

# 不動產先買權「同樣條件」之研究

黃健彰\*

## 目次

- 壹、前言
- 貳、以同樣條件行使先買權的理由及基本認定
  - 一、以同一價格抑或同樣條件行使先買權
  - 二、就先買權同樣條件的認定是否應貫徹絕對同等說
- 參、依物價指數等調整價金的可能性
  - 一、實務與學說見解
  - 二、本文見解
- 肆、流抵契約與先買權同樣條件的認定
  - 一、實務及學說見解
  - 二、本文見解
- 伍、與其他客體一併出賣

投稿日期：105 年 04 月 12 日；接受刊登日期：106 年 06 月 13 日。

\* 台北大學教學發展中心主任、不動產與城鄉環境學系教授、台灣財產法暨經濟法研究協會常務理事，國立中正大學法學博士。

作者曾受補助至中國人民大學、北京大學、威斯康辛大學、墨爾本大學、北海道大學、京都大學等法學院研究；科技部 103、104、105 年度補助大專校院獎勵特殊優秀人才。

本文初稿曾發表於 2014 年 9 月 1 日、2 日台北大學不動產與城鄉環境學系主辦海峽兩岸土地學術研討會，並經大幅修改。作者感謝謝哲勝教授、前開研討會評論人陳立夫教授與中原財經法學期刊匿名審查人提供寶貴意見，並感謝陳柏全、李永堃、鄧文明、黃柏榮等研究生協助本篇研究。

- 一、我國實務見解的整理與分析
- 二、美國實務見解的整理、分析並與我國比較
- 三、本文見解
- 陸、主張先買權之人指定第三人為權利取得人
- 柒、結論

關鍵字：優先購買權、優先承買權、先買權、同樣條件、同一價格、絕對同等

# 中原財經法學

## 壹、前言

不動產優先購買權、先買特權<sup>1</sup>（以下簡稱先買權）有許多理論與實務上的爭議問題，尚未釐清，但先買權相關學說研究仍有不足。特別是一般認為，先買權的行使須以同樣條件為之，但應如何認定同樣條件<sup>2</sup>，涉及出賣人、原買受人、先買權人的利益與不動產的有效利用甚鉅，而內政部目前討論中的土地法修正草案對此也有修正與增訂規定<sup>3</sup>，因此，誠有詳細探討的必要。

關於同樣條件的認定，首先，先買權行使的要件是同一價格抑或同樣條件？先買權同樣條件的基本認定是否應貫徹絕對同等說？就實務、學說上該二問題，均應先釐清以同樣條件行使先買權的意旨。而釐清該二問題後，方能進一步解決實務上所見以下與先買權同樣條件相關的細部或各論問題：例如先買權人得否主張依物價指數、公告現值或市值等調整？再者，基於流抵（流押、絕押）契約之所有權移轉有無先買權的適用或類推適用；如有，則先買權人行使先買權時的同一價格如何認定？另外，出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣時，先買權人得主張購買的客體為何？最後，在主體方面，

---

<sup>1</sup> 最高法院 100 年度台上字第 432 號民事判決、99 年度台上字第 1699 號民事判決、91 年度台上字第 1033 號民事判決與 87 年度台上字第 11 號民事判決等均提到「先買特權」的用語。

<sup>2</sup> 就法定先買權同樣條件的認定，已製造不少法定物權的社會成本，參閱蘇永欽，法定物權的社會成本，收錄於尋找新民法，頁 185-186，元照出版有限公司（2008）。

<sup>3</sup> 本文以下引用的土地法修正草案為內政部 2015 年 8 月 28 日會商結論整理版，條文可參閱高欽明，共有土地處分實務與技巧－土地法第 34 條之一，頁 202-205，永然文化出版股份有限公司，13 版（2016）。

行使先買權之人如指定第三人為權利取得人，是否仍為以同樣條件行使先買權？針對上開問題，學說上有的幾乎未論及，有的雖有論及，但仍有深入探討的空間；本文則將一一提出意見，希望可作為解釋論及立法論（包含修正草案再予以修正）的參考。

本文以下第貳部分探究以同樣條件行使先買權的理由及基本認定，作為全文論述的基礎；第參至陸部分再依序就「價金得否依物價指數等調整」、「流抵契約與先買權同樣條件的認定」、「與其他客體一併出賣」與「主張先買權之人得否指定第三人為權利取得人」等實務上發生的先買權同樣條件認定之問題（包含是否應貫徹「絕對同等說」）進行分析；第柒部分是結論。

## 貳、以同樣條件行使先買權的理由及基本認定

關於以同樣條件行使先買權的理由及基本認定，以下先論述先買權行使的要件是同一價格抑或同樣條件，再探討先買權同樣條件的基本認定是否應貫徹絕對同等說。

### 一、以同一價格抑或同樣條件行使先買權

就先買權行使的要件是同一價格抑或同樣條件的問題，本文以下先論述應以同樣條件行使先買權的理由，再探討先買權通知義務人未揭露重要買賣條件的處理，最後就見解較特殊的最高法院 97 年度台上字第 1339 號民事判決予以分析。

### （一）以同樣條件行使先買權的理由

先買權行使的要件是同一價格抑或同樣條件？首先，就相關法條使用的文字而言，土地法第 34 條之 1 第 4 項關於共有人先買權的規定是使用「同一價格」的文字，但同法第 104 條及第 107 條、民法第 426 條之 2 及第 460 條之 1、農地重劃條例第 23 條第 3 項、農村社區土地重劃條例第 29 條第 2 項、都市更新條例 27 條第 3 項第 5 款、土地徵收條例第 59 條等關於先買權的多數規定是使用「同樣條件」的文字。

在實務及學說方面，最高法院判決就各種先買權的行使大抵認為是依「同樣條件」<sup>4</sup>，而最高法院 104 年度台上字第 1433 號民事判決提到：「優先購買權為形成權之一種，一經合法行使，即生與出賣人按其與第三人約定之『同一條件』補訂買賣契約之效力」。最高法院 100 年度台上字第 432 號民事判決則提到：「優先承購權，乃……形成權，一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，並請求出

---

<sup>4</sup> 例如最高法院 102 年度台上字第 141 號民事判決：「他共有人於共有人出賣共有土地時，對於該共有人有請求以『同樣條件』訂立買賣契約之權而言。故他共有人行使優先承購權，應接受出賣之共有人與他人所訂買賣契約之一切條件，不得部分不接受或予以變更，否則即非合法行使優先承購權。……上訴人不願接受原所訂價金交付期限、方式等條件，擅加予變更，其優先承購權已喪失」；最高法院 98 年度台上字第 479 號民事判決：「所謂『依同樣條件優先購買』，即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，地上權人得要求優先成為基地之買受人。易言之，在地上權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而已，其餘因基地買賣契約所生之相關法律關係、所得行使、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」。亦請參閱陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 130 期，頁 233（2009）。

賣人按其與第三人約定之『同樣條件』補訂書面契約」。該二判決提及先買權是形成權或請求權的法律性質，並進而提到同樣條件。多數學說認為：即便土地法第 34 條之 1 第 4 項關於共有人先買權的規定是使用「同一價格」的文字，但基於先買權的本質，共有人先買權行使的要件是「同樣條件」，而非僅是「同一價格」<sup>5</sup>。

而美國有關先買權 (right of first refusal)<sup>6</sup> 的探討甚多，可供比較、參考<sup>7</sup>。

<sup>5</sup> 例如溫豐文，論共有，頁 29，三民書局股份有限公司（2011）；陳立夫，共有土地或建築改良物之處分及優先購買權：土地法第三十四條之一，收錄於土地法釋義（一），頁 76，元照出版有限公司（2016）；謝在全，民法物權論（上），頁 359，自版，修訂 6 版（2014）；溫俊富，土地法第三十四條之一之省思－以共有不動產之處分為中心，銘傳大學法學論叢，第 17 期，頁 95-96（2012）。

<sup>6</sup> 英文中的 right of first refusal (ROFR or RFR), right of preemption, privilege of first refusal, preferential right to purchase, first-refusal-to-purchase option, option of first refusal, first option to buy 都是先買權的意思，see Bernard Daskal, *Rights of First Refusal and the Package Deal*, 22 FORDHAM URB. L.J. 461, 463-464 (1994). Preemptive right of purchase 與 preferential right of purchase 也都是先買權的意思，see *West Texas Transmission, L.P. v. Enron Corp.*, 907 F.2d 1554 (5th Cir. 1990).

<sup>7</sup> 謝哲勝，民法物權，三民書局股份有限公司，增訂 4 版 2 刷（2014），於自序提及：「美國對我國法律、政治、經濟、社會和文化的影響最大，而一般物權法學者對美國法相關資料卻很少提及，這不利於物權法和其他法律的配合，以及法律和其他社會科學的跨科際整合」；詹森林，民事法理與判決研究（五），元照出版有限公司（2007），於自序也提到：「英美民事法理與裁判的認識與運用，亦應加強」；張永健，物權的架構與風格－以不動產與動產抵押為例，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 77-78（2015），亦提及：雖然英美法與大陸法物權體系之風格迥異，但兩者物權體系之架構相似。以上均為深刻的提醒。司法院釋字第 680 號解釋大法官許宗力、謝在全協同意見書提到：「外國法之參酌不免必須面對援引對象擇取的偶然性問題－為何擇取甲國而不擇取甲國以外的他國法例，有時取諸偶然的歷史因素。但偶然性並非就是不負責任的繼受，有意義的法學辯論並不需要在地毯式蒐羅世界上所有法例之後始能進行，重要的毋寧是以公允而開放的態度，對所能深入獲知而具有啟發意義的法例，個別思考辯證其可採或不可採，適用或不適用的理由。無論

在美國，先買權是附條件的選擇權（conditional option）<sup>8</sup>。大多數的先買權發生於不動產的交易，例如租賃<sup>9</sup>；租賃契約常包含承租人先買權條款<sup>10</sup>；大多數的先買權由契約當事人創設，然而，國會及州立法機關皆已制定法定先買權諸規定，通常用以保護承租人或農民等<sup>11</sup>，例如明尼蘇達州與愛荷華州均有農地先買權的規定<sup>12</sup>。如先買權人選擇行使權利，通常亦被要求須以同一價格及其他條件來行使，因此，先買權人承擔了所有權人「僅欲以特殊條件、不符慣例而出賣」的風險，例如所有權人僅接受互易，而非現金支付。只要買賣條件在交易上是合理的、基於善意而非刻意規避先買權，如先買權人欲行使權利，其有義務符合同樣條件的要求<sup>13</sup>。任何價金、條款或條件的重要變更，將被視為新要約（counter-offer），而非先買權的行使<sup>14</sup>。

本文以為，買賣條件總體上構成買受人對該標的物的評價<sup>15</sup>，在私

是逢德或逢美必反（或必贊成），均失卻嚴謹而自主的研究立場，確屬真知灼見。至於美國法上約定先買權行使與買賣契約成立關係，詳參謝哲勝等，選擇權，頁 51-57、81-85，五南圖書出版股份有限公司，2 版（2003）。

<sup>8</sup> See 17 C.J.S. Contracts §58 (2016).

<sup>9</sup> See Wise et al., *First-Refusal Rights Under Texas Law*, 62 BAYLOR L. REV. 433, 440 (2010).

<sup>10</sup> See DAVID S. HILL & CAROL NECOLE BROWN, *LANDLORD AND TENANT LAW IN A NUTSHELL* 259 (2011).

<sup>11</sup> See Jonathan F. Mitchell, *Can a Right of First Refusal Be Assigned?*, 68 U. CHI. L. REV. 985, 985 (2001).

<sup>12</sup> Minn Stat Ann §500.245 (2000); Iowa Code Ann §654.16A (2015).

<sup>13</sup> See Daskal, *supra* note 6, at 465-466.

<sup>14</sup> See *id.* at 461, 468. 在我國亦然，參閱最高法院 82 年度台上字第 2175 號民事判決。轉引自謝在全，分別共有內部關係之理論與實務，頁 24，自版（1995）（此判決無法自司法院網站、植根法律網、法源法律網尋得）。

<sup>15</sup> 此處的評價含經濟上與非經濟上的評價、效用（包括對於不動產情感上的滿足）。

法自治原則下，買受人有可能在稅費負擔、瑕疵擔保（例如約定排除民法上出賣人瑕疵擔保責任）、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；相對的，出賣人也可能在各種買賣約款上讓步，以換取較高的買賣價金。按財產應盡量藉由自願交易移轉於對其評價最高者<sup>16</sup>，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，故先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。而既然買賣條件總體上構成買受人對該標的物的評價，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，則先買權人行使先買權後，出賣人與先買權人原則上均須受該約定的拘束，從而先買權行使的要件基本上應以同樣條件為準，而非僅是同一價格。

應澄清者，先買權人只是有權以同樣條件優先購買，亦即出賣人不得要求先買權人提高買賣價格或增加對先買權人不利的條件。不過，如先買權人同意提高買賣價格或增加對其不利的條件，表示其對該標的物的評價更高，且對出賣人更有利，而不違反約定或規定的先買權意旨。

最高法院 82 年度台上字第 631 號民事判決提到：「既以特約約定關於增值稅由買受人即徐○負擔，則他共有人主張優先承購時，亦應接受此項條件，始得為之」。按買賣契約中如有「增值稅由買受人負擔」

---

<sup>16</sup> 經濟學家相信：自願的交易能使財產由對其評價最高者使用，參閱林誠二，債權契約法之經濟方法論，收錄於民法理論與問題研究，頁 144-146，瑞興圖書股份有限公司（1991）；A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 11 (2014); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 108 (2012). 關於如何儘量減少「法定先買權」可能有的「扭曲競爭機制成本」，詳參黃健彰，房屋承租人優先購買權的承認與建構，政大法學評論，第 128 期，頁 107-109 (2012)。

等賣清條款<sup>17</sup>，先買權人主張先買權時如未接受此稅捐轉嫁條款，則實質上是以較低的價格購買，故買賣契約中如有賣清條款，先買權人必須接受，才是以同樣條件行使先買權。又如就付款方式而言，第三人與出賣人已約定價金一次付清，先買權人如要求分期付款，原則上將使出賣人受不利益。再如第三人與出賣人已約定排除民法上出賣人瑕疵擔保責任，先買權人如要求出賣人負民法上出賣人瑕疵擔保責任，原則上亦使出賣人受不利益。

綜上，我國與美國認為「先買權行使的要件是同樣條件，而非僅是同一價格」的見解，大抵而言應予贊同。土地法第 34 條之 1 第 4 項有關共有人先買權的規定，雖使用「同一價格」的文字，但解釋上應與土地法第 104 條等先買權規定一樣，以「同樣條件」為準<sup>18</sup>。近年新增或修正的先買權規定，也都使用「同樣條件」或「相同條件」的文字，而非使用「同一價格」的文字<sup>19</sup>。

