# 臺灣高等法院花蓮分院民事判決

111年度上字第60號

上　訴　人　余莉惠
訴訟代理人　吳漢成律師
上　訴　人　江姿葉
共　　同
訴訟代理人　湯文章律師
被 上訴 人　孫玉慧
訴訟代理人　傅爾洵律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國111年8月5日臺灣臺東地方法院109年度訴字第195號第一審判決提起上訴，本院於112年3月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審之訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、被上訴人方面：

一、被上訴人除引用原審起訴主張外，於本院補充陳述略以：

㈠伊所有如附表所示房地（下合稱系爭房地），分別於民國108年2月15日及同年月21日經設定登記如附表抵押權登記內容欄A、B所示之抵押權（下分稱系爭A、B抵押權）予上訴人余莉惠、江姿葉，惟兩造間並無系爭A、B抵押權所擔保之借款債權存在，因伊既未親自或授權訴外人徐麗惠代理向上訴人2人借款，亦未經上訴人2人分別交付借款新臺幣（下同）336萬元、120萬元，兩造間根本不存在消費借貸契約關係。基於抵押權之從屬性，系爭A、B抵押權均失所依據而無從有效成立，請求確認系爭A、B抵押權及所擔保之債權均不存在，且系爭A、B抵押權設定登記妨害伊所有權之圓滿行使，依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人2人分別塗銷系爭A、B抵押權設定登記。

㈡依臺東縣臺東地政事務所108年2月15日東地所字第9650號、108年2月21日東地所字第11000號之土地登記申請書所載，伊與上訴人2人間分別於同年月14、20日因金錢消費借貸所發生之債務，並未約定利息、遲延利息，則本件實無上訴人所稱「此乃因借款將來會發生利息…等費用，故事先超設」之必要。復依據卷內資料，均無法證明伊與上訴人2人間有消費借貸關係存在、伊有同意由徐麗惠取得借款、上訴人余莉惠、江姿葉有分別交付280萬元、100萬元予徐麗惠收受等情，況依證人程育嚴於原審之證述，系爭A、B抵押權並非伊委託證人程育嚴辦理，且證人程育嚴根本不清楚伊與上訴人2人間是否有債權存在及實際債權金額。再者，證人程育嚴未曾見過系爭A、B抵押權所擔保之債權文件，適足證明系爭A、B抵押權雖已辦理設定登記，然並無所擔保之債權存在，此由卷內全然未見因系爭A、B抵押權所擔保之債權而開立之借據或本票亦可證之，是伊與上訴人2人間之系爭A、B抵押權及各該所擔保之債權均不存在。

㈢再者，伊並未同意徐麗惠以系爭房地為擔保，再向他人借款辦理抵押權設定，除抵押權人為台東地區農會、於107年5月15日設定之抵押權登記為伊同意辦理者外，其餘皆為徐麗惠未經伊同意擅自違法所為，伊於當時並不知悉，更未同意，實無上訴人2人所稱「相同模式孫玉慧同意由徐麗惠取得借款」之情事。而徐麗惠雖曾持有伊之所有權狀、印章、證明書等，但客觀上並不足以表示伊有將代理權授與徐麗惠，使徐麗惠代理伊向上訴人2人借款，並設定抵押權，亦不應令伊負表見代理之責等語。

二、答辯聲明：

㈠上訴駁回。

㈡第二審訴訟費用由上訴人負擔。

貳、上訴人方面：

一、上訴人除引用原審答辯外，於本院上訴主張略以：

㈠兩造間確有消費借貸契約關係存在，彼此認識但不熟，被上

訴人透過徐麗惠借款，上訴人2人已分別交付借款280萬元、100萬元予徐麗惠代收，且委由訴外人即代書程育嚴辦理系爭A、B抵押權設定登記，並依民間借貸習慣，以實際借款金額加2成登記擔保債權金額。被上訴人向來同意由徐麗惠代為借款，用以借新還舊，前有多次向金融機構借貸或民間私人借貸紀錄，均由徐麗惠收取借款，從未為被上訴人否認借款，並由徐麗惠保管被上訴人身分證、印鑑及系爭房地所有權狀等資料，以便借款及辦理抵押權設定登記所需，系爭A、B抵押權設定登記亦係向來由被上訴人授權徐麗惠代理借款之相同模式下產物，縱被上訴人事後否認授權徐麗惠，仍已構成表見代理，應對上訴人2人負授權人責任，不容否認系爭A、B抵押權所擔保之借款債權存在。

