

司法院釋字第四五一號解釋

中華民國 87 年 3 月 27 日

院台大二字第 07012 號

解 釋 文

時效制度係為公益而設，依取得時效制度取得之財產權應為憲法所保障，業經本院釋字第二九一號解釋釋示在案。地上權係以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權，故地上權為使用他人土地之權利，屬於用益物權之一種。土地之共有人按其應有部分，本於其所有權之作用，對於共有物之全部雖有使用收益之權，惟共有人對共有物之特定部分使用收益，仍須徵得他共有人全體之同意。共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權。於共同共有之土地上為共同共有人之一人或數人設定地上權者亦同。是共有人或共同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人。內政部中華民國七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號函發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定，共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登記，與上開意旨不符，有違憲法保障人民財產權之本旨，應不予適用。

解釋理由書

時效制度係為公益而設，依取得時效制度取得之財產權應為憲法所保障，業經本院釋字第二九一號解釋釋示在案。地上權係以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權，為民法第八百三十二條所明定。故地上權為存在於他人土地上之物權，以使用他人土地為目的，屬於用益物權之一種。土地之共有人本於所有權之作用，對於共有物之全部，雖有使用收益之權，惟此使用收益權，仍應按其應有部分而行使，若共有人逾越其應有部分之範圍而為使用收益，即係損及他共有人之利益而與侵害他人之

所有權同。故共有人對共有物之特定部分使用收益，仍須徵得他共有人全體之同意，非謂共有人得對共有物之全部或任何一部有自由使用收益之權利。從而共有人之一人或數人自得與他共有人全體訂定共有土地之分管契約，共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權。又土地為數人共同共有者，各共同共有人之權利，及於共同共有土地之全部，此觀民法第八百二十七條第二項之規定自明。惟依民法第八百二十八條規定：「共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之。」「除前項之法律或契約另有規定外，共同共有物之處分及其他權利行使，應得共同共有人全體之同意。」準此，共同共有人之一人或數人依其共同關係所由規定之法律或契約而使用收益共同共有之土地者，係本於共同關係而行使權利，若共同共有人全體將共同共有之土地為共同共有人之一人或數人設定地上權，則為共同共有物之處分行為，地上權人因該處分行為而取得用益物權。地上權既為一種物權，自得因時效而取得，然地上權取得時效之第一要件須為以行使地上權之意思而占有他人之土地。若依其所由發生之事實之性質，無行使地上權之意思者，非有變為以行使地上權之意思而占有之情事，其取得時效不能開始進行。從而占有土地之始係基於共有人之地位、共同共有人因共同關係享有之權利、抑或無權占有之意思者，既非基於行使地上權之意思，嗣後亦非有民法第九百四十五條所定變為以行使地上權之意思而占有，即不具備取得時效之前提要件。若共有人或共同共有人於占有之共有或共同共有土地，對於使其占有之他共有人或共同共有人表示變為以在他人之土地上行使地上權之意思而占有，自得本於民法第七百七十二條準用第七百六十九條、第七百七十條，主張依時效而取得地上權，請求登記為地上權人。內政部七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號函發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定，共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登記，與上開意旨不符，有違憲法保障人民財產權之本旨，應不予適用。

大法官會議 主 席 大法官 翁岳生

大法官 劉鐵錚 吳 庚 王和雄

王澤鑑 林永謀 施文森
城仲模 孫森焱 陳計男
曾華松 董翔飛 楊慧英
戴東雄 蘇俊雄

協同意見書 大法官 陳計男

按物權除法律別有規定外，不得創設，民法第七百五十七條定有明文。地上權依民法第八百二十三條規定，係以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用土地之權。基於土地所有權與土地利用權得以分開並由不同之人享有其權利之法理，及為增進土地之充分利用，本席固贊成共有人得基於全體共有人（不論分別共有抑共同共有）之同意，得於共有土地上，為共有人中之一人或數人設定地上權，但對於共有人之依取得時效規定取得地上權，解釋文謂：「共有人或共同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人」，雖為本席所同意，但多數意見謂：「若共有人或共同共有人於占有之共有或共同共有土地，對於使其占有之他共有人或共同共有人表示變為以在他人之土地上行使地上權之意思而占有，自得本於民法第七百七十二條準用第七百六十九條、第七百七十條，主張依時效取得地上權」云云，本席則認並非無疑。蓋在共有人或共同共有人於占有之初，主觀上即以認共有之土地為他人之土地，而以取得地上權之意思而占有者，如並具備其他因時效取得之要件時，認其因時效取得地上權，而可申請登記為地上權人，固無疑問，若共有人於占有之初主客觀上已認識其占有之土地，係為自己與他人所共有或共同共有，即難謂係以在他人土地上而為占有，其後能否再就其主客觀上已認識之共有土地因「表示」之行為而改變為係以在他人之土地為占有之意思而予占有？前後主觀之認識可否如此矛盾？非無推求之餘地。內政部七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號發布時效取得地上權登記審查要點

第三點第五款規定，共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登記，逾越法律所定取得地上權之要件，固違憲法保障人民財產權之本旨，但解釋理由中之上述部分，則為本席所不贊同。爰提出協同意見書如上。

不同意見書

大法官 陳計男 城仲模

本案所須解釋者厥為共有人一人或數人於共有土地上得否依時效取得地上權，內政部七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號函發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款拒絕登記之規定是否有違憲法保障人民財產權之意旨？可決多數通過之解釋文以「共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權」，導出肯定之結論。此於推理邏輯與物權基本理念上均有商榷餘地，茲臚陳所見如次：

- 一、取得時效係以占有人占有他人之物，經過一定期間，而取得權利之制度，誠如本院釋字第二九一號解釋指出，此制係為公益而設，但對原權利人而言，亦同時發生喪失或限縮其受憲法保障之財產權之結果，因此於判斷占有人是否因時效經過而於占有物上取得某種物權時，應就占有人與原權利人雙方之權益作平衡考量，方屬穩當。任何固執定見或拘泥於法律推敲之獨特見解，而忽視物權法上長久以來既已確立之基本原則，則憲法保障財產權之本旨必然橫遭扭曲。
- 二、地上權依民法第八百三十二條規定，係以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權，欲依時效規定而取得地上權者，可決多數於解釋理由中既確認其「第一要件須以行使地上權之意思而占有他人之土地」，則於共有之場合，不論其為分別共有或共同共有，共有人一人或數人於法理上應否被容許以行使地上權之意思占有共有地？以及得否視共有地為他人之土地？此自須從分別共有與共同共有之性質加以探究，亦為本案所亟待釐清之關鍵問題。
(一)分別共有係指數人按其應有部分，對於某一特定標的物，共

