



法學啟蒙叢書

民法系列——

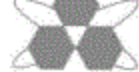
抵押權

■ 黃鈺慧 著

Mortgage
Mortgage
Mortgage
Mortgage

Civil Law

三民書局



法學啟蒙叢書

民法系列——

抵押權

■ 黃鈺慧 著

Mortgage
Mortgage
Mortgage
Mortgage

Civil Law

三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

抵押權 / 黃鈺慧著. — 初版一刷. — 臺北市: 三民,
2008

面; 公分. — (法學啟蒙叢書)

參考書目: 面

ISBN 978-957-14-5058-2 (平裝)

I. 抵押權

584.26

97010026

◎ 抵 押 權

著 作 人 黃鈺慧

責任編輯 高子婷

美術設計 陳健茹

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門市部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2008年8月

編 號 S 585720

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權，不准侵害

ISBN 978-957-14-5058-2 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

自序

首先感謝三民書局法學啟蒙叢書系列企畫者之邀稿，使得《抵押權》一書得以誕生。

我國民法因繼受德國法，因此法律之基本概念抽象難以理解，而法條與法條間之關係更是錯綜複雜，不僅一般人無法了解，因而對法律規範產生畏懼及疏離感，即使法律系之學生亦難以望法條之文義而知如何解釋及適用。因此本書儘量以淺顯之文字及生活化之案例，說明及解釋法律之基本概念及規定，希望藉此方式引發學習者之興趣，進而幫助其具體正確地掌握法律規定的意義及內涵而知如何運用。撰寫本書之過程中適逢擔保物權法修正通過，修正條文中新增於實務中已行之有年之最高限額抵押權制，本書也以相當之篇幅予以介紹，並附上原有條文與新修正條文之對照表以供參考比較。抵押權乃擔保物權中運用最廣也最頻繁之制度，故於實際運作上所產生之問題也最多，礙於篇幅且為顧及非法律系學生之一般讀者，本書無法網羅全部之問題，只能選擇其中最基本及最重要者予以討論，避開爭議繁多之法律見解及艱深之法理探討，此點尚請讀者見諒。作者才疏學淺，本書中掛漏謬誤之處，自所難免，敬祈先進隨時指正。

本書之完成，感謝三民書局之鼎力支持，在此特致謝意。同時感謝銘傳大學碩士班莊惠閔同學，於收集資料及文稿校正上之協助。

黃鈺慧

二〇〇八年七月一日

自序

第一章 導論 1

第二章 抵押權之概說 5

第一節 擔保物權之總說 6

一、擔保物權之意義 6

二、擔保物權之特質 6

三、擔保物權之分類 7

第二節 抵押權之意義 10

一、抵押權為擔保物權 10

二、抵押權是由債務人或第三人就其不動產設定之物權 10

三、抵押權是不移轉標的物占有之物權 11

四、抵押權是就標的物所賣得之價金而優先受償之物權 11

第三節 我國抵押權之近代發展 12

一、抵押權標的物範圍之擴大	13
二、財團抵押制度之立法	13
三、最高限額抵押權之承認	14
四、抵押權證券化之發展	14
第四節 抵押權之社會作用	15
第五節 抵押權之特性	16
一、從屬性	16
二、不可分性	21
三、物上代位性	25
第六節 抵押權之取得	26
一、依法律行為而取得	26
二、依法律行為以外之原因而取得	30
第七節 參考案例	31

第三章 抵押權對抵押人之效力 37

第一節 抵押權擔保債權之範圍	38
一、原債權	38
二、利息	39
三、遲延利息	41
四、違約金	41
五、實行抵押權之費用	42
六、保全抵押權之費用	42

第二節	抵押權標的物之範圍	42
	一、抵押物之從物及從權利	43
	二、抵押物之孳息	47
	三、建築物之附加部分	50
	四、抵押物之殘餘物及分離物	51
	五、因抵押物滅失得受之賠償金	53
第三節	抵押人之權利	60
	一、擔保權之設定	60
	二、用益權之設定	62
	三、所有權之讓與	65
第四節	參考案例	67

第四章 抵押權對抵押權人之效力 77

第一節	抵押權人之權利	78
	一、抵押權之保全	78
	二、抵押權之處分	86
	三、抵押權次序之處分	87
第二節	抵押權之實行	93
	一、抵押權實行之要件	93
	二、拍賣抵押物	95
	三、拍賣以外之方法	108

第三節	抵押權之消滅	111
	一、擔保債權之全部消滅	111
	二、除斥期間之經過	112
	三、抵押物之滅失	113
	四、抵押權之實行	114
第四節	參考案例	115

第五章 特殊抵押權 125

第一節	共同抵押權	126
	一、共同抵押權之意義	126
	二、共同抵押權之性質	127
	三、共同抵押權之成立	128
	四、共同抵押權之效力	128
	五、共同抵押權之消滅	135
第二節	權利抵押權	135
	一、權利抵押權之意義	135
	二、權利抵押權之成立	136
	三、權利抵押權之效力	137
	四、權利抵押權之消滅	137
第三節	承攬人之抵押權	138
	一、承攬人抵押權之成立	139
	二、承攬人抵押權之效力	141

三、承攬人抵押權之消滅	142
-------------	-----

第四節 參考案例	142
----------	-----

第六章 最高限額抵押權 147

第一節 概說	148
--------	-----

一、最高限額抵押權之意義	148
--------------	-----

二、概括最高限額抵押權是否有效?	151
------------------	-----

三、最高限額抵押權從屬性之最大緩和化	152
--------------------	-----

四、最高限額抵押權之社會作用	154
----------------	-----

第二節 最高限額抵押權之設定	154
----------------	-----

第三節 最高限額抵押權之效力及擔保範圍	156
---------------------	-----

一、擔保債權	156
--------	-----

二、最高限額抵押權之變更	162
--------------	-----

第四節 最高限額抵押權之確定	167
----------------	-----

一、確定之原因事由	167
-----------	-----

二、確定後之性質	172
----------	-----

三、確定之效果	172
---------	-----

四、擔保債權額結算與普通抵押權變更登記請求權	173
------------------------	-----

	五、確定最高限額抵押權之塗銷請 求權	174
第五節	最高限額抵押權之準共有	175
第六節	最高限額抵押權之處分	177
第七節	最高限額抵押權之實行	178
第八節	最高限額抵押權之消滅	179
第九節	參考案例	180
附錄一	案例演習	185
附錄二	民法物權編抵押權章修正條文 對照表	193
附錄三	參考書目	205



第 1 章

導 論



物權法中除所有權之外，於實際生活中最為人所熟知及運用最廣的機制，非抵押權莫屬。同屬擔保物權者，雖有抵押權、質權、留置權等，但是此三種擔保物權中，因為不動產之價值穩定、變動小且價值高，因此抵押權所具有之融資功能最為強大，在資本市場中也是最受歡迎的。以今日社會之經濟狀況來看，小至個人購屋時，常以所購之房屋設定抵押權擔保其房屋貸款債權，大至企業為經營產業，亦大都需提供企業所有之廠房等不動產設定抵押權以獲得金融機構之融資。也就是說，個人或企業經營者皆應對抵押權這一機制有基本之認識。本書之目的，不僅希望學習法律者可以藉由本書對抵押權法之研讀有一入門之機會，更希望社會大眾藉由本書能對抵押權有一初步之認識，且運用抵押權機制有問題時，能於本書找到答案。因此撰寫時儘量舉實例說明法律之概念、法條之意義及應如何適用。

