

歸屬法條：土地法第34條之1

【公布日期文號】內政部99年8月27日內授中辦地字第0990725278號

令

【要旨】部分共有人依土地法第34條之1規定設定地上權予共有人之一或數人等登記事宜

【內容】

一、按部分共有人得否依土地法第34條之1規定設定地上權予共有人之一或數人等登記事宜，經函准法務部99年7月29日法律字第0999027538號函略以：「...民法第762條規定：『同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。但其他物權之存續，於所有人或第三人有法律上之利益者，不在此限。』故如所有人有法律上利益者，所有人亦可取得自己土地之地上權，未必產生混同問題...共有人依土地法第34條之1第1項規定為處分時，受讓人並無資格之限制(陳立夫，土地法第三十四條之一若干問題之探討，收錄於氏著，土地法研究，2007年8月版，第114頁)，則舉重以明輕，共有人依本條項設定地上權時，地上權人之資格亦無限制。此觀諸司法院釋字第451號解釋理由書...亦持相同見解可證。又該號解釋之意旨雖僅論及『共有人全體之同意設定地上權』，惟解釋上不因共有人依土地法第34條之1第1項規定採多數決之方式設定地上權而有不同。職此之故，部分共有人非不得依土地法第34條之1第1項規定，就共有土地設定地上權予共有人之一。」，本部同意上開意見。準此，共有人得依土地法第34條之1規定，就共有土地全部設定地上權予共有人之一或數人，且該共有人就自己土地取得之地上權因存有法律上之利益，尚不產生與其所有權混同而消滅之問題。

二、另參依本部97年6月12日內授中辦地字第0970046311號函釋意旨，如同意設定地上權之共有人人數及應有部分符合土地法第34條之1規定時，即得依法設定地上權，不因其是否同為地上權

人而受影響。至於他共有人得否主張優先設定地上權乙節，因上開條文第4項係就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為規定，並未明定地上權設定登記時，他共有人得以同條件優先設定地上權，故不宜擴張解釋。