

【裁判字號】100,台上,1195

【裁判日期】1000728

【裁判案由】確認地上權不存在等

【裁判全文】

最高法院民事判決 一〇〇年度台上字第一一九五號

上訴人 財團法人高雄市廣濟宮

法定代理人 吳銘賜

訴訟代理人 張清雄律師

許明德律師

鄭勝智律師

被上訴人 余碧容

余宏憲

上列二人送達代收。

〇〇〇路65號之4。

上列當事人間請求確認地上權不存在等事件，上訴人對於中華民國一〇〇年一月十二日台灣高等法院高雄分院第二審判決（九十九年度重上字第五六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件被上訴人主張：坐落高雄市○鎮區○○段二八一五號土地（下稱系爭土地）於日治明治時期登記為「高宗伯祠廟敷地」，昭和十年（即民國二十四年）間登記管理人陳賢，陳賢死亡後，由訴外人謝承枝於三十五年七月一日申報辦理土地總登記，三十六年十月二十一日系爭土地登記所有人為「高宗伯」，至五十九年八月三日上訴人就系爭土地設定無限期之地上權（下稱系爭地上權）。惟「高宗伯」其人早於日治時期之前已死亡，或根本無此人存在，上訴人即無從與土地所有權人合意訂立系爭地上權契約，自無從登記為地上權人。而伊自五十七年間起即占有系爭土地如原判決附圖編號A、B、C所示，面積合計三百八十三平方公尺部分（下稱A等部分），於其上興建房屋居住至今，乃上訴人前竟本於地上權請求權，起訴請求伊拆屋還地及賠償相當於租金之不當得利，經台灣高雄地方法院以九十七年度重訴字第一一六號（下稱前案）判決上訴人部分勝訴確定（按：僅不當得利金額部分敗訴），該地上物並經執行法院拆除。惟前案判決顯然違背法令，如確認系爭地上權A等部分不存在，伊即得向上訴人請求損害賠償，且不須給付前案確定判決命伊給付之不當得利金額，而有即受確認判決之法律上利益等情，爰求為確認系爭地上權A等部分不存在，及命上訴人塗銷該地上權登記之判決（被上訴人

原僅提起確認之訴，於原審追加聲明，請求塗銷上開地上權登記）。

上訴人則以：伊是否為系爭土地之地上權人，為前案確定判決之重要爭點，本件與前案之當事人相同，被上訴人於本件提出之理由及證據與前案無異，前案確定判決既認伊之地上權存在，被上訴人即不得再為相反之主張。又A等部分之地上物業經伊聲請法院強制執行，拆除完畢，被上訴人提起本件訴訟，並無確認之利益等語，資為抗辯。

原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決，予以廢棄，改判如其確認之聲明，並命上訴人塗銷A等部分之地上權登記，無非以：系爭土地於日治明治時期登記為「高宗伯祠廟敷地」，昭和十年間登記管理人陳賢，陳賢死亡後，由謝承枝於三十五年七月一日申報辦理土地總登記，三十六年十月二十一日系爭土地登記所有人為「高宗伯」，上訴人於五十九年八月三日設定系爭地上權。上訴人前本於系爭地上權，對被上訴人提起拆屋還地及給付相當於租金之不當得利之訴，經前案判決其部分勝訴確定（不當得利金額部分敗訴），並由法院於九十九年五月七日強制拆除該地上物。查該地上物雖經拆除，惟被上訴人請求確認系爭地上權A等部分不存在之本件訴訟如獲勝訴判決確定，被上訴人自得就其地上物遭拆除所受損害，向上訴人請求賠償，關於該地上物財產上利益受侵害之不安狀態，能以本件確認判決將之除去，堪認被上訴人有即受確認判決之法律上利益。又被上訴人於前案雖自承未經系爭土地所有人同意而占有A等部分土地，惟此與系爭地上權是否合法成立無涉，上訴人執此主張被上訴人無確認利益云云，亦無足取。次按確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷事項為限，判決理由並無既判力，但法院於判決理由中，就訴訟標的以外，當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就該已經法院判斷之重要爭點，不得作為相反之主張或判斷，始符民事訴訟上之誠信原則。上訴人於前案本於系爭地上權請求被上訴人拆屋還地，被上訴人抗辯上訴人非地上權人，則上訴人是否合法取得系爭地上權，為前案之重要爭點，前案判決依兩造所不爭執之高雄市前鎮區戶政事務所回覆單、高雄市政府民政局九十六年四月二日高市民政四字第0960004141號函，及高雄市前鎮地政事務所檢送之「土地台帳、台灣省土地關係人繳驗憑證申報書」、「土地登記總簿」謄本，暨內政部所發佈「台灣光復初期誤以死者名義申辦土地總登記處理要點」等證據資料，認定系爭土地係誤以「高宗伯」名義申報土地總登記，「高宗伯

