

大 學 叢 書

民 法 詮 解

物 權 編

(下)

黃 右 昌 著

商 務 印 書 館 印 行

民法詮解 物權編 (下)

本論

第三編 物權

第六章 抵押權

第十九條 本章之總說明

本章應說明者二點

第一點 本章之內容

壹、抵押權之意義(八六〇)，貳、抵押權擔保之範圍(八六一)，參、抵押權標之物之範圍及於從物及從權利(八六二)，肆、抵押權標之物之範圍及於天然孳息(八六三)，伍、抵押權標之物之範圍及於法定孳息(八六四)，陸、同一不動產上數抵押權人之順位(八六五)，柒、不動產所有人不影響抵押權有設定他物權之權利(八六六)，捌、所有人讓與不動產者抵押權人有追及之權(八六七)，玖、抵押不動產之不可分性(八六八)，拾、抵押權擔保債權之不可分性(八六九)，拾壹、抵押權為從的物權(八七〇)，拾貳、抵押人之行為減少抵押物價值之救濟(八七一)，拾參、抵押物價值減少之救濟(八七二)，拾肆、抵押權之實行

方法流質契約之禁止（八七三），拾伍、抵押物賣得價金之分配方法（八七四），拾陸、由數不動產上賣得價金之受償方法（八七五），拾柒、僅以土地或建築物抵押者其拍賣後之辦法（八七六），拾捌、於抵押之土地上營造之建築物必要時得併付拍賣（八七七），拾玖、拍賣以外之抵押權實行方法（八七八），貳拾、抵押權因主債權消滅而消滅（八七九），貳拾壹、因除斥期間之完成而消滅（八八〇），貳拾貳、因抵押物之滅失而消滅（八八一），貳拾叁、權利之抵押（八八二），貳拾肆、權利抵押權及法定抵押權本章之準用（八八三）。

綜觀本章要旨，可分為（甲）抵押權之意義（八六〇條），（乙）抵押權擔保之範圍（八六一條），（丙）抵押權標之物之範圍（八六二條至八六四條），法文所稱抵押權之效力解釋上應為抵押權標之物之範圍，（丁）抵押權之效力（八六五條至八六七條，為關於抵押人之權利義務，八七〇條至八七三條及八七五條至八七八條，為關於抵押權人之權利義務，八六五條及八七四條，為抵押權人相互間之關係，八七九條為第三人與債務人之關係），（戊）抵押權之性質（八六八條八六九條），（己）抵押權消滅之原因（八八〇條八八一條），（庚）權利抵押權及法定抵押權之準用（八八二條八八三條）。

第二點 本章之立法例

第一次草案第一章通則，第二章所有權，第三章地上權，第四章永佃權，第五章地役權，第六章擔保物權，第七章占有，此分章之立法例，有二缺點：其一為形式上之缺點，蓋他物權中，有用益物權及擔保物權二種，一草於地上權、永佃權、地役權，既未冠用益物權之總稱，乃於抵押權、土地債務、不動產質權、動產質權四種而冠以擔保物權之總名，無論內容若何，體例上先已不合，且擔保物權之總名稱，在法典中實未之見，法民法雖有擔保權（*droit de garantie*）之用語，亦未若一草之列為一章也，日民法雖屬法法系，亦未用擔保物權之總名，仍與各種物權平行，所謂擔保物權者，乃學者詮釋之一種名辭，德國民法及學說，更無擔保物權之名稱，自第七章土地負擔以下，均係平行，一草以擔保物權總名，規定於民律中，而以德民法之土地債務攙入，既抄日本民法之學說，又雜德國民法於其中，所以有此不倫不類之謬解也。其二為實質上之缺點，土地債

