

初探物權新法下共有的基本問題

- 兼論釋字 671 及相關學說發展

編目：民法

<目次>

壹、案例實作

貳、問題根源

參、解題思維

一、傳統學說

二、思考順序

(一) 第一步：確認標的

(二) 第二步：確認所涉及行為

(三) 第三步：確認所涉及當事人

肆、關於「共有物」

一、關於共有物管理

(一) 共有人為管理行為的容許性

(二) 他共有人之主張及第三人之主張

二、關於共有物處分

(一) 共有人為處分行為的容許性

(二) 他共有人之主張

(三) 第三人之主張

三、關於共有物設定負擔

伍、關於「應有部分」

一、關於應有部分管理

二、關於應有部分處分

(一) 共有人處分應有部分的容許性

(二) 他共有人之主張與第三人之主張

三、關於應有部分設定用益負擔

四、關於應有部分設定擔保負擔



- (一) 共有人設定應有部分擔保負擔的容許性
- (二) 他共有人之主張與第三人之主張
- (三) 設定擔保負擔後共有物分割之處理？
- (四) 釋字 671 的決定
- (五) 學說評析

<摘要>

筆者嘗試從便於解題的思維出發，重新整理常見的共有問題，用方便思考與記憶的方式提供讀者速覽共有在物權新法下的面貌。適逢釋字 671 作成，我們可以發現發表意見書的重量級大法官（學者）心中，其實隱藏著特定的、對於共有制度本質思考，加上幾位對於物權編有深入研究學者的文獻交錯探討，再加上新完成 3 階段修正工程的物權法與歷來為數可觀的實務見解，我們碰巧擁有了一個再巧妙不過的時間點來重新全面的省思此一問題。

關鍵詞：共有物、應有部分

壹、案例實作

甲、乙、丙三人共有 A 地，其應有部分各為 1/3。試依下列情形分析當事人間權利義務如何：

- 一、甲未得其他共有人同意，擅自使用 A 地 1/2。
- 二、甲未得其他共有人同意，擅自將 A 地全部出租予丁。
- 三、甲未得其他共有人同意，擅自出賣 A 地予戊。
- 四、甲未得其他共有人同意，擅自將 A 地設定抵押權予己。
- 五、甲未得其他共有人同意，將其應有部分出賣予庚。
- 六、甲未得其他共有人同意，將其應有部分設定地上權予辛。
- 七、甲未得其他共有人同意，將其應有部分設定抵押權予仁。
- 八、承七，若設定抵押權後，甲乙丙分割共有物，該抵押權之命運如何？

貳、問題根源

「共有」一直都是國家考試民法物權編中最熱門考點之一，原因無他，共有的問題之難，同時源於其「規範欠缺」和「規範交錯」。

「規範欠缺」是說，我國民法典把處理共有問題的機制放在民法物權編加以規定，此種制度設計在貫徹物權法定主義的立場之下，將使得法律解釋僵化、問



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

題解決欠缺彈性，也使得總是涉及多數當事人的共有權義問題更加糾葛與複雜；而「規範交錯」則是，共有因為標的不同可能會有土地法的特別規定，因為發生的原因不同可能需要考量繼承編的因素，各種普通法與特別法之間的交錯關係，加上不動產共有涉及土地登記制度的本身行政法的、技術性的因素考量，使得各種爭議問題的解決，變得不是太容易，常常讓人頭暈目眩。

也就更別提除了「對外關係」，還有剪不斷理還亂的「對內關係」，想要將共有考得讓考生嘆氣而無從下筆，絕非難事。(註 1)

筆者嘗試從便於解題的思維出發，重新整理常見的共有問題，用方便思考與記憶的方式提供讀者速覽共有在物權新法下的面貌。適逢釋字 671 作成，我們可以發現發表意見書的重量級大法官（學者）心中，其實隱藏著特定的、對於共有制度本質思考，加上幾位對於物權編有深入研究學者的文獻交錯探討，再加上新完成 3 階段修正工程的物權法與歷來為數可觀的實務見解，我們碰巧擁有一個再巧妙不過的時間點來重新全面的省思此一問題。

