

借地建屋爭議之調和 與房地分離的權源自治選擇

楊 宏 暉*

要 目

- | | |
|------------------|------------------|
| 壹、問題提出 | 三、一體處分 |
| 貳、房地的產權分離問題 | 伍、使用借貸契約的對抗第三人效力 |
| 參、債權與物權的區分 | 問題 |
| 一、債權相對性與物權絕對性 | 一、重要爭議問題 |
| 二、不同權源之成本風險 | 二、類推適用買賣不破租賃之規定 |
| 肆、現行法對房地所有權異主之調和 | 三、類推適用民法第四二五條之一 |
| 規定 | 的推定租賃關係規定 |
| 一、同一人所有：法定地上權與推 | 四、類推適用民法第八七六條的法 |
| 定租賃關係 | 定地上權規定 |
| 二、非同一人所有：地上權或法定 | 五、誠信原則及權利濫用禁止 |
| 的租賃契約承受 | 六、使用借貸無對抗第三人效力 |

DOI : 10.3966/102398202013020131003

* 中正大學法律學系助理教授，政治大學法律學系法學博士。本文初稿曾提出於2011年10月「2011年兩岸不動產法學術暨實務研討會」，後經修改而成。本文特別感謝匿名審查委員提供寶貴的修正意見與建議，使本文得以減少疏謬與錯誤，惟一切文責仍由作者自負。

投稿日期：一〇一年三月二十三日；接受刊登日期：一〇一年七月十九日

責任校對：林綠貞

陸、問題的再思考

- 一、「同屬一人所有」與「非同屬一人所有」的可類推性
- 二、使用借貸與租賃的可類推性
- 三、債權物權化之一般化：知悉或占有

四、權利濫用禁止

- 五、當事人的私法自治與交易選擇
- 六、保全房屋價值的公益性

柒、結語

摘 要

借用他人土地建屋的情形，土地與土地上之房屋，自始即非屬同一人所有，當事人之間僅有債之關係之使用借貸契約作為利用權源，當嗣後有一方將其標之物之所有權讓與第三人時，基於使用借貸契約的相對性，房地分離下的產權衝突再度發生，究竟土地所有人可否對房屋所有人訴訟拆屋還地，是近來實務上的重要爭議問題，基於房屋的價值性與社會經濟利益，法院試圖調和房地所有人之利害關係，從類推適用租賃之規定，到援引誠信原則與權利濫用禁止作為解決問題之依據，均可見法院努力上的用心，學說上對此也尚未有一致共識。本文從實務判決與學說意見，討論處理本爭議問題的法律適用。基於私法自治，對於房地分離嗣後處分之風險，不管是土地讓與還是房屋讓與，當事人都還有預為防免的可能性，因此，有無法律保護的急迫性，非無疑問，故應儘量減少法院介入的空間，予以例外從嚴。

關鍵字：借地建屋、買賣不破租賃、債權物權化、法定地上權、使用借貸、租賃、誠信原則、權利濫用、法律漏洞

壹、問題提出

土地資源有限，而房屋又是人類維持基本生活所必需，然土地所有權取得不易，而房屋又不能脫離土地而存在，我國民法將土地與定著物（房屋）視為個別之不動產，各有其所有權，但房屋與土地不一定同屬一人所有，縱同屬一人所有，亦可能因未與土地一併處分，致各異其主之情形發生，此時，房屋所有人對座落土地的占有使用，須有正當權源，否則將面臨拆屋還地的訴訟，但房屋有價，拆除可能造成社會資源的浪費而有害於公益。因此，在房地分離異主時，在欠缺自治安排的情況下，若要維護建物之存續，則法律必須介入安排，在房地所有人之間建立起法律關係，以彌補當事人意思之不足。

土地所有人有時基於個人情誼或親屬關係，同意他人在自己土地上建屋，並未預立明確的土地利用權，或僅是簡單的使用借貸約定，如果事後發生「房屋所有權讓與」或「土地所有權讓與」之情況，如何解決彼此間的利用衝突關係，土地所有權人可否依民法第七六七條訴請拆屋還地，實務上爭議頗多。

涉及「房屋讓與」類型者，最高法院九十五年度第十六次民事庭會議¹，有三說紛陳，甲說採肯定說，認為使用借貸不可對抗第三人；乙說採否定說，認為可類推適用民法第四二五條之一，推定有使用借貸關係；丙說則採依具體個案情形定之。雖決議採丙說，即於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，而為綜合判斷。學者復有認

¹ 本案最初是臺灣高等法院暨所屬法院92年度法律座談會之提案，原只有甲、乙二說，然因意見爭執甚烈，無法在債權相對性與交易安全保護之調和上取得共識，乃增列丙說，結果多數贊成移請最高法院決議。

為最高法院的思考過於線性，不符最高法院應有的高度，應該還可以有一個第四說，即類推適用民法第八七六條法定地上權之規定²。涉及「土地讓與」類型者，實務上對於土地轉讓後，土地受讓人對原借用人可否主張物上請求權，爭議亦屢見不鮮，如最高法院九十六年度臺上字第一三五九號判決雖持否定立場，但最高法院九十六年度臺上字第一三二二號判決則採肯定立場，近來則似有循依上開民事庭會議決議，採依誠信原則與權利濫用禁止之個案認定方法。

自最高法院決議一出，學說上對此一問題，亦投予相當的關注，成為民法研究上的一個小熱點，呈現眾多紛云、百家爭鳴的情況，尚未形成共識。法院判決上對此，亦未形成一致性共識，從早期否定使用借貸的類推適用，到部分肯認民法第四二五條之一的類推適用，最後甚至動用到誠信原則此一帝王條款來解決。顯見此問題的複雜度與困難度，超乎想像。

本文先觀察現行法下對於房地分離異主時的調和模式，次再論述學說及實務上對於借地建屋爭議之解決方式，最後則嘗試從房地分離的問題、使用借貸與租賃之比較、債權的物權化、權利濫用禁止、交易選擇與私法自治等觀點，對此問題，重新再為檢視，並提出淺見。

貳、房地的產權分離問題

從自然事實與現實使用層面來看，房屋必然座落在土地之上，不能脫離土地而存在，但房屋又具有獨立於土地之外的價值跟功能，法律上對於房屋跟土地的關係，究竟是將房屋視為土地之一部

² 蘇永欽，非線性的體系思考，載：尋找新民法，頁513，2008年。

分，或將房屋視為獨立之所有權標的物，立法例上有不同的處理方式。

羅馬法上，依據「房屋附隨於地皮」(superficies solo cedit)原則，視房屋為其座落土地所有權的一部分，併隨土地所有權移轉而移轉。德國民法繼受羅馬法此一原則，於德國民法第九十四條第一項第一句明定：「定著物〔特別是建築物〕及與土地尚未分離之出產物，為土地之重要成分。」

我國民法第六十六條規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物。」將定著物視為另一獨立之不動產，不被土地所吸收。所謂「定著物」，係指繼續密切附著於土地，不易移動其所在，依社會交易觀念認為非土地的構成部分，而有獨立的使用價值者³。房屋即為典型適例，另外也還包括紀念碑、通訊電臺、橋樑、牌坊、高架道路等各種建築物。因此，房屋與土地，依法為各自獨立的不動產，分別為二個不同的所有權標的，並可成為各自獨立的交易客體。此一立法對於房屋與土地之交易價值的獨立利用，有其正面意義，但也使得房屋的所有權與土地的使用權脫離，造成房地所有人間的複雜法律關係。

基於房屋利用必然使用土地之事實，即會妨害到土地所有權人的行使，故房屋如果要合法地附著在土地上，必須對該土地有法律上的正當權源(Rechtstitel)，否則，即構成無權占有，而面臨拆屋還地的訴訟。當土地跟房屋同屬一人所有時，對於占有權源的安排，通常不會發生衝突情況而甚少追問⁴。但是，當分屬不同人所

³ 施啓揚，民法總則，頁222，2011年8版。

⁴ 不過，論者有認為從民法第876條規定推論，此時對自己土地的利用權源為地上權，蓋當土地所有人同時有該地上房屋之所有權時，房屋之所有人對於自己的土地也有地上權，但由於土地的所有權及地上權同屬於一人，依混同之原則，可認為地上權消滅，致使此種關係潛在而不明顯，但當房屋及土地的

有時，則須有正當權源⁵，方能令房屋合法及穩固地座落，此一正當權源，可以是地上權⁶或典權⁷之類的限制物權，也可以是租賃、使用借貸、買賣⁸等債權關係。換言之，物權或債權，均可作為房屋座落他人土地之正當權源。

因此，對於需要利用土地以建屋之人，可以設法透過交易取得該地的所有權，亦可透過私法自治的交易安排，對該土地之利用，設法取得債權或物權的利用權源。

為了減輕房地分離所造成的權利衝突，如果能夠適當限制房地應同時處分的話，或可減少紛爭，不過，鑑於房屋具獨立的高度經濟價值，基於對所有權絕對的尊重與民法的自由交易原則，立法者僅在「區分所有」情況加以限制，要求須將專有部分和共有部分連

所有人不同時，此一地上權應隨房屋的所有權移轉給受讓人，原來潛在的座落關係也因而轉換為顯在的地上權。參閱陳榮傳，離開土地的房屋（上）——最高法院九十一年度台上字第三六號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌，51期，頁37-38，2003年10月。

⁵ 即使在德國法之下，雖然房屋為土地之一部分，但依德國民法第95條第1項規定：「為臨時之目的而附著於土地之物，不構成土地之重要成分。在他人土地上有權利之人為行使其權利而附著於該土地之建築物或其他工作物，亦同。」這裡所指的權利，係僅指「物權」（dingliche Rechte）而言，如地上權（Erbbaurecht）、用益權（Niessbrauch）、越界建築權（Überbaurecht），此際，房屋應屬動產，若是依地上權而為建築者，建築物為地上權之重要成分，於地上權消滅時，建築物則成為土地之重要成分（§ 12 ErbauRG），但土地所有人必須支付償金。Vgl. Jauernig/Jauernig, BGB, 10. Aufl., 2003, § 95 Rn. 3 f.

⁶ 民法第832條：「稱普通地上權者，謂以在他人土地之上下有建築物或其他工作物為目的而使用其土地之權。」

⁷ 民法第911條：「稱典權者，謂支付典價在他人之不動產為使用、收益，於他人不回贖時，取得該不動產所有權之權。」

⁸ 例如土地買受人已受領土地之交付，但尚未辦理所有權移轉登記，買受人在該地上興建房屋，仍屬有權占有。參照最高法院69年度第4次民事庭會議決議。

同基地權利一體處分（民法第七九九條第五項），背後有其維護重大公益之理由。除此之外，均任由房地所有權的自由分離交易，以增加資源利用的效率，但也增長了衝突情況，保屋大作戰的情形，屢見不鮮。立法者跟法院也投注不少心力，於此進行權利的調和，包括法定地上權（民法第八七六條、第八三八條之一）、推定租賃關係（民法第四二五條之一）、法定租賃契約承受（第四二六條之一）、建築物的時價補償或延長地上權（民法第八四〇條）、併付拍賣（民法第八七七條）、買賣不破租賃（民法第四二五條）及其類推適用等等⁹。

參、債權與物權的區分

一、債權相對性與物權絕對性

在民法的權利體系中，債權與物權的區分，為最重要的基本原則¹⁰，源於羅馬法「對人」（in personam）與「對世」（in rem）的區分，以及學說匯纂學派（Pandektistik）對這些法律制度的理解，並為大陸法系民法所接受¹¹。所謂債權，乃指請求特定人為特定行為之權利，而物權乃直接支配其標的物，而享受其利益之具有排他性的權利¹²。債權係一相對權，僅得對特定人而為主張，不得對抗第三人；物權係一絕對權，得對不特定人而為主張，是「債權相對性」與「物權絕對性」為二者本質上的重大區別。物權的絕對

⁹ 蘇永欽，同註2，頁510-511。

¹⁰ 持不同意見者，參見謝哲勝，債權物權相對化(二)——最高法院九十六年台上字第一三五九號判決評釋，月旦法學雜誌，162期，頁198-202，2008年11月。

¹¹ 蘇永欽，從債物二分的底蘊看債物分編的體例，載：尋找新民法，頁235，2008年。

¹² 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，頁55，2009年修訂11版。

性，主要表現在「追及性」、「排他性」跟「優先性」三方面¹³，追及性展現在當物權標的物輾轉移轉時，物權人均可追及物之所在，主張支配該物之權利；排他性則展現在同一標的物不容許同時存在二個內容相同的物權，故發生在先之物權可有排除後發生之物權的效力；優先性則展現在當不相容之物權存在時，依其成立時間先後順序定其效力，而且物權有優先於債權的效力¹⁴。

從對物的支配關係而論，物權是對物的直接支配，所有權與地上權均是，使用借貸與租賃等基於債之關係而享有占有使用物的權利，也算是對物的一種支配，但因是透過債權契約而只能針對契約相對人而為主張，不能像物權一樣，對其他人而為主張，故依據債權而對物為占有及使用，只是一種只能針對債務人主張的相對性權利。

二、不同權源之成本風險

從權利作用而論，物權是遠比債權穩固及受保護。就能達成讓房屋合法座落於土地之目的者，所有權、地上權、租賃、使用借貸，皆能達此目的，故當事人可依其需要，選擇最符合自己成本效益的方式。

取得基地的所有權，固屬最穩妥的方式，但也是成本最高的方法，如果碰到無法取得所有權的方式，只能另尋其他權源，以支付對價或透過情誼關係設法取得，如租賃或使用借貸，而地上權的設定，亦可為有償或無償，蓋我國民法的地上權不以地租之支付為成立要件，因此，擬以有償方式取得者，可為租賃或設定地上權，擬以無償方式者，可為使用借貸或設定地上權，不過，設定地上權方

¹³ 王澤鑑，民法物權，頁58-61，2010年增訂2版。

¹⁴ 王澤鑑，同前註，頁59。

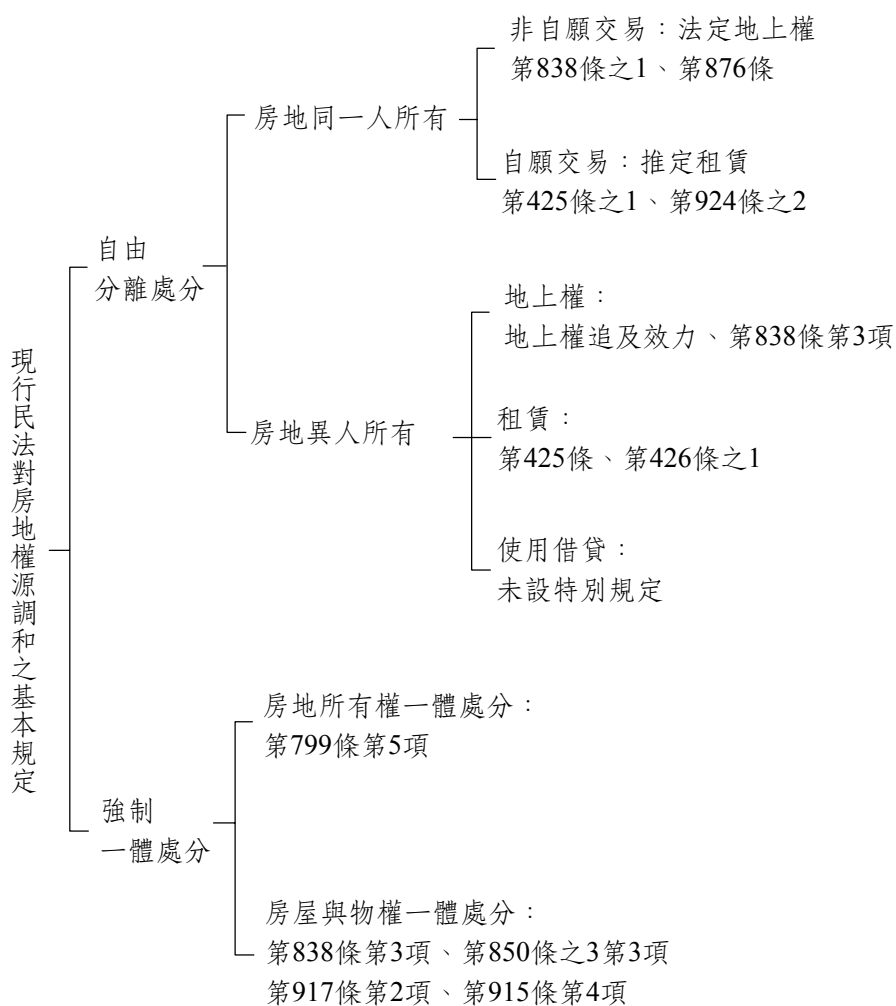
式要比債權方式，成本要高，如規費負擔，但風險較小，故當事人如果選擇成本較低方式取得利用權源者，如使用借貸方式，自應承擔因此所生之風險。

使用借貸與租賃，二者雖都屬債權，除無償跟有償之差異，重要的差別即在於租賃契約有民法第四二五條買賣不破租賃的適用，即基地租賃權並不會隨基地所有權移轉而受有影響。但使用借貸則無這樣的規定，故當基地所有權易主時，基於使用借貸契約所取得之利用債權，基於契約相對性原則，即無法對抗新土地所有人，而須面臨拆遷的風險。