務之觀念，爲我國自來所未有，就今日經濟狀況而論，其效果又未必過於抵押權與典權，果有採用之必要與否，不能無疑，藉曰有之，亦不應視爲擔保物權之一種，蓋擔保物權，乃附屬債權之權利，其生存消滅，以債權關係爲要件，而土地債務，則爲獨立之負擔，債權關係，不過其發生之緣由，而非其成立及存續之要件，故土地債務，與抵押權質權，就經濟上之效用言，雖同爲鞏固債權之用，而其法律上之性質，則大相懸殊，一草比而同之，立於擔保物權總名之下，不可謂非失當也。第二次草案，不用擔保物權名稱，並刪去土地債務，而以我國通行之典權加入，我民法之立法例，與二章同。

抵押權之標的物，仍由設定人占有，不移轉於抵押權人。及得爲抵押權標的物之所有人，均得設定抵押權，不以債務人爲限，爲各國立法例所一致。惟標的物是否以不動產爲限，各國立法例，不能盡同（羅馬法德國古法聲民八八五條均認動產抵押）。近今學者且有提倡動產亦得設定抵押權之傾向，我民法從多數立法例，仍以不動產爲限，其應社會之必要或其他理由，應以動產爲抵押權之標的時，則定之於特別法。至地上權及其他關於不動產物權，得爲抵押權之標的物，亦爲各國立法例所公認，我民法亦定明地上權、永佃權、典權均得爲抵押權之標的物。又他國立法例，於法律上抵押權外，復認法律上質權（即日民法之先取特權）者，我民法則認爲質權之特別效力，於破產法（九七條一二條）、海商法（二七條二八條）中見之。又如債編四四五條，六四七條，六一二條，六六二條，民律草案認爲法定質權者，我民法則認爲法定留置權。至法律上抵押權，則於債編五一三條規定之。

第二十解 本章之逐條說明

第八百六十條 稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其實得價金受清償之權。

本條應說明者四點

第一點，本條係規定抵押權之意義。其關係條文，爲總則六六條，本編七五八條至七六〇條，九四〇條。參考條文，爲公證法四條二款，公證費用法四條，土地法三三條之六，三六條至四四條，一二三條，登記通例一條一項，不動產登記條例三條之六，破產法九八條但書，一〇八條，一〇九條，海商法三四條至三八條，船舶登記法三條，四條，鑛業法四四條至四七條，五三條，漁業法六條。參考他國條文，爲德民一一一三條至一九〇條，瑞民八二四條至八四一條，日民三六九條，三九八條。

第二點 立法例

羅馬法及現代少數國家之民法，承認動產抵押，日本舊習慣上，亦有物品抵押之制，近時學說，多唱動產得設定抵押，認許小工商業不移轉其動產而供擔保，以謀金融之流通，應事實之需要。唯動產無登記制度，第三人難免因受讓動產而受不測之損害，故我民法從多數立法例，原則上以不動產爲限，唯例外認地上權、永佃權、典權，亦可爲抵押權之標的物（民法八八二條八八三條）。又在特別法上，則採鑛權，漁業權（入漁權不得抵押），及依船舶登記法登記之船舶，航空法登記之航空器，亦可爲抵押權之標的物也。

本法八六〇條及八七三條，雖無先受清償字樣，從八七七條但書之文義解釋，不生疑問。惟在表明抵押權特異之立法例上，以有明文規定爲當（參照日民三六九條一項，一草一一三五條，二草八九九條）。

第三點 釋本條之意義

其一 抵押權爲物權

抵押權在物權的分類中，屬於從物權擔保物權他物權之一，其意義詳前不贅。或有以抵押權欠缺物權管領力之要件，因而不認其物權性者，殊不知抵押權非無管領關係，不過不如地上權、永佃權之顯著，卽如債務人不履行債務，抵押權人，不待債務人行爲之介入，卽能拍賣抵押物，以其賣得金之全部或一部清償。又如抵押人對抵押物有妨害行爲或有妨害抵押權之虞時，抵押權人得干涉之，均足以表現對物直接管領之關係，而有優先權，追及權，別除權，更可充分表明其爲物權也。

