

律師專欄

設定了抵押權，你的債權就得到保障了嗎？（下）

蔣文正 律師

（續上期）
三、抵押權設定契約書上，未載明所擔保之債權之案例：

甲公司經銷乙公司之機器，經雙方協商，甲乙公司之負責人丙提供其所有之不動產，供乙公司設定最高限額七百萬元之抵押權。今有一筆買賣貨款已屆清償期仍未付款，乙公司欲實行抵押權，惟經查閱當時所書立之抵押權設定契約書，其上卻無約定擔保何種債權（即在設定契約書上有關「聲請登記以外之約定事項」之部分空白），試問該抵押權設定作業，有無違誤？

依民法第七百五十八條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」然抵押權所擔保之債權是否須登記？最高法院七十六年第六次民事決議認為：「抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，惟地政機關辦理登記時，其法令應行登記事項，如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分，關於最高限額抵押權所擔保之債權，如未於土地登記簿一一記載，在目前可以其聲請登記時，提出之最高限額抵押權設定契約書，視為登記簿之附件，在該契約書上記載之該抵押權所擔保之債權，均認為抵押權效力之所及。」最高法院奉就於實務上之登記作業程序，決議將抵押權設定契約書視為土地登記簿之附件，而為抵押權效力所及。目前有關抵押

權所擔保之債權之種類、範圍，實務上係在設定契約書上有關「聲請登記以外之約定事項」之部分為記載。本例有關抵押權所擔保之債權種類或範圍均未約定記載，抵押權之效力為何？抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，前揭七十六年最高法院之決議已有明示，而謝在全先生認為：「抵押權係為擔保特定債權而存在，且係就特定物設定之，抵押權與擔保債權乃為構成抵押權內容之重要部分，故抵押權尚有特定原則。」（註二）。本例形式上雖已完成最高限額抵押權之設定登記，但抵押權所擔保之債權種類或範圍，卻付之闕如，管見以為：構成抵押權內容之重要部分既未登記，則該抵押權自不生效力。是以本例抵押權設定之作業程序，實有疏忽違誤之處。

四、可否提供未成人之不動產，設定抵押權之案例：

甲公司經銷乙公司之飲料產品，為擔保經銷關係所生之債權，乙公司要求甲公司提供不動產供擔保，甲公司提供者，係一筆由A、B、C、D四人因繼承其父遺留之土地，所共有之不動產，A、B、C、D四人均未滿二十歲，當時在聲請設定最高限額抵押權時，有附親屬會議之同意書，基於子女之利益，親屬會議同意A、B、C、D之母，代理其子女設定抵押權予乙公司，試問該抵押權有效否？

按民法第一千零八十七條規定：「未成年子

女，因繼承、贈與或其他無償取得之財產，為其特有財產。」又「父母對於未成年子女之特有財產，有使用收益之權。但非為子女之利益，不得處分之。」為民法第一千零八十八條第二項所規定，而民法第一千零八十八條第二項所謂之「處分」，係指法律上之處分而言，兼指債權行為（如買賣）與物權行為（如設定抵押權）（註三）。本例A、B、C、D之母，將其子女因繼承取得之土地，為擔保甲公司因經銷關係所生之債權，而設定最高限額抵押權予乙公司，在保護未成年子女之利益，積極之現今時代，殊難謂該抵押權之設定行為，係有利於未成年子女（註四）。非為未成年子女利益處分行為之效力，實務上雖有無效說及修正之無效說（註五），拙見認為：為落實保護未成年子女，申請抵押權設定登記時，形式上雖附有親屬會議記錄及同意書，然實質上既非為未成年子女之利益，則該抵押權設定應該解釋為無效。從而本例以未成年人之不動產，所設定之抵押權，應屬無效。

五、抵押權之權利主體與實際發生債權關係之主體不符之案例：

甲公司經銷乙公司之飲料產品，甲乙並訂有經銷契約，契約中約定甲公司之負責人丙，應提供其所有之不動產，供乙設定最高限額七百萬元之抵押權，以擔保經銷關係所生之債權，抵押權登記之權利人為乙公司，債務人為甲公司，義務人為丙。惟實際經銷交易時，乙公司均係由其關係企業之丁公司出貨予甲，並由甲公司給付貨款予丁公司，今甲公司積欠多筆貨款，試問乙公司可否實行抵押權？按本件案例抵押權人係乙公司，所擔保者係甲乙間因經銷關係所生之債權，甲乙間雖訂有經銷契約，實際上甲乙間並無任何債權債務關係，買賣關係存在於甲公司與丁公司之間，丁公司雖係乙公司之關係企業，法律上係不同之權利主體，甲乙間之經銷關係，並不同於甲丁間買賣關係。本案例甲公司係積欠丁公司之貨款，甲公司既未積欠

