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—

文／楊智守

下

（承接上期）

四、未為拋棄或視為拋棄

基地租賃優先承買權，既為權利，即得拋棄，惟其拋棄可分為意定拋棄與擬制拋棄。

（一）**意定拋棄**，係指基地承租人明示或默示表示拋棄該優先承買權之情形，早期見解有認為房屋所有人於知悉基地買賣情事後，仍給付租金給買受人，屬於已默示表示拋棄優先購買權，仍生權利拋棄之效力，不得再為主張[42]。近來則認為承租人放棄優先承買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之。倘僅知出賣之事實，不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先承買權之可言，遽以房屋所有人於土地買賣時在場即有默示放棄優先承買權，自嫌率斷[43]。

然而，本文認為優先承買權之意定拋棄與擬制拋棄之不同，即在於前者係優先承買權人積極為意思表示，只須認識到自己有此優先承買權而仍為拋棄不行使之表示即可；後者則係受通知而於 10 日內未為應買之表示，故法定擬制拋棄，是要以符合法定要件為必要。至於知悉買賣條件，係擬制拋棄之法定要件，並非意定拋棄之前提。換言之，優先承買權人尚不知悉買賣條件時，但確知自己有優先承買權時，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，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，僅應謹慎認定承買權人為默示拋棄之情況。

（二）**擬制拋棄**，係指優先承買權人依土地法第 104 條第 2 項或民法第 426 條之 2 第 2 項之規定，受通知而未表示承買者，視為放棄。

1. 土地法第 104 條第 2 項未有如民法第 426 條之 2 第 2 項所要求須「用書面」為通知及行使優先承買權之一定方式，因此造成適用問題，以權利競合的學說理論[44]為基礎，觀察最高法院判決見解（如附表二所示），堪認並未採法條競合說【依土地法為民法之特別法[45]— 特別法優於普通法之原則[46]，或依增列在後之民法— 後法優於前法之原則[47]】，或請求權相互影響說【土地法第 104 條第 2 項規定並未因而限制以書面為一定方式[48]】，至於究採請求權自由競合說【二權利基礎各別成立、拋棄】，或請求權規範競合說【單一權利基礎僅雙層權利依據互補】，以法院僅針對當事人有所主張之法律依據予以闡釋運用，並未及於他規定之情形而言，應認採請求權自由競合說。

（文轉三版）

表二　當事人主張及最高法院裁判闡述優先承買權之對照表

編號	最高法院裁判案號	當事人主張法條	法院援引闡述	備註
1	106 台上 1268 號	民 §426-2 Ⅰ、土 §104 Ⅰ	左二法條都援用	
2	105 台上 1168 號	同上	同上，無關擬制拋棄	
3	103 台上 2188 號	同上	同上，無關擬制拋棄	
4	103 台上 2477 號	同上	以土地法內容為底 +「民法第 426 條之 2 第 2 項更規定，該通知應以書面為之。」	送達判決書的通知性質
5	103 台抗 54 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ	法定地上權
6	102 台上 1150 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 有輾轉移轉登記於 89/5/5 後	
7	101 台上 841 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 買賣於 89/5/5 後移轉	答辯狀的送達通知性質
8	101 台上 1716 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 買賣於 89/5/5 後移轉	
9	101 台上 1643 號	民 §426-2 Ⅰ、土 §104 Ⅰ	符合土地法第 104 條或民法第 426 條之 2 規定者，有優先購買權（無關擬制拋棄）	原審所認於法並無不合
10	101 台上 1163 號	以土 §104 主張不得以取得土地所有權予以對抗	引土 §104 Ⅱ之內容，說明民 §426-2 及土 §104 分別定有明文 買賣於 89/5/5 後移轉	租約繼承攸關受通知對象
11	100 台上 2019 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 有輾轉移轉登記於 89/5/5 後	
12	100 台上 1586 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 買賣契約於 89/5/5 前 89/5/5 後主張優先承買權	
13	100 台上 1582 號	土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 買賣契約於 89/5/5 前 89/5/5 後主張優先承買權	
14	100 台上 38 號	以土 §104 主張不得以取得土地所有權予以對抗	土 §104 89/5/5 後拍定	通知拍賣但非通知拍定
15	99 台上 1699 號	民 §426-2 Ⅰ、土 §104 Ⅰ	分別引用左二條文內容而說明通知義務人	
16	96 台上 251 號	民 §426-2 Ⅰ、土 §104 Ⅰ	土 §104 Ⅰ 買賣於 89/5/5 後移轉	
17	91 台上 1301 號	買賣、移轉、起訴均於 89/5/5 前，故僅有土 §104 之引用闡述		
18	86 台上 669 號			
19	86 台上 371 號			
20	85 台上 2118 號			