其二 為不移轉標之物之占有之物權

抵押權與質權留置權，同屬擔保物權，然抵押權不以占有標之物為組成其權利之內容，即令抵押權人，租借抵押物而占有時，乃以承租人之資格而占有之。故抵押人於抵押權設定後，仍得占有標之物而行使其使用收益之權，於抵押人極為便利。抵押權人因不移轉其占有得不負保存標之物之義務而取得完全之擔保權，於抵押權人亦為便利。

其三 就標之物有優先受清償之權

抵押權人取得抵押權後，債務人不履行債務時，有賣卻標之物以其賣得金優先受清償之權。優先者，即排斥普通債權人而居於優先之地位，其有二個以上之抵押權，則其次序，依登記之先後定之，先登記者較次登記者有優先權。

第四點 判解

(1) 抵押權本為確保債務履行，而以該物交換所得之價值，歸屬權利人之物權，故至債務清償之期，債務人若不履行，債權人自得本於抵押權之效力，就擔保物賣價，較普通債權人，先受完全之清償（二年上字八九號十八年上字一九三一號同旨）。

(2) 抵押權人，於法律上所有優先清償之權利，不因債務人有資財缺乏之原因，遽異效力（二年上字八九號）。

(3) 抵押權為一種物權關係，故抵押權人之權利，對於抵押義務人以外之第三人，亦得依法對抗，若第三人就抵押物取得所有權時，抵押權人仍得依法實行其權利。惟抵押權人，對買主自可為提存買價之請求，買主若應所求，則抵押權人之權利，即為該買主之第三人而消滅，而該買主之第三人，亦得對於抵押權人，提存其滿意之金額，令抵押權人之權利，歸於消滅，而安然取得其物之所有權。反是抵押權人，斷不能令買主之第三人，於提存買價之外，更代債權人為單純債務之償還，蓋債權債務，為特定人對於特定人之關係，苟無法律

上特約原因，自無向債務人以之爲第三人，得以主張之理（二年上字一三一號）。

(4) 如抵押原因，出於第三人之委託，而該款即係第三人所使用，則名義上之債務人如約履行後，本可求償於該第三人。即因名義上債務人之違約而致將第三人提作該款抵押之房出賣者，該第三人亦無變通異議之餘地（三年上字六七六號）。

(5) 凡債務人與債權人相約，指其自己田宅，以擔保債權之清償，並不移轉占有者，謂之抵押（三年上字七一號）。

(6) 債務人之財產，原爲各債權人之共同擔保，故債務人約明以傢具等物，抵償所欠租金者，係以動產爲抵押，就一般法例論，固不能生物權上之效力，以與第三人相對抗，而債權人本於該特約對於債務人請求其履行約定之義務，變賣傢具等物，儘先清償，實屬契約權利人應有之請求權，惟所謂儘先清償云者，並非有拘束他債權人之效力，不過拘束債務人，使不得隨意將此項傢具等物變賣，先還他人之債而已。在他債權人，苟以爲儘先向該債權人清償，有害於自己之債權，亦自可對於該債權人，主張按額分配（四年上字一五〇五號）。

(7) 債權人不願變賣抵押品而請求履行現款，債務人即不能以附有擔保物品爲抗辯（十八年上字八四號）。

(8) 設定抵押權，須由抵押物所有人自爲之，但債務人得抵押物所有人之委任或許可者，則其抵押行爲，與所有人自爲無異（十八年上字五七〇號）。

(9) 以動產爲抵押，不能生抵押權之效力（十八年上字七七四號）。

(10) 有抵押權之債權人，雖可就抵押物之賣得金，優先受償，然不能因其設有抵押權，即謂清償債務，應以抵押物爲限（十八年上字一六二四號）。

(11) 不動產抵押權，應由不動產所有人設定之，其由第三人設定者，則須經所有人同意或追認，始能認爲有效（十八年上字一八九九號）。

(12) 設定抵押權，不以交付老契爲成立要件（十八年上字二〇六四號）。

(13) 業主抄契短價投稅，與抵押權之設定無關（同上）。

(14) 擔保物權之設定，所以擔保債權之效力，故債權經設定擔保，債權人自可就該擔保物受清償，或逕向債務人請求清償，債務人不得藉口有擔保物存在，拒絕債權人清償之請求（十九年上字三八〇號）。