本書從第二章開始，先介紹擔保物權之基本概念及功能，再說明抵押權之意義及特性，以及如何取得抵押權等。因為抵押權之效力是抵押權法制的核心，第三章開始即將重點放置於抵押權設定後其對抵押物、抵押人及抵押權人所產生之效力。先於第三章剖析抵押權對抵押人之效力，包括抵押權標的物的範圍及抵押權所擔保之債權範圍，以及抵押人對抵押之不動產的處分權限是否因抵押權之設定而受影響等問題。第四章則是抵押權對抵押權人所產生之效力，此部分不僅涉及抵押權人對抵押物之保全及對抵押權之處分，尚包括抵押權之實行。抵押權為財產權，權利人當然可任意處分之，但是抵押權之次序權的處分應如何為之，以及次序權之處分對抵押權之優先受清償的權利及範圍有何影響，以前民法並無規定，九十六年三月二十八日擔保物權法修正後，抵押權人對抵押權次序權之處分即可遵循之規範。

本書於抵押權之效力之後，以一專章介紹權利抵押權、承攬人之抵押權及共同抵押權等特殊抵押權。我國民法因視建築物為一獨立之物，非為土地之成分，為顧及抵押權之實行，因此很少僅以土地或建築物為標的物設定抵押權，通常都是同時以土地及建築物為標的物而設定共同抵押權。

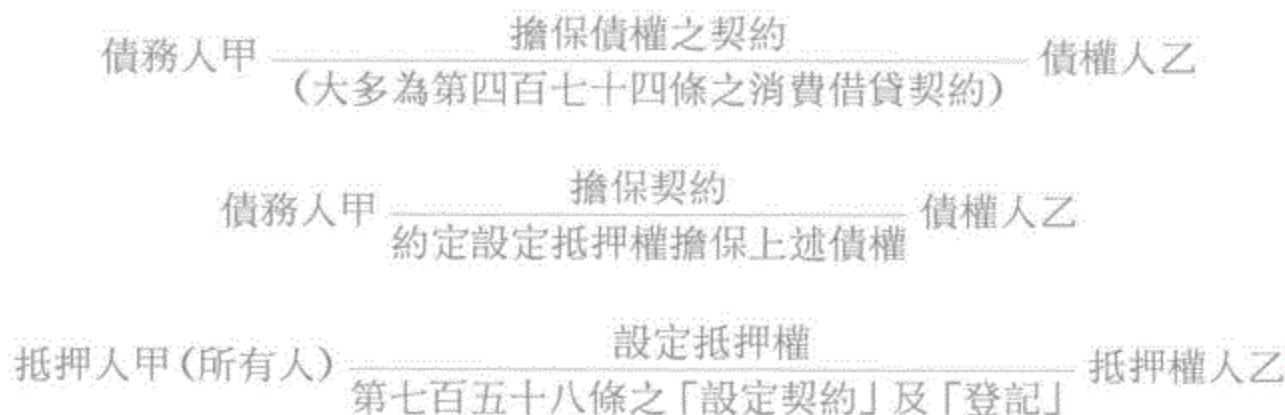
抵押權之原條文中有關共同抵押權之規定僅有第八百七十五條，該條規定只論及抵押權人之選擇權，對共同抵押人內部之分擔額及後次序抵押權人之保障等問題未有解決之規定，幸而九十六年三月擔保物權法之修正提供了解決之道，就此等新增訂之規定本書亦於第五章特殊抵押權中予以詮釋。

九十六年三月通過公布之擔保物權法，其中一大重點，即是將「最高限額抵押權」納入法典，置於民法抵押權章中之第二節。在此之前，民法中對於最高限額抵押權之規定付之闕如，但是實務上卻早已行之有年，學說上之討論更是不計其數，最早於民國六十二年即有判例出現^①，而且於實務有愈來愈盛行之趨勢，為符合現實之需要，九十六年三月擔保物權法修正時，一次增訂了十七個條文，其重要性可見一斑，因此本書將最高限額抵押權單獨列為一章，對新增訂之十七條規定詳細分析及闡述。最後為了使讀者對於抵押權之原有條文及新修正之條文間有何不同能有所了解，遂附上抵押權章修正條文對照表，以供參考。

於進入抵押權制度之說明前，本書試著將抵押權之當事人間之法律關係圖示如下：

一、當債務人為抵押人時

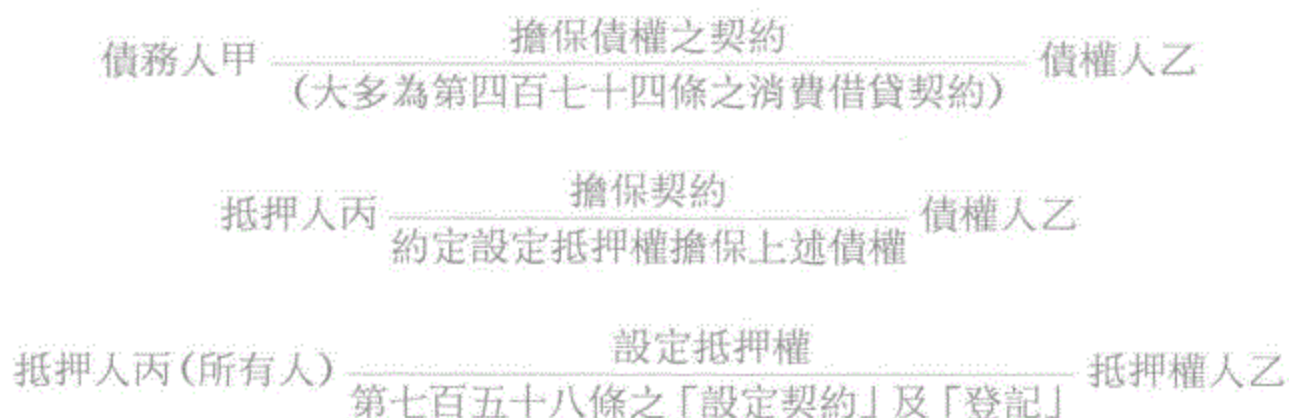
當債務人有融資之需要時，大多數是由債務人提供自己所有之不動產設定抵押權給債權人，以擔保債權之清償。此時，債務人與抵押人為同一人，其與抵押權人之關係可簡化如下圖：



① 六十二年臺上字第七七六號判例。

二、當債務人非抵押人時

另外有一種情形是債務人無法自己提供抵押物，而由第三人提供不動產設定抵押權給債權人，以擔保債權之清償。此時，抵押人因提供自己之不動產擔保債權，又稱為物上保證人，債務人、抵押人及抵押權人間之法律關係可簡化如下圖：





