

■抵押權之追及效力題型

試題 1—基本觀念題

甲、乙二人共有房屋一幢，出典於丙後，甲仍以其應有部分為 A 設定抵押權。其後丙以其「典權」為標的，設定抵押權於 B：

（一）甲、乙二人為共有物之分割後，對於丙之典權，A 及 B 之抵押權，各有若何之影響否？

（二）若甲、乙並未分割共有物，亦未回贖，而丙依法取得典物之所有權時，則對 A、B 之抵押權，各有若何影響？（65 年律師考試第二題）

問題焦點與修法前後比較

這個題目的焦點，均是環繞在共有人之處分權、同一標的物上得否同時存在典權及抵押權，以及權利抵押權等問題上。而這三個問題，在九十六年物權編修正前後，並沒有太大的變動，尤其是兩個關鍵條文：民法第八百六十七條、第八百六十八條等規定，在這次物權編修正時均未更動，所以本題當事人間的法律關係不受修法的影響。

惟本題第（一）小題關涉到目前還屬修正草案之第八百二十四條之二第二項的新增規範；也由此，讓筆者聯想到九十六年物權編修正時，甫新增訂之民法第八百七十三條之二規定。本條新增規範或許和本題事實並無直接關聯，但從民法第八百六十六條、第八百六十七條出發，到物權編修正草案第八百二十四條之二等規定，均涉及抵押物的權利有所變動，或同一標的物上有數個抵押權存在時，當事人間的法律關係該如何處理的問題。

【物權編最新修正條文—民法第八百七十三條之二】

抵押權人實行抵押權者，該不動產上之抵押權，因抵押物之拍賣而消滅。(I)
前項情形，抵押權所擔保之債權有未屆清償期者，於抵押物拍賣得受清償之

範圍內，視為到期。(II)

抵押權所擔保之債權未定清償期或清償期尚未屆至，而拍定人或承受抵押物之債權人聲明願在拍定或承受之抵押物價額範圍內清償債務，經抵押權人同意者，不適用第二項之規定。(III)

新增訂之民法第八百七十三條之二的規範重點，在於當同一抵押物上有數個抵押權存在，而其中某一抵押權人實行抵押權時，對於其他抵押權的影響。承前所述，同一抵押物上可能有數個抵押權存在，每一抵押權所擔保債權之清償期先後順序與抵押權的順位，不一定一致，登記在後的抵押權，其所擔保的債權清償期可能反而先屆至。當然，**不論前順位抵押權人之清償期是否已屆至，後順位抵押權人都可以在其債權已屆清償期而未受清償時，實行抵押權**，但此時對於前後順位的抵押權人的權利，均會產生相當的影響。以下即分就各種情況論述之。

1、假設**前順位**的抵押權人最先實行抵押權，向法院聲請拍賣抵押物，此時同一抵押物上所存在的其他抵押權（不論其所擔保之債權清償期已否屆至，均視為到期），所有抵押權人視為聲請參與分配，此即強制執行法第三十四條第二項之規定：「依法對於執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人，不問其債權已否屆清償期，應提出其權利證明文件，聲明參與分配。」縱使該債權人不聲明參與分配，執行法院也應依職權將之列入分配；更有甚者，於該抵押物經拍賣之後，全部的抵押權均歸於消滅，此即強制執行法第九十八條第三項前段之所定：「存於不動產上之抵押權及其他優先受償權，因拍賣而消滅。」這就是學說上所稱之「塗銷主義」。新增訂之民法第八百七十三條之二第一、二項規定，與上開強制執行法的規範，旨趣相同。法律之所以如此規範的道理，應該是相當容易了解的，為了使法律關係單純化，同一抵押物上所有的抵押權均因拍賣而歸於消滅，不但在拍賣程序上比較可能有人應買，同時也可以避免將來再次執行同一標的物，浪費國家資源。

又，強制執行法與物權編新增規範均肯認一種例外情形：若後順位抵押權所擔保之債權未定清償期或清償期尚未屆至，而拍定人聲明願意承擔債務，並經抵押權人同意者，則該抵押權例外不消滅，此即強制執行法第九十八條第三項但書規定：「但抵押權所擔保之債權未定清償期或其清償期尚未屆至，而拍定人或承受抵押物之債權人聲明願在拍定或承受之抵押物價額範圍內清償債務，經抵押權人同意者，不在此限。」同時新增訂之民法第八百七十三條之二第三項亦設有相同規範。

2、反而，若是由**後順位**的抵押權人聲請拍賣抵押物，強制執行法及新增訂之民法第八百七十三條之二的處理方式原則上均屬相同，亦即同樣是採取「視為聲請參與分配」及「塗銷主義」；唯一不同的是，強制執行法上有所謂「贖餘主義」及「無益執行之禁止」等原則。詳言之，假設抵押物 A 地因為近年來不景氣的影響，價格狂跌，當後順位抵押權人聲請拍賣 A 地時，經法院鑑價的結果，A 地的價格尚不足以完全清償前順位抵押權人之債權，後順位抵押權人可能連一毛錢都拿不到，此時法院不應准許此種無意義的強制執行，此即強制執行法第八十條之一第一項規定：「不動產之拍賣最低價額不足清償優先債權及強制執行之費用者，執行法院應將其事由通知債權人。債權人於受通知後七日內，得證明該不動產賣得價金有贖餘可能或指定超過該項債權及費用總額之拍賣最低價額，並聲明如未拍定願負擔其費用而聲請拍賣。逾期未聲請者，執行法院應撤銷查封，將不動產返還債務人。」不過，此項原則只適用於後順位抵押權人聲請拍賣抵押物；若是由前順位抵押權人聲請者，則不適用之，同條第三項定有明文。

同一標的物上有數個擔保物權存在，是國家考試常見的題型，在處理上必須相當謹慎小心。正如同筆者在【擬答】中所使用的解析法，首先應按每一個權利的發生先後順序，決定其效力的優先順序；並同時注意到，在一個新的權利生成後，對於原先已發生權利的影響。正如本題中甲先後將自己的應有部分設定典權與抵押權，您就必須時時注意到抵押權設定後對典權可能產生的影響

。之後問題的發展可能只是單純的標的物之權利產生變動，正如同本題事實一般，也可能是某一擔保物權人決定行使其權利，那您必須分別依民法第八百六十六條、第八百六十七條，或者新增訂之第八百七十三條之二等規定處理。

擬 答

(一) 在論斷甲、乙分割共有物後，對丙之典權、A 及 B 之抵押權之影響前，應先分析當事人間的法律關係如下：

1、按甲、乙共有房屋一幢，並將該房屋之「全部」出典於丙，依民法第八百十九條第二項規定：「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。」其中所謂「處分」，當然包括設定擔保物權及用益物權在內。按「共有物」之處分行爲，因處分之標的乃共有物之全部，涉及每一共有人之應有部分，須得全體共有人之同意後始得爲之，才不會有無權處分的疑義。依題意，甲、乙共同將共有房屋之全部設定典權予丙，丙自得有效就該房屋之全部取得典權。

2、甲在將其應有部分設定典權予丙之後，又將該應有部分設定抵押權予 A。¹ 按關於典權的法律性質，學者間固有爭議，但依民法第九百十一條規定，典權同時兼具擔保物權與用益物權之性質，應無疑義。又依大法官會議第一三九號解釋，所有權人在設定典權之後，不妨再設定抵押權予他人，²因而於同一不動產上，可以同時存在典權與抵押權。再者，依民法第八百十九條規定，各共有人得自由處分其應有部分，其中所謂「處分」，當然包括設定擔保物權在內。因而甲在將其應有部分設定典權予丙之後，又設定抵押權予 A，並無違反民法規定之疑慮，至於丙、A 之間的權義關係，悉依登記先後順序定之。

3、再者，民法所規範之抵押權，除得以「不動產」爲標的外，亦得以「權利」

¹ 甲、乙共同將該房屋之全部設定典權予第三人丙，如果將這個物權行爲解析開來，您會發現：其實甲、乙乃各自將自己的應有部分設定典權予丙，丙同時就甲、乙之應有部分取得典權，於是綜合起來，丙就該房屋之全部所有權，取得典權。因此筆者才會寫道：「甲在將其應有部分設定典權予丙之後」，其理在此。但接下來，甲僅就自己的應有部分設定抵押權予 A，所以在論斷與抵押權有關的法律關係時，應僅就甲的應有部分加以論述。

² 大法官會議第一三九號解釋：「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，仍得爲他人設定抵押權。本院院字第一九二號解釋毋庸變更。」

