

彰化縣地政士公會 會刊 第320期

目 錄	作者/出處	頁
編輯室報告	會刊編輯委員會	1
會務報導	會刊編輯委員會	2
判解新訊	會刊編輯委員會	3
法規專論一		
抵押權知多少？	蔣龍山	5



發行：彰化縣地政士公會 理事長 黃敏烝
編輯：會刊編輯委員會
主任委員：蔣龍山
副主任委員：黃琦洲
會址：彰化縣員林市惠明街 278 號
電話：(04)835-2525 傳真：(04)833-7725
網址：<http://www.chcland.org.tw>

編輯室報告

會刊編輯委員會第 320 期會刊摘要：

本期法規專論：抵押權之多少？我國民法第 860 條規定：「稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉佔有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權」。其意義大致如下：

- 一、抵押以不動產為限，亦就是說土地與房屋(建物)都可以抵押。
- 二、抵押權人並不占有供擔保之抵押物(土地與房屋)。

抵押權之特性與範圍，說明如下：

- 一、有抵押權之從屬性：又分成抵押權成立上之從屬；處分上之從屬；消滅上之從屬等三種型態。
- 二、有抵押權之不可分性：法諺有「抵押權之全部，存在於抵押物之全部，且存在於抵押物之各部」之說。
- 三、有抵押權之代位性：代位性亦擬物上之代位，即抵押權之標的物滅失，而得受賠償金者(如房屋抵押，已保火災險，一旦房屋被焚，則得受保險金)，抵押權並不消滅，而存於該賠償金之上。

抵押權之取得，常基於兩種原因：

- 一、設定而取得。
- 二、法定而取得：即是基於法律規定而取得抵押權。例如：以民法第 513 條所規定之承攬人之抵押權；為興建國民住宅貸款條例第 7 條所規定之抵押權均屬之。此等抵押權屬於特殊抵押權之一，但依民法第 883 條規定，均得準用普通抵押權之規定。

抵押權之實行：乃債權已屆清償期，而未受清償時，抵押權人得就抵押物取償之謂。其實行之方法以聲請法院拍賣為主，但亦得用拍賣以外之方法為實行抵押權之另一種方法。

另外，尚有所謂之特殊抵押權：有動產抵押(能搬得動的財產)與共同抵押(乃為同一債權之擔保，而就數個不動產上所設定之抵押權。共同抵押又稱總括抵押或稱連帶抵押，蓋為同一債權，而有數個不動產為之擔保，此數個不動產並不是集合而為一物，只是於擔保債權之目的上，互相結合而有如連帶債務)。

