

以多数决出卖共有不动产时他共有人之先买权

——以该先买权的有无与标的为中心

Rights of First Refusal When the Majority of the Co-owners Sell the Real Estate

黄健彰

HUANG Jian-zhang

【摘要】 先买权的制度运作是实务上的重要问题，不过，既有相关学说研究仍有不足。例如“部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人之先买权”的议题，即有许多争议待厘清，且台湾地区“内政部”目前研商的“土地法”部分条文修正草案中，该先买权规定是修正的重点之一。本文先厘清“土地法”第34条之1第1项及第4项的规范意旨，再依序探讨部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人之先买权赋予的理由及标的。本文着重于不动产的有效利用与相关当事人的利益衡量、成本效益分析，就既有的学说、实务见解及修正草案予以回应，并提出解释论与立法论上的建议。本文以为，部分共有人以多数决出卖共有不动产时，他共有人有先买权，其先买权的标的为同意出卖之共有人的应有部分；在部分共有人以客观上显不相当对价而多数决出卖不动产的情形，如他共有人死亡，继承人有无不明，则他共有人的遗产管理人得主张先买权。

【关键词】 优先购买权 优先承买权 先买权 共有 多数决

【中图分类号】 DF45 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)04-0033-17

Abstract: The system of the right of first refusal is an important issue in practice. However, the existing studies are insufficient. For example, there are controversies regarding “a right of first refusal when the majority of the co-owners sell the real estate”. First of all, this study clarifies the purposes of the first and the fourth paragraphs of Article 34-1 of the “Land Act”. This study then explores the reason and the object of the right of first refusal in turn when the majority of the co-owners sell the real estate. This study emphasizes effective utilization of the real estate and the interests of the concerned parties and stresses on the cost-benefit analysis. This study discusses the existing doctrine, practice, and the draft amendment and makes some propositions in explanation and legislation. This study holds that there is a right of first refusal when the majority of the co-owners sell the real estate and the objects are the shares of the co-owners who agree to sell. When the majority of the co-owners sell the real estate for improper value obviously and the other co-owners were died, the manager for the other co-owner’s property may claim a right of first refusal if it is not clear whether or not there is an heir.

Key words: Preemption Right of first refusal Option of first refusal Co-ownership Majority rule

【收稿日期】 2017-04-02

【作者简介】 黄健彰，男，1980年12月生，台湾大学法学士、台湾中正大学法学博士，现为台北大学教学发展中心主任、不动产与城乡环境学系副教授，台湾财产法暨经济法研究协会常务理事，研究方向为民法、不动产法。

一、前言

优先购买权（以下简称先买权）的制度运作，向来是实务上的重要问题。^{〔1〕}就共有人的法定先买权而言，台湾地区“民法”第824条第7项、“土地法”第34条之1第4项、“土地法”第73条之1第3项、“地籍清理条例”第12条第1项第3款、“祭祀公业条例”第52条第1项第3款、“农地重划条例”第5条第2款、“海商法”第12条第1项等都有相关规定；其中，又以“土地法”第34条之1之先买权案例最多，最为重要，有许多理论与实务上的法律争议问题尚未厘清。

台湾地区地狭人稠，法制上如何促进不动产的有效利用，属重要议题。台湾地区“土地法”第34条之1第1项规定：“共有土地或建筑改良物，其处分、变更及设定地上权、农育权、不动产役权或典权，应以共有人过半数及其应有部分合计过半数之同意行之。但其应有部分合计逾三分之二者，其人数不予计算。”第4项规定：“共有人出卖其应有部分时，他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。”第5项规定：“前四项规定，于公共共有准用之。”不过，部分共有人以多数决出卖不动产全部^{〔2〕}于非共有人^{〔3〕}时，则他共有人有无先买权？如有，其客体为何？就此等议题，“土地法”并无明文规定，学说、实务上就上述问题有不同见解，而“内政部”目前研商中的“土地法”部分条文修正草案^{〔4〕}，就此有相关增订规定。此议题涉及共有不动产的交易、利用，且对部分共有人、他共有人、第三人的利益影响甚大，故本文着重于不动产的有效利用与相关当事人的利益衡量、成本效益分析，就既有的学说见解、实务见解予以回应，提出解释论及立法论上的建议，并希望能作为修正草案再加以修正的参考。^{〔5〕}

本文以下第二部分即探讨“土地法”第34条之1第1项与第4项的规范意旨，作为全文论述的基础。第三部分研究共有人依该条第一项规定处分共有不动产于非共有人，如系以买卖为原因时，他共有人有无先买权；此际，实务上常发生他共有人死亡，其遗产管理人得否行使先买权的问题，而此亦不明确，故一并探讨。第四部分讨论其先买权的标的为何。^{〔6〕}

〔1〕 参见陈忠五：“2011年民事法发展回顾”，《台大法学论丛》2012年第41卷特刊，第1493页。

〔2〕 依“土地法”第三十四条之一执行要点第1点规定，部分共有人以多数决就共有不动产为处分，应就共有物之全部为之。因此，如部分共有人欲就其共有物之特定部分（非应有部分）为之，应先依同要点第5点第1项以多数决而为标示分割。

〔3〕 至于部分共有人得否以多数决出卖不动产全部于共有人之一或数人，参见黄健彰：“论多数共有人得否出卖不动产于共有人之一”，载《海峡两岸民法典物权编编纂研讨会学术论文集》，第93～122页，北京市法学会不动产法研究会、中央财经大学法学院、台湾法学基金会主办，2017年4月2日。

〔4〕 本文以下引用的“土地法”修正草案，均为2015年8月28日会商结论整理版，条文参见高钦明：《共有土地处分实务与技巧：“土地法”第三十四条之一》，永然出版公司2016年版，第202～205页。

〔5〕 经济分析可借由目的解释成为法律解释的一环，也可作为立法论的分析工具，参见张永健：《物权法之经济分析：所有权》（第一册），元照出版公司2015年版，第1～7页。

〔6〕 在一般的买卖，应先确立买卖的标的，始有买卖可言；但此处为法定先买权，先买权的标的之不同见解，目前学说基本上不超出后述三说，而无论采三说中的哪一说，均不影响“三、部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人先买权的有无”部分的论述，故本文先探讨先买权的有无，再探讨先买权的标的，应属妥当。

第五部分总结全文，提出本文结论。

二、“土地法”第34条之1的规范意旨

“部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人之优先购买权”议题涉及“土地法”第34条之1第1项多数决规定的规范意旨，也涉及同条第4项先买权规定的立法意旨，兹分述如下：

（一）“土地法”第34条之1第1项的规范意旨

“民法”第819条第2项规定：“共有物之处分、变更、及设定负担，应得共有人全体之同意。”第828条第3项规定：“共同共有物之处分及其他之权利行使，除法律另有规定外，应得共同共有人全体之同意。”不过，就不动产的处分、变更及设定用益物权而言，前述“土地法”第34条之1第1项与第5项准用第1项关于多数决的规定则为该等规范的特别规定。^{〔7〕}“司法院”释字第五六二号解释提到：“其立法意旨在于兼顾共有人权益之范围内，促进共有物之有效利用，以增进公共利益。”^{〔8〕}学者亦提到：其目的在避免“土地这样的稀有资源在不利的产权结构下，无法透过交易而发挥最大的资源效益”，^{〔9〕}以解决共有不动产的纠纷^{〔10〕}，并避免有碍国民经济的发展^{〔11〕}。