在交易上，物權與債權具有選擇與替代的關係，在交易之初，當事人既然得於不同權源選項中自由選擇，如其選擇效力較弱之債權權源者，理當自行承擔其所生的風險。

肆、現行法對房地所有權異主之調和規定

目前現行法對於房屋與土地之所有權於分屬不同人所有時，依原屬「同一人所有」跟原非屬「同一人所有」之情形，設有不同之明文規定，形成複雜的體系（詳見圖一）。



圖一

一、同一人所有：法定地上權與推定租賃關係

基本上，基地利用權的安排，當事人依其意思自由與私法自治，對於要採何種方式或何種權利，均可在設立前作出決定，只要能夠跟土地所有人達成合意即可。但在某些情況下，當事人並無法事先作出安排者，即需要法律介入，當土地與土地上房屋同屬一人所有者，即為適例，基於混同法理，民法上尚無成立自己地上權¹⁵或自己租賃或自己使用借貸之空間，而房屋與土地又各自具獨立價值而可自由處分，法律又無規定房地應一體處分的限制，故所有人可能將其一設定抵押權或讓與，或者各別為之，此時即會造成房地各異其主之情形，斯時，房屋是否還能合法繼續存在於土地上，即不無疑問。

(一)非自願交易：擬制地上權設定

1. 各別設定抵押權

在將建築物或土地設定抵押權以融資之場合，若無法清償致淪落拍賣者，必將發生各異其主情況，民法第八七六條規定：「設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之（第一項）。設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，適用前項之規定（第二項）。」本條立法目的係基於社會經濟公益上之理由，蓋建築物性質上不能

¹⁵ 德國法承認土地所有人可為自己設定地上權。Vgl. BGH NJW 1982, 2381. 我國法目前僅於物權修正條文中允許可設自己不動產役權，參見民法第859條之4。

與土地使用權分離而存在，當建築物與土地不同屬一人所有時，通常當事人得經由契約約定，使建築物取得對土地之利用權，基於私法自治原則，法律亦無介入之必要，但若土地或建築物設定抵押權，因建築物所有人於法律上不能在自己土地設立利用權，而其後經強制執行拍賣時，拍定人又無從經由契約等法律行為，使建築物取得土地利用之權，則於拍定後，建築物與土地各異其所有人時，勢將造成建築物無從利用土地致拆除之結果，有害社會經濟發展，故為使建築物得繼續存在，斯有本條之設¹⁶。

2. 各別拍賣

同理，同一人所有之房屋與土地，雖未設定抵押權，亦可能因債權人為實現債權而聲請強制執行，但未併予查封拍賣¹⁷，致形成各異其主之結果，此亦為房屋所有人所無法事先安排權源之情況，故民法第八三八條之一第一項規定：「土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，因強制執行之拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。其僅以土地或建築物為拍賣時，亦同。」立法理由中亦明白強調：「如未併予拍賣，致土地與其建築物之拍定人各異時，因無從期待當事人依私法自治原則洽定土地使用權，為解決基地使用權問題，自應擬制當事人有設定地上權之意思，以避免建築物被拆除，危及社會經濟利益，爰明定此時視為已有地上權之設定。惟其地租、期間及範圍，宜由當事人協議定之；如不能協議時，始請求法院判決之。」

¹⁶ 謝在全，民法物權論（中），頁486，2010年修訂5版。

¹⁷ 參強制執行法第75條第3項。

(二)自願交易：推定租賃

在拍賣的情形，房地所有人對此突遭狀況，不能預作安排，而拍定人亦無法於拍定前先與所有人議定利用權，因此，法律特別介入干預。如果是在私的買賣過程中，理應對於房地產權分離狀況，於交易時先作安排。惟若當事人間未有安排時，該如何處理，過去實務上，最高法院四十八年臺上字第一四五七號判例即表示：「土地與房屋為各別之不動產，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，故土地及房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地。」惟此一默許繼續使用之法律關係為何，有待正名，實務上認為當屬「租賃關係」¹⁸。

民法第四二五條之一第一項即是將上開實務見解予以法典化，規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第四四

¹⁸ 最高法院73年度第5次民事庭會議決議：「土地與房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣時，依本院48年台上字第1457號判例，應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，參照該判例之原判決全部裁判意旨，係認為使用土地之房屋所有人對土地所有人應支付相當之代價，則其法律關係之性質，當屬租賃。至其租金數額，如當事人間不能協議決定，當可訴請法院裁判。其再因轉讓而承受土地所有權之人，應有民法第425條之適用，其再因轉讓而繼受房屋所有權之人，則除有反對之特約外，應推斷土地所有人對之默許其繼續承租，故不問其後為轉讓土地或轉讓房屋，其土地所有權之承受人對房屋所有人或房屋所有權之承受人對土地所有人，均繼續其原來之法律關係。」

九條第一項規定之限制。」以「推定租賃」方式，處理產權衝突，立法理由強調：「土地及房屋為各別之不動產，各得單獨為交易之標的。惟房屋性質上不能與土地分離而存在。故土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，實務上見解（最高法院四十八年臺上字第一四五七號判例、七十三年五月八日七十三年度第五次民事庭會議決議參照）認為除有特別約定外，應推斷土地受讓人默許房屋受讓人繼續使用土地，但應支付相當代價，故其法律關係之性質，當屬租賃。為杜爭議，並期明確，爰將其明文化。又為兼顧房屋受讓人及社會經濟利益，明定當事人間在房屋得使用期限內，除有反證外，推定有租賃關係，其期限不受第四百四十九條第一項二十年之限制。」有實務判決即尋繹本條規範意旨，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係，庶符社會正義之要求（最高法院九十一年度臺上字第一九一九號判決參照）。此一推定租賃，乃立法者假設當事人間的真意而預立規範，蓋利用他人土地必須支付對價，方為合理，最能體現此一關係者，即為租賃，故預設推定，可減輕當事人間磋商契約的成本負擔¹⁹，當然，既為「推定」，當事人自可另行約定成立租賃以外之利用關係。

物權新修正條文第九二四條之二第一項，規定當所有人基於其自願交易而將其土地或房屋只出典其一或各自出典時，亦推定在典權或建築物存續中，有租賃關係存在，亦同此旨²⁰。惟於

¹⁹ 王澤鑑，民法總則，頁446-447，2001年6版。

²⁰ 本項立法之理由，係鑑於過去實務上認為所有人設定典權之書面，雖僅記載出典者為建築物，並無基地字樣，但使用建築物必須使用該土地，除有特別

典權人依法取得典物所有權，致土地與建築物各異其所有人時，則準用第八三八條之一的法定地上權規定（第九二四條之二第三項）²¹。

（三）小 結

對於同屬一人所有之房地，因各別讓與房地致各異其主時，民法主要設有三個不同的條文予以規定，且分成「法定地上權」與「推定租賃關係」二種模式，使得這三個條文的適用前提與法律效果不盡相同，一為抵押物拍賣之場合（第八七六條）、一為強制執行拍賣之場合（第八三八條）、一為一般所有權讓與之場合（第四二五條之一），在我國法將強制執行拍賣亦視為私的買賣之一種的情形下²²，解釋上，前二者亦可被後者所涵蓋，故這三種情形的構成要件實有重疊之處，所差別者在於讓與之原因，前二者為拍賣方式，房地所有權人非屬自願，後者則是房地所有權人自願為各別交易之情形。然而，這三個條文之立法目的，均在於保全建築物之價值，側重房屋所有權與基地利用權一體化之體現，但法律效果卻

情事，可解為當事人之真意，僅以建築物為典權之標的物外，應解為該土地亦在出典之列（司法院院解字第3701號、第4094號解釋、最高法院33年上字第1299號判例參照）。惟查土地與建築物為各別獨立之不動產，原得獨立處分，而法律又未限制典權人用益典物之方法，典權人不自為用益亦無不可，僅以土地或建築物設定典權或分別設定，亦有可能，是上開見解非無斟酌餘地。至於關於土地之利用關係如何，倘當事人間有特別約定，自應依其特別約定，如無特別約定，應擬制當事人真意為建築物得繼續利用其基地，爰參考第425條之1而為增訂。

²¹ 本項立法之理由，認為於典權人取得典物所有權致土地與建築物各異其所有人時，已回歸為建築物所有人與土地所有人間之關係，為使建築物對基地使用權單純及穩定，爰增訂第3項明定，準用第838條之1之規定視為已有地上權之設定。

²² 參閱最高法院47年臺上字第152號判例。

有明顯差異。地上權與租賃債權的效力仍顯有差別，保護程度有差²³；再者，「視為已有地上權」係一擬制規定，排除當事人間另外安排法律關係的可能性，而「推定」有租賃關係，允許當事人舉證推翻，從而容許當事人間另依私法自治另設安排。

立法者究竟為何在此對差別處置，其法律基礎何在，彼此的適用關係如何，不甚清楚。債權與物權的區分方式，或許從體系安排著眼，即民法第四二五條之一規定在債編中，採取債權方式，符合體系思考²⁴，而且該條規定係從實務見解演變而來，原就認為該法律關係當屬租賃，而民法第八三八條之一與第八七六條規定在物權編，故採用物權方式，應可理解。在適用關係上，民法第八七六條跟第八三八條之一分別是針對實行抵押權與強制執行拍賣之特殊情形，當屬特別規定。但在適用範圍上，民法第四二五條之一以「房屋」為限，民法第八三八條之一與第八七六條則以「建築物」為範圍，後者的客體範圍又大了點。另一個差別則是在「非自願交易」與「自願交易」的情境區別上，民法第八七六條跟第八三八條之一的非自願情形，當事人之間尚無充分空間可預先安排，無從期待當事人的私法自治，故讓法律有較強的介入空間，採取擬制規定；而民法第四二五條之一的自願交易²⁵，當事人間在各別處分的時候，本就有空間依循私法自治，順便連利用權源一併先為安排，所以，

²³ 租賃權雖有物權化之趨勢，但依民法第425條仍有一定的要件，不如地上權的穩定。而法定地上權依民法第767條第2項規定，對於第三人之侵害有所有物返還請求權，但承租人只能依民法第962條行使占有物返還請求權。但是，如推定租賃之承租人可依民法第422條之1聲請為地上權登記者，則二者就幾無差別了。

²⁴ 不過，民法第924條之2，對於房地同屬一人所有而分別設典之情形，則採取推定租賃關係。

²⁵ 民法第924條之2亦屬自願交易情形。

法律介入空間就顯得小而和緩，故採用推定方式。

然而，對於同屬一人所有之房地，為保全建築物價值，而於各別處分時，為其安排基地使用權，在債編與物權編分設不同規定，又呈現不同的法律評價，又無明確的區別之理，民法第九二四條之二卻又混合這二種模式，使得法律適用在多重規定下，顯得雜亂無章，因此，即有論者呼籲應予統一規定，以期明確²⁶。對於這個問題，民法物權編研究修正專案小組於研擬抵押權章及用益物權章修正時，曾對此一問題進行深入討論，惟因問題相當複雜，對於這些條文在適用上有無衝突或如何適用，乃決定留待學說與實務發展²⁷。

二、非同一人所有：地上權或法定的租賃契約承受

(一)地上權

如果房地係分屬不同人所有者，若非屬無權占有之情況，則當事人間必然自始即有一定法律關係之安排，或為物權（如地上權），或為債權（如租賃權），此一基礎關係也可能因事後房地產權的轉讓而發生變化，如屬物權性質之地上權，基於物權的追及力與排他力，房屋所有人可對新的土地受讓人主張地上權，房屋的受

²⁶ 吳瑾瑜，所有權行使與權利濫用——以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例，臺北大學法學論叢，78期，頁86，2011年6月。蔡瑄庭，民法第八七六條「土地與建物同一人所有」概念擴張之類型分析，月旦法學雜誌，194期，頁239，2011年7月。

²⁷ 參閱民法物權編研究修正專案小組第16次會議（2004年2月24日）討論。法務部，民法物權編修正實錄——抵押權章（上），頁388以下，2006年。民法物權編研究修正專案小組第78次會議（2006年9月26日）討論。法務部，民法物權編修正實錄——通則、所有權、用益物權、占有及施行法（二），頁1429以下，2009年。學說上關於這些條文的適用競合關係，可參閱，謝在全，同註16，頁22-23。

讓人，亦可基於地上權的一體處分（民法第八三八條第三項參照），對土地所有人主張，而土地受讓人因物權的公示性，在土地交易過程中亦不致於因地上權的負擔，而有不測損害。

（二）租賃契約

但若使用他人土地建屋之基礎關係為債權性質之租賃契約，如果基於債權的相對性，房屋或土地之新受讓人，非原契約的相對人，自不必受契約拘束，此時，房地的緊張關係再度發生，不過，民法對此設有特別規定。

1. 土地讓與類型

對於土地轉讓的情形，依民法第四二五條第一項規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。」此即為俗稱的「買賣不破租賃」，將原本的債權予以物權化，而可對土地受讓人主張，並發生租賃契約承擔之效果。此一立法政策係為保護承租人利益而設。羅馬法上採取「買賣破除租賃」（Kauf bricht Miete）之原則，而德國民法第一次草案原承襲此原則，但廣受批評，於第二次草案中改採「買賣不破租賃」（Kauf bricht nicht Miete）原則，主要是鑑於以居住、營業或農耕為目的之租賃關係上，為謀社會之安定並體恤經濟上弱勢之一方，多傾向採取保護承租人之措施，蓋房屋是人類基本生活所需基本資源，但土地資源有限且價值高昂，難以讓每一人均取得所有權，而須以租賃或其他方式取得使用土地或房屋之權限，以維持基本生活，這些人常屬社會經濟上弱勢，故有立法特別保障之必要，將原為債權性質之租賃權予以物權化，以使其取得若干程度可以對抗第三人之效力，令其權益不受所有權變動之影

響²⁸。我國民法亦將此規定予以繼受，讓債權性質的租賃權，依法可以對抗第三人，惟對於土地受讓人而言，取得所有權卻要承受租賃負擔之不利益，為兼顧其利益，立法者乃以「承租人占有中」作為租賃權的公示工具²⁹，提供交易安全的最低保障，並縮小其適用範圍，排除未經公證之長期或不定期不動產租賃契約，以避免假租賃情事的發生³⁰。

2. 房屋讓與類型

如果是房屋轉讓的情形，則非屬上開規定之租賃物的讓與，過去，最高法院四十八年臺上字第二二七號判例表示：「租地建屋之契約如無相反之特約，自可推定出租人於立約時，即已同意租賃權得隨房屋而為移轉，故承租人將房屋所有權讓與第三人時，應認其對於基地出租人仍有租賃關係之存在，所謂相反之特約，係指禁止轉讓基地上所建房屋之特約而言。」後來，一九九九年民法債編修訂時，即循此見解增訂民法第四二六條之一規定：「租用基地建築房屋，承租人房屋所有權移轉時，其基地租賃契約，對於房屋受讓

²⁸ 吳秀明，租賃，載：民法債編各論（上），頁446-447，2004年。林誠二，買賣不破租賃規定之目的性限縮與類推適用，台灣本土法學雜誌，97期，頁144，2007年8月。

²⁹ 1999年修正本條之立法理由表示：「司法院三十五年院解字第三〇七三號解釋要旨稱『租賃物業經出租人交付承租人後，即為承租人所占有，出租人如將其所有權讓與第三人，第三人可就承租人之占有，知有租賃契約之存在，不致因租賃契約於受讓後繼續存在，而受不測之損害。民法第四二五條，係基於承租人受交付後，必占有租賃物之普通情形而為規定。若出租人於承租人中止租賃物之占有後，將其所有權讓與第三人，則第三人無從知有租賃契約之存在，絕無使其租賃契約對於受讓人繼續存在之理』。為期明確，爰於第一項增列『承租人占有』等文字，使買賣不破租賃之規定，僅適用於出租人於租賃物交付後，承租人占有中之情形，以保障第三人之權益。」

³⁰ 民法第425條第2項：「前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。」

人，仍繼續存在。」蓋若無此一安排，則房屋受讓人將因對土地無利用權源而被迫拆屋，對於房屋價值與社會經濟利益福祉損害甚大，實務判例早即承認³¹，土地承租人移轉房屋所有權時，除當事人訂有禁止轉讓房屋之特約外，應推定基地出租人於立約時，即已同意租賃權得隨建築物而移轉於他人，房屋受讓人與基地所有人間，仍有租賃關係之存在³²。

(三)使用借貸契約

相較於租賃契約，在使用借貸關係中，並無類似的規定，若嚴格謹守債權相對性原則，不管是房屋轉讓或土地轉讓之結果，房屋所有人均無法對土地所有人主張原使用借貸關係，致形成無權占有。此一狀況，遂成為保屋大作戰紛爭的關鍵，如何將相對性的債權，延伸至可對抗第三人之程度，使房屋享有合法利用權源，維護其經濟價值，便成為學說與實務努力投注研究心力的熱點。

三、一體處分

(一)房地所有權的一體處分

如果要終局避免因自由處分導致建築物失去正當利用權源而流於無權占有之後果，最簡單的作法就是限制土地與建築物應同時處分，這樣，土地與建築物之間就不致於缺乏正當權源，對於建築物所有權人之權益保護就不會略嫌不足。不過，此一方式限制權利處分甚嚴，與民法承認土地與建築物為獨立之不動產而可分別交易之

³¹ 參見最高法院43年臺上字第479號判例。

³² 本條立法理由謂：「房屋所有權移轉時，實務上認為除當事人有禁止轉讓房屋之特約外，應推定基地出租人於立約時，即已同意租賃權得隨建築物而移轉於他人；房屋受讓人與基地所有人間，仍有租賃關係存在，爰參酌最高法院判例意旨，增訂本條並明定其租賃契約繼續存在，以杜紛爭。」

