

2020年修訂二版

不動產優先購買權總論

General Principles of Rights
of First Refusal of the Real Estate

黃健彰
著



學術專論

購書請至：http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID11685&bkid_1&KindID3&KindID4

不動產優先購買權總論



黃健彰 著

元照出版公司

二版序

本書初版於前年9月問世後，承蒙讀者愛戴，一年多即已銷售一空。在此期間，筆者受邀於中華民國地政士公會全國聯合會107年度教育訓練暨地政士簽證人聯合研習營活動講授本書的部分內容，受到熱烈迴響。筆者就先買權的相關見解，逐漸獲實務界採納，例如本書初版就「與其他客體一併出賣」的情形，關於先買權同樣條件宜考量之因素，即與去（108）年最高法院107年度台上字第2434號民事判決的觀點有部分相似之處。

本次改版，除增加引用近一年多來的最新實務見解與文獻外，亦於第一章第二節增補「法定先買權人行使先買權，是否屬可歸責於出賣人之給付不能」的過去最高法院見解，並依2019年土地登記規則修改相關處，另外也調整部分文句與索引，以便閱讀與檢索。陳冠甫、林伯威、趙奕縣、吳昀臻、吳東諺等博碩士生協助筆者近期研究，在此一併致謝。

黃健彰

2020年4月



元照出版

搶先試閱版

自序

不動產優先購買權的制度運作是理論與實務上的重要問題，不過，過去相關研究仍有不足。筆者近年受邀至北京理工大學法學院、清華大學法學院、台南律師公會、新北市公務人員訓練班、花蓮地方法院、東華大學財經法律研究所、政治大學公企中心、新北市政府財政局、桃園市八德地政事務所、台南市東南地政事務所、崑山科技大學房地產開發與管理系（以上依演講時間順序排列）演講不動產優先購買權議題，受邀至文化部文化資產局針對文化資產保存法中優先購買權的法律疑義表示意見，並發表十多篇關於不動產優先購買權的論文，該等論文多為筆者執行行政院國家科學委員會（現科技部）三年期計畫「優先購買權之研究」（NSC 102-2410-H-305-036-MY3）的成果。

筆者現將該等研究成果大幅改寫、調整結構、配合法規（例如2016年修正的文化資產保存法、2017年修正的土地法第三十四條之一執行要點）及修正草案（例如內政部2017年土地法部分條文修正草案）等調整內容而重新彙整成有體系專書。由於篇幅較多，並希望保留未來如有機會改版時增補的空間，故預定出版三本，分別是「不動產優先購買權總論」、「共有不動產處分與優先購買權」與「不動產利用關係上的優先購買權」。筆者的研究向來結合民法與土地法規，本書「不動產優先購買權總論」為台灣第一本探討不動產優先購買權總論的專書，可供法律界與不動產界參考。

本書第一章第一節主要改寫自黃健彰，「優先購買權爭議問題研究」，財產法暨經濟法，第50期，頁4，2017年12月；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146，2015年12月；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46，2015年12月（TSSCI）。第二節主要改寫自黃健彰，「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148-152，2015年12月。第三節主要改寫自黃健彰，「土地法第三十四條之一他共有人優先購買權之競合一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65-66，2016年10月（TSSCI）。第四節主要改寫自黃健彰，「農育權人之優先購買權」，台北大學法學論叢，第106期，頁13-15，2018年6月（TSSCI）。

第二章第一節主要改寫自黃健彰，「優先購買權爭議問題研究」，財產法暨經濟法，第50期，頁4-18，2017年12月；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13-14，2012年8月（TSSCI）；黃健彰，「農育權人之優先購買權」，台北大學法學論叢，第106期，頁23-26，2018年6月（TSSCI）；黃健彰，「論多數共有人得否因出賣而處分不動產於共有人之一」，東吳法律學報，第29卷第4期，頁20，2018年4月（TSSCI）。第二節主要改寫自黃健彰，「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年6月（TSSCI）。第三節主要改寫自黃健彰，「農育權人之優先購買權」，台北大學法學論叢，第106期，頁26-28，2018年6月（TSSCI）。



第三章第一節主要改寫自黃健彰，「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年12月；黃健彰，「不動產登記機關就法定優先購買權之審查」，中原財經法學，第40期，頁40-42，2018年6月（TSSCI）。第二節主要改寫自黃健彰，「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年12月（TSSCI）；黃健彰，「優先購買權爭議問題研究」，財產法暨經濟法，第50期，頁18-22，2017年12月。

