優先承買權之通知與確認優先承買權不存在之確認利益

——兼評最高法院109年度台上字第203號民事判決

下

文／顏世傑

（文接上期）

（二）買受人為共有人之一時

依執行要點第 11 點第 9 款規定及立法理由，其他共有人即無依同一價格共同或單獨優先承購之權（未取得優先承買權）。是出賣應有部分之共有人，或執行法院並無須通知其他共有人是否行使優先承買權。若其他共有人對於拍定人之共有人身分予以否認，本即有確認利益，而得對該拍定人提起確認優先承買權不存在之訴訟。縱使執行法院誤發優先承買權之通知予其他共有人，共有人逾期未表示意見，亦不能因此認為視為放棄優先承買權，而無確認利益，不得提起確認優先承買權不存在之訴訟。嗣後若確認優先承買權不存在之訴訟判決其他共有人勝訴確定，則拍定人僅係一般拍定人之身分，依前開規定，其他共有人即有優先承買權。斯時出賣應有部分之共有人、執行法院即應依執行要點第 11 點第 1 款，或注意事項第 44 點第 1 款規定，通知共有人於收受通知後 15 日內表示是否行使優先承買權。共有人接獲通知後，逾期未表示或未合法行使者，始視為放棄優先承買權。

三、執行要點第 11 點第 6 款

該款規定：「本法條之優先購買權與土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定之優先購買權競合時，應優先適用土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定。但與民法物權編施行法第 8 條之 5 第 5 項規定之優先購買權競合時，優先適用本法條之優先購買權」。

是在共有人出賣其應有部分或是由執行法院強制執行拍賣債務人之應有部分，發生優先承買權競合時：

（一）買受人或拍定人為一般人（即非共有人，亦非土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項所規定之優先購買權人）時

雖因上開規定，優先適用土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項之規定，惟因法律並未規定僅須通知依土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項所規定之優先承買權人（下稱優先適用者），而毋庸通知共有人（下稱非優先適用者）。是出賣應有部分之共有人或執行法院，仍須分別通知優先適用者、非優先適用者，於期限內是否行使優先承買權[13]。若於期限內均表示行使優先承買權，僅優先適用土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項之規定。

雖優先承買權之性質屬形成權，經有優先承買權人為優先承買權行使之表示者，以該表示之通知到達為出賣之共有人或執行法院時發生效力，惟在此競合情形，縱使非優先適用者之意思表示先行到達，而優先適用者後到達，仍以依土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項有優先承買權者優先發生效力。此時若非優先適用者否認優先適用者之優先承買權資格，欲提起確認優先承買權不存在之訴訟，是否須先合法行使優先承買權或未視為放棄優先承買權，被認為有確認利益後，始得為之？

因出賣應有部分之共有人、執行法院通知行使優先承買權，優先適用者及非優先適用者等所欲主張優先承買權之對象為不具共有人身分之買受人或拍定人，故兩者均必須合法行使優先承買權或未被視為放棄優先承買權始可，否則渠等經通知後，未合法行使或已被視為放棄而不欲行使優先承買權，事後即無再加以保護之必要。

若兩者均合法行使優先承買權，即有何者更優先適用之比較，此時應優先適用依土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定有優先承買權者。而若非優先適用者否認優先適用者之優先承買權資格，欲提起確認優先承買權不存在之訴訟，該非優先適用者即須先合法行使優先承買權或未視為放棄優先承買權時，始被認為有確認利益。

（二）買受人或拍定人為共有人（即非優先適用者）時

出賣應有部分之共有人或執行法院，仍須通知優先適用者，於期限內是否行使優先承買權：

1. 若優先適用者，未合法行使或逾期未表示意見，視為放棄優先承買權，該應有部分即由拍定人即共有人買受，且依執行要點第 11 點第 9 款之規定，出賣應有部分之共有人或執行法院，無須再行通知其他共有人是否行使優先承買權。

其他共有人若否認該買受人或拍定人為共有人之優先承買權資格，自得對其提起確認優先承買權不存在之訴訟，無所謂須合法行使優先承買權或未視為放棄優先承買權，始有確認利益之問題。若該買受人或拍定人為共有人之優先承買權資格經判決否定，則其僅屬一般拍定人而已，出賣應有部分之共有人、執行法院即應依執行要點第 11 點第 1 款、或注意事項第 44 點第 1 款規定，通知共有人於收受通知後 15 日內表示是否行使優先承買權。共有人接獲通知後，逾期未表示或未合法行使者，始視為放棄優先承買權。