抵押權尚有幾個比較容易發生的麻煩問題，亦在本文提起。最後本文有舉例聲請法院裁定拍賣抵押物之書狀範例，尚請參考。

彰化縣地政士公會

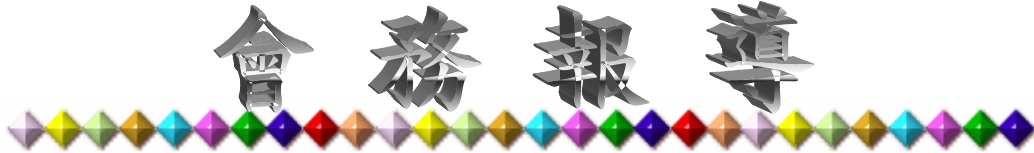
蔣龍山 謹識

會刊編輯委員會主任委員

106.12.26 於彰化市個人法理學研究室

把簡單弄複雜是找事
把複雜變簡單是本事





- 106/12/01 行文臺灣集中保管結算所股份有限公司、各申請人檢送本會會員申請洗錢防制查詢使用申請書 9 份，如附件，請查照。
- 106/12/04 行文彰化縣政府（地政處）本會會員陳宏維申請終止賴俊良之僱傭關係。
- 106/12/04 行文彰化縣政府地政處、彰化地政事務所、員林地政事務所、田中地政事務所、北斗地政事務所、二林地政事務所、溪湖地政事務所、鹿港地政事務所、和美地政事務所檢送本會印製 107 年度年曆卡 90 份，請惠予轉發貴府職員，並請協助宣導，辦理土地建物各項登記業務。
- 106/12/05 行文各會員為順利會務推展，請於 107 年 1 月 30 日前繳交 107 年度常年會費。
- 106/12/05 行文各會員本會於下列時間舉辦 106 年度第 1 期地政士研習課程。
- 106/12/05 行文各會員本會為響應環保、節約能源，全聯會地政稅務法令彙刊早已電子化發行，為節省購買及郵資費用，公會將不再續訂，若仍需地政稅務法令彙刊，請將登記表傳真至本會。
- 106/12/12 通知參加桃園市地政士公會第十一屆第三次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由王常務理事文斌、郭監事政育)。
- 106/12/13 通知參加桃園市第一地政士公會第二屆第三次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由許理事炳墉、吳理事泰緯)。
- 106/12/15 行文彰化縣政府(地政處)本會會員周玉珠申請終止林育儒及林麗華之僱傭關係。
- 106/12/15 行文王敏祝地政士(會員編號378)、林美蘭地政士(會員編號416)、吳豐宇地政士(會員編號750)、杜文發助理員本會106年12月14日於彰化縣地方稅務局3樓簡報室舉辦第10次會員教育講習『不動產移轉網實整合網路申報(含土地增值稅、契稅、印花稅、房屋稅、地價稅)』教育訓練，台端報名後未出席亦未請假，紀律委員會將依規定處理。
- 106/12/20 通知各理監事 106 年 12 月 27 日下午 3 時於本會召開本會第二次選舉委員會議。
- 106/12/21 行文胡榕娣地政士經縣府核准地政士開業執照在案，請於執業前加入本公會，避免受罰。
- 106/12/21 行文台灣集中保管結算所股份有限公司、各申請人檢送本會會員申請洗錢防制查詢使用申請書 15 份，如附件。
- 106/12/21 通知參加新竹縣地政士公會第九屆第一次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由黃理事琦洲、柯監事焜耀)。
- 106/12/21 通知參加花蓮縣地政士公會第十屆第二次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由潘常務理事鐵城、黃理事炳博)。
- 106/12/21 通知參加臺中市大臺中地政士公會第九屆第三次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由楊常務理事鈿浚、曹理事芳榮、陳理事仕昌、謝常務監事金助)。
- 106/12/22 行文彰化縣政府（地政處）本會會員林育儒申請林麗華為登記助理員。
- 106/12/25 通知參加新竹市地政士公會第四屆第三次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由邱常務理事銀堆、陳監事美單)。
- 106/12/25 通知黃理事長敏烝暨田中區理監事於 106 年 12 月 30 日(星期六)上午 9 時參加會員張國重之妻往生告別式。
- 106/12/27 行文彰化縣政府（地政處）本會會員張啟哲申請魏嘉新為登記助理員。
- 106/12/28 行文彰化縣各地政事務所本會擬於民國107年1月16日(二)上午8時30分至11時30分借用貴所會議室辦理第十屆會員代表及理、監事選舉事宜，請惠予協助提供貴場地，實感德便。
- 106/12/29 通知參加宜蘭縣地政士公會第十屆第三次會員代表大會暨聯誼餐會(依序輪由潘常務理事鐵城、黃理事炳博)。
- 106/12/29 行文彰化縣政府（地政處）本會會員葉麗雲申請張自強為登記助理員。
- 106/12/30 行文蔡啟仲等 60 人檢送「地政士專業訓練證明書」。
- 106/12/30 會員張國重之妻往生告別式，本會除致花圈一對敬表哀悼之意，依婚喪禮儀辦法致奠儀金，並由黃理事長敏烝及多位會員前往參加會員張國重之妻往生告別式。(另邱常務理事銀堆先行於12月26日前往上香致意)。

判 解 新 訊



土地物理上既已浮覆，自符合回復原狀，至於浮覆後因供以修築堤防或防汛道路致不得為原來之使用，乃浮覆後另生之限制情事

裁判字號：106 年度重上字第 610 號

案由摘要：確認土地所有權存在等

裁判日期：民國 106 年 11 月 21 日

資料來源：司法院

相關法條：[民法 第 767、769、770 條](#) (104.06.10)

[土地法 第 12、51、52、53、57、58 條](#) (100.06.15)

[關於水道浮覆地及道路溝渠廢置地所有權歸屬處理原則 第 1、2、3 條](#)(91.08.09)

[國有財產法 第 1、2、4、9、11、28 條](#) (101.01.04)

[水利法 第 78-2 條](#) (105.05.25)

[河川管理辦法 第 1、3、6、7、10 條](#) (102.12.27)

要 旨：私有土地因成為公共需要之湖澤或可通運之水道，其所有權視為消滅，並非土地物理上滅失，所有權亦僅擬制消滅，當該土地回復原狀時，原土地所有人之所有權當然回復，無待申請地政機關核准。而土地物理上既已浮覆，自符合土地法第 12 條第 2 項規定之回復原狀，至於浮覆後因供以修築堤防或供作防汛道路使用，致不得為原來之使用，乃浮覆後另生之限制情事，不能以此認土地尚未回復原狀。

出賣人所負權利瑕疵擔保責任，乃就其出賣之標的物，擔保其權利無缺及存在，故損害金額應按買賣標的物或權利應有之價值計算

裁判字號：106 年度台上字第 1364 號

案由摘要：請求返還價金等

裁判日期：民國 106 年 11 月 23 日

資料來源：司法院

相關法條：[民法 第 184、226、227、349、353、354、359、360 條](#) (104.06.10)

[公寓大廈管理條例 第 16、23、24、35 條](#) (105.11.16)

要 旨：出賣人所負權利瑕疵擔保責任，乃就其出賣之標的物，擔保其權利無缺及存在；故其損害金額，應按買賣雙方約定該買賣標的物或權利應有之價值計算。因此，買賣價金係包括房地所有權及空地使用權之對價在內，而空地未能由買受人專用，應由出賣人負權利瑕疵擔保之損害賠償責任，賠償之金額，自應按空地使用權之價值計算。

設置廣告未經主管機關申請審查許可，建築物所有權人對招牌廣告等工作物具有事實上管領力，應負起排除義務

要旨：建築物所有權人對招牌廣告等工作物具有事實上管領力而得加以使用，應負起排除義務。因此，設置廣告未經主管機關申請審查許可，且對廣告具有事實上管領力並實際之使用人，為建築法第 95 條之 3 規定之管制對象，對廣告負有排除責任。

養殖魚塢之汙水，係人為使用過應予排放之水，並非自然流至之水，無排水權存在，不得將魚塢汙水排放至水利地

裁判字號：106 年度上易字第 198 號

案由摘要：侵權行為損害賠償

裁判日期：民國 106 年 11 月 22 日

資料來源：司法院

相關法條：[民法 第 184、775、779 條](#) (104.06.10)