立法原則大相逕庭，同時也和民法的自由交易原則相違³³，基於財產權的保障，應有重大公共利益之維護，作為正當化理由，現行法僅在少數情況下，如「區分所有建築物與其基地」的處分，限制其應一體處分³⁴，尚未擴及於所有土地與建築物之一般情況。

(二)房屋及其物權的一體處分

雖然，現行法已新設一些規定，但也都還只僅止於建築物及其物權的一體處分而已，如民法第八三八條第三項對於「地上權與其建築物或其他工作物」³⁵、第八五〇條之三第三項對於「農育權與其農育工作物」³⁶、第九一七條第二項對於「土地典權及其上建築物」³⁷、第九一五條第四項對於「土地及土地上建築物之同一典權人就其典物與典權之處分」³⁸，要求應一體處分，尚未全面擴及其

³³ 朱柏松，論房地異主時房屋所有人之土地使用權——評最高法院八十八年台上字第二一九三號判決，月旦法學雜誌，57期，頁176，2000年2月。

³⁴ 民法第799條第5項及公寓大廈管理條例第4條第2項。

³⁵ 立法理由謂：「地上權之社會作用，係在調和土地與地上物間之使用關係，建築物或其他工作物通常不能脫離土地而存在，兩者必須相互結合，方能發揮其經濟作用。故地上權與其建築物或其他工作物之讓與或設定其他權利，應同時為之，以免地上物失其存在之權源，有違地上權設置之目的。」

³⁶ 立法理由謂：「因農育權而設置於土地上之農育工作物，例如水塔、倉庫等，應與農育權相互結合，始能發揮其經濟作用。為避免該權利與其農育工作物之使用割裂，於第三項明定二者不得分離而為讓與或設定其他權利，例如農育工作物不得單獨設定典權是。」

³⁷ 立法理由謂：「典權人在典物之土地上營造建築物者，典權與該建築物應不得各自分離而為讓與或其他處分，例如建築物設定抵押權時，典權亦應一併設定抵押權，反之亦同，俾免因建築物與土地之使用權人不同，造成法律關係複雜之困擾，爰增訂第二項。」

³⁸ 立法理由謂：「土地及土地上建築物之同一典權人，就其典權原得自由而為轉典或其他處分，然為避免法律關係之複雜化，爰對於同一人所有之土地及土地上建築物，同時或先後為同一人設定典權之情形，增訂第四項限制

他權利，以免對私權產生過大的限制。

伍、使用借貸契約的對抗第三人效力問題

一、重要爭議問題

關於使用借貸契約「是否」及「如何」可對第三人發生效力，實務上最重要的指標意見，即屬最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議。該提案事實為：甲同意乙無償在甲所有土地上建造三層樓房一棟，未約定使用土地期限，不久之後，乙所有房屋經其債權人聲請查封拍賣，由丙拍定買受，並取得不動產權利移轉證書，甲即以丙不得繼受伊與乙間之使用借貸關係，屬無權占有為由，依民法第七六七條規定，訴請丙拆屋還地，是否應予准許？

甲說（肯定說）：按使用借貸契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外第三人，系爭房屋如已出賣並移轉所有權予他人，則買受該房屋之人自不得再執其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，對系爭土地所有人主張其有使用該土地之權利，蓋上開使用借貸契約，僅存在於契約當事人間，故甲訴請丙拆屋還地，於法有據，應予准許。

乙說（否定說）：按民法第四二五條之一規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。」此規範目的應係調和建築物所有人與基地所有人間之關係，使原存在之建築物不因其所占用之基地移轉

規定，典權人就其典物即土地及其土地上之建築物不得分離而為轉典或就其典權分離而為處分。」

他人，而成無權占有土地，致遭土地所有人以所有權之作用，請求將之拆除，對建築物所有人及社會經濟造成不利之影響，乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係。是本件案例雖與上開規定所稱之「土地及房屋同屬一人」情形未盡相同，但揆諸上開法文規範之目的及債權物權化之趨勢考量，應依「相類事實，應為相同處理」之法理，而類推適用前揭法文之規定，推定房屋受讓人與土地所有人間於房屋得使用期限內，有使用借貸關係，從而，丙所有系爭房屋使用系爭土地，並非無權占有，甲本於所有權作用，請求丙拆屋還地，不應准許。

丙說：土地與其上之房屋之關係，究屬使用借貸、租賃或其他情形，及當事人間如何行使權利，應由個案查明衡酌當事人繼受情形、當事人間之關係、意思、使用情形、付費與否、雙方間所得利益與所受損害、有無權利濫用、是否違反誠信原則及公共利益等情，分別認定。本則提案題意不甚明確，關於土地所有人對於房屋受讓人可否請求拆屋還地等此類法律問題宜視個案之具體案情決定之。

決議：採丙說：視具體個案情形決定之。按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。

學說上及實務上對於使用借貸契約，究竟是否、以及如何發生對抗第三人效力，則提出以下幾種不同的解釋方法。

二、類推適用買賣不破租賃之規定

(一)類推適用民法第四二五條

1. 合法權益的維護

對於房地分離之處理，論者認為民法第四二五條規定宣示了一項立法意旨：凡已合法取得標的物占有之人，於其合法占有期間內，得持續依其原先之信賴，而為標的物之使用收益，至該期間依法終止為止。至於使用權人有無支付對價而取得使用權，則無關緊要，蓋本條之適用，係以使用人取得標的物之使用權於先，並繼續占有之中，而所有人取得該物之所有權在後，此時，使用人與所有人發生法益衝突，所有人應讓步，以維護正當信賴，符合風險的合理分配與效率之要求，蓋基於使用人持續占有標的物之事實，所有人於決定取得所有權之前，已明知或可得而知將與現使用人產生法益衝突，故其處於可避免風險之地位卻不避免；反之，如使用人於取得使用權之時無從得知，亦無從避免與新所有人的法益衝突，即不應由使用人承擔嗣後由所有人造成的風險，故僅以有償、無償而區分民法第四二五條得否類推適用於使用借貸，似乎有待商榷³⁹。

2. 占有作為物權化工具

由於民法第四二五條係涉及租賃標的物（土地）之移轉，因此，當作為使用借貸標的物之土地，發生所有權移轉時，即應優先考慮民法第四二五條規定的類推適用可能性。論者即強調債權物權化的重要基礎，在於「公示性原則」（*Publizitätsprinzip*），而「占有」即為物權化的重要手段，即「占有將債權變為物權」，透過占有與交付的外觀，使得權利的移轉有其可知悉性，並且經由此

³⁹ 詹森林，最高法院二〇〇二年度契約法判決之研究，載：民事法理與判決研究(五)，頁207-211，2007年。

種方式，債權同時變換為一種絕對權或物權，民法第四二五條之目的雖在保護經濟上弱者，但以「承租人占有中」為要件，亦強調「占有」作為債權物權化之正當依據，至於契約的有償或無償，並非物權化考慮的主要重點，故使用借貸可類推適用民法第四二五條規定⁴⁰。

臺灣高等法院九十八年度重上更(二)字第五十一號判決，即承接以上二個見解之精髓，除以權利濫用為理由之外，另外承認民法第四二五條第一項的類推適用，表示：「本件就台北市政府經國民黨同意而取得系爭土地使用權在先、且國民黨將系爭土地所有權讓與上訴人在後之情形而言，顯然與民法第四百二十五條第一項規定之構成要件事實相類似，且台北市政府已建築房屋占有系爭土地，即具備公示之狀態，上訴人受讓系爭土地時，即有可以知悉其占有狀態之公示性，因此就該項規定之規範目的觀察，為了合理分配風險，以維持物之價值，並保障正當信賴及促進經濟活動，本件即應為相同之處理，故依上說明，應類推適用民法第四百二十五條第一項規定。從而上訴人受讓系爭土地所有權後，應類推適用民法第四百二十五條第一項規定，認為國民黨與臺北市政府間之使用借貸契約，對於上訴人仍繼續存在，故被上訴人占有系爭土地自為有權占有，上訴人即不得請求台北市政府拆屋還地，亦不得請求文山區公所自系爭建物遷出。」不過，本案後經最高法院九十九年度臺上字第一七〇五號判決，僅以權利濫用及違反誠信原則為理由，駁回物上請求權之主張。

⁴⁰ 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則——最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌，111期，頁16-19，2008年9月。

(二)類推適用民法第四二六條之一

1. 保護投資

借用他人土地建屋，爾後讓與房屋之案例，屬自始土地與房屋非同屬一人之情況，與民法第四二五條之一之適用前提不同，比較接近的，應該是民法第四二六條之一基地租賃之情形，二者都是房屋所有人在他人土地上建造房屋之情形，所差別者，只是債之關係種類不同而已，一為基於「租用基地建屋之租賃契約」、一為「使用借貸基地建屋之使用借貸契約」。不過，論者認為民法第四二六條之一立法目的非在保護經濟上的弱者，而是在保護承租人在土地上所投下之勞力與資本能夠回收，即保護土地承租人的長期投資，促進土地之有效利用，帶動社會經濟發展⁴¹，此一保護價值在避免基地所有人訴請拆屋還地，有害社會經濟之安定與土地之利用，於使用借貸基地之情形，應同樣適用⁴²。

2. 公示制度

再者，借用人「占有」土地之「公示狀態」與承租人相同，從現行法於民法第四二五條及第四二六條之一均以占有作為公示方法之立場，於房屋讓與之案例，應可類推民法第四二六條之一，將原已存在之使用借貸契約發生債權物權化之效力，而對房屋受讓人繼續存在⁴³。

⁴¹ 關於買賣不破租賃旨在保障長期投資的觀點，可參閱簡資修，讓與（買賣）不破租賃及其類推適用——長期投資保障觀點之分析，載：經濟推理與法律，頁82-84，2006年2版。

⁴² 吳從周，同註40，頁20-21。

⁴³ 吳從周，同註40，頁21。

三、類推適用民法第四二五條之一的推定租賃關係規定

(一)房屋讓與類型

上開最高法院決議中的乙說，即認為基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，雖非屬「土地及房屋同屬一人」之情形，但仍基於法文規範之目的及債權物權化之趨勢考量，依「相類事實，應為相同處理」之法理，而為類推適用，推定房屋受讓人與土地所有人間於房屋得使用期限內，有使用借貸關係。

最高法院民五庭於九十一年度臺上字第一九一九號判決中，就涉及「房屋讓與」類型案例，即從社會正義之要求，側重房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係，揭示：「房屋所有人對土地所有人原已取得基地利用權，嗣將土地或房屋出賣因致房地異主時，雖與上開判例（指最高法院四十八年台上字第一四五七號判例）所稱之『土地及房屋同屬一人』情形未盡相同，但就該判例規範之目的及債權物權化之趨勢而言，得否依『相類事實，應為相同處理』之法理而為類推適用，即值深究。」依此，對於可否類推適用該判例（即現今第四二五條之一），認為有再探究之必要，而為發回。本案，後經最高法院民四庭作成九十五年臺上字第五五一號判決：「本件系爭房屋與土地原均登記為上訴人所有，若非因民法夫妻財產歸屬之特別規定，而將登記於上訴人名下之系爭房屋認定為上訴人之夫鍾○仁所有，本即屬於上訴人一人所有，並經上訴人同意將系爭土地及系爭建物一併設定抵押權為其夫鍾○仁所負債務之擔保，而認知於鍾○仁未能清償債務時，系爭建物即可能被拍賣由第三人（被上訴人）取得所有權，則上訴人於被上訴人經由法院拍賣程序取得系爭房屋所有權後，自應推斷其默許被上訴人繼續使用系

爭土地，而得類推適用上開判例與法條之規定，始無悖於誠信原則及社會正義之要求。」則採肯定類推適用之見解，並以本案似有實質上同屬一人之情形，作為強化類推適用之說理⁴⁴。

最高法院民三庭於九十八年度臺上字第一三三九號判決，探求民法第四二五條之一的規範目的，似採可類推適用之立場，表示：「因甲○○出具土地使用權同意書予李○鐘興建建物，該建物就其基地（系爭土地），自有利用之權。嗣縱該建物經法院拍賣，由乙○○拍定並取得所有權，致房地異主，而與民法第四百二十五條之一第一項所定『土地與其土地上之房屋同屬一人』之情形，未盡相符。但就該法律規範目的而論，是否不得依『相類事實，應為相同處理』之法理而為類推適用？即待進一步推究。」而將原判決廢棄發回。

但是，最高法院民一庭則持相反立場，於九十四年度臺上字第五五一號判決表示：「按民法第四百二十五條之一規定及本院四十八年臺上字第一四五七號判例，必須土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人之情形，始有其適用。系爭建物及基地，從未同屬一人所有，似難認上訴人就系爭建物使用系爭基地已與被上訴人成立租賃關係。」

綜上，對於土地借用人嗣後讓與其房屋之案例，最高法院有認為不符條文所定「同屬一人所有」之要件，而無民法第四二五條之一類推適用之立場，亦有採應探討本條規範目的而推究可否類推適用之立場。

⁴⁴ 相同見解，亦見於最高法院民二庭99年度臺上字第2281號判決。

(二)土地讓與類型

在涉及「土地讓與」類型之案例，最高法院民八庭於九十六年度臺上字第一三五九號判決表示：「查系爭房屋之建造既為系爭土地原所有人林○成實際所出資，核與系爭土地及房屋同屬一人所有者相類，堪認林○成於出資建造時應已認知並容許該屋於堪用之期限內繼續使用其基地，且上訴人於買受系爭土地時，系爭房屋已存在多年，當難諉為不知，自無不許類推適用民法第四百二十五條之一規定及本院四十八年台上字第一四五七號判例之理由，應可推斷上訴人已默許被上訴人乙○○之系爭房屋繼續使用系爭土地，始與誠信原則及社會正義之要求無違，此與本院五十九年台上字第二四九〇號判例所揭房地現占有人與原所有人間訂有單純使用借貸契約之事實有別。」本件法院似從房地「實質上」同屬一人的角度⁴⁵，認為有類推適用之餘地。

但是，在其他相類之案例中，多數法院判決似傾向於否定類推適用之立場。最高法院民六庭於九十六年度臺上字第一三二二號判決，推翻原審類推適用之見解⁴⁶，認為：「惟按本院四十八年台上

⁴⁵ 蓋本件房屋形式上是登記為其子即被上訴人所有。

⁴⁶ 本案原審表示：次查系爭土地與系爭廠房原非同屬一人所有，雖無法直接適用最高法院48年臺上字第1457號判例及民法第425條之1，但被上訴人於76年間經系爭土地當時所有權人陳○長等三兄弟之同意，在系爭土地上興建系爭廠房，嗣該等土地因分割、贈與輾轉登記在上訴人名下，其情形既與最高法院48年臺上字第1457號判例及民法第425條之1，係基於房屋與基地之使用權關係恆定及房屋既得使用權保護原則之考量，肯認基地使用權不因基地所有權變動而受影響之法理相類，自可類推適用上開判例及法條。故受贈取得系爭土地所有權之上訴人，仍應受其前手同意被上訴人在該等土地上興建系爭廠房之拘束，亦即被上訴人得對上訴人主張其有使用系爭土地之正當權源，上訴人以陳○長等三兄弟出具之土地使用同意書僅具債權之效力，而謂其不受該同意書之拘束，亦不足採。

字第一四五七號判例推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，以及民法第四百二十五條之一推定土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，在房屋得使用期限內有租賃關係存在，乃以土地及其上之房屋同屬一人所有為前提，而使用借貸契約既為債之關係，僅於當事人間有其效力，則原審認定被上訴人與陳○長等三兄弟間就系爭土地有使用借貸關係，被上訴人嗣後在系爭土地上建築系爭廠房，可否類推適用上開判例及法條，逕對嗣後取得該等土地所有權之上訴人發生效力，自有再研求之餘地。倘不得類推適用，則兩造間就系爭土地似無使用借貸或租賃關係存在，從而上訴人行使所有權，除別有違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的之情事外，其基於民法第七百六十七條之規定，請求被上訴人拆除系爭廠房及返還系爭土地，似難謂為無據。」本案後再經最高法院民四庭於九十七年度臺上字第七二一號判決，仍維持否定類推適用民法第四二五條之一的可能性，謂：「按最高法院四十八年台上字第一四五七號判例中所稱推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，及民法第四百二十五條之一所規定：推定土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，在房屋得使用期限內有租賃關係存在，均係以土地及其上之房屋同屬一人所有為前提，而使用借貸契約為債之關係，僅於當事人間有其效力，上訴人與陳○長等三兄弟間就系爭土地有使用借貸關係，上訴人嗣後在系爭土地上建築系爭廠房，與上述判例之事實不符，不得類推適用上開判例及法條。」

最高法院民六庭另於九十九年度臺上字第一七五九號判決，揭示同樣見解，認為「土地使用同意書」無對抗土地買受人之效力：「依上開判例意旨及法條規定（指最高法院四十八年台上字第一四五七號判例及民法第四百二十五條之一），須土地及該土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地、或僅將房屋所有權讓與他人，或將

土地及房屋同時、或先後讓與相異之人，始有上開判例意旨及法條規定之適用，倘土地及房屋並非同屬一人所有，即無適用之餘地。……使用借貸契約為債之關係，僅於契約當事人間有效，第三人並不當然受拘束。地主出具供建商申請建造執照之土地使用同意書，為債之一種，其對出具土地使用同意書者固有效力，但嗣後買受系爭土地之第三人並不當然受拘束。」

