

壹、緒論

一、研究動機

民法對共有土地處分、變更及設定負擔，雖已有明定，惟卻須經全體共有人之同意，始得對共有土地為處分¹等行為，造成共有土地利用之阻礙。

為了解決共有土地處分問題，內政部遂著手草擬土地法第三十四條之一條文，原草案內容為「依法得分割或為其他處分之共有土地或建築改良物，共有人不能自行協議分割或處分者，任何共有人得申請該管市縣地政機關調解，調解不成立時，該管市縣地政機關得依任何共有人之聲請，移送該管司法機關審理，並免納裁判費。」。惟該草案送至立法院審議時，立法諸公認為該草案並不能完全解決共有土地處分問題，乃

¹ 處分所指意義為何，學者間有不同之見解：

- 一、王澤鑑：將處分區分為最廣義者，包括法律上處分及事實上處分；廣義者係指法律上處分；狹義者係指不包括負擔行為之處分。（王澤鑑，「民法學說與判例研究（第四冊）」，私人出版，民國七十二年四月，第一二九至一三〇頁。）
- 二、史尚寬：民法第八一九條第二項之處分包括法律上之處分（廣義的處分應包括設定負擔）及事實上之處分。（史尚寬，「物權法論」出版，私人出版，民國四十六年八月，第一四三頁。）
- 三、謝在全：民法上處分有下列幾種不同的涵義：
 - （一）法律上之處分行為：即直接使權利發生變動之法律行為，例如民法第七五九條及第八一九條第一項所規定之處分。（民法第七五九條：「因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權。」；民法第八一九條第一項：「各共有人得自由處分其應有部分。」）
 - （二）法律上與事實上之處分行為：例如民法第八一九條第二項所規定之處分。（民法第八一九條第二項：「共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。」）
 - （三）法律上之處分行為與負擔行為：例如民法第六八條所規定之處分。（民法第六八條：「非主物之成分，常助主物之效用，」而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。主物之處分，及於從物。）
 - （四）法律上與事實上之處分行為，並包括負擔行為：例如民法第七六五條所規定之處分。（民法第七六五條：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」）（謝在全，「分別共有內部關係之理論與實務」出版，私人出版，民國八十四年一月，第九頁。）

參照海商法及民法相關規定²，期能藉由過半數決等原則引入共有土地處分之規定中，增訂了現行之土地法第三十四條之一。

該條文增訂後，仍有許多未盡周詳之處，內政部便將歷年相關解釋函令加以整理歸納，於民國七十五年八月十九日頒定「土地法第三十四條之一執行要點」，並陸續在七十七年、八十三年、八十四年、八十五年、九十年、九十一年及今（九十二）年歷經多次修正，以為共有不動產處分或登記之準據。惟實務上，許多民眾、地政士、不動產從業人員甚至司法機關，常對於法令規定之適用與登記機關有不同之見解，而滋生疑義，故引發本研究之研究動機。

二、研究方法

本研究採行之研究方法為蒐集各項法學著述，研析法條意旨、實務執行及相關疑義，進而提出修法建議。

² 立法院公報第六十四卷第五十四期院會紀錄，民國六十四年七月，第十九頁。

§ 海商法第十一條「共有船舶之處分，及其他與共有人共同利益有關之事項，應以共有人過半數並其應有部分之價值合計過半數之同意為之。」

§ 海商法第十二條「船舶共有人出賣其應有部分時，其他共有人，得以同一價格優先承買。但船舶共有權一部份之出賣，致該船舶喪失中華民國國籍時，應得共有人全體之同意。」

§ 海商法第十三條「船舶共有人，以其應有部分供抵押時，應得其他共有人全體之同意。」

§ 海商法第十七條「船舶共有人，應選任船舶經理人，經理其營業，船舶經理人之選任，應以共有人過半數之同意為之。」

§ 民法第八二〇條「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。共有物之簡易修繕，及其他保存行為，得由各共有人單獨為之。共有物之改良，非經共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意，不得為之。」

貳、共有土地處分等問題之分析

共有土地之處分，以往皆以民法物權編為法源依據，但自土地法第三十四條之一增訂後，使共有土地處分之問題，由具有私法性質之民法轉變成為由公法性質之土地法來規範。惟該法條卻因立法過程過於倉促，自公佈實施以來，產生了下列新的共有土地問題：

一、以必要要件處分共有土地之缺失

土地法第三十四條之一第一項規定，共有人得以共有人過半數及其應有部分過半數或應有部分逾三分之二者（必要要件），即可處分共有土地，導致有心人士藉此必要要件，造成共有土地全部被處分的事實，不僅使不欲處分共有土地之共有人喪失對土地之權利，而且共有人可能以不適當的價格將共有土地出售，在他共有人無法行使優先購買權之情形下（例如共有人處分時，未通知他共有人），將使不欲處分共有土地之共有人產生相當之損失。

二、出租是否適用土地法第三十四條之一第一項之爭議

有關出租是否得適用土地法第三十四條之一第一項之規定，在行政機關及司法機關之函令或判決中有不同的見解，持否定說之函令者，有「內政部七十六年五月二十五台內地第五〇三五三一號函」、「臺灣高等法院暨所屬法院七十八年法律座談會提案民事類第二十四之研究意見」及「最高法院七十九年五月二十九日第二次民庭會議決議」等；而持肯定說之函令者，有「最高法院八十二年度台上字第六六〇號裁判要旨」及「司法行政部民事法律問題彙編三八二」等³。採出租不適用於土地法第三十四條之

