

第六章

抵押權

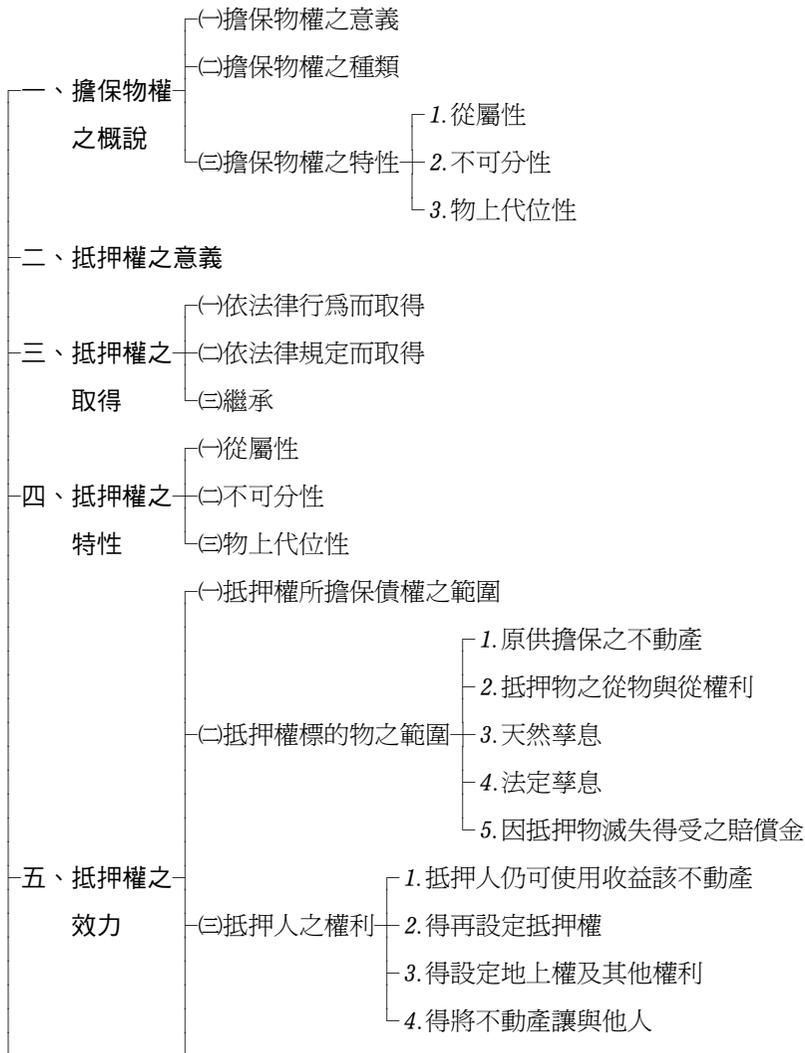


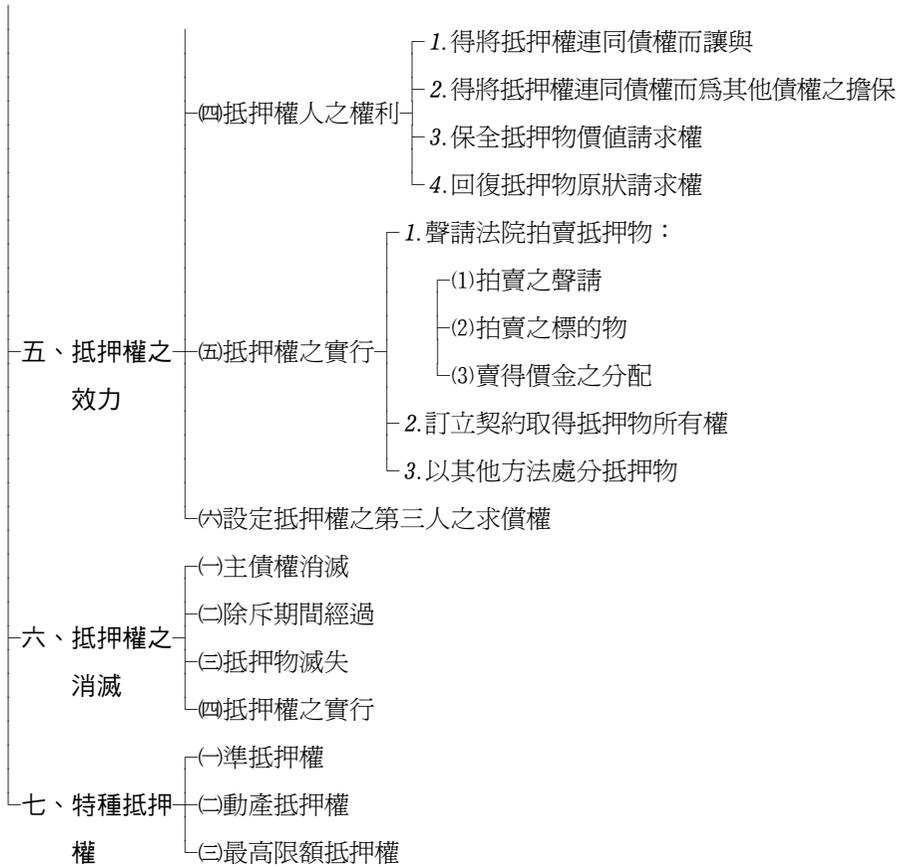
抵押權一章「非常重要」，除涉及多項擔保物權基本之原理內涵外，現行法尚有許多條文之特別規範考生必須加以了解，此等條文常以問答題方式或夾雜於實例題中以爭點之形態出現，考生必須觀念清楚方能切實掌握「題目在問什麼？」茲將本章重點扼要說明如下：

- (一)抵押權之特性（從屬性、不可分性、代位性）。
- (二)抵押權所擔保債權之範圍。
- (三)併付拍賣與法定地上權（民§876、§877）二者之區別（重點！為實例題之最愛）。
- (四)流押契約禁止原則（民§873）。
- (五)最高限額抵押之意義及特性。
- (六)此外，物權編修正草案對抵押權一章修正最多，考生亦須留意其相關修正內容。📖



