

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*

黃健彰**

論文收件日期：104年11月16日
論文修訂日期：105年07月07日
論文接受日期：105年08月18日

摘 要

不動產先買權涉及不動產的有效利用，向來是實務上重要問題，但相關學說研究仍有不足。例如依土地法第一〇四條規定，基地之地上權人或典權人出賣房屋時，基地所有人有先買權；不過，參酌民法第八三八條第三項及第九一七條第二項規定，基地的地上權人或典權人出賣房屋時，應一併出賣其地上權或典權（即權源），而不得僅出賣房屋。此際，基地所有人是否仍有先買權？如有，先買權的客體為何？就此二問題均有不同見解。本文先析究上開規定的規範意旨與適用上應注意之處，作為全文探討的基礎，再探討前開二問題。

本文著重於相關當事人的利益衡量分析，並希冀促進不動產的有效利用；本文就既有的學說、實務見解予以回應，並提出解釋論上的建議。本文以為，基地的地上權人或典權人將其房屋連同權源一併出賣時，基地所有人仍有先買權，其行使先買權時應一併購買權源。

關鍵詞：一體處分、地上權、先買權、典權、優先承買權、優先購買權

* 本文初稿曾在2015年10月17日發表於逢甲大學土地管理學系承辦之第十三屆土地研究學術研討會暨追求合理的土地利用與價格研討會，感謝與會者提供寶貴意見。本文為科技部計畫「優先購買權之研究」（NSC102-2410-H-305 -036 -MY3）的部分研究成果，感謝助理張淨榆、張詠涵、李永堃協助研究。

** 副教授，國立台北大學不動產與城鄉環境學系，TEL：(02)86741111#67416，E-mail：clement@yahoo.com.tw。

The Right of First Refusal of the Owner of the Building Site When the Superficiary or the Dian-Holder of the Site Sells His House and His Right Together: Focus on the Acknowledgement and the Object of the Right of First Refusal

Chien-Chang Huang*

ABSTRACT

The right of first refusal refers to effective utilization of the real estate and is an important issue in practice. However, the existing studies are insufficient. For example, according to Article 104 of the Land Act, the owner of the building site has a right of first refusal when the superficiary or the dian-holder of the site sells his house. However, according to the third paragraph of Article 838 and the second paragraph of Article 917 of the Civil Code, the superficiary or the dian-holder of the building site shall sell the superficies or dian at the same time when he sells his house. He cannot only sell his house. In this situation, does the owner of the site still have the right of first refusal? If so, what is the object of the right of first refusal? There are controversies over the two questions. First of all, this study analyzes the purposes and the issues we shall notice when the above provisions are applied as the foundation of this whole article. This study then explores the said questions.

This study emphasizes the interests of the concerned parties and promotes effective utilization of the real estate. This study discusses the existing doctrine and practice and makes some propositions in explanation. This study holds that when the superficiary or the dian-holder of the building site sells his house and his right together, the owner of the site still have the right of first refusal. When he exercises his right of first refusal, he shall buy the superficies or dian together.

Key words: Dian, Dispose Together, Option of First Refusal, Preemption, Right of First Refusal, Superficies

* Associate Professor, Department of Real Estate and Built Environment, National Taipei University, TEL: +886-2-86741111#67416, E-mail: clement@yahoo.com.tw

一、前言

不動產優先購買權（以下簡稱先買權）涉及不動產的有效利用，向來是實務上重要問題¹；其橫跨民法及土地法規，在解釋適用上必須特別留意。例如土地法第一〇四條第一項規定：「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之。」依該規定，基地之地上權人、典權人或承租人出賣房屋時，基地所有權人有先買權。其中，在租地建屋的情形，依民法第四二六條之一規定，基地承租人出賣其房屋，一般認為當然發生基地租賃契約「法定」承擔（契約地位繼承）的效果²，法律並未直接規定房屋與租賃權應一併為買賣的標的³，故出賣的客體得不包括基地租賃權。但新增訂的民法第八三八條第三項規定：「地上權與其建築物或其他工作物，不得分離而為讓與或設定其他權利。」第九一七條第二項規定：「典物為土地，典權人在其上有建築物者，其典權與建築物，不得分離而為讓與或其他處分。」參酌⁴上開規定，就基地設定地上權或典權的情形，地上權人或典權

1 參閱陳忠五，2011年民事法發展回顧，台大法學論叢，第41卷特刊，頁1493，2012年11月。

2 參閱黃立編，民法債編各論（上），頁471-472，元照，2006年2月，4刷（吳秀明執筆）；邱聰智（姚志明修訂），新訂民法債編通則（下冊），頁305，自版，2014年2月，2版；劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，頁495，自版，2011年12月增修版；陳聰富，使用借貸契約之債權物權化—最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析，月旦裁判時報，第2期，頁59-60，2010年4月；陳自強，契約之內容與消滅，頁182，自版，2013年9月，2版；鄭冠宇，民法債編總論，頁349-350，自版，2015年9月；吳瑾瑜，所有權行使與權利濫用—以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例，台北大學法學論叢，第78期，頁88，2011年6月；楊宏暉，借地建屋爭議之調和與房地分離的權源自治選擇，政大法學評論，第131期，頁176，2013年2月。但林誠二，債編各論新解—體系化解說（上），頁459-460，瑞興，2015年6月，3版；林誠二，建築物所有權與基地利用權之一體化—以基地租賃權之利用型態為中心，王仁宏教授祝壽論文集編輯委員會編，商事法暨財經法論文集—王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集，頁47-54，元照，1999年8月，就法定契約承擔的效果，持保留態度。

3 此尚涉及「租賃權得否自由讓與、租賃契約得否自由承擔」的爭議。

4 民法第838條第3項等規定是使用「讓與」（而非「買賣」）的字眼；且依該規定，讓與地上權時，工作物應一併讓與，文義上並無疑義，但「讓與工作物時，地上權應一併讓與」是否為該規定的射程範圍，有不同見解（謝在全，民法物權論（上），頁588、591-592，自版，2014年9月，修訂6版，採肯定說；但朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，民事法問題研究—物權法論，頁176-177、180，自版，2010年3月，則採否定說，認為僅能依學說持以肯定的立場），故本文使用「參酌」（而非「依據」）的字眼，以避免爭議。

人出賣其房屋時，應一併出賣其地上權或典權（即權源），而不得僅出賣房屋。此際，基地所有人是否仍有先買權？如有，先買權的客體為何？就此二問題均有不同見解。而此影響基地所有人、地上權或典權人與第三人的利益甚鉅，並事涉不動產的有效利用，亟待探討。因此，本文就上開問題著重於相關當事人的利益衡量分析，並希冀促進不動產的有效利用，達成不動產先買權的規範目的；本文就既有的學說、實務見解予以回應，並提出解釋論與立法論上的建議。

本文第貳與第參部分先分別析究上開地上物與權源一體處分、基地所有人先買權等規定的規範意旨與適用上應注意之處，作為全文探討的基礎；第肆部分與第伍部分再依序探討基地的地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時，基地所有人先買權的有無與客體⁵；第陸部分總結全文，提出本文結論。

