

新北市政府 112 年度自行研究報告

登記機關對於土地法第三十四條 之一審查密度的經濟分析

研究機關：新北市汐止地政事務所

研究人員：沈秋銘

研究期程：112 年 1 月 1 日至 112 年 10 月 31 日

新北市政府 112 年度自行研究成果摘要表

計 畫 名 稱	登記機關對於土地法第三十四條之一審查密度的經濟分析
期 程	自 112 年 1 月 1 日至 112 年 10 月 31 日
經 費	無
緣 起 與 目 的	放眼國際少有法律明文規定得以多數決的方式處分共有土地，我國土地法第三十四條之一為我國特有得以促進土地利用之手段，也由於存在相左意見的所有權人，必然產生同意處分的所有權人與不同意處分的所有權人立場上的衝突，而進行法律解釋攻防，往往戰場會同意處分的所有權人申請土地登記時展開，抑或不同意處分的所有權在得知其土地所有權有被處分的可能時就提前以書面向登記事務所申明對造法律程序存在瑕疵，因此登記機關在形式審查的密度要如何拿捏有其重要性，若審查的密度過嚴或過鬆都可能使得受不利益的一方向登記機關的行政處分提起訴願增加社會成本，亦與促進土地利用的公益目的背道而馳。
方 法 與 過 程	本計畫參照過去文獻比較土地法第三十四條之一及其相關法律之間立法目的與其審查的密度差異，運用「法律經濟」分析方式相對合理的審查的密度。
研 究 發 現 及 建 議	登記機關目前僅審查出賣人是否切結優先購買權人確已放棄其優先購買權。未來是否應比照於土地法 104 條出賣人需要提出已通知優先購買權人的書面文件供登記機關審查，應視當時社會經濟環境判斷土地共有人或建物所有權人孰較值得保護作為判斷，例如在新北市屋齡漸高、都市更新及危老重建盛行的背景下，土地

	共有人相對於房屋所有權人更需要優先購買權的保障，以達成土地法 34 條之 1 第 4 項及土地法 104 條立法目的。
備註	

壹、摘要

本研究背景為，民國六十四年七月十五日增訂土地法第34條之1，其立法理由包含「共有物之處分，依民法第八百十九條、第八百二十八條規定，應得全體共有人之同意，分割為處分行為之一種，故民法第八百二十四條規定分割共有物，須經共有人協議分割，無法協議暫訴請法院判決定之。惟事實上，共有物之分割或其他處分，遭遇困難極多，非但人民深以為苦，政府施政亦常受其阻礙。」以及「為解決共有不動產之糾紛，促進土地利用，便利地籍管理及稅捐課徵，增訂本條文。」¹。

其中土地法第 34 條之1第 4 項規定「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」亦以鼓勵簡化共有關係促進土地利用進而賦予他共有人優先承購權，為此，土地登記規則訂立第 97 條第 1 項略以「…申請土地權利移轉登記時，依…土地法第34條之1第4項…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。」同法第 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

¹ 主要參考立法院法律系統官網(最後瀏覽日：111 年 4 月 3 日)。

或公告之條件出賣者，登記機關應駁回其登記之申請。」，以資因應。

然而不乏土地登記申請書虛偽切結所致之訴訟案件，卻亦為不爭之事實，其中共有人違反土地法第34條之1第4項通知義務，於登記申請書虛偽切結優先購買權人確已放棄其優先購買權所致之訴訟案件，凸顯當前土地登記的制度未能防範共有人違反土地法第34條之1第4項通知義務的發生，登記機關僅以登記申請書之切結作為形式審查的判斷，或許便是虛偽切結猖獗的成因，這將造成對優先購買權人權益的侵害，除興訟不休浪費社會成本外，亦導致土地法34條之1第4項立法目的無法達成。現行登記業務如何透過制度的設計避免產生上述問題產生為本研究之目的。

本研究主要以法律經濟分析方法，同時參考相關文獻及司法判決，研究對象為現行登記機關審查實務流程，研究受限於目前法規授權登記機關的審查方式態樣，針對土地法第34條之1未來可能採行的方式作為研究範圍，分析過程包含不同審查密度成本效益的比較，對於土地法34條之1第4項之出賣人，探討以何種方式審查出賣人有無違反履行通知義務之強制規定，較有利於土地法34條之1第4項立法目的之達成，以及避免後續產生出賣人與優先購買人間之爭執。具體而言，登記機關目前僅審查出賣人是否已於登記申請書備

註欄切結，優先購買權人確已放棄其優先購買權。未來出賣人是否需要提出已通知優先購買權人的書面文件供登記機關審查，較有利於土地法34條之1第4項立法目的之達成，以及避免後續產生出賣人與優先購買人間之爭執。

由於旨揭條文在土地登記規則將其性質定義為屬於相對人之間的債權性質僅得適用民法損害賠償相關規定似乎與依其立法理由屬於對世促進土地利用增進公共利益的物權性質有所不符？

目前登記人員(公務員)對於土地法第104條、土地法第34條之1第1項所定通知義務的形式審查密度，尚與土地法第34條之1第4項所定者各有所異，其不同態樣的形式審查有其理由？

更重要者，究竟違反我土地法第34條之1第4項所定的通知義務是否涉及刑法第213至215條？凡此皆為本文之問題意識(第壹章序言)。

為此因此，本文乃著重於相關當事人的利益衡量、先買權的功能及成本效益分析之「法制經濟分析」(economic analysis to the law)²的觀點，先簡論土地法第104條、同法第34條之1第1項與同法第34條

² 藉由經濟分析作為立法論的分析工具，詳參張永健，物權法之經濟分析：所有權（第一冊），頁1-7，元照出版有限公司，2015年，轉引自黃健彰(2018a)農育權人之優先購買權，臺北大學法學論叢，106期，頁5；轉引自陳明燦(2002)，土地使用限制補償之法制經濟分析，中正大學法學集刊，8期，頁147-189。

之1第4項先買權性質，並進一步分析登記人員(公務員)相對應之審查密度(第貳章)，另分析優先購買權之間不同競合關係下對應的經濟效果(第參章)。又為探求權利關係人違反通知優先購買權人義務的司法解釋及其立論基礎，本文以實務判決據以觀察違反通知義務之刑事責任(第肆章)。最後，再於第伍章分析於避免發生虛偽切結優先購買權之前提下，嘗試對司法機關與地政機關所應負擔之責任進行分工，並以之作為本文之結論。

本研究發現土地法第34條之1與於土地法第104條的競合關係，視時空背景的不同應再次檢視，例如在新北市屋齡漸高、都市更新及危老重建政策盛行的背景下，土地共有人相對於房屋所有權人或許更需要優先購買權的保障，以達成土地法34條之1立法目的。

貳、先買權性質與登記機關審查密度

一、共有地出售時先買權性質(以寇斯理論觀點)

參照內政部101年2月1日內授中辦地字第1016650079號令規定略以「…又查土地法第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…」，土地法第

34條之1第1項之首要目的在於共有地之「利用效率」，而旨揭同法第34條之1第4項之首要目的在於「地權調整」並且在「地權調整」的前提下進一步達成提升共有地「利用效率」的附隨效果，合先敘明。

