

103 年公務人員普通考試試題

類 科：地政

科 目：民法物權編概要

一、為謂不動產？輕便軌道是否為不動產？

【擬答】：

(一)不動產之定義：

依民法第 66 條第 1 項規定，稱不動產者，謂土地及其定著物。據此，不動產包括土地及定著物在內。而所謂定著物，依最高法院 63 年第 6 次民事庭決議之見解，係指非土地上之構成部分，且須繼續附著於土地，而達一定之經濟上目的，不易移轉其所在之物而言。凡屋頂尚未完工之房屋，其已足避風雨，可達經濟上使用之目的者，即屬土地之定著物。

(二)輕便軌道是否屬於不動產？

依民法第 66 條第 1 項規定，稱不動產者，謂土地及其定著物，而輕便軌道並非土地，惟其是否為定著物，非無疑義。所謂定著物，依上揭最高法院 63 年第 6 次民事庭決議，須為非土地之部分，且繼續附著土地、達一定經濟目的、並不易移轉其所在之物。又司法院大法官釋字第 93 號解釋：「輕便軌道除係臨時敷設者外，凡繼續附著於土地而達其一定經濟上之目的者，應認為不動產。」故若輕便軌道符合上揭定著物之要件，自得認為係定著物。

二、甲乙丙三兄弟共同繼承其父所遺留之一筆土地，三人對於如何分割該筆土地無法達成協議，問：

(一)甲得否於未辦理繼承登記之前，單獨訴請法院為裁判分割？

(二)若甲乙同意分割該土地，而丙不同意，則甲乙二人可否依土地法第三十四條之一規定之多數決方式，而為協議分割？

【擬答】：

(一)未辦理繼承登記前，甲得否單獨訴請法院為裁判分割？

1. 甲乙丙係共同共有該地：

依民法第 759 條之規定，因繼承而於登記前取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權，而依同法第 1151 條規定，繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。故甲乙丙於遺產分割前，已經取得該地之所有權，且就該地係共同共有。

2. 甲不得單獨訴請法院為裁判分割：

有疑問者係，甲雖然係該地之共同共有人，得否於繼承登記前訴請法院就該地為裁判分割？最高法院 68 年第 13 次民事庭決議認為：「按分割共有物既對於物之權利有所變動，即屬處分行為之一種，凡因繼承於登記前已取得不動產物權者，其取得雖受法律之保護，不以其未經繼承登記而否認其權利，但繼承人如欲分割其因繼承取得共同共有之遺產，因屬於處分行為，依民法第七百五十九條規定，自非先經繼承登記，不得為之。」據此見解，因分割行為屬於處分行為，縱使甲已經因繼承取得該地所有權而成為共同共有人，但依民法第 759 條之規定，仍不得於辦理繼承登記前，單獨訴請法院為裁判分割。

(二)甲乙得否依土地法第 34 條之 1 之多數決方式而為協議分割？

1. 原則上協議分割應得全體同意

依民法第 1151 條規定，繼承人有數人者，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。另依同法第 1164 條規定，繼承人得隨時請求分割遺產，但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限。又依民法第 828 條第 3 項規定，共同共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意。而遺產之分割屬於對共同共有物之處分行為，據此規定，原則上應得全體繼承人之同意，始得為之。

2. 甲乙不得依土地法第 34 條之 1 之多數決方式為協議分割

土地法第 34 條之 1 第 1 項前段規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地

公職王歷屆試題 (103 高普考)

上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。」有疑問者係，甲乙得否依同條第 5 項準用本項規定以多數決之方式為協議分割？依最高法院 74 年台上字第 2561 號判例：「土地法第三十四條之一所稱之處分，不包括分割行為在內，不得以共有人中一人之應有部分或數共有人之應有部分合併已逾三分之二，即可不經他共有人全體之同意，而得任意分割共有物。」據此，土地法第 34 條之 1 第 1 項之處分不包括「分割」在內，因此若甲乙欲分割該地，仍應依上述規定，應得全體繼承人之同意而為協議分割。

三、甲將其土地設定抵押權予乙銀行以做為向其貸款之擔保。其後甲將該地設定地上權予丙，丙遂於該地建築房屋一棟，若甲屆期未清償欠款，問：

(一)若乙於實行抵押權時，因丙地上權及地上建物之存在，致無人應買，乙得否聲請法院除去該地上權後拍賣？

(二)乙得否主張併付拍賣該地上建物？

(三)設若乙於實行抵押權拍賣該土地之前，丙即已該地上房屋出售予甲並辦妥所有權移轉登記，則乙於實行抵押權時，對該房屋得否主張併付拍賣？

【擬答】：

(一)乙得聲請法院除去該地上權：

依民法第 866 條第 1 項前段規定，不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權或其他以使用收益為目的之物權。又依同條第 2 項規定，前項情形，抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得除去該權利或終止該租賃關係後拍賣之。

據此規定，若甲屆期未清償欠款，且該地上權影響抵押權實行者，乙即得依民法第 866 條第 2 項規定聲請法院除去該地上權後，再予以拍賣。

(二)乙得將丙之房屋為併付拍賣：

依民法第 877 條規定：「(第 1 項)土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得於強制執行程序中聲請法院將其建築物與土地併付拍賣。但對於建築物之價金，無優先受清償之權。(第 2 項)前項規定，於第八百六十六條第二項及第三項之情形，如抵押之不動產上，有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，準用之。」

據此，若法院依民法第 866 條第 2 項規定除去丙之地上權時，乙得依民法第 877 條第 2 項準用第 1 項之規定，聲請將丙之房屋併付拍賣，但對於該屋拍賣所得之價金，乙無優先受償之權。

(三)乙得將甲之房屋為併付拍賣：

依最高法院 89 年台抗字第 352 號判例：「民法第八百七十七條係為保護抵押權人之利益，及社會之經濟而設之規定，故於土地抵押後，在其上營造之建築物，雖非土地所有人所建，但於抵押權實行時，該建築物若與抵押之土地已歸一人所有，則為貫徹上開立法目的，宜解為有該條之適用，得於必要時，將土地抵押後，在其上營造之建築物，與該土地併付拍賣。」

據此，甲將該地設定抵押權予乙後，復將該地設定地上權予丙，丙並於該地建築房屋，且於實行抵押權前，丙將該屋出售予甲並辦妥所有權移轉登記，此時抵押之土地與土地上之房屋，已歸一人所有，乙自得聲請將該屋併付拍賣。