<sup>17</sup> 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」的條款。其中，「土地增值稅由買受人負擔的約定」是否有效，有不同見解，而行政法院 48 年判字第 67 號判例、最高法院 66 年台上字第 1195 號民事判例、最高法院 88 年度台上字第 1543 號民事判決與最高法院 92 年度台上字第 207 號民事判決等均採肯定說。

<sup>18</sup> 海商法第 12 條第 1 項、辦理強制執行事件應行注意事項第 44 點第 3 款與第 58 點有關先買權「同一價格」的規定亦然。而趙淑德，土地法規，頁 74，自版，5 版（2010），提到：在土地法第 34 條之 1 第 4 項先買權的情形，「他共有人向共有人主張優先購買權時，係以同價格為條件，並非得全依契約內容出賣條件行之，避免造成他共有人以主張優先購買為名，以不合情理條件對抗共有人與第三人買賣」其所述情形，尚待推敲。

<sup>19</sup> 例如 2016 年修正文化資產保存法第 32 條與第 55 條「主管機關對古蹟、歷史建築或紀念建築及其所定著土地、考古遺址定著土地的先買權」，均使用「同樣條件」的文字；2009 年民法物權編增訂第 824 條第 7 項「共有物變價分割時，共有人的先買權」、民法物權編施行法增訂第 8 條之 5 第 3 項「分離出賣區分所有建物的基地時，專有部分所有人的先買權」與同條第 5 項「分

## （二）先買權通知義務人未揭露重要買賣條件的處理

關於先買權通知義務人未揭露重要買賣條件的處理，首先，先買權之行使有賴於義務人之通知，如義務人為通知時並未揭露價金外的重要買賣條件，則先買權人是否受此種買賣條件的拘束？按先買權的約定或規定是為了先買權人的利益，因此，如義務人為通知時並未揭露價金外的重要買賣條件，則應區分「該未揭露的條件是否明顯有利於先買權人」而為不同的處理。詳言之，如該未揭露的條件明顯有利於先買權人，例如約定由出賣人負擔契稅<sup>20</sup>，則契約仍成立，該未揭露的條件仍為契約的內容；如該未揭露的條件並非明顯有利於先買權人，則應賦予先買權人有再一次選擇購買與否的機會。

或有認為：「此時可否認為義務人所未揭露價金外之重要買賣條件，先買權人得主張『渠等未經通知之重要條件不得對抗先買權人』？有利或不利於先買權人，委諸於先買權人來認定、主張，俾提高義務

離出賣區分所有建物的專有部分時，基地所有人的先買權」，均使用「相同條件」的文字。2010年修正民法第919條規定的典權人留買權（先買權），將「同一價額」修正為「相同條件」，修正理由甚至提到：「為兼顧出典人之利益，典權人聲明留買不宜僅限於同一之價額，必條件完全相同，始生留買問題，爰仿土地法第一百零四條第一項規定修正」；修法討論，參閱法務部民法研究修正委員會編，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料（典權部分）彙編（十），頁131-133，法務部（1993）。

<sup>20</sup> 契稅條例第4條規定：「買賣契稅，應由買受人申報納稅」。台灣高等法院暨所屬法院73年度法律座談會民事類第1號研討結果認為：「契稅條例第四條僅為規定申報繳納買賣契稅之義務人及應依何標準申報而已。依契約自由之原則，買賣當事人約定買賣契稅出賣人負擔，既不違反強制或禁止之規定，亦不違背公序良俗，應屬有效。（參照最高法院四十三年台上字第五六二號判例及六十六年台上字第一一九五號判例）」。司法院（74）年廳民一字第118號函亦同意該研討結論。

人通知時揭露重要條件之誘因」<sup>21</sup>。本文則以為，在上開情形，先買權人不得主張「渠等未經通知之重要條件不得對抗先買權人」，否則將違反前述先買權「同樣條件」的規範意旨。再者，如該未揭露的條件在客觀上明顯有利於先買權人，則契約仍成立，該未揭露的條件仍為契約的內容，不宜賦予先買權人有再一次選擇購買與否的機會，亦不宜專由先買權人來認定「該未揭露的條件是否明顯有利於先買權人」，以免已行使先買權者藉故反悔不買。

其次，義務人如未揭露重要條件，則義務人視情形應對行使先買權者負不完全給付（違反附隨義務）或締約上過失的責任。義務人未揭露重要條件，先買權人如因而未行使先買權，義務人將標的物移轉於第三人後，僅具債權效力的先買權人即便知悉該重要條件，亦不得請求塗銷該移轉登記，但受有損害時得向義務人請求賠償<sup>22</sup>；倘該先買權具物權效力，而先買權人行使先買權，第三人的不動產移轉登記經塗銷後，有認為出賣人對第三人須依民法第 349 條、第 353 條負權利瑕疵擔保責任<sup>23</sup>；亦有認為第三人得向出賣人請求返還不當得利（當初支付的買賣價金）<sup>24</sup>。質言之，已有上述機制促使義務人揭露重要條件。

<sup>21</sup> 此為其中之一期刊匿名審查委員的意見。

<sup>22</sup> 詳參黃健彰，債權效力不動產優先購買權之法律效果，世新法學，第 9 卷第 1 期，頁 165-172（2015）。

<sup>23</sup> 台灣高等法院台中分院 98 年度重上更（二）字第 20 號民事判決（上訴審最高法院 99 年度台上字第 459 號民事判決未論及之）。

<sup>24</sup> 陳明燦，土地法—理論與實務，頁 73，自版，2 版（2014）。

### （三）最高法院九十七年度台上字第一三三九號民事判決的分析

多數見解認為，先買權行使的要件是同樣條件，而非僅是同一價格，已如上述。不過，最高法院 97 年度台上字第 1339 號民事判決認為：「共有人」先買權行使的要件是「同一價格」，而非「同樣條件」，故與出賣人及第三人間所訂之契約是否尚有違約金或其他賠償條件之約定均無關涉；該判決見解在最高法院裁判中較為特殊，且也有少數其他實務見解<sup>25</sup>與學說見解<sup>26</sup>採類似觀點，故有特別探討的必要。

在該判決的案例事實中，出賣人（上訴人）出售系爭共有不動產的應有部分予黃○程（第三人），其他共有人（先買權人、被上訴人）表明願以同一價格 2,195 萬 3,221 元優先承購，未為出賣人接受，出賣人反而提起分割共有物之訴，經先買權人以反訴請求為系爭應有部分之移轉登記，獲前案勝訴（移轉登記部分）判決確定，未及辦理登記，系爭應有部分即經執行法院以 4,100 萬元拍定，先買權人再表明優先承購繳清該價款後，完成所有權移轉登記。先買權人據以主張因可歸責於出賣人未履行第一次買賣契約之事由，致給付不能，而受有付出第二次買賣契約高額價金之損害，其增加支出之差額 1,904 萬 6,779 元，應由出賣人負債務不履行之賠償責任。

該最高法院判決認為：「他共有人得優先承購之買賣內容，其價金

<sup>25</sup> 例如法務部行政執行署 94 年 9 月 19 日 94 年度署處聲明異議實務問題研討會提案八研討結論採的乙說亦謂：「土地法第 34 條之 1 第 4 項規定之『同一價格』與同法第 104 條規定之『同樣條件』之用語不同，顯見二者係不同之法律要件，因此『同一價格』不宜解為『同樣條件』」。

<sup>26</sup> 例如謝哲勝，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，第 17 期，頁 17-18（2012）。

應為『同一價格』，而非『同一條件』，此對照土地法第三十四條之一第四項與同法第一百零四條及耕地三七五減租條例第十五條之規定自明。……足見被上訴人可優先承購之價格為與『二千一百九十五萬三千二百二十一元』同一之價格，而非上訴人與黃○程所訂買賣契約之『同一條件』，此與上訴人及黃○程間所訂之契約是否尚有違約金或其他賠償條件之約定均無關涉。上訴意旨，猶執……應依上訴人與黃○程所簽立買賣契約書之違約金約定，作為計算被上訴人損害賠償之依據等詞，……，非有理由」。

依民法第 250 條第 1 項規定，違約金原則上視為因不履行而生損害的賠償總額；而學說上認為，就損害賠償總額預定性違約金，債權人不得證明實際所受損害額多於違約金額，請求按所受損害賠償<sup>27</sup>。本件地方法院判決<sup>28</sup>與高等法院判決<sup>29</sup>中，均未提及出賣人主張「應依其與第三人所簽立買賣契約書之違約金約定，作為計算先買權人損害賠償之依據」，亦因而未論及「他共有人得優先承購之買賣內容，應為『同

<sup>27</sup> 參閱孫森焱，民法債編總論（下冊），頁 717，自版，訂正版（2014）；林誠二，債法總論新解－體系化解說（下），頁 255，瑞興圖書股份有限公司，2 版（2013）；邱聰智（姚志明修訂），新訂民法債編通則（下），頁 158-159，自版，新訂 2 版（2014）；劉春堂，判解民法債編通則，頁 297，三民書局股份有限公司，修訂 6 版（2010）；鄭玉波（陳榮隆修訂），民法債編總論，頁 416，三民書局股份有限公司，修訂 2 版 7 刷（2010）。日本亦然，參閱鹿野菜穗子『新・コンメンタール民法（財産法）』頁 598、599〔松岡久和、中田邦博編〕（株式会社日本評論社、2012 年）；潮見佳男，プラクティス民法 債權総論，頁 175、179，信山社，4 版 3 刷（2014）；中田裕康，債權総論，頁 186、189，株式会社岩波書店，3 版 3 刷（2014）；我妻榮等，我妻・有泉コンメンタール民法－総則・物権・債権，頁 776，株式会社日本評論社，4 版（2016）。

<sup>28</sup> 台灣台北地方法院 96 年度重訴字第 466 號民事判決。

<sup>29</sup> 台灣高等法院 96 年度重上字第 409 號民事判決。

一價格』抑或『同一條件』」。而本件最高法院判決中，出賣人有此主張，顯然是因其與第三人所簽立買賣契約書之違約金約定低於上述二次買賣價金差額 1,904 萬 6,779 元，但歷審判決中均未提到約定的違約金金額。

本文以為，首先，從土地法第 34 條之 1 的立法資料以觀<sup>30</sup>，該條第 4 項是參照海商法第 12 條第 1 項之規定而來，故亦採「同一價格」的用語，從相關立法資料看不出是刻意與土地法第 104 條「同樣條件」之用語區別。更重要的是，第三人與出賣人約定的買賣條件，總體上構成第三人對該標的物的評價，故先買權行使的要件基本上應以同樣條件為準，而非僅是同一價格，已如前述。例如第三人與出賣人可能約定「出賣人得請求高於市價的買賣價金，但出賣人違約時，亦應支付高額違約金」或約定「出賣人僅得請求低於市價的買賣價金，但出賣人違約時，亦僅須支付低額違約金」。如他共有人未主張先買權，而原買賣契約當事人有違約情事，既然應受該違約金約定拘束，故先買權人主張先買權時，出賣人與先買權人原則上亦均應受該違約金約定拘束。

本件個案如認為係出賣人與第三人的買賣契約故意附加其他不必要約款，試圖「藉此增加先買權人的負擔或使先買權人喪失原得享有的權益，阻礙先買權人行使先買權」，則係民法第 148 條第 1 項「以損害他人為主要目的」等違反誠信原則的情形；果爾，得例外認為先買權人得不接受該條件，但有無此例外情形，如有爭議，應由先買權人

<sup>30</sup> 關於該條立法經緯的考究，詳參陳立夫，土地法第三十四條之一若干問題之探討－最高行政法院九十一年判字第二一四號判決評釋，收錄於土地法研究，頁 109-112，新學林出版股份有限公司（2007）。

負舉證責任。

綜上，本件最高法院判決單以「對照土地法第三十四條之一第四項與同法第一百零四條及耕地三七五減租條例第十五條之規定」為由，一般性地認為「他共有人得優先承購之買賣內容，應為『同一價格』，而非『同一條件』」，則有以偏蓋全之嫌。

## 二、就先買權同樣條件的認定是否應貫徹絕對同等說

先買權行使的要件是同樣條件，而非僅是同一價格，已如上述。而所謂同樣條件，有絕對同等說與相對同等說的不同看法，前者是指先買權人購買的條件應與原買受人在價格、履行期限、地點、交付方式等所有條款上絕對相同、完全一致；後者是指先買權人購買的條件與原買受人大致相同，即為同樣條件，但對同樣條件的認定並無相對統一的標準<sup>31</sup>。

在美國，多數先買權係由當事人約定而生，已如前述。就約定先買權，加州一案例<sup>32</sup>可供吾人參考<sup>33</sup>。在此案例中，有意買受之人（prospective buyer）<sup>34</sup>要求出賣人移去系爭不動產上的瓦斯桶，否則

<sup>31</sup> 詳參袁錦秀，優先購買權法經濟學分析，頁 104-117，中國民主法制出版社（2006）；許尚豪、單明，優先購買權制度研究，頁 328-332，中國法制出版社（2006）。而吳珮君，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，收錄於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 507-508，元照出版有限公司（2014），亦介紹此二說。

<sup>32</sup> Arden Group, Inc. v. Burk, 45 Cal. App. 4th 1409, 53 Cal. Rptr. 2d 492 (Cal. App. 1996).

<sup>33</sup> 加州是美國人口最多的州，其法制、判決先例在美國具一定的代表性。

<sup>34</sup> 在美國，先買權的行使不以「出賣人與買受人間存在有效買賣契約」為前提，因此，只要有意購買者要約，而出賣人願意承諾，即便出賣人尚未承諾，先買權人亦得行使權利。關於先買權的行使是否以出賣人將標的物有效出賣

就須處理該不動產上的環境問題。「使用該不動產上的瓦斯桶，並對該不動產行使先買權」的承租人當然不同意出租人（出賣人）移去瓦斯桶或清理之，因為其有意繼續使用該瓦斯桶。雖然出租人與承租人就此並無異議，但原買受人提起訴訟請求履行該契約。原買受人敗訴，因為承租人不須符合契約中的每一條款，上訴法院允許出租人與承租人合意修正之<sup>35</sup>。

就上述加州案例，文獻上引用者甚多，具有一定的代表性。文獻上提到在該等案例，法院須考量商業上的實際情形並允許修正，以符合創設先買權之契約當事人的意旨<sup>36</sup>。本文以為，先買權的同樣條件，主要是避免標的物無法由對其評價最高的人取得，並避免出賣人遭受不利益，已如前述；而在此案，主張先買權的承租人不同意「移去瓦斯桶或清理之」，並不會使標的物因而無法由對其評價最高的人取得，而出賣人也同意「先買權人得不接受該條件」，應無出賣人遭受不利益的情形，故先買權人如不接受該條件，並不違反上述先買權「同樣條件」的理論依據；如無其他違反創設先買權之契約當事人之意旨的情事，應可贊同該上訴法院見解。不過，如為法定先買權，則應考量法規範意旨，不當然允許先買權人與出賣人合意修正買賣契約中的條款。

---

與第三人為基礎，詳參黃健彰，不動產優先承買權爭議問題，台南律師公會研討會，頁 2-7，台南律師公會主辦（2015）。

<sup>35</sup> See MARK A. SENN, *COMMERCIAL REAL ESTATE LEASES: PREPARATION, NEGOTIATION, AND FORMS*, Ch.4 67 (2013).

