權設定位置勘測程序，應無關本案是否依民法第 838 條之 1 為法定地上權設定登記。
2. 再則原告所稱：被告登記課以史無前例不知如何為設定登記向臺中市政府地政局請示，臺中市政府地政局並未指示反而轉呈內政部中部辦公室請示，內政部中部辦公室於 103 年 2 月 17 日內授中辦字第 1036031262 號函釋指示：「土地與其上建物既非因強制執行之拍賣而致所有人各異，嗣後雖拍賣建物再異其所有，其拍定人仍不得依上開民法規定申請為法定地上權之登記。」被告登記課遂以此函釋駁回原告乙事。係被告因本案法律適用有疑義，依行政程序法第 159 條及第 161 條規定陳請上級機關臺中市政府地政局釋義並無疑義，嗣經臺中市政府地政局函轉內政部釋示，經內政部以上述 103 年 2 月 17 日函釋回復。被告即依上開內政部釋示以 103 年 2

月 25 日原處分駁回原告法定地上權設定登記之申請，其處理程序均合法且無不當。

3. 原告因不服被告法定地上權設定登記之行政處分，提出訴願，所稱：依民法第 838 條之 1 規定可知，僅以土地或建築物拍賣時，亦同有法定地上權之適用，當然亦可有法定地上權之設定登記，法有明文。內政部中部辦公室之函釋表示其僅以建築物拍賣者不得為法定地上權之設定登記，顯違民法第 838 條之 1 之法律明文規定，於法至有不合，被告據此函釋駁回原告之申請所為處分亦於法不合。訴願委員會援引之最高法院 69 年台上字第 1687 號判例為其決定之根據，但原告遍查最高法院發行之判例全書確無此判例之登載，莫非訴願委員會可自編最高法院之判例乎云云。查民法第 838 條之 1 之立法理由：「土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，宜將土地及其建築物，併予查封拍賣，如未併予拍賣，致土地與其建築物之拍定人各異時，因無從期待當事人依私法自治原則洽定土地使用權，如土地及其土地上之建築物同屬一人所有，執行法院僅就土地或建築物拍賣時，依前述同一理由，亦宜使其發生法定地上權之效力。」觀其意旨須於土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有之條件始有適用，查原告於 102 年 4 月 2 日向臺灣臺中地方法院承拍原建物所有權人即債務人○○系爭建物時，該建物坐落之土地（臺中市○○區○○段○○○○號）之所有權人為吳○○（○○於 101 年 6 月 28 日買賣移轉登記於吳○○），是原告於法院拍賣取得系爭建物時，建物與其坐落基地已非同屬一人所有，已無從適用民法第 838 條之 1 第 1 項視為已有地上權之規定。又依內政部 72 年 10 月 24 日台內營字第 185010 號函：「主旨：為建物經法院拍定後，其坐落基地所有權人未依法主張優先購買權時，該建物承買人對坐落基地是否有法定地上權乙案……說明：……『查不動產物權依法律行為取得者，非經登記，不生效力，而房屋所有權與基地地上權為個別不同之不動產物權，自不因上訴人之取得房屋之所有權而當然取得基地之地上權』最高法院 69 年台上字第 1687 號著有判例。……依上開判例所示，其地上房屋承買人並非當然取得地上權」，亦有不因取得房屋之所有權而當然取得基地之地上權之民事判例。非原告所稱訴願委員會自編最高法院之判例。

(二) 綜上所述，本件原告之訴為無理由等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

四、兩造之爭點：本件有無民法第 838 條之 1 第 1 項之適用？被告否准原告地上權登記之申請，是否適法？經查：

- (一) 按「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之。」、「下列登記由權利人或登記名義人單獨申請之：……九、法定地上權登記。……」、「有下列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：……二、依法不應登記者。」土

地法第 104 條第 1 項、土地登記規則第 27 條第 9 款及第 57 條第 1 項第 2 款分別定有明文。又「土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，因強制執行之拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。其僅以土地或建築物為拍賣時，亦同。」、「設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之。設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，適用前項之規定。」為民法第 838 條之 1 第 1 項、第 876 條所明定，再「主旨：為建物經法院拍定後，其坐落基地所有權人未依法主張優先承購時，該建物承買人對坐落基地是否有法定地上權乙案，請查照。說明：一、依據陳○○天厚君等 72 年 9 月 12 日申請書辦理。二、依強制執行第 98 條規定：『拍賣之不動產，買受人自領得執行法院所發給權利移證書取得不動產所有權。』本案建物既經陳天厚等 2 人依法拍定，並經法院發給不動產移轉證書，揆諸首揭規定，陳君等業經取得系爭不動產之所有權，當無疑義。惟查『不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力，而房屋所有權與基地地上權為各別不同之不動產物權，自不因上訴人之取得房屋之所有權而當然取得基地之地上權。』最高法院 69 年台上字第 1687 號著有判例（按應為判決）。從而本案雖經土地所有權人放棄土地法第 104 條之優先購買權，但依上開判例（按應為判決）所示，其地上房屋承買人並非當然取得地上權。三、民法第 876 條第 2 項，係指土地及其土地上之建築物同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押，於拍賣時其土地與建築物之拍定人各異時，視為已有地上權之設定，本案情節與上開規定迥異，尚難比附援引，認有法定地上權之存在。」亦經內政部 72 年 10 月 24 日台內營字第 185010 號函釋有案，上揭函釋係主管機關之內政部就土地法及土地登記規則所為之解釋，核與土地法、土地登記規則及民法相關規定並無牴觸，亦無違背憲法，自可援用。