乙公司任何貨款，則乙公司自無理由實行抵押權。

六、抵押權所擔保之債權種類與實際不符之案例：

甲公司經銷乙公司之食品，甲公司之負責人丙提供其所有之不動產，供乙公司設定最高限額六百萬元之抵押權，抵押權設定契約書上僅約定抵押權係擔保貨款，今甲公司因支付乙公司貨款所開立之支票不獲兌現，乙公司可否以支票不獲兌現為由，實行抵押權？按抵押權係為擔保特定債權而存在，本案例所設定之抵押權係為擔保貨款，並無擔保票款債權之約定，票款債權自非抵押權所擔保之債權，則乙公司不得以票據不獲兌現為由，實行抵押權，乙公司需以出貨予甲公司之出貨單，為貨款債權之證明文件，而以貨款未獲支付為由，實行抵押權。

七、抵押權設定契約書上之義務人是否需在票據上背書之案例：

甲公司經銷乙公司之飲料產品，甲公司之負責人丙提供其所有之不動產，供乙設定最高限額六百萬元之抵押權，抵押權設定契約書上約定抵押權係擔保貨款、票款及因經銷關係所生之損害賠償金，今甲公司為支付乙公司之貨款，開立甲公司之支票時，乙公司為將來得以實行抵押權，是否需每次要求土地所有人丙，在甲公司開立之支票上背書？

按抵押權設定契約書上之義務人，係提供擔保物之人，義務人係為物上之保證人。抵押權所擔保者係權利人對債務人之特定債權，並非擔保義務人所負之債務，是以本案例乙公司實無庸要求義務人（物上保證人）丙於票據上背書。但義務人亦可同時兼任債務人，丙若為債務人兼義務人，乙公司要求丙於票據上背書，始具有法律

（文轉第三版）

二、國內著作權保護與侵害之處理及代理國外著作權相關業務之處理。
三、受任專利、商標、著作權顧問。
四、商標電腦查名、商標設計。
五、專利資訊服務、專利買賣介紹。



台一國際投資顧問股份有限公司
專辦紐、澳及加拿大投資移民業務

ISO9000、ISO14000、CNS及世界各國標準
(UL、CSA、TUV、CE)申請輔導

上之實益。縱假設丙為債務人兼義務人，支票既為另一債務人甲公司所開立，則實際運作上，要求丙在每張支票上簽名，亦無多大實益。依民法第八百七十九條規定：「為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，依關於保證之規定，對於債務人有求償權。」此乃物上保證人對債務人之求償權。至於物上保證人並無代債務人清償債務之義務，因之代償與否，純屬自由（註六）。最高法院二十三年上字第三二〇一號判例有謂：「為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務時，固得依關於保證之規定，對於債務人有求償權。但不得據此即謂第三人有代償債務之責任。」

八以持分之農地設定抵押權，應否接受？

甲公司經銷乙公司之飲料產品，甲公司之負責人丙，以其父親在鄉下與他人共有之持分農地，供乙公司設定最高限額六百萬元之抵押權，試問乙公司可否接受？

按抵押權之目的在擔保債權之實現，依民法第八百七十三條規定：「抵押權人於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權，移轉於抵押權人者，其約定為無效。」抵押權之實行方法，係透過法院查封、拍賣抵押物，而就賣得之價金優先受償。權利人在設定抵押權時，務須考慮抵押物將來拍賣時有無「市場價值」？換言之，應考量將來抵押物拍賣時是否有人投標應買？當然抵押物拍賣時愈多人投標，抵押物愈能早日拍定，債權即可早日確保實現。土地法第三十條規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」目前政府雖有意修法對農地買賣放寬限制，惟現在既尚未修法，農地買賣自仍受土地法第三十條之限制（註七）。拍賣之抵押物為農地，投標應

買人，必須具有自耕能力，方可投標應買。政府為防止農地之細分，農業發展條例第三十條限制每宗耕地不得分割及移轉為共有（註八）；本例甲公司丙持分之農地，供乙公司設定抵押權，設定之程序，固然無誤，惟若考慮爾後實行抵押權，拍賣抵押物時，該抵押物因囿於土地法第三十條之限制（投標之應買人須具有自耕能力），而且又受限於農業發展條例第三十條之規定（耕地不得分割），則投標應買者可能少之又少，抵押物拍賣時無人應買，債權即無法實現。因而考慮農地在法令上之種種限制，乙公司實不宜接受以持分農地做為抵押物，應請甲公司另行提供之。

