

民事實務見解回顧（二十二） 抵押權設定契約書之研究(上)

編目：民事法

主筆人：游律師

壹、概說

一、物權法定與抵押權登記

債之關係與物權不同。債之關係僅具相對性，也就是說，債之關係下的債權及債務，債權人只能對債務人主張^{註1}。物權不同，物權具有對世效力，得以對抗任何人。為了正當化物權的對世效力，所以有公示機制。

合意的物權變動，例如：房屋所有權的合意移轉，要經過公示機制才能發生效力^{註2}；法定的物權變動，例如：房屋的繼承，要經過公示機制才能對抗第三人^{註3}。第三人得隨時藉由公示機制瞭解物權變動情形。在我國，不動產的公示機制，就是土地登記。

在民法所定物權中，除所有權外，最重要的當屬抵押權。

抵押權是一種擔保類型的限定物權。用益型的限定物權，重在將所有權人對物的使用權限移轉給物權人，抵押權作為擔保型的限定物權，目的非在抵押物的使用，而是在以抵押物的經濟價值做為特定債權實現的擔保。

抵押權人，在抵押權所擔保的債權已屆清償期而未受清償，得聲請法院拍賣抵押物，就賣得價金而優先受償^{註4}。

除少數債權如執行費用得優先抵押權所擔保債權受償外，一般債權僅得就餘額受償，且因抵押權具有對世效力，縱抵押物所有權移轉亦不影響抵押權實現，故抵押權廣泛被運用作為債權的確保機制。除少數抵押權繼承情形外，原則上抵押權都是雙方當事人合意而設定，換言之，絕大

^{註1} 民法第 199 條第 1 項「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付」，以及立法理由「按債權者，即得向債務人請求作為或不作為之相對權」參照。

^{註2} 民法第 758 條第 1 項參照。

^{註3} 民法第 759 條參照。

^{註4} 民法第 873 條參照。

多數抵押權都藉由登記使抵押權發生效力。

值得提醒讀者注意的是，除了傳統教科書常提的優先債權外，另請讀者注意勞動基準法第 28 條第 1 項之規定，即雇主有歇業、清算或宣告破產之情事時，勞工之下列債權受償順序與第一順位抵押權、質權或留置權所擔保之債權相同，按其債權比例受清償；未獲清償部分，有最優先受清償之權：一、本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分。二、雇主未依本法給付之退休金。三、雇主未依本法或勞工退休金條例給付之資遣費。此一規定賦予特定的勞工債權與第一順位抵押權人同樣的受償順位，大大弱化抵押權人的權益保障（特別是後順位抵押權人），但同時強化勞工的權益保障。

二、抵押權登記及設定契約書

土地法第 37 條第 1 項規定，土地登記，謂土地及建築改良物之所有權與他項權利之登記。也就是說，對照民法第 66 條第 1 項規定不動產定義包括土地及其定著物，土地登記制度雖名為「土地」登記，其實是「不動產」的登記。

又依據土地法第 37 條第 2 項規定，土地登記之內容、程序、規費、資料提供、應附文件及異議處理等事項之規則，由中央地政機關定之。依據此項規定授權，內政部訂有土地登記規則，其中，關於抵押權登記，土地登記規則第 111 條以下訂有特別規定。

又抵押權登記可依其作用分為不同種類，包含：設定的登記、變更的登記，以及塗銷的登記。設定登記是抵押權生效要件，登記內容影響抵押權行使甚鉅，乃本文關注重點所在。

登記實務上，因為土地登記簿所載內容有限，誠如最高法院指出，抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，惟地政機關辦理土地登記時，其依法令應行登記之事項，如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分，關於最高限額抵押權所擔保之債權，如未於土地登記簿一一記載，在目前可以其聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，視為登記簿之附件，在該契約書上記載之該抵押權所擔保之債權，均認為抵押權效力之所及。^{註5}

反之，如未記載於登記簿，則須於聲請登記時所提出視為登記簿附件之

^{註5}最高法院 76 年度第 6 次民事庭會議決定（一）。

最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，始為抵押權效力所及，若於登記簿及最高限額抵押權設定契約書均未記載者，即非抵押權所擔保之債權，非抵押權效力所及。^{註6}

