# 基地租賃優先承買權之實務問題探討（一）
## －以權利存在要件與權源差異比較為中心－

上

文／楊智守

## 壹 前言

土地與房屋為個別之不動產，各得單獨為交易之標的，且房屋性質上不能與土地使用權分離而存在，亦即使用房屋必須使用該房屋之地基[1]。因此，土地與使用土地之房屋以合一所有為原則，但若租用土地建築房屋者，土地與房屋即非同一所有，土地法遂自民國 35 年修正第 104 條規定，使租用建築房屋之基地承租人與基地所有人，相互於基地或房屋出賣時，有依同樣條件優先購買之權；歷經民國 64 年修正時，一方面增列「地上權人、典權人或承租人」為優先承買權主體，另一方面增列「出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人」[2]。迨民國 88 年，立法者更為達到使用與所有合一之目的，促進物之利用並減少糾紛，參照土地法第 104 條而增訂「民法第 426 條之 2」[3]。至此，建築房屋之基地承租人與基地所有人相互間的「優先承買權[4]」，其依據即有土地法第 104 條與民法第 426 條之 2，惟條文用詞有見差異（見表一），此差異在當事人主張基地租賃優先承買權時是否產生影響，以及有無權利競合理論之適用，即有疑義。

另一方面，基地租賃優先承買權之成立前提，即土地與其上之房屋不屬於同一人所有[5]，則在土地與其上之房屋同屬一人所有時，應僅依民法第 425 條之 1 第 1 項規定，推定在房屋得使用期限內有租賃關係，二者是否涇渭分明，亦有觀察實務見解發展之實益。

本文以最高法院民事判決為中心，歸納整理目前基地租賃優先承買權之存在要件與權源差異之見解發展，俾供參考。

## 貳 存在要件

基地租賃優先承買權之實體規範[6]有土地法第 104 條與民法第 426 條之 2，二條文文字有如前言所述之差異，對優先承買權存在之影響，涉及二法條關連性。

### 一、權利主體

土地法與民法就具有基地租賃優先承買權相互關係之主體，均以基地所有人與房屋所有人為原則[7]，僅在房屋為違章建築（未保存登記建物）者，固不能辦理登記以移轉所有權，但原始起造人仍得出賣該建物，在將房屋交付並使買受人取得事實上處分權後，嗣後基地出賣時，具優先承買權者係具有房屋之事實上處分權之人，並非原始取得房屋所有權之起造人[8]，且房屋事實上處分權人已取得之優先承買權，不受該房屋嗣後因未能補正手續而遭受主管機關拆除之影響[9]。

### 二、基地與其上房屋間具有租賃關係

（一）基地定義

早期實務見解認為土地法第 104 條第 1 項規定，係指房屋及基地之出賣而言，系爭土地既非建築基地，自無該條適用之餘地[10]，嗣著重於上開規定旨在使基地與基地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟上之效用，並杜紛爭[11]，避免造成房屋與土地分離或遭受拆除之損害[12]，即使房屋為違章建築，雖為地政機關所不許登記，既尚非不得以之為交易之標的[13]，進而肯定該違章建築之事實上處分權人得為上開規定之優先承買權主體，已如前述，是則已無再以土地非建築基地而排除上開規定之適用，此可由當事人抗辯系爭土地地目為田，非建築基地，不適用土地法優先承買權規定，而未見法院逕據此排除適用之實例可徵[14]。

況且，土地法並未定義「建築基地」，而依建築法第 11 條第 1 項前段規定：「本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地」，雖於申請建築前會受到相關土地分區使用之限制，但其上建造之房屋縱屬違反規定而不得辦理保存登記，屬違章建築，但仍有基地租賃優先承買關係，亦如前述，此與土地法第 107 條第 1 項所定耕地租用承租人之優先承買權以「耕地」為限[15]，尚有不同。

但若基地為農業用地時，基於農業發展條例第 18 條第 5 項就該條例於民國 89 年 1 月 4 日修正施行後取得農業用地及興建之農舍，規定「農舍起造人應為該農舍坐落土地之所有權人；農舍應與其坐落用地併同移轉或併同設定抵押權；已申請興建農舍之農業用地不得重複申請」，是在上開條例修正施行後，在農業用地上興建農舍者，應無適用基地租賃優先承買權之規定。反面推知，在上開條例 89 年修正施行前已興建完成之農舍，若

