



「同屬一人所有且同時存在」之要件探討

——以法定地上權與抵押權設定為核心

湯文章

東大國際法律事務所
主持律師

目次	壹、案例事實 貳、問題之提出	參、解 說 肆、結 論
----	-------------------	----------------

壹、案例事實

A大樓原本只有1至7樓建物，嗣所有權人甲在7樓建物之屋頂加蓋有經濟價值之8樓獨立建物（下稱「系爭房屋」），並以1至7樓建物向銀行設定抵押權。之後甲將系爭房屋事實上處分權讓與乙。嗣1至7樓建物及坐落土地經執行法院拍賣，由拍定人丙取得。丙取得權利移轉證書後，即向法院起訴請求乙拆

屋還地，並阻止乙使用1至7樓建物之樓梯及電梯通行，乙於訴訟過程中抗辯8樓有法定地上權，並且對於1至7樓建物之樓梯及電梯有通行權，有無理由？

貳、問題之提出

一、民法第838條1之1第1項前段、第876條第1項前段之法定地上權，是否以土地及建物於抵押權設定時即同屬一

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。

人所有，且同時存在為必要？

二、倘若有法定地上權存在，系爭房屋對於1至7樓建物之樓梯及電梯有無通行權？

參、解 說

一、民法第838條1之1第1項前段、第876條第1項前段之法定地上權，是否以土地及建物於抵押權設定時即同屬一人所有，且同時存在為必要？

（一）民法第838條之1第1項前段規定「土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，因強制執行之拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，視為已有地上權之設定」、同法第876條第1項前段「設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定」，均規定須土地及其土地上之建築物，同屬於一人，但因土地與建築物同時設定抵押權，執行法院分開定標，由不同之拍定人得標，或者只有以土地或只有以建築物為標的設定抵押，執行法院只有拍賣土地，或只有拍賣建築物，建築物對於坐落之土地始有法定地上權存在。倘若抵押權設定之初僅以土地設定抵押權，建築物尚未存在，但在抵押權實行時，

建築物已經存在，有無前開規定之適用？實務見解多採否定說，認為「法定地上權，乃基於對設定抵押人當事人之合理意思及預定為基礎，擬制當事人間已有設定地上權之意思，以維護土地上建築物之存在，避免遭受拆除，造成社會經濟損失，須以該建築物於土地設定抵押權時業已存在，且具相當之經濟價值為要件」（最高法院105年度台上字第476號判決意旨參照）¹。依前開條文文義觀之，並參照第866條、第877條規定之意旨，避免拍定後建築物無從利用土地致拆除之結果，有害社會經濟發展，似認為土地抵押權設定時，土地上之建築物須同時存在。且法定地上權制度存在之理由，係基於抵押權當事人之合理意思與合理預見，以及建築物存續對於社會經濟公益維護之考量，倘若抵押權人於抵押權設定當時，土地係為「空地」之情形，抵押權人大多無從預見，嗣後會在土地上營造建築物而有法定地上權之存在，因此，若認為嗣後始為建築之情形亦有法定地上權之成立，將使土地價值隕落，而有損抵押權人之利益，是以「設定抵押權時建築物已經存在」為法定地上權成立之必要條件。

又土地及其土地上之建築物，於設定抵押權之初即不屬於同一人所有，但於實行抵押權時，已歸屬同一人所有，有無前開規定之適用？肯定說者認為，

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。

民法第876條第1項之立法目的乃基於保護房屋使用權之考量，使房屋所有權與土地利用權結成一體，促進房屋所有權之安定性，俾調和土地與房屋之利用關係，以避免危害社會經濟，並維護公平。因此，在判斷法定地上權是否成立，應以社會經濟之公益及抵押權當事人合理利益之維護，為重要之基礎。若在抵押權設定當時，土地及其地上之建築物非屬同一人所有，但在抵押權實行時，該建物與抵押之土地已歸相同之人所有²，為貫徹立法目的，似宜解為仍有該條之適用（最高法院97年度台上字第1273號民事判決意旨參照）。否定說認為，基於物權法定主義精神，法定地上權必須合於法律之特別規定，始能成立。亦即須於設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時為其成立法定地上權要件。倘於設定抵押權時之土地及建物非屬同一人，或土地及建物分別為數人所有或各有多數不相同之共有人，而於拍賣異其所有人之情形時，如仍認有法定地上權存在，即逾該條項規定之範圍（最高法院98年度台上字第478號民事判決意旨參照）³。依民法第876條法定地上權之規定目的，係在使土地上建築物與基地利用權一體化，避免拍定後建築物無從利用土地導致拆除之結果，有害社會

經濟公益，兼權衡拍定人與建物所有人之利益，故基於物權法定原則，此類法定地上權之成立，須符合於設定抵押權時，土地上已有建築物存在，且土地及其土地上之建物於抵押權設定時，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押或以二者併為抵押（共同抵押），嗣後土地及建築物因拍賣而各異其所有人，且該建築物具有相當之經濟價值為其成立要件⁴。

（二）惟因系爭房屋為未辦保存登記之建物，由出資建築人原始取得該建物所有權，雖可為買賣標的，但買受人僅取得其事實上處分權（最高法院108年度台上字第1210號判決意旨參照）。由於違章建築因無法辦理保存登記，其所有權應歸原始起造人所有。但違章建築，非不得為交易、讓與之標的，其讓與雖因不能為移轉登記，而不能為不動產所有權之移轉，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人（最高法院110年度台上字第903號判決意旨參照）。所以，倘若依前揭說明，土地及其土地上之建物於抵押權設定時，須同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押或以二者併為抵押，嗣後土地及建築物因拍賣致土地及土地上建物各異其所有人時，方有民法第876條法定地上權規定之適用。系爭房屋乙僅取得事實

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。