

司法院釋字第一三九號解釋

中華民國 63 年 10 月 4 日

解 釋 文

不動產所有人於同一不動產設定典權後，在不妨害典權之範圍內，仍得為他人設定抵押權，本院院字第一九二號解釋毋庸變更。

解釋理由書

按典權乃支付典價，占有他人之不動產，而為使用收益之權，與抵押權之係不移轉占有，為擔保債務之履行而設之擔保物權，其性質並非不能相容。不動產所有人於同一不動產設定典權後，其所有權尚未喪失，在不妨害典權之範圍內，再與他人設定抵押權，民法物權編既無禁止規定，自難認為不應准許。本院院字第一九二號解釋毋庸變更。

不同意見書一 大法官 陳世榮

解釋文

不動產所有人於同一不動產設定典權後，不得再設抵押權，本院院字第一九二號解釋應予變更。

解釋理由書

按民法物權編施行後，依同法第九百十八條第一項，僅規定出典人於典權設定後得將典物之所有權讓與他人，並無如同法第八百六十六條之類似規定，自應認為不得再於同一不動產上設定抵押權，矧依現行事例，抵押權人依民法第八百七十三條為拍賣抵押物之聲請，須依強制執行法第四條第五款，經法院為許可之裁定以取得執行名義，然後始可據以開始執行，為查封及拍賣，而同法第十五條又規定第三人就執行標的物，有足以排除強制執行之權利者，得於執行終結前，向債權人即聲請執行人提起異議之訴，至何者為就執行標的物有足以排除強制執行之權利，按諸歷來判解（註一）則援強制執行法施行以

前之民國二十二年五月二十二日司法行政部通令施行二十三年中央政治會議第四三二次會議決議准予補行備案之「補訂民事執行辦法」第七條所列舉者為準據（註二），即所有權人、典權人、質權人、留置權人得提起異議之訴，蓋所有權以外之物權，如典權、質權、留置權，均以物之占有為存在要件（民八八四條、八九八條、九一一條、九二八條、九三八條參照），如喪失占有，斯物權消滅，故認其有排斥強制執行之訴權，以資救濟，因而典權與抵押權，在同一不動產上，即生牴觸現象，例如甲（抵押權人）依強制執行法第四條第五款聲請為許可強制執行之裁定以後，請求查封拍賣抵押物，而乙（典權人）則據同法第十五條，參酌前補訂民事執行辦法第七條，提起異議之訴，將如何解決耶？本院十八年十二月二十三日院字第一九二號解釋認設定典權後得再設定抵押權，但民法物權編施行後典權無如民法第八百六十六條之類似規定，又補訂民事執行辦法施行後強制執行之實務上，典權亦為足以排除抵押權實行之權利，則同一不動產上設定典權後，不能設定抵押權，了無疑義，上開解釋應予變更。

註一：最高法院四十四年台上字第七二一號判例：「強制執行法第十五條所謂就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言，占有依民法第九百四十條之規定不過對於物有事實上管領之力自不包括在內。」

最高法院四十八年臺上字第四二一號判例：「強制執行法第十五條所謂就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，不僅指對於執行標的物有所有權而言，即有典權、留置權、質權存在情形之一者，亦包括之，故第三人就執行標的物上苟有典權存在，則不問其曾否經過回贖之除斥期間而取得典物之所有權，均得對債權人提起異議之訴。」

註二：補訂民事執行辦法第七條：「第三人異議之訴，必就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，始得提起，如就其物有所有權、典權、質權、留置權者，得提起異議之訴，有地上權、地役權、永佃權、抵押權者，僅能主張該不動產拍賣後或管理中其權利依然存在，或行使優先受償之權利，而不得提起此訴以

排除強制執行是也。對於不動產執行時，第三人提起異議之訴者，民事訴訟執行規則第五十四條定明受訴法院得酌量情形停止或限制執行，如受訴法院無此項裁定，其執行自不得停止限制。又為裁定時如認有必要，應準照同規則第五條之例，命第三人提出相當之保證，即對於動產之執行亦應一律辦理，民事訴訟執行規則第四十三條之規定宜變通適用之。