此外，在民法物權編修正之後公司共有重要性已經大幅降低，理由在於，意定的共同共有多有其當事人間契約而不倚賴民法規定(註 2)，法定公司共有則大幅被削減其特殊性而多準用分別共有的規定(註 3)。因此，本文以下以分別共有為研究標的，並不討論公司共有，合先敘明。(註 4)

參、解題思維

一、傳統學說

傳統學說在權威著作中，主要是採取區分「內部關係」與「外部關係」，再區分行為種類的論述結構。(註 5)此種論述結構固然有其道理，但卻不容易解題，因為當今國考的命題主流是實例題，實例題通常是當事人的特定行為內容出發敘述案例事實，要求解答者針對特定行為下的不同當事人間法律關係加以解答。因此權威學說的論述結構並不容易讓讀者學習解題思維，本文乃提出以下的解題思考順序僅供參考。(註 6)

二、思考順序

(一) 第一步：確認標的

本文認為，雖然行為是實例題出題的出發點，但是關於共有的規範，因為涉及的標的不同，即使行為相同，法律規定的效果也不必然相同；因此，解題的第一步是去思考標的為何？是「共有物」或是「應有部分」？如眾所知，分別共有乃數人按其應有部分，對於一物共同



享有所有權。應有部分係所有權之量的比率、抽象分散在共有物之每一個部分上。(註 7)二者係不同之概念，故應予區別在先。

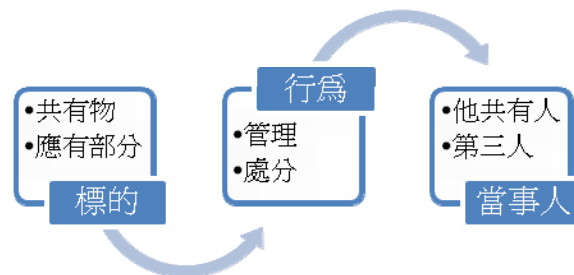
(二) 第二步：確認所涉及行為

其次，則回歸實例題的命題出發點，也就是行為為何？本文在此限於篇幅，只能處理部分之行為，更完整的論述則留待將來適當主題再為整理；因此，以下僅就「管理行為」、「處分行為」及「設定負擔」加以討論。其中，在設定負擔的部分，尚可區分為設定「用益負擔」或「擔保負擔」。

(三) 第三步：確認所涉及當事人

最後，則是要確定題目所問的當事人為何人？此一分類即前述學說所載之「內部關係」與「外部關係」，本文在討論特定共有人為特定行為的容許性後，接著討論行為後的他共有人與第三人的權利義務關係。

綜上，本文先談關於共有物的問題，包含共有物管理、處分與設定負擔的相關問題，之後再談應有部分，同樣也包含應有物管理、處分與設定負擔的相關問題。同時，也請配合本文前舉例題逐一參照，會更加清晰問題的所再。可將思考脈絡圖示如下。



肆、關於「共有物」

一、關於共有物管理

(一) 共有人為管理行為的容許性

此一問題有兩種型態，例題 1，甲未得其他共有人同意，擅自使用 A 地 1/2；例題 2，甲未得其他共有人同意，擅自將 A 地全部出租予丁。在此須注意的規範有二，第一，民法第 818 條規定，各共有人，除契約另有約定外，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權；第二，民法第 820 條第 1 項規定，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 2/3 者，其人數不予計算。綜合這兩條規定可知，共有人對於共有物全部使用收益，但所得利益限於應有部分，惟除契約另有約定外，需要有多數決。

特別值得注意的是，管理行為的規定，在修法前是全體一致決，修法後改為多數決，其立法理由在於：「為促使共有物有效利用，立法例上就共有物之管理，已傾向依多數決為之，爰仿多數立法例，修正第一項。」此一修正，使得修法後的共有物管理與處分的門檻成為一致的情況，蓋處分行為適用土地法之規定，詳見後述，因此過往關於如何區分處分行為與管理行為的困難(註 8)應該不會再發生。