第四章主要改寫自黃健彰，「不動產登記機關就法定優先購買權之審查」，中原財經法學，第40期，頁1-59，2018年6月（TSSCI）。

第五章主要改寫自黃健彰，「不動產登記的客體」，謝哲勝編，不動產登記法律與政策，頁135-139、141、146，2016年2月（台灣法學基金會2016年健全不動產市場法制研究論文獎第1名）。

本書以台灣法為中心，於相關處尚一併論及美國、德國、瑞士、日本、中國大陸與其他國家法制。本書對既有的學說與實務見解（含2018年最新文獻與判決）予以回應，並提出解釋論與立法論上的建議，希望既能合理實現優先購買權的意旨，又能顧及先買權人、出賣人與第三人的利益。本書酌採法律經濟分析方法，強調法規範功能與相關人的利益衡量，內容深入而豐富。書末尚有索引，以方便讀者依關鍵詞查找本書內容。本書全文在出版前尚經二位匿名學者專家審查，獲推薦而出版發行，並已斟酌審查意見修改與回應。



購書請至：http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=11685&bkid_1=&KindID3=&KindID4=

筆者研究優先購買權，感謝謝哲勝老師的啟迪；這幾年從事學術研究，還受到相當多老師們的提拔，以及近期助理林伯威、楊博為、廖啓彰等博碩士生的幫忙、元照公司協助出版敝人數本專書，在此一併致謝。

黃健彰

2018年9月



元照出版

搶先試閱版

作者簡介

黃健彰

現 職

- 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系教授、法制組召集人
- 國立臺北大學亞洲暨泛太平洋地區研究中心紐澳研究組副召集人
- 新竹縣不動產估價師懲戒委員會委員
- 台灣財產法暨經濟法研究協會常務理事
- 財團法人台灣法學基金會都市更新法律研究中心執行主任
- 律師學院不動產法律專業學程委員會委員

學 歷

- 國立臺灣大學法學士
- 國立中正大學法學博士

主要經歷

- 公務人員高考法制類科及格
- 公務人員保障暨培訓委員會保障處科員
- 國立臺灣大學法律學系博士後研究人員
- 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系助理教授、副教授
- 國立臺北大學教學發展中心主任
- 靜宜大學法律學系、世新大學法律學系兼任助理教授
- 律師考試、司法官考試、公務人員高普考試命題委員
- 國立中正大學法律學系105年傑出系友
- 台灣環境與土地法學雜誌諮詢委員



購書請至：http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID_11685&bkid_1&KindID3_&KindID4_

- 美國威斯康辛大學、澳洲墨爾本大學及雪梨大學、日本北海道大學及京都大學等法學院訪問學者
- 美國芝加哥大學法律經濟學暑期學校課程結業
- 中國人民大學、北京大學、清華大學等法學院研究

主要得獎紀錄

- 社團法人台灣法學會博士論文獎
- 財團法人勇源教育發展基金會博士論文獎
- 科技部103~108年度補助大專校院獎勵特殊優秀人才
- 國立臺北大學100~103、105~108年度學術研究獎
- 國立臺北大學103、104學年度教學績優教師
- 國立臺北大學101、105學年度績優導師

主要著作

1. 獨 著

- 承攬人抵押權（元照出版）
- 法定優先受償權（元照出版）
- 不動產優先購買權總論（元照出版）
- 共有不動產處分與優先購買權（元照出版）
- 不動產利用關係上的優先購買權（元照出版）
- 法定優先權制度研究——兩岸物權法修正草案芻議（博士論文）

2. 合 著

- 法律經濟學（五南出版）
- 中國民法（新學林出版）
- 不動產登記法律與政策（元照出版）
- 共有案例類型之探究（元照出版）
- 地上權法制之研究（元照出版）

搶先試閱版

購書請至：http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=11685&bkid_1=&KindID3=&KindID4=

