臺灣高等法院花蓮分院民事判決

111年度上字第57號

上　訴　人　尹愛玲

訴訟代理人　吳順龍律師

被上訴人　　宋吉道

訴訟代理人　邱劭璞律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國111年7月21日臺灣花蓮地方法院111年度訴字第134號第一審判決提起上訴，本院於112年3月2日言詞辯論終結，本院判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人於第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：緣被上訴人與上訴人之○○即訴外人宋雲道（下逕稱其姓名）為○○，被上訴人於民國102年間承諾將繼承自○○之位於中國大陸山東省即墨市○○街000號房產（下稱系爭陸房）贈與予宋雲道○○，然上訴人係中國大陸籍人士，遂將相關證件交付上訴人，委託上訴人至中國辦理系爭陸房繼承，並同意於辦理繼承結束後，讓上訴人將系爭陸房移轉予其指定之人，因上訴人當時稱其無保障，故兩造簽訂協議書（下稱系爭協議書），除記載允上訴人將系爭陸房移轉於第三人之約定外，並承諾將坐落花蓮縣○○市○○段000地號土地（下稱系爭土地）設定新臺幣（下同）200萬元之抵押權予上訴人，以擔保贈與債務之履行，嗣被上訴人亦依約設定抵押權（下稱系爭抵押權）予上訴人，雖依系爭抵押權設定契約書之擔保債權種類及範圍欄記載「依據102年12月17日權利人與義務人雙方簽訂協議書約定所產生之金錢消費借貸」等字樣，惟系爭抵押權之設定屬兩造之通謀虛偽意思表示，實際上並無金錢消費借貸存在，此與代書姚進

川（下逕稱其姓名）之證述相符，是系爭抵押權之設定即屬無效。縱認系爭抵押權係為擔保該贈與契約之履行，然上訴人迄未向被上訴人報告系爭陸房辦理結果，倘上訴人依系爭協議書將系爭陸房移轉登記予其指定之人，則上訴人應依約履行協議塗銷抵押權；若上訴人尚未移轉予其指定之人，被上訴人得依民法第408條第1項前段規定撤銷贈與契約，致系爭抵押權因贈與契約之撤銷，其所擔保之債權自始不存在。基此，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權因失所附麗而不存在，若系爭抵押權之登記繼續存在，對被上訴人行使所有權有所妨害，爰訴請確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，並依民法第767條第1項規定請求上訴人塗銷系爭抵押權設定登記等語。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人提起上訴，被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：被上訴人主張兩造間無消費借貸法律關係，進而請求塗銷系爭抵押權，除與系爭協議書之內容不符，更係片面拘泥於文字內容。蓋系爭抵押權之設定原因，乃為擔保被上訴人履行系爭陸房之移轉登記義務，並委請姚進川辦理系爭抵押權之設定，據此，兩造間確有設定系爭抵押權之真意。復依系爭抵押權設定契約書之擔保債權種類及範圍欄記載「依據102年12月17日權利人與義務人雙方簽訂協議書約定所產生之金錢消費借貸」等字樣，即為系爭協議書之內容，是兩造真意明確，系爭抵押權所擔保者為系爭陸房移轉登記予上訴人之事宜。又系爭陸房實為宋雲道之○○即訴外人宋忠功（下逕稱其姓名）買受後贈與給上訴人，僅暫時登記在訴外人林金策（下逕稱其姓名）名下，於林金策過世後，系爭陸房本應還給上訴人，準此，系爭協議書係指系爭陸房之過戶事宜並非贈與，被上訴人不願過戶系爭陸房予上訴人，尚未符合塗銷系爭抵押權之解除條件，亦即，宋忠功（歿，隨國民政府遷台之老兵）、林金策（歿），○○被上訴人、宋雲道（歿）及訴外人宋素珍（下逕稱其姓名）等三名○○。宋雲道○○給訴外人宋魯堂，據此，宋雲道於法律