3

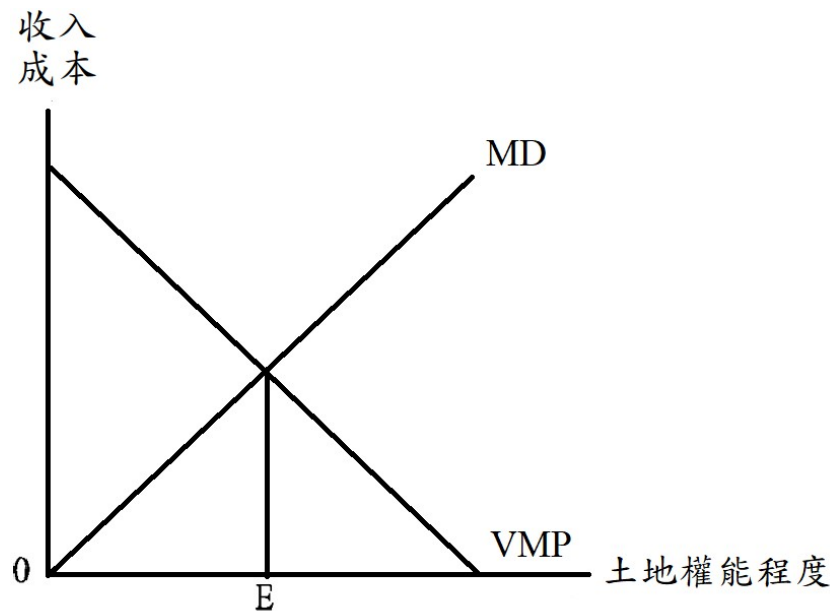


圖 1. 土地權能

資料來源：改編自陳明燦(2002)⁴

土地所有權包括占有權、使用權、收益權和處分權四項權能(詳圖 1)，圖中縱軸表示收益與成本，橫軸表示土地權能程度，由於出售應有部分共有人對於應有部分享有占有、使用、收益、處分以及可以排除他人的干涉等權能。本文擬將寇斯定理⁵的財產權劃分用於出

³ 得參溫豐文(2012)，土地法，自版，頁 124，轉引自陳明燦(2016)，土地法論集(二)，一版，新北市：自版，頁 10-11。

⁴ 陳明燦(2002)，同註2，頁147-189。

⁵ 原文為「When rights are well defined and the cost of transacting is zero, resource allocation is efficient and independent of the pattern of ownership」，參閱 Coase, R.H (1960) : "The Problem of Social Cost",

售應有部分共有人與相對先買權共有人(詳圖 1)，圖中縱軸表示收益與成本，橫軸為土地權能程度，土地出售人基於私人利益最大化，在沒有法規限制等其他成本下，會傾向充分發揮土地權能，但隨著土地出售人發揮土地權能的程度越高則相對先買權共有人的成本越高(設為MD)，土地出售人的收益遞減(設為VMP)。當前法律明確將出售應有部分土地所有權人之土地權能程度限縮於位於圖中的E點，當共有人土地欲發揮圖中的E點右側相對較高土地權能程度時(即出售其應有部分)，出售應有部分土地所有權人財產權受到無法自由指定買受人限制，相對地賦予未出售的共有人形成權性質之先買權，保障了未出售的共有人的機會成本(地權調整利益、交易利差)。

原則上所有權人對於標的物享有自由占有、使用、收益、處分，且可以排除他人的干涉的權力。然而所有權亦是受法令限制的權利，即所有權並非「絕對性」而是附有條件、限制的權利；此乃因基於市場主義⁶，以市場主導經濟體系運作，藉由所有權賦予個人，透過自由競爭能滿足個人最高的利益，但為增進全體國民的社會福利，故私人所有權的行使必須與國家社會的公共利益相一致，即為「所有權的社會化」，因此筆者認為既然土地法第 34 條之 1 第 1 項主要目的在於共

Journal of Law and Economics, 3 (1), 1-44，轉引自陳明燦(2002)，同註 2，頁 147-189。

⁶ 參閱葉俊榮，行政法案例分析與研究方法，頁 34-40，三民書局股份有限公司（1999），轉引自黃健彰(2018b)，不動產登記機關就法定優先購買權之審查，中原財經法學第 40 期，頁 1-59。

有地之「利用效率」以及土地法第34條之1第4項主要目的為「地權調整」、屬附隨目的亦為共有地之「利用效率」，其優先購買權的制度當屬於所有權的社會化的結果，藉由地盡其利的法規限制達到國家社會永續發展的目標，其影響的對象當然非特定相對人的債權性質而是對世均受其影響的物權性質，即使檢視其立法目的具有公益目的，充斥對世均受其影響的物權性質色彩，學界中亦有指認土地法第34條之1第4項之立法目的，係基於公益目的之達成並兼保護他共有人權益，並非純然僅是共有人間之內部權利義務關係(陳立夫，2020)⁷。但目前實務上(最高法院66年台上字第1530號判例、68年台上字第3141號判例、68年台上字第2857號判例意旨⁸參照)與學理上將土地法第34條之1第1項以及土地法第34條之1第4項的優先購買權定位為債權性質，將土地法104條的優先購買權定位為物權性質。

二、共有土地出售應有部分通知優先購買權人本益分析(以土地使用外部性觀點)

⁷ 土地法第34條之1第1項之立法目的，係基於公益目的之達成並兼保護他共有人權益，並非純然僅是共有人間之內部權利義務關係，參閱陳立夫(2020年10月26日)。土地登記涉及私權爭執事項及土地法第34條之1規定。頁18。

⁸ 理由僅係違背上開土地登記規則之意旨，洵屬可議。

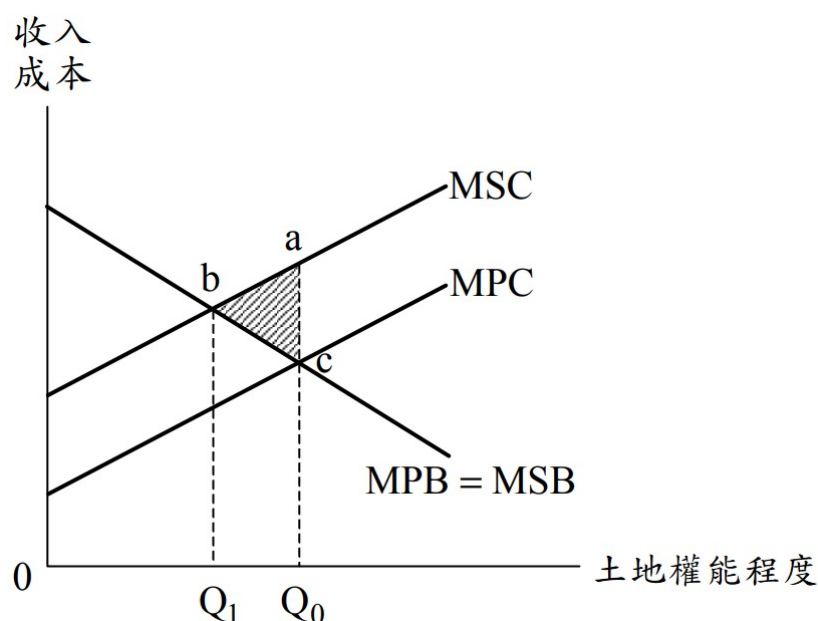


圖 2：共有土地出售應有部分通知優先購買權人本益分析

資料來源：改編自陳明燦(2002)⁹

揆諸法律經濟學之觀點，財產權賦予(如先買權)之目的在於配適柏拉圖最適境界¹⁰。由於土地法第34條之1第1項、第4項及土地法104條優先購買權的立法目的均與社會公益有關，茲以圖2說明共有土地出售時出售人(私人)與社會本益分析：

圖中縱軸表示收益與成本，橫軸為土地權能程度，以私人的角度使用土地的「私人邊際效益」(Marginal Private Benefit；簡稱MPB)與以社會的角度使用土地的「社會邊際效益」(Marginal Social Benefit；簡稱MSB)均會隨著發揮土地權能的程度提高而遞減，本文分析假定MPB與MSB相同。

⁹ 陳明燦(2002)，同註2，頁147-189。

¹⁰ 得參陳明燦(2016)，前揭書，同註3，頁 15-16。

以私人的角度使用土地的「私人邊際成本」(Marginal Private Cost；簡稱MPC)與以社會的角度使用土地的「社會邊際成本」(Marginal Social Cost；簡稱MSC)均會隨著發揮土地權能的程度提高而遞增。由於土地處分(權能發揮)的過程中可能會產生外部成本(external cost)，例如：以社會的角度認為移轉後產權複雜，土地利用未達柏拉圖最適，因此MSC往往高於MPC。

當共有土地所有權人發揮權能於圖中Q0，出售時能自由選擇購買者，因為會產生外部性，造成社會福利損失(如圖中 Δabc)，良好的法規設計將引導共有出售人發揮權土地能程度於圖中Q1，出售時限縮購買者為優先購買權人。