(二)他共有人之主張及第三人之主張

在例題 1 的情形，就共有人擅自使用收益物，他共有人如何主張權利？最高法院 94 年台上字第 1198 號判決認為：「……是各共有人按其應有部分對於共有物之全部雖有使用收益之權，惟共有人對於共有物之特定部分為使用收益，仍須徵得他共有人全體之同意，非謂共有人得對共有物之全部或任何一部有自由使用收益之權利。如共有人不顧他共有人之利益，而就共有物之全部或一部任意為使用收益，即屬侵害他共有人之權利，其逾越應有部分為使用收益，所受超過之利益即為不當得利。」

但針對例題 2 的情形，共有人擅自出租與第三人的行為，實務與通說見解認為屬於管理行為(註 9)，惟他共有人如何主張權利，實務、學說則有強烈的不同意見。本文在此不欲深究，僅以王澤鑑老師的見解為代表，亦有部分實務見解贊成此一分類，其見解認為所有人並非當然可以請求不當得利，其認為應則區分承租人善惡意而定：「較合理的解決方法，係使用民法第 952 條以下關於占有人與回復請求權人關係的規定。所有人對於無權占有其物的承租人得主張所有物返還請求權。依民法第 952 條規定，善意占有人，依推定其為適法所有之權利得為占有物之使用收益。承租人為善意時，得對其占有物使用收益，不負歸還於所有人的義務。於此情形，縱承租人發現出租人非屬所有人，仍有依約支付租金的義務，而由所有人對出租人主張不當得利返還請求權。在承租人為惡意時，則無受保護的必要，應對所有人依不當得利的規定，負返還其無權占有使用其物所受利益的義務。」(註



10)、(註 11)

最後，在共有人擅自使用收益進行管理行為時，其法律關係並不涉及第三人，只有在出租共有物與第三人或是借貸等情形時，才會與第三人相關。其解答，如上段所述涉及重大爭議，本文在此省略此一議題。

二、關於共有物處分

(一) 共有人為處分行為的容許性

此一問題如本文例題 3，甲未得其他共有人同意，擅自出賣 A 地予戊。關於此一問題，同樣涉及兩個規範，第一，民法第 819 條第 2 項，**共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意**；第二，土地法第 34 條之 1 第 1 項之規定，**共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，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 2/3 者，其人數不予計算**。綜合此二規定可知，共有物處分行為的容許性，應該要區分是共有土地或建築改良物，或是共有其他之物，前者採取多數決門檻，後者則回歸民法原則性規定，也就是一致決的門檻。

修法後的管理行為正是因為也採取多數決的門檻，因此在共有土地或建築改良物的情形，形成一致的門檻，在考試時如果題目有時間點的提示時，要特別小心修法前後的比較。

(二) 他共有人之主張

倘共有人之一為處分行為合乎上述法律規定，自然沒有問題；惟若違反法律規定門檻而又無契約約定，共有人如何主張權利，則須視第三人有無主張善意取得的可能性，在多數共有考題考不動產的情況下，原則是不能主張善意取得的。此時，他共有人視情況主張民法第 821 條、第 184 條、第 179 條自不待多言。

(三) 第三人之主張

承上，除能主張善意取得或是其他方式主張處分行為生效外，否則第三人只能對擅自處分共有物的共有人，主張債務不履行，而無法對其他共有人主張任何權利。自不待言。

三、關於共有物設定負擔

此一問題，如本文例題 4，甲未得其他共有人同意，擅自將 A 地設定抵押權予己。問題之解決涉及法條，完全和處分行為相同，故其處理方式不再贅述。共有人之主張與第三人主張亦同。



特別需注意的是，這裡的設定負擔，不限於為第三人設定，為共有人之一設定負擔，亦無不可；請參閱釋字 451：「共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權。於共同共有之土地上為共同共有人之一人或數人設定地上權者亦同。」

伍、關於「應有部分」

一、關於應有部分管理

對此問題，民法並無明文，學說亦未見討論。但倘若對於後述問題，關於應有部分設定用益權之負擔容許性之問題採取肯定說者，應該會同樣採取肯定說。畢竟沒有道理可以認為應有部分可以設定負擔讓別人使用收益，而自己無法就應有部分使用收益。(註 12)