壹、體系表







貳、重點內文

一、擔保物權之概說

(一)擔保物權之意義：

以確保債權履行為目的，而直接支配他人財產之物權。

(二)擔保物權之種類：

擔保物權依民法之規定，可分為下列三種：

1. 普通抵押權：謂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利（民 § 860）。
2. 質權：債權人對於債務人或第三人移轉占有而供其債權擔保之動產，得就該動產賣得價金優先受償之權利。
3. 留置權：謂債權人占有屬於債務人之動產，於未受清償前，得留置該物，以為擔保之物權（民 § 928）。
4. 最高限額抵押權：債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對於債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定抵押權（民 § 881之1）。

(三)法律設擔保物權制度之原因：

1. 債務人之一切財產為其債務之總擔保。債務人不履行其債務時，各債權人均得聲請就債務人所有之財產為執行。基於債權平等原則，不問債權成立先後，一律平均分配，對債權人之利益保障不週。
2. 債權成立時，債務人雖有充分之財產足供清償，但其後債務人財產減少或債務增加時，因債權無追及效力，足使債權人之債權，不能受清償或不能受完全之清償，故法律上須賦予債權人保障之手段。



3. 債權擔保制度中，雖有人的擔保及物的擔保二種，但人的擔保易於浮動，完全依賴信用，不如物之擔保來的確實。

(四) 擔保物權之特性：

1. 從屬性：擔保物權從屬於債權而存在。
2. 不可分性：擔保物權之債權人，於其債權未受全部清償前，得就擔保標的物之全部行使其權利。
3. 物上代位性：擔保物權之標的物滅失、毀損，因而得受賠償金者，權利人得就該項賠償金行使其權利。

二、普通抵押權之意義 (89土代)

對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金優先受清償之權 (民 § 860)。

三、普通抵押權之取得 (82土代檢(二))

(一) 依法律行為而取得：

1. 抵押權之設定：民法 § 758、§ 760。
2. 連同債權一併受讓：民法 § 758、§ 870。

(二) 依法律規定而取得：

如民法 § 513 I：「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人得就承攬關係報酬額，對於其工作所附之定作人之不動產，請求定作人為抵押權之登記；或對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記。」即承攬人須經登記始可取得此項法定抵押權。

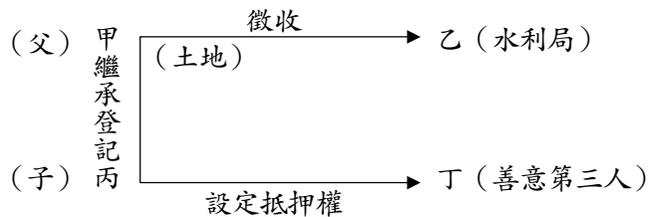


(三)繼承：

於繼承開始時，繼承人取得被繼承人之債權及其抵押權，但仍須經登記，始得處分（民 § 759）。

範例 1

某甲所有之A土地為水利局（乙）所徵收，徵收手續已畢，甲已收取補償金，惟未辦理土地所有權移轉登記。甲死，其子丙不知該筆土地已被徵收之事實，並將該筆土地登記為己有，其後並以該筆土地為其債權人丁設定抵押權。（參照王澤鑑，民法學說與判例研究(三)P.328以下）試問當事人之法律關係？



【擬答】

- (一)被徵收土地之所有權人對於其土地之權利義務，於應受之補償發給完竣時終止。故此例中，乙已取得A地之所有權，不以辦理登記為必要。民法 § 759之登記，乃為宣示之登記、相對之登記，在登記之前，物權之變動效力即已發生，不過不經登記，當事人不得處分而已。
- (二)繼承為一種事實，非屬法律行為，與交易安全無關，故信賴土地登記而辦理繼承者，其善意並不受保護，不發生善意取得之問題。因此丙不能主張其不知A地被徵收而辦理繼承登記，已善意取得該地之所有權。



(三)丙以其名義登記之土地為丁設定抵押權，係屬無權處分。但依土地法 § 43 規定（登記之絕對效力），丁如善意信賴登記之土地為丙所有，而設定抵押權者，仍能取得其權利。

四、抵押權之特性（90不動產）

(一)從屬性：

1. 抵押權乃就抵押物賣得價金優先受清償之權利（民 § 860），必從屬於債權而存在。
2. 將來實行抵押權拍賣抵押物時，以被擔保之債權合法存在為前提。
3. 我國民法關於抵押權從屬性之規定（民 § 870）：
 - (1) 抵押權不得由債權分離而讓與。
 - (2) 抵押權不得由債權分離而為其他債權之擔保。

(二)不可分性：

1. 抵押權人，於其債權未受全部清償前，得就抵押物之全部行使其權利，此即抵押權之不可分性。
2. 我國民法之有關規定：
 - (1) 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（民 § 868）。
 - (2) 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（民 § 869 I）。
 - (3) 民法 § 869 I 之規定，於債務分割或承擔其一部時適用之（民 § 869 II）。



(三)物上代位性（民§881）：

1. 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。
2. 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。
3. 給付義務人因故意或重大過失向抵押人為給付者，對於抵押權人不生效力。
4. 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。

範例 2

何謂抵押權之從屬性及不可分性？請分別釋明之。

【擬答】

(一)從屬性：

所謂抵押權之從屬性，是指抵押權須從屬於債權而存在，其成立以債權成立為前提，並因債權之移轉而移轉，因債權之消滅而消滅，乃因抵押權之擔保物權之性質而來。換句話說，抵押權是為了擔保特定或可得特定之債權而設定的擔保物權，故必該債權存在，抵押權方能發揮擔保之效果，而為發揮其擔保之效果，故需隨債權之移轉而移轉，至於債權消滅後，由於所擔保之債權已消滅，抵押權亦無存在之必要。

故若抵押權所擔保之債權不存在，抵押人可請求塗銷抵押權登記；若係附有抵押權之債權移轉時，受讓人可要求讓與人一併移轉登記抵押權；若債權因清償或其他原因而消滅時，抵押權亦隨同消滅，抵押權人不得對抵押物強制執行，抵押人可塗銷抵押權之登記，抵押權之此種性質，謂之抵押權之從屬性。



(二)不可分性：

所謂抵押權之不可分性，是指抵押權所擔保之債權未全部受清償前，抵押權人可就抵押物之全部行使權利。亦即，即使擔保債權經分割為數個債權、一部清償或消滅，抵押權仍為擔保各部分之債權或餘存之債權而存在；抵押物縱經分割或一部滅失，分割後之各部分或餘存之部分，仍為擔保全部債權而存在。

