

土地法第34條之1共有人為出賣人兼買受人之問題——評析最高法院103年度台上字第2333號民事判決（下）

王亭涵*

趙翊淳**

壹、本案事實	否包含負擔行為？
貳、歷審判決理由	二、土地法第34條之1「處分」性質？
一、一審判決	三、本案判決之見解與評析
二、二審判決	伍、共有人兼承受人之方法論上之思考
三、三審判決	一、實務與學說概況
參、問題提出	二、目的性限縮
肆、土地法第34條之1第1項「處分」的內涵與性質	三、公平原則之具體化
一、土地法第34條之1第1項「處分」是	陸、結語

伍、共有人兼承受人之方法論上之思考

關於同意出賣之共有人得否兼買受人（承受人）之問題，二審法院透過目的性限縮，限縮土地法第34條之1的適用，否定共有人兼買受人，三審法院則是透過公平原則，限縮土地法第34條之1應有部分之計算。目的性限縮與公平原則，兩者皆是法學方法論的課

題，以下將先釐清這個問題在實務與學說之概況，接著自二審與三審法院之見解，從法學方法論上思考「同意出賣之共有人兼買受人」之問題。

一、實務與學說概況

（一）實務見解

共有物之買受人得否為「同意出賣之共有人」，實務上有採否定見解，如臺灣高等法院

* 本文作者係執業律師，國立臺灣大學法律學院法律系碩士班畢業

** 本文作者係學習司法官，國立臺灣大學法律學院法律系碩士班畢業

（作者非常感謝吳從周老師對本文的諸多建議與指正，同時，也非常感謝本刊兩位匿名審查委員所提供之寶貴意見，使本文更臻完善。文中若有任何疏誤，均屬作者之責）

臺中分院99年度重上字第70號民事判決⁴⁴，該判決先引用最高法院87年度台上字第866號民事判決與最高法院88年度台上字第1703號民事判決，說明土地法第34條之1所為之處分並非代理權，不同意之共有人不成為契約當事人，接著強調：「買賣必須以不同雙方當事人為主體」，並認為該案件中「系爭買賣既由Y1依土地法第34條之1規定出賣予自己，其買賣當事人僅有一人，有違買賣契約相關規定，故系爭買賣無效」⁴⁵，本案二審亦採取否定之見解。

然亦有如同本案最高法院判決，肯定同意出賣之共有人為買受人，但在應有部分之計算上設有限制，如最高法院105年度台上字第1700號民事判決謂：「按部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定處分共有土地之全部，對於未同意處分共有人之應有部分，係依法律規定而有權處分，惟仍應兼顧其權益，並符公平原則。此項處分之承受人雖不以共有人以外之人為限，惟倘同意處分之共有人兼為承受人，其應有部分實際上並未為處分，如就未同意處分共有人之應有部分強制予以處分，即有利害衝突顯失公平情形，是共有人為承受人時，其人數及應有部分應不得計入同意處分之共有人數及應有部分，始為公允。」

（二）學說見解

1. 否定說

學說上採否定見解者，有認為若認為土地法第34條之1的處分係代理權，則多數同意之共有人將土地賣給同意之共有人之一人，將產生自己代理的問題，有違民法第106條規定。再者，就法律體系而言，土地法第34條之1係民法第819條第2項的特別規定，即民法的例外規定，例外應從嚴解釋，故不應將承受人擴張解釋包含共有人在內⁴⁶。

另有論者認為，除了違反契約對立性和自己代理的問題外，若肯認多數同意之共有人也能成為承受人，將助長「強凌弱」、「大欺小」的不合理現象，蓋多數共有人主要在圖謀他共有人之應有部分，而少數共有人毫無置喙餘地。論者更進一步認為，這種主要目的在強食鯨吞他共有人之應有部分，顯然有違反公共利益及以損害他人為主要目的，而構成權利濫用，若共有人要成為承受人，應侷限於因多數決處分而受通知之他共有人，依行使優先承買權而成為承受人時，始有適用餘地⁴⁷。總而言之，從文義以及促進土地有效利用的立法目的觀之，一般而言共有人得為承受人，然該承受人不能包含「同意出賣之共有人」⁴⁸。

註44：最高法院維持原判，裁定駁回，參照最高法院101年度台上字第241號裁定。

註45：臺灣高等法院臺中分院100年度上字第330號民事判決亦採相同見解。

註46：溫豐文（2011），〈土地法第34條之1第1項的適用問題〉，《現代地政》，第340期，第65-66頁。

註47：林旺根（2012），〈土地法第三十四之一爭議問題及解決〉，《月旦法學雜誌》，第210期，第83-86頁。

註48：陳立夫（2003），〈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〉，《台灣本土法學雜誌》，第42期，第29頁；陳立夫（2011），〈改善現行

