

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

基地租賃優先承買權之研究

A Research on the Right of First Refusal in Building

Site Lease Contract

何奕萱

Yi-Hsuan Ho

指導教授：吳從周 博士

Advisor: Chung-jau Wu, Dr. iur.

中華民國 109 年 6 月

June 2020

謝辭



本篇論文得以完成，一路上受了太多人的幫助，謹以此謝辭表達感恩。首先，當然是最為感謝的恩師吳從周老師。大一下的債編總論第一次上老師的課，也是這堂課開啟了我對民事法的興趣。之後的債編各論、物權法也都幸運的繼續跟著老師學習，再到了研究所也有幸修習老師開設的工程法、民法方法論，向老師學習深厚的民事法知識，以及嚴謹的治學態度。而研究所以來繼續擔任老師的助理，也獲得更多機會能跟著老師學習，感謝老師一路以來的照顧。如果說我對於民事法有什麼基本功可言，也都是向老師學習的。而自本篇論文開始撰寫之後，遇到什麼問題，老師總會在百忙之中撥空和我討論，並總是能直指問題的核心以及我思考上的盲點，每次都使我獲益良多。真的很開心能夠成為老師的指導學生。

感謝本論文的口試委員顏佑紘老師及陳立夫老師，在繁忙之餘審閱本篇論文，並給予了許多實質上及形式上的建議，點出了研究中仍有的不足，十分感謝兩位老師的用心。而在研究所時也有幸修習顏老師開設的財產法專題課程，並以優先承買權之合法通知為課堂報告之題目，十分感謝老師及修課同學當時提出的諸多建議，也都使本論文更加完善。研究所期間也有機會擔任吳老師及顏老師共同的專案研究計畫助理，深刻地感受到老師認真、用心的研究態度，跟著老師學習了許多，感謝老師的關心與照顧。

感謝王能君老師及徐婉寧老師，大四時修習王老師的勞工法專題，受到老師很多的鼓勵，並在升碩一時因為王老師的介紹，而能擔任徐老師的助理。雖然僅擔任徐老師助理一年的時間，但在助理任期結束後仍不斷的受到老師的關心及照顧，每次和老師聊天都會被老師的率真給療癒到。

也感謝陳忠五老師，研究所以來修習了老師的民事責任法一及二，每次上課



都很享受老師精準的評論，也很景仰老師時時刻刻流露出的溫暖，在法學思考上也受到老師不少的啟發。另外還要感謝吳志正老師，自碩一修習老師的醫事法課程後，也時不時受到老師的鼓勵。

接著，非常感謝同門的大家。感謝恩寧學姐的關心與鼓勵，不論是擔任助理上的須知、論文上的問題，或是接下來司法官訓練的注意事項，學姐都給了超級多的指點和建議，真的超感人。感謝彥丞學長、本昕學長在一起擔任計劃助理時的照顧，還有彥丞學長在口試期間的鼓勵。感謝德婷學姐在台灣以及在德國交換時的互相照顧及鼓勵。感謝禎翊、大寶在我到德國交換時幫忙扛下助理工作，並在我回國後衝刺論文時幫我分擔許多，也謝謝大寶擔任我論發以及口試的紀錄。

再來要感謝我的朋友們，首先要感謝來參加論發的大家給予了許多寶貴的建議，還有致睿學長在知道我的論文題目後，有看到相關的判決都會提醒我要注意。感謝在 2406 一起吵鬧的易勳、大寶、凱翔，到後期甚至在研究室玩 Switch，是要多荒謬，但吵鬧之餘還是很享受大家一起進行的學術討論。尤其要感謝易勳，除了雖然是研究訴訟法但還是被我抓著問各種實體法問題，而且還要被我問德文之外，還一直提醒我各種行政事宜，真是麻煩你了，接下來也會繼續麻煩。本篇論文的問題意識源於和凱翔一起撰寫的課堂報告，後來也有幸刊登於期刊，合作愉快，也感謝凱翔最後運用法學論叢助理的專業幫我校一遍格式上的問題。還要感謝高中、大學以來的好友，紫彤、薇瑄、宛潼、怡茹、庭懿、阿斌、賴、柯、承承、單身趴群組等等等，在寫論文寫到焦慮煩躁時，一句話就可以約出來聊天散心，深感幸福。還要感謝男友的互相陪伴及包容，一起吵吵鬧鬧看小動物的日子很快樂。

最後，感謝家人一直以來的支持及包容，爸爸媽媽不只在求學時間給予我所有需要的資源，也不計成本讓我出國交換一學期。在我撰寫論文的過程中，也鮮

少過問我的進度，給予我最小的壓力，謝謝你們。也趁弟弟因為疫情被迫待在臺灣時，逼迫弟弟從經濟學的角度幫我看一下本論文經濟分析的部分，感謝弟弟願意被壓榨。

謹以此論文紀念最無憂無慮的學生時代，並將這本論文獻給最親愛的家人們。



中文摘要



基地租賃優先承買權為實務上爭議繁多之問題，然學說上之討論多廣泛就多種優先承買權為探討，而未聚焦於基地租賃優先承買權討論，對基地租賃優先承買權衍生之相關爭議亦缺乏系統性之整理。故本文透過對最高法院判決進行實證研究與分析，爬梳出重要之法律爭點，並就各個爭議要件中，對照我國學說見解進行整理，並參考德國法及瑞士法上之文獻進行討論。

本文於第二章中先就基地租賃優先承買權之基本理論為介紹。其中就優先承買權之制度目的，我國向來之學說實務均認為此在促進經濟效率。本文就此參考美國法上之經濟分析文獻，認為優先承買權無助於達成經濟最有效之配置。又在我國民法第 425 條及民法第 426 條之 1 已足以保障房屋對基地之占有權源下，此制度之經濟效益應僅限於消除房地使用關係之交易成本，然此不必然大於其對買賣市場造成之效率損失，總體而言是否能促進經濟效率仍有疑問。故於基地租賃優先承買權之解釋適用上應採較限縮之基本態度。又優先承買權之權利性質應為債權物權化之一種，故亦須合於物權公示性原則，以具備基地上確實建有房屋為公示外觀為必要。

本文第三章在處理基地租賃優先承買權之構成要件。本文認為，於基地為多人共有而部分共有人出賣應有部分時，該基地上之基地租賃契約原則上不存有優先承買權。又基地上之房屋基於使用借貸契約占有基地時，原則上得類推適用基地優先承買權之規定。就此制度中之「房屋」一要件，本文認為係指「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」，且於房屋不具相當價值或為違章建築時排除之。針對得使優先承買權除斥期間起算之合法通知，本文認為應以載有重要契約條件且附有權利行使教示之書面為之，且得由出賣人或買受標的之第三買受人



發出。最後，本文亦認為基地租賃優先承買權得由權利人意定拋棄，且此拋棄不以權利人知悉買賣條件為前提。而於基地出賣時，不得一概認為承租人僅主張買賣不破租賃或仍繼續繳交租金係默示放棄權利。

本文第四章則在處理基地租賃優先承買權之法律效果。本文認為，出賣標的為「同樣條件」之範疇，應要求優先承買權人對出賣人所出賣之全部標的為承買。又「同樣條件」不能單以約定之數額為標準，於物價飆漲之案型中應可調整價金數額。而優先承買權人行使權利後，方發生出賣人與第三買受人間所有權移轉不得對抗優先承買權人之效果，權利人此時並得本於優先承買權之規定請求塗銷該所有權移轉登記。然而第三買受人再將所有權移轉與轉得人時，轉得人有善意取得所有權之可能，惟須以轉得人有向出賣人或優先承買權人詢問是否已有放棄優先承買權之情事以判斷轉得人是否為善意。又優先承買權之行使不影響出賣人與買受人間之契約效力，故於出賣人與買受人間未約定以優先承買權行使為解除條件時，可能有瑕疵擔保及債務不履行之責任。最後，優先承買權亦有適用權利失效之可能。於判斷上，不以優先承買權人已知買賣條件為必要，惟其是否創造出其已知悉該等條件則得作為判斷信賴及狀況要素之一環，亦影響時間要素之長短。且第三買受人雖非此權利之義務人，然其亦受權利行使之影響，故亦應自第三人之角度觀察有無具備權利失效之相關要素。

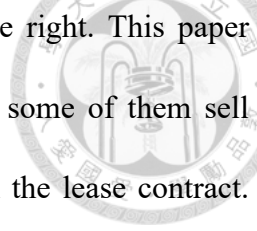
關鍵字：基地租賃優先承買權、物權效力優先承買權、優先購買權、民法第 426 條之 2、土地法第 104 條

Abstract



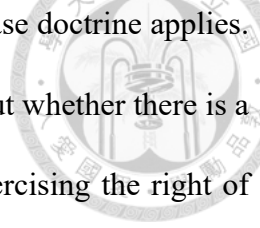
While the right of first refusal in building site lease contracts is of high controversy in court decisions, scholars have yet thoroughly discuss these issues. Most relating discussions in the literature include a variety of rights of first refusal instead of focusing on those arising from building site lease contracts and thus lacks a systematic examination of the right. Therefore, this paper summarizes the critical legal disputes around the right of first refusal in building site lease contracts through imperial research of the Supreme Court's decision. This paper then discusses these disputes with reference to existing Taiwanese literature and with comparison to German and Swiss law.

The second chapter of this paper first introduces the fundamental theories of the right. Regarding the purpose of the right, scholars and the courts have always pointed to enhancing economic efficiency. This paper advises American legal-economic analysis literature and deems that this right of first refusal does not contribute to reaching an efficient distribution of asset allocation. As the buildings' existence on the leased building site is protected under Article 425 and Article 426-1 of the Taiwanese Civil Code, the economic benefit of the right of first refusal is limited to eliminating the transactional costs in the building site lease contract. However, eliminating such transactional cost may not be higher than the efficiency loss that the right caused to the free market, and therefore may not enhance economic efficiency. This paper thus argues that the application and interpretation of this right should be limited. Also, this right is a kind of quasi-property right, which requires a notice of the right. In this case, such notice would be a building built on the leased building site.

The logo of National Taiwan University (NTU) is located in the upper right quadrant of the page. It is a circular emblem with the university's name in Chinese characters around the perimeter and a central design featuring a stylized figure or symbol.

The third chapter of this paper deals with the elements of the right. This paper believes that when multiple co-owners own the building site, and some of them sell their part of the land, there should not be a right of first refusal in the lease contract. Also, contrary to common belief, this paper argues that the right of first refusal in building site lease contracts should be applied by analogy when the building occupies the building site under a loan for use contract. This paper also proposes a definition for the "house" element of this right and argues the houses lacking certain economic value, and the illegal structures should be excluded. Regarding what constitutes a proper notification that sets off the right's limitation of time, this paper believes that such notification should contain important clauses of the sales contract and inform the right holder about the existence of their right. Such notification can be sent by the seller and the buyer of the property alike. Finally, this paper believes that the right holder could waive the right, and this does not require their knowledge of the clauses of the sales contract. However, when the building site is sold, the lessor's claiming of the lease remaining effective does not immediately constitute their waving of the right of refusal.

The fourth chapter of this article deals with the effects of the right of first refusal in building site lease contracts. This paper believes that the subjects sold are within the scope of the "same condition"; thus requiring the right holder to buy everything subject to the sales contract. Additionally, the "same condition" cannot be purely based on the agreed amount and could be adjusted according to relating circumstances. The effect that the transfer of ownership could not be held against the right holder only occurs after the right of first refusal has been exercised, and the right holder could claim to cancel the registration of said transfer of ownership accordingly. However, when the buyer



then transfers the ownership to another person, the good-faith purchase doctrine applies. However, to be determined as good-faith requires duly inquiries about whether there is a still exercisable right of first refusal on the property. Moreover, exercising the right of first refusal does not impact the sales contract between the seller and the buyer. Hence, damage compensation may arise from the sales contract. Finally, the right could be subject to forfeiture. Whether the right is forfeited does not rely on the right holder's knowledge of the conditions of the sales contracts. Instead, whether the right holder has exhibited an appearance that induces the obligator or the third buyer's trust of not intending to exercise the right is more important.

Key words: Right of First Refusal in Building Site Lease Contract, Right of First Refusal in Rem, Right of First Refusal, Article 426-2 of the Civil Code, Article 104 of the Land Act

簡目



謝辭	I
中文摘要	IV
ABSTRACT	VI
簡目	IX
詳目	XI
表目錄	XXII
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第二節 研究範圍及方法	8
第三節 研究架構	10
第二章 基地租賃優先承買權之基本理論	12
第一節 優先承買權之簡介	12
第二節 基地租賃優先承買權之制度目的	17
第三節 基地租賃優先承買權之權利性質	49
第四節 基地租賃優先承買權之物權效力	58
第三章 基地租賃優先承買權之構成要件	68
第一節 基地租賃契約	68
第二節 承租人所有之房屋的存在	92
第三節 基地或房屋出賣	117

第四節 通知到達後 10 日內表示	128
第五節 權利未意定拋棄	174
第六節 權利行使要件	191
第四章 基地租賃優先承買權之法律效果	197
第一節 優先承買權合法行使之要件	197
第二節 依「同樣條件」優先承買	202
第三節 形成同樣出賣條件之買賣契約	245
第四節 義務人及第三買受人間之所有權移轉不得對抗優先承買權人	246
第五節 得依買賣契約請求優先承買義務人移轉所有權	268
第六節 不影響出賣人與第三買受人間之買賣契約效力	269
第七節 優先承買權之權利失效	278
第五章 結論	304
參考文獻	314



詳目



謝辭	I
中文摘要	IV
ABSTRACT	VI
簡目	IX
詳目	XI
表目錄	XXII
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識	1
第一項 文獻研究現狀.....	1
第二項 文獻回顧與問題提出.....	3
第一款 基地租賃優先承買權之制度目的.....	3
第二款 基地租賃優先承買權之構成要件.....	3
第三款 基地租賃優先承買權之法律效果.....	5
第四款 問題意識.....	7
第二節 研究範圍及方法	8
第三節 研究架構	10
第二章 基地租賃優先承買權之基本理論	12
第一節 優先承買權之簡介	12
第一項 用語使用.....	12



第二項 優先承買權之種類.....	13
第三項 制度來源.....	13
第二節 基地租賃優先承買權之制度目的	17
第一項 我國學說及實務見解.....	18
第二項 「以盡經濟上之效用」、「促盡物之利用」之具體內涵.....	20
第三項 法律經濟分析.....	22
第一款 寇斯定理下之經濟效率.....	23
第二款 美國法上優先承買權之經濟分析.....	24
第三款 我國法上優先承買權之經濟分析.....	31
第四項 瑞士法上之考察.....	33
第五項 本文見解.....	34
第一款 無助於達成經濟最有效之配置.....	34
第二款 民法第 425 條及第 426 條之 1 已足保障房屋對基地有占有權源	35
第三款 對我國學說及實務見解之檢視.....	38
第四款 瑞士法之途徑忽略對市場之影響而亦非可採.....	41
第五款 民法第 426 條之 1 及民法第 449 條第 3 項之增訂.....	42
第六款 對選擇權法理論之回應.....	44
第七款 小結.....	46
第三節 基地租賃優先承買權之權利性質	49
第一項 實務見解.....	49
第一款 請求權說.....	50
第二款 形成權說.....	53
第三款 小結.....	53



第二項 學說見解.....	54
第三項 比較法.....	55
第四項 本文見解.....	56
第四節 基地租賃優先承買權之物權效力	58
第一項 比較法上之物權效優先承買權.....	58
第二項 我國基地租賃優先承買權自債權效轉為物權效之歷程.....	59
第三項 本文見解：基地租賃優先承買權作為債權物權化之具體規定.....	62
第一款 債權物權化之內涵.....	62
第二款 基地租賃優先承買權之性質為債權物權化.....	63
第一目 不具備物權絕對性之全部特徵.....	63
第二目 以基地上建有房屋作為權利公示外觀.....	66
第三章 基地租賃優先承買權之構成要件	68
第一節 基地租賃契約.....	68
第一項 基地租賃契約之存在.....	68
第一款 租賃關係存續中.....	68
第二款 基地為數人共有之特殊問題.....	70
第一目 實務見解.....	70
一、 本於分管契約出租.....	71
二、 非本於分管契約出租.....	72
第二目 本文見解.....	73
一、 承租人非對全體共有人有權占有.....	74
二、 承租人對土地全體出租人為有權占有.....	75

三、 基地租賃優先承買權與共有關係優先承買權之競合.....	78
第二項 基地租賃契約之定義.....	79
第一款 須基地及房屋非同為出租人所有.....	80
第二款 基地上之房屋不限於承租人所自建者.....	81
第三款 租賃契約毋需於房屋建造時即存在.....	82
第四款 不限於以建屋為目的之租賃契約.....	82
第五款 不限於意定租賃契約.....	84
第三項 其他基地使用關係契約.....	85
第一款 使用借貸契約.....	86
第二款 合建契約.....	90
第三款 分管契約.....	91
第四款 小結.....	92
第二節 承租人所有之房屋的存在.....	92
第一項 基地上存有房屋.....	92
第二項 該房屋須為承租人所有.....	95
第三項 房屋之內涵.....	96
第一款 實務見解.....	96
第二款 學說見解.....	97
第三款 本文見解.....	99
第一目 不限於供居住者.....	99
第二目 與建築物之區別.....	100
第三目 限於具有相當之經濟價值者.....	102
第四目 小結.....	104



第四項 為合法建物而非違章建築.....	106
第一款 實務見解.....	106
第二款 學說見解.....	109
第三款 本文見解.....	111
第一目 合憲性解釋.....	111
第二目 目的性解釋.....	112
第三目 與是否保障違章建築之存續無涉.....	114
第四目 小結.....	115
第三節 基地或房屋出賣.....	117
第一項 要件之定性.....	117
第二項 買賣契約已有效締結.....	121
第一款 表示願意承諾.....	122
第二款 預約.....	123
第三款 通謀虛偽意思表示.....	126
第四款 其他所有權移轉之原因關係.....	127
第四節 通知到達後 10 日內表示.....	128
第一項 通知之方式.....	128
第一款 實務見解.....	129
第一目 不以書面為必要.....	129
第二目 以書面為必要.....	130
第二款 學說見解.....	131
第三款 本文見解.....	132
第一目 法定強制方式之概說.....	132



第二目 應以書面為必要	135
第三目 無民法第 73 條之適用或類推適用	138
第四目 對學說之回應	142
第二項 權利行使之教示	146
第一目 實務見解	146
第二目 學說見解	148
第三目 比較法	149
第四目 本文見解	151
第三項 通知之內容	154
第一款 學說見解	156
第二款 比較法	157
第三款 本文見解	157
第四項 得為合法通知之人	158
第一款 出賣人或代出賣人之人	158
第二款 買受人	160
第一目 實務見解	160
第二目 學說見解	161
第三目 比較法	162
第四目 本文見解	163
第五項 優先承買通知義務違反之損害賠償	165
第一款 優先承買通知為基地租賃契約中之真正義務	165
第一目 通知義務人	167
第二目 通知義務之內涵	169



第二款 違反通知義務之債務不履行損害賠償.....	170
第一目 有為合法但非完整之通知.....	170
第二目 有通知但非為合法通知.....	171
第三目 未為任何通知.....	173
第五節 權利未意定拋棄.....	174
第一項 買賣契約成立前之拋棄.....	174
第一款 預先拋棄法定抵押權之借鏡.....	175
第一目 不得再為行使抵押權.....	176
第二目 仍得行使抵押權.....	177
第三目 小結.....	178
第二款 法律行為要件之解析.....	178
第三款 瑞士法上之規範.....	181
第四款 本文見解.....	181
第二項 買賣契約成立後之默示放棄.....	183
第一款 實務見解.....	183
第一目 肯定承租人已默示放棄者.....	183
第二目 否定承租人已默示放棄者.....	184
第二款 學說見解.....	186
第三款 本文見解.....	187
第六節 權利行使要件.....	191
第一項 不以受合法通知為必要.....	191
第二項 以書面行使優先承買權.....	192
第三項 依「同樣條件」優先承買.....	193

第四項 優先承買權人未受通知時之主張.....	194
第四章 基地租賃優先承買權之法律效果	197
第一節 優先承買權合法行使之要件	197
第一項 不以受合法通知為必要.....	197
第二項 以書面行使優先承買權.....	198
第三項 表示願依「同樣條件」優先承買.....	199
第四項 優先承買權人未受通知時之主張.....	200
第二節 依「同樣條件」優先承買	202
第一項 「同樣條件」之意義.....	202
第二項 同樣條件之認定.....	204
第三項 承買範圍.....	207
第一款 承租範圍與房屋存在範圍不一致時之權利存在範圍.....	207
第一目 實務見解	207
一、 以租賃權之全部為範圍	208
二、 限於有房屋存在及建築法之法定空地	209
三、 房屋及其周圍之附屬地	209
四、 不得就全部承租範圍行使，惟未說明應如何認定	210
五、 小結	211
第二目 瑞士法上之規定	211
第三目 本文見解	212
第二款 優先承買權僅存在於出賣之部分土地上時之一併承買.....	213
第一目 受出賣者為單筆土地，而僅就部分土地有優先承買權	214



一、 實務見解	214
二、 學說見解	216
第二目 受出賣者為多筆土地，僅就特定筆土地有優先承買權	218
一、 實務見解	219
(一) 得僅就有優先承買權之地號為承買	219
(二) 須就全部出賣之土地為承買	224
(三) 個案判斷	227
(四) 小結	227
二、 學說見解	228
第三目 比較法上之規定	229
一、 瑞士法	230
二、 德國法	230
第四目 本文見解	232
第四項 依物價指數調整之可能	241
第一款 實務見解	242
第二款 學說見解	242
第三款 本文見解	244
第三節 形成同樣出賣條件之買賣契約	245
第四節 義務人及第三買受人間之所有權移轉不得對抗優先承買權人	246
第一項 不得對抗之時點	246
第一款 實務見解	247
第一目 於請求補訂書面買賣契約後始不得對抗	247
第二目 於優先承買權行使後始不得對抗	247



第三目 於優先承買權仍得行使時均不得對抗	248
第二款 學說見解	250
第三款 本文見解	252
第一目 為欠缺對抗要件之規範模式	252
第二目 行使優先承買權後方生不得對抗之效果	253
第二項 請求第三買受人塗銷所有權移轉登記	255
第一款 實務見解	256
第二款 學說見解	256
第三款 比較法	257
第四款 本文見解	258
第三項 買受人再移轉所有權時轉得人之善意取得	259
第一款 實務見解	260
第二款 學說見解	262
第三款 比較法	263
第四款 本文見解	264
第五節 得依買賣契約請求優先承買義務人移轉所有權	268
第六節 不影響出賣人與第三買受人間之買賣契約效力	269
第一項 以優先承買權之行使作為解除條件	269
第二項 未約定解除條件時出賣人之責任	271
第一款 學說見解	271
第二款 比較法	272
第三款 本文見解	274
第一目 應難認有以優先承買權行使為解除條件的默示約定	274

第二目 權利瑕疵擔保責任	275
第三目 債務不履行責任	276
第七節 優先承買權之權利失效	278
第一項 權利失效制度之簡介	279
第一款 德國學說實務簡介	280
第二款 我國繼受與發展	282
第二項 實務判決之檢視	284
第一款 肯定有誠信原則之違反	284
第二款 否定有誠信原則之違反	289
第三款 小結	290
第三項 學說見解	294
第四項 本文見解	295
第一款 基地租賃優先承買權應有權利失效之適用而不得行使	295
第二款 時間要素	297
第三款 狀況及信賴要素	299
第五章 結論	304
參考文獻	314



表目錄



表格 1	有優先承買權與無優先承買權而增價拍賣之比較	27
表格 2	權利失效最高法院判決整理	293

第一章 緒論



第一節 研究動機與問題意識

第一項 文獻研究現狀

基地租賃優先承買權制度所涉及者為房屋及基地之不動產能否合一，房屋能否永久取得土地之使用權，因此牽涉之訴訟標的金額龐大，於實務上爭議繁多。如果以規範基地租賃優先承買權之「民法第 426 條之 2 + 土地法第 104 條」作為關鍵字於司法院法學資料檢索系統之裁判書查詢搜尋，所涉及之民事裁判逾 3000 筆¹，顯見此問題具實務上之重要性。然而，於基地租賃優先承買權之要件及效果上，最高法院之見解多有未統一之處。

於優先承買權之要件上，最高法院見解出現分歧者主要包含：承租多人共有之基地以建築房屋時有無優先承買權存在、房屋所有人對基地之使用權源為租賃以外之債權契約時有無優先承買權存在、條文中「租用基地建築房屋」之「房屋」所包含之範圍、該房屋為違章建築時是否該當權利要件、優先承買權合法通知之要件（包含通知之方式、通知之文書、通知人）、優先承買權得否由權利人拋棄及如何認定默示拋棄。

於優先承買權之效果上則有：優先承買之「同樣條件」應如何認定，具體而言涉及承買之土地範圍（包含出賣人出賣單筆土地但承租人僅承租土地之部分以及出賣人一次出賣多筆土地而承租人僅承租特定筆土地之情形）、法院得否依誠信原則調整買賣契約之內容、使出賣人與第三買受人間之所有權移轉行為不得對抗

¹ 司法院法學資料檢索系統，https://law.judicial.gov.tw/FJUD/Default_AD.aspx（最後瀏覽日：05/06/2020）。



優先承買權人之時點為何、於第三買受人再將所有權移轉予轉得人時，優先承買權人得否主張該再次移轉之物權行為亦不得對抗自己，及應如何認定優先承買權之權利失效。

於學說見解上，除民法債編各論、民法物權編及土地法之基礎性教科書於基地租賃之相關章節有就基地租賃優先承買權為介紹外，早期針對基地租賃優先承買權或土地法第 104 條優先承買權之專文較少，且多僅較概略的介紹權利之法律性質及效力，如史尚寬教授所著之〈優先購買權及優先承典權之研究〉²、鄭玉波教授所著之〈論先買權〉³、王澤鑑教授所著之〈優先承買權之法律性質〉⁴及〈共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合〉⁵。而較早就優先承買權有大篇幅且較通盤性之介紹者當推謝哲勝教授之〈論優先購買權〉⁶，自優先承買權之意義及經濟作用談起，介紹其法律性質、效力、種類及我國法上之規定。

於 2010 年之後，相關之學說討論則有逐漸增加之趨勢。最早針對土地法第 104 條之基地使用關係為通盤性檢討之專文為陳立夫教授之〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條(上)〉⁷及〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條(下)〉⁸，文中更針對基地上為違章建築時有無權利存在、優先承買權得否預先拋棄、基地優先承買權之行使範圍、出賣之合法通知等實務上重要問題為討論分析。

而特別針對「基地租賃」優先承買權進行通盤性討論之專文，則似僅有楊智

² 史尚寬（1973），〈優先購買權及優先承典權之研究〉，氏著，《民刑法論叢》，頁 150-155，臺北：史光華、史光天、史光國、史光東。

³ 鄭玉波（1980），〈論先買權〉，氏著，《民商法問題研究（一）》，三版，頁 415-429，臺北：自刊。

⁴ 王澤鑑（2004），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 517-523，臺北：王慕華。

⁵ 王澤鑑（1990），〈共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合〉，氏著，《民法學說與判例研究（第三冊）》，七版，頁 317-326，臺北：自刊。

⁶ 謝哲勝（1998），〈論優先購買權〉，《國立中正大學法學叢刊》，1 期，頁 141-162。

⁷ 陳立夫（2015），〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條（上）〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，16 期，頁 23-35。

⁸ 陳立夫（2015），〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條（下）〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 99-106。



守法官之 3 篇文章⁹，惟主要聚焦在整理最高法院針對各個爭議問題之見解，對學說見解則著墨較少。其餘之專文則多為針對優先承買權之特定爭議問題進行討論。

以下將最高法院判決中曾出現之爭點與學說上之專文進行回顧，以對應並提出下文擬進一步研究之問題。

第二項 文獻回顧與問題提出

第一款 基地租賃優先承買權之制度目的

針對基地租賃優先承買權之制度目的，多數文獻均簡單帶過，而結論與實務判決相同，認為係為促進經濟效用。然就此制度是否確能達到經濟效用，僅有楊宏暉教授之〈初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析〉¹⁰此一篇專文加以討論。其主要係以經濟分析層面切入，檢視基地租賃優先承買權是否確有達成促進經濟效率之目的。然此問題僅有此篇文獻為較深入之分析，本文認為對此仍有進一步檢視及探討之可能。

第二款 基地租賃優先承買權之構成要件

於優先承買權之要件上，對應上開最高法院出現分歧之處，學說上對於承租人共有之基地以建築房屋，以及房屋所有人對基地之使用權源為租賃以外之債

⁹ 楊智守(2019)，〈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)〉，《司法週刊》，1947期，2-3版；楊智守(2019)，〈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(下)〉，《司法週刊》，1948期，2-3版；楊智守(2019)，〈基地租賃優先承買權之實務問題探討(二)－以法律效果與訴訟主張為中心〉，《司法週刊》，1976期，第2-3版。

¹⁰ 楊宏暉(2011)，〈初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析〉，《財產法暨經濟法》，27期，頁91-140。



權契約時有無優先承買權存在，無深入論述者。又針對基地租賃優先承買權條文中「租用基地建築房屋」之「房屋」所包含之範圍，黃健彰教授之〈以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討〉¹¹一文有對實務見解提出之判準進行批判，然未提出具體之定義。故此等問題均有待進一步探討。

針對基地上之房屋為違章建築時是否有優先承買權存在，陳立夫教授及林俊廷法官均有為文探討¹²，結論與多數實務見解相反，認為此時不存有優先承買權。則學說多數見解與實務多數見解何者為當？結論是否合於基地租賃優先承買權之制度目的？值得檢視。

優先承買權合法通知之要件，則涉及優先承買權行使期間之起算，為實務上重要爭議問題，學說上則有陳立夫教授、黃健彰教授、吳珮君教授為文討論¹³。對於合法通知是否應以書面為必要，實務上未有明顯之多數見解，然學說上之討論均認不以書面為必要。學說上之結論雖為一致，然是否可採，或仍有討論之空間。

而是否所有載有出賣人與第三人買賣契約之條件的文書均可作為合法通知，實務上亦出現爭議，具體之爭議案型包含：和解契約、向法院陳報之資料或訴狀而送達優先承買權人之繕本及法院判決書。肯定及否定該等文書得作為合法通知之實務見解分歧之處在於，優先承買權之合法通知是否需有「向有優先承買權人為告知之意」。針對此問題，黃健彰教授及吳珮君教授亦有進行討論¹⁴，並依循實務見解之思考脈絡，認為合法通知不要求出賣人具備該主觀意思，故該等文書得

¹¹ 黃健彰（2015），〈以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討〉，《財產法暨經濟法》，41期，頁1-27。

¹² 陳立夫（2007），〈論土地法第一百零四條之基地優先購買權－最高法院八十九年台上字第五七五號判決評釋〉，氏著，《土地法研究》，頁139-161，臺北：新學林；林俊廷（2014），〈違章建築與基地租賃、推定租賃及優先承買權〉，《月旦裁判時報》，頁146-170。

¹³ 陳立夫，前揭註8；黃健彰（2015），〈基地、耕地承租人優先購買權的通知：民法與土地法規的扞格〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷1期，頁163-221；吳珮君（2014），〈論基地優先購買權之要件及相關問題〉，《銘傳大學法學論叢》，22期，頁1-38。

¹⁴ 黃健彰，前揭註13；吳珮君，前揭註13。



作為合法之通知。然此說理是否合於優先承買權通知之性質？仍值探討。

就合法通知所必包含之內容，實務上僅有強調，單純通知出賣事實並不充足，然似未見有針對內容需詳盡之何等程度之討論。此部分黃健彰教授參考美國法及英國法，認為通知的內容應以「使優先承買權人能客觀上合理判斷是否行使優先承買權」為必要¹⁵。此問題雖未有其他學者探討，然其既涉及優先承買權之行使期間，亦值研究。

針對買受優先承買標之物之第三買受人得否向優先承買權人發出合法通知而使權利行使期間起算，肯否二說均有一最高法院判決所採。就此，陳立夫教授、黃健彰教授及吳珮君教授¹⁶均認為買受人之通知亦得使權利行使期間起算。

就優先承買權得否由權利人拋棄，常見之爭議為：承租人僅主張買賣不破租賃，或雖未明白主張買賣不破租賃然仍繼續繳交租金，而未主張優先承買者，是否為一默示放棄優先承買權之意思表示。就此，最高法院見解未有一致，而學說上有較詳細之討論者為黃健彰教授〈土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究〉一文¹⁷，相關之見解值得檢視。

第三款 基地租賃優先承買權之法律效果

於優先承買權之效果上，同樣對應上開最高法院出現分歧之爭點，就依「同樣條件」優先承買之「同樣條件」應如何認定，具體而言涉及承租人主張承買之土地範圍。最高法院出現爭議之案型包含，承租人承租之範圍與其建有房屋之範圍不一致時應如何認定權利存在之範圍、出賣人出賣單筆土地但承租人僅承租土

¹⁵ 黃健彰，前揭註 13。

¹⁶ 陳立夫，前揭註 8；黃健彰，前揭註 13；吳珮君，前揭註 13。

¹⁷ 黃健彰（2016），〈土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究〉，《國立中正大學法學集刊》，52 期，頁 221-258。



地之部分時，以及出賣人一次出賣多筆土地而承租人僅承租特定筆土地時應如何主張權利。

就承租範圍與建築房屋之範圍不一致之情形，未有學說討論，然實務上有爭議，故值探討。於出賣人出賣單筆或多筆土地而承租人僅承租特定部分時，陳立夫教授、謝哲勝教授、黃健彰教授及吳珮君教授均有為文探討¹⁸，然其等之見解亦有分歧。則針對此問題不論於實務或學說上均仍有爭議，值得探討。

針對法院得否依誠信原則調整買賣契約之內容，最高法院多以程序法上之原因駁回下級審調整之結果，然似不否認有調整之可能。對此，曾品傑教授表示認同¹⁹，然黃健彰教授則有不同見解²⁰，學說上未有一致之看法。

就有優先承買權存在之情形，使出賣人與第三買受人間之所有權移轉行為不得對抗優先承買權人之時點為何，實務上有不同見解。對此，學說見解較少有直接之討論，多在探討優先承買權之效力問題。其中，對實務上產生之爭議有較直接之回應者為黃健彰教授，其認為得將具物權效力之優先承買權解釋為出賣人與第三買受人之物權行為「得撤銷」，而優先承買權人之權利行使實質上即為以意思表示行使撤銷權²¹，等同於認為須待權利人行使權利後，所有權移轉行為方不得對抗優先承買權人。然此種解釋方法是否合於法學方法論及釋義學，值得探討。

又就出賣人已將不動產之所有權移轉給第三買受人時，優先承買權人應如何對第三人主張權利，實務上僅對被告之當事人適格有討論。然學說上產生爭議者，則在於具體之請求權基礎及途徑，此有林誠二教授及黃健彰教授之專文進行分析²²，

¹⁸ 陳立夫，前揭註 7；謝哲勝（2012），〈以同一價格行使優先購買權—最高法院九十七年度台上字第一三三九號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，17 期，頁 15-20；黃健彰（2017），〈不動產先買權「同樣條件」之研究〉，《中原財經法學》，38 期，頁 205-273；吳珮君，前揭註 13。

¹⁹ 曾品傑（2016），〈民事法類〉，《月旦裁判時報》，46 期，頁 103-118。

²⁰ 黃健彰，前揭註 18。

²¹ 黃健彰（2015），〈行使具物權效力不動產優先購買權之法律效果〉，《輔仁法學》，50 期，頁 41-90。

²² 林誠二（2011），〈優先承買權之效力與行使期間—最高法院 99 年度台上字第 1699 號民事判決



然其等見解仍有分歧，故亦值探討。

針對第三買受人再將所有權移轉予轉得人之案型，優先承買權人得否主張該再次移轉之物權行為亦不得對抗自己，最高法院及學說上有出現不同見解。又學說上有較大篇幅之討論者僅有黃健彰教授²³，故對此爭點應仍有討論空間。

最後，就應如何認定優先承買權之權利失效上，最高法院雖是在對權利失效之要件為操作，然論述上均使用較上位之誠信原則之用語，且未有較具體之認定標準。學說上則有黃健彰教授、吳珮君教授、楊智守法官對此有少許之討論²⁴，然仍依循最高法院使用「誠信原則」之字句。惟其等之討論均繫於權利人長期不行使權利，其應適用之制度自為已較具體化之權利失效，故此爭點之討論上仍有欠缺。

第四款 問題意識

綜上，針對實務見解所生之爭議除承租多人共有之基地以建築房屋時，以及房屋所有人對基地之使用權源為租賃以外之債權契約時有無優先承買權存在之問題，學說上未有深入論述者，其餘之爭議均有學者為文探討。然而大部分之專文所涵蓋之爭點均非為單一，討論上篇幅有限，仍有許多尚未解決之問題。又黃健彰教授針對優先承買權之相關議題著作豐富，其亦有將其上述之期刊論文改寫並編排，著有兩本專書²⁵，然部分爭點亦僅有黃健彰教授有為文探討，自學術研究之角度觀之，應仍有對話空間。且於優先承買權，向來較少基於比較法觀點之研究，

評釋》，《月旦裁判時報》，10期，頁31-38；黃健彰，前揭註21。

²³ 黃健彰，前揭註21。

²⁴ 黃健彰，前揭註13；吳珮君，前揭註13；楊智守（2019），〈基地租賃優先承買權之實務問題探討（二）—以法律效果與訴訟主張為中心〉，《司法週刊》，1976期，第2-3版。

²⁵ 黃健彰（2018），《不動產利用關係上的優先購買權》，臺北：元照；黃健彰（2020），《不動產優先購買權總論》，二版，臺北：元照。



然優先承買權為一德國法及瑞士法均具備之制度，則其等之規範與解釋適用是否於我國有借鏡之可能，亦待研究。

再者，學說上之專文多未特定於基地租賃優先承買權為討論，大部分仍將多個法定優先承買權綜合討論，解釋適用上可能忽略各個優先承買權之差異。針對基地租賃優先承買權通盤討論之專文，僅有楊智守法官之文章，而係著重於整理實務見解²⁶。然而，基地租賃優先承買權作為一套完整之制度，不但各個要件間環環相扣，對此制度目的的理解亦將影響要件及效果之解釋。因此，於此制度之解釋上，不僅應就各個要件為整體考量及討論，更需先完整建構此制度之目的，並立基於其上就實務及學說上產生爭議之問題為解釋適用。此外，基於基地租賃所生之優先承買權，除於土地法第 104 條規定外，於民國 88 年債編修正時，亦增訂民法第 426 條之 2 加以規範。然此二條文因後者之增修而出現法條文字上之不同，於適用上究應以何者為優先，亦涉及此等條文之競合關係，成為基地租賃優先承買權所特有之問題。

基此，對基地租賃優先承買權制度之完整研究仍有所欠缺，是故，本文希望能夠先釐清基地租賃優先承買權制度之目的，並接著就此制度之構成要件及法律效果逐一討論，以期能完整建構此制度之解釋適用。

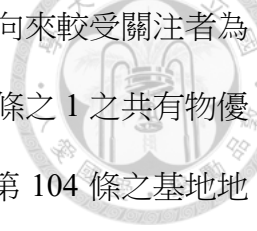
第二節 研究範圍及方法

我國現行優先承買權之規定，多係針對不動產，少數係針對動產²⁷或未限定是動產或不動產²⁸者。而不動產法領域上之優先承買權向來為實務上重要之問題，其

²⁶ 前揭註 9。

²⁷ 如海商法第 12 條第 1 項的船舶應有部分之優先承買權、文化資產保存法第 75 條的私有國寶、重要古物之優先承買權、博物館法第 13 條的受補助之私立博物館收藏品之優先承買權。

²⁸ 如民法第 824 條第 7 項之共有物變價分割時之優先承買權。



中，不動產上之優先承買權又可分為債權效力及物權效力者²⁹。向來較受關注者為民法及土地法中涉及不動產之規定，具體而言，為土地法第 34 條之 1 之共有物優先承買權、民法第 426 條之 2 之基地租賃優先承買權、土地法第 104 條之基地地上權、典權及租賃優先承買權、民法第 460 條之 2 及土地法第 107 條之耕地租賃優先承買權。而於耕地租賃關係中又有耕地三七五減租條例第 15 條之規定，亦為實務學說上具有重要性者。

我國法上所規範之法定優先承買權繁多，然各該優先承買權之立法理由不同，所牽涉之公益或私益面向亦因制度目的而有差異，若一概納入討論將過於龐雜且無法針對各該優先承買權細緻處理。故本文選擇僅針對同時涉及民法及土地法之基地租賃優先承買權為聚焦討論。

民法第 426 條之 2 固然僅包含因基地租賃契約所生之優先承買權，土地法第 104 條所規範者則為基地使用關係所生之優先承買權，其中不僅包含基地租賃關係，另有地上權及典權關係。然於土地法第 104 條所規範之三種基地使用關係中，使用人對基地使用權源來源不同，使用人與基地所有權人間之利益關係所著重之點不同，而基地所有權人移轉後，使用權人與新所有權人間之權利關係亦有不同，故於優先承買權的解釋適用上，須就各該使用權源之特性為考量。為使討論更為精確及細緻，本文不得不進一步限縮，僅處理基地租賃關係所生之優先承買權。

是故，本文所提出之見解亦不能貿然用於土地法第 104 條所規定之其他優先承買權之解釋上，仍須針對各該使用關係為不同之考量。此於土地法第 107 條及

²⁹ 前者包含土地法第 34 條之 1 第 4 項共有人之優先承買權、第 73 條之一第 3 項、第 219 條第 4 項、土地徵收條例第 59 條、民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項與第 5 項、農地重劃條例第 5 條第 2 款與第 3 款、第 23 條第 3 項、文化資產保存法第 32 條、第 55 條、建築法第 45 條第 2 項、都市更新條例第 46 條第 3 項第 4 款、地籍清理條例第 12 條第 1 項、祭祀公業條例第 52 條等。後者則有土地法第 104 條、第 107 條、耕地三七五減租條例第 15 條、民法第 426 條之 2、第 460 條之 2、第 919 條、農地重劃條例第 5 條第 1 款等。參照黃健彰（2020），《不動產優先購買權總論》，二版，頁 2-3，臺北：元照。



民法第 460 條之 1 所規定的耕地租賃優先承買權更甚。雖此二條係分別規定準用土地法第 104 條及民法第 426 條之 2，然耕地租賃另涉及農地政策，將有其他基地租賃所不具備之特殊性，當應於解釋適用時納入考量。

在本文之研究方法上，因向來之看法均認基地租賃優先承買權之制度目的在於促進經濟效率，故亦參考法律經濟分析之文獻，試圖建構優先承買權制度具體如何促進經濟效率，以作為後續解釋適用之參考。而於後續具體要件及效果上，本文則搜集最高法院針對民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之判決³⁰，進行法院判決之實證研究與整理分析³¹，爬梳出重要之法律爭點，並就各個爭議要件中，對照我國學說見解進行討論。又若該等要件涉及德國法或瑞士法上之規範，則同時對應比較法之文獻一併參考介紹之，經綜合討論後，提出本文見解。

第三節 研究架構

本文除第一章緒論說明研究動機、目的與研究範圍、方法外，先於第二章介紹基地租賃優先承買權之基本理論，包含優先承買權之簡介、制度目的及權利性質，確立後續解釋適用之理論基礎。第三章則介紹基地租賃優先承買權之權利要件，其中包含最富爭議之合法通知的要件，因通知是否合法將牽涉優先承買權之除斥期間是否起算。第四章則針對優先承買權之法律效果為討論。

又因比較法上之規範架構與我國有所不同，以單獨之章節介紹較無實益且於

³⁰ 本文搜集之判決迄至 2020/5/6 止已如前揭瀏覽司法院法學檢索資訊系統時所述。

³¹ 雖民國 107 年 12 月 7 日增訂、108 年 1 月 4 日公布、公布後六個月施行之法院組織法增訂之第 57 條之 1 廢除判例制度，使無裁判全文之判例停止適用，而有裁判全文者則與未經編選為判例之最高法院裁判具相同之效力，然過往被選為判例之最高法院裁判仍代表最高法院之穩定見解。則雖判例制度已經修法廢除，然就實務見解之理解上，曾被選為判例之裁判仍具重要性。故本文中提及之實務見解若有曾被選為判例者，仍以判例稱之，未因 108 年施行之法院組織法第 57 條之 1 有變更，特此敘明。又本文所引述之實務見解中有底線者，為筆者所自行增加，以強調該部分之內容。

閱讀、比較上將較為困難，故比較法之規範均於各該爭議部分中介紹，不獨立為整體之說明。最後於第五章提出結論總結上述討論。





第二章 基地租賃優先承買權之基本理論

第一節 優先承買權之簡介

第一項 用語使用

優先承買權係指依約定或依法律規定，於所有人，即義務人，出賣動產或不動產時，有優先購買之權利³²。就此概念，有稱優先承買權、優先承購權或簡稱先買權者。又先買權涵括之內涵更廣，可包含公司法上之員工及股東新股承購權³³等。又此類權利，以本文所討論之基地租賃所生者為例，土地法第 104 條稱為優先購買，而民法第 426 條之 2 則稱為優先承買。本文為行文方便，就此權利統一依民法第 426 條之 2 之用語，稱為優先承買權。蓋「承」，依教育部重編國語辭典修訂本³⁴之定義，有「接受」之意，則「承買」某程度得以體現優先承買人係接受出賣人及第三買受人議定之條件之意。相較而言，「購」，依教育部重編國語辭典修訂本³⁵，即為「買」之意，則以「承買」稱之，較「購買」此一同義複詞而言多有一層含意，就優先承買此一法律內涵之描述應更為貼切³⁶。

於涉及優先承買權之案型中，必先有一所有人出賣標的物之買賣契約，而優先承買權人得主張優先承買。則該所有人因優先承買權制度而對優先承買權人負有一定之義務，將其稱為優先承買義務人，或依其新訂立之買賣契約稱之為出賣

³² 王澤鑑（1998），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 518，臺北：王慕華。

³³ 鄭玉波（1980），〈論先買權〉，氏著，《民商法問題研究（一）》，三版，頁 426-427，臺北：自刊。

³⁴ 教育部重編國語辭典修訂本之固定網址為：<http://dict.revised.moe.edu.tw/cbdic/search.htm>。

³⁵ 同前註 34。

³⁶ 採類似之見解者可參照賴建安（2015），《基地使用關係人優先承買權之研究》，頁 15-16，世新大學法學院碩士論文。



人。而與出賣人訂立買賣契約之買受人則為優先承買權法律關係以外之人，故將其稱為第三買受人。

第二項 優先承買權之種類

以優先承買權成立之原因而言，其有基於當事人間之契約約定而生之意定優先承買權，亦有基於法律明文規定而生之法定優先承買權；而就其效力之強弱則可分為可對抗當事人以外之第三人的物權效之優先承買權，及僅於當事人間生效力的債權效之優先承買權³⁷。

債權效之優先承買權係指，原所有人，即出賣人，與第三人所訂立之買賣契約及物權行為之效力，並不因優先承買權之行使而受影響。故若出賣人已將標的物所有權移轉與第三人，優先承買權人即無從自出賣人處取得該物之所有權，從而優先承買權無從被滿足，出賣人對優先承買權人依優先承買權人行使權利後形成之買賣契約負損害賠償責任³⁸。反之，物權效之優先承買權得對抗第三人，故若出賣人已將該物之所有權移轉與第三人時，該處分係妨害優先承買權人之權利，對優先承買權人不生效力，其仍可透過優先承買權之行使取得該物之所有權³⁹。

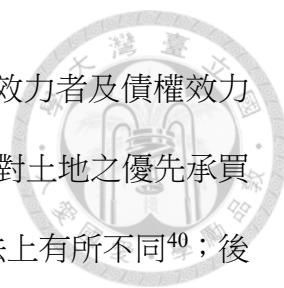
第三項 制度來源

不同於我國之立法例，德國民法設有對當事人間基於意思表示合致之意定優先承買權之一般性之規定，於債編之第 463 條至第 467 條規定債權效之優先承買權，及於物權編之第 1094 條至第 1104 條規定物權效之優先承買權。至於法定之

³⁷ 陳立夫（2007），〈論土地法第一百零四條之基地優先購買權－最高法院八十九年台上字第五七五號判決評釋〉，氏著，《土地法研究》，頁 144，臺北：新學林。

³⁸ 王澤鑑，前揭註 32，頁 520。

³⁹ 史尚寬（1953），《土地法原論》，臺二版，頁 205，臺北：張廷休。



優先承買權之規定則亦散見於民法及其他法律中，亦包含物權效力者及債權效力者。前者如德國建築法（BauGB）第 24 條至第 28 條，為政府對土地之優先承買權，因為政府對人民之關係而為公法之性質，其規範內容與民法上有所不同⁴⁰；後者則如德國民法第 577 條，住屋使用承租人之優先承買權⁴¹。

雖我國法就意定優先承買權並未於民法上設有相關規定，但依私法自治原則，當事人間定有此類型之契約時應予以承認，為債法上有效之契約而得具債權效⁴²。而我國學說對於意定優先承買權認為然基於物權法定主義，則除非另符合物權法上之其他規定⁴³，否則不得具有物權之效力。易言之，學者認為，於我國之意定優先承買權，當事人間亦可透過另外符合物權法上之其他規定，如依於土地登記簿上為預告登記而產生物權效⁴⁴，似在肯認於現況下我國法上亦有設定意定物權效之優先承買權之可能。

值得注意者係，德國民法上對於意定物權效之優先承買權係透過土地登記簿上之登記以賦予其公示外觀⁴⁵，此似乎於我國亦可透過土地法第 79 條之 1 的預告登記達成，然德國法上亦強調基於物權法定主義之要求。於意定而具物權效之優

⁴⁰ 如，該法定優先承買權具有事實上土地登記障礙之效力、行使之方式為政府透過行政行為為之等。參見 Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, § 1094 Rn. 35; Staudinger/Mader, BGB, 2004, § 464 Rn. 8; MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 12; 公法上法定優先承買權更詳細之介紹可參照 MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 12 ff.

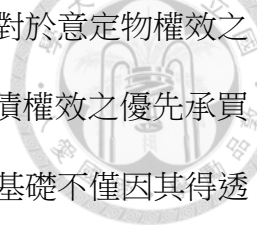
⁴¹ 參見 Staudinger/Rolfs, BGB, 2018, § 577 Rn. 52; MüKoBGB/Häublein, BGB, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn. 23.

⁴² 多數學者於介紹優先承買權時亦介紹意定之優先承買權而肯認其於我國法上成立之可能，惟原則上僅具債權效。如：王澤鑑，前揭註 32，頁 518；鄭玉波，前揭註 33，頁 415-416；陳立夫，前揭註 37，頁 144；謝哲勝（1998），〈論優先購買權〉，《國立中正大學法學叢刊》，1 期，頁 149-153。實務判決亦有出現當事人意定之優先承買權，且未否認該約定之有效性，僅認於個案中權利要件未該當而不能行使，參見最高法院 82 年度台上字第 891 號判決。

⁴³ 如：為公寓大廈管理規約所約定、符合司法院大法官釋字第 349 號解釋，或對不動產約定時有於土地登記簿上為預告登記。參見：謝哲勝，前揭註 42，頁 148；陳立夫，前揭註 37，頁 144。

⁴⁴ 王澤鑑，前揭註 32，頁 520-521；謝哲勝，前揭註 42，頁 148；陳立夫，前揭註 37，頁 144；吳珮君（2014），〈基地使用權人優先購買權之行使——以「同樣條件」之探討為中心〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 502，臺北：元照。

⁴⁵ 參見 Staudinger/Schermaier, (Fn. 40), § 1094 Rn. 21.



先承買權，德國法上強調德國民法第 463 條至第 473 條之規定對於意定物權效之優先承買權為強行規定，不得基於當事人合意而排除，與意定債權效之優先承買權有所不同⁴⁶。準此，德國民法上賦予意定優先承買權物權效之基礎不僅因其得透過土地登記簿上之登記而獲有公示外觀，更包含對於物權效之意定優先承買權有相關之法律規定以控制該權利之內容，後者則為我國現行法所無。故於我國法上是否得僅因當事人有就意定之優先承買權為預告登記，即認得依土地法第 79 條之 1 賦予該權利物權效，或仍值進一步探討。然因本文所關注者為法定之基地優先承買權，與意定優先承買權無涉，故上開問題於本文暫不探討，僅簡單介紹立法例之差別。

本文遍尋有關基地租賃優先承買權討論之國內文獻，就外國法之介紹時，至多僅提及優先承買權制度存於不同立法例，然均未提及我國之基地租賃優先承買權係繼受自何國。

日本法設有之法定優先權制度為「先取特權」，惟該規定為法定擔保物權之一種，並因設有先取特權制度，故日本法上未另設法定抵押權之相關規定⁴⁷；而針對基地租賃契約另有借地借家法第 12 條之先取特權⁴⁸，亦為擔保物權之一種⁴⁹，均與本文所欲探討之優先承買權不同。於德國法，民法典中之優先承買權與我國法上之優先承買權規定類似，惟德國民法典所規定之法定優先承買權，僅有第 577 條住宅承租人之優先承買權及第 2034 條、第 2035 條於共同繼承而對出賣應繼分時，他繼承人有優先承買權，惟其等均僅具有債權效而與本文所欲討論之基地租賃優

⁴⁶ 參見 Staudinger/Schermaier, (Fn. 40), § 1094 Rn. 31 f.

⁴⁷ 黃健彰（2009），〈日本民法上的先取特權〉，《財產法暨經濟法》，20 期，頁 3-5。

⁴⁸ 條文為：「（第一項）借地權設定人，就清償期屆至之最後二年分地租等，於地上權人或承租人在該土地上所有之建築物上，有先取特權。（第二項）前項先取特權，因地上權或租賃登記而保存其效力。（第三項）第一項之先取特權。對其他權利有優先效力，但次於共益費用、不動產保存、不動產工事先取特權，及在地上權或土地租賃登記前登記之質權與抵押權。」引自黃健彰（2012），〈地上權設定人或土地出租人的法定優先權〉，《月旦民商法雜誌》，頁 56-57。

⁴⁹ 黃健彰，前揭註 48，頁 56-61。

先承買權於效力上有所不同⁵⁰。又因德國法上房屋及基地本僅有一所有權，無如我國法所生之租地建屋將導致基地與房屋所有權人不同之情形，故無類似之制度。因此幾乎可以確定：此制度非繼受於傳統上對我國民法影響較大之日本法或德國法。

唯一尋得較相近之立法例者為瑞士法，瑞士民法第 682 條第 2 項⁵¹規定，建築權⁵²義務人對於該獨立且繼續存在之建築權的買受人，以及建築權人對於受負擔土地的買受人，均有法定優先承買權⁵³。又其所指之建築權要求為「獨立」，為一可移轉的，即非為土地現在之所有人或特定人之利益所設立，且「繼續存在」，為設定最少 30 年而最多 100 年之建築權⁵⁴。而依瑞士民法第 681 條之 1 第 3 項⁵⁵，該優先承買權人於權利行使期間，可對任何土地所有人行使其優先承買權。雖瑞士法之部分規範上有所不同，仍係類似我國法及德國法上物權效優先承買權之規定⁵⁶。然進一步考究該項建築權相關之法定優先承買權係於 1963 年制定⁵⁷，亦晚於我國

⁵⁰ 德國民法第 577 條之效力，參照前揭註 41；德國民法第 2034 條及第 2035 條之效力，參見 Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2034 Rn. 18-19.

⁵¹ 德文原文為：„Ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Erwerber haben auch der Eigentümer eines Grundstückes, das mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, an diesem Recht und der Inhaber dieses Rechts am belasteten Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung seines Rechtes in Anspruch genommen wird.“ 暫譯如下：「於受有獨立且繼續的建築權負擔的土地，該地之所有人就建築權對取得人有優先承買權；此建築權之權利人對受其建築權負擔之土地，如該地為其行使建築權所使用者，亦有優先承買權。」

⁵² 建築權依照瑞士民法第 779 條，為土地所有人賦予第三人於該地上或下建立或維持建物的權利，而當此權利為獨立且繼續性時，其得以於土地登記簿登記為一不動產。條文之德文原文為：„(1) Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. (2) Dieses Recht ist, wenn es nicht anders vereinbart wird, übertragbar und vererblich. (3) Ist das Baurecht selbständig und dauernd, so kann es als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.“ 暫譯如下：「(第 1 項) 土地上得設立一負擔，使負擔權利人得以於土地之上或之下建立或維持建築物。(第 2 項) 除有另行約定，此權利為可移轉且可繼承的。(第 3 項) 如該建築權為獨立且繼續的，得將其於土地登記簿登記為不動產。」

⁵³ Rey/Sterbel, BSK ZGB II, 2019, Art. 682, N 2.

⁵⁴ Rey/Sterbel, (Fn. 53), Art. 682 N 11.

⁵⁵ 德文原文為：„Der Vorkaufsberechtigte kann seinen Anspruch innerhalb dieser Fristen gegenüber jedem Eigentümer des Grundstücks geltend machen.“ 暫譯為：「優先承買權利人於該期間內對於任何土地之所有人可以主張該優先承買權。」

⁵⁶ 瑞士民法第 682 條具有物權效之特性，參見 Meier-Hayoz, BK ZGB, 1975, Art. 682 N 32.

⁵⁷ Meier-Hayoz, (Fn. 56), Art. 682 N 3.

土地法第 104 條第一次明文規定優先承買權之民國 35 年，即 1946 年。

綜上所述，本文研判：就基地租賃之優先承買權，似非繼受外國法而來，而為吾人所獨創之本土制度。然因優先承買權仍為德國法及瑞士法上所有之概念，故本文於解釋適用上仍參照德國及瑞士法之相關規定及學說，特別是物權效優先承買權又以德國法上之規定及文獻均較為詳盡。再者，我國就物權效優先承買權內容有部分之規定亦較接近德國法，而與瑞士法不同，例如優先承買權行使之對象。於德國法上，優先承買權均係對優先承買義務人為行使；然瑞士法於解釋上則區分土地是否已受移轉，如尚未受移轉自係對義務人為之，若已為移轉則對土地之新所有人為之⁵⁸。故德國法及瑞士法就土地移轉後，優先承買權行使對象之規定有所不同，有學者即認就此規定，實際上以瑞士民法為便利，理論上則以德國民法為優⁵⁹，而我國之優先承買權於行使上顯係採取德國法之途徑。然本文在參考文獻上，仍綜合參考德國法及瑞士法之相關規定及學說實務等見解，以為借鏡。

第二節 基地租賃優先承買權之制度目的

任何法律均有規範意義和目的，而解釋法律乃在實踐法律之意旨⁶⁰，故目的性解釋實為不可或缺的法律解釋方法之一。因此，對於基地租賃優先承買權制度目的的理解亦將影響後續對於此制度的法律解釋。舉例而言，我國實務見解認為基地租賃優先承買權之制度目的在於盡經濟上之效用，而於最高法院 76 年度台上字第 2803 號判決⁶¹及最高法院 91 年度台上字第 2154 號判決⁶²，即以經濟效用之觀點

⁵⁸ Meier-Hayoz, (Fn. 56), Art. 682 N 73 f; 亦可參照前揭註 55，瑞士民法第 681 條之 1 第 3 項之條文意旨。

⁵⁹ 史尚寬（1973），〈優先購買權及優先承典權之研究〉，氏著，《民刑法論叢》，頁 152-154，臺北：史光華、史光天、史光國、史光東。

⁶⁰ 王澤鑑（2012），《法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系》，頁 282，臺北：王慕華。

⁶¹ 「租賃非如消費借貸移轉物之所有權於相對人之契約，僅使承租人就其物而為使用收益。出租



解釋制度要件⁶³，可見對制度目的之理解對於法律解釋之影響甚鉅⁶⁴。基此，本節將探究基地租賃優先承買權之制度目的，以便於本文後續之討論。

第一項 我國學說及實務見解

不同於德國之立法例將土地及土地上之定著物僅規定為一個不動產所有權，我國民法第 66 條第 1 項，規定不動產包含土地及其定著物，為兩個不同之所有權標的的獨立物。在我國立法例下，建築物雖得與土地分別交易，然其性質上不能脫離土地而存在，故於建築物與土地所有人不同時，其對於基地須具有使用權源，否則即導致建築物無權占有土地，而使建築物需遭拆除，有害公益⁶⁵。

基此，實務上就基地租賃優先承買權之制度目的，認為是在促進經濟效用，如最高法院 65 年台上字第 530 號判例，謂「土地法第一百零四條係規定租用基地建築房屋之承租人，於出租人之基地出賣時，有優先承買權，其出租人於承租人之房屋出賣時，有優先購買權，旨在使基地與土地上之房屋合歸一人所有，以盡

人對出租物有無所有權或其他權利，全非租賃之成立要件（本院五十年台上字第二八四號判例參照）。因之共有人中有將共有物之特定部分出租他人者，無論是否已得其他共有人之同意，租賃契約於該當事人間仍係有效成立。倘該租賃契約未經他共有人否定或排除，於出租共有物之共有人出售其應有部分時，為貫徹土地法第一百零四條規定承租人有優先購買基地之權，在使承租人取得基地所有權，以維護建築物之經濟價值，並簡化法律關係之立法意旨，該承租人自有依同樣條件優先購買之權。」

⁶² 「土地法第一百零四條第一項規定基地出賣時，租地建屋之承租人有依同樣條件優先購買之權，旨在使地上建物之利用與其基地所有權合歸於一人，藉以發揮土地之利用價值，盡經濟上之效用，並避免租賃關係消滅後，建物因無使用土地權限遭拆除還地，防杜紛爭。違章建築者，雖不能向地政機關辦理登記，但並非不得為交易、讓與之標的，買受人受領交付而取得事實上處分權，出賣之原始建築人即不得再以其不能登記為由主張所有權為其原始取得，且違章建築之房屋於建造完成後，始由房屋受讓人逕向土地所有人租用該基地，仍無礙租地建屋之本質，並無排除土地法第一百零四條之適用。」

⁶³ 林俊廷（2014），〈論物之經濟效用解釋——案例事實之類型化分析〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 476-477，臺北：元照。

⁶⁴ 本文將於第三章就此等判決之解釋是否妥適分別詳述之。

⁶⁵ 謝在全（2014），《民法物權論（上）》，修訂六版，頁 183，臺北：自刊。



經濟上之效用，並杜紛爭。」

學說上多數之觀察雖於推論上略有不同，惟結論亦同於上開之說明，認為土地法第 104 條係在促進經濟效用。具體論述略為：土地法第 104 條之立法目的在於避免土地所有與土地利用關係⁶⁶、避免土地關係複雜而減損土地之經濟效益，並避免土地行政流於繁複⁶⁷、促使基地與基地上之房屋同歸一人所有，俾便於權利之行使⁶⁸、減少所有權人和利用權人間交易成本，並提高利用權人生產之誘因⁶⁹，以達經濟上之效用⁷⁰。更有論者一般性的認為法定之優先承買權多是為了達成資源有效率使用的經濟政策，故立法者在制定此種法律時，斟酌當事人間的關係，以資源有效率使用為原則，規定一方出售其物時，他方有優先承買權⁷¹。

然另有學者認為，因土地法第三編第三章關於房屋及基地租用之規定內容，係基於承租人相對於出租人多為經濟上之弱者，有必要對其權益予以特別保護而為之立法設計。則參照土地法第 104 條於民國 35 年增訂之立法意旨亦有揭示目的在於保護基地承租人，故認為對基地承租人之保護亦同為本條之制度目的，而出租人亦享有優先承買權僅係為求法律之衡平性之結果⁷²。然該學者亦不否認此法定優先承買權仍具有「使房屋與建築基地，屬於同一人所有，以促進地盡其利」⁷³之經濟目的。

除土地法上之規定外，民法後於民國 88 年債法修正時，增訂民法第 426 條之

⁶⁶ 王澤鑑（1990），〈共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合〉，氏著，《民法學說與判例研究（第三冊）》，七版，頁 325，臺北：自刊。

⁶⁷ 朱柏松（2010），〈新修正地上權法規解釋上若干問題之探討〉，氏著，《民事法問題研究—物權法論》，頁 179-180。

⁶⁸ 吳啟賓（2018），《租賃法論》，修訂二版，頁 137，臺北：新學林。

⁶⁹ 謝哲勝（2011），《土地法》，二版，頁 130-131，臺北：翰蘆。

⁷⁰ 林誠二（2014），〈優先承買權之適用限制〉，《台灣法學雜誌》，248 期，頁 111。

⁷¹ 謝哲勝，前揭註 42，頁 147。

⁷² 陳立夫，前揭註 37，頁 148。

⁷³ 陳立夫，前揭註 37，頁 150，而認將土地法第 104 條修正使之具有物權效力係在加強保護優先承買權人之權益。

2 於民法中規範基地租賃之法定優先承買權，立法理由係謂「為達到使用與所有合一之目的，促進物之利用並減少糾紛，爰參照土地法第 104 條，增訂本條。」亦直接揭示基地租賃之優先承買權之制度目的係在使使用所有合一，以促進經濟效用。


據上開資料及論述，應可認土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之優先承買權係於我國法土地與房屋所有權之分離規範下，基於使土地房屋之有權使用人合一之目的而介入之土地政策。而房地所有權合一之優點誠如上開學者所述，有便於權利之行使、減少所有權人和利用權人間交易成本，並提高利用權人生產之誘因，於結論上達促進經濟之效用。

於價值判斷上，立法者不僅認為於基地租賃中須有優先承買權之規定，更將此優先承買權規定為物權效。就此物權效之正當性基礎，土地法第 104 條於民國 64 年修正時之修法理由係認：參照憲法第 142 條及土地三七五減租條例之規定，若本條之優先承買權僅具債權效而不得使出賣人與第三人間之契約無效，將不足以保護現有基地或房屋所有權人、地上權人、承租人或其他合法使用人之權益。而學說上則有指，基地租賃之優先承買權係為促進經濟效率所設，其經濟作用立即而顯著，因而立法者乃賦予物權的效力⁷⁴，亦在肯認優先承買權之經濟效用。

第二項 「以盡經濟上之效用」、「促盡物之利用」之具體內涵

我國學說及實務見解均認為，透過基地租賃優先承買權使基地與房屋之所有權合一，得以「促進地盡其利」、「促盡物之利用」、「盡經濟上之效用」，然針對該等概念之內涵卻未有進一步之深入論述。

⁷⁴ 謝哲勝，前揭註 42，頁 148。



少數有較該等概念進一步描繪者為蘇永欽大法官，其並從成本效益經濟考量之角度切入，詮釋「經濟上之效用」之概念。其認為，優先承買權一方面有降低變更成本的作用，另一方面也有簡化法律關係，亦即降低反公有狀態(*anticommons*)之作用⁷⁵。就降低變更成本而言，其認為優先承買權係透過限制交易相對人的選擇自由以減少物權移轉時的變更利用成本。透過讓原已對物為利用者以相同於出賣人及第三人間之買賣條件取得優先承買權，物權出賣人的損失只是形式的選擇自由，卻可確定降低物的變更利用成本，甚至成為零成本⁷⁶。而所謂降低反公有狀態則為，若土地和地上房屋之所有人相異，各所有權都受到保障，並非當然得主張排除對方的「妨害」，同時又必須相互容忍，形成反公有財產關係，交易成本並隨之提高：例如，取得土地上房屋之所有人，在原地租未為登記的情形，即可能與土地所有人就地租問題發生爭議。而優先承買權具有使房地所有權合一，徹底消除房地間反公有狀態之作用⁷⁷。

然而，蘇永欽大法官在前述肯認優先承買權之成本效益經濟考量後，亦強調優先承買權對交易市場造成之負面影響。其認為，優先承買權對於標的物的交易也可能造成相當大的障礙，因在標的金額龐大、締約條件的構思、協商往往需投入相當人物力的不動產交易，潛在的交易對象考慮到一切談妥後，殺出一個程咬金就會全盤易手，也許一開始就會躊躇不前，導致理想的交易者保持觀望，達不到由競價而找到 *Kaldor-Hicks test*⁷⁸最佳權利分配決定的目的⁷⁹。申言之，從拍賣法則來看，經由市場公開競爭，把財貨賣給出價最高者，通常也就找到了最有效率


⁷⁵ 蘇永欽 (2008)，〈法定物權的社會成本〉，氏著，《尋找新民法》，頁 177，臺北：元照。

⁷⁶ 蘇永欽，前揭註 75，頁 174-175。

⁷⁷ 蘇永欽，前揭註 75，頁 176-177。

⁷⁸ *Kaldor-Hicks* 效率為，只要總社會利益高於總社會成本，且受益者「有可能」補償受害者即可，不以確實有補償為要件。引自張永健 (2015)，《物權法之經濟分析：所有權 (第一冊)》，頁 46，臺北：元照。

⁷⁹ 蘇永欽，前揭註 75，頁 195-196。




的資源利用者，則法定優先承買權極有可能因為扭曲競爭，而使資源由非最佳利用者取得。此係因雖然表面上優先承買權人是用相同的條件捷足先登，然實際上第三者取得標的物後通常需要比已經和標的物有某種利用關係的優先承買權人付出更大的調適成本。則如果優先承買權人在競價上有先天優勢，願意進場與優先承買權人角逐者已經不多，除非資源的最佳利用者能創造的資源效益比優先承買權人大到一定程度，以致他的出價會高到優先承買權人卻步，否則優先承買權人應該都能優先取得，但競爭機制已經受到扭曲，無法經由市場找到真正最佳的資源利用者。故立法者係在權衡下，犧牲競爭機制以創造前述之降低利用變動的成本及簡化法律關係降低的協商成本⁸⁰。

蘇永欽大法官上述之分析，在以經濟學上之概念對優先承買權制度加以分析，討論優先承買權得以「促進經濟效用」之原因。而本文亦認同以經濟學分析填充我國學說及實務見解所謂優先承買權「以盡經濟上之效用」、「促盡物之利用」的制度目的。蓋透過上開對我國學說及實務見解之爬梳，其等多未細部論述「以盡經濟上之效用」、「促盡物之利用」之具體內涵。而在此制度目的之內涵未臻明確時，於欲檢視該法律制度是否確能達成制度目的，以及欲對該制度作法學方法上之目的性解釋時，均將有困難。而於「盡經濟上之效用」、「物之利用」之概念尚為模糊時，較能直覺聯想到相關之概念即為經濟學上之效率。故以此概念填充我國學說及實務見解向來對優先承買權制度目的之理解，應為可採。則以下擬從法律經濟分析之角度，借助法律經濟分析之相關量化研究進一步針對基地租賃優先承買權之制度目的加以討論。

第三項 法律經濟分析

⁸⁰ 蘇永欽，前揭註 75，頁 203。



優先承買權法律經濟分析之文獻多數為美國法上之討論，該等文獻上所討論之優先承買權多係由當事人於契約中約定，且受有優先承買權負擔者不限於不動產，還可包括例如股票等。然因該等優先承買權之內涵仍與本文所探討者相同，均係由出賣人與第三人議定買賣條件後，優先承買權人得以相同之條件優先買受，對交易市場之影響應與我國法上基地租賃優先承買權先去不遠，故於經濟分析上仍可資參考。

第一款 寇斯定理下之經濟效率


依諾貝爾獎經濟學門得主寇斯（R.H. Coase）於〈社會成本問題（The Problem of Social Cost）〉一文中所指出的，若交易成本為零，不管法律將權利分配給哪一方，透過市場交易，此財產最終將由對其最有價值方取得⁸¹。其提出一套思維模式：在無交易成本的世界中，資訊完全透明，交易雙方對彼此的底牌一清二楚，所以任何有效率的交易都可以在霎那間完成⁸²。而自寇斯以降，文獻已證明了若 A 與 B 間沒有交易成本，不管法律怎麼規定，資源擁有者會透過交易達成最有效率的資源運用方式，此即寇斯定理（Coase theorem）⁸³。

首先應說明者係，於寇斯定理下，不論一不動產上是否存有優先承買權，該不動產均終將落入能對其最有效率的使用之人手中。因於無交易成本而資訊完全透明之世界，於一負有優先承買權之不動產受出賣時，第三人既知悉該不動產對於優先承買權利人之價值，則若系爭不動產對第三人之價值低於對優先承買權利人者，該第三人不會出價，而優先承買權利人得自行與出賣人議價購買，不動產

⁸¹ 簡資修（2015），〈寇斯定理與私法自治〉，《月旦民商法雜誌》，49 期，頁 78。

⁸² 張永健（2012），〈法定通行權之經濟分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 期，頁 1326。

⁸³ 張永健，前揭註 82，頁 1327。



由優先承買權利人取得；若系爭不動產對第三人之價值高於對優先承買權利人者，第三人則會出價而優先承買權人不會行使優先承買權，不動產由第三人取得。即使出賣人先將該不動產出賣與優先承買權人，如果系爭不動產對於第三人之價值高於對於優先承買權人時，第三人仍會和優先承買權人進行交易而取得該不動產；而若出賣人先將該不動產出賣與第三人，如果系爭不動產對於優先承買權人之價值高於對第三人時，優先承買權人會自行和第三人交易而取得不動產。不論如何，系爭不動產均能透過交易由最能有效利用者取得。

然而，現實生活中，交易成本為正，最有效率之資源配置不一定能透過自願交易達成⁸⁴，故優先承買權之存在亦對交易市場有所影響，而該影響究竟是減少交易成本而使最有效率者得以透過此制度取得不動產，抑或是在增加交易成本而無助於促進資源之最佳配置，需進一步分析。

第二款 美國法上優先承買權之經濟分析


本文所尋得最早有就優先承買權為深入經濟分析者係專注於優先承買權利人及義務人間之經濟效益，即「優先承買權之價值」⁸⁵，目的在於分析「何種情況下於契約中訂入優先承買權為經濟上有利」。惟因本文所探討之基地租賃優先承買權為一法定優先承買權，該文之分析目標與本文所欲探討基地租賃優先承買權之土地經濟效益或整體經濟效益有所不同。

最早將優先承買權對於第三買受人之效益納入考慮而有整體效益之分析者，係將優先承買權與增價拍賣（*progressive auction*）⁸⁶比較⁸⁷，本文將之整理如下。

⁸⁴ 張永健，前揭註 82，頁 1328。

⁸⁵ Kahan, M. (1999). An economic analysis of rights of first refusal. *New York University, Center for Law and Business, Working Paper No. 99-009*.

⁸⁶ 即參與者不斷出價，直到得到最高價。



論者首先指出優先承買權之存在將形成第三人與優先承買權人之地位不對等而造成第三人之預期收益下降，具體因子包含第三人之搜尋及協商成本（*search and negotiation cost*）、A 不動產對優先承買權人之特殊價值（*idiosyncratic value*）及優先承買權人之資訊優勢（*information advantage*）⁸⁸。

第三人之搜尋及協商成本隨系爭標的的價格透明性及可替代性不同而有影響，於 A 不動產具有獨特性時，對該其之評估的難度及成本均更高。而第三人會將其所預期要支出的搜尋及協商成本與預期收益比較，以決定是否採取行動，又雖搜尋及協商成本一旦經投入即成為沈沒成本（*sunk cost*），然第三人會繼續評估未來將繼續支出之成本及預期之收益以進行決策⁸⁹。而此搜尋及協商成本為優先承買權人所無，蓋其本無需支出搜尋成本，而就協商成本而言，亦僅需等待第三人與出賣人協商完畢後行使優先承買權。故搜尋及協商成本為外部第三人欲進行交易時所獨有，使第三人立於較不利之地位。所謂 A 不動產對優先承買權人之特殊價值所造成優先承買權人與第三人之地位不對等在於，第三人可能會意識到 A 對優先承買權人有特殊價值存在，如於出賣基地時，承租人害怕土地所有人移轉後租賃契約遭終止而將承受之不利益。惟第三人難以評估該特殊價值對優先承買權人而言的大小，此不確定性亦將減少第三人之預期收益⁹⁰。就優先承買權人之資訊優勢而言，則為因優先承買權人實際上與 A 不動產已有相對緊密之連結，其對 A 之了解必然優於第三人。此於出賣基地時更甚，蓋優先承買權人為基地之承租人，其本已在對該地為使用收益。則若優先承買權人知道 A 之價值實際上大於第三人所評估者（即第三人之出價），其將會傾向行使優先承買權，反之則否。故結論上第

⁸⁷ D. I. Walker, *Rethinking rights of first refusal*. 5(1) STAN. J. L. BUS. FIN. 1, 1-58 (1999).

⁸⁸ Walker, *supra* note 87, at 16-18.

⁸⁹ Walker, *supra* note 87, at 16.

⁹⁰ Walker, *supra* note 87, at 17.



三人僅會在高估 A 之價值時取得該地⁹¹。

接著，該文就有無優先承買權之存在進行比較與分析，觀察優先承買權之存否對出賣人、優先承買權人及第三人之影響。

假設 A 之所有人必須出賣該負有優先承買權之 A，因該出賣人「必須」出售，故出賣人對於 A 之最低願售價格在所不問。設 A 對於優先承買權人之價值(Value)為 V_{RH} (Right Holder)，對第三人之價值為 V_B (Buyer)，而第三人對 A 之出價(Offer)為 O_B 。其中， O_B 必小於 V_B ，否則第三人之買受將無利益可言而無意義。又因出賣人必須出賣 A，故出賣人與第三人間所議定之價格等同由第三人單方決定，則第三人之出價須大於等於 V_{RH} ，方能取得 A，否則優先承買權人將會行使權利。若無優先承買權，第三人與優先承買權人自由對 A 競價，第三人得買受之情形則為 $V_{RH} < V_B$ ；若 $V_{RH} > V_B$ 則 A 應由優先承買權人買受，此為資源之最適分配，因 A 將由對其最有價值者獲得。於有優先承買權之情況，第三人得買受 A 之情形為， $V_{RH} < O_B < V_B$ ；然若第三人對出價之評估錯誤，縱然 A 對其之價值大於對第三人之價值，仍可能無法買受 A，而造成資源錯誤配置，此即 $O_B < V_{RH} < V_B$ 之情況⁹²。

若 V_{RH} 為 90， V_B 為 100 而 O_B 為 96，在無優先承買權之情況，第三人得以 90 買受 A；於有優先承買權時則為 96。此時比較兩者，於有優先承買權之情況，收益為：優先承買權人 0 ($0-0=0$)，第三人 -6 ($(100-96)-(100-90)= -6$)，出賣人 +6 ($96-90=6$)。故第三人與出賣人之收益互相抵銷，淨結果為 0，有無優先承買權於此情況並無效率上之差別，僅為收益分配給第三人或出賣人之問題。

若 V_{RH} 為 98， V_B 為 100 而 O_B 為 96，在無優先承買權之情況，第三人得以 98 買受 A；於有優先承買權之情況，則將由優先承買權人於 96 行使優先承買權買

⁹¹ Walker, *supra* note 87, at 18.

⁹² Walker, *supra* note 87, at 19.



受 A。同樣比較有無優先承買權之情況，於有優先承買權之情形下，收益為：優先承買權人+2 ((98-96)-0=2)，第三人-2 (0-(100-98)=-2)，出賣人-2 (96-98=-2)。此時，淨結果為-2，非如上述之例子僅為收益分配之問題，而是整體效率受有損失。

若 V_{RH} 為 102， V_B 為 100 而 O_B 為 96，在無優先承買權之情況，優先承買權人得以 100 買受 A；於有優先承買權之情況，則將由優先承買權人於 96 買受 A。同樣比較有無優先承買權之情況，於有優先承買權之情形下，收益為：優先承買權人+4 ((102-96)-(102-100)=4)，第三人 0 (0-0=0)，出賣人-4 (96-100=-4)。此時，淨結果為 0，亦僅為收益分配之問題。⁹³

表格 1

有優先承買權與無優先承買權而增價拍賣之比較

(設 V_B 為 100 而 O_B 為 96)


V_{RH}	優先承買權人 收益	第三人收益	出賣人收益	淨結果
90	0	-6	+6	0
98	+2	-2	-2	-2
102	+4	0	-4	0

本文參考 Walker, *supra* note 87, at 21 後自製

於上開之分析得以得出一結論，在僅有一第三人欲買受 A，而出賣人必須出售時，於 A 對於第三人之價值高於對優先承買權人，亦即，優先承買權人並非對 A 最有效率者時，可能出現資源錯置而受有整體效率損失⁹⁴。此係因第三人於有優先承買權之情況時，受有資訊之劣勢。因為若是由第三人與優先承買權人自由競

⁹³ Walker, *supra* note 87, at 20-21.

⁹⁴ Walker, *supra* note 87, at 20-21.



價，第三人得以透過優先承買權人之出價得知 A 對優先承買權人之價值(即 V_{RH})，並基此決定自己之出價策略。然於有優先承買權之情況中，第三人對 V_{RH} 無從得知，僅能依據對 V_{RH} 大概為多少之猜測而出價。則於第三人低估 V_{RH} 而發生 $OB < V_{RH} < V_B$ 之情形時將不能買受 A。此對 V_{RH} 之不確定性亦會影響第三人之預期收益，並進一步影響第三人對 A 之出價意願⁹⁵。再者，因第三人不能確知 V_{RH} ，故於上開之三種情形下，兩種情形中第三人之收益均為負值，另一則為 0，可知於有優先承買權之情況，第三人之預期收益總體而言，較無優先承買權為低，亦會降低第三人之出價意願。而第三人之買受意願下降，亦進一步降低 A 於市場上之流動率。

於上開經濟分析問世後，另有許多學者採用不同之假設、模型，並將優先承買權與不同型態之買賣方式比較，試圖以其等認為最接近市場運作之情形對優先承買權制度加以分析。

有學者採用模型，分析採用次價投標拍賣 (second-price auction) 且於欲買受 A 者有數人之情況下，有無優先承買權之影響⁹⁶。該模型得出：於有優先承買權時，外部人對 A 之競價會較不積極，產生最終之成交價低於無優先承買權之情況，且為不效率的⁹⁷。且因假設之拍賣樣態不同，於此研究中無論不動產對優先承買權人及對第三人而言孰高孰低，均未產生效率損失。然因該文所探討之優先承買權為權利人及義務人間透過契約約定者，故其進一步說明道，於優先承買權存在之情形，優先承買權利人及義務人之總收益在多數情形下亦為負值，惟仍有例外，其

⁹⁵ Walker, *supra* note 87, at 23. 該文亦進一步詳細的分析第三人在有無優先承買權之情況下競標策略之差異，亦能證明第三人之預期收益將因優先承買權之存在而下降。參見 Walker, *supra* note 87, at 21-23.

⁹⁶ S. Bikhchandani, S. A. Lippman & R. Ryan, *On the right-of-first-refusal*. 5(1) B. E. J. THEOR. ECON. 4, 4-24 (2005).

⁹⁷ Bikhchandani et al., *supra* note 96, at 10-11, 24.

中之一即為優先承買權人需保護其投資之情形⁹⁸。如承租人在考量是否欲進一步就其所承租之不動產為投資時，僅於租賃期限得存在一定期間以上而使其投資得以回本時，方有動機為之。故優先承買權於該情形得某程度上保護承租人之投資而於此等租賃契約中約定優先承買權有經濟學上之意義⁹⁹。

惟有學者認為上開採用有多數人欲買受 A 之假設與實際情況不符，蓋實際上對 A 有興趣之買家並不會同時對出賣人表示買受意願，故認應採用首價拍賣（*first price auction*）之假設分析，比較優先承買權人與單一第三買受人之競價狀況¹⁰⁰。該研究亦得出優先承買權會造成社會整體效率下降之結論，惟不否認優先承買權之存在可能增加社會福祉，如提供優先承買權利人對 A 投資之動機。然亦認該等增加社會福祉之具體樣態仍有待進一步探討、分析¹⁰¹。

有鑒於學者多認優先承買權之存在會減損經濟效率，美國國家公園管理局（*National Park Service*）於 2000 年開始，將年度毛利超過 50 萬美元的民間經營契約（*concession contract*）中移除優先承買之約定，希望能以此產生更激烈之競標以提高經營者之服務及帶來更多觀光客¹⁰²。有論者以此為中心建造模型，分析一位原本之經營者與另一位外部競標者在有優先承買權及無優先承買權之情況下的競標策略¹⁰³，並得出，於無優先承買權時，國家公園管理局之預期收益會等於或大於有優先承買權時。且於有優先承買權時，競標之結果並不會達到帕雷多最適

⁹⁸ Bikhchandani et al., *supra* note 96, at 24-26.

⁹⁹ Bikhchandani et al., *supra* note 96, at 24-26. 又該文將此種情況限定於商業型之租賃，而認於住宅租賃則無此利益。其理由為於住宅租賃中，租賃契約係禁止承租人對該不動產為進一步之改造，故無上開保護投資之問題。惟此區別不適用於本文所探討之租地建屋契約，因不論租賃基地係用來建造住宅或商用房屋，承租人欲保護之投資均為其於土地上所建之房屋，不因房屋之用途有所區別。參照 Bikhchandani et al., *supra* note 96, at 26-27.

¹⁰⁰ A. H. Choi, *A rent extraction theory of right of first refusal*. 57 J. IND. ECON. 252, 255 (2009).

¹⁰¹ Choi, *supra* note 100, at 263.

¹⁰² H. Chouinard, *Auctions with and without the right of first refusal and National Park Service concession contracts*. 87(4) AM. J. AGR. ECON. 1083, 1084 (2005).

¹⁰³ 該模型之假設參見 Chouinard, *supra* note 102, at 1085-1086.

(Pareto Optimality)¹⁰⁴；於無優先承買權時，則可¹⁰⁵。值得注意者係，根據國家公園管理局之競標規則，若得標者非原先之經營者，得標者須補償原經營者於該國家公園內建造之不動產的持有利益¹⁰⁶。然該文假設此補償並不會影響外部競標者之競標策略，因於黃石公園之經營者移轉中，新得標者與原經營者於標案結束後始開始就該補償之數額為談判¹⁰⁷。惟此制度之設計或某程度上撇除上開所提及，優先承買權得以保護優先承買權利人之投資的經濟目的，而使優先承買權於此無法促成經濟效率。

另有學者不同於上開文獻使用拍賣競價之方式，採用逐序談判賽局(sequential bargaining game)分析有及無優先承買權時，A 之所有人向數潛在買受人(含優先承買權人)出價時之情況¹⁰⁸。其得出：於外部第三人需投入調查成本(investigation cost)¹⁰⁹時，優先承買權之存在會降低外部人投入此成本之動機，並進一步降低 A 之市場流動率¹¹⁰。

自上述相關之針對優先承買權所之經濟分析文獻可知，於 A 受出賣時，優先承買權之存在將導致社會受有經濟損失。於採用優先承買權人與單一第三買受人增價拍賣時，於 A 對優先承買權人價值低於對第三人時，可能造成效率損失。然於採用上述其他種拍賣模型時，則不論 A 對優先承買權人之價值與對第三人之價值孰高孰低，均會因優先承買權之存在造成第三人之預期收益下降，使第三人較

¹⁰⁴ 其意義為：行為無法「改善一人或多人的福利，卻不傷害一人或多人的福利」。此係相對於帕雷多改善(Pareto Improvement)係行為「增加一些人的福利，卻沒有人因而受損害」而言，故帕雷多最適為，行為已無法有帕雷多改善之空間。兩者均為帕雷多效率(Pareto efficiency)所涵蓋之概念。參見張永健，前揭註 78，頁 45-46。

¹⁰⁵ Chouinard, *supra* note 102, at 1087.