最高法院民七庭於九十五年度臺上字第二七一七號判決，亦持相同立場，謂：「本件系爭房屋係被上訴人母親洪嫌徵得被上訴人同意借用系爭基地而建造，為兩造所不爭，是土地及房屋原非同屬一人所有；且被上訴人對母親洪嫌之財產有繼承權，乃被上訴人所可預見，被上訴人於其母親亡故前，即先後將其系爭基地各應有部分出售，能否謂默許房屋繼續使用土地，而推斷土地繼受人默許房屋繼受人繼續使用土地，殊值疑議，尚難比附援引。況使用借貸契約為債之關係，僅契約當事人相互間有效力，第三人並不當然受拘束。原審認上訴人買受系爭土地所有權後，仍應受系爭房屋對該基地使用借貸關係之約束，而因繼承而取得該房屋所有權之被上訴人，仍得主張該房屋對系爭基地使用借貸關係，自有未洽。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」最高法院民五庭於九十六年度臺上字第二八五一號判決中指摘原審類推適用之立場，似亦採否定見解⁴⁷。

⁴⁷ 最高法院97年度臺上字第721號判決：「查原審既認定系爭土地係上訴人輾轉自陳○福、康○焜取得應有部分，與呂○源共有，其地上建物即系爭建物為甲○○等57人所共有，則系爭建物與系爭土地非屬同一人。乃原審疏未注意及此，且未查明系爭建物之價值？是否具相當之經濟價值？遽認甲○○援引最高法院四十八年台上字第一四五七號判例及民法第八百七十六條第一項之規定抗辯其有權使用系爭土地云云為可採，進而為上訴人敗訴之判決，亦有判決不備理由之違法。」

綜上，對於土地貸與人嗣後讓與其土地之案例，多數最高法院認為不符條文所定「同屬一人所有」之要件，無民法第四二五條之一類推適用之餘地。

(三)合法使用權的存續維護

學說上雖有論者認為基地借貸契約縱屬債權契約，但依大法官釋字第三四九號解釋意旨及物上負擔的概念，應可對第三人發生效力，而民法第四二五條之一的推定租賃，其意主要在解決原有權占有的房屋，因為基地或房屋所有權變動，而產生基地使用權是否存續的問題，當土地及土地上房屋不同屬一人所有時，為了減少不同所有權人間自行協商的交易成本，以及避免拆屋還地的社會成本，此一精神於使用借貸之情況，亦應有其適用，故可將民法第四二五條之一類推適用於一開始土地及房屋不同屬一人之基地使用借貸契約，以平衡當事人間之權利義務，惟原基地所有人願意讓原房屋所有人無償使用，既然是基於雙方間特殊的關係，即不能推定在所有人變更後，基地所有人仍有同意無償供使用的意思，因此，除當事人間另行約定者外，應推定土地所有人和房屋所有人間，在房屋得使用期限內，有租賃關係⁴⁸。

(四)同屬一人所有之構成要件的緊扣

綜上觀察實務見解，不管是借用人讓與其房屋，或是貸與人讓與其土地，最高法院還是傾向於緊扣著民法第四二五條之一之「同屬一人所有」構成要件，否定非同屬一人所有的類推適用，縱使借用人原有合法權源，亦然。僅於少數個案中，例外承認「實質上同屬一人所有」之類推適用可能性。至於，本條規定背後揭示之社會

⁴⁸ 謝哲勝，同註10，頁203-205。謝哲勝，民法第四二五條之一的類推適用，月旦法學教室，73期，頁10-11，2006年10月。

經濟福祉利益的維護，最高法院尚未將之跳脫於構成要件之外，而予以直接地獨立適用。

針對這一點，學說上亦有論者認為民法第四二五條之一，設有一個明確的關鍵要件，即須「土地與其上之建築物同屬一人所有」，蓋本條係參考民法第八七六條法定地上權而為增訂，通說認為若當土地及其上建築物如本屬不同人所有時，其間的利用關係或早有安排，或應由其自行解決之，法律無介入之必要，不必擬制地上權的存在⁴⁹。因此，民法第四二五條之一的適用要件，也應該要採取相同的適用見解⁵⁰，學說上認為當土地及其上建築物分屬不同人所有時，涉及原有的法律關係，是否須由第三人繼受或債權物權化之問題，故房地「同屬一人所有」與「非同屬一人所有」，是有其重大區別意義的，對於房地非同屬一人所有之情形，是立法者有意排除而非立法漏洞，如此，則非同屬一人所有之情形，即無藉由類推適用以填補法律漏洞之必要了⁵¹。

四、類推適用民法第八七六條的法定地上權規定

(一)合法占有權源的繼續維護

論者有從「民法體系」出發，宏觀思考整合性的方案，認為可

⁴⁹ 謝在全，同註16，頁487。姚瑞光，民法物權論，頁257，2011年。鄭冠宇，民法物權，頁491，2010年。鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，頁293，2008年修訂15版。

⁵⁰ 林誠二，民法債編各論（上），頁395，2003年增訂2版。劉春堂，民法債編各論（上），頁231，2003年。邱聰智，新訂債法各論（上），頁310，2002年。

⁵¹ 吳從周，「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法第四二五條之一——最高法院九十六年度臺上字第一三五九號判決在法學方法論上的再思考，月旦法學雜誌，165期，頁224-228，2009年2月。

類推適用民法第八七六條法定地上權之規定，並讓屋主負擔價金的支付，蓋房屋受讓人原係合法取得房屋，其房屋占用土地原本亦係基於合法的法律行為，嗣後房屋對土地之占有變為沒有權源，係因為房屋或土地權利主體變更的結果，非可歸責於房屋所有人，此際概讓土地所有人依物上請求權排除房屋對土地之「不法」侵害，是否全屬適當，非無探究餘地，故其認為當土地與房屋之取得皆非違法侵權，卻異其所有且無任何基地利用之交易安排時，因土地與房屋之產權處於相互衝突的狀態，應認為民法如無類似民法第八七六的特別規定，即為違反規範計畫的漏洞，此時即可類推適用之⁵²。

此一見解認為從立法者對於越界建築行使物上請求權的限制（第七九六條）、法定地上權（第八七六條）和建築物歸併權（第八四〇條第一項）、法定延長地上權請求權（第八四〇條第二項）等所設規定，以及法院對於推定租賃關係⁵³、推定相互越界租賃關係⁵⁴、時效取得已登記土地的地上權⁵⁵、親屬關係法定地上權⁵⁶和不少的權利濫用禁止案例，以及近年立法者陸續增訂了推定或強制承受租賃關係（第四二五條之一、第四二六條之一、第九二四條之一），以及法定地上權（第八三八條之一、第九二七條第三、四項），綜合觀察可知立法者都在盡最大可能去保存房屋，對於房地產權分離的衝突，隱然已經形成一種例外規範，亦即在特定條件下，需要對債物二分與物權優於債權的立場，進行特別的調整，為本來無法對抗土地物權人的建物所有人創造一個足以對抗的權利。這樣的條件，包括：首先，適用範圍上應限於房屋和土地所有權非

52 蘇永欽，同註2，頁513。

53 最高法院48年臺上字第227號判例。

54 最高法院75年度第5次民庭會議決議。

55 最高法院60年臺上字第4195號判例。

56 最高法院98年度臺上字第478號判決。

屬同一人的情形，至於原來是否同一，則非所問（第四二五條之一和第四二六條之一就分別處理兩種情形）；第二，建屋行為並未越權；第三，土地所有人處於得請求拆屋還地的狀態，也就是屋主無足以對抗地主的權利。而借地建屋的案例，恰都符合以上三個需要特別調整的條件，如遍尋民法卻找不到為借地建屋而設的特別規定，可認為顯然已構成法律計畫內的漏洞，因此需要依法審判的法官循既定法理去填補，強制一個「有償」的用地關係，而不宜讓地主承受無償使用的債之關係，故宜按無原有使用關係的規則（第八七六條參照），使屋主取得法定地上權，這樣才能真正合理化房地資源的利用⁵⁷。

(二)房屋將繼續存在的可預見性

另有論者認為在土地易主，使房屋有權占有變無權占有之情形，房屋所有人無從取得基地利用權以對抗土地受讓人的窘境，非可歸責於房屋所有人，與民法第八七六條考量建築物拍定人所面對之窘境相仿，均屬無從經由契約交易使建物取得土地利用權，係因為土地所有人的交易優勢地位所致，即當土地所有人享有對世性質的「絕對權」，而另一方當事人因無利用權而構成「妨害」時，就會讓土地所有人有予取予求的談判投機空間，形成談判地位嚴重不對等，無法期待公平交易的進行，故此時給予劣勢一方有某種的法定權利，就有其正當性，藉由程序上扭轉不利的談判情境，逼使優勢之土地所有人重回談判桌，只有在無法達成協議時，才由法院介

⁵⁷ 蘇永欽，夏蟲語冰錄000——找到漏洞了嗎，法令月刊，61卷7期，頁160-161，2010年7月。氏並進一步認為，使用法定地上權還不夠精準，保屋需要的應該是屋對地的不動產役權，而不是人對地的地上權，蓋不動產役權可以省掉法院還要就地上權的期限、範圍並為裁判的麻煩，只需集中處理租金爭議即可。

入。對於土地受讓人而言，在受讓土地之前，對於其上存在建築物者，自當可能有某種基地利用權存在之計算，對於房屋受讓人而言，在受讓之前，必以建築物繼續存在為受讓前提，而土地所有人亦會評估建築物將繼續存在之可能性，故屋主與地主「預見房屋將繼續存在」的情況，與民法第八七六條抵押權當事人預見建築物將繼續存在，應無二致，只是程度上有別而已，故類推適用第八七六條，不僅能維持建築物存續，保護社會經濟之公益，也因此法定地上權的有償性不致於對土地受讓人造成不利之損害，至於民法第八七六條「同屬一人所有」之要件，則可適當放寬其條件，而允許類推，而且類推適用民法第八七六條不會有過度破壞債權相對性原則之疑慮，似乎比承認債權物權化為優，而且更具彈性⁵⁸，同時也能澄清房屋對基地利用之本質，即物的歸屬利用關係（物權關係）⁵⁹。

亦有論者從民法第八七六條之適用，認為現行法實際上以保障建物價值為優先考量，而土地受讓人若明知或可得而知其地上有他利用人的建物，而仍願受讓該土地者，對該建物將繼續存在之結果，已有預見，其信賴保護需求便低，故應肯認土地與建物非屬同一人所有者得類推民法第八七六條法定地上權規定外，甚至於應容許擴張解釋法定地上權房地同一人之構成要件，將之涵蓋房地所有人具「事實上緊密關係」之類型，如共有人關係⁶⁰、親屬關係⁶¹、先前之利用權關係⁶²。

58 蓋民法第876條允許當事人就地上權之地租、期間、範圍，協議定之，而非契約內容不變的法定承擔。

59 吳瑾瑜，同註26，頁78-84。

60 最高法院87年度臺上字第686號判決。

61 最高法院97年度臺上字第1273號判決。

62 蔡瑄庭，同註26，頁230-235。

五、誠信原則及權利濫用禁止

(一)誠信原則的限制功能

誠信原則（Grundsatz von Treu und Glauben）在私法的解釋適用上，向被視為是實現公平正義的最高指導原則，而被稱為是「帝王條款」（Königliche Paragraphen），民法第一四八條規定亦揭示：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的（第一項）。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（第二項）。」誠信原則在私法上的功能發揮⁶³，包括「具體化功能」（Konkretisierungsfunktion）⁶⁴、「補充功能」（Ergänzungsfunktion）⁶⁵、「限制功能」（Schrankenfunktion）⁶⁶與「修正功能」（Korrekturfunktion）⁶⁷。法院在此，即是利用誠信原則的「限制功能」，作為土地所有人權利行使之界限。在誠信原則與權利濫用禁止的適用關係上，一般認為兩者非為個別之法理，權利濫用禁止為誠信原則的下級規範，應優先適用⁶⁸。

⁶³ 姚志明，誠信原則，月旦法學雜誌，76期，頁113-115，2001年9月。林誠二，民法總則編講義（下），頁426-428，1995年1月。楊宏暉，誠信原則與契約締結相關說明義務的合理性，法學叢刊，215期，頁114-116，2009年7月。

⁶⁴ 即對於當事人依法律或依契約所享有之權利與義務，在內容上予以具體化或加以補充，使法律的解釋與適用更為完備。

⁶⁵ 即在於超越契約解釋的界線，在未明顯變更本質的情況下，為確保契約目的之達成，於契約主給付之外，創立各種的附隨義務群。

⁶⁶ 即在於權利人行使權利時，必須受到約束，不可有權利濫用之情事。

⁶⁷ 即在於對法律規定或契約約定之內容，加以修正或調整，特別是契約關係有了明顯的改變，致難以期待一方當事人不變地繼續維護原有契約關係時，予以修正。

⁶⁸ 王澤鑑，同註19，頁597。

(二)具體個案考量因素

以誠信原則或權利濫用禁止限制土地所有人的物上請求，而允許房屋繼續存在之見解，代表性者即為上開九十五年度最高法院民事庭會議中的丙說，認為應由個案查明衡酌當事人繼受情形、當事人間之關係、意思、使用情形、付費與否、雙方間所得利益與所受損害、有無權利濫用、是否違反誠信原則及公共利益等情，分別認定。在「房屋讓與」案例中，實務上有認為若屋主於受讓該建物時，已明知該建物就系爭土地，並無合法使用權源，竟仍故為買受，圖得不法利益，自無所謂誠信原則之適用，無受保護之必要⁶⁹。

最高法院民一庭在涉及「土地讓與」類型之案例，肯認因債之關係而占有不動產之人，不得對抗未繼受該債之關係的第三人，但是，如果第三人有權利濫用情事者，亦不受保護，於九十八年度臺上字第一三一九號判決表示：「按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。民法第一百四十八條定有明文。而不動產之使用借貸等債之關係，固僅於當事人間有其效力，因該債之關係而占有不動產之人（債權人），不得執以對抗未繼受該法律關係之第三人，是受讓該不動產之第三人行使物上請求權，請求占有人返還所有物，於通常情形，固應認係權利之正當行使，但受讓人若明知占有人係基於與債務人間之債之關係而占有該不動產，非屬無權占有，惟為使占有人無從基於債之關係為抗辯，脫免債務人容忍占有之義務而受讓該不動產者，其取得所有權之目的，顯在妨害有權占有之占有，其行使物上請求權，自應認係以損害他人為主要目的，而為法所不許。」同案經發回後，原審法院以土地與既有房屋的價值比例

⁶⁹ 參照最高法院83年度臺上字第237號判決。

懸殊，認為無權利濫用情事⁷⁰。後再經最高法院民二庭於一〇〇年度臺上字第四六三號判決認為構成權利濫用，謂：「按民法上之債權契約，除法律有特別規定外，固僅於特定人間發生其法律上之效力，惟物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶惡意受讓該物之所有權者，參照民法第一百四十八條第二項所揭櫫之誠信原則，該受讓人亦仍應受讓與人原訂債權契約之拘束。⁷¹」同樣以受讓人明知債之關係存在，仍受讓物之所有權，並

⁷⁰ 臺灣高等法院臺中分院98年度重上更四字第35號判決：「被上訴人係明知，但在權利濫用的判斷上，認為應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少，他人及國家社會所受之損失甚大者，即非不得視為以損害他人為主要目的。被上訴人於前案曾以證人身分附和林氏之主張，並於原審自認其知悉其父林氏與上訴人間之訴訟等語；且其既於前案第二審言詞辯論終結前受讓系爭土地，復未擔當訴訟，出而主張權利，迨林氏前案受敗訴判決確定後未幾，再主張債權相對性為由，而提起本件訴訟，訴請上訴人拆屋還地。審酌前後二案當事人間之關係、被上訴人參與前案之程度及其受讓系爭土地之時間、情節等情觀之，上訴人辯稱被上訴人明知系爭土地為上訴人本於借貸關係合法使用，與林○益因為規避法律規定，藉土地移轉登記於其名下，使其不受使用借貸關係之拘束而提起本訴，固堪採信。但依被上訴人已委請建築師規劃建築七層樓房，將設計圖送請台中縣政府審查結果，該建物總值估計達一億七千七百四十萬，該估價雖未有相關評估資料供參酌，尚難盡信。但以系爭土地處地利之便，其可獲得之利益，應仍屬可觀。反觀上訴人之地上建物，現已人去樓空，且其設備迄今經歷約十九年，已屬老舊，僅值二千六百餘萬元。衡量比較，上訴人已未利用系爭土地之建物，拆除後所致之損失，與被上訴人計劃興建大樓所獲之利益，應以後者為高。則被上訴人出資購買系爭土地行使其物上請求權，請求上訴人拆屋交地，非自己所得利益極少，並致上訴人所受之損失甚大，依上說明，被上訴人訴請拆屋，尚不得視為係以損害上訴人為目的，而屬權利濫用之行為。」

⁷¹ 最高法院表示：「被上訴人明知系爭土地為上訴人本於與林氏間使用借貸關係合法使用，與林氏為規避法律規定，假借土地移轉登記於其名下，意在使其不受使用借貸關係之拘束，而提起本件訴訟等情，為原審所確定之事實。果係如此，被上訴人之受讓系爭土地能否謂非惡意，而不應受林氏與上訴人

提起所有物返還訴訟者，構成「以損害他人為主要目的」之行為，而駁回其物上請求權者，還有最高法院民一庭所為之九十七年度臺上字第二三三八號判決⁷²，以及民七庭之九十五年度臺上字第二八九七號判決⁷³。

間使用借貸關係之拘束，自滋疑義，有待澄清。乃原審慮未及此，遽為相反之論斷，據為被上訴人勝訴之判決，尚嫌速斷。次按權利濫用禁止原則不僅源自誠實信用原則，且亦須受誠實信用原則之支配，在衡量權利人是否濫用其權利時，仍不能不顧及誠信原則之精神。故於具體案件，如當事人以權利人行使其權利有權利濫用及違反誠實信用原則為抗辯時，法院應就權利人有無權利濫用及違反誠信原則之情事均予調查審認，以求實質公平與妥當。」

