

不動產登記機關就法定優先 購買權之審查

黃健彰*

要 目

- | | |
|-----------------------------------|---------------------------------------|
| 壹、引 言 | 二、登記機關就單獨申請登記時
之先買權審查的特殊問題 |
| 貳、登記機關的審查權限、
審查能力 | 三、相關行政爭訟與民事爭訟
問題 |
| 一、我國實務與學說就審查權
限、審查能力見解的整理 | 肆、現行土地登記規則第97條
前2項區別的檢討 |
| 二、外國審查權限、審查能力
見解的整理——以日本
為主 | 一、「視為放棄先買權」、
「出賣人已通知先買權
人」區別的檢討 |
| 三、本文分析 | 二、「檢附證明文件」區別的
檢討 |
| 參、現行規定中登記機關審查
先買權的相關問題 | 伍、結 論 |
| 一、登記機關審查先買權的
原則性分析 | |

關鍵字：土地登記規則第97條、先買權、優先購買權、登記
機關、審查

投稿日期：106年11月22日；接受刊登日期：107年06月11日

* 臺北大學不動產與城鄉環境學系教授，中正大學法學博士。
本文受臺北大學鼓勵教師組織研究團隊補助。

壹、引言

當事人申請不動產移轉登記時，系爭不動產上如有法定優先購買權（以下簡稱先買權）之人，登記機關應如何審查，以及登記機關如違反審查義務，先買權人得如何救濟，牽涉出賣人的義務與責任、買受人得否取得系爭不動產且不被塗銷、各種具債權效力或物權效力之先買權規範意旨的實現及先買權人的合理保障、登記機關的審查權限及審查能力、登記作業的效率與交易的敏活，是法律與地政領域理論與實務上的重要問題。

與登記機關審查先買權有關的規定中，土地登記規則第97條是其中的重要規範，該條第1項規定：「申請土地權利移轉登記時，依民法物權編施行法第八條之五第三項、第五項、土地法第三十四條之一第四項、農地重劃條例第五條第二款、第三款或文化資產保存法第二十八條規定之優先購買權人已放棄優先購買權者，應附具出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄記明優先購買權人確已放棄其優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任字樣。」¹第2項規定：「依民法第四百二十六條之二、第九百十九條、土地法第一百零四條、第一百零七條、耕地三七五減租條例第十五條或農地重劃條例第五條第一款規定，優先購買權人放棄或視為放棄其優先購買權者，申請人應檢附優先購買權人放棄優先購買權之證明文件；或出賣人已通知優先購買權人之證件並切結優先購買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣。」第3項規定：「依前二項規定申請之登記，於登記完畢前，優先購買權人以書面提出異議並能證明確

¹ 現行文化資產保存法第28條已非先買權的規定，該條先買權規定已修正並移列為第32條。

於期限內表示願以同樣條件優先購買或出賣人未依通知或公告之條件出賣者，登記機關應駁回其登記之申請。」該條「土地權利移轉登記」係指出賣人將不動產所有權移轉登記給先買權人以外的第三人（買受人）。先買權雖不以上開規定例示者為限，但該規定涉及不動產法規中各種重要的先買權，甚具重要性。

關於登記機關就先買權的審查，有待探討之處頗多。申言之，在現行規定下，首先，登記機關就先買權原則上應如何審查？其次，當事人因買賣而申請不動產移轉登記是以共同申請為常態，故土地登記規則第97條規定以共同申請為主要適用對象，而當事人單獨申請登記時，是否亦應適用該條規定？如應適用，有何特殊問題？則是本文接下來討論的議題。再者，就權利救濟層次，如出賣人未通知先買權人，且登記機關違反審查義務而將標的物移轉於第三人，則具債權效力、物權效力的先買權人如何透過相關行政爭訟與民事爭訟程序主張權利？另外，實務上常發生「具債權效力的先買權人未接到通知，而系爭不動產已移轉於第三人，故先買權人對出賣人請求損害賠償」²的情形，關於登記機關就先買權的審查，頗具關鍵的現行土地登記規則第97條之前二項規定有所不同，有無應商榷之處，亦待研析。³

上開問題跨私法與公法、實體法與程序法、理論與實務，過去少有文獻探討。為能合理實現先買權的規範意旨，又不因為過度保護先買權人，而使出賣人或登記機關負擔過重的義務與責任，或使第三人的交易安全受危害，或太過降低登記效率而影響

² 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165-170（2015）。

³ 本文欲探討者，係上述問題，而非「當事人申請登記先買權，登記機關如何審查」的問題。

交易的迅速進行，本文參考土地法、民事法、行政法及法律經濟分析等相關文獻，輔以比較法，以及管制理論（regulatory theory）⁴、成本效益分析等法律經濟學的觀點，針對以上疑義進行探討，就登記機關對先買權的審查提出建議。

由於登記機關就先買權的審查，涉及登記機關的審查權限（法規範上應否審查）與審查能力（現實上有無能力審查），故本文第貳部分先一般性地整理登記機關審查權限、審查能力的學說、實務見解，並予以評析；第參部分探討現行規定下，登記機關審查先買權的相關問題；第肆部分檢討現行土地登記規則第97條前2項的區別；第伍部分總結全文，提出本文結論。

貳、登記機關的審查權限、審查能力

關於登記機關的審查，主要有形式審查說與實質審查說，以下先整理我國實務與學說就審查權限、審查能力的見解，再整理外國審查權限、審查能力的見解，最後針對該等見解提出本文分析。⁵

⁴ 所謂管制理論，至少包括管制環境（時間與空間因素）、管制結構（管制目的與手段、當事人的認定及利益分布情形）、管制流程（事件發展流程與管制程序）、組織與權限、法令基礎等5部分，參閱葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，頁34-40，三民書局股份有限公司（1999）。本文主要是運用其中的管制目的與手段之理論進行分析。

⁵ 本文重點不是定義形式審查和實質審查，本文第貳部分重點在於成為第參部分與第肆部分的論述基礎，例如第參部分與第肆部分提到實質審查，不過，我國不動產登記究係採形式審查或實質審查，實務、學說上的看法並不一致，而且對於形式審查與實質審查所指稱者並不完全相同，故第貳部分強調本文主要是從審查方法的層次論

一、我國實務與學說就審查權限、審查能力見解的整理

我國實務上，多認為登記機關應實質審查⁶，但有部分行政法院裁判認為登記機關應採形式審查⁷。對於形式審查與實質審查的事項，許多行政法院判決認為，我國現行土地登記制度係採實質審查主義，除形式審查（即有關申請程序及應備文件之審查）外，對於權利主體——即人有關之權利能力、行為能力、意思能

述，以使討論聚焦。再如有認為登記機關就其審查權限或審查能力僅得為形式審查，倘採此見解，將使第參部分與第肆部分提到的實質審查不具正當性或合理性，且第參部分與第肆部分多次強調應依行政程序法等規定審查，因而於第貳部分就此等予以鋪陳。

⁶ 例如最高行政法院89年度判字第3019號、90年度判字第2445號、92年度判字第367號、95年度判字第2087號判決；其餘裁判，參閱林明鏘，土地登記機關審查權限問題之研究，行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書，頁66-78（2010）。而司法院釋字第598號解釋理由書：「土地登記為不動產權利之公示制度，依法具有公信力（土地法第四十三條參照）。主管機關辦理土地總登記並發給書狀之前，應履行嚴謹之實質審查程序，諸如調查地籍、公布登記區及登記期限、接收文件、審查並公告等（土地法第四十八條）」，至少就土地總登記認為應採實質審查。司法院釋字第408號解釋蘇俊雄大法官不同意見書亦謂，在我國土地登記制度下，地政機關對於人民申請土地登記事項，負實質審查之權責，其審查基準，應係法制上對於財產權之得喪變更所設的強行規定。

⁷ 最高行政法院96年度裁字第2751號裁定：「依土地行政之基本法理，地政機關對人民有關不動產登記請求之原因事實是否真正，基本上是採取外觀形式審查原則，地政機關只須審查請求人是否提出法律所要求之證明文件，以為准駁登記之依據。至於實體爭議部分，應由民事法院審理，而待民事法院形成確定判決後，地政機關才可依判決內容對登記事項再為變動。」最高行政法院103年度判字第92號判決也提到，地政事務所依職權為土地申辦登記權利之審查，除對當事人提出文件作形式上之審查外，對涉及私權實體法律關係，自應委由民事法院為認定，而不得自為裁量判斷。

力等有無、意思表示之真假，及權利客體——物、行爲、事實等之合法性，均作實質審查。⁸但有最高行政法院判決認爲：「土地登記主管機關，雖無須就該確定判決之當否爲實質審查，惟就作爲該確定判決基礎之事實，與申請時土地登記簿所載之事實是否相符，仍應爲形式審查，始符『依據法院判決』辦理土地登記之本旨。」⁹

我國學說上，多認爲現行法就登記基本上係採實質審查原則¹⁰，但有學者認爲：「因爲土地登記規則僅是一程序性的物權

⁸ 臺中高等行政法院102年度訴字第205號判決（最高行政法院102年度裁字第1685號裁定駁回上訴）；高雄高等行政法院97年度訴字第650號判決（最高行政法院98年度裁字第376號裁定駁回上訴）、101年度訴字第114號判決（最高行政法院101年度裁字第1687號裁定駁回上訴）。

⁹ 最高行政法院91年度判字第2318號判決。

¹⁰ 例如謝在全，民法物權論（上），頁52，自版，修訂6版（2014）；鄭冠宇，民法物權，頁29，自版，7版（2017）；楊松齡，實用土地法精義，頁173，五南圖書出版股份有限公司，17版（2017）；陳明燦，土地登記費定性與相關問題——兼評行政法院88年判字第69號判例，收錄於土地法——理論與實務，頁193，自版，2版（2014）；陳立夫，新物權法之土地登記問題芻議，收錄於土地法研究（二），頁107-109、112-117，新學林出版股份有限公司，初版3刷（2016）；謝哲勝，土地法，頁179，翰蘆圖書出版有限公司，3版（2013）；趙淑德，土地法規，頁113，自版，5版（2010）；王松山，土地法規，頁120，自版，修訂9版（2000）；陳淑美，土地登記，頁11，五南圖書出版股份有限公司，3版（2017）；徐世榮、鍾麗娜，台灣之土地行政，頁26，土地改革紀念館（2010）；洪鴻智，土地登記，收錄於地政學通論，頁140-141，五南圖書出版股份有限公司（2002）。陳銘福、陳冠融，土地登記——法規與實務，頁6，五南圖書出版股份有限公司，增訂14版（2016），將其稱爲周延性。又就「債權約定及事實」之登記，是否應採形式審查，不在本文探討範圍之內，就此可參閱溫豐文，「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，第205期，頁

法規範，而非實體性的物權法規範，故地政機關原則上僅能為形式審查，至多僅能就當事人所提供的文件（或是明顯錯誤的事項）為『實質審查』，而不能再就職權對當事人所提供文件以外的事項為『實質審查』。」¹¹對於形式審查與實質審查的事項，有學者認為，形式審查，係指登記機關以當事人間就不動產權利變動之書面契據為登記對象，契據之內容是否真實，有無瑕疵，登記機關未予審查，亦不負保證其無瑕疵之責任；¹²所謂形式審查，即審查：1.有無管轄權。2.申請人及其代理人之資格有無欠缺。3.提出之書件是否完備並依規定程式填載等事項。所謂實質審查，即審查：1.申請書所載事項是否與證明文件或登記簿相符。2.證明文件是否真實。3.權利有無爭執。4.登記申請案有無違反強制或禁止規定事項。¹³另有學者進一步明示例如申請人的權利能力、行為能力等是程序上形式要件，而實質審查則包括對於實體法上權利發生變動原因與事實是否相符、能否有效成立，及有無其他瑕疵（有無錯誤或虛偽等情事），均須詳加審查。¹⁴此外，有學者表示實質審查必須就全部相關事實作判斷，以決定權利的有無，這卻是法官的工作。¹⁵

141-142（2012）。

¹¹ 劉昭辰，不動產物權登記及善意取得——地政事務所的登記程序，收錄於物權法實例研習，頁69，三民書局股份有限公司（2013）。

¹² 溫豐文、鍾政恭，論土地登記之實質審查，現代地政，第156期，頁5（1994）。

¹³ 溫豐文，土地法，頁161，自版，修訂版（2016）；陳明燦，土地流抵契約效力與登記審查，收錄於土地法——理論與實務，頁137，自版，2版（2014）。

¹⁴ 陳立夫，前揭註10，頁106-107。

¹⁵ 謝哲勝，不動產登記客體與效力的檢討，中原財經法學，第27期，頁11-12（2011）。

再者，有學者認為宜使用「法定審查」乙詞以取代「形式審查」或「實質審查」的用語，並認為：「若法律明文規定，審查事項包含證明文件之真偽，及實體法上之成立要件者，其審查即可能即為目前通說之『實質審查』標準（例如：目前之人民聲請登記之審查）；相反的，若法律僅規定，地政機關之審查權限僅限於形式證明文件是否具備或形式上之法律依據是否具備等情事時，即屬於『形式審查』（例如：目前之法院囑託登記之審查）」。¹⁶但有學者原認為我國採法定審查¹⁷，嗣後改認為我國採實質審查¹⁸。

另有學者提到：「實務上地政機關多未就申請登記文件與內容進行實質審查，因此所謂實質審查制在我國從未真正落實，僅僅就印鑑真偽、權狀真偽等技術上較無認定困難之事項為審查。」¹⁹此似與審查能力有關。

以上可發現，我國不動產登記究係採形式審查或實質審查，實務、學說上的看法並不一致。而且，對於形式審查與實質審查所指稱者並不完全相同，例如關於人的權利能力與行為能力的有無，前述學者認為是形式審查的事項，但前述許多行政法院判決

