

两岸抵押权之比较与立法建议

Comparative Study and Legislative Suggestions on the Cross-strait Mortgage

李兆环

LI Zhao-huan

【摘要】 台湾地区因有物权法定主义之限制，抵押权之标的仅包含不动产、动产与权利，因不动产价值高，台湾地区以不动产设定抵押权以作担保情形甚多，因此，抵押权制度在台湾地区已发展相当成熟，相较于大陆地区，其具有三大不同特性，即：抵押权具有追及效力，可借此降低债权无法满足之风险；承认流押契约之使用，使抵押物价值获得更充分之发挥；未设有反担保制度，而系以成立物上保证人之代位请求权求调和。本文尝试先以立法五大参考原则做开端，希望以立法之角度作为本篇之主轴，再介绍台湾地区与大陆地区抵押权之发展与沿革，并比较两岸抵押权之异同，辅以台湾地区抵押权修法历程为借镜，供作大陆地区立法参考，期能借由本篇之探讨，提供大陆地区物权法之修法建议。

【关键词】 担保物权 抵押权 最高限额抵押权 追及效力 流押契约 反担保制度

【中图分类号】 DF521 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 06-0047-28

Abstract: In Taiwan region, subject to the restriction of principal of legality of right in rem, the target of mortgage are limited to real property, personal property and rights. As real estates are valuable, it is common in Taiwan region to mortgage real property as collateral. Therefore, the development of mortgage system in Taiwan region is relatively mature. Compared to mainland China, Taiwan region mortgage has three main different characteristics, which are: the mortgagee can pursuit his/her right against the collateral to reduce the risk of unsatisfied overdue payment; the admission of fluidity contract to maximize the value of the mortgage; and the use of subrogation right to reconcile the needs instead of the adoption of counter-guarantee system. This article first refers to five principles of legislation, and expects to elaborate this topic from a legislative perspective. Then it introduces the development of mortgage in Taiwan region and in mainland China and compares the differences and similarities thereof. It further supplement the legislative history of mortgage in Taiwan region serving as a reference for mainland China and, through the discussion of this topic expects to provide legislative suggestions for mainland China's reference on the amendment to its property law.

Key words: Security right in rem Mortgage Line of credit mortgage Right of pursuit Fluidity contract Counter-guarantee system

【收稿日期】 2017-07-23

【作者简介】 李兆环，女，1968年1月生，得声律师事务所主持律师、台湾法学基金会董事兼副执行长，财团法人药害基金会董事，研究方向为民商法。

前言

大陆地区近十多年来挟其廉价人力成本之优势成为世界工厂，已跻身世界强权之林，各国或地区无不前往大陆地区设工厂、开公司，以维持竞争力，台湾地区亦然，产业西进对两岸经济、金融环境产生巨大影响，自不待言，大陆地区如何继续维持其竞争优势，提供良好经济发展环境，其法制之建构、人民财产权之确保，更已系大陆地区重要课题。

以往大陆地区人民之财产极其有限，所以整个民法法制之发展，仅通则、亲属、收养、继承、合同先完成立法，关于“物权”部分，则迟迟未有《物权法》的制定，在历经13年的草拟及讨论后，第十届全国人民代表大会第五次会议终于在2007年3月16日通过《物权法》，该法并自同年10月1日起施行，该法共19章，计247条条文，其规范内容包括：所有权、担保物权、用益物权及占有。此《物权法》之通过，具有划时代意义，其中担保物权制度之建立，作为社会融资之手段，诱导债权之发生，间接促进经济繁荣，在市场经济体制下，实为左右市场资金流量之一只手〔1〕。

2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过民法总则修正案，本文拟先比较两岸抵押权之异同，再以台湾地区抵押权制度之发展为镜，提出大陆地区修正《物权法》之立法建议。

一、引言

曾任美国联邦最高法院法官的贺姆斯（Oliver Wendell Holmes，1841—1935）于其1881年出版的《普通法》（The Common Law）一书中，有一句著名的格言“法律的生命不是来自于逻辑，而是来自于经验”，这句话背后的时代背景是，在19世纪末期，美国法学界及司法界仍普遍强调，只要遵循法律的原理和规则，即便是不同的案例事实也能推导出单一、一致的“正确答案”，“逻辑演绎”就是法学和司法最重要的训练及活动。然而，贺姆斯并不同意这样的主张，其认为司法判决的说理过程若绝对必须符合严谨的逻辑推演方法，惟机械式的逻辑推演，容易逸脱现实，所以需要以“经验”来赋予法律生命。在逻辑形式的背后，存在着各种价值判断，才是整个司法程序的根源与中枢。

值得一提的是，英文原文“The life of the law has not been logic; it has been experience”文法上使用的是完成式（perfect tense）。他说的其实是“法律的生命从来不是逻辑，而向来是经验”，事实上，从这段话的后半句当中很明显可以看出贺姆斯认为法律发展有其历史及社会因素，是一个动态的适应发展过程，从以往一直到现今，充实法律的一直都是经验而不是逻辑。法律乃因应社会需求而生，所有法律背后均有其欲解决之社会问题，社会是一动态有机体，法律即应随之与时俱进，不可一成不变，爱因斯坦亦云：“全天下最愚蠢的事，就是每天不断地重复做相同的事，却期待有一天会出现不同的结果”（Insanity: doing the same thing over and over again and expecting different results）。当社会环境急剧变化，陈旧的法律制度已无法適切满足社会需求时，即有改变

〔1〕 参见谢在全：《民法物权论》，新学林股份有限公司2010年版，第274页。

之必要。

二、立法五大原则

依前所述，法律乃因应社会需求而生，制订或修正法律能否回应社会所需，至关重要，本文浅见提出立法之五大参考原则。

（一）公平正义原则

公平正义原则，听来非常抽象，其实质内涵为何，向来是西方哲学论辩的焦点之一，而当代最为著名的是由学者罗尔斯（John Rawls）所提之正义论，认为正义是“公平的正义”，其提出了正义二原则，第一原则（自由原则）是，每个人都应该有平等的权利，去享有最广泛的基本自由权；而其所享有的基本自由权与其他每个人所享有的同类自由权相容。第二原则（机会平等及差异原则）是，社会和经济上的不平等，必须满足下列两个条件：第一，各项职位及地位必须在公平的机会平等下，对所有人开放；第二，使社会中处于最劣势的成员获得最大利益。公平正义原则之所以重要，是可使不同的价值主张和生活方式和谐共融，互相合作地生活在同一个社会。本文以为，法律是建构社会制度最重要的基石，制订或修正法律自应依循公平正义原则，以完成社会正义。

（二）调和原则

调和原则则承袭公平正义原则而来。依上述正义第二原则，立法必须使社会中处于最劣势的成员获得最大利益，但在保护弱势者的最大利益的同时，也不应过度牺牲他方利益。简言之，法律制度的建构无可避免会对社会中的不同社群造成程度不一的不同影响，立法时则应考量各社群间利益之调和，尽量在最大程度内求其平衡。

以台湾地区“劳动基准法”为例，该法系雇主与劳工间权利义务关系之基础规范。通常情况下，雇主与劳工有强烈利害冲突，劳工绝大多数为经济弱势之一方，以工资而言，“劳动基准法”1984年施行以前，劳雇关系并无最低工资之限制，“劳动基准法”公布施行以后，于第21条第1项明定：“工资由劳雇双方议定之。但不得低于基本工资。”此一规定，目的固在于保护劳工，使其有最低薪资之保障，但这样的规定，从雇主角度而言，则系增加其人事成本，倘基本工资标准过高，致雇主成本大幅增加，利润减少，无人愿意投入企业生产，则就业机会减少，对劳工反而有害无利，因此，基本工资标准的制定，事实上，不单单涉及劳工就业环境，亦同时大大影响雇主的成本投入。从而，立法者在立法时，自应审慎衡酌，尽可能调和各方利益，谋取双赢。

（三）解决社会问题

法律系因应社会需求而生，为社会服务，则制订法律应能解决社会问题。以台湾地区的农地政策为例，台湾地区早期的农业政策，着重在调整地权分配，保障实际耕作之农民，以激励其生产、改善其生活。为达此目的，台湾地区的政府以“农地农有、农地农用”的基本理念，于20世纪50年代，实施了“耕地三七五减租”、“公地放领”及“耕者有其田”，又先后修正“土地法”、“平均地权条例”及“农业发展条例”等法律，并以限定自耕农才能拥有耕地^{〔2〕}、防止耕地细分及严格规范农地转用等方式，来保护农

〔2〕“土地法”第30条：私有农地所有权之移转，其承受人以能自耕者为限。违反规定者，其所有权之移转无效。

地，以促进当时农业与经济发展。

其后，随着经济情势的演变与经贸国际化、自由化的潮流，农业渐渐已非台湾地区的经济核心，务农者渐少，继续限制农地仅能由自耕农拥有，反而不利土地的活络利用，因此，原有的农业政策顺应调整为“放宽农地农有、落实农地农用”，在2000年时，台湾地区修正“土地法”，删除自耕农方能拥有农地之规定，自此之后，一般人也能拥有农地，不受到身份限制。这样的立法沿革，从早期保护农业，限定农地拥有者之身份，到后来促进土地活络利用，刺激经济，删除自耕农身份限制，就是以法律解决社会问题之适例。

（四）不制造新问题

法律制度的设计，往往牵一发动全身，纵使只是一个字的变动，也可能因蝴蝶效应，对社会引发巨大波澜，以台湾地区近年吵得沸沸扬扬的同性婚姻议题为例，台湾地区“民法”第972条规定：“婚约，应由男女当事人自行订定。”立法委员提出之修正案，主张将上述条文修正为“婚约，应由双方当事人自行订定”。单是两个字的变动，背后所代表的意义就已经有了巨大的翻转。因此，制订法律时，应务必审慎注意，不要制造新的问题。

在此原则之下，可引申出以下两个子原则：第一，法律修正后，有无配套措施？同样以台湾地区“民法”为例，1999年台湾地区“民法”修正，明订不动产之买卖契约应由公证人做成公证书，立法理由称：“不动产物权具有高度经济价值，订立契约约定负担移转、设定或变更不动产物权之义务者，不宜轻率。为求当事人缔约时能审慎衡酌，辨明权义关系，其契约应由公证人作成公证书，以杜事后之争议，而达成保障私权及预防诉讼之目的”，但本条规定因缺乏相关配套措施，迄今仍未施行。纵立法意旨良善，但若在欠缺配套措施下，贸然施行，不但未助于解决问题，恐反而制造新的问题。

第二，全面检视相关法规。以台湾地区关于自然人“责任能力”之要件为例，行为人应否为其行为负法律上责任（包含民事、刑事、行政责任），过去法律条文是以所谓“心神丧失”、“精神耗弱”为其要件^{〔3〕}，但“心神丧失”与“精神耗弱”之语意极不明确，其判断标准更难有共识。实务上，要判断行为人于行为时之精神状态，常须借助医学专家之鉴定意见；惟心神丧失与精神耗弱概念，并非医学上之用语，医学专家鉴定之结果，实务上往往不知如何采用，造成不同法官间认定不一致之情形^{〔4〕}。因此，台湾地区“刑法”首先于2005年改以“精神障碍或其他心智缺陷”作为认定行为人责任能力之要件，其后台湾地区“民法”、“行政罚法”、“户籍法”、“保险法”等所有相关法规，陆续进行责任能力要件之通盘修正。故立法时全面检讨相关法规，目的在于建立起一贯之法体系，维护体系之完整性及一致性，可避免在不同法律体系解释上出现歧异或矛盾。