同享有一個所有權，應有部分即係將一個所有權為量的分割，或對一物之所有權分割於全體共有人之比率。應有部分之內容、性質及效力，幾與所有權同，存在於共有物之每一部分上。分別共有人既為共有物權利主體之一，豈能因共有人一人或數人逾越其應有部分使用共有物而使共有物轉變成他人之物？

- (二) 共同共有係指依法律規定或依契約，成一共同關係之數人，基於共同關係而共有一物。共同共有物屬於共同共有人全體，而各共同共有人之權利，及於共同共有物全部，惟對共同共有物之處分及其他權利之行使，依民法第八百二十八條第二項規定，應得共同共有人全體同意，因而共同共有人一人或數人故違本條項規定而占有使用共同共有物者，亦僅發生他共同共有人如何請求救濟之問題，絕不能因而改變標的物係由全體共同共有人基於共同關係而共有之法律事實。
- (三) 地上權人之使用標的土地，於民法第八百三十二條規定之範圍內，與所有權人之使用有其一致性，惟其結果有相互排斥性，所有權之權能因有地上權存在而受限縮，此何以地上權僅得存在於「他人土地」上，不得存在於「自有土地」上。共有人一人或數人，不論是否經他共有人同意，於共有土地上有營造建築物、工作物或種植竹木之情事時，若竟被容許按其主觀意識主張係在行使地上權，則無異憑其一己之意思而根本否定共有制度之存在。
- (四) 取得時效以對於標的物之無權占有為前提要件，共有人基於其為共有物主體之身分，其對共有物自得占有及使用，縱此項使用逾越其應有部分，或有違共同關係所由發生之法律或契約之規定，亦僅生是否對他共有人之權益構成侵害及得否依本院院字第一九五〇號解釋，他共有人得否對之行使物權或債權請求權而已，並不因而認共有人對共有物之占有為無權占有。

三、共有人經他共有人全體同意為「他人」於共有物上設定負擔，自非法律所不許，但若為「共有人一人或數人」於共有土地上

設定地上權，其情形與所有權人於自己所有之土地上為「自己」設定地上權並無二致，民法第七百六十二條規定「同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。但其他物權之存續，於所有人或第三人有法律上之利益者，不在此限。」按共有人既得基於應有部分或共同關係所由規定之法律或契約而使用共有物，且其使用之範圍遠較地上權人為廣，此項地上權之設定或存續實不符本條但書之要件，而得免於混同原則之適用。

- 四、地上權就其效益言，屬用益物權；就性質言，屬限制物權。此種用益性限制物權須於「他人土地」上有其存在，為民法維持物權秩序之鐵則。可決多數通過之解釋顯係以土地所有權人得為自己設定地上權，及共有人得經全體同意為共有人一人或數人於共有土地上設定地上權之前提下，推演出共有人一人或數人得依時效取得地上權。其命題既與現行物權法理有悖，其結論自亦難認已就憲法保障財產權之規定為衡平之釋示。

不同意見書

大法官 王和雄 戴東雄

本件多數通過之意見認為：「共有物得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權，共同共有人之一人或數人於共同共有之土地上為共同共有人之一人或數人設定地上權者亦同」，從而推論：「共有人或共同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人」。如此解釋，將使共有制度之精神全盤推翻，有違憲法保障財產權之精神與立法之本意，及將使共有人共有權利之保護，陷於不確定且有隨時喪失之可能性，有違公平、正義之法則，復有在自己之土地上因時效而取得地上權即所謂使用自己土地之地上權之弊端，爰提不同意見書如下：

- 一、共有係數人共同享有一個所有權之制度，我國民法所規定之共有計有分別共有與共同共有兩種；分別共有係數人按其應有部

分對一物享有所有權，各共有人，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權（民法第八百十八條參照）；各共有人雖得自由處分其應有部分，惟不得將應有部分固定於共有物之特定部分，共有人對共有物之特定部分使用、收益，仍須徵得其他共有人全體之同意（最高法院六十二年台上字第一八〇三號判例參照），且共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意（民法第八百十九條第二項參照）。共同共有係依法律規定或依契約，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物之謂；各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部（民法第八百二十七條）；共同共有物之處分及其他權利之行使，除法律或契約另有規定外，應得共同共有人全體之同意（民法第八百二十八條第二項），且共同共有關係存續中，各共同共有人，不得請求分割其共同共有物（民法第八百二十九條），足見分別共有人或共同共有人，無論係依法律規定或契約約定而成立分別共有關係或共同共有關係，在分別共有物或共同共有物分割前，各分別共有人或共同共有人係以維持分別共有或共同共有關係之存續為本旨，此係共有制度本身之屬性，亦為共有制度賴以存在之基礎。蓋共有之存在，原係為解決一物之所有權無法為一人單獨享有而必須由二人以上共同享有時，基於社會生活之需要，由社會所創設並由法律加以明定之制度，在分別共有或共同共有關係成立後，並在共有關係依其所由成立之法律關係或契約關係消滅前，法律強制規定各種權利義務行使之方法，無非在界定各共有人權利行使之界限，避免各共有人發生爭議，馴至於破壞共有關係之狀態，藉達公平、合理之目的。

- 二、時效取得雖係為公益而設，惟係以無權利人占有他人之物，經一定期間而取得他人財產權為要件。法律之所以承認時效取得制度，係因真正權利人長期怠於行使其權利，反由無權利人占有使用並因此而建立新之法律關係，為謀法秩序之安定，始規定由無權占有人取得其權利，故時效取得就權利取得之一方言，乃無對價、無合意且無權占有他人之土地，並進而取得他人

之財產權，就權利喪失之一方言，係既得權利之喪失或受限制。為平衡雙方之利益，時效取得之要件，應從嚴解釋，如有疑問，應為有利於權利喪失或受限制者而為解釋，始為合理。就地上權而言，法律規定地上權之時效取得，限於在他人土地上，以行使地上權之意思而占有使用其土地為要件。此處所謂「他人土地」，宜從嚴解釋，而不能將共有土地逕行視為他人土地，至少應解為共有土地之自己持分，不能視為他人土地。多數通過之意見，一方面認為土地之分別共有人按其應有部分，本於所有權之作用，對於共有物之全部，有使用、收益之權；公同共有人之權利，及於公同共有物之全部，另一方面又承認共有土地即為他人土地，而得為無權占有使用，如此推論，豈不陷於理論上之矛盾。

