

民法七十年之回顾与展望纪念论文集(三)

物权 亲属编

谢在全 蔡明诚 陈荣传
吴光明 戴东雄 郭振恭
陈惠馨 林秀雄 吴煜宗

0913.06-53
X 56

民法七十年之回顾与展望纪念论文集（三）

物权·亲属编

谢在全	蔡明诚	陈荣传
吴光明	戴东雄	郭振恭
陈惠馨	林秀雄	吴煜宗

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法七十年之回顾与展望纪念论文集. 3, 物权、亲属编/谢在全等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2002. 6

ISBN 7-5620-2241-0

I. 民... II. 谢... III. ①民法—研究—中国—文集②物权法—研究—中国—文集③亲属—婚姻法—研究—中国—文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052111 号

书 名 物权·亲属编
民法七十年之回顾与展望纪念论文集(三)
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230mm 1/32
印 张 11
字 数 260 千字
版 本 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001~5 000
书 号 ISBN 7-5620-2241-0/D·2201
定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

序 言

我现行“民法典”分为五编，各编于一九三〇年至一九三一年间公布施行。五编公布施行以来，陆续届满七十年。其间在财产法部分，除于一九八二年修正总则编若干条文外，较大幅度的修法为一九九九年通过并业于二〇〇〇年五月五日施行的债编规定，修改二百余条，修正幅度高达近百分之四十。至于物权编除于一九九五年小幅修改第九四二条外，“法务部”于一九八八年间组成“民法研究修正委员会物权编研究修正小组”，历时十一年有余，提出物权编修正草案，目前正由“立法院司法委员会”审议中，其修正幅度更几乎高达百分之百。而在身份法部分，亲属编及继承编除有零星修正外，主要于一九八五年间亦曾有较大幅度的修正。

七十年来，我民法发展与社会变迁相互辉映，民法学说与判例研究相互协力，民法的修正以及民事特别法的制定验证社会多元价值体系的形成。在迈向公元二十一世纪前，为庆祝民法七十年，并为民法发展史留下若干足迹，元照出版公司乃有策划本论文集之动机，藉邀

2 序 言

集台湾民法学者，依其钻研擅长者，一同撰文共襄盛举，为民法七十年祝贺。全集收录论文近三十篇，共分三册，依序为（一）总论·债编；（二）债编；（三）物权·亲属编。每篇论文力求针对特定议题向来于学说及实务上的发展实况进行分析、检讨，并有进一步提出修法建言及对未来之展望者。此外为便利读者研读，每篇文前均附导读。

庆祝民法七十年，特别应感激所有为民法研究奉献心力者，因为有他们无私的付出及加倍的努力，民法学方有今日的成绩。在迎向瞬息变化万千的新世纪中，社会即将面临更快速的变动、制定民事特别法以及适时修改民法的必要性亦将更形迫切。盼民法学者能共同持续努力，民法研究能更加蓬勃，为三十年后我民法迎接百年之日，留下完美的注脚。

编辑委员会

二〇〇〇年九月

目 录

- 最高限额抵押权担保债权范围之研究
 —兼评释民法最高限额抵押权增订草案…………… 谢在全/1
- 民法物权编的发展与展望 …………… 蔡明诚/39
- 由“最高法院”实例论物权法制的变迁
 —以台湾日据时期的不动产物权为中心 …………… 陈荣传/83
- 论基于法律行为之物权变动
 —德国与我现行制度之检讨…………… 吴光明/116
- 民法亲属编七十年之回顾与前瞻
 —从男女平等之原则谈起…………… 戴东雄/143
- 七十年来民法亲属编关于结婚要件规定之变迁
 与未来立法之前瞻…………… 郭振恭/208
- 台湾百年来婚姻家庭相关法规的变迁及未来的展望
 —从尊卑走向平等的婚姻家庭关系…………… 陈惠馨/242
- 论未成年人之监护人及“民法”第一千零九十四条
 之修正…………… 林秀雄/270
- 近代·家族·法…………… 吴煜宗/311

最高限额抵押权担保债权范围之研究

—兼评释民法最高限额抵押权增订草案

谢在全

作者简介

学历：台湾大学法律系毕业
美国南美以美大学法学硕士

经历：地方法院法官、庭长
高等法院法官、检察官
“最高法院”法官
司法官训练所讲座
民法物权编修正委员会委员
台湾云林地方法院院长
台湾彰化地方法院院长
“司法院”民事厅厅长
台湾台中地方法院院长
“法务部”司法官训练所所长

