

李淑明

讀一套搞定「財產法」！

「體系書+解題書」

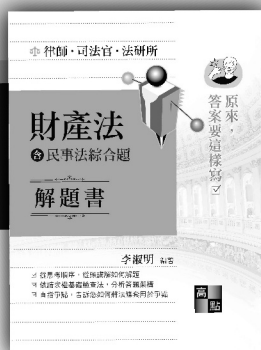


律師
司法官 必備
法研所

(I) 定價680元

(II) 定價680元

- 學習民法的思考步驟，比背熟學說和實務見解還重要！
- 了解民法的邏輯架構，再難的實例題也可以輕鬆作答！
- 思考步驟和邏輯架構，本系列重點整理讓您一覽無遺！



定價680元

搭配「解題書」，
快速提升審題技巧&解題能力！

- 看到落落長的實例題就皺眉頭嗎？本書的審題技巧，一定要會！
- 看到實例題總不知道從何下筆嗎？本書的答題綱要，一定要懂！
- 看到這麼多爭點不知如何取捨嗎？本書的解題技巧，一定要學！

線上試讀、優惠購買，歡迎請至高點網路書店



高點文化事業

publish.get.com.tw



優先承購權

李淑明編著《財產法(Ⅱ) - 侵權行為法・物權法》高點出版



民法小學堂

◆優先承購權

1. 爭議問題：土地法第34條之1第4項規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」而今甲、乙、丙、丁四人共有A地，應有部分各四分之一，甲、乙、丙既未取得丁之同意、亦未通知丁，即將A地出售並移轉第三人戊。試問：甲、乙、丙、戊間之買賣契約與移轉所有權之物權行為，效力如何？丁又該如何主張權利？

2. 焦點直擊：優先承購權，除了民法之外，亦出現在其他特別法，像是土地法及耕地三七五減租條例等；比較麻煩的是，雖然均名之為「優先承購權」，但其法律效力卻不盡相同。在說明其效力之前，有幾個基本概念必須先作整理及說明，這就先從適用之前提要件說起。

(1) 適用前提：土地法第34條之1第4項之適用，固然係以各共有人出賣其應有部分為前提，惟若共有人以過半數同意，依同條第1項規定將「共有物」出賣並移轉所有權予他人，單就每一共有人之應有部分之權利變動觀之，仍是在移轉各共有人自己的應有部分，從而最高法院78年5月23日第12次民事庭決議(一)指出：於此情形，仍有土地法第34條之1第4項之適用。是以，甲、乙、丙以過半數同意將A地（共有物）出售予戊時，即應依土地法第34條之1第4項規定通知丁行使優先承購權。

【最高法院78年5月23日第12次民事庭決議(一)】

民四庭提議：甲、乙、丙三人共有土地一公頃，其應有部分各為三分之一，茲甲、乙二人以其應有部分合計三分之二，依土地法第34條之1第1項將共有土地全部出賣於丁，事前並未通知丙優先承購，丙知悉其事後，是否得依同條第4項向甲、乙、丁主張優先承購權？有子、丑二說：

子說：共有人甲、乙二人依土地法第34條之1第1項，將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第4項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第1項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。

丑說：共有人甲、乙二人係依土地法第34條之1第1項將共有土地全部出賣，並非僅出賣其應有部分，此與同條第4項規定之情形不同，丙不得依該條項規定，主張優先承購之權利。

決議：採子說。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

- (2)排除適用：不過，若共有人係將自己的應有部分出賣予其他共有人中之一人或數人，因為已有簡化共有關係之效，自無再允許其餘共有人主張優先承購權之必要，最高法院72年台抗字第94號判例可供參照。

【最高法院72年台抗字第94號判例】

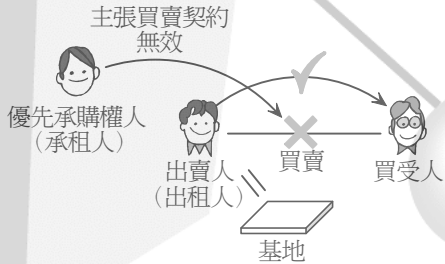
土地法第34條之1第4項規定共有人出賣應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，其立法意旨無非為第三人買受共有人之應有部分時，承認其他共有人享有優先承購權，以限制共有人人數增加，簡化共有關係。若共有人間互為買賣應有部分時，即無上開規定適用之餘地。

