

抵押權十事談

林振煌
國立體育學院管理學系兼任講師

前言：

日常生活中，衣食住行、生意往來，非錢莫辦。社會上所發生的糾紛，也大都直接、間接與錢財有關。一旦在錢財上可能發生糾紛，對於擁有債權的一方，如何制敵機先，設法利用法律提供的機制保障自己的債權，以免到時候蒙受巨大損失，可說是最重要的課題。

一般最常利用的方式，大概就是設定抵押權，通常都是債權人自己找熟識的代書辦理，極少找律師諮商相關事宜或審閱文件。但其實設定抵押權的時候，仍然有許多必須注意的法律細節，如果沒有諮詢法律專業人士，往往已經設定完成，事後還是會發生問題，不見得就可以保障債權一定可以得到清償。這是因為當事人法律知識不足的關係，以致無法達到設定抵押權

所預想達到的目的。

因此，本文擬介紹與抵押權相關的一些法律問題，提供各位讀者做為參考。

一、三角關係

抵押權是存在於債務人或第三人所有的不動產上面，因此，抵押物不論是由債務人提供或第三人提供，均無不可。如果是由第三人提供抵押物，這時相關的當事人就存在有抵押權人(也就是債權人)、債務人及提供擔保的抵押人(也就是提供不動產的所有權人)，形成一種三角關係。

如果是由第三人提供抵押物，抵押權人(也就是債權人)雖然可以從第三人提供的抵押物求償，但第三人並不會因此而成為債務人，所以，債權人無法從第三人提供的抵押物得到全部的清償，只能夠向債務人要求清償剩餘的部分，不能夠

向第三人要求清償。

例如甲向乙借款五百萬元，由丙提供房屋擔保，登記甲方抵押權人。若日後丙的房屋拍賣所得只有四百五十萬元，剩餘的五十萬元，甲只能向乙要求清償，而不能向丙要求清償。

所以，一般債權人為讓債權有更多保障，即使抵押物是第三人所提供，但通常在抵押權設定契約書上會記載「抵押人兼債務人」或「抵押人兼連帶債務人」，此等記載的用意，就是讓本來不是債務人的第三人也成為自己的債務人，使債權請求的對象多一個人，獲得更多的保障。

二、抵押權排排坐

既然抵押權所擔保的對象是債權人的債權，而若債權的數額小於債務人或第三人所有的不動產的價值，此時為了「物盡其用」，促進資金流通，以利經濟發展，法律允許不動產所有人可以在一個不動產上面設定數個抵押權。此時便發生數個抵押權的債權人，其債權受償先後順序的問題。

依照民法第八六五條的規定，不動產所有人因擔保數個債權而就

同一個不動產設定數個抵押權，其次序依登記之先後。依照民法第八六五條的規定，登記次序在先的，比登記次序在後的優先清償，如果次序相同的話，抵押物賣得的價金，平均分配。例如甲、乙共同借款一千萬元給丙，並在丙所有的房屋設定抵押權，甲、乙均為第一順位抵押權人，丙再向丁借款二百萬元，並設定第二順位抵押權給丁。此時如果拍賣所得為一千一百萬元，依照民法第八六五條的規定，抵押物賣得的價金，先清償第一順位的甲、乙的債權，甲、乙平均分配，即各得五百萬元，剩餘的一百萬元再分配給丁。

由於登記次序在後的抵押權人，無法得到完全清償的可能性極高，因此，在設定抵押權的時候，務必要注意抵押物本身的價值及是否已經設定先順位的抵押權。尤其是關於抵押物的價值，還必須預想市場的價格波動等因素，方能做出正確的評估。

三、打混戰的共同抵押

如果債務人可以提供數個不動產給債權人設定抵押權，這是十分理想的情形，辦理這種共同抵押，

仍然有必須注意的事項。

例如，甲借款三千萬給乙，乙提供五間房屋 ABCDE 給甲設定抵押權。聲請拍賣的時候，發現每間房屋設定的金額是六百萬元。此時會發生的問題是，如果五間房屋的價值高低各有不同，就會影響債權人受清償的程度。假設 A 屋價值二千萬元，此時拍賣所得，甲只能得到六百萬，其餘的還要發還債務人。BCDE 各價值四百萬元，甲可以得到一千六百萬，甲總共受償二千二百萬元。

依照民法第八七五條的規定，為同一債權之擔保，在數不動產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。所以，在上面舉的例子裡，如果甲在設定抵押權的時候，用打混戰的方式，不要限定每個不動產負擔的金額，ABCDE 五間房屋的總價值為三千六百萬元，甲就可以得到完全的清償。

