

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（上）

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

壹、本案事實

原告X1、X2、X3、X4四人與被告Y1、訴外人Z1、Z2等人原共有A地，嗣後Y1、Z1、Z2依據土地法第34條之1將A地出賣予Y1（Y1、Z1、Z2應有部分合計超過三分之二），Y1又將A地信託予Y2，不同意出賣之X1、X2、X3、X4遂向Y1、Y2提起訴訟，主張買賣契約無效，應返還A地。

原告X1等人主張，就系爭買賣契約而言，

Y1同時兼具出賣人與買受人地位，自無從就標的物及價金互為同意，故系爭買賣契約不成立。關於將A地移轉於Y1之物權行為，Y1代理X1等人將A地移轉於自己，屬於民法第106條自己代理之行為，故其代理行為無效，從而移轉A地之物權行為亦無效。於系爭買賣契約中，應有部分之計算應排除Y1之應有部分，而Z1、Z2應有部分合計未達三分之二，不符土地法第34條之1規定。

被告Y1則抗辯，Y1、Z1、Z2應有部分合計

* 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。）

已超過三分之二，符合土地法第34條之1的要件，縱嗣後由原同意處分之共有人之一（即Y1）承買共有物，而生權利混同之效果，亦不影響原同意處分人數及應有部分之計算。關於所有權移轉部分，Y1為出賣人兼買受人，因權利混同無須另為所有權移轉登記，但關於同意出賣之人即Z1、Z2之應有部分即屬有效買賣，並應為所有權移轉登記予Y1。其餘不同意出售A地之少數共有人之應有部分，係基於實體法規定賦予同意出售者一併處分之權利，同意出售者並非代理未同意出售之人與買受人訂立買賣契約，買賣契約僅存在於同意出售者與買受人間，未同意出賣者與買受人並未發生法律關係，本件並無雙方代理或自己代理之問題。

貳、歷審判決理由

一、一審判決¹

第一審判決認為就系爭買賣契約而言，因Y1同時為系爭土地買賣契約之出賣人與買受人，自無從就標的物及價金互為同意之意思表示，買賣契約亦不成立。系爭物權行為因不符合土地法第34條之1第1項或民法第819條第2項而無效。一審判決認為「土地法第34條之1第1項所為之處分，應產生土地所有權全部移轉之效力」，本案中Y1之應有部分不生移轉，故非移轉所有權全部。再者，本案又不得全體共有人同意，故系爭物權行為無效。

關於土地法第34條之1之法律性質，一審判

決認為係「法律所賦予之代理權，其性質係代理他共有人為處分行為」，屬於法定代理權之性質。並進而論述，民法第106條，於法定代理與意定代理均有其適用，故「被告Y1代理原告處分其系爭土地應有部分予其自己，既然非屬專為履行債務，自非有效。」

一審判決認為：「如多數共有人代理少數共有人將共有土地或建築改良物處分予自己，則在價金之決定上難謂合理，且有單方操縱價格之嫌，假設多數共有人片面決定以較市價為低之單價為買賣價格，縱少數共有人亦得以該較低單價行使優先購買權，然多數共有人之應有部分比例勢必較高，從而以其應有部分為基準所核計之總價金亦將較高，則少數共有人未必有資力行使優先購買權，從而少數共有人若無資力行使優先購買權，多數共有人即可以上開較低單價為買賣價格，而購入少數共有人之應有部分，少數共有人之權益將嚴重受損。為確保共有物賣出價格不致低於市場正常交易價格，以兼顧少數共有人之權益，應認土地或建築改良物之共有人，不得依據土地法第34條之1規定，將土地或建築改良物出售予自己。」因此，共有人不得兼為買受人（即承受人）。