第 2 章

抵押權之概說





第一節 擔保物權之總說

一、擔保物權之意義

擔保物權者，係指以確保清償債務為目的，於債務人或第三人所有之物或權利上所設定之一種物權。民法中雖無擔保物權之名稱，抵押權、質權、留置權等三種物權，均係為確保債權之履行而設，同為從屬於債權之權利，就此點言，其性質相同，故學說上稱此三種物權為擔保物權。其他特別法所規定之抵押權，如動產擔保交易法所規定之動產抵押權、民用航空法上之航空器抵押權、海商法上之船舶抵押權、國民住宅條例上之抵押權等，均屬於擔保物權之範圍。

二、擔保物權之特質

擔保物權是定限物權之一種，是所有權人將所有權之交換價值支配的權能從所有權中分割獨立出來，而設定之物權。擔保物權之權利人可以將標的物之交換價值，變換為價金或其他足以使債權獲得滿足之某種價值，使受擔保之債權獲得優先清償，因此又稱之為價值權或換價權^①。

擔保物權與用益物權有下列之差異：(1)擔保物權是以支配標的物之交換價值為內容，擔保債務之清償為目的，所以權利人對標的物不須有客觀有形之支配，標的物之使用收益仍保留於提供擔保者之手。用益物權是以支配標的物之用益價值為內容，以取得標的物之利用為目的，所以必須對標的物為有形之支配，即占有標的物，否則無法達到設定之目的。(2)擔保物權是為確保債務之清償而存在，與債權結合是必然的。擔保物權須待受擔保債權屆期未受清償才能實行，而其權利實行時，才是權利人取得標的物之交換價值之時，同時也是擔保物權權利消滅時。就此點言，擔保物權

^① 史尚寬，《物權法論》，第二二五頁；謝在全，《民法物權論》(中)，第三五三頁；劉得寬，〈抵押權之附從性與特定性〉，《民法諸問題與新展望》，第三四三頁。

目的的實現是屬將來。用益物權則是為使用收益標的物而存在，其權利內容本身即為目的，不須另外與其他權利相結合。用益物權一經設定，權利人即可開始占有使用標的物，用益物權設定目的之實現是屬現在的。(3)用益物權是以利用標的物為目的，標的物消滅，權利人當然無從再加以利用，物權即歸於消滅。但是擔保物權是以支配標的物之交換價值為內容，標的物滅失時，如其交換價值仍存在，擔保物權即移存於該交換價值上，物權並不消滅，是「物權之標的物滅失，物權隨之消滅」原則的例外。

擔保物權之價值權的特性，於不以占有標的物為內容之抵押權及權利質權最為明顯，動產質權及留置權次之。擔保物權雖是以支配標的物之交換價值為內容，但是用益價值之高低常是決定交換價值高低之關鍵，兩者關係密切，為確保交換價值，擔保物權之效力於必要時須及於標的物之用益價值，民法第八百七十一條抵押權人之抵押物保全請求權即是為此而設之規定。以動產為標的物之動產質權及留置權，如果權利人也如抵押權之權利人不占有標的物，容許提供擔保者占有標的物繼續使用收益標的物，容易使得標的物之用益價值因此而減損，造成標的物之交換價值隨之減損而影響及擔保物權設定目的之實現，所以動產質權及留置權之權利人須占有標的物以確保標的物交換價值之保存。因此擔保物權所支配者雖是標的物之交換價值，卻往往也為確保交換價值而限制所有人之使用收益，甚而剝奪擔保人之使用收益標的物，如同剝奪擔保人之標的物所有權。

三、擔保物權之分類

(一)法定擔保物權與意定擔保物權

擔保物權依其發生之原因為標準，可區分為法定擔保物權與意定擔保物權。於一定條件下，因法律規定當然發生之擔保物權，為法定擔保物權。此種物權只要一定要件具備，法律上即當然發生，不問當事人之意思如何，例如留置權、優先權及法定抵押權（國民住宅條例第十七條、第二十七條）等皆屬之。

依當事人之意思所設定之擔保物權，為意定擔保物權，例如一般之抵押權及質權。意定擔保物權，除我民法物權編所規定之抵押權及質權外，尚有「讓與擔保」與「所有權保留」二者，亦係物的擔保之另一形態。

法定擔保物權所擔保之債權，大多是因就擔保標的物，施予勞務、技術、或供給材料，保全或增加該標的物之價值而生，例如法定抵押權就是最典型之例子，法律為鼓勵因此所創造之經濟價值，特許擔保物權之成立。法定擔保物權擔保之債權係對成立擔保之標的物支出一定費用而生，又稱為費用性擔保物權。意定擔保物權，則是擔保者用來創造信用獲得融資之手段，所以又稱為融資性擔保物權。

(二)留置性擔保物權與優先受償性擔保物權

擔保物權之主要效力有二，即一為留置效力，一為優先受償效力。前者乃債權人占有債務人主觀價值較高之物，間接予債務人以心理上之壓迫，而促其清償債務。後者則是將擔保標的物之使用價值仍歸債務人保留，債權人僅掌握其交換價值，將來即就此而優先受償。前者如留置權，後者如優先權及抵押權。兼具兩種特性者為質權。優先受償性擔保物權之功用較留置性擔保物權大，因為留置性之擔保物權，可使標的物之利用價值進入冬眠狀態，不但於社會經濟不利，也不為擔保人所喜愛，因此優先擔保物權之受重視不言可喻。

(三)動產、不動產、權利與一般或特定財產擔保物權

這是以擔保物權之標的物而作之分類。動產擔保物權，如留置權及動產質權，不動產擔保物權，如抵押權。權利擔保物權，如權利質權。一般或特定財產擔保物權，乃指優先權。

優先權有存於債務人之一般財產之上者，如工會法第三十八條及勞動基準法第二十八條之優先權，有存於債務人特定財產之上者，如海商法上之優先權。

(四) 占有擔保物權與非占有擔保物權

擔保物權依是否移轉擔保標的物之占有為標準，可區分為占有擔保物權與非占有擔保物權。前者是以標的物移轉於債權人占有，為其成立與存續要件之擔保物權，例如質權、留置權。後者則不以標的物移轉於債權人之占有為要件，擔保人仍可繼續使用收益擔保標的物之擔保物權，抵押權即為其例。非占有擔保物權，其標的物之使用收益權因仍存於擔保人手上，所以擔保權人對於標的物如何使用收益不能加以干涉。如此一來，非占有擔保物權會使得標的物之用益價值及交換價值完全發揮其作用，但是對擔保權人就交換價值之支配卻有難以完全掌握之缺點。

(五) 典型擔保物權與非典型擔保物權

這是以擔保物權制度是否為法律所規定，目的在於是否直接擔保債權為區別標準，而區分為典型擔保物權與非典型擔保物權。典型擔保物權是法律所規定，直接以擔保債權為目的者，例如抵押權、質權與留置權。後者則非法律所規定用以擔保債權之制度，但因其內在具有或兼具擔保債權之功能，社會交易上乃將之運用於債權擔保之制度，例如典權、讓與擔保、附條件買賣、買回、代理受領、備償專戶、抵銷、融資租賃等，又稱為不規則擔保^②。此類非典型擔保可以彌補典型擔保之缺陷及不足，在擔保制度之發展及運作上，具有相當之地位。除已有法律規定者外，如何以立法將之導入成文法體系，以避免特定債權人濫用，損及其他債權人之利益，或使債務人失去保護，是一重要課題。