故若一附有抵押權之債權，分別部分移轉給甲、乙二人，甲、乙二人得分別就抵押物之全部行使抵押權；若該抵押物經分割成A、B二部分，甲、乙二人各別得就A、B二部分皆行使抵押權，此種債權之全部由抵押物之全部所擔保，不因債權或抵押物之分割或消滅而分離之性質，謂之抵押權之不可分性。

範例 3

保險金得否為抵押權代位物之標的？

【擬答】

(一)肯定說（民法學者通說）：

保險金既為賠償金之一種，而民法 § 881 所謂之賠償金，又未設有任何限制，則抵押人因抵押物毀損或滅失所得受之賠償金，無論係由契約或法律規定而生，均應為抵押權效力所及。況抵押權本質上為價值權，而保險金在經濟上正係抵押物價值之代替，自應認保險金係代位物。

(二)否定說（保險法學者通說）：

保險金乃要保人與保險人間訂立保險契約並以要保人支付保險費而生，為被保險人或其受益人所應受之利益，並非由抵押物滅失所當然發



生之利益，抵押物即保險標之物之滅失，僅係保險金請求權現實化的促動原因。況從經濟上觀察，保險金乃保險費之對價，非標之物之對價，故亦非抵押物經濟上的變形物。

五、抵押權之效力

(一)抵押權所擔保債權之範圍：

1. 除契約另有訂定外，為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用（民 § 861 I）。（89土代）
2. 惟須特別注意者，依九十六年新修正民法 § 861 II 之規定，得優先受償之利息、遲延利息、一年或不及一年定期給付之違約金債權，以於抵押權人實行抵押權聲請強制執行前五年內發生及於強制執行程序中發生者為限。

(二)抵押權標之物之範圍：

1. 原供擔保之不動產（抵押物本身）。
2. 抵押物之從物與從權利。但第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，不受影響（民 § 862）。
3. 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，準用民法 § 877之規定（民 § 862 III）。
4. 天然孳息：抵押權之效力，及於抵押物扣押後由抵押物分離，而得由抵押人收取之天然孳息（民 § 863）。
5. 法定孳息：但抵押權人非以扣押抵押物之事情，通知應清償法定孳息之義務人，不得與之對抗（民 § 864）。
6. 因抵押物滅失得受之賠償金或其他權利（民 § 881但）。



7. 其他（96年新法 § 862之1）：

(1)內容：

- ①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。
- ②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。

(2)增訂理由：

- ①抵押物滅失致有殘餘物時，例如抵押之建築物因倒塌而成為動產是，從經濟上言，其應屬抵押物之變形物。又抵押物之成分，非依物之通常用法，因分離而獨立成為動產者，例如自抵押建築物拆取之「交趾陶」是，其較諸因抵押物滅失而得受之賠償，更屬抵押物之變形物，學者通說以為仍應為抵押權效力所及，始得鞏固抵押權之效用。因現行法尚無明文規定，易滋疑義，為期明確，爰予增訂。
- ②為期充分保障抵押權人之權益，爰增訂第二項，明定前項情形，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。惟如抵押權人不請求占有該殘餘物或動產者，其抵押權自不受影響，併予敘明。

(三)抵押人之權利：

1. 抵押人仍可使用收益該不動產。
2. 得再設定抵押權：不動產所有人，因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其次序依登記之先後定之（民 § 865）。
3. 得設定地上權及其他權利：
 - (1)其他權利包括典權、租賃權及其他一切以使用收益為目的之物權（民 § 866 I）。



- (2)該設立在後之權利如於抵押權有所影響者，對於抵押權人不生效力，抵押權人得請求法院除去該權利後加以拍賣（民 § 866 II）。
- (3)該權利對抵押權無影響時，該權利仍繼續存於抵押物上。
- 4.得將不動產讓與他人：抵押物不論讓與何人，抵押權人均得行使其抵押權（民 § 867）。



學習補充站

將二號重要大法官解釋羅列如下：

(一)釋字第一一九號：

所有人於其不動產上設定抵押權後，復就同一不動產上與第三人設定典權，抵押權自不因此而受影響。抵押權人屆期未受清償，實行抵押權拍賣抵押物時，因有典權之存在，無人應買，或出價不足清償抵押債權，執行法院得除去典權負擔，重行估價拍賣。拍賣之結果，清償抵押債權有餘時，典權人之典價，對於登記在後之權利人，享有優先受償權。執行法院於發給權利移轉證書時，依職權通知地政機關塗銷其典權之登記。

(二)釋字第三〇四號：

民法 § 866 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及其他權利。但其抵押權不因此而受影響」，如其抵押權因設定地上權或其他權利而受影響者，本院院字第一四四六號解釋認為對於抵押權人不生效力，抵押權人聲請拍賣抵押物時，執行法院自可依法逕予執行，乃因抵押權為物權，經登記而生公示之效力，在登記後就抵押物取得地上權或其他使用收益之權利者，自不得使登記在先之抵押權受其影響，如該項地上權或其他使用收益之權利於抵押權無影響時，仍得繼續存在，已兼顧在後取得權利者之權益，首開法條及本院解釋與憲法並無抵觸。

**範例 4**

甲有A、B兩段土地，先將A地為乙設定抵押權，而後出典於丙，次將B地出典於丁，而後為戊設定抵押權，乙、戊實行抵押權時，對於丙、丁之典權各有何影響？

【66司法人員特考】

【擬答】

- (一)甲將A地為乙設定抵押權，乃基於所有人之權限，抵押權合法有效，甲於設定抵押權後，依民法§866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權利，但抵押權不受影響」，因抵押權僅擔保物權，重在物之交換價值，並不占有抵押物，故允許抵押人於設定抵押權後，就同一不動產上設定地上權或地役權、典權及永佃權，亦可將不動產出租於他人。但依院字第1446號及釋字第119、304號解釋，所謂抵押權不因此而受影響係指抵押權人屆期未受清償，實行抵押權拍賣抵押物時，因有典權之存在，無人應買，或出價不足清償抵押權時，執行法院得除去典權負擔，重行估價拍賣。拍賣之結果，清償抵押債權有餘時，典權人之典價，對於登記在後之權利人，享有優先受償權。執行法院於發給權利移轉證書時，依職權通知地政機關塗銷其典權之登記。故甲以A地為丙設定典權，亦合法有效。惟乙實行抵押權時，若有上開情形乙可聲請執行法院除去丙之典權後拍賣，如未有上開情形，丙之典權仍存續於拍定後拍賣物上，由拍定人承受。
- (二)甲就B地為丁設定典權，合法有效；甲設定典權後，如欲就B地為戊設定抵押權時，依釋字第一三九號解釋謂：「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」。而土地登記規則§106更進一步規定：「同一土地上所有權人設定典權後再設定抵押權者，應得典權人同



