

臺灣高等法院高雄分院民事判決

112年度重上字第89號

上訴人 曾天錫

訴訟代理人 黃小舫律師

被上訴人 張文壹

訴訟代理人 林靜如律師

複代理人 黃鈺茹律師

上列當事人間請求確認優先購買權存在事件，上訴人對於中華民國112年5月31日臺灣高雄地方法院112年度重訴字第14號第一審判決提起上訴，本院於113年1月16日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、按民事訴訟法第447條所謂新攻擊方法，乃指新的事實主張及新的證據方法之提出，不包含新的法律上陳述（最高法院109年度台上字第108號判決意旨參照）。上訴人於原審主張改制前高雄縣○○鄉○○段○○000地號土地（民國76年4月27日重測前為山子頂段1546之7地號土地，原705地號土地除於97年4月23日分割出705之1地號土地外，另於101年3月7日分割出705之2、705之3及705之4地號土地，下逕稱地號）及其上未辦保存登記之2層樓房屋（原門牌號碼高雄縣○○鄉○○村○○路000號，迭經整編現為高雄市○○區○○村○○路000號，下稱系爭建物）原同屬訴外人即上訴人三孀曾張錦霞所有，先後讓與相異之人，原705地號土地設定有抵押權，經執行法院拍賣後，其為建物所有人，依土地法第104條第1項規定，請求確認就705地號土地、705之1地號土地其中面積5574.36平方公尺土地（下稱系爭土地）存有優先購買權，並援引最高法院48年度台上字第1457號判決先例、民法第838條之1規定為其具有該項權利之法律上陳述；嗣於

01 本院審理時增列民法第425條之1、第876條第1項規定為其同
02 一權利主張之法律上陳述，非屬新攻擊方法之提出，自應准
03 許。

04 二、上訴人主張：緣曾張錦霞於54年5月14日購入原705地號土
05 地，並於其上興建系爭建物。曾張錦霞嗣於00年0月間將建
06 物贈與上訴人，並於56年11月27日將土地售予訴外人即上訴
07 人之父曾慶煌。曾慶煌再將土地售予上訴人、訴外人即上訴
08 人之母曾王蕊及洪兆華，彼時上訴人與曾王蕊均無自耕能
09 力，礙於當時法令無從登記為土地所有權人，乃信託登記於
10 洪兆華名下。洪兆華嗣於77年5月5日將原705地號土地應有
11 部分100/2940轉讓予訴外人張簡轉福；曾王蕊將其應有部分
12 轉讓予訴外人吳重光、簡忠義、吳南郎。洪兆華後於00年0
13 月間與上訴人（原判決誤載為上訴人夫妻）達成協議，同意
14 將上訴人就土地應有部分及建物所坐落位置西側土地即705
15 之1地號土地分割為上訴人所有，保留不予出售，並簽立確
16 認不動產共有契約書及同意分割略圖；洪兆華並與上訴人
17 （原判決誤載為兩造）、張簡轉福、吳重光、簡忠義、吳南
18 郎（下稱張簡轉福等4人）以原法院95年度移調字第21號調
19 解筆錄達成調解（下稱系爭調解），約定由洪兆華就該土地
20 向高雄市政府地政局大寮地政事務所（下稱大寮地政）辦理
21 所有權移轉登記，將原705地號土地應有部分560/2940移轉
22 登記予上訴人，後因故未履行該調解方案，上訴人應為土地
23 所有權人。洪兆華前將原705地號土地及同段708地號土地依
24 序設定第一、二順位抵押權與訴外人大寮鄉農會、被上訴
25 人，大寮鄉農會並將第一順位抵押權及債權讓與被上訴人。
26 被上訴人後聲請執行法院以97年度司執字第38339號拍賣抵
27 押物事件（下稱系爭執行事件）拍賣705、705之1及同段708
28 地號土地，由被上訴人於98年3月11日（原判決誤載為98年1
29 1月17日）聲明承受上開拍賣土地。上訴人縱非705、705之1
30 地號土地之所有權人，仍為建物之所有權人，基於民法第83
31 8條之1、第876條所規定法定地上權人或民法第425條之1規