72 最高法院97年度臺上字第2338號判決：「惟按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。民法第一百四十八條定有明文。而不動產之買賣或使用借貸等債之關係，固僅於當事人間有其效力，因該債之關係而占有不動產之人（債權人），不得執以對抗未繼受該法律關係之第三人，受讓該不動產之人行使物上請求權，請求占有人返還所有物，於通常情形，亦屬權利之正當行使；但該所有人若明知占有人係基於與債務人間之債之關係而占有該不動產，對於債務人而言非屬無權占有，惟為使其無從以債之關係為抗辯，脫免債務人容忍其占有之義務而受讓該不動產者，其取得所有權既在妨害債權人基於債之關係為抗辯，則其行使物上請求權，自應認係以損害他人為主要目的，而為法所不許。」

73 最高法院95年度臺上字第2897號判決：「按土地與房屋為各別之不動產，各得單獨為交易之標的，且房屋之性質不能與土地分離而存在，亦即使用房屋必須使用該房屋之基地，故土地及房屋同屬一人，而將土地及房屋分開、同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，本院著有四十八年台上字第一四五七號判例，至八十九年五月五日增訂之民法第四百二十五條之規定，僅係使之明文化，並進而推定在房屋使用期限內視為有租賃關係。至其他本於使用借貸關係占用土地，經斟酌當事人間之意思，交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有權人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或有權利濫用之情形者，仍應駁回其請求。」

最高法院民五庭則於九十九年度臺上字第一七〇五號判決中，表示：「使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力，房屋買受人並不當然繼受其前手與土地所有人間之使用借貸關係，原則上固不得執該關係主張其有使用坐落土地之權利。然土地受讓人若明知房屋所有人係基於與土地讓與人間債之關係而占有房屋坐落之土地，且經斟酌房屋使用土地之狀態及房屋之使用目的等項後，如可認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益，仍應駁回其請求。」本件法院揭示債之關係原則上無法對繼受人主張，惟若土地受讓人明知使用借貸關係且斟酌其他情事認有違反誠信原則或公共利益，仍不予保護，但對於房屋買受人明知時，可否以原使用借貸對土地所有人主張，依其論述說理，似採不得主張之原則。

從上開最高法院的數個判決中，對於權利濫用或違反誠信原則的判斷，考量的因素，主要還是以「受讓人明知」與「房地價值比較」作為重要參考因素，其中，又以主觀上的明知為關鍵。另外，也有參考讓與人與受讓人間之關係（如兄妹之親屬關係）、交易方式（如贈與）、新所有人行使權利時點（如取得土地三年後才主張）等因素⁷⁴，以限制土地所有人的權利行使。

但是，最高法院民六庭則從客觀立場比較「權利行使所得利益」與「他人及國家所受損失」，作為判斷是否構成權利濫用，而不採主觀認定，認為單憑買受人事前知悉土地上有他人合法房屋存在一點，尚不能直接認定土地受讓人的物上請求權行使，即是濫用，其於九十六年度臺上字第三三四號判決中謂：「按權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因此所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚

⁷⁴ 如最高法院95年度臺上字第2897號判決。

大，縱此為權利人取得權利之初所不知，亦非不得視為以損害他人為主要目的，故權利之行使，是否以損害他人為主要目的，與權利人取得權利時已否知悉權利之行使將造成他人及國家社會之損失，並無必然關係。乃原審就上訴人因其請求天○公司拆屋還地所能取得之利益，與天○公司及社會國家因此所受之損失，各為若干，並未於判決理由項下加以認定，而僅以上訴人取得系爭土地所有權時，明知權利之行使將造成他人損失，謂其請求天○公司拆屋還地係以損害他人為主要目的，自有未當。」

此一觀點，應可贊同，蓋若僅重視主觀上的知悉與否因素，對於土地的買受人而言，在交易過程中，善盡保護自己利益之注意，反倒使自己遭受不利益，如此，其可能會對交易產生猶豫，進而排斥交易，反倒使土地資源無法作最有效率的運用，因此，單純的知情及其後的權利行使，此一主觀意思，尚不構成濫用，是否構成權利濫用，原則上應從客觀上的利益衡量出發⁷⁵，系爭房屋的公益用途⁷⁶、權利人主觀上的惡意與損害他人之主要目的、權利行使時點與矛盾行為等等，仍可為個案中的參考因素。

六、使用借貸無對抗第三人效力

(一)使用借貸與租賃具差異性

屬於債權性質而可對抗第三人者，首推租賃，使用借貸與租賃均使當事人一方得占有及使用標的物，功能上具類似性，所差別者

⁷⁵ 邱聰智，民法總則（下），頁501-507，2011年。最高法院71年臺上字第737號判例參照。

⁷⁶ 關於權利濫用禁止原則在拆屋還地訴訟中之實踐，學者認為系爭土地與房屋的經濟用途或社會目的，為決定土地所有人權利行使界限的重要因素。參閱吳瑾瑜，同註26，頁89-99。

在於使用借貸為無償，租賃為有償。儘管如此，實務上認為使用借貸並無類似民法第四二五條之規定，而採否定見解⁷⁷，最高法院民七庭於九十一年度第二七八號判決中表示：「按使用借貸本係無償借用性質，不能與租賃相提並論，難認有民法第四百二十五條之適用。故土地（不動產）於所有權移轉於他人後，除已得該他人即現在之所有人同意允予繼續使用外，縱經前所有人無償提供或允許借用人使用，亦不能以之拘束現在之所有人，而對現在之所有人主張有使用該土地之權利。」⁷⁸

學說上，通說原則上亦認為使用借貸契約無買賣不破租賃規定之適用⁷⁹。惟是否可基於房屋的經濟價值與公益性，例外允許類推適用，或有不同見解。但論者仍認為買賣不破租賃規定之立法目的，在於保護經濟上弱勢的不動產承租人，故始例外的犧牲標的物受讓人之權益保護，另為合理保護受讓人之利益，讓其有可預見性，乃規定以「承租人占有標的物」為要件，而認為受讓人知悉與否，並非債權可物權化的正當化理由，並認為若使買賣不破租賃規定可類推適用於使用借貸契約，將使貸與人為避免使用權過度受限而吝於出借物品予他人，反而會降低物之使用效率，再者，契約之有償與無償，涉及當事人保護之厚薄，並非無足輕重之事實，承租人支付租金對價之使用權存續利益應予確保，將使用借貸類推適用

⁷⁷ 最高法院59年臺上字第2490號判例：「使用借貸，非如租賃之有民法第四百二十五條之規定，縱令上訴人之前手將房屋及空地，概括允許被上訴人等使用，被上訴人等要不得以上訴人之前手，與其訂有使用借貸契約，主張對現在之房地所有人即上訴人有使用該房地之權利。」

⁷⁸ 最高法院民七庭95年度臺上字第2717號判決亦同此意旨。

⁷⁹ 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用與類推適用，載：民法學說與判例研究(六)，頁223，1994年。邱聰智，同註50，頁497。

租賃之規定，將破壞立法者預設之法律價值，亦與對價平衡觀念不符⁸⁰。

(二)並無法律漏洞存在

其次，類推適用的前提，在於法律規定存有漏洞，而有填補之必要，當法律未設規定時，是否構成法律漏洞，應視其有無違反規範計畫而定，若屬立法者有意的沈默，即無規範漏洞。故有論者認為，使用借貸與租賃，雖都是使用他人之物，本質上前者為無償，後者為有償；租賃旨在處理居住之問題，涉及一般民眾生計，且承租人多為經濟上弱者，有特別保護之必要；而使用借貸通常為特定關係或交情之人間，所提供的方便行為，不具社會性，立法政策上尚無超越債權相對性而予以物權化之必要，故二者之法律性質及社會功能，各有不同，不能等同待之，民法於使用借貸中未設如同民法第四二五條規定，並未違反立法者的規範計畫，非屬法律漏洞，尚無類推適用之餘地，使用人不得主張買賣不破使用借貸⁸¹。又民法第四二五條之一的適用，以土地及其土地上之房屋同屬一人所有為前提，對於土地及其土地上之房屋非同屬一人所有之情形，未規定在條文之適用範圍內，應係立法者有意之沈默，而非無意的疏忽，以避免過度破壞債權相對性之原則，故非屬法律漏洞，無類推適用該條之餘地⁸²。

⁸⁰ 林誠二，同註28，頁146-148。學者林更盛教授亦從債之關係的相對性與無償借用人的使用權在法律上較不受保護為主要理由，否定使用借貸的物權化。參閱林更盛，使用借貸物權化？——兼論法學方法論上「漏洞」的幾個問題，東海大學法學研究，35期，頁137-143，2011年12月。

⁸¹ 王澤鑑，同註79，頁223。

⁸² 林大洋，使用借貸對第三人之效力——實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊，59卷4期，頁10-13，2008年4月。

(三)債權相對性的突破應例外從嚴

從當事人間的利益狀態加以觀察，在涉及使用人借用土地建屋，其後土地所有權移轉之案例，使用人可否依據原使用借貸契約，對受讓人主張，論者認為基於契約自由原則，債權物權化乃契約自由原則之例外，應予從嚴解釋，單純標的物之交付占有，得否作為債權物權化之理由，不無疑問，參考最高法院九十七年度臺上字第一八四二號判決⁸³，單純交付占有，在買賣契約，不得作為債權物權化之正當化理由，在使用借貸契約亦應同理相待，以維護債權契約的相對性⁸⁴。而在借用人讓與房屋之情形，即如同最高法院九十五年度第十六次民事庭會議之提案事實，其認為並非如乙說所提類推適用民法第四二五條之一規定，真正爭點是可否類推適用民法第四二六條之一規定的問題，蓋該條情形，係房屋之受讓人對於出租人並無租賃權，且未受讓承租人之租賃權，而僅受讓租賃土地上之房屋，在出租人同意房屋受讓人為契約承擔前，受讓人也無債權足以對抗出租人，與民法第四二五條之承租人一直有租賃權者，顯不相同⁸⁵，此一問題重點，並非債權對抗第三人效力問題，而是

⁸³ 本件原審判決認為：「按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之，民法第七百六十七條前段定有明文。又買賣契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外之第三人，故在二重買賣之場合，出賣人如已將不動產之所有權移轉登記與後買受人，前買受人縱已占有不動產，後買受人仍得基於所有權請求前買受人返還所有物，前買受人即不得以其與出賣人間之買賣關係，對抗後買受人。」最高法院則支持原審判決。

⁸⁴ 陳聰富，使用借貸契約之債權物權化——最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析，月旦裁判時報，2期，頁56-57，2010年4月。

⁸⁵ 其認為民法第425條係於土地出售時，為保護弱勢承租人原有的租賃權而設，承租人僅為維護原本固有之利益，並未破壞當事人間的法律關係，反之，土地之受讓人係自出租人之交易活動中，取得新的利益，屬於破壞原本出租人與承租人法律關係之人，在法律上與承租人發生利益衝突時，應優先保護承

法定契約承擔問題，其認為出租人並未以其行為破壞原本出租人與承租人之法律關係，反倒是承租人與房屋受讓人破壞原本的法律關係，而房屋受讓人原本即無債權可對抗土地所有人，其主張租賃契約當然移轉，並非在保護其固有利益，而係為保護取得之新的利益，故本條與民法第四二五條不同，非為保護弱勢承租人而設，係側重於房屋所有權之保護，惟可否可據此作為法定契約承擔之理由，不無疑問，其並認為民法第四二六條之一，既屬破壞契約自由原則之例外規定，理應從嚴解釋，而不可任意類推適用，蓋貸與人之所以願意無償提供土地供特定人借用，必有其利益或情感因素的特殊考量，法律不應任意擬制其具有同意任何人代替原本借用人繼續占有使用的意思，故使用借貸契約應無民法第四二六條之一的類推適用，在借用地建屋的案例，不管是貸與人嗣後出售土地於第三人，或借用人嗣後出售房屋於第三人，其認為皆無民法第四二五條或第四二六條之一的類推適用⁸⁶。

（四）建築基地之借用的特殊情況

使用借貸原則上不可對受讓人主張，惟對於借用建築基地之特殊情形，論者認為當事人可能隱含有設定地上權的意思，因為使用借貸僅是無償的用益之債，民法對之並未仿照租賃，提供一些法定物權效力的規定，因此，基於債之相對性，借用人無法對借用物之受讓人主張其用益權，但是，當借用物為建築基地時，鑑於此一情況特殊，則可探討貸與人同意他人使用建築基地的法效意思，是否可解釋為亦有隱含為其設定地上權之意思，而得對貸與人請求設定

租人，使承租人之租賃權可以對抗受讓人，具有其合理性。參閱陳聰富，同前註，頁59。

⁸⁶ 陳聰富，同註84，頁59-60。

地上權，則值得研究⁸⁷。

陸、問題的再思考

一、「同屬一人所有」與「非同屬一人所有」的可類推性

(一)條文的不同解讀

實務上多數判決從民法第四二五條之一的類推可能性出發，予以肯定或否定之論述。持肯定論者，多係從該條背後的立法目的著眼，強調側重房屋所有權與基地利用權一體化之體現，肯認基地使用權不因基地物權之嗣後變動而受影響，藉以調和土地與建物之利用關係。持否定論者，則從條文所揭示之「同屬一人所有」之要件，予以排除。

(二)「同屬一人所有」的關鍵性要件

立法者對於「同屬一人所有」構成要件的設立，究竟有無其特殊意義，蓋這樣的要件，不只出現在本條，也出現在民法第八三八條之一與第八七六條，並非單一現象。多數學者認為這是一個「關鍵性要件」，蓋若房地非同屬一人所有時，其間利用關係必已有安排，或可自行解決，法律無介入私法自治之必要，如房屋屬於基地承租人或地上權人所有時，則應適用民法第四二五條或第四二六條之一等規定，涉及的是既有的法律關係，如何被繼受存在的問題，只有當房地同屬一人所有，無法預先訂立法律關係時，才有由法律介入創造新的法律關係之必要⁸⁸。職是之故，立法者對於「同屬一

⁸⁷ 黃茂榮，債法各論(一)，頁205-206，2006年再版。

⁸⁸ 劉春堂，同註50，頁231。謝在全，同註16，頁487。姚瑞光，同註49，頁257。鄭冠宇，同註49，頁491。

人所有」與「非同屬一人所有」的區別，當屬有意如此，如此一來，「非同屬一人所有」的情況，即非法律漏洞⁸⁹，故對於使用借貸契約，當無類推適用之餘地，即使是強調房屋所有權與基地利用權一體化，二者亦屬不同，一為從無到有的法律關係擬制，另一為原本即有法律關係，實難比附援引，對於原房屋對基地使用權及基地借用人的保護，應另尋其他途徑解決⁹⁰。

（三）實質上「同屬一人所有」的不明確性

實務上對於房屋與土地原來實質上同屬一人所有的情況，有認為與民法第四二五條之一規定相類，而放寬該條文的類推適用，如土地所有人實質上出資建造房屋而將房屋形式上登記在他人名下者，最高法院九十六年度臺上字第一三五九號判決即認為此情形與系爭土地及房屋同屬一人所有者「相類」。然而，此一「實質上同一人」的認定，究該如何判斷，在法定地上權的場合，最高法院民六庭於九十七年度臺上字第一二七三號判決中表示：「在判斷法定地上權是否成立，應以社會經濟之公益及抵押權當事人合理利益之維護，為重要之基礎。……在抵押權實行時，該建物與抵押之土地已歸相同之人所有，或雖非完全相同，但建物所有人與土地其他所有人間均具有密切之親屬關係者，為貫徹立法目的，似宜解為仍有該條（即第八百七十六條）之適用。」依此，似乎認為「密切親屬關係」可被涵蓋進去。但是，該案嗣後經最高法院民三庭另為判決，以九十八年度臺上字第四七八號判決中改採不同見解，認為：「倘於設定抵押權時之土地及建物非屬同一人，或土地及建物分別為數人所有或各有多數不相同之共有人，而於拍賣異其所有人之情

⁸⁹ 吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報，18卷2期，頁118-120，2006年12月。

⁹⁰ 吳從周，同註51，頁226-228。

形時，如仍認有法定地上權存在，即逾該條項規定之範圍，其因而造成拍定人之不利益，顯難謂為公允，應無以相類事實為相同處理之法理，而適用民法第八百七十六條第一項規定之餘地。……於抵押權實行時，土地及其上建築物仍不屬於同一人所有，如將該條之同一人擴及於夫妻、叔姪、翁婿、婆媳，不僅與法文、立法理由不合，對於抵押權人及拍定人均將遭致無法預測之損害，當非立法之本意等語。」似又採取否定見解。

當土地與房屋的登記名義人非為同一人之時，從形式上觀之，在法律地位的定位上，房屋所有人對土地所有人若屬有權占有者，必對土地有某種權源，即使是特定的密切親屬關係之間，在法律意義上，若非物權，即為債權，甚至於可能連債權程度都沒有，而僅是好意施惠關係（*Gefälligkeitsverhältnis*），債權無對抗第三人效力，更何況是連債權都不是的好意施惠關係，對於土地的受讓人而言，在法律上信賴該債權對其不構成負擔而為交易，誠如最高法院於上開判決所示，將密切親屬關係的不同人比擬為同一人，讓其承受法律上的難以預測風險，恐有害交易安全。對於房屋的受讓人，對於前屋主對土地之權源，可能為債權或好意施惠關係，或可預見，但其與土地所有人既無這樣的密切親屬關係，自難以期待利用權源的持續存在，這樣的風險，既可事前預見，即難謂有特別予以保護之必要。

