



# 普通抵押權的分割與效力

——最高法院110年度台上字第2092號民事判決及歷審裁判評析

■陳榮傳 臺北大學法律學系終身榮譽特聘教授

## 本案事實

本案的事實如下：甲有A地，於民國（下同）96年6月12日設定最高限額新臺幣（下同）1億元之第2順位抵押權予乙，擔保乙對丙之同額買賣價金債權，丙並簽發同額本票乙紙交乙收執，抵押權登記事項載明「清償日期106年5月22日」、「利息（率）：無」、「遲延利息（率）：無」、「違約金：每逾一日每萬元以新臺幣十元加計」等項。上開抵押權於98年5月8日變更登記為普通抵押權。嗣戊向丁借款本金3,500萬元，約定之借貸期限為1年，且借款之初，已自3,500萬元中預扣前3個月利息，其餘9個月利息，由戊一次簽發9張面額均為105萬元之支票交丁執有。乙於101年2月23日與丁、戊簽訂協議書，約定於擔保丁對戊之3,500萬元借款債權範圍內，將該抵押權及系爭價金債權讓與丁，系爭協議書第1項約定：「丁同意借與參仟伍佰萬於戊，於完成抵押權讓與登記之同時給付戊」、第3項約定：「乙同意將其對丙之價金請求權、

本票債權暨為擔保該等債權而以A地設定義務人為甲所設定之抵押權皆於參仟伍佰萬元之範圍內讓與暨移轉登記於丁名下，以擔保丁對戊之債權」。惟乙於同年月24日誤將1億元抵押權全部移轉登記予丁。丙於106年6月16日為丁提存3,500萬元，試問：甲得否請求丁塗銷抵押權登記？

## 爭點

抵押權人讓與抵押債權之一部時，其抵押權應如何登記？如抵押權登記與債權讓與之內容不一致，應如何決定其效力？普通抵押權得否分割？抵押權擔保的本金債權讓與時，違約金債權是否亦隨同讓與？普通抵押權擔保的債權是否及於違約金債權？債務人僅清償部分本金債權，未清償其餘本金及違約金債權時，得否為抵押權部分消滅之登記？

## 判決理由

### 壹、概述

上述事實係整理自最高法院110年

DOI：10.53106/207798362023120138003

關鍵詞：普通抵押權、最高限額抵押權、從屬性、不可分性、抵押權分割、清償提存

度台上字第2092號民事判決及歷審判決。本案的甲請求丁塗銷抵押權登記，第一審臺灣臺中地方法院以106年度重訴字第412號民事判決，判決系爭抵押權所擔保之債權，於逾新臺幣6,500萬元之範圍內均不存在；甲、丁均不服，提起上訴，第二審臺灣高等法院臺中分院（下稱「臺中高分院」）以107年度重上字第132號民事判決（下稱「第二審判決」），判決兩造上訴均駁回；甲、丁均不服，再提起上訴，第三審最高法院以109年度台上字第1217號民事判決，將原判決廢棄，發回臺中高分院；臺中高分院以109年度重上更一字第44號民事判決（下稱「更一審判決」），廢棄原判決關於駁回甲之訴部分及訴訟費用之裁判，再確認丁就系爭抵押權所擔保之原債權（即本金債權），於逾新臺幣3,500萬元之範圍內不存在；甲、丁均不服，再提起上訴，最高法院再以110年度台上字第2092號民事判決，廢棄關於駁回甲請求塗銷A地上金額為新臺幣壹億元之第二順位抵押權登記之其餘上訴，暨該訴訟費用部分之原判決，發回臺中高分院，並駁回甲之其餘上訴及丁之上訴；臺中高分院就發回部分，以110年度重上更二字第107號民事判決（下稱「更二審判決」），判決除確定部分外，原判決關於駁回甲之訴部分，及該部分訴訟費用之裁判均廢棄，丁應將系爭抵押權於新臺幣6,500萬元（即逾3,500萬元）範圍之讓與登記予以塗銷；甲、丁雖均仍不服，各自再提起上訴，最高法院以111年度台上字第2335號民事裁定，將兩造上訴均駁回，全案終於確定。