（五）价值判断原则

所谓价值判断原则是指法律制订必须是符合当代社会价值观的体现，同样以台湾地

〔3〕 如台湾地区2005年修正前“刑法”第19条规定，“心神丧失人之行为，不罚。精神耗弱人之行为，得减轻其刑。”2008年修正前“民法”第14条规定：“对于心神丧失或精神耗弱致不能处理自己事务者，法院得因本人、配偶、最近亲属二人或检察官之声请，宣告禁治产。”

〔4〕 参见台湾地区“刑法”第19条94年2月2日立法理由。

区近来之同性婚姻议题为例，台湾地区现行“民法”第972条规定：“婚约，应由男女当事人自行订定。”明定婚约必须基于男女当事人二人有于将来成立婚姻关系之自主性合意。第二节结婚，于第980条至第985条规定结婚之实质与形式要件，虽未重申婚姻应由男女当事人自行缔结，然第972条既规定以当事人将来结婚为内容之婚约，限于一男一女始得订定，则结婚当事人亦应做相同之解释，因此，在台湾地区过去解释上均认为，婚姻制度必以一男一女为基础，台湾地区“司法院”大法官释字第242号、第362号、第552号、第554号解释亦一再重申，一夫一妻系台湾地区“宪法”所保障之婚姻制度，进而排除了同性之间缔结婚姻的可能性。过往数十年，此以一男一女为基础之婚姻制度，虽叠受挑战，但从未被大法官解释为违宪。

在2017年5月24日，台湾地区“司法院”大法官做成第748号解释，其认为台湾地区“民法”第四编亲属第二章婚姻规定，未使相同性别二人，得为经营共同生活之目的，成立具有亲密性及排他性之永久结合关系，已违反台湾地区“宪法”第22条“保障人民婚姻自由”及第7条“保障人民平等权”之意旨，系属“违宪”，相关机关应尽快完成法律修正。此一解释背后，所代表者即系价值判断原则的体现，过去以男女为基础之婚姻制度，沿袭自中国传统社会制度，虽然备受挑战，但数十年来从未被撼动，惟随社会风气日渐开放，婚姻制度是否必然要以男女为基础，不同呼声渐起，台湾地区“司法院”大法官第748号解释之做成，即系一种对于当代社会价值观的回应，过去被认为合宪的婚姻制度，因价值观的变动，现在要重新改头换貌一番。

三、大陆地区担保物权之发展沿革与特性

(一) 大陆地区物权法沿革

大陆地区物权法发展可区分为四个显著阶段〔5〕：

1. 第一阶段

1993年前实行高度的计划经济体制，排斥个人所有权，此阶段相关的物权制度以“巩固和发展公有制经济”为主轴，着眼在国家所有权和集体所有权制度的建立，私人所有权的保护，并未受到重视。

2. 第二阶段

从1993年到1999年，1993年后学界开始对物权法律制度进行系统性研究，但由于正起草拟制定统一合同法，物权法尚未成为学界研究的重心；1998年民法草拟工作小组成立开始起草民法典，物权法便被纳入到民法典起草的工作中，直至于1999年3月《合同法》颁布，民法学界重心乃转移到物权法之研究。

3. 第三阶段

从1999年至2005年，1999年到2004年学界共起草了四部物权法学者建议稿，其中最重要者为梁慧星教授领导之中国物权法研究课题组于1999年10月所提之《中国物权法草案建议稿》，以及王利明教授领导之中国人民大学民商法律科学研究中心，组织众多学者，于2000年12月所提之《中国物权法草案建议稿》。2002年12月23日，物权法纳入民法草案共1209条的庞大法典体系中，这是物权法首次进入立法审

〔5〕 参见林清汶：“两岸抵押权比较与效益之研究”，《军法专刊》2013年第61卷第5期，第61页。

议程序〔6〕。2005年6月全国人大常委会会议审议《物权法草案》，7月三审后《物权法草案》终于公布，乃开始向各界广泛征求意见；但在三审和四审之间却因引发“物权法规定的精神是否违反宪法”之宪政疑虑，致使《物权法草案》审议暂时搁置〔7〕。

4. 第四阶段

自2006年到2007年间，在宪政争议平息后全国人大常委会又对草案进行数次审议，几经折冲后认为其法制精神仍值得肯定；全国人大常委会在历经七次审议后，终于2007年3月提交给全国人民代表大会通过，并于同年10月1日开始实施。

5. 小结

大陆地区《宪法》固认为财产权是对于公民合法财产享有使用、收益、处分之权利，包括生活与生产资料，保护合法财产不受非法侵害，乃是发展生产、繁荣经济，以及富国强民之重要基本保障。惟《宪法》中虽有关于保护公民私有财产权的规定，然《宪法》乃国家根本大法，为原则性之宣示无法全面规定相关制度，具体制度仍须透过一般基本法规范。大陆地区《物权法》之施行，代表着保护公民财产权的基本法律制度全面建立。

大陆地区通过《物权法》后，虽明文承认私有财产在法律上之权利，当然有其价值意义，但仍应观察后续各项措施。尤其大陆地区仍系以公有制为主，城市的土地属于国家所有；农村和城市郊区的土地，除依法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，仍属于集体所有。但国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定，对土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。如何在国家、集体和私人的物权中取得平衡，仍有赖时间考验。

（二）大陆地区《物权法》概观

大陆地区《物权法》共分为五编，十九章：第一编总则，第二编所有权，第三编用益物权，第四编担保物权，第五编占有。其中所有权编依其归属的不同，分为“国家所有权”、“集体所有权”及“私人所有权”。“国家所有”如：矿藏、水流、海域、城市土地等属于国家所有；“集体所有”的不动产和动产包括：法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等等；“私人所有”：依《物权法》第64条规定：“私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权”。在大陆地区购置房产，对房产部分可享有所有权，但对该房产所坐落的土地仅有“使用权”，盖土地属国家所有或依法律规定为集体所有。本条规定保障私人所有的财产权益，在社会主义制度下具有相当重要的意义。

大陆地区《物权法》的特色之一，有总则或一般性的规定，例如第一章基本原则，第二章物权的设立、变更转让和消灭，均属于各种物权适用的规定。对三大类物权——所有权、用益物权及担保物权，也都分别单独一章列出“一般规定”（如第四章、第十章、第十五章）。台湾地区“物权编”所规定的物权，并未细分用益物权或担保物权，2007年修正后系列举八种物权，包含：1. 所有权（§765以下）；2. 地上权（§832以下）；3. 农育权（§850—1以下）；4. 不动产役权（§851以下）；

〔6〕 参见陈樱琴、席志国、方立维：《中国大陆新物权法简析》，五南图书股份有限公司2008年版，第16页。

〔7〕 同上，第17页。

5. 抵押权（§ 860 以下）；6. 质权（§ 884 以下）；7. 典权（§ 911 以下）；8. 留置权（§ 928 以下）。

（三）大陆地区担保物权法制之发展

担保物权者，系指债权人以确保债权为目的，于债务人或第三人所有之物或权利上所成立，以取得担保作用之定限物权。^{〔8〕}大陆地区在2007年《物权法》公布施行以前，担保物权并无统一之专法规范，而散见于各法律、行政法规或司法解释及相关文件中，其中最重要者当属：第一，《民法通则》第89条第2款规定：“债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。”第二，1995年6月30日通过之《担保法》。《担保法》之制定，乃是为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，明定各种确保债权实现之方式^{〔9〕}，依《担保法》规定，担保物权之种类有三，包含第三章之抵押、第四章之质押、第五章留置。

2007年《物权法》通过以后，第四编明定为“担保物权”，第十五章为担保物权之一般性规定，第十六章抵押权，区分为一般抵押权及最高额抵押权，第十七章质权，分为动产质权及权利质权，第十八章留置权。至此，大陆地区担保物权法制体系渐趋完整，并使担保物权法制有统一之准则。

台湾地区“民法”担保物权体系见图1，大陆地区《物权法》担保物权体系见图2。

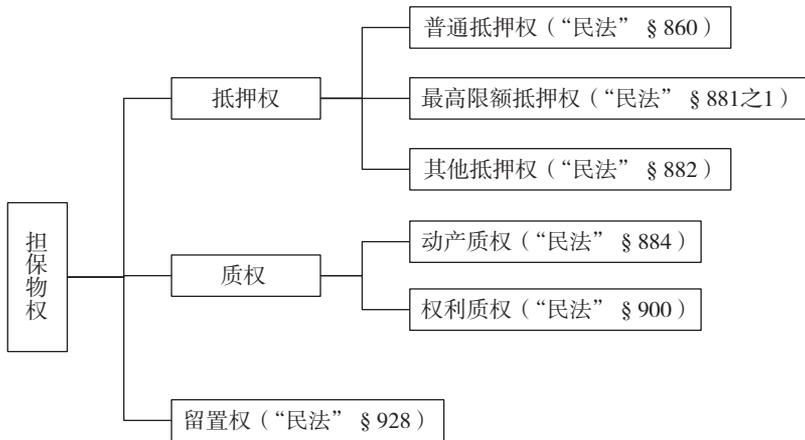


图1 台湾地区“民法”担保物权体系

（四）大陆地区《物权法》与其他法律的关联性

大陆地区《物权法》在法律位阶上位居于普通法律性质，如其他相关法律对物权另有特别规定者，仍依照其法律所规定（大陆地区《物权法》第8条），《物权法》与《担保法》规定如有抵触者，《物权法》则优于《担保法》的适用（大陆地区《物权法》第178条）。《物权法》如未规定者，仍然适用《担保法》规定。

〔8〕 参见前注〔1〕谢在全书，第5页。

〔9〕 大陆地区《担保法》第1条规定：“为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。”

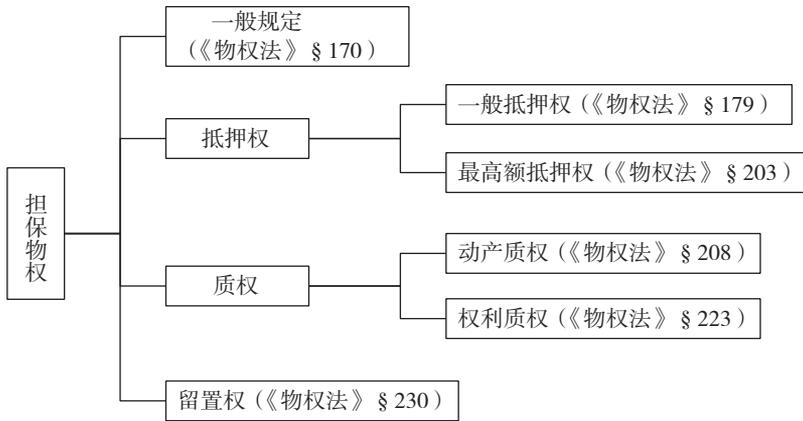


图2 大陆地区《物权法》担保物权体系

四、两岸抵押权的特性及比较

(一) 抵押权概说

1. 抵押权之意义

依台湾地区“民法”第860条规定：“称普通抵押权者，谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产，得就该不动产卖得价金优先受偿之权。”本条原规定未标明抵押权所担保者为债权，而所受清偿者亦其债权，易使人误解受清偿者为抵押权。为避免疑义，爰于2007年修正时仿德国《民法》第1113条、奥国《民法》第447条、韩国《民法》第356条，修正本条^[10]。大陆地区关于抵押权定义之规定，依《物权法》第179条第1款：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不移转财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。”本条款大体与现今各国对于抵押权之定义相符，惟“债权人有权就该‘财产’优先受偿”等语，似宜仿照台湾地区“民法”第860条之用语，修定为“债权人有权就该‘财产卖得之价金’优先受偿”，更为精确。

