

房屋承租人優先購買權的 承認與建構

黃 健 彰*

要 目

壹、前 言	二、房屋承租人先買權的通知
貳、承認房屋承租人先買權的理由	三、房屋承租人先買權的效力
一、房屋承租人先買權的效益顯著	四、房屋承租人先買權的主體是否 包括同居人與次承租人
(一)減少變更利用的成本	(一)同居人
(二)減少買受後糾紛發生的可能	(二)次承租人
(三)所有權與使用權合一	五、房屋承租人先買權的客體是否 及於土地
(四)發揮租賃物的最大效益	六、房屋承租人先買權與其他先買 權規定的競合
二、房屋承租人先買權的成本有限	(一)與土地法第三十四條之一先買 權規定的競合
三、房屋承租人先買權符合體系正義	(二)與土地法第一〇四條先買權規 定的競合
四、房屋承租人先買權有立法例可循	
(一)德 國	
(二)中國大陸	
參、房屋承租人先買權的建構	
一、承認房屋承租人先買權的模式	
	肆、結 論

* 臺北大學不動產與城鄉環境學系助理教授，中正大學法學博士。作者感謝謝哲勝、陳忠五、邵慶平等教授與期刊匿名審稿人提供寶貴意見。

投稿日期：一〇〇年八月一日；接受刊登日期：一〇〇年十二月十五日

責任校對：阮玉婷

摘 要

德國與中國大陸均有房屋承租人先買權的規定。按承認房屋承租人先買權，能減少變更利用的成本、減少買受後糾紛發生的可能、讓所有權與使用權合一、發揮租賃物的最大效益。承認房屋承租人先買權的成本有限，且與其他先買權規定比較，尤應承認之。

立法上若欲加以承認，本文偏好採取「法定先買權模式」。於長期租賃的情形，應認為具有先買權的承租人可請求塗銷買受人的所有權移轉登記；於短期租賃的情形，應認為具有先買權的承租人不得請求塗銷買受人的所有權移轉登記。

就得行使先買權的主體而言，房屋承租人的「同居人」亦應賦予先買權。另外，在房屋全部合法轉租的情形，「承租人」與「次承租人」均有先買權，且以「次承租人」為優先。

關鍵詞：優先購買權、優先承買權、優先承購權、先買權、房屋承租人先買權、法定物權、習慣、財產法則、賠償法則

壹、前言

法務部於一九八三年開會討論民法債編修正時，負責租賃部分的楊委員與齡於修正要點中，建議增設「不動產出租人將租賃物出賣或出典時，承租人有優先承受權」的規定，以期促進物之所有與使用合一。¹但多數委員大抵以土地法及耕地三七五減租條例係因應土地政策的需要，僅規定基地與耕地租賃的先買權，因而認為民法中只要增訂此二種先買權規定即可，並未深入討論不增訂其他承租人先買權規定的理由。²

修正前民法第七五七條規定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」二〇〇九年該條文修正為：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」承認「習慣」³得創設物權。修法前，最高法院以「習慣不得創設物權」為由而否定其效力，並著有數則判例者，最主要即為「有物權效力的房屋承租人優先購買權」（以下原則上將「優先購買權」簡稱為「先買權」⁴），例如最高法院三十

¹ 參閱法務部編，民法研究修正實錄——債編部分(二)，頁261-262，2000年1月。

² 同前註，頁282-283。

³ 該「習慣」是否如修法理由所稱僅限於「習慣法」，學者間有不同見解。認為限於習慣法者，例如謝在全，物權法新紀元——物權編通則及所有權之修正，台灣法學雜誌，122期，頁2-3，2009年2月；鄭冠宇，民法物權，頁25，2011年9月2版；曾品傑，民法物權編所有權修正評析——以通則部分為中心，中正法學集刊，27期，頁15-19，2009年11月。認為係指交易習慣者，例如謝哲勝，民法物權，頁62-63，2010年6月增訂3版。但此非本文探討重點，故於此不深究。

⁴ 英文中的right of first refusal (ROFR or RFR), right of preemption, privilege of first refusal, preferential right to purchase, first-refusal-to-purchase option, option of first refusal, first option to buy都是先買權的意思，see Bernard Daskal, *Rights of First Refusal and the Package Deal*, 22 FORDHAM URB. L.J. 461, 463-64 (1995). Preemptive right of purchase與preferential right of purchase也都是先買權的意

一年上字第二二三五號判例：「依民法第七百五十七條之規定，承租人對於租用之房屋，既不得依習慣取得有物權效力之先買權，自難援用民法物權編施行前之十八年上字第一五三號判例，以排斥民法第七百五十七條之適用。上訴人徒以該判例載有凡租房以開設工廠或商店之長期租戶，如依地方習慣應有先買權，固無妨認其習慣有法之效力等語，即謂上訴人長期租房開設酒坊，依某地習慣及上開判例，應有先買權，因而指摘原判決適用法規為不當，亦無足採。」因民法第七五七條規定的修正，最高法院九十九年二月二十三日九十九年度第一次民事庭會議已決定不再援用。⁵

反而是前述判例中提到的最高法院十八年上字第一五三號判例：「凡租房以開設工廠或商店之長期租戶，如依該地方習慣應有先買權，固無妨認其習慣有法之效力。惟認許此種先買權之習慣，

思，*see West Texas Transmission, L.P. v. Enron Corp.*, 907 F.2d 1554 (5th Cir. 1990).

⁵ 其餘不再援用的判例尚有：最高法院30年上字第2040號判例：「民法第七百五十七條規定：物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。此所謂法律，按之採用物權限定主義之本旨，係指成文法而言，不包括習慣在內。故依地方習慣房屋之出租人出賣房屋時，承租人得優先承買者，惟於租賃契約當事人間有以之為契約內容之意思時，發生債之效力，不能由是創設有物權效力之先買權。」同院38年臺上字第269號判例：「上訴人主張訟爭房屋伊有先買權，無非以本院十八年上字第一五三號判例為其依據。第查依民法第七百五十七條之規定，承租人對於租用之房屋既不得依習慣取得有物權效力之先買權，自難援用民法物權編施行前之上項判例，以排斥該條之適用。」附帶一提，判例「不再援用」、「刪除」與「廢止」的使用情形有異。依照最高法院90年度第2次至第4次民事庭會議，90年5月8日的說明：一、不再援用：原來的判例意旨無誤，因修法結果而不再援用。所謂不再援用，係指新法施行後所發生之法律關係，不得再行援用；至於新法施行前所發生之法律關係，則仍可以援用；修正法律有溯及效者，亦包括在內。二、刪除：因法律廢止而予以刪除。三、廢止：因判例意旨依理論及實務甚不妥當而予以廢止。

應以期限較長或無期之租戶為限，若其他短期租戶主張先買權，不獨限制所有權人之處分自由，且於地方之發達暨經濟之流通不無影響，為維持公共之秩序及利益計，縱令該地方有此習慣，於法亦斷難認許。」雖作成於民法物權編施行前，仍有參照餘地。

不過，雖然修法後已承認「習慣得創設物權」，但「有物權效力的房屋承租人先買權」⁶之習慣⁷能否通過民法第二條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」的檢驗，仍待討論。最高法院三十年上字第一三一號判例：「賣產應先問親房之習慣，有背於公共秩序，不能認為有法之效力。」同院十九年上字第一七一〇號判例：「賣產應先儘親房之習慣，有背於公共秩序，不能認有法之效力。」⁸同院三十年上字第一九一號判例：「現行法上並無認不動產之近鄰有先買權之規定，即使有此習慣，亦於經濟之流通、地方之發達，均有障礙，不能予以法之效力。」⁹同院十八年上字第二〇八〇號判例：「(一)族鄰先買之習

⁶ 「有物權效力的先買權」是否為「物權」，可能有不同看法。王澤鑑，民法物權(一)通則·所有權，頁42，2000年3月；蔡明誠，論物權的概念與類型，載：黃宗樂六秩祝賀論文集——財產法學篇(一)，頁119-120，2002年5月；史尚寬，物權法論，頁12、15，1979年5月，均採肯定見解。

⁷ 此外，謝在全，民法物權論(上)，頁48，2010年9月修訂5版，提到：民法施行前之該習慣，於民法施行後，有無成立的可能，尚應依民法第757條修正說明的意旨為斷，不能一概而論。

⁸ 另外，最高法院18年上字第1346號判例：「親房攔產之習慣，不惟舊律有明文禁止，且足長親房把持掙勒之風，于社會經濟毫無實益，不能認為有法之效力。」關於「親屬先買權」，參閱法務部編，臺灣民事習慣調查報告，頁46，2004年7月6版。

⁹ 該判例作成當時雖然未有「不動產之近鄰有先買權」的規定，但請注意現行農地重劃條例第5條規定：「重劃區內耕地出售時，其優先購買權之次序如左：一、出租耕地之承租人。二、共有土地現耕之他共有人。三、毗連耕地之現耕所有權人。」第3款即承認重劃區內耕地出售時，毗連耕地之現耕所有

慣，於經濟之流通地方之發達不無障礙，難予以法之效力。」該等判例雖非針對「有物權效力的房屋承租人先買權」，但由此可知，先買權的習慣有可能因「影響財產的流通」而無效，而經濟分析方法（特別是成本效益的分析方法）應有助於判斷該習慣是否影響財產的流通。

近年來有關先買權的規定愈來愈多¹⁰，先買權的相關問題方興未艾。但可能是現行法並未規定「房屋承租人的先買權」，以致國內相關文獻甚少。或許是因為最高法院早期數則判例一再否定「有物權效力的房屋承租人先買權」之效力，筆者並未尋得有關「房屋承租人先買權」的最近判決，亦未尋覓到有此約定的房屋租賃附合契約。但縱使民間因法院過去一再否定其物權效力而已無此習慣，如果該先買權是有效率的，也可考慮於法律中規定之。因此，具債權或物權效力的房屋承租人先買權究竟能產生多大的效益與成本，

權人的先買權。

¹⁰ 例如2009年民法物權編增訂第824條第7項「共有物變價分割時，共有人的先買權」、民法物權編施行法增訂第8條之5第3、4項「分離出賣區分所有建物的基地，專有部分所有人的先買權」與同條第5、6項「分離出賣區分所有建物的專有部分，基地所有人的先買權」；2007年制定祭祀公業條例第52、53條「祭祀公業土地先買權」；2007年制定地籍清理條例第12、13條「應清理土地先買權」。

其中，民法第824條第7項修正說明：「為使共有人仍能繼續其投資規劃，維持共有物之經濟效益，並兼顧共有人對共有物之特殊感情。」關於該先買權的增訂理由，亦請參閱吳光明，新物權法論，頁243，2009年9月。2009年該增訂規定雖為1999年修正草案所無，但其實最高法院82年度臺上字第895號判決（此判決無法自司法院網站、植根法律網或法源法律網尋得）早已承認此種先買權，參閱謝在全，民法物權論（上），頁637、648（註40），2004年8月修訂3版；最高法院96年度臺抗字第408號裁定與86年度臺上字第1737號判決亦承認此種先買權，後一判決亦請參閱鄭冠宇，民法物權編關於「共有」部分之修正簡析，月旦法學雜誌，168期，頁62，2009年5月。可見在無先買權明文規定的情形，司法實務仍有加以承認的可能。

尤待釐清。

房屋承租人的先買權，牽涉出租人、承租人與買受人（包括潛在買受人）的利益，也涉及資源（房屋）有效利用的問題，更涉及我國各種先買權規範政策的一致性，以及民法債編與物權編的修正，研究價值甚高。本文第貳部分先闡述承認房屋承租人先買權的理由，而由於我國並無房屋承租人先買權的規定，過去也幾乎沒有詳盡探討的文獻，故也介紹房屋承租人先買權的立法例，作為參考；第參部分是房屋承租人先買權的建構，探討其模式、應有的效力、主體、客體及與其他先買權規定的競合；第肆部分是結論。

貳、承認房屋承租人先買權的理由

關於承認房屋承租人先買權的理由，可從以下幾個角度加以說明：

一、房屋承租人先買權的效益顯著

如具有物權效力的承租人的習慣先買權不限於「同樣條件」¹¹

¹¹ 關於「同樣條件」的意義，最高法院82年度臺上字第631號判決：「上訴人劉○細等六人與徐○既以特約約定關於增值稅由買受人即徐○負擔，則他共有人主張優先承購時，亦應接受此項條件，始得為之。」最高法院98年度臺上字第479號判決：「所謂『依同樣條件優先購買』，即指在買賣條件如買賣標的、範圍、價金、付款方式、瑕疵擔保等均相同情形下，地上權人得要求優先成為基地之買受人。易言之，在地上權人行使優先購買權時，對基地之出賣人而言，僅買賣契約之相對人即買受人變更為地上權人而已，其餘因基地買賣契約所生之相關法律關係、所得行使、負擔之權利及義務，要與原應與第三人成立買賣契約所生者並無任何不同。」（亦請參閱陳立夫，土地法類實務見解 編者的話，台灣法學雜誌，130期，頁233，2009年6月。）最高法院100年度臺上字第432號判決：「於執行法院拍賣二筆以上共有土地或建築改良物之情形，若經執行法院代債務人（出賣之共有人）定合併拍賣之條

（特別是其中的「同一價格」），將妨礙財產自由流通，無法由對其效用最高的人（即評價最高、最能有效運用者）取得¹²，故應認為該習慣依民法第二條規定而無效。但如將承租人的先買權限於「同樣條件」，表示對於「承租人」與「有意買受該房屋之人」而言「效用相同」，就此而論，不會妨礙財產自由流通。不僅如此，房屋承租人先買權尚能發揮如下功能：

（一）減少變更利用的成本

如價格相同，其他交易條件也相當時，讓原已利用者取得先買權，出賣人損失的只是形式的相對人選擇自由，卻可確定降低因物的易手所引發的「變更利用之成本」。¹³承認房屋承租人的先買權，可減少承租人搬遷、拆除裝潢與另覓新房等成本，而不當然會增加第三人另覓新房的成本（第三人可能因而不搬遷，而不一定會因此增加另覓新房的成本）。

如不承認承租人的先買權，在租賃關係存續期間，出租人如將租賃物所有權讓與第三人，雖有「買賣（讓與）不破租賃」制度保護承租人，使其能繼續利用，而暫時不發生變更利用的成本。但租賃期間屆滿後，承租人仍應返還租賃物¹⁴，屆時仍發生變更利用的成本。

件，並經拍定人依該條件標買，主張優先承購權之他共有人自應為合併購買之表示，始得認其已依上開「同樣條件」之趣旨合法行使優先承購權。」

（亦請參閱陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，183期，頁204-205，2011年9月）此雖均非針對房屋承租人先買權所為的判決，但仍可供參照。

¹² 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，see RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 13 (8th ed. 2011).