（文轉三版）

表一　土地法 §104 與民法 § 426-2 條文對照表

| 內容 / 法條 | | 異同比較 |
|---|---|---|
| 土地法 §104 | 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（第 1 項）。<br>前項優先購買權人，於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先權視為放棄。出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人（第 2 項）。 | 1. 同為建築房屋所租用之基地。<br>2. 土地法擴張優先承買權主體之立法理由得否據為及於有權使用土地之人，例如借用基地建築房屋，出借人出賣基地時。<br>3. 土地法未明定通知義務人，且未規定應以書面為一定之方式。<br>4. 不得對抗優先承買權人之標的不同，一為買賣契約；一為所有權移轉登記，是否產生差異。 |
| 民法 §426-2 | 租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。承租人出賣房屋時，基地所有人有依同樣條件優先承買之權（第 1 項）。<br>前項情形，出賣人應將出賣條件以書面通知優先承買權人。優先承買權人於通知達到後十日內未以書面表示承買者，視為放棄（第 2 項）。<br>出賣人未以書面通知優先承買權人而為所有權之移轉登記者，不得對抗優先承買權人（第 3 項）。 | |

## 註釋

1 最高法院 48 年台上字第 1457 號民事判例意旨。

2 土地法第 104 條立法歷程及立法理由，請參照立法院法律系統，土地法，法條沿革，第 104 條。瀏覽網頁：https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?001C311D70DE0000000000000000320000000007000000^01150100052700^00085002001

3 民法第 426 條之 2 立法理由，請參照立法院公報 88 卷，13 期，院會記錄頁 334-335。

4 有稱優先購買權、先買權、先買特權等，本文稱之優先承買權。

5 最高法院 69 年台上字第 945 號民事判例意旨。

6 依最高法院 106 年度台上字第 1622 號判決闡述優先承買權有依法律規定，亦有依當事人約定，惟不得由執行法院創設。本文係專就依法律規定所生之基地租賃優先承買權論述。

7 最高法院 67 年台上字第 3887 號民事判例闡述土地法第 104 條第 1 項所稱之房屋「既未特別限定承租人之房屋，則依其一貫之文義，地上權人，典權人之房屋自應一併包括在內」；69 年台上字第 945 號民事判例亦指稱土地法上開規定優先購買之權「係指房屋與基地分屬不同之人所有，房屋所有人對於土地並有地上權、典權或租賃關係存在之情形而言」。

8 最高法院 91 年台上字第 2154 號判決意旨。89 年度台上字第 575 號判決即指明「土地法第 104 條第 1 項規定意旨，亦無囿限於業經保存登記之房屋始有其適用」。105 年度台上字第 1168 號判決之發回指摘要旨亦係以被上訴人是否為未保存登記建物（系爭廠房）之事實上處分權人攸關其得否行使系爭土地優先承買權。

9 最高法院 103 年台上字第 2188 號判決意旨。

10 最高法院 69 年度台上字第 2391 號判決要旨。

11 最高法院 65 年台上字第 530 號判例要旨。

12 最高法院 103 年度台上字第 2188 號判決意旨。

13 最高法院 50 年台上字第 1236 號判例要旨。

14 最高法院 97 年度台上字第 2219 號判決參照。

15 所謂耕地係指農地與漁牧地而言，林地則不得認為包含在內，見最高法院 40 年台上字第 1524 號判例要旨。

16 內政部 2004 年 11 月 2 日內授中辦地字第 0930015211 號函示同此意旨。

17 最高法院 105 年度台抗字第 134 號裁定。

（文接二版）

與農地分屬不同所有權人時，於農舍或農業用地移轉時，因不受上開條例規定限制，農舍或農業用地於拍賣或移轉時，仍有適用基地租賃優先承買權之規定[16]。

（二）房屋定義

本於前揭基地租賃優先承買權之規範目的，基地承租人如主張就基地之一部行使優先承買權者，須於該一部基地上有房屋之建築，始足當之[17]，若基地承租人於基地上根本未為房屋之建築[18]者；或所建築之房屋因可歸責於基地承租人之事由而依法予以拆除致事實上已不存在，且承租人亦無再於基地上興建建物之正當權源者[19]；又或者基於民法第 425 條之 1 推定成立租賃關係之房屋，已達不堪使用程度者[20]，或無相當之經濟價值者，承租人自不得再主張基地優先承買權。然而，民法或土地法並未定義「房屋」，此應屬一般性法條用語，自應參酌相關實務判解涵攝其文義射程範圍。

