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—

文／楊智守

壹 前言

基地租賃優先承買權，乃成立買賣契約之形成權，向為一致見解[1]，依土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 規定，此項優先承買權對出賣人具有相對之物權效力，出賣人未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，可見優先承買權之行使與否對出賣人與第三人之影響甚鉅。因此，優先承買權久未行使即對法秩序的安定造成不安的危險，雖然上揭土地法及民法雖均有規定優先承買權人於 10 日內不表示承買即視為放棄，但擬制拋棄有其要件，在優先承買權人僅知出賣之事實，不知買賣之條件時，有認為尚難僅因其久未行使優先購買權，而指其嗣後行使係權利濫用或有違誠信原則[2]。亦有採認優先承買權之長期不行使，不僅有悖於法之安定性，且如嗣後房地價格飆漲，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[3]。是在久未行使優先承買權與誠信原則之間的界線應如何劃定，值得探討。

本文以最高法院民事判決所闡述之見解為基礎，探討優先承買權在目前實務見解發展之權利內涵與訴訟主張，以行使權利與誠信原則之間的判斷，俾實務運作參考。

貳 效果內涵

通說認為優先承買權為形成權之一種[4]，一經合法行使，即生與出賣人按其與第三人約定之「同樣條件」補訂買賣契約之效力[5]，性質上屬於成立買賣契約之形成權[6]，與為移轉物權所訂立之物權契約並不相同[7]。

一、合法行使優先承買權的要件

一般認為應有以下二要件：

（一）意思表示到達出賣人

因屬有相對人之單獨行為，必須權利人有優先承買之意思表示，且須該意思表示到達出賣人時，始發生前揭形成之效力，民法第 426 條之 2 第 2 項更要求承買權人應於通知到達後 10 日內以書面表示承買，否則擬制放棄行使權利，其時點亦同以書面意思表示到達出賣人時為準。

（二）表明以同樣條件承買

優先承買權人須表示願依義務人出賣基地（房屋）時之同樣條件購買，始得優先承買；如僅表示願以較低之價格購買，尚難認已合法行使優先承買權[8]。

所謂「依同樣條件優先購買」，乃指承買人應接受如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等一切相同[9]之買賣條件，不得部分接受或予以變更，若未能以同樣條件購買，自難謂已合法行使優先承買權[10]。以上皆係以出賣人已通知買賣之同樣條件或優先承買權人已確知該項條件，而能為依同樣條件優先購買之表示為前提，在此之前，尚難謂優先承買權人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[11]。

但若同一土地上，有二個以上承租人各本於基地租賃關係而建築房屋，或出租人與第三人約定買賣之土地，尚包括承租人承租土地以外之他筆土地者，法院自得依個案情節，解為各該承租人均可就其承租土地部分主張優先承買權，且不以主張承買出賣人與第三人約定買賣之全部土地為必要[12]。

至於因公同共有租賃權所生之優先承買權，亦屬共同共有，除全體同意由其中一人單獨行使外，自應由全體共同行使或拋棄[13]。

二、承買範圍

優先承買權人固然應表示以出賣人與第三人買賣契約之同一條件承買基地（房屋），但本於基地租賃優先承買權之規範目的，在使土地所有與土地使用合一，所得承買之標的範圍有以下三種見解：

（一）依基地承租範圍

租賃契約之租地範圍係行使優先承買權之範圍[14]。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，以約定承租之範圍為準[15]。又在同一土地上有二以上基地租賃優先承買權人，各承租人均可就其承租土地部分主張優先承買[16]。

（二）依房屋坐落範圍

上述在同一土地上有二以上基地租賃優先承買權人之承買態樣，亦有就其房屋坐落之承租土地，為共同優先承買權之主張，或得按其房屋坐落基地之「比例」各自主張優先承買權[17]。

土地法第 104 條規定基地優先承買權之範圍，固包括以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[18]。在基地租賃範圍非土地全部，僅一部且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[19]。

法院應調查建物是否具有相當之價值、建築面積與其坐落位置之所在，此攸關當事人基地租賃之範圍是否及於系爭土地及其對該土地有無優先承買權之認定[20]。

（三）依買賣標的範圍

出賣人既係以系爭土地全部為其買賣契約之標的，則優先權人自得依該同樣條件優先購買，其優先承買權之行使，不以系爭房屋所坐落基地範圍為限[21]。在基地與其他土地經拍賣公告載明合併拍賣，以總價最高者為得標，則優先承買權人行使優先承買權，當須受該合併拍賣之條件拘束[22]。