¹⁶ 林明鏘，論德國土地登記制度與審查權限——兼論我國相關制度問題，收錄於溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集——民事法學的現代課題與展望，頁50，元照出版有限公司（2011）。而陳立夫，日本與我國土地登記制度之比較研究——以登記機關之審查權限及其相關法律課題為中心，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁7-8（2013），亦採「法定審查」之見解。

¹⁷ 陳明燦，土地法學，頁226，自版（2015）。

¹⁸ 陳明燦，土地法導論，頁226，自版，2版（2017）。

¹⁹ 王文字，物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度，收錄於民商法理論與經濟分析（二），頁37，元照出版有限公司（2003）。

則認為是實質審查的事項；再如前述行政法院見解中，對於事實的審查，究為實質審查抑或形式審查的事項，亦有不同觀點；又如申請書所載事項是否與證明文件或登記簿相符，前述學者認為是實質審查的事項，但有學者²⁰認為是形式審查的事項。

二、外國審查權限、審查能力見解的整理

——以日本為主

我國不動產登記的客體與效力雖有參採德國權利登記制之處，但德國的登記機關於多數邦是法院，只有一個邦的登記機關是行政機關；²¹整體而言，登記機關與我國有重大不同。

在日本，登記機關並非法院，而係隸屬於法務省（相當於我國的法務部），關於日本登記官的審查權，使用實質審查主義與形式審查主義的用語，但如何使用該用語也未必一致。²²日本論者區分審查對象及審查方法，就審查對象而言，審查對象及於原因關係者為實質審查主義，不及於原因關係者為形式審查主義，在日本，由於物權變動不採無因性，就審查對象常採實質審查主義；就審查方法而言，一為如裁判所般地徹底審查，即登記官自身收集資料、聽取當事人情形等的實質調查，為對人的審查（如裁判官般地審查），另一為審查提出的資料，為書面審查（窗口審查）。²³

²⁰ 林明鏘，前揭註6，頁20。

²¹ 林明鏘，前揭註16，頁34、36。

²² 鈴木祿弥，不動產登記における實質的および形式的審査主義，收錄於抵当制度の研究，頁102以下，一粒社（1968）；幾代通（德本伸一補訂），不動產登記法，頁152以下，有斐閣，4版（1994）。

²³ 參閱七戶克彦，条解不動產登記法，頁66，弘文堂（2013）；此處引用小西飛鳥執筆之見解。而七戶克彦，不動產登記法案內，頁

日本論者提到，當事人提出於登記所的申請書及附件書面資料常有虛偽的內容。而在法國與德國，登記原因證書經公證人實質審查後做成公證書，登記官以形式書面審查已足；日本未導入該雙重審查體制的前段部分，登記官就審查方法原則上僅以形式書面審查，成為產生不實登記的溫床。²⁴亦即日本就審查對象雖採實質審查（指審查對象及於原因關係），但就審查方法原則上僅採形式審查（指書面審查、窗口審查）。

三、本文分析

本文以為，日本不動產登記制度與臺灣固然不同，日本也少先有先買權規定可供臺灣參考、比較，但上開日本論者區分審查對象及審查方法來分析登記機關的審查，的確較可使討論聚焦。而本文係探討土地登記規則第97條等規定中登記機關就先買權的審查，主要涉及審查方法，故以下較多係從審查方法的層次，討論實質審查與形式審查。

我國目前就不動產登記也如同日本未強制導入公證人在前段部分實質審查，且我國不動產登記以權利登記制為主，就不動產物權因法律行為變動，採登記生效主義，並有登記公信力，原則上就審查方法更應採實質審查。應澄清之處如下：

164-165，勁草書房（2014），亦區分審查對象及審查方法，並提到雖然德國民法採物權行為獨立性與無因性，但登記審查對象也及於債權行為。另外，朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，收錄於民事法問題研究——物權法論，頁22，自版（2010），則提到德國登記官對於為登記原因行為的證明，未被嚴格加以要求。

²⁴ 七戶克彥，前揭註23，不動產登記法案內，頁166。

（一）對「土地登記規則僅規範程序，地政機關原則上僅能形式審查」的回應²⁵

縱如前述部分學者認為土地登記規則僅是一程序性的規範，但本文以為，登記機關並非原則上僅能為形式審查。申言之，誠如其他學者提到：從土地法第43條之登記公信力等規定以觀，有「登記機關應為實質審查」的意旨，但畢竟土地法與土地登記規則就登記是否採實質審查尚非明確，²⁶故本文尚認為應進一步探討「我國的不動產登記既然為行政程序，登記機關應否依行政程序法規定為之」的問題，藉以加強說明登記機關並非僅得為形式審查。

按我國不動產登記基本上為規制私法的行政處分，²⁷是登記機關的行政行為，而行政程序法第3條第1項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」土地登記規則是否為該條所謂「法律另有規定」，而排除行政程序法規定的適用？依實務見解，該條所謂「法律」包括經法律授權而其

²⁵ 本段中我國行政法學說與實務的整理係為回應「貳、一、」的學說見解，故置於本段。

²⁶ 陳立夫，前揭註10，頁107。

²⁷ 參閱許宗力，論規制私法的行政處分——以公行政對私法行為的核准為中心，收錄於憲法與法治國行政，頁358-360，元照出版有限公司，2版（2007）。但如認為不動產登記的種類包含註記登記，宜注意最高法院99年度3月第1次庭長法官聯席會議決議認為「本土地涉及違法地目變更，土地使用管制仍應受原『田』地目之限制」的註記為行政事實行為（學說上有質疑該決議的部分說理者，參閱李建良，公法類實務導讀，台灣法學雜誌，第161期，頁135-137（2010））。本文重點不是在論述為何我國不動產登記基本上為行政處分。至於影響我國行政法理論甚深的德國，其不動產登記是否為行政處分，並非本文探討範圍。

授權內容具體明確之法規命令²⁸；學者則見解不一，有認為該條項所謂「法律」不及於法規命令²⁹，亦有認為該條項所謂「法律」不限於形式意義法律³⁰。再者，該條項「法律另有規定」的認定，牽涉行政程序法是行政程序的普通法或基本法之爭議³¹，且有完全規定說或完整規定說、優厚保障說或嚴格規定說等不同見解³²。

就土地登記規則而言，有學者提到，該規則為專業法規的特別程序，「原則上」優先適用。³³該說並無完全排除行政程序法規定適用之意。有學者即認為，土地登記既係土地行政最重要之一環，自應貫徹行政程序法之立法意旨，以確保人民產權；就職權調查事實及證據而言，實務上應加強注意適用該法第36條、第40條、第43條、第102條、第105條、第110條與第114條等規定。³⁴學者亦有認為：基於行政程序法乃係一般行政正當程序的

²⁸ 參閱行政院（89）年台法字第06991號函、法務部（89）年法律字第009373號與（102）年法律決字第10203504230號函。

²⁹ 參閱湯德宗，行政程序法，收錄於行政法（下），頁65，元照出版有限公司，3版（2006）；參閱陳慈陽，行政法總論——基本原理、行政程序及行政行為，頁282-283，自版，2版（2005）。

³⁰ 參閱蔡茂寅等，行政程序法實用，頁18，新學林出版股份有限公司，4版（2013）。此處引用蔡茂寅執筆之見解。

³¹ 參閱陳慈陽，前揭註29，頁281-282。

³² 參閱蔡茂寅等，前揭註30，頁16-19。此處引用蔡茂寅執筆之見解。

³³ 參閱吳志光，行政法，頁270，新學林出版股份有限公司，8版（2017）。類似見解，參閱廖義男，行政程序法之重要內容——適用範圍、行政處分、法規命令及行政規則，收錄於行政法之基本建制，頁75，自版（2003）。

³⁴ 參閱陳明燦，不動產權利登記爭議問題之研究，行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書，頁14-15（2010）。陳明燦，臺灣土地法第34條之1共有土地先買權若干問題之探討，收錄於土地法論集

基本規定，登記機關應遵行之，包含該法第9條、第36條、第43條等。³⁵最高行政法院亦有判決認為，土地法及土地登記規則並無具體詳細之明文規定時，登記機關於審查登記申請案件，自應依行政程序法等相關法令規定為之。³⁶

如登記機關應依行政程序法為審查，依該法第9條、第36條、第39條、第40條及第43條規定，登記機關應依職權調查證據，不受登記申請人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意；基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見，要求登記申請人或第三人提供必要之文書、資料或物品；登記機關為登記，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知登記申請人。

按土地登記規則僅為法規命令，本文以為，縱認「前述行政程序法第3條第1項『除法律另有規定外』」所謂的『法律』不限於

(二)，頁22，自版(2016)，亦指明登記機關於審查時應適用該法第36條。

³⁵ 參閱林明鏞，前揭註6，頁64、127、135、187、219。但其亦提到，我國不動產登記業務是否改隸法院，而得依非訟事件法及民事訴訟法規定進行審查，不適用行政程序法之程序規定（尤其是行政職權調查），在立法政策上，容有再行討論之空間。

³⁶ 最高行政法院95年度判字第1225號判決：「依時效取得所有權之登記申請時，應提出之文件如何，土地法第54條固已規定應提出四鄰證明，惟除此之外，土地法及土地登記規則並無具體詳細之明文規定，則登記機關於審查此項登記申請案件，自應依土地法第54條及相關法令規定為之，而認有補正必要時，應詳列應補正之資料及其法令依據，俾合乎行政程序法第96條第1項第2款之規定。」此外，台中高等行政法院94年度訴字第424號判決認為不動產登記有行政程序法第36條、第43條規定的適用（筆者未尋得上級審裁判，可能是當事人未上訴）。

形式意義法律，且行政程序法是普通法」，由於土地登記規則關於登記審查未有上述職權調查原則、一體注意原則及自由心證主義等規範，尚難謂為完全規定或完整規定、優厚保障或嚴格規定，故解釋論上仍不因而完全排除行政程序法規定的適用。因此，就審查方法而言，更宜認為登記機關並非僅得為形式審查。³⁷

（二）對「法定審查」一詞的回應

部分學者提出「法定審查」的內涵，已如前述。本文以為，單就我國現行法相關規範文字而言，常未明白規定審查事項（例如是否均應審查每一證明文件內容的真實性），即便使用前述部分學者提到「法定審查」一詞，其審查事項仍非十分明確，與德國土地登記條例有明確規定而有所不同³⁸，故在我國使用「法定審查」一詞並未能完全解決問題。而且例如我國土地法第55條規定並列申請（聲請）登記與囑託登記事件，要求登記機關均應「審查證明無誤」，並未區別申請登記與囑託登記事件，故前述使用「法定審查」一詞的學者提到「目前法律明文規定區別人民聲請登記與法院囑託登記之地政機關審查權限」的見解，也待斟酌。

不過，本文以為，至少就審查密度而言，就機關囑託登記事件，由於不符合法律規定的可能性較低，審查密度可大幅降低，以促進登記作業的效率；相對而言，就人民申請登記事件，不符

³⁷ 至於土地登記規則第57條第1項規定與實質審查的關連，參閱謝哲勝，前揭註10，頁179-180。

³⁸ 關於德國土地登記條例就聲請登記與囑託登記之審查事項的規定與解說，參閱陳明燦，德國土地登記與審查之法制分析——兼論我國土地登記審查問題，收錄於土地法論集（二），頁59-68，自版（2016）。

合法律規定的可能性較高，審查密度應較高。而本文關心的土地登記規則第97條規定，係屬人民申請登記事件，審查密度應較高。

（三）現實上登記機關的審查能力因不同的 審查事項而有異

至於前述學者提到「現實上登記機關有無能力實質審查」的問題，本文以為，不能一概而論。申言之，前揭學說與實務見解一般認為「登記申請案有無違反強制或禁止規定事項」是實質審查事項，本文以為，例如是否違反處分一體化規定³⁹或一定期間內不得移轉的規定⁴⁰而申請移轉登記、是否違反分割限制規定⁴¹而申請分割登記，登記機關在法規範上應予審查，因其較明確而容易判斷，登記機關在多數情形也應有能力審查。又如是否違反受讓人資格的規定⁴²而申請移轉登記，無論認為其為「登記申請案有無違反強制或禁止規定之事項」抑或是「人的權利能力之事項」，又後者無論認為其為形式審查事項抑或是實質審查事項，登記機關在法規範上均應予審查，在多數情形也應有能力審查。

³⁹ 例如公寓大廈管理條例第4條第2項、民法第799條第5項、土地登記規則第94條；民法第838條第3項、第850條之3第3項、第915條第4項或第917條第2項；農業發展條例第18條第4項中段。

⁴⁰ 例如農業發展條例第18條第2項本文、大陸地區人民在臺灣地區取得設定或移轉不動產物權許可辦法第7條第2項。

⁴¹ 例如農業發展條例第16條、建築法第11條第3項，以及部分直轄市、縣（市）的林業用地，參閱陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第256期，頁203（2014）。

⁴² 例如土地法第14條與第17條、大陸地區人民在臺灣地區取得設定或移轉不動產物權許可辦法第4條、農業發展條例第33條、山坡地保育利用條例第37條、原住民保留地開發管理辦法第18條、加工出口區設置管理條例第12條第1項。

不過，在採權利登記制（包括托崙斯登記制）⁴³的各國實務上，仍常有「許多瑕疵並未明白出現在文件上，因未被察覺而輕易通過登記審查」之情形，⁴⁴例如當事人的法律行為是通謀虛偽意思表示或規避行為（脫法行為），或私文書內容不實，因其牽涉證據認定而較不易判斷，登記機關在現實上往往難以審查並難以其為理由駁回登記的申請。⁴⁵