意」，須加以注意。故甲就上開B地欲為戊設定抵押權時，須未妨害典權且須典權人丁同意。而抵押權所擔保之債權屆期未受清償時，抵押權人戊依民法 § 873 規定實行抵押權，抵押權不能影響已存在之典權，戊不能請求除去典權後拍賣，故拍賣之不動產上附有典權，如拍定人拍定，因拍賣乃繼受取得，故該拍定之不動產上仍附有典權，而未消滅，此種情形與釋字第119號之情形不同。



學習補充站

第一小題為「先抵押後典」，適用釋字第119號，抵押權實行時若有必要，可除去「成立在後之典權」；第二小題則是「先典再抵押」，此時無論如何，實施抵押權時均不能先除去典權，蓋典權既成立在先，則抵押權人隨後設定抵押權已可明白預知將來實行抵押權時可能因為有典權存在之故而導致拍賣時價格減損，其仍願為抵押權設定者，即須自行承擔該風險，法律上無特別保護之必要也。

(四)抵押權人之權利：

1. 得將抵押權連同債權而讓與（民 § 870）。
2. 得將抵押權連同債權而為其他債權之擔保（民 § 870）。
3. 保全抵押物價值請求權：
 - (1) 抵押人之行為，足使抵押物價值減少者，抵押權人得請求停止其行為。
 - (2) 如有急迫之情事，抵押權人得自為必要之處分，費用由抵押人負擔，且其受償之次序優先於各抵押權所擔保之債權（民 § 871）。



4. 回復抵押物原狀請求權（民 § 872）：

- (1) 因可歸責於抵押人之事由，致抵押物價值減少時，抵押權人得定相當期限請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。
- (2) 抵押人不於前項所定期限內，履行抵押權人之請求時，抵押權人得定相當期限請求債務人提出與減少價額相當之擔保。屆期不提出者，抵押權人得請求清償其債權。
- (3) 抵押人為債務人時，抵押權人得不再為前項請求，逕行請求清償其債權。
- (4) 因不可歸責於抵押人之事由，致抵押物價值減少時，抵押權人僅於抵押人，因此所受利益（含民法上不當得利及各種公法上損失補償等利益）之限度內，請求提出擔保。

5. 調整優先受償額之權利：

- (1) 九十六年增訂民法 § 870之1之內容：
 - ① 同一抵押物有多數抵押權者，抵押權人得以下列方法調整其可優先受償之分配額。但他抵押權人之利益不受影響：
 - A. 為特定抵押權人之利益，讓與其抵押權之次序。
 - B. 為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序。
 - C. 為全體後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序。
 - ② 前項抵押權次序之讓與或拋棄，非經登記，不生效力。並應於登記前，通知債務人、抵押人及共同抵押人。
 - ③ 因第一項調整而受利益之抵押權人，亦得實行調整前次序在先之抵押權。
 - ④ 調整優先受償分配額時，其次序在先之抵押權所擔保之債權，如有第三人之不動產為同一債權之擔保者，在因調整後增加負



擔之限度內，以該不動產為標之物之抵押權消滅。但經該第三人同意者，不在此限。

(2)立法理由之說明：所謂「特定抵押權人」，係指因調整可優先受償分配額而受利益之該抵押權人而言，不包括其他抵押權人在內。又其得調整之可優先受償之分配額，包括全部及一部。其內容包括學說上所稱抵押權次序之讓與及拋棄。詳述之：

①次序之讓與：次序之讓與係指抵押權人為特定抵押權人之利益，讓與其抵押權之次序之謂，亦即指同一抵押物之先次序或同次序抵押權人，為特定後次序或同次序抵押權人之利益，將其可優先受償之分配額讓與該後次序或同次序抵押權人之謂。此時讓與人與受讓人仍保有原抵押權及次序，讓與人與受讓人仍依其原次序受分配，惟依其次序所能獲得分配之合計金額，由受讓人優先受償，如有剩餘，始由讓與人受償。例如債務人甲在其抵押物上分別有乙、丙、丁第一、二、三次序依次為新臺幣（以下同）一百八十萬元、一百二十萬元、六十萬元之抵押權，乙將第一優先次序讓與丁，甲之抵押物拍賣所得價金為三百萬元，則丁先分得六十萬元，乙分得一百二十萬元，丙仍為一百二十萬元。又如甲之抵押物拍賣所得價金為二百八十萬元，則丁先分得六十萬元，乙分得一百二十萬元，丙分得一百萬元。

②次序之拋棄：有相對拋棄及絕對拋棄兩種，分述如下：

A.相對拋棄：相對拋棄係指抵押權人為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序之謂，亦即指同一抵押物之先次序抵押權人，為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其優先受



償利益之謂。此時各抵押權人之抵押權歸屬與次序並無變動，僅係拋棄抵押權次序之人，因拋棄次序之結果，與受拋棄利益之抵押權人成為同一次序，將其所得受分配之金額共同合計後，按各人債權額之比例分配之。例如前例，甲之抵押物拍賣所得價金為三百萬元，乙將其第一次序之優先受償利益拋棄予丁，則乙、丁同列於第一、三次序，乙分得一百三十五萬元，丁分得四十五萬元，至丙則仍分得一百二十萬元，不受影響。又如甲之抵押物拍賣所得價金為二百八十萬元，則乙、丁所得分配之債權總額為一百八十萬元（如乙未為拋棄，則乙之應受分配額為一百八十萬元，丁之應受分配額為零），乙拋棄後，依乙、丁之債權額比例分配（三比一），乙分得一百三十五萬元，丁分得四十五萬元，丙仍分得一百萬元不受影響。