- 租賃專題研究(二)：買賣不破租賃、先買權與房地分離（元照出版）
- 最低服務年限約款探討（元照出版）
- 代位與詐害債權撤銷權（元照出版）

另有獨著TSSCI資料庫期刊論文二十多篇、澳洲Lexisnexis資料庫期刊論文一篇

研究方向

- 民法、不動產法



元照出版

搶先試閱版

目 錄

二版序
自 序
作者簡介

第一章 導 論

第一節 不動產先買權的規定、類型	1
第二節 不動產先買權的基本法律關係	3
壹、先買權人與出賣人的法律關係	4
貳、先買權人與原承買人的法律關係	5
參、出賣人與原承買人的法律關係	6
第三節 不動產先買權與契約自由	8
第四節 不動產先買權與選擇權法理論 ——補償法則的運用	9

第二章 不動產先買權的共通要件

第一節 出賣不動產	15
壹、是否以有效出賣於第三人為前提	15
貳、是否包含贈與或半買半送	31
參、是否包含法院因執行金錢請求權而強制拍賣	32
肆、出賣於同順位或先順位先買權人的情形	37
第二節 以同樣條件行使	38
壹、引 言	38
貳、以同樣條件行使先買權的理由及基本認定	39
參、依物價指數等調整價金的可能性	55

肆、流抵契約與先買權同樣條件的認定	62
伍、與其他客體一併出賣	70
陸、主張先買權之人指定第三人為權利取得人.....	88
柒、小 結.....	91
第三節 第三人未提高價金	92

第三章 不動產先買權的效力

第一節 債權效力	95
壹、引 言.....	95
貳、原承買人請求移轉登記.....	96
參、先買權人請求損害賠償.....	108
肆、先買權人依民法第二四四條訴請塗銷登記.....	118
伍、先買權人聲請假處分	125
第二節 物權效力	128
壹、引 言.....	128
貳、先買權「相對」物權效力的分析、檢討.....	129
參、第三人將標的物移轉於原出賣人的特殊情形.....	151
肆、請求塗銷登記是否基於代位權	163
伍、得否聲請假處分	164

第四章 登記機關就不動產先買權的審查

第一節 引 言	169
第二節 登記機關的審查權限、審查能力.....	171
壹、我國實務與學說就審查權限、審查能力 見解的整理	172
貳、外國審查權限、審查能力見解的整理 ——以日本為主.....	176
參、本書分析	177

第三節 現行規定中登記機關審查先買權 的相關問題	184
壹、登記機關審查先買權的原則性分析	184
貳、登記機關就單獨申請登記時之先買權審查 的特殊問題	190
參、相關行政爭訟與民事爭訟問題	199
第四節 現行土地登記規則第九十七條前二項 區別的檢討	207
壹、「視為放棄先買權」、「出賣人已通知 先買權人」區別的檢討	207
貳、「檢附證明文件」區別的檢討	210
第五節 小 結	213
第五章 不動產先買權的預告登記	217
第六章 結 論	223
參考文獻	227
索 引	249



第一章

導 論

不動產優先購買權，又稱為不動產先買特權（以下將優先購買權與先買特權簡稱先買權）¹，本章先論述不動產先買權的規定與類型、相關人間的法律關係、不動產先買權與契約自由，以及不動產先買權與選擇權法理論，作為論述的基礎。

第一節 不動產先買權的規定、類型

本書所指先買權，限於針對動產或不動產的先買權，不包含公司法第一一一條第二項前段的有限公司股東出資優先受讓權、同法第二六七條的新股認購權、公營事業移轉民營條例第十二條與其他法規的優先認購股份權。

我國現行先買權的規定，多係針對不動產（例如土地法第三十四條之一第四項的不動產應有部分出賣時之先買權；土地法第一〇四條與民法第四二六條之二規定的基地或房屋出賣時之先買權；耕地三七五減租條例第十五條、土地法第一〇七條與民法第四六〇條之一規定的耕（作）地出賣時之先買權），少數則係針對動產（例如海商法第十二條第一項規定的船舶應有部分出賣時之先買權；文化資產保存法第七十五條規定的私有國寶、重要古物所出賣之時先買權；博物館法第十三條規定

¹ 最高法院100年度台上字第432號、99年度台上字第1699號、91年度台上字第1033號與87年度台上字第11號等民事判決均提到「先買特權」的用語。

2 不動產優先購買權總論

的受補助之私立博物館收藏品出賣時之先買權）或未限定是動產或不動產者（例如民法第八二四條第七項規定的共有物變價分割時之先買權）。

先買權的制度運作，向來是實務上重要問題，但相關學說研究仍有不足，尤其是在不動產法領域，有許多理論與實務上的爭議問題，尚未釐清。我國實務上，不動產先買權由當事人約定而生者較少，由法律規定而生者較多。學說上一般認為，就效力而言，先買權有債權效力（債權性質）先買權與物權效力（物權性質）先買權之分，前者是標的物移轉於買受人（第三人）後，不得對買受人主張的先買權；後者是標的物移轉於買受人後，權利人亦得對買受人主張的先買權。²

