

104 年特種考試地方政府公務人員考試試題

等 別：四等考試

類 科：地政

科 目：民法物權編概要

一、甲於民國 100 年 1 月 1 日以口頭約定，用 500 萬元向乙購買 A 地，甲交付 300 萬元後，乙將 A 地交付甲使用，惟乙一直不辦理所有權移轉登記。103 年初甲請求乙協同辦理所有權移轉登記。試問：

(一)若乙主張「雙方就 A 地之買賣為口頭約定，不動產物權移轉或設定應以書面為之，雙方僅有口頭約定，契約未合法成立，故甲不得請求辦理所有權移轉登記」，其主張是否有理由？

(二)若乙主張因為所有權未移轉登記，乃依民法第 767 條所有物返還請求權，請求甲返還 A 地，其主張是否有理由？

【擬答】：

(一)乙主張「雙方就 A 地之買賣為口頭約定，不動產物權移轉或設定應以書面為之，雙方僅有口頭約定，契約未合法成立，故甲不得請求辦理所有權移轉登記」，無理由。分析如下：

1. 民法第 758 條「I 不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。II 前項行為，應以書面為之」係指「物權行為書面」，不動產買賣契約仍屬不要式契約，最高法院 57 年台上字第 1436 號判例：「不動產物權之移轉，應以書面為之，其移轉不動產物權書面為合法成立，故不能生移轉之效力。惟關於買賣不動產之債權契約，乃非要式行為，若雙方就其移轉之不動產及價金已互相同意，則其買賣契約即為成立。出賣不動產之一方，自應負交付該不動產並使他方取得該不動產所有權之義務，買受人若取得出賣人協同辦理所有權移轉登記之確定判決，則得單獨聲請登記得所有權，移轉不動產物權書面之欠缺，即因而補正。」參照。

2. 惟若民法第 166 條之 1「I 契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。II 未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」施行後，不動產買賣契約則須公證。

(二)若乙主張因為所有權未移轉登記，乃依民法第 767 條所有物返還請求權，請求甲返還 A 地，其主張無理由。理由在於雖然因為乙未將 A 地所有權移轉登記給甲，以致於乙仍為 A 地所有權人，然甲占有土地既係出賣人乙本於買賣之法律關係所交付，即具有正當權源，自非無權占有，最高法院 85 年台上字第 389 號判例：「按消滅時效完成，僅債務人取得拒絕履行之抗辯權，得執以拒絕給付而已，其原有之法律關係並不因而消滅。在土地買賣之情形，倘出賣人已交付土地與買受人，雖買受人之所有權移轉登記請求權之消滅時效已完成，惟其占有土地既係出賣人本於買賣之法律關係所交付，即具有正當權源，原出賣人自不得認係無權占有而請求返還。」參照。

二、甲、乙、丙三人共有 A 地，各有三分之一的應有部分，試問：

(一)若甲未經乙、丙同意，將自己三分之一的應有部分設定抵押權給丁，其效力如何？(15 分)

(二)若甲未經乙、丙同意，擅自將 A 地出賣給戊，其效力如何？乙、丙二人得否依該契約，請求戊給付價金？

【擬答】：

(一)若甲未經乙、丙同意，將自己三分之一的應有部分設定抵押權給丁，有效。分析如下：

1. 實務之見解先後不同。原採否定說，司法院院字第 1516 號解釋：「丙就與甲、乙共有之房地，私擅設定抵押權，其行為不能有效，如非基於公同關係而共有，則丙雖得處分其應有部分，但不得為抵押權之標的物。」參照，其理由在於民法第 819 條第 1 項與第 2 項作體系解釋，第 1 項僅有「處分」，而無「設定負擔」，惟此項見解備受學界批評，蓋應有部分之讓與為高度行為，而應有部分之抵押為低度行為，此項見解將造成輕重失衡，且應有部分設定抵押、實行抵押的結果亦係應有部分讓與於拍定人，應有部分既可