二、地上物與權源一體處分的規範意旨與適用上應注意之處

以下分述地上物與權源一體處分⁶的規範意旨與適用上應注意之處，作為本文後述「基地地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時，基地所有人之先買權」的論述基礎。

（一）地上物與權源一體處分的規範意旨

關於前述民法第八三八條第三項關於地上權與工作物一體處分的規定，增訂說明提到：「地上權之社會作用，係在調和土地與地上物間之使用關係，建築物或其他工作物通常不能脫離土地而存在，兩者必須相互結合，方能發揮其經濟作用。故地上權與其建築物或其他工作物之讓與或設定其他權利，應同時為之，以免地上物失其存在之權源，有違地上權設置之目的」。學者並認為，地上權人在他人土地上，有自己的建築物或其他工作物，如能連同地上權一併處分，在土地所有人擬保留所有權，並藉由他人的財力開發土地時，當可協議創造雙贏的條件，並提高地上

5 在一般的買賣，應先確立買賣的標的，始有買賣可言；但此處為法定先買權，先買權客體的不同見解，基本上只有「房屋」、「房屋與權源」此二見解，而無論採此二見解中的哪一見解，均不影響「肆、基地地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時，基地所有人先買權的有無」該段的論述，故本文先探討先買權的有無，再探討先買權的標的，應屬妥適。

6 一體處分（但不一定是地上物與權源一體處分）的其他規定，尚有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850條之3第3項、第915條第4項；農業發展條例第18條第4項中段等。

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

權的設定率。⁷

民法第九一七條第二項關於典權與建築物一體處分的規定，增訂說明提到：「典權人在典物之土地上營造建築物者，典權與該建築物應不得各自分離而為讓與其他處分，例如建築物設定抵押權時，典權亦應一併設定抵押權，反之亦同，俾免因建築物與土地之使用權人不同，造成法律關係複雜之困擾」。

綜上，上開規定主要均在於避免地上權或典權與地上物有異其主體的情形發生，而使地上物失其存在之權源，並避免法律關係複雜。⁸

（二）地上物與權源一體處分適用上應注意之處

民法第八三八條第三項與第九一七條第二項關於地上物與權源一體處分的規定，其適用上應注意之處如下：

1. 為禁止規定

上開二規定的用語均為「不得……」，且該二規定的立法目的即在於避免地上權或典權與地上物有異其主體的情形發生，已如前述，故就解釋論而言，將其認係民法第七十一條本文之禁止規定中的效力規定⁹，方符立法意旨。違反規定者，不得為移轉登記；縱使登記機關不查而辦畢移轉登記，該移轉行為無效¹⁰，移轉登記應予塗銷¹¹。

7 參閱陳榮傳，民法物權實用要義，頁89，五南，2014年10月。

8 亦參閱吳光明，新物權法論，頁293、423，三民，2009年9月；鄭玉波（黃宗樂修訂），民法物權，頁206、232-233，三民，2014年11月，修訂18版3刷。關於該等規定，學者對其評價不一。有認為此為緩解房地產權衝突的適當立法，和善後的法定地上權或誘因性的先買權比起來，此副作用最小，值得立法者更多予運用，參閱蘇永欽，法定物權的社會成本，尋找新民法，頁211-212，元照，2008年9月；有認為該等規定避免地上物所有人欠缺占有的本權，固然具有正當性，然而對財產權的限制必須通過憲法第23條的檢驗，此種限制是否符合必要性或狹義的比例原則，則仍有疑義，參閱謝哲勝，民法物權，頁290、333，三民，2014年2月，增訂4版2刷；有提到民法第917條第2項規定，在部分情形，似待商榷，詳參陳榮傳，典權新法析論與存廢評估，月旦民商法雜誌，第28期，頁75-90，2010年6月。但該二增訂規定立法政策良窳的評價問題，並非本文探討的重點，故不擬深究。

9 蔡明誠，民法普通地上權修正之評析，月旦法學雜誌，第180期，頁10，2010年5月，則認為是強制規定。

10 參閱台灣高等法院台中分院102年度抗字第567號民事裁定（後述最高法院103年度台抗字第293號民事裁定駁回再抗告）。

11 台灣台北地方法院100年度重訴字第685號民事判決：「辦妥系爭地上權之移轉登記後，亦確實迄未能辦理系爭地上權所涉相關地上物之移轉登記……依前開民法第838條第3項規定及其

2. 於法院拍賣亦有其適用

民法第八三八條第三項與第九一七條第二項規定的立法目的即在於避免地上權與地上物有異其主體的情形發生，已如前述，故該等規定於法院拍賣亦有其適用¹²，方符立法意旨。特別是在實務就法院拍賣採私法買賣說¹³的見解下，尤應認為該等私法規定於法院拍賣有其適用。

3. 地上權、典權與地上物所有權倘各異其主體時，不適用之

如前所述，上開二規定於法院拍賣亦有其適用。不過，涉及法院拍賣地上權的最高法院一〇三年度台抗字第二九三號民事裁定表示：「原法院以：……地上權與其地上建築物所有權倘各異其主體時，參諸土地法第一百零四條第一項及民法第四百二十六條之二第一項就基地及其上房屋所有權各異主體時，均許基地或房屋所有權人，各得單獨處分其基地、房屋，僅基地承租人、基地所有權人對其有優先購買權而已，則無民法第八百三十八條第三項規定之適用。本件再抗告人向許○弟承租系爭地上權，雖在土地上蓋有建物，取得建物所有權，但該地上權人許○弟為執行債務人，且執行債權人王○洲亦僅聲請對系爭地上權為強制執行，則執行法院據以核發扣押命令，即與民法第八百三十八條第三項規定無違，亦無不得執行而為執行之情形。至系爭地上權將來拍賣由何人拍定，或再抗告人有無優先承買權，均不影響系爭執行事件之合法性等詞，駁回再抗告人之抗告，經核並無適用法規顯有錯誤情形。」

按地上權、典權與其地上物所有權倘各異其主體時，由於地上權、典權人並無其地上物的處分權，地上物所有人亦無地上權、典權的處分權，故無論是自願出賣或法院拍賣，即難以要求地上權與其地上物一體處分，故該等條文宜予限縮解釋，

規範意旨，應認系爭地上權100年間移轉登記予被告王○欽等5人之物權行為，違反民法第838條第3項之強行規定而無效，是原告本於系爭土地所有權人之法律關係，請求被告王○欽等5人……地上權設定登記塗銷，應為有據。」（同案台灣高等法院101年度重上字第601號民事判決雖認上訴有理由，但對本文引用部分，均未表示見解）。台灣士林地方法院103年度湖簡字第685號民事簡易訴訟判決見解相同，並提到請求塗銷地上權登記是依民法第767條第1項中段規定。按該等判決提到的「設定登記」應為「移轉登記」。又若未一併出賣，謝在全，民法物權論（上），頁588，自版，2014年9月，修訂6版、謝在全，民法物權論（下），頁90，自版，2014年9月，修訂6版，認為依民法第246條第1項本文規定，債權行為無效；而朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，民事法問題研究－物權法論，頁176，自版，2010年3月，則認為債權行為有效，但屬給付不能。

