

釋字六七一號解釋協同意見書

大法官 謝在全

徐璧湖

池啟明

蔡清遊

關於本件解釋，本席等均敬表同意，然其解釋理由似有未盡之處，爰提出協同意見書，試闡述如下：

一、土地登記規則第一百零七條已配合民法第八百二十四條之一修正：

土地登記規則第一百零七條於中華民國九十八年七月六日配合民法第八百二十四條之一修正（同年七月二十三日施行）為：「分別共有土地，部分共有人就應有部分設定抵押權者，於辦理共有物分割登記時，該抵押權按原應有部分轉載於分割後各宗土地之上。但有下列情形之一者，該抵押權僅轉載於原設定人分割後取得之土地上：一、抵押權人同意分割。二、抵押權人已參加共有物分割訴訟。三、抵押權人經共有人告知訴訟而未參加。」可見，關於應有部分設定抵押權，於共有物分割後，該抵押權應如何處理，於民法第

八百二十四條之一規定施行後，已設有適當之規範，足以保護共有人及抵押權人之利益，是系爭解釋所應處理者，乃在此之前所生之問題。

二、分別共有制度的本質

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（本院釋字第五六二號解釋參照），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。然應有部分性質上與所有權仍無不同，故共有人就其應有部分得自由為處分、設定擔保物權（本院釋字第一四一號、第五六二號解釋參照），以實現憲法保障人民財產權之意旨。

三、共有物之分割與抵押權之關係

（一）民法第八百六十八條規定：「抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。」觀本條文意雖係就不動產設定抵押權，實則係就不動產所有權上成立抵押權（設定定限物權），而共有物之應有部分，係指共有人對共

有物所有權之比例，性質上與所有權並無不同（本院釋字第五六二號解釋參照），是以就共有不動產之應有部分設定抵押權者，與共有不動產所有權設定抵押權同，於共有物分割後，原就共有物之應有部分設定之抵押權，依上開規定，不因此而受影響。何況，共有物分割之效力，我國實務及學說通說採取移轉主義，共有物分割效力自分割完畢向後發生（民法第八百二十五條參照），無溯及至共有成立時之效力，自不影響在共有物分割前，應有部分設定擔保物權之效力¹。抵押權成立後，不因抵押物物權變動而受影響，此為民法一貫之制度設計（民法第八百六十六條至第八百六十八條參照），目的在使抵押權人得依抵押權設定時之權利狀態優先受償（本院釋字第三〇四號解釋參照），蓋抵押權亦為財產權之一種，自同在憲法上財產權保障之列。

¹ 民法已據此意旨增設第八百二十四條之一第一項及第二項本文規定。日本民法第二百六十一條規定與我國民法第八百二十五條規定相同，其通說及實務亦採此見解。參我妻榮著，有泉亨補訂，新訂物權法（民法講義Ⅱ）第三三五頁，一九八四年四月。另參川島武宜、川井健編集，新版注釈民法（7）第四六九至四七一頁，二〇〇七年九月。另參近江幸治，民法講義Ⅱ[物權法]第二四九至二五〇頁，一九九八年六月。日本實務見解詳參日本最高裁判所昭和四十二年八月二十五日判決，最高裁判所民事判例集第二十一卷七號一七二九頁；日本大審院民事部昭和十七年四月二十四日判決，大審院民事判例集第二十一卷四四七頁（其意旨為：共有物分割前，共有人之一就持分設定抵押權之情形，分割後抵押權仍存在於共有物全部）。

(二) 原就共有物之應有部分設定之抵押權，不因共有物分割而受影響，已如上述，故該抵押權之標的物仍為原共有物之應有部分，不因共有物分割而轉化為具體物或其他變形物。擔保物權之物上代位（民法第八百八十一條、第八百九十九條參照）於此並無適用之餘地，蓋於共有物之分割，共有物之應有部分係相對滅失，而非絕對滅失，不符擔保物權物上代位之要件。從而，該抵押權人實行抵押權時，所得聲請拍賣之標的物應為原共有物設定抵押權之應有部分。易言之，共有土地之應有部分經設定抵押權者，於共有物分割係以原物分配於各共有人時，因土地之共有狀態已不存在，致應有部分抵押權無從繼續記載於共有土地，在登記技術上，必須轉載於分割後各宗土地之上，因而形成共同抵押權，但抵押權人無依民法第八百七十五條規定，僅選擇聲請對其他共有人分得物上轉載之應有部分抵押物拍賣之權

（然抵押人為債務人時，則有民法第八百七十五條之一之適用，抵押人非債務人時，為類推適用），此自應有部分之抵押權人，不能因共有物之分割而受不利益，亦不能因共有物之分割而受有利益言，亦合乎事物之本旨。

四、其他共有人或第三人之財產權保障

(一) 憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害，但於符合憲法第二十三條規定之限度內，仍得以法律或法律明確授權之命令加以限制，自屬當然。(本院釋字第五六四號、五七三號、五九六號、六〇〇號、六〇六號等解釋參照)

(二) 未就共有物應有部分設定抵押權之共有人(以下稱：其他共有人)，於分割前，就應有部分抵押權，與相關之利害關係人協商解決者，固屬最佳，然其後共有物經分割，抵押權經轉載於其分得之原物時，確有受不利益之虞，關此，除得依民法第八百二十五條規定辦理外，依上開說明，抵押權人實行抵押權時，應以原共有物之應有部分為標的物聲請拍賣，於拍定後，由取得該應有部分之拍定人，與其他共有人回復共有關係，是其他共有人之財產權仍可獲得保障。基於此項意旨，共有物分割之安定性因而退讓，亦即原共有物之分割失其效力。

(三) 於共有物分割後，應有部分抵押權人實行抵押權前，若有第三人受讓分得之原物，或就該分得物成立物權者，因應有部分曾設定抵押權，經分割後，應有部分抵押權

仍存在等情形，土地登記自始均有詳細之記載，依此項登載所公示之狀況為第三人所得知，第三人為交易時可預為處理，是無礙於交易安全之保障，無善意保護之問題。

五、土地登記規則第一百零七條規定之合憲性

土地登記規則係依土地法第三十七條第二項之授權而制定，而中華民國九十年九月十四日修正發布之土地登記規則第一百零七條，係六十九年一月二十三日所增訂，其增訂理由表明：1.本條規定分別共有土地設定抵押權後，辦理分割時，其抵押權之轉載方式。2. 分別共有土地，共有人就其應有部分設定抵押權，辦理共有物分割時，其抵押權轉載於抵押人取得之土地上，前經內政部六十四年十月一日台內字第六五二〇〇〇二號函規定有案，嗣行政院以監察院對上開部函解釋認為有違民法第八百五十八條（應係第八百六十八條之誤）規定，特以六十七年五月十九日台六十七內字第四三〇三號函示「辦理分割登記前，由設定抵押權之共有人自行協調抵押權人取得其同意書後，再辦理土地分割登記及抵押權之轉載。」3.本條為兼顧法理與實務，特參照監察院、行政院及內政部意見訂定如上。據上觀之，土地登記規則第一百零七條係關於分別共有土地，共有人就其應有部分設定

抵押權，辦理共有物分割時，其抵押權轉載方法之技術規定，不但未逾越土地法授權之範圍，且符合民法規定之意旨，亦與憲法保障財產權之規定，尚無牴觸。