系爭土地之處分與土地法第34條之1第1項、民法第819條第2項之要件均不符合，應屬無效，故判決原告X1等人勝訴，Y1、Y2遂提起上訴。

二、二審判決²

關於共有土地或建築改良物處分之買賣契

註1：臺灣臺北地方法院101年度訴字第1475號民事判決。

註2：臺灣高等法院102年度上字第341號民事判決。

約，二審判決認為，「就同意出賣之共有人言，係出賣其自有之應有部分，並有權一併出賣未同意出賣之共有人之應有部分；此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約，未同意出賣之共有人與買受人間，自不發生何等法律關係」，並認為買賣契約之出賣人為Y1、Z1、Z2，且土地所有權買賣移轉契約書所載之標的為A地「全部」，僅Y1「就已原有之應有部分，並無所有權移轉登記之問題，故該部分所有權並未生變動。」，X1、X2、X3、X4不同意出賣，則非買賣契約之出賣人，基於債之相對性，不得對買受人Y1有所主張，如此關於系爭契約是否因Y1兼買受人與出賣人及違反民法第106條而無效，則毋庸論述。

關於物權行為，二審判決同一審判決見解認為土地法第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。二審判決認為：「第34條之1之立法意旨在於兼顧共有人之權益範圍內，解決因少數共有人不予同意，即無從處分共有物之困難，爰限制少數共有人所有權之方式並賦予部分共有人得處分共有物之權，以促進共有土地或建築改良物之有效利用，增進公共利益。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。」，Y1同為共有人，就X1等人之應有部分為無權處分，且X1等人並未同意，該移轉X1等人之A地應有部分行為自屬無效，因而駁回Y1、Y2之上訴。

三、三審判決³

最高法院判決是否贊同原審判決「區分原因行為與處分行為，前者非代理出賣，後者為代理處分」之見解，似乎並不明確，最高法院僅表示「部分共有人依土地法地34條之1第1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」⁴。然其對於原審目的性限縮之見解則有不同看法，最高法院判決認為雖為有權處分，「惟仍應兼顧其權益，並符『公平原則』」。此項處分不包括分割，其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。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

註3：最高法院103年度台上字第2333號民事判決。

註4：陳忠五（2015），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，第271期，第118頁。

之共有人，要非法之所許。是共有人為承受人時，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。」如此，共有人仍是有可能依本條規定，成為買受人（承受人），係與二審判決見解「共有人不得同為買受人」不同之處。最高法院判決理由雖與二審判決不盡相同，然結果相同，駁回Y1、Y2之上訴。

茲就歷審判決見解以圖表整理如下：

	買賣契約	物權契約（土地法第34條之1）
第一審	Y1兼出賣人及買受人，無從成立買賣契約	土§34-1法定代理權+民法§106（無效） →共有人不得兼為買受人
第二審	非代理出賣：同意出賣者就不同意者之應有部分有權出賣，非代理不同意者為買賣契約締結。	土§34-1法定代理權+民法§106（無效） →共有人不得兼為買受人
第三審	未明言	依法律有權處分→法定處分權 土§34-1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 →共有人有可能兼為買受人

參、問題提出

本案所涉及之問題可分為兩大部分，第一，土地法第34條之1第1項「處分」的內涵與性質為何？第二，當共有人同意出賣土地

時，得否兼為買受人？

本案二審判決認為在共有人依土地法第34條之1出賣土地時，同意出賣者就不同意者之應有部分有權出賣，非代理不同意者為買賣契約締結，又認為土地法第34條之1所稱之處分為「法定代理權」（第一審對此持相同見解），最高法院判決亦提及共有人依土地法第34條之1為「有權處分」，此皆涉及土地法第34條之1第1項所稱「處分」之內涵與性質，該「處分」係指最廣義者（包含負擔行為）之處分，亦或狹義之處分？而該「處分」之性質係「法定代理權」或法律賦予的「處分權」？這兩個問題涉及少數不同意之共有人以及多數同意出賣之共有人間權利義務之關係。

其次，當共有人同意出賣土地時，得否兼為買受人？針對這個問題，二審判決透過對土地法第34條之1作「目的性限縮」，根本的排除同意出賣土地之共有人兼為買受人（承受人），最高法院判決則透過「公平原則」之操作，認為計算應有部分時應排除買受人之應有部分，並未直接排除共有人成為買受人（承受人）之可能。以下將就這兩大問題，藉由學說與實務見解說明與討論。