³ 內政部 76.5.25 台內地第 503531 號函：「土地法第 34 條之 1 第 1 項規定並未包括租賃。」臺灣高等法院暨所屬法院 78 年法律座談會提案民事類第 24 之研究意見：「本院

一第一項者，乃是以法理結構的觀點，認為出租為利用或管理行為，因此出租不得適用土地法第三十四條之一第一項之規定；採出租得適用土地法第三十四條之一第一項者，乃是從土地法第三十四條之一之立法精神的觀點，認為出租係廣義之共有物處分，為促進共有物之有效率使用，裨益社會經濟⁴，故應有土地法第三十四條之一之適用。因此，出租行為是否得適用土地法第三十四條之一第一項之爭議，可能會造成共有人在適用上的疑惑。

過去裁判上之見解，多數採否定說，認出租共有物為管理行為，並無該法條規定之適用（如 71 年度臺上字第 4199 號、第 5180 號，75 年度臺上字第 166 號，76 年臺上字第 1571 號，但 76 年度臺上字第 2649 號判決則認共有物之出租，為共有物之利用行為，無該法條之適用），僅少數裁判採肯說，認共有物之出租，應依照土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，由共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。（75 年度臺上字第 198 號判決）。按各共有人其應有部分，對於共有物之全部，有使用、收益之權。雖各共有人得自由處分其應有部分，但若涉及共有物之處分、變更及設定負擔，則因影響其他共有人對共有物之使用、收益，自應得共有人全體之同意，始得為之，此觀民法第 818 條、第 819 條之規定自明。土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，對於共有土地或建築物之處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，得以多數決之方式為之，乃民法第 819 條第 2 項規定之特別規定，影響於少數共有人之權益甚鉅，在適用上不宜擴大其範圍，及於共有物之管理。共有物之出租，實乃共有物之管理行為，依民法第 820 條第 1 項規定，除契約另有訂定外，應由共有人共同為之，當無土地法第 34 條之 1 第 1 項規定之適用。」最高法院 79 年 5 月 29 日第二次民事庭會議決議：「土地法第 34 條之 1 係就共有土地或建築改良物之處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權所設之特別規定，共有土地之出租乃共有物之管理行為，與上述所指情形不同，尚無該條規定之適用。共有土地之出賣，既屬共有物之管理行為，則應適用民法第 820 條第 1 項之規定，除契約另有訂定外，由共有人全體共同為之。」最高法院 82 年度台上字第 660 號裁判要旨：「按租賃行為為管理行為，共有之土地倘設有管理人者，管理人之出租所管理之土地，並不逾越其管理之權限，對於土地共有人仍發生租賃之效力。」司法行政部民事法律問題彙編 382：「依 64 年 7 月 24 日公布實施之土地法第 34 條之 1 第 1 項之規定固未有設定負擔之規定，但就其立法意旨以觀，處分變有行為以共有人過半數及其應有部分合計過數之同意行之，或其應有部分合計逾三分之二者亦可，處分變更之行為超過設定負擔之出租行為，法律舉重以明輕，故出租行為亦在上開法條規定適用之列。」

⁴ 謝哲勝，「財產法專題研究」初版，台北：三民書局，民國 84 年 5 月，第 156 頁。

三、分割是否納入土地法第三十四條之一第一項適用範圍之疑義

在土地法第三十四條之一原草案中，僅規定共有人無法協議處分或分割共有土地時，得聲請地政機關調解，調解不成立者，該管地政機關得依任何人之聲請，移送該管司法機關審理，並免納裁判費。其立法理由為，經過地政機關調解而移送法院者，免繳納裁判費。此舉乃期能有助於解決共有土地爭訟與裁判費負擔之問題，並可促進土地利用。

惟現行條文，除將免納裁判費刪除，又增加第一項至第五項，並將原草案移至第六項，未顧及前後條文之整體連貫性。惟揆諸其立法意旨，前後條文乃是為了解決共有土地處分與分割上的困難而增訂，其精神是一致的⁵。因此內政部六十五年七月二十一日台內字第六八九九五一號函及內政部六十七年五月十日台內地字第七八四五三四號函均認為分割得適用土地法第三十四條之一第一項之規定⁶。

惟在司法機關函令或判決中，大都採分割不得適用土地第三十四條之一第一項見解⁷，原因為若分割共有土地，以共有人過半數及其應有部分同

⁵ 吳宏杰，「土地法有關共有土地處分問題之研究」，政治大學地政研究所碩士論文，民國 75 年 6 月，第 30 頁-第 31 頁。

⁶ 內政部 65.7.21 台內地字第 689951 號函：「土地法第 34 條之 1 第 1 項規定所稱處分，包括共有物分割。」

內政部 67 年 5 月 10 日台內字第 784534 號函：「土地法第 34 條之 1 第 1 項規定「共有土地處分」中之買賣行為，屬高度處分行為，既得以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之，則土地分割為「共有土地處分」中之低度處分行為，亦應有該條之適用。」

⁷ 司法院 70.5.15 廳民一字第 0373 號函復台高院：「按民法第 824 條第 1 項規定，共有物之分割，依共有人協議之方法行之，所謂「協議」係指全體共有人協商同意而言，與『議決』不同，故不適用多數決之原則。若協議不諧時，依同條第 2 項規定，法院得因任何共有人之聲請，而為裁判分割，共有人從無欲分割而不得分割情事發生。與土地法第 34 條之 1 第 1 項，專為促進都市計劃之執行、社會經濟之發展以及土地之有效利用，排除民法有關共有物處分之限制，尚屬有別。抑同條第 1 項僅曰「處分」，第 6 項則曰「分割」或「其他處分」，特別將「分割」另為規定，尤應解第 1 項之「處分」，實指分割以外之處分行為而言。」，與本函令有似類的規定如「74 臺上 2561 判例」、「82 年度台上字第 152 號」及「台灣彰化地方法院法律問題座談會研討結論」。