(15) 債權之附有擔保者，債權人固得就擔保物行使權利，然並非其義務，故債權人如要求現款清償，債務人即不得以應先就擔保物行使權利爲抗辯（十九年上字七四六號）。

(16) 抵押權除依民法第八百八十二條之規定，得以地上權、永佃權、典權等不動產上之物權爲其標的物外，非就不動產，不得設定，動產及營業權，均不能爲抵押權之標的物（二十一年上字八六號）。

(17) 抵押權並不轉移其權利標的物之占有，與其他移轉占有之擔保物權有足以阻止債務人爲物之交付效力者不同。即債務人縱因另欠債務，由債權人對於該抵押權之標的物，聲請假扣押，亦與抵押權優先受償之權利無損（二十一年上字二九七號）。

(18) 第三人所有之不動產，得爲抵押權之標的物（二十一年上字三八八號）。

(19) 抵押權人就抵押物之賣得價金，有優先於他債權人而受清償之權，此在民法第八百六十條，雖無優先字樣，而依民法第八百七十四條及第八百七十七條但書之規定，甚爲明顯（二十二年上字二五二號）。

(20) 抵押權之成立，祇須合法訂立書據，原不以附交不動產契據爲要件（二十二年上字九二五號）。

(21) 抵押權原爲債權之擔保，抵押權人，就抵押物之賣得價金，固得受清償之權。惟債權人就抵押物行使債權，抑或逕向債務人請求償還，有選擇之自由，債務人無權令債權人，就抵押物變賣受償之權利（二十三年上字七四八號）。

(22) 甲以其所有之不動產，向乙設定抵押權，及爲設定登記，固在甲就同一不動產向丙設定典權及爲設定登記之前，但以抵押權擔保之債權，經甲全部清償時，乙之抵押權即歸消滅，嗣後甲又向丙爲擔保債務，再以同

一、不動產，向乙設定抵押權，係屬別一抵押權，前抵押權之登記，雖未塗銷，亦不過形式上存留，無登記之效力，乙自不得以之移作後抵押權之登記，主張其抵押權，有優先於丙之真權之效力（二十六年上字七五九號）。

(28) 抵押權為對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權利，民法第八百六十條規定甚明，債務人就其所有之不動產，向債權人設定如斯內容之權利時，雖其設定之書面，稱為質權，而不稱為抵押權，亦不得拘泥於所用之辭句，即謂非屬抵押權之設定（二十八年上字五九八號）。

一、抵押權之登記，並無期間限制，如在關於抵押物之訴訟二審辯論終結前，已為登記，仍應發生效力（二十六年二月一日院字一六二五號）。

二、抵押權人得就抵押物賣得金，先受清償，不因抵押物查封，係因債務人拖欠公款而受影響（二十七年四月十九日院字一七一四號）。

三、債權人與債務人間之確定判決，雖認債權人對於第三人之房屋有抵押權，並判令債務人會同債權人為抵押權設定登記，但此項判決之效力，既不能及於抵押物所有人，而抵押權設定登記之義務人，又為設定抵押權之所有人，並非債務人，即不能據該判決，命抵押物所有人，聲請登記。如該抵押權，係抵押物所有人或其代理人所設定，抵押權人，自可對於抵押物所有人，提起訴訟，請求為抵押權設定登記，其所有權未經登記者，並得請求先為所有權之登記（二十八年九月十五日院字一九一七號）。

第八百六十一條 抵押權所擔保者，為原債權，利息，遲延利息，及實行抵押權之費用。但契約另有訂定者，不在此限。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定抵押權擔保之範圍。其關係條文，為債編二〇三條至二〇七條，二二三條，二三三條，二三八條。參考條文，為土地法一二一條，一二二條，不動產登記條例一〇二條，一〇三條，一〇三條，一草一一三八條，二草