2.肯定說

採肯定見解者，有論者認為，從消滅共有關係，促進土地有效利用與發展國民經濟之立法目的出發，共有人成為承受人應屬適法，對於否定說的質疑，論者回應如下：(1)共有人為承受人時並不會違反契約對立性，例如甲乙丙共有一地，應有部分各為三分之一，甲乙同意處分該地，將該地賣給乙，並未限制同意處分之人必須為出賣人，出賣人得為甲，買受人為乙，實無違反契約對立性之問題；(2)是否涉及代理的問題，論者認為土地法第34條之1第1項所稱之處分「不含負擔行為」，且其性質為「處分權」，自不生代理問題；(3)權利濫用並非限縮解釋的理由，蓋有無權利濫用屬於個案認定的問題，倘多數共有人所為處分之價格合理，不生權利濫用之情形，反之始有民法第148條第1項權利濫用之問題，此應由法官於關於個案中判斷，而與承受人資格無關⁴⁹。

二、目的性限縮

本案二審判決透過目的性限縮的方式根本性的排除同意出賣共有物之共有人兼買受人之情形，其謂：「惟倘多數共有人代理少數共有人將共有土地或建築改良物全部處分予同意處分之共有人一人或數人，其價金之決

定自難期合理。縱少數之共有人有優先承權，仍可能因無力優先購買而致其權益受損，故土地法第34條之1規定應為目的性限縮解釋，部分共有人不得依土地法第34條之1規定，就共有土地全部處分予同意處分之共有人一人或數人。」法院認為若承認同意出賣共有物之共有人得兼買受人，將使不同意之少數共有人權益受損，因此採取目的性限縮。目的性限縮的前提是有一隱藏性的法律漏洞存在，本案中是否有此一漏洞，是否需目的性限縮，如下討論。

(一) 法律漏洞

法律漏洞係指，法律違反計畫的不完整性，也就是說，法律對其規整範圍中的特定案件類型缺乏適當的規整，此時會產生一法律漏洞，而須透過法之續造來填補，至於漏洞是否存在，則須以法律本身的觀點、法律的根本規整意向、藉此追求的目的以及立法者的「計畫」為準⁵⁰。法律漏洞又可分為開放的漏洞與隱藏的漏洞，前者係指就特定類型事件，法律欠缺適用的規則；後者則是特定類型事件中，法律雖然含有得以適用的規則，但依該規則的意義與目的而言，評價上並未慮及此類事件的特質，該規則對此類並不適宜，此時的漏洞即為「隱藏的」漏洞⁵¹，換言之，依法律之內在目的及規範計畫，應消極地設有限制，而未設有限制，即屬之⁵²。

(二) 目的性限縮

土地法關於「共有土地處分」之機制〉，土地登記制度之規劃與展望研討會研討會紀錄，第65頁（轉引自林旺根，前揭註47，第85頁。）

註49：黃佩玲、林易儒，前揭註42，第92-95頁。

註50：Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註34，第281-283頁。

註51：Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註34，第287頁。

註52：王澤鑑，前揭註28，第321頁。

所謂的目的性限縮係指，當出現隱藏性漏洞時，以添加限制的方式填補漏洞。亦即，將因為字義過寬而適用範圍過大的法律，限制僅適用於（依法律目的或其意義之脈絡）宜於適用之範圍⁵³。學者Karl Larenz提到，如果類推適用的正當理由在於，主要的評價觀點為相同之事件，應作相同處理，那麼，目的性限縮的正當理由，則在於不同的事件應做不同處理，也就是依評價作必要的區分，區分的必要性可能是被限制的規範意義及目的、事物的本質，或法律中針對特定案件類型有優越效力的原則⁵⁴。

需要注意的是，與「限縮解釋」之區別，限縮解釋係在字義的範圍內，作較狹窄的解釋，來限縮適用的範圍，但並未破壞文義，反之，目的性限縮已經超出文義，不再是「法律解釋」，而是一種「法之續造」。

（三）本案無漏洞存在而無須目的性限縮

本案是否有漏洞存在，首先必須探求土地法第34條之1的立法目的，民國64年增訂土地法第34條之1，其立法理由謂：「為解決共有不動產之糾紛，促進土地利用，便利地籍管理及稅捐課徵，增訂本條文。」⁵⁵，釋字第562號解釋文中也提及土地法第34條之1立法意旨為：「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。」，又司法實務上在處理優先承買權的問題時，針對土地法第34條之1第4項，認為