现职：“司法院”大法官
东吴大学兼任副教授

导 读

概括最高限额抵押权因就其担保债权范围未予限定，学说上大多以其违反抵押权之从属性，及防止弊害之观点，认应否定其效力，惟实务上则大抵默认为其效力，盖抵押权成立之从属性，学说与实务上都以将之推延至抵押权实行时，须有担保债权为已足，是以最高限额抵押权之担保债权为何，仅须依当事人之约定及登记内容可得特定，且于其确定时有担保债权存在，即可认与抵押权从属性无违，至弊害之防止，则为立法政策应讲究之问题。对此，“民法物权修正草案”第八八一条之一第一、二项已明示否定概括最高限额抵押权之效力。依修正草案之设计，设定最高限额抵押权必须约明担保债权所由生之一定范围，而此又“以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限”。而所谓“一定法律关系”，原则上系指债权人与债务人间，足生不特定债权之继续性法律关系而言。凡约定之法律关系，就债权发生之范围具有实质之限定性与客观之明确性即足当之。而特定债权亦可与不特定债权共同约定为担保债权。目前实务上因大多默认为概括最高限额抵押权之效力，故对其担保债权所及之范围，均从宽认定，惟本诸此种抵押权之源起乃在担保当事人间继续交易所生之债权，于探究其担保债权范围时，宜尽量避免将与信用交易全无关联，偶然发生之债权列入。至已有约定担保债权范围者，关于担保债权为何之认定，似可参考草案之意旨予以运用。

目 次

壹、前 言

貳、概括最高限额抵押权与担保债权之
范围

叁、担保债权之资格

一、债权人标准

二、债务人标准

三、债权范围标准

肆、结 语

◎关键词：最高限额抵押权、概括最高限额抵押权、抵押权之从属性、担保债权范围、特定债权、最高限额抵押权之存续期间、保证债务

壹、前 言

最高限额抵押权乃民法物权编施行七十年来，惟一因习惯而生成，并依学说与实务见解建构及发展之特殊抵押权，如今民法物权编修正草案更已为之增订十五个条文（民修第八八一条之一至第八八一条之十五），与物权编之其他修正条文，由“行政院”一并函请“立法院”审议中。是以如能就最高限额抵押权之生成与发展过程，详细地予以论述，应是民法物权编施行七十年之最佳纪念。惟因自己学验有限，成稿仓促，于今仅能就最高限额抵押权之担保债权范围，就个人所见，先野人献曝，或可为最高限额抵押权在民法担保物权之演进史上，留下些许鳞片爪羽。

普通抵押权担保者乃特定债权，此项债权自属该抵押权之担保债权，是以普通抵押权担保债权范围所探讨者，乃是该特定债权所衍生之利息、迟延利息或违约金等，是否亦在担保范围之问题，就此“民法”第八六一条已设有明文。惟最高限额抵押权与普通抵押权不同之重要一项特性，乃是最高限额抵押权担保者为不特定债权，因之，最高限额抵押权担保债权范围所探究者，乃何一不特定债权属最高限额抵押权担保范围，亦即在如何范围内之不特定债权方属最高限额抵押权担保债权之问题。其所涉及者主要有二，其一是最高限额抵押权担保之不特定债权，应否有一定之范围，此即概括最高限额抵押权是否有效之争议。其二是最高限额抵押权担保债权之决定标准如何？亦即何种不特定债权始具有为该抵押权担保之资格？由于最高限额抵押权尚未经立法，实务上涉及担保债权范围之问题颇多，本文拟予以探讨。又“民法修正草案”第八八一条之一对最高限额抵押权担保债权范围，