12 相同結論：吳光陸，強制執行法，頁336，三民，2015年9月，修訂3版。

13 參閱最高法院49年台抗字第83號判例。

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

限於地上權、典權與其地上物所有權為同一主體時，方有其適用。據此，上開裁定就此表示的見解，應值贊同。¹⁴實則，有關處分一體化原則的條文均然，例如民法物權編施行法第八條之五第二項規定：「民法物權編修正施行前，區分所有建築物之專有部分與其所屬之共有部分及其基地之權利，已分屬不同一人所有或已分別設定負擔者，其物權之移轉或設定負擔，不受修正之民法第七百九十九條第五項規定之限制。」即為明文的規定。¹⁵

4. 增訂施行前的法規適用

法院迄今仍常處理2010年8月3日民法第八三八條第三項與第九一七條第二項規定增訂施行¹⁶前的案件；就此，學說、實務上關於地上權的討論較多，故本文以下主要就地上權的情形予以詳盡探討。¹⁷按民法物權編施行法就上開條文雖無溯及既往的特別規定，但有學者認為實務上早已採類似民法第八三八條第三項規定的見解或以推定「其將地上權一併出賣」方式處理¹⁸。本文以下先整理相關見解，並參考

14 不過，原審台灣高等法院台中分院102年度抗字第567號民事裁定提到：「地上權無與民法第850條之5第1項相類之規定，正足以證明轉租非法律所禁，另地上權之本質既重在土地之使用而非地上物之所有，可見地上權與工作物之權利人非不得異其主體，亦即由地上權人使用或提供他人使用均係使用，法律既未加以限制，自無禁止轉租之理由……。最高法院83年度臺上字第2104號裁判亦認：並無禁止地上權人將土地出租或提供他人使用之規定，地上權人自己不使用土地，而將土地出租或提供他人使用，應非法律所不許。是本件地上權人許○弟將系爭地上權出租予系爭建物之所有權人即抗告人，供抗告人使用403-1地號土地，固非法所不許，然抗告人仍僅係系爭地上權之承租人，並非403-1地號土地之地上權人，堪予認定。」按原審裁定提到抗告人使用「土地」，且該裁定引用的文獻與裁判亦係關於「地上權人將土地出租」，故本文以為，再抗告人係向地上權人承租土地，而非承租地上權；且地上權得否為民法第463條之1之權利租賃的客體，也有討論空間。至於地上權的拍定人得否類推適用民法第425條規定，繼受租賃契約而得向基地承租人收取租金，為另一問題。

15 亦請參閱陳榮傳，公寓大廈管理條例與民法新舊條文的適用關係，月旦法學雜誌，第226期，頁29，2014年3月。

16 2010年2月3日總統公布關於用益物權與占有的增訂條文；而依民法物權編施行法第24條第2項規定，該等條文自公布後6個月施行。

17 實則，典權的情形亦然。

18 蔡明誠，民法普通地上權修正之評析，月旦法學雜誌，第180期，頁9-10，2010年5月。其以以下函為據：內政部72年2月7日台內地字第138351號函：「一、按地上權人將其在他入土地上所有之建築物出賣者，通常應推定其將地上權一併出賣，司法行政部41年2月28日台電參字第1345號代電固有明釋，惟不動產物權，依我國民法第758條係採登記生效主義，如建物移轉而地上權未隨同移轉登記者，僅有移轉登記請求權而已，尚不生享有地上權之效力。二、本件地上權人於設定地上權後，將其所有之建物分別多次移轉登記，其地上權卻未隨同辦理移

日本見解，再提出本文分析：

在民法第八三八條第三項規定增訂施行前，法院見解認為地上權之移轉，原則上應與建物同時移轉；¹⁹如僅移轉基地的地上權而未隨同移轉建物所有權之登記，內政部與法務部認為登記機關應不予受理。²⁰不過，有法院見解認為因上開條文不溯及既往，故如登記機關仍辦理地上權移轉登記完畢而造成地上權與建物異其主體，該地上權的移轉不因違反上開規定而為無效。²¹

在民法第八三八條第三項規定增訂施行前，地上權人將其在他入土地上所有之建築物出賣者，實務上認為通常應推定其將地上權一併出讓²²。如建物移轉而地上權未隨同移轉登記者，內政部認為「如建物移轉而地上權未隨同移轉登記者，僅有移轉登記請求權而已，尚不生享有地上權之效力」²³，但最高法院見解認為「仍應解為受讓人經原地上權人授予行使地上權，而得對土地所有權人主張其所受讓建築物對於占用基地之合法使用權源」²⁴，可見內政部與最高法院見解不同。

轉登記，依前開說明一，本件建物所有權人二人，即尚未取得地上權，縱建物所有權人二人嗣後又取得該建物座落土地之所有權，亦與民法第762條『同一物之所有權及其他物權歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。』之規定者無涉。」內政部73年11月7日台內地字第271260號函：「一、按建物性質上不能與其基地使用權分離而存在，故地上權之移轉，原則上應與建物同時移轉（參見史尚寬先生著地上權之研究一文）。如地上權與建物所有權分離而為讓與者，不僅新地上權人實際難以使用基地，有違原地上權設定之目的；且導致建物所有權人與基地所有權人喪失原地上權關係，嗣後建物出售時，基地所有權人將無從依土地法第一百零四條第一項中段規定主張優先購買權，從而僅移轉基地地上權而未隨同移轉建物所有權之登記，應不予受理。二、前開見解經函准法務部73年10月30日法73律12850號函同意。」

19 台灣高等法院91年度上更(二)字第123號民事判決：「按房屋性質上不能與其基地使用權分離而存在，故地上權之移轉，原則上應與建物同時移轉」（最高法院93年度台上字第2448號民事裁定駁回上訴）。

20 前述內政部73年11月7日台內地字第271260號函。

21 前述台灣台北地方法院100年度重訴字第685號民事判決。有學者認為此時類推適用民法第425條之1規定，推定在建物使用期間有租賃關係，參閱王澤鑑，民法物權（二）用益物權 占有，頁36，自版，2001年9月增訂版。

22 前述前司法行政部41年2月28日台電參字第1345號代電。

23 前述內政部72年2月7日台內地字第138351號函。相關進一步實務案例問題，參閱101年8月21日台北市政府地政局簡化各地政事務所請示案件處理研討會101年第8次會議紀錄。

24 最高法院103年度台上字第1117號民事判決：「民法第八百三十八條第三項……乃側重於房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，進一步肯認基地使用權不因房屋物權之嗣後變動而受影響。又同法第四百二十六條之一亦……參酌……判例之意旨，增列……之規定。故在他入土地上有建築物而設定地上權時，如無相反之約定，

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

在日本，土地與建物為不同的不動產，民法也有地上權的制度²⁵；在當事人間無禁止讓與地上權之特約的情形，地上權人原則上得自由讓與地上權，但無地上權與工作物一體處分的規定，此與我國上開條文修正施行前的情形相似，可供比較、參考。按日本學說、實務上認為地上權人讓與建物於第三人時，除交易上有特別情形外，原則上解為亦讓與地上權；²⁶在拍賣地上權人所有的建物之情形，拍定人原則上亦取得地上權。²⁷日本學說上提到，因為建物は主物，地上權是其從權利，²⁸而基於「建物は存續於地上」的了解，²⁹地上權人讓與建物於第三人時，通常有「亦讓與地上權」此意思的合致，此為事實上之推定，³⁰有反對的意思表示者除外³¹。上開日本見解與前開我國部分實務見解³²類似。