¹³ 蘇永欽，法定物權的社會成本，載：尋找新民法，頁174，2008年9月。

¹⁴ 當然，此時應注意有無土地法第100條關於「收回房屋」規定的適用。

(二)減少買受後糾紛發生的可能

相對於其他有意購買房屋者，由於承租人已使用過標的物，對租賃物較為瞭解，也確知如何使用該屋，其願意購買，事後再主張該標的物不符債務本旨的可能性較低；反之，第三人由於通常未實際使用過該標的物，事後再主張該標的物不符債務本旨的可能性較高。換言之，使承租人取得所有權，可減少事後始發現該標的物不符債務本旨或有瑕疵，而向出賣人主張不完全給付或瑕疵擔保損害賠償請求權等情形（例如出賣人與承租人均認為符合債務本旨，其他買受人認為不符債務本旨），故承認承租人先買權可減少事後糾紛發生的可能性。

(三)所有權與使用權合一

承認房屋承租人的先買權，可使房屋的所有權與使用權合一。如不承認承租人的先買權，在租賃關係存續期間，出租人如將租賃物所有權讓與第三人，雖可能有「買賣不破租賃」制度保護承租人¹⁵，使其能繼續利用，但承租人無法取得所有權，房屋的所有權與使用權分離，未能簡化法律關係；不僅如此，買受房屋的第三人雖因法定契約承擔而成為新的出租人，但相較於原出租人與承租人之間當初原則上是基於自願而訂定租賃契約，新出租人與承租人之間的互信基礎薄弱，對原出租人與承租人之間當初個別明示或默示契約條款的存否與解釋易有歧見，較容易發生紛爭而增加成本。

按「所有權與使用權合一」由於權利主體單一，故原則上會比「所有權與使用權分離」有效率，除非該「所有權以外的使用權人」更能有效運用標的物。¹⁶現行法僅以「買賣不破租賃」制度保

¹⁵ 當然，此時應注意有無民法第425條第2項關於「買賣破租賃」規定的適用。

¹⁶ 與其相類似者，公司法制上「企業所有與企業經營分離」如較有效率，通常

護承租人，和「賦予承租人先買權」的情形對照，使用權人都是同一個承租人，故原則上「所有權與使用權合一」，也就是使承租人直接取得所有權，是比較有效率的。

④發揮租賃物的最大效益

民法第四三二條第一項前段固然規定：「承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物」，但現實上，正如同一般人不會愛惜公物或他人之物，由於房屋並非承租人所有，許多承租人對於承租的房屋並不會盡較高的注意義務，僅抱持「只要租賃物並無毀損、滅失的情形即可」（民法第四三二條第二項參照）的心態，而不會在契約容許的範圍內發揮租賃物的最大效益。如賦予先買權，承租人基於優先購買的期待，對於承租的房屋可能會盡較高的注意義務，對房屋為較長遠的規劃，妥善使用之，而不會短視近利，則房屋耗損的成本即可減少，發揮租賃物的最大效益，承租人可享有較舒適的房屋，出租人則可減少房屋修繕的支出，對雙方均有利。

不論居住用或營業用的租賃，承認房屋承租人的先買權均有上述功能。應注意者，承認房屋承租人的先買權，主要理由並非因為「承租人是經濟上弱者」，因為能買得起房屋而行使先買權者，很難說是經濟上弱者；至於沒有能力購買房屋的人，即便賦予其先買權，現實上也不會主張先買權，故也不易達成「保護經濟上弱者」的功能。

另外要說明的是，第三人於買受該標的物前，通常會查看標的物的情形，如該房屋由承租人占有中，第三人原則上會知道有承租人，¹⁷符合民法第七五七條修法理由提到「習慣物權」的要件——

是因為引進「專業經營」（由股東以外更專業者擔任董事），而不是「企業所有與企業經營分離」本身會產生效益。

¹⁷ 我國目前並無房屋租賃登記制度，立法論上關於此問題的討論，參閱王澤

依一定之公示方法予以公示；在拍賣的情形，辦理強制執行事件應行注意事項四三、(六)亦規定：「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。」故買受人或拍定人原則上均不會有不測損害。但如承租人未占有房屋、未居住其內，甚至出租人尚未交付房屋給承租人，即便承認房屋承租人先買權，亦無法減少變更利用等成本、無法減少事後糾紛發生的可能，故不必承認之。

二、房屋承租人先買權的成本有限

先買權並非在於禁止所有人出賣系爭財產¹⁸，而僅是賦予先買權人依同樣條件優先購買系爭財產。雖然如此，論者有謂：「先買權對於標的物的交易也可能是相當大的障礙，在標的金額龐大、締約條件的構思、協商往往需要投入相當人物力的某些不動產交易，潛在的交易對象考慮到一切談妥後，殺出一個程咬金就會全盤易手，也許一開始就躊躇不前。」¹⁹此論點值得吾人注意。

本文以為，先買權制度確實有其成本²⁰，但就現實情況而言，

鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用及類推適用，載：民法學說與判例研究(六)，頁226，2009年12月；胡天賜，我國民法第425條中有關租賃契約公示制度之法律經濟分析，臺北大學法學論叢，54期，頁198-213、226-231，2004年6月。

¹⁸ See Heather M. Marshall, *Instead of Asking "When," Ask "How": Why the Rule against Perpetuities Should Not Apply to Right of First Refusal*, 44 NEW ENG. L. REV. 763, 783 (2010).

¹⁹ 蘇永欽，同註13，頁195。亦請詳參楊宏暉，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，27期，頁110-111、114-135，2011年9月。

²⁰ See David I. Walker, *Rethinking Rights of First Refusal*, 5 STAN. J.L. BUS. & FIN. 1 (1999).

在目前法制下，如出租人欲出售房屋，承租人既已住在房屋之中，通常是出賣人第一個可能想到的買受人，此時如承租人願意購買，價格也談妥，當然無問題。出租人會將房屋賣給承租人以外的第三人，很可能是「承租人根本不欲購買」（包括無能力購買），或「因出租人希望高價出售，承租人希望低價購買，而導致價格談不妥。」於前者情形，承租人既無意願或能力購買，嗣後通常也不會行使先買權；於後者情形，今出租人會賣給他人，通常是以較高的價格出售，欲低價購買房屋的承租人此時再表示欲購買的情形恐怕亦不多。因此，如在立法政策上承認房屋承租人先買權，現實上應該常發生於法院或銀行的「拍賣」，亦即「出租人非自願性出賣」的情形。²¹而在法院或銀行的「拍賣」，他人事先花大量成本與出賣人協商的情形並不存在。²²

先買權制度還可能有其他成本，例如出賣人或執行法院「調查與判斷有無先買權人」、「通知先買權人」²³的成本等，但只要法律上明確確立「房屋承租人先買權」，這些成本都不大。且承租人先買權的行使期間不長，如參照耕地承租人先買權的規定，於通知達到後僅十日²⁴或十五日²⁵而已。即便出租人並未通知，也不代表

²¹ 就現行法明文規定的先買權而言，實務上「出租人欲將基地、耕地賣給他人時，承租人以同樣條件行使先買權」即常發生於法院或銀行的「拍賣」。

²² 當然，有意買受的第三人還可能有尋找標的物、備標等成本，但只要「給予第三人重新報價的機會」，即可避免「殺出一個程咬金就會全盤易手」的情形，詳後述「房屋承租人先買權的建構」。

²³ 就執行法院而言，辦理強制執行事件應行注意事項四四、(一)規定：「不動產經拍定或交債權人承受時，如依法有優先承買權利人者，執行法院應通知其於法定期限或執行法院所定期限內表示願否優先承買。拍定人未繳足價金或承受之債權人逾期未補繳價金與其應受分配額之差額，致再定期拍賣時亦同。」

²⁴ 民法第460條之1第2項準用第426條之2第2項、土地法第107條第2項準用第104

先買權人就可以永久行使此權利（權利失效）²⁶，故通常不會有「法律關係長期不安定」的情況發生。²⁷

房屋承租人先買權的承認不意味著出租人對房屋所有的處分行為均受限制。例如出租人可能直接將房屋贈與²⁸或半買半送²⁹給有

條第2項。

²⁵ 耕地三七五減租條例第15條第1項。

²⁶ 最高法院86年度臺上字第669號判決：「土地法第一百零四條之立法意旨，在於使土地與其上房屋同歸一人所有，既維持房屋與基地權利之一體性，杜絕紛爭，並盡經濟效用；非在使巧取利益。是優先購買權人應在相當期限內行使其權利，若長期不行使，不僅有悖於法之安定性，且嗣後如房地價格高漲，仍許行使優先購買權，尤與法律規定依同樣條件購買之本旨不符。以故，優先購買權人既於所有權人徵詢購買時，明示不願購買，又明知嗣後已有買賣行為，依法得請求優先購買，仍長期數年不行使優先購買權，待價格巨幅上漲後，始行使優先權，主張以數年前之價格優先購買，則其權利之行使，難謂無違反誠信原則。」此為最高法院民事庭所製作具有參考價值之裁判要旨（84年8月至86年12月）。最高法院100年度臺上字第445號判決：「如陳○村等四人明知上訴人買地築路，又非不知悉陳○源或陳○雪售地原委等情，則其四人似已長期沈默，未為主張上訴人與陳○源間所為系爭土地買賣其等有優先承購權，似此行為，是否足引起上訴人之正當信任，以為陳○村等四人及其被繼承人陳○雪當不欲行使優先承購權，乃其再為上開權利之行使，致令上訴人陷於窘境，其有無違反誠實信用原則，自值研酌。」此等判決雖非針對房屋承租人先買權，但仍可供參照。關於前一判決，亦請參閱陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論，104期，頁47，2008年8月；關於後一判決，亦請參閱陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，184期，頁119-120，2011年9月。

²⁷ 前述已廢止的中國大陸最高人民法院《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》第118條前段規定：「出租人出賣出租房屋，應提前三個月通知承租人。」此「三個月」並非「承租人先買權的行使期間」，而是「出租人提前通知承租人的期間」，該「三個月」則有過長之嫌，可能導致出賣人錯失出賣的商機。

²⁸ 內政部40年臺內地字第501號代電：「查土地所有權人將農地或基地贈與父母子女以外之關係人，係屬民法之一種無償贈與行為，與農地或基地出賣純屬

親屬或其他特殊關係的人，此時並無房屋承租人先買權的適用。因為親屬或其他特殊關係人之間的贈與或半買半送是基於彼此的情誼、信任感，往往能減少因交易而帶來的成本，而且此時該屋對出租人的價值當然不會那麼低，出租人所獲得的滿足感大於其價格（有「非經濟利益」存在），而先買權的行使必須以同樣條件為前提，所謂的同樣條件，如果完全只以表面上的價格與價金給付時期、方式等條件為準，是有欠考慮的。出租人與承租人如無類似的特殊關係，出租人自不願意以同樣價格讓與承租人，因為出租人無法獲得同樣的滿足感，換言之，此時如認為承租人有權以同樣價格購買，是無法達到同樣的效益的。

三、房屋承租人先買權符合體系正義

司法院釋字第六六七號解釋理由書末段強調：相關機關允宜考量整體法律制度之「體系正義」，就有關制度適時檢討以為因應。該號解釋並有協同意見書與不同意見書對「體系正義」進行詳盡的闡述。³⁰按我國已有許多先買權的規定，究竟在何種情形應賦予先

二事，承租人自不得依照土地法第一百零四條及第一百零七條規定主張優先承買權。」此實務見解雖非針對房屋承租人先買權，但仍可供參照。

²⁹ 是否為「半買半送」而有爭議時，應由出賣人舉證，以避免出賣人規避先買權，參照謝哲勝，同註3，頁210，關於共有人先買權的說明。

³⁰ 此解釋雖非針對先買權，但仍可供參照，例如大法官陳敏與林錫堯協同意見書：「在整體之各部分間，應協調一致，始能成就該整體。故在法學方法上，一般所重視者，為構成一法律之內部體系。一法律規定，對所規範之事物，不能貫徹其法律原則或法律價值，形成相同事物之不同處理，如無正當理由，即構成違反憲法平等原則之差別待遇。故立法者對特定事物或社會生活事實，已為原則性之基本價值決定後，於後續之立法中，即應嚴守該基本價值，避免作出違反既定基本價值之決定，導致法秩序前後矛盾，破壞法律體系之一貫性與完整性（註四）。此即體系正義（Systemgerechtigkeit）之思維。故在學理上已普遍肯定，得依據法律內部體系之一貫性要求，審查法律

買權，政策上應該要有一致性、平等性，以符合「體系正義」。以下即例示目前已有的先買權其他規定，凸顯房屋承租人先買權承認的必要性。

首先，房屋承租人先買權，雖不如民法第四二六條之二與土地法第一〇四條規定的先買權³¹尚有促使「房地所有權合一」的功能，但仍有上述「減少變更利用的成本」、「減少買受後糾紛發生的可能」、「所有權與使用權合一」（使權利義務關係由繁趨簡）、「發揮租賃物的最大效益」等功能而值得肯認，而與民法第四六〇條之一、土地法第一〇七條與耕地三七五減租條例第十五條規定的耕地承租人先買權之功能類似。法政策上賦予「耕地」承租人先買權，固然尚本於憲法所定扶植自耕農的基本國策（參照釋字第一二四號解釋理由書），但既然「房屋」承租人先買權在前述功能上有類似性，亦應考慮承認之。

其次，民法第九一九條規定典權人的留買權，修正通過條文尚

是否違反平等原則。德國聯邦憲法法院亦常以法規範是否存有違反體系之情形為據，進行平等原則審查（註五）。」大法官許玉秀不同意見書：「不管將體系正義區分為內部體系或外部體系，區分的基本思考，都是在尋找相同的基礎，以及可以區分的不同基礎，此所以體系正義的論述與平等原則的論述雷同。相對於平等原則，體系正義是一個概括條款，具有補充規範的性質。縱使能通過平等原則的具體審查，仍可能透過體系正義截堵，此所以多數意見可以根據體系正義要求立法機關檢討改進。釐清平等原則與體系正義的關係，正好是體系正義的內涵：邏輯的一致性。」

31 民法第426條之2或土地法第104條先買權規定的立法意旨，詳參朱柏松，共有基地租賃之效力與優先承買權之關係，載：民事法問題研究——物權法論，頁147-149，2010年3月；劉春堂，判解民法物權，頁410，2010年10月修訂7版。其中，朱柏松教授從「法律關係之簡化而利於土地行政之推動」的角度，認為「承租人並無任何建物，或承租人之建屋業已滅失，既令租賃期限未屆至，皆應無礙享有優先承買權之餘地」，較為特殊。本文主要並非探討基地承租人的先買權，故不深究此問題。

且強化其效力³²。雖然典權為物權，租賃傳統上被認為是債權，但從前述先買權得發揮的功能來看，既然「房屋的典權人」有法定的留買權，則「房屋的承租人」亦應有先買權³³。

再者，房屋因未辦理繼承登記而被標售，土地法第七十三條之一承認「合法使用人」的先買權，且優先於其他共有人的先買權。合法的房屋承租人屬合法使用人，於該情形有如此優先順位的先買權，而在房屋出賣或拍賣的一般情形，如不賦予承租人先買權，並不妥適。

另外，於共有「耕地」的情形，即便「耕地承租人的先買權」並無如同「基地承租人先買權」有促使「房地所有權合一」的功能，農地重劃條例第五條、土地法第三十四條之一執行要點十一(六)、我國學者多數說³⁴與實務見解³⁵仍認為其優先於「共有人的先

³² 修正前民法第919條規定：「出典人將典物之所有權讓與他人時，如典權人聲明提出同一之價額留買者，出典人非有正當理由，不得拒絕。」修正後該條第1項規定：「出典人將典物出賣於他人時，典權人有以相同條件留買之權。」第2項規定：「前項情形，出典人應以書面通知典權人。典權人於收受出賣通知後十日內不以書面表示依相同條件留買者，其留買權視為拋棄。」第3項規定：「出典人違反前項通知之規定而將所有權移轉者，其移轉不得對抗典權人。」修正理由詳參朱柏松，典權關係中之回贖、別賣與留買權，載：民事法問題研究——物權法論，頁375-376，2010年3月。

³³ 至於該先買權是否應有物權效力，詳後述「房屋承租人先買權的效力」。

³⁴ 例如王澤鑑，民法物權，頁282，2011年8月增訂2版；謝在全，同註7，頁498；溫豐文，共有人之優先購買權，月旦法學教室，38期，頁114，2002年9月；林誠二，民法債編各論（上），頁434，2007年3月修訂2版；溫豐文，土地法，頁127，2012年6月；蔡明誠，共有人依同一條件行使優先承購權之問題，台灣本土法學雜誌，70期，頁151-152，2005年5月；陳立夫，論土地法第一百零四條之基地優先購買權，載：土地法研究，頁144-146，2007年9月；謝哲勝，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，載：財產法專題研究，頁139-142，1995年5月；謝哲勝，土地法，頁130-131，2011年9月2版；王松山，土地法規，頁63，2000年9月修訂9版。

