

共同抵押權論

陳重見 著

共同抵押權論

陳重見 著



新學林出版股份有限公司

共同抵押權論／陳重見著．——一版．——臺北市：新學林，2007.09
面；公分

ISBN 978-986-7160-97-3（平裝）

1. 抵押權

584.26

96015160

共同抵押權論

作 者：陳重見
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市信義路三段106號6樓之4
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
責任編輯：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2007年9月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：460 元

ISBN 978-986-7160-97-3（平裝）

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市信義路三段106號6樓之4

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

序

2007 年是兩岸物權法歡欣豐收的一年，3 月 5 日我國擔保物權法修正通過，3 月 16 日大陸物權法亦緊迫於後，完成立法程序。值此兩岸民間頻仍互動之際，此一無獨有偶之舉，格外顯其意義與價值。

此次擔保物權法之修正，除最高限額抵押權頗受矚目外，共同抵押權亦屬重頭戲之一。關於共同抵押權，我國修正前之民法係採德國立法例，修正後則改弦更張，採日本立法例。惟採日本立法例之結果，誠如已故法學大師我妻榮先生所言，其所生之複雜問題，遠勝於立法者之單純理想，縱如日本民法之巧妙設計，仍難以應付自如。此次修正，立法者經審慎評估，反覆研討後，毅然採之，其格局與氣魄，令人感佩。作者有幸，自多年前起，即追隨東吳大學林誠二教授及輔仁大學法學院院長陳榮隆教授，研究共同抵押權。其間不僅數次撰文提供修法建言，最後並以共同抵押權為題完成博士論文，本書即係以該論文為基礎，並依修正通過條文改寫而成。

謝在全大法官一直以來是個人敬仰的師長，本書得以成，其功不可沒。謝大法官不僅在本書寫作過程中悉心予以指導，更與陳榮隆教授共同向新學林出版社田金益總編輯推薦本書，並敦促本人盡早將本書問世，以饗讀者。

本書之出版，尚要感謝內子世翠，多年來其除忙於檢察官之公務外，對於子女的教養亦多倚重於她，自己始能免除後顧之憂。此外，新學林出版社編輯群對於本書之付出，備極辛勞，不敢或忘。本書雖經數校，舛誤疏漏仍所難免，尚祈賢達指正是幸。

陳重見 謹誌

2007 年 7 月 26 日

目 錄

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的	2
第二節 研究方法	5
第三節 研究架構	6

第二章 共同抵押權總論

第一節 共同抵押權之源起與機能	10
第一項 共同抵押權之源起	10
第二項 共同抵押權之機能	13
第二節 共同抵押權之意義與性質	16
第一項 共同抵押權之意義	16
第二項 共同抵押權之性質	17
第三項 共同抵押權與相似制度之比較	21
第三節 共同抵押權之成立與生效	24
第一項 同一被擔保債權	25
第二項 複數之抵押物	27
第三項 登記	31
第四節 共同抵押權之種類	36
第一項 依是否基於當事人意思分類	36
第二項 依成立之時間分類	41
第三項 依抵押之標的分類	49

第五節 共同抵押權之立法主義	49
第一項 自由選擇權保障主義與限制主義	50
第二項 分割主義與分配主義	51
第三項 價額比例分擔主義與優先負擔主義	52
第四項 調整主義與非調整主義	54

第三章 共同抵押權規範之理論

第一節 限定各抵押物負擔金額	62
第一項 立法主義之抉擇	62
第二項 相似概念之比較	65
第三項 限定之要件與方式	67
第四項 限定後之法律效果	68
第二節 各抵押物對債權之內部分擔額	70
第一項 分擔額計算之適用對象	72
第二項 抵押物價額之計算與分配	73
第一款 有前次序抵押權者	73
第二款 有同次序抵押權者	74
第三項 抵押物價額決定之基準時	80
第四項 與民法第 879 條第 2 項之競合	84
第五項 抵押物價值總額未達債權額之分擔	88
第三節 同時分配	89
第一項 同時拍賣之意義	91
第二項 同時分配之要件	92
第一款 與被擔保債權之關係	92
第二款 與後次序抵押權之關係	93
第三項 債務人優先負擔主義	96
第一款 債務人優先負擔主義之意義	97