2. 若優先適用者於期限內表示行使優先承買權，而具共有人身分之買受人或拍定人，對於優先適用者之優先承買權資格予以否認，即得對之提起確認優先承買權不存在之訴訟。此時並無須先合法行使優先承買權或未視為放棄優先承買權，經被認有確認利益後始得為之的問題。

至於其他共有人對優先適用者之優先承買權資格予以否認，提起確認優先承買權不存在之訴訟，亦無須先合法行使優先承買權或未視為放棄優先承買權，經被認有確認利益後始得為之的問題。蓋出賣應有部分之共有人或執行法院，並未通知渠等限期行使優先承買權。

（三）買受人或拍定人為優先適用者時（此同最高法院 109 年度台上字第 203 號判決之案例事實，詳後述）

因優先適用結果，出賣應有部分之共有人或執行法院，無須再行通知其他共有人於期限內是否行使優先承買權。又出賣應有部分之共有人或執行法院，並未通知共有人是否行使優先承買權，自無所謂須合法行使優先承買權，或未有逾期表示意見，被視為放棄優先承買權之問題。

況且，就實體權利之歸屬既存有爭議，亦即優先適用者是否確實具有土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定之優先承買權資格，出賣之共有人或執行法院並無審認之權利，本即應由審判法院為實體審認。而正因主張優先承買權應優先適用者之法律關係存否不明確，致非優先適用者之優先承買權地位有受侵害之危險，且此項危險得以對主張優先適用者之確認判決除去之，本即有確認利益。故非優先適用者根本無須合法行使優先承買權或未被視為放棄時，始能認為有提起確認優先承買權不存在訴訟之確認利益。

再者，因優先適用者買受或拍定在先，而無須通知非優先適用者，縱使執行法院曾將拍定人於拍定後主張有優先承買權之書狀繕本且其上載明優先承買該應有部分之條件、價格等資料，由其聲明行使優先承買權之訊息轉知予其他共有人知悉，亦難認係執行法院所為是否行使優先承買權之通知[14]。抑且優先承買權之通知，須就「出賣人」將得以同樣（相同）出賣條件（如買賣標的、範圍、價金、付款、瑕疵擔保等是）（同一價格）優先購買之情事，對優先承買權人為通知之意，有如前述，是執行法院將書狀轉知，尚不得謂符合優先承買權之通知。

若共有人否認拍定人優先承買權之資格，自有確認利益，而得對該拍定人提起確認優先承買權不存在之訴

（文轉三版）

註釋

13 參酌民法第 824 條第 7 項規定及立法理由、土地法第 34 條之 1 執行要點第 11 點第 9 款規定及立法理由，或可認為因有競合關係，出賣人或執行法院，僅須通知土地法第 104 條、第 107 條或民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定之優先適用者，毋庸通知共有人，惟此有待實務見解予以支持。

14 最高法院 103 年度台上字第 2477 號民事判決意旨「惟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。又所謂通知，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。」參照。

15 最高法院 109 年度台上字第 203 號民事判決，一、二審均認定該主張優先適用者，並無事實上處分權，無優先承買權，而被判決敗訴。

16 最高法院 109 年度台上字第 203 號民事判決，將原判決廢棄發回原審法院後，即為臺灣高等法院臺中分院 109 年度上更一字第 10 號民事判決（110 年 8 月 18 日，依發回意旨，仍認無確認利益），再經最高法院 111 年度台上字第 231 號調解成立「共有人確認（同意）拍定人就系爭執行事件之優先承買權存在。」。該案之共有人僅所有共有人之一，上開調解結果，依本文所述，是否會影響因該案判決確定而始得主張優先承買權之人（其他共有人）的權益，有待商榷。

JUDICIAL
司法
徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

梁宏哲法官主講 如何避免裁判違法被非常上訴

為精進法官審判品質及效能，避免落入非常上訴之風險，臺灣高等法院臺南分院日前邀請最高法院梁宏哲法官以「如何避免裁判違法被非常上訴 — 以可歸責於第二審法官之案例為中心」為題進行專題演講。由臺南高分院黃瑞華院長主持，該院及轄區地院司法同仁計約 70 人熱烈參與。