肆、土地法第34條之1第1項「處分」的內涵與性質

一、土地法第34條之1第1項「處分」是否包含負擔行為？

土地法第34條之1立法目的係在於兼顧共有人的權益範圍內，排除民法第819條第2項、

第828條第3項規定之適用，以便利不動產所有權之交易，解決共有不動產之糾紛，促進共有物之有效利用，增進公共利益⁵。應先探討第819條第2項、第828條第3項之處分意涵為何，進而探究本條項之處分是否包含負擔行為。

（一）民法第819條第2項、第828條第3項「處分」之內涵

處分⁶，其意義有多樣性，大致得區分為：

(1) **最廣義之處分**，包含事實上之處分及法律上之處分。如，民法第765條之處分。(2) **廣義之處分**，僅包含法律上之處分。如，民法第84條之處分。(3) **狹義之處分**，僅包含物權行為，如，民法第759條、118條之處分⁷。

有論者認為民法第819條第2項之處分，屬於**最廣義，包含法律上處分及事實上處分**，未

得全體共有人之同意而為法律上處分者，例如出賣、互易，其處分為無效⁸。另有論者認為民法第819條第2項之規定，旨在保護多數全體共有人的利益，該處分，**包含事實上處分及法律上處分，然不包含負擔行為在內**，蓋其認為本條似係參考德國民法第747條，德國判例學說一致認為該處分不包含負擔行為⁹。**多數學者認為該處分不含負擔行為**¹⁰，共有物出賣之負擔行為不以經全體共有人同意為必要，契約一經訂立，於當事人間即有效成立，與未締約之其他共有人則全然無關¹¹。負擔行為，僅使當事人負有債務，並不生有權利變動效果，不問當事人有無相關處分權¹²。

實務上，早期之最高法院18年上字第676號判例認為，民法第819條2項處分包含負擔行為¹³。惟該判例嗣後經廢止，其理由係「未

註5：參照大法官釋字第562號解釋理由書。

註6：陳榮隆（2001），〈部分共有人出賣共有物之效力——最高法院八十九年度臺上字第四四號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第18期，第60-62頁。關於處分意義的分類，其分類：**最廣義之處分**（事實上處分及法律上處分）、**較廣義之處分**（法律上處分：私法上處分及公法上處分）、**廣義之處分**（私法上處分）、**狹義處分**（處分行為）、**最狹義處分**（處分行為，不含準物權行為），**最狹義之處分**（讓與，不包含其他物權行為）。本文此部分目的討論土地法第34條之1的處分意義為何，為聚焦於此，採取王老師較簡易的分類，避免論述的繁雜。

註7：王澤鑑（2009），〈出賣他人之物與無權處分〉，王澤鑑著，《民法學說與判例研究（四）》，自版，第129-130頁，台北。

註8：史尚寬（1987），《物權法論》，初版6刷，自版，第143頁，台北。

註9：王澤鑑（2017），《民法物權》，增訂2版，自版，第286頁，台北。王澤鑑（2009），〈三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待澄清〉。王澤鑑著，《民法學說與判例研究（五）》，自版，第17頁，台北，其另有一理由係就法律體系言，做此解釋可與民法第118所稱之處分，互相配合。然此理由將產生就民法第819條第2項處分，其認為**不包含事實上之處分之解讀**，而生疑義。

註10：吳光陸（1989），〈土地法第三十四條之一第一項之商權〉《法學叢刊》，第136期，第49頁。鄭冠宇（2014），《民法物權》，第287頁，台北，新學林。

註11：謝在全（2014），《民法物權論（上）》，修訂6版，第366頁，台北，新學林。

註12：林誠二（2008），〈民法處分概念分析及其體系形成〉，《民事法學新思維之開展劉春堂教授六秩華誕祝壽論文集》，第265-266頁，台北，元照。

註13：共有財產非經共有人全體之同意，不得由共有人之一人或數人自由處分，若無共有人之同意而與他人締結買賣財產之契約者，則該契約自不得認為有效。

經共有人全體同意而出賣共有物，於訂約之共有人與買受人間仍屬有效…」目前實務穩定見解，係採不含負擔行為。¹⁴負擔行為，本不以處分權為必要，共有人未經同意出賣共有物，如同第三人出賣他人之物，故應認為該條不包含負擔行為。又學說¹⁵或實務見解¹⁶認為第828條第3項「處分」意涵與第819條第2項處分意涵相同，不含負擔行為。