¹⁰⁶ 參見 the Concession Policies Act of 1965.

¹⁰⁷ Chouinard, *supra* note 102, at 1085.

¹⁰⁸ M. Kahan, S. Leshem & R. K. Sundaram, *First-purchase rights: rights of first refusal and rights of first offer*. 14(2) AM. L. & ECON. REV. 331, 333 (2012).

¹⁰⁹ 即第三人為評估 A 地對其之價值所投入的成本。參見 Kahan et al., *supra* note 108, at 333.

¹¹⁰ Kahan et al., *supra* note 108, at 365.



不願意進入市場，或縱進入市場後，出價亦較保守，導致市場無法達成最適狀態並造成經濟效率之損失。

第三款 我國法上優先承買權之經濟分析

就我國學者之研究而言，對優先承買權之詳細經濟分析則付之闕如，似僅有一篇文獻¹¹¹就此深入討論，而另有一篇相關之實證研究¹¹²。

首先介紹實證研究。其以我國於 2007 至 2010 年財政部國有財產署於臺北大都會區及臺中大都會區拍賣國有非公用土地共 1012 筆之資料進行實證研究¹¹³，得出優先承買權將降低不動產拍定之機率、降低應買者之應買意願、使應買者之投標策略較不積極且降低出賣人之預期收益¹¹⁴。惟須注意者係，該等不動產上之優先承買權應為法定優先承買權，該文中並舉土地法第 34 條之 1 共有人優先承買權及第 104 條土地使用人之優先承買權為說明¹¹⁵。

則於該研究中，優先承買權之存在即代表該地之利用價值本即較低。蓋於該等數據資料中，優先承買權應僅存於土地上有共有人或有土地法第 104 條所列之使用關係者中；反之，無優先承買權之存在亦代表該土地上無共有人或土地法第 104 條之使用關係存在。亦即，該研究並未排除「有共有人」及「有土地法第 104 條之使用關係」對土地價值的影響。若土地上有其他共有人，拍定人對該地不能實際上自由處分收益而仍需合於民法關於共有之規定；若土地上有土地法第 104

¹¹¹ 楊宏暉（2011），〈初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析〉，《財產法暨經濟法》，27 期，頁 91-140。

¹¹² Chiang, Y. M., & Sa-Aadu, J. (2014). Right of first refusal (ROFR) effects in auctions with reserve price: empirical evidence from Taiwanese government land auctions, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409599>.

¹¹³ Chiang, & Sa-Aadu, *supra* note 112, at 16.

¹¹⁴ Chiang, & Sa-Aadu, *supra* note 112, at 30.

¹¹⁵ Chiang, & Sa-Aadu, *supra* note 112, at 9.



條所列之權利，亦代表該地上另有原本之使用人存在，該使用關係亦會繼續拘束拍定人（於租賃中係透過民法第 425 條而於地上權則係透過地上權之追及力）。

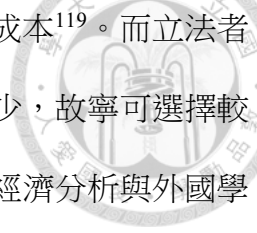
故此等因素存在於土地上時，本會降低土地之價值，亦可能進一步造成該研究所發現的，降低不動產拍定率、降低應買者之應買意願、使應買者之投標策略較不積極且降低出賣人之預期收益，等效果。易言之，存有優先承買權之土地，必有「共有人」或「土地法第 104 條之使用關係」存在，而未有優先承買權之土地則必無，故該文所比較之土地看似雖為「有優先承買權者」對比於「無優先承買權者」，然實際上亦為「有共有或土地法第 104 條之使用關係者」對比於「無共有或土地法第 104 條之使用關係者」，而無法分析「有共有或土地法第 104 條之使用關係之情形下，有無優先承買權之差別」或「無共有或土地法第 104 條之使用關係下，有無優先承買權之差別」。故該研究雖為針對我國優先承買權對市場之影響的第一篇實證研究，然無法直接說明於我國法下法定優先承買權存否之影響。

我國學者所進行之經濟分析中，主要亦參考本文前曾引述之文獻¹¹⁶，首先介紹該文之發現¹¹⁷，並進一步認為優先承買權將造成一可信威脅，產生：於優先承買權人為最有效率使用者時，理性的優先承買權人會選擇行使優先承買權，而理性的第三人預料到優先承買權人將行使優先承買權並令其血本無歸，故會選擇不購買而致交易不會發生；於優先承買權人非為最有效率使用者時，則優先承買權人於遷移的不利益高於第三人與優先承買權人對於 A 之價值的差距時，優先承買權人亦會行使優先承買權，而理性的第三人若預料到優先承買權人將行使權利，亦不會選擇進入磋商，甚或購買¹¹⁸。論者認為，立法者對於基地租賃優先承買權之評價，或許是認為讓原來的承租人繼續使用土地縱使不是最佳的，至少也可能

¹¹⁶ 前揭註 87 文。

¹¹⁷ 楊宏暉，前揭註 111，頁 121-125。

¹¹⁸ 楊宏暉，前揭註 111，頁 127-129。



是最佳的，故讓承租人享有優先承買權至少可降低利用的變動成本¹¹⁹。而立法者傾向於選擇保全現有資源，或許是擔憂拆遷導致可用資源的減少，故寧可選擇較為保守之方式¹²⁰。則我國學者就基地租賃優先承買權所進行之經濟分析與外國學者之結論相同，得出優先承買權之存在對市場將造成負面之影響。

第四項 瑞士法上之考察

瑞士民法第 682 條第 2 項所設立之法定優先承買權係為獨立且繼續存在之建築權所設立。所謂建築權，為瑞士法上土地所有人所賦予第三人於該地之地上或地下建立或維持建物的權利，而當此權利為獨立且繼續性時，其得以於土地登記簿登記為一不動產¹²¹。故瑞士法上此一法定優先承買權所涉及之問題與我國基地租賃優先承買權類似，均為土地所有權，及於該地上得以建造房屋之權利間的關係。

然而不同於我國法上均有提及公益及經濟效率，瑞士法上之文獻認為此條項之建築權關係中的優先承買權之制度目的在於，於土地或建築權的所有權移轉時，將此二權利所有人予以統一，使建築權關係消失而土地所有權不再受其負擔，及使建築權關係之當事人得以避免一不理想之第三人因所有權移轉而進入系爭法律關係¹²²。另有學者認為，在此二目的中，又以使建築權負擔消失為建築權優先承買權之主要目的¹²³。

就使建築權及土地所有權之所有人合一，不同於我國法上學說實務見解，甚

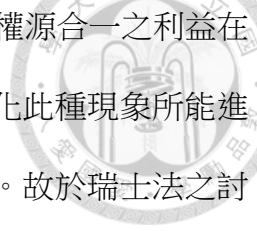
¹¹⁹ 惟此似不能解釋為何亦賦予基地出租人優先承買權。

¹²⁰ 楊宏暉，前揭註 111，頁 130-131。

¹²¹ 參照前註 52。

¹²² Rey/Sterbel, (Fn. 53), Art. 682 N 2; Meier-Hayoz, (Fn. 56), Art. 682 N 14; Zelger, KUKO ZGB, 2018, Art. 682 N 7.

¹²³ Rey/Sterbel, (Fn. 53), Art. 682 N 21.



或民法第 426 條之 2 立法目的所強調將土地所有權及土地使用權源合一之利益在於促進經濟效率及公益，瑞士法上則未見進一步推論，或具體化此種現象所能進一步達成之利益，而是將此二權利之合一本身即視為制度目的。故於瑞士法之討論中，不同於我國法，或毋須進一步探究此優先承買權是否有助於經濟效率之提昇。

而就避免不理想之第三人進入建築權關係，有文獻上將此稱為優先承買權之「防禦目的 (Abwehrzweck) ¹²⁴」，則似未有我國學說或實務見解提及。

第五項 本文見解

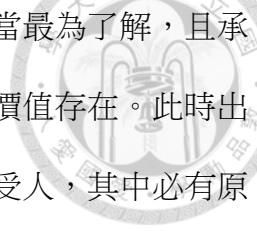
第一款 無助於達成經濟最有效之配置

首先應先說明者為，基地租賃優先承買權存在之前提為，基地或房屋被出賣給優先承買權人以外之第三人。此雖看似理所當然，惟其涉及對優先承買權之經濟效率的相關分析。於基地租賃優先承買權中，優先承買權人與出賣人間本為基地租賃契約之出租人及承租人。不論在基地或房屋被出賣時，理論上應可期待出賣人先向因該租賃契約而與系爭不動產關係密切之優先承買權人詢問是否欲購買該地¹²⁵。若出賣人確有先詢問優先承買權人之買受意願，最終卻仍與第三人訂立買賣契約，此契約之議定過程既係在自由交易市場下所建立，原則上應最符合市場效率。因此，於優先承買權人透過此權利之行使取得系爭不動產時，結果上將無法達成市場效率。

於受出賣者為基地時，出賣人自可先詢問基地之承租人是否欲買受該地，因

¹²⁴ Rüegg, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken, 2014, N 41 f.

¹²⁵ 此係筆者於國立臺灣大學課堂上請教張永健老師時，老師提供的想法。




誠如上開經濟分析中所提及的，承租人對基地之狀況及價值理當最為了解，且承租人既已在利用系爭基地，該基地對承租人而言亦可能有特殊價值存在。此時出賣人未將基地出賣給承租人，反而出賣給承租人以外之第三買受人，其中必有原因存在。不論該原因為，出賣人單純不願與承租人訂立買賣契約，或第三買受人之協商能力或意願較高，均代表對於出賣人而言，將基地出賣給第三人的效益更高。再者，將基地出賣給第三人，第三人反而可能因民法第 425 條繼受租賃契約而不能自由使用收益該基地。此時若出賣人仍將基地出賣給第三人，代表相較於承租人而言，第三人為更理想之締約對象；或縱使該基地上有租賃之負擔，基地對第三人而言仍較對承租人而言更具價值，其對基地之使用收益亦將更有效率。此於受出賣者為土地上之房屋，而未將該房屋出賣給基地之出租人而出賣給第三人時亦同。

則於基地租賃關係存續中，原則上出賣人與優先承買權人間締結買賣契約之交易成本應較出賣人與第三買受人間低¹²⁶，故此時基地租賃優先承買權亦無消除締約交易成本之功效，無助於使系爭不動產經由買賣市場而落入最有效率之手中。則基地租賃優先承買權之制度目的應不在達成資源最有效之配置，而另有其目的存在。

第二款 民法第 425 條及第 426 條之 1 已足保障房屋對基地有占有權源

在我國法制採土地及房屋所有權分離之立法例下，於承租人承租基地並於基地上有自己之房屋，而房屋或基地所有權移轉時，我國法上本有民法第 425 條及民法第 426 條之 1 之規定，分別規制於基地及房屋所有權移轉之情況，基地租賃

¹²⁶ 即上開經濟分析文獻中認為第三人係立於更不利之地位。

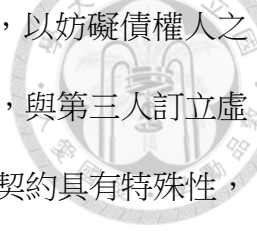


契約繼續存在而拘束後手，故此時基地或房屋之單獨出賣並不會使房屋對基地失去占有權源。本於此讓與不破租賃之規定，於房屋或基地單獨因買賣而有所有權移轉時，均不會造成承租人因基地所有權人變更而受有於訂立租賃契約當時所不能預見之損害。蓋縱基地或房屋所有權移轉，亦不妨礙房屋於原租賃期間內繼續有權占有該地。又讓與不破租賃之規定在第三人得以知悉基地上有租賃契約存在時，並不會增加交易成本¹²⁷，蓋欲買受基地之第三人自然會將不動產上有租賃契約一事的成本考慮在內，若其認為買受該地仍有利可圖，方會向出賣人提出其認為合理之對價。

相較於優先承買權，讓與不破租賃制度不會增加交易成本之原因在於，讓與不破租賃之效果為：第三人在知悉有合於民法第 425 條或第 426 條之 1 之要件時，該條規定之租賃契約繼續拘束後手之效力「必然」會發生，第三人得以在進行交易前準確評估。然優先承買權制度則不然，蓋第三人「無法確知」優先承買權人是否會行使優先承買權，此不確定性將造成其預期受益之下降。再者，於讓與不破租賃中，對承租人或出租人之效果僅為租賃契約繼續存在於其與第三人間，非如優先承買權中為得以「第三人與出賣人之條件」購買標的物。則讓與不破租賃既不在使出租人或承租人得以買受標的物，亦無優先承買權制度中所產生之第三人與優先承買權人資訊不對等之問題，不會扭曲市場機制。

又雖民法第 425 條於民國 88 年債編修正時，增訂第 2 項，使期限超過 5 年或未定期限之不動產租賃須經公證，方有讓與不破租賃之效力。則若基地租賃契約約定之期限超過 5 年或未定期限而未經公證，承租人於基地所有權移轉時似不能對抗新買受人。然觀該條項增訂之理由為「防免實務上常見之弊端，即債務人於

¹²⁷ 簡資修（2004），〈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〉，《政大法學評論》，78 期，頁 127。



受強制執行時，與第三人虛偽訂立長期或不定期限之租賃契約，以妨礙債權人之強制執行」，可見該條項係在避免不動產所有人於遭強制執行時，與第三人訂立虛偽之長時間租賃契約而使該不動產實際上難以執行。然基地租賃契約具有特殊性，不可能於基地遭出賣時，始與第三人訂立虛偽之租賃契約而開始在基地上建造房屋。故於基地上已建有房屋之基地租賃契約，縱期限超過 5 年或不定期限而未經公證，亦難謂是為了逃避強制執行而訂立之虛偽契約。再者，民法第 426 條之 1 於房屋所有權移轉時並未對基地租賃契約設有如民法第 425 條第 2 項之限制。而民法第 426 條之 1 係與民法第 425 條第 2 項同時增訂，故應可認立法者未於民法第 426 條之 1 設有類似於民法第 425 條第 2 項之限制係在於，認為已於基地上建有房屋之基地租賃契約不如一般不動產租賃契約有虛偽訂立租賃契約以逃避強制執行之危險。若僅依照文義解釋，認民法第 425 條第 2 項亦應適用於基地上建有房屋之基地租賃契約將導致：於該契約不符合民法第 425 條第 2 項時，若基地所有權移轉，基地之新所有人不受租賃契約之拘束；然若房屋所有權移轉，租賃契約則法定移轉至新房屋所有人及基地所有人間之結果，而此難謂衡平。故本文認為，民法第 425 條第 2 項之立法目的於基地上已建有房屋之基地租賃契約並不存在，該條項未排除此種租賃契約係存在一隱藏的法律漏洞，應透過目的性限縮加以填補¹²⁸，亦即，將「基地上已建有房屋之基地租賃契約」排除於民法第 425 條第 2 項之限制之外。

故若僅欲保障房屋於房屋或基地所有人移轉時得繼續存在，民法第 425 條及第 426 條之 1 之規範即應為已足，無須動用會增加交易成本而造成整體效率損失之優先承買權。則基地優先承買權必應有非民法第 425 條及第 426 條之 1 所能達成之利益時，方有存在之必要。

¹²⁸ 目的性限縮之定義參照王澤鑑，前揭註 60，頁 320-321。

第三款 對我國學說及實務見解之檢視



回頭檢視我國學說及實務上認為優先承買權制度之經濟目的略為：避免土地所有與土地利用關係以減少所有人及使用人間之交易成本及糾紛、降低變更成本，並提高利用權人生產之誘因，以達經濟上之效用。另有學者認目的亦包含保護弱勢承租人。

就保護弱勢承租人而言，基地承租人不同於房屋承租人與耕地承租人，並不當然為經濟弱者¹²⁹。又基地租賃中取得優先承買權之條件之一即為該承租人須為基地上房屋之所有人，其是否居於經濟弱勢地位仍有待商榷。

而就多數學者所指之經濟目的，是否得因有基地租賃優先承買權存在，而達成促進經濟效率之結果，以下逐一探討。

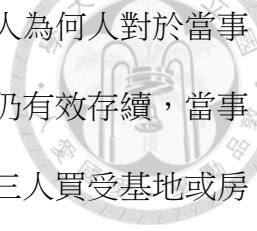
使土地之使用所有合一為實務見解、民法第 426 條之 2 立法理由及多數學說均有提及之制度目的，認此得以促進經濟效用。土地之使用及所有合本身具體所能帶來之利益應為減少所有人及使用人間之交易成本及糾紛。因上開法律經濟分析多為英美法上之文獻，其等均未提及我國基地租賃優先承買權所欲處理之房地所有分離之問題，故無法從上開文獻觀察此經濟效益。

基地或房屋所有權移轉予第三人所可能新增加之成本或為，原承租人及出租人間有一定之信賴關係，而該信賴關係將因承租人或出租人之變更不復存在，並進一步增加租賃契約之糾紛。此亦為交易成本之一種，並為上述法律經濟分析文獻所提及之「對權利人而言，該物之所有人係重要者」。

人格重要性於租賃契約中確實存在¹³⁰，惟不論該人格重要性於基地租賃中是

¹²⁹ 溫豐文（2003），〈民法第四二五條修正條文評析－論租賃權物權化之範圍〉，《私立東海大學法學研究》，19 期，頁 198。

¹³⁰ 學者即有認租賃之特性包含租賃之人格信賴性，因承租人對租賃物之保管及維護是否盡責、能




否亦同等重要¹³¹，然租賃契約既作為一繼續性契約，契約相對人為何人對於當事人而言仍有一定之重要性。蓋於繼續性契約中，只要契約關係仍有效存續，當事人間仍互負主給付義務、從給付義務及附隨義務。因此，於第三人買受基地或房屋時，的確可能因出租人或承租人變更而使原租賃契約之糾紛及交易成本增加。而優先承買權得消除原先存在之租賃關係，得使原先存在於出租人及承租人間之糾紛處理或其他交易成本消除。又此原先存在於租賃契約之成本，不論出租人或承租人行使優先承買權時，均得消除之。然消除此成本之效益的大小為何，則不明確。

就降低變更成本而言，主張優先承買權有此功效之論述為：因優先承買權之行使係以出賣人與第三人間之條件承買，故出賣人僅失去相對人之選擇自由，然因係使原先就已在利用標之物之人買受標的，故確定可降低物的變更利用成本，甚至將該成本減至零¹³²，應為有效率之交換。首先應說明者係，此論述似僅成立於行使優先承買權者為承租人之情形。因為在承租人出賣房屋而由出租人優先承買之情形，不能謂出租人為「本已在利用房屋」之人，其買受該屋之變更利用成本與任何第三人買受該屋時相同。再者，本文認為亦不能將優先承買權之影響簡化為「出賣人僅失去相對人之選擇自由」。誠如上開經濟分析之文獻已證明，優先承買權之存在本身即會對標之物之成交價造成影響，故對出賣人而言，不僅失去交易相對人之選擇自由，其出賣標之物之收益亦會下降。又基地上之房屋拆除之

否依約支付租金，租期屆滿能否準時按原狀返還等均與承租人之個性、品德及信用等人格因素有極為密切之關係。參照劉春堂（2010），《民法債編各論（上）》，頁 239，臺北：自刊；邱聰智（著），姚志明（校訂）（2008），《新訂債法各論（上）》，頁 314，臺北：自刊。

¹³¹ 前揭註 130 之說明僅止於承租人，或似認為僅承租人之人格因素為租賃契約中所重要者，而出租人之人格特性則無較其他契約有特別重要之處。則此人格重要性或僅於承租人出售房屋時，有使出租人優先承買房屋之需求；反之，於出租人出賣土地時，則未有使承租人優先承買基地之必要。再者，上開論述僅就租賃契約一概而論，然於基地租賃中，人格因素是否仍如此重要或仍待討論。至少就承租人之保管維護此承租人之義務而言，於基地租賃中因租賃物即為房屋之基地，承租人較難謂有「是否有盡責維護」之差別。

¹³² 蘇永欽，前揭註 75，頁 174-175。



變更成本本身不構成減損整體經濟效率之理由，蓋承租人即房屋所有人於投資該房屋時，本即係以其所約定之租賃契約期間內為投資規劃，則只要在該等期間內能保障房屋存續時，即難謂有損失。而於租賃契約期間屆至且無約定新的使用權源時，因基地及房屋所有人不同而要將房屋拆除之變更成本，亦難謂將減損經濟效率。蓋於未有優先承買權之情況，第三人買受標的時，本會評估現存基地租賃關係對自己的影響，即已將論者所言之「變更成本」考慮在內。該第三人於考量系爭成本後，再進而提出其認為有利之出價，在自由市場內該交易仍為有效率，故此成本之存在並不會降低市場效率。

最後，就提高利用權人生產誘因，除我國學者有認為此為基地租賃優先承買權制度所能帶來的利益之一，亦為上開經濟分析文獻中所肯認以契約約定優先承買權可能達成之經濟效益。惟就此，亦有我國學者提出質疑，認為承租人在利用支出的投資規劃，通常是以租賃關係存續為基礎，而非取得基地所有權。蓋出租人是否會出賣其土地實為難以預料，不太可能以這樣的不確定事實作為投資意願的基礎。而當出租人從決定出賣到實際締結買賣契約間之時間往往短暫，承租人亦難在此短期內據以增加原本的投資，更何況承租人是否確有資力足以負擔第三人所出的高價亦為不確定。故優先承買權實際上對投資意願的增加成效可能是不確定的¹³³。

綜上所述，優先承買權對市場有負面影響已為法律經濟分析之文獻得以證實，然該等文獻未進一步分析優先承買權可能帶來之具體利益有何，亦未說明於該等利益存在時，優先承買權對市場所造成之整體影響為促進抑或降低效率。而我國學說上提出認為優先承買權有助於促進土地經濟效率之論點多能符合經濟分析之文獻所認為優先承買權有經濟利益之處，惟問題亦在於，在未有進一步之模型分

¹³³ 楊宏暉，前揭註 111，頁 131。



析前，無法探求優先承買權對買賣市場所造成之效率損失與優先承買權可能增進原基地租賃契約雙方之經濟利益何者為多，無法得出優先承買權有助於經濟效率之結論。


又我國文獻上所提及優先承買權存在之經濟利益，除得以消除原租賃關係即存在之成本外，多僅成立於基地所有人出賣而承租人行使優先承買權之情形。則至少於賦予出租人優先承買權可能為不效率。對我國基地租賃優先承買權進行經濟分析之學者亦進一步言道，此優先承買權對於土地的物盡其用經濟效率而言，並非增進，反倒是妨害，因其可能阻礙了能夠最有效率利用土地之交易的發生¹³⁴。

基此，雖本文不否認基地租賃優先承買權可能有藉消除租賃關係而減少交易成本之利益存在，然此利益與其所造成的買賣市場效率損失兩者一加一減，究竟是否對整體市場效率有助益，仍有未明。則於將基地租賃優先承買權之制度目的理解為促進經濟效率時，於解釋適用上或不宜過度寬鬆，以免產生對市場效率弊大於利之情形。

第四款 瑞士法之途徑忽略對市場之影響而亦非可採

自比較法之觀點，參照瑞士法上針對建築權優先承買權所論述之制度目的均未提及提升經濟效率，而是將此優先承買權用以消除土地之所有及使用關係，以及賦予建築權雙方當事人對第三買受人之防禦手段為目的。又此二效果為優先承買權必然能達到者，故亦可考慮以瑞士法上之見解為範本而修正對我國基地租賃優先承買權之制度目的之理解。然而，本文亦認為單純以消除使用關係及防禦目的作為優先承買權之制度目的而忽略其可能帶來的經濟效率之影響，應非可採。

¹³⁴ 楊宏暉，前揭註 111，頁 132。



法定優先承買權作為以國家法律直接介入自由市場之手段，其對市場可能造成之負面影響不容忽略。而上開經濟分析之文獻均認優先承買權將造成經濟效率之下降，則於解釋適用法定優先承買權時，必然須意識到此制度對整體社會帶來的負面影響。若貿然採取與瑞士法之相同途徑，而單純將法定優先承買權解釋為達到土地所有及使用權源合一，及賦予使用關係之當事人對第三人的防禦為目的，或將使此制度之要件解釋得以過於寬泛，適用上過於浮濫，造成對市場不利之影響。

又瑞士法上對建築權優先承買權制度目的之理解亦不與我國學說及實務見解對基地租賃優先承買權必然矛盾。蓋瑞士法上所強調之所有權與使用權源合一亦為我國法上學說實務見解認為要達成促進經濟效率之手段；而瑞士法上所謂優先承買權的防禦目的，也為我國學說見解及民法第 426 條之 2 立法理由所認為得以減少基地租賃關係中所生之糾紛的交易成本得涵蓋。

然而，在瑞士法上未將此二目的與經濟效率做出連結時，則可能忽略優先承買權制度對於經濟效率之負面影響。又在瑞士法文獻上未有進一步論述此二目的之值得追求之處為何時，亦難單純以此二目的賦予法律強制對不動產設立優先承買權負擔之正當性。

基此，本文認為於解釋基地租賃優先承買權之制度目的時，亦不能直接採瑞士法之途徑而忽略優先承買權對不動產加設負擔所帶來之負面效果。相較之下，我國學說及實務見解所導出的經濟效率更能檢驗優先承買權制度之利與弊，對於優先承買權制度之解釋適用應更能平衡所有關係人之利益而更有助益，故仍應以此作為解釋適用之判準。

第五款 民法第 426 條之 1 及民法第 449 條第 3 項之增訂




於民國 88 年增訂民法第 426 條之 1 及民法第 449 條第 3 項前，當時之土地法第 104 條可能仍有其他目的存在。

於民法第 426 條之 1 增訂前，讓與不破租賃之規定僅有民法第 425 條，故僅於基地所有權移轉時，新基地所有人受租賃契約拘束，房屋可繼續存在於基地之上。於基地上之房屋所有權移轉時，因房屋非租賃物，故於舊法下，若欲使房屋繼續存在於基地上，房屋之新買受人需另與基地所有人磋商一租賃契約。此時，必然會有上開學說所述之「租賃關係交易成本」存在。立法者於此或係擔心房屋之買受人已買受房屋，然無法與基地所有人達成租賃契約之合意，使房屋對土地失去占有權源而需拆除，故賦予基地出租人優先承買權。惟須說明者為，雖民法第 426 條之 1 係於民國 88 年債編修正時增訂，然實際上為判例之明文化，故該條之內容實則上已為最高法院 43 年台上字第 479 號判例、48 年台上字第 227 號判例及 52 年台上字第 2047 號判例所確立。然不論如何，該等判例作成之時間點仍晚於土地法第 104 條初制定之民國 35 年。

而於民法第 449 條第 3 項增訂前，租賃契約之期限均受限於民法第 449 條第 1 項：「租賃契約之期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短為二十年。」於民國 88 年債法修正時，方增訂民法第 449 條第 3 項，將基地租賃契約排除於該 20 年之限制之外。故或許立法者認為，若房屋僅得存在於一基地上 20 年，對整體社會將造成損失，或至少不能促進社會經濟發展，故透過賦予基地承租人優先承買權以使房屋得於基地上存續超過 20 年之期間。

惟上開理由是否能稱為經濟學上之經濟效率仍有疑問。就民法第 426 條之 1 所涉及之基地所有人與買受房屋之人須重新締結租賃契約所支出之交易成本而言，於房屋所有人自願出賣房屋時，代表其認為繼續持有該房屋之價值低於房屋對第三買受人之價值，而願買受房屋之第三人則認為該交易對其有利，為自由經濟市



場下之運作。該交易成本之存在本身並不會造成市場之效率損失，反而是優先承買權制度介入市場才會有效率損失之結果。而此時若基地出租人行使優先承買權，確可避免其與買受房屋之第三人重新磋商租賃契約之成本，及避免基地所有人與第三人間磋商失敗而需拆除房屋之成本。此二成本雖較上述就現行法之討論為明確，惟是否大於優先承買權造成買賣市場之效率損失亦仍需進一步分析。

又於民法第 449 條之情形，因當時基地租賃契約若欲約定為定期限者，亦僅能約定為 20 年，故立法者可能係透過賦予承租人優先承買權使該房屋有機會存續超過此期間。惟誠如前述之邏輯，因承租人於訂立租賃契約之當時即已知租賃期限僅有 20 年，此時其對土地之投資亦應係以該 20 年為規劃。因此，若此優先承買權之目的係在促進承租人之投資，結論應如上述，成果具有不確定性。則保障土地上之房屋存續超過其原定之租賃期間，亦難謂具有促進經濟效率之利益。

惟縱然假設立法者於制定土地法第 104 條時係基於上述二原因而認基地租賃優先承買權有助於經濟效率，仍無法解釋為何立法者於增訂民法第 426 條之 1 及民法第 449 條第 3 項之同時，於民法第 426 條之 2 增訂基地租賃優先承買權。

第六款 對選擇權法理論之回應

最後，亦有我國學者認為優先承買權為法律經濟分析中「選擇權法理論（optional law）」中補償法則（liability rule）的買權（call option）；而若無優先承買權，標的物所有人得自由將物出賣於第三人，則為財產法則（property rule）。而根據法律經濟學學者之研究，補償法則於「高交易成本、產權移轉可增加配置效率、物的事前投資不重要及法院少犯錯」，此四要件具備時，比財產法則有效率¹³⁵。

¹³⁵ 張永健，前揭註 78，頁 73；Y. -C. Chang, *Optional law in property: theoretical critiques and a new view of the cathedral*, 9(2) N.Y.U. J. L. & LIBERTY, 459, 498-504 (2015).



故該學者認為在優先承買權之解釋上應特別注意此四要件，即可使有優先承買權之效率大於無優先承買權之效率¹³⁶。然本文認為此推論有誤。

首先應指出者係，財產法則與補償法則係由 Calabresi & Melamed 提出。財產法則為對產權之絕對保護，未經產權擁有者同意，不得移轉產權；而補償法則則為侵害者無須經由產權擁有者同意，即可侵犯或移轉產權，但必須補償產權擁有者之損失¹³⁷。前者如我國民法第 767 條，排除對所有物之侵害，後者則如我國侵權行為之相關規定。典型之例子為：污染者進行污染而影響周遭居民，若認為居民擁有享有清新空氣之權利時，採取財產法則時，居民得要求污染者停止污染空氣；然若採取補償法則時，污染者得於賠償居民損害之情況下得繼續污染空氣¹³⁸。而選擇權法理論將這種補償法則之運用比為買權，其內涵係指，擁有買權之權利人可與出賣人強制締約，即便出賣人並不想出售¹³⁹。於上開例子中則為：在污染者有買權之情況下，污染者得以付錢而購買居民對於清新空氣之權利並繼續製造污染，且因該價額係由法院決定，等於居民對於清新空氣之權利是被強制出賣¹⁴⁰。

然此種買權與優先承買權性質已不相同。縱然其係認為於優先承買權中，係出賣人被強制將不動產出賣給優先承買權人，然因優先承買權之案型仍牽涉第三買受人，故利益狀態亦與上開之買權有異，而該論者亦未說明為何得將優先承買權套入選擇權法理論之買權中。

再者，提出上開四要件之學者已指出，選擇權法理論將補償原則類比為買權，至少於物權法領域中，係為不恰當的¹⁴¹。其並指出選擇權法理論可能最適合運用

¹³⁶ 黃健彰（2018），《不動產利用關係上的優先購買權》，頁 4-7，臺北：元照。

¹³⁷ 張永健，前揭註 78，頁 68。

¹³⁸ 張永健，前揭註 78，頁 69。

¹³⁹ IAN AYRES, *OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS* 15 (2005).

¹⁴⁰ Ayres, *supra* note 139, at 15.

¹⁴¹ Chang, *supra* note 135, at 5-9.



於商業契約中，使契約當事人有效率的違約或是履行契約¹⁴²。

據此，優先承買權是否為選擇權法理論之買權已有疑義，上開論者以選擇權法理論作為對優先承買權效率分析之切入點，本文認推理上仍有疏漏，於有更詳細之論理前應非可採。

第七款 小結

基地租賃優先承買權可能不具有促進經濟效益之主要原因應在於：我國法上已有民法第 425 條及民法第 426 條之 1。該二條已足以保護承租人於基地上建造房屋之投資在原訂租賃期限屆至前受保障，不因基地或房屋所有權人易主而有影響。而在原定租賃期間內，基地出租人若欲收回基地，亦受土地法第 103 條之限制，對基地承租人租地建屋之投資保障已相當完足。

回到學說上所提出之優先承買權可能促進經濟效率的三個理由（避免租賃關係之交易成本、降低變更成本，及促進承租人投資之誘因），其均非單獨存在於基地租賃優先承買權，而是存於任何租賃契約中。則立法者於租賃契約中單就基地租賃及民法第 460 條之 1 所列之耕地租賃給予法定優先承買權之保護，仍耐人尋味。

耕地租賃關係中之優先承買權，應係延續耕地三七五減租條例，為保護弱勢耕地承租人而來，其更涉及社會及農地政策之問題，本文暫不討論。然於基地租賃中，若係基於我國土地及房屋所有權分離之立法例而言，其特殊之處應仍在於，透過房地所有權合一，得避免房屋對土地失去所有權源而將遭拆除之情形。搭配上於民國 88 年債編修正前，基地租賃優先承買權可能另有之利益，或可認為立

¹⁴² Chang, *supra* note 135, at 7.



法者於基地租賃賦予優先承買權的主要目的仍在於使房屋得以繼續存在於基地之上，並因此降低變更成本。而此繼續存在，不以原先契約所訂立之期限為界線，而是透過房地所有人合一、消除租賃關係，使房屋得以超出租賃期限的繼續存在，避免因租賃關係消失所產生之變更成本。且因房屋之存續於租賃契約有效之期間已受民法第 425 條及第 426 條之 1 之保障，故優先承買權所多保護之處在於，賦予房屋於基地租賃契約終止後，繼續存在於基地上之可能，亦即，使房屋有永久存續之可能¹⁴³。則立法者或認為使房屋有永久存續之可能可避免「大量」之變更成本。然仍必須說明者係，只要變更成本是在原定租賃期間外發生時，此變更成本之存否並不會影響整體交易市場之效率。

於促進投資之目的，誠如上述，因難以保證基地出租人將於租賃契約存續中將基地出賣，其實效具有不確定性。

而就交易成本，基地租賃關係相較於其他租賃關係所具有之特殊性或在於，基地租賃同時涉及房屋及土地二不動產，於該租賃關係產生糾紛時，處理之難度或所需費用可能更高。故立法者特別針對房地關係調整，應係著眼於基地租賃關係中處理糾紛之交易成本將更高之特殊性。然同樣的，於基地租賃關係中除此交易成本是否有顯著利益，以及此成本是否大於優先承買權對買賣市場造成之效率損失，而結論上能促進土地經濟效率仍待進一步之研究。

綜上，基地租賃優先承買權所預想之制度目的為促進土地利用及經濟效率，惟該目的是否得藉此制度達成，則有疑問。蓋基地租賃優先承買權對買賣市場會造成明確之效率損失為文獻上已證明，此效率損失尤其於優先承買權人非最佳利用者時更甚，然其得促進之經濟效率並不明確。故是否仍須保留基地租賃優先承

¹⁴³ 對我國基地租賃優先承買權進行經濟分析之學者亦認此制度之主要目的應還是在穩定既有的利用狀態。參照楊宏暉，前揭註 111，頁 131。



買權，於法政策上或可再思考。而此效益評估仍待經濟學模型進一步分析，或待我國相關之實證研究進行數據蒐集及統計，非本文能力所及者，故本文尚難提出涉及此一制度存廢或修正之立法建議。

然透過上開之文獻介紹及就經濟效益粗略之討論，本文認應可得出以下結論：

一、立法理由、實務及學說上所稱之「房地所有合一以達經濟效率」或「地盡其利」之內涵未臻明確，而在其等均未說明此概念之內涵時，將其理解為經濟學上之經濟效率應無問題。

而在法律經濟分析之理解下，該等經濟效率應在指，基地租賃優先承買權得使使用關係消失而消除存於該關係中之交易成本，並避免基地租賃契約中因相對人變更所可能額外產生之糾紛，及解決該糾紛所需花費的交易成本。惟此相較於優先承買權中所造成的效率損失孰大孰小，仍有待進一步之經濟分析及實證研究。

二、就學說上有提及之「變更成本」，於我國法上已有民法第 425 條及第 426 條之 1 以保護原訂租賃期間內房屋均對基地有占有權源下，消除此變更成本並不會產生促進經濟效率之結果。然仍不排除立法者有欲透過房地所有權合一使房屋超越原訂租賃契約期間而繼續存在之意，惟此並非促進經濟效率所能涵括者。

三、自立法理由及實務、學說上似均認基地租賃優先承買權係基於經濟效率之考量，而非其他法政策之考量，故於我國現行法仍存有基地租賃優先承買權之情形下，其適用上或應有所限縮，以避免對交易市場造成過度之干擾，進而達到促進土地效益之目的。

四、此僅限於對基地租賃優先承買權之分析，就耕地租賃優先承買權則可能另有國家農地政策之考量。而就土地法第 34 條之 1 的共有人優先承買權，不動產



共有人間的交易成本龐大，消除共有關係之經濟效益亦可能大於基地租賃優先承買權消除土地使用所有關係之效益，故對其餘優先承買權不得直接套用本文上開之分析及結論。

第三節 基地租賃優先承買權之權利性質

第一項 實務見解

就此法定優先承買權之法律性質，實務見解有出現「買賣契約訂立請求權」之字句，如最高法院 44 年台上字第 700 號判例謂：「土地法第一百零四條一項及第一百零七條第一項，關於基地或耕地承租人之優先承買權，即為承租人對於出租人之買賣契約訂立請求權。」、最高法院 44 年台上字第 76 號判例謂：「土地法第一百零四條第一項後段所謂房屋優先購買權，係指買賣契約訂立請求權而言。」，該 44 年台上字第 76 號判例更進一步論：「上訴人既應就系爭房屋負與被上訴人訂立買賣契約之義務，則其並應負為所有權移轉登記，使被上訴人取得其所有權之義務，尤不待言。」有學者即據此認最高法院係將此優先承買權之權利認定為請求權之性質¹⁴⁴。

最高法院 67 年第 5 次民事庭會議決議（一）針對基地租賃之優先承買權之要件為討論時，雖非特定針對該優先承買權之權利性質為討論，惟該決議之文字亦認此為一形成權，謂：「土地法第一百零四條所定之優先購買權，為物權之先買權。先買權人於該不動產出賣於第三人時，有權向不動產所有人以意思表示，使其負有移轉其不動產於自己，而自己負有支付所有人原與第三人所約定代價之義務，

¹⁴⁴ 王澤鑑，前揭註 32，頁 519。



故亦為形成權之一種。」。經本文考察，此文字應係參考自史尚寬教授之《土地法原論》¹⁴⁵，該並基此認其性質為形成權¹⁴⁶。

此決議看似變更上開 44 年判例之見解，然有學者認為，最高法院 44 年之判例見解係基於土地法第 104 條修正前，實務上認為該優先承買權僅具有債權對人之性質而來，故將優先承買權之內涵解釋為買賣契約訂立請求權¹⁴⁷。據此學者之解釋，於民國 64 年土地法修正而有物權效後，最高法院於民國 67 年之決議認其為形成權，兩者可能不必然相互抵觸。

惟此決議做成之後，實務見解仍未見統一，仍有採請求權說者及形成權說者，本文將實務見解整理於下。

第一款 請求權說

於上開決議做成後，仍有 10 筆最高法院判決沿用上開 44 年兩則判例之文字，謂「此項優先購買權即為承租人對於出租人之買賣契約訂立請求權」¹⁴⁸。

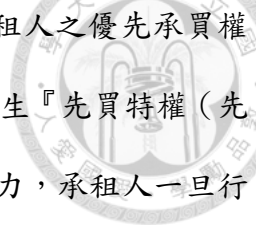
其中，值得注意者為最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1426 號判決及最高法院 107 年度台上字第 2324 號判決。該等判決於認為優先承買權為買賣契約訂立請求權外，亦謂此優先承買權之性質為形成權。該等判決之文字均大略相同，此僅引最先出現之 99 年度判決之文字，為：「按民

¹⁴⁵ 書中之文字為：「物權的先買權，為對於不動產之物權先買權人，於該不動產出賣於第三人時，有權向土地所有人以意思表示，使其負有移轉其不動產於自己，而自己負有支付土地所有人原與第三人所約定代價之義務。」

¹⁴⁶ 史尚寬，前揭註 39，頁 203-204。

¹⁴⁷ 李鴻毅（1989），《土地法論》，修訂十四版，頁 499，臺北：自刊。

¹⁴⁸ 分別為：最高法院 69 年度台上字第 2391 號判決、最高法院 82 年度台上字第 1278 號判決、最高法院 89 年度台上字第 1404 號判決、最高法院 97 年度台上字第 2219 號判決、最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1168 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決、最高法院 106 年度台上字第 953 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1426 號判決、最高法院 107 年度台上字第 2324 號判決。



法第四百二十六條之二及土地法第一百零四條所定之『基地承租人之優先承買權（優先購買權）』，係基於各該法律之規定，對『基地出賣人』而生『先買特權（先買權）』之形成權，此項優先承買權對出賣人具有相對之物權效力，承租人一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，亦即請求出賣人按其與第三人約定之同樣出賣條件補訂書面契約。」然此論理前後相互矛盾，蓋若此權利為一形成權，則行使後該買賣契約應即成立而無請求出賣人補訂之必要，一般而言亦無請求補訂書面契約之請求權基礎存在¹⁴⁹。

此類判決於論及此性質時，多數均僅簡要對優先承買權之內涵為說明，並未對形成權或請求權之性質有具體操作。少數有具體操作者，為最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決、最高法院 89 年度台上字第 1404 號判決及最高法院 82 年度台上字第 1278 號判決。

於最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決之案例事實係，原告呂俊雄、呂政憲及曾秀妹（下稱 A 等）承租訴外人呂勝宏（下稱 B）之基地建築房屋，而後 B 因積欠地價稅，A 等所承租之土地即遭新竹行政執行處強制執行，並由被告張金英（下稱 C）拍定且取得權利移轉證書。A 等之訴之聲明為（一）確認 A 等就系爭土地有優先承買權存在及（二）被告 C 就系爭土地以拍賣為登記原因所為之所有權移轉登記應予塗銷。二審法院之審理結果為原告全部勝訴，而被告 C 上訴至最高法院。最高法院此 106 年度之判決即基於認為基地租賃之優先承買權為一請求權，謂「是此項優先購買權具有相對之物權效力，承租人一旦行使優先購買權，即係對於出賣之出租人行使買賣契約訂立請求權，亦即請求出賣人按照與第三人所約定之同樣條件補訂書面契約。……本件被上訴人（筆者按：即 A 等）既未同時請求吳勝宏（之遺產管理人）（筆者按：即 B）與之補訂書面買賣契約，可否逕行

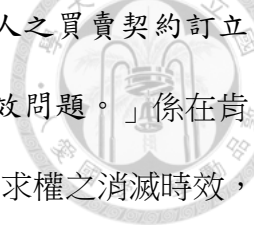
¹⁴⁹ 此於本文第四章第三節中詳述之。

請求塗銷上訴人（筆者按：即 C）以『拍定』為原因之所有權登記，即滋疑義。」

而將原判決廢棄發回至臺灣高等法院。A 等則據此於臺灣高等法院 106 年度上更（一）字第 65 號判決中追加「財政部國有財產署中區分署即被繼承人吳勝宏之遺產管理人」為被告，並就聲明追加「請求國有財產署應就附件示土地，與 A 等訂立與系爭行政執行事件拍定拍賣公告相同條件之買賣契約」。惟若認優先承買權為一形成權而非請求權，此聲明之追加即無必要，僅需由原告 A 等向國有財產署為一行使優先承買權之意思表示，不必另請求國有財產署為訂立買賣契約之意思表示。

最高法院 82 年度台上字第 1278 號判決之情形與上開 106 年之判決類似，於該判決中，原審認優先承買權為一形成權，謂「林王寶連對特一部分有優先購買權，其既已提起本件訴訟，訴狀繕本已為送達，依其一方之意思表示，就該特一部分即與萬華合作社形成買賣債權契約，故其請求萬華合作社與之訂立買賣契約自非必要，不應准許。」然此遭最高法院 82 年之判決廢棄，謂：「此項優先購買權即為承租人對於出租人之買賣契約訂立請求權（見本院四十四年度台上字第七〇〇號判例），則林王寶連請求萬華合作社與之訂立買賣契約自屬於法有據（見本院六十五年度台上字第二七〇一號判例）。原審認林王寶連無請求萬華合作社與之訂立買賣契約之必要，而為與此相反之論斷，所持法律上之見解尚有違誤。」

最高法院 89 年度台上字第 1404 號判決所涉及者則為土地法第 104 條（及民法第 426 條之 2）之 10 日期間之性質。其認：「上訴論旨，雖以土地法第一百零四條第二項之優先購買權，依最高法院四十四年台上字第七十六號判例意旨，係指買賣契約訂立請求權而言，故仍有民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。……惟按消滅時效，自請求權可得行使時起算，民法第一百二十八條定有明文。本件上訴人與楊陳惜之繼承人就系爭房屋訂立買賣契約，且已交付上訴人使用，然並



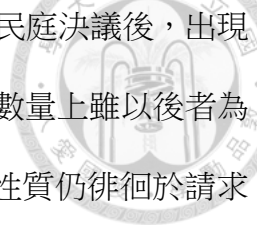
未將買賣價金等條件通知優先購買權人之被上訴人，則被上訴人之買賣契約訂立請求權，無從行使，致時效期間未能開始起算，自不生消滅時效問題。」係在肯認此優先承買權之性質為請求權，並依此認該 10 日之期間係請求權之消滅時效，而非形成權之除斥期間。

第二款 形成權說

相反的，最高法院之判決中有肯認此優先承買權為形成權者，亦所在多有，除上開所提到同時認為其為形成權又認其為「買賣契約訂立請求權」之三則判決外，另有 11 筆裁判¹⁵⁰。其中，最早出現之判決為最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決，謂：「惟按土地法第一百零四條第一項後段所謂基地承租人之房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權，係指成立買賣契約之形成權而言。」而最早出現更詳細之敘述者，應為最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決，謂：「按土地法第一百零四條、民法第四百二十六條之二所定之優先購買權，為物權之先買權。先買權人於該不動產出賣於第三人時，有權向不動產所有人以意思表示，使其負有移轉其不動產於自己，而自己負有支付所有人原與第三人所約定代價之義務，故亦為形成權之一種。」，文字應係參照上開 67 年之民庭決議。

第三款 小結

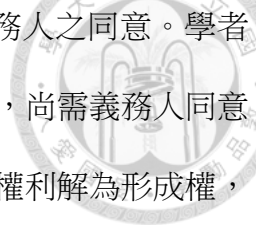
¹⁵⁰ 最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決、最高法院 91 年度台上字第 1033 號判決、最高法院 97 年度台抗字第 822 號裁定、最高法院 102 年度台上字第 518 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1433 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1775 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決、最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1268 號判決。另最高法院 97 年度台上字第 1015 號裁定，維持原審認定「已取得之優先承買權並不因其行使時租賃或地上權屆期而受影響，且無權利行使之除斥期間之規定」之見解，雖無就權利性質直接論述，但因出現除斥期間，故本文亦將此歸類為認定該權利屬形成權之見解。



撤出該三則同時出現形成權及請求權之文字，自上開 67 年民庭決議後，出現請求權之最高法院裁判共有 7 筆，而認為形成權者共有 11 筆，數量上雖以後者為多，但差距不大。然似不能據此認為實務見解於優先承買權之性質仍徘徊於請求權及形成權間。蓋誠如上述，最高法院之裁判於出現請求權或形成權之語句，多僅在簡略說明優先承買權之制度內涵。上開之最高法院 89 年度台上字第 1404 號判決及註 150 中之最高法院 97 年度台上字第 1015 號裁定分別有出現消滅時效及除斥期間之用語而對權利性質有進一步之操作，惟此二裁判之個案中，將權利定性為請求權而期間為消滅時效，或定性為形成權而為除斥期間均不生影響。故最高法院於介紹優先承買權之性質時，或多僅援引 44 年兩則判例而未多做修正，方持續出現「買賣契約訂立請求權」。此或於上開之三則同時出現「買賣契約訂立請求權」及形成權之判決中最為明顯。

然如同上開所提及之最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決及最高法院 82 年度台上字第 1278 號判決，採形成權說或請求權說，將可能決定是否須將優先承買義務人列為被告，並請求優先承買義務人為訂立契約之意思表示。惟不論採何說，均應將優先承買義務人列為被告。蓋縱採形成權說而不待優先承買義務人之意思表示即已與優先承買義務人間有一有效之買賣契約，優先承買義務人均為負有移轉優先承買之土地或房屋之義務者，故優先承買權利人於行使優先承買權後，本即應將優先承買義務人列為被告而請求其履行該因優先承買權之行使而生之契約義務。有差別者僅在訴之聲明是否需另列請求優先承買義務人為訂立契約之意思表示。

第二項 學說見解



依買賣契約訂立請求權之理論，買賣契約之成立，尚須義務人之同意。學者有認為，若將優先承買權之性質理解為「買賣契約訂立請求權」，尚需義務人同意方能成立買賣契約，不能合理說明優先承買權之本質，故應將此權利解為形成權，使優先承買權人得依一方之意思形成以義務人出賣與第三人同樣條件為內容之契約¹⁵¹。通說亦認此權利應屬形成權¹⁵²。

基此，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 所規定之 10 日期間性質上即為除斥期間而非消滅時效。

第三項 比較法

相較於我國土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 或其他與優先承買權相關之規範之文義難以直接認定優先承買權之性質為請求權或形成權，德國民法上之規定則不生此問題。德國民法第 1098 條第 1 項第 1 句於規定物權效之優先承買權中權利人與義務人間之法律關係時，準用同法第 463 條至第 473 條之債權效優先承買權之相關規定¹⁵³，且該規定於物權效之優先承買權為強制規定¹⁵⁴。而第 464 條第 2 項之規定為：「優先承買權之行使，於權利人及義務人間成立一個與義務人與第三人所約定之條件相同的買賣。¹⁵⁵」，明確揭示優先承買權一經行使，即有一買賣（契約）產生，而係以與優先承買義務人與第三人間所約定之同樣條件為內容。

¹⁵¹ 王澤鑑，前揭註 32，頁 519-520。

¹⁵² 史尚寬，前揭註 39，頁 203-205；吳啟賓，前揭註 68，頁 142，臺北：新學林；黃立（1999），《民法總則》，二版，頁 66，臺北：自刊；鄭冠宇（2016），《民法總則》，三版，頁 219，臺北：鄭若慈；李鴻毅，前揭註 147，頁 500，臺北：自刊；朱柏松（2010），〈共有基地租賃之效力與優先承買權之關係〉，氏著，《民事法問題研究—物權法論》，頁 148，臺北：元照。

¹⁵³ 德文原文：„Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 463 bis 473.“

¹⁵⁴ Staudinger/Schermaier, (Fn. 40), § 1098 Rn. 5；MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1098 Rn. 1.

¹⁵⁵ 德文原文為：„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.“



其權利行使之效果既係使一特定法律關係產生，通說即認為優先承買權為形成權而非請求權¹⁵⁶。

而瑞士法上之規範則非如德國法上縝密。於建築權關係中之優先承買權，瑞士民法第 682 條第 2 項之條文僅規定：「於受有獨立且繼續的建築權負擔的土地，該地之所有人就建築權對取得人有優先承買權；此建築權之權利人對受其建築權負擔之土地，如該地為其行使建築權所使用者，亦有優先承買權。」¹⁵⁷然瑞士法上亦認為該條賦予優先承買權人一形成權，使權利人可以透過發出行使權利的意思表示，直接改變法律關係¹⁵⁸。

第四項 本文見解

請求權，為要求他人為特定作為或不作為之權利，其特徵在於權利人欲享受權利標的之利益時，須有他人行為之介入，不得直接支配權利客體¹⁵⁹。而形成權，則為依權利人一方之意思表示而得發生一定法律效果之權利。其一經行使，具體的權利義務即因而發生。故形成權在賦予權利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力，相對人並不負有相對應的義務，只是受到拘束而須容任此項形成及其法律效果。¹⁶⁰

故將優先承買權定性為請求權及形成權之差別在於，於優先承買權人表示行

¹⁵⁶ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 16. Aufl., 2012, § 85 Rn.322 ; Staudinger/Schermaier, (Fn. 40), § 1094 Rn. 10 ; Staudinger/Mader, (Fn. 40), § 464 Rn. 2 ; MüKoBGB/Westermann, (Fn. 40), § 463 Rn. 7 ; Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 36. Aufl., 2012, §7 Rn. 49 ; Jauernig/Berger, 17. Aufl. 2018, BGB § 1094 Rn. 2.

¹⁵⁷ 原文參前揭註 51。

¹⁵⁸ Rey/Sterbel, (Fn. 53), Art. 682 N 5 ; Rüegg, (Fn. 124), N 9-12.

¹⁵⁹ 整理自：洪遜欣（1976），《中國民法總則》，修訂初版，頁 55，臺北：自刊；史尚寬（1980），《民法總論》，臺北三版，頁 20-21，臺北：史吳仲芳、史光華；施啟揚（2005），《民法總則》，六版，頁 33，臺北：自刊；黃立，前揭註 152，頁 58-63。

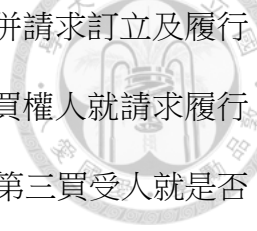
¹⁶⁰ 整理自：洪遜欣，前揭註 159，頁 56；史尚寬，前揭註 159，頁 20；王澤鑑（2013），《民法總則（增訂版）》，修訂版，頁 105，臺北：王慕華；施啟揚，前揭註 159，頁 34-35；黃立，前揭註 152，頁 63-66；鄭冠宇，前揭註 152。



使該權利時，所生之效果係「在請求義務人與之訂立契約，並於義務人不為之時透過給付之訴請求義務人為一同意之意思表示」或「買賣契約即成立」。

按土地法第 104 條及民法的 426 條之 2 之文義，均僅謂優先承買權人「有依同樣條件優先承買之權」，無法單從文義解釋斷定該權利之性質。然就優先承買權之內涵本在使優先承買權人與出賣人間成立一買賣契約，若優先承買義務人已將系爭不動產所有權移轉與第三買受人時，於債權效之優先承買權生損害賠償責任，於物權效之優先承買權則使有妨害該買賣契約之物權行為不得對抗優先承買權人。則若此優先承買權之性質為請求權，於義務人未為訂立契約之意思表示前，該損害賠償責任或契約履行義務尚不能發生。又優先承買義務人若既已將所有權移轉與第三人，當無法期待其主動為與優先承買權人訂立契約之意思表示，則於救濟上，優先承買權人應於訴訟中提起「請求優先承買義務人給付一訂立買賣契約意思表示」之訴，於勝訴後方能主張請求損害賠償或移轉標的物。而若優先承買權之性質為形成權，則不必有該請求訂立契約之訴，直接請求損害賠償或移轉標的物即可。則採形成權之性質，可節省請求義務人為意思表示之步驟，應較合於優先承買權之規範及制度目的。

再者，若認該權利之性質為請求權，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之 10 日期間，性質上應同最高法院 89 年度台上字第 1404 號判決所認者，為消滅時效。則於優先承買權人於 10 日內請求訂立買賣契約，而義務人不為同意時，其即需於 6 個月內起訴請求義務人為同意之意思表示，否則依民法第 130 條之規定，該時效即視為不中斷，將罹於 10 日之消滅時效。又於該契約遭訂立後，其依該買賣契約請求所有權移轉之時效則回歸民法第 125 條之 15 年。反之，若將該權利解釋為形成權，則優先承買權人一於 10 日內行使權利，即有買賣契約之成立，其依該買賣契約請求所有權移轉之時效則為 15 年。



若採請求權說，因未有規定要求優先承買權人須以一訴一併請求訂立及履行買賣契約，則若優先承買權人不以一訴為之時，不啻使優先承買權人就請求履行買賣契約之時間利益往後延遲 6 個月之時間，亦使已受移轉之第三買受人就是否能保有所有權陷於較不利之地位，解釋上似亦非妥適。又如優先承買權人已於 10 日內表示欲行使優先承買權，亦可能因其欠缺相關法律知識，不知其有於 6 個月內起訴之義務，而無法獲得一有效之買賣契約並持該契約請求所有權移轉，亦減損立法者將基地租賃優先承買權訂立為物權效之政策目的。故本文認，仍應以形成權說為可採。

第四節 基地租賃優先承買權之物權效力

第一項 比較法上之物權效優先承買權

因德國法中未於私法設有物權效之法定優先承買權，故僅能就其意定之優先承買權為介紹。德國民法上分別於債編及物權編規範債權效及物權效之意定優先承買權，已如本章第一節第一節第三項所述。而就意定物權效之優先承買權，其係透過土地登記簿之登記以賦予其公示外觀而具有對世效。

而瑞士法，則有性質接近我國基地租賃優先承買權之建築權法定優先承買權，故本文對瑞士法上之介紹均以該法定優先承買權制度之設計為討論。於瑞士民法中，不同於德國法對於意定物權效優先承買權以登記為要件，不要求將該權利登記於土地登記簿¹⁶¹，並強調該登記並不能加強優先承買權之效力¹⁶²。此係因法定優先承買權為法律所明定，故得以要求任何人均知悉該等權利之存在，建築權或

¹⁶¹ 瑞士民法第 680 條第 1 項之德文原文為：„Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen bestehen ohne Eintrag im Grundbuch.“ 暫譯為：「法定所有權負擔未登記於土地登記簿亦存在。」

¹⁶² Meier-Hayoz, (Fn. 56), Art. 682 N 37.



受建築權所負擔之土地的買受人必知於買受之標的上存有法定優先承買權 (ignorantia iuris nocet, 即「不知法不免責」)¹⁶³。

第二項 我國基地租賃優先承買權自債權效轉為物權效之歷程

我國民法第 426 條之 2 第 1 項規定：「租用基地建築房屋，出租人出賣基時，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。」係在規定基地租賃關係中，於出租人將該基地出賣或承租人將該土地上之房屋出賣時，他方享有優先承買權。相同之規定亦見於土地法第 104 條第 1 項，規定：「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。」而此基地租賃優先承買權係基於法律明文規定而來，非經當事人自行約定，為一法定優先承買權。本項將簡單介紹此優先承買權之立法歷程及其效力變化。

土地法第 104 條之優先承買權係於民國 35 年對土地法全文修正時所初制定，惟其當時之條文內容為：「(第一項) 基地出賣時，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。(第二項) 前項優先權，於接到出賣之通知後，十日內不表示者，視為放棄。」而當時民法則無相對應之規範。

就上開條文所定優先承買權之性質究為債權或物權效，學說及實務存有爭議。學說上有認為此法定優先承買權並不須為預告登記，其權利本身已具有預告登記之效力，應為物權效¹⁶⁴。然實務見解則認本條之法定優先承買權僅具債權效。最

¹⁶³ Meier-Hayoz, (Fn. 56), Art. 682 N 37.

¹⁶⁴ 史尚寬，前揭註 39，頁 203；楊與齡（1980），《耕地三七五減租條例實用》，六版，頁 126-127，



高法院 47 年台上字第 152 號判例即謂：「該條所定承租人之優先承購權，僅為租賃雙方之權利義務關係。如出租人違反此項義務，將其基地之所有權賣與他人，並已為土地權利變更登記時，承租人固僅能請求賠償損害，不得遽指該項買賣契約為無效，但如買受人尚未取得該不動產所有權時，承租人之優先承購權即不受其影響。」

準此，土地法第 104 條於民國 64 年修正為現行之條文內容，並於修法理由謂，此係在配合憲法第 142 條所宣示民生主義下之國民經濟基本原則及耕地三七五減租條例，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，而改明文賦予此法定優先承買權較強之物權效力¹⁶⁵。最高法院 67 年台上字第 479 號判例之要旨則清楚反應出本條修正前後之效力差別，謂：「土地法第一百零四條第一項規定：承租人於基地出賣時，有依同樣條件優先購買之權，在六十四年七月二十四日該條文修正前，僅為承租人與基地所有人間之權利義務關係，即祇發生債之效力。如出租基地之所有人違反此項義務，將其基地之所有權出賣與第三人，並已辦理所有權移轉登記時，承租人僅得向出租基地之所有人請求賠償損害，不得主張第三人承買基地之契約為無效(參看四十七年台上字第一五二號判例)。現行法該條文第二項所定出賣人未通知優先購買權人，而與第三人

臺北：自刊。雖後者係針對耕地三七五減租條例第 15 條耕地租賃之優先承買權為論述，然此與基地租賃之優先承買權同為法定優先承買權，故或可參照；亦有反對而認當時之規定應僅具債權效力者，參見王澤鑑，前揭註 32，頁 521。

¹⁶⁵ 「一、本條規定之承租人優先承購權僅為租賃雙方之權利義務關係，如出租人違反此項義務，將其基地之所有權賣與他人，並已為土地權利變更登記時，承租人僅能請求賠償損害，不得遽指該項買賣契約為無效，但如買受人尚未取得該不動產所有權時，承租人之優先承購權即不受其影響，前經最高法院四十七年臺上字第一五三號著成判例。

二、惟查耕地三七五減租條例第十五條第三項既已依照憲法第一百四十二條之立法精神規定『出租人如違反前二項規定而與第三人訂立契約，其契約不得對抗承租人』，則最高法院所為土地法第一百零四條之判例，似不應以准許請求賠償損害為已足，而應宣判其契約為無效。

三、為配合憲法第一百四十二條及耕地三七五減租條例之規定，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，爰參照司法院之建議，將土地法第一百零四條修正如上。」

訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人，為六十四年七月二十四日修正時所新增，自是厥後該項優先購買權始具物權之效力。」而於條文修正後，上開最高法院 47 年台上字第 152 號判例並經最高法院 91 年度第 8 次民事庭會議決議不再援用，理由即係因土地法第 104 條之效力已有修正。

土地法第 104 條於民國 64 年修正後，即成為一物權效之法定優先承買權，具體而言係因該條第 2 項後段於修正後規定「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。」論者即有謂此條文所稱之「買賣契約」應從廣義解釋而包括物權行為在內¹⁶⁶。實務亦採相同見解。最高法院 65 年台上字 2701 號判例即謂：「土地法第一百零四條第二項已於六十四年七月二十四日修訂為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。上訴人間之買賣，既在土地法修訂以後，則有上開優先購買權之被上訴人請求確認其就系爭土地有優先購買權，命上訴人甲塗銷已為之所有權移轉登記，由上訴人乙與被上訴人補訂書面契約，並協同辦理所有權移轉登記，委無不合。」而認條文後段之「契約」應係指出賣人與買受人之物權契約而言。蓋若該契約非指物權契約而僅為債權契約，依我國法所採之物權獨立性理論，無原因關係之物權行為仍為有效，優先承買權人自不得據此請求塗銷所有權移轉登記。

相較於土地法之規定僅謂「其契約不得對抗優先購買權人」，民法第 426 條之 2 第 3 項之法文為「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。」，明白規定不得對抗者為「所有權移轉登記」，更能突顯該優先承購權具有物權效。此所謂不得對抗，係指所有權移轉登記對於優先承買權人無效，而非僅使優先承買權人得對於出賣人請求因此所受之損害，故稱此

¹⁶⁶ 王澤鑑，前揭註 66，頁 322-323。



優先承買權具有物權效力¹⁶⁷。

準此，基地租賃優先承買權不論係本於土地法或民法之規定，均具物權效，權利人可透過優先承買權之行使，使義務人與第三買受人間之物權移轉行為不得對抗自己，並請求塗銷義務人與買受人間本於買賣契約之所有權移轉登記。

第三項 本文見解：基地租賃優先承買權作為債權物權化之具體規定

就民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所規定之優先承買權，權利性質究為物權，抑或僅為債權而因債權物權化而享有物權之部分效力，學說上無太多之討論甚或區辨。然此定性可能涉及後續對基地租賃之優先承買權之理解，自應先釐清。

第一款 債權物權化之內涵

於權利體系中，傳統見解認為債權係相對權，僅得對抗特定人，及僅以特定人為義務人，而要求其為一定行為的權利，並適用平等原則¹⁶⁸；而物權係絕對權，即以一般不特定人為義務人，要求其不為一定行為的權利¹⁶⁹。論者進一步認物權之絕對性效力特別表現在三種物權的共同特性上，分別為追及性、排他性及優先性。追及性係指：物權人得追及至物之所在，主張支配該物之效力，且對任何第三人均有民法 767 條之所有物返還、妨害除去與妨害防止請求權；排他性為同一標的物上不容許同時成立同一內容之物權，故發生在先之物權有排除發生在後而不相容之物權之效力；優先性則包括不相容物權間依其成立之先後順序定其效力、

¹⁶⁷ 黃茂榮（2006），《債法各論（第一冊增訂版）》，再版，頁 133，臺北：自刊。

¹⁶⁸ 即債權不論發生先後，均具有同等地位。

¹⁶⁹ 王澤鑑，前揭註 160，頁 95。



物權優先於債權之效力，及於破產或強制執行程序中對物權有特別之保障而有別除權或提起第三人異議之訴之權利¹⁷⁰。

而所謂之債權物權化，則在指，使相對性的債權亦具有對抗一般人的效力¹⁷¹，使債權被賦予物權絕對性之「部分」特性，為絕對權與相對權這兩種權利的理想類型之間的一種例外混合型態¹⁷²。而我國法中債權物權化之主要型態包含租賃契約之民法第 425 條之讓與不破租賃、買賣契約之土地法第 79 條之 1 的預告登記及分管契約之司法院大法官釋字第 349 號解釋之「知悉公式」¹⁷³。

第二款 基地租賃優先承買權之性質為債權物權化

就基地租賃之優先承買權，是否具備物權之全部特徵，或僅有部分特性而為債權物權化之另一種具體樣態，於下就物權之絕對性特性一一檢視之。

第一目 不具備物權絕對性之全部特徵

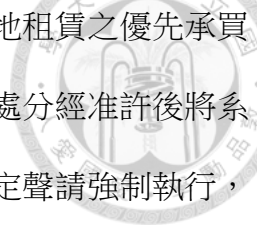
就追及性而言，若出賣人已將所有權移轉予第三人，優先承買權人仍僅得對出賣人行使優先承買之形成權，而非對已成為物之所有人之第三人為之。故優先承買權不具備「得追及至物之所在，主張支配該物之效力」之權能。此亦為最高法院 99 年度台抗字第 908 號裁定所揭示者。

¹⁷⁰ 吳從周，(2010)，〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則〉，氏著，《民事法學與法學方法 第四冊》，頁 21，臺北：新學林。

¹⁷¹ 王澤鑑(2012)，《債法原理—基本理論 債之發生 契約、代理權授與、無因管理》，增訂四版，頁 18，臺北：王慕華。

¹⁷² 吳從周，前揭註 170，頁 22-23。

¹⁷³ 吳從周(2010)，〈互易契約之債權物權化〉，氏著，《民事法學與法學方法 第四冊》，頁 88-90，臺北：新學林；溫豐文(2014)，〈論債權物權化〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會(編)，《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 13，臺北：元照。亦可參照王澤鑑，前揭註 171，頁 18-19，惟未論及分管契約。



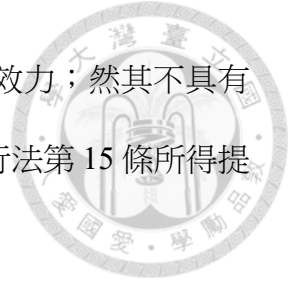
於該案中，再抗告人，即聲請人，就相對人之土地行使基地租賃之優先承買權，並聲請假處分，由臺北地方法院裁定准許。相對人於該假處分經准許後將系爭土地辦理信託登記予第三人廖裕輝，聲請人並執該假處分裁定聲請強制執行，遭臺北地方法院以無從執行為由駁回。聲請人即提起抗告而遭臺灣高等法院 99 年度抗字第 1227 號裁定駁回，再抗告亦受最高法院 99 年度台抗字第 908 號裁定駁回。最高法院謂：「原法院以：……系爭土地形式上已屬廖裕輝之財產，而非相對人之財產，且系爭假處分裁定之債務人為相對人，非廖裕輝，再抗告人不得執系爭假處分裁定為執行名義對登記廖裕輝名義之系爭土地聲請強制執行。……而基地承租人依土地法第一百零四條第一項所定之優先購買權，係於基地所有人未通知承租人，逕將基地出賣並移轉於他人時，該買賣契約不得對抗基地承租人。基地承租人於行使優先購買權時，得主張該買賣契約無效，訴請塗銷所為之移轉登記，此與抵押權係存在於抵押物上，具有追及效力者有別……，經核並無適用法規顯有錯誤。」其原審法院就此之說理更為清楚，亦可參照，為：「又依行使優先承買權所成立之契約，與當事人任意所成立之契約，性質並無不同……從而，行使優先購買權所成立者，乃存在於基地承租人與基地所有人間之買賣契約。準此可見，優先購買權非如上所述之抵押權，具有追及之物權效力，尤非屬存在於該財產之權利。」可見我國實務見解亦認基地租賃之優先承買權並不具備物權之追及性。

就排他性而言，雖同一基地上可同時就同一部分存有多數之有效租賃契約，然因基地租賃優先承買權之要件之一為基地上有房屋存在¹⁷⁴，故不可能於同一塊土地之同一部分同時存在多數蓋有房屋之基地租賃契約，則此權利具有排他性。

而就優先性，物權效之優先承買權優於債權效之優先承買權¹⁷⁵，亦優先於出

¹⁷⁴ 此將於第三章第二節詳述之。

¹⁷⁵ 土地法第 34 條之 1 執行要點第 11 點(六);最高法院 68 年度第 5 次民事庭推總會決議(三)，



賣人與第三人所訂之買賣債權契約¹⁷⁶，具有物權優先於債權之效力；然其不具有破產程序中破產法第 108 條之別除權或強制執行程序中強制執行法第 15 條所得提起第三人異議之訴之權利。

基此，基地租賃之優先承買權並不具備所有物權的共同特性，僅具有物權的部分特徵而非全部特徵，應為一種債權物權化之具體法定樣態，而非物權之一種¹⁷⁷。又其物權化之結果並非如民法第 425 條之讓與不破租賃或就分管契約之司法院大法官釋字第 349 號解釋及民法第 826 條之 1，使租賃契約或分管契約法定移轉與第三人，而較類似於買賣契約於土地法第 79 條之 1 之預告登記，使買賣標的物移轉與第三人之物權行為不得對抗受預告登記之買賣契約買受人。

最高法院於論述基地租賃優先承買權或土地法第 104 條所規定之其他使用關係所生之優先承買權之效力時，除直接認其具有物權效外，亦多有使用「相對物權效力」之用語¹⁷⁸，然就該「相對」之內涵或不在於標示此非物權之一種，更有可能係在表示優先承買權之行使效果係使所有權移轉不得對抗優先承買權人，而非所有權移轉絕對無效¹⁷⁹。然相較於「相對物權效力」之描述，另有最高法院判

決議內容：「土地法第一百零四條僅規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，並未限制承租人對於共有之基地必其共有人全部出售時始得主張優先購買之權，果係如此，則基地共有人將其應有部分分別或先後出售時，承租人將無法獲得基地所有權，有違土地法第一百零四條之意旨。故出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有依同樣條件優先購買之權，承租人此項優先購買權，且優先於同法第三十四條之一第四項所規定之他共有人優先承購權。」

¹⁷⁶ 若出賣人不履行因優先承買權之行使而形成之買賣契約而履行與第三人間之買賣契約，該將所有權移轉予第三人之物權行為亦不得對抗優先承買權人。此將於本文第四章詳述之。

¹⁷⁷ 採與本文相同之見解，惟詳細說理過程略有不同者如：陳致睿（2015），《債權物權化之理論重構》，頁 61-63，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

¹⁷⁸ 最高法院 109 年度台上字第 58 號判決、最高法院 108 年度台上字第 353 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1180 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1426 號判決、最高法院 106 年度台上字第 953 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決、最高法院 106 年度台簡上字第 22 號判決、最高法院 101 年度台上字第 1763 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1586 號判決、最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決、最高法院 97 年度台上字第 2219 號判決、最高法院 92 年度台上字第 396 號判決、最高法院 88 年度台上字第 2126 號判決、最高法院 87 年度台上字第 2149 號判決、最高法院 85 年度台上字第 2118 號判決。

¹⁷⁹ 如最高法院 106 年度台簡上字第 22 號判決認為：「次按放租辦法第六條僅規定國有耕地放租對象及順序，惟就未依規定順序放租之情形，未若土地法第一百零四條第二項後段，規定『不得對

法使用「準物權效」來描述基地租賃優先承買權，而應可認為此即係指此優先承買權性質上非為物權，而為債權物權化之一種。此為最高法院 65 年台上字第 2701 號判例，認為土地法第 104 條於民國 64 年修正後，「使此一優先購買權，在法律上發生準物權之效力」。其雖未言明「準物權」之內涵，然或在指此權利為債權物權化之一種介於債權及物權間之中間樣態。

第二目 以基地上建有房屋作為權利公示外觀

又有論者整理德國學說，認債權物權化亦應遵守「物權法定原則」及「物權的公示性原則」此二物權法上之誡命。就前者而言，當事人不可以任意約定將債權之法律地位提升為物權化之地位，然此不禁止司法者以法官造法之方式承認法未明文的債權物權化類型；而後者則居於債權物權化的關鍵地位，亦即物權法上之占有對於債權物權化扮演重要的角色，為確保物權公示性原則最重要的手段¹⁸⁰。

以此二原則檢視基地租賃之優先承買權，其為法律明文規定之得以對抗第三人的權利，符合物權法定原則無疑問。

而就物權公示性原則，法文則未如民法第 425 條要求「承租人占有中」有明文規定。然於解釋上，基地承租人之優先承買權必係於有公示外觀存在時方合於公示性原則之要求。此亦為本文認此優先承買權以基地上確實建有房屋為要件的

抗』之相對物權效力，自無從任意援引後者規定，逕指他人租約為無效。」應是基於法條規定之「不得對抗」優先承買權人，得出土地法第 104 條所規定之優先承買權為相對物權效。類似之論理亦出現於最高法院 87 年度台上字第 2149 號判決，認為：「故土地法第一百零四條明文規定，賦與上開權利人優先購買權，俾使基地與其地上之房屋合歸一人所有，土地之利用與其所有權併於同一主體，以求其所有權之完整，使其法律關係單純化，並藉以充分發揮土地之利用價值，盡經濟上之效用，并杜當事人間之紛爭。該優先購買權具有相對的物權效力，如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。」

¹⁸⁰ 吳從周，前揭註 170，頁 23-24。



原因之一，此將於後第三章第二節詳述之。

基此，我國法上基地租賃優先承買權未如德國民法就物權效之優先承買權規定須以登記於土地登記簿為要件，然亦難謂有不合法之處。蓋德國民法上之物權效優先承買權規定於物權編而為一物權，我國法之基地租賃優先承買權則應被視為債權及物權間之中間型態的債權物權化，自不以登記為要件。又此不以登記為要件之規範亦與瑞士民法上建築權關係之法定優先承買權相同，蓋此權利與我國相同而為法定優先承買權，較規範意定優先承買權之德國法更具相似性。

第三章 基地租賃優先承買權之構成要件



第一節 基地租賃契約

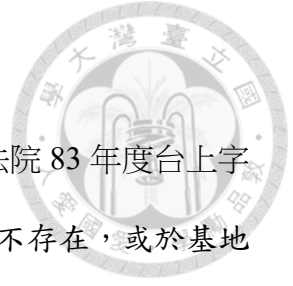
第一項 基地租賃契約之存在

民法第 426 條之 2 於規範優先承買權時，皆使用「出租人」、「承租人」之用語，而土地法第 104 條就租賃之部分亦係以「承租人」規範，故自文義觀之，此優先承買權本應以有基地租賃契約存在為前提。否則，若無租賃契約，自無「出租人」或「承租人」可言。又自法律規範之外在體系¹⁸¹觀察，民法第 426 條之 2 位於債編各論中租賃一節、土地法第 104 條位於房屋及基地租用一章內，則該二條之適用應均以租賃契約存在為要件，體系上方為合理。故不論自文義解釋或體系解釋，基地租賃優先承買權均以基地租賃契約存在為要件。此亦為最高法院 49 年台上字第 1546 號判例所宣示，謂：「土地法第一〇四條第一項後段所謂房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權，係指基地出租之情形而言，其基地係被占用者，自無該條項之適用。」

第一款 租賃關係存續中

若基地租賃契約之期限屆至，或有其他終止、消滅之情事，該地上已無基地租賃契約，亦當然無優先承買權。故租賃關係須於房屋或基地出賣時，及優先承買權人行使優先承買權時，均存在，優先承買權方有行使之可能。此亦為實務見

¹⁸¹ 法律的外在體系係指法律的編制體例，如民法第幾編、第幾章、第幾節、第幾款、第幾項，及前後條文的關聯位置，可闡明法律規範的意旨；法律的內在體系則係指法律秩序的內在構造、原則及價值判斷而言。參照王澤鑑(2012)，《法律思維與民法實例－請求權基礎理論體系》，頁 268-271，臺北：王慕華。




解所肯認。

認為基地租賃關係須於基地或房屋出賣時存在者，為最高法院 83 年度台上字第 522 號判決，調：「若基地出賣時，地上權、典權或租賃權尚不存在，或於基地出賣後始取得地上權或租賃權者，均不得溯及主張優先購買權。」而認租賃關係須於優先承買權人行使優先承買權時存在者，則有最高法院 102 年度台上字第 796 號判決。

該判決之原審所認定之事實為，出租人於 98 年 8 月 30 日出賣土地予第三人而未通知有優先承買權之承租人，嗣後租賃關係於 98 年 10 月 20 日合法終止；後承租人於 100 年 5 月間方行使優先承買權。最高法院 102 年度台上字第 796 號判決據此調「原審以：……至被上訴人於系爭租約經終止前之九十八年八月三十日，與受告知人吳玉瓊簽訂不動產買賣契約，將系爭土地出售予吳玉瓊，上訴人於是時即取得行使系爭土地優先承買權之資格，固堪認定，然上訴人係於租約經被上訴人合法終止、租賃關係歸於消滅後之一〇〇年五月十日、同年五月二十四日始以存證信函向被上訴人表示願以相同條件優先購買，自有未合。……，經核於法洵無違誤。」根據此判決之意旨，雖然出賣情形發生時租賃契約存在而承租人確有優先承買權，然該租賃契約一旦終止，優先承買權亦失去「基地租賃」之要件，權利即因此消滅，不得行使。相同見解者另有最高法院 102 年度台再字第 40 號判決，謂：「雖再審原告就系爭土地有優先承買權，惟其租賃關係消滅後，始行使其優先購買權，表示願以相同價格優先購買，於法未合。」

相較之下，於優先承買權人行使權利後，租賃契約方終止之情形，則不影響優先承買權之存在及行使之合法性。最高法院 87 年度台上字第 2692 號判決有涉及此一問題，認為：「上訴人似在國有財產局通知終止租約前，已表示願以相同之條件優先購買系爭土地，上訴人之該項優先購買權，依土地法第一百零四條及第



一百零七條規定，具有物權之效力，則國有財產局是否仍得終止租約，拒絕出售土地與上訴人，即非無斟酌之餘地。」然本文認，此判決之論述仍值商榷。較妥適之論理應自優先承買權之形成權性質切入，其權利一經行使，優先承買權利人及義務人間即形成一合法有效之買賣契約，國有財產局即受該買賣契約拘束，不因嗣後該優先承買權所本於之租賃契約遭終止而受影響，亦當然無再拒絕出售之理。而此均與優先承買權之物權效力無涉，蓋物權效力僅體現在，當國有財產局將所有權移轉予第三人時，優先承買權人得主張該所有權移轉不得對抗，並請求國有財產局將所有權移轉給自己。故優先承買權之物權效力應與本案所涉及之國有財產局是否得拒絕出售土地無關。

第二款 基地為數人共有之特殊問題

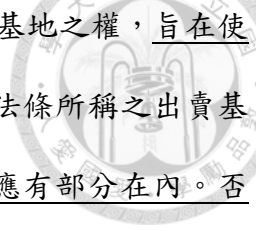
於承租之土地上有數共有人，而出租人出賣基地之應有部分的情形，是否有基地租賃優先承買權存在，為一特殊問題。對此，實務上存有爭議，而學說上似未對此有深入之討論，然有認於土地法第 104 條所稱之「出賣基地」一語宜採廣義解釋，並包括出賣基地應有部分之情形¹⁸²。

第一目 實務見解

最高法院曾針對基地所有人出賣應有部分時，基地租賃優先承買權人是否享有優先承買權做成最高法院 68 年度第 5 次民事庭庭推總會決議（三）¹⁸³。討論

¹⁸² 王澤鑑（1990），〈共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合〉，氏著，《民法學說與判例研究（第三冊）》，七版，頁 319，臺北：自刊。採相同見解者如朱柏松（2010），〈共有基地租賃之效力與優先承買權之關係〉，氏著，《民事法問題研究－物權法論》，頁 148-149，臺北：元照。

¹⁸³ 提案為：「院長交議：出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有無依同樣條件優先購買之權？」



意見中之甲說為：「土地法第一百零四條規定承租人有優先購買基地之權，旨在使基地歸屬房屋所有人獨有而予利用，以簡代化法律關係。故該法條所稱之出賣基地，應指出賣基地之全部而言，不包括基地共有人之一出賣其應有部分在內。否則房屋所有人既不能單獨取得全部基地而予利用，且妨礙基地共有人之優先承購權，即與修正後之土地法精神有所抵觸。」乙說為：「土地法第一百零四條僅規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，並未限制承租人對於共有之基地必其共有人全部出售時始得主張優先購買之權，果係如此，則基地共有人將其應有部分分別或先後出售時，承租人將無法獲得基地所有權，有違土地法第一百零四條之意旨。故出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有依同樣條件優先購買之權，承租人此項優先購買權，且優先於同法第三十四條之一第四項所規定之他共有人優先承購權。」而決議最終採乙說。

然觀察後續最高法院見解，非於所有案型均一致肯認有優先承買權存在。具體而言，最高法院後續判決因基地租賃契約是否本於分管契約出租，出現不同見解。

一、本於分管契約出租

於共有人本於分管契約將土地之一部出租時，實務見解與決議結果相同，認承租人得取得優先承買權。此如最高法院 94 年度台抗字第 889 號裁定：「查土地法第一百零四條規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，其立法意旨在於避免土地所有與土地利用關係分離；故共有人於與他共有人訂立共有物分管之特約後，將自己分管部分出租，嗣其出賣應有部分時，因上開規定並未限制承租人對於共有之基地必於共有人全部出售時始得主張優先購買之權，該承租分

管土地之承租人，應認有依同樣條件優先購買之權，且此項優先購買權，優先於土地法第三十四條之一第四項所規定之他共有人優先承購權，俾使承租人能取得應有部分，而仍得依分管約定，繼續使用原已利用之土地。」



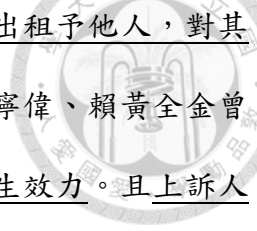
二、非本於分管契約出租

於共有人非本於分管契約，亦未得其他共有人同意，即將基地出租，於出租人出賣其應有部分之案型，實務上就此時承租人是否享有優先承買權出現分歧¹⁸⁴。

採肯定說者為最高法院 76 年度台上字第 2803 號判決，認：「租賃非如消費借貸移轉物之所有權於相對人之契約，僅使承租人就其物而為使用收益。出租人對出租物有無所有權或其他權利，全非租賃之成立要件（本院五十年台上字第二八四號判例參照）。因之共有人中有將共有物之特定部分出租他人者，無論是否已得其他共有人之同意，租賃契約於該當事人間仍係有效成立。倘該租賃契約未經他共有人否定或排除，於出租共有物之共有人出售其應有部分時，為貫徹土地法第一百零四條規定承租人有優先購買基地之權，在使承租人取得基地所有權，以維護建築物之經濟價值，並簡化法律關係之立法意旨，該承租人自有依同樣條件優先購買之權。」

否定說則有最高法院 85 年度台上字第 2235 號及 86 年度台上字第 3020 號判決，兩者之論理相似，此處僅引用後者之要旨，為：「共有土地之出租屬共有物之管理行為，依民法第八百二十條第一項規定，除契約另有訂定外，由共有人全體

¹⁸⁴ 另有判決未詳述出租人是否係本於分管契約將土地出租，僅謂共有人之一出售其應有部分時，基地承租人得享有優先承買權。此為最高法院 100 年度台上字第 663 號判決所維持之原審見解。該最高法院判決內援引原審見解之文字為「出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有依同樣條件優先購買之權。」



共同為之，如共有人未經其他共有人全體同意，擅將共有土地出租予他人，對其他共有人不生效力。上訴人使用系爭土地全部，既僅能證明賴寧偉、賴黃金曾收取租金，則賴寧偉、賴黃金之出租行為對賴紹淵等四人不生效力。且上訴人係承租有形之系爭土地全部，並非無形之應有部分，為原審確定之事實，上訴人即不得主張其對賴寧偉、賴黃金在系爭土地之應有部分有優先承買權。」值得注意者係，該 86 年度之判決進一步說明該案之情況與上述採肯定說之 76 年度判決並不相同¹⁸⁵，強調於 86 年度之判決中，承租人係承租共有土地之全部，然於 76 年度之判決中則僅承租共有土地之一部分。

第二目 本文見解

本文認為，欲討論此一問題，須先釐清承租人與其他共有人之關係。於出租人未有分管契約，而係依民法第 820 條第 1 項所定之要件，於共有人全體與該第三人訂約或共有人全體授與特定共有人代理權予第三人訂約者，共有人全體固均受租賃契約拘束；若僅由同意之共有人出面訂約者，未同意之共有人雖非契約當事人，該第三人仍得本於占有連鎖，對未同意之共有人（之應有部分）為有權占有¹⁸⁶。

於出租人係本於分管契約將基地之一部或全部出租時，承租人本於與出租人之租賃契約及出租人與其他共有人之分管契約，基於占有連鎖亦對全體共有人就基地為有權占有；而若出租人非本於分管契約，亦未符合民法 820 條第 1 項之規

¹⁸⁵ 「上訴人使用系爭土地全部，既僅能證明賴寧偉、賴黃金曾收取租金，則賴寧偉、賴黃金之出租行為對賴紹淵等四人不生效力。且上訴人係承租有形之系爭土地全部，並非無形之應有部分，為原審確定之事實，上訴人即不得主張其對賴寧偉、賴黃金在系爭土地之應有部分有優先承買權，原審因而為上訴人敗訴之判決，並不違背法令。此與司法院院字第二〇一一號解釋、本院七十六年度台上字第二八〇三號、七十七年度台上字第四一三號判決及本院六十八年度第五次民事庭會議第三案決議所示情形不同。」