梁法官首先指出事實審造成非常上訴之常見原因計有：累犯有無之認定有誤、應否受理訴訟之認定不當、定刑逾越內部或外部上限、易服勞役以 1 年比例折算有誤等，尤以累犯宣告違誤占非常上訴撤銷主要原因 42.34% 居冠，故建議法官對於收案較久之案件，審結撰寫判決時，應再查調一次前科表，以確保裁判結果之正確性。

隨後，梁法官舉最高法院實務案例就被非常上訴之違誤態樣進行重點說明：

⑴ 109 年度台非字第 90 號刑事判決：依兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 點，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第 47 條規定判斷是否為累犯時，不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件，自不生累犯問題。

⑵ 111 年度台非字第 3 號、第 12 號、第 37 號刑事判決：主文所載刑度有文字脫漏或錯誤之情形，如逕以裁定加以更正，顯然足以影響該部分判決之本旨，自屬違法。脫漏部分，係屬法院漏未裁判而應補充判決之問題。錯誤部分，為維持被告之審級利益，應將原判決及原更正裁定均撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

⑶為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，新增訂之刑事訴訟法第 348 條第 3 項規定，上訴得明示僅就判決之刑一部為之，則其「論罪」與「科刑」即屬可分之立法，此乃上訴不可分原則之例外規定。上訴審如對犯罪事實（論罪）部分併為審判，該部分即有未受請求之事項予以判決（即訴外裁判）之違背法令。

⑷ 僅對「刑」或「定執行刑」提出之一部上訴撤銷改判時，主文第 1 項之諭知方式應為「原判決關於… 所宣告之『刑』或『應執行刑』部分，撤銷」方為正確。梁法官並分享其避免發生刑度記載錯誤的小秘訣，乃是養成判決書數字只出現一次的習慣，例如：主文已記載刑度，最後以「量處『如主文』所示之刑」論結即可。

梁法官續以最高法院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 489 號裁定闡述定應執行刑須掌握「一原則（雙核心）、二旁論、三例外」之概念：

⑴ 一原則：即「一事不再理、禁止雙重危險」之審判雙核心觀念。除從實施刑事執行程序之法官、檢察官的「官本位」角度檢視，注意定應執行案件有無違反恤刑目的而應再予受理之例外情形，以提升受刑人對刑罰執行程序之信賴外，更要從受刑人「民本位」之視角觀察，踐行正當法律程序，避免受刑人因定應執行刑反遭雙重危險之更不利地位。

⑵ 二旁論：除顯無必要或有急迫情形外，法院於裁定前，允宜予受刑人以言詞、書面或其他適當方式答辯，以「保障陳述意見機會」；若案件顯然應另重定應執行刑時，「審理中可不定刑」。但梁法官認為參與審理、判決個案之法官，對如何酌定應執行刑較為瞭解，原則上仍予定刑為佳。

⑶ 三例外：數罪併罰案件之實體裁定確定後，即生實質確定力，原則上法院不得就已經定應執行刑確定之各罪全部或部分重複定應執行刑，惟若「增加可合併他罪」、「原裁判基礎動搖」、「責罰顯不相當之極重要公共利益」而有另定執行刑之必要，則屬例外情形。

⑷ 梁法官表示，不同法官或不同案件之定應執行刑差距甚大，當法官遇到瓶頸時，不妨參酌累進處遇標準，立於民本位之立場，或許可給予被告更妥適的定刑。

最後，梁法官引用美國大法官布蘭迪斯所言「法律規則被確定下來，比被正確的確定下來，更形重要」，強調相關爭點若已經下級審充分辯論，終審法院應儘早定紛止爭，以達成法安定性之誡命；法官審理案件如認確定見解有誤，可於判決論述自身看法，透過審級或大法庭制度提出挑戰，促使我國民主法治不斷地進步。

（本文由臺灣高等法院臺南分院提供）

（文接二版）

訟。嗣共有人獲得勝訴判決確定，否認拍定人優先承買權之資格，則拍定人僅屬一般之拍定人，執行法院自應依注意事項第 44 點第 1 款規定，通知共有人於收受通知後 15 日內表示是否行使優先承買權。共有人接獲通知後，逾期未表示者，始視為放棄優先承買權。