四、本人說了還是不算

當事人有時保障自己的債權，可能會約定，如果債務人屆時沒有清償，抵押物就歸屬於債權人所有。像這樣的約定，就會牽涉所謂

「流質契約之禁止」，亦即，抵押權人不可以跟債務人或不動產所有權人約定，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，否則其約定無效。

實務上，曾發生甲將自己所有的不動產暫時登記為乙名義(即所謂信託登記，甲是信託人，乙是受託人)，並為了擔保丙對於丁之債務，而以登記在乙名義的不動產設定抵押權給丁，同時信託人甲跟債權人丁約定，若屆期丙沒有清償，同意該不動產由該乙的名義直接移轉登記為丁所有。

依照民法八七三條規定，債權人與債務人約定債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，其約定無效。上舉的例子，甲並非債務人，表面上也不是不動產的所有權人，乍看之下，甲跟債權人丁的約定，似跟民法八七三條規定的情形不一樣。但法院認為，民法第八百七十三條第二項定有明文。此項規定之目的在保護債務人，免其一時之急迫而蒙重大不利，是不動產之信託人與抵押權人約定，於抵押權人對債務人之債權已屆清償期而未為清償時，

其信託登記為他人名義之不動產移屬於抵押權人者，基於同一理由，亦應認其約定為無效。

所以，法律規定並非僅看條文，就可以完全明瞭其真正的意義，仍需要經過專業諮詢，才能夠採取正確的步驟，有效地保障自己的債權。

五、法網難逃

在實務上，也有人會試圖規避上述「流質契約之禁止」的規定，直接將不動產過戶給債權人，不辦理抵押權設定，而是另行約定一定期限內，債務人可以買回。大家或許要想，像這樣根本不設定抵押權，總沒有「流質契約之禁止」的限制了吧？

但即便如此約定，法院認為此種情形屬於「擔保物所有權之信託的讓與擔保」，雖然不是無效，但擔保物所有權之移轉，既僅以擔保債務清還為目的，就不能只以債務人逾期尚未清償債務，債權人即可取得擔保物之所有權，仍應履行變賣擔保物或協議估價，債權人就其價金受償或承受之程序，以免債權人迴避民法第八百七十三條第二項禁止之規定。而且民法第八百七十

三條第二項所稱之抵押權，雖指已登記之抵押權而言，但從立法意旨而言，是在保護債務人，免其因一時之急迫而蒙重大之不利，故對於未登記之抵押權所為流質契約之訂定，亦屬無效。債務人以所負債務數額作為房屋賣價，與債權人訂立買賣契約，並不移轉占有，只約定在一定期限內可以買回，此種契約雖名為買賣，實際上卻是就原有債務設定抵押權，而以回贖期間為其清償之期間。所以債務人雖然屆期沒有回贖，也不生所有權移轉之效力。

六、聲請拍賣抵押物還要假扣押嗎？

有時會碰到當事人詢問，是否要先對抵押物「假扣押」。其實，因為抵押權設定都有在地政事務所登記，且依照民法第八六七條規定，不動產所有人設定抵押權後，即使將不動產讓與他人，也不會使抵押權受到影響。既然不動產所有權人移轉不動產，不會影響抵押權人的權利，為了預防債務人脫產而實施的「假扣押」，在此自然派不上用場。所以，抵押權人並沒有必要在聲請拍賣之前，先對抵押物「假扣押」。

七、非有非無

聲請准許拍賣抵押物的裁定時，通常要檢附他項權利證書影本、抵押權設定契約書影本、債權證明(例如本票、借據、支票等等)影本、不動產(土地、建物)登記謄本正本等文件。有時會碰到當事人雖然已經設定抵押權，但卻沒有債權證明，此時若又碰到所謂「最高限額抵押」的情形，就會發生問題。

所謂「最高限額抵押」，指當事人在設定抵押權的時候，雖然尚未真正發生債權債務關係，但事先預定一定的債權額度，在設定的限度與期限內，當事人以後所發生的債權債務關係，都受抵押權效力所保障，通常會在抵押權設定契約書上記載「本金最高限額抵押新臺幣○○元」。這種方式有些類似銀行給予的信用額度，例如在一千萬元信用額度內，可能只向銀行借五百萬元；五百萬元清償後，可能又再續借七百萬元。所以在一定期限內，債權債務關係陸續發生，也陸續清償消滅，雙方可能有債權債務關係存在，也有可能已經清償完畢，沒有債權債務關係存在。

因此，「最高限額抵押」雖有

抵押權存在，卻不一定會發生作用，可說是「非有非無」的狀態。

由於「最高限額抵押」，當事人在設定抵押權的時候，尚未真正發生債權債務關係，設定後，有可能曾經發生債權債務關係，但是已經清償完畢，所以債權人在實施抵押權的時候，就必須向法院證明自己與債務人間確實存在債權債務關係，以及其確實數額為何？如果無法提出證明，法院便不能做准許拍賣抵押物的裁定。實務上，便曾碰到當事人拿著發票日或到期日不是在最高限額抵押權存續期間內的票據，或者根本沒有任何債權證明，以致無法聲請拍賣的情形，抵押權也淪為「空殼抵押權」。