九〇〇條。參考他國條文，爲德民一一一九條，瑞民八一八條二項，日民三七四條。

第二點 立法例

抵押權除擔保原本額外，對於由原本而生之利息，立法例有採限制主義者，例如我民一草一一三八條，二草九〇〇條，日民三七四條是。至遲延利息，前大理院判例，認爲不在擔保範圍之內（見第四點判例1）。我民律一次二次草案，規定爲已至清償期最後三年分之利息（日民爲二年分），例如甲於民國二十一年一月向乙借款千圓，以其所有家屋，爲抵押物，月息五厘，而其清償期，則以民國三十年十二月三十一日爲限。設乙於民國三十年十二月，實行抵押權，則原本千圓之外，加以民國二十八年分二十九年分三十年分（即最後之三年分），利息百八十圓，合計得千一百八十圓，則乙得就千一百八十圓，以行抵押權於甲家屋之上，而自二十一年至二十七年之利息（四百二十圓），則不得行抵押權。四年以內之遲延利息。如前例甲乙間之金錢債務，以民國三十年末爲清償期，苟甲不如期清償，乙於民國三十五年十二月，始實行抵押權，則對於民國三十年後，四年內之遲延利息（即民國三十一年至三十四年之遲延利息），得行使權利於甲之家屋之上，我民法立法例，對此點不設限制，於保護債權人，似失過厚。

依抵押權所擔保債權之內容，不得以有害於他抵押權人之方法而變更之（德民一一一九條，瑞民八一八條二項）。例如第一位抵押權人增加利率，不得次位抵押權人之同意時，其契約無效。我民法認爲當然，不設規定。

第三點 釋本條之意義

原債權爲抵押權所由發生之主債權，即原本債權也。利息由原本債權而生，爲原債權之從權利。遲延利息者，謂於金錢債務履行遲延時，債權人作爲損害賠償得向債務人請求支付之金額也。遲延利息之額，原則上依法定利率計算，但約定利率，高於法定利率時，則依約定計算（民法二三三條一項）。又遲延利息，惟對於原債權，得以請求，對於利息，不得請求遲延利息（民法二五三條一項）。遲延利息，其性質仍屬利息，與原債

獨立於債的地位，應於相當限度內，受擔保原債權之抵押權之擔保。實行抵押權，即關於拍賣抵押物所需之一切費用，亦應受抵押權之擔保也。

原債權及利息之利率，應於登記抵押權時登記之（不動產登記條例一〇二條，一〇三條，土地法一一一條，一一二條）。

第四點 判解

(1) 提出擔保物之人，其擔保範圍，自以原本及利息為限。於原本利息以外，對於債務不履行之賠償，即所謂遲延利息，本可不負擔保之責任（三年上字六七六號）。

(2) 抵押權擔保之債權，若有利息者，除有特約及特別習慣外，其利息亦當然受抵押權之擔保（五年上字一三九〇號）。

(3) 以抵押權擔保之債權，除有特約外，其利息當然受抵押權之擔保（十九年上字一九五號）。

(4) 抵押權所擔保者，除契約內另有訂定外，為原債權，及利息，遲延利息，並實行抵押權之費用（二十年上字二一一七號）。

(5) 抵押權為對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權。無論設定抵押權所擔保之原債權，應否給付利息，而設定抵押權之不動產所生之租息，除抵押人約明以租抵息外，自應仍由抵押人收取，抵押權人，無要求償還該項租息之權利（二十年上字二五八號）。

以土地設定抵押權，同時附有條件之租賃契約，以其收益抵償利息，原不能謂為無效，惟其收益超過法定利率限制之部分，應先以之充償原本（二十七年十月十一日院字一七九二號）。

第八百六十二條 抵押權之效力，及於抵押物之從物與從權利。

第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，不受前項規定之影響。

第八百六十三條 抵押權之效力，及於抵押物扣押後，由抵押物分離之天然孳息。

第八百六十四條（抵押權之效力，及於抵押物扣押後，抵押人就抵押物得收取之法定孳息，但抵押人，非以扣押抵押物之事情，通知應清償法定孳息之義務人，不得與之對抗。）

右三條便利上合併說明爲左之四點：

第一點，右三條係規定抵押權之效力及於標的物之範圍。其關係條文，爲總則六八條，六九條，七〇條，本編八五一條至八五九條，參考條文，爲一草一一三九條，二草九〇一條，參考他國條文，爲日民三七〇條（指八六二條之參考），三七一條二項（指八六四條之參考）。