買權」；於共有「房屋」的情形，承認「房屋共有人的先買權」，卻不承認「房屋承租人的先買權」，有違反體系正義之嫌。³⁶

四、房屋承租人先買權有立法例可循

我國法深受德國影響，德國立法例自值重視；而鑑於兩岸文化相似，兩岸交流愈來愈頻繁，兩岸法制比較與分析的重要性也與日俱增，以下即分別介紹德國與中國大陸有關「房屋承租人先買權」的立法例，至於部分學者見解將留待本文探討「房屋承租人先買權的建構」時，再一併介紹與評析。³⁷

(一) 德 國

德國民法典在先買權的規範上分為兩個法域、三部分，兩個法域是指先買權先後設在債務關係法和物權法中；三個部分是分別在債法中特種買賣和關於住房的使用租賃關係以及物權法等三個部分

³⁵ 最高法院92年度臺上字第396號判決：「按土地法第三十四條之一第四項所定之共有人優先承購權，僅有債權之效力，非如同法第一百零四條所定之優先購買權及耕地三七五減租條例第十五條第一項規定之優先承受權，具有相對的物權之效力。出租耕地之共有人依土地法第三十四條之一第四項規定行使優先承購權時，雖可簡化耕地之共有關係，惟耕地之所有與耕地之利用關係仍屬分離。而承租人依耕地三七五減租條例第十五條第一項規定行使優先承受權時，則可使耕地之所有與耕地之利用關係合一，裨盡經濟上之效用，並杜紛爭。故承租人此項優先承受權，應優先於共有人之優先承購權。」

³⁶ 後述中國大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第24條規定：「具有下列情形之一，承租人主張優先購買房屋的，人民法院不予支援：(一)房屋共有人行使優先購買權的；……。」本文欠難贊同，理由參照前引我國學者針對「共有人和用益權人先買權優先順序」的探討文獻。

³⁷ 此外，越南民法典也有房屋承租人先買權的規定，參閱許尚豪、單明，優先購買權制度研究，頁75，2006年11月。不過，日本民法典並無相關規定。

中規範了先買權。因此，德國法上房屋承租人的先買權是屬於債權性質的權利。³⁸

按德國民法將「使用租賃」（供住宅使用）與「收益租賃」（供營業使用）分別規範。德國民法原無房屋承租人先買權的規定，一九九三年七月二十一日「關於修正使用租賃法規定之第四號法律」對民法中的「使用租賃」做了重大修正，增訂第五七〇b條關於「社會公寓承租人就住房之先買權」的規定，而對使用承租人的地位進行保護。³⁹

現行德國民法則將上述規定移列於第五七七條，該條第一項規定：「交給承租人後已設立或應設立住宅區分所有權的出租住房，出賣給第三人時，承租人有權優先買受。出租人將住房出賣給親屬或家屬時，不適用前句的規定。除以下各項另有規定外，該項先買權適用關於先買的規定。」第二項規定：「出賣人或第三人就先買權通知承租人時，應告知出賣人與第三人間買賣契約的內容。」第三項規定：「先買權的行使，以承租人對出賣人的書面表示為之。」第四項規定：「承租人死亡者，其先買權移轉給依第五六三條第一項或第二項加入使用租賃關係的人。」⁴⁰第五項規定：「使

³⁸ 王麗莎，承租人優先購買權的損害賠償研究，中國私法網，http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=5005，一、(二)「物權性還是債權性」，最後瀏覽日期：2011年7月22日。

³⁹ 參閱許尙豪、單明，同註37，頁73；鮑爾、施蒂爾納著、張雙根譯，德國物權法（上冊），頁636、668，2006年3月。

⁴⁰ 德國民法第563條第1項規定：「與承租人過共同家庭生活的配偶，在承租人死亡時加入使用租賃關係。同性生活伴侶，亦同。」第2項規定：「承租人的子女在共同家庭生活者，在承租人死亡時加入使用租賃關係，但以配偶不加入為限。同性生活伴侶的加入，不受承租人子女的加入的影響。其他與承租人過共同家庭生活的家屬，在承租人死亡時加入使用租賃關係，但以配偶或同性生活伴侶不加入為限。與承租人長期過共同家庭生活的人，亦同。」

承租人受不利益的不同約定不生效力。」⁴¹該等規定是賦予「使用租賃」的承租人先買權，德國民法並未規定「收益租賃」的承租人先買權。

(二)中國大陸

在中國大陸，一九九九年施行合同法，該法第二三〇條規定：「出租人出賣租賃房屋的，應當在出賣之前的合理期限內通知承租人，承租人享有以同等條件優先購買的權利。」不過，出租人和承租人之間可在租賃合同中約定，排除這一規定的適用⁴²。此外，上開合同法第二三〇條雖為中國大陸目前關於房屋承租人先買權最主要的規定，但未明確規定「通知的合理期限」與「先買權的效力」。

在合同法施行前，一九八三年中國大陸國務院即已頒布《城市私有房屋管理條例》，該條例第十一條規定：「房屋所有人出賣租出房屋，須提前三個月通知承租人。在同等條件下，承租人有優先購買權。」該條例已被二〇〇八年一月十五日實施的《國務院關於廢止部分行政法規的決定》廢止，廢止原因為：已被《中華人民共和國物權法》、《中華人民共和國城市房地產管理法》與《城市房屋拆遷管理條例》代替。但以上三法其實均無房屋承租人先買權的規定。

再者，一九九四年建設部雖發布《城市公有房屋管理規定》第三十六條第二款規定：「出售出租公有房屋時，承租人有優先購買權。」但《城市公有房屋管理規定》亦早已於二〇〇一年十月十九日廢止。

⁴¹ 以上翻譯均參閱陳衛佐譯注，德國民法典，頁200-201、211-212，2010年6月3版，並為部分文字調整。

⁴² 許尚豪、單明，同註37，頁28。

至於一九八八年最高人民法院《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》第一一八條規定：「出租人出賣出租房屋，應提前三個月通知承租人。承租人在同等條件下，享有優先購買權。出租人未按此規定出賣房屋的，承租人可以請求人民法院宣告該房屋買賣無效。」明確規範「通知的期限」為三個月，而其規定「承租人可以請求人民法院宣告該房屋買賣無效」，而非規定「承租人可以請求出租人承擔賠償責任」，如認為其與我國土地法第一〇四條第二項規定「其契約不得對抗優先購買權人」有相似之處，則此條文似乎有意認為該先買權有物權效力，中國大陸司法實踐中一般也都是如此理解。⁴³

不過，上開第一一八條規定亦已被二〇〇八年十二月二十四日實施的《最高人民法院關於廢止2007年底以前發布的有關司法解釋（第七批）的決定》廢止，廢止原因為：與物權法有關規定衝突。⁴⁴但物權法其實並無房屋承租人先買權的規定，有中國大陸學者認為，上開第一一八條規定和物權法不動產善意取得制度相衝突。該學者認為：上開第一一八條規定，出租人未通知承租人即與第三人締結房屋買賣關係的，不論第三人是否善意，承租人均可以宣告該買賣關係無效，此顯然對於善意第三人利益有欠保護；且依照物權法第一〇六條規定，此時善意第三人完全可以以成立不動產

⁴³ 參閱張鵬，我國房屋承租人優先購買權制度之困境與重構——從《最高法院關於貫徹執行〈民法通則〉若干問題的意見（試行）》第118條被廢止談起，社會科學輯刊，3期（總182期），頁73-74，2009年。王麗莎，同註38，也提到：一般認為其規定確定了此種先買權所具有的物權效力。

⁴⁴ 1988年最高人民法院《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》中的第88條、第94條、第115條、第117條、第118條、第177條已被《最高人民法院關於廢止2007年底以前發布的有關司法解釋（第七批）的決定》（發布日期：2008年12月18日，實施日期：2008年12月24日）廢止（原因：與物權法有關規定衝突）。

善意取得對抗承租人宣告買賣關係無效的請求，故構成了該條款和物權法的衝突。⁴⁵

按中國大陸物權法第一〇六條規定第一款⁴⁶規定：「無處分權人將不動產或者動產轉讓給受讓人的，所有權人有權追回；除法律另有規定外，符合下列情形的，受讓人取得該不動產或者動產的所有權：(一)受讓人受讓該不動產或者動產時是善意的；(二)以合理的價格轉讓；(三)轉讓的不動產或者動產依照法律規定應當登記的已經登記，不需要登記的已經交付給受讓人。」第二款規定：「受讓人依照前款規定取得不動產或者動產的所有權的，原所有權人有權向無處分權人請求賠償損失。」第三款規定：「當事人善意取得其他物權的，參照前兩款規定。」本文以為，該條規定的適用應以「無權處分」為前提，而即便出租人未通知承租人而將房屋所有權移轉給第三人，仍為有權處分，故上開第一一八條規定並不違反物權法第一〇六條規定。⁴⁷其與物權法規定衝突的原因可能是：物權法第五條規定：「物權的種類和內容，由法律規定。」而前揭合同法第二三〇條未規定該先買權有物權效力，上開第一一八條規定卻似乎認為該先買權有物權效力，故有可能違反物權法第五條關於「物權法定原則」的規定。

另外，二〇〇八年最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋（徵求意見稿）》共有以下二條（第二十三條與第二十四條規定）與房屋承租人先買權有關：

徵求意見稿第二十三條【承租人優先購買權的行使】規定：

⁴⁵ 參閱張鵬，同註43，頁70、72、74。

⁴⁶ 條號之下，我國先標明「項」，再細分「款」；中國大陸則先標明「款」，再細分「項」。

⁴⁷ 至於此時有無「善意第三人保護」的問題，容後述。

「承租人具有下列情形之一，請求優先購買權的，不予支持：(一)房屋共有人行使優先購買權的；(二)承租人曾明確表示不予購買的；(三)知道或者應當知道出租人出賣房屋之日起一年內未行使優先購買權的；(四)出租人將房屋出賣第三人並已辦理房屋產權登記過戶手續的；(五)租賃部分房屋的。」所謂「租賃部分房屋的」，有學者表示：「承租人取得優先購買權的基礎條件，是占出租人出賣房屋的總面積的百分之五十以上，超過者，即為有該權利。」⁴⁸不過，依該見解的用語並不精確。如依該見解中的前段：「承租人取得優先購買權的基礎條件，是占出租人出賣房屋的總面積的百分之五十以上」，由於「以上」一詞是「俱連本數」，則承租面積剛好為百分之五十者有先買權，但如依該見解中的後段：「超過者，即為有該權利」，則該承租面積剛好為百分之五十者並無先買權，造成該見解中的前段與後段有矛盾之處。

徵求意見稿第二十四條【優先購買權的保護】規定：「出租人出賣房屋侵害承租人優先購買權，承租人請求確認出租人與第三人之間的房屋買賣合同無效的，應予支持。但承租人同時請求按與第三人購買房屋的同等條件取得租賃房屋所有權的，除出租人同意出售外，不予支持。」關於本條但書規定，其意思並不很明確。學者表示：「其意圖似乎在要另外進行競價，這對出租人的權利保護有好處，但優先購買權變得沒有意義，對此，還值得斟酌。」⁴⁹

經各方針對上開徵求意見稿提出建議後，二〇〇九年九月一日施行最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用

⁴⁸ 楊立新，最高人民法院關於物權法三個司法解釋中涉及到的十個重要問題，楊立新民商法網，<http://www.yanglx.com/disppnews.asp?id=822>，「九、關於承租人的優先購買權的問題」，最後瀏覽日期：2011年7月3日。

⁴⁹ 同前註。

法律若干問題的解釋》⁵⁰，共有以下四條和房屋承租人先買權有關，與上開徵求意見稿相關條文不盡相同：

第二十一條規定：「出租人出賣租賃房屋未在合理期限內通知承租人或者存在其他侵害承租人優先購買權情形，承租人請求出租人承擔賠償責任的，人民法院應予支持。但請求確認出租人與第三人簽訂的房屋買賣合同無效的，人民法院不予支持。」首先，此規定似乎認為該先買權僅有債權效力⁵¹，其與上開已廢止的最高人民法院《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》第一一八條與徵求意見稿第二十四條規定均不相同。其次，該條文與上開合同法第二三〇條均使用「合理期限內通知承租人」的文句，均未明確規定「通知的合理期限」，似均認為上開已廢止的最高人民法院《關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（試行）》第一一八條「三個月」通知期限規定過於僵化。

第二十二條規定：「出租人與抵押權人協議折價、變賣租賃房屋償還債務，應當在合理期限內通知承租人。承租人請求以同等條件優先購買房屋的，人民法院應予支援。」

第二十三條規定：「出租人委託拍賣人拍賣租賃房屋，應當在拍賣五日前通知承租人。承租人未參加拍賣的，人民法院應當認定承租人放棄優先購買權。」

第二十四條規定：「具有下列情形之一，承租人主張優先購買房屋的，人民法院不予支援：（一）房屋共有人行使優先購買權的；（二）出租人將房屋出賣給近親屬，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孫子女、外孫子女的；（三）出租人履行通知義務

⁵⁰ 法釋[2009]11號，2009年6月22日最高人民法院審判委員會第1469次會議通過。

⁵¹ 參閱王麗莎，同註38。

後，承租人在十五日內未明確表示購買的；(四)第三人善意購買租賃房屋並已經辦理登記手續的。」就該條第一項而言，認為房屋共有人先買權優先於房屋承租人先買權，與上開徵求意見稿第二十三條第一項相同；而該條第二項與第三項為新增規定⁵²，第四項則有所修正⁵³。另應注意者，該條並無「租賃部分房屋者，不得主張先買權」的規定，與前述徵求意見稿第二十三條第五項不同。⁵⁴

⁵² 該條第2項應係參考前揭德國民法第577條第1項第2句規定，此涉及「非經濟利益存在」的問題；第3項涉及「行使期間」的問題，均詳參前述「房屋承租人先買權的成本有限」的說明。

⁵³ 有中國大陸學者認為善意第三人構成善意取得，參閱楊立新，《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》的理解和適用，七、(四)、4.「第三人善意取得租賃房屋所有權」，中國民商法律網，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=51360>，最後瀏覽日期：2012年1月16日。本文並不贊同，已如前述。又該條第4項涉及「買受人善意或惡意」的問題，詳參後述「房屋承租人先買權的效力」的說明。

⁵⁴ 關於「租賃部分房屋者，得否主張先買權」的問題，詳參許尙豪、單明，同註37，頁353-354；袁錦秀，優先購買權法經濟學分析，頁155-163，2006年8月。2005年7月26日發布並施行的「最高人民法院關於承租部分房屋的承租人在出租人整體出賣房屋時是否享有優先購買權的復函」（[2004]民一他字第29號）：「江蘇省高級人民法院：你院請示的關於承租部分房屋的承租人在出租人整體出賣房屋時是否享有優先購買全的問題，目前，法律和司法解釋對此均無明確規定。經研究認為：目前處理此類案件，可以從以下兩個方面綜合考慮：第一，從房屋使用功能上看，如果承租人承租的部分房屋與房屋的其他部分是可分的、使用功能可相對獨立的，則承租人的優先購買權應僅及於其承租的部分房屋；如果承租人的部分房屋與房屋的其他部分是不可分的、使用功能整體性較明顯的，則其對出租人所賣全部房屋享有優先購買權。第二，從承租人承租的部分房屋占全部房屋的比例看，承租人承租的部分房屋占出租人出賣的全部房屋一半以上的，則其對出租人出賣的全部房屋享有優先購買權；反之則不宜認定其對全部房屋享有優先購買權。請你院結合以上因素，根據案件具體情況，妥善處理。」司法解釋中的「優先購買全」應為「優先購買權」之誤。

在我國，「部分租賃（或設定地上權）時，有無基地先買權」的問題，95年

中國大陸房屋承租人先買權的實務案例甚多，但其中許多爭議點都是各種先買權可能發生的一般性、共通性問題。⁵⁵

參、房屋承租人先買權的建構

房屋承租人先買權如予承認，則應進一步討論該制度具體建構的問題。本文將重點置於房屋承租人先買權較常發生的特殊問題，原則上並不探討各種先買權都可能發生的一般性、共通性問題，例如「行使先買權後，出賣人與第三人合意解除買賣契約，能否規避先買權」⁵⁶等。