- B. 絕對拋棄：絕對拋棄係指抵押權人為全體後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序之謂，亦即指先次序抵押權人並非專為某一特定後次序抵押權人之利益，拋棄優先受償利益之謂。此時後次序抵押權人之次序各依次序昇進，而拋棄人退處於最後之地位，但於拋棄後新設定之抵押權，其次序仍列於拋棄者之後。如為普通債權，不論其發生在抵押權次序拋棄前或後，其次序本列於拋棄者之後，乃屬當然。例如前例，甲之抵押物拍賣所得價金為三百萬元，乙絕對拋棄其抵押權之第一次序，則丙分得一百二十萬元，丁分得六十萬元、乙僅得一百二十萬元。又如甲之抵押物拍賣所得價金為四百八十萬元，戊之抵押權二百萬元成立於乙絕對拋棄其抵



押權次序之後，則丙分得一百二十萬元，丁分得六十萬元，乙可分得一百八十萬元，戊分得一百二十萬元。

(3)調整後保證人之權利：調整可優先受償分配額時，其次序在先之抵押權所擔保之債權有保證人者，於因調整後所失優先受償之利益限度內，保證人免其責任。但經該保證人同意調整者，不在此限（民§870之2）。

(五)抵押權之實行（抵押權最主要之效力）：

1. 聲請法院拍賣抵押物：

(1)拍賣之聲請：向拍賣物所在地之法院聲請拍賣抵押物。

(2)拍賣之標的物（重要！）：

①原則：抵押物及其從物、從權利、天然孳息等（詳如前述）。

②例外：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，得在強制執行程序中聲請法院將建築物與土地併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受償之權（民§877）。因此，併付拍賣之要件為：

A.該建築物係在土地抵押權設定後所建。

B.須為土地所有人所建。

C.須有併付拍賣之必要。

③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（例如：土地上之地上權、租賃權等），應併付拍賣，但抵押權人對該價金無優先受償之權（民§877之1）。

(3)賣得價金之分配（民§874、§875）：

①按各抵押權之次序分配之，其次序同者，依債權額比例分配之（民§874）。



- ②為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得之價金，受債權全部或一部之清償（民 § 875）。
- (4)聲請拍賣為抵押權人之權利，非其義務。
- (5)法定地上權之成立（民 § 876）：
 - ①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。
 - ②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。
- (6)同一債權有數個擔保抵押物之情形：
 - ①為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權，抵押物全部或部分同時拍賣時，拍賣之抵押物中有為債務人所有者，抵押權人應先就該抵押物賣得之價金受償（民 § 875之1）。
 - ②為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權者，各抵押物對債權分擔之金額，依下列規定計算之：
 - A.未限定各個不動產所負擔之金額時，依各抵押物價值之比例。
 - B.已限定各個不動產所負擔之金額時，依各抵押物所限定負擔金額之比例。
 - C.僅限定部分不動產所負擔之金額時，依各抵押物所限定負擔金額與未限定負擔金額之各抵押物價值之比例（民 § 875之2）。



- ③為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權者，在抵押物全部或部分同時拍賣，而其賣得價金超過所擔保之債權額時，經拍賣之各抵押物對債權分擔金額之計算，準用前條之規定。
(民§875之3)



學習補充站

(一)有關民法§875之3具體之適用情形，可以下述之例加以參照，即：甲對乙負有六百萬元之債務，由丙、丁、戊分別提供其所有之A、B、C三筆土地設定抵押權於乙，共同擔保上開債權，而均未限定各個不動產所負擔之金額。嗣甲逾期未能清償，乙遂聲請對A、B二地同時拍賣，A地拍賣所得價金為五百萬元，B地拍賣所得價金為三百萬元，於此情形，A地、B地對債權分擔之金額，應準用民法§875之2 I ①之規定計算之，故A地對債權之分擔金額為三百七十五萬元 $(=600 \times 500 \div (500 + 300))$ ，B地對債權之分擔金額則為二百二十五萬元 $(=600 \times 300 \div (500 + 300))$ 。拍賣抵押物之執行法院，自應按此金額清償擔保債權。又上例中，如分別限定A、B、C三筆土地所負擔之金額為三百萬元、二百萬元、一百萬元，乙聲請對A、B二地同時拍賣，A地拍賣所得價金為五百萬元，B地拍賣所得金為三百萬元，於此情形，A地、B地對債權分擔之金額，則應準用§875之2 I ②前段之規定計算之，故A地對債權之分擔金額為三百萬元，B地對債權之分擔金額為二百萬元。又上述第一例中，A、B抵押物賣得價金清償債權額均已逾其分擔額(民§875之2 I ①參照)，此際丙、丁對C抵押物可行使§875之4①所定之權利，自屬當然。



(二)為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權者，在各抵押物分別拍賣時，適用下列規定（民§875之4）：

1. 經拍賣之抵押物為債務人以外之第三人所有，而抵押權人就該抵押物賣得價金受償之債權額超過其分擔額時，該抵押物所有人就超過分擔額之範圍內，得請求其餘未拍賣之其他第三人償還其供擔保抵押物應分擔之部分，並對該第三人之抵押物，以其分擔額為限，承受抵押權人之權利。但不得有害於該抵押權人之利益。
2. 經拍賣之抵押物為同一人所有，而抵押權人就該抵押物賣得價金受償之債權額超過其分擔額時，該抵押物之後次序抵押權人就超過分擔額之範圍內，對其餘未拍賣之同一人供擔保之抵押物，承受實行抵押權人之權利。但不得有害於該抵押權人之利益。

2. 以其他方法處分抵押物：得訂立契約以其他方法處分抵押物（民§878）。且縱然約定：「債權清償期屆至後，仍未清償時，抵押物之所有權直接歸屬於債權人（即抵押權人）者」，其約定仍為有效，此即九十六年新法修正後一大特色，不再將「流押契約」之情形一概解為無效，惟解釋上須注意民法§873之1之規定，即：

- (1)約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人。
- (2)抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保債權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償。
- (3)抵押人在抵押物所有權移轉於抵押權人前，得清償抵押權擔保之債權，以消滅該抵押權。



範例 5

甲在乙所有之土地上自造違章房屋一間住居，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權利？理由安在？

