



《高大法學論叢》

第 6 卷第 1 期(09/2010)，頁 83-138

普通抵押權從屬性之研究

黃淳鈺*

摘 要

抵押權為擔保物權，既為擔保債權而存在，故從屬於其所擔保之債權，此即抵押權從屬性的起源，然而抵押權從屬性漸漸被緩和，從為將來債權之擔保而設定之抵押權、最高限額抵押權、瑞士的空白擔保、德國土地債務等等，抵押權從屬性或者被緩和、或者遭破棄，顯示出對於抵押權從屬性之要求，已日趨舒緩。

* 基督教真理大學財經法律學系助理教授、輔仁大學法律學系法學博士

投稿日期：04/07/2010；接受刊登日期：08/15/2010

責任校對：莊琬婷、廖紫喬

The Study on The Subordinate Realation of Hypothec

Gloria Hwang*

Abstract

Hypothec is a kind of Real rights for security. Since the purpose of mortgage is to make sure that the will be practiced, it is the side right which related to the loan, and that is the origin of collateral character of mortgage. However, the importance of this character is mitigated gradually. We can tell this trend by the mortagage for future debt, Neteitou, Civil code Art. 814 in Switzerland and the land-related debt in Germany. This character is either mitigated or abandoned, and it means the demand for this collateral chacter of mortgage is getting less and less.

* Assistant Professor of Department of Economic and Financial Law, Aletheia University.
Department of Law Doctor's Degree.

普通抵押權從屬性之研究

黃淳鈺

目次

- 壹、前言
- 貳、抵押權從屬性意義
 - 一、抵押權成立之從屬性
 - 二、抵押權移轉之從屬性
 - 三、抵押權消滅之從屬性
- 參、抵押權從屬性之突破
 - 一、抵押權成立之從屬性之突破
 - 二、抵押權移轉之從屬性之突破
 - 三、抵押權消滅之從屬性之突破
- 肆、結論

關鍵字：擔保物權、抵押權、抵押權從屬性

Key words: Real rights for security. Hypothec. The Subordinate
Realtion of Hypothec

壹、前言

由於抵押權為滿足抵押權人之債權而歸屬於抵押權人，¹因此抵押權具有從屬性。德國民法學者海德曼對於抵押權之從屬性指出五特徵如下。

其一，任何應擔保之債權皆不存在時，抵押權亦不成立。

其二，嗣後債權之內容產生變化（債權之增額或減額）時，抵押權亦會隨之而變化。

其三，由債務關係產生抗辯權時，抵押權標的物所有人得援用其抗辯權，對抗抵押權之實行。

其四，債權的權利人變更（即債權移轉於新權利人）時，抵押權亦會當然的隨之移轉，兩者（抵押權與債權）在法律上是不許分離的。

其五，債權消滅時，抵押權便無存續的餘地，至少在他主抵押權是如此。²

抵押權為擔保物權，既為擔保債權而存在，故從屬於其所擔保之債權，此即抵押權從屬性的起源，然而抵押權從屬性漸漸被緩和，

¹ 最高法院 84 年度台上字第 167 號判決：「抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記。」最高法院 84 年度台上字第 2924 號判決：「系爭抵押權為一般抵押權，並非最高限額抵押權，因抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，倘被上訴人交付上訴人之借款金額未達三千萬元，則上訴人請求確認逾實際借款金額部分之債權不存在，並請求塗銷該部分抵押權，是否不應准許，亦非無疑。」

² 劉得寬（1984），〈抵押權之附從性與特定性〉，鄭玉波主編，《民法物權論文選輯（下）》，頁 593，台北：五南。

從為將來債權之擔保而設定之抵押權、最高限額抵押權、瑞士的空白擔保、德國土地債務等等，抵押權從屬性或者被緩和、或者遭破棄，顯示出對於抵押權從屬性之要求，已日趨舒緩。

貳、抵押權從屬性意義

抵押權者，擔保物權也，³以確保債權之清償為目的，而從屬於債權⁴之物權也，故其性質常依附債權，不能獨立存在，⁵故曰抵押權從屬於債權，抵押權之從屬性一般可分為成立之從屬性、移轉之從屬性與消滅之從屬性。

一、抵押權成立之從屬性

按抵押權乃就抵押物賣得價金優先受償之權利，必從屬於債權而存在，亦即必須有被擔保之債權合法存在為前提，苟無債權發生，

³ 同為擔保之保證人，亦有從屬性原則之適用，然而羅馬法曾有獨立保證的存在，詳請請見。西村信雄編（1976），《註釋民法（11）債權（2）§427~473》，頁141，東京：有斐閣。

⁴ 楊與齡教授認為抵押權擔保債權之種類可分為：（一）公法上之債權：稅捐稽徵法第24條。（二）金錢債權：原則上，不能以金錢清償之債權，不適於設定抵押權。（三）無財產上價格之債權：債之標的，不以有財產價格者為限，不作為亦得為給付。此等債權不履行時，亦常發生財產上之損害，為確保此種債權之賠償，自得為之設定抵押權。（四）精神上損害賠償。（五）實物債權：民法上並無禁止實物債權為抵押被擔保之債權。學理上稱之為「不變值抵押」。實物債權如設定普通抵押，應估定其價額以為抵押權登記時之債權數額。（六）附條件之債權：申請登記時，須抵押權設定契約書將條件之內容載明，始得為登記。（七）罹於消滅時效之債權：消滅時效完成後之債權，權利本身並不消滅，故以消滅時效完成後之債權為被擔保債權者，亦得設定抵押權。（八）將來之債權：只要於抵押權實行時，債權發生且數額確定。（九）抵押權設定後交付借款之債權：消費借貸契約為要物契約（民法第875條），在交付前，債權尚無效力。但為交易安全，且將來之債權，尚可為之設定抵押權，則此種以訂立契約而未生效之債權設定抵押權，自認為有效。（十）最高限額抵押權。其中（一）~（九）為本部分討論之債，而（十）最高限額抵押權部分則由另文討論之。（楊與齡（1976），《民法物權》，頁165-166，台北：五南。）

⁵ 王去非（1942），《民法物權論》，第9版，頁222，上海：曾文堂新記。

即無抵押權之存在可言，⁶此為抵押權發生之從屬性之當然解釋。

普通抵押權在成立上，係從屬於所擔保之債權，實務上詮釋到：「…抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，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，乃抵押權成立（發生）之從屬性，故與民法第870條規定之移轉上從屬性有別，惟兩者關於抵押權與主債權不可分之從屬性，則無二致…（最高法院94台上112號判決）。」⁷準此以觀，抵押權惟有依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷或依其他情形無發生可能時，始可謂違反成立上之從屬性。⁸

⁶ 最高法院94年度台上字第112號判決：「抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，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…」此乃遵從抵押權成立之從屬性之必然結果。在日本，有個有趣的判例，情形雖然與我國類似，然而結果卻相反。參考日本最判昭和44.7.4判例，在基於勞動金庫編制外的貸款（員外貸付）所設定的抵押權實行後，抵押人以編制外的貸款無效為理由主張拍賣無效，「即使右述貸款行為無效，由於設定必須將相當金額之不當得利返還給訴外人勞動金庫，在右述債務為受清償之前，以右述貸款無效為理由，而為本件抵押權實行手續無效之主張，在誠信原則上不被允許。」以上，擔保債權不成立、不存在的情形，如嚴格遵守抵押權的從屬性，則其結果則如我國判決；日本該判例則以誠信原則為理由，例外的認可抵押權的繼續存在。星野英一教授更認為，在這個判例的情形，只要把抵押權擔保債權延伸至不當得利返還請求權即可解決。無論如何，在該日本判例與星野英一教授的見解下，抵押權成立之從屬性似乎得以緩和。（奧田昌道、玉田弘毅、米倉明、中井美雄、川井健、西原道雄、有地亨編（1975），《民法學3(擔保物權的重要問題)》，頁62，東京：有斐閣。）此外，我國亦有學者主張，依據民法第861條，抵押權亦擔保原債權之變形債權。

⁷ 陳榮隆（2007），〈擔保物權新修正評析專題研究系列之二—新普通抵押權立法之評析（上）〉，《月旦法學雜誌》，第146期，頁226。

⁸ 謝在全（2007），《民法物權論（中）》，第4版，頁378，台北：新學林。

二、抵押權移轉之從屬性

抵押權係從屬於債權而存在，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，而債權及抵押權恆屬於同一人。故債權人不得將其所享有之抵押權單獨讓與第三人，此乃抵押權從屬性使然（83 年度台上字第 423 號判決）。據此，抵押權僅得與債權共同處分，例如，將抵押權與債權一同讓與給他人，或將抵押權與債權一體化予以擔保⁹等。

民法第 870 條規定：「抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。」本條規定為抵押權移轉之從屬性規定，質權與留置權雖無明文規定，然此乃擔保物權的通性，故質權與留置權亦得類推適用之。抵押權移轉之從屬性有下規定。

（一）抵押權不得由債權分離而單獨讓與

抵押權從屬於主債權，¹⁰須隨同主債權之讓與而移轉於受讓人（78 年度台上字第 944 號判決）。此為抵押權從屬性當然之結果，亦即。

1、抵押權人不得以抵押權單獨讓與於人，而自保留其債權

如此的抵押權讓與行為無效，由於無法登記擔保債權，因此不可能去登記這樣的抵押權。

2、抵押權人不得以其債權單獨讓與於人，而自保留其抵押權

⁹ 太田知行編（1993），《民事法學の新展開—鈴木祿彌教授古稀紀念》，頁 39，東京：有斐閣。

¹⁰ 如當事人於設定抵押權時約定，抵押權人讓與債權時，抵押全部隨同移轉者，其約定如經登記（土地登記規則第 111 條之 1 條），視為抵押權係約定消滅事由發生，自不得認為隨同移轉。

若抵押權人保留抵押權而單獨讓與其債權者，李肇偉教授認為，其讓與行為即僅為讓與普通債權（即無抵押權擔保債權）。本文則認為，雖然抵押權人有保留其抵押權之意思，然而該意思無法律上之效力，因此此種情形，抵押權仍隨同債權共同被讓與。

3、抵押權人不得以債權與抵押權分別讓與於二人

若抵押權人將抵押權及其債權分別讓與兩人，李肇偉教授認為，其讓與抵押權之行為應為無效（也不可能登記），其讓與債權之行為則僅為讓與普通債權也。本文則認為，讓與抵押權的行為無效；如為債權讓與時，明白表示僅以債權讓與，不及於抵押權，應該儘速將抵押權與以塗銷，否則受讓人似可據民法第 295 條第 1 項本文：「讓與債權時，該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。」主張抵押權應隨同債權移轉給債權之受讓人，並主張其係依據民法第 759 條之規範，僅尚未登記，不得處分其抵押權，而非未取得抵押權。¹¹

¹¹ 抵押權隨同債權一併移轉時，債權受讓人於何時取得抵押權？有下列兩說之區別：

- (1) 依據民法第 758 條以登記為生效要件：姚瑞光教授認為，抵押權得連同債權而為讓與，受讓人即因而取得抵押權。但非經登記，不生效力。又因抵押權為從屬於債權之權利，故讓與有抵押權擔保之債權時，縱未載明連同抵押權一併讓與，依民法第 295 條第 1 項之規定，受讓人亦隨同取得抵押權。惟仍須經登記，始生取得抵押權之效力（民法第 758 條）。（姚瑞光（1975），《民法物權論》，第 4 版，頁 350，台北：大中國。）
- (2) 依據第 295 條，登記前（債權移轉時）即取得抵押權：最高法院 91 年度台抗字第 588 號判決：「讓與之債權附有不動產抵押權者，依民法第二百九十五條第一項前段規定，該抵押權於債權讓與時，隨同移轉於債權受讓人，受讓人於抵押權變更登記前，即取得該不動產抵押權，不受民法第七百五十八條規定之限制。惟此項依法律直接之規定而取得之不動產物權，其情形與第七百五十九條所規定者無異，依該條規定，非經登記不得處分。而拍賣抵押物，足以發生抵押權變動之效力，抵押權人為實行其抵押權，聲請法院拍賣抵押物，自屬抵押權處分行為。是債權受讓人因受讓債權而取得其附隨之不動產抵押權者，非經登記不得實行抵押權，聲請法院拍賣抵押物。」謝哲勝教授對於民法第 758 條批判，其認為：「就法律行為或法律關係為公示，都只是為了保護交易安全的手段，不得將手段與目的—權利本身混淆，而且只有在公示所可節省的交易成本低於公示的成

（二）抵押權不得由債權分離為其他債權之擔保

抵押權雖為財產權，然不得脫離原債權而僅以抵押權為他債權之擔保。如抵押權人對於第三人負有債務，而與該第三人設定擔保契約時，應連同債權設定之，此際即成立權利質權，而非抵押權之轉押。

此外，凡以債權為擔保者，似抵押權亦包括之，惟法律僅限制專以抵押權為擔保標的，非謂以債權供擔保時，須附以抵押權，故若僅以債權供擔保，而使抵押權歸於消滅，自無不可。¹²

三、抵押權消滅之從屬性

抵押權為債權之從物權，以債權之存在為前提，債權若已全部消滅，抵押權自當然消滅。所謂債權已全部消滅，不分其為全部受償或全部拋棄均屬之。惟債權若僅消滅一部分時，抵押權則依舊存在，不生一部分消滅。因抵押權所擔保者，以整個抵押權擔保全部債權及其從屬權利，債權既未全部消滅抵押權自不消滅也。至若債權於消滅時效完成時，只債務人得拒絕債權人之給付請求，債權之請求權既不消滅，債權本身自不消滅，抵押權當然不消滅。¹³