¹⁸⁶ 謝在全（2014），《民法物權論（上）》，修訂六版，頁 380-381、387，臺北：自刊。




定，則承租人雖對出租人有租賃契約存在，對其他非租賃契約當事人之共有人則缺乏占有權源，為無權占有。故於討論時，首先應區分承租人是否對全體共有人均為有權占有。

一、 承租人非對全體共有人有權占有

在出租人未有分管契約或未合於民法第 820 第 1 項之情形下，即將土地之一部或全部出租給承租人（即上開實務見解產生爭議之案型）時，承租人即未對土地全體共有人為有權占有。於此種案型，本文認，應認為於此種契約中未有優先承買權之存在，結論上係採上開實務見解之否定說，惟論理過程則有所不同。

誠如肯定說之判決所強調的，於租賃契約中並不要求出租人為租賃物之所有人或有其他權利者，故於共有人未有分管契約或未合於民法第 820 條第 1 項之規定而出租土地時，租賃契約仍有效成立於承租人及出租人間。則於出租人出賣其應有部分時，就該應有部分，承租人與出租人間確有基地租賃契約而看似合於優先承買權之要件。然而，因為該租賃契約不得對抗土地上之其他共有人，故承租人使用系爭基地對其他共有人為無權占有，其他共有人得隨時請求拆屋還地，不因承租人是否行使優先承買權有不同。則若肯認承租人此時得主張優先承買而買受出租人之應有部分，在其未就建有房屋之基地部分與其他共有人達成分管契約或另行議定其他使用關係前，承租人對於其他共有人的基地應有部分仍不能合法使用。故此時賦予承租人優先承買權，並不能達到基地租賃優先承買權欲使房地使用關係合一而消滅交易成本之目的。又雖此時肯定承租人之優先承買權，仍至少得消除其與出租人間之交易成本，然因基地上尚有其他共有人存在，此交易成本之消除必然小於使全部基地及房屋所有人合一之利益。則著眼於基地租賃優先



承買權所欲達成之經濟效率的促進，於比較優先承買權所創造之買賣市場效率損失後，應認於此種情形未有優先承買權存在。此與最高法院 76 年度台上字第 2803 號判決中，原審法院採否定說之見解相似。該原審法院判決遭最高法院引用之部分¹⁸⁷為：「因房屋隨時有被請求拆除之可能，無使房屋與基地同歸一人之必要。故不得享有優先承買權。」又此與承租人係承租共有土地之一部或全部亦無關聯，故上開最高法院 86 年度台上字第 3020 號判決所強調之區別亦無意義。

又於相同之基地租賃契約中，承租人出賣其房屋時，出租人亦不享有優先承買權，蓋該房屋對出租人以外之其他共有人就基地的應有部分為無權占有，亦不具存在於基地上之正當權源。則使出租人享有優先承買權同樣不能治癒無權占有之瑕疵，仍需支出與其他共有人協商使用關係之交易成本，不能達成基地租賃優先承買權使土地及房屋所有權合一而消滅使用關係交易成本之目的。

二、 承租人對土地全體出租人為有權占有

於出租人係本於分管契約或依民法第 820 條第 1 項將基地出租給承租人時，實務上肯認此時有優先承買權之存在，然本文認此或亦仍有待商榷。

基地租賃優先承買權之制度目的係在透過將基地及房屋所有權合一以消滅使用關係及該關係中之交易成本，則若基地承租人承買基地後，仍與基地存在使用關係時，有無賦予其優先承買權之差別不大。蓋不論該承租人係與全部共有人、多數共有人或少部分共有人間存有使用關係之約定，均無法如承租人即為基地所有人般地保證交易成本的減少。則於承租人不能透過優先承買權而取得基地之全部所有權時，其不論係透過原先之分管契約或民法第 820 條第 1 項之決定而對房

¹⁸⁷ 因年代久遠，無法從司法院之資料庫中取得原審判決，僅能以最高法院有引用之部分觀察。



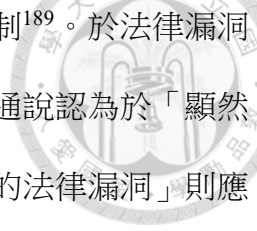
屋占有之基地保有使用權源，仍與基地之其他共有人間存有使用關係，僅該使用關係非租賃關係爾。此於承租共有基地之承租人出賣基地上之房屋時亦同，因該房屋之存在仍依賴共有人間之相互協調。

再者，共有人間決定將基地之一部或全部出租給非共有人之第三人使用，相較於給共有人之一使用，或不必然較為困難，蓋將基地出租得約定將收益之租金於共有人間平分，而將基地之一部或全部給特定共有人使用則涉及土地使用收益分配之問題，其他共有人不必然能因此獲得好處。故共有地上之房屋所有人同時為基地共有人之一時，使用關係或亦不必然較為穩定而能達到優先承買權之制度目的。則著眼於優先承買權對買賣市場之影響，於租賃之基地為共有地時，本文認不應賦予基地承租人或出租人優先承買權。

基此，雖以文義解釋觀之，不論出租人出租該地是否合於共有關係之相關規定而得拘束其他共有人，因出租人與承租人間確實存在一租賃契約而符合基地租賃契約存在之優先承買權權利要件，解釋上可認有優先承買權存在。然依照文義解釋之結果將有犧牲買賣市場之效率，卻未能換取降低變更成本之利益的可能，而不能達成基地租賃優先承買權之立法目的，故於此有一隱藏性法律漏洞存在。

所謂法律漏洞，係指以法律本身的觀點、法律的根本規整意向、藉此追求的目的以及立法者的計畫，而有法律「違反計畫的不圓滿性」存在，欠缺特定一法律的規定計畫或其整體脈絡得以期待之規則¹⁸⁸。又最主要及最常使用的對於法律漏洞之分類為，依照「法律規定的字義範圍是否太窄或太寬」，分為「顯然的法律漏洞」或「隱藏的法律漏洞」。「顯然的法律漏洞」係指對於某個事實，依法律內在體系及規範計畫，應積極地設其規定，但因法律規定的字義範圍太窄而成為未規定；「隱藏的法律漏洞」則係指對於某個事實，法律依其內在體系及規範計畫，

¹⁸⁸ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，(1996)，《法學方法論》，頁 283-285，臺北：五南。



應消極地設有限制，但因法律規定的字義範圍太寬而成為未限制¹⁸⁹。於法律漏洞存在時，司法者得為漏洞填補，或稱為法律內的法的續造¹⁹⁰；通說認為於「顯然的法律漏洞」應以類推適用其他規定加以填補¹⁹¹，而於「隱藏的法律漏洞」則應透過目的性限縮¹⁹²。填補前者之法理基礎在於「相類似的，應為相同的處理」而後者則在於「非相類似的，應為不同的處理」，均係基於正義的要求¹⁹³。

於此，民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之文義範圍過大，應予以限制，使之僅適用於依法律規整目的或其意義脈絡下宜適用之範圍，為目的性限縮。結論上將形成：於租賃共有土地時，出租人無優先承買權，而承租人亦僅在共有地全部出賣時享有優先承買權。又由於目的性限縮係藉添加限制性的規範，限縮解釋則藉採取一種較為狹窄（而非另一種可能的較寬）字義，而限縮規範的適用範圍¹⁹⁴，故本文認於此並非單純選擇範圍較小之字義，在方法論上應屬於目的性限縮。

則民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條中之「基地租賃契約」並不包含涉及共有關係之基地租賃，除非在該基地全部出賣時，承租人方可能取得優先承買權，結論與上開最高法院 68 年度第 5 次民事庭庭推總會決議中之甲說相同。則於本文見解之下，土地法第 34 條之 1 共有人優先承買權與土地法第 104 條基地租賃優先承買權即無競合之可能，亦無需討論此二條之優先順序。

¹⁸⁹ 吳從周(2007)，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，氏著，《民事法學與法學方法 第一冊》，頁 137-138，臺北：自刊。然該文於後對於隱藏性漏洞相較於顯然的法律漏洞並不是在形式上的不足，而是內容上的不足，兩者內容有所差異，而認為使用「隱藏性漏洞」這種形式上之稱呼是否妥當，值得再思考，參照頁 157。惟因隱藏性漏洞仍為多數學說上之用語，故於本文先沿用之。

¹⁹⁰ Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，前揭註 188，頁 278-279。

¹⁹¹ 王澤鑑，前揭註 181，頁 305；Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，前揭註 188，頁 290。

¹⁹² 王澤鑑，前揭註 181，頁 320-321；Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，前揭註 188，頁 300-301。

¹⁹³ 王澤鑑，前揭註 181，頁 321。

¹⁹⁴ Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，前揭註 188，頁 300-301。

三、 基地租賃優先承買權與共有關係優先承買權之競合

退步而言，若仍採實務見解而認為於上開承租人對土地全體共有人為有權占有之案型中有基地租賃優先承買權存在，須進一步討論共有人優先承買權及基地租賃優先承買權之競合關係。就此，多數學說¹⁹⁵及實務見解¹⁹⁶均認為因基地租賃優先承買權為物權效，而共有人優先承買權僅具債權效，故應以物權效之優先承買權為優先。而土地法第 34 條之 1 執行要點亦明定於競合時，基地租賃優先承買權優先於共有人優先承買權¹⁹⁷。

然上開認物權效之基地租賃優先承買權應優先於債權效之共有人優先承買權之學者亦認為此結果所產生之法律狀態是否妥適，尚須檢討。蓋假設於兩人共有之土地上，其中一共有人出賣其應有部分時，使該地之承租人得以優先於共有人承買，土地上仍會存有共有關係，使共有人優先承買權「防止土地之細分，並兼及消除共有關係而使地盡其利」之立法目的未能完全實現。而若使另一共有人享有較優先之承買權，土地所有權得以單獨取得，共有關係不復存在¹⁹⁸。其並認為共有人優先承買權之立法目的重大，應藉由修法使其具有物權效力；而若其具有物權效力，當其與基地租賃或土地法第 104 條其他使用關係之優先承買權競合時，應從簡化土地上法律關係加以判斷，明定共有人享較優先之優先承買權¹⁹⁹。

本文認此可資贊同。在現行規定共有人優先承買權僅具債權效時，若同時基地租賃優先承買權之權利人行使此物權效優先承買權時，物權效之優先承買權大

¹⁹⁵ 王澤鑑，前揭註 182，頁 323；溫豐文（2015），〈優先購買權之競合〉，《月旦法學教室》，156 期，頁 14。

¹⁹⁶ 上開最高法院 68 年度第 5 次民事庭推總會決議（三）結論所採之乙說、最高法院 92 年度台上字第 396 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1938 號判決、最高法院 108 年度台上字第 2009 號判決等。

¹⁹⁷ 現行為第 11 點第 6 款，106 年 12 月修正前為第 10 點第 7 款。

¹⁹⁸ 王澤鑑，前揭註 182，頁 323-324。

¹⁹⁹ 王澤鑑，前揭註 182，頁 324-325。



於債權效者應無疑問。然共有人優先承買權所能達成之利益應較基地租賃優先承買權所能達成者明顯，於立法上僅賦予共有人優先承買權債權效似非妥適。蓋於一土地為共有時，針對該地之處分、管理均須依民法第 819 條及第 820 條為之，勢必須與其他共有人協商。自法律上之觀點而言，共同所有相較於單獨所有，法律關係更為複雜；自經濟學之觀點，此處共有人須頻繁的協商，亦存在大量的交易成本。故若能使共有關係因優先承買權之行使，簡化為單獨所有或僅將共有人之人數簡化，均有明顯之效益存在。相較於基地租賃優先承買權所能達成之利益為不明確者，共有人優先承買權對整體社會之效益應較大。故若能賦予共有人優先承買權物權效，其適用順序應優先於基地租賃優先承買權。

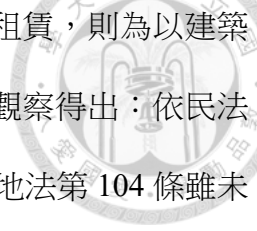
參照瑞士法上之規定，瑞士民法第 682 條第 1 項係規定共有人之優先承買權，第 2 項為建築權關係之優先承買權²⁰⁰，此二權利均為向土地之所有人主張，即相當於物權效之優先承買權²⁰¹。而於一出賣之土地上同時存有該條所規定之共有人優先承買權及建築權關係之優先承買權時，瑞士法之文獻上認為應以共有人之優先承買權為優先²⁰²，亦可參照。

第二項 基地租賃契約之定義

²⁰⁰ 條文德文原文為：„(1) Miteigentümer haben ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Nichtmiteigentümer, der einen Anteil erwirbt. Machen mehrere Miteigentümer ihr Vorkaufsrecht geltend, so wird ihnen der Anteil im Verhältnis ihrer bisherigen Miteigentumsanteile zugewiesen. (2) Ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Erwerber haben auch der Eigentümer eines Grundstückes, das mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, an diesem Recht und der Inhaber dieses Rechts am belasteten Grundstück, soweit dieses durch die Ausübung seines Rechtes in Anspruch genommen wird.“ 暫譯為：「(第一項)共有人對於取得部分土地之非共有人有優先承買權。於多個共有人行使優先承買權時，該出賣之部分依其等共有之比例分配。(第二項)於受有獨立且繼續的建築權負擔的土地，該地之所有人就建築權對取得人有優先承買權；此建築權之權利人對受其建築權負擔之土地，如該地為其行使建築權所使用者，亦有優先承買權。」

²⁰¹ 參照前揭註 55、56。

²⁰² Rey/Sterbel, BSK ZGB II, 2019, Art. 682 N 20；Meier-Hayoz, BK ZGB, 1975, Art. 682 N 29.



所謂基地，依學者之定義，為供建築用之土地²⁰³；而基地租賃，則為以建築房屋為目的而租賃他人之建築用地²⁰⁴。此定義亦可自法條文字觀察得出：依民法第 426 條之 2 第一項之法文，係指「租用基地建築房屋」；而土地法第 104 條雖未就基地一詞多加說明，然對照同法地 102 條「租用基地建築房屋」，及第 2 條第 1 項將土地分為四類，其中第一類之「建築用地」亦使用「基地」一詞，可知基地租賃係指以建築房屋為目的之土地租賃契約。

第一款 須基地及房屋非同為出租人所有

首先應辨明者為，基地租賃既為租賃土地並於上建築房屋之契約，租賃該地之目的即在使承租人之房屋得存於土地之上。若基地及其上之房屋均為出租人所有，而承租人僅租賃房屋時，縱然該房屋必然佔據基地，惟當事人間依照該租賃契約之真意應係在使承租人使用收益房屋而非使房屋對基地有占有權源，故此種情形非本條所指之基地租賃契約。此概念亦為實務見解所強調。相關之最早實務見解為 36 年司法院院解字第 3763 號，謂：「土地法第一百零二條至一百零五條均就租用基地建築房屋之當事人間關係而為規定，其中第一百零四條係於此種當事人間規定承租人於出租人之基地出賣時有優先購買權出租人於承租人之房屋出賣時有優先購買權。若租用房屋及基地之承租人於出租人之基地或房屋出賣時，自不得援用同條之規定主張優先購買權。²⁰⁵」其後之實務見解亦表明於此種情況，縱然基地上之房屋為承租人所建造，惟若該房屋之所有權仍歸出租人所有，亦非基地租賃契約而無優先承買權。此為最高法院 39 年台上字第 1313 號判例所宣示：

²⁰³ 劉春堂（2010），《民法債編各論（上）》，頁 399，臺北：自刊；吳啟賓（2018），《租賃法論》，修訂二版，頁 124，臺北：新學林。

²⁰⁴ 鄭玉波（1970），《民法債編各論（上冊）》，頁 278，臺北：自刊。

²⁰⁵ 標點符號為筆者所加。

「承租人代出租人出資建築房屋，既約明其房屋所有權仍屬於出租人，即與單純承租基地建築房屋其房屋所有權屬於承租人之情形不同，自無土地法第一百零四條第一項之適用。」相同而較新之見解則可參照最高法院 101 年度台上字第 343 號判決²⁰⁶。

第二款 基地上之房屋不限於承租人所自建者

雖謂基地租賃契約為「租用基地建築房屋」，惟基地租賃契約不限於基地上之房屋由承租人所自建者。若基地上之房屋非承租人自己所建，而係自前手所購得，該房地使用關係仍為民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條意義下之基地租賃契約，於該基地或其上之房屋出賣時，仍有優先承買權存在。此為最高法院 62 年台上字第 2962 號判例之意旨所宣示：「至於房屋之所有人係租地自建，或向前手購買房屋承租基地，均有土地法第一百零四條之適用。」²⁰⁷自目的性解釋而言此見解亦為可採。蓋基地租賃優先承買權制度在透過使房地使用關係合一而消滅該使用關係中的交易成本，則不論房屋是否為發生出賣情事當時之基地承租人所建，此立法目的均存在而應受保障，應無疑問。

由上述之觀察可知，基地租賃契約雖亦稱租地建屋契約，惟實際上該屋之建造者為誰，並非契約之特徵。土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 所指之基地租賃契約應係指，承租人係為使房屋對房屋之基地有占有權源，而就該基地所訂立之租賃契約。於該等契約中，即均有基地租賃優先承買權適用之可能。

²⁰⁶ 「如基地承租人於基地上之房屋並無所有權者，當無該條規定之適用。又承租人代出租人出資建築房屋，既約明其房屋所有權仍屬於出租人，即與單純承租基地建築房屋其房屋所有權屬於承租人之情形不同，自無土地法第一百零四條第一項之適用。」

²⁰⁷ 相同之見解另有最高法院 89 年度台上字第 575 號判決及最高法院 103 年度台上字第 647 號判決，亦可參照。



第三款 租賃契約毋需於房屋建造時即存在

本條之基地租賃優先承買權亦不要求基地租賃於房屋建造時即已存在。故於基地所有人係先將房屋建造於自己所有之基地上，後將房屋或基地所有權移轉並與取得所有權之人訂立租賃契約；或於房屋建造完畢時其對基地為無權占有，嗣後房屋所有人方與基地所有人訂立租賃契約之情形，均合於基地租賃之定義，於該等房屋或基地出賣時，有優先承買權存在。

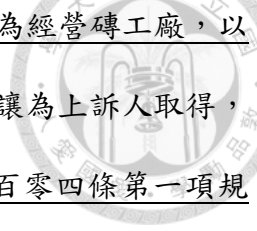
最高法院 96 年度台上字第 251 號判決之案例事實²⁰⁸即為，房屋所有人原先於自己之土地上建造房屋，後將該基地讓與給第三人並與其訂立租賃契約以使房屋得繼續存在於土地之上。最高法院認於此情形有優先承買權存在。又該判決之一般論：「無論於房屋所有人，就其房屋自始即與其基地所有人間有其租地建屋之關係存在，或係於房屋既經建築後，始與基地所有人訂約承租基地之情形，均應有其（筆者按：指土地法第 104 條）適用。」與最高法院 70 年度台上字第 818 號判決之文字完全相同。而該 70 年度判決之案例事實為，基地上之房屋於建造時對基地為無權占有，於建造完畢後房屋所有人始與基地所有人訂立租賃契約。故於此等情形，實務見解亦均肯認合於基地租賃優先承買權之要件，有優先承買權存在。

第四款 不限於以建屋為目的之租賃契約

就基地租賃契約是否須限於承租人「以建築房屋為目的」之租賃契約，實務上曾有不同見解。

採肯定說而認須以建屋為目的者，如最高法院 77 年度台上字第 1243 號判決，

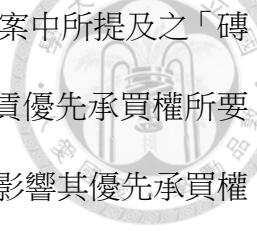
²⁰⁸ 「上訴人主張其在系爭土地自始即建有房屋，伊於八十八年三月八日與丙○○所立貸款協議書，約定丙○○土地應有部分出租予伊，租金每月三千元，並由丙○○應繳之貸款利息中抵付，伊與丙○○間就系爭土地有租賃關係。」



謂：「本件如上訴人之主張，原來訴外人蔡荐承租訟爭土地，既為經營磚工廠，以建造磚窯之用，即非以建築房屋為目的而承租者。嗣後次第轉讓為上訴人取得，亦屬相同。是則上訴人於該土地出賣時，自不得依土地法第一百零四條第一項規定主張優先購買權。至於地政事務所複丈圖（M）所示部分之建物，雖原為蔡荐建造，而由上訴人以之與磚窯併同，自其前手曾兩家受讓，但係磚廠之機房、工寮、宿舍，乃經營窯業必要之附屬設備，不能因此而謂上訴人承租訟爭土地，係以建築房屋為目的。」另有最高法院 103 年度台上字第 168 號判決，認「上訴人係以布幕、鐵皮簡易搭建附圖所示香菇寮及鐵皮建物，以供種植香菇使用，原審因認上訴人租用系爭二筆土地之目的為種植香菇，非租用基地建築房屋，無民法第四百二十六條之二、土地法第一百零四條規定之適用，自無違背法令。」

採否定說者，則有最高法院 100 年度台上字第 663 號民事判決。該判決之案例事實為：承租人租賃土地作為駕訓班並在土地上建有房屋及車棚，後該等土地遭拍賣而由上訴人拍定，承租人即被上訴人主張優先承買權；上訴人則爭執本案應無基地租賃之優先承買權存在。最高法院就此維持原審見解，並於判決中引用原審見解為：「土地法第一百零四條第一項所定之優先承買權，於基地承租人在基地上有為房屋之建築者，即足當之，至承租人是否專以建屋為目的，則非所問。」認縱承租人非專以建屋為目的租賃該地，亦有優先承買權存在。

本文認為，基地租賃僅在指涉租賃契約之一種特殊類型，描述承租人租用土地以建築房屋，承租人藉該租賃契約作何種用途或主要目的為何，應非所問，只要承租人於基地上確實建有房屋，即應合於基地租賃之要件。且基地租賃優先承買權之制度目的在於，透過使基地之使用及所有合一以消滅基地上之使用關係，並進而減少交易成本而達成經濟效率。此制度目的不因承租人租用基地是否專以建屋為目的而有不同，而是只要基地上確實存有房屋，即有此制度欲解決之問題



存在，並因此有基地租賃優先承買權制度之適用。惟，就上開二案中所提及之「磚廠之機房、工寮、宿舍」、「菇寮」及「車棚」能否該當基地租賃優先承買權所要求之「房屋」，以及承租人僅於基地之部分上建有房屋時，是否影響其優先承買權等，為其他要件之問題，亦將於下分別討論。然此均不影響系爭契約為基地租賃之性質。

第五款 不限於意定租賃契約

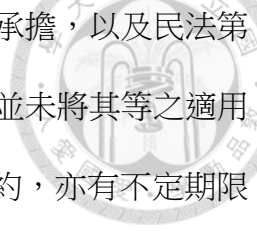
就基地租賃契約，學說上認為不以當事人間意定成立者為限，若為法定之租賃，亦該當優先承買權之要件²⁰⁹。此亦為實務見解所肯認，於涉及法定租賃契約之最高法院判決中，最高法院多未特別提及此法定租賃與意定租賃之差別，結論上均肯認於有優先承買權存在。本文所尋得有就此正面論述者，僅有最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決：「原審審理結果以：……土地法第一百零四條第一項前段規定所稱之承租人，不以意定租賃關係為限，被上訴人為系爭房屋之受讓人，就系爭土地有法定租賃關係存在，而得主張對系爭土地有依同樣條件優先購買之權……，於法並無不合。」認為該案中，於租賃關係為依民法第 425 條之 1 所推定時，亦有土地法第 104 條之適用。

學說見解上，則有論者雖肯認於法定租賃契約中有優先承買權存在，然因民法第 425 條之 1 所推定之租賃為不定期限之租賃契約，而認為於該等契約中，就民法第 426 條之 2 應係類推適用，而非直接適用²¹⁰。

就此方法上應直接適用或類推適用，本文認為，基地租賃解釋上本不限於意

²⁰⁹ 陳立夫（2015），〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條（上）〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，16 期，頁 27。

²¹⁰ 林誠二（2002），〈法律推定租賃關係〉，《台灣本土法學雜誌》，81 期，頁 11。



定成立者，而可涵蓋民法第 425 條及民法第 426 條之 1 之法定承擔，以及民法第 425 條之 1 之推定租賃。又民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條並未將其等之適用範圍限縮於有期限之租地建屋契約。且縱為意定之租地建屋契約，亦有不定期限者，而該等不定期限租賃契約亦不被排除於基地租賃優先承買權的適用範圍外。故解釋上基地租賃契約，不論存在係因意定或法定、期限為定期或不定期，均應有民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之直接適用，而不存在有法律漏洞並需以類推適用填補之必要。

第三項 其他基地使用關係契約

於基地上建有房屋而基地與房屋間之使用關係為租賃以外之債權關係時，該房屋或基地之所有人是否得本於使用契約，主張享有優先承買權，亦為實務上所出現之問題。經本文搜尋，最高法院有表示見解者所涉及的使用關係包含使用借貸契約²¹¹、合建契約²¹²及分管契約²¹³，而法院對此類案型均基於該等契約非租賃契約，否定優先承買權之存在。

最高法院就此之論理多僅表示上開使用關係並非民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所列之租賃關係，自無優先承買權之適用，惟就為何亦無類推適用之餘地則少有論述，僅有涉及使用借貸契約之最高法院 101 年度台上字第 567 號判決就此有更詳細之說明，詳如下述。

學說上則亦有強調僅於民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所列舉之使用關係中有優先承買權存在，其餘使用關係中則無²¹⁴，惟未就此有更詳盡之論理，僅

²¹¹ 最高法院 69 年度台上字第 1815 號判決、最高法院 101 年度台上字第 567 號判決。

²¹² 最高法院 70 年度台上字第 698 號判決。

²¹³ 最高法院 107 年度台上字第 1379 號判決。

²¹⁴ 陳立夫，前揭註 209，頁 28。



有論者強調解釋上優先承買權為一種特權，不宜擴張而為類推適用²¹⁵。

第一款 使用借貸契約

最高法院 101 年度台上字第 567 號判決為唯一有就房地使用關係為使用借貸契約時，認為不得類推適用優先承買權之相關規定進行較詳細論理者。其參考民國 64 年土地法第 104 條修正時，「行政院所提出之草案為『基地出賣時，地上權人、承租人或其他合法使用人有依同樣條件優先購買之權……』，立法院考量『其他合法使用人』範圍廣，裁量幅度過大，恐形成不公現象，而因該合法使用人意指典權人，即逕以典權人取代合法使用人，通過現行條文。」而認為：「是現行法除租賃外，具有地上權、典權關係者亦可行使優先購買權，然非謂除此之外，其他合法使用人亦得以擴張解釋或類推適用方式依該條主張優先購買權，否則買受人將無從預知優先購買權利人之範圍，有礙交易之安定性。」

翻閱修法時之相關資料，「其他合法使用人」範圍過廣之疑慮，為立法院院會二讀廣泛討論時吳延環委員所提出，謂：「如我有一塊空地，旁邊有一汽車修理廠，汽車修理廠的老闆跟我商量，借場地修理汽車，那麼，對修理廠老闆而言，這塊空地是不是他的合法使用人呢？當然是的，那麼，你是不是也給予優先購買權呢？假如類似的合法使用人都可以優先購買，那一定糾紛無窮。所以『其他合法使用人』恐怕容易生糾紛，所以本席認為不妨說詳細一點，將『其他合法使用人』直接改成『典權人』，免有糾紛。²¹⁶」而針對此一問題，立法資料中似未見後續更詳

²¹⁵ 鄭玉波（1980），〈論先買權〉，氏著，《民商法問題研究（一）》，三版，頁 421，臺北：自刊；吳珮君（2014），〈基地使用權人優先購買權之行使——以「同樣條件」之探討為中心〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 512，臺北：元照。

²¹⁶ 立法院公報處（1975），《立法院公報》，64 卷 54 期，頁 46，臺北：立法院。



細之討論，並於協商後通過現行條文²¹⁷。

關於法律解釋之方法中，從觀察立法者之規定意向所進行的歷史解釋，學者有強調於現代國家中，立法者毋寧是一個集體（國會）而非個人，而大多數國會議員根本沒有能力就個別法律的細節形成個人的見解，其事實上所同意者乃是法律的規定意向或法律的目的，是針對法律文字整體，而不是針對個別法律文字的特定解釋表示同意。而法律文字的起草者及審查法案之委員會的成員，不論作為個人或團體而言，均非「立法者」，其意見對解釋有重大價值，然對解釋者而言仍不算具有拘束力的準則，因法律起草者對規範環境就算不是自始就評估錯誤，其規範想法經常也不能完全掌握規範的適用可能性²¹⁸。基此，縱然於進行歷史解釋時，修法資料對司法者解釋法律時可能仍不具拘束力，仍需就修法資料為更進一步之檢視以評估其參考價值。

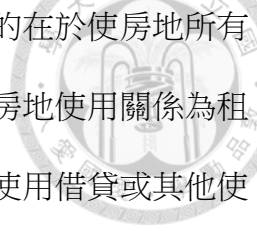
就上開法院判決所提及之修法資料中，立法委員提出將土地法第 104 條「其他合法使用人」之文字改為「典權人」之理由或有誤會，蓋優先承買權並非僅要求有使用關係存在，其更進一步要求有房屋存在於基地之上²¹⁹。因此，在該委員之舉例中，只要修車廠老闆未在系爭土地上建有房屋，縱然其借用該地修車，亦不會享有優先承買權。則委員所認為之「糾紛無窮」，在該條優先承買權仍要求基地上建有房屋之要件時並不存在。是故，於修法過程中之所以將「其他合法使用人」刪除而改為「典權人」，係肇因於立法委員對該條優先承買權之規範環境有所誤認²²⁰。則依上開學者就歷史解釋要素之說明，該委員之發言對現今之法律解釋而言尚不具拘束力。

²¹⁷ 立法院公報處（1975），《立法院公報》，64 卷 56 期，頁 21、25，臺北：立法院。

²¹⁸ Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 188，頁 233。

²¹⁹ 此將於下節詳細說明。

²²⁰ 雖該修法之時間為民國 64 年，早於確立基地租賃優先承買權需以基地上存有房屋之最高法院 65 年作成之判例，惟不妨礙該立法委員之規範想法已錯估規範的適用可能性。



反之，自目的性解釋觀察，基地租賃優先承買權之制度目的在於使房地所有合一而消滅房地使用關係及其中之交易成本，此經濟利益不因房地使用關係為租賃契約或其他使用關係而有不同。加之於實務見解普遍不承認使用借貸或其他使用關係契約得類推適用民法第 425 條²²¹或民法第 426 條之 1²²²，則於本於合法權源使用他人基地以建造房屋時，該基地或房屋之所有權於原先約定之使用期間內移轉，反而還會造成使用人之投資損失。則於租賃契約以外之基地使用關係中，所有權移轉所造成之變更成本及經濟效率損失，反而大於受移轉不破租賃保護的租賃契約。則於使用借貸關係中，反而存有本文第二章第二節第五項第一款中所述的，於民國 88 年增訂民法第 426 條之 1 前，保障房屋於約定之使用期間內均能存在而減少經濟損失之目的。基此，未賦予本於租賃契約以外之使用關係之當事人優先承買權，反而存在規整計畫的不圓滿性。

再者，本文亦不認為立法者將原先草案中之「其他合法使用人」修改為「典權人」為有意的沈默而非無意之疏漏²²³。從上開立法資料可知，立法者將「其他合法使用人」排除，是因為未考慮到此優先承買權制度仍要求房屋存在於基地之上，進而誤認將「其他合法使用人」訂入會造成範圍過廣而糾紛過多之問題。基此，立法者仍未考慮於「其他合法使用人本於契約關係於基地上建造房屋」時，是否有賦予房屋或基地所有人優先承買權以減少經濟效率損失之必要。此時，縱不同意於未受民法第 425 條及民法第 426 條之 1 所保護的契約中，賦予優先承買權之必要性大於租賃關係，而應舉輕以明重²²⁴，兩者之利益狀態至少具有類似性，

²²¹ 陳忠五（2016），〈2015 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1527。

²²² 參照最高法院九十五年度第十六次民事庭會議決議，為目前實務穩定見解。

²²³ 法律漏洞之定義為規範未存在並非有意的沈默，因若立法者係基於明確的考量而有意不訂立特定規範時，該規範及不容係司法創設，而需仰賴立法權之行使。參照 Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 188，頁 281。

²²⁴ 與類推適用均基於平等原則之正義要求而來，均取向於目的，探求立法意旨，推論結構亦極為類似。故通說認為輕重相舉是類推適用的一種特殊型態，兩者只是在論證上之取向不同而已，前

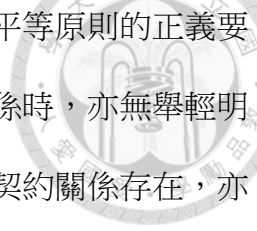


而得以類推適用。

上開否認使用借貸契約中存有優先承買權之最高法院 101 年度台上字第 567 號判決，理由中雖提及立法過程，惟其論理似亦非認為立法者將「其他合法使用人」改為「典權人」係有意沈默。其僅在援引立法資料並同意立法者認為若使其其他合法使用人亦得以擴張解釋或類推適用方式依該條主張優先承買權時，「買受人將無從預知優先購買權利人之範圍，有礙交易之安定性」之立場。故該判決否定原審肯認基地借用人有優先承買權之真正理由，仍是顧慮到對交易安全的影響。然誠如前述，優先承買權以房屋存在於基地上為要件，買受人於欲買受基地時，該基地上有無房屋，一望即知，反而是基地上房屋的所有人與基地所有人間之契約關係缺乏公示外觀。則對於第三人來說，將優先承買權之適用限於租賃關係，反而是在要求其先辨別房地使用關係為租賃或其他債權關係，方能探知該房地上有無優先承買權而決定出價策略。因此，將優先承買權限於基地使用關係為租賃時，反而才存在最高法院所謂「有礙交易之安定性」之問題。故本文認為，此最高法院判決否認使用借貸契約中有優先承買權之一般論仍有商榷餘地。

惟結論上，本文則亦認為該案中無優先承買權存在。該案之案例事實為：出租人將基地出租與 A 公司，A 公司將該地再交由 B 公司建築房屋，而出租人亦出具使用同意書與 B。而於 B 公司之房屋遭拍賣時，出租人主張對該房屋有優先承買權存在。惟於此案中，出租人與 B 公司間是否為使用借貸契約，有待商榷。若出租人與 B 公司間自始無使用關係存在，而 B 公司得以使用該地之權源係透過 A 公司與出租人間之租賃關係，則出租人與 B 公司間無契約關係，特徵已與基地租賃中優先承買權係本於土地及房屋所有人間之租賃契約的債權物權化有不同。既

者取向於評價後事理程度之強弱，後者則取向於類似性，惟本質上均係相同之思維方式而難以區分。參照吳從周，前揭註 189，頁 30-31。

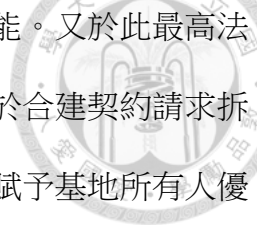


類推適用或舉輕明重均基於「相類似的，應為相同的處理」之平等原則的正義要求而來，則於房屋所有人及基地所有人間不具有直接的使用關係時，亦無舉輕明重或類推適用之餘地。又主張優先承買權之人與出賣人間既無契約關係存在，亦當然無所謂債權物權化可言，難認得基於使用關係享有優先承買權。

於另一案認為使用借貸關係中無優先承買權存在之最高法院 69 年度台上字第 1815 號判決，該房屋所有人係於共有土地上有使用借貸關係，而針對該共有地應有部分三分之一出賣時，房屋所有人是否有優先承買權為討論。就此情況，本文基於與本章第一節第一項第二款第二目針對租賃共有地所討論之理由，認於此優先承買權並無助於消滅使用關係而無法達成此優先承買權之制度目的，故亦認無優先承買權存在。

第二款 合建契約

於合建契約中，最高法院有表示見解者，為最高法院 70 年度台上字第 698 號判決，並基於認為合建契約「性質上係互易契約，並非租賃關係，上訴人既非系爭房屋之基地出租人，自無優先承買權之可言」否定基地所有人對基於合建契約所建之房屋的優先承買權。本文則秉持上述之一貫立場，認為若賦予優先承買權有助於基地與房屋間之使用關係消滅時，著眼於基地租賃優先承買權之制度目的，亦應等同對待。惟於合建契約中，基地常為原土地所有人將土地所有權之一部分移轉與建商，而建商亦將一定數量之房屋所有權移轉與土地所有人，此將形成基地為「原基地所有人與建商共有」之情況。則若使原基地所有人對基地上之房屋取得優先承買權，除非建商一併將基地之應有部分一起出賣，否則亦無助於房地使用關係之消滅，因基地上仍有其他共有人存在。故於合建契約中，在合建契約



已遭履行後，依社會一般交易狀況似難有賦予優先承買權之可能。又於此最高法院判決之案例事實中，法院提及基地所有人因建商違約而可本於合建契約請求拆屋還地，則該合建契約似已因建商違約而不復存在，結論上不賦予基地所有人優先承買權，應無疑問。是故，本文亦肯認此最高法院判決之結論，惟就推論過程則有所不同。

第三款 分管契約

涉及分管契約之判決為最高法院 107 年度台上字第 1379 號判決，其認為當事人間既未有租賃關係存在，即當然無優先承買權可得主張²²⁵。依照該案二審法院所認定之事實，其案例事實略為：原告甲（後死亡而由甲 1、甲 2 承受訴訟）與被告乙為土地共有人，應有部分各二分之一，乙並依分管契約於土地之 B 部分上建有房屋。後該地經判決變價分割確定，而甲持該確定判決聲請法院強制執行，並由甲拍定。執行法院據此通知乙是否行使優先承買權，而甲則爭執該土地上未存有優先承買權並提起訴訟確認之。

於此案中，若認乙得優先承買，其將取得土地之單一所有權，而土地上又只有乙所有之房屋，將得使房地所有權合一，消滅房地使用關係中之交易成本，故賦予其優先承買權將有助於立法目的之達成。反之，若不賦予其優先承買權，因乙再非土地共有人，不得再本於分管契約所得行使之權利據以主張²²⁶，土地上之

²²⁵ 「查上訴人係基於分管契約占有如附圖編號 A 部分土地，其於系爭土地變賣前，就系爭土地並無租賃關係，為原審合法認定之事實，則上訴人既非上開規定所定優先購買權人，原審因認上訴人就系爭土地之優先購買權不存在，並未違背法令。又民法第 425 條之 1 規定，係在解決同屬一人所有之土地及其上房屋由不同之人取得所有權時之房屋與土地利用關係，必係土地或房屋讓與後方生有無法定租賃權之問題，上訴人既係基於分管契約占有系爭土地，在系爭土地所有權發生變動前，原本不涉及民法第 425 條之 1 規定之適用，上訴人自無由依該條規定取得租賃權，進而謂其就系爭土地有優先購買權。」

²²⁶ 參照謝在全，前揭註 186，頁 384。



房屋亦對土地失去占有權源。故本文不贊同此最高法院見解，認為應透過類推適用民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條，使乙取得優先承買權²²⁷。

第四款 小結

綜上所述，基地租賃優先承買權消除房地使用關係以消滅其中之交易成本之制度目的，不僅存在於租賃關係而亦存於其他房地使用關係中。則若不賦予該等使用關係優先承買權，將造成「計畫的不圓滿性」而有法律漏洞存在，故應本於平等原則之要求而透過民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之類推適用或舉重明輕，使該等合法使用關係中亦有優先承買權存在。又應注意者係，此見解仍以優先承買權得使房屋及土地所有權合一為前提。若賦予優先承買權無助於完全消滅使用關係，其所能達成之經濟效益並不顯著，即不應賦予其優先承買權，此於使用關係為租賃或其他契約均無不同。


則結論上，使用借貸關係中原則上有優先承買權之類推適用、於合建契約中則因土地上通常仍有其他共有人而無類推適用之餘地、於分管契約中則視該共有關係是否因出賣消滅而定。

第二節 承租人所有之房屋的存在

第一項 基地上存有房屋

於基地出賣時，基地租賃優先承買權是否必以該基地上存有房屋為前提，民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條均未明文規定。土地法第 104 條僅謂，於「基

²²⁷ 惟該案中乙之房屋為違章建築，此是否合於優先承買權之要件將於下詳述，於此暫不納入考慮。



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；於「房屋出賣」時，則謂「基地所有權人」得優先承買。相同的，民法第 426 條之 2 之文義，於「出租人出賣基地時」係規定「承租人」有優先承買權，而於「承租人出賣房屋時」，「基地所有人」有優先承買權。於租賃關係中，此二條文於規範基地出賣時，對有優先承買權之人均以承租人規範，然未出現「房屋所有人」之用語。故單純自文義解釋觀察，法文並不要求該承租人為基地上房屋之所有權人，即未要求基地上有房屋存在。

最高法院 65 年台上字第 530 號判例則認為，依基地租賃優先承買權之規範目的視之，此權利當應以基地上存在房屋為要件：「按土地法第一百零四條係規定租用基地建築房屋之承租人於出租人之基地出賣時，有優先承買權，其出租人於承租人之房屋出賣時，有優先購買權，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，則如基地承租人於基地上根本未為房屋之建築者，當無該條規定之適用（司法院院解字第三七六三號解釋²²⁸參照）。」此為實務之穩定見解。而多數學說見解亦同此說，認為基地上若無房屋，即無優先承買權存在²²⁹。

然有學者採不同見解，認為基地租賃優先承買權並不要求基地上存有房屋。其認為，基地租賃優先承買權之本質在於力求土地、建物法律關係之簡化而利於土地行政之推動，因此只要符合此一原則，即便基地所有人欲出賣基地時，承租

²²⁸ 該解釋之文字為：「土地法第一百零二條至一百零五條均就租用基地建築房屋之當事人間關係而為規定，其中第一百零四條係於此種當事人間規定，承租人於出租人之基地出賣時有優先購買權，出租人於承租人之房屋出賣時有優先購買權。若租用房屋及基地之承租人於出租人之基地或房屋出賣時，自不得援用同條之規定主張優先購買權。」標點符號為筆者所加。

²²⁹ 劉春堂，前揭註 203，頁 406-407；邱聰智（著），姚志明（校訂）（2008），《新訂債法各論（上）》，頁 390，臺北：自刊；陳立夫（2007），〈論土地法第一百零四條之基地優先購買權—最高法院八十九年台上字第五七五號判決評釋〉，氏著，《土地法研究》，頁 150-151，臺北：新學林；吳啟賓，前揭註 203，頁 139；溫豐文（2008），《土地法》，修訂版，頁 319，臺北：自刊；吳珮君（2014），〈論基地優先購買權之要件及相關問題〉，《銘傳大學法學論叢》，22 期，頁 11。



人並無任何建物，或承租人之建屋業已滅失，既令租賃期限未屆至，皆應無礙享有優先承買權之餘地²³⁰。

本文認為，於基地出賣而其上未存有房屋時，民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條存有法律漏洞，上開最高法院 65 年之判例及多數學說見解將此二條增加一「基地上需存有房屋」之限制，則係在為漏洞填補，應可贊同²³¹。本制度是基於使房地所有權合一以減少使用關係中之交易成本並促進經濟效用的目的，方以物權效之優先承買權介入自由經濟市場加以調整。雖使用關係之存否不因基地上是否確實存有房屋而受影響，然立法者特別針對房地關係調整，應係著眼於基地租賃契約同時涉及兩個不動產，故於使用關係中有糾紛時，相關之成本將更高之特殊性。然而於土地上根本無房屋時，此特殊性並不存在。故於基地上無房屋存在時，無以優先承買權介入自由市場之必要。

基此，於基地上未存有房屋時，依文義解釋將得出仍有優先承買權適用之結論。然於此處賦予承租人優先承買權不能完全滿足規範目的，反而會降低該基地之可流動性，對自由市場經濟造成負面影響。故應認為此時民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之文義範圍過大而有一隱藏性漏洞需以目的性限縮加以填補，將承租人對基地之優先承買權限縮於該基地上有房屋時方存在。

再自債權物權化所要求之公示外觀著眼，依民法第 422 條之 1，租地建屋契約之承租人得請求出租人為地上權登記。該登記期間雖依土地法第 102 條有「於契約訂立後二個月內」之規定，然該條所之二個月期間僅為一訓示規定，逾該期間亦不生失權效果，承租人仍得請求出租人為地上權之登記²³²。然此地上權登記僅為承租人得行使之權利，並非基地租賃契約即必須為地上權登記。則於本文所討

²³⁰ 朱柏松，前揭註 182，頁 149。

²³¹ 此僅討論基地出賣之情形，因若為房屋出賣，即無房屋不存在於基地上之可能。

²³² 溫豐文，前揭註 229，頁 314-315。



論之基地租賃中，若基地上不存有房屋，此物權效之優先承買權即未具備公示外觀，第三人於買受時無從知悉該基地上有優先承買權之存在，缺乏債權物權化之關鍵性要求而有害交易安全²³³。

第二項 該房屋須為承租人所有

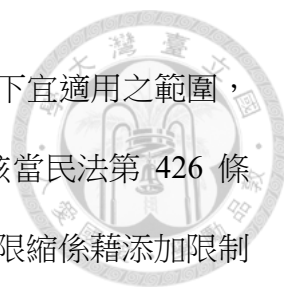
實務見解除強調基地上需有房屋存在外，更認該基地上之房屋需為承租人所有，方有優先承買權存在。此為最高法院 102 年度台抗字第 236 號裁定之意旨：「原法院則以：依形式審查坐落於系爭四九〇～四九五地號等六筆土地上之三筆建物即永寧段一三五、一三六、一三七建號房屋，登記所有權人為宋沛航，並非抗告人（筆者按：即基地承租人）……核與民法第四百二十六條之二第一項、土地法第一百零四條第一項規定優先購買權之要件需於該出賣基地建築房屋並為房屋之所有人，尚屬不符，因而駁回其抗告，揆諸首揭規定並無違誤。」²³⁴

就此要件似未有學說加以探討，而本文認最高法院上開見解應屬可採。蓋若基地上存有房屋，惟房屋非為承租人所有時，使承租人取得基地所有權無助於土地使用及所有合一。是故，於此類案中無優先承買權制度所欲達成之目的存在，亦當無以此制度介入之必要。

綜上，單依此二條之文義，可得出於「基地上不存有房屋」及「縱存有房屋，然該房屋非承租人所有」之案型，均仍有基地租賃優先承買權存在。然此結果未慮及此類事件之特質的差異，有一隱藏性漏洞存在。故應認該二條文之文義範圍

²³³ 於基地租賃另設有地上權時因有登記於土地登記簿時固然無相同之疑慮，而針對地上權關係之優先承買權是否有以基地上有房屋存在，為針對該優先承買權解釋之問題，或亦須自該優先承買權制度之目的著眼，不必然與基地租賃優先承買權有相同解釋，然此不在本文研究範圍內。

²³⁴ 最高法院 95 年度台上字第 1085 號裁定之意旨同，為：「土地法第一百零四條所定之基地承租人，係指承租基地之基地上（建築）房屋所有權人，始得在基地出售時，對土地所有權人主張優先購買權。」



過大而須予以限制，使之僅適用於一法律規整目的或其意義脈絡下宜適用之範圍，為目的性限縮，認「僅限於基地上存有承租人之房屋時，方有該當民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之要件而有優先承買權存在」。又目的性限縮係藉添加限制性的規範，限縮解釋則藉採取一種較為狹窄（而非另一種可能的較寬）字義，而限縮規範的適用範圍²³⁵。本文認於此已係添加一「基地上需有承租人之房屋存在」之限制性規範，並非單純選擇範圍較小之字義，故應為目的性限縮。

第三項 房屋之內涵


不論係自基地租賃之定義為用以建築房屋出發、以上開最高法院 65 年台上字第 530 號判例所要求基地上存有房屋，抑或以民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條均有規定「房屋」出賣時出租人有優先承買權，均涉及此「房屋」之內涵為何。房屋一詞於民法或土地法中並未有定義，雖其為民法第 66 條所稱之定著物無疑問，然與建築物應如何區別則不明確而有待進一步探究。

第一款 實務見解

最高法院 100 年度台上字第 802 號判決所涉及的爭點之一在於，該基地上僅有圍牆與挖填土方時，是否仍有優先承買權存在。判決否認此等建築物為基地租賃優先承買權之房屋，理由為「土地上原有建築物已不存在，僅殘留部分圍牆與挖填土方，既為原審所確定事實，葉主恩自不得就八二三地號土地主張優先承買權」，然仍未對房屋一詞提出一般性之定義。相對的，其原審判決²³⁶則參考房屋稅條例及最高法院過往對認定獨立不動產之見解，對房屋提出具體之定義：「所謂房

²³⁵ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 188，頁 300-301。

²³⁶ 臺灣高等法院臺南分院 99 年度重上字第 31 號判決。



屋，指固定於土地上之建築物，供營業、工作或住宅用者，房屋稅條例第 2 條第 1 款定有明文；或至少達到足以避風雨，可達經濟上之使用目的程度（最高法院 70 年台上字第 2221 號判例²³⁷參照）。」而認為「該等殘留圍牆、挖填土方無法供人作為營業、工作、住宅使用，亦未達足避風雨，或可達經濟上之使用目的程度，故非屬土地法第 104 條所指『房屋』自明。」此高等法院所提出之定義亦出現於其他下級審針對民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條相關的判決中，然該等案件多未上訴至最高法院²³⁸，僅有另一件上訴至最高法院，然遭上訴不合法以裁定駁回²³⁹，仍未有最高法院判決對此定義表示意見。

而下述將提及學說上於討論房屋之定義多聚焦於其用途是否作為住宅，然自實務見解觀察，則均未見最高法院區別基地上之房屋係為住宅或作為其他用途，於案例事實中亦有見基地上之房屋為廠房²⁴⁰或其他商業用途²⁴¹者。

第二款 學說見解

針對基地租賃優先承買權中之「房屋」應如何解釋，有學者認為上開判決引用房屋稅條例有不妥，因此優先承買權之目的在於使基地所有與利用合一，與房屋稅條例之「何種建築物應予課徵房屋稅」規範目的不同²⁴²。然論者亦未提出其認為適當之定義。經本文之搜尋，似未有就民法或土地法中之基地租賃優先承買

²³⁷ 「系爭房屋原計畫蓋建二樓，而建築之程度，二樓結構業已完成，僅門窗尚未裝設，及內部裝潢尚未完成，亦為上訴人所不爭執，此項尚未完全竣工之房屋，已足避風雨，可達經濟上之使用目的，即成為獨立之不動產。」

²³⁸ 臺灣高等法院臺南分院 107 年度上字第 4 號判決及臺灣高等法院 103 年度抗字第 82 號裁定。

²³⁹ 最高法院 104 年度台上字第 1422 號裁定。

²⁴⁰ 如最高法院 69 年度台上字第 1960 號、最高法院 70 年度台上字第 818 號、最高法院 101 年度台上字第 567 號、最高法院 105 年度台上字第 1168 號判決等。

²⁴¹ 如最高法院 97 年度台上字第 1566 號、最高法院 104 年度台上字第 2490 號、最高法院 103 年度台上字第 2436 號、最高法院 106 年度台上字第 36 號、最高法院 106 年度台上字第 1263 號、最高法院 107 年度台上字第 1644 號判決等。

²⁴² 黃健彰（2018），《不動產利用關係上的優先購買權》，頁 25，臺北：元照。



權規定中的房屋有明確定義之學者。

於未特別針對基地租賃優先承買權之討論中，學者有認最主要的定著物為房屋及其他建築物，而就該其他建築物則以紀念碑、燈塔、高架道路、蓄水池、養魚池等為例²⁴³。故可認房屋應為建築物之一種，而除房屋之外的建築物仍有其他種類，然就房屋與其他建築物應如何區辨則未進一步說明。

文獻上，學者在區別土地法及民法上之房屋與建築物時，多聚焦於房屋是否以住宅為限，即是以功能為區分標準。

於土地法中，房屋此用語僅出現於第三編第三章「房屋及基地租用」內，及第五章之第 187 條。針對土地法第三編第三章，論者認為此乃關於住宅政策之立法，且謂因民法債編第二章第五節「租賃」已有有關不動產租賃之規定，土地法另增保障房屋及基地承租人權益之條文，乃民法之特別法²⁴⁴。據此應可推論，該等論者亦認位於土地法第三編第三章之第 104 條所稱之房屋亦限於居住用之住宅者。惟，亦有認為該編章所有條文之「房屋」非全部均僅限於居住用者，如認土地法第 100 條之房屋兼指住屋與公營業用之房屋，並包含廠房在內²⁴⁵，此亦為最高法院 51 年台上字第 370 號判例²⁴⁶之意旨。

其他明白針對土地法第 104 條為討論之學者，有認此條之適用亦僅限於住宅²⁴⁷，惟亦有持不同意見者自該條之目的在於使土地所有及利用一體化而認該條所指之房屋不限於住宅，另包含商業、工業或辦公用等以外之房屋²⁴⁸。故學說上就土地

²⁴³ 陳聰富（2014），《民法總則》，頁 153，臺北：元照；施啟揚（2005），《民法總則》，六版，頁 177，臺北：自刊。

²⁴⁴ 溫豐文，前揭註 229，頁 297；謝哲勝（2011），《土地法》，二版，頁 293，臺北：翰蘆。

²⁴⁵ 劉春堂，前揭註 203，頁 415-416。

²⁴⁶ 「土地法第一百條所謂之房屋兼指住屋與供營業用之房屋而言，系爭廠房租賃固無排除該條規定之適用。」

²⁴⁷ 謝哲勝，前揭註 244，頁 325-326。

²⁴⁸ 黃健彰，前揭註 242，頁 141，臺北：元照；黃健彰（2015），〈基地、耕地承租人優先購買權的通知：民法與土地法規的扞格〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 1 期，頁 208。



法所指之「房屋」是否限於住宅無一致或明顯多數之見解。

自民法物權編觀之，有出現「房屋」一詞之條文，僅有民法第 796 條至第 796 條之 2。針對該等條文，有論者認為房屋之意義應參酌司法院大法官釋字第 460 號解釋²⁴⁹。而因該號解釋係針對住宅，故該論者應係認民法物權編所指之房屋亦限於住宅²⁵⁰。然有學者持不同見解，認為該等條文所指之房屋不限於居住用之住宅，而亦可為商用房屋²⁵¹。

然自民法債編觀之，債編各論第五節就租賃之規定，則多有出現「房屋」之用語。而於債編之條文，解釋上房屋應不限於住宅。如民法第 422 條之 1、第 425 條之 1、第 426 條之 1、第 440 條第 2、3 項、第 449 條第 3 項等，其用語亦均為「房屋」，然未見學者有區別該等條文所指之房屋需限於居住使用者，而有學者於說明房屋租賃時，提及其中包含住宅租賃²⁵²，可見房屋之概念不限於住宅而包含作為其他用途者。

綜上，於土地法及民法物權編中，「房屋」是否必為住宅，學說上無一致或明顯之多數見解，有肯認者亦有明白否定者。然於民法債編中，則似未見學者認為債編中租賃相關條文所指之「房屋」需限於住宅而排除作為其他用途者。

第三款 本文見解

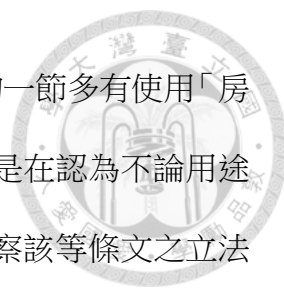
第一目 不限於供居住者

²⁴⁹ 謝在全，前揭註 186，頁 228。

²⁵⁰ 此為學者對該論者於就民法第 796 條之說明援引釋字第 460 號之詮釋。參照黃健彰，前揭註 242，頁 23 之註 23；黃健彰（2015），〈以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討〉，《財產法暨經濟法》，41 期，頁 14 之註 22。

²⁵¹ 鄭冠宇（2014），《民法物權》，四版，頁 264，臺北：自刊。

²⁵² 劉春堂，前揭註 203，頁 327。



就民法第 426 條之 2 所位於之民法債編各論中，於租賃契約一節多有使用「房屋」一詞，然學說上未有區別該等房屋是否需為供居住者，應是在認為不論用途之所有房屋均有該等條文之適用。本文認此應可資贊同，蓋觀察該等條文之立法目的，應無區別是否為供居住者之必要，若加以區別反而可能形成不合理之差別待遇。

如民法第 449 條第 3 項使租用基地建築房屋者不適用該條第 1 項之 20 年期限，其立法理由為「現代建築技術發達，房屋之使用期限一般超過二十年。如出租人與承租人於租賃契約滿二十年時未達更新契約之合致，契約即行消滅，對承租人之保障欠週，且有礙社會經濟利益。」此顯不因該房屋係作為居住或其他用途而會有不同。民法第 425 條之 1 及第 426 條之 1 則均係著眼於土地上之定著物為獨立之物，為使定著權源隨定著物移轉之規定，則該二條所稱之房屋，自然不應限於供居住者，否則於土地上之建築物為住宅以外之房屋時將無法達成制度之目的。故於民法中所稱之房屋應不限於住宅，而亦包含作為其他用途者。

基此，就體系解釋²⁵³而言，將民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所指之「房屋」解釋為不限於居住使用者，更能合乎法律用語的同一性。

再者，就目的性解釋，多數學說及實務見解均強調基地租賃優先承買權之制度目的為「房地所有合一」、「促近土地使用效率」，此等目的並不因土地上之房屋係作居住或其他用途而有不同，故應無將此規定中之「房屋」限於供居住者為必要。

第二目 與建築物之區別

²⁵³ 法律體系包含外在體系及內在體系，而內在體系係指法律秩序的內在構造、原則及價值判斷而言。基於法秩序統一性的理念，應使其互相協和，不生衝突，故解釋方法上應維護法律用語的同一性，同一的概念用語應作相同的解釋。參照王澤鑑，前揭註 181，頁 271。



然而，達到此結論無助於解釋房屋與建築物之差別。文獻上就房屋之討論重點仍置於其是否限於住宅，而未對房屋有更詳盡之描述或定義。則此時參照房屋稅條例之定義或不失為一辦法。雖有學者認房屋稅條例與基地租賃優先承買權之目的不同而難以相互參照²⁵⁴，然房屋稅條例仍為唯一有針對房屋為明確定義而經立法院通過之法律，則基於法秩序統一性²⁵⁵，亦應參酌之。


房屋稅條例對房屋之定義為「指固定於土地上之建築物，供營業、工作或住宅用者」。而有就建築物為定義之法律則為建築法第 4 條，為「定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物」，而雜項工作物之定義則位於該法第 7 條，為「為營業爐、水塔、瞭望臺、招牌廣告、樹立廣告、散裝倉、廣播塔、煙囪、圍牆、機械遊樂設施、游泳池、地下儲藏庫、建築所需駁坎、挖填土石方等工程及建築物興建完成後增設之中央系統空氣調節設備、昇降設備、機械停車設備、防空避難設備、污物處理設施等」。

則將房屋稅條例與建築法就建築物之定義相結合，將得出房屋為「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物或雜項工作物，供營業、工作或住宅用者」。然建築法第 7 條所指之雜項工作物，如水塔、招牌廣告、煙囪等，則難以歸類至一般文義所能理解之「房屋」，應已逸脫文義之解釋，故應將房屋限縮於建築法內所稱之構造物而排除雜項工作物，為「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物，供營業、工作或住宅用者」。

又對照建築法第 5 條：「本法所稱供公眾使用之建築物，為供公眾工作、營業、居住、遊覽、娛樂及其他供公眾使用之建築物」，房屋稅條例中所謂「供營業、工作或住宅用者」應與建築法第 5 條所列之前三項相同，而不包含供遊覽、娛樂及

²⁵⁴ 參照前揭註 242。

²⁵⁵ 參照前揭註 253。

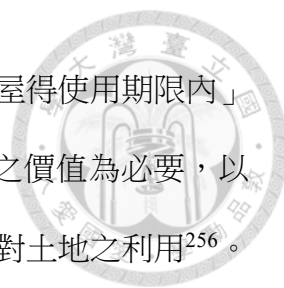


其他使用。惟，若一建築物為建築法上所稱之構造物，僅因其用途為供遊覽、娛樂及其他使用，即認其非為「房屋」而未有基地租賃優先承買權存在，亦有不合理之處。蓋基地租賃優先承買權旨在消除房屋及基地間之使用關係中的交易成本，此不因房屋之用途不同而有異，故毋須如房屋稅條例般，限定構造物之用途。

綜上，本文認為基地租賃優先承買權制度中之「房屋」應指「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」。

第三目 限於具有相當之經濟價值者

於土地上之建築物已無相當之經濟價值時，是否亦應認該等基地租賃關係中仍有優先承買權存在，此實務上僅於系爭租賃關係為依照民法第 425 條之 1 推定者有討論。最高法院 104 年度台上字第 2490 號判決即認為：「被上訴人則謂：……建物結構有安全之虞是否即屬不堪使用？又該鑑定報告係於一〇二年七月二十一日作成，能否依九十九年七月十三日現場履勘照片所呈現屋況，與鑑定報告之屋況大致相符，即推論系爭建物於九十八年底達於不堪使用程度？此均與判斷系爭租約於何時消滅，被上訴人買受系爭土地時，上訴人有無優先承買權，被上訴人得否請求拆屋還地及返還不當得利，所關頗切，自應依上開程序使兩造充分瞭解鑑定意見之形成後，再為適當完足之辯論。」最高法院 106 年度台上字第 745 號判決涉及相同之爭點，認為：「未查房屋課稅現值僅為房屋稅之依據，不能僅以房屋課稅現值作為房屋實際之經濟價值。系爭房屋係何時建築？結構、設備、現使用情形如何等，均攸關該房屋是否具有相當經濟價值之認定。原審未詳加調查，遽以系爭房屋七十六年之課稅現值為八千二百元，時至一〇四年經濟價值更低，推認上訴人無民法第四百二十五條之一所定法定租賃權，不得主張有優先購買權，



尤嫌速斷。」惟此均係因民法第 425 條之 1 所生推定租賃以「房屋得使用期限內」為限，且最高法院對於推定租賃向來亦強調須以房屋具有相當之價值為必要，以避免過度推定房屋與土地間租賃關係存在，反而妨害基地所有人對土地之利用²⁵⁶。故若房屋已不堪使用或已不具相當價值，基地租賃關係即為消滅，不合於基地租賃優先承買權要求有基地租賃契約存在之要件。

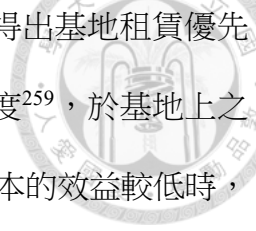
然就基地租賃契約確實存在，但基地上之房屋不具有相當之經濟價值時，實務上未見就此時是否有優先承買權存在之討論。對此，學說上有認為，於基地上之建築物已近於朽腐時，由於其經濟價值較低，顯示系爭基地承租人對基地的利用程度較低，就「當事人成立基地租賃即在於興建建築物或其他土地上工作物」的角度而言，未必是最有效率使用者，故不必賦予其優先承買權²⁵⁷。本文認此見解結論上可資贊同，然就論理過程則有不同看法。

於上開針對基地上需有房屋存在之要件的討論中，本文認為，立法者於基地租賃關係中特別設立此優先承買權以消除使用關係之交易成本的原因在於，基地租賃同時涉及兩筆不動產，故有交易成本更高之特殊性²⁵⁸。然而，於基地上之房屋已近於腐朽而不具有相當之經濟價值時，該基地租賃關係中即欠缺此一特性。

²⁵⁶ 民法第 425 條之 1 係為最高法院 48 年台上字第 1457 號判例及 73 年度第 5 次民事庭會議決議之明文化，而於民法第 425 條之 1 立法前，最高法院即認為此推定租賃應以基地上之房屋具有一定價值為要件，又雖此要件於增訂民法第 425 條之 1 時未一並加以考量，惟為兼顧基地利用之經濟價值，對民法第 425 條之 1 之解釋有一併納入之必要。參照吳從周（2007），〈推定租賃關係：民法第四百二十五條之一之適用與類推適用〉，氏著，《民事法學與法學方法 第三冊》，頁 111-118，臺北：自刊。而於民法第 425 條之 1 增訂後，最高法院亦確有以房屋具有相當價值為該條之適用要件，最高法院 107 年度台上字第 2143 號判決即認為：「因房屋性質上不能與土地分離而存在，為兼顧房屋受讓人及社會經濟利益，乃增訂民法第 425 條之 1，推定讓與後房屋所有人與土地所有人間有租賃關係，以杜爭議，並期明確。故於適用該條規定時，除土地及其土地上之房屋均已成為不動產所有權客體及同屬一人所有外，尚須以該房屋具有相當之價值為必要。」，相同旨之判決仍有最高法院 105 年度台上字第 1201 號判決、最高法院 102 年度台上字第 610 號判決等，可資參照。

²⁵⁷ 有認為如建築物已近於腐朽，由於其經濟價值較低，顯示系爭基地承租人、地權人對基地的利用程度較低，未必是最有效率使用者，故不必賦予其優先承買權。引自照黃健彰，前揭註 242，頁 23-24；黃健彰，前揭註 250，頁 14-15。

²⁵⁸ 本章第二節第一項參照。



再者，依照本文對於基地租賃優先承買權制度目的討論後得出基地租賃優先承買權之經濟效用不顯著而於解釋適用上應有所限縮之基本態度²⁵⁹，於基地上之房屋不具有相當之經濟價值，而消滅該基地租賃關係中之交易成本的效益較低時，更難認於該等案型中基地租賃優先承買權能達成促進經濟效率之結果。故此時，若認為基地上不具相當經濟價值之房屋仍可該當基地租賃優先承買權之要件，將無助於達成該制度之目的。

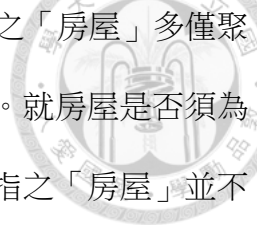
雖何謂「具有相當之經濟價值」則難以有一通案之定義，惟最高法院向來對民法第 425 條之 1 之操作仍可資參考。又雖於邊際案例中，第三買受人可能難以預估房屋是否具有相當價值而該當優先承買權之適用，存在一定之不確定性，然此不確定性將不會進一步降低市場效率。蓋若不對基地上之房屋設有具有相當價值之限制，買受基地之第三買受人²⁶⁰雖確知有優先承買權存在，然優先承買權人是否將行使權利仍為不確定，第三買受人能否取得基地所有權同樣具有不確定性。然而，若對房屋增有此具有相當價值之限制時，至少可增加依照自由市場機制買受基地之第三買受人取得基地所有權之機會而不過度扭曲市場機制。

基此，於基地上之房屋合於「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」之定義，然不具有相當之經濟價值時，應認土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之文義範圍過廣，若僅依照文義解釋將難以達成規範目的，應為限縮解釋而認無基地租賃優先承買權之存在。

第四目 小結

²⁵⁹ 本文第二章第二節第五項參照。

²⁶⁰ 於房屋已不具相當價值時應不會有第三買受人欲買受該房屋，故於此僅需討論基地出賣之情形。



綜上，學說上就民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所稱之「房屋」多僅聚焦於是否須為住宅而討論，未進一步區辨房屋及建築物之異同。就房屋是否須為住宅，本文贊同多數見解之看法，認為基地租賃優先承買權所指之「房屋」並不限於住宅。蓋自文義解釋而言，房屋一詞並不排除非供居住所用者，而自法條用語觀察，亦無一概將房屋限於住宅之傾向，且於民法債編中，房屋之內涵應無區別建物之用途。自目的性解釋而言，亦無將此處之房屋限定於居住使用之正當性，蓋基地租賃優先承買權之制度目的仍在於減少使用關係中之交易成本，而該成本既係源於房地所有權分離，則不因土地上之房屋為不同用途有異。故民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所謂「租用基地建築房屋」，應無區分該房屋是否是作為住宅之必要。

而就房屋與建築物之異同，本文則參照房屋稅條例及建築法，基於體系解釋而認，或可將房屋定義為「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」。基此，上開最高法院 100 年度台上字第 802 號判決案例事實中存於土地上之圍牆及挖填土方僅為雜項工作物而非構造物，當不合於此定義而難謂為房屋，亦不得謂有基地租賃優先承買權存於其上。

又基於本文所得出基地租賃優先承買權對整體經濟效率未必有助益之結論，對於基地租賃優先承買權之解釋適用應有所限縮，亦認為土地上之房屋須以具有相當之經濟價值時，方有基地租賃優先承買權存在，以避免對市場機制造成過度之扭曲。

而於本章第一節第二項中，法院判決之案例事實中以租賃契約非專以建築房屋為目的而排除之「磚廠之機房、工寮、宿舍」及「菇寮」，以及未採租賃契約專以建屋為目的而肯認之駕訓班「車棚」，則仍需個案檢視是否合於房屋之定義，以及是否具有相當經濟價值。蓋房屋為建築物之下位概念，而建築物又為定著物



之下位概念，故仍需一一審酌是否符合定著物、建築物及房屋之要件。如上開之工寮及菇寮²⁶¹，即可能不合於定著物之定義²⁶²。又縱然其為定著物，亦可能不具有相當之經濟價值，無基地租賃優先承買權存在。

第四項 為合法建物而非違章建築

若土地上之建築物合於上開房屋之定義，然其為違章建築時，是否有基地租賃優先承買權存在，亦存有爭議。²⁶³

所謂違章建築，係指建築法適用地區內，未經申請當地主管建築機關審查許可並發給執照，而擅自建造的建築物。又違章建築可分為程序違建及實質違建，前者係指該建築物並未妨礙都市計畫，建造者得依一定程序申領建築執照；後者則指建築物違反建築法規且無從依程序補正，使其變為合法的建築物²⁶⁴。而本文以下所指之違章建築係指無法辦理所有權保存登記之實質違建，合先敘明。

第一款 實務見解

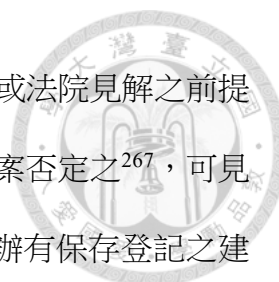
針對基地租賃之優先承買權，最高法院裁判之案例事實中，以「違章」、「事實上處分權」及「保存登記」為關鍵字搜尋，剔除無關者及無法於該裁判判讀最

²⁶¹ 就該個案中之菇寮，最高法院判決係以「以布幕、鐵皮簡易搭建附圖所示香菇寮及鐵皮建物，以供種植香菇使用」描述。

²⁶² 就定著物之定義，論者有強調若僅係臨時或非密切附著於土地者，如建築房屋時搭建的工寮、活動房屋、展覽用臨時會場、售票亭等，非定著物，參照施啟揚，前揭註 243，頁 177；另有提及工寮通常不具有繼續性，且易移動，非定著物者，參照鄭冠宇（2016），《民法總則》，三版，頁 192，臺北：鄭若慈。

²⁶³ 此問題筆者曾為文討論，惟已經大幅改寫。參照何奕萱、許凱翔（2020），〈論法律解釋、契約解釋與誠信原則的方法論於土地法第 104 條之應用－以最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決為中心〉，《軍法專刊》，66 卷 1 期，頁 162-164。

²⁶⁴ 王澤鑑（2013），《民法物權》，增訂二版，頁 103，臺北：王慕華。



高法院對此爭點之態度者²⁶⁵後，共有 27 案。其中，26 案之結論或法院見解之前提為肯認違章建築亦有基地租賃之優先承買權之適用²⁶⁶，僅有 1 案否定之²⁶⁷，可見多數實務見解均認基地租賃之優先承買權不以土地上之建物為辦有保存登記之建築為限。

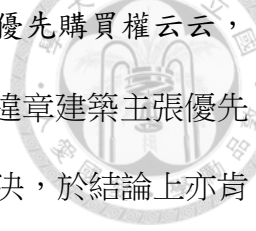
採肯定見解中，最高法院有自為詳細之論述者僅有最高法院 85 年度台上字第 1051 號、最高法院 91 年度台上字第 2154 號及最高法院 106 年度台上字第 1263 號此三則判決及後二案第一次上訴至最高法院的判決，分別為最高法院 89 年度台上字第 575 號及最高法院 103 年度台上字第 2188 號判決。其餘之案件中最高法院均未特別對違章建築一事論述，然因該等案件中可判定其所涉及之建築為違章建築，故若該裁判之結論或論述之前提為肯認土地上為違章建築亦有優先承買權者，本文仍將其歸納為肯認違章建築亦適用有優先承買權制度之見解。

上開有針對此問題自行論理之最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決謂：「按土地法第一百零四條第一項後段所謂基地承租人之房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權，係指成立買賣契約之形成權而言。此項房屋買賣之債權契約，與為移轉物權所訂立之物權契約並不相同。祇須承租人出賣其房屋，基地所有權人即得行使優先權，至房屋之所有權能否移轉登記，在所不問。原審竟

²⁶⁵ 包含在處理優先承買權之其他要件而無法判斷者及僅以上訴不合法而裁定駁回者。

²⁶⁶ 若該案有超過一次之最高法院裁判，此僅引最新可觀察出最高法院就此爭點之態度者者的字號：最高法院 109 年度台上字第 108 號判決、最高法院 108 年度台上字第 1050 號判決、最高法院 107 年度台上字第 1644 號判決、最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1679 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1662 號判決、最高法院 106 年度台上字第 745 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1168 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1575 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1576 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1379 號裁定、最高法院 103 年度台上字第 1541 號判決、最高法院 101 年度台上字第 1163 號判決、最高法院 98 年度台上字第 814 號判決、最高法院 98 年度台上字第 187 號裁定、最高法院 93 年度台上字第 2502 號判決、最高法院 93 年度台上字第 1907 號判決、最高法院 91 年度台上字第 1003 號判決、最高法院 91 年度台上字第 2154 號判決、最高法院 86 年度台上字第 1758 號判決、最高法院 86 年度台上字第 1251 號判決、最高法院 86 年度台上字第 295 號判決、最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決、最高法院 84 年度台上字第 1750 號判決。

²⁶⁷ 最高法院 80 年度台上字第 2105 號判決。



謂系爭房屋未經保存登記，不得為所有權移轉登記，上訴人即無優先購買權云云，其法律見解，已屬可議。」此案係為基地所有人對其基地上之違章建築主張優先承買。另同為此案型者為最高法院 86 年度台上字第 1758 號判決，於結論上亦肯認基地所有人對基地上之違章建築有優先承買權。

其餘二案之最高法院裁判則均為承租人對基地主張優先承買權者。其中，最高法院 91 年度台上字第 2154 號判決之論述更為詳細，謂：「違章建築者，雖不能向地政機關辦理登記，但並非不得為交易、讓與之標的，買受人受領交付而取得事實上處分權，出賣之原始建築人即不得再以其不能登記為由主張所有權為其原始取得，且違章建築之房屋於建造完成後，始由房屋受讓人逕向土地所有人租用該基地，仍無礙租地建屋之本質，並無排除土地法第一百零四條之適用。」該案之違章建築非當時之承租人所建，故該承租人僅為違章建築之事實上處分權人而非所有人，然最高法院仍認該事實上處分權人有優先承買權。而同一案第一次上訴至最高法院之最高法院 89 年度台上字第 575 號判決則謂：「違章建築雖因違反行政上建築管理規則致無從辦理所有權移轉登記，然並非不得為交易、讓與之標的；且依土地法第一百零四條第一項規定意旨，亦無囿限於業經保存登記（所有權第一次登記）之房屋始有其適用。」

另一案則為被選為最高法院具參考價值裁判之最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決，謂：「倘承租人行使優先購買權時，本於租地建屋契約而在土地上建有房屋者，其行使先買權即屬合法，縱然該房屋嗣後被拆除，仍不影響其原本已取得之先買權。」認違章建築有本條之適用，且縱該於基地出賣且承租人行使優先承買權後，違章建築嗣遭拆除，亦不影響權利之效力。同案之最高法院 103 年度台上字第 2188 號判決亦同，並謂此係在「貫徹法律就優先購買權重在使基地及其上之房屋合歸一人所有之旨意及實務上對違章建築賦與事實上處分權之內涵



唯一採否定說者，為最高法院 80 年度台上字第 2105 號民事判決，認「系爭土地上之建物，依前所述，如不能按就地整建辦法及騎樓設置標準備復，則記建物即屬違章建築，有隨時被拆除之可能，則縱就此半拆建物之土地有承租權，其據此主張優先承購權，與土地法第一百零四條規定，旨在使基地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟上效用之立法目的是否有違，亦待推敲。」亦係自優先承買權之制度目的出發，然不同於上開肯定見解認為違章建築仍得為交易之客體而有經濟上之價值，本判決則著重於違章建築有隨時被拆除之可能，應係在認為違章建築之經濟價值具有不確定性，於價值判斷上不宜賦予其物權效之優先承買權。

第二款 學說見解

學說於此之見解亦未見統一，然結論上多數學者係採否定見解而相反於多數實務。

少數採肯定說之學者認為，就此二條之規範文義而言，並未限制基地租賃所建之房屋必須為合於建築法規建築之房屋，而基地租賃之優先承買權之適用對象限於房屋，則涉及人民居住權之保障。且優先承買權之適用結果涉及人民財產權及契約自由之限制，兩者於憲法保障基本權之價值次序，或利益衡量而言，應以保障人民之居住權為先，故仍應保障違章建築之優先承買權²⁶⁹。

²⁶⁸ 判決中之詳細論述為：「苟基地之承租人於基地出賣時，在該土地上蓋有房屋，即得按上開規定，有依買賣契約同樣條件優先購買（承買）之權。縱該房屋為違章建築，且於原告提起確認之訴後，因未能補正手續而遭受主管機關拆除亦然。蓋違章建築之房屋，僅因欠缺行政管理之規定，不許向地政機關辦理第一次所有權登記，但尚非不得以之為交易之標的（本院五十年台上字第一二三六號判例參照）而讓與其事實上之處分權。倘於基地出賣時蓋有之該房屋具有一定之經濟價值，且承租人與基地所有人訂立租約時，係約定以在土地上有房屋（建築物）為目的，即不因該房屋嗣後被拆除而影響其原本已取得之優先購買權，以貫徹法律就優先購買權重在使基地及其上之房屋合歸一人所有之旨意及實務上對違章建築賦與事實上處分權之內涵。」

²⁶⁹ 謝在全（2016），〈違章建築物買受人之民事法地位〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為一



採否定說之學者，則有認因基地租賃之優先承買權具有強烈之物權效，故於解釋上應從嚴，限於基地上之建築已經合法所有權登記者為限²⁷⁰。另有學者分別自基地租賃之優先承買權制度目的及自土地登記行政之觀點出發，認應採否定說。自制度目的觀之，須注意物權法之規範目的尚涉及公平、正義、利益衡量及權利社會化等問題。違章建築既已違反建築管理法規，有礙市容觀瞻且影響公共安全，對公共利益有所妨害，且有依法拆除之虞，故於基地上之房屋為違章建築時，不應賦予其物權效之優先承買權²⁷¹。而學者亦有質疑縱使違章建築得為交易之標的，受讓人取得之權利亦僅為事實上處分權而非房屋所有權，則於此是否合於基地租賃優先承買權欲使基地與基地上房屋合歸一人「所有」之立法意旨，有待商榷²⁷²。

又自土地登記行政之觀點，因基地出租無需登記，故若基地上僅有租賃存在而未另外設立地上權時，地政機關無從審查是否可能有優先承買權存在，則僅於房屋有辦竣保存登記者，方能由其所座落基地之土地登記簿中「地上建築改良物之建號」欄之記載得知基地上有房屋存在，登記機關也才能從登記資料上審查知悉有優先承買權之相關問題。故若所有權人未對房屋辦理保存登記，為避免因衍生權利紛爭及妨害交易安全，認無妨對於土地法第 104 條之適用限縮解釋為以辦竣保存登記者為限²⁷³。亦有學者基於法秩序一致性之需求出發，認憲法及行政法之規範價值並不保障違章建築之繼續存續，而憲法位階既高於民法，於此側重於維持及促進物之價值及效益之法定之優先承買權，解釋上自不應以法定方式保障違章建築之持續存在，而應由當事人及權利人自行合意協商²⁷⁴。

陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 86，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。

²⁷⁰ 鄭玉波，前揭註 215，頁 421。

²⁷¹ 陳立夫，前揭註 229，頁 155-156；溫豐文，前揭註 195，頁 13。

²⁷² 陳立夫，前揭註 209，頁 32。

²⁷³ 陳立夫，前揭註 229，頁 157-159。

²⁷⁴ 林俊廷(2014)，〈違章建築與基地租賃、推定租賃及優先承買權〉，《月旦裁判時報》，頁 163-166。



第三款 本文見解

基地租賃優先承買權制度之規範目的在於消除房地使用關係中之交易成本，此亦為最高法院 65 年台上字第 530 號民事判例認本條須以基地承租人於基地上有房屋存在為適用前提之原因，已如前述。則此規範目的於土地上之房屋為違章建築時，是否仍須以犧牲市場效率加以保護，容有疑問。

第一目 合憲性解釋

違章建築實為公法上之概念，就其於民法上之地位為何，有眾多討論。有學者自「法秩序一致性」原則出發，認為行政法之立法者在價值判斷上已經宣示違章建築之違法性，此價值判斷應在民法上被尊重，以貫徹「法秩序一致性」原則中特別是「違法性一致性」之要求²⁷⁵，否則某程度而言即為一種違反憲法秩序之結果²⁷⁶。準此而言，違章建築於民法上之保障應適度限縮，保障密度絕非與有保存登記之合法房屋相同，得為合理之差別待遇。此亦為上開採否定說之部分學說見解形成之原因²⁷⁷。於採納此見解下，如基地上之房屋為違章建築，其本身之存在已具有違法性，此時若使違章建築之所有權人，甚或事實上處分權人，得以優先承買該基地，乃在使違章建築此一非法狀態之存續期間得以超越原訂租賃關係之期間而增加，且違反憲法秩序中法秩序一致性之要求。故就基地租賃之優先承買權為合憲性解釋，應認限於基地上之房屋為合法建築時，方對基地有優先承買

²⁷⁵ 吳從周（2019），〈再訪違章建築——以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察及法律性質與地位〉，氏著，《民事法學與法學方法 第八冊 民事實務之當前論爭課題》，頁 145-146，臺北：元照。

²⁷⁶ 自法律原則論來看，「法秩序一致性」是指價值判斷或法律原則的一致要求，或者說「評價一致性」。這是為了在法秩序內能夠避免評價矛盾，以便立法者之規範目的得以一貫性地被貫徹。而且「如果立法者的評價夠清楚，則此種矛盾甚至不只是單純評價矛盾，而根本是規範本身的互相矛盾。」某程度而言就是一種違反憲法制度的結果。引自吳從周，前揭註 275，頁 132。

²⁷⁷ 參照前揭註 274。

權。

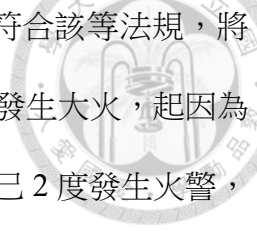


第二目 目的性解釋

就違章建築於民法上之地位為何牽涉更廣泛之討論，縱不接受上開法秩序一致性之價值判斷，而認為違章建築之違法性僅為行政法上，於民事法上之違法性則不必然須為同一之評價時，本文仍認於結論上並無不同。蓋縱認違章建築之民法地位與一般房屋無異，仍不改變於行政法規範下，其仍為非法建物而有隨時被政府強制拆除之可能。因此，違章建築之存續期間存在不確定性，經濟價值於評價上亦低於合法建築。而以基地租賃優先承買權之制度目的係著眼經濟效率出發，雖基地租賃優先承買權制度之目的在於，消除房地使用關係以消滅其中之交易成本，而此效果不論土地上之房屋為合法或非法均存在，然此目的應係基於房地使用關係中同時牽涉房屋及基地兩個不動產，認於此交易成本較一般其他契約為大。而違章建築本身存續期間之不確定性亦某程度削弱消滅交易成本之需求，蓋於違章建築受拆除時，基地上再無房屋，即無立法目的存在，而此為基地上之房屋係合法建物時所無的特殊情況。

於基地上之房屋為合法建物而至少於租賃期間均會存在之情形，賦予租賃關係之當事人優先承買權以消除使用關係中之交易成本的利益是否會大於優先承買權對買賣市場所造成之效率損失都已經不明確時，於基地上之房屋為違章建築而隨時有被拆除之可能將使「消滅房地使用關係」之利益將更不明確，更難認為此時優先承買權之介入得以達成促進經濟效率之目的。

再者，違章建築之存在本身亦有社會成本。實質違建之所以無法辦理所有權保存登記，原因在於其不符合現有之建築相關法規。而此等建築法之相關規範存




在之目的在於保障建物不會損害人身財產安全，則違章建築不符合該等法規，將可能造成之社會問題，亦為一社會成本。如 2019 年新北市中和發生大火，起因為一樓住戶違法將防火巷封死、違建鐵皮屋堆置雜物，該戶 3 年來已 2 度發生火警，其中第 2 次火警還延燒 8 戶鄰居，造成總損失將近 1 百萬元。據報載，「造成 8 戶嚴重損失的違建第 2 次火警，發生於 2017 年 9 月 21 日下午 1 時 49 分，當時消防局出動 23 輛車與多達 86 名消防員到場救災，由於該處是住宅密集的巷弄，起火時濃煙密布，一旁還有幼兒園，許多住戶、孩子嚇的倉皇逃生。當時打火的消防隊到場發現，起火點位於該處公寓 1 樓，但因 1 樓住戶搭蓋違建鐵皮，把防火巷封死，導致大批消防車被擋在巷外，消防隊員滅火不易，大費工夫不斷拉長水線才進入火場，可是火勢與濃煙已延燒樓上、隔壁共 8 戶，最後花費數十分鐘才將火勢撲滅，總計損失將近 1 百萬元；新北市消防局火調科事後查出，起火原因正是 1 樓違建戶的房間內老舊電線起火，延燒到後方、側面搭建的鐵皮屋內，加上該處堆放許多易燃物，導致火勢延燒，事後消防隊還在火場搬出 4 桶瓦斯，慶幸火災沒產生氣爆，否則後果難以想像。」²⁷⁸相關因違章建築所引起之公共安全事件於我國層出不窮²⁷⁹。

是故，縱使主張應允許違章建築之事實上處分權納入土地登記之學者亦強調，對違章建築之最佳解決方法是應全部立即拆除，蓋許多違章建築有製造公共危險之疑慮，僅基於現行各縣市政府不主動積極拆除違建之實務作法，使違章建築仍繼續存在，而提出使其等得納入土地登記之次佳作法²⁸⁰。違章建築所致生公共安

²⁷⁸ 蘋果即時新聞網 (2019/12/24)，〈【百姓的苦與痛 1】怒！違建害火災兩度燒我家 拆除大隊裝瞎「等燒死人嗎」〉，<https://tw.appledaily.com/life/20191224/TMIAMSKIJKGQGO5MAUBRWYZMJE/>，(最後瀏覽日：05/13/2020)。