（二）土地法第34條之1第1項「處分」不含負擔行為

1. 學說見解

有學者認為該條項處分應僅指法律上之處分為限，並以有償者為限，蓋其認為自本條所定適用態樣¹⁷文義而言，均僅指處分行為而不及負擔行為，且本條立法目的在促進不動產之利用，於此範

圍內排除第819條第2項之適用，故不宜逾越其處分之意義，不含負擔行為¹⁸。

亦有學者，贊同最高法院87年度台上字866號民事判決¹⁹見解，而認為鑒於土地法第34條之1第1項之處分尚須考量負擔行為之有償與否，以及同條第3、4項之規定，故應解為包含負擔行為²⁰。

2. 實務見解

早期實務上就本條適用是否包含負擔行為見解不一²¹，有採否定者如最高法院83年度台上字第144號；有採肯定者，如最高法院87年度台上字第866號民事判決、91年度台上字348號民事判決²²，然探究判決文義係：「為處分之共有人」就「未同意出售之共有人」之

註14：最高法院71年度台上字第5051號民事判決，認為買賣並非處分行為，故共同共有人之人，未得其他共同共有人之同意，出賣共同共有物，應認為僅對其他共同共有人不生效力，而在締約當事人間非不受其拘束。被引用89次，最後查詢日：2020年3月29號。

註15：王澤鑑，前揭註9，第326頁。謝在全，前揭註11，第431頁。

註16：最高法院33年上字第2489號判例：「共同共有人之一人，以共同共有物所有權之移轉為買賣契約之標的，並非所謂以不能之給付為契約標的，其移轉所有權之處分行為，雖因未經其他共同共有人之承認不能發生效力，而其關於買賣債權契約則非無效。」

註17：如設定地上權、農育權、不動產役權或典權。

註18：謝在全，前揭註11，第369頁。

註19：最高法院87年度台上字第866號民事判決：「按部分共有人依土地法第三十四條之一第一項，將共有土地之全部出賣於人，就為處分之共有人而言，係出賣其應有部分，並對未同意出售之共有人之應有部分有權一併處分出賣，此種處分權乃係基於實體法規定而發生。…未同意出售之共有人並未與買受人訂立買賣契約，自不能因其應有部分一併出售並移轉與買受人，且得領取買賣價金，而謂與買受人間有買賣關係存在。」此判決至今已引用24次。（最後檢索日：2020/5/11）

註20：王澤鑑，前揭註9，第291-292頁。

註21：謝在全，前揭註11，第374頁，註15。

註22：88年度台上字第1703號民事判決：「…就各共有人而言，仍為出賣其應有部分，不過同意出賣之共有人對不同意出賣之共有人之應有部分有權代為處分，故不同意出賣之共有人自屬買賣契約效力所及，買受人若已將土地之全部價金付與有權代不同意出賣之共有人處分其應有部分之同意出賣共有人受領，自己盡價金給付義務，買受人自無再為給付價金之義務。」然本件發回更審後上訴第三審91年度台上字第348號民事判決卻認為不同意出賣之共有人不受買賣契約拘束（論述與87年度台上字第866號民事判決類似）。

應有部分一併「處分出賣」，如此該處分似乎包含負擔行為，然其買賣契約卻係不及不同意出售之共有人。

3.立法目的解釋出發

民國93年時期之土地法第34條之1執行要點第3點明確揭示該條處分包含買賣²³（負擔行為），於民國94年刪除，其修正理由係法律上及事實上處分行為態樣多，避免列舉而造成遺漏²⁴。現行條文²⁵僅規定：處分以有償讓與為限，自文義上無法推知是否排除負擔行為，然可肯定處分行為之原因關係要為有償。

論者謂，文義乃法律解釋的開始，也是法律解釋的終點²⁶。從規範的字義出發，進一步探究該用語的意義以及立法者所使用的具體意涵²⁷。就文義而言，

「處分」概念若是廣義之處分，即包含負擔行為，然此似乎是對於負擔行為增加一特別生效要件，於後之本案評析中詳論。法律概念具多樣性，有其核心領域及邊際地帶，其射程的遠近，應依法律意旨而定²⁸。法律概念僅具有相對的真理，須從目的論的立場，構成合理的法律概念²⁹。