已设有规定，拟一并予以评释，以察考草案设计，是否足以适应实际需求，以及可能面临情况。

贰、概括最高限额抵押权与担保债权之范围

概括最高限额抵押权系指就抵押权人（债权人）对债务人之一切债权，在最高限额内均予以担保之最高限额抵押权。此种抵押权是否有效，所涉及者乃是该抵押权是否有违从属性，以及担保债权范围未限定，产生许多弊害，应否予以限制之问题。^{〔1〕}因实务上认为最高限额抵押权系就将来应发生之债权所设定之抵押权（一九七三台上七七六），其性质仍与一般抵押权之设定无异（一九六二年一月十二日台文字第〇〇三五号函），故自应具有抵押权之从属性，惟所从属者乃将来应发生之债权而已。然则普通抵押权固得担保将来债权，然该债权已属特定，此与最高限额抵押权实系担保自继续交易关系所生之不特定债权，而非特定之各个债权，有其根本之不同。基于此项认识，上述从属性之说说法乃逐渐发生改变。其后遂认为最高限额抵押权乃系以当事人间具有将来应为信用授受之基本契约存在为其前提，故系为担保此项基本契约所生之债权而设定，最高限额抵押权所从属者即为此项基本契约，而非各个债权。^{〔2〕}是以最高限额抵押权之设定，尚无基本契约存在，应认有违抵押权之从属性，自应归于无效。

〔1〕 其详，详见拙著物权（下）第154页。

〔2〕 铃木禄弥著，根抵当法概说（第三版，新日本法规出版社，平成十年十二月发行，下称：铃木，根抵当法）第3页。拙著物权（下）第150页依台湾通说称基本契约为最高限额抵押权之基础关系。

概括最高限额抵押权系担保抵押权人对债务人之一切债权，当事人间并无基本契约为担保债权发生之基础关系，基于违反从属性之前述理由，自属无效。^{〔3〕}一九九七年台上字第三一四号民事判决谓：“最高限额抵押权系对于债权人一定范围内之不特定债权，预定最高限额，由债务人或第三人提供抵押物予以担保之特殊抵押权。故最高限额抵押权所担保债权必须为自一定范围内发生之债权。准此以观，最高限额抵押权不仅仍有其特定性，且最高限额抵押权担保仍系从属于此一定范围之法律关系，最高限额抵押权所担保者，即系由此项法律关系所不断发生之债权。该一定范围之法律关系即为最高限额抵押权之基础关系。至概括最高限额抵押权，因债权人与债务人无基本契约（一定之法律关系）为担保债权发生之基础关系，自难认属有效。”^{〔4〕}即系本此意旨而发生。^{〔5〕}惟日本下级审裁判实务上一向认概括最高限额抵押权为有效。其代表性裁判为东京高裁昭和三十二年七月十七日裁定，肯定有效之主要论据有三：一是概括最高限额抵押权所担保之债权虽属“无限”，但担保债权额既有最高限额之限制，而此又已办理登记，是已不致造成第三者之损害。二是概括最高限额抵押权纵可能阻塞抵押人就抵押物再获取融资之途，但此为抵押人原来所选择之方法，基于契约自由原则，自不能因此据以主张无效。三是概括最高限额抵押权所担保者虽系现在及将来之一切债权，但解释上应认为仍限于直接或间接因交易关系所生之一切债权，而非亦及于侵权行为所生之损害赔偿请求权等

〔3〕 日本昭和三十年六月四日法务省民事甲第一一二七号法务省民事局长通达。铃木，根抵当法第5页。

〔4〕 “最高法院”民事裁判书汇编第三〇期第462页（下称：汇编三〇、四六二）。

〔5〕 拙著物权（下）第150、160页。

债权。本件系约定担保“票据、贷款、保证与其他负担所生之一切债权。”侵权行为所生之债权自不在其内。^{〔6〕}综合此项实务见解可知，最高限额抵押权所担保之债权为何，仅须依当事人之约定及登记内容可得特定时，即不能认与抵押权之从属性有违，是以基本契约之存在尚非必要，可谓系采概括最高限额抵押权限定之有效论。^{〔7〕}现实务上亦大多默认概括最高限额抵押权之效力。^{〔8〕}

抵押权从属性之性质与强弱，虽有不同意义之理解，然抵押

〔6〕日本东京高判昭和三二、七、十七高民集一〇卷五号 292 页。柚木馨等编，判例演习物权法（增补版，有斐阁，昭和五十年二月发行）第 253 页，清水诚执笔之包括根抵当一文对上述日本判例有详尽之分析。另请参考小林资郎著，根抵当（星野英一編集，民法讲座三第 217 页，有斐阁一九九〇年四月出版）。

〔7〕清水诚前掲文（见前注）参照，采相同见解者有铃木禄谿、石田文次郎、柚木馨等。采基本契约必要说，认概括最高限额抵押权为无效者，则有加藤一郎、香川保一等。惟应注意者，此均属最高限额抵押权于日本民法未增订前之争议学说。