- 三、分別共有或公同共有，不論係出於法律規定或契約約定，各共有人間既以共有關係之成立與維護為本旨，各共有人在分割前縱使約定各自使用、收益之部分，亦僅能視為為維持分別共有或公同共有制度之合意下，暫定使用、收益之狀態而已，從而，其對共有物之占有、使用、收益，自係基於共有人之身分，依法律規定或契約約定之權利、義務內容，以行使共有權之意思而為之行為，與時效取得地上權之本質相悖而無從因時效而取得地上權。再者，如前所述，時效制度之適用，本應受較嚴格之限制，在共有制度下，如准許共有人得單獨主張係以行使地上權意思，在其所占有、使用、收益之共有土地上，因時效而取得地上權，試問，共有制度尚有何存在之意義與價值？在此種情形下，法律所保護者，究應係大多數人於正常之社會秩序與具有真正合法權源之共有關係所建構之共有制度，抑係利用法律所規定或契約所約定成立共有關係後，在該共有土地上，以反於共有人共有之權利，另以無對價、無合意且係無權占有而因時效取得之地上權。更有甚者，如容許共有人在共有之土地上，因時效而取得地上權，將使其他共有人陷於不知共有人之占有、使用、收益將於何時變更為以取得地上權之意思而為之，致造成共有制度隨時有被破壞、共有權利隨時有被剝奪

之危險，以及容許共有人得利用共有關係，在共有之土地上，不必對價即可因時效取得地上權，造成對其他共有人權利上之限制，更有違公平、正義之法則。

- 四、因時效而取得地上權，係以在他人土地上有建築物或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地，並因一定期間之經過而請求為地上權之登記為要件。分別共有人或共同共有人雖得就共有物為使用、收益，惟分別共有人係按其應有部分，對於共有物之全部，有使用、收益之權；共同共有人之權利，則因共同關係而及於共同共有物之全部，因此，無論分別共有人或共同共有人就共有之土地而為占有、使用、收益，仍屬於其自己之土地之性質，若謂共有人得在其共有之土地上因時效而取得地上權，無異承認得在自己之土地上因時效而取得地上權之制度，與地上權之係使用他人土地之本質不符。本件多數通過之意見認為縱使在共有之土地上，只須對於使其占有之他共有人，表示變為以在他人之土地上行使地上權之意思而占有，即得本於民法第七百七十二條準用第七百六十九條、第七百七十條，主張依時效而取得地上權，並請求登記為地上權人。惟對於共有土地之共有人而言，該共有之土地，仍具有自己土地之性質，且在自己之土地上因時效而取得地上權之制度，與民法物權編規定之地上權之必須在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的始得成立之要件，仍有齟齬而容有未當，故難以贊同。且共有人中之一人或數人，既在共有之土地上，行使共有權之權能，又何以准許其得單獨以時效取得地上權之意思占有共有之土地，即得在共有之土地上取得地上權，其法律上之理由，並未詳為闡釋，僅以共有物得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權，於共同共有之土地上為共同共有人之一人或數人設定地上權者亦同。從而推論共有人或共同共有人之一人或數人，以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人。惟共有人可否在共有土地

上以合意設定地上權，在學說上尚有爭議，並未定論，而以合意設定地上權，乃契約行為，與因時效而取得地上權之法律基礎、法律要件並不相同。多數通過之意見未就何以准許共有人中之一人或數人得單獨在共有之土地上，以時效取得地上權之法律上理由，詳為闡釋，難免有疏忽之處。

抄台 0 華聲請書

為行政院八十四年度判字第一六五四號判決所適用內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款之規定，抵觸憲法第十五條人民財產權應予保障之規定之意旨，依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋。

一、聲請解釋之目的：

行政院八十四年度判字第一六五四號判決所適用內政部函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款之規定，發生有抵觸憲法第十五條之疑義，聲請解釋憲法，並賜准解釋如下：

1. 內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定之行政命令應屬無效。
2. 本件解釋應有拘束行政院八十四年度判字第一六五四號判決之效力。

二、事實經過：

1. 緣聲請人台 0 華自民國六十二年元月三十一日起即以行使地上權之意思，和平繼續占有臺中市西區後墾子段 0 之 0 及 0 之 0 地號土地迄今，因時效完成，經檢具證明文件，依土地登記規則第一百十三條之規定向臺中市中山地政事務所申請時效取得地上權登記，因土地所有權人已於民國七十七年元月十一日死亡，並未辦理繼承登記，該所以聲請人與其他繼承人共同共有該筆土地，依內政部八十一年四月七日台（

八一)內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定「共有人就共有土地不得申請時效取得地上權登記」，依法不應登記為由，駁回聲請人登記之申請，聲請人不服，乃依序向臺中市政府、臺灣省政府及行政法院提起訴願、再訴願及行政訴訟，惟均被以系爭土地在分割前即為聲請人與其他繼承人所共同共有，聲請人既係就其與他人共有土地申請時效取得地上權登記，依法不應登記為由，駁回聲請人之申請。

2. 有關本案爭議訴訟詳情，請調閱本案全部訴願、訴訟資料卷宗便明白。

三、對本案所持之見解：

查民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條規定，「以行使地上權之意思，二十年間和平繼續占有他人土地者，得請求登記為地上權人」，同法第八百三十二條規定：「稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權」，聲請人自民國六十二年元月三十一日起即以行使地上權之意思，以建築物及樹木為目的，和平繼續占有臺中市西區後壠子段0之0及0之0地號土地，因時效完成，經檢具四鄰證明書及戶籍謄本，依土地登記規則第一百十三條之規定向臺中市中山地政事務所申請時效取得地上權登記。惟自聲請人占有之日起（即民國六十二年元月三十一日），至民國七十七年一月十一日土地所有權人死亡時，聲請人對該筆土地與其他繼承人所共同共有，地政機關即以內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定：「共有人就共有土地不得申請時效取得地上權」為由駁回。按共同共有係數人基於共同關係而共有一物之狀態，各共同共有人既無獨立之所有權，其中一人對於該物亦不得謂非他人之物，故如共同共有人中之一人以單獨所有之意思，占有共同共有之不動產即係民法第七百六十九條所謂占有他人之不動產，司法院院字第二六九九號解釋參照。按取得時效制度係為公益而設，依此制度