二、關於應有部分處分

(一)共有人處分應有部分的容許性

此一情形係指前揭例題 5，甲未得其他共有人同意，將其應有部分出賣予庚。此一問題涉及兩個法律規範問題，第一，民法第 819 條第 1 項，各共有人，得自由處分其應有部分；第二，土地法第 34 條之 1 第 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。綜合此二規定可知，共有人處分應有部分完全自由，不受限制。

共有人有優先承買權有簡化共有關係、防止法律關係複雜的用意，但需要注意本優先權的性質，實體法上是債權效力優先權或是物權效力優先權，程序法上對於當事人適格的影響。此非本文能力所及，請讀者參閱相關參考書及論述。(註 13)同時也注意在國考新制下混合考題的命題可能性。

(二)他共有人之主張與第三人之主張

例題 5 中，甲未得其他共有人同意，將其應有部分出賣予庚。共有人既然有處分應有部分的自由，則他共有人除了先買權外，原則上無其他可為之主張，庚原則上可以順利取得應有部分。

程序法起訴的訴訟類型與執行法上的執行方法，在程序法與實體法交錯的考試新制下應一併注意和複習。

三、關於應有部分設定用益負擔

關於此一問題，法律並無規定。在例題 6 的案例中，甲未得其他共有人同



意，將其應有部分設定地上權予辛。此一設定是否可以准許？學說尚有權威學說採取肯定說。(註 14)其主要理由在於，近代物權之趨勢已自「所有」轉為「利用」，更無將此可行途徑任加阻塞之理。

四、關於應有部分設定擔保負擔

(一) 共有人設定應有部分擔保負擔的容許性

關於共有人就自己所有的應有部分設定擔保負擔，例如：甲未得其他共有人同意，將其應有部分設定抵押權予仁。此一問題及本文前揭問題 7。對此民法並無規定。由於應有部分本身是對於所有權的權利比例，具有相當的財產價值，用以設定擔保類型的負擔如抵押權，並無不妥之處。解釋上多做允許之見解，司法實務在早期曾採取否定說，惟後亦採肯定見解。(註 15)

(二) 他共有人之主張與第三人之主張

由於設定擔保負擔（通常是抵押權）的客體是應有部分，抽象的權利比例，尚難謂對他共有人有所妨礙，共有人都可以任意為處分其應有部分的高度行為，當然也可以任意為設定擔保負擔的低度行為，他共有人並無可主張的權利，抵押權人也可順利取得抵押權亦無疑慮。

(三) 設定擔保負擔後共有物分割之處理？

真正的問題會發生在，例如本文例題 8，承前例 7 在設定抵押權後，甲乙丙分割共有物，該抵押權之命運如何？釋字 671 號就在處理這個問題，需要注意的是，釋字 671 旨在處理本次物權法共有修正前的情形，因此如果會成為考題，特別會以時間點暗示相關問題，讀者須注意。

當共有物的應有部分設定負擔後卻分割共有物，應有部分也隨同消滅，應有部分上的抵押權該如何處理？理論上有兩種可能，第一種是按原應有部分轉載於分割後各宗土地，第二種則是集中轉載於原設定人取得之土地。顯然前者影響到其他共有人的權利，因為其他共有人對於應有部分設定抵押權不能參與，後者影響到抵押權人的權利，因為擔保可能會因為惡意協議分割或未經程序保障的裁判分割而致受損；惟依據黃茂榮大法官的分析，後者顯然壓倒性的優於前者。請參閱釋字 671 黃茂榮協同意見書。

