

共有土地分割登記轉載問題之探討

楊松齡*

論文收件日期：九十四年五月五日

論文接受日期：九十四年十二月二十七日

摘 要

共有土地除因其使用目的不能分割或契約訂有不能分割之期限外，為促進共有物之利用，使共有之關係消滅，於公私皆有裨益，故民法第八百二十三條乃明定，各共有人得隨時請求分割共有物。惟原共有人以其應有部份設定抵押之抵押權，究應存在分割後該共有人分得之部份？抑或仍存留於原共有物分割形成之全體單獨所有之上？依現行民法第八百六十八條規定意旨抵押權具有不可分性，故抵押之不動產如經分割，其抵押權不因此受影響。惟此規範是否及於應有部份設定抵押權，恐有爭議。就抵押權人立場而言，為獲得充足之擔保，當主張土地分割後其抵押權仍存於分割後之每一宗土地。就共有人而言，為確保其產權之圓滿，當主張土地分割後抵押權應存在於抵押人取得之土地。現行土地登記規則與民法物權編修正草案，亦呈不同之規範。這些規定與見解各有所本，本文擬由法律經濟觀點，進行研析，期能提供不同思考途徑，以供參酌。

關鍵詞：分割登記，共有，抵押權

* 國立政治大學地政學系教授；e-mail: slyang@nccu.edu.tw

** 感謝兩位匿名審查委員所提供之寶貴意見，使本文在內涵上更加完善，惟文中如有任何疏漏之處，仍由作者自行負責。另本文部分內容曾發表於『擔保物權新修正學術研討會』（2005.7），並轉載於台灣本土法學雜誌，第73期（2005.8）。

A Study on Subdivision Registration of Title For Co-ownership Land

Song-Ling Yang*

Abstract

In order to improve the utilization of common property, the Civil Code, Article 823 provides that “each co-owner of a common property may request for a subdivision of property rights”. But before subdivided the said land with multiple ownership, each co-owner is free to create a mortgage on their entitled share of land ownership. If some of the co-owners create a mortgage on their entitled shard of land ownership when the land is undergoing a subdivision, shall the mortgage be transferred to each subdivided land according to the original entitled share or only be transferred to the land to which the original creator is entitled after the subdivision? We found that mortgagee and other co-owners shall be equally concerned with this issue, which implied that the subdivision registration (Article 107 of The Land Registration Regulations) shall be revised.

Keywords: Subdivision Registration, Co-ownership, Mortgage

一、前 言

在我國社會中，土地共有情形普遍存在，然共有人之間輒因意見不同，使得共有土地之處分、使用、收益，倍加困難。爰此，共有土地除因使用目的不能分割或契約訂有不能分割之期限者外，為促進共有物之改良、增進共有之經濟效用，民法第八百二十三條乃明定，各共有人得隨時請求分割共有物，使共有關係消滅，俾免「屋共漏、牛共瘦」之弊，於公私皆有裨益。惟原共有人之一以其應有部分設定抵押之抵押權，於分割後之單獨所有的土地，應如何登記轉載，究應登記於分割後原

* Professor and chairman, Dept. of Land Economics, National Chengchi University.

抵押人分得之部分？抑或仍依其原應有部分之比例登記於各宗已分割之單獨所有土地上？實具有不同之經濟意義。在現行實務上，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(土登§107)。此規定之立論依據為何？究應由抵押權之權益抑或共有人之權益為土地登記制度設計上之考量？其衡量之基準為何？實值得深入探討之。本文擬由共有物之分割，應有部分設定抵押權之分割，以及分割後抵押權登記之轉載，分別申論之，冀能探求一合理且符合效率之登記方式。

二、共有土地分割之方法與效力

數人共有土地，其間關係複雜，對於共有物之改良利用，不無妨礙，對於共有物之融通，亦多阻塞，國家經濟既受損害，並易啓各共有人彼此之爭論，故法律不能不予各共有人以隨時請求分割之權，使共有人之關係容易消滅，於公私皆有裨益^{註1}。惟共有物分割後，其效力如何，對各共有人取得之權利，影響甚鉅，故就共有土地分割之方法與效力，分別論述如下：

(一) 分割之方法

依民法第八百二十四條之規定：「共有物之分割，依共有人協議之方法行之。」「分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命為左列之分配：一、以原物分配於各共有人。二、變賣共有物，以價金分配於各共有人。」「以原物為分配時，如共有人中，有不能按其應有部分受分配者，得以金錢補償之。」本條規定之立法理由謂協議分割者，各共有人於審判外為分割之方法也，有省費、和諧、迅速之利益。然協議決裂時，亦應設補救之方法，故使欲分割之共有人，得向不欲分割之他共有人提起訴訟，求為分割同意之判決，而以此項確定判決代分割之同意，以免欲分割而不得分割之弊^{註2}。故依此，共有物之分割方法有二，1.協議分割，2.裁判分割。

1. 協議分割：雖曰「屋共漏、馬共瘦」，為求共有物改良、融通之經濟利益，而予以各共有人隨時請求分割之權，惟共有物之分割，依共有人協議之方法行之。準

註1. 民法第八百二十三條立法理由，詳見陳忠五主編，(2000)，〈學林分科六法—民法〉，《學林文化事業有限公司》，台北，pp728。

註2. 同註1，陳忠五主編乙書，pp734。

此，協議分割必須經全體共有人之同意，如有共有人未參與協議或不同意者，自不生效力^{註3}。故土地之協議分割，無多數決之適用^{註4}，即協議分割而非決議分割，藉以保障他共有人之權益。