⁴³ 托崙斯登記制是權利登記制的一種，參閱張永健，物權法之經濟分析：所有權（第一冊），頁124，元照出版有限公司（2015）；黃健彰，不動產登記的客體，收錄於不動產登記法律與政策，頁132-133，元照出版有限公司（2016）。

⁴⁴ See Pamela O'Connor, *Deferred and Immediate Indefeasibility: Bijural Ambiguity in Registered Land Title Systems*, 13 EDIN. L. REV. 194, 196 (2009). 澳洲（托崙斯制發源地）相關案例與評論，see SAMANTHA HEPBURN, AUSTRALIAN PROPERTY LAW 583-93 (2015); BRENDAN EDGEWORTH ET AL., SACKVILLE AND NEAVE AUSTRALIAN PROPERTY LAW 427-42 (2016); ANTHONY MOORE ET AL., AUSTRALIAN REAL PROPERTY LAW 215-20 (2016); EILEEN WEBB & MARGARET ANNE STEPHENSON, LAND LAW 232-34 (2015). 但澳洲甚少先買權規定，該等案例均非關於先買權。

⁴⁵ 在我國著名的瓏山林案，訴願人瓏山林公司董事長原有系爭土地過半數之應有部分，嗣於2012年3月26日以贈與方式各移轉系爭土地1800000分之6應有部分予其他訴願人等13人，並於4月2日辦竣登記，訴願人等14人旋於4月17日依土地法第34條之1規定，就系爭土地與訴願人瓏山林公司訂立地上權設定契約書，雙方並就系爭土地向士林地政事務所申請地上權登記，其他共有人向該地政事務所聲明異議，該地政事務所是以土地登記規則第57條第1項第3款「權利人、義務人與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執」為由而駁回登記的申請，並未逕認「前揭贈與為通謀虛偽意思表示」，亦非以「規避土地法第34條之1規定」為由而駁回登記的申請，參閱臺北市政府101年8月23日府訴字第10109125400號訴願決定書，亦請參閱臺北高等行政法院101年度訴字第1675號判決、最高行政法院102年度判字第299號判決。

綜上，本文以為，在人民申請不動產登記的情形，就學說與實務上提及登記機關的形式與實質審查之事項，原則上均為其審查權限範圍，應依前述土地法、行政程序法及其他相關規定審查，且多數審查事項是在登記機關審查能力範圍內；但例如是否為通謀虛偽意思表示或規避行為，以及私文書內容的真實，因其牽涉證據認定而較不易判斷，基於登記機關現實上的審查能力，無法強求其審查。

參、現行規定中登記機關審查先買權的相關問題

關於登記機關的審查權限與審查能力的一般性分析，已如前述。而在現行規定下，登記機關就先買權原則上應如何審查？單獨申請登記時，登記機關就先買權的審查有何特殊問題？如登記機關違反審查義務，則具債權效力、物權效力的先買權人如何透過相關行政爭訟與民事爭訟程序主張權利？以下依序分析。

一、登記機關審查先買權的原則性分析

法定先買權是立法者基於政策考量，權衡所有權人、先買權人與第三人的利益後，對於所有權人契約自由的限制（立法管制）。⁴⁶按先買權是先買權人得自行決定是否行使的權利，多涉及先買權人的私益⁴⁷，純就私法自治的角度而言，當事人申請不

⁴⁶ 為解決「因有先買權規定而使標的物不易出賣」的問題，可考慮賦予第三人提高價金的機會，參閱黃健彰，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）；黃健彰，農育權人的優先購買權，2016第十四屆土地研究學術研討會～國土資源的永續發展，中國文化大學土地資源學系承辦（2016）。

⁴⁷ 應注意者，文化資產保存法第32、55、75條與博物館法第13條第2

動產移轉登記時，如該不動產的先買權人未依土地登記規則第97條第3項提出異議，倘又採市場主義的價值觀⁴⁸，登記機關本來不必介入而審查該標的物上是否有先買權存在；不過，無論各個先買權規定的規範意旨為何，且無論是具債權效力或物權效力的先買權規定，本係對契約自由原則中「相對人選擇自由」的限制⁴⁹，由於出賣人實際上不一定將買賣事實與買賣條件通知先買權人，故各個規定下的先買權人均有可能因不知買賣事實或買賣條件而未提出異議，而移轉登記為有第三人效力處分，亦即縱使會同申請移轉登記的出賣人與買受人間並無爭議，但如未通知先買權人，將使其有受不利益之虞，依管制理論的觀點，就廣義而言，在此有所謂的外部性（externality）、外部成本（external cost），如管制的效益大於成本，即應對契約自治予以管制。⁵⁰

管制的手段有「登記機關的行政管制」與「法院的司法管制」之別，前者具事前、主動、通案的性質，且登記機關管制的成本不必由因管制而受益的先買權人承擔，後者具事後、被動、個案的性質，且提起訴訟的先買權人須花費勞力、時間、費用。無論是否採行政管制，都有事後法院救濟而進行司法審查的可能性，而本文此處是探討宜否進行行政管制。當行政機關愈有審查

項的先買權，則有濃厚的公益色彩。

⁴⁸ 關於干預主義與市場主義的價值觀，參閱葉俊榮，前揭註4，頁28。

⁴⁹ 詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，收錄於民事法理與判決研究（六），頁31-32，自版（2012）。

⁵⁰ 外部性的奠基之作是ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (1932). 而管制的典型正當化事由很多，外部性是其中之一，see STEPHEN BREYER, REGULATION AND ITS REFORM 15, 23-26 (1982); ANTHONY I. OGUS, REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY 21-22, 35-38 (1994).

能力而進行專業判斷、行政管制成本愈低、損害發生性愈高、損害額愈大、行政管制能防免的糾紛解決成本愈高者，宜進行行政管制；當行政機關愈無審查能力而進行專業判斷、行政管制成本愈高、損害發生性愈低、損害額愈小、行政管制能防免的糾紛解決成本愈低者，則不宜進行行政管制，以免造成登記人員的不當負擔、登記的遲延，阻礙交易的敏活，甚至因而延宕其他案件。

由於實務上常有「出賣人未通知（含未妥適通知）先買權人，使其有受不利益之虞」的情形，而先買權人不見得能事前知悉不動產出賣，相對而言，申請移轉登記的不動產上有無先買權存在，在多數情形，屬登記機關的審查能力範圍內，不會使登記人員有不當的負擔，而不動產的價值通常較高，先買權人如有損害，損害額通常不低。倘登記機關實質審查該標的物上是否有先買權存在，除能促成先買權立法目的之達成，並能減少事後「先買權人對出賣人請求損害賠償」與「具物權效力的先買權人對第三人請求塗銷登記」⁵¹的糾紛解決成本。因此，除司法管制外，登記機關原則上應實質審查該標的物上是否有先買權存在，而為其審查權限範圍。以下即說明在現行規定下，總體來說，登記機關應如何審查：

登記機關如認為該標的物上有先買權存在，即應依土地登記規則第97條規定辦理。從管制理論的觀點而言，出賣人的先買權通知義務，以及出賣人依土地登記規則第97條第1項與第2項規定的切結、記明、證明義務與法律責任，就廣義而言，均可謂為外

⁵¹ 關於具物權效力不動產優先購買權之法律效果，參閱黃健彰，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）。

部成本內部化（internalization of external cost）。⁵²

依上開規定，例如經設定地上權的基地，於申辦買賣所有權移轉登記時，除地上權人即係承買人等情形⁵³者外，應由土地所有權人檢附地上權人放棄先買權證明書或視為放棄之證明文件。不過，由於不動產租賃契約的生效，毋須向登記機關辦理登記，登記機關不一定知悉是否有承租人先買權存在，故在當事人僅申請基地或耕地之買賣移轉登記（而非同時申請基地與其建物之買賣移轉登記）時，如出賣人表示係「無出租」之基地或耕地出賣，實務上登記機關係要求出賣人於登記申請書備註欄簽註「本案土地確無出租，如有不實，出賣人願負法律責任。」⁵⁴本文以為，即便出賣人表示係「無出租」之基地出賣，如系爭土地登記簿上「地上建築改良物之建號」欄有建物存在（建號）的記載，則登記機關仍應注意建物與基地的權義關係並進而審查該基地上有無先買權人存在，特別是在建物登記簿上之所有人與土地登記

⁵² 當交易有外部成本而應管制時，法律管制的重要手段為外部成本內部化，參閱謝哲勝，民法的經濟分析，收錄於法律經濟學，頁215、219，五南圖書出版股份有限公司（2007）。而本文運用「外部性」與「外部成本內部化」的概念，是為便於說明上開規定的經濟學理論依據。

⁵³ 如該基地並未蓋有建築物，則基地出賣時，地上權人有無先買權？參閱黃健彰，以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討，財產法暨經濟法，第41期，頁1-27（2015）。如地上權人將該基地出租而由承租人蓋有房屋，則基地出賣時，基地承租人與地上權人有無先買權？參閱黃健彰，土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究，國立中正大學法學集刊，第52期，頁239-245（2016）。

⁵⁴ 參閱臺北市政府地政局（106）年北市地登字第10630794800號函之附件編號一；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157，新學林出版股份有限公司（2007）。

簿上之所有人不同的情形。即便建物登記簿上的所有人與土地登記簿上的所有人相同，登記機關至少亦應注意是否有「因強制拍賣而在登記簿加註拍定人」的情形，並進而審查該基地上有無因法定地上權關係而有先買權人存在。⁵⁵

其次，如出賣人已檢附「先買權人明示拋棄先買權之證明文件」，基於財產權得自由拋棄的原則，先買權人縱使僅知買賣事實而不知買賣條件，亦得明示拋棄先買權，於該證明文件上則不一定要顯示「出賣人已通知買賣事實，甚至買賣條件」。

再者，當事人就系爭標的物申請移轉登記時，如有主張其為先買權之人依土地登記規則第97條第3項規定提出異議，登記機關不得完全未經審查而逕依該項及同規則第57條第1項第3款規定⁵⁶駁回當事人就系爭標的物移轉登記之申請。⁵⁷如該人並非先買權人，或該人未能證明「其確於期限內表示願以同樣條件優先購買或出賣人未依通知或公告之條件出賣」，登記機關應駁回其異議，以免妨礙當事人就系爭標的物之移轉登記。

此外，出賣人通知先買權人乃申請移轉登記系爭不動產之必要程序，此為登記機關應依職權審查之事項，如登記機關就申請人未合法踐行通知程序（包括依申請人提出之存證信函觀之，其

⁵⁵ 法定地上權人亦得主張先買權的理由，參閱黃健彰，前揭註53，土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究，頁225-235。

⁵⁶ 現行土地登記規則第97條第3項原為第77條第2項，該條項1990年增訂理由為：先買權人提出異議者，則認定有私權爭執而駁回登記之申請，俟爭執解決後，再行申請。因此，該條項相當於現行土地登記規則第57條第1項第3款的具體規定。

⁵⁷ 最高行政法院105年度判字第158號判決亦認為登記機關有審核該異議有無理由及命異議人提出證明文件之義務。

所載之內容欠缺具體明確性，顯難使先買權人瞭解其得行使先買權範圍之買賣條件者），未命其補正即准予登記者，其所為之登記處分即有違誤。⁵⁸

另應注意者，地政機關雖無先買權的通知義務，不過，登記機關依前述行政程序法第39條規定，基於調查事實及證據之必要，得以書面通知系爭不動產的相關之人陳述意見，確認先買權人是否合法接到先買權的通知、是否已放棄先買權或其他事實。例如當事人就不動產申請移轉登記之前，如有主張其為先買權之人提出異議，實務上認為登記機關於答復前應予列管，答復後得解除列管。⁵⁹按實務上認為土地登記規則第97條第3項的異議，應

⁵⁸ 參閱臺中高等行政法院103年度訴字第7號判決。該判決並提到：「登記機關受理土地所有權移轉登記申請案件，……並非僅查驗申請人檢附之書件名稱、格式、類別、份數是否備齊為已足，且不得對於其檢附書件所載之內容在論理上有顯見之疑義忽略不予聞問。如經書面審查發現其書件所載內容彼此有矛盾，或與所查悉之事實或檔存資料不一致之情形，或其他不符情事，仍應限期通知申請人補正，其屆期不補正或補正不完全者，則應駁回其申請。」筆者未尋得本件上級審裁判，可能是當事人未上訴。本判決尚涉及先買權同樣條件的認定，就此參閱黃健彰，不動產先買權「同樣條件」之研究，中原財經法學，第38期，頁205-273（2017）。

⁵⁹ 最高行政法院99年度裁字第1492號裁定：「上訴人未向訴外人高○份行使優先購買權亦無從提出證明，……。又上訴人雖分別向被上訴人提出異議，惟係於本件登記案件收件前提出異議，被上訴人並以96年9月27日函將辦理情形及相關法令依據答復上訴人，嗣上訴人於96年9月26日再以同一事由通知被上訴人，被上訴人即以96年9月29日函請上訴人依96年9月27日函辦理。則依內政部85年1月29日函示，被上訴人解除列管並依訴外人高○份申請辦竣所有權移轉登記，於法並無不合」（本件被上訴人為臺北市大安地政事務所）。內政部（85）年台內地字第8575935號函：「登記案件尚未送登記機關收件，登記名義人先以聲明書或存證信函等提出聲明或請求者，……。又該聲明或請求因係請求登記機關為特定作為或不作

在「當事人就不動產申請移轉登記之後，該移轉登記完畢之前」，而本文以為，由於先買權人不一定知悉當事人何時將申請移轉登記，難以精準拿捏提出異議的時點，因此，如其於當事人就不動產申請移轉登記之前提出異議，且經登記機關確認其為先買權人，登記機關即便在答復先買權人後，仍不宜解除列管，俾便於當事人就不動產申請移轉登記時，依前述行政程序法第39條規定，得視情形而通知先買權人（甚至出賣人）陳述意見、補提證明以確認相關事實。