意行之，可能產生分得土地之優劣，由同意分割者自行決定，則顯失公平。

綜合言之，若基於土地法第三十四條之一原立法意旨，則分割應得適用土地法第三十四條之一第一項規定，惟站在公平的立場，似又不宜將分割納入土地法第三十四條之一第一項之適用範圍內。因此，分割是否應納入土地法第三十四條之一第一項範圍內，則仍有待研究。

四、通知並無實質拘束欲處分共有土地者之效力

土地法第三十四條之一第二項規定：「共有人依前項規定為處分、變更或設定負擔時，應事先以書面通知他共有人；其能以書面通知者，應公告之。」，其中「書面通知」為共有人處分共有土地時，應先行通知他共有人之程序。此通知程序之目的，乃為了使共有土地在處分前，能事先告知他共有人，使他共有人有行使土地法第三十四條之一第四項優先購買權的機會。由此可知，共有人分共有土地時，通知他共有人之「書面通知」，乃為共有人應盡之義務及他共有人應享之權益。

惟六十八臺上字第二八五七號判例認為，欲處分或出售之共有人，若通知有瑕疵，並不影響處分行為之效力，即使未踐行通知或公告之程序，對共有人出賣處分之效力尚無影響。該函令的含意為共有人處分共有土地時，可毋須踐行通知程序亦能處分共有土地，此舉使得處分共有土地時，共有人所需踐行之「書面通知」，不具有拘束共有人之實質效力，勢必使他共有人之權益受到影響。

五、他共有人行使全部共有土地之優先購買權僅具債權效力

雖他共有人得否行使全部共有土地之優先購買權在土地法第三十四條之一並無明文規定，惟行政機關鑑於保障少數不同意處分共有土地之共有人之權利，頒布台內字第二一二〇三號函令⁸，使他共有人得於共有人依土地法第三十四條之一第一項處分共有土地時，行使全部共有土地之優先購買權。

惟此項優先購買權為債權效力，因此共有人在處分共有土地時，若未通知他共有人而即自行處分，處分所為之所有權移轉登記仍為有效，而他共有人僅得請求損害賠償，並無法訴請法院塗銷該項所有權移轉登記。因此，債權效力之優先購買權，將無法使他共有人之權利獲得應有的保障，而此優先購買權之功能，將因之而減弱。

六、共有人與地上權人優先購買權之競合

本部分主要欲分析應有部分出賣，而承買人為符合土地法第一百零四條之優先購買權人時，他共有人是否仍享有優先購買權。此問題關涉土地法第一百零四條與第三十四條之一優先購買權之效力及立法目的。

在一般情形下，土地法第三十四條之一與第一百零四條之優先購買權競合，例如出租、設定地上權或典權之共有基地共有人之一出賣其應有部分，基地承租人、地上權人或典權人與他基地共有人之優先購買權競合時⁹，司法判決¹⁰、學說¹¹及貫務見解¹²、¹³通說以土地法第三十四條之一之優

⁸ 台內地字第 21203 號函：「二、（四）部分共有人合於土地法第 34 條之 1 第 1 項之要件處分共有土地時，不同意出售之他共有人，有依同法第 4 項規定以同一價格共同或單獨優先承購之權。 。」

⁹ 六十八年度第五次民事庭庭推總會議決議（三）針對「出租之共有基地共有人之一出售其應有部分時，基地承租人有無依同樣條件優先購買之權？」採肯定說，認為土地法第

先購買權僅具債權效力，而一百零四條地上權人、典權人或承墾人之優先購買權具有物權效力，故以土地法第一百零四條地上權人、典權人及承賣人之優先購買權優先。就法文義而言，第一百零四條第二項規定：「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人。」為三十四條之一所無，就文義解釋而言，一百零四條第一項優先購買權具有物權對抗第三人效力，而三十四條之一第四項僅具債權效力。若自立法過程觀之，民國六十四年修正土地法時，二法條同時修正或

一〇四條並未美制承租人對於基地必須出賣基地之全部始得主張優先購買，且承租人此項優先購買權，優先於三十四條之一他共有人之優先承購權。

¹⁰ 最高法院五十五年台上字第八五三號判例、六十五年台上字第二一一三號判例、六六年台上字第一五三〇號判例、六八年台上字第八五三號判例、六八年台上字第三一四一號判例、六八年台上字第一八一五號判決、六九年台上字第九八九號判決、七十年台再字第二〇六號判決、七六年台上字第二一一一號判、八十八年台上字第二一二六號判決。

¹¹ 謝哲勝認為，三十四之一係為了使土地所有權單一化，但所有權單一化不必然造成使用效率提高，因所有權人可能不使用土地，所以僅賦予債權效力，違反此一規定負債務不覆行損害賠償責任即可。反之，土地法第一〇四條規定使所有權和利用權合一，所有權和利用權合一立刻減少所有權人和利用權人間交易成本，並提高利用權人生產的誘因，經濟作用立即而顯著，因而立法者乃賦與物權效力。此外，參照農地重劃條例第五條規定，優先購買權次序以承賣人先於共有人，其立法理由顯示，亦係為了擴大農場經營規模。第二順利為「現耕」他共有人，復強調現耕，顯示所有權單一化本身亦無法增加經濟效益。是以，謝氏認為其地承租人、典權人、地上權人之優先承購權優先於土地共有人之優先權。參氏著，土地共有人和用益權人優先承購權之探討，法令月刊，第四十五卷第十一期，八十三年十一月，頁二四；氏著，論優先購買權，國立中正大學法學集刊，八十七年七月，頁一四八。