」並非自然人，而係具祭祀公業或神明會之性質，上訴人於五十九年間設定系爭地上權時，已無從覓得土地所有權人「高宗伯」共同聲請登記云云。第查地上權之設定，係屬物權契約行為，需有權利人即地上權人、義務人即土地所有權人之存在，始足成立。而不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第七百五十八條第一項定有明文；又登記，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，為土地登記規則第十七條所明定。故依法律行為取得不動產物權者，需有法律行為之成立（例如權利人及義務人意思表示合致），倘不動產物權契約已成立，權利人因特殊情形，不能覓致義務人共同聲請登記時，始得依該土地登記規則規定，單獨聲請登記。前案判決認定系爭土地登記之所有權人「高宗伯」非自然人，而係祭祀公業或神明會之性質，上訴人於五十九年間設定系爭地上權時，已無法覓得土地所有權人「高宗伯」共同聲請登記，且未認定五十九年間系爭地上權設定時，其管理人為何人，則系爭地上權之設定義務人為何人，上訴人有無與之達成設定系爭地上權之合意，即有不明，其逕適用土地登記規則第十七條規定，認上訴人非不得單獨聲請登記，自有未洽，被上訴人據此指摘前案判決適用法規不當，有違背法令之情事，應屬可採，是該判決關於系爭地上權存否之判斷，不應發生拘束力，始符公允。另被上訴人所稱之高雄市前鎮地政事務所九十九年三月十日高市地鎮一字第990002294 號函雖難認係足以推翻前案判斷之新訴訟資料，惟按消極確認之訴，應由被告負立證責任，如被告不能立證或其提出之證據不足採用，則原告之訴即應認為有理由，無庸另行立證。又上訴人於五十八年四月間經許可設立，財產甚豐，係具相當規模之寺廟，並為系爭地上權之權利人，較諸被上訴人係第三人，上訴人就系爭地上權設定之相關資料，當更具留存、保有之優勢地位。被上訴人請求確認系爭地上權不存在，屬消極確認之訴，上訴人就系爭地上權設定之相關資料之留存、保管，復具優勢地位，應由上訴人就系爭地上權確經系爭土地之真正權利人與其合意設定之事實，負舉證責任。上訴人就系爭地上權係伊與土地真正權利人合意設定之事實，未能舉證證明；且高雄市政府民政局亦查無符合日治時代登記姓名為「高宗伯」者設籍之戶籍資料，再依上開函文及申報書內容觀之，足見系爭土地雖登載所有人為「高宗伯」，但難認有此自然人存在；參酌日治時期土地登記資料登載系爭土地屬祠廟敷地，「高宗伯」或屬祭祀公業或神明會，「陳賢」為管理人，惟陳賢於三十五年七月一日申報辦理土地總登記前早已死亡，自無可能由其

代表「高宗伯」祭祀公業或神明會與上訴人合意設定系爭地上權，上訴人復未能舉證證明「高宗伯」祭祀公業或神明會於五十九年間設有管理人或管理人係何人，則被上訴人主張上訴人無從與系爭土地之真正權利人合意設定系爭地上權，即堪採信。系爭地上權既無物權設定契約存在，被上訴人請求確認系爭地上權A等部分不存在，自非無據；而該地上權既不存在，被上訴人請求上訴人塗銷該地上權登記，亦為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

惟按確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益，本院著有五十二年台上字第一二四〇號判例可資參照。查上訴人前本於系爭地上權起訴，經前案判決判命被上訴人拆屋還地及給付相當於租金之不當得利確定，並已拆除地上物完畢，則就系爭地上權之存否，被上訴人有何法律上地位不安之狀態，能以本件確認判決將之除去？又前案確定判決如未經再審程序撤銷，自有執行力，上訴人以之為執行名義，對被上訴人聲請強制執行，自合於法律規定，則本件確認之訴縱判決被上訴人勝訴確定，何以即得就其地上物拆除所受損害，向上訴人請求賠償？且就賠償部分既須另起訴請求，何能謂提起本件確認之訴，即可除去其不安之狀態？況上訴人前本於系爭地上權起訴，既經法院判決命被上訴人拆屋還地及給付相當於租金之不當得利確定，則於兩造間，就該訴訟標的即基於系爭地上權所生之返還請求權及不當得利請求權即有既判力，被上訴人不得於新訴為相反之主張，則其仍起訴請求確認上訴人就系爭地上權A部分不存在，是否有即受確認判決之法律上利益，尤滋疑義。原審未遑細究，逕以上開理由，認被上訴人有受確認判決之法律上利益云云，殊有可議。又消極確認之訴，固應由被告負立證責任，惟上訴人主張系爭地上權存在，既有登記其為地上權人之土地登記資料為證，應認已為立證；被上訴人主張該登記有無效之原因、不合當時土地登記規則第十七條之規定，即應由其就該有利於己之事實，負舉證之責任。原審謂應由上訴人負立證責任云云，自違背舉證責任分配原則。又上訴人早於五十九年間即經登記為地上權人，設定地上權之相關資料應已提出於登記機關，被上訴人於上訴人提起前案訴訟之九十七年間始爭執該項登記無效，則上訴人就提出近四十年前設定系爭地上權之相關資料，能否謂較具優勢，致應轉換兩造之舉證責任，尚非無疑。原審徒因上訴人登記為地上權人，且財

產甚豐，即謂其就該證據之提出較具優勢，應由其舉證證明系爭地上權設定契約成立云云，亦有未合。則其因上訴人未能舉證證明，即認定無抵押權設定契約存在，並據此判定系爭地上權A部分不存在，尤難謂適法。末查，被上訴人僅為系爭土地之前占有人（被上訴人於前案自承係無權占有），非該土地之權利人，則系爭地上權登記縱有無效之原因，其又係本於何項權利，得請求上訴人塗銷登記？原審未敘明其理由，並有理由不備之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇〇 年 七 月 二十八 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 李 慧 兒

法官 高 孟 焄

法官 許 澍 林

法官 黃 秀 得

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 八 月 九 日

K