<sup>36</sup> See 54A Cal. Jur. 3d Real Estate §719 (2016); 42 Cal. Jur. 3d Landlord and Tenant §§225, 343 (2016). 引用該案例者尚有 10 Cal. Real Est. §34:120 (4th ed. 2015). 文獻上提到的該等案例尚有 *McCulloch v. M & C Beauty Colleges, Inc.*, 194 Cal. App. 3d 1338, 240 Cal. Rptr. 189 (4th Dist. 1987); *C. Robert Nattress & Associates v. Cidco*, 184 Cal. App. 3d 55, 229 Cal. Rptr. 33 (4th Dist. 1986).

無論是約定或法定先買權，倘貫徹前述絕對同等說，有時反而會有現實上無法達成、不盡合理或甚至違反先買權約定或規定之意旨的情形，例如<sup>37</sup>：

1. 出賣人通知先買權人時，已逾或已十分接近出賣人與買受人約定支付價金的清償期，則先買權人根本不可能或甚難在原訂清償期支付價金<sup>38</sup>。此際，在解釋上宜將原訂清償期轉換為買賣契約成立後一定日期內支付價金，較為合理。

2. 出賣人與買受人約定支付價金的清償地為買受人的住所，若要求先買權人亦於原買受人的住所支付價金，則不盡合理。此際，在解釋上宜將清償地轉換為先買權人的住所，較為合理。

3. 出賣人與買受人約定將系爭標的物直接移轉給第三人（真正或

<sup>37</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1287 號民事判決：「按土地法第一百零四條係規定……，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（本院六十五年台上字第五三〇號判例參照），而依財政部訂頒之土地所有權人申請合併使用鄰接國有非公用土地案件處理要點第七點規定，鄰地所有權人申購之國有非公用土地，經設定地上權、典權或有出租情事者，其地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買權。倘有依國有財產法第四十九條第三項規定申請承購非公用財產類之基地時，所謂依同樣條件，其地上權人、典權人或承租人必須包括鄰地所有權人申購之國有非公用土地之要件時，亦即須經地方政府認定該鄰地與國有非公用土地合併使用，已無可能使地上權人、典權人或承租人符合該規定，豈不成具文」。亦請參閱陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 136 期，頁 168（2009）。該判決亦不贊成貫徹絕對同等說。

<sup>38</sup> 最高法院 102 年度台上字第 141 號民事判決：「上訴人收受詢問是否行使優先承購權書面通知之日起，至以原所訂之同樣條件簽約，並一次給付價金之日止，已有相當之期間籌措價金，尚難謂有何違反誠信原則可言」。吾人如反面推論，可認為「如上訴人收受詢問是否行使優先承購權書面通知之日起，至以原所訂之同樣條件簽約，並一次給付價金之日止，並無相當之期間籌措價金，則違反誠信原則」。

不真正第三人利益約款)，若要求先買權人行使先買權時亦應附有真正或不真正第三人利益約款，或甚至要求接受原先的真正或不真正第三人利益約款，並不合理，甚至違反先買權約定或規定的意旨，例如在土地法第 34 條之 1 第 4 項先買權的情形，由共有人以外的人取得系爭標的物，並無法簡化或消滅共有關係。此際，在解釋上宜認為先買權人行使先買權時不必附有真正或不真正第三人利益約款，較為合理。

4. 另如原買賣契約中提到買受人單方指定、委託的地政士、經紀業、經紀人，若要求先買權人也要單方指定、委託同樣的地政士、經紀業、經紀人，亦不合理。此際，在解釋上宜認為先買權人得單方指定、委託其他地政士、經紀業、經紀人，較為合理。

有學者認為，只要先買權人提出的實質條件不比第三人的條件對出賣人更為不利，則應認定為符合同等條件<sup>39</sup>。本文以為，若採此見解，就「先買權人提出的實質條件是否不比第三人的條件對出賣人更為不利」如有爭議，由於此為特殊、例外情形，應由主張此特殊、例外情形的先買權人負舉證責任<sup>40</sup>。

<sup>39</sup> 許尚豪、單明，前揭註 31，頁 331。

<sup>40</sup> 又德國民法就先買權有一般性規範，其中，就從給付義務，第 466 條規定：「如第三人於契約中對先買權人所不能履行之從給付附有義務，則先買權人須支付從給付之價額，以代替履行從給付。如從給付無法以金錢估價，則先買權之行使即被排除；但縱無從給付之約定，與該第三人之契約亦將訂立者，則不考慮該約定」。相同見解，吳珮君，前揭註 31，頁 511。該見解並不貫徹絕對同等說，可供參考。德國民法該條文是債權效力先買權的規定；而就物權效力先買權，依德國民法第 1098 條第 1 項前段，準用上開規定。本文引用的德國民法條文，均參閱 [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1589](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1589)（2016/04/06，造訪）。

至於先買權法律性質的不同見解是否會影響同樣條件的判斷？按先買權的法律性質固然有（強制締約）請求權說與形成權說的不同見解<sup>41</sup>，但既然學說上對於先買權的意義中大抵均提到同樣條件<sup>42</sup>，則無論採請求權說與形成權說，基本上是以之為要件。詳言之，如依請求權說，先買權人有權依同樣條件向出賣人要約，出賣人有義務依同樣條件承諾，而出賣人承諾後，契約才成立；如依形成權說，先買權人有權依一方的意思表示即依同樣條件與出賣人形成買賣契約，不待出賣人的承諾。此二說的差別在於先買權人與出賣人間買賣契約成立的時點，因此，無論就先買權的法律性質採請求權說抑或形成權說，先買權人與出賣人間買賣契約都是依同樣條件，且如前所述，所謂的同樣條件不宜貫徹絕對同等說，故先買權法律性質的不同見解並不影響同樣條件的判斷。

另外，「相同條件」、「同一條件」與「同樣條件」三種用語中，「『同樣』條件」的用語較可能寓有不貫徹絕對同等說的意思；果爾，宜採「同樣條件」的用語。從而，土地法第 34 條之 3 第 1 項與第 34 條之 7 修正草案就共有人先買權使用「同一條件」的用語，雖較原土地法第 34 條之 1 第 4 項「同一價格」的用語為妥，但如修正為「同樣條件」更佳。

<sup>41</sup> 關於先買權的法律性質，詳參楊宏暉，初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析－從經濟效率與交易失靈談起，財產法暨經濟法，第 27 期，頁 99-102（2011）；王澤鑑，優先承買權之法律性質，收錄於民法學說與判例研究（第一冊），頁 519-520，自版（2009）。

<sup>42</sup> 參閱例如溫豐文，土地法，頁 130，自版，修訂版（2015）；陳立夫，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，收錄於土地法研究，頁 143，新學林出版股份有限公司（2007）；陳明燦，土地法學，頁 153，自版（2015）。

### 參、依物價指數等調整價金的可能性

先買權的行使須以同樣條件為之，已如前述；但價金得否依物價指數等調整？過去學說幾乎未論及。以下先整理實務與學說見解，再提出本文見解：

#### 一、實務與學說見解

在物價劇烈變動的民國 38 年，地政部 38 年 3 月 31 日穗地用字第 15 號代電：「承租人或承典人乙既係依同樣條件優先承買或承典甲之土地，自應於甲丙所訂契載地價為標準，為免因物價波動而受損失起見，得由甲乙雙方參照當地物價指數協議定之」<sup>43</sup>。

在最高法院 95 年度台上字第 1089 號民事判決一案，高等法院確認上訴人就系爭土地有先買權，提到「情事變更原則之規定，乃私法上之原則，當事人於訴訟外或訴訟上為主張，均無不可，其於訴訟上主張者，不論以訴為請求，抑以抗辯權行使，皆為法所許」，並認為「系爭土地之價值暴漲甚鉅，此實非可歸責於雙方當事人之事由，自屬情事變更非當時所得預料，上訴人主張依原買賣契約之價格優先承買，顯失公平」。最高法院提到：「被上訴人辯稱：依民法第二百二十七條之二第二項規定，上訴人應以市價二千六百六十四萬六千六百六十元承買云云，其真意究係提起增、減給付或變更其他原有效果之反訴或

<sup>43</sup> 引自焦祖涵，土地法釋論，頁 654，三民書局股份有限公司，增訂 3 版（2002）；焦祖涵，土地登記之理論與實務，頁 849，三民書局股份有限公司，增訂版（1997）。

僅為抗辯方法？案經發回，宜注意及之」。本件發回後，當事人和解。

不過，最高法院 102 年度台上字第 337 號民事判決提到：「上訴人於原審主張：……被上訴人九十六年八月二十七日提起本訴主張優先承買權時，公告現值已調高為每平方公尺一萬三千元，漲幅已達一三·六八倍，應誠信衡平調整同一條件之價格等語……，被上訴人亦表明願加價至八百萬元……，則兩造陳述增加給付之真意為何？有無法律上之主張及依據？似不明瞭，自應闡明令其敘明。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由」。同案最高法院 104 年度台上字第 2 號民事判決更明確認為：「按土地法第一百零四條第一項規定……，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，承租人得要求優先成為基地之買受人。查林○藩等四人與邱○金簽立七十二年和解契約，成立以一百零四萬元及日幣一千萬元出售包括系爭土地等多筆土地之買賣契約，為原判決認定之事實。果爾，林○謙等依七十二年和解契約買賣條件行使優先購買權時，其應支付之價金額似應以林○藩等四人追認之六十四年買賣契約價金一百零四萬元、及七十二年和解契約約定之日幣一千萬元加總計算，始符該和解契約約定之價金同樣條件。原審徒以該和解契約就價金額並無另為市價或公告現值之約定為由，未說明加計物價指數之理由，逕謂林○謙等行使優先購買權之價金，應以七十二年和解契約締約時之幣值加計物價指數為已足，已有未洽」<sup>44</sup>。

<sup>44</sup> 本判決尚謂：「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」。

本件承租人主張優先承買距前出售已歷逾十年，原審判決認為應加計物價指數，前一最高法院判決質疑其法律依據，後一最高法院判決就此亦表示質疑，且傾向認為不應加計物價指數。

又與上述判決當事人部分相同的台灣高等法院台中分院 100 年度重上更（一）字第 40 號民事判決認為應加計物價指數，上訴審最高法院 103 年度台上字第 2478 號民事判決則與上述最高法院 104 年度台上字第 2 號民事判決見解基本上相同，傾向認為不應加計物價指數。不過，該最高法院 103 年度判決進一步謂：「其次，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」<sup>45</sup>。該判決提及「倘……依法應予調整，……，始較符調整給付之立法意旨」，並未言明「調整給付」的規定，但似未完全排除調整給付的可能性。

另外，前述最高法院 104 年度台上字第 1433 號民事判決提及：「優先購買權……若無法律特別規定或經當事人同意，自無由法院依職權予以調整買賣價金之可言。至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，然尚不得逕依上開規定，依職權為增減原定

<sup>45</sup> 本判決尚謂：「六十四年買賣契約書之價金一百零四萬元於該契約履約過程即給付完畢，就該部分與日幣一千萬元同以七十二年八月間之幣值為基準，是否允當，亦待研酌。原審見未及此，未調查審認上訴人抗辯應增加優先購買價金之法律依據及應調整之適當準據，即認被上訴人以總價八百萬元主張優先購買系爭土地為合法，進而為其有利之判斷，不無速斷」。

之給付。如認當事人得聲請法院增減原定之給付，自應予以闡明」。有學者嘉許該判決上開見解，認為法院應曉諭出賣人得依民法第 227 條之 2 第 1 項規定，聲請法院增加給付或變更其他原有的效果<sup>46</sup>。

## 二、本文見解

上述問題多發生在「出賣人未通知先買權人，而將標的物移轉於第三人已達相當期間」的情形。就僅具債權效力的先買權而言，既然標的物已移轉為第三人所有，先買權人已無法依同樣條件行使先買權，故不生同樣條件認定的問題<sup>47</sup>。

就具物權效力的先買權而言，出賣人固然違反通知義務在先，但如標的物已移轉為第三人所有，而原有先買權之人一旦行使物權效力的先買權，並非僅影響出賣人而已，而是對原買受人、甚至其他第三人（例如轉得人）均可能有影響<sup>48</sup>，將造成法律關係不安定，故當先買權人已知買賣契約的條件時，在 10 日或 15 日內未主張者，其先買權應視為放棄<sup>49</sup>。若先買權人僅知買賣事實（基本上遲早會知道買賣事實），而不知買賣價金等重要條件時，先買權人得提起確認先買權存在之訴，以獲悉買賣條件，並進而行使先買權，請求塗銷買受人的所有

<sup>46</sup> 詳參曾品傑，民事法類，月旦裁判時報，第 46 期，頁 114（2016）。

<sup>47</sup> 此際，頂多只發生「損害的有無與損害的金額之認定」的問題。

<sup>48</sup> 詳參黃健彰，行使具物權效力不動產優先購買權之法律效果，輔仁法學，第 50 期，頁 41-90（2015）。

<sup>49</sup> 10 日之規定，參照民法第 426 條之 2 第 2 項後段與第 919 條第 2 項後段；土地法第 73 條之 1 第 3 項但書、第 104 條第 2 項前段與第 219 條第 4 項但書；土地法第 34 條之 1 執行要點第 10 點第 2 款前段。15 日之規定，參照耕地三七五減租條例第 15 條第 1 項；民法物權編施行法第 8 條之 5 第 7 項後段。

權移轉登記。出賣人固然違反通知義務在先，但若先買權人經數十年不提起確認訴訟並行使先買權，有特別情事使相關人等足以正當信賴先買權人不再行使權利，而先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先買權，藉以坐收漁利，則先買權人的行為並不可取，亦將令相關人等陷於窘境，造成法律關係不安定，宜認為違反誠信原則<sup>50</sup>，此即先買權的權利失效<sup>51</sup>。

在不違反誠信原則而仍得行使物權效力先買權的情形，由於先買權人原得以之前出賣人與買受人間的買賣價金行使先買權，出賣人違反通知義務在先，不應剝奪先買權人原應有的權利。在先買權人欲主張先買權的情形，其本得以之前的同樣條件行使先買權而取得標的物所有權，標的物的漲跌應由其承受負擔，故該價金不必依物價指數、公告現值或市值等調整。