1999年5月民法修正草案原於第860條之2增訂抵押權約定有存續期間效力規定謂：「抵押權約定有存續期間者，其存續期間之

本，才有必要公示，公示的效力以採對抗效力為宜，公示的方法則視不同的法律行為可以有不同的公示方法。物權是真正的權利，只有在保護交易安全的必要限度內剝奪真正的權利即可，因此，本質上的物權，未經法定方法公示，仍為物權，只是不得對抗善意且無過失的第三人；非本質上的物權，本質上既然只有對人的權利，因此非經法定方法公示，不得對抗第三人。」（謝哲勝（2003），〈物權的公示—兼評台灣民法物權編相關修正條文〉，《月旦民商法》，第2期，頁16。）依據謝哲勝教授對於民法第758條之批判，似得為採取本說之依據。

¹² 曹傑（1967），《中國民法物權論》，第2版，頁191，台北：台灣商務印書館。

¹³ 李肇偉（1977），《民法物權》，第4版，頁436，台北：作者自版。

約定無效。」蓋抵押權之目的存在於擔保債務之清償，且從屬於該擔保債權而存在，因此抵押權於該債權消滅時，始歸於消滅，其本身實無存續期間可言，故如當事人間有存續期間之約定者，該約定應屬無效。惟此部分是否有修正之必要，不無值得斟酌之餘地，蓋抵押權從屬性已漸緩和，且同屬具有從屬性之保證契約亦且可定有期限（民法第 752 條、民法第 755 條），如規定抵押權不得約定存續期間，顯欠缺合理。2006 年 3 月 3 日行政院會議所通過之修正草案即不採取上開草案見解，將該條刪除。¹⁴

參、抵押權從屬性之突破

抵押權從屬於債權，因此無法自債權獨立而存在，其僅有從物權的地位。由於抵押權為擔保債權，因此債權不存在則抵押權不能單獨存在，然而，為了經濟上之必要，不能不考慮為將來之債權成立擔保物權，此外，在外國立法例上，亦有將抵押權解釋為非從屬於債權而為獨立的價值權。抵押權的從屬性強弱決定了抵押權的流通性強弱，當抵押權從屬性較強時，她只能作為債權的附庸，隨債權的移轉而移轉，其自身做為價值權並無流通的價值。當抵押權作為不動產的交換價值之作用被凸顯時，便具有相對的獨立流通價值。¹⁵為賦予擔保物權有新的意義，如抵押權、質權等約定擔保，應從各種方面盡可能緩和抵押權從屬性，¹⁶以擴大擔保物權的利用效能。

¹⁴ 陳榮隆（2007），〈擔保物權新修正評析專題研究系列之一新民法擔保物權修正草案總覽〉，《月旦法學雜誌》，第 141 期，頁 214。

¹⁵ 費安玲（2003），《比較擔保法—以德國、法國、瑞士、義大利、英國和中國擔保法為研究對象》，第 1 版，頁 170，北京：中國政法大學出版社。

¹⁶ 法曹會（1981），《物權法（上）》，第 2 版，頁 155，東京：財團法人法曹會。

須注意者，將抵押權視為「獨立之價值權」，¹⁷與抵押權為「價值權」、「變價權」、「換價權」¹⁸之意義並不相同，雖然兩者均指抵押權對於抵押標的物交換價值之掌握，然而前者跳脫抵押權從屬性，單純的將抵押權視為交換價值，而後者常用於實行抵押權時，將抵押物變價藉以獲償之意。¹⁹

一、抵押權成立之從屬性之突破

被稱為「抵押權成立之從屬性」之抵押權性質，依其強弱有各種意義，然而其最低限度的內容，為抵押權為擔保債權而存在。由

¹⁷ 謝在全教授道：「擔保物權為價值權，以優先支配標的物之交換價值為其主要內容。而實現其支配之交換價值，俾達優先受償目的之手段，則為對標的物交換價值之價值權能，即得直接將標的物之交換價值，變換為價金或其他足使債權獲得滿足之某種價值，使擔保債權優先受償，視為價值權。學者稱擔保物權上述特質，謂之價值權性。」（謝在全，同前註 8，頁 353。）擔保物權為價值權，然而如無跳脫從屬性，則非為「獨立之價值權」，兩者不可不辨。

¹⁸ 日本於平成 16 年法律 147 號修正民法物權編部分，內容有滌除權之廢除、短期借貸之廢止、抵押原併付拍賣之擴張、抵押標的管理制度、不動產流通與權利實現管道之暢通。（小林明彥，2001 年，〈抵当制度見直しの方向性〉，《ジュリスト》，第 1212 期，頁 2-4。）內容均予抵押權價值權之保護有關，此般一面倒向抵押權人的修法，來自於泡沫經濟後，寄望金融機構得因民法物權之修改，順利處理不良債權。主要論點有三（1）強化抵押權制度債權回收手段。（2）在債務人營業可能維持之限度內保持其營業維持機能。（3）抵押權與利用權之調整。（4）抵押權效力所及範圍之明確化。（大島和夫，2004 年，〈抵当制度をめぐる立法と判例〉，《法律時報》，第 74 卷，第 2 號，頁 72-76。）無論是哪一點，均與不良債權處理、經濟再生、排除抵押權實行之妨礙及不動產執行的圓滑化與迅速化有關。伊藤進教授更認為，本次日本民法之修改，改變了抵押權僅為價值權的本質。（伊藤進（2002），〈抵当制度見直しと抵当權法理〉，《ジュリスト》，第 1218 期，頁 120。）

¹⁹ 謝在全教授道：「民法第 860 條對於抵押權定義之規定：「抵押權係抵押權人就債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，就其賣得之價金優先受清償之權。」可知抵押權係不移轉標的物之占有，為非占有擔保物權，抵押權係以優先清償效力之擔保作用做為其中心而構成之，於擔保債權不受清償時，抵押權人得實行抵押權，依換價程序處分抵押物，就其賣得之價金優先清償所擔保之債權，故抵押權人所支配者，乃抵押物之交換價值。」此交換價值即價值權之意，非獨立之價值權也。（謝在全（2001），〈抵押權物上請求權之研究—民法物權修正草案評議〉，《台灣本土法學》，第 22 期，頁 2。）

於抵押權本身的效力，所謂優先清償效力，意味著抵押權所保護之優先清償債權當然應存在，如此一來，即使認為抵押權具有強大獨立性的德國民法，還是認為從屬性是抵押權本質上的屬性。而與債權完全無關、即無從屬性之不動產擔保，如德國民法土地債務，則不將債權擔保觀念導入，而純粹地以土地本身之負擔，作為與抵押權為區別之類型。換言之，若完全否定從屬性，則抵押權之權利性質即完全變更。²⁰然而，若堅持最高標準的抵押權成立之從屬性，又不利於社會經濟之發展，且有時未必符合交易習慣，因此，抵押權發生之從屬性，在解釋上，有日漸舒緩之趨勢。

在抵押權成立之從屬性突破之部分，本文首先論述在我國為將來債權擔保之普通抵押權，在此部分我們可以看到對於將來債權解釋日益寬鬆之跡象；其後簡單介紹法國法關於抵押權從屬性之部分，在此可看得出我國對於將來債權之解釋與法國法有日漸趨近的情形；之後談論德國流通抵押，在德國有流通抵押與保全抵押，保全抵押與在從屬性方面與我國普通抵押權相同，而較保全抵押跳脫抵押權成立之從屬性者為流通抵押，更有甚者，在德國更有土地債務與所有人抵押，在此部分，更是完全棄置抵押權發生之從屬性。以下分段介紹之。

（一）為將來債權擔保之普通抵押權

由於抵押權以確保債權之履行為其唯一目的，因此有為將來債權擔保設定抵押權的可能。²¹依據林誠二教授之見解，將來債權之類型，可按以下之情形為數類。²²

²⁰ 柚木馨、谷口知平、加藤一郎主編（1970），《判例演習(物權法)》，頁 60，東京：有斐閣。

²¹ 法學書院（1983），《模範答案集 3 民法總則·物權法·担保物權法》，第 40 版，頁 231，東京：法學書院。

²² 林誠二（2007），〈將來債權讓與之效力〉，《月旦法學教室》，第 57 期，頁 16。

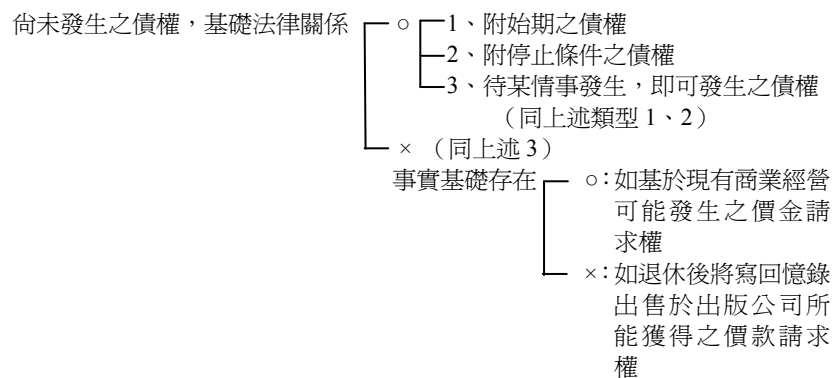
其一、發生債權之基礎法律關係已存在，須依未來特定事實發生者：例如合夥人得請求剩餘財產分配之債權、保證人得對債務人主張之求償債權，雖合夥契約、保證契約成立，但合夥解散、保證人尚未履行保證責任等事實尚未發生，故屬將來之債權。

其二、發生債權之法律關係不存在，惟債之成立要件已部分存在者：例如他方已陷於給付遲延或給付不能，當事人將來行使撤回權或解除權後，即得主張不當得利或回復原狀而請求返還之債權。

其三、發生債權之法律關係不存在，惟將來有可能發生者：例如當事人雖已洽談租屋事宜，但尚未訂定租賃契約，將來訂約後即可產生之租金債權。

王文字教授認為將來之債權，尚包括附始期債權以及附停止條件債權，²³謝在全教授²⁴把將來債權更加以細緻劃分，圖表如下。

圖表：將來債權



²³ 王文字 (2003)，《民法理論與經濟分析 (二)》，頁 242，台北：元照。

²⁴ 謝在全 (2007)，〈債權質權之展望—上〉，《司法周刊》，第 1336 期，頁 2。

是否承認為將來之債權設定抵押權？由於德國民法承認抵押權之獨立性，因此採取肯定的見解，其民法第 1113 條第 2 項規定：「抵押權亦得為將來或附條件之債權而設定之。」若允許將來債權作為擔保債權，則產生抵押權設定時，抵押權人非債權人的現象。然而我國民法上的抵押權以遵守從屬性為原則，如果嚴格適用從屬性原則，則答案應為否定。我國學說²⁵和最高法院判決²⁶對於為將來債權擔保設定抵押權，採取肯定的見解，這裡所謂將來之債權，並非泛指一切將來之債權，而是限於將來有發生債權之可能者而言（瑞士

²⁵ 為將來發生之債權，能否設定質權或抵押權？為學者所爭執之問題。日本民法以無直接之一般規定，有主張有效者，有主張無效者，其主張有效之學說，亦不一致，茲臚列各家學說，以為參考：

(1) 無效說：以違反擔保物權從屬性，認為無效。

(2) 有效說：A、附停止條件債務擔保說：認為擔保的「將來債權」即為附停止條件債權，在信用契約的情形，當事人借貸關係成立時（要物性達成時），條件成就，主債權與擔保物權併同發生。如為質權，則設定當時即應移轉占有，如為抵押權，須為登記，而條件成就時，前之擔保即移為後之擔保。（曹傑，同前註 12，頁 228）B、附停止條件擔保設定說：認為為將來債權擔保的抵押，係以將來債權之發生為停止條件而設定的契約。C、信用債務擔保說：此說認為，貸方應於相對人之請求，負擔貸與金錢之義務，同時相對人對之負擔此信用債務即借受的義務。D、將來債務擔保說：認為抵押權固為從權利，僅應為謂某債權而存在，不得獨立存在而已，非有在主債權發生前不得設定之意義。（曹傑，同前註 12，頁 228-229。）

²⁶ 最高法院 94 年度台上字第 112 號判決：「抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，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，乃抵押權成立上（成立上）之從屬性，固與民法第八百七十條規定之移轉上從屬性有別，惟兩者關於抵押權與主債權不可分之從屬特性，則無二致。」最高法院 91 年度台上字第 1955 號判決：「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。」

民法第 824 條第 1 項），與附條件之債權之期待權不同。²⁷所以，我們可以說，我國學說和實務上，抵押權爲了將來債權擔保而設定者，僅緩和了抵押權的從屬性，不能因此遽認爲我國的抵押權具有獨立價值。

爲將來債權擔保而設定抵押權可見於爲保證人求償權而設之抵押權，²⁸此外，主要可見於向銀行借款爲消費借貸的情形。在一般與銀行交易的狀況下，以不動產爲擔保而爲消費借貸時，通常先作成消費借貸契約預約，依據該契約進而爲抵押權的設定書面契約（物權契約）與登記，之後再由銀行將借款交付給債務人。由於消費借貸爲要物契約，在抵押權從屬性的要求下，該消費借貸契約尚未成立，因而抵押權的設定應被解釋爲無效。然而這樣的結果，將使金融交易受到阻礙。日本爲了認可銀行此種交易的習慣，因而有幾個重要判例產生。

其一，並無法律規定禁止金額交付前不得設定抵押權（大判明 38.12.6）。其二，如有消費借貸之意思表示，由於消費借貸的構成部分已一部成立，以該消費借貸爲擔保債權而設定的抵押權應爲有效（大判大 2.5.8）。其三，抵押權的設定與金錢的交付，即使相隔三、四個月，抵押權之設定亦爲有效（大判昭 5.11.19、大判昭 6.7.1）。其四，約定 4000 元的借款，其中交付了 2000 元，剩餘的 2000 元的借款約定將來交付，抵押權的設定亦爲有效（大判昭 7.6.1）。其五，爲了擔保將來債權，而在抵押權設定登記時以既存的債權爲名者，此登記仍爲有效（最判昭 33.5.9）。