又登記機關違反審查義務而辦理登記後，登記機關或其上級機關得否撤銷該登記處分？按「規制私法的行政處分是否有較強的存續力」此問題雖有不同見解⁶⁰，但在本文探討的情形，由於對於登記機關審查義務的要求，主要是在保護先買權人，如先買權人並未主張先買權，則登記機關或其上級機關不得主動撤銷該登記處分，以免違反私法自治原則。如先買權人主張先買權，在具物權效力之先買權的情形，則登記機關或其上級機關得撤銷該登記處分；在僅具債權效力之先買權的情形，則登記機關或其上級機關不得撤銷該登記處分。

二、登記機關就單獨申請登記時之先買權審查的特殊問題

在單獨申請登記的情形，登記機關是否仍應審查該標的物上

為，非屬應登記事項，登記機關對其內容，尚無需加註於地籍資料中；惟對該聲明或請求之內容，仍應予適當之重視，並依相關法令規定妥為答復，登記機關於答復登記名義人之聲明書或存證信函之公函未發文前，應予列管，以免發生在該公函發文前已有相關登記案件收件卻未予配合處理之情形。至其列管方式由各登記機關自行決定。」

⁶⁰ 許宗力，前揭註27，頁368-373。

有無先買權存在？如應審查，有何特殊問題？文獻上均甚少討論。茲以較常見的因取得權利移轉證書與法院確定判決而單獨申請登記為例，分述如下：

（一）因取得權利移轉證書而單獨申請登記

依土地登記規則第27條第4款「因法院、行政執行分署或公正第三人拍定」而單獨申請登記，有無土地登記規則第97條第1項與第2項規定的適用？就共有人應有部分的移轉登記，土地法第三十四條之一執行要點第11點第8款規定：「權利人持執行法院或行政執行分署依強制執行法或主管機關依法辦理標售或讓售所發給之權利移轉證書，向地政機關申辦共有人之應有部分移轉登記，無須檢附優先購買權人放棄優先承購權之證明文件。」該規定的理由何在？有無例外？其他先買權是否亦如此？以上均有探討的必要。

在公的拍賣（強制拍賣）之情形，辦理強制執行事件應行注意事項第43點第6款規定：「拍賣之不動產……他人對之有優先承買權利等情形，亦應於拍賣公告載明。」⁶¹如買受人是經由法院拍賣取得該不動產，亦即買受人是拍定人的情形，或是執行債權人承受執行債務人之不動產的情形，若有先買權人存在，由於強制執行法上之拍賣，係由執行法院代債務人立於出賣人之地位⁶²，因此，是由法院依該注意事項第44點規定，代出賣人通知

⁶¹ 法院強制拍賣時，有無先買權的適用，並非理論上與比較法上的必然，參閱黃健彰，土地法第三十四條之一他共有人優先購買權之競合——兼評內政部土地法修正草案相關規定，東吳法律學報，第28卷第2期，頁74（2016）。本文此處姑且依實務見解，在採肯定說之下，分析登記機關就先買權之審查。

⁶² 參閱最高法院49年台抗字第83號判例。

先買權人⁶³，而地方法院民事執行處不動產投標參考要點第11點第1款規定：「不動產依法有優先承買權人時，待優先承買權人放棄承買確定後，另行通知繳交。」亦即先買權人放棄承買確定後，執行法院才會通知拍定人繳交價金；拍定人依強制執行法第97條及第98條第1項規定，繳足價金後，而於領得權利移轉證書之日起，取得該不動產所有權，執行債權人承受執行債務人之不動產亦同；如執行法院認無先買權，而主張先買權之人訴請確認

⁶³ 但應注意者，最高法院49年台抗字第83號判例：「出賣人於出賣時所應踐行之程序，例如依耕地三七五減租條例第十五條規定，應將買賣條件以書面通知有優先承買權之承租人，使其表示意願等等，固無妨由拍賣機關為之踐行，但此究非強制執行法第十二條所謂執行時應遵守之程序，縱令執行法院未經踐行或踐行不當，足以影響於承租人之權益，該承租人亦祇能以訴請救濟，要不能引用該條規定為聲請或聲明異議。」最高法院103年度台抗字第53號與第54號民事裁定採相似見解。不過，簡祥紋，最高法院民事96年度台抗字第317號裁判解析，司法院司法智識庫，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=OKotw2fkpopfLdZhUAITka3%2fB8Ed66uyLeP6WDYu%2fMlhDuN32GD68j6y%2bLLVlrnU（2018/02/19，造訪），認為該判例見解欠當，其認為法院若未通知，應許具物權效力之先買權人聲明異議，聲明異議有理由後，法院可補為通知，避免後續执行程序因先買權人事後主張而無效，造成执行程序浪費及拍定人損害。

又臺灣高等法院暨所屬法院64年度法律座談會民事執行類第7號法律問題：「執行法院依法拍定之不動產，第三人依土地法第一百零四條或耕地三七五減租條例第十五條之規定主張有優先購買權存在而向執行法院聲請優先購買，拍定人則否認第三人有優先購買之權利，此際執行法院能否就兩造主張之事實從實體上加以調查而為准駁之裁定？」研討結果：「執行法院所管轄者皆為非訟事件，凡就實體上權利義務是否存在有所爭執者，概不屬執行法院職權範圍，即不得依強制執行法第十二條第一項之規定，向執行法院為聲請或聲明異議，而應循民事訴訟程序謀求救濟。」吳光陸，強制執行法，頁177-178、180-181，三民書局股份有限公司，修訂3版（2015），認其與前揭判例均欠妥。

先買權，則執行法院仍宜暫停發拍定人或承受之執行債權人的權利移轉證書。⁶⁴

雖然不排除在少數情形，執行法院因不察而未通知先買權人，甚至在核發權利移轉證書後，始通知具物權效力的先買權人行使權利，⁶⁵但既然執行法院核發權利移轉證書，表示標的物上無先買權人存在的或然性甚高，故之後辦理權利移轉（變更）登記時⁶⁶，登記機關基本上無須審查該標的物上是否有先買權存在，⁶⁷申請移轉登記的當事人自無須依上開土地登記規則第97條

⁶⁴ 參閱陳計男，強制執行法釋論，頁381，元照出版有限公司（2012）。亦請參閱吳光陸，前揭註，頁385。

⁶⁵ 參閱例如最高法院98年度台抗字第187號民事裁定。另外，2005年11月25日臺灣高等法院暨所屬法院94年法律座談會民事執行類提案第21號法律問題：「執行法院執行債務人所有A地應有部分二分之一，於拍定後，漏未通知共有人甲行使優先承買權。惟共有人甲經由拍定人之通知而知悉拍定條件，則共有人甲於知悉拍定條件逾10日後，能否再行主張優先承買權？」審查意見略謂：「第34條之1並未規定他共有人行使優先承購權之程式及期間，參酌最高法院65年台上字第853號、66年台上字第1530號判例意旨，他共有人於法院核發權利移轉證明書與拍定人，即發生物權變動效力前，自得隨時行使其優先承購權。但如執行法院準用同法第104條第2項前段規定，限期通知他共有人願否優先承購，並諭知逾期則視為放棄優先權時，因對他共有人之權利已予充分保障，自難認係法所不許。至內政部訂頒之『土地法第34條之1執行要點』，僅供參考，並無法規效力」。研討結果：照審查意見通過。此座談會見解應係認為：執行法院即便漏未通知「僅具債權效力」的先買權人，於「核發權利移轉證明書（即發生物權變動效力）」後，該先買權人自不得主張優先購買。

⁶⁶ 依土地登記規則第33條規定，該登記應於產權移轉證明文件（權利移轉證書）核發之日起1個月內為之。

⁶⁷ 參閱臺北高等行政法院101年度訴字第1969號判決（最高行政法院102年度判字第602號判決駁回上訴）：「行政機關作成處分或其他行政行為，依行政程序法第43條規定僅需達到高度之或然性，經合

第1項與第2項規定切結、記明、檢附證明文件或證件，此無論是何種先買權均然，以促進登記作業的效率。除非登記機關知悉有「執行法院核發權利移轉證書後，始通知具物權效力的先買權人行使權利」的特殊情形，則登記機關仍應要求申請移轉登記的當事人依該條第1項與第2項規定切結、記明、檢附證明文件或證件；或登記機關在辦理權利移轉登記完畢前，具物權效力的先買權人以書面提出異議並能證明「執行法院核發權利移轉證書後，始通知其行使權利，且其確於期限內表示願以同樣條件優先購買」，則登記機關自應依該條第3項規定駁回權利移轉登記的申請。

至於土地登記規則第27條第4款「因公正第三人拍定」，指的是執行法院依金融機構合併法第11條第4項規定，委託並監督台灣金融資產服務股份有限公司（以下簡稱資產服務公司），依強制執行法辦理金融機構或金融機構不良債權受讓人聲請之強制執行事件。於此情形（俗稱「金拍」），在拍定或承受後，資產服務公司有通知先買權人的義務，先買權人不主張先買權時，資產服務公司才通知拍定人繳交價金，依公正第三人認可及其公開拍賣程序辦法第28條第1項規定：「拍賣之不動產，買受人依拍賣條件繳足價金後，公正第三人應發給拍定證明書。」而權利移轉證書是由資產服務公司製作文稿，但應送由執行法院核定發給買受人。⁶⁸因此，若執行法院發給拍定人或執行債權人權利移轉證書，表示基本上已無先買權人存在，因其拍定而依土地登記規

理之思維而無其他設想之可能性為已足，故刑事訴訟程序之採證法則較為嚴謹。」

⁶⁸ 參閱例如臺灣屏東地方法院委託台灣金融資產服務股份有限公司辦理不動產拍賣變賣業務作業要點壹、三（十三）。

則第27條第4款單獨申請登記，⁶⁹原則上亦無須依上開土地登記規則第97條第1項與第2項規定辦理，⁷⁰除非有上述「核發權利移轉證書後，始通知具物權效力的先買權人行使權利」的情形。

相對的，在私的拍賣（任意拍賣，包括俗稱「銀拍」）之情形，先買權人亦得主張先買權，但並無前述公權力機關或公正第三人代出賣人通知先買權人，也無權利移轉證書，故之後出賣人與買受人（拍定人或承受人）就標的物須會同申請登記，並依上開土地登記規則第97條第1項與第2項規定辦理。

⁶⁹ 公正第三人認可及其公開拍賣程序辦法第28條第2項規定：「買受人得持前項公正第三人發給之拍定證明書，依土地登記規則規定逕向不動產登記機關申請權利移轉登記及抵押權塗銷登記，不須會同抵押人申請。」

⁷⁰ 同理，在公法上金錢給付義務不履行的情形，依行政執行法第26條規定，行政執行分署的拍賣準用強制執行法的規定，此亦屬公的拍賣，如依實務一貫見解，也有先買權的適用，但若行政執行分署發給拍定人或執行債權人權利移轉證書，表示基本上已無先買權人存在，因其拍定而依土地登記規則第27條第4款單獨申請登記，原則上亦無須依上開土地登記規則第97條第1項與第2項規定辦理。同樣與之相似者，依國有非公用不動產標售作業程序、國有非公用不動產讓售作業程序、逾期未辦繼承登記土地及建築改良物標售作業要點等規定，先買權人亦得主張先買權，但若主管機關發給承購人權利移轉證書，表示基本上已無先買權人存在，之後承購人單獨申請登記時，原則上亦無須依上開土地登記規則第97條第1項與第2項規定辦理。內政部（101）年台內地字第1010242044號令亦謂：「如代為標售土地之得標人就地籍清理條例第12條規定之優先購買權人主張優先購買權之存否有爭執者，應循民事訴訟程序提起訴訟。又因該標的物之買受人於該判決確定前處於未確定狀態，故地方政府主管機關應俟判決確定後，再通知勝訴之一方繳納價款並發給產權移轉證明書。」

（二）因法院判決確定而單獨申請登記

因法院判決確定而單獨申請登記，登記機關就先買權的審查，有以下實務爭議問題：

1. 有無土地登記規則第97條第1項與第2項規定的適用？

因法院判決確定而單獨申請登記時，有無土地登記規則第97條第1項與第2項規定的適用？實務上會有不同見解，1987年內政部函⁷¹認為：「權利人依土地登記規則第二十六條第四款規定單獨申請之案件涉及土地法第一百零四條之優先購買權者，如法院判決書未提及優先購買權人已放棄其優先購買權情事，於申請登記時優先購買權人未提出異議者，登記機關得逕依法院判決主文辦理。」1992年內政部函⁷²則提到：「法院於命被告應履行買賣契約義務，辦理所有權移轉登記予原告之判決主文與內容，倘未提及優先購買權人已放棄其優先權，而繫爭不動產之買賣，依法涉及優先購買權情事者，權利人持憑該判決依土地登記規則第二十六條第四款規定，單獨申辦所有權移轉登記時，仍應依土地登記規則第七十七條規定辦理。至於出賣人如未依法通知優先購買權人，得由權利人代為通知。又權利人依土地登記規則第八十四條規定，單獨申辦承買土地所有權移轉登記時亦同。」該函並提到前述1987年內政部函應停止適用，但未詳述理由，而此有必要進一步探討。

該函提到的土地登記規則第26條、第77條分別相當於現行土地登記規則第27條、第97條。按出賣人與買受人成立買賣契約後，因出賣人未移轉標的物所有權給買受人，買受人提起給付之訴並取得勝訴確定判決後，買受人得依現行土地登記規則第27條