在我國，民法第八三八條第三項規定增訂施行前，地上權人如將其建物移轉而地上權未隨同移轉登記者，則建物的受讓人是否取得地上權，關鍵在於地上權是否為建物的從權利。針對此問題，學說上討論較多者係民法第八六二條第一項關於「從權利」的解釋；在民法第八七七條之一規定增訂施行前，為保全抵押物的經濟效用，學說上多將民法第八六二條第一項的「從權利」從寬解釋，認為不僅指本質上之從權利，例如以建築物抵押時，建築物對基地的利用權如地上權，亦認為係從權利，而為抵押權效力所及。³³不過，新增訂的民法第八七七條之一規定：「以建築物設定抵押權者，於法院拍賣抵押物時，其抵押物存在所必要之權利得讓與者，

地上權人本得將其地上權隨同建築物而讓與他人，該地上權人縱於上開民法增訂前僅將建築物及地上權為讓與，而未辦理地上權移轉登記，惟參照上開規定及判例意旨，亦仍應解為受讓人經原地上權人授予行使地上權，而得對土地所有權人主張其所受讓建築物對於占基地之合法使用權源，藉以調和土地與建物之利用關係，庶符社會正義之要求。」

25 但日本並無典權的制度。

26 參閱大判明治37年12月13日民錄10輯1600頁。

27 參閱大判明治33年3月9日民錄6輯3卷48頁等判決，亦請參閱川島武宜、川井健編，新版注釈民法(7)物權(2)，頁875-876，有斐閣，2007年9月（鈴木祿弥執筆）。

28 白羽祐三、山田創一，物權法講義，頁196，駿河台，2001年12月。

29 參閱我妻栄、有泉亨、清水誠、田山輝明，我妻・有泉コンメンタール民法－総則・物權・債權，頁478，日本評論社，2014年10月，3版3刷。

30 參閱石田穰，物權法，頁439-440，信山社，2008年7月。

31 參閱河上正二，物權法講義，頁350，日本評論社，2012年10月；七戸克彦，基本講義 物權法 I 総論・占有權・所有權・用益物權，頁242，新世社，2013年12月。

32 前司法行政部41年2月28日台電參字第1345號代電、最高法院103年度台上字第1117號民事判決。

33 相關整理，參閱謝在全，民法物權論（下），頁53、201，自版，1997年9月修訂版。

應併付拍賣。但抵押權人對於該權利賣得之價金，無優先受清償之權。」由該條規定可知，民法第八六二條第一項的「從權利」應限於「本質上的從權利」，不動產役權為其典型。³⁴在日本，未有類似我國民法第八七七條之一的規定，如就已設定地上權的土地上建物設定抵押權，則抵押權的效力及於「地上權」此從權利，亦即地上權當然為抵押權的標的；因此，拍賣建物時，地上權亦移轉於買受人。³⁵

綜上，我國民法物權編全盤修正施行前，如同前述日本見解，將地上權解釋為建築物的從權利，有其必要，如此亦可合理化前述最高法院判決提到的「未辦理地上權移轉登記，建築物受讓人亦可取得地上權」³⁶；但民法物權編全盤修正施行後，既然已要求一體處分，故已無必要將地上權解釋為建築物的從權利。

三、基地所有人先買權的規範意旨與適用上應注意之處

以下分述基地所有人先買權的規範意旨與適用上應注意之處，作為本文後述「基地地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時，基地所有人之先買權」的論述基礎。³⁷

(一) 基地所有人先買權的規範意旨

土地法第一〇四條規定基地之地上權人、典權人與承租人的先買權，亦規定基地所有人的先買權，³⁸以求法律的平衡性。³⁹按基地所有人先買權的規範目的在於

34 詳參謝在全，民法物權論（下），頁183、198、264，自版，2014年9月，修訂6版；鄭冠宇，民法物權，頁488，自版，2015年9月，5版。故民法第877條之1主要適用在「其權源為租賃」（該條增訂理由認為「租賃權得讓與」，且民法第882條未有「租賃權得為抵押權之標的物」的規定），以及「於民法第838條第3項、第850條之3第3項、第917條第2項施行前僅就建築物設定抵押權，而於2007年9月28日民法第877條之1施行後實行抵押權」的情形。

35 石田穰，担保物權法，頁284、312，信山社，2010年10月；柚木馨、高木多喜男，新版注釈民法(9)物權(4)，頁139，有斐閣，2001年2月，2刷補訂（山崎寬執筆）；近江幸治，民法講義III担保物權，頁133-134，成文堂，2014年4月，2版補訂6刷。

36 陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第261期，頁157-158，2014年12月1日，即認為最高法院上開見解，結論可贊同，但其理由構成是否妥適，有研究餘地。

37 至於該先買權適用上其他應注意之處，詳參黃健彰，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，中正法學集刊，第52期，頁221-258，2016年7月。

38 日本則無類似我國土地法第104條先買權的規定。

39 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148，新學林，2007年8月。

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

使基地所有與基地使用合一，促進基地資源最有效率使用，因為如基地所有與基地使用如分屬不同主體，所有人和利用人須消耗資源去協商，有糾紛時須花費勞力、時間、費用加以解決；⁴⁰而土地所有和土地使用合一，可避免代理的成本⁴¹。論者亦提到使房地所有人同一、簡化法律關係⁴²以杜紛爭，⁴³避免使土地行政流於繁複⁴⁴的立法意旨，以及配合憲法第一四二條所揭櫫之民生主義下的國民經濟基本原則⁴⁵。

按基地所有人欲自行使用基地時，基地所有與基地使用合一能達成上述效率；但當基地所有人不欲自行使用基地時，與其讓基地荒廢或無效率的使用，不如使基地所有與基地使用分離，由更有效率者使用基地，反而符合效率。而基地所有人之所以會將基地設定地上權、典權或出租於他人，表示此時基地所有人不欲自行使用基地，基地所有與基地使用分離符合效率；之後地上權人、典權人或承租人不願繼續有房屋所有權而出賣房屋，如基地所有人主張優先購買，表示此時基地所有人欲自行使用基地，使基地所有與基地使用合一較有效率。

又該條的先買權規定亦不是僅為保護經濟上弱者而設，此觀該條「既賦予基地的地上權人、典權人、承租人等用益權人先買權，又賦予基地所有人先買權」自明。

（二）基地所有人先買權適用上應注意之處

除一般的買賣以外，該先買權於法院拍賣亦有其適用。⁴⁶又為避免妨礙財產自由流通，而無法由對其效用⁴⁷最高的人（即評價最高、最能有效運用者）取得⁴⁸，

40 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，財產法專題研究，頁131、135-137，三民，1995年5月。

41 謝哲勝，土地法，頁285，翰蘆，2013年9月，3版。

42 參閱陳明燦，土地法－理論與實務，頁222，自版，2014年8月，2版；劉春堂，判解民法物權，頁317，三民，2010年10月，修訂7版。應注意者，該先買權原則上以建築物存在為要件，但容有例外，詳參黃健彰，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40期，頁1-26，2015年3月。