註釋

42 最高法院 86 年度台上字第 3710 號判決。

43 最高法院 96 年度台上字第 251 號判決。

44 權利競合之學說理論，不僅限於契約責任與侵權責任之競合，即在其他權利之競合，亦有其適用。見林大洋（2009），〈權利競合之法律兼論高院暨所屬法院 97 年度法律座談會民事類第 2 號提案（上）〉，《司法周刊》1452 期 2 版。

45 最高法院 95 年度台抗字第 334 號、87 年度台上字第 2475 號、86 年度台上字第 2258 號等裁判要旨。

46 最高法院 51 年台上字第 1288 號判例意旨。

47 如臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會民事類提案第 6 號關於夫妻離婚後之子女姓氏變更事件，應適用特別法的姓名條例，或修正在後的民法第 1059 條第 5 項規定，審查意見採後法優於前法原則，但該提案嗣經表決保留。

48 最高法院 91 年度台上字第 1301 號判決闡述土地法第 104 條之規定，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。此亦與最高行政法院 72 年度判字第 1297 號判決所述「土地法第 104 條第 2 項所稱通知，並無一定之程式，非必須具有書面」相合，於民法第 426 條之 2 增訂生效後，亦未見最高法院改變見解。

49 最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決。

法源法
www.lawba
創造最高典藏與行銷價值
權利金回
TEL:02-2
我們開課
LA

（文接二版）

2. 擬制拋棄的要件：

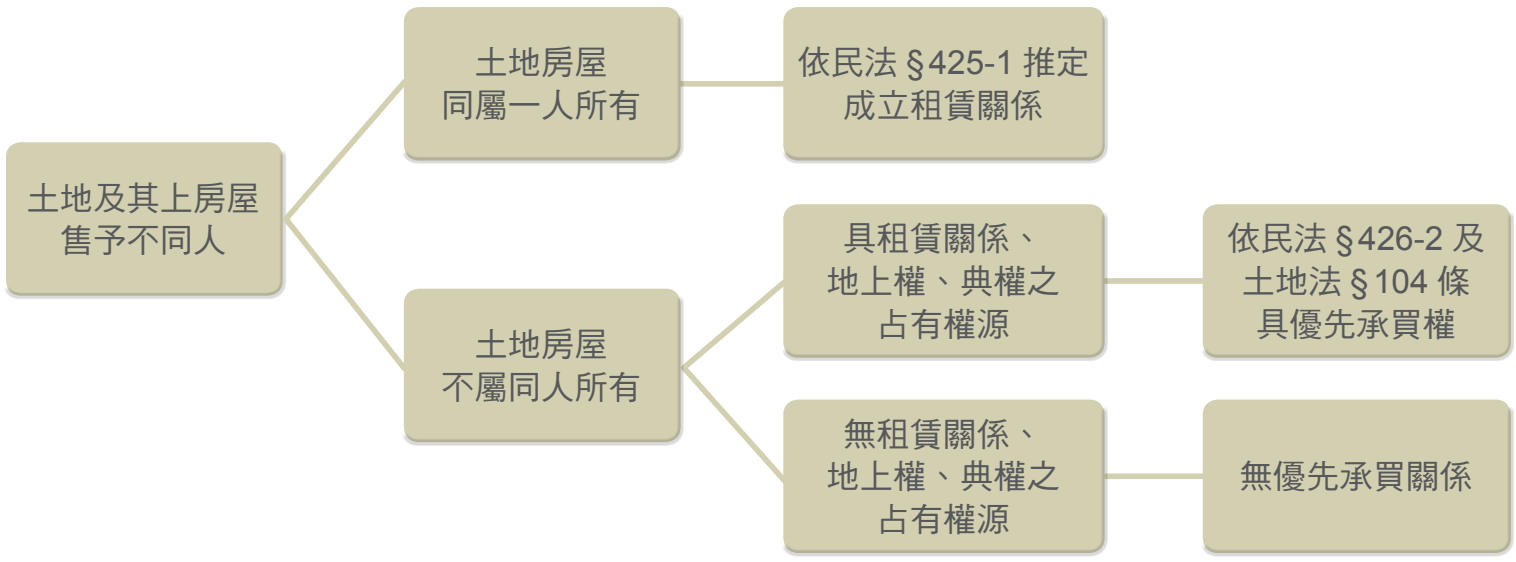
（1）通知義務人：上開二規定係專指「出賣人」將同樣出賣條件[49]（諸如買賣標的、範圍、價金、付款、瑕疵擔保等是）對優先承買權人而為通知而言，不包括買受該基地之第三人所為通知在內[50]。