第二款 債務人優先負擔主義之適用範圍	101
第三款 與他法律之競合關係	105
第四節 異時分配	108
第一項 承受權之基本理論	109
第一款 承受權之意義與用語	109
第二款 承受權之性質	111
第三款 承受權與求償權之區別	113
第四款 承受權與求償權之關係	117
第二項 承受權人之規範依據	118
第一款 保證人之承受權	118
第二款 物上保證人之承受權	118
第三款 後次序抵押權人之承受權	122
第四款 第三取得人之承受權	129
第三項 承受權之競合關係	131
第一款 保證人與物上保證人之關係	131
第二款 保證人兼為物上保證人與他擔保權人之關係	149
第三款 後次序抵押權人與物上保證人之關係	153
第四款 後次序抵押權人與他後次序抵押權人之關係	159
第五款 第三取得人與保證人之關係	161
第六款 第三取得人與物上保證人之關係	163
第七款 第三取得人與第三取得人之關係	165
第八款 第三取得人與後次序抵押權人之關係	167
第四項 一部清償承受	167
第一款 物上保證人為承受者	167
第二款 後次序抵押權人為承受者	177
第五項 承受權之保護	182
第一款 共同抵押權之拋棄	183
第二款 共同抵押權之混同	188

第六項 承受權之附記登記	189
第一款 附記登記之法定化	189
第二款 附記登記之時機	190
第三款 附記登記之效力	191
第七項 承受權與執行名義	193

第四章 共同抵押物價額分配之實務

第一節 共同抵押物均為同一人所有或分屬不同物上保證人	
所有者	199
第一項 無次序交錯及同次序抵押權者	199
第一款 有先次序抵押權者	199
第二款 有後次序抵押權者	200
第三款 有後次序共同抵押權者	201
第四款 有後次序共同抵押權及再後次序單獨抵押權者	202
第二項 無次序交錯但有同次序抵押權者	203
第一款 無追加分配程序者	203
第二款 有追加分配程序者	204
第三項 部分抵押物僅擔保債權之一部者	208
第四項 次序交錯者	211
第二節 共同抵押物分為債務人與物上保證人所有者	214
第一項 無次序交錯及同次序抵押權者	215
第一款 有先次序抵押權者	215
第二款 有後次序抵押權者	216
第三款 有後次序共同抵押抵權者	216
第二項 無次序交錯但有同次序抵押權者	217
第一款 物上保證人所有之抵押物有同次序抵押權者	217
第二款 債務人所有之抵押物有同次序抵押權者	218

第三款 共同抵押權複數者	219
第三項 次序交錯者	220
第一款 前後次序之抵押物所有人屬性相同者	220
第二款 前後次序之抵押物所有人屬性不同者	221
第三節 第三人取得共同抵押物者	222
第一項 共同抵押物皆為債務人所有者	222
第一款 於共同抵押權設定後後次序抵押權設定前取得 抵押物者	223
第二款 於共同抵押權及後次序抵押權設定後取得抵押 物者	227
第三款 小結	233
第二項 共同抵押物分屬債務人和物上保證人所有者	234
第一款 於共同抵押權設定後後次序抵押權設定前取得 抵押物者	235
第二款 於共同抵押權及後次序抵押權設定後取得抵押 物者	239
第三款 小結	242
第三項 共同抵押物為不同物上保證人所有者	244
第一款 後次序抵押權設定者與第三人所取得者係同一 抵押物者	245
第二款 後次序抵押權設定者與第三人所取得者係不同 一抵押物者	245
第三款 小結	246
第四項 共同抵押物皆為同一物上保證人所有者	246
第四節 利害關係人取得共同抵押物者	247
第一項 債務人取得物上保證人之抵押物者	247
第一款 共同抵押物分為債務人及物上保證人所有者	247
第二款 共同抵押物皆為同一物上保證人所有者	249

第三款 共同抵押物為不同物上保證人所有者	250
第二項 物上保證人取得債務人之抵押物者	252
第三項 共同抵押權人取得抵押物者	252
第一款 共同抵押物為同一人所有者	252
第二款 共同抵押物為債務人和物上保證人所有者	253
第三款 共同抵押物分為不同物上保證人所有者	255