為標的，此即民法第八百八十二條所規範之「權利抵押權」：「地上權、永佃權及典權，均得為抵押權之標的物。」³是以丙以其「典權」為標的，設定抵押權予 B，B 即為民法第八百八十二條所定之權利抵押權人，依九十六年甫新修正之民法第八百八十三條規定：「普通抵押權及最高限額抵押權之規定，於前條抵押權及其他抵押權準用之。」是以 B 之權利義務關係，應準用民法第八百六十條以下規定。

4、甲、乙分割共有物之後，各取得分得部分單獨所有權，而對於丙、A、B 的影響，分述如下：

(1)丙之典權：

所謂分割共有物，依民法第八百二十五條規定，乃是共有人之間相互移轉應有部分（移轉主義）；而在設定典權之後，依民法第九百十八條第一項規定，出典人仍得自由移轉典物所有權，並且依同條第二項規定，典權人之權利並不受影響。是以，丙之典權仍繼續存在於該房屋全部所有權的每一質點上，不受出典人甲、乙之間相互移轉應有部分，即分割共有物的影響。

(2)A 的抵押權：

A 的抵押權乃是以甲之應有部分為標的，而甲之應有部分原本係存在於該房屋所有權之每一質點上（假設甲之應有部分為二分之一，則 A 的抵押權即存在於該房屋每一質點之二分之一所有權上）。儘管事後甲、乙分割共有物，亦即甲、乙之間相互移轉應有部分，惟依民法第八百六十八條規定，抵押權不因此而受影響⁴，亦即 A 的抵押權仍然存在於該應有部分上（如：二分之一所有權），不受抵押物分割的影響。然而如此一來，A 就該房屋每一質點二分之一的所有權，仍享有抵押權，日後如債務人逾期不清償債務，A 將拍賣該二分之一所有權以受償，將導致拍定人與甲、乙再度形成共有關係，與民法鼓勵打破共有關係的立法意旨相違。因此，民法物權編修正草案乃增訂第八百二

³ 九十六年物權編修正時，民法第八百八十二條雖然並未變動，但章節編排上則有新的調整，亦即將本條規定與新修正之第八百八十三條規定改列為第三節：其他抵押權。

⁴ 民法第八百六十八條規定，於九十六年物權編修正時，並未更動。

十四條之二第二項規定：「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。」在該修正條文通過之後，A 的抵押權將僅存在於甲所分得部分之所有權。

(3)B 的權利抵押權：

誠如前述，既然丙之典權不受共有物分割之影響，以丙之典權為標的之權利抵押權，自亦不受影響。

(二) 若甲、乙未分割共有物，亦未回贖，並由丙依法取得典物所有權者，則對 A、B 抵押權之影響，分述如下：

1、A 的抵押權：

在論斷 A 之抵押權之效力前，應先探討丙取得典物所有權之性質。按典權人依民法第九百二十三條或第九百二十四條規定取得典物所有權者，其性質究屬「原始取得」或「繼受取得」，學說上仍有爭議。

(1)原始取得說：

採此說最主要的理由在於：依民法第九百二十三、九百二十四條規定取得典物所有權者，乃不問典權人是否有取得典物所有權的意思，亦不待當事人間辦理移轉登記，即生效力，故性質上應屬原始取得。

(2)繼受取得說：

但此說學者認為，依法律規定而取得權利者，不一定當然屬於原始取得。況且典權人之所以取得典物所有權，乃係因出典人先就典物享有所有權，並且設定典權，之後才基於法律規定，認為典權人取得該典物所有權，故性質上應屬繼受取得。

若採取「繼受取得說」，原則上 A 的抵押權並不受影響，蓋因典權人丙既然是繼受取得該房屋所有權，亦即抵押人甲將抵押物所有權移轉予丙，依民法第八

百六十七條規定⁵，抵押權不因此而受影響，則 A 之抵押權仍繼續按應有部分之比例，存在於該房屋之所有權上。

2、B 的權利抵押權：

原本當丙依法取得典物所有權時，丙原先所享有的典權，即因混同而消滅，民法第七百六十二條定有明文。然而若如此，則 B 之權利抵押權即會因失其標的而消滅，有害於 B 的利益，故依民法第七百六十二條但書規定，爲了 B 之法律上利益，例外認爲丙之典權不消滅，而 B 之權利抵押權得以繼續存續。

試題 2—基本觀念題

坐落於高雄之某筆土地爲甲、乙、丙三人所共有，而甲於該筆土地分割前未經乙、丙之同意以其應有部分三分之一設定抵押權於丁。嗣後，該筆土地經分割爲 A、B、C 三塊，並分別爲甲、乙、丙所有。試問：甲、丁間之抵押權設定是否有效成立？若有效，丁如何行使其抵押權？（93 年高雄大學法研所）

問題焦點與修法前後比較

本題的問題焦點與【試題 1】相仿，均是關於共有人之處分權，以及共有人將應有部分或共有物設定抵押權後，分割共有物，對抵押權人之影響。本題所關涉的規定，分別是民法第八百六十七條及第八百六十八條，於九十六年物權編修正時，均未更動，因此讀者們可以放心的參閱本書【擬答】。

■抵押物之範圍題型

試題 3—基本觀念題

甲在自己土地上建造房屋後，僅以基地設定抵押權於乙，作爲向乙借款之擔保，其後將該房屋之所有權讓與於丙，丙以該房屋設定抵押於丁，借款期滿丙未清償債務，丁實行其抵押權由戊拍定。乙亦實行其抵押權，由己拍定，則戊、

⁵ 民法第八百六十七條規定，於九十六年物權編修正時，並未更動。

己之間究生如何之法律關係？（83年律師考試第三題）

問題焦點與修法前後比較

從本題開始一連三個題目，都是和「抵押權所及標的物範圍」，以及民法第八百七十六之法定地上權有關的問題，而與這些問題有關的數個民法重要規範，在九十六年物權編修正時都有相當幅度的修改，當然要詳加說明一番。

（一）新修正之民法第八百七十六條規定：

首先，本題問題焦點主要環繞在民法第八百七十六條之構成要件。問題的起源是這樣的。在舊法時期，民法第八百七十六條第一項有如下的規定：「土地及土地上之建築物，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，其地租由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。」這個看似簡單的規定，卻因為構成要件有些不清楚之處，而引發許多爭議與討論，詳已見本題【您該如何看待這個問題】的說明。而這些疑義，九十六年物權編修正時已有回應，先來看看新修正之民法第八百七十六條規定。

【物權編最新修正條文－民法第八百七十六條】

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，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之。(I)

設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，適用前項之規定。(II)

本條規定的修正重點有二，以下分述之。

1、新修正的條文分別在第一、二項明確指出，只要在「設定抵押權時」，土地及建築物同屬於一人所有，即有本條規定之適用；儘管在設定抵押權之後，土

地或建築物之所有權移轉予不同人，亦同。這麼一來，本題事實原本在舊法時期可能產生的爭議，頓時迎刃而解！其餘者，請參見【擬答】的分析。

2、第二個修正重點則是關於法定地上權的權利內容，包括地租、期間、範圍等事項，該如何決定的問題。按民法第八百七十六條所規範之法定地上權，乃係基於法律規定而發生之地上權，亦即只要該當本條之構成要件，地上權即當然、立即地發生，不待當事人之意思表示，亦不待當事人完成設定登記；但也因為如此，當事人並沒有機會好好坐下談談地上權的權利內容，包括地租、存續期間、範圍等事項。我國民法就地上權所設定的限制並不多，當事人可以就許多事項享有充分的私法自治權，例如：地上權不一定是有償的，當事人也可以作無償的約定；地上權設定時，也不一定非訂有存續期間不可，民法就定有期限與未定期限的地上權，均設有若干補充規範。而在舊法時期，民法第八百七十六條只規範了法定地上權的發生要件、適用情況等，卻未就法定地上權的權利內容詳細規範，於是若當事人無法就法定地上權的內容達成協議，只能就「地租」一事聲請法院定之。職是之故，實務和學說見解莫不使出渾身解數，努力地詮釋法定地上權的內容，正如最高法院八十五年臺上字第四四七號判例即指出，法定地上權的存續期間是直至「該建築物滅失時」為止。

有鑑於此，新修正之民法第八百七十六條第一項很明確地指出，無論是法定地上權的地租、存續期間、範圍等事項，均應先委由當事人協議定之；任一事項無法達成協議時，均得聲請法院以判決定之。此項修正對於法定地上權權利內容的充實及紛爭的解決，有相當的助益，值得肯定！

（二）從權利：

1、民法第八百六十二條第一項規定：

依民法第八百六十二條第一項規定：「抵押權之效力，及於抵押物之從物與從權利。」本條項規定在九十六年物權編修正時，並未更動，同時也是大家耳熟能詳的規範。但筆者相信，對於大部分讀者而言，「從物」的概念是比較為人熟知的，至於「從權利」究何所指？又該如何運用？則顯得生疏許多。剛好本題涉