其立法目的在於「藉應有部分之出賣，使他共有人有優先承買權，以減少共有人之人數，使共有關係趨於單純。⁵⁶」

一般而言，共有物的處分應依據民法第819條第2項經全體共有人同意使得為之，然這種經「全體同意」的處分方式，往往會因少數共有人不同意而妨礙共有物的利用，為了解決這樣的問題，增訂土地法第34條之1，以促進共有物的有效利用。又為了兼顧不同意之少數共有人的權益，設有多數同意之共有人的通知義務（土地法第34條之1第2項）、連帶清償責任（土地法第34條之1第3項）以及少數共有人的優先承買權（土地法第34條之1第4項），優先承買權的規定，除了係保障少數共有人的權利，亦兼有簡化共有人，使共有關係趨於單純之目的。綜上述可知，土地法第34條之1的立法目的主要為促進土地之有效利用，鼓勵簡化共有人，使共有關係漸趨單純亦是促進土地有效利用的一環，惟在促進土地利用的同時，亦不能罔顧少數共有人的權利，因此連帶設計多項保護少數共有人的規定。

那麼，多數同意之共有人兼買受人的情況是否為一種「隱藏的」漏洞？首先從土地法第34條之1的文義上，並未對處分的相對人（也就是買受人）設有限制，因此處分相對人得為「任何人」。那此種情況是否不應為土地法第34條之1的立法目的所涵蓋？本文立

註53：Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註34，第300頁。

註54：Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註34，第301頁。

註55：法源法律網：

<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.aspx?lsid=FL003034&lno=34-1>（最後瀏覽日期：2020年3月23日）

註56：最高法院80年度台上字第1357號民事判決。

場為當多數同意之共有人兼買受人時，將使共有關係消滅，符合簡化共有、促進土地利用之立法目的。

而少數不同意之共有人是否因此使權益受到嚴重損害？此時少數不同意之共有人仍有土地法第34條之1第2、3項的保障，有疑問的是，是否有土地法第34條之1第4項優先購買權的保障⁵⁷？此問題實務採取否定見解，蓋土地法第34條之1第4項的目的在於簡化共有人，使共有關係趨於單純，因此當承受人為共有人之一時，否定他共有人的優先承買權⁵⁸。然土地法第34條之1第4項的目的除了在於簡化共有人，亦包含保障少數不同意之共有人，當共有人兼買受人時，賣出的價金可能不合理，此時少數共有人得藉由優先承買權來保障自己的權益，因此本文認為解釋上不應剝奪少數共有人的優先承買權。

本案二審法院認為此種情況，縱少數之共有人有優先承買權，仍可能因無資力優先購買而致其權益受損，然這種情況同樣可能出現在出賣予第三人的時候，當多數共有人以不合理之市價賣予第三人，而少數共有人無

資力優先承買時，我們並不會因此而否定第三人成為買受人，既然如此，何以對多數共有人有此限制？且土地法第34條之1第4項保障他共有人「優先承買」，並非保障他共有人「有資力承買」，是以，本文認為多數同意之共有人兼買受人的情況並未剝奪少數共有人的權益，且符合簡化共有人、促進土地利用之立法意旨，應無法律漏洞的存在，無須為目的性限縮。

退步言之，雖然在現行多數實務的脈絡下，少數不同意之共有人無優先承買權，惟此時的問題應在於對少數共有人的保障不充足，而非共有人兼買受人之問題，如前所述，共有人兼買受人，符合簡化共有人、促進土地利用之意旨，至於少數共有人的權益，應透過其他方式予以保障，例如在解釋上不要剝奪其優先承買權，或是以其他法律解釋，甚至是法之續造的方式為之，而非根本性的排除共有人成為買受人之可能。

三、公平原則之具體化

三審法院以「公平原則」為由，提出當

註57：多數共有人依土地法第34條之1處分共有物時，少數不同意之共有人有無優先承買權這個問題，土地法第34條之1第4項係規定出賣「應有部分」之情形，並未規定出賣「共有物時」，因而生此問題，實務通說認為此時少數不同意之共有人亦有優先承買權，學說有力見解也贊同之（參照：王澤鑑，前揭註9，第295頁。），因此本文不討論這個問題，而是進一步討論，當共有人為共有物之承受人時，他共有人有無優先承買權的問題。

註58：最高法院72年台抗字第94號判例：「土地法第34條之1第4項規定共有人出賣應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，其立法意旨無非為第三人買受共有人之應有部分時，承認其他共有人享有優先承購權，簡化共有關係。若共有人間互為買賣應有部分時，即無上開規定適用之餘地。相對人既為土地共有人之一，則其於執行法院拍賣程序中買受共有人陳甲、陳乙之應有部分，其他共有人即不得主張優先承購權。」本案第三審亦認為承受人為共有人之一時，他共有人無優先承買權，最高法院103年度台上字第2333號民事判決：「況承受人既為共有人，他共有人即無優先承購權，則處分之結果，不啻將共有土地全部分割歸其取得，且依其決定之價格補償未同意處分之共有人，要非法之所許。」。