## 貳、乙、丁之間的非典型擔保

本案的乙原有對丙的1億元債權，並以A地設定的抵押權予以擔保。乙、丁之間的法律關係，涉及乙的抵押債權的部分讓與，但並不是單純的債權讓與或抵押權讓與。對此，臺中高分院第二審判決發現其為非典型擔保，並有下列精彩的論述：

「按以擔保債權為目的之法律行為，可區分為典型擔保與非典型擔保，典型擔保物權乃係以他人財產設定定限物權（例如不動產抵押權、動產抵押權、質權），藉由法有明文之優先清償效力，直接達成擔保他人債權之目的；至於非典型擔保乃社會交易上，以財產權移轉於債權人或由債權人保留之方式，實現擔保之功能，其目的在彌補典型擔保之不足，惟因交易型態之多樣化、多元化，外觀上復欠缺一定公示方法，對於未參與者自無擔保交易之效力可言」。

本案的乙、丁雖就系爭抵押權讓與之物權行為，暨乙究將抵押債權（即乙對丙之1億元債權）於3,500萬元範圍內讓與丁，或全部讓與，爭執甚劇；惟究其起因，則是乙立於協助戊向丁取得融資之地位，同意讓與抵押債權及抵押權予丁，以為擔保，其三方於101年2月23日簽訂協議書，首行即開宗明義指明各當事人間屬前揭所述非典型擔保交易：「茲為戊向丁借貸3,500萬元及乙讓與其對丙之債權暨對甲抵押權予丁以為擔保等事宜，達成如下協議……」。

第二審判決對於乙、丁間法律關係的定性，未被最高法院認為不當，即確

定乙、丁之間以債權移轉為外觀，以達成乙提供債權，作為丁對戊的債權擔保的目的，其關係類似以讓與物的所有權而擔保債權的讓與擔保。<sup>1</sup>本案的爭議係在為其外觀的債權讓與行為，並涉及抵押權的登記與效力，以及債務人為清償提存後其債權是否消滅及抵押權得否塗銷的問題。

關於乙、丁因系爭非典型擔保交易，乙對丁為「債權讓與」之準物權行為的內容及效力，第二審判決提出下列法律見解：「(一)按，抵押權讓與與抵押權設定之概念不同，前者係抵押權人將業已存在之不動產抵押權讓與他人，只須讓與人、受讓人以書面提出登記申請書（民法第760條），登記機關即應受理登記，抵押債務人雖係抵押權設定行為之當事人，惟就抵押權讓與行為則不與之。又物權行為之發生，通常伴隨有債權行為，而抵押權讓與常伴隨有債權讓與之準物權行為，以免各方法律關係趨於複雜，惟其具體情形，則有各式之可能，在當事人就意思表示真意有爭執時，應從該意思表示所植基之原因事實、經濟目的、社會通念、交易習慣、一般客觀情事及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則。」「(二)按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此

權利。民法第759條之1第1項定有明文。此登記之推定力，乃登記名義人除不得援以對抗真正權利人外，得對其他任何人主張之。」

第二審判決認為，本件系爭抵押權權利人已登記為丁，登記原因為讓與，而抵押權所擔保債權，屬構成抵押權內容之重要部分，本諸抵押權之「特定原則」及「公示原則」，其登記內容為抵押權人（即抵押債權人）日後行使權利之準繩，又於抵押權讓與登記時，原抵押權人一經書面、登記之要式行為完成，即喪失抵押權人地位，苟不將債權同時讓與他人，實際上亦無法對抵押人行使抵押權，是在抵押權與抵押債權同時讓與之情形，二者之讓與範圍自應一致始符常情。換言之，該判決認為丁的抵押權的權利內容，應以其登記的內容為準，即其已取得1億元債權。此一部分的判決，被最高法院認為不當，予以廢棄。