(六) 定限型擔保物權與權利移轉型擔保物權^③

擔保物權以其權利構造型態為標準，可區分為定限型擔保物權及權利移轉型擔保物權。前者是以標的物設定具有擔保作用之定限物權為其構造

^② 謝在全，《民法物權論》(中)，第三四九頁～第三五〇頁。

^③ 謝在全，《民法物權論》(中)，第三四八頁～第三四九頁。

型態之擔保物權，只是標的物部分權利之移轉，如占有權或處分權之移轉，標的物所有權仍存在設定人之手，民法所規定之擔保物權皆屬之。後者則是以標的物所有權或其他標的之權利移轉於擔保權人為其構造型態之擔保物權。因此於權利外觀上，標的物之所有權或其他標的之權利已移轉於擔保權人，也就是標的物全權利之移轉，讓與擔保為典型之代表，我國動產擔保交易法所規定之附條件買賣與信託占有都具有此項特質。



第二節 抵押權之意義

抵押權意義有廣義及狹義之區別，狹義之抵押權是指民法物權編第六章第一節所規定之普通抵押權（第八百六十條），廣義抵押權則除此普通抵押權外，尚包含其他特殊抵押權多種。此所敘述者為狹義抵押權之意義。民法第八百六十條規定：「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受清償之權。」^④因此抵押權之意義如下：

一、抵押權為擔保物權

抵押權是就供擔保之不動產所賣得之價金優先受清償之權，也就是以支配不動產之交換價值，確保債權之清償為目的，具有優先清償效力之擔保作用，自屬擔保物權。

二、抵押權是由債務人或第三人就其不動產設定之物權

抵押權之標的物為不動產，故為不動產擔保物權。不動產指土地及其上之定著物，抵押權不僅可就土地設定，也可就房屋設定。抵押權雖有以地上權、永佃權、典權、礦業權、漁業權為標的物，但此皆屬特殊抵押權

^④ 未修正前之條文為：「稱抵押權者，為對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權。」抵押權所擔保者為債權，而所受清償者亦其債權，但舊有條文未標明「債權」，易使人誤解受清償者為抵押權，為避免疑義，遂仿德國等之立法例，修正第八百六十條之規定。

之範圍，不符狹義抵押權之意義。

抵押權是約定擔保物權，因為抵押權是由債務人或第三人就其不動產所設定。抵押權是為確保債務之清償而設定，所以抵押權標的物之不動產需為債務人或第三人所有。物權因混同之結果，有可能會有抵押權存在於權利人自己之不動產上之情形出現，但這是特殊情形非常態。外國立法例有所謂之「所有人抵押權」，抵押權存在於權利人自己所有之不動產，但我國民法未引進這種制度。抵押權是為支配標的物之交換價值以確保債務之清償，其標的物當然必須具有讓與性，如果不具讓與性，於抵押權實行時無從變價，抵押權之擔保作用就無法實現，與其存在之目的相違背。

三、抵押權是不移轉標的物占有之物權

抵押權之成立與存續都不以移轉標的物之占有為必要，為非占有擔保物權。當事人設定需移轉標的物占有之抵押權，是違反物權法定主義。其移轉占有之行為應為無效，但除去該無效部分抵押權仍可成立^⑤。

抵押權之設定，不以抵押之不動產移轉占有為要件，但是當事人間除設定抵押權外，另外再約定將抵押物交予債權人使用收益用以抵償債權所生之利息，並由債權人負擔抵押物之稅捐，此約定未違反抵押權之本質，與抵押權之設定無關，當然為法律所允許^⑥。

基於抵押權是非占有擔保物權之性質，抵押物仍由抵押人占有，因此抵押物之使用收益仍歸屬於抵押人，凡是依抵押物通常用法之用益，於抵押權實行前抵押權人原則上都不得干涉。

四、抵押權是就標的物所賣得之價金而優先受償之物權

擔保物權的作用，有僅在留置其物予債務人以心理上之壓迫，有僅在就其標的物之交換價值而優先受清償者，抵押權是屬於後者。抵押權人對於抵押物既然不占有，當然無留置作用，而只能於所擔保之債務不獲清償

^⑤ 謝在全，《民法物權論》（中），第三六二頁。

^⑥ 五十四年臺上字第一八七〇號判例。

時，拍賣抵押物，以賣得價金受償。未修正前民法第八百六十條雖無「優先」之字樣，但原第八百七十四條中有「抵押物賣得之價金，按各抵押權人之次序分配之」的規定，而且原第八百七十七條有「但對於建築物之價金，無優先受清償之權」之但書規定，由此可見，抵押權人就抵押物賣得之價金有優先受償之權⁷。為避免爭議，修正第八百六十條，重新明定抵押權之意義，將「優先受償」之字樣明示於條文。

優先受償首先是對債務人之其他普通債權人而言，抵押權人就抵押物賣得之價金，有優先於普通債權人受清償之權。其次則是抵押權人彼此之間，先次序之抵押權人有優先於後次序之抵押權人就抵押物賣得價金優先受償之權。如果債務人受破產宣告時，抵押權人有別除權，仍可就抵押物賣得價金優先受償。抵押權人所能優先受償者，以抵押物賣得之價金為限，若是抵押物賣得之價金不足以清償所擔保之債權時，該不足清償部分，對於債務人其他財產所賣得之價金，無優先受償之權。



第三節 我國抵押權之近代發展

民法抵押權制度之設置濫觴於滿清末年第一次民律草案。第一次民律草案，於物權編參考德國之立法例，設置有抵押權、土地債務、不動產質權等不動產擔保物權。但因我國習慣上無土地債務及不動產質權，因而於第二次民律草案中刪除土地債務及不動產質權，另置入我國習慣特有的典權一章，將之以用益物權之型態出現。民國十八年公布，十九年施行之現行民法物權編，除增設留置權外，原先已規定之動產質權、權利質權及抵押權保持不變，是以抵押權為意定、不動產、非占有擔保物權，以質權為意定、動產、占有擔保物權之擔保物權體制因此確立。

民法物權編制定後，隨著社會及經濟之需要，抵押權制度有下列之發展：

⁷ 二十八年上字第二五二號判例：「抵押權人就抵押物賣得之價金，有優先於他債權人而受清償之權，此在民法第八百六十條雖無優先字樣，而依民法第八百七十四條及第八百七十七條但書之規定，甚為明顯。」

一、抵押權標的物範圍之擴大

抵押權之標的物原限定於不動產，為因應經濟上之需要及發展，抵押權之標的物不再限於不動產，逐漸擴展到動產。民國十八年所實施之海商法中的船舶抵押權的規定，首先打破抵押權僅限於不動產之限制，民國四十二年施行之民用航空法，繼海商法後，明文規定航空器也可以為抵押權之標的物。動產設定質權時須移轉動產之占有於債權人，設定人因而喪失動產之利用權，對企業經營者十分不利，因此只能以不動產設定抵押權而以動產設定質權之制度，隨著工商社會之發展及機器設備價值之高漲，與企業經營者融資之需求日益殷切，不能不有所變通。有鑑於此，民國五十二年所制定通過而於五十四年六月十日實施之動產擔保交易法，終於將動產抵押權納入擔保物權法的體系，使得機器設備工具原料等有價值之動產可以成為抵押權之標的物，更是抵押權制度一大突破。