「共有人為承受人時，其人數及應有部分不得計入同意處分之共有人數及應有部分。」之見解。公平原則屬於一種概括條款，法院以該原則而對於土地法第34條之1第1項做出限縮，是否適宜，於下詳述之。

（一）公平原則之適用法依據：民法第一條之「法理」

民法第1條「民事，法律未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」該法理，實得包含法律一般原則、自然法（事物不可不然之原理原則）、事物本質（Natur der Sache）⁵⁹。法理的意義與功能，誠如最高法院所言：「適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第一條規定…，所謂法理，乃指法條中未揭示，而由法律根本精神演繹而得之法律一般原則，為事務本然或應然之理，以公平正義進行調和社會生活相對立的各種利益為任務；經由法理的補充功能得以適用包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（如超越法律計畫外所創設之法律規範）。」⁶⁰以公平原則進行法律續

造，實為依據法理的制定法外法律續造⁶¹。

（二）公平原則之「類型」具體化

公平原則為概括條款一種，概括條款之具體化，學者認為得透過「類型」具體化，透過案型比較形成案例群。透過概括條款的具體化所形成的個別案例，可作為其他待處理案件的比較基礎，且每個已經具體化的個案，都可成為另外一個比較點。進而，經由整理、分類所有針對概括條款所作的判決，而發展出案例群，其係作為一種相同現象的總和，作為一個法律思想下所界定的對象範圍。最後，再從案例群到類型建構，類型建構則係忽略作為其基礎的個別判決，只強調個案間背後法律思想的一致性。其是由案例群發展，找出具有足夠概念確定性的「代替性構成要件特徵」⁶²。較具代表性者為誠信原則，目前學說對於誠信原則具體化程度已可區分為三個功能範圍：義務範圍之擴大、權利行使之限制、法律行為內容之修正及取消⁶³。

本文以土地法與公平原則為關鍵字搜尋最高法院之見解⁶⁴，就5個與方法論的判決做介紹：

註59：吳從周（2004），〈論民法第一條之「法理」——最高法院相關民事判決綜合整理分析〉，《東吳法律學報》，第15卷2期，第12-14頁。

註60：103台上736號、101台上2037號民事判決。轉引註陳聰富（2014），《民法總則》，第28頁，元照，台北。

註61：法理補充功能有兩個層次。第一，制定法內法律續造（類推適用、目的性限縮、輕重相舉之推論等方法）。第二，制定法外法律續造（法官自由造法。現行法完全沒有可資比附援引的法條，由法官依據事物本質或法律原則，創設法律規範。）詳見，吳從周，前揭註59，第27頁。

註62：吳從周（2001），〈當代德國法學上具體化之理念及其方法（下）〉，《萬國法律》，第117期，第103頁。

註63：吳從周，前揭註62，第105頁。

註64：以Lawsnote檢索系統，近16年最高法院民事判決，關鍵字部分若是公平原則、民事且限縮於法院見解，將近有505筆，礙於筆者能力與時間，將關鍵字限縮為公平原則、土地法、民事且限縮為法

1.民法第425條之1增訂前之房屋土地不同人間法律關係：

92年度台上字第957號民事判決認為：就民法第425條之1增訂前，為調和土地與房屋之利用關係，為維公平，若房屋土地同屬一人，同時或先後出賣，致不同屬一人，其間雖無地上權設定，除有特別情事，可解釋為當事人之真意，限於賣屋而無基地之使用外，均應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地，成立租賃關係。

2.民事訴訟法第199條第2項於被告方亦可適用

102年度台上字第1831號民事判決認為：依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之，民事訴訟法199條之1第1項定有明文。基於公平原則，於依被告之聲明及事實上之陳述，得主張有消滅或妨礙原告請求之事由，而其主張不明瞭或不完足之情形，審判長亦應依同法第199條第2項規定闡明之。

對此，民事訴訟法基於武器平等原則與訴訟照料義務、法官知法等原則，而有同法第199條之1第1項法官對於原

告，於其主張不明瞭或不完足時，有關明義務。於被告主張有消滅或妨礙原告之請求事由時，依文義而言，似乎本符合合同法第199條第2項「事實上及法律上陳述…其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」之文義，而不需動用「公平原則」。