土地法第34條之1規定之立法目的，係藉由共有人間多數決模式³⁰取代共有人全體同意原則（民法第819條第2項、828條第3項），避免稀少的不動產資源（尤其是土地），在不利的產權結構下，無法透過交易而發揮最大的資源效益。有論者認為是基於土地政策考量，而限制少數共有人，或甚至多數的小共有人之財產權，而對於私法自治基

註23：民國93年08月02日修正公布之土地法第34條之1執行要點第3點：本法條第一項所稱「處分」，包括買賣、交換、共有土地上建築房屋及共有建物之拆除等法律上與事實上之處分。但不包括贈與等無償之處分、信託行為及共有物分割。

註24：民國94年03月29日第3條立法理由：按法律上及事實上處分行為之種類、態樣繁多，本執行要點第三點僅規定買賣、交換、共有土地上建築房屋及共有建物之拆除等，避免有所遺漏，故將「包括買賣、交換、共有土地上建築房屋及共有建物之拆除等」等字刪除。修正為：本法條第一項所稱處分，指法律上及事實上之處分。但不包括贈與等無償之處分、信託行為及共有物分割。

註25：民國106年12月01日修正公布之土地法第34條之1執行要點第3點：本法條第一項所定處分，以有償讓與為限，不包括信託行為及共有物分割；所定變更，以有償或不影響不同意共有人之利益為限；所定設定地上權、農育權、不動產役權或典權，以有償為限。

註26：陳聰富（2014），《民法總則》，第33頁，台北，元照。王澤鑑（2011），《民法總則》，第54頁，台北，三民。

註27：吳從周（2010），〈台灣民法解釋學之發展現況——著重在本土判決實踐的印證〉，《月旦民商法雜誌》，第30期，第27頁。

註28：王澤鑑（1999），《法律思維與民法實例請求權基礎理論體系》，第264頁，台北，三民。

註29：陳聰富，前揭註26，第33頁。相同看法，蘇永欽（2002），〈私法自治中的國家強制——從功能法的角度看民事規範的類型與立法釋法方向〉，《走入新世紀的私法自治》，第46頁，台北，元照。學者亦認為土地法第34條之1係具有政策目的的強制規範，目的解釋通常是最重要的方法，必要時得為一定的超法規擴張，但在尊重私法自治的前提之下，更多時候，需要對法條做目的性限縮。

註30：「以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意」或「應有部分合計逾三分之二」。

本法理「任何人不得為大於自己權限之處分」有所挑戰³¹。

負擔行為僅是對於行為人發生創設法律負擔的效力，而非似處分行為將直接使某種權利發生、變更或消滅。負擔行為之租賃行為，實務上認為該條為特別規定，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³²。買賣與租賃等負擔行為，僅是課予出賣人、出租人一義務，如因其無權限而無法履行，僅是其需承擔債務不履行之後果，國家不應介入。

土地法第34條之1是為使不動產為有效利用而限制人民財產權，進而干涉私法自治，從而應以「私法自治的維護」作為落實目的之外緣界線³³。本文認為，該條僅是排除對於土地利用之障礙，負擔行為如上所述，本不會造成權利義務的直接變動，從而應將該條第1

項處分概念為限縮解釋³⁴，不包含負擔行為，僅含物權行為。

4.小結

自目的論解釋，應將處分為限縮解釋，不含負擔行為。又綜合學說與實務就肯否說之操作，可發現二者實際上結論相同，亦即部分共有人與他人所訂立之債權契約於意思表示合致時即生效力，而「未締結」債權契約之共有人，包含同意或不同意處分者皆非契約之當事人。又處分行為，若其依據之債權契約屬於有償行為時，即得依土地法第34條第1項，使部分共有人移轉不動產共有物之物權行為屬「有權處分」而生物權變動之效力。因而，本文立場為應直接限縮解釋「處分」，排除負擔行為，避免徒生困擾。