²⁷⁹ 另可參照民視影音 (2020/3/14)，〈違章建築共用單一出入口！火警逃生難〉，載於 yahoo!新聞網，<https://tw.news.yahoo.com/video/違章建築共用單一出入口-火警逃生難-063901463.html>，(最後瀏覽日：05/13/2020)；照吳從周，前揭註 275，頁 127-129。

²⁸⁰ 張永健 (2015)，《物權法之經濟分析：所有權 (第一冊)》，頁 311，臺北：元照。

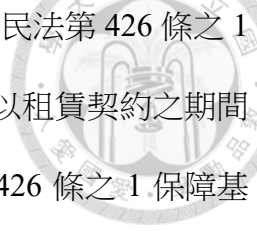


全之危險為一外部成本，且此成本於違章建築存在時亦繼續存在，導致社會經濟效率之減損。則本文認為，若於基地上之房屋為違章建築時亦賦予該基地租賃關係優先承買權而使違章建築與其所在之基地所有權合一，反而會使社會成本繼續存在，造成經濟效率下降，與基地租賃優先承買權所追求之目的背道而馳。故縱然不採法秩序一致性之見解而認難以合憲性解釋排除違章建築之適用，就目的性解釋著手仍能達到應將違章建築排除之結論。

第三目 與是否保障違章建築之存續無涉

須強調者係，於此不賦予違章建築之所有人或事實上處分權人對基地之優先承買權，並非積極不保障違章建築之存續。縱於基地上之房屋為違章建築時無優先承買權存在，此仍有民法第 425 條及民法第 426 條之 1 的適用可能。雖對於違章建築是否有民法第 425 條及民法第 426 條之 1 的適用，學說及實務上均有爭議²⁸¹，然優先承買權相較於此二條之保護更為強烈。於認為有民法第 425 條或民法第 426 條之 1 的適用時，縱然基地所有權或違章建築之事實上處分權移轉，違章建築對基地仍有合法占有權源，然此租賃契約終將有終止之時，而土地所有人於該時即能請求違章建築之事實上處分權人拆屋還地。則相較於由違章建築之所有人或事實上處分權人透過優先承買權取得土地，由第三買受人取得土地對違章建築之保障仍然較低，因違章建築所受保障之存續期間仍僅為原租賃所訂之期間。故若有民法第 425 條或民法第 426 條之 1 的適用，亦不等同於須賦予其優先承買權；若認無民法第 425 條或民法第 426 條之 1 的適用，則當不應賦予其優先承買權，此於價值判斷上應無疑問。

²⁸¹ 認於違章建築亦無本條之適用者，如林俊廷，前揭註 274，頁 167-168。實務見解依據學者之整理則有採肯定說，亦有採否定說者，未見統一，參照吳從周，前揭註 275，頁 153-155。



基此，違章建築之存續期間是否應受保障為民法第 425 條及民法第 426 條之 1 的問題，蓋誠如前所述，於租賃基地建築房屋時，承租人應係以租賃契約之期間為預想而規劃於基地上之投資。故透過民法第 425 條或民法第 426 條之 1 保障基地上之房屋於租賃期間對基地繼續保有合法權源，對基地承租人之投資即已為充足之保障，此與再進一步保護超過原訂租賃期間而使房屋有永久存在之可能的優先承買權應有所區辨。

故論者有基於認為違章建築於受拆除前，民法上均仍應保障其財產權之觀點，並認於此使房地使用關係合一時，違章建築與一般合法房屋並無不同，主張於基地上之房屋為違章建築時仍有優先承買權存在²⁸²，該等見解仍值得商榷。本文認為違章建築之存續於民法上是否應加以保障均為民法第 425 條及第 426 條之 1 的解釋問題，而於基地租賃優先承買權則更須考慮以物權效之優先承買權介入買賣市場將更使違章建築超越原訂使用期限得繼續存在。於基地上之房屋為違章建築時賦予其等優先承買權不但降低買賣市場效率，更將造成無優先承買權而由第三人買受基地或違章建築時所不會產生之社會成本，無助於優先承買權制度目的所追求的經濟效率之提昇。

第四目 小結

綜上，本文認從目的性解釋，即應排除該房屋為違法之違章建築之情形，否則將偏離立法者所預想之立法目的，於價值衡量上有失平衡。故應認於基地上之房屋為違章建築時，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之文義範圍過廣，若僅

²⁸² 賴建安（2015），《基地使用關係人優先承買權之研究》，頁 47-56，世新大學法學院碩士論文；趙翊淳（2020），《違章建築之民事法問題研究》，頁 234-236，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。



依照文義解釋將難以達成規範目的，應再為目的性限縮而認無基地租賃優先承買權之存在。

則本文結論上對此問題採否定說，而就上開自此優先承買權具物權效而影響甚巨，及自規範目的切入、要求法秩序一致性而採否定說之學說，認為可資贊同；就自土地登記行政之觀點切入者，結論上亦得贊同，然就論理之部分與學說略有不同。持該見解之學者係認為若土地上之房屋為違章建築，地政機關無法自土地登記簿得知該基地上有優先承買權存在，進而認此有害交易安全。惟是否有害交易安全應係自交易人，亦即第三買受人，而非地政機關之角度觀察，蓋地政機關並非交易之當事人。於土地上之房屋為違章建築時，雖於第三人買受土地時，應可自土地之外觀一望即知該地上存有房屋，然因違章建築未辦理保存登記，故第三人不能透過查閱地籍謄本而確知房屋所有人是否與基地所有人不同而知有使用關係存在。則雖於土地上之房屋為違章建築時，基地租賃優先承買權仍有一定程度之公示外觀，然相較於合法之房屋而言公示性仍較弱，對交易安全確實更有妨礙。

最後，檢視上開採肯定說之實務見解。最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決之論理著重於優先承買權之要件僅要求房屋出賣之債權契約訂立，而不要求所有權移轉之原因或在於，其原審認優先承買權不存在之理由係違章建築未經保存登記而無從移轉所有權，不符合優先承買權之要件²⁸³。最高法院就此部分之指摘值得贊同，蓋優先承買權所要求房屋或土地出賣之要件僅在要求訂立買賣契約，而不要求物權已為移轉。然此尚難作為肯認違章建築有適用優先承買權之理由。

最高法院 91 年度台上字第 2154 號判決則認，於租用基地所建築者為違章建

²⁸³ 原審見解有於該最高法院判決中摘錄而與此相關者為：「被上訴人間之買賣僅係事實上處分權之讓與，非所有權之買賣，自非優先購買之對象。」



築時，無礙租地建屋之本質，當有基地租賃之優先承買權適用。然此亦僅為該案中已符合優先承買權「基地租賃契約存在」之必要條件，惟此並非權利存在之充分條件。

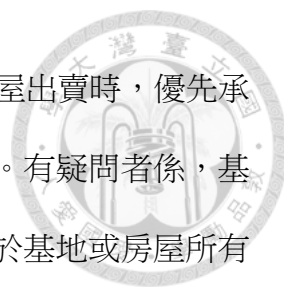
由此可見，最高法院此二判決之論理均僅集中於基地租賃優先承買權的部分要件，然未著眼於違章建築與一般合法房屋之不同之處，並進一步探討於此是否仍有賦予其優先承買權以保障違章建築繼續存在之必要而為說理，甚為可惜。又最高法院自違章建築之「事實上處分權」此一概念創設以來，對其之評價仍於與所有權之異同間徘徊不定²⁸⁴。故於實務見解對於違章建築之保護密度仍未有定論前，採本文之見解應未與實務見解就事實上處分權之評價有過大的扞格。

而最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決之案例事實中，法院認，於案件繫屬時，租用系爭基地建造違章建築之承租人已行使優先承買權，故縱該違章建築後遭拆除，亦不影響承租人已取得之權利，得就基地優先承買。此見解自優先承買權之形成權性質出發，不因嗣後所發生之情事而受影響無疑問，然此案例事實亦可驗證本文所採之否定說基於違章建築之存續可能性本較一般房屋為低而有隨時遭拆除之可能而主張不應有基地租賃優先承買權適用之見解。此亦為採否定說之最高法院 80 年度台上字第 2105 號判決所述之「違章建築，有隨時被拆除之可能，……，其據此主張優先承購權，與土地法第一百零四條規定，旨在使基地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟上效用之立法目的是否有違，亦待推敲。」

第三節 基地或房屋出賣

第一項 要件之定性

²⁸⁴ 相關之詳細整理參照吳從周，前揭註 275，頁 147-169；梁鈺府（2015），《違章建築「事實上處分權」之研究》，頁 29-88，國立臺灣大學法律學院法律學系研究所碩士論文。

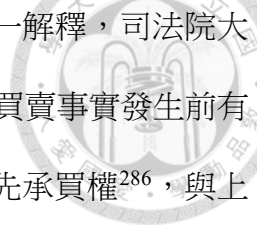


民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條均係規定，基地或房屋出賣時，優先承買權人有優先承買之權，故當於不動產出賣時此權利方得行使。有疑問者係，基地租賃之優先承買權究係於基地租賃契約成立時即已發生，或於基地或房屋所有人與第三買受人訂立買賣契約時方發生。亦即，第三人之買賣契約係優先承買權之權利存在要件，抑或僅為停止條件。過去產生與此問題有關之爭議在於：優先承買權人得否於有第三人之買賣契約訂立前，拋棄其優先承買權？若認買賣契約為優先承買權之權利發生要件，則權利既尚未存在，不得拋棄；若認僅為停止條件，則有於買賣契約成立前先拋棄之可能。本文於本項僅就此要件之性質簡單介紹之，並就相關之爭議案件為討論，至該權利是否得拋棄，以及拋棄與權利發生時點之關係，將於本節第五節第一項討論之。

學說上就此部份之討論多集中於耕地租賃之優先承買權，而耕地三七五減租條例第 15 條之規定為「耕地出賣或出典時，承租人有優先承受之權，出租人應將賣典條件以書面通知承租人。承租人在十五日內未以書面表示承受者，視為放棄。」，規範方式與基地租賃之優先承買權相似。又土地法第 107 條及民法第 460 條之 1 於規範耕地租賃之優先承買權，分別準用土地法第 104 條及民法第 426 條之 2，故於耕地租賃優先承買權之相關討論自可於基地租賃援引之。

最高法院 49 年台上字第 2358 號判例針對此問題，謂：「惟優先承買權亦為權利之一種，原則上因拋棄而消滅，承租人就其優先承買權倘曾向出租人為拋棄之意思表示，自後即不得再行主張及行使。」，學說上認此判例雖未直接針對優先承買權之權利發生時點為論述，然其既認承租人得事先拋棄該權利，得解為此判例係認優先承買權於租賃關係成立時，即已發生，否則承租人無從事先拋棄²⁸⁵。

²⁸⁵ 劉春堂，前揭註 203，頁 375；王澤鑑（1998），〈耕地承租人事先拋棄優先承受權的效力〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 505，註 5，臺北：王慕華。



此判例後遭監察院認不無疑義，提請司法院大法官會議統一解釋，司法院大法官並於民國 57 年作成釋字第 124 號解釋，認為縱然承租人於買賣事實發生前有為拋棄優先承買權的意思表示，其於耕地遭出賣時仍得行使優先承買權²⁸⁶，與上開判例所採之見解不同。其理由書中提到：「其優先承受之權，係於耕地出賣或出典時始行發生，且必須出租人將賣典條件以書面通知承租人後，始得表示承受或放棄承受，此項規定，自不因承租人事先有拋棄優先承受權之意思表示而排除其適用。無論其意思表示係向出租人或向其他承租人為之，其時既無賣典之情事與條件，則法定之優先承受權尚未發生，自無所謂消滅或喪失之問題。嗣後如遇耕地出賣或出典時，出租人仍應依上開條項之規定，將賣典條件以書面通知承租人。承租人未於十五日內以書面表示承受者，始發生視為放棄之效果。」，認為優先承買權係於耕地出賣或出典於第三人時始發生，且需優先承買權人受通知後，始得表示放棄或承受。故大法官會議解釋變更上開最高法院之判例，解釋上認需有與第三人之買賣契約訂立後，方發生優先承買權。

然而，多數學說見解則認優先承買權應係於租賃契約成立時即發生，條文中之「耕地出賣或出典時，承租人有優先承受之權」係在規範權利行使時點，而非權利發生時點²⁸⁷，故認優先承買權係一附有「義務人出賣標的物於第三人」之停止條件的形成權²⁸⁸。

將上開之討論援引至基地租賃優先承買權，依司法院大法官會議解釋之意旨，應是認基地租賃優先承買權亦於不動產出賣時方發生；而多數學說見解則認為該

²⁸⁶ 解釋文為：「依耕地三七五減租條例第十五條第一項之規定，承租人於耕地出賣或出典時，有優先承受之權。必須出租人將賣典條件以書面通知承租人後，始有表示承受或放棄承受之可言。此項規定，自不因承租人事先有拋棄優先承受權之意思表示而排除其適用。」

²⁸⁷ 王澤鑑，前揭註 285，頁 505-506；劉春堂，前揭註 203，頁 375-376。

²⁸⁸ 王澤鑑（1998），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 519，臺北：王慕華；另謂此係依附有條件之形成權，惟未說明該條件為何者，參照：史尚寬（1953），《土地法原論》，臺二版，頁 203-205，臺北：張廷休；潘維和（1976），〈先買權之研究〉，刁榮華（編），《現代法學論文精選》，頁 308，臺北：李少俊。



權利應係於租賃契約成立時即發生²⁸⁹，僅需待不動產出賣時方可行使。然亦有學說見解採與大法官解釋相同之看法，認與第三人間之買賣契約為權利發生要件²⁹⁰。

於基地租賃優先承買權之法院判決中，經本文之蒐集，法院對此有表示見解者有最高法院 86 年度台上字第 1758 號判決之原審見解²⁹¹，謂：「按出租人之優先購買權，須於承租人將所承租土地上之房屋出賣與第三人時始行發生，即以所有人與第三人間有買賣契約存在為條件。」將買賣契約定性為權利發生要件。另有臺南地方法院 105 年度訴字第 2027 號判決，謂：「上開規定²⁹²乃係為保護地上權人、典權人、承租人之利益，尚不具公益色彩，地上權人等既與土地所有權人訂立預先拋棄之特約，於當事人自具拘束力，土地出賣時，地上權人等不得再主張優先承買。……前述優先承買權雖尚未發生，亦屬期待權。」，此判決中法院言明「前述優先承買權雖尚未發生」，應係將第三人買受契約定性為優先承買權之權利發生要件，與大法官解釋之見解相同。

基此，多數學說見解與實務見解間就「與第三人訂立買賣契約」之定性上究為優先承買權之發生要件，抑或效力要件，有所爭論。然本文認，此問題雖有論理上之意義，於操作上則無實益，蓋不論為發生要件或效力要件，皆生是否得拋棄之問題，此將於後討論。又不論認為第三人之買賣契約為優先承買權之權利發生或生效要件，基地租賃之優先承買權均須待有第三人買賣契約後始有效存在，故本文仍將第三人買賣契約列為基地租賃之優先承買權的要件之一而於本章討論。

²⁸⁹ 特別針對基地租賃為論述者有：鄭玉波，前揭註 215，頁 421；劉春堂，前揭註 203，頁 407。

²⁹⁰ 林誠二（2011），〈優先承買權之效力與行使期間—最高法院 99 年度台上字第 1699 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，10 期，頁 33。

²⁹¹ 惟於司法院系統中未能查詢到該原審判決之全文，僅能自最高法院所摘錄之內容觀察。

²⁹² 指基地及耕地租賃之優先承買權相關規定。



第二項 買賣契約已有效締結

就優先承買權是否須待針對基地或房屋之買賣契約確實存在後方能行使，實務上曾有爭議，最高法院並針對此問題做成 67 年度第 5 次民事庭推總會決議（一）。該決議之討論意見有甲乙兩說，甲說以土地法第 104 條之優先承買權之行使，「須以行使時所有人與第三人間有買賣契約之存在為要件」；乙說則認「所有人出賣不動產時，但將自己所定價格通知先買權人為已足，不須先有與第三人間之有效買賣契約存在」該決議最終採甲說，故實務見解仍認應以於買賣契約有效締結時方可行使基地租賃之優先承買權。

就此問題，學說上有針對土地法第 34 條之 1 共有人優先承買權而多採與上開實務相同之見解，認應以買賣契約有效存在為前提，並有援引最高法院 65 年台上字第 2113 號判例²⁹³為據²⁹⁴；亦有針對基地租賃優先承買權為討論而採相同見解，認為權利行使應以買賣契約已有效締結為要件²⁹⁵。然，有採不同看法之學者認為，不必一律認優先承買權之行使須以出賣人將標的物有效出賣與第三人為前提，而只要出賣人與買受人間「一方要約（需具備要約的要件），他方願意承諾（但尚未承諾，如以口頭或書面表示願意承諾，或訂立預約）」，即可認定買賣條件而得為優先承買²⁹⁶。且若要求須以有效出賣為基礎，亦將使出賣人與第三人必須事前或事後處理其間買賣契約的問題，增加糾紛解決的成本²⁹⁷。

惟本文認為，著眼於行使優先承買權將形成之契約為與出賣人及第三人間之

²⁹³ 「土地法第三十四條之一第四項所定共有土地優先購買權之行使，須以共有人有效出賣其應有部分與第三人為基礎，苟共有人與第三人間之出賣行為根本無效，亦即自始不存在，則所謂優先購買權即無從發生。」

²⁹⁴ 王澤鑑，前揭註 264，頁 280。

²⁹⁵ 李鴻毅（1989），《土地法論》，修訂十四版，頁 498，臺北：自刊；劉春堂，前揭註 203，頁 376。

²⁹⁶ 謝哲勝，前揭註 244，頁 124；黃健彰（2020），《不動產優先購買權總論》，二版，頁 23，臺北：元照。

²⁹⁷ 黃健彰（2017），〈優先購買權爭議問題研究〉，《財產法暨經濟法》，50 期，頁 11。



買賣契約的同一條件，若出賣人及第三人間尚未成立一確定而可訴請履行之買賣契約，即一概認為優先承買權存在而使權利人得加以行使，或將有不當之處。於下就不同情形一一討論之。


第一款 表示願意承諾

上開認為不必以買賣契約已有效締結為前提之見解，係基於避免出賣人與第三人間因優先承買權存在而須處理買賣契約所衍生之問題的成本，然其犧牲者則為優先承買權人之權益。

買賣契約存在作為優先承買權之要件的意義在於，使優先承買權人得以該買賣契約的內容為基礎，決定是否行使權利。則要求買賣契約已有效締結係在保護優先承買權人，使其可從已締結之契約確知所有買賣條件而完全掌握行使優先承買權所將產生之效果。則是否需將有效締結買賣契約此一要件放寬，亦應觀察放寬後對優先承買權人之影響，非僅著重於優先承買義務人與第三買受人間。

就「表示願意承諾」而言，當事人間尚未達成意思表示合致，亦不受「表示願意承諾」之拘束，而可再就契約內容進行磋商。就可再進行磋商而言，對優先承買權人影響可能較小，蓋解釋上如出賣人與第三人因進一步之磋商而使契約條件有變動，本即應再將最新之條件通知優先承買權人，方得謂已為合法之通知。

相較之下，對優先承買權人影響較大者應為，我國法上亦未對「表示願意承諾」有任何規制，亦即是否已達到「表示願意承諾」之程度，基於契約及意思自由原則，全由當事人決定，不代表其等就契約之細節已有一定程度之討論及合意。則於此，出賣人將其與第三人達到「表示願意承諾」程度之內容通知優先承買權人時，不等同該通知的內容已達到足以特定買賣契約內容之程度。則若優先承買



權人本於該內容行使優先承買權，其與出賣人間得否形成買賣契約應有疑問。蓋依民法第 153 條，契約之成立以當事人對必要之點意思一致為前提。如出賣人與第三人達到「表示願意承諾」之內容尚未達到必要之點一致之程度，而優先承買權人又以該內容為基礎行使權利，難謂優先承買權人與出賣人間得形成一合法之買賣契約。再者，縱「表示願意承諾」之內容已包含買賣契約必要之點，然就非必要之點或其他不動產交易當事人主觀上通常認為重要之點，如稅捐之負擔等，尚未有表示時，優先承買權人本於其受通知之內容行使優先承買權後，其與出賣人間之契約就該等條件亦可能未達到可得確定之程度。則此契約條件之不確定性本身即將使優先承買權人難以決定是否要行使權利而有礙優先承買權制度使優先承買權人取得不動產之目的達成。縱優先承買權得以決定並行使權利後，該等未為明確之條件最終或仍需透過訴訟由法院加以判斷，反而增加訟爭。

又就採此見解之論者所擔憂之出賣人與第三買受人間所生之契約問題，依本文之見解，該買賣契約因法定優先承買權的行使而陷於給付不能，此給付不能是否為可歸責於出賣人，應依出賣人有無告知第三買受人其買賣之標的上有優先承買權存在為判斷標準。故若出賣人有確實告知買受人，即不生債務不履行責任，實無成本增加之問題。詳細討論請參本文第四章第六節第二項。

第二款 預約

實務判決於此曾出現之爭議在於，出賣人及第三買受人訂立預約時，出賣人即為優先承買權之通知，則該通知是否為民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所規定之通知而使 10 日期間得開始起算。最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決認為，於僅訂有預約而尚未訂立本約時之通知並不合法，認：「洪明豐等三人通知

上訴人行使優先購買權時，與駱黔明間就系爭土地似僅達成買賣之預約，而非成立買賣本約。果爾，上訴人主張洪明豐等三人以系爭函件通知伊等行使優先購買權時，系爭買賣契約根本尚未成立云云，尚非全然無據。原審就此未詳加審酌，徒以系爭函件已載明買賣條件，即認洪明豐等三人與駱黔明間之買賣契約已成立，該三人已合法通知上訴人行使優先購買權，進而為不利上訴人之判決，尚嫌速斷。」而影響此案認定該通知是否合法之爭點即應在於：於訂立預約時是否優先承買權已有效成立而可得行使。蓋合法通知之目的本即在於使優先承買權人得本於該通知之內容決定是否行使權利。

針對當事人達成預約時，是否得肯認該當時已符合權利要件而優先承買權人得行使權利，則繫諸對預約之定義。若對預約係採英美法下之意義，其內涵與上述「表示願意承諾」應相同，不得承認此時得行使優先承買權。蓋英美法上並不承認當事人約定在將來的時點訂立契約之「約定」具有契約的效力。其雖承認當事人在契約以書面確立之前所作之約定，惟認為在該種約定中，當事人在契約以書面確立前並無受約定拘束之意，其中最常見者為英美法上在重大契約計畫訂立前之意向書，其只是一種意向宣示，但並無法律拘束力，因其中並不含承諾存在²⁹⁸。

相反的，在德國法下之預約則為一種真正的契約，契約義務為訂立債權契約之本約，而不直接進入契約內容之履行或給付²⁹⁹。且德國通說及實務均認基於預約之預備性質，其內容雖然不必達到跟本約一樣鉅細靡遺之完整性，也不必包括所有契約之點，但須當事人對「所有重要之點」都已達成一致。亦即，必須是所有客觀上或當事人理解上（主觀上）認為重要之點，或者說不僅是本約之客觀上

²⁹⁸ 吳從周（2015），〈論預約：探尋德國法之發展並綜合分析〉，氏著，《民事法學與法學方法 第七冊 民法與民事訴訟法之對應適用（一）》，頁 18，臺北：元照。

²⁹⁹ 吳從周，前揭註 298，頁 21。



必要之點，也包括雖然客觀上非必要之點，但當事人主觀上亦認其為重要之點者。如此，將來發生爭論時，法官才有可能透過對契約之補充解釋或者援用任意法規加以確定。若預約的內容無法達到具有探知本約內容的足夠確定性，則契約無效³⁰⁰。在此預約之定義下，應可承認此種意義下之預約得該當優先承買權之要件，蓋其要件既包含對客觀上必要之點及當事人主觀上認為重要之點均達成合意，已足以使優先承買權人了解所有重要之契約條件。

我國法上對預約之定義雖較接近德國法，然操作上仍有不同，未要求須對所有重要之點均達成合意，反而若就契約客觀上必要之點以外之內容有所約定時，可能被認定為本約而非預約。於我國實務，就本約及預約之區別標準，主要以「解釋當事人意思」及「通觀契約全體內容」判斷。學者觀察實務見解，認為最高法院於買賣契約中判斷是否為預約之操作上，「通觀契約全體之內容」似指是否僅具備買賣契約之「必要之點」，抑或包括其他履約之重要事項而定。最高法院於此似是認為：如僅有標的物及價金之約定，可認為是預約；如約定中尚包括付款方式、稅負、點交、費用及違約罰等重要事項，得逕履行而無庸另訂本約者則已為本約而非僅預約³⁰¹。故於契約中已確立所有契約之條件時，該契約即為本約而非預約，此為最高法院 64 年台上字第 1567 號判例所宣示：「預約係約定將來訂立一定契約（本約）之契約。倘將來係依所訂之契約履行而無須另訂本約者，縱名為預約，仍非預約。本件兩造所訂契約，雖名為『土地買賣預約書』，但除買賣坪數、價金、繳納價款、移轉登記期限等均經明確約定，非但並無將來訂立買賣本約之約定，

³⁰⁰ 吳從周，前揭註 298，頁 31。

³⁰¹ 吳從周，前揭註 298，頁 34-36；文中並有引用最高法院 98 年度台上字第 1972 號判決：「兩造非但就買賣標的物及其價金已為互相同意，且對其付款方式及其期限，及上訴人違反時，由被上訴人購買系爭不動產約定明確。若此情事，可否謂其僅就標的物及價金範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，而謂兩造間僅成立買賣預約，買賣本約並未成立，不無研求之餘地」。

且自第三條以下，均為雙方照所訂契約履行之約定，自屬本約而非預約。」³⁰²準此，我國法意義下之預約似為就必要之點已達成意思表示合致，其他重要之點則未，之契約。則於買賣契約中，必要之點應僅為標的物及價金，若出賣人與第三人僅就此達成合意即認優先承買權要件已該當而使優先承買權人行使優先承買權，同樣將產生契約中對交易當事人主觀重要之非客觀必要之點尚未確定，而優先承買權人難以決定是否行使，或行使後仍生糾紛之問題。

自基地租賃之優先承買權係在成立一「出賣人與第三人間同一條件」之買賣契約觀之，於出賣人與第三人間尚未有契約成立時，不論是僅有表示願為承諾或有訂立我國實務意義下之預約者，其契約內容均仍未達確定。若認於此時優先承買權即已為得行使，就出賣人與第三人間尚未約定之部分或可得推知之部分是否應成為優先承買權人與出賣人間之契約內容，即生疑問。如稅捐應由出賣人或買受人負擔、價款得否分期支付等，此雖非買賣契約之必要之點，然對當事人之購買意願可能有極高之影響。且於該等部分有爭議時，亦須由法院加以認定而增訴訟成本，徒增困擾。故本文認為，將優先承買權得行使之時點提前於與第三人之買賣契約有效訂立前，實屬有弊而無利，故仍應以實務及多數學說見解為可採，以出賣人與第三人間之買賣契約已有效締結時，優先承買權始為得行使。

回到上開提及，認為於僅訂有預約而尚未訂立本約時之通知並不合法的最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決，本文既認於僅訂立預約時未有優先承買權存在，即亦贊同此判決之見解。蓋於僅訂有預約之當時優先承買權人尚不能行使權利，自無認為該通知得為合法而使 10 日除斥期間開始起算之理。

第三款 通謀虛偽意思表示

³⁰² 吳從周，同前註 298，頁 33。



於出賣人與第三人訂立之買賣契約係為通謀虛偽意思表示，若優先承買權人為善意，該通謀虛偽意思表示對善意之優先承買權人並非無效，故解釋上仍可行使優先承買權。

惟若優先承買權人非為善意，則該通謀虛偽意思表示對優先承買權人為無效，則對優先承買權人而言，未有該當優先承買權要件之買賣契約存在，亦無權利可得行使。此為最高法院 82 年度台上字第 3048 號判決所表示之見解，謂：「原審以：……按行使優先購買權，須以買賣有效為要件。被上訴人間之買賣既係出於通謀虛偽意思表示，依法無效，且上訴人明知系爭土地係被上訴人陳洪金葉所標買，已見前述，上訴人顯非善意第三人，被上訴人自得以其無效對抗之。買賣既屬無效，上訴人即無優先購買權存在。從而其為本件之請求，即屬不應准許。……經核於法並無違背。」可資贊同。

第四款 其他所有權移轉之原因關係

又通說認為優先承買權之行使，只有在所有人出賣基地或房屋時始有適用，若為繼承、贈與、遺贈、互易，即不得主張之³⁰³。此亦應可資贊同，蓋若所有權移轉之原因關係非為買賣契約，即無從使優先承買權人給付原因關係中之同一條件。而若負有優先承買權之不動產係依強制執行程序而遭拍賣，則因我國實務上對拍賣採取私法說，認拍賣為買賣之一種³⁰⁴，故亦有優先承買權之適用³⁰⁵。

³⁰³ 吳珮君，前揭註 229，頁 17；溫豐文，前揭註 195，頁 13。

³⁰⁴ 最高法院 64 年台上字第 2200 號判例：「強制執行程序中之拍賣，為買賣方法之一種，關於出賣人所為允為出賣之意思表示(拍定)，應由執行法院為之。」；就強制執行拍賣性質所生之學說上爭亦可參照張登科(2015)，《強制執行法》，修訂二刷，頁 274-276，臺北：自刊。

³⁰⁵ 最高法院 49 年台抗字第 83 號判例：「強制執行法上之拍賣，應解釋為買賣之一種，即拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位。故出賣人於出賣時所應踐行之程序，例如依耕地三七五減租條例第十五條規定，應將買賣條件以書面通知有優先承買權之承租人，使其表示意願等等，固無妨由拍賣機關為之踐。」



第四節 通知到達後 10 日內表示

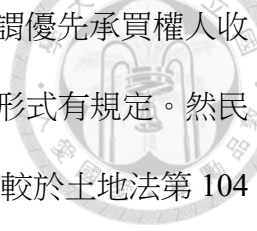
依民法第 426 條之 2 第 2 項，不論係基地出賣或房屋出賣，出賣人於出賣時，應將出賣條件以書面通知優先承買權人，而優先承買權人於通知達到後 10 日內未以書面表示承買者，視為放棄。該條第 3 項並規定，出賣人未以書面通知優先承買權人而為所有權之移轉登記者，不得對抗優先承買權人。土地法第 104 條第 2 項有類似之規範，規定優先承買權人於接到出賣通知後 10 日內不表示者，優先承買權視為放棄。而該項亦規定出賣人未通知優先承買權人而與第三人訂立買賣契約者，不得對抗優先承買權人。

本於此二條之規定，優先承買權之通知最主要的目的之一，在於使 10 日除斥期間開始起算。若此期間尚未經過或根本未開始起算，具物權效之優先承買權人仍有透過行使權利而變更相關人間權利義務之可能，影響甚大。故實務及學說上就此通知究應具備何等要件，有許多爭議³⁰⁶。

應一併予以敘明者為，受合法通知並非優先承買權人行使權利之要件，縱未受合法通知而於本章所提及之其他權利要件均已具備，亦可行使優先承買權。然若已有合法通知且自受通知時起已逾 10 日期間，除斥期間經過，優先承買權即為消滅而不得行使。此為本文將「通知後到達 10 日內表示」，而非「受合法通知」列為優先承買權之權利要件之理由。

第一項 通知之方式

³⁰⁶ 就此相關問題，筆者曾為文探討，參照何奕萱（預計 2020 出版），〈論基地優先承買通知之合法要件：評最高法院 106 年度台上字第 1679 號民事判決〉，財團法人李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編二十三、二十四：李模務實法學基金會法學論文徵選得獎作品集》，臺北：李模。本文以下內容係以該文為基礎，惟已經大幅改寫，故以本文所述者為準。



就優先承買之通知是否有一定之方式，土地法第 104 條僅調優先承買權人收到通知後 10 日內不表示，優先承買權視為放棄，而未就通知之形式有規定。然民法第 426 條之 2 則規定，出賣人應將出賣條件以「書面通知」，相較於土地法第 104 條，增設了一以書面為之之規定。於本文所關注之基地租賃則同時有土地法及民法此二條規定之適用，故於基地租賃而有基地或房屋出賣時，該通知究應依土地法第 104 條或民法第 426 條之 2 為之，亦即是否以書面為必要，即生爭議。


第一款 實務見解

大部份之實務判決中多僅援引法條內容而於判決內文有出現「出賣人應以書面通知優先承買權人」等字樣，然因案例事實多為出賣人並未為任何通知，故就「有通知但未以書面為之」時之效力為何，則未有太多判決加以討論。經本文搜尋，有論及此問題之實務見解應仍有肯否兩說。

第一目 不以書面為必要

採否定說而認此通知不必以書面為之者，有最高法院 98 年度台上字第 96 號判決及最高法院 91 年度台上字第 1301 號判決。惟此 91 年度判決之案例事實係發生於民法第 426 條之 2 尚未增訂之民國 86 年，當時未有民法及土地法規範不一致而應如何適用之問題，故以 98 年度之判決為重要。

此 98 年度之判決係針對耕地租賃之情況為討論，然因耕地租賃之優先承買權係依土地法第 107 條規定準用土地法第 104 條，而依民法第 460 條之 1 準用民法第 426 條之 2，故就通知是否應以書面為之之爭議均與基地租賃中相同，可資參考。於判決中，最高法院並未就此爭議自行論述，而係維持原審判決之見解，為：「原



審依審理之結果，以：……依民法第四百六十條之一第二項準用同法第四百二十六條之二第二項規定，耕作地出租人出賣耕作地時，出賣人固應將出賣條件以書面通知優先承買權人，惟依土地法第一百零七條規定，則未有以書面通知之限制，土地法係民法之特別法，自應優先適用。況上開民法所定書面通知，無非使承租人知悉其買賣行為而得行使優先承買權，並無謹慎、公示或行政之目的，僅係作為證據之目的，縱無書面，若有其他證據足以證明確有通知之行為，仍難謂不生通知之效力。本件被上訴人雖未以書面正式通知上訴人行使優先承買權，然其確曾以口頭通知上訴人，而為上訴人所明確知悉，其卻故意壓低價格，未於十日內行使優先承買權，……，依土地法第一百零七條及第一百零四條第二項之規定，視為放棄優先承買權。」係以土地法為民法之特別法而應優先適用，且認民法之書面通知的規定目的僅為證據目的而若有其他證據足證確有通知之行為時，仍難謂非以書面為之之通知不生效力為理由，認為優先承買之通知不以書面為必要。此亦為該判決於優先承買權人視為放棄該權利之相關論述僅提及土地法，而未操作民法之相關條文之原因。

第二目 以書面為必要

採肯定說而認合法通知應以書面為必要者，則為較近期之判決，為最高法院 103 年度台上字第 2436 號判決及最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決。此二判決均於一般論中提及，民法第 426 條之 2 規定優先承買權之通知應以書面為之。其中，最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決之意旨為：「按土地法第一百零四條第一項規定，基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權。必該優先購買權人，於接到出賣人以與買賣契約內容（如買賣標的、範圍、價金及付款方法等）

同條件之通知後，未於十日內表示者，其優先購買權始視為放棄。民法第四百二十六條之二第二項更規定，該通知應以書面為之。」，同時提及土地法及民法之規定，並強調該案中土地之出賣人未將買賣內容以書面通知優先承買權人，不得逕認為優先承買權人已放棄優先承買權³⁰⁷。

第二款 學說見解

學說見解有就此討論者，則均認通知不須以書面為之，然就論理上有所不同。採此見解之學者有同於上開最高法院 98 年度台上字第 96 號判決者，認土地法為民法之特別法而應優先適用，故該通知無論以書面或書面以外之方式均無妨，但均應足使優先承買權人知悉買賣條件始可³⁰⁸。另有學者考察立法資料，未見民法第 426 條之 2 增訂時有就增訂「書面」通知的原因之相關記錄³⁰⁹。據此，其就書面規定之立法意旨及違反時之效力分析，得出不必一概認為未以書面通知者均為無效之結論。因該學者之論理詳盡，故本文將該學者之見解簡單整理如下。


該學者認為，雖就優先承買通知之性質為何有不同見解，然即便非法律行為，仍可類推適用民法第 73 條要式行為之規定。而此類推適用應考慮該法定方式的規範意旨，即便無「法律另有規定」，亦不能一律認為「法律行為不依法定方式無效」³¹⁰。其認為，優先承買之通知並非對當事人雙方有拘束力的買賣契約，則在現行

³⁰⁷ 「查蔡賴秀鸞等二人出售系爭土地時，並未將買賣內容以書面通知上訴人，為原審認定之事實。乃原審竟認第一審判決記載蔡賴秀鸞等二人出售系爭土地之價格為四千八百三十八萬六千元，上訴人於收受該判決後，未於十日內向蔡賴秀鸞等二人表示願以相同條件購買，應視為已放棄優先購買權，遽將法院判決書之送達，視為蔡賴秀鸞等二人之書面通知，進而為不利上訴人之判決，駁回其追加之訴備位聲明部分，不無可議。」

³⁰⁸ 陳立夫（2015），〈基地·房屋之優先購買權：土地法第 104 條（下）〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 104。

³⁰⁹ 黃健彰，前揭註 242，頁 101-102；黃健彰（2015），〈基地、耕地承租人優先購買權的通知：民法與土地法規的扞格〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 1 期，頁 176-177。

³¹⁰ 黃健彰，前揭註 242，頁 104-105；黃健彰，前揭註 248，頁 179。



法仍未要求不動產買賣的要約應以書面為之時，無需認為出賣人未以書面通知時，該通知一律不生效力³¹¹。又不動產優先承買之通知的書面規定是在保護優先承買權人，如優先承買權人希望有書面以便慎重考慮是否購買，或便於向專業人事請教，其有權請求出賣人以書面方式通知。如優先承買權人已於口頭通知後 10 日內請求書面通知，而出賣人雖已以書面以外的方式將買賣條件通知買受人，但不願以書面通知，則優先承買權人可能擔心出賣人並未將重要買賣條件都予以通知而不敢貿然表示優先購買，此時優先承買權人應受保護，該通知應解為不生效力。但若優先承買權人於 10 日期間內未向出賣人表示應以書面通知，亦未表示優先承買，甚至以口頭或書面明白表示不予承買，則其事後如主張通知不生效力、仍得優先承買，保護的必要性較低³¹²。

基此，該學者認為，優先承買書面通知之規定，主要係為保護優先承買權人及謀通知的舉證方便而設，亦不排除有行政目的。則若出賣人確有將買賣條件予以通知時，縱未以書面為之，仍難認通知一律不生效力³¹³。其並援引學說上「法律行為無效補充性或最後手段性原則」³¹⁴，認為一概認為通知不生效力或無效，有違通知人的期待，且無必要，亦違反此原則³¹⁵。

第三款 本文見解

第一目 法定強制方式之概說

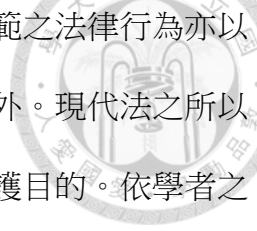
³¹¹ 黃健彰，前揭註 242，頁 106；黃健彰，前揭註 248，頁 180。

³¹² 黃健彰，前揭註 242，頁 107；黃健彰，前揭註 248，頁 180-181。

³¹³ 黃健彰，前揭註 242，頁 108；黃健彰，前揭註 248，頁 181。

³¹⁴ 論者認準法律行為與法律行為同為表示行為，故縱認優先承買之通知非法律行為而僅為準法律行為，應仍得參照此一原則。

³¹⁵ 黃健彰，前揭註 242，頁 110-111；黃健彰，前揭註 248，頁 183-185。



方式自由為私法自治的主要內容，而民法既為私法，其規範之法律行為亦以方式自由為原則，以法律對特定行為要求以法定方式為之為例外。現代法之所以將特定行為規定為方式強制，則係為達成一定法律政策上之保護目的。依學者之整理，此法政策上之保護目的約略又可分為四種不同之取向，分別為：警告目的³¹⁶、證據目的³¹⁷、公開目的³¹⁸及促進流通目的³¹⁹。³²⁰民法財產法中有就法律行為為法定方式規定者如：民法第 422 條規定，一年以上不動產租賃契約應以字據訂立為之；第 709 條之 3 規定，合會會單應以書面記載該條所規定之事項；第 756 條之 1 規定，人事保證契約應以書面為之；第 758 條規定，不動產物權之依法律行為而取得、設定、喪失及變更者應以書面為之；第 904 條規定，債權質權之設定應以書面為之³²¹等。

又於法律行為違反法定強制方式時，民法第 73 條係規定該法律行為原則無效，但例外於法律另有規定時則不在此限。如上開民法第 422 條即規定若一年以上不動產租賃契約未以字據訂立者，效果係使該租賃契約擬制為不定期租賃契約，而非使該契約歸於無效。然若無相關條文規定系爭要式性之違反有不同效果時，即回歸民法第 73 條而使該法律行為無效。

本文於 Lawnote 以「民法 73 最高院 民事」為關鍵字並將搜尋結果限縮於法院見解部分搜尋³²²，經檢閱後與財產法有關且最高法院有就要式行為表示見解者共有 16 筆³²³。其中，要式行為規定之來源多非為民法，而有公司法³²⁴、信託業法

³¹⁶ 使當事人瞭解其法律行為的意義及利害關係，俾免為倉促、輕率的決定。

³¹⁷ 為證據或內容明確之目的，期能有助於確定法律行為是否成立及其內容。

³¹⁸ 確保一定法律關係的公開性，尤其關於不動產交易。

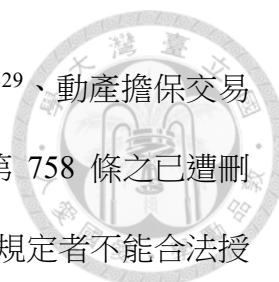
³¹⁹ 為促進一定債權，如有價證券，之流通性。

³²⁰ 王澤鑑（2013），《民法總則（增訂版）》，修訂版，頁 327-329，臺北：王慕華；亦可參照黃立（1999），《民法總則》，二版，頁 341，臺北：自刊。

³²¹ 整理自王澤鑑，前揭註 320，頁 330。

³²² 最後查詢日：05/16/2020。

³²³ 分別為：最高法院 32 年上字第 4349 號判例、最高法院 33 年台上字第 3343 號判例、最高法院



325、強制執行法³²⁶、海商法³²⁷、票據法³²⁸、公寓大廈管理條例³²⁹、動產擔保交易法³³⁰及民事訴訟法³³¹。直接來自民法之規定除等同於現行民法第 758 條之已遭刪除的民法第 760 條³³²外，另有民法第 531 條³³³，使違反此要式規定者不能合法授予代理權。

然對個案中所涉之法律是否為民法第 73 條所指之強制規定，實務見解似多認，如法條中有對一法律行為規定應以何種方式為之者，即為法定強制方式，而依民法第 73 條定其效力。然其未對該等條文何以得認定為法定強制方式有更細緻之說理，僅有 3 判決有稍作討論，簡述如下：

最高法院 91 年度台上字第 841 號判決，該案所涉者為「國防部頒布之定製財物收取保證金處理規定」，法院認此僅為行政機關之內部行政規則，自非民法第 73 條所指之法定方式，故系爭個案中無民法第 73 條之適用，該法律行為仍為有效。

最高法院 104 年度台上字第 14 號判決，該案所涉者為信託業法第 19 條，規定信託契約應以書面為之並記載特定事項。而法院則謂：「揆其立法理由，乃因信

43 年台上字第 822 號判例、最高法院 43 年台上字第 1160 號判例、最高法院 46 年台抗字第 101 號判例、最高法院 78 年度台上字第 496 號判決、最高法院 80 年度台上字第 2424 號判決、最高法院 85 年度台上字第 2457 號判決、最高法院 91 年度台上字第 841 號判決、最高法院 95 年度台簡上字第 13 號判決、最高法院 98 年度台上字第 1692 號判決、最高法院 103 年度台簡上字第 32 號判決、最高法院 104 年度台上字第 14 號判決、最高法院 104 年度台上字第 382 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1348 號判決、最高法院 107 年度台上字第 788 號判決。

³²⁴ 最高法院 80 年度台上字第 2424 號判決。

³²⁵ 最高法院 104 年度台上字第 14 號判決、最高法院 107 年度台上字第 788 號判決。

³²⁶ 最高法院 46 年台抗字第 101 號判例。

³²⁷ 最高法院 78 年度台上字第 496 號判決。

³²⁸ 最高法院 43 年台上字第 822 號判例、最高法院 43 年台上字第 1160 號判例、最高法院 104 年度台上字第 1348 號判決。

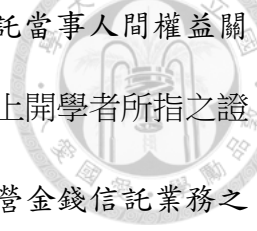
³²⁹ 最高法院 98 年度台上字第 1692 號判決。

³³⁰ 最高法院 85 年度台上字第 2457 號判決。

³³¹ 最高法院 33 年台上字第 3343 號判例，該判例係謂：「訴訟外之和解，在法律上並非要式行為，自無適用民法第七十三條之餘地。」其所援引之要式行為之規定未於判決中敘明，然應係指民事訴訟法第 379 條之規定。

³³² 最高法院 32 年上字第 4349 號判例。已於民國 98 年刪除之民法第 760 條條文內容為：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」，刪除理由為不動產物權變動方式已於民法第 758 條規定，故本條已無規定之必要。

³³³ 最高法院 103 年度台簡上字第 32 號判決、最高法院 95 年度台簡上字第 13 號判決、最高法院 104 年度台上字第 382 號判決。



託契約為信託當事人雙方權利義務及信託行為之依據，為使信託當事人間權益關係明確，而強制規定應以書面為之及其應記載之事項。」，應係上開學者所指之證據目的。就違反該規定之效果，最高法院認為：「準此，銀行兼營金錢信託業務之信託契約，倘未以書面訂定並記載信託業法第十九條第一項所列各款事項，依民法第七十三條本文規定，應屬無效。」而另一案之最高法院 107 年度台上字第 788 號判決亦涉及同條規範，見解及說理與此 104 年度之判決完全相同。

惟學說上針對該最高法院 104 年度台上字第 14 號判決，有不同之見解，認為是否得僅以證據目的作為違反要式規定導致無效的理由，可再斟酌。學者認，得影響法律行為生效與否的要式規定，至少應具有「促使當事人慎重其事，避免做出輕率判斷」的警告目的，方足以正當化違反要式規定導致無效的結論³³⁴。故該論者應係認為，仍需進一步探究該法定方式規定之目的為何，於僅具證據目的時，不足以使該法律行為歸於無效，並因此反對上開最高法院判決未區辨違反不同要式規定之效力，即認法律行為非以法律所規定之方式為之者均為無效之見解。

第二目 應以書面為必要

回到本文所關注之基地租賃優先承買權之通知，對照民法第 426 條之 2 第 2 項前段及土地法第 104 條第 2 項，前者明定通知義務應以書面為之，然後者並未對通知之形式為規定。基此，土地法與民法之規定應如何競合，即此通知是否以書面為必要，有疑問。

土地法雖為民法之特別法，然特別法非必然優於普通法之適用。有論者認為，於位階相同的法規範中，只有當特殊規範與一般規範之法效果互相排斥時，邏輯

³³⁴ 陳忠五，前揭註 221，頁 1508。



上的特殊關係才必然會排除一般規範的適用。然若特殊規範與一般規範的法效果彼此可以相容，特殊規範不必然始終可以排除一般規範的適用，而必須透過目的解釋或體系解釋，探求特殊規範法效果係僅欲補充、修正，抑或根本取代一般規範的地位³³⁵。本文認此可資贊同，蓋唯有將法秩序整體觀察，方能探知法之規整目的。準此，就土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 就基地租賃優先承買權之規整關係為何，應觀察土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之立法過程。

土地法第 104 條係於民國 64 年修正，於修正後此優先承買權方從債權效轉變為物權效。而於此次土地法修正時，民法對於基地租賃之優先承買權尚無規定。民法第 426 條之 2 係於民國 88 年增訂，立法理由係謂「為達到使用與所有合一之目的，促進物之利用並減少糾紛，爰參照土地法第一百零四條，增訂本條」。自此觀察，土地法第 104 條於民國 88 年前，因民法未就基地租賃之優先承買權有相關規定，民法與土地法於此之法效果並非相互排斥，土地法亦應非欲取代民法，而僅係對民法之規定予以補充。

然於民國 88 年，民法亦對基地租賃之優先承買權增設規定，且此規定係參酌原已存在之土地法第 104 條之規範。又民法第 426 條之 2 就此之相關規定之日文相較於土地法第 104 條有更詳細之規定。如民法第 426 條之 2 之文字有出賣人「應」通知優先承買權人，明確課予出賣人通知義務，而土地法第 104 條則未有此規定；就通知之內容，土地法未有規定，而民法有明定係應將「出賣條件」通知優先承買權人；就未通知之效力，土地法僅規定出賣人與第三人之「契約」不得對抗優先承買權人，然對此契約為何未言明，相較之下，民法則明白揭示不得對抗優先承買權人者係「所有權移轉之登記」，規範亦更為縝密。則於民法之第 426 條之 2 增訂後，而其日文對優先承買權為更詳細之規定時，應認為土地法第 104 條對民

³³⁵ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 188，頁 165，臺北：五南。



法之補充效果，已因嗣後民法之修正失去意義。又土地法第 104 條與民法第 426 條之 2 之規整目的均係為達成土地政策，對取得優先承買權之人亦無不同要件之限制，故解釋上自應合併觀察，兩規範間係相互補充之作用。

準此，於優先承買權之規範上，特別法不必然應優先於普通法之適用已如上述。故依照新法優於舊法之原則，應認於民法第 426 條之 2 增訂後，基地租賃優先承買權通知之相關規定即應以民法第 426 條之 2 為準。

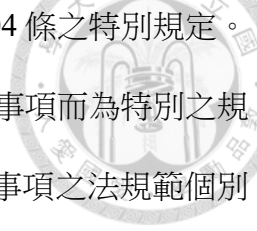
同樣涉及土地法之舊法與民法之新法競合時應如何適用者，為土地法第 43 條及民法第 759 條之 1 第 2 項之規定。論者即有認為，於民法第 759 條之 1 第 2 項的增訂，是在取代土地法第 43 條為規定，故土地法第 43 條之規定可謂已功成身退，不宜再為使用，就此民法及土地法之關係宜解為後法優於前法之規定，土地法第 43 條並非民法第 759 條之 1 第 2 項的特別規定³³⁶。該論者並提及，雖依中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」學說上固有認為普通法修正後，特別法仍應優先適用，所謂「後法優於前法」之原則，僅適用於同屬特別法或普通法之情形。然而，普通法之修正，其目的乃在取代特別法之規定，僅因囿於我國立法技術上不採包裹立法之方式，而無法同時修正該特別法。若在適用上仍拘泥於「後法優於前法」之傳統解釋，將使得修法之結果，形同虛設³³⁷。

本文認此應值贊同，蓋於民法之規範範圍及目的與土地法均為相同時，僅以土地法為民法之特別法，認不應予以適用較新修正之民法時，將使民法之修正流於徒然及虛設而無適用之可能。

再者，縱認因中央法規標準法第 16 條已有明文規定，仍不得以新法優於舊法

³³⁶ 鄭冠宇，前揭註 251，頁 73-74。

³³⁷ 鄭冠宇，前揭註 251，頁 74，註 81。



之原則視之，則解釋上或可將民法第 426 條之 2 視為土地法第 104 條之特別規定。中央法規標準法該條之用語為：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。」則該條所謂之「法規」應可針對特定事項之法規範個別討論，不必然須以整部法律為單位。基此，雖一般而言土地法為民法之特別法，然不代表土地法之任何規範均為民法上相對應規範之特別規定，仍應分別檢視之。

基此，民法第 426 條之 2 之立法理由既明白說明係參照土地法第 104 條增訂，其適用之範圍又小於土地法第 104 條，僅限於基地租賃，而不另及於土地法仍有規定之地上權及典權關係。則在民法第 426 條之 2 的規範範圍相較於土地法第 104 條更狹窄，其規範要件及效果亦如上所述而更為細緻且明確時，應可認土地法第 104 條方為中央法規標準法所謂之「其他法規」，而民法第 426 條之 2 為「特別之規定」，於基地租賃優先承買權中，應優先適用。

第三目 無民法第 73 條之適用或類推適用

民法第 73 條係針對法律行為為規定，故若將優先承買之通知定性為法律行為，自可直接適用此條規定，然若認此非為法律行為而僅為準法律行為，則仍需進一步討論是否得類推適用本條規定³³⁸。

就此通知之性質是否為一法律行為，實務及學說見解未見一致。實務見解認此通知並非意思表示而為準法律行為。法務部(79)法律字第 4884 號函即謂：「基地或房屋所有權人依土地法第 104 條規定，對於優先購買權人所為之出賣通知，雖非屬意思表示，而係屬準法律行為。」最高法院於此亦有採相同見解之判決，

³³⁸ 對準法律行為，民法關於意思表示及法律行為的規定在如何範圍內得為類推適用，應視各該行為的性質具體定之。引自王澤鑑，前揭註 320，頁 277。



惟就其為何種準法律行為則有不同，最高法院 83 年度台上字第 1713 號判決認為屬觀念通知³³⁹，最高法院 78 年度台上字第 1896 號判決則認為屬意思通知³⁴⁰。學說上亦有認屬觀念通知者³⁴¹。

然另有學說認此通知係為意思表示。有論者認此係為要約，一經優先承買權人以書面向出賣人為承買之意思表示，該契約即因而成立³⁴²；另有認為係單方之意思表示³⁴³，惟對此意思表示是否為要約或為其他性質，未再進一步說明。

參照比較法上之見解，德國法即強調優先承買權之通知為觀念通知（*Wissenserklärung*），而非意思表示（*Willenserklärung*）³⁴⁴。

準法律行為與法律行為之不同在於，法律行為至少需有一個以發生私法上效果為目的之意思表示，並依當事人之意思表示由法律賦予一定私法上效果³⁴⁵；而準法律行為則係法律對準法律行為賦予一定之效果，至其效果究係行為人實際上企圖發生之效果與否，則不在所問³⁴⁶。兩者之差異主要在法律效果是否係基於當事人之法效意思所發生。

基此，本文認此優先承買之通知似尚難調為一法律行為。蓋出租人對優先承買權人之通知所發生之法律效果在使優先承買權之除斥期間開始起算並使該物權契約得對抗優先承買權人，此係本於法律規定而非當事人之法效意思而來。又出

³³⁹ 此判決雖係針對土地法第 34 條之 1 之通知為論述，惟性質上與土地法第 104 條及民法第 426 條之 1 應無不同。

³⁴⁰ 此判決亦係針對土地法第 34 條之 1 為論述，惟同前註之說明，性質上應與本文所討論之通知性質相同。

³⁴¹ 邱聰智（2005），《民法總則（上）》，頁 650-651，註 286，臺北：三民。論者雖係稱為事實通知，惟此僅用語上之差異，其所指涉之內涵及分類與本文所稱之觀念通知相同。

³⁴² 劉春堂，前揭註 203，頁 376。

³⁴³ 黃茂榮（2009），《債法總論（第一冊）》，增訂三版，頁 301，註 6，臺北：自刊。

³⁴⁴ Staudinger/Rolfs, BGB, 2018, § 577 Rn. 57; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 469 Rn. 8; Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, § 1099 Rn. 3; MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 469 Rn. 5.

³⁴⁵ 王澤鑑，前揭註 320，頁 270-271。

³⁴⁶ 洪遜欣（1976），《中國民法總則》，修訂初版，頁 235，臺北：自刊。

賣人既已將系爭基地出賣予第三人，要謂其對優先承買權人之通知之目的係在與優先承買權人訂立另一條件相同之買賣契約，亦已溢脫當事人之真意。再者，通說既將優先承買權定性為形成權，一經優先承買權人行使即生效力，即難認該通知係為一要約之意思表示。

又準法律行為可分為意思通知、觀念通知及感情表示。意思通知乃行為人表示一定之期望，特別是期待受意人為一定行為或不行為，最常見之方式即為催告。觀念通知則是行為人表示對一定事實的觀念或認識，如民法第 297 條債權人通知債務人債權讓與之事實。感情表示乃表意人表示一定感情之行為，如民法第 1053 條夫妻間之宥恕³⁴⁷。於優先承買權之通知，應僅係將已就基地訂立之買賣契約條件之相關事實對優先承買權人為通知，並未期待優先承買權人為一定之行為，故解釋上應為一觀念通知。

於認此通知係為準法律行為之基礎下，即需進一步討論是否有民法第 73 條之類推適用。

類推適用之前提在於法律有一開放性漏洞存在，即法律欠缺依其目的本應包含之特定適用規則而使法律出現違反計畫的不圓滿性³⁴⁸。然民法就準法律行為並無特定之規範，故通說認為，於準法律行為原則上得類推適用法律行為的規定³⁴⁹。然學者亦認，因民法中關於法律行為之規定皆係以當事人之效果意思為中心而設，其理論係關於可否對當事人予以其所欲得之法律效果，故對於準法律行為類推適用民法之此等規定時，應視各該行為之性質，分別慎重定之³⁵⁰。就民法第 73 條對於違反法定方式之法律行為效力之規定，是否有類推適用之餘地，本文認仍待斟

³⁴⁷ 鄭冠宇，前揭註 262，頁 343-345。

³⁴⁸ Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 188，頁 281-291。

³⁴⁹ 王澤鑑，前揭註 320，頁 278-279。

³⁵⁰ 洪遜欣，前揭註 346，頁 237。



酌。

準法律行為之效果既係本於法律規定而發生，不如意思表示原則上依私法自治，一經當事人意思表示即發生效果。而法律行為中之要式規定，係基於法政策上之保護目的，對當事人之意思自治為特別之限制，故於民法第 73 條對私法自治例外限制不能僅因意思表示合致即發生效力。然準法律行為並無類此之原則及例外。若當事人之表示行為不合於法律所規範的要件，應難認該法律將賦予系爭表示行為法律效果。準此，未合於法律規定方式之表示行為本不發生任何法律效果，此與法律行為於意思表示合致時原則上即成立生效，而須另由民法第 73 條加以調節不同。故於準法律行為，縱無相類之效力規定，亦可達到「不依法定強制方式為之即不生效力」之效果，於法律規範上並未出現違反計畫之不圓滿性，即難認有法律漏洞存在而須以類推適用之方式加以填補，應無類推適用民法第 73 條之餘地。

基此，若出賣人之通知未以書面為之時，該通知即不生民法第 426 條之 2 第 2 項及土地法第 104 條第 2 項使優先承買權之除斥期間開始起算之效力，優先承買權人自亦得主張出賣人與第三人所有權移轉尚不得對抗自己。

退步言之，縱認準法律行為得類推適用民法第 73 條，或認此通知乃一法律行為，似尚難認未以書面方式通知時，法律效力應回歸民法第 73 條為判斷。蓋民法第 73 條係一原則性、上位性之規定，且該條之但書亦規定如法律另有規定效果時，即應依該規定定之。民法第 426 條之 2 第 3 項已明定出賣人未以書面通知時，其與第三人所有權移轉登記不得對抗優先承買權人。則，既民法第 426 條之 2 已對未以書面通知之法律效果為規定，自無從回歸適用或類推適用原則性之民法第 73 條之規定，而應以民法第 426 條之 2 判斷即可。

第四目 對學說之回應



再退步言之，縱認此時仍應回歸民法第 73 條為判斷，本文亦認未以書面通知時，該通知即應為無效而不發生除斥期間起算及所有權移轉登記得對抗優先承買權人之效果。

上關於學說之介紹，有論者基於適用或類推適用民法第 73 條為論述之基礎，認無論係適用或類推適用該條本文，均應考慮該法定方式的規範意旨，即便無該條但書之「法律另有規定」，亦不能一律認為「法律行為，不依法定方式者，無效」，並舉保險法第 43 條雖規定「保險契約，應以保險單或暫保單為之。」但多數學說基於規範意旨等理由仍認保險契約為不要式契約，為說理³⁵¹。

然，就民法第 426 條之 2 與保險法第 43 條之法文觀之，保險法第 43 條並未規定未以保險單或暫保單為之之效果，其是否為民法第 73 條所指之法定強制方式或仍有解釋之空間。然民法第 426 條之 2 第 3 項則有明白規定法律效果。此時是否仍得對民法第 73 條為目的性解釋而認該書面之規定非法定強制方式，已有疑義³⁵²。

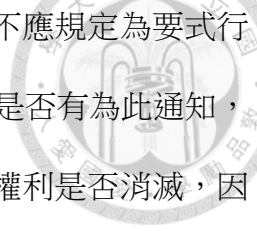
又該論者自整體法規範解釋，認現行法並未規定不動產買賣的要約應以書面為之，而先買權的通知並非對當事人雙方有拘束力的買賣契約，則於現行整體法規範的解釋下，應無需認為未以書面通知時即一律不生效力³⁵³。

本文認，論者將此通知與不動產買賣契約之要約相互比較，認既對當事人有

³⁵¹ 黃健彰，前揭註 242，頁 106，註 43；黃健彰，前揭註 248，頁 179，註 43。

³⁵² 另有論者引民法第 1174 條第 3 項，規定繼承人於拋棄繼承時，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人，但通說均認該條文所規定之書面通知非拋棄繼承之要件，僅具有訓示規定之性質。引自吳珮君，前揭註 229，頁 31。然與保險法相同，該條文並未規定未以書面為之時之效力，與民法第 426 條之 2 之規範密度是否相同，是否可援引為論證未以書面通知優先承買權之效果，仍值得討論。

³⁵³ 黃健彰，前揭註 242，頁 106；黃健彰，前揭註 248，頁 180。



拘束力之要約均不要求以書面方式為之，於優先承買之通知即不應規定為要式行為，亦有疑義。優先承買之通知雖不對雙方當事人有拘束力，然是否有為此通知，將影響此具物權效之優先承買權之除斥期間是否開始起算及此權利是否消滅，因此權利具備物權效，其對當事人之影響較買賣契約之要約應有過之而無不及。更適切之比較或為同具有物權效力之民法第 758 條第 2 項，規定不動產物權於依法律行為變更時，應以書面為之。則於現行法下，對於法律行為所致之不動產物權移轉變更係規定須以書面方式為之時，將可能影響不動產物權變動是否確定之優先承買權之通知規定為須以法定強制方式為之，亦符合整體法規範之價值判斷。

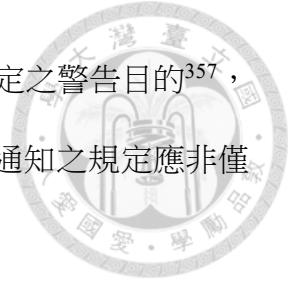
再者，論者認此書面係為保護先買權人及謀通知的舉證方便而規定³⁵⁴，然此亦不足以導出該規定並非要式之結論。就謀通知的舉證方便應係出於證據目的，依實務見解似已足以使違反書面形式之通知歸於無效³⁵⁵，然學說上對此則有批評，認證據目的尚不足以正當化法律行為無效之結果。最高法院 98 年度台上字第 96 號判決針對優先承買權通知之書面要件亦採同此學說之見解³⁵⁶。

然除謀通知的舉證方便外，優先承買權通知之另一重要機能在使優先承買權人得根據該書面通知考慮是否行使優先承買權，故此通知之內容並非僅以有基地之買賣事實為已足，尚需包含基地買賣契約之條件。故此通知以書面為之，亦在使優先承買權人得確知且反覆查看出賣人與第三人間之買賣條件，以瞭解其行使優先承買權後所形成之買賣條件之內容。而其行使優先承買權後，因該優先承買權具有物權效，對交易安全之影響非如單純訂立一買賣契約，故於法政策上應亦有期待優先承買權人更警慎為之之正當性。於此，似可認此書面通知亦含有使當

³⁵⁴ 黃健彰，前揭註 242，頁 106-108；黃健彰，前揭註 248，頁 180-181。

³⁵⁵ 依上開最高法院 104 年度台上字第 14 號判決及最高法院 107 年度台上字第 788 號判決之意旨。

³⁵⁶ 該判決謂：「上開民法所定書面通知，無非使承租人知悉其買賣行為而得行使優先承買權，並無謹慎、公示或行政之目的，僅係作為證據之目的，縱無書面，若有其他證據足以證明確有通知之行為，仍難謂不生通知之效力。」



事人瞭解其法律行為的意義及利害關係，俾免為倉促、輕率的決定之警告目的³⁵⁷，此應亦係論者所述之保護優先承買權人之具體樣態。故此書面通知之規定應非僅有證據目的，可賦予使該通知不生效力之正當化基礎。

而就論者所述，如優先承買權人受非書面方式之通知後 10 日內，並未要求出賣人以書面方式另行通知，其保護必要性較低³⁵⁸固無疑問，然此保護必要性是否低至能認該非書面之通知已足以生使優先承買權之除斥期間起算及使優先承買權歸於消滅則仍待討論。蓋如依論者所述，不啻係將積極使優先承買權人知悉買賣條件之義務，由出賣人移轉至優先承買權人，是否妥適或仍待斟酌。

若論者係擔憂解釋上以書面通知為必要，將出現優先承買權人確已受書面以外之通知後不行使優先承買權，卻待時間經過而有地價上漲等利於優先承買權人之情事後，方主張依當時之條件為優先承買之情況，則因我國法上仍有權利失效制度得以適用³⁵⁹，故亦不至於發生。則既已於個案中有調節手段而不致發生過於失衡之情事，應仍將此書面解釋為要式性規定，於優先承買權人有非以書面通知時，認優先承買權固仍存在，而於個案情況中判斷其權利行使是否有權利失效之情事，於論理上或較為適當。

而論者進一步援引法律行為無效之補充性或最後手段性原則，認一概使通知不生效力或無效，將有違通知人的期待且違反此一原則³⁶⁰。惟法律行為無效之補充性或最後手段性原則係指，若其他民事、刑事或行政制裁方式已經足以適切達到法規範制裁目的，或瑕疵事由有可能補正時，應該盡量經由立法論或解釋論，避免「無效」之情形發生³⁶¹。於此，尚需論證於出賣人未以書面對優先承買權人


³⁵⁷ 王澤鑑，前揭註 320，頁 328。

³⁵⁸ 黃健彰，前揭註 242，頁 107；黃健彰，前揭註 248，頁 180-181。

³⁵⁹ 參照本文第四章第七節。

³⁶⁰ 黃健彰，前揭註 242，頁 110-111；黃健彰，前揭註 248，頁 184。

³⁶¹ 陳忠五（2012），〈2011 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷特刊，頁 1451，



為通知而已違反民法第 426 條之 2 之規定時，有何其他足以補正此未以書面為通知之行為，方有援引此一原則之餘地。本文認，將以書面通知之義務由出賣人轉移自優先承買權人之作法尚非可採已如上述。再者，於法律行為補充性或最後手段性原則之一般論之討論中，似多在將法律行為「無效」與「得撤銷」或「效力未定」間比較，而非逕認為該法律行為係無瑕疵³⁶²。然若將未以書面為之方式通知解釋為得撤銷或效力未定，得爭執該通知之有效性者仍為優先承買權人。如此一來，亦無法解決上開論者所擔心之優先承買權人於受非書面通知後，仍主張其未受合法通知而欲行使優先承買權之情形。

最後，該論者有謂：「如『出賣人並未以「書面」通知，但先買權人已明確表示放棄先買權』，難到要允許原先買權人事後主張『通知不生效力，故仍得行使先買權，進而請求塗銷原買受人的所有權移轉登記，使買受人蒙受不利益』？」³⁶³惟此擔憂亦係混淆通知於優先承買權中所發生之效果。誠如前述，優先承買通知將發生使 10 日除斥期間起算並使出賣人與買受人間之契約得以對抗優先承買權人之效果，故於優先承買權人未受通知前，該 10 日期間不能起算，原則上該買賣契約的確不得對抗優先承買權人。然，若優先承買權人於買賣契約締結後有受出賣人以書面以外之形式告知，並明確表示放棄優先承買權，透過該意思表示仍發生一準物權行為，對優先承買權之拋棄處分為有效，仍生權利拋棄之效果，不因是否受合法通知而有影響。

準此，本文認於出賣人對優先承買權人之通知未以書面為之時，該通知應非合法，即不發生民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條使優先承買權除斥期間開始

註 18。

³⁶² 陳忠五（2002），〈法律行為無效之規範依據〉，黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀—財產法學篇（一）》，頁 6-9。

³⁶³ 黃健彰，前揭註 242，頁 109；黃健彰，前揭註 248，頁 182。

起算，及使出賣人與第三人之所有權移轉登記得對抗優先承買權人之效果。



第二項 權利行使之教示

第一目 實務見解

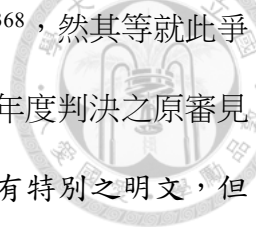
於認優先承買之通知應以書面為之後，是否所有載有出賣人與第三人間之買賣契約條件之書面文件均得為合法之通知？實務上論及此爭點之最高法院判決雖不多，惟仍有不同見解。曾出現爭議之書面文件包含：和解契約、向法院陳報之資料或訴狀而送達優先承買權人之繕本及法院判決書。經本文之搜尋，涉及此爭議之最高法院判決共有 7 筆，其中 5 筆判決認此等書面為合法之通知³⁶⁴，2 筆認非為合法之通知³⁶⁵。

肯認該等文書為合法通知之 5 筆判決中，有 3 筆判決雖為不同案件，然產生爭議之文書均為「土地買受人與出賣人間為處理系爭土地買賣事宜而簽訂和解契約書」，而其等因牽涉同一人之土地，故案例事實亦大略相同。該等判決所認定之案例事實為，基地上承租人之代表於 87 年間即收受和解書，然於 96 年始主張優先承買權，故若認為該和解書為合法之通知文書，則承租人之優先承買權已逾法定之 10 日除斥期間。而此 3 則判決均認和解書為基地租賃優先承買權中之合法通知文書，分別為最高法院 108 年度台上字第 377 號判決³⁶⁶、最高法院 106 年度台

³⁶⁴ 最高法院 108 年度台上字第 377 號判決、最高法院 106 年度台上字第 377 號判決、最高法院 106 年度台上字第 436 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1679 號判決、最高法院 99 年度台上字第 775 號判決。

³⁶⁵ 最高法院 101 年度台上字第 841 號判決及最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決。

³⁶⁶ 「原審審理結果，以：……上訴人於斯時既已知悉系爭和解契約約定之買賣事實及其條件，並受合法通知，卻遲至 96 年 8 月 27 日始提起本件訴訟，主張行使優先購買權，已逾土地法第 104 條第 2 項規定之 10 日期間，喪失優先購買權。……經核於法並無不合。」



上字第 377 號判決³⁶⁷及最高法院 106 年度台上字第 436 號判決³⁶⁸，然其等就此爭點均未有深入之論理，出現較直接之論述者則出現於上開 108 年度判決之原審見解，為：「查土地法第 104 條所定之書面通知形式為何，該條未有特別之明文，但審其立法之目的，無非為使承租人得以知悉買賣之事實與條件，以便其決定是否行使優先承買，是雖未見通知之形式，若可認已將買賣之事實及條件以相當於書面方式告知承租人，使承租人曉悉其內容，仍不能謂無合法之通知。」

其餘 2 筆判決所涉及者，則均為訴訟所使用之文書。最高法院 106 年度台上字第 1679 號判決認為：「原審以：……土地法第 104 條、民法第 426 條之 2 立法目的在使優先購買權人知悉出賣條件，以利其決定是否行使優先購買權，書面通知並無格式或名稱之限制，且無論其係訴訟上或訴訟外為之，凡得以使優先購買權人知悉出賣之條件者即足，並包括提出出賣人與買受人間之買賣契約書，亦可認係書面之通知。本件上訴人起訴行使系爭土地之優先購買權後，蔡賴秀鸞等二人已於 101 年 7 月 25 日以陳報狀檢附系爭買賣契約書、付款支票等向法院陳報，並將繕本送達上訴人，堪認該二人已踐行書面通知之義務。……經核於法洵無違背。」

最高法院 99 年度台上字第 775 號判決則謂：「查本件上訴人前曾於第一審法院審理中，即九十五年十二月五日以民事答辯狀並檢附系爭土地買賣契約書，向被上訴人表明以訴狀繕本之送達，再為行使優先承買權之催告等語，此與被上訴人主張其前曾於九十五年十月二日以存證信函向上訴人表示優先承買權，兩者有何法律上之關係？上訴人上開答辯狀繕本之送達，是否不生催告行使優先承購權之

³⁶⁷ 「系爭土地之地主似已將載有出賣條件之和解契約書通知洪梅花等七十四人，並由代理人林清標受領。則林茹海等五人抗辯：洪梅花等七十四人於斯時已受合法通知，不得再行使優先承買權等語，是否全然無據，非無再予研求之餘地。」

³⁶⁸ 「系爭三十六筆土地之出賣人，已將載有出賣條件之和解契約書通知被上訴人，並由被上訴人之代理人林清標代為受領。則上訴人辯稱被上訴人之代理人至遲於八十七年五月十三日，已受林守成等三人之合法通知，被上訴人即不得再行使優先權等語，是否全然無據，非無再進一步推求之餘地。」

效力？均未見原審於判決中說明其採否之理由，非無可議之處。」均認訴訟上向法院陳報且同時送達對造之文書得為合法之通知。

採否定見解者，則有最高法院 101 年度台上字第 841 號判決及最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決。前者所涉者則為訴訟上使用之答辯狀，認為「所謂通知，係將得以同樣條件為優先購買之情事，向受領通知之有優先購買權之人為告知之意，此與民事訴訟之答辯，係對他造當事人所為之訴訟行為表示反對者有別，因此縱於答辯狀內容曾將買賣標的、範圍、價金及付款方法等，記載並送達於有優先承買權之人，如非以其有優先購買權之本意而為通知，亦僅在對於該訴訟予以答辯者，尚難認係依前揭規定所為之通知，其優先購買權仍不能視為放棄。」後者所涉及者則為法院判決書，認「所謂通知，係指將得以同樣條件優先購買之情事，向有優先購買權人為告知之意。法院判決書之送達，係在通知當事人訴訟結果，並非出賣人所為優先購買權之通知，優先購買權人無義務於十日內為應買之表示。」此最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決較特殊之處在於其所指摘之文書為法院所發出之判決書，與上開其餘裁判均係為出賣人所發出者不同，然其仍強調合法之優先承買通知需具備「向有優先承買權人為告知之意」，意旨與最高法院 101 年度台上字第 841 號判決相同。

由上述實務見解可知，採肯定說而認該等文書為合法通知之判決多聚焦於優先承買權人已得以從該書面文件知悉買賣之事實與條件而無需拘泥於形式；採否定說者則強調需有告知之意，否則非為優先承買權之通知。

第二目 學說見解

學說上有針對此問題進行論述者，均認為實務上出現爭議之文書可作為合法



之通知，並認不必以「以其有優先承買權之本意而為通知」或「使權利人知其權利而為行使」，詳如下述。

論者認為，優先承買權的通知得參照同屬通知性質的「債權讓與的通知」之規定，而民法第 297 條第 2 項關於債權讓與通知的意旨即在於：縱無通知的本意，只要將讓與的字據提示於應受通知人，使其閱覽字據而知讓與之事實，亦與通知有同一效力。亦即，於債權讓與中，雖債務人未收通知，但債務人知悉債權讓與的情事，即無保護債務人的必要性，亦無犧牲債權受讓人的必要。則其認為，基於類似之理由，優先承買權之通知的目的在於使優先承買權人知悉買賣條件，規範目的已達成，縱出賣人「非以其有優先承買權之本意而為通知」，優先承買權人已無保護之必要，除斥期間得開始起算³⁶⁹。

另有認為，出賣通知只要有將出賣事實及買賣條件通知對方使其知悉即可，因優先承買權通知之目的在使權利人知悉土地所有人有出賣土地之事實及買賣條件，以便權利人考慮是否依同樣條件主張優先承買或放棄行使。故只要能確保優先承買權人知的權利，有事實足認該出賣通知之內容足使權利人知悉出賣事實及買賣條件即足。而其認為此項優先承買權明文規定於土地法或民法條文中，應不待土地出賣人特別通知而後使其知之，故合法之通知無庸包括使權利人知其權利而為行使，或促請承租人行使優先承買權之主觀意思³⁷⁰。

第三目 比較法

德國法上就意定優先承買權之通知係規定於德國民法第 469 條第 1 項第 1 句，

³⁶⁹ 黃健彰，前揭註 242，頁 124；黃健彰，前揭註 248，頁 194。

³⁷⁰ 吳珮君，前揭註 229，頁 32。



僅規定應將契約內容通知優先承買權人³⁷¹，於意定物權效優先承買權則透過德國民法第 1098 條第 1 項第 1 句準用之³⁷²。然而，德國法上亦要求此時須使權利人對於該通知具法律上重要性一事有認知³⁷³。

值得注意者為，於民法中對住屋使用承租人賦予的法定債權效優先承買權，德國民法第 577 條第 2 項設有特別規定³⁷⁴：出賣人除須就買賣契約之內容為通知外，並應對使用承租人告知其享有優先承買權³⁷⁵。則於承租人之法定優先承買權中，德國法課予出賣人一個較意定優先承買權更高的義務。

於此法定優先承買權中，出賣人對承租人的告知需要達到能使一平均承租人至少得以知悉以下資訊³⁷⁶：其身為德國民法第 577 條的優先承買權人，可以締結

³⁷¹ 該句之條文為：「義務人應將與第三人締結之契約內容立即通知優先承買權人。」德文原文為：„Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編）（2016），《德國民法（上）》，二版，頁 472，臺北：元照。

³⁷² 該句之條文為：「第四百六十三條至第四百七十三條規定於先買權權利人與義務人間之法律關係適用之。」德文原文為：„Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 463 bis 473.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 371，頁 976。惟其將 Vorkaufsrecht 翻為先買權，而本文一概譯為優先承買權，故為用語統一謹就此加以調整法條之翻譯文字。

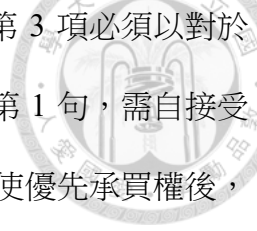
³⁷³ Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 469 Rn. 9.

³⁷⁴ MüKoBGB/Häublein, BGB, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn. 29; Staudinger/Rolfs, (Fn. 344), § 577 Rn. 56.

³⁷⁵ 德國民法第 577 條為：「（第一項）出租之住屋交付使用承租人後，於該住屋已成立或應成立住宅所有權者，如該住屋出賣於第三人時，使用承租人得優先承買。使用出租人出賣住屋於其親屬或家屬成員者，不適用之。除下列各項另有規定者外，優先承買權適用買賣之優先承買規定。（第二項）出賣人或第三人關於買賣契約內容之通知，應並對使用承租人告知其優先承買權。（第三項）優先承買權之行使，因使用承租人以書面表示而發生效力。（第四項）使用承租人死亡者，優先承買權移轉於第五百六十三條第一項或第二項規定加入租賃關係之人。（第五項）使用承租人受有不利利益約定者，其約定無效。」

德文原文為：„ (1) Werden vermietete Wohnräume, an denen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist oder begründet werden soll, an einen Dritten verkauft, so ist der Mieter zum Vorkauf berechtigt. Dies gilt nicht, wenn der Vermieter die Wohnräume an einen Familienangehörigen oder an einen Angehörigen seines Haushalts verkauft. Soweit sich nicht aus den nachfolgenden Absätzen etwas anderes ergibt, finden auf das Vorkaufsrecht die Vorschriften über den Vorkauf Anwendung. (2) Die Mitteilung des Verkäufers oder des Dritten über den Inhalt des Kaufvertrags ist mit einer Unterrichtung des Mieters über sein Vorkaufsrecht zu verbinden. (3) Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch schriftliche Erklärung des Mieters gegenüber dem Verkäufer. (4) Stirbt der Mieter, so geht das Vorkaufsrecht auf diejenigen über, die in das Mietverhältnis nach § 563 Abs. 1 oder 2 eintreten. (5) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 371，頁 591。

³⁷⁶ MüKoBGB/Häublein, (Fn. 374), § 577 Rn. 29.



一個以通知的買賣契約為內容的獨立買賣契約、其根據 577 條第 3 項必須以對於出賣人的書面的意思表示行使優先承買權、根據 469 條第 2 項第 1 句，需自接受通知時起的兩個月內行使優先承買權，及根據 464 條第 2 項於行使優先承買權後，其與出賣人間的契約依照出賣人與第三人商議的條件產生³⁷⁷。而承租人依照德國民法第 469 條第 2 項第 1 句之 2 個月權利行使期間，自承租人獲得買賣條件之通知及上開權利內容之教示後，方得開始起算³⁷⁸。

第四目 本文見解


首先應說明者為，上述採否定之實務見解強調「以其有優先購買權之本意而為通知」，似在認為通知人須有通知之主觀意思。然本文認此論理尚有未當，因優先承買權之通知為一準法律行為已如上述，不以具備效果意思為必要。申言之，優先承買義務人於發出通知時不需具備「通知優先承買權人行使權利之本意」，而是只要符合法條所規定之通知，即可依法律規定產生除斥期間起算之效果。

然本文於結論上亦不贊同肯定說之實務見解，而是認為，非專以通知優先承買權之文書是否得產生使除斥期間起算之效果，應繫諸該等文書上是否有「優先承買權行使之教示」。亦即，合法之通知應以告知優先承買權人其有權利存在而須於一定期間內行使為必要。

民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之優先承買權制度目的既在使房屋土地所有權合一，則應在優先承買權人之能力及意願範圍內，盡量使優先承買權人能依同樣條件買受，以達成制度目的。誠如上開肯認和解書得作為合法通知之高等

³⁷⁷ Staudinger/Rolfs, (Fn. 344), § 577 Rn. 59.

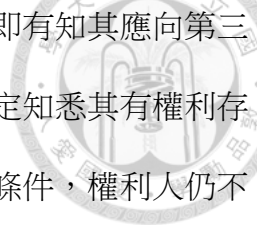
³⁷⁸ Blank/Börstinghaus/Blank, BGB, 5. Aufl. 2017, § 577 Rn. 41; Staudinger/Rolfs, (Fn. 344), § 577 Rn. 60.