3.民法第835條之1第2項地租酌定之範圍

102年度台上字第1157號民事判決認為：民法第835條之1第2項規定，土地之負擔增加，非當時所得預料，仍無償使用顯失公平者，土地所有人得請求法院酌定其地租。參酌其立法理由，該新增規定係基於情事變更法則及公平原則而來，即就無償提供土地所有人，因該土地租稅及其他費用負擔增加，非設定地上權當時所得預料時，該所有人得請求法院酌定地租，以平衡因土地負擔增加之不利益，似難概謂土地所有人除增加負擔之彌補外，更可取得與定有地租地上權相當之無法使用土地對價。

民法第835條之1立法理由其中之一為公平原則，法院於此是針對「地租」的文義參酌立法目的，而對於地租酌定的範圍「限縮解釋」為「平衡因土地負擔增加之不利益。」

院見解，有29筆，除本案外，其中與方法論較有關的判決已整理出5個於本文列出。（最後檢索日：2020/5/12。）與本案相同者為105年台上字第1700號民事判決。無關者，不乏為民訴第277條但書的適用闡述如102年台上字第176號民事判決、最高法院106年度台上字第2739號判決；調查證據之結果，應本諸公平原則認定如最高法院108年度台簡上字第16號判決。或法院進行共有物分割須本於公平原則，如97台上2627、88台上1053、86台上1791、85台上2401、85台上1142等。或釋字第180號解釋理由書提及土地增值稅應向獲得土地自然漲價之利益者徵收，始符合租稅公平原則，90台上1197、82台上172號民事判決有提及。或其他當事人主張不公平等。（標楷體字型為本文對判決之評析）

4. 土地法第97條第1項的適用限縮？

91年度台簡上字第19號民事判決之原審認為，依土地法第97條立法目的及最高法院54年台上字第1528號判例意旨，認為本件租賃契約承租人係企業經營者，其經濟能力顯強於出租人，又給付租金長達三年，雖非該判例所指「市場經營者將市場攤位租與承租人營商，並負責該市場之經營管理及場內秩序與衛生維持，而使市場攤位承租人，尚得享受整個市場特殊利益之情形」，然華安大飯店所獲之利益非承租普通土地兼土地可比，為貫徹上開土地法第97條維持公平原則及保護經濟上弱者之立法目的，本件租賃契約之租金不受土地法第97條限制。

惟三審卻認為本條規定係強制規定，又經營飯店，此乃單純將房屋之店面出租於他人營商，與判例不符，不得排除土地法第97條之適用。

5. 平均地權條例修正後，出租人得聲請法院依土地法有關租金最高限額之規定予以調整：

90年度台上字第482號民事判決⁶⁵認為：未定期限之不動產租賃，如契約當事人就租金之給付，已明確約定按不動產價值之固定比率計算，則該不動產之價值倘有昇降之情事發生，當事人即得直接依是項約定增減租金，自無依民法第442條規定訴請法院調整之必要；但建築基地之租金，依35年4月29日修正公布施行迄今之土地法第105條準用第

97條，係規定以不超過土地申報價額年息百分之十為限。惟47年7月4日修正公布施行之實施都市平均地權條例第42條，則規定以不超過土地申報價額年息百分之二為限…。迨66年2月2日該條例修正為平均地權條例，將有關建築基地租金最高限額之規定刪除，始恢復適用上開土地法之規定。是未定期限之建築基地租賃，契約當事人就租金之給付約定按基地價額之固定比率計算，倘係受限於上開實施都市平均地權條例之規定者，於該條例修正為平均地權條例刪除有關建築基地租金最高限額之規定，恢復適用土地法之規定後，基於公平原則，出租人非不得聲請法院依土地法有關租金最高限額之規定予以調整。

就未定期限之不動產租賃，如當事人間如已有約定，則無民法第422條的適用。建築基地之租金限制本有都市平均地權條例之限制「土地申報價額年息百分之二」，後刪除僅餘土地法第97條、105條「土地申報價額年息百分之十」，此似乎已無法透過制定法內法律填補，法院以公平原則進行法律續造，值得贊同！

6. 小結

就上述所介紹之判決中，案例2以文義解釋即可，案例3實為限縮解釋，案例4則是三審不贊同原審，故僅案例1、5係就公平原則為法律續造。案例數量太少，同時亦無法就此間案例中找到相似之處，故以類型化具體之，似非

註65：88年度台上字第2347號民事判決同旨。

本文所能處理。加以，公平原則抽象程度高，於社會爭議產生時，透過法律解決時，大多是進行利益衡量進行判斷，而該利益衡量可能已是立法者預設於法律中亦或是未規定，由法官於審判時進行之。故以下，嘗試以利益衡量方式具體化公平原則如何於本文中適用。