不動產法定先買權的規定中，又以債權效力（性質）不動產法定先買權的規定較多，依學者的整理，至少包括土地法第三十四條之一第四項、第七十三條之一第三項、第二一九條第四項，土地徵收條例第五九條，民法物權編施行法第八條之五第三項與第五項，農地重劃條例第五條第二款與第三款、第二十三條第三項，文化資產保存法第三十二條與第五十五條，建築法第四十五條第二項，都市更新條例第二十七條第三項第五款，地籍清理條例第十二條第一項第四款，祭祀公業條例第五十二條第一項第四款規定。³

而具物權效力之先買權是指：標的物移轉於買受人（第三人）後，權利人亦得對買受人主張的先買權；就具不動產物權

² 參閱溫豐文，土地法，頁128，2016年9月，修訂版；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，土地法釋義(一)，頁70-71，2017年1月，2刷。

³ 參閱陳立夫編，新學林分科六法——土地法規，頁B-76，2018年3月，19版。

效力之先買權而言，權利人得請求塗銷該項移轉登記。⁴現行法中亦有動產先買權，但均僅有債權效力，例如海商法第十二條第一項；而民法第八二四條第七項的先買權客體，亦可能為動產。現行法中，具物權效力之先買權者均為不動產先買權；不過，未來並不完全排除增訂具物權效力之動產先買權規定的可能。具物權效力之先買權的效力較債權效力先買權為強，對第三人的影響較大，特別值得關注。依學者的整理，我國法上具不動產物權效力之先買權的規定有：土地法第一〇四條關於地上權人、典權人、承租人對基地的先買權；土地法第一〇七條、耕地三七五減租條例第十五條與民法第四六〇條之一關於承租人對耕地的先買權；土地法第一二四條關於民法修正前之永佃權人對耕地的先買權；民法第四二六條之二關於承租人對基地的先買權；民法第九一九條關於典權人對典物的先買權（留買權）；農地重劃條例第五條第一款關於承租人對重劃區內耕地的先買權。⁵相關條文不少，且有逐漸增多的趨勢⁶。

第二節 不動產先買權的基本法律關係

就出賣人、原承買人、先買權人等相關當事人間的法律關係，以下就「先買權人與出賣人」、「先買權人與原承買

⁴ 溫豐文，土地法，頁127、324，2014年8月，修訂版。亦參閱陳立夫，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，土地法研究，頁144，2007年8月；朱柏松，共有基地租賃之效力與優先承買權之關係，民事法問題研究——物權法論，頁147-148，2010年3月。

⁵ 參閱陳立夫編，新學林分科六法——土地法規，頁B-76，2014年9月，16版。

⁶ 例如修正前土地法第104條與民法第919條均為債權效力先買權的規定，修正後均改為具物權效力之先買權。

4 不動產優先購買權總論

人」、「出賣人與原承買人」分別論述。

壹、先買權人與出賣人的法律關係

在有先買權的情形，出賣人出賣系爭標的物時，有義務通知先買權人是否以同樣條件優先購買，先買權人得主張購買或表示不購買。就先買權的法律性質，有形成權說與（訂約）請求權說。依形成權說⁷，先買權人有權依同樣條件行使先買權，與出賣人形成買賣契約；依請求權說⁸，先買權人有權請求出賣人依同樣條件與先買權人締約，出賣人有承諾的義務。其中，採請求權說對先買權人較為不利⁹。另外，在法院拍賣

⁷ 多數說認為先買權為形成權，例如林誠二，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年8月；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年9月；陳自強，契約之成立與生效，頁120，2014年2月，3版；楊松齡，實用土地法精義，頁120，2014年9月，14版；謝哲勝、張靜怡、林學晴，優先購買權，選擇權，頁61，2003年9月，2版。而謝在全，民法物權論（上），頁359、363，2014年9月，修訂6版，亦改採形成權說。關於不同學說、實務見解的整理，參閱陳立夫，共有土地及建築改良物之處分：土地法第34條之1（下），台灣環境與土地法學雜誌，第2期，頁84-85，2012年6月；鄭冠宇，共有之法律關係，法學叢刊，第218期，頁6，2010年4月。