### 參、丁取得的債權及抵押權登記

#### 一、最高法院109年度台上字第1217號民事判決

本案的丁就A地所取得的抵押權的權利內容，是以甲、乙、丁的協議為基礎所發生的權利變動，故其協議的內容及登記的效力乃是關鍵。抵押權人乙是

<sup>1</sup> 關於讓與擔保，當事人讓與擔保物所有權的行為固然為物權行為，其擔保的約定乃是債權行為，但最高法院近期判決有認為其屬於習慣法上物權之設定者，本文作者認為此種見解違反物權法定主義的規定及精神，就習慣法上有無讓與擔保物權之認定，亦屬錯誤。詳請參閱陳榮傳，讓與擔保與擔保物權的距離，月旦法學教室，219期，2021年1月，6-8頁；陳榮傳，讓與擔保與信託受託人的「定限所有權」，月旦法學教室，243期，2023年1月，33-41頁。

將其1億元抵押債權中的3,500萬元讓與給丁，乙保留其中的6,500萬元，但在辦理抵押權的變更登記時，卻登記為丁受讓1億元抵押債權的全部。關於丁取得1億元抵押債權及抵押權的問題，臺中高分院第二審判決認為應以登記者為準，但丙之清償提存已經消滅其中3,500萬元債權，故抵押權僅於6,500萬元範圍內仍為有效。最高法院109年度台上字第1217號民事判決認為其見解錯誤，並指出：民法第759條之1第1項規定，不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利；此項登記之推定力，係為保護第三人，在第三人尚未信賴該登記而取得權利之前，真正權利人仍得對登記名義人主張登記原因之無效或撤銷；又一般抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立；丁與甲、乙簽訂之系爭協議書約定：乙同意將其對丙之價金請求權、本票債權暨為擔保該等債權而以A地設定義務人為甲所設定之抵押權皆於3,500萬元之範圍內讓與暨移轉登記於丁名下，以擔保丁對戊之債權，系爭抵押權既為一般抵押權，而乙僅讓與丁債權3,500萬元，其餘6,500萬元未讓與，則丁僅取得債權3,500萬元。

## 二、臺中高分院更一審判決

臺中高分院更一審判決根據最高法院上述見解，確認乙僅讓與丁3,500萬元債權，其抵押權依民法第861條規定：「抵押權所擔保者為原債權、利息、遲

延利息、違約金及實行抵押權之費用。但契約另有約定者，不在此限。得優先受償之利息、遲延利息、一年或不及一年定期給付之違約金債權，以於抵押權人實行抵押權聲請強制執行前五年內發生及於強制執行程序中發生者為限。」而丁受讓取得之系爭抵押權，其登記事項記載「利息（率）：無」、「遲延利息（率）：無」、「違約金：每逾一日每萬元以新臺幣十元加計」，亦即系爭抵押權所登記之擔保範圍已明文排除利息及遲延利息，但有包含違約金。<sup>2</sup>系爭抵押權擔保之債權範圍，係乙對丙的債權，且不包含利息及遲延利息，其並非擔保丁貸與戊之3,500萬元之債權及其所衍生之利息及遲延利息債權。

## 肆、丙向丁為清償提存3,500萬元的效力

### 一、臺中高分院更一審判決

更一審判決認為，系爭抵押權所擔保之債權，並不因丙向丁為清償提存3,500萬元而消滅，因為：丁受讓取得之系爭抵押權，其登記事項記載「違約金：每逾一日每萬元以新臺幣十元加計」，丙未遵期於106年5月22日清償，則其於清償日後依上開約定所生之違約金，亦應屬乙讓與債權之範圍，且為系爭抵押權之擔保效力所及。因此，丙清償提存3,500萬元，僅為一部清償。惟債務人無為一部清償之權利，民法第318條第1項前段定有明文，故丙之上開清