第二點，立法例

立法例有認抵押權之效力，及於附加於標的物之上而成爲一體之物者，日民三七〇條，我民一草一一三九條，二草九〇一條是。例如以土地爲抵押權之標的者，在土地上栽植之樹木，以建築物爲標的者，其增築部分。但設定行爲，有特別訂定，或債務人藉以詐害他債權人者，則列爲例外。余以爲現行民法所謂從物者，卽指附加而成爲一體之物而言，所謂物理的從物也。除第三人於設定前設定後有權原之附加物外，在設定當時，抵押人，雖未爲關於附加物之登記，抵押權之效力，亦得及之。又第八六四條之通知，立法例亦有定爲通知一年後，不就其抵押物爲扣押時，抵押權之效力，仍不及之者（日民三七一條二項）。

第三點 釋右三條之意義

第八百六十二條抵押權之效力，及於抵押物之從物者，包含物理的從物及因用法之從物而言，一則貫徹爲該不動產之部分之精神，二則貫徹從物隨主物之運命（唯交易上有特別習慣者，不在此限），例如抵押物爲耕地時，則其水車堆棧，抵押物爲房屋時，則其廐舍倉庫，爲劇場時，則其設備品是。從權利，例如抵押物爲土地時，從屬於需役地之地役權是（設定行爲有特別訂定者，如以需役地供擔保合意將地役權除外自無不可）。但第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，不因抵押權之效力及於從物而受影響。

第八百六十三條，第八百六十四條所稱由抵押物分離之天然孳息，及得收取之法定孳息，依民律草案之規

定，於抵押權人實行權利時，爲抵押權效力之所及。所謂實行權利者，爲已經設定人或法院，依其請求，着手就抵押物變價抵償，或由法院扣押之際。現行民法定明於抵押物扣押後，始爲抵押權效力之所及。惟於應清償法定孳息之義務人，非由抵押權人，以扣押抵押物之事通知之，不得與之對抗。

第四點 判解

(1) 抵押權人，以與債權人不同，未就抵押物由設定人移轉占有而取得其使用收益權。故在未實行其權利以前，對於抵押物之法定孳息，或已經分離之天然孳息，固不得主張優先受償。但在已實行其權利之時，即已經設定人，或法院，依其請求，着手就抵押物變價抵償之際（若在法院只須已經扣押），則以孳息原係由抵押物而生，自應不問其爲法定，或已經分離，仍許抵押權人，較通常或次位之債權人，一併優先受償（十七年上字六二三號）。

(2) 按抵押權之設定，未經登記，當然不得對抗第三人，雖經登記，而其登記之聲請，係在標的物查封以後者，亦不生對抗之效力（二十二年上字一〇七五號）。

(3) 抵押權人，無收取抵押物所生法定孳息之權利，此項孳息，除依民法第八百六十四條之規定，爲抵押權之效力所及者外，仍由抵押人收取，縱令抵押權所擔保之原債權，應由債務人支付利息者，除別有法律關係外，抵押權人，亦不得收取孳息以充利息之清償（二十二年上字二八五號）。

一、工廠中之機器生財，如與工廠同屬一人，自爲工廠從物，若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，其效力及於機器生財，聲請登記時，雖未一併註明，與抵押權之效力，不生影響（二十五年六月六日院字一五一四號，法條八六二條，互見民法六八條）。

二、院字第一四〇四號解釋，所謂工廠之機器，可認爲工廠之從物者，凡該工廠所設備之機器，皆可認爲從物，至工廠與機器，非同屬於一人，機器固不能單獨爲抵押權標的物，工廠如未得所有人許可，亦不得以之爲抵押權之設定（二十五年十月三日院字一五五三號，法條八六二條，互見民法六八條）。