又依據內政部地政司申請抵押權設定登記須知所示，申請抵押權設定應備文件除土地登記申請書，亦須有土地建築改良物抵押權設定契約書，足見抵押權設定契約書是抵押權登記的必備文件。

歷來不乏實務見解涉及抵押權設定契約書填載內容之爭議，因此，本文以下擬從抵押權設定契約書逐欄研究，帶領讀者從實務角度檢視抵押權的若干法律問題，讀者不妨將本文視為抵押權基本法律概念的溫習。至於抵押權變更與塗銷的法律問題，則留待將來另行解析。

貳、抵押權種類、抵押物（土地、建物）標示及擔保權利種類

抵押權設定契約書上，內政部地政司公告版本將各主要欄位以數字編碼，以下依序介紹。

一、抵押權種類(1)

(一)普通抵押權與最高限額抵押權之區別

抵押權設定契約書編號(1)是抵押權種類，契約當事人應勾選設定的是「普通抵押權」或「最高限額抵押權」。

普通抵押權，依據民法第 860 條規定，是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償之權；而最高限額抵押權，依據民法第 881 條之 1 第 1 項規定，是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。

兩者最大的差別，在於抵押權所擔保債權的特定性。普通抵押權須為擔保特定債權所生，最高限額抵押權則係可擔保不特定債權。因此，最高限額抵押權在金融實務與商業實務間使用頻繁，深具法律研究價值。

但讀者須注意，為保障交易安全，最高限額抵押權所擔保的不特定債權，也非漫無限制，依據民法第 881 條之 1 第 2 項規定，**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**

^{註6}最高法院 102 年台上字第 215 號判決參照。

所生」之權利為限。

立法理由指出，所謂「由一定法律關係所生」之債權，可包括「現有」及「將來可能發生」之債權，及「因繼續性法律關係所生」之債權。實務及學說也指出，民法增訂最高限額抵押權之規範前，抵押權人（債權人）與債務人間，無基本契約（一定之法律關係）為擔保債權發生之基礎關係，而將該當事人間所發生現在與將來之一切債權，在最高限額內予以擔保之最高限額抵押權，也就是所謂「概括最高限額抵押權」，已因民法增訂第 881 條之 1 規定而否定其效力。

(二)最高限額抵押權「一定法律關係」之認定

因此，「一定法律關係」的解釋，對於最高限額抵押權效力影響甚鉅。行政院消費者保護委員會曾函詢民法主管機關法務部，法務部答覆指出，「一定法律關係」得由當事人自由約定，且不以單一為限，如約定多數一定法律關係，如其實質之限定性與客觀之明確性，即屬合法。換言之，所謂「一定」法律關係，雖不限於特定之法律關係，然約定之法律關係就債權發生的範圍在一定程度上已實質的縮小擔保債權之範圍，如僅屬形式上限定而實質上無法獲致限定之效果（例如：約定「商業交易關係」等），即不屬之；又擔保債權之範圍，自第三人觀之，亦必須已達客觀明確之程度。至於個案中的判斷，仍須由法院加以判斷。

因此，目前金融實務上使用抵押權設定契約書多有相對應之調整，具體個案涉訟時，仍須詳閱抵押權設定契約書以決定抵押權所擔保之債權範圍。^{註7}

延伸討論的是，雖然民法增訂最高限額抵押權之規範後，已不容許「概括最高限額抵押權」，修法前已存在的「概括最高限額抵押權」效力究竟如何？

最高法院認為：系爭抵押權係於民法第 881 條之 1 第 2 項規定施行前設定之最高限額抵押權，自不得逕以違反該規定為由謂其不生效力。而於新法施行前，民法物權編就最高限額抵押權之成立要件未有明文規定，當事人於訂立最高限額抵押權契約時，恆僅訂定擔保總金額，

^{註7}法務部 97 年 7 月 29 日法律決字第 0970020184 號函參照。

而未約定擔保債權所由生之法律關係，登記機關亦准為抵押權設定登記，基於私法自治，自仍應承認其效力，僅於解釋該抵押權所擔保之債權時，應考量最高限額抵押權制度原係因應長期或繼續性之交易、融資而生，對於偶然發生、非當事人可預見之債權，應予以排除，合理界定擔保債權之範圍。^{註8}

準上可知，最高法院一方面承認概括約定的效力，另一方面又認為要具體個案合理界定，在個案中究應如何決定實體法律關係，仍有疑義。另外，在程序問題上，民法物權編增訂最高限額抵押權規定前已經設定的「概括最高限額抵押權」，在民法物權編增訂後，若抵押權人主張債務逾期未清償而向法院聲請拍賣抵押物裁定，法院應否允許？

實務上曾有認為，聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，法院僅得依聲請人即抵押權人提出之文件為形式上審查。只要該債權已屆清償期而未清償，抵押權人聲請法院准予拍賣抵押物，自應准許。至是否屬「概括最高限額抵押權」而無效，則係對於債權及抵押權存否之實體爭執事項，應另提起訴訟以謀解決^{註9}，一併敘明。

(三)個人購屋及貸款抵押權

雖說當事人間可自行約定抵押權設定方式，但在銀行實務上，當消費者擬向銀行業者借款，銀行業者多要求設定最高限額抵押權，並就抵押權設擔保債權範圍採取較寬的約定方式。此種設定方式，對消費者來說並非當然有利或不利。對消費者來說，最高限額抵押權擔保債務範圍過大，可能是不利的事項，但對有多次借款需求消費者來說，擔保範圍僅限本貸款契約之債務，日後如有需求時，須另行設定抵押權，將增加設定費用及延後撥款時間。

對此，個人購屋貸款定型化契約範本 103 年 11 月 12 日訂定時，第 14 條規定，甲方（借款人）或第三人提供擔保物設定抵押權予乙方（銀行）時，該抵押權擔保範圍僅限本貸款契約之債務。但甲方（借款人）因未來需求，經擔保物提供人另以書面同意者，不在此限。

主管機關進一步提供之抵押權設定契約書建議文字如下：擔保物提供人_____（擔保物提供人簽章）向抵押權人○○○○銀行（包括

^{註8}最高法院 103 年台上字第 799 號判決參照。

^{註9}臺灣高等法院暨所屬法院 97 年法律座談會民事類提案第 14 號參照。

總行及所屬各分支機構)提供本擔保物設定最高限額抵押權,擔保物提供人並確認所設定抵押權之擔保範圍為債務人對抵押權人現在(包括過去所負現在尚未清償)及將來在本抵押權設定契約書約定最高限額內所負之債務,包括____、____、____、____、____,含本金、利息、遲延利息、違約金、對債務人取得執行名義之費用、強制執行之費用、參與分配之費用、其他經雙方所約定之各項費用(包括但不限於抵押權人墊付擔保物之保險費用)與因債務不履行而發生之損害賠償。個人購車貸款定型化契約範本亦有類似約定。

對此設定契約書文字,主管機關說明,上述空白處由銀行自行與客戶議定擔保債務種類後載明之,但各銀行應遵守民法新修正第881條之1關於最高限額抵押權規定,擔保之債權應以一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限,故不得再使用「其他與授信有關之債務」等不夠具體明確之文字。

銀行公會「個人購車」及「個人購屋」貸款定型化契約相關規範問與答亦指出,銀行之抵押權設定契約書應參照主管機關訂定之建議文字內容。故此一概括債務約定方式,至少日後在個人購屋及購車貸款方面,有所緩和。

二、抵押標的標示(2)-(16)

編號(2)至(16)涉及的是土地標示及建物標示,編號(2)至(5)及(9)至(13)應照土地及建物登記資料所載分別填寫;編號(6)及(14)「設定權利範圍」填寫各筆棟設定抵押權之範圍,如係全部提供擔保者填「全部」,如僅一部分提供擔保者,則按其提供擔保之持分額填寫;編號(7)及(15)「限定擔保債權金額」欄,若僅以一筆土地或一棟建物提供擔保者免填,若以數筆土地或數棟建物共同擔保,而有限定各該筆(棟)土地(或建物)所負擔之債權金額者,將其約定之限定擔保債權金額分別填入。

至於編號(8)及(16)「流抵約定」欄,則視當事人間是否有流抵約定而定。所謂流抵,依據民法第873條之1第1項,則是指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。

其中,所謂「抵押物之所有權移屬於抵押權人」意義為何?實務見解有二說:

- (一)甲說:於該條件成就時,抵押物所有權即歸抵押權人所有。
- (二)乙說:因流抵約款乃抵押權私權實程序之一種,如妥適運用自足以

促進抵押物價值之極大化，然抵押物變價之多寡與抵押人、債務人、債權人之利益攸關密切，其利益之維護應宜以兼顧。衡諸流抵約定係以將來標的物權利之移轉作為擔保債權之手段，其特徵在於手段（移轉權利）可能大於目的（擔保債權），為調和此種手段與目的之不平衡，而有特別課以清算義務之必要，以平衡債權人和債務人之利益狀態。而探求流抵約定當事人間之真意，應係以抵押標的物之所有權價值擔保債務之清償（即以支配標的物之擔保價值為目的），而非以取得擔保標的物之所有權為目的，故性質上為擔保權。在確認流抵約定之「擔保性質」之後，**為避免流抵抵押權人取得超過被擔保債權額之利益，即有強制課予流抵抵押權人清算義務之必要。**因此，若為流抵之約定，抵押權人負有清算抵押物價值之義務，俾能兼顧各方利益之平衡。且此項契約仍係以法律行為移轉抵押物之所有權，故仍需辦理所有權移轉登記後，始生所有權移轉之效力。^{註10}

目前，實務上似傾向乙說，除認為仍須辦理所有權移轉登記外，並認為抵押權人請求移轉抵押物所有權登記與抵押物提供人請求結算之找補請求間，係同時履行抗辯關係。也就是說，當事人雖得為流抵契約約定，俾促進抵押權實程序效率，但**抵押權人負有清算抵押物價值義務**，而抵押物價值估算應依抵押權人請求抵押物所有權移轉時之客觀交易價值為準，**經公正鑑價手續，應屬避免爭議之妥適手段**；又計算抵押物之價值，得扣除土地增值稅之負擔、前次序抵押權之擔保債權額及其他應負擔之相關費用，自屬當然。再者，**在抵押權人請求抵押人依流抵契約為抵押物所有權之移轉登記時，因尚應由抵押權人負清算抵押物價值之義務，並就清算結果互為找補**，此二者間應係立於對待給付關係，而可執以主張民法第 264 條之同時履行抗辯權。^{註11}

三、擔保權利種類(17)

編號(17)「提供擔保權利種類」欄，填入將義務人提供擔保之權利名稱，如「所有權」、「地上權」、「農育權」或「典權」等。除典型以所有權為抵押標的而設定之抵押權外，民法第 882 條規定，地上權、農育權及典權，均得為抵押權之標的物。此種抵押權之型態稱為權利抵押權。

至於其他種類不動產上權利可否設定抵押權，例如：原住民保留地耕作

^{註10} 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 9 號參照。

^{註11} 臺灣高等法院 103 年重上字第 325 號判決參照。

權，法務部曾指出，以除上開地上權、永佃權（農育權修訂前之名稱）及典權以外之其他權利，得否作為抵押權之標的物，應視其他法律有無規定；倘其他法律未規定者，參照學者主張，「本諸物權法定主義，概不得以之為抵押權之標的物設定抵押權」。^{註12}

參、擔保債權/債務範圍相關問題

一、擔保債權/債務

(一)擔保債權/債務(18)-(24)

編號(18)欄「擔保債權總金額」，應填寫本契約各筆棟權利提供擔保之債權總金額，例如：新臺幣若干元整；編號(19)「擔保債權種類及範圍」欄，則須視情形而定，如申請普通抵押權者，應填寫足資特定債權之資訊，例如：某年某月某日之金錢消費借貸；如申請最高限額抵押權者，則應填寫所擔保由契約當事人約定之一定法律關係所生之債權或基於票據所生權利之債權種類及範圍，以銀行業與金融消費者間訂定之抵押權設定契約，須填寫例如：約定一定法律關係所生最高限額內之借款、票據、保證、信用卡消費款、信用狀等。

編號(20)「擔保債權確定日期」欄，因普通抵押權自始即須特定債權，並無特定債權期日問題，本欄免填。至於最高限額抵押權填寫約定所擔保債權歸於確定（亦即原債權不再發生）之特定日期，如某年某月某日，但約定之確定期日，自抵押權設定時起，不得逾30年；未約定者，本欄以斜線劃除。

編號(21)「債務清償日期」欄、編號(22)「利息（率）」欄、編號(23)「遲延利息（率）」欄及編號(24)欄「違約金」等各欄，由當事人自由依據當事人間約定填寫，若無約定可填寫無。同上反覆所述，如屬普通抵押權，因抵押權所擔保債權須經特定，故填載內容須於客觀上足使第三人得知其利息之計算方法。如屬最高限額抵押權，實務上可寫依照各個債務契約所約定。

(二)其他擔保範圍約定(25)

編號(25)欄「其他擔保範圍約定」：填寫抵押權除原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用以外之其他約定擔保範圍，例如：債務不履行之賠償金等；未約定者，本欄以斜線劃除。內政部地政司

^{註12}89年11月1日(89)法律決字第039282號函參照。

之抵押權設定契約書範本所舉示例，則包括：取得執行名義之費用、保全抵押物之費用、因債務不履行而發生之損害賠償、因辦理債務人與抵押權人約定之擔保債權種類及範圍所生之手續費用、及抵押權人墊付抵押物之保險費及按抵押權人基準利率（或定儲利率指數）加碼之利率等。

(三)申請登記以外之約定事項(26)

對此欄位，內政部曾邀集法務部、財政部及省、市政府地政處研商，結論認為，依據當時有效之土地登記規則第54條規定，登記原因證明文件所載之特約，如屬應登記以外之事項，登記機關應不予登記，故抵押權設定契約書聲請登記以外之約定事項欄所載其他事項，核屬前揭規定應登記以外之事項，登記機關既不予登記，自可無須審核其內容。^{註13}

雖登記機關毋庸審查，但誠如內政部另函指出，訂立契約當事人如有其他特約事項，可於契約書「聲請登記以外之約定事項」欄內載明「其他特約事項詳如附件其他特約事項書」等字樣，此項約定，如係契約當事人雙方所同意，顯未經記載於登記簿，當事人雙方仍均同受其約束。^{註14}

綜上所述，本欄位記載內容雖無法登記於土地登記簿，從而不具公示效力，無法對抗第三人，但仍然拘束契約當事人。

二、特殊問題：抵押權及所擔保債權之關聯

(一)抵押權係從物權

行政及司法實務向來認為，抵押權是從物權，以其擔保之債權之存在為發生，如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。此乃基於抵押權不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債權未全部消滅前，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登記。^{註15}

(二)抵押權成立從屬性的認定

雖然，行政及司法實務向來認為，抵押權是從物權，以其擔保之債權之存在為發生要件，但司法實務對於抵押權成立從屬性的認定，採取

^{註13}內政部 76 年 6 月 9 日台內地字第 508010 號函參照。

^{註14}內政部 62 年 1 月 18 日台內地字第 504048 號函參照。

^{註15}最高法院 85 年台上字第 227 號判決參照。

從寬解釋的傾向，最高法院曾指出，抵押權係支配標的物交換價值之價值權，與用益物權係支配標的物用益價值之用益權，係立於同等之地位。用益物權既為獨立物權，為使抵押權能發揮媒介投資手段之社會作用，已無斷然否認其亦具有獨立性之必要，是以對抵押權從屬性之解釋不妨從寬。蓋設定抵押權之目的係在擔保債權之清償，則只須將來實行抵押權時有被擔保之債權存在即為已足，故契約當事人如訂立以將來可發生之債權為被擔保債權，亦即其債權之發生雖屬於將來，但其數額已經預定者，此種抵押權在債權發生前亦得有效設立及登記。易言之，抵押權惟有在依當事人合意之內容及登記上之記載無從特定其擔保債權之範圍，或其所擔保之債權有無效、不成立、被撤銷或依其情形無發生可能時，始得謂違反抵押權設定之從屬性。^{註16}除上開原則性之說明外，最高法院多數案例中多指出，契約當事人間除以債權之發生為停止條件，或約定就將來應發生之債權而設定外，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之設定登記，仍難認其抵押權業已成立。^{註17}故在具體債權爭執個案中，除檢視抵押權設定契約書本身的基本要項外，也要注意是否符合抵押權成立之從屬性，以決定抵押權是否合法成立。

（本文待續……下回刊載：肆、當事人及伍、案例及解說）

^{註16}最高法院 91 年台上字第 1955 號判決參照。

^{註17}最高法院 89 年台上字第 1086 號判決參照。另可參照最高法院 104 年台上字第 208 號判決、103 年台上字第 1679 號判決及 94 年台上字第 112 號裁定。