前述實務見解的案例事實中，基本上是標的物大幅漲價，該大幅漲價的情事是在出賣人與原買受人成立契約後，先買權人行使先買權而與出賣人成立契約前，而此有無前述民法第 227 條之 2 第 1 項或第 2 項之情事變更原則的適用？姑且不論所謂「情事變更須於法律關係

<sup>50</sup> 本段詳參黃健彰，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，臺大法學論叢，第 44 卷第 1 期，頁 201-203（2015）。

<sup>51</sup> 關於先買權權利失效之實務見解的整理、分析，可參閱吳從周，民事法最新實務見解整理，收錄於特種租賃、使用借貸與訴訟費用－民事法學與法學方法（第六冊），頁 251-254，元照出版有限公司（2013）；吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 4 期，頁 1244（2013）。但宜注意權利人在相當期間內未行使其權利，除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外，尚難僅因權利人久未行使其權利，而認其嗣後行使權利違反誠信原則，參閱陳忠五，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，第 255 期，頁 47-48（2014）。

成立後」此一要件<sup>52</sup>的「法律關係成立」，在此應以「出賣人與原買受人之間」抑或「出賣人與先買權人之間」為斷，尚姑且不論情事變更原則是否如同前述判決提到可於訴訟外主張<sup>53</sup>，亦姑且不論依情事變更原則請求有無期間限制<sup>54</sup>。按學說上認為：若因可歸責於債務人的事由致債務不履行，且發生情事變更的事由者，則債務人不得主張情事變更<sup>55</sup>；本文以為，情事變更原則既然是由誠信原則中的相互體諒原則（*mutual consideration*）衍生出來<sup>56</sup>，此處の出賣人違反通知義務，導致先買權人無法於先行使先買權，是可歸責於出賣人，則出賣人於嗣後先買權人行使先買權時，主張情事變更原則，要求先買權人「相互體諒」，實違背誠信，故宜認為此時出賣人不得主張情事變更原則。

不過，先買權人就原應支付的價金受有利息的利益，出賣人得主張加上該利息的數額；依民法第 203 條規定，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為 5%。在標的物漲價的情形，先買權人以之前的同一價格行使先買權時，出賣人得主張加上該利息的數額，但不得

<sup>52</sup> 參閱姚志明，契約法總論，頁 144，自版，修訂 2 版（2014）；林誠二，前揭註 27，頁 21；楊宏暉，論情事變更原則下重新協商義務之建構，臺北大學法學論叢，第 97 期，頁 16（2016）。

<sup>53</sup> 詳參黃茂榮，債法總論（第三冊），頁 92-94，自版，增訂 3 版（2010）；陳自強，契約違反與履行請求，頁 349-350，元照出版有限公司（2015）。

<sup>54</sup> 詳參邱聰智（姚志明修訂），前揭註 27，頁 17-18；姚志明，一般情事變更權利行使之期間－評最高法院一〇二年度台再字第一八號民事判決，月旦裁判時報，第 33 期，頁 16-24（2015）；陳忠五，2015 年民事法發展回顧，臺大法學論叢，第 45 卷特刊，頁 1541-1542（2016）。

<sup>55</sup> 詳參鄭冠宇，民法債編總論，頁 141，新學林出版股份有限公司（2015）。

<sup>56</sup> 參閱陳聰富，誠信原則的理論與實踐，收錄於契約自由與誠信原則，頁 111、152，元照出版有限公司（2015）。

主張依物價指數、公告現值或市值等而提高價金<sup>57</sup>；不過，例如在前述判決中，先買權人自願加價行使先買權，從經濟學的觀點而言，表示「相對於原買受人，標的物對先買權人的評價更高」，故先買權人自願加價行使先買權，當無不可。相對的，在標的物跌價的情形，先買權人如仍主張先買權，亦不得主張依物價指數、公告現值或市值等而減少價金，且出賣人得主張加上該利息的數額。由於時間的因素，就上述利息而言，在某程度上即不貫徹前述絕對同等說。

至於原買受人因先買權人主張先買權而受損害，在符合權利追奪擔保<sup>58</sup>、瑕疵給付的損害賠償相關規定的情形，出賣人應賠償原買受人「相當於標的物市值」的損害，但出賣人僅得請求行使先買權之人支付「之前的同一價格加上利息的數額」，如果前者較高，則是違反通知義務的出賣人應承受的不利益。此見解的採取，應可督促出賣人踐行通知先買權人的義務，又不致使主張先買權之人獲得額外的利息利益。

另外，早期有實務見解提到：「如出租人出賣（典）土地時，故意抬高價格，承租人得於法定期限內（即接到出賣（典）之通知後十日內）提出理由及確實證據，申請縣（市）政府按照當地同等土地之一般價格估定價格，並應同時將上列情形通知出租人，俟估定價格後照價承買（典）」<sup>59</sup>。本文以為，先買權人有權以同樣價格優先購買，該

<sup>57</sup> 但出賣人違反通知義務，先買權人如因而有損害發生，則可對出賣人請求賠償損害，已如前述。

<sup>58</sup> 德國判例一律認為有瑕疵，參閱法務部編，民法物權編研究修正實錄－通則、所有權、用益物權、占有及施行法（第三冊），頁 1854，法務部，朱委員柏松的發言（2009）。

<sup>59</sup> 內政部 39 年 5 月 27 日台內地字第 1773 號代電。轉引自前揭註 43，焦祖涵，土地登記之理論與實務，頁 850-851。

價格可能高於市價，也可能低於市價，並非賦予先買權人有權以市場價格購買。出租人與第三人間買賣實價即便高於市價，先買權人也只能以同一實價優先購買。不過，如出租人以較高而不實的買賣價金通知先買權人，先買權人仍得以出租人與第三人間買賣實價優先購買<sup>60</sup>；若先買權人僅知買賣事實，而不知買賣實價，先買權人得提起確認先買權存在之訴，以獲悉買賣條件，進而以同樣條件主張優先購買，不得如此實務見解所述「估定價格後照價承買」。綜上，本文不贊同此實務見解。

#### 肆、流抵契約與先買權同樣條件的認定

依登記原因標準用語，基於流抵契約之所有權移轉<sup>61</sup>的登記原因亦為買賣，於此情形，有無先買權的適用或類推適用？茲就實務及學說見解、本文見解，分述如下。

##### 一、實務及學說見解

實務上，最高法院就此似無相關裁判，而在台灣新竹地方法院 102 年度訴字第 219 號民事判決一案，訴外人甲向原告乙借款，且由被告

<sup>60</sup> 至於如何證立出賣人與第三人間約定的條件及價格，詳參黃茂榮，買賣法，頁 91，自版，增訂 7 版（2015）。

<sup>61</sup> 但應注意法務部（101）年法律字第 10000270950 號函。該函主旨為：「民法第 873 條之 1 等規定參照，抵押權人與抵押人約定流抵契約者，抵押權人僅得請求將抵押物移轉於抵押權人，係計算移轉所有權抵押物價值後所消滅擔保債權範圍，倘流抵契約約定移轉於抵押權人所指定第三人，無法消滅該抵押物所擔保之債權」。另外，最高法院 65 年台上字第 1300 號判例認為代物清償為要物契約，如依該判例見解，流抵契約顯非代物清償。

丙提供其 A 地為乙設定抵押權並訂有流抵契約，嗣該債權屆清償期而甲未為清償，故乙請求丙將 A 地移轉登記予乙，丙抗辯：流抵性質等同買賣，A 地為丙與他人共有，他共有人得優先承購，乙未通知共有人前，不得請求移轉 A 地。法院則認為：「民法第 873 條之 1 規定，……，核其立法意旨，係因抵押權之設定旨在擔保債權之確實受償，非使抵押權人因此獲得債權清償以外之利益，且抵押物所有權之移轉係基於債務之清償關係，兩造間究並未有價金之意思表示合致，誠與買賣之法律關係不同，能否有前開優先承購權之適用，難謂無疑」傾向認為在流抵契約的情形，抵押物的共有人不得主張先買權。果爾，則無「先買權同一價格認定」的問題。

但另案台灣高等法院 102 年度抗字第 892 號民事裁定謂：「相對人主張其於知悉抗告人欲出售其應有部分予他人時，乃……通知抗告人願以同一價格優先承購，並副本知會桃園縣楊梅地政事務所……抗告人原擬將其應有部分出售黃○園，因未能提出其他共有人放棄行使優先承買權之證據，致未能移轉登記無訛。」<sup>62</sup>「嗣其雖改以設定抵押權予黃○園，惟……有抵押權設定契約書中流抵約定之記載……，倘抗告人於清償期屆至，刻意不清償擔保之債權時，其所有之應有部分即歸黃○園所有，使黃○園較其他共有人優先取得應有部分之權利，形同以流抵之約定迂迴達到原先出售黃○園之目地，及剝奪共有人行使優先承買權以取得其應有部分之權利，其有變更應有部分之狀態至明，抗告人雖主張其僅設定抵押權供擔保，非出售應有部分云云，要

<sup>62</sup> 依土地登記規則第 97 條第 1 項規定，抗告人因買賣而將其應有部分移轉登記予黃○園時，雖不必提出其他共有人放棄行使先買權之證據，但因相對人已依該規則第 97 條第 3 項提出異議，故地政事務所駁回抗告人移轉登記的聲請。

難採信」<sup>63</sup>，傾向認為在流抵契約的情形，不動產抵押物的共有人得主張先買權，但未進一步論及「先買權同樣條件認定」的問題。

學說上探討此問題者甚少，有採肯定見解者<sup>64</sup>，其理由在於「基於流抵契約之所有權移轉的登記原因為買賣」，但亦未進一步論及「先買權同樣條件認定」的問題。

## 二、本文見解

本文以下論述流抵契約的所有權移轉有無先買權的適用或類推適用；如有，先買權人行使先買權時，所謂的同樣條件宜依原流抵契約妥為解釋<sup>65</sup>，其中，最關鍵的「同一價格」如何認定？特別是有多數抵押權人的情形，究應如何處理？有待探討。

### （一）先買權的有無

依登記原因標準用語，登記原因為買賣者，含出售、投資、核配、標售、得標、公法人收購、收買、轉帳、撥償、買回、雙方合意契約解除、土地登記規則第 117 條之 1 規定流抵約款及依據民法第 926 條典權人按時價找貼之所有權移轉等。本文以為，其僅為地政實務就登

<sup>63</sup> 筆者按：該裁定中的「目地」應為「目的」。筆者未尋得前開二裁判之上訴審裁判，可能是當事人未上訴或抗告。

<sup>64</sup> 陳明燦，前揭註 24，頁 143。

<sup>65</sup> 例如關於出賣人就抵押不動產的移轉登記義務與先買權人支付價金義務的清償期，即宜依原流抵契約（包含清算義務約定）妥為解釋；如原流抵契約未為約定，則依民法第 315 條規定，得依出賣人與先買權人的約定，或依債之性質或其他情形決定。

記原因歸類上的便宜作法，不當然均屬妥適<sup>66</sup>，更不當然均有買賣相關規範的適用<sup>67</sup>。基於流抵契約之所有權移轉的登記原因固然為買賣，但由於其畢竟不符合民法第 345 條「當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金」之買賣契約的定義，故不宜認為得直接適用先買權的規定；但得否類推適用先買權的規定，則待斟酌。

有學者一般性地認為先買權的存在有造成降低交易可能性及交易價格的潛在不利因素，於適用時應嚴格解釋遵守其要件，盡量避免任意採擴張解釋或類推適用以擴大其適用範圍<sup>68</sup>。本文以為，上述見解並未一概排除擴張解釋或類推適用先買權規定的可能性，如認定現行先買權規定存在法律漏洞，為避免當事人有規避該等規定的結果而違反立法意旨，則仍有類推適用該等規定的可能<sup>69</sup>。

以民法第 919 條典權人留買權規定的修正為例，民國 81 年法務部修正草案會議討論時曾考慮使用「出典人將典物所有權『有償讓與』他人」的文字，但考量出賣以外的有償讓與得否適用，似為解釋上的問題，留待實務及學說解決之，故條文未使用「有償讓與」的文字<sup>70</sup>。

<sup>66</sup> 例如在雙方合意解除契約的情形，如當初的移轉原因為贈與，則基於雙方合意解除契約之所有權移轉，並不適合以買賣為登記原因。

<sup>67</sup> 例如內政部（96）年內授中辦地字第 0960045649 號函即謂：已辦竣買賣所有權移轉登記之建物，事後因雙方合意解除契約，應以買賣為登記原因，無須訂定公定契約書，且免課徵契稅。

<sup>68</sup> 林誠二，優先承買權之適用限制，台灣法學雜誌，第 248 期，頁 112（2014）。類似見解，鄭玉波，論先買權，收錄於民商法問題研究（一），頁 415，自版，4 版（1983），並強調先買權為一種特權，為自由平等原則的例外。

<sup>69</sup> 解釋適用法律時，應考量結果導向，詳參許政賢，契約結果導向的司法控制—初探民事裁判結果導向案例，收錄於民事法學與法學教育，頁 3-79，元照出版有限公司（2014）。

<sup>70</sup> 參閱法務部民法研究修正委員會編，前揭註 19，頁 134-135。

此表示在出賣以外之有償讓與的情形，在解釋適用上，不當然排除主張先買權的可能性。

按民法第 873 條之「抵押物拍賣」、民法第 873 條之 1 之「基於流抵契約的抵押物所有權移轉」、民法第 878 條之「事後訂立契約取得抵押物所有權或以其他方式處分抵押物」，均為實行抵押權的方法，且均為有償讓與；其中，抵押物拍賣為強制拍賣，實務上認為強制拍賣有先買權的適用<sup>71</sup>，本文以為，如抵押權人以其他方式實行抵押權時，亦不應剝奪先買權人原有的權利。例如標的物上已有租賃、地上權、典權的法律關係，而流抵契約成立在後，則無論成立在後的流抵契約是否登記，在流抵條件成就時，為避免如同上述高等法院裁定提到當事人規避先買權的情形，故承租人、地上權人、典權人得主張類推適用土地法第 104 條規定而主張先買權，以填補該規定的法律漏洞。

但如流抵契約成立且登記在前，標的物上租賃、地上權、典權的法律關係發生在後；由於流抵契約成立時，抵押權人有「債權已屆清償期而未受清償時，取得抵押物所有權」的正當期待，故此情形的承租人、地上權人、典權人並無先買權，以避免抵押人藉由「事後使第三人取得先買權」的方式阻止流抵契約履行。不過，成立在前的流抵契約如未登記，依民法第 873 條之 1 第 1 項規定，流抵契約不得對抗第三人，故此情形的承租人、地上權人、典權人仍有先買權<sup>72</sup>。