01 定，及最高法院48年度台上字第1457號判決先例意旨之法定
02 租賃權人等地位，得依土地法第104條第1項規定，就系爭土
03 地主張優先購買權。原審判決上訴人敗訴，上訴人不服，提
04 起上訴，於本院聲明：(一)原判決廢棄。(二)確認上訴人對於系
05 爭土地有優先購買權。

06 三、被上訴人則以：上訴人於原705地號土地遭大寮農會強制執
07 行時，曾以土地共有人之身分提起第三人異議之訴，經原法
08 院95年度重訴字第343號判決駁回其訴，後經本院96年度重
09 上字第14號判決及最高法院96年度台上字第1859號判決駁回
10 上訴人之上訴確定（下合稱第343號事件），依第343號事件
11 已確認上訴人並非共有人。又原705地號土地設定抵押權
12 時，土地所有權人為洪兆華，建物使用權人為訴外人曾王蕊
13 及曾天福，稅籍登記人為上訴人，此與民法第838條之1、第
14 876條所規定設定抵押權時或拍賣時，土地與建物同屬一人
15 所有之情形，已有不同。上訴人所稱取得系爭建物原因係為
16 贈與，非有償取得，亦無最高法院判決48年台上字第1457號
17 判決先例適用。況土地拍定之出賣條件通知，經執行法院於
18 98年3月18日函知上訴人，並於98年3月24日送達，上訴人倘
19 認有優先購買權，應於98年4月3日前向執行法院聲明要以相
20 同條件購買，上訴人未為，應已放棄行使優先承買權。另上
21 訴人於執行程序中，曾於98年3月16日以對土地有租賃權，
22 主張民法第425條之1及土地法第104條所規定之優先購買權
23 為由，聲明異議，經執行法院駁回異議確定，遲至111年10
24 月11日方提起本件訴訟，並無理由等語，資為抗辯。並答辯
25 聲明：上訴駁回。

26 四、兩造不爭執事項（原審卷第194至195頁，本院卷第106至107
27 頁，另依卷證資料為部分文字修正）：

28 (一)原705地號土地係曾張錦霞於54年5月14日向王連生購買而取
29 得所有權。

30 (二)曾張錦霞於56年11月27日將原705地號土地售予曾慶煌，並
31 於57年3月26日登記所有權人為曾慶煌；後曾慶煌將土地以

買賣為原因移轉登記予洪兆華，洪兆華於76年7月20日登記為所有權人（依土地登記謄本所載，係由曾慶煌於76年11月19日以買賣為原因登記與訴外人王順天，再由王順天於76年12月8日以買賣為原因登記與洪兆華，審重訴卷第65至67頁）。

(三)洪兆華於95年3月9日與上訴人、張簡轉福等4人達成調解，約定由洪兆華就原705地號土地向大寮地政辦理所有權移轉登記，將原705地號土地應有部分560/2940移轉登記予上訴人，後因故未履行該調解方案。

(四)原705地號土地於95年間經第一順位抵押權人大寮鄉農會聲請對洪兆華強制執行予以查封，因拍賣無實益而終結，大寮鄉農會於96年3月1日將其抵押權及債權讓與第二順位抵押權人即被上訴人。

(五)上訴人於大寮鄉農會聲請強制執行時，提起第三人異議之訴，經第343號事件判決駁回確定。

(六)被上訴人於97年4月24日聲請拍賣705、705之1、708地號土地，並於98年3月11日聲明承受705、705之1地號土地，經執行法院於98年11月17日核發不動產權利移轉證書，上訴人於98年11月24日取得該權利移轉證書。