2. 裁判分割：共有人對於分割之方法，不能協議決定時，共有人之一得向法院聲請以裁判為之分割。故不論以原物分配、變價分配、原物分配兼金錢補償、或上述各分割方法之併用者皆可^{註5}，並無先後之分，法院為分割時，僅須斟酌各共有人之利害關係、共有物之性質及價格等，以公平方法定之^{註6}。故共有物分割之方法，法院之介入，係欲藉確定判決代分割之同意，以免欲分割而不得分割之弊。在斟酌當事人之聲明、共有物之性質及價值、符合公平經濟原則、考量各共有人的利害關係下，其分割方法自謂適當^{註7}。

此外，對於共有物之分割，有物權或債權之利害關係人，在外國立法例上，於分割時有參加權。我國民法以參加者，不過到場實行監督陳述意見，而非予以同意，縱使共有人反對參加人之意見，漠視其監察，其分割仍然有效，故我國民法對此不設規定。惟若為裁判分割，上述利害關係人，自得依民事訴訟法規定參加訴訟；若為協議分割，而構成詐害行為時，自得依民法第二百四十四條之規定，行使撤銷權^{註8}。又裁判分割可再細分為原物分割、變賣共有物後分配價金，以及原物分割後再以金錢補償方式等三種，協議分割之方式類型，則法律並未明文規定。

(二) 分割之效力

共有物分割後，共有關係即歸消滅。就原物分配之方法時，各共有人成為取得原物部分之單獨所有權。以協議分割而言，分割協議之法律性質係屬債權契約^{註9}，須土地共有人會同辦理分割登記後，始生分割之效力(民法§758)。以裁判分割而言，係為法院所為之判決，其結果可使共有人間之共有關係變成單獨所有，故所為

註3. 謝在全，(2003)，〈民法物權(上)〉，《三民書局》，台北，pp622。

註4. 參閱土地法第三十四條之一執行要點二。

註5. 同註3，pp629~631。

註6. 參閱五十七年臺上字第二一一七號判例。

註7. 參閱八十八年臺上字第一一九一號、第一七六八號判決。

註8. 法、義、日等國民法之立法例，對共有物有物權，或有債權之利害關係人，許其於分割時，可以參加(法民882條、義民680條，日民260條)。參閱黃右昌著，(1977)，〈民法詮解物權編(上)〉，《台灣商務印書館》，台北，pp205。倪江表著，(1982)，〈民法物權論〉，《正中書局》，台北，pp132。李肇偉著，(1979)，〈民法物權〉，自刊，台北，pp238。

註9. 王澤鑑著，(1995)，〈民法物權(1)，通則·所有權〉，《三民書局》，台北，pp292。謝在全，前揭書(上)，pp623。

分割判決為形成判決，於判決確定即生分割效力^{註10}，故土地各共有人不待登記即取得分得部分之單獨所有權(民§759)。

惟上述分割後取得原分配物部分之單獨所有權，其效力生於何時，則因立法例不同而異^{註11}：1.宣示主義(權利認定主義或認定主義)，即認為因分割而成單獨所有權之效力，溯及共有關係成立之始發生，分割僅係將原來自始屬於各人獨有的事實宣示或認定而已，法國民法採之。2.移轉主義(付與主義或權利移轉主義)，即認為因分割而成單獨所有權之效力，不溯及既往。共有人因分割而為單獨所有，係由於彼此間相互移轉或讓與部分權利所致，德國民法採之。以上兩種主義，區別之實益在於(1)租稅繳納，(2)瑕疵擔保，(3)物之負擔^{註12}。可知依原物分配方法分割共有土地時，因採認之主義不同，效力上出入甚大，不可不辨。我國民法究採何種主義，學者通說^{註13}，認係採移轉主義，其主要理由係因我民法第八百二十五條規定，因共有物分割後，共有人間負有瑕疵擔保之效果，以及我契稅條例就不動產之分割，設有徵收契稅之規定，皆屬採移轉主義之效果。惟亦有學者就上述依據，提出質疑^{註14}。為謀解決論述上之爭議，民法修正草案第八百二十四條之二，於第一項規定「共有人自共有物分割之效力發生時起，取得分得部分之所有權。」明示採移轉主義，即共有物分割後，共有人取得分得部分單獨所有權，其效力係向後發生，而非溯及既往。

三、應有部分抵押權之設定與分割

(一) 應有部分之處分

分別共有乃數人按其應有部分，對於一物共有所有權之狀態(民§817 I)，應有部分為分別共有之特徵。所謂應有部分，為行使權利，負擔義務之分量、範圍、比

註10. 參閱四十三年臺上字第一〇一六號判例。

註11. 參閱姚瑞光著，(1999)，〈民法物權論〉，《大中國圖書公司》，台北，pp134。謝在全，前揭書(中)，pp2。倪江表，前揭書，pp133。鄭玉波主編，(1984)，〈民法物權論文選輯(上)〉，《五南圖書公司》，台北，pp277。曹傑，(1964)，〈中國民法物權編〉，《台灣商務印書館》，台北，pp112。

註12. 鄭玉波，前揭書，pp278，其中物之負擔為本文之重點所在，於後文再申論之。

註13. 如史尚寬著，(1971)，〈物權法論〉，自刊，pp154。姚瑞光，前揭書，pp135。倪江表，前揭書，pp134。黃右昌，前揭書，pp210，謝在全，前揭書(中)，pp2。曹傑，前揭書，pp112。