法院判決見解所謂：「審其立法之目的，無非為使承租人得以知悉買賣之事實與條件，以便其決定是否行使優先承買」，則此二條文課予出賣人通知義務之原因，在於使優先承買權人得本於該通知了解出賣人與第三人間買賣契約之條件並進一步決定是否以同樣條件優先承買。然該通知除須記載買賣之事實與條件外，毋寧亦應使優先承買權人知悉其本於該買賣契約對受出賣之不動產有優先承買之權利。蓋自我國社會觀之，基地租賃契約之當事人不當然於訂立契約時即知往後他方當事人將基地或土地上之房屋出賣時，其將取得本於該租地建屋契約之優先承買權。若其平白無故收受他方之房屋或土地的買賣契約或其他相關之文書，實難期待其即能知悉有優先承買權得以行使或進行向律師諮詢該等文書之意義等其他行動。故本文亦不贊同上開以優先承買權係明文規定於土地法與民法為理由，並認權利人本應知悉有權利存在而可得行使之學說見解。

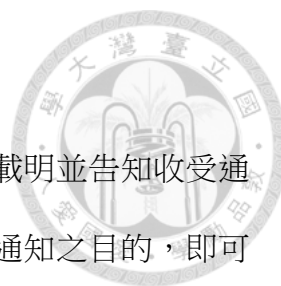
針對上開另一援引債權讓與之相關規定之學者所提出，認為只要能使優先承買權人知悉買賣條件即可作為合法通知之見解，本文亦認難以贊同。首先應區辨者為，民法第 297 條就債權讓與，係於第 1 項規定應通知債務人，而於第 2 項方規定將讓與字據提示於債務人者與通知有同一效力。可見原則上僅有讓與字據之提示並非規範上之通知，僅立法者於債權讓與中，特別使讓與字據能達到與通知相同之效力。則於優先承買權之相關規定中均僅規定需通知，而未有類似民法第 297 條第 2 項使買賣契約或其他文書之提示有發生優先承買權通知之效力時，解釋上可否類比已有疑問。

再者，相較於法定權利，於意定權利中較能期待權利人知有權利可得行使而能注意相關資訊。則本文上開所提及，社會上一般人於收到房屋或土地買賣的相關文書時通常不能知道該等文書之意義，亦為優先承買通知與上開學者援引以為說理之債權讓與不同之處。於債權讓與之情形，債務人本即已知其對原債權人有



債務存在而須清償，則於其知悉該債權已經讓與給第三人時，即有知其應向第三人清償之可能。然於優先承買權之情況，優先承買權人則不一定知悉其有權利存在，此時縱使通知其不動產遭出賣之事實，甚或該買賣契約之條件，權利人仍不一定得以意識到其有權利可得行使，亦不知除斥期間自其知悉時起算。再者，於債權讓與之情形，若該債權係定有清償期者，債務人本已知於該期限屆至時，其即負有清償債務之義務否則陷於遲延；若債權未定有清償期者則依民法第 310 條得隨時清償，或待債權人依民法第 229 條催告後方有遲延責任之問題。故於債權讓與中，債務人本負有一債務，不因該債權遭讓與有任何影響，對其產生影響者僅有其清償之對象爾，然應清償債務自始在債務人之認知範圍內。相反的，在基地租賃優先承買權中，該權利之發生繫諸優先承買權人所不能預見之買賣契約。而於我國社會，一般而言優先承買權人接收未包含權利行使教示之文書時，難即知該文書係在告知其有優先承買權得以行使，及該權利之除斥期間僅有 10 日。基此，債權讓與之字據對債務人所生之提示，難以與未包含權利行使教示之優先承買權通知相比擬。

參照德國法，其針對當事人間約定之意定優先承買權及法律規定之法定優先承買權的通知有不同程度之規定，原因或亦在於，於意定優先承買權，得期待權利人於收受單純出賣條件通知時即知有優先承買權可得行使；然於法定優先承買權，因該權利非當事人本於自己意思所設立，可能不知於出賣人與第三人締結買賣契約時，自己有權利可得行使。則德國民法財產法中之法定優先承買權更進一步要求出賣人告知優先承買權人權利行使之時期、方式，甚至權利行使之效果，並以此等告知及買賣條件之通知均到達優先承買權人後，權利行使期間方得起算。我國基地租賃優先承買權作為一法定權利，而當事人亦不必然知悉其基於租賃契約有此等權利存在時，解釋上應可參照德國法同為租賃契約中之法定優先承買權



的規定。

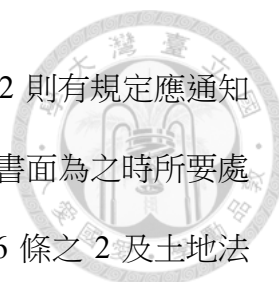
基於相同之理由，若於基地租賃優先承買權之書面通知未載明並告知收受通知之人有該等權利存在時，權利人無法從文書的外觀上窺知該通知之目的，即可能完全不知該通知之重要性及效果而逕將其棄之不顧，使 10 日期間於優先承買權人不知其有權利可得行使之情況下即經過，難以達成制度目的。再者，基地租賃優先承買權之除斥期間僅有 10 日，若該優先承買權之通知未載明通知之目的係在使優先承買權人知道其有權利存在並決定是否行使時，亦難期待優先承買權人於此期間內先查明該通知之目的，再詳細考量是否行使該權利。因此，如使通知之文書上不必告知有優先承買權之存在而僅需記載買賣之事實及條件，亦使一般不具有法律專業知識之優先承買權人陷於過於不利之地位而有失衡平。

基此，本文認為達成優先承買權制度所欲達成之目的，優先承買權之通知雖不以出賣人具備通知之意思為必要，然該通知上仍應有優先承買權行使之教示，記載優先承買權人因該基地或房屋之出賣而獲有優先承買權，並應告知其應於 10 日內行使權利，方該當合法之通知³⁷⁹。故本文認，尚難一概贊同上開實務見解中之肯定說或否定說，蓋一特定文書是否能作為優先承買權之合法通知不能單純以其形式為斷，而需個別檢視文書上所記載之文字。

第三項 通知之內容

就基地租賃優先承買權通知之內容，土地法第 104 條之文字僅有「出賣通知」，

³⁷⁹ 本文於網路上搜尋優先承買權之通知範本，而查有之範例為：「敬啟者：本人向台端承租位於○○縣○○鄉○○段第○○○地號土地，租期自民國○○年○○月○○日至民國○○年○○月○○日止，租期○年，本人於承租台端土地期間之民國○○年○○月間於該土地上建築房屋乙棟，並已與第三人洽談售價為新臺幣○○○○○○元，因台端為基地所有權人，謹依土地法第 104 條規定，通知台端於函到 10 日內回復是否願以前揭價格優先為承買，若逾期未回函即視為放棄優先購買，希台端考量妥處。」或可作為參考。範本來源：天秤座法律網，網址：<https://www.justlaw.com.tw/defaultletter.php?gid=92>（最後查詢日：05/30/2020）。



而未對通知之內容有更詳細之規定；相較之下民法第 426 條之 2 則有規定應通知者為「出賣條件」。故於此亦可能出現如同上述就通知是否應以書面為之時所要處理民法及土地法間之適用關係³⁸⁰。然於此並未出現此民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條應如何競合之爭議，實務上均認為通知之內容須包含出賣條件，不以僅通知出賣事實為已足³⁸¹，於民國 88 年增訂民法第 426 條之 2 之前亦同。就此問題之討論，最高法院 85 年度台上字第 2118 號判決意旨可資參照，為：「基地出賣人必須將其與第三人訂立之土地買賣契約之條件，通知予優先購買權人，以便考慮是否依同樣條件優先購買，不得僅以買賣土地之事實通知，即謂已盡通知之義務。」原審以買受基地之被上訴人起訴請求上訴人林劉字等五人拆屋還地，即具有通知之效力，未遑審認已否將買賣基地之條件告知予上訴人，遽認林劉字等五人迄未表示優先購買，應視為放棄優先購買權云云，已屬可議。」

此判決之意旨甚值贊同，蓋通知之目的本在使優先承買權人得依該通知決定是否行使權利，若其無法從該通知上知曉出賣條件，除非優先承買權人財力雄厚，不論買賣契約之條件為何均得承買，否則權利實際上等同無行使之可能。而若認僅通知出賣之事實即為合法通知，亦代表如優先承買權人有行使權利之意願時，仍需進一步向出賣人請求再行告知買賣條件，方得決定是否承買。則該 10 日之除斥期間亦可能因出賣人未迅速告知出賣條件而經過，對權利人之保障亦過度弱化且使出賣人得以規避優先承買權制度，妨礙制度目的之達成。因此，縱然於土地法第 104 條之法文未明確規定包含買賣條件之通知始為合法，解釋上亦應為目的性限縮，認僅於該通知不僅包含出賣之事實，亦包含出賣條件時，方為合法而得

³⁸⁰ 依照前述應優先適用民法第 426 條之 2 的結論，應認為通知須含出賣條件方為合法。

³⁸¹ 有就此爭點論述之最高法院判決共有：最高法院 101 年度台上字第 1716 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1586 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決及最高法院 85 年度台上字第 2118 號判決。



使除斥期間開始起算。

又確立優先承買權之通知不以通知出賣事實為足，而是仍須就買賣之條件為通知後，亦生相關條件之通知需詳盡至何種程度之疑問。自最高法院裁判觀之，似尚未見實務上有就此爭點產生爭議，然學說上有就此提出見解，故本文亦試圖討論之。

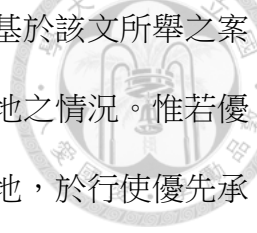
第一款 學說見解

學說上有參考美國法及英國法，其等原則上均僅要求優先承買義務人就買賣契約中之重要條款或基本條款通知優先承買權人為已足，而完整的通知並非絕對必要，認為通知的內容應以「使優先承買權人能客觀上合理判斷是否行使優先承買權」為必要，但並非應將買賣的「所有條件」通知優先承買權人才發生通知的效力³⁸²。雖此等論述某程度係奠基於此學者認為優先承買權之通知不以書面為要件，故認於出賣人僅以口頭通知時，不太可能鉅細彌遺地說明所有買賣條件³⁸³。該學者進一步認為未通知所有條件可能不會影響優先承買權人就是否行使權利之決定，其係以「諸如清償期、清償地、付款方式、瑕疵擔保的特殊約定等未如通知，除非該條件對優先承買權人特別有利，足以變更先優先承買權人的買受意願，否則優先承買權人已明確表示不願以同一價格購買，即便通知優先承買權人其他條件，優先承買權人通常仍不會購買」、「假設買賣契約中有賣清條款³⁸⁴，其固然通常會影響買賣價金，但賣清條款對買受人不利，即令通知優先承買權人賣清條款內容，優先承買權人更不會有意願購買，故即便在本案中未通知賣清條款的內

³⁸² 黃健彰，前揭註 242，頁 118-120；黃健彰，前揭註 248，頁 189-191。

³⁸³ 黃健彰，前揭註 242，頁 120；黃健彰，前揭註 248，頁 191。

³⁸⁴ 即「出賣人實得一定售價，而有關買賣的一切費用、稅捐皆由買受人負擔。」引自黃健彰，前揭註 242，頁 120，註 82；黃健彰，前揭註 248，頁 192，註 83。



容，亦應認為已符合通知的要件」³⁸⁵為說理。然上開說理係奠基於該文所舉之案例³⁸⁶為優先承買權人已表示不願以所受通知之內容買受系爭土地之情況。惟若優先承買權人已依出租人之通知決定行使優先承買權買受系爭土地，於行使優先承買權後方得知該買賣契約仍包含對其不利之其他條件時，上開說理即未必為真。

第二款 比較法

德國法上則強調，不必然在所有情況中均須將買賣契約之所有內容一字一句地通知，然而，一合法之通知必須要將可以作為權利人決定是否要行使優先承買權的內容均提供給優先承買權人³⁸⁷。基此，德國法上有更進一步認為，有時將第三買賣契約之所有內容均提供給優先承買權人，亦不能滿足此通知義務，若該契約文字有不清楚之處，優先承買權人有額外再要求資訊之權利³⁸⁸。則雖德國法上不要求優先承買權之通知須以書面為之，然於買賣契約有以書面為之時，實務上通常建議以該完整之書面契約為通知³⁸⁹。

第三款 本文見解

本文雖認優先承買權之通知需以書面為必要，然就通知之內容則認為或可參考上開之學說見解，認以包含買賣契約中所有客觀及主觀上重要之點為已足，而不需包含所有條件。蓋基地租賃優先承買權具有物權效，若對此通知內容的認定過於嚴格，可能導致出租人難以符合此通知之合法要件，使承租人得以嗣後主張

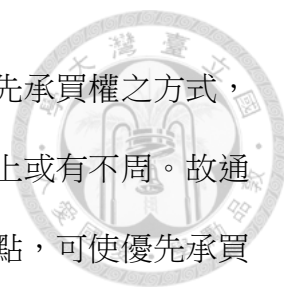
³⁸⁵ 黃健彰，前揭註 242，頁 120；黃健彰，前揭註 248，頁 191-192。

³⁸⁶ 最高法院 98 年度台上字第 96 號判決。

³⁸⁷ Staudinger/Schermaier, (Fn. 373), § 469 Rn. 10.

³⁸⁸ Staudinger/Schermaier, (Fn. 373), § 469 Rn. 10. 就優先承買權人有權請求通知內容以外之資訊，亦可參照 MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), BGB § 469 Rn. 4.

³⁸⁹ MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), BGB § 469 Rn. 4.



其未受完整之通知，以提起確認優先承買權存在之訴並行使優先承買權之方式，使出租人與第三買受人間之物權行為不得對抗自己，於法政策上或有不周。故通知之內容應以包含買賣契約中所有客觀及對當事人主觀重要之點，可使優先承買權人決定是否行使權利為足。

又因優先承買權人行使權利後，其與出賣人間所形成之買賣契約的內容係為與出賣人與第三買受人間原訂契約之同樣條件，而非以出賣人所通知者為契約之內容，則若出賣人未通知優先承買權人之部分雖非契約上重要之點，仍可能會使優先承買權人受有損害。然而就此部分無需透過使該通知無效以保護優先承買權人，否則可能使出賣人與第三人間之物權行為難以歸於安定。較理想之作法應為，建立出賣人對優先承買權人為完整通知之契約義務，使出賣人僅通知買賣契約中重要之點而非所有條件時，優先承買權之除斥期間仍起算而使法律關係歸於安定，而就優先承買權人因此所受有之損害則透過向出賣人請求損害賠償加以填補，此將於本節第五項中討論。

第四項 得為合法通知之人

第一款 出賣人或代出賣人之人

土地法第 104 條第 2 項後段規定：「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。」而民法第 426 條之 2 第 3 項規定：「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。」自法文觀之，此二規定均以出賣人為優先承買權通知之義務人，並於其對優先承買權人通知後，出賣人與第三人所為之物權行為方得對抗優先承買權人。若通知人為出賣人之代理人，則依民法第 103 條第 1 項，代理人以本人名



義所為之意思表示直接對本人發生效力，而於將優先承買權通知定性為準法律行為時當可類推適用該條，使出賣人代理人之通知亦發生合法通知之效果。

於負有優先承買權之不動產係經由強制執行拍賣時，因實務上就拍賣採私法說而優先承買權人於該不動產受拍賣時亦有權利可得行使，亦須對優先承買權人為通知。此時實務均認為由執行法院代所有人通知即為合法，而於執行法院及出賣人均未通知優先承買權人時，本於該拍賣所生之所有權移轉亦不得對抗優先承買權人。此為最高法院 98 年度台抗字第 187 號裁定之意旨：「強制執行法上之拍賣為買賣之一種，於拍賣程序仍有上開規定之適用；故不動產拍定後，如有上開土地法所定之優先購買權人時，執行法院應通知該優先購買權人是否優先購買。執行法院如未通知，則縱已核發權利移轉證書予拍定人，其移轉亦不得對抗優先購買權人，優先購買權人仍得主張權利；故執行法院於核發權利移轉證書予拍定人後，通知優先購買權人行使權利，自難謂其通知不生效力。」³⁹⁰且若僅通知優先承買權人系爭不動產即將遭拍賣，而非拍定後通知拍定之條件，亦非合法之通知，此為最高法院 100 年度台上字第 38 號判決所宣示：「查被上訴人向執行法院拍賣取得系爭土地所有權時，系爭租約之租期尚未屆滿，為原審認定之事實，且王榮賢（筆者按：即主張其為基地承租人者，為本案之上訴人）於九十二年五月二十一日收受之文書，係通知系爭土地定於同年六月十日上午九時三十分拍賣，並非通知該土地已由被上訴人拍定，則依上開說明，上訴人於原審抗辯：伊對系爭土地有優先購買權存在，執行法院於該土地拍定後未通知伊，依土地法第一百零四條規定，被上訴人不得對伊主張其為買受人，本於所有權人地位向其請求等

³⁹⁰ 最高法院 49 年台抗字第 83 號判例同旨，為：「強制執行法上之拍賣，應解釋為買賣之一種，即以拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人，立於出賣人之地位，故出賣人於出賣時所應踐行之程序，例如依耕地三七五減租條例第十五條規定，應將買賣條件以書面通知有優先承買權之承租人，使其表示意願等等，固無妨由拍賣機關為之踐行。」此判例係涉及耕地三七五減租條例第 15 條之優先承買權，然就執行法院得為合法通知之意旨應可參照。



語，似非全無足採。」

就強制執行之拍賣，執行法院與出賣人間之關係有認係為執行法院係「代」債務人立於出賣人之地位，惟就具體之法律關係實務見解尚有分歧，有認係「代替」³⁹¹，有認係「代表」³⁹²。然不論對執行法院與出賣人間之實體法關係採何種看法，執行法院對優先承買權人之通知應均能對出賣人本人發生效力而為合法之通知，不影響實務上均以執行法院對優先承買權人為通知。而執行法院於此時應行通知優先承買權人，亦為辦理強制執行事件應行注意事項 44、(一) 所明定³⁹³。又於強制執行之拍賣中，不一定能尋得被執行之不動產的所有人，若認僅有其得為合法之通知而不得由執行法院代為通知時，實務上亦難以操作，故應肯認執行法院得為合法通知，以保障拍定人之權益。

第二款 買受人

實務上就通知義務人所出現之爭議在於，若發出通知者為買受基地之第三人，而非出賣人或立於出賣人地位之人時，是否仍生合法通知之效果？

第一目 實務見解

採肯定說者為最高法院 91 年度台上字第 1301 號判決，謂：「因該條對於應為通知之人及其通知之方式，皆未為限制規定，解釋上即不論出賣人或買受人之通知，係以口頭或書面方式為之，僅須使優先購買權人知悉其有優先購買之權利且

³⁹¹ 最高法院 49 年台抗字第 83 號判例：「強制執行法上之拍賣，應解釋為買賣之一種，即拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位。」

³⁹² 最高法院 49 年台上字第 2385 號判例：「依強制執行法所為之拍賣，仍屬買賣性質，拍定人為買受人，執行法院僅代表債務人立於出賣人地位。」

³⁹³ 「不動產經拍定或交債權人承受時，如依法有優先承買權利人者，執行法院應通知其於法定期限或執行法院所定期限內表示願否優先承買。」

可得行使均足當之。是原審法院以系爭土地之買賣，須由執行法院代原所有人（出賣人）向優先購買權人為拍定之通知，始生土地法第一百零四條第二項前段規定之通知效力，不得由上訴人（筆者按：即拍定人）為通知之認定，即有違誤。」

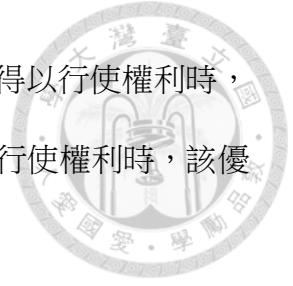
雖其係針對強制執行拍賣時為論理，然依此見解，於非強制執行之拍賣時，由買受標之物之第三人通知，亦應為合法。

採否定說者則為最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決，謂：「此項優先承買權對出賣人具有相對之物權效力，承租人一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，亦即請求出賣人按其與第三人約定之同樣出賣條件補訂書面契約。是以上揭二條文所稱之『出賣條件以書面通知』及『出賣通知』者，係專指『出賣人』將同樣出賣條件（諸如買賣標的、範圍、價金、付款、瑕疵擔保等）對優先承買權人而為通知而言，不包括買受該基地第三人之通知在內……該提出土地買賣契約書繕本者為系爭土地之買受人，而非出賣人之戊○○以次二人，似見出賣人戊○○以次二人未將之以書面通知上訴人。果爾，則能否以上訴人曾於該事件收受買賣契約書繕本，即知悉該買賣條件，逕認出賣人戊○○以次二人已踐行通知上訴人行使優先購買權程序，已非無疑。究竟上訴人於該事件收受乙○○以次三人交付之契約書繕本，得否視為出賣人戊○○以次二人為同樣出賣條件之通知？攸關上訴人優先購買權已否視為放棄，原審未予深究，遽行判決，不免速斷。」

強調優先承買權之通知必係由出賣人通知方為合法。

第二目 學說見解

學說上有論及此問題者均認買受人亦得為合法通知。其理由構成均係自保障買受人之權益及避免影響交易安全及安定出發，認為於第三買受人已將買賣（或



拍賣)之事實及同樣條件通知優先承買權人，而使權利人知悉並得以行使權利時，亦應解為已為合法通知。故於權利人受買受人通知後 10 日而未行使權利時，該優先承買權視為放棄³⁹⁴。

第三目 比較法

相較之下，德國法上不但未將合法之優先承買通知限定於出賣人發出者，反而明文規定第三人亦得發出合法通知而使除斥期間起算。此第三人於債權效優先承買權中為買受人，於物權效優先承買權中則為取得所有權之人。

於債權效優先承買權，德國民法第 469 條第 1 項之規定為：「義務人應將與第三人締結之契約內容立即通知優先承買權人。經第三人通知者，替代義務人之通知。」該條第 2 項則為：「優先承買權，自受通知後，就土地僅得於二個月間，就其他標的物僅得於一星期間行使之。定有行使之期限者，以其期限替代法定期限。」

395

於物權效優先承買權，則規定於德國民法第 1099 條第 1 項，為：「第三人取得土地所有權時，得將買賣契約內容及第四百六十九條第二項所定之效力，通知權利人，其通知之方法，與義務人所為者同。」³⁹⁶

則於德國法上得以合法通知使除斥期間開始起算者，於債權效優先承買權中，

³⁹⁴ 陳立夫，前揭註 308，頁 104；黃健彰，前揭註 242，頁 126；黃健彰，前揭註 248，頁 176-196；吳珮君，前揭註 229，頁 31。

³⁹⁵ 法條原文為：„(1) Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten ersetzt. (2) Das Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfang der Mitteilung ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 371，頁 452。

³⁹⁶ 法條原文為：„Gelangt das Grundstück in das Eigentum eines Dritten, so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 469 Abs. 2 bestimmten Wirkung mitteilen.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 371，頁 977。



除出賣人外，僅有買受人，若為不居於此二地位之其他人則不得透過通知發生此法律效果³⁹⁷。於物權效優先承買權中則將此擴張到成為標的物所有權人之人³⁹⁸。

第四目 本文見解

自文義解釋，我國民法及土地法就基地租賃優先承買權之規定的法條已明白將通知義務人限縮於出賣人，則若非由出賣人向優先承買權人為通知，似不能產生使優先承買權除斥期間開始起算並使優先承買權於期間完成後消滅之效力。

然自目的性解釋而言，此通知係在使優先承買權人對基地出賣人與第三買受人間之買賣契約條件得以知悉，並充分考慮是否對基地為優先承買，為優先承買權制度得以運作之前提要件。既通知僅在使優先承買權人對系爭買賣契約有所瞭解，通知之義務人於規範上似無須限定於出賣人不可。蓋於基地出賣而未對優先承買權人為通知時，若嗣後優先承買權人合法地行使權利而對基地為優先承買時，受影響者不僅有基地之所有人，買受該基地之第三人所取得的所有權亦將因而被塗銷。若將法條解釋為必由基地出賣人對優先承買權人為通知時，方得使除斥期間開始起算而使優先承買權可能歸於消滅，將造成此第三買受人無從透過自行對優先承買權人為通知以確保其得有效取得土地所有權，而需被動地仰賴出賣人進行通知的結果。如此一來，或將使第三買受人承受過大且不可由自己所控制之風險，可能增加交易成本而更加降低市場效率，亦有失衡平而難謂為妥當。

又將通知義務人限定於出賣人似亦無特別之理由。雖對優先承買權人而言，其可能因基地出賣人係與其有租賃契約之契約相對人而有較高之信賴，或可認基

³⁹⁷ Staudinger/Schermaier, (Fn. 373), § 469 Rn. 3 ; MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), § 469 Rn. 5.

³⁹⁸ Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, § 1099 Rn. 2 ; MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1099 Rn. 1.



地出賣人之通知相較於任何優先承買權人所不認識之第三買受人之通知更為可信。然優先承買權之通知並不以告知有買賣事實為已足，仍須包含買賣契約中所有重要之點方為合法之通知，則此應不致任意人得捏造基地買賣條件而恣意通知優先承買權人，產生使優先承買權人難以分辨真偽之情事。

著眼於民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之優先承買權所具有強大之物權效而對交易秩序有重大影響，及優先承買制度目的本在使經濟效用得以最大化，於優先承買權人得以確實知悉基地買賣條件之情況下，使優先承買權之除斥期間得儘早起算而基地出賣人與第三人間之物權行為儘速歸於確定，應較符合優先承買制度欲使經濟效用最大化之規範目的。而優先承買權人既受有「以書面記載買賣條件」之通知，即可依據該通知內容考慮是否對該基地優先承買，不因該通知之發出人為出賣人或買受人而有不同。此亦能使第三買受人於買受系爭不動產後，得以自行對優先承買權人為通知，以確保不動產所有權移轉不因出賣人怠於通知而使其所有權人地位不得對抗優先承買權人。此除得以降低第三人之交易成本及經濟損失外，亦使法律關係確定而避免日後過於複雜。

故本文認為土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 將合法之通知限縮於出賣人所發出者，不足以達成規範目的而出現違反計畫的不圓滿性，此就第三買受人之通知欠缺適用規則，係存在一開放性之漏洞。又基於上開說明，應認第三買受人之通知與出賣人之通知，於是否使優先承買權之除斥期間起算及使優先承買權可能歸於消滅之評價上不應有所不同。故於第三買受人對優先承買權人為通知時，得類推適用土地法及民法之規定，使優先承買權之除斥期間開始起算，並使出賣人與第三人就土地之移轉登記於除斥期間經過後得對抗優先承買權人。

又須說明者係，縱然認為買受人之通知亦得為合法，然優先承買權人受通知後，其行使優先承買權之對象仍為出賣人，蓋出賣人方為優先承買義務人。而因



優先承買權人與出賣人間本有租賃關係存在，縱發出通知者非為出賣人，優先承買權人亦無難以尋得出賣人而向其發出行使權利之意思表示的問題存在。

又此見解亦以認為優先承買之通知非為一要約之意思表示為前提。若如上開有學者所主張的，認為優先承買通知性質上為要約，而可使優先承買權人向出賣人為承買之意思表示時即成立契約³⁹⁹，則除非法律有擬制將買受人之通知視為出賣人之要約，否則難以透過法律解釋認為買受人之通知亦得產生同樣之效力。

第五項 優先承買通知義務違反之損害賠償

第一款 優先承買通知為基地租賃契約中之真正義務

對於基地及耕地租賃中優先承買權之討論向來多集中於其具有之物權效之特性，並對其行使要件、效力等為討論。然民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條除賦予承租人一形成權外，或亦可作為租賃契約上之義務規定，而其內涵亟待進一步探究。

債之關係的核心在於給付，然除給付義務外，債之關係上尚有所謂的附隨義務及不真正義務⁴⁰⁰。所謂之不真正義務（*Obliegenheit*）為一種強度較弱的義務，主要特徵在於相對人通常不得請求履行，而其違反並不生損害賠償責任，僅使負擔此項義務者遭權利減損或喪失的不利益而已，如民法第 217 條之與有過失⁴⁰¹。而所謂附隨義務，其義務內涵及其與從給付義務之關聯為何，學說實務上均尚無定論，然違反附隨義務時生債務不履行之損害賠償責任為民法第 227 條之立法理

³⁹⁹ 參照前揭註 342 處本文之說明。

⁴⁰⁰ 王澤鑑（2012），《債法原理－基本理論 債之發生 契約、代理權授與、無因管理》，增訂四版，頁 37，臺北：王慕華。

⁴⁰¹ 王澤鑑，前揭註 400，頁 51-52。



由中所敘明⁴⁰²，亦為實務見解所承認⁴⁰³，故將「優先承買之通知義務」定性上為真正義務之一環，於我國法上應再無疑問。

優先承買權係本於基地租賃契約而生，於基地租賃契約中，出租人及承租人負有民法債編各論所規定之契約義務。而民法第 426 條之 2 第 2 項係規定出賣人「應」將出賣條件通知優先承買權人，其條文之用語既為「應」，該項所規定之優先承買通知即亦為基地租賃契約當事人所負之義務。然就此義務於定性上應屬於真正義務或不真正義務則須為進一步之檢視，若為真正義務則於出賣人有義務違反時將負損害賠償責任；若非則否。

依民法第 426 條之 2 規定，於出賣人未對基地租賃契約之他方為民法第 426 條之 2 第 2 項之通知時，效果係依同條第 3 項，使不動產所有權移轉登記不得對抗優先承買權人。則出賣人未為通知時，法律效果之強，得使物權行為無效，應非僅為較弱的「喪失或減少自身權利」⁴⁰⁴，亦即於義務之定性上應認其非僅為一不真正義務，而為真正義務，於出賣人違反而未為合法通知時，負損害賠償責任⁴⁰⁵。

再參照德國法，其就優先承買權之通知亦強調優先承買義務人有法定通知義務，而該義務為一真正義務，非單純的對己義務，且定位上屬於從給付義務⁴⁰⁶。則通知義務之違反並非僅有單一的效果，不但會使優先承買權之除斥期間不能開

⁴⁰² 學說上指民法第 227 條之立法說明中提及「未告知機器之特殊使用方法」為附隨義務的違反，故可認立法者亦認附隨義務的違反得構成不完全給付，而有民法第 227 條的適用。參照王澤鑑，前揭註 400，頁 47。

⁴⁰³ 最高法院 99 年度台上字第 789 號判決即謂：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。此項附隨義務不僅係基於誠信原則及補充契約解釋（契約漏洞之填補）而生，且於八十八年四月二十一日修正公布之民法第二百二十七條第二項立法理由亦加以承認。」

⁴⁰⁴ 此亦為學者所採之見解，參照黃健彰，前揭註 242，頁 103-104；黃健彰，前揭註 248，頁 178。

⁴⁰⁵ 認出賣人未通知優先承買權人時應負損害賠償責任之學者亦有黃茂榮，前揭註 343，頁 133。

⁴⁰⁶ MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), § 469 Rn. 2.

始起算，亦可使優先承買義務人負違反從給付義務之損害賠償責任⁴⁰⁷，且優先承買權人對於義務人有一通知請求權⁴⁰⁸。而在德國民法第 577 條之住屋租賃關係中的法定優先承買權⁴⁰⁹，於出賣人違反該條所規定之通知義務時，德國法上認為此係違反租賃契約中之從給付義務，出賣人依租賃契約對承租人負債務不履行責任⁴¹⁰。則德國財產法上不論係於意定或法定之優先承買權，均於法條中明文規定出賣人對優先承買權人負通知義務，此與我國法上之規範相同，則其就該通知義務之定性應可資參考。

確立優先承買通知為真正義務後，其非為主給付義務應無疑問，然此通知義務於契約義務群之定位上應屬從給付義務或（狹義的）附隨義務⁴¹¹，則視對於該二義務之定義而可能有所不同。就從給付義務與附隨義務之界線，我國學說上仍存有許多爭議⁴¹²，實務上亦未有穩定之見解，若欲釐清仍需花費大量之篇幅。然將此通知定性為從給付義務或附隨義務於本文所欲討論義務違反時所產生之損害賠償責任並無關聯，蓋不論係從給付義務或附隨義務之違反均會產生損害賠償責任。故就從給付義務及附隨義務之區辨本文暫不論及。

第一目 通知義務人

⁴⁰⁷ Staudinger/Schermaier, (Fn. 373), § 469 Rn. 2; MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), § 469 Rn. 2.

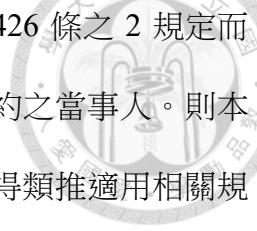
⁴⁰⁸ MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), § 469 Rn. 2.

⁴⁰⁹ 該條之規定參前揭註 375。

⁴¹⁰ Staudinger/Rolfs, (Fn. 344), § 577 Rn. 58.

⁴¹¹ 有論者依該義務是否得獨立訴請履行為標準，可分為獨立之附隨義務及非獨立之附隨義務：獨立之附隨義務亦稱為從給付義務、非獨立之附隨義務則可依其功能分為輔助實現債權人之給付利益及避免侵害債權人之身分或財產上利益。參照王澤鑑（2004），〈債之關係的結構分析〉，氏著，《民法學說與判例研究第四冊》，頁 95，臺北：王慕華；則廣義的附隨義務包含從給付義務，而狹義的附隨義務，即非獨立性之附隨義務，方為一般所稱之附隨義務。參照姚志明（等著）（2001），〈誠信原則與附隨義務—民法研究會第二十三次學術研討會紀錄〉，《法學叢刊》，第 184 期，頁 140

⁴¹² 就附隨義務之內涵有不同見解者可對照：王澤鑑，前揭註 400，頁 44-45；姚志明（等著），前揭註 411，頁 143-144；劉春堂（2011），《民法債編通則（一）契約法總論》，增修版，頁 292-293，臺北：自刊。



首先應說明者係，優先承買權之通知義務既為本於民法第 426 條之 2 規定而為基地租賃契約中之法定契約義務，義務人即必為基地租賃契約之當事人。則本文雖認合法之通知不必由出賣人所發出，由買受人所發出者亦得類推適用相關規定而使優先承買權除斥期間開始起算，惟買受人究非通知義務人。蓋其既非基地租賃契約之當事人，除非出賣人有透過與買受人訂立之買賣契約，約定由其將買賣條件通知優先承買權人，否則買受人自不可能因民法第 426 條之 2 負有基地租賃契約中所衍生之義務。然而，縱有此特別約定，此時買受人之義務仍來自於與出賣人間之買賣契約，故係以出賣人而非優先承買權人為債權人，故於其未為通知時，優先承買權人仍無向買受人請求損害賠償之可能。德國法上之解釋亦同此，即在承認買受人得為合法通知而使除斥期間起算的同時，強調買受人並不負有通知的法定義務，然若當事人間欲以契約加諸該義務給買受人則當無不可⁴¹³。

此亦為我國學者有強調者，並認將通知義務人限定於出賣人而排除買受人之意義至少有四：第一，土地登記規則第 97 條第 2 項⁴¹⁴所規定「應切結者」、「如有不實，應負法律責任者」為出賣人而非買受人；第二，買受人若未通知優先承買權人，嗣後因優先承買權人行使權利而塗銷移轉登記，買受人向出賣人請求損害賠償時，買受人不構成與有過失；第三，買受人原無通知義務，買受人如受出賣人的委任而通知或基於無因管理而通知優先承買權人，就通知之費用可依民法第 546 條或第 176 條項出賣人求償；第四，物權效力的優先承買權人得請求塗銷第三人的所有權移轉登記或向出賣人請求所受之損害，但不得向買受人請求所受之損

⁴¹³ Staudinger/Schermaier, (Fn. 373), § 469 Rn. 3.

⁴¹⁴ 「依民法第四百二十六條之二、第九百十九條、土地法第一百零四條、第一百零七條、耕地三七五減租條例第十五條或農地重劃條例第五條第一款規定，優先購買權人放棄或視為放棄其優先購買權者，申請人應檢附優先購買權人放棄優先購買權之證明文件；或出賣人已通知優先購買權人之證件並切結優先購買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣。」

害⁴¹⁵。



第二目 通知義務之內涵

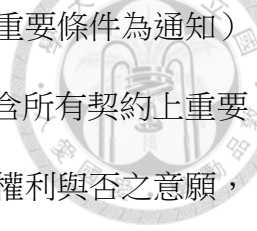
合法通知之法律效果雖在使優先承買權之除斥期間得以開始起算，惟對優先承買權人之意義亦在於使其得知悉買賣條件並據此決定是否行使權利。故出賣人所發出之通知並不合於本節所討論之要件而非為合法時，其本於基地租賃契約所負之義務當然亦未滿足。若優先承買權人因未受有合法通知而有損害時，該損害可透過建構出賣人本於基地租賃契約之通知義務加以填補。

而縱然出賣人所發出之通知已為合法而使除斥期間開始起算，本文認仍不代表其所負之契約義務即已為滿足。具體而言，就通知內容所應達到之詳盡程度，本文認，針對契約上通知義務之滿足與否，及是否使除斥期間開始起算之合法通知，應為不同之認定。

誠如上述，本文基於基地租賃優先承買權具有物權效，認為若對合法通知的內容為過於嚴格之認定，可能有害於交易之安定性，故合法之通知應以包含買賣契約中所有重要之點為足。然此係出於優先承買權對出賣人與第三人間基於買賣契約之所有權移轉有巨大影響之考量，方寬認出租人之通知之合法性，使法律秩序早日歸於安定。惟若以契約上之義務觀點切入，則不必為相同之解釋，反而應要求出賣人將所有條件通知優先承買權人方得謂已盡契約上之義務。

此係因優先承買權人一旦行使優先承買權，其與出賣人間所形成之契約並非以出賣人所通知的內容為準，而係以出賣人與第三買受人所約定之同一條件。則於出賣人未通知的內容嗣後成為優先承買權人與出賣人間的買賣契約條件而造成

⁴¹⁵ 黃健彰，前揭註 242，頁 130；黃健彰，前揭註 248，頁 199-200。



優先承買權人受有損害時，建構出賣人有為完整通知（而非僅就重要條件為通知）之義務，有其實益。於優先承買權人所受之通知已為合法而包含所有契約上重要之點時，就其他非重要之點未為通知，當不影響優先承買權行使權利與否之意願，故其不得主張民法第 88 條意思表示錯誤等規定而撤銷該權利之行使。然若該等未受通知之條件有使優先承買權人陷於更不利之地位而因此受有損害時，其自得依照債務不履行之相關規定請求違反義務之出賣人填補。

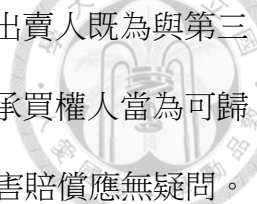
第二款 違反通知義務之債務不履行損害賠償

於違反契約上真正義務時得依債務不履行請求損害賠償自無疑問，然於此值得討論者，係於出賣人違反通知義務時，優先承買權人是否受有損害而需填補。本文於下試圖就可能之情況類型化討論。

第一目 有為合法但非完整之通知

於出租人有為合法而得使除斥期間開始起算之通知，然該通知之內容僅包含契約重要之點而非所有條件時，因該等未受通知之條件既為非重要之點，出賣人就該等部分未為通知將不影響優先承買權人之意願。則若優先承買權人未本於該合法通知行使權利，其自無損害可言。

然若優先承買權人有本於該通知行使權利，而該等未被通知的內容將使優先承買權人陷於更不利之地位時，若優先承買權人得證明其受有損害，當可依民法第 227 條準用者應為給付不能之相關規定請求填補。蓋出賣人確有對有優先承買權人為通知，而優先承買權人亦係根據系爭通知決定是否優先承買。此時基於優先承買權之形成權，一經行使即生效力之特性，尚難認出賣人對該通知的未盡之



處得為補正，故應準用者為給付不能而非給付遲延之規定。又出賣人既為與第三人訂立買賣契約之當事人，其未就買賣契約條件完整告知優先承買權人當為可歸責，故優先承買權人可依民法第 227 條準用民法第 226 條請求損害賠償應無疑義。

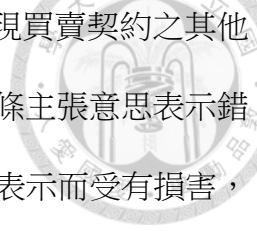
又此處所指之合法通知，不限於出賣人所發出者。若該通知係為買受人所發出，其得為合法已如上述，然若該等通知亦為未包含買賣契約之部分條件而使優先承買權人得證明其因此受有損害時，優先承買權人亦得向未盡通知義務之出賣人依民法第 227 條準用民法第 226 條請求損害賠償。

第二目 有通知但非為合法通知

就不合法而不能使優先承買權除斥期間開始起算之通知可能係基於該通知並非書面、該通知未有權利行使之教示，及該通知未包含所有買賣契約上重要之點。此三者中，會使優先承買權人本於其所收到之不合法通知決定是否行使優先承買權時可能受有損害者，應僅有通知未包含所有重要之點者，蓋其餘二者與優先承買權人對於買賣契約條件之認識不必然相關⁴¹⁶。

於出賣人所為之通知未包含所有契約上重要之點而非為合法通知時，因受合法通知並非行使優先承買權之要件，故優先承買權人自仍得主張優先承買權。然其一旦行使該權利，其與出賣人間所形成之買賣契約條件並非出賣人所通知之內容，而係以出賣人及第三人間所約定之條件為準。則於出賣人通知未包含所有買賣契約上重要之點而非為合法時，出賣人漏未就該等內容通知即可能影響優先承買權人之承買意願。

⁴¹⁶ 然該通知未包含所有重要之點者可能係基於該通知並非書面，然造成優先承買權人受有損害之因素仍為該通知未為詳盡而不足以使優先承買權人準確評估，故歸因應人為未包含所有重要之點。



若優先承買權本於該等通知決定行使優先承買權，而後發現買賣契約之其他條件對其更為不利，致買受意願變更時，其固然可依民法第 88 條主張意思表示錯誤而撤銷優先承買權之行使⁴¹⁷。然若優先承買權人因撤銷該意思表示而受有損害，例如，其已有支出基於優先承買權人誤認其將成為系爭不動產之所有人而支出之費用時，就該等費用亦可對出賣人本於債務不履行請求損害賠償。而若出賣人所未通知之條件於客觀上尚難認為將使具優先承買權之承租人陷於錯誤之程度時，優先承買權人自不得主張民法第 88 條意思表示錯誤而撤銷該優先承買權之行使。然此時優先承買權人確有因出賣人不完整之通知受有損害，亦可依契約義務之債務不履行對出賣人加以請求。

若優先承買權人本於該等通知而積極的放棄優先承買權時，亦得主張係基於意思表示有瑕疵而依相關規定撤銷之。若未達得撤銷意思表示之程度者，於其得證明受有損害時，亦得請求填補。而於優先承買權人既未主張承買，亦未積極表示放棄權利時，因該通知非為合法而優先承買權之除斥期間尚未起算，其仍得隨時主張權利。此時優先承買權人是否受有損害應視其嗣後有無行使權利有不同，詳如下述。

就請求權基礎而言，於此等案型應視優先承買權人是否已有本於該通知為行使或放棄優先承買權且不能撤銷的意思表示有不同。若其已為一無法撤銷之意思表示，優先承買權已無再行使之可能，尚難認出賣人對該通知的未盡之處得為補正，故應準用者為給付不能而非給付遲延之規定；若其未為意思表示或該意思表示為錯誤而得撤銷，優先承買權則仍有行使之可能，出賣人仍得補正通知所欠缺之處，故優先承買權人應依民法第 227 條準用給付遲延之規定而依民法第 231 條請求賠償因遲延而生之損害。而就優先承買權人是否受有遲延損害，則視其於嗣

⁴¹⁷ 若出賣人故意為不合法之通知且係為詐欺者，亦可依民法第 92 條撤銷之，自不待言。

後是否有行使優先承買權而有不同，此於下一目一併處理。



第三目 未為任何通知

若出賣人於與第三人訂立買賣契約後根本未對優先承買權人為任何通知，亦是違反通知義務，優先承買權人可能因而受有損害。因優先承買權之行使並不以受有通知為要件，故與上述於通知仍得補正時相同，亦須區分優先承買權人是否有行使權利之情形分別討論。

若優先承買權人嗣後行使優先承買權，因優先承買權人未受合法通知，出賣人與第三買受人間之物權契約不得對抗優先承買權人無疑問，其即可依據系爭因行使優先承買權而形成之買賣契約請求移轉該土地之所有權登記。然此並不即意味優先承買權未受有損害。

論者有謂，於優先承買權人因出賣人未為通知，因此發生為了行使優先承買權之費用時，承租人除主張該所有權移轉登記無效外，亦得主張因此所生費用之損害賠償⁴¹⁸。惟就此部分之請求權基礎，該文中未為討論。本文認此即應係基於契約上債務不履行之損害賠償請求權。

於優先承買權人嗣後仍不欲行使優先承買權時，出賣人怠為通知似未造成優先承買權人受有損害。則除非優先承買權人得成功舉證證明，出賣人有於不動產出賣時即對其為通知，其必將行使優先承買權，而其嗣後不行使之原因係因遲延通知之時間經過所致，或始可謂有遲延之損害。然若優先承買人無法就上開事項為證明，則應認即使出賣人有即時通知，優先承買權人亦不會行使優先承買權，該遲延通知並未肇致任何損害。

⁴¹⁸ 黃茂榮，前揭註 343，頁 133，註 123。



除此之外或仍需注意，若優先承買權人一方面不欲行使優先承買權，另一方面又請求損害賠償時，此損害賠償請求權之行使於個案中可能有違反誠信原則、禁反言原則之疑慮。

綜上，於出賣人未盡優先承買之通知義務時，優先承買權人可能因此受有損害，並得本於其與出賣人間之基地租賃契約依民法第 227 條請求損害賠償。然其損害之範圍隨出賣人之義務違反程度而有不同，且應視優先承買權是否仍有行使之可能而分別準用給付遲延及給付不能之損害賠償。


第五節 權利未意定拋棄

此為民法第 426 條之 2 與土地法第 104 條未明文規範之要件，然權利行使之前提為權利仍存在，故若優先承買權人已意定拋棄該權利時，當然不得再主張其仍有系爭權利存在。故未有優先承買權之意定拋棄當為優先承買權之不成文要件，而是否有此要件存在亦有檢討之必要。

第一項 買賣契約成立前之拋棄

就上開本章第三節第一項所論及之「基地或房屋出賣」究為優先承買權之權利存在要件或權利生效要件之爭論，學說認為實益在於解釋上此優先承買權是否得在出賣情形發生前先行拋棄。若認出賣為權利存在要件，則權利尚未存在即不可拋棄；若認此為生效要件，即有拋棄之可能。

於基地租賃，此問題之實益可參照臺灣高等法院臺中分院 97 年度重上字第 29 號判決。該案之租賃契約即明文約定「承租人無優先購買權」，而雙方當事人針對該條款是否有效有激烈之爭辯。承租人主張「土地法第 104 條第 1 項規定，除了



有保護承租人等經濟上弱者之利益外，更具有使地上建物之利用與其基地所有權合歸於一人，藉以發揮土地之利用價值，盡經濟上效用，並避免租賃關係消滅後，建物因無使用土地權限遭拆除還地，防杜紛爭等公益目的存在，該條之優先承買權具有物權之效力，屬強制規定，與同法第 34 條之 1 第 4 項所定共有人之優先購買權僅具債權之效力者不同，不許當事人以契約預先拋棄等」，而出租人則以同於本章第三節第一項中有提及之臺南地方法院 105 年度訴字第 2027 號判決之意旨⁴¹⁹，以基地租賃優先承買權不具公益色彩為抗辯。惟於該案中，法院認雙方當事人之租賃契約並非基地租賃，本無土地法第 104 條或民法第 426 條之 2 之適用而未就此爭議為論述。


除該案之外，本文亦未搜尋到有其他案件有論及是否得以契約預先拋棄之爭點。然此一問題牽涉優先承買權是否可得行使，仍有討論之實益。

第一款 預先拋棄法定抵押權之借鏡

就基地租賃之優先承買權是否得於買賣契約成立前拋棄，本文認為，此與買賣契約之成立在要件的定性上，究為優先承買權之權利存在要件或權利生效要件無涉。蓋縱認其為權利存在要件，解釋上於租賃契約訂立當時就先約定拋棄將來可能發生的優先承買權應亦無不可。

關於權利是否可於發生前拋棄之，或可參考實務上對於民法第 513 條承攬契約抵押權的相關討論。於民國 88 年修法前，該條之規定為「承攬之工作，為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生

⁴¹⁹ 「上開規定（筆者按：基地租賃之優先承買權）乃係為保護地上權人、典權人、承租人之利益，尚不具公益色彩，地上權人等既與土地所有權人訂立預先拋棄之特約，於當事人自具拘束力，土地出賣時，地上權人等不得再主張優先承買。……前述優先承買權雖尚未發生，亦屬期待權。」



之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。」不若現行法有須經抵押權登記之要件。故於舊法時代，該抵押權係因法律規定所發生，為法定抵押權，實務上認為不待登記即生效力。又如係為定作人建造房屋者，該抵押權須於嗣後房屋完成時始有存在於房屋上之可能，於房屋建造完畢後始成立⁴²⁰。則於承攬契約簽訂之當時，若當事人間即約定承攬人拋棄該法定抵押權，此約定之效力為何，實務上有不同見解。

第一目 不得再為行使抵押權

於承攬契約之法定抵押權，因其為一物權，故法院多認為該抵押權之拋棄以登記為要件，方符合民法第 758 條之規定。然對於以契約約定拋棄抵押權而未為拋棄登記者，法院則多認為該約定拋棄仍具有債權效力。於最高法院 97 年度台上字第 1808 號判決中，該案之案例事實係承攬人於民國 79 年承攬系爭工程建築房屋，並於 83 年完工，系爭拋棄對該房屋之法定抵押權的切結書則係於民國 80 年所出具，為於法定抵押權存在前即對該權利為拋棄之意思表示。就此，該案之原審認為：「系爭工程係於八十三年四月十五日始完成，被上訴人於八十年六月二十日所為拋棄抵押權之表示，係在取得法定抵押權之前，被上訴人並非有處分權之人，其所為拋棄之意思表示亦不生效力。」惟此見解遭最高法院廢棄，謂：「其拋棄，因屬依法律行為而喪失其不動產物權之處分，非依法為登記不生效力。故承攬人在未依法為拋棄登記前，依法雖不生消滅法定抵押權之效果，但法定抵押權旨在保護承攬人之私人利益，究與公益無涉，非不得由承攬人事先予以處分而為拋棄之意思表示。查被上訴人以系爭切結書表示拋棄該法定抵押權，因未經登記，

⁴²⁰ 認法定抵押權成立之時點於解釋上應以工作完成或交付時為準者，林誠二（2008），《民法債編各論（中）》，頁 115，臺北：瑞興。



依法固不生拋棄物權之效力，然被上訴人既書立系爭切結書，並經移新公司簽名蓋章後交由合作金庫收執，則此一拋棄該法定抵押權之債權行為，於兩造及合作金庫間是否不生債之效力，亦待探求。⁴²¹

除認為該拋棄之約定有債之效力外，有法院更進一步認為，若承攬人嗣後行使抵押權，將有違誠信原則而應受限制。採此見解者如最高法院 92 年度台上字第 2744 號判決，該案之承攬契約係於民國 80 年 7 月訂立建築建物，於同年 10 月承攬人並書立「法定抵押權拋棄書」。最高法院就此認為：「本件上訴人以系爭拋棄書表示拋棄系爭法定抵押權，因未經登記而不生拋棄物權之效力，上訴人原得依系爭法定抵押權，主張優先受償之權利，但上訴人既書立該拋棄書，以祐捷公司為同意人，並載明交由被上訴人收執，而為拋棄該法定抵押權之債權行為，於兩造及祐捷公司間，即生債之效力。原審認定上訴人再據該法定抵押權為優先受償之主張，有違誠實及信用原則，而為上訴人不利之判決，尚無可議之處。」⁴²²

第二目 仍得行使抵押權

惟，亦有明白否定該拋棄有任何效力之見解，如最高法院 94 年度台上字第 186 號判決。該案承攬人承攬之建築物於 87 年完工，而其係於 86 年出具拋棄抵押權之聲明書，最高法院於此案維持原審見解，謂：「原審依審理之結果，以：……被上訴人對於附表所示建物之法定抵押權存在，不因被上訴人曾以書面承諾拋棄取信上訴人而受影響，否則無異以當事人間所為拋棄之意思表示即得發生物權喪失之效力，而與民法第七百五十八條及第七百五十九條規定有違。上訴人以誠實信

⁴²¹ 採相同之見解者仍有最高法院 98 年度台上字第 1659 號判決、最高法院 94 年度台上字第 282 號判決。

⁴²² 採相同之見解者仍有最高法院 95 年度台上字第 8 號判決、95 年度台上字第 1809 號判決



用原則及權利失效理論為由，主張系爭法定抵押權已因被上訴人為拋棄之意思表示而歸於消滅云云，與前揭法文意旨尚有未合，亦無可取。……經核於法並無違背。」

423

第三目 小結

然而，上開否定及肯定抵押權仍得行使的最高法院見解分歧之處並不在於權利是否可於發生前拋棄，而是在於該抵押權為一物權，若將承攬人事前約定拋棄之債權行為得以影響物權之行使是否妥適。然由上開判決觀之，最高法院針對尚未存在之權利，仍認為得針對該權利為一定之意思表示，且產生拘束當事人之效果。此於最高法院 97 年度台上字第 1808 號判決對照原審見解及最高法院之見解，更為明顯。

第二款 法律行為要件之解析

自法律行為之要件為觀察，除法律另有規定外，於當事人有行為能力，而標的為可能、確定、適法、妥當，且意思表示健全，法律行為即為有效⁴²⁴。以此檢視於第三人之買賣契約訂立前而基地租賃契約當事人間約定拋棄優先承買權之情形，假設雙方皆有行為能力且於合意當下之意思表示均健全，如認此約定符合標的可能、確定、適法及妥當後，應認該法律行為有一定之效力。就此等標的之要件，以下逐一檢視。

預先約定拋棄將來可能發生之優先承買權，該標的應屬可能。雖可能於租賃契約之存續期間，均未有基地或房屋出賣之情形，然此亦等同於附停止條件之法

⁴²³ 採相同之見解者仍有最高法院 94 年度台上字第 434 號判決。

⁴²⁴ 王澤鑑，前揭註 320，頁 271-272。



律行為，將效力繫諸可能發生但也有可能不會發生之事實，仍不妨礙法律行為為有效。

就標的確定，雖於預先約定拋棄之當時，因與第三人之買賣契約尚未締結，不能知道該優先承買權所形成之「同一條件買賣契約」之具體內涵為何，然雙方所約定者應為，「不論於何種情況，享有優先承買權之人就民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所指之權利皆不得行使」，可認法律行為之標的至少已可得確定。

就適法而言，除非解釋上認為此二條之規定為強制規定外，否則應無違法可言。此亦為上開肯認當事人得以契約預先約定拋棄法定抵押權之最高法院 97 年度台上字第 1808 號判決有強調「法定抵押權旨在保護承攬人之私人利益，究與公益無涉」之原因。

而所謂妥適，一般所指之內涵為未有民法第 72 條之違反公序良俗或民法第 74 條暴利行為之情事⁴²⁵。預先拋棄優先承買權之約定，除非另有民法第 74 條之趁拋棄之人輕率、急迫、無經驗時為之者外，一般而言亦應無非為妥適之情狀。

故此等法律行為之要件中唯一須釐清者應為：此法律行為之標的是否適法。亦即，基地租賃優先承買權之規定，解釋上是否為強制規定而當事人不可任意拋棄。然此即已與優先承買權於何時存在無涉，蓋縱認優先承買權於租賃契約訂立時即存在，仍可能產生認為該權利不得於受通知前拋棄之解釋。如針對耕地三七五減租條例中之優先承買權之討論，有學者即認該優先承買權係於租賃關係締結時即存在，惟仍不得於土地出賣前拋棄，此係因某項特定權利得否拋棄應斟酌立法目的，依解釋的方法予以認定。而耕地租賃之優先承買權之立法意旨既本於憲法扶植自耕農的基本國策，解釋上應認此項優先承買權不得於耕地出賣前為拋棄

⁴²⁵ 王澤鑑，前揭註 320，頁 272。

426。此即為本文上開所述，「與第三人締結買賣契約」之要件於定位上為權利生效要件或權利存在要件，均不影響基地租賃優先承買權是否可於此第三買賣契約訂立前為拋棄之討論。此問題之重點仍在對於基地租賃優先承買權，解釋上是否可於權利得行使前為拋棄之意思表示。

學說上針對基地租賃優先承買權是否得預先拋棄有不同見解。有認應視法定優先承買權之目的而定，若其目的在於保護法律關係中弱勢之一方當事人者，囿於他方當事人可能以較強之經濟或知識能力以特約排除此類規定，故應有解釋為不准預先拋棄之必要，以避免保護規範目的落空；然若於其他情形，優先承買權之存在雖有促進財產之利用或減少紛爭之助益，但同時亦可能有不利交易之疑慮，故應容許當事人間預先約定拋棄或同意不行使優先承買權⁴²⁷。然此學者未針對基地租賃優先承買權應屬此二者中之何者有更具體之說明。另有論者單獨針對土地法第 104 條，認法律未明定禁止預先拋棄，且該條之目的在於使基地與基地上房屋合歸一人所有，以盡經濟之效用，乃側重於私益之保護，尚非基於土地政策或行政上之事由；且基地承租人與基地所有權人間相互有優先承買權，目的亦非在保護法律關係中弱勢一方。故本於契約自由原則，應解為當事人間得基於合意，預先訂立拋棄優先承買權之特約⁴²⁸。

採否定說而認基地租賃之優先承買權於解釋上不得事先拋棄之學者則認，此優先承買權之基本目的在於使不動產權利義務趨於單純而利於土地行政，故預先以約定使權利人拋棄其權利，或對其權利之行使加以限制者，其約定應屬無效⁴²⁹。亦有學者認解釋上應參照司法院大法官會議釋字第 124 號解釋之意旨，須出賣人

⁴²⁶ 王澤鑑，前揭註 285，頁 506-507。

⁴²⁷ 林誠二（2014），〈優先承買權之適用限制〉，《台灣法學雜誌》，248 期，頁 113-114。

⁴²⁸ 陳立夫，前揭註 209，頁 33。

⁴²⁹ 朱柏松，前揭註 182，頁 148。

將出賣條件通知優先承買權人後，始得表示承買或放棄承買⁴³⁰。



第三款 瑞士法上之規範

同樣以法律規定於特定關係中有物權效優先承買權的瑞士法，於民法第 681 條之 2 第 1 項規定，「排除或修改法定優先承買權之合意經公證後為有效。當該優先承買權為另一塊土地之現在所有人所享有時，得將該合意登記於土地登記簿。」

⁴³¹明文規定當事人得透過合意排除法定優先承買權⁴³²，並於該合意經公證後為有效。而若欲使該等合意得以對抗約定拋棄之當事人以外的第三人，並應於土地登記簿登記⁴³³。此係基於瑞士民法第 682 條所規定（包含建築權關係中）的法定優先承買權為私法性質，故可透過法律行為加以調整⁴³⁴。文獻上亦有強調，基於該等法定優先承買權之私法性質，本可透過當事人之法律行為加以排除或修改其內容，而此於瑞士民法第 681 條之 2 增訂後，於該條第 1 項為明確規定⁴³⁵。

第四款 本文見解

本文認，於基地租賃關係中，當事人間事先約定拋棄優先承買權應無不可。蓋此制度之目的在於「減少交易成本」，然誠如上述就制度目的以經濟分析所得出之結果，於考量其強大之物權效對自由交易市場可能產生之負面影響後，此制度

⁴³⁰ 劉春堂，前揭註 203，頁 407。

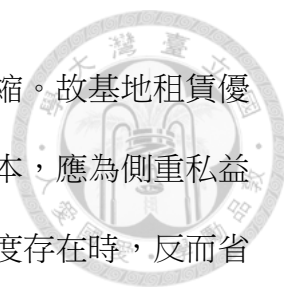
⁴³¹ 條文之德文原文為：„Die Vereinbarung, mit welcher ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeschlossen oder abgeändert wird, bedarf zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Sie kann im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn das Vorkaufsrecht dem jeweiligen Eigentümer eines andern Grundstücks zusteht.“ 暫譯為：「排除或修改法定優先承買權之合意經公證後為有效。當該優先承買權為另一塊土地之現在所有人所享有時，得將該合意登記於土地登記簿。」

⁴³² Rey/Sterbel, (Fn. 202), Art. 682 N 28 ; Meier-Hayoz, (Fn. 202), Art. 682 N 38.

⁴³³ Rey, BSK ZGB II, 2. Aufl., 2003, Art. 681b N 5.

⁴³⁴ Rey, (Fn. 433), Art. 681b N 1 ; Meier-Hayoz, (Fn. 202), Art. 682 N 38.

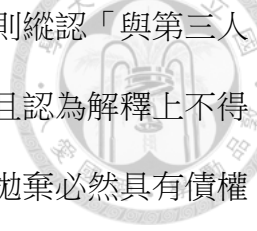
⁴³⁵ Rey, (Fn. 433), Art. 681b, N 3.



不必然對整體社會之經濟效益有所助益，解釋適用上應有所限縮。故基地租賃優先承買權更著重於免除使用關係當事人間所生之糾紛或交易成本，應為側重私益之保護。而在當事人間事先約定該基地租賃中無優先承買權制度存在時，反而省去優先承買權對買賣市場之負面影響，可增加該等不動產之流動機會。因此，於當事人間自願放棄此優先承買權時，其因基地租賃契約之投資已得受民法第 425 條及第 426 條之 1 的保障，亦不會對總體社會產生經濟效率之損失，尚難謂本條優先承買權有強大公益性質而不得由當事人自由處分。又基地租賃之優先承買權並非獨厚承租人，而係出租人及承租人均得享有，亦難解為是在保護法律關係中之弱勢的一方。

基此，應認基地租賃之優先承買權得由租賃關係之當事人於買賣契約發生前約定拋棄。於約定拋棄之案件中，如遇有基地或房屋之出賣，房屋於租賃關係存續期間仍受民法第 425 條或第 426 條之 1 之保障，不至於產生投資減損之現象已如前述。則若當事人有拋棄優先承買權之特約，亦可排除前述第三買受人可能因交易成本無法回收而躊躇不前之情況，有助於交易效率。上開援引司法院大法官解釋而認基地租賃優先承買權亦不得事先拋棄者，似忽略該解釋係針對耕地三七五減租條例所作成，是在保護法律關係中之弱勢佃農之利益，而此重要特徵為基地租賃關係中所不具備。又有基於認為基地租賃優先承買權在使不動產權利義務趨於單純而利於土地行政，故不得預先拋棄之見解，應是認為此優先承買權係在保護公共利益。然此制度仍對交易效率及安全有影響已如前述，解釋上亦應納入考量。

再者，上開針對承攬人法定抵押權進行討論之實務見解，均強調承攬人拋棄該權利僅具債權效力之原因在於：抵押權為一物權，而就此物權之處分應以登記為生效要件。而基地租賃優先承買權雖具有物權效，但解釋上為債權物權化之一



種樣態，本質上仍為債權而非物權，處分不己登記為必要⁴³⁶。則縱認「與第三人締結買賣契約」為優先承買權之權利存在要件而非生效要件，且認為解釋上不得預先處分一尚不存在之權利，仍不影響租賃契約當事人間約定拋棄必然具有債權效力。於此，亦不生如法定抵押權中，特約之債權效力是否得以限制抵押權行使之物權效力之疑慮。故不論將事先拋棄優先承買權之意思表示定性為債權行為或準物權行為，均不影響其可事先為之，且具有拘束當事人之效力。而此結論上亦與瑞士法相同。

第二項 買賣契約成立後之默示放棄

於基地租賃優先承買權之相關案件中，於已有與第三人所締結之買賣契約存在後，針對優先承買權人消極不行使優先承買權是否可解釋為已默示放棄優先承買權，亦有爭議。爭點在於：承租人僅主張買賣不破租賃，或雖未明白主張買賣不破租賃然仍繼續繳交租金，而未主張優先承買者，是否為一默示放棄優先承買權之意思表示。

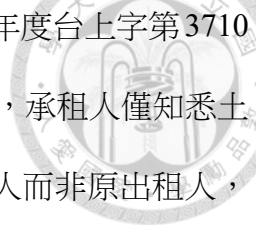
第一款 實務見解

第一目 肯定承租人已默示放棄者

於此，認承租人已默示放棄優先承買權者有 2 則判決。最高法院 86 年度台上字第 2707 號判決認為，承租人既已知悉買賣條件而未主張優先承買，反而繼續繳納租金給原出租人（即出賣人），是為默示放棄⁴³⁷。

⁴³⁶ 詳請參照本文第二章第四節第三項。

⁴³⁷ 「若基地承租人於知悉土地買賣之條件後，曾明示或默示表示拋棄該優先購買權者，自仍生權



另一則認為承租人已默示放棄優先承買權者為最高法院 86 年度台上字第 3710 號判決，此案之案例事實與前開 2707 號判決稍有不同。於此案，承租人僅知悉土地出賣之事實而不知悉買賣條件，又其繳交租金之對象為買受人而非原出租人，則依承租人繳交租金之對象判斷，其亦應係在主張買賣不破租賃。法院認為基地承租人有受基地出賣之通知，雖該通知並非合法而不能使除斥期間起算，然仍有默示拋棄優先承買權之情況⁴³⁸。

第二目 否定承租人已默示放棄者

而認承租人並未有放棄優先承買權之默示意思表示者則有 4 則判決。其中 2 則判決係與上開肯定承租人已默示放棄之最高法院 86 年度台上字第 2707 號判決為同一案件，分別為最高法院 88 年度台上字第 2167 號判決⁴³⁹及最高法院 90 年度台上字第 2390 號判決。最高法院 88 年度台上字第 2167 號判決強調「承租人放棄優先購買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之。倘其僅知出賣之事實，不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先購買權之可言。」

利拋棄之效力。……苟被上訴人（筆者按：即承租人）已悉買賣之條件，仍按年向李淡李淡（筆者按：原出租人即優先承買義務人）提存租金，該被上訴人之舉動，能否謂無默示拋棄優先購買權之意思，非無疑問。」判決中進一步強調：「且上訴人於原審復一再抗辯稱：『被上訴人在另案拆屋還地事件自始主張買賣不破租賃……足證被上訴人不但於伊就該案起訴時已知李淡將系爭土地出售與伊，抑且從未主張優先購買權，其早已放棄優先承購權，尤屬明顯』各等語。究竟被上訴人已否有拋棄系爭土地優先購買權之默示意思？原審未遑進一步調查審認，遽以上開理由而為上訴人敗訴之判決，亦嫌速斷。」

⁴³⁸ 「甲○○曾於八十三年五月二十日委託其夫許好修與訴外人詹榮助等人，至上訴人（筆者按：即承租人）竹南鎮○○路二八五號公司辦公室，向上訴人告知系爭土地拍賣移轉所有權之情事，並洽商返還占用土地及租金給付問題，上訴人於受告知土地買賣後，並未表示主張優先購買權，……，其既於知悉基地買賣情事後，仍給付租金給買受人之甲○○，足認其已默示表示拋棄優先購買權，自不得再為主張，原審駁回其上訴，經核於法洵無不合。」

⁴³⁹ 雖司法院法學資料檢索系統未將此判決與最高法院 86 年度台上字第 2707 號判決及最高法院 90 年度台上字第 2390 號判決列為歷審裁判，惟該 86 年度之最高法院判決有敘明該案之上訴人係針對臺灣高等法院 85 年度上字第 1586 號判決上訴，而歷審判決列表中再下一則即為臺灣高等法院 88 年度上更（二）字第 450 號判決，可見列表中缺少一次最高法院之判決。又最高法院 88 年度台上字第 2167 號判決之當事人與案例事實均與上開判決相同，應可推認其等為同一案件。

440，認為單純從承租人主張買賣不破租賃並不能推論承租人已知悉買賣條件，故應無默示拋棄之意思表示⁴⁴¹。此判決見解與上開最高法院 86 年度台上字第 2707 號判決相矛盾，雖於 86 年度之判決中，最高法院就承租人有默示拋棄之意思表示之論述係先以「苟」承租人已悉買賣之條件作為前提要件，然觀該判決後續進一步就承租人曾抗辯買賣不破租賃的論述，或是在認為優先承買權之默示拋棄不以知悉買賣要件為前提。

而該案嗣再上訴至最高法院之最高法院 90 年度台上字第 2390 號判決的見解，其論理更為詳細，認為「租用基地建築房屋，於基地出賣時，原承租人除依土地法第一百零四條第一項前段之規定，得依同樣條件優先購買外，並得基於買賣不破租賃，主張原租賃關係對於受讓人繼續存在，是辛○○（筆者按：即承租人）在壬○○（筆者按：即買受人）訴請其拆屋還地事件中，基於買賣不破租賃原則，主張對於壬○○有租賃關係存在，係權利行使之選擇，尚難憑此遽認辛○○已放棄優先購買權。」

最高法院 95 年度台上字第 2868 號判決亦否認優先承買權人有拋棄權利，然該案與上開案件不同之處在於，承租人雖以買賣不破租賃抗辯，然其亦同時主張出租人未通知其優先承買，則該所有權移轉對其不生效力。相較於上開案件，該案之承租人已有積極主張不放棄優先承買權，故最高法院認，承租人既已為所有權移轉不得對抗自己之抗辯，難認有拋棄權利之意思⁴⁴²。

⁴⁴⁰ 此與另一最高法院否認優先承買權人有默示拋棄權利之最高法院 96 年度台上字第 251 號判決意旨相同，均認默示拋棄係已知悉買賣條件為前提。該判決認：「按土地法第一百零四條第一項規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，故承租人放棄優先購買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之。倘其僅知出賣之事實，不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先購買權之可言。」

⁴⁴¹ 「原審未查明上訴人是否知悉李淡與被上訴人癸○○就系爭土地所約定之買賣條件，徒以上訴人於被上訴人癸○○另案訴請其拆屋還地時，已知系爭土地出售，竟為買賣不破租賃之抗辯，即認上訴人已拋棄優先購買權，自嫌速斷。」

⁴⁴² 「上訴人於原法院八十五年度重上字第 84 號民事事件審理時，縱已知悉系爭土地之買賣條件，



第二款 學說見解

針對此一問題，論者則有認為，基於財產權得自由拋棄的原則，既然承租人明白表示拋棄優先承買權，只要其為自願的拋棄，該拋棄之有效性並不以知悉買賣條件為前提⁴⁴³。其中，有更進一步強調於，優先承買權之意定拋棄，不宜設定並非拋棄權利所必要之知悉買賣條件為前提，徒增優先承買權人反覆機會，危害法秩序之安定，僅應謹慎認定成買權人為默示拋棄之情況⁴⁴⁴。

於承租人僅主張買賣不破租賃之情形，學者則有認，雖不排除推定默示放棄優先承買權，但此推定應以承租人知悉買賣條件為前提。若承租人僅知買賣事實而不知買賣條件，其無法行使優先承買權，故即便其主張買賣不破租賃，亦不得認係以默示拋棄優先承買權。其認為，承租人很可能先主張買賣不破租賃，避免被認定為無權占有，並於知悉買賣條件後再主張優先承買權，此不構成矛盾行為，不違反誠信原則；然若承租人一直未提及可能主張優先承買權，向買受人支付租金而有此特別情事使買受人足以正當信賴承租人不再行使優先承買權，造成法律關係不安定，則宜認為違反誠信原則⁴⁴⁵。其亦認為，行使優先承買權與主張買賣不破租賃各有其要件，承租人即便知悉買賣條件而主張優先承買有可能被認為不符合要件，故承租人在實務上也可同時主張此二權利來保障其權益。更何況，承租人就標的物行使優先承買權並無法立即取得標的物所有權，此時如出賣人已將

而未主張優先購買權，且以買賣不破租賃為抗辯，惟卷附原法院上開事件民事判決記載，上訴人除為上開抗辯外，亦抗辯：『系爭土地自該祭祀公業出售丁○○而被上訴人中國人壽保險公司，均未依土地法第一百零四條通知渠（即上訴人）優先承購，其所有權之移轉為無效』等語。上訴人於上開事件審理中，既已就出租人出售系爭土地未通知其優先購買，表明是項所有權之移轉對其不生效力，能否謂其有默示拋棄優先購買權之意思，即非無疑。」

⁴⁴³ 黃健彰，前揭註 242，頁 53；黃健彰（2016），〈土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究〉，《國立中正大學法學集刊》，52 期，頁 248；楊智守（2019），〈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（下）〉，《司法週刊》，1948 期，2 版。

⁴⁴⁴ 楊智守，前揭註 443，2 版。

⁴⁴⁵ 黃健彰，前揭註 242，頁 53-54；黃健彰，前揭註 443，頁 248-249。



標的物移轉於他人，承租人為避免被認定為無權占有而主張買賣不破租賃，亦不妨礙優先承買權之行使⁴⁴⁶。

然亦有學者認為，優先承買權人需知悉出賣人與買受人所簽訂買賣契約之全部條件後，始得考慮是否依同樣條件優先承買，故優先承買權之放棄亦必於其知悉買賣條件後始能為之⁴⁴⁷。則其認為於上開最高法院 86 年度台上字第 2707 號判決所認定之事實中，承租人既已知悉出賣之事實及條件，卻仍按年提存租金，應可視為默示拋棄優先承買權之舉動⁴⁴⁸。

第三款 本文見解

首先應確認者係，優先承買權雖於優先承買義務人與第三人訂立買賣契約時即為得行使，然優先承買義務人仍需依民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所規定之方式通知優先承買權人，否則該等條文之「10 日」除斥期間未開始起算，不發生優先承買權「視為放棄」之效果，第三買賣契約不得對抗優先承買權人。解釋上，本文既認優先承買權人得於事前拋棄優先承買權，則於買賣契約成立後，縱然優先承買權人於不知買賣契約之條件，而即表示放棄繫諸該次買賣之優先承買權，既為自身對權利之處分，當無不可。故本文認為上開強調「不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先購買權之可言」之學說及實務見解並不可採。

故本文贊同上開強調不宜限制須以權利人知悉買賣條件作為拋棄權利之要件，否則徒增權利人反覆之機會而危害法安定性的學說見解，蓋誠如其所述，於優先

⁴⁴⁶ 黃健彰，前揭註 242，頁 54-55；黃健彰，前揭註 443，頁 249-250。

⁴⁴⁷ 吳珮君，前揭註 229，頁 34。

⁴⁴⁸ 吳珮君，前揭註 229，頁 34，參酌註 52。



承買權人確知自己有此權利時，自然仍可靜待通知以決定是否行使，卻積極為拋棄之意思表示，堪認無意等待以決定是否行使權利，故僅應謹慎認定默示拋棄之情況⁴⁴⁹。

回到承租人僅主張買賣不破租賃或繼續繳交租金而未主張優先承買權之案例中，此是否構成默示拋棄優先承買權之討論重點在於：承租人該等行為是否構成一默示意思表示。

意思表示本得以明示或默示為之，明示者指行為人直接將其效果意思表示於外，而默示者則指由特定行為間接推知行為人的意思表示⁴⁵⁰。又默示意思表示亦須與沈默加以區分。默示意思表示係一種積極的行為，只是經由表示其他意思的方式間接表示其意思，或以事實行為表示某種特定的效果意思⁴⁵¹；沈默則為單純之不作為，即不能藉他項事實推知其意思，原則上不具意思表示的價值，亦不發生法律效果，除非當事人有特別約定以沈默作為意思表示的方法、法律有於特定情形對於沈默擬制為意思表示⁴⁵²，或沈默者依誠信原則有表示義務而為沈默⁴⁵³。此默示意思表示及單純沈默之區別，依最高法院 29 年上字第 762 號判例所定義，為：「所謂默示之意思表示，係指依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者而言，若單純之沉默，則除有特別情事，依社會觀念可認為一定意思表示者外，不得謂為默示之意思表示。」就法律於特定情形對於沈默擬制為意思表示者，則如基地租賃中規定優先承買權人不於通知到達後 10 日內表示優先承買即視為放棄。

故，此問題之核心爭點應為：於優先承買權人知悉買賣條件或僅知買賣之事

⁴⁴⁹ 楊智守，前揭註 443，2 版。

⁴⁵⁰ 王澤鑑，前揭註 320，頁 364-365；邱聰智，前揭註 341，頁 537。

⁴⁵¹ 施啟揚，前揭註 243，頁 228。

⁴⁵² 王澤鑑，前揭註 320，頁 365-366；施啟揚，前揭註 243，頁 228-229。

⁴⁵³ Brox/Walker, AT BGB, 36. Aufl. 2012, § 4 Rn. 90.



實後仍未行使優先承買權而繼續給付租金者，解釋上係單純之沈默，抑或該等主張買賣不破租賃或繼續給付租金之舉動已構成一個得間接推知權利人有放棄優先承買權的默示意思表示。

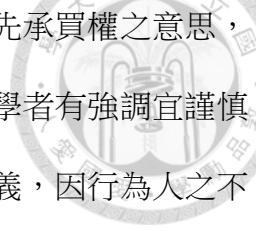
於此之所以有討論是否有默示放棄優先承買權的前提為，優先承買權尚有行使之可能，亦即，未有合於民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之通知到達而使 10 日除斥期間經過。法律上既有規定出賣人在出賣不動產時應通知優先承買權人，且依本文之見解，該通知亦須包含權利行使之教示時⁴⁵⁴，本文認為，於承租人尚未受一合法通知，而僅主張買賣不破租賃或繼續繳交租金時，縱然其已知悉出賣人與第三人間之買賣條件，仍不必代表其已知悉有優先承買權得以行使。又承租人既未受合法通知，其不行使優先承買權之原因亦可能為其不確定所知悉之條件之真實性或完備性，尚難就是否行使權利進行完整之考量。蓋默示意思表示既為一種意思表示，表意人對其表示所欲實現發生的法律效果就必須有所認識，若當事人或因主觀上不知悉有權利可為主張，或因有意觀望、見機行事等而未主張權利，本不能當然解為係默示拋棄其權利的意思表示⁴⁵⁵。

若認為承租人在未受合法通知前，即可能因未主張優先承買權就被解為有放棄權利之默示意思表示，亦在使出賣人得以規避法律所課予其之通知義務，似有未當。故應認此時承租人不主張優先承買權為單純的沈默而非為意思表示，因此種情形中並未存在當事人約定或法律規定以沈默作為意思表示之情形。又出賣人既尚未為合法之通知，承租人亦不依誠信原則負有表示之義務。

確認此單純之沈默不能構成意思表示後，下一步為探討承租人之「主張買賣

⁴⁵⁴ 蓋於一般情形下，縱承租人知悉基地出賣之情形甚或是出賣之條件，其仍不一定知悉有優先承買權得以行使，此亦為本文認優先承買權之通知應有權利行使之教示的理由，詳於本章第四節第二項論述。

⁴⁵⁵ 陳忠五(2014)，〈權利失效在勞動關係上的適用—最高法院 102 年度台上字第 1732、1766、1932 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 43-44。



不破租賃、繳交租金」等積極行為，是否有間接表示不主張優先承買權之意思，而構成默示意思表示。然而，於判斷一個行為是否為默示時，學者有強調宜謹慎為之，蓋一般單純的沈默之所以原則上不得被認為有表示之意義，因行為人之不作為可能有種種不同的原因，而若將單純的沈默視為默示的意思表示，將對交易產生無法負荷的負擔⁴⁵⁶。

首先應敘明者為，於此種案型中，承租人單純主張買賣不破租賃或繼續繳交租金與主張優先承買權並不互相排斥，蓋買賣不破租賃及優先承買權均為租賃法上賦予承租人之權利；繼續繳交租金則為確保租賃契約不因遲付租金而遭終止，為租賃契約繼續存在之必要條件。則承租人該等行為之目的應僅在確保房屋得以繼續存在於基地之上，未能間接推知其有默示拋棄權利之意思。

故本文亦不贊同上開學者認於承租人已知悉買賣條件時，可推定其有放棄權利之默示意思表示。雖此所指之推定應係指民事訴訟法第 282 條之事實上之推定，欲推翻此推定以反證為足，對舉證責任之分配不生影響⁴⁵⁷，然基於承租人必係從合法通知以外之管道知悉買賣條件而難確保其資訊的真實性，要求承租人於此時需決定是否行使權利，否則即可能產生放棄權利之不利益，亦不符合法律課予通知義務之意旨。且依最高法院 76 年台上字第 728 號判決「民事訴訟法第二百八十二條固規定，法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽，惟其推定仍應本法院之自由心證，應用經驗定則而為之，倘已明瞭之事實，與應證事實間，互無因果，亦無主從或互不相容之關係時，自不得為此項事實之推定。」之意旨，此推定亦以合乎經驗法則為前提，而由經驗法則尚難推認承租人該等行為即等同放棄優先承買權之意思，已如上述。故本文認，應以最高法院 90 年度台上字第 2390

⁴⁵⁶ 黃立，前揭註 320，頁 217。

⁴⁵⁷ 駱永家（1971），〈推定之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，1 卷 1 期，頁 220-221。



號判決認為「主張買賣不破租賃僅為承租人權利行使之選擇，難認有放棄優先承買權之意思」之見解最為可採。

惟雖本文不認該等行為構成放棄優先承買權之默示意思表示，並不代表於優先承買權人未獲合法之通知前仍得隨時行使權利，蓋優先承買權之行使仍須經過誠信原則中權利失效制度之檢視，詳見第四章第七節。

第六節 權利行使要件

上開均為權利存在要件之討論，於該等要件該當後，優先承買權人即有權利可得行使。然就該權利應如何行使，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 仍設有一定之要件，此將於本節討論。

第一項 不以受合法通知為必要

依土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之規範，合法通知僅為使 10 日除斥期間起算之要件，而與優先承買權人得否行使權利無涉。故一旦上開權利要件該當，優先承買權人即得行使權利，出賣人是否通知，在所不問⁴⁵⁸。蓋若將受有合法通知解釋為權利存在或行使之要件，將使出賣人得以藉拖延，甚或堅決不履行其通知義務以規避優先承買權，解釋上亦有所欠缺。

從實務見解觀之，雖未有直接針對此論述之最高法院判決，然上開針對合法通知之要件進行討論之實務見解，亦均以出賣人雖未合法通知，優先承買權人仍得行使權利為前提。否則於認為出賣人未合法通知時，不得逕認優先承買權人主

⁴⁵⁸ 針對耕地三七五減租條例之討論可參照王澤鑑，前揭註 285，頁 506；德國法上亦採此見解，認優先承買權之行使不以權利人受有通知為必要，參照 MüKoBGB/Westermann, (Fn. 344), BGB § 464 Rn. 4

張權利之請求為有理由，而應先命出賣人進行通知。而實務上未見任何表示須先由出賣人為合法通知後，方得肯認優先承買權人之請求的判決。



第二項 以書面行使優先承買權

就優先承買權之行使是否以書面為必要，與優先承買權之通知相同，同樣出現民法及土地法規範不一致之現象。民法第 426 條之 2 第 2 項第 2 句為「優先承買權人於通知達到後 10 日內未以書面表示承買者，視為放棄」，係在規定優先承買權人須以書面表示承買；土地法第 104 條第 2 項第 1 句則係規定「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」，未有要求以書面表示之文字。

相較於優先承買權之通知有諸多爭議，實務及學說上對於優先承買權之行使方式則少有討論。有學者針對土地法第 104 條及耕地三七五減租條例第 15 條之法定優先承買權一併論述時認為，權利人應以書面表示承買⁴⁵⁹，然未對認為應以書面表示有詳細論理。

然本文基於與優先承買權之通知相同之立場，認為優先承買權之行使應以書面為必要。此係基於本文認為於基地租賃優先承買權中，若土地法第 104 條與民法第 426 條之 2 規範上有衝突時，應以民法上之規定為準。又參照土地法第 34 條之 1 債權效之優先承買權，土地法第 34 條之 1 執行要點第 11 點第一項亦規定優先承買權人須以書面行使權利。則若於具物權效之基地租賃優先承買權，反僅要求優先承買權人之權利行使以不要式之方式為之，將有價值衡量失衡之問題。故應認優先承買權之行使，與優先承買權之通知相同，均須以書面為之，方生效力。

⁴⁵⁹ 王澤鑑（1998），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 522，臺北：王慕華。

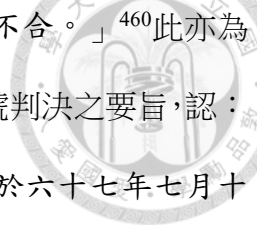


第三項 依「同樣條件」優先承買

於確認優先承買權人就出賣之不動產有優先承買權存在後，民法第 426 條之 2 係規定其有「依同樣條件優先承買之權」，土地法第 104 條則為「依同樣條件優先購買之權」，意旨相同。

基此，最高法院反覆宣示，「以同樣條件承買」為優先承買權之合法行使要件，若權利人所主張之買賣條件並非與出賣人與第三人間之買賣契約相同者，即未有優先承買權之行使。此如最高法院 98 年度台上字第 1074 號裁定，認：「未查租用基地建築房屋之承租人依民法第四百二十六條之二第一項或土地法第一百零四條第一項規定行使優先購買權，須表明願依基地出賣時之同樣條件購買，始得優先購買；如該優先購買權人僅表示願以較低之價格購買，尚難認已合法行使優先購買權。原審以被上訴人甲○○係以新台幣（下同）六百萬元之價格將系爭土地出售被上訴人乙○○，上訴人不同意以同一條件購買，僅願以四百五十三萬元購買，因認其非合法行使優先購買權，爰為其敗訴之判決，核無違背法令之情形，附此敘明。」

而若優先承買權人非以同樣條件承買時，既其尚未合法行使權利，優先承買權之除斥期間則當然繼續計算，可能使期間經過而優先承買權視為放棄，此為最高法院 39 年台上字第 1513 號判例所宣示者，謂：「本件上訴人（筆者按：即優先承買權人）就承租被上訴人（筆者按：即出賣人）之訟爭耕地，於民國三十八年三月十日接受被上訴人出賣之通知後，僅於同月十七日以公證字第一二一二號函復表示照被上訴人，依土地法第一百四十九條規定申報之價額承買，而非表示以被上訴人出賣第三人之同一價額承買，……，遂基此認上訴人之優先承買權已因而



喪失，在被上訴人再無與訂買賣契約之義務，依上說明，尚無不合。」⁴⁶⁰此亦為針對基地租賃優先承買權論斷之最高法院81年度台上字第140號判決之要旨，認：「原審審理結果，以：……上訴人（筆者按：即優先承買權人）於六十七年七月十四日收受後，於同年月二十日以員林郵局第八三〇號存證信函答覆略稱：……願意優先承買，但價格顯失公平，雙方應請合法鑑定人會同估價後再議云云。已拒絕以同一條件優先購買。……雖上訴人於本件訴訟程序表示願意以同一價格即一百八十萬元，優先購買系爭房屋，惟距離接到申請書早已逾十日之期間，與土地法第一百零四條第二項規定不合。綜上所述，上訴人就被上訴人間系爭房屋買賣之優先購買權，早已消滅。……於法核無違誤。」

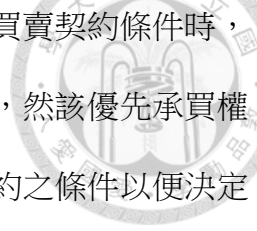
而於優先承買權人表示依同樣條件行使權利後，本於優先承買權之形成權性質，優先承買權人及出賣人間即成立一與「出賣人及第三人之買賣契約同樣條件」之買賣契約。則民法第426條之2及土地法第104條所規範之「同樣條件」不僅為優先承買權人合法行使權利之要件，亦為權利人行使權利後所產生之法律效果。而實務上就該「同樣條件」應如何認定多有爭議，此部分本文於下一章中，就優先承買權之法律效果的討論將一併探討⁴⁶¹，於此暫先不贅述。

第四項 優先承買權人未受通知時之主張

因受有合法通知非優先承買權之行使要件，故縱權利人未受合法通知，亦得主張優先承買權，已為本節第一項所述。然於優先承買權人未受有關於出賣條件之通知時，其應如何主張權利方為合法，則生疑問。

⁴⁶⁰ 雖此判例係針對土地法第107條耕地租賃優先承買權而做成，然因土地法第107條均係準用基地租賃優先承買權之土地法第104條，故此判例於基地租賃優先承買權中亦可援用。

⁴⁶¹ 詳請參照本文第四章第二節第三項。



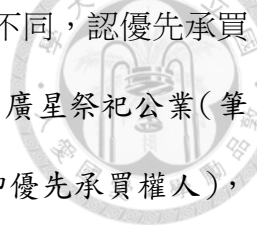
於優先承買權人未受通知且不知出賣人與第三買受人間之買賣契約條件時，其可能因未具備相關資訊而尚不能決定是否要行使優先承買權，然該優先承買權於法規範上仍為可得行使。若優先承買權人欲主動尋求買賣契約之條件以便決定是否行使權利，自可透過向法院提起確認優先承買權存在之訴以確認優先承買權存在並藉此知悉權利之內容，而此應包含「同樣條件」之內容。實務上諸多判決亦係以確認優先承買權存在為訴之聲明⁴⁶²，可見此為現行實務上所容許之作法。則優先承買權人自可經確認訴訟之提起，於知悉出賣人與第三買受人之買賣契約的內容後再決定是否要行使權利。而其於訴訟繫屬中決定並行使權利後，亦可依民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款為訴之變更或追加⁴⁶³，一併依行使權利後所形成之買賣契約請求出賣人給付標的物並移轉所有權。

又實務上常見出賣人否認有優先承買權存在，優先承買權人即同時請求確認優先承買權存在及表示依同樣條件優先承買而請求出賣人交付標的物及移轉所有權。於此等聲明中，有如最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決，原告僅聲明「按同一條件」，亦有如最高法院 106 年度台上字第 953 號判決，原告除聲明按同樣條件外，有進一步具體表明該同樣條件之買賣價金為何。此等聲明均足以特定，應均為合法。

然實務上出現爭議者為，優先承買權人所聲明之同樣條件的具體內容實際上與出賣人與第三買受人間之契約有不同時，是否得認優先承買權已合法行使權利。此爭議出現於最高法院 102 年度台上字第 1150 號判決。該判決之原審法院認優先

⁴⁶² 如最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決，原告之聲明即為請求確認優先承買權存在，最終之結果為原告之訴有理由。

⁴⁶³ 所謂請求之基礎事實同一者，按最高法院 102 年度台簡抗字第 138 號裁定，係指：「所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理時予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者也。」於此應有符合該等要件而可為訴之變更或追加。



承買權人所聲明之契約內容與出賣人與第三人訂立之買賣契約不同，認優先承買權人行使權利為不合法而駁回其請求。最高法院則認為：「則於周廣星祭祀公業(筆者按：即出賣人)將出賣系爭土地之條件通知上訴人(筆者按：即優先承買權人)，或上訴人已確知該項條件前，可否謂上訴人能為依同樣條件優先購買之表示，其以自己計算之價金為優先購買之表示，係非依同樣條件為之，尚非無疑。原審未查明周廣星祭祀公業已否將出賣系爭土地之條件通知上訴人，或上訴人確知該項條件，逕為判決，亦有未洽。」此可資贊同。蓋於優先承買權人受條件之通知前，其聲明不合於同樣條件時，應先確認優先承買權人是否同意以實際上之同樣條件為承買，使其知悉買賣條件並有表示是否依該條件行使權利之機會，而非遽認其在未知悉買賣條件時之表示為不合法，以避免將出賣人怠於通知之不利益逕歸於優先承買權人。

第四章 基地租賃優先承買權之法律效果



於具備第三章所述之構成要件後，受出賣之不動產上即有基地租賃優先承買權存在，而優先承買權人取得或發生得行使該權利之法律效果。故本章將進一步介紹於基地租賃優先承買權之法律效果層次，討論優先承買權人行使此等優先承買權利之限制，以及於權利可得行使然權利人長期不行使時將產生之後果等問題。此種在法律效果層次如何行使優先承買權之要件限制，與第三章必須具備後得行使優先承買權之構成要件，二者係屬不同層次，也是優先承買權之現行法規定在權利發生與權利行使上明確區分之特色，為免讀者混淆，有先予指明之必要。

第一節 優先承買權合法行使之要件

於第三章所討論之權利構成要件該當後，優先承買權人即有權利可得行使。然就該權利應如何行使，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 仍設有一定之要件，此將於本節討論。

第一項 不以受合法通知為必要

依土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之規範，合法通知僅為使 10 日除斥期間起算之要件，而與優先承買權人得否行使權利無涉。故一旦上開權利要件該當，優先承買權人即得行使權利，出賣人是否通知，在所不問⁴⁶⁴。蓋若將受有合法通知解釋為權利存在或行使之要件，將使出賣人得以藉拖延，甚或堅決不履行其通

⁴⁶⁴ 針對耕地三七五減租條例之討論可參照王澤鑑，前揭註 285，頁 506；德國法上亦採此見解，認優先承買權之行使不以權利人受有通知為必要，參照 MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 464 Rn. 4.