43 參閱溫豐文，土地法，頁322，自版，2015年8月修訂版。

44 參閱朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，民事法問題研究－物權法論，頁179-180，自版，2010年3月。

45 參閱陳立夫，基地·房屋之優先購買權：土地法第104條（上），台灣環境與土地法學雜誌，第16期，頁25，2015年6月。

46 參閱陳明燦，土地法學，頁497，自版，2015年9月。

47 此處的效用含經濟上與非經濟上的效用（包括對於不動產情感上的滿足），即其對該財產的評價。

48 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

並避免出賣人遭受不利益，故先買權的行使以「同樣條件」為要件，基地所有人先買權當然也如此，基地所有人行使先買權時不得任意變更買賣條件，此亦為該先買權適用上應注意之處。

不過，在適用「同樣條件」此要件時，如地上權人、典權人將房屋與其他標的一併出賣，基地所有人有無先買權？如有，其購買的標的為何？首先，此際應肯認基地所有人有先買權，以避免「出賣人輕易規避先買權，使先買權人蒙受不利益，違反上述該先買權的規範意旨」；且就先買權人的角度而言，所有人將先買權規定的客體及其他客體一併出賣，畢竟也有出賣先買權規定的客體，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。再者，就基地所有人購買的標的而言，一方面為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，使基地所有人無力或不願行使先買權；另一方面也為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，又該先買權主要是基於不動產的使用效率而設，已如前述，從而，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，此際，先買權人購買的範圍僅限於法定的標的（即房屋）；但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使用價值不可分的標的。⁴⁹

四、基地地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時， 基地所有人先買權的有無

民法第八三八條第三項及第九一七條第二項規定增訂施行後，地上權、典權與房屋所有權如屬同一主體，則地上權人或典權人出賣房屋時，應一併出賣其地上權或典權，法院拍賣時亦然，已如前述。此時買賣的客體包括房屋及地上權、典權，而基地所有人有無土地法第一〇四條規定的先買權？學說、實務上有明白採肯定說者⁵⁰；但有學者認為房屋與權源併同讓與後，房屋與其所坐落的土地即已有合法坐

濟方法論，民法理論與問題研究，頁144-146，瑞興，1991年7月。關於如何盡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年8月。

49 詳參黃健彰，優先購買權同樣條件的認定，2014海峽兩岸土地學術研討會—土地規劃與經濟社會永續發展論文集，頁C4-3-24-C4-3-25，台北，國立台北大學不動產與城鄉環境學系主辦，2014年9月1-2日。

50 例如謝在全，民法物權論（上），頁589，自版，2014年9月，修訂6版；鄭冠宇，民法物權，

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

落的正當權源，應無迫切需要給予基地所有人先買權，但如基地所有人欲讓與基地所有權時，仍應賦予用益權人先買權，蓋此等用益權人的利益應優先保護，⁵¹就此應係採否定說。

本文以為上述否定說有待斟酌。按土地法第一〇四條先買權的主要規範目的不在於賦予房屋合法坐落的權源，因為在基地所有人讓與基地所有權後，基地之地上權人、典權人基於物權的追及效力⁵²，其房屋也有合法坐落的正當權源。上述否定說於基地出賣時，肯定地上權人、典權人的先買權，而在房屋連同權源一併出賣的情形，卻以「已有合法坐落的正當權源」為由而否定基地所有人的先買權，似有矛盾。而既然基地所有人讓與基地所有權後，基地之地上權人、典權人的房屋也有合法坐落的正當權源，故否定說所謂「此等用益權人的利益應優先保護」的說法，即十分費解；其如果是指「用益權人通常是經濟上弱者，故應優先保護」，也有疑義，因為土地法第一〇四條的先買權規定不是僅為保護經濟上弱者而設，已如前述。

本文採肯定說，因為該條先買權的主要規範目的不在於賦予房屋合法坐落的權源，而在於使基地所有與基地使用合一，已如前述。在用益權人將房屋連同權源一併出賣時，基地所有人如行使該先買權，正可達到上述規範目的。

因此，基地的地上權人、典權人將其房屋連同權源出賣於第三人時，應通知基地所有人是否行使先買權。基地的地上權人、典權人與第三人申請地上權及房屋移轉登記時，應依土地登記規則第九十七條第二項規定，檢附基地所有人放棄先買權之證明文件，或基地的地上權人、典權人已通知基地所有人之證件並切結「基地所有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。⁵³

頁362，自版，2015年9月，5版；台灣高等法院101年度上字第131號民事判決（上級審最高法院103年度台上字第1117號民事判決廢棄該判決，但就此部分並未指摘）。

51 例如朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，民事法問題研究－物權法論，頁180-181，自版，2010年3月。

52 在法院強制拍賣的情形，尚基於強制執行法第98條第2項本文規定的承受主義。

53 土地登記規則第97條有關證明文件、切結等規定的分析，詳參黃健彰，「登記機關就優先購買權的審查－土地登記規則第九七條規定的說明與商榷」，「2014年第八屆兩岸四地土地學術研討會」「2014年第十一屆土地研究學術研討會」土地利用的挑戰與策略論文集（上），頁195-206，台北，國立政治大學地政學系主辦，2014年9月20-21日。

五、基地地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時， 基地所有人先買權的客體

基地的地上權人或典權人將其房屋連同權源出賣時，基地所有人得依法行使先買權，已如前述。此際，基地所有人購買的標的除房屋外，是否包括房屋坐落的權源？以下先整理民法第八三八條第三項等規定增訂施行前與後的實務、學說見解，再提出本文分析。

(一) 實務、學說見解

1. 民法第八三八條第三項等規定增訂施行前

民法第八三八條第三項等規定增訂施行前，最高法院就此有以下見解：在最高法院八十七年度台上字第二一四九號民事判決一案，法院認定地上權人係一併出賣系爭房屋與地上權，法院判決認為：「土地法第一百零四條第一項……旨在使房屋及基地合歸一人所有，以盡經濟上之效用，並杜紛爭。雖未明文規定地上權亦在優先承購之範圍內，但於基地所有權人優先承購房屋時，地上權亦應隨同房屋移轉於基地所有權人，始合乎立法意旨。系爭房屋坐落基地既有系爭地上權之設定，房屋所有權人、地上權人原均為林某，其將系爭房屋出賣於李某，為基地所有權人之被上訴人，即得依同樣條件優先購買該房屋。依上開說明，被上訴人本毋庸購買即可因優先購買系爭房屋而取得系爭地上權，其願依上訴人間買賣系爭地上權之同樣條件優先購買，亦難謂於法未合。」⁵⁴

在最高法院九十年度台上字第一三四一號民事判決一案，法院判決認為：「按地上權人及基地所有權人依土地法第一百零四條第一項規定行使優先購買權，須表明願依基地及房屋出賣時之同樣條件購買，始得優先購買；如該優先購買權人僅表示願以較低之價格購買，尚難認已合法行使優先購買權。」「癸○○○等六人出賣……地上建物及地上權應有部分各十二分之三予林○琴，……被上訴人於上開郵局存證信函內表示願意購買之價格，似均低於上開金額……，倘其別無表示願依上開價格購買之情事，能否謂其已合法行使優先購買權，尚非無疑。」認為基地所有