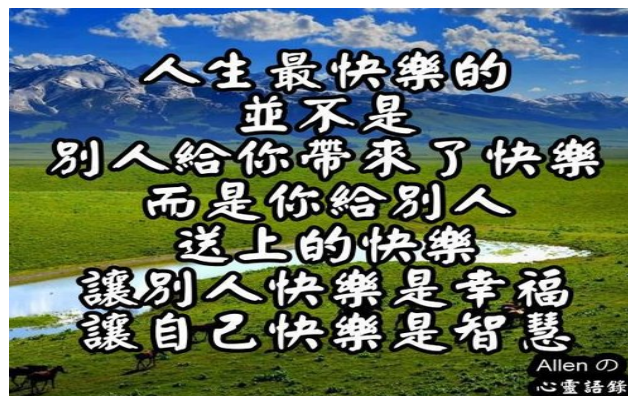
[民事訴訟法 第 277 條](#) (106.06.14)

[水利法 第 11、66、70、72-1 條](#) (105.05.25)

[農業發展條例 第 3 條](#) (105.11.30)

[農業發展條例施行細則 第 2 條](#) (94.06.10)

要旨：高地自然流至之水，低地所有權人不得妨阻，且土地所有人不得妨阻由鄰地自然流至之水；然必須為自然流至之水，始有適用。如係因人為使用過後應予排放之水，低地或鄰地所有權人並無承接義務。因此，養殖魚塢之汙水，係人為使用過應予排放之水，並非自然流至之水，無排水權存在，不得將魚塢汙水排放至水利地。



法規專論

抵押權知多少？

本文作者：蔣龍山 / 本會第八屆理事·第九屆監事·大學企業管理系商學士·法律研究所法律學碩士·國立中國醫藥研究所（非台中市私立中國醫藥大學）推拿氣功班第一期·中藥班第六期結業·1992 年獲彰化縣政府頒發優良商人表揚·2009 年獲彰化縣政府頒發績優地政士·2012 年獲整復師公會全國聯合會頒發國家傑出整復師·2014 年獲地政士公會全國聯合會表揚推動會務楷模·曾發表人體 14 經脈（12 經絡+任督二脈）與整復推拿之創新手法應用論文各一篇·專攻性理問性推背·調理運動傷害及手腳四肢各種痠、抽、脹、麻等疑難雜症之推拿整復累積計有 36 年（民國 70 年至 106 年 5 月）以上經驗·現職東洋地政士事務所所長·東洋性理學推拿整復館館長。

壹、抵押權概述

我國民法第 860 條規定：「稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉佔有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權。」茲依此概述抵押權之意義說明如下：

抵押權是擔保物權之一種，是對債權人實質的保障。抵押權有幾個特性：

- 一、抵押以不動產為限，亦即土地與房屋都可以抵押。土地上有建築物或其他定著物時，既可以土地連同其上之定著物為抵押，亦可僅以定著物為抵押，兩者都可以。而抵押權之產生、移轉、變更或消滅都必須要經過地政機關之登記，而未經依法登記所有權之土地，不能做其他權利之登記（如抵押權之登記），所以如果土地或建築物必須先經所有權登記之後，才能去做設定抵押權之登記。一筆土地的一部分或是一棟房屋的一部分，雖然都是不動產，但因該部分並未在登記簿中寫明清楚，所以就不能就此一部分設定抵押權。另外，還有一些不動產之物權也可抵押，如地上權（即是在他人土地上有建築房屋或其他工作物，或是種植竹木之權利），又如永佃權（就是支付佃租在他人土地上永久耕作或牧蓄之權利），另如典權（即支付典價，而占有他人之不動產，並可使用、收益到約定期限後，由出典人以原來之典價贖回之權利）也可抵押，諸如這類的抵押，可以稱之為權力抵押。除了上面所介紹的這些抵押之外，某些社會價值非常高之動產，如飛機、船舶，以及某些和工商業、農業生產有關，且價值亦很高之動產，如機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品、牧蓄等，依據動產擔保交易法，也可以抵押。其他還有礦業權、漁業權也均視為物權，故也可以抵押。
- 二、抵押權人並不占有供擔保之抵押物：若設有抵押權而將不動產移轉為抵押權人占有，且可使用收益之權，即是為不動產質權，日本民法有這樣的規定，但我國民法不採用這種制度。因此，抵押物之占有、使用、收益仍由抵押人，即債務人掌控抵押權人只有在債權已屆清償期而未受清償時，才能對抵押物有所請求，在清償期之前，抵押權人除了登記抵押權之外，對於抵押物，並沒有任何控制之權利，但若抵押人之行為，足以減少抵押物之價值，抵押權人自然可以請求停止其行為；並可請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相同之擔保，如有急迫之情事，抵押權人亦得自為必要之保全行為。這是因為抵押物之占有須移轉至抵押權人，則債務人不能加以利用，其資金無形中減少。而債權人須以善良管理人之注意能力加以保管，又因此僅為擔保，也不能利用。現規定抵押物不移轉占有：（一）就債務人而言，除取得因供擔保而融通之資金外，並可對抵押物繼續占有、使用、收益，可發揮財貨之雙重效用，資金顯然增加。（二）就債權人而言，沒有占有、使用、保管抵押物之煩惱，而能以拍賣抵押物之手段，充分達到擔保之目的。因此抵押權在目前企業金融方面，居於最優越之地位。如果設定抵押權之當事人，同時另成立租賃等關係，使抵押權人基於該租賃時的法律關係占有抵押物，當然不影響抵押權之成立，同時抵押權人也可占有抵押物，只不過此時是以承租人之身分占有該物。（三）債權已屆清償期而未受清償，抵押權人可聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金受清償。以抵押權擔保之債權種類，法律並無限制，通常都是金錢債權，但不以金錢債權為限，但其他非金錢之債權，於債務不履行，即已屆清償期而為清償時，通常亦可變為金錢損害賠償債權，仍與金錢債權無任何區別。如果為實物債權，則在抵押登記時，必須記明債權數額或債權之估定價額。因此債權之種類雖然限制，但為抵押權登記時，必須能變為金錢或能估定為金錢者始可。另外，以抵押權擔保之債權，並不以現在已存在者為限，就將來發生之債權，也可設定抵押權，例如：客戶與銀行間，若為長期繼續之交易，往往由客戶提供不動產為擔保，數定一定數額之抵押權，用以擔保將來一定時間內發生之債權，等一定時間到來，即行結算，以實際上發生之債權，為實行抵押權債額之標準。又有抵押權之債權人，雖可就抵押物賣得價金優先受償，但並不限於只能以抵押物變賣清償，因抵押權只是確保債務履行之擔保，債權人於債務人不履行債務時，本就有權直接向債務人請求清償，是不是要就抵押物行使權利可自由決定。又如在清償期未屆滿前，預先約定期滿不清償即將抵押物所有權移轉於抵押權人，其約定沒有任何效力（民法第

