〈中華不動產仲裁協會第五期仲裁人講習/109.10.26〉

土地登記涉及私權爭執事項及土地法第 34 條之 1 規定

（政治大學地政學系教授　陳立夫）

目　次

壹、前言
貳、土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定之意涵
參、土地登記法令關於登記案件涉及私權爭執應予駁回之規定
肆、關於時效取得地上權之法律議題
伍、關於土地法第 34 條之 1 規定之法律議題
陸、附論
　一、最近兩則值得注目之判決
　二、土地法之調處與仲裁之關係

壹、前言

• 對於民眾私權糾紛之處理方式，除一般向法院提起訴訟，由法院以作成判決方式解決以外，還可以透過「調解」、「調處」或「仲裁」等訴訟以外之方式解決之。此即所謂「訴訟外紛爭解決機制」。

• 有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。（仲裁法第 1 條第 1 項）

• 仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。（仲裁法第 37 條第 1 項）

• 仲裁事件，於仲裁判斷前，得為和解。和解成立者，由仲裁人作成和解書。前項和解，與仲裁判斷有同一效力。但須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。（仲裁法第 44 條）

• 內政部為提示土地登記案件申請人如因私權爭執而遭駁回，得合意選擇循訴訟或其法定非訴訟程序處理，爰以 106 年 8 月 2 日台內地字第 1061305102 號函修正「土地登記案件駁回通知書」之附註欄，增列：「**駁回之事由涉及私權爭執者，申請人得……依仲裁法提付仲裁等方式解決。**」

• 107 年 11 月 16 日，並修正土地登記規則，於第 57 條規定：「（1 項）有下列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：一、不屬受理登記機關管轄。二、依法不應登記。**三、登記之權利人、義務人或**

其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執[1]。四、逾期未補正或未照補正事項完全補正。申請人不服前項之駁回者，得依訴願法規定提起訴願。（2 項）依第一項第三款駁回者，申請人並得訴請司法機關裁判或**以訴訟外紛爭解決機制處理**。」

→ 修正理由：**為使民眾了解涉及私權爭執之解決途逕，除司法訴訟外，尚有依仲裁法提付仲裁或依鄉鎮市調解條例聲請調解等訴訟外紛爭解決機制，爰修正第三項規定，以推廣多元化爭議解決管道，疏減訟源。**

☞ 土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款所定「登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執」，亦即一般所謂「私權爭執」，其內含及相關法律議題為何？於處理仲裁事務上，容有理解之必要與價值。另，鑑於土地法第 34 條之 1 作為民法第 818 條、828 條第 3 項之特別規定，在實務上常被運用，且其為重要規定並與上開土地登記上涉及私權爭執之事項有關；然而事實上，其規定內含諸多問題，且引生之相關爭執不少，爰予列於標題特別說明之。

☞ 關於仲裁，雖仲裁法第 31 條規定：「仲裁庭經當事人明示合意者，得適用衡平原則為判斷。」但畢竟仲裁案非均得採衡平原則以為判斷，故仍應對於仲裁爭議事件所涉之實體法律規定內容，有一定程度之理解；尤其，是關於複雜之不動產事件。

☞ 本次講習課程主要重點：擷取若干不動產登記涉及私權爭執事項之實體規定內容、議題，予以說明。但本次講習內容，不擬將重點置於登記機關對於何種事項屬於土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款所定之私權爭執事項[2]，而僅就登記機關已認定登記事項涉及私權爭執，而依該款規定駁回登記申請案件，有關私權爭執事項之實體規定內容、議題等，予以說明，以供相關案件仲裁處理之參考。以下，主要就時效取得地上權登記及土地法第 34 條之 1 等規定說明之。

貳、土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定之意涵

• 最高行政法院 81 年判字第 1796 號原判例：「土地登記規則第四十九條第一項第三款所謂「涉及私權爭執」範圍甚廣，**舉凡與登記事項有關而涉及私法上權利存否之爭議者，均包括在內。**故在申請所有權登記之時，有人出面爭執申請

[1] 按本款規定文字用語係於 84 年 7 月 12 日修正。修正前係規定為「涉及私權爭執者」，惟基於「私權爭執之範圍，實務上不易認定，為利執行，有明確界定之必要」，爰予修正文字。

[2] 按對於登記機關以土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定為由，駁回登記申請案件（行政處分）不服者，應以行政爭訟程序，尋求救濟。

人之權利，固屬涉及私權爭執，即在因時效取得地上權申請登記之情形，苟有人對申請人取得地上權權利正當與否有所質疑，出面爭執，亦屬申請案件涉及私權爭執。」

• 按土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款所稱「登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執者」，係指申請登記之法律關係，於申請登記之權利人與義務人間，或申請登記之權利人、義務人與該法律關係有關之權利關係人之間，**對於該法律關係之存否有所爭議之情形而言**。土地所有人設定地上權於他人，共同申請地上權設定登記後，在登記機關審查中，又主張地上權設定行為不生效力，請求登記機關不應予以登記，即屬申請登記之權利人與義務人間，於申請登記之地上權設定法律關係有所爭執之事例。此際，登記機關應駁回登記之申請。（最高行政法院 94 年度判字第 1457 號判決）

• 土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定「登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執者。」應係指登記權利人與登記義務人或關係人間，就「申請登記之法律關係」之爭執，**在未經有權認定機關確認前，登記權利人所申請登記事項之權利是否確屬存在，尚不明確者而言。**（最高行政法院 98 年度判字第 1046 號判決）

• 土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款之規定，係就權利人、義務人或權利關係人間有爭執而為規定，雖未就爭執之法律關係為何予以明文，惟**登記之權利人、義務人，原係指申請登記之法律關係之權利人、義務人而言，又權利關係人既規定限於「與申請登記之法律關係有關」之人，自應認本款所定之「爭執」，係指與申請登記之法律關係有關之爭執，並非泛指以申請登記之不動產為標的之所有法律關係之爭執而言。**（最高行政法院 99 年度判字第 268 號、99 年度判字第 710 號判決）

•「土地登記規則第 49 條第 1 項第 3 款（現行土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款）所謂『涉及私權爭執』範圍甚廣，舉凡與登記事項有關而涉及私法上權利存否之爭議者均包括在內，故在申請所有權登記之場合，有人出面爭執申請人之權利，固屬涉及私權爭執，即在因時效取得地上權申請登記之場合，苟有人對申請人取得地上權權利正當有所質疑，出面爭執，亦屬申請案件涉及私權爭執。」本院亦著有 **81 年判字第 1796 號判例**可參。是行政法院於登記機關以涉及私權爭執為由駁回時效取得地上權申請之事件，應就所爭執者是否為地上權登記請求權之存否予以認定並詳敘其認定之理由。（最高行政法院 99 年度判字第 353 號判決）

• 土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定可知，如登記之權利人、義務人

或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請。蓋土地登記為不動產權利之公示制度，依法具有公信力，惟**登記機關對於不動產權利變更登記原因所涉之法律關係，並無實質認定權限，是於審查時發現土地登記內容所涉登記標的法律關係，於登記權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間，已生爭執，則其權利之歸屬，應經由民事爭訟以為確定**，登記機關即應據土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定，駁回不動產權利變更登記之申請。故登記權利人與義務人或與申請登記之法律關係有關之權利關係人間，究是否存有爭執乙節，因涉及登記機關是否應依土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款之規定駁回申請人之登記申請，即應由登記機關予以究明。而登記權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間，是否存有爭執，苟彼等全體於會同申請登記時，固可認彼此之間並無存有爭執；惟如依前揭執行要點第 8 點第 1 款規定，僅由土地法第 34 條之 1 第 1 項共有人會同權利人申請權利變更登記時，因尚有未能會同申請之他共有人，無須於契約書及申請書上簽名，亦無須親自到場核對身分，此時**未能會同申請之他共有人，對於上開共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項處分共有土地是否符合相關規定究有無爭執，是否有土地登記規則第 57 條第 1 項各款所定，登記機關應駁回申請情事等項，登記機關自應依權責予以查明。**茲依土地法第 43 條規定登記乃有絕對之效力，地政機關就不動產所有權移轉登記，因涉及當事人權利之得喪變更重大，因此雖得由土地法第 34 條之 1 第 1 項同意處分之部分共有人會同權利人申請登記，無須會同他共有人到場，**然必須提出足資證明該申請登記案所據之法律關係（以本件而言即為該買賣行為）並無爭執之相關文件，客觀上已臻明確，確足以表明「申請登記之法律關係」確屬存在，尚無不明確，無庸地政機關為任何調查或審認者，始足當之**；倘尚有調查或判斷之餘地，或當事人、權利關係人間容有爭議，因各該實體事項非地政機關所得審認，登記機關即應據土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定，駁回不動產權利變更登記之申請。（高雄高等行政法院 108 年度訴字第 510 號判決）