二、財團抵押制度之立法

基於一物一權原則，若要於多數之標的物上設定抵押權，須分別就每一個標的物設定。現代企業之土地、廠房、機器或其他之設備工具，雖皆為獨立之物，卻必須互相結合才能提高其經濟價值，如果於設定擔保物權時，仍須遵循一物一權之原則，就各個標的物分別設定，不僅增加當事人之麻煩，也可能無法達到企業主融資之需求。反之，如果能將這些土地機器等視為一有機之結合體，允許企業主以此有機結合體當作單一標的物設定抵押權，一定能夠提高整體之價值，使企業主獲得較高之融資，幫助企業之發展。因此外國立法例上，遂有財團抵押制度之出現，此乃將企業之土地、廠房、機器及一切其他設備，集合成為一財團，以此財團整體設定單一之抵押權，以為債權之擔保。司法院於民國二十五年院字第一五一四號解釋中，認為工廠之機器生財設備為其從物，以工廠廠房設定抵押權時，其效力及於機器生財設備之方法，為財團抵押制度之引進開啟一扇門。民國四十二年我國正式於所通過施行之工礦抵押法中引進財團抵押之制度。

依該法規定，公用事業或營利為目的而製造或加工物品之工廠或礦廠，得組織工礦財團，以該財團設定抵押權。財團抵押是一物一權原則之例外，使得抵押權之標的物得擴大至機器生財設備等動產，為光復後臺灣經濟之發展提供良好之基礎。工礦抵押法已因動產擔保交易法之施行而廢止。

三、最高限額抵押權之承認

抵押權是以確保特定債權之清償為目的而設定之物權，抵押權之運用，無法滿足當事人間為擔保長期繼續交易或融資所生債權之需要，實務上為因應這種需求，遂出現最高限額抵押權之設定。最高限額抵押權是就將來發生之債權而為之擔保，抵押權設定時擔保債權之最高數額雖已確定，但實際債權額度卻必須等到抵押權實行時才能確定。最高限額抵押權雖於實務上為人所喜愛，但其是否有效於法律上非無爭議。最高法院於五十一年臺文字第〇〇三五號函中指明：「最高限額抵押係就將來實際發生之債權而為擔保，其性質仍與一般抵押權之設定無異，倘此項抵押權業經依法辦理登記，裁判上自應承認其效力」。司法行政部乃據以五十一年二月二十二日臺（五一）令民字第〇七九一號令飭當時所屬之臺灣高等法院與福建高等法院廈門分院注意辦理。最高限額抵押權自此獲得法院實務上之承認。但是最高限額抵押權遲遲未立法化，致於實務上之運作頗多問題，有鑑於此，九十六年三月二十八日擔保物權法修正時，遂將最高限額抵押權增列於抵押權一章中。

四、抵押權證券化之發展

我國民法設置抵押權制度，純粹是為達到擔保債權清償之目的，對抵押權是否應或可具有流通性之課題，完全不予考慮。惟就抵押權作為投資媒介手段之功能言，如果抵押權能具有流通性，可於金融市場自由交易，必然使得其投資媒介之功能更能發揮。因此外國立法例有直接將抵押權予以證券化，以利其流通者，如德國民法第一千一百十六條規定之證券抵押權。另一種方式則是藉由資產之證券化，間接達到抵押權證券化而具有流

通性之目的。所謂資產證券化，是由金融機構將不動產抵押貸款債權、汽車貸款債權及信用卡債權等流動性較低之資產，轉換為證券之形式，再向投資人銷售，使金融資產得以流通，以籌措資金之制度。此制度最早以一九七〇年代美國政府不動產貸款協會所發行之不動產抵押證券 (Mortgage Back Security) 為濫觴，後來為日本所接受，我國於九十一年亦制定金融資產證券化條例。依該條例之規定，金融機構得將住宅抵押貸款債權、汽車貸款債權與其他貸款債權及其擔保物權等金融債權，信託於受託機構，由受託機構以該資產為基礎發行受益證券，獲取融資。



第四節 抵押權之社會作用

債權之權利是否實現，取決於債務人是否給付。債務人如果能夠信守承諾履行給付義務，債權人之債權當然可獲得滿足，如果債務人不履行給付義務，債權人只能對債務人之財產聲請強制執行，以求自己債權之實現。債務人之財產為債權之最後保障，但並非為特定某債權之保障，而是所有債權之共同保障，各債權人對債務人之財產只能依債權額之比例，平等受清償。因此，法律上為謀債權之鞏固，確保其經濟價值，乃設有擔保物權之制度。

擔保物權中之質權是以債權人占有債務人之物為要件，債權人藉由占有債務人之物，予以債務人心理上之壓迫，以促進債務人清償債務。抵押權人對於抵押物不加以任何物質之支配，僅就其交換價值優先受償。質權之設定會犧牲質物之使用價值，對社會經濟不利，抵押權則無此缺點，故抵押權之制度，於擔保物權諸制度中特別具有優勢。如果以抵押權為債權之擔保，在債務人方面言，既不必放棄其財貨之使用價值，而犧牲收益，又可利用其財貨之交換價值，獲得融資，利於企業資金之週轉；而在債權人方面言，既不必對抵押物為任何物質之支配，而增添麻煩，又可坐收擔保之實效，確保自己債權之價值。

但是確保債務清償之作用，只是抵押權之消極作用。抵押權的積極社會作用，應是作為社會融資之手段，誘導債權之發生，間接促成經濟之繁

榮。企業經營者籌集資金之最便捷方式，乃是以企業之財產設定抵押權，向金融機構融資。以抵押權獲得融資後，因債務人之清償責任加重，身為債務人之企業無不立即將融資轉為投資，購買機器生財，努力於企業之經營以賺取利潤，用以清償債務及再增添設備。增添之設備不僅可用於使用收益、創造利潤，又可用於融資，再一次形成從事經濟活動所需之資本，於是相互循環，資本日增，企業日益成長壯大。另一方面，金融機構為使其所授與之融資易於收回，除了以抵押權為其護身符之外，一定會事先調查欲融資之企業的信用，就其經營方式、計畫與結構作仔細之判斷，企業愈健全愈有清償能力就愈易獲得融資，無形中更會促使企業健全發展。企業若能償還融資，金融機構的資金才能於社會中流通順暢，產生更大之利潤。換言之，企業及金融機構可以藉由抵押權的融資手段，共同帶動社會經濟之繁榮。



第五節 抵押權之特性

一、從屬性

抵押權為債權之擔保，是從屬於主債權之權利，因而具從屬性。抵押權之從屬性可分為發生上之從屬性、處分上之從屬性、與消滅上之從屬性等：

(一)發生上之從屬性

抵押權之發生，以主債權之發生為前提，主債權如不發生，則抵押權亦不能發生，主債權若無效，抵押權亦隨之無效，是為發生上之從屬性。我國民法對抵押權發生上之從屬性雖無明文規定，通說及實務上卻都承認抵押權有此特性^⑧。