## （二）先買權買賣價金的認定

在上述標的物上已有租賃、地上權、典權的法律關係，而流抵契

<sup>71</sup> 辦理強制執行事件應行注意事項第 44 點。

<sup>72</sup> 如認為該條項所指的第三人限於善意第三人，則承租人、地上權人、典權人如知悉有流抵契約存在，仍不得主張先買權。

約成立在後，則在「流抵條件成就，承租人、地上權人、典權人主張先買權」的情形，就先買權買賣價金的認定，前述實務及學說見解並未論及，但先買權同樣條件的認定顯然無法貫徹前述絕對同等說。而依民法第 873 條之 1 第 2 項規定，流抵契約的當事人有清算義務；本文以為，在現行法下，此在先買權人行使先買權時亦然，不因先買權人行使先買權而使流抵契約的當事人免除清算義務，而清算以抵押物價值為基準，故先買權人如行使先買權，先買權人應支付的買賣價金即為抵押物價值，抵押物價值超過擔保債權部分，不應由流抵抵押權人優先受償，而應支付給出賣人（抵押人）；先買權人應支付的買賣價金（即抵押物價值）不足清償擔保債權者，流抵抵押權人仍得請求債務人清償。例如甲將其土地依序設定抵押權給乙、丙、丁，以擔保乙、丙、丁對戊的借款債權各 100 萬元，其中，甲與丙尚約定流抵條款並向地政機關登記，而戊屆清償期均未清償債務，該地價值如為 400 萬元，在實行抵押權後，丙取得該地所有權，但丙應支付 300 萬元，乙、丁、甲分別取得 100 萬元；若甲在設定該等抵押權前，已將該地出租或設定地上權、典權給庚，則於實行抵押權時，庚得主張先買權，如庚行使先買權，則庚應支付 400 萬元，甲、乙、丙、丁分別取得 100 萬元<sup>73</sup>。在上例中，該地價值如僅為 150 萬元，則庚應支付 150 萬元，乙、丙分別取得 100 萬元、50 萬元，丙、丁對戊仍有普通債權各為 50 萬元、100 萬元<sup>74</sup>。

<sup>73</sup> 就「先買權人支付的買賣價金如何使流抵抵押權人與其他抵押權人優先受償」的問題，由於並不直接屬於「同樣條件認定」的討論，容另文論述。類似法律關係的探討，參閱謝哲勝，請求塗銷後順位附有流押條款的抵押權設定登記，台灣法學雜誌，第 182 期，頁 98-101（2011）。

<sup>74</sup> 如流抵抵押權人並非唯一的抵押權人，特別是其清償期不同時，其相關法律關係，詳參曾品傑等，我國擔保法之實務發展－民法研討第六十八次研討

不過，擔保物權需要迅速可行的實行制度，流抵契約的清算義務是否會延滯其實行、增加成本，仍值深思<sup>75</sup>。如基於私法自治、契約自由原則及減少抵押權實行成本的考量，而認為流抵契約的當事人得約定排除清算義務<sup>76</sup>，則流抵契約的當事人約定排除清算義務時，為尊重流抵契約當事人減少抵押權實行成本的特別約定，故先買權人應支付

---

會會議紀錄，法學叢刊，第 59 卷第 3 期，頁 115、117（2014）。

<sup>75</sup> 黃健彰，流擔保契約應否禁止－兼評民法物權編第二次修正草案相關規定，台灣本土法學雜誌，第 83 期，頁 40（2006）。

<sup>76</sup> 謝哲勝，流押契約，收錄於 2011 年月旦法學教室別冊－民事法學篇，頁 85，元照出版有限公司（2011），採此說。但台灣桃園地方法院 101 年度訴字第 2308 號民事判決：「因流抵約款乃抵押權私權實行程序之一種，如妥適運用自足以促進抵押物價值之極大化，然抵押物變價之多寡與抵押人、債務人、債權人之利益攸關密切，其利益之維護應宜以兼顧。衡諸流抵約定係以將來標的物權利之移轉作為擔保債權之手段，其特徵在於手段（移轉權利）可能大於目的（擔保債權），為調和此種手段與目的之不平衡，而有特別課以清算義務之必要，以平衡債權人和債務人之利益狀態。而探求流抵約定當事人間之真意，應係以抵押標的物之所有權價值擔保債務之清償（即以支配標的物之擔保價值為目的），而非以取得擔保標的物之所有權為目的，故性質上為擔保權。在確認流抵約定之『擔保性質』之後，為避免流抵抵押權人取得超過被擔保債權額之利益，即有強制課予流抵抵押權人清算義務之必要。因此，若為流抵之約定，抵押權人負有清算抵押物價值之義務，俾能兼顧各方利益之平衡。且此項契約仍係以法律行為移轉抵押物之所有權，故仍需辦理所有權移轉登記後，始生所有權移轉之效力（臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 9 號參照）。……『清算義務』，立法目的在於保護債務人，免其一時之急迫而蒙重大之不利，達成禁止暴利行為之旨趣，即使流抵約款在 96 年 03 月 28 日修正後之物權法認為有效，亦應認為此乃為促進抵押物價值之極大化所為之修法，但立法者對於禁止暴利行為以保護債務人之基本立場並未改變，此清算義務應不容當事人約定任意免除之」。另外，該判決尚認為：「抵押物價值之多寡，攸關流抵抵押權人取得抵押物所有權，其債權能否獲得滿足，自屬對於流抵抵押權人有利之事實；且流抵抵押權人負有清算抵押物價值之義務，亦見上述，故流抵抵押權人就抵押物之價值應負有舉證責任」。又上訴審台灣高等法院 103 年度上字第 120 號民事判決雖廢棄該判決，但未提及清算義務。

的買賣價金為流抵抵押權人的抵押擔保債權額；如有先次序抵押權人，由於其優先受償的次序先於流抵抵押權人，故先買權人應支付的買賣價金尚包括先次序抵押權人的抵押擔保債權額。例如甲將其土地依序設定抵押權給乙、丙、丁，以擔保戊對乙、丙、丁的借款各 100 萬元，其中，甲與丙尚約定流抵條款且排除清算義務，該流抵條款與排除清算義務的約定均於設定抵押權時向地政機關登記<sup>77</sup>，而戊屆清償期均未清償債務，在實行抵押權後，丙取得該地所有權，而甲與丙排除清算義務的約定，雖已登記，但仍不得對抗先次序抵押權人乙，僅得對抗後次序抵押權人丁，故無論該地價值為何，丙應支付 100 萬元給乙，丁無法優先受償<sup>78</sup>；如甲在設定該等抵押權前，已將該地出租或設定地上權、典權給庚，則於實行抵押權時，庚得主張先買權，則庚應支付 200 萬元，乙與丙分別取得 100 萬元。

### 伍、與其他客體一併出賣

出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣時，如法規或當事人的約定並未有明確的處理方式，則如何認定先買權的同樣條件？此為我國實務上常發生的重大問題。本文以下先摘錄並分析我國實務見解，再介紹並分析美國實務見解，最後提出己見<sup>79</sup>。

<sup>77</sup> 為保護交易安全，宜認為：排除清算義務的約定，非經登記，不得對抗善意第三人。

<sup>78</sup> 除非甲與丙「排除清算義務的約定」有不成立、無效、被撤銷等情形；或在實行抵押權前，甲與丙合意解除「排除清算義務的約定」。

<sup>79</sup> 此部分學說見解的整理、分類，亦將於註釋中標明。另外，本文以下所述不包括「部分共有人以多數決出賣不動產時，他共有人有無先買權？如有，

## 一、我國實務見解的整理與分析

出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣，大致有「出賣較大的標的，其中一部分為先買權約定或規定的客體」與「一併出賣數標的，其中之一為先買權約定或規定的客體」二大類，分述如下：

### (一) 出賣較大的標的，其中一部分為先買權約定或規定的客體

出賣人「出賣較大的標的，其中一部分為先買權約定或規定的客體」時，約定或規定的先買權人是否仍有先買權？如有，先買權人得主張購買之標的為何？就此等涉及同樣條件認定的問題，我國實務見解不一致，分述如下。

#### 1. 以「標的物能否分割」為斷

就上開問題，部分實務見解認為以「標的物能否分割」為斷。例如「某甲有一筆 300 坪之建地，其中 100 坪為某乙設定地上權已建房屋。嗣後甲因負債，債權人於判決確定後聲請法院拍賣該筆土地，由丙拍定，則乙能行使優先承買權之範圍如何？」司法院第二廳研究意見為：「除該基地有不能分割之情形外，地上權人之優先承購權，應限

---

其客體為『部分共有人的應有部分』或『共有的不動產』？」此問題。就此，詳參黃健彰，土地法第三十四條之一共有人優先購買權爭議問題，收錄於 2015 年兩岸四地不動產法研討會學術論文集（下），頁 6-17，台灣法學基金會、台灣財產法暨經濟法研究協會主辦（2015）。此問題與本文此處探討「與其他客體一併出賣」不盡相同。

於地上權範圍內之基地。本件甲所有之基地，達三百坪，並無不能分割之情形。乙既僅就其中一百坪設有地上權，則只能就此一百坪，行使優先承購權。研討結論採甲說，並無不合」。而甲說為「乙僅能就一百坪之部分行使優先承買權，按面積比例核算價金與丙成立共有關係。惟其承買之面積應受平均地權條例第七十一條之限制」<sup>80</sup>。

本文以為，為能有效率地彈性用益土地，於一宗土地內得就其「特定部分」申請登記設定用益物權（參閱土地登記規則第108條規定），而不一定須就「整筆土地」為之，本例即為如此。但前述實務見解則十分費解<sup>81</sup>，本文以為有三種解讀的可能：

（1）由於司法院第二廳研究意見提到，基地通常並無不能分割的情形，故地上權人僅得就設定地上權的部分行使先買權。基地分割後成為二筆土地，乙行使先買權的結果為：乙就其中一筆土地（原設定地上權的100坪土地）為單獨所有人，丙就另一筆土地（即其餘200坪土地）為單獨所有人，但此並非共有關係。

（2）乙行使先買權的結果為：基地並未分割；而由於該土地為300坪，原土地為乙設定地上權的部分為100坪，故乙、丙的面積與核算的價金為一比二，乙、丙共有一筆300坪土地，應有部分為三分之一及三分之二。

（3）乙行使先買權的結果為：基地分割後成為二筆土地，乙、丙就其中一筆土地（原設定地上權的100坪土地）為共有人，應有部分

<sup>80</sup> 司法院（72）年廳民二字第0109號函。

<sup>81</sup> 95年12月13日台灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會民執類提案第17號法律問題（一）討論類似問題，即提到前揭司法院函「惟未明示具體做法」，該法律問題研討結果則為：提案機關同意保留。

為三分之一及三分之二，核算的價金為一比二；丙就另一筆土地（即其餘 200 坪土地）為單獨所有人。

本文以為，該筆土地原為單獨所有，若認為行使先買權後就該筆土地成立共有關係，將造成法律關係複雜，且往往違背買受人、先買權人的意思，並不妥當。另外，前述平均地權條例第 71 條係關於「『尚未建築』之私有建築用地面積最高額限制」的規定，就行使先買權的 100 坪部分既然已建房屋，應無該條規定的適用；前述甲說特別提及該規定，並無必要。

又如最高法院 103 年度台上字第 1481 號民事判決提到：「土地法第一百零四條第一項……，使土地所有權之歸屬及利用於公平合理之原則下，歸併同一人。而基地承租人係指承租基地在其上興建建築物之承租人，故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。……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○富可能因邱○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」。依此判決見解，系爭承租人先買權的客體限於承租範圍內之基地，且原買受人不一定要購買剩餘部分土地。

## 2. 以「能否分割或單獨使用」為斷

部分實務見解則認為：「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」<sup>82</sup>。此實務見解就不動產「有無不能分割或不能單獨使用之情事」分別明示處理方式,並無前述「先買權人行使權利後,與原買受人成立共有關係」的情形。

### 3. 並無先買權

有實務見解認為:「耕地所有人出賣耕地時,承租人就有租賃關係之部分,固得以同一條件主張優先承買,惟就無租賃關係之部分,並無優先購買權可言(最高法院80年度台上字第1780號判決參照)。……,本件承租人既無法依同一契約條件(系爭耕地之全部)優先承買,似不得再就其承租部分,割裂主張依耕地三七五減租條例第15條第1項規定優先承受」<sup>83</sup>。此實務見解認為,承租人於此情形似無先買權。

#### (二) 一併出賣數標的,其中之一為先買權約定或規定的客體

出賣人「一併出賣數標的,其中之一為先買權約定或規定的客體」時,我國部分判決認為得主張購買之標的包含其他一併出賣的客體,但也有部分裁判認為得主張購買之標的不包含其他一併出賣的客體,以下分述之。

<sup>82</sup> 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。

<sup>83</sup> 法務部(104)年法律字第10403500230號函。

### 1. 得主張購買之標的包含其他一併出賣的客體

部分判決認為先買權人得主張購買之標的包含其他一併出賣的客體。例如最高法院 98 年度台上字第 1285 號民事判決：「本件三筆土地一起買賣，……。任何一筆土地之共有人欲就三筆中之任何一筆地號主張優先承購權，則另外二筆要附帶『合併購買』，並非就另外二筆共有土地行使優先承購權，而是因其就其中一筆主張優先承購而『必須依原買賣條件一起附帶購買另外二筆土地』，絕非就非共有土地行使優先承購」<sup>84</sup>。此判決強調僅為「附帶合併購買非共有土地」，絕非「就非共有土地行使優先承購」。

最高法院 100 年度台再字第 46 號民事判決並提到：「執行法院……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。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，……，難認已生優先承買之效力」。該判決並提到「買賣契約之單價、總價之高低，與出售之條件息息相關，合併拍賣與非合併拍賣之條件，其拍定價格必有差異」<sup>85</sup>。本文以為，合併拍賣與非合併拍賣之條件，其拍定價格固然常有差異，但如一概認為先買權人應一併購買合併拍賣之土地，先買權人恐因而無力購買或不

<sup>84</sup> 類似見解，許政賢，土地共有人優先承購權之行使，月旦法學教室，第 111 期，頁 21-23（2012）。

<sup>85</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1405 號民事判決（亦請參閱陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第 183 期，頁 204-205，（2011）），就自願出賣採類似見解。但溫俊富，前揭註 5，頁 97，反對此見解。

願購買，此點亦應考慮。另外，該判決認為先買權人應就合併拍賣之土地「一併行使先買權」<sup>86</sup>；前述最高法院 98 年度台上字第 1285 號民事判決則強調僅為「附帶合併購買非共有土地」，絕非「就非共有土地行使優先承購」<sup>87</sup>。但本文以為，二者就其結果而言，並無不同。