知義務以規避優先承買權，解釋上亦有所欠缺。

從實務見解觀之，雖未有直接針對此論述之最高法院判決，然上開針對合法通知之要件進行討論之實務見解，亦均以出賣人雖未合法通知，優先承買權人仍得行使權利為前提。否則於認為出賣人未合法通知時，不得逕認優先承買權人主張權利之請求為有理由，而應先命出賣人進行通知。而實務上未見任何表示須先由出賣人為合法通知後，方得肯認優先承買權人之請求的判決。

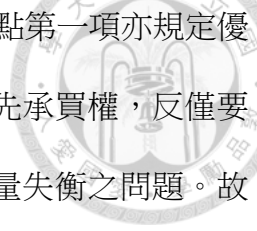
第二項 以書面行使優先承買權

就優先承買權之行使是否以書面為必要，與優先承買權之通知相同，同樣出現民法及土地法規範不一致之現象。民法第 426 條之 2 第 2 項第 2 句為「優先承買權人於通知達到後 10 日內未以書面表示承買者，視為放棄」，係在規定優先承買權人須以書面表示承買；土地法第 104 條第 2 項第 1 句則係規定「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」，未有要求以書面表示之文字。

相較於優先承買權之通知有諸多爭議，實務及學說上對於優先承買權之行使方式則少有討論。有學者針對土地法第 104 條及耕地三七五減租條例第 15 條之法定優先承買權一併論述時認為，權利人應以書面表示承買⁴⁶⁵，然未對認為應以書面表示有詳細論理。

然本文基於與優先承買權之通知相同之立場，認為優先承買權之行使應以書面為必要。此係基於本文認為於基地租賃優先承買權中，若土地法第 104 條與民法第 426 條之 2 規範上有衝突時，應以民法上之規定為準。又參照土地法第 34 條

⁴⁶⁵ 王澤鑑（1998），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 522，臺北：王慕華。




之 1 債權效之優先承買權，土地法第 34 條之 1 執行要點第 11 點第一項亦規定優先承買權人須以書面行使權利。則若於具物權效之基地租賃優先承買權，反僅要求優先承買權人之權利行使以不要式之方式為之，將有價值衡量失衡之問題。故應認優先承買權之行使，與優先承買權之通知相同，均須以書面為之，方生效力。

第三項 表示願依「同樣條件」優先承買

於確認優先承買權人就出賣之不動產有優先承買權存在後，民法第 426 條之 2 條規定其有「依同樣條件優先承買之權」，土地法第 104 條則為「依同樣條件優先購買之權」，意旨相同。

基此，最高法院反覆宣示，「以同樣條件承買」為優先承買權之合法行使要件，若權利人所主張之買賣條件並非與出賣人與第三人間之買賣契約相同者，即未有優先承買權之行使。此如最高法院 98 年度台上字第 1074 號裁定，認：「未查租用基地建築房屋之承租人依民法第四百二十六條之二第一項或土地法第一百零四條第一項規定行使優先購買權，須表明願依基地出賣時之同樣條件購買，始得優先購買；如該優先購買權人僅表示願以較低之價格購買，尚難認已合法行使優先購買權。原審以被上訴人甲○○係以新台幣（下同）六百萬元之價格將系爭土地出售被上訴人乙○○，上訴人不同意以同一條件購買，僅願以四百五十三萬元購買，因認其非合法行使優先購買權，爰為其敗訴之判決，核無違背法令之情形，附此敘明。」

而若優先承買權人非以同樣條件承買時，既其尚未合法行使權利，優先承買權之除斥期間則當然繼續計算，可能使期間經過而優先承買權視為放棄，此為最高法院 39 年台上字第 1513 號判例所宣示者，謂：「本件上訴人（筆者按：即優先



承買權人)就承租被上訴人(筆者按:即出賣人)之訟爭耕地,於民國三十八年三月十日接受被上訴人出賣之通知後,僅於同月十七日以公證字第一二一二號函復表示照被上訴人,依土地法第一百四十九條規定申報之價額承買,而非表示以被上訴人出賣第三人之同一價額承買,……,遂基此認上訴人之優先承買權已因而喪失,在被上訴人再無與訂買賣契約之義務,依上說明,尚無不合。」⁴⁶⁶此亦為針對基地租賃優先承買權論斷之最高法院81年度台上字第140號判決之要旨,認:「原審審理結果,以:……上訴人(筆者按:即優先承買權人)於六十七年七月十四日收受後,於同年月二十日以員林郵局第八三〇號存證信函答覆略稱:……願意優先承買,但價格顯失公平,雙方應請合法鑑定人會同估價後再議云云。已拒絕以同一條件優先購買。……雖上訴人於本件訴訟程序表示願意以同一價格即一百八十萬元,優先購買系爭房屋,惟距離接到申請書早已逾十日之期間,與土地法第一百零四條第二項規定不合。綜上所述,上訴人就被上訴人間系爭房屋買賣之優先購買權,早已消滅。……於法核無違誤。」

而於優先承買權人表示依同樣條件行使權利後,本於優先承買權之形成權性質,優先承買權人及出賣人間即成立一與「出賣人及第三人之買賣契約同樣條件」之買賣契約。則民法第426條之2及土地法第104條所規範之「同樣條件」不僅為優先承買權人合法行使權利之要件,亦為權利人行使權利後所產生之法律效果。而實務上就該「同樣條件」應如何認定多有爭議,基於篇幅之考量,針對「同樣條件」之認定及爭議問題,本文於下一節中一併探討,此先暫不贅述。

第四項 優先承買權人未受通知時之主張

⁴⁶⁶ 雖此判例係針對土地法第107條耕地租賃優先承買權而做成,然因土地法第107條均係準用基地租賃優先承買權之土地法第104條,故此判例於基地租賃優先承買權中亦可援用。



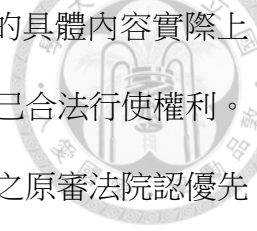
因受有合法通知非優先承買權之行使要件，故縱權利人未受合法通知，亦得主張優先承買權，已為本節第一項所述。然於優先承買權人未受有關於出賣條件之通知時，其應如何主張權利方為合法，則生疑問。

於優先承買權人未受通知且不知出賣人與第三買受人間之買賣契約條件時，其可能因未具備相關資訊而尚不能決定是否要行使優先承買權，然該優先承買權於法規範上仍為可得行使。若優先承買權人欲主動尋求買賣契約之條件以便決定是否行使權利，自可透過向法院提起確認優先承買權存在之訴以確認優先承買權存在並藉此知悉權利之內容，而此應包含「同樣條件」之內容。實務上諸多判決亦係以確認優先承買權存在為訴之聲明⁴⁶⁷，可見此為現行實務上所容許之作法。則優先承買權人自可經確認訴訟之提起，於知悉出賣人與第三買受人之買賣契約的內容後再決定是否要行使權利。而其於訴訟繫屬中決定並行使權利後，亦可依民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款為訴之變更或追加⁴⁶⁸，一併依行使權利後所形成之買賣契約請求出賣人給付標的物並移轉所有權。

又實務上常見出賣人否認有優先承買權存在，優先承買權人即同時請求確認優先承買權存在及表示依同樣條件優先承買而請求出賣人交付標的物及移轉所有權。於此等聲明中，有如最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決，原告僅聲明「按同一條件」，亦有如最高法院 106 年度台上字第 953 號判決，原告除聲明按同樣條件外，有進一步具體表明該同樣條件之買賣價金為何。此等聲明均足以特定，應均為合法。

⁴⁶⁷ 如最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決，原告之聲明即為請求確認優先承買權存在，最終之結果為原告之訴有理由。

⁴⁶⁸ 所謂請求之基礎事實同一者，按最高法院 102 年度台簡抗字第 138 號裁定，係指：「所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理時予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者也。」於此應有符合該等要件而可為訴之變更或追加。



然實務上出現爭議者為，優先承買權人所聲明之同樣條件的具體內容實際上與出賣人與第三買受人間之契約有不同時，是否得認優先承買權已合法行使權利。此爭議出現於最高法院 102 年度台上字第 1150 號判決。該判決之原審法院認優先承買權人所聲明之契約內容與出賣人與第三人訂立之買賣契約不同，認優先承買權人行使權利為不合法而駁回其請求。最高法院則認為：「則於周廣星祭祀公業（筆者按：即出賣人）將出賣系爭土地之條件通知上訴人（筆者按：即優先承買權人），或上訴人已確知該項條件前，可否謂上訴人能為依同樣條件優先購買之表示，其以自己計算之價金為優先購買之表示，係非依同樣條件為之，尚非無疑。原審未查明周廣星祭祀公業已否將出賣系爭土地之條件通知上訴人，或上訴人確知該項條件，逕為判決，亦有未洽。」此可資贊同。蓋於優先承買權人受條件之通知前，其聲明不合於同樣條件時，應先確認優先承買權人是否同意以實際上之同樣條件為承買，使其知悉買賣條件並有表示是否依該條件行使權利之機會，而非劇認其在未知悉買賣條件時之表示為不合法，以避免將出賣人怠於通知之不利益逕歸於優先承買權人。

第二節 依「同樣條件」優先承買

於確認優先承買權人就出賣之不動產有優先承買權存在後，民法第 426 條之 2 係規定其有「依同樣條件優先承買之權」，土地法第 104 條則為「依同樣條件優先購買之權」，意旨相同。故此「同樣條件」除為本章第一節第三項所述，為優先承買權人行使權利之要件外，亦為權利行使後所發生之法律效果，對「同樣條件」之解釋將決定優先承買權人與出賣人間之買賣契約的內容。

第一項 「同樣條件」之意義

就何謂「同樣條件」，學說上有引用最高法院 52 年台上字第 3504 號判例⁴⁶⁹，強調係指房屋所有權人或基地所有權人與他人間所訂契約條件或他人承諾之條件而言，非僅依房屋所有權人或基地所有權人一方所提之條件⁴⁷⁰。而該等條件為出賣人與他人所訂契約或他人承諾之一切條件，包括買賣價格、給付時期、給付方式等均須相同，不得部分不接受或予以變更⁴⁷¹。

實務上則有最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決就此進行一般論之闡述，認：「所謂『依同樣條件優先購買』，乃指在買賣條件如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等均相同情形下，地上權人、典權人或承租人得要求優先成為基地之買受人。易言之，在地上權人、典權人或承租人行使優先購買權時，對基地之出賣人而言，僅買賣契約之相對人即買受人變更為地上權人、典權人或承租人而已，其餘因基地買賣契約所生之相關法律關係、所得行使與負擔之權利及義務，要與原應與第三人成立買賣契約所生者並無任何不同。」而此為最高法院最近之一致見解⁴⁷²。

此應為可資贊同，蓋優先承買權之意旨在於使優先承買權人得以買受並取得受出賣之不動產的所有權。為避免市場因優先承買權之行使受到過多的影響，立法上將此限制於，僅於優先承買權人願意以和第三人相同的條件時，取代該第三人之買受地位。因為如果讓優先承買權人能夠以對於出賣人較不利之條件⁴⁷³買受

⁴⁶⁹ 「查耕地三七五減租條例第十五條第一項，所謂賣典條件，係指出租人與他人間所訂契約條件，或他人承諾之條件而言，非謂僅依出租人一方所提出之條件，即與該條項所定者相當，故承租人對出租人一方所提條件，與之成立買賣，仍為普通買賣，而非行使優先權之結果，反之，若未成立買賣，固無拋棄優先權之問題發生，且亦無同條第二項規定之適用」

⁴⁷⁰ 吳啟賓（2018），《租賃法論》，修訂二版，頁 139，臺北：新學林；劉春堂（2010），《民法債編各論（上）》，頁 376，臺北：自刊。

⁴⁷¹ 溫豐文（2015），〈優先購買權之競合〉，《月旦法學教室》，156 期，頁 13。

⁴⁷² 可參照最高法院 106 年度台上字第 2335 號、最高法院 106 年度台上字第 1263 號、最高法院 106 年度台上字第 36 號、最高法院 104 年度台上字第 2 號、最高法院 100 年度台上字第 1586 號判決等意旨，引自楊智守（2019），〈基地租賃優先承買權之實務問題探討（二）－以法律效果與訴訟主張為中心〉，《司法週刊》，1976 期，第 2 版。

⁴⁷³ 於此情形討論對於出賣人更優越之條件應無意義，蓋若優先承買權人願意出較高之價錢時，出

該不動產時，不只第三買受人所投入之交易成本無法回收而受有損害，亦會使出賣人因該次交易的收益下降，造成買賣市場更多的效率損失。而若優先承買權人僅願以較劣之條件承買，亦代表該不動產對第三人之價值較對優先承買權人更高，則使優先承買權人得以取得系爭不動產亦表示於該交易中有明顯的資源配置無效率存在，對整體社會經濟效率亦不利⁴⁷⁴。

第二項 同樣條件之認定

所謂同樣條件既係以買賣契約所約定之事項為準，則於認定該等條件時，亦須探求當事人之真意，本於解釋意思表示之原則審認，而不能僅以契約所載之文字為準。此為最高法院 99 年度台上字第 2004 號判決所宣示，為：「又土地買賣總價金為三億七千八百萬元，關於地上權契約中上訴人已收取之二十年權利金，於投標須知及預備用於得標人之不動產買賣契約書暨兩造簽訂之買賣契約書均約定『不移轉與投標人』，亦為兩造所不爭。則上開優先購買之同樣條件，是否包含被上訴人仍應以買賣總價金三億七千八百萬元買受系爭土地，且上訴人已收取之二十年地上權權利金不轉讓與被上訴人，自應詳加調查審認明晰。而投標須知及上開買賣契約書因何約定上訴人已收取之二十年地上權權利金『不移轉與投標人』？其意為何？目的何在？兩造既有爭執，即應依前述原則⁴⁷⁵，探求當事人之真意，

賣人理論上即得與優先承買權人訂立契約，而無需將系爭不動產出賣給第三人。此邏輯係自於基地租賃優先承買權中，出賣人與優先承買權人間本已有基地租賃契約，而有契約上緊密關係而來，故於一般交易情形下，尚難認為出賣人會不知優先承買權人的存在，以及於優先承買權人有承買意願時不先與優先承買權人締約而逕向第三人出賣。又實務上所出現有爭議之案例亦均為優先承買權人僅欲以對出賣人較劣之條件承買，未見有願以較佳者。

⁴⁷⁴ 學說上有相同見解，認為財產應盡量藉由自願交易移轉於對其評價最高者，為避免妨礙財產自由移轉，而無法由對其評價最高的人取得，並避免出賣人遭受不利益，優先承買權行使的條件應不亞於第三人與出賣人約定的買賣條件。引自黃健彰（2020），《不動產優先購買權總論》，二版，頁 43，臺北：元照。

⁴⁷⁵ 「按解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條定有明文。意思表示不明確，使之明確，屬意思表示之解釋；意思表示不完備，使之完備，屬意思表示之補



使之明確。」

此所指之同樣條件，不僅指買賣價格，而包含買賣契約中約定雙方當事人之所有權利義務關係，如上開最高法院 100 年度判決中所指之「瑕疵擔保、付款方式」等。蓋該等約定雖不必以金錢之形式存在，然均會影響雙方之出賣即買受意願，故均為買賣契約條件之一部分。有學者即謂，買賣條件總體上構成買受人對標的物的評價，買受人有可能在稅費負擔、瑕疵擔保、違約金、付款方式、清償期或其他各種買賣約款上讓步，以換取較低的買賣價金；而出賣人也可能在各種約款上讓步，以換取較高的買賣價金。則標的物與價金以外的約款固然並非買賣契約的要素，但如第三人與出賣人就其已有約定，則優先承買權人行使權利後，出賣人與優先承買權人原則上均須受該約定的拘束，從而優先承買權行使的要件應以同樣條件為準，而非僅是同一價格。⁴⁷⁶又之所以規定優先承買權人需以同樣條件行使權利，係因財產應盡量藉由自由交易移轉於對其評價最高者，為避免妨礙財產自由移轉而無法由對其評價最高的人取得，並避免出賣人遭受不利益，故優先承買權行使的條件即應不亞於第三人與出賣人約定的買賣條件⁴⁷⁷。

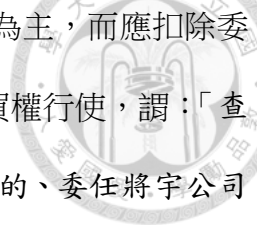
然而，於出賣人與第三買受人所訂立之契約除包含買賣契約之主給付義務外，另包含其他權利義務時，該等條件應如何認定，實務上曾出現爭議案型而值得加以探討。

最高法院 106 年度台上字第 36 號判決中所涉及之買賣包含使買受人代出賣人處理許多事務，而將買賣契約及委任買受人處理事務以同一契約處理。此時優先

充。解釋意思表示端在探求表意人為意思表示之目的性及法律行為之和諧性，解釋契約尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之。關於法律行為之解釋方法，並應以當事人所欲達到之目的、習慣、任意法規及誠信原則為標準，合理解釋之，且應將目的列為最先，習慣次之，任意法規又次之，誠信原則始終介於其間以修正或補足之。」

⁴⁷⁶ 黃健彰 (2017)，〈不動產先買權「同樣條件」之研究〉，《中原財經法學》，38 期，頁 211-212；黃健彰，前揭註 474，頁 43-44。

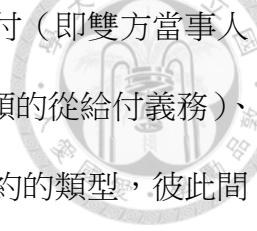
⁴⁷⁷ 黃健彰，前揭註 476，頁 212；黃健彰，前揭註 474，頁 43。



承買權人主張其行使權利之「同樣條件」僅以契約之買賣部分為主，而應扣除委託處理事務之費用。此主張遭最高法院認為非為合法之優先承買權行使，謂：「查神明會大會決議：……系爭買賣契約條件及價金包括系爭買賣標的、委任將宇公司履行上開整合及清理費用、相關合建糾紛損害賠償等相關稅費；系爭買賣契約乃約定系爭買賣標的總價為十三億九千五百萬元、買賣標的為十六筆土地及一七八建號建物、畸零地等，神明會應負責十六筆土地及地上物之整合及清理第三人占有或所有之地上物、所涉合建糾紛之和調解及損害賠償之處理、取得羅有土地及其地上物或合建、原都市更新程序之撤回、撤銷、一七八建號建物所有權移轉及清理點交、終止地上物之不定期租賃關係，訴請承租人拆屋還地等義務，神明會因此以八億三千五百萬元委託將宇公司代為處理上開義務；為原審合法確定之事實。從而原判決認定上訴人主張以扣除清理上開整合及清理費用、相關合建糾紛損害賠償等相關稅費之餘額五億六千萬元為總價，按比例計算系爭土地價金，行使優先購買權，即非以系爭買賣契約同樣條件購買，其優先購買權之行使為不合法，經核於法尚無違誤」。

然而首先應加以確認者係，此案中優先承買義務人與第三買受人間所訂立之買賣及委託處理事務之契約應為契約聯立或混合契約。所謂契約聯立係指數個契約具有互相結合的關係，而又依該數個契約相互間是否具有依存關係可分為單純外觀的結合或具有一定依存關係的結合，前者之數個契約間不發生任何牽連，而後者則為依當事人之意思，一個契約的效力依存於另一個契約的效力，故其中一個契約不成立、無效、撤銷或解除時，另一個契約亦同其命運⁴⁷⁸。若為混合契約，則指由數個契約的部分而構成的契約，性質上屬一個契約而與契約聯立不同。而

⁴⁷⁸ 王澤鑑（2012），《債法原理－基本理論 債之發生 契約、代理權授與、無因管理》，增訂四版，頁 122-123，臺北：王慕華。



混合契約又可分為四種，分別為：典型契約附其他種類的從給付（即雙方當事人所提出的給付符合典型契約，但一方當事人尚附帶負有其他種類的從給付義務）、類型結合契約（即一方當事人所負的數個給付義務屬於不同契約的類型，彼此間居於同質的地位，而他方當事人僅負擔一的對待給付）、雙種典型契約（即雙方當事人互負的給付各屬於不同的契約類型）及類型融合契約（即一個契約中所含的構成部分同時屬於不同的契約類型）。⁴⁷⁹

則於上開最高法院 106 年度台上字第 36 號判決一案中，首先應先確認優先承買義務人與第三買受人所訂立之買賣及委任事務處理之契約應為契約聯立或混合契約。若為契約聯立，則就事務處理之部分應非買賣契約之內容，則優先承買權人主張扣除該部分之費用計算買賣契約之條件應屬可採；然若認為該契約為混合契約之單一契約，則所有優先承買義務人及買受人所約定之內容即可能均成為優先承買權人須以「同樣條件」買受之內容，而不得主張扣除部分費用。

第三項 承買範圍

於何謂「同樣條件」中，實務上最常發生爭議者為承買之範圍。而此最常出現之問題在於，「承租範圍與房屋存在範圍不一致時」以及「土地出賣時，基地承租人之房屋僅存於出賣土地之一部分上時」，應如何認定承買之範圍。

第一款 承租範圍與房屋存在範圍不一致時之權利存在範圍

第一目 實務見解

⁴⁷⁹ 王澤鑑，前揭註 478，頁 124-126。

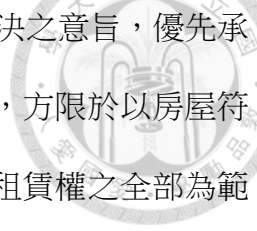


經本文搜尋，涉及此案型之最高法院裁判共有 7 筆，略可分為以下 4 種見解。

一、以租賃權之全部為範圍

有 3 筆最高法院裁判認為，優先承買之範圍應以約定之承租範圍為準，且不論該等範圍內是否均確實存有房屋，均有優先承買權存在。採此見解者如最高法院 105 年度台上字第 1527 號判決，認為：「何建奇之祖父何金枝承租公業陳奇富原所有系爭土地西北角，面積共計四一三·五一六平方公尺之土地，興建系爭房屋，占用如附圖所示 B、C、D、E 部分，為原審認定之事實。其中 E 部分（面積十六平方公尺）雖係空地，然倘屬租地建屋契約承租範圍，能否謂其非屬土地法第一百零四條第一項所定『基地』之範疇，自滋疑義。」依此判決之意旨，縱然該土地上未有房屋存在，只要能確認該空地為承租範圍所包含者，即應為優先承買權之權利存在範圍所及。又於本案中，承租人所承租者僅為一筆土地之一部而非全部。

另有兩則判決之一般論亦採此見解，為最高法院 106 年度台上字第 1622 號判決及最高法院 107 台上字第 1427 號判決，其一般論之用語大致相同，故本文於內文中僅引前者，為：「按民法第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條第 1 項所定基地承租人優先承買權之規範目的，在使土地所有與土地使用合一，如基地承租人所承租之範圍，並非土地之全部，僅為土地之一部，於土地出賣時，倘土地所有人與承租人約定租賃之範圍明確，承租人所得優先承買之範圍，固以約定承租之範圍為準，如約定承租之範圍不明，承租人所得優先承買之範圍，應以該房屋符合建築法規所需建築基地為準（超過承租範圍或所需建築基地部分，至承租人應



否一併承買？及一併承買之範圍，為別一問題)。」⁴⁸⁰依此二判決之意旨，優先承買權存在之範圍原則上以承租範圍為準，僅於承租範圍不明時，方限於以房屋符合建築法規所需建地之範圍內，故本文仍將此二判決歸類於以租賃權之全部為範圍內。惟因該二案之案例事實所涉及之租賃契約均為依民法第 425 條之 1 的推定租賃，故結論上均認其租賃範圍不明確而以房屋及法定建築空地為限。


二、限於有房屋存在及建築法之法定空地

另有最高法院見解認為優先承買權僅存在於承租範圍內，且於行使權利時存有房屋及該房屋之法定空地的範圍，如最高法院 106 年度台上字第 1662 號判決，認：「按土地法第一百零四條第一項關於承租人優先購買權規定之目的，旨在使基地與其上房屋同歸一人所有，以盡經濟效用，而杜紛爭，故應認基地承租人所得優先購買者為其所承租用以建屋之基地部分；如承租期間房屋面積有所增減，則應於承租範圍內，按行使優先購買權時之房屋坐落位置、面積，定其買受範圍。查曾樹及李鈴木等五人所承租系爭土地部分，原審認包括居住及晒谷使用；而興建房屋固必須留設法定空地等，但是否包括晒谷使用部分？且所謂晒谷，是否仍為現使用狀況？均非無疑。」

三、房屋及其周圍之附屬地

另有最高法院 86 年度台上字第 1251 號判決，其所採之見解與上述認為限於

⁴⁸⁰ 後者之判決要旨則為：「按民法第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條第 1 項所定基地承租人優先購買權之規範目的，在使土地所有與土地使用合一，如基地承租人所承租之範圍，並非土地之全部，僅為土地之一部，於土地出賣時，倘土地所有人與承租人約定租賃之範圍明確，承租人所得優先購買之範圍，固以約定承租之範圍為準，如約定承租之範圍不明，承租人所得優先購買之範圍，應以該房屋符合建築法規所需建築基地等具有使用上不可分之範圍為準。」



房屋及法定空地略有不同，而是認亦得包含房屋之「附屬地」，調：「按土地法第一百零四條規定基地優先承買權之範圍，固包括已建築房屋之基地及其周圍之附屬地在內，但該『附屬地』係指如房屋庭院或屋後空地之類等基地周圍附屬之土地而言。系爭被上訴人承租之一六八·六九平方公尺地上房屋所占用之面積若干？空地部分是否均屬房屋坐落基地周圍之上述『附屬地』？原審未進一步釐清，徒以被上訴人取得林氏二兄弟房屋及承租土地縱有部分係空地，仍無礙其為租地建屋之承租人身分，進而為上訴人不利之判決，自有未合，且難昭折服。」

比較本判決所稱之附屬地與前二、所列之見解所稱之法定空地，應以附屬地所包含之範圍更廣，故為更寬鬆之見解。蓋所謂法定空地，係依建築法第 11 條第 1 項第 1 句而來，為「供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地」。又依該條第 2 項，法定空地「應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，而其寬度於建築管理規則中定之」。而此 86 年度之判決所稱房屋「附屬地」則為「房屋庭院或屋後空地之類等基地周圍附屬土地」，範圍應不限於房屋之法定空地而為更寬鬆之見解。

四、不得就全部承租範圍行使，惟未說明應如何認定

另有最高法院見解認為此時不能認優先承買權及於承租範圍之全部，然其並未進一步說明應如何認定權利存在範圍。於最高法院 84 年度台上字第 1750 號判決中，優先承買權人主張其所承租之土地範圍內除有事實上處分權人為優先承買權人之房屋⁴⁸¹外，另有其他人之房屋存在，而法院認為：「又被上訴人主張伊就開一六八·六九平方公尺土地有承租權存在部分，……，因尚有林輝煌及林輝華房

⁴⁸¹ 法院判決係首先認上訴人並未取得房屋之事實上處分權，惟其仍退一步討論縱肯認其有取得事實上處分權之情形。

屋存在其上，能否謂被上訴人本於租賃關係而生之優先承買權，亦及於全部一六八・六九平方公尺之地上，亦非無疑。」



五、小結

於上開裁判之作成年代而言，採後二種見解者之年代較久遠，而前二種見解則較近，然因裁判數量皆不多，尚難謂何者為最高法院之多數或穩定見解。縱然將法院見解僅以「就租賃權存在之範圍內是否均有優先承買權存在」分為肯定說及否定說，肯定說有 3 筆裁判而否定說有 4 筆，亦難謂何者為多數見解。

又檢視上開否定權利人就租賃權之全部範圍均有優先承買權之三類見解（即二、三、四、），亦難得出最高法院見解彼此間相矛盾之結論。蓋認為「不得就全部承租範圍行使」之見解並未進一步論述應以何種標準為判斷，故難以窺知該等案件中法院認為應如何認定。而認為「限於房屋及其法定空地」及認為「更包含周圍之附屬地」二種見解，亦似難認彼此相矛盾。蓋於法院在處理涉及優先承買權存在範圍之問題時，若判決所涉及之個案事實並未含有附屬地時，除非優先承買權之範圍包含房屋及其附屬地已為最高法院穩定見解，否則實難期待法院於個案中之論述時意識到此二見解於一般論上不同之處。

第二目 瑞士法上之規定

同樣以法定優先承買權處理土地之所有及使用權源的瑞士民法，就建築權存在之範圍於第 682 條第 2 項後段，就建築權人享有優先承買權之土地部分設立「該地為其行使建築權所使用者」⁴⁸²之要件。則於瑞士法上，若建築權僅須於土地之

⁴⁸² 完整條文參前揭註 51。

一部分上行使，建築權人亦僅就該部分之土地享有優先承買權⁴⁸³。亦即，於受有建築權負擔之土地一部分遭出賣時，若該受出賣之部分非為行使建築權所使用者，縱然建築權存在於其上，建築權人就該部分之土地仍不享有優先承買權⁴⁸⁴。

第三目 本文見解

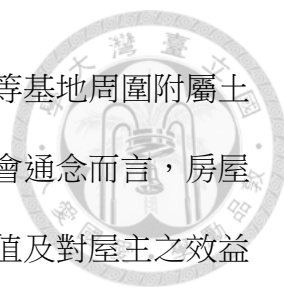
優先承買權以「土地上存有房屋」為要件已於前一章所述，此係自權利之制度目的在於減少房地關係間之交易成本所導出。既土地上須有房屋存在為實務及學說之多數穩定見解，本文認為於認定優先承買權權利存在範圍時，亦無作不同解釋之理由。則不論承租人係承租整筆土地或土地之某一特定部分，於其所有之房屋僅座落於承租範圍內之部分土地時，當然僅有該部分之土地上有所謂房地使用關係交易成本之問題。則自優先承買權之制度目的著眼，即不應認優先承買權人得於租賃權之全部範圍內均享有權利。此結論亦與瑞士民法之規定相同。

於確認租賃人不得就其所承租之土地全部均享有優先承買權後，仍需進一步探究應如何劃定其得以行使權利之範圍，而本文認為應以實務上所稱得包含房屋及其周圍附屬地之見解為可採。

優先承買權之權利存在範圍不應僅包含房屋實際上所座落之位置，亦應包含建築法上所規範之法定空地。此係因，若承租人僅得就房屋實際上所占有之土地為承買而就其餘空地可能無法取得所有權時，將使該房屋不符合建築法上之規範，反而成為違法建物並須受拆除，則既無房屋存在，當然亦無消除房地使用關係之必要。且若該房屋因此於原訂租賃期間內受拆除，反而更造成經濟效率之損失而與優先承買權之制度目的抵觸。然本文認權利範圍應進一步包含法定空地以外之

⁴⁸³ Rey/Sterbel, BSK ZGB II, 2019, Art. 682 N 15.

⁴⁸⁴ Meier-Hayoz, BK ZGB, 1975, Art. 682 N 67.



房屋周圍附屬地之原因在於，該等「房屋庭院或屋後空地之類等基地周圍附屬土地」應可以被認為是有房屋使用效益中重要之一環。以一般社會通念而言，房屋有無附屬之庭院或空地可供屋主自由使用，對於房屋之經濟價值及對屋主之效益均有極大之影響。則雖未實際有房屋座落於該等空地上，然該等空地對於房屋而言有助長房屋之經濟價值的效果時，仍應被視為是「承租人有實際上以房屋使用收益」之部分，使承租人得以就該等範圍為優先承買。相反的，若使優先承買權人不得就該等附屬地為優先承買，則更可能造成優先承買權人不願行使權利，而使制度目的落空，白白犧牲因優先承買權介入所減損的買賣市場效率。

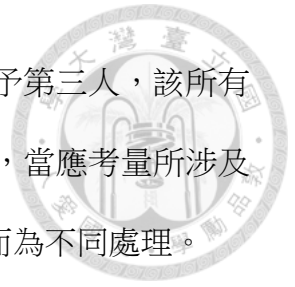
基於同樣的理由，本文認為若該承租範圍內除房屋以外，亦有屬於該屋之從物的不動產時，就該從物所占有之土地範圍亦有優先承買權存在，以達成優先承買權制度之目的。

第二款 優先承買權僅存在於出賣之部分土地上時之一併承買

確認基地租賃優先承買權存在之範圍後，若僅在受出賣之部分土地上有優先承買權存在，於優先承買權人行使權利時，究應僅承買其權利範圍內之標的，抑或需使優先承買及於所有受出賣者，亦生爭議。自我國最高法院實務判決觀察，產生此問題之案型又可分為：「受出賣之土地為一筆，而房屋僅存於該筆土地上之一部分」及「同時出賣數筆，而房屋僅存於一筆土地上」。故以下於分析我國法上之學說實務見解時亦區分此二種案型，以為更細緻之討論。

此二案型雖均為承買範圍應如何認定之爭議案型，然兩者之差別在於，於受出賣之土地為一筆時，係針對單一所有權移轉為討論，而於受出賣者為多筆地號不同之土地時，則為多個所有權之移轉。於基地租賃優先承買權行使後，優先承

買權利人得請求出賣人移轉所有權給自己，且若所有權已移轉予第三人，該所有權移轉不得對抗權利人。此既涉及所有權移轉之請求權及效果，當應考量所涉及者為單一物之部分，或數個物中之特定物，是否應作差別對待而為不同處理。



第一目 受出賣者為單筆土地，而僅就部分土地有優先承買權

一、實務見解

就此，有 3 筆最高法院裁判對此表示見解。自最高法院裁判所使用之文字，略可分為「不得就土地之全部行使」及「視土地是否不能分割而定」，然於結論上最高法院應均係認於此種情形中，承租人僅能就其有權利存在之範圍為承買。

明確指出承租人此時不得對土地之全部為優先承買者，為最高法院 95 年度台抗字第 1085 號裁定，其所涉及之案例事實為，承租人僅承租土地之一部分，且房屋已僅建於部分之承租範圍內。該裁定並未處理房屋僅存在於與租賃範圍內之一部時應如何認定優先承買權存在之範圍問題，僅認為於此種狀況，不得就土地全部主張有優先承買權⁴⁸⁵。

除此最高法院裁定外，有明確處理此問題者另有兩則最高法院判決，而自此二判決之文字觀之，最高法院就承租人是否僅得就其有權利存在之範圍優先承買係以「該土地是否能分割」而定。此二判決認為，原則上承租人僅得就其有優先承買權存在之土地部分行使權利，僅例外於該筆土地不可或不適於分割時，方得就土地之全部行使優先承買權。此如最高法院 103 年度台上字第 1481 號判決，該

⁴⁸⁵ 「被上訴人乙○○標購系爭土地之總面積為五百七十六平方公尺，係以新台幣（下同）三千九百二十萬元向被上訴人台灣省農工企業股份有限公司（下稱農工公司）標購系爭土地全部，而系爭房屋坐落基地之面積僅九十六平方公尺，上訴人僅向農工公司承租系爭土地上面積一百十八平方公尺之部分土地。從而，上訴人並未承租乙○○所標購之系爭土地全部範圍，則其依土地法第一百零四條規定，主張對於被上訴人乙○○標購之系爭土地全部有優先購買權，亦屬無據。」



案中承租人所承租者僅有420平方公尺，而整筆土地之面積則高達2434平方公尺。最高法院就此即謂：「如所承租之範圍僅為土地之一部，就其餘部分並無承租權，則於土地出賣時，除該土地有不能分割之情形外，承租人之優先承買權，應限於承租範圍內之基地。……乃原審未詳予論究系爭土地有何不能分割之情形，率以如不允許被上訴人優先承買全部土地，將有損經濟價值，上訴人祭祀公業陳奇富可能因邱諱隆不願購買剩餘部分土地時，受有無法以相同單價出售，須賤價出售他人之損害，認定被上訴人得就全部土地行使優先承買權，自有可議。」

準此，最高法院見解雖有以「土地不能分割」為除書而似有使承租人得就土地之全部為承買之可能，然未具體提出如何判斷土地是否能分割之標準，且似在否認以是否有損經濟價值為判斷標準之可能。於其將原審判決廢棄發回後，該案之更二審法院並未具體審認該案之土地是否有不能分割之情形，而是參照該最高法院判決之意旨，認為「是如係只承租土地之一部興建建築物者，得主張優先購買之土地，應限於『承租範圍內』之『(建築物)基地』而已，並非承租範圍之全部土地，當然更不及於承租範圍外或『使用』或『占用』之土地，此揆之上揭最高法院闡釋之法理甚明。」此見解於該案再下一次上訴至最高法院時，經最高法院105年度台上字第1527號判決認為經核於法並無違誤，予以維持。則雖此類之見解看似提出一「不能分割」之除書，然該除書應如何使用，甚至實際上是否有使用之可能均未明確。蓋最高法院103年度台上字第1481號判決之原審法院已有詳細論述若僅使優先承買權人就權利存在之部分為承買將使剩餘土地之經濟價值大幅減損⁴⁸⁶，而最高法院僅稱此非為土地不能分割之理由，卻未提出具體判斷標

⁴⁸⁶ 「系爭土地全部面積 2,434 平方公尺，且整筆土地之地形除東北角及西南角略有突出外，整體而言係接近方正，至於存在承租權之系爭 420 平方公尺之土地位置（如附圖編號 B、C、D、E 部分）雖位在系爭土地西北角，惟該特定部分土地之北方及西北方與系爭土地與臨地之界址線間尚存有不規則形之狹長空隙，此有如附圖之複丈成果圖可憑，倘認承租人僅得就系爭特定部分土地行使優先承買權，將致使系爭土地剩餘土地之形狀呈現不規則形，且不利於整體利用，其經濟價



準，可見最高法院針對何謂不可或不適於分割未有明確之定義。

最高法院於此雖看似有提出一「土地是否能分割」之判斷標準，然於實際操作上則可能與第一種認「為於優先承買權僅存在於土地之一部上時，當不可對土地之全部為優先承買」之見解無不同之處。故在最高法院有對「不可分割」提出更具體之操作標準前，或可認為最高法院實務見解於此均認為承租人僅得就其有優先承買權存在之範圍為承買，而不得對該筆土地之全部為之。

二、學說見解

學說上有認為，實務上針對此問題之處理方式為，將受出賣之土地依是否可，或適於，分割者。若是，則優先承買權人可切割而僅就其有權利之特定部分土地主張優先承買權；若否，則優先承買權人應就全部土地為之⁴⁸⁷。而此學說與實務見解結論上大致相同，僅於認土地可分割時有提出更細緻之處理方式。

於土地可切割者，出賣人應確定優先承買權人權利存在之特定部分基地之範圍，並評估該部分土地相對應於整筆土地之相對價值，訂出該單筆土地客觀之賣價及其他相對應之具體條件內容，就該部分基地具體客觀之出賣條件通知優先承買權人，使優先承買權人就該特定部分決定是否優先承買。其認為，若硬性要求權利人應就土地所有人出售之標的物一併承買，或有形成僅就部分土地享有權利之優先承買權人以小吃大、以劣併優的局面之虞。反之，所有人亦可能故意以一

值亦顯然將大幅減損，即有損於出賣人即祭祀公業陳○○之權益，況倘丙○○不願購買剩餘部分土地，祭祀公業陳○○可能亦無法再以相同單價出售，而須賤價出賣他人，且造成系爭土地之法律關係複雜化。是解釋上，應認上訴人行使優先承買權，應按原買賣契約之同樣條件即就系爭土地全部，按每坪 10 萬元之單價，即以總價 73,628,500 元，與祭祀公業陳○○成立買賣契約，始屬合法行使優先承買權」

⁴⁸⁷ 吳珮君(2014)〈論基地優先購買權之要件及相關問題〉，《銘傳大學法學論叢》，22 期，頁 23-24。此對實務見解之解讀與本文不同，然因與論者後續之論述脈絡相關，故於此先保留論者對實務見解之解釋。



契約同時出賣大筆或數筆不動產，變相的使無資力之基地使用權人無法購買，以規避其行使優先承買權⁴⁸⁸。

於土地不能或不宜分割者，論者認為，既該土地不得切割而權利人不得僅對特定部分土地主張權利，則若認其對承租範圍以外之土地亦無權主張，將剝奪權利人依法享有之優先承買權，使土地利用與所有合一之目的無法實現。且縱使允許其對全部土地均得主張優先承買，理論上對於出賣人的利益亦不致有太大損害，因對出賣人而言，僅其出售對象之不同而已⁴⁸⁹。結論上認為與此時應使優先承買權人對全部出售之土地為主張。

另有學說採不同見解，認為實務上區分土地是否不能分割或不能單獨使用之情形而認定是否對全部土地得優先承買之見解，應僅限於對於強制執行拍賣之土地。惟該論者認為值得贊同之實務見解係引用司法院 94 年第 4 期民事業務研究會強制執行專題第 21 則法律問題之研討結論⁴⁹⁰，認執行法院應兼顧土地所有權人及優先承買權人雙方權益⁴⁹¹。則細繹其意旨，應係認為執行法院於拍賣前即應認定有優先承買權之部分土地有無不能分割或不能單獨使用之情事，若無則得分標拍賣；若有，優先承買權人則應就全部土地合併主張。然若執行法院未踐行上述程序將整筆土地拍定時，則未進一步說明權利人應如何主張。又於土地所有權人自

⁴⁸⁸ 吳珮君，前揭註 487，頁 24-25。

⁴⁸⁹ 吳珮君，前揭註 487，頁 26。

⁴⁹⁰ 法律問題為：「第三人對於執行標的物之土地其中一小部分有優先承買權（即土地所有權人將一大筆土地其中之一小部分為第三人設定地上權或典權，或出租予第三人，執行法院執行拍賣該筆土地時，依土地法第 104 條之規定，第三人有優先承買權），執行法院應否先予分割，並分別標價，公告拍賣？」其研討結論為：「執行法院宜就該第三人主張有優先承買權部分之土地，通知地政機關會同測量，並繪製複丈成果圖，再分別函查地政機關及相關主管機關（如建築管理機關）詢問該部分土地有無不能分割或不能單獨使用之情事（如畸零地或無法建築）。倘無不能分割，又無不能單獨使用情事，得分標拍賣，並就該部分土地標別載明第三人有優先承買權之旨。若有不能分割或不能單獨使用情事，則不得分標拍賣，僅能註明第三人有優先承買權，但第三人主張優先承買權時，應就全部土地合併主張，不得僅就該部分土地為之。」引自司法院（編印）（2007），《民事法律專題研究（二十）—94 年第 4 期及 95 年第 2 期民事業務研究會專輯（強制執行專題）》，頁 80-81，臺北：司法院。

⁴⁹¹ 陳立夫（2015），〈基地·房屋之優先購買權：土地法第 104 條（上）〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，16 期，頁 35。



主出賣土地時，該學者即認為出賣人本於契約自由原則及土地所有人自身情事之考量，自得自由決定出賣標的，若其出賣標的僅有一部存有優先承買權，權利人對出賣之土地全部有依同樣條件優先承買之權⁴⁹²。

第二目 受出賣者為多筆土地，僅就特定筆土地有優先承買權

優先承買權僅存在於買賣標的之一部分上的案型另包含出賣人與買受人間以一個買賣契約約定多筆土地之所有權移轉，然承租人之優先承買權僅存於特定地號之土地上。於此，優先承買權人是否須就全部出賣之土地，抑或僅能就其享有優先承買權之地號的土地為承買，即生爭議。

又此種案型不僅存在於基地租賃及其他土地法第 104 條有規範之使用關係的優先承買權，亦見於土地法第 34 條之 1 共有人之優先承買權中。而土地法第 34 條之 1 第 4 項雖係規定共有人依「同一價格」優先承買，然多數學說均認該條項之優先承買權的行使要件仍為「同樣條件」⁴⁹³。實務亦採此見解，於操作共有人優先承買權時亦強調須以「同樣條件」為承買，如最高法院 65 年台上字第 853 號判例：「該條項規定之優先承購權係指他共有人於共有人出賣共有土地或建築改良物時，對於該共有人有請求以同樣條件訂立買賣契約之權而言」、最高法院 104 年度台上字第 2161 號判決：「按他共有人依土地法三十四條之一第四項規定行使優先承購權時，就出賣之共有人與第三人間所訂買賣契約之一切條件，必須均表接受，始得認係合法行使優先承購權。倘有部分不接受或擅予變更買賣條件時，固難認其已合法行使優先承購權」等。⁴⁹⁴故於處理土地法第 34 條之 1 所規定之共有

⁴⁹² 陳立夫，前揭註 491，頁 35。

⁴⁹³ 學說整理參照黃健彰，前揭註 474，頁 41。

⁴⁹⁴ 參照黃健彰，前揭註 474，頁 40-41 及註 54。



人優先承買權時，有觸及一次出賣多筆土地而優先承買權僅存於部分土地上時，實務上之見解亦可參考，故本文一併整理於下。

一、實務見解

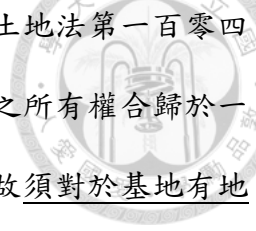
(一) 得僅就有優先承買權之地號為承買

於此類之見解又可依案例事實中優先承買權人行使權利之方式細分為，「優先承買權人係就出賣之全部土地行使權利，然法院認其僅就有權利存在之部分得優先承買」及「優先承買權人僅就其有權利之土地主張，而法院認其行使權利為合法，不必就全部出賣土地優先承買」。本文將前者稱為「否認得就全部出賣土地優先承買」，後者為「肯認得僅就有權利之部分優先承買」。

1. 否認得就全部出賣土地優先承買

採此見解之最高法院見解，涉及基地租賃優先承買權及同為土地法第 104 條之地上權優先承買權者共有 4 則，而涉及土地法第 34 條之 1 之共有人優先承買權則有 2 則，合計 6 則。


最高法院 99 年度台上字第 775 號判決中，出賣人以一買賣契約將 6 筆土地出賣，而於該 5 筆土地上有設定地上權，然僅於其中 1 筆土地上有建有房屋之地上權人，主張對全部 6 筆土地均有土地法第 104 條之優先承買權存在。最高法院據此認定為：「本件被上訴人之地權範圍，僅及於系爭四一四地號等五筆土地，未及於系爭四三五地號土地，則何以被上訴人就該四三五地號土地，亦有優先承買權，原審僅以被上訴人有依同一條件承買，惟就無地上權之土地之優先承買權依



據，亦未說明其法律上理由，亦有判決不備理由之違失。又按土地法第一百零四條第一項關於基地或房屋優先承買權規定，旨在使房屋與基地之所有權合歸於一人所有，使法律關係單純化，以盡經濟上之效用，並杜紛爭。故須對於基地有地上權、典權或租賃關係之存在，且地上權、典權或承租人於基地上有房屋之建築者，始有本條優先承買權之適用。查本件上訴人僅於系爭四一六地號土地上建有房屋，其餘五筆土地則無，原審認被上訴人就系爭六筆土地，亦均有優先承買權，亦非無再行研求餘地。」認優先承買權人僅得就其享有優先承買權之特定土地行使權利，而不得就出賣人一次出賣之全部土地為之。


另最高法院 106 年度台上字第 508、509 號判決中，該案之案例事實為，執行法院將訴外人之多筆不動產合併拍賣，並由被上訴人拍定，而於受拍賣之部分土地上有優先承買權之承租人主張就拍賣之全部不動產為優先承買。就此，該案之原審法院認為：「上訴人等人固然就附表一編號 1、4、5、6、7、8、9、11、13、14、15、16、17、18 所示土地有優先承買權，……惟上訴人等人就附表一編號 3、6、10、12 所示土地與附表二所示 4 筆建物，並無法定優先承買權，且附表二所示 4 筆建物，亦無應與附表一編號 1、4、5、7、8、9、11、13、14、15、16、17、18 所示之土地一併移轉之法律規定，則依上說明，上訴人等人自無從主張就附表一編號 3、6、10、12 所示土地及附表二所示建物一併優先承買。」而最高法院就此認：「上訴人對系爭建物自無上開法條所定之優先承買權，不因執行法院之合併拍賣使上訴人取得該建物之優先承買權。」

而最高法院 107 年度台上字第 1427 號判決及該案前一次上訴至最高法院之最高法院 106 年度台上字第 2105 號判決亦採相同見解。於此案中，承租人之房屋僅存於受合併拍賣之 7 筆地號土地之一部分上，然其對全部主張優先承買。106 年度之最高法院就此認定：「行使土地法第 104 條第 1 項規定之優先購買權，須合於該



法條所定之要件，執行法院合併拍賣房屋及土地之公告，並無創設優先購買權之效力。系爭執行事件拍賣之系爭建物係坐落系爭土地何處，其面積及範圍各如何，攸關被上訴人得主張優先購買權之範圍，自應究明。」而 107 年度之判決則謂：「優先購買權，有依法律規定，亦有依當事人約定，惟不得由執行法院創設。執行法院於拍賣公告註明優先購買人應一併承買合併拍賣之其他土地或建物，該執行方法仍不能當然使優先購買人得影響原拍定人所取得買受人地位及所得買受之範圍。……執行法院拍賣債務人所有之不動產，倘包括優先購買權標的及其他非優先購買權標的，在上開目的範圍內，優先購買權人除優先購買權標的外，固可擴及與優先購買權標的性質具有使用上不可分之範圍而一併承買，逾此部分，優先購買權人應無一併承買之權利，以免使優先承買權之效力過度擴張，致失立法之旨意。查系爭土地面積合計 2,264.89 平方公尺，系爭建物（含雨遮）基地使用系爭土地面積計僅 857.19 平方公尺，而系爭建物基地之使用與系爭土地其餘部分並無不可分離（附屬地）之關係，被上訴人僅就上開基地範圍之系爭土地有法定租賃權存在，復為原審認定之事實，果爾，被上訴人就系爭建物基地以外無法定租賃權之系爭土地，有無優先購買權？能否一併承買？其優先承買或一併承買之範圍如何？即有再事研求之必要，原審就此未遑詳查，逕為不利於上訴人之認定，不惟速斷，且有判決不備理由之違法。」雖二判決結論上均否認優先承買權人得就全部出賣之土地為承買，惟 107 年度之判決非謂優先承買權人僅得就建築基地部分行使權利，而得擴及性質上具有使用上不可分之附屬地為優先承買，類似於本項第一款所介紹之部分實務見解。

於土地法第 34 條之 1 共有人優先承買權中，採此見解之最高法院裁判有 2 則，分別為最高法院 93 年度台抗字第 933 號裁定及最高法院 101 年度台抗字第 337 號裁定，均為執行法院將債務人之多筆不動產合併拍賣時，在受拍賣之部分不動產



上有優先承買權之權利人對全部的不動產主張優先承買，而法院均認為優先承買權人僅就其有權利存在之部分有優先承買權。其中，最高法院 93 年度台抗字第 933 號裁定有最高法院自行表示見解，最高法院 101 年度台抗字第 337 號裁定則僅在維持原審法院見解，然該原審法院見解與前者最高法院裁定中之見解相似，故此僅引 93 年度裁定之見解，為：「此項優先承購之效力，並非執行法院所得創設，是該法院縱於拍賣公告註明優先承購人應一併承買合併拍賣之共有及單獨所有土地，亦不能使其中共有土地之共有人得優先承購其餘之單獨所有土地。……依上說明，一〇〇九 | 三〇地號土地之共有人即無優先承購一〇〇九 | 一八地號及一〇〇九 | 三一地號土地之權利，故執行法院雖於拍賣公告記載優先承買人應就上開三筆土地一併承買，惟揆諸前開說明，一〇〇九 | 三〇地號土地共有人白德賢尚不因上開公告而取得上開二筆單獨所有土地之優先承購權。」⁴⁹⁵

2. 肯認得僅就有權利之部分優先承買

此案型則僅見於共有人之優先承買權中，未見於基地租賃或其他土地法第 104 條所列之使用關係而生之優先承買權。結論上採此見解之最高法院裁判共有 3 則，依時序分別為最高法院 94 年度台上字第 228 號判決、最高法院 97 年度台上字第 1307 號判決及最高法院 99 年度台抗字第 464 號裁定。其中，僅有最高法院 99 年度台抗字第 464 號裁定有針對此問題自行論述，為：「執行法院雖將許加所遺含系爭土地在內之四筆土地合併拍賣，但相對人僅為部分土地之共有人，對非屬其共有之土地，原無從主張優先承購；另共有人是否行使優先承購權，乃其權利，則

⁴⁹⁵ 最高法院 101 年度台抗字第 337 號裁定則為：「原法院，以：再抗告人既非系爭三四八之一、三四九之一、三七七之一、三五五之五、三五五之四地號等五筆土地及系爭建物之法定優先承買權人，即不因上開合併拍賣之執行方法而擴及取得上開五筆土地及系爭建物之優先承買權，自不影響原拍定人陳吉生就上開五筆土地及系爭建物因拍定而取得之買受人地位。……經核於法並無不合。」

相對人僅對部分共有土地行使優先承購權，於法亦無不合。再抗告人謂相對人僅對系爭土地行使優先承購權，未及於另筆共有土地，違反土地法第三十四條之一所定以『同一』條件優先承購之規範意旨云云，尚無可取。」不但認其僅於有共有關係存在之土地上有優先承買權，亦允許其僅對部分而非所有受出賣之共有土地行使權利。

其餘 2 則中，94 年度之判決僅可見結論上最高法院認為優先承買權人僅就出賣人出售之 14 筆土地中之 3 筆行使權利為合法，然該範圍似非為該案之爭點，故最高法院就此未為論述，亦未見當事人有提出與此相關之攻防；97 年度之判決則僅以原審法院未就上訴人於原審主張「若某共有人祇就系爭六筆土地中之一筆具有共有關係，其欲行使優先承購權必須接受六筆土地整批出售之條件，等同變相以比土地法第三十四條之一第四項更嚴苛的條件來阻止共有人優先承購權之行使，如此解釋，不僅超越法條之文意，更是增加法律所無之限制，並且妨害共有人優先承購權之行使」之抗辯為審認，認為原判決有判決不備理由之違法，將之廢棄發回。值得注意者係，該案再次上訴至最高法院時，為最高法院 98 年度台上字第 1405 號判決，認為優先承買權人應承買出賣人所出賣之全部土地為合法，本文將於下摘錄該判決。⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ 另還有一筆就共有人優先承買權論斷之最高法院判決採類似於此之見解，為最高法院 100 年度台再字第 46 號判決。該案例事實為出賣人之 4 筆土地一併出賣，優先承買權人就其中 2 筆土地有優先承買，然僅對其中 1 筆土地為主張。法院認為該權利之行使非為合法，然本文難以判斷該案中法院認為優先承買權人應就全部 4 筆土地一併承買，或僅需就其享有權利之 2 筆承買即為合法，蓋該判決於一般論強調「於拍賣公告上載明四宗土地合併拍賣，則拍定人應受此合併拍賣條件之拘束，不容任意變更，而僅就其中一筆土地為購買。」然於個案涵射時則認：「再審原告同時為系爭五一七號及五一九之三號之共有人，其就該共有之土地固可行使優先購買權，亦應受合併拍賣之條件之拘束。再審原告僅就系爭五一七號土地行使優先承買權，未就合併拍賣之五一九之三號土地一併行使優先購買權，自違反土地法第三十四條之一以同樣條件優先承購之規範意旨，難認已生優先承買之效力。」而未提及另外 2 筆土地是否應一併承買，則其係認為優先承買權人僅需就其有權利存在之部分全部為承買，抑或不論是否有權利存在均須就全部出賣之標的承買有未明，故本文暫不將此見解加以歸類。



(二) 須就全部出賣之土地為承買

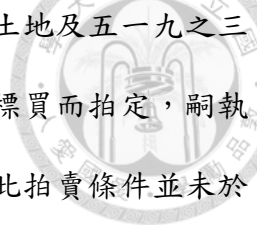
採此見解而涉及基地租賃優先承買權之最高法院見解僅有 1 則，然涉及共有人優先承買權者則有 6 則，合計 7 則。

在處理基地租賃優先承買權者，為最高法院 100 年度台上字第 663 號判決，其案例事實為：執行法院拍定執行債務人所有之 241、241 之 1、246、247 地號之土地，其中僅第 241 之 1 及第 246 地號之土地上有基地租賃優先承買權存在。該判決認為：「原審審理結果，以：……執行法院就系爭執行標的既定有應合併承買之拍賣條件，則被上訴人（筆者按：即優先承買權人）就系爭執行標的全部即有優先承購權存在。……上訴論旨，就原審認定事實、取捨證據之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」

於討論共有人優先承買權之 6 筆最高法院見解，僅有時序最晚之最高法院 100 年度台上字第 432 號判決及最高法院 103 年度台上字第 1794 號判決有最高法院就此爭點自為論述⁴⁹⁷。此二判決之一般論均強調「出賣之共有人與他人所訂契約或他人承諾之一切條件，優先承購權人必須均表示接受，始得謂為合法行使優先承購權」⁴⁹⁸。就個案涵攝之部分，100 年度之判決係針對強制執行之狀況論理，認為：「於執行法院拍賣二筆以上共有土地或建築改良物之情形，若經執行法院代債務人（出賣之共有人）定合併拍賣之條件，並經拍定人依該條件標買，主張優先承購權之他共有人自應為合併購買之表示，始得認其已依上開『同樣條件』之趣旨


⁴⁹⁷ 其餘之判決字號為：最高法院 92 年度台上字第 912 號、最高法院 98 年度台上字第 734 號、最高法院 98 年度台上字第 1285 號及最高法院 98 年度台上字第 1405 號判決。

⁴⁹⁸ 此為最高法院 100 年度台上字第 432 號判決之用語，最高法院 103 年度台上字第 1794 號判決之用語則為：「土地法第三十四條之一第四項所定共有人之優先承購權，係指他共有人於共有人出賣共有土地或建築改良物時，對於該共有人有請求以同樣條件訂立買賣契約之權，故出賣之共有人與他人所訂契約之內容，優先承購權人必須均表接受，始有合法行使優先承購權可言，倘有部分不接受或擅加變更買賣條件時，即非合法行使優先承購權。」兩者之意旨相同。



合法行使優先承購權。本件執行法院將上訴人為共有人之系爭土地及五一九之三
地號土地應有部分二分之一合併拍賣，並經被上訴人予以合併標買而拍定，嗣執
行法院亦通知上訴人該二筆土地其均有優先承購權，上訴人就此拍賣條件並未於
拍賣程序終結前，依強制執行法第十二條第一項規定聲明異議，其欲行使共有人
優先承購權，即應受此拍賣條件之拘束。」103 年度之判決則係針對出賣人與第三
買受人間自由訂立之買賣契約，認為：「依王阿桔等五人（筆者按：即出賣人）出
賣系爭十筆土地之不動產買賣契約書觀之，王阿桔等五人係將多筆土地合併出售，
由買方整體開發，其中與王細木（筆者按：即優先承買權人）共有之土地有四筆，
王細木僅擇面臨馬路之系爭土地乙筆主張優先承購，自屬變更買賣條件，原審認
其行使優先承購權，不符合土地法第三十四條之一第四項規定，自難謂其違背法
令。」可見採此見解之最高法院均在強調出賣標的亦為買賣條件之一環，故於優
先承買權人未就出賣人所出賣之全部土地一併行使權利時，即不合於優先承買權
行使要件中「同樣條件」之要求，非合法之權利行使。

最高法院 98 年度台上字第 1405 號判決雖未有最高法院之自行論述，然該判
決所整理並維持之原審見解則為論理最為詳盡者，故亦將最高法院判決中所整理
並維持之原審見解節錄如下。首先，法院亦從「同樣條件」出發，認為「出賣之
共有人與他人所訂契約或他人承諾之一切條件，優先購買權人必須均表接受，始
有合法行使優先購買權可言，倘有部分不接受或擅加予變更買賣條件時，即非合
法行使優先購買權。」並強調「買賣契約單價之高低，本與出售之條件息息相關，
相同之標的物，依不同之條件出售，其價格即可能有異，則土地之買賣，自不得
將買賣之條件與土地之單價分離。系爭六筆土地既合併為一筆土地出售，此合併
出售，即屬共有人與買受人買賣之條件，其餘共有人如欲行使優先購買權，即應



以同一條件合併買受系爭六筆土地。」而針對上訴人爭執「要求優先承買權人就全部土地一併行使係在增加法律所無之限制，妨礙共有人優先購買權之行使而有違法律保留原則」，原審法院則首先認為，私法秩序是在追求平等當事人間之衡平正義，與法律保留原則在節制政府權力之濫用無涉⁴⁹⁹，並認，若允許優先承買權人僅就一部分承買，將難以達成優先承買權之立法目的並有失衡平，謂：「本件被上訴人既係就系爭六筆土地合併為一筆交易出售予同一買方，本即預計系爭六筆土地全部出售換價後分配其價金，並無於出售後仍保留部分未面臨聯外道路之土地繼續維持共有之意，且如共有人知有此情形，遭保留為共有土地之共有人未必仍有出售之意思，如竟因未出賣應有部分之共有人得任意選擇中意之部分土地行使優先購買權，造成本欲出售系爭六筆土地全部之共有人被迫違背其意願就優先購買權人選餘之地號繼續保持共有，而當初要求就系爭六筆土地言明僅願一併買受之買方亦被迫就其餘絕大部分未面臨聯外道路之地號與共有人成立買賣契約，不僅並非買賣雙方契約約定之內容，且使共有人超越單純之優先購買權，更進而享有片面分割買賣標的之決定權，顯非立法原意，亦有失衡平，難認係合理之法律解釋。」而判決於結論上更強調優先承買權之存在範圍及優先承買權人應承買之範圍為不同概念，為「本件系爭六筆土地合併於一次交易同時買賣，乃原買賣雙方約定之買賣條件，任何一土地之共有人主張優先購買時，就其有共有權之土地固係優先購買權之行使，而就非共有土地之合併買受僅係為符合同一條件而已，並非就非共有之土地亦主張優先購買權。」

⁴⁹⁹ 「按法律保留原則參照憲法第二十三條及中央法規標準法第五條規定，乃指關於人民權利、義務等重要事項，國家非有法律之明文，不得予以規制之情形而言，其目的在於節制政府權力之濫用，從而自僅適用於具有權力服從性質之高權關係。至於私權關係中，一方當事人權利不合理之擴張，即屬對於他方當事人權利之不正侵害，從而，私法秩序追求者係屬平等當事人間權利義務之衡平正義，與法律保留原則尚屬無涉。」

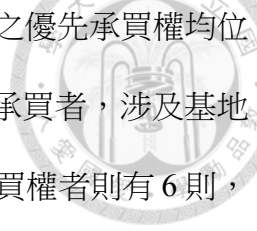


(三) 個案判斷

另有針對共有人優先承買權論斷之最高法院見解認為應個案審認，並試圖提出具體判準，此為最高法院 107 年度台上字第 2434 號判決。其認為：「共有人將共有土地連同其他土地合併出賣予第三人，其他共有人對於共有土地應有部分固得以同一價格行使優先承購權，惟就合併出賣之非共有土地部分，是否享有優先承購選擇權（想買可買，不想買可不買），或必須一併承購（不想買亦須買），始得謂係合法行使權利，非可一概而論，而應依原買賣雙方之意願及利益、共有土地及非共有土地之客觀上經濟價值、土地整體之利用關係等項，具體觀察判定之。例如合併出賣之多筆土地僅有單一總價，而共有土地之客觀上經濟價值高於非共有土地，除去共有土地後，就其他非共有土地部分，第三人即不願買受或僅願以較低價格買受，或原共有人即不願出賣，或分開出賣不利於土地整體利用，該全部土地之買賣即應視為單一交易客體，其他共有人行使優先承購權之同一價格或同樣條件，應以全部土地之買賣為判準。惟第三人如仍願以原來約定價格僅買受經濟價值較低之非共有土地，即無強要其他共有人除得以同一價格優先承購共有土地外，亦必須承購非共有土地。」於基地租賃優先承買權之相關最高法院判決中則未見此見解。

(四) 小結

於認為優先承買權人僅承買有優先承買權之地號為合法之最高法院見解中，涉及基地租賃或土地法第 104 條之使用關係所衍生之優先承買權共有 4 則，涉及共有人優先承買權則有 5 則，共 9 則。將此類見解細分為「否認權利人得就全部出賣土地為承買」及「肯認得僅就有權利之部分得承買」二類，前者有 6 則，後



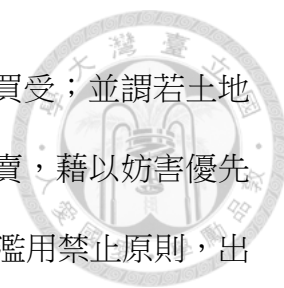
者 3 則，而涉及基地租賃或土地法第 104 條之使用關係所衍生之優先承買權均位於前者。認為優先承買權人需就出賣人所出賣之全部土地優先承買者，涉及基地租賃優先承買權之最高法院見解僅有 1 則，然涉及共有人優先承買權者則有 6 則，合計 7 則。而認為需個案判斷者則為涉及共有人優先承買權之 1 則。

總體而言，以認為「僅就有權利存在之部分為承買」之最高法院見解略多於認為「須全部承買」者，然判決筆數差距不大，亦難認何者為最高法院之多數見解。而若將「基地租賃優先承買權或其他土地法第 104 條所列之使用關係所衍生之優先承買權」與「共有人優先承買權」之最高法院見解分開觀察，前者係以認為僅得就部分優先承買為多，後者則以認須全部承買為多。

需進一步說明者係，本文之所以將結論上認為優先承買權人僅就有權利之部分優先承買的見解再細分為否人得就全部承買，及肯認得僅就部分承買，差別在於：如優先承買權人原僅主張其有權利之部分而法院准許，不代表法院認為優先承買權人不得就全部土地一併承買，而可能是認為優先承買權人可選擇如何行使權利。例如，於該分類下之最高法院 97 年度台上字第 1307 號判決，係認為若以對全部土地優先承買為權利行使之要件，可能會過度限縮優先承買權人之權利，然不代表該見解亦會認為優先承買權人不得主動主張要就全部土地為承買。

二、學說見解

從上述第一目中所提及之第一種較接近實務見解之學說，可推認出該學者若本於一貫之邏輯，應會認為，於同時出賣多筆土地時，因該等土地本為數個所有權而不生不能分割之情形，則優先承買權人僅能就其有權利存在之地號為優先承買。而上述第二種學說則認不論出賣人所出賣之土地為一筆或數筆，只要出賣土



地一部上存有優先承買權時，權利人即應就全部出賣之土地為買受；並謂若土地所有權人故意將未存有地上權、典權或租賃關係之土地合併出賣，藉以妨害優先承買權人行使其權利者，自得認為此乃違反民法第 148 條權利濫用禁止原則，出賣人與第三人訂立之買賣契約無效⁵⁰⁰。

然亦有論者反對以民法第 148 條處理之見解，認為權利濫用之法律效果不當然是法律行為無效，而可能是限制權利、負損害賠償責任或其他法律效果。而若於此時有權利濫用時即使買賣契約無效，不但違反出賣人與第三人的意思，對優先承買權人也不是最佳的保障方式，亦不合於法律行為無效具補充性或最後手段性原則⁵⁰¹。此論者認為應以買賣契約數宗標的就使用價值是否可分為區別，若可，則應限於其權利存在之標的；若不可，則應擴及所有不可分之標的⁵⁰²。惟就是否可分，論者之判斷標準則與上述第一目中所提及實務上「是否可分割」之標準不同。其認為，如相鄰土地大規模開發效益較高的情形，數筆土地一併購買，有時是買受人決定的購買要件，價格通常也與單筆土地購買不同，故此原則上是數宗標的不可分；然若一併出賣的財產屬優先承買權人在法律上不得取得者，則為可分⁵⁰³。

另有學者亦以同於上述之「使用價值是否可分」為判準，惟其對於何謂可分有不同之闡述，認為係指：數筆標的分別買賣，買賣雙方中的任何一方都願意以此價格再成立買賣契約，或與第三人成立買賣契約⁵⁰⁴。

第三目 比較法上之規定

⁵⁰⁰ 陳立夫，前揭註 491，頁 35。

⁵⁰¹ 黃健彰，前揭註 476，頁 49-50；黃健彰，前揭註 474，頁 86。

⁵⁰² 黃健彰，前揭註 476，頁 47；黃健彰，前揭註 474，頁 83。

⁵⁰³ 黃健彰，前揭註 476，頁 47-49；黃健彰，前揭註 474，頁 83-85。

⁵⁰⁴ 謝哲勝（2012），〈以同一價格行使優先購買權－最高法院九十七年度台上字第一三三九號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，17 期，頁 19。



一、 瑞士法

瑞士法上就一次出賣數個，且部分不負有優先承買權負擔之土地的情形，亦認為構成得行使優先承買權之出賣情形。其認為，當出賣人將有優先承買權及無優先承買權之土地一併以一個總價出賣時，權利人可以用優先承買權客體的價值與總價之關係計算受負擔之客體的價格，並對優先承買權客體行使權利⁵⁰⁵。

又若想確保該等多筆土地被一併買受而避免因該等土地分離而產生之損失，根據瑞士聯邦最高法院之見解，須依照瑞士民法第 655 條之 1⁵⁰⁶，就該等土地間建立主觀的物的連結（*subjektiv-dingliche Verknüpfung*），且受有優先承買權負擔之土地必須支配其他土地⁵⁰⁷。

則於瑞士法上，原則上優先承買權人僅對其有權利存在之標的為承買，僅於不動產間設有上開主觀的物的連結時有例外。

二、 德國法

德國民法則於第 467 條規範於一次將設有及未設有優先承買權之物出賣而僅約定總價時應如何處理，於法制上更為完善。該條之條文為：「第三人將優先承買權所設之標的物連同其他標的物，以總價金買受者，優先承買權人應支付按總價金之比例計算之價金。標的物非使義務人受不利益不能分離者，義務人得請求優

⁵⁰⁵ Rey/Sterbel, (Fn. 483), Art. 682 N 18a.

⁵⁰⁶ 條文之德文原文為：„(1) Ein Grundstück kann mit einem anderen Grundstück derart verknüpft werden, dass der jeweilige Eigentümer des Hauptgrundstücks auch Eigentümer des dazugehörenden Grundstücks ist. Dieses teilt das rechtliche Schicksal des Hauptgrundstücks und kann nicht gesondert veräußert, verpfändet oder belastet werden. (2) Erfolgt die Verknüpfung zu einem dauernden Zweck, so können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer und der Aufhebungsanspruch nicht geltend gemacht werden.“ 暫譯為：「(第一項) 當主要土地與附屬土地之所有人相同時，一塊土地可以被與另一塊土地連結。附屬土地與主要土地之法律命運同一且不能分別處分、抵押或設立負擔。(第二項) 以永久的目的建立此連結時，共有人之優先承買權及分割請求權不得行使。」

⁵⁰⁷ Rey/Sterbel, (Fn. 483), Art. 682 N 18a.



先承買及於所有標的物。」⁵⁰⁸

雖本條係涉及優先承買權價金之計算，然既有此規定，即代表德國法上認為優先承買權人原則上僅得對受有優先承買權之標的物行使權利。又此規範不僅適用於一次購買數個標的的大規模買賣，也適用於法定優先承買權僅存於土地之一部分上時⁵⁰⁹。

物權效之優先承買權依德國民法第 1098 條第 1 項第 1 句準用德國民法第 467 條⁵¹⁰，使設有優先承買權之物在非單獨，而是與其他物一同出售時，權利人仍可對負有優先承買權之物行使權利。而在義務人未另為該條第二句之爭執時，則遵守該條的一句所設立之原則，優先承買權之行使僅使權利人及義務人間產生針對優先承買標的物之買賣契約⁵¹¹。

針對德國民法第 467 條第 2 句所賦予義務人於受有負擔之物與其他買賣標的物分離而受有不利益時，得請求將優先承買及於所有受出賣之標的物之規定，德國實務上強調此種不利益非僅指「相較於一併買賣，單一買賣更不利益」，而是「剩餘之物只能以很差的條件，或是不可能被出賣」之情況。例如將不動產與傢俱一同出賣時，若不一併出賣給優先承買權人，傢俱很難單獨售出之情形，而此不利益需由優先承買義務人舉證。又基於舉重以明輕之原則，義務人亦可主張優先承

⁵⁰⁸ 德文原文為：„Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten. Der Verpflichtete kann verlangen, dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können.“ 翻譯為筆者參考國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編）（2016），《德國民法（上）》，二版，頁 451，臺北：元照，之翻譯後修改。

⁵⁰⁹ Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 467 Rn. 1.

⁵¹⁰ 雖物權效之優先承買權依德國民法第 1095 條規定，僅有在設定於共有人之應有部分上之情況得以就土地之一部為優先承買權之設定，然於該種情況亦產生僅於土地之一部上有優先承買權存在之情形。德國民法第 1095 條之條文為：「土地之一部，僅以其為共有人之應有部分為限，得就之為先買權之設定。」德文原文為：„Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit dem Vorkaufsrecht nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 975。

⁵¹¹ Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 467 Rn. 4.



買不及於出賣標的物之全部而僅擴張及於一部。⁵¹²

而德國法上亦強調，賦予義務人此優先承買範圍擴張之主張可能誘使義務人將優先承買標的物與其他物一併大規模出賣，並主張優先承買範圍之擴張，以阻撓優先承買權之行使，故須以嚴格的標準檢驗義務人是否有違反誠信之可能。德國法院實務見解就此認為，若該等同時受大量出賣的標的物間於意定設定優先承買權時已存有經濟上緊密關係，出賣人之行為即可能有違反誠信原則，然此僅限於意定而不及於法定優先承買權⁵¹³。

然而，並非所有優先承買權之行使均有德國民法第 467 條之適用。於涉及帝國墾荒法（Reichssiedlungsgesetz）第 4 條所規定之優先承買權時，在以一個契約出賣多筆土地，而非所有土地均受優先承買權負擔時，德國聯邦最高法院即否定行使優先承買權的可能⁵¹⁴。於涉及此法定優先承買權時，德國聯邦最高法院基於該法特殊的規範目的，認為只有在所有出賣的土地均受優先承買權負擔時，優先承買權人方可行使權利，且須就全部出賣之土地承買⁵¹⁵。然德國聯邦最高法院亦強調此原則係著眼於帝國墾荒法第 4 條之法定優先承買權的特定規範目的，而不適用於意定優先承買權⁵¹⁶。

第四目 本文見解

於承租人僅就出賣土地之一部享有優先承買權時，不論受出賣者為單筆或多筆土地，討論重點均已非優先承買權之權利範圍，而為優先承買權行使要件之「同樣條件」應如何解釋。亦即，承租人於依「同樣條件」行使優先承買權時，其形

⁵¹² Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 467 Rn. 5.

⁵¹³ Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 467 Rn. 7.

⁵¹⁴ Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 467 Rn. 2.

⁵¹⁵ BGHZ 168, 152, 158, Rn. 28.

⁵¹⁶ BGHZ 168, 152, 158, Rn. 28 ; Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 467 Rn. 2.




成之買賣契約的標的應與出賣人及第三人間完全相同，抑或承租人僅得以其有權利存在之範圍為買賣標的，並進一步計算優先承買之價格。

參照上開最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決就優先承買權中「同樣條件」之定義性的闡述，認為此同樣條件係指「買賣條件如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等」，而依同樣條件優先承買之法律效果則為，對於基地出賣人而言，「僅買賣契約之相對人即買受人變更為地上權人、典權人或承租人而已，其餘因基地買賣契約所生之相關法律關係、所得行使與負擔之權利及義務，要與原應與第三人成立買賣契約所生者並無任何不同。」本於此定義性，「同樣條件」既包含買賣標的及範圍，則承租人雖僅對單筆土地之部分有優先承買權存在，然因與出賣人訂立買賣契約之第三人係就整筆土地為買受，承租人行使優先承買權後形成之買賣契約之標的亦應與之相同，為就整筆土地與出賣人訂立買賣契約。

自目的性解釋出發，基地租賃優先承買權制度所欲追求者為促進經濟效率，透過將土地所有及使用權合一，消滅房地使用關係，達到減少使用關係中交易成本之目的。而立法者既將基地租賃優先承買權限制於權利人須以「同樣條件」行使優先承買權，即是在盡量降低優先承買權制度對於買賣市場之衝擊，使出賣人仍能獲得其原與第三人所締結之買賣契約中的其他利益。

於買賣契約中，標的物本為契約重要之點，若將原契約改為僅就其中一部分土地為出賣，出賣人及買受人之締約意願必有不同。故若優先承買權人得僅就一部分標的為優先承買，此侵害契約自由原則之程度將較僅變更契約相對人為優先承買權人更甚。再者，於優先承買權人僅就標的之一部分為承買後，原買受人可能亦無意買受剩餘之部分，因僅買受部分標的可能已無法完整達成原先訂立買賣契約之目的。基此，應採同於上開自最高法院 100 年度判決所推導出之解釋，認為承租人應就第三人買受土地之全部為優先承買，方為合法行使權利。



於基地出租人出賣單筆地號的土地，而基地承租人之優先承買權僅存於該筆土地之部分上時，若使承租人僅對其享有權利之部分為優先承買固然可達到優先承買權欲降低交易成本之目的，然整體而言，如此之解釋則可能對社會經濟效率毫無助益。此即為上開學說見解所提及，「一般而言，土地所有人將其土地整筆出售必有其考量，其或為減少交易成本，或為提高出售價格，或為整體土地開發利用等經濟上考量」⁵¹⁷，可見買賣標的之範圍得以很大程度的決定契約締結之可能。而該論者亦肯認，於優先承買權人僅就特定部分之土地有權利存在時，涉及之問題非僅土地範圍「量」的不同，或可能引發「質」的改變，因土地之整筆出售或分筆出售，在土地開發利用之經濟價值上有所不同，連帶地當也影響土地的價格⁵¹⁸。該論者雖於土地可分割時，認得以出賣人事先評估，並自行計算相同之條件後再通知優先承買權人，使優先承買權人仍係以「同樣條件」行使權利，然此見解仍未考慮優先承買權人行使權利後，原買受人是否仍願就剩餘之土地以原先約定之條件為承買。蓋論者就買賣標的的土地範圍之量變可能導致質變的論述，不因受出賣之土地是否可以或適於分割，或受出賣者為單筆或多筆土地而有不同。

以上開針對單筆土地受出賣為論述之最高法院 103 年度台上字第 1481 號判決的案例事實為例，據該案第一審法院所述，出賣人所出賣之整筆土地地形接近方正，然扣除承租人有租賃權存在之部分後，剩餘之土地將呈現不規則形。基此，更一審法院即認，若使承租人得僅就租賃權存在之部分行使優先承買權，將不利整筆土地之運用，經濟價值亦將大幅減損，可能使出賣人就土地之剩餘部分無法再以相同單價出售而需賤賣土地，解釋上應認承租人需就整筆土地優先承買方為合法⁵¹⁹。然此見解遭最高法院廢棄，認為「原審未詳予論究系爭土地有何不能分

⁵¹⁷ 吳珮君，前揭註 487，頁 26。

⁵¹⁸ 吳珮君，前揭註 487，頁 24。

⁵¹⁹ 臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上更（一）字第 19 號判決：「系爭土地全部面積 2,434 平方
234

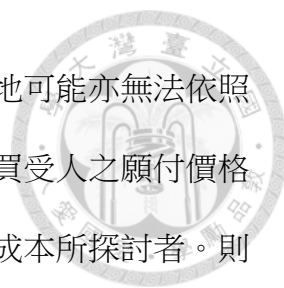


割之情形」。據此推論，最高法院應認該案之土地應為可分割之土地。然該土地縱經分割後，剩餘之土地對原買受人之經濟價值應已大為不同，買受人不必然願以原先約定之條件買受。則就該等剩餘之部分已有支出交易成本，但原買受人及出賣人均未有任何收益可言，有損經濟效率。故本文認為該案之更一審法院見解更值贊同，因為於此使承租人得僅就其權利存在之部分優先承買，相較於使承租人需對土地之全部為承買，將造成對買賣市場更大之影響，對整體社會之經濟效率更有所減損，難謂得達成基地租賃優先承買權促進市場效率之目的。

於受出賣者為多筆土地時，其利益狀態與單筆地號略有不同之處在於，於受出賣者為單筆土地時，原買受人預計以整筆土地為投資之可能性較高，而於多筆地號時則較可能產生出售之土地有互不相鄰而無一體利用之可能；且於單筆地號時若肯認優先承買權人得僅就部分承買時，仍產生土地分割或需與原買受人共有之問題，於多筆地號者則無。然本文認此不影響於數筆土地一同出賣時，仍須全部承買方符合「同樣條件」之要求。

於出賣人一次出賣多筆土地時，雖該等出賣土地不必然相鄰而可一併規劃使用，然不改變該「一次同時出賣之多筆土地」為買賣契約中重要之點，而該買受標的若有變更，均可能影響買受人及出賣人之交易意願。又縱然當事人契約中有就不同地號之土地分別約定價額，該等土地價額間可能亦互相牽連。易言之，當事人間之所以能夠就特定土地達成一定價額之合意，可能係因買受人一次買受多筆土地，而出賣人方願意將某一筆土地一併出賣，或願意以較低之價格出賣；則

公尺，且整筆土地之地形除東北角及西南角略有突出外，整體而言係接近方正，至於存在承租權之系爭 420 平方公尺之土地位置雖位在系爭土地西北角，惟該特定部分土地之北方及西北方與系爭土地與臨地之界址線間尚存有不規則形之狹長空隙，此有如附圖之複丈成果圖可憑，倘認承租人僅得就系爭特定部分土地行使優先承買權，將致使系爭土地剩餘土地之形狀呈現不規則形，且不利於整體利用，其經濟價值亦顯然將大幅減損，即有損於出賣人即祭祀公業陳○○之權益，況倘丙○○不願購買剩餘部分土地，祭祀公業陳○○可能亦無法再以相同單價出售，而須賤價出賣他人，且造成系爭土地之法律關係複雜化。是解釋上，應認上訴人行使優先承買權，應按原買賣契約之同樣條件即就系爭土地全部……始屬合法行使優先承買權。」



若買受人買受之土地筆數有所變更，原先一併出賣之其他筆土地可能亦無法依照原先約定之價額達成買賣意思表示合致。此買賣標的之多寡與買受人之願付價格或出賣人之願售價格間的影響，亦為經濟學上邊際效益及邊際成本所探討者。則自經濟學之角度，亦難認得將買賣標的撇除於買賣條件之外。


基此，雖一併出賣之多筆土地於使用上可能不必然有一體利用之可能，然於買賣條件之議定上仍有彼此影響之效果。則若使優先承買權人得不必就出賣人與第三人所約定之土地全部承買，亦將可能產生於優先承買權人行使權利後，出賣人及原買受人無法再就剩餘之土地達成買賣合意之情形。或縱然仍能達成合意，條件亦與原先經由自由市場所達成者有所不同，可能造成更多自由市場經濟效率之損失。

既買賣標的為買賣契約的重要之點，且自經濟學角度觀之，其亦將影響當事人願付之價格，則買賣標的當然應為買賣契約中之重要條件。而優先承買權之制度設計既以「同樣條件」為必要，以盡量不破壞市場機制，優先承買權人當應就出賣人與原買受人約定之全部標的為承買。此不因其權利是否僅存於部分土地上，抑或雙方當事人有無就個別土地約定價額，或是否以每坪固定價格計價，而有不同。

參照比較法，瑞士法肯認優先承買權人得就買賣標的之一部分行使優先承買權，而不必就全部受出賣者一併行使，可能係基於瑞士法對建築權人法定優先承買權之制度理解為使建築權消失及避免不理想之第三人進入建築權關係⁵²⁰，故解釋上側重方便優先承買權人行使權利。

而德國法上雖設有就受優先承買權負擔及其他物一併受出賣時之行使方式而原則上肯認權利人得僅就優先承買權負擔物行使權利，然此係基於德國民法上就

⁵²⁰ 詳細說明請參照第二章第二節第四項。

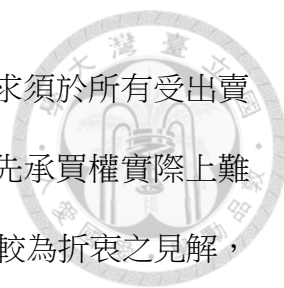


優先承買權之相關規定係以意定優先承買權為規範目標。優先承買義務人既本於自己之意思對特定物締結優先承買契約，則側重優先承買權之實現亦無不妥之處。且德國民法上亦設有優先承買義務人得請求例外將優先承買權之效果及於所有出賣標的物之規範，以平衡權利人及義務人間之利益。然值得注意者係，依照德國聯邦最高法院判決針對帝國墾荒法中所規範之優先承買權所表示的見解，德國法上非允許所有種類的優先承買權人僅針對出賣標的物之一部分行使權利，而是有可能因個別優先承買權之制度目的而受限制。

參照我國優先承買權制度之規範係以促進經濟效率為目的，與瑞士民法建築權優先承買權之目的著重於使建築權消滅以及避免不理想之第三人進入建築權關係有不同。我國法上對於優先承買權之理解並非單純以消滅土地使用關係為最終目的，而是進一步強調促進經濟效率之利益。故瑞士法上單純便於優先承買權人行使權利而未考慮到此對市場可能產生之影響，於我國應非可採。

而德國法上對此問題之理解，則是允許在有特定目的的法定優先承買權中，排除德國民法第 467 條之適用。我國基地租賃優先承買權為一法定優先承買權，目的在於促進經濟效率，將此制度目的納入考量後即不應使優先承買權人得僅針對部分買賣標的物行使權利，已如上述，故應較接近德國聯邦最高法院針對帝國墾荒法之理解。又德國法上就帝國墾荒法中所定之優先承買權認為，在所有出賣的土地均受優先承買權負擔時，優先承買權人方可行使權利，且須就全部出賣之土地均行使優先承買權而一併承買，係基於土地移轉法(Grundstückverkehrsgesetz)第 9 條第 1 項第 2 款對「數個農業用不動產以一個經濟單位出賣」之保護規範而來⁵²¹，使該經濟單位不因優先承買權僅對部分不動產行使而分離。然我國基地租賃優先承買權制度所欲達成促進經濟效率目的之方式在使房地所有權合一以消滅

⁵²¹ BGHZ 168, 152, 158, Rn. 28.