⁷¹ 內政部（76）年台內地字第500341號函。

⁷² 內政部（81）年台內地字第8172206號函。

第4款規定，單獨申請登記。此時，並無公權力機關或公正第三人代出賣人通知先買權人，為保護先買權人，避免出賣人與買受人透過「由買受人提起給付之訴並取得勝訴確定判決，進而單獨申請登記」的方式，規避土地登記規則第97條的規定，故應認為：除非法院判決提及先買權人已放棄先買權，否則，無論先買權人於買受人申請移轉登記時有無主動提出異議，當事人均應依土地登記規則第97條規定辦理，登記機關均應主動實質審查該標的物上是否有先買權存在，因為先買權人可能不知買受人申請移轉登記的情事。其實，在買受人申請登記之前，出賣人於出賣標的物時早應通知先買權人買賣條件，故於買受人單獨申請登記時，仍應依土地登記規則第97條規定辦理，例如檢附先買權人放棄或視為放棄先買權的證明文件；但如出賣人未通知先買權人，得由買受人代為通知先買權人，先買權人放棄或視為放棄先買權後，買受人即得依土地登記規則第97條規定申請移轉登記，故本文贊同前述1992年內政部函的見解，⁷³而不贊同前述1987年內政部函的看法。

同理，買受人依法院和解筆錄或法院調解筆錄、仲裁判斷、

⁷³ 至於該函提到的修正前土地登記規則第84條單獨申請登記的規定，僅指該條第1項規定：「土地權利移轉、設定或權利內容變更，經訂立書面契約依法公證或監證，並申報現值或契稅者，如登記義務人於申請登記前死亡時，得僅由權利人敘明理由，檢附義務人之戶籍謄本及其他有關證件，單獨申請登記。」而不包括第2項規定：「承買人死亡時，得由其繼承人為權利人，敘明理由提出契約書及其他有關證件，會同義務人申請登記。」該條現已移列並修正為第102條第1項至第3項（該條修正說明提到：土地權利的移轉或設定契約書如經申報土地移轉現值、公證或申報契稅、贈與稅者，應無倒填訂約日期之虞。又契稅條例第28條已刪除，故現行土地登記規則已無「監證」的規定），均應依土地登記規則第97條規定辦理，登記機關應主動實質審查該標的物上是否有先買權存在。

仲裁人作成之和解書或調解書、經法院核定之鄉鎮市調解委員會調解書單獨申請登記⁷⁴時，仍應依土地登記規則第97條規定辦理，⁷⁵登記機關應主動實質審查該標的物上是否有先買權存在。

2. 依土地登記規則第97條於登記申請書記明願負法律責任之人

因法院判決確定而單獨申請登記時，原則上有土地登記規則第97條第1項與第2項規定的適用，已如前述。實務上進一步的爭議問題為：買受人依確定判決單獨申請不動產移轉登記時，如出賣人已死亡，則登記機關得否憑買受人的土地登記代理人之「先買權人已放棄先買權，如有不實權利人願負法律責任」的註記，予以准許辦理不動產移轉登記？在最高行政法院92年度判字第785號判決的案例事實中，系爭登記機關就此採肯定見解，但該判決就此採否定見解，並提到：「依上開規定得『於登記申請書適當欄記明優先購買權人確已放棄優先購買權，如有不實，「出賣人」願負法律責任字樣』者，僅限於『出賣人』，買受人（即登記權利人）並無此項權利，參諸……土地出賣人未通知其他共有人行使優先購買權，其他共有人得主張其權利受損者，僅得對『出賣人』主張，與『買受人』無涉之意旨甚明。」⁷⁶

⁷⁴ 參閱土地登記規則第12條、民事訴訟法第380條第1項與第416條第1項、仲裁法第37條第1項與第44條至第45條、鄉鎮市調解條例第27條第2項規定。

⁷⁵ 前述臺中高等行政法院103年度訴字第7號判決即為買受人依法院調解筆錄單獨申請登記者。

⁷⁶ 該判決尚提到：「至上開內政部函釋僅認定參加人之買受人得代出賣人通知上訴人是否行使優先購買權而已，此僅賦予買受人事實代出賣人通知之能力，並未解釋此時之買受人可取得出賣人之地位而得為上開『如有不實，買受權利人（條文規定明定為出賣人）願負法律責任字樣』之權利，上開內政部函釋之內容如係如被上訴人所

本文以為，在買賣的標的物上有先買權的情形，有先買權通知義務者為出賣人（或其繼承人），而非買受人；出賣人（或其繼承人）如未通知先買權人，先買權人主張損害賠償的對象是出賣人（或其繼承人），而非買受人，故應於登記申請書適當欄記明「願負法律責任字樣」等上開字樣者為出賣人（或其繼承人），而非買受人。不過，依該判決見解，於出賣人死亡而無繼承人時，因出賣人無法於登記申請書適當欄記明上開字樣，如因而導致「買受人無法依確定判決單獨申請登記、確定判決無法執行」，並不妥適。本文以為，買受人得依確定判決單獨申請登記，但參照本文前述，買受人仍應依土地登記規則第97條規定辦理，例如檢附先買權人放棄或視為放棄先買權的證明文件，而登記機關得通知先買權人陳述意見，此際即無須要求何人於登記申請書適當欄記明上開字樣。

三、相關行政爭訟與民事爭訟問題

在登記機關應依土地登記規則第97條規定審查，卻違反先買權審查義務而移轉登記的情形，因該登記為有第三人效力（對相對人授益及對先買權人有不利益之虞）處分，依保護規範理論，先買權人得本於利害關係人之地位，對之提起行政爭訟⁷⁷。先買

主張係使買受人之參加人取得出賣人之地位，則顯然違背上開土地登記規則……規定之意旨，於法應屬無效。」最高行政法院93年度判字第842號判決採類似見解。

⁷⁷ 亦請參閱最高行政法院92年度判字第785號、93年度判字第842號判決。又最高行政法院99年度判字第923號判決：「所謂之『利害關係人』，其『利害關係』自係指『權利或法律上之利益』受侵害之利害關係。又按當事人適格，乃指當事人就特定訴訟標的有實施訴訟之權能而言，祇須主張自己為權利人，而對其主張之義務人提起，即為當事人適格，亦即當事人是否適格，應依原告起訴主張之事實定之，而非依審判之結果定之。」

權人固得依土地登記規則第97條第3項規定，於登記完畢前向登記機關提出異議，但異議與否，與其不服登記機關所為登記處分之行政爭訟權互不相斥。⁷⁸該條項的異議是在登記處分作成前，且非該等行政爭訟的強制前置（先行）程序。至於相關行政爭訟

有學者認為，針對參與形成私法的行政處分，私法關係相對人不得就核准的處分提起訴願及撤銷訴訟，參閱陳淑芳，私法形成之行政處分及其救濟——以計程車客運服務業申請核准經營辦法第十三條第二項規定為例，憲政時代，第39卷第1期，頁8-9、19-24（2013）。本文以為，即使採此見解且認為不動產登記為形成私法的行政處分，由於先買權人並非系爭私法關係的相對人，而是第三人，故仍應允許其提起行政爭訟。

另外，蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願，收錄於跨越自治與管制，頁67-68，五南圖書出版股份有限公司（1999）；蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，收錄於尋找新民法，頁260-261，元照出版有限公司（2008），也僅在反托拉斯法領域才提到：「當私益可循民事途徑得到最大實現時，原則上應引導人民走向此一途徑；……特別是在國家已提供私法救濟途徑而使私益得經私法請求權的行使而獲得實現時，以解釋創設公法請求權更顯得多餘，反而易造成人民怠於使用私法救濟途徑，而有公器為私人濫用之虞。」「若考慮到行政救濟的本旨是用來保護受不當公權利行使者，而不是私行為的被害人，則以行政救濟僅得作為民事救濟的補充，即十分妥當，德國聯邦法院便就此一領域發展出『公法第三人保護補充性原則』……認為只要有民事訴訟請求權，原則上即不存在範圍相同的行政行為請求，當然也就不存在行政訴訟請求權。……如果正確掌握公平法規定民事請求權的意旨，在於提供誘因促使人民分擔部分執法功能，就不會自囚於行政處分的概念，表面上是重視被害人的保護，實際上反而使得兩種救濟程序嚴重脫鉤，行政機關和行政法院在這個領域的資源配置都會陷於高度的無效率。」本文以為，即使在反托拉斯法領域採此見解，但先買權人民事救濟的規範應無上開「提供誘因促使人民分擔部分執法功能」，先買權人亦無怠於使用私法救濟途徑等情形。

⁷⁸ 參閱前述臺中高等行政法院103年度訴字第7號判決。

與民事爭訟則因先買權是物權效力或債權效力而有別，分述如下：

（一）具物權效力之先買權的情形

在「出賣人未通知（含未妥適通知）先買權人，且登記機關違反先買權審查義務而移轉登記之處分違法」的情形，登記機關辦理系爭不動產所有權移轉登記完畢後，該先買權如具物權效力，先買權人得以出賣人未通知先買權人為由（不必主張登記處分違法），向普通法院提起確認先買權存在之訴，並請求塗銷第三人的所有權移轉登記，請求出賣人將標的物移轉登記於先買權人；先買權人亦得以登記機關違反審查義務為由，提起訴願、撤銷訴訟，但不得依該等行政救濟程序請求將標的物登記為所有權人。⁷⁹

其中，以第三人為被告，向普通法院訴請塗銷第三人的所有權移轉登記⁸⁰，原告不必主張登記機關違反審查義務；如原告勝

⁷⁹ 無論是上開民事救濟或行政救濟，法院（或訴願審議委員會）均應審查先買權人是否已依同樣條件行使先買權（如先買權人並未依同樣條件行使先買權，卻提起救濟，則無權利保護的必要），原則上不必審查先買權人是否已支付價金，因為先買權人合法行使先買權，不以已支付價金為必要，除非出賣人因此解除其與先買權人之間的買賣契約。再者，先買權人向普通法院請求出賣人移轉登記時，如出賣人抗辯先買權人未支付價金，則法院應審查先買權人支付價金的債務是否已屆清償期而尚未支付，如已屆清償期而尚未支付，法院應下同時履行（抗辯）之判決（對待給付判決）。至於「行政法院對於先決問題或攻擊防禦方法涉及私法關係所生之爭議，如當事人未提起民事訴訟，行政法院得否審理」的討論，參閱司法院釋字第758號解釋林大法官俊益提出之協同意見書；張大法官瓊文提出，詹大法官森林、黃大法官昭元加入之協同意見書。

⁸⁰ 單以先買權人訴請塗銷第三人的所有權移轉登記而言，不須以出賣人為共同被告，參閱最高法院69年度第1次民事庭決議（一）。

訴確定，因法院是下給付判決，判決效力僅及於原告與被告，且有強制執行的問題，原告得依土地登記規則第27條第4款規定，持勝訴確定判決單獨申請塗銷第三人的移轉登記。而向行政法院訴請撤銷移轉登記的處分，是以系爭地政事務所為被告，移轉登記申請人常為參加人⁸¹；如原告勝訴確定，因法院是下形成判決，依行政訴訟法第215條規定，判決對第三人亦有效力，且依同法第304條規定，登記機關應即為實現判決內容之必要處置⁸²，依土地登記規則第7條規定塗銷登記。相對於上開民事判決，上開行政法院判決至少有兩項重要意義：第一，就「原告權利救濟」的觀點，如就此採第一次權利保護（救濟）優先原則，先買權人在國家賠償訴訟中欲獲勝訴判決⁸³，基本上須以「行政法院

⁸¹ 例如前述臺中高等行政法院103年度訴字第7號判決。

⁸² 蔡志方，行政救濟法新論，頁373，元照出版有限公司，3版（2007），稱其為廣義之判決执行力。有認為該法第304條是撤銷判決效力的補充規定，而非強制執行規定；單純之撤銷或變更原處分，原則上無須如何的處置；其他情形則或應重為處分或為其他回復原狀的措施；除應重為處分外，其他處置如在原撤銷判決主文內一併宣示，似應就該部分視為同法第305條的給付判決，得之以為執行名義，聲請強制執行，參閱陳敏，行政法總論，頁1587，自版，9版（2016）。關於該法第304條規定的商權，參閱劉宗德、彭鳳至，行政訴訟制度，收錄於行政法（下），頁551，元照出版有限公司，3版（2006）。而前述臺中高等行政法院103年度訴字第7號判決即將原登記處分撤銷，並命被告另為適法之處分。

⁸³ 具物權效力的先買權人如有損害，得請求國家賠償。就此說明如下：第一，其如不請求塗銷登記，而僅請求國家賠償，則已取得所有權的第三人即不會遭受不利益，故不宜禁止。第二，即便其請求塗銷登記，但在取得所有權之前已發生的損害，亦應賠償。第三，其亦得請求違反通知義務的出賣人賠償，從保護先買權人的角度，宜認係權利競合（雖然在登記機關違反審查義務而為移轉登記的其他情形，例如最高法院93年度台上字第2054號民事判決：「國家賠償法第二條第二項規定之損害賠償請求權，與一般損害賠償請求權

先行認定登記處分違法」為前提；第二，就「樹立登記機關應有的審查標準，進而促進公共福祉」的觀點，肯認法院對登記機關的監督，法院明確指謫登記機關的行政處分為違法，並使登記機關受判決效力所及，對於登記機關未來就類似情形的審查，較可能有「導正而得以預防其他先買權人受不利益」的效果⁸⁴，因而減少未來類似事件的糾紛解決成本。⁸⁵

而行政訴訟法第12條之1第2項規定：「訴訟繫屬於行政法院後，當事人不得就同一事件向其他不同審判權之法院更行起訴。」是關於審判權爭議的問題，上開民事訴訟與行政訴訟並非