更有学者进一步认为：如不允许多数决处分，则只能分割或任由不动产闲置。但并非每一共有不动产都适合原物分割，如为变价分割，就与多数决出卖后取得对价补偿没有区别。况且，不动产的开发利用必须符合一定经济规模，才符合效率，而对全体共有人有利，因而即使可以原物分割，提起分割诉讼，对少数共有人也可能不利。不动产闲置将毫无收益，对少数共有人也不利，甚至还要倒贴缴地价税。因此，闲置共有不动产一定不利，分割共有不动产即使可行，对全体共有人也未必有利，法律绝对不能限制共有人仅有此二种选项。^{〔12〕}

〔7〕 在日本，《民法》第251条就共有物的变更采全员一致原则。依学者见解，该条规定的变更包含处分，举凡共有物的买卖、租赁、设定担保、重大改造等影响共有物使用权能者，均包括在内；日本《建物区分所有法》第17、27、26、66等条文有全员一致原则的例外规定，参见松冈久和、中田邦博编：《新・コンメンタール民法（财产法）》，日本评论社2012年版，第369页；林良平、高桥欣一、川村俊雄编：《逐条民法特别法讲座（第2卷）物权》，ぎょうせい1990年版，第492~494页；日本《民法》第231、232条就相邻者共有壁的变更亦有特别规定。日本并无类似台湾地区“土地法”第34条之1第1项就一切不动产有一般性的例外规定。

〔8〕 解释理由书提到：“以便利不动产所有权之交易，解决共有不动产之纠纷，促进共有物之有效利用，增进公共利益。”应注意，该号解释并无协同意见书、不同意见书，并无大法官认为“土地法”第34条之1第1项规定违宪。

〔9〕 参见苏永钦：“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向”，载《走入新世纪的私法自治》，元照出版公司2002年版，第41页。

〔10〕 参见陈立夫：“共有土地或建筑改良物之处分及优先购买权：“土地法”第34条之1”，载《“土地法”释义（一）》，元照出版公司2016年版，第47、50页。

〔11〕 参见刘宗荣、姚志明：《民法（财产法篇：总则、债、物权）》，“国立”空中大学2014年版，第436页；陈荣传：《民法物权实用要义》，五南出版公司2014年版，第67页。

〔12〕 参见谢哲胜编：《共有不动产管理与处分法律与政策》，自版，2015年版，第105页。

按财产应尽量借由自愿交易移转于对其效用最高的人（评价最高、最能有效运用者）^[13]，而自愿的交易会产生消费者剩余和生产者剩余，二者相加即是此次交易对社会产生的福祉，^[14]此可同时促进私益（消费者剩余、生产者剩余）与公益（社会福祉）。以本文关心的出卖共有不动产为例，多数共有人^[15]出卖全部共有不动产，通常表示“其可获得的价金”高于“拥有该不动产对其之效益^[16]”；买受人愿意买受，表示“拥有该不动产对其之效益”高于“其应支付的价金”。之所以如此，通常是该不动产无法由原多数共有人有效利用而有前述“不利的产权结构”之情形，而买受人较原多数共有人更能有效利用该不动产，买受人与原多数共有人对该不动产的评价有所差异，故在法制上鼓励该交易通常能促进买卖双方的私益，进而有助于公益，此即前述“司法院”解释提到“促进共有物之有效利用，以增进公共利益”的真意。

至于“土地法”第34条之1第1项的规定，有无简化或消灭共有关系的规范意旨？^[17]按该条项是在去除“目前多数共有人认为其无法妥适利用共有不动产”的弊端，而共有人依多数决出卖共有不动产全部时，并不论买受人为一人或数人^[18]，因为当事人原则上是其利益的最佳判断者，法律应尽量予以尊重，而数人愿意共同买受，至少代表数人于买受时认为“其共有的效益大于成本，而无共有不动产无法妥适利用的问题”，因此，该条项应无简化或消灭共有关系的立法意旨^[19]。如认为该条项的目的在于简化或消灭共有关系，反而可能会减少共有不动产出卖的可能性，而无法去除“目前多数共有人认为其无法妥适利用共有不动产”的弊端，或使共有不动产无法移转至对其评价最高的买受人。

（二）“土地法”第34条之1第4项的规范意旨

就前述“土地法”第34条之1第4项不动产应有部分之先买权规定^[20]的规范意

[13] 经济学家相信：自愿的交易能使财产由对其评价最高者使用，参见林诚二：“债权契约法之经济方法论”，载《民法理论与问题研究》，瑞兴出版公司1991年版，第144~146页；RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Aspen, 9th ed., 2014, p. 11; ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS*, International, 6th ed., 2012, p. 108。

[14] 参见谢哲胜：“民法的经济分析”，载谢哲胜编：《法律经济学》，五南出版公司2007年版，第209页。此处“生产”与“消费”的概念是广义的。

[15] 即便是在“土地法”第34条之1第1项但书的情形，虽然人数并未过半，但应有部分合计逾三分之二，就该共有不动产具代表性，仍是此处的多数共有人。

[16] 此处的效益含经济上与非经济上的效益（包括对于不动产情感上的满足），即其对该不动产的评价。

[17] 采肯定说者，陈明灿：“台湾‘土地法’第34条之1共有土地先买权若干问题之探讨”，《月旦财经法杂志》2013年第33期，第161~162页；许政贤：“土地共有人优先承购权之行使”，《月旦法学教室》2012年第111期，第21页。

[18] 买受人的人数有可能较该不动产原共有人的人数更多。

[19] 同结论，参见前注[10]，陈立夫文，第84页；高雄市政府地政局编：《共有土地处分专题研究》，高雄市政府地政局，2013年12月，第248页，戴秀雄教授发言。

[20] 该条项是仿“海商法”第12条第1项规定而来。在日本，并无“不动产或船舶共有人出卖其应有部分时，他共有人之先买权”的规定。应注意，日本《民法》依第905条规定，共同继承人之一人于遗产分割前将应继分让与第三人时，他共同继承人得偿还该价额及费用而受让其应继分；学说上称其为取回权，未称其为先买权，且少有适用本条的事例，又共同继承人的一人单独行使取回权的情形，就取回之应继分的归属，有不同见解，详见谷口知平、久贵忠彦编：《新版注积民法（27）相续（2）》有斐阁2013年版，第277~290页；实务上认为共同继承人的一人将构成遗产的特定不动产之应有部分让与第三人的情形，不得适用或类推适用该条规定，参见最判昭和53年7月13日判时908号，41页。

旨，学说上认为在于防止共有不动产应有部分落于外人之手，以限制共有有人数增加，简化或消灭共有关系，俾利共有不动产的管理与利用。^[21]按共有常会产生共决的悲剧(tragedy of anticommons)^[22]，而简化或消灭共有关系，常可减少共决悲剧的发生。

再者，承认该先买权可避免共有不动产落于外人之手，而可减少变更利用的成本^[23]。另外，认为他共有人有先买权可降低买受后纠纷发生的可能性，详言之，第三人由于通常未实际使用过该标的物，对该标的物的了解较少，事后“主张该标的物不符债务本旨、有瑕疵，或主张重大动机错误”的可能性较高，相对地，由于共有人对共有不动产知之甚详，其愿意买受而事后“主张该标的物不符债务本旨、有瑕疵，或主张重大动机错误”的可能性较低，使共有人取得标的物，可减少“事后始发现该标的物不符债务本旨、有瑕疵，而依不完全给付、瑕疵担保或重大动机错误的规定向出卖人主张权利”等情形，故承认他共有人的先买权可减少、避免买受后纠纷解决的成本。^[24]

另外，就该先买权的规范意旨，“最高法院”七十二年台抗字第九四号判例进一步提到：“‘土地法’第34条之1第4项……立法意旨无非为第三人买受共有人之应有部分时，承认其他共有人享有优先承购权，简化共有关系。若共有人间互为买卖应有部分时，即无上开规定适用之余地。”