(一) 土地法第34條之1第2項

當共有土地所有權人確實依土地法第34條之1第2項於出售時以書面通知他共有人時，出售人的私人邊際成本MPC，加計課予出售人通知優先購買權人的義務(成本)，若與社會邊際成本相同(即圖2中MSC)，發揮權土地權能程度Q1，將可避免下述社會福利的損失共計 Δabc ：

1. 行政成本

包括優先購買權人主張土地登記規則第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。……」。

2. 司法成本

包括優先購買權人向出售人主張損害賠償爭訟。

3. 社會機會成本

包括提升共有地「利用效率」機會成本。

反之，當共有土地人未依土地法第34條之1第2項於出售時以書面通知他共有人，發揮權土地權能程度 Q_0 ，出售予任意對象時，出售人藉由將上述成本外部化轉嫁予社會，出售人的私人邊際成本可降低為圖2中的MPC，低於圖2中的MSC，將得到較高的利潤。

(二) 土地法第34條之1第4項

當共有土地人確實依土地法第34條之1第4項於出售時通知他共有人時，出售人的私人邊際成本MPC，加計課予出售人通知優先購買權人的義務(成本)，若與社會邊際成本相同(即圖2中MSC)，發揮權土地權能程度 Q_1 ，將可避免下述社會福利的損失 $\Delta a' b' c'$ ：

1. 行政成本

包括優先購買權人主張土地登記規則第 97 條「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。」

2. 司法成本

包括優先購買權人向出售人主張損害賠償爭訟。

3. 社會機會成本

包括共有地「地權調整」機會成本。

反之，當共有土地人未依土地法第34條之1第4項於出售時通知他共有人，發揮權土地權能程度 Q_0 ，出售予任意對象時，出售人藉由將上述成本外部化轉嫁予社會而得到較高的利潤。

(三) 土地法第104條

當共有土地人確實依土地法第104條於出售時通知優先購買權人時，出售人的私人邊際成本 MPC ，加計課予出售人通知優先購買權人的義務(成本)，若與社會邊際成本相同(即圖2中 MSC)，發揮權土地權能程度 Q_1 ，將可避免下述社會福利的損失 $\Delta a' \quad b' \quad c'$ ：

1. 行政成本

包括優先購買權人主張土地登記規則第97條「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。」

2. 司法成本

包括優先購買權人依土地法第104條第2項主張該買賣為無效而訴請塗銷其依法所為之登記)。

3. 社會機會成本

包括包括房屋與建築基地同屬一人所有促進地盡其利機會成本)。

反之，當共有土地人未依土地法第104條於出售時通知優先購買權人時，發揮權土地權能程度Q0，出售予任意對象時，出售人藉由將上述成本外部化轉嫁予社會而得到較高的利潤。

上述情境分析中社會福利損失(Δabc 、 $\Delta a' b' c'$ 、 $\Delta a'' b'' c''$)的大小，因應不同時期的社經狀況其將有所調整，因此三者之間成本孰大孰小的比較結果並非恆定，然而重要且一致的是，由上述分析可知基於經濟人(Economic man)假設，出售人於利潤極大化的前提下會，傾向不履行通知優先購買權人義務，相對的，當登記機關以較高的審查密度將能提高惡意出售人的犯罪成本，降低其犯意，例如：當出售人未依土地法與土地登記規則等相關規定表現已通知優先購買權人屬於違反法律的強制禁止規定，登記機關應依土地登記規則第 56 條「…以書面敘明理由或法令依據，通知申請人於接到通知書之日起十五日內補正…」、登記程序進行中尚未完成登記時優先購買權人以書面提出異議並能證明確出售人未依相關規定通知

優先購買權人者，登記機關即應按土地登記規則第 57 條第 1 項第 3 款

「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。」駁回登記。

三、現行登記機關對於不同優先購買權的定性與審查密度

或許是不同的定性使得登記機關對於適用不同法規的優先購買權

有不同的形式審查密度，僅就土地法第 34 條之 1 第 2 項、第 4 項與同

法 104 條臚列如表 1 所示。

表 1：土地法第 34 條之 1 第 2 項、第 4 項與同法 104 條先買權比較

法規名稱	土地法第 34 條之 1 第 2 項	土地法第 34 條之 1 第 4 項	土地法第 104 條
立法要旨	相對於土地法第 34 條之 1 第 1 項目的在於共有地之「利用效率」；土地法第 34 條之 1 第 2 項為上述主要目的之屬附隨目的用於達成共有地「地權調整」	首要目的在於共有地之「地權調整」附隨目的為「利用效率」	保護基地承租人、促進地盡其利 ¹¹
法律性質	債權性質	債權性質	物權性質
先買人意思表示登記機關形式審查密度	依土地法第 34 條之 1 第 2 項「…應事先以書面 ¹² 通知他共有人；其不能以書面通知者，應公告之。」	依土地登記規則第 97 條第 1 項「…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	依土地登記規則第 97 條第 2 項「…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

¹¹ 得參陳立夫(2021)，土地法釋義(一)，三版，臺北市：元照，頁214-215。

¹² 詳土地法第三十四條之一執行要點第7、8點。

度		棄其優先購買權，如有不實，出賣人願負法律責任字樣。」	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。」
登記程序中先買人異議效果	依土地登記規則第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。……」	依土地登記規則第97條第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。」	依土地登記規則第97條第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。」

資料來源：本文整理

觀察表1可以得知登記機關對於土地法第104條物權性質的優先購買權形式審查密度最高(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)；對於依土地法第34條之1第1項債權性質的優先購買權形式審查密度次之(依土地法第34條之1第2項略以「…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。」)；對於依土地法

第34條之1第4項同為債權性質的優先購買權形式審查密度最低(出具出賣人之切結書，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。

四、土地法第34條之1第4項優先購買權定性與審查密度的檢討

在土地法34條之1的立法理由中看不出土地法34條之1第1項與土地法第34條之1第4項有孰輕孰重的差異。學理上的討論亦僅有孰的首要目的在於共有地之「地權調整」附隨目的為「利用效率」孰的首要目的在於共有地之「利用效率」附隨目的為「地權調整」的差異。

實務上關於土地法第34條之1第1項的出賣人義務，參照民國106年12月1日修正前土地法34-1執行要點第8點略以「…本法條第一項共有人會同權利人申請權利變更登記時，登記申請書及契約書內，應列明全體共有人及其繼承人，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；登記機關無須審查其通知或公告之文件。…」

關於土地法第34條之1第4項的出賣人義務，參照土地登記規則第97條第一項即規定略以「申請土地移轉登記時，依…土地法第三十四條之一第四項…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。」

比較上開行政規則發現，無論依土地法第34條之1第1項出售全部土地亦或依土地法第34條之1第4項出售部分土地持分，出賣人均需無須提供通知或公告之文件予登記機關審查，關於出賣人是否合法踐行通知優先購買權人程序，登記機關同樣僅於對於出賣人是否有切結¹³進行形式審查，因此可以觀察到土地法34條之1第1項與土地法第34條之1第4項的審查密度近乎不存在差異。

參照民國106年12月1日修正後土地法34-1執行要點第8點，共有人依土地法第34條之1第1項出賣其全部土地時需檢附已為通知或公告之文件，因此若土地登記申請人未檢附已為通知或公告之文件，登記機關得依土地登記規則第56條第2款「登記申請書不合程式，或應提出之文件不符或欠缺。」通知申請人於接到通知書之日起十五日內補正。由於對於先購權的重視加深了登記機關形式審查的強度，登記機關有確認申請人檢附已為通知或公告之文件的義務，當登記機關負責審查登記申請案件行使公權力而未若實其形式審查的程序不法侵害人民自由或權利時，國家亦應負擔賠償責任，並續說明。

揆諸其修正理由「本法條第二項規定對於他共有人之通知或公告，乃係部分共有人得依多數決處分之法定先行程序，部分共有人是

¹³ 參考蔡茂寅(2002)，切結書之法律性質，月旦法學，第87期，頁24-25。切結書的法律性質依其所載內容而有所不同，如內容為一定事實之證明，屬於事實行為非法律行為。本研究所討論出賣人於登記申請書備註欄切結，優先購買權人確已放棄其優先購買權，即為已履行通知義務之事實證明，屬於事實行為非法律行為。登記機關就此無須負舉證責任。