㈡又普通抵押權成立之從屬性，並不以成立時之債權為限，將來可能發生之債權亦在擔保範圍，而於民間借貸一般抵押權設定會多超出2成等節，業經代書程育嚴到庭證述明確，此乃因借款將來會發生利息、違約金等費用而事先超設，上訴人余莉惠、江姿葉之債權雖分別僅有280萬元、100萬元，惟加2成後即為本件設定之336萬元、120萬元，是本件抵押權設定實符交易常態，且係為擔保將來可能發生之債權，原判決認為超出之56萬元、20萬元因未交付而尚未生效，伊等2人並無借款債權存在，基於抵押權之成立上從屬性，各該部分之抵押權不存在等節，顯有錯誤。

㈢本件緣於被上訴人因友人徐麗惠需款支用，同意以其名下房屋即系爭房地設定抵押，向銀行及民間借得款項後，被上訴人再將其向銀行借得之款項以錢莊方式出借給徐麗惠。被上訴人於105年間同意以系爭房地為擔保向花蓮二信借貸120萬元，並於同年12月19日設定抵押權（系爭借款被上訴人同意交由徐麗惠使用）；於107年4月27日再以同樣方式，同意徐麗惠以系爭房地為擔保，向陳季桂借款200萬元；於同年再次同意徐麗惠以相同方式，向臺東地區卑南農會以系爭房地為擔保增貸245萬元及416萬元，用以清償積欠陳季桂之200

萬元及花蓮二信之第二順位抵押權；復於同年9月18日，被上訴人再以相同方式向上訴人江姿葉借款180萬元，並設定220萬元之抵押權，嗣於108年初向陳季桂表示因江姿葉出款利息較高，希望陳季桂代償其對江姿葉之債務，並加借60萬元，然因當時該280萬元係輾轉由上訴人余莉惠出借，故將系爭房地設定336萬元抵押權給上訴人余莉惠。被上訴人多次採相同方式為借貸及設定、塗銷抵押權，詎僅就本次設定爭議部分為爭執，而就先前設定及塗銷部分不予爭執，若其完全不知情，豈有一再設定抵押後又再塗銷之理？又豈會僅就本次未清償部分為爭執？足認被上訴人主張係臨訟卸責之詞。是依卷內資料已可證明系爭336萬元、120萬元抵押權所擔保之債權，係由被上訴人授權徐麗惠代為向伊等2人借款，並同意由徐麗惠收取，兩造間確實有消費借貸契約存在。況被上訴人長期將身分證、印鑑及系爭房地所有權狀等資料，交由徐麗惠保管，並多次由徐麗惠持以借款、設定擔保，確已構成表見代理等語。

二、上訴聲明：

㈠原判決廢棄。

㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

㈢第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

參、協商兩造確認不爭執事項及爭執事項如下（見本院卷第60至64頁）：

一、兩造不爭執之事項：

㈠系爭土地即坐落○○縣○○市○○段0000000地號土地及系爭建物即門牌號碼○○縣○○市○○街000號房屋，係被上訴人於102年1月25日以買賣為原因，於102年3月1日登記取得系爭房地之所有權，有土地登記謄本、地籍異動索引為證（見原審卷一第9至15頁、第50至64頁、第125至141頁）。

㈡被上訴人所有之系爭房地，於105年12月19日設定登記擔保債權總金額120萬元之最高限額抵押權與有限責任花蓮第二信用合作社，有土地登記申請書、抵押權設定契約書暨抵押

權設定契約附帶其他約定事項等資料可佐（見原審卷一第70至76頁）。

㈢被上訴人先於107年4月27日簽發交付「發票日107年4月27日」、「票面金額200萬元」、「發票人被上訴人」之本票1紙予陳季桂後，用以擔保陳季桂對徐麗惠之借款債權；系爭房地於107年4月30日設定登記擔保債權總金額240萬元之普通抵押權與陳季桂，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：於107年4月24日債權人與債務人因金錢消費借貸所發生之債務」、「（21）債務清償日期：不定期」、「（22）利息（率）：無」、「（23）遲延利息（率）：無」、「（24）違約金：逾期按日加付仟分之一：無」、「（26）申請登記以外之約定事項：2.實際貸放時另立借據或本票」、「義務人兼債務人：孫玉慧」、「權利人：陳季桂」，亦有土地登記申請書、抵押權設定契約書等資料、本票影本可參（見原審卷一第77至83頁、第164頁）。