<sup>2</sup> 關於此種登記的效力問題，請參閱陳榮傳，抵押權利息欄登記「空白」或「無」的效力，台灣法學雜誌，230期，2013年8月15日，151-160頁。

償提存，難認係依債之本旨所為，尚不生清償債務之效力。準此，系爭抵押權所擔保之債權，自不因丙向丁為清償提存3,500萬元而消滅。

## 二、最高法院110年度台上字第2092號民事判決

最高法院110年度台上字第2092號民事判決對於更一審判決，關於系爭抵押權所擔保之債權為3,500萬元部分，予以維持，關於丙向丁為清償提存3,500萬元部分，則予以廢棄。後一部分的理由，是：「按普通抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立；該權利為財產權，具可分性，是抵押權設定時預定擔保之金額高於實際被擔保之債權者，就逾實際債權數額之抵押權登記部分，抵押人非不得請求塗銷。又普通抵押權所預定擔保之債權，非僅限於本金，其約定之利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用，均為抵押權效力所及。易言之，抵押權人取償時，除登記之本金數額外，尚包括所記載之利息、遲延利息、違約金及實行抵押權費用。」丁受讓自乙之全額系爭抵押權，其擔保之債權額為3,500萬元；系爭抵押權擔保之範圍不含利息、遲延利息，惟包括違約金。最高法院認為下列問題仍待釐清：丙雖為丁提存3,500萬元，然因未遵期於106年5月22日清償，依約而生之違約金，仍屬系爭抵押權之擔保效力所及，該違約金究屬3,500萬元之抵押權擔保效力所及，抑或逾3,500萬元而於原1億元之抵押權擔保效力所及？最高法院指出，倘為前者，逾3,500萬元範圍之系爭抵押債權既

不存在，甲即得請求塗銷逾此範圍之系爭抵押權登記。

## 三、臺中高分院更二審判決

臺中高分院更二審判決根據最高法院上述見解，確認系爭抵押權所擔保之債權僅於3,500萬元之範圍內存在；釐清系爭抵押權擔保之債權包括本金債權及違約金債權，但合計僅為3,500萬元；確認系爭抵押權所擔保之3,500萬元債權，並不因丙向丁為清償提存3,500萬元而消滅。關於債權3,500萬元係本金債權及違約金債權的合計總數，更二審判決的理由是下列三點：

(一)乙係於3,500萬元範圍內，將其對丙之系爭價金債權及上開本票債權暨擔保該等債權所設定之系爭抵押權讓與丁。按讓與債權時該債權之擔保及其他從屬之權利，除與讓與人有不可分離之關係者外，隨同移轉於受讓人，為民法第295條第1項所明定。該條所謂「隨同移轉」，係屬法定移轉，無待登記即發生移轉之效力，與意定移轉須經登記始發生移轉效力者有異（最高法院87年度台上字第576號、110年度台上字第368號民事裁判意旨參照）。故乙與丁簽定系爭協議書時，該3,500萬元之抵押權即生移轉予丁之效力。

(二)上開乙讓與之抵押權部分，本應將系爭抵押權為抵押權分割登記（土地登記規則第114條之2：「以一宗或數宗土地權利為擔保之抵押權，因擔保債權分割而申請抵押權分割登記，應由抵押權人會同抵押人及債務人申請之。」之規定參照），再將分割後擔保債權額為3,500萬元之抵押權讓與丁，另擔保債

權額為6,500萬元之抵押權仍保留為乙所有，以求名實相符。然丁、乙辦理系爭抵押權讓與登記時，逕申請將系爭抵押權全部讓與丁，並辦畢抵押權讓與登記，以致移轉登記抵押權之擔保債權額與當事人約定之擔保債權額不符。

(三)按普通抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立。乙既然僅讓與丁3,500萬元債權，其餘6,500萬債權既不在讓與之列，則系爭抵押權擔保之原債權，包括本金債權及違約金債權，合計自僅為3,500萬元，而非1億元。

