

※若租賃契約中原未載明係出租供建築使用，而後又出具土地使用權同意書供本府所屬機關學校以外之他人為建築使用，則即使租賃期間未超過十年，因已非本於租賃契約所核發之土地使用權同意書，仍應踐行土地法第二十五條規定之程序。

發文機關：臺北市政府法規委員會

發文字號：臺北市政府法規委員會89.10.23.北市法二字第8920807500號函

發文日期：民國89年10月23日

主旨：有關財政部函釋各機關學校經管之國有公用土地，依法律規定出租予他人建築使用者，得以「承租人不得聲請設定地上權」為要件，本於租賃關係核發土地使用權同意書乙案，前開承租人不得聲請設定地上權之約定，是否違反土地法第一百零二條之規定及本市市有土地提供本府所屬機關學校以外之他人為建築使用，是否應屬處分行為乙案，本會意見復如說明，請 查照。

說明：

一、復貴局八十九年十月四日北市財四字第八九二二六六八二〇〇號函。

二、查內政部八十年十二月二十日臺內字第八〇七六七五八號函略以：「按土地法第一百零二條規定：『租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約訂立後二個月內，聲請該管直轄市或縣（市）地政機關為地上權之登記。』析其文義，所謂聲請地上權之登記，應解為係由當事人間以法律行為而設定，如契約無相反之約定，出租人應負與承租人同為聲請登記之義務（參照最高法院四十一年臺上字第一一七號判例）。因此契約中如已有相反之約定，即當事人間明訂不得為申請地上權之登記，參照前述最高法院判例意旨，似可排除土地法第一百零二條之適用…。」另查最高法院四十三年臺上字第四五四號判例：「被上訴人租用系爭基地建築房屋，就令如上訴人所稱未依土地法第一百零二條規定為地上權之登記，亦不過不生地上權之效力而已，究不得以此指為影響租賃契約之成立。」綜前所述，土地法第一百零二條似屬任意規定而非強行規定，故財政部八十九年九月二十一日臺財產接字第八九〇〇〇二五五七四號函所示：「各機關學校經管之國有公用土地，依法律規定出租予他人建築使用者，得以承租人不得申請設定地上權為要件…」應未違反土地法第一百零二條之規定，亦與民法第四百二十二條之一規定無違。

三、另查土地法第二十五條：「直轄市或縣市政府對於其所管公有土地，非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分或設定負擔或為超過十年期間之租賃。」及財政部八十九年九月二十一日臺財產接字第八九〇〇〇二五五七四號函略以：「各機關學校經管之國有公用土地，依法律規定出租予他人建築使用者，得以承租人不得申請設定地上權為要件，本於該租賃關係核發土地使用權同意書。」故本市市有土地提供本府所屬機關學校以外之他人為建築使用，應否踐行土地法第二十五條程序，應視其提供建築之基礎法律關係為何，如係基於移轉或設定各種不動產物權，自屬處分或設定負擔之行為；如係基於租賃關係，若為未超過十年期間之租賃，並於租賃契約中明定「承租人如依土地法第一百零二條為地上權設定登記之請求時仍應先依土地法第二十五條規定經該管機關民意機關同意，並經行政院核准之程序辦理者。」應非土地法第二十五條規定之適用範圍。惟若租賃契約中原未載明係出租供建築使用，而後又出具土地使用權同意書供本府所屬機關學校以外之他人為建築使用，則即使租賃期間未超過十年，因已非本於租賃契約所核發之土地使用權同意書，仍應踐行土地法第二十五條規定之程序。