2. 抵押权之特性

(1) 从属性

抵押权乃抵押物权之一种，其目的与作用主要在于确保特定债权之实现，因此抵押权必须从属某一特定债权而存在，此即抵押权之从属性，台湾地区“最高法院”46年台上字第1098号判例即载明抵押权之性质从属于债权而存在，此从属债权之存在，系指抵押权之发生、移转及消灭，均应从属于债权而言^[11]，抵押权之从属性又可细分，分别为成立上之从属性、移转上（或处分上）之从属性以及消灭上之从属性^[12]。

第一，成立上之从属性：

系指抵押权之成立以债权存在为前提，债权若不存在，抵押权亦不存在者而言，如

[10] 参见台湾地区“民法”物权编第860条修正理由。

[11] 参见郑玉波著，黄宗乐修订：《民法物权》，三民书局股份有限公司2010年版，第207页。

[12] 参见前注〔1〕，谢在全书，第305页。

奥地利“民法”第499条前段规定：“抵押权以有效之债权存在为要件。”即为抵押权成立上之从属性予以明文规定之适例，台湾地区虽无类似之规定，但通说及实务上均肯认抵押权此一特性^{〔13〕}，违反成立上之从属性者，应属无效^{〔14〕}。

第二，移转上之从属性：

亦称为抵押权之附随性，指抵押权需附随于所担保债权，始得为让与或为其他债权之担保，二者不得分离，因此当被担保债权移转予第三人时，抵押权亦应随同移转予受让人。台湾地区“民法”第870条规定：“抵押权不得由债权分离而为让与，或为其他债权之担保。”本此意旨。外国立法例上，德国《民法》第1153条规定：“抵押权随债权之移转而移转于新抵押权人。债权人不得不随抵押权移转，抵押权不得不随债权移转。”此一规定承认抵押权移转之从属性，与台湾地区相同。日本《民法》第375条第1项规定：“抵押权人得以其抵押权作为其他债权之担保，或为同一债务人其他债权人之利益，让与或抛弃抵押权或其顺位。”则规定抵押权得与债权分离，而得单独为其他债权担保。大陆地区《物权法》第192条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”采与台湾地区相同之法理。

第三，消灭上之从属性：

抵押权消灭上之从属性，系指抵押权所担保之债权，因清偿、提存、抵销、免除等原因而全部消灭时，抵押权亦随之而消灭^{〔15〕}。台湾地区“民法”第307条规定：“债之关系消灭者，其债权之担保及其他从属之权利亦同时消灭。”大陆地区《物权法》第202条则规定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”可见两岸对于抵押权消灭之从属性，皆有明文规定。

(2) 不可分性

抵押权不可分性（*Unteilbarkeit*, *Indivisibilité*, *Indivisibility*）指在债权未受清偿时，抵押权人得就担保物之全部行使权利。^{〔16〕}抵押权不因抵押物之分割、让与或一部灭失，及不因担保之债权部分清偿、分割、让与等一部消灭而受影响。抵押权之不可分性有的认为非抵押权本质使然，而系在确保抵押权之安定性，符合抵押权人之期待，从而并可使债务人易获得信用，于债务人也属有利，基于此共同利益，乃拟制当事人之意思所设。^{〔17〕}各国关于抵押权不可分性，学说及立法例上之见解不完全相同，根据学者郑玉波先生之整理分析如下^{〔18〕}：

第一，从抵押权与被担保债权之关系而论，认为抵押权人得以抵押物之全部行使其权利，抵押权以其抵押物之全部，担保债权之各部；以抵押物之各部，担保债权之全

〔13〕 台湾地区“最高法院”89年台上字第1086号判决：“抵押权为从物权，以其担保之债权存在为发生之要件，契约当事人间除以债权之发生为停止条件，或约定就将来应发生之债权而设定外，若所担保之债权不存在，纵为抵押权之设定登记，自难认其抵押权业已成立。”同院70年度台上字第513号判决：“抵押权乃就抵押物卖得价金优先受偿之权利，必从属于债权而存在，亦即必须有被担保之债权合法存在为前提，苟无债权发生，即无抵押权之存在可言。”

〔14〕 参见前注〔1〕，谢在全书，第306页。

〔15〕 同上，第307页。

〔16〕 参见郑冠宇：《民法物权》，新学林股份有限公司2016年版，第479页。

〔17〕 参见前注〔1〕，谢在全书，第313页。

〔18〕 参见郑玉波：“论抵押权之不可分性”，《法令月刊》1978年第29卷第3期，第146~148页。

部。不论担保之债权数额多寡，均得对抵押物之全部行使权利，被担保债权纵因清偿、让与、免除等原因而部分消灭，抵押权人仍得以其未受偿之债权，对抵押物之全部行使权利；抵押物部分灭失，抵押权人仍得对抵押物之残余部分行使权利。法国《民法》第2214条第二项规定：“抵押权就其性质为不可分的，并对用于清偿债务之所有不动产全部，或对其中每个不动产及每一部分存在”，即属此类规定。

第二，以抵押权与抵押物之关系论，认为抵押权之全部，存在于抵押物之全部，同时亦存在于抵押物之各部；抵押权人得就抵押物之全部或各部行使权利。^{〔19〕}日本《民法》第296条规定：“留置权人于受债权全部清偿前，可以就留置物之全部行使其权利。”同法第372条规定：“抵押权人行使权利，准用第二百九十六条关于留置权行使之不可分规定。”可见日本系采此种立法例。

第三，以抵押权为对象，表现出抵押权之不可分为立论。认为抵押权不因抵押物之分割或一部灭失、被担保债权之分割或让与而受影响，抵押权人仍得以抵押物之全部行使权利，以担保债权之全部。台湾地区“民法”第868条规定：“抵押之不动产如经分割，或让与其一部，或担保一债权之数不动产而以其一让与他人者，其抵押权不因此而受影响。”同法第869条规定：“以抵押权担保之债权，如经分割或让与其一部者，其抵押权不因此而受影响。前项规定，于债务分割或承担其一部时适用之。”显见属此分类。大陆地区《物权法》并未对抵押权不可分性有明文规定，然大陆地区学者均肯认其存在之必要性^{〔20〕}。

（3）物上代位性

指抵押权之标的物灭失，原则上抵押权即消灭。但因标的物灭失而受有赔偿或其他利益时，该赔偿或其他利益请求权即成为抵押权标的物之代替物，此即所谓抵押权之物上代位性。^{〔21〕}台湾地区“民法”第881条第1项规定：“抵押权除法律另有规定外，因抵押物灭失而消灭。但抵押人因灭失得受赔偿或其他利益者，不在此限。”同条第2项规定：“抵押权人对于前项抵押人所得行使之赔偿或其他请求权有权利质权，其次序与原抵押权同。”同条第4项规定：“抵押物因毁损而得受之赔偿或其他利益，准用前三项之规定。”即属抵押权物上代位性之明文。盖抵押权乃支配标的物经济价值之抵押物权，如抵押物损毁、灭失后仍有其他形态之剩余价值存在，抵押权人仍应得以支配。

（二）台湾地区抵押权制度之发展沿革

近代抵押权有如下几项重大发展^{〔22〕}：

1. 抵押权标的物范围之扩大

因抵押权之标的为不动产，具有增值及保值之作用，且抵押权之设定不移转占有，债务人仍可就不动产用益，甚至将用益权设定予他人，以收取租金清偿债务。故对抵押权之债权人言，抵押物可保值、增值，对债权之确保相当稳当；对债务人言，则不丧失抵押物之占有仍得继续用益以增进偿债之能力，因此，抵押权颇受青睐。其于民法外增加之种类，有1929年实施“海商法”之船舶抵押权（“海商法”§33~37）、同年及次

〔19〕 参见邹海林、常敏：《债权担保之方法和运用》，社会科学文献出版社2005年版，第26页。

〔20〕 参见邓曾甲：《中日担保法律制度比较》，法律出版社2005年版，第147页。

〔21〕 参见前注〔16〕，郑冠宇书，第483页。

〔22〕 参见陈荣隆：“两岸担保物权之比较”，《法官协会杂志》2013年第5卷第1期，第450~458页。

年先后施行之“渔业法”及“矿业法”分别将渔业权（“渔业法”§24~25）及矿业权（“矿业法”§14）视同不动产物权，得为抵押权之标的物，1953年施行之“民用航空器法”，明定得以航空器设定抵押权（“民航法”§17~19）。

2. 财团抵押立法之引进^[23]

所谓财团抵押制度系指将企业之土地、厂房、机器及其他一切生财设备，集合成一财团，以此种财团于办理财团登记后，得以之设定一定抵押权，且不必移转标的物之占有，以为债权担保之制度。此种制度可使企业经营者将其土地、厂房、机器及其他一切生财设备，作为有机体之结合运用，提高企业财产经济价值，方便取得融资，台湾地区司法实务为配合社会经济需要，于1936年将工厂之机器生财理解为工厂之从物，使以工厂厂房设定抵押权时，其抵押权效力及于其机器生财之方法（参见台湾地区“司法院”25年院字第1514号解释），因而实现财团抵押之部分理想。惟台湾地区之财团抵押立法直至1953年施行“工矿抵押法”，才落地生根，依该法规定，明文将抵押物之范围扩及工厂之机器生财等动产。

3. “动产担保交易法”之制定

台湾地区于1963年仿美国动产担保引进美国《动产抵押法》（Law of Chattel Mortgages）、《统一附条件买卖法》（Uniform Conditional Sales Act）、《统一信托收据法》（Uniform Trust Receipt）等动产担保交易法之体例，制定“动产担保交易法”。1966年将动产抵押权、附条件买卖及信托占有并列为动产担保交易法之一种，使得动产抵押权、附条件买卖及信托占有正式成为台湾地区担保物权法体系之一环。惟因“动产担保交易法”公布施行时，将上述“工矿抵押法”一并删除，致使财团抵押制度在台湾昙花一现，实属憾事。