【提示】

本題所考的是抵押權人併付拍賣之要件及違章建築人對所占用地及所建房屋之權利。

【擬答】

(一)丙不得聲請連同該土地上之房屋一併拍賣：

依民法 § 877 之規定，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，本題中，甲係在抵押權設定之前在乙所有之土地上建屋，不符合民法 § 877 之要件，故丙不得聲請併付拍賣。

(二)甲對土地及房屋得為以下之主張：

1. 甲對土地得主張之權利：

(1)甲在乙之土地上建屋居住，若有以行使地上權之意思，和平繼續占用乙之土地，則依民法 § 772 準用 § 769 之規定，於二十年期間經過後，得請求登記為地上權人。

(2)但甲在時效取得地上權並聲請登記之前，甲占用乙之土地仍屬無權占有，甲乙間並無任何土地利用關係存在，故甲不得對土地拍定人主張任何權利。



- (3) 而依民法 § 876 之規定，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，其地租由當事人協議定之，協議不諧時，得聲請法院定之。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，本題並不符合民法 § 876 之要件，故甲不得主張對土地拍定人有法定地上權。
2. 甲對房屋之權利：甲所建之房屋因為是違章建築，故不能辦理保存登記，但因其為獨立有效用之物，為民法 § 66 所稱之土地上之定著物，應屬不動產之一種，甲為原始起造人，得主張因自建而原始取得該屋之所有權。
 3. 丙之權利：若甲不符合時效取得地上權之要件時，可行使民法 § 767 向甲主張拆屋還地。

(六) 設定抵押權之第三人之求償權（民 § 879）：

1. 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。
2. 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。
3. 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。



4. 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（民 § 879之1）。

六、抵押權之消滅

除物權一般消滅原因外，尚有：

(一) 主債權消滅。

(二) 除斥期間經過：

於債權消滅時效完成後五年內未實行抵押權（民 § 880）。

(三) 抵押物滅失：

民法 § 881。

(四) 抵押權之實行（民 § 873之2）：

1. 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。
2. 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。
3. 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，不適用前二項之規定。

七、特種抵押權

(一) 準抵押權：

地上權、永佃權及典權均得為抵押權之標的物（民 § 882），以此等權利為抵押權標的物之抵押權，即為準抵押權，又稱權利抵押權。



(二)動產抵押權：（85土代檢(二)）

蓋民法上之抵押權乃是以不動產為標的物，惟於民法的特別法中，抵押權有以動產為標的者，稱之為「動產抵押權」，亦為特種抵押權之一種。依我國現行法，動產抵押權有下列三種：

1. 動產擔保交易法中之動產抵押權：此即通稱之動產抵押權，該法第十五條規定：「稱動產抵押者，謂抵押權人對債務人或第三人不移轉占有而就供擔保債權人之動產設定動產抵押權，於債務人不履行契約時，抵押權人得占有抵押物，並得出賣，就其賣得價金優先於其他債權而受清償之交易」。
2. 船舶抵押權：係指依海商法就船舶所設定之抵押權而言（參照海商法 § 33 ~ § 37）。
3. 航空器抵押權：係指依民用航空法就航空器所設定之抵押權而言（參照民航 § 18、§ 19）。

(三)最高限額抵押權：

1. 意義：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（民 § 881之1 I）。
2. 擔保範圍之限制：
 - (1)最高限額抵押權所擔保之債權，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（民 § 881之1 II）。
 - (2)期間之限制：最高限額抵押權所擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，該債權不再屬於最高限額抵押權擔保之範圍（民 § 881之15）。



3. 抵押權人之權利：

(1) 任意變更權：

① 原債權確定前，抵押權人與抵押人得約定變更民法 § 881 之 1 II 所定債權之範圍或其債務人，且該項變更無須得後次序抵押權人或其他利害關係人同意（民 § 881 之 3）。

② 最高限額抵押權得約定其所擔保原債權應確定之期日，並得於確定之期日前，約定變更之（民 § 881 之 4）。

(2) 請求拍賣抵押物之權利。

4. 特色：

(1) 從屬性之緩合：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（民 § 881 之 6 I）。

(2) 可讓與性：原債權確定前，抵押權人經抵押人之同意，得將最高限額抵押權之全部或分割其一部讓與他人（民 § 881 之 8 I）。

(3) 共有關係之加入：原債權確定前，抵押權人經抵押人之同意，得使他人成為最高限額抵押權之共有人（民 § 881 之 8 II）。

5. 抵押權之實行：

(1) 範圍（民 § 881 之 2）：

① 最高限額抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利。

② 前項債權之利息、遲延利息、違約金，與前項債權合計不逾最高限額範圍者，亦同。

(2) 抵押權額之確定：

① 最高限額抵押權所擔保之原債權，未約定確定之期日者，抵押人或抵押權人得隨時請求確定其所擔保之原債權（民 § 881 之 5 I）。



- ②前項情形，除抵押人與抵押權人另有約定外，自請求之日起，經十五日為其確定期日（民§881之5Ⅱ）。
- ③為同一債權之擔保，於數不動產上設定最高限額抵押權者，如其擔保之原債權，僅其中一不動產發生確定事由時，各最高限額抵押權所擔保之原債權均歸於確定（民§881之10）。
- ④最高限額抵押權之確定事由（民§881之12）：最高限額抵押權所擔保之原債權，除本節另有規定外，因下列事由之一而確定：
- A. 約定之原債權確定期日屆至者。
 - B. 擔保債權之範圍變更或因其他事由，致原債權不繼續發生者。
 - C. 擔保債權所由發生之法律關係經終止或因其他事由而消滅者。
 - D. 債權人拒絕繼續發生債權，債務人請求確定者。
 - E. 最高限額抵押權人聲請裁定拍賣抵押物，或依§873之1之規定為抵押物所有權移轉之請求時，或依§878規定訂立契約者。
 - F. 抵押物因他債權人聲請強制執行經法院查封，而為最高限額抵押權人所知悉，或經執行法院通知最高限額抵押權人者。但抵押物之查封經撤銷時，不在此限。
 - G. 債務人或抵押人經裁定宣告破產者。但其裁定經廢棄確定時，不在此限。
- (3)限制（民§881之6Ⅱ）：最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前經第三人承擔其債務，而債務人免其責任者，抵押權人就該承擔之部分，不得行使最高限額抵押權。