甲、丁對於更二審判決上訴，最高法院以111年度台上字第2335號民事裁定予以駁回，故該判決已確定。

## 評析與檢討

### 壹、普通抵押權的從屬性

普通抵押權不具獨立性，故不得與其所擔保的債權分離，而單獨讓與給他人，或擔保其他債權，而不再擔保原來的抵押債權（民法第870條）。普通抵押權並非不具融通性，而是具有處分上的從屬性，故債權人（即抵押權人）讓與其抵押債權時，該普通抵押權亦隨同所擔保的抵押債權，移轉給債權的受讓人（民法第295條第1項）。

依民法第870條之反面解釋，抵押權人得就普通抵押權得與抵押債權，一起為讓與行為；此種讓與行為乃使不動產物權發生變動的不動產物權行為，故須訂立書面，且非經辦理登記，不生效

力（民法第758條）。但普通抵押權依民法第295條第1項，因抵押債權的讓與，而「隨同移轉」給受讓人時，其「隨同移轉」乃是法律規定，而非法律行為，故不適用民法第758條，其普通抵押權的登記，屬於第759條的適用範圍。不過，在具體案件之中，抵押債權的受讓人如已辦理普通抵押權的移轉登記，其究竟為讓與普通抵押權的設權登記或就已經隨同移轉的普通抵押權為宣示登記，實難以判斷。本文作者認為，受讓人如確實已經受讓債權，即已依法規定取得普通抵押權，本來無須辦理登記，如其為求慎重，更辦理普通抵押權的移轉登記，似不應反而弱化其保護。故除非當事人另有明確的意思表示，宜將其登記解為第759條的宣示登記。<sup>3</sup>

本案的歷審判決在討論丁自乙受讓3,500萬元債權時，都引用民法第870條規定，並認為抵押權也隨同移轉，更二審判決精確地以民法第295條第1項為依據，認為普通抵押權是從權利，依該條項在債權移轉時即「隨同移轉」，其移轉係屬法定移轉，不適用民法第758條意定移轉須經登記始發生移轉效力的規定，而應適用民法第759條，無待登記即發生移轉之效力。

有問題的是，民法第870條及第295條第1項規範的都是債權全部讓與或處分的法律效果，其「隨同移轉」或被處分的普通抵押權，都是全部移轉或整體移轉；但本案所涉及的爭議，則是抵押債權僅部分移轉時，其隨同移轉的普通

<sup>3</sup> 請參閱陳榮傳，實用民法物權，二版，2021年9月，327頁。

抵押權，究竟是全部？或是依債權被移轉的比例，移轉其相同比例的普通抵押權？對於此一問題，本案的各審判決均採等比例移轉的見解，並以民法第870條及第295條第1項為依據。

本文認為上述問題的關鍵，是普通抵押權是否可以分割？或是否具有可分性？即是否可以一分為二？就一個普通抵押權僅移轉其一部分，是否即予以分割，而讓與其中之一？從民法條文規定的內容來看，本文認為其結論應採否定說，即普通抵押權不得予以分割。

## 貳、普通抵押權因債權分割而分割？

普通抵押權的作用，是使抵押物的價值與抵押債權結為一體，讓抵押債權的每一部分的履行，都得到抵押物全部價值的擔保，即使抵押債權可以分為數部分，債權的各部分並非對應抵押物的特定部分，也非對應抵押物價值的特定部分。如果普通抵押權因為抵押債權的分割或讓與其一，即依處分上從屬性的原則，分割為數個分別依附在各債權或各部分的抵押權，則民法第869條第1項下列規定應無規定的必要或不應如此規定：「以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一，其抵押權不因此而受影響。」

本案的乙的1億元抵押債權係受A地全部價值的擔保，其讓與其中3,500萬元給丁，就是將債權「讓與其一」給丁，根據本條項的規定，原來擔保1億元債權的普通抵押權，「不因此而受影響」，即原來的普通抵押權仍然維持原來面貌，繼續擔保該1億元債權的每一部分，其既擔保丁的3,500萬元債權，也