¹² 司法院六十九年十一月三日廳民一字第〇二五〇號函從二法條之立法目的、效力及當時土地政策分析，認為：「土地法第一〇四條第一項所規定之優先承買權，其立法理由在於避免土地所有與利用分離，違反條項規定者，依同條第二項之規定，其買賣契約不得對抗優先承買權人；而同法第三十四條之一第四項所規定之他共有人優先承買權，僅係共有人間權利義務關係，並無對抗第三人之效力，足見前者之效力遠較之後者強大；且現行土地政策之避免土地畸零及所有權分散等，係對農地及空地而言，如地上已由第三人建有房屋，即無保護基地共有人，使其優先承購他共有權人應有部分之必要，故應認土地法第一〇四條第一項之優先承買權，較共有人之優先承買權優先，方合立法本旨。」參照民事法律問題研究彙編，司法院秘書處發行，七十一年一月，頁二六五至二六七。

¹³ 行政實務上，執行要點第十點第八款亦認為三十四條之一第四項之優先買權屬債權性質，

共有人違反此項義務出賣他人並已登記完畢者，僅得請求損害賠償。

增訂，一百零四條增訂第二項程序及效力規定，同時增訂之三十四條之一卻無相同規定。一百零四條修正說明謂：「一、本條規定之承租人優先承購權僅為租賃雙方之權利義務關係，如出賣人違反此項義務，將其基地之所有權賣與他人，並已為權利變更登記時，承賣人僅能請求賠償損害，不得遽指該項買賣契約為無效，但如買受人尚未取得該不動產所有權時，承租人之優先承購權即不受其影響，前經最高法院四十七年台上字第一五二號著成判例。二、惟查耕地三七五減租條例第十五條第三項既已依照憲法第一百四十二條之立法精神規定『出租人如違反前二項規定而與第三人訂立契約，其契約不得對抗承租人』，則最高法院所為土地法第一百零四條之判例，似不應以准許請求賠償損害為已足，而應宣判其契約為無效。三、為配合法第一百四十二條及耕地三七五減租條例之規定，保護現有基地或房屋所有權人、地上權人、承租人或其他合法使用人之權益，爰參照司法院之建議，將土地法第一百零四條修正如上。」¹⁴可知於民國六十四年土地法第四條未增訂第二項前，該條之優先購買權人亦僅具債權效力。

綜上，依物權優先於債權之原則，二法條之優先購買權競合時，應由第一〇四條第一項所定之基地承租人、地上權人或典權人優先於基地共有人優先承買。

行政實務上，針對設定地上權之共有基地，部分共有人依三十四條之一第一項出賣共有土地全部，而承買人為地上權人時，他基地共有人是否仍有權優先購買？內政部八十七年九月九日台內地字第八七七八二六六號函作成肯定釋示。共有人出賣共有土地全部，何以他共有人仍有優先購買權？此係因行政實務上，執行要點第十點第一款規定，部分共有人依三十四條之一第一項規定出賣共有土地（全部），依應在程序上先就其應有部分通知他共有人是否願意優先承買。其理由為「就該共有人而言，仍為出

¹⁴ 參照立法院公報，第六十四卷，第五十四期，院會紀錄，頁四二。

賣其應有部分，對於他共有人之應有部分，僅有權代為處分，並非剝奪他共有人之優先承購權。」認定他共有人於部分共有人出賣共有土地全部，他共有人對於同意出賣共有人之應有部分，仍有優先購買。故此案例雖為共有土地之出賣，基地共有人仍有第四項優先購買權之適用。惟此函釋與前述二法條優先購買權競合時，應以一〇四之優先購買權人為優先之見解，顯有矛盾之處。茲將內政部函關理由歸納如下：

1、就共有人間權益均衡觀點

(1) 執行要點第十點第一款規定係為平衡共有人間權益所為之規定。

(2) 地上權設定時（依第一項多數決設定），他共有人並無優先設定之權利，對他共有人權益之均衡，顯有立法上之缺失。

(3) 三十四條之一立法意旨並非以損害少數共有人權益為目的，為兼顧共有人間權益之均衡，乃設優先購買權之規定。

2、由共有人優先購買取得全部所有權，該地上權人已取得之地上權仍存在於該土地上，不因所有權人不同而受影響。

3、地上權設定及出售時均依第一項多數決為之，自應依三十四條之一之立法意旨優先探究共有人間權益之均衡。

4、結論：故本案共有土地雖已設地上權，於部分共有人依第一項規定再行出售共有土地時，應先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買，如有爭執，再循司法途徑解決。

按執行要點係為執行土地法第三十四條之一而訂定，其第十點第一款規定或為平衡共有土地共有人間權益而為規定，但三十四條之一第四項優先購買權之訂定，自立法過程觀之，並非為兼顧共有人間權益之均衡，而係為簡化共有關係，並促進土地利用，函釋認為三十四條之一為兼顧共有人間權益之均衡，乃設優先購買權之規定，顯有誤解。此外，函釋認為地