鑑於實質上同一人的概念，何種關係可以納入其中，在內涵的界定上，具有不確定性，不若法律關係性質的明確認定。因此，同屬一人所有的界定，仍宜以形式明確的所有權狀態，作為認定標準。

二、使用借貸與租賃的可類推性

(一)無償與有償的評價區別

基於債之相對性原則，對於非使用借貸契約之當事人，不受債之關係的拘束，繼受人對於自己所未參與訂定之契約，亦不因作為標之物之房屋或土地的讓與，而當然地必須為契約承受，債權與物權不同，僅相對性而無對世性，只有在例外情況，才透過「物權化」(Verdinglichung)方式，使標之物之受讓人為法定之契約承受，其中最典型的適例，即為租賃契約(參照民法第四二五條、第四二六條、第四二六條之一)。

法律政策上例外地讓租賃債權產生對世效力，基本上是沿襲許多歐陸法系國家的民法，假設承租人為社會或經濟上的弱者⁹¹，特別是不動產租賃，涉及基本生存保護的問題，所以才特別強化租賃權的保障，使承租人從出租人承擔債務不履行責任的保障，轉變為對受讓人請求履行債務的保障，而能繼續原來的投資，如果是從經濟的觀點，特別是基地租賃，是在保護承租人在基地上已進行之長期投資，以促進土地之有效利用⁹²。因此，如果使用借貸契約能夠像租賃契約一樣，對受讓人續存，亦即透過法學方法論上的類推適用，在「土地讓與」類型，比附援引民法第四二五條規定，或在「房屋讓與」類型類推適用第四二六條之一規定，亦可解決房地利用權源的問題。

惟使用借貸可否類推適用租賃中的買賣不破租賃規定，學說上容有疑問，這二種契約最大的差別，即在於前者為無償契約，後者為有償契約。雖有認為有償、無償之區別，並不重要，而認為使用

⁹¹ 蘇永欽，關於租賃權物權效力的幾個問題，載：走入新世紀的私法自治，頁379，2002年。

⁹² 簡資修，同註41，頁82-84。

借貸未設類似規定，屬法律漏洞，而應予類推適用之。惟通說及實務，還是認為使用借貸的法律性質與社會功能，殊有不同，不能等同待之，民法於使用借貸中未設類如第四二五條規定，並未違反規範計畫，非屬法律漏洞，無類推適用之餘地，亦即無「買賣不破使用借貸」⁹³。換言之，無償與有償的區分，還是具有重要意義的。買賣不破租賃原則為關於租賃之規定，使用借貸雖亦係用益之債，但因不是有償，所以其當事人間之屬人關係益形重要，因此，租賃為有償，使用借貸為無償契約，有重要的類型差異，所以，關於租賃之買賣不破租賃原則不得類推適用於使用借貸⁹⁴。

(二)特殊的經濟與社會考量

1. 不動產租賃之特殊例外

德國通說認為使用借貸不可類推適用租賃第五六六條（舊法為第五七一條）規定，蓋該條係基於特殊的「經濟與社會考量」（wirtschaftliche und soziale Erwägungen），對於不動產租賃所為的例外規定，不得類推適用之⁹⁵。

2. 有償使用關係的類推適用

少數說學者，如Canaris教授則認為，依據「公示性原則」（Publizitätsprinzip），「占有」為債權物權化的關鍵地位，而且租賃所考量的特殊社會經濟情況，並未具體化在構成要件當中，因此，例外規定仍有類推適用的可能，不過，鑑於民法對於有償與無償的保護仍有程度區別，故僅「有償的使用關係」（entgeltliche

⁹³ 王澤鑑，同註79，頁222-223。最高法院91年度臺上字第278號判決。

⁹⁴ 黃茂榮，同註87，頁134-135。

⁹⁵ BGH NJW 2001, 2885; 1994, 3156. Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., 2004, § 566 Rn. 2. Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., 2005, § 566 Rn 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Riecke, BGB Kommentar, 6. Aufl., 2011, § 566 Rn. 2 f.

Nutzungsverhältnisse)，可類推適用該規定⁹⁶。

3. 使用權人的信賴保護

德國學者Schön從使用權人的保護需求（Schutzbedürfnis des Nutzungsberechtigten），作體系突破（Systembruch），認為基於租賃契約的使用利益，跟其他契約，在使用目的、強度、期間上，基本上並無區別，而從信賴保護的觀點，認為不是只有有償的使用權人才受保護，合理化使用權人的存續保障（Bestandsschutz），並不是在於其所為之對待給付，而是在於其因信賴其權利地位的持續存在所為之財務支出（finanzieller Aufwand），是故，只要使用權人的信賴值得保護，即可類推適用德國民法第五六六條規定而獲得相同的保護，而借用人和承租人相同，都可能因為信賴而為財務支出，故也同樣值得受保護，使用借貸契約可以類推適用德國民法第五六六條規定⁹⁷。但為顧及土地受讓人的保護，以及其因容忍他人使用標的物所受之不利益，應對其提供經濟上的平衡，亦即類推適用民法第五六六條之結果，借用人必須支付對價，但原借用人不應被迫繼續此一有償的使用關係，故應讓借用人有「選擇權」（Wahlrecht），其可選擇支付租金而繼續使用，或是放棄該使用權而返還標的物。又參酌舊德國民法第五七三條第二句規定，受讓人應受其知悉的原先使用關係的拘束，故標的物受讓人若知悉原讓與標的物上的使用借貸關係時，即應受到該法律之拘束，欠缺保護需求，而例外地讓借用人可以無償使用⁹⁸。

⁹⁶ Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in Jakobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1978, S. 394 f.

⁹⁷ Schön, Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB, JZ 2001, 119, 123.

⁹⁸ AaO., S. 126. 氏認為德國民法第566條規定，並不是在為債權的物權化，而是在保護不動產交易中無法辦理登記的權利。

(三)使用借貸與租賃的不同法律評價

立法者將使用借貸與租賃作不同的評價，使用借貸缺少社會政策與弱勢保護的考量。然而，在不動產的使用借貸，特別是借地建房，也可能涉及基本生存問題，借用人有可能是更付不起租金的弱勢，此種情形，是否也不具社會性，是有值得考量的空間，只不過有能力建屋之借用人，很難跟弱勢的想像相互連結。實際上大多數的借地建屋案例，多是建立在一定情誼關係之上，如親子、夫妻、兄弟、叔侄、婆媳、祖孫等，多不具社會性，也不具經濟上的對價性，背後的原因關係，屬於動機層次，並無法體現於使用借貸的表層關係上，相對地，租賃契約則將原因具體化在對價的取得上，如租金或其他的對價關係（如土地實質上的互為租賃或互易⁹⁹）。借貸常是基於貸與人的好意，僅在滿足借用人一時性及暫定的經濟需要，貸與人因可於短期或隨時收回借用物而放心出借，借用人亦應有相同之認識，從而一般認為其受較弱的保護¹⁰⁰。如果買賣不破租賃的保護，是為了保護長期投資，尤其是在租地建屋或借地建屋的情況，承租人或借用人都有注入投資，在較值得保護之基地租賃的情況，民法第四二五條第二項規定還額外設有「公證」及「五年以上」的要件，而非所有的長期投資都受到保護，若允許類推適用者，則基地的使用借貸契約，是否也要滿足這二個要件的要求，亦不甚明確，如果要求第二項規定要件的滿足，則在絕大多數借貸契約都不會辦理公證的情況下，將無類推適用之可能，若無需滿足，則使用借貸契約的保護，又會超出租賃權的保護程度，反生法律評價上的失衡，是故，使用借貸能否均可參照租賃規定而為類推適

⁹⁹ 參閱最高法院96年度臺上字第2911號判決。

¹⁰⁰ 謝在全，民法物權論（上），頁202-203，2010年修訂5版。吳從周，同註51，頁224-228。

用，不無疑義。基此，法律規定上對於借用人與承租人所賦予之法律地位的不同，毋寧還是在於契約類型的不同。

四、明顯法律規範漏洞的有無

在民法的一般原則裡，有償跟無償的保護，設有明顯的差異¹⁰¹，現行法下對於無償使用借貸契約的保護，基本上還是較弱的，如貸與人瑕疵擔保責任的減輕（第四六六條）與較寬鬆的契約終止權，包括未定期之使用借貸的隨時返還請求（第四七〇條第二項）、經過相當時期可推定使用完畢之返還請求（第四七〇條第一項但書）、貸與人自己需用借用物之終止（第四七二條第一款）。相對於此，租賃契約中對於不動產承租人的保障，法律的特別規定甚多，除了物權化的規定之外，還有地上權登記（第四二二條之一）、優先承買權（第四二六條之二）、默示更新（第四五一條）、終止預告（第四五〇條第三項）、終止事由限制（土地法第一〇三條）。相較之下，法律對於借用人就其使用權的信賴，提供的保護程度明顯偏低，也未如租賃般針對不動產的借用，設有特別規定，顯見立法者有意區別這二者的法律評價¹⁰²。

對於在他人土地上建築房屋之情形，是否應鑑於該情況的特殊性，而另外賦予特別的評價，蓋在租賃中，立法者屢屢強調房屋的保存，除民法第四二五條之外，亦特別新增訂民法第四二二條之一、第四二六條之一和第四二六條之二，顯示出建屋的特殊性，此一特殊性是否也可反射到使用借貸中，而作特別處理。租賃的這些規定，都是從特別法（如第四二二條之一和第四二六條之二係參考土地法規定）或實務見解（第四二六條之一）移植而來，是對既有

¹⁰¹ 如民法第183條、第220條第2項。

¹⁰² 學者詹森林則認為立法者在維持使用權人得信賴其已取得之期限利益上，並未區分取得使用權係屬有償或無償。詹森林，同註39，頁210。

問題的處理方式，提供制定法上基礎，顯示立法者認為基地租賃有其特殊性，應予以特別處理，與基地借用不同，基地借用先前並無特別法或法院判例對此有相類的特別規定，立法者於一九九九年債編修正時，也僅僅只針對租賃而增修相關規定，對於借地建屋所產生的問題並非沒有預見，但卻未同時於使用借貸中予以增訂相同或類似之特別規定，應可推論在立法者眼中，基地使用借貸跟基地租賃，並不類似，未為規範，應可反推（Umkehrschluss）是立法者的有意沈默，並非「違反立法計畫的不圓滿性」（die planwidrige Unvollständigkeit）¹⁰³，非屬法律漏洞，不符合類推適用的前提¹⁰⁴。

再者，如果容許類推適用買賣不破租賃之相關規定時，則房屋所有人與基地所有人間之法律關係究屬何者，到底是使用借貸呢？還是租賃？如為前者，基地所有人承受負擔，而無對價，是否公平。如為租賃，則租期與租金如何決定，民法第四二五條與第四二六條之一是原租約的承受，故較無此問題，類似的情況則是民法第四二五條之一的處理方式，那麼是否可再類推適用該規定，均有疑義。

三、債權物權化之一般化：知悉或占有

如果無法類推適用租賃契約的規定，但又覺得對於原來基地合法的使用權有值得保護之必要時，突破債權相對性原則，亦不失為一種嘗試方法。關於債權物權化之途徑，法律設有「預告登記」（Vormerkung）制度¹⁰⁵，惟使用借貸契約尚無法為預告登記。不

¹⁰³ 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁512-514，2011年增訂6版。

¹⁰⁴ 詳細的論述，請參閱林更盛，同註80，頁137-157。

¹⁰⁵ 參見土地法第79條之1。

過，在分管契約的案例中，大法官會議在法無明文的情形下，曾經創設了一個例外，釋字第三四九號：「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。」解釋理由書中進一步謂：「如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」由此，可推衍出一個「知悉公式」以突破債權相對性，亦即標之物之受讓人若明知或可得而知其前手的債權契約內容者，亦應受該債權契約之拘束¹⁰⁶，以保護占有權源的安定性¹⁰⁷。此一見解，並為部分法院判決所接受¹⁰⁸，最

¹⁰⁶ 對此見解所造成社會成本增加之批評，參見王澤鑑，憲法基本權利與私法，載：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，頁78，1998年。王文宇，從財產權之保障論釋字第三四九號解釋，載：民商法理論與經濟分析，頁89，2000年。

¹⁰⁷ 謝哲勝，債權物權相對化(三)——最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報，5期，頁48-49，2010年10月。

¹⁰⁸ 參閱最高法院97年度臺上字第1729號判決，本案涉及土地之互易契約，法院謂：「按以不動產為標的之債權行為，除法律另有規定外，固僅於特定人間發生法律上之效力（對人效力之債權相對性），而非如物權行為，以登記為公示方法使第三人得知悉之狀態下，並以之作為權利取得、喪失、變更之要件，俾保護善意第三人，而對任何第三人均發生法律上之效力（對世效力之物權絕對性）。惟特定當事人間倘以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人所明知者，縱未經以登記為公示方法，因已具備使第三人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之效果等量齊觀，並使該債權契

高法院九十六年度臺上字第一三五九號判決亦於使用借貸契約中將此應用¹⁰⁹。

惟立法者在大法官釋字第三四九號公布之後，修訂民法第八二六條之一時，對於不動產分管契約，並未採取大法官會議解釋之方式，仍然選擇以「登記」作為工具，僅在動產的分管契約中，接受釋字第三四九號的見解。顯見立法者仍傾向以登記作為不動產權利的公示，而且限於分管契約，乃係為解決共有的「反公有悲劇」

約對於受讓之第三人繼續存在，此乃基於『債權物權化』法理所衍生之結果，觀之民法第四百二十五條第一項規定：『出租人於『租賃物交付後，承租人占有中』，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在』，特揭槩『租賃物交付後，承租人占有中』等公示作用之文字，並參照司法院釋字第三四九號解釋文、理由書暨協同意見書、部分不同意書、不同意見書及本院四十八年台上字第一〇六五號判例意旨自明。……查系爭互易同意書不以土地共有關係繼續存在為必要，該互易契約尚不因共有土地之分割而當然消滅，其互易標的土地之應有部分，各已分割其特定位置，上訴人於取得系爭土地時，業由被上訴人建造教堂使用，並早已知悉有互易契約暨其目的在保持被上訴人教堂免遭拆除，既為原審所合法確定之事實，則上訴人依民法第七百六十七條、第一百八十二條及第一百八十四條規定，請求被上訴人拆屋還地暨給付損害金，依上說明，自應受該互易同意書之拘束。」對本判決之評釋，可參閱吳從周，互易契約之債權物權化——簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決，台灣法學雜誌，123期，頁194-203，2009年3月。

¹⁰⁹ 最高法院96年度臺上字第1359號判決：「查系爭房屋之建造既為系爭土地原所有人林○成實際所出資，核與系爭土地及房屋同屬一人所有者相類，堪認林○成於出資建造時應已認知並容許該屋於堪用之期限內繼續使用其基地，且上訴人於買受系爭土地時，系爭房屋已存在多年，當難諉為不知，自無不許類推適用民法第四百二十五條之一規定及本院四十八年台上字第一四五七號判例之理由，應可推斷上訴人已默許被上訴人乙○○之系爭房屋繼續使用系爭土地，始與誠信原則及社會正義之要求無違，此與本院五十九年台上字第二四九〇號判例所揭房地現占有人與原所有人間訂有單純使用借貸契約之事實有別。」

(tragedy of anti-commons) 問題，具有其社會公益理由，始例外突破債權相對性原則，基於「例外從嚴解釋」(singularia non sunt extendenda)，尚不宜認為係債權物權化之一般原則，維持房屋所有人對基地的利用，是否有達到與維持既有之共有物分管秩序的公益程度，不無疑問。其次，「占有」雖具公示功能，然民法第四二五條增訂占有要件之理由，係為保護受讓人，維持交易安全的保障，以限縮舊法規定的適用範圍，而非意在保護承租人，因此，占有並非關鍵因素，只是法律所要求的一個要件¹¹⁰，並未意味著債權結合占有，即可發生物權之效力¹¹¹，例如：在一屋二賣之案例，前買受人縱已受屋之交付，但未辦理移轉登記者，後買受人先完成移轉登記時，通說還是認為前買受人不得基於買賣契約對後買受人(所有人)主張有權占有¹¹²。因此，債權之所以物權化，還是需要「特殊政策理由」作為支撐，而且立法者也會優先選擇以登記制度作為公示工具，而非知悉或占有，否則，為填補借地建屋的小洞，恐將財產法體系挖出一個大洞¹¹³。

再者，將基地使用借貸契約透過知悉或占有而物權化的結果，應是借貸契約繼續存在，土地所有人要無償的承受該負擔，這樣是否對其不甚公平，強迫土地受讓人接受他人所訂契約之拘束，亦與私法自治原則有違，能否僅憑其明知或可得而知，即予合理化。蓋

¹¹⁰ Hermann Weitnauer著，張雙根譯，物權化的債之關係，中德私法研究，1卷，頁146-160，2006年5月。

¹¹¹ 陳榮傳，分管契約得否對抗應有部分之受讓人，載：民法物權爭議問題研究，頁212，1999年。

¹¹² 王澤鑑，同註79，頁194。

¹¹³ 此一評註，參見蘇永欽，同註57，頁157-158。論者亦有認為「登記」係一權利對世效力的適當工具，如果捨棄登記之公示制度，對於一切債權皆賦予對世效力，將面臨一個多樣但不穩定的權利世界。參閱黃茂榮，債法總論(三)，頁177-181，2010年增訂3版。