873 條 II)，所謂之無效，只是此項約定無效，至於抵押權之設定契約，並不因此而無效。

抵押權人聲請法院拍賣抵押物，應依非訴訟事件程序辦理，在聲請時，如債務人或第三人對於設定抵押權之法律關係並無爭執，則不必經過判決程序，即可直接拍賣，拍賣程序，依強制執行法不動產執行程序辦理。

貳、抵押權之特性與範圍

抵押權有從屬性與不可分性及代位性。

一、從屬性：指抵押權與主債權之關係，此可於抵押權之成立、處分及消滅三階段：

- (一)成立上之從屬：抵押權之成立，以主債權之存在為前提，亦即主債權成立，抵押權始能成立，惟最高額抵押則為例外。
- (二)處分上之從屬：即抵押權不得由債權分離而為讓與成為其他債權之擔保(民法第 870 條)，故不得以抵押權為標的物而在設定抵押權。
- (三)消滅上之從屬：抵押權所擔保之債權，如因清償、提存、抵銷、免除等原因而消滅，則抵押權亦當然隨之消滅；但債權因混同而消滅時，則抵押權雖以消滅為原則，但尚有不消滅之例外(民法第 762 條但書)。

二、不可分性：法諺有「抵押權之全部，存在於抵押物之全部，且存在於抵押物之各部」之說，即指抵押權之不可分性而言，換言之，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(民法第 868 條)。又以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一部分者，其抵押權不因此而受影響；此項規定，於債務分割時適用之(民法第 869 條)。

三、代位性：代位性亦擬物上代位，即抵押權之標的物滅失，而得受賠償金者(如房屋抵押，已保火災險，一旦房屋被焚，則得受保險金)，抵押權並不消滅，而存於該賠償金之上，亦即以該項賠償金代替原抵押物。

實務上，抵押權之特性與範圍定之，例如分析：甲乙其所有之 ABC 三塊土地為擔保，向乙借款設定抵押權，而沒有言明各筆土地所負擔之金額，其後甲將 A 土地讓與丙，則日後乙在甲到期尚未歸還借款之時，仍可就 ABC 三筆土地全部行使抵押權。又如甲乙丙共有土地一筆，甲以其全部之三分之一為擔保，向丁借款而設定抵押權之後，甲乙丙分割該土地，各取得三分之一，或乙將其應有部分讓與戊，丁之抵押權，不因該土地分割而僅存於甲取得之部分，亦不因乙以將其應有部分讓給戊，而僅存於甲丙之應有部分上，仍可就原來全筆土地，行使其抵押權。另又如甲以土地一筆為擔保，向乙借款一萬元而設定抵押權之後，由其繼承人丙丁分擔債務，各負歸還五千元之責任，縱令丙已將五千元還清，乙仍可就抵押物全部行使抵押權。再如甲以土地一筆，設定抵押向乙借款一萬元之後，乙將此一萬元債權中之四千元債權讓與丙，則此抵押權即由乙丙二人享有，並不因此而分割，乙丙均可按其債權額，向甲設定抵押之土地全部行使抵押權。若抵押物因滅失，而可受賠償金時，抵押物雖已不存在，抵押權人亦可就此項賠償金行使其權利。抵押權所擔保債權之範圍，包括原債權、利息、遲延利息(遲延利息是指到期不還之金錢本金，自到期開始，依照債權人與債務人約定之利率，如無利率約定或約定過低，則依法定利率)以及實行抵押權之費用，當事人亦可訂立抵押權擔保之範圍。

參、抵押權之取得

抵押權之取得，基於下列兩種原因：

- 一、設定：抵押權通常基於設定行為而取得，設定行為多以設定契約為之，其當事人一方為抵押權人(即債權人)，一方為抵押人(即債務人本身自己或另外第三人)，設定行為須作成書面，並須登記始生效力。但不須移轉標的物之占有，所以非要物行為。此外抵押權亦可因讓與而取得，惟必須隨同其主債權一併讓與始可。
- 二、法定：即基於法律規定而取得抵押權。如民法第 513 條所規定之承攬人之抵押權；為興建國民住宅貸款條例第 7 條所定之抵押權均屬之。此等抵押權屬於特殊抵押權之一，但依民法第 883 條規定，均得準用普通抵押權之規定。