二、土地法第34條之1「處分」性質？

土地法第34條之1所稱「處分」的性質為

註31：蘇永欽，前揭註29，第41頁。

註32：參照最高法院79年5月29日第2次民事庭會議決議：「共有物之出租，實乃共有物之管理行為，依民法第八百二十條第一項規定。」

註33：蘇永欽，前揭註29，第42頁。

註34：關於限縮解釋與目的性限縮不同，詳參黃茂榮（2006），《法學方法與現代民法》，增訂第5版，第735-736頁，台北，國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會。Karl Larenz著，陳愛娥譯（2013），《法學方法論》，第300-301頁，台北，五南。王澤鑑，參前註28，第321頁。

限縮解釋係指文義範圍內，參酌其他解釋方法，而排除可能包含文義之適用，亦即採取較狹窄的字義，而限縮規範的適用範圍。目的性限縮係指基於立法意旨，將原為法律文義所涵蓋之案型，（藉由添加限制性的規範）排除於該法律之適用範圍外，與限縮解釋區別在於，已損及文義核心，而進入法律漏洞填補。於此，本文認為土地法第34條之1「處分」，基於法律概念相對性，處分本得包含事實上處分或法律上處分，然事實上處分，將使共有不動產具不可回復的消滅，且多是無償，對不同意之共有人無補償之可能，參照民國106年12月01日修正公布之土地法第34條之1執行要點第3點立法理由中明確表示不包含。又如認不含負擔行為，應認為係限縮解釋，蓋似乎未破壞文義核心。蘇永欽老師，則是認為此為目的性限縮，蓋其將就第1項處分採取狹義意義，僅包含物權行為，故若包含負擔行為，則為目的性擴張。

何？學說實務上有「代理權說」和「處分權說」之爭，亦即，該處分係法律賦予共有人法定代理的權限，讓共有人「代理」其他不同意之共有人處分土地，或是單純的賦予共有人處分共有物的權限？以下就實務學說分述。

（一）實務見解

早期實務上對於採代理權說或處分權說有爭議，民國65年度法律座談會中及最高法院78年度第12次民事庭決議³⁵處理共有人優先承買權的問題時，對於共有人對其他共有人的應有部分一併為處分，係法律規定賦予代理權。隨後最高法院78年度台上字第1011號民事判決謂：「所以得一併處分他共有人之應有部分，乃源於法律所賦予之代理權，其性質系代理共有人為處分行為。」係採代理權說之見解。

採處分權說者，則有最高法院81年度台上字第1501號民事判決以及最高法院81年度台上字第1567號民事判決，最高法院81年度台上字第1501號民事判決謂：「惟按土地法第三十四條之一規定係為解決共有土地或建築改良物之處分等行為，不能獲得全體共有人同意之事實上困難，乃賦與有一定應有部分比例之部分共有人，對共有物有直接處分之權。此種處分權乃係基於實體法規定而發

生。」。最高法院81年度台上字第1567號民事判決則謂：「惟共有人中之一人或數人將共有土地之全部出賣於第三人者，就各該共有人言，仍不失為出賣其應有部分，雖依土地法第三十四條之一第一項規定共有人中之一人或數人，就他共有人之應有部分，亦有處分權能，並非以此剝奪未同意出賣土地之他共有人優先承購之權利」，需要注意的是，前者法院認為處分的客體係「共有物」，後者則認為處分的客體為「他共有人之應有部分」。這樣的爭議在最高法院82年度第3次民事庭會議討論當事人適格的問題時有出現過，然該決議迴避了代理權說與處分權說的爭議問題³⁶，該爭議未獲解決。

不過在行政實務上，則是明確表示採代理權說之見解，如法務部法律字第1000023833號函釋：「上開部分共有人依土地法第34條之1第1項規定，於共有土地或建築改良物上為處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權時，是否為未同意出賣之共有人之代理人，因係同意處分之共有人代不同意之共有人處分其所有權，其性質自係代理權之性質，且係依法取得之代理權，並非基於不同意共有人之授權，故屬法定代理權性質，此觀之同法條第3項規定『應代他共有人申請登記』足資證明。」³⁷