債權物權化在現行法中，尚非一般法律原則，受讓人比較可合理認知的，還是債權相對性原則，其對法律規定的信賴與法律安定性的維護，是否即不值得保護，非無疑義。因此，債權物權化在現行法中應屬特例，只適用於法律所明定之租賃契約、分管契約與預告登記的特定案例類型，尚未達一般化程度，使用借貸契約尚不在其中，在其他法律無明文規定之契約，目前也尚無以占有或知悉作為擴大債權物權化的傾向¹¹⁴。

四、權利濫用禁止

既然要維護借用人的房屋價值，可是當使用借貸於類推適用租賃規定時，在法學方法上所面臨的難題與批評，使得法院近來不得不轉尋另外途徑，在謹守使用借貸契約的相對性效力之基本立場上，另闢途徑，透過權利濫用禁止與誠信原則來駁回土地所有人的物上請求權。

惟於限制土地所有人物上請求權的行使之後，此際，房地間的利用關係為何，究為有權占有，還是無權占有，均不甚明確。論者即謂當最高法院從尋找義務人拒絕返還的權利出發，卻不願將使用借貸契約關係物權化，作為占有的正當權源，而類推適用第四二五條之一又不能認為是適當的占有依據時，最高法院改從限制權利人行使權利著手思考，但訴諸抽象的誠信原則或權利濫用，看來又不甚妥當或沒有必要，而採批評意見¹¹⁵。對於這樣的房地關係，最高法院九十九年度臺上字第一七〇五號判決即從「不當得利」的關係，予以處理，認為：「系爭房屋係因國民黨與台北市政府間之使

¹¹⁴ 陳聰富，債權物權化之適用基礎——最高法院96年度台上字第334號民事判決評釋，法令月刊，61卷10期，頁32-36，2010年10月。

¹¹⁵ 吳從周，同註40，頁25。

用借貸關係而得合法使用系爭土地，嗣國民黨將系爭土地所有權讓與上訴人，依誠實及信用原則，上訴人不得訴請拆屋還地，即系爭房屋仍得繼續合法使用系爭土地，已如上述，雖此情形與上開規定（指民法第四百二十五條之一）之情形尚有不同，而無上開規定之適用，但依同一法理，房屋所有人對於土地受讓人，自非可當然無償使用該土地，否則房屋所有人可免除繳納土地相關稅捐之義務，由土地所有人就無法再為使用收益之土地負擔稅捐，豈能謂平？又因兩造間就系爭房屋使用系爭土地尚無契約關係存在，則上訴人依不當得利之法則，請求被上訴人返還使用系爭土地相當於租金之利益，並無不合。」論者認為最高法院此一見解，係為房地爭議的法律適用，提供另一選項，可算是屬於實用主義的裁判¹¹⁶。

惟此一結果，對於房地的法律關係，仍舊無法提供正當的法律基礎，實仍隱涵「不當」的非難價值在內，對於房地的利用衝突，並未提供一個積極、明確與穩固的法律關係解決方案，僅是作為駁回土地所有人返還請求訴訟的一個治標方案，而非治本的解決方案，但至少隱含了房屋所有人必須支付對價而不能無償使用的想法。故而，最高法院民五庭在九十九年度臺上字第一五八五號判決即認為應為有償使用，謂：「縱認此項規定（指第四百二十五條之一第一項）於房屋所有人原有合法使用坐落土地之權利，而土地所有人或房屋所有人將其所有權之全部或一部讓與他人時，亦可類推適用，或斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，認土地所有人行使所有權，請求拆屋還地係違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，惟能否逕謂房屋所有人繼受前手之權利、土地所有人繼受前手之義務後，至建物滅失或無法

¹¹⁶ 許政賢，實用主義裁判觀與概括條款具體化——簡評最高法院九十九年台上字第一七〇五號民事判決，月旦裁判時報，8期，頁30-35，2011年4月。

繼續使用時止，房屋所有人就其使用土地所享有之利益或其對價，均無須支付予土地所有人，亦待釐清。」

雖然，誠信原則對於房屋與土地的積極利用權源關係為何，並未為明確表示，儘管如此，以誠信原則作為個案的調節器¹¹⁷，至少還可保有彈性的運用空間，於若干具體個案中，得依其事實的特殊性，例外地進行衡平，以免失之僵化。

五、當事人的私法自治與交易選擇

(一)不同的交易選項

私法自治（*Privatautonomie*）為近代民法的基礎，其意指個人得依自己意思自主形成法律關係的原則¹¹⁸，意即個人得依據自己的需求，不受國家干預地、自我負責地安排其法律關係¹¹⁹。個人如何實現其利益，應由自己決定，個別法律主體應該要自己承擔在交易中所產生利益、成本與風險，因此，在自主決定的情形下，個人應為自己的自由選擇，承擔其後果，此為私法自治之另一面，即當事人的自我負責（*Selbstverantwortung*）。

民法體系上雖將債權與物權二分，並賦予不同的法律性質，但是，仍然提供當事人有選擇的自由，二者間處於「替代與選擇」的關係，基本上，限制物權與債權，在內容的利用上，沒有功能上的差異，限制物權只是另一種交易的選擇而已，限制物權多了對抗第三人的優先和追及效力，也因為關係的客觀化，而可單獨處分，效

¹¹⁷ 吳瑾瑜，民法第148條——權利行使之界限暨調節權利衝突之緩衝器／最高院100台上10，台灣法學雜誌，183期，頁234-235，2011年9月。

¹¹⁸ BVerfG NJW 1994, 2749, 2750. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Aufl., 1975, S. 1, 15.

¹¹⁹ BVerfGE 81, 242, 254.

力較為穩固，但是，為此交易者必須付出一筆公示的成本，當事人的選擇就在要不要多花一點錢，降低債權關係的風險，要不要把交易公諸於世，如此而已¹²⁰。雖然，基於交易安全、交易明確、降低交易成本，而採「物權法定原則」¹²¹，排除了當事人自由創設物權的空間¹²²，迥異於債權的靈活與自由。儘管租賃、使用借貸、地上權，各有其適用範圍，而不完全一致，但是，在使用他人土地建屋一事上，「有地租之地上權」跟「租賃」，或「無地租之地上權」跟「使用借貸」，則有重疊之處，當事人尚不致因物權法定原則之限制，即喪失物權關係的選項。簡言之，房屋所有人在跟土地所有人交易時，可以在債權與物權上進行選擇，只要他能夠跟土地所有人達成合意即可。不同的權利方式，伴隨不同的交易風險，這是房屋所有人在交易之時即可合理預見的，為避免土地所有權易主的風險，自可選擇高成本的物權交易方式，予以化解，若採取低成本的債權方式，自應承擔土地所有權易主的潛在風險，方符合私法自治與自我負責原則。因此，對於房屋使用土地的問題，若當事人原先已有所安排者，基本上對於嗣後標的物的讓與所可能產生的影響，應依其原先的使用法律關係，或為租賃、或為借貸、或為地上權，予以決定即可。法律原則上無須特別介入，以免對於私法自治的基石造成過度且不必要之限制。因此，如果將對於房屋價值保存與房屋所有人的保護，非僅將視角侷限於土地所有權移轉時點，而是進一步往前延伸其視野至房屋所有人為交易選擇之時點，

¹²⁰ 蘇永欽，夏蟲語冰錄(四)——重新認識限制物權，法令月刊，61卷5期，頁139-140，2010年10月。

¹²¹ 蘇永欽，物權法定主義的再思考，載：經濟法的挑戰，頁20以下，1994年。
王文宇，物權法定原則與物權債權之區分，月旦法學雜誌，93期，頁150-152，2003年2月。

¹²² Paulus/Zenker, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 1 ff.

並將之納入考慮，或許就可有較全面的理解了。

(二)土地讓與類型

在「土地讓與」類型的案例中，房屋所有人在洽談基地使用權的時候，本來就有「穩定的地上權」、「相對穩定的租賃權」、「不穩定的使用借貸」可以選擇。若是基於其與土地所有人之間的特殊情誼，選擇無償且成本最低的使用借貸，自是寄望彼此間的深厚情誼不變，使用借貸契約具有高度的屬人性，當事人間縱然存在特殊的信任關係，但對於土地可能會發生讓與一事，仍非屬不能合理想像者，萬一，土地發生讓與情形，其與新土地所有人間，非有可比擬之情誼，自不能期待繼續無償使用，如果想要穩妥地確保其使用權，自可付出一點成本，登記成無地租之地上權，這樣，即可以低成本方式確保自身權益。換言之，借用人對於權益之維護，可經私法自治而為安排，屬最小成本避險者。

(三)房屋讓與類型

在「房屋讓與」類型的案例中，土地所有人之所以願意將基地無償提供原房屋所有人使用，乃係基於其與借用人間存有特殊之人格信賴關係與情誼關係，房屋受讓人與土地所有人，並無這樣的信賴關係與情誼關係，房屋受讓人如何期待其能如同前手一般無償使用基地，法律上若推論貸與人有同意任何替代原借用人使用借用物之意思，恐嫌率斷，更何況民法還規定了借用人應自己使用，以及違反時的契約終止（民法第四六七條第二項及第四七二條第二款），顯見貸與人無意與借用人以外之人發生關係。

房地產的交易，價格菲薄，非日常生活交易可差比擬，當事人必會慎重為產權之調查，不可能在不知實際使用情形及緣由下，旋即輕率購買，對於房屋座落他人土地的情況，亦可合理期待其進一

步探查有無正當使用權源，房屋受讓人與其前手（基地借用人）在洽談交易時，對於使用權源的問題，當可預知及預為安排，否則寧可不為交易，以避免後續的風險。

雖然，在租賃的情況，民法第四二六條之一對此設有擬制租賃關係續存的特別規定，蓋租賃為有償，土地所有人受有租金之對價，對其權益較不影響，但究屬應例外從嚴解釋之規定。但是，在使用借貸的情形，要求土地所有人容忍跟其無情感關係之房屋受讓人繼續使用基地，對其權益影響重大。雖然，土地所有人對於房屋可能讓與一事，或可預見，但其並無因此而有容忍義務，其就該房屋的讓與，也無可歸咎之處，而且對於房屋讓與一事，也無有效的事先防範措施，非屬最小成本避險者，但是，房屋所有人只要事前將利用權以物權方式安排，即可排除這風險，而且透過物權的安排，也可增加房屋的市場價值與交易機會。再者，房屋受讓人所遭受的損失，對於讓與人仍然可以依據契約關係請求損害賠償，而非全無救濟之途，並不必然有較高的保護必要性。

六、保全房屋價值的公益性

(一)房屋有價

在借地建屋的案例中，之所以會引起爭議，還是在於房屋是有價值的建築物¹²³，如受拆屋還地的請求，會有拆屋社會成本的浪費，也失去了房屋繼續使用的經濟價值，因此，經濟價值的考量，成為房屋所有人是否應予特別保護的因素之一，否則，房屋所有人原本即可向其契約相對人請求債務不履行損害賠償之保護。然而，

¹²³ 至於，房屋和建築物以外之其他定著物，是否可作相同處理，不無疑問。鑑於現行民法規定對於這類問題之處理，僅以房屋和具經濟價值之建築物為限，基於例外從嚴之法則，本文對此持否定立場。

在實務上，並未承認所有的基地使用借貸契約，均可對受讓人主張，而是只有當房屋具相當經濟價值者，才有保護之必要。最高法院八十五年度臺上字第三八四號判決即明白表示此一見解，謂：「最高法院四十八年台上字第一四五七號判例固謂：土地與房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣，其間雖無地上權設定，然除有特別情事，可解釋為當事人之真意限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默示房屋承買人繼續使用土地。惟同院五十七年台上字第一三〇三號判例亦謂：民法第八百七十六條第一項之法定地上權，須以該建築物於土地設定抵押時業已存在，並具相當之經濟價值為要件。是適用最高法院四十八年台上字第一四五七號判例，除房屋與土地須同屬一人外，尚須以房屋具有相當之價值為必要。否則非但有有害基地之利用，對社會經濟亦屬無益。」最高法院九十七年度臺上字第七二一號判決亦表示：「系爭土地及廠房經現場履勘結果可知：廠房為老舊之鐵皮屋，屋齡達二十餘年，殘餘使用價值已剩無幾，無保護使用權之必要。以土地所有權人對土地之經濟利用價值與建物房屋之殘餘利用價值比較，前者之價值顯高於後者，若本件得類推適用民法第四百二十五條之一規定而許上訴人繼續使用，顯非適當，對被上訴人並不公平，從而被上訴人行使所有權請求上訴人拆除系爭廠房及返還系爭土地，即與誠信原則無違，並無權利濫用情事。」

雖然，房屋有價，但土地的再利用，也會創造出新的利用價值，而且土地之利用也不是以建造房屋為唯一用途，生態綠化與保育，也可以是一項重要的經濟價值¹²⁴，而且以土地價值與再利用價值，來跟現有房屋價值，作客觀比較的話，通常也都是土地的價值較高，依此，對於房屋所有權的保護，是否應位居優先考量，不

¹²⁴ 對此，民法在第850條之1以下，已創設「農育權」制度。

無疑問。不過，從立法者對於民法第四二五條之一、第四二六條之一、第八三八條之一等規定之增訂，均將房屋之社會經濟利益的維護，作為立法意旨，即不難看出既有房屋價值之保存，在立法者心目中的份量了。

(二)創造性的法律補充或修法

觀從上述，在現行法之內，對於借地建屋爭議之處理，使用類推適用的法學方法，可能太過馬虎或不夠圓滿，致備受學界質疑。當無法藉由類推適用，從事「制定法內之法的續造」時，如該法律問題仍舊存在，但無法透過制定法內之法學方法提供滿足的答案時，基於事物本質、倫理道德或交易上的迫切需要等原因，在修法之前，法院可例外地從事「超越法律之法的續造」，超脫制定法的框框，為「超越法律」(praeter legem)之造法，即提升其「高度」為立法者角色，依據「法理」¹²⁵而為創造性的補充¹²⁶，例如德國法院過去對於締約上過失所作的法官造法。

假設確實有保全房屋價值之迫切需要，而於分離處分後，須由法律例外地介入當事人間的法律關係為其安排利用權源者¹²⁷，為平衡雙方當事人之利益，這個法律關係就不太可能是原先的無償使用關係，而應是有償的使用，較為公平¹²⁸，也就是說原來的使用

¹²⁵ 瑞士民法第4條規定：「法律指示法院可以依據裁量、或依據情況判斷、或基於重大事由而為裁判時，法院應當依正義及公平為之。」

¹²⁶ Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁333-335，1996年。黃茂榮，同註103，頁451。

¹²⁷ 如民法物權編新修正條文第927條第3項至第5項就出典土地回贖時，對於典權人營造之建築物的處理，即以法定地上權調整之。民法物權編第840條對於地上權亦設有類似規定。這二者皆屬土地所有人同意他物權人建屋之例，立法者透過修法彰顯保存房屋之意旨，不過，其規範還是只在物權人間適用。

¹²⁸ 參照大法官釋字第291號解釋意旨。

借貸關係，必須進行轉換，變成有償的租賃關係或法定地上權。當然，若要一併解決後續可能會再度發生的房地讓與問題，法定地上權的模式，是比較明確與穩定的，也比較能夠清楚呈現房屋對土地利用的屬物關係本質¹²⁹，在地上權的架構下，地上權的租期、地租、範圍，基本上仍宜先委由當事人雙方協議，僅在協議不成時，才由法院介入以判決定之（參照民法第八七六條和第四二六條之一），如果當事人無法接受法院的判決結果時，也只好一拍兩散了¹³⁰。

不過，與其大費周章地事後介入，另外一種簡便的途徑，則是考量房屋的價值性與長久利用性，特別保護借用基地建築房屋的借用人，仿照民法第四二二條之一之增訂特別規定，使借用人得請求為地上權之登記，額外再提供借用人一個選擇機會，可自行決定是否要預先將利用權穩固化，藉由物權公示以避險，或許即可適度解決房地嗣後分離的權利衝突了。

柒、結 語

當土地與土地上之房屋，自始即非屬同一人所有，而所有人間又僅有債之關係之使用借貸契約作為利用權源時，初始均相安無事，惟若有一方將其標的物之所有權讓與第三人時，房地分離下的產權衝突，又再度浮上檯面。基於債權相對性原則，不管是在房屋讓與或者是土地讓與之類型，房屋所有人均無法對土地所有人主張有權占有，使得拆屋還地訴訟紛起，基於房屋有價與社會經濟利益，法院試圖調和房地所有人之利害關係，從類推適用租賃之規

¹²⁹ 同理，現行法上之推定租賃關係之模式，亦須一併改為法定地上權模式，方能一致。

¹³⁰ 蘇永欽，同註2，頁512。

定，到援引誠信原則與權利濫用禁止作為基礎，均可見法院努力上的用心。

然因使用借貸與租賃契約，性質並不相同，法律也分設不同評價，使得在類推適用的時候，時常面臨難題，民法雖有法定地上權（或推定租賃關係）的設計，但立法者目前僅針對房地同屬一人所有，致無法事先安排之情形而設，對於原即有利用權源安排之場合，法律即不介入當事人間的私法自治安排，故也無法跳脫「同屬一人所有」之構成要件，予以類推適用。最後，法院只能從權利濫用禁止之方法，作治標不治本的解決方案，對於房地嗣後的正當利用權源，仍舊未徹底解決。