擔保乙的6,500萬元債權，以及其他債權（違約金債權），並沒有發生普通抵押權分割的效果。

換言之，本案的抵押債權被乙分割或讓與其一時，系爭普通抵押權的本質及效力並未改變，仍然為擔保該1億元債權的普通抵押權；1億元債權雖然分割為丁的3,500萬元債權及乙的6,500萬元債權，此二個債權均受同一個普通抵押權擔保，而非分別受一個3,500萬元普通抵押權及另一個6,500萬元普通抵押權的擔保。

## 參、土地登記規則溢出民法條文

從上述說明來看，土地登記規則第114條之2規定：「以一宗或數宗土地權利為擔保之抵押權，因擔保債權分割而申請抵押權分割登記，應由抵押權人會同抵押人及債務人申請之。」其規定的前提，是擔保債權分割則抵押權亦分割，此種規定與民法就抵押權的規定不符，似應予以修正。質言之，依民法第869條第1項規定，抵押債權在普通抵押權成立時，即與抵押物之價值合為一體，抵押債權分割或讓與其一時，該普通抵押權仍繼續擔保原來擔保的全部債權，不因其債權人變動而受影響，該普通抵押權既未因此種變動而被分割，在法律上實無辦理抵押權分割登記的理由。

## 肆、普通抵押權不具可分割性

由於普通抵押權是抵押債權和抵押物之間的擔保界面，不能脫離其所擔保的債權及擔保物而單獨存在，本案的情形究竟為抵押債權的分割或普通抵押權

的分割，在未就抵押物價值分割為二個獨立的責任單位的情形下，其區別實際上並無太大實益。

不過，民法第869條第1項的立法理由，已經明確指出：「抵押權為不可分之擔保權，故以抵押權擔保之債權，雖經分割，或以其一部讓與他人，而各債權人，仍得就分割所得之部分行使其全部抵押權。」在抵押權不可分性另一面的民法第868條，也強調：「抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。」可見抵押權不可分性的主要意義，是在「其抵押權不因此而受影響」，如果一抵押權可以分割為二個抵押權，各分割而得的抵押權即得有其自己的抵押債權及抵押物，即與上述規定及立法理由相牴觸，不宜採為民法解釋的原則。

從上述規則來看，本案的系爭普通抵押權乃是一體的權利，其同時擔保乙的6,500萬元債權、丁的3,500萬元債權及因逾期未清償而發生的違約金債權，當事人在抵押債權讓與一部後，既不得主張其普通抵押權分割而一分為二，亦不得主張其普通抵押權隨抵押債權而讓與其一部，而應回歸「其抵押權不因此而受影響」的法條規定，認為系爭普通抵押權仍然以其整體，而擔保抵押債權的每一部分。換言之，抵押債權固然依法可以部分消滅，但系爭普通抵押權仍然繼續擔保未消滅的部分債權，此時可以為變更登記的，是被擔保的債權的數量或數額減少，而不是普通抵押權的部分消滅。

## 伍、普通抵押權擔保債權的範圍及總額

抵押債權人讓與部分之抵押債權給受讓人時，該普通抵押權無論是與抵押債權一起讓與或隨同移轉，均僅於受讓之債權額之限度內，始由受讓人取得，如辦理普通抵押權之移轉登記時，誤將普通抵押權之全部登記為受讓人所有，就超過其受讓之債權額的部分，應認為受讓人並未取得債權，當然也未取得擔保該債權的普通抵押權或擔保利益。本案的乙將1億元抵押債權中的3,500萬元讓與給丁，但錯誤登記為移轉1億元抵押債權給丁，丁取得的仍然是3,500萬元抵押債權。丁的3,500萬元抵押債權受該普通抵押權擔保，固無問題，而債權讓與人乙就未讓與的6,500萬元抵押債權，也受該普通抵押權之擔保。