註35：最高法院78年度第12次民事庭決議：「共有人甲、乙二人依土地法第三十四條之一第一項，將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第四項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第一項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。」

註36：最高法院82年度第3次民事庭會議：「本院七十八年五月二十三日七十八年度第十二次民事庭會議決議（一），係針對土地法第三十四條之一第四項規定之優先承購權所為決議。至於當事人是否適格及對非出賣人之他共有人有無請求權存在，俟有具體事件時再行討論。」

註37：內政部內授中辦地字第1016650079號亦採相同見解。

近年來，法院究竟採代理權說或是處分權說，仍尚無定論，採取代理權說之見解有最高法院106年度台上字第2071號民事判決，其謂：「未查被上訴人依土地法第34條之1第1項規定，處分共有土地之全部，包含其有權代為處分其他共有人之應有部分在內。」。而採處分權說者則有最高法院106年度台上字第2482號民事判決，該判決謂：「按部分共有人依土地法第34條之1第1項規定，將共有土地之全部出賣於人，就為處分之共有人而言，係出賣其應有部分，並對未同意出賣之共有人之應有部分有權一併出賣，此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約。」³⁸

（二）學說見解

學說上則多採處分權說之見解。有論者認為，當達土地法第34條之1標準時，即依法取得處分共有物之權，非取得他共有人為負擔行為或處分行為之法定代理權，需要注意的是，亦非取得處分他人應有部分之處分權³⁹。

在採處分「包含負擔行為見解」的前提下，有認為，若採代理說，則少數共有人行使優先購買權時，將生出賣人與買受人角色牴觸之問題，因此宜採處分權說⁴⁰。另有論者認為，法定代理權原則上係因有補充私法

自治的需要，才需賦予，如為了無行為能力與限制行為能力之人參與社會活動，設置法定代理，至於有行為能力之人，本可自為受意思表示，原則上無需設置法定代理，又代理權係為本人利益而賦予，而非為代理人利益。然土地法第34條之1中，多數共有人無視少數共有人之意見而處分共有物，顯非為少數共有人之利益，再者，使少數共有人也成為買賣契約之出賣人，使其負擔出賣人之義務，對於少數共有人並不公平，反之，採處分權說得避免此問題。若認為處分包含事實上處分與法律上處分，採代理權說將牴觸事實行為不得代理之問題，但採處分權說則無此問題，至於從防止出賣人兼買受人之問題而言，代理說與處分權說一樣可以解決，因此，綜上所述，採取處分權說較為妥適⁴¹。

而採處分不包含負擔行為見解的前提下，亦有認為該處分為「處分權」，蓋於未依民法第819條第2項全體共有人同意而處分共有物時，屬於民法第118條第1項的無權處分，而土地法第34條之1屬於民法第819條之特別規定，因此，與此相對，土地法第34條之1係授予多數共有人「處分權」⁴²。

然也有論者贊同最高法院78年第12次民庭決議：「然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為

註38：其他類似見解尚有最高法院105年度台上字第1700號民事判決。

註39：陳榮隆，前揭註6，第68頁。學者陳榮隆對於處分的範圍認為不包含負擔行為。

註40：陳明燦（2013），〈臺灣土地法第34條之1共有土地先買權若干問題之探討〉，《月旦財經法學雜誌》，第33期，第142-143頁。

註41：溫俊富（2013），〈多數共有人處分共有不動產權限之定性〉，《台灣法學雜誌》，第217期，第7-10頁。

註42：黃佩玲、林易儒（2014），〈共有不動產處分時，共有人為受讓人適法性之探討——兼論最高法院相關判決之爭議〉，《法令月刊》，第65卷，第8期，第93-94頁。

處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。」這樣的結論與理由，似乎是贊成法定代理權說的見解⁴³。

（三）小結

土地法第34條之1所稱處分的性質為何，學說多採處分權說之見解，主要論據在於避免不同意之其他共有人亦成為出賣人，而實務上的處分權說與代理權說之爭，迄今似乎尚未有定論，兩說皆各有判決支持。