(四)綜合歸納比較：

範例 6

動產抵押權與不動產抵押權之相異點。

【82特】

【擬答】

	不動產抵押權	動產抵押權
標的物 ※但二者於「設定時」皆不須移轉占有	限於不動產。 (民 § 66)	動產。
登記效果	登記為生效要件。 (民 § 758)	應以書面訂立契約 (動擔 § 5)，非經登記，不得對抗善意第三人，故其登記僅屬對抗要件。
實行抵押權 需否占有標的物	不須占有抵押物。只須聲請法院拍賣或與債務人訂立契約取得抵押物所有權或以其他方法處分。(民 § 878)	須占有抵押物。 (動擔 § 17) 已設定抵押之動產，債務人不得出賣出質移轉或其他處分，致有害抵押權之行使，且該動產亦不得為附條件買賣、信託占有之標的物。
處分權限制	原則不限制。	受限制。(動擔 § 17、§ 31、§ 36、§ 40)
刑事責任	無。	違反法定義務時有刑事責任。(動擔 § 38 ~ § 40)
法定抵押權	有。(民 § 513、國宅 § 17、§ 27)	無。
實行抵押權 應否通知	不須。	應先通知債務人或第三人。(動擔 § 18)
危險負擔	由抵押權人負擔。 (民 § 872 II)	危險原則上由占有人負擔。 (動擔 § 13)



範例 7

試比較普通抵押權與最高限額抵押權之不同。

【擬答】

普 通	最高限額抵押權
擔保之債權特定	不特定
擔保現在之債權	將來之債權
債權額確定	不確定
成立上與消滅上從屬性較嚴	較寬
實行時不需證明債權之存在	須證明債權之存在



參、本章精選例題

範題 1

承攬人之法定抵押權與普通抵押權併存時，如何決定其優先位次？【75書】

【擬答】

法定抵押權與普通抵押權併存時，其優先位次之決定：

(一)關於此問題，學說上有不同見解：

1. 法定抵押權優先說。
2. 意定抵押權優先說。
3. 二者同一次序說。
4. 依成立先後定其次序說。
5. 原則上依成立先後定其次序，然抵押物之價值因不可歸責於抵押人之事由而減少，而由承攬人修復時，應以法定抵押權優先說。
6. 承攬人因新造工作物所生之法定抵押權，依成立先後定其順序，但承攬人對不動產之重大修繕所生之法定抵押權，就該不動產因修繕而增值之範圍內，以法定抵押權優先說。
7. 以普通抵押權應受保護之程度及法定抵押權設計之目的綜合判斷，以定其位次說。

(二)實務上採4.說，認為不論意定或法定抵押權，依民法§865之法意，應以成立時間決定其位次之先後（63台上1240，最高法院63年第一次民庭庭長會議）。

以上各說，1.、2.說各有所偏，3.說就其如何分配拍賣價金，未有明確規則，5.~7.說雖以公平為意旨，惟在現行法上無法之明文根據。實務上採4.說，本文亦以4.為妥。



依新修正之民法 § 513 規定，亦係以成立之先後而定其順序，惟該條第四項規定，對於工作物因修繕所增加之價值限度內，法定抵押權優先於成立在先之抵押權。

範題 (2)

甲在自己土地上建造房屋後，僅以基地設定抵押權於乙，作為向乙借款之擔保，其後將該房屋之所有權讓與於丙，丙以該房屋設定抵押權於丁，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、己之間究生如何之法律關係？

【83 高考】

【提示】

重點在法定地上權。

【擬答】

(一) 己得否依民法 § 767 之規定對戊主張拆屋還地？

1. 己為所有權人：乙行使其抵押權，由己拍定取得基地所有權，買受人自領得執行法院所發給權利移轉證書之日起，取得該不動產所有權，己為該地之所有權人。
2. 戊是否無權占有：戊得否主張民法 § 876 I 之法定地上權。法定地上權之要件：
 - (1) 須土地及建築物同屬一人所有：
 - ① 但抵押權設定時，建築物與土地同其所有人，於抵押權實行前，已異其所有人時，如本件中，房屋所有權已從甲移轉到丙，再移轉給丁，有無本條適用？
 - ② 按抵押權設定時，法定地上權之要件業已具備，自無因嗣後土地或建築物之所有人已有變動而否定其適用之理由，且抵押權人



設定抵押權時，亦已預見建築物之存在，當係以有法定地上權成立為其抵押權之評價基準，故解為仍有本條之適用，對抵押權人亦無不測之損害，故通說認以採肯定說為當。

- (2) 設定抵押權時，建築物須已存在。
- (3) 須以土地或建築物為抵押，或以二者同為抵押，但土地及建築物之拍定人各異。
- (4) 須拍賣而實行抵押權：法定地上權之成立須以依拍賣而實行抵押權為要件，若不用拍賣之方式而用其他方式實行抵押權時，因既已依法律行為為之，則當事人間對建築物在土地上之利用權問題必有安排，法律亦無過問之必要。
- (5) 拍賣結果致土地及建築物各異其人，乙、丁行使抵押權致使土地、建築物分屬於己、戊所有。

綜合上述情形，符合法定地上權之要件，故建築物所有人戊對基地所有人己可以主張法定地上權，為有權占有。己不得對戊主張拆屋還地。

- (二) 1. 此地上權之取得，乃係依法律之規定，而非依法律行為，依民法 § 758、§ 759 規定之意旨，不待登記即生效力。合乎法定地上權之要件後，於建築物或土地所有權移轉時，法定地上權即當然成立。而民法 § 876 I 後段明定：「其地租由當事人協議定之，協議不成時，得聲請法院定之」，法律視建築物所有人有地上權，乃為避免拆屋造成社會經濟之危害，非使建築物所有人得無償利用他人土地。
2. 故戊應支付地租，當事人協議不成時，聲請法院定之。



範題 3

甲、乙、丙三人共有土地一筆，其所有權各為三分之一。其後丙因向銀行借錢，以其應有部分設定抵押權予銀行，甲、乙、丙又對共有物之使用、收益意見不一致，經訴請法院為裁判分割確定，但未登記。嗣因清償期屆至，丙怠未清償，銀行取得執行名義，欲實行抵押權。