註14. 鄭玉波，前揭書，pp282，其質疑之推論，足供研參之。

例或標準^{註15}，係所有權量之量的分割，或所有權的成數^{註16}，或所有權所得行使權利之比例^{註17}，故應有部分之內容(權能)、性質及效力，與所有權並無不同^{註18}，僅屬抽象的存在於共有物的各成分上，與單獨所有權具體的存在於物上不同。又所有權既得由所有人自由處分，則應有部分在不妨害他共有人的權利範圍內，自無不許各共有人自由處分之理，故共有人得自由處分其應有部分(民§819 I)。

所謂共有人得自由處分其應有部分，係指共有人處分其應有部分得自由為之，不必得他共有人之同意，且此處所謂處分，係指法律上之處分，不包括事實上之處分在內^{註19}，又處分係高度行為，設定負擔係低度行為，故此處所稱處分，應及於設定負擔在內^{註20}，蓋處分既得自由為之，設定負擔自無反而不得自由為之之理。因此，各共有人就其應有部分設定負擔，若與具體行為的共有物無涉，且不有害於他共有的權益者，非不得自由為之。故如就應有部分設定抵押權，自無不可。惟凡須占有、使用共有物之權利，如用益物權等，與抽象之應有部分性質不相容，且有礙其他共有人權利之虞，故自不得就應有部分，設定此等負擔。

(二) 應有部分設定抵押權後之分割

為保障抵押權人之權益，鞏固抵押權之基礎，抵押之不動產經分割或讓與一部，其抵押權不受影響(民§868)，是謂抵押權之不可分性。惟以共有之土地而言，共有人全體以共有之土地為標的，設定一個抵押權；與共有人之一，以其應有部分為標的，設定抵押權情形，有所不同。然不區分前後兩種情形之差異，皆引為說明抵押權不可分性之論述，亦不乏之^{註21}。事實上，以土地之應有部分設定抵押後，該

註15. 倪江表，前揭書，pp121。

註16. 姚瑞光，前揭書，pp119。

註17. 謝在全，前揭書(上)，pp546。

註18. 姚瑞光，前揭書，pp119。

註19. 王澤鑑，前揭書，pp271。姚瑞光，前揭書，pp122。謝在全，前揭書(上)，pp554。倪江表，前揭書，pp124。

註20. 司法院院字第一五一六號解釋指出：「…雖得依民法第八一九條第一項處分其應有部分，但不得為抵押權之標的物。」顯採否定見解，惟司法院大法官會議釋字第一四一號解釋謂：「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。」改採肯定之見解。多數學者亦採肯定態度，參閱王澤鑑，前揭書，pp272。姚瑞光，前揭書，pp122。謝在全，前揭書(上)，pp557。史尚寬，前揭書，pp148。曹傑，前揭書，pp102。張正泰，(1954)，〈民法物權編〉，《大東書局》，pp73。

註21. 姚瑞光，前揭書，pp212。倪江表，前揭書，pp134。張龍文著，(1977)，〈民法物權實務研究〉，《漢林出版社》，台北，pp101。

土地分割後，對抵押權之影響為何，我民法對此並無明文^{註22}。因此，共有物之應有部分設定抵押權後，共有物分割之效力與抵押權之不可分性，兩者間之關聯為何？值得探究。又分割方式之類型，至少尚有前述原物分割、變賣共有物後分配價金，以及以原物分割後再以金錢補償等三種。惟本文旨在探討共有土地分割後原應有部分設定之抵押權，於共有土地分割後轉載登記之問題，亦即土地登記規則第一〇七條規定之問題，故變賣共有物後分配價金之類型，自不在本文探討範圍。又以原物分割後再以金錢補償之類型，實務上因涉及土地增值稅之課徵^{註23}，故補以金錢差額者皆壓至最低，對抵押權人之影響甚微，亦不在本文探究之列。緣此，本文僅就最大多數共有土地分割所採的原物分割類型，分析如下。

依現行土地登記規則第一〇七條之規定，部分共有人就其應有部分設定抵押權後，於辦理共有土地之分割登記時，除有但書規定(即先徵得抵押權人之同意，將其抵押權轉載於抵押人分得之土地)抵押權仍按原有之應有部分轉載於分割後各宗土地之上，即抵押權人仍得對分割後各宗土地上依原之應有部分，行使抵押權^{註24}。對於此規定之形成，有認為係基於抵押權不可分性使然^{註25}，有認為係因共有物分割所生效果使然^{註26}。茲就前主張而言，所謂抵押權之不可分性，自抵押權標的物言，即抵押物之各部，擔保債之全部，抵押物雖經分割，抵押權並不因此受影響。共有人之一就其應有部分設定抵押，其標的為『應有部分』，應有部分係所有權一定量的比例，抽象地存在所有物之上，與所有權可具體存在於所有物，有所不同。由於抵押權為價值權，其所欲支配者為抵押標的之交換價值，故所支配之對象，不以具

註22. 學者如鄭玉波、謝在全等皆採此看法。鄭玉波，前揭書，pp609。謝在全，前揭書(中)，pp391。

註23. 依土地稅法施行細則第四十二條第二項規定，分別共有分割後，各人所取得之土地價值與其分割前應有部分價值相等者，免徵土地增值稅；其價值減少者，就其減少部分課徵土地增值稅。

