

共有不動產 管理與處分

台灣法學
基金會
叢書系列 4

The Management and Disposal
of Real Property of Joint Tenancy
law and policy

法律與政策

謝哲勝——主編

 元照

台灣法學基金會叢書 4

共有不動產管理與處分 法律與政策

The Management and Disposal of Real
Property of Joint Tenancy: Law and Policy

謝哲勝 主編

謝哲勝、張格明、陳澤嘉、吳光平
錢世傑、李兆環、王千維
合 著

(以發表順序排列)

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

共有不動產管理與處分法律與政策／謝哲勝等
合著．-- 初版．-- 臺北市：元照，2015.10
面；公分．--（台灣法學基金會叢書；4）
ISBN 978-986-255-673-3（平裝）

1.共有 2.物權法 3.論述分析

584.217

104018543

共有不動產管理與處分 法律與政策

The Management and Disposal of Real
Property of Joint Tenancy: Law and Policy

5D373PA

2015 年 10 月 初版第 1 刷

主 編 謝哲勝
作 者 謝哲勝、張格明、吳光平、陳澤嘉
錢世傑、李兆環、王千維（以發表順序排列）
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 260 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-673-3

序 言

臺灣的土地面積約三萬六千平方公里，土地資源有限，而兩千三百萬人大多數擠在占總面積30%的平原和盆地上。已登記土地面積349萬餘公頃中，公有土地面積約有226萬餘公頃，占已登記土地的65%，私有土地僅占35%，私有土地又以共有土地為多數。共有土地因有協商和執行的成本，使用效率不如單一所有土地，為了促進共有土地及建築物使用的效率，因而有土地法第34條之1的增訂。

土地法第34條之1的增訂，使許多無法得到全體同意而處分或使用的共有土地及建築物，可以處分或使用，因而促進了土地及建築物的利用效率。然而，土地法第34條之1也有被濫用的情形，有損害少數共有人權益的情事，因而內政部有土地法第34條之1修正草案的提出，相關爭議值得深入討論與釐清，本會因而於6月27日主辦共有不動產管理、處分與變更法律與政策研討會，從共有不動產管理、處分、設定用益物權與變更法律與政策全盤探討土地法第34條之1適用的相關問題，也附帶討論公司共有債權的行使。本人全程在場聆聽，藉由學者專家們深入討論，許多爭議問題的利弊得失已能釐清。本會覺得有必要將學者專家的高見出版成專書，使立法院審議土地法第34條之1修正草案時，有更具體明確的參考，因而有本書的出版。

本書的完成，必須感謝其他作者們的辛勤寫作和配合進度，第一章和第五章由本人撰寫，其他各章或各節則由各作者自行完成，僅代表各作者個人見解，讀者引註時，懇請特別註明。對本書的批評指教，本人都樂於接受，但對於個別作者見解的疑問或批評，則個別作者就比本人更適合回答或回應。

臺灣的共有不動產閒置或荒廢的情形，仍然四處可見，土地法第34條之1仍然任重道遠。土地法第34條之1解釋適用爭議仍多，本書的論述當然也未必完全周延，但應該是截至目前為止，對於土地法第34條之1相關爭議研究最透澈且客觀的專書。作者們雖殫精竭慮，仍然有許多疏漏不周延之處，敬請各界先進們指正。

謝哲勝

謹序於台灣法學基金會

2015年9月

作者簡介

主 編

謝哲勝

學歷

- 美國威斯康新大學法學博士

經歷

- 內政部不動產登記法（草案）研訂小組委員
- 法務部民法物權編、信託法研修專案小組委員
- 台灣財產法暨經濟法研究協會理事長

現職

- 國立中正大學法律學系教授
- 台灣法學基金會董事長

作 者（以發表順序排列）

張格明

學歷

- 國立中正大學法律學系研究所博士

經歷

- 亞洲大學財經法律學系助理教授
- 逢甲大學國際貿易學系助理教授
- 台灣財產法暨經濟法研究協會理事
- 臺中市勞資爭議調解委員會主任委員
- 苗栗縣政府公寓大廈爭議調解委員會委員