^⑧ 六十九年臺上字第三五一號判決，七十年臺上字第五一三號判決，八十三年臺上字第四二三號判決，八十九年臺上字第一〇八六號判決。鄭玉波，《民法物權》，第二四九頁；謝在全，《民法物權論》（中），第三七七頁；史尚寬，《物權法論》，第二三五頁。

抵押權之成立，如果違反成立上之從屬性，當然為無效。即使已為抵押權之登記，該抵押權也無效。抵押人可本於所有權妨害除去請求權請求塗銷該抵押權之登記，因債權人無債權可讓與，第三人亦無從依信賴抵押權登記而主張善意取得抵押權。

抵押權之成立以主債權存在為前提之原則，隨著抵押制度之發展不得不從寬解釋，認為抵押權是為擔保債權之清償，所以只須實行抵押權時，受擔保之債權存在即為已足。抵押權成立時是否有債權存在，並非重要。最高法院於四十七年臺上字第五三五號判例謂：抵押權可以將來可發生之債權為擔保債權，這個見解已獲得學者之支持，蓋用益物權既為獨立之物權，與之立於同等地位之抵押權，為使其發揮媒介融資手段之社會作用，不能不承認抵押權之獨立性，因此對抵押權從屬性之解釋應予放寬⁹。外國立法例中德國民法第一千一百十三條第二項¹⁰及瑞士民法第八百二十四條第一項亦採相同立場。唯有對抵押權成立之從屬性予以從寬解釋，才能解決實務上常見之最高限額抵押權的問題。

因此，抵押權成立從屬性，應是抵押權實行時須有擔保債權存在。抵押權惟有依當事人合意之內容及登記上之記載，所擔保之債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷或依其他情形無發生之可能時，始可認為違反成立上之從屬性¹¹。

抵押權成立上之從屬性與抵押權設定之物權行為無因性，是兩個不同之概念，必須予以區別。債務人因向債權人借貸，為擔保借款之返還，雙方約定由債務人提供一不動產設定抵押權，然後為辦理抵押權之設定登記。則債權人與債務人間，共作成消費借貸、設定抵押權之約定¹²與設定抵押

⁹ 鄭玉波，《民法物權》，第二四九頁；謝在全，《民法物權論》（中），第三九一頁，註四。

¹⁰ 德國民法第一千一百十三條第二項規定：「為擔保將來之債權或附條件之債權亦可設定抵押權。」此條規定才符合實際上交易之需要，因為事實上一般都是抵押權設定後，擔保債權才成立。Baur, Sachenrecht, §37II, Rz. 19.

¹¹ 九十一年臺上字第一九五五號判決。

¹² 約定抵押權設定之契約，又可稱為擔保契約 (Sicherungsvertrag)，是抵押權設定

權等三項法律行為，前兩項為債權行為，最後一項才是物權行為。如消費借貸之契約不成立，無借款債權存在，縱使抵押權設定之物權行為有效，則抵押權因違反成立上從屬性而不成立。若是約定抵押權設定之原因行為無效，抵押權設定之物權行為有效時，抵押權仍然成立，不會因約定抵押權設定之原因行為無效，而影響及抵押權之成立，此為物權行為無因性。

(二)處分上之從屬性

成立上之從屬性，物權編中無明文規定，但處分上之從屬性，民法卻於第八百七十條明文規定。第八百七十條規定：「抵押權不得由債權分離而為讓與或為其他債權之擔保」。依據此規定，抵押權處分上之從屬性，可分兩部分討論：

1. 抵押權不得由債權分離而為讓與

抵押權必須附隨於主債權之讓與而一併讓與。抵押權是從屬於擔保債權，兩者之間有主從關係，原則上主權利讓與時，從權利應一併隨同讓與¹³。但抵押權人不能單獨讓與屬於從權利之抵押權，自己保留債權，否則應是違反第八百七十條之禁止規定，所為之抵押權讓與行為無效，受讓人不能因此取得抵押權¹⁴。

反之，如果抵押權人將債權單獨讓與他人，自己保留抵押權並無不可，但是此時抵押權人所保留之抵押權因無受擔保債權存在，違反抵押權之從屬性，應歸於消滅，抵押人可以請求塗銷¹⁵。

而抵押權人可否將債權及抵押權分別讓與不同之人？答案當然是否定。就債權之讓與言，當事人間僅有債權讓與之約定，受讓人所取得者僅為無

之物權行為的原因行為，仍為負擔行為，參閱王澤鑑，《民法學說與判例研究》（五），第一四〇頁以下。

¹³ 德國民法第一千一百五十三條：「抵押權隨同債權讓與而移轉於債權受讓人。」於此，更確切地說，抵押權之移轉，是因債權之讓與而隨同之法定移轉。Schreiber, Sachenrecht, Rz. 470。

¹⁴ 姚瑞光，《民法物權論》，第二二一頁。

¹⁵ 謝在全，《民法物權論》（中），第三八〇頁。

抵押權之普通債權，無第二百九十五條第一項規定之適用。就抵押權之讓與而言，抵押權讓與行為無效，抵押權仍存於原抵押權人手中，因無受擔保債權存在，抵押權應歸於消滅。

2. 抵押權不得由債權分離而為其他債權之擔保

抵押權人不得單獨以抵押權為其他債權之擔保，也就是說，抵押權只能與所擔保之債權一併設定債權質權，而成為附有抵押權擔保之債權質權。抵押權人如果只以抵押權供擔保，即是創設以抵押權為標的物之權利抵押權，不僅違反第八百七十條之規定，也違反第八百八十二條權利抵押權之規定，與物權法定主義相違背，應為無效。

擔保債權與抵押權具有主權利及從權利之關係，若以債權設定質權，依「從隨主」之法理及第二百九十五條第一項規定，債權所附隨之抵押權亦為質權效力所及¹⁶。但是第八百七十條下段之規定所強調者是，如欲以抵押權供擔保時，必須附隨於其主債權，並非是以主債權供擔保時，必須附隨抵押權。所以抵押權人並非不可單獨以債權設定質權，自己保留抵押權，因為此時債權仍存在於抵押權人，不發生無債權存在之問題，不違反抵押權處分上或成立上之從屬性。

(三)消滅上之從屬性

抵押權所擔保之債權，如因清償、提存、抵銷、免除等原因而全部消滅時，抵押權亦隨之而消滅，是為消滅上之從屬性。抵押權因主債權消滅而隨之消滅時，抵押權人負有塗銷抵押權登記之義務，抵押物之提供人除了因所有權除去妨害請求權而有塗銷抵押權登記之請求權外，尚有因約定設定抵押權契約而有之債之請求權可請求塗銷抵押權登記。有疑問的是，

¹⁶ 以債權設質時效力是否及於抵押權之問題，多數學者採取肯定說，參閱史尚寬，《物權法論》，第三五六頁；姚瑞光，《民法物權論》，第二一一頁；謝在全，《民法物權論》（中），第三八一頁。唯鄭玉波氏持否定說，因為第二百九十五條之規定只適用於債權讓與，以債權供擔保自不在內，參閱鄭玉波，《民法物權》，第二五〇頁。