• 土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款、第 3 項規定：「有下列各款情形之一者，登記機關應以書面敘明理由及法令依據，駁回登記之申請：……三登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執。……」、「依第 1 項第 3 款駁回者，申請人並得訴請司法機關裁判或以訴訟外紛爭解決機制處理。」核**其規定意旨，無非是重申土地登記涉及私權糾紛者，其權利歸屬認定應由司法機關以裁判為之，而不是由地政機關以行政處分定之，此乃權力分立的本質。**上開所稱「登記之權利人、義務人或其與申請登記之法律關係有關之權利關係人間有爭執者」，應係指登記權利人與登記義務人或關係人間，就申請登記之法律關係之爭執，在未經有權認定機關確認前，登記權利人所申請登記事項之權利是否確屬存在，尚不明確者而言。又此規定就爭執之法律關係為何，雖未予明文，惟依權利關係人須限於與申請登記之法律關係有關之人以觀，所稱之爭

執，應非泛指以申請登記之不動產為標的之所有法律關係之爭執，而係指與申請登記之法律關係有直接關連之爭執而言。是以，**如有與登記事項有關而涉及私法上權利存否爭議時，因關於人民私權之確定，屬國家司法權範圍，人民發生私權爭執時，應循民事訴訟程序由民事法院確定之。登記機關既非有權為終局認定之司法機關，登記權利人所申請登記之權利是否確屬存在，在未經有權認定機關確認前，尚不明確，登記機關即應駁回登記之申請，並無准許與否之裁量權限。**（最高行政法院 108 年度判字第 590 號判決）

• 所謂「不動產私權爭議」事項，自**包括「特定主體在私法上，就特定不動產是否具有一定之資格或身分」之爭議。因為特定主體對特定不動產，其私法上地位或資格之有無，必然涉及該不動產處分權能之主體歸屬變動，進而造成不動產權利之得喪變更。**從而上訴人要求按遺囑之記載，登記為系爭土地之遺囑執行人，在遭胡秋香否認遺囑之真實性而提起異議後，有關「其是否為系爭土地之遺囑執行人」一節，已符合前述「不動產私權爭議」之定義。（最高行政法院 109 年度裁字第 174 號裁定）

參、土地登記法令關於登記案件涉及私權爭執應予駁回之規定

• 土地登記規則第 75 條規定：「土地權利關係人於公告期間內提出異議，而生權利爭執事件者，登記機關應於公告期滿後，依土地法第五十九條第二項規定調處。」 → 土地法第 59 條：「（1 項）土地權利關係人，在前條公告期間內，如有異議，得向該管直轄市或縣（市）地政機關以書面提出，並應附具證明文件。（2 項）**因前項異議而生土地權利爭執時，應由該管直轄市或縣（市）地政機關予以調處，不服調處者，應於接到調處通知後十五日內，向司法機關訴請處理，逾期不起訴者，依原調處結果辦理之。**」

☞ 前開「公告」，係指關於「土地總登記」案件，經審查無後之公告。另「建物所有權第一次登記」，亦準用之（土地登記規則第 84 條）。

☞ 前開「異議」，係對登記權利之爭執者，即為私權爭執事項。

• 土地登記規則第 97 條規定：「（1 項）申請土地權利移轉登記時，依民法物權編施行法第八條之五第三項、第五項、土地法第三十四條之一第四項、農地重劃條例第五條第二款、第三款或文化資產保存法第三十二條規定之優先購買權人已放棄優先購買權者，應附具出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄記明優先購買權人確已放棄其優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任字樣。（3 項）依民法第四百二十六條之二、第九百十九條、土地法第一百零四條、第一百零七條、耕地三七五減租條例第十五條或農地重劃條例第五條第一款規定，優先購買

權人放棄或視為放棄其優先購買權者，申請人應檢附優先購買權人放棄優先購買權之證明文件；或出賣人已通知優先購買權人之證件並切結優先購買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買，如有不實，願負法律責任字樣。（3 項）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或公告之條件出賣者，登記機關應駁回其登記之申請。**」

☞ **優先購買權之有無，乃私權爭執。**

☞ 關於土地優先購買權之行使，謹先附帶一提者是：最高法院 109 年度台上字第 1546 號民事判決（關於土地法第 73 條之 1 第 3 項[3]規定優先購買權行使問題）：「本條項所指之其他共有人，自不以分別共有人為限，包括公同共有人，以公同共有人就該土地或建築改良物之所有權與使用權，逐漸趨於合一之故。又**本條規定之優先購買權人，係立法賦予其有取得優先購買權之資格，得行使之權利係優先購買權，該權利行使既係一種資格，非行使全體公同共有人之公同共有權利，自無需由公同共有人共同為之，與公同共有人權利行使無涉。**」

• 土地登記規則第 118 條規定：「（1 項）土地總登記後，因主張時效完成申請地上權登記時，應提出以行使地上權意思而占有之證明文件及占有土地四鄰證明或其他足資證明開始占有至申請登記時繼續占有事實之文件。（2 項）前項登記之申請，經登記機關審查證明無誤應即公告。（3 項）公告期間為三十日，並同時通知土地所有權人。（4 項）**土地所有權人在前項公告期間內，如有異議，依土地法第五十九條第二項規定處理。**（5 項）前四項規定，於因主張時效完成申請不動產役權、農育權登記時準用之。」

• 時效取得地上權登記審查要點第 13 點規定：「（1 項）登記機關受理時效取得地上權登記案件，經審查無誤後，應即公告三十日，並同時通知土地所有權人或管理者。土地經限制登記者，並應通知囑託機關或預告登記請求權人。（2 項）前項通知，應以書面為之。（3 項）第一項申請登記案件審查結果涉有私權爭執者，應依土地登記規則第五十七條第一項第三款規定以書面敘明理由駁回之。」

☞ **時效取得地上權等之相關爭執，乃私權爭執。**

★土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定應予駁回之範圍（臺北市政府地政處 99 年 5 月 24 日北市地籍字第 09930578800 號函） →

[3] 土地法第 73 條之 1 規定：「（1 項）土地或建築改良物，自繼承開始之日起逾一年未辦理繼承登記者，經該管直轄市或縣市地政機關查明後，應即公告繼承人於三個月內聲請登記；逾期仍未聲請者，得由地政機關予以列冊管理。……。（2 項）前項列冊管理期間為十五年，逾期仍未聲請登記者，由地政機關將該土地或建築改良物清冊移請國有財產局公開標售。……。（3 項）依第二項規定標售土地或建築改良物前應公告三十日，**繼承人、合法使用人或其他共有人就其使用範圍依序有優先購買權。**但優先購買權人未於決標後十日內表示優先購買者，其優先購買權視為放棄。……。」

一、土地總登記、建物所有權第一次登記或因時效取得地上權登記，於收件後公告前，土地權利關係人提出異議者，登記機關應函復異議人俟公告期間再提出。若於公告期間提出異議，應依土地法第 59 條第 2 項、土地登記規則第 75 條、第 84 條及第 118 條規定調處。

二、土地登記申請案依土地登記規則第 55 條規定審查結果有下列各項情形之一者，得依土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定予以駁回：

（一）登記之權利人及登記之義務人會同申請土地、建物移轉、設定登記，於收件後登記完畢前，當事人之一方有爭執者。

（二）優先購買權人有爭執者：

1. 部分共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定出賣共有土地或建築改良物申請移轉登記時，依土地法第三十四條之一執行要點第 9 點第 1 款規定[4]，附具切結書或於申請書適當欄記明「依土地法第 34 條之 1 第 1 項至第 3 項規定辦理，如有不實，義務人願負法律責任。」字樣，他共有人於收件後登記完畢前，以書面提出異議表示申請人未合法通知，經審查結果其切結或簽註不實者。