- 3.進階爭點－優先承購權之性質：關於「優先承購權」之性質，筆者已於本書的姐妹作－財產法（I），【第二樂章 第四部 步驟2.1】有所說明，務請複習一下。固然那兒所介紹的是民法第426條之2所定優先承購權，不過，單就優先承購權之性質而言，與土地法第34條之1第4項所定者並無不同，同樣有兩種不同看法，茲簡要整理如下：
- (1)請求權說：優先承購權人應先向其他共有人「請求」訂立買賣契約，待雙方意思表示一致之後，買賣契約始告有效成立。不過，有意出賣共有物之共有人負有承諾義務，縱其不願表示承諾，優先承購權人得以訴請求，至遲於判決確定時即可認共有人已為承諾之意思表示（強執§130）。
- (2)形成權說：優先承購權人只須向其他共有人表示願以同一價格優先承購，於該意思表示到達其他共有人時，買賣契約即已成立，不待其為承諾之意思表示。
- (3)小結：兩相比較可知，「形成權說」對於優先承購權人提供較為周到的保護，而且更能達到民法賦予優先承購權之目的。
- 4.進階爭點－優先承購權之效力：民法、土地法及其他特別法所定優先承購權之效力，不盡相同，茲表列整理如下。

債權效力	
法規內容	解說
土地法§34之1IV－債權效力： 「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」	(1)本條所定優先承購權僅具有「債權」效力，意指該權利僅在特定當事人間產生效力，無從對第三人主張。土地法第34條之1執行要點第11點第5款亦設有明文：「本法條之優先購買權係屬債權性質，出賣人違反此項義務將其應有部分之所有權出售與他人，並已為土地權利變更登記時，他共有人認為受有損害者，得依法向該共有人請求損害賠償。」 (2)依此，若共有人甲、乙、丙未通知丁即逕與第三人戊訂立買賣契約，而且進一步將共有物移轉登記予戊，戊仍可有效取得A地所有權，優先承購權人丁無從向戊主張任何權利；丁只能回頭來，對甲、乙、丙等請求損害賠償。至於丁對甲、乙、丙之請求權基礎為何？請見後述6.的分析。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

債權效力	
法規內容	解說
民 § 426之2—物權效力：「租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權，承租人出賣房屋時，基地所有人有依同樣條件優先承買之權。（Ⅰ）前項情形，出賣人應將出賣條件以書面通知優先承買權人。優先承買權人於通知達到後十日內未以書面表示承買者，視為放棄。（Ⅱ）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。（Ⅲ）」	(1)本條規定，不論是土地出租人出賣基地，或承租人出賣其所有之房屋，均有適用。 (2)關於本條第3項所定「不得對抗優先承買權人」之意義與效力，詳已見於本書的姐妹作—財產法（Ⅰ），【第二樂章 第四部 步驟2.1】，請自行參見，於茲不再重述。
土地法 § 104—物權效力：「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。（Ⅰ）前項優先購買權人，於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先權視為放棄。出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人。（Ⅱ）」	(1)本條之適用，以土地所有人出賣基地為前提。 (2)本條第2項所謂「其契約不得對抗優先購買權人」，其中「契約」二字係指買賣契約而言；「不得對抗」乃「相對無效」之意。依此，買賣契約不得對抗優先承購權人，意指優先承購權人得主張：該買賣契約之於優先承購權人而言，係屬無效。 
土地法 § 107—物權效力：「出租人出賣或出典耕地時，承租人有依同樣條件優先承買或承典之權。（Ⅰ）第104條第2項之規定，於前項承買或承典準用之。（Ⅱ）」	(3)是以，以地上權為例，雖然土地所有權人已將土地所有權出賣並移轉予買受人，但地上權人（優先承購權人）得主張該買賣契約無效，因此買受人取得土地所有權即無法律上原因，構成不當得利，買受人對出賣人（土地所有權人）負有不當得利返還責任。若出賣人怠於向買受人請求塗銷登記，地上權人（優先承購權人）得以債權人之地位，代位行使之。 (4)儘管須透過代位權之行使，輾轉地向買受人主張權利，但最終仍可達到請求買受人塗銷登記，使得系爭土地所有權回復予原所有權人之目的，其效力與民法第426條之2所定具有物權效力之優先承購權相同。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

