

最高额抵押权确定的原因 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_9C_80_E9_AB_98_E9_A2_9D_E6_c122_485254.htm

最高额抵押权的确定，并不是可以任意提出请求，须具备一定的条件成就（最高额抵押权确定的原因）。关于最高额抵押权确定的原因，从国外立法例及最高额抵押权的特性看，最高额抵押权可以基于当事人约定的原因而确定，也可基于法律规定的原因而确定。《司法解释》第八十一条规定：“最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。”《物权法》第二百零六条规定：“有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：（一）约定的债权确定期间届满；（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；（三）新的债权不可能发生；（四）抵押财产被查封、扣押；（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；（六）法律规定债权确定的其他情形。”该条文所列举的应当理解为最高额抵押权确定的法定事由。笔者认为，《物权法》第二百零六条关于最高额抵押权确定的原因的规定不尽合理，最高额抵押权确定的原因，概括起来可分为约定决算期届至、法定决算期届至、当事人请求三类，下面分述之，关于《物权法》第二百零六条规定的不合理性随之一并阐述。一、约定决算期届至 决算期是最高额抵押合同的一个重要内容，我国法律未对决算期的概念进行规定。“最高限额抵押权如就其所担保之原债权约定应确定之期日者(八八一之四)，于该期日届至时，

最高限额抵押权归于确定。例如于民国八十九年六月间设定最高限额抵押权时，约定确定期日为九十四年六月三日者，于该日夜间十二时，最高限额抵押权归于确定是。倘确定期日约定后有变更者(八八一之四)，于变更之期日届至时亦同。其余请参照第八八一条之四规定相关部分之说明。” [1] 根据各国立法例和学说，决算期是确定最高额抵押权所担保的主债权确定的时间，法律性质为期日。如果最高额抵押合同中约定了决算期，则决算期届至时，最高额抵押权所担保的债权额即自行确定。最高额抵押权之所以设有决算期制度，除为满足确定最高额抵押权的需要外，还具有排除抵押物所有人行使确定请求权的效力。 [2]应当指出的是，最高额抵押合同的决算期与存续期并不是同一个概念。前者系由抵押权人与抵押物所有人之间约定的，是确定最高额抵押权所担保的债权额的时间；而后者是抵押债务人与抵押权人之间约定的，是抵押债务人与抵押权人交易合同的存续时间。 [3]决算期届至，只发生最高额抵押权所担保的债权额确定的后果，并不当然使抵押债务人与抵押权人之间的交易合同完全终止。同时，存续期届至时，被担保的债权不再有发生的可能性，将导致最高额抵押权的确定。最高额抵押权的决算期与债务清偿期亦不同。债务清偿期是抵押债务人履行债务的时间，可以为期日，也可以为期间。所以，当事人于决算期外，可以另订清偿期。但决算期、存续期、清偿期之间又有一定的联系。如果当事人没有约定清偿期，而仅约定抵押合同存续期的，则抵押合同存续期间的届至即为清偿期的届至；如果当事人也未约定抵押合同存续期的，则决算期同时为清偿期。

二、法定决算期届至

所谓法定决算期届至，是指法定

事由的出现，当然导致最高额抵押权确定的时间，法律性质为日期。担保法司法解释第八十一条、《物权法》第二百零六条第3项、第5项即规定的是法定决算期届至的法定事由，包括：不可能发生新的债权债务、抵押人被宣告破产或者被撤销。值得注意的是多数学者认为，抵押财产被查封、扣押，最高额抵押权当然确定。笔者认为，抵押财产被查封、扣押，不构成最高额抵押权当然确定的法定事由，应当为当事人请求最高额抵押权确定的事由，下文将进行详细分析。另外，笔者认为，抵押物被强制拍卖构成最高额抵押权当然确定的法定事由。因此，最高额抵押权当然确定的法定事由包括债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销、抵押物被强制拍卖和不可能发生新的债权三种情况。（一）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销 债务人、抵押人一旦被宣告破产，依据破产法相关规定，破产案件不可逆转进入破产清算程序，未到期的债权视为到期，有财产担保的债权人可以由担保物获得清偿。最高额抵押权只有确定后，才能就抵押物获得实现抵押权，因此，最高额抵押权当然需要确定。债务人、抵押人被撤销，即丧失民事主体资格，其债权债务进入清算程序，同上，最高额抵押权当然需要确定。值得注意的是，人民法院受理抵押人或债务人破产案件后，在破产宣告前，不能当然导致最高额抵押权的确定。“抵押人或债务人经裁定许可破产和解(破十一)、商会和解(破四一参照)或依公司法裁定公司重整(公二八九)，或有解散情形(民五八、公七一、一一三、三一五)者，非当然构成最高限额抵押权之确定事由。盖公司或其它法人解散者，大抵需经清算程序，于清算目的或了结现务范围内，尚有营业能力，故径以解散作为最高