以下先討論房屋承租人先買權的立法模式、通知、效力，再討

12月13日臺灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會民執類提案第17號、司法院94年第4期民事業務研究會——強制執行專題第21則法律問題、司法院02年廳民二字第0109號函，大致上均認為僅得就該承租或設定地上權的部分行使先買權。

⁵⁵ 有關中國大陸房屋承租人先買權實務案例爭議點的分析，詳參袁錦秀，同前註，頁78-82（通知的內容）、82-85（「公告」是否為一種「通知」的方式）、88-91（未按通知期限交付購房款，是否喪失先買權）、95-101（契約效力）、102-104（期間）、109-117（同樣條件）、120-122（出賣人向潛在承租人承諾有優先承租權，該潛在承租人有無先買權）、148-150（與抵押權的衝突）、161-163（數承租人）、171-177（租賃或承攬的認定）、177-179（免費借住與象徵性租金租賃關係有無先買權的適用）。

⁵⁶ 參閱最高法院84年度臺上字第2134號判決：「土地法第三十四條之一第四項所定之他共有人優先承購權，固應以共有人『有效』出賣其應有部分與第三人為基礎。惟如共有人與第三人間之買賣契約已合法存在，於他共有人主張優先購買權後，出賣之共有人與第三人為避免他共有人之行使優先承購，始合意解除買賣契約者，該『合意解除』既在他共有人單獨為『優先承購』之意思表示而行使其優先承購之形成權之後，則共有人與第三人間之原有權利義務關係已有變更，能否再任由渠等合意解除契約，以規避上開法律所定他共有人所得行使之優先承購權之適用？非無疑義。」

論其主體、客體的特殊問題，最後討論與其他先買權規定的競合問題。探討時，亦一併評析立法例與學者見解。

一、承認房屋承租人先買權的模式

目前民間是否仍有「房屋承租人先買權」的習慣，尚須經田野調查方得確認。⁵⁷而不論是否仍有此習慣，既然該先買權的效益通常大於成本，以立法方式明確承認之為宜，而政策上至少有二種模式可供選擇：

(一)法定先買權（statutory right of first refusal）模式：法律直接賦予房屋承租人先買權，但基於契約自由原則，應容許當事人選擇是否以特約排除之。⁵⁸應澄清者，法定先買權模式不是強迫承租人行使先買權，即便當事人在訂約時未以特約排除先買權，於出租人出賣房屋時，承租人當然可以不行使先買權。

(二)意定先買權（right of first refusal contract）模式：法律規定「當事人得約定房屋承租人先買權」，當事人得選擇是否約定之。同樣應澄清者，當事人約定先買權以後，不是強迫承租人行使先買權；於出租人出賣房屋時，承租人同樣可以選擇是否行使先買權。

若採法定先買權模式，法律直接賦予房屋承租人先買權，但當

⁵⁷ 法務部編，同註1，頁265，姚委員瑞光於1983年提到：「社會一般之百姓均認為自己承租房屋居住，對於該房屋應具有此優先權。」民法第757條規定修正後，陳榮隆，互動而成之新物權通則及所有權，月旦法學雜誌，168期，頁40，2009年5月，提到：「有關單位應儘速並定期進行對於各種物權習慣之田野調查，俾便物權習慣之適用。」蘇永欽，為什麼通則不通？——從民法典的角度看物權編通則的修正，載：新物權法的解釋適用研討會學術論文集，頁6，中正大學法律學系、台灣財產法暨經濟法研究協會主辦，2009年5月，則表示：「在台灣應該可以滿足很多人需要的……不動產優先購買權（屬人或屬物）……哪一種有可能經由習慣發生？」

⁵⁸ 中國大陸學說上也認為當事人得以特約排除承租人法定先買權，前已論及。

事人可約定排除先買權，而有排除的成本；若採意定先買權模式，房屋承租人如欲取得先買權，則有約定的成本。

從一個想購買標的物的第三人角度而言，當然希望能低價取得標的物所有權，而此亦可能讓承租人以相同條件捷足先登。因此，有學者認為「法定先買權」可能使有意買受者躊躇不前，導致無法經由市場找到資源的最佳利用者，造成「扭曲競爭機制」的情形。⁵⁹但該學者並未因而全盤否定法定先買權制度，於擔任法務部民法物權編修正草案共有部分審查委員時，就原無先買權規定的修正草案，建議增設並力持「共有人於共有物分割而變價分配時的法定先買權」，並表示：「公開市場競價本有風險，因此如果市場機制本身沒有問題，優先權的設計未必會降低投入競買的意願，目前拍賣實務上的問題毋寧為市場機制本身的問題，不能因此而否定優先權的設計。」⁶⁰

按立法者應作較有效率的財產權指定，採取最能減少交易成本的規定方式；⁶¹財產權的指定，必須是在通常情況下利多於弊。本文以為，從前述房屋承租人先買權的功能來看，既然「賦予房屋承租人先買權」在大多數情形利多於弊，即應考慮採取「法定先買權模式」。若採「意定先買權模式」，則必須考慮當事人約定的現實可能性：由於承租人很可能因約定先買權而須付出較高的租金，導致承租人雖希望取得先買權卻不願意約定先買權，換言之，為了達成原則上「利多於弊」的情形（享有先買權），卻要承租人支付較高的租金，這對承租人有欠公平。

⁵⁹ 參照蘇永欽，同註13，頁203。

⁶⁰ 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（第一冊），頁68、293-294，2009年7月，蘇委員永欽之意見。

⁶¹ 王文宇，從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心，載：民商法理論與經濟分析，頁34，2000年5月。

雖然在採取「法定先買權模式」之後，房屋承租人在許多情形可能還是不行使先買權，但這並不會導致太大的成本。首先，在成立房屋租賃契約時，即便承租人將來並無行使先買權的打算，當事人也不見得要以特約排除先買權。其次，出租人將房屋出賣時，固須通知承租人，但其成本應當不致於過高。德國民法就先買權原則上採取「意定先買權模式」⁶²，但就房屋承租人先買權的情形亦採「法定先買權模式」（前述德國民法第五七七條）。

若房屋的有意買受者因而躊躇不前，表示該屋對該有意買受者的效益沒有特別高；且第三人如真有意購買該房屋，可先與承租人協商（詢問承租人在多少價金的範圍內願意購買），甚至支付一筆對價使承租人預先拋棄先買權⁶³。

⁶² 德國民法第463-473條規定債法上的先買權，第1094-1104條規定物權法上的先買權，原則上均為意定先買權模式，參照陳衛佐譯注，同註41，頁159-161、372-374。

⁶³ 參照最高法院80年度臺上字第2529號判決：「土地法第三十四條之一第四項規定……旨在簡化共有關係與公益無關。共有人之優先承買權雖係於他共有人就其應有部分與第三人成立有效之買賣時始發生，但共有人於他共有人即將成立買賣之際，預先拋棄其即可取得之優先承買權，尚非法之所禁。」臺灣高等法院暨所屬法院84年度法律座談會民事類第17號研討結果：「(一)當事人間訂立拋棄特約時，應具拘束力，蓋土地法第一百零四條規定乃係為保護地上權人、典權人、承租人之利益，尚不具公益色彩，地上權人等既與土地所有權人訂立預先拋棄之特約，於當事人自具拘束力，土地出賣時，地上權人等不得再主張優先承買。(二)基於公益或政策之目的，若某項權利不得拋棄，通常均有法律明文，前述優先承買權雖尚未發生，亦屬期待權，既無不得拋棄之明文規定，在現代工商社會亦不能低估當事人就自身所為之利益衡量及價值判斷之能力，基於契約自由原則，前項特約應屬有效，當事人間具有拘束力，易言之，前述優先承買權得預先拋棄。」蘇永欽，同註13，頁196。司法院釋字第124號解釋雖認耕地三七五減租條例第15條規定的先買權不得預先拋棄，但學者認為不代表其他先買權不得預先拋棄，參閱陳明燦，耕地三七五減租條例中「耕地」範圍界定與辯正——簡評內政部97年7月1日台

當然，儘量減少「法定先買權」可能有的「扭曲競爭機制成本」，是立法論、解釋論上應努力的方向。例如承租人因行使先買權而捷足先登，亦即承租人以同樣條件行使先買權時，第三人如認為標的物對其有較高的價值，而仍欲購買者，應該「給予第三人重新報價的機會」。如第三人提出更高的條件，而承租人仍欲行使先買權，則應以提高後的同樣條件為準。「給予第三人重新報價的機會」可避免承租人取得標的物所有權後，第三人覺得當時出價過低，之後又再與新所有人（原承租人）購買該標的物，而導致增加成本。此雖與目前既有的先買權實務上運作方式不同，但可降低成本，為可考慮的模式之一。⁶⁴先買權於此的主要實益在於課予出賣人通知義務，使承租人知悉有出賣的情事。

應說明者，如依通說見解，先買權為形成權，而依上述模式，該形成權似以「第三人重新報價（提高買賣價金）」為解除條件，是否有效？首先，如果法律明訂或在法律解釋上認為先買權以「第

內地字第097010525號函，載：土地法論——實例研習與裁判評析，頁140，2011年2月。

64 另一種可考慮的模式，是賦予房屋承租人「優先議約權」（right of first negotiation, priority right to negotiate）、「優先要約權」（right of first offer, RFO）。亦即：房屋所有人（出租人）欲出賣房屋時，有「與承租人優先議約」的義務（承租人有優先要約的權利）。雖然房屋所有人與承租人間的買賣契約沒有成立時，房屋所有人即可與第三人成立買賣契約，但如當初房屋所有人與承租人間的買賣契約沒有成立，是因「價金不合意」（房屋所有人出價高，承租人欲買受的價金低），則房屋所有人與第三人間買賣契約的價金必須高於當初承租人欲買受（要約）的價金。Marcel Kahan, *An Economic Analysis of Right of First Refusal*, 3, 8 (New York University, Center for Law and Business, Working Paper No. 99-009, 1999), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11382 (last visited: 2011.07.03), 認為「先買權」比「優先要約權」有價值（但此非僅針對房屋承租人先買權論述）。按「優先議約（要約）權」的進一步問題，已非屬本文探討範圍，故不詳述。

三人重新報價」為解除條件，由於此為表見條件（不真正條件、假裝條件）中的法定條件，而非當事人意定的條件，應無不可。再者，形成權的行使原則上雖不許附條件，但若於相對人的利益無損或經其同意者，則無不可；⁶⁵由於第三人如提高價金，對相對人（出賣人）有利，應認為該條件的附加於相對人的利益無損，而可容許之。

另外，我國實務上認為「執行法院拍定的意思表示是以『先買權人行使先買權』為解除條件」⁶⁶，造成法律關係極不確定，確實可能使有意買受者躊躇不前，這也是先買權的成本。中國大陸二〇〇五年一月一日施行的最高人民法院《關於人民法院民事執行中拍

⁶⁵ 參閱黃陽壽，民法總則，頁302，2009年9月2版。

⁶⁶ 司法院09年廳民二字第1889號函：「司法院第一廳研究意見：按優先承買權屬形成權性質，因優先承買權人一方表示願依同樣條件優先承買之意思，買賣契約即為成立。如其行使優先承買權後，未依期限交付價金，依民法第二百二十九條第一項規定即陷於給付遲延，執行法院應依同法第二百五十四條規定，為限期履行之催告，逾期仍未履行者，即代執行債務人向優先承買權人為解除契約之意思表示。惟契約經解除後，原拍定人之地位，並不因而當然回復。蓋執行法院為拍定之意思表示，原係所有以優先承買權人行使優先承買權時即不為拍定之解除條件。今優先承買權人既已行使其權利，解除條件既已成就，原拍定之意思表示已失其效力，此時執行法院應將拍賣之不動產定期再行拍賣，再行拍賣所得利益如少於原拍賣價金及費用者，應由原優先承買權人依民法第三百九十七條第二項之規定，負賠償其差額之責任。惟……所謂『同樣條件』或『賣典條件』，應係指買賣契約之一切條件，而非僅限於買賣價金之數額而已。法院拍賣不動產，一般皆定為拍定後七日內繳清價金，此項定期繳交價金之訂定，自亦為買賣重要條件。故如執行法院對優先承買權人之通知，已載明須於一定期間內表示願否依同樣價格優先承買並應同時繳清價金，逾期即視為放棄者，則優先承買權人僅於期限內表示願優先承買，而並未同時繳納價金時，應認其並未於期限內為『依同樣條件』優先承買之表示，依法仍應認為放棄優先承買權。此際原拍定之效力仍屬存在，執行法院自可通知原拍定人繳款，並於繳納完畢後發給不動產權利移轉證書。」

賣、變賣財產的規定》第十四條第一款規定：「人民法院應當在拍賣五日前以書面或者其他能夠確認收悉的適當方式，通知當事人和已知的擔保物權人、優先購買權人或者其他優先權人於拍賣日到場。」第二款規定：「優先購買權人經通知未到場的，視為放棄優先購買權。」第十六條第一款規定：「拍賣過程中，有最高應價時，優先購買權人可以表示以該最高價買受，如無更高應價，則拍歸優先購買權人；如有更高應價，而優先購買權人不作表示的，則拍歸該應價最高的競買人。」前述二〇〇九年九月一日施行的最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第二十三條規定：「出租人委託拍賣人拍賣租賃房屋，應當在拍賣五日前通知承租人。承租人未參加拍賣的，人民法院應當認定承租人放棄優先購買權。」該等規定課予先買權人「參加拍賣、於拍賣日到場」的「對己義務」（不真正義務），違反者則生「失權效果」——視為放棄（拋棄）先買權，平衡「有意買受者」與「先買權人」雙方的利益，這對先買權人不會製造太大的成本，卻能使法律關係在拍賣過程中基本上就確定下來，減少先買權可能引發的「扭曲競爭機制」之成本，並同樣減少前述「承租人行使先買權後，第三人再與新所有人購買」的情形，不無參考之處。

二、房屋承租人先買權的通知

房屋承租人先買權的通知義務人是出賣人（即出租人）。但出賣人的通知義務，旨在使承租人知悉買賣條件而得行使先買權。承租人倘已知悉買賣事實、買賣條件，包括由買受人通知而承租人未能於知悉後一定期間內行使先買權，縱出賣人未為通知，承租人的先買權亦應視為放棄。⁶⁷

⁶⁷ 參照臺灣高等法院99年度再易字第131號確定判決：「出賣人之通知義務，旨

出賣人通知先買權人的方式，宜以書面為之，以作為證據之用。但書面通知在於使承租人知悉其買賣行為而得行使先買權，並無謹慎、公示或行政之目的，僅係作為證據之目的，縱無書面，若