2.申請買賣登記，申請人依土地登記規則第 97 條第 1 項規定附具出賣人之切結書或於申請書適當欄簽註「優先購買權人確已放棄其優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任」，或依第 2 項規定檢附出賣人已通知優先購買權人之證件並切結「優先購買權人接到出賣通知後逾期不表示優先購買權如有不實出賣人願負法律責任」字樣，於收件後登記完畢前，優先購買權人以書面提出異議，經審查結果，其切結或簽註不實者；或他共有人以書面提出異議表示於收到出賣通知 10 日內主張優先購買權，雖遲未依指定日期前往訂約、付款，係屬契約不履行問題，優先購買權不得視為放棄。

3.申請土地買賣移轉登記，出賣人於申請書適當欄簽註「本案土地確無出租，如有不實出賣人願負法律責任」字樣，於收件後登記完畢前，承租人提出租約主張優先購買權者[5]。

（三）申請繼承登記，於收件後登記完畢前，有下列情形之一者：

1.權利關係人以書面提出異議主張被繼承人之權利因涉糾紛，業經法院審理中或判決確定非屬被繼承人所有者。

2.檢附遺囑申辦登記，其他合法繼承人對遺囑真偽有爭執並以書面提出異議者。

（四）部分共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定申辦共有土地設定地上權予他人之登記，他共有人於收件後登記完畢前，提出業與申請人協議就共有土地合建房屋之證明文件主張異議者。

三、除前述所列舉之各項情形外，如有其他案例應視案情另行研處。

---

[4] 本點規定業於 106 年 12 月 1 日修正為第 8 點，內容詳後說明。

[5] 土地法第 104 條規定：「（1 項）基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之。（2 項）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。」

肆、關於時效取得地上權之法律議題

一、民法所定時效取得地上權之要件

• 民法第 769 條：「以所有之意思，二十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。」

• 第 770 條：「以所有之意思，十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人。」

• 第 772 條：「前五條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。於已登記之不動產，亦同。」

→ 時效取得地上權之要件：

（一）須以行使地上權之意思（主觀要件）

（二）須在他人土地上有建築物或工作物之占有事實（客觀要件）

（三）須和平、公然、繼續占有他人土地

（四）法定期間之經過：20 年（惡意）或 10 年（善意）。

→ 時效完成，取得請求登記為地上權人之權利

• 以時效取得地上權者，依據民法第 772 條準用同法第 769 條及第 770 條之規定，僅得請求登記為「地上權人」，在未經登記地上權之前，並未取得地上權，自無土地法第 104 條第 1 項所定之優先承買權之適用。（最高行政法院 99 年度判字第 710 號判決）

二、登記法上關於時效取得地上權登記之規定

• 土地登記規則第 108 條第 2 項、第 3 項：「（2 項）因主張時效完成，申請地上權、不動產役權或農育權登記時，應提出占有範圍位置圖。（3 項）前二項位置圖應先向該管登記機關申請土地複丈。」

• 土地登記規則第 118 條：「（1 項）土地總登記後，因主張時效完成申請地上權登記時，應提出**以行使地上權意思而占有之證明文件**及**占有土地四鄰證明或其他足資證明開始占有至申請登記時繼續占有事實之文件**。（2 項）前項登記之申請，經登記機關審查證明無誤應即公告。……。（3 項）土地所有權人在前項公告期間內，如有異議，依土地法第五十九條第二項規定處理。……。」

→ 最高行政法院 95 年 9 月份庭長法官聯席會議決議

法律問題：地政機關審查因時效取得地上權登記申請事件時，申請人應

提出何等證明文件以證明申請人具備時效取得地上權之要件？

決議：**尚需提出「行使地上權之主觀意思而占有」之證明文件。**稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權，民法第 832 條定有明文。又占有土地建築房屋或種植竹木，有以無權占有之意思，有以所有之意思，有以租賃或借貸之意思為之，非必皆以行使地上權之意思而占有，故主張以行使地上權之意思而占有者，應負舉證責任；另主張時效取得地上權者，須以行使地上權之意思而占有始足當之，若依其所由發生事實之性質，無行使地上權之意思者，非有變為以行使地上權之意思而占有之情事，其取得時效，不能開始進行。申請人提出之四鄰證明書，尚不足以證明其係本於行使地上權之意思而占有系爭土地，登記機關尚不得依時效取得地上權登記審查要點為公告。

→ 占有土地建築房屋，有以無權占有之意思，有以所有之意思，有以租賃或借貸之意思為之，**非必皆以行使地上權之意思占有，也可能只是單純的使用土地，而無任何行使權利之意思，客觀之占有事實，尚不足以證明係基於行使地上權之意思而占有，仍應就其係以行使地上權之意思而占有，舉證證明之**。此外，以所有意思占有土地，係以使用自己土地的意思占有；以行使地上權意思占有土地，係以使用他人土地的意思占有，二者占有人之主觀意思不同。（最高行政法院 108 年度判字第 406 號判決）

☞ 以行使地上權意思而占有之證明文件？

• 借用上開土地登記規則第 118 條規定之修正說明闡述之：按主張時效取得地上權者，依民法第 772 條準用同法第 769 條或第 770 條之規定，須以行使地上權之意思而占有他人之土地，經過一段之期間，始足當之，若依其所由發生事實之性質，無行使地上權之意思者，非有變更為以行使地上權之意思而占有之情事，其取得時效，不能開始進行。又**占有土地建築房屋，有以無權占有之意思，有以所有之意思，有以租賃或借貸之意思為之，非必皆以行使地上權之意思占有，故主張以行使地上權之意思而占有，應負舉證責任**（最高法院 64 年度台上字第 2552 號判例、84 年度台上字第 748 號判決、87 年度台上字第 184 號判決及**最高行政法院 95 年 9 月份庭長法官聯席會議決議**參照）。現行條文僅規定由申請人提出**占有土地四鄰證明或其他足資證明開始占有至申請登記時繼續占有事實之文件，只能證明占有之事實，尚不足以證明係基於行使地上權之意思而占有**，爰修正第 1 項部分文字。又**所稱「以行使地上權意思而占有之證明文件」，例如當事人間已有設定地上權之約定，本於該約定先將土地交付占有而未完成登記；或已為申請地上權設定登記而未完成登記；或已為設定登記但該設定行為具有無效情形；或占有人於占有他人土地之始，即將以行使地上權之意思表示於外部並取得第三人之證明等之相關證明文件**，併予說明。

• 其他之證明方法？

• 時效取得地上權登記審查要點第 3 點：「占有人占有土地有下列情形之一者，不得申請時效取得地上權登記：（一）屬土地法第十四條第一項規定不得私有之土地。（二）使用違反土地使用管制法令。（三）屬農業發展條例第三條第十一款所稱之耕地。（四）其他依法律規定不得主張時效取得。」、第 4 點：「占有人占有之始，須有意思能力。如為占有之移轉，具有權利能力者得為占有之主體。」、第 6 點：「占有土地四鄰之證明人，於占有人開始占有時及申請登記時，需繼續為該占有地附近土地之使用人、所有權人或房屋居住者，且於占有人占有之始應有行為能力。數人占有同筆土地，各占有人間不得互為占有事實之證明人。……。」、第 11 點：「占有人主張與前占有人之占有時間合併計算者，須為前占有人之繼承人或受讓人。……。」、第 14 點：「土地所有權人或管理者得於前點規定之公告期間內，檢具證明文件，以書面向該管登記機關提出異議；經審查屬土地權利爭執者，應依土地法第五十九條規定，移送直轄市或縣（市）主管機關調處。」

三、辦理時效取得地上權登記與私權爭執

⊙ 最高法院 69 年度第 5 次民事庭會議決議

• 法律問題：因時效而取得地上權登記請求權者，在未為登記前，其占用該地，有無正當權源？

• 決議：「**因時效而取得地上權登記請求權者，不過有此請求權而已，在未依法登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有人而認其並非無權占有。**」

⊙ 最高法院 80 年度第 2 次民事庭會議

• 法律問題：占有人主張因時效而取得地上權登記請求權者，以已具備時效取得地上權之要件，向該管地政機關請求為地上權登記，地政機關受理後，經土地所有人於土地法第 55 條所定**公告期間內提出異議**，地政機關乃依同法第 59 條第 2 項規定予以**調處**，嗣土地所有人不服調處，於接到調處通知後 15 日內**提起訴訟**，主張占有人為無權占有，請求其拆屋還地，此際占有人占用該地，有無正當權源？