针对上述判例见解，本文以为，就该先买权而言，他共有人只是比非共有人处于得优先购买的地位；但相对地，共有人之间就买受的地位是平等的，他共有人并未比买受的共有人处于更得以优先购买的地位。且出卖人将标的物卖给同顺位的先买权人之一，规范目的已实现，已无限制“契约自由中之相对人选择自由原则”的正当理由，出卖人有权选择他认为最有能力与意愿履行契约者为相对人，以避免事后的纠纷。如认为同顺位的先买权人仍得行使先买权，则是在未达成更佳的法律状态之下，造成“未积极与出卖人协商缔约或未参与投标而搭便车(free ride)的同顺位先买权人”优先于“积极与出卖人协商缔约或参与投标的同顺位先买权人”的不合理情形^[25]。而为顾及合理性，

[21] 参见温丰文：“共有人之优先购买权”，《台湾本土法学杂志》2002年第38期，第112页。而朱柏松：“共有基地租赁之效力与优先承买权之关系”，《民事法律问题研究——物权法论》，自版，2010年版，第150~151页，也提到“使不动产权利义务趋于单纯而利于土地行政”的规范意旨。

[22] 参见简资修：“物权法：共享与排他之调和”，《月旦法学杂志》2003年第97期，第220页；Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *HARV. L. REV.*, 1998, pp. 621, 621~88。不过，较多人共有是否必然无效率？容后述。

[23] 参见苏永钦：“法定物权的社會成本”，载《寻找新民法》，元照出版公司2008年版，第174~175页。

[24] 至于“该先买权的承认，是否将使标的物不易出卖”，实为先买权的共通问题。解决的可能方法之一，是赋予第三人重新报价的机会，但只要第三人提高买卖价金，出卖人即应通知先买权人是否以提高后的买卖价金优先购买，详见黄健彰：“房屋承租人优先购买权的承认与建构”，《政大法学评论》2012年第128期，第107~109页。

[25] 参见前注[23]，苏永钦文，第195页，作者提到：“先买权对于标的物的交易也可能是相当大的障碍，在标的金额庞大、缔约条件的构思和协商往往需要投入相当人力物力的某些不动产交易，潜在的交易对象考虑到一切谈妥后，杀出一个程咬金就会全盘易手，也许一开始就踌躇不前。”在法院拍卖的情形，台湾地区嘉义地方法院法律问题座谈会多数意见赞同的否定说理由提到：“就法律之文化功能而言，若采肯定说，则拟购买土地或建物应有部分之他共有人，尽可持观望态度，等待拍卖标的之卖价降至最低额度，俟他人得标时，再出而主张优先购买，显然容易养成国民之投机及侥幸心理，对债权人及债务人亦极不利。如采否定说，则因在他共有人中之一人得标承买时，其余他共有人即无优先购买权，此时拟购买者不得不合理地估量其价格，参加竞标，此不但对债权人及债务人有利，亦可遏止国民之侥幸投机心理，庶几可发挥法律之移风易俗及增进社会进步向上的文化功能。”参见“司法院”：《“司法院”公报》1988年第30卷第2期，第59~61页。

并避免因此种先买权的行使而造成法律关系不安定及复杂化，故同顺位的先买权人并无先买权规定的适用。^[26]在强制拍卖的情形，虽无出卖人的“缔约相对人选择自由”之问题，但采上述见解至少可顾及合理性，并避免法律关系不安定及复杂化。因此，本文赞同上述判例见解，而“土地法”第34条之8修正草案第1项规定：“土地或建筑改良物之共有人出卖其应有部分时，除承买人为共有人外，他共有人得以同一条件共同或单独优先承购”亦值得赞同。

三、部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人先买权的有无

部分共有人依“土地法”第34条之1第1项规定处分共有不动产，如系以买卖为原因时，他共有人得否行使先买权？此时，如他共有人死亡，而继承人有无不明，则他共有人的遗产管理人得否行使先买权？以下依序探讨。

（一）他共有人得否行使先买权

部分共有人以多数决出卖共有的不动产时，他共有人有无先买权？以下先整理实务、学说见解，再提出本文见解。

1. 实务、学说见解

实务见解多认为他共有人有先买权，例如“最高法院”七十八年度第十二次民事庭会议决议（一）提到：“共有人甲、乙二人依‘土地法’第三十四条之一第一项，将共有土地之全部，出卖于丁，他共有人丙得依同条第四项规定，对之主张优先承购权。盖共有人甲、乙二人依同条第一项出卖共有土地之全部，然就各该共有人言，仍为出卖其应有部分，不过对于丙之应有部分，有权代为处分而已，并非以此剥夺丙优先承购之权利。”^[27]但在上述“最高法院”决议做成后，“最高法院”判决仍有持否定说者^[28]，此为少数见解。

就此问题，学说上亦多认为他共有人有先买权。采肯定说的学说提到：法律既允许部分共有人得迳出卖共有物，理应使他共有人享有先买权，方足适当平衡当事人的利

[26] 相关规定或实务见解尚有“土地法”第34条之1执行要点第10点第10款前段、“最高法院”83年度台上字第1713号民事判决、“国私共有土地处理原则”第3点前段、“民法”第824条第7项前段、“内政部”101年12月20日台内地字第1010385731号函、“最高法院”81年度台上字第2553号民事判决。瑞士《民法》就法定先买权（statutory right of pre-emption）于第681条第2项即规定，土地如出卖给同顺位或先顺位之先买权人，他人即不得行使先买权。See the Federal Council, Swiss Civil Code, The Federal Authorities of the Swiss Confederation, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/a681a.html> (last visited March 10, 2016) .

[27] “土地法”第34条之1执行要点第10点第1款亦有类似规定。“国私共有土地处理原则”第4点规定，他共有人依“土地法”第34条之1规定处分全笔“国私”共有土地，函询“财政部”“国有财产署”是否优先承购时，其出售价格较预估当时之市场价格为低，且该土地符合该点第1项或第2项各款情形者，得主张优先承购。

[28] “最高法院”93年度台上字第251号民事判决维持原审下述见解：“F××等被上诉人将系争土地所有权全部出卖与樱×建设公司，而非将其应有部分分别出售，上诉人主张优先购买权，亦有未合。”

益^[29]，避免以大吃小的后遗症^[30]；再者，采肯定说可防止部分共有人以显不相当的对价任意（滥予）处分，致损害他共有人的权益^[31]。另外，有学者提到：如迳谓依该条第4项规定有先买权，则文义牵强，且混淆该条第1项与第4项的立法目的，有时甚至导致该条第1项的立法目的无法达成，而在结论上则认为得“类推适用”该条第4项规定。^[32]

2. 本文见解

本文以下从逻辑及利益衡量等角度论述“部分共有人以多数决出卖共有的不动产时，他共有人应有先买权”的理由。

纯从逻辑的角度而言，当共有人出卖共有不动产应有部分时，他共有人既然有先买权，而共有物是各共有人应有部分的总和，则部分共有人依“土地法”第34条之1第1项规定处分共有不动产，如系以买卖为原因，出卖的共有不动产中，即包含同意出卖之共有人的应有部分在内，从而在政策上，不宜剥夺他共有人原有的先买权。