第五章 共同最高限額抵押權

第一節 純粹共同最高限額抵押權	259
第一項 純粹共同最高限額抵押權之成立要件	260
第一款 實質要件	260
第二款 形式要件	262
第二項 純粹共同最高限額抵押權之變更	263
第三項 純粹共同最高限額抵押權之處分	264
第四項 純粹共同最高限額抵押權之確定	265
第二節 累積共同最高限額抵押權	266
第一項 累積共同最高限額抵押權之設定	267
第二項 累積共同最高限額抵押權之確定	267
第三項 優先受償額之計算	268
第一款 債權範圍型	268
第二款 最高限額型	270
第四項 優先受償權之分配—後次序抵押權人之保護	275
第三節 立法之評析	279
第一項 1999 年草案	279
第二項 修正民法	285

第六章 共同抵押權之實行

第一節 訴訟費與執行費	290
第二節 自由選擇權之限制	291
第一項 保全登記後之禁止	292
第二項 超額查封之禁止	293
第三項 超額拍賣之禁止	294
第四項 一併拍賣抵押物僅定一底價之禁止	297
第三節 無益執行之禁止	298
第一項 抵押物中僅其一拍賣	299
第二項 數抵押物全部同一程序拍賣	300
第三項 數抵押物中之一部於同一程序中拍賣	302
第四節 共同抵押權與法定地上權	302
第一項 學說見解	304
第二項 本文分析	311
第三項 小結	324

第七章 結論

第一節 共同抵押權未來之課題	326
第二節 檢討與建議	332

附錄

共同抵押權我國物權法及草案與各國立法例對照表	344
------------------------	-----

第一章

緒論

第一節

研究動機與目的

債權在現代社會生活及市場經濟中，扮演者重要角色，財產之交換、勞務之提供、信用之取得等各種交易活動均透由債之媒介，得以完成。惟由於同一債務人責任財產極易產生變化，債權之重疊化與平等性，再加上其他優先權之設定，債權人必須為尋求擔保而奮鬥（Kampf um die Sicherheit），所言不虛¹。然而擔保物權之功用不僅在於消極地確保債務之清償，更積極地因誘發債權之發生，促成市場經濟之繁榮²。因此，擔保物權，尤其是抵押權，在物權法中，相較於其他用益物權，呈現一枝獨秀之態³。不過，有抵押物供擔保為憑，雖較單純以債務人之責任財產為可靠，但抵押物本身仍可能發生毀損、滅失、折舊或跌價等情形，故共同抵押權乃應運而生，在多數不動產同時擔保之情形下，上開風險自可降至較低，形成避險功能。又單一抵押物往往未必能夠擔保鉅額之債權，若能以多數不動產為共同抵押權，累積各抵押物之價值後，問題自然迎刃而解。

由於共同抵押權所牽涉之利害關係頗為複雜，包括抵押權人之利益、數不同抵押權人相互間之利益、後次序抵押權人之利益、抵押物所有人之其他一般債權人之利益、整體社會經濟利益等五者⁴；而各種狀況更可謂層出不窮，例如共同抵押物可能屬於同一人所有，亦可能非屬同一人所有，可能為債務人所有，亦可能為物上保證人所有，更可能嗣後為其他第三人所取得，且若進一步慮及保證人併存之情形，則更屬複雜。凡此，欲兼籌並顧各方利益，良非易事，往往順了姑心逆了嫂意，