取得之財產權應為憲法所保障，民法第七百六十八條至第七百七十二條關於因時效而取得所有權或其他財產權之規定，乃為促使原權利人善盡積極利用其財產之社會責任，並尊重長期占有之既成秩序，以增進公共利益而設，鈞院釋字第二九一號解釋參照。而憲法第十五條亦定有明文，是聲請人占有系爭土地以行使地上權之意思而占有，即係占有他人之不動產，自不待言，行政法院判決本案所引用內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒「時效取得地上權登記審查要點」第三點第五款之規定，已違背憲法第十五條之規定。

此 致

司 法 院

所附關係文件名稱及件數

附件一：臺中市政府八三府秘法字第一二七九四六號訴願決定書影本乙份。

附件二：臺灣省政府八十四府訴一字第一五〇七七一號再訴願決定書影本乙份。

附件三：行政法院八四年度判字第一六五四號判決書影本乙份。

附件四：訴願書、再訴願書、行政訴訟起訴狀影本乙份。

聲請人：台 〇 華

中 華 民 國 八 十 四 年 九 月 十 日

（附件三）

行政法院判決

八十四年度判字第一六五四號

原 告 台 〇 華

被 告 臺中市中山地政事務所

右當事人間因地上權登記事件，原告不服臺灣省政府中華民國八十四年五月一日八四府訴一字第一五〇七七一號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因認為自六十二年一月三十一日起，即已行使地上權，和平繼續占有坐落臺中市西區0段0-0及0-0地號等二筆土地，乃於八十三年三月二十三日向被告申請時效取得地上權登記，經被告審查結果，認為尚有需要補正之事項，乃以八十三年四月六日八三中山地所一字第二九四五號函於文到十五日內補正，原告除其中二項補正外，其餘事項則未完全補正，被告乃以八十三年四月三十日第三十八號駁回理由書駁回其登記之申請，原告不服，循序提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨略謂：原告自六十二年元月三十一日起即以行使地上權之意思，以其建築物及樹木為目的，和平繼續占有臺中市西區0段0之0及0之0地號土地迄今，因時效完成，經檢具四鄰證明書及戶籍謄本，依土地登記規則第一百十三條之規定向被告申請地上權登記，被告以原告應補正逾期未補正為由駁回，原決定及再訴願決定則以原告與其他繼承人共同共有該筆土地，依法不應登記為由，駁回原告之訴願及再訴願。惟查原告雖為該筆土地之共同共有人之一，然原告占有之始並非共同共有人之一，自六十二年元月三十一日起占有至七十七年一月十一日非共有人之一，從七十七年一月十一日起，原告雖為共同共有人之一，按共同共有係數人基於共同關係而共有一物之狀態，各共同共有人既無獨立之所有權，其中一人對於該物亦不得謂非他人之物，故如共同共有人中之一人以單獨所有之意思，占有共同共有之不動產，即係民法第七百六十九條所謂占有他人之不動產，有最高法院三十二年上字第一一〇號判例及司法院院字第二六九九號解釋可供參照。原告依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條規定占有系爭土地，依前揭判例及解釋意旨，自得請求登記為地上權人。內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定顯與上開法律規定及判解有違自不得適用，為此，訴請撤銷再訴願決定、訴願決定及原處分等語。

被告答辯意旨略謂：依內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒「時效取得地上權登記審查要點」第三點

第五款規定，共有人就共有土地不得申請時效取得地上權登記，原告乃土地登記名義人吳○章之繼承人，按民法第七百五十九條規定因繼承於登記前已取得不動產之物權，故系爭之土地，雖非辦理繼承登記完畢，其權屬仍歸繼承人所共同共有，故原告當是該土地之共有人之一。依上開時效取得地上權登記審查要點規定，應不得申請地上權登記，被告於接收申請登記案件後，即依法審查並就依法應補正事項，依土地登記規則第四十八條規定通知原告於十五日內補正，惟因逾期未補正完成，被告乃依同規則第四十九條第一項第四款規定駁回其登記案件，於法並無不合，請判決駁回原告之訴等語。

理 由

按「登記機關接收申請登記案件後，應即依法審查，審查結果有依法不應登記者或逾期不補正或未照補正事項完全補正者，登記機關應以書面敘明理由，駁回登記之申請。」土地登記規則第四十七條及第四十九條第一項第四款定有明文。又共有人就共有土地不得申請時效取得地上權登記，內政部八十一年四月七日台（八一）內地字第八一七九三二九號函頒時效取得地上權登記審查要點第三點第五款亦有規定。本件原告就坐落臺中市西區○段○之○及○之○地號土地，主張自六十二年一月三十一日起即以行使地上權之意思和平繼續占有，乃於八十三年三月二十三日向被告申請時效取得地上權登記。嗣經被告審查後以系爭土地為原告與他人所共同共有之土地，及原告未檢附相關書面證明文件，乃以八十三年四月六日八三中山地所一字第二九四五號函通知原告就下列事項於文到十五日內補正：（一）請提出房屋權屬證明（水電或稅籍設立登記）。（二）吳○棟死亡證明請提出正本核對或請北美事務協調會於影本認章或至戶政所辦理死亡登記。（三）欠繳規費。（四）申請書所有權人之繼承人漏列台○華。（五）共有人不得申請時效取得地上權。（六）申請人切結自六十二年元月三十一日起主張行使地上權意思占有本案土地，惟四鄰證明人係六十三年七月二日遷入鄰近地區。（七）四鄰證明人居住使用之土地請提出地籍圖憑參等通知原告補正。原告除（三）（四）項補正外，其餘逾期均未補正，被告乃以八十三年四月三十日第三十八號駁回理由

