

## 爭點 29 ▷ 最高限額抵押權

最高限額抵押權與一般抵押權同，均係不動產擔保物權，主要不同者，係在被擔保債權之特定以及從屬性上之緩和。特色如下：

### 1. 擔保不特定債權

此非指債權本身不特定，而是指債權具備有變動性、流動性，在債權確定之日前會有持續變化、發生、消滅之可能，與一般抵押權有所不同。倘難以特定被擔保債權究係為何，仍不發生抵押權之效力。

### 2. 擔保一定範圍之債權

我國並不承認概括最高限額抵押權，以「基於一定法律關係所生之債權」或「基於票據所生之權利」為限，並非抵押權人對債務人之一切債權均包含在內，倘有約定「擔保一切債權」者，該部分約定無效。

### 3. 在最高限額內為擔保

所謂最高限額，是指基於最高限額抵押權所得優先受償債權之最高限度數額。

### 4. 對於抵押權從屬性為最大之緩和

- (1) 成立從屬性上之緩和：僅須於實行時有債權存在即可，此乃對於成立上從屬性之緩和。
- (2) 無移轉上從屬性：最高限額抵押在確定前，若被擔保債權讓與他人，最高限額抵押並不隨同移轉（民 § 881-6 I）。
- (3) 無消滅上從屬性：最高限額抵押在確定前，所擔保之債權消滅者，最高限額抵押仍繼續為擔保將來之一定範圍債權而存在，不因此消滅。


### 5. 最高限額抵押之確定

- (1) 確定事由：請參見民法第 881 條之 4、5、10、11 及 12 之規定。法定確定事由可略分為「當事人主體變更」、「被擔保債權無繼續發生之可能」、「抵押權之實行或執行程序開始」等情況。
- (2) 確定之效果：結算及變更登記請求權（民 § 881-13）、擔保範圍確定（民 § 881-14）。

 實例演練

**Q** G哥在債務人張璐的土地上享有新台幣（下同）1,000萬元最高限額抵押權，擔保之債權經確定後為800萬元，其後張璐因遲延給付發生利息計20萬元，實行抵押權之費用共計8萬元，G哥實行抵押權得優先受償金額為多少？

- (1) 民法第881條之14之增訂理由：「最高限額抵押權所擔保之原債權一經確定，其所擔保債權之範圍亦告確定。至於其後繼續發生之債權或取得之票據上之權利則不在擔保範圍之內。但本節另有規定者，例如第八百八十一條之二第二項規定，利息、遲延利息、違約金，如於原債權確定後始發生，但在最高限額範圍內者，仍為抵押權效力所及。」
- (2) 民法第881條之2之增訂理由：「實行抵押權之費用，依第八百八十一條之十七準用第八百六十一條之規定，亦為抵押權效力所及。」
- (3) 綜上，本題G哥可優先受償之債權包括確定時之800萬元，遲延利息部分因有民法第881條之2第2項的特別規定，雖係於確定後所生之債權，仍為擔保效力所及；至於實行費用，則依同法第881條之17準用第861條第1項之規定，亦為擔保效力所及。故G哥得優先受償之金額為828萬元。

 【最高限額抵押權擔保債權範圍之爭議問題研析<sup>44</sup>】

本篇所要討論的重要問題有二：1. 最高限額抵押權之擔保債權範圍應該如何約定，始符合民法第881條之1第2項之規定；2. 最高限額抵押權擔保債權之約定利息、違約金，是否應經登記方為該抵押權之擔保範圍？

1. 擔保債權範圍之約定——實質限定及客觀明確：針對第1點，作者首先指出民法否定概括最高限額抵押。最高限額抵押權之被擔保債權，必須基於一定法律關係而生。問題是，

44 謝在全、陳旺聖，最高限額抵押權擔保債權範圍之爭議問題研析，月旦法學雜誌第332期，2023年1月，頁118-138。

如何界定一定法律關係？其認為，約定之一定法律關係必須具有「實質限定性」及「客觀明確性」。

- (1) 實質限定性是指，約定之法律關係對於債權發生之範圍，在實質上已經有相當程度的限制，亦即必須在一定程度上實質縮小擔保債權之範圍。如果僅是形式上限定，例如常見的「商業交易關係」、「1,000 萬以上之債權關係」、「2022 年 9 月 1 日至 2042 年 8 月 31 日止，債權人對於債務人之債權」均非適法之約定。
- (2) 客觀明確性則是指，被擔保債權之範圍必須自第三人可得具體認識其內容。進一步來說，約定的法律關係，必須在確定時，依其所定標準，由第三人的角度觀之，客觀上足以判斷是否屬於該法律關係所生，而與其他非由該法律關係所生之債權有別。作者並指出，如果僅約定「契約」者，並不符此一客觀明確性之要求。