歸納上開見解可知，優先承買權人在義務人與第三人的買賣契約範圍內，可基於「同樣條件」優先承買該契約標的，亦得主張僅就自己承租範圍之基地優先承買，在承租範圍不明確時，則以房屋坐落基地位置及其法定附屬地為承買範圍。

參 訴訟主張

基地租賃優先承買權的行使，除以意思表示[23]將已成立之買賣契約發生買受人變更效果[24]外，另有基於土地法第 104 條第 2 項與民法第 426 條之 2 第 3 項之規定，具有相對的物權效力[25]，影響當事人在訴訟上的具體主張及所衍生之得否作為對所有人主張返還所有物的抗辯權源基礎，宜探求優先承買權人可行的訴訟主張。

一、確認優先承買權存在及請求補訂書面契約

承租人一旦行使優先承買權，即意味向出賣人即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[26]。若出租人有爭執，自得由承租人請求法院確認優先承買權存在及按

（文轉三版）

註釋

1 最高法院 106 年度台上字第 1263 號、106 年度台上字第 1268 號判決（為便於敘述，本文以下未註明裁判類別，即指民事裁判）。
2 最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決意旨。
3 最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決意旨。
4 最高法院 67 年度第 5 次民事庭庭推總會議決議（一）「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，故亦為形成權之一種。此形成權之行使，須以行使時所有人與第三人間有買賣契約之存在為要件」。
5 最高法院 99 年度台上字第 1699 號判決意旨。
6 最高法院 91 年度台上字第 1033 號、99 年度台上字第 1699 號、102 年度台上字第 518 號判決。
7 最高法院 85 年度台上字第 1051 號判決。
8 最高法院 98 年度台上字第 1074 號裁定。
9 此可稱為最近最高法院一致見解，參照最高法院 106 年度台上字第 2335 號、106 年度台上字第 1263 號、106 年度台上字第 36 號、104 年度台上字第 2 號、100 年度台上字第 2019 號、100 年度台上字第 1586 號等判決意旨。
10 最高法院 106 年度台上字第 36 號判決意旨。
11 最高法院 102 年度台上字第 1150 號判決意旨。
12 最高法院 106 年度台上字第 953 號判決。
13 最高法院 105 年度台上字第 1527 號判決意旨。
14 最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決。
15 最高法院 88 年度台上字第 2884 號判決、106 年度台上字第 1622 號判決。106 年度台上字第 2335 號判決更指明以當事人合意測量所得面積及坐落位置為行使優先承買權之範圍。105 年度台上字第 1527 號判決亦指出空地部分若屬租地建屋契約承租範圍，能否謂其非屬土地法第 104 條第 1 項所定「基地」範疇，自滋疑義。103 年度台上字第 1481 號明確闡述基地承租人之承租範圍僅為土地之一部，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。
16 最高法院 106 年度台上字第 953 號判決。
17 最高法院 106 年度台上字第 953 號判決。
18 最高法院 86 年度台上字第 1251 號判決。
19 最高法院 107 年度台上字第 1427 號、106 年度台上字第 1622 號判決。
20 最高法院 107 年度台上字第 558 號、83 年度台上字第 2863 號判決。
21 最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決。
22 最高法院 101 年度台上字第 1643 號判決。但該判決是以原審因此確認被上訴人就系爭土地所有權全部有優先承買權存在，與法並無不合。似係指優先承買權人主張就合併拍賣之土地全部主張有優先承買權，與前述僅主張租約範圍有優先承買權尚有不同，換言之，均屬於優先承買權人可以主張的範圍。100 年度台上字第 663 號亦贊成原審所主張行使優先承買權應受執行法院所定拍賣條件之拘束。但 107 年度台上字第 1427 號判決則明確宣示優先承買權不得由執行法院創設。
23 最高法院 104 年度台上字第 1410 號判決。
24 最高法院 106 年度台上字第 36 號判決。
25 最高法院 67 年台上字第 479 號、68 年台上字第 3141 號判例意旨。
26 最高法院 106 年度台上字第 1307 號、106 年度台上字第

JUDICIAL 司法 得 稿 啓 事
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

其與第三人約定之同樣條件補訂書面契約[27]。至若同一土地上有二以上優先承買權人，其承買態樣有二：1. 就其房屋坐落之承租土地，為共同優先承買權之主張；2. 按其房屋坐落基地之比例各自主張優先承買權，請求出賣人按該比例換算之應有部分，與其訂立買賣契約[28]。

實務上就優先承買權的積極確認之訴，其被告不以出賣人為限，尚包括否認原告主張具有優先承買權之買受人為被告，亦認有確認利益，共同被告應合一確定[29]。亦有僅以出賣人為被告，以買受人為參加人[30]，此取決於原告處分權之行使，亦可見為類似必要共同訴訟類型。