否履行其應盡之通知義務，對他共有人之權益影響甚鉅，是登記機關宜確認部分共有人已踐行該義務，爰修正第一款規定，申請人應檢附其通知或公告文件，惟對於該等通知或公告文件之內容，涉及處分方式、價金分配、償付方法及期限等，尚非登記機關可審認，故無須審查。」可見審查密度的提高是因為出售人踐行通知優先購買權人的法定義務很重要，並非指土地法第34條之1第1項與土地法第34條之1第4項的審查密度需有所不同。

然而在土地法第34條之1執行要點於民國106年12月1日修正生效後，實務上登記機關竟認定，土地法第34條之1第1項與土地法第34條之1第4項中出賣人履行通知優先購買權人義務的法定程序存在分歧，即出售人依土地法第34條之1第1項出賣全部需檢附其通知或公告文件，相對的，出售人依土地法第34條之1第4項出賣應有部分無需檢附其通知或公告文件。導致土地法第34條之1第1項的審查密度高於土地法第34條之1第4項的謬誤。會產生如此弔詭的現象，原因有二分述如下：

(一)土地登記規則第97條第1項，對於土地法第34條之1第4項的出賣人義務，並無應檢附其通知或公告文件的修正。

然依據民國106年12月1日修正前土地法34-1執行要點第10點「本法條第四項所稱之優先購買權，依下列規定辦理…(二)徵求他共有人

是否優先承購之手續，準用土地法第104第二項規定，即優先購買權人於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先購買權視為放棄。…」顯見土地法第34條之1第4項與土地法第34條之1第1項通知義務之手續均有土地法第34條之1第2項的適用不存在差異。土地法第34條之1執行要點於民國106年12月1日修正生效後，出售人依土地法第34條之1第4項出賣應有部分亦受土地法第34條之1第2項之拘束，應檢附其通知或公告文件。

(二)或有論者認為土地法第34條之1執行要點於民國106年12月1日修正生效後將第10點點次變更為第11點，刪除了「徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土法第一百零四條第二項規定」文字。因此出售人依土地法第34條之1第4項出賣應有部分不受土地法第34條之1第2項之拘束。

惟揆諸其修正理由¹⁴，傾向保護優先購買權人，以更嚴謹程序規定限縮出售人土地權能的程度。此修正將「本法條第四項所稱之優先購買權」文字修正為「本法條所定優先購買權」而刻意不將土地法34條之1第1項與與同條第4項的優先購買權進行區別，以反面解釋可以發現，登記機關對於土地法34條之1第1項與與同條第4項的審查密

¹⁴ 修正理由為「為維護少數共有人權益，本法條事前程序之保障應有更嚴謹之規定，爰參酌民法物權編施行法第八條之五第七項規定，將現行規定第二款規定他共有人應於接獲出賣通知後表示優先買之一定期間由十日延長修正為十五日，並刪除「徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土法第一百零四條第二項規定」文字。

度存在差異，並無理由。

退萬步言，就目前法規而言土地法第34條之1第1項與土地法第34條之1第4項，均為債權性質優先承購亦以「地權調整」與「利用效率」為目的，何以目前實務上登記機關賦予相異的形式審查強度？實匪夷所思。依現行規定當共有土地出賣人出賣其應有部分依土地法第34條之1第4項規定僅需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」字樣即可規避登記機關的審查，除侵害優先購買權人之權利，亦間接侵害該筆土地「地權調整」以及「利用效率」機會的公益，難道土地法第34條之1第1項欲達成的公益，比土地法第34條之1第4項欲達成的公益更值得保護？

參、優先購買權制度經濟分析

一、對於土地法第34條之1第4項、土地法第34條之1第1項與土地法第104條公益貢獻程度的「衡量」

蓋土地法第34條之1第4項規定共有人出賣應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，其立法意旨無非為第三人買受共有人之應有部分時，承認其他共有人享有優先承購權，簡化共有關係(72年台抗字第94號)其目的與土地法第34條之1第1項均有「地權調整」附隨目的為「利用效率」的「公益」性質，將其法律性

質定調為特定相對人之「債權」性質實有可議，會產生如此弔詭的現象，原因有三分述如下：。

（一）行政機關權衡怠惰

另就土地經濟學寇斯單一所有權人觀點來審視，土地法第 34 條之 1 第 4 項、土地法第 34 條之 1 第 1 項與土地法第 104 條均在去除共有關係後使得土地最有效利用以達到柏拉圖最適，其中土地法第 34 條之 1 第 4 項與土地法第 34 條之 1 第 1 項亦有避免反公地悲劇(tragedy of the anticommons)¹⁵的作用，然而對於土地法第 34 條之 1 第 4 項、土地法第 34 條之 1 第 1 項與土地法第 104 條的審查密度各有不同，是否暗示這三條法規對於「公益」的貢獻存在差異？然而在文獻梳理的過程中卻未見實務與學者對於這三條法規的公益貢獻程度比較，亦未能得知衡量公益貢獻的基準為何？即使有衡量公益貢獻的基準在目前都市建築老舊，地價高漲地區都市更新、危老重建盛行的社會氛圍下，都市更新權利變換估價相對成熟，若以都市更新條例觀察，「土地所有權人」為權利人；合法建物所有權人與「地上權人」僅是權利變換關係人，因此在不動產估價技術規則¹⁶中對於區分所有建物權利價值的估價強調其基地權利價值；權利變換範圍內典權，除自行協議消滅者外，

¹⁵ 1998年由Heller提出，指產權由於細分化，但共有人意見相左導致社會未能充分利用資源的情形。

¹⁶ 不動產估價技術規則第125條第一項：「權利變換前為區分所有建物者，應以全棟建物之基地價值比率，分算各區分所有建物房地總價之基地權利價值，公式如下：各區分所有建物之基地權利價值＝各區分所有建物房地總價× 基地價值比率」

由實施者列冊送請各級主管機關囑託該管登記機關，於權利變換後分配土地及建築物時，按原登記先後，登載於原土地或建築物所有權人應分配之土地及建築物；其為合併分配者，典權之登載，應以權利變換前各宗土地或各幢（棟）建築物之權利價值，計算其權利價值；關於權利變換範圍內出租之土地及建築物，因權利變換而不能達到原租賃之目的者，租賃契約終止，「承租人」並得依下列規定¹⁷向出租人請求補償。但契約另有約定者，從其約定：

1. 出租土地係供為建築房屋者，承租人得向出租人請求相當一年租金之補償，所餘租期未滿一年者，得請求相當所餘租期租金之補償。
2. 前款以外之出租土地或建築物，承租人得向出租人請求相當二個月租金之補償。顯見「土地所有權人」的價值在都市更新時並不亞於「地上權人」、「典權人」或「承租人」，「典權人」與「承租人」甚至無權參與權利價值分配。

實務上實施者在委託估價師進行都市更新權利變換估價後，土地所有權人因為享有更新後建築物及其土地應有部分之價值，其獲得的都市更新之權利價值往往大於老舊建物所有權人（權利變換關係人之一），故無論建物的經濟價值一率賦予「物權」性質的優先購買權顯然是對於公益貢獻程度審略了「實質合法性」下之「利益衡量原則」

¹⁷ 都市更新條例第58條第一項參照。

的「權衡怠惰」，但這樣的怠惰同時排擠了僅有「債權」法律性質的土地法第 34 條之 1 第 4 項的優先購買權，著實需要重新檢視。

(二)司法機關未為實質審查

司法機關於最高法院 66 年台上字第 1530 號民事判例略以：「…土地法第 34 條之 1 第 4 項之優先購買權，係屬債權性質，此由該條項用語，與同法第一百零四條第二項及耕地三七五減租條例第十五條第三項用語不同，可以知之。…」，顯而易見論述土地法第 34 條之 1 第 4 項之優先購買權係屬債權性質並非由土地法立法目的的實質面進行司法審查，竟僅憑當時土地法的文字作推論與文義解釋。於是一步錯步步錯，土地法第 34 條之 1 第 4 項之優先購買權被定位為「債權」的法律性質而與「公益」無涉？