在使他共有人知悉買賣條件而得行使優先承購權，土地法關於通知之方式，既未為限制，他共有人倘已知悉買賣事實、買賣條件，而未能於知悉後十日內行使其優先承購權，縱出賣人未為通知，其優先承購權亦應視為放棄。」但最高法院99年度臺上字第1699號判決：「按民法第四百二十六條之二及土地法第一百零四條所定之「基地承租人之優先承買權（優先購買權）」，係基於各該法律之規定，對「基地出賣人」而生「先買特權（先買權）」之形成權，此項優先承買權對出賣人具有相對之物權效力，承租人一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，亦即請求出賣人按其與第三人約定之同樣出賣條件補訂書面契約。是以上揭二條文所稱之「出賣條件以書面通知」及「出賣通知」者，係專指「出賣人」將同樣出賣條件（諸如買賣標的、範圍、價金、付款、瑕疵擔保等是）對優先承買權人而為通知而言，不包括買受該基地第三人之通知在內，此觀民法第四百二十六條之二第二項增訂「前項情形，『出賣人』應將出賣條件以書面通知優先承買權人。優先承買權人於通知達到後十日內未以書面表示承買者，視為放棄」，並於第三項增設「『出賣人』未以書面通知優先承買權人而為所有權之移轉登記者，不得對抗優先承買權人」，暨土地法第一百零四條第二項規定「前項優先購買權人，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。『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」等文字，並參照八十八年四月二十一日增訂民法第四百二十六條之二及六十四年七月二十四日修正土地法第一百零四條規定時，所揭棄「為達到使用與所有合一之目的，促進物之利用並減少糾紛，爰參照土地法第一百零四條規定，增訂本條」及「為保護現有基地或房屋所有權人、承租人或其他合法使用人之權益」之立法意旨自明。」（關於後一判決，亦請參閱陳忠五，民事類實務見解 編者的話，台灣法學雜誌，171期，頁138-139，2011年3月；陳忠五，2010年民事法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，40卷特刊，頁1739-1740，2011年10月。而林誠二，優先承買權之效力與行使期間——最高法院九十九年度臺上字第一六九九號民事判決評釋，月旦裁判時報，10期，頁31-38，2011年8月，贊同該判決見解。）本文則以為，後一判決見解如導致系爭承租人仍得行使先買權，則是過度囿於文義，且從該判決引用的立法意旨，無法得出該結論。

有其他證據足以證明確有通知的行為，仍生通知的效力。⁶⁸

三、房屋承租人先買權的效力

基地租賃與耕地租賃⁶⁹基本上均為長期租賃，有保障其長期投資的必要，故基地租賃與耕地承租人的先買權在立法政策上均賦予（相對）物權效力⁷⁰。但房屋租賃有可能為長期租賃或短期租賃，其先買權效力說明如下：

於「長期租賃」的情形，房屋承租人通常有長期投資的期待、規劃，投入較多的成本。買受人縱使已取得房屋所有權，只要尚未

⁶⁸ 參照最高法院98年度臺上字第96號判決：「依民法第四百六十條之一第二項準用同法第四百二十六條之二第二項規定，耕作地出租人出賣耕作地時，出賣人固應將出賣條件以書面通知優先承買權人，惟依土地法第一百零七條規定，則未有以書面通知之限制，土地法係民法之特別法，自應優先適用。況上開民法所定書面通知，無非使承租人知悉其買賣行為而得行使優先承買權，並無謹慎、公示或行政之目的，僅係作為證據之目的，縱無書面，若有其他證據足以證明確有通知之行為，仍難謂不生通知之效力。」（關於此判決，亦請參閱陳忠五，民事類實務見解 編者的話，台灣法學雜誌，132期，頁189-190，2009年7月）。另外，「通知的書面是否排除電子簽章法的適用」之問題，參照法務部(90)年法律字第0910700139號之附件二：應排除電子簽章法適用之文書、書面或簽名或蓋章之項目如下：「一、……七、民法第四百二十六條之二、第四百六十一條之一。」

⁶⁹ 耕地三七五減租條例第5條前段規定：「耕地租佃期間，不得少於六年。」此一規定對不定期耕地租賃與公有耕地租賃均有適用，分別參閱最高法院47年臺上字第1568號判例。51年度第4次民、刑庭決議(三)，51年7月10日。最高法院民刑事庭決議暨全文彙編上冊，2001年、最高法院民刑事庭決議暨全文彙編上冊，2003年。亦請參閱黃立編（吳秀明執筆），民法債編各論（上），頁298，2006年2月。

⁷⁰ 所謂的「物權效力」又可分為「無效說」與「撤銷說」，參閱黃茂榮，租賃，載：債法各論（第一冊增訂版），頁133（特別是註122），2006年9月再版。但此非本文重點，故不深究。

有太多成本的支出⁷¹，而房屋承租人仍得主張先買權時，為確保房屋承租人的長期投資期待、規劃，政策上宜優先保護房屋承租人。按法律經濟學上所謂的「財產法則」(property rule)即在於誘導人們從事長期的投資規劃，增加財貨的產出，⁷²故此際應依財產法則而認為行使先買權的房屋承租人可請求塗銷買受人的所有權移轉登記⁷³。

於「短期租賃」的情形，由於房屋承租人通常並無長期投資的期待、規劃，在買受人已取得房屋所有權時，政策上宜優先保護買受人，而沒有必要使承租人非取得房屋所有權不可，故應依「賠償法則」(liability rule)⁷⁴，認為：買受人如已取得房屋所有權，則

⁷¹ 買受人取得標的物所有權的時間愈長，愈可能支出較大的成本，故先買權行使期間不宜過長。

⁷² 參閱謝哲勝，民法的經濟分析，載：法律經濟學，頁205，2007年5月。關於「財產法則」與「賠償法則」，see Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1089-1128 (1972); Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies*, 80 TEX. L. REV. 219, 219-60 (2001); Richard R. W. Brooks, *The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral*, 97 NW. U.L. REV. 267, 267-317 (2002); Stewart E. Sterk, *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights*, 106 MICH. L. REV. 1285, 1285-335 (2008).

⁷³ 至於是直接請求買受人塗銷登記，或須依民法第242條代位義務人行使之，有不同見解，詳參林誠二，同註67，頁36-37。

⁷⁴ Liability rule一般翻譯為「賠償法則」或「補償法則」，而不翻譯為「責任法則」。因為即便僅就「民事責任」而言，「責任」一詞也可包括「履行責任」、「返還責任」與「損害賠償責任」等。其中，「履行責任」、「返還責任」及「損害賠償責任中的回復原狀」相當於property rule，「損害賠償責任中的金錢賠償」始相當於liability rule。又由於此處出賣人對先買權人就其「違法」行為應負損害「賠償」責任，故本文譯為「賠償法則」，而不譯為

具有先買權的短期房屋承租人除已依土地法第七十九之一第一項與土地登記規則第一三七條規定，就先買權辦理預告登記外⁷⁵，不得請求塗銷買受人的所有權移轉登記，短期房屋承租人原則上僅得於有損害時，請求出賣人賠償，至多參照土地登記規則第九十七條第三項規定⁷⁶與最高法院九十五年度臺上字第221四號判決要旨⁷⁷、同院九十一年度臺上字第122四號判決要旨⁷⁸、同院八十

「補償法則」。另有將property rule翻譯為「歸屬原則」，將liability rule翻譯為「歸責原則」者，參閱王文字、陳忠五、謝哲勝、李木貴，從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心，載：民法研究③，頁389，1999年10月，蔡教授明誠的翻譯。

75 參照最高法院31年上字第2958號、33年上字第5160號、33年上字第5764號、40年臺上字第104號、46年臺上字第1860號等判例，就修法前「僅具債權效力的耕地承租人先買權」的說明（其中，因修法之故，最高法院33年上字第5160號與33年上字第5764號判例經91年度第15次民事庭決議，91年11月19日，不再援用）。

76 土地登記規則第97條第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於期限內表示願以同樣條件優先購買或出賣人未依通知條件出賣者，登記機關應駁回其登記之申請。」其中，「依前二項規定申請之登記」係指「申請土地移轉登記」；「優先購買權人」包括同條第1項提到的「依土地法第三十四條之一第四項規定之優先購買權人」（傳統上認為該先買權僅具「債權效力」）。

77 該判決要旨：「為實現應由優先承購的共有人優先購買的立法目的，於該共有人行使優先承購權後，原承買人即不得請求出賣的共有人所有權移轉登記。」（臺灣高等法院97年度重上字第547號判決也採此見解）謝哲勝，債權物權相對化，月旦法學教室，69期，頁10-11，2008年7月，贊成該最高法院判決見解。關於該判決涉及的問題，參閱民事類實務見解 編者的話，台灣本土法學雜誌，93期，頁317，2007年4月（本期期刊未標出編者姓名）。

另外，臺灣臺南地方法院94年度訴字第531號判決：「然所謂物權效力或債權效力，二者之差別主要在於土地所有權已辦畢移轉登記者，僅具有債權效力之優先購買權即歸於消滅，而具有物權效力者，則仍得追及主張之。」（筆者未尋得本件上訴審判決，可能是當事人未上訴）該判決強調各種先買權規定的效力，差別主要在於土地所有權「辦畢移轉登記之後」，反面推論的結

三年度臺上字第一五二九號判決要旨⁷⁹、行政院八十一年度判字第一九七七號判決要旨⁸⁰，而認為「為實現應由優先承購的房屋承租人優先購買的立法目的，於該承租人行使先買權後，原承買人即不得請求出賣人房屋所有權移轉登記。」但應注意者，短期房屋承租人如已就先買權辦理預告登記且尚未依土地登記規則第一四六條規定塗銷之，而地政機關仍將房屋所有權移轉登記給買受人，則房屋承租人得依土地法第七十九之一第二項規定，主張原所有人（登記名義人）就其房屋所為的處分，對於所登記的先買權有妨礙而應為無效，請求塗銷買受人的所有權移轉登記。

果，似可認為「辦畢移轉登記之前」，各種先買權規定的效力並無太大的不同，而不強調「具有債權效力的先買權人僅可請求出賣人賠償損害」。

最高法院98年度臺上字第734號判決則一方面表示土地法第34條之1第4項所規定之先買權乃物權之先買權；另一方面又表示未踐行該項通知義務，亦僅生應否負損害賠償責任問題。

78 該判決要旨：「查土地法第三十四條之一第四項既規定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，即賦予他共有人優先購買權，除出賣之應有部分已移轉外，倘他共有人已主張優先購買權，原出賣之共有人及承買人即不得拒絕。原審謂共有人之優先購買權僅有債權效力，參加人就系爭土地應有部分有優先購買權，固經判決確定，惟丁○○仍得依系爭買賣契約請求甲○○將系爭土地應有部分移轉登記予伊，爰命甲○○將系爭土地應有部分移轉登記與丁○○，並依丁○○追加之聲明，為甲○○、乙○○應為代償給付之諭知，尙有未合。」

79 該判決要旨：「土地法第三十四條之一第四項既規定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，即賦予他共有人優先承購權，除出賣之應有部分已為移轉外，倘他共有人已主張優先承購權，原出賣之共有人及承買人即屬不得拒絕。原審謂上開優先承購權僅係共有人間之權義關係，並無對抗第三人之效力，他共有人羅○香、羅○孝、羅○治縱已行使優先承購權，亦不得對抗被上訴人，故被上訴人仍得請求上訴人移轉系爭土地所有權云云，非無可議。」

80 該判決要旨：「申請土地移轉登記完畢前，優先購買權人以書面提出異議者，除其優先購買權已依法視為放棄者外，登記機關應駁回登記之申請。」

至於長期與短期的區分點，容有討論空間，或可參考民法第四二二條規定，租期逾一年者為長期，一年以下（包括一年）者為短期。而不定期租賃，不論是當事人原本的契約就是未定期限，或是基於民法第四二二條或第四五一條等規定的擬制，雖然民法第四五〇條第二項本文規定各當事人得隨時終止契約，但由於有土地法第一〇〇條「出租人收回房屋限制」的特別規定⁸¹，承租人可能有長期投資的期待、規劃，故宜比照長期租賃處理。而承認房屋承租人先買權的前述最高法院十八年上字第一五三號判例，也將無期租賃比照長期租賃處理。

至於期限逾五年的長期租賃或未定期限者，房屋承租人先買權的行使不以該租賃經公證者為限。就「買賣不破租賃」而言，民法第四二五條第二項雖規定：「前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。」姑不論此項增訂妥適與否⁸²，該項規定的主要目的在於以公證的方式，避免出租人與俗稱的「海蟑螂」虛設期限逾五年或未定期限的租賃契約以妨礙強制執行。但在強制執行的拍賣，承租人如主張先買權，終究必須將買賣價金交給執行法院，故不必擔心有「虛設租賃以妨礙強制執行」的情形發生。且就基地或耕地租賃契約而言，期限逾五年的長期租賃或未定期限者，承租人先買權的行使不以該租賃經公證者為

81 不定期租賃有土地法第100條規定的適用，並無疑義；定期租賃有無土地法第100條各款規定的適用，則有不同見解，詳參溫豐文，同註34，頁314；楊松齡，實用土地法精義，頁320，2012年3月12版；謝哲勝，同註34，頁297-309、314-321。須補充說明的是，即便認為定期租賃有土地法第100條規定的適用，但如當事人約定短期的定期租賃，探求當事人短期租賃約定的意旨，承租人應仍無長期投資的期待、規劃。

82 溫豐文，台灣民法典物權優先效力規定之施行經驗，月旦民商法雜誌，3期，頁135-136，2004年3月，對此項增訂有所質疑。

限；故就房屋租賃而言，期限逾五年的長期租賃或未定期限者，承租人先買權的行使亦不以該租賃經公證者為限。

因此，前述中國大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋（徵求意見稿）》第二十三條規定：「承租人具有下列情形之一，請求優先購買權的，不予支援：……(四)出租人將房屋出售第三人並已辦理房屋產權登記過戶手續的。……。」就「短期租賃」言，應值贊同；就「長期租賃」與「不定期租賃」言，不具合理性。

至於前述二〇〇九年九月一日施行的中國大陸最高人民法院《關於審理城鎮房屋租賃合同糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》第二十四條則規定：「具有下列情形之一，承租人主張優先購買房屋的，人民法院不予支援：……(四)第三人善意購買租賃房屋並已經辦理登記手續的。」相較於前述徵求意見稿，對於房屋承租人不得主張先買權的情形，增加「買受人係屬『善意』」的要件。不過，如將承租人先買權的要件限縮為「出租人於租賃物交付後，承租人占有中」⁸³，則「第三人不知有承租人存在而善意購買租賃房屋」者，實屬罕見。而且即便買受人不知有承租人存在，大多是有重大過失的情形，在利益衡量上應該還是可以允許承租人主張優先購買房屋。至於如買受人「知有承租人存在，而不知法律賦予其先買權」，於法令明確規定房屋承租人先買權的中國大陸，則屬不知法令的情形，在利益衡量上還是應該可以允許承租人主張優先購買房屋。因為先買權如係出於法律的規定，則任何人對於該法律之規定不得主張善意（*Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat.*）⁸⁴。此與「約定先買權」有可能因「公示的有無」與「買

⁸³ 參閱前述「房屋承租人先買權的效益顯著」之說明。

⁸⁴ 參照鄭玉波，論先買權，載：民商法問題研究(一)，頁425，1980年6月3版。我

受人是否善意且無過失」而影響對買受人的效力⁸⁵，有所不同。

國土地法第104條規定略有相關的問題，參閱司法院(83)年院臺廳民一字第11005號函：「法律問題：甲於民國八十年間將其所有之A地出租與乙在上建屋居住，嗣甲未通知乙即將A地出賣與丙，丙又出賣與丁，均辦妥移轉登記，現丁以無權占有為由，訴請乙拆屋還地，乙則以其有優先承買權對抗，問丁之請求有無理由？討論意見：甲說：……乙對甲已有優先承買權存在，並依物權效力對抗丙。丙將土地出賣與丁，應由丁繼受其瑕疵，丁自不得執其係所有權人對有優先承買權之乙有所主張，故丁之請求無理由。乙說：按依土地法所為之登記，有絕對效力，土地法第四十三條定有明文，丁既信賴丙之土地所有權登記，依上開說明，自己取得所有權，且為保障交易之安全，土地法第四十三條應優先同法第一百零四條之適用。本件丁仍得行使民法第七百六十七條權利，但乙因民法第四百二十五條買賣不破租賃之規定，得以租賃權對抗，故丁之請求無理由。丙說：丁因土地法第四十三條規定信賴登記取得所有權，但因甲、丙間之買賣及移轉登記依土地法第一百零四條無效，故租賃關係仍存於甲、乙間，即丙並未依民法第四百二十五條取得租賃權，自未移轉與丁，故丁得行使民法第七百六十七條之權利，乙不得執甲、乙間租賃權對抗，丁之請求有理由。審查意見：按土地法第四十三條規定，係為保護善意第三人因信賴登記而設，丁向丙買受系爭土地時，應知地上已建有房屋，自應繼受丙之瑕疵，不能以土地法第四十三條對抗乙之優先承購權。討論意見，以甲說為是。研討結果：改採乙說。司法院民事廳研究意見：一、按土地法第一百零四條……承租人之優先購買權具有物權之效力……。出賣人（即出租人）與基地買受人即不得主張於其買賣成立並辦理基地所有權移轉登記後，承租人之優先購買權即歸於消滅。此項效力，不因買受人買受基地後，已輾轉移轉土地所有權於第三人而有異。甲出賣A地與丙時，並未通知乙優先承買，依土地法第一百零四條第二項規定，乙對甲已有優先購買權存在，嗣丙將土地出賣與丁，如均未踐行通知優先購買權人之程式，乙對丁仍得主張原優先購買權，故丁訴請乙拆屋還地，並無理由。二、如依研討結果採乙說，認乙得以租賃權對抗丁，解釋上會導致認為乙已不行使優先購買權，亦即有使乙之優先購買權歸於消滅之虞，不只陷乙於不利，且與乙之真意（見設題意旨）不符，故研討結果採乙說，似非可採。三、本題研討結果，應以甲說為當。」