學者認爲，第一個判例流於形式、而第二到第四判例則產生抵押權的設定與金錢給與之時間如果拖得過長時，該見解是否妥當的

²⁷ 楊與齡，同前註 4，頁 165。

²⁸ 川井健（1980），《担保物權法》，頁 37，東京：青林書院。

問題。有學者進一步的認為，只要緩和抵押權的從屬性，在從屬性要求的最小限度內，也就是取得交換價值（抵押權實行變價時），債權存在即可。²⁹

不過，最高法院 80 年度台上字第 1552 號判決認為：「將來債權祇要具有讓與及換價之可能者，亦得為權利質權之標的物。永豐公司係以其將來可以取回之擔保金權利作為質權之標的物，此項權利性質上非不可讓與（受擔保利益人取償後之擔保金餘額，應返還於擔保金提供人），法律又無明文禁止扣押，自得為權利質權之標的物。」我國最高法院民事庭所製作具有參考價值之判決要旨第 235 頁所載 91 年度台上第 1955 號判決，³⁰將「數額經預定」為將來債權的要件之一。

歸納整理，在我國得為抵押權所擔保的將來債權，須有以下條件：（1）將來有發生的可能。（2）數額經預定。綜合前述（1）、（2）觀之，債權人與債務人已特定。因此，允許為將來債權設定抵押權，只是緩和抵押權的從屬性，並非滅棄之，亦非從根本的否定之，如果擔保債權無效或是不存在，在抵押權變價時無債權存在，抵押權還是依其從屬性一同無效、不成立。

學者朱柏松教授對於要件（1）、（2）有更寬鬆的見解，他認為：「如嚴格認定抵押權係擔保債務之清償而設定的擔保物權，而

²⁹ 奧田昌道等 7 人編輯，同前註 6，頁 64。

³⁰ 最高法院 91 年台上字第 1955 號判決：「…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不妨從寬。蓋設定抵押權之目的係在擔保債權之清償，則只需將來實行抵押權時有被擔保債權之存在即為以足，故契約當事人如訂立已將來可發生之債權為被擔保債權，亦即其債權之發生雖屬將來，然其數額已經預定者，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可發生可能時，使得謂違反抵押權設定之從屬性…」

狹義地主張抵押權在發生之從屬性，則一旦債權於設定抵押權時，尙未發生或雖發生但未確定其抵押額者，皆因以之爲債權並未存在，抵押權亦未具有被加以擔保之對象，其抵押權自應被論斷爲無效，既即使該抵押權業經登記者亦然。然者，吾人以爲抵押權只是對於特定不動產取得交換價值的物權，抵押權之目的只是透過不動產既有的市場價值，去確保一定債務之清償，因此，只要在債權屆期債務人尙無法對債權人履行給付義務，而債權人得就抵押標的物加以拍賣執行以獲得清償者，抵押權之目的即可因而達成，而且，抵押權之所以發揮交換價值的效能與作用，亦即在於抵押權具有一定時間上之柔軟性及彈性，因此，基於使抵押權能更發揮創造貨幣以達到對於急需金錢之人進行融資之目的，吾人以爲，所謂抵押權擔保債權在成立之從屬性，應採從寬認定之主張。亦即，在抵押權成立之時發生確定債權之原因事實存在，即應可被認定已具成立上之從屬，而宜使抵押權發生效力。惟如抵押權在實行時，現實之債權仍未存在時，仍應以該抵押權並未有足資擔保之標的，而與債務人業已對債權人履行其債務，而被論之以債權已消滅，而應容由抵押人爲塗銷抵押權之登記。」³¹朱教授認「抵押權成立之時發生確定債權之原因事實存在」即可認爲抵押權有成立上之從屬，較上述判決之觀點爲緩和，實值贊同，謝在全教授舉某工廠因廢棄廢水，可能對鄰地造成污染而生之損害賠償請求權即爲此例。³²

至於爲將來債權擔保設定之抵押權與最高限額抵押權究竟有何不同？本文認爲，前者在擔保債權非單一時，事實上與最高限額抵押權趨近相同，舉上述工廠因廢棄廢水，可能對鄰地造成污染而生之損害賠償請求權爲例，（1）工廠尙未蓋好，此時由於「確定債權之原因事實」尙未存在，因此僅能成立最高限額抵押權。（2）工廠

³¹ 朱柏松（2005），〈論不同抵押權之效力〉，《月旦法學雜誌》，第124期，頁180-181。

³² 謝在全，同前註8，頁404。

蓋好，此時對於排放廢水可能造成之損害，得設定最高限額抵押權以為擔保，或設定為將來債權擔保之抵押權，這是由於普通抵押權不以擔保單一債權為必要，而是得以擔保複數債權。不過，為將來債權擔保之抵押權且擔保債權可能為複數的情形，其與最高限額抵押權近似之處，主要在於其要件「抵押權成立之時發生確定債權之原因事實存在」與最高限額抵押權「基礎法律關係所限定之一定範圍內之不特定債權」在此情形有重疊之處，不過既然設定的是為將來債權擔保之普通抵押權，則必須登記擔保債權額，而非最高限額；其所登記者僅為普通抵押權，雖然此種普通抵押權近似最高限額抵押權，不過只有在擔保債權可新陳代謝這一點比較相同，而最高限額抵押權之規定，應無法適用。³³

（二）法國法制關於抵押權成立之從屬性之緩和

根據法國民法第 2114 條，為債務之履行而在不動產上存在抵押權，是為抵押權成立上從屬性之規定。這個從屬性的完整性，在法國民法典採用法定抵押權（和我國的意義不同）時即被破壞。例如，舉妻子的法定抵押權為例，雖說其被擔保債權為妻基於妻之資格對於夫得取得之債權，然而這完全是未必的存在，也許是將來不發生的不完全權利。此般的抵押權存在，當然地使特定抵押權成立之從

³³ 本文認為，此種抵押權定義係民法第 860 條，而非民法第 881 條之 1，擔保債權範圍係民法第 861 條（只不過擔保債權可能為複數）而非民法第 881 條之 2，不可能有民法第 881 條之 3 之約定變更，這是因為普通抵押權從屬性較最高限額抵押權為嚴格；其所登記者為擔保債權清償期之登記，而非民法第 881 條之 4 確定期日之登記；因此更無民法第 881 條之 5 未約定確定期日之問題，其債權移轉之從屬性適用民法第 870 條而非民法第 881 條之 6，因此亦無民法第 881 條之 8 讓與之適用，然而民法第 881 條之 9 似有類推適用之可能，民法第 881 條之 10 則由於已有原債權確定日期之登記，故無法類推適用。民法第 881 條之 11、第 881 條之 12、民法第 881 條之 14 涉及最高限額抵押權原債權確定確定事由，無適用之餘地；民法第 881 條之 15 則有類推適用之可能，民法第 881 條之 16、民法第 881 條之 17 則非。

屬性產生緩和。再加上法國民法第 2148 條第 3 項第 4 款關於登記事項，包括未必的債權、附條件債權，抵押權得為擔保這樣的債權而存在，換言之，未必的債權、附條件的債權得設定抵押權並且登記，且以登記之日為其次序保全之日。³⁴本文認為，在我國學者將抵押權成立之從屬性解釋為「抵押權成立之時發生確定債權之原因事實存在」即足當之，與法國法制欲趨近也。

（三）德國法制關於抵押權成立之從屬性之緩和

在德國法制上，有所謂的「土地擔保權」，其為「自土地支付特定金額」法律制度的總稱，是為土地上之非占有擔保權，而有物權之換價權、優先權之性質。土地擔保，在德國民法有抵押權、土地債務與所有人抵押，³⁵效能上為物的負擔制度，其中抵押權與土地債務基本的不同點在於被擔保債權存在與否，亦即成立上之從屬性的有無。³⁶二者均值得於談論抵押權成立之從屬性突破時探討。

1. 流通抵押（與保全抵押）

抵押權是擔保物權的一種，擔保物權為對於物之交換價值直接的排他權利。³⁷流通抵押（Verkehrshypothek）亦為抵押權（流通抵押＝普通抵押權），是以為保全被担保債權而在土地上設定之抵押權，且為使投下之資本易於回收而以確保抵押權担保債權流通性為

³⁴ 高木多喜男（1980），《金融取引と担保》，頁 111，東京：有斐閣。

³⁵ 流通抵押、土地債務與所有人抵押有可互換之情形，如德國民法第 1177 條規定：「抵押權和所有權同歸於一人，但債權並不歸於所有人時，其抵押權成為土地債務。附利息、利率、支付日期、預告解約通知和支付地點等事項，依債權之各項規定確定之。以混同為限，債權屬於土地所有人時，所有人依抵押權之權利，以所有人之土地債務規定確定之。」德國民法第 1198 條規定：「抵押權得變更為土地債務，土地債務得變更為抵押權。前述情況不需要得到同次序或後次序抵押權人之同意。」

³⁶ 伊藤進（1994），《物的担保論》，頁 90，東京：信山社。

³⁷ 船越隆司（2004），《担保物權法【第 3 版】》，第 3 版，頁 13，東京：尙學社。

目的而設計，爲此，抵押權之公信力及於債權，而認可債權之善意取得（德國民法第 1138 條：「依第 891 條至第 899 條規定，債權之抗辯和所有人依第 1137 條規定之抗辯，亦適用於抵押權。」）。³⁸蓋近代的抵押權論，在近代法上的抵押權由於資本主義之發展，由履行債務爲目的的保全抵押，朝向把握交換價值，於金融交易市場流通，成爲投資人投資媒介的流通抵押，因此，我們得以流通抵押認爲，近代抵押權之本質爲獨立之價值權。³⁹

近代的抵押權之特質，是爲抵押權的流通，這是爲了達成使投下之資本流動的要求。德國民法爲了流通抵押，遵循了下列原則。

（1）不動產登記公示原則與抵押標的物特定原則：不動產登記公示原則與抵押標的物特定原則乃流通抵押的基本前提要件。

（2）抵押權獨立性原則：將抵押權自從屬於擔保債權的地位解放出來，給予她獨立的交換價值地位。以確保抵押權的流通性。換言之，即使被擔保債權有不成立、消滅等等瑕疵，也不影響抵押權的成立、存續。

（3）公信原則：登記的公信力，是抵押權流通的不可欠缺的要素。依據此原則，信賴登記而被讓與抵押權者，即使抵押權本身具有瑕疵，或者被擔保債權具有瑕疵，受讓人均不受影響，而可取得完全的抵押權。

（4）次序確定原則：先次序的抵押權消滅，後次序的抵押權次序不受影響。依據德國立法例，抵押權並不僅只是擔保債權的制度，而是可使債務人資金調度容易的投資對象，⁴⁰藉由次序確定原則，得

³⁸ 伊藤進，同前註 36，頁 94。

³⁹ 星野英一編（1984），《民法講座第 3 卷物權(2)》，頁 77，東京：有斐閣。

⁴⁰ 淡路剛久、鎌田薰、原田純孝、生熊長幸（1989），《民法Ⅱ物權》，頁 269，東京：有斐

以促進抵押權的流通性，就是使所謂的擔保債權交替自由變為可能。依據本原則，才有承認所有人抵押、所有人土地債務的可能。依據我國民法，採取次序升進主義，先次序的抵押權消滅，後次序抵押權的次序升進，⁴¹結果，對於升進的後次序抵押權人而言，擔保價值大增、對於利息等等的擔保非常有利。相對的，由於這樣，不認可所有人抵押，因此抵押人不得再次利用消滅的先次序抵押權，故對之較為不利。⁴²

①流通抵押之意義及特性

流通抵押，乃承認債權有登記簿之公信力及推定力之抵押權。流通抵押的特性在於，其登記之公信力非常強大。流通抵押配合所有人抵押，其設定可以有債權，就是所有人抵押；若流通抵押的設定時無債權，即為所有人土地債務。

流通抵押強大的登記公信力及推定力，得以讓抵押證券順利推展，因此流通抵押多為證券抵押（*Papierhypothek*）。

閣。

⁴¹ 在次序升進主義中，後次序抵押權人是否得於訴訟中主張先次序抵押權人債權消滅時效，而達次序升進之效？關於得主張消滅時效之人，我國民法第 125 條本文規定：「請求權，因十五年間不行使而消滅。」日本民法第 145 條更明言：「當事人如不主張消滅時效，法院不得援用之。」得主張請求權消滅時效者應為請求權人當事人，然而日本學者對於「當事人」之定義則有下列之見解：(1) 效果確定說：不問直接、間接，因時效當然在法律上取得利益者。(柚木馨教授)(2) 停止條件說：基於時效直接取得權利或免除義務者，且包含基於該權利或義務而取得權利者或免除義務者。(我妻榮教授)(3) 訴訟法說：於該當訴訟上請求主張時效而於法律上有利益者。(川島武宜教授)此外最近更有因應問題者類型而細分之方法(星野英一教授)時效援用者援用時效須其義務得以免除的觀點而為類型的考察(松久三四彥教授)亦受到矚目。實務上(平成九年(才)第一七七號民集第五十三卷七號一一九〇頁)則採取否定說，認為先次序抵押權消滅時效而使後次序抵押權配額增加的期待，抵押權次序之升進只不過反射利益而已。(佐久間邦夫，2004 年，〈最高判決所判例解說〉，《法曹時報》，第 53 卷，第 11 號，頁 153-169。)

⁴² 遠藤浩、川井健、原島重義、廣中俊雄、水本浩、山本進一編(1972)，《民法(3)擔保物權(改訂版)》，頁 113，東京：有斐閣。

◎流通抵押之設定可以有債權、亦得無債權

流通抵押可依其於設定當時債權存在與否，有下列分類。

A、流通抵押得在設定當時，即無債權之存在

流通抵押，乃承認債權有登記之公信力及推定力之抵押權。亦即承認無債抵押權也（德國民法第 1138 條）。例如甲將其土地自行設定抵押權，向登記機關登記，後將登記機關所發給該抵押權證券讓與乙，縱事實上甲並無借款乙債權，乙仍取得該抵押權，甲仍須對以履行該抵押證券所載之債務是。此時亦即承認乙之債權有登記公信力，而推定乙對甲該土地有該抵押證券所載之抵押權也。