由第三人提供抵押物時，債務人非所有人，當然不能依所有權除去妨害請求權請求塗銷抵押權登記，但可否依債之關係請求抵押權登記之塗銷？最高法院對此問題持肯定之看法¹⁷。

抵押權因擔保債權之消滅而消滅後，即使抵押權之登記尚未塗銷，抵押權亦不過形式上存在，實體上已不存在，並無登記之效力¹⁸。此時如果抵押權人將抵押權讓與第三人，因無債權讓與之事實，第三人也無法受到土地法第四十三條之保護，因為債權已消滅，抵押權不可能繼續存在¹⁹。

於債務承擔，原債務人之債務因第三人之承擔而由第三人承受，原債務人則脫離債之關係，債權人對原債務人已無債權存在，但抵押權為從權利，依「從隨主」之原則，抵押物雖為原債務人所提供，仍為該債務之擔保（第三百零四條第一項）。如果抵押物是由第三人所提供，因第三人之提供擔保是以債務人之信用為基礎，今債務既已移轉，不能強迫第三人對毫無信用關係之承擔人，亦負擔保責任，因此依第三百零四條第二項之規定，除非經過第三人之承認，否則該抵押權因債務承擔而消滅²⁰。若是由提供抵押物之第三人承擔債務時，此時第三人非擔保他人之債務而是自己成為債務人，毋庸再為承認，應認為此時抵押權不消滅，仍為債務之擔保²¹。

依第一百四十六條之規定：「主權利因時效消滅者，其效力及於從權利」，則主債權因時效而消滅，抵押權原則上應隨同消滅，但是第一百四十五條第一項又規定，債權人此時可就抵押物取償，亦即抵押權例外地不消滅，此時抵押權雖不消滅，但是抵押權人於消滅時效完成後，五年內必須實行抵押權，否則抵押權消滅，為第八百八十條所明文規定。

實務上抵押權之設定常約定有存續期間，而且將此存續期間於辦理抵

¹⁷ 最高法院七十七年三月二十二日第六次民事庭會議決議。謝在全氏對此有不同看法，參閱謝在全，《民法物權論》（中），第三九三頁，註十四。

¹⁸ 二十六年上字第七五九號判決。

¹⁹ 司法院七十四年院臺廳一字第〇一六八〇號函：苟無債權讓與之事實，第三人不可能專依登記之事項，信賴其公信力，單獨受讓抵押權。

²⁰ 鄭玉波，《民法債編總論》，第五九一頁。

²¹ 謝在全，《民法物權論》（中），第三八三頁～第三八四頁。

押權登記時一併登記，在擔保債權未消滅前，縱然存續期間已屆滿，抵押權也不消滅。反之，如果存續期間已屆滿但擔保債權仍存在，抵押權當然不消滅，所以抵押權存續期間之約定及登記，於法律上不具任何意義^②。

抵押權消滅上之從屬性，必須是主債權全部消滅，抵押權才隨之消滅，如果主債權僅是一部消滅，不屬於抵押權消滅之從屬性的問題，而是抵押權之不可分性的問題。

二、不可分性

抵押權之不可分性，是指擔保債權未受全部清償前，抵押權人得就抵押物之全部行使權利。因為在理論上，整個抵押權乃用以擔保整個債權之實現，所以抵押物之任何部分均應擔保全部債權之實現，而債權之任何部分，亦可就全部抵押物而主張其擔保利益，並不因抵押物或債權之割裂而受影響^③。基於此一原則，債權縱然已經一部分受清償，而其餘部分，仍然可就抵押物之全部行使權利，抵押人不能依清償部分之比例而減少抵押權對於抵押物之拘束，這就是所謂抵押物之全部，擔保債權之各部。如果抵押物一部滅失，其殘存部分仍為全部債權之擔保，這是所謂抵押物之各部，擔保債權之全部。

我民法關於抵押權之不可分性雖無明文，但對於抵押物之分割或讓與其一部以及債權經分割或讓與其一部時，均不影響抵押權，則分別規定於第八百六十八條及第八百六十九條，當係基於抵押權不可分性所生之效果。下面即是依據第八百六十八條及第八百六十九條之規定說明「抵押權之不可分性」：

(一)自抵押物言

第八百六十八條規定：「抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。」此

^② 八十七年臺上字第七二七號判決。

^③ 季模，《民法問題研究》，第九四頁。

可分三方面說明：

1. 抵押物雖經分割，抵押權並不因此受影響

亦即抵押物為共有物，經共有人分割後，抵押權人仍得就分割後之各部分之抵押物行使其抵押權。例如甲乙以共有之土地為債權人丙設定抵押權，抵押權設定後，甲乙分割其共有之土地，各取得該土地之一部分，丙可以就全部債權，對分割後之甲乙個人所分得之土地實行抵押權。

2. 抵押物經讓與其一部，抵押權亦不因此受影響

此如甲以自己所有之土地為債權人乙設定抵押權後，將抵押標的物之土地分割讓與其一部與丙，債權人乙仍可就全部債權，對丙受讓而得之土地主張抵押權。

3. 擔保一債權之數抵押物，雖以其一讓與他人，抵押權亦不因此而受影響

數抵押物擔保一債權，如以兩棟房屋擔保一債權，乃共同抵押之問題。抵押人若將共同抵押物中一宗讓與他人，對於抵押權不生任何影響，抵押權人仍可就數抵押物之全部行使權利。

(二) 自擔保債權言

第八百六十九條第一項規定：「以抵押權擔保之債權如經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。」這是所謂債權之各部，為抵押物全部所擔保。此規定，可分下列兩點說明：

1. 抵押權所擔保之債權，如經分割，其抵押權不受影響

這是指附有抵押權擔保之共有債權，雖經分割為單獨所有之債權，對於抵押權不發生影響。例如丙為甲乙二人共有之債權，設定抵押權，其後甲乙二人雖將其債權分割為單獨所有，抵押權仍為甲乙兩人所共有，甲乙各得依其應有部分，對於抵押物之全部行使權利。

2. 以抵押權所擔保之債權，經讓與其一部分者，其抵押權亦不受影響

例如甲以其對丙之抵押債權，分割讓與一部與乙，除非甲乙間另有約

定，乙所受讓之債權不附隨甲原有之抵押權為擔保外，乙於受讓債權之同時亦成為抵押權之共有人，甲乙各得依其債權之比例，主張就原有抵押物之全部求償。

(三)自擔保債務言

第八百六十九條第二項規定：「前項規定，於債務分割或承擔其一部時適用之。」這是從債務人方面所作之規定，本質上屬於抵押物之全部，擔保債權之各部之問題，因此也可分成兩點說明：

1. 以抵押權所擔保之債務，如經分割而由二以上債務人分擔時，其抵押權不受影響

這是債務分割時應適用第八百六十九條第一項規定所應得之結論。依此原則，共同債務人甲及乙於設定抵押權擔保債權後，將共有債務一分为二，各自分擔一半，抵押權不因此受影響，債權人於行使對甲或對乙之個別債權時，仍可就原抵押物全部求償。