4. 最高限额抵押权之法制化

台湾地区对最高限额抵押权之承认最初系以行政函令为之：由行政机关下令所属单位加以承认。例如“财政部”下令银行承认最高限额抵押权之设定；“内政部”函令地政机关承认最高限额之登记；“司法行政部”通令所属高院、地院判决应承认最高限额抵押之效力，关于此部分有台湾地区的政府（四三）府民地用字第四五三一号令试用可资证明，因此各地政机关遂允许为最高限额抵押权之登记；“最高法院”于1962年1月12日以五一台文字第〇〇三五号函，承认最高限额抵押权之设定与一般抵押权之设定一样有效；（前）“司法行政部”以1962年台（五一）令民字第〇七九一号令敕当时所属台湾地区“高等法院”及福建高等法院厦门分院注意办理等规定均可资证明。2007年台湾地区“民法”物权编修正，因应社会经济发展需求，乃于抵押权章增订最高限额抵押权之专节，最高限额抵押权因而法制化。

5. 非典型担保物权之兴起^[24]

在其他国家或地区非典型担保物权已非常活跃，然在台湾地区可见者，仅限于让与担保、附条件买卖与融资租赁，而让与担保与融资租赁之非典型担保，占有不可忽略之地位，且既为工商社会所需要，自需尽早立法，俾臻健全。

6. 2007年担保物权之大幅修正

台湾地区于2007年就担保物权之内涵做大幅度修正，其中尤以抵押权章节变动之

[23] 参见前注〔1〕，谢在全书，第295~296页。

[24] 参见前注〔1〕，谢在全书，第298页；前注〔22〕，陈荣隆文。

幅度最为剧烈，除增设“最高限额抵押权”制度外，并新增抵押权之让与及次序权变动等相关制度，以下特别就2007年抵押权修正之内容，择要简介如下：

（1）普通抵押权

第一，抵押权之定义（台湾地区“民法”第860条）：

定义更加明确化，台湾地区“民法”第860条原规定：“称抵押权者，谓对于债务人或第三人不移转占有而供担保之不动产，得就其卖得价金受清偿之权。”上述规定未标明“债权”，易使人误解受清偿者为抵押权，爰仿德国、奥国、韩国立法例，修正为“称普通抵押权者，谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产，得就该不动产卖得价金优先受偿之权。”又本次修法后将抵押权分为普通抵押权、最高限额抵押权及其他抵押权三节，本条属普通抵押权之定义性规定^[25]，故冠以“普通抵押权”之文字。

第二，抵押权所担保债权之范围（台湾地区“民法”第861条）：

台湾地区“民法”第861条原规定，抵押权所担保者仅原债权、利息、迟延利息及实行抵押权之费用，惟学者通说及实务上见解认为违约金应在抵押权所担保之范围内，爰将“违约金”明定为抵押权所担保之债权之一。另为兼顾第三人及抵押权人之权益，明定得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一年定期给付之违约金债权，以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前五年内发生及于强制执行程序中发生者为限，以免担保债权范围扩大。^[26]

第三，扩大抵押权标的物之范围（台湾地区“民法”第862条、862条之1）：

社会上常有建筑物上增建、扩建或为其他之附加使成为一物而不具独立性之情形，如以该建筑物为抵押，抵押权是否及于该附加部分？修正前无明文规定，易滋疑义。为杜绝争议，新法于“民法”第862条第3项明定无论于抵押权设定前后，附加于该为抵押之建筑物之部分而不具独立性者，均为抵押权效力所及。^[27]

[25] 2007年台湾地区“民法”第860条修正理由：“抵押权所担保者为债权，而所受清偿者亦其债权，原规定未标明‘债权’，易使人误解受清偿者为抵押权。为避免疑义，爰仿德国民法第一千一百三十三条、奥国民法第四百四十七条、韩国民法第三百五十六条，修正本条。又本章将抵押权分为普通抵押权、最高限额抵押权及其他抵押权三节，本条至第八百八十一条为有关普通抵押权之规定。而本条系关于普通抵押权之定义性规定，故仍表明‘普通抵押权’等文字。至于本节以下各条规定中所称之‘抵押权’，既规定于同一节内，当然系指‘普通抵押权’而言，毋庸逐条修正。”

[26] 2007年台湾地区“民法”第861条修正理由：“一、学者通说及实务上见解认为违约金应在抵押权所担保之范围内，爰于本条增列之，使担保范围更臻明确，并将‘订定’修正为‘约定’，改列为第一项。二、为兼顾第三人及抵押权人之权益，并参照本法第一百二十六条关于短期消灭时效之规定，爰增订第二项，明定得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一年定期给付之违约金债权，以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前五年内发生及于强制执行程序中发生者为限，以免担保债权范围扩大。本项所称‘实行抵押权’，包括抵押权人声请强制执行及声明参与分配之情形。”

[27] 2007年台湾地区“民法”第862条第3项修正理由：“社会上常有建物上增建、扩建或为其他之附加使成为一物而不具独立性之情形，如以该建筑物为抵押，抵押权是否及于该附加部分？原法尚无明文规定，易滋疑义。为杜绝争议，并解决于实行抵押权时法院强制执行程序之困扰，爰增订第三项，明定无论于抵押权设定前后，附加于该为抵押之建筑物之部分而不具独立性者，均为抵押权效力所及。如其附加部分为独立之物，且系于抵押权设定后附加者，准用第八百七十七条之规定。即抵押权人于必要时，得声请法院将该建筑物及其附加物并付拍卖，但就附加物卖得价金，无优先受清偿之权，以保障抵押权人、抵押人与第三人之权益，并维护社会整体经济利益。”

抵押物灭失致有残余物时，例如抵押之建筑物因倒塌而成为动产者，从经济上言，其应属抵押物之变形物，学者通说以为仍应为抵押权效力所及，始得巩固抵押权之效用。因原来法无明文规定，爰增订第862条之1。^[28]

第四，赋予抵押权人得调整优先受偿之权利：

为使抵押权人对依其次序所能支配者即抵押物交换价值之利用更具弹性，俾使其投下之金融资本在多数债权人间仍有灵活周转之余地，并有相互调整其复杂之利害关系之手段，爰参考日本、德国《民法》立法例，新增“民法”第870条之1^[29]，明定抵押权人得以让与抵押权之次序，或抛弃抵押权之次序之方法，调整其可优先受偿之分配额。但他抵押权人之利益不受影响。

第五，流押契约之承认：

修正前台湾地区“民法”第873条第2项规定：“约定于债权已届清偿期而未为清偿时，抵押物之所有权移属于抵押权人者，其约定为无效。”即流押契约之禁止，本次修法后，明文承认流押契约之效力（相对有效），新增第873条之1规定：“约定于债权已届清偿期而未为清偿时，抵押物之所有权移属于抵押权人者，非经登记，不得对抗第三人。抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，抵押物价值超过担保债权部分，应返还抵押人；不足清偿担保债权者，仍得请求债务人清偿。抵押人在抵押物所有权移转于抵押权人前，得清偿抵押权担保之债权，以消灭该抵押权。”该规定使流押契约为有效，采登记对抗主义，并令债权人对债务人负有清算义务。^[30]

第六，抵押权之实行：

[28] 2007年台湾地区“民法”第862条之1修正理由：“抵押物灭失致有残余物时，例如抵押之建筑物因倒塌而成为动产者，从经济上言，其应属抵押物之变形物。又抵押物之成分，非依物之通常用法，因分离而独立成为动产者，例如自抵押建筑物拆取之‘交趾陶’，其较诸因抵押物灭失而得受之赔偿，更属抵押物之变形物，学者通说以为仍应为抵押权效力所及，始得巩固抵押权之效用。因原法尚无明文规定，易滋疑义，为期明确，爰予增订。”

[29] 台湾地区“民法”第870条之1：“同一抵押物有数抵押权者，抵押权人得以下列方法调整其可优先受偿之分配额。但他抵押权人之利益不受影响：一、为特定抵押权人之利益，让与其抵押权之次序。二、为特定后次序抵押权人之利益，抛弃其抵押权之次序。三、为全体后次序抵押权人之利益，抛弃其抵押权之次序。前项抵押权次序之让与或抛弃，非经登记，不生效力。并应于登记前，通知债务人、抵押人及共同抵押人。因第一项调整而受利益之抵押权人，亦得实行调整前次序在先之抵押权。调整优先受偿分配额时，其次序在先之抵押权所担保之债权，如有第三人之不动产为同一债权之担保者，在因调整后增加负担之限度内，以该不动产为标的物之抵押权消灭。但经该第三人同意者，不在此限。”

[30] 2007年台湾地区“民法”第873条之1修正理由：“二、本条为配合条文内容有关流押约款之规定，原第八百七十三条第二项规定，改列为本条第一项本文，并将原条文‘其约定为无效’之规定修正为‘非经登记，不得对抗第三人’，另增列第二项、第三项规定。三、按仅约定债权已届清偿期，而债务人不为清偿时，抵押物之所有权，移属于抵押权人者，原则上为法所不许，爰将流押约款规定修正为非经登记，不得对抗第三人。四、请求抵押人为抵押物所有权之移转时，抵押物价值超过担保债权部分者，应返还抵押人；如不足清偿担保债权者，仍得请求债务人清偿之谓，因抵押权旨在担保债权之优先受偿，非使抵押权人因此获得债权清偿以外之利益，故抵押物之价值如有超过债权额者，自应返还抵押人。又本项亦明定抵押物价值估算之基准时点，为抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，以杜抵押物价值变动之争议，爰增订第二项规定。五、于担保债权清偿期届至后，抵押物所有权移转于抵押权人前，抵押权及其担保债权尚未消灭，债务人或抵押人自仍得清偿债务，以消灭抵押权，并解免其移转抵押物所有权之义务，爰增订第三项规定，俾利适用。”

抵押权人实行抵押权，所得拍卖之标的物原则上以抵押权效力所及之物为限，例外情形，倘土地所有人于设定抵押权后，在抵押物上营造建筑物者，应使抵押权人于必要时，得以土地与其建筑物一并拍卖，以保护其利益，否则收去建筑物，于经济上所损甚巨，不利物之经济效用极大化，故台湾地区“民法”第877条规定，使抵押权人于实行抵押权时，得对土地所有人在设定抵押权后又兴建之建筑物声请并付拍卖，固无疑问，惟若该建筑物与土地并非同一人所有时，该如何处理，在司法实务上颇生争议，此次修正乃针对建筑物与土地非同属一人所有之情形，为兼顾社会经济及土地用益权人利益^[31]，允许抵押权人将该建筑物声请并予拍卖为宜，但建筑物拍卖所得价金，抵押权人无优先受偿权。

(2) 最高限额抵押权之明文化

本次修正于抵押权章新增最高限额抵押权，共计17条（第881条之1至881条之17），将实务上行之有年之最高限额抵押权要件明文化，并明定最高限额抵押权之权利义务内容。

(三) 两岸抵押权重要特性之比较^[32]