由是更足認共有人對優先適用者提起確認之訴訟之確認利益，尚難認為執行法院將陳報狀轉知予其他共有人，而其他共有人逾期未表示意見，業已視為放棄優先承買權，其所提起之確認優先承買不存在之訴訟，已無確認利益為由，而予以駁回。

肆 最高法院109年度台上字第203號判決

一、案件事實

執行法院拍賣共有土地之應有部分，而該土地上有未辦保存登記之建物，拍定人主張因其對未辦保存登記之建物有事實上處分權，所以就上開土地有法定租賃權存在，依民法第 425 條之 1 第 1 項、第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條第 1 項、民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項規定，其就上開土地應有部分有優先承買權，且以書狀向執行法院為陳報其主張之事實及證據，執行法院將該陳報狀轉知予上開土地之其他共有人知悉。

共有人收受陳報狀後，隨即對拍定人提起確認優先承買權不存在之訴訟，一審判決共有人勝訴，拍定人提起上訴，殆至二審時共有人始以書狀表示行使優先承買權，嗣二審仍判決共有人勝訴，拍定人提起第三審上訴，其中上訴理由指稱共有人曾受執行法院將其陳報書狀之轉知後，逾期未以拍定之同一價格合法行使優先承購權，視為放棄該優先承買權，即無受確認判決之法律上利益。

二、判決之見解

按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，土地法第 34 條之 1 第 4 項定有明文。而徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土地法第 104 條第 2 項規定，即他共有人於接到出賣通知後 10 日內不表示者，其優先購買權視為放棄；且優先購買權之性質屬形成權，他共有人以書面為優先購買權行使之表示者，以該表示之通知到達為處分之共有人時發生效力。又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，辦理強制執行事件應行注意事項第 44 點第 1 款定有明文。而強制執行法之拍賣為買賣之一種，即拍定人為買受人，以執行法院代替債務人立於出賣人之地位為出賣，關於買賣條件之通知或行使優先購買權之意思，亦可由執行法院代為或代受，並據為優先購買權是否合法行使或視為放棄之判斷。查兩造所主張不同法律規定之優先購買權，依 106 年 12 月 1 日修正前土地法第 34 條之 1 執行要點第 10 點第 7 項規定，以上訴人所主張者優先適用，如被上訴人之優先承購權未合法行使或視為放棄，其提起本件訴訟，即無受確認判決之法律上利益。

伍 本文之看法—代結語

最高法院 109 年度台上字第 203 號民事判決案例事實，係在拍賣土地應有部分，發生優先承買權競合之情形，因拍定人依其主張即為優先適用者，執行法院不再通知非優先適用者之情形下，認為非優先適用者（共有人）欲對優先適用者（拍定人主張其為具有民法第 425 條之 1 第 1 項、第 426 條之 2 第 1 項、土地法第 104 條、民法物權編施行法第 8 條之 5 第 3 項所規定之優先承買權），提起確認優先承買權不存在訴訟，必先合法行使優先承買權或未有視為放棄，始得提起，否則即無確認利益。似已將優先適用者主張之優先承買權之事實，未經實體審認下，而直接認為真實[15]，反要求非優先適用者，須先合法行使優先承買權或未有視為放棄優先承買權，具有確認利益後，始得對主張優先適用者提起確認優先承買權不存在之訴訟，概念上容有違誤。

再以，執行法院對於主張優先適用者是否確實具有優先承買權，並無實體認定權，僅能依其主張之事實及證據為形式上認定，而在此優先承買權競合之情形下，因主張優先適用者即為拍定人，執行法院即未再通知非優先適用者，得以同一價格行使優先承買權，僅是將主張優先適用者之書狀轉知予非優先適用者，根本未符合優先承買權之通知方式，非優先適用者收受後，並無義務於期限內為優先承買之表示，自不得以其未為表示而認為非優先適用者已視為放棄優先承買權。斯時應認非優先適用者（即共有人）對於優先適用者（即拍定人）所提確認優先承買權不存在訴訟，當然有確認利益[16]。

（作者為台中地院庭長）

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。
二、作品如以偵查中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
三、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加註說明。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。