第三人如在執行處確實證明其有排除強制執行之權利者，執行推事自可諭示債權人，經其同意後，即撤銷對於該物之執行，不必拘守民事訴訟執行規則第十一條之規定，概行指示第三人另案起訴。如係債務人串通第三人虛捏排除強制執行之權利而提起異議之訴者，於判決確定後，須將該債務人及第三人送交檢察官函詢債權人，如願告訴時，即依刑法第三百八十四條追訴。」

不同意見書二 大法官 金世鼎

依民法第九百十八條之規定，出典人於典權設定後，得將典物之所有權讓與他人，典權人對於前項受讓人仍有同一權利。出典人於設定典權後，典物之所有權縱因抵押債權人行使其抵押權而讓與第三人，典權人，對該第三人仍有同一之權利，自難謂典權人之典權因抵押權之設定，而受有影響。且典權為絕對權，對世人均得主張其權利。典權人於典期屆滿後經過二年，出典人不以原典價回贖者，即取得典物之所有權。（民法第九百二十三條第二項）此項權利係法律賦予典權人，典權人對於抵押權人自得主張其權利，請求塗銷其抵押權之登記。亦難謂典權人之典權因設定在後之抵押權而受影響。

由上開說明，於典權設定後設定之抵押權，並無任何情形可以妨害典權。本審查會通過之解釋文所謂：「在不妨害典權之範圍內，仍得設定抵押權」，究竟有何種情形設定在後之抵押權可以妨害設定在前之典權，難以瞭解。本院院字第一九二號解釋原附有「在不妨害典權之範圍內」之條件，且備此種條件，方許出典人設定抵押權，似難謂無問題。而聲請機關對於此項問題並不發生疑義，聲請解釋，本院不便為之變更。自應僅就其發生「不動產所有人於同一不動產設定典

權後可否再設定抵押權」之疑義，在其聲請之範圍內為之解答。從而本解釋文所附「在不妨害之範圍內」之條件似應刪除。否則，在適用上將難免發生問題。故解釋文應修正為：「不動產所有人於同一不動產設定典權後，仍得設定抵押權，本院院字第一九二號解釋毋庸變更。」

附行政院函一件

行政院函

受文者：司法院

副 本：司法行政部

主 旨：司法行政部函，以不動產所有權人於同一不動產設定典權後可否再設定抵押權，司法院院字第一九二號解釋適用不無疑義，請轉司法院大法官會議解釋一案，請惠予解釋見復。

說 明：

- 一、本件根據司法行政部 63 - 30 臺 63 函民 0 0 八六四號函辦理。
- 二、司法行政部函略以關於不動產所有權人於同一不動產設定典權後，可否再設定抵押權疑義，司法院民國十八年十二月二十三日院字第一九二號解釋係採肯定說；惟最高法院民刑庭總會五十三年十月二十七日議決認為民國十九年五月五日民法物權編施行後，應採否定說，並據以作成裁判。在理論上言，司法院上開解釋似無不合，惟最高法院民刑庭總會既有相反議決，則該解釋於物權編施行後，能否繼續適用，不無疑義。根據司法院大法官會議四十二年釋字第十八號解釋，請函轉司法院大法官會議解釋。
- 三、不動產所有權人於同一不動產設定典權後，可否再設定抵押權？依司法院院字第一九二號解釋：「按不動產所有權人將標的物出典於人後，依法雖有不得重典之限制，但所有權既未喪失，故於不妨害典權之範圍內，仍得為他人設定抵押權。至典權與抵押權在已實行登記制度之省分，均非登記不生對抗效力，若兩者均已登記，自應以先後為準」。係採肯

