

釋字第 451 號解釋協同意見書

陳計男大法官 提出

按物權除法律別有規定外，不得創設，民法第七百五十七條定有明文。地上權依民法第八百二十三條規定，係以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用土地之權。基於土地所有權與土地利用權得以分開並由不同之人享有其權利之法理，及為增進土地之充分利用，本席固贊成共有人得基於全體共有人（不論分別共有抑共同共有）之同意，得於共有土地上，為共有人中之一人或數人設定地上權，但對於共有人之依取得時效規定取得地上權，解釋文謂：「共有人或共同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人」，雖為本席所同意，但多數意見謂：「若共有人或共同共有人於占有之共有或共同共有土地，對於使其占有之他共有人或共同共有人表示變為以在他人之土地上行使地上權之意思而占有，自得本於民法第七百七十二條準用第七百六十九條、第七百七十條，主張依時效取得地上權」云云，本席則認並非無疑。蓋在共有人或共同共有人於占有之初，主觀上即以認共有之土地為他人之土地，而以取得地上權之意思而占有者，如並具備其他因時效取得之要件時，認其因時效取得地上權，而可申請登記為地上權人，固無疑問，若共有人於占有之初主客觀上已認識其占有之土地，係為自己與他人所共有或共同共有，即難謂係以在他人土地上而為占有，其後能否再就其主客觀上已認識之共有土地因「表示」之行為而改變為係以在他人之土地為占有之意思而予占有？前後主觀之認識可否如此矛盾？非無推求之餘地。內政部七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定，共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登

記，逾越法律所定取得地上權之要件，固違憲法保障人民財產權之本旨，但解釋理由中之上述部分，則為本席所不贊同。爰提出協同意見書如上。