兩說在認為處分包含負擔行為時會有顯著差異，此時代理權說會使不同意處分之少數共有人成為契約當事人，反之，處分權說得避免此問題。本文對於處分採取較為限縮的解釋，即處分不包含負擔行為，此時代理權說和處分權說在操作上似乎就沒有太大差異，然在理論上，誠如學者陳榮隆所言，法定代理權原則上係因有補充私法自治的需要，才需賦予，且法定代理權係為本人利益而生。但土地法第34條之1並無賦予共有人法定代理權之必要，也非為少數不同意共有人的利益，因此，本文認為土地法第34條之1應是賦予共有人處分權，而非法定代理權。

三、本案判決之見解與評析

二審判決區分買賣契約與物權契約，關於買賣契約部分「就同意出賣之共有人言，係出賣其自有之應有部分，並有權一併出賣未同意出賣之共有人的應有部分；此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約，未同意出賣之共有人與買受

人間，自不發生何等法律關係」，其論述方式與前述之最高法院87年度台上字第866號民事判決（註19）極為類似，多數學者認為該判決所指之處分包含負擔行為。然於負擔契約中，似乎無所謂處分權存在的空間，蓋處分權是以物權行為為標的而產生權利義務變動之效果。又自文義解釋，僅得以該「處分」解釋為「出賣」未同意共有人應有部分，而勉強解釋該處分得包含負擔行為。惟如此將變成「共有土地或建築改良物，其『負擔行為與物權行為』，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。」，形同對於負擔行為增加一特別生效要件，相較於無權出賣他人之物契約為有效，並無增加要件的合理性與必要性，蓋如出賣人並無處分權，僅係其負擔債務不履行責任。

就物權行為而言，二審判決認為土地法第34條之1「處分」係「法定代理權」，且亦有民法第106條之適用。惟本文認為該處分應採法定處分權說，較為妥適，已如前述。

本案最高法院判決僅表示「部分共有人依土地法地34條之1第1項規定處分共有土地之全部，對於未同意處分共有人的應有部分，係依法律規定而有權處分」，並未特別區分原因關係與物權行為。就原因關係（買賣契約），已如前述，部分共有人與他人所訂立之債權契約於意思表示合致時即生效力，而未締結債權契約之共有人，包含同意或不同意處分者皆非契約之當事人。本案中雖然是

註43：王澤鑑，前揭註9，第295頁。

Y1、Z1、Z2依據土地法34條之1將A地出賣給Y1，看似出賣人是Y1、Z1、Z2，買受人為Y1，而Y1同時兼具出賣人與買受人地位，自無從就標的物及價金互為同意，系爭買賣契約不成立，惟依民法第112條，Z1、Z2與Y1間仍有契約合意，尊重當事人真意，若當事人知原契約無效，仍是會欲為他法律行為，則出賣人Z1、Z2，買受人為Y1間就A地成立有效買賣契約。

就物權行為部分，共同處分原則將導致共有物處分不便，故增訂土地法地34條之1，處分標的為「共有物」整體（包含所有人共有人之應有部分）。Y1之應有部分雖然沒有移轉，然此係因Z1、Z2（假設如符土地法第34條之1第1項）法定取得之處分權而處分該共有物，僅係因Y1同時兼承受人，則此時Y1之應有部分實際上不移轉，二審判決見解雖認為處分標的是應有部分，惟後闡述買賣契約標的為共有物全部，認為「就已原有之應有

部分，並無所有權移轉登記之問題，故該部分所有權並未生變動。」此實際上是因承受人身份是共有人的特殊性而導致，然而若以本條目的思考，其所欲達共有物流通，處分標的應為共有物（包含全體共有人之應有部分）。在此，最高法院明顯係採處分權說，值得贊同。

對比於二審見解，採代理權說，將有民法第106條適用，而直接排除共有人兼承受人的可能性，然究其實際，本件所涉實為在共有人兼承受人時，實務上排除少數共有人之優先承買權，導致少數共有人權益保護不周，惟並未兼顧到土地法第34條之1另一重要立法目的「促進共有不動產之流通」，**最高法院判決最後提出之方法：「扣除該共有人之應有部分及人數進行計算」，實為兼顧少數共有人權益保護及多數共有人之處分權，以促使共有物流通。**

（待續）