B、流通抵押於設定當時有債權存在，然而該債權因故無效、不成立，亦不影響流通抵押之效力

流通抵押最大的特色在於，其登記公信力非常強大。抵押權人亦得援用登記的公信力（德國民法第 1183 條、第 892 條）。⁴³在擔保債權成立，然而由於當事人爲無行爲能力人等原因使抵押權設定行爲而不生效力時，流通抵押保護因信賴登記而受讓抵押權之人。即使在被擔保債權不成立的情況下，因信賴登記而受讓抵押權之人，亦得取得抵押權（此時就變成土地債務）。因此流通抵押相較於保全抵押，從屬性較爲緩和，但與不具從屬性的土地債務亦有很

⁴³ 德國民法 1138 條（以土地登記簿爲公認作用）：「依第 891 條至第 899 條規定，債權之抗辯和所有人依第 1137 條規定之抗辯，亦適用於抵押權。」德國民法第 892 條（土地登記簿冊之公認作用）：「I 土地登記簿所爲記載內容，對因法律行爲取得他項權利或權利上之權利人，應視爲正確；但對其正確性有異議之登記或取得人爲惡意者，不在此限。II 權利人在處分登入土地登記簿冊之權利時，爲特定人之利益受限制者，該項限制在土地登記簿冊中有明顯記載或爲權利人所明知者，對權利人始生效力。如取得權利必須登記，權利人明知前項事實時間已提出申請登記時間爲準，或依第 873 條之規定在協議簽訂後者，以協議成立時爲準。」

大的差別。⁴⁴

③流通抵押以證券抵押為原則、登記抵押為例外

流通抵押包括證券抵押及登記抵押。證券抵押，乃承認不動產所有人發行抵押證券，亦即不動產所有人若已為抵押登記時，登記機關則依職權作成抵押證券，交與該不動產所有人，此時即不動產所有人自己有其抵押權（所有人抵押，德國民法第 1163 條）；若該不動產所有人以抵押證券交與其債權人，債權人即取得該抵押權也（德國民法第 1171 條第 1 項）。在流通抵押為證券抵押時，由於有強大的公信力，因此抵押權可作成證券進而輾轉流通，若債權移轉時，抵押證券即應移轉於新債權人（德國民法第 1153 條），故對該抵押權處分，不以變更登記為必要，而須抵押證券持有人始得為之。

但流通抵押並不盡然為證券抵押。而是以證券抵押作為原則，其為登記抵押的情形只不過是例外。換言之，在流通抵押的情形，原則做成抵押證券，但是例外的，如當事人間有禁止發行證券的合意且將其登記時，可以不用發行證券。（德國民法第 1116 條與第 1117 條）僅有此種情形下始成立登記抵押。

④相對於流通抵押之保全抵押

保全抵押（Sicherungshypothek）規定在德國民法第 1184 條，我們可以把她理解為「為了保全債權而存在的抵押權」，因此她是以債權存在為前提之抵押權。若債權已成立，且將其抵押權登記者，受登記之抵押權人即可依登記簿之登記而取得該債權之抵押權；倘係債權不成立，縱將抵押權登記，抵押人仍可依登記簿以外之資料證明其債權不成立，受登記之抵押權人即不能取得該抵押權之債

⁴⁴ 高木多喜男（1980），〈權の附從性と特定性〉，《金融取引と担保》，頁 106，東京：有斐閣。

權。⁴⁵

德國的抵押權可分為保全抵押與流通抵押，兩者在抵押權本身因為登記而產生公信力這一點上是相同的。但是即使抵押權經登記，然而其擔保債權不成立、無效時，兩者的效力則大相逕庭。這是因為，流通抵押的登記公信力即於被擔保債權，亦即基於流通抵押之登記公信力，債權得以善意取得，然而保全抵押則不與焉。

保全抵押的抵押權人，如在該抵押權無得從屬之債權存在時，不能援用登記的公信力，主張抵押權存在，⁴⁶因此若被擔保債權如有瑕疵存在（例如不成立或消滅等等），即使抵押權人因為信賴登記而受讓抵押權，亦不得取得抵押權。所以保全抵押，只有被擔保債權存在為前提，才可以援用抵押權登記之公信力。換言之，這種抵押權被擔保債權是否存在左右其效力。既然如此，為抵押證券的效力計，保全抵押不宜作成抵押證券，因此德國民法規定保全抵押不

⁴⁵ 李肇偉，同前註 13，頁 394。

⁴⁶ 在我國民法物權編修正草案第 759 條之 1 第 2 項定：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」是為登記之公信力，此規定目的係為確保善意第三人之權益，以維護交易安全（民法物權編修正草案第 759 條之 1 草案說明），有關登記公信力之問題，我國現行土地法第 43 條原本規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」惟此一條文，極為抽象，不易理解，司法院曾以院字第 1919 號解釋及院字第 1956 號解釋闡明其義，認為土地法第 43 條所稱絕對效力，其範圍僅止於保護信賴利益登記之善意第三人而已，嗣後，最高法院 40 年台上字第 1892 號判例及 63 年台上字第 1895 號判例亦持相同見解，而民法物權編第 759 條之第 2 項之規定，因使其法律條文更為明確，可度爭議。（溫豐文（2001），〈論不動產登記—以探討民法物權編修正草案之規定為主〉，《月旦法學雜誌》，第 68 期，頁 120。）在受讓與債權與抵押權且經登記時，如該債權不存在等情形，本文認為，由於抵押權成立之從屬性的要求，無債權即無抵押權存在，即使受讓人主張其係信賴抵押權登記之善意第三人，且已依法律行為為抵押權變動之登記，即使他因抵押權變動登記取得該抵押權，然而其所取得之債權根本不存在，併同取得之抵押權根本無債權得從屬而不存在，故其取得者是一個空的抵押權。換言之，依據本文之見解，即使其主張物權編修正草案第 759 條之 1 第 2 項，進而取得抵押權，然而該抵押權根本無換價（變價）可能性，其主張似乎並無意義。

得交付抵押權證書（德國民法第 1185 條），及無法以之作成抵押證券，所以保全抵押一定是登記抵押。

日本民法和我國一樣，近於保全抵押。⁴⁷在判例上，曾出現抵押人主張銀行行員借貸無效，因而抵押權實行無效，關於此法院認為抵押權效力應及於不當得利返還請求權，且此主張違反誠信原則，故不承認其主張。在如此的情形下，消費借貸契約雖不成立，但以有可替代的債權為限，仍然認可抵押權的存在，嚴格來說，可以解釋為抵押權人與債權人分離的一個情形吧？⁴⁸

2、土地債務

德國民法第 1191 條第 1 項規定：「土地，得設定負擔向受益人就土地支付一定金額之方法設定負擔（土地債務）。」作為一種典型的物權價值權，土地債務就是直接從土地取得價值的權利。但是由於土地債務並不以擔保某個債權為前提條件，故這種權利只能是價值權，而不必一定是求償權。⁴⁹土地債務與普通抵押權最大的不同在於，土地債務的成立不以債權成立為前提。⁵⁰成立土地債務，債權可以成立或未成立，因此學者有將德國土地債務與德國證券抵押並稱為無債抵押者。⁵¹當然，土地債務的成立不須以債權存在為前提，但亦有為擔保債權而設定的土地債務。而且，除了不以債權存在為前提這一點以外，土地債務與保全抵押均以不動產為標的之擔保。

⁴⁷ 我國民法之抵押制度採取保全抵押之原因者，主要乃基於立法當時之社會經濟情形，以及仿效日本立法所致。因當時的社會對於民間金融之資本形成並不敢到那麼的須要，故當時之立法者為以消費金融手段規定抵押制度，此乃今日之保全抵押制度。（劉得寬，同前註 2，頁 599。）

⁴⁸ 奧田昌道等 7 人編輯，同前註 6，頁 63。

⁴⁹ 孫憲忠（1999），《德國物權法》，頁 303，台北：五南。

⁵⁰ 德國民法第 1192 條第 1 項規定：「以抵押權之規定沒規定土地債務不以債務存在為要件者為限，土地債務準用抵押權之規定。」

⁵¹ 李肇偉，同前註 13，頁 444。

土地債務權利人不一定是債權人，當其成為債權人時，也就是土地債務擔保債權時，土地債務完全等同抵押權的性質並適用其規則。⁵²換言之，土地債務有轉換為抵押權之可能性。

3、所有人抵押（與所有人土地債務）

德國民法第 1163 條規定：「為債權設定抵押權而該債權未能成立時，抵押權屬於所有人。債權消滅時，所有人取得抵押權。不免除交付抵押權證書之抵押權，在證書移轉於債權人前，屬於所有人。」為所有人抵押（Eigentümershypothek）之規定。所有人抵押打破抵押權從屬性，陳棋炎教授將所有人抵押法律構成之學說整理如下。

（1）對己物之權利說：所有權人由其權利所分離的東西，不問是他物權或對自己之物之權利，皆有其獨立的固有價值，如果為所有權人自己，而一旦由所有權產生這一固有價值時，自可以此價值為對自己之物之權利，而由所有權保證人有之。本說又可分為（1）抵押權說：所有人抵押是真正的抵押權，而為物的負擔之源起。（2）土地債務說：此說並不從所有人抵押之本質來討論其構成，反而僅以成交法上規定為根據，而主張所有人抵押為土地債務。（3）對將來債權之抵押權說：所有人抵押，是為將來債權或為債權人所成立之抵押權。惟因誰會成為債權人並不確定，所以暫時以所有權人名義而為抵押權之登記而已。至於誰會成為債權人，則應由所有權人決定。

（2）次序保留說：所有人抵押，只不過是為所有人利益而在登記簿上所表現之一種形式，即為取得該土地之將來信用，而保留於所有權人之優先次序（即空白擔保）而耳。

⁵² 孫憲忠，同前註 49，頁 303。

(3) 價值分割說：所有人抵押乃優先的取得權之一種，可使所有人取得抵押物價值之一部，換言之，所有權人的權能，以抵押權的形式來表現其獨立的存在，從而所有人抵押其實是所有權之顯現，只不過所有權的權能披著擔保權之衣裳，而以擔保權之形式有其獨立的存在而耳。故所有人抵押並不是擔保權，就形式的權利型態而言，所有人抵押可為擔保權，但其實質卻屬由所有權引導出來的獨立價值取得權。

(4) 所有權之積極的效力說：各種權利之效力可分為積極的效力與消極的效力。權利之積極效力云者，係指能夠使權利人擁有其利益之法律地位之謂；反之，消極效力云者，係指權利主體一時的有所欠缺時，亦能夠使權利客體受到與積極效力下所受同一之拘束者，權利之積極效力設使一時有所欠缺，其積極係利益仍應有其存在之可能。權利如僅有積極效力時，該權利固無通常狀態下之利益，但因可以隨時插進權利主體，而使其成為客觀的權利，而且適時因該權利客體已受拘束，故其會成為完全權利之可能性，亦自受到法律之保障。所有人抵押，是屬於權利之消極的效力之一表現。

(5) 所有權說：本說為多數說。所有人抵押在實體法上之本質，並不是抵押權，又不是土地債務，更不是登記簿上的空白擔保。反之，所有人抵押，是對後次序抵押權有排他的權能之特種形式之所有權，她並不是對自己土地之負擔，卻仍是對自己土地之無限制的所有權之一表現。⁵³

本文認為，所有人本來即有標的物的使用、收益以及價值權，所有人抵押只不過是價值權的表現，從所有權說與價值分割說。所有人抵押可分為與債權相伴的廣義所有人抵押和不與債權相伴的狹

⁵³ 陳棋炎（1984），〈關於所有權人抵押本質之研究〉，鄭玉波主編，《民法物權論文選輯（下）》，頁 699~703，台北：五南。

義所有人土地債務（Eigentümersgrundschuld）。換言之，沒有債權的所有人抵押是所有人土地債務，有債權的所有人抵押就是所有人抵押。在債權不成立的情形，所有人土地債務仍能成立，而且，在債權由於無效或取消因此不成立的情形，雖然抵押權總是因此不成立，然而所有人土地債務則恆常地成立。⁵⁴

所有人抵押規定在德國民法第 1163 條，以債權存在為前提。可分為原有之所有人抵押及後生之所有人抵押。前者，指所有人為自己設定抵押權；後者，指抵押權因清償等原因消滅後，後次序抵押權不升進，而抵押權的空缺由所有人取得。

所有人抵押的利益，在於促進不動產金融以及擔保價值的合理利用。前者，由於所有人抵押排除混同原則，因此例如在抵押權證券化、抵押權與其擔保債權共同流通至抵押人的情形，被擔保債權因為不與債務混同，故不因抵押權從屬性而消滅，得以促進不動產金融流通；後者，由於所有人抵押搭配抵押權次序固定主義，得以避免次序升進主義中所有人不得再次利用該抵押權次序為自己作有利的擔保規劃以及後次序抵押權人因次序升進所得之不當利益之產生。

①原有之所有人抵押

原有之所有人抵押，乃於自己所有物上為自己設定抵押權，亦即為未成立之債權設定抵押權，其抵押權自始即屬於所有人者。所有人抵押可分為二，一為有債權之所有人抵押，乃為將來債權擔保所設者，二為⁵⁵無債權的抵押權，無債權的所有人抵押就是所有人土

⁵⁴ 高木多喜男，同前註 34，頁 109。

⁵⁵ 松井弘興（1977），《抵当制度の基礎理論 —近代的抵当权論批判—》，148 頁，京都：法律文化社。

地債務。⁵⁶原有之所有人抵押，無論是否有得以從屬之債權，均得成立。

◎後生之所有人抵押

後生之所有人抵押，仍可分為有債之所有人抵押及無債之所有人抵押。德國對於保全抵押，承認第一次序抵押權拋棄或債權已受償時，不能由第二次序升進，故所有人抵押，若第一次序抵押權拋棄時仍可發生。⁵⁷