二、塗銷所有權移轉登記暨請求協同辦理所有權移轉登記

若出賣人已移轉所有權登記予第三人，因出賣人與第三人以買賣為原因而成立之物權移轉行為不得對抗優先承買權人，從而，優先承買權人自得請求第三人即買受人塗銷所有權移轉登記，暨請求義務人即出賣人協同辦理所有權移轉登記。

其中，應塗銷土地所有權登記而負有塗銷登記義務之人，僅係系爭土地現登記名義人，並無以土地所有權之前後手為共同被告之必要[31]。

但在優先承買權人未同時請求義務人與之補訂書面買賣契約時，不得逕行請求塗銷第三人以「拍賣（買賣）」為原因之所有權登記[32]，蓋因優先承買權人行使優先承買權前，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[33]，優先承買權人既未請求補訂書面買賣契約，尚難認已主張以同樣條件優先承買。

三、但無進一步請求辦理分割登記之依據

早期實務見解認為基於土地法第 104 條規定，承租人承租基地之一部建築房屋，嗣後基地所有人將土地全部買賣並移轉登記予第三人，承租人所承租之該部分土地有優先承買權，基地所有人應將該承租部分土地自整體土地分割後移轉所有權登記予承租人，雖該土地已移轉登記第三人所有或轉賣，因土地之分割與登記之塗銷乃處分行為，應由土地現登記所有人協力為之[34]。

但近年來最高法院一致認為優先承買權人並無請求出賣人分割該土地後，由其取得分割後土地所有權之法律上依據[35]，參照前揭貳、二、（二）在同一土地上有二以上優先承買權人，其選擇按承租比例換算承買基地之應有部分為態樣時，各自主張優先承買權之承租人就該基地與買受人成立分別共有關係，且因該共有關係之成立乃因基地上坐落房屋所致，應認在共有人間實際上劃定使用範圍，對各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人使用、收益，各自占有之土地未予干涉，已歷有年所（各承租人各自租地建屋，買受人則承繼出賣人僅使用未出租之土地部分）之默示分管契約存在[36]。

四、法院亦無依職權調整買賣價金之原則與例外

如前述之優先承買權一經合法行使，即生與出賣人按其與第三人約定之「同樣條件」補訂買賣契約之效力，若無法律特別規定或經當事人同意，自無由法院依職權調整買賣價金[37]。

至於民法第 148 條規定得否為上述「特別規定」之依據？實務見解雖一致認為法院在檢視當事人之權利行使或義務履行是否公平妥當之餘，不得逕依該規定依職權酌予增減原訂之給付[38]，但亦有認為法院在基於上開規定認為當事人得聲請法院增減原定之給付，應予以闡明[39]。

五、作為物上請求權的抗辯權源基礎

早期有實務見解認為原地主未經合法通知優先承買權人，買受人雖已登記取得系爭土地所有權，依土地法第 104 條及民法第 426 條之 2 規定，仍不得對抗優先承買權人，其房屋占用系爭土地並非無權占有[40]。

然而，土地法第 104 條第 2 項與民法第 426 條之 2 第 3 項規定之「不得對抗」，係指基地或房屋出賣人與承買人，不得主張基於買賣而使優先承買權人之優先承買權消滅而言，此不同於優先承買權人對於買賣標的之基地或房屋有無無權占有之情形[41]，且如前述優先承買權之成立要件及民法第 425 條規定「買賣不破租賃」原則，房屋應仍有使用土地之正當權源，土地所有人自不得請求拆屋還地，應無贅述優先承買權行使與否[42]之必要。

但在買受人取得系爭土地所有權後向優先承買權人終止租賃契約或租賃契約業已消滅，優先承買權人得抗辯已行使優先承買權，買受人應塗銷所有權登記而不得對其主張物上請求權[43]，此不以取得命塗銷系爭土地所有權登記之確定判決為限[44]。

肆 行使久未行使之優先承買權與違反誠信原則之判斷

當優先承買權具備存在要件時就已經存在，但為了法秩序的安定，土地法第 104 條第 2 項與民法第 426 條之 2 第 2 項規定出賣人的通知義務，優先承買權人在通知到達後即發生承買與否的表示義務，10 日內未表示承買，即擬制拋棄優先承買權；另一方面，在優先承買權人不知悉買賣之同樣條件前，既無從決定是否行使優先承買權，即無所謂意定拋棄之可言[45]。

以此而言，優先承買權之拋棄似以權利人知悉買賣之同樣條件為前提，則權利人既知悉同樣條件，即有於 10 日內為承買與否之表示義務，否則即擬制拋棄優先承買權，並無所謂「行使久未行使」之優先承買權問題。況且，優先承買權人倘得「行使久未行使」之優先承買權，必也出賣人未盡其通知義務所致，則在優先承買權人日後知悉該買賣同一條件而主張行使優先承買權，會否違反誠信原則，以下有不同意見：