相同，須以實際受有損害為成立要件。原審認定系爭公業所有之系爭土地係因其原管理人賴○群未經全體派下員同意，非法將之即移轉登記與他人所有，致系爭公業受有損害。果爾，賴○群就系爭公業所受損害，自應負侵權行為損害賠償責任。則於被上訴人未向賴○群行使侵權行為損害賠償請求權而確定其無法受償前，能否謂其已受有損害，尚非無疑。原審就此未詳加審究，遽認被上訴人已受有損害，自嫌速斷。」但此有待商榷，參照最高法院58年台上字第1296號判例；詹森林，損害之概念——最高法院所謂「實際損害」之研究，收錄於民事法的學思歷程與革新取徑——吳啟賓前院長八秩華誕祝壽論文集，頁418-452，新學林出版股份有限公司（2017），宜認係連帶責任（參閱葉啟洲，國家賠償責任與共同侵權行為／最高法院九八台上八一三，台灣法學雜誌，第137期，頁166-169（2009）；吳志光，前揭註33，頁577-578；林三欽，國家賠償的方法、範圍與當事人（下），月旦法學教室，第69期，頁49（2008）；劉春堂，國家賠償法，頁41，三民書局股份有限公司，修訂3版（2015）或不真正連帶責任（參照李惠宗，行政法要義，頁737，元照出版有限公司，7版（2016））。第四，出賣人賠償先買權人後，損害如均已獲得填補，則先買權人不得請求國家賠償。

⁸⁴ 此涉及公益，因而在行政訴訟中，採職權調查原則，與民事訴訟不同。

⁸⁵ 如民事法院判決登記機關應負國家賠償責任，也有上述第2項重要意義。

該條項所謂的「同一事件」，故無該條項規定的適用。

至於上開民事訴訟與行政訴訟是否有行政訴訟法第177條第1項或第2項裁定停止訴訟程序規定的適用？在臺北高等行政法院102年度訴字第1733號判決一案，原告主張類推適用民法第425條之1而與參加人（出賣人）有推定租賃關係，參加人亦通知原告行使先買權，被告（系爭地政事務所）則通知原告檢具租賃契約書供查，但原告僅檢具對參加人請求確認先買權存在之民事訴訟起訴狀，被告即認定「系爭土地與建物間並無租賃關係，原告非屬先買權人」，遂辦理移轉登記完畢。該行政法院判決認為本件不應類推適用民法第425條之1規定，系爭土地與建物間並無租賃關係，原告非屬先買權人，並謂：「本件訴訟之爭點，在於原告得否依土地登記規則第97條第3項及第57條第1項第3款規定，請求被告駁回參加人申請移轉登記案，至於前一條文涉及原告對系爭建物有無優先承買權一事，本院得自行調查證據、認定事實，不受民事法院之認定所拘束，故本件訴訟之裁判，並非以原告對參加人林○民所提確認對系爭建物有優先承買權存在之民事訴訟結果為據，故原告依行政訴訟法第177條第1項規定，聲請本院於該民事訴訟確定前，裁定停止本件行政訴訟程序，於法不符，無從准許；至原告依同條第2項所為停止訴訟程序之聲請，本院經核亦無必要，附此敘明。」⁸⁶但就原告訴請確認先買權存在等事件，嗣後臺灣臺北地方法院102年度訴字第1381號民事判決認為：原告得類推適用民法第425條之1規定而主張先買權，但原告僅請被告明確告知出售系爭建物之付款方式及條件，俾便原告行使先買權等語，並未於法定10日內確答行使先買權，是原告即不

⁸⁶ 筆者未尋得上級審裁判，可能是當事人未上訴。

得再行主張先買權。⁸⁷

按行政法院於不動產登記事件，不輕易適用行政訴訟法第177條第1項「應以裁定停止訴訟程序」的規定，本件即為一例⁸⁸。本文以為：該行政訴訟的判決須以先買權是否存在為前提，而本件原告是否為先買權人，確有爭議，且確認先買權存在的民事訴訟已經繫屬，尙未終結，故宜認有該條項規定適用；退萬步言，縱認「該行政訴訟僅在審理登記審查及處分是否違法，非以先買權存在為先決問題」，而無該條項規定的適用，亦屬該條第2項規定的牽連案件，而為避免如同本件行政法院判決與民事判決之裁判理由兩歧而有損司法威信，故行政法院以裁定停止訴訟程序為宜。⁸⁹

⁸⁷ 本件有上訴至臺灣高等法院，但當事人撤回上訴。參閱司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/HISTORYSELF.aspx?selectedOwner=V&selectedCrmyy=102&selectedCrmid=%E8%A8%B4&selectedCrmno=001381&selectedCrtid=TPD>（2018/03/02，造訪）。

⁸⁸ 另就最高行政法院102年度判字第81號判決一案，選定人等（部分共有人）申請設定地上權登記，惟所附提存書所列受取權人為蔣○卿，被上訴人（系爭地政事務所）以蔣○卿已將財產信託移轉登記予陳○亭，且選定人等未補正提存對象，遂駁回該申請。法院亦認為：「本件係審理被上訴人駁回選定人等申請地上權登記有無違法，其主要爭點在於選定人等之申請是否依相關規定及期限備齊法定必要文件。是以認定原處分有無違法，有關上訴人及選定人蔣黃○菜等另向臺中地院提起確認蔣○卿因信託關係移轉系爭……土地權利1/10所有權予陳○亭是否屬通謀虛偽意思表示為無效法律行為等民事事件，並非原處分據以否准之前提，原審法院因而未裁定停止本件行政訴訟之進行，經核於法並無違誤。」

⁸⁹ 另案最高行政法院98年度判字第197號判決甚至認為：在一定情形，為免行政爭訟程序不一，致影響相關人權益，雖非屬於訴訟程序當然停止事由，法院仍應依行政訴訟法第177條第2項規定，裁定停止本件訴訟程序之進行為宜，詎原審未停止本件訴訟程序之進

（二）僅具債權效力之先買權的情形

登記機關辦理系爭不動產所有權移轉登記完畢後，該先買權如僅具債權效力，該移轉登記處分的內容已完全實現而無回復原狀可能，故先買權人得以登記機關違反審查義務為由，依行政訴訟法第6條第1項後段規定，訴請「確認無回復原狀可能之行政處分為違法」，⁹⁰在有損害的情形，亦得依同法第7條規定，合併請

行，逕先為判決，訴訟程序顯有瑕疵。

⁹⁰ 參閱最高行政法院92年度判字第785號判決。亦參照最高行政法院99年度10月份第1次庭長法官聯席會議決議（廖義男，土地登記、徵收補償及其行政救濟問題——最高行政法院庭長法官聯席會議決議簡評，收錄於土地法制度論集，頁94-95，元照出版有限公司（2015），贊同之）；該決議討論的問題與此情形不同，但均是為保護第三人，而認為不得改變第三人登記的狀態，故僅得提起確認登記處分違法之訴，不得提起訴願、撤銷訴訟。學說上雖有質疑該決議的部分說理者（詳參李建良，公法類實務導讀，台灣法學雜誌，第251期，頁138-139（2014）），但至少其中「法院得否同時審究第三人是否善意信賴登記處分」的疑慮不存在於此情形。又確認行政處分違法之訴有先決性，參閱林騰鶴，行政訴訟法，頁156，三民書局股份有限公司，修訂6版（2014）。該訴如作為將來裁判的依據或準備行為，則被認為有確認利益，參閱黃俊杰，行政救濟法，頁168-169，三民書局股份有限公司（2013）。此際該等原告有請求損害賠償的法律上利益，故其提起確認訴訟均有訴之利益，參閱吳庚、張文郁，行政爭訟法論，頁326，自版，修訂8版（2016），提到：對於已消滅之行政處分允許其提起確認之訴者，則必須原告有法律上利益（例如得請求賠償），否則即無保護之必要。最高行政法院103年度判字第240號判決即認為：「身障法第67條第2項之優先承買權……僅具有債權之效力。若因國宅身心障礙保留戶之出賣人未以法定方式通知優先承買權人行使權利，復經主管機關確認該國宅保留戶得以移轉者，第三人已取得權利時，權利人即不得請求其返還權利或塗銷權利登記。經查系爭國宅既經上訴人以原處分通知參加人，系爭國宅准予轉列為一般國民住宅出售。於參加人持向地政機關為系爭國宅所有權移轉登記完畢，即……無回復原狀之可能，被上訴人於原審備位聲明請求確認原處分違法，

求國家賠償（以「登記機關的行政處分是否違法」為先決問題），⁹¹或以出賣人為被告，以出賣人未通知先買權人為由（不必主張登記處分違法），向普通法院訴請損害賠償。⁹²先買權人

要屬有據。」但應注意者，最高行政法院96年度判字第946號判決提到：「當事人希望確認行政處分之違法性，以便提起國家賠償訴訟，雖亦得認為其有確認利益，惟如其國家賠償訴訟，毫無勝訴之希望時，亦應認其並無提起確認訴訟之正當利益。」

⁹¹ 該條之「合併請求損害賠償」，包括國家賠償，參閱陳敏，前揭註82，頁1384。具債權效力的先買權人對登記機關提起國家賠償的民事訴訟情形，新北地方法院三重簡易庭106年度重國小字第1號小額民事判決一方面認為國家賠償法第2條第2項規定的權利與民法第184第1項前段規定者相同，包括債權，另一方面又認為土地法第34條之1的先買權僅具債權效力，並非國家賠償法該條項所稱之權利，故認為原告無從依該條項規定請求被告賠償。本文以為，該判決理由矛盾，且縱認該條項的權利不包含僅具債權效力的先買權，也宜探討「先買權相關規定是否為保護他人法律，從而保護客體包含該利益」（同法第5條、民法第184條第2項）的問題。

⁹² 此損害的認定，並非本文重點，就此參閱黃健彰，前揭註2，頁165-172。最高法院86年度台上字第2187號民事判決：「依上開雲林縣政府土地價格鑑定書所載，系爭土地每平方公尺為二千四百二十元，係八十四年一月二十六日至同年二月八日間查估之價格……與上訴人於八十三年七月五日將該土地應有部分售賣與李○玲，時間不同，該鑑價能否作為計算本件賠償額之基礎，已非無疑問。且雲林縣北港地政事務所函復，系爭土地八十三年七月及八十四年七月公告現值同為每平方公尺一千五百元，係指申報土地移轉課徵土地增值稅之標準未變動而言，是否即代表土地交易價格未變動，亦非無疑。乃原審就系爭土地買賣當時之市價究竟若干，未進一步查明，遽以上開理由為上訴人不利之論斷，自有可議。又被上訴人於第一審及原審一再主張：『被上訴人李○元於八十四年二月二十二日曾向共有人李○崑承買其持分一六二分之一即六·九九坪，價金共計五萬元，以此計算上訴人出售系爭土地持分共九分之三，即三七七坪，價值應為二百六十五萬元……縱以上訴人移轉價格為二百萬元計算，亦有差額六十五萬元』各等語。並提出該不動產土地買賣預約契約書為憑……該被上訴人所提出作為計算賠償額之證據

方法，原審未予斟酌，尤嫌疏略。」最高法院103年度台上字第881號民事判決：「原審採華○鑑定所之鑑定報告，認張○映因未能行使優先承購權，至一〇〇年二月十六日起訴時損失為三百五十四萬二千二百三十七元。惟該鑑定證人洪○○稱：土地開發分析法之鑑定尚須加工才有此利益等語……該鑑定報告亦係以市場比較法及土地開發分析法依不同權重計算價格，相加後為系爭土地之最終平均單價每坪四十八萬四千元計，而系爭土地為素地，在最有效原則下，一般學理認素地之效用最高；土地開發分析法，須以土地重劃後土地開發興建樓店銷售方式來推算系爭土地單價……果爾，在客觀上張○映就系爭土地究有何已定之計劃或投入何項設備或其他特別情事，而認得採取土地開發分析法以推算土地價格進而計算張○映所失利益。原審未查明實情如何，遽以每坪單價四十八萬四千元計算，令陳○佑等四人賠償損害，亦嫌速斷。」最高法院106年度台上字第1218號民事判決：「原審以：……上訴人提出之土地開發坪效分析乃訴外人聚○發建設股份有限公司之坪效分析，上訴人固為該公司之董事長，但仍難認係上訴人個人之計畫，尚不能以該公司之開發銷售利益，作為上訴人個人所受預期利益損失之依據。況該坪效分析僅係就建案之粗略評估分析，並無興建房屋之詳細設計圖說、建造執照、資金來源、建材、興建及銷售計畫等具體資料，充其量僅係興建房屋銷售以取得利益之希望而已，尚不具客觀之確定性。縱證人即製作該坪效分析之建築師呂○豐證稱：業主可依據分析表上之坪數、車位，乘以銷售價額，扣掉土地及營造成本，計算利潤等語，惟當時既無法得知營造成本及銷售價額若干，自難以該坪效分析預估預期之利益。且於被上訴人出售其應有部分時，上訴人究能否於將來取得系爭土地之全部所有權、能否完成開發等等，均無客觀證據足資佐證，自難認上訴人因未能行使優先購買權，而有預期利益之損失……爰駁回上訴人在原審追加之訴，經核於法均無違誤。按土地法第34條之1第4項規定之優先購買權，僅有債權效力，倘共有人將其應有部分賣與他人並已依法移轉所有權後，他共有人再行使優先購買權，已不得主張該買賣為無效而請求與該共有人成立買賣契約，二人間無從成立買賣契約之債權債務關係，該出售應有部分之共有人對其自無債務不履行可言。原審本此見解，認被上訴人對上訴人尚無債務不履行之責任，於法並無不合。另原審認上訴人雖得請求侵權行為之損害賠償，惟其未能舉證證明受有積極損害或預期利益之損失，因而為其敗訴判決，亦無違