依據我國民律草案第 1144 條之規定：「抵押人得設定與已消滅之抵押權同一次序之抵押權，而使後抵押權之次序不動。」⁵⁸與德國相同，採取次序固定主義。然而民法立法後，我國學界及實務界均採次序升進主義，故除得由混同的除外規定而生外，不允許所有人抵押存在，然而這樣的後生之所有人抵押，和德國後生之所有人抵押相去甚遠。⁵⁹

在我國，如果要採取和德國一樣的後生之所有人抵押，首先，要解決成立從屬性的問題（這樣可以產生無債的原生之所有人抵押及後生之所有人抵押）。其次，要排除混同的原則（這樣才能產生後生之所有人抵押）。在抵押權成立從屬性方面，我們可以考慮用「將來債權」作為後生之所有人抵押的擔保債權，然而我國判例及多數學說認為，

⁵⁶ 德國流通抵押之證券抵押即此所指。（李肇偉，同前註 13，頁 442。）

⁵⁷ 李肇偉，同前註 13，頁 443。

⁵⁸ 曹傑，同前註 12，頁 200。然而於曹傑教授原文中，似乎將抵押人誤植為抵押權人。

⁵⁹ 陳棋炎教授認為，在我國民法上有關之立法，僅承認混同時例外始能成立後生之所有人抵押。（陳棋炎，同前註 52，頁 733。）李肇偉教授認為，就我國法而言，雖可由保全抵押權發生後生之所有人抵押，亦僅得由混同而生也。但由此所生之後生之所有人抵押，仍有有債之所有人抵押及無債之所有人抵押之分。前者，乃抵押債務人因混同而取得抵押權時，其抵押權之存在於第三人在法律上有利益者，其抵押權不因混同而消滅也。後者，乃抵押債權人因混同而取得抵押物之所有權時，其抵押債權之存在於所有人在法律上有利益者，其抵押權不因混同而消滅也。

所謂將來債權指「將來有發生之可能」之債權，在這樣的解釋下，這條路就此被堵住。在混同的部分，如果我們可以將債權消滅後，抵押人對於本應從屬於債權共同消滅的抵押權有「法律上的利益」，因此無論抵押人是否對於該抵押物有實際存在的特定債權，抵押權均不與所有權混同而消滅，然而在這裡，所謂「所有人法律上的利益」指的是抵押人本為抵押權人的例子，換言之，抵押人須有實際存在的特定債權，才有民法第 762 條但書適用，因此我們無法以混同的例外規定無條件的成立後生之所有人抵押。

然而，如果我們將抵押權的從屬性加以緩和，換言之，放寬「將來債權」的解釋，把她解釋為只要在抵押權實行時存在即可，不以將來有發生之可能者為限，並且將混同「法律上的利益」進一步從寬解釋，使「抵押人得再次掌握該抵押權次序之不動產之交換價值」亦該當於法律上的利益，則所有人抵押在我國的法制下，將變得有可能。

關於抵押權之證券化，依據我國不動產證券化條例之規定，不動產證券化分為不動產投資信託與不動產資產信託兩種，此外，抵押權證券則可見於金融資產證券化條例。我國的抵押權證券化，是將抵押權與其擔保債權捆在一起所發的證券，簡而言之，金融機構將其同類之債權（例如 20 年附抵押權的住宅貸款）和抵押權捆包成為證券化資產池，一起受讓給特殊目的公司或信託給特殊目的信託（公司），特殊目的公司與特殊目的信託再以所有人（債權與抵押權人）的身分，將附有不動產抵押的債權予以證券化，這個證券有可能是持分性質（特殊目的公司所發行的稱為資產基礎證券，而特殊目的信託所發行的乃受益證券），也有可能是僅具債權性的證券，無論是何種性質的受益證券，均為有價證券，得以流通買賣。抵押證券為債之性質者，即使抵押人（債務人）取得該證券，由於該證券僅表示對於特殊目的信託或特殊目的公司之一定債權，因此無權

利混同問題。在抵押證券為持分證券時，基於金融資產證券化條例所為的不動產抵押證券化，如抵押證券由抵押人取得的情形，由於抵押人的債務和抵押只是證券化標的資產池的一小部分，因此不用討論混同的問題。

此外，依據我國不動產證券化條例第 4 條關於不動產資產信託之意義：「不動產資產信託：依本條例之規定，委託人移轉其不動產或不動產相關權利予受託機構，並由受託機構向不特定人募集發行或向特定人私募交付不動產資產信託受益證券，以表彰受益人對該信託之不動產、不動產相關權利或其所生利益、孳息及其他收益之權利而成立之信託。」如欲將不動產上之抵押權予以證券化，僅有與債權共同捆綁一途，與金融資產證券化之抵押權證券化，並無相異。將抵押權與債權共同證券化的結果，可能產生證券化資產池的抵押權，債權不存在（不成立或無效）影響整個證券化內容，此點，雖然無論是金融資產證券化或不動產證券化，主管機關均對證券化資產有所把關，然而證券化資產池內的各筆債權何其多？目前，大概只能以「以多賣少」之方式（例如用 35 億元的抵押權附債權作為整個資產池（擔保）然而僅發行 30 億元的證券），才能彌補此缺憾。如果抵押證券化可以用不動產證券化的不動產資產信託來處理，則有抵押人取得該物權證券時，是否有權利混同的問題產生？思索這個問題時，只讓我想到，若為德國制度，則不會有此問題的產生。

總之，我國不採取德國「抵押權證券化」制度，在我國證券化客體為抵押權與其被擔保債權，即抵押權附債權予之證券化，抵押權附債權得以證券化方式輾轉流通，⁶⁰與日本抵押證券法、資產流動化相關法律以及美國的各種擔保資產證券化法律，走相同路線。

⁶⁰ 鈴木祿弥（1988），《物權法講義 3 訂版》，頁 190，東京：創文社。

二、抵押權移轉從屬性之突破

抵押權設定後，抵押權人得如何處分其抵押權？依據抵押權的從屬性，抵押權人得將其抵押權與擔保債權併同移轉與他人。此外，抵押權人尚得拋棄或讓與其抵押權，或為轉抵押，此為抵押權處分。舉例而言，取得土地抵押權的抵押權人，日後如有自他人處融資之必要而無適切之擔保時，得將自己保有的抵押權拋棄或次序讓與等抵押權處分給欲融資之銀行，或者日後想對融資的銀行，可以與抵押權人商討抵押權之拋棄或次序之讓與等。⁶¹其中抵押權的拋棄或讓與，可分為對整個抵押權處分及對於抵押權之次序之處分，對於抵押權次序處分，將以另文述之，而對於整個抵押權處分方法，簡述如下。

其一，抵押權之絕對拋棄：抵押權人得同時拋棄其債權與抵押權，或保留債權而拋棄抵押權（但不得拋棄債權而保留抵押權），因為不違反抵押權的從屬性，除非拋棄損及第三人之利益（例如抵押權人已將其抵押權與債權一併設定權利質權給第三人），抵押權人得任意為之。

其二，抵押權之相對拋棄：抵押權相對拋棄為日本民法第 375 條之規定，指抵押權人為同一債務人之無擔保權人之利益，相對拋棄其抵押權之謂。

其三，抵押權之絕對讓與：本文所謂抵押權之絕對讓與，係相對於抵押權相對讓與而來，指抵押權人將抵押權與其所擔保之債權，共同讓與他人者。因為不違反抵押權從屬性，抵押權人原則上得任意為之。

⁶¹ 椿寿夫（2001），〈抵押權（2）〉，《法學セミナー》，563期，頁79。

其四，抵押權之相對讓與：抵押權人讓與其抵押權給第三人，而不隨同其擔保債權共同讓與之謂。我國民法遵從抵押權移轉之從屬性之規定，因此未規定此制度，不過在日本法可見之。

其五，轉抵押：抵押權人將其抵押權（物）設定抵押權與他人也。與轉質、轉典性質相近，但在我國民法尚未見之。

以上，除抵押權的絕對拋棄與絕對讓與以外，如果我們謹守著抵押權的從屬性，則不可能有抵押權相對拋棄或讓與，也不可能有轉抵押的規定，因此，我們可以說，上述規定，除抵押權的絕對拋棄外，均帶著緩和抵押權從屬性的色彩，從另外一個角度觀之，有著抵押權是抵押權人所掌握的價值權的意味。

在惶恐於經濟競爭的時代，持有資本利益因子者，尋求對於商品價值支配的最後保障，總之，利益因子所附著的資本被抵押權擔保著，因此利益因子附著之資本之流通，伴隨著抵押權流通。最徹底的例子是德國的土地債務，⁶²然而我國法律遵守著抵押權的從屬性，而不採取德國之立法例，在抵押權流通部分，抵押權人得將其抵押權與擔保債權以共同設質或依特別法發行證券予以流通，此外，以抵押權處分之方式，稍微緩和抵押權從屬性，亦為利己因子支配的一種方法。由於我國民法並無轉抵押或抵押權相對拋棄或讓與之規定，以下日本法得為參考。

（一）轉抵押

資本貴在流通。而順應資本流動化的，就是秉持「抵押權自由處分」的流通抵押。流通抵押是德國的立法，完全打破抵押權從屬性的原則。我國仍採取抵押權從屬性，只有在對未來債權之擔保及

⁶² 遠藤浩、鎌田薰編（2004），〈基本法コンメンタール新版物權〉，《法學別冊セミナー》，頁188。

最高限額抵押權時才承認例外的情形。而鄰國日本和我國的情形相同，但是另外承認在一定的條件下，例外的可不堅持抵押權從屬性，⁶³此例外的情形即為轉抵押及抵押權的讓與。

1、轉抵押之意義

以吾人之眼光觀之抵押權為從物權，故必須從屬於債權存在。但其從屬於特定之某債權，則為事實上偶然之結合，而非法理上必備之要件，故一旦從屬於甲債權之抵押權，雖以之從屬於乙債權，亦於抵押權之性質無傷也。⁶⁴日本民法第 375 條第 1 項前段規定：「抵押權人得以其抵押權為他債權之擔保」為轉抵押的規定，我國民法雖然無此規定，然而轉抵押之規定與我國轉典、轉質相去不遠矣。

舉例而言 A 向 B 貸款 500 萬元並以其建物設定抵押權給 B，B 自己從 C 處借來 300 萬元，此時 B 得用原抵押權對此債權提供擔保。日本民法第 375 條之的規定是責任轉抵押的規定。至於承諾轉抵押，則依當事人意思設定之，不須另外規定。⁶⁵

⁶³ 此外，日本抵押權登記之流用不可不注意。被擔保債權消滅後，然未塗銷而殘存的登記，是否得為新生的債權而為抵押權之流用？日本法採肯定之見解，認為登記制度之本質為現在權利公示的手段，因此准許抵押權登記之流用。然而依據多數說之見解，如流用前有利害關係第三人出現，使得該登記對於該第三人變成無效，則該登記不得對抗該第三人。本文認為抵押權登記之流用應非擔保物權消滅從屬性之突破，亦即，原抵押權因原擔保債權消滅而共同消滅，只不過抵押權之登記殘存著，為便利起見，使抵押權人就新的債權所成立的新的抵押權，得以「流用」原抵押權之「登記」。在我國，抵押權登記之流用應不可採，理由為日本之所以得有抵押權登記之流用，是因為日本物權變動採登記對抗效力，因此就該新債權與新抵押權，即使未另為登記，抵押權還是得以成立，並可流用原抵押權登記；然而我國物權變動採登記生效制，新抵押權如不另為登記，新抵押權根本無從成立、生效，不存在的抵押權更無流用抵押權登記的問題。

⁶⁴ 王去非，同前註 5，頁 222。

⁶⁵ 舉轉質為例，我國民法雖有責任轉質的規定，然而承諾轉質呢，在解釋上，質權人本可依出質人的承諾而為轉質，因此在我國民法，沒有另外做承諾轉質的規定。是否得同依此理，就認為在我國抵押權人得經抵押人的承諾而為承諾轉抵押呢？本文認為，由於我

2、轉抵押之性質

轉抵押與轉質相似，所以，轉抵押的性質是抵押權與債權共同出質呢？還是抵押權或抵押物新興的擔保化呢？討論這些問題時，常常借用轉質的學說。⁶⁶

如果重視抵押權從屬性的話，那麼應該採抵押權與債權共同出質（設定抵押權）說，⁶⁷如果認可從屬性的緩和，則可採另外的三種學說。和轉質一樣，此三說中以抵押權再度設定說（抵押物再度設定抵押權說）為學者通說。有學者進一步的認為，雖然在轉質的情形，解釋為共同出質說，然而關於轉抵押，由於債權絕對不是抵押權的標的，因此將轉抵押定義為掌握標的物價值，將之設定抵押權的解釋較為妥當。⁶⁸

3、轉抵押之要件⁶⁹

（1）轉抵押之被擔保債權額得超過原抵押之被擔保債權額

國民法對於抵押權從屬性的要求較為嚴格，且若欲「舉重以明輕」法律並無責任轉抵押「重」的規範，因此，在我國應不認可承諾轉抵押。

⁶⁶ 松井弘興、鈴木龍也、上谷軍、今村与一、中山知己（2006），《プリメール民法2物權担保物權法「第3版」》，頁177，京都：法律文化社。

⁶⁷ 柚木馨、高木多喜男（1973），《担保物權法》，1973年新版，頁303，東京：有斐閣。柚木教授雖然認為，雖然同為日本民法第375條所定抵押權處分，然而轉抵押與其他抵押權處分不同，應採抵押權與債權共同出質說（設定抵押）。柚木教授亦主張轉質之共同出質說，因此其他種抵押權處分肯定抵押權之獨立性，而轉抵押則不然也。