請問：

- (一)甲、乙、丙是否各自取得共有物具體部分之所有權？
 (二)銀行實行抵押權究竟對全部共有物應有部分三分之一為之，抑或只就丙分得之具體部分為之即可？

【86高考】

【擬答】

茲依題意分述如下：

- (一)甲乙丙三人共有土地，經法院為裁判分割確定，但未登記，則甲乙丙是否各自取得共有物之具體部分所有權，說明如下：

1. 按不動產物權的變動方式：

- (1)由於法律行為者：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記不生效力」（民§758）。「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之」（民§760）。此即所謂設權登記。
 (2)非由於法律行為者：「因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前已取得不動產物權者，非經登記不得處分其物權」（民§759）。亦即一經前開行為，就即時取得所有權，僅於處分前，須為登記行為而已，此即所謂「宣示登記」。

- 2.本題，甲乙丙三人共有土地，既經訴請法院為「裁判分割確定」，雖未登記，應仍生所有權之變動效果。此所謂法院之判決，係指其宣告足生物權法上取得不動產物權效果之力，而對於當事人以外之一切第三人亦有效力者而言，惟「形成判決」始足當之，不包括其他判決在



內（43台上1016）。因之，此種得使人取得不動產物權之形成判決，在實務上典型之例即為依民法 § 824 II 所為分割共有物之判決。至其他給付或確認訴訟之判決或和解，調解筆錄，均非本條所指之法院判決（註：命被告履行移轉不動產物權登記之判決，性質上係給付判決）。

3. 準上所述，本件甲乙丙應自前開分割共有物之形成判決確定之日，即各自取得共有物各判決所示之具體所有權。
- (二) 銀行如實行抵押權，係得對全部之共有物三分之一應有部分為之，或只得就丙分得之具體部分為之，分析如下：
1. 按抵押權具有不可分性：抵押權之不可分性者，係指於擔保債權未受全部清償時，抵押權人得就擔保物之全部行使權利而言，又抵押物縱經分割或一部滅失，各部分或餘存之抵押物，仍為擔保全部債權而存在。又通說認為抵押權之此種特性，並非強行規定，當事人得以特約排除之。
 2. 故自抵押物而言，民法 § 868 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，其抵押權並不因此而受影響」。據此規定，抵押物雖經分割，抵押權並不因此而受影響，亦即抵押物雖經分割，抵押權人仍得就分割後之各該抵押物之全部行使其抵押權。
 3. 本題丙以其應有部分設定抵押權予銀行，嗣經甲、乙、丙訴請裁判分割其共有土地，惟銀行不因甲、乙、丙之分割行為而影響其抵押權，即可仍得就分割後之各土地行使抵押權。



範題 4

甲向乙借款，甲以自己房屋一棟連同基地一併設定抵押權於乙，問：

(一)債務屆期，甲不清償時，乙得如何？

(二)如甲已將借款還清時，乙之抵押權如何？

(三)如甲之借款債務因時效而消滅時，乙之抵押權又如何？

【67普考】

【擬答】

- (一)甲向乙借款，甲以其房屋及基地共同為乙設定抵押權，如屆期債權未受清償，甲可依民法 § 873 規定，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金優先受償，但拍賣程序耗時長久，且未必有利於抵押權人，故抵押權人乙可依民法 § 878 規定，於債權清償期屆滿後，與抵押人甲訂立契約，取得抵押物所有權，但不得有害於其他抵押權人之利益。
- (二)甲清償借款後，因抵押權為擔保債務人或第三人之債務，以不動產供擔保之擔保物權，民法 § 860 定有明文，擔保物權相對於擔保債權具有從屬性，故抵押權之存續，以債權仍存在為前提，債權若因清償或提存等原因而消滅，抵押權亦隨之消滅（民 § 307），抵押權消滅時，抵押人有塗銷登記請求權。故甲可基於民法 § 767 所有權排除侵害請求權請求乙塗銷登記。
- (三)甲對乙借款債務雖罹於消滅時效，惟時效消滅之效果，債權人之債權仍然存在，僅相對人得就該債權請求權行使抗辯權而已，債權既仍存在，因抵押權之作用在擔保債權，故不影響抵押權之效力，唯如抵押權人長久不行使抵押權，任權利狀態不穩定亦非妥適，故民法 § 880 規定抵押權所擔保之債權，其請求權已因時效消滅，抵押權人於時效完成後五年內仍得實行抵押權。



範題 (5)

何謂最高限額抵押權？其具有何特性？又應如何實行？試分述之。

【擬答】

茲依題示情形，分述如下：

- (一)所謂最高限額抵押權，係指對於債權人一定範圍內之不特定債權，預定一最高限額，由債務人或第三人提供抵押物予以擔保之特殊抵押權，稱之為「最高限額抵押權」。例如甲公司就其產品與乙商行訂立經銷契約，約定經銷期間為五年，為擔保嗣後各筆貨款之清償，由乙提供土地一筆設定抵押權於甲，其最高限額為五百萬元是。
- (二)其具有以下特性：
 1. 擔保之債權為不特定債權。
 2. 擔保之債權通常為將來之債權。
 3. 擔保之實際債權額不確定。
 4. 須預定最高限額。
 5. 成立上與消滅上從屬性放寬：蓋最高限額抵押權非從屬於特定債權，而從屬於基礎關係，故縱實際債權額為零或債權因清償、抵銷等原因，一度歸於消滅，其並不影響最高限額抵押之合法存續。
 6. 移轉上從屬性與普通抵押權有異：基礎關係所生不特定債權之一或數債權移轉他人者，該讓與債權即脫離最高限額抵押權所擔保之範圍，非該抵押權效力所及。
- (三)最高限額抵押權之實行，以其所擔保債權中有一已屆清償期而未受清償，為其實行之要件。抵押權人須證明債權之存在，始得實行最高限額抵押權。蓋最高限額抵押權之成立，不以先有債權存在為要件，故實行抵押權時，如債務人或抵押人否認已有債權存在，或於抵押權成立後，



曾有債權發生，而從抵押權人提出之其他文件為形式上之審查，又不能明瞭是否有債權存在時，法院自無由准許拍賣抵押物。故最高限額抵押權人實行最高限額抵押權時，應提出債權存在之證明文件，此乃基於最高限額抵押權擔保債權之不特定性與債權額之不確定性所當然。