肆、抵押權之效力

一、抵押權效力之範圍：

這可就其所擔保之債權及其標的物來說明：

- (一)所擔保債權之範圍：抵押權所擔保者，為原債權、利息、遲延利息及實行抵押權之費用；但契約另有訂定者，不在此限(民法第 86 條)。
- (二)標的物之範圍：抵押權之效力不但及於抵押物本身之全部，尚及於其擴張物及代位物。所謂擴張物即從物、從權利及孳息。所謂代位物即前述代位性之賠償金。民法第 862 條規定：「抵押權之效力及於抵押物之從物(如工廠之機器)與從權利(如不動產役權)，但第三人於抵押權設定前就從物取得之權利，不受影響。」，民法第 863 條規定：「抵押權之效力及於抵押物扣押後抵押物分離之天然孳息。」民法第 864 條規定：「抵押權之效力，及於抵押權扣押後，抵押人就抵押物得收取之法定孳息，但抵押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。」凡此均所以明示抵押權效力及於其擴張物。

二、對於抵押權人之效力

(一)抵押權之保全(保護)

抵押權受侵害時，法律上自應設有救濟之，可分下列二點來說明：

1. 抵押權如果受抵押人之侵害時，抵押人(債務人或物上保證人)之行為足使抵押物之價值減少者(如抵押房屋(建築物)之部分拆毀)，抵押權人得請求停止其行為；如有急迫情事抵押

權人得自由必要之保全處分(如對於將傾之房屋施以支柱)。因此項請求或處分所生之費用,由抵押人負擔(參考民法第 871 條)。若抵押物價值已減少時,抵押權人得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;惟抵押物之價值,因非可歸責於抵押人之事由致減少者(如房屋被火焚失毀一部分),抵押權人僅於抵押人得受損害賠償之限度內(如得領保險金),請求提出擔保(民法第 872 條參照)。若全部被焚燬,則發生物上代位問題。

2. 抵押權如果受第三人之侵害時:抵押人以外之第三人對於抵押權加以侵害時,則抵押權人得依民法第 184 條之規定(即所謂的侵權行為),請求損害賠償。

(二)抵押權之處分

抵押權亦是一種財產權,抵押權人自然亦可加以處分,處分有兩種:

1. 抵押權之處分:抵押權得為讓與,但須與其所擔保之債權一併為之;又抵押權亦得隨同其債權設定權利質權而供擔保,惟不得單獨提供擔保。除此之外,抵押權亦得拋棄,自不待言。
2. 抵押權次序之處分:抵押權之次序乃同一標的物上,有多種抵押權時,其各抵押權優先受償之次序(民法第 865 條參照),次序亦為一種權利,稱為次序權。此種次序亦可讓與或拋棄之。

(三)抵押權之實行

抵押權之實行,乃債權已屆清償期,而未受清償時,抵押權人得就抵押物取償之謂。其方法以拍賣為主,亦得用拍賣以外之方法為之,茲分述如下:

1. 拍賣:拍賣有強制拍賣與任意拍賣之別,此之拍賣是指強制拍賣而言,即國家依其執行機關所謂標的物之變賣行為。依民法第 873 條第一項規定:「抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者,得聲請法院拍賣抵押物就其賣得價金而受清償。」此項拍賣屬於非訴訟事件,由拍賣物所在地法院管轄(非訴訟事件法第 72 條)。

拍賣之效果可分下列各點說明:

- (1) 就抵押權人言之:則抵押物賣得之價金,按各抵押權之次序分配之;其次序相同者,平均分配之(此之平均分配,乃是平等的按其權額比例分配之意,並非不論債權額之多寡,而一律按人平均分配之謂)(民法第 874 條)。又民法第 877 條規定:「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;但對於建築物價金,無優先受清償之權。」於此該建築物本非本抵押之標的物,故不許就其價金優先受償,以免妨害一般債權人之利益,至所以許其併付拍賣者,乃為免減損土地之價值,而有害於抵押權人。
- (2) 就拍定人言之:拍定人於拍定後即其標的物之所有權。但有時會發生法定地上權之問題。法定地上權於下列兩種情形下發生:①土地及其土地上之建築物同屬一人所有,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。②土地及其土地上之建築物同屬一人所有,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,亦視為已有地上權之設定。此兩種地上權既非依據當事人之意思而發生,故為法定地上權。其地租由當事人協議定之,協議不成時,得聲請法院定之(民法第 876 條)。

2. 拍賣以外之方法:抵押權之實行,亦可用拍賣以外之方法:

- ① 取得抵押物之所有權:抵押權人於債權清償屆滿後為受清償,得訂立契約取得抵押物之所有權;但有害於其他抵押權人之利益者,不在此限(參見民法第 878 條上段)。惟此項契約必須於清償期屆滿後訂立,始為有效,若預先約定於債權已清償期而未為清償時,抵押物之所有權移轉於抵押權人者,其約定為無效(參見民法第 873 條第二項),藉以保護抵押人。
- ② 抵押權人於債權清償屆滿後,未受清償得訂立契約用拍賣以外之方法處分抵押物(例如以之設定典權,而就典價受償),但有害於其他抵押人之利益者,不在此限(民法第 878 條下段)。

三、對於抵押人之效力

(一)所有權之讓與

不動產所有人設定抵押權後,得將不動產讓與他人;但其抵押權不因此而受影響(民法第 867 條)。讓與係出於有償(如買賣、互易)或無償(如贈與),均無不可,但對於抵押權則不生影響。易言之,清償期屆期未受清償者,抵押權人仍可拍賣該不動產,其受讓人(於此稱為第三取得人)不得異議。但可代債務人清償債務,使抵押權消滅,而行使代位權(民法第 312 條),自不待言。