⁶⁸ 船越隆司，同前註37，頁238。

⁶⁹ 日本民法第376條：「1 前條情形，非依第476條規定通知主債務人抵押權處分或得主債務人承諾不得對抗主債務人、保證人、抵押人及其繼受人。2 主債務人受前項通知或為承諾時，非得受抵押權處分利益者之承諾不得以其清償對抗該受益人。」由於日本民法不動產物權之變動採意思變動主義，因此轉抵押之設定必須符合第376條第1項之規定。在甲乙通謀虛偽設定抵押權後，乙為丙設定轉抵押且經登記的情形，即使丙「現在」不具備日本民法第376條第1項所定之對抗要件，丙對於甲亦無塗銷其轉抵押權之義務。（昭和53年（オ）1213號、昭和55年9月11日第一小法庭判決，吉井直昭（1983），〈最高判決所判例解說〉，《法曹時報》，第35卷，第11號，頁117。）

舊說認為，由於轉抵押人僅在原抵押權擔保債權範圍內把握轉抵押標的物的擔保價值，因此轉抵押之被擔保債權範圍必須在原抵押被擔保債權之內，然而近來通說則認為，原抵押權人的債權額大於轉抵押權人的債權額，並非轉抵押權的成立要件。在轉抵押擔保債權額大於原抵押擔保債權額時，例如原抵押債權額為 1000 萬元，而轉抵押債權額為 1100 萬元時，轉抵押權人，有效的取得轉抵押權，得於原抵押權的被擔保債權額 1000 萬限度內受到優先清償。

(2) 轉抵押之被擔保債權之清償期並無限制

由於無論轉抵押被擔保債權清償期先於或後於原抵押被擔保債權清償期，在法律適用及解釋下，均不對原抵押之抵押人產生不利利益，因此轉抵押的被擔保債權的清償期並無限制。

①轉抵押擔保債權清償期先屆至：即使轉抵押權的被擔保債權清償期來到，在原抵押權被擔保債權清償期屆至前，不得實行轉抵押權。轉抵押權人實行原抵押權時，得較原抵押權人優先受償。

因此原抵押之債權人（抵押人），從自己負擔的被擔保債權額中，對於轉抵押權人，得為了轉抵押人，清償轉抵押人的本金和利息，剩餘部分，如對轉抵押人清償，則轉抵押權與原抵押權，均為消滅。原抵押人為了轉抵押人清償，是利害關係人的清償，因此轉抵押人不得異議，而轉抵押權亦不得拒絕受領，如其以任何理由拒絕受領，則原抵押人得將其金錢予以提存。⁷⁰

②原抵押擔保債權清償期先屆至：通知並得其承諾轉抵押後，債務人未得轉抵押權人承諾而對於原抵押人清償，則不能以其清償對抗轉抵押權人（日本民法第 376 條債務人非經轉抵押權人的承諾），因此未得轉抵押權人的承諾，債務人不得清償其債務，此時

⁷⁰ 我妻榮（1971），《新版民法案內V》，頁 131，東京：一粒社。

如原抵押權的被擔保債權屆至而拍賣抵押不動產，若轉抵押的被擔保債權之清償期未來到，則由於轉抵押無法受到分配，必須將該分配金額予以提存。

換言之，轉抵押與轉質相同，轉抵押的效力優先於原抵押權效力。

A、如果抵押物被拍賣，轉抵押權人得就該抵押物優先受到清償，而原抵押人僅得就剩餘額受償。

B、如果原抵押人（債務人）將其債務金額予以提存，轉抵押權人較轉抵押人對該提存金有優先受償權。

C、只不過由於轉抵押權相對於轉質，有不動產登記得以保護之，因此不像轉質一樣必須對於轉質與質權的清償期斤斤計較，而得以上述簡易的方法，支持轉抵押的被擔保債權清償期得後於抵押之被擔保債權清償期。

（3）轉抵押之設定無須得到原抵押人之同意

關於轉抵押之性質，雖然學說多所分歧，然而多數說均認為，在近代抵押權理想的背景中，嘗試著和被擔保債權做切割的法律夠成爲擔保化的手段，因此抵押物轉抵押說爲通說。但轉抵押的效果不得不承認受到被擔保債權強力的拘束，⁷¹結果轉抵押被解釋爲抵押

⁷¹ 石田喜久夫（1986），《物權法拾遺》，頁 172，東京：成文堂。『任何人不得將大於自己擁有的權利移轉給他人，擔保權人，僅有在自己支配標的物價換價值的限度內，處分自己的權利。而且，轉擔保的債權額不得不同或低於原擔保債權額，又，其清償期不得早於或等同於原被擔保債權額的清償期。雖然有許多有力的學者反對我的說法，但是反對論的理由實益論，應該不能和基本的思考相左。抽象的來說，將設定人支配下的客體交換價值，在沒有某些權限的情況下，擔保權人得以處分，根本有背於法理。因此，法律規定「質權人於其權利存續期間內，得以自己之責任爲質物轉質」，這樣的旨趣，當然在轉抵押可以類推之。』

權與被擔保債權共同擔保化的立場還是難以改變，更何況是債權人與債務人分離這件事情，更是當然的不會被考慮了。⁷²

(4) 轉抵押須遵循物權的變動要件

轉抵押是抵押權之設定，故此為當然之道理。

4、轉抵押之效果

(1) 對於轉抵押權人之效果：實行轉抵押權，必須原抵押權之被擔保債權與轉抵押被擔保債權均至清償期。由於轉抵押優先於原抵押權，因此抵押物所拍賣所得金額，由轉抵押權人優先受償。⁷³

(2) 對於原抵押權人之效果：由於轉抵押權存在於原抵押權上，因此原抵押權人不得放棄其抵押權，原抵押權不能因為被擔保債權消滅而消滅，一般而言，轉抵押人不能受到清償，也不能聲請拍賣。因此日本判例認為，轉抵押擔保債權與原抵押擔保債權相同或者較高額度時，原抵押權人由於無實益，不得實行其抵押權。相反的，原抵押權擔保債權額大於轉抵押擔保債權額時，原抵押權人得實行自己的抵押權，並就兩者差額優先受償（大決昭 7.8.29）。⁷⁴

批判上述判例的學說則認為，即使在原抵押權擔保債權額大於轉抵押擔保債權額的情形，原抵押權人也僅能請求提存原抵押權擔保債權額的全額。不用說，轉抵押權人一定會去聲請拍賣抵押物。本來，即使轉抵押權人自己的債權已屆至清償期，但也不一定能馬上聲請拍賣，如果原抵押權擔保債權的清償期未到，還是不得不得等待其到來。在原擔保債權清償期先屆至的情況，則解釋為轉抵押權

⁷² 奧田昌道等 7 人編輯，同前註 6，頁 66。

⁷³ 椿寿夫（2002），〈抵押權（5）〉，《法学セミナー》，第 566 期，頁 104。

⁷⁴ 篠塚昭次、前田達明編（1991），《新・判例コンメンタール民法 4 担保物權》，頁 126，東京：三省堂。

人對原抵押權人請求提存（日本民法第 367 條第 3 項參照）。對於原抵押權人來說，由於考慮到取得轉抵押權人的承諾甚為麻煩，因此不拘於請求的有無，以提存清償的方法是為甚佳。⁷⁵

至於在我國民法的架構下，是否有實行轉抵押的可能呢？我國民律第二次草案第 1191 條規定：「地上權及其他關於不動產物權，得為抵押權之標的物」，似曾採取容許轉抵押之立場。⁷⁶王去非教授說到：「我國民法則皆禁止之。蓋以抵押權為從物權，與主債權有不可離之關係。使為他債權人之利益計，離主債權而讓與其抵押權及其次序，或為自己之利益計，以抵押權為他債權之擔保，則大反乎抵押權為從物權之本質。且使法律關係愈趨複雜，於抵押人往往不利，故特禁止之也。（民法第 870 條）」⁷⁷實務上，司法行政部台（四二）公叁字第八七八號函：「查抵押權不得由債權分離而為讓與，或成為其他債權之擔保，為民法第 870 條所明定，前大理院三年上字第一二四號判例，認以抵押權另行轉抵押有效者，於民法物權編施行後，已不適用，如抵押權人對於第三人負有債務，而必須以其抵押權為擔保時，只有依民法第 900 條之規定，將其債權連同抵押權為抵押標的設定權利質權，依上說明，以抵押權為標的，再設定抵押權，在現行法上似乏根據。」亦否定之，⁷⁸此外，曹傑教授及倪江表教授則認為未規定轉抵押，可避免法律關係之複雜化。但是他們認為，在立法論上，以從日本轉抵押之規定為是。⁷⁹在我國物權編修正委員會中，曾討論是否要明文肯定轉抵押制度，但新法仍未採之，因此目前我國仍無轉抵押之制度，惟仍得以抵押權所擔

⁷⁵ 松井等 5 人合著，同前註 66，頁 178。

⁷⁶ 陳榮隆（2007），〈擔保物權之新紀元與未來之展望〉，《台灣本土法學》，第 93 期，頁 33。

⁷⁷ 王去非，同前註 5，頁 238。

⁷⁸ 梁代君（1983），《民法爭議問題(物權篇)》，再版，頁 138，台北：保成。

⁷⁹ 倪江表（1965），《民法物權論》，第 4 版，頁 278，台北：正中；曹傑，同前註 12，頁 190。

保之債權去設定權利質權，而使其效力及於抵押權。⁸⁰

轉抵押，不用擔心擔保價值低落，而得確實處分抵押權，雖然在擔保處分容易的情形於日本金融實務界有盛行的可能，然而其實行的手續複雜，又金融實務方面不喜為之，結果，在日本轉抵押的利用十分消極。⁸¹詳言之，只有在大廈入居保證金（大廈之承租人對於出租人支付之保證金）銀行給承租人融資時，作為保證金之返還請求權之擔保承租人作為抵押權人，對於該大廈所設定之抵押權，為了擔保銀行的融資而設定轉抵押，或系列金融機關的下位對於上位（例如子銀行與母銀行）進行轉抵押以外，轉抵押並不太被使用，理由為，在日本設定轉抵押須要滿足登記與通知（債權讓與之通知）雙重對抗要件手續複雜，原抵押權的被擔保債權清償期未來到，則不得實行轉抵押權。此外，轉抵押在已經融資的情形，保全該債權且使回收容易，被作為最後的手段。於此情形，原本就是非常勉強的型態，必然地引起許多麻煩。在 90 年代泡沫經濟崩壞後，關於不動產擔保、執行等判決中，此種病理性的轉抵押事例令人注目。⁸²

無論如何，依據我國學者通說，在我國民法架構下，由於物權法定主義，無轉抵押的可能，此不僅指責任轉抵押而言，關於承諾轉抵押，本文認為，由於舉重（責任轉抵押）以明輕（承諾轉抵押）的法理無從適用起，因此在我國亦無成立承諾轉抵押的可能。陳榮隆教授認為：「如果承認轉抵押，其優點在於增加抵押權融通之管道，使抵押權在融資上較為方便，此外亦得使抵押權脫離從屬性之桎梏而更具有獨立性，以符合未來抵押權發展之趨勢；再者，亦得

⁸⁰ 陳榮隆，同前註 76，頁 33。

⁸¹ 小野幸二（2006），《基本民法シリーズ 2 物權法》，第 3 版，頁 320，東京：八千代出版株式會社。

⁸² 松本恒雄（1996），〈転抵当と被担保債権の譲渡・質入れの競合〉，《法学教室》，第 188 期，頁 88。

與質權上有轉質、在典權中有轉典之規定，於抵押權中卻無法藉由轉抵押制度使抵押權之利用得以活絡。」⁸³陳榮隆教授說的好，轉抵押的確使抵押權之利用得以活絡，然而如引進轉抵押，是否容易造成不動產擔保泡沫化的情形？其後果應予再三考量。雖然轉抵押使抵押權人得靈活地掌握抵押物的擔保價值，然而使抵押權之利用得以活化的效果，前提是各擔保債權都能順利清償，若非如此，則又造成金融風暴的原兇之一—呆帳，易引起社會恐慌。

(二)抵押權相對讓與

日本民法第 375 條第 1 項前段規定：「抵押權人得為同一債務人之其他債權人之利益為抵押權（或其次序）之讓與或拋棄。」，本文稱之為抵押權相對讓與。

1、抵押權相對讓與之意義

這裡說的抵押權相對讓與和我國學者所稱抵押權讓與（抵押權與債權併同讓與，本文稱為抵押權之絕對讓與）⁸⁴並不相同，並非遵循抵押之從屬性，而是跳脫之，在我國無如是之立法。

依據日本民法第 375 條第 1 項前段規定：「抵押權人得為同一債務人之其他債權人之利益為抵押權（或其次序）之讓與或拋棄。」舉例而言，A 將其所有 8000 萬元的不動產上，設定第一次序抵押權給 B（債權額 6000 萬元）、第二次序抵押權給 C（債權額 2000 萬元）之後，A 從 D 處融資 2000 萬元時，並不為設定第三次序抵押權，而是得到 B 的協力，B 為了 D 的利益，讓與自己的抵押權，於此限度內變成無擔保債權人，這就是抵押權相對讓與。

⁸³ 陳榮隆，同前註 76，頁 33。

⁸⁴ 鄭冠宇（2005），〈抵押權讓與〉，《台灣本土法學雜誌》，第 67 期，頁 117。

日本民法第 375 條抵押權讓與，只要在「為同一債務人之其他債權人之利益」的條件下，即得讓與之，與我國所稱抵押權須與債權併同讓與之，有所不同。前者，使抵押權和其擔保債權分離，而僅處分抵押權；後者則不得分離而為處分、謹守抵押權從屬性之規範。日本民法對於抵押權讓與並非採取毫無限制的態度，因此，除本條的情形外，日本學者一般所稱「抵押權讓與」，與我國的規定並無不同。為了於文中不造成兩者之混淆，本文將日本民法第 375 條第 1 項抵押權讓與，簡稱為"抵押權相對讓與"。

2、抵押權相對讓與之性質與效力

抵押權相對之讓與雖然大大的緩和抵押權的從屬性，但是和德國流通抵押完全地承認抵押權具有獨立地位，仍有所不同。依據日本民法第 375 條被讓與的抵押權，仍然侷限於「同一債務人之債務」，故仍未完全地從抵押權從屬性跳脫出來。該條抵押權讓與效力有下列兩說；