八、真空妙有

剛剛談到最高限額抵押權是「空殼抵押權」，但並非任何債權都可以塞進這個殼子裡頭，還是有所謂「基礎關係」的限制。

例如，銀行在放款時，通常契約書上都會記載「擔保債務人在存續期間即○○年○月○○日起至○○年○月○○日止，及最高限額範圍即○○萬元內，現在(包括過去已發生尚未清償者)及將來票據、

借款、墊款、保證以及其他一切債務及其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用，以及有關履行上開債務所需之一切費用」，這種文字記載的目的，就是想包山包海地將一切債務包括進來，對於擔保人極為不利。

但法院有判決認為，最高限額抵押權係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。所以最高限額抵押權所擔保債權必須為一定範圍內所發生之債權，有其特定性，最高限額抵押權即係從屬於此一定範圍內之法律關係，最高限額抵押權所擔保者，即係此項法律關係所不斷發生之債權。該一定範圍之法律關係即為最高限額抵押權之基礎關係。如果僅係概括最高限額抵押權，因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，此種最高限額抵押權因欠缺基礎關係而無效。

所以，不能認為設定最高限額抵押權後，就可把設定後所發生的任何債權都包含進來。打個比方說，「真空」中還是有「妙有」存

在，「非有非無」，但卻不是「虛無」，否則就是錯誤的「斷見」了。

九、藏鏡人的下場

有時當事人基於特殊考慮，會把自己的債權借用他人名義登記為抵押權人，例如甲借款一千萬元給丙，並在丙所有的房屋以甲、乙名義設定為第一順位「本金最高限額抵押新台幣一千萬元」的抵押權人，此時甲持有借據載明丙向甲借款一千萬元。當甲聲請拍賣時，因無法提出乙對丙的債權證明，結果，雖然實際上一千萬元都是由甲借給丙，但卻只能受償設定金額一千萬元的一半五百萬元。

甚至有時還碰到借用他人名義登記為抵押權人，但債權證明卻不是記載抵押權人的情形，例如甲借款一千萬元給丙，並在丙所有的房屋借用乙(甲的配偶)的名義設定為第一順位「本金最高限額抵押新台幣一千萬元」的抵押權人。此時甲雖持有借據載明丙向甲借款一千萬元，但當甲以乙的名義聲請拍賣時，因無法提出乙對丙的債權證明，自然無法取得准許拍賣的裁定。

此外，最高限額抵押權所擔保者，通常都是設定以後所發生的不

特定的債權，如果想要將設定抵押權當時已經存在的債權包括在內，雖然並無不可，但當事人必須將此項特約擔保記載在抵押權設定書上方可。

例如甲與乙因生意往來，之前甲已積欠乙五百萬元，為了擔保貨款的給付，甲於是將不動產設定最高限額抵押權二千萬元給乙。設定後甲又陸續積欠乙一千萬元貨款沒有清償，於是乙就以一千五百萬元的債權要求拍賣抵押物。此時，因該五百萬元債權是發生在抵押權設定前，所以除非雙方有在抵押權設定契約書上記載明確，將該五百萬元也包含在抵押權擔保範圍內，否則就不能包括該五百萬元在內。

十、代償債務的冤大頭

例如，甲提供自己所有不動產設定最高限額抵押權給債權人乙。在抵押權存續期間內，因甲無力清償，朋友也是連帶保證人丙受其所託，代替甲向乙清償，並以為依照民法相關規定，已經取得原來債權人乙對甲的抵押權。不料，乙卻將對甲的債權及抵押權讓與給丁，丙認為權利受侵害而對乙起訴，要求賠償。

法院認為，最高限額抵押權於原債權確定前，不具一般抵押權之從屬性，所以，丙在原債權確定前為債務人甲清償債務，該受償部分之債權即脫離抵押權擔保的範圍，所以，最高限額抵押權無從隨同移轉予丙。結果，丙自以為可以取得抵押權，卻成了冤大頭。

結語：

從上述十項事例說明，我們可以明瞭，即使設定抵押權對一般人已經耳熟能詳，但其實在實務上仍會碰到許多因為記載不周詳，或對相關法律見解不熟悉，以致發生問題。筆者建議各位讀者，在向地政事務所送件辦理登記之前，可以將相關文件委請律師過目，以求周延。畢竟抵押權設定通常牽涉的金額較大，而委請律師審閱文件所費不多，切莫因小失大，自以為設定抵押權後，已經高枕無憂，結果債權的保障還是發生問題。