⁸ 採此說者，例如黃茂榮，對不動產之優先承買權，植根雜誌，第30卷第10期，頁368，2014年10月。

⁹ 例如台灣高等法院95年度上字第37號民事判決：「本件上訴人固於被上訴人為土地法第34條之1規定通知優先承買時，以書面表示願意行使優先承買權，惟其僅有請求被上訴人與之訂立系爭不動產之買賣契約之權利，而被上訴人不得拒絕而已，非謂其與被上訴人間業經成立系爭不動產之買賣契約。兩造既始終未訂立買賣契約，揆諸前開說明，上訴人主張系爭不動產業經移轉第三人，本於債務不履行之法律關係，請求被上訴人負損害賠償責任，洵屬無據。」筆者未尋得本件上訴審判決，可能是當事人未上訴。

的情形，依辦理強制執行事件應行注意事項第四十四點規定，也有先買權的適用，是執行法院代出賣人通知先買權人，先買權人是向執行法院表示優先購買¹⁰；但本書認為法院因執行金錢請求權而強制拍賣並無先買權的適用，詳後述。

按最高法院六十六年台上字第三六八一號判例：「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。」先買權人與出賣人間的買賣契約，仍有無效、被撤銷、效力未定、被解除的可能，就此而言，與一般契約並無不同；例如先買權人主張先買權後，如屆清償期未支付價金，原則上不會導致先買權人與出賣人間的買賣契約不成立，¹¹但出賣人得依民法第二五四條規定，經催告後解除契約。

貳、先買權人與原承買人的法律關係

無論是債權效力或物權效力先買權，先買權人與原承買人並無契約關係，原承買人亦無將買賣條件通知先買權人的義務。¹²系爭不動產出賣人未徵求先買權人放棄權利，而將標的物賣與他人，並依法移轉所有權登記時，債權效力先買權人不得請求塗銷其依法所為的登記¹³。此為不動產債權效力先買權

¹⁰ 參閱最高法院73年度台上字第1687號民事判決。

¹¹ 參閱最高法院103年度台上字第2381號民事判決：「共有人已依土地法第三十四條之一第四項規定行使優先購買權者，其與出賣之共有人間即成立買賣契約，如其資力不足、未依約給付價金，僅屬其應否負違約責任之問題，與該買賣契約之成立無必然關係。」

¹² 參閱黃健彰，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，台大法學論叢，第44卷第1期，頁196-200，2015年3月。

¹³ 再者，債權效力先買權人亦不得據第三人侵害債權的規定（民法第184條第1項前段）請求原承買人賠償損害，參閱黃茂榮，對不動產之優先承買權，植根雜誌，第30卷第10期，頁362、364，2014年

6 不動產優先購買權總論

與物權效力先買權最主要的不同。

參、出賣人與原承買人的法律關係

法定先買權人行使先買權後，出賣人是否對原承買人承擔債務不履行責任，則有爭議。¹⁴有採肯定說者¹⁵；否定說則認為，法定先買權的存在與行使，非屬出賣人所能控制，故屬不可歸責於出賣人所致之給付不能，但出賣人可能因其疏於就先買權一事，違反說明義務而有締約上過失責任。¹⁶

實務上亦見解不一。有最高法院判決認為，法定先買權人主張先買權，出賣人對原承買人不負違約責任，因為難謂係可歸責於出賣人。¹⁷但嗣後仍有下級法院見解認為，此屬可歸責於出賣人而應負債務不履行損害賠償之責¹⁸，亦有認為出賣人

10月。

¹⁴ 謝在全，民法物權論（上），頁360，2014年9月，修訂6版，僅提到在先買權人行使先買權後，出賣人即陷於給付不能，並未明確提到出賣人對原承買人的責任。

¹⁵ 例如謝哲勝，民法物權，頁222，2014年2月，增訂4版2刷。

¹⁶ 參閱楊宏暉，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103，2011年9月。

¹⁷ 最高法院78年度台上字第2509號民事判決：「共有土地出賣人之通知義務及切結保證他共有人均願放棄優先承購權，必係在雙方成立不動產買賣債權契約之後，而在訂立不動產所有權移轉登記之物權契約之時，在此期間內，出賣人如確已通知其他共有人，或其他共有人知有此買賣而自行主張依同樣條件優先承買，則出賣人應不負違約責任。本件兩造於七十七年十月二十六日訂立買賣……契約，約定同年十一月十日以前，備齊所有權移轉登記文件，向地政機關聲請為所有權移轉登記，即訂立物權契約，而訴外人即系爭土地共有人林○成於同月八日向被上訴人表示願優先承購，致系爭土地不能再出售與上訴人，揆諸前揭說明，自難謂係可歸責於被上訴人。又共有土地之出賣，在法律上或習慣上均無必須附記前述停止條件