針對上開擔保債權範圍，依土地登記規則第 115 條之 1 第 1 項規定為應登記事項；且依民法第 881 條之 1、第 881 條之 2，擔保債權範圍乃最高限額抵押權有效要件。被擔保債權有一部分之約定不符合實質限定之標準者，該部分無效；但其他部分之約定若符要件，則可依民法第 111 條但書，其他部分仍為有效。

2. 約定之利息及違約金是否須經登記始為擔保範圍所及：針對約定之利息及違約金，是否須經登記，始為最高限額抵押權之擔保範圍所及？學說上之正反立論不一。

實務多數見解<sup>45</sup>以及學說多數看法，認為應經登記始為擔保效力所及。不過，作者則採取否定見解，認為最高限額抵押權所擔保之原債權所生之約定利息、違約金毋庸登記，即為擔保債權之範圍。理由如下：

- (1) 既限定一定法律關係而生之債權，則所謂基於該法律關係而生之債權，不限於直接自該法律關係而生者，與約

45 最高法院 109 年度台上字第 2741 號判決及其更審判決、最高法院 110 年度台上字第 1688 號判決。

定之法律關係有相當關聯之債權，或與該法律關係交易過程中通常所生之債權，亦在擔保範圍內。

- (2) 再者，比較土地登記規則第 115 條之 1 第 1 項：「申請最高限額抵押權設定登記時，登記機關應於登記簿記明契約書所載之擔保債權範圍。」及第 111 條之 1：「申請普通抵押權設定登記時，登記機關應於登記簿記明擔保債權之金額、種類及範圍；契約書訂有利息、遲延利息之利率、違約金或其他擔保範圍之約定者，登記機關亦應於登記簿記明之。」可知，最高限額抵押權跟普通抵押權之登記範圍並不相同。
- (3) 最高限額抵押權登記時本來即僅須登記一定法律關係之範圍，而非特定債權。基於其浮動性，交易上控制擔保範圍的，乃是以量，亦即最高限額為其控制範圍。就約定利息以及違約金，未為登記不至影響交易安全。

## 貳、動產質權及權利質權

### 爭點 30 ▷ 動產質權

1. 意義及成立：動產質權係移轉動產之占有，作為債權擔保之用之擔保物權。

動產質權之成立，須有「設定動產質權之物權行為合意」與「將動產之占有移轉於債權人」之行為始得生效，蓋以交付作為公示方法，並剝奪出質人之占有，始能達其擔保之目的。值得注意的是，通說認為「指示交付」仍有剝奪出質人占有之意義，依此而為之質權設定，仍為有效。

占有係動產質權之成立及有效之要件，若質權人喪失占有者，動產質權即失其效力。

2. 動產質權之效力

- (1) 擔保債權範圍：動產質權擔保之債權範圍，為原債權、利息、遲延利息、違約金、保存質物之費用、實行質權之費用及因質物隱有瑕疵而生之損害賠償。

## 1.2.7 通謀虛偽、善意第三人保護



甲因為擔心其名下之 A、B 二筆土地遭到債權人聲請強制執行，便與友人乙商議假借買賣之名義，將之移轉登記與乙，待日後債務解決後再登記回甲名下。乙雖同意，但表示若兩筆土地均移轉至其名下，可能有被發現是惡意脫產，便向甲提議，A 地移轉與乙，B 地則另行登記與第三人。甲同意之。但乙暗地裡則向丙表示，其已向甲談妥購得其 B 地，願轉賣給丙。丙不疑有他，與乙訂立買賣契約，約定以新臺幣一千二百萬元購買 B 地。隨後甲、乙二人按計畫就 A、B 地分別訂立買賣契約，價金均記載為一千萬元；甲按照計畫將 A 地移轉登記與乙，並將 B 地按買賣契約之記載，移轉登記與乙指定之丙。乙卻再將 A 地出租與不知情的丁。嗣後甲與債權人之爭議解決之後，發現乙將土地出賣及出租的事實，便向丙、丁請求返還土地。丙、丁均主張其等不知甲、乙間之約定，故得依買賣契約及租賃契約取得所有權及租賃權，拒絕返還。請附理由說明：甲與丙、丁之主張何者有理由？（25%）