54 本件地上權人林某在別一訴訟事件第一審時已明白表示以120萬元出賣系爭房屋、地上權於李某；李某之訴訟代理人於林某結證後，亦續稱：以120萬元買受。李某之訴訟代理人嗣於前述別一訴訟事件第二審訴訟程序中陳稱：「林某以120萬元讓售地上權」云云，本件高等法院與最高法院均認為不能謂僅出售系爭地上權而已。林某與李某於本件訴訟中辯稱：林某該證詞為語言上之缺失謬誤，李某訴訟代理人之陳述，係指地上權部分，系爭房屋十分老舊，無市場交易價值，係隨同系爭地上權之讓與而贈與云云，高等法院與最高法院均認為不可採。

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

人行使先買權時，其應支付的價金與原買受人購買「地上建物及地上權」的價金相同。⁵⁵

但在前開二則最高法院判決出現後，仍有地方法院判決認為：「系爭地上權98年間之移轉……縱以此移轉雙方仍有移轉地上物之真意，而認此時仍有土地法第104條土地所有權人就地上物以同一條件優先承買之權利，然土地所有權人亦僅得就『地上物』行使優先承買權，地上權之部分，原地上權人仍得自由將其移轉予讓渡契約之受讓人（此時亦尚無民法第838條第3項規定之適用，詳如前述），亦即：土地法第104條規定僅係對地上權人出賣『地上物』之契約自由限制，尚無得於法無明文下，自行解釋擴及地上權人就『地上權』讓與對象之自由選擇權限」。⁵⁶

2. 民法第八三八條第三項等規定增訂施行後

民法第八三八條第三項等規定增訂施行後，最高法院尚未就此明確表示見解。學說上則有認為基地所有人行使先買權時，地上權等應隨同房屋由基地所有人受讓，於是與所有權混同而消滅矣，⁵⁷果爾，基地所有人行使先買權的買賣價金即為原買受人的買賣價金，即便地上權人、典權人將房屋及權源一併出賣時，僅約定一筆買賣價金⁵⁸，也不會有同樣條件難以認定的問題；但也有認為基地所有人

55 此外，就高等法院見解而言，例如台灣高等法院98年度上易字第1142號民事確定判決提到：「土地法第102條……系爭地上權登記之目的，僅為使系爭房屋使用系爭土地，於具有債權效力之租賃關係外，另取得具有物權效力之權源而為，可謂附隨於該租地建屋關係而存在之權利，應解為於系爭房屋出賣時，系爭地上權應隨之移轉（最高法院67年台上字第3887號判例參照），蓋若非如此解釋，將無法達到基地所有人與房屋所有人歸於同一人，以盡經濟上效用之立法目的（最高法院65年台上字第530號判例參照），參以鄭○雄通知被上訴人優先承買時，亦指明包含優先承買系爭地上權在內……，更無疑義，故上訴人抗辯被上訴人就系爭地上權無優先承買權，為不可採。」前述台灣高等法院91年度上更(二)字第123號民事判決亦提到：「被上訴人既主張對房屋得以同一條件優先購買，則其優先權之行使應及於同契約內容，同條件之該地上權，是被上訴人係因對房屋行使優先承買權而得以同條件優先承買地上權，其擴張請求原審共同被告林○琴塗銷該部分之地上權登記，亦無不合。」

56 前述台灣台北地方法院100年度重訴字第685號民事判決。

57 參閱謝在全，民法物權論（上），頁589，自版，2014年9月，修訂6版；林誠二，優先承買權之適用限制，台灣法學雜誌，第248期，頁111，2014年5月15日。例外情形，參閱謝在全，民法物權論（上），頁104，自版，2014年9月，修訂6版。而楊松齡，實用土地法精義，頁338，五南，2015年9月，15版，則提到：房屋出賣時，基地所有人優先購買取得房屋後，房屋所有人的地上權、典權是否視為消滅，迄未規範，值得注意。

58 此與民法第877條之1「於投標時，應分別就『建築物』與『無優先受償權的權源』註明顯出的價額」之情形，有所不同。

購買房屋時，不須購買地上權、典權，故行使先買權時，得將地上權、典權的價值扣除⁵⁹。

(二) 本文分析

土地法第一〇四條關於基地所有人的先買權，僅規定出賣的標的是「房屋」時，基地所有人對「房屋」有先買權；⁶⁰前述地方法院判決即強調該觀點而認為在民法第八三八條第三項等規定增訂施行前，「基地的地上權人將房屋及權源一併出賣於第三人時，如基地所有人行使先買權，不得請求地上權人將權源一併移轉登記予基地所有人」。不過，如前所述，先買權的行使是以同樣條件為要件，而基地的地上權人、典權人將房屋及權源一併出賣時，無論僅約定一筆買賣價金，或就房屋及權源分別約定買賣價金，此時房屋與其權源在法律上都是屬前述「買賣契約數宗標的使用價值不可分」的情形⁶¹，先買權人主張先買權時應一併購買房屋與權源。而在民法第八三八條第三項等規定增訂施行後，既然地上權人、典權人於出賣房屋時，應一併出賣權源，而無論買受人為何人，理應一併買受，方符房屋與權源一體化的原則；當基地所有人為買受人時，無論地上權人、典權人本來就直接將房屋與權源一併賣給基地所有人，或基地所有人是因行使先買權而成為買受人，均不例外。

基地所有人一併購買房屋與地上權、典權後，依民法第七六二條本文規定，該地上權、典權原則上因混同而消滅。⁶²不過，例如基地的地上權、典權人先將房屋與權源設定抵押權，之後基地的地上權、典權人出賣房屋與權源，基地所有人行使先買權而一併買受房屋與權源，此時由於該地上權、典權的存續，依民法第八六七條但書關於追及效力的規定，於抵押權人（第三人）仍有法律上之利益，故依民法第七六二條但書規定，該地上權、典權不因混同而消滅，此為例外情形。另應注意

59 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1858，法務部，2009年7月。

60 如依不動產經紀業管理條例第4條第1款後段規定：「房屋指成屋、預售屋及其可移轉之權利。」則出賣房屋，解釋上包含出賣房屋的權源（可移轉的權利）。但該條例主要是從管理的角度，而將「房屋之可移轉之權利」的仲介與代銷納入規範。在狹義土地法條文的解釋上，並無法直接適用不動產經紀業管理條例規定。

61 買賣契約數宗標的使用價值是否不可分，有時在判斷上雖有不甚明確之處，但至少此處房屋與其權源在法律上屬使用價值不可分，應無疑義。

62 相對的，基地所有人出賣基地，基地的地上權人、典權人行使先買權而取得基地所有權後，該地上權、典權原則上亦因混同而消滅。

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

者，如基地的地上權人、典權人在基地上有數房屋，地上權人、典權人僅出賣其中部分房屋與其坐落於基地的權源，基地所有人行使先買權而一併買受該房屋與權源，就此部分的地上權、典權原則上因混同而消滅，但地上權人、典權人仍在基地上有其他房屋與其坐落於基地的權源。