⁸⁵ 詳參謝哲勝、張靜怡、林學晴，選擇權，頁60、85，2003年9月2版。

四、房屋承租人先買權的主體是否包括同居人與次承租人

房屋承租人先買權的權利主體基本上是承租人，但是否包括同居人與次承租人，則有待探討。

(一)同居人

房屋承租人常會有「同居人」，故有別於基地或耕地承租人的先買權，「房屋承租人之『同居人』有無先買權」的問題會特別凸顯。前述提到的立法例中，德國民法第五七七條第四項規定，承租人死亡者，其先買權移轉給「依該法第五六三條第一項或第二項加入使用租賃關係，而與承租人過共同家庭生活的配偶、同性生活伴侶、子女、其他家屬或與承租人長期過共同家庭生活的人」；也有中國大陸學者在闡述前述該國合同法第二三〇條規定時，提到：「承租人在租賃期間內死亡的，其生前共同居住的人可以按照原租賃合同租賃該房屋，並享有此項優先購買權。」⁸⁶就我國法而言，如承租人死亡，則由其繼承人繼承租賃權，故同居人如為繼承人，則可能享有先買權；若同居人並非繼承人，則無法因繼承而享有先買權。

不過，本文以為，同居人的先買權不僅限於上述繼承租賃權的情形。在房屋承租人並未死亡的情形，租賃契約存在於出租人與承租人之間，而承租人的同居人（包括家屬）雖然在形式上與出租人並無契約關係，但也應該賦予先買權，因為同樣能發揮前述「減少變更利用的成本」、「減少事後糾紛發生的可能」、「所有權與使用權合一」、「發揮租賃物的最大效益」等功能。且參照民法第四二四條規定，「房屋承租人的同居人」本來就在租賃法可能的保護

⁸⁶ 王利明、楊立新、王軼、程嘯（王軼執筆），民法學，頁640，2008年2月2版。

範圍之內，賦予同居人先買權是符合整個法體系的。當然，「是否為同居人」有爭議時，應由欲主張先買權者舉證其為同居人。

至於非屬「同居人」，而單純為「因承租人允許為租賃物之使用、收益之第三人」（民法第四三三條參照），原則上不宜承認其先買權。因為「因承租人允許為租賃物之使用、收益之第三人」既然未居住於該房屋，通常僅為「暫時性」的使用人，賦予其先買權較無法發揮前述提到的功能。同居人固然有先買權，但出租人出賣房屋時僅有通知承租人的義務，應無通知承租人之同居人的義務。按出租人雖僅與承租人成立房屋租賃契約，但除非契約約定「承租人以外之人不得居住其內」或「承租人以外之人居住其內，應經出租人同意」，否則承租人的同居人居住其內原則上不需另經出租人同意，出租人也不一定知道承租人是否有同居人、有哪些同居人，如出租人出賣房屋時，課予其通知承租人之同居人的義務，對出租人過苛。相對而言，同居人既然與承租人同住在房屋中，只要出租人有通知承租人，其同居人應該很容易知悉房屋出賣一事。因此，出租人出賣房屋時，應無通知承租人之同居人的義務。

(二)次承租人

房屋租賃常有轉租的情形，而轉租分為合法轉租與違法轉租。首先，在「違法轉租」的情形，中國大陸通說否定次承租人的先買權。⁸⁷本文亦以為，在違法轉租的情形，次承租人對於出租人無法主張「占有的連鎖」，⁸⁸對於出租人而言為無權占有人，而無權占有人是不得主張先買權的⁸⁹。

⁸⁷ 參閱袁錦秀，同註54，頁196。

⁸⁸ 理由詳參曾品傑，論占有連鎖之實務問題（上）——民法物權編修正草案增訂芻議，台灣本土法學雜誌，93期，頁15-19，2007年4月。

⁸⁹ 參照最高法院49年臺上字第1546號判例：「土地法第一百零四條第一項後段

再者，在出租人同意承租人將房屋全部⁹⁰「合法轉租」的情形，「承租人」（轉租人）與「次承租人」是否均有先買權？在中國大陸，有以下四種不同的觀點：1. 僅由承租人享有；2. 僅由次承租人享有；3. 均享有，但次承租人較優先；4. 均享有，但承租人較優先。⁹¹

如依三十三年司法院院字第二六六三號解釋⁹²就「典權人留買權」闡述的意旨觀之，或許會得出「房屋承租人有先買權，次承租人則無先買權」的結論。⁹³而本文見解如下：

所謂房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權，係指基地出租之情形而言，其基地係被占用者，自無該條項之適用。」與此類似者，租賃或地上權關係消滅後，承租人或地上權人成為無權占有人，法務部79年法律字第16410號函表示：「按定有存續期間之地上權，於期限屆滿時，地上權當然消滅（最高法院六十九年度第七次民事庭會議決議參照）。故土地法第一百零四條第一項有關地上權人享有基地優先承買權之規定，須於基地出賣時該地上權尚屬存續期間，始有其適用。如該地上權已因期限屆滿而消滅，縱尚未依土地登記規則第一百三十一條規定之程式辦理地上權塗銷登記，原地上權人既已不再享有地上權，自不得依土地法前開規定主張優先承買權。」上開實務見解雖非針對房屋承租人先買權，但仍可供參照。

⁹⁰ 至於「部分」轉租的問題，則屬「部分租賃（或設定地上權）時，有無先買權規定之適用」的一般性、共通性問題，本文不擬探討。

⁹¹ 詳參袁錦秀，同註54，頁196-200。

⁹² 解釋文：「耕地經所有人出典後，由典權人出租者，土地法第一百七十三條及土地法施行法第三十七條所稱之出租人為典權人，而非所有人，典權人出賣其對於耕地之典權時（參照民法第三百四十五條第一項、第三百四十八條第二項、第九百十七條第一項），承租人依土地法第一百七十三條之規定，有優先承買之權，土地法施行法第三十七條之通知，應由典權人為之，所有人出賣耕地時，典權人聲明提出同一之價額留買者，依民法第九百十九條之規定，所有人非有正當理由不得拒絕，承租人則無優先承買之權，所有人自不必為土地法施行法第三十七條之通知。」

⁹³ 解釋文中的「典權人」相當於轉租時的「承租人」，解釋文中的「承租人」相當於轉租時的「次承租人」。

就「次承租人」言，次承租人與出租人並無直接契約關係，乍看之下次承租人似乎無法對出租人主張基於契約所生（派生）的權利。但法律的解釋適用應採「實質認定原則」⁹⁴，次承租人直接占有房屋後，既然為實際使用該房屋者，從上述房屋承租人先買權的功能來看，宜承認其先買權，換言之，（次）承租人的先買權固然為從權利⁹⁵，但不以「與出租人有直接契約關係」為必要；先買權的賦予與否，應著重於效益與成本的考量，故我國法上出租人雖不得對次承租人請求支付租金⁹⁶，但不影響先買權承認與否的判斷⁹⁷，這與前述承認「房屋承租人之同居人的先買權」是類似的道理。次承租人之先買權並非從承租人處繼承而來，而主要是基於效益與成本的考量，因此，在承租人預先拋棄先買權時，次承租人仍

⁹⁴ 參閱謝哲勝，總論，載：法律經濟學，頁75，2007年5月。

⁹⁵ 參閱謝哲勝、張靜怡、林學晴，同註85，頁62。

⁹⁶ 附帶一提，日本民法第613條第1項前段則規定，承租人得出租人承諾而轉租（即適法轉租）時，次承租人對出租人負有直接支付租金的義務（同法第266條第2項規定，於地上權準用之）。關於日本契約相對性原則的突破，參閱陳自強，從臺灣債編修正看日本債權法改正，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁323-324，2011年3月。

⁹⁷ 但最高法院45年度臺上字第672號判決：「臺灣省接收之日人私有房屋及其基地，除經已指定作為公用或撥歸公用者外，固以讓售與現住人為原則。現住人，係指遷入居住已申請戶口登記，而讓公產管理機關訂有合法租約，或按月以現住人名義繳納租金之人而言，臺灣省接收日人私有房屋出售規則第二條、第四條定有明文。上訴人遷入系爭房屋居住及申請戶口登記，既係基於與被上訴人之租賃關係，而居於次承租人之地位，並未與公產管理機關訂有合法租約，亦未按月以現住人名義向公產管理機關繳納租金，即非上開規則所謂之現住人，其對系爭房屋顯無優先承買之權。從而被上訴人就該房屋所訂買賣契約之效力如何，其對於該屋有無所有權存在，以及其於承買前向地政機關所為之登記是否適法，均非上訴人所得過問。上訴人所為繳價承購等請求，亦屬無從准許。」則認為次承租人不享有「臺灣省日人私有房屋的先買權」。

得主張先買權。另外，出租人既然同意轉租，次承租人又為實際使用該房屋者，於出租人出賣房屋時，課予出租人通知次承租人的義務，或當出租人通知承租人時，課予承租人協力通知次承租人的義務，均不為過。另應澄清的是，雖有學者主張：「次承租人是真正的弱勢者，給予次承租人優先購買權符合公平正義的原則。」⁹⁸但本文以為，能買得起房屋而行使先買權者，很難說是弱勢者；至於沒有能力購買房屋的人，即便賦予其先買權，現實上也不會主張先買權，故也不易達成「保護弱勢者」的功能，本文前已提過此觀點。

就「承租人」言，雖然中國大陸有學者採上述第2種觀點，而認為：「從效率的角度來看，在一個租賃物上，不宜設定過多優先購買權。……因此，法律只宜保護次承租人的優先購買權。」⁹⁹但本文以為，當次承租人不行使先買權，而由承租人行使先買權時，原本的承租人（即新的房屋所有人）其雖非直接使用房屋者，但其行使先買權可簡化當事人間的法律關係——即從二個租賃關係變為一個租賃關係¹⁰⁰，減少其間糾紛的發生，故從效率的角度來看，反而亦應賦予承租人先買權，而非僅賦予次承租人先買權。須注意者，次承租人有先買權是基於上述價值判斷，並非出於承租人先買權的轉讓¹⁰¹，承租人也不因轉租而當然喪失自己的先買權。

⁹⁸ 許尙豪、單明，同註37，頁228。

⁹⁹ 袁錦秀，同註54，頁200。

¹⁰⁰ 參照最高法院85年度臺上字第874號判決：「按同一物之所有權及租賃權，歸屬於同一人者，租賃權因混同而消滅。」應係類推適用民法第762條本文規定。亦請參閱謝在全，同註7，頁144（註3）；邱聰智，姚志明校訂，新訂債法各論（上），頁312，2008年8月。

¹⁰¹ 關於先買權可否轉讓，參閱林誠二，金錢債權之專屬性，月旦法學教室，83期，頁16，2009年9月；see Jonathan F. Mitchell, *Comment: Can a Right of First Refusal Be Assigned?*, 68 U. CHI. L. REV. 985 (2001).

而承租人行使先買權而取得房屋所有權後，原本的承租人與原本的次承租人之間原有的租賃關係仍為繼續，原本的次承租人仍為直接占有人，新的房屋所有人仍為間接占有人。

「承租人」與「次承租人」均依同樣條件行使先買權時，應認為「次承租人的先買權」較為優先，因為承租人將房屋轉租代表其不需要直接使用，次承租人無疑對使用該房屋有更迫切的需求，而如此也可使房屋所有權與使用權合一。¹⁰²否則，如認為「承租人的先買權」較為優先，則承租人取得所有權後，實際使用該房屋者仍為次承租人，所有權與使用權依然分離，無法徹底簡化法律關係，較無效率。

五、房屋承租人先買權的客體是否及於土地

在中國大陸，物權法第四十七條規定：「城市的土地，屬於國家所有。法律規定屬於國家所有的農村和城市郊區的土地，屬於國家所有。」而農村土地原則上由農民集體所有，出賣城市或農村的房屋時均非同時出賣土地，房屋承租人先買權的客體不及於土地；在德國，由於房屋是土地的重要成分，房屋並非獨立的不動產，出賣房屋時必然同時出賣土地，房屋承租人先買權的客體也當然及於土地。

在我國，土地與房屋均為獨立的不動產，但土地與房屋為同一人所有時，所有人如出賣房屋通常也同時出賣土地。為儘量使土地與房屋為同一人所有，簡化法律關係，此際，房屋承租人先買權的客體在立法政策上宜及於土地；土地與房屋為同一人所有時，於

¹⁰² 合法轉租時，依民法第444條第1項規定，承租人與出租人間的租賃關係，仍為繼續。次承租人行使先買權而成為所有人後，如依民法第425條規定，則原次承租人成為原承租人的出租人。此時，依民法第344條規定，原則上此二租賃契約因債權與債務混同而消滅。

「所有人僅出賣房屋而未同時出賣土地」的少數情形，出賣的客體既然不包括土地，故房屋承租人先買權的客體當然不能及於土地。另外，如土地與房屋為不同之人所有，房屋所有人出賣房屋時，由於土地所有人並非出賣人，而房屋所有人出賣的客體也不包括土地，故房屋承租人先買權的客體當然也不能及於土地。

六、房屋承租人先買權與其他先買權規定的競合

房屋承租人先買權有可能與其他先買權規定發生競合關係，而先買權規定甚多，本文不擬探討所有可能的競合關係，以下僅就較具代表性的土地法第三十四條之一與第一〇四條規定的先買權，提出其與房屋承租人先買權競合關係的基本思考方向。

(一)與土地法第三十四條之一先買權規定的競合

當房屋為數人共有，房屋部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定將全部房屋出賣時，土地法第三十四條之一執行要點十一(一)、最高法院決議¹⁰³與學者多數說¹⁰⁴均認為未同意處分的房屋共有人有先買權。果爾，則房屋承租人與未同意處分的房屋共有人皆有先買權。由於此處先買權的客體為共有物全部，而非應有部分，故欲買受之人與行使先買權之人（共有人或承租人）均為一人¹⁰⁵時，都有「所有權單一化」的結果，因此，「所有權單一

¹⁰³ 參閱78年度第12次民事庭決議(一)，78年5月23日。最高法院民刑事庭決議暨全文彙編上冊，2001年、最高法院民刑事庭決議暨全文彙編上冊，2003年。

¹⁰⁴ 例如王澤鑑，共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合，載：民法學說與判例研究(三)，頁321，2009年12月；溫豐文，同註34，頁127；李鴻毅，土地法論，頁148，2001年2月增修訂25版；陳立夫，土地法第三十四條之一若干問題之探討——最高行政法院九十一年判字第二一四號判決評釋，載：土地法研究，頁118-119，2007年8月；謝哲勝，同註34，頁126-127。