債權效力	
法規內容	解說
耕地三七五減租條例 § 15：一物權效力「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。（Ⅰ）出租人因無人承買或受典而再行貶價出賣或出典時，仍應照前項規定辦理。（Ⅱ）出租人違反前二項規定而與第三人訂立契約者，其契約不得對抗承租人。（Ⅲ）」	(1) 最高法院曾於49年台上字第2358號判例表示，本條項所稱「契約」，應指「以買賣為原因而成立之物權移轉行為」，也就是係指「物權契約」而言。 如此解釋之原因，想必是為了使承租人可以同時主張出賣人與買受人間之「買賣契約」及「移轉所有權之物權行為」，均屬無效，承租人即可直接請求買受人塗銷所有權登記，使系爭土地所有權回復予原所有權人；之後，承租人即可請求所有人依買賣契約移轉登記耕地所有權。 (2) 學者王澤鑑老師則認為，最高法院的解釋，雖有其必要性，但顯然不符法條文義。為了避免如此迂迴解釋，宜將上開條文中的「契約」加以修改，以茲明確。¹

5. 進階爭點—債權效力vs.物權效力：看了上述說明可知，不僅共有人享有優先承購權，土地承租人、地上權人、典權人亦同樣享有優先承購權，而且有的僅具債權效力、有的則具有物權效力。那麼，假設共有土地已出租予他人，當共有人中之一人欲出賣其應有部分時，其他共有人與承租人均有意購買時，究竟該如何決定最後誰能勝出呢？最高法院68年4月17日第5次民事庭決議^(三)表示：承租人依土地法第104條所享有之優先承購權，因具有物權效力，自當優先於僅具債權效力之共有人之優先承購權。

【最高法院68年4月17日第5次民事庭決議^(三)】

民四庭提議：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？有甲、乙兩說：

甲說：土地法第104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，以簡單化法律關係。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牴觸。

乙說：土地法第104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

¹ 王澤鑑著，共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合，民法學說與判例研究^(三)，頁322、323，自刊，2009年12月版。

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104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34條之1第4項所規定之他共有人優先承購權。

決議：採乙說。

6. 進階爭點一大法庭裁定見解：共有人之優先承購權的相關問題，在最高法院大法庭作成109年台上大字第2169號裁定之後，又再掀起一陣熱議。茲依前述1.的設例，解析大法庭的見解。

- (1) 適用前提：共有人甲、乙、丙等以過半數同意出售共有物，究其實際，實是各共有人出賣其應有部分，故不表同意之共有人丁自可依土地法第34條之1第4項規定行使優先承購權。這個觀點實為前已提及之最高法院78年5月23日第12次民事庭決議(一)見解的重申。
- (2) 債權效力：土地法第34條之1第4項所定優先承購權，僅具有債權效力，一旦共有人甲等以過半數同意即逕將共有物出賣並移轉所有權予買受人，丁不得逕向買受人主張買賣契約無效而請求塗銷所有權移轉登記。
- (3) 喪失共有人身分，即已無優先承購權可茲行使：共有人甲等依過半數同意將共有物出賣並移轉所有權予買受人後，全體共有人均已失共有人的身分，不表同意且未受通知之其他共有人丁亦因不再具有共有人之身分，而無優先承購權可茲行使。因丁未受通知而未能及時行使優先承購權，那麼，其與出賣、處分共有物之共有人甲、乙、丙之間，自未因優先承購權的行使而有買賣契約之成立。因為沒有買賣契約之成立，丁自無從主張依給付不能之規定而請求甲、乙、丙賠償其損害。
- (4) 小結：甲等三人未通知丁行使優先承購權，如該當侵權行為之構成要件，丁自可依侵權行為法之規範請求損害賠償；惟不得主張依給付不能之法律關係請求債務不履行之損害賠償。

7. 進階爭點一學者評析：最高法院109年台上大字第2169號裁定見解引發許多討論，學者批評聲不絕，茲歸納整理如下。²

- (1) 如於出賣前已通知丁，並經丁行使優先承購權：倘若甲等三人於出賣共有物之前，不但通知丁，且丁依法行使優先承購權，依「形成權說」，當丁行使優先承購權之意思表示到達甲等三人時，買賣契約即已成立。於此前提下，甲等三人卻與他人訂立買賣