(三)法律違憲

1. 土地法第 34 條之 1 第 4 項與土地法第 104 條之間審查密度違反比例原則及平等原則：

或有論者以為登記審查密度的差異來自於欲保護的優先購買權所影響的重要性程度有所不同而至，直覺的以為具有「物權」效力的土地法第 104 條指稱的優先購買權顯然重要於僅有「債權」效力的土地法第 34 條之 1 第 1 項與土地法第 34 條之 1 第 4 項的優先購買權，故對於適用土地法第 104 條之優先購買權人是否放棄優先購買權登記審

查密度高於適用土地法第 34 條之 1 第 4 項之優先購買權人是否放棄優先購買權有其理由，然而登記機關未能由登記簿了解是否有土地法第 104 條「承租人」存在的事實？完全仰賴登記申請人於登記申請書備註欄切結「優先購買權人確已放棄優先購買權，如有不實出賣人願負一切法律責任。」以及「本案土地確無出租，如有不實，出賣人願負法律責任。」等字樣，因此檢視登記機關對於優先購買權人是否放棄優先購買權審查的行政程序，發現具「物權」性質「重要性最高？」的土地法第 104 條「承租人」與「債權」性質「重要性最低？」土地法第 34 條之 1 第 4 項竟在審查密度上無異，甚至低於「債權」性質「重要性次之？」土地法第 34 條之 1 第 1 項的審查密度，顯與憲法第 23 條為比例原則¹⁸之意旨不符，亦違反行政程序法第 7 條第 2 項之規定¹⁹；另一方面按土地法第 104 條第一項前段，基地出賣時所稱之優先購買權人包含「地上權人」、「典權人」或「承租人」三者間並無重要性程度的差異，卻在登記審查密度上有所差異與憲法第七條平等原則²⁰之意旨不符。

2. 土地法第 34 條之 1 第 1 項與土地法第 34 條之 1 第 4 項之間審查

¹⁸實務上釋字第 476 號指出比例原則需符合「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」。學術界四項子原則之審查：1.公權力所追求之目的，須具有憲法上之正當性；2.公權力為追求前項目的而使用之手段必須有助於目的之達成；3.公權力為追求目的之達成，若有多個相同有效之手段可選擇，則必須使用侵害最小之手段；4.所保護與所侵害之權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係，參考黃舒玕，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19 期，2016 年 9 月，頁 34-41。

¹⁹ 有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。

²⁰ 所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法平等原則之意旨相符（釋字第 694 號

密度違反平等原則：

土地法第 34 條之 1 第 1 項亦為債權性質優先購買權，何以登記機關審查密度與土地法第 34 條之 1 第 4 項有所不同？尚需經過平等原則²¹的檢討，即相同事件應為相同之處理，不同事項應為不同之處理，除有正當理由外，不得對所規制之對象為差別待遇。

二、土地法第 34 條之 1 第 4 項與土地法第 104 條優先購買權競合

輕視土地法第 34 條之 1 第 4 項的優先購買權，但重視土地法第 104 條的優先購買權，未能簡化土地產權關係，參照內政部 77 年 5 月 30 日台內地字第 600068 號函略以：「…其所謂『基地出賣』，應包括共有基地應有部分之出賣。又依民法第 818 條規定：『各共有人，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用、收益之權。』基於同一法理，各共有人對於優先承買人，亦應按其應有部分，對於共有物之全部負擔其義務。因此共有基地若經共有人全體同意設定地上權者，共有人之一出賣其應有部分時，地上權人即可按該共有人所出賣之應有部分占整筆共有土地之比例（即該共有人就其出賣部分所應負擔之地上權比例）再與其所設定地上權範圍為比，計算其得主張之優先承買權。本件共有人之一某甲出賣其應有部分（四二九六分之二〇八七）之一部分（四二九六分之一〇一三），地上權人某乙之優先承買權，依上所

²¹ 行政程序法第六條：「行政行為，非有正當理由不得為差別待遇」。

述，即可按某甲出賣之部分，即四二九六分之一〇一三，占整筆共有土地之比例，再與其所設定之地上權範圍即 19.56 坪為比，計算其得主張之優先承買權。…」。因此物權性質土地法第 104 條的優先購買權人將成為新的土地所有權人，造成土地共有關係難以消滅。然而土地法第 104 條的優先購買權人因為有地上物的使用、收益與處分權能，因此在土地利用的利益衡量上顯與原土地共有人不同，以目前這樣法規的設計，可以想像擁有地上物權能的共有人與僅有土地的共有人，兩者之間的立場衝突將會增加最有效利用的協商成本。

而實務上多數對於違章建築亦有土地法第 104 條優先承買權之適用採肯定見解(最高法院 85 年台上字第 1051 號判決、最高法院 86 年台上字第 1758 號判決、最高法院 91 年台上字第 2154 號判決、最高法院 103 年台上字第 2188 號判決)。且縱於基地出賣而行使優先承買權後，該違章建築嗣後遭拆除，亦不影響其已取得之優先承買權，最高法院 106 年度台上字第 1263 號民事判決可參，(何奕萱、許凱翔，2020)。按內政部 89 年 6 月 8 日台內地字第 8907933 號函亦有相同見解。

惟最高法院 80 年度台上字第 2105 號民事判決認為「違章建築有隨時被拆除之可能，則據此主張優先承購權，與土地法第 104 條規定，旨在使基地上之房屋合歸一人所有，以盡經濟上效用之立法目的是否

有違，亦待推敲」，學說多數見解上亦認為違章建築無土地法第 104 條優先承買權之適用(何奕萱、許凱翔，2020)。

茲以情境分析土地法第 34 條之 1 第 4 項與土地法第 104 條優先購買權競合的效果，假設土地 A 有共有人甲土地持分 $\frac{2}{3}$ 及共有人乙土地持分 $\frac{1}{3}$ ，丙向甲、乙租用 A 地建有違章建築 B。今甲出賣土地 A 持分 $\frac{2}{3}$ 於丁，共有人乙與承租人丙均有意優先購買。

情境一：土地法 104 條優先同法第 34 條之 1 第 4 項

丙取得土地 A 持分 $\frac{2}{3}$ ，如乙欲參與都市更新權利變換時，因為丙同樣為土地所有權人，若丙認為持有違章建築 B，比參與都市更新權利變換收益更高時，會反對參與都市更新權利變換，乙也因此增加了與丙協商(甚至補貼)的成本。

情境二：土地法 34 條之 1 第 4 項優先同法第 104 條

乙取得土地 A 全部持分，如乙欲參與都市更新權利變換時，丙無法阻卻，丙僅得依都市更新條例第 58 條，向出租人請求相當一年租金之補償，所餘租期未滿一年者，得請求相當所餘租期租金之補償。

土地 A 有共有人甲土地持分 $\frac{2}{3}$ 及共有人乙土地持分 $\frac{1}{3}$ ，丙向甲、乙租用 A 地建有違章建築 B， $\frac{2}{3}$ 共有人甲土地持分 $\frac{2}{3}$ 違章建築的承租人，依土地法第 104 條行使優先承買權，取得 $\frac{2}{3}$ 的土地持分，若建築物為違法使用，或目前使用未達最有效利用，進行重建