及抵押物之「從權利」的問題，筆者就藉題發揮一下，順便介紹一下九十六年甫新增訂之民法第八百七十七條之一規定。

所謂「從權利」係指為助主權利之效用而存在者，其與主權利間的關係，正如同主物與從物間的關係，所以民法第八百六十二條第一項才會規定，當以主權利或其所屬標的物為抵押時，抵押權之效力亦及於該從權利。舉個例子來說，甲、乙各自為相鄰之 A、B 兩地之所有權人，A 地因與公路無適宜之聯絡，甲乃商請乙之同意，就 B 地取得通行地役權。後來甲將 A 地設定抵押權予丙銀行以融通資金，該抵押權的效力是否及於甲就 B 地所取得之通行地役權呢？按甲為了使 A 土地能與公路有適宜之聯絡，乃就 B 地取得通行地役權，**此項通行地役權的目的即在於提升 A 地之利用價值，屬於 A 地之「從權利」**。因此依民法第八百六十二條第一項規定，當甲就 A 地設定抵押權時，該抵押權之效力及於該通行地役權。

2、新增訂之民法第八百七十七條之一規定：

除了民法第八百六十二條之外，九十六年物權編修正時甫增訂之民法第八百七十七條之一也屬於類似規範，因而於此一併介紹之。先讓我們一起來看看這個新穎的規範。

【物權編最新增訂條文－民法第八百七十七條之一】

以建築物設定抵押權者，於法院拍賣抵押物時，其抵押物存在所必要之權利得讓與者，應併付拍賣。但抵押權人對於該權利賣得之價金，無優先受清償之權。

若嚴格從體系上來界分，本條規範應該是和民法第八百七十七條放在同一個位置，二者均在規範併付拍賣之標的；但除此之外，本條所規範之「其抵押物存在所必要之權利」，在許多情況下，很有可能同時該當民法第八百六十二條第一項之「從權利」的要件，因而這兩個條文有極大的可能會產生競合。再舉個例子來說，甲有 A 地一筆，設定地上權予乙，乙則在 A 地上興建 B 屋一棟。後

來乙將該 B 屋設定抵押權予丙銀行以取得融資，丙銀行之抵押權效力是否及於乙就 A 地所取得之地上權呢？答案應該是肯定的，蓋因該地上權乃是 B 屋繼續合法座落於 A 地上所不可或缺的權利，屬於 B 屋之「從權利」；同時也屬於民法第八百七十七條之一所稱「其抵押物存在所必要之權利得讓與者」，是以在本例中，可以同時適用民法第八百六十二條第一項與第八百七十七條之一的規定。

雖然民法第八百六十二條第一項與第八百七十七條之一所規範之標的，有競合的情形，但這兩個條文的構成要件與法律效果，卻是不盡然相同的，所以不因爲已經有民法第八百六十二條第一項的存在，而使得民法第八百七十七條之一的增訂，顯得多餘。

1、首先談到構成要件的問題。民法第八百七十七條之一規定只能適用於「以建築物設定抵押權」的案例，因而筆者前面曾舉過的需役地與其地役權的例子，就無法適用第八百七十七條之一規定；此外，民法第八百七十七條之一尙要求「其抵押物存在所必要之權利『得讓與者』」，而不得讓與之權利，如使用借貸權，則只能適用民法第八百六十二條第一項規定。

2、除了構成要件不盡相同外，二者的法律效果也是截然不同的。承上例，依民法第八百七十七條之一規定，雖然丙銀行在實行抵押權時可以聲請併付拍賣該地上權，惟就地上權部分賣得價金並無優先受償權。相對的，若丙銀行主張適用民法第八百六十二條第一項規定，丙銀行之抵押權所得支配的標的本來就包括地上權在內，那麼將來實行抵押權時，就地上權部分所賣得的價金，丙銀行當然可以主張優先受償。可以想見的是，將來這兩個條文的該如何區分？又該如何搭配適用？必定會引起討論，吾人拭目以待。

擬 答

1、甲同時爲土地及房屋之所有權人，因土地與房屋乃分屬兩個獨立的不動產，因而甲得僅以土地設定抵押權予乙，應無疑義。

2、之後甲僅將該房屋所有權讓與丙，但甲仍爲土地所有權人，此時首應解決的

問題是：丙的房屋何以得座落於甲之土地上？如甲、丙間就此已有約定，例如：丙向甲承租土地或設定地上權等，應優先尊重當事人間的約定；然而如甲、丙間就此並未約定，依民法第四百二十五條之一規定，推定房屋受讓人丙與土地所有人甲之間，於房屋得使用期限內，有租賃關係存在，以解決房屋合法座落權源的問題。但儘管如此，從時間發生歷程觀之，丙就甲之土地所取得之使用權，係在乙取得抵押權之後，應無疑義，故如日後因丙之使用權存在，致乙實行抵押權時無人應買或出價過低，乙均得向執行法院聲請除去丙之使用權，對丙相當不利。於是，丙得否主張依民法第八百七十六條規定取得法定地上權？即成爲關鍵問題。

3、在舊法時期，民法第八百七十六條規定並未指明，究竟土地及建築物之所有權必須同屬於一人所有的時點，是限於「設定抵押權時」？或者只要於「實行抵押權時」同屬一人所有即可？就此而論，學說見解相當分歧。但此項爭論於九十六年物權編修正後，可暫告一段落，蓋因依新修正之民法第八百七十六條第一項規定，**只要於設定抵押權時，土地及建築物同屬於一人所有，將來取得建築物所有權之人即可就土地主張取得法定地上權。**依此，在丙取得建築物所有權的同時，即已滿足本條規定之構成要件，縱使日後乙實行抵押權並由己拍定，丙得對己主張已經依民法第八百七十六條規定，就土地取得法定地上權，己自不得請求丙拆屋還地。

4、丙在取得該房屋所有權後，又將該房屋設定抵押權予丁，並於丁實行抵押權後，由戊拍定。查丙就該土地所取得之法定地上權，乃屬**該房屋所有權之從權利**，依民法第八百六十二條規定，抵押權之效力亦及於該從權利—法定地上權。是故，當丁向法院聲請拍賣抵押物時，其效力亦及於該法定地上權，並由拍定人戊取得。除此而外，九十六年物權編修正時甫增訂之民法第八百七十七條之一規定：「以建築物設定抵押權者，於法院拍賣抵押物時，其抵押物存在所必要之權利得讓與者，應併付拍賣。但抵押權人對於該權利賣得之價金，無優先受清償之權。」該法定地上權乃是該抵押物（房屋）繼續合法座落之必要權源

，故亦屬於本條所稱「其抵押物存在所必要之權利得讓與者」，是以丁亦得依本條新增規範向法院聲請併付拍賣該法定地上權，惟就法定地上權所賣得價金部分，丁並無優先受償權，此乃與民法第八百六十二條第一項最大不同之處。

5、結論：戊就該土地已取得法定地上權，已不得主張戊乃無權占有而請求戊拆屋還地。至於該法定地上權的權利內容，包括戊應否支付地租？地租若干？該法定地上權之存續期間多久？範圍如何？等事項，依九十六年甫新修正之民法第八百七十六條第一項規定均應由當事人自行協議；協議不成者，得聲請法院以判決定之。

試題 4－基本觀念題

甲在乙所有之土地上自造建章房屋一間住居，為乙所不知，嗣乙將該土地向丙貸款設定抵押權以供擔保，乃乙於貸款屆期而遲不清償，丙遂聲請管轄法院裁定拍賣該抵押物，試問：

- (一) 丙得否聲請連同該土地上之房屋一併拍賣？理由安在。
- (二) 甲對土地及房屋能主張何權利？理由安在。(78 年司法官考試 II 第三題)

問題焦點與修法前後比較

一看到問題中提到「併付拍賣」，吾人立刻應聯想到的是民法第八百七十七條規定。本條規定在九十六年物權編修正時，除了將原來條文作了些文字修正，並移列第一項外，更重要的是增訂第二項規定。雖然本題中當事人間的法律關係並不適用新增訂之第二項規範，但為完整起見，筆者仍擬一併介紹說明之。

【物權編最新修正條文－民法第八百七十七條】

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。(I)

前項規定，於第八六六條第二項及第三項之情形，如抵押之不動產上，有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，準用之。(II)