〔8〕一九九三台上二八三二（汇编一四、四二四），一九九九台上三〇七（汇编三五、四四九），一九九九台上二六四五（汇编三八、四六〇）。惟一九九三年台上字第一八六〇号民事判决就此论述最详，其要旨谓：“依被上述人提出‘其他约定事项’，第一项记载：‘本件抵押权所担保之债务系包括债务人对于债权人余建新即中国时报、工商时报、时报周刊及中时晚报等（以下称债权人）现在所积欠及将来所负报费、广告费、来往账单、票据、保证、支票背书、损害赔偿、违约金与其他一切应付之债务，并且不受抵押债权存续期限之影响’。……是依上开‘其他约定事项’第一项所约定内容，债务人所负保证债务，即为本件最高限额抵押权担保之范围。……最高限额抵押权，系对于债权人一定范围内之不特定债权，预定一最高限额，由债务人或第三人提供抵押权予以担保之特殊抵押权。本件抵押权既已依法登记，其金额、存续期限及担保范围均有约定，并无违抵押权之从属性。”可见其基本主旨与日本裁判上之见解相当。至概括最高限额抵押权之设定，如出之以定型化契约者，则应受“民法”第二四七条之一，“消费者保护法”第十二条之规范，自属当然（吴光陆著，最高限额抵押权可否约定担保一切债务，法令月刊第五十一卷第五期第 10 页）。

权之主要社会功能既在于优先清偿效力，则抵押权必是在确保债权之优先受偿，因此设定之抵押权究系在保护何一债权得以优先受偿，已是该抵押权存在所必须确定之当然前提。易言之，设定之抵押权究系为确保何一债权之优先受偿而存在，乃是抵押权从属性最少程度之要求。于甚为强调抵押权独立性之德国，亦认从属性（Akzessorietät）系抵押权之本质上属性，自非无因。德国虽有土地债务之设制，但此为土地自身所负之债务，与债权担保尚无关联，不能不辨。^{〔9〕}是以如否定抵押权之从属性，必会导致抵押权权利性质上之根本变更。本于抵押权从属性上述最少程度之要求，于实现抵押权之效力时，该抵押权究系担保何一债权人对何一债务人如何之债权，必须有特定之可能，此即为担保债权特定之可能性。台湾实务上先则承认抵押权得以将来可发生之债权为被担保债权（一九五八台上五三五），实质上将抵押权成立上之从属性推延至抵押权实行时，须有担保债权存在即为已足，继则承认最高限额抵押权之有效性，不仅符合抵押权从属性之上述意旨，亦颇能配合近代担保物权之发展与社会经济进步之需求。总之，就社会与抵押权之现阶段发展而言，抵押权惟有依当事人约定之内容及登记上之记载，担保债权无特定之可能，或担保债权无效、不成立、被撤销或依其他情形无发生可能性时，始可谓违反成立上之从属性。^{〔10〕}

最高限额抵押权系从属于基本契约之见解，与抵押权从属性系从属于担保债权之本质未尽相符，故理论上有其难以克服之困境。况最高限额抵押权特性之一系担保生生不息，变动不停之不特定债权，于确定前，殊无特定债权可资从属，是最高限额抵押

〔9〕 清水诚前揭文。

〔10〕 清水诚前揭文，拙著物权（下）第27页。

权之从属性仅得推移至确定后，权利实现时有无担保债权以为断。^{〔11〕}是以参照抵押权成立上从属性缓和化之前述发展情况，概括最高限额抵押权上述限定有效论之见解，似非无据。惟本诸最高限额抵押权制度之存在乃源于担保当事人间继续交易所生债权之需求，故于探究当事人所约定之最高限额抵押权债权担保范围时，宜尽量避免将与当事人间信用交易全无关联，偶然发生之债权，例如侵权行为或不当得利所生之债权等亦列入担保范围之内，即可符合最高限额抵押权存在之本质，亦可避免概括最高限额抵押权债权担保范围过大所生之弊害。

概括最高限额抵押权效力之争议，既无法自抵押权之从属性解决，则其所系者仍是最高限额抵押权所担保之债权范围应否有一定范围或限制之问题。鉴于最高限额抵押权未划定担保债权之一定范围，致抵押物在最高限额范围内受无限制之拘束，抵押人即因此可能负担不可预期之责任，且抵押物交换价值有效利用，以获取融资之机会亦将因而阻塞，更可能形成抵押权人独占抵押物交换价值，债务人陷入屈服于抵押权人之不公平后果，民法最高限额抵押权修正草案于立法政策上遂仿日本民法之例（日本第三九八条之二参照），采取限制说之立场。不仅于“修正草案”第八八一条之一第一项明定系“就债权人对债务人一定范围内之不特定债权”，于最高限额限度内设定最高限额抵押权，复于第