(1) 絕對效力說：被擔保債權與抵押權切割而分離，只有抵押權移轉。

(2) 相對效力說：抵押權並非從債權分離而被讓與，對於第三人而言，抵押權人一直擁有抵押權，只不過在抵押權與抵押權受讓人間，由抵押權受讓人享受優先權，而且此效果僅限於雙方之間債權的效果，所處分者，為實行抵押權人抵押權之際，抵押權人得以分配額受償這樣的物權地位。⁸⁵

例如 B 讓與抵押權給 D 的情形，若 D 之債權已受清償，如依據絕對效力說，則 B 的第一次序抵押權不復活，相對的，如果依據相對效力說，則 B 得以第一次序抵押權人的地位受到分配。又 A 對於

⁸⁵ 奧田昌道等 7 人編輯，同前註 6，頁 67。

B 清償時，依據絕對效力說則不影響 D 的地位，相對的，依據相對效力說，由於的抵押權消滅，因此 D 不能行使該抵押權。日本通說採相對效力說，理由有二。

其一，由於 1971 年日本民法部分修正新增抵押權次序變更制度（日本民法第 373 條第 2 項、第 3 項）以及最高限額抵押權新處分形態（日本民法第 398 之 1 條以下），使絕對效力說的維持變得困難，因為抵押權讓與以外的處分，如次序讓與的效力，是相對效力的緣故。

其二，日本民法第 367 條第 2 項規定：「主債務人受前項通知或為承諾時，未得受抵押權處分利益者之承諾而為清償，不得對抗受益人。」如果採絕對效力說，本條即成為贅文，換言之，日本民法以採相對效力說為前提，因此有日本民法第 367 條第 2 項的規定。

⁸⁶

3、抵押權相對讓與之限制

受讓人之債權額、清償期不須於讓與人之債權額、清償期範圍內，只不過，受讓人無法得到大於原抵押權的利益。

受讓人限於對於同一抵押不動產無抵押權者。由於日本民法第 357 條尚有抵押權次序讓與，故受抵押權讓與之人，如對同一抵押物有抵押權，則抵押權人僅得為抵押權次序讓與。換言之，第 375 條抵押權讓與僅得對無抵押權之債權人為讓與。⁸⁷

4、抵押權相對讓與之效果

其一、受讓人的債權於讓與人的抵押權次序及擔保額度被擔

⁸⁶ 淡路剛久等 4 人合著，同前註 40，頁 272。

⁸⁷ 遠藤浩等 6 人合著，同前註 42，頁 181。

保。如果受讓人的被擔保債權額大於讓與人的被擔保債權額，則讓與人失其抵押權；反之，在雙方差額內，讓與人與受讓人準共有該抵押權。舉上例而言，拍賣所得 8000 萬元，第二次序抵押權由 B 和 D 準共有，自 B 本來可以受到分配的 6000 萬元，首先由受讓人受到分配，剩餘的才由讓與人 B 受到分配（D2000 萬元、B4000 萬元）。

其二、抵押權讓與，不影響後次序抵押權人。

其三、抵押權的讓與產生抵押權移轉的物權效果，因此受讓人基於該權利行使拍賣，對於第三人得主張優先受償。

其四、由於受讓人的優先受償權受限於讓與人的被擔保債權額、清償期之限制，因此抵押權讓與的效果是相對的，不影響第三人利益。依上例，D 雖然可以實行抵押權而優先受償，然而受到 B 被擔保債權額及清償期的限制，因此抵押權讓與不影響第三人的利益。

其五、受讓人僅有在自己的債權屆至清償期以及讓與人的債權屆至清償期時，才可實行抵押權。但是在抵押權準共有的情形，讓與人在自己債權清償期到來時得實行抵押權。此時，受讓人的債權清償期若尚未到來，則提存受讓人的分配額。⁸⁸

（三）抵押權相對拋棄

這裡所說的抵押權相對拋棄和我們認識的抵押權之拋棄有異，在我國無此般之規定。我們認識的抵押權之拋棄，指債權人絕對拋棄其抵押權，成爲一個無抵押權的普通債權人。此謂抵押權之拋棄，乃日本法上之規定，係指抵押權人爲同一債務人之無擔保債權人之

⁸⁸ 遠藤浩等 6 人合著，同前註 42，頁 182。

利益，相對拋棄其抵押權。⁸⁹舉例而言，債務人 A 價值 2500 萬元的土地上有 B 1000 萬元的第一次序抵押權、C 1500 萬元的第二次序抵押權，A 另外還有普通債權人 D 3000 萬元。此時，C 為了無擔保債權人 D 拋棄他的第一次序抵押權。拋棄時，B 只有對於 B 可以主張優先權，此時拍賣所得金額 2500 萬元中，D 本來可以受到的 1000 萬元的分配額，由 B 和 D 兩人以其債權額比例受償，也就是，第二次序抵押權，由 B 得到 250 萬元、D 得到 750 萬元。而 C 並不受抵押權拋棄的影響。⁹⁰

此種抵押權之拋棄，亦為抵押權從屬性之舒緩，和抵押權次序拋棄不同的是，次序拋棄的受益人須為抵押權人，而抵押權拋棄的受益人則為特定無擔保債權人。在我國民法物權編的規制下，無從成立此種抵押權之拋棄，因為該抵押權之拋棄的成立要件，在於抵押權移轉從屬性的緩和，然而依據我國民法第 870 條之規定抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保，因此如非特別立法，則在我國不可行也。

三、抵押權消滅從屬性之突破⁹¹

⁸⁹ 法曹會（1981），《物權法（下）》，第 2 版，頁 226，東京：財團法人法曹會。

⁹⁰ 白羽佑三、山田卓生（1986），《民法講義ノ下（3）担保物權》，頁 125，東京：有斐閣。

⁹¹ 日本民法第 467 條第 1 項「指名債權讓與之對抗要件」規定：「I 指名債權之讓與，非經讓與人通知債務人或得債務人之承諾不得對抗債務人及其他第三人。」其第 468 條第一項本文並規定「I 債務人未保留異議而為前條之承諾時，得對抗讓與人之事由亦不得對抗受讓人。」如果擔保債權基於清償等原因已消滅，債權人在抵押權消滅登記前讓與債權及抵押權，而債務人又無異議而為承諾，抵押權是否依據第 468 條與債權復活？日本判例及多數學說認為，此時債權即使消滅、抵押權亦隨同復活的債權一同復活。（請參考奧田昌道等 7 人編輯，同前註 6，頁 64。）換言之，擔保債權雖經清償而一度消滅，然而抵押權還是為復活（新生的）債權而存在，本文以為，此應為抵押權消滅從屬性之例外。而在我國債權讓與之通知依據第 297 條為成立要件，此通知為觀念通知，債務人不須為任何承諾。如債務人已清償其債務，而債權人仍為債權讓與之通知時，由於已「無

談論到抵押權消滅從屬性之突破，應介紹瑞士空白擔保制度。所謂空白擔保制度係指同一不動產上設定先後次序不同之數抵押權者，先次序抵押權消滅時，後次序抵押權人不能請求升進次序，而保留為空白之擔保位置，不動產所有人得用以設定另一新抵押權而言（瑞士民法第 814 條第 1 項、第 2 項）。此制為瑞士民法所採用，該法將不動產抵押權消滅後之次序，保留為空白擔保位置，與德國民法成立所有人抵押顯有不同。不僅如此，該保留之空白擔保位置，於未設定新抵押權以前，如標的物之不動產變賣時，該賣得之價金即由後次序之抵押權人，依權利次序分配之（瑞士民法第 815 條），是以發生與後次序抵押權升進次序之相同效果。準此以觀，瑞士民法之後次序抵押權人不致受到如德國民法之所有人抵押制度下之不利，而保留之空白擔保位置，不動產所有人可用以設定該抵押權，獲取有利之融資。⁹²吾人須注意有抵押權消滅從屬性之突破，空白擔保制度才變得有可能。此外，本文認為空白擔保制度宜予日本抵押權登記之流用做一區別，前者為抵押權消滅上從屬性的突破，後者原抵押權因債權清償而消滅，只不過「原抵押權之登記」被流用，亦即，前者得對抗空白擔保成立後陸續出現的利害關係第三人，而後者則不足以對抗之。由於日本法物權變動採取登記對抗效力，且認為登記制度之本質為現在權利公示的手段，因此准許抵押權登記之流用，其與空白擔保制度簡單比較如下。

債可讓與」，該通知無任何意義，沒有債權經過債務人承諾而復活的問題。而抵押權亦於擔保債權受清償時依從屬性原則併同消滅，並無復活之例外。只不過，如果債務人在受到通知之後，在明知債務已消滅的情況下仍另為承諾，該承諾是否不具意義而使債務人對於債權受讓人的清償為非債清償？或者可將其承諾視為新債的產生？如果承諾不具意義（對於不存在的權利為承諾），沒有抵押權復活的問題；如果是新債問題，抵押權已從屬於就債務而併同消滅，亦無抵押權復活之問題。

⁹² 謝在全（2000），〈抵押權次序升進原則與次序固定原則〉，《台灣本土法學雜誌》，第 7 期，頁 8。

表格 1：空白擔保制度與抵押權登記之流用

	空白擔保制度	抵押權登記之流用
意義	先次序抵押權消滅後，該抵押權之交換價值由抵押保證人留，後次序抵押權人次序不得升進，抵押權人得就該部分擔保價值另外設定抵押權。	原抵押權因債權清償而消滅，殘留下來的抵押權登記，如與該抵押權人有新的債權與抵押權產生，得新抵押權得流用原抵押權之登記。
性質	抵押權消滅從屬性之突破。意味著抵押人對於擔保物價值權之掌握。	來自於物權變動之對抗效力與便利及公示效力。
抵押權人	抵押人得為任何一人設定新抵押權人。	新抵押權人須為原抵押權人。
對於利害關係人之效力	對於利害關係人均有效力。	流用無對抗利害關係人之效力。

由於我國民法不承認空白擔保制度與所有人抵押，因此在我國，抵押權具有消滅之從屬性，應是沒有例外的。參考前述德國民法，以及日本民法第 468 條抵押權復活的問題，可知關於抵押權還是有消滅從屬性突破的可能。

肆、結語—抵押權從屬性突破之他國制度的可行性

為謀求一國的經濟發展，必須力圖企業的維持發展，為使企業追求營利及使社會經濟發達，對於如企業血液般的資金之獲得，當然地須下法的功夫。⁹³上述西歐的近代法，為了因應新資金的需要而

⁹³ 水島広雄（1981），《特殊担保法要義—企業担保法論綱—》，第 2 版，頁 1，東京：八千

確立銀行的制度，並朝著迎向抵押權制度的發展期，使抵押權從屬性日漸緩和甚至廢棄之，而觀察鄰國日本抵押權的發展方向，可分為三。⁹⁴

其一、擴大抵押權之客體，使不動產以外的財產如汽車等等高價物品以及各種財團也成為抵押權之客體，如我國的動產擔保交易法，即為一例。

其二、抵押權從屬性的緩和，依據擔保物權從屬性，擔保物權必須與其所擔保債權之成立、移轉、消滅同其命運。如果嚴格遵守擔保物權從屬性，則有過度僵化之虞，不免阻礙企業金融之靈活運用，不能發揮抵押權之現代效能。故適用法律時，關於抵押權從屬性，不得不從寬解釋，即只須將來實行抵押權拍賣抵押物時，有被擔保之債權存在即可，於抵押權成立時，可不必先有債權存在。⁹⁵

其三、抵押權流通化之促進：抵押權的流通，從債權人方面使其投下的資金易於回收，從債務人觀之，具有短期借貸資金長期資金化的效能。

依據抵押權獨立性原則，抵押權自從屬於擔保債權的地位被解放，被賦予具有獨立的交換價值的地位。如此結果，抵押權的流通

代出版株式會社。

⁹⁴ 松井弘興等五人合著，同前註 66，頁 137。除了闡述本書對於上述「擔保至上主義」並有所批判，甚為有趣，雖與本文主旨無關連，擬節錄於此註中：「民法被制訂時，起草人們，對於抵押權制度的活用可以作為產業資本資金調度手段，還非常欠缺認識。因此僅以民法上的抵押制度無法滿足企業旺盛的資金需要，因此依靠許多的特別法，依據上述三個方向的制度發展、成形。而且不僅於立法，即使在法律解釋及運用方面，學說及判例毫無遲疑地努力的累積、重疊、強化抵押權的效力。但是最近，懷疑「擔保至上主義」，特別是對於借用擔保以助長不動產擔保金融這個法律觀點日益加深。也有人問，如此的演變，是否使擔保制度變成獲得投機交易資金的手段呢？」

⁹⁵ 姚瑞光，同前註 11，頁 210。

性因此被確保。換言之，因為被擔保債權的不成立、消滅等等的瑕疵，不會影響抵押權的成立或存續。⁹⁶

如無債權，即無擔保物權，此即謂擔保物權從屬性。換言之，由於擔保物權為擔保債權，有債權才有擔保物權的產生與存在，如債權基於清償等原因而消滅，擔保物權亦同消滅。但是從屬性要在什麼樣的程度被認可？必須分別依據各種擔保物權而檢討之，⁹⁷這也是本文寫作的重心。就擔保物權之本質而言，如站在保全擔保之見地而觀之，此項從屬性，係擔保物權之本質上當然所應承認者。惟如站在價值權之見地而觀之，此項從屬性，則未必與擔保之本質所不可分者也。是故，此項從屬性，就約定擔保物權而言，於種種場合，其從屬性之原則，已被打破。⁹⁸