五、上訴人主張其為705、705之1地號土地之法定地上權人及法定租賃權人，依土地法第104條第1項規定，就系爭土地有優先購買權等語，為被上訴人所否認，並執前詞置辯。則本件之爭點為：(一)上訴人援引民法第838條之1規定，主張其為法定地上權人，是否有據？(二)上訴人是否為民法第876條所規定之法定地上權人？(三)上訴人是否為系爭建物之事實上處分權人？上訴人進引民法第425條之1規定、最高法院48年度台上字第1457號判決先例意旨，主張其為法定租賃權人，是否有理由？茲逐一敘明如下：

(一)上訴人援引民法第838條之1規定，主張其為法定地上權人，是否有據？

1.按民法第838條之1第1項規定：「土地及其土地上之建築

01 物，同屬於一人所有，因強制執行之拍賣，其土地與建築物
02 之拍定人各異時，視為已有地上權之設定。其僅以土地或建
03 築物為拍賣時，亦同」。上述民法第838條之1第1項規定，
04 係於99年2月3日公布，同年8月3日施行，該次修正依民法物
05 權編施行法第1條明定不溯及既往原則，修正法條之內容復
06 未規定民法第838條之1第1項得溯及既往適用。而拍賣之不
07 動產，買受人自領得執行法院所發給權利移轉證書之日起，
08 取得該不動產所有權，債權人承受債務人之不動產者亦同，
09 復為強制執行法第98條第1項所明文。次按強制執行法上之
10 拍賣屬買賣之一種，以執行債務人為出賣人，拍定人為買受
11 人，拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位，拍賣之公告為
12 要約之引誘，應買出價為買賣之要約，拍定之表示為買賣之
13 承諾（最高法院49年台抗字第83號、64年台上字第2200號等
14 判決先例參照）。同理，於債權人承受之情形，即以債務人
15 為出賣人，債權人為買受人。在強制執行拍賣之情形，經拍
16 賣機關對應買人之要約為拍定之承諾時，買賣契約即告成
17 立，即屬土地法第104條第1項所稱之基地或房屋之「出賣
18 時」，優先承買權人是否具備法條規定之優先承買權利，自
19 應於基地或房屋「拍定時」即其「出賣時」之權利狀態為
20 憑。

21 2.本件被上訴人於98年3月11日系爭執行事件中，以債權人地
22 位承受705、705之1地號土地，經執行法院於98年11月17日
23 核發不動產權利移轉證書，被上訴人於98年11月24日取得該
24 權利移轉證書，有聲請強制執行狀、執行法院函文及不動產
25 移轉證書暨送達回證可憑（執行事件卷(一)第5至8頁、第243
26 頁、第449頁、第456頁）。被上訴人取得705、705之1地號
27 土地，係在上述增訂法條修正公布生效之前，要無民法第83
28 8條之1修正法定地上權之適用，遑論原705地號土地及分割
29 後之705、705之1地號土地於拍賣時，並非同屬於一人（如
30 後(二)所述）。上訴人主張本件應有民法第838條之1第1項法
31 定地上權之適用云云，殊無足取。

01 (二)上訴人是否為民法第876條所規定之地上權人？

02 1.按民法第876條第1項前段規定：「設定抵押權時，土地及其
03 土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築
04 物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定」。
05 依該規定，法定地上權之成立，須以抵押權設定時，土地及
06 建築物同屬於同一人所有為要件。依卷附原705地號土地地
07 籍異動索引資料所載，洪兆華係於81年8月6日設定第一順位
08 抵押權與大寮鄉農會（審重訴卷第71頁，上訴人誤主張為00
09 年00月間設定云云，本院卷第108頁），於94年10月7日設定
10 第二順位抵押權與被上訴人，彼時原705地號土地係登記為
11 洪兆華所有（重訴卷第55頁），為兩造所不爭執（不爭執事
12 項(二)）。上訴人主張地上建物為其單獨所有，則原705地號
13 土地於81年8月6日、94年10月7日設定抵押權時，土地與建
14 物並非同屬於一人所有，當無從依民法第876條規定，於拍
15 賣時視為已有地上權之設定。

