

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 鄭 傑 夫

法官 盧 彥 如

關於本院民事大法庭 109 年度台上大字第 2169 號裁定主文「土地共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定出賣共有之土地，未依同條第 2 項規定通知他共有人，並辦畢所有權移轉登記，他共有人於移轉登記後知悉上情，不得依給付不能之法律關係，請求出賣土地之共有人賠償損害」，提出不同意見。理由如下：

一、按優先購買權，係指特定人依約定或法律規定，於義務人出賣動產或不動產時，有依同樣條件優先購買之權利。其性質為附停止條件之形成權，須俟義務人出賣標的物於第三人時，始得行使；惟該條件一旦成就，權利人即得行使優先購買權，依一方之意思，使權利人與義務人間，成立義務人與第三人所訂同樣條件之買賣契約。共有人之優先承購權，雖因土地法第 34 條之 1 第 4 項未如同法第 104 條第 2 項後段定有「出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人」之明文，而僅具債權效力。然土地法第 34 條之 1 第 4 項與第 104 條同屬優先購買權之規定，則權利人於條件成就時行使優先購買權，即得使權利人與義務人間，成立義務人與第三人所訂同

樣條件之買賣契約，不因該優先購買權具有債權效力或物權效力而有異。

二、義務人與第三人成立買賣契約時，固應對優先購買權人為出賣之通知，然此僅屬義務人單方之義務，權利人取得及行使優先購買權，均不以義務人履行通知義務為必要。義務人與第三人成立買賣契約時，縱違反通知義務而未為通知，權利人行使優先購買權之停止條件仍然成就，自仍得行使優先購買權而與義務人成立買賣契約。

三、權利人行使優先購買權，與義務人就標的物成立買賣契約，對義務人前與第三人成立買賣契約之效力並無影響，而形成二重買賣之結果。於優先購買權僅具債權效力之情形，該二買賣契約效力等同，並無優劣之分，無論義務人對何者履行出賣人之給付義務，該受履行者之債權均獲清償，而未獲清償者，即得依債務不履行規定請求賠償。

四、按主觀自始不能不影響買賣契約之效力。因一般買賣契約之出賣人於締約當時，就自己可否使買受人取得標的物所有權與占有，知之甚詳，故通說認出賣人於訂約時倘已有主觀給付不能情事仍為締約行為，不論其有無故意或過失，除不可抗力外，均應負債務不履行責任。義務人（部分共有人）依土地法第 34 條之 1 規

定處分其應有部分，未依法通知權利人（他共有人），逕將土地所有權移轉登記予第三人，雖標的土地已非義務人所有，惟此屬主觀自始不能。而義務人依土地法第 34 條之 1 與第三人締結買賣契約時，已明知其依法對權利人有為出賣通知之義務，且於權利人行使共有人優先承購權時，即會與該權利人成立買賣契約。是義務人當可預見上開法律義務及其效果，其主觀上就自己可否使權利人於行使優先承購權後取得標的土地之所有權與占有，亦知之甚詳，與一般買賣契約出賣人之主觀認知程度並無明顯差異。且義務人依法履行通知義務，並於權利人行使優先承購權時，其本應負買賣契約之出賣人義務；倘其違反通知義務，並逕將標的土地所有權移轉登記予第三人，顯係故意令權利人依法行使優先承購權所成立之買賣契約陷於自始主觀不能，依前揭法理，應認權利人仍得行使優先承購權，而與義務人成立同樣條件之有效買賣契約，且因優先承購權僅具債權性質，依此所成立之買賣契約，其性質、效力均與一般買賣契約無異。倘義務人於買賣契約成立後無法履行其出賣人義務，自應負給付不能損害賠償責任。

五、本件多數意見以土地法第 34 條之 1 第 4 項所定共有人優先承購權僅具債權效力，倘義務人違反通知義務，逕將共有土地所有權

移轉登記予第三人，權利人因原共有關係消滅，即無從行使共有人優先承購權而與義務人成立買賣契約。惟權利人於原共有關係存在時，即取得優先承購權，於義務人與第三人訂立買賣契約時，其行使條件已成就，不以受通知為必要，且買賣契約不因義務人主觀自始不能致無法締結或影響其效力，是標的土地所有權縱已移轉，亦無礙優先承購權之存在及行使。況本件多數意見認權利人得請求因優先承購權無法行使所受之侵權行為損害賠償，惟權利人仍須本於原共有關係始得主張優先承購權無從行使而受侵害，足徵本件多數意見前後論理有所矛盾。權利人雖未受通知，如於標的土地所有權移轉登記前為優先承購權之行使，依本件多數意見亦認得成立買賣契約，故依本件多數意見，無異是讓優先購買權得否行使，完全取決於義務人之片面行為，顯有失公允；而以義務人片面之違反法律行為，使權利人原已取得之優先購買權，於不知情之狀況下陷於無法行使，亦顯不合理。

六、再者，義務人違反通知義務，倘權利人於其移轉標的土地所有權前行使優先承購權時，仍可與義務人成立買賣契約，足見通知義務之違反，與權利人無法取得標的土地所有權間，並無相當因果關係。而權利人之所以無法取得標的土地，實係因義務人逕自移轉土地所有權予第三人所造成，核其性質，乃義務人無法履行出

賣人之給付義務，自屬給付不能。

七、末按，衡平與誠信原則為法律解釋之基礎。土地法第 34 條之 1 第 4 項規定旨在防止共有土地或建物之細分，以簡化或消除共有關係，減少土地使用增加之成本，俾利共有土地或建物之管理與利用，顯具有公共利益目的。且侵權行為損害賠償之時效期間、舉證責任對債權人而言，均較給付不能損害賠償為不利。依土地法第 34 條之 1 處分土地應有部分之義務人，依法履行通知義務，並經權利人行使優先承購權者，其與權利人間即成立同樣條件之買賣契約，而應對權利人負出賣人之給付義務。義務人違法不為通知，並逕將標的土地所有權移轉予第三人，顯意在規避其法律上之義務，倘認權利人之優先承購權於此情形下已無從行使，令該違法之義務人負擔侵權行為損害賠償責任，則違法者反可取得較有利之法律地位，不啻變相鼓勵義務人違反通知義務，並盡速移轉所有權予第三人，顯與土地法第 34 條之 1 第 4 項規定之立法意旨相左，亦悖於衡平與誠信原則。

八、綜上，部分土地共有人依土地法第 34 條之 1 規定處分其共有土地之應有部分，並已辦理所有權移轉登記予買受人，但未合法通知他共有人優先承購。他共有人於移轉登記後始知悉上情，該未受合法通知之共有人應得依給付不能法律關係向出賣應有部分之

共有人請求損害賠償，爰為此不同意見書。