• 決議：「占有人因時效而取得地上權登記請求權者，以已具備時效取得地上權之要件，向該管地政機關請求為地上權登記，**如經地政機關受理，則受訴法院即應就占有人是否具備時效取得地上權之要件，為實體上裁判。**本院六十九年度第五次民事庭會議決議應予補充。」

→ 基於以上見解，時效取得地上權登記審查要點第 15 點規定：「申請時效取得地上權登記案件**於登記機關審查中或公告期間**，土地所有權人或管理者提出**已對申請人之占有向法院提起拆屋還地訴訟或確定判決文件聲明異議時**，如登記機關審認占有申請人已符合時效取得要件，因該訴訟非涉地上權登記請求權有無之私權爭執，不能做為該時效取得地上權登記申請案件准駁之依據，**仍應依有關**

法令規定續予審查或依職權調處；倘土地所有權人提出足以認定申請案有不合時效取得要件之文件聲明異議時，應以依法不應登記為由駁回其登記申請案件或作為調處結果。」

☞ 準此，申請時效取得地上權登記案件**於登記機關審查中（即使尚未經審查證明無誤予以公告），土地所有權人提出已對申請人之占有向法院提起拆屋還地訴訟聲明異議者，但因拆屋還地訴訟非涉地上權登記請求權有無之私權爭執，不能做為該時效取得地上權登記申請案件准駁之依據。是以，尚不得逕以私權爭執為由，駁回登記之申請。**

⊙ 然而，100 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果（第 11 號）：

• 法律問題：甲於民國 95 年 1 月間，主張以行使地上權意思而占有系爭土地居住，繼續和平使用迄今已逾 20 年，檢據相關資料，向地政機關申請時效取得地上權登記。經地政機關通知甲及系爭土地所有權人乙，**乙於複丈當日即向普通法院對甲提起拆屋還地訴訟，同時檢送起訴狀影本向地政機關聲明異議**表示「甲並無取得地上權之正當權利」。**地政機關乃依土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定，駁回甲之申請，經甲提起行政訴訟，甲之申請是否屬於時效取得地上權登記審查要點第 13 點「申請案件涉及私權爭執」？行政法院得否以甲之申請「涉及私權爭執」而駁回起訴？抑或行政法院應就甲所提出之文件是否為「行使地上權意思而占有之文件」為實體審理？**

• 討論意見：

◊ **甲說：肯定說（涉及私權爭執）**

按「（一）土地登記規則第 113 條（現為第 118 條）所稱之登記及公告，係指申請地上權登記時，無人爭執之情形而言。（二）土地登記規則第 49 條第 1 項第 3 款所謂『涉及私權爭執』範圍甚廣，舉凡與登記事項有關而涉及私法上權利存否之爭議者，均包括在內。故在申請所有權登記之時，有人出面爭執申請人之權利，固屬涉及私權爭執，即在因時效取得地上權申請登記之情形，苟有人對申請人取得地上權權利正當與否有所質疑，出面爭執，亦屬申請案件涉及私權爭執。」最高行政法院（89 年 7 月 1 日改制前為行政法院）著有 81 年判字第 1796 號判例可參。

系爭土地所有權人乙既對甲合法使用系爭土地之權利加以否定（提起拆屋還地訴訟），其有反對甲繼續使用系爭土地之意極明，其向地政機關聲明異議並陳明「甲並無取得地上權之正當權利」，顯已對申請人甲取得地上權權利正當與否出面爭執，揆諸首揭判例意旨，自屬申請案件涉及私權爭執。（參最高行政法院 98 年度判字第 81 號判決）

時效取得地上權登記審查要點第 15 點僅為**行政規則**，尚不足以推翻判例見解。且依最高法院 80 年度第 2 次民事庭會議（80 年 6 月 4 日）結論，乙向普通法院訴請甲拆屋還地之訴訟中，受訴法院應就占有人甲是否具備時效取得地上權之要件，為實體上裁判，行政法院於審理甲所補正之文件是否屬於「行使地上權

意思而占有之文件」時，若就甲是否「基於行使地上權之意思而占有」為實體認定，則與普通法院判決有歧異之危險。

◊ 乙說：否定說（未涉及私權爭執）。

按時效取得地上權登記審查要點第 13 點第 3 項規定:「前項申請登記案件審查結果涉有私權爭執者，應依土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定以書面敘明理由駁回之。」而土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款之規定，係就權利人、義務人或權利關係人間有爭執而為規定，雖未就爭執之法律關係為何予以明文，惟登記之權利人、義務人，原係指申請登記之法律關係之權利人、義務人而言，又權利關係人既規定限於「與申請登記之法律關係有關」之人，自應認本款所定之「爭執」，係指與申請登記之法律關係有關之爭執，並非泛指以申請登記之不動產為標的之所有法律關係之爭執而言，此觀之審查要點第 15 點規定，申請時效取得地上權登記案件於登記機關審查中或公告期間，土地所有人提出已對申請人之占有向法院提起拆屋還地訴訟聲明異議時，因該訴訟非涉地上權登記請求權有無之私權爭執，不能作為該時效取得地上權登記申請案件准駁之依據，仍應依有關法令規定續予審查即明。

本件乙向普通方法院對甲提起拆屋還地訴訟，非屬申請案件涉及私權爭執（最高行政法院 99 年度判字第 268 號判決），行政法院仍應就甲所補正之文件是否為「行使地上權意思而占有之文件」為實體審理。

◊ 初步研討結果：多數採甲說。

◊ 大會研討結果：多數採甲說（經付大會表決結果：實到人數：48 人，採甲說 48 票）。

☞ 依上述高等行政法院法律座談會研討結果之見解，有關申請時效取得地上權登記案件，**於登記機關審查中（申請土地複丈後），土地所有權人提出已對申請人之占有向法院提起拆屋還地訴訟聲明異議時，登記機關對於該時效取得地上權登記申請案件，依土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定，以涉及私權爭執為由予以駁回，尚非於法有違。**亦即，時效取得地上權登記審查要點第 15 點規定意旨與上開見解，並非一致。基於行政與司法之權力分立，行政機關（登記機關）並非判斷私權之最終機關，是上開高等行政法院法律座談會研討結果之見解，得以肯認。但注意，提出異議之主體須適格。

• 最高行政法院 109 年度判字第 275 號判決

（一）該部本於中央地政主管機關職權，為協助下級地政主管機關辦理時效取得地上權登記業務之必要，訂定之地上權登記審查要點第 14 點、第 15 點則分別規定：「土地所有權人或管理者得於前點規定之公告期間內，檢具證明文件，以書面向該管登記機關提出異議；經審查屬土地權利爭執者，應依土地法第 59 條規定，送直轄市或縣(市)主管機關調處。」「申請時效取得地上權登記案件於登記機關審查中或公告期間，土地所有權人或管理者提出已對申請人之占有向法院

提起拆屋還地訴訟或確定判決文件聲明異議時，如登記機關審認占有申請人已符合時效取得要件，因該訴訟非涉地上權登記請求權有無之私權爭執，不能做為時效取得地上權登記申請案件准駁之依據，仍應依有關法令規定續予審查或依職權調處；倘土地所有權人提出足以認定申請案有不合時效取得要件之文件聲明異議時，應以依法不應登記為由駁回其登記申請案件或作為調處結果。」

（二）揆諸憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害（司法院釋字第 671 號解釋參照）。依民法第 823 條規定，地上權係以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權，屬用益物權之一種。是而，依民法第 769 條至第 772 條規定，占有人因時效完成取得他人土地之地上權登記請求權，並經登記為地上權人者，土地所有權人即無法行使對該土地自由使用、收益之權能。上開土地登記規則第 53 條、第 118 條及地上權登記審查要點第 14 點，有關地政機關受理時效取得地上權登記申請，經審查證明無誤時，應踐行公告程序；公告期間內如土地所有權人或管理人提出異議，地政機關應依土地法第 59 條第 2 項規定移送調處之規定，係為防免土地所有權人之財產權受侵害，並確保登記內容正確真實，符合憲法第 15 條規定保障人民財產權之意旨，亦未逾越土地法之授權範圍，自得予適用。又承上論，**上開土地登記規則第 118 條第 4 項、地上權登記審查要點第 14 點規定之公告異議程序，係為保障因時效取得地上權登記，致其權利受損害之土地所有權人；如非土地所有權人或管理人，自不具有依上開規定在地政機關公告期間內提出異議之適格，即不生異議之效力，亦無從阻斷該時效取得地上權登記申請案件之行政程序進行。**