16 2.雖上訴人主張原705地號土地係信託登記於洪兆華名下，並
17 提出洪兆華、張簡轉福等4人間所簽訂之讓與書與確認不動
18 產共有契約書、洪兆華與上訴人間所簽訂之確認不動產共有
19 契約書、同意分割略圖、本院100年度上易字第779號刑事判
20 決及調解程序筆錄為證（審重訴卷第73至128頁），藉以證
21 明上訴人確為原705地號土地之共有人，進主張有前開民法
22 第876條第1項規定所稱「土地及其土地上之建築物，同屬於
23 一人所有」云云。然按不動產物權，依法律行為而取得、設
24 定、喪失及變更者，非經登記，不生效力；另依土地法所為
25 之登記，有絕對效力，分為民法第758條、土地法第43條所
26 明文。縱認上訴人主張原705地號土地係上訴人借名登記於
27 洪兆華名下乙情為實，惟原705地號土地及分割後之705、70
28 5之1地號土地，自設定抵押權時起迄至被上訴人聲請強制執
29 行，均登記於洪兆華名下，上訴人至多僅對洪兆華取得於終
30 止渠等間借名登記契約後，請求洪兆華移轉該土地應有部分
31 所有權之債權而已，難認已取得土地所有權。上訴人、張簡

01 轉福等4人與洪兆華雖成立系爭調解，並於調解筆錄內載
02 明：「被上訴人洪兆華願將原705地號土地，向大寮地政辦
03 理所有權移轉登記為兩造共有，其應有部分分別為：…上訴
04 人應有部分560/2940」等語（審重訴卷第127至128頁），惟
05 該調解筆錄並非對確認所有權存在等具有形成判決之訴訟而
06 為，縱經調解成立，亦僅生請求移轉所有權之債權效力，難
07 認上訴人即為土地所有權人。

08 3.從而，上訴人主張基於民法第876條法定地上權人之地位，
09 得行使土地法第104條第1項優先購買權，亦無可採。

10 (三)上訴人是否為系爭建物之事實上處分權人？上訴人進引民法
11 第425條之1規定、最高法院48年度台上字第1457號判決先例
12 意旨，主張其為法定租賃權人，是否有理由？

13 1.按土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將
14 房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異
15 之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人
16 與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。
17 其期限不受第449條第1項規定之限制，為88年4月21日增訂
18 之民法第425條之1第1項定有明文。其立法目的在於使房屋
19 不因土地物權嗣後變動而受影響，仍得繼續利用土地，俾免
20 房屋遭受拆除而損及社會經濟利益，並兼顧受讓人利益。該
21 條文所謂「土地及房屋同屬一人」應包括「土地及房屋同
22 屬相同之共有人」及「土地共有人人數除與房屋相同之共有人
23 外，尚有其他共有人」之情形在內。又法條雖明揭係讓與
24 所有權，然未辦保存登記建物因無法辦理所有權移轉登記，
25 僅得以事實上處分權讓與，性質上與實質所有權無殊，應認
26 就無法辦理所有權登記之建物而受讓事實上處分權者，亦有
27 適用（最高法院107年度台上字第1797號、109年度台再字第
28 18號判決要旨參照）。民法第425條之1雖於88年4月21日始
29 為增訂，並於89年5月5日施行，且無溯及適用之規定，惟於
30 前揭法條施行前，倘有土地及土地上之房屋同屬一人所有，
31 而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同

01 時或先後讓與相異之人情形，非不得以最高法院48年台上字
02 第1457號判決先例意旨及上開法理為基礎，推斷土地受讓人
03 或房屋受讓人與讓與人間，或房屋受讓人與土地受讓人間，
04 在房屋得使用期限內，有租賃關係，以符社會正義（最高法
05 院101年度台上字第1114號判決意旨參照）。