首先，房屋不以是否依建築法領得建築執照為標準[21]，而以建築程度是否達足避風雨，具有經濟上使用目的，不易移動其所在之物而言，亦不以住宅為限，鐵皮屋廠房[22]亦足當之，縱使①屋頂尚未完全完工[23]；②2 樓結構完成，僅門窗尚未裝設及內部裝潢尚未完成[24]，均屬基地上已存在房屋之情形。至若①以他人之 2 樓為屋頂，以其屋柱為牆壁所隔成之板屋[25]，即非「房屋」。

其次，仍應搭配考量基地租賃目的，例如：①在基地租賃契約訂明以堆置木材並敷設輕便鐵軌，②或租作汽車置場之用，前者與土地法第 103 條規定所謂租用建築房屋之基地有別[26]，後者則非建築房屋之契約而無土地法第 103 條規定之適用[27]，則從法律體系解釋，土地法第 104 條第 1 項所稱基地既係就以建築房屋為目的之租用基地，已如前述，則上開不適用土地法第 103 條規定之地上物，應不認為係基地租賃優先承買權所稱之房屋。③以種植香菇為目的，在基地上以布幕、鐵皮簡易搭建香菇寮及鐵皮建物，並約定還地時自行拆除者，該菇舍與工作房亦非適用本規定之房屋[28]。

（三）房屋與基地間存在租賃關係

土地法第 104 條第 1 項及民法第 426 條之 2 規範意旨，均有保護承租人之權益，故房屋所有權人對基地應有租賃關係存在，不論係租地自建，或向前手購買房屋後承租基地均可[29]，但若僅占用基地而為建築，則不適用[30]。此外，房屋所有人對基地所有人所應存在之租賃關係，以足使承租人取得合法占有權源為限，若共有人之一未經他共有人之同意，擅將共有物之全部或一部出租他人，該租賃契約對於他共有人不生效力，承租人即未取得優先承買權[31]。

又縱使是在他人土地上無權占有而建築房屋，嗣後向基地所有人租用該基地，或由受讓該房屋之人嗣後向基地所有人租用基地時，均無礙於租地建屋之本質[32]。

但承租人之基地優先承買權，必須在基地出賣時，仍具租賃關係為前提；且應於租賃關係存續中，始得行使此項權利。倘租賃契約業經合法終止，承租人占有基地已無正當權源，自無基地優先承買權[33]。從而，主張有基地優先承買權之承租人，應先證明具有基地租賃關係存在[34]。

縱向而言，上揭規範意旨所保護之承租人，不以明示意思表示合致成立之租賃關係為限，尚包括依法推定成立之租賃關係，如民法第 425 條之 1、924 條之 2 第 1 項之規定，此由最高法院 83 年度第 11 次民事庭會議決定意旨可推知。

橫向而言，土地法第 104 條第 1 項於民國 64 年修正時，以「為保護現有基地或房屋所有權人、典權人、地上權人、承租人或其他合法使用人之權益[35]」為由，增列適用現有基地或房屋所有權人、典權人、地上權人、承租人，但立法理由所述及「其他合法使用人」是否包含其他合法占有之人，例如：使用借貸人？

此由立法歷程討論中可見立法已選擇限縮特定對象，立法理由所指「其他合法使用人」係草案用字，且係指典權人而言，足見土地法上揭修正時並無意將承租人、地上權人、典權人以外之合法占有基地人均納入優先承買相互關係。從而，借用基地建築房屋之人與基地所有人之間並無相互優先承買權自明，此亦為實務一貫見解[36]。