（2）通知性質：「通知」即係將得以同樣條件優先承買之情事向有優先承買權人為告知之意，不得僅以買賣土地之事實通知[51]，或以承租人已知悉買賣土地之事實[52]，即謂已盡通知之義務。此項通知攸關優先承買權人是否以同樣條件為優先購買之表示。

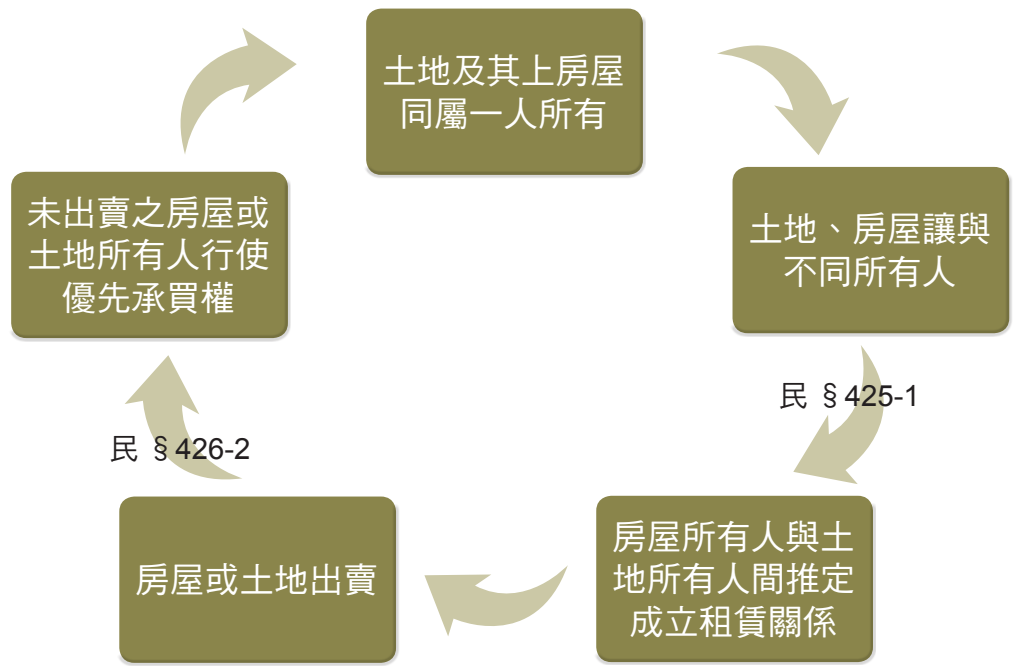
（3）又民事訴訟之答辯狀，係對他造當事人所為之訴訟行為表示反對[53]；法院判決書之送達，係在通知當事人訴訟結果[54]，縱使曾將買賣標的、範圍、價金及付款方式等，記載並送達於有優先承買權人，均非出賣人所為優先承買權之通知，優先承買權人無義務於 10 日內為應買之表示，其優先承買權仍不能視為放棄。但有判決認為在訴訟過程中，法院查知出賣人條件後，應曉諭優先承買權人是否同意以此價額優先購買[55]，屬於法院應闡明事項。然而，法院既非通知義務人，優先承買權人尚不因此而生於 10 日內應買表示之義務。

（4）基地出賣人上開應踐行之程序，固無妨由執行法院為之，但此非屬執行法院依強制執行法第 12 條所謂執行時應遵守之程序，縱執行法院未經踐行或踐行不當，足以影響優先承買權人之權益，亦僅能以訴請求救濟，要不能依強制執行法第 12 條規定為聲請或聲明異議[56]，如執行法院於拍賣公告記載「如有第三人欲主張符合法定優先承買權資格者，應於拍定前檢附相關證明到院」等詞，亦難認係出賣通知，優先承買權人未於拍定前檢附相關證明陳報執行法院，亦不得視為放棄或喪失其優先權[57]。但若優先承買權人向執行法院陳報「不願」或「無意」承買之表示，則可認為其已意定拋棄優先承買權。

二者相較，若優先承買權人不理會執行法院公告或通知，即使已閱卷看到拍定價額，仍保有優先承買權，嗣後仍得行使權利，僅有是否違反誠信原則之爭議[58]，如此是否適當，尚待後續觀察。