(一) 民法第八百七十七條第一項：

對照舊法時期的規範，九十六年甫新修正之民法第八百七十七條第一項規定，並沒有做實質上的更動，它一樣要求抵押物必須是「土地」，而且在設定抵押權時，該土地上並無建築物存在（空地抵押）；同時，該建築物必須是土地所有人所興建的。⁶本條項主要修正重點，毋寧說是在於其法律效果部分。在符合本條項之構成要件後，抵押權人得於「強制執行程序中」向執行法院聲請併付拍賣建築物，無須事前即取得法院許可之裁定。當然，就建築物部分賣得價金，抵押權人仍無優先受償權，而這部分的價金，則應歸還予建築物所有人或其他權利人，或依具體個案分配予債權人。

(二) 民法第八百七十七條第二項：

由民法第八百七十七條第一項規定之文義觀之，適用本條項規定的前提，**必須是該建築物自始即為土地所有人所興建**；倘非如此，則不可能有本條規定之適用。那麼一旦土地在設定抵押權後，第三人於該土地上興建建築物，既然不能適用民法第八百七十七條第一項規定，當事人間錯綜複雜的法律關係又該如何解決？

關於這個問題，吾人應先釐清的是：第三人何以能在他人土地上興建房屋？先撇開無權占有的情形，最常見的例子是土地所有人於設定抵押權後，將該土地出租、出借或設定地上權等予他人，由此等用益權人在該土地興建建築物。當同一筆土地上同時存在抵押權與其他用益權時，吾人即應依民法第八百六十六條規定，依各該權利成立生效的先後順序，決定孰的效力優先。於九十六年物權編修正時，民法第八百六十六條也有重要的修正。

⁶ 關於本條項構成要件的分析，請參見拙著「民法物權」，第四章第二節抵押權之效力，元照，2007年3月版。

【物權編最新修正條文－民法第八百六十六條規定】

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。(I)

前項情形，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租賃關係後拍賣之。(II)

不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，成立第一項以外之權利者，準用前項之規定。(III)

於此吾人所要處理的問題是，土地所有人先將土地設定抵押權，然後才設定用益權（如：租賃權、地上權等）予第三人，既然抵押權成立生效在前，其效力自然優先於用益權。而今當抵押權人向法院聲請拍賣抵押物，因為抵押物（土地）有其他用益權存在，可能造成抵押物價值低落（無人應買或出價過低），則抵押權人原本得依民法第八百六十六條規定向執行法院聲請除去用益權或終止租賃關係後拍賣之。但所謂「除去該權利或終止該租賃關係」的結果是，用益權人所興建的建築物因而失去座落的權源而變成無權占有，經過拆屋還地、回復原狀後，抵押權人再將回復原狀後的空地，向法院聲請拍賣之。這樣適用法律的結果勢必造成相當不經濟的結果。

於是九十六年物權編修正時乃於第八百七十七條增訂第二項規定。本條項的規範重點主要是增加併付拍賣的標的，其中應特別說明的是何謂「第八百六十六條第二項及第三項之情形」。民法第八百六十六條主要是處理同一標的物上同時存在抵押權與其他用益權時，這些權利該如何定其優先順序的問題。而當抵押權因設定在先，其效力優先於成立在後的用益權時，抵押權人得依民法第八百六十六條第二、三項向法院聲請除去此等用益權。而此項規範正好符合吾人在此所要處理的問題。按土地所有人在將空地設定抵押權後，又將該土地設定地上權、其他用益物權或租賃權予他人，用益權人乃於該土地上興建房屋，縱使抵押權的效力因為「第八百六十六條第二項及第三項」規定而優先於用益權，

抵押權人得依民法第八百七十七條第二項準用同條第一項規定，向法院聲請併付拍賣用益權人所興建之建築物；惟就建築物部分賣得價金，應返還予用益權人，抵押權人並無優先受償權。如此一來，不但可以避免拆屋還地之不經濟的結果，同時使法律關係單純化，更適度兼顧抵押權人與用益權人的利益。民法第八百七十七條第二項的增訂，可謂影響深遠！

擬 答

（一）丙不得聲請併付拍賣該房屋：

1、乙所有之土地上有違章建築一棟，為甲所興建，乙在不知情的情況下，將該土地設定抵押權予丙，由是可知，丙所享有抵押權之標的物僅限於乙之土地而已，而不包括該房屋，合先說明。

2、當然，因為該土地上有房屋存在，將影響該土地之價值，如能就該房屋併付拍賣，將實質增加抵押權實現之可能。惟丙欲向法院聲請併付拍賣該房屋，非得符合新修正之民法第八百七十七條第一項要件不可：「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。」本條規定嚴格要求土地所有人就土地設定抵押權時，須尚無房屋存在，之後才由土地所有人在該土地上營造建築物，因而亦有不少學者稱本條規定為「空地抵押」。而在本題中，乙將土地設定抵押權予丙時，該房屋已然存在，並且該房屋並非土地所有人乙所興建，不符合民法第八百七十七條第一項之要件。是故，丙不得請求法院將該房屋併付拍賣。

3、再者，雖然九十六年物權編修正時，新增訂民法第八百七十七條第二項規定：「前項規定，於第八六六條第二項及第三項之情形，如抵押之不動產上，有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，準用之。」但本條項所得適用情形，限於該建築物係由土地之用益權人（如：承租人、地上權人）或其他經土地所有人同意使用該土地之人所興建者。而於本題事實中，甲乃無權占有乙之土地而興建該房屋，並不符合民法第八百七十七條第二項之要件，是故丙亦不得依

本條項規定向法院聲請併付拍賣該房屋。

(二) 甲對土地及房屋得主張之權利：

1、按土地與房屋乃兩個獨立的不動產，當房屋興建完成，同時具備構造上與經濟上獨立性等要件時，即屬民法第六十六條第一項所稱之「定著物」，而為民法所規範之物權客體—不動產；至於該房屋是否已取得合法建造與使用執照？已否辦理第一次所有權登記，在所不問。同時，出資興建該房屋之人，於房屋興建完成時，即可原始取得該房屋所有權，至於該房屋得否有合法座落權源，此乃另一問題。依此，甲雖然無權占有乙之土地而興建違章建築一棟，但於該違章建築興建完成時，甲即可原始取得該房屋所有權。

2、至於甲對乙之土地得主張之權利部分，依題意，甲乃無權占有乙之土地興建房屋，故甲可能主張的權利有：

(1)若甲是以行使地上權的意思，和平、繼續、公然占有乙之土地達二十年以上，依民法第七百七十二條準用第七百六十九條規定，甲得主張時效取得地上權，並請求登記為地上權人。雖然學說上有認為得主張時效取得不動產物權之客體，限於未登記之不動產，然而目前實務上則採取時效取得地上權者，不受民法第七百六十九條、第七百七十條之「他人未登記之不動產」的限制（最高法院六十年臺上字第四一九五號判例），所以儘管系爭土地已登記為乙所有，甲仍有可能主張時效取得地上權。惟在甲符合上開要件，並向地政機關提出聲請之前，仍屬無權占有。

(2)甲得否依民法第八百七十六條主張對該土地取得法定地上權？誠有疑問。按依新修正之民法第八百七十六條第一項規定：「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，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之。」惟適用本條的前提，限於設定抵押權時，土地及土地上之建築物，必須同屬於一人所有，始可當之。而在本題中，從一開始，土地及房屋的所有權即分屬乙、甲二人，不該當本條之

要件，故甲不得依民法第八百七十六條第一項規定主張對該土地已取得法定地上權。

試題 5—進階應用題

甲以其所有建地及地上平房一間為乙設定抵押權登記後，甲又於該平房上增建二樓一間並於該平房增建附屬平房二間。嗣乙因債權屆期未受清償，聲請法院裁定准予拍賣抵押物。強制執行時，執行法院就該增建部分之二樓房屋及附屬平房可否拍賣以清償乙之債權？如拍賣結果，建地由丙拍定買受，地上房屋由丁拍定買受，丁就該建地可否主張何種權利？（62年司法官考試第二題）

問題焦點與修法前後比較

和「抵押權所及標的物範圍」有關的另一個問題，則是「從物」與「附屬物」（亦有稱之為「附加物」）。相較於舊法時期僅有民法第八百六十二條第一項單薄的規定，九十六年物權編修正時增訂了相當重要的規範，以下詳述之。

【物權編最新修正條文—民法第八百六十二條】

抵押權之效力，及於抵押物之從物與從權利。(I)

第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，不受前項規定之影響。(II)

以建築物為抵押者，其附加於該建築物而不具獨立性之部分，亦為抵押權效力所及。但其附加部分為獨立之物，如係於抵押權設定後附加者，準用第八百七十七條之規定。(III)