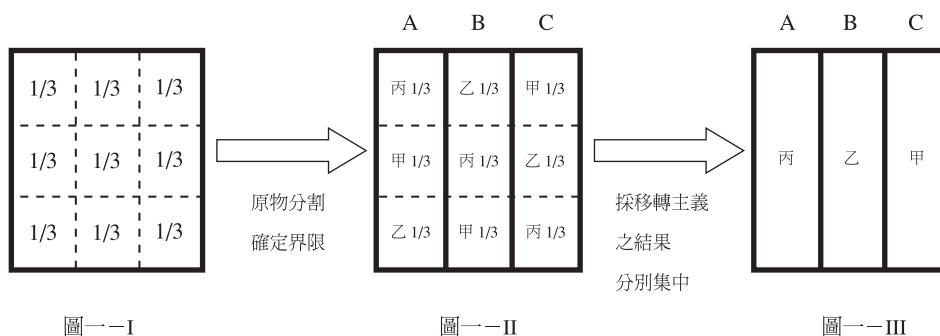
註24. 該規定係歷經多年來見解之修正而成。初見於69年1月23日修正發布之土地登記規則第91條，之前相關行政函釋如內政部64年10月1日台內地字第652002號，65年5月12日台內地字第683090號、66年1月4日台內地字第713199號等函釋，皆規定將原持分抵押權轉載於分割後抵押人取得之部分。嗣後，經報行政院以67年5月19日台(67)內字第4303號函核釋修正原見解，而納入69年修正之土地登記規則第91條。

註25. 許仁舉，〈略述共有土地分割之理論與實務〉，《土地事務月刊》，340期，pp8。陳瑞強，〈共有土地所有權分割登記理論與實務之研討〉，《土地行政》，18期，pp16。台中高等行政法院92年訴字第662號判決理由參酌。

註26. 謝在全，前揭書(中)，pp392。溫豐文，〈共有物分割對應有部分抵押權之效力〉，《月旦法學雜誌》，59期，pp21。

體之物為必要^{註27}。依此，抵押權之不可分性，宜從其抵押標的分別觀察之，若抵押標的為可具體化之土地所有權，則該土地經分割後，抵押權仍及於分割後之各宗土地，即分割行為不影響抵押權對各宗土地之行使。若抵押標的為應有部分，則抵押權之不可分性，應解為係指應有部分之分割或讓與其一部，如應有部分之繼承人分割其共有之應有部分，或共有人就其應有部分之部分讓與他人，而不影響抵押權。此種情形，與共有人之一就其應有部分設定抵押後，該共有土地復因分割成單獨所有，大有不同；後者其抵押標的『應有部分』並未分割，所分割係共有土地。故認為應有部分設定抵押，於共有土地分割後，該抵押權就原應有部分，轉載登記於分割後各宗土地上，係基於抵押權不可分性之必然，此論點似乎混淆了抵押標的為「應有部分」而非「共有土地」，實有待商榷。

其次，就後者主張而言，亦有認為共有物分割後，抵押權仍按原應有部分，存在於分割後各土地之上，抵押權人仍得對各個土地上原應有部分行使抵押權，係基於我國共有物分割通說採移轉主義之結果，因共有人間就其應有部分相互移轉，而取得單獨所有權，其效力並不溯及既往使然。茲藉姚瑞光先生所提之圖示說明^{註28}，當甲、乙、丙均等共有一土地為例，圖一—I為分割前各人應有部分抽象的存在於共有地上任何一部分，圖一-II為分割時各人分得之部分，除自己應有部分外，尚有其他二人移轉之應有部分，圖一-III為分割後採移轉主義取得之結果。共有人在共有物原物分割後，確定各共有人土地之位置，此時，原抽象之應有部分由圖一-I

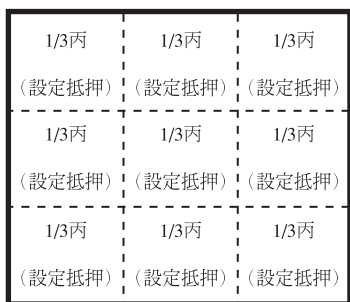


圖一 共有土地分割（採傳統移轉主義之見解）

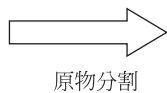
註27. 如權利抵押權之標的為權利，我國民法第882條參照。又所謂以物為標的之抵押權，亦不外係以該物之所有權為標的之抵押權，參閱倪江表，前揭書，pp312。況且，物與權利就其歸屬而言，輒為一體之兩面，我國民法第348條第一項參照。

註28. 姚瑞光，前揭書，pp135。

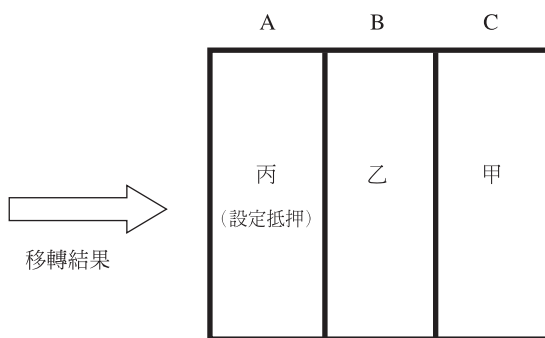
因分割而具體呈現A、B、C三塊之圖一—II形式，丙分得A塊，乙分得B塊，甲分得C塊。惟A、B、C三塊土地中，各有乙、甲；丙、甲；乙、丙應有部分(1/3)，在採移轉主義之精神下，三塊土地中，兩兩相互移轉結果，而呈現圖一—III之單獨所有權狀態。今若丙就其應有部分(1/3)設定抵押權，其情形援依前三圖說明，圖二—I顯示共有土地上任一小部分皆存有丙應有部分(1/3)設定抵押權，在原物分割確定界線後，因抵押標的為丙之應有部分(1/3)，故A、B、C三塊土地屬丙所有之應有部分(1/3)均為抵押之標的，如圖二—II所示。在採移轉主義精神下，兩兩移轉結果，丙之應有部分(1/3)具體化為A塊土地，其應有部分之負擔，亦隨之具體化移轉至分割後丙單獨所有之A塊土地。經由上述之分析，可知共有土地原物分割後，雖共有人之一就其應有部分設定抵押並不必然因分割效力採移轉主義，使抵押權按應有部分抽象存在於各單獨土地之上，反而隨著抽象之應有部分因分割後具體化成單獨所有，抵押權亦伴隨存於分割後抵押人分得之具體化之單獨所有土地上。