¹⁰⁵ 於共同承租的情形，而行使先買權的承租人又為數人時，究竟是單獨或共同

化」並非此處共有人或承租人先買權能發揮的功能。

此時，如房屋承租人先買權與共有人先買權競合，何者優先？從功能的角度的而言，既然共有人將房屋全部出租，表示共有人並未直接使用房屋，而不論認為房屋承租人先買權是否有物權效力，該先買權均有前述「減少變更利用的成本」、「減少買受後糾紛發生的可能」、「所有權與使用權合一」、「發揮租賃物的最大效益」等較多的功能，又基於「利用權優先於所有權」的理念¹⁰⁶，房屋承租人先買權應較為優先。

(二)與土地法第一〇四條先買權規定的競合

當基地承租人、典權人或地上權人將其所有的房屋出賣時，依土地法第一〇四條規定，基地所有人均有先買權。基地所有人先買權與房屋承租人先買權競合時，則可能有以下二種見解：

第一，如認為「基地所有人先買權」較優先，則基地所有人取得房屋所有權，房屋承租人有可能對其主張民法第四二五條的「買賣不破租賃」。此時，基地所有權與利用權合一，但房屋所有權與利用權分離。其後，房屋出租人與承租人之間，有可能會發生「是否符合土地法第一〇〇條關於出租人收回房屋的規定」、「民法第四三一條第一項關於租賃關係消滅後，有益費用應否償還與其現存增價額認定」等爭執，而有一些糾紛發生可能的成本，例如房屋租賃關係消滅後，房屋承租人主張出租人應償還有益費用；房屋出租人則主張承租人與原本的出租人之間已「明示」或「默示」排除民

優先購買，為各種承租人先買權的一般性、共通性問題，不在本文探討範圍之內。

¹⁰⁶ 關於「利用權優先於所有權」的理念在先買權競合時的運用，參照謝哲勝，同註34，頁139-142。

法第四三一條第一項規定¹⁰⁷，其法定承擔租賃契約後，亦不須償還有益費用。

第二，如認為「房屋承租人先買權」較優先，則房屋承租人取得房屋所有權，倘原房屋所有人與基地所有人間為基地租賃的關係，則依民法第四二六條之一規定，其基地租賃契約，對於房屋受讓人（即行使先買權的原房屋承租人），仍繼續存在；倘原房屋所有人與基地所有人間為地上權或典權的關係，則依民法第八三八條第三項與第九一七條第二項規定，地上權或典權與房屋不得分離而為讓與，亦即房屋承租人受讓房屋所有權時，地上權或典權也一併受讓，故房屋受讓人與基地所有人間仍為地上權或典權的關係。¹⁰⁸無論如何，此時，房屋所有權與利用權合一，但基地所有權與利用權分離。其後，土地所有人與土地用益權人（即房屋所有人）之間，有可能會發生「是否符合土地法第一〇三條關於出租人收回土地的規定」、「民法第四三一條第一項或第九二七條第一項關於租賃關係消滅後或典物回贖時，有益費用應否償還與其現存增價額認定」、「地上權消滅後，得否類推適用民法第四三一條第一項或土地法第一二〇條規定，償還有益費用與其數額認定」¹⁰⁹、「民法第八四〇條或第九二七條第三項至第五項關於建築物應否補

¹⁰⁷ 最高法院29年上字第1542號判例：「民法第四百三十一條第一項之規定並非強制之規定，當事人間如有相反之特約，自應依其特約辦理。」最高法院22年上字第499號判例：「因房屋之承租人就房屋支出有益費用，約定在一定期間內，出租人不得終止契約，增加租金者，如無特別意思表示，不得謂承租人之費用償還請求權即因此約定而當然消滅。」黃茂榮，同註70，頁107（註96），提到：若欲得到相同之結果，比較合理的說明當是認為，排除民法第431條之適用的特約應以「明示」之意思表示的方式為之。

¹⁰⁸ 詳參朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，載：民事法問題研究——物權法論，頁178-181，2010年3月。

¹⁰⁹ 詳參謝在全，民法物權論（中），頁66-67、70，2010年9月修訂5版。

償與延長地上權期間或法定地上權」等爭執，而有甚多糾紛發生可能的成本，例如土地租賃關係消滅後，土地承租人主張類推適用民法第八四〇條第一項規定，請求土地出租人補償¹¹⁰；土地出租人則主張，當事人既未辦理地上權登記，不得類推適用民法第八四〇條第一項規定，故土地承租人不得請求土地出租人補償¹¹¹，而應拆屋還地。

以上二種可能的看法雖利弊互見，但相較而言，不論認為房屋承租人先買權是否有物權效力，如主張房屋承租人先買權較優先，

¹¹⁰ 司法院(84)年廳民一字第13341號函：「法律問題：關於在他人土地上有建築物為目的之十年短期基地租賃，當事人未為地上權之登記，於租期屆滿時，基地上之建築物尚未毀朽者，承租人得否請求出租人按建物之時價為補償？」未被採取的討論意見乙說：「按民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理，民法第一條定有明文。又按日本借地法將以建築物之所有為目的之地上權與租賃權，通稱為借地權，其第二條規定：『借地權之存續期間以所有石造土造磚造或類此之堅固之建築物為目的者，為六十年，以所有其他之建築物為目的者，為三十年』，均較我民法第四四九條二十年之最長期限為長，又該法第四條規定：『借地權消滅時，借地權人如不更新契約，借地權人得請求照時價購買其建築物。』我舊土地法施行法第四四條亦規定：『以所有建築物為目的承租他人之土地，如於租賃契約屆滿時尚有建築物存在者，承租人對於該土地有優先承租權，前項情形，出租人如不再出租，或因其他要求增加租金，致續租契約不能成立時，應按該建築物之估定價值，對於承租人為相當補償。』租地建屋契約如約定短期期限，於建築物所有之目的顯不相符，對未為地上權登記之承租人尤為不利，於此情形似應以上開日本法律及我舊土地法施行法之規定為法理，亦認應依時價為補償，較符合誠信原則。」

¹¹¹ 前開法律問題之審查意見：「租用基地建築房屋，未依土地法第一百零二條之規定，為地上權之登記，不生地上權之效力（最高法院四十三年臺上字第四五四號判例參照）。既不生地上權之效力，自不得適用或準用民法第八百四十條第一項前段之規定，更不得依法理解為承租人亦得請求出租人按建築物之時價為補償，否則土地法第一百零二條豈不成為具文。擬採甲說。」研討結果：照審查意見通過。司法院民事廳研究意見：原研討結果尚無不合。

則無法達成「房地合一」的目標，糾紛發生可能的成本較高，最後土地出租人甚至不排除主張承租人應拆屋還地，有害社會經濟；如主張基地所有人先買權較優先，則有「房地合一」的優點，可簡化法律關係，糾紛發生可能的成本較低，促進效率，故此見解應較為可採。

肆、結 論

二〇〇九年民法物權編修法承認「習慣物權」。修法前，最高法院以「習慣不得創設物權」為由而否定「有物權效力的房屋承租人先買權」的數則判例已不再援用。按承認房屋承租人先買權，能減少變更利用的成本、減少買受後糾紛發生的可能、讓所有權與使用權合一、發揮租賃物的最大效益，而不論居住用或營業用的租賃，承認房屋承租人的先買權均有上述功能，且成本有限。整體而言，對承租人（甚至出租人）有利，可間接促進整體社會的福祉。因此，如民間仍有此習慣，可考慮肯認其效力。而不論是否仍有此習慣，本文以為立法論上均可考慮承認之。

德國與中國大陸均有房屋承租人先買權的規定，可供參考，甚至不排除作為我國民法第一條的「法理」。承認房屋承租人先買權的成本有限，且與其他先買權規定比較，尤應承認之。政策上既然基於承認「耕地」承租人先買權，亦應考慮承認「房屋」承租人先買權。

立法上若欲加以承認，可採取「意定先買權模式」或「法定先買權模式」，本文偏好後者。有關房屋承租人先買權的效力，於「長期租賃」的情形，為保障承租人長期投資期待、規劃，而買受人尚未有過多實際投入的成本，故應認為先買權有物權效力，具有先買權的承租人可請求塗銷買受人的所有權移轉登記；於「短期租

賃」的情形，由於承租人通常並無長期投資的期待、規劃，故應認為先買權原則上僅有債權效力，具有先買權的承租人不得請求塗銷買受人的所有權移轉登記，僅得請求出賣人賠償損害，至多認為「為實現應由優先承購的承租人優先購買的立法目的，於該承租人行使先買權後，原承買人即不得請求出賣人所有權移轉登記。」

在房屋全部合法轉租的情形，「承租人」與「次承租人」均有先買權，皆依同樣條件行使先買權時，應以「次承租人」為優先。此外，在我國，土地與房屋為同一人所有時，如出賣房屋通常也同時出賣土地，此際，房屋承租人先買權的客體在立法政策上宜及於土地。

如採「法定先買權模式」承認房屋承租人的先買權，可增訂條文於民法或土地法。倘規定於民法，由於基地承租人先買權規定於第四二六條之二，故可考慮將房屋承租人的先買權增訂於第四二六條之三¹¹²；倘規定於土地法，由於該法將「房屋租用」與「基地租用」分別規定，關於「房屋租用」的規定是第九十四條至第一〇一條，其中，第一〇一條是關於「房屋租用爭議處理」的規定，故可考慮將房屋承租人的先買權增訂於第一〇〇條之一。從「已有土地法第一〇四條與第一〇七條規定，而民法債編仍增訂第四二六條之二與第四六〇條之一規定」的趨勢來看，可認為先買權是屬於普通法（民法）應該規定的事項，¹¹³且「房屋租賃」為民法「租

¹¹² 另一種考量是增訂於民法物權編，但前提可能是於民法物權編增訂「先買權」一章，並在該章規範各種具物權效力的先買權。

¹¹³ 法務部編，同註1，頁260，負責租賃部分的楊委員與齡於重申租賃的立法原則時認為，應將有關之特別法規定廢止。陳立夫，土地法總點檢，載：土地法研究，頁26，2007年8月，也認為土地法中與民法重複者有檢討刪除的必要。

應注意者，民法物權編修正條文並未增訂相當於土地法第104條地上權人先買

賃」一節的主要適用對象¹¹⁴，故將房屋承租人先買權規定增訂於民法「租賃」一節較佳，而德國與中國大陸房屋承租人先買權也規定於民法或合同法中「租賃」一節或一章。

本文參考民法第四二六條之二規定使用的文字，提出關於「房屋承租人先買權」的草案第一項規定：「出租人出賣租賃房屋時，承租人或其同居人有依同樣條件優先承買之權。」第二項規定：「前項情形，出賣人應將出賣條件通知承租人。承租人或其同居人於通知達到承租人後十日內未表示承買者，視為放棄。」第三項規定：「租賃契約期限逾一年或未定期限，出賣人未通知承租人而為所有權之移轉登記者，不得對抗承租人或其同居人。」

權的規定（民法第919條則有典權人留買權的規定），顯示債編修法者與物權編修法者對此可能有不同看法。另外，如前所述，本文以為先買權規定的理由並非因為「承租人為弱者」，故即便認為民法典應採取「中立規則」，將先買權規定增訂於民法不致於太過違反「中立規則」。關於「中立規則」，詳參蘇永欽，現代民法典的體系定位與建構規則——為中國大陸的民法典工程進一言，載：轉型中的中國大陸法制，頁23-24，2011年5月。

¹¹⁴ 陳自強，契約之內容與消滅，頁176-177，2010年9月。

參考文獻

一、中 文

1. 王文宇、陳忠五、謝哲勝、李木貴，從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心，載：民法研究③，頁287-400，1999。
Wang, Wen-Yeu, Chen, Chung-Wu, Shieh, Jer-Sheng & Lee, Mu-Kuei, The Way to Protect Property Rights from the Perspective of Economics: Focus on Property and Liability Rules, in Civil Law Research III, pp. 287-400, 1999.
2. 王文宇，從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心，載：民商法理論與經濟分析，頁1-86，2000。
Wang, Wen-Yeu, The Way to Protect Property Rights from the Perspective of Economics: Focus on Property and Liability Rules, in Theories of Civil and Commercial Laws and Economic Analysis, pp. 1-86, 2000.
3. 王利明、楊立新、王軼、程嘯，民法學，2版，2008。
Wang, Li-Ming, Yang, Li-Xin, Wang, Yi & Cheng, Xiao, Civil Code, 2d ed., 2008.
4. 王松山，土地法規，修訂9版，2000。
Wang, Sung-Shan, Land Law, 9th ed., 2000.
5. 王澤鑑，民法物權(一)通則·所有權，2000。
Wang, Tze-Chien, Civil Code Part III Rights in Rem: General Provision of Ownership Volume I, 2000.
6. 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用及類推適用，載：民法學說與判例研究(六)，頁193-226，2009。
Wang, Tze-Chien, The Transfer of Ownership Never Annulling Lease: Application, Mutatis Mutandis, and Analogical Application of the Article 425 in Civil Code, in Theories and Judicial Cases of Civil Code VI, pp. 193-226, 2009.
7. 王澤鑑，共有人優先承購權與基地承租人優先購買權之競合，載：民法學說與判例研究(三)，頁317-325，2009。

- Wang, Tze-Chien, Conflicts over the Rights of First Refusal Between the Co-Owners and the Lessee of the Land, in Theories and Judicial Cases of Civil Code III, pp. 317-325, 2009.
8. 王澤鑑，民法物權，增訂2版，2011。
Wang, Tze-Chien, Civil Code Part III Rights in Rem, 2d ed., 2011.
9. 史尚寬，物權法論，1979。
Shih, Shang-Kuan, Civil Code Part III Rights in Rem, 1979.
10. 民事類實務見解 編者的話，台灣本土法學雜誌，93期，頁317-323，2007。
Introduction to Civil Judicial Cases, Taiwan Law Journal, no. 93, pp. 317-323, 2007.
11. 朱柏松，共有基地租賃之效力與優先承買權之關係，載：民事法問題研究——物權法論，頁139-151，2010。
Chu, Peh-Sung, The Relationship Between the Lease and the Right of First Refusal over the Co-Owned Land, in Study on Civil Code: Property Law, pp. 139-151, 2010.
12. 朱柏松，典權關係中之回贖、別賣與留買權，載：民事法問題研究——物權法論，頁375-376，2010。
Chu, Peh-Sung, The Right of Redemption, Selling the Property not Redeemed on the Date of Expiration, and First Purchasing in Dian Relationship, in Study on Civil Code: Property Law, pp. 375-376, 2010.
13. 朱柏松，新修正地上權法規範解釋上若干問題之探討，載：民事法問題研究——物權法論，頁153-187，2010。
Chu, Peh-Sung, A Study on the Issues of New Amendments of Civil Code on the Superficies, in Study on Civil Code: Property Law, pp. 153-187, 2010.
14. 吳光明，新物權法論，2009。
Wu, Gang-Ming, New Property Law, 2009.
15. 李鴻毅，土地法論，增修訂25版，2001。
Lee, Hong-Yi, Land Law, 25th ed., 2001.

16. 林誠二，民法債編各論（上），修訂2版，2007。
Lin, Chen-Erh, *Civil Law: Kinds of Obligation (I)*, 2d ed., 2007.
17. 林誠二，金錢債權之專屬性，月旦法學教室，83期，頁16-17，2009。
Lin, Chen-Erh, *The Exclusion of Monetary Debt Obligations*, *Taiwan Jurist*, no. 83, pp. 16-17, 2009.
18. 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臺上字第一六九九號民事判決評釋，月旦裁判時報，10期，頁31-38，2011。
Lin, Chen-Erh, *The Effects and Duration of Right of First Refusal: A Review of Civil Judgment of Supreme Court 99-Taishan-Tzi-No. 1699*, *Court Case Times*, no. 10, pp. 31-38, 2011.
19. 法務部編，民法研究修正實錄——債編部分(二)，2000。
Ministry of Justice (ed.), *Records of Civil Law: Provisions of Obligations II*, 2000.
20. 法務部編，臺灣民事習慣調查報告，6版，2004。
Ministry of Justice (ed.), *Survey Report on Civil Customs in Taiwan*, 6th ed., 2004.
21. 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（第一冊），2009。
Ministry of Justice (ed.), *Records of Civil Law: Part III Rights in Rem—General Principles, Ownership, Usufruct, Possession, and Execution Act I*, 2009.
22. 邱聰智，姚志明校訂，新訂債法各論（上），2008。
Ciou, Cong-Jhih & Yao, Chih-Ming (revised), *Civil Law: Kinds of Obligation (I)*, 2008.
23. 胡天賜，我國民法第425條中有關租賃契約公示制度之法律經濟分析，臺北大學法學論叢，54期，頁193-233，2004。
Hu, Tien-Tzu, *The Economic Analysis of the Public Announcement of Leasing*, *Taipei University Law Review*, no. 54, pp. 193-233, 2004.
24. 袁錦秀，優先購買權法經濟學分析，2006。

Yuan, Jin-Hsiu, *Economic Analysis of Right of First Refusal*, 2006.