- (二)原告於 102 年 4 月 2 日經由臺灣臺中地方法院拍賣取得臺中市潭子區頭家段○○建號建物（門牌：臺中市○○區○○路○段○○○○號，即系爭建物）所有權，而於 103 年 1 月 2 日書具土地登記申請書並檢附臺灣臺中地方法院不動產權利移轉證書，向被告申請系爭建物所坐落之土地（臺中市○○區○○段○○○○號），設定地上權登記。案經被告受理後（受理案號為 103 年 1 月 2 日普登字第 420 號），於 103 年 1 月 20 日雅地一字第 1030000568 號函附臺中市政府地政局簡化各地政事務所請示案件處理研討表、潭子區頭家段○○建號法定地上權取得經過事由、系爭建物及臺中市○○區○○段○○○○號土地異動索引向臺中市政府地政局請示，

臺中市政府地政局於 103 年 1 月 29 日中市地籍一字第 1030003311 號函以「有關土地及其建物分屬不同人，建物因法院查封強制執行拍賣拍定人持憑法院不動產權利移轉證書，擬依民法第 838 條之 1 規定申辦法定地上權登記所滋生疑義」轉向內政部請求釋示，經內政部 103 年 2 月 17 日內授中辦地字第 1036031262 號函復臺中市政府地政局略以：「……民法第 838 條之 1 之適用，除造成土地及其上之建築物所有人各異之原因，以因強制之拍賣為限外，就適用標的物言，須為同屬於一人所有之土地及其地上之建築物，於拍賣時，倘非同一人所有則無適用或類推適用之餘地。蓋若非同一人所有，建築物所有人對於土地所有人就其使用權本於私法自治原則應由該二人依契約自由原則處理之。本案土地與其上建物既非因強制執行之拍賣而致所有人各異，嗣後雖拍賣建物再異其所有，其拍定人仍不得依上開民法規定申請為法定地上權之登記。」經臺中市政府地政局轉被告審理後，以原告不符申請設定法定地上權之要件，依內政部 103 年 2 月 17 日內授中辦地字第 1036031262 號函及土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定，以 103 年 2 月 25 日雅駁字第 000022 號土地登記案件駁回通知書（即原處分），駁回原告之申請。原告不服，提起訴願遭決定駁回等情，為兩造所不爭執，並有原告土地登記申請書、臺灣臺中地方法院不動產權利移轉證書、被告 103 年 1 月 20 日雅地一字第 1030000568 號函、臺中市政府地政局簡化各地政事務所請示案件處理研討表、潭子區頭家段○○○建號法定地上權取得經過事由、系爭建物及臺中市○○區○○段○○○○○號土地異動索引、臺中市政府地政局 103 年 1 月 29 日中市地籍一字第 1030003311 號函、內政部 103 年 2 月 17 日內授中辦地字第 1036031262 號函、被告 103 年 2 月 25 日雅駁字第 000022 號土地登記案件駁回通知書（即原處分）、原告訴願書及訴願補充理由書、臺中市政府 103 年 5 月 14 日府授法訴字第 1030049224 號訴願決定書等件資料影本在卷可稽，堪認為真實，揆諸前揭規定及內政部函釋意旨，原處分並無違誤。

(三)原告雖起訴主張，被告登記課以史無前例不知如何為設定登記向臺中市政府地政局請示，臺中市政府地政局並未指示反而轉呈內政部中部辦公室請示，內政部中部辦公室於 103 年 2 月 17 日以內授中辦地字第 1036031262 號函釋指示：「土地與其上建物既非因強制執行之拍賣而致所有人各異，嗣後雖拍賣建物再異其所有，其拍定人仍不得依上開民法規定申請為法定地上權之登記。」被告以此函釋駁回原告之申請顯有未合，蓋依民法第 838 條之 1 規定可知，僅以土地或建築物拍賣時，亦同有法定地上權之適用，當然亦可有法定地上權之設定登記，法律已有明文。內政部中部辦公室之函釋表示其僅以建築物拍賣者不得為法定地上權之設定登記，顯違民法第 838 條之 1 之法律明文規定，於法自有不合，被告據此函釋駁回原告之申請所為處分亦當然於法不合云云，然查：