圖一　土地房屋售予不同人的法效



圖二　民 §425-1 與民 §426-2 的循環

參 與民法第425條之1的循環

若基地承租人代出租人出資建築房屋且約明房屋所有權仍屬於出租人者，即因土地與其上之房屋均同屬一人所有，不在適用優先承買權之範圍[59]。

其次，土地法第 104 條第 1 項雖僅規定「基地出賣時」，並未如民法第 426 條之 2 第 1 項以「租用基地建築房屋」為前提，但實務上向來認為土地法第 104 條亦係就租用基地建築房屋之當事人間關係而為規定[60]。

因此，「非本於租用基地所建築」之房屋所有人縱與土地所有人間存在租賃關係，是否相互間具有優先承買關係即有疑義，但實務上自最高法院 83 年度第 11 次民事庭會議決定採肯定見解[61]後，形同目的性擴張基地租賃優先承買權之適用，亦即土地法第 104 條第 1 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[62]。

據此，基地租賃優先承買關係與民法第 425 條之 1 以「土地及其房屋同屬一人所有」為規範情形[63]，即可能產生有趣的循環（如圖 1、2 所示），能否達到所有與使用合一的規範目的，抑或僅增添土地細分的情形，則與基地租賃優先承買權的法效範圍有關。

肆 結論

基地租賃優先承買權的法定權源基礎雖然有民法第 426 條之 2 與土地法第 104 條，二者使用法條文字雖有差異，但僅在出賣人的通知與承租人的承買，其方式在依民法規定應用書面，依土地法規定則不限以書面，其他要件均相同，觀察最高法院見解並未採法條競合說，造成同一權利會因為適用不同規定而有是否有效行使的差異，又在擬制拋棄優先承買權時，以出賣人之通知為限，目前又嚴格以知悉同樣條件為意定拋棄權利為前提，使得其他非出賣人之通知，如執行法院的拍賣公告或通知等，縱承租人藉以知悉買賣之同樣條件，選擇不理會法院通知較有利於向法院陳報不承買為有利（保有日後仍可行使優先承買權之機會），有害法院威信與法秩序安定。此外，弱化「租用基地『建築』房屋」要件，只要房屋所有人與基地所有人間存有租賃關係即存在基地租賃優先承買關係，在土地分租各建或同地有二以上建物時，往後土地建物分屬不同人所有時，即造成土地細分等與規範意旨不合情形發生。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

50 最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決。

51 最高法院 100 年度台上字第 1582 號、100 年度台上字第 1586 號、85 年度台上字第 2118 號判決。

52 最高法院 101 年度台上字第 1716 號判決。

53 最高法院 101 年度台上 841 號判決進而闡述「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」。

54 最高法院 103 年度台上字第 2477 號判決。

55 最高法院 101 年度台上字第 1716 號判決。

56 最高法院 103 年度台抗字第 54 號裁定。

57 最高法院 101 年度台上字第 1643 號、97 年度台上字第 1200 號判決。

58 最高法院 103 年度台上字第 2436 號判決。

59 最高法院 39 年台上字第 1313 號判例意旨。

60 司法院 36 年 12 月 24 日院解字第 3763 號解釋文、最高法院 65 年台上字第 530 號判例意旨參照。

61 最高法院 83 年 8 月 16 日 83 年度第 11 次民事庭會議決定：「本院五十三年台抗字第五七〇號判例，係指基地與房屋間無租賃關係言，申言之，係指基地所有人出賣房屋時已約定、或雖無約定但就客觀情形論，係單純賣屋，買房人除應支付買屋價金外，無另行支付房屋占用土地之相當對價，使房屋繼續占用土地之情形言。否則，若已約定、或依客觀情形，足認買方除應支付買房價金外並應另行支付賣方房屋使用土地之相當對價時，此部分性質屬租賃，此觀四十三年台上字第六三九號判例、四十八年台上字第一四五七號判例自明，當有土地法第一百零四條第一項規定之適用」。

62 最高法院 100 年度台上字第 663 號判決意旨。103 年度台上字第 168 號判決則闡述「按基地租賃乃指承租人租用可供建築房屋使用之土地，在該土地上自行建築房屋為目的之租賃」，似與前註所引 83 年度第 11 次民事庭會議決定有違，蓋該決定所設問題之房屋係買方成立土地租賃關係前即已存在，顯不能認係以在該土地上自行建築房屋為目的之租賃，但該決定仍認為當有土地法第 104 條第 1 項規定之適用。

63 民法第 425 條之 1 立法理由，請參照立法院法律系統，瀏覽網頁：https://goo.gl/jFsPpe。其中所參照實務見解係指最高法院 48 年台上字第 1457 號判例、73 年 5 月 8 日 73 年度第 5 次民事庭會議決議。