☞ **對於上述議題，所涉私權爭執而提付仲裁者，重點應在於確認占有人是否時效取得地上權，而非在於登記機關之駁回是否適法（亦即，是否符合土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款規定）。**

• 按占有人以行使地上權之意思，20 年間和平、公然、繼續占有他人之不動產者，若占有之始為善意並無過失，上揭占有狀態滿 10 年者，得請求登記為地上權人。觀諸民法第 772 條準用第 769 條、第 770 條規定甚明。又土地登記規則第 27 條第 15 款規定，依民法第 769 條、第 770 條或第 772 條規定因時效完成之登記，由權利人單獨申請之。是占有人於上開時效完成，即得單獨向登記機關請求辦理登記其為地上權人。若就有無依時效取得地上權登記請求權，於占有人與土地所有權人間有私權上爭執，占有人認此法律關係之存否不明確，致其在私法上之地位有受侵害之危險，倘此危險得以對於被告之確認判決除去之者，即得依民事訴訟法第 247 條之規定提起確認之訴。原審以：占有人提起確認地上權登記請求權存在之訴，須在土地所有權人起訴請求拆屋還地之前，業已向地政機關請求登記為地上權人，始得提起；否則法院無庸就占有人是否具備時效取得地上權之要件為實體上裁判等語，認上訴人不得提起本件訴訟，已屬可議。……。（最

高法院 102 年度台上字第 2296 號判決/確認地上權登記請求權存在事件）→ **土地所有權人起訴請求拆屋還地，無礙於占有人請求確認地上權存在（時效已完成）。**

伍、關於土地法第 34 條之 1 規定之法律議題[6]

一、土地法第 34 條之 1 規定之結構與立法意旨

• 土地法第 34 條之 1 規定：

「（1 項）共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，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。

（2 項）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；其不能以書面通知者，應公告之。

（3 項）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。於為權利變更登記時，並應提出他共有人已為受領或為其提存之證明。其因而取得不動產物權者，應代他共有人申請登記。

（4 項）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。

（5 項）前四項規定，於公同共有準用之。

（6 項）依法得分割之共有土地或建築改良物，共有人不能自行協議分割者，任何共有人得申請該管直轄市、縣（市）地政機關調處，不服調處者，應於接到調處通知後十五日內向司法機關訴請處理，屆期不起訴者，依原調處結果辦理之。」

☞ 土地法第 34 條之 1 規定，由 3 部分所構成：

（一）得以多數決對共有不動產為處分或設定地上權等：土地法第 34 條之 1 第 1 項、第 2 項、第 3 項及第 5 項 → 民法第 819 條、第 828 條之特別規定

⊙ 立法目的：在兼顧他共有人之權益範圍內，排除民法第 819 條第 2 項及第 828 條第 2 項有關共有物處分等應經共有人全體同意規定之適用，以便利不動產所有權之交易，解決共有不動產之糾紛，並**促進共有土地之有效利用及社會經濟之發展**。**準此，其立法目的中，含有促進公共利益之色彩。**

（二）共有不動產之應有部分出賣時，他共有人依法有優先購買權：土地法

[6] 關於本條規定之詮釋與問題，詳細請參閱陳立夫「共有土地與建築改良物之處分及優先購買權：土地法第三十四條之一」同氏『土地法釋義（一）』（元照出版公司、107 年增訂 2 版）51 頁以下。

第 34 條之 1 第 4 項

⊙ 立法目的：本條第 4 項賦予他共有人有權優先購買應有部分之規定，雖無法由相關立法過程之文獻中窺知其立法目的；惟依解釋方法尋繹其意旨，主要應在**減少共有人之人數，簡化或消滅共有關係，俾利共有土地或建築改良物之管理與使用收益**，是其立法目的主要在於保護私人利益。

（三）共有不動產協議分割之調處

⊙ 立法目的：主管機關協助共有不動產之協議分割，促使易於達成分割目的。

二、土地法第 34 條之 1 第 1 項（含第 5 項公同共有之準用）規定之合憲性

☆ 問題：（一）A 地由甲、乙、丙 3 人共有（應有部分各 3 分之 1）。甲、乙 2 人是否得依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定將 A 地出售予子、丑、寅……酉等 10 人？（二）甲、乙 2 人依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定將前開 A 地出售予張三。之後，張三將 A 地長期閒置。於此情事，是否合法？

☞ 共有不動產經以多數決為處分或設定用益物權時，**基於法律保留原則，其共有人人數縱使較處分或設定前增加，尚非法所不許。且於處分或設定後，如其所有權人或用益物權人等，對所取得之不動產或權利不為更進一步之有效利用，亦非法所禁止。**要言之，於土地法第 34 條之 1 前開規定下，共有人得以多數決對共有不動產為處分或設定用益物權，雖謂其立法目的係為促進土地之有效利用，但因配套規範之不足．缺漏，以致所採行之手段（強制未同意之他共有人為處分等/限制他共有人之財產權及契約自由），未必得以達成其立法目的。從而，就此以觀，土地法第 34 條之 1 第 1 項及第 5 項規定，於立法之始，即有**違反憲法第 23 條關於比例原則規定**之疑義。

☞ **姑且不問，前開規定有違憲疑義之問題，其實其在實務適用上，亦因規定與作法之偏差，而存在諸多問題。**

三、共有人依土地法第 34 條之 1 規定處分共有不動產之程序

⊙ 共有人擬依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定對共有土地或建築改良物為處分、變更或設定負擔時，依土地法第 34 條之 1 第 2 項規定應「**事先**以書面通知他共有人；其不能以書面通知者，應公告之。」而通知或公告之內容，應記明「**土地或建物標示、處分方式、價金分配、償付方法及期限、受通知人與通知人之姓名住址及其他事項。**」（土地法第三十四條之一執行要點第 7 點第 5 款）。另，共有人於申請權利變更登記時，依土地法第三十四條之一執行要點第 8 點第

1 款規定應提出已對他共有人為通知或公告之文件，並於登記申請書適當欄記明「**依土地法第三十四條之一第一項至第三項規定辦理，如有不實，義務人願負法律責任。**」（另土地登記規則第 95 條參照）；但「**登記機關無須審查其通知或公告之內容**」。

☞ **宜強調者是，土地法第 34 條之 1 第 2 項項明定「應事先」以書面通知（或公告）他共有人，此項通知（或公告）之時點，於擬出賣共有不動產之場合，應是在共有人與第三人（買受人）簽訂買賣契約之前。申言之，本條項之通知，不得與徵詢他共有人是否按同樣條件行使優先購買權[7]之通知合一，甚至以後者之通知替代前者通知（詳後述及附件一）。**蓋本條項之通知（或公告），其目的在使他共有人知悉其所有權將被依法出賣；而徵詢他共有人是否優先購買之通知，乃使他共有人知悉得按同樣條件行使優先購買權。二者之作用．目的不同。且本條項所定程序為「應事先」通知（或公告）他共有人，但他共有人得行使優先購買權，係共有人出賣共有不動產之「買賣契約已有效成立」為前提。職是之故，於共有人依本條第 1 項規定出賣共有不動產之場合，共有人必須依本條第 2 項規定，於事前將計畫出賣共有不動產之情事通知他共有人（**內容應記明土地或建物標示、處分方式、價金分配、償付方法及期限等事項**）；另於解釋上，因他共有人得有按同樣條件優先購買該共有不動產之權利，從而共有人於與第三人訂立買賣契約後，復須將**契約內容條件**通知他共有人，使其決定是否行使優先購買權。