房地使用關係中之交易成本，若如德國聯邦法院所認為的，要求須於所有受出賣之標的均受有優先承買權負擔時方得行使權利，則可能使此優先承買權實際上難有行使之機會而過於偏離其所欲達成之目的。基此，本文認應採較為折衷之見解，認為於出賣標的物中包含受有優先承買權負擔者，即可行使優先承買權，然須就全部出賣標的為承買以符合「同樣條件」之要求。

於涉及多筆土地一併出賣而優先承買權僅存於部分出賣標的上之情形，實務見解有認應個案判斷者，並提出比較有無優先承買權存在之土地的客觀經濟價值、整體利用之可能、當事人是否就多筆土地僅約定單一總價等事項為判準，操作上實類似於德國民法之規定。然基於基地租賃優先承買權之特殊規範目的，本文認此尚非妥適。因此，實務見解中誠以最高法院 98 年度台上字第 1405 號判決所維持之原審見解最為可採⁵²²。

而於涉及多筆土地時，主張應依買賣之數標的中「使用價值是否可分」為區別處理之學說中，均僅強調數筆土地相鄰而可一併開發時為不可分，未進一步說明若數筆土地未相鄰時應如何認定。而就使用價值可分之舉例，學說上有認係指「優先承買權人法律上不可取得」者，亦有謂係指「數筆標的分別買賣，買賣雙方中的任何一方都願意以此價格再成立買賣契約，或與第三人成立買賣契約」者。就前者而言，若買賣之標的包含法律上不得取得者，該不能取得之部分為自始客觀不能，依民法第 246 條為無效⁵²³，而其他可取得之部分則依民法第 111 條但書仍為有效，似無特別區分處理之需求。就後者而言，是否存有此情況，難以事先

⁵²² 參照前註 499 處。

⁵²³ 法律上不能為自始客觀不能而依民法第 246 條為無效係最高法院 95 年度台上字第 1682 判決所宣示之意旨：「查私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，修正前土地法第三十條第一、二項定有明文。故於土地法第三十條於八十九年一月二十六日修正公布刪除前，約定出賣私有農地與無自耕能力人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，依同條第一項前段規定，其契約應屬無效。」



判斷，於操作上亦有困難，或將衍生更多糾紛。

優先承買權人得承買之範圍的認定，亦可能同時涉及出賣人通知及優先承買權人權利行使之合法性。如出賣人認為優先承買權人僅得就部分標的主張承買，其可能將僅就該等部分之條件加以通知。然而，若法院嗣後認定優先承買權人實得對全部買賣標的主張權利，則亦將認定出賣人之通知為不合法，使優先承買權之除斥期間不能起算而產生優先承買權人仍得主張權利之結果。反之，若出賣人就全部標的為通知，而法院認定權利僅存在於部分標的時，該通知亦為不合法而不生除斥期間起算之效果。此將不合於出賣人，甚或買受人之期待。

於優先承買權人行使權利之方面，亦會於優先承買權人主張之範圍與法院認定權利存在之部分不同時，使優先承買權人之權利行使為不合法，發生除斥期間已然經過，無法再行使權利之情形。

基此，若對優先承買權人得行使權利之範圍有過於複雜或模糊之認定，反而將使出賣人及優先承買權人難以預測法院之判斷結果，無法妥適保護當事人之權利及期待，亦在增加買受人進行交易之風險，進而增加交易成本，減損市場效率。然若採本文見解，不區分數買賣標的間之關係，均認買賣標的亦為「同樣條件」所包含，優先承買權人須就全部行使權利，則得避免上述之成本及困擾。

又實務上常見當事人抗辯此將不當限縮優先承買權人行使權利之可能而違反法律保留原則，然此應為民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條條文中所謂「同樣條件」應如何解釋之問題。自基地租賃優先承買權本即在追求經濟效率之目的出發，本即應盡量降低優先承買權制度對市場經濟所造成之影響。基此，認為基地租賃優先承買權所要求之「同樣條件」包含出賣人與買受人約定之全部買賣標的是從目的性解釋所得出之結果。則先不論法律保留原則是否適用於私法關係中，此既為法律解釋中依目的性解釋而來，亦無增添法律所無之限制。



基於本文於第二章所得出，基地租賃優先承買權對整體社會而言之經濟效率是否有助益仍待進一步檢驗之基本態度，本文均主張此制度作為一介入經濟市場及限制契約自由之手段，本應審慎使用。又即便是使優先承買權人須以包含買賣契約標的及範圍均相同之同樣條件為優先承買時，此權利對於整體經濟效率之影響都未能確定有益時，更不能貿然認為使優先承買權人得僅就買賣契約之部分標的行使權利。⁵²⁴

至於採此見解可能造成之負面影響，則為有學者所認為的，或有形成僅就部分土地享有權利之優先承買權人以小吃大、以劣併優的局面之虞。反之，所有人亦可能故意以一契約同時出賣大筆或數筆不動產，變相的使無資力之基地使用權人無法購買，以規避其行使優先承買權⁵²⁵。

然而，誠如上開學說上有提及的，土地所有權人自主出賣土地時，出賣人自得本於契約自由原則及土地所有人自身情事之考量，自由決定出賣標的⁵²⁶。故於出賣人將土地以一筆契約出賣時，本即得預見優先承買權人得以「以小吃大、以劣併優」的可能。而其將此納入考量後仍決定要將土地一併出賣，則可能係因買受人希望能就全部土地一併買受，更凸顯買賣標的範圍作為買賣條件之重要性。

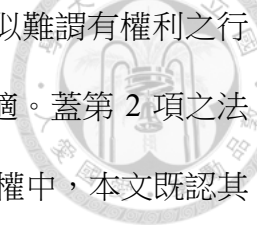
又該學者進一步認為，若土地所有權人故意將未存有地上權、典權或租賃關係之土地合併出賣，藉以妨害優先承買權人行使權利者，自得認為此乃違反民法第 148 條權利濫用禁止原則，出賣人與第三人訂立之買賣契約無效⁵²⁷，以避免出賣人故意阻撓優先承買權人行使權利之情形。然依民法第 148 條第 1 項之文字，

⁵²⁴ 若認為優先承買權人得僅就其權利存在之範圍行使權利，仍生應如何計算該範圍之條件，以及是否有請求出賣人將該等範圍分割後移轉所有權之問題。此部分之問題及見解可參照何奕萱、許凱翔，前揭註 263，頁 168-172。

⁵²⁵ 吳珮君，前揭註 487，頁 24-25。

⁵²⁶ 陳立夫，前揭註 491，頁 35。

⁵²⁷ 陳立夫，前揭註 491，頁 35。



係針對「行使權利」規範，惟出賣人與第三人締結買賣契約，似難謂有權利之行使⁵²⁸。故論理上，或以同條第 2 項之誠信原則加以調整更為妥適。蓋第 2 項之法律除權利行使外，另包含「履行義務」。而於基地租賃優先承買權中，本文既認其係本於租賃契約之債權物權化而來，出賣人於出賣其所有之不動產時，亦涉及其本於租賃契約而來，對優先承買權人應負有「使其有行使優先承買權之可能」的契約義務。則當出賣人以大量出賣不動產之方式阻撓優先承買權人行使權利之可能時，亦在規避自己之義務，而有違反誠信原則之可能。

又本文雖於本部分之實務判決觀察時，將針對共有人優先承買權一併納入，然就見解之形成均著重於基地租賃優先承買權之立法目的討論。而在共有人優先承買權之制度目的不必然與基地租賃優先承買權相同時，於共有人優先承買權之買受範圍則不必然得為相同之解釋。則針對共有人優先承買權中此類之問題，仍有待進一步之研究。

第四項 依物價指數調整之可能

於基地租賃優先承買權中，常見因出賣人於出賣不動產時未對優先承買權人為合法之通知，致優先承買權之除斥期間不能開始起算，而優先承買權人亦於數年後方行使優先承買權之情況。若該權利之行使為合法⁵²⁹，則「同樣條件」究係應以出賣人與買受人當時所約定之價額為準，抑或得因時代已為久遠而主張當時之條件得加計物價指數調整之，即生爭議。

⁵²⁸ 縱然謂出賣人對不動產有所有權，然所有權之權能應仍不包含締結出賣契約之債權行為，僅及於後續本於該債權契約之物權處分。故單純就買賣契約之締結而言，似難謂有合於民法第 148 條第 1 項權利濫用中「權利行使」之要件。

⁵²⁹ 亦有可能因優先承買權人長期不行使權利而有權利失效致不得行使權利之情形，此將於本章第七節討論之。



第一款 實務見解

於此類案型中，有高等法院認應以物價指數調整買賣契約之價金，而非單純以出賣人與買受人當年所約定之數額為準。然該等判決上訴至最高法院後，均遭最高法院廢棄發回。值得注意者係，最高法院多以高等法院「逾越當事人聲明範圍而以職權增減原訂給付」為理由，認為高等法院調整價金之部分有所違誤，然似不否定於當事人有自行主張時法院介入調整之可能⁵³⁰。

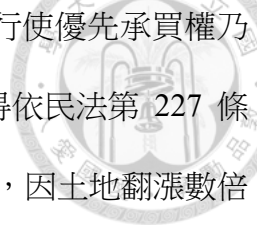
除以上開違反訴訟法上處分權主義為理由而將調整價金之高等法院判決廢棄發回外，另有最高法院 103 年度台上字第 2478 號判決就高等法院實體法上之判斷為指摘，認為高等法院之判決並未說明加計物價指數之理由，為：「倘系爭和解契約買賣價金額依法應予調整，調整給付比較之基準，究應以一般消費物價比較，抑或應以不動產物價波動情形觀察，始較符調整給付之立法意旨，尚非無疑」。

則細繹最高法院之裁判意旨，多數最高法院判決係以程序法上之原因廢棄原審調整買賣價金之判決，而未否認於實體法上調整之可能。又最高法院 103 年度台上字第 2478 號判決亦不否認調整之可能，僅認為原審未詳加說明調整所採之指數依據為何。

第二款 學說見解

學說上有肯認上述最高法院遵守處分權主義即尊重私法自治精神之同時，隱

⁵³⁰ 最高法院 104 年度台上字第 2 號、最高法院 104 年度台上字第 1433 號及最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決。此等判決之一般論均大致相同，僅引時序最先之最高法院 104 年度台上字第 2 號判決：「按民法第一百四十八條第二項『行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法』之規定，乃當事人行使權利、負擔義務之誠信準則，法院固非不可衡量雙方當事人之利益及所受損害，檢視當事人之權利行使或義務履行是否公平妥當，以判斷該權利行使或義務負擔之法效，然尚不得依上開規定，超逾當事人聲明之範圍，職權酌予增減原定之給付。」



約點出法院面對地主與第三人抗辯承租人迨地價大幅上漲後行使優先承買權乃違反誠信原則等語之判決⁵³¹。該論者認為，法院應曉諭出賣人得依民法第 227 條之 2 第 1 項規定，抗辯出賣人與第三人之土地買賣契約成立後，因土地翻漲數倍之情事變更，非當時所預料，而依其原有之效果，即以當時所定之同一條件優先承買顯失公平，聲請法院增加給付或變更其他原有之效果⁵³²。

然此依民法上情事變更原則為依據之見解有遭受其他學者之批評，認為情事變更有一「須於法律關係成立後」發生之要件，而此「法律關係」應以「出賣人與原買受人間」或「出賣人與優先承買權人間」為斷已有爭議。且其認為，先不論情事變更原則有無主張期間限制，此原則之適用亦應限於發生情事變更的事由不可歸責於債務人者。情事變更原則既係由誠信原則中的相互體諒原則所衍生，此處出賣人違反通知義務，導致優先承買權人無法於先前行使權利，是可歸責於出賣人，則出賣人於嗣後優先承買權人行使權利時，主張情事變更而要求優先承買權人「相互體諒」實已違背誠信，應不可如此主張。⁵³³

該反對援引情事變更原則之學者則認為，於此種情形，優先承買權人原得以之前出賣人與買受人間的買賣價金行使優先承買權，而是出賣人違反通知義務在先，不應剝奪優先承買權人原應有的權利，故標的物的漲跌應由出賣人承受負擔，該價金不必依物價指數、公告現值或市值等調整⁵³⁴。然其同時認為，優先承買權人就原應支付的價金受有利息的利益，故出賣人得主張該利息之數額⁵³⁵。在此種情況下，於符合權利瑕疵擔保之情形，原買受人並可向出賣人請求因優先承買權人行使權利而受之「相當於標的物市值」的損害，但出賣人僅得向優先承買權人

⁵³¹ 其所評論之對象為上述所介紹之最高法院 104 年度台上字第 1433 號判決。

⁵³² 曾品傑 (2016)，〈民事法類〉，《月旦裁判時報》，46 期，頁 116。

⁵³³ 黃健彰，前揭註 476，頁 229；黃健彰，前揭註 474，頁 60-61。

⁵³⁴ 黃健彰，前揭註 476，頁 228；黃健彰，前揭註 474，頁 59-60。

⁵³⁵ 黃健彰，前揭註 476，頁 229-230；黃健彰，前揭註 474，頁 61。

請求「之前的同一價格加上利息的數額」，若前者之數額較高，則是違反通知義務的出賣人應承受的不利益。是故，論者主張採取此種見解應可督促出賣人踐行優先承買通知義務，又不致使主張優先承買權之人獲得額外的利息利益⁵³⁶。

第三款 本文見解


在優先承買權人於優先承買標的物受出賣而經過長時間方行使權利之案型，若認優先承買權並未有本章第七節所述之權利失效之情事時，優先承買權人之權利仍可行使。此時，優先承買權人透過行使優先承買權，與出賣人間成立其與第三買受人所訂立之相同條件的買賣契約，並給付該相同條件之價金予出賣人。而此相同條件不必以約定之買賣價金之數額為絕對判斷標準。

蓋相同數額之金錢，於不同之物價下能換取之物質多寡有所不同，而金錢作為通用貨幣，其意義在於使人便於交易以換取生活所欲擁有之物質、服務或其他資源。則未換取物質、服務或其他資源之金錢本身並無太大之意義，至多表述個人擁有換取資源之潛力或可能性爾。故在不同之時空下，單獨以金錢數額之多寡本身，不足以表彰買賣條件之高低，仍應視該等數額能換取多少資源方具有參考價值⁵³⁷。基此，優先承買權人於長時間後方行使權利時，若僅以買賣契約約定之價金數額為同樣條件之認定，可能亦不合於優先承買權制度規定同樣條件之考量。

故此問題應得納入優先承買權行使之「同樣條件」考量並據此解決，而不必另援引誠信原則或情事變更原則。而學說上所提出「使優先承買權人支付利息」

⁵³⁶ 黃健彰，前揭註 476，頁 230；黃健彰，前揭註 474，頁 61-62。

⁵³⁷ 例如同樣為新台幣 100 元，於現今之價值及於 50 年前之價值必有差距；又如同樣為 100 元之數額，其幣值不同、位於之國家不同，代表之購買力及價值亦有不同。



之見解，似在將優先承買權行使後形成之契約回推至出賣人與第三人訂立買賣契約之時，蓋於此情況方有出賣人得向優先承買權人請求支付利息之理。然此將優先承買權行使效力回推至出賣人與第三買受人訂立契約之時的解釋方式，仍涉及優先承買權所產生「使出賣人及買受人間之契約及所有權移轉不得對抗優先承買權人」之效力的時點，故此見解是否妥適應仍值研究。同樣的，若此以情事變更原則加以調整，亦因民法第 227 條之 2 規定須於契約成立後之情事為限，解釋上若要使優先承買權人得以依此條加以主張，應亦須將優先承買權人與出賣人間買賣契約成立時點回推，同樣有再斟酌之必要。


又於此種案型中，誠如上開學說所提及的，第三買受人因優先承買權人行使權利而失去標的物之所有權時，有向出賣人依債務不履行相關規定請求損害賠償之可能。損害賠償之範圍將因該債務不履行是否可歸責於出賣人，以及第三買受人是否就標的物上有優先承買權一事明知或因過失而不知而有過失相抵之適用有不同，此於本章第六節第二項說明。

第三節 形成同樣出賣條件之買賣契約

優先承買權之權利性質，本文贊同通說認為此為形成權，已於第二章第三節所述。故優先承買權人以意思表示行使優先承買權後，其與義務人間即締結一與出賣人與第三買受人所締結之內容相同的獨立的買賣契約⁵³⁸。則實務上有認為優先承買權行使之效果包含請求義務人「按其與第三人約定之同樣出賣條件補訂書面契約」之見解⁵³⁹，係出於實務上絕大多數對此採訂約請求權說，故應先請求出

⁵³⁸ 史尚寬（1953），《土地法原論》，臺二版，頁 205，臺北：張廷休；德國法上亦採相同見解，參照 Waldner, NJW-Schriftenreihe, 69. Aufl., 2003, Rn. 445；Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., 2014, §12 Rn. 255；Jauernig/Berger, 17. Aufl. 2018, BGB § 464 Rn. 4.

⁵³⁹ 如最高法院 99 年度台上字第 1699 號、最高法院 106 年度台上字第 953 號、最高法院 106 年度



賣人訂立買賣契約⁵⁴⁰。然此應非正確，蓋優先承買權行使後既已形成買賣契約，自不能推導出優先承買權有使義務人補訂書面契約之效果。我國現行法於民法第 166 條之 1 生效前，未要求不動產買賣契約以要式行為為之，則優先承買權行使後亦不以訂立書面契約為必要⁵⁴¹。

又優先承買權人行使權利而與優先承買義務人間形成買賣契約後，得本於該買賣契約請求優先承買義務人移轉標的物所有權。故優先承買權人取得標的物所有權之請求權基礎不來自民法第 426 條之 2 或土地法第 104 條之規定，而係來自行使優先承買權所形成之買賣契約。

第四節 義務人及第三買受人間之所有權移轉不得對抗優先承買權人

第一項 不得對抗之時點

基地租賃優先承買權具物權效，而權利人可透過優先承買權之行使，使義務人與第三買受人間之物權移轉行為不得對抗自己，請求塗銷義務人與買受人間本於買賣契約之所有權移轉登記。此已於第二章第四節第二項所述，於學說及實務見解均無爭議。

實務上出現爭議者係，出賣人及第三買受人間之所有權移轉於何時產生不得對抗優先承買權人之效果。然此問題需從基地租賃優先承買權之物權效規範模式談起。故以下先就實務上關於不得對抗之時點的相關見解整理，再就民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之規範模式為討論，並提出本文見解。

台上字第 1307 號、最高法院 106 年度台上字第 2335 號、最高法院 107 年度台上字第 2324 號判決。

⁵⁴⁰ 陳志雄、陳信瑩、陳容正（2018），《訴之聲明及其相關法律問題之實務案例介紹》，二版，頁 362，臺北：新學林。

⁵⁴¹ 然若將來我國民法第 166 條之 1 施行生效後，則可能因該條之規定而須為不同之解釋。

第一款 實務見解

第一目 於請求補訂書面買賣契約後始不得對抗

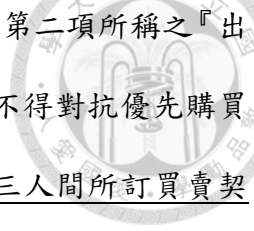


此為實務見解中最为嚴格者，認為優先承買權人須先請求優先承買義務人補訂書面買賣契約後，方可請求塗銷所有權移轉登記。採此說者如最高法院 97 年度台上字第 2219 號判決。於該案中，原審法院已認定優先承買權人於 89 年 3 月 8 日行使優先承買權，而最高法院在未就此認定為指摘之情況下，認為優先承買權人「既未同時請求劉秉盛祭祀公業與之補訂書面買賣契約，可否逕行請求塗銷所有權登記及協同辦理所有權移轉登記，亦待研求。」應是認為優先承買權人需先請求義務人補訂書面買賣契約，方可主張義務人與第三買受人間之所有權移轉不得對抗自己。

類似之文字亦出現於最高法院 106 年度台上字第 1307 號判決中，然值得注意者係，該案之優先承買權人僅請求確認優先承買權存在，但似未同時有行使權利之意思表示。則最高法院雖謂優先承買權人「既未同時請求吳勝宏（之遺產管理人）與之補訂書面買賣契約，可否逕行請求塗銷上訴人以『拍定』為原因之所有權登記，即滋疑義。」然此見解是因為法院認為該案中尚未有優先承買權之合法行使，或是在要求優先承買權人必須先請求義務人補訂書面契約後方得主張所有權移轉不得對抗自己，未臻明確。惟本文依判決中所使用之文字，暫將此判決歸類於此類見解中。

第二目 於優先承買權行使後始不得對抗

採此見解者如最高法院 87 年度台上字第 11 號判決，雖係涉及地上權優先承

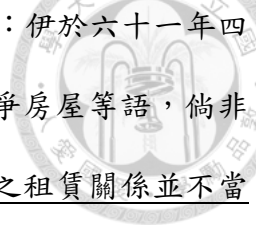


買權，然其針對土地法第 104 條之見解亦可參酌。其認為，「該條第二項所稱之『出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人』者，必以優先購買權人經以與基地或房屋所有人和該第三人間所訂買賣契約或第三人承諾之同一買賣條件向第三人為購買基地或房屋之意思表示後，原與第三人間以買賣為原因而成立之物權移轉行為，始對該優先購買權人不生效力。若該優先購買權人未依上開同樣條件依法行使優先購買權者，該物權移轉行為即非當然不得對抗該優先購買權人。」

相同見解而在處理基地租賃優先承買權者，為最高法院 103 年度台上字第 477 號判決及最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決。103 年度之判決謂：「該條所謂『其契約不得對抗優先購買權人』，僅指優先購買權人之優先購買權不因出賣人已將房屋或基地移轉買受人而消滅，優先購買權人仍得以同樣條件向出賣人主張優先購買，並於行使優先購買權後，向買受人主張原買賣契約因不得對抗其優先購買權之行使而無效，請求買受人將房屋或基地移轉為出賣人所有，再由出賣人移轉為優先購買權人，惟在優先購買權人行使優先購買權前，出賣人與買受人間買賣契約及基於買賣契約所為物權移轉仍然有效。」認為需於優先承買權人行使權利後，方得主張物權移轉因優先承買權之行使為無效。

而 106 年度之判決則謂：「被上訴人（筆者按：即優先承買權人）行使該權利之結果，使范立明移轉系爭土地所有權予王美雲、及王美雲移轉系爭土地所有權應有部分 10 分之 1 予陳明義之物權行為，均因而成為無權處分，被上訴人自得請求塗銷各該所有權移轉登記。」認為使物權行為為無效而得使優先承買權人請求塗銷所有權移轉登記係優先承買權之權利行使結果。


第三目 於優先承買權仍得行使時均不得對抗



最高法院 86 年度台上字第 1242 號判決認為：「上訴人抗辯：伊於六十一年四月十日不定期限向系爭土地之前手李淡承租系爭土地，建築系爭房屋等語，倘非虛妄，其自得以其優先購買權對抗被上訴人，上訴人與李淡間之租賃關係並不當然移轉於被上訴人。果爾，被上訴人有無催告上訴人給付租金並終止租約之權限，即非無研求之餘地。」係在認為因承租人之優先承買權仍得行使，基地所有人與第三買受人間就基地因買賣契約而生之所有權移轉不得對抗優先承買權人。因此，對優先承買權人而言，第三買受人不能因民法第 425 條依法定租賃契約承擔取得出租人之地位，自無向優先承買權人催告給付租金並終止租約之權利。

另有最高法院 85 年度台上字第 2678 號判決，同樣為買受基地而取得所有權之第三買受人向優先承買權人請求給付租金之案件，而該案中優先承買權人同時為基地承租人及地上權人。優先承買權人於該案中並僅主張其對於系爭土地有優先購買權，而法院拍賣基地時並未通知其是否優先購買，故買受人拍定系爭土地不得對抗自己。最高法院對此認為「本件被上訴人係於六十六年九月十九日因拍賣而取得系爭土地之所有權，上訴人則為系爭土地之地上權人，為原審確定之事實。果爾，執行法院拍賣系爭土地時是否踐行通知上訴人之程序，攸關上訴人得否以其優先購買權對抗被上訴人，原審未經被上訴人舉證予以證明，即認被上訴人主張：上訴人已拋棄優先購買權云云，為可採信，非無可議。次查土地法第一百零四條之優先購買權具有物權之效力，上訴人倘有優先購買權，雖尚未取得命被上訴人塗銷系爭土地所有權登記之確定判決，仍得執以對抗被上訴人，原審為相反之認定，亦有違誤。」亦在認為於優先承買權人受合法通知前，對優先承買權人而言，該地之所有權尚未移轉而不發生民法第 425 條所規定之效果。

最高法院 109 年度台上字第 58 號判決所涉及之問題為，基地之現在所有權人本於所有人地位請求基地上房屋之所有人拆屋還地。房屋所有人則以其未受優先



承買權通知，抗辯基地之現登記名義人不得對依所有權人地位對其為以上之請求。最高法院則肯認房屋所有人之抗辯，以：「按土地法第 104 條第 1 項所規定之優先購買權，具有相對物權的效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異。系爭土地原所有權人陳台碩公業既未將出賣系爭土地予陳福山之條件通知承租人即被上訴人，則被上訴人就系爭土地之優先購買權自仍存在，不因陳福山買受系爭土地後，又輾轉移轉所有權於上訴人而有異。」維持原審駁回基地所有權登記名義人依照民法第 767 條之請求。

同樣由基地現在登記名義人依所有權人地位向房屋所有人請求返還基地之案件事實亦出現於最高法院 88 年度台上字第 2884 號判決中。該最高法院亦採相同見解，認為：「倘李淡、李原向、及簡瑞蘭出售系爭土地未通知為承租人之陳新鐘或其繼承人即上訴人優先購買，則該買賣契約不得對抗上訴人，被上訴人對上訴人即不得主張其因買受系爭土地之應有部分而為共有人，因之而不得對上訴人為本於所有權之請求。」認為買受人於優先承買權人受合法通知前，不得對優先承買權人本於所有權主張。

第二款 學說見解

學說上就所有權移轉不得對抗優先承買權人之時點較少有直接之論述，而多在探討於基地租賃優先承買權之規定中，規範出賣人與第三買受人間之契約或所有權移轉「不得對抗」優先承買權人，該「不得對抗」之效果應如何理解。

有論者稱此不得對抗係指該所有權移轉登記對於優先承買權人相對無效，而不只是使優先承買權人對於出賣人得請求因此所受之損害⁵⁴²。另有同採相對無效

⁵⁴² 黃茂榮（2006），《債法各論（第一冊增訂版）》，再版，頁 131-133，臺北：自刊。

說之學者，參考德國民法第 1098 條第 2 項之規定，認為優先承買權有與預告登記相同之效力，故優先承買義務人對於買受人所為之移轉，對於優先承買權人為相對無效，且即由第三人再移轉於第四人，其移轉對於優先承買權人仍為無效⁵⁴³。

有學者未使用「相對無效」之字句，而認此規範是在使權利人得主張義務人與第三人所訂買賣契約及所有權移轉登記對權利人不生效力⁵⁴⁴。

然前述採相對無效說之學者有認為此規範模式值得檢討，其認為，此規範類似於民法第 244 條所定之詐害債權的情形，且優先承買權人後來不一定行使其優先承買權，所以准其視規範上之需要決定是否訴請撤銷，應比自始認定為無效合理⁵⁴⁵。

亦有學者認為，相對無效的法律行為仍是無效的法律行為，只是在被保護的特定當事人間得予承認而使之有效而已，在尚未承認前，該法律行為仍不生效力；在得撤銷的情形，撤銷權人如未主張權利，則法律行為有效。而在具物權效力的優先承買權人未主張權利之前，違反具物權效力優先承買權的行為仍為有效，但於權利人依法主張權利後，違反優先承買權規定的物權行為視為自始無效。且其認為，優先承買權相關規定均未明定該行為為無效，更有解釋為「得撤銷」的空間，故據此主張，具物權效力的優先承買權人請求塗銷出賣人與買受人間的移轉登記，實質上就是以意思表示行使撤銷權，並因而請求塗銷出賣人與買受人間的移轉登記。⁵⁴⁶

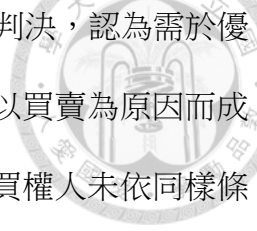
除上述採撤銷說之學者外，針對不得對抗優先承買權人之時點有較直接論述

⁵⁴³ 史尚寬，前揭註 538，頁 203。

⁵⁴⁴ 邱聰智（著），姚志明（校訂）（2008），《新訂債法各論（上）》，頁 390，臺北：自刊；劉春堂，前揭註 470，頁 377；李鴻毅（1989），《土地法論》，修訂十四版，頁 399，臺北：自刊。

⁵⁴⁵ 黃茂榮，前揭註 542，頁 131-133，註 122。

⁵⁴⁶ 黃健彰（2015），〈行使具物權效力不動產優先購買權之法律效果〉，《輔仁法學》，頁 57-59；黃健彰，前揭註 474，頁 139。



者，則贊同上述實務見解中之最高法院 87 年度台上字第 11 號判決，認為需於優先承買權人依同樣條件依法行使優先承買權後，該與第三人間以買賣為原因而成立之物權移轉行為，始對優先承買權人不生效力；若該優先承買權人未依同樣條件依法行使優先承買權者，該物權移轉行為即非當然不可對抗優先承買權人⁵⁴⁷。

第三款 本文見解

第一目 為欠缺對抗要件之規範模式

自法條文義觀之，民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所使用之文字為，所有權移轉或契約「不得對抗優先承買權人」而非「對優先承買權人無效」，解釋上，法條所規定者應為義務人與第三買受人間所有權移轉之對抗要件。基此，於優先承買義務人未通知優先承買權人時即完成之所有權移轉，應認為該所有權移轉並非無效，而是有效但缺乏對抗優先承買權人之要件。蓋「法律行為之相對無效」與「有效之法律行為缺乏對抗要件」不同，應有所區別。前者本係無效，而其無效不許特定人或對特定人主張之，如民法第 87 條第 1 項但書之通謀虛偽意思表示，不得以其無效對抗善意第三人；後者則係法律行為完全有效，在當事人間發生經由該法律行為所預期發生之法律效果，惟該有效之法律行為將會侵害或影響特定第三人之利益，故為保護此特定第三人，法律乃規定「不得對抗特定之第三人」，使特定之第三人得視該法律行為對其不存在而否認其效果，目的在於限制有效法律行為的效力範圍，如民法第 107 條規定，代理權之限制及撤回，不得對抗善意

⁵⁴⁷ 鄭冠宇（2014），《民法物權》，四版，頁 360，臺北：自刊，雖其係針對地上權之優先承買權為論述，然因均係為土地法第 104 條所規定者，故可參照；另有陳立夫（2015），〈基地・房屋之優先購買權：土地法第 104 條（下）〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 105。

第三人。⁵⁴⁸故法律行為缺乏對抗要件，與相對無效之法律行為係基於法律行為訂立時欠缺一定之成立或生效要件者有所不同⁵⁴⁹；又法律行為若屬欠缺對抗要件者，此時法律行為既然並非無效，即無必要進一步探究其為絕對無效或相對無效⁵⁵⁰。

學說上有認民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條在使出賣人與第三人間之買賣契約對優先承買權人相對無效。然自此二條規範之理解上，本文則認，應是於優先承買權人未受合法通知時，出賣人及第三人間有效之契約及所有權移轉行為為有效，但缺乏對抗優先承買權人之要件。故學說上向來以「相對無效」理解此二條之規範似有再商榷之必要。

第二目 行使優先承買權後方生不得對抗之效果

然而，將此理解為相對無效或缺乏對抗要件均無礙於結論上認為，本條在使未通知優先承買權人時，即進行之所有權移轉或物權行為對優先承買權人不生效力。重點仍在於，條文規定「不得對抗」之效果係何時發生。

不論為學說上所指之相對無效或缺乏對抗要件之法律行為，若該等規定係為保護特定人而設，該法律行為對被保護人之效力應取決於該人之意思。被保護人自得主張法律行為無效或未具備對抗要件，然亦得放棄此項質疑法律行為效力之權利。蓋該等規定既係為保護特定人而設，當然得由其決定法律行為是否發生效力或得對抗自己。⁵⁵¹

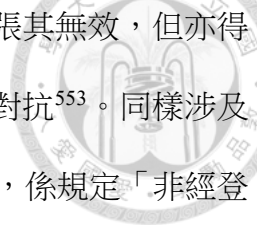
以相對無效為例，參民法第 87 條第 1 項但書，其所謂「不得以通謀虛偽意思

⁵⁴⁸ 參照洪遜欣（1976），《中國民法總則》，修訂初版，頁 517，臺北：自刊；施啟揚（2005），《民法總則》，六版，頁 190，臺北：自刊；陳忠五（1998），〈法律行為絕對無效與相對無效之區別〉，《國立臺灣大學法學論叢》，27 卷 4 期，頁 176。

⁵⁴⁹ 陳忠五，前揭註 548，頁 177。

⁵⁵⁰ 陳忠五，前揭註 548，頁 177，註 22。

⁵⁵¹ 參照陳忠五，前揭註 548，頁 215。雖其僅針對相對無效之法律行為為論述，然該概念應亦可套用於缺乏對抗要件之法律行為。



表示無效對抗善意第三人」⁵⁵²，意義在於，善意第三人固得主張其無效，但亦得主張其為有效，而若其主張為有效時，表意人不得以無效加以對抗⁵⁵³。同樣涉及物權變動規定對抗要件者，則有動產擔保交易法第 5 條第 1 項，係規定「非經登記，不得對抗善意第三人」，此被理解為，未經登記之物權變動，在當事人間業已有效成立，在對第三人關係上，亦非絕對無效，僅該當事人不得對第三人主張有物權變動之效力而已。從而，第三人仍得承認此項未經登記物權變動效力，蓋法律之所以規定不得對抗第三人，乃在保護第三人之利益，若第三人願意放棄自己之利益，進而承認其效力，自無不許之理⁵⁵⁴。

參於本文第二章第四節第二項中所說明之基地租賃優先承買權的修法歷程，於民國 64 年修正為物權效之理由在於，認為原先之規定僅使違反義務之出賣人負損害賠償責任有不妥，故修正為使出賣人與第三人間之契約不得對抗優先承買權人。則此賦予基地租賃優先承買權物權效之意義在於，得使優先承買權人於行使權利後，進一步本於該權利行使所形成之買賣契約，向出賣人請求移轉所有權時，不會因為出賣人已將所有權移轉給第三買受人而陷於給付不能，並僅得請求損害賠償。基此，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 的物權效規定均是在確保優先承買權人於行使權利後，確能取得標的物之所有權。

自目的性解釋而言，優先承買權之物權效既在確保優先承買權人得獲得優先承買標的物所有權，不 outcomes 出賣人已將所有權移轉給第三買受人而受影響，則解釋上應認為出賣人與第三買受人間之所有權移轉對優先承買權人並非自始、當然、確定無效，而僅在優先承買權人行使權利後，出賣人及第三買受人不得對優先承

⁵⁵² 通說將此條之規定理解為相對無效而非缺乏對抗要件係因通謀虛偽意思表示已遭明定為無效，自不合於缺乏對抗要件係指法律行為完全有效，僅不得對第三人主張之定義。

⁵⁵³ 王澤鑑（2013），《民法總則（增訂版）》，修訂版，頁 388，臺北：王慕華。

⁵⁵⁴ 劉春堂（2016），〈動產擔保交易登記之對抗力〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 394，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。



買權人主張該所有權移轉之物權變動。準此，民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條所規定之「不得對抗」應為基地租賃優先承買權之權利行使所生之法律效果，須於優先承買權受行使後方產生出賣人與第三買受人間之所有權移轉或契約不得對抗優先承買權人之效力，而非出賣人未通知優先承買權人時之當然效果。

相較於上開有學說將此「不得對抗」解釋為出賣人與第三買受人間之所有權移轉行為係「得撤銷」者，本文之解釋亦可達到於優先承買權人主張權利前，使該所有權變動為有效之結果，且更合於法律解釋方法。又撤銷權為一形成權，其行使結果為使法律行為溯及不發生效力，故撤銷權之發生均由法律規定⁵⁵⁵。則於民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條均未出現「撤銷」之用詞時，得否將此解釋為撤銷權，仍有疑義。

又基於本文之解釋，認為出賣人與第三買受人間之所有權移轉不得對抗優先承買權人為優先承買權之權利行使的效果時，出賣人與第三買受人間之所有權移轉應於優先承買權人發出行使權利之意思表示後，方不得對優先承買權人主張。又我國現行法對於不動產買賣契約未規定須以書面為之時，當不必使優先承買權人請求補訂書面契約後方得請求塗銷出賣人與第三買受人間之所有權移轉登記。

而於優先承買權人尚未行使權利時，因尚未有所有權移轉不得對抗之效果發生，故若不動產所有權已移轉，對於優先承買權人而言，所有權人於其未行使權利時仍為第三買受人。則此時當可發生民法第 425 條或第 426 條之 1 的效力，使優先承買權人與第三買受人間有租賃關係存在。

第二項 請求第三買受人塗銷所有權移轉登記

⁵⁵⁵ 鄭冠宇(2016)，《民法總則》，三版，頁 519，臺北：鄭若慈，前揭註 152；最高法院 95 年度台上字第 2187 號判決同旨：「按撤銷權為形成權之一種，法律行為之撤銷，須以法律規定之撤銷權為基礎，由撤銷權人行使其權利，始生撤銷之效力」。



第一款 實務見解

就此，實務上相關之判決多在討論於優先承買權人行使權利，使優先承買義務人及第三買受人間之所有權移轉不得對抗自己時，其請求塗銷所有權之對象為何人。認為應以當時之所有權人（即第三買受人）為單獨被告者，為最高法院 102 年度台上字第 886 號判決及最高法院 104 年度台上字第 199 號判決。而年代較久遠之最高法院 65 年台上字第 2701 號判例，則認為得以出賣人及買受人為共同被告。前者之論理均為：「按塗銷登記由權利人或登記名義人單獨申請之，為土地登記規則第二十七條第八款所明定。」而後者就此無詳細之論理，僅認優先承買權人之請求有理由⁵⁵⁶。然不論如何，實務見解係在肯認優先承買權人於行使權利後，得請求命第三人塗銷已完成之所有權移轉登記。

第二款 學說見解

學說上有反對上開實務見解之論理，認為物權效優先承買權之效果不包含得請求第三人塗銷所有權移轉登記。本文將該學者之論理整理如下。

其認為，在一般不動產買賣契約中，在不動產所有權尚未移轉予買受人前，縱使系爭不動產所有權錯誤登記為第三人名義，買受人亦不得據此直接向第三人有所主張。則優先承買權之效力對於義務人而言，僅係與權利人成立買賣關係，並非使權利人直接取得系爭不動產所有權，故自難認權利人本於優先承買權對於第三人有何請求權可主張。該學者據此認為，於所有權已移轉登記予第三買受人

⁵⁵⁶ 為「被上訴人（筆者按：即優先承買權人）請求確認其就系爭土地六三．七三五坪有優先購買權，命上訴人（筆者按：即出賣人及買受人）塗銷已為之所有權移轉登記，由上訴人朱塗貴（筆者按：即出賣人）與被上訴人補訂買賣契約，並協同辦理所有權移轉登記，委無不合云云，為得心證之理由，爰予維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，於法洵無違背。」

時，對於權利人而言，第三人未取得系爭不動產所有權及不動產登記名義之法律上原因，故權利人得依民法第 242 條代位義務人，依民法第 767 條第 1 項中段或第 179 條請求塗銷登記，並於塗銷後再依行使優先承買權而成立之買賣關係請求義務人將系爭不動產所有權登記予己。則權利人直接本於優先承買權請求第三人塗銷登記，似非具有物權性質之優先承買權應有的效果。⁵⁵⁷

然亦有論者反對上開見解，認為將有物權效力的優先承買權與一般買賣契約相提並論並不妥當，且出賣人對於原買受人是否有塗銷登記請求權亦有疑義。其認為，優先承買權人得直接請求原買受人塗銷登記，不需依民法第 242 條代位出賣人行使之⁵⁵⁸。

多數之學者則雖未有詳細之論理，然均謂物權效優先承買權之效力得對抗第三人，於行使後得請求塗銷已為之所有權登記⁵⁵⁹。

第三款 比較法

瑞士法於此係使優先承買權人直接向權利行使時之所有權人行使權利，已如本節第三項第三款所述，故不生另請求塗銷所有權登記之問題。而於該目中亦已說明德國民法就物權效優先承買權係於第 1098 條第 2 項規定有預告登記之效力，而根據德國民法第 888 條第 1 項⁵⁶⁰，受益人（即優先承買權人）得請求取得人（即

⁵⁵⁷ 林誠二（2011），〈優先承買權之效力與行使期間—最高法院 99 年度台上字第 1699 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，10 期，頁 36-37。

⁵⁵⁸ 黃健彰，前揭註 474，頁 163-164；黃健彰（2015），〈行使具物權效力不動產優先購買權之法律效果〉，《輔仁法學》，50 期，頁 21-22。

⁵⁵⁹ 劉春堂，前揭註 470，頁 377；溫豐文（2008），《土地法》，修訂版，頁 321，臺北：自刊，；李鴻毅，前揭註 544，頁 500。

⁵⁶⁰ 「取得已登記之權利或就該權利取得其所負擔之權利者，在其對於因預告登記而受利益之人不能生效之範圍內，受益人為實行其因預告登記而受保全之請求權之必要，得請求取得人為登記或為塗銷之同意。」德文原文為：„Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur



當時之所有權登記名義人) 為塗銷所有權登記之同意，而所有權名義人須如此為同意⁵⁶¹。

故於與我國規範較為類似而規定須向優先承買義務人行使權利之德國法，因有較縝密之規定，賦予優先承買權人請求塗銷所有權登記之明文依據，不生需探討優先承買權人之請求權基礎之問題。

第四款 本文見解

出賣人與第三人間之物權契約及所有權移轉不得對抗優先承買權人係優先承買權行使所生之法律效果，已如上述。而此法律效果既為土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 所規定者，則認為優先承買權人得本於該條之規定請求塗銷出賣人與第三買受人間之所有權登記，應亦無不可。又誠如上開認為應單獨對第三人請求之實務見解所述，既土地登記規則第 27 條第 8 款規定塗銷登記係由登記名義人單獨申請，則應單獨以第三買受人為被告加以請求即可。

誠如上開學說見解所批評的，將因行使優先承買權而形成之買賣契約與一般意定之買賣契約相比擬，有不恰當之處。蓋一般買賣契約僅具債權效，與優先承買權具有使物權行為不得對抗權利人有所不同。而若認需透過民法第 242 條由優先承買權人代位出賣人行使權利時，出賣人有無民法第 767 條及民法第 179 條之權利亦有疑問。蓋優先承買權之行使並不使出賣人與第三買受人間之契約及所有權移轉絕對無效，而僅使其等不得對優先承買權人主張該等法律行為有效。故於優先承買權人係透過民法第 242 條行使出賣人之權利時，說理上應亦有困難。又

Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 856。

⁵⁶¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 21 Rn. 29.

此時若出賣人自己對第三買受人行使民法第 767 條及第 179 條之權利時，應認出賣人之請求為無理由，則出賣人是否有民法第 242 條所謂「怠於行使其權利」之情形，亦有待探究。



第三項 買受人再移轉所有權時轉得人之善意取得

就民法及土地法上關於優先承買義務人與第三買受人間之物權行為不得對抗優先承買權人之規定，實務上認為此不因買受人再將所有權移轉有異，為最高法院判決中有數度宣示者⁵⁶²。此一般論之見解固無疑問，然問題在於，若再受所有權移轉之轉得人為善意而不知第三買受人之所有權登記不得對抗優先承買權人時，該轉得人是否可依民法第 759 條之 1 第 2 項善意取得優先承買標的物。

假設優先承買義務人為甲，其將標的物出賣並將所有權移轉予第三買受人乙，後乙再將所有權移轉給轉得人丙。則對優先承買權人 Z 而言，若其係針對甲乙間之買賣契約合法行使優先承買權，效果為甲乙間之所有權移轉不得對抗 Z，則乙移轉優先承買標的物所有權之行為對 Z 而言係一無權處分。此時若丙為善意第三人，其是否得對 Z 主張依民法第 759 條之 1 第 2 項，善意取得優先承買標的物，即為關鍵。若丙得主張善意取得，Z 即無法請求丙及乙塗銷所有權移轉登記而將所有權回復給甲，並請求甲將優先承買標的物之所有權移轉予自己，只能請求依行使優先承買權而形成之買賣契約的債務不履行損害賠償；反之，若認丙無善意取得之可能，則 Z 亦得請求塗銷丙及乙之所有權登記，使甲回復所有權人地位並請求甲履行買賣契約。

⁵⁶² 此見解見於最高法院 109 年度台上字第 58 號判決、106 年度台上字第 1263 號判決、101 年度台上字第 1716 號判決及最高法院 99 年度台上字第 890 號判決中。

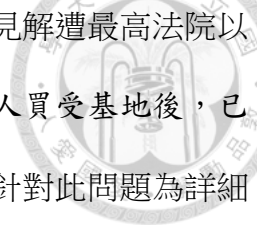


第一款 實務見解

於針對此問題有表示見解之最高法院判決中，最高法院認為轉得人得對優先承買權人主張所有權者，似僅有最舊之最高法院 97 年度台上字第 2219 號判決。其認為，「土地法第一百零四條第二項所謂其契約不得對抗優先購買權人，就本件而言似僅指劉秉盛祭祀公業與乙○○及磐亞公司所訂之買賣契約而已（筆者按：即優先承買權人所針對而行使權利之買賣契約）。是以被上訴人得否再依該優先購買權請求塗銷乙○○及磐亞公司移轉系爭土地所有權與中纖公司之登記及嗣後中纖公司移轉土地所有權與甲○○之登記，即滋疑義。」

其餘認為轉得人亦不能對優先承買權人主張所有權人地位者，則為最高法院 109 年度台上字第 58 號判決、最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決及最高法院 99 年度台上字第 890 號判決。於後兩案中，優先承買權人係於優先承買標的物之所有權已多次移轉後，方對第一次出賣之買賣契約行使優先承買權，主張第一次之所有權移轉不得對抗自己，並請求塗銷後續所有之所有權移轉登記。最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決認為：「此優先購買權具有相對物權的效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異。……被上訴人（筆者按：即優先承買權人）行使該權利之結果，使范立明移轉系爭土地所有權予王美雲、及王美雲移轉系爭土地所有權應有部分 10 分之 1 予陳明義之物權行為，均因而成為無權處分，被上訴人自得請求塗銷各該所有權移轉登記。」肯認優先承買權人於行使權利後，亦得請求塗銷轉得人之所有權登記。於最高法院 99 年度台上字第 890 號判決中，該判決之原審法院⁵⁶³認為，土地法第 104 條規定不得對抗優先承買權人之物權行為係指義務人與第三買受人間所為者，至於該第三買受人復將所有權

⁵⁶³ 臺灣高等法院 98 年度上更（三）字第 77 號判決。



再移轉之後續行為則非優先承買權人得主張不得對抗者。然此見解遭最高法院以「承租人之優先購買權具有物權之效力。此項效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異」廢棄發回，後續判決則未再針對此問題為詳細論理，轉而討論其他優先承買權人權利行使合法性之問題。

而最高法院 109 年度台上字第 58 號判決則與上開案件略有不同。於此案中，優先承買權人並未行使其權利，而僅在於基地現登記名義人向其依民法第 767 條主張拆屋還地時，以有優先承買權存在作為抗辯。最高法院於此案認為，現基地名義人之前手買受基地時，當時之出賣人未通知優先承買權人，故現登記名義人作為轉得人，仍不得向優先承買權人主張所有權人地位⁵⁶⁴。

於最高法院 101 年度台上字第 1716 號判決一案中，第三買受人在優先承買權人起訴請求塗銷優先承買義務人與第三人間之所有權移轉登記之案件繫屬中，將標的物之所有權再移轉給訴外人。此最高法院判決認為：「此項效力（筆者按：指基地租賃優先承買權之物權效力），不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異。……上訴人於審理中，既已主張被上訴人出售系爭土地未通知其優先購買，並表明是項所有權之移轉對其不生效力，亦與上訴人得否進而主張塗銷被上訴人間之所有權移轉登記頗有關連，原審就此恣置不論，尤有判決不備理由之違法。」應亦在認為轉得人不得向優先承買權人主張已取得所有權。然該案與上述實務見解之案例不同之處在於，優先承買權人於提起訴訟時即持法院核發之已起訴證明向地政機關登記在案。此 101 年最高法院判決將原判決廢棄發回後，更一審法院認為：「查上訴人（筆者按：即優先承買權人）前於提起本件訴訟時即

⁵⁶⁴ 「按土地法第 104 條第 1 項所規定之優先購買權，具有相對物權之效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉所有權於第三人而有異。系爭土地原所有權人陳台碩公業既未將出賣系爭土地予陳福山之條件通知承租人即被上訴人，則被上訴人就系爭土地之優先購買權自仍存在，不因陳福山買受系爭土地後，又輾轉移轉所有權於上訴人而有異。」

持法院核發之已起訴證明向地政機關登記在案，有系爭土地登記謄本可參，是林廖玉（筆者按：即轉得人）明知而猶向被上訴人盧建州購買系爭土地，亦難認屬善意第三人而為土地法第 104 條規定物權效力所不及」，應是認轉得人有主張善意取得之可能，然因其於本案中非為善意，故不影響該案中優先承買權人權利之主張。此見解亦遭最高法院 104 年度台上字第 199 號判決維持。

第二款 學說見解

學說上有論及此問題者，均認轉得人所受之所有權移轉登記，對優先承買權人亦為無效，優先承買權人仍得對轉得人主張權利⁵⁶⁵。如上述認為違反物權效力優先承買權之相關規定將使所有權移轉對優先承買權人相對無效之學者，據此認為即便由第三人再移轉於第四人，其移轉對於優先承買權人之關係，仍為無效⁵⁶⁶，而此係參考德國法上之規定而來。

另有學者有較詳細之論述，認為雖然轉得人有可能以為優先承買權人已放棄優先承買權，但在利益衡量下，轉得人此時不得主張信賴登記。其認為，買受人受讓土地時，通常會在意其權利義務狀態，可以期待其詢問該用益權人是否已放棄優先承買權，而未受通知的優先承買權人於事前往往無從得知標的物移轉登記給他人，故買受人為優勢風險承擔人，其能以較小的成本避免該風險發生，優先承買權人更值得受保護。則當優先承買權人請求塗銷買受人的登記時，買受人不得主張「信賴出賣人已通知優先承買權人，並信賴登記機關已依土地登記規則第 97 條第 2 項規定為審查」；同理，轉得人亦不得如此主張。特別是在土地移轉予買

⁵⁶⁵ 採此見解者為陳立夫，前揭註 547，頁 106；史尚寬，前揭註 538，頁 203；楊宏暉（2011），〈初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析〉，《財產法暨經濟法》，27 期，頁 104；黃健彰，前揭註 546，頁 62-63；黃健彰，前揭註 474，頁 142-144。

⁵⁶⁶ 史尚寬，前揭註 538，頁 203。



受人後，用益權人基於讓與不破租賃的規定，對買受人仍得主張租賃權，買受人將土地輾轉移轉給轉得人的原因行為多為買賣，此時的出賣人（原買受人）仍應通知優先承買權人優先承買，轉得人就此的權利義務狀態與原買受人無異，亦不得主張信賴取得。又若轉得人係因贈與無償取得土地，更不受保護。⁵⁶⁷

第三款 比較法

德國法針對物權效優先承買權之效力，於第 1098 條第 2 項之規定為：「優先承買權對於第三人具有與保全因行使權利而生所有權移轉請求之預告登記相同之效力。」⁵⁶⁸而就預告登記之效力則係規定於德國民法第 883 條第 2 項及第 888 條，分別為：「在預告登記後，就土地或權利所為之處分，致使請求權蒙受妨害或損害者，於該限度內，其處分不生效力。依強制執行，或假扣押執行，或由破產管理人所為之處分，亦同。」⁵⁶⁹、「(第一項) 取得已登記之權利或就該權利取得其所負擔之權利者，在其對於因預告登記而受利益之人不能生效之範圍內，受益人為實行其因預告登記而受保全之請求權之必要，得請求取得人為登記或為塗銷之同意。(第二項) 請求權因禁止讓與而受保全者，亦同。」⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ 黃健彰，前揭註 546，頁 62-63；黃健彰，前揭註 474，頁 142-144。

⁵⁶⁸ 德文原文為：„Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 976。惟其將 Vorkaufsrecht 翻為先買權，而本文一概譯為優先承買權，故為用語統一謹就此加以調整法條之翻譯文字。

⁵⁶⁹ 德文原文為：„Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 853。

⁵⁷⁰ 德文原文為：„(1) Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist. (2) Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 856。



則德國法上之物權效優先承買權透過於土地登記簿之登記，產生與預告登記相同之效果，使在優先承買權經登記後方進行之妨礙或減損優先承買權的所有權移轉對優先承買權人無效，且此無效係相對無效⁵⁷¹。而優先承買權人於權利行使之除斥期間內亦可對自買受人取得優先承買標的物所有權之轉得人主張此權利⁵⁷²。故於優先承買權仍得行使時，縱然該優先承買標的物有再經買受人移轉給第三人，該所有權移轉行為對優先承買權人而言，仍為無效。

瑞士法上就法定優先承買權之物權效則是規定於瑞士民法第 681 條之 1 第 3 項，為：「優先承買權人於權利行使期間內得對該土地之任何所有權人行使優先承買權。⁵⁷³」則瑞士法上於此將優先承買權之義務人規定為優先承買權人行使權利之當時的優先承買標的物所有權人⁵⁷⁴，而非如德國法及我國法上為出賣人。

則於德國法及瑞士法上之規定，均係明文規定於優先承買權之除斥期間未屆至前，不論優先承買標的物之所有權是否經過多次移轉，優先承買權人均仍可行使權利，而不會出現轉得人善意取得之問題。

第四款 本文見解

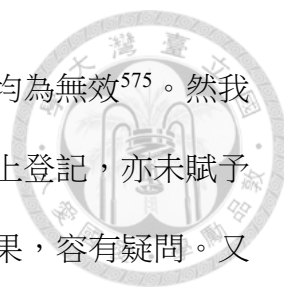
上述有學者參考德國法之規定而認轉得人取得所有權亦對優先承買權人為無效，然此係因德國法直接將優先承買權之物權效規定為具與預告登記相同效力之原因已如上述。而我國不動產預告登記係規定於土地法第 79 條之 1，其效力規定於該條之第 2 項所規定，為：「前項預告登記未塗銷前，登記名義人就其土地所為之處分，對於所登記之請求權有妨礙者無效。」則於預告登記中，登記名義人所

⁵⁷¹ Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, § 1098 Rn. 12.

⁵⁷² Staudinger/Schermaier, (Fn. 571), § 1098 Rn. 18.

⁵⁷³ 筆者暫譯，德文原文為：„Der Vorkaufsberechtigte kann seinen Anspruch innerhalb dieser Fristen gegenüber jedem Eigentümer des Grundstücks geltend machen.“

⁵⁷⁴ Rey, BSK ZGB II, 2. Aufl., 2003, Art. 681a N 5.



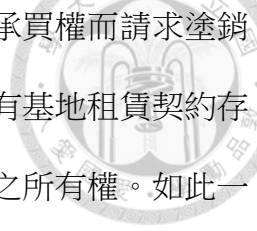
為而會妨礙預告登記之請求權之登記，對於預告登記之權利人均為無效⁵⁷⁵。然我國針對具物權效之優先承買權未如德國法上要求於土地登記簿上登記，亦未賦予其如同預告登記之效力，則可否直接引用德國法上之規定及效果，容有疑問。又瑞士法上將優先承買義務人規定為不動產之所有權人，故於權利行使期間內均可向所有權人主張權利，此規範模式亦與我國不同，難直接援用。

我國法將優先承買權之物權效規範為，針對出賣人與第三買受人間之所有權移轉或契約不得對抗優先承買權人，法條明文既係針對特定之所有權移轉或物權契約，可否將該效力延伸至第三買受人再移轉給轉得人時，即有疑問。

於出賣人未通知優先承買權人而將標的物所有權移轉予第三買受人時，優先承買權之物權效體現於，該所有權移轉行為不得對抗優先承買權人，然對於優先承買權人以外之人，該物權行為皆為有效。則對於善意而不知該優先承買權仍得行使之人而言，其後續取得優先承買標的物之所有權，自應受保障，亦可對於優先承買權人主張善意取得。又於不得對抗優先承買權人之所有權移轉行為完成後，後續欲買受優先承買標的物之人無從知悉該物上仍存有先前未行使的優先承買權。則若不區分轉得人是否為善意，而一概認為優先承買權人仍得針對該等先前之交易行使權利，使後續的所有權移轉連鎖性地塗銷，對於交易安全之損害更為重大。

又於基地租賃優先承買權中，縱然優先承買標的物有經所有權移轉，然因租賃法之相關規定，該等所有權移轉不影響基地租賃關係，繼續存在。而基地租賃優先承買權係以基地租賃關係存在為構成要件，權利人行使權利之時必須仍有基地租賃契約存在，故於所有權已多次移轉時，若權利人欲行使權利，亦以租賃契約於當時仍有效存在為前提。則套回本項一開始所舉之例子，於甲將標的物所有權本於買賣契約移轉給乙，乙並再將該所有權本於另一買賣契約移轉給善意之丙

⁵⁷⁵ 相關之說明可參照溫豐文，前揭註 559，頁 213-214。

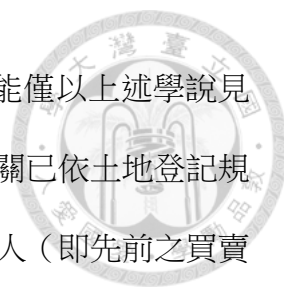


時，優先承買權人 Z 雖不得藉由對甲乙間之買賣契約行使優先承買權而請求塗銷丙之所有權移轉，然因乙成為標的物所有權人後，Z 與乙間仍有基地租賃契約存在，故 Z 自可對乙丙間之買賣契約主張權利，仍得取得標的物之所有權。如此一來，使轉得人得以善意取得所有權之見解亦不會過度架空優先承買權制度之目的。

再者，若認轉得人不能善意取得所有權而使優先承買權人仍得針對較早之買賣契約行使權利，亦有過度優待優先承買權人而不合於基地租賃優先承買權之制度目的的可能。於標的所有權已有多次移轉，而優先承買權人仍針對較早之買賣契約行使權利之案型中，若轉得人取得基地所有權登記之原因關係亦為買賣，則有兩個不同之買賣契約存在。而此時若認於優先承買權人針對第一個買賣契約行使權利時，轉得人亦不能善意取得所有權人地位而優先承買權人亦可請求塗銷轉得人之所有權人名義，形同使優先承買權人得以自二個買賣契約中選擇對其較有利之條件行使權利，而理性之優先承買權人必然會選擇對其較有利者。又轉得人是否得善意取得所有權之爭議亦僅會出現於：優先承買權人選擇時序上第一個買賣契約主張時。故此時將形成，優先承買權人得付出較最近之買受人更低之代價即能取得標的物，更偏離該物於自由市場上之經濟價值⁵⁷⁶。則於我國基地租賃優先承買權以促進經濟效率作為制度目的時，如此之解釋亦將與經濟效率之促進未合而難認可採。

就是否有善意取得之適用，因基地租賃優先承買權於土地登記簿上亦具有一定程度之公示外觀，可自外觀上觀察出該基地或房屋上應有使用關係存在而有優先承買權存在。則轉得人應對自己是否會因有優先承買權存在而不所有權地位將

⁵⁷⁶ 蓋於健全自由交易市場之假設下，出賣人與買受人間就某一標的物所達成之對價應能反應該物之價值。



有所影響一事盡一定之注意義務，其是否善意之判斷標準應不能僅以上述學說見解所提到的，「信賴出賣人已通知優先承買權人，並信賴登記機關已依土地登記規則第 97 條第 2 項規定為審查」為已足，仍應要求轉得人向出賣人（即先前之買賣契約中的第三買受人）或優先承買權人詢問是否已有放棄優先承買權之情事。若轉得人未盡此義務，亦可認其非善意第三人，不能善意取得優先承買標的物之所有權。

本文認為，我國法就基地租賃優先承買權之物權效的規範上，無如比較法上可認為轉得人不能善意取得之規定，則解釋上應存有轉得人主張善意取得而不許優先承買權人塗銷移轉登記之空間。僅該對於轉得人是否善意之判準不能以其單純信賴出賣人及信賴登記機關為足，於其得以觀察出該標的上有物權效優先承買權存在之可能時，即應要求轉得人為進一步之查證。

值得注意者為上述實務見解所提及之最高法院 101 年度台上字第 1716 號判決及最高法院 104 年度台上字第 199 號判決一案。於該案中，轉得人不得善意取得之原因在於，標的物之所有權移轉是於已完成訴訟繫屬登記後所為，故轉得人非為善意，優先承買權人仍得請求塗銷所有權移轉登記。然於民國 106 年時，民事訴訟法第 254 條有修正，該條第 5 項將得為訴訟係屬事實之登記者自「訴訟標的之權利」修正為「訴訟標的基於物權關係」。於基地租賃優先承買權之案件中，優先承買權人訴請塗銷義務人與第三買受人間之所有權登記係依照民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條而來，則此是否得為新法中許可向法院聲請為訴訟繫屬登記之權利，將產生爭議⁵⁷⁷。然此涉及諸多訴訟法上之問題，及民事訴訟法第 254 條當

⁵⁷⁷ 認為於新法修正後，債權請求權不得登記者如劉明生（2017），〈訴訟繫屬登記與確定判決之效力〉，《月旦法學教室》，183 期，頁 39 及姜世明（2017），〈民事訴訟法第 254 條修正條文簡介〉，《月旦法學教室》，181 期，頁 37；認為仍得登記者如許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，頁 142-143，臺北：新學林；認為應再思考而宜適用者如邱聯恭（講述）、許士宦（整理）（2017），《口述民事訴訟法講義（二）》，頁 80，臺北：自刊。

事人恆定及既判力範圍之機能，非本文所能處理者，留待日後研究。

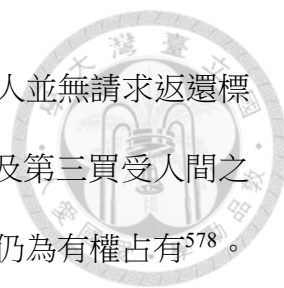


第五節 得依買賣契約請求優先承買義務人移轉所有權

優先承買權人行使權利之效果為，與優先承買義務人間形成一個「與優先承買義務人與第三買受人間之買賣契約同樣條件」的買賣契約，而優先承買權人得本於該買賣契約請求優先承買義務人移轉標的物所有權。則有義務移轉優先承買標的物所有權之人，為與優先承買權人有買賣契約之優先承買義務人。

然而，實務上有出現優先承買標的物為第三買受人現實占有時，優先承買權人應如何主張權利之討論。最高法院 86 年度台上字第 1758 號判決在處理優先承買權人請求第三買受人將優先承買標的物返還給出賣人之問題，認為：「查上訴人乙○○（筆者按：即第三買受人）係因向呂高岩（筆者按：即優先承買義務人）買受系爭房屋並受交付而占有該房屋。又被上訴人（筆者按：即優先承買權人）就系爭房屋有優先購買權存在，為原審合法認定之事實。足見上訴人乙○○與被上訴人間就系爭房屋並無買賣關係存在，亦非因被上訴人之交付而占有系爭房屋。則縱認被上訴人行使其優先購買權，主張上訴人間系爭房屋之買賣不得對抗伊，並請求呂高岩與伊以同一條件訂立買賣契約，亦不過得本於其買賣契約請求呂高岩交付系爭房屋而已，尚非得據以請求乙○○交還系爭房屋予呂高岩。」

此判決之見解應值贊同，蓋優先承買權人與第三買受人間並未有任何契約關係，於優先承買權人尚未取得標的物所有權時，當無向第三買受人主張交付之請求權基礎。於此優先承買標的物為第三買受人占有之案型，優先承買權人需透過請求優先承買義務人履行買賣契約並移轉標的物所有權後，本於所有權人地位向占有其所有物之第三人請求返還。又於優先承買權人尚未取得標的物所有權時，



亦無民法第 242 條之代位權可得行使，蓋出賣人對於第三買受人並無請求返還標的物之請求權基礎。此係因，優先承買權之行使並不使出賣人及第三買受人間之買賣契約絕對無效，故對於出賣人而言，第三買受人占有標的物仍為有權占有⁵⁷⁸。

則此情形所涉及之問題與上開就依民法第 242 條代位請求塗銷之討論相同，不但優先承買權人有無權利可代位主張有疑問，且出賣人亦無怠於行使權利之情形。


第六節 不影響出賣人與第三買受人間之買賣契約效力

優先承買權之行使結果係使優先承買權人與出賣人間形成一買賣契約，而出賣人及第三買受人間訂立之債權契約效力則不受影響⁵⁷⁹。蓋縱於土地法第 104 條第 2 項第 2 句規定不得對抗優先承買權人者為出賣人及第三買受人間之契約，而其所指之契約包含債權契約，然亦僅使該契約不得對抗優先承買權人爾，非使該契約於出賣人及第三買受人間歸於無效。則優先承買權之行使雖不影響出賣人及第三買受人間之買賣契約，然透過優先承買權之物權效使優先承買權人得優先取得標的物之所有權時，將使出賣人與第三買受人間之買賣契約實際上為給付不能。故出賣人是否就此應負相關之責任，亦應探討。

第一項 以優先承買權之行使作為解除條件

⁵⁷⁸ 參照最高法院 99 年度台上字第 626 號判決，要旨為：「按物之出賣人負交付其物於買受人，並使其取得所有權之義務，民法第三百四十八條第一項定有明文。所謂交付其物於買受人，即移轉其物之占有於買受人之謂。依民法第九百四十六條第二項規定，占有之移轉得準用同法第七百六十一條之規定，亦即移轉占有並不以現實交付為限，簡易交付、占有改定或指示交付，均生移轉占有之效力。買受人如先已占有其物，於買賣雙方嗣後達成讓與之合意時，依民法第七百六十一條第一項但書簡易交付之規定，即生移轉占有之效力。是在土地買賣之情形，雖尚未辦理所有權移轉登記，惟買受人之占有土地如係出賣人本於買賣之法律關係所交付，無論現實交付抑簡易交付，均具正當權源，原出賣人不得認係無權占有而請求返還。」

⁵⁷⁹ 王澤鑑（1998），〈優先承買權之法律性質〉，氏著，《民法學說與判例研究（第一冊）》，頁 520，臺北：王慕華。



出賣人與第三買受人間就優先承買標的物所締結之買賣契約如為避免優先承買權人行使權利後之債務不履行相關問題，自可於契約中約定以優先承買權人行使權利為契約之解除條件⁵⁸⁰。惟此解除條件之約定解釋上不成為優先承買權人行使權利時之「同樣條件」。蓋此條件之約定在於使出賣人及第三買受人避免其買賣契約因優先承買權人行使權利而陷於給付不能之後續問題，若使其成為優先承買權人因行使權利而形成的買賣契約內容，不僅無意義，亦產生因優先承買權人行使權利而生之契約內容含有以該行使權利為契約解除條件之矛盾現象。

就比較法上之作法，可參照德國法。德國法上認為，此種第三買賣契約中之條件對於優先承買權人之效力，因該等條件之約定得以避免出賣人同時有本於兩個針對同一標的物的買賣契約之義務，具有極度重要性⁵⁸¹。然為了避免「出賣人與第三人透過約定解除條件或解除權，使優先承買權人自始無法行使權利」，或是「藉由義務人行使撤回權以排除優先承買權」此二情形的可能性⁵⁸²，德國民法第 465 條明定：「義務人與第三人約定，其買賣繫於優先承買權之不行使，或就優先承買權之行使為義務人保留解除契約者，其約定對優先承買權人不生效力。⁵⁸³」

我國法上就此類情形雖無明文規定，然如此之解釋方可使優先承買權人於契約中有約定解除條件時有行使權利之可能。則在我國通說及實務見解均肯認得以外國立法例作為法理的內容⁵⁸⁴之下，應可透過民法第 1 條之法理，援用上開規定

⁵⁸⁰ 論者有謂，出賣人欲對優先承買權人履行，並避免第三人主張損害賠償時，必須與該第三人約定，僅在優先承買權不行使之場合，始負履行義務。引自王澤鑑，前揭註 579，頁 520。

⁵⁸¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16. Aufl., 2012, § 86 Rn. 328.

⁵⁸² Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 465 Rn. 1.

⁵⁸³ 德文原文為：„Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam.“ 翻譯引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 450。

⁵⁸⁴ 參照王澤鑑（2004），〈比較法與法律之解釋適用〉，氏著，《民法學說與判例研究（第四冊）》，頁 3-10，臺北：王慕華；吳從周（2007），〈論民法第一條之「法理」〉，氏著，《民事法學與法學方法 第一冊》，頁 44，臺北：自刊；實務判決可參照最高法院 59 年度台上字第 1005 號、最高法院 84 年度台上字第 1854 號、最高法院 103 年度台上字第 713 號判決等。

之規範意旨，做同一解釋。



第二項 未約定解除條件時出賣人之責任

於基地租賃優先承買權人行使優先承買權後，第三買受人即不能依原與出賣人訂立之買賣契約受有標之物之交付及所有權之移轉。此時，出賣人是否因此對第三人負損害賠償責任，即有疑問。經本文蒐尋，似未有我國最高法院見解對此問題表示意見，僅於涉及具債權效力之土地法第 34 條之 1 的共有人優先承買權有案例而未有針對具物權效之基地租賃優先承買權者。然學說上對此則有所討論，且其見解形成有引用比較法上之資料，故本文先就我國學說見解及比較法為介紹，後提出本文見解。

第一款 學說見解

我國學者於論及此問題時有引用德國法上之資料並贊同之，認為於有法定優先承買權之行使時，出賣人不一定要對第三人負債務不履行責任。因法定優先承買權行使雖會使出賣人與第三買受人間產生買賣契約給付不能之情形，然此給付不能是否為可歸責於出賣人不無疑問，蓋法定優先承買權的存在與行使非屬出賣人所能控制之範圍，故應可認為係屬不可歸責於出賣人所致之給付不能。然若出賣人未先對第三買受人說明物上有優先承買權之情事，則有說明義務之違反而有締約上過失之責任。⁵⁸⁵

另有學者主張，基地使用權之基地優先承買權一般均是法定公知的，故第三人明知而購買此基地，存在著他人主張優先承買的風險而仍與出賣人訂立買賣契

⁵⁸⁵ 楊宏暉，前揭註 565，頁 103。



約，可認為其自願承擔相關風險（如不能交付之風險或談判成本浪費之風險等），並可因此免除出賣人履行不能的賠償責任⁵⁸⁶。

雖上開論者據以債務不履行責任論述之，然觀前者所參考之德文文獻，德國法上之討論應可再細分為買賣之瑕疵擔保及債務不履行兩種責任，故本文就此二種責任分別介紹德國法上之見解。

第二款 比較法

德國法上認為，任何謹慎的出賣人均會在與第三買受人間之買賣契約中約定以優先承買權之行使為解除條件、不行使為停止條件或解除權。蓋若無如此約定，在優先承買權行使後，出賣人會同時對第三買受人及優先承買權人負給付義務，然其僅能滿足其中一方而會對另一方負損害賠償責任⁵⁸⁷。

於瑕疵擔保責任，德國現行法第 442 條於買受人知悉標的物有瑕疵時，原則上排除出賣人之瑕疵擔保責任。惟該條第 2 項規定，若該等瑕疵係於土地登記簿上以登記之權利，縱買受人知悉，出賣人亦應除去之⁵⁸⁸。而於德國債法修正前，因買受人之知悉而排除瑕疵擔保權利係規定於舊法第 439 條，其第 2 項使出賣人

⁵⁸⁶ 吳珮君（2014），〈基地使用權人優先購買權之行使——以「同樣條件」之探討為中心〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 507，臺北：元照。

⁵⁸⁷ Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 14. Aufl., 2007, § 83 Rn. 162. 較新版之版本亦有提及優先承買權之行使將使出賣人同時對原買受人及優先承買權人負契約履行之義務然出賣人僅能履行其中一者，而將對另一者負損害賠償責任。然其文字敘述有不同，此處所引者為舊版之文字。新版參照 Medicus/Lorenz, (Fn. 581), § 86 Rn. 321.

⁵⁸⁸ 德國民法第 442 條德文原文為：„ (1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. (2) Ein im Grundbuch eingetragenes Recht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn es der Käufer kennt.“ 翻譯為：「(第一項) 買受人於契約訂定時知有瑕疵者，無因瑕疵所生之權利。買受人因重大過失而不知有瑕疵時，僅於出賣人惡意不告知瑕疵或承擔物之品質之保證者，得主張因瑕疵所生之權利。(第二項) 土地登記簿上以登記之權利，縱為買受人所知悉，出賣人應除去之。」引自國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編），前揭註 508，頁 438-439。

例外需負瑕疵擔保責任之規定，僅排除 3 種特定之權利，其中並未包含優先承買權⁵⁸⁹。則於德國債法修正前，出賣人不需就物權效之意定優先承買權對第三買受人負瑕疵擔保責任，然於債法修正後，其瑕疵擔保責任不再被排除⁵⁹⁰。⁵⁹¹雖該文獻未提及法定優先承買權之情形，然自德國民法第 442 條係以權利是否經登記於土地登記簿上觀之，於法定優先承買權或如我國學者所推論的，出賣人不負瑕疵擔保責任。

於債務不履行責任，因優先承買權之行使不會使出賣人及第三買受人間之買賣契約效力受影響，故出賣人需在與第三買受人間之買賣契約中約定撤回權、優先承買權行使的解除條件或優先承買權不行使的停止條件，以避免對第三買受人負債務不履行之責任。而多數見解認為，於第三買受人知悉該等優先承買權之存在時，在規範上應認為，買賣契約中有默示的對於上開撤回權、解除條件或停止條件約定的同意，故不得向出賣人請求損害賠償⁵⁹²。然有少數見解認為此是不恰當的，因第三人縱使知悉優先承買權存在，其仍可以假設出賣人係有意排除該優先承買權之行使並履行買賣契約。故其認為，應將該優先承買權行使所造成義務人對第三買受人負損害賠償責任的風險歸於出賣人，而非第三買受人。且此不因該優先承買權是否有登記於土地登記簿而為物權效有不同。⁵⁹³

於行政法上之法定優先承買權，德國法上則認為，應排除出賣人對第三買受人之責任⁵⁹⁴。有文獻進一步指出此係因法定優先承買權並不在出賣人之風險承擔

⁵⁸⁹ 該 3 種權利為 Hypothek, Grundschuld 及 Rentenschuld。

⁵⁹⁰ Baur/Stürner, (Fn. 561), § 21 Rn. 33.

⁵⁹¹ 我國學者引用此見解之版本係該書之第 17 版，於 1999 年出版，為德國債法修正前之版本，故論者據此認物權效之優先承買權於德國法上不負損害賠償責任。然於德國債法於 2001 年修正後，此論述有修正之必要。

⁵⁹² OLG Nürnberg MDR 1984, 755 ; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., 2011, § 464 Rn. 11 ; Jauernig/Berger, (Fn. 538), § 464 Rn. 7 ; Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 463 Rn. 56 f.

⁵⁹³ Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 463 Rn. 57.

⁵⁹⁴ Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 463 Rn. 56 ; Erman/Grunewald, (Fn. 592), § 464 Rn. 11.

範圍內⁵⁹⁵。然於民法第 577 條使用承租人之法定優先承買權中，德國法上則作與公法上優先承買權之不同處理，於此不排除出賣人債務不履行的相關責任。又因該優先承買權不具物權效，故出賣人得自行選擇對優先承買權人或第三人為給付，然在其與第三買受人間之買賣契約未約定撤回權或解除條件時，其對任一方之給付將同時導致對另一方的債務不履行責任。⁵⁹⁶

第三款 本文見解

第一目 應難認有以優先承買權行使為解除條件的默示約定

德國法上之多數見解主張，於第三買受人知悉買賣標的物上有意定優先承買權時，可認為出賣人與第三買受人間有默示約定一優先承買權行使的解除條件。然此或係因德國之交易習慣上，於涉及有約定優先承買權之標的物的買賣時，通常會約定解除權或解除條件⁵⁹⁷，故或基於交易上之慣例，可認合於默示意思表示之要件而發生默示意思表示之效果。然此是否可直接套用於我國則有疑問，仍待對交易實務有進一步之觀察方可判斷⁵⁹⁸。本文認為，於我國法之操作上，若觀察雙方當事人之締約過程可認出賣人有告知第三買受人該買賣標的上有優先承買權存在，且須先詢問優先承買權人是否行使權利等情事時，或可推認雙方當事人間有約定優先承買權人行使權利的解除條件。然若於締約過程中僅能認為第三買受人單純知悉買賣標的上有優先承買權之存在，而雙方均未對此有進一步之表示時，

⁵⁹⁵ Erman/Grunewald, (Fn. 592), § 464 Rn. 11.

⁵⁹⁶ Staudinger/Rolfs, BGB, 2018, § 577 Rn. 70 ; Blank/Börstinghaus/Blank, (Fn. 378), § 577 Rn. 69 f.

⁵⁹⁷ Erman/Grunewald, (Fn. 592), § 464 Rn. 11.

⁵⁹⁸ 有論者表示，實務上我國土地買賣契約書亦常約定若優先承買權人主張優先承買時，買賣雙方同意無條件解除買賣契約。該論者係引用土地買賣契約書為證，然該等契約書是否為我國交易常態，仍待進一步之研究。參照黃健彰，前揭註 474，頁 25，註 18。



難直接如德國法上認為雙方有約定解除條件之意思。⁵⁹⁹

縱認於我國法得採與德國法通說相同之解釋，此亦應限於第三買受人知有優先承買權存在之情況，方能有默示意思表示。蓋默示意思表示既為一種意思表示，仍須具備意思表示中之行為意思、表示意識及效果意思的主觀要件⁶⁰⁰，則表意人對其意思表示所欲實現發生的法律效果就必須有所認識⁶⁰¹。而若第三買受人對於優先承買權之存在僅處於可得而知之，然實際上不知時，仍難認其有對於優先承買權之行使為解除條件之法律效果的認識。

第二目 權利瑕疵擔保責任

出賣人與第三買受人間既係訂立買賣契約，當應有買賣瑕疵擔保相關規定之適用。而物權效優先承買權所涉及者應為權利瑕疵擔保⁶⁰²中之權利無缺擔保，依民法第 349 條，係指出賣人應擔保第三人就買賣之標的物對於買受人不得主張任何權利，而學說上有認物權效的優先承買權亦屬於該條所指之權利瑕疵⁶⁰³。則此時仍須檢驗於個案中是否有我國民法第 351 條所規定的，除當事人間有特約外，買受人於契約成立時知有權利瑕疵，出賣人不負擔保責任之情形。

就民法第 351 條之適用，學說上認為需買受人明知有瑕疵時，方得排除擔保


⁵⁹⁹ 此亦為德國法上之少數見解，認為應於個案中作契約解釋，而不得一概認有默示之解除條件的約定。參照 Staudinger/Schermaier, (Fn. 509), § 463 Rn. 57.