【112 政大財經法組】

### 析 Analysis.

1. 甲、乙間的約定——通謀虛偽意思表示：依題示，甲是因為擔心其名下之 A、B 二筆土地遭到債權人聲請強制執行，便與乙商議假借買賣之名義，將之移轉登記與乙。因此，就原先所約定好的 A、B 兩地之買賣以及移轉，其實都是通謀虛偽意思表示而無效。我們可以針對 A、B 兩地的安排，依序檢討。
2. A 地部分：甲與乙就 A 地確實依原定計劃訂立買賣契約並移轉，如前所述，此一買賣及移轉，應該都是通謀虛偽意思表示而無效。乙並不取得標的物所有權，而僅取得登記名義。其後，乙將 A 地出租與不知情的丁。就該租賃契約，因為屬於債權行為，不以有處分權為必要，乃屬有效。丁確實取得租賃的承租人地位。在丁取得承租人地位情況下，甲向其主張返還土地，是否有理由？

筆者認為此處牽涉兩個問題：

- (1) 第一，丁是否為民法第 87 條第 1 項但書所要保護的善意第三人範圍？

丁作為不知通謀虛偽意思表示情事的善意第三人，得否主張民法第 87 條第 1 項但書之保護？

多數見解認為本項但書所稱之第三人，必須是涉及交易安全保護之善意第三人，且必須是其所取得的權利義務關係，將因為通謀虛偽意思表示而必然受到變動者而言，例如標的物所有權的受讓人。如果是善意承租人，因為租賃之有效本來就不繫諸於其交易相對人乙有無取得所有權，因此不在保護範圍內<sup>18</sup>。不過，部分見解則有認為善意承租人並無不作同樣保護之理由，應將保護之主體擴張至善意承租人，使善意承租人得主張對自己而言，所有人乃是乙而非甲<sup>19</sup>。如果如此，甲當然無從對丁行使物上返還請求權。

- (2) 第二，即便採取多數學說見解，認為丁無從對抗甲，甲是否真的可以主張物上請求權？甲確實仍為所有人，問題是甲並非登記名義人，且丁並不是該通謀虛偽意思表示之當事人，而屬於第三人。如果依照最高法院向來之見解，甲無法直接對丁主張物上返還請求權，而須先依物上妨害除去請求權，要求乙塗銷所有權登記後，始得對丁主張物上返還請求權<sup>20</sup>。

3. **B 地部分**：本件中針對 B 地後續的安排，則與 A 地不太一樣。就 B 地，甲、乙間仍舊成立買賣契約，但在買賣契約中約定移轉登記給乙所指定的第三人丙。乙則暗中與丙另行成立買賣契約，出賣 B 地給丙。

**指示給付之安排**：如果「甲、乙」、「乙、丙」的買賣契約都是有效，也都有移轉的真意，那會是一個典型的指示給付安排。概念上，乙仍舊會有一瞬間取得標的物所有權，由乙再移轉給丙。甲對於丙的移轉同時滿足了「甲對於乙」以及「乙對於丙」的給付。換言之，在一般的交易安排下，丙仍舊是從乙那邊受有移轉、給付。

**通謀虛偽意思表示的影響**：不過，此處甲、乙間並不存在買賣以及移轉真意。此一差別將如何影響當事人間法律關係？筆者認為，此一差別所影響的，就是乙根本不會取得標的物所有權，因為甲、乙間屬於通謀虛偽意思

18 王澤鑑，民法總則，2020 年 9 月，頁 420；葉啟洲，民法總則，2021 年 9 月初版，頁 240。

19 陳聰富，民法總則，2022 年 9 月四版，頁 340-341。

20 最高法院 85 年度台上字第 2996 號判決：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之，民法第七百六十七條固有明文，惟此項所有物返還請求權之主體，在不動產，原則上應由登記名義之所有人行使之。所有人之登記縱有無效之原因，在未塗銷登記前，仍應由登記名義人為之。」