更重要的是，从利益衡量的角度而言，在共有人出卖应有部分时，他共有人仍有其原有的应有部分，此时现行法承认他共有人有先买权；而在部分共有人以多数决处分不动产，且以买卖为原因时，他共有人丧失原有的应有部分，应更有保护的必要。而“土地法”第34条之1第3项虽有“部分共有人对于他共有人应得之对价或补偿，负连带清偿责任”的规定，但对他共有人利益的保护仍有两点不足之处。第一，他共有人既然未同意出卖，通常是认为其对该不动产在客观上或主观上的评价较高^[33]，而买卖价金不够高（无论部分共有人是否系以客观上显不相当的对价任意处分），亦即他共有人依该条项应得的对价对其而言不够高。第二，部分共有人依同条第1项规定处分共有不动产，如系以买卖为原因，可能有台面下的利益输送等隐藏的资讯和行为，例如买受人除支付书面契约上约定的买卖价金外，台面下尚支付额外金钱给部分共有人，此时，他共有人往往难以举证证明“书面契约上的买卖价金数额并非真实”，故他共有人依同条第3项规定得请求的对价不够高。因此，同条第3项之事后请求对价的规定并不足以保障他共有人，从而应对部分共有人的权限予以必要的限制（事前防范），亦即肯认他共有人的先买权，以适当平衡当事人的利益，避免以大吃小的情形发生。

再者，采肯定说可避免共有不动产落于外人之手，而可减少变更利用的成本，亦可降低买受后纠纷发生的可能性，此与前述“出卖不动产应有部分时，他共有人的先买权”的规范意旨部分相似。又此际承认他共有人的先买权，尚可兼顾他共有人对共有不动产的特殊感情，而与“民法”第824条第7项“共有物变价分割时，共有人之先买权”增订说明提到的规范意旨部分相似。

学说上认为“土地法”第34条之1第1项规定旨在促进不动产的有效利用，并含

[29] 参见王泽鉴：“共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合”，载《民法学说与判例研究》（第三册），自版，2009年版，第321页。

[30] 参见谢在全：《分别共有内部关系之理论与实务》，自版，1995年版，第61页。

[31] 参见温丰文：《土地法》，自版，2015年版，第129页；谢哲胜：《土地法》，翰芦出版公司2013年版，第118页。

[32] 参见前注〔10〕，陈立夫文，第81~83页。

[33] 于个案中，未同意出卖的他共有人对该不动产的评价有可能远高于市价，甚至是无价。

有促进公益的色彩；而第4项规定旨在简化共有关系，主要在于保护私益。^[34]而部分共有人依多数决出卖全部共有不动产时，他共有人如有先买权，是否会有“导致该条第1项的立法目的无法达成”之情形？按他共有人未同意出卖共有不动产，表示“拥有该不动产对其之效益（其对该不动产的评价）”高于“原买受人愿意出的买卖价金”。今他共有人愿优先购买，一方面表示优先购买对其有消费者剩余，且优先购买的结果是：对该不动产评价较低的多数共有人退出共有关系，该不动产的所有人仅剩下对该不动产评价较高的少数人甚至一人，此有助于不动产的有效利用，又可减少、避免“买受后变更利用、纠纷解决的成本”，已如前述；在另一方面，由于他共有人是以同一价格优先购买，使多数共有人的生产者剩余不变（其可获得的价金不变），该等消费者剩余及生产者剩余二者相加即是该优先购买对社会产生的福祉，故此际肯认他共有人有先买权，通常能同时促进私益与公益，不会导致该条第1项的立法目的无法达成。综上，多数实务、多数学说及“土地法”第34条之1执行要点第10点第1款^[35]肯认该先买权的见解，应值赞同。

不过，此时毕竟形式上出卖的是共有不动产，并非应有部分；而且此先买权与同条第4项的先买权虽然皆可“避免共有不动产落于外人之手，避免变更利用、纠纷解决的成本”，但如前所述，此先买权的规范目的主要是基于共有人的衡平，与同条第4项主要在于“简化或消灭共有关系，以减少决策成本”的规范目的不尽相同，故此先买权仍以修法明订为宜。“土地法”第34条之3修正草案第1项规定：“共有人依第三十四条之一规定让与时，他共有人得以出卖之同一条件优先购买。”肯认“共有人依多数决出卖不动产时，他共有人得以同一条件优先购买”，基于以上理由，本文表示赞同；而在现行法下，则宜类推适用“土地法”第34条之1第4项规定。

（二）他共有人的遗产管理人得否行使先买权

实务上，就“共有土地之部分共有人依多数决出售全部共有土地，其他共有人死亡绝嗣，遗产管理人可否主张先买权”疑义乙案，“法务部”函认为：“按‘民法’第一千一百七十九条第一项第二款规定，为保存遗产必要之处置，系属遗产管理人职务。所谓为保存遗产必要之处置，……，尚包括保存上所必要之处分行为……。查债务人与他人共有之土地，于强制执行程序中经执行法院拍定后，执行法院依‘土地法’第三十四条之一第四项之规定，通知他共有人优先承买时，共有人死亡其继承人有无不明者，实务上见解认为：应向……遗产管理人为优先承买之公告，若无上述遗产管理人时，依‘土地法’第三十四条之一第二项后段规定，因无法书面通知，得以‘共有人之继承人’名义而公告该优先承买之通知……，对于遗产管理人得否主张优先购买权，似采肯定见解。准此，本案共有土地共有人唐×同死亡绝嗣后，由法院裁定选定‘财政部’‘国有

[34] 参见陈立夫：“‘土地法’第三十四条之一若干问题之探讨——‘最高行政法院’九十一年判字第214号判决评释”，载《土地法研究》，新学林出版公司2007年版，第118~119页。

[35] 至于执行要点该规定有无增加“土地法”第34条之1所无之限制的问题，“最高法院”98年度台上字第1405号民事判决：“按法律保留原则参照‘宪法’第二十三条及‘中央法规标准法’第五条规定，乃指关于人民权利、义务等重要事项，‘国家’非有法律之明文，不得予以规制之情形而言，其目的在于节制政府权力之滥用，从而自仅适用于具有权力服从性质之高权关系。至于私权关系中，一方当事人权利不合理之扩张，即属对于他方当事人权利之不正侵害，从而，私法秩序追求者系属平等当事人间权利义务之衡平正义，与法律保留原则尚属无涉。”虽非针对本问题，但仍可供参照。

财产局’为遗产管理人，该遗产管理人对其他共有人应有部分之出卖，……，似得主张优先购买权。至于遗产管理人行使此项权利，是否属于……‘为保存遗产必要之处置’，似宜由遗产管理人切结自行负责”。^[36]“内政部”函提到：“同意上开‘法务部’意见。是本案遗产管理人倘认为对其他共有人应有部分优先承买系属于‘为保存遗产必要之处置’，则该遗产管理人对其他共有人应有部分之出卖，得主张其优先购买权。”^[37]

本文见解如下：首先，共有不动产之部分共有人依多数决出售全部共有不动产，其他共有人死亡，如继承人之有无不明，才有“民法”“无人承认之继承”该节第一一七七条以下关于遗产管理人规定的适用，而上述函“绝嗣”的用语，并不精准。

再者，共有土地之部分共有人依多数决出售全部共有不动产，其他共有人并未同意出售，如前所述，通常是其他共有人认为其对该不动产的评价较高，而买卖价金不够高；但如今其他共有人已死亡，继承人之有无不明，难以当然认为“如有继承人承认继承，该继承人亦认为其对该不动产的评价较高，而买卖价金不够高”。因此，遗产管理人主张先买权，如系以遗产中的金钱优先购买，倘认为是“为保存遗产必要之处置”中“保存上所必要之处分行为”，应以“共有人以客观上显不相当对价出售土地”为前提。而依“民法”第1184条规定，有继承人承认继承时，遗产管理人先买权的行使，视为继承人之代理。^[38]又依“民法”第1178条之1规定，继承开始时继承人之有无不明者，在遗产管理人选定前，法院得因利害关系人或检察官之声请，为保存遗产之必要处置，故于此情形，法院亦得行使先买权；有继承人承认继承时，应类推适用“民法”第1184条规定，将法院之先买权的行使，亦视为继承人之代理。相对地，如共有人并未以客观上显不相当对价出售土地，其他共有人的遗产管理人或法院不应贸然以遗产中的金钱优先购买^[39]，以免逾越“为保存遗产必要之处置”的范围。