<sup>86</sup> 同案最高法院 100 年度台上字第 432 號民事判決，就此採相同見解。

<sup>87</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1405 號民事判決採類似見解，並提到：「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」；「於買賣雙方約定之交易條件為數筆土地一併買受時，共有人行使優先購買權亦須以相同條件行之，與法律之意旨並無不符，亦非增加法律所無之限制」；「如認為得僅依未出賣應有部分之共有人單方之意思，將買賣雙方約定之條件變更後主張優先購買，則屬對於契約自由及財產自由處分權之不當限制，應非可採」；「上訴人又謂：依一物一權原則，共有人之優先購買權，應係存在於各別之共有物上，本件系爭六筆土地為六個共有物，應成立六個共有關係，共有人若欲行使優先購買權，必須各就個別之共有物為主張……亦非每一人均就全部土地有共有權，就無共有權之土地亦無權就之合併於共有土地一併通知伊行使優先購買權云云。惟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」；「土地法第三十四條之一之立法理由，係為避免極少數共有人之阻撓致整筆土地無法處分，不利於土地之整體開發與利用，及儘量簡化或消滅共有關係，以促進土地整體使用。被上訴人就系爭六筆土地一併出售予單一買主，使原本分歧且共有關係複雜之多筆土地，得因此合併為整體利用，與土地法之立法目的相符。反之，如認上訴人得任意選擇系爭六筆土地中較有價值而面臨聯外道路之地號，以與其餘袋地形式上相同而實質上較低之價格優先購買，將造成共有關係仍然存在，而系爭土地無法依原有計劃予以利用。且就袋地部分之原買賣關係是否仍然存續將使契約雙方發生新爭執，該部分袋地將來亦難以利用，有礙土地之經濟，其非合理，殊為明顯」。亦請參閱陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 138 期，頁 214-215 (2009)。同說：101 年 11 月 12 日台灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民執類提案第 4 號研討結果。

## 2. 得主張購買之標的不包含其他一併出賣的客體

部分裁判認為先買權人得主張購買之標的不包含其他一併出賣的客體。在強制拍賣的情形，例如最高法院 93 年度台抗字第 933 號民事裁定謂：「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。……執行法院竟憑以駁回再抗告人（原上開三筆土地之拍定人）應買……土地之聲請，自難謂合」<sup>88</sup>。

在自願出賣的情形，例如最高法院 97 年度台上字第 1307 號民事判決表示：「土地法第三十四條之一第四項共有人之優先承購權，應係存在於各別之共有物上，故本案系爭六筆土地為六個共有物，應成立六個共有關係，共有人若欲行使優先承購權，必須各就個別之共有物為主張方符合法條文意，否則於本案之情形，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」。

<sup>88</sup> 類似意旨，最高法院 97 年度台抗字第 602 號民事裁定、前述法務部行政執行署 94 年 9 月 19 日 94 年度署處聲明異議實務問題研討會提案八研討結論。最高法院 101 年度台抗字第 337 號民事裁定也強調：「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○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」。

## 二、美國實務見解的整理、分析並與我國比較

美國的先買權與我國仍有某些相似性，可供比較、參考，已如前述。在美國，有關於「出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣」<sup>89</sup>的見解甚多，以下先整理該等涉及同樣條件認定問題的見解，再提出本文對該等見解的分析並與我國比較：

### （一）美國實務見解的整理

關於「出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣」，美國法院曾有以下五種見解<sup>90</sup>，迄今仍見解不一<sup>91</sup>：

1. 無先買權，且無救濟（no relief）。此說認為，買賣的客體僅為先買權約定或規定的標的時，才有先買權的適用；而由於該買賣的客體並非僅有先買權約定或規定的客體，故出賣人並未違反先買權的約定或規定，從而先買權人並無請求救濟的權利<sup>92</sup>。不過，採此見解的判決甚少。

2. 無先買權，但法院禁止一併移轉（enjoin package sales），如已一併出賣，命買受人將先買權約定或規定的標的移轉給出賣人。此說認為，在一併出賣的情形，先買權人無法僅就系爭標的確認其價金，

<sup>89</sup> 此包括「一併出賣數標的，其中之一為先買權規定或約定的標的」及「出賣較大的標的，其中一部分為先買權規定或約定的標的」的情形，法院並不區別此二情形，see Daskal, *supra* note 6, at 461, 468-469, 475.

<sup>90</sup> See *id.* at 461, 469-492.

<sup>91</sup> See SENN, *supra* note 35, at Ch.4 64-65; 2 MILTON R. FRIEDMAN, FRIEDMAN ON LEASES Ch.15 91-94 (2013).

<sup>92</sup> See Crow-Spieker #23 v. Helms Constr. and Dev. Co., 731 P.2d 348, 350 (Nev. 1987).

遑論其他條款及條件<sup>93</sup>。出賣人雖有意出賣較大的標的，但不能因此證實出賣人亦有意分別出賣系爭較小的標的<sup>94</sup>。金錢賠償先買權人並無必要，此「禁止移轉的救濟方式」使當事人回復原狀，不會造成無法回復的損害，亦可避免法院介入系爭標的價格的認定<sup>95</sup>。

3. 僅得購買先買權約定或規定的標的 ( *specific performance on the burdened property alone* )。由於出賣的客體確實包含先買權約定或規定的標的，故出賣人有義務通知先買權人以便其購買先買權約定或規定的標的；如無該通知，先買權人可能無法行使其權利，但基於「以行為阻其義務之要件該當者，不因要件之不該當而免除其責任」( *a party who prevents the fulfillment of a condition of their own obligation cannot rely on the non-occurrence of the condition to defeat his or her liability* ) 的契約法基本原則，此際，出賣人固然違反通知先買權人的義務，但先買權人仍得行使其權利<sup>96</sup>。至於該標的之買賣價金，有的法院依系爭部分的價值與其餘部分的價值比例決定，而不論系爭部分獨立的市場

<sup>93</sup> See *Gyurkey v. Babler*, 651 P.2d 928, 932 (Idaho 1982).

<sup>94</sup> See *Ollie v. Rainbolt*, 669 P.2d 275, 280 (Okla. 1983); *Straley v. Osborne*, 278 A.2d 64, 69 (Md. 1971); *Guaclides v. Kruse*, 170 A.2d 488, 494 (N.J. Super. Ct. App. Div.), *cert. denied*, 174 A.2d 658 (1961).

<sup>95</sup> See *Chapman v. Mutual Life Insurance Co. of N.Y.*, 800 P.2d 1147, 1151-1152 (Wyo. 1990).

<sup>96</sup> See *Daskal*, *supra* note 6, at 461, 480-482. 關於「因不履行之行為而使其義務之要件不該當者，則該義務之要件為已該當」( *Where a party's breach by non-performance contributes materially to the non-occurrence of a condition of one of his duties, the non-occurrence is excused; effect of a breach by non-performance as excusing the non-occurrence of a condition* ), see *Restatement (Second) of Contracts* §245 (2016); 13 RICHARD A. LORD, *WILLISTON ON CONTRACTS* §39:4 (2015).

價值<sup>97</sup>；亦有法院認為上述依比例認定的方式並不妥當<sup>98</sup>，應賦予先買權人以系爭部分的公平市場價值行使先買權<sup>99</sup>。

4. 先買權人得請求契約上的金錢賠償（*monetary relief*）。對先買權人而言，將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣，實質上也出賣了先買權約定或規定的客體，故此際並不使先買權人喪失權利，而原本先買權人有機會購買系爭不動產，因此，先買權人得請求金錢賠償<sup>100</sup>。不過，採此見解的判決甚少。

5. 得就全部行使先買權（*specific performance on the entire package*）。此說認為，該見解給予先買權人如其期待的公平之保護，且無論誰是最終的買受人，所有權人均能獲得同樣的買賣價金，並未對所有權人造成負擔或困境。而將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣，只是出賣先買權客體的條件，而先買權的本質僅是賦予先買權人以同樣條件購買先買權客體，故要求欲行使先買權之人一併購買其他客體是合理的。此與其他不合常規的條件（例如要求先買權人行使權利時同意加入合夥，或以土地互易而非支付金錢）並無不同<sup>101</sup>。

## （二）美國實務見解的分析並與我國比較

本文就上開美國法院見解，分析並與我國比較如下：

<sup>97</sup> See, e.g., *Brenner v. Duncan*, 27 N.W.2d 320, 322 (Mich. 1947).

<sup>98</sup> See, e.g., *Berry-Iverson Co. of N.D., Inc., v. Johnson*, 242 N.W.2d 126, 135 (N.D. 1976).

<sup>99</sup> See, e.g., *Pantry Pride Enter., Inc. v. Stop & Shop Companies, Inc.*, 806 F.2d 1227, 1231 (4th Cir. 1986); *Wilson v. Brown*, 55 P.2d 485, 486, 488 (Cal. 1936).

<sup>100</sup> See *Anderson v. Armour & Co.*, 473 P.2d 84 (Kan. 1970).

<sup>101</sup> See *Capalonga v. Giles*, 425 N.Y.S.2d 225, 228 (N.Y. Sup. Ct. 1980).

上述第 1 說在美國與前述我國實務見解中均屬少數說。採該見解將使出賣人輕易規避先買權，使先買權人蒙受不利益；在法定先買權的情形，亦將違反法規促進效率等意旨。

至於第 2 說，在我國現行法解釋論上較難得出此結論。即便就立法論而言，亦不適宜採取。因為該說的規制手段過強，有過度限制契約內容自由之虞，且在系爭標的物與一併出賣的標的物使用價值不可分時，將造成系爭標的物或一併出賣的標的物不易出賣，或僅能以較低的價格，對出賣人不利，不利於不動產的流通、利用，違背效率。此結果不但違反出賣人、買受人的意思，且單純的禁止一併移轉或命回復原狀，由於只是使標的物回復為未出賣的狀態，先買權人無法行使先買權，此結果也違反先買權人的期待，因為就先買權人的角度而言，所有人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣，畢竟也有出賣先買權約定或規定的客體，先買權人應可行使先買權，只是購買的標的為何，有待釐清而已。

第 3 說雖有一定道理，前述我國實務見解中採此說者亦不少。但若均採此說，特別是在出賣人與買受人僅約定一筆買賣價金時，如何認定先買權人與出賣人間買賣契約的價格，將成為問題。若依面積比例定價格，有時實非同一價格，且買賣標的物分離，有時不利於不動產的利用，違背效率，亦違反當事人（包括出賣人、買受人）的意思，若因此形成前述我國實務見解提到的共有關係，則更不妥適。

若採第 4 說，美國論者提到有「損害往往不易估計」的缺點<sup>102</sup>。在我國，關於損害數額難以證明的問題，雖有民事訴訟法第 222 條第

---

<sup>102</sup> See Daskal, *supra* note 6, at 461, 497.

2項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額」。但該條項的適用仍以「當事人已證明受有損害」為前提。而實際上，先買權人不一定能證明有何損害<sup>103</sup>，且在法定物權效力先買權的情形，將違反法規「賦予先買權人得請求塗銷第三人之移轉登記，並得請求出賣人將標的物移轉予自己」的意旨，而不足以保障先買權人。

第5說雖有一定道理，前述我國實務見解中採此說者亦不少。但若均採此說，有時將使先買權人購買之客體無必要的擴張，且過度限制出賣人的締約相對人選擇自由，而買受人因此連系爭標的以外一併出賣的財產都被先買權人捷足先登，對買受人也可能不利。而對先買權人而言，其有「僅優先購買系爭標的」之期待；若均採此說，先買權人將面臨「購買較多、較大之標的」（但總價金因而亦較高，而先買權人不見得有能、有意願優先購買）或「放棄優先購買權」的抉擇。另外，系爭標的以外一併出賣的財產如屬先買權人在法律上不得取得者，若均採此說，將違反法律規定；例如先買權人是私法人，系爭標的以外一併出賣的財產是耕地，在我國若均採此說，除非有農業發展條例第33條但書規定的情形，否則將違反農業發展條例該條規定。

### 三、本文見解

綜合以上對於我國與美國見解的分析，並基於經濟效益與相關當事人整體利益衡量，一方面避免使其他標的因有先買權而價格低落或因此不易出賣而損及出賣人，另一方面也避免出賣人任意將其他標的一併出賣或因執行法院將其他標的一併出賣，使先買權人無力或不願

<sup>103</sup> 詳參黃健彰，前揭註22。

行使先買權，本文以為，無論是約定或法定先買權、債權效力或物權效力先買權、自願出賣或強制拍賣下的先買權<sup>104</sup>，若買賣契約數宗標的就其使用價值不可分，則先買權人購買的範圍擴及該買賣契約中不可分的標的；但若買賣契約數宗標的就其使用價值係屬可分，例如與無關的動產或不動產一併出賣，則不適合貫徹前述絕對同等說，此際，先買權人購買的範圍僅限於約定或法定的標的<sup>105</sup>。此為先買權人購買範圍在解釋論上可得到的結論，而非創設先買權的效力。

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，因此，此種情形原則是數宗標的不可分<sup>106</sup>；而土地與建物一併出賣，可使土地所有與土地使用合一、土地與建物同屬於一人所有，為買受人買

<sup>104</sup> 馮善詮，優先購買權之行使—以不動產合併出售、拍賣為中心，萬國法律，第 193 期，頁 95-110（2014），認為私人間買賣契約的各種約定，先買權人難以全部知悉，與強制拍賣資訊公開且透明有異，故就合併出售、拍賣的先買權行使為不同處理，並就各種合併拍賣情形予以分析。本文以為，該文有參考價值，但文中論述似忽略即便是自願出賣，出賣人有通知先買權人「買賣條件」（而非僅是買賣事實）的義務。

<sup>105</sup> 類似結論，謝哲勝，前揭註 26，頁 18-19，但其僅探討法定先買權的情形。就債權效力先買權，德國民法第 467 條規定：「如第三人將與先買權有關之標的連同其他標的一起按總價金買受，則先買權人須依總價金之比例支付價金。義務人得請求將先買權擴及分離將使義務人受不利益之全部之物」。就物權效力先買權，依德國民法第 1098 條第 1 項前段，亦準用上開規定。

<sup>106</sup> 林旺根，土地法第三十四條之一爭議問題及解決，月旦法學雜誌，第 210 期，頁 94-95（2012），就土地法第 34 條之 1 的先買權採相似見解。前述最高法院 98 年度台上字第 1405 號民事判決案例事實即屬數宗標的不可分情形。

受的重要考量因素，故此原則上也是標的不可分<sup>107</sup>。再者，地上權人

<sup>107</sup> 參閱謝哲勝，前揭註 26，頁 19。故本文贊同最高法院 88 年度台上字第 2126 號民事判決以下見解：「倘共有人係將共有土地及建築改良物合併出售時，此項『合併出售』之條件，他共有人亦應依此條件與為出賣之共有人訂立買賣契約，而不得任選土地或建築改良物主張優先承購」。鄭冠宇，共有之法律關係，法學叢刊，第 55 卷第 2 期，頁 7-8 (2010)；蔡明誠，共有人依同一條件行使優先承購權之問題，台灣本土法學雜誌，第 70 期，頁 153 (2005)，亦贊同該判決見解。