→ 參加人蕭〇美以「〇亨地政士事務所蕭〇美」名義於 108 年 1 月 31 日寄發存證信函……予系爭土地之他共有人即原告、參加人許〇賓等人固記載：「敬啟者，本事務所受黃〇安等同意出售共有人之共同委託，代函許丁〇玉等其他共有人如下：台端為下述土地之共有人，為使該土地得以充分有效利用，委託人等依土地法第 34 條之 1 各項規定處分出售下述土地，現有同意出售之權利範圍已達法定比例，符合處分之要件，特依同條第 2 項、第 3 項、第 4 項規定將處分方式及內容通知台端如下：一、土地標示：臺南市〇〇區〇〇段〇〇號土地，權利範圍全部。二、處分方式：將上述土地 1 筆，權利範圍全部，以新臺幣（下同）190,575,000 元（每坪 70,000 元）出售，並已與第三人簽訂買賣契約。三、價金分配：上述價款共有人依其土地應有持分比例面積計算並分配應得之價金。四、費用負擔：本案依土地法第 34 條之 1 相關規定辦理，辦理之相關程序費用、全體共同利益費用，由賣方全體依持分比例負擔之，買賣登記代辦費、履約保證信託費由買賣雙方各半負擔。五、償付方法及期限：買方於簽約時支付出售價款 3 成，完稅後支付出售價款 4 成，過戶後支付剩餘 3 成尾款。本存證信函係依土地法第 34 條之 1 相關規定通知他共有人，台端如擬依同條規定以同一價格及條件優先承買前述標的物時，請於文到 15 日內以書面通知本案之承辦地政事務所蕭〇美地政士……。逾期不表示意見者，視為放棄優先購買權……特此通知。」等

[7] 土地法第三十四條之一執行要點第 10 點規定：「部分共有人依本法條第一項規定出賣共有土地或建物時，他共有人得以出賣之同一條件共同或單獨優先購買 。」

語。（引自高雄高等行政法院 108 年度訴字第 510 號判決）

→ 高雄高等行政法院 108 年度訴字第 510 號判決：「上開**土地法第 34 條之 1 規定共有人依第 1 項處分共有土地時，應依第 2 項規定事先通知他共有人之目的，除可使他共有人知悉並決定是否依第 4 項規定以同一價格行使優先購買權之外，更可讓他共有人得以明瞭多數共有人處分共有土地是否合乎相關規定暨其所據之法律關係是否確屬存在。**」 正確否？？

☞ 「登記機關無須審查其通知或公告之內容」？對此，應解為僅是登記機關無須審查通知或公告文件中關於「處分方式、價金分配、償付方法及期限等」涉及私權部分之內容。至於，共有人是否確實依法通知送達或公告予全部之他共有人？是否確實屬「事先」之通知或公告？**有無以徵詢他共有人是否優先承購之通知替代法定事先之通知？**等情事，仍應有審查之義務。否則，登記機關並不因共有人已切結願負法律責任，而免除其因違反實質審查[8]義務，致使他共有人受損害時之法律責任。

☞ 又，向來學說及實務上，認為共有人如未踐行土地法第 34 條之 1 第 2 項所定通知、公告之義務或踐行程序不合法時，對於處分之效力不生影響。蓋其認為此僅為共有人之內部關係，共有人如未踐行通知、公告義務或踐行程序不合法，僅生應否負損害賠償責任問題。然而對此，**個人以為本條項規定，乃法律為達成本條第 1 項之立法目的，於限制他共有人之財產權及契約自由之同時，並考量保護他共有人之權益，而課予共有人於出賣程序上應踐行之法定義務。亦即，法律基於公益目的之達成並兼保護他共有人權益，而課予共有人於依本條第 1 項規定對共有不動產全部為處分或設定負擔時之外在限制，並非純然僅是共有人間之內部權利義務關係。**從而，共有人如違反此項應事先通知之法定程序義務，而將共有不動產出賣予第三人時，他共有人得主張共有人將其不動產權利為處分或設定負擔之部分因違法而無效；甚且，如登記機關不查，而為不動產移轉登記時，亦因移轉無效而得訴請法院撤銷屬其權利部分之移轉登記。

四、部分共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項（或第 5 項）規定出賣共有不動產時，他共有人是否應有優先購買權？

⊙ 土地法第 34 條之 1 第 4 項規定，共有人出賣其應有部分時，他共有人有優先承購之權利；惟部分共有人依本條第 1 項規定出賣共有不動產之全部時，他共有人是否有優先購買權？則不無疑義。對此，司法實務上之主流見解係認為：**共有人依土地法第 34 條之 1 第 1 項出賣共有不動產之全部，然就各共有人言，**

[8] 於實質審查主義下，登記機關不僅應就登記申請必須具備之程序上形式要件（諸如：登記管轄、所需證明文件是否齊備、申請人之權利能力、行為能力等），且對於實體法上土地權利發生變動之原因與事實是否相符，能否有效成立，並有無法律上瑕疵，均須詳加審查，必要時並得派員調查，以求鄭重；經確認無疑問、違法後，方予登記。

仍為出賣其應有部分，不過對於他共有人之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪他共有人之優先購買權。而行政實務上，多年來亦採此見解；亦即 106 年 12 月 1 日修正前之土地法第三十四條之一執行要點第 10 點第 1 款規定：「部分共有人依本法條規定出賣共有土地或建物，就該共有人而言，仍為出賣其應有部分，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，故應在程序上先就其應有部分通知他共有人是否願意優先購買。」從而，他共有人對於出賣共有不動產全部之共有人之應有部分有優先購買權。至於學說上，亦多認為共有人依本條第 1 項規定出賣共有土地時，他共有人依第 4 項之規定有優先承購之權利。

☞ 由於共有人依本條第 1 項規定所出賣者，為共有不動產之全部；而本條第 4 項所規定者，係出賣共有不動產之應有部分。二者所規範之客體意涵明確，且其本質不同。故於文義上，尚難謂共有人依本條第 1 項出賣共有不動產之全部時，他共有人得依本條第 4 項規定主張優先購買權。

又，部分共有人依本條第 1 項規定出賣共有不動產之全部時，如謂他共有人依第 4 項規定，對出賣共有不動產全部之共有人之應有部分有優先購買權，將逸出該第 4 項文義射程之外；至若謂他共有人對共有不動產全部有優先購買權，亦無法上之根據。

復就本條之立法目的以觀，第 1 項規定旨在促進土地之有效利用，並含有促進公益之色彩；而第 4 項規定，旨在簡化共有關係，主要在於保護私益。固然他共有人如享有優先購買權時，得防止部分共有人以顯不相當之對價（低價），任意出賣共有土地，致損害他共有人之權益；但於法無明文規定下，如逕謂部分共有人依本條第 1 項出賣共有土地時，他共有人依第 4 項規定有優先購買權，則不僅文義牽強，且將使此二條項規定之立法目的有所混淆，**有時甚至導致本條第 1 項之立法目的無法達成。**

質言之，為保障他共有人之權益，共有不動產依本條第 1 項規定出賣時，解釋論上，是得**類推適用**第 4 項規定，使他共有人對共有土地全部應享有優先購買權，以填補現行規定之漏洞，但**並非直接依（適用）第 4 項規定**。

⊙ 土地法第三十四條之一執行要點第 10 點（106 年 12 月 1 日修正）規定：**「部分共有人依本法條第一項規定出賣共有土地或建物時，他共有人得以出賣之同一條件共同或單獨優先購買。」**

⊙ 學說上或實務上，多數見解肯認共有不動產依（或類推適用）本條第 1 項規定出賣時，他共有人有優先購買權，以保護不同意出賣之他共有人權益，則他公同共有人之權益，亦應同受保護；故應肯認於公同共有人準用本條第 1 項公同共有出賣土地或建築改良物時，亦得準用（或類推適用）本條第 4 項規定，使他公同共有人享有優先購買權。惟宜注意者，內政部 107 年 10 月 11 日台內地字

第 1070440426 號函釋示：「查本條第 1 項至第 4 項規定，雖係民法第 828 條第 3 項共有不動產處分之特別規定（包含多數決處分之門檻、共有人對他共有人之通知、他共有人應得對價或補償之處理、優先購買權等），**惟倘祭祀公業之規約就其財產處分業有規定者，於其依規約處分不動產時，因非依本條第 5 項準用第 1 項規定而為處分，自無同條第 4 項規定之適用。又祭祀公業規約之訂定，係屬該等公業內部關係意見形成，如其已於規約中明確規範不動產之處分方式，基於私權自治，應予尊重。**至於**祭祀公業派下員對於不動產處分有爭議者，應循司法途徑解決。故祭祀公業之不動產依規約為處分者，其派下員應無準用本條第 4 項規定之餘地，即不得依上開規定主張優先購買權。**」