之規定。且前述停止條件，亦不一定應由出賣人主動記載，基於契約自由原則，買受人亦可提議為此約定。本件買賣契約書代書人蘇○為上訴人之翁，與上訴人共同生活，上訴人亦自承其職業為代書。翁媳二人對於本件土地買賣，可能有其他共有人主張優先承買，應知之甚稔。而被上訴人則不諳法律，將出賣土地一切事宜委任代書蘇○辦理。乃上訴人於訂立不動產買賣契約時，未要求附記前述停止條件，亦未要求被上訴人保證他共有人不主張優先承買權。迨共有人林○成聲明願優先承買後，始以不動產買賣契約未附記前述停止條件為由，將一切責任歸由被上訴人負擔。對被上訴人言顯失公平，有違誠信原則，自非可採。」最高法院67年度台上字第579號民事判決：「依土地法第三十四條之一第四項規定，他共有人有優先承購權，對於上訴人債權之行使形成一種障礙。被上訴人倘未能除去此障礙，在兩造成立之買賣契約言，即屬因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行，依民法第二百四十九條第四款規定，上訴人請求返還定金，似亦無不合。」台灣高等法院台中分院103年度上易字第73號民事確定判決：「共有人優先承購權之發生，係以他共有人出賣其應有部分與第三人之買賣契約有效成立為前提，而後共有人始有行使優先承購權之可能，是共有人之行使優先承購權與否，並非買賣契約雙方當事人事先所得預見，故因共有人之行使優先承購權，致應有部分之出賣人陷於給付不能，自屬不可歸責於出賣人之事由。本件……有土地法第34條之1第4項規定之適用，已如前述，則上訴人仍願與被上訴人簽立系爭契約，且未於系爭契約中特別約定被上訴人負有使他共有人放棄優先承購權或交付『優先承購權放棄證明書』之義務，其顯可認知系爭契約當有遭他共有人行使優先承購權之可能，並有承擔被上訴人無法履行契約義務風險之意思至明。……是被上訴人本於不當得利之規定，請求上訴人返還系爭所有權狀，洵無不合應予准許。」最高法院85年度台上字第1009號民事判決認其給付不能之事由應非可歸責於契約當事人任何一方。台灣台北地方法院99年度訴字第5502號民事判決亦謂：「被告事後未能依約將系爭房屋之應有部分3分之1移轉予原告，乃係因陳○山依法行使其優先承買權所致，顯非可歸責於被告甚明。且被告並無故意詭稱、或刻意切結以不實擔保其他共有人均已拋棄優先承購權之行為，業經認定如前，是原告猶執前詞指摘被告有何可歸責情事，並應負給付不能之損害賠償責任云云，自同委無足採。」（筆者未尋得本件上訴審裁判，可能是當事人未上訴）

18 台灣台北地方法院97年度訴字第495號民事確定判決：「方○煌復

8 不動產優先購買權總論

應負瑕疵擔保責任¹⁹。

第三節 不動產先買權與契約自由

契約自由乃憲法保障的基本權²⁰，但應澄清者，法定先買權不是限制出賣人締約與否的自由，也不是限制出賣人契約內容的自由，而是限制出賣人的契約相對人選擇自由，故有必要先針對「承認契約相對人選擇自由所具有的功能」予以探討，才能釐清法定先買權制度對契約相對人選擇自由應有的限制程度。按契約相對人選擇自由是契約自由的內涵之一²¹，從效率

在（原證六）土地登記申請書備註欄中記載『優先購買權人已放棄優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任』，……，是項承諾為針對『不至發生優先購買權人行使優先購買權、致原告未能買受取得標的物土地應有部分』情節所為之特別約定，若有該等情節發生，當非屬不可歸責於出賣人而應負債務不履行損害賠償之責。」又最高法院97年度台上字第1534號民事判決認為，該買賣契約第4條雖名為「價款之交付方法」，然其第2項記載「出賣人辦妥耕地三七五租約塗銷（撤佃）法定程序時，支付〇元」，係約定出賣人負有除去租佃之義務，出賣人未除去租約，承租人嗣行使先買權，應屬可歸責於出賣人之給付不能。