上述各國之擔保法制，最值得注意者，為瑞士的空白擔保制度與德國的流通抵押制度，其中流通抵押制度，被鈴木祿彌教授批判：「投資抵押發展自十八世紀普魯士農業資本主義化之發展，自古以來以領地農民服勞役耕種的封建貴族，被英國先進的資本主義刺激，因此次第捲入商品經濟，在將自己農業朝向資本主義化經營過程時，為了充實資金而形成以其土地為擔保融資的必要性，由保全抵押往投資抵押的方向，是資本主義發展的特異態樣，在德國、特別是普魯士妥當，然而在他國則非也。」⁹⁹川井健教授更認為：「通說上認為抵押權具有價值權的本質，然而，第一、由抵押權靜態面觀之，未觸及標的物之使用收益價值。第二、由動態面觀之，交換價值之支配，意味著應被債權擔保的框架限定。從這兩個角度認為抵押權為價值權是正當的。然而，是否能將全部的抵押權一貫以價

⁹⁶ 遠藤浩等 6 人合著，同前註 42，頁 112。

⁹⁷ 遠藤浩等 6 人合著，同前註 42，頁 9。

⁹⁸ 張龍文（1977），《民法物權實務研究》，頁 113，台北：漢林。

⁹⁹ 星野英一編（1984），《民法講座第 3 卷物權(2)》，頁 40，東京：有斐閣。

值權說明之，仍有疑問。價值權說著眼於抵押權終究會奪走抵押人的所有，並非妥當。」¹⁰⁰星野英一教授認為：「公示原則、特定原則、次序確定原則、獨立原則、流通性確保原則等五原則，被德國學者稱為近代抵押權之特質，但是前兩項原則不害於第三人為當然，然而後面兩原則，則因為源自於德國特殊之情形，不能說缺少此兩者，即非近代的抵押權。」¹⁰¹

上述西歐制度如何引進我國？謝在全教授認為：「近代抵押權自保全抵押向投資抵押發展，然而屬德國抵押權進化之特色，而非世界普遍性、一般性之態樣，而其本質為價值權之見解，雖足使吾人能更認識抵押權乃係以支配標之物之交換價值為其主要內容，價值權為其一項重要客觀性質，從而具有法解釋學上之相當效能，然而若據為唯一之指針，則似非必然。我國企業界及金融界已習慣於抵押權次序之升進，未聞應改採次序固定原則之異聲，故民法物權修正時仍維持次序升進，應仍屬符合國情，難謂有誤。為標之物交換價值之有效力而言，瑞士民法之空白擔保制度確甚有參考價值，故有必要時，以特別法採取空白擔保位置制度，此際例外地引進次序固定原則，並以瑞士民法之規定為運用模式，對促進國內金融及抵押權之發展，必有相當助益。」¹⁰²陳榮隆教授則以德國土地債務，對於土地所有人而言，符合間接金融朝向直接金融發展的潮流。本文認為，在我國法學家解釋普通抵押權成立之從屬性日漸趨緩的情形下，我國對於抵押權成立之從屬性已趨向法國法制，故法國法對於此部分之解釋亦可多加參考；而瑞士空白擔保制度，誠如謝在全教授所言，甚有參考價值，且如引進我國，對於我國普通抵押權制度並沒有本質上的改變，故較無排斥的問題；德國流通抵押，以擴

¹⁰⁰ 星野英一（1981），《民法概論Ⅱ（物權、担保物權）》，頁240，東京：良書普及會。

¹⁰¹ 川井健，同前註28，頁37。

¹⁰² 謝在全，同前註92，頁10。

張抵押權登記之公信力為方法，使登記公信力即於債權，並認可債權之善意取得，似可使不動產證券化或金融資產證券化更順利推行；德國土地債務，使土地所有人得不透過他人（債權人）直接使土地價值得以顯現，而且並非如日本轉抵押有價值泡沫化的疑慮，亦為良法；不過日本轉抵押，雖然跳脫抵押權從屬性，使抵押權人得以掌握擔保物之價值權，不過本文認為轉抵押有使抵押權價值虛化的疑慮，¹⁰³如欲引入，則須注意。

¹⁰³ 擔保標的物既以擔保原抵押權之債權，復又因轉擔保就同一抵押權次序又擔保轉擔保之債權，又轉擔保又有多重轉擔保發生的可能，因此亦使抵押權價值虛化，亦即泡沫化的可能。

參考文獻

一、中文部份

- 王文宇(2003)。《民法理論與經濟分析(二)》。台北：元照。(Wen-Yu, Wang (2003), Theories of Civil Law and Economic Analysis Vol. 2, Taipei: Angle)
- 王去非(1942)。《民法物權論》，第9版。上海：曾文堂新記。(Chiu-Fei, Wang(1942), Civil Law- Property, 9th ed., Shanghai: TzengWenTangShinJi)
- 朱柏松(2005)。〈論不同抵押權之效力〉，《月旦法學雜誌》，第124期，頁177-200。(Bo-Sung, Chu (2005), Discussion On Effects of Different Mortgages. The Taiwan Law Review, 124: 177-200)
- 李肇偉(1977)。《民法物權》，第4版。台北：作者自版。(Chao-Wei, Lee(1977), Civil Law-Property ,4th ed., Taipei: Self Publisher)
- 林誠二(2007)。〈將來債權讓與之效力〉，《月旦法學教室》，第57期，頁16-17。(Cheng-Er, Lin (2007), Effects of Remising Prospective Creditor's Right. Taiwan Jurist, 57: 16-17)
- 姚瑞光(1975)。《民法物權論》，第4版。台北：大中國。(Ruei-Guang, Yao(1975), Civil Law-Property ,4th ed., Taipei: DaChungKuo)
- 倪江表(1965)。《民法物權論》，第4版。台北：正中。(Chiang-Biau, Ni(1965), Civil Law-Property ,4th.ed., Taipei: Cheng Chung)
- 孫憲忠(1999)。《德國物權法》。台北：五南。(Shian-Chung, Sun(1999), Germany Civil Code- Property, Taipei: Wunan)
- 張龍文(1977)。《民法物權實務研究》。台北：漢林。(Lung-Wen, Chang(1977), Research on Practices of Property Rights, Taipei: HanLin)
- 曹傑(1967)。《中國民法物權論》，第2版。台北：台灣商務印書館。(Jie, Tsau(1967), Chinese Civil Code- Property, 2nd ed., Taipei: The Commercial Press, Ltd)
- 梁代君(1983)。《民法爭議問題(物權篇)》，再版。台北：保成。(Dai-Chun,

- Liang(1983), Discussion on Dispute of Civil Law(Property), 2nd ed., Taipei: BauCheng)
- 陳棋炎 (1984)。〈關於所有權人抵押本質之研究〉，鄭玉波主編，〈民法物權論文選輯（下）〉。台北：五南。(Chi-Yan, Chen (1984), Research on Mortgages of Ownership, Dissertation of Civil Law-Property Vol.2, Edit by Yu-Po, Cheng, Taipei: Wunan)
- 陳榮隆 (2007)。〈擔保物權之新紀元與未來之展望〉，《台灣本土法學雜誌》，第93期，頁22-63。(Rung-Lung, Chen (2007), New Appearance and The Futurity of Security Interest, Taiwan Law Journal, 93: 22-63)
- 陳榮隆 (2007)。〈擔保物權新修正評析專題研究系列之一新民法擔保物權修正草案總覽〉，《月旦法學雜誌》，第141期，頁208-236。(Rung-Lung,Chen(2007), Research on Revision of Security Interest (I)-Draft of New Civil Law on Security Interest, The Taiwan Law Review, 141: 208-236)
- 陳榮隆 (2007)。〈擔保物權新修正評析專題研究系列之二—新普通抵押權立法之評析（上）〉，《月旦法學雜誌》，第145期，頁221-245。(Rung-Lung,Chen(2007), Research on Revision of Security Interest (II)-Comment on New Edition of Ordinary Security Interest Vol.1, The Taiwan Law Review, 145: 221-245)
- 費安玲 (2003)。《比較擔保法—以德國、法國、瑞士、義大利、英國和中國擔保法為研究對象》。北京：中國政法大學。(An-Ling, Fei(2003), Comparison of Guarantee Law- From Guarantee Law of Germany, France, Switzerland, Italy, Britain and China, Beijing: China University of Political Science and Law)
- 楊與齡 (1976)。《民法物權》。台北：五南。(Yu-Ling,Yang (1976), Civil Law-Property, Taipei: Wunan)
- 溫豐文 (2001)。〈論不動產登記—以探討民法物權編修正草案之規定為主〉，《月旦法學雜誌》，第68期，頁108-121。(Feng-Wen, Wen(2001),

- Research on Registration of Immovable Property- Analysis of Draft Articles of Civil Law-Property, The Taiwan Law Review, 68: 108-121)
- 劉得寬(1984)。
〈抵押權之附從性與特定性〉, 鄭玉波主編《民法物權論文選輯(下)》。台北:五南。(De-Kuang,Liu (1984), The Accessory and Specific Character of Hypothec, Dissertation of Civil Law-Property Vol. 2, Edit by Yu-Po,Cheng, Taipei: Wunan)
- 鄭冠宇(2005)。
〈抵押權讓與〉,《台灣本土法學雜誌》,第67期,頁177-183。(Kuan-Yu,Cheng(2005) Remise of Hypothec, Taiwan Law Journal, 67: 177-183)
- 謝在全(1942)。
〈債權質權之展望—上—〉,《司法週刊》,第1336期,頁1-4。(Tzai-Chuan,Hsieh(1942) Outlook of Obligation and Pledge, Judicial Weekly, 1336: 1-4)
- 謝在全(2000)。
〈抵押權次序升進原則與次序固定原則〉,《台灣本土法學雜誌》,頁1-10。(Tzai-Chuan,Hsieh (2000), The Choice of Elevating or Fixing the Order of Mortgage Rights, Taiwan Law Journal, 7: 1-10)
- 謝在全(2007)。
《民法物權論(中)》,第4版。台北:新學林。(Tzai-Chuan,Hsieh(2007), Civil Law- Property Vol.2, 4th ed., Taipei: Shinshiuelin, Ltd)
- 謝哲勝(2003)。
〈物權的公示—兼評台灣民法物權編相關修正條文〉,《月旦民商法》,第2期,頁4-16。(Che-Sheng,Hsieh(2003), Disclosure of Property Rights- Comment on New Revision of Civil Law-Property, Cross-Straight Law Review, 2: 4-16)

二、日文部分

- 大島和夫(2002)。
〈抵当制度をめぐる立法と判例〉,《法律時報》,第74卷2號,頁72-77。
- 小林明彦(2001)。
〈抵当制度見直しの方向性〉,《ジュリスト》,第1212

- 期，頁 2-4。
- 小野幸二（2006）。《基本民法シリーズ 2 物權法》。第 3 版。東京：八千代出版株式會社。
- 川井健（1980）。《担保物權法》。東京：青林書院。
- 水島広雄（1981）。《特殊担保法要義—企業担保法論綱—》。第 2 版。東京：八千代出版株式會社。
- 白羽佑三、山田卓生（1986）。《民法講義ノード（3）担保物權》。東京：有斐閣。
- 石田喜久夫（1986）。《物權法拾遺》。東京：成文堂。
- 伊藤進（1994）。《物的担保論》。東京：信山社。
- 伊藤進（2002）。〈抵当權制度見直しと抵当權法理〉，《ジュリスト》，第 1218 期，頁 120-126。
- 吉井直昭（1983）。〈最高裁判所判例解説〉，《法曹時報》，第 35 卷 11 號，頁 3335-3347。
- 西村信雄編（1976）。《註釋民法（11）債權（2）§427～473》。東京：有斐閣。
- 佐久間邦夫（2004）。〈最高判決所判例解説〉，《法曹時報》，第 53 卷 11 號，頁 3335-3252。
- 我妻栄（1971）。《新版民法案内 V》。東京：一粒社。
- 松井弘興（1977）。《抵当制度の基礎理論—近代的抵当權論批判—》。京都：法律文化社。
- 松井弘興、鈴木龍也、上谷軍、今村与一、中山知己（2006）。《プリメール民法 2 物權.担保物權法[第 3 版]》。第 3 版。京都：法律文化社
- 松本恒雄（1996）。〈転抵当と被担保債權の讓渡.質入れの競合〉，《法学教室》，188 期，頁 88-94。
- 法曹會（1981）。《物權法（下）》。第 2 版。東京：財團法人法曹會。
- 法曹會（1981）。《物權法（上）》。第 2 版。東京：財團法人法曹會。
- 法學者（1993）。《民事法學の新展開—鈴木祿彌教授古稀紀念》。東京：

有斐閣。

法學書院（1983）。《模範答案集3 民法總則・物權法・擔保物權法》。第40版。東京：法學書院。

星野英一（1981）。《民法概論Ⅱ（物權、擔保物權）》。東京：良書普及會。

星野英一編（1984）。《民法講座第3卷物權(2)》。東京：有斐閣。

星野英一編（1984）。《民法講座第3卷物權(2)》。東京：有斐閣。

柚木馨、谷口知平、加藤一郎主編（1970）。《判例演習(物權法)》。東京：有斐閣。

柚木馨、高木多喜男（1973）。《擔保物權法》。1973年新版。東京：有斐閣。

高木多喜男（1980）。《金融取引と擔保》。東京：有斐閣。

淡路剛久、鎌田薰、原田純孝、生熊長幸，1989年初版，《民法Ⅱ物權》。東京：有斐閣。

船越隆司（2004）。《擔保物權法【第3版】》。東京：尙學社。

鈴木祿弥（1988）。《物權法講義3訂版》。東京：創文社。

椿寿夫（2001）。〈抵当權(2)〉，《法学セミナー》，第563期，頁78-80。

椿寿夫（2002）。〈抵当權(5)〉，《法学セミナー》，第566期，頁101-105。

遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水本浩、山本進一編（1972）。《民法(3)擔保物權(改訂版)》。東京：有斐閣。

遠藤浩、鎌田薰編（2004）。〈基本法コンメンタール新版物權〉。《法學別冊セミナー》。東京：有斐閣。

篠塚昭次、前田達明編（1991）。《新・判例コンメンタール民法4擔保物權》。東京：三省堂。

奥田昌道、玉田弘毅、米倉明、中井美雄、川井健、西原道雄、有地亨編（1975）。《民法学3(擔保物權の重要問題)》。東京：有斐閣。