第八百六十五條 不動產所有人，因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其次序依登記之先後定之。

本條應說明者四點

第一點 本條係規定同一不動產上數抵押權人之順位。其關係條文爲本編七五八條，本編施行法二條，三條。

第二點 立法例

立法例中，有認順位讓與或拋棄者，然順位之讓與，有債權金額之互換，例如第一順位人甲之債權額爲四千圓，第二順位乙爲二千圓，第三順位丙爲八千圓，抵押物之賣得金，如係萬圓，而甲讓其順位於丙，丙得八千圓，乙得二千圓，甲卽不受清償。有在讓與人債權額限度內順位之互換，如上例：丙以甲之債權額爲限，先在第一順位得四千圓，次由乙得二千圓，其餘之四千圓，甲與丙各按其賸餘之債權額，比例受償，甲仍可得二千圓。以上兩辦法，自以後者爲優。我民法以此辦法，過於複雜，未加採用。在事實上，先位抵押權人，儘可就其實行抵押權應得之金額，與次位抵押權人另訂分配辦法，以成立特種契約，原非法之所禁。

第三點 釋本條之意義

同一不動產，因擔保數債權而設定數抵押權者，受清償之次序，依本條所定，應依登記之先後定之。蓋抵押權之設定，依民法第七百五十八條規定，非經登記，不生效力也。惟物權編所規定之登記，另以法律定之。在未能依登記法律登記以前，不適用民法物權編關於登記之規定。本編施行法第三條定有明文，則在未能依登記法律登記以前，其受清償之次序，自應以設定之先後爲準。惟權利人既未能依法登記，其後設定之權利人，不知先已設定有抵押權，若係善意無過失，則爲調和各權利人之利益起見，應認其抵押權無強弱之分，許其按債權額數，比例分配，前大法院，著有判例。

第四點 判解

(1) 就同一之不動產上，先後設定兩種之抵押權者，其先所設定之抵押權人，自應較後所設定之抵押權

人，先受清償。但後所設定之抵押權人，因正當理由，不知先已設定有抵押權（即善意無過失）者，則其抵押權無強弱之分，應以比例，較普通債權人，同受優先之清償（四年上字一一八六號）。

(2) 嗣後取得物權，確係善意並無過失之人，應與先有抵押權之人，分擔損失（四年上字一二四五號）。

(3) 不動產所有人，就同一不動產，設定數抵押權者，依民法第八六五條規定，固應依登記之先後，定其抵押權之次序。但民法物權編所規定之登記，應另以法律定之，而在未能依法登記以前，自不適用物權編關於登記之規定，此在民法物權編施行法第三條定有明文。故現在沿用不動產登記條例之區域，因該條例第五條規定，非經登記，不得對抗第三人之效果，不問設定抵押權之先後，未經登記之抵押權，對於已登記之先後，為其抵押權之次序，若數抵押權人，均未登記，則其抵押權之次序，應依設定先後定之。但其設定在後之抵押權人，若確無過失，而不知為其抵押物之同一不動產上，已先有其他抵押權之設定者，則應不問設定之先後，而其實行抵押權時，各得就抵押物之賣得價金，按其債權數額，比例受平均之分配。其在未施行不動產登記條例之區域，關於抵押權之次序，或應分配抵押物之價金，應與上述數抵押權人均未登記者同論（二十二年上字二二八一號二十八年上字一三三六號同旨）。

抵押權人，聲請拍賣抵押物，其他抵押權人，請求參加分配，如其抵押權均未依法登記，自可按賣得價金，平均分配（二十六年二月一日院字一六二五號互見八七四條）。

第八百六十六條 不動產所有人，設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權及其他權利。但其抵押權，不因此而受影響。

第八百六十七條 不動產所有人，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。

右二條便利上合併說明為左之四點

第一點 右二條係規定不動產所有人（即抵押人）之處分權及抵押權人之追及權。其關係條文，為本編七五八條，七六〇條，債編三〇〇條至三〇四條，參考條文，為一草一一四六條至一一四八條，二草九〇七