(一)「從物」與「附屬物」的區別：

於抵押權設定之後，抵押人就該抵押物仍享有完全的使用收益權，因而抵押人就該抵押物（建築物）加以增建、改建，實務上履見不鮮。一旦抵押人就建築物加以增建，往往因而增加抵押物的價值，於是抵押權人就此等增建部分可否主張任何權利？亦成為關鍵問題。

在談到抵押權人就此等增建部分，究竟可以主張什麼樣的權利之前，必須先弄清楚增建部分在法律上的定位。吾人或許可以從新修正之民法第八百六十二條的架構出發，思考這個問題。民法第八百六十二條將建築物之增建部分區分為兩種，分別是第一項的「從物」與第三項的「附屬物」。而「從物」與「附屬物」最重要的區別點，參照最高法院年月日民庭決議，即在於是否「具有獨立性」。蓋因「從物」者，乃是另一個獨立之物，只不過因為其與主物之間具有經濟上的依存關係，所以民法第六十八條第二項才會設有特別規定。是以，倘若增建部分具有「獨立性」而可以該當「定著物」之要件，那麼接下來吾人思考的重點反而是：這個具有獨立性之增建部分與抵押物之間，是否該當「主物」與「從物」之關係？

反之，新增訂的民法第八百六十二條第三項規定所稱「建築物之附加部分」，型態固然相當多，但其共同的特徵均是**就原有的建築物予以增建，而增建部分不具有獨立性之建築物**而言。而所謂「不具有獨立性」，則包括不具備構造上獨立性，或雖具備構造上獨立性，但不具備經濟上（使用上）獨立性等情況。不論是欠缺構造上或經濟上獨立性，均因未符合「物」之要件，**只能認為是原來建築物所有權的「部分」**，這同時也是「建築物附加部分」與「從物」最大的差別。

（二）型態

在違章建築風氣相當興盛的臺灣民間，將原有的建築物予以增建，早就不是什麼新興的社會現象，而常見的增建型態有：

1、第一種型態最為單純，所有人將原建築物的外牆拆除，向外增建，因為原建物與增建部分之間沒有任何區隔，二者合而為一，在構造上乃單一的建築物，所以很明確的，此種增建部分乃原建築物所有權的擴張，原建物所有權的範圍因而增加。

2、第二種常見的型態，則是所有人在原有建物上方加蓋一層，但因加蓋部分沒有獨立出入的門戶，而是利用原建物的樓梯或門戶始能對外聯絡。此種加蓋部

分雖然在構造上具有獨立性，但因不具備經濟上（使用上）之獨立性，仍不得認屬獨立之「物」，應屬原建物之「附屬物」。

3、第三種型態與第二種類似，不過如果加蓋的樓層有自己出入的樓梯或門戶，不需要經由原建物方能對外交通者，此種加蓋部分不但具有構造上的獨立性，同時亦具有使用上的獨立性，已經具備「物」之要件，得為另一所有權的客體，則此種型態並非「附屬物」；反而因為加蓋部分是另一個獨立的「物」，應依其與原建物之間的利用關係，認定其是否屬於原建物之「從物」。

茲有附言者，新增訂之民法第八百六十二條第三項但書規定，極容易引起誤解，在此筆者必須特別加以說明：「但其附加部分為獨立之物，如係於抵押權設定後附加者，準用第八百七十七條之規定。」**條文既已言明，附加部分乃「獨立之物」**，即表示本條項但書所規範的客體，並非「附屬物」，而是具有構造上及經濟上獨立性之另一獨立定著物。依筆者在上述（一）的說明，此時吾人就應該檢視這個具有獨立性之增建部分，是否屬於「從物」。然而依民法第六十八條第一項規定，即便是在原有建築物旁所增建者，也不一定可以稱得上是「從物」，這個增建部分即便與原有建築物是同屬於一人所有，但用途各別，二者在經濟上沒有任何依存關係。是以，新增訂之民法第八百六十二條第三項但書的規範意旨，即在於規範此種附加之獨立建築物，為維護當事人之權益計，抵押權人得準用民法第八百七十七條規定，請求法院併付拍賣之，當然就增建部分賣得的價金，抵押權人並無優先受償權。

（三）法律效力

不論是上述第一種或第二種型態，均因為增建部分並非獨立之「物」，不得成為民法物權之客體，只能認屬原有建築物所有權的一部分，因此無論該增建部分是在抵押權設定登記之前或之後所建，也不論抵押人於增建之後是否有辦理建築物之變更登記，該增建部分均為抵押權效力所及，這同時也是新增訂之第八百六十二條第三項前段的規範意旨。

擬 答

(一) 執行法院就增建部分得否併付拍賣？

甲就其所有之建地及平房設定抵押權後，又於該平房上增建二樓與附屬平房二間，抵押權人乙於實行抵押權時，得否向法院聲請就增建部分予以拍賣？按增建之二樓部分與附屬平房，性質不盡相同，故應分別討論之：

1、增建二樓部分：

按增建二樓部分，應先依其構造與實際利用狀態，判斷其性質究屬該平房之「從物」或「附屬物」。因題目中並未明確交待細節，故謹就各種可能情形，分別討論其效力：

(1)若增建二樓部分，不但構造上與原來平房分離，同時有自己出入之門戶與樓梯，則其已具備構造上與使用上之獨立性，屬獨立的「定著物」。又，若甲增建二樓的目的，乃另有其他用途，與原來平房並無關連性，亦即難以認定二者間有相輔相成作用，則該增建二樓部分不能認屬平房的「從物」，自然不為抵押權效力所及。然而九十六年物權編修正時，新增訂民法第八百六十二條第三項規定對於此種增建部分的處理方式，有極大的轉變：「以建築物為抵押者，其附加於該建築物而不具獨立性之部分，亦為抵押權效力所及。但其附加部分為獨立之物，如係於抵押權設定後附加者，準用第八百七十七條之規定。」本條項但書即在規範建築物附加部分乃獨立之物（非附屬物），但卻非原建築物之從物。於此情況下，只要該附加部分是在抵押權設定後所增建者，抵押權人於必要時得準用民法第八百七十七條規定，向法院聲請併付拍賣該增建部分，只是就增建部分賣得價金，並無優先受償權。

(2)相對的，倘若增建二樓部分不但屬獨立的「定著物」，同時甲增建二樓的目的係為了強化原來平房的功用，二者間具有經濟上依存關係，則該增建二樓部分應認屬平房的「從物」。依民法第六十八條第二項與第八百六十二條第一項規定，抵押權之效力及於從物，故乙實行抵押權時，得向執行法院聲請拍賣平房與增建二樓部分。茲有附言者，有學者認為，設定抵押權之後始存在的從物，不應為抵押權效力所及，至少就從物賣得價金，抵押權人不應有

優先受償權。

(3)反之，若增建二樓部分，在構造上並非獨立於平房而存在，或者縱使構造上具有獨立性，但無自己出入的門戶，非通過平房否則無法對外聯絡，亦即不具有經濟上獨立性者，則只能認屬該平房的「附屬物」。附屬物者，乃原建物所有權的一部分，自為抵押權效力所及，九十六年甫新增訂之民法第八百六十二條第三項前段，亦設有相同規定：「以建築物為抵押者，其附加於該建築物而不具獨立性之部分，亦為抵押權效力所及。」故乙實行抵押權時，得向執行法院聲請拍賣平房與增建二樓部分。

2、附屬平房二間：

依題意，甲所增建的附屬平房二間，應僅屬原來平房的「附屬物」，亦即可能在構造上與平房合而為一，或者在使用上並不具備獨立性。果如是，則因附屬物乃原建物所有權的擴張，自為抵押權效力所及，依新增訂之民法第八百六十二條第三項前段規定，乙實行抵押權時，得向執行法院聲請拍賣平房與附屬平房二間。

(二) 丁對建地得主張之權利：

甲就其所有建地與地上平房設定抵押權予乙，後經乙聲請拍賣結果，而分別由丙、丁拍定，此時即造成丁的房屋座落於丙的土地上，丁的房屋是否有合法座落權源？關係到該房屋是否得繼續存在，影響當事人權益甚鉅。為此，九十六年甫新修正之民法第八百七十六條規定：「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，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之。(I)設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，適用前項之規定。(II)」而今，

- 1、系爭建地及平房於設定抵押權時，均屬甲所有；
- 2、甲將建地與平房均設定抵押權，因拍賣結果，造成建地與平房分別由丙、丁

所拍定；

依上開民法第八百七十六條第二項規定，丁就該建地取得法定地上權，使得丁之房屋得以繼續有權座落於丙之土地上。至於法定地上權之權利內容，包括地租、期間、範圍等事項，應由丙、丁先行協議，協議不成時，則得聲請法院以判決定之。