¹ 王澤鑑，「債法原理第一冊（基本理論，債之發生）」，增訂版，2001年3月，34、35頁。

² 謝在全，「民法物權論（中）」，修訂2版，2004年7月，347頁。

³ 王澤鑑，「民法物權第一冊（通則，所有權）」，修訂版，2001年10月，31頁。

⁴ 法務部，「民法物權編研究修正小組會議資料彙編（以下簡稱物權編研修資料彙編）（19）」，1996年6月，268頁，陳榮隆教授發言。

顧此失彼，是以各國基於國情與法制環境之不同考量，各自形成不同之立法例。

我國物權法係同時繼受自大陸法系之德國法與日本法，因此往往在未予明文之諸多問題上，究係有意省略，不能為同一解釋，或係當然之解釋，無待法予明文，應為同一解釋，縱係採後者之立場，亦有應採何國立法例之尷尬，此乃成為吾國民法繼受外國法之根本問題⁵。關於共同抵押權，大清民律草案原有意採取日本立法例，仿日民第 392 條為相同設計，規範於該草案第 1225 條，惟修正前民法第 875 條似採德國立法例⁶。然不僅德國民法關於共同抵押權之設計，有第 1132、1172、1173、1174、1175 及 1182 條等條文之規範，而我國僅第 875 條一個條文與之對照，且在相關物權制度上我國法與德國法更有相當差異，例如所有人抵押權制度採擷與否之差異⁷，是以認為我國民法關於共同抵押權制度採德國法制，僅在強調共同抵押權人之自由選擇權一項耳，實務上最高法院 1986 年台上字第 1215 號判決更進一步，從法無明文之反對解釋之角度，強調我國法並不採同時分配之分擔主義及異時分配之代位求償主義。惟共同抵押權所涉利害關係人既多且眾，僅強調共同抵押權人之自由選擇權，固有利其求償，惟不僅對後次序抵押權人甚為不利，甚且有礙抵押物融資功能（價值權性）之充分發揮，學說上或在立法論主張應仿日本法修正⁸，或在解釋論上力倡應貼近日本法⁹。

1988 年 11 月間，法務部為因應當前社會實際需要，組成「民法研

⁵ 蔡明誠，〈民法物權編的發展與展望〉，收錄於「民法七十年之回顧與展望紀念論文集（3）物權·親屬編」，2000 年 9 月，55 頁以下。

⁶ 陳榮隆，〈共同抵押之效力〉，輔仁法學，12 期，1993 年 6 月，267、268 頁。

⁷ 鄭玉波，「民法物權」，14 版，2003 年 10 月，313 頁；謝在全，「民法物權論（下）」，修訂 2 版，2003 年 12 月，228 頁。

⁸ 姚瑞光，「民法物權論」，1985 年 10 月，264 頁；劉勝吉，〈共同抵押權之研究—總括抵押權之研究〉，收錄於「司法研究年報 11 輯（上冊）」，1991 年 6 月，277 頁；辛學祥，「民法物權論」，1980 年，185 頁。

⁹ 史尚寬，「物權法論」，1987 年 1 月，286 頁；李肇偉，「民法物權」，1962 年 11 月，307 頁，曹傑，「中國民法物權論」，1964 年 4 月，210 頁；倪江表，「民法物權論」，3 版，1960 年 10 月，307 頁。

究修正委員會物權編研究修正小組」，就民法物權編作全面性之檢討、修正，歷經 8 年 300 次會議，於 1997 年 5 月間完成「民法物權編部分條文修正草案暨民法物權編施行法修正草案」（以下簡稱草案）。其變動幅度頗大，總計增刪修廢之條文（含施行法）達 248 條，甚至超越修正前物權編全數條文之 226 條¹⁰。其中，關於擔保物權之修正，總計增、刪、修之條文（含施行法）達 115 條¹¹，變動幅度亦大。值得一提者，在草案修法過程中，除農用權、最高限額抵押權、區分地上權等制度頗受矚目外，關於「共同抵押權」部分亦多所爭議，幾度易稿，不僅將原來第 875 條增列第 2 項外，並另增加第 875 條之 1 至之 3 等三個條文，此外與其相關之第 879 條亦增列第 2 項及第 879 條之 1。2005 年草案重新檢討後，共同抵押權之相關規範復被修正為增列第 875 條之 1 至之 4 等四個條文，其餘除對第 879 條進行部分修正外，第 879 條之 1 則維持不變，此一修正與基本架構延續至 2007 年修正通過之條文。綜觀上開修正，不難發現，關於共同抵押權法制，已向日本法看齊。採日本法制之優點，固可避開自由選擇權保障主義之弊，使抵押物之交換價值得以充分發揮，惟適用之際，錯綜複雜之關係，往往令人嘆為觀止。值此法制變革之際，若能提供更全面性之思考，甚至在法無法鉅細靡遺規定之背後，提供一些更週詳之規劃與推演，相信對於共同抵押權新制上路後將可提供若干助力。

¹⁰ 該草案由行政院會銜司法院後，於 1999 年以行政院暨司法院台 88 法字第 18443（88）院台廳民 1 字第 08675 號函請立法院審議，但一直未能通過立法程序，故依立法院職權行使法第 13 條所定之「會期不連續原則」而予退回，法務部乃自民國 2003 年 7 月起，復重新檢討該草案，至 2004 年 8 月初步完成抵押權部分之再修正草案，迄 2005 年 10 月正式對各界徵求意見，其中對於共同抵押權部分又進行了相當幅度之修正。