提起該民事訴訟，是因出賣人違反先買權規定而為標的物所有權的移轉，與上開行政訴訟是針對登記機關違法的行政處分，二者不同。⁹³

背法令。」最高法院106年度台上字第1665號民事判決：「上訴人於事實審抗辯：『（出賣）那時點前，也有數建商相詢購地，但出價最多僅止約每坪55萬元，這次能成交，是買家急於全街廓整合開發……』……攸關上訴人以每坪85萬元出賣系爭土地是否有侵害被上訴人相關權利之判斷，究其實情為何，原審未詳為調查審認，即為上訴人不利之判決，已嫌速斷。況系爭土地固經系爭鑑定報告鑑定估100年12月30日之正常價格為每坪93萬2,000元，然在實際具體之土地交易個案，因買賣雙方主客觀及供需不同等因素，上訴人未必即能以此價格出賣，倘於該估價金額增減一定比例可接受之範圍內出賣，是否可遽認非屬合理價格而不符合市價，亦非無疑。且一般土地所有人均冀望以高於市價出賣土地，衡情當無為損害其他共有人權益而恣意壓低價格，反招自身亦同受損害之必要。果爾，上訴人於事實審一再抗辯：伊等以每坪85萬元出賣，價格合理等語，是否全然無據？仍待進一步釐清。原審未遑細究，徒以該鑑定價格高於上訴人出賣之價格，即遽認上訴人低賣系爭土地，進而為其不利之判決，仍嫌速斷。」上開最高法院判決均質疑「系爭先買權人得否請求賠償」，且實務上就此均未採規範（意義）的損害概念。關於差額說（利益說）、規範的損害概念，參閱王澤鑑，損害賠償法，頁67-78，自版，2版（2017）；詹森林，前揭註83，頁411-417。

⁹³ 另外，最高行政法院105年度判字第158號判決亦認為：申請登記之人或提出異議之人，是否提起民事訴訟以確定私權關係，依土地登記規則第57條第3項規定，事屬渠等之選擇自由，並無強制之效力，惟此與申請所有權移轉登記事涉公法上爭議，分屬不同之領域及規範，亦各有其職權範圍及應負之責任，不能加以混淆；亦請參閱陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第298期，頁115-116（2016）。

肆、現行土地登記規則第97條前2項 區別的檢討

現行土地登記規則第97條第1項針對具債權效力的先買權，第2項針對具物權效力的先買權，相較於第1項規定，第2項增加「視為放棄其優先購買權」、「出賣人已通知優先購買權人」的文字，且要求「檢附證明文件」。就此，本文分別檢討如下：

一、「視為放棄先買權」、「出賣人已通知先買權人」 區別的檢討

相較於土地登記規則第97條第1項，該條第2項增加「視為放棄其優先購買權」、「出賣人已通知優先購買權人」的文字，係由於民法第426條之2、第919條、土地法第104條、第107條、耕地三七五減租條例第15條等具物權效力之先買權的條文，大多有「優先購買權人，於接到出賣通知後○日內不表示者，其優先權視為放棄。」等「通知先買權人」及「先買權視為放棄」的規定；而土地登記規則第97條第1項並無「視為放棄其優先購買權」、「出賣人已通知優先購買權人」的文字，係由於該項提到的土地法第34條之1第4項、農地重劃條例第5條第2款與第3款。

但例如土地登記規則第97條第1項提到的民法物權編施行法第8條之5第3項、第5項固為債權效力先買權的規定⁹⁴，而該施行法第8條之5第7項則規定：「區分所有建築物之基地或專有部分之所有人依第三項或第五項規定出賣基地或專有部分時，應在該建築物之公告處或其他相當處所公告五日。優先承買權人不於最後公告日起十五日內表示優先承買者，視為拋棄其優先承買

⁹⁴ 參閱2009年土地登記規則第97條第1項規定的修正說明。

權。」⁹⁵又如土地法第34條之1第4項固為債權效力先買權的規定，而2017年12月1日修正的土地法第三十四條之一執行要點第11點第1款前段其實也有「先買權視為放棄」的規定⁹⁶。

申言之，不動產先買權之債權效力與物權效力的區別在於：系爭不動產移轉登記給第三人之後，先買權人得否請求第三人⁹⁷

⁹⁵ 該「視為拋棄」的意義與「視為放棄」相同。

⁹⁶ 該款前段規定：「他共有人於接到出賣通知後十五日內不表示者，其優先購買權視為放棄。」該次修正前，第10點第2款前段規定：「徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土地法第一百零四條第二項規定，即他共有人於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先購買權視為放棄。」最高法院80年度台上字第2198號與104年度台上字第1573號民事判決採類似見解。按「其先買權視為放棄」的法律效果，為學說肯認。學說上的爭議主要在於其要件究竟應準用、類推適用土地法第104條第2項「他共有人於接到出賣通知後『十日』內不表示」的規定或參酌誠信原則解釋當事人的意思定之，參閱謝哲勝，前揭註10，頁120-121；劉春堂，論土地共有人之優先承購權，收錄於民商法論集（一），頁259-260，自版（1985）。最高法院102年度台上字第1036號民事判決則認為：「其優先承買權，雖僅有債權之效力，惟共有人與原買受人間所訂買賣契約，究係處於不確定之狀態，為求法律關係早日確立，宜解為共有人於接到出賣通知後，未於限定期限或雖未限定期限但未於相當期限內表示承買者，即放棄該權利。」（亦請參閱陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第237期，頁163-164（2013））。上開見解均認為出賣的共有人有通知義務，且先買權人一段期間不行使權利，則該權利視為放棄。

又修正前文化資產保存法第28條（現第32條）有通知先買權人的規定，但無「先買權視為放棄」的規定。而農地重劃條例第5條第1款的耕地承租人先買權雖無類似規定或準用規定，但由於其情形符合耕地三七五減租條例第15條、土地法第107條或民法第460條之1（準用第426條之2第2項）的耕（作）地承租人先買權規定，故可援用土地登記規則第97條第2項「視為放棄」的規定。

⁹⁷ 依土地登記規則第27條第8款規定，塗銷登記為單獨申請登記，但此係指「登記名義人」單獨申請，而非「先買權人等塗銷登記請求

塗銷登記。不論在具債權效力或物權效力之先買權的情形，出賣人均有通知⁹⁸先買權人的義務，也應有先買權人一段期間不行使先買權而權利「視為放棄」的法律效果。至於系爭不動產移轉登記給第三人之前，對於具債權效力或物權效力之先買權人的保護應該相同（土地登記規則第97條第3項參照）。該條第1項並無「視為放棄其優先購買權」、「出賣人已通知優先購買權人」的規定，與第2項形成明顯區別，而易使人誤以為「在債權效力先買權的情形，『出賣人並無通知義務』及『先買權人的權利並無視為放棄的法律效果』」，不甚妥適。

二、「檢附證明文件」區別的檢討

土地登記規則第97條第2項要求「檢附證明文件」⁹⁹，或係因

權人」單獨申請，故先買權人須請求登記名義人（此指買受人）塗銷登記；又標的物既已由出賣人移轉登記予買受人，出賣人已非登記名義人，故先買權人不得請求出賣人塗銷登記。

⁹⁸ 但請注意民法物權編施行法第8條之5第6項、地籍清理條例第13條第2項、祭祀公業條例第53條第2項、土地徵收條例第59條第1項及其施行細則第65條第1項「以公告代替通知」的規定。98年度民事執行實務問題研究專輯第15則提到：「物權編施行法第8條之第7項關於通知優先承買之公告，係因特殊情況所為之規定，不能因其方式簡便，即類推適用於性質不同之土地法第104條、第34條之1規定優先承買之情形。且土地104條第2項關於優先承買之通知方式已有明文，尤不得逕為排除適用。」（筆者按：「物權編施行法第8條之第7項」應為「物權編施行法第8條之5第7項」）。

⁹⁹ 內政部（87）年台內地字第8705210號函：「有關土地法第一百零四條之優先購買權人已附具切結書，出賣人亦已於申請書切結，為保障優先購買權人之權益及登記之安定性，申請人仍應檢附優先購買權人之資格證明及印鑑證明。」該函僅係針對「先買權人放棄先買權之證明文件」，而非針對「出賣人已通知先買權人之證件並切結先買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣」。而就通知先買權人的證件，存證信函、四鄰證明、鄉（鎮、市、區）公所出具的證明等，均屬該證明文件；一般

該項規範的是具物權效力的先買權，而具物權效力的先買權人主張先買權時，得請求塗銷登記機關先前就第三人的所有權移轉登記，對登記機關也有較大的影響；而1980年土地登記規則第77條本文（相當於現行規則第97條第1項）增訂說明提到：「優先購買權是否放棄，純屬私權範圍，如有爭執應由當事人訴請法院審理，登記機關本無需干涉。以往登記機關基於實質審查，對於法律規定之優先購買權，均加以審查。但如予澈底執行，則又諸多困難，且嫌擾民」。

本文以為，如前所述，現行土地登記規則第97條第1項關於「應附具出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄記明優先購買權人確已放棄其優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任字樣」的規定，固然已可謂外部成本內部化。不過，登記機關應依職權調查證據，而且，特別是就人民申請登記事件，登記機關的審查密度應較高。再者，由於在現行土地登記規則第97條第1項規定之下，出賣人實際上不一定將買賣事實與買賣條件通知先買權人，先買權人有受不利益之虞，基於先買權相關規定保護先買權人、使不動產權利義務趨於單純而利於土地行政¹⁰⁰、促進標的物使用效率等規範意旨，且既然在債權效力先買權的情形，出賣人也有通知先買權人的義務，則登記機關如要求出賣人將標的物移轉登記給第三人時檢附證明文件，依管制理論的觀點，就廣義而言，是將外部成本進一步內部化，對出賣人不至於過苛，且有督促出賣人踐行通知義務的功能，並避免事後糾紛（具債權效力之先買權人向出賣人請求損害賠償）解決的成本，故土地登記規

而言，對出賣人較簡便的證明方式是出具存證信函。

¹⁰⁰ 參閱朱柏松，共有基地租賃之效力與優先承買權之關係，收錄於民事法問題研究——物權法論，頁148、150-151，自版（2010）。

則第97條第1項亦應要求出賣人「檢附證明文件」。要之，區別土地登記規則第97條第1項與第2項，並不妥當。例如共有人將其應有部分出賣給他人而申請移轉登記時，共有人不應僅「附有出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄記明先買權人確已放棄其先買權，如有不實，出賣人願負法律責任字樣」，而應檢附「先買權人放棄先買權之證明文件」或「出賣人已通知先買權人之證件並切結先買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣」。

依行政法院判決見解，不動產登記相關行政命令規範申請者所應提出之文件，非在限制登記機關之審核權限僅得悉就申請人提出之文件而為審查，登記機關受理申請事件，負有調查證據認定事實，適用法律作成准駁處分之義務，登記機關如應注意能注意善盡職守，竟未予注意，顯然違反其等之注意義務，自有過失不法侵害他人不動產之所有權，業已該當國家賠償法第2條第2項前段所規定之賠償責任。¹⁰¹本文以為，上開判決雖係針對土地法第三十四條之一執行要點而論，但即便在本文探討的土地登記規則第97條第1項現行規定之下，依前述行政程序法第36條規定，登記機關應依職權調查證據，不受登記申請人主張之拘束，對登記申請人有利及不利事項一律注意，故亦得要求出賣人「檢附證明文件」。特別是在「得從登記簿知悉先買權人」的情形，如已查覺登記簿所載情形與事實未盡相符，即應特別注意例如「出賣人是否利用『原先買權人死亡，其繼承人未辦繼承登記』之際，而以死者（原先買權人）為通知對象」。

¹⁰¹ 臺北高等行政法院94年度訴更一字第104號判決。最高行政法院99年度判字第1275號判決雖廢棄該判決，但主要理由為「原審未敘明原告是否遲誤法定救濟期間」，對原審上開見解，並未指摘。

又無論是具債權效力或物權效力的先買權，實務上常發生「出賣人僅通知買賣事實而未通知買賣條件」的情形，為杜絕此弊端，所謂「通知優先購買權人之證件」，應包括「通知買賣條件的證件」，而非僅有「通知買賣事實的證件」，俾事前預防糾紛，避免事後糾紛解決的成本；特別是在具物權效力之先買權的情形，此可進一步避免「先買權人嗣後行使權利，而使買受人的移轉登記遭塗銷」，以保護交易安全。不過，如前所述，私文書內容的真實，因其牽涉證據認定而較不易判斷，在現實上無法強求登記機關實質審查；而就通知買賣條件證件中，各種買賣條件「內容的真實」，基於登記機關審查的能力，現實上即難以要求其實質審查。¹⁰²

伍、結 論

我國不動產登記究採形式審查或實質審查，實務、學說看法不一，且對形式審查與實質審查所指稱者並不全同。本文以為，首先，登記審查仍有行政程序法的適用，就審查方法而言，並非僅得為形式審查；其次，「法定審查」關於「就申請登記事件，審查密度應較囑託登記事件為高」的見解，可資贊同；再者，登記機關的審查能力因不同的審查事項而有異。

現行規定下，就登記機關審查先買權的問題，本文歸納出以

¹⁰² 參閱臺中高等行政法院90年度訴字第413號判決（筆者未尋得上級審裁判，可能是當事人未上訴）；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102（2012）；土地法第三十四條之一執行要點第8點第1款前段規定。本文以為，上開判決與論著雖係針對該執行要點而論，但在土地登記規則第97條規定的情形，有相類似之處。