上權人之權益並不因所有權人不同而受影響，但依一百零四條規定，其為具有物權效力之優先購買權人，在一般情形下並可優先於他共有人購買共有土地，其權益是否未受損，容有質疑。更須檢討的是，本函釋違反物權優先於債權之法理，立論有誤。更何況，若在此情形下認定地上權人無優先購買權，地上權人當可不予購買，改由出賣人另與第三人訂定買賣契約後，方以地上權人身分主張優先購買，此時並優先於他共有人之優先購買權，縱於登記完畢後，仍可訴請塗銷登記，函釋將變相鼓勵以迂迴方式達地上權人優先購買之目的，並增加處分程序及社會成本。內政部本函釋主要考量點在於他共有人權益之保障，蓋部分共有人依三十四條之一第一項以多數決方式設定地上權時，他共有人並無優先設定之權利，其權利已可能受損，嗣後受行依第一項多數決出賣於地上權人，如以低價方式，他共有人復無反對權利，第二及第三項亦僅為程序規定，對於低價出賣並無實質保障效果，故肯定他共有人得優先購買，以保障他共有人之權益，實可謂用心良苦。然如上所述，地上權人仍可採迂迴方式優先於他共有人購買，函釋效果有限，且函釋違背物權優先於債權之法理，更難自圓其說，若欲達保障他共有人權益之目的，宜採更為妥適之方式，例如以法明文賦予他共有人優先設定地上權之權利等，更不應以有爭執再循司法解決為妥適方式。

綜上所述，本文以為，基地共有人出賣其應有部分時，承受人為地上權人時，他共有人即不得依三十四條之一第四項規定主張優先購買，而若承受人為基地承租人或典權人時，亦應作相同解釋。

此外，設定地上權、典權或出租之共有基地共有人出賣其應有部分，而承受人為共有人之一人或數人時，雖他共有人應無權優先購買¹⁵，若基

¹⁵ 七十二年台抗字第九四號判例參照。

地之地上權人、典權人或承租人主張優先購買時，其於相同理由，應肯定其得優先購買。

七、處分共同共有土地時，法令依據之適用

土地法第三十四條之一第五項規定：「前四項規定，於共同共有準用之。」土地法第三十四條之一第一項至第四項為分別共有土地處分之規定，而因共同共有土地亦有處分的問題存在，故訂定共同共有土地準用分別共有土地處分之規定。分別共有土地與共同共有土地最大差異之處，為前者有應有部分，而後者無應有部分或為潛在的應有部分。在共同共有土地型態中，若具有潛應有部分明確者，則可將其視為與分別共有土地之應有部分相當，故處分共同共有土地時，應可準用土地法第三十四條之一第一項。

在共同共有型態中，有潛在的應有部分明確者，常見者例如合夥及未分割之遺產，合夥人或繼承人對合夥財產或繼承財產有其應有權利比例（股份或應繼分），惟此種權利比例並非如同分別共有之應有部分有明確之持分，其應有部分係潛在的，各共同共有人對共同共有物並無應有部分¹⁶。

依法律或契約成立之共同共有土地，除了依法律或契約內容，處分共同共有土地或祭祀公業土地外，另可依土地法第三十四條之一執行要點第十二點¹⁷規定，或依內政部 94 年 5 月 9 日內授中辦地字第 0940725026 號令辦理，惟目前土地法第三十四條之一執行要點第十二點規定共同共有土

¹⁶ 黃宗樂監修，「地政法規全書」初版，台北：保成文化事業出版公司，民國 82 年 4 月，第 113 頁。

¹⁷ 土地法第 34 條之 1 土行要點第 12 點：「共同共有土地或建物之處分或變更，除法律或契約另有規定外，以共有人過半數之同意行之。」

地處分或變更僅以人數計算並無潛在持分之合計，應修正該要點以正適用上之依據，

八、補償或對價之價值並無合理的認定標準

土地法第三十四條之一訂定時，不僅考量增進共有土地處分之效率，且顧及「少數者」（不同意處分共有土地之共有人）之既有權利之保障。該條文之保障規定為共有人處分共有土地時，對他共有人應得之對價或補償，負連帶清償責任。此舉看似能保障「少數者」之既有權利，惟實質上，可能對「少數者」之權利有保障不周之處。究其原因，為目前土地估價覺度尚未健全，對不動產的做定價額見人見智，導致有心之共有人常藉土地法第三十四條之一多數決之必要要件規定，以不適當的價格出售共有土地，從中獲利，造成「少數者」之既有權利受損而未受到應有的保障。

九、大法官會議釋字第五六二號解釋

司法院大法官於九十二年七月十一日舉行之第一二二三次會議中，就最高法院八十九年度台上字第一九八三號判決所適用之「土地法第三十四條之一執行要點」第十二點規定，有違憲疑義，聲請解釋案，作成釋字第五二六號解釋。

土地法第三十四條之一第一項規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」同條第五項規定：「前四項規定，於共同共有準用之。」其立法意旨在於兼顧共有人權益之範圍內，促進共有物之有效利用，以增進公共利益，同條第一項所稱共有土地或建築改良物之處分，如為讓與該共有物，即係讓與所有權；而共有物之應有部分，係指共有人對共有物所有權之比例，性質與

所有權並無不同，是不動產之應有部分如屬共同共有者，其讓與自得依土地法第三十四條之一第五項準用第一項之規定，內政部七十七年八月十八日台（77）內地字第六二一七六七號函頒修正之「土地法第三十四條之一執行要點」第十二點規定：「分別共有土地或建物之應有部分為數人所共同共有，共同共有人就該應有部分為處分、變更或設定負擔，無本法條第一項之適用」，於上開範圍內，就共同共有人共同共有不動產所有權之行使增加土地法上揭規定所無之限制，應不予適用。