至於，債權物權化的發展，現行法除了法律明文規定之特殊契約類型之外，尚無一般化的趨勢，仍然嚴守債權相對性原則，故欲令使用借貸契約藉物權化模式得以對抗第三人，尚有爭議，而且若物權化之結果，倘係無償使用，對土地所有人亦屬不公。基本上，在借地建屋之案例，法院關心的重點，還是在於希望能夠儘量保存房屋的價值，避免拆屋的不經濟。不過，拆除舊有房屋，是否即為不經濟，也不無疑問，實務上亦不乏土地所有人欲再度開發利用土地，建造更有經濟價值之建築物的主張與案例。對此，本文的基本立場，係認為債權與物權雖性質有別，但就基地之利用，具有選擇與替代的關係，故當事人基於私法自治，在交易之初，可自由選用債權或物權的權源，故就房地分離嗣後處分之風險，當事人既然有透過設定物權預為防免的可能，其是否有迫切之保護必要性，非無疑問，因此，對於借地建屋案例之爭議，法院不必過度積極介入創造利用權源。

參考文獻

一、中 文

1. Hermann Weitnauer著，張雙根譯，物權化的債之關係，中德私法研究，1卷，頁146-160，2006。
Weitnauer, Hermann, Zhang, Shuang-Gen (trans.), Concretization of Obligation, Archive for Chinese-German Private Law, vol. 1, pp. 146-160, 2006.
2. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996。
Larenz, Karl, Chen, Ai-Er (trans.), Methodology of Law, 1996.
3. 王文宇，從財產權之保障論釋字第三四九號解釋，載：民商法理論與經濟分析，頁87-130，2000。
Wang, Wen-Yeu, The Analysis of Judicial Yuan Interpretation No. 349 from an Aspect of the Property Rights Protection, in Civil and Commercial Law Theory and Economic Analysis, pp. 87-130, 2000.
4. 王文宇，物權法定原則與物權債權之區分，月旦法學雜誌，93期，頁138-165，2003。
Wang, Wen-Yeu, Distinction Between Property Statutory Principle and Property Claims also on the Public System, The Taiwan Law Review, no. 93, pp. 138-165, 2003.
5. 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用與類推適用，載：民法學說與判例研究(六)，頁196-226，1994。
Wang, Tez-Chien, Lease Sale is not Broken: The Civil Act Applicable Provisions of the no. 425, and by Analogy with the Applicable Standards, Finding of Laws, in Study of Civil Law and Legal Precedent VI, pp. 196-226, 1994.
6. 王澤鑑，憲法基本權利與私法，載：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，頁53-81，1998。
Wang, Tez-Chien, Fundamental Rights under the Constitution and Private Right, in Collected Essays on Judicial Yuan Justices of the Constitutional Court Interpret

- Constitution Fiftieth Anniversary, Publication of Judicial Yuan, pp. 53-81, 1998.
7. 王澤鑑，民法總則，6版，2001。
Wang, Tez-Chien, *General Principles of Civil Law*, 6th ed., 2001.
 8. 王澤鑑，民法物權，增訂2版，2010。
Wang, Tez-Chien, *Civil Law: Property*, 2d ed., 2010.
 9. 朱柏松，論房地異主時房屋所有人之土地使用權——評最高法院八十八年台上字第二一九三號判決，月旦法學雜誌，57期，頁170-180，2000。
Zhu, Bo-Song, *House Owner's Using Rights to the Land: On Separate Ownership Between Land and House-Comments on Supreme Court 88-Taishan-Tzi-No. 2193 Judgment*, *The Taiwan Law Review*, no. 57, pp. 170-180, 2000.
 10. 吳秀明，租賃，載：民法債編各論（上），頁277-504，2004。
Wu, Shiow-Ming, *Tenancy*, in *Obligation Law: Particular (I)*, pp. 277-504, 2004.
 11. 吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報，18卷2期，頁103-140，2006。
Wu, Cong-Zhou, *Gap in the Law, Application of Analogies and Teleologische Reduction in Civil Law*, *Soochow Law Review*, vol. 18, no. 2, pp. 103-140, 2006.
 12. 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則——最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌，111期，頁1-25，2008。
Wu, Cong-Zhou, *Right of Creditor, the Presumptive Tenancy and the Principle of Good Faith-Sixteenth Annual Supreme Court on 95 Commentary on the Resolution of Civil Court Session*, *Taiwan Law Journal*, no. 111, pp. 1-25, 2008.
 13. 吳從周，「土地與房屋不同屬一人所有」不宜類推適用民法第四二五條之一——最高法院九十六年度臺上字第一三五九號判決在法學方法論上的再思考，月旦法學雜誌，165期，頁218-230，2009。
Wu, Cong-Zhou, *Analog Application of Article 425-1 of the Civil Law is Inappropriate Based on Separate Ownership Between Land and House: Rethinking on Legal Method of 96-Taishan-Tzi-No. 1359 Judgment*, *The Taiwan Law Review*, no. 165, pp. 218-230, 2009.

14. 吳從周，互易契約之債權物權化——簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決，台灣法學雜誌，123期，頁194-203，2009。
Wu, Cong-Zhou, The Contractual Right of Barter Contract Against the Property Transferee: Comments on Supreme Court 97-Taishan-Tzi-No. 1729 Judgment, Taiwan Law Journal, no. 123, pp. 194-203, 2009.
15. 吳瑾瑜，所有權行使與權利濫用——以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例，臺北大學法學論叢，78期，頁43-109，2011。
Wu, Jin-Yu, Ownership Protection and the Principle of Prohibition of Abuse of Rights, Taipei University Law Review, no. 78, pp. 43-109, 2011.
16. 吳瑾瑜，民法第148條——權利行使之界限暨調節權利衝突之緩衝器／最高法院100台上10，台灣法學雜誌，183期，頁233-236，2011。
Wu, Jin-Yu, Article 148 of Civil Law: The Margin of Use of Right and Buffer of Adjustment of Right Conflict, Taiwan Law Journal, no. 183, pp. 233-236, 2011.
17. 林大洋，使用借貸對第三人之效力——實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊，59卷4期，頁4-16，2008。
Lin, Da-Yang, The Effects to the Third Party of Commodatum: Methodological Issues in Practices, The Law Monthly, vol. 59, no. 4, pp. 4-16, 2008.
18. 林更盛，使用借貸物權化？——兼論法學方法論上「漏洞」的幾個問題，東海大學法學研究，35期，頁123-163，2011。
Lin, Geng-Schenq, Does Commodatum Have the Equivalent Legal Effect as to the Property Right?: A Critical Assessment from Methodological Point of View, Tunghai University Law Review, no. 35, pp. 123-163, 2011.
19. 林誠二，民法總則編講義（下），1995。
Lin, Chen-Erh, The General Principles of Civil Code (II), 1995.
20. 林誠二，民法債編各論（上），增訂2版，2003。
Lin, Chen-Erh, Obligation Law: Particular (I), 2d ed., 2003.
21. 林誠二，買賣不破租賃規定之目的性限縮與類推適用，台灣本土法學雜誌，97期，頁143-149，2007。

- Lin, Chen-Erh, The Restrict Interpretation and Analog Application of the Provision of Transfer of Ownership Not Annulling Lease, *Taiwan Law Journal*, no. 97, pp. 143-149, 2007.
22. 法務部，民法物權編修正實錄——抵押權章（上），2006。
Ministry of Justice, The Amendment of the Part of Rights in Rem of the Civil Code-Mortgage (I), 2006.
23. 法務部，民法物權編修正實錄——通則、所有權、用益物權、占有及施行法(二)，2009。
Ministry of Justice, The Amendment of the Part of Rights in Rem of the Civil Code-General Principles, Ownership, Usufructuary Right, Possession and Enforcement Act II, 2009.
24. 邱聰智，新訂債法各論（上），2002。
Ciou, Cong-Jhih, *Obligation Law: Particular (I)*, 2002.
25. 邱聰智，民法總則（下），2011。
Ciou, Cong-Jhih, *The General Principles of Civil Code (II)*, 2011.
26. 姚志明，誠信原則，*月旦法學雜誌*，76期，頁109-121，2001。
Yao, Zhi-Ming, The Function of Good Faith Doctrine, *The Taiwan Law Review*, no. 76, pp. 109-121, 2001.
27. 姚瑞光，民法物權論，2011。
Yao, Rui-Guang, *The Theory of Property Law*, 2011.
28. 施啟揚，民法總則，8版，2011。
Shi, Chi-Yang, *The General Principles of Civil Code*, 8th ed., 2011.
29. 許政賢，實用主義裁判觀與概括條款具體化——簡評最高法院九十九年台上字第一七〇五號民事判決，*月旦裁判時報*，8期，頁29-35，2011。
Xu, Zheng-Xian, The Judgment of Pragmatism and Concreteness of General Clause: Comments on Supreme Court 99-Taishan-Tzi-No. 1705 Judgment, *Court Case Times*, no. 8, pp. 29-35, 2011.
30. 陳榮傳，分管契約得否對抗應有部分之受讓人，載：民法物權爭議問題研

- 究，頁193-215，1999。
- Chen, Rong-Chuan, Could the Contract of Separated Against the Transferee of Share?, in Study on Issues of the Property Law, pp. 193-215, 1999.
31. 陳榮傳，離開土地的房屋（上）——最高法院九十一年度台上字第三六號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌，51期，頁31-42，2003。
- Chen, Rong-Chuan, A House Lost Possessory Right of Its Located Land-Comments on Supreme Court 91-Taishan-Tzi-No. 36 Judgment, Taiwan Law Journal, no. 51, pp. 31-42, 2003.
32. 陳聰富，使用借貸契約之債權物權化——最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析，月旦裁判時報，2期，頁52-61，2010。
- Chen, Tsung-Fu, The Contractual Right of Commodatum Against the Property of Transferee-Comments on Supreme Court 98-Taishan-Tzi-No. 1319 Judgment, Court Case Times, no. 2, pp. 52-61, 2010.
33. 陳聰富，債權物權化之適用基礎——最高法院96年度台上字第334號民事判決評釋，法令月刊，61卷10期，頁26-36，2010。
- Chen, Tsung-Fu, The Applicable Base of Contractual Right Against the Property of Transferee: Comments on Supreme Court 96-Taishan-Tzi-No. 334 Judgment, The Law Monthly, vol. 61, no. 10, pp. 26-36, 2010.
34. 黃茂榮，債法各論(一)，再版，2006。
- Huang, Mao-Zong, Particular Parts of Law of Obligations I, 2d ed., 2006.
35. 黃茂榮，債法總論(三)，增訂3版，2010。
- Huang, Mao-Zong, Obligation of Civil Law III, 3d ed., 2010.
36. 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂6版，2011。
- Huang, Mao-Zong, Method of Law and Modern Civil Law, 6th ed., 2011.
37. 楊宏暉，誠信原則與契約締結相關說明義務的合理性，法學叢刊，215期，頁111-163，2009。
- Yang, Hung-Hui, Good Faith and the Rationality of Obligation to Disclose the Information in the Course of Contract Negotiation, China Law Journal, no. 215,

pp. 111-163, 2009.

38. 詹森林，最高法院二〇〇二年度契約法判決之研究，載：民事法理與判決研究(五)，頁179-211，2007。

Jan, Sheng-Lin, On the Decisions of Supreme Court Taiwan about Contractual Disputes in 2002, in Study of Civil Law Theory and Precedent V, pp. 179-211, 2007.

39. 劉春堂，民法債編各論（上），2003。

Liou, Chun-Tang, Obligation Law: Particular (I), 2003.

40. 蔡瑄庭，民法第八七六條「土地與建物同一人所有」概念擴張之類型分析，月旦法學雜誌，194期，頁227-239，2011。

Tsai, Shen-Ting, Study on Types of the Expansion of Concept about “Land and a Building on such Land are Both Owned by the Same Person” in Article 876 of Civil Code, The Taiwan Law Review, no. 194, pp. 227-239, 2011.

41. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，修訂15版，2008。

Zheng, Yu-Po, Hwang, Tzong-Leh (revised), Civil Law: Property, 15th ed., 2008.

42. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，修訂11版，2009。

Zheng, Yu-Po, Hwang, Tzong-Leh (revised), The General Principles of Civil Law, 11th ed., 2009.

43. 鄭冠宇，民法物權，2010。

Jeng, Gung-Yeu, Civil Law: Property, 2010.

44. 謝在全，民法物權論（上），修訂5版，2010。

Hsieh, Tsay-Chuan, The Civil Law: Property (I), 5th ed., 2010.

45. 謝在全，民法物權論（中），修訂5版，2010。

Hsieh, Tsay-Chuan, The Civil Law: Property (II), 5th ed., 2010.

46. 謝哲勝，民法第四二五條之一的類推適用，月旦法學教室，73期，頁10-11，2006。

Hsieh, Zhe-Sheng, The Analog Application of Article 425-1 of the Civil Law, Taiwan Jurist, no. 73, pp. 10-11, 2006.

47. 謝哲勝，債權物權相對化(二)——最高法院九十六年台上字第一三五九號判決評釋，月旦法學雜誌，162期，頁196-206，2008。
Hsieh, Zhe-Sheng, Relativization of Creditor's Right and Property Right (II)—Comments on Supreme Court 96-Taishan-Tzi-No. 1359 Judgment, *The Taiwan Law Review*, no. 162, pp. 196-206, 2008.
48. 謝哲勝，債權物權相對化(三)——最高法院九十七年台上字第一七二九號民事判決評釋，月旦裁判時報，5期，頁46-50，2010。
Hsieh, Zhe-Sheng, Relativization of Creditor's Right and Property Right (III)—Comments on Supreme Court 97-Taishan-Tzi-No. 1729 Judgment, *Court Case Times*, no. 5, pp. 46-50, 2010.
49. 簡資修，讓與（買賣）不破租賃及其類推適用——長期投資保障觀點之分析，載：經濟推理與法律，頁81-104，2版，2006。
Chien, Tze-Shiou, Buyer vs. Lessee and Its Analogical Reasoning: A Perspective of Long-term Investment, in *Economic Reasoning and the Law*, pp. 81-104, 2d ed., 2006.
50. 蘇永欽，物權法定主義的再思考，載：經濟法的挑戰，頁1-58，1994。
Su, Yong-Qin, Numerus Revisited-Property Law from a Civil Point of View of Development and Economic, in *Economic Law Challenges*, pp. 1-58, 1994.
51. 蘇永欽，關於租賃權物權效力的幾個問題，載：走入新世紀的私法自治，頁377-394，2002。
Su, Yong-Qin, Some Issues about the Lease Against the Property of Transferee, in *The New Era of Private Autonomy*, pp. 377-394, 2002.
52. 蘇永欽，非線性的體系思考，載：尋找新民法，頁509-514，2008。
Su, Yong-Qin, Non-Linear Rational Thinking, in *Search of New Civil Code*, pp. 509-514, 2008.
53. 蘇永欽，從債物二分的底蘊看債物分編的體例，載：尋找新民法，頁235-245，2008。
Su, Yong-Qin, The Separate Chapters of Obligation and Property from the View

of Division Between Obligation Right and Property Right, in Search of New Civil Code, pp. 235-245, 2008.

54. 蘇永欽，夏蟲語冰錄(癸)——重新認識限制物權，法令月刊，61卷5期，頁138-141，2010。

Su, Yong-Qin, Quotations from a Summer Insect Discussing Ice (28)—Re-understand the Restrictive Right, The Law Monthly, vol. 61, no. 5, pp. 138-141, 2010.

55. 蘇永欽，夏蟲語冰錄(卅)——找到漏洞了嗎，法令月刊，61卷7期，頁157-161，2010。

Su, Yong-Qin, Quotations from a Summer Insect Discussing Ice (30)—Does the Loophole Be Found? The Law Monthly, vol. 61, no. 7, pp. 157-161, 2010.

二、外 文

1. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in Jakobs, Horst-Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1978, S. 371-427.
2. Erman, Walter (Hrsg.), BGB, 11. Aufl., 2004.
3. Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Aufl., 1975.
4. Jauernig, Othmar (Hrsg.), BGB, 10. Aufl., 2003.
5. Palandt, Otto (Hrsg.), BGB, 64. Aufl., 2005.
6. Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 6. Aufl., 2011.
7. Paulus, Christoph/Zenker, Wolfgang, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 1-9.
8. Schön, Wolfgang, Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB, JZ 2001, S. 119-127.

Reconciling the Disputes of “Land Loan for Construction” and the Autonomous Choice of Separate Ownership Between Land and Building

Hung-Hui Yang^{*}

Abstract

When one enters into a contract to use other's land to build a house, at the very beginning, the ownership of the land and the house are separated. The contract, which is called “land loan for construction” contract, forms the sole basis for the building's owner to use the land.

However, when either the building or the land owner subsequently transfers his property to another party, the separation of ownership between the land and the house will become an issue because the land loan contract is binding only between the original parties under the doctrine of “privity of contract.” Under such a circumstance, can the landowner sue the house owner for demolition of the house and return of the land? This is the most controversial issue being faced by the courts recently.

^{*} Assistant Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Ph. D., College of Law, National Chengchi University.

Received: March 23, 2012; accepted: July 19, 2012

Due to the value of a house and its social benefit, some courts try to reconcile the interests between different property owners by making an analogy between land loan for construction contract to a lease contract or applying the principles of good faith and prohibition of abuse of right. Similarly, there are different opinions in the literature.

This article will first analyze relevant judgments and scholarly opinions regarding the above-mentioned issue. It will then argue that based on the principle of Autonomy of Private Law, parties have a chance to prevent the risk resulting from different ownerships between the house and land. Therefore, in such cases, it is questionable for the court to intervene in the name of protecting the house owner.

Keywords: Land Loan for Construction, Rule of Leasing Overrides Sale, Obligatory Right Turning into Property Right, Legislative Superficies, Loan for Use, Lease, Good Faith, Abuse of Right, Legal Loophole