圖二—I



圖二—II



圖二—III

圖二 共有土地分割（本文之見解）

四、分割後抵押權之轉載登記

由上述分析得知，共有物於應有部分設定抵押權後之分割，該抵押權並不因抵押權之不可分性，於共有物分割為單獨所有後，按原應有部分仍存於分割後之各宗土地上，而將抵押權轉載登記於各宗土地之他項權利部分。蓋其分割之標的不同，且現行民法抵押權不可分性之規範，未及於此。其次，認為係因通說主張共有物之分割採移轉主義致應有部分相互移轉所生之效果，惟若解為共有物應有部分設定抵押權，係抽象地存於共有物上，俟分割後，相互移轉始具體化地存現，似乎未必仍抽象地依應有部分比例存於各分割後之單獨所有之上。雖有曰兩者論據各異，但結果卻同^{註29}，惟吾人認為現行規定，係鑑於分割後抵押權轉載登記所產生之效果，故基於政策上之考量，所為之制度設計，實與上述論據無涉。

(一) 分割效果之觀點

共有物應有部分設定抵押權，於共有物分割時，可能因共有人串通，故意分割不公，致影響抵押權人之權益^{註30}，並非不無可能。故論者認為採移轉主義，或抵押權不可分性之立論，則共有人縱有串通致分割不公之情事，對抵押權人無不利之影響。此外，在制度上為免共有物分割之效力，究採認定主義或移轉主義之爭論，以及抵押權不可分性是否涵括應有部分設定抵押權之質疑，除實務上於土地登記規則相關條文^{註31}增訂共有物分割後，原應有部分設定之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，以確保抵押權人之權益不因之遭受損失外，亦於民法修正草案第八百二十四條第二項及第八百二十四條之二第一項、第二項^{註32}增訂相關規範，以徹底解決上述之爭議。

由上述以保護抵押權人權益為傳統基本理念之前提下，可以看出整體現行法制設計上，採移轉主義的傳統見解，擬透過明定共有物分割後之效力、擴張增訂應有部分設定抵押權分割後之不可分性等方式，以避免他共有人分割共有物所產生之道

註29. 謝在全，前揭書(中)，pp400，於註廿五提出該看法，惟未進一步說明為何結果為殊途同歸。

註30. 評論採「認定主義」可能產生此種結果之論者，如鄭玉波，前揭書，pp278。陳和慧，〈論共有物之分割〉，收錄於鄭玉波主編，〈民法物權論文選輯(上)〉，pp342。黃右昌，前揭書(上)，pp209。倪江表，前揭書，pp133。陳瑞強，前揭文，pp16。曹傑，前揭書，pp112。

註31. 69年增訂於第91條(現行規定第107條)。

德風險。惟在共有物分割時，吾人所應考量者，除應有部分抵押權人之權益，應受保護外，各共有人甚或相關第三人之權益，亦應受有相等之保護程度，方符衡平之制度考量。況且於民法修正草案第八百二十四條之二第二項但書規定，權利人已參加共有物分割訴訟者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分。權利人經共有人告之訴訟而未參加者，亦同。其立法理由『…爰明定其權利僅移存於抵押人或出質人所分得部分，以安定法律關係並兼顧其他共有人之利益，此本條第二項所設^{註33}。』顯見他共有人之利益，亦為法制上值得關注之重點，而為未來修法之方向。

採移轉主義之結果，雖然達到保護抵押權人之權益不致遭受道德風險，但依此反而產生甚多不公平、不合理的現象，其犖犖大者如下^{註34}：

1. 無由造成他共有人之負擔及風險：原未設定抵押權之共有人，因分割轉載登記之結果，於共有物分割後變成取得負有抵押權負擔之所有權，而原抵押人所分得之部分，卻僅按其原來應有部分之成數負擔抵押，未設定抵押之他共有人反將承受其分得後所有物有被拍賣又無法向原債務人追償之風險，各共有人間雖負有連帶之責，但僅為因共有物所生對第三人義務，且屬不可分之性質者為限，故應有部分設定抵押權之分割轉載，已非屬共有債務之範疇^{註35}，故他共有人之風險依然存

註32. 民法物權編修正草案第八二四條第二項規定：「應有部分之抵押權人或質權人同意分割者，除另有約定外，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分。」使抵押權人同意分割之結果，能使抵押權產生移存的效力，以保障抵押權人之權益。民法修正草案第八二四條之二第一、二項規定：「共有人自共有物分割之效力發生時起，取得分得部分之所有權。」「應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但權利人已參加共有物分割訴訟者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分。權利人經共有人告之訴訟而未參加者，亦同。……」除明示採移轉主義，以免爭議外，為使抵押權人之權益受到保障，除補充抵押權不可分性之涵蓋範圍外，於裁判分割時，亦使抵押權人有參與陳述意見的機會，免受不利損害之虞。

註33. 在民法草案立法總說明中，亦說明『…為避免法律關係轉趨複雜，並兼顧其他共有人權益，宜使其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分。』參閱內政部印行，法務部民法物權編部分條文民法物權編部分條文民法物權編施行法修正草案，民法86年7月，P.12，P.123。