讓與，當然亦可抵押，

2.故之後，釋字第 141 號解釋：「共有之房地，如非基於公同關係而共有，則各共有人自得就其應有部分設定抵押權。」改採肯定說，自值贊同。

3.依據民法第 819 條第 1 項之規定，應有部分之處分本即由各共有人自由為之，自無須得其他共有人同意。

(二)若甲未經乙、丙同意，擅自將 A 地出賣給戊，有效；乙、丙二人不得依該契約，請求戊給付價金。分析如下：

1.負擔行為並不以行為人具有處分權必要，共有人中之一人或數人未經共有人全體之同意就共有物之全部或一部所訂立之買賣契約，仍為有效。最高法院 18 年上字第 676 號判例：「共有財產非經共有人全體之同意，不得由共有人之一人或數人自由處分，若無共有人之同意而與他人締結買賣財產之契約者，則該契約自不得認為有效。」曾有錯誤的見解，但已經最高法院 92 年度第 2 次民事庭會議決議宣告廢止，廢止理由即係未經共有人全體同意而出賣共有物，於訂約之共有人與買受人間仍屬有效，本則判例立論可議。

2.惟買賣契約之出賣人僅係甲，故乙、丙二人自不得依該契約，請求戊給付價金。至於最高法院 72 年台上字第 679 號判決：「買賣契約之成立，非以出賣人對於標的物有所有權為要件，設共有人未得他共有人之同意，擅自出賣共有物，其買賣契約並非無效，僅對於他共有人不生效力而已，且得因他共有人之事後承認而溯及既往發生效力。」認為若他共有人事後承認，則他共有人亦溯及既往成為出賣人，則似值商榷，蓋承認（權）的前提係效力未定的法律行為，但共有人中之一人或數人未經共有人全體之同意就共有物之全部或一部所訂立之買賣契約，本屬有效，何來承認（權）可言，且契約之成立本須雙方合意，似難因為他共有人事後單獨之意思表示即可取代雙方之合意而讓其成為契約當事人。

三、一般認為最高限額抵押權最大的特色，在於緩和了普通抵押權之從屬性要求，請從「成立上從屬性」、「移轉上從屬性」、「消滅上從屬性」，說明最高限額抵押權從屬性之緩和化的意義。

【擬答】：

最高限額抵押權從屬性最大緩和化（係就「最高限額抵押權」與「債權」的關係而言）

(一)最高限額抵押權無成立上從屬性。蓋最高限額抵押權係擔保不特定債權，於原債權確定前，與任何債權並無必然的結合關係，而實務上之最高限額抵押權常在設定抵押時，根本尚未發生債權，僅係擔保基於「繼續性供給契約」或「經銷契約」等將來發生的債權，最高限額抵押權並不因而無效。

(二)最高限額抵押權無移轉上從屬性。蓋最高限額抵押權於原債權確定前，若發生原在擔保範圍內之債權有讓與之情事，不但最高限額抵押權不會隨同移轉，反而係被讓與之債權脫離擔保債權之範圍，最高法院八十六年台上字第二四九六號判決「最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前第三人為債務人清償債務者，其最高限額抵押權是否隨同移轉於第三人，我民法並無明文規定，亦無習慣可資援用，自應依法理而為適用。按最高限額抵押權於原債權確定前，不具一般抵押權之從屬性，故第三人於原債權確定前為債務人清償債務，該受償部分之債權即脫離擔保之範圍，其最高限額抵押權自無從隨同移轉予第三人，為維護最高限額抵押權之上開特性，理應如此認定。」、同院九十二年台上字第九五八號判決「按最高限額抵押權係由債務人或第三人提供抵押物，以擔保在預定最高限額之一定範圍內之不特定債權之特殊抵押權，其所擔保者為其基礎關係所生之不特定債權，該基礎關係所生之各個債權既係持續發生，故於債權未確定前，抵押債權讓與他人，該債權即脫離抵押權擔保之範圍，最高限額抵押權並不隨之移轉，即無民法第二百九十五條第一項前段之適用。」與民法第八百八十一條之六第一項「最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前讓與他人者，其最高限額抵押權不隨同移轉。第三人為債務人清償債務者，亦同」參照。

(三)最高限額抵押權無消滅上從屬性。蓋最高限額抵押權係擔保不特定債權，於原債權確定前，與任何債權並無必然的結合關係，故不會因為任何一筆在擔保範圍內之特定債權因清

公職王