

最高法院民事大法庭 109 年度台上大字第 2169 號不同意見書

法官 林 恩 山

對於本院民事大法庭 109 年度台上大字第 2169 號裁定，提出不同意見，理由如下：

一、本件優先承購權僅有債權效力：

按土地共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，此觀土地法第 34 條之 1 第 4 項規定甚明。其目的在簡化土地之共有關係，當土地共有人將土地出賣與他共有人以外之第三人時，他共有人對於該共有人有請求以同樣條件訂立買賣契約之權。該優先承購權為「法定權利」，於出賣人與第三人「訂立買賣契約時」即已存在。惟該權利僅具債權效力，倘出賣人違反法律規定將應有部分賣與他人，並已移轉登記所有權時，他共有人不得主張該買賣為無效，請求塗銷登記，而僅得請求損害賠償。

二、他共有人收受出賣人優先承購之通知，為優先承購權消滅之起算點：

土地法第 34 條之 1 第 4 項固僅具債權效力，惟出賣人與原承買人之第三人間所訂立之買賣契約，究係處於不確定狀態。故本條所定之優先承購權，仍宜參照土地法第 104 條第 2 項規定，解

為他共有人於接到出賣通知後 10 日內不行使優先承購權者，視為放棄。準此，出賣人之通知，得以確定他共有人係共同或單獨優先承購，甚或無人優先承購（即放棄優先承購權）。他共有人接獲出賣人之通知，僅為視為放棄優先承購權之起算點。是出賣人之通知得使法律關係趨於確定。他共有人之優先承購權，於出賣人與第三人「訂立買賣契約時」，即因法律規定而存在，該已存在之權利不因出賣人故意不通知或怠為通知，並將共有土地移轉登記與第三人所有，而趨於消滅或不得行使。他共有人「行使」優先承購權後，因出賣人之移轉行為而無法履行債務，不論該權利性質係屬請求權或形成權，均應使出賣人負損害賠償責任。

### 三、優先承購權為形成權或請求權？

優先承購權為形成權或請求權，攸關優先承購權人如何請求損害賠償。倘認優先承購權為形成權，則他共有人行使優先承購權後，出賣人與他共有人間成立買賣關係，該創設之效力，縱經出賣人將土地應有部分移轉登記與第三人所有，亦不受影響。出賣人因移轉應有部分而確定無法履行，係屬給付不能問題。倘認優先承購權為請求權，則他共有人僅有請求與出賣人訂立買賣契約之權利，對尚未成立之買賣契約，該損害賠償如何計算，非無疑

義。優先承購權既僅有債權效力，違反之效果為損害賠償，從立法本旨，應認性質係形成權，其法律關係較明確，損害賠償亦較易計算，而具實益。

#### 四、應依債務不履行或侵權行為規定請求損害賠償？

優先承購權係依法律規定而生，因行使而成立買賣關係。而民法第 246 條第 1 項本文規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」，該「不能之給付」係指自始、客觀不能而言。出賣人不為通知，並將共有物應有部分移轉登記與第三人所有，並非自始、客觀不能，依社會通念，仍得從第三人處購買以履行其契約義務（本院 71 年度台上字第 368 號判決、79 年度台上字第 2147 號判決、84 年度台上字第 1308 號判決、87 年度台上字第 281 號判決參照），故非「不能之給付」，而屬「給付不能」。況法定優先承購權具有創設之效力，不容出賣人以不為通知或逕為移轉登記方式，規避法定優先承購權之適用。他共有人行使優先承購權後，仍與出賣人成立買賣關係，土地應有部分雖已移轉為第三人所有，如無法履行，乃為主觀不能，而非客觀不能。出賣人應為其先行之不當行為，負給付不能之損害賠償責任，始符合誠信原則。除債務不履行責任外，侵權行為規定是否能使他共有人獲得損害賠償？亦為應思考之問題。倘優先承購權為形成權，

則形成權僅得由權利人行使，出賣人無從加以侵害，能否成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為？非無疑義。如優先承購權為請求權，則其所受損害如何計算，亦為複雜問題。倘因不易請求，導致他共有人無法求償，則土地法第 34 條之 1 第 4 項規定恐淪為具文。另出賣人之通知，與優先承購權之消滅有關，與優先承購權之存在無涉，不為通知是否成立侵權行為？亦待深思。

#### 五、對大法庭裁定理由之看法：

大法庭多數意見認為土地應有部分移轉登記與第三人後，他共有人因喪失「共有人」身分，而不得行使優先承購權及出賣人將應有部分移轉與第三人後，不成立給付不能之見解，本席認為未盡妥善。尤其，多數意見一方面認為全部土地所有權移轉登記與第三人後，他共有人喪失「共有人」身分，已無從行使優先承購權（即不具備優先承購權之要件）；另一方面又認為出賣人違反「通知義務」，致他共有人之優先承購權無從行使，倘受有損害，自得依侵權行為之法則向出賣人請求損害賠償。惟查，有權利而無法行使，始有受害可能；倘他共有人因其「共有人」身分之喪失而不符取得優先承購權之要件，又何能認其權利受有侵害？其理由似有前後矛盾之虞。且依其見解，他共有人既不具備「優先承購權人」之要件，該「通知義務」之違反，究應以民法

第 184 條何項規定請求損害賠償？其內涵為何？亦生疑義。以侵權行為請求損害賠償，恐亦困難重重。本席對多數意見難以贊同，爰提出不同意見書。