書駁回其登記之申請，揆諸首揭說明，並無違誤。原告起訴主張：共同共有人中之一人以單獨所有之意思，占有共同共有之不動產，依最高法院判例及司法院解釋，即係民法第七百六十九條所謂占有他人之不動產，自得申請地上權登記云云。查民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條固規定，以建築物或其他工作物或竹木為目的，二十年間和平繼續使用他人之土地者，得請求登記為地上權人。本件依原處分及訴願卷附土地登記謄本及戶籍謄本記載：系爭土地地上建物即臺中市西區0里0鄰0街0號係吳0章所有，吳0章於七十七年一月十一日死亡，原告為其配偶，另有子女吳0江、吳0瑀、吳0棟、吳0凱等四人均為吳0章之繼承人，尚未辦理繼承登記。原告雖於六十二年一月三十一日遷入臺中市西區0街0號與吳0章共同居住，於吳0章七十七年一月十一日死亡後，繼為戶長，由是觀之，與上開所述以建築物或其他工作物或竹木為目的二十年間和平繼續使用他人之土地之要件並不相符，依法不得登記為地上權。被告審查結果，認為尚有需要補正之事項，通知補正，原告逾期未照補正之事項完全補正，被告乃以駁回理由書駁回其登記之申請，自非無據，原告所訴各節，均非可採。從而，一再訴願決定，遞予維持原處分，均無不合，原告起訴意旨，難謂有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 四 年 六 月 三 十 日
(本件聲請書其餘附件略)

司法院釋字第四五二號解釋

中華民國 97 年 4 月 10 日

院台大二字第 08030 號

解 釋 文

民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。本條但書規定，雖賦予夫妻雙方約定住所之機會，惟如夫或贅夫之妻拒絕為約定或雙方協議不成時，即須以其一方設定之住所為住所。上開法律未能兼顧他方選擇住所及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。又夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務尚有不同，住所乃決定各項法律效力之中心地，非民法所定履行同居義務之唯一處所。夫妻縱未設定住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務，要屬當然。

解釋理由書

民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。準此以觀，夫妻共同住所之指定權屬於夫，贅夫則從妻之所指定。雖其但書為尊重夫妻間設定住所之意願，規定在嫁娶婚，夫妻得約定夫以妻之住所為住所，在招贅婚得約定妻以夫之住所為住所，惟如夫或贅夫之妻拒絕為約定或雙方協議不成時，即須以其一方設定之住所為住所。不啻因性別暨該婚姻為嫁娶婚或招贅婚而於法律上為差別之規定，授與夫或贅夫之妻最後決定權。按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。住所乃決定各項法律效力之中心地，夫妻互負同居之義務，固為民法第一千零零一條前段所明定，惟民法並未強制規定自然人應設定住所，且未明定應以住所為夫妻履行同居義務之唯一處所。是夫妻履行同居義務之處所並不以住所為限。鑑諸現今教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，男女從事各種行業之機會幾無軒輊，而

夫妻各自就業之處所，未必相同，夫妻若感情和睦，能互相忍讓，時刻慮及他方配偶之需要，就住所之設定能妥協或折衷，而有所約定者固可，若夫或贅夫之妻拒不約定住所，則依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時失其效力。

又夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務，尚有不同，夫妻縱未設定住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務，要屬當然。

大法官會議 主 席 施啟揚
大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄
王澤鑑 林永謀 施文森 城仲模
孫森焱 陳計男 曾華松 董翔飛
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄陳O鳳聲請書

受文者：司法院

主 旨：為臺灣桃園地方法院八十四年度婚字第二五九號、臺灣高等法院八十四年家上字第二三八號履行同居事件民事確定判決適用之民法第一千零零二條有牴觸憲法第七條所定男女平等原則之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請解釋，請宣告該條立即失效事。

說 明：

壹、聲請解釋憲法之目的

按憲法第七條「中華民國人民，無分男女……在法律上一律平等」，揭示男女平等原則，為女性得與男性行使平等權利之基本保障。惟民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，但約定夫以妻之住所為住所者，從其約定。是項規定無異於肯認嫁娶婚制中之夫獨享住所指定權

，違反上開憲法條文意旨，嚴重戕害女性權利，有經由釋憲，宣告其立即無效之必要。

貳、本案事實經過

緣聲請人與夫蘇○鋤於民國七十三年一月二十三日結婚，婚後徵得蘇○鋤同意於同年八月二十日起搬進聲請人娘家與聲請人母親同居，前後歷經九年。嗣因蘇○鋤自認居住妻子娘家蒙受委屈，聲請人遂徵其同意貸款另購預售屋為將來新居。但蘇○鋤依然不滿，動輒吼罵、痛打聲請人及兩名稚子。民國八十二年十一月間，蘇○鋤無故痛毆聲請人致其額頭破裂、右手腕骨折後，離家出走一去不返，毫無音訊。聲請人只得身兼數職，一面工作清償房貸，一面照顧家庭孩子，還一面就讀夜校充實自己以增進就業能力。民國八十四年預售屋完工交屋，聲請人母子搬進新居，新居環境對聲請人上班、孩子就學均感熟悉且就近方便。詎料，八十四年間離家多年的蘇○鋤竟出現，對聲請人提出履行同居之訴，要求聲請人返回地處偏遠、交通不便的婆家與其同居（以上事實詳參附件一）。經臺灣桃園地方法院判決聲請人之夫勝訴（八十四年度婚字第二五九號）（附件二），臺灣高等法院亦判決聲請人之夫勝訴（八十四年家上字第二三八號）（附件三），最高法院駁回聲請人上訴維持原判決（八十五年度臺上字第一五〇四號）（附件四），全案於焉確定。頃聞蘇○鋤威脅聲請人返回婆家與其同居，否則即告伊惡意遺棄請求離婚。核蘇○鋤惡意遺棄聲請人母子三人長達兩年於先，今竟突然出現主張行使「夫之婚姻住所指定權」（詳參附件三判決理由中之用語），無視妻子之生活現況及秩序，復挾履行同居判決作為主張聲請人惡意遺棄之證明。由以上蘇○鋤恣意指定及變更住所要求妻無條件前往同居之情形，足見民法第一千零零二條「從夫居」規定成為奴役女性、剝削女性之惡法。