條。

第二點 立法例

第八六六條之立法例中，有以此等權利之設定，往往有減少抵押物價值之虞，蓋抵押權之目的，在以抵押物賣得金供清償之用，地上權永佃權地役權之標的，乃在土地上為使用收益之行為，性質並非不相容，可以併存。然苟設定地上權之存續期間過長，且不收租，或設定永佃權而收租特少，則土地就荒，日加瘠穡，非但不能改良，而價格日落，甚有損於抵押權人之利益，抵押權人為保護自己利益計，得請求消滅之，此種請求，關係於權利人之利益甚大，非有確實證明方法，不足以杜紛爭，故非以通知之法行之，不生效力。我一草一一四六條，二草九〇七條，有此規定，我民法無之。第八六七條之立法例中，設定人於抵押權成立後，得將不動產讓與於他人者，不過抵押物之所有人變更而已，於抵押權人之利益，無所損害，然尙慮其或有流弊，而以二條件限制之：(一)不得使債務及擔保之關係受其影響，(二)設定行為，有特別訂定者，不得行之(一草一一四七條)。我民法以物權有追及力，於第二條件，不設規定。又受讓人承受債務者，債權人於承受後，一年以內，須以文書通知債務人，保留債權，債權人不為通知者，債務人免其債務(一草一一四八條)。我民法無此規定，關於債務承擔，自可適用債編三百條至三百零四條之規定。

法法系立法例，為防抵押不動產價值之低減，有害其利用及流通，而使第三取得人，免抵押權之實行，設有(一)代位清償(*paiement intégral*) (法民一一三六條，一一三七條，一一七八條)，(二)抵押物之委棄(*délaissement*) (法民一一六八條，一一七一條至一一七八條)，(三)檢索債務人之財產(*beneficium excussionis*) (法民二一七〇條)，(四)消除(*Purge*) (法民二一七九條，二一八一條至二一九五條)等方法。我民法未設規定，然代位清償及消除之方法，解釋上自非所禁。

第三點 釋右二條之意義

不動產所有人設定抵押權後，得於其不動產上，設定用益物權，或將不動產讓與他人，而不影響抵押權

者，以抵押權之特質，在行使賣卻權，無損於他種物權之存在，且抵押權有追及性，故雖所有人之處分，亦無礙於抵押權之存在也。雖事實上因設定他種物權，而影響於抵押物之賣得價金者，然在法律上無因此而消滅他種物權之理由，我民法不採抵押權人請求消滅他種物權之立法例，惟得依第二四四條及八七一條之規定以求救濟。

第四點 判解

(1) 一不動產上已設抵押權者，嗣後所有人，縱將該地轉賣於他人，亦不得妨害其從前所設定之權利（三年上字二一七號）。

(2) 擔保物權之標的物，設定擔保之人，本得讓與於人，但債權人之權利，決不因此而受不利益之影響（四年上字一四八六號）。

(3) 抵押權有追及效力，故設定抵押權人，即將標的物所有權讓與他人，而抵押權人，仍得行使其權利（四年上字二一一〇號）。

(4) 抵押權為物權，有追及效力，故設定抵押權人，以抵押權所有權讓與於人者，除受讓人，非因過失而不知其抵押權者，法律上應有相當保護外，抵押權人，當於受讓人，得主張其抵押權（五年上字一四一六號）。

(5) 同一不動產上，於設定擔保物權後，非不可再行出賣，不過已設定之擔保物權，不因其物之所有權移轉而被妨害（十八年上字一五二四號）。

(6) 債務人就全部債務已設定之抵押物，自行出賣，苟非依清償或消除而消滅抵押權，則債權人，自可本於追及其物之效力，就抵押物全部而行使權利（十八年抗字六號）。

(7) 抵押權之設定，並不以移轉占有為其要件，設定抵押權後，對於抵押物設定典權，為法律所准許（十九年上字二四一〇號）。