☞ 固然就解釋論以言，部分共有人依本條第 1 項規定出賣共有不動產之全部時，得解為他共有人縱使得享有優先承購之權利；然而，**無可否認者，因本條第 1 項與第 4 項規定之立法目的不同，致可能衍生他共有人僅為確保其權利，於優先承購共有不動產後，結果無法促進不動產有效利用目的之達成。但此一問題，如前所述，於共有人將不動產不動產出賣予第三人時，亦同樣存在（蓋土地法對於依本條第 1 項規定為處分之標的，未更進一步課予應為有效利用之義務）。從而，對此有必要從立法論角度，對本條規定重新思考建構其應有之取向或規範。**

五、他共有人之優先承購範圍？

☞ 於共有土地之共有人出賣其應有部分或依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定出賣共有土地，但連同其他非共有土地一併出賣予第三人之場合，他共有人對於其他非共有土地是否應一併承購？亦即，他共有人（優先購買權人）是否得主張僅承購依本條規定有優先購買權之部分？若未一併承購，是否即非屬以同一條件（同樣條件）優先承購？有關於此，最高法院 107 年度台上字第 2434 號判決認為行使優先購買權之範圍（承購標的）應依：**（一）原買賣雙方之意願及利益、（二）共有土地及非共有土地之客觀上經濟價值、（三）土地整體之利用關係等項因素，以具體觀察判定之**[9]。然對此，個人為本判決見解固具特色，但容易使出賣人與他共有人（優先購買權人）間因認知、判斷差異而衍生爭執；且他共有人行使優先購買權之要件之一為「須依共有人與第三人所訂買賣契約之同一條件行

[9] 本件判決略謂：「共有人將共有土地連同其他土地合併出賣予第三人，其他共有人對於共有土地應有部分固得以同一價格行使優先承購權，惟就合併出賣之非共有土地部分，是否享有優先承購選擇權（想買可買，不想買可不買），或必須一併承購（不想買亦須買），始得謂係合法行使權利，非可一概而論，而應依原買賣雙方之意願及利益、共有土地及非共有土地之客觀上經濟價值、土地整體之利用關係等項，具體觀察判定之。例如合併出賣之多筆土地僅有單一總價，而共有土地之客觀上經濟價值高於非共有土地，除去共有土地後，就其他非共有土地部分，第三人即不願買受或僅願以較低價格買受，或原共有人即不願出賣，或分開出賣不利於土地整體利用，該全部土地之買賣即應視為單一交易客體，其他共有人行使優先承購權之同一價格或同樣條件，應以全部土地之買賣為判準。惟第三人如仍願以原來約定價格僅買受經濟價值較低之非共有土地，即無強要其他共有人除得以同一價格優先承購共有土地外，亦必須承購非共有土地。」

使優先購買權」。是以，他共有人行使優先購買權時，自應就買賣契約標的之全部承購，亦即，除對依法有優先購買權之共有土地外，並應包括其他土地一併承購。當然，於此情形，如共有人係故意將未有優先購買權之其他土地合併出賣，藉以妨害他共有人行使其優先購買權者（亦即，使他共有人無力就買賣標的全部承購），則自得認為共有人乃違反權利濫用禁止原則（民法第 148 條第 1 項後段），其與第三人訂立之買賣契約無效。

六、土地法第 34 條之 1 規定解釋之新脈動

（一）土地法第 34 條之 1 第 1 項規定之處分是否包括「交換」？

• 內政部 109 年 8 月 6 日台內地字第 1090129832 號函：

「一、……二、按土地法第 34 條之 1（以下簡稱本法條）第 1 項規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，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。」其立法意旨係在於兼顧共有人之權益範圍內，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。又該項規定強制剝奪不同意處分共有人之應有部分，或使其應有部分受重大限制，自應兼顧不同意共有人之利益，並對之有合理之補償，方能符合憲法財產權保障之要求（司法院釋字第 562 號解釋及謝在全，民法物權論【上】103 年 9 月修訂 6 版，第 367 頁及第 368 頁參照）。三、次按交換所有權移轉登記，係指當事人約定以土地或建物所有權相互交換，訂立契約所為之土地或建物權利移轉登記，依據法務部 78 年 3 月 6 日（78）法律字第 4170 號函示，交換土地或建物而移轉所有權，性質上屬處分行為（物權行為）。**惟倘由多數共有人代理少數共有人約定以土地或建物所有權相互交換，其交換位置及條件等決定難謂合理，且本法條於交換未設有優先購買權之衡平機制**（本部 70 年 1 月 26 日台內地字第 4796 號函參照），**勢必侵害少數共有人權益，未能符合財產權保障之要求。**又**於交換所有權移轉登記後，該共有關係仍維持於相互移轉後所取得之共有不動產標的上，亦與本法係為解決共有不動產糾紛之目的未合。故共有人以交換為原因辦理所有權移轉登記自無本法條第 1 項規定之適用，依民法第 819 條第 2 項及第 828 條第 3 項規定，應經共有人全體同意。**」

（二）土地法第 34 條之 1 所定之同意，得否事後追認？

按土地法第 34 條之 1 第 1 項、第 5 項分別規定規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。……。」、「前四項規定，於公同共有準

用之。」前開規定所稱「同意」，於學說或實務上，向來認為不拘於一定形式，如有明確之事實，足以證明共有人已為明示或默示之同意者，均屬之[10]；且不限於行為時為之，若於事後追認者，亦不得謂為無效[11]。惟最高法院 109 年度台上字第 96 號判決略謂：「**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法律規定而發生，且非代理出售，自不生未同意出賣之共有人得為事後承認之問題。此依同條第 5 項規定，於公同共有土地之處分，應為相同之解釋。**」其見解乃有別於以往，是值注目。

陸、附論

一、最近兩則值得注目之判決

（一）最高法院 109 年度台上字第 108 號民事判決（關於請求確認基地優先承買權存在之事件）

• 本件判決指出：「民法第 425 條之 1 第 1 項[12]之立法意旨，係為保護房屋之使用權，使房屋所有權與土地使用權合為一體，俾促進房屋所有權之安定性，以調和土地與房屋之利用關係，避免危害社會經濟，在解釋上自應以社會經濟之維護及當事人合理之利益，為重要之考量。此法條雖以『所有權讓與』為明文，然未辦登記建物因無法辦理所有權移轉登記，而僅得以事實上處分權讓與，依上開法條立法意旨，所謂『所有權讓與』，應包括建物事實上處分權讓與之情形[13]。是**基於同一理由，土地所有人在其土地上興建房屋，雖尚未完工，倘已有相當之結構體，且為一般人所得知悉，嗣將土地及興建完成之房屋同時或先後讓與相異之人，仍宜推定房屋受讓人與土地受讓人間，在房屋得使用期限內，有租賃關係，始符維護社會經濟及兼顧當事人合理利益之法意。**」基此，是以認定被上訴人（系爭土地上建物之所有權人）於系爭土地拍賣時，對系爭土地亦有租賃關係，而得依土地法第 104 條第 1 項規定[14]享有優先承買權。

---

[10] 最高法院 19 年上字第 981 號原判例。

[11] 謝在全『民法物權論（上）』（自版、109 年修訂 7 版）373-374 頁；溫豐文『土地法』（自版、109 年修訂版）125 頁；最高法院 17 年上字第 1014 號、19 年上字第 2014 號原判例。

[12] 民法第 425 條之 1 第 1 項：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，**推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。**……。」

[13] 相同實務見解，例如：最高法院 99 年度台上字第 1723 號、106 年度台上字第 745 號、107 年度台上字第 1938 號判決。

[14] 土地法第 104 條：「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房

（二）最高法院 108 年度台上字第 2636 號民事判決（關於請求確認土地法第 104 條所定基地優先購買權存在之事件）

• 本件判決指出:「土地法第 104 條第 1 項規定租用基地建築房屋之承租人，於出租人之基地出賣時，有依同樣條件優先購買之權，**此雖屬成立買賣契約之形成權，承租人一經行使，即與出賣人間成立買賣契約**，但立法意旨既在使基地與基地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟上之效用，並杜紛爭，則**該買賣契約效力之存續，自以承租人於基地所有權移轉登記完成前，仍具優先購買資格為要件。**倘承租人取得基地所有權移轉登記前喪失房屋所有權或基地承租權，而無優先購買之資格時，前開立法目的既無由達成，則除承租人對基地之租賃關係及買賣契約已併由取得房屋所有權之第三人承受，買賣契約之存續仍合於立法目的等情形，應解為買賣契約隨同其喪失優先購買資格而失效。」本判決值得注目之點是：其**基於土地法第 104 條規定之立法目的，認為雖優先購買權屬成立買賣契約之形成權，惟該買賣契約效力之存續，係以承租人於基地所有權移轉登記完成前，仍具優先購買資格為要件。**