參、文獻回顧

隨著經濟高度發展，土地需求亦會相對提高，由於土地資源有限，因此土地共有型態便因應而生。以下將針對共有土地處分之相關文獻予以回顧，以進一步了解共有土地處分之內涵。

一、吳宏杰之「土地法有關共有土地處分問題之研究」

作者主要針對土地法第三十四條之一增訂後，在「解決共有土地處分上困擾問題」、「促進土地利用與兼顧他共有人權益」、「簡化共有關係」、「共同共有土地準用之問題」及「地政機關調解」等項目之實施成效分析檢討。

作者認為在「解決共有土地處分上困擾問題」項目上，成效是明顯而權益項目上，該條文第二項「事先通知或公告」並無明確之期限，對他共有人權益有侵害之嫌，又該條文第三項「對價或補償之標準」並無補充之規定，形成有心人士作為侵害他共有人財產之工具；在「簡化共有關係」項目上，優先承購權之規定，惟僅具債權效力，不足以貫徹簡化共有關係之精神；在「共同共有土地準用之問題」項目上，繼承人或合夥人僅須共有人數過半數即可處分共同共有土地，對於權利比例較大者，勢必受到不利之影響；在「地政機關調解」項目上，並非須經該條文第六項聲請地政機關調解不可，且調解縱已達該條文第一項之必要要件，若他共有人提出異議，處分亦不成立，使該條文第六項規定流於虛設。

由上述論文所提及之「促進土地利用與兼顧他共有人權益」、「簡化共有關係」及「共同共有土地準用之問題」等項目之成效並不盡良

好，此意謂著共有人依土地法第三十四條之一處分共有土地時，不同意處分共有土地之共有人應有之權益並未受到應有的實質保障。尤其在「促進土地利用與兼顧他共有人權益」項目之成效良窳，將攸關該條文執行時是否符合公平之最重要的關鍵因素。

土地法第三十四條之一主要立法意旨乃在排除民法過份的保障私權，而使多數人之權利行使受到保障。以多數決之必要要件為處分共有土地之規定，固然保障了欲處分共有土地之共有人之權利行使，惟若對不同意處分共有土地之共有人之既有權利之相關保障措施不周全者，則將可能使其權利受到影響。甚至有心人假藉該條文之必要條件作為侵害他共有人財產之工具，實有違憲法保障人民財產權之宣示。因此以多數決之必要要件作為處分共有土地之要件時，應注意對不同意處分共有土地之共有人之既有權利之保障，以符合公平原則。

二、內政部之「台灣民間共有土地權利之研究」

本篇文章主要針對「祭祀公業土地」及「其他共有土地」狀況予以探討，並分析其所存在的問題。其中就「其他共有土地」而言，其問題有權利關係複雜問題、處分困難問題、未能有效利用問題、分割困難問題、欠稅問題及法令規定不周問題。對於「其他共有土地」問題並提出解決對策，有共有土地地籍之清理、共有土地分割之實行與共有土地法令之修訂與宣導。

由上述論文約略可知，共有土地問題繁多，而一般以立法或修法方式來解決共有土地問題為較簡便之手段，惟共有土地問題多而雜，實不易一一涵蓋在法律規範之內。在以立法方式解決「共有土地問題」之法令中，土地法第三十四條之一主要是為解決「共有土地問題」中之「處分問題」所增訂之條文，因此該條文僅能解決部分共有土地問題。在

「共有土地問題」中，「處分問題」是否能妥善解決，關係著共有土地能否為充分之利用、都市計畫是否能順利執行，此乃攸關社會之公益，因此「共有土地處分問題」在「共有土地問題」中所佔的份量頗重。

土地法第三十四條之一增訂後，確實有助於解決共有土地處分問題，惟該條文僅作原則性規定，導致行政機關須頒布不少函令解釋該條文各項適用之情形，而司法機關亦有為數不少的解釋函令、判決或判例，有時造成相同問題，前後的解釋不一致，有時行政與司法機關見解不同，致共有人與行政在適用上滋生疑義，而有些函令雖符合該條文立法意旨，惟解釋上仍具有爭議，例如分割行為與出租行為是否得適用土地第三十四條之一。由上述分析可知，有關土地法第三十四條之一之補充函令或判決為數不少，此現象顯示出，共有土地處分問題之複雜性，惟相關補充函令或判決是否皆有貫徹該條文之立法意旨或符合公平原則（例如保障不同意處分共有土地之共有人之權利），實有待深入探討分析。

三、謝在全之「分別共有內部關係之理論與實務」

本文主要針對分別共有之共有人相互間之法律關係（內部關係），為討論之重心。

在分別共有內部關係中，對於共有物之處分，因對共有人之權益會有所影響，因此民法規定應共有人全體同意為之。若未得全體共有人同意，所為之處分行為，屬於無權處分行為，其效力未定。惟土地法第三十四條之一增訂後，以多數決之必要要件處分共有土地而排除全體共有人同意才得處分之規定。作者認為土地法第三十四條之一「處分」不宜作廣義之解釋，以免與分別共有之法律構造基礎相違，而且該條文影響

共有人權益至鉅，適用上不宜擴大其範圍，故無償之處分行為、分割、管理行為、同意使用行為及事實上處分不應包括在處分之內。

作者認為共有人處分共有土地全部時，不同意處分共有土地之共有人有優先購買權，乃可避免土地法第三十四條之一所生以大吃小之後遺症，用以保障不同意處分共有土地之共有人的權益。又認為該條文第六項對於共有土地處分之調解，此項調解乃由共有人自願為之，並無強制之效力，不易發揮其功能。而且由於共有人不能訴請他共有人同意處分，故所謂移送司法機關審理，法院縱予受理，亦無為其有利之裁判，故該條項規定實僅聊備一格。