(三) 公平原則具體化——以「利益衡量」為出發點

在本文中，Y1同為A地共有人，Y1、Z1、Z2應有部分合計超過2/3，土地法第34條之1就其承受人資格是否限於第三人，實務上早期採取肯定見解，後期採取否定見解，亦即共有人亦可⁶⁶，三審亦認為承受人不得以共有人以外之人為限。然其認為該兼為承受人之共有人，實際未處分其應有部分，卻得同其他同意共有人強制處分不同意者之應有部分，並且參與其價格決定，將有利害衝突，顯失公平。在此，實涉及「多數共有人依土地法第34條之1所取得之處分權」及「少數共有人權益保護」之利益衝突，少數共有人保護措施於本條有三處，一為第2項設有多數同意之共有人的通知義務、二為第3項同意共有人之連帶責任，三為第4項優先承買權。

涉及利益衝突時，且法條無法解決時，得

為利益衡量，依個案為適宜的裁量。就法益衡量，首先取決於憲法的價值秩序。又，若涉及相同位階的權利或無從比較，則一方面取決於應受保護法益被影響程度如何；另一方面，須讓步法益，其受害程度如何。最後，尚須適用比例原則，採取侵害最小的手段⁶⁷。

首先，就本案所涉及法益位階相當之財產權，故需要進一步視兩者法益侵害的程度。於一般案型，即承受人為共有人以外之第三人，連帶責任與優先承買權將成為少數共有人權益保護之措施。細鐸第3項法條文字：「第一項共有人，對於他共有人應得之對價或補償，負連帶清償責任。…」，所謂「第一項共有人」，應係指第一項同意處分之共有人，然同意處分者不等同於買賣契約之出賣人，第3項文字似乎已預設同意處分共有人等同於出賣人。

就第2項通知義務，違反此通知程序，依實務見解認為僅負賠償責任，並不影響基於多數決所產生之物權變動效力⁶⁸。當共有人兼承受人時，其實際上亦是同意處分該共有物者，然出賣人、買受人地位不能同時並存，此時Y1應僅得為買受人，其並不會有第3項連帶責任，蓋該連帶責任應係指收受價金之出

註66：溫豐文（2011），〈土地法第34條之1第一項的適用問題〉，《現代地政》，第63-64頁。肯定見解為法務部（71）法律決字第2147號函，其認為承受人若為共有人，則其應有部分並未發生物權變動，似係共有人間應有部分之移轉。否定見解，最高行政法院（91）判字第214號判決認為該條第一項並未限於第三人，共有人一人或數人亦得承受。法務部95年8月4日法律字0950700558函採取相同見解。

註67：Karl Larenz著，陳愛娥譯，前揭註34，第318-319頁。

註68：參見68年台上字第2857號判例：「土地法第三十四條之一第五項、第二項所規定之通知義務，純屬共同共有人間之內部關係，共同共有人未踐行此項通知義務，僅生應否負損害賠償責任之問題，對於出賣處分之效力，尚無影響。」此雖係針對共同共有關係為處理，然於分別共有關係亦是如此處理。

賣人，對於未成為出賣人之共有人（包含同意或不同意者）就其被處分之應有部分，所應得之對價或補償，負擔連帶責任。少數不同意共有人，雖對於他共有人（Z1、Z2）仍有連帶責任請求權，然就該對價或補償的決定卻是由同為買受人Y1與Z1、Z2共同決定，加以Y1自己之應有部分，因為此時非第三人承買，不用處分，卻得強制處分不同意者之應有部分，就此實有利益衝突⁶⁹。再者，就第4項優先承買權，三審法院維持一貫見解，認為此時無優先承買權，縱使有，仍有上述所言之利益衝突之情形。如此，少數共有人權益保護之措施將大大解消，「處分之結果，形同將共有土地全部分割歸Y1取得，且依Y1決定之價格補償未同意處分之共有人」，影響程度大。在此的多數共有人處分權之讓步，法院採取者，並非直接否定共有人不得兼承受人，而係採取扣除法（承受人自身不得計入同意處分之人數及應有部分），保有土地法第34條之1的適用可能，相

較於全面否定共有人得該條處分之承受人，於比例原則檢驗下，應是最小的限制手段。故，三審以公平原則為由，於共有人兼買受人同時，所提出之「其人數及應有部分不得計入同意處分之共有人數及應有部分。」見解，本文贊同之。

