

《民法物權編概要》

一、何謂不動產？輕便軌道是否為不動產？（25分）

試題評析	1.第一題之考點為不動產之定義及司法院大法官釋字第93號對於輕便軌道之解釋。 2.綜觀本次考題，第一題有關不動產之定義，雖不難作答，惟本題大多出現於民法總則，在物權編之試題則很少出現，算是冷門考題；第二題及第三題為實例題，須引敘的條文均屬重要條文難謂偏狹，惟因考題內容較為靈活，考生須觀念清楚始能完整作答，一般程度考生應可獲得60分以上之成績。
考點命中	高點《民法物權編概要講義》第一回，曾文田老師編撰，頁6。

答：

- (一)依民法第66條規定，稱不動產者，謂土地及其定著物。不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。亦即不動產之種類包括土地及土地上之定著物。茲分述如下：
- 1.土地：指人力所能支配之地表及其一定範圍內之上空與地下，惟土地所有權僅於行使有利益之範圍內，即於土地之上下。又土地之出產物，例如花草樹木，未與土地分離前，僅屬於土地之成分，尚非獨立之物。
 - 2.定著物：指非土地之構成分，繼續附著於土地上，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物，例如：橋樑、紀念碑等是。至於工寮、帳棚、戲臺，雖附著於土地，但因僅係臨時性，尚非此之定著物。
- (二)依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；換言之，輕便軌道如符合繼續附著於土地上，而達一定經濟上目的之要件者，即為定著物，屬民法第66條所定義之不動產。

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？（20分）

(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？（15分）

試題評析	第二題中之第1子題答題重點為，遺產屬繼承人共同共有，在完成繼承登記並轉換成分別共有之前不得請求分割共同共有物；第2子題之重點為，共有物之協議分割並非土地法第34條之1第1項規定之「處分」，不得依多數決為之。
考點命中	《高點民法物權編概要講義》第一回，曾文田老師編撰，頁14、53、63-64。

答：

- (一)依民法第759條規定，因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其物權。所謂「處分」，指應經登記，始得為處分行為（物權行為）而言，如為債權行為則不受本條之限制。又遺產之屬性為繼承人共同共有（民法第1151條），依民法第829條規定，公同關係存續中，各共同共有人，不得請求分割共同共有物。
- 本題甲乙丙三兄弟共同繼承其父所遺留之一筆土地，雖於繼承開始不待登記即取得所有權，惟土地分割屬處分行為，應完成登記始得為之（民法第759條）。又遺產於未辦理繼承登記前，係屬共同共有關係，依民法第829條規定亦不得請求分割共同共有物。故甲須先完成繼承登記並依民法第1164條請求其他繼承人為遺產分割，消滅共同共有關係轉換成為分別共有後，始得依民法第823條之規定請求分割共有物。
- (二)按土地法34-1第1項規定，共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，得以共有人過半數及應有部分合計過半數之同意行之，如應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。所謂「處分」，指法律上之處分與事實上之處分(例如買賣、交換、共有土地上建築房屋及共有建物之拆除等)，但不包括贈與等無償之處分、信託行為及共有物分割（最高法院74台上2561判例參照）。又共

有物之協議分割，所謂協議，當指共有人全體協商同意而言，並不適用多數決之規定；至若協議不諧時，得依民法第824條第2項規定聲請法院裁判分割，法條已定有解決之道，尚不致妨害共有物之有效利用。本題如甲乙丙已將該筆土地完成繼承登記並轉換成為分別共有，倘欲以協議分割方式分割共有物，須經甲乙丙全體共有人之同意始得為之，尚無法僅由甲乙同意，依土地法第34條之1第1項規定，以多數決方式而為協議分割。

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？(15分)

(二)乙得否主張併付拍賣該地上建物？(10分)

(三)設若乙於實行抵押權拍賣該土地之前，丙即已將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？(15分)

試題評析	第三題中之第1子題答題重點為不動產所有人設定抵押權後，得於同一不動產上設定地上權，如抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得除去地上權後拍賣之；第2子題之重點為除去地上權後，對於丙在抵押土地上之建築物，得依民法第877條第2項準用第1項規定，聲請法院將該建築物併付拍賣，但對於建築物之價金無優先受清償之權。第3子題答題重點為，建築物係丙所營造尚非土地所有人甲所建，甲係於嗣後取得建築物所有權，依實務見解亦得依民法第877條第1項規定聲請將該建築物併付拍賣。
考點命中	高點《民法物權編概要講義》第一回，曾文田老師編撰，頁17、70、96-97、102-103。

答：

(一)依民法第866條第1項規定，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，或成立租賃關係，但其抵押權不因此而受影響。所謂「抵押權不因此而受影響」，指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(民法第866條第2項)。用益物權被除去，執行法院予發給拍定人權利移轉證書時，應依職權通知地政機關塗銷該物權之登記，至於是否有影響，則由執行法院調查決定之。

本題債權人乙銀行於實行抵押權時，因丙地上權及地上建物之存在，致無人應買時，乙得以抵押權人實行抵押權受有影響為由，聲請法院除去丙之地上權後重新估價拍賣。

(二)按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(民法第877條第1項)。又土地所有人於設定抵押權後，在土地上有用益物權人或經其同意使用之人之建築物者，該權利人使用土地之權利經抵押權人依民法第866條第2項及第3項規定予以除去後，抵押權人得依民法第877條第2項準用第1項規定，將該建築物併付拍賣，但建築物拍賣所得價金，抵押權人無優先受償權。

如前述，乙得聲請法院除去丙之地上權，至於丙在抵押土地上之建築物，乙得依民法第877條第2項準用第1項規定，聲請法院將該建築物併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權。此外，因丙之地上權業經除去，當無土地法第104條所定優先購買權之適用。

(三)地上權與其建築物或其他工作物，不得分離而為讓與或設定其他權利(民法第838條第3項)。又同一物之所有權與他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅(民法第762條)。題示丙已將該地上房屋出售予甲並辦妥所有權移轉登記，因地上權與其建築物不得分離而為讓與，丙之地上權應併同讓與甲，又甲係土地所有人，該地上權即因混同而消滅。此時，土地及土地上之建築物均為甲所有，單純之房地合一關係，並無用益物權存在。

茲須進一步探討者為，該建築物係丙所營造並非土地所有人甲所建，甲係於嗣後取得建築物所有權，是否該當民法第877條第1項建築物須為土地所有人所建之要件？對此，實務認為民法第877條第1項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(最高法院89台抗352判

例))。故乙得依民法第877條第1項規定，聲請法院將該建築物併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權。

高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】