註34. 請參閱張良華著，(1985)，〈以不動產應有部分設定抵押權後，裁判分割共有物，抵押權歸屬之研究〉，《司法周刊》，第199期，第二版，民國七十四年二月六日。該文列舉之不公平事項，甚為詳盡，部分觀點亦可參酌鄭玉波著，前揭書，pp283，謝在全著，前揭書(中)，pp2，黃右昌著，前揭書，pp209，倪江表著，前揭書，pp133，姚瑞光著，前揭書，pp136。

註35. 共有人之間的連帶責任，其前提應為因共有物所生之對第三人義務，為共有債務之範圍。共有人就其應有部分設定抵押權，自非為他共有人之債務，故非屬共有人之共有債務。參閱謝在全，前揭書(上冊)，P.611，及註13。

在。法諺有「任何人不因他人間所發生之事由，而受損害」(Non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset)，私法上未經其人同意之事，其人以不受拘束為原則，故此種制度設計實為不妥^{註36}。

2. 造成分割效果之不安定及共有關係復甦：由於分割後抵押權按原應有部分之成數轉載登記於各共有人分割後取得單獨所有土地之上，當抵押權行使時，法院就移載之應有部分成數拍賣抵押物，則結果將可能產生他共有人與拍定人成立新的共有關係。此不僅有違當初分割共有物，消滅共有關係之初衷，亦將使原共有人憚於已設定抵押之情形下，忌於前述後果，而不敢主張分割共有物，則共有人得隨時請求分割共有物之規定(民§823)，豈非形同僅為保護已設定抵押之共有人。
3. 造成抵押權登記及受償次序之混亂：若各共有人均各以其應有部分設定抵押，在共有物分割後，因各抵押權均同時存在於分割後各單獨所有之物上，則各抵押權登記之次序如何轉載？又分割後行使抵押權時，其受償次序先後如何定奪？頗滋困擾，且反而影響各抵押權人之權益。
4. 造成他共有人之債權人權益受損：對於未設定抵押權之共有人之債權人而言，於共有物分割後，抵押權依移轉主義按原應有部分之成數，轉載登記於未設定抵押之共有人所分得部分之上。若該債權人聲請強制執行，其結果使原可就全部拍得價金平等受償之地位，反而殿居受優先清償之抵押權之後。此制度設計不僅對他共有人之權益保障不周，甚或與之無關的第三人(他共有人之債權人)亦受影響。

爰此，現行共有物分割制度為配合上述基於保護抵押權人權益之理念，對於相關法律草案增修之方向來看，僅使現行土地登記的轉載行政規定，獲得了法律上之支撐，對於抵押權人保護的法制更具體化^{註37}，但對於採移轉主義所可能產生的上述

註36. 雖然土地登記規則(§107)及民法修正草案(§824II)皆設有得將抵押權轉載於原抵押人於分割後取得之土地上，惟前提條件須得抵押權人之同意，此形同將他共有人之權益保障，有賴他人(抵押權人)之同意與否來決定，殊為不合理。

註37. 雖然將學說理論予以法律條文明定以消弭學說爭議，惟仍有不完備之處，如草案第八二四條第二項規定，應有部分之抵押權人同意分割，則其權利方移存於其所得部分。似乎除了移存於其所得之部分外，應有部分抵押權人同意分割與否，又涉及協議分割能否成立，謝在全即持有如此見解(參閱謝著，前揭書(中)，pp5)，若此，則此草案規定，豈不又增加了共有物協議分割之另一要件(抵押權人是否同意分割)，則與外國立法例之意旨，又不一致(參閱黃右昌著，前揭書(上)，pp205，倪江表著，前揭書，pp205，李肇偉著，前揭書，pp238)。又如草案第八二四條之二第二項規定，應有部分設定抵押權者，其權利不因共有物之分割而受影響。似乎又混淆了抵押標的，其立法目的或係為擴張民法第868條抵押權不可分性之標的，惟草案條文中「共有物」恐係非抵押權之標的，正確的如本文中所示，在此情形下，其抵押權之標的，應為共有人之應有部分，而非「共有物」。

諸項問題，卻仍未解決。況且更看不出在抵押權人可獲得其他方式保障權益下^{註38}，為何在私人權益保障的立論下，未來修訂之共有物分割登記制度仍獨厚抵押權人而不及他共有人或第三人，其制度選擇之理論何在，迄未明朗，若就衡平原則而言，甚而不及其他相似之法制^{註39}。此外，若鑑於共有物分割會因共有人分割共有物產生道德風險，故制度設計上有不得不然之考量，惟此應僅存於協議分割情形，在裁判分割上，不致如此。蓋裁判分割係法院以超然立場，不受當事人主張分割方法之拘束^{註40}。法院在斟酌各共有人之利害關係後^{註41}，以公平原則適當方式予以裁判，當不致使原設定抵押人，因分割取得價值偏低，而損害抵押權人權益之虞。

(二) 經濟效果觀點

1. 就抵押權人角度

共有物應有部分設定抵押權之分割，在現行實務上或未來法制規範上之設計，皆以保障抵押權之權益為重點。然誠如本文之前所述，抵押權人與他共有人之間權益的保護，孰輕孰重，尚乏進一步之探究，當前一味地偏向抵押權人權益之制度設計，是否符合社會整體利益之所需，仍有相當值得推究的空間。以抵押權人的角度來看，為避免共有人就其應有部分設定抵押後，再串通他共有人於分割共有物時，將最差(價值低)的部分，分給設定抵押之共有人。假設在不採移轉主義通行之見解，以及此狀態非為抵押權不可分性之範疇，亦即在不採抵押權按原應有部分之成數，轉載登記於分割後各共有人分得之單獨所有，而僅移存於抵押人分得之部分的制度下，此時，抵押權人為避開此道德風險，在當前土地登記公示主義下，抵押權