(二)抵押權之再設定

不動產所有人,因擔保數債權,就同一不動產設定數個抵押權者,其次序依登記之先後後定之(民法第 865 條)。申言之,抵押人設定抵押權後,不妨再設定抵押權,亦即是在一個不動產上有多數抵押權存在,只其抵押權次序有優劣之分,而其優劣乃以登記之先後定之。登記在先者優,在後者等而次之。蓋不動產物權以登記為生效要件。至於次序之作用,在乎對於抵押物之價金,按其各抵押權之次序分配,於此亦只是提請債權人注意。

(三)用益物權之設定

不動產所有人設定抵押權後,於同一不動產上,得再設定地上權及其他權利,諸如典權、永佃權(現在稱耕作權)、地役權(現在稱不動產役權),但其抵押權不因此而受影響(民法第

866 條)。既然得再設定用益物權，則得將該不動產出租於人，當然亦足被准許，自不用說，不過其租賃關係，對於抵押權亦不生影響而已。

(四)代位權之發生

抵押人若是債務人以外之人，即「物上保證人」時，則會另外發生代位權之問題。即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去抵押物之所有權時，依關於保證之規定，對於債務人有求償權(民法第 879 條)，同時即有代位權(參照民法第 749 條)。

伍、抵押權之消滅

一、主債權之消滅：

抵押權為從權利，隨主債權之消滅而消滅，例如主債權因清償、提存、免除、抵銷而消滅時，抵押權自亦隨之消滅，惟主債權因混同而消滅者，則有時抵押權不消滅，是為例外，又主債權罹於消滅時效時，抵押權雖不消滅(民法第 145 條)，但抵押權人於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，其抵押權亦消滅(民法第 880 條)。

二、抵押權之實行：

抵押權人一旦實行其抵押權，無論其債權是否全部受償，抵押權概歸消滅。

三、抵押物之滅失：

抵押權因抵押物滅失而消滅，但因滅失得受之賠償金，應按各抵押權人之次序分配之(民法第 881 條)。

實務上抵押權之效力舉例分析：

抵押權之效力，不僅是供擔保之不動產本身，在某些情況下，還有從物、從權利、天然孳息。所謂從物，是指並非主物之成分，卻常助主物之效用，而同屬於一人之物，而且主物之處分及於從物。故在設定抵押權時，為抵押物之從物者，因為抵押權效力之所及，如再設定抵押權後，為抵押權之從物者，亦為抵押權效力所及，如耕地上之農舍，為耕地之從物，住宅範圍內之車庫，是為房屋之從物。但抵押權之設定，非為登記不生效力，如登記簿上或抵押權設定書上已載明現於土地或建築物之若干面積者，則其後營造之建築物，如農舍、車庫等，應不在抵押權效力及範圍之內，至於以建築物供擔保而設定抵押權後，增高一層或增加數間，無論在交易上有無獨立變換價值，以及是否獨立之物，也應以登記之面積及範圍為準，不在抵押權效力範圍內。若以工廠設定抵押權，其效力是否及於機器？因實行登記區域內，不可能以「工廠」設定抵押權，土地登記簿上亦無「工廠」之登記。如果設定抵押權之登記，僅載明供抵押之不動產為工廠用房屋若干間、若干面積，不能說機器當然為工廠用房屋之從物。再就從權利而言，如以建築物供抵押時，其抵押權之效力，是否及於基地之利用權？如果基地及其上建築物同屬一人所有，則抵押權自應包括基地利用權。若是租地建屋，法律雖無規定，但基於建築物不能離開基地而單獨存在於社會經濟上之原因，基地利用權仍應認為是抵押權效力之所及。

什麼是天然孳息？法定孳息又是什麼？天然孳息是指果實、動物之產物(生蛋)以及其他依物之用法所收穫之出產物。抵押權既為不移轉。僅供擔保之權利，設定人仍保有對不動產之使用收益權利。所以抵押權之效力，應不及於著手實行抵押權以前，由抵押物分離之天然孳息。嚴格說，抵押人須等該抵押物拍定後，始喪失其使用，收益之權。但抵押物之拍賣，經查封(扣押)後，如仍許抵押人收取由抵押物分離之天然孳息，拍賣程序，恐因此而生遷延。故法律規定抵押權之效力，及於抵押物扣押後，由屆期聲請拍賣抵押土地。經法院查封後，已成熟之李子，仍為抵押權效力所及。但此處所謂抵押權之效力，及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息，當然指其孳息原應由抵押承租人收取者，自不能適用此原則。

法定孳息，即利息、租金及其他法律關係所得之收益。因實行抵押權拍賣抵押物，必經查封(扣押)程序，於查封後；若仍許抵押人收取抵押物之租金，自不妥當，故意有提早剝奪抵押人收取權之必要。故法律規定，抵押權之效力，及於抵押物扣押後抵押人就抵押物收取之法定孳息，但抵押權人要先以扣押抵押物之情形，通知應清償法定孳息之義務人始可，若抵押權人應以此情形通知該義務人，其義務人縱將抵押物扣押後之法定孳息，向抵押人清償，對於抵押權人亦不生效力。另因抵押物滅失應受之賠償金，如供抵押之土地被徵收所受之補償抵價及其他補償費，供抵押之房屋因火災所受賠償之保險金，因實施都市計畫而變更或遷移所受之補償金等，亦包括在抵押權之效力範圍內。

陸、特殊抵押權

一、動產抵押

(一)動產抵押之意義

動產抵押乃以動產為標的一種抵押。它的特點及在乎其標之物之為動產。此種抵押，在我國除了海商法之船舶抵押及民用航空法上之航空器抵押外，其主要者即為近年施行之動產擔保交易法(民國 54 年 6 月 7 日施行，同法施行細則民國 54 年 6 月 10 日公布施行)上之動產抵押，下面就以此為對象來分述之。