## 2.4.33 共同共有物上請求權之行使、共同共有債權之行使



甲男與乙女為夫妻，育有已成年之丙子。甲於20年前與丁女發生關係而生子戊，並已認領戊。甲與丁發生婚外情後，即離開與乙之共同住所與丁同居，雖有給付丙之扶養費，惟與乙分居已20年，期間二人幾無見面，僅就子女教養、家庭費用負擔等必要事項始有聯絡。甲主張其與乙分居時久，彼此已無感情且互不關心，婚姻有難以維持的重大事由，於民國（下同）111年6月1日向法院訴請與乙離婚，乙則抗辯兩造感情淡薄係肇因於甲外遇、離家別居，甲為唯一可歸責之一方，仍期待甲歸家共營夫妻生活，不願意離婚。

法院於112年5月30日為第一審判決，敗訴之一方已依法提起上訴，嗣甲於112年7月30日死亡，甲死亡後遺有A地、B屋（含基地），其遺產尚未分割。其中A地由庚無權占有並於其上擅自搭建C屋使用，B屋於甲生前即出租於辛，惟辛自111年7月1日起積欠租金，經甲屢次催告均置之不理，迄甲死亡時已積欠租金達新臺幣（下同）60萬元。

戊於甲死亡後於咖啡廳與網友壬見面，與壬甫結識2小時即決定結婚，壬當場書立結婚書約，因咖啡廳內只有店員一人且不願意擔任結婚證人，故壬外出覓得原不相識之路人癸、丑於結婚書約證人欄簽名，戊則於咖啡廳內等待壬取得證人簽名，再與壬持該結婚書約共赴戶政事務所辦理結婚登記，嗣戊於結婚登記翌日死亡。試問：

- (一)第一審法院為本案判決時，應如何判斷甲之離婚請求有無理由？（25分）
- (二)甲之遺產由何人繼承取得？戊之遺產由何人繼承取得？（25分）
- (三)丙是否得單獨對庚起訴，請求拆除C屋、返還A地？是否得單獨對辛起訴請求給付112年7月30日以前積欠之租金60萬元？（25分）

【112 司律】

### 析 Analysis.

(一)甲之離婚請求有無理由？

甲之離婚請求有無理由，由題示可知，甲、乙婚姻出現破綻，係甲久遠以前之外遇所引起。因此，甲似乎是婚姻出現破綻的唯一有責配偶，所涉及

到的問題就是唯一有責配偶之離婚請求。

1. 規範狀況的演進——破綻主義的採用：原先裁判離婚事由採取列舉主義，其後在民國（下同）74年時增訂民法第1052條第2項規定，引進破綻主義。在現行規範下，甲之離婚請求依據應該是民法第1052條第2項：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」

(1) 破綻主義下，有責配偶離婚請求之否定以及最高法院95年度第5次民事庭會議決議之解釋：本項增訂雖引進破綻主義，但並未採取全然破綻主義，而兼採有責主義的想法，否定有責配偶的離婚請求。本項但書之規定應如何解釋，成爲關鍵問題。

就此，向來實務見解以最高法院95年度第5次民事庭會議決議<sup>290</sup>爲代表，認爲就重大婚姻破綻，雙方均有責時，要比較雙方對於破綻的歸責程度，僅僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚。

上述的實務見解，在婚姻出現重大破綻時，仍須參酌雙方有責之程度，才能判斷離婚請求是否有理由，久爲學說上所質疑<sup>291</sup>。一方面，兼採有責主義其實就是否定破綻主義；另一方面，要比較雙方之可歸責程度，在訴訟實務上，不免使雙方流於互揭瘡疤，法院亦將疲於比較、探求雙方之可歸責程度。婚姻乃是經營共同生活，日常須配合協調的事項包羅萬象，細瑣之至。退讓部分自我以便與配偶緊密生活的同時，不免齟齬、怨懟。在在使可歸責程度的比較，猶如法院公辦的吐槽大會。

因此，學者有本決議不當擴大本項但書文義之批評。簡言之，依本項但書「應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚」之文義，所限制的應該僅僅只是唯一有責配偶的離婚請求，如果雙方都有責任，則並不受此限制，無須比較雙方可歸責程度大小。本決議卻將之擴大到雙方均可歸責時，還要比較雙方之可歸責程度。

290 最高法院95年度第5次民事庭會議決議：「婚姻如有難以維持之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚，始符民法第一千零五十二條第二項規定之立法本旨。」

291 林秀雄，親屬法講義，2022年3月七版，頁189-191。