现行法并未规定遗产管理人违反义务时之法律效果，“民法”继承编修正草案第1181条之2第1项则规定：“遗产管理人因处理遗产管理事务有故意或重大过失，致被继承人之债权人、受遗赠人受有损害者，应负赔偿之责。”^[40]未来该修正草案如通过施

[36] “法务部”89年7月31日法律字第020961号函。该函中提到的实务上见解是指“司法院”司法业务研究会：《民事法律专题研究》，1997年第27期研究专辑，第233~235页。又继承“登记法令补充规定”第60点第2项规定：“遗产管理人执行‘民法’第一千一百七十九条第一款所定为保存遗产必要之处置之职务，无须经亲属会议或法院之许可。至于……是否为保存遗产必要之处置，……，应由遗产管理人切结自行负责。”而在日本，依《民法》第953条准用第27条第3项规定，继承财产管理人为保存继承财产而有换价等必要之一切处分权限，参见松原正明：《判例先例相続法III》，日本加除2008年版，第295页。

[37] “内政部”89年8月15日台内中地字第8915895号函。

[38] 在日本，依《民法》第951条规定，继承人有无不明时，继承财产法人当然成立。继承财产管理人是继承财产法人的法定代理人，参见潮见佳男：《相続法》，弘文堂2014年版，第66~68页。

[39] 关于依“土地法”第34条之1申请土地所有权移转登记疑义，“内政部”85年10月24日台内地字第8510170号函即提到：“本案遗产管理人认为对其他应有部分优先承买，并非‘为保存遗产必要之处置’，不生是否行使优先承买权之问题”。

[40] 参见“‘民法’继承编部分条文修正草案”，载<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=226847&ctNode=28031&mp=001>，最后访问时间：2015年10月12日。而在日本，依《家事事件手续法》第208条与第125条第6项准用《民法》第644条关于委托的规定，继承财产管理人则是负善良管理人注意义务，参见前注〔20〕，谷口知平、久贵忠彦书，第699~700页。

行，共有人以客观上显然相当的对价甚至是高额出售不动产时，倘若其他共有人的遗产管理人贸然以遗产中的金钱优先购买而有故意或重大过失，若积极遗产甚多，不当然致被继承人、受遗赠人受有损害；但若积极遗产不多，致被继承人、受遗赠人受有损害者，则应负赔偿之责。

另须附带一提的是，如仅出卖（包括拍卖）部分共有人之“应有部分”，其他共有人虽有先买权，但与“保存财产”（即其他共有人的应有部分）并不直接相关；故于此情形，如其他共有人已死亡，其遗产管理人与法院不得行使先买权，以免逾越“为保存遗产必要之处置”的范围。

四、部分共有人以多数决出卖不动产时，他共有人先买权的标的

部分共有人以多数决出卖共有不动产全部时，如肯认他共有人有先买权，则先买权的客体为何？以下先介绍学说、实务见解，再提出本文见解。

（一）学说、实务见解

部分共有人以多数决出卖共有不动产全部时，学说、实务上就优先购买的客体见解不一。例如甲、乙、丙、丁、戊共有A不动产，甲与乙应有部分逾三分之二而将A不动产出卖给庚1至庚6共有，丙、丁、戊未同意出卖，但戊未主张优先购买，仅丙与丁主张优先购买。此际，有认为先买权的客体是共有物全部（下称第一说），故丙与丁先买权的标的为A不动产全部，亦即丙与丁行使先买权后，A不动产所有人为丙与丁；有认为先买权的客体是同意出卖之共有人（即部分共有人）的应有部分（下称第二说），故丙与丁先买权的标的为甲与乙的应有部分，亦即丙与丁行使先买权后，A不动产所有人为丙、丁、戊，其中戊的应有部分不变；有认为先买权的客体是行使先买权者之应有部分以外的部分（下称第三说），故丙与丁先买权的标的为甲、乙、戊的应有部分，亦即丙与丁行使先买权后，A不动产所有人为丙与丁，结论上与第一说相同。^{〔41〕}采第一说与第二说者均甚多，而第三说则是近年出现的少数说。以下分述此三说提出的理由。

第一说的理由为：第二说忽略先买权为形成权，亦忽略“土地法”第34条之1第1项有“消灭共有关系”的目的。^{〔42〕}

第二说的理由为：物的权利必然在不同权利人间发生变动，相对人必指处分人以外之人，并无处分给自己的说法；多数共有人基于“土地法”第34条之1第1项规定授权，可以让与大于自己的权利给共有人以外的第三人，然而如让与权利给共有人之一，则因为不在该项目的授权范围内，则只能让与多数共有人自己的应有部分，而不能让与其

〔41〕 上例中，丙与丁均主张优先购买，如参照“土地法”第34条之1执行要点第10点第10款规定及学说（例如蔡明诚：“共有人依同一条件行使优先承购权之问题”，《台湾本土法学杂志》2005年第70期，第153页），系由丙与丁依应有部分比率购买。

〔42〕 参见林旺根：“‘土地法’第三十四条之一争议问题及解决”，《月旦法学杂志》2012年第210期，第89～91页。结论上亦采第一说者（但理由略有不同）：前注〔10〕，陈立夫文，第82～83页；郑冠宇：《民法物权》，自版，2015年版，第291页；前注〔17〕，陈明灿文，第157～158页；温俊富：“‘土地法’第三十四条之一之省思——以共有不动产之处分为中心”，《铭传大学法学论丛》2012年第17期，第90页；“最高法院”97年度台上字第2222号民事判决。

他共有人的应有部分；共有也有其功能，不能只为了单一所有，而牺牲少数共有人的权利。^[43]

第三说的理由为：如此始符合买卖契约的双务构造；先买权的作用，应在于优先于受让人，自“处分的共有人及放弃先买权的共有人”承购其应有部分，而非自受让人承购共有物。^[44]

（二）本文见解

本文认为结论上宜采第二说，并辅以上例析述如下。^[45]

1. 共有或较多人共有并非必然无效率，且应尽量不使未主张先买权者受不利益

多数共有人基于“土地法”第34条之1第1项规定授权，可以让与大于自己的权利给共有人以外的第三人，然而如让与权利给共有人之一，此是否在该项的授权范围内，正是本问题要探讨者。此宜从相关当事人利益衡量、成本效益与不动产有效利用等角度，予以分析。

首应澄清者，“共有必然无效率”的见解应予保留，因无效率只发生于共有人间意志不一致，而非共有制度存有“必然无效率”的原罪；政策上若以共有物的经济发挥为目的，应反映于共有人间更多的自治空间、对共有人的意志自由更多尊重。^[46]按共有固然有其成本，但对欠缺资力的人，有时共有可能是取得产权的唯一可能^[47]；共有可使全体共有人均沾其利益，也可聚集多数人从事符合规模经济（economies of scale）活动，^[48]对个别的共有人而言，另有风险分散的功能。^[49]因此，法律承认基于法律规定而形成的共有关系，也承认基于当事人自由意志而形成的共有关系。单一所有并非绝对

[43] 参见谢哲胜：“多数共有人将共有土地出卖给共有人之一”，《台湾法学杂志》2011年第169期，第107~108页。结论上亦采第二说者（但理由略有不同）：“土地法”第34条之1执行要点第10点第1款；前注〔31〕，温丰文书，第129页；谢在全：《民法物权论》（上），自版，2014年版，第371页；李鸿毅：《土地法论》，自版，2001年版，第148页；“最高法院”102年度台上字第141号民事判决：“共有人依‘土地法’第三十四条之一第一项规定出卖共有土地之全部时，他共有人对于出卖共有土地全部之共有人之应有部分，依同条第四项规定应有优先承购之权利，其目的既在减少共有人数，简化共有关系，俾利土地之管理与利用”；前述“法务部”89年7月31日法律字第020961号函、“内政部”89年8月15日台内中地字第8915895号函。