上並非宋忠功、林金策之繼承人，然宋雲道與○○○○宋忠功、林金策仍有互動，維持親子關係。然上訴人為陸籍○○，遠嫁台灣，宋忠功遂於中國山東購置系爭陸房贈與上訴人，但係登記宋忠功之○○林金策名下。嗣林金策過世後，而宋雲道因早年○○，在法律上亦無法直接○○系爭陸房，且另名○○○宋素珍亦出具拋繼承系爭陸房之聲明，兩造遂因此簽訂系爭協議書，並約定移轉登記予訴外人宋陸陸（即宋雲道與上訴人之○○），待將來被上訴人單獨○○取得系爭陸房後，再過戶予上訴人，惟上訴人亦擔憂被上訴人日後不願過戶，遂以系爭土地設定系爭抵押權予上訴人以為擔保上開約定過戶事宜，從而，系爭抵押權與系爭陸房之過戶事宜，二者係互為箝制之關係，其作用在於避免被上訴人以○○方式單獨取得系爭陸房後不願再過戶予上訴人，始有系爭協議書之約定。故系爭抵押權塗銷之解除條件尚未成就，何以要求上訴人塗銷系爭抵押權，如此上訴人豈不一無所有等語。並於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

三、兩造不爭執及迄言詞辯論終結前均不爭執之事項：

(一)被上訴人與上訴人之○○宋雲道為○○。

(二)被上訴人為系爭土地之所有權人(原審卷第19頁)。

(三)系爭陸房被上訴人為登記名義人(原審卷第71頁)。

(四)系爭協議書為兩造於102年2月17日所立，內容如下：「雙方因辦理繼承標的為：大陸即墨市○○街000號建築面積為167.08平方公尺持分為全部，經雙方協議如下：一、甲方（即被上訴人）須先將名下之所有不動產標的為：花蓮市○○段000地號之土地抵押予乙方（即上訴人），並設定其抵押金額為新台幣貳佰萬元整，其相關費用由乙方負擔。二、如乙方辦理陸房之過戶手續予乙方所指定之第三人名下，乙方無條件配合即刻解除抵押設定，其相關費用由乙方負擔。三、在陸房移轉登記完妥前，該房之所有相關收益及費用均由乙方負責支付及收取。惟恐空口無憑特立此書為證，如違上述

之約定，雙方均負背信之法律責任，並依花蓮之法院為第一審管轄法院。」（原審卷第17、65頁）。

(五)系爭土地由被上訴人設定系爭抵押權與上訴人。花蓮縣花蓮地政事務所於102年12月17日收件，就系爭土地設定系爭抵押權，並於同年月19日辦畢設定登記。系爭抵押權之抵押權設定契約書(公契)，其中「(19)擔保債權種類及範圍」之欄位手寫載明：「依據102年12月17日權利人與義務人雙方簽訂協議書約定所產生之金錢消費借貸」；「(21)債務清償日期」記載：「不定期」；「(25)其他擔保範圍約定」載明：「1.實行抵押權之費用與因債務不履行而發生之損害賠償。2.因辦理債務人與抵押權約定之擔保債權種類及範圍所生之手續費用」等語（原審卷第49至61頁）。

四、本件爭點為：(一)系爭抵押權所擔保之債權是否存在？系爭抵押權是否因欠缺從屬性而無效？(二)被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求塗銷系爭抵押權設定登記，有無理由？

五、本院之判斷：

(一)系爭抵押權所擔保之債權為何？是否存在？系爭抵押權是否因欠缺從屬性而無效？

1.按基於抵押權之從屬性，抵押權之設定需有擔保債權存在。此種債權固以金錢債權為常，但不以此為此限，其他種類之債權，例如以具有財產上價值之財貨為給付標的之實物債權，或者是以不作為為給付標的或其他不具財產價值之給付為標的債權（民法第199條第2、3項參照），亦均得為擔保債權，蓋此等債權，於債權人不為履行時，均可轉變為損害賠償之金錢債權型態也（參謝在全著民法物權篇中冊，修訂5版，第329頁）。

2.系爭土地上設定系爭抵押債權200萬元之原因，係為擔保被上訴人即抵押權義務人履行系爭陸房之所有權移轉登記義務，被上訴人主張系爭抵押權並無擔保之債權存在，並不可採，理由如下：