參、本案所涉憲法條文及聲請解釋理由

- 一、查「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，憲法第七條及憲法增修條文第九條第四項（八十三年八月一日修正公布），分別定有明文。由一男一女成立之婚姻關係，亦有上述憲法規定之適用。再者，因性別而為之差別規定僅於特殊例外情形，方為憲法所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當，復經司法院釋字第三六五號解釋闡明可稽。前揭判決所據之民法第一千零零二條關於夫妻住所決定權之規定，於夫妻雙方就住所未有約定或未能作成約定時，逕以夫之住所為住所，甚或允許夫單面隨意變更夫妻之住所。職是，該條文以夫妻之性別為決定行使權利優先順序之唯一標準，顯然係性別之歧視，違反上述憲法及解釋明示之男女平等原則。
- 二、次查外國立法例中對於婚姻效力中之夫妻共同生活關係，即同居及扶助義務之規定，均未若我國民法刻板硬性規定妻須以夫之住所為住所。例如：德國民法第一千三百五十三條第二項規定：「夫妻相互負有共同婚姻生活之義務。」（附件五）日本民法第七百五十二條規定：「夫妻應同居、相互協力、並扶助。」（附件六）。是以，我國民法第一千零零二條獨授嫁娶婚制中之夫獨享住所指定權，違反男女平等原則至明，為先進國家比較法制中所僅見。
- 三、再查依學者所作個案調查報告顯示（附件七），民法第一千零零二條之僵硬規定，在嫁娶婚制中授予夫獨享指定住所的最後決定權，使諸多不負家庭責任之丈夫得任意利用變動住所之方式，強令妻子脫離原本熟悉安適之環境，若妻不從則復以妻不履行同居、惡意

遺棄為由，透過訴訟上一造辯論取得離婚判決。此類訴訟層出不窮，而法院所援用之法條卻對妻極其不利，明顯造成不公平之結果。

四、又查前述法院主張該法律不違憲者，所持理由，無一可採，茲分述如后：

(一)有以最高法院二十七年上字第一四四〇號判例為據，而認為「妻應以夫所指定之住所為住所，而與夫同居，不能另設住所，使夫與之同住。」惟前開判例作成於民國二十七年，適用憲法頒行前民國十九年所頒布之民法，斯時法律見解反應男尊女卑之傳統陋習惡俗。然因教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，婦女從事各種行業貢獻社會的機會與男性幾無軒輊。是以現今婦女地位已較以往大幅提升。民國七十四年民法親屬編修正時，即體認上述社會現況，都還於民法第一千零零二條增加但書。詎料，在即將邁入二十一世紀的今日，竟有法院無視男女平等原則之時勢，反其道而行之將不合時宜的判例適用於現在的社會事實，成為強化父權體制之工具而不自覺，誠屬令人駭然。

(二)有謂民法第一千零零二條前段妻以夫之住所為住所之規定不違憲，因「經查上開法條但書尚另規定：但約定夫以妻之住所為住所者，從其約定。準此，足見該法條之立法於中華民國男女在法律上一律平等之平等權，已予充分兼顧，顯無違憲之處，是上訴人聲請釋憲後再行判決，即無必要。」（詳見附件三臺灣高等法院八十四年家上字第二三八號判決理由）。上述見解亦有未合：

1. 民法第一千零零二條但書增設夫妻得約定住所之規定，從法條字義上表示尊重夫妻雙方意願，夫妻雙方之住所決定權似呈現平等的狀態，故法院不免陷於字義而認為該條文已充分兼顧男女平等

原則。惟若夫不同意與妻共同約定住所，則夫隨即享有住所指定權，妻則當然負有「從夫居」之義務。是在夫妻未能約定住所的情況下，馬上拆穿民法第一千零零二條男女平等的假相，赤裸裸表現出傳統文化中「男尊女卑」、「嫁雞隨雞，嫁狗隨狗」等貶抑已婚婦女地位之價值觀。

2. 連不懂法律的臺大外文系教授亦從民法第一千零零二條弔詭的文義中，指出「或許有人會說，一九八五年修法時於第一千零零二條設但書規定夫妻住所得以約定之方式決定，因此現行法條並未違背男女平等。這種說法的心態，和一九八五年修法時的社會心態是一致的，一方面已知應『貫徹男女平等之原則』，另一方面卻換湯不換藥，只圖作表面的、枝節的更動，聊以欺己欺人、敷衍女性。」（附件八），法律人焉能再閉著眼睛說該條條文已充分兼顧男女平權？
3. 學者們亦指出民法第一千零零二條但書在適用上之困難，而謂「民法並未訂定住所約定的程序、約定效力的期限，以及約定如何確實執行等等，以致妻在實際生活上完全無法使用第一千零零二條但書。」（附件九），「舊法不許夫妻間有關住所另為不同之約定，新法為尊重夫妻間設定住所之意願，增設但書，規定在嫁娶婚夫妻得約定夫以妻之住所、在招贅婚夫妻得約定妻以贅夫之住所為住所，以期達成婚姻幸福之目的。然夫妻結婚後，仍為獨立之個體，應維護彼此之尊嚴及立足於平等關係上，住所之設定，應尊重對方之意願，不得以法律指定一方有決定權，否則即違反憲法所保障之男女平等權利，而新法竟然明定妻以夫之住所為住所，顯然忽視夫妻共同設定住所及妻決定住所之權利，嚴重地侵害妻之權益，

夫妻婚後之住所，為夫妻共同生活重心之所在，應由夫妻慎重考慮彼此之利益後共同設定，新法以增設但書允許夫妻另有約定，以示尊重夫妻間設定住所之意願，其實祇要夫堅持不同意，根本不可能夫以妻之住所為住所之情事發生，因此本條可謂尊重夫之意願而已，不知如何能達成立法者所期待之婚姻幸福目的。」（附件十）

五、末查實務上有法院透過判決試圖框正民法第一千零零二條之失當。而學說上更積極推動相關修法工作，以保障婦女權益，符合憲法男女平等原則。

（一）八十五年度臺上字第三九五號判決充分體認男女平等之意旨，指出：「（一）妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所，民法第一千零零二條固定有明文。惟民法上之住所，係以久住之意思而住於一定之地域之謂，此一地域係吾人法律生活之中心地，為求法律生活之安定，民法第二十條第二項規定一人不得同時有二個住所。而夫妻間之關係至為密切，乃有使夫妻之住所單一化之必要，此為民法第一千零零二條規定，就夫妻間不論嫁娶婚或招贅婚，均僅能有一住所之主要理由。因此住所何在，原依有無久住之意思為斷，純係基於法律政策之要求，此與夫妻同居之義務，係構成婚姻本質之內容，除法律成分外，尚有道德及情感上成分者有別。是縱使夫或妻未住於其住所，而係另居於他處，亦不能免除於該他處互負同居之義務。（二）夫妻同居之義務係對等之義務，並非妻單方之義務，故夫自無濫用職權，任意指定住所要求妻必須無條件遵從前往同居之理」（附件十一），但若未直接宣告該條條文違憲，吾人實在無法期待有多少個法官都能在充分體認男女平權意旨下適用該條條文。