基地所有人行使先買權時，如僅購買房屋而不購買權源，則基地與房屋所有權固然同屬一人，但此時無論認為「地上權、典權由原買受人（第三人）取得」或「原地上權人、典權人（出賣人）仍有地上權、典權」，除另有特別約定外，地上權、典權均不當然而消滅，⁶³故基地所有人仍不得使用基地，而房屋又已由基地所有人買受，基地所有與基地使用無法合一，造成法律關係複雜，違反基地所有人先買權的規範意旨。

在土地共有人出賣土地應有部分及農舍的情形，因農業發展條例第十八條第四項中段規定：「農舍應與其坐落用地併同移轉」，故學說、實務上認為應目的性擴張土地法第三十四條之一第四項規定，而認為他共有人先買權的客體為土地應有部分及農舍。⁶⁴基於類似的理由，基地的地上權人、典權人於出賣其房屋及權源時，

63 以地上權為例，即便認為此時土地不能達地上權人原來使用的目的，依民法第835條第3項規定，地上權亦非當然因而消滅。

64 最高法院102年度台上字第26號民事判決：「農業發展條例第十八條第四項中段規定：農舍應與其坐落用地併同移轉，尋繹其立法旨趣，乃為保護農地所有人與農舍所有人之權益，調和農舍與農地之利用關係，使農舍所有權與農地利用權得為結為一體，以維持農舍所有權之安定性，避免農舍與農地分離，致危害農業經濟，並造成法律關係之複雜，有違該條例為確保農業永續發展及促進農地合理利用之目的（該條例第一條參看）。準此，農地共有人於出賣其農地應有部分及坐落該農地上之農舍時，土地法第三十四條之一第四項規定之文義，雖未將土地（農地）應有部分及所坐落之農舍之類型涵蓋在土地共有人優先承購權內，惟綜觀上開土地法第三十四條之一第四項及農業發展條例第十八條第四項中段規定之原規範意旨，乃屬漏洞，自應依漏洞補充之方法作目的性擴張，透過其包括作用，將土地法第三十四條之一第四項規定所取得之優先承購權範圍，擴及於農地之應有部分及該農地上所坐落之農舍，以符合並貫徹該二條項立法之規範目的，初與農地之共有人就該農地之使用有無為分管之約定無關。」曾品傑，實務法學 民事法類，月旦裁判時報，第22期，頁154，2013年8月，贊同之；陳立夫，土地法類實務導讀，台灣法學雜誌，第220期，頁176，2013年3月15日，認具參考價值。類似見解，謝哲勝，司法院司法智識庫：最高法院96年度台抗字第799號民事裁定解析，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=pUKPyzSmmpeVd1yE9XDZNIWciKFmxYmz4N77VzCBTKEQ3LDFaBj1f3NKRY1M20QNoMJcIpWjvhpSEeCuu0vKcZCSOrE557Q0FV%2bVnpPL5c8Mmwj84wRfTtsrhVvaSBzkcI86hNeyWWEzSZNa5WgMQ%3d%3d（最後瀏覽日：2015年11月14日）。而82年6月15日司法院秘書長秘台廳民二字第08293號：「共有人將其共有農地應有部分，連同其單獨所有之地上農舍一併出賣時，則該農地他共有人，因非農舍之共有人，其優先承買權應僅止於共有之農地，而不及於地上之農舍。」係農業發展條例

土地法第一〇四條規定的文義雖未將房屋及權源的類型涵蓋在基地所有人先買權內，但綜觀該條規範意旨，乃屬漏洞，自應依漏洞補充的方法作目的性擴張，透過其包括作用，而認為無論在民法第八三八條第三項等規定增訂之前或之後，基地所有人行使先買權時應一併購買房屋與權源，以符合並貫徹土地法第一〇四條的規範意旨，不得將地上權、典權的價值扣除，故前開最高法院九十年度台上字第一三四一號民事判決的見解值得贊同，前開地方法院見解則待商榷。

因此，如單純貫徹前述最高法院八十七年度台上字第二一四九號民事判決認為「地上權人一併出賣系爭房屋與地上權時，基地所有權人毋庸優先購買地上權」的見解，將使出賣人受買賣價金總價減少的不利益；如地上權人、典權人將房屋及權源一併出賣時，僅約定一筆買賣價金，又有同樣條件不易認定的問題，故不妥適。而該判決所言「地上權亦應隨同房屋移轉於基地所有權人，始合乎立法意旨」，應理解為：基地所有人行使先買權時一併購買地上權，使基地所有與基地利用合一，簡化法律關係，以杜紛爭，而得以合乎立法意旨。又該判決結論上認為「本件基地所有權人得依地上權人與受讓人間買賣系爭地上權與房屋之一二〇萬元同樣條件優先購買系爭地上權與房屋」，僅就此而言，符合前述先買權同樣條件的意旨，可資贊同。

六、結 論

民法第八三八條第三項及第九一七條第二項增訂規定施行後，地上權人或典權出賣房屋時，應一併出賣其地上權或典權，而不得僅出賣房屋。該等規定在於避免地上權或典權與地上物有異其主體的情形發生，而使地上物失其存在之權源，並避免法律關係複雜。其為禁止規定，於法院拍賣亦有其適用。不過，地上權、典權與

增訂上開「農舍應與其坐落用地併同移轉」規定前的見解。又台灣高等法院暨所屬法院97年法律座談會民執類提案第35號法律問題：執行法院查封拍賣債務人所有坐落某農地重劃區內之耕地及其所興建之農舍，毗連該耕地之現耕所有權人對上開耕地及農舍有無優先承買權？研討結果：經付表決結果：實到53人，採甲說（肯定說）44票，採乙說（否定說）3票。甲說：「農舍雖應與其坐落用地併同移轉，然毗連該農舍坐落之耕地之現耕所有權人對該耕地之優先承買權，不能因該耕地上已建有農舍即遭剝奪。故執行法院查封拍賣債務人所有坐落農地重劃區內之耕地及其所興建之農舍時，毗連該耕地之現耕所有權人對耕地部分有優先承買權，至於農舍既應與其坐落用地併同移轉，則其對拍賣之耕地聲明優先承買，即應連同其上農舍一併買受之。惟如其已有自用農舍時，依農業發展條例第18條規定意旨，即不得再承買農舍，從而對於該拍賣之耕地自亦非得行使優先承買權。」關於民事法上的目的性擴張，詳參黃茂榮，法學方法與現代民法，頁493-496、609-613，自版，2011年9月，增訂6版2刷。

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

房屋所有權為不同主體時，不適用該等規定。民法物權編全盤修正施行前，將地上權解釋為建築物的從權利，有其必要；但民法物權編全盤修正施行後，既然已要求一體處分，故已無必要將地上權解釋為建築物的從權利。

而土地法第一〇四條先買權的規範目的在於使基地所有與基地使用合一，促進基地資源最有效率使用；論者亦提到使房地所有人同一、簡化法律關係以杜紛爭，避免使土地行政流於繁複的立法意旨。而基地的地上權人或典權人將其房屋連同權源一併出賣時，賦予基地所有人先買權，正能達到上述規範意旨。

先買權規定在適用上應特別留意「同樣條件」此一要件。在解釋適用上，基地的地上權人或典權人將其房屋連同權源一併出賣時，房屋與其權源在法律上是屬「買賣契約數宗標的使用價值不可分」的情形，故基地所有人先買權的客體為房屋與權源。而基地所有人行使先買權後，地上權、典權原則上因混同而消滅；但第三人對該地上權、典權有法律上利益者，該地上權、典權則例外不因混同而消滅。