下三點：

一、當事人申請不動產移轉登記，係申請登記事件，審查密度應較高，而實務上出賣人常有未通知先買權人的情形，此對先買權人有不利益之虞，且「登記機關實質審查標的物上是否有先買權存在」的效益大於成本，因此，如標的物上有先買權存在，即應依土地登記規則第97條等規定辦理。此屬登記機關的審查權限，基本上也在審查能力範圍。登記機關雖無先買權的通知義務，但得通知系爭不動產的先買權人陳述意見，確認其放棄先買權的真意，且應依職權調查證據。

二、權利人持執行法院、行政執行分署或主管機關發給之權利移轉證書申辦移轉登記，基本上無須依土地登記規則第97條第1項與第2項規定切結、記明、檢附證明文件或證件，登記機關無須審查標的物上是否有先買權存在。相對的，權利人持法院確定判決申辦移轉登記，除非法院判決提及先買權人已放棄先買權，否則，無論先買權人於買受人申請移轉登記時有無提出異議，均應依該條規定辦理。由此可知，同為申請登記事件，登記機關應有的審查密度依情形亦不同。

三、在登記機關怠於審查即准予登記的情形，先買權人除得對第三人或出賣人提起民事訴訟外，亦得對登記機關提起行政爭訟，如為具物權效力之先買權人，得提起訴願、撤銷訴訟；如為僅具債權效力之先買權人，得訴請確認登記處分違法。

就現行規定的檢討，土地登記規則第97條第1項易使人誤以為「在債權效力先買權的情形，『出賣人並無通知義務』及『先買權並無視為放棄的效果』」，不甚妥適。再者，就債權效力先買權，該條項規定未要求檢附證明文件，亦不妥適。因此，該條

宜修正為——第1項規定：「申請土地權利移轉登記時，法定優先購買權人放棄或視為放棄其優先購買權者，申請人應檢附優先購買權人放棄優先購買權之證明文件；或檢附出賣人已將買賣條件通知優先購買權人或依規定公告買賣條件之證件，並切結通知或公告後優先購買權人逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣。」第2項規定：「依前項規定申請之登記，於登記完畢前，優先購買權人以書面提出異議並能證明確於期限內表示願以同樣條件優先購買或出賣人未依通知或公告之條件出賣者，登記機關應駁回其登記之申請。」不過，就通知買賣條件證件內容的真實，基於目前地政機關的審查能力，難以要求其實質審查。

中原財經法學

參考文獻

書 籍

- 王松山，土地法規，自版，修訂9版（2000）。
- 王澤鑑，損害賠償法，自版，2版（2017）。
- 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，7版（2016）。
- 吳光陸，強制執行法，三民書局股份有限公司，修訂3版（2015）。
- 吳志光，行政法，新學林出版股份有限公司，8版（2017）。
- 吳庚、張文郁，行政爭訟法論，自版，修訂8版（2016）。
- 林騰鷗，行政訴訟法，三民書局股份有限公司，修訂6版（2014）。
- 徐世榮、鍾麗娜，台灣之土地行政，土地改革紀念館（2010）。
- 張永健，物權法之經濟分析：所有權（第一冊），元照出版有限公司（2015）。
- 陳明燦，土地法學，自版（2015）。
- 陳明燦，土地法導論，自版，2版（2017）。
- 陳計男，強制執行法釋論，元照出版有限公司（2012）。
- 陳敏，行政法總論，自版，9版（2016）。
- 陳淑美，土地登記，五南圖書出版股份有限公司，3版（2017）。
- 陳慈陽，行政法總論——基本原理、行政程序及行政行為，自版，2版（2005）。
- 陳銘福、陳冠融，土地登記——法規與實務，五南圖書出版股份有限公司，增訂14版（2016）。
- 楊松齡，實用土地法精義，五南圖書出版股份有限公司，17版（2017）。
- 黃俊杰，行政救濟法，三民書局股份有限公司（2013）。
- 溫豐文，土地法，自版，修訂版（2016）。
- 葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，三民書局股份有限公司

(1999)。

- 趙淑德，土地法規，自版，5版（2010）。
- 鄭冠宇，民法物權，自版，7版（2017）。
- 蔡志方，行政救濟法新論，元照出版有限公司，3版（2007）。
- 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏，行政程序法實用，新學林出版股份有限公司，4版（2013）。
- 劉春堂，國家賠償法，三民書局股份有限公司，修訂3版（2015）。
- 謝在全，民法物權論（上），自版，修訂6版（2014）。
- 謝哲勝，土地法，翰蘆圖書出版有限公司，3版（2013）。
- 七戶克彥，條解不動產登記法，弘文堂（2013）。
- 七戶克彥，不動產登記法案內，勁草書房（2014）。
- 幾代通（德本伸一補訂），不動產登記法，有斐閣，4版（1994）。
- BREYER, STEPHEN, REGULATION AND ITS REFORM (Harvard University Press, Mass., 1982).
- EDGEWORTH, BRENDAN, CHRISTOPHER ROSSITER, PAMELA O'CONNOR & ANDREW GODWIN, SACKVILLE AND NEAVE AUSTRALIAN PROPERTY LAW (LexisNexis Butterworths Press, N. S. W., 10th ed. 2016).
- HEPBURN, SAMANTHA, AUSTRALIAN PROPERTY LAW (LexisNexis Butterworths Press, N. S. W., 3d ed. 2015).
- MOORE, ANTHONY, SCOTT GRATTAN & LYNDEN GRIGGS, AUSTRALIAN REAL PROPERTY LAW (Thomson Reuters Press, N. S. W., 6th ed. 2016).
- OGUS, ANTHONY I., REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY (Clarendon Press, Oxford, 1994).
- PIGOU, ARTHUR C., THE ECONOMICS OF WELFARE (Macmillan and Co. Press, London, 4th ed. 1932).
- WEBB, EILEEN & MARGARET ANNE STEPHENSON, LAND LAW (LexisNexis Butterworths Press, N. S. W., 4th ed. 2015).

期刊論文

- 李建良，公法類實務導讀，台灣法學雜誌，第161期，頁131-148（2010）。
- 李建良，公法類實務導讀，台灣法學雜誌，第251期，頁127-148（2014）。
- 林三欽，國家賠償的方法、範圍與當事人（下），月旦法學教室，第69期，頁41-51（2008）。
- 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）。
- 陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第256期，頁201-208（2014）。
- 陳立夫，土地法實務導讀，台灣法學雜誌，第298期，頁115-126（2016）。
- 陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第237期，頁163-171（2013）。
- 陳淑芳，私法形成之行政處分及其救濟——以計程車客運服務業申請核准經營辦法第十三條第二項規定為例，憲政時代，第39卷第1期，頁1-31（2013）。
- 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，以「建築物存在」作為基地地上權人、承租人先買權要件的探討，財產法暨經濟法，第41期，頁1-29（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，土地法第一〇四條與民法第四二六條之二先買權要件之爭議問題研究，國立中正大學法學集刊，第52期，頁221-258（2016）。

- 黃健彰，土地法第三十四條之一他共有人優先購買權之競合——兼評內政部土地法修正草案相關規定，東吳法律學報，第28卷第2期，頁55-85（2016）。
- 黃健彰，不動產先買權「同樣條件」之研究，中原財經法學，第38期，頁205-273（2017）。
- 溫豐文、鍾政恭，論土地登記之實質審查，現代地政，第156期，頁4-9（1994）。
- 溫豐文，「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，第205期，頁135-145（2012）。
- 葉啓洲，國家賠償責任與共同侵權行爲／最高法院九八台上八一三，台灣法學雜誌，第137期，頁166-169（2009）。
- 謝哲勝，不動產登記客體與效力的檢討，中原財經法學，第27期，頁1-37（2011）。
- O'Connor, Pamela, *Deferred and Immediate Indefeasibility: Bijural Ambiguity in Registered Land Title Systems*, 13 EDIN. L. REV. 194-223 (2009).

專書論文

- 王文宇，物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度，收錄於民商法理論與經濟分析（二），頁1-56，元照出版有限公司（2003）。
- 朱柏松，海峽兩岸不動產物權變動理論及土地登記制度之比較研究，收錄於民事法問題研究——物權法論，頁9-44，自版（2010）。
- 朱柏松，共有基地租賃之效力與優先承買權之關係，收錄於民事法問題研究——物權法論，頁139-151，自版（2010）。
- 林明鏘，論德國土地登記制度與審查權限——兼論我國相關制度問題，收錄於溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集——民事法學的現代課題與展望，頁31-54，元照出版有限公司（2011）。

- 洪鴻智，土地登記，收錄於地政學通論，頁129-155，五南圖書出版股份有限公司（2002）。
- 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，新物權法之土地登記問題芻議，收錄於土地法研究（二），頁95-128，新學林出版股份有限公司，初版3刷（2016）。
- 陳明燦，土地流抵契約效力與登記審查，收錄於土地法——理論與實務，頁135-146，自版，2版（2014）。
- 陳明燦，土地登記費定性與相關問題——兼評行政院88年判字第69號判例，收錄於土地法——理論與實務，頁187-197，自版，2版（2014）。
- 陳明燦，臺灣土地法第34條之1共有土地先買權若干問題之探討，收錄於土地法論集（二），頁1-31，自版（2016）。
- 陳明燦，德國土地登記與審查之法制分析——兼論我國土地登記審查問題，收錄於土地法論集（二），頁33-72，自版（2016）。
- 許宗力，論規制私法的行政處分——以公行政對私法行為的核准為中心，收錄於憲法與法治國行政，頁355-379，元照出版有限公司，2版（2007）。
- 湯德宗，行政程序法，收錄於行政法（下），頁25-155，元照出版有限公司，3版（2006）。
- 黃健彰，不動產登記的客體，收錄於不動產登記法律與政策，頁123-152，元照出版有限公司（2016）。
- 詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，收錄於民事法理與判決研究（六），頁1-34，自版（2012）。
- 詹森林，損害之概念——最高法院所謂「實際損害」之研究，收錄於民事法的學思歷程與革新取徑——吳啓賓前院長八秩華誕祝壽論文集，頁405-453，新學林出版股份有限公司（2017）。

- 廖義男，行政程序法之重要內容——適用範圍、行政處分、法規命令及行政規則，收錄於行政法之基本建制，頁60-123，自版（2003）。
- 廖義男，土地登記、徵收補償及其行政救濟問題——最高行政法院庭長法官聯席會議決議簡評，收錄於土地法制度論集，頁93-101，元照出版有限公司（2015）。
- 劉宗德、彭鳳至，行政訴訟制度，收錄於行政法（下），頁351-555，元照出版有限公司，3版（2006）。
- 劉昭辰，不動產物權登記及善意取得——地政事務所的登記程序，收錄於物權法實例研習，頁65-70，三民書局股份有限公司（2013）。
- 劉春堂，論土地共有人之優先承購權，收錄於民商法論集（一），頁251-265，自版（1985）。
- 謝哲勝，民法的經濟分析，收錄於法律經濟學，頁163-258，五南圖書出版股份有限公司（2007）。
- 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願，收錄於跨越自治與管制，頁55-86，五南圖書出版股份有限公司（1999）。
- 蘇永欽，從動態法規體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心，收錄於尋找新民法，頁249-306，元照出版有限公司（2008）。
- 鈴木祿弥，不動產登記における実質的および形式的審査主義，收錄於抵当制度の研究，頁97-112，一粒社（1968）。

研究報告

- 林明鏘，土地登記機關審查權限問題之研究，行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書（2010）。
- 陳立夫，日本與我國土地登記制度之比較研究——以登記機關之審查權限及其相關法律課題為中心，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告（2013）。
- 陳明燦，不動產權利登記爭議問題之研究，行政訴訟土地事件專題研究計畫案報告書（2010）。

- 簡祥紋，最高法院民事96年度台抗字第317號裁判解析，司法院司法智識庫，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=OKotw2fkpopfLdZhUAITka3%2fB8Ed66uyIeP6WDYU%2fMlhDuN32GD68j6y%2blLVlmU（2018/02/19，造訪）。

中原財經法學

摘 要

當事人申請不動產移轉登記時，系爭不動產上如有法定先買權人，登記機關相關審查的議題具重要性，但過去文獻少有深入探討者。本文第貳部分先探討登記機關的審查權限、審查能力，作為全文探討的基礎；第參部分探討解釋論上，登記機關審查先買權的相關問題；第肆部分為土地登記規則第97條第1項與第2項區別的檢討。本文將有關學說與實務見解納入探討，並提出建議，希望既能合理實現先買權的規範意旨，又能顧及登記機關的審查權限與能力、登記的效率、交易的敏活，以及先買權人、出賣人、第三人的利益。

本文以為，登記機關並無先買權的通知義務，但得通知利害關係人陳述意見。土地登記規則第97條第1項規定未要求檢附證明文件，並不妥適。

中原財經法學

The Registry's Examination of Statutory Rights of First Refusal of Real Estate

Chien-Chang Huang

Abstract

When the parties apply for the registration of transfer of the real estate, the registry's examination of statutory rights of first refusal is an important issue. However, there are few articles explore it. Part II of this study explores the registry's authority and capability of examination as the foundation of this study. Part III discusses the issues concerning registry's examination of rights of first refusal in explanation. Part IV deliberates the difference between Paragraph I and Paragraph II of Article 97 of the Regulation of Land Registration. This study discusses relative doctrine and practice and makes some propositions in order to achieve the purposes of rights of first refusal properly and to consider the authority and capability of examination of the registry, the efficiency of registration, the activity of transaction, and the interests of the person who has a right of first refusal, the vendor and the third party.

In this study, it is suggested that the registry is not required to notify a person of a right of first refusal, but it may give any related person a notification, requiring that he appear to give his opinions. It is not proper that the first paragraph of Article 97 of the Regulation of Land Registration does not require a proof.

Keywords: Article 97 of the Regulation of Land Registration, Preemption, Right of first refusal, Registry, Examination