

釋字第六七一號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

關於分別共有土地，部分共有人就其應有部分設定抵押權者，嗣後該共有土地如經分割後，該抵押權之標的究竟有何變更？學說與實務利用將該抵押權轉載於分割後之各單獨所有物的方法解決。於是，引起該轉載對於其他共有人是否公平之疑問。因此，亟需在規範規劃上周圍安排。雖然民法第八百二十四條之一已為之新為增訂，然在該條文增訂以前已發生之案件，仍須實務及學說妥為因應。

基於不告不理原則，本號解釋之聲請，可謂是以司法的方法檢討及解決該糾紛之契機。本號解釋雖已提出解決途徑，但鑑於在分別共有之分割，其抵押權人及共有人之利益衝突情狀如學說及實務所示，所涉問題相當複雜，也因此糾紛不斷。所以，為使本號解釋之適用及相關制度之發展，能夠有比較詳細而具體之法律意見可供參酌，爰提出協同意見書如下，謹供參考：

壹、問題之緣起

分別共有物在分割後，共有人對該共有物之物權上的客體發生變化，自其應有部分轉為單獨所有物。該單獨所有物稱為其所自之應有部分的代位物。在標的上具有同一性。不論在協議分割或裁判分割皆然。

然在共有人之一在分割前，將其應有部分設定抵押權於他人的情形，其抵押權標的本來固為該經設定抵押權的應有部分，但在分割後，是否同樣以各共有人分得之單獨所有物「按其（原設定人）應有部分」為抵押權標的？鑑於分割可能不利

於該抵押之設定人，以致不利於其抵押權人，通說及實務依民法第八百六十八條預防性的認為，該抵押權之客體不因分割而改變，依然存在於設定人之應有部分上。

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規定：「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。但經先徵得抵押權人同意者，該抵押權僅轉載於原設定人分割後取得之土地上。」(下稱系爭規定)

依系爭規定之內容，分割經先徵得抵押權人同意者，該抵押權僅轉載於原設定人分割後取得之土地；未經先徵得抵押權人同意者，該抵押權既不集中轉存於原設定人因分割而取得之土地(單獨所有物)，亦不續存於其原應有部分，而係按原設定人之應有部分比例，以各共有人取得之單獨所有物之一部分為其標的¹。於是引起下列問題：原設定人以外之共有人(下稱其他共有人)因分割而取得之單獨所有物之一部分，憑空成為原設定人之債務的第三人抵押標的，其他共有人形同該債務之連帶保證人²。

由於系爭規定僅就抵押權人之利益的保護部分加以規定，而對於其他共有人之所有權的利益並無規定，該不平衡之規範造成該抵押權人與其他共有人間之利益的重大衝突。且其他共

¹ 要使該主張成為可能，分別共有物經設定抵押權者，相對於抵押權人變成不可分割之物。亦即該共有物雖經協議或裁判分割，但相對於抵押權人依然「割而不分」，該抵押權依然按原設定人對於共有物之應有部分的的比例，存在於各共有人分得之單獨所有物上。如此，形成一個奇特的法律現象：各共有人分得之單獨所有物在分割後，隱隱然仍帶有原設定人之原應有部分，並以該應有部分為抵押權之客體。於是，各共有人分得之單獨所有物自始帶有權利瑕疵，該瑕疵有待原設定人對於其他共有人履行民法第八百二十五條所定之擔保責任後，始能除去。

² 蓋依系爭規定轉載抵押權後，抵押權人不須經先向原設定人請求給付而無結果，即得就原設定人以外之共有人因分割而取得之單獨所有物聲請為強制執行，其他共有人並無得以對抗抵押權人之法律手段。

有人除得依民法第八百二十五條，向原設定人主張其負有除去該權利瑕疵之擔保責任外，再無其他法律之明文可援以圓滿解決該衝突。是故，該條規定所涉事項，尚有應規定而未規定之事項，有必要透過法律補充，予以妥善解決。

貳、轉載方法之比較

分別共有土地，部分共有人就應有部分設定抵押權，嗣後共有土地既經分割，該抵押權即失所附麗，蓋此時原共有土地之所有權既不存在，亦無所謂對原共有土地之應有部分可言。若抵押人未及於分割時即以清償之方式徹底消滅該抵押權，即發生抵押權轉載之規範上需求。有疑問者為，此時抵押權應如何轉載？不外集中轉載於原設定人因分割而取得之土地上，或係按原應有部分轉載於分割後各宗土地之上。以下茲將兩種方式之法律依據、衍生問題及其解決方法整理如下：

	A.按原應有部分轉載於分割後各宗土地	B.集中轉載於原設定人取得之土地
法律依據	依據不明 ³	民法第 825 條所定擔保責任 ⁴
衍生問題	一、原設定人設定抵押權時不需其他共有人同意，其他共有人因分割而取得之土地上卻有抵押權負擔（違反私法自治原則），且其他共有之人土地上作為抵押權標的之	一、無此問題。