1. 按「一、本條新增。二、土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，宜將土地及其建築物，併予查封拍賣，為強制執行法第 75 條第 3 項、辦理強制執行事件應行注意事項四十(七)所明定。如未併予拍賣，致土地與其建築物之拍定人各異時，因無從期待當事人依私法自治原則洽定土地使用權，為解決基地使用權問題，自應擬制當事人有設定地上權之意思，以避免建築物被拆除，危及社會經濟利益，爰明定此時視為已有地上權之設定。惟其地租、期間及範圍，宜由當事人協議定之；如不能協議時，始請求法院以判決定之。如土地及其土地上之建築物同屬一人所有，執行法院僅就土地或建築物拍賣時，依前述同一理由，亦宜使其發生法定地上權之效力，爰增訂第 1 項。三、法定地上權係為維護土地上之建築物之存在而設，而該建築物於當事人協議或法院判決所定期間內滅失時，即無保護之必要（最高法院 85 年台上字第 447 號判例參照），爰增訂第 2 項，以杜爭議。」為 99 年 2 月 3 日總統華總一義字第 09900022461 號令增訂民法第 838 條之 1 之立法理由所載（見本院卷第 70 頁反面），而不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力，而房屋所有權與基地地上權為各別不同之不動產物權，自不因上訴人之取得房屋之所有權而當然取得基地之地上權（最高法院 69 年度台上字第 1687 號判決意旨參照）。
2. 查臺中市○○區○○段○○○○○號土地及系爭建物（門牌：臺中市○○區○○路○段○○○○○號），原所有權人為訴外人○○所有，該土地及建物於 101 年 5 月 30 日經法院囑託地政機關為查封登記，土地部分（即臺中市○○區○○段○○○○○號土地）經法院於 101 年 6 月 27 日囑託塗銷查封登記後，訴外人○○於 101 年 6 月 29 日將該土地部分出售予訴外人吳○○並辦竣所有權移轉登記，此有被告所提該土地異動索引附卷可稽。而原告於 102 年 4 月 19 日經法院強制執行拍賣程序取得系爭臺中市○○區○○段○○○○○號建物（即系爭建物）。可知法院於拍賣系爭建物時，土地所有權人為訴外人吳○○，並未有查封之情事，而建物所有權人為訴外人○○，是該建物與其坐落之土地，二者之所有權人並非為同一人自明，原告係因強制執行之拍賣而取得建物所有權，不符合民法第 838 條之 1 第 1 項規定，自無成立法定地上權之餘地，原告主張依民法第 838 條之 1 規定可知，僅以土地或建築物拍賣時，亦同有法定地上權之適用，當然亦可有法定地上權之設定登記，顯有誤解法律而非可採。從而原告申請依民法第 838 條之 1 規定登記法定地上權，被告以原告不符申請設定法定地上權之要件，駁回原告之申請，並無違誤。
3. 再被告就系爭本案事實有關土地及其建物分屬不同人，其上建築物經法院拍賣後，究有無民法第 838 條之 1 規定申請法定地上權登記疑義乙事，前向臺中市政府地政局函詢，並經臺中市政府地政局以 103 年 1 月 29 日中市地籍一字第 1030003311 號轉請內政部釋示，內政部於 103 年 2 月 17 日以内授中辦地字第 1036031262 號函略以：「……民法第 838 條之 1 之

適用，除造成土地及其上之建築物所有人各異之原因，以因強制之拍賣為限外，就適用標的物言，須為同屬於一人所有之土地及其地上之建築物，於拍賣時，倘非同一人所有則無適用或類推適用之餘地。蓋若非同一人所有，建築物所有人對於土地所有人就其使用權本於私法自治原則應由該二人依契約自由原則處理之。本案土地與其上建物既非因強制執行之拍賣而致所有人各異，嗣後雖拍賣建物再異其所有，其拍定人仍不得依上開民法規定申請為法定地上權之登記。」上開內政部函釋，為解釋性行政規則，係主管機關基於職權因執行特定法律之規定，而為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，僅係對於民法第 838 條之 1 法定地上權規定之構成要件再為闡述，並未擴張解釋或逾越該條規定，被告依前揭內政部函釋，以原告不符合民法第 838 條之 1 第 1 項規定，依土地登記規則第 57 條第 1 項第 2 款規定駁回申請，並無不合。原告主張前揭內政部函釋與民法第 838 條之 1 規定抵觸並認被告援引與法律相抵觸之行政命令駁回申請，為不合法云云，亦無可採。4. 系爭建物與所坐落之土地，原同屬一人，惟原所有權人僅將土地所有權讓與他人，致原告於法院拍賣取得系爭建物時，因土地及其土地上之建築物，已非同屬於一人所有，而無民法第 838 條之 1 第 1 項視為已有地上權之設定之適用，已如前述說明，被告駁回原告申請設定法定地上權，自屬有據，並無違誤。

五、綜上所述，原告所訴均無可採，本件原處分並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合，原告訴請撤銷，為無理由，應予駁回。本件事證已臻明確，兩造其餘之陳述及舉證，不影響於本判決之認定，爰不一一論列併予敘明。

六、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 195 條第 1 項後段、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 103 年 11 月 6 日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法 官 林 秋 華

法 官 劉 錫 賢

法 官 莊 金 昌

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後 20 日內，向本院提出上訴狀，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（均須按他造人數附繕本）；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（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

---

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. 上訴人或其法定代理人具備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 103 年 11 月 11 日  
書記官 李孟純