又 87 年 11 月台灣高等法院暨所屬法院 87 年法律座談會民事執行類提案第 11 號提到：甲、乙共有土地一筆，應有部分各二分之一，甲在地上單獨建有房屋一棟，甲因欠丙債務，由丙聲請法院執行查封拍賣甲共有之土地應有部分二分之一及地上建物乙棟，因乙為土地共有人，對土地有優先承買權，但法院認為建物與土地合併拍賣，較符合經濟效益，法院定拍賣條件可否載為「土地應有部分與建物，分別標價，合併拍賣，土地共有人如主張對土地優先承買，應連同建物一併買受」？甲說（肯定說）：法院所定拍賣條件為土地與建物分別標價，合併拍賣，則土地共有人如主張對土地優先承買，自應連同建物一併買受。乙說（否定說）：土地共有人，依法僅對土地有優先承買權，對於建物則無優先承買權，法院不得規定其應連同建物一併買受。初步研討結果：採甲說。審查意見：「依通常情形，乙依法僅對土地部分有優先承買權，拍定人拍定後對房屋可確定標得，至土地部分如經共有人優先承買，彼此間自然另行成立責買關係，進而可設定地上權，可解決二者之關係，並無困難。如採甲說，一方面強制乙一併承買房屋，他方面復剝奪拍定人對房屋之承買權，執行法院任意附加法律以外之拍賣條件，恐生無謂紛擾。採乙說」。研討結果：照審查意見通過。

上開審查意見雖提到拍定人與乙自然成立租賃關係（審查意見中的「責買」應為「租賃」之誤），但本文以為，此涉及原房屋坐落於土地有無或有何權源（台灣士林地方法院民事執行處，法院辦理民事執行實務參考手冊，頁 292，台灣士林地方法院，編修版（2015），即認為應先查明債務人有無使用基地的權源），且如為基地地上權、典權或租賃關係，乙對房屋尚有土地法第 104 條或民法第 426 條之 2 的先買權。更何況認為「出賣人一併出賣不可分的客體時，如先買權人行使先買權，應一併購買該客體」的見解，是著眼於前述經濟效益與相關當事人整體利益衡量，不是僅在提供權源，故審查意見所謂「可解決二者之關係，並無困難」，並不足以否定「本件乙依土地法第 34 條之 1 第 4 項行使先買權時，應一併購買房屋」的見解。而如前所述，既然土地（或其應有部分）與房屋是標的不可分，執行法院即非「任意」附加法律以外之拍賣條件，且如乙行使先買權，雖強制乙一併承買房屋，復剝奪拍

或典權人依民法第 838 條第 3 項、第 917 條第 2 項規定，將其房屋與地上權或典權一併出賣，也是標的不可分<sup>108</sup>。相對的，系爭標的以外一併出賣的財產如屬先買權人在法律上不得取得者，其與系爭標的是數宗標的可分。而前述實務見解所稱「標的得分割」，是指「標的依法可為標示分割」的情形，並非皆為本文見解所謂標的可分。

不過，有學說就土地法第 104 條的先買權，認為在土地所有人自主出賣的情形，本於契約自由及土地所有人自身情事的考量，得自由決定出賣標的，先買權人得對出賣土地的全部有先買權；如土地所有人故意將未存有地上權、典權或租賃關係的土地合併出賣，藉以妨害先買權人行使其權利者，土地所有人乃權利濫用，其買賣契約無效<sup>109</sup>。

上述學說見解權衡土地所有人與先買權人等的利益，可謂用心良苦。但本文欲澄清者為：權利濫用的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<sup>110</sup>，如認為「土地所有人故意將未存有地上權、典權或租賃關係的土地合併出賣，藉以妨害先買權人行使其權利者，土地所有人乃權利濫用，土地所有人

---

定人對房屋之承買權，但上述甲說其實也是賦予乙權利，而本件雖是分別標價，但一併購買土地的應有部分與房屋，仍常為拍定人買受的重要考量因素。綜上，就經濟效益與相關當事人整體利益衡量而言，上述甲說應較可採。

<sup>108</sup> 詳參黃健彰，基地所有人於地上權人或典權人將房屋與權源出賣時之先買權—以該先買權之有無及客體為中心，台灣土地研究，第 19 卷第 2 期，頁 94（2016）。

<sup>109</sup> 參閱陳立夫，基地·房屋之優先購買權：土地法第一百零四條，收錄於土地法釋義（一），頁 197-198，元照出版有限公司（2016）。

<sup>110</sup> 詳參林克敬，民法上權利之行使，頁 49-51，三民書局股份有限公司（2009）。有學者甚至認為禁止權利濫用原則為備位評價法則，其對法律行為的規範作用，不宜使其動輒無效，參閱邱聰智，民法總則（下），頁 509，三民書局股份有限公司（2011）。

與第三人間的買賣契約無效」，則有類似前述美國實務見解中第 2 說的問題，不但違反出賣人與第三人的意思，而對先買權人也不是最佳的保障方式。更何況，法律行為無效具補充性或最後手段性<sup>111</sup>，按先買權人不一定行使權利，如在上開情形，認為土地所有人與第三人間的買賣契約無效，並無必要，而只要在先買權人行使權利的情形，依前述出賣標的是否可分，妥適解釋其先買權的客體即可。

另外，就前述最高法院 103 年度台上字第 1481 號民事判決，有學者認為：擴張先買權的標的是為了出賣人的利益，如出賣人不爭執或主張分開賣，則先買權標的應限於法定的標的範圍；本件是由基地所有人提起上訴，表示所有人不願出賣全部土地給基地承租人<sup>112</sup>。本文以為，如同該判決所述，當先買權人購買的範圍僅限於約定或法定的標的之情形，原買受人得選擇是否購買其餘部分，故擴張先買權人購買之客體的確是為了出賣人的利益，而如出賣人不爭執或主張分開賣，則先買權人購買之標的應限於法定或約定之標的範圍。不過，例如就土地法第 104 條、民法第 426 條之 2 之先買權規定而言，其規範目的在於基地所有權與基地用益權合一，促進基地資源的最有效率使用<sup>113</sup>，而其他的先買權規定，例如土地法第 34 條之 1 第 4 項的先買權，是為

<sup>111</sup> 參閱陳忠五，法律行為無效之規範依據，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀－財產法學篇（一），頁 6-7（註 7）、23-24，學林文化事業有限公司（2002）；陳忠五，第三人確定契約標的與契約的有效性－最高法院 100 年度台上字第 2030 號判決評釋，台灣法學雜誌，第 203 期，頁 116-117（2012）；陳忠五，2011 年民事法發展回顧，臺大法學論叢，第 41 卷特刊，頁 1451-1452（2012）。相關闡釋及運用，例如黃健彰，前揭註 50，頁 183-185。

<sup>112</sup> 謝哲勝，以同一條件行使優先購買權－最高法院 103 年度台上字第 1481 號民事判決評析，法令月刊，第 66 卷第 4 期，頁 1-12（2015）。

<sup>113</sup> 參閱謝哲勝，土地共有和用益權人優先承購權法律性質與優先順序之探討，收錄於財產法專題研究，頁 131，三民書局股份有限公司（1995）。

了簡化或消除共有關係、俾利不動產的開發利用<sup>114</sup>，裨益社會經濟<sup>115</sup>，同樣也要考量不動產的使用價值。該判決提到：「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」似僅考量「系爭土地得否標示分割」，而未考量「如不允許先買權人承買全部土地，是否將有損經濟價值」，此將無法促進土地資源的最有效率使用，故就此而言，本文無法贊同。

而土地法第 34 條之 3 第 5 項修正草案規定：「依第三十四條之一第一項規定讓與時，有合併使用必要者，得與他宗土地或建築改良物合併讓與。共有人得僅就其共有之土地或建築改良物行使優先購買權」。本文以為，基於前述理由，在有合併使用必要的情形，共有人不得僅就其共有的不動產行使先買權，故該條項修正草案後段宜修正為「共有人行使優先購買權時，應一併購買有合併使用必要之他宗土地或建築改良物」。

### 陸、主張先買權之人指定第三人為權利取得人

主張先買權之人得否指定第三人為權利取得人？此問題也與先買權的同樣條件有關。就此，最高法院 85 年度台上字第 1052 號民事判決提到：「他共有人主張優先承購，自應以自己名義，單獨或共同取得出賣之共有人之應有部分，倘行使優先承購權，惟要求另指定非共有人之第三人為權利取得人，則與優先承購權旨在簡化共有關係之立法

<sup>114</sup> 參閱楊松齡，實用土地法精義，頁 122，五南圖書出版股份有限公司，16 版（2016）。

<sup>115</sup> 參閱謝哲勝，土地法，頁 114，翰蘆圖書出版有限公司，3 版（2013）。

趣旨相違，應非法律之所許」<sup>116</sup>。學說上就此表示見解者甚少，有學者贊同上述判決見解<sup>117</sup>。

按契約如附真正或不真正第三人利益約款，本應由買賣契約當事人雙方約定。不過，本文以為，先買權的行使本來就是在變更原買賣契約中的權利取得人，而且原買賣契約也可能附真正或不真正第三人利益約款，已如前述，所以主張先買權之人單方面變更權利取得人，不必然違反「應以『同樣條件』行使先買權」的要件，而應回歸各該先買權約定或規定的意旨，來判斷其有效性。

詳言之，在「共有人出賣應有部分時的先買權」之情形，誠如上開判決提到，行使先買權之人不得指定將標的物登記予共有人以外的第三人，否則無法實現「簡化共有關係」、「使所有權單一化」的規範目的。不過，行使先買權之人基於私法自治原則，得指定將標的物登

<sup>116</sup> 該段判決見解已被諸如台灣高等法院 95 年度上字第 889 號民事判決（最高法院 98 年度台上字第 1075 號民事裁定駁回上訴）等實務見解引用，可見其在實務上的重要性。

該最高法院 85 年度台上字第 1052 號民事判決另提到：「他共有人苟無購買能力，竟任意主張優先承購之權利，致延誤出賣之共有人與原買受之第三人間買賣契約之履行，當非立法之本旨」。本文則以為，先買權人有無購買能力，原則上與「先買權人是否依法行使先買權」無涉，先買權人若有給付遲延的情形，出賣人得經催告後解除契約（參照最高法院 66 年台上字第 3681 號判例：「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，若該契約有解除原因，非不得將其解除」）。台灣高等法院 100 年度重上字第 851 號民事判決（同案最高法院 101 年度台上字第 1190 號民事裁定駁回上訴）即謂：「共有人出賣應有部分時必須通知他共有人，俾他共有人有行使優先承購權之機會，至他共有人有無資力在所不問，否則有以任加之條件限縮立法本意之虞，況現今金融事業之發達，不動產價值菲薄，以土地融資獲取資金非屬難事」。

<sup>117</sup> 例如謝在全，前揭註 5，頁 363。

記予其他共有人<sup>118</sup>，因規範目的仍得實現，對出賣人亦無不利益，且若於此情形採否定說，則行使先買權之人僅得先請求將標的物登記於自己名下，再贈與給其他共有人，而此迂迴處理並無必要，徒耗勞力、時間、費用。而且，在強制締約的情形，也有強制締約的相對人單方指定利益第三人的情形，例如甲將受傷危急而無意識的路人乙送至醫院，甲願意替乙支付醫療費用並與醫院成立醫療契約<sup>119</sup>，即為甲單方指定受益之第三人乙，但由於此為強制締約，醫院原則上並無締約與否的自由<sup>120</sup>，亦無締約相對人選擇自由<sup>121</sup>及受益人選擇自由，故不得無故拒絕與甲締約，亦不得無故拒絕為危急的病人乙診療。與之相似者，如認為先買權的法律性質是強制締約請求權，在標的物出賣時，先買權人有強制締約請求權，而在不違背先買權規範目的之前提下，主張先買權之人得單方指定受益人；如有意確保先買權的實現，而認為先買權的法律性質是形成權<sup>122</sup>，不須出賣人承諾，更應認為在不違背規範目的之前提下，主張先買權之人得單方指定受益人，就此即不

<sup>118</sup> 最可能的情形是：該其他共有人是先買權人的家屬。但參照民法第 269 條第 3 項規定，如受益人對於出賣人或先買權人之一方表示不欲享受其利益者，視為自始未取得其權利，此時宜認為先買權人有權請求出賣人向自己為給付。

<sup>119</sup> 參照陳聰富，醫療責任的形成與展開，頁 144，國立臺灣大學出版中心（2014）。

<sup>120</sup> 參照黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 8-9（2005）；黃茂榮，債法各論（第一冊），頁 443-444，自版，增訂 2 版（2006）。

<sup>121</sup> 參照陳聰富，民法概要，頁 99，元照出版有限公司，10 版（2016）。

<sup>122</sup> 多數說認為先買權為形成權，例如陳自強，契約之成立與生效，頁 120，元照出版有限公司，3 版（2014）；林誠二，優先承買權之效力與行使期間—最高法院九十九年度台上字第一六九九號民事判決評釋，月旦裁判時報，第 10 期，頁 35-36（2011）；溫豐文，共有人之優先購買權，台灣本土法學雜誌，第 38 期，頁 114（2002）。

適宜貫徹前述絕對同等說。

同理，在土地法第 104 條先買權之情形，如基地承租人出賣房屋，而基地係屬共有，基地共有人之一行使先買權時，得指定將房屋登記予未行使先買權的基地共有人，因為仍可使基地所有與基地利用合一，但不得指定將房屋登記予無關之第三人；如基地出租人出賣基地，而房屋係屬共有，房屋共有人（基地的共同承租人）之一行使先買權時，得指定將基地登記予未行使先買權的房屋共有人，但不得指定將基地登記予無關之第三人。

### 柒、結論

第三人與出賣人約定的買賣條件，總體上構成第三人對該標的物的評價，故行使先買權是以同樣條件為準，而非僅是同一價格。因為在私法自治原則下，第三人有可能在各種買賣條件上讓步，以換取較低的買賣價金；相對的，出賣人也可能在各種買賣條件上讓步，以換取較高的買賣價金。按標的物與價金以外的條件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，而先買權人行使先買權，原則上均須接受。

不過，由於先買權同樣條件的認定，如貫徹絕對同等說，有時會有現實上無法達成或不盡合理的情形或甚至違反先買權約定或規定之意旨的情形，於此情形，在解釋上宜為轉換。而土地法第 34 條之 3 第 1 項與第 34 條之 7 修正草案就共有人先買權使用「同一條件」的用語，雖較原土地法第 34 條之 1 第 4 項「同一價格」的用語為妥，但如修正為「同樣條件」更佳。