2 陳忠五著，多數共有人未通知少數共有人行使優先承買權而處分共有土地之契約責任，頁159～167，台灣法律人第4期，2021年10月。顏佑紘著，論優先承買權人對移轉應有部分與原買受人之共有人得否依契約責任之規定請求損害賠償，頁117～140，台灣法律人第3期，2021年9月。

此外，有學者部分提出另一種見解。首先，大法庭採取「請求權說」，在喪失共有人身分及甲等三人沒有訂約意願的前提下，丁與甲等三人之間確實沒有買賣契約之成立。惟於共有人間之內部關係，可認甲等三人係為自己的利益而處分丁之應有部分，構成不適法（或不法）無因管理，丁得準用適法無因管理之規範，如：以甲等三人違反民法第173條之通知義務，請求賠償因此所受損害。請參見吳從周、何奕萱合著，民事大法庭裁定選評之三：「共有人出賣共有物違反優先承購權通知義務」案，頁29～43，月旦裁判時報第119期，2022年5月。

版權所有，重製必究！

契約，且將共有物移轉登記予買受人，此種情形即相當於「一物二賣」，甲等三人因而對丁陷於嗣後給付不能，從而丁得依民法第226條請求債務不履行之損害賠償。

- (2)如於出賣前未通知丁，丁亦未行使優先承購權：本則大法庭裁定的案例事實是屬於這種情形，亦即甲等三人並未通知丁，所以，丁還未來得及行使優先承購權，甲等三人即已將共有物出賣並移轉所有權予他人。大法庭認為：依土地法第34條之1第4項的文義，不論是行使優先承購權之人或其相對人，均以「共有人」為限；然而，在甲等三人已將「共有物」之所有權移轉予第三人後，甲、乙、丙、丁等人都已經不是共有人了，丁不再享有優先承購權。

①大法庭之所以採此見解，可能與實務上就優先承購權之性質採取「請求權說」有關。依前述3.的說明，儘管學者多採「形成權說」，但實務上不乏採「請求權說」者。再加上大法庭以為：在共有物移轉登記予他人之後，丁已喪失共有人身分，自不再享有優先承購權，更無從依此向甲等共有人「請求」訂立買賣契約。既然無買賣契約之成立，丁當然沒有債務不履行損害賠償請求權可茲主張。

②由上述分析可知，大法庭見解所由出的關鍵是～於共有物移轉登記予他人後，共有人因而喪失共有人的身分，連同地一併喪失優先承購權。惟權利的喪失，除了拋棄及其他法定原因（如：經債務人催告而不行使，民法第257條規定即屬適例）外，不會因為標的物之權利變動或其他共有人之任意行為而喪失。且如認一旦甲等三人將共有物移轉登記予他人，丁之優先承購權即因而喪失，何以丁仍得以甲等三人侵害其優先承購權為由而請求損害賠償？如此立論豈不有前後矛盾之處？

③再者，依大法庭見解，只要甲等三人不通知丁即將共有物已經移轉予買受人，因為丁未能行使優先承購權，甲等三人即可規避契約責任，那麼，土地法第34條之1第4項以優先承購權保障不表同意之共有人權益的立法目的，勢必難以達成！