限额抵押权确定事由，自非妥适。至破产和解、商会和解或公司重整不乏更生型(重建型)者(以使其能继续营运为目的)，尤以公司重整为然。是以民法亦仿日本民法未将之径列为最高限额抵押权确定事由。” [4] (二) 抵押物被强制拍卖 在抵押关系存续期间，如果抵押物被强制拍卖，则抵押权消灭。所以在最高额抵押权存续期间，如果欲强制拍卖抵押物，则最高额抵押权当然确定。因此，抵押物的强制拍卖亦成为最高额抵押权确定的原因。 [5] 《日本民法典》第398条之二十第1项第2款规定：“最高额抵押权人就抵押不动产申请拍卖时，最高额抵押权应担保的原本确定，但以已有拍卖程序开始时为限”；第4款规定：“最高额抵押权人自知对抵押不动产的拍卖程序开始时起，经过两个星期时，最高额抵押权应担保的原本确定。” (三) 不可能发生新的债权 如果最高额抵押权所担保的债权已没有发生的可能性，则构成最高额抵押权确定的原因。 [6] 《日本民法典》第398条之二十第1项规定：“应担保的债权的范围变更、交易终止或因其他事由，应担保的原本确定不发生时，最高额抵押权应担保的债权确定。” 台湾学者谢在全先生认为：“最高限额抵押权所担保者系抵押权人与债务人之间签订之特定经销契约所生之债权，而该经销契约已因期间届满而当然终止，此际抵押权人对债务人已无继续发生债权之可能，是该最高限额抵押权自应归于确定。” [7] 概而言之，最高额抵押权所担保的债权发生的可能性消灭的原因主要表现为：1、一定种类交易的终结。如果最高额抵押权所担保的债权系基于一定种类交易所发生的，则于该交易终结时，债权亦无发生的可能性，最高额抵押权即应确定。当事人之间的交易关系的终结，完全取决于

双方的意思。所以，交易双方当事人合意终结交易关系，二者间的交易关系即为终结，第三人不得干涉。即使只有一方当事人有终结继续交易的意思，亦应认为交易关系的终结。

2、继续性交易合同的终止。如果最高额抵押权所担保的债权系基于继续性交易合同所产生的债权，则于该合同终止时，该债权已丧失发生的可能性，最高额抵押权即应确定。如果继续性交易合同已被解除的，亦发生同样的后果。

三、当事人提出请求（一）双方当事人合意在最高额抵押权有效存续中，双方当事人合意终止最高额抵押合同的，根据意思自治原则，最高额抵押权确定。（二）单方当事人意思表示有学者认为，当事人行使确定请求权，必须具备最高额抵押合同没有约定决算期和最高额抵押合同设定后满一定期间两个条件。[8]笔者认为，上述两个条件不是当事人行使确定请求权的必要条件，具备下列条件之一的，即可行使确定请求权。

1、未约定决算期或者约定不明确。在最高额抵押合同中，如果没有约定决算期或者约定不明确的，如何确定最高额抵押权，各国立法、判例和学说观点不一。《日本民法典》第398条之十九规定：“最高额抵押设定人，自最高额抵押权设定时经过3年时，得请求应担保的原本确定。但已定有应担保的原本确定日期时，不在此限；有前项的请求时，应担保的原本，自其请求时起，因经过两星期而确定。”我国《物权法》第二百零六条第2项规定与上述规定大致相同，只是期限有所不同，规定自最高额抵押权设立之日起满二年才能提出请求。我国台湾地区判例则认为不应设定期限，可以随时通知终止抵押契约。“关于最高限额抵押契约的终止，1077年台上字第1097号判例谓：‘此种契约如未定存续期间，其

性质与第754条第1项所定就连续发生之债务为保证而未定有期间之保证契约相似，类推适用同条项规定，抵押人固得随时通知债权人终止抵押契约，对于终止契约后发生之债务，不负担保证责任。’” [9] 笔者认为，允许抵押人得随时提出确认请求更符合合同法原理，如借款合同未约定还款期的，债权人可得随时提出清偿要求，债务人可得随时要求偿还债务。而且，抵押人和债务人为同一人时，抵押人提出对最高额抵押权确定的请求，表明其不可能再与抵押权人发生债权债务关系。因此，如果当事人提出确定的要求时，应当支持。有学者认为：“最高额抵押合同对决算期没有约定或者约定不明的，最高额抵押权所担保的主合同届满之日视为决算期。” [10] 笔者认为，该观点显然是不正确的，因为主合同发生的期间都没有确定，主合同是连续发生的，其本身就是不确定的（变动的），又如何确定主合同的清偿期？