1. 抵押权之标的物

(1) 概述

各国立法例可分为如下方式：（一）严格限制抵押权之客体仅得为不动产、不动产之权利，动产及其他财产权不得为抵押权之客体。如法国《民法》第2118条规定：“抵押物谨以下列财产为限：1、进行买卖的不动产及被视为不动产之附属物；2、收益期内上述财产及其附属物之收益。”德国、瑞士《民法》亦同。（二）不动产及大多数不动产权利均得为抵押权之客体，动产亦得为抵押权客体，惟以动产为抵押权客体时，限制较多。如日本《民法》第369条第一项规定：“抵押权人就债务人或第三人不移转占有而供作债务担保之不动产，优先于其他债权人受清偿之权。”同条第2项规定：“地上权及永佃权亦可为抵押权之标的，于此情形准用本章之规定。”复又制定《农业动产信用法》、《飞机抵押法》、《建筑机械抵押法》等特别法，用以规范动产抵押权。（三）除不动产及大多数不动产权利均得为抵押权之客体外，并于同法中明定得为抵押权客范围颇广泛。如大陆地区《物权法》第180条第1款规定即属之。（四）对得为抵押权客体之不动产及动产甚少限制，且进一步承认得以“未特定化”之财产作为抵押权客体，大多数英美法系国家皆采之。^[33]

(2) 台湾地区

在台湾地区得为抵押权标的物之种类如下：

第一，不动产：

[31] 台湾地区“民法”第877条：“土地所有人于设定抵押权后，在抵押之土地上营造建筑物者，抵押权人于必要时，得于强制执行程序中声请法院将其建筑物与土地并付拍卖。但对于建筑物之价金，无优先受清偿之权。前项规定，于第八百六十六条第二项及第三项之情形，如抵押之不动产上，有该权利人或经其同意使用之人之建筑物者，准用之。”修正理由谓：“为维护抵押权人利益，于不动产抵押后，在该不动产上有用益物权人或经其同意使用之人之建筑物者，该权利人使用不动产之权利虽得先依第八百六十六条第二项规定予以除去，惟为兼顾社会经济及土地用益权人利益，该建筑物允应并予拍卖为宜，但建筑物拍卖所得价金，抵押权人无优先受偿权，爰增订第二项规定。”

[32] 两岸抵押权有若干细节规定之差异，惟因篇幅限制，无法一一列出，故仅择较为重要者进行讨论。

[33] 参见许明月：《抵押权制度研究》，法律出版社1998年版，第138~139页。

在台湾地区主要系以不动产^[34]为抵押权之客体^[35]，包含土地及其建筑物在内，凡经登记之不动产，均可为抵押权设定之客体。惟建造中之建筑物得否为抵押权客体，不无疑义。有持肯定说者，认为建造中之建筑物，如同建造中之船舶，应得设定抵押权^[36]。亦有持否定说者，认为正在建造中之建筑物尚未取得所有权之保存登记，以之为抵押权之客体，自属不宜^[37]。惟台湾地区“民法”第513条第1项规定：“承揽之工作为建筑物或其他土地上之工作物，或为此等工作物之重大修缮者，承揽人得就承揽关系报酬额，对于其工作所附之定作人之不动产，请求定作人为抵押权之登记；或对于将来完成之定作人之不动产，请求预为抵押权之登记。”可知在台湾地区，建造中之建筑物在一定条件下，即限于承揽抵押权之情形，得为抵押权客体。

第二，动产：

在台湾地区，机器、设备、工具、原料、半成品、成品、车辆、农林渔牧产品、牲畜及总吨位未满二十吨之动力船舶或未满五十吨之非动力船舶、航空器、船舶、建造中之船舶^[38]及航空器^[39]，均得为抵押权之标的物。

动产易于变因转让、隐匿、遗失、灭失或价值之减损，致抵押权不能或难于行使，然为充分发挥动产之交换价值，促进资金流通，又有发展动产抵押制度之必要，是以各国法律对于作为抵押权客体之动产之范围，皆有不同程度之限制，将得为抵押权客体之动产，尽量限于价值高、稳定性高、不易被隐匿，或其权利之转让除交付外，尚须履行特定程序之动产。

第三，权利：

在台湾地区得为抵押权之标的计有地上权、农育权、典权^[40]、矿业权^[41]、渔业权；上述得为权利抵押者，系准用“民法”抵押权之规定^[42]，称之为准抵押权。台湾地区基于物权法定主义，物权除“民法”或其他法律有规定外，不得创设之，故除上述以外之权利，皆不得为抵押权之客体。

第四，其他：

在台湾地区因物权法定主义，除上述外，并无其他财产得为抵押权之客体。

台湾地区抵押权标的物之范围参见图3。

[34] 台湾地区“民法”第66条规定：“称不动产者，谓土地及其定着物。”

[35] 台湾地区“民法”第860条规定：“称普通抵押权者，谓债权人对于债务人或第三人不移转占有而供其债权担保之不动产，得就该不动产卖得价金优先受偿之权。”

[36] 参见史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第246页。

[37] 参见陈松卿：《银行贷款之确保》，联经出版事业股份有限公司1987年版，第64页。

[38] 台湾地区“动产担保交易法”第4条规定：“机器、设备、工具、原料、半成品、成品、车辆、农林渔牧产品、牲畜及总吨位未满二十吨之动力船舶或未满五十吨之非动力船舶，均得为动产担保交易之标的物。”

[39] “民用航空法”第19条规定：“航空器得为抵押权之标的。航空器之抵押，准用动产担保交易法有关动产抵押之规定。”

[40] 台湾地区“民法”第882条规定：“地上权、农育权及典权，均得为抵押权之标的物。”

[41] 台湾地区“矿业法”第10条：“矿业权除继承、让与、抵押、信托及强制执行外，不得为他项权利或法律行为之标的。前项矿业权之抵押，以采矿权为限。”

[42] 台湾地区“民法”第883条规定：“普通抵押权及最高限额抵押权之规定，于前条抵押权及其他抵押权准用之。”

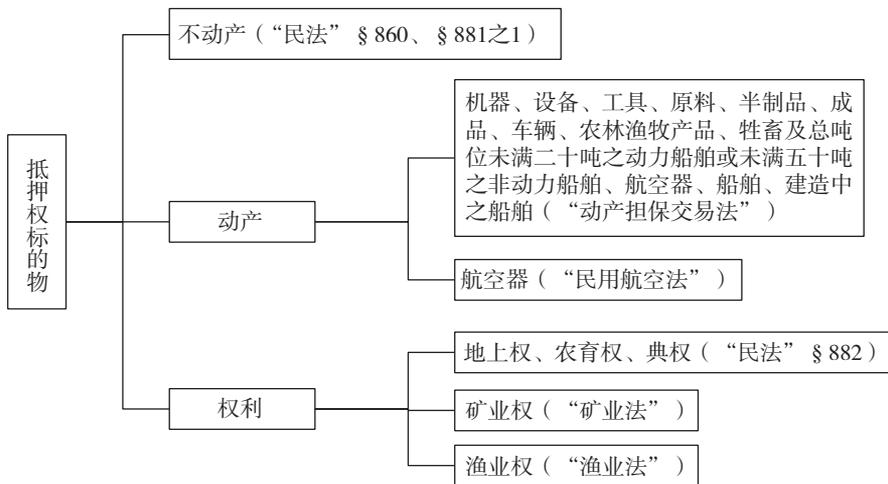


图3 台湾地区抵押权标的物之范围

(3) 大陆地区

大陆地区就得为抵押权之标的物，系同时采正面表列（或称积极要件）及负面表列（或称消极要件）之方式，分述如下：

第一，可以抵押之财产：

大陆地区《物权法》规定债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：1、建筑物和其他土地附着物；2、建设用地使用权；3、以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；4、生产设备、原材料、半成品、产品；5、正在建造的建筑物、船舶、航空器；6、交通运输工具；7、法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。而抵押人可以将上列财产一并抵押。^[43]

第二，不得抵押之财产：

大陆地区《物权法》第184条明定：“下列财产不得抵押：（一）土地所有权；（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；（五）依法被查封、扣押、监管的财产；（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。”

第三，小结：

同时采取正面及负面表列之规定方式，看似方便法院适用，但有学者认为适用上可能带来若干问题，例如，财产若未规定，在为可抵押或不可抵押，法院及权限机关应如何处理？^[44] 其实，若将《物权法》第180条第7款解释为概括规定，凡法律或行政法规未规定禁止之财产，均得为抵押权之标的物，前六款之规定，即不具意义。

大陆地区抵押权标的物之范围参见图4。

2. 抵押权担保之范围

(1) 概述

抵押权担保债权之范围，就抵押权人而言，系抵押权人实行抵押权时，所得受优先

[43] 参见大陆地区《物权法》第180条规定。

[44] 参见前注〔6〕，陈樱琴、席志国、方立维书，第309页。

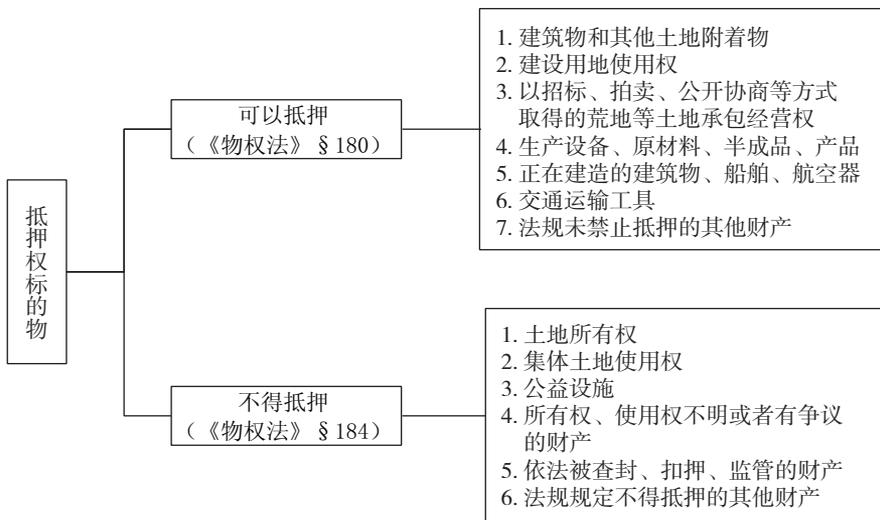


图4 大陆地区抵押权标的物之范围

清偿之范围；就债务人、抵押人或抵押物第三取得人而言，则系为使抵押权消灭所必须清偿之债务范围。^{〔45〕}

(2) 台湾地区

“民法”第861条第一项规定：“抵押权所担保者为原债权、利息、迟延利息、违约金及实行抵押权之费用。但契约另有约定者，不在此限。得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一年定期给付之违约金债权，以于抵押权人实行”，准此，担保债权之范围原则上依当事人之意思定之，如当事人未约定时，则其担保债权之范围为原债权、利息、迟延利息、违约金及实行抵押权之费用五项，当事人约定之范围，可大于上述五项，亦可缩小其范围。

第一，原债权：

抵押权之存在系以确保债权之满足为目的，故原债权自为抵押权所担保之范围，此观台湾地区“民法”第861条、瑞士《民法》第818条以及韩国《民法》第360条规定，皆知之甚明。所谓原债权，系指抵押权所担保之原本债权而言。^{〔46〕} 此项债权于申请为抵押权设定之登记时，应将其数额于登记申请书内记明，其订有清偿时期，或于债权附有条件或其他特约者，亦应于申请书记明。