2. 以抵押權所擔保之債務，如經他人承擔其一部時，抵押權不因此而受影響

第八百六十九條第二項所規定者為「債務分割」，原本未及於「債務承擔」，因此有主張第八百六十九條第一項規定之原則，於債務經由他人一部承擔者不適用²⁴。但是就抵押權之不可分性及第八百六十九條規定之意旨觀之，解釋上應認為，抵押權所擔保之債務經他人承擔一部分時抵押權不因此受影響²⁵。換言之，債務人如以自己所有之不動產設定抵押權後，其債務由第三人承擔一部分，債權人對第三人所承擔部分之債權，仍可就抵押物全部實行其抵押權。但是抵押物若由第三人所提供，如果是免責之債務承擔，除非抵押人對債務承擔已為承認，抵押權始能繼續存在，否則承擔部分之抵押權消滅。但是債權人就未承擔部分，仍可以就抵押物全部行

²⁴ 李模，《民法問題研究》，第九一頁。

²⁵ 謝在全，《民法物權論》(中)，第三八八頁；鄭玉波，《民法物權》，第二五二頁。

使權利。此項見解為物權編修正條文所採納，因此第八百六十九條第二項之修正條文也納入「債務之一部承擔」。

綜合上述所言，所謂抵押權不可分性，更正確地說，應為抵押物之不可分性。無論債權經分割或讓與一部，或者債務經分割或承擔一部分，抵押權之標的物全部仍為債權之擔保。即使債權因一部清償而消滅，抵押物之全部仍擔保剩餘之債權，此時雖然因債權一部消滅而可以為抵押權變更登記，但是不能因此而認為抵押權一部滅失，只能就抵押物一部分求償。基於抵押物之不可分性，抵押權人仍然可以將抵押物全部查封拍賣，從賣得之價金求償，只是優先受償之效力僅限於剩餘債權之範圍。而就抵押物言，抵押物即使經分割或經讓與其一部，則抵押權皆不受影響，抵押權人仍可就分割後或讓與後之各個抵押物實行抵押權，甚而擔保一債權之數抵押物，其中一個抵押物經讓與後，仍為抵押權效力之所及，這種情形，與其謂為抵押權之不可分性，毋寧認為亦是抵押權追及效力之另一種型態²⁶。

以不動產之應有部分設定抵押後，該不動產分割時，對抵押權之影響如何？這個問題與共有物分割之效力有關。對於共有物分割，通說採取移轉主義，認為共有物之分割，乃為共有人間各就其應有部分相互移轉，故因分割而取得單獨所有權之效力並不溯及既往，而應自分割完畢後發生。所以，應有部分上之抵押權於共有物分割後，不僅僅存在於抵押人所分得之部分，也存在於各共有人所分得之部分，抵押權人可以抵押人應有部分之比例對各共有人所分得之部分實行抵押權，此為抵押權不可分性所生之效果²⁷。如此一來，將使得法律關係愈趨複雜，如同共有物未經分割之狀態。因此民法修正草案第八百二十四條第二項、第八百二十四條之二設有規定以解決此問題²⁸。

²⁶ 李模，《民法問題研究》，第九四頁。

²⁷ 李模，《民法問題研究》，第九二頁。謝在全氏認為此是共有物分割所生之效果，與抵押權不可分性無關，參閱謝在全，《民法物權論》（中），第三八九頁。

²⁸ 民法修正草案第八百二十四條第二項：「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賣人所分得之部分。」第八百

於債權讓與時，若無特別約定，因「從隨主」之原則，擔保該受讓債權之抵押權必然隨同讓與，而使得債權讓與、抵押權處分上從屬性及抵押權不可分等概念於實務上常同時出現於同一案例，混淆不清。以下列案例說明此三種概念之區別：例如甲為擔保對乙之三百萬債務，將自有之五百坪土地，設定抵押權為擔保。後來乙將該三百萬元債權讓與丙，則五百坪土地之抵押權也隨同移轉於丙，這是債權讓與效力所致。假設乙只讓與三百萬元中之一百萬元於丁，丁也取得隨同債權讓與之一百萬元的抵押權，而成為抵押權之共有人，基於抵押權不可分性，即抵押物不可分性，丁仍可就抵押權標的物之五百坪土地全部實行抵押權。債權人乙如果欲將抵押權單獨讓與庚或單獨為辛提供擔保，才是涉及抵押權處分上從屬性之問題。

抵押權不可分性，通說認為非抵押權本質所必具，因而有關抵押權不可分性之規定，即第八百六十八條及第八百六十九條並非強行規定，當事人可以特別約定排除之。此種特別約定，須於抵押權設定登記時隨同登記，否則不具對抗第三人之效力²⁹。

三、物上代位性

抵押權非以抵押物本身之利用為目的之物權，而是專以取得抵押物之交換價值為目的之物權。因此，抵押物雖然已經毀損或滅失，但是若仍有其交換價值存在之替代物存在，抵押權當然可移存於該替代物上，由抵押權人就該替代物求償，稱之為抵押權之物上代位性。民法第八百八十一條為抵押權物上代位性之規定，依該條規定，因抵押物滅失而獲得之賠償金是抵押物之替代物，抵押權人可就該項賠償金行使權利。

二十四條之二第二項：「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。權利人經共有人告知訴訟而未參加者，亦同。前項但書情形，於以價金分配或以價金補償者，準用第八百八十一條第一項、第二項或第八百九十九條第一項之規定。」

²⁹ 姚瑞光，《民法物權論》，第二一三頁；謝在全，《民法物權論》（中）第三八五頁；鄭玉波，〈論抵押權之不可分性〉，《民商法問題研究》（二），第一五〇頁。



第六節 抵押權之取得

一、依法律行為而取得

(一)抵押權之設定

1. 抵押權設定之法律行為

抵押權之取得最通常者是經由抵押權之設定。抵押權之設定，固不限以契約為之，亦可以單獨行為為之，如以遺囑設定抵押權，亦無不可，但仍然是以契約設定者為多數。無論是以單獨行為或是以物權契約設定抵押權，依第七百六十條之規定皆須作成書面才能成立，依第七百五十八條規定，皆須辦理登記才能生效。

2. 當事人

設定抵押權之當事人為抵押權人和抵押人。抵押權人為取得抵押權之人，因抵押權是為擔保債權而設定，基於抵押權之從屬性，債權人恆為抵押權人。唯一例外的是，股份有限公司為所發行之公司債設定抵押權時，可以受託人為抵押權人（公司法第二百五十六條）。

抵押人是提供抵押物以設定抵押權之人。如果是債務人自己提供不動產設抵押權，則抵押人就是債務人自己，如果債務人無法提供不動產設定抵押權，依第八百六十條之規定，第三人亦可為債務人提供抵押物，設定抵押權，則該第三人即為抵押人，此第三人稱為「物上保證人」^③。第三人訂立抵押權設定契約，係就自己之所有物為處分，故無需債務人之承諾。只是第三人非債務人，依土地登記規則第一百一十一條，契約書及登記申請書，仍應經債務人簽名或蓋章始能辦理登記。抵押人究為何人，若有疑義，

^③ 學理上及實務上皆認為，物上保證人係指非債務人而設定抵押權契約之設定人，抵押權設定後取得抵押物之人為「抵押物第三取得人」。鄭玉波，《民法物權》，第二五三頁；謝在全，《民法物權論》（中），第三九九頁；六十五年臺上字第七九六號判例。