[44] 参见黄茂荣：《买卖法》，自版，2015版，第90页。

[45] 其中，后述1为采第二说的主要理由，2至4为补充理由，5至7为延伸说明。

[46] 参见“法务部”编：《民法物权编研究修正实录——通则、所有权、用益物权、占有及施行法》（第一册），“法务部”2009年版，第605~606页，陈委员忠五发言。

[47] 参见苏永钦：“从效率观点看几个共有关系的争议”，载《走入新世纪的私法自治》，元照出版公司2002年版，第306页。

[48] 参见谢哲胜：“总论”，载谢哲胜编：《法律经济学》，五南出版公司2007年版，第190页。“民法”第823条修正说明提到：“不动产利用恒须长期规划且达一定经济规模，始能发挥其效益，若共有人间就共有之不动产已有管理之协议时，该不动产之用益已能圆滑进行，共有制度无效率之问题足可避免，是法律对共有人此项契约自由及财产权之安排，自应充分尊重”，即有此意旨。

[49] 正因为共有有其功能，“司法院”释字第562号解释理由书提到：共有系基于社会生活需要而存在。

或最高的法价值，^[50]不能只为了单一所有，而不当牺牲他共有人的利益。

如前所述，“土地法”第34条之1第1项并无“简化或消灭共有关系”的目的，故第一说就此之理由有待商榷。且在上例中，丙与丁均主张优先购买，将使丙与丁共有A不动产，故即便采第一说或第三说也不当然能使所有权单一化。纵使只有丙主张优先购买，采第一说或第三说固然均能使所有权单一化，但却很有可能侵害他共有人中未主张先买权者的利益。虽然未主张先买权者，原本仅能分配到买卖价金，因他人行使先买权而能继续有不动产所有权的应有部分，似有射幸性。不过，行使先买权者应支付买卖价金，其应有部分因行使先买权而增加；未行使先买权者不须支付买卖价金，其虽能继续有不动产所有权的应有部分，但应有部分并未增加，故行使先买权与不行使先买权仍有不同。且“土地法”第34条之1第1项原本就是不得已的手段，在能保护他共有人的范围内应尽量予以保护；按未同意多数决处分共有不动产的共有人，通常是认为“其对该不动产的评价较高，而依该条第三项应得的对价对其而言不够高，而宁愿维持共有关系”，未同意出卖且未主张优先购买者，表示其欲维持原应有部分。而该先买权的目的即在于避免部分共有人以较低的对价予以处分，如果认为“未主张先买权者，在他共有人主张先买权时，仍仅能分配到该较低的买卖价金比例”，并不足以保护未主张先买权的共有人。在他人行使先买权时，未主张先买权者，无论其是无力优先购买或不愿优先购买，仅是其应有部分并未增加，不应使其蒙受不利益。此为采第二说的主要理由。

在上例中，甲与乙认为无法妥适利用共有的A不动产而欲出售，而亦为A不动产原共有人的丙、丁、戊未出卖其应有部分，亦未主张分割或同意出卖A不动产，表示丙、丁、戊不认为其无法妥适利用共有的A不动产，故A不动产由“丙、丁、戊共有”不当然比“丙、丁共有”无效率。

在上例中，或有认为：“仅由一人反对，极可能影响全部不动产之利用，丙丁虽反对出卖，但有自己之利用特殊考量，且并未赞同与戊共有。强迫使丙丁与戊共有，戊的存在反而影响丙丁之计划，有害于效率，且极易造成反对之人以共有为要胁，而无法有助于物之有效利用。”^[51]

本文则以为，本例中丙、丁未同意出卖A不动产且未主张分割，表示相较于出卖而言，丙、丁较希望维持原本甲、乙、丙、丁、戊的共有关系；今丙、丁表示优先购买，表示其希望扩张其应有部分，而戊本来就是共有人之一，由于丙、丁未主张分割，故无法认为丙、丁不赞同与戊共有。况且例如丙与丁财力佳，表示优先购买，但管理能力不佳，而戊缺少现金，无力优先购买，但管理能力佳，故A不动产由丙、丁、戊共有而约定由同为共有人的戊管理，可能比仅由丙、丁共有有效率；如仅由丙、丁共有固然亦可约定由戊管理，但此时戊已非共有人，容易产生较高的代理成本（agency cost），

[50] 依“土地法”第34条之1第4项与“土地法”第34条之1执行要点第10点第10款与第11款、“民法物权编施行法”第8条之5第4项规定，有数人主张优先购买时，于此等情形是以共有的方式处理；“司法院”释字第671号解释认为应有部分设定抵押权后，共有物经分割者，应有部分的拍定人可能与其他共有人就该物全部回复共有关系。以上均显示单一所有并非绝对或最高的法价值。而依学者的理论与实证研究，共有也不当然会产生共决的悲剧，see Yun-chien Chang, Tenancy in “Anticommons”? A Theoretical and Empirical Analysis of Co-ownership, 4 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS, 2012, pp. 515, 515~53.

[51] 此为其中之一匿名审稿委员的意见。

戊可能因为其并非 A 不动产的所有人之一而对 A 不动产的管理不会尽较高的注意义务。另应说明者，此时如由丙、丁、戊共有 A 不动产，因丙与丁已取得占 A 不动产绝大部分的应有部分（包括丙与丁原本的应有部分，以及优先购买而取得原本甲与乙的应有部分），丙与丁依“民法”第 820 条第 1 项规定即可决定管理方法，依“土地法”第 34 条之 1 第 1 项规定即可为处分、变更、设定用益物权，法制上已有避免戊拿翘（hold-up, hold out）的机制。

综上，采第二说不违反“土地法”第 34 条之 1 第 1 项的立法意旨。此与前述“出卖共有不动产的应有部分于第三人，第三人并非不动产的原共有人，故赋予他共有人先买权，以避免共有不动产落于外人之手，俾简化或消灭共有关系，减少变更利用成本与买受后纠纷解决成本”的情形不同。

2. 不违反“主张先买权应以同样条件为之”的意旨

本来，如果仅就形式上认定先买权行使时的同样条件，他共有人先买权的标的应为共有不动产全部，但从前述本文着重的不动产有效利用与利益衡量的角度，不宜认为他共有人先买权的标的是共有不动产全部，而宜认为先买权的标的是同意出卖之共有人的应有部分，已如前述。因此，应进一步探讨：认为先买权的标的是同意出卖之共有人的应有部分，是否违反“主张先买权应以同样条件为之”的意旨？

按先买权的行使固然须以同样条件为要件，但解释适用时必须考量此一要件的目的为何。先买权的行使须以同样条件为要件，是为了避免先买权人以较低的条件行使先买权，因而“妨碍财产自由流通，而无法由对其评价较高的原买受人取得”，并避免“出卖人遭受不利益”。^[52]如采第二说，先买权的标的与总价金虽有改变，但先买权人支付的总价金是依应有部分比例减少，先买权人对标的之评价并不亚于原买受人，且与第一说相较，欲出卖的共有人获得的价金与原本相同^[53]，对这些共有人并无不利，故实质上是符合同样条件的要件，并不违反上述“同样条件”的意旨。

3. 不违反多数说认为“先买权是形成权”的性质

先买权的法律性质有形成权说与请求权说的不同见解。如采请求权说^[54]并搭配第二说，是他共有人（先买权人）有权请求部分共有人将其应有部分依同样条件出卖给他共有人，并无问题。而多数说认为先买权是形成权^[55]，如采第二说，同样是先买权人