第二，利息：

利息为由原本债权所生之法定孳息，于此仅指约定利息而言，因法定利息属迟延利息，台湾地区“民法”第861条已另有规定。利息为抵押权所担保之范围，但仍应就利息之约定加以登记后，始为抵押权担保效力所及。盖利息必须于当事人有约定后方会发生，并非因原本债权之存在而当然存在，故如有利息之约定，必须以登记之方式公示之，利息、起息期、付息期、利率，于抵押权设定登记时均应登记，始不至对第三人造成不测之损害。“民法”第861条规定，不过是当事人设定抵押权时，为表明抵押权所担保之范围

〔45〕 参见前注〔1〕，谢在全书，第344页。

〔46〕 同上注。

所作之补充规定，不可将之理解为：利息无须登记，即为抵押权担保效力所及〔47〕。

至于抵押权所担保利息之范围，各国立法例皆不尽相同，有采限制主义者，亦有采无限制主义者。限制主义系指限定抵押权所担保利息之范围于一定年限内者，如法国及日本均采限制主义。其理由系利息债权届清偿期后，抵押权人即可请求清偿，若不请求，乃债权人怠于行使权利，法律自无再予保护之必要，况若对于担保利息债权不予限制，债权人越怠忽行使求偿之权利，利息累积越巨，后顺位抵押权人及其他债权人之权利必受影响，故对于利息债权有予以限制之必要性。无限制主义即未限定抵押权所担保利息之范围于一定年限内者，如德国为是。台湾地区2007年修正之“民法”第861条第2项规定：“得优先受偿之利息、迟延利息、一年或不及一年定期给付之违约金债权，以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前五年内发生及于强制执行程序中发生者为限。”另依“民法”第205条规定：“约定利率，超过周年百分之二十者，债权人对于超过部分之利息，无请求权。”故即使加以登记，于实行抵押权时，就利息超过年利率百分之二十部分，不得请求就抵押物卖得之价金优先受清偿。

第三，迟延利息：

迟延利息系指金钱债务履行迟延时，债权人得请求给付之法定利息而言。此项利息原则上依法定利率计算，约定利率较高时，仍从其约定利率（台湾地区“民法”第233条第1项规定），但此项约定利率应受最高利率之法定限制，超过部分，债权人无请求权。迟延利息系法律规定债务人迟延履行所负之金钱债务时，债权人所得请求之法定利息，系本于法律规定而生之抵押权担保内容，纵未登记，后顺位之抵押权人及其他债权人仍可预见有此法定利息之存在，无因之权利受侵害或不符公示原则之虞，与上述因当事人约定而生之约定利息不同，故不以登记为生效要件，即使未经当事人约定，亦未经登记，仍为抵押权所担保之范围。〔48〕

第四，实行抵押权之费用：

指实行抵押权所支付之费用，包括取得执行名义之费用及声请强制执行之费用。“强制执行法”第29条第1项规定：“债权人因强制执行而支出之费用，得求偿于债务人者，得准用‘民事诉讼法’第九十一条之规定，向执行法院声请确定其数额。”同条第2项规定：“前项费用及其他为债权人共同利益而支出之费用，得求偿于债务人者，得就强制执行之财产先受清偿。”可见强制执行而支出之费用，包括声请强制执行之费用、声明参与分配之费用及其他执行之必要费用，如鉴价费、登报费等。与其他为债权人共同利益而支出之费用，依“强制执行法”第29条规定即可优先受偿。然取得执行名义之费用并未涵盖于此范围内，而系依“民法”第861条规定列为抵押权担保之范围，得优先受偿之。此既法所明定，担保债权未受清偿时，抵押权人将实行抵押权亦为理所当然，系后顺位之抵押权人及其他债权人可预见，并无特别公示保护之必要，故除当事人于设定抵押权时另有特别约定负担方式，自为抵押权担保之范围。

〔47〕 同上，第345页。

〔48〕 台湾地区“最高法院”四十一年台上字第一五四七号判例：“金钱债务之迟延利息，如其约定利率较法定利率为高者，依‘民法’第二百三十三条第一项但书之规定，固应仍从其约定，但此项迟延利息，除当事人系约定债务人不履行债务时支付违约金，应依同法第二百五十条、第二百三十三条第三项请求赔偿外，其约定利率，仍应受法定最高额之限制。”

第五，保全抵押权之费用：

保全抵押权之费用系指抵押权人因抵押人之行为，足使之价值减少，而其情事急迫，乃自为必要之保全处分而生之费用。^[49]此请求或处分所生之费用，系由保全抵押物而生，其不仅保全抵押权人之抵押权，亦保全抵押人之财产，对其他债权人均属有利，应较诸各抵押权所担保之债权优先受偿。^[50]如瑞士《民法》第808条第3项即规定：“预防措施之费用，债权人得向所有人请求补偿，且无须于土地簿册上为登记，即就补偿之请求在土地上取得抵押权，其顺位优先于经登记之任何负担。”台湾地区“民法”原无明文，为明确，故于“民法”第871条第2项后段增定：“其受偿次序优先于各抵押权所担保之债权。”

第六，违约金及债务不履行之损害赔偿：

违约金无论为惩罚性或损害赔偿额之预定，均属法定担保范围。惟若有违约金之约定，然未登记者，则仍不在担保之列，理由与未经登记之利息不受担保者同。至于债务不履行之损害赔偿是否为抵押权担保债权效力所及之问题，虽有学者认为，抵押权所担保之债权，不以金钱债权为限，且损害赔偿具有代替给付性质，应将之包括在内，以维护债权人利益。^[51]此一问题，经民法物权修正委员会决议，认债务不履行之损害赔偿范围通常无法预计，若将之列为抵押权效力所及之范围，有影响第三人利益之虞，故不予纳入。惟金融实务上，多利用“民法”第861条第1项但书规定，以契约将之纳入。

(3) 大陆地区

大陆地区《物权法》第173条规定：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。”大陆地区抵押权担保范围之内容如下：

第一，原债权：

《物权法》第172条前段规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定，订立担保合同。”而《担保法》第39条规定：“抵押合同应当包括以下内容：（一）被担保的主债权种类、数额；（二）债务人履行债务的期限……”可知抵押权所担保之主债权种类、数额以及债务人履行债务的期限等，均须于抵押合同中载明并依法登记。上述内容，显与台湾地区不同者，为大陆地区《担保法》第35条第1款之规定：“抵押人所担保的债权不得超出抵押物的价值。”此系基于大陆地区金融实务上三角债问题之严重性，为保护主债权之实现，故规定禁止超额抵押。

《担保法》明文规定禁止超额抵押，势必妨害抵押物价值之利用，降低抵押担保之经济效用，且与私法自治原则不合，亦不利于市场经济之发展。况抵押权人对于是否超额，得完全自我评估，若欲保护债权人，可经由抵押权之追及力、顺序性及完善之登记制度着手，既可充分发挥抵押物经济及融通资金之效用，亦不至不利于债权人权利之保护，在立法上似无须明文规定禁止超额抵押。^[52]

[49] 参见前注〔1〕，谢在全书，第348页。

[50] 参见2007年3月5日台湾地区“民法”第871条修正立法理由。

[51] 参见杨与龄：“两岸有关抵押权及其实行规定之研究”，载“司法院”司法行政厅：《中国大陆法制研究》（第九辑），1999年6月，第146页。

[52] 参见陈月端：“大陆地区抵押制度之研究”，《月旦法学》1999年第52期，第96页。

第二，利息：

《物权法》规定，利息亦为抵押权效力所及，已如前述。惟《物权法》及《担保法》中并未规定利息须以经登记者为限，始为抵押权效力所及。观其文意，抵押人与抵押权人签订抵押合同时，并无就约定之利息或利率予以登记之义务，利息即依法属抵押权担保范围，抵押权人得就抵押物优先受偿。《物权法》第173条之利息，依废止前《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”

2015年6月23日通过之《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条则已明定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”超出上述法定利率部分之利息，不得列入抵押权担保之范围。

第三，迟延利息：

《物权法》及《担保法》虽未就迟延利息是否为抵押权效力之所及有明文规定，惟观诸国务院发布之《借款合同条例》第16条明定：“借款方不按期偿还借款，贷款方有权限期追回贷款，并按银行规定加收罚息。”及《合同法》第207条规定：“借款人未按照约定期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。”显认迟延利息系对金钱债务之迟延而生之损害赔偿，且系依法律规定而生之利息。学界认此与《物权法》第173条所定之违约金、损害赔偿金性质类同，自应为抵押权效力所及，即使未经当事人约定，亦未经登记，仍为抵押权之担保范围。

第四，实行抵押权之费用：

抵押权系为担保债权获清偿而设定，于债务人不依约清偿债务时，方得实行抵押权。故实行抵押权费用之发生，系肇因于债务人不履行债务，债务人自应负担之，并纳入抵押权担保范围，此观《物权法》第173条甚明。惟大陆地区并无类似台湾地区“强制执行法”第29条第1项明确规定实行抵押费用得就强制执行之财产先受清偿，故有学者认应明文增订与台湾地区“强制执行法”第29条第1项相类之规定为佳。

第五，保全抵押权之费用：

《物权法》第193条虽就抵押权人有保全抵押权之权利明文规定：“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相对应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”惟对于保全抵押权之费用是否为抵押权效力所及，并无明确规范。通说认为此项费用，对于抵押权人及其他债权人均属有利，故不仅应为抵押权担保之债权范围，且应优先于其他债权而受偿。

第六，违约金及债务不履行之损害赔偿：

违约金与债务不履行之损害赔偿并列于《物权法》第173条规定中，为抵押权担保范围。皆系于债务人届期不履行债务时，债务人应支付债权人之金钱。在违约金部分，违约金分为惩罚性违约金及赔偿性违约金，虽《物权法》将违约金与债务不履行之损害

赔偿并列，似认违约金为补偿性违约金，债务不履行之损害赔偿为赔偿性违约金，惟法条既未明文限订此处之违约金为补偿性违约金，亦未排除惩罚性赔偿金，故无论补偿性赔偿金抑或惩罚性违约金，依法应均为抵押权担保之范围。^{〔53〕}

至于债务不履行之损害赔偿，《物权法》称之为损害赔偿金，系指债务人不履行合同致债权人受有一定损害时，债权人得就因债务人违约造成之损害，向债务人请求损害赔偿以填补其损失。损害赔偿金与违约金之差别，主要在于违约金之计算方式系事先约定，损害赔偿金则视实际损害而定其数额。此项损害赔偿于《物权法》第173条中与利息、违约金并列，故宜解释为利息、违约金以外之其他赔偿金。另《合同法》第119条规定：“当事人一方违约后，对方应采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施而使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的费用，由违约方承担。”可知债务人违约后，债权人于可防止损失扩大之状况下而未防止者，其扩大损失之部分不得要求赔偿，自无由产生损害赔偿金，而不在抵押权担保范围内。

惟债务不履行之损害赔偿金之金额具相当之不确定性，其数额为后顺位抵押权人及其他债权人所无法预见，将其纳入抵押权担保范围，将不利于债务人、后顺位抵押权人及其他债权人，故德、瑞、法等国均未将之列入抵押权效力所及之担保范围。日本《民法》虽将其列为抵押权担保之范围，然于《民法》第374条第2项将损害赔偿金之范围限缩于最后二年份者，以免损害赔偿金之金额漫无边际，大陆地区法律未就此加以限制，对于债务人、后顺位抵押权人及其他债权人权利之保护，似有未臻完善之处，宜立法规范之。