(1)被上訴人對於上訴人主張系爭抵押權是為了擔保系爭陸房移轉過戶事宜之事實，並不爭執(本院卷第51頁)。

(2)再觀系爭抵押權之抵押權設定契約書(公契)，其中「(19)擔保債權種類及範圍」之欄位手寫載明：「依據102年12月17日權利人與義務人雙方簽訂協議書約定所產生之金錢消費借貸」、「(25)其他擔保範圍約定」載明：「1.實行抵押權之費用與因債務不履行而發生之損害賠償」等文字。又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，但如因內容過於冗長，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。因此關於抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及（最高法院66年度台上字第1097號、84年度台上字第1967號判決意旨參照）。由此可知系爭協議書可作為登記簿內容之一部分，申言之，系爭協議書所約定事項，即「立協議書人甲：宋吉道乙：尹愛玲雙方因辦理繼承標的……。二、如乙方辦理陸房之過戶手續予乙方所指定之第三人名下，乙方無條件配合即刻解除抵押設定，其相關費用由乙方負擔。三、在陸房移轉登記完妥前，該房之所有相關收益及費用均由乙方負責支付及收取。……。」等語，自為抵押權效力所及，且自系爭協議書第二點「系爭陸房移轉過戶」及第三點「解除抵押權設定」之約定內容可知系爭抵押權所擔保者，係為系爭陸房所有權移轉登記。

(3)證人即當時辦理抵押權設定之代書姚進川於本院證述：系爭土地上設定系爭抵押債權200萬元之原因，係為擔保被上訴人即抵押權義務人履行系爭陸房之所有權移轉登記義務；(問：抵押權設定契約書手寫欄位有寫「依據102年12月17日權利人與義務人雙方簽訂協議書約定所產生之金錢消費借貸」，但是你剛剛看到原證一在你事務所打字的協議書，這個協議書上面並沒有講到借錢，為何會這樣子？)就是我們

當初有詢問他，兩百萬如何來的，他們雙方講大陸不動產等值的價金兩百萬元，後來尹愛玲認為這樣子他沒有保障，所以要求宋吉道開立兩百萬元本票做擔保。(問：手寫欄位上面的記載，是否因為他們當時認為宋吉道設定○○路土地抵押權的金額和原證一協議書所記載大陸房地兩個價值相當？)對等語(本院卷第79至81頁)。可知系爭抵押權所擔保者，確為系爭陸房所有權移轉登記，避免被上訴人取得系爭陸房後，後續被上訴人不為履行移轉登記過戶與上訴人之義務，始為如此約定，且於被上訴人不為履行時（即被上訴人不為履行系爭陸房移轉登記過戶與上訴人之義務)，前開所述擔保之債權將轉換為損害賠償之金錢債權，應即為系爭抵押權設定擔保債權金額，則被上訴人主張系爭抵押權並無擔保之債權存在，並不可採。

(二)再按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項中段定有明文。又所有人排除侵害請求權，為物權，有對世之效力，抵押權之設定登記及抵押權內容變更之登記，既屬抵押人與抵押權人雙方合意而經登記始得成立生效之行為。倘抵押權業已消滅，仍未為抵押權登記之塗銷時，則所有人自得基於所有人之排除侵害請求權訴請排除之。經查：本件系爭抵押權擔保之債權為「系爭陸房所有權移轉登記」，且於被上訴人不為履行時（即被上訴人不為履行系爭陸房移轉登記過戶與上訴人之義務)，前開所述擔保之債權將轉換為損害賠償之金錢債權，應即為系爭抵押權設定擔保債權金額，系爭抵押權核屬有效存在，上訴人並無妨害系爭土地所有權之處，被上訴人訴請確認其所有系爭土地為上訴人設定擔保債權總金額200萬元之普通抵押權所擔保之債權不存在，上訴人應將普通抵押權之設定登記塗銷，並無理由。

六、綜上所述，本件系爭抵押權擔保之債權為「系爭陸房所有權移轉登記」，且於被上訴人不為履行時（即被上訴人不為履行系爭陸房移轉登記過戶與上訴人之義務)，前開所述擔保

之債權將轉換為損害賠償之金錢債權，應即為系爭抵押權設定擔保債權金額，系爭抵押權核屬有效存在，被上訴人訴請確認其所有系爭土地為上訴人設定擔保債權總金額200萬元之普通抵押權所擔保之債權不存在，上訴人應將普通抵押權之設定登記塗銷，並無理由，應予駁回。原審判准如被上訴人之起訴聲明，自有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院廢棄改判如主文第2項所示。

七、本判決之基礎已臻明確，兩造其餘爭點及攻擊防禦方法及舉證，核與判決無影響，毋庸一一論列，併此敘明。

據上論結，上訴人之上訴為有理由，因此判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　14　　日

民事庭　審判長法　官　林慧英

法　官　謝昀璉

法　官　李水源

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　18　　日

書記官　徐文彬

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法

院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。