一、未違反誠信原則說

承租人必須知悉買賣條件後，始能為放棄優先承買權之表示，倘出租人未為與買賣契約同意條件之通知，縱承租人知悉出賣事實而未為購買之表示，仍不得視為其放棄優先承買權，既不得認其已拋棄優先承買權，亦難認其違反誠信或有權利濫用之情事[46]。

二、違反誠信原則說

優先承買權之立法意旨非在使優先承買權人巧取利益，是土地優先承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，如優先承買權人向執行法院聲請閱卷而知悉買賣及其條件[47]；或明知對系爭土地有租賃權，卻長期不行使優先承買權[48]；或既於所有權人徵詢購買時，明示不願購買，又明知嗣後已有買賣行為，依法得請求優先承買[49]，本均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，再主張行使優先承買權，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，自有欠公允，且與誠信原則有違。

以上可知，優先承買權人之行使權利會有違背誠信原則或濫用權利之討論情況，係以其所受買賣同樣條件之通知，並非來自通知義務人即出賣人所致。

換言之，優先承買權人受通知義務人以外之人所為買賣同樣條件之通知，並不生於通知到達後 10 日內為承買與否之表示義務，於未為應買表示時，亦不生擬制拋棄效果。但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，例如買受人、執行法院、法院判決書、對造答辯狀等來源而知悉買賣同樣條件時，即應於相當期限內行使其權利，若長期不行使，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，應認為有違誠信原則。

伍 結論

優先承買權之行使，因以意思表示向出賣人為之，故有爭議時，以確認訴訟及給付訴訟解決紛爭。又在已移轉登記予買受人時，得以形成訴訟請求登記名義人塗銷登記。是在基地租賃關係終止後，買受人請求承租人拆屋還地時，承租人即行使優先承買權為抗辯，將對物上請求權的抗辯延伸到優先承買權的存否，又此時常已距基地初次買賣有段時日，基地所有權更已轉手多次，優先承買權人的相對物權效力一次性翻轉歷次基地所有權轉移效果，造成法秩序不安定，訴訟爭點再次延伸到誠信原則的判斷，最後求之法院職權調整買賣價金亦不太可得，足見基地租賃優先承買權的相對物權效力應有立法調整之必要。又在基地分租各建物或同一土地上有二以上建物，在分屬不同人所有時，在行使基地租賃優先承買權之同時造成土地共有，亦與規範目的齟齬，有檢討空間。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

2335 號判決。

27 最高法院 108 年度台上字第 52 號判決則涉及買賣雙方訂立公契、私契之情形，若存在二種契約，優先承買權人應請求補訂何種書面，值得後續觀察。

28 最高法院 106 年度台上字第 953 號判決。

29 最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決。

30 最高法院 106 年度台上字第 1268 號判決基礎事實。

31 最高法院 102 年度台上字第 886 號、104 年度台上字第 199 號判決。

32 最高法院 106 年度台上字第 1307 號、97 年度台上字第 2219 號等判決意旨。

33 最高法院 103 年度台上字第 477 號判決、89 年度台上字第 1404 號判決意旨。

34 最高法院 82 年度台上字第 1278 號判決。

35 最高法院 106 年度台上字第 953 號。

36 最高法院 99 年度台上字第 1191 號、98 年度台上字第 633 號、83 年度台上字第 1377 號等判決意旨參照。

37 最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決、104 年度台上字第 1433 號。

38 最高法院 106 年度台上字第 2335 號判決。104 年度台上字第 2 號判決稱「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」。

39 最高法院 104 年度台上字第 1433 號判決。

40 最高法院 95 年度台上字第 2563 號裁定。

41 最高法院 95 年度台上字第 2497 號判決。

42 最高法院 103 年度台上字第 477 號判決意旨。

43 最高法院 91 年度台上字第 1033 號判決意旨。

44 最高法院 85 年度台上字第 2678 號判決意旨。

45 最高法院 106 年度台上字第 1263 號、96 年度台上字第 251 號判決意旨。

46 最高法院 106 年度台上字第 1263 號判決意旨。

47 最高法院 103 年度台上字第 2436 號判決意旨

48 最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決意旨。

49 最高法院 86 年度台上字第 669 號判決意旨。

L WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註，以利參考。二、本刊並歡迎司法人、事及法院的故事。三、本刊對來稿有權刪改者，請加注說明；刊出文章並將置司法周刊 訂閱 新臺幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