在本案中，系爭抵押權原來為最高限額抵押權，後來才變更為普通抵押權，但此二者的性質差異在歷審判決中並未被突顯。民法稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權（民法第860條）；稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權（民法第881條之1第1項）。本案的系爭抵押權，原來是最高限額抵押權，最高限額1億元，被擔保的乙對丙的1億元債權及尚未發生的違約金債權，98年5月8日變更登記為普通抵押權。此二者的性質不同，擔保的債權也不相同。原來的最高

限額抵押權擔保的，是最後被確定的1億元總額的債權，包含所有的債權在內（民法第881條之2），而普通抵押權所擔保的，則是設定時的該1億元原債權及其依法被擔保的衍生債權，總額不受1億元的限制（民法第861條）。

最高限額抵押權在其擔保的債權被確定以前，其實還沒有被具體擔保的特定債權，將來依約定可納入總額的債權，在被讓與之後，通常即不屬於將來可以納入擔保總額的債權；但普通抵押權擔保的債權獲得擔保後，即與普通抵押權結為一體，讓與債權時其普通抵押權依法也隨同被讓與。本案債權人乙之所以就抵押權為性質之變更，目的應即在為債權之部分讓與鋪路。在上述基礎之上，本案的丁受讓而取得的3,500萬元原債權，仍繼續受原來擔保的系爭普通抵押權的擔保，此時進一步發生下列問題：違約金債權是否按債權比例讓與給丁？如答案為肯定，該違約金債權是否受系爭普通抵押權擔保？

上述第一個問題，歷審法院似乎是在登記的基礎上，認為丁所受讓的債權包含原債權3,500萬元及數額待確定的違約金債權，但如果乙、丁讓與債權的協議僅明示原債權3,500萬元而未提及違約金債權，本文認為判決仍應以違約金債權為從屬之權利，而認為丁依民法第295條第1項取得該債權比例的違約金債權，而不是依登記而取得全部的違約金債權。

至於丁的違約金債權是否受系爭普通抵押權擔保的問題，涉及普通抵押權

擔保的債權範圍。普通抵押權在擔保原債權3,500萬元之外，外加民法第861條規定的衍生性債權，總額將超過3,500萬元；最高限額3,500萬元的最高限額抵押權所擔保的所有債權，均須先列舉並受總額3,500萬元之限制。<sup>4</sup>本案的丁在3,500萬元原債權之外，其違約金債權依民法第861條第1項亦受普通抵押權的擔保，此時，其總額即不以3,500萬元為限。臺中高分院更二審的確定判決調丁的債權總額僅為3,500萬元，且包含原債權3,500萬元及違約金債權在內。此種推論及結論，似係誤認為3,500萬元乃是系爭抵押權的最高限額，其違反普通抵押權的基本原則及民法第861條規定，本文認為並非妥適。

上述說明是從普通抵押權的不可分性及效力的規定出發，不過，本案歷審判決似乎都緊抓著普通抵押權可以分割的見解，在周邊的問題打轉。最高法院110年度台上字第2092號民事判決廢棄更一審判決，而發回臺中高分院時要求其確認丁的違約金債權，究屬3,500萬元之抵押權擔保效力所及，抑或逾3,500萬元而於原1億元之抵押權擔保效力所及？此一問題的前提，是丁就A地有一個3,500萬元之抵押權，其餘則是乙的另一個抵押權。更二審判決似乎順應最高法院的高見，認為丁的抵押權就是3,500萬元之抵押權，超過3,500萬元的違約金債權，即不受其抵押權之擔保。在此種情形下，丁的違約金債權，因為不受3,500萬元抵押權之擔保，如果不是無擔保，就是受乙的抵押權擔保，形成債權