(4) 比较表

台湾地区与大陆地区抵押权担保范围之比较参见表1。

表1 台湾地区与大陆地区抵押权担保范围

| 抵押权担保之范围 | 台湾地区 | 大陆地区 |
|----------|--|---|
| 原债权 | ✓ | 禁止超额抵押 ✓ |
| 利息 | ✓ 应经登记。 采限制主义，得优先受偿之利息，以于抵押权人实行抵押权声请强制执行前五年内发生及于强制执行程序中发生者为限。且年利率超过20%，亦不在抵押权担保范围。 | ✓ 无须经登记。 采无限制主义，年利率超过36%，不在抵押权担保范围。 |
| 迟延利息 | ✓ | ? 法未明文，但学界通说认为应为抵押权担保之范围 |
| 违约金 | ✓ | ✓ |
| 实行抵押权之费用 | ✓ | ✓ |

〔53〕 参见何志、王士教、单浩森：《担保法判解研究与适用》，中国政法大学出版社2000年版，第207页。

续前表

| 抵押权担保之范围 | 台湾地区 | 大陆地区 |
|------------|-------------|------|
| 保全抵押权之费用 | 优先于抵押权担保之债权 | × |
| 债务不履行之损害赔偿 | 普通抵押权 × | ✓ |

3. 抵押权之追及性

抵押权之追及性系指抵押权设定后，纵抵押物让与他人，抵押权亦不因此受影响，不论抵押物转让于何人，抵押权之关系，仍存在于抵押权人与抵押物之受让人间，不受转让之影响。若债权届清偿期，仍未获清偿，抵押权人即得对抵押物实行抵押权。

关于抵押权之追及性，各国立法例不尽相同，如德国《民法》第1136条规定：“所有权人对债权人约定承担土地不转让或不再设定义务负担的，其协议无效。”即规定抵押人得不经抵押权人之同意让与抵押物，且当事人不得事先约定排除抵押人此一权利。日本《民法》第377条规定：“受让抵押物所有权或地上权之第三人，应抵押权人之请求，清偿债务后，抵押权为该第三人而消灭。”主张抵押物转让价金物上代位可以与抵押权追及力并存，抵押物转让后，只要担保债权还有余额未清偿，抵押权追及力继续存在于抵押物之上。^[54]

(1) 台湾地区

“民法”第867条规定：“不动产所有人设定抵押权后，得将不动产让与他人。但其抵押权不因此而受影响。”明文规定抵押权有追及性。司法实务上台湾地区“最高法院”74年台抗字第431号判例：“不动产所有人设定抵押权后，将不动产让与他人者，依‘民法’第八百六十七条但书规定，其抵押权不因此而受影响，抵押权人得本于追及其物之效力实行抵押权。系争不动产既经抵押人让与他人而属于受让之他人所有，则因实行抵押权而声请法院裁定准许拍卖该不动产时，自应列受让之他人为相对人。”亦肯定抵押权之追及性。

(2) 大陆地区

大陆地区《物权法》第191条第1项规定：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”同条第2项规定：“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”以禁止抵押人处分抵押物为原则，经抵押权人同意方得处分为例外，此与台湾地区允许抵押人得任意移转抵押物不同。学者普遍认为大陆地区抵押权并无追及效力可言，采此一观点之理由有二：其一，强化对抵押权人的保护。如果允许抵押物的自由转让，则抵押人如果不将转让所得价款用于清偿债务，而受让人又没有足够的财产来清偿抵押人的债务，即使宣告转让无效，抵押财产也难以追回，从而对抵押权人极为不利。其二，防止诈欺，维护交易安全和秩序。大陆地区经济市场处于转型时期，信用体系尚不健全，欺诈现象比较严重，例如房地产开发商以在建工程向银行进行抵押贷款，然后再进行商品房预售，如果承认抵押权的追及效力，就意味着抵押权人在开发商不能

[54] 参见梁新奕：“抵押物转让价金物上代位性研究”，《现代法学》2003年第6期，第113页。

清偿到期债务时可以将房屋拍卖或者变卖从而实现抵押权，而预售商品房可能已经被业主购买了，这就有可能发生诈欺。^{〔55〕}

即大陆地区《物权法》并非通过抵押权的追及效力保护抵押权人的利益，而是通过严格限制抵押物的转让甚至禁止抵押物的转让来实现对抵押权人的保护，抵押人未经抵押权人同意，原则上不得转让抵押财产。因此，转让抵押物时价金如明显低于其价值（债务），抵押权人有权要求抵押人另外提供相当担保，抵押人如不提供即不得转让，抵押人转让抵押物所得价金应提前清偿抵押权之债权或向抵押权人所指定之第三人提存；超过债权部分始归抵押人所有，不足部分乃由债务人（非抵押人）负担清偿责任。^{〔56〕}

上述见解近来颇受挑战，有学者即认为，否定抵押权有追及效力，违反抵押权（物权应具有对世性）及所有权基本理论^{〔57〕}（抵押权既为担保物权，限制抵押人之所有权行使，对抵押人过苛），盖抵押权设定的目的在于确保债权人就抵押人的特定财产优先受偿，如否定抵押权之追及效力而仅允许抵押权人请求抵押人将转让抵押物所得价金用于清偿债务，则抵押权人的利益将无从获得切实的保障，就此而言，即使如日本《民法》那样将抵押权的物上代位性扩张适用于抵押人转让抵押物所得价金，但必须同时承认抵押权之追及效力以保护抵押权人的利益^{〔58〕}。

4. 反担保制度

（1）大陆地区

依大陆地区《物权法》第171条规定：债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保者可以依照物权法和其他法律的规定成立担保物权。第三人为债务人向债权人提供担保者，亦可另要求债务人提供反担保。而反担保乃适用《物权法》和其他法律之规定。其他如《担保法》第4条亦有规定：“第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法担保的规定。”其中，反担保人可以不是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押^{〔59〕}。而担保物系因为抵押人为债务人提供抵押品供债权人设定抵押权，因此乃规定由债务人另外提供其财产供抵押人担保，但如由债务人为自己提供，则不发生反担保情形。

此一反担保制度系因大陆地区向来重视抵押人之权益^{〔60〕}，盖第三人（抵押人）受债务人之请求，将其抵押物提供债权人对于其担保物设定担保时，此际乃将抵押人自身信用（物的价值）委任于债务人，供抵押权人提供担保，因此乃规定债务人应对于抵押人提供相当的保障，可另要求债务人提供反担保，属于较特殊之立法考量，其目的在于

〔55〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第349页。

〔56〕 参见前注〔5〕，林清汶文，第70页。

〔57〕 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2007年版，第318页。

〔58〕 参见仲伟珩、张燕：“论抵押物转让价款物上代位及其法律适用”，《法律适用》2010年第12期，第58页。

〔59〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第3条。

〔60〕 参见林清汶：“对于民法第867条抵押权追及性之研究与建议”，载陈荣隆、谢哲胜、吴瑾瑜、吴光陆、蔡明诚、刘宗荣、温丰文、林清汶、陈洸岳、林洲富合著：《抵押权专题研究》，元照出版公司2016年版，第165页。

以法律保障抵押人之权益〔61〕。

（2）台湾地区

台湾地区物权法并无类似规定。惟台湾地区“民法”第879条第1项规定：“为债务人设定抵押权之第三人，代为清偿债务，或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时，该第三人于其清偿之限度内，承受债权人对于债务人之债权。”倘抵押人之抵押物被拍卖后，在其代债务人为清偿债务范围内，乃成立物上保证人之代位请求权。

5. 流押契约（或称流质契约、流抵约款、流抵契约）之禁止

（1）台湾地区

称流押契约者，指抵押权设定时，当事人所为于债权已届清偿期而未为清偿时，抵押物之所有权移属于抵押权人之约定〔62〕（参见台湾地区“民法”第873条之1第1项）。盖债务人借贷多为急迫窘困之时，债权人乃利用此一机会，逼使订立流押契约，以价值甚高之抵押物担保小额之债权，希冀于债务人届期不能清偿时，获得非分之利益。流押契约之禁止，其立法意旨，一般系为保护债务人，免其因一时间之急迫而蒙重大之不利。〔63〕

流押契约系抵押权实行程序之一种，若妥适运用得促使抵押物价值获得更充分之发挥。随着社会进步，民智渐开，为兼顾经济效益及债务人、其他债权人之权利，近代各国立法例多在一定条件下，容许流押契约之存在。台湾地区亦于2007年修法时，承认流抵契约为有效，并采登记对抗主义。

而抵押权之设定旨在担保债权之优先受偿，非使抵押权人因此获得债权清偿以外之利益〔64〕，流押约款之自由亦应以此为限度，准此，为流押之约定者，抵押权人负有清算之义务，俾能兼顾各利害关系人之权利。所谓抵押权人之清算义务，系指抵押权人于依流押契约请求抵押人移转抵押物之所有权时，负有清算抵押物价值之义务而言。〔65〕依同条第二项规定：“抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，抵押物价值超过担保债权部分，应返还抵押人；不足清偿担保债权者，仍得请求债务人清偿。”故抵押物之价值超过担保债权者，就超过部分应返还抵押人，若不足清偿担保债权者，就不足部分仍得依其债之关系请求债务人清偿。本项亦明定抵押物价值估算之基准时点，为抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，以杜绝抵押物价值变动之争议。

又抵押物之所有权移属于抵押权人时，其变价之多寡，对于后顺位抵押权人以及其他债权人利益影响甚巨，故非经登记不得对抗第三人。若流押契约未经登记，则仅于当事人间有其债权效力。而于担保债权清偿期届至后，抵押物所有权移转于抵押权人前，抵押权及其担保债权尚未消灭，债务人或抵押人自仍得清偿债务，以消灭抵押权，并解免其移转抵押物所有权之义务。

〔61〕 同上注。

〔62〕 参见前注〔1〕，谢在全书，第533页。

〔63〕 “最高法院”40年台上字766号判例：“‘民法’第八百七十三条第二项所称之抵押权，虽系指已登记之抵押权而言，然该条项立法意旨，系在保护债务人，免其因一时间之急迫而蒙重大之不利。故对于未登记之抵押权所为流质契约之订定，亦属无效。”

〔64〕 参见前注〔30〕。

〔65〕 参见前注〔1〕，谢在全书，第525页。

(2) 大陆地区

大陆地区关于流押契约之规定，依《物权法》第186条规定：“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。”可见抵押权人不得与抵押人事先约定流押契约，若有约定，该约定不发生法律效力。此即流押契约之禁止，但抵押合同其他条款之效力，参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第57条规定“当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力”，不因流押条款失效而失其效力。

大陆地区《物权法》第195条规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价^[66]或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。”即抵押权人与抵押人间于债务届期后仍不履行，始可先进行协议，协议不成者，再进行拍卖、变卖所抵押之财产。而抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分仍应由债务人负责清偿（参见《物权法》第198条）。大陆地区亦允许在债务已届清偿期，债权人仍未获清偿时，经债权人及债务人协议后由债权人取得抵押物，此种事后弹性协商之处分方式与台湾地区物权法相似。与台湾地区物权法不同之处则在于台湾地区物权法允许债权人、债务人于“事前”可为流押契约之约定。