³ 學說雖謂此種轉載方法之依據係「移轉主義」，惟由於移轉主義之內容為何，其實並不清楚，因此由移轉主義是否必然導出系爭規定，亦有疑問。此外，亦有學者認為，由民法第 825 條亦未必能導出移轉主義。

⁴ 原設定人應除去其他共有人所分得之物上之權利瑕疵（抵押權），此時除抵押權人同意塗銷外，其除去方式不外：(1)清償(2)將抵押權轉載於原設定人分割後取得之土地上。若採(2)法，則最適合之時機即為「辦理共有物分割登記時」，蓋原設定人於分割後立刻對他共有人負民法第 825 條所定之擔保責任，因此應立刻除去該權利瑕疵。

	<p>部分還可能大於原設定人分得之單獨所有物應受轉載為抵押權標的之部分！</p> <p>二、另須說明者，原設定人之原應有部分越是微小、其清償能力越是不足，其他共有人被抵押權人行使抵押權的可能性就越大，而且其轉向原設定人求償而無著的可能性也越大。</p> <p>三、其他共有人若為清償，固將依法承受抵押權人對原設定人之債權，然而因其債權行使不得有害於原債權人之利益（民法第三百十二條），因此必定劣後於抵押權人受償（此等情勢，亦將誘使抵押權人優先以其他共有人之土地取償）。</p> <p>四、若原設定人所設定者為最高限額抵押權，則其所擔保之債權可能隨時增加，其他共有人之權益更無保障。</p> <p>五、若原設定人於分割後就其取得之土地再設定另一抵押權於原抵押權人或第三人，則將使其他共有人之不利益更為擴大。</p> <p>六、承五，於原設定人分割後就其取得之土地再設</p>	<p>二、無此問題。</p> <p>三、無此問題。</p> <p>四、無此問題。</p> <p>五、無此問題。</p> <p>六、無此問題。</p>
--	--	--

	<p>定另一抵押權於第三人之情形，若嗣後發生分割失效之情事，後一抵押權人可能主張基於信賴保護（土地法第四十三條）對於該土地的三分之二有第一順位之抵押權，另三分之一的部分則有第二順位之抵押權，然後再主張分割失效後之應有部分為後一抵押權標的之代位物，因此就該應有部分的三分之二，享有優先於前一抵押權人之抵押權。如此勢將治絲益棼。</p> <p>七、最後，純就理論方面而言，為何分割後，所有權可以集中，抵押權卻「留在原地」？</p> <p>八、無此問題。</p>	<p>七、無此問題。</p> <p>八、分割若有不公，將損害抵押權人權益。</p>
<p>問題解決</p>	<p>上述一、至七、問題，均無解決之道。</p>	<p>八、在協議分割，可事先徵得抵押權人同意，在裁判分割，可告知抵押權人參加共有物分割訴訟。未履行上述程序者，抵押權人可依詐害債權有關規定或以裁判分割具有瑕疵，更行主張其權利。</p>

系爭規定除在利害關係人間造成如上所述諸多衍生問題外，其於強制執行方面，亦另外造成難以說明之問題。蓋依系

爭規定，抵押權人得主張按原設定人之應有部分，對於全體共有人因分割取得之各單獨所有物聲請強制執行，其法律上之理由為：其聲請強制執行之標的係原設定人對於原共有物之應有部分，而非該原共有物或各共有人因分割而取得之各單獨所有物。然而分割之後，實已無原共有物所有權之可言。因此該等主張有一前提，亦即至遲於拍定時，已否定該分割之形成效力，再次回復到分割前之法律狀態。

參、本件解釋之功能

前揭二種轉載方式中，依系爭規定轉載抵押權之結果，將造成諸多無法解決之衍生問題以及強制執行時說理上的困難，已如上述。若將抵押權集中轉載於原設定人因分割而取得之土地，僅於分割不公平時，可能損及抵押權人權益；且若真有分割不公平之情事，亦有補救之道。

然系爭規定所定之轉載方法既為通說所支持，且因抵押權制度牽涉廣泛，依現行制度無法立刻改弦更張，故大法官對抵押權人及原設定人以外其他共有人之權益的維護，一時只能力謀兼顧。雖仍有未竟之處，仍期本號解釋能夠發揮其階段性之功能。

本解釋之要旨，係考量上述第一種轉載方式（亦即系爭規定所定之原則轉載方式）所造成之衍生問題，多係因抵押權人逕以原設定人以外其他共有人之分得土地上受有抵押權轉載之部分，聲請強制執行取償所造成。因此若在抵押權人聲請強制執行時，或至遲於拍定時，使原共有物之分割失其效力，回復至分割前之法律狀態，即一方面可解決系爭規定於強制執行時說理上之困難，二方面亦可避免諸多無法解決之衍生問題。且

於共有物分割經抵押權人實行抵押權而失效後，共有人若欲重為分割該共有物，即可依新增訂之民法第八百二十四條之一所定方式處理，是本號解釋，亦有促進新舊制度接軌之功能，併此指明。

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。