06 2. 本件上訴人主張曾張錦霞於54年5月14日購入原705地號土
07 地，並於其上興建系爭建物，其於00年0月間自曾張錦霞處
08 受贈上該建物，而取得建物之事實上處分權，依民法第425
09 條之1第1項規定、最高法院48年度台上字第1457號判決先例
10 意旨，推定對原705地號土地存有租賃關係等語，既為被上
11 訴人所否認，依舉證分配原則，應由上訴人就系爭建物為曾
12 張錦霞所興建，及於00年0月間將之贈與上訴人等節舉證以
13 實其說。上訴人就此固提出房屋稅籍證明書及90年至94年之
14 房屋稅繳納證明證書為證（審重訴卷第51至61頁）。經核房
15 屋稅籍證明書所載，該納稅義務人雖記載為上訴人，且最早
16 起課年月為56年1月。然按房屋稅納稅義務人，並非必為房
17 屋所有人，繳納房屋稅之收據，亦非即為房屋所有權之證
18 明，稅捐機關就房屋所為稅籍資料納稅義務人之記載，純為
19 便利課稅而設，與所有權之取得無關（最高法院108年度台
20 上字第2161號判決要旨參照），自難以該房屋稅籍證明書及
21 房屋稅繳納證明證書認定上訴人為建物之事實上處分權人，
22 遑論依該證據即謂系爭建物乃曾張錦霞所興建。

23 3. 次者，上訴人前於执行程序進行中，經執行法院通知被上訴
24 人於98年3月11日聲明以債權人地位承受705、705之1地號土
25 地後，於98年3月16日具狀主張就705、705之1地號土地有租
26 賃權，請求執行法院准予其行使優先承買權，不得由被上訴
27 人聲明承受上開土地而聲明異議，依該異議狀所載，上訴人
28 主張「曾慶煌、曾王蕊於71年1月30日簽訂協議書，協議書
29 第(五)條約定『1546之7地號土地（即原705地號土地重測前地
30 號）內現有房屋一間土地約50坪（即高雄縣○○鄉○○路
31 000號房屋）歸曾慶煌、曾王蕊雙方暨上訴人、曾天益、曾

天福五人共有』，換言之，系爭建物係屬上訴人及其父曾慶煌所共有，且納稅義務人為上訴人之合法建物，原705地號土地原係曾慶煌所有，系爭建物亦為曾慶煌所共有，原705地號土地及其上建物同屬曾慶煌所有；曾慶煌僅將原705地號土地所有權讓與洪兆華，依民法第425條之1規定及最高法院48年度台上字第1457號判決先例之適用，土地受讓人洪兆華與讓與人曾慶煌間推定在房屋得使用期限內，就原705地號土地存有租賃關係，曾慶煌死亡後，該租賃權由上訴人繼承，進此主張土地法第104條之優先購買權，聲明執行法院准於上訴人行使優先購買權之前，不得由債權人即被上訴人承受705、705之1地號土地」等語（執行事件卷(一)第268至278頁），依該異議狀所載上訴人已自承系爭建物為曾慶煌所有，上訴人係曾慶煌與曾王蕊於71年1月30日經由協議，方與曾慶煌等人共有該建物。此外，復觀諸上訴人所提出之58年7月工廠變更登記申請書、59年5月8日工廠登記換發申請書、65年7月24日農業用地編定公布前之合法工廠地目變更申請表暨機房配置圖及70年1月26日工廠歇業報告書（本院卷第305至315頁），曾慶煌前於58年7月起即擔任址設高雄縣○○鄉○○村○○路000號（即系爭建物原門牌號碼）之春陽磚廠有限公司之代表人（本院卷第309至313頁）。是此，相互勾稽前開資料，系爭建物應為曾慶煌所有，難僅憑系爭建物自56年1月以上訴人為納稅義務人，遽認上訴人於斯時即取得系爭建物之事實上處分權。