值得注意的是，若房屋所有人與基地所有人所存在之租賃關係，基地受讓人得主張對其不生效力者，房屋所有人對於基地買賣契約亦不具有優先承買權，例如土地遭查封後，土地所有人將其上之房屋讓與他人，並與該他人訂立土地租賃契約或依民法第 425 條之 1 推定有租賃關係，執行債權人或拍定人得依強制執行法第 51 條第 2 項規定，主張訂立之租賃關係對自己不生效力，拍定人亦得主張推定租賃關係對其不生效力，則房屋所有人對基地之拍定即不得主張有基地租賃關係而生優先承買權[37]。

## 三、以與第三人訂立買賣契約為基礎

民法第 426 條之 2 第 1 項及土地法第 104 條第 1 項之規定，均係以基地承租人出賣其房屋或基地出租人出賣其基地予第三人時，始有適用[38]，且限於「僅基地」或「僅房屋」出賣時，若基地及其上房屋同時出賣時，自無上開優先承買權規定之適用[39]。強制執行法之拍賣為買賣之一種，上開規定於拍賣程序仍有適用[40]。又契約有預約與本約之分，兩者異其性質及效力，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行，是在基地或房屋所有人與第三人間僅存在預約時，尚不能謂優先承買權已得行使[41]。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

## 註釋

18 最高法院 65 年台上字第 530 號判例。

19 最高法院 106 年度台上字第 1268 號判決。

20 最高法院 104 年度台上字第 2490 號、101 年度台上字第 1163 號判決意旨均指該房屋之原始結構是否已達不堪使用程度。另 98 年度台上字第 814 號判決則指出若基地上建物有部分尚堪使用，且係各別租地建屋之情形，是否因部分建物已不堪使用，則併認其他人仍堪使用之建物基地租賃關係同因期限屆滿而消滅之疑問，值得研究。

21 最高法院 86 年度台上字第 986 號判決。

22 如最高法院 105 年度台上字第 1168 號判決基礎事實即以鐵皮屋廠房為基地上房屋。

23 最高法院 63 年度第 6 次民庭庭推總會議決議（一）

24 最高法院 70 年台上字第 2221 號判例要旨。

25 最高法院 49 年台上字第 148 號判例要旨。

26 最高法院 46 年台上字第 1168 號判例要旨。

27 最高法院 46 年台上字第 878 號判例要旨。

28 最高法院 103 年度台上字第 168 號判決。

29 最高法院 62 年台上字第 2962 號判例意旨。

30 最高法院 49 年台上字第 1546 號判例意旨。

31 最高法院 85 年度台上字第 2235 號判決意旨。

32 最高法院 89 年度台上字第 575 號判決、91 年台上字第 2154 號判決。

33 最高法院 105 年度台上字第 1437 號判決意旨。其中，合法終止應包含當事人合意終止與法院依法終止（如民法第 866 條第 2 項、強制執行法第 98 條第 2 項所定情形）。參照最高法院 93 年度台抗字第 860 號裁定就原審以執行法院認已除去租賃關係，以無租賃關係狀態拍賣，再抗告人無優先承買權，以裁定駁回其聲明異議，原裁定予以維持，駁回再抗告人之抗告，並無適用法規顯有錯誤之情形。

34 最高法院 105 年台上字第 1168 號判決意旨。

35 立法理由請瀏覽立法院法律系統，土地法，法條沿革，第 104 條。
https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?001C311D70 DE000000000000000003200000000700000^01150100052700^00085002001

36 最高法院 92 年度台上字第 957 號、93 年度台上字第 2427 號判決；又 100 年度台上字第 575 號判決認為二審以成立基地使用借貸關係之房屋所有人，非土地承租人或地上權人而無優先承買權存在之見解即無不合。

37 最高法院 106 年度台上字第 1622 號判決。

38 最高法院 103 年度台上字第 2263 號判決。

39 最高法院 100 年度台再字第 55 號判決。

40 最高法院 100 年度台上字第 38 號判決。

41 最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決。

廣告
線上起訴？
司法院新建置「線上起訴系統」，如經雙方當事人同意，原被告皆可於該平台上交換閱覽訴訟書狀，打官司更方便迅速。
「線上起訴」查詢專區
線上起訴
司法院 Judicial Yuan
WEEKLY 周刊
訂閱出刊
定價400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