最後，作者認為共有之存在會影響共有物之利用，惟此種制度仍無法廢止不用，因不允許其存在產生許多不公平的現象。共有之內部關係，由於本質上之複雜性，難免影響共有物之用益、管理與處分之進行，無法如單獨所有得以運用自如。民法關於分別共有內部關係之規定，並未能順利解決共有問題，雖共有物之用益、管理與處分有不同之規定，惟實際上均有相互交錯之灰色地帶，不免滋生問題。增訂土地法第三十四條之一，雖欲解決共有土地處分問題，惟由於法條過簡，在適用上產生了不少問題，反而使分別共有內部關係更為複雜。

上述文章提及民法有關分別共有內部關係之規定，僅有四條（民法第八一八至八二〇條及第八二二條），並無法完全妥善規範複雜的分別共有之內部關係，因此產生共有物管理與流通之遲滯。土地法第三十四條之一增訂，乃突顯出民法無法順利解決共有土地處分問題，惟該條文各項在執行時，又產生新的問題，由此可知共有土地處分問題的複雜性。

土地法第三十四條之一可謂針對共有土地處分之積極性的立法，突破了共有土地處的困境。在民法有關共有物之內部關係中，除了共有土

地處分有突破性的立法外，有關共有物之管理行為亦常受制於須共有人全體同意始得為之，而使共有物無法充分利用，在國外例如德、瑞及日民法為解決共有物管理問題，亦以多數決原則解決此問題，反觀我國民法修正草案第八二〇條有關共有物之管理為亦採類似之規定。惟以多數決原則解決共有物處分或管理問題時，因可能對少數共有人之權利有所影響，故對其權利須有周全之保障，否則獨厚於多數共有人得處分或管理共有物之結果，將可能產生少數共有人與多數共有人間權利及義務無法平衡的新問題。

四、陳立夫之「土地法第三十四條之一若干問題之探討」

本文主要論點包括：

- (一) 部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定出賣全部共有土地時，其承受人是否必須為共有土地全體共有人以外之第三人？
- (二) 部分共有人依法出賣全部共有土地時，未同意出賣之他共有人是否享有優先承購權？
- (三) 土地法第三十四條之一執行要點第十點第一款規定之適法性如何？

土地法於民國六十四年七月二十四日修正時，增訂第三十四條之一規定，其中第一項為：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」使共有土地之處分，得排除民法第八一九條第二項之規定，由全體共有人之同意變為多數同意即可。

惟依土地法第三十四條之一第一項規定出賣全部共有土地時，其承受人得否為共有人之一，或必須為全體共有人以外之第三人，法律並未設限制規定。僅法務部（七一）法律決字第二一四七號函釋略謂：部分

共有人處分共有土地，而由共有人之一承受，似係共有人間應有部分之移轉，不宜解為「共有土地之處分」，尚不能依土地法第三十四條之一第一項規定辦理云云。此將發生該承受人因承受處分權人所處分之共有物全部權利，而與其原有該土地之部分權利混同，因此無須另為辦理所有權移轉登記之情形，誤以為係該承受人之應有部分「實際尚未有處分」，疑似「共有人間應有部分之移轉」，難謂有理由，故其所為「尚不能依土地法第三十四條之一第一項規定辦理」之解釋，自不足採。

另土地法第三十四條之一執行要點第十點第一款規定「本法條第四項所稱之優先購買權，依左列規定辦理：（一）部分共有人依本法條規定出賣共有土地時，應先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買。…」使土地共有人依土地法第三十四條之一第一項規定出賣全部共有土地時，仍應先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買後，始得出賣。增加土地法第三十四條之一第一項所無之限制，且對於土地法第三十四條之一第一項，旨在保護多數共有人之利益及促進共有土地（或建築物）有效利用之立法目的，與同法條第四項，各共有人處分其應有部分時，應優先保護他共有人利益之立法目的，有所混淆，導致土地法第三十四條之一第一項之立法目的難以實現。判決理由中更指出，該執行要點第十點第一款規定，於部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定出賣全部共有土地時，應不予適用。

內政部八十年三月十四日台內地字九〇七六四二號函釋，則依土地法第三十四條之一執行要點第一點、第十點第一款及法務部見解，認「部分共有人依土地法第三十四條之一處分共有土地時，應先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買，如他共有人不願購買，自應將共有物全部移轉予共有人以外之第三人」使取得共有土地處分權之共有人，增加應先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買之限制，其

難謂合法之處已如前述；復規定他共有人如不願購買多數人之應有部分時，多數共有人自應將共有物全部移轉予共有人以外之第三人云云，另再增加土地法第三十四條之一第一項所無之限制，不能說明該共有物之承受人，不得為共有人之一之法律上理由，亦應不予適用。

肆、結論與建議

依據本研究對土地法第三十四條之一實施後之情形，予以探討分析之結果，茲提供下列建議，以供未來修正處分共有土地法令之參酌：

一、促進土地使用效率方面

(一) 將土地法第三十四條之一第一項之適用範圍擴大

土地法第三十四條之一第一項適用範圍的多寡，直接影響土地使用效率，而目前行政釋示將分割行為、出租行為及共同共有變更為分別共有之登記等有利於土地使效率之行為未列入該條項之適用範圍，就促進土地使用效率觀點而言，應將上述幾種有利於土地使用效率之行為，納入土地法第三十四條之一第一項適用範圍。