註38. 抵押權人如認為分割結果有損及權益時，可依民法第871、872條實施抵押權之保全，若構成詐害行為，得依民法第244條行使撤銷權，在裁判分割上，得依參加訴訟之程序保全利益(參閱黃右昌，前揭書(上)，pp205)。

註39. 海商法第37條規定：「船舶共有人中一人或數人，就其應有部分所設定之抵押權，不因分割或出賣而受影響。」較現行民法抵押權不可分性規定，更為明示應有部分抵押權不可分性，民法修正草案第八二四條之二第二項規定，反而混淆了設定抵押之標的，立法技術仍有可議。惟海商法前揭規定外，更於海商法第13條規定：「船舶共有人以其應有部分供抵押時，應得其他共有人過半數之同意。」同時兼顧了他共有人與抵押權人之權益，他共有人得經由事前同意權之行使，多少保障其權益。因此，現行土地登記規則第107條及民法修正草案之規定，所擬建立之共有物分割制度，事實上尚不及海商法制度之公平、合理。惟就民法體系下所欲建立之共有物分割制度，尚不應以仿製海商法之規定為滿足，宜朝更加衡平、合理對待共有人及抵押權人，以達社會福祉最大化為念。

註40. 參酌二十九年上字第一七九二號判例。

註41. 參酌五十七年臺上字第二一一七號判例。

人可輕易由登記簿之記載，事先瞭解抵押人其土地權屬狀態，在事先的訊息搜集成本上，不僅簡易且所花成本甚低。其次，在得知抵押人之權屬狀態後，抵押權人與抵押人之議約，就一般情況抵押權人的議價能力大都優於抵押人，因此抵押權人可就抵押人的權屬狀態，於議約採取較有利的保護措施，故其議價成本亦低。再者，若抵押人與他共有人果真通謀勾結，為不利於抵押權人之分割方式，抵押權人依現行民法有關抵押權保全(民§871，§872)或行使撤銷權(民§244)，以保障其權益之執行成本，在已有的法律規範下，執行成本亦不致過高。

2. 就他共有人角度

另一方面，由未設定抵押之他共有人角度觀之，在現行規定或民法修正草案所設計之制度下，即採移轉主義之通行見解，抵押權按原應有部分成數轉載於其分割後取得之土地上。他共有人為避免此種情況出現，其所面臨之情況主要為：共有人當中，有無擬就其應有部分設定抵押？共有人有無主張分割共有物或裁判分割？他共有人欲掌握這些訊息或影響共有人設定抵押，其成本皆相當高，甚至當知道分割共有物可能導致反成為債務擔保者，而遲不敢主張分割共有物，則對促進物盡其用之功能設計(民§823)，更顯不彰。其次，他共有人為避免此種情形發生，而與欲設定抵押之共有人協商時，由於共有人間地位平等，且設定抵押依法不須先經其同意，得自由處分之(民§819 I)，故其議價地位低，議價成本高。再者，若於事後與抵押人商議就分割後之抵押權，轉載於抵押人分得之部分，惟由現行制度之設計(土登§107)，抵押權人擁同意與否之決定權，故他共有人之議價空間甚小，議價成本甚高。最後，當抵押權實行時，他共有人對抵押人之求償，其執行成本高，且他共有人於設定抵押之應有部分被拍賣時，在沒有優先購買權的情形下，想避免與拍定人又成立新的共有關係，其執行成本亦高。故在此制度設計下，他共有人之交易成本甚高。

3. 就設定抵押不同情況之考量

前述各項之分析，皆以現行民法規定共有人得自由處分其應有部分，從而共有人將其應有部分設定抵押權時，依法無庸得其他共有人之同意觀點論之。惟若在設定抵押權時，係經由全體共有人同意後，以其中一共有人之應有部分設定抵押權時，其結果是否與上述經濟考量結果一致？可待分析如下。

設定抵押權時，係經由全體共有人同意，其意涵可再分為二種考量。其一，設定抵押權係全體共有人之決定，全體共有人皆為抵押人。其二，共有人之一設定抵押權時，亦得全體共有人同意。就第一種情形而言，設定抵押權為全體共有人之決意，全體共有人雖以其中一人之應有部分設定抵押，但實質上全部共有人皆為抵押

人，此非為本文所探究的部分，故不再分析之。就第二種情形而言，共有人得自由處分其應有部分，係指共有人處分其應有部分得自由為之，不必得他共有人之同意而言^{註42}，惟共有人間仍得為相反之約定，如設定抵押權須得全體共有人之同意，但此約定對第三人不生效力。在此種情形下，抵押權人為避開前述所稱共有人串通分割不均的道德風險，所須搜尋的訊息成本應無二致，其設定抵押時之議價成本，與事後保全之執行成本，亦屬相同，皆與是否經全體共有人全體同意與否，無所差異。

就共有人而言，設定抵押權須經全體共有人之同意的約定，首先將增加共有人設定抵押的協議成本，且在現行法令規範傾向保護設抵押權人的制度設計下，要事前獲得全體共有人之同意，抵押人（共有人之一）的協議成本將非常高。共有人之間的此種約定，是否可降低他共有人的交易成本？由於設定抵押依約定須經全體共有人之同決，故就他共有人而言，此訊息之搜集成本將降至最低。於抵押人協商是否同意其設定抵押時，他共有人議價地位高，故議價成本低；惟同意設定後，他共有人與抵押權人之分割轉載同意而言，他共有人的議價成本一樣高。而當抵押權實行時，他共有人因事先已同意抵押人之抵押，故求償之困難度將更高，執行成本比較上亦更高。故經共有人全體同意設定抵押權，他共有人在現行分割轉載制度下，其交易成本亦難保證一定較低。況且共有人間此種約定，對第三人不生效力，故抵押人在未經全體共有人同意下，逕向第三人設定抵押，該抵押權設定之處分，仍然有效，則如此又回復到前述狀態中（抵押人得自由將其應有部分設定抵押權），他共有人的交易成本仍然偏高。