■物上保證人責任題型

試題 6—基本觀念題

甲向乙銀行貸款新台幣（下同）陸佰萬元，應乙之要求，甲商請丙提供丙所有 A 屋為乙設定同額抵押權（A 屋價值逾千萬元，且未曾設有擔保），並央求庚、辛出面為連帶保證人。嗣甲無力返還，乙拍賣 A 屋獲得全部清償。問：

（一）丙請求甲支付陸佰萬元，有何依據？

（二）丙向庚、辛各請求支付貳佰萬元，有無理由？

（三）如乙係執行庚之財產而獲清償，庚在法律上有何權利可資主張？（85 年律師考試第三題）

問題焦點與修法前後比較

同一債務有多數擔保存在，實務上經常可見。若為了擔保同一債務而於數個不動產設定抵押權，則數個抵押物應如何分配責任比例，此乃「共同抵押」的問題；若為了擔保同一債務而有數個保證人存在時，各個保證人之間應如何分擔責任，民法第七百四十八條定有明文。但有問題的是，若為了擔保同一債務，除了保證人之外，還有抵押物的提供，則人保（保證契約）與物保（抵押物）之間該如何分配責任？這個問題存在已久，一直以來，民法只有在第七百五十一條設有相當簡略的規定：「債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就其債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。」於是學說與實務莫不從本條規定出發，發展出各式各樣的理論，每一種理論雖然均有所據，不過也均有其偏執之處

。九十六年物權編修正時，立法者顯然是想好好解決這個問題，除了在民法第八百七十九條增訂兩個條項規範之外，另有民法第八百七十九條之一的增訂，以下是新增修的規範內容。

【物權編最新修正條文－民法第八百七十九條】

為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。(I)

債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。(II)

前項情形，抵押人就超過其分擔額之範圍，得請求保證人償還其應分擔部分。(III)

【物權編最新增訂條文－民法第八百七十九條之一】

第三人為債務人設定抵押權時，如債權人免除保證人之保證責任者，於前條第二項保證人應分擔部分之限度內，該部分抵押權消滅。

(一) 民法第八百七十九條之一：

您是否也覺得本條新增規範似曾相識呢？其實本條規範內容與民法第七百五十一條十分相像，但內容剛好相反：民法第七百五十一條是規定當債權人拋棄「擔保物權」者，則「保證人」就其債權人所拋棄權利之限度內，免其責任；而民法第八百七十九條之一則是規定當債權人免除「保證人」的責任，則在同樣範圍內之抵押權因而消滅。可別小看這個似乎了無新意的規定，因為有了本條規定，使得「物的責任優先說」因而失去了立足點。詳言之，在舊法時期，許多學者對於民法第七百五十一條的解讀是這樣子的：當債權人拋棄擔保物權時，保證人在相同範圍內，亦同免其責任；但相對的，若債權人拋棄保證債權，法律並未規定債權人之抵押權會因而受到影響，債權人仍得就抵押物取償，由

是可知，擔保物權實負較重、較優先的責任，此即「物的責任優先說」。但在九十六年物權編修正時新增訂第八百七十九條之一規定後，很顯然的，立法者將人保與物保放在平等的地位，沒有誰的責任優先於誰的問題，無論債權人是拋棄的保證債權或抵押權，物上保證人（前者情形）或保證人（後者情形）在相同範圍內亦同免其責任，於是新法採取「人保與物保地位平等說」的立場，相當明確。

（二）民法第八百七十九條第一項：

相較於舊法的規範，本條項修正的重點，只是將物上保證人的請求權基礎，從以前的「準用」關於保證之規定，修正為在本條項中直接明確指出當事人間的法律關係，至於實質內容，倒是沒什麼不同。詳言之，在九十六年物權編修正前，民法第八百七十九條規定物上保證人應「依關於保證之規定」，亦即準用民法第七百四十九條規定，在物上保證人代為清償之限度內，承受債權人之債權；而新修正之民法第八百七十九條第一項規定，則是將上述意旨直接規範在條文之內。往後物上保證人向主債務人之求償權之請求權基礎，即可直接適用本條項規定，而無須輾轉準用保證契約的規範。

（三）民法第八百七十九條第二、三項：

既然人保與物保是立於平等的地位，那麼吾人就應該進一步探究這兩者之間是如何分擔責任的。依九十六年甫新增訂之第八七九條第二項規定，保證人與物上保證人之責任比例，係依照「保證人應負之履行責任」與「抵押物之價值」（當抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，則以「債權額」為準）的比例定之。這樣的計算方式並不複雜，保證人所負之責任原則上以「主債務」為其範圍，民法第七百四十條定有明文；而當抵押人並非債務人時（物上保證人），其所負者亦屬有限責任，僅以「抵押物的價值」或其限定擔保的債權金額為其範圍，所以保證人與物上保證人應負擔責任之比例，在保證人部分是以其「履行責任」為準，而物上保證人則是以「抵押物的價值」或其所擔保債權額為準。當被擔保債權已屆清償期而未受清償，債權人通常多會選擇行使抵押權，以增

加其受償之可能性。而當債權人向法院聲請拍賣抵押物而獲得清償之後，物上保證人因而喪失抵押物所有權（或物上保證人代為清償債務，以保全抵押物之所有權），物上保證人除可向主債務人行使求償權外，是否還可以請求保證人分擔部分責任？新增訂之民法第八百七十九條第三項規定即提供請求權基礎。至於本條項規定該如何運用？本題是個絕佳適例，請參見以下【擬答】的分析。

擬 答

（一）丙得依民法第八百七十九條向甲求償：

1、甲向乙銀行借款，但卻由第三人丙提供 A 屋設定抵押權予乙銀行，以擔保甲對乙銀行之債務，丙之法律上地位即為「物上保證人」。丙就甲、乙間之債權債務關係所負責任，僅限於提供 A 屋作為擔保，若將來債權人乙拍賣 A 屋仍不足以滿足其債權，丙就不足部分不負任何責任。

2、之後，債權人乙聲請拍賣 A 屋並獲得全部清償，丙則因此喪失 A 屋所有權，依九十六年甫新修正之民法第八百七十九條第一項規定：「為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。」依此，當乙拍賣 A 屋而獲得清償後，乙銀行對甲的債權並不因此而消滅，而是**法定移轉**予物上保證人丙，由丙承受，則丙可基於債權人之地位，向甲請求償還債權額六百萬元。

（二）1、甲對乙銀行所負擔之債務，除有丙提供 A 屋設定抵押權以供擔保外，並有庚、辛為連帶保證人。在乙銀行拍賣 A 屋獲得全部清償後，丙除了可依民法第八百七十九條第一項規定向債務人甲請求償還外，是否亦得向連帶保證人庚、辛請求負擔部分責任？在舊法時期，民法並無明文規範，學說與實務上有主張「物保優先於人保」，亦有主張物上保證人與保證人之責任並無優先順位，債權人得擇一主張權利。而在九十六年物權編修正時，增訂民法第八百七十九條第二、三項及第八百七十九條之一等規定，使得物上保證人與保證人之間的責任分配，有了明確的依據。

(1)民法第八百七十九條之一：

首先是九十六年甫新增訂的民法第八百七十九條之一規定：「第三人為債務人設定抵押權時，如債權人免除保證人之保證責任者，於前條第二項保證人應分擔部分之限度內，該部分抵押權消滅。」本條規定明確地採取了「物保與人保平等說」的立場，蓋因若將本條規定與民法第七百五十一條搭配觀察可知，不論債權人是免除了保證人的責任或拋棄抵押權，都將使物上保證人（前者情形）或保證人的責任（後者情形）在同樣限度內消滅。

(2)民法第八百七十九條第二項：

此外，關於物上保證人與保證人應分擔責任之比例，依新增訂之民法第八百七十九條第二項規定：「債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。」於是，丙、庚、辛之責任比例應以「保證人應負之履行責任」與「抵押物之價值」（或抵押物所擔保之債權額）之比例定之。連帶保證人庚、辛就甲全部的債務六百萬元負保證責任；而抵押物 A 屋的價值一千萬元超過債權額六百萬元，則應以債權額為準，是以物上保證人丙與連帶保證人庚、辛之責任比例是一：一：一，亦即各應負擔二百萬元之債務。

(3)民法第八百七十九條第三項：

而今債權人乙已行使抵押權，拍賣丙所有之 A 屋而獲得全部的清償，相當於由丙一人承擔了所有的債務。依新增訂之民法第八百七十九條第三項規定：「前項情形，抵押人就超過其分擔額之範圍，得請求保證人償還其應分擔部分。」是故丙得依本條項規定，各向連帶保證人庚、辛請求償還二百萬元。