¹¹ 陳榮隆，〈民法擔保物權之修正與擔保物權類型之發展〉，全國律師，2002 年 11 月號，74 頁以下。

第二節

研究方法

社會科學之研究方法，固有許多不同之方式，惟本文則採法學方法論中常用之比較法研究法作為主要之研究方法，至於其他之方法，則視需要，居於輔助地位。

德國法儒耶林氏（Rudolf von Jhering）曾謂：「外國法制之繼受與國家無關，僅係合乎目的性及需要之問題耳。若自家所有已屬完善或更佳，自然無庸遠求，惟若以奎寧皮藥草非長於自家庭院而拒絕使用，則屬愚不可及。」¹²一語道出比較法之重要性。從觀察外國法制之發展與理論之演進，探索其法律之一般原理原則、法條之規範結構、立法與法律之適用關係等基礎問題，不僅足以反思本國法制理論之利弊得失與盲點，並可從中汲取值得借鏡取法之處，甚至尚得增強對本國法制之瞭解與信心¹³。又從事比較法之研究，於世界各國交流日趨緊密，全球化時代來臨之當代，參照其他國家成功典範之經驗，亦有其事實上之需要¹⁴。

關於共同抵押權之立法，不論係修正前民法或現行法，均係繼受自外國立法例，因此從事比較法之研究，借鑑外國立法例、學說、解釋與實務運作，將有助於瞭解吾國共同抵押法制相關問題之所在，及其問題之解決。

在比較法學之技巧運用上，理解外國法制，以此為基礎出發，並與本國法制相比較，藉以尋覓彼此間之近似性與差異點，兩者不可偏廢其一。為避免「見樹不見林」，僅侷限於對法規之抽象性及一般性比對，以求在共同抵押法制之脈絡下，找出可資參照、師法之法律規範與原

¹² 王澤鑑，〈比較法與法律之解釋適用〉，收錄於「民法學說與判例研究第二冊」，9版，1990年10月，32頁。

¹³ 翁岳生，〈比較法學之理論與實踐〉，月旦法學雜誌，98期，2003年7月，8頁。

¹⁴ 陳愛娥，〈繼受法國家中之法比較〉，月旦民商法雜誌，4期，2004年6月，14頁。

則，是以，首先將共同抵押權之基本概念及各國立法例作體系化之整理，分門別類，釐清各項基本原則精神之所在，尤其是各種立法主義之脈絡，以為比較分析之基礎。「見樹不見林」固所不宜，「見林不見樹」則流於泛泛之論，無助於實際問題之解決。因此在總體研究之後，允宜就共同抵押權之相關問題，進行個體研究，以具體條文之相關規定為經，輔以較具爭議之問題為緯，另配合相關之規章、中外學者之論述及實務上已發生之實例與最高法院之判例、判解等，綜合歸納、分析並研討。此外，比較法學，除應將待解之實務以法律問題清楚呈現出來外，擬出確實可行之解決建議，俾供立法者作為選擇之方案，亦係其重要任務¹⁵。職是，最後依研究所得，針對修正通過條文提出個人之修正建議。

在比較法制之對象選擇上，係以日本法為首選，其他各國立法例除一般性介紹外，僅於若干篇幅及問題上個別予以述及，並未專章予以體系化評介，主要係由於修正通過之條文與日本法制相仿，諸多問題亦與此相牽連，且因整體行文方式，係以個別議題為主軸加以論述、開展。

第三節

研究架構

本文係以共同抵押權為研究對象。雖然民法上所規範得為抵押權客體者係以不動產為主（民 860），故多數論述亦以不動產為中心，惟共同抵押權畢竟不是一個封鎖性之法制，其實無法避免其他週邊法制對其影響。因此不僅凡得為抵押權標的物者（民 882、883），均可納入共同抵押權之研究對象，甚至在保證人與共同抵押權併存時，如何論斷人保與物保間之優劣並妥適分配其間之各分擔額，亦屬研究共同抵押權無可迴避之重頭戲。

¹⁵ Karl Larenz 著，陳愛娥譯，「法學方法論」，1999 年 7 月，126 頁。