（二）針對夫妻住所問題，目前亦有下述修法意見：法務

部及立法院司法審查會擬定條文如下：「夫妻之住所由雙方書面協議之。協議不成時，得聲請法院定之。」（附件十二），但不知何時能夠修法完成？又不知修法完成後對本件是否仍有適用之機會？是此修法亦顯然緩不濟急。

綜據上述，民法第一千零零二條獨授夫享有住所決定權，明顯違反男女平等原則，並且造成許多家庭悲劇，如不迅速宣告該條夫權優先規定違憲，使之立即失效，除聲請人所受之不當判決無法經由再審更正外，更多家庭紛爭將繼續發生，衍生社會問題，對於國家、社會或個人，皆造成難以彌補之傷害。為此懇請宣告民法第一千零零二條違憲，自解釋公布之日起不得再適用。

謹 呈
司法院大法官

附 件：

- 一、八十四年度家上字第二三八號補呈上訴理由暨聲請調查證據狀、上訴狀及上訴理由狀各乙份。
- 二、臺灣桃園地方法院八十四年度婚字第二五九號履行同居事件判決書影本乙份。
- 三、臺灣高等法院八十四年度家上字第二三八號判決書影本乙份。
- 四、最高法院八十五年度臺上字第一五〇四號裁定書影本乙份。
- 五、德國民法第一千三百五十三條中譯文乙份。
- 六、日本民法第七百五十二條中譯文乙份。
- 七、陳惠馨著，「親屬法諸問題研究」，月旦出版社，八十二年，第五十五至五十八頁。
- 八、劉毓秀著，「男人的法律，男人的『國』『家』；〈民法親屬編〉的意識形態分析」，時報文化出版企業有限公司，一九九五年十月一日初版一刷，第四十九頁。
- 九、陳惠馨著，「親屬法諸問題研究」，月旦出版社，八十二

年，第一四八頁。

十、林菊枝著，「評我民法親屬編修正法」，法學叢刊第一二一期，第十二頁。

十一、八十五年度臺上字第三九五號判決要旨，司法周刊第七九八期，八十五年八月二十八日第三版。

十二、法務部修正民法第一千零零二條草案影本乙份。

聲請人：陳○鳳

代理人：王如玄律師

中華民國八十五年九月六日

(附件三)

臺灣高等法院民事判決

八十四年家上字第二三八號

上訴人 陳○鳳

訴訟代理人 王如玄 律師

被上訴人 蘇○錮

上當事人間履行同居事件，上訴人對於中華民國八十四年八月十五日臺灣桃園地方法院八十四年婚字第二五九號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事 實

甲、上訴人方面：

壹、聲明：求為判決：

一、原判決廢棄。

二、被上訴人在第一審之訴駁回。

貳、陳述：除引用原判決書之記載外，補稱：

一、希望個人及小孩身心不要再遭受傷害，被上訴人不顧上訴人工作又累又要照顧小孩，且膀胱發炎要打針吃藥，常二、三天就要求與其發生性關係一次，上訴人如不答應，晚上即不讓睡覺，無異性虐待。

二、如回去被上訴人處居住，對小孩教育不好，上訴人晚上亦在林口醒吾商專讀夜間部，上下學較不方便，且被上訴人常打罵小孩，及民國八十二年十一月間被上訴人毆打上訴人，有上訴人之胞姐陳賴O及姐夫宋O榮可證，讓上訴人母子害怕。

三、兩造婚後即住上訴人娘家，被上訴人同意以上訴人娘家為約定住所。

四、民法第一千零零二條前段規定妻以夫之住所為住所之規定，有違憲法男女平權之基本原理，不應適用，請求停止訴訟程序，於釋憲之後再行判決。

參、證據：除引用原審之立證方法外，另補提出法務部修正民法第一千零零二條草案、學生證、林口國民小學在學證明書各一件為證，並請求訊問證人即上訴人之胞姐陳賴O、姐夫宋O榮。

乙、被上訴人方面：

壹、聲明：求為判決：上訴駁回。

貳、陳述：除引用原判決書之記載外，補稱：

一、兩造係戀愛七年才結婚，雙方已有充分瞭解，夫妻偶有吵架，但只互毆一次。否認有對上訴人為性虐待。

二、被上訴人目前單日在臺灣省住都局擔任守衛，另外幫人作推拿，並非無業。

三、被上訴人之積蓄都花在妻子及兒女身上，希望被上訴人回家，不願意離婚。

四、否認兩造有約定以上訴人娘家為住所。

參、證據：引用原審立證方法。

理 由

一、被上訴人起訴主張：兩造於民國七十三年一月二十三日戀愛結婚，詎上訴人自八十二年間起無故離家，拒與其同居，違背同居義務，為此訴請判令上訴人應履行同居義務等語。

上訴人則以：被上訴人有毆打伊及小孩，及對伊為性虐待情事，且被上訴人不願與伊同住於貸款所購臺北縣林口鄉之新屋，

如搬回被上訴人住所居住，對小孩之教育不好云云置辯。

- 二、按夫妻互負同居之義務；且妻以夫之住所為住所，民法第一千零零一條、第一千零零二條分別定有明文。因此，妻應以夫所指定之住所為住所，而與夫同居，不能另設住所，使夫與之同住（最高法院二十七年上字第一四四〇號判例參照）。本件被上訴人主張兩造係夫妻，夫妻關係現仍存續中，上訴人於民國八十二年間起迄今，均未履行同居義務之事實，有被上訴人提出之戶籍謄本一件附於原審卷可稽，上訴人對之並不爭執，自堪信為真實。
- 三、上訴人辯稱被上訴人有稍有不順意處即毆打上訴人云云，惟除被上訴人自承兩造曾互毆一次外，餘均未據提出驗傷單為證，惟縱被上訴人偶有毆打上訴人之情，亦未達不堪同居之虐待，上訴人亦不得資為拒絕履行同居義務之正理事由，是其請求訊問上訴人之姐陳賴〇及姐夫宋〇榮以證明八十二年十一月間被上訴人有毆打上訴人之情，即顯無必要。另上訴人辯稱被上訴人未支付生活費用部分，亦為被上訴人所否認，且除上訴人能證明被上訴人有支付家庭生活費用之義務，無正當理由不為支付，以致其不能維持生活，顯有民法第一千零五十二條第五款所謂以惡意遺棄他方之離婚事由，得請求裁判離婚外，亦難據以為拒絕履行同居之正當事由。
- 四、上訴人雖另辯稱：被上訴人不顧上訴人工作又累又要照顧小孩，且膀胱發炎要打針吃藥，常二、三天就要求與其發生性關係一次，上訴人如不答應，晚上即不讓睡覺，無異性虐待。及如回去被上訴人處居住，對小孩教育不好，上訴人晚上在醒吾商專讀夜間部，上下學較不方便，且被上訴人常打罵小孩，讓上訴人母子害怕云云。惟查被上訴人否認有對上訴人為性虐待，或如不與其發生性關係即不讓上訴人睡覺情事，況縱如上訴人所言被上訴人二、三天即要求與其發生關係一次屬實，亦屬正常，尚不得執此即謂係性虐待，且上訴人亦未能舉證證明被上訴人有如不與其發生性關係即不讓睡覺等情事，自非可採。又被上訴人之上開住所雖較偏遠，但民風純樸，空氣清新，對兩