（三）庚、辛乃甲之連帶保證人，亦即庚、辛已放棄民法第七百四十五條之先訴抗辯權，故債權人乙得逕向連帶保證人庚、辛請求負保證責任。又，**連帶保證人者**，係指連帶保證人之間，以及連帶保證人與債務人之間的關係，乃民法第二百七十二條以下所定「**連帶債務**」。是以當連帶債務人中之一人因清償而使

其他債務人亦同免其責任者，該連帶債務人於求償範圍內，承受債權人之債權，而對其他債務人有求償權，此即民法第二百八十一條之所定。同時，復因庚乃保證人，依民法第七百四十九條規定：「保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。」綜合上開規定，庚得主張的權利包括：

1、庚對債務人甲之求償權：

庚得依民法第七百四十九條規定，向甲行使求償權。又因債務人甲必須負最終責任，故庚之求償範圍為債權額六百萬元。

2、庚對辛的求償權：

當債權人乙銀行執行庚的財產而獲得清償後，另一連帶保證人辛因而免除其責任，依民法第二百八十一條規定，庚對辛得行使求償權；至於求償的範圍，依民法第二百八十條規定，除法律另有規定或當事人間另有約定外，連帶債務人相互間應平均分擔債務。故庚對辛之求償權範圍，僅有三百萬元。

3、庚對丙的請求權：

至於庚對物上保證人丙是否有求償權？現行民法並無明文規定。惟在九十六年物權編修正之後，於民法第八百七十九條第二項就保證人與物上保證人之責任比例有明確規範；同時，該條第三項更賦予物上保證人對保證人之求償權，已如上述。就理論而言，既然物上保證人與保證人之間有明確的責任分擔比例，民法未就保證人對物上保證人之求償權加以規範，顯屬法律上漏洞，此時應類推適用民法第八百七十九條第三項規定，使得庚在丙應分擔之範圍內，對於丙有求償權。

試題 7—進階應用題

B 對 A 負有一千萬元之債務，由 C 任保證人，同時並由 B 提供甲不動產為 A 設定第一順位抵押權。清償期屆至，B 清償二百萬元，由 C 代為清償四百萬元

。

(一) 則 C 可否主張取得抵押權，其與 A 之關係又為如何？該抵押權如為最高限額抵押權時，則又如何？

(二) 如甲不動產除該第一順位抵押權外，尚有為 D 設定擔保二百萬債權之第二順位抵押權時，經拍賣後賣得價金為六百萬元，而又應如何分配？（92 年東吳法研所 C 組）

問題焦點與修法前後比較

本題與【試題 6】是屬於同一類型的考題，問題焦點都是環繞著保證人與物上保證人之責任分配比例打轉。除此之外，本題還增加了一點變化，那就是：當該抵押權變成最高限額抵押權時，當事人間的法律關係是否因而不同？這是個相當不錯的考題，讀者們可藉此再練習一次！

擬 答

(一) 1、C 可否主張取得抵押權？

(1)按 B 對 A 負有一千萬元債務，並由 C 擔任保證人，並且於清償期屆至時，C 為 B 清償四百萬元債務。依民法第七百四十九條規定：「保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。」依此，當 C 為 B 清償四百萬元債務後，原本 A 對 B 所享有的四百萬元債權，並非因清償而消滅，而是法定的移轉予 C；同時，基於抵押權之從屬性，當被擔保債權移轉予他人時，抵押權亦法定地隨同移轉予受讓人（民§295）。是故，C 因而對 B 取得四百萬元之債權，原則上該債權並有抵押權作為擔保。

(2)然而九十六年物權編修正時，已就物上保證人與保證人間責任分配比例有所規範，因此若 B 遲未償還四百萬元予 C，C 並不一定得行使抵押權而得到全部清償。詳言之，依新增訂之民法第八百七十九條之一規定：「第三人為債務人設定抵押權時，如債權人免除保證人之保證責任者，於前條第二項保證

人應分擔部分之限度內，該部分抵押權消滅。」若將本條規定與民法第七百五十一條搭配觀察可知，新修正之民法係採取「物保與人保平等說」，不論債權人是拋棄擔保物權或免除保證債務，保證人或物上保證人均在同樣範圍內，免其責任。再者，新增訂之民法第八百七十九條第二項更就保證人與物上保證人間責任分擔比例加以規範：「債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。」於本題中，C 就 B 所負一千萬元債務擔任保證人，至於甲所提供抵押物的價值，題目中並未說明，然而後來該不動產拍賣所得僅六百萬元，故筆者乃以六百萬元為該抵押物價值之計算標準，是以 C 與甲之責任比例應為 10:6 (5:3)，亦即 B 所負之一千萬元債務，C 應負擔六百二十五萬元，甲則負擔其餘的三百七十五萬元。是以，雖然 C 對 B 取得四百萬元債權，且理論上該債權有抵押權作為擔保，但當 C 向物上保證人甲請求分擔部分責任時，應受到上開規範的限制。而今 C 僅代 B 清償四百萬元，尚不足其應負擔之六百二十五萬元，故 C 不得再行使抵押權向甲求償。

2、A 之權利與法律地位：

於 B 自己清償二百萬元且 C 清償四百萬元後，A 仍對 B 享有四百萬元之債權。惟 A 所享有的四百萬元債權，是否仍有抵押權作為擔保？以及 A 是否仍可就抵押物的全部行使權利？在 A 之債權一部法定移轉予 C 之後，不無疑問。按依民法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。」所謂「不因此而受影響」，意指各個債權人仍就抵押物之全部享有抵押權，此即「抵押權之不可分性」。是以，A 所享有的債權，仍有抵押權作為擔保，如於清償期屆至而未受清償者，A 仍可就抵押物之全部行使權利。

3、然而，若該抵押權係屬最高限額抵押權，則當事人間的法律關係將有所不同。按最高限額抵押權雖然在實務上行之有年，但直至九十六年物權編修正時，

始正式訴諸法律明文規範，此即新增訂之民法第八百八十一條之一第一項規定：「稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。」然而，得為最高限額抵押權所擔保之債權，依同條第二項規定，「以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限」，是以在最高限額抵押權確定之前，如債權人將其中一部分債權轉讓予第三人，該債權已經脫離了「一定法律關係」，即不再受到最高限額抵押權的擔保。新增訂之民法第八百八十一條之六第一項就此設有明文規定：「最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前讓與他人者，其最高限額抵押權不隨同移轉。第三人為債務人清償債務者，亦同。」依此，當保證人為主債務人清償債務時，保證人雖可法定的取得該部分債權，惟該債權不再受到最高限額抵押權之擔保。因而 C 代為清償債務後所取得的四百萬元債權，將不再受到該最高限額抵押權的擔保。

(二) 甲之不動產拍賣所得六百萬元之分配方式：

1、甲提供自己之不動產，為 A 設定第一順位抵押權以擔保 A 對之 B 一千萬元債權，之後又設定第二順位抵押權予 D，以擔保 D 之二百萬元債權。在 B 對 A 清償二百萬元後，A 仍對 B 享有四百萬元債權，同時 C 則法定承受四百萬元債權。應先澄清者，C 則取得的四百萬元債權及抵押權，除了應受到其應負擔責任比例的限制外，此等權利均是承受原債權人 A 的權利而來，並非新發生或新取得的權利，所以 C 所享有的抵押權理論上應與 A 同一順位。惟依民法第七百四十九條但書規定：「但不得有害於債權人之利益」是以當保證人主張權利時，順位應在原債權人之後，是故縱使 C 得對於甲之不動產主張享有抵押權，但其順位應在 A 之後，不過應優先於 D。

2、又，為了同一債務，同時有甲提供不動產設定抵押權，又有 C 擔任保證人予以擔保，則甲、C 之間應如何分擔責任？九十六年物權編修正時已增訂若干規定詳加規範；同時依新增訂之民法第八百七十九條第二項規定計算的結果，就 B 所負之一千萬元債務，C 應負擔六百二十五萬元，甲則負擔其餘的三百七

十五萬元，已如上述。系爭抵押物經拍賣後得款六百萬元，債權人 A 所餘之四百萬元債權，A 仍得優先受償；雖然理論上 C 所享有的抵押權順位僅次於 A，惟 C 只代為清償四百萬元，尚不足其應負擔的債務比例，故 C 不得再受分配。第二順位抵押權人 D 則可受分配剩餘的二百萬元。

■抵押權之消滅題型

試題 8—基本觀念題

甲以其所有之 A 屋設定抵押權予 B 銀行，以向 B 借款。甲又以 A 屋為標的物向 C 保險公司投保火災保險，指定甲為被保險人。今因鄰人乙之過失，致 A 屋失火滅失。如甲之借款屆期未清償，問 B 得向何人為何種請求？（91 年民間公證人考試第三題）