由上述分析，吾人可以得知，在不採移轉主義通行見解之制度設計下，抵押權人為保障其權益之交易成本並不高。相反的，在採移轉主義通行見解之制度設計下，他共有人為保障其權益之交易成本甚高。惟採移轉主義既為未來修法所採的制度^{註43}下，欲降低整體交易成本，未來共有土地原物分割之法律效果，宜採本文圖二所示之見解為宜。現行制度下，共有土地之應有部分設定抵押權後分割轉載時，須經抵押權人同意後，方可將其抵押權轉載於分割後抵押人分得之土地上，此種『事前同意』，即屬Calabresi所謂的『財產法則』（property rules）^{註44}。現行制度在保護抵押權人的前提下，制度設計採財產法則結果，如前分析，將使得交易成本過高，甚

註42. 參閱謝在全，前揭書（上），P.554.

註43. 詳見民法物權編修正草案第八百二十四條之二說明，內政部前揭書，P.121.

註44. Calabresi, G. and Melamed, A. (1972), "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85(6):P.1089-1128.

至產生拿翹問題(hold-out problem)^{註45}，則誠非經濟社會下法律制度之成立宗旨。就規範性的寇斯定理(normative Coase theorem)^{註46}而言，法律應排除妨礙私人協議的障礙。但是在共有物分割制度的設計中，吾人看到反而因此而增加交易成本，與法律制度設計在於降低社會交易成本之意旨相反。Coase即認為法律制度設計應瞭解其對經濟活動的影響，並能以較低的交易成本來透過市場交易調整權利的配置^{註47}。因此，抵押權人與他共有人之間之權益保障有關共有物分割制度設計時，應如何考量，以降低社會交易成本，提高社會福祉，不言自明。

五、結 語

共有物應有部分設定抵押權後，其共有物分割時，其抵押權應如何移存轉載登記，涉及抵押權人及未設定抵押之他共有人權益的保護。現行體制下，均僅以抵押權人之權益為基本考量重點，在為防止共有人於分割共有物時有道德風險之產生，於立論上採移轉主義之傳統主張，進而在未來制度設計上，為避學說見解上之紛爭更予以明確化，並就相關制度內容予以綴補。惟本文認為私權之保障，基於衡平原則，除應考量抵押權人外，亦應就他共有人的權益，一併衡量，且在無法兼顧情形下，可就社會交易成本之觀點，為制度選擇的依據，方可經由法制設計臻達社會福祉最大化。民法物權編修正草案雖已就此，已有修正部分方向考量他共有人的利益，在第八二四條之二第二項但書中，已規範將權利移存於抵押人或出質人所分得之部分，然此僅就例外情況所為之制度設計，並無法全然達成本文所分析之目的，建議似可明定共有物應有部分設定抵押者，於分割後就其抵押權直接轉載於分割於分割後抵押人所分得之部分，如此始可降低制度之交易成本，並進而保障他共有人的權益。

註45. Ian Ayres and Eric Tally (1995). "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade", Yale Law Journal, 104: 1027-1117.

註46. Cooter R. and Ulen T., (1997), "Law and Economics", Addison-Wesley, pp89.

註47. Coase R. H., (1960), "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics, Vol. 3, pp19.

參考文獻

- 王澤鑑，(1995)，〈民法物權(一)，通則·所有權〉，《三民書局》，台北。
- 史尚寬，(1971)，〈物權法論〉，自刊。
- 李肇偉，(1979)，〈民法物權〉，自刊，台北。
- 倪江表，(1982)，〈民法物權論〉，《正中書局》，台北。
- 姚瑞光，(1999)，〈民法物權論〉，《大中國圖書公司》，台北。
- 許仁舉，〈略述共有土地分割之理論與實務〉，《土地事務月刊》，340期。
- 曹傑，(1964)，〈中國民法物權編〉，《台灣商務印書館》，台北。
- 陳忠五主編，(2000)，〈學林分科六法－民法〉，《學林文化事業有限公司》，台北。
- 陳和慧，〈論共有物之分割〉，收錄於鄭玉波主編〈民法物權論文選輯(上)〉。
- 陳瑞強，〈共有土地所有權分割登記理論與實務之研討〉，《土地行政》，18期。
- 張良華，(1985)，〈以不動產應有部分設定抵押權後，裁判分割共有物，抵押權歸屬之研究〉，《司法周刊》，第199期，第二版。
- 張正泰，(1954)，〈民法物權編〉，《大東書局》。
- 張龍文，(1977)，〈民法物權實務研究〉，《漢林出版社》，台北。
- 黃右昌，(1977)，〈民法詮解物權編(上)〉，《台灣商務印書館》，台北。
- 溫豐文，〈共有物分割對應有部分抵押權之效力〉，《月旦法學雜誌》，59期。
- 鄭玉波主編，(1984)，〈民法物權論文選輯(上)〉，《五南圖書公司》，台北。
- 謝在全，(2003)，〈民法物權(上)〉，《三民書局》，台北。
- Coase R. H. (1960), "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, Vol.3.
- Cooter R. and Ulen T. (1997), "Law and Economics", Addison-Wesley.
- Calabresi, G. and Melamed, A. (1972), "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85 (6): 1089-1128.
- Ian Ayres and Eric Tally (1995), "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade". *Yale Law Journal*, 104: 1027-1117.