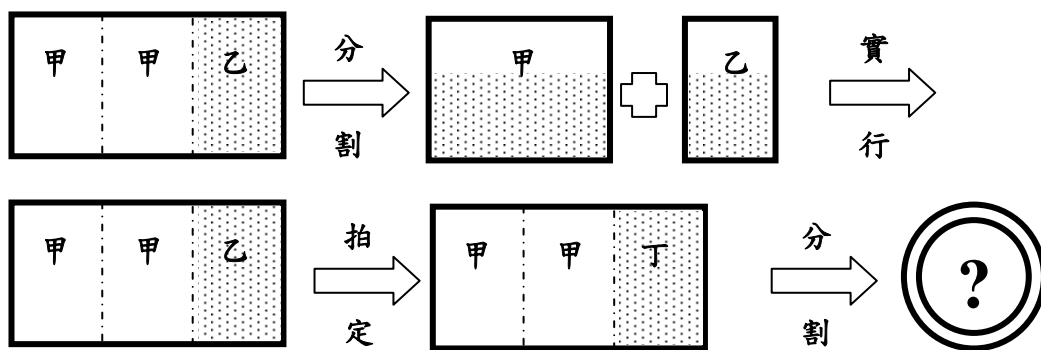
(四) 釋字 671 的決定

民法在修法前對此問題並無規定，土地登記規則在 90 年的修正採取



第一種設計，所以遭到其他共有人聲請釋憲，認為侵害其財產權，大法官們最後認為合憲：「然抵押權之客體既為原共有物之應有部分，故於分割前未先徵得抵押權人同意者，於分割後，自係以原設定抵押權而經分別轉載於各宗土地之應有部分，為抵押權之客體。是強制執行時，係以轉載於分割後各宗土地經抵押之應有部分，為其執行標的物。於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。」(註 16)

這段話並不好讀懂，為了便利讀者理解，筆者試著用圖示表達：大實線方框代表原共有物，小虛線方框代表原共有應有部分比例，由加號連結的小實線方框代表分割方案，點點區塊代表抵押權分布狀況，假設實行抵押權後的拍定人是丁。(註 17)



需要提醒各位的是，修法後的民法第 824 條之 1 已經足夠解決此一問題，應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但有下列情形之一者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分：一、權利人同意分割。二、權利人已參加共有物分割訴訟。三、權利人經共有人告知訴訟而未參加。

(五)學說評析

釋字 671 的兩號協同意見書，雖然都是協同，但結論可是大不相同。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

謝在全大法官認為這樣的結論，從本質來看，本就完全沒有問題，蓋其認為：「分別共有乃數人按其應有部分，對於一物共同享有所有權。應有部分係所有權之量的比率、抽象分散在共有物之每一個部分上，故各共有人對共有物所享有之同一所有權因此受相互之影響或限制，就此而言，其法律地位與單獨所有者，尚難相提並論，等量齊觀。」基於此種認識其肯認系爭規定之合憲性；換而言之，謝在全大法官一開始就認為共有人的權利本就會受到相當限制。(註 18)黃茂榮大法官也認為合憲，但其認為這樣的結論只是方便和修正後的物權法接軌，真正理想的制度設計應該是：「將來之最合適的解決之道當是：分別共有物之協議分割應由共有人及抵押權人共同為之。其不能獲致協議者，以裁判的方式分割。不論是協議分割或裁判分割，在分割後皆以抵押人因分割分得之單獨所有物為該抵押權之標的。」(註 19)甫獲總統提名為司法院大法官並任副院長的蘇永欽教授則認為，從釋字 141 決定可以任意設定應有部分抵押權之後，他共有人的權利和第三人的權利本來就應該放在同一個天平上去平衡，沒有當然誰先誰後，但其從憲法財產權解釋的觀點下，其認為大法官將系爭規定宣告合憲是最佳處理，剩下的就留給最高法院處理，(註 20)相對於前二者，蘇師的理由比較由釋憲制度的本質與界線的角度肯認其合憲性，與其他兩位現任大法官意見又有微妙的不同。

綜上，所有法律問題與相對應的法條和爭點可整理如附表，請讀者自行參閱，本文就不再另做結論與說明。

※附表：共有《共有》爭點整理簡明版

《共有》爭點整理簡明版				
問題	當事人	案例與題目	爭點與主張	特殊問題
共有物 管理	共有人	共有人 A 擅自出租共有物的容許性？共有人擅自、自行使用【98 律 2.1】	民 818 →按應有部分 →對共有物全部 民 820.1 →多數決	新舊比較
	他共有人	他共有人之主張？	※理論難題：	
	第三人	承租人之主張？	→楊 v.王 (952 以下規範解讀)	