後若以最有效利用，將有助於公益達成時，情境二似乎比情境一更能避免社會福利損失的浪費。

本研究欲凸顯建物本身態樣非僅有合法的新成屋，尚有老舊甚至非合法建物。因此若均以土地已達最有效利用作為前提假設，強調合法的新成屋對土地利用的貢獻，以作為對「地上權人」、「典權人」或「承租人」保障的依據，在目前充斥危險老舊與違章建築的時空背景下，這樣的前提假設似乎過分強烈，因此在目前時空背景下土地法第 34 條之 1 第 4 項與同法第 104 條優先購買權競合有重新檢視的必要。因此優先購買權間競合關係，應該視不同情況分別討論，「社會現象千變萬化，案例事實難期盡同，法律所追求之公平正義，最終仍需藉由理論與實務不斷辯證」（許政賢，2002）。在某些土地法第 34 條之 1 第 4 項的優先購買權，相對於土地法第 104 條的優先購買權更能達成地盡其利的立法目的，因此法制上競合中，將土地法第 34 條之 1 第 4 項債權性質優先購買權不得對抗土地法第 104 條物權性質優先購買權的「鐵律」將與立法目的背道而馳。這也是為何有學者認為，就「以盡地利」的角度，在立法論上似有增定土地法 34 條之 1 第 4 項優先同法第 104 條之必要（王澤鑑，1988，轉引自陳銘釗，1994，頁 115）²²。

因此登記機關對於土地法第 34 條之 1 第 4 項的審查密度一律低於

²² 詳參王澤鑑，民法學說與判決研究(三)，頁323，自刊，1988 年，轉引自陳銘釗(1994)自土地法第三十四條之一第四項與第一百零四條兩種優先權的競合論債權與物權的競合，東海大學法學研

土地法第 104 條的規定過於僵化，應彈性的視情境差異給予但書規定。

肆、虛偽切結優先購買權人司法判決分析

一、司法見解-以臺灣彰化地方法院 110 年度易字第 374 號刑事判決為例

(一)案情內容

被告周溪圳為「周溪圳地政士事務所」之地政士，是從事土地登記業務之人。緣被告趙許堆於民國107年12月18日，以不知情之趙婉曲（被告趙許堆之女，檢察官另為不起訴處分）名義，經由行政執行拍賣程序，承受取得許世欽名下坐落彰化縣○○市○○○段000○○地號土地應有部分（權利範圍：1/6，下稱本件應有部分），並於108年6月17日完成登記。又告訴人許朱賢前因分割繼承取得該筆土地之其他應有部分（權利範圍：1/12），並於106年2月17日完成登記。之後，被告趙許堆於108年7月31日，以趙婉曲之名義與何錦華（檢察官另為不起訴處分）簽訂買賣契約書，將趙婉曲名下之本件應有部分出售予何錦華，並以趙婉曲名義委託被告周溪圳辦理移轉登記。而被告趙許堆、周溪圳均明知出賣本件應有部分時，依土地法第34條之1第4項規定，應先通知上開土地之其他共有人行使優先承購權，然被告趙許堆、周溪圳未通知包含告訴人許朱賢在內之其他共有人是否行使之…推由

被告周溪圳指示不知情之事務所員工蕭麗梅，在被告周溪圳業務上作成之「土地登記申請書」(收件字號：108年彰資字第120670號，起訴書誤載為108年彰資字第081050號)備註欄，虛偽記載「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」等不實事項，再指示不知情之事務所員工周玲玲於108年8月30日，持以向彰化縣彰化地政事務所申請而行使之，本件應有部分遂於108年9月5日移轉登記予何錦華，足以生損害於告訴人許朱賢及其他共有人。

(二)本案爭點

- A. 被告周溪圳地政士是否涉犯刑法第216條、第215條行使業務上登載不實文書罪嫌？
- B. 被告趙許堆是否涉犯刑法第216條、第215條行使業務上登載不實文書罪嫌？

(三)原審見解

周溪圳、趙許堆均涉犯刑法第216條、第215條行使業務上登載不實文書罪嫌均無罪。

本案經原審台灣高等法院花蓮分院 104 年度上國字第 3 號判決略謂：215 條業務上文書登載不實罪之處罰，係以保護業務上文書之正確性為目的，此所稱之「業務上作成之文書」，係指從事業務之人本於其業務上之行為關係所製作之文書而言，倘非本於其業務上之行為關係

所作成之文書，即非此所謂之「業務上作成之文書」。最高法院 106 年度台上字第 191 號、90 年度台上字第 5072 號判決可參。

另按地政士法第 16 規定：「地政士得執行下列業務：一、代理申請土地登記事項。二、代理申請土地測量事項。三、代理申請與土地登記有關之稅務事項。四、代理申請與土地登記有關之公證、認證事項。五、代理申請土地法規規定之提存事項。六、代理撰擬不動產契約或協議事項。七、不動產契約或協議之簽證。八、代理其他與地政業務有關事項」。

查被告周溪圳係經考試及格領有證書之地政士，有彰化縣地政士公會資訊系統地政士資料查詢可憑（他字卷第 55 頁），其業務範圍包含代理申請土地登記。土地所有權買賣移轉契約書、土地登記申請書，是契約當事人基於自己之意思，同意以買賣或其他原因，基於雙方合意所為之書面行為，本屬契約當事人自行填載之事項，契約當事人表達真意後，再委託地政士向地政機關辦理登記，故地政士僅為代理人。地政士、或早期土地登記專業代理人，社會概俗稱為「代書」，即意在此。

再者，土地登記規則第 26 條、第 34 條第 1 項、第 97 條第 1 項規定：「土地登記，除本規則另有規定外，應由權利人及義務人會同申請之」、「申請登記，除本規則另有規定外，應提出下列文件：一、登記申請書…」、「申請土地權利移轉登記時，依…土地法第 34 條之 1 第 4 項…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」。可知土地登記應由當事人雙方親自於申請書簽章，而以當事人名義向地政事務所提出申請，土地登記申請書係土地登記之權利人及義務人辦理登記而應製作之私文書；共有人出賣其應有部分而申請土地移轉登記時，優先購買權人已放棄其優先購買權時，應附具出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄位記明「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，均屬應由出賣人製作之文書。因此，被告周溪圳縱然代出賣人即被告趙許堆之女兒，指示員工在土地登記申請書之備註欄繕打：「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」等字句，與代筆行為無異，不會因此由原先之出賣人名義所製作之文書，變質為被告執行代理申請土地登記事項而屬其業務上作成之文書。

至於被告趙許堆以其女兒名義，授意代書周溪圳記載上述字句，對於被告趙許堆而言本屬有權製作之私文書，而一般私文書刑法只處罰「有形偽造」之行為（即冒用他人名義製作文書），未若業務上文書、公文書設有「無形偽造」之處罰規定（刑法第 213 至 215 條，即文書的內容不真實），即使不實，亦非刑法所能處罰。

因此，本案土地登記申請書，自非被告周溪圳其業務上作成之文書。被告周溪圳、趙許堆當然無從成立共同行使業務登載不實文書之犯

罪，縱然其等所為有倫理上可非難之處從而衍生其他法律責任，仍不符合刑法第 216、215 條行使業務登載不實罪之要件。

綜上，本院固然肯認被告周溪圳、趙許堆明知未通知其他共有人行使優先承購權，竟直接在「土地登記申請書」（收件字號：108年彰資字第120670號）記載「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」之不實內容，辦理所有權移轉登記，將本件應有部分出售予訴外人何錦華等情節屬實。然而，這樣的行為不符合刑法第 215、216條之構成要件，刑事實體法上因未有處罰規定，而屬不罰之行為，純為民事私權爭議，且依檢察官之舉證，亦無其他積極證據足以證明被告周溪圳、趙許堆有何偽造文書犯行。依前揭說明，被告周溪圳、趙許堆之行為既屬不罰，且無證據證明其等犯罪，即應諭知無罪之判決。

二、本判決見解分析

對於原審判決，本件判決則認為土地登記申請書，自非被告周溪圳其業務上作成之文書？尚有疑義。

原審判決以為，被告周溪圳縱然代出賣人即被告趙許堆之女兒，指示員工在土地登記申請書之備註欄繕打：「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」等字句，與代筆行為無異，不會因此由原先之出賣人名義所製作之文書，變質為被告執行代理申請土地登記事項而屬其業務上作成之文書。此一見解，

應不適法理由如下。

(一)大前提：

依刑法第215條業務上文書登載不實罪之處罰，係以保護業務上文書之正確性為目的，此所稱之「業務上作成之文書」，係指從事業務之人本於其業務上之行為關係所製作之文書而言，倘非本於其業務上之行為關係所作成之文書，即非此所謂之「業務上作成之文書」。最高法院106年度台上字第191號、90年度台上字第5072號判決可參。