2、抵押物被查封、扣押。

有学者认为，抵押物被查封、扣押，最高额抵押权当然确定。 [11] “抵押物因他债权人声请强制执行经法院查封，而为最高限额抵押权人所知悉，或经执行法院通知最高限额抵押权人者(八八一之十 前段)：最高限额抵押权除因抵押权人本身实行抵押权，依前款所定事由(八八一之十)而确定外，该抵押权之抵押物如有抵押权人以外之其它债权人，对之声请强制执行，而经执行法院查封者，最高限额抵押权依本款规定，亦应确定。盖查封乃关于金钱债权强制执行程序之开始，以实现查封标的物之换价程序，将其价金供债权之清偿为目的，故抵押物一经查封，其所担保债权之确实数额究为若干，与抵押物拍卖后，究有多少价金可供清偿执行债权有关(强三十一、三十四 、 、 参照)，且

在强制执行法采取剩余主义(强八十之一)及禁止超额拍定(强九六)之情形下，尤应使以查封物为抵押物之最高限额抵押权从速确定，俾得计算应优先受偿之债权金额，以便决定强制执行程序应否进行。依本款所定确定事由文义观之，其它债权人对抵押物声请强制执行尚有未足，必须执行法院已对抵押物实施查封时，始足当之，且此项查封不以本章强制执行之查封为限，保全程序之假扣押、假处分查封(强一三六、一四〇)，应解为亦可包括在内。抑有进者，执行法院如已通知地政登记机关就抵押物为查封之登记，于通知到达登记机关时，亦生查封之效力(强七六)，是上述通知可与本款所定之查封同视，自不待言。” [12]可见谢在全先生认为，不仅依执行申请查封，依财产保全查封也当然导致最高额抵押权确定。笔者认为，抵押物不论是依执行申请被查封，还是依财产保全被查封，并不构成最高额抵押权当然确定的法定事由，并不必然导致最高额抵押权的确定。因为，抵押物被查封、扣押，并不必然导致抵押物被强制拍卖，只是在其权利上被强行设定了一定限制，抵押人或债务人可以通过清偿债务或提供其他担保以申请解除该查封、扣押。抵押权人与抵押人根据约定，办理了登记的担保物权应当有效，只是基于此限制，抵押权人在此之后发生的债权的担保效力不得对抗财产保全申请人。一旦抵押物被解除查封、扣押，该限制解除，则该部分债权的担保效力回复圆满，得对抗第三人。如果因抵押物被查封、扣押，就当然导致最高额抵押权的确定，则在抵押物被解除查封、扣押后，抵押人和抵押权人不可能再继续依据抵押合同发生新的债权债务关系，该结果并非当事人所期望，显然不符合市场需求。如上所述，抵押物被

查封、扣押后发生的债权，最高额抵押权人行使抵押权不得对抗第三人；而且由于抵押物上强行设定了限制，有导致抵押权人担保权利落空的危险。因此，抵押权人可以依据《合同法》第六十八条规定，行使不安抗辩权，中止履行最高额抵押合同。合同中止后，如果抵押物在合理期限没有被解除查封、扣押的，抵押权人可以依据《合同法》第六十九条规定解除最高额抵押合同，最高额抵押权随同抵押合同解除一并确定。

3、债务人经营状况严重恶化等事由出现。即使约定了决算期，债务人出现下列情形的，抵押人可以依情势变更原则行使确定请求权：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3）丧失商业信誉；（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。日本多数学者多持该观点。[13]

4、根本违约等符合合同解除的事由出现。《合同法》第九十四条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”依据该条规定，如果上述法定解除合同的事由出现，一方当事人提出解除最高额抵押合同的，最高额抵押权随同抵押合同解除一并确定。有一点需要明确的是，由于最高额抵押权所担保的主债权是连续发生的，其清偿期可能會有先后之分，如果债务人就某一具体到期债务拒不偿还的，尽管决算期尚未届至，也可以构成抵押权人解除合同的條件，从而最高额抵押随抵押合同

的解除而确定。[14] 【写作年份】2007 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com