現職

- 明論法律事務所律師

陳澤嘉

學歷

- 國立中正大學法律學系博士班

經歷

- 南華大學財務金融學系兼任講師
- 蔡碧仲律師事務所合夥律師

現職

- 陳澤嘉律師事務所主持律師
- 嘉義律師公會副秘書長

吳光平

學歷

- 輔仁大學法律學系博士

經歷

- 玄奘大學法律學系兼任助理教授
- 桃園縣政府訴願審議委員會委員
- 「財產法暨經濟法」季刊執行編輯

現職

- 開南大學法律學系暨研究所專任助理教授
- 中華民國消費者文教基金會保護動物委員會委員
- 「治未指錄——健康政策與法律論叢」編輯委員

錢世傑

學歷

- 國立中正大學法律學系博士

經歷

- 法務部調查局調查官
- 中央大學兼任助理教授

現職

- 法務部調查局調查官

李兆環

學歷

- 國立中正大學法律學系碩士
- 中國政法大學法學博士

經歷

- 行政院軍事冤案申訴委員會委員
- 行政院勞委會法規委員會委員

現職

- 得聲法律事務所主持律師
- 臺北律師公會理事
- 中華民國仲裁協會仲裁人
- 台灣法學基金會副執行長

王千維

學歷

- 德國杜賓根大學法學博士

經歷

- 國立中正大學法律學系副教授
- 銘傳大學法律學系助理教授

現職

- 國立政治大學法學院特聘教授
- 國立政治大學法學院副院長兼系主任

目 錄

序 言

謝哲勝

作者簡介

第一章 緒 論	謝哲勝...	1
---------------	--------	---

第二章 管 理

第一節 引 言	張格明...	3
第二節 共有物管理之修法		5
第三節 共有物管理制度及相關問題		6
壹、共有物管理之規範		6
貳、共有物管理之方式		8
第四節 共有物管理之契約理論		12
壹、古典契約理論		12
貳、交易成本理論		13
參、有限理性之假設		15
肆、不完全契約理論		18
伍、契約的激勵理論		20
陸、機會成本問題		23
柒、公平及誘因機制		24
捌、相關理論之比較		25

第五節 實務上相關案例探討	27
壹、決議瑕疵是否得以補正	27
貳、尚未屆期之分管，是否適用新法	28
參、各共有人得否決議終止分管契約	28
肆、是否得以訴請法院分管	29
伍、變更分管裁定是否為形式之形成訴訟	31
第六節 結 語	34

第三章 處 分

第一節 一般性探討	陳澤嘉...	37
壹、引 言		37
貳、「處分」之範圍		38
參、處分行為之類型化		39
肆、處分行為之限縮		42
伍、小 結		45
第二節 特定議題探討		46
第一項 共有不動產設定用益物權	吳光平...	46
壹、引 言		46
貳、共有不動產之應有部分設定用益物權		46
參、共有不動產之應有部分視為已有用益物權之設定		49
第二項 民法第838條之1的實務問題	陳澤嘉...	51
壹、引 言		51
貳、民法第838條之1構成要件再觀察		53
參、民法第838條之1的實務問題		60
肆、代小結——兼論民法第425條之1、第838條之1、 第876條合併修正建議		68

第四章 變 更

第一節 引 言	錢世傑...	73
壹、跨領域的思考		73
貳、從土地法之修正談起		74
第二節 民法共有物之變更之法律制度		75
壹、民法共有物之基本規範		75
貳、變更之概念與學說實務見解		76
參、與管理概念之區分		78
肆、與事實上處分之區分		79
第三節 土地法之調整		80
壹、現有規定		80
貳、土地法第34條之1修正之方向		82
第四節 多數決原理		90
壹、多數決原理之發展		90
貳、一致決之缺失與多數決的功能		91
參、多數決之合憲性		93
肆、多數決的團體迷思		94
伍、團體迷思的前置因素、徵兆		96
陸、經濟學的理性與非理性探討		97
第五節 少數人保護配套措施		98
壹、第三人介入之立法政策		98
貳、分割或損害賠償		100
參、避免多數決濫用之私法限制		102
第六節 結 語		103
壹、多數決的必然		103
貳、團體迷思與配套措施		103
參、提高門檻的成本		104

第五章 結 論

謝哲勝

壹、多數決管理與處分共有不動產時可兼顧多數共有人 與少數共有人的利益	105
貳、共有不動產可以多數決管理	107
參、共有不動產可以多數決出賣並移轉所有權	108
肆、共有不動產可以多數決設定用益物權	108
伍、共有不動產可以多數決爲變更	109