[52] 参见黄健彰：“优先购买权同样条件的认定”，载《2014 海峡两岸土地学术研讨会——土地规划与经济社会永续发展论文集》，“国立”台北大学不动产与城乡环境学系主办，2014 年 9 月 1-2 日，第 C4-3-3 页。

[53] 如采第一说，各共有人应得的买卖价金，同样是依应有部分比例分配。

[54] 例如前注〔44〕，黄茂荣书，第 93 页。

[55] 例如王泽鉴：“优先承买权之法律性质”，载《民法学说与判例研究》（第一册），自版，2009 年版，第 519~520 页；林诚二：“优先承买权之效力与行使期间——‘最高法院’九十九年度台上字第一六九九号民事判决评释”，《月旦裁判时报》2011 年第 10 期，第 35~36 页；前注〔21〕，温丰文文，第 114 页；陈明灿：《土地法学》，自版，2015 年版，第 156 页；陈自强：《契约之成立与生效》，自版，2014 年版，第 120 页；杨松龄：《实用土地法精义》，五南出版公司 2015 年版，第 121 页；谢哲胜、张静怡、林学晴：《选择权》，五南出版公司 2003 年版，第 61 页。而谢在全：《民法物权论》（上），自版，2014 年版，第 359、363 页，亦改采形成权说。关于不同学说、实务见解的整理，参见前注〔10〕，陈立夫文，第 71~72 页；郑冠宇：“共有之法律关系”，《法学丛刊》2010 年第 218 期，第 6 页。

行使先买权后，即与出卖人间形成买卖关系，只是买卖价金依应有部分比例调整而已；采第二说不违反多数说认为“先买权是形成权”的法律性质。

4. “不得处分权利给自己”并非主要理由

应说明者，采第二说的理由中有认为：“物的权利必然在不同权利人间发生变动，相对人必指处分人以外之人，并无处分给自己的说法”。其意思为：若采第一说，优先购买的客体是共有物全部，则先买权人（即买受人）也是共有人之一，是权利人之一，而“将权利处分给自己”在概念上有所疑问。

本文以为，若就“土地法”第34条之1第1项采代理权说^[56]，的确会造成“买受人是出卖人之一”的情形，而一般而言，出卖人与买受人应是不同的人，但也有例外，例如共有物变价分割时，共有人得应买，^[57]此时即承认“将权利处分给自己”的有效性；再者，“民法”第859条之4已有自己不动产役权的规定，而设定定限物权也是广义的处分、物权变动，此时亦承认“将权利处分给自己”的有效性。因此，上述理由并非采第二说的主因，采第二说的主要理由在于相关当事人间的利益衡量。

5. 依多数决处分与先买权的一并通知

依“土地法”第34条之1执行要点第10点第1款规定，部分共有人依“土地法”第34条之1第1项规定处分不动产前，应就其应有部分通知他共有人是否愿意优先购买；依同条第2项前段规定，共有人依前项规定为处分、变更或设定负担时，应事先以书面通知他共有人。二者的通知义务人均为该条第1项的部分共有人，对象均为他共有人，但通知的内容不同；部分共有人得将此二通知一并为之，较为便捷。

6. 未符合多数决规定而处分与先买权

附带一提，部分共有人因出卖而处分共有不动产如未符合“土地法”第34条之1第1项规定，原则上宜认为他共有人并无先买权，因为这些部分共有人无法将共有不动产有效处分给第三人，故不必承认“他共有人的先买权”以资制衡。但于此情形，买受人如转而请求这些部分共有人移转其应有部分^[58]，则他共有人就这些部分共有人的应有部分有先买权；不过，如买受人并未转而请求这些部分共有人移转其应有部分，则他共有人不得“迳认这些部分共有人系出卖其应有部分，而仅就其应有部分主张优先

[56] 多数共有人依该条项处分共有不动产时，有代理权（授与）说、处分权（授与）说与当事人适格说的争议，参见上注谢在全书，第375~376页；就前二说，亦参见陈荣隆：“部分共有人出卖共有物之效力——‘最高法院’八十九年度台上字第四四〇号判决评释”，《台湾本土法学杂志》2001年第18期，第66~67页；温俊富：“多数共有人处分共有不动产权限之定性”，《台湾法学杂志》2013年第217期，第1~11页。

[57] 参见前注[55]，谢在全书，第422页。“最高法院”86年度台上字第1737号民事判决：“分割共有土地之变价分配，乃系将共有土地予以变价，以所得价金分配于各共有人，此与金钱债务系由债权人声请拍卖债务人土地，将其拍得价金清偿债务人之债务不同，自无禁止土地共有人应买之必要。”“最高法院”96年度台抗字第408号与第735号民事裁定：“于共有土地变卖分配之执行程序，为使共有人仍能继续其投资计划，维持共有土地之经济效益，并兼顾共有人对共有土地之特殊感情，即无禁止土地共有人应买之必要”。

[58] 买受人此时得转而请求决定出卖的共有人移转其应有部分，参见前注[55]，谢在全书，第367页；王泽鉴：《民法物权》，自版，2014年版，第289页。

购买”^[59]。

7. 多数决出卖共同共有不动产与先买权

另需补充者，在共同共有的情形，现行“土地法”第34条之1执行要点第6点第2项规定：“前项共有人数及应有部分之计算，于共同共有土地或建物者，指共有人数及其潜在应有部分合计均过半数。但潜在应有部分合计逾三分之二者，其共有人数不予计算。各共有人之潜在应有部分，依其成立共同关系之法律规定、习惯或法律行为定之；未有规定者，其比率视为不明，推定为均等。”其已变更2012年修正前该执行要点第12点规定：“共同共有土地或建物之处分或变更，除法律或契约另有规定外，以共有人过半数之同意行之。”因此，现行执行要点已承认共同共有人对具体特定之共同共有财产的权利比率^[60]。在肯认“可依多数决就共同共有不动产处分、变更、设定用益物权”之现行“土地法”第34条之1第5项准用第1项规定的前提下，由于“共同共有人过半数，而其应有部分合计未过半数”的情形，其就共同共有不动产处分、变更、设定用益物权，较不具代表性；相对地，“共同共有人虽未过半数，但其应有部分合计逾三分之二”的情形，其就共同共有不动产处分、变更、设定用益物权，亦具代表性，故就此而言，上述执行要点修正规定，值得赞同。

依“土地法”第34条之1第5项准用第1项规定处分共同共有不动产的情形，以因继承而共同共有的法律关系中最为常见。^[61]例如壬死亡，甲、乙、丙、丁、戊、己、庚因继承而共同共有A不动产及其他遗产，甲、乙、丙、丁依“土地法”第34条之1第5项准用第1项规定，因人数过半及其应继分（应有部分^[62]）合计过半而将A不动产处分给辛1至辛8共有，并以买卖为其原因，仅戊与己主张优先购买，基于与上述分别共有情形类似之理由，戊与己之先买权的标的为甲、乙、丙、丁就A不动产的应有部分^[63]，而非A不动产全部。况且，因继承而共同共有在本质上是暂时、不得已的法律关系，非以长久经营为目的，共同关系的规范最为宽松^[64]，因继承而在不动产上的应有部分应可作为其他共同共有人优先购买的标的，且采此见解对相关当事人并无不利益。

[59] 参见“最高法院”97年度台上字第2222号民事判决：“共有人出卖共有土地未合于‘土地法’第三十四条之一第一项规定之情形，其出卖之标的既为共有物，则他共有人亦不得径认该共有人系出卖其应有部分，而仅就该应有部分主张优先承购。”