（四）相同案例比較

近來判決，105年度台上字第1700號民事判決，亦是買受人兼共有人情形，父親Y1、兄弟X1、X2、X3、X4、X5等六人共有A地，然借名登記於X2，Y1、X1、X2、X3四人間就A地有家族資產分配補充協議書，其中達成X2須將A地所有權登記於X1、X3應有部分各1/2，X2未履行，嗣後移轉登記於Y2。原告X1代位X2起訴請求Y2塗銷移轉登記，並請求X2移轉A地所有權1/2於X1。法院提出，如果是借名登記是否仍有土地法第34條之1適用⁷⁰？縱然有，則共有人兼承受人時，人數及應有部分計算應扣除X1、X3，扣除後人數已有不足，系爭決議有無效事由⁷¹。發回更審

註69：三審法院認為：「惟倘同意處分之共有人兼為承受人，其應有部分實際未為處分，乃竟得就未同意處分共有人之應有部分強制予以處分，並參與其價格之決定，即有利害衝突顯失公平情形，難認正當。」。

註70：惟原判決於事實欄記載X1主張：系爭土地為Y1將與伊、X2及X3等三人「分別共有」而借名登記於X2名下等語，其依據為何？倘系爭土地自始即係Y1買入，而借名登記予X2名下，是否仍有土地法第三十四條之一規定之適用，案經廢棄發回，宜併注意及之。

註71：按部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定處分共有土地之全部，對於未同意處分共有人之應有部分，係依法律規定而有權處分，惟仍應兼顧其權益，並符公平原則。此項處分之承受人雖不以共有人以外之人為限，惟倘同意處分之共有人兼為承受人，其應有部分實際上並未為處分，如就未同意處分共有人之應有部分強制予以處分，即有利害衝突顯失公平情形，是共有人為承受人時，其人數及應有部分應不得計入同意處分之共有人數及應有部分，始為公允。查系爭土地縱為Y1與被上訴人X1、X2、X3、X4、X5等三人共六人所共有，則系爭決議將系爭土地分配予X3及被上訴人（X1）各1/2，依上開說明，X3及被上訴人二人及其應有部分應不得計入同意處分之共有人數及應有部分。而參與系爭決議人計有Y1、X3、被上訴人及X2四人（按林李勸非共有人），為原審認定之事實，扣除X3及被上訴人後，已不足前開土地法所定之人數，是系爭決議即有無效之事由。乃原判決認為有效，於法自有未合。

後，最高法院107年度台上字第24號民事判決認為X2與X1、X3間訂立系爭協議書及附帶條文時，為系爭土地所有人，為原審所認定，所有人依民法第765條有處分自由，是否得謂X2不得依該協議書轉讓，已有疑問⁷²。次按未得他共有人全體同意，所訂立之共有物讓與契約，不拘束他共有人，然在締約當事人間仍受拘束，原審既然認定該地為六人共有，則能否謂X1、X3無依系爭協議書請求之權利，不無疑問⁷³。

此土地所有人為何人，因涉及借名登記，應認為是出名人X2，或是Y1、X1-X5六人分別共有已有疑問，法院論述似乎無法查知，先以後者作為前提，與本判決做相對照。107年度台上字第24號判決，先是闡述X2為所有人，後又論述六人分別共有，如此將產生疑問，所謂的X1、X3有依協議書請求X2之權利，在該協議書不符合土地法第34條之1前提下，所請求者，究為X2為所有人之A地全部各應有部分1/2，抑或是僅X2身為共有人所有之應有部分，不無疑問。

然可知，最高法院103年度台上字第2333號民事判決就共有人兼承受人所提出之扣除說似乎有成為穩定見解的趨勢。107年度台上字第24號判決，對於原審質疑（該協議書不符土地法第34條之1為無效），亦進一步確認

負擔行為與處分行為需區分判斷，就負擔行為為部分，縱使人數及應有部分不達多數決而無法依該條為處分，於訂立契約之當事人間仍受拘束，亦即本案（本文評釋）Y1仍是得基於與Z1、Z2之契約請求Z1、Z2之應有部分移轉或是請求債務不履行。惟有疑問者，係當事人若知無法依土地法第34條之1處分共有物全部，是否有出賣自己應有部分之意思？而得如實務見解所言，買賣契約仍有拘束，買受人得請求出賣人之應有部分？就物權行為，則是在扣除兼承受人之共有人，人數及應有部分達多數決時，始得取得土地法第34條之1之處分權。

陸、結語

土地法第34條之1之規定，係在兼顧少數共有人權益下，促進共有物之流通，然就第1項之處分意義有所爭議，本文就此部分處理分為兩個層次，第一為處分是否包含負擔，第二為處分性質是代理權或處分權，就第一問題，基於負擔行為本不以處分權為必要，肯否二說於實際操作下，結果皆為符合第1項多數決要件下，且負擔行為（以本案之買賣契約為例）為有償者，該買賣契約之出賣人始