整體而言，關於同樣條件的認定，宜平衡考量相關當事人的意思與利益，並考量先買權約定或規定之意旨。而本文分析相關實務問題，得出以下結論：

首先，在出賣人違反通知義務，而先買權人嗣後知悉買賣條件並欲主張先買權的情形，其本得以之前的同樣條件行使先買權而取得標的物所有權，標的物的漲跌應由其承受負擔，故先買權人以之前的同一價格行使先買權時，出賣人得主張加上該利息的數額，但不得主張依物價指數等調整。此際，出賣人違反通知義務在先，故出賣人亦不得主張依情事變更原則提高價格。

其次，標的物上已有共有、租賃、地上權、典權等法律關係，而流抵契約成立在後，則在流抵條件成就時，共有人、承租人、典權人等有主張類推適用先買權規定的可能；此際，先買權人如行使先買權，先買權人應支付的買賣價金原則上為抵押物價值。

再者，出賣人將先買權約定或規定的客體及其他客體一併出賣時，若買賣契約數宗標的不可分，則先買權人得購買的範圍擴及該買賣契約中不可分的標的，但若買賣契約數宗標的可分，則先買權人得購買的範圍僅限於約定或法定的標的。而土地法第 34 條之 3 第 5 項修正草案規定：「依第三十四條之一第一項規定讓與時，有合併使用必要者，得與他宗土地或建築改良物合併讓與。共有人得僅就其共有之土地或建築改良物行使優先購買權」。本文以為，該條項修正草案後段宜修正為「共有人行使優先購買權時，應一併購買有合併使用必要之他宗土地或建築改良物」。

另外，行使先買權之人單方面變更權利取得人，不必然違反「應以『同樣條件』行使先買權」的要件，而應回歸各該先買權約定或規

定的意旨，來判斷其有效性。例如在「共有人出賣應有部分時的先買權」之情形，行使先買權之人不得指定將標的物登記予共有人以外的第三人，但得指定將標的物登記予其他共有人。

# 中原財經法學

## 參考文獻

### 書籍

林克敬，民法上權利之行使，三民書局股份有限公司（2009）。

林誠二，債法總論新解－體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司，2版（2013）。

法務部民法研究修正委員會編，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料（典權部分）彙編（十），法務部（1993）。

法務部編，民法物權編研究修正實錄－通則、所有權、用益物權、占有及施行法（第三冊），法務部（2009）。

邱聰智，民法總則（下），三民書局股份有限公司（2011）。

邱聰智（姚志明修訂），新訂民法債編通則（下），自版，新訂2版（2014）。

姚志明，契約法總論，自版，修訂2版（2014）。

孫森焱，民法債編總論（下冊），自版，訂正版（2014）。

高欽明，共有土地處分實務與技巧－土地法第34條之一，永然文化出版股份有限公司，13版（2016）。

陳自強，契約之成立與生效，元照出版有限公司，3版（2014）。

陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司（2015）。

陳明燦，土地法－理論與實務，自版，2版（2014）。

陳明燦，土地法學，自版（2015）。

陳聰富，醫療責任的形成與展開，國立臺灣大學出版中心（2014）。

陳聰富，民法概要，元照出版有限公司，10版（2016）。

黃茂榮，債法各論（第一冊），自版，增訂2版（2006）。

黃茂榮，債法總論（第三冊），頁73-97，自版，增訂3版（2010）。

黃茂榮，買賣法，自版，增訂7版（2015）。

焦祖涵，土地登記之理論與實務，三民書局股份有限公司，增訂版（1997）。

焦祖涵，土地法釋論，三民書局股份有限公司，增訂3版（2002）。

楊松齡，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，16版（2016）。

詹森林，民事法理與判決研究（五），元照出版有限公司（2007）。

溫豐文，論共有，三民書局股份有限公司（2011）。

溫豐文，土地法，自版，修訂版（2015）。

趙淑德，土地法規，自版，5版（2010）。

鄭玉波（陳榮隆修訂），民法債編總論，三民書局股份有限公司，修訂2版7刷（2010）。

鄭冠宇，民法債編總論，新學林出版股份有限公司（2015）。

劉春堂，判解民法債編通則，三民書局股份有限公司，修訂6版（2010）。

謝在全，分別共有內部關係之理論與實務，自版（1995）。

謝在全，民法物權論（上），自版，修訂6版（2014）。

謝哲勝、張靜怡、林學晴，選擇權，五南圖書出版股份有限公司，2版（2003）。

謝哲勝，土地法，翰蘆圖書出版有限公司，3版（2013）。

謝哲勝，民法物權，三民書局股份有限公司，增訂4版2刷（2014）。

許尚豪、單明，優先購買權制度研究，中國法制出版社（2006）。

袁錦秀，優先購買權法經濟學分析，中國民主法制出版社（2006）。

中田裕康，債權總論，株式會社岩波書店，3版3刷（2014）。

我妻榮、有泉亨、清水誠、田山輝明，我妻・有泉コンメンタール民法—  
總則・物權・債權，株式會社日本評論社，4版（2016）。

松岡久和、中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）』（株式會社  
日本評論社、2012年）。

潮見佳男，プラクティス民法 債權總論，信山社，4版3刷（2014）。

COOTER, ROBERT & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS (Prentice Hall,  
Boston, MA, 6th ed. 2012).

FRIEDMAN, MILTON R., FRIEDMAN ON LEASES VOL.2 (Practising Law Institute, New York, NY, 5th ed. 2013).

HILL, DAVID S. & CAROL NECOLE BROWN, LANDLORD AND TENANT LAW IN A NUTSHELL (West Academic Publishing, St. Paul, MN, 5th ed. 2011).

LORD, RICHARD A., WILLISTON ON CONTRACTS VOL.13 (West Publishing, Eagan, MN, 4th ed. 2015).

POSNER, RICHARD A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (Wolters Kluwer Law & Business, New York, NY, 9th ed. 2014).

SENN, MARK A., COMMERCIAL REAL ESTATE LEASES: PREPARATION, NEGOTIATION, AND FORMS (Wolters Kluwer Law & Business, New York, NY, 5th ed. 2013).

### 期刊論文

吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，頁1203-1332（2013）。

林旺根，土地法第三十四條之一爭議問題及解決，月旦法學雜誌，第210期，頁76-106（2012）。

林誠二，優先承買權之效力與行使期間－最高法院九十九年度台上字第一六九九號民事判決評釋，月旦裁判時報，第10期，頁31-38（2011）。

林誠二，優先承買權之適用限制，台灣法學雜誌，第 248 期，頁 109-114 (2014)。

姚志明，一般情事變更權利行使之期間－評最高法院一〇二年度台再字第一八號民事判決，月旦裁判時報，第 33 期，頁 16-24 (2015)。

陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 130 期，頁 230-240 (2009)。

陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 136 期，頁 165-174 (2009)。

陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第 138 期，頁 211-222 (2009)。

張永健，物權的架構與風格－以不動產與動產抵押為例，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 77-87 (2015)。

陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第 183 期，頁 202-213 (2011)。

陳忠五，第三人確定契約標的與契約的有效性－最高法院 100 年度台上字第 2030 號判決評釋，台灣法學雜誌，第 203 期，頁 111-119 (2012)。

陳忠五，2011 年民事法發展回顧，臺大法學論叢，第 41 卷特刊，頁 1439-1499 (2012)。

陳忠五，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，第 255 期，頁 39-50 (2014)。

陳忠五，2015 年民事法發展回顧，臺大法學論叢，第 45 卷特刊，頁 1493-1566 (2016)。

許政賢，土地共有人優先承購權之行使，月旦法學教室，第 111 期，頁 21-23 (2012)。

黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 5-22 (2005)。

曾品傑等，我國擔保法之實務發展－民法研討第六十八次研討會會議紀錄，法學叢刊，第 59 卷第 3 期，頁 113-149 (2014)。

曾品傑，民事法類，月旦裁判時報，第 46 期，頁 103-118 (2016)。

黃健彰，流擔保契約應否禁止－兼評民法物權編第二次修正草案相關規定，台灣本土法學雜誌，第 83 期，頁 31-46 (2006)。

黃健彰，房屋承租人優先購買權的承認與建構，政大法學評論，第 128 期，頁 79-142 (2012)。

黃健彰，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，臺大法學論叢，第 44 卷第 1 期，頁 163-221 (2015)。

黃健彰，債權效力不動產優先購買權之法律效果，世新法學，第 9 卷第 1 期，頁 143-190 (2015)。

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

黃健彰，基地所有人於地上權人或典權人將房屋與權源出賣時之先買權－以該先買權之有無及客體為中心，台灣土地研究，第 19 卷第 2 期，頁 79-100（2016）。

馮善詮，優先購買權之行使－以不動產合併出售、拍賣為中心，萬國法律，第 193 期，頁 95-110（2014）。

楊宏暉，初探基地承租人法定優先購買權之法律經濟分析－從經濟效率與交易失靈談起，財產法暨經濟法，第 27 期，頁 91-140（2011）。

楊宏暉，論情事變更原則下重新協商義務之建構，臺北大學法學論叢，第 97 期，頁 1-78（2016）。

溫俊富，土地法第三十四條之一之省思－以共有不動產之處分為中心，銘傳大學法學論叢，第 17 期，頁 63-101（2012）。

溫豐文，共有人之優先購買權，台灣本土法學雜誌，第 38 期，頁 112-114（2002）。

蔡明誠，共有人依同一條件行使優先承購權之問題，台灣本土法學雜誌，第 70 期，頁 151-153（2005）。

鄭冠宇，共有之法律關係，法學叢刊，第 55 卷第 2 期，頁 1-44（2010）。

謝哲勝，請求塗銷後順位附有流押條款的抵押權設定登記，台灣法學雜誌，第 182 期，頁 98-101（2011）。

謝哲勝，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，第 17 期，頁 15-20

(2012)。

謝哲勝，以同一條件行使優先購買權－最高法院 103 年度台上字第 1481 號民事判決評析，法令月刊，第 66 卷第 4 期，頁 1-12 (2015)。

Daskal, Bernard, *Rights of First Refusal and the Package Deal*, 22 FORDHAM URB. L.J. 461-501 (1994).

Mitchell, Jonathan F., *Can a Right of First Refusal Be Assigned?*, 68 U. CHI. L. REV. 985-1006 (2001).

Wise, Robert K., Andrew J. Szygenda & Thomas F. Lillard, *First-Refusal Rights Under Texas Law*, 62 BAYLOR L. REV. 433-520 (2010).

### 專書論文

王澤鑑，優先承買權之法律性質，收錄於民法學說與判例研究（第一冊），頁 517-523，自版（2009）。

吳珮君，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，收錄於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，元照出版有限公司（2014）。

吳從周，民事法最新實務見解整理，收錄於特種租賃、使用借貸與訴訟費用－民事法學與法學方法（第六冊），頁 247-265，元照出版有限公司（2013）。

林誠二，債權契約法之經濟方法論，收錄於民法理論與問題研究，頁 137-

219，瑞興圖書股份有限公司（1991）。

陳立夫，土地法第三十四條之一若干問題之探討－最高行政法院九十一年判字第二一四號判決評釋，收錄於土地法研究，頁 101-124，新學林出版股份有限公司（2007）。

陳立夫，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，收錄於土地法研究，頁 139-161，新學林出版股份有限公司（2007）。

陳立夫，共有土地或建築改良物之處分及優先購買權：土地法第三十四條之一，收錄於土地法釋義（一），頁 45-94，元照出版有限公司（2016）。

陳立夫，基地・房屋之優先購買權：土地法第一百零四條，收錄於土地法釋義（一），頁 177-209，元照出版有限公司（2016）。

陳忠五，法律行為無效之規範依據，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀－財產法學篇（一），頁 1-38，學林文化事業有限公司（2002）。

許政賢，契約結果導向的司法控制－初探民事裁判結果導向案例，收錄於民事法學與法學教育，頁 3-79，元照出版有限公司（2014）。

陳聰富，誠信原則的理論與實踐，收錄於契約自由與誠信原則，頁 103-168，元照出版有限公司（2015）。

黃健彰，不動產優先承買權爭議問題，收錄於台南律師公會研討會論文，頁 1-35，台南律師公會主辦（2015）。

黃健彰，土地法第三十四條之一共有人優先購買權爭議問題，收錄於 2015 年兩岸四地不動產法研討會學術論文集（下冊），頁 3-27，台灣法學基金會、台灣財產法暨經濟法研究協會主辦（2015）。

鄭玉波，論先買權，收錄於民商法問題研究（一），頁 415-429，自版，4 版（1983）。

謝哲勝，土地共有人和用益權人優先承購權法律性質與優先順序之探討，收錄於財產法專題研究，頁 129-142，三民書局股份有限公司（1995）。

謝哲勝，流押契約，收錄於 2011 年月旦法學教室別冊－民事法學篇，頁 85-86，元照出版有限公司（2011）。

蘇永欽，法定物權的社會成本，收錄於尋找新民法，頁 159-216，元照出版有限公司（2008）。

中原財經法學

## 摘要

不動產先買權的制度運作是實務上重要問題，不過，既有相關學說研究仍有不足。例如先買權的行使須以同樣條件為之，但如何認定同樣條件，有許多爭議待釐清，本文主要從相關當事人的利益衡量探討此議題。本文首先探究以同樣條件行使先買權的理由及基本認定，作為全文論述的基礎；本文以為，應以同樣條件行使先買權，而非僅是同一價格；先買權同樣條件的認定，如貫徹「絕對同等說」，有時會有不合理情形，此時應為調整。再者，本文依次探討「先買權人應支付的價金得否依物價指數調整」、「流抵契約與先買權同樣條件的認定」、「與其他客體一併出賣時，先買權人購買的標的」與「主張先買權之人得否指定第三人為權利取得人」等各論問題。

## **A Study on the Issues of “the Same Condition” of a Right of First Refusal of Real Estate**

**Chien-Chang Huang**

### **Abstract**

The system of a right of first refusal of real estate is an important issue in practice. However, the existing studies are insufficient. For example, a person who has the right of first refusal may exercise his right under the same condition. However, there are controversies regarding judgement of the same condition. This study explores the issues from the perspective of consideration of the interests of the concerned parties. First of all, the reason and the judgement of the same condition as the requisite of a right of first refusal are explored as the basis of this study. This study holds that the requisite of exercising rights of first refusal is not only “the same price”, but “the same condition”. It is unreasonable sometimes if the “totally the same doctrine” is accepted thoroughly. In such unreasonable situation, justification is necessary. This study then elaborates “modification of the price the right holder has to pay according to the price index”, “the stipulation that ownership of mortgaged property will be transferred to the mortgagee upon failure to pay the claim at maturity and the judgement of the same condition”, “the object of the right of first refusal in the package deal”, and “the designation of the third party as a

beneficiary by the right holder” in turn. This study discusses the existing doctrines and practices, and makes some propositions in explanation and legislation in order to achieve the purposes of the rights of first refusal properly and to consider the interests of the right holder, the vendor and the third party.

Keywords: preemption, right of first refusal, option of first refusal, the same condition, the same price, totally the same

中原財經法學