[60] 前注[55]，谢在全书，第437页，亦采此见解。

[61] 另外，在共同共有祭祀公业财产的情形，“最高法院”102年度台上字第518号民事判决：“被上诉人规约第六条……依其文义似为就处分公业财产之方法之约定，至派下员于祭祀公业处分土地时，有无相当于‘土地法’第三十四条之一第四项规定之优先承买权等，并无只字片语提及，原审遂认已排除‘土地法’第三十四条之一第五项之适用，自有可议。”该判决的分析，参见吴佩君：“以一件祭祀公业土地判决为中心探讨优先购买权相关问题”，《铭传大学法学论丛》2015年第23期，第38~40页。而“内政部”98年6月2日内授中办地字第0980044479号函与台北市政府地政处98年6月3日北市地一字第09831565600号函亦均认为：祭祀公业依规约处分其所有土地，其处分之程序，除规约中另有约定外，仍应依“土地法”第34条之1第5项准用同条第2项至第4项规定办理。

[62] 即前述“土地法”第34条之1执行要点第6点第2项所称的“潜在应有部分”。

[63] 相同结论，参见温丰文：《论共有》，三民书局2011年版，第99页。

[64] 参见刘昭辰：“应继分的强制执行/‘最高院’97台抗355判决”，《台湾法学杂志》2013年第234期，第177~178页。

或有认为，特定之继承人于遗产分割时，是否分得A不动产仍属未定，而有待全体继承人协议或法院判决之，故戊与己于遗产分割前行使先买权，是否有需要保护庚而使庚仍有对于A不动产的应有部分，与分别共有的情形完全不同。但本文以为，在分别共有的情形，系争标的物不见得均仅为原物分割，而可能为变价分割、原物分割兼金钱补偿，甚至与其他标的物合并分割，特定共有人不见得分得系争标的物原物，故仅就此而言，共同共有与分别共有的情形，并非完全不同。据此，依“土地法”第34条之1执行要点第10点第11款规定，土地或建物之全部或应有部分为共同共有，部分共同共有人依本法条规定出卖该共有物全部或应有部分时，他共同共有人得就该“共同共有物”主张先买权，即有商榷余地。

应注意者，戊与己优先购买后，A不动产应变更为戊、己、庚分别共有，而非戊、己、庚共同共有。因为其他遗产仍由甲、乙、丙、丁、戊、己、庚共同共有，甲、乙、丙、丁、戊、己、庚对其他遗产的应继分（应有部分）比率不变，如同为共同共有遗产的A不动产仅为戊、己、庚共同共有，将造成法律关系复杂；特别是目前登记机关于登记簿并未明载共同共有不动产的应有部分^[65]，认为“A不动产为戊、己、庚共同共有”将造成法律关系不明确；且A不动产如因买受而移转于辛1至辛8，即与其他遗产分离，且原则上由辛1至辛8分别共有^[66]，如今部分共有人行使先买权，认为由戊、己、庚分别共有（而非共同共有），应为合理。

五、结论

部分共有人以多数决出卖共有不动产时，无论是否以客观上显不相当的对价出卖，他共有人均有先买权。其主要理由在于适当平衡当事人的利益，避免以大吃小之情形发生；且此可避免共有不动产落于外人之手，而可减少变更利用的成本，亦可降低买受后纠纷发生的可能性。另外，在部分共有人以客观上显不相当对价而多数决出卖不动产的情形，如他共有人死亡，继承人有无不明，则他共有人的遗产管理人得主张先买权。

部分共有人以多数决出卖共有不动产于非共有人时，他共有人先买权的标的为同意出卖之共有人的应有部分。本文以为采此见解的主要理由在于：共有或较多人共有并非必然无效率，特别是他共有人均为不动产的原共有人，其未出卖应有部分，亦未主张分割或同意出卖不动产，表示其不认为“该共有无效率”，且应尽量不使未主张先买权者受不利益，更何况“土地法”第34条之1第1项并无“简化或消灭共有关系”的目的；又采此见解不违反“主张先买权应以同样条件为之”的意旨，也不违反多数说认为先买权是形成权的性质。

因此，就解释论而言，部分共有人以多数决出卖共有不动产于非共有人时，宜认为他共有人有先买权，且先买权的标的为同意出卖之共有人的应有部分。就立法论而言，“土地法”第34条之3修正草案第1项规定：“共有人依第三十四条之一规定让与时，他共有人得以出卖之同一条件优先购买。”肯认“共有人依多数决出卖不动产时，他共

[65] 参见陈明灿：“共同共有土地处分与先买权适用”，载《“土地法”——理论与实务》，自版，2014年版，第65页。此为称其为潜在应有部分的原因之一。

[66] 除非例如辛1至辛8为合伙人，买受A不动产作为合伙财产，则为共同共有的形态。

有人得以同一条件优先购买”，本文表示赞同。不过，该修正草案并未规定该先买权的客体，建议修正为“部分共有人依第三十四条之一规定让与时，他共有人得以出卖之同一条件优先购买同意让与之共有人之应有部分。”

参考文献

- [1] 王泽鉴. 优先承买权之法律性质 [M] //民法学说与判例研究：第一册. 自版，2009.
- [2] 王泽鉴. 共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合 [M] //民法学说与判例研究：第三册. 自版，2009.
- [3] 王泽鉴. 民法物权 [M]. 自版，2014.
- [4] 朱柏松. 共有基地租赁之效力与优先承买权之关系 [M] //民事法问题研究——物权法论. 自版，2010.
- [5] 李鸿毅. 土地法论 [M]. 自版，2001.
- [6] 吴佩君. 法律名词解释——混同 [J]. 万国法律，1985 (22).
- [7] 吴佩君. 以一件祭祀公业土地判决为中心探讨优先购买权相关问题 [J]. 铭传大学法学论丛，2015 (23).
- [8] 林克敬. 民法上权利之行使 [M]. 台北：三民书局，2009.
- [9] 林诚二. 债权契约法之经济方法论 [M] //民法理论与问题研究. 台北：瑞兴出版公司，1991.
- [10] 陈自强. 契约之成立与生效 [M]. 自版，2014.
- [11] 陈忠五. 2011年民事法发展回顾 [J]. 台大法学论丛，2012 (41).
- [12] 陈忠五. 民事类实务导读 [J]. 台湾法学杂志，2015年 (271).
- [13] 陈明灿. 土地法学 [M]. 自版，2015.
- [14] 陈荣传. 民法物权实用要义 [M]. 台北：五南出版公司，2014.
- [15] 张永健. 物权法之经济分析：所有权（第一册）[M]. 台北：元照出版公司，2015.
- [16] 许政贤. 土地共有人优先承购权之行使 [J]. 月旦法学教室，2012 (111).
- [17] 黄茂荣. 买卖法 [M]. 自版，2015.
- [18] 黄健彰. 房屋承租人优先购买权的承认与建构 [J]. 政大法学评论，2012 (128).
- [19] 温俊富. 多数共有人处分共有不动产权限之定性 [J]. 台湾法学杂志，2013 (217).
- [20] 温丰文. 租赁权与所有权之混同 [J]. 月旦法学杂志，2002 (81).
- [21] 温丰文. 共有人之优先购买权 [J]. 台湾本土法学杂志，2002 (38).
- [22] 蔡明诚. 共有人依同一条件行使优先承购权之问题 [J]. 台湾本土法学杂志，2005 (70).
- [23] 郑冠宇. 共有之法律关系 [J]. 法学丛刊，2010 (218).
- [24] 郑冠宇. 民法总则 [M]. 自版，2014.
- [25] 郑冠宇. 民法物权 [M]. 自版，2015.
- [26] 谢在全. 分别共有内部关系之理论与实务 [M]. 自版，1995.
- [27] 谢在全. 民法物权论：上 [M]. 自版，2014.
- [28] 谢哲胜. 多数共有人将共有土地出卖给共有人之一 [J]. 台湾法学杂志，2011 (169).

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)