25. 張鵬，我國房屋承租人優先購買權制度之困境與重構——從《最高法院關於貫徹執行〈民法通則〉若干問題的意見（試行）》第118條被廢止談起，*社會科學輯刊*，3期（總182期），頁70-75，2009。

Zhang, Peng, *The Difficulty and Reconstruction of Lessee's Right of First Refusal in Taiwan: From the Viewpoint of the Abolishment of Article 118 of "the Opinions of Supreme Court on Several Questions about Application of 'General Principles in Civil Code' (Trial),"* *Social Science Journal*, no. 3 (total no.182), pp. 70-75, 2009.

26. 許尚豪、單明，*優先購買權制度研究*，2006。

Xu, Shang-Hao & Shan, Ming, *A Study on the System of the Right of First Refusal*, 2006.

27. 陳立夫，*土地法第三十四條之一若干問題之探討——最高行政法院九十一年判字第二一四號判決評釋*，載：*土地法研究*，頁101-124，2007。

Chen, Li-Fu, *Discussion on the Article 34-1 in Land Act—A Review of Supreme Administrative Court 91-Pan-Tz-No. 214*, in *Land Law Research*, pp. 101-124, 2007.

28. 陳立夫，*土地法總點檢*，載：*土地法研究*，頁1-29，2007。

Chen, Li-Fu, *The General Reviews of Land Act*, in *Land Law Research*, pp. 1-29, 2007.

29. 陳立夫，*論土地法第一百零四條之基地優先購買權*，載：*土地法研究*，頁139-161，2007。

Chen, Li-Fu, *Discussion on First Refusal Right over the Land under Article 104 of Land Act*, in *Land Law Research*, pp. 139-161, 2007.

30. 陳立夫，*土地法類實務見解 編者的話*，*台灣法學雜誌*，130期，頁230-233，2009。

Chen, Li-Fu, *Introduction of Judicial Cases of Land Act*, *Taiwan Law Journal*, no. 130, pp. 230-233, 2009.

31. 陳自強，契約之內容與消滅，2010。
Chen, Zu-Ciang, *The Subject Matters and Termination of Contract*, 2010.
32. 陳自強，從臺灣債編修正看日本債權法改正，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁305-329，2011。
Chen, Tzu-Ciang, *From the Reform of Taiwan's Law of Obligations to the Modernization of Japanese Contract Law*, in *Taiwan Civil Law and the Modernization of Japanese Contract Law*, pp. 305-329, 2011.
33. 陳忠五，民事類實務見解 編者的話，台灣法學雜誌，132期，頁189-192，2009。
Chen, Chung-Wu, *Introduction of Judicial Civil Cases*, *Taiwan Law Journal*, no. 132, pp. 189-192, 2009.
34. 陳忠五，2010年民事法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，40卷特刊，頁1699-1755，2011。
Chen, Chung-Wu, *Developments and Reviews in 2010: Civil Law*, *National Taiwan University Law Journal*, no. 40 (Special Edition), pp. 1699-1755, 2011.
35. 陳忠五，民事類實務見解 編者的話，台灣法學雜誌，171期，頁136-143，2011。
Chen, Chung-Wu, *Introduction of Judicial Civil Cases*, *Taiwan Law Journal*, no. 171, pp. 136-143, 2011.
36. 陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，183期，頁202-206，2011。
Chen, Chung-Wu, *Introduction of Judicial Civil Cases*, *Taiwan Law Journal*, no. 183, pp. 202-206, 2011.
37. 陳忠五，民事類實務導讀，台灣法學雜誌，184期，頁119-123，2011。
Chen, Chung-Wu, *Introduction to Civil Cases*, *Taiwan Law Journal*, no. 184, pp. 119-123, 2011.
38. 陳明燦，耕地三七五減租條例中「耕地」範圍界定與辯正——簡評內政部97年7月1日台內地字第0970105525號函，載：土地法論——實例研習與裁判評析，頁138-141，2011。

- Chen, Ming-Tsann, The Establishment and Clarification of “Farm Land” Scope in Rent Reduction to 37.5% Act, in *Land Law: Case Study and Judgment Review*, pp.138-141, 2011.
39. 陳榮隆，互動而成之新物權通則及所有權，*月旦法學雜誌*，168期，頁5-41，2009。
- Chen, Jung-Lung, Interaction and Integration Between General Principles of Rights in Rem and Ownership, *The Taiwan Law Review*, no. 168, pp. 5-41, 2009.
40. 陳衛佐譯注，*德國民法典*，3版，2010。
- Chen, Wei-Zuei (trans.), *German Civil Code*, 3d ed., 2010.
41. 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，*政大法學評論*，104期，頁1-60，2008。
- Chen, Tsung-Fu, The Theory Principles of European Contract Law and Good Faith, *National Chengchi Law Review*, no. 104, pp. 1-60, 2008.
42. 曾品傑，論占有連鎖之實務問題（上）——民法物權編修正草案增訂芻議，*台灣本土法學雜誌*，93期，頁11-19，2007。
- Jseug, Pin-Chieh, The Practical Questions of Possession Chain I: A Legislative Suggestion about the Amendment Bill of Civil Code Rights in Rem, *Taiwan Law Journal*, no. 93, pp. 11-19, 2007.
43. 曾品傑，民法物權編所有權修正評析——以通則部分為中心，*中正法學集刊*，27期，頁1-32，2009。
- Jseug, Pin-Chieh, A Commentary on the Amendment of Rights in Rem under Civil Code in Terms of the Ownership in Taiwanese Civil Code, *National Chung Cheng University Law Journal*, no. 27, pp. 1-32, 2009.
44. 黃立編，*民法債編各論（上）*，2006。
- Huang, Li (ed.), *Civil Law: Kinds of Obligation (I)*, 2006.
45. 黃茂榮，租賃，載：*債法各論（第一冊增訂版）*，頁47-139，再版，2006。
- Huang, Mao-Zong, Lease, in *Civil Law: Kinds of Obligations (Part I Rev. ed.)*, pp. 47-139, 2d ed., 2006.
46. 黃陽壽，*民法總則*，2版，2009。

- Huang, Yang-Shou, *General Principles of Civil Code*, 2d ed., 2009.
47. 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*，27期，頁91-140，2011。
- Yang, Hung-Hui, A Preliminary Study on Law and Economic Analysis of Land Lessee's Right of First Refusal—From the Viewpoints of Economic Efficiency and Transaction Failure, *Property and Economic Law Journal*, no. 27, pp. 91-140, 2011.
48. 楊松齡，*實用土地法精義*，12版，2012。
- Yang, Song-Ling, *Essence of Practical Land Law*, 12th ed., 2012.
49. 溫豐文，共有人之優先購買權，*月旦法學教室*，38期，頁113-114，2002。
- Wen, Feng-Wen, The Rights of First Refusal of Co-Owners, *Taiwan Jurist*, no. 38, pp. 113-114, 2002.
50. 溫豐文，台灣民法典物權優先效力規定之施行經驗，*月旦民商法雜誌*，3期，頁131-140，2004。
- Wen, Feng-Wen, A Study on the Experience of the Implementation of the Civil Code Regarding the Right of Redemption in Taiwan, *Cross-Strait Law Review*, no. 3, pp. 131-140, 2004.
51. 溫豐文，*土地法*，2012。
- Wen, Feng-Wen, *Land Law*, 2012.
52. 劉春堂，*判解民法物權*，修訂7版，2010。
- Liu, Chun-Tang, *Civil Code: Rights in Rem*, 7th ed., 2010.
53. 蔡明誠，論物權的概念與類型，載：黃宗樂六秩祝賀論文集——財產法學篇(一)，頁99-127，2002。
- Tsai, Ming-Cheng, The Concept and Types of Rights in Rem, in *The 60th Birthday Symposium in Honor of Professor Tzong-Leh Hwang: Property Law I*, pp. 99-127, 2002.
54. 蔡明誠，共有人依同一條件行使優先承購權之問題，*台灣本土法學雜誌*，70期，頁151-153，2005。

- Tsai, Ming-Cheng, The Questions of the Rights of First Refusal in the Same Terms of Co-Owners, *Taiwan Law Journal*, no. 70, pp. 151-153, 2005.
55. 鄭玉波，論先買權，載：民商法問題研究(一)，頁415-429，3版，1980。
- Zheng, Yu-Po, The Right of First Refusal, in *Civil and Commercial Laws Research I*, pp. 415-429, 3d ed., 1980.
56. 鄭冠宇，民法物權編關於「共有」部分之修正簡析，*月旦法學雜誌*，168期，頁55-65，2009。
- Jeng, Gung-Yeu, A Brief Commentary on the Amendment of “the Ownership” in Part of Rights in Rem, *Taiwan Law Review*, no. 168, pp. 55-65, 2009.
57. 鄭冠宇，民法物權，2版，2011。
- Jeng, Gung-Yeu, *Civil Code: Rights in Rem*, 2d ed., 2011.
58. 鮑爾、施蒂爾納著、張雙根譯，德國物權法（上冊），2006。
- Baur, Jurgen F. & Rolf Sturmer, Chang, Shuang-Ken (trans.), *German Civil Code: Rights in Rem (I)*, 2006.
59. 謝在全，民法物權論（上），修訂3版，2004。
- Hsieh, Tsay-Chuan, *Civil Code: Rights in Rem (I)*, 3d ed., 2004.
60. 謝在全，物權法新紀元——物權編通則及所有權之修正，*台灣法學雜誌*，122期，頁1-14，2009。
- Hsiehm, Tsay-Chuan, The New Age of Civil Code: Rights in Rem: in Terms of the Amendment of General Principles of Rights in Rem and Ownership, *Taiwan Law Journal*, no. 122, pp. 1-14, 2009.
61. 謝在全，民法物權論（上），修訂5版，2010。
- Hsieh, Tsay-Chuan, *Theory of Civil Code: Rights in Rem (I)*, 5th ed., 2010.
62. 謝在全，民法物權論（中），修訂5版，2010。
- Hsieh, Tsay-Chuan, *Theory of Civil Code: Rights in Rem (II)*, 5th ed., 2010.
63. 謝哲勝，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，載：財產法專題研究，頁129-142，1995。
- Shieh, Jer-Shenq, The Legal Characteristic and Priority Ranking of the Rights of

- First Refusal Enjoyed by the Co-Owners of the Land and the Usufruct Owner, in a Study on Property Law, pp. 129-142, 1995.
64. 謝哲勝、張靜怡、林學晴，選擇權，2版，2003。
Shieh, Jer-Sheng, Chang, Ching-Yi & Lin, Shiue-Ching, The Rights of Option, 2d ed., 2003.
65. 謝哲勝，民法的經濟分析，載：法律經濟學，頁163-258，2007。
Shieh, Jer-Sheng, The Analysis of Economic in Civil Code, in Law and Economic, pp. 163-258, 2007.
66. 謝哲勝，總論，載：法律經濟學，頁1-78，2007。
Shieh, Jer-Sheng, General Principle, in Law and Economic, pp. 1-78, 2007.
67. 謝哲勝，債權物權相對化，月旦法學教室，69期，頁10-11，2008。
Shieh, Jer-Sheng, Relativization of Rights of Obligation and Rights in Rem, Taiwan Jurist, no. 69, pp. 10-11, 2008.
68. 謝哲勝，民法物權，增訂3版，2010。
Shieh, Jer-Sheng, Civil Code: Rights in Rem, 3d ed., 2010.
69. 謝哲勝，土地法，2版，2011。
Shieh, Jer-Sheng, Land Act, 2d ed., 2011.
70. 蘇永欽，法定物權的社會成本，載：尋找新民法，頁159-216，2008。
Su, Yung-Chin, Social Cost of Rights in Rem by Operation of Law, in Search for New Civil Code, pp. 159-216, 2008.
71. 蘇永欽，為什麼通則不通？——從民法典的角度看物權編通則的修正，載：新物權法的解釋適用研討會學術論文集，頁1-15，中正大學法律學系、台灣財產法暨經濟法研究協會主辦，2009。
Su, Yung-Chin, Why the General Principle Is Not Right?—The Amendment of the General Principles of Civil Code: Rights in Rem, in Unpublished Conference Symposium of “Interpretation and Application of New Civil Code: Rights in Rem,” pp. 1-15, Ministry of Justice, Department of Law in National Chung Cheng University & Taiwan Property and Economic Law Institute, 2009.

72. 蘇永欽，現代民法典的體系定位與建構規則——為中國大陸的民法典工程進一言，載：轉型中的中國大陸法制，頁1-56，2011。

Su, Yung-Chin, System and Constructive Rules of Modern Civil Code: A Suggestion for Civil Code in Mainland China, in Legal System in China's Transformation, pp. 1-56, 2011.

二、外 文

1. Brooks, Richard R. W., *The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral*, 97 NW. U.L. REV. 267 (2002).
2. Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).
3. Daskal, Bernard, *Rights of First Refusal and the Package Deal*, 22 FORDHAM URB. L.J. 461 (1995).
4. Lewinsohn-Zamir, Daphna, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies*, 80 TEX. L. REV. 219 (2001).
5. Marshall, Heather M., *Instead of Asking "When," Ask "How": Why the Rule against Perpetuities Should Not Apply to Right of First Refusal*, 44 NEW ENG. L. REV. 763 (2010).
6. Mitchell, Jonathan F., *Comment: Can a Right of First Refusal Be Assigned?*, 68 U. CHI. L. REV. 985 (2001).
7. POSNER, RICHARD A., *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (8th ed. 2011).
8. Sterk, Stewart E., *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights*, 106 MICH. L. REV. 1285 (2008).
9. Walker, David I., *Rethinking Rights of First Refusal*, 5 STAN. J.L. BUS. & FIN. 1 (1999).

The Acknowledgement and Establishment of a Right of First Refusal of a Tenant

Chien-Chang Huang^{*}

Abstract

There are provisions concerning rights of first refusal of tenants in Germany and Mainland China. If we acknowledge a right of first refusal of a tenant, we can reduce costs of altering, reduce possibilities of disputes after buying houses, combine ownership and right of use, and promote efficiency of the thing leased. The costs of acknowledgement of rights of first refusal of tenants are limited. Especially compared with other provisions about rights of first refusal, we shall acknowledge the right of a tenant.

If we acknowledge a right of first refusal of a tenant, this study prefers “a statutory right of first refusal.” In the situation of a long-term rental, we shall hold that a right of first refusal of a tenant may require that the buyer should cancel the registration of the ownership of transferring. In the situation of a short-term rental, we shall hold that a right of first refusal of a tenant shall not require it.

^{*} Assistant Professor, Department of Real Estate and Built Environment, National Taipei University; Ph.D., National Chung Cheng University Law School.

Received: August 1, 2011; accepted: December 15, 2011

“The persons living with the tenants” also have the rights of first refusal. In addition, in the situation of subletting the house leased legally, “the lessee” and “the sub-lessee” all have the rights, and “the sub-lessee” have the preferential right of purchase.

Keywords: Right of First Refusal, Right of Preemption, Privilege of First Refusal, First Right to Buy, Right of First Refusal of a Tenant, Statutory Property, Custom, Property Rule, Liability Rule