〔11〕拙著，最高限额抵押权之意义与特性（法令月刊第五一卷第二期第6页）。铃木禄弥、我妻荣称此为权利实现之从属性。于从属性未做此项区分之学者，则径将此项从属性归诸于成立上从属性（曾田厚等著，民法讲义三担保物权改订版第12页，有斐阁昭和五十八年一月出版，下称：曾田，担保物权），或谓抵押权实行时即交换价值取得时，需有担保债权存在，乃担保物权从属性之最小限度要求（新版注释民法（9）第8页，有斐阁平成十年十二月发行，此部分为高木多喜男执笔）。

二项规定：“前项最高限额抵押权所担保之债权，以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限”，就最高限额抵押权之担保债权资格明示有一定之限制。又为免“基于票据所生权利”之担保范围过广，衍生“得票据”问题，更于第三项设限制之明文，是概括最高限额抵押权之有效性争议，于草案通过施行后，应可获得解决。

最高限额抵押权所担保者乃债权人对债务人一定范围内之不特定债权，且此项债权以由一定法律关系所生之债权或基于票据所生之权利为限，是此已构成最高限额抵押权内容之一部，于设定最高限额抵押权时，当事人就上述一定范围，例如是担保何项法律关系所生债权，固应有所约定，并应办理登记。倘未有约定者，地政机关自不得受理登记，纵为登记，该最高限额抵押权之设定亦属无效。^{〔12〕}此为基于民法物权法定主义（第七五七条）与物权行为公示原则（第七五八条）之当然解释。实务上关于最高限额抵押权所担保之债权，如未于土地登记簿一一记载，在目前可以其声请登记时提出之最高限额抵押权设定契约书，视为登记簿之附件，在该契约书上记载之该抵押权所担保之债权，均认为抵押权效力之所及，^{〔13〕}乃迁就现实之便宜作法，于最高限额抵押权修正草案通过施行后，上述见解应无继续适用之余地。

最高限额抵押权担保债权之范围未来应有一定之限制，已如上述，然最高限额抵押权担保债权所由生之一定法律关系（民修第八八一条之一第二项），基于私法自治原则，当事人应得自由约定，且不以单一为限，约定多数之一定法律关系，于法亦无不

〔12〕 铃木，根抵当法第47页。

〔13〕 一九八七年三月二十四日第六次民事庭会议决议（一），一九九九台上三〇七（汇编三十五、四四九），一九九九台上二六四五（汇编三十八、四六〇）。

合。惟约定如何之多数一定法律关系，始不逾担保一定范围内不特定债权之意旨，似难有明确简易之标准，是以理论上恐难以完全排除概括最高限额抵押权之实质存在。且由于社会经济之日益发展与繁荣，当事人约定之一定法律关系必日趋多样化，登记机关应如何认定该项约定是否适法，应否受理登记，势必增加繁重之工作负担，此似为限定最高限额抵押权担保债权范围无法克服之困难。^{〔14〕}

由于设定最高限额抵押权时必须约定担保债权范围之一定法律关系，是以当事人间应以有基本契约或基础法律关系存在为常，然基于最高限额抵押权担保不特定债权之特性，自不能因此谓最高限额抵押权系从属于此项基本契约。易言之，此项基本法律关系（契约）之存在，原是来自否定概括最高限额抵押权之需要，而非抵押权从属性之必然需求，甚至最高限额抵押权所担保者为债权人对于债务人基于票据所生之权利时，由于票据之流通性，于该抵押权设定时，可能根本无票据法律关系存在。果尔，日本通说认最高限额抵押权之设定，无需有基本契约云云，于我们亦有适用之余地。^{〔15〕}

叁、担保债权之资格

此所谓担保债权是指最高限额抵押权之被担保债权而言，因中文常省略被动式，故遂以担保债权称之。最高限额抵押权担保债权之范围，应由当事人于设定抵押权时约定之，于民法修正草

〔14〕 铃木，根抵当法第48页。

〔15〕 拙著，前揭最高限额抵押权之意义与特性参照。