6. 两岸抵押权重要特性之比较

两岸抵押权重要特征的比较，参见表2。

表2 两岸抵押权重要特性比较

| | 台湾地区 | 大陆地区 |
|------------|-------------|-----------------|
| 担保标的物之范围 | 不动产、特定动产、权利 | 同时采正面表列及负面表列的方式 |
| 浮动抵押（集合抵押） | × | ✓ |
| 流押契约（流抵约款） | 相对有效 | 无效 |
| 追及力 | ✓ | × |
| 反担保制度 | × | ✓ |

五、立法建议

(一) 抵押权之追及效力

标的物设定抵押后，抵押人仍为标的物之所有人，本仍应享有对标的物处分收益之权利。但大陆地区《物权法》限制抵押人于转让前应得抵押权人之同意，已如前述，对

[66] 另参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第57条第2项：“债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用《合同法》第七十四条、第七十五条的有关规定。”

于抵押人对标的物之处分权系有一定之限制，若抵押人未经抵押权人同意转让抵押物，依通说认为效力未定，须经抵押权人追认或由买受人代债务人清偿该担保债权后，该买卖合同方始生其效力，否则该买卖合同无效。

综上所述，参酌本文所提出之立法五大参考原则，大陆地区现已有登记制度保障交易安全，相关配套充足，不会制造新的社会问题，令抵押权效力具有追及力，既足保障各方权利（满足调和原则），也可使抵押物交易价值极大化（解决社会问题原则），亦使抵押权效力与物权及抵押权基本原则相互一致，本文建议将来修法可仿各国及台湾地区之体例，明文赋予抵押权追及效力，以杜争议。

大陆地区《物权法》及《担保法》规定了限制抵押人转让抵押物之制度，观其立法意旨，固系为充分保护抵押权人之权利，使其不致因抵押人转让抵押物而受损害。但抵押权既属物权，其有追及力，不论抵押物几经易手，抵押权人均可追及而行使抵押权，买受人不得以后发生之所有权对抗先发生之抵押权，纵抵押人未经抵押权人同意而转让抵押物，亦未就转让所得的价款向抵押权人清偿债务或者提存，均无碍抵押权人之权利。^{〔67〕}

况抵押人让与抵押物之目的多为取得可供运用之现金，若转让所得的价款须向抵押权人清偿债务或者提存，则易降低抵押人转让抵押物之诱因，且依市场机制，既抵押权之登记系为公示，买受人于买受时自可得知标的物上设定有抵押权，嗣后如有抵押人未依约清偿债务之情形，标的物有遭拍卖、变卖之可能，就买卖之价金即可酌情决定之。可知纵未有前揭规定，抵押权人及买受人之权利都不因之受影响，反徒增对抵押人充分利用抵押物价值之限制，观之各国立法例均无类此规定，本文认为似可删除上述规定。

另有论者认为，大陆地区相关规范已经承认抵押物转让时抵押权的追及效力。依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第432条规定：“人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。”《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第93条规定：“人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施，财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余部分用于清偿申请执行人的债权。”由此可见，即使抵押物被法院采取强制措施，抵押权人仍可依法追及至抵押物，并享有优先受偿权。举重若轻，抵押物被强制转让时，抵押权尚有追及效力，抵押物被协议转让时，抵押权亦应有追及效力。^{〔68〕}也就是说，抵押物被强制转让当属转让之一种，本着相同情况做同一处理的基本法治原则，抵押物合意转让时亦应做相同的解释。基于此，大陆地区抵押权亦非绝对无追及效力。

综上所述，大陆地区已有登记制度保障交易安全，令抵押权效力具有追及力，既足保障各方权利，也可使抵押物交易价值极大化，亦使抵押权效力与物权及抵押权基本原则相互一致，本文建议将来修法可仿各国及台湾地区之体例，明文赋予抵押权追及效力，以杜争议。

〔67〕 参见刘丽洁：“抵押权的追及效力研究”，载 <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=28941>，最后访问时间：2017年3月10日。

〔68〕 参见前注〔30〕。

（二）流押契约之承认

对于流押或流质契约之禁止，旨在保护债务人避免一时急迫借贷情形下，使高价值担保物因小额或不相当债权所迫，而沦为债权人所有，固有其立法考量。台湾地区修正前亦禁止流押契约之规定，惟2007年“民法”修正后，让抵押权人与抵押人约定，如届期末为清偿，抵押物所有权移转予抵押权人，并有条件让抵押人可以在抵押物所有权移转于抵押权人前，得清偿抵押权债权消灭该抵押权；而抵押物价值超过担保债权部分仍应返还抵押人等条件与方式，以解决抵押权人与抵押人之债权债务关系，以解决抵押权人与抵押人之债权方式，可以有效减少抵押物提供于拍卖市场，造成双方之损失，不失为进步之立法。况法院拍卖抵押物如无人应买，到场债权人即可以依底价承受（参见台湾地区“强制执行法”第91条）。因此，大陆地区《物权法》禁止流押契约，乃较不利于债权人与债务人之间债务解决^{〔69〕}，因此，本文认为有限度下承认流押契约，不仅不会伤害债务人，符合公平正义原则，并平衡双方利益，且有助于债权人与债务人之间债务解决，建议将来立法时，或可参酌台湾地区之立法方式，在有条件之前提下，承认流押契约之效力。

（三）反担保制度之废除

反担保制度之设计究竟有无实益，尚有争论，肯定说认为反担保的具体作用与意义有三面向^{〔70〕}：第一，反担保是可维护担保人的利益，保障其将来可能发生的追偿权实现的有效措施。第二，反担保有助于本担保关系的设立。谨慎的第三人在为债务人向债权人提供担保时，尤其是在担保人与债务人并无紧密的利益关系或隶属关系，且对其承担担保责任后，追偿权能否实现怀有疑虑的情况下，往往会要求债务人提供反担保。这时，有无反担保措施，即直接影响到本担保的设定，若无反担保，第三人可能因虑及自身利益而拒绝为债务人提供担保。现实生活中，银行、担保公司等金融机构为债务人提供保证担保时，几乎无例外地要求有反担保，其他担保人为减免风险而要求债务人提供反担保的情况也日渐增多。第三，反担保能够作为一种调剂手段，根据情况和需要与本担保巧妙结合，为复杂情况下担保关系的建立提供便利。现实生活中有时会因某种特殊情况或出于特殊的考虑，使得某一担保物的直接设定遇到一些困难或障碍，这时，即可利用反担保方式以作迂回，并使其与适当的本担保相联结。台湾地区亦有学者认为此反担保制度可以保护物上保证人，使其能够得到保障，相当值得台湾地区借镜。^{〔71〕}

否定说者认为，反担保制度看似增加了第三人（物上保证人）之权利保障，但在实际操作上有其难度。申言之，债务人如有能力或资力可以为第三人即抵押人提供担保，债务人自行提供其担保品予抵押权人即可，何需另外求助于第三人？因此大陆地区此种反担保制似不具意义，徒显多余。

反观，在台湾地区如第三人（抵押人）为债务人提供抵押物担保，如因该抵押物遭受抵押权之实行即被拍卖，自然可依法据以向该债务人求偿因抵押物拍卖后之损失。第三人即抵押人因抵押物被拍卖所受之损失，抵押物所有人于清偿范围内对于债务人，取得代位清偿之债权。

〔69〕 参见前注〔5〕，林清汶文，第67页。

〔70〕 参见智库百科“反担保条目”，载 <http://wiki.mbalib.com/zh-tw/反担保>，最后访问时间：2017年3月8日。

〔71〕 参见前注〔22〕，陈荣隆文。

本文虽认为台湾地区法制应较为合理可行并合于常轨^[72]，但关于反担保制度，尤其在大陆内陆地区，银行对担保物种类之限制颇为严格，由第三人为债务人提供银行所需之担保品，债务人再提供反担保予第三人，对第三人而言系增加保障，对债务人而言，则是其能向银行取得融资之重要工具，故反担保制度背后仍有一定之社会需求，在现行大陆地区仍有其必要性，贸然废除反担保制度可能反而引发其他社会问题，故本文建议将来修法时，或可考虑当时经济发展程度、反担保制度实际运用等情形，酌情予以修正之。

六、代结论

大陆地区经济发展非常快速，惟在法律之制定与制度之建构，则属起步慢之地区，《物权法》历经长期多次审议可谓来之不易，使人民私有财产的保护得到法律的保障，其中抵押权制度更为活络经济之重要推手，抵押权制度的良窳，对于物权内容有重要影响，而古谚云“他山之石，可以攻错”，台湾地区物权法虽未臻完美，但抵押权制度在台湾地区已经相当成熟，对于大陆地区而言，仍有值得参酌之处，本文爰以两岸抵押权特性之比较，将台湾地区物权法历经80余年运作所累积诸多可贵之经验，供作大陆地区将来立法之参考，并期本文能带来抛砖引玉之效，带动两案相关学说之讨论研究。

参考文献

- [1] 谢在全．民法物权论 [M]．台北：新学林股份有限公司，2010．
- [2] 林清汶．两岸抵押权比较与效益之研究 [J]．军法专刊，2013（5）．
- [3] 陈樱琴，席志国，方立维．中国大陆新物权法简析 [M]．台北：五南图书股份有限公司，2008．
- [4] 郑玉波著，黄宗乐修订．民法物权 [M]．三民书局股份有限公司，2010．
- [5] 郑冠宇．民法物权 [M]．台北：新学林股份有限公司，2016．
- [6] 郑玉波．论抵押权之不可分性 [J]．法令月刊，1978（3）．
- [7] 邹海林，常敏．债权担保之方法和运用 [M]．北京：社会科学文献出版社，2005．
- [8] 邓曾甲．中日担保法律制度比较 [M]．北京：法律出版社，2005．
- [9] 陈荣隆．两岸担保物权之比较 [J]．法官协会杂志，2013（1）．
- [10] 许明月．抵押权制度研究 [M]．北京：法律出版社，1998．
- [11] 陈松卿．银行贷款之确保 [M]．台北：联经出版事业股份有限公司，1987．
- [12] 陈月端．大陆地区抵押制度之研究 [J]．月旦法学，1999（52）．
- [13] 何志，王士教，单浩森．担保法判解研究与适用 [M]．北京：中国政法大学出版社，2000．
- [14] 梁新奕．抵押物转让价金物上代位性研究 [J]．现代法学，2003（6）．
- [15] 梁慧星，陈华彬．物权法 [M]．北京：法律出版社，2007．
- [16] 仲伟珩，张燕．论抵押物转让价金物上代位及其法律适用 [J]．法律适用，2010（12）．
- [17] 林清汶．对于民法第867条抵押权追及性之研究与建议 [M] // 陈荣隆，谢哲胜，吴瑾瑜，吴光陆，蔡明诚，刘宗荣，温丰文，林清汶，陈洸岳，林洲富．抵押权专题研究．台北：元照出版公司，2016．

（责任编辑：朱晓峰 赵建蕊）

[72] 参见前注 [5]，林清汶文，第64页。