次依地政士法第 16 條略以「地政士得執行下列業務：一、代理申請土地登記事項。…」可見代理申請土地登記事項為地政士法定業務範圍。地政士既為專業代理人依土地登記規則第26條、第34條第1項、第97條第1項規定：「土地登記，除本規則另有規定外，應由權利人及義務人會同申請之」、「申請登記，除本規則另有規定外，應提出下列文件：一、登記申請書…」、「申請土地權利移轉登記時，依…土地法第34條之1第4項…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」。可知土地登記應由當事人雙方親自於申請書簽章，而以當事人名義向地政事務所提出申請，土地登記申請書係土地登記之權利人及義務人

辦理登記而應製作之文書；共有人出賣其應有部分而申請土地移轉登記時，優先購買權人已放棄其優先購買權時，應附具出賣人之切結書，或於登記申請書適當欄位記明「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，均屬應由出賣人製作之文書。

另依刑法第29條第1項規定「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」，要成立教唆犯，有以下要件：1. 教唆行為：也就是讓一個原本無意犯罪的人產生犯罪的想法。2. 具體的教唆對象：教唆的對象必須具體特定，若是慫恿一大群人去犯罪，此時因為教唆對象並未具體特定，因此只成立刑法第153條「煽惑罪」。3. 具體的教唆內容。4. 主觀上具備「教唆故意」和「教唆構成要件既遂故意」雙重故意：教唆故意指的是行為人具有教唆被教唆人去從事犯罪行為的故意，教唆構成要件既遂故意指的則是行為人具有促使被教唆人完成犯罪的故意。

被教唆者從事犯罪行為。參照刑法第16條，「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」由此可知，犯罪之人聲稱不知自己行為違法(即欠缺不法意識或稱欠缺違法性認識)，並不能因此獲得無罪判決。

(二)小前提：

今周溪圳(地政士)受其趙許堆(委託人)代理申請土地登記事項，若委託人未為申請書之製作而委託地政士或地政士指示其員工在土地登記申請書之備註欄繕打：「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」等字句。依地政士法第 16 條，土地登記申請書製作當屬其地政士業務範圍之行為關係所製作之文書無疑。查被告周溪圳係經考試及格領有證書之地政士，有彰化縣地政士公會資訊系統地政士資料查詢可憑（他字卷第55頁），其業務範圍包含代理申請土地登記。土地所有權買賣移轉契約書、土地登記申請書，是契約當事人基於自己之意思，同意以買賣或其他原因，基於雙方合意所為之書面行為，本屬契約當事人自行填載之事項，契約當事人表達真意後，再委託地政士向地政機關辦理登記。

地政士教唆蕭麗梅(員工)在土地登記申請書之備註欄繕打：「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」等字句。企圖規避登記機關對於違反強制禁止規定之審查。

(三)涵攝：

今委託人教唆地政士辦理違法土地登記申請，依地政士法第 16 條，土地登記申請書製作當屬其地政士業務範圍之行為關係所製作之文書無疑。符合刑法第215條所稱之「業務上作成之文書」，地政士對於業務上文書惡意地不實記載，屬於重大過失，扭曲保護業務上文

書正確性之目的。

地政士教唆其員工於業務上作成之文書上繕打不實切結，實際違法的員工符合刑法第16條前段「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。」要件的可課責性，僅是司法單位得依同法後段「按其情節，得減輕其刑。」

委託人與地政士明知「切結」為不實之事項，竟教唆員工違反強制禁止規定，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於「優先購買權人」符合刑法第213條要件，本案均無罪判決實屬速斷。

三、登記申請書備註欄是否為職務上所掌之公文書

然而登記申請書備註欄是否為公務員「登載」於職務上所掌之公文書有不同的見解，以甲乙兩說分別討論

（一）甲說（即否定說）²³：

土地登記申請書內之上開字句僅係土地共有人所制作申請書上之註記，表明優先承買權人已放棄優先承買權之情事，否則願意負法律責任，地政機關本無需加以審核亦無需援引登載於職務上所掌之公文書，是以縱被告確實事先並未詢問其他土地共有人是否願意承先購買，且表示共有人已放棄優先購買權之情確為不實事項，然此僅屬民事上應否負

²³ 參照法務部98年3月11日法檢字第0980800811號法律座談會研究意見審查意見，經討論後，贊成甲說有8人，贊成乙說有8人，二者人數相同，本件決議送請臺灣高等法院檢察署核示後，

損害賠償責任問題，要與使公務員登載不實之刑責無涉，自不構成使公務員登載不實之偽造文書罪責。(法務部98年3月11日法檢字第.

0980800811 號法律座談會研究意見)

(二)乙說(即肯定說)：

按土地共有人提出土地登記申請書後，地政事務所必須加以收件、編號，由辦理審查人員於申請書上簽註審核意見及日期，並簽名或蓋章。經審查無誤者，應即登載於登記簿(土地登記規則第55條)，然後編列附入土地登記案卷內，加蓋騎縫章等，則該土地登記申請書應因此成為公文書之一部份。又共有土地買賣如確實未通知其他共有人，請其表示是否優先承買，而土地登記申請書也未記載：「優先承買人已放棄優先承買權，如有不實，出賣人願負法律責任」等字，依土地登記規則第56條第2款規定，應通知申請人於15日內補正共有人已拋棄優先承買權之證明，不得逕將共有土地移轉登記為買受人所有。是土地共有人在土地登記申請書書寫「優先承買人已放棄優先承買權，如有不實，出賣人願負法律責任」之記載，致使地政事務所承辦人員現於錯誤，而為所有權之移轉登記，自足生損害於其他共有人，自應構成使公務員登載不實之偽造文書罪責。

本文見解採乙說：

登記機關對於申請案件是否未違反強制禁止規定有其審查義務，切結事項亦是登記機關判斷是否有符合程序正當性的依據，切結事項顯然對於登記機關准駁與登記有直接的因果關係，顯非屬土地登記規則第63條「登記原因證明文件所載之特約，其屬應登記以外之事項，登記機關應不予審查登記。」不予審查事項，故虛偽切結而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者亦可能觸犯刑法第214條規定，其委任地政士則亦可能觸犯刑法第215條規定，自屬有據。

另外由於實務上採甲說，惡意的出賣人肆無忌憚地，於登記申請書備註欄虛偽切結後，亦免於構成刑法第214條使公務員登載不實罪，使得土地法第34條之1第4項的立法目的難以達成，以及受侵害的優先購買權人興訟不斷，以致於降低社會福利。

伍、司法與地政機關協力杜絕優先購買權虛委切結芻議建構

優先購買權的設計為對所有權人自由處分之負擔，若其對所有權人自由處分的一部分限制與剝奪能有助於提高社會福利且符合比率原則，相關法條是課與所有權人社會責任之限制義務，絕不可以訓示性質視之。

有鑒於臺灣重大震災導致房屋坍塌，老屋重建議題備受重視，都市更新條例與不動產估價的成熟等因素，都市更新與危險老屋重建為

之濫觴，考量時空背景不同，優先購買權之間的競合²⁴關係急需重新檢視，唯有釐清不同優先購買權對於公益貢獻程度的差異，才能配適當前社會經濟環境，做出的全面性修正，以助於優先購買權公益目的的達成。

在優先購買權之間的競合關係尚未重新檢視時，登記機關的如何調整審查密度失所附麗，但就目前土地登記機關對於優先購買權的審查密度顯已明顯出現違反憲法公平原則與比例原則。黃健彰(2018b)²⁵建議，出售人依土地法第34條之1第4項出賣應有部分時，除依用地登記規則第97條第1項「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。」亦適用土地登記規則第97條第2項「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。」。此舉將審查密度提高(與土地法第104條相同)以期降低糾紛。然而無視優先購買權對公益的貢獻程度存在差異的特性，一律以約束登記機關執行最高審查密度，亦屬於行政裁量的怠惰，本文認為土地