動產抵押依動產擔保交易法(以下簡稱同法)第 15 條規定：「稱動產抵押者，謂抵押權人對於債務人或第三人不移轉佔有，而就供擔保債權之動產設定動產抵押權，於債務人不履行

創刊日期：民國 80 年 2 月

民國 106 年 12 月

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人而受清償之交易。」由此可知：1. 動產抵押在主體方面與民法上不動產抵押並無差異。2. 動產抵押在客體方面，與民法上不動產大不相同，即動產抵押之標的物，以機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品及牲畜等為限(同法第 4 條，其詳請參照行政院公布之動產擔保交易標的物類表)，而民法上之不動產抵押，則限於土地及其定著物，故動產抵押若就其稱標的物觀之，則有類似於民法上之動產質權(可謂不移轉占有之質權)。3. 動產抵押所擔保之債權，由本條文義觀之，以由契約所生者為限，但民法上不動產抵押所擔保之債權，則無此限制。4. 動產抵押，就其效力言之，於債務不履行時，其抵押權人有占有並出賣抵押物，而優先受償之權利，民法上之不動產抵押，則不發生占有之問題，僅有變價權與優先受償權而已。

(二) 動產抵押之成立

動產抵押以書面契約設定(同法第 5 條)並須載明一定事項(同法第 16 條)，且須登記(登記機關，見同法施行細則第 3 條所列，如台灣省政府建設廳即屬其一)，否則不得對抗善意第三人(與民法上不動產抵押係以登記為生效要件有所不同)。

(三) 動產抵押之效力

1. 對於抵押權人之效力，動產抵押之抵押權人有以下之權利：

① 占有權：債務人不履行契約或抵押物被遷移、出賣、出質、移轉或其他處分，致有害於抵押權之行使者，抵押權人得占有抵押物(同法第 17 條第一項)。惟不得對抗依法留置標的物之善意第三人(同法第 25 條)。② 出賣或拍賣權：抵押權人依上述規定實行占有抵押物時，應於三日前通知債務人或第三人(物上保證人)，此項通知應說明事由，並指定履行契約之期限，如債務人到期仍不履行契約時，抵押權人得出賣占有物，出賣後債務人不得請求回贖；抵押權人不經第一項事先通知，逕行占有抵押物時，如債務人或第三人在債權人占有抵押物後之十日期間內履行契約，並負擔占有費用者，得回贖抵押物，但抵押物有敗壞之虞，或其價值顯有減少，足以妨害抵押權人之權利，或其保管費用過鉅者，抵押權人於占有之後得立即出賣(同法第 18 條)。抵押物出賣，除上述立即出賣之情形外，應於占有之後 30 日內，經 5 日以上之揭示公告，就地公開拍賣之，並應於拍賣 10 日前以書面通知債務人或第三人(即物上保證人)，抵押物為可分割者，於拍賣得價，足以清償債務即費用時，應即停止，債權人本人或其家屬亦得參加拍賣，買受抵押物(同法第 19 條)。③ 優先受償權：抵押物變得價金，應先抵充費用，次充利息，再還原本，如有騰餘，應返還債務人，如有不足，抵押權人得繼續追償(同法第 20 條)。

2. 對於抵押人之效力：動產抵押對於抵押人發生下列之效力：① 處分權之限制：經依同法設定抵押之動產，不得為條件買賣之標的物，違反之者，其附條件買賣契約無效(同法第 31 條)。又不得為信託占有之標的物，違反之者，其信託收據亦無效(同法第 36 條)。② 保管義務：在動產擔保交易契約存續中，其標的物占有人，應以善良管理人之注意，保管或使用標的物(同法第 12 條)，如故意使標的物減少或毀損，致生損害於債權人者，應受刑事之制裁(同法第 39 條)，又故意使留置權發生，致生損害於抵押權人者亦應受刑事之制裁(同法第 40 條)。③ 損害賠償請求：抵押權人占有或出賣抵押物，未依同法第 18 條、第 19 條、第 21 條之規定辦理者，債務人得請求損害賠償(同法第 22 條)。

二、共同抵押

共同抵押乃為同一債權之擔保，而就數個不動產上所設定之抵押權。共同抵押亦稱總括抵押或連帶抵押，蓋為同一債權，而有數不動產為之擔保，此數個不動產並非集合而為一物(此點與財團抵押不同)，只是於擔保同一債權之目的上，互相結合，而有如連帶債務(但連帶債務為人的連帶，屬於債之關係。此則為物的連帶，屬於物權關係)而已。共同抵押之成立，須依當事人之書面契約為之，並須登記始可。共同抵押之效力，依民法第 875 條規定：「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。」例如：債權人甲於債務人乙之 AB 兩地上設定抵押權，債權額為 100 萬元，倘約明限定 AB 兩地各負擔 50 萬元時，則甲只能分別就 AB 兩地之價金，受償 50 萬元，而不得單就 A 地或 B 地之價金受償 100 萬元(此種情形，已非連帶抵押)，然而若未約明限定 AB 兩地所負擔之金額者，則甲既可單就 A 地價金受償 100 萬元，復可單獨 B 地價金受償 100 萬元，更可就 A 地價金受償 30 萬元，而就 B 地價金受償 70 萬元。究竟如何受償，甲有選擇之自由，所以此種情形，始為連帶抵押。民法上對為同一債權之擔保，而於數不動產上設定抵押權時，以連帶抵押為原則，以當事人有特別約定(限定各個不動產所負擔之金額)，非為連帶抵押為例外。其次擔保一債權之數不動產，而以其讓與他人者，其抵押權不因此而受影響(民法第 868 條)。