附錄一 公同共有債權法律關係之研究

李兆環

壹、引 言	111
貳、公同共有關係	112
參、公同共有債權法律關係	127
肆、結 語	140

附錄二 公同共有債權之行使

王千維

壹、引 言	143
貳、民法第821條之體系定位	143
參、民法第293條第1項之適用	144
肆、基於公同共有債權所收取之給付	147
伍、結 語	147

索 引	149
-----------	-----

第一章

緒 論

民法第819條第2項規定：「共有物之處分、變更及設定負擔，應得全體共有人之同意。」造成只要一人或少數人反對，即可阻撓多數共有人的處分、變更及設定負擔，嚴重影響共有不動產的利用，因而民國（以下同）64年土地法增訂土地法第34條之1，使共有土地及建築物可以多數決的方式處分、變更及設定用益權，立法目的在於為解決共有不動產的糾紛，促進土地利用，便利地籍管理及稅捐課徵，該條文施行已超過40年，也達到當初的立法目的。然而，多數共有人處分共有物，也免不了有少數共有人反對，難免會有爭執，如果多數共有人濫用多數決，少數共有人的權益是否得以確保，也是值得關注的議題。因為有少數共有人反對多數決，加上少數共有人主張權利被侵害，因而有學者主張土地法第34條之1多數決處分共有不動產的規定違憲，而主張刪除土地法第34條之1。

在少數學者主張影響下，內政部地政司召集土地法第34條之1修正研商會議，104年5月22日會商結論，將該條第1項至第3項修正為：「共有土地或建築改良物之讓與，應以共有人逾三分之二及其應有部分合計逾三分之二之同意行之。但其應有部分合計逾四分之三者，其人數不予計算。前項讓與，以買賣為限；共有人並不得為受讓人。他共有人於接獲第三十四條之三通知後十五日內，有下列情形之一者，應暫停前二項之讓與：一、已依本法第三十四條之九第一項規定申請調處分割共有物者。二、已依民法第八百二十四條第二項規定請求法院分割共有物者。」此一修正條文內容，將買賣移轉所有權以外的處分，全部排除，而且提高多數決門檻，更在第三項明文允許讓少數共有人以調處或裁判分割的方式，阻撓多數共

2 共有不動產管理與處分法律與政策

有人的出賣處分。

臺灣共有不動產使用效率不彰的問題仍然存在，大法官會議釋字第562號解釋更明確認定土地法第34條之1多數決處分合憲，而且類推適用於公同共有不動產的應有部分。在此背景下，內政部地政司會商出允許少數共有人阻撓多數共有人處分的修正條文草案，確實讓許多人大吃一驚。本書即欲趕在土地法第34條之1修正條文草案經立法機關審議通過前，提出對於共有不動產管理與處分的法律與政策研究意見，希望可作為修正草案再加以修正的參考。

本書的第二、三、四章分別探討共有不動產的管理、處分及變更，一方面重新檢視共有不動產應否多數決為管理、處分及變更；另一方面也檢視現行規定的妥當性和合法性；第五章總結各章探討，提出本書結論。

第二章

管 理

第一節 引 言

按財產之共有制度，不論其發生之原委如何，係原始取得或繼受取得，亦不區分繼承產生之共有或因法律行為、事實行為而取得共同，對於一物而有二人以上之所有關係，必須以法律明定其內部共有之權義，以避免權利義務上之糾紛，並對於第三人加入共有關係時，更需要規範共有人間之權利義務。共有關係可使全體共有人均霑共有之利益，促進財貨之利用，並可聚集多數人之財力物力投入共有物之經營管理，促進共有物之利用，且多數人集資取得價值較高之共有物亦可達到具有經濟規模共有物之利用。¹大法官釋字第562號解釋：「共有乃一物之所有權由二人以上共同享有之制度，係基於社會生活需要而存在，然各共有人因均享有同一之所有權，其權利之行使遂受相互之限制（民法第八百十九條第二項、第八百二十條、第八百二十八條參照），自不免影響共有物用益及處分之順利進行，甚而有礙共有物之自由流通，致生社會經濟上之不利益。」即法律對於共有關係之規範，著重於調和當事人間之權義及促進共有物之利用。

98年1月23日新修正公布民法第820條規定：「共有物之管理，除契約另有約定外，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。依前項規定之管理顯失公平者，不同意之共有人得聲請法院以裁定變更之。前二項所定之管理，因情事變更難以繼續時，法院得因任何共有人之聲