註72：按所有人，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，民法第765條定有明文。X2與上訴人訂立系爭協議書及附帶條文時，為系爭土地之所有人，為原審認定之事實。則能否謂其不得將系爭土地應有部分2分之1讓與上訴人，該協議書及附帶條文為無效，其不受拘束，尚非無疑。

註73：原審既認系爭土地為Y1等6人共有，X2簽立系爭協議書及附帶條文，同意移轉系爭土地應有部分2分之1予上訴人，則縱其同意移轉之系爭土地應有部分2分之1為其與Y1等6人所共有，因未得他共有人之同意，對他共有人不生效力，惟在其與上訴人間既應受拘束，能否謂上訴人無依系爭協議書及附帶條文請求其給付之權利，即不無研求之餘地。

取得處分權限。又自文義解釋參酌目的解釋，本條目的係排除共有物流通之障礙，以限制私法自治、少數不同意共有人之財產權（處分權限），買賣契約應不在限制範圍，故應為限縮解釋。另，如認為包含負擔行為，則似乎係就買賣契約之生效設定多數決之特別生效要件。

就第二問題，有認為該處分若為代理權，則會使不同意者成為買賣契約當事人，就此似乎是認為該處分包含負擔行為與物權行為（亦即以處分包含負擔為論述前提）。惟此似乎是兩個層次，此說見解並未慮及該處分為何需要包含負擔行為。於此得將負擔行為與處分行為切割論述，亦即第1項「處分」若包含負擔行為與處分行為，就負擔行為部分需要滿足多數決要件且有償（學說認為需要有償行為始得適用）始為生效；就處分行為，則需要滿足多數決要件，出賣人始得取得代理權（代理他人為物權行為——處分）。惟，本文立場為該處分不包含負擔行為，已如前述。

就物權行為，二審法院認為土地法第34條之1「處分」係「法定代理權」，且亦有民法第106條之適用。Y1雖依土地法第34條之1之規定得「代理」被上訴人（X1等人）為「處分行為」，惟系爭物權契約之買受人亦為Y1，故亦違反民法第106條之規定，應屬無效。於本文採取處分不應包含負擔行為之見解下，若採代理權說，共有人依照土地法第34條之1取得代理他人為物權行為之權限，並無民法第106條之適用，蓋本案中之Y1並不會成為出賣人，其僅得為買受人，如此並不會有Y1代理被上訴人為物權行為之情

形，如此採代理權說，亦不會與處分權說相差甚遠。處分權說另一有力之論述理由為代理制度，係為本人利益而設，然對不同意共有人似非有利，如此採取處分權說較為妥當。

在以往情形，土地法第34條之1之承受人多是第三人，少數不同意之共有人若依第4項之優先承買權承買，如此承受人將兼具共有人之身分，本判決所處理者為一開始承受人便是共有人，二審區分買賣契約與物權契約分別論述，於物權行為之處，認為該處分為代理權並有民法第106條適用，多數共有人代理少數共有人將共有不動產全部處分於同意處分之共有人之一人或數人，其價金決定難期待合理。少數共有人縱有優先承權，亦可能無力優先承買，因而為目的性限縮，第1項共有人不得為買受人。本文自其目的分析，X1為共有人，若其為承受人，將達成共有關係簡化、促進共有物流通之便，然就少數共有人權益保護言，就理論上仍應有優先承買權，並無立法漏洞，然在實務見解下，卻剝奪該承買權，本文贊同三審透過公平原則，就少數共有人保護與多數共有人依法所取得之處分權（共有物流通）間取得平衡。

就公平原則之適用依據，民法第1條法理，賦予法官於個案中於制定法之法律續造無功時，以法律原則為制定法外之法律續造。本文雖嘗試以公平原則類型化之方式具體化其運用，然就土地法之公平原則運用較少，又此時實涉及多數共有人與少數共有人的利益衝突，故本文以「利益衡量」試圖具體化三審所提之公平原則，就少數共有人保護措施（連帶責任與優先承買權）、少數共有人之

財產權犧牲（應有部分被強制處分）所對應之對價而言，如同三審所言，X1應有部分實際未為處分，乃竟得就未同意處分共有人之應有部分強制予以處分，並參與其價格之決定，即有利害衝突顯失公平情形，難認正當。本文贊同三審以公平原則為理由，於承受人兼共有人時，就應有部分與人數計算須

排除之要件。又就近來最高法院107年度台上字124號民事判決一併觀察，得認為該限制係針對「處分行為」，「負擔行為」縱使於處分行為不符土地法第34條之1時，亦在當事人間有效，而得請求為應有部分移轉或債務不履行之損害賠償。

（完）

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有中華民國律師公會全國聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - （一）本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - （二）凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - （三）每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - （四）翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - （五）未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業者，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。