⁶⁰⁰ 王澤鑑，前揭註 553，頁 362。

⁶⁰¹ 陳忠五(2014)，〈權利失效在勞動關係上的適用—最高法院 102 年度台上字第 1732、1766、1932 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 43-44。

⁶⁰² 物權效優先承買權人行使權利之效果為，第三買受人不能取得買賣標的物。則於此第三買受人並非受有買賣標的物之移轉而於該物上有瑕疵，非物之瑕疵擔保所得適用之範疇。

⁶⁰³ 史尚寬(1977)，《債法各論》，頁 16，臺北：史吳仲芳、史光華；又有學說認因第三人行使權利致買受人喪失所有權者亦屬權利瑕疵擔保之範圍，參照劉春堂，前揭註 470，頁 35，則物權效優先承買權之行使將使第三人之所有權地位不得對抗優先承買權人，而優先承買權人得請求將物之所有權登記給自己，故於此定義下物權效優先承買權亦應屬權利瑕疵之一種。



責任⁶⁰⁴。如係因過失而不知者，不得視同為已知；然如買受人違反誠信原則而放棄知悉之機會時，則等於已知。又論者特別提及，對於登記簿之登記，如買受人實際上不知時，仍不能使出賣人免擔保責任，惟該等登記可使出賣人易於證明買受人已知權利瑕疵。⁶⁰⁵而於買受人因重大過失而不知時，德國法上係規定僅於出賣人惡意不告知瑕疵或有承擔物之品質之保證者，得主張因瑕疵所生之權利⁶⁰⁶，然於我國缺乏此規定下，於買受人有重大過失時，或仍不能免除出賣人瑕疵擔保責任。

則於買受人買受之物有受基地租賃優先承買權負擔之情形，此權利雖不受登記於土地登記簿上，然仍可透過現場對土地之探勘，知基地上有房屋存在，並可透過查閱土地登記簿及地籍謄本，知悉基地及其上之房屋所有人不同，有使用關係及法定物權效優先承買權存在，此於買受房屋時亦同。故若第三買受人於買賣契約訂立前有查閱地籍謄本及土地登記簿，或出賣人有使其查閱而其不查閱之違反誠信原則之情事，即應認買受人依民法第 351 條不得主張權利瑕疵擔保責任。然若買受人確實未有查閱，出賣人亦未使其查閱且未告知買受人系爭不動產上有使用關係及優先承買權存在時，第三買受人即得依民法第 349 條向出賣人主張權利瑕疵擔保責任，並依民法第 353 條準用債務不履行之相關規定。

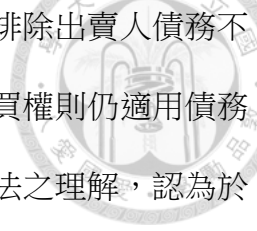
第三目 債務不履行責任

於優先承買權人行使權利後，第三買受人不能本於與出賣人訂立之買賣契約取得標的物，故該契約陷於給付不能，生債務不履行之相關問題。

⁶⁰⁴ 史尚寬，前揭註 603，頁 20；鄭玉波（1970），《民法債編各論（上冊）》，頁 35，臺北：自刊；林誠二（2007），《民法債編各論（上）》，修訂二版，頁 114，臺北：瑞興。

⁶⁰⁵ 史尚寬，前揭註 603，頁 20。

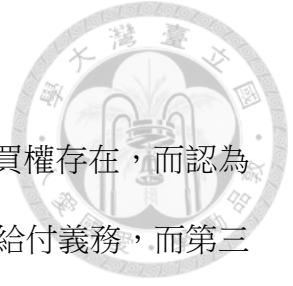
⁶⁰⁶ 德國法條文為前揭註 588。



德國法上認為，於國家行使公法上之法定優先承買權時，排除出賣人債務不履行責任。然此僅限於公法上之權利，於民法上之法定優先承買權則仍適用債務不履行之相關規定，已如上述。則上開提及的我國學者對德國法之理解，認為於德國法上之法定優先承買權均排除債務不履行責任之見解，或仍有再確認之必要。此或係因德國法上，標的物是否受公法上法定優先承買權為當事人所不能決定，且該等優先承買權多為公益而設；而民法上於使用承租人之法定優先承買權中，雖該優先承買權亦為法律所規定而非當事人所約定，然仍係透過當事人訂立之使用承租契約而來。

本文認，於我國法之基地租賃優先承買權，應無特別排除債務不履行相關規定適用之理由，蓋於基地優先承買權中，優先承買權之基礎仍是來自當事人意定之基地租賃契約，故要完全稱此優先承買權係來自於出賣人所能控制之範圍外，應有論理上之困難。則於討論基地租賃優先承買權之行使是否會使出賣人負債務不履行之損害賠償責任時，重點仍在於優先承買權人行使權利，而使出賣人依據與第三買受人間之買賣契約而負之交付及移轉標的物之義務陷於給付不能，是否可歸責於出賣人。

本文認為，優先承買權是否受行使，固為出賣人及第三買受人均不能決定之事由，然出賣人及第三買受人是否為有意識的進入一個受有可能因優先承買權之行使而陷於給付不能之買賣契約，則為雙方可控制者。故就出賣人對第三買受人之給付義務陷於給付不能之歸責，或可以「出賣人是否有使第三買受人知悉有因優先承買權行使而有不能受給付之風險存在」作為判斷標準。於出賣人有告知第三買受人於買賣標的物上存有基地租賃優先承買權，而第三買受人仍自願與出賣人就該標的物訂立買賣契約之情形，於優先承買權人確實行使權利而使出賣人陷於給付不能時，若認此給付不能仍為可歸責於出賣人，未免過苛，蓋買受人本已



知悉有此不可控之風險存在而仍決定締約。

則於出賣人有確實告知第三買受人系爭標的物上有優先承買權存在，而認為債務不履行不可歸責於出賣人時，出賣人因民法第 225 條免除給付義務，而第三買受人則依民法第 266 條免給付義務。於出賣人未告知系爭標的物上有優先承買權存在時，第三買受人則得依民法第 226 條向出賣人請求損害賠償。惟此時若雖出賣人未告知，然第三人實際上明知時，應認與出賣人有確實告知之情況相同，因此亦係第三人衡量所有狀況後方決定與出賣人訂立買賣契約之情形，故不得向出賣人請求主給付義務陷於給付不能之損害賠償。然出賣人「告知買受人買賣標的物上有優先承買權」應為該第三買賣契約之從給付義務或至少為附隨義務，則出賣人有此義務之違反而使第三買受人受有損害時，買受人仍可請求給付義務或附隨義務債務不履行之損害賠償。

又第三買受人雖未必明知標的物上有優先承買權，然其至少處於可得而知之地位，若其係買受基地，於現場可見基地上有房屋存在而得詢問出賣人或查詢地籍謄本，知該房屋所有人是否與基地所有人同一；若其係買受房屋，則可透過土地登記簿查詢該地號之土地的所有權人為何，可知基地與房屋間是否有使用關係存在。則第三買受人若不知買賣標的物上有優先承買權存在者，至少係出於過失，則於其向出賣人請求債務不履行之損害賠償時，亦應有民法第 217 條與有過失之適用。

第七節 優先承買權之權利失效

於基地租賃優先承買權中，就權利行使之除斥期間係以優先承買權人受合法通知時起算，若優先承買權人自始未受合法通知，其權利將不因除斥期間屆至而



消滅。但實務上有出現優先承買權人於出賣事實發生後數年，方行使權利之案件。此時是否應對該優先承買權之行使設有限制，即生疑問。

首先應說明者為，在優先承買權人於長時間後再行使權利之案型中，不論是實務判決或學說見解之討論，均係以優先承買權人之權利行使是否「有違誠信原則」為討論，而少直接出現「權利失效」之用語。然權利失效於我國已形成一個有明確構成要件與法律效果的法律制度，原較其所由來的誠信原則內容具體⁶⁰⁷；而權利失效既係自誠信原則所衍生出之具體制度，於處理權利人長時間不行使權利後再為行使之案型，當應先適用權利失效制度加以解決，不宜直接上升至誠信原則此概括條款。又實務及學說見解於此相關之討論中，均提及優先承買權人「長時間不行使權利」此一權利失效制度中之關鍵要素，應係在針對權利失效制度為操作，故本文直接將該等論述納入權利失效之討論。

第一項 權利失效制度之簡介

權利失效（*Verwirkung*）理論乃我國法繼受德國學說與實務所創設，為在消滅時效與除斥期間以外，第三種限制權利人行使權利的期間制度，乃典型不成文的法官法之產物。其已形成一個有明確構成要件與法律效果的法律制度⁶⁰⁸，法理依據乃本於誠信原則而來⁶⁰⁹，為權利濫用的下位類型⁶¹⁰。又請求權、形成權、抗辯

⁶⁰⁷ 吳從周（2013），〈民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類行為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，42卷4期，頁1213。

⁶⁰⁸ 吳從周，前揭註607，頁1213；吳從周（2008），〈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23。

⁶⁰⁹ 吳從周，前揭註607，頁1216-1219；陳忠五（2012），〈2011年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷特刊，頁1464；陳忠五（2016），〈2015年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45卷特刊，頁1523；王澤鑑（1974），〈最高法院四則民事判決研究〉，《國立台灣大學法學論叢》，3卷2期，頁436；姚志明（2016），〈權利失效與誠信原則〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁28，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。

⁶¹⁰ 吳從周，前揭註607，頁1216；姚志明，前揭註609，頁28。

權與支配權等一切權利，均為權利失效制度所適用之範圍而可能因權利失效而不得再為主張⁶¹¹。



第一款 德國學說實務簡介⁶¹²

德國學說上一般認為權利失效之構成，需具備時間要素、狀況要素及信賴要素。時間要素係指權利人經過相當長之時間不行使權利；狀況要素指權利人該整個權利行使的不作為顯出對其權利的不忠實，引起或創造出義務人之正當性賴，信任權利人將不再行使其權利；而信賴要素則指義務人有特別值得保護的狀況，亦即，義務人不僅具體知悉權利人所引起的信賴外觀，並進一步信賴該外觀而將該外觀作為自己行為之基礎。⁶¹³又此些要素不能獨立分開判斷，只有透過這三個要素不同強度呈現的交互作用，才能在個案中判斷是否構成權利失效。這三個要素的關聯性在於：一方面時間要素的期間長度必須足夠到讓權利的遲延顯得不忠實，另一方面隨著時間的增加也會使得義務人對於權利人的信賴與期待愈來愈強烈，足以使得遲延主張權利顯得不忠實。⁶¹⁴

就時間要素而言，到底多少時間才符合「相當長之時間不行使權利」之要素難以一般性的加以確定或絕對化，須視個案情況並進一步在個案具體化。而具體化的依據可借助參考相關的消滅時效或除斥期間的法律規定，無論如何比消滅時效的通常期間短就足夠，因此，這些期間越短，權利失效適用的空間愈小。⁶¹⁵德國學理並認為，於此亦應考慮權利之種類及意義、權利關係之種類、權利人所造

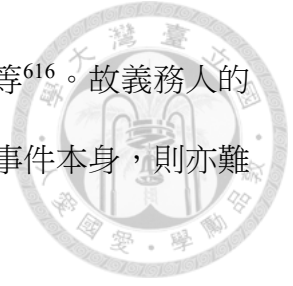
⁶¹¹ 吳從周，前揭註 607，頁 1221；王澤鑑，前揭註 609，頁 437。

⁶¹² 國內已有文獻詳盡統整並介紹德國學說及實務，又本文之研究重點仍在基地租賃優先承買權而非權利失效制度，故本目參考國內介紹德國法上權利失效制度之文獻而未再參照德國法上之資料。

⁶¹³ 吳從周，前揭註 607，頁 1229-1230。

⁶¹⁴ 吳從周，前揭註 607，頁 1231。

⁶¹⁵ 吳從周，前揭註 607，頁 1231；姚志明，前揭註 609，頁 30-31。



成之信賴強度及相對人信賴之程度以及相對人之保護必要強度等⁶¹⁶。故義務人的行為對此要素之判斷也有重要性，如果債務人並未迫切處理該事件本身，則亦難相應期待債權人亦立即為之⁶¹⁷。

就狀況要素及信賴要素，德國文獻的討論上常就此二者不加以區分而混用，在狀況要素中討論信賴要件。但不論如何，信賴或狀況要素是權利失效最重要的要素，否則與消滅時效或除斥期間無法區別。於此，德國學說又區分從權利人的行為與義務人的行為兩方面加以分析。⁶¹⁸

就從權利人的行為方面而言，必須在客觀的觀察判斷上，義務人從權利人的整體行為可以看出，權利人將不再主張其權利，從客觀上對於權利人的整體行為進行評價，即使違反權利人的主觀意思，亦可認定權利失效。蓋若注重權利人的主觀意思，則屬法律行為的權利拋棄⁶¹⁹。然而，於權利人單純的容忍行為（未行使權利且未對義務人之行為提出異議）並不足以構成此種狀況要素，還要有正當化義務人信賴的其他重大狀況才行⁶²⁰。而德國學說上也認為，權利人之不作為之所以成為權利失效存在因素，乃權利人之行使權利為可能但卻不行使之。當權利人行使權利具期待可能而不行使時，方使此權利失效所生之不利益歸屬於權利人，故若是權利人因過失而不知其有權利得行使致未行使其權利者，此不利益亦應歸屬於權利人。⁶²¹

於義務人而言，又要求信賴要素及義務人之行為符合誠信。就信賴要素，義務人除客觀上可認為權利人不再主張權利外，義務人還必須要以「值得保護的方

⁶¹⁶ 姚志明，前揭註 609，頁 30。

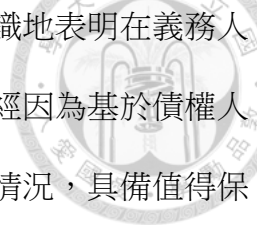
⁶¹⁷ 吳從周，前揭註 607，頁 1232。

⁶¹⁸ 吳從周，前揭註 607，頁 1231-1232。

⁶¹⁹ 強調權利失效與權利拋棄之差別之文獻亦可參照王澤鑑，前揭註 609，頁 438；亦有強調權利失效並非法律行為，故其之成立與權利人之意思無關，參姚志明，前揭註 609，頁 35。

⁶²⁰ 吳從周，前揭註 607，頁 1232。

⁶²¹ 姚志明，前揭註 609，頁 31。



式」信賴權利人將不再行使權利，且此信賴必須明確而可被認識地表明在義務人所採取的行為措施上。德國聯邦最高法院曾認為，若義務人已經因為基於債權人的行為，信賴現狀而處分其財產，此為典型的「信賴投資」之情況，具備值得保護的信賴要素。然而，若義務人比權利人處於更能知悉並掌握其自己的法律地位並且知悉其不為給付的效果時，就不屬於值得保護的情形，此時甚至應該由義務人自己在該債之關係中主動詢問債權人是否仍要主張權利。⁶²²

除此之外，德國聯邦最高法院亦要求義務人必須要行為正直而符合誠信，亦即，若是因為義務人的不正直行為導致權利人不知道有權利可行使或者對權利行使的不作為，此種惡意極有可能妨礙法院認定其是否構成值得保護的信賴。故不僅權利人的行為要受到誠信原則檢視，義務人的行為也要受到誠信原則的判斷。⁶²³

第二款 我國繼受與發展

就權利失效之要件於我國學說上無太大爭論，多與德國法上之發展相同，亦多在強調權利失效與消滅時效或除斥期間不同之處在於其不單純要求時間之經過而權利人單純不行使權利，更重要的毋寧是權利人有具體的作為或不作為，使狀況要素及信賴要素具備而產生值得信賴保護的狀況⁶²⁴。除學說外，於實務上也多有使用此一制度。

據學者之觀察，我國最高法院最早運用權利失效理論者為最高法院 56 年台上字第 1708 號判例。其後之代表性判決則為最高法院 61 年度台上字第 2400 號判決，其判決理由以前述德國實務使用權利失效的典型論述，詳細指出權利失效的時間

⁶²² 吳從周，前揭註 607，頁 1233-1234。

⁶²³ 吳從周，前揭註 607，頁 1234-1235。

⁶²⁴ 吳從周，前揭註 607，頁 1229-1230；陳忠五，前揭註 601，頁 48；王澤鑑，前揭註 609，頁 437；姚志明，前揭註 609，頁 35-36。



要素、信賴要素及狀況要素等要件。而最高法院第一個使用「權利失效」用語之判決則為最高法院 72 年度台上字第 2673 號判決；第一次層次井然指出權利失效之基本內涵者則為最高法院 97 年度台上字第 950 號判決⁶²⁵，為標誌我國實務上權利失效理論發展至成熟程度的里程碑。⁶²⁶而最高法院近年裁判中與權利失效制度有關者亦不在少數，且關於權利失效制度的概念，最高法院向來認為，係指：權利人不行使權利達相當期間，因其行為造成特殊情況，足以引起義務人正當信賴，信任權利人將不再行使權利，並以此信賴作為自己行為基礎，經斟酌該權利性質、法律行為種類、當事人關係、社會經濟狀況、時空背景變化及其他主客觀因素，依一般社會通念，如可認為權利人長期不行使權利後乎又出而行使權利，足以令義務人陷入窘境，有違事件公平及個案正義時，應認權利人行使權利有為誠信原則，不問其主觀上對權利存否之認識，其權利應受限制而不得再為行使。⁶²⁷

然而，就權利失效於具體個案中應如何適用，最高法院本身似仍未有一致而穩定的見解。如最高法院有時強調，權利失效理論適用上尤應慎重，不能單純僅因權利人「有權利長期不行使」即認定其行使權利違反誠實信用原則，而必須權利人有足以使義務人正當信賴權利人不再行使權利的「具體特別情事」始足當之；有時則認為，權利人「明知」有權利可行使卻「長期消極沈默未主張權利」，即已足以使義務人正當信賴權利人不再行使權利。⁶²⁸有學者於分析最高法院判決後，

⁶²⁵ 「按權利固得自由行使，義務本應隨時履行，惟權利人於相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊之情況，足引起義務人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，或不欲義務人履行其義務，於此情形，經盱衡該權利之性質、法律行為之種類、當事人之關係、經濟社會狀況、當時之時空背景及其他主、客觀等因素，綜合考量，依一般社會之通念，可認其權利之再為行使有違『誠信原則』者，自得因義務人就該有利於己之事實為舉證，使權利人之權利受到一定之限制而不得行使，此源於『誠信原則』，實為禁止權利濫用，以軟化權利效能而為特殊救濟形態之『權利失效原則』，究與消滅時效之規定未盡相同，審判法院當不得因已有消滅時效之規定即逕予拒斥其適用，且應依職權為必要之調查審認，始不失民法揭禁『誠信原則』之真諦，並符合訴訟法同受有『誠信原則』規範之適用。」

⁶²⁶ 吳從周，前揭註 607，頁 1239-1242。

⁶²⁷ 陳忠五(2016)，〈2015 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1523-1524。

⁶²⁸ 陳忠五，前揭註 627，頁 1524。



認為判決中不僅一般性的要件認定寬鬆，權利失效作為「不得已的例外性格」未受到充分的考量⁶²⁹，進而導致最高法院對於權利失效的認定常常比高等法院認定的還要寬鬆⁶³⁰。

又於我國法院曾經討論過可能成為失權客體之民法上權利種類涉及範圍甚廣。其中第一大適用類型為所有物返還請求權，而並列第二大者則為買賣契約解除權及優先承買權之行使，學者認此應與法律未規定行使的除斥期間有關，而權利失效某程度扮演填補此種法律漏洞的角色。⁶³¹

第二項 實務判決之檢視

於基地租賃優先承買權中，有見出賣人未於不動產出賣時合法通知優先承買權人，致使優先承買權之除斥期間未起算，而權利人於買賣發生之數年後方主張優先承買權之情形。針對此案型，實務判決多係以優先承買權之行使是否有違誠實信用原則而檢討之，以下將該等判決以肯認或否認權利行使有違誠信原則為分類以介紹該等見解。

第一款 肯定有誠信原則之違反

最高法院 107 年度台上字第 301 號、107 年度台上字第 837 號及 108 年度台上字第 377 號判決及其歷審雖為三個不同的案件，然其所涉及者均為同樣的基地所有人將基地出租後出賣給第三人，而各該承租人分三案主張有優先承買權存在。於該案中，原所有人係於民國 72 年間將基地出賣，而據最後一次發回至臺灣高等

⁶²⁹ 吳從周，前揭註 607，頁 1265。

⁶³⁰ 吳從周，前揭註 607，頁 1241，註 109。

⁶³¹ 吳從周，前揭註 607，頁 1243-1244。



法院臺中分院之判決所認定的，承租人於 87 年間委託一人至日本向原所有人洽詢基地出賣之事宜時，收受載有買賣條件之和解書。而承租人等於 96 年間方提起訴訟，行使優先承買權。

最高法院 107 年度台上字第 301 號判決一案中，最高法院 106 年度台上字第 377 號判決即認：「倘渠等於斯時⁶³²即知悉買賣事實及條件，卻遲至原審認定之九十六年八月二十七日始主張行使優先購買權等，能否謂無權利濫用或違反誠信原則，亦非無疑。」經此廢棄發回後，臺灣高等法院臺中分院 106 年度重上更（三）字第 26 號判決認為：「被上訴人或其被繼承人（筆者按：即優先承買權人）於 87 年間即已知悉系爭土地之買賣事宜，及其約定條件，則被上訴人或其被繼承人遲至 96 年 8 月 27 日始向系爭土地之地主林守成等三人行使優先購買權，不僅有悖於法之安定性，且因系爭土地位於臺中市太平區新光重劃區，地價因重劃而飆漲，若仍許其行使優先購買權，即難謂與法律規定依同樣條件購買之本旨相符，自與誠信原則有違。」此見解遭最高法院 107 年度台上字第 301 號判決維持。

最高法院 107 年度台上字第 837 號判決一案中，最後三次之判決見解與最高法院 107 年度台上字第 301 號判決一案之最後三次相同⁶³³。而於最高法院 108 年度台上字第 377 號判決一案中，亦係自判決確定之前一次上訴至最高法院時，遭最高法院指摘可能有誠信原則之違反⁶³⁴而受廢棄發回，後臺灣高等法院臺中分院

⁶³² 指民國 87 年間至日本時。

⁶³³ 分別為，最高法院 106 年度台上字第 436 號判決認為：「倘被上訴人於八十七年五月間即已知悉系爭買賣事實及條件，卻遲至九十六年間始行使優先購買權，有無權利濫用或違反誠信原則等項，亦待釐清。」經此廢棄發回後，臺灣高等法院臺中分院 106 年度重上更（三）字第 30 號判決認為：「被上訴人或其被繼承人於 87 年間即已知悉系爭土地之買賣事宜，及其約定條件，則被上訴人或其被繼承人遲至 96 年 8 月 27 日始向系爭土地之地主林守成等三人行使優先購買權，不僅有悖於法之安定性，且因系爭土地位於臺中市太平區新光重劃區，地價因重劃而飆漲，若仍許其行使優先購買權，即難謂與法律規定依同樣條件購買之本旨相符，自與誠信原則有違。」此見解遭最高法院 107 年度台上字第 837 號判決維持。

⁶³⁴ 此為最高法院 106 年度台上字第 2715 號判決，認為：「其（筆者按：即原審法院）以林清謙等於 87 年間在日本即行使優先購買權為由，認林茹海所為林清謙等早已知悉買賣之條件，卻延至 96 年間始行使優先購買權，顯違反誠信原則之抗辯為不可採，亦有可議。」

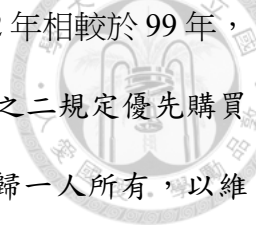
107 年度重上更（四）字第 2 號判決認為：「縱認林守直等人（筆者按：即系爭土地出賣人）上開方式不足認已合法通知，然被上訴人（筆者按：即優先承買權人）或其前手亦已於 87 年 4、5 月間即已知悉上訴人間系爭土地之買賣事實與條件，其等卻遲不行使其權利，並達相當之期間，難謂未足以使一般人信賴其已不欲行使權利之情形。」而值得注意者係，本判決於就個案事實為論述前，更有論及權利失效之一般論⁶³⁵。又此見解遭最高法院 108 年度台上字第 377 號判決所維持。於此三案中，最終結論均係以優先承買權人已於 87 年間知悉買賣契約之條件卻遲至 96 年方主張優先承買權，認其權利之行使有違誠信原則。

最高法院 103 年度台上字第 2436 號判決，該判決原審⁶³⁶所認定之案例事實略為：系爭基地於 99 年 3 月 9 日遭強制執行而受拍定，執行法院於同日通知權利人聲明願否以同一條件優先承買系爭土地，然該通知送達權利人之戶籍地後遭退回執行法院。惟權利人於 99 年 3 月 11 日以其有優先承買權為由，向執行法院提出聲請閱卷書狀，請求閱覽系爭執行事件卷宗，經執行法院准許，權利人委任第三人於 99 年 3 月 18 日閱覽執行卷宗。權利人經此閱卷而知悉拍定之條件後並未向執行法院或債務人聲明願以拍定價格之同樣條件優先承買，僅表示拍定價格過高，此優先承買權對其並無實益⁶³⁷。然於 102 年 5 月 19 日，權利人方起訴主張以拍定

⁶³⁵ 「按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條第 2 項定有明文。此項規定，於任何權利之行使及義務之履行，均有其適用，權利人在相當期間內不行使其權利，如有特別情事，足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利，其嗣後再為主張，即應認有違誠信而權利失效。法院為判斷時，應斟酌權利之性質、法律行為之種類、當事人間之關係、社會經濟狀況及其他一切情事，以為認定之依據（最高法院 102 年度台上字第 1932 號判決意旨參照）；再按權利失效係源於誠信原則，應以權利人不行使權利，確已達相當之期間，致義務人產生正當之信賴，致義務人產生正當之信賴，信任權利人將不再行使其權利，並以此作為自己行為之基礎，對義務人之行為有應加以保護之情形，而依一般社會之通念，權利人如對之行使權利，有違誠信原則，始足當之。」

⁶³⁶ 臺灣高等法院 102 年度上字第 384 號判決。

⁶³⁷ 「其僅於 99 年 4 月 1 日向執行法院提出民事聲明異議狀，陳稱：『本案歷債權人精心操弄層層剝削，優先購買權對聲明人並無實益可言』，其再於 99 年 7 月 19 日另提出民事緊急聲明異議狀，陳述：『縱拍定人（即周美惠）美其名承讓，由聲明人（即周國華）（筆者按：即優先承買權人）依非法拍定金額 1,588 萬元優先購買系爭土地，然周美惠...勢必從中或至近約七百餘萬元不法暴利，

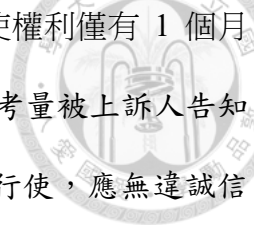


價格優先承買。且依原審法院之認定，系爭土地之公告現值於 102 年相較於 99 年，漲幅高達 31⁶³⁸。據此，最高法院認為：「查民法第四百二十六條之二規定優先購買權之通知，應以書面為之，立法意旨在於使土地與其上房屋同歸一人所有，以維持房屋與基地權利之一體性，杜絕紛爭，並盡經濟效用，非在使優先購買權人巧取利益。是土地優先購買權人如已知悉土地所有權人出賣基地及買受人並買賣條件，應於相當期限內行使其權利，若長期不行使，或嗣後房地價格飆漲後，再主張行使優先購買權，不僅有悖於法之安定性，且與法律規定依同樣條件購買之本旨不符，自有失公允，並與誠信原則有違。」判決確定。

於最高法院 102 年度台上字第 886 號判決中，最高法院認為：「查系爭土地原為張孟義所有，由張孟信於九十五年十一月七日在系爭執行事件拍定買受，並於九十六年一月二十九日以拍賣為原因移轉登記完畢，為原審確定之事實，被上訴人（筆者按：即優先承買權人）遲至一〇〇年十月五日始提起本件訴訟，兩者相距近五年之久，上訴人於原審抗辯：『九十五年五月十七日執行查封程序，系爭土地上建物（即系爭房屋）為被上訴人所有，...，被上訴人已知查封情事。...，（被上訴人）更告訴張孟義說拍賣那天，他（指被上訴人）會去參加競標，結果那天我（指張孟信）看他有去』、『有優先購買權人於長期不行使權益者，亦不得允許行使優先購買權，.....，難謂無違反誠信原則』云云，此攸關被上訴人行使優先購買權是否有違誠信原則致生失權效？乃屬重要之防禦方法，原審未於判決理由項下記載其意見，遽為上訴人不利之判決，即有判決不備理由之違法。」則有明確點出可能有失權效，即權利失效，之情形。判決經廢棄發回後，更一審判決認優先承買權人並不知悉土地受拍賣，而是於 100 年才知悉土地出賣情事及買賣條件，

則聲明人未蒙其利反受其害，而法律所明定之優先購買權豈非形同虛設』等語。」


⁶³⁸ 本案之原審法院及最高法院均未認優先承買權人有受合法之通知，故均為論及 10 日之除斥期間，此值得贊同。



且未曾受合法通知，故認為自優先承買權人知悉買賣條件至行使權利僅有 1 個月之時，認為：「此 1 月餘期間非長，亦無土地巨幅漲價可能，並考量被上訴人告知其有優先購買權而等候通知其行使等情況，核屬於相當期間內行使，應無違誠信原則。」此判決後再上訴至最高法院時則遭裁定駁回，判決確定。

最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決中，當事人主張基地租賃優先承買權人於 85 年間已知悉基地之買賣條件，就基地上有租地建屋關係亦已於 89 年間經判決確認，而權利人於 92 年行使優先承買權。最高法院就此認：「果朱枝茂（筆者按：即優先承買權人）於八十五年間即已知悉買賣條件（含系爭土地外之其餘五四六號土地），並明知其自七十三年間即對系爭土地有租賃權，卻長期數年不行使優先購買權，待系爭土地之價格巨幅上漲後，始以數年前原買賣之價格，主張優先購買，其權利之行使，能否謂無違反誠信原則，自滋疑義。」而經最高法院將原判決廢棄發回後，更一審判決認為權利人僅知悉買賣之事實而尚不知買賣條件，因此認為當事人主張權利人已默示拋棄優先承買權為無理由，然未針對權利之行使是否有違反誠信原則為論斷，而係認權利人所主張之條件與土地買賣契約之條件不同而不合法。該案後續之判決即未有針對權利行使是否違反誠信原則論述。

最高法院 91 年度台上字第 1301 號判決為：「參諸八十六年四月十七日第六次拍賣期日前，甲○○（筆者按：承租人）曾囑其孫女林靜梅持十五萬元交與上訴人以供繳交投標保證金之用，並共同前往執行法院擬標買系爭土地；嗣甲○○不買又取回該十五萬元及事後兩造曾協調由被上訴人（筆者按：承租人即優先承買權人）續住之條件（續住二年或四年或補貼價金），為原審合法認定之事實等情，……上訴人與被上訴人為買受系爭土地，倘雙方先行協議，由上訴人於八十六年四月十七日第六次拍賣前繳交『整筆』土地之保證金四十五萬五千五百元，嗣因被上訴人



二人均不願共同出錢買受各自承租使用部分土地，上訴人始於拍定後設法籌出餘款一百八十二萬二千二百元，以繳付全部拍定價金二百二十七萬七千五百元，事後被上訴人又不願依拍定價金按使用面積比例計價向上訴人買受，則渠等於逾數年後再為優先購買權之行使⁶³⁹，是否未違誠實信用方法，而非顯失公平？」本案經最高法院廢棄發回後兩造當事人和解。

最高法院 86 年度台上字第 669 號判決認為：「本件上訴人一再辯稱：郭龍傳在出賣與洪平治前，曾詢問被上訴人（筆者按：即優先承買權人）是否承買，被上訴人表示無錢不買，郭龍傳始賣予洪平治，並於七十八年出賣後，兩造間即因系爭土地發生訴訟，被上訴人當時即已知其間有買賣，且無礙其同時行使優先購買，乃被上訴人於其買賣成立四年後，市價已五倍於其前之買賣價格，始主張行使優先承購權等語，倘屬無訛，則其抗辯被上訴人行使權利，有違誠信原則，是否全無可取，即有斟酌之餘地。」

第二款 否定有誠信原則之違反

於上述涉及同樣案例事實之最高法院 107 年度台上字第 301 號、107 年度台上字第 837 號及 108 年度台上字第 377 號判決中，於 107 年度台上字第 837 號判決一案中，在法院尚未認定優先承買權人已於 87 年間知悉買賣條件時，曾有認為，既優先承買權人仍不知買賣之條件，其行使權利並無違反誠信原則。此為最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決，為：「按承租人放棄優先購買權，必須其知悉買賣條件後，始能為之。倘其僅知出賣之事實，不知買賣之條件，尚難僅因其久

⁶³⁹ 依該原審判決所載，「被上訴人既為承租人，在上訴人於八十六年六月三十日以存証信函主張將訴請拆屋還地後，於八十六年九月十二日訴請確認其優先購買權存在」。則雖判決內文認優先承買權人係「逾數年後再為優先購買權之行使」，然依判決所能見之案例事實，優先承買權人似僅於出賣事實發生後 6 個月即已行使權利，是否有判決中所謂「逾數年後」有疑問。

未行使優先購買權，而指其嗣後行使係權利濫用或有違誠信原則。」而此見解亦有出現於另兩案之下級法院見解中，然未見於此三案之其餘最高法院判決中。

除此之外，另有最高法院 105 年度台上字第 1819 號判決維持原審法院之見解，為：「原審以：……縱被上訴人（筆者按：即優先承買權人）於九十五年間提起前案訴訟時，知悉系爭土地出賣之事實，惟上訴人既未證明被上訴人已明瞭系爭買賣契約內容，自難認被上訴人有知悉買賣條件經相當時期不行使優先購買權之情事。被上訴人就系爭土地行使優先購買權，僅係依同樣條件與王五祥公業另訂買賣契約，對王五祥公業並無何顯失公平。且被上訴人於前案判決確定後，旋於九十九年十二月一日辦理系爭房屋所有權、系爭地上權回復登記完畢，並於一〇〇年五月三十一日提起本件訴訟，核無長期不行使優先購買權情事，上訴人抗辯其違反誠信原則，尚無可採。……，經核於法並無違誤。」

第三款 小結

於上開實務判決中，多僅認優先承買權之行使違反誠信原則，然其理由構成中均有提及權利人「長期不行使優先承買權」、「於逾數年後再為優先購買權之行使」等時間因素。其中，經最高法院 108 年度台上字第 377 號判決所維持之原審臺灣高等法院臺中分院 107 年度重上更（四）字第 2 號判決中更有專門在處理長時間不行使權利之權利失效制度的一般論。而其他判決中雖未明確出現「權利失效」之用字，然從法院均會提及各該案中自優先承買權人知悉標的物出賣之情事或條件至行使權利所經過之時間，應可認其等均係針對權利失效此誠信原則之下位概念為操作⁶⁴⁰。

⁶⁴⁰ 如上開所提及之最高法院 86 年度台上字第 669 號判決，最高法院及高等法院之判決中均未出現「權利失效」而係針對有無違反誠信原則為論述，然學者仍將其歸入權利失效制度之操作。參照



又優先承買權人是否知悉買賣之條件，似為實務判決認定其權利之行使有無違反誠信原則（權利失效）之關鍵。

上開涉及同樣案例事實之最高法院 107 年度台上字第 301 號、107 年度台上字第 837 號及 108 年度台上字第 377 號判決之三案中，優先承買權人於 87 年間是否僅知有土地出賣之事實，抑或已知買賣條件，為判斷是否有生權利失效之重要爭點。肯認權利人行使權利違反誠信原則之判決均以權利人已知買賣條件為前提，如最高法院 106 年度台上字第 377 號判決、最高法院 106 年度台上字第 436 號判決，最高法院 107 年度台上字第 301 號、107 年度台上字第 837 號及 108 年度台上字第 377 號判決所維持之原審法院見解。而認優先承買權人尚不知悉買賣條件時，則認其權利行使未違反誠信原則，如最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決及其他該案之下級審判決。

最高法院 102 年度台上字第 886 號判決及最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決均認優先承買權人行使權利有違誠信原則，理由中亦均提及優先承買權人早已知悉買賣條件⁶⁴¹。而該等案件經最高法院廢棄原審判決發回後，更審法院均重新對事實認定，認為權利人並未有早已知悉買賣條件之情形。基於此事實認定，該二案後續均認優先承買權人行使權利未有違反誠信原則之處。僅最高法院 86 年度台上字第 889 號判決有在未特別針對優先承買權人是否已知買賣條件為論述之下，即肯認優先承買權已生權利失效。

否定優先承買權人行使權利違反誠信原則之最高法院 105 年度台上字第 1819 號判決所維持之原審見解，亦係以權利人有無「知悉買賣條件經相當時期不行使優先購買權」之情事為判斷標準。而其認權利人尚未知悉買賣條件而僅知有買賣

吳從周，前揭註 607，頁 1320，表內編號 51。

⁶⁴¹ 於最高法院 102 年度台上字第 886 號判決中雖未直接說明權利人已知悉買賣條件，然從其理由包含「優先承買權人有出席系爭土地拍賣之競標」，應係認權利人於當時即已知土地拍定之條件。

事實，據此否認其行使權利違反誠信原則。其並進一步認為，若允權利人行使優先承買權，亦僅在使出賣人與其另訂同樣條件之買賣契約，對優先承買義務人並未有任何顯失公平之處。

基此，於最高法院之見解中，似以優先承買權人自知悉買賣事實或條件至行使權利間所經之時間、優先承買標的物價格之漲幅及優先承買權人是否知買賣之條件為重要判斷因素。故本文將此等判決中的這三個因素歸結於下表。

表格 2

權利失效最高法院判決整理



	有權利失效						未有權利失效	
	107 台上 301 號等 3 案 ⁶⁴²	103 台 上 2436 號	102 台 上 886 號	100 台 上 2019 號	91 台上 1301 號	86 台 上 669 號	100 台 上 1582 號	105 台 上 1819 號
是否 知悉 條件	是	是	是	是	是 ⁶⁴³	未提 及	否	否
自出 賣所 經之 時間	15 年	4 年	6 年	未提 及，至 少 8 年	6 個月	4 年	15 年	5 年
自知 悉所 經之 時間	10 年	4 年	6 年	8 年	6 個月	— ⁶⁴⁴	不知	不知
漲價 情形	飆漲	漲 31%	未提 及	巨幅上 漲	未提及	5 倍	飆漲	飆漲

⁶⁴² 指與 107 年度台上字第 301 號判決案例事實相同之 107 年度台上字第 837 號及 108 年度台上字第 377 號判決。

⁶⁴³ 判決中未明確說明，然其論理係有提及承租人有前往執行法院擬標買系爭土地，故應可認於拍賣時承租人在場而知悉拍定條件。

⁶⁴⁴ 判決中未說明有知悉條件，故無法計算

第三項 學說見解



就優先承買權之權利失效，有論者針對耕地三七五減租條例中耕地承租人優先承買權為論述，認為於出租人未對優先承買權人為合法通知時，應無認優先承買權人行使權利違反誠信原則之理。論者認為，此時係出租人違反應以書面通知之強制規定，不能苛求承租人未於適當時間內積極行使優先承買權。耕地三七五減租條例第 15 條係以接獲書面通知起 15 日為權利行使之除斥期間，則承租人既未有出租人之書面通知，無法起算其除斥期間之始末，自無視為放棄之餘地，且亦未有其他消滅事由而致優先承買權之消滅，故不能苛責承租人於多年後主張優先承買權係權利濫用。⁶⁴⁵

針對基地租賃所討論之論者，則均認可使優先承買權之行使違反誠信原則（而發生權利失效）者，然有認為需以優先承買權人已知買賣條件為前提，亦有認優先承買權人僅須知有買賣之事實，即可能產生權利行使違反誠信原則之情事。

認為需以權利人知悉買賣條件為前提者認為，理論上優先承買權人若僅知悉出賣之事實而不知買賣之條件，固無 10 日內未表示即視為放棄之情形可言，必於其已知悉出賣之事實及買賣條件，卻未於知悉買賣條件後 10 日內行使，其優先承買權始得視為放棄。而其既已知悉買賣之事實及條件，已大可考慮是否依同樣條件優先承買，或是否放棄優先承買權。然其卻長期不行使或不為表示，甚至於知悉土地之買賣條件後，有默示表示拋棄該優先承買權之舉動者，致他方相對人有正當事由信賴權利人不欲履行義務，卻又於一段時間經過後，甚至嗣後房價飆漲後，始主張以數年前之買賣條件行使優先承買權，將不僅危害義務人之正當信賴，有悖於法安定性，甚至優先承買權人因此坐收漁利，難認無權利之濫用而有違誠

⁶⁴⁵ 楊松齡（2008），〈論耕地承租人優先承買權之行使—簡評最高法院九七年台上字第六七〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，116 期，頁 168。



信原則，故應使其發生失權之效果。⁶⁴⁶

另有論者從實務判決觀察而得出，於實務上有在討論優先承買權之行使違背誠信原則之情況，係以其所受同樣條件之通知並非來自通知義務人（即出賣人），而不能使除斥期間開始起算者。於此，其認為應考量優先承買權人既然透過非通知義務人所為買賣同樣條件之通知，即應於相當期限內行使其權利；若長期不行使而足以引起出賣人與買受人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，或嗣後房地價格飆漲後，再主張行使優先承買權時，即應認為有違誠信原則。⁶⁴⁷

而認為不以優先承買權人知悉買賣條件為行使權利違反誠信原則之前提者則認為，於優先承買權人僅知買賣事實而不知系爭標的物的重要買賣條件時，雖是出賣人違反書面通知義務在先，但優先承買權人一旦行使此具有物權效力的權利並非僅影響出賣人而已，對買受人亦有影響。於此種情形，優先承買權人自得提起確認優先承買權存在之訴以獲悉買賣條件，並進而行使優先承買權，請求塗銷買受人的所有權移轉登記。則若優先承買權人長期不提起確認訴訟並行使權利，使相關人等足以正當信賴優先承買權人不再行使權利，而優先承買權人待市價巨幅上漲後，才以數年前顯然較低的同樣價格主張優先承買權，宜認違反誠信原則。

648

第四項 本文見解

第一款 基地租賃優先承買權應有權利失效之適用而不得行使

⁶⁴⁶ 吳珮君，前揭註 487，頁 34。

⁶⁴⁷ 楊智守，前揭註 472，第 3 版。

⁶⁴⁸ 黃健彰（2018），〈不動產利用關係上的優先購買權〉，頁 133-134，臺北：元照；黃健彰（2015），〈基地、耕地承租人優先購買權的通知：民法與土地法規的扞格〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 1 期，頁 202。



權利失效作為誠信原則之下位概念，我國學說及實務上均肯認其可適用於任何權利之主張，故於基地租賃優先承買權此一形成權當亦有適用之可能。參照上開實務及學說就基地租賃優先承買權之權利失效的討論，於實務見解中，最高法院應均肯定於此有適用權利失效制度之可能，僅於個案中有無該當相關要件有不同見解；於學說見解中，則多認優先承買權中有權利失效制度之適用，僅針對耕地三七五減租條例中之優先承買權論述之學者否認此種可能性。雖該論者未提及此是否係基於耕地三七五減租條例之特殊社會性所作出之價值判斷，然該文中仍強調耕地租賃制度對於社會穩定發展與土地資源經濟有效利用之特性，並強調法律之解釋應貫徹憲法價值判斷，以扶植自耕農並促進地盡其利、地利共享之基本國策⁶⁴⁹。則本文推測，該論者可能係著眼於耕地租賃之特殊性而認，於承租人未受優先承買權之合法通知時，不得苛責其於多年後行使優先承買權係違反誠信原則。然基地租賃優先承買權之社會性格非如耕地租賃強烈，則如優先承買權人已知有權利可得行使而長年未行使時，亦不應過於偏重優先承買權人之保護。

且於基地租賃優先承買權中，法律所明定之除斥期間僅規定自優先承買權人受合法通知時所起算之 10 日，未規定於權利人自始未受合法通知時應如何處理，此亦為學說上認為創設權利失效制度之實益之一⁶⁵⁰。是故，本文認為應以實務及多數學說見解為可採，認為於基地租賃優先承買權之行使確有權利失效制度之適用，並以此調節當事人間之關係。

又若於具體個案中產生權利失效時，我國多數學者認權利失效之法律效果僅係產生權利行使之障礙而非使權利消滅⁶⁵¹，並有學者強調於形成權中此係權利失

⁶⁴⁹ 楊松齡，前揭註 645，頁 169。

⁶⁵⁰ 學者有認為，我國民法規定之消滅時效，原則上為 15 年，在特殊情況未免過長；而形成權原不罹於時效，且並非任何形成權均有受除斥期間之規律，為適應交易上之需要，權利失效於我國法上確有必要。參照王澤鑑，前揭註 609，頁 436。

⁶⁵¹ 吳從周，前揭註 607，頁 1236；王澤鑑，前揭註 609，頁 438；姚志明，前揭註 609，頁 33。



效與除斥期間之不同⁶⁵²。則權利失效之法律效果係使優先承買權不得行使，而非優先承買權不存在，此為本文將此問題置於本章而非前一章討論之原因。

第二款 時間要素

就權利失效之時間要素，何謂「一段相當長之時間不行使權利」，學說認為通常可藉助參考各該權利之消滅時效或除斥期間的法律規定，已如上述。然於優先承買權中，我國法僅規定自合法通知始之 10 日除斥期間，而未有自買賣事實發生之除斥期間的限制，故無法以法條有規定之期間作為參考。

然而，或可參考瑞士法上就與基地租賃優先承買權類似之建築權關係優先承買權之規定。瑞士法上係於民法第 681 條之 1 第 2 項規定法定優先承買權之除斥期間，為：「優先承買權人須於知悉契約之締結及內容後三個月內行使權利。此權利自新所有權人受登記於土地登記簿後之兩年，不得行使⁶⁵³。」就該條之規定，瑞士法上將第一句之 3 個月期間稱為「相對失權期間 (relative Verwirkungsfrist)」，第二句之 2 年稱為「絕對失權期間 (absolute Verwirkungsfrist)」。且文獻上指出，之所以於法律中定立絕對除斥期間，係因法定優先承買權亦可對善意而取得受法定優先承買權負擔之物的人行使。⁶⁵⁴而就第一句之「相對失權期間」之起算時點，亦不以優先承買義務人滿足其通知義務為始，而係以知悉 (Kenntnis) 時起算。故若優先承買權人係從義務人以外之任何方式知悉買賣契約之重要內容時，該 3 個

⁶⁵² 王澤鑑，前揭註 609，頁 438；姚志明，前揭註 609，頁 33。

⁶⁵³ 德文原文為：„Will der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausüben, so muss er es innert dreier Monate seit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages geltend machen. Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch kann das Recht nicht mehr geltend gemacht werden.“ 條文為筆者暫譯。

⁶⁵⁴ Rey, (Fn. 574), Art. 681a N 4.



月期間即起算⁶⁵⁵。

又瑞士法上建築權關係中之優先承買權與本文所探討之我國基地租賃優先承買權機能類似而均在處理土地之使用所有關係，且均為法定優先承買權而可對抗第三買受人，所涉及之利益狀態相似。而瑞士法上之期間不以優先承買權人受義務人通知起算，而係以其主觀的知悉買賣條件或客觀的於土地登記簿有新所有權人之登記之時為起算時點。則瑞士法上之建築關係優先承買權與我國基地租賃優先承買權不同，不會因優先承買權人未受一合法通知而使優先承買權無限期可行使。此就期間之規定應可作為我國在操作基地租賃優先承買權權利失效之時間要素的參考。

觀察實務見解，於我國最高法院認為有權利失效之案件中，自優先承買權人知有買賣之事實或條件至行使權利之期間，最短為 6 個月，最長則分別為 15 年及 10 年。又優先承買權人是否知悉買賣之條件，似為實務上論斷有無權利失效之關鍵。於優先承買權人僅知有買賣之事實而不知買賣條件時，最高法院即傾向認定不發生權利失效之效果。然若參考瑞士法上之規定，係優先承買權人知悉買賣之重要條件 3 個月後即不能行使權利，或縱然優先承買權人不知悉買賣之條件或事實，於新所有權人受登記於土地登記簿時 2 年後，亦不能行使權利。雖此等時間之長短不必然得直接移植於我國法上操作，蓋 3 個月及 2 年是否得以稱為權利失效中之「長時間不行使權利」仍值討論，然瑞士法上於優先承買權人是否知悉買賣條件時有不同之期間的設計，應可作為我國討論是否發生權利失效之參考。此即，於優先承買權人已知悉買賣之條件時，就時間要素之認定較為嚴格而要求優先承買權人於較短之時間內行使權利；而於優先承買權人不知悉買賣之條件時，

⁶⁵⁵ Meier-Hayoz, (Fn. 484), Art. 681 N 203；就意定優先承買權之說明，參照 Brückner, Der Grundstückskauf: Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, in: Der Grundstückskauf, 2. Aufl., 2001, § 10 N 111.



則不必然不可能發生權利失效之效果，但於認定上就時間要素應採更寬鬆之標準。

以上均為單純就時間要素之觀察，然權利失效制度中更為重要的是使義務人信賴權利人不行使權利，進而使權利人再為行使權利違反誠信原則。故優先承買權人單純長時間不行使權利並不足以發生權利不得行使之效果，而仍需討論於個案中是否有得使義務人產生正當信賴之狀況及信賴要素。

第三款 狀況及信賴要素

權利失效制度中的狀況及信賴要素之重要性在於，權利人之行為是否有使義務人認為權利人不再行使權利的意思。然而，雖然優先承買義務人為出賣人，買受人則為優先承買權之權利義務關係外之第三人，但德國實務見解有基於聯邦最高法院認為優先承買權之行使會間接影響第三買受人之法律地位(Rechtskreis)⁶⁵⁶，而推導出，於檢視優先承買權是否發生權利失效時需自第三買受人之角度觀察⁶⁵⁷。此見解應可資贊同，因於基地租賃優先承買權人於買賣契約締結後數年方行使權利時，雖其權利行使之對象為優先承買義務人，然優先承買標的物於該多年間之所有權人則多為第三買受人⁶⁵⁸。故相較於優先承買權之行使會使第三買受人受有不得再對優先承買標的物有使用收益權之不利益，對於優先承買義務人反而較無影響，因不論優先承買權是否有受行使，其均係在締結一同樣條件的買賣契約⁶⁵⁹。

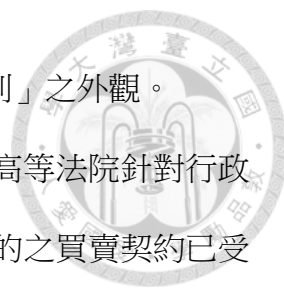
據此以觀，優先承買權是否產生權利失效之重點應在於，優先承買權人是否

⁶⁵⁶ BGH NJW 60, 1805.

⁶⁵⁷ OLG Celle NJW 1963, 352.

⁶⁵⁸ 此係假設所有權有移轉之情況，然縱所有權未移轉，於一般情形下就標的物之有權使用收益之人亦應為第三買受人而非優先承買義務人。

⁶⁵⁹ 上開註 657 之德國法院見解亦表示，於優先承買權人行使權利時，優先承買義務人亦是從權利人取得其與第三買受人締結之買賣契約之完整出賣條件，並以此認為考量優先承買權是否有權利失效時亦應從第三買受人之角度討論。

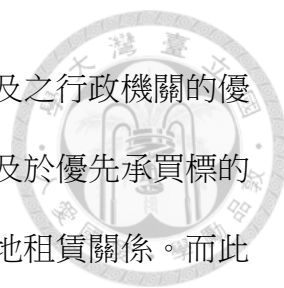


已有創造「足以使第三買受人信賴優先承買權人將不再行使權利」之外觀。

上開討論優先承買權之權利失效的德國實務見解，係為邦高等法院針對行政機關對土地的優先承買權所作成。於該案中，針對優先承買標的之買賣契約已受該行政機關許可，但優先承買義務人或第三買受人均未再對優先承買權人，即該行政機關，為進一步之合法通知。該判決據此認為，雖然優先承買權人已許可該買賣契約，而或許可以認為於機關未收到進一步之通知時，應詢問該契約是否有被撤回（即確認是否可行使優先承買權），但不能因此得出「優先承買權人缺乏此詢問而在長時間後行使優先承買權」之行為係違反誠信原則之結論。法院認為，優先承買義務人有立即通知優先承買權人系爭買賣契約內容的義務，而此義務人的通知根據德國法上之規定亦可由第三買受人的通知取代，故須透過該等通知使優先承買權之行使期間開始起算，並排除就優先承買權是否會行使的不確定性。在討論優先承買權是否發生權利失效時，優先承買義務人或第三買受人及優先承買權人雙方均有不作為，前者為未為通知而使除斥期間不能起算，後者則為未對買賣契約有詢問並行使權利，則此時不能將兩方均不作為之不利益歸屬給優先承買權人。於該案中，第三買受人主張，於優先承買權人，即行政機關，許可系爭買賣契約時，即已決定不行使優先承買權。然法院強調，若優先承買權人之決定係停留在內部而未使外部知悉時，該內部決定並非重要。是故，法院於結論上認為於該案中未有權利失效之情事，行政機關仍可行使優先承買權。⁶⁶⁰

據此，德國法院應仍在強調權利失效之狀況及信賴要素，認為於優先承買義務人及第三買受人均未對優先承買權人為合法通知時，縱然可以認為優先承買權人得以主動詢問並行使優先承買權，仍不能認優先承買權人之單純不作為足以使該權利發生權利失效之效果。


⁶⁶⁰ OLG Celle NJW 1963, 352.



然於我國法上基地租賃優先承買權中，與上開德國法所涉及之行政機關的優先承買權不同之處在於，優先承買權人與優先承買義務人，以及於優先承買標的物所有權移轉後，優先承買權人與第三買受人間，均會存在基地租賃關係。而此時若優先承買權人為房屋所有人，其繼續對於基地所有權移轉後依民法第 425 條成為出租人之第三買受人繳交租金；或於優先承買權人為基地所有人時，自成為承租人之第三買受人處收受租金，均不同於德國法上優先承買權人僅有單純未詢問買賣契約之相關情事的不作為而已。故於我國法上應加以討論的是，於個案中優先承買權人「對第三買受人繳交租金」或「收受第三買受人之租金」的行為，是否能滿足權利失效的狀況及信賴要素。

就此，優先承買權人是否已知悉買賣條件應非決定性之因素，更重要的應在於，優先承買權人是否有創造「使優先承買義務人或第三人得以認為其已知悉買賣條件」之外觀。若優先承買義務人或第三買受人正當信賴優先承買權人已知悉買賣條件時，對優先承買義務人或第三買受人而言，優先承買權利人已取得決定是否要行使權利之資訊。則優先承買權人實際上是否知悉買賣條件並不重要，毋寧更應著重於，優先承買義務人或第三買受人是否有正當理由認為優先承買權人已知悉買賣條件，並處於得考慮是否行使權利而不行使的狀態。此時，優先承買權人既已創造其得以考慮是否行使權利之外觀，而又長期不行使權利並繳交或收受租金，即可能使優先承買義務人或第三買受人正當信賴權利人已滿足於所有權移轉後之租賃關係，而無欲行使優先承買權並取得標的物所有權之意思。

若自優先承買義務人或第三買受人之觀點，不能認為優先承買權人已知悉買賣之條件，但可認其已知悉買賣之事實時，能否認為優先承買權人長時間未行使優先承買權得作為一信賴其不將再行使權利之外觀的重點應在於：於此種情形，優先承買權人是否有自行調查優先承買條件並決定是否行使權利之對己義務。



於優先承買權人不知買賣條件時，誠如上開有學說見解所提及的，優先承買權人可透過提起確認優先承買權存在之訴以獲悉買賣條件，並進而行使優先承買權。則縱然於外觀上優先承買義務人或第三人不能認為優先承買權人已知悉買賣條件而可考慮是否要行使權利，亦不能認為其等即無法正當信賴優先承買權人無行使權利之意思，蓋權利非無行使之可能。然而於此種情形缺乏優先承買權人已具備決定是否行使權利之資訊的外觀，故於狀況及信賴要素之認定上，應較具備優先承買權人已知悉買賣條件之外觀的情形困難，於時間要素亦應給予較長之期間。

至於實務及學說上均有論及之「地價或房價飆漲」之情形，本文則認此非權利失效制度所應討論之要素。蓋地價或房價飆漲係優先承買權人於買賣契約已締結之長時間後方行使權利所產生之附屬現象，其是否飆漲並不會影響個案中是否具備優先承買權人將不再行使權利之外觀，亦不會促進或降低優先承買義務人或第三人對優先承買權人不行使權利的正當信賴。於論理上，此或可加強描繪優先承買權人嗣後方欲行使權利之動機，然不足以構成認為優先承買權人不得再行使權利之理由。

然而正如德國實務見解於權利失效要件中所認為的，如果權利人有重複保留將主張權利的行為，義務人就沒有信賴值得保護性⁶⁶¹。則若優先承買權人同時有重複保留將主張優先承買權之行為，例如，詢問系爭買賣契約之條件、索取優先承買權之通知等，至少在其詢問時點之短期內仍不能認為其有放棄行使權利之外觀。

又於權利失效之判斷上，德國聯邦最高法院強調，若權利人係因義務人的不正直行為導致權利人不知道有權利可行使或者對權利行使的不作為，則此種惡意

⁶⁶¹ 吳從周，前揭註 607，頁 1230。

極有可能妨礙法院認定其是否構成值得保護的信賴⁶⁶²。誠如前述，本文認為，於優先承買權中，義務人雖為出賣人，然第三買受人方為此權利行使後受有最大影響之人。故檢視權利人之行為時，應自該第三買受人之角度觀察；相對的，於檢視義務人之行為是否有不正直時亦須對第三買受人之行為加以評價。而又基於本文認為，優先承買權之合法通知不以優先承買義務人所發出者為必要，第三買受人亦可對權利人加以通知而使除斥期間開始起算。故若第三人係惡意不對優先承買權人為通知以使其不能行使權利時，亦不能認為第三買受人可受權利失效制度之保護。

⁶⁶² 吳從周，前揭註 607，頁 1234-1235。

第五章 結論



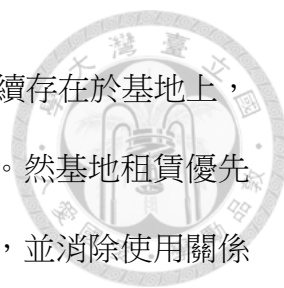
基地租賃優先承買權於實務上產生之爭議繁多，本文以最高法院判決為中心，檢索涉及民法第 426 條之 2 及土地法第 104 條之判決後，分析各該案件所涉及之法律爭點，並以優先承買權之權利性質、要件及其效果為順序，一一就各個存有爭議之問題介紹學說上之討論，且於比較法上有可參照之資料時一併介紹，最後基於此等資料綜合探討並形成本文見。盼能透過此種以實務判決為中心之研究方法與實務產生對話，以免相關之討論流於僅具學理上之意義而無實務之重要性。又於實務見解雖未處理，然文獻上有所討論或本文認為具實務交易上重要性之議題，亦加以討論之，若未來有因該等問題產生爭議時盼可作為參考。

而本文之特殊性在於，通篇僅處理基地租賃優先承買權之相關問題，不如學說上多數之討論係將多種優先承買權一併處理，或縱僅針對使用關係而生者，亦包含除基地租賃以外之地上權及典權關係。然個該優先承買權設立之目的不同，所涉及之利益關係亦不同，一併處理時將會有其極限。故本文僅就基地租賃優先承買權為討論，聚焦討論此單一優先承買權制度目的，以此出發作為後續解釋制度之根基。且就各個要件間之解釋亦會有相牽連之情形，故盼對基地租賃優先承買權為此整體性、於要件上相對完整之研究，建構此制度較為理想之樣貌。

以下簡述本文各章研究成果：

一、基地租賃優先承買權之基本理論

首先於第二章中就優先承買權為簡單之介紹。其中，針對基地租賃優先承買權之制度目的，以過往文獻上針對此議題少有之法律經濟學觀點，分析我國學說及實務見解向來認為此制度目的在於促進經濟效率之合理性，試圖使經濟效率此一概念更為聚焦。而於分析相關文獻後，認為在我國法上已有民法第 425 條及民



法第 426 條之 1 之情況下，已得保障房屋於原訂使用期限內繼續存在於基地上，故基地或房屋之所有權移轉將不產生投資減損之經濟效率損失。然基地租賃優先承買權所產生更多的經濟效率在於，其得使房地使用關係消滅，並消除使用關係中之交易成本。然此交易成本之減少對於整體社會效率之增進，與優先承買權制度對市場效率之損害，兩者一加一減後，優先承買權是否必對整體經濟效率有提升，則有疑問。故於未有更進一步之研究得以論證優先承買權有大幅促進經濟效率前，本文認為優先承買權之解釋適用上應採取較為謹慎之態度，避免過多市場效率受減損，並以此概念貫穿本文對其他要件及效果之解釋。

而就優先承買權之權利性質，本文認為其係屬物權及債權間之中間型態，為債權物權化之一種具體樣態，而其效果較類似於買賣契約於土地法第 79 條之 1 之預告登記，使買賣標的物移轉予第三人之物權行為不得對抗受預告登記之買賣契約買受人。又其既為債權物權化之一種，亦須合於物權公示性原則，故本文認為優先承買權須以具備基地上確實建有房屋為公示外觀。

二、基地租賃優先承買權之構成要件

本文第三章則為針對基地租賃優先承買權之構成要件一一分析，主要包含以下爭點。

(一) 基地租賃契約之相關問題

針對基地為數人共有，而部分共有人出賣應有部分時，本文依照經濟分析後得出之制度目的，認為此時應無基地租賃優先承買權存在，與向來之實務及學說見解不同。故基地租賃優先承買權制度應僅限於對單獨所有之基地為租賃時，有其適用。退步言之，縱於基地為多人共有之情形，亦認有基地租賃優先承買權之適用，於出租人出賣基地之部分時，將出現承租人之基地優先承買權及基地其他共有人之優先承買權競合之問題。於現行法之規定下，僅能使具物權效之基地租



賃優先承買權優先，然使共有人之優先承買權得以優先行使將更能達成促進經濟效率之目的，法政策上應仍有思考之空間。

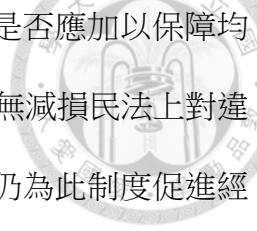
於基地上之房屋係本於租賃契約以外之債權契約對基地占有時，本文則認為，基地租賃優先承買權制度消除房地使用關係中交易成本的目的亦存於其他房地使用關係，不限於租賃關係中存在。故於其他使用關係中，若優先承買權得使房屋及土地所有權合一，該使用關係中未有優先承買權存在為一法律漏洞，應透過類推適用基地租賃優先承買權加以填補。結論上，使用借貸關係中原則上將有優先承買權之類推適用、於合建契約中則因土地上通常仍有其他共有人而無類推適用之餘地、於分管契約中則視該共有關係是否因出賣消滅而定。此亦不同於向來實務之看法。

（二） 房屋之定義

參酌唯一針對房屋有明確定義且經立法院通過之房屋稅條例，本文認為房屋之定義應為「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」。又基地租賃優先承買權之制度目的是否存在不因房屋之用途而有不同，故亦無需限縮此制度僅能適用於特定用途之房屋。

又於基地上之房屋已不具有相當之經濟價值時，本文認為於該基地租賃關係中欠缺基地租賃優先承買權欲達成之制度目的，應有所限縮。故於基地上之房屋合於「固定於土地上具有頂蓋、樑柱或牆壁之構造物」之定義，然不具有相當之經濟價值時，應認土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 之文義範圍過廣，若僅依照文義解釋將難以達成規範目的，應為限縮解釋而認無基地租賃優先承買權之存在。

而針對基地上之房屋為違章建築時，本文以制度目的出發，認為解釋上應將該等案型排除於基地租賃優先承買權之外。此與向來之實務見解不同，然與多數



學說見解相同。且應再次強調者為，違章建築之存續於民法上是否應加以保障均為民法第 425 條及第 426 條之 1 的解釋問題，故如此之解釋並無減損民法上對違章建築存續之保護。於基地租賃優先承買權制度中，須考慮者仍為此制度促進經濟效率之目的。於基地上之房屋為違章建築時，以物權效之優先承買權介入買賣市場，將更使違章建築超越原訂使用期限得繼續存在，亦使違章建築所造成之社會成本繼續存在，無助於優先承買權制度所追求的經濟效率之提昇。故解釋上應認為於基地上之房屋為違章建築時，有隱藏性法律漏洞存在，應排出違章建築之適用加以填補。

（三） 合法通知之要件

針對得使優先承買權之除斥期間起算之合法通知，本文首先處理民法及土地法適用順序之問題，認為此二規範間係相互補充之作用，應以民法第 426 條之 2 為準。

則就合法通知是否應以書面為之，自應依民法之規定，要求以書面通知。又自此通知為一觀念通知之性質出發，於出賣人未以書面為通知時，即不生法條明定使優先承買權使除斥期間開始起算之效力，優先承買權人自亦得主張出賣人與第三人之所有權移轉不得對抗自己。再者，要求此通知以書面為之亦含有警告目的，具有要求要式行為之正當性。

而是否所有載有出賣條件的文書均可作為合法通知，實務及學說上之爭議均集中於優先承買權之合法通知是否需有「向有優先承買權人為告知之意」。然本文認為，此通知既非法律行為，通知人之意思即非必要，重點不在於通知人是否有告知之意，而在於該等文書上是否有「優先承買權行使之教示」。基於基地租賃優先承買權為一法定權利之性質，若書面通知未載明並告知收受通知之人有該等權利存在時，權利人即可能完全不知該通知之重要性及效果而逕將其棄之不顧，難



以達成優先承買權之制度目的，亦使一般不具有法律專業知識之優先承買權人陷於過於不利之地位而有失衡平。故合法通知亦已載有權利之教示而使優先承買權人知該通知有法律上重要性為必要。


針對合法通知所必須具備之內容，本文基於基地租賃優先承買權強烈之物權效力，認以包含買賣契約中所有客觀及主觀上重要之點為已足，不需包含所有條件。又若未包含其他非重要之點而使優先承買權人受有損害時，本文亦建構優先承買權之通知作為基地租賃關係中之一種真正義務，使優先承買權人得以向出賣人請求損害賠償以填補。

而對於實務上產生之第三買受人是否亦得發出合法通知而使權利除斥期間起算之問題，本文認為自通知之目的觀之，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 限制優先承買權除斥期間起算之合法通知於出賣人所發出者，規範上存在開放性漏洞。則於第三買受人通知優先承買權人時，應得類推適用土地法及民法之規定，使優先承買權之除斥期間開始起算，並使出賣人與第三人就土地之移轉登記於除斥期間經過後得對抗優先承買權人。

（四） 優先承買權意定拋棄之認定

就基地租賃優先承買權可否意定拋棄，實務上雖未有太多最高法院表示之見解，然釐清後頗具實務交易上重要性。針對此問題，本文認為，一方面著眼於基於經濟分析得出之基地租賃優先承買權對整體經濟效率未必有助益，此權利適用上本應有所限縮；二方面則因此制度更著重於免除使用關係當事人間所生之糾紛或交易成本，應為側重私益之保護，應無當事人不得拋棄之理。故結論上認為優先承買權人可對此權利自由處分，且此拋棄不以優先承買權人已知買賣條件為前提。

而針對承租人僅主張買賣不破租賃，或雖未明白主張買賣不破租賃然仍繼續



繳交租金，而未主張優先承買者，是否為一默示放棄優先承買權之意思表示之爭議，本文認為，於此種案型中，承租人單純主張買賣不破租賃或繼續繳交租金與主張優先承買權並不互相排斥，該等行為之目的應僅在確保房屋得以繼續存在於基地之上，未能間接推知其有默示拋棄權利之意思，故不能認此時承租人已默示放棄權利。

三、優先承買權之法律效果

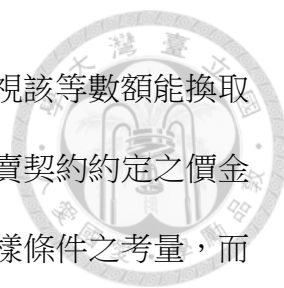
本文之第四章則在討論於優先承買權之構成要件均該當後會產生之法律效果，亦著重於以下實務學說上有爭議之部分。

（一） 同樣條件之認定

就優先承買權效果中之「同樣條件」，實務上出現爭議者為優先承買權人得主張優先承買之範圍，以及可否依誠信原則調整買賣契約之內容。

針對優先承買權人得主張之範圍，爭議均發生於承租人僅承租受出賣之土地的一部分，且僅於部分上建有房屋時，其應主張承買之範圍應限於該部分或應及於全部受出賣者。就此，本文認為出賣標的之範圍為「同樣條件」之範疇，優先承買權人應就全部受出賣之標的為承買。此係因標的物之範圍本為買賣契約之重要之點，若使優先承買權人得僅就一部分標的為優先承買，對整體經濟效率將造成更大之損害。再者，優先承買權人得承買之範圍的認定，涉及出賣人通知及優先承買權人權利行使之合法性。如就此問題有過於複雜或模糊之認定，反而將使出賣人及優先承買權人難以預測法院之判斷結果，無法妥適保護當事人之權利及期待，亦在增加買受人進行交易之風險，進而增加交易成本，減損市場效率。

而就可否本於誠信原則依物價指數或地價指數調整買賣契約內容之爭點，多出現於優先承買權人於標的物受出賣後一定時間方行使權利之案型。就此，本文認不須援引誠信原則，重點應在於「同樣條件」之判斷。蓋在不同之時空下，單



獨以金錢數額之多寡本身，不足以表彰買賣條件之高低，仍應視該等數額能換取多少資源方具有參考價值。故於物價飆漲之案型中，若僅以買賣契約約定之價金數額為同樣條件之認定，可能亦不合於優先承買權制度規定同樣條件之考量，而應予以調整。

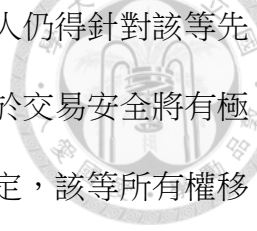
（二） 義務人及第三買受人間之所有權移轉不得對抗優先承買權人

於有優先承買權存在之情形，使出賣人與第三買受人間之所有權移轉行為不得對抗優先承買權人之時點為何，存有爭議。本文認為，自優先承買權之規範觀之，其採取者為「是否欠缺對抗要件」而非「相對無效」之規範模式，故學說上向來以「相對無效」理解此二條之規範似有再商榷之必要。

又自基地租賃優先承買權修正為物權效之理由在於，使優先承買權人得取得標的物之所有權，而不受出賣人已將所有權移轉予第三買受人所影響。則解釋上應認為，僅在優先承買權人行使權利後，出賣人及第三買受人不得對優先承買權人主張該所有權移轉之物權變動。準此，「不得對抗」係行使優先承買權後之效力，非出賣人未通知優先承買權人即移轉標的物所有權時之當然效果。且此種解釋方式相較於主張將此「不得對抗」解釋為出賣人與第三買受人間之所有權移轉行為係「得撤銷」之學說，更合於法律解釋方法。

就出賣人已將不動產之所有權移轉給第三買受人時，優先承買權人應如何對第三人主張權利，本文認為，土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 既已規定此時出賣人與第三人間之物權契約及所有權移轉不得對抗優先承買權人，優先承買權人應得本於該條之規定請求塗銷出賣人與第三買受人間之所有權登記，無需另尋請求權基礎。

然而，若第三買受人又將所有權移轉予轉得人時，本文則認為轉得人有對優先承買權人善意取得所有權之可能，不同於學說及實務上多數見解。此係基於認



為，若不區分後續轉得人是否為善意，而一概認為優先承買權人仍得針對該等先前之交易行使權利，並使後續之所有權移轉連鎖性地塗銷，對於交易安全將有極大之損害。又於基地租賃優先承買權中，基於租賃法之相關規定，該等所有權移轉不影響基地租賃關係繼續存在。則於優先承買標的物已經多次所有權移轉後，優先承買權人雖不得對先前之買賣行使權利，然仍得對最近一次之買賣行使並取得所有權，亦不會過度架空優先承買權制度之目的，並可避免效率損失。惟，就轉得人是否善意則要求轉得人向出賣人（即先前之買賣契約中的第三買受人）或優先承買權人詢問是否已有放棄優先承買權之情事。

（三） 出賣人與第三買受人間之買賣契約

於基地租賃優先承買權人行使權利後，不使出賣人與第三買受人間之買賣契約對出賣人及第三買受人無效，則該買賣契約可能產生後續損害賠償責任，而此問題為學說及實務上較少著墨者，然本文一併討論之。

就此，本文認為出賣人與第三買受人自可於契約中約定以優先承買權人行使權利為契約之解除條件，且此解除條件之約定解釋上不成為優先承買權人行使權利時之「同樣條件」。而於當事人未有如此約定時，應觀察雙方當事人之締約過程判斷當事人有無默示合意以優先承買權之行使作為解除條件之意思。若無此等意思存在，出賣人則可能對買受人負有權利瑕疵擔保及債務不履行責任。

（四） 優先承買權之權利失效

針對優先承買權人於長時間後再行使權利之案型中，不論是實務判決或是學說見解之討論，均係以優先承買權人之權利行使是否「有違誠信原則」為討論，而少直接出現「權利失效」之用語。然其等之討論均繫於權利人長期不行使權利，即應適用之制度自為已較具體化之權利失效，故本文針對權利失效為討論。

首先，本文肯認優先承買權亦有適用權利失效制度之可能，並就時間要素、



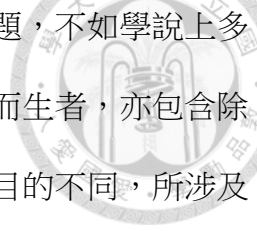
狀況要素及信賴要素為進一步具體化之建構。

於時間要素，本文認為，於優先承買權人已知悉買賣之條件時，就時間要素之認定需較為嚴格而要求優先承買權人於較短之時間內為行使權利；而於優先承買權人不知悉買賣之條件時，不必然需認為不可能發生權利失效之效果，但於認定上就時間要素應採更寬鬆之標準。

於狀況及信賴要素，本文首先認為，相較於優先承買義務人，優先承買權是否行使對第三買受人影響反而較大，故亦應自第三買受人之角度觀察優先承買權人是否已有創造足以使第三買受人信賴優先承買權人將不再行使權利之外觀。此之重點在於，個案中優先承買權人「對第三買受人繳交租金」或「收受第三買受人之租金」的行為，是否能滿足權利失效的狀況及信賴要素。故本文認為，實務上向來著重於優先承買權人是否已知悉買賣之條件為有誤，蓋此應非決定性之因素，判斷上應著重於優先承買義務人或第三買受人是否有正當理由認為優先承買權人已滿足於所有權移轉後之租賃關係，而不欲進一步取得標的物所有權。然，若自優先承買義務人或第三買受人之觀點，不能認為優先承買權人已知悉買賣之條件，但可認其已知悉買賣之事實時，因優先承買權仍有行使之可能，仍不排除有權利失效之情形。然此時於狀況及信賴要素之認定上應較具備優先承買權人已知悉買賣條件之外觀的情形困難，於時間要素亦應給予較長之期間。

四、小結

基此，本文以實務見解為整理基地租賃優先承買權制度問題之中心，分析實務上具重要性之問題並加以討論，盼能依此與實務產生對話，以免相關之討論流於僅具學理上之意義而無實務之重要性。又於實務見解雖未處理，然文獻上有所討論或本文認為具實務交易上重要性之議題，亦加以討論之，若未來有因該等問題產生爭議時盼可作為參考。



而本文之特殊性在於僅處理基地租賃優先承買權之相關問題，不如學說上多數之討論係將多種優先承買權一併處理，或縱僅針對使用關係而生者，亦包含除基地租賃以外之地上權及典權關係。然個該優先承買權設立之目的不同，所涉及之利益關係亦不同，一併處理時將會有其極限。故本文僅就基地租賃優先承買權為討論，聚焦討論此單一優先承買權制度目的，以此出發作為後續解釋制度之根基。且就各個要件間之解釋亦會有相牽連之情形，故盼對基地租賃優先承買權為此整體性、於要件上相對完整之研究，建構此制度較為理想之樣貌。

參考文獻



一、中文文獻（依作者姓氏筆劃順序排列）

（一） 書籍

1. Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），（1996），《法學方法論》，臺北：五南。
2. 王澤鑑（2012），《法律思維與民法實例 請求權基礎理論體系》，臺北：王慕華。
3. -----（2012），《債法原理－基本理論 債之發生 契約、代理權授與、無因管理》，增訂四版，臺北：王慕華。
4. -----（2013），《民法物權》，增訂二版，臺北：王慕華。
5. -----（2013），《民法總則（增訂版）》，修訂版，臺北：王慕華。
6. 史尚寬（1953），《土地法原論》，臺二版，臺北：張廷休。
7. -----（1977），《債法各論》，臺北：史吳仲芳、史光華
8. -----（1980），《民法總論》，臺北三版，臺北：史吳仲芳、史光華
9. 司法院（編印）（2007），《民事法律專題研究（二十）－94年第4期及95年第2期民事業務研究會專輯（強制執行專題）》，臺北：司法院。
10. 吳啟賓（2018），《租賃法論》，修訂二版，臺北：新學林。
11. 李鴻毅（1989），《土地法論》，修訂十四版，臺北：自刊
12. 林誠二（2007），《民法債編各論（上）》，修訂二版，臺北：瑞興。
13. -----（2008），《民法債編各論（中）》，臺北：瑞興。
14. 邱聯恭（講述）、許士宦（整理）（2017），《口述民事訴訟法講義（二）》，臺北：自刊。
15. 邱聰智（2005），《民法總則（上）》，臺北：三民。



16. 邱聰智（著），姚志明（校訂）（2008），《新訂債法各論（上）》，臺北：自刊。
17. 施啟揚（2005），《民法總則》，六版，臺北：自刊。
18. 洪遜欣（1976），《中國民法總則》，修訂初版，臺北：自刊。
19. 國立臺灣大學法律學院財團法人台大法學基金會（編）（2016），《德國民法（上）》，二版，臺北：元照。
20. 張永健（2015），《物權法之經濟分析：所有權（第一冊）》，臺北：元照。
21. 張登科（2015），《強制執行法》，修訂二刷，臺北：自刊。
22. 許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，臺北：新學林。
23. 陳志雄、陳信瑩、陳容正（2018），《訴之聲明及其相關法律問題之實務案例介紹》，二版，臺北：新學林。
24. 陳聰富（2014），《民法總則》，臺北：元照。
25. 黃立（1999），《民法總則》，二版，臺北：自刊。
26. 黃茂榮（2006），《債法各論（第一冊增訂版）》，再版，臺北：自刊。
27. -----（2009），《債法總論（第一冊增訂三版）》，臺北：自刊。
28. 黃健彰（2018），《不動產利用關係上的優先購買權》，臺北：元照。
29. -----（2020），《不動產優先購買權總論》，二版，臺北：元照。
30. 楊與齡（1980），《耕地三七五減租條例實用》，六版，臺北：自刊。
31. 溫豐文（2008），《土地法》，修訂版，臺北：自刊。
32. 劉春堂（2010），《民法債編各論（上）》，臺北：自刊。
33. -----（2011），《民法債編通則（一）契約法總論》，增修版，臺北：自刊。
34. 鄭玉波（1970），《民法債編各論（上冊）》，臺北：自刊。
35. 鄭冠宇（2014），《民法物權》，四版，臺北：自刊。
36. -----（2016），《民法總則》，三版，臺北：鄭若慈。



37. 謝在全 (2014),《民法物權論(上)》,修訂六版,臺北:自刊。

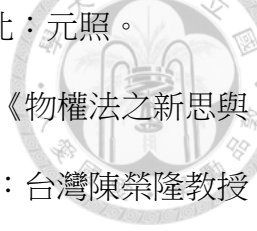
38. 謝哲勝 (2011),《土地法》,二版,臺北:翰蘆。

(二) 書之篇章

1. 王澤鑑 (1990),〈共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合〉,氏著,《民法學說與判例研究(第三冊)》,七版,頁 317-326,臺北:自刊。
2. ----- (2004),〈耕地承租人事先拋棄優先承受權的效力〉,氏著,《民法學說與判例研究(第一冊)》,頁 503-507,臺北:王慕華。
3. ----- (2004),〈優先承買權之法律性質〉,氏著,《民法學說與判例研究(第一冊)》,頁 517-523,臺北:王慕華。
4. ----- (2004),〈比較法與法律之解釋適用〉,氏著,《民法學說與判例研究(第四冊)》,頁 1-32,臺北:王慕華。
5. ----- (2004),〈債之關係的結構分析〉,氏著,《民法學說與判例研究(第四冊)》,頁 83-128,臺北:王慕華。
6. 史尚寬 (1973),〈優先購買權及優先承典權之研究〉,氏著,《民刑法論叢》,頁 150-155,臺北:史光華、史光天、史光國、史光東。
7. 朱柏松 (2010),〈共有基地租賃之效力與優先承買權之關係〉,氏著,《民事法問題研究—物權法論》,頁 139-151,臺北:元照。
8. ----- (2010),〈新修正地上權法規解釋上若干問題之探討〉,氏著,《民事法問題研究—物權法論》,頁 154-187。
9. 何奕萱 (預計 2020 出版),〈論基地優先承買通知之合法要件:評最高法院 106 年度台上字第 1679 號民事判決〉,財團法人李模務實法學基金會(編),《判解研究彙編二十三、二十四:李模務實法學基金會法學論文徵選得獎作品集》,



- 臺北：李模。
10. 吳珮君（2014），〈基地使用權人優先購買權之行使——以「同樣條件」之探討為中心〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 501-516，臺北：元照。
 11. 吳從周（2007），〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，氏著，《民事法學與法學方法 第一冊》，頁 119-172，臺北：自刊。
 12. -----（2007），〈論民法第一條之「法理」〉，氏著，《民事法學與法學方法 第一冊》，頁 1-117，臺北：自刊。
 13. -----（2007），〈推定租賃關係：民法第四百二十五條之一之適用與類推適用〉，氏著，《民事法學與法學方法 第三冊》，頁 109-130，臺北：自刊。
 14. -----（2010），〈互易契約之債權物權化〉，氏著，《民事法學與法學方法 第四冊》，頁 81-97，臺北：新學林。
 15. -----（2010），〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則〉，氏著，《民事法學與法學方法 第四冊》，頁 17-58，臺北：新學林。
 16. -----（2015），〈論預約：探尋德國法之發展並綜合分析〉，氏著，《民事法學與法學方法 第七冊 民法與民事訴訟法之對應適用（一）》，頁 1-84，臺北：元照。
 17. -----（2019），〈再訪違章建築——以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察及法律性質與地位〉，氏著，《民事法學與法學方法 第八冊 民事實務之當前論爭課題》，頁 127-175，臺北：元照。
 18. 林俊廷（2014），〈論物之經濟效用解釋——案例事實之類型化分析〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：

- 
- 司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 463-486，臺北：元照。
19. 姚志明（2016），〈權利失效與誠信原則〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 27-42，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。
 20. 陳立夫（2007），〈論土地法第一百零四條之基地優先購買權—最高法院八十九年台上字第五七五號判決評釋〉，氏著，《土地法研究》，頁 139-161，臺北：新學林。
 21. 陳忠五（2002），〈法律行為無效之規範依據〉，黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀—財產法學篇（一）》，頁 1-38。
 22. 溫豐文（2014），〈論債權物權化〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 13-23，臺北：元照。
 23. 劉春堂（2016），〈動產擔保交易登記之對抗力〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 375-408，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。
 24. 潘維和（1976），〈先買權之研究〉，刁榮華（編），《現代法學論文精選》，頁 308-321，臺北：李少俊。
 25. 鄭玉波（1980），〈論先買權〉，氏著，《民商法問題研究（一）》，三版，頁 415-429，臺北：自刊。
 26. 謝在全（2016），〈違章建築物買受人之民事法地位〉，黃宗樂（等著），《物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 75-97，臺北：台灣陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會。
 27. 蘇永欽（2008），〈法定物權的社會成本〉，氏著，《尋找新民法》，頁 195-203，

臺北：元照。

(三) 期刊論文

1. 王澤鑑 (1974),〈最高法院四則民事判決研究〉,《國立台灣大學法學論叢》, 3 卷 2 期, 頁 433-466。
2. 何奕萱、許凱翔 (2020),〈論法律解釋、契約解釋與誠信原則的方法論於土地法第 104 條之應用—以最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決為中心〉,《軍法專刊》, 66 卷 1 期, 頁 150-173。
3. 吳珮君 (2014),〈論基地優先購買權之要件及相關問題〉,《銘傳大學法學論叢》, 22 期, 頁 1-38。
4. 吳從周 (2008),〈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。
5. ----- (2013),〈民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類行為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》, 42 卷 4 期, 頁 1203-1332。
6. 林俊廷 (2014),〈違章建築與基地租賃、推定租賃及優先承買權〉,《月旦裁判時報》, 頁 146-170。
7. 林誠二 (2002),〈法律推定租賃關係〉,《台灣本土法學雜誌》, 81 期, 頁 10-11。
8. ----- (2011),〈優先承買權之效力與行使期間—最高法院 99 年度台上字第 1699 號民事判決評釋〉,《月旦裁判時報》, 10 期, 頁 31-38。
9. ----- (2014),〈優先承買權之適用限制〉,《台灣法學雜誌》, 248 期, 頁 109-114。
10. 姚志明 (等著) (2001),〈誠信原則與附隨義務—民法研究會第二十三次學術研討會紀錄〉,《法學叢刊》, 第 184 期。
11. 姜世明 (2017),〈民事訴訟法第 254 條修正條文簡介〉,《月旦法學教室》, 181





- 期，頁 33-38。
12. 張永健(2012)，〈法定通行權之經濟分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 期，頁 1321-1372。
 13. 陳立夫(2015)，〈基地·房屋之優先購買權：土地法第 104 條(上)〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，16 期，頁 23-35。
 14. -----(2015)，〈基地·房屋之優先購買權：土地法第 104 條(下)〉，《台灣法學雜誌》，277 期，頁 99-106。
 15. 陳忠五(1998)，〈法律行為絕對無效與相對無效之區別〉，《國立臺灣大學法學論叢》，27 卷 4 期，頁 157-258。
 16. -----(2012)，〈2011 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷特刊，頁 1439-1499。
 17. -----(2014)，〈權利失效在勞動關係上的適用－最高法院 102 年度台上字第 1732、1766、1932 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 39-50。
 18. -----(2016)，〈2015 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1493-1566。
 19. 曾品傑(2016)，〈民事法類〉，《月旦裁判時報》，46 期，頁 103-118。
 20. 黃健彰(2009)，〈日本民法上的先取特權〉，《財產法暨經濟法》，20 期，頁 1-38。
 21. -----(2012)，〈地上權設定人或土地出租人的法定優先權〉，《月旦民商法雜誌》，頁 55-70。
 22. -----(2015)，〈以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討〉，《財產法暨經濟法》，41 期，頁 1-27。
 23. -----(2015)，〈行使具物權效力不動產優先購買權之法律效果〉，《輔仁法



- 學》，50期，頁41-90。
24. ----- (2015)，〈基地、耕地承租人優先購買權的通知：民法與土地法規的扞格〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷1期，頁163-221。
 25. ----- (2016)，〈土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究〉，《國立中正大學法學集刊》，52期，頁221-258。
 26. ----- (2017)，〈不動產先買權「同樣條件」之研究〉，《中原財經法學》，38期，頁205-273。
 27. ----- (2017)，〈優先購買權爭議問題研究〉，《財產法暨經濟法》，50期，頁1-35。
 28. 楊宏暉 (2011)，〈初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析〉，《財產法暨經濟法》，27期，頁91-140。
 29. 楊松齡 (2008)，〈論耕地承租人優先承買權之行使－簡評最高法院九七年台上字第六七〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，116期，頁163-169。
 30. 楊智守 (2019)，〈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）〉，《司法週刊》，1947期，2-3版。
 31. ----- (2019)，〈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（下）〉，《司法週刊》，1948期，2-3版。
 32. ----- (2019)，〈基地租賃優先承買權之實務問題探討（二）－以法律效果與訴訟主張為中心〉，《司法週刊》，1976期，第2-3版。
 33. 溫豐文 (2015)，〈優先購買權之競合〉，《月旦法學教室》，156期，頁12-14。
 34. ----- (2003)，〈民法第四二五條修正條文評析－論租賃權物權化之範圍〉，《私立東海大學法學研究》，19期，頁195-208。
 35. 劉明生 (2017)，〈訴訟繫屬登記與確定判決之效力〉，《月旦法學教室》，183



期，頁 37-44。

36. 駱永家（1971），〈推定之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，1 卷 1 期，頁 205-223。
37. 謝哲勝（1998），〈論優先購買權〉，《國立中正大學法學叢刊》，1 期，頁 141-162。
38. -----（2012），〈以同一價格行使優先購買權－最高法院九十七年度台上字第一三三九號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，17 期，頁 15-20。
39. 簡資修（2004），〈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〉，《政大法學評論》，78 期，頁 121-148。
40. -----（2015），〈寇斯定理與私法自治〉，《月旦民商法雜誌》，49 期，頁 78-88。

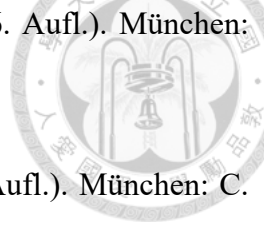
（四） 學位論文


1. 梁鈺府（2015），《違章建築「事實上處分權」之研究》，國立臺灣大學法律學院法律學系研究所碩士論文（未出版），臺北。
2. 陳致睿（2015），《債權物權化之理論重構》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
3. 趙翊淳（2020），《違章建築之民事法問題研究》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。
4. 賴建安（2015），《基地使用關係人優先承買權之研究》，世新大學法學院碩士論文（未出版），臺北。

二、外文文獻（依作者姓氏英文字母順序排列）

（一） 德文

1. Baur, F./Baur, J. F./Stürner, R. (2009). *Sachenrecht* (18. Aufl.). München: C. H. Beck.
2. Blank, H./Börstinghaus, U. P. (2017). *Miete* (5. Aufl.). München: C. H. Beck.

- 
3. Brox, H./Walker, W.-D. (2012). *Allgemeiner Teil des BGB* (36. Aufl.). München: Franz Vahlen.
 4. Brox, H./Walker, W.-D. (2012). *Besonderes Schuldrecht* (36. Aufl.). München: C. H. Beck.
 5. Brückner, C. (2001). Der Grundstückkauf: Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten. In Koller, A., *Der Grundstückkauf*, (2. Aufl., § 10), Bern: Stämpfli Verlag AG.
 6. Böhler, A./Jakob, D. (Hrsg.) (2018). *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Aufl.). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
 7. Gaier, R. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd.8: Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG). München: C. H. Beck.
 8. Geiser, T./Wolf, S. (Hrsg.) (2019). *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (6. Aufl.). Basel: Helbing Lichtenhahn.
 9. Henssler, M./Krüger, W. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd.5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535-630h, BetrKV, HeizkostenV., WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG). München: C. H. Beck.
 10. Honsell, H./ Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.) (2003). *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (2. Aufl.). Basel: Helbing Lichtenhahn.
 11. Looschelders, D. (2014). *Schuldrecht Besonderer Teil* (9. Aufl.). München: Franz Vahlen.
 12. Medicus, D. (2007). *Schuldrecht II Besonderer Teil* (14. Aufl.). München, C. H. Beck.
 13. Medicus, D./Lorenz. S. (2012). *Schuldrecht II Besonderer Teil* (16. Aufl.).

- 
- München: C. H. Beck.
14. Meier-Hayoz, A. (1975). *Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht* (Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Art 680-701 ZGB). Bern: Stämpfli&Cie AG.
 15. Rüegg, J. (2014). *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
 16. Staudinger, J. von (2013). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. (Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480). Berlin: Walter de Gruyter.
 17. Staudinger, J. von (2017). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. (Buch 3. Sachenrecht, ErbbauRG; §§ 1018-1112). Berlin: Walter de Gruyter.
 18. Staudinger, J. von (2018). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. (Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 557-580a). Berlin: Walter de Gruyter.
 19. Stürner, R. (Hrsg.) (2018). *Jauernig Bürgerlichen Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO Kommentar* (17. Aufl.). München: C. H. Beck.
 20. Waldner, W. (2003). *NJW-Schriftenreihe* (69. Aufl.). München: C. H. Beck.
 21. Westermann, H. P. (Hrsg.) (2019). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd.2: Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG). München: C. H. Beck.
 22. Westermann, H. P., Grunewald, B., Maier-Reimer, G. (Hrsg.) (2011). *Erman BGB*

(13 Aufl.). Köln: Dr. Otto Schmidt KG.



(二) 英文

1. Ayres, I. (2005). *Optional law: the structure of legal entitlements*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
2. Bikhchandani, S., Lippman, S. A., & Ryan, R. (2005). On the right-of-first-refusal. *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, 5(1), 1-44.
3. Chang, Y. -C. (2015). Optional law in property: theoretical critiques and a new view of the cathedral. *NYU Journal of Law and Liberty*, 9(2), 459-512.
4. Chiang, Y. M., & Sa-Aadu, J. (2014). Right of first refusal (ROFR) effects in auctions with reserve price: empirical evidence from Taiwanese government land auctions, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409599>.
5. Choi, A. H. (2009). A rent extraction theory of right of first refusal. *The Journal of Industrial Economics*, 57, 252-262.
6. Chouinard, H. (2005). Auctions with and without the right of first refusal and National Park Service concession contracts. *American Journal of Agricultural Economics*, 87(4), 1083-1088.
7. Kahan, M. (1999). An economic analysis of rights of first refusal. *New York University, Center for Law and Business, Working Paper No. 99-009*.
8. Kahan, M., Leshem, S. & Sundaram, R.K. (2012). First-purchase rights: rights of first refusal and rights of first offer. *American Law and Economics Review*, 14(2), 331–371
9. Walker, D. I. (1999). Rethinking rights of first refusal. *Stanford Journal of Law*,

Business Finance, 5(1), 1-58.