定說。惟最高法院五十三年五月十四日臺上字第一三五四號判決則採否定說。其裁判要旨：「不動產所有人，於同一不動產上，設定典權後，能否設定抵押權，在民法物權編施行前（民國十九年五月五日施行）之解釋例，固採肯定說，但在民法物權編施行後，依同法第九百十八條第一項，既僅規定出典人於典權設定後，得將典物所有權讓與他人，非如同法第八百六十六條及八百六十七條，特明文准許不動產所有人設定抵押權後，除得將該不動產讓與他人外，尚得設定地上權及其他權利，自應認為典權成立後，不得設定其他之物權」。最高法院民刑庭總會五十三年十月二十七日議決亦同此旨意；並謂典權依民法第八百八十二條規定，既得為抵押權之標的物，倘許出典人就同一不動產為債務之擔保，而以典物設定抵押，不但權利行使發生衝突，且使法律關係愈趨複雜，殊非社會經濟之福，且縱令認為典權設定後，得設定抵押權，然典權一經設定，所有人已不能對該不動產使用收益，其所餘者，實即回贖權，在回贖期間屆滿前，該所有權（回贖權）尚可執行拍賣，但迄回贖期間屆滿，則典權人之典權尚屬存在，而所有權人又不得回贖，是其拍賣者已無內容，陷於一面無人拍賣，一面典權人就其回贖期限屆滿所取得之所有物，永留一個不生不滅之抵押權存在之狀態，顯失立法本意。乃採否定說；認同一不動產設定典權後，不能設定抵押權。

- 四、按典權乃支付典價而占有他人不動產為使用收益之權。典權設定與其性質不相容之權利，如典權、地上權及永佃權等，固非法之所許。但設定典權後，尚有餘存之交換價值者，所在多有；而抵押權為不移轉標的物之占有以擔保債務之履行而設定之擔保物權，對典權人之占有使用收益，並無抵觸。此時若不准土地所有人加以利用設定抵押權以融通資金，即未能盡該物之用，有礙經濟之發展，再以民法通例，擔保物權設定後，可再設定擔保物權，亦可再設定用益物權；而用益物權設定後，固不可再設定性質不相容之用益物權，但所

有人再設定擔保物權尚無不可。典權之性質無論採取「擔保物權說」或「用益物權說」，均非不可再設定抵押權，民法雖無准予再設定抵押權之規定，但亦無禁止之明文，自應許其設定為宜。

- 五、又以出典人將其不動產設定典權後，仍保有該不動產之所有權，並保有該不動產之部分價值，無論基於所有權之權能或基於典物價值之作用，出典人對典物所有權均仍有支配力。雖典權人依民法第八百八十二條之規定可設定抵押權，然與出典人所設之抵押權其標的物並不相同，一以典權為標的，一以典物之所有權為標的，二者各行其道。縱二者均發生實行抵押權而拍賣，其結果亦互不干擾，一方拍定人取得典權，一方拍定人取得典物所有權，其彼此間仍可繼續典權關係，在權利行使上並不發生衝突。而設定典權後，出典人就同一不動產所設定之抵押權，縱出典人就典物回贖之期限屆滿而不得回贖，典權人取得典物所有權時，抵押權自應隨同移轉。至於典權人原有之典權，因於典權人尚有法律上之利益，依民法第七百六十二條但書之規定，不因典權人取得典物所有權而消滅。如典物在典權價值外，尚有餘存之價值，抵押權人於得行使抵押權時，當無不予行使之理；若抵押權人不予行使，則其於債權消滅或其抵押權依民法第八百八十條規定消滅時，典權人亦得請求塗銷其抵押權之登記，不致發生不生不滅之狀態。故知不動產所有權人於同一不動產設定典權後，應可再設定抵押權；司法院民國十八年十二月二十三日院字第一九二號解釋，尚稱允當。惟該解釋於民法物權編公布施行後，能否繼續適用，就前引最高法院判決及民刑庭總會議決所採見解以言，實不無疑義。參照司法院大法官會議釋字第十八號解釋所示，中央或地方機關對於行憲前司法院所為之解釋發生疑義者，得聲請解釋之旨意，函請惠予解釋。