	處分	共有人	共有人 A 擅自出賣共有物的容許性？	民 819.2 一致決 土 34-1.1 多數決【90 司 3.1】	
		他共有人	他共有人之主張？	民 821(767)、179、184	
		第三人	買受人之主張？	債務不履行	
	設定負擔	共有人	共有人 A 擅自將共有物設定抵押權的容許性？	民 819.2 一致決 土 34-1.1 多數決	可否設定地上權予共有人？
		他共有人	他共有人之主張？	民 821(767)、179、184	【釋字 451】
		第三人	抵押權人之主張？	債務不履行	【94 司 3.1】
應有部分	管理			法無明文	
	處分	共有人	共有人 A 出賣其應有部分容許性？ 【98 律 2.2】 【97 司 3.1】	民 819.1 自由不受限制	先買權實體與程序法定性。 第三人訴訟法與執行法上主張。
		他共有人	他共有人之主張？ 【90 司 3.1】 【78.12.1 決】	土 34-1.4 他共有人先買權→債權效力	
		第三人	買受人之主張？	原則取得應有部分	
	設定用益權	共有人	共有人 A 對其應有部分設定地上權的容許性？	法無明文 解釋上存有爭議 謝採肯定說	
		他共有人	他共有人之主張？		
		第三人	抵押權人之主張？		
	設定擔保權	共有人	共有人 A 對其應有部分設定地上權的容許性？【92 司 3】	法無明文 【釋字 141】採肯定說	不動產分割後抵押權轉載
		他共有人	他共有人之主張？		【98 司 3.1】
第三人		地上權人之主張？		【91 律 3.2】 【釋字 671】	



《備註》

- 註 1：但是「對內關係」和「對外關係」可能不是一個好的分類，因為實例題解答通常都會同時涉及「對內關係」與「對外關係」。用實際上面臨的案例來分類學習，對於解答考試問題可能比較能夠立竿見影。
- 註 2：民法第828條第1項：公同共有人之權利義務，依其公同關係所由成立之法律、法律行為或習慣定之。
- 註 3：民法第828條第2項：第820條、第821條及第826條之1規定，於公同共有準用之。
- 註 4：關於公同共有的問題可由實體法與程序法的角度交錯觀察，饒富興味，本文力有未逮，僅能留待來者。
- 註 5：參謝在全民法物權論上冊目錄。
- 註 6：限於篇幅與投稿字數限制，本文無法完全處理共有的所有問題，只能例示展開部分問題，排列組合，不足者僅能留待將來。
- 註 7：釋字671謝在全等協同意見書摘錄。
- 註 8：關於此一問題，修法前實務的爭議問題是共有物出租的定性，如本文例題 2。
實務與學說雖有少數不同見解，但多數見解有其定見，認為屬於管理行為。最高法院79年度第2次民事庭會議（三）採取管理行為之見解。學說通說從之。
- 註 9：同前註。
- 註 10：本段內容均引自，王澤鑑，《不當得利》，頁193-194。
- 註 11：不同見解，見楊芳賢，《不當得利》，頁120-121，三民書局。本文見解同楊說。深入討論，此一問題實則涉及民法第952條以下規定的體系定位重大爭議。本文在此只能忽略此一理論性極高，但實務、國考幾乎不深究的問題。
- 註 12：需要區別的是，前述民法第818條規定，**各共有人，除契約另有約定外，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權。**此一規定是真對共有物使用收益後的利益享有比例加以規定，使用收益的對象不是應有部分。二者有別，應該透過法理推演來解決此一問題。
- 註 13：謝在全，《民法物權論（上）》，頁557-558，修訂三版。
- 註 14：謝在全，《民法物權論（上）》，頁559-560，修訂三版。
- 註 15：權威學者採肯定說者，如謝在全，《民法物權論（上）》，頁559，



修訂三版。

註 16：釋字671解釋理由書。

註 17：須要先說明的是，此一圖解只是爲了幫助讀者了解比例關係，如果回到抽象法律理論，應有部分應該是一個及於共有物在物理世界最小單位每一質點之上的概念，而非筆者圖示的集中存在於特定部分之上的關係，併此敘明。

註 18：謝在全，徐璧湖，池啓明，蔡清遊，釋字671協同意見書。

註 19：黃茂榮，釋字671協同意見書。

註 20：蘇永欽，〈民事財產規範的違憲審查－第671號解釋的審查方法〉，法令月刊第61卷第6期。