<sup>4</sup> 陳榮傳，同前註，331-332頁。

與普通抵押權分離的現象，其違反抵押權的基本原則，實至為明顯。

## 陸、抵押債權的清償問題

本案的丙為清償丁的3,500萬元抵押債權，已經依法提存3,500萬元，最高法院109年度台上字第1217號民事判決以下的歷審判決，均未指出其提存不符合要件而無清償的效力，而以其為一部清償，認為依民法第318條乃是不符合債之本旨的清償，完全不發生清償的效力，從而認定丁的抵押債權完全未消滅。

不過，如果按照臺中高分院更二審的確定判決，丁的抵押債權總額僅為3,500萬元，則丙依法為3,500萬元之清償提存之後，該3,500萬元的抵押債權應該已經全部清償，該部分的抵押權似應歸於消滅，更二審判決謂其未消滅，即非合理。如果按照前述說明，丁的抵押債權除3,500萬元的原債權之外，尚有數額待確定的違約金債權，其抵押債權的總額超過3,500萬元，此時丙僅依法為3,500萬元之清償提存，勢必無法有效清償或消滅全部抵押債權，系爭抵押權仍應為擔保未消滅的抵押債權而存在，而不得請求塗銷。

在丙就丁的抵押債權為清償提存的問題上，本文認為，丁受讓的3,500萬元債權與違約金債權，乃是不同的二宗債之關係；依民法第321條規定，丙「對於一人負擔數宗債務而其給付之種類相同」，其依法提存3,500萬元，雖不足以清償全部債額，無法消滅全部債權，但其依法仍可抵充其中之一宗或大部分。不過，上述歷審判決卻認為其完全不發

生清償的效力。此種見解與債務清償的原則及民法規定不一致，否定債務人在違約之後清償債務的努力，本文認為並非妥適。

## 結 論

普通抵押權所擔保的，是特定的債權，並於抵押權成立時即已確定，並與普通抵押權結合為一體，故只要是抵押債權的任何一部分，都得到普通抵押權的完全擔保，即債權的任何一部分屆期未獲得清償，均得就抵押物的全部，實行抵押權。故抵押債權無論如何細分或如何讓與，均不改變普通抵押權對抵押債權的擔保，只要原來是抵押債權，即一直受普通抵押權的擔保。只要抵押債權未全部消滅，該普通抵押權即繼續擔保未消滅的部分，抵押人不得主張塗銷之。

我國民法第869條第1項不可分性的規定，並非指抵押債權不得分割或讓與其一部，而是指以抵押權擔保之抵押債權，雖有分割，該普通抵押權仍屬完整，即分割後之各債權人，得就分割所得之部分債權，行使其全部抵押權而言（58年度台抗字第301號）。普通抵押權在此一基礎之下，應不具有可分割性，但本案的歷審判決都採取其具有可分割性的見解，並認為抵押債權分割或讓與其一部時，其普通抵押權即隨之分割的見解。此種見解衍生不少問題，本案歷審判決的不合理之處，均已說明如前述。

在本案中，丁受讓自乙的債權，仍受原設定的普通抵押權的擔保，甲之所以不得請求予以塗銷，不是因為丙的清

償提存不生效力，而是因為被擔保的抵押債權未完全消滅。如果採取丁因分割而取得單獨的普通抵押權的見解，丁的普通抵押權即應擔保其3,500萬元債權及違約金債權，即使丙已經清償3,500萬元債權，系爭普通抵押權仍然應該為擔保違約金債權而存在，抵押人甲仍不得主張抵押債權均已消滅而塗銷之；如果採取丁未因分割而取得單獨的普通抵押權的見解，不只丁就受讓的抵押債權，可以就抵押物的全部行使系爭普通抵押權，乙就自己保留的抵押債權的每一部分，也都可以就抵押物的全部行使系爭普通抵押權，因此，即使丙已經清償3,500萬元債權，系爭普通抵押權仍然應該為擔保其他抵押債權，即乙的6,500萬元債權及違約金債權而存在，故不得主張抵押債權均已消滅而塗銷之。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；更多裁判分析一月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)）