柒、抵押權幾個比較容易發生的問題

(一) 契約上載明以不動產所有權移轉於抵押權人之效力

如果再設定抵押權時就事先約定，如果不動產所有人於債務到期，而不清償時，不動產即移轉於抵押權人所有。其本意或許以為這樣的約定條件優厚，可節省手續，又不怕不動產所有人不清償債務。其實，這樣的約定，依民法規定是無效的(民法第 873 條 II)，完全和沒有約定一樣。但若債務人在債務到期之後，願意以適當價格，把抵押的不動產給抵押權人來抵償債務，法律是允許的。只是這是事後的約定，和事前的約定，其意義完全不同(註：民法

創刊日期：民國 80 年 2 月

民國 106 年 12 月

第 873 條 II 已刪除，增加 873-1 條、873-2 條，只是 873-1 條第一項抵押權留抵約款，現在改為相對禁止並非完全無效。民法第 873 條 I：抵押權約定債權已屆清償期而未清償時，扣押物之所有權移轉於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人。）

(二)債權人拒絕塗銷抵押登記之時

以法律觀看，借款人既然還清借款，債權人即有義務除去借款的擔保，故應主動去辦理抵押權塗銷登記，使設定抵押之不動產回復到沒有設定前之完整權利狀態。但如果已還清債務，而債權人卻不去辦塗銷登記，這時當然只有請求該債權人去塗銷登記，如果債權人仍然拒絕，那就只好請求法院判令債權人塗銷抵押權登記。其實債權人不塗銷抵押權登記，因其借款及利息對方都已還清，抵押權已失去擔保之對象，即使不塗銷，對債權人亦沒有任何可益處。只是如此對債務人卻有事實上的不便，譬如當有人想購買這個不動產的時候，向地政機關申請土地、建物登記簿謄本，一看到登記內容之內有抵押權存在，則必定會產生疑問，故為了除去這種疑慮，所有權人就一定得想辦法使原債權人辦塗銷登記。

(三)抵押債物不存在，對方卻聲請法院拍賣，可提起訴訟以求救濟

甲生前，將其土地及房屋向已設定抵押，以擔保甲向乙所借之款項，並已做好抵押權設定契約書，並且也已辦好抵押設定登記。但不久之後，甲即亡故，尚未向已取得所借款項。乙竟以抵押權設定契約書及土地建物登記謄本，以及期限催告清償之郵局存證信函，向法院聲請拍賣原為甲所有，此因法院根據抵押權人之聲請，為准許拍賣抵押物之裁定時，僅就抵押權之設定，是否以合法登記為審查，根本不問債權是否真正存在等實質問題，故甲之繼承人丙以為被告，提起確認該項抵押權不存在之訴，以求救濟。此訴訟應由乙負舉證責任，證明其抵押權存在，如果乙不能證明，則乙即會敗訴。

捌、聲請裁定拍賣抵押物範例狀

狀別：民事拍賣抵押物聲請狀

訴訟標的金額：新台幣壹拾萬元正

或價額

聲請人：張三民 住：台中市 XX 路 XX 號

相對人：李四端 住：台中市 XX 路 XX 巷 XX 號

為聲請裁定准許拍賣抵押物事：

應受裁定事項之聲明

一、相對人所有坐落台中市 00 區 00 段 00 地號，面積 00 公頃 00 公畝 00 平方公尺之土地准予拍賣。

二、聲請費用由相對人負擔。

事實及理由

一、相對人於 105 年 0 月 0 日向聲請人借款新台幣(以下同)拾萬元，期限 1 年，即自 105 年 0 月 0 日起至 106 年 0 月 0 日期限屆至時，相對人即應一次返還，此有證一號抵押借款契約書影本一份為證(證一號)。

二、相對人為擔保以上借款，將其所有坐落在台中市 00 區 00 段 00 地號，面積 00 公頃 00 公畝 00 平方公尺之土地向聲請人設定抵押權(證二號：抵押權設定契約書影本一份)並辦妥抵押權登記在案(證二號：他項權利證明書影本一份及證四號：土地登記簿謄本一份)。

三、抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物並就其賣得價金而清償，民法第 873 條定有明文。茲清償期已經屆至，相對人竟不依約清償，爰依法聲請鈞院裁定准許拍賣抵押物。為此懇請鈞院賜予裁定准許如聲明事項，以維護權利。

謹 狀

台灣台中地方法院民事庭 公鑒

證物：證一號：抵押借款契約書影本一份。證二號：抵押權設定契約書影本一份。

證三號：他項權利證明書影本一份。證四號：土地登記簿謄本一份。

中華民國 106 年 12 月 00 日

具狀人 張三民 蓋章

本文參考文獻：

1. 呂榮海、喬美倫、牛湄湄、馬路銘、湯德宗，現代生活法律顧問百科全書，台北市：龍江文化事業有限公司，民國 68 年 7 月 13 日。
2. 尤莫夫、鄭淑屏、張志興編著，最新法律顧問百科全書，新北市：陽銘出版社，民國 81 年。
3. 鄭玉波，民法概要，台北市：復興書局，民國 69 年 3 月。
4. 陶百川、王澤鑑、劉宗榮、葛克昌，最新綜合六法全書，台北市：三民書局股份有限公司，民國 98 年 3 月。
5. 林茂林、劉清學，最新實用六法全書，台南：世一文化事業股份有限公司，民國 92 年 5 月修訂 35 版。