造子女之成長及教育並非全然不佳，且臺北縣林口鄉與被上訴人之住所地即桃園縣蘆竹鄉亦在兩縣交界之處，相距不遠，是上訴人晚上雖在林口鄉之醒吾商專夜間部就學，交通方面亦不致有甚不便之處；至上訴人謂被上訴人常打罵小孩一節，雖為被上訴人所否認，惟縱屬實在，但父母於必要範圍內懲戒其子女，為民法第一千零八十五條所明定，是被上訴人管教子女之方式容有不當，亦係嗣後應檢討改進之問題，況被上訴人亦稱：其一生之積蓄都花在妻子及兒女身上，希望被上訴人回家，不願意離婚等情在卷（詳本院準備程序筆錄），被上訴人愛護妻子之心於此可見一斑。準此，上訴人自亦不得執此資為拒絕履行同居之正當理由，是上訴人請求訊問其姐陳賴○及姐夫宋○榮，以證明被上訴人常打罵小孩，即無必要。

- 五、又婚姻關係存續中，夫妻須營共同生活，故同居義務乃婚姻本質上之當然效果，是上訴人主張：被上訴人與其應就生活費用如何負擔？如何以平等態度共同生活、雙方親友互相尊重、生活作息如何規律化、外出及回家時間如何約束、子女管教方式如何協調？以維持合諧婚姻關係等同居條件，在未達成協議或庭外正式調解前，即得拒絕履行同居云云，亦非正當。
- 六、末查被上訴人現居住之桃園縣蘆竹鄉○村○鄰○之○號房屋距桃園縣市中心較為偏遠，屬屋頂覆蓋鐵皮、瓦片磚造之平房，周遭除二、三戶親戚外，即為小山坡、農田、果園，離家最近之小學約三公里，對外聯絡方式除早晚各一班公車外，均有賴於自備之汽、機車，屋內大廳名為「大羅天仙宮」，供奉總統國師，餘三房分歸被上訴人父母、被上訴人及被上訴人之弟夫妻居住；而上訴人現住之臺北縣林口鄉○村○鄰○路○段○巷○號○樓之○房屋屬於臺北縣林口重劃區內之全新大樓住宅，較諸被上訴人住處寬敞、舒適、交通便捷、子女就學、購物環境、生活品質等均較符合現代都市化之要求，固據原審法院分赴現場勘驗屬實，有勘驗筆錄在原審卷可稽；惟揆之首開說明，婚姻住所指定權屬於夫，茲被上訴人既明白表示：「我覺得父母年邁應返家奉養」（見原審八十四年七月四日言詞辯論

筆錄第二頁)，且被上訴人實際上亦居住於桃園縣蘆竹鄉0村0鄰0之0號，足認被上訴人係以久住意思所居住之桃園縣蘆竹鄉0村0鄰0之0號房屋，係其所設定之住所。儘管上訴人目前居住之臺北縣林口鄉0村0鄰0路0段0巷0號0樓之0房屋有更符合現代都市化要求之生活條件，惟上訴人亦應以被上訴人所指定之該住所為住所，而與被上訴人同居，不能另設住所。上訴人雖又抗辯稱：兩造於婚後即住其娘家，兩造曾約定以其娘家為住所，其現居之新購住宅，於購買前已取得被上訴人之同意等語，惟被上訴人否認兩造曾約定以上訴人之娘家為住所，上訴人復未能舉證以實其說，自非可取；又被上訴人於原審雖自認上訴人現居之新購住宅於購買前曾得其同意在卷（見原審八十四年七月四日言詞辯論筆錄第二頁反面），但迄於原審法院赴現場履勘時，被上訴人猶不知上訴人新購屋坐落何處，是即使被上訴人同意上訴人購屋，主觀上可認以國人安土重遷之民族性，購屋目的在於安身立命長久居住，然客觀上被上訴人既未曾居住於該處，依民法第二十條第一項「依一定事實，足認以久住之意思，『住於一定之地域』者，即為設定其住所於該地」之規定，即難以被上訴人同意購屋而遽認上訴人現居地為被上訴人所指定之住所，是上訴人自不得主張兩造應於新購置之臺北縣林口鄉0村0鄰0路0段0巷0號0樓之0履行同居。至於被上訴人有否將兩造所生子女置於其住所大廳供奉總統國師神桌下木造神櫃中燃香薰煙致孩童頭暈目眩、涕淚縱橫等情事，此乃父母對於子女是否善盡保護教養之範疇，與本案無涉，併此敘明。

- 七、縱上所述，被上訴人訴請上訴人履行同居，即屬正當，應予准許。原審據此為被上訴人勝訴之判決，認事用法核均無違誤，上訴論旨猶執前詞指摘原判決不當求予廢棄，非有理由，應予駁回。
- 八、至上訴人謂民法第一千零零二條前段妻以夫之住所為住所之規定違憲，請停止本案之訴訟程序於釋憲後再行判決一節，經查上開法條但書尚另規定：「但約定夫以妻之住所為住所者，從

其約定。」準此，足見該條之立法於中華民國男女在法律上一律平等之平等權，已予充分兼顧，顯無違憲之處，是上訴人聲請於釋憲後再行判決，即無必要，附此說明。

九、兩造其餘之攻擊防禦方法核與本件判決結果均不生影響，無予審酌之必要，併此敘明。

據上論結：本件上訴為無理由，依民事訴訟法第四百四十九條第一項、第七十八條判決如主文。

中華民國八十四年十一月三十日
(本件聲請書其餘附件略)