¹⁹ 台灣台中地方法院100年度訴字第537號民事判決認為：「……民法第349條及第353條分別規定甚明。又出賣人對於買賣標之物之權利存在，應負瑕疵擔保責任時，前揭條文所稱買受人得依『債務不履行』之規定行使權利，係指可歸責之給付不能而言，亦即買受人得依同法第226條第1項規定，請求出賣人賠償損害，……。被告既與原告就系爭土地訂定買賣契約，卻因系爭土地其他共有人行使優先承買權，致無法交付及移轉系爭土地所有權予原告，……得依據前述給付不能之法律規定，請求被告賠償。」筆者未尋得上訴審裁判，可能是當事人未上訴。

²⁰ 參閱司法院釋字第576號解釋與釋字第580號解釋。

²¹ 參閱鄭冠宇，民法債編總論，頁32，2015年9月；鄭玉波（陳榮隆修訂），民法債編總論，頁44，2010年3月，修訂2版7刷；詹森林，私法自治原則之理論與實務——臺灣法制發展之情形，民事法

的觀點，承認出賣人的契約相對人選擇自由，是因為即便買賣契約內容相同，但不同的買受人對出賣人的成本、效益可能不同。

申言之，買賣契約的履行對出賣人除了獲取買賣價金外，如該買受人對出賣人有特殊的意義，而承認出賣人的契約相對人選擇自由，則出賣人尚能有情感上或其他買賣價金外的效益。再者，不同買受人的履約能力與履約意願不同，且如該買受人對出賣人有特殊的意義，出賣人對該買受人的履約意願也可能不同；而承認出賣人的契約相對人選擇自由，則出賣人得選擇其認為有履約能力與履約意願的買受人，且出賣人得選擇其也願意對該買受人履約者，此通常能促使雙方自願履約，而可產生生產者剩餘及消費者剩餘，二者相加即是此次交易對社會產生的福祉，²²且如雙方自願履約，亦可減少嗣後訴請履約、訴請賠償、解除契約等糾紛解決的成本。法定先買權規定固然是基於規範目的而限制出賣人的契約相對人選擇自由，但僅在必要的範圍內限制之即可；在不違反規範目的之情形，仍應回歸出賣人的契約相對人選擇自由，以達成上述效率。

第四節 不動產先買權與選擇權法理論 ——補償法則的運用

從法律經濟分析中「選擇權法理論」²³的觀點而言，先買

理與判決研究，頁12，1998年11月；黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁7，2005年10月；陳聰富，民法總則，頁169，2016年2月，2版。

²² 參閱謝哲勝，契約自治與管制，財產法專題研究(五)，頁225-226，2006年5月。這裡所指的生產者及消費者是廣義的。

²³ See generally IAN AYRES, *OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS* (2005). 將option翻譯為選擇權，此選擇權是廣義

購書請至：http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=11685&bkid_1&KindID3_&KindID4

國家圖書館出版品預行編目資料

不動產優先購買權總論／黃健彰著． --
二版． -- 臺北市：元照， 2020.05
面； 公分

ISBN 978-957-511-305-6（平裝）

1.不動產所有權

584.212

109003963

不動產優先購買權總論

5D490RB

作 者 黃健彰
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 400 元
專 線 (02) 2375-6688
傳 真 (02) 2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2018 年 9 月 初版第 1 刷
2020 年 5 月 二版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-305-6

本書簡介

作者近年常在學界、司法實務界與地政實務界演講「不動產優先購買權總論」議題，本書為作者長期研究此議題的成果，為台灣第一本關於此議題的專書，將近年相關各家學說及實務見解、2017年修正的土地法第三十四條之一執行要點、2019年修正的土地登記規則等最新修正規定，以及內政部2017年土地法部分條文修正草案相關部分納入探討。本書以台灣法為中心，於相關處尚一併論及美國、德國、瑞士、日本、中國大陸與其他國家法制，並提出不少解釋論與立法論上的新觀點，對學術界與實務界均有極高的參考價值。

ISBN 978-957-511-305-6



9 789575 113056



5D490RB

定價：400元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw