

## 對於民法第八六七條抵押權追及性之研究與建議

編目：民法

出處	月旦法學雜誌，第220期，頁246~273	
作者	林清汶助理教授	
關鍵詞	追及性、抵押權、所有權移轉、最高限額、不動產交易	
摘要	<p>民法第867條規定抵押權具有追及性，即抵押人在未經抵押權人同意或通知下，得以將不動產任意移轉於他人，而抵押權仍存於該不動產，其源於物權從屬於債權之特性。惟本文認為有關抵押權追及性，從法理與現實交易習慣制度觀之，均有礙不動產的交易安全，並恐有違保證人的責任制度；尤其是最高限額抵押權更無必要賦予追及性。現不動產交易買賣雙方約定於交付前塗銷抵押權，已成交易習慣；在中國大陸及若干國家的物權法制，亦均明揭抵押權並無追及性，值得關注借鑑，為此有必要思考適當的修法，以維護物權穩定性。</p>	
重點整理	前言	<p>民法第867條規定：「不動產所有權人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」此謂為抵押權之「追及性效力」。即不管抵押物權利如何移轉變更，其抵押權均仍附著其物之所有權上，但並不影響其抵押權之效力。</p>
	抵押權追及性在實務面操作的困境	<p>依照抵押權追及性效力之理論，抵押物受讓人將有可能遭到抵押權人追及性之風險，致抵押物之受讓人乃處於極為不穩定狀態。</p> <p>我國物權法制中，因抵押權仍具有從屬於債權之特性，因此，設若買賣雙方未透過專業平台，承買人若無詳細查證產權或過度信任對方，於所有權移轉時，仍需負擔前所有人之抵押權追及性之風險，不可不慎。</p> <p>一、抵押權追及性對於不動產買賣的權利爭議 (一) 案例 甲向乙（金融機構）借款五百萬元，甲並提供自己之不動產供乙辦理抵押權設定登記，其後甲將其不動產以七百萬元售予丙，雙方約定不塗銷抵押權，由丙承受抵押債務，因此扣除甲應納稅捐等雜支二十萬元、抵押債務五百萬元，丙乃實際交付甲一百八十萬元價金。 由於甲、丙間基於抵押權之追及性所致，在所</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 重點整理

抵押權追及性在實務面操作的困境

有權移轉之際，抵押權人乙並無需同意或被通知，其債權之關係仍存在原甲、乙之間，丙並未另與乙成立債之關係，此際甲仍為乙（抵押權人）之債務人，而抵押人（物所有權人）則由甲變更為丙。

### (二)爭議分析

#### 1.原抵押人可能造成信用喪失

倘新所有權即抵押人丙未依約履行債務，乙仍將以原抵押人甲為債務人催告履行債務，因此乃嚴重影響甲在金融機構之債信。因此，當抵押物權利變動，仍須辦理變更登記債務人或經抵押權人同意始可，確保登記制度的公信力與穩定性。

#### 2.新抵押人可能承擔不利風險

(1)如上述案例，倘在抵押物所有權移轉之後，抵押權繼續存於新抵押人丙之抵押物所有權中，扣除該抵押權之實際債務，餘額支付原所有權人甲作為買賣交易價金，新所有權人（新抵押人）丙即應承受原所有權人（債務人）甲之抵押權範圍內之債務。

(2)然而，金融機構之抵押權設定均習慣以「最高限額」方式為之，抵押權所擔保之範圍，並不以該不動產借貸之本金為限，仍然包括「違約金、利息、遲延利息」外，尚含債務人甲之其他對於債權人乙之各種「票據貼現、信用貸款、保證債務」等，此均非新所有權人可以完整有效查詢清楚。

(3)此時，若甲於抵押物變更後，再對乙（抵押權人），另外請求增加債務負擔，如信用貸款、保證債務等，丙均無法預測，且乙亦不知悉抵押物所有權已變更（抵押物移轉不需通知抵押權人）；故丙日後欲清償塗銷抵押權時，抵押權人乙必定主張，將連同甲其後發生之各項積欠信用貸款、保證債務併予清償，始可塗銷該抵押權，此對抵押人丙而言，將承擔極大不利風險。

## 二、抵押權追及性破壞抵押權人已完成的徵信制度

### (一)抵押人對於抵押權人應負擔的法定責任

<p style="text-align: center;"><b>重點整理</b></p>	<p style="text-align: center;">抵押權追及性在實務面操作的困境</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 民法第871條第一項：抵押物如有價值減少之情事，抵押權人自得為保全處分。</li> <li>2. 民法第871條第二項前段：抵押權人防止抵押物價值減少之請求權。</li> <li>3. 民法第872條：抵押權人對於抵押物價值回復請求權，而所受利益，除損害賠償外，尚包括不當得利及公法上的損失補償等。</li> </ol> <p><b>(二)抵押權追及性抵押權人於抵押物移轉後即無法對原抵押人請求</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 抵押權人與抵押人之間，乃處於互利並互負承擔風險狀態。抵押權人對於該抵押物的資金投注及風險承擔，通常並不少於抵押人，倘在抵押人出售該不動產抵押物，變動所有權主體（抵押人）時，抵押權人卻可以未被告知或同意，恐乃有失公允。</li> <li>2. 近年來，對於人的信用資料，由於資訊建立完備詳盡，更加獲致重視，此與傳統僅對於抵押物做評估鑑價不同。倘因民法的追及性制度，讓抵押物之抵押「人」得以迅速易位，卻毋需經抵押權人同意即可為之，即喪失金融機構原有的徵信審核機制，無法對原抵押人請求。</li> </ol> <p><b>三、抵押人既為物上保證人，即不宜有追及性</b></p> <p><b>(一)抵押權人對於物的保證人變更應有權禁止</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 當抵押人（即所有權人）與債務人未必同屬一人情形，此際抵押人乃屬於物上保證人性質，對於債務人提供「物的有限保證責任」，實行抵押權結果如債務不足清償抵押權人，抵押人亦可不必要負擔其他債務責任。如民法第879條屬於物上保證人對於債務人具有求償權性質。</li> <li>2. 當抵押權賦予追及性時，抵押物所有權移轉可不經抵押權人同意時，抵押人隨時得以任意變更，亦即「物上保證人」均得以隨意變動；此乃如同保證人任意變更卻可以不經債務人或債權人（抵押權人）同意或知悉，此似有違保證人的責任制度安排，乃有悖於法理。</li> <li>3. 蓋一般保證，保證人除親屬間外，保證人多</li> </ol>
--	--	---

## 重點整理

抵押權追及性在實務面操作的困境

數以主債務人之清償的資產狀況即財務實力，作為考量保證之依據。保證人、債務人、債權人間三者具有特殊的信賴的委任、保證等關係，以抵押權得以作為追及性，如同保證人（物上保證人即抵押人）得以不斷的任意更換，將破壞原有保證責任建構的該信賴與委任關係的結構。

4.特以，民法新增訂的最高限額抵押權，以抵押人作為物上保證人責任加重，更有別於一般普通抵押權。此由於沿襲抵押權追及性規定，抵押人得以任意自由移轉所有權，形成法制欠缺妥當性。從法理觀之，抵押權人對於抵押人即物上保證人的變更，如同債權人對於變更保證人應徵得其同意，抵押權人自應有權禁止物上保證人做變更，始為合理。

### (二)債之變動尚需通告而抵押人變更卻不通告或經抵押權人同意有違常理

1.民法第297條：乃債權之讓與，需通告債務人，以免債務人仍繼續履行債務或清償債務，保障金融交易之安全，否則不能對抗善意第三人清償債務行為。

2.民法第301條：乃債務承擔，若新債務人的債信或擔保能力，不若原債務人佳，讓債權人有選擇或決定之空間，以確保債務得以繼續履行。

3.債之變動，如債權讓與需由債權人通告債務人，而債務承擔債務人，則債務人須經債權人同意始可。而抵押權追及性的制度當抵押人變更時，卻無需對抵押權人通告或同意，恐有爭議。

### 四、最高限額抵押權更無必要賦予追及性

最高限額抵押權因目的在於使抵押得以就反覆性、繼續性的融資，成為可能而設計之擔保制度，因其所擔保之債權自不必限於一確定債權；富有彈性、方便、權宜性，在一般金融機構為抵押權人時，均習慣以最高限額作為擔保制度，擔保債權凡在最高限額範圍內均有優先受償的效力。

#### (一)最高限額抵押人地位特殊不同於普通抵押權

1.最高限額抵押權賦予抵押人有諸多的權利與

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理

抵押權追及性在實務面操作的困境

義務，地位特殊並不同於普通抵押權。如最高限額抵押權所擔保之債權決算前，債權的隨時增減變動，縱使因清償、抵銷等原因，致使債權額歸於零時，抵押權亦不因而消滅，仍將為其後可能發生之債權存在，乃與普通抵押權之從屬性不同。

2. 新增訂的最高限額抵押權對於抵押人，有規定諸多的法定作為責任。據此，於抵押物所有權移轉時，已不能再忽視抵押人的特有的法定權限，置抵押人地位於不顧。傳統上由於普通抵押權對抵押人並未賦予太多的責任，因而其抵押物主體（抵押人）變更尚未造成太大爭議；然而，最高限額抵押權之抵押人究與普通抵押權之抵押人，法制上差異性極大，如仍維持一貫抵押權追及性，將嚴重影響尚屬抵押人地位，在實務上的操作將有所扞格。

**(二)最高限額抵押權已擺脫債權從屬關係更加不必賦予追及性**

1. 最高限額屬連續性融資成立之物權，近年來已不限於當時是否有債權存在，如對於目前尚未發生但未來可能發生之債權，仍然得以設定最高限額抵押權。
2. 最高限額抵押權明顯不同於一般抵押權，普通抵押權乃先有債權而後產生抵押權，物權因而從屬於債權；而最高限額，於抵押權成立時，未必先有債權存在。在新修訂的民法關於最高限額抵押權準用普通抵押權部分，法律已經明文規定，並無準用普通抵押權從屬性之規定（民法第881條之17反面解釋，已無準用第870條從屬性）。
3. 由於最高限額抵押權漸已擺脫普通抵押權所強調，對於債權之從屬性，得以最高限額創造資金取得方式，普遍成為現在不動產擔保抵押之絕對多數。因此，對於提供擔保物之最高限額抵押權之抵押人，應與普通抵押權之抵押人做區別，尤其在抵押權追及性層面。最高限額抵押權在各方面均已明確說明可以獨立存在，更可擺脫一貫物權對於債權

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p style="text-align: center;">重點整理</p>	<p>抵押權追及性在實務面操作的困境</p>	<p>之從屬性。抵押權追及性乃源於債權之從屬性使然，因而對於最高限額抵押權，更加不必賦予其追及性。</p>
	<p>抵押權追及性功能的式微與調整</p>	<p><b>一、強制執行時抵押權即無追及性</b>          強制執行法乃非屬於一般買賣程序，係由執行法院代不動產所有權人與買受人，依法定程序完成特殊買賣事項，乃可以完全排除抵押權的追及性，以利任何承買人在法院取得不動產權利，產權得以完整清楚。（例如：強制執行法第九八條第三項規定）</p> <p><b>二、中國大陸抵押權的追及性的透視與比較</b>          (一)物權法與擔保法均規定抵押物移轉須經抵押人同意。          (二)重視抵押人的權益。</p> <p><b>三、抵押物所有權移轉時即清償抵押權已成為普遍交易習慣</b>          (一)現行不動產所有權移轉即清償抵押權並無礙物權流通          通常承買人會約定抵押權設定於所有權登記為買方，同時清償原抵押權債務，因此並不易衍生產權不清或其他糾紛。此項交易機制已形成制度，民眾及不動產經紀業均樂於接受，並成為一般不動產交易習慣，此並無礙於不動產交易或物權流通。對於出賣人與承買人間的權利義務，做了合理規範，抵押權的追及性早即已經無適用餘地。          (二)不動產交易習慣的形成          在一般不動產買賣雙方在抵押物所有權權利移轉之際，莫不以契約約定賣方應於交付交屋款前，應隨即同時清償並塗銷抵押權，此種交易方式，業已成為一般民眾不動產買賣之普遍交易習慣。          (三)民事由習慣逐漸建構成為物權法制度          物權法已經不若傳統固守法定主義的原則，彈性放寬允以習慣亦得成為物權法制，成為法律進步之表徵。一般民眾於不動產交易均已普遍不再援用抵押權追及性規定，在所有權移轉同時，乃由承買人清償塗銷出賣人抵押物之抵押</p>

重點整理	抵押權追及性功能的式微與調整	權，並明載於雙方買賣契約，已成為一般民眾不動產交易習慣。未來物權法在對於習慣法之認定標準上，法的認定標準應仍可適度放寬，以符合社會步調，發揮物權之價值。
	結論與建議	<p>一、為確保不動產交易安全，得由抵押權人同意抵押物的移轉，建議修法，將民法第867條修正為：「不動產所有權人設定抵押權後，非經抵押權人同意不得將不動產讓與他人。」但如因事實行為所發生者，如「繼承」應予除外。</p> <p>二、再者，或以「最高限額」作為抵押權追及性排除適用之對象，因最高限額屬於不特定之債權，性質多元複雜不同於普通抵押權，且其已具有獨立屬性、抵押人地位特殊等因素，更無必要賦予追及性。</p> <p>三、如採取折衷性修法，可考慮修訂「抵押權人如同意抵押物移轉，抵押權人應與債務人及新抵押人重新約定新債務人」。</p> <p>四、總之，應考慮對於民法第867條抵押權追及性，重新做適當修訂，使「抵押權人對於新、舊抵押人及債務人」，三者之間權利、義務關係在法制上的規範更趨於密切、明確，抵押權人可以靈活有效的掌握其所設定的抵押物，維持既有的債權、債務關係，落實物權的穩定性，俾以建立新的物權法制規範概念。</p>
考題趨勢	<p>1.民法物權第867條不動產追及性之定義為何？</p> <p>2.抵押權追及性在實務面操作的困境為何？</p> <p>3.抵押權追及性於最高限額抵押權中是否必要？原因為何？</p> <p>4.對於抵押權追及性有無修法建議？</p>	
延伸閱讀	<p>一、黃淳鈺(2010)，〈普通抵押權從屬性之研究〉，《高大法學論叢》，6卷1期。</p> <p>二、蔡明誠(2007)，〈民法擔保物權修正對於未來理論與實務的影響及在思考〉，《月旦法學雜誌》，第146期。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw立即在線搜尋！</p>	

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！