基地所有人行使先買權時，不得僅購買房屋而不購買權源，否則基地與房屋所有權固然同屬一人，但此時無論認為「地上權、典權由原買受人取得」或「原地上權人、典權人仍有該權利」，除另有特別約定外，地上權、典權均不當然因而消滅，故基地所有人仍不得使用基地，而房屋又已由基地所有人買受，造成法律關係複雜，違反基地所有人先買權的規範意旨。

在立法論上，建議將土地法第一〇四條第一項中段規定修正為：「基地之承租人將房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權；基地之地上權人、典權人將房屋與地上權、典權一併出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。」

參考文獻

- 王澤鑑，2001，民法物權（二）用益物權·占有，增訂版，台北：自版。
- 朱柏松，2010，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，民事法問題研究—物權法論，台北：元照出版公司。
- 邱聰智（姚志明修訂），2014，新訂民法債編通則（下冊），2版，台北：自版。
- 吳光明，2009，新物權法論，台北：三民書局。
- 吳光陸，2015，強制執行法，修訂3版，台北：三民書局。
- 吳瑾瑜，2011，所有權行使與權利濫用—以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例，台北大學法學論叢，第78期，頁43-110。

- 林誠二，1991，債權契約法之經濟方法論，民法理論與問題研究，修訂版，台北：瑞興圖書公司。
- 林誠二，1999，建築物所有權與基地利用權之一體化—以基地租賃權之利用型態為中心，王仁宏教授祝壽論文集編輯委員會編，收錄於商事法暨財經法論文集—王仁宏教授六十歲生日祝賀論文集，台北：元照出版公司。
- 林誠二，2014，優先承買權之適用限制，台灣法學雜誌，第 248 期，頁 109-114。
- 林誠二，2015，債編各論新解—體系化解說（上），3 版，台北：瑞興圖書公司。
- 法務部（編印），2009，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），台北：法務部。
- 陳立夫，2007，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，台北：新學林出版公司，頁 139-161。
- 陳立夫，2013，土地法類實務導讀，台灣法學雜誌，第 220 期，頁 173-183。
- 陳立夫，2015，基地·房屋之優先購買權：土地法第 104 條（上），台灣環境與土地法學雜誌，第 16 期，頁 23-35。
- 陳自強，2013，契約之內容與消滅，2 版，台北：自版。
- 陳忠五，2012，2011 年民事法發展回顧，台大法學論叢，第 41 卷特刊，頁 1439-1499。
- 陳忠五，2014，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，第 261 期，頁 154-168。
- 陳明燦，2014，土地法—理論與實務，2 版，台北：自版。
- 陳明燦，2015，土地法學，台北：自版。
- 陳榮傳，2010，典權新法析論與存廢評估，月旦民商法雜誌，第 28 期，頁 75-90。
- 陳榮傳，2014a，公寓大廈管理條例與民法新舊條文的適用關係，月旦法學雜誌，第 226 期，頁 16-30。
- 陳榮傳，2014b，民法物權實用要義，台北：五南圖書公司。
- 陳聰富，2010，使用借貸契約之債權物權化—最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析，月旦裁判時報，第 2 期，頁 52-61。
- 曾品傑，2013，實務法學民事法類，月旦裁判時報，第 22 期，頁 138-157。
- 黃立編，2006，民法債編各論（上），4 刷，台北：元照出版公司。
- 黃茂榮，2011，法學方法與現代民法，增訂 6 版 2 刷，台北：自版。
- 黃健彰，2012，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。

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

黃健彰，2014a，優先購買權同樣條件的認定，2014 海峽兩岸土地學術研討會－土地規劃與經濟社會永續發展論文集，頁 C4-3-1-C4-3-29，台北：國立台北大學不動產與城鄉環境學系主辦。

黃健彰，2014b，「登記機關就優先購買權的審查－土地登記規則第九七條規定的說明與商榷」，「2014 年第八屆兩岸四地土地學術研討會」「2014 年第十一屆土地研究學術研討會」土地利用的挑戰與策略論文集（上），頁 195-206，台北：國立政治大學地政學系主辦。

黃健彰，2015，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 40 期，頁 1-26。

黃健彰，2016，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，中正法學集刊，第 52 期，頁 221-258。

溫豐文，2015，土地法，修訂版，台中：自版。

楊宏暉，2013，借地建屋爭議之調和與房地分離的權源自治選擇，政大法學評論，第 131 期，頁 169-247。

楊松齡，2015，實用地法精義，15 版，台北：五南圖書公司。

劉春堂，2010，判解民法物權，修訂 7 版，台北：三民書局。

劉春堂，2011，民法債編通則（一）契約法總論，增修版，台北：自版。

蔡明誠，2010，民法普通地上權修正之評析，月旦法學雜誌，第 180 期，頁 5-22。

鄭玉波（黃宗樂修訂），2014，民法物權，修訂 18 版 3 刷，台北：三民書局。

鄭冠宇，2015a，民法物權，5 版，台北：自版。

鄭冠宇，2015b，民法債編總論，台北：自版。

謝在全，1997，民法物權論（下），修訂版，台北：自版。

謝在全，2014a，民法物權論（上），修訂 6 版，台北：自版。

謝在全，2014b，民法物權論（下），修訂 6 版，台北：自版。

謝哲勝，1995，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，財產法專題研究，台北：三民書局，頁 129-142。

謝哲勝，2013，土地法，3 版，台北：翰蘆圖書公司。

謝哲勝，2014，民法物權，增訂 4 版 2 刷，台北：三民書局。

謝哲勝，2015，司法院司法智識庫：最高法院 96 年度台抗字第 799 號民事裁定解析，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=pUKPyzSmmpeVd1yE9X-DZNIWciKFmxYmz4N77VzCBTKEQ3LDFaBj1f3NKRY1M20QNOMJcIpW-jvhpSEeCuu0vKcZCSOrE557Q0FV%2bVnpPL5c8Mmwj84wRfTtsrhVvaSBzk-

cI86hNeyWWEzSZNa5WgMQ%3d%3d。

蘇永欽，2008，法定物權的社會成本，尋找新民法，台北：元照出版公司，頁 195-216。

七戶克彥，2013，基本講義 物權法 I 總論・占有權・所有權・用益物權，東京：新世社。

川島武宜、川井健（編者），2007，新版注釈民法 (7) 物權 (2)，東京：有斐閣。

白羽祐三、山田創一，2001，物權法講義，東京：駿河台。

石田穰，2008，物權法，東京：信山社。

石田穰，2010，担保物權法，東京：信山社。

我妻榮、有泉亨、清水誠、田山輝明，2014 年 10 月，我妻・有泉コンメンタール 民法—總則・物權・債權，3 版 3 刷，東京：日本評論社。

近江幸治，2014，民法講義 III 担保物權，2 版補訂 6 刷，東京：成文堂。

河上正二，2012，物權法講義，東京：日本評論社。

柚木馨、高木多喜男（編者），2001，新版注釈民法 (9) 物權 (4)，2 刷補訂，東京：有斐閣。