¹ 參閱謝哲勝，民法物權，2007年9月，頁158。

4 共有不動產管理與處分法律與政策

請，以裁定變更之。共有人依第一項規定為管理之決定，有故意或重大過失，致共有人受損害者，對不同意之共有人連帶負賠償責任。」公布後6個月於98年7月23日實施。針對舊法一致決之方式，新法改採多數決方式，並採法院得裁定變更決議內容，另對濫用多數決之共有人造成少數共有人之損害者，負連帶損害賠償責任，促使多數人決之方案，不侵害少數人之權利。

修法後，比照土地法第34條之1規定，擴大了土地法限制之多數決議事項，將土地及土地以外之共有物，其管理均採行多數決方式，避免因採一致決有造成無法達成一致決議之弊端。然共有物之多數決議，係屬於契約之性質，或以分管契約（部分共有人分管共有物之一不或全部）為管理，或以共有物之利用（如出租、設定負擔……等）為管理。但此等管理契約之本質，究與一般契約之本質或有極大之差異。一般傳統契約之成立係有對立之當事人，就契約必要之點互為意思表示一致時，契約即為成立。然共有物管理契約之成立，並無對立之當事人，而係多數共有人共同朝向一定管理方案之意思表示而為決議，且無特定性質之契約必要之點，自無法以傳統契約的性質，加以觀察。特別是，契約有其義務群，包括主要給付義務、次給付義務及附隨義務。契約主要義務內容，係決定契約之類型，附隨義務為補助、強化或保有主要給付之完整或功能。而管理共有物契約之分管契約，係由部分共有人管理一部或全部共有物，其義務群顯然必須強化管理人之附隨義務，始能善盡共有物之管理、照料及追求利益最大化之目標。於共有人之決策過程（decision making）中，在共有物管理契約之作成程序，除了要依照多數決方式決議，使其決議具有合法性。但更重要的是，共有物管理契約之作成，如何在契約的理論上，得以讓多數決議更具正當性、妥當性與合理性，並符合共有物管理之目標——保存價值或增加利用價值。此等契約實質內容之正當、妥當及合理，咸為共有物管理契約之成敗關鍵所在。本書試就契約之基本理論，以經濟學之角度，探究共有物決議之契約與一般契約之差異，就管理契約的基本性質加以說明，並以民法第820條修正後之相關實務問題，並提出淺見與建議。

第二節 共有物管理之修法

但共有物之管理，相較於單獨所有之情形，決議管理共有物之成立，可能有較高的決策成本，不易達成決議。²共有物之管理得決議由部分共有人，於超出應有部分之範圍管理共有物之一部或全部，並授權於管理權限範圍內得自由管理，此即通稱之分管契約。共有物未定立分管契約者，則依照舊法對共有物管理之決議，應採一致決，由共有人全體爲之。修法前採取一致決，容易形成少數人綁架多數意見，無法順利以全體同意之方式作成共有物管理或使用收益，自有不甚公允，也無法促進共有物之利用。修法改採多數決，雖然可以促進共有物之管理決議，但也可能發生多數暴政之情事，少數意見不受尊重，甚至犧牲少數人之權益。固然修法後得由法院介入以裁定來變更原決議，但法院之變更決議之裁定，法官是否真能合理公平地爲變更決議裁定？是否能真正保障少數意見共有人之權益？或真能促進共有物管理之目標？如無法達成多數決議，法院是否得以積極介入，而爲公平合理之裁定管理方案？此等法院積極介入之裁定，法院是否擁有自由裁量之空間——是否屬於形式上之形成訴訟，完全爲法官自由裁量之權限，不受當事人聲明之拘束？

共有物有經決議由部分共有人管理超出其應有部分之管理者，即有分管契約之情事者，參照修法後分管契約效力——民法第826條之1：「不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第八百二十條第一項規定所爲之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同。」此係規範共有物管理之對外效力，即共有人間訂有分管契約時，共有物之管理或協議分割契約，實務上認爲對於應有部分之受讓人仍繼續存在，加以明文化。³但共有物分管契約、約定或決定，其法律性質屬債權行爲，基於債之相對性原對第三人不生效

² 參閱謝哲勝，民法物權，2007年9月，頁158。

³ 參閱最高法院48年臺上字第1065號判例。