(二) 將地政機關調解共有人處分共有土地問題之功能，明定為共有人在無法處分共有土地時，聲請司法機關審理之先置程序為了使地政機關調解共有人間處分共有土地問題，應將土地法第三十四條之一第六項規定

「依法得分割或為其他處分之共有土地，共有人不能自行協議分割或處分者，任何共有人得聲請該管市、縣地政機關調解；若調解不成立者，該管地政機關得依任何共有人之聲請，移送該管司法機關審理。」，修改為：「．．．共有人不能自行協議分割或處分而欲提出訴訟者，任何共有人應先向該管市、縣地政機關聲請調解；調解不成立者，再由該管地政機關移送該管司法機關審理，司法機關即迅予處理，並免收裁判費用。」以發揮地政機關之調解功能，減少土地爭訟，降低處分過程之交易成本，以利用共有土地處分。

(三) 應以行政釋示，處分潛在的應有部分明確者之共同共有土地時，如何依據土地法第三十四條之一第一項規定辦理，若共同共有土地具有明確潛在的應有部分，如同分別共有土地之應有部分之情形，則處分此型之

公司共有土地，應可依土地法第三十四條之一第五項規定，頒布如何準用同法條第一項規定之行政釋示，以利處分此類型之公司共有土地，促進公司共有土地之使用。

（四）明定他共有人有行使全部共有土地之優先購買權

雖依行政釋示，共有人在處分共有土地時，他共有人得行使全部共有土地之優先購買權，惟因土地法第三十四條之一第四項，會使人誤認為他共有人僅於共有人出售其應有部分時，才得行使優先購買權。因此，應於土地法第三十四條之一條文中，明定他有人得行使全部共有土地之優先購買權，以更明確保障他共有人之權利。

二、加強財產權保障方面

（一）適度調整處分共有土地之處分要件

若將土地法第三十四條之一有關少數不同意處分共有土地之共有人之權利保障規定予以改善，由於此種改善對少數不同意處分共有土地之共有人既有權利之保障而言，僅能在有限範圍下改善，因此為更周全保障少數不同意處分共有土地之共有人，則應將過半數決之處分要件予以提高，並將僅考量應有部分之特別多數決（三分之二）之處分要件，將共有人數比例納入此處分要件內。

（二）提昇共有人處分共有土地時，通知他共有人之「書面通知」效力

共有人因僅須以多數決之必要要件，即可處分共有土地，若不提昇通知他共有人之「書面通知」效力，即加重共有人之通知義務，則將使他共有人無法行使優先購買權，甚至他共有人對共有土地之權利已被處分，仍然未知。因此，應將共有人處分共有土地時，對他共有人之「書面通知」效力提高，即賦予此「書面通知」為處分共有土地之必要生效要件。

（三）健全土地估價制度

共有人處分共有土地時，雖於土地時，雖於土地法第三十四條之一第三項規定，共有人對於他共有人之對價或補償，負連帶清償責任。惟目前土地估價制度尚未健全，因此並無一個客觀的制度，藉以衡量「對價或補償」之標準，導致共有人處分共有土地時，使他共有人之既有權利，從對土地實體之價值轉變為貨幣之價值過程中，產生相當的價值損失。因此，建立一個健全的土地估價制度，不僅為實施土地法第三十四條之一最重要的相關措施，而可使他共有人之「對價或補償」獲得價值的保障，而且使共有土地處分制度更加健全。

伍、參考文獻

論文部分

- 一、內政部地政司，「台灣民間共有土地權利之研究」，民國七十三年九月
- 二、吳宏杰，「土地法有關共有土地處分問題之研究」，政治大學地政研究所碩士論文，民國七十五年六月
- 三、吳進財，「共有土地處分之研究」，政治大學地政研究所碩士論文，民國八十五年七月
- 四、許麗紅，土地法第三十四條之一之研究，「法律學研究第七輯 - 民法論文選集」，政治大學法律研究所，民國八十年十月
- 五、陳桂春，「不動產共有人之優先購買權」，政治大學地政研究所比較土地法課堂報告，民國九十二年三月

期刊部分

- 一、王澤鑑，共有人優先承購權與基地優先購買權之競合，「台大法學論叢」第八卷第二期，民國六十八年六月
- 二、吳光陸，土地法第三十四條之一第一項之商權，「法學叢刊」，第三十四卷第四期（第一三六期），民國七十八年十月
- 三、高欽明，淺談土地法第三十四條之一優先購買權，「現代地政」第一一四期，民國七十九年十二月
- 四、陳郁芬，共有人優先購買權之研究，「地政學苑」第二十六期，民國八十一年六月

著書部分

- 一、王澤鑑，「民法物權（一）」，私人出版，民國八十一年四月

- 二、王澤鑑，「民法學說與判例研究（第三冊）」，私人出版，民國七十二年四月
- 三、王澤鑑，「民法學說與判例研究（第四冊）」，私人出版，民國七十二年十月
- 四、史尚寬，「物權法論」，私人出版，民國四十六年八月
- 五、李鴻毅，「土地法論」，中國地政研究所，民國八十一年七月
- 六、陳春山，「物權法講義」，瑞興圖書股份有限公司，民國八十四年九月
- 七、謝在全，「分別共有內部關係之理論與實務」，私人出版，民國八十四年一月
- 八、高欽明，「共有土地處分實務與技巧」，永然文化出版股份有限公司，民國八十六年十一月
- 九、尤重道，「共有不動產處分實務」，永然文化出版股份有限公司，民國八十八年十月