九土地上有違章建物，該土地是否可以設定抵押權？該如何確保債權？

甲公司經銷乙公司之飲料產品，甲公司之負責人丙，以其所有之土地，供乙公司設定最高限額六百萬元之抵押權，但土地上有違章建物，試問乙公司可否接受之？又該如何確保債權？

按抵押權為物權，非經登記不生效力，本例之土地可以登記而設定抵押權，並無疑義，然違章建物因無法取得建築執照，故無法辦理建物保存登記，即無從為抵押權之設定登記。惟違章建物，僅係行政上無法為保存登記，仍不失為民法上之「物」。違章建物以原始起造人為所有人；一般而言，實務上係依房屋稅單上之納稅人，推定為所有人。本例土地與違章建物，假若為同一人所有，依民法第八百七十七條之規定，建築物與土地之併付拍賣，必須於抵押權設定後，在抵押之土地上營造建築物始可。本例於抵押權設定前即有違章建物存在，所以不適用前揭民法第八百七十七條併付拍賣之規定，乙公司應另行取得執行名義，另行查封建物，而與土地併案執行之，才會有人去投標應買；當然就建物部分，乙公司並無優先受償之權。又設若本例土地與違章建物，並非同一人所有，乙公司倘尚有其他選擇之餘地，實不宜接受

此種抵押物，應請甲公司另行提供抵押物。又假設甲公司已無法再行提供抵押物，乙公司又已無選擇之餘地時，此時乙公司應使該違章建物房屋稅單上之納稅義務人，成為甲公司之連帶保證人，將來債務無法履行時，可對該建物所有人取得執行名義，查封建物，而與土地併案執行之。

參、結語

依「私法自治」之理念，人民得基於自由意思，正確而適當地規範、管理自己私法領域內之事務；然實際上由於對法律或制度之不明，卻無法正確而適當地規範自己私法領域之事務。紛爭之發生，往往係契約晦澀不明，導致訟累。本文所舉之案例，即係如此；醫學上注重所謂「預防醫學」，在法學上我們似乎亦應有「預防法學」之觀念，律師並非僅係「訴訟上之法匠」，法律人依其專業知識及案例經驗，應該積極地發揮其角色功能，協助當事人訂立正確而適當之契約，以規範其法律關係，俾免訟爭；將來當事人縱然發生紛爭，亦因契約條款之明確清楚，是非曲直即可辨析，法官可以迅速而正確地裁判，避免無謂之纏訟。

註一：有關「最高額抵押」請參鄭玉波先生所著「民法物權」第二八六頁（七十五年修訂十一版）、史尚寬先生所著「物權法論」第二八九頁（六十八年五月版）、謝在全先生所著「民法物權論」下冊第一五〇頁（八十四年九月修訂版）。

註二：謝在全先生著同註一第一九六頁。

註三：王澤鑑先生所著「民法學說與判例研究」第三冊第一五五頁（七十一年八月再版）。

註四：本例A、B、C、D之母親，如係為籌措其子女之教育費或生活費，而以未成年子女之特有財產為抵押物，向銀行借貸者，應符合為子女之利益。

註五：王澤鑑先生著同註三第一五五頁至一五八頁。

註六：鄭玉波先生著同註一第二五六頁。

註七：土地法第三十條限制私有農地所有權之

移轉，其承受人以能自耕者為限，該條所謂「農地」之範圍，係依「自耕能力證明書」之申請及核發注意事項」第三條所定之土地。

- 1.依區域計畫法編定之農牧用地。
- 2.依都市計畫法編定為農業區、保護區之田、旱地目之土地。
- 3.實施區域計畫法土地尚未編定用地別或未實施都市計畫、區域計畫地區之田、旱地目之土地。
- 4.國家公園區內之農地。

欲了解土地在法規上係為何種用途，土地登記簿上之地目僅做為初步之參考資料，須向各縣市市政府申請土地之使用分區證明書，方能進一步了解該筆土地在法令上實際規劃之用途。

註八：農業發展條例第三十條係規定：「每宗耕地不得分割及移轉為共有。但因出售與毗鄰耕地自耕農而與其耕地合併者，得為分割；因繼承而移轉者，得為共有；共有耕地每人持分達五公頃以上且有分割之必要者，得報經省（市）主管機關核准分割為單獨所有；部分依法變更為非耕地使用者，其依法變更部分得為分割。」所謂之「耕地」，農業發展條例第三條第十一款已有定義，其範圍與註七之「農地」大抵上應相同。

各機件、零件之總代理

機會

剎車鼓、增壓器、剎車來令
剎車蹄片、剎車踏板、剎車導線
剎車總泵、剎車引動器、剎車器持住器
空氣過濾器、碟式剎車來令片(盤)

堅固耐用·使用壽命長

得祥交通器材有限公司
台北縣永和市竹林路91巷49號1F
(02)2926-2756