問題焦點與修法前後比較

九十六年物權編修正時，就抵押權之「物上代位性」有更明確的規範，同時透過新修正的法規，立法者就若干爭議已久的問題表示意見。

（一）民法第八百八十一條：

1、原 則：

先從「物上代位性」最基本的規範出發，也就是新修正之民法第八百八十一條第一項規定：「抵押權除法律另有規定外，因抵押物滅失而消滅。但抵押人因滅失得受賠償或其他利益者，不在此限。」由本條項前段規定可知，當抵押物絕對滅失時，並且抵押人未因而受任何賠償或其他利益時，抵押權因失其標的而當然、絕對地消滅；然而若有法律特別規定，或者抵押人因此而受有任何損害賠償或其他利益時，抵押權例外地不消滅，此時抵押權轉而存在於該賠償或其他利益。同時，新修正規範中也指出了兩種例外情形，一是「法律另有規定」，另一則是「抵押人因滅失得受賠償或其他利益者」，則例外地，抵押權並未因抵押物滅失而消滅。

2、例 外：

民法第八百八十一條所指出的兩種例外情形，毋寧說比原則規範還要來得重要。首先，本條第一項所指稱的「法律另有規定」，主要係指新增訂之第八百六十二條之一規定而言：「抵押物滅失之殘餘物，仍為抵押權效力所及。抵押物之成分非依物之通常用法而分離成為獨立之動產者，亦同。(I)前項情形，抵押權人得請求占有該殘餘物或動產，並依質權之規定，行使其權利。(II)」將本條規定與民法第八百八十一條配合適用的結果是，當抵押物滅失而有殘存材料時，抵押權雖不因此而消滅，而因而轉變為「動產質權」，存在於該殘存材料上，並且抵押權人轉身一變成為動產質權人，並依動產質權之規定行使其權利。

其次，本條項但書所稱「賠償或其他利益」，即為抵押物滅失而產生的價值變形物，亦即抵押物之代位物，則此時抵押權轉而存在於該代位物上，例外地不消滅。舊法時期的民法第八百八十一條規定使用了「賠償金」的文字，似乎唯有當抵押人從第三人取得金錢之損害賠償時，才能符合本條規定，顯然太過狹隘；是以九十六年物權編修正時乃將「賠償金」修正為「賠償」，使之得以包括賠償金、賠償物，乃至於損害賠償請求權。不過，關於「代位物」的問題，還有許多值得討論者，請繼續往下看。

(二) 代位物：

按抵押權之「物上代位性」所討論的問題焦點，是在於當抵押物完全、絕對地滅失時，對於抵押權的影響，因此適用本條規規定的前提，必須是發生抵押物絕對滅失之情事，包括事實上的滅失（如：房屋倒塌）與法律上滅失（如：被政府徵收），始有本條規定之適用；倘若只是發生相對滅失之情事，如：抵押人將抵押物出售予第三人，這並非物上代位性的問題，而且依民法第八百六十七條規定，因抵押權具有追及性，所以抵押權不會因為抵押物所有權之移轉而受到影響。

又，若抵押物現狀之改變，還未達到「滅失」的程度，至多只能稱以「毀損」，是否仍得適用本條的規定？這個問題著實曾經讓實務與學者展開一場筆戰，同

時更由是衍生出來民法第八百八十一條與第八百七十二條該如何劃分的問題。爲了解決這個爭議，九十六年物權編修正時特別在民法第八百八十一條增訂第四項規定：「抵押物因毀損而得受之賠償或其他利益，準用前三項之規定。」

（三）抵押權之質變：

有疑問者，不論抵押人因而取得賠償金、損害賠償請求權或其他利益，通常這些「代位物」之性質不是金錢（動產）就是請求權，抵押權如何能以動產或請求權爲標的？這點在理論上確實有難以說明之處。舊法時期的民法第八百八十一條就此並未加以規範，所以無論是實務或學說見解無不竭盡所能地，希望能在理論上周到地加以解釋。就像是最高法院五十九年臺上字第三一三號判例指出：「擔保物雖滅失，然有確實之賠償義務人者，依照民法第八百八十一條及第八百八十九條之規定，該擔保物權即移存於得受之賠償金之上，而不失其存在，此即所謂擔保物權之代物擔保性。」而在學說上則有「擔保物權延長說」的理論，認爲物上代位乃抵押權在本質上爲價值權之當然結果，該代位物不過是原來抵押權之延長。

有鑑於此，九十六年物權編修正時乃於第八百八十一條增訂第二項規定，以解決這項疑義：「抵押權人對於前項抵押人所得行使之賠償或其他請求權有權利質權，其次序與原抵押權同。」依此，若抵押物滅失而無殘存材料，並且抵押人因而取得賠償金、損害賠償請求權或其他利益者，則抵押權因而質變爲「**權利質權**」，存在於該請求權上，抵押權人並應依權利質權之規定行使其權利。說得更明確一點，如果被擔保債權已屆清償期而未受清償者，抵押權人得請求抵押人給付該賠償金，或者逕向損害賠償義務人請求給付；當然，若有多數抵押權人存在者，則應依抵押權之次序分配之。然而若被擔保債權尚未屆清償期者，則只能類推適用民法第九百零五條規定，請求第三債務人將賠償金依法提存。

擬 答

1、甲就其所有 A 屋設定抵押權予 B 銀行，但後來因鄰人乙之過失，致 A 屋滅失，依新修正之民法第八百八十一條第一項規定前段：「抵押權除法律另有規定

外，因抵押物滅失而消滅。」此乃因抵押權為不動產物權，故當標的物滅失不存在時，該抵押權即因失其客體而當然消滅。然而，抵押權乃是支配抵押物交換價值的權利，故儘管抵押權已經滅失、毀損而不存在，但如仍有交換價值存在，仍應屬抵押權支配的對象。依此，民法第八百八十一條第一項但書乃規定：「但抵押人因滅失而得受賠償或其他利益者，不在此限。」蓋因抵押物滅失而有賠償金存在時，該賠償金即屬原抵押物交換價值的代替物，基於上述理論，抵押權乃轉而存在於該賠償金，抵押權人仍可就該賠償金取償。

2、保險金屬「賠償金」之一種：

在 A 屋滅失之前，甲曾以 A 屋為標的物向 C 保險公司投保火災保險，並指定自己為被保險人。依多數學者見解，雖然保險金是所有人與保險人訂立保險契約所得給付，但因民法第八百八十一條第一項但書所稱「賠償」性質上可包括原抵押物經濟價值之代替物，而保險金乃是原抵押物經濟價值的代替品，故宜認屬「賠償」之一種。而關於該保險金的處理方式，九十六年物權編修正時甫新增訂之民法第八百八十一條第二項規定：「抵押權人對於前項抵押人所得行使之賠償或其他請求權有權利質權，其次序與原抵押權同。」依此，在火災發生之後，B 銀行得於其債權範圍內，依新修正之民法第九百零五條第二項規定，直接向 C 保險公司請求給付；同時，依新增訂之民法第八百八十一條第三項規定，倘若 C 保險公司因故意或重大過失而已向甲為給付，不得對抗債權人 B 銀行。

3、侵權行為損害賠償金亦屬「賠償金」之一種：

乙因過失，致 A 屋失火滅失，依民法第一百八十四條第一項前段規定，甲得向乙請求侵權行為損害賠償。此項賠償所得，自亦屬民法第八百八十一條第一項但書所稱之「賠償」。故同上述保險金的處理方式，B 銀行得於其債權範圍內，直接向乙請求給付。

4、B 銀行得否向乙請求侵權行為損害賠償？

B 銀行除了可依民法第八百八十一條主張權利外，B 銀行可否以乙之過失行為

不法侵害其「抵押權」（因為 B 銀行之抵押權因 A 屋失火而消滅）為由，依民法第一百八十四條第一項前段規定，向乙請求侵權行為損害賠償？誠有疑問。按所謂「過失」，係指「應注意、並能注意、而不注意」，故行為人必須先有「注意義務」存在，之後始得謂行為人之行為因違反注意義務，應認屬「過失」。惟在一般情形，乙雖然負有注意不得侵害他人所有權之注意義務存在，但難謂乙就「A 屋上是否存有抵押權」，以及「應注意防免不得因失火行為而致侵害他人抵押權」，負有注意義務。既無注意義務，即難謂有過失。因此，乙之行為並不該當民法第一百八十四條第一項前段規定，B 銀行不得向乙請求侵權行為損害賠償。