- 4.按土地法第104條第1項規定租用基地建築房屋之承租人於出租人之基地出賣時，有依同樣條件優先購買之權，此雖屬成立買賣契約之形成權，承租人一經行使，即與出賣人間成立買賣契約，但其立法意旨既在使基地與土地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟效用，並杜紛爭。倘承租人取得基地所有權移轉登記前喪失房屋所有權或基地承租權，而無優先購買之資格時，前開立法目的既無由達成，應解為買賣契約隨同其喪失優先購買資格而失效（最高法院108年度台上字第263

6號判決意旨參照)。而按原告之權利保護要件是否具備，應以事實審言詞辯論終結時是否存在為基準，原告起訴時，雖已具備權利保護要件，如於事實審言詞辯論終結時欠缺者，仍應認原告之訴為無理由，而為其敗訴判決；縱因情事變更導致權利保護要件之欠缺者亦然（最高法院71年台上字第3366號判決意旨參照）。查曾慶煌於56年11月27日自曾張錦霞處得原705地號土地所有權，且依前所論，系爭建物之事實上處分權人原為曾慶煌，上訴人後因曾慶煌、曾王蕊於71年1月30日協議後，而共有建物之事實上處分權，曾慶煌嗣於76年間將原705地號土地所有權讓與洪兆華，上訴人既為系爭建物之事實上處分權人，與洪兆華存有法定租賃關係，對系爭土地固有優先購買權（至於優先購買之面積為何，於茲不論）。惟被上訴人後訴請上訴人拆除系爭建物（原法院案號111年度訴字第1157號），經原法院於112年1月13日會同兩造至現場履勘，系爭建物已廢棄無人居住，建物外牆剝落，堆放老舊傢俱及其他廢棄雜物，落葉雜草叢生等情，有原法院勘驗筆錄及照片可佐（本院卷第225至240頁）。又系爭建物為加強磚造建物（審重訴卷第51頁），參酌行政院所頒「固定資產耐用年數表」及「固定資產折舊率表」所示，加強磚造房屋耐用年數為35年，系爭建物自56年1月起課，迄今已超過該耐用年數，依該建物之客觀情形，已不具經濟價值，非屬可繼續使用狀態。上訴人於98年3月16日具狀行使優先承買權，經執行法院於98年4月27日裁定駁回確定（執行事件卷(一)第308至314頁）。揆諸前開說明，倘若仍准許上訴人僅以該建物現況猶存在，就系爭土地仍有法定租賃關係為由行使優先購買權，顯然與土地法第104條第1項立法目的意在調和土地與房屋之利用關係，避免危害社會經濟相違。從而，上訴人主張援引民法第425條之1規定、最高法院48年度台上字第1457號判決先例意旨，主張其基於法定租賃權人地位，得行使土地法第104條第1項優先購買權云云，自無足取。

01 六、綜上所述，上訴人依土地法第104條第1項規定行使優先購買
02 權，訴請確認就系爭土地有優先購買權，不應准許。原審為
03 上訴人敗訴之判決，理由雖有不同，結論則無二致，仍應維
04 持。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，
05 應駁回其上訴。

06 七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證
07 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無
08 一一詳予論駁之必要。至於上訴人聲請通知證人即曾張錦霞
09 之配偶曾激瑞，以證明曾張錦霞將建物贈與上訴人，然本院
10 既依卷附資料認定系爭建物之事實上處分權為曾慶煌，並審
11 認上訴人縱為法定租賃權人，亦不得主張土地法第104條第1
12 項優先購買權，即毋庸再為無益調查之必要，併此敘明。

13 八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

14 中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

15 民事第三庭

16 審判長法 官 許明進

17 法 官 周佳佩

18 法 官 張維君

19 以上正本證明與原本無異。

20 上訴人如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴
21 狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理
22 由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律
23 師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。如委
24 任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

25 中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

26 書記官 黃璽儒

27 附註：

28 民事訴訟法第466條之1：

29 對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴
30 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

31 上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為

- 01 法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法
- 02 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
- 03 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。