²⁴ 他共有人先買權競合時，檢視是否得由出賣人決定孰為買受人，即為一例，請參閱黃健彰(2016)，土地法第三十四條之一他共有人優先購買權之競合——兼評內政部土地法修正草案相關規定，東吳法律學報，第28卷第2期，頁55-85。

²⁵ 黃健彰(2018b) 同註6，頁47。

登記機關審查方式有更深入探討的必要

尤其目前對於土地法第34條之1第4項的審查密度僅需申請人於登記申請書備註欄切結「優先購買權人確已放棄優先購買權，如有不實出賣人願負一切法律責任。」等字樣。土地法第34條之1第4項之優先購買權人於登記案件辦理期間並無從知悉惡意出賣人的移轉登記行為，無法於登記機關受理申請期間提出異議，保障優先購買權人之權利。

然而司法判決上竟認為惡意的出賣人與專業代理人與刑法第 214 條：「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。」與同法第 215 條：「從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。」無涉。

是以當共有土地出賣人對於違反土地法第 34 條之 1 第 4 項通知義務卻沒有相對應的逞罰時，將變相鼓勵共有土地出賣人為不實的切結，以充分發揮處分的自由，達到共有土地出賣人效益極大化，使得土地法第 34 條之 1 第 4 項非但無法達成公益的目的，還增加訟源浪費社會成本。

黃健彰(2018b)²⁶以為「申請移轉登記的不動產上有無先買權存在，在多數情形，屬登記機關的審查能力範圍內，不會使登記人員有不當的負擔…登記機關原則上應實質審查該標的物上是否有先買權存在…」，本文認為存在尚需釐清的觀點，對於「登記機關原則上應實質審查該標的物上是否有先買權存在」的見解有待商榷，首先，該文章未指出多數情形是甚麼情形，怎能計算出該情形屬於多數？再者，對於非登記機關的審查能力範圍內時，登記機關又該如何進行行政處分？以及，既然認為「原則上」應實質審查，登記機關是否能判斷例外情況是什麼情況？以上均為登記人員的負擔，尤其登記人員無實質審查能力卻需實質審查時，難謂非不當的負擔(本文揭示登記機關未能由登記簿了解是否有土地法第 104 條「承租人」存在的事實即為一例)。

黃健彰(2018b)²⁷指出「申請移轉登記的不動產上有無先買權存在，在多數情形，屬登記機關的審查能力範圍內…」由反面解釋可得知，登記機關的審查能力範圍內，對於申請移轉登記的不動產上有無先買權存在，在審認上會遇到困難。即使陳立夫(2020)²⁸主張登記機關並不因共有人已切結願負法律責任，而免除實質審查義務，黃建彰(2018b)²⁹表明，目前地政機關的審查能力，難以要求其實質審查。

²⁶ 黃健彰(2018b) 同註6，頁19。

²⁷ 黃健彰(2018b) 同註26。

²⁸ 陳立夫(2020年10月26日)同註7，頁18。

²⁹ 黃健彰(2018b) 同註6，頁50。

故本文認為，既然優先購買權的有無可能涉及法律關係的釐清³⁰需要透過司法機關認定³¹而非登記機關之射程³²基於司法與行政分權的原則，本文認為對於優先購買權的有無登記機關得均以型式審查為之，由登記申請人切結提高行政效率，並需協力司法對於虛委切結加害人課與刑責的配套，增加加害人犯罪成本，以降低加害人侵權之故(犯)意(明知其結果而有意使其發生謂之)，優先購買權有助於公益目的的立法精神，同時避免興訟等鉅大社會福利損失。

地政機關的審查方式直接影響出賣人於登記申請書備註欄虛偽切結的機率，出賣人虛偽切結的機率間接影響優先購買權人興訟的件數，因此除了以立法目的為出發點檢視地政機關的審查方式外，亦需以整體社會福利的觀點，考量以該審查方式造成興訟的社會成本，是否低於該審查方式所產生的效益。

最後，由於無法得知虛委切結加害人何時申請移轉登記，以至於優先購買權人為阻卻登記機關辦理移轉登記，需頻繁行文登記機關表達異議，以保障優先購買權人權利，但此舉增加了登記機關的行政管

³⁰ 得參土地登記規則第57條第一項第三款。

³¹ 優先購買權之有無，乃私權爭執，參閱陳立夫(2020年10月26日)同註7，頁7。

³² 1980年土地登記規則第77條本文(現行規則第97條第一項)增訂說明：「優先購買權是否放棄，存屬私權範圍，如有爭執應由當事人訴請法院審理，登記機關本無需干涉。以往登記機關基於實質審查，對於法律規定之優先購買權，均加以審查。但如予澈底執行，則又諸多困難，且嫌擾民」，轉引自黃健彰(2018b)同註6，頁46。另參照最高行政法院 105 年度判字第 158 號判決「土地法第34條之1第4項不同意出賣之共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，係屬法定形成權之性質，於優先購買權人行使優先購買權後，原買賣契約之解除條件成就，並由優先購買權人與出賣人成立新的買賣契約關係。因此，共有土地之共有人是否已合法行使優先購買權，實體法上是否得優先購買共有土地，此私權爭執涉及申請登記之權利是否存在，而與系爭土地所有權移轉登記之法律關係有直接關連，且應由有權為終局認定之民事法院審認，非行政機關所得置喙。」

制成本。黃建彰(2018)³³建議持續列管優先購買權人之異議，並於土地法第 34 條之 1 第 4 項的出售人申請移轉登記時，依行政程序法第 39 條規定，主動通知異議人以解決此問題。然而上述建議，除了未能阻卻優先購買權人頻繁行文，亦再度加重了登記機關的行政管制成本。

理由其一在於目前無相對應的行政規則，規範登記機關履行通知程序，行政程序法第 39 條規定前段「行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見。」亦顯見登記機關無「應」書面通知異議人的義務，當登記機關未以書面通知，使異議人權利或利益受損害時，異議人無法以訴願主張行政處分有違法或不當，因此異議人權利依然會頻繁行文登記機關表達異議。

理由之二為異議的優先購買權人可能會移轉其產權，登記機關是否因此需每日檢視列管的對象是否已移轉？以及是否需通知原優先購買權人的買受人？而對於沒有提出異議的優先購買權人登記機關是否有通知的義務？均為有待釐清的問題。

可以預期的是，若沒有異議的優先購買權人登記機關就不通知，等於變相鼓勵全國所有共有人先提出異議，讓地政機關列管，以保障其權利，因此如何在不癱瘓登記機關的前提下，保障優先購買權人的權力，值得後續研究。

³³ 黃健彰(2018b) 同註6，頁22-23。

參考文獻

書 籍

1. 陳立夫(2021)，土地法釋義(一)，三版，臺北市：元照，頁 214-215。
2. 陳明燦(2016)，土地法論集(二)，一版，新北市：自版，頁 10-11。

期刊論文

1. 何奕萱、許凱翔(2020)：「論法律解釋，契約解釋與誠信原則的方法論於土地法第 104 條之應用-以最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決為中心」，軍法專刊，第 66 卷第 1 期，頁 150-173。
2. 陳明燦(2002)：「土地使用限制補償之法制經濟分析」，中正大學法學集刊，第 8 期，頁 147-189。
3. 陳銘釗(1994)：「自土地法第三十四條之一第四項與第一百零四條兩種優先權的競合論債權與物權的競合」，東海大學法學研究，第 8 卷，頁 113-118。
3. 黃健彰(2016)：「土地法第三十四條之一他共有人優先購買權之競合——兼評 內政部土地法修正草案相關規定」，東吳法律學報第 28 卷，第 2 期，頁 55-85。
4. 黃健彰(2018a)：「農育權人之優先購買權」，臺北大學法學論叢，第 106 期，頁 1-48。
5. 黃健彰(2018b)：「不動產登記機關就法定優先購買權之審查」，

中原財經法學，第 40 期，頁 1-59。

6. 蔡茂寅（2002）：「切結書之法律性質」，月旦法學，第 87 期，頁 24-25。

講 習

1. 陳立夫（2020年10月26日）：「土地登記涉及私權爭執事項及土地法第 34 條之 1 規定」，中華不動產仲裁協會第五期仲裁人講習，台北市，台灣。