二、土地法之調處與仲裁之關係

（一）土地法規定之調處

• 土地法第 59 條：「（1 項）土地權利關係人，在前條公告期間內，如有異議，得向該管直轄市或縣（市）地政機關以書面提出，並應附具證明文件。（2 項）因前項異議而生土地權利爭執時，應由該管直轄市或縣（市）地政機關予以調處，不服調處者，應於接到調處通知後十五日內，向司法機關訴請處理，逾期不起訴者，依原調處結果辦理之。」

• 土地法第 46 條之 3 第 4 項：「土地所有權人因設立界標或到場指界發生界址爭議時，準用第五十九條第二項規定處理之。」

• 土地法第 34 條之 1 第 6 項：「依法得分割之共有土地或建築改良物，共有人不能自行協議分割者，任何共有人得申請該管直轄市、縣（市）地政機關調處，不服調處者，應於接到調處通知後十五日內向司法機關訴請處理，屆期不起訴者，依原調處結果辦理之。」

• 土地法第 101 條：「因房屋租用發生爭議，得由該管直轄市或縣（市）地政機關予以調處，不服調處者，得向司法機關訴請處理。」 • 其他（略）。

• 土地法第 34 條之 2：「直轄市或縣（市）地政機關為處理本法不動產之糾紛，應設**不動產糾紛調處委員會**，聘請地政、營建、法律及地方公正人士為調處委員；其設置、申請調處之要件、程序、期限、調處費用及其他應遵循事項之辦法，由中央地政機關定之。」 → 直轄市縣（市）不動產糾紛調處委員會設置及

屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。……。」

調處辦法

• 內政部 93 年 9 月 21 日內授中辦地字第 0930012910 號函：

案經函准法務部 93 年 9 月 6 日法律決字第 0930036308 號函釋以：「按最高法院 76 年臺上字第 1374 號判決要旨所示，**土地法第 59 條第 2 項規定之調處係仲裁之意**，則該未經當事人表示不服之調處結果有否仲裁法第 37 條第 1 項與法院之確定判決有同一之效力？又最高法院 58 年臺上字第 1502 號判例要旨所示，與確定判決有同一效力之調解或訴訟上和解，於分割共有不動產者僅生協議分割效力之意見，則依土地法所為分割共有不動產之調處，是否僅生協議分割之效力？抑或具有如確定判決之既判力而得拘束當事人之繼受人等疑義，經轉准司法院秘書長 93 年 8 月 30 日秘台廳民二字第 0930020118 號函略以：『**最高法院 76 年臺上字第 1374 號判決要旨謂：『土地法第 59 條第 2 項規定之調處係仲裁之意』，僅係說明依該規定所為之調處係仲裁之意，並未表示該調處確定具有仲裁法第 37 條第 1 項規定於當事人間與法院之確定判決有同一之效力。**另土地法第 34 條之 1 第 6 項就分割共有不動產之調處，僅規定不服調處者，應於接到調處通知後 15 日內，向司法機關訴請處理，逾期不起訴者，依原調處結果辦理之，亦未規定該調處具有如確定判決之既判力而得拘束當事人之繼受人。』」，本部同意上開法務部之意見，是本案受理該繼承登記及抵繳稅款登記後，該不動產標的所有權人與調處紀錄所載不符，該調處結果對受讓之第三人並不生效力。

• 內政部 95 年 4 月 26 日內授中辦地字第 0950043409 號函：

一、查「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。」、「**土地法第五十九條第二項規定之調處係仲裁之意，僅係說明依規定所為之調處係仲裁之意，並未表示該調處確定具有仲裁法第三十七條第一項規定於當事人間與法院之確定判決有同一之效力。另土地法第三十四條之一第六項就分割共有不動產之調處，僅規定不服調處者，應於接到調處通知後十五日內，向司法機關訴請處理，逾期不起訴者，依原調處結果辦理之，亦未規定該調處具有如確定判決之既判力而得拘束當事人之繼受人。**」為民法第 759 條所明定及本部 93 年 9 月 21 日內授中辦地字第 0930012910 號函轉准司法院秘書長 93 年 8 月 30 日秘台廳民二字第 0930020118 號函釋有案，為顧及全體土地所有權人或其繼承人權益及確立調處之公平性及適法性，調處時，如發現部分土地所有權人已死亡，尚未辦理繼承登記，自應請全部繼承人檢具繼承登記相關資料會同參加調處，並於調處紀錄敘明先行辦理繼承登記後再依調處結果辦理。

• 臺灣高等法院 98 年度再易字第 43 號民事判決：

經查，再審原告引最高法院 70 年度台抗字第 159 號、76 年度台上字第 1374 號、78 年度台上字第 706 號裁判要旨及本院 87 年度抗字第 405 號裁定，主張

系爭調處結果本為仲裁之意，再審被告於接獲該系爭調處結果通知後，逾期不起訴，則新竹市地政事務所依系爭調處結果辦理其取得系爭地上權登記，再審被告逾期後之起訴，應已無實益，原審判決不依其判例解釋，據而認定無拘束原審之效力，並認再審原告為無權占有，為適用法規顯有錯誤云云；**然就土地法第 59 條第 2 項規定之「調處」程序並非司法判斷，並不生確定私權之效力，雖當事人收到調處結果通知後逾期 15 日期間未起訴，可推定當事人對調處結果並無不服，從而使得調處結果具有形式上之確定力，係指地政機關在其執掌登記業務之行政程序，得依原調處結果辦理登記而已，非謂土地所有權人未於接到調處通知後十五日內起訴，即生失權效果，亦即地政機關並非為確定私權之最終機關，而請求地上權登記，係屬私權之爭執，應由法院審判，為最終確定私權之機關，進而才具有實體確定力。（最高法院 83 年度台上字第 1220 號、83 年度台再字第 98 號、97 年度台上字第 841 號裁判參照）。**

• 土地法第 34 條之 1 第 6 項**行政機關就共有物分割所為調處，事涉人民財產權之變動，除法律另有明文規定外，難認該行政機關依職權所為調處方案，具有與確定判決同一之仲裁效力。**是不服調處結果者，僅需於收受通知後 15 日不變期間提起訴訟，該擬制之調處結果，即應失其效力。（臺灣臺北地方法院 107 年度他調訴字第 2 號、臺灣士林地方法院 107 年度他調訴字第 1 號、臺灣士林地方法院 107 年度重訴字第 287 號、臺灣新北地方法院 108 年度他調訴字第 2 號、臺灣新竹地方法院 108 年度他調訴字第 2 號判決）

☞ **依直轄市縣（市）不動產糾紛調處委員會設置及調處辦法作成之調處結果，未具既判力，且當事人不受拘束，如對之不服者，得另行訴請司法機關處理。準此，如當事人合意，自亦得提付仲裁，以求紛爭之解決。**

【附件一】

依土地法第 34 條之 1 規定處分之通知書

寄件人：姓名　黃△△印地址：△△△△
　　地址　張△△印地址：△△△△
收件人：姓名　李△△
　　地址　△△△△△△

李△△先生大鑒：

壹、土地標示：

緣臺北市△△區△△段△小段 21 地號面積零點貳壹貳零公頃，係張△△、黃△△及李△△等各三分之一所有。

貳、處分方式：

如今黃△△及張△△擬依土地法第三十四條之一第一、二、三項規定，將該筆土地全部以新臺幣壹百萬貳千元整出賣與王△△。台端依法有依同一條件優先購買之權，請於文到日起十日內惠示是否優先購買，逾期未表示者視為放棄。

參、價金分配：

該筆土地總售價新臺幣壹百萬貳千元整，依各人持分三分之一計算，台端應得價金扣除增值稅後餘額為新臺幣參拾參萬肆千元整。

肆、償付方法：

台端若不欲優先購買，請於民國△△年△月△日以前至王△△之住處（臺北市△△△△△）領取台端應得價金並出具領取證明、印鑑證明及所有權狀，逾期即將依法提存。

中　華　民　國　△△　年　△　月　△　日

（編者註：本信函以郵局存證信函為之）

※以上通知書式樣，引自陳銘福（陳冠融 修訂）『土地登記－法規與實務』（五南圖書、107 年 9 月 15 版）。