- (3)本案法律關係分析：綜上，甲等三人違反通知義務即將共有物出賣並移轉登記予戊，當事人間之法律關係應如下所示：

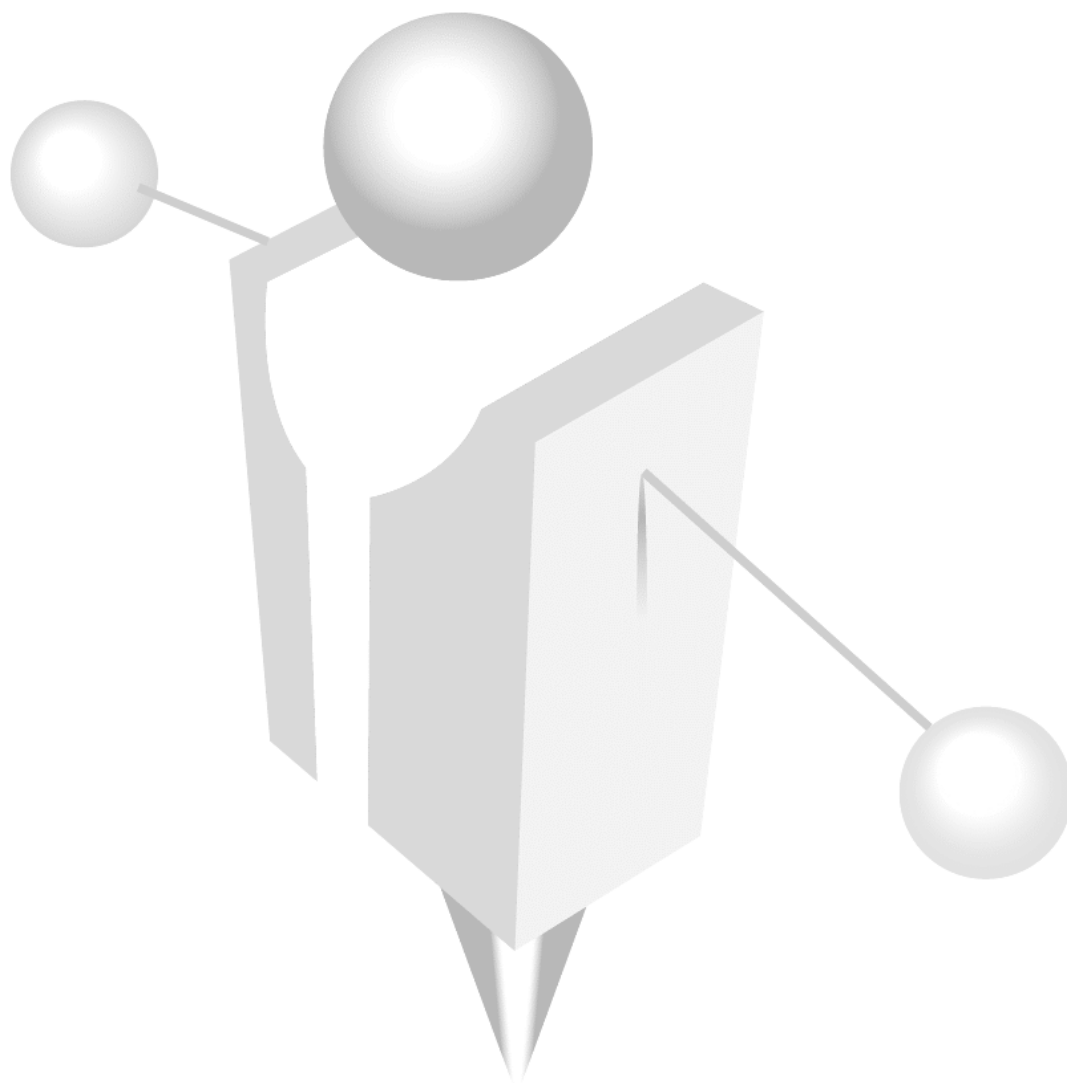
①土地法第34條之1第4項所定優先承購權僅具有債權性質，再加上依同條第1項規定，共有人本得以過半數同意處分共有物，故而不但甲、乙、丙與戊之買賣契約可以有效成立，戊亦得依有效的物權行為取得共有物所有權。

②不表同意、且未受通知之共有人丁，其優先承購權不因為共有物已移轉予戊，丁喪失共有人之身分而受影響。因此，丁於得知後，不論該共有物是否已經移轉予買受人，仍得依土地法第34條之1第4項規定行使優先承購權。

③依形成權說，丁行使優先承購權之意思表示到達甲等三人時，買賣契約即為成立。縱採請求權說，甲等三人有為「承諾」之義務，因而至遲於判決確定時（強執§130），可認甲等三人已為承諾之意思表示，買賣契約因而有效成立。

④惟於丁行使優先承購權而與甲等三人成立買賣契約「之前」，甲等三人不但與戊訂立買賣契約、且已將共有物移轉登記予戊；之後，丁方行使優先承購權而與甲等三人成立買賣契約，則該買賣契約之標的物乃戊所有，此乃「買賣他人之物」之契約，該買賣契約即帶有「自始主觀給付不能」之情事。又，「自始主觀給付不能」乃典型

的民法第349條所定之權利瑕疵，本書的姐妹作—財產法（I），【第一樂章 第二部 步驟4.1】有詳細說明，務請參照。綜上，丁得依民法第353條準用關於給付不能（民§226）之規定，請求甲等三人賠償其損害。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！