

民法判解

併付拍賣與時之效力

最高法院100年度台上字第802號判決

【實務選擇題】

甲於民國95年間，將其A地設定抵押權於乙後，於同年間復將A地設定地上權於丙，供丙在其上興建B屋經營小吃店。嗣後，丙為周轉資金遂向丁融資借款，並將B屋設定抵押權於丁，以資擔保。試問下列敘述，何者錯誤？

- (A)乙實行抵押權時，因A地上有地上權，故乙得聲請法院除去該地上權後而拍賣之。
- (B)乙除得聲請法院除去該地上權外，亦得於強制執行程序中，請求法院併付拍賣A地上之B屋
- (C)基於法律不溯及既往，上開事實發生於民國95年間，故乙實行抵押權時，不得聲請法院除去地上權後，並於強制執行程序中，請求法院併付拍賣。
- (D)若丙如期未能向丁清償債務，丁亦得於強制執行拍賣B屋之過程中，聲請法院併付拍賣其上之地上權。

答案：C

【判決節錄】

按抵押權為擔保物權，不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，固仍得為使用收益，但如影響於抵押權者，對於抵押權人不生效力，故土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上設定地上權或其他以使用為目的之物權，或成立租賃關係，致影響於抵押權者，抵押權人自得聲請法院除去或終止，依無地上權或無租賃狀態拍賣，此乃民法第866條第1、2項規定之所由設。是以法院依該條項規定裁定除去地上權或終止租賃關係而拍賣時，因在該執行程序中，地上權或租賃關係被除去或終止者，依強制執行法第98條第2項但書規定，不隨同不動產之拍賣而移轉，執行法院發給權利移轉證書時，仍應依職權通知地政機關塗銷該地上權之登記（同法第11條第1項），並應認該地上權或租賃關係已失其存在。於此情形，該被除去或終止之地上權人或租賃權人自不得對抵押權人或拍定人主張地上權或租賃權，進而對抵押不動產之拍賣享有優先承買權（土地法第104條）。又土地所有人於設定

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（修正前民法第877條）定有明文，此規定之目的，在於期使房屋與土地能同歸一人，易於拍賣，以保障抵押權人，並簡化法律關係，以避免或減少紛爭，民法物權編修正時，本此意旨，於第877條第2項增列：「於第866條第2項及第3項之情形，如抵押之不動產上，如該權利人或經其同意使用之人之建築物者準用之」，明文規定不動產所有人設定抵押權後，就同一不動產上設定之地上權或其他以使用收益為目的之物權或租賃關係，影響抵押權人實行抵押權者，法院不但得除去該權利或租賃關係後拍賣之，且就該地上權等用益物權人或經土地所有人同意使用之人之建築物亦得併付拍賣。此項規定，於地上權等用益物權人或經土地所有人同意使用之人之建築物於民法物權編修正施行前建築而抵押權人於民法物權編修正後實行抵押權時，亦得援引為法理予以適用。

【學說速覽】

併付拍賣之要件：

一、建築物：

併付拍賣時，需有建築物存在方得為之。所謂建築物，依建築法第4條規定，係指定著土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁供個人或公眾使用之工作物或雜項工作物。建築物與民法第66條所稱之定著物不同，後者概念較廣，因此鐵軌雖可為定著物但非建築物。

又建築物是否以具有相當價值為必要？學說上有認為併付拍賣具兼顧抵押權人、抵押人及社會經濟之利益，與民法第876條規定足以影響抵押權之價值，兩者尚有不同，故後者雖以建築物具有一定經濟價值為必要，但併付拍賣則不以此為要件。

二、建築物存在時點：

併付拍賣以建築物在土地抵押權設定後始建造者，方有適用。至於設定前業已存在者，係法定地上權（民法第876條）或租賃權（民法第425條之1）規定之範圍，無併付拍賣之適用。縱該建築物未經保存登記，或該未經保存登記之建築僅係整幢建築之一部，均同。

法定地上權與併付拍賣原有互為消長之作用，96年民法修正前，有關土地設定抵押權後所新增之建築物，除成立併付拍賣外，是否亦成立法定地上權，於學說上多有爭論，多數學說持否定見解，惟亦有贊成肯定論者。然不僅此際已有併

付拍賣制度足供保護，且民法第425條之1可扮演與法定地上權相似之功能，又民法第876條已明文「設定抵押權時」等文字，已排除此種情形得成立法定地上權之可能。

又建築物是否為抵押權設定後所建，應以第一次抵押權設定之時點為準，蓋基於物權效力優先原則，前次序抵押權既應優先保護，殊無因後次抵押權之設，反令原以期待可併付拍賣之權利變成嗣後不能，且法定地上權有關建築物在時點之認定，亦係以第一次序抵押權為基準，從兩制度相配合接軌之立場，併付拍賣亦應同此見解。

三、必要性：

有關併付拍賣之各類型，除民法第877條之1外，並非規定「一有土地抵押後新增建築物，即必然予以併付拍賣」，僅係於「必要時」始得為之。惟何謂「必要時」，通說上認為應視單獨拍賣土地是否足以清償所擔保債權者。即非必要時，但僅拍賣土地，無人應買，則足稱必要時。然有學者認為，所謂「必要時」，不應單以是否足以清償債權定之，蓋若為超額擔保，本不足以清償債權，且抵押權人又不得對被併付拍賣物之價金主張優先受償，因此，只須因抵押物之價值，由於後來建築物或附加物之營造，無法還原到抵押權設定時之狀態，至未能充分實現，始得併付拍賣之。

四、併付拍賣之執行：

併付拍賣之執行，除民法第877條之1規定外，係抵押權人之權利而非義務，併付拍賣與否，繫於自由意願。得聲請併付拍賣之抵押權人並不以第一次序抵押權人為限，其他次序抵押權人亦有聲請之資格。又因抵押權人依破產法規定，係具有別除權之人，故縱債務人經法院裁定宣告破產，對土地抵押權人聲請併付拍賣建築物之權利並無影響。

【關連性試題】

甲將其A地設定抵押權於乙後，復將A地設定地上權於丙，供丙在其上興建B屋營業。嗣後丙向丁融資借款，遂將B屋設定抵押權於丁，以資擔保。在地上權及抵押權存續中，丙為擴大營業在B屋上增建一層C屋。試問：

- (一)乙實行抵押權時，得否將B屋併付拍賣優先受償？
 (二)丁實行抵押權時，得否將C屋及A地之地上權併付拍賣優先受償？ (96司)

◎答題關鍵：

由於該年度民法擔保物權編之修正，因此涉及到修正之條文自然為考試之重點，

本題主要測驗考點如下：

1.抵押權中併付拍賣制度的要件：涉及新修正民法866條第2項及877條第2項修法前後的比較。2.抵押權設定後增建部分是否在抵押物範圍內：涉及新修正民法862條第3項之具體操作。3.抵押物對基地之使用權是否在抵押物範圍內：涉及新修正民法877條之1修法前實務及修法後見解之比較。

【關鍵字】

併付拍賣、抵押權之實行、用益物權之除去或租賃關係之終止、用益物權人或承租人於抵押土地上營造建築物、民法物權編修正施行前營造之建築物。

【相關法條】

民法第860條、第866條、第877條、第877條之1。

【參考文獻】

1. 陳重見，併付拍賣之新瓶與舊釀，法學叢刊，2007年10月。
2. 陳榮傳，物權編修正後併付拍賣的要件，台灣本土法學雜誌，2007年8月。
3. 盧江陽，併付拍賣第三人建築物之適當性，司法周刊，2007年5月。