㈣被上訴人復於107年5月15日就系爭房地設定登記擔保債權總金額245萬元之最高限額抵押權與臺東縣臺東地區農會，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：為債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來因簽訂借據所負在本抵押權設定契約書約定最高限額內之借款、票據、透支、墊款、保證、信用契約」、「（20）擔保債權確定日期：民國137年5月9日」、「（21）債務清償日期：依照各個債務契約所約定之清償日期」、「（22）利息（率）：依照各個債務契約所約定之利率計算」、「（23）遲延利息（率）：依照各個債務契約所約定之利率計算」、「（24）違約金：依照各個債務契約所約定之違約金計收標準利率計算」、「權利人：臺東縣臺東地區農會」、「義務人兼債務人：孫玉慧」；其又於同日設定登記擔保債權總金額416萬元之最高限額抵押權與臺東縣臺東地區農會，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：為債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將

來因簽訂借據所負在本抵押權設定契約書約定最高限額內之借款、票據、透支、墊款、保證、信用契約」、「（20）擔保債權確定日期：民國137年5月9日」、「（21）債務清償日期：依照各個債務契約所約定之清償日期」、「（22）利息（率）：依照各個債務契約所約定之利率計算」、「（23）遲延利息（率）：依照各個債務契約所約定之利率計算」、「（24）違約金：依照各個債務契約所約定之違約金計收標準利率計算」、「權利人：臺東縣臺東地區農會」、「義務人兼債務人：孫玉慧」等情，亦有土地登記申請書、抵押權設定契約書等資料在卷可稽（見原審卷一第84至93頁）。

㈤被上訴人之系爭房地上原本設定登記之240萬元之普通抵押權《即上開（三）所示抵押權）》、120萬元之最高限額抵押權《即上開（二）所示抵押權）》分別於107年5月16日、107年5月23日因清償而塗銷抵押權登記，此有地籍異動索引可證（見原審卷一第58頁、第62至63頁）。

㈥系爭房地嗣於107年9月18日設定登記擔保債權總金額220萬元之普通抵押權與上訴人江姿葉，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：於107年9月14日債權人與債務人間因金錢消費借貸所發生之債務」、「（21）債務清償日期：不定期」、「（22）利息（率）：無」、「（23）遲延利息（率）：無」、「（24）違約金：逾期按日加付仟分之一：無」、「（26）申請登記以外之約定事項：1.於實際貸放時另立借據或本票」、「權利人即債權人：江姿葉」、「義務人兼債務人：孫玉慧」，亦有土地登記申請書、抵押權設定契約書等資料足憑（見原審卷一第94至100頁）。

㈦系爭房地上原本設定登記之220萬元之普通抵押權《即上開（六）所示抵押權）》於108年2月14日因清償而塗銷抵押權登記，有地籍異動索引可證（見原審卷一第59、63頁）。

㈧系爭房地再於108年2月15日設定登記擔保債權總金額336 萬元之普通抵押權（即系爭A抵押權）與上訴人余莉惠，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：於10

8年2月14日債權人與債務人間因金錢消費借貸所發生之債務」、「（21）債務清償日期：不定期」、「（22）利息（率）：無」、「（23）遲延利息（率）：無」、「（24）違約金：逾期按日加付仟分之一：無」、「（26）申請登記以外之約定事項：1.於實際貸放時另立借據或本票」、「權利人即債權人：余莉惠」、「義務人兼債務人：孫玉慧」，亦有土地登記申請書、抵押權設定契約書等資料可參（見原審卷一第101至107頁）。

㈨系爭房地又於108年2月21日設定登記擔保債權總金額120 萬元之普通抵押權（即系爭B抵押權）與上訴人江姿葉，依抵押權設定契約書所示，「（19）擔保債權種類及範圍：於108年2月20日債權人與債務人間因金錢消費借貸所發生之債務」、「（21）債務清償日期：不定期」、「（22）利息（率）：無」、「（23）遲延利息（率）：無」、「（24）違約金：逾期按日加付仟分之一：無」、「（26）申請登記以外之約定事項：1.於實際貸放時另立借據或本票」、「權利人即債權人：江姿葉」、「義務人兼債務人：孫玉慧」，亦有土地登記申請書、抵押權設定契約書等資料可參（見原審卷一第108至114頁）。

㈩被上訴人簽名之系爭協議書（見原審卷一第164-1頁），內容為「本人孫玉慧因債務問題，已與債權人代表協議處理債務問題，本人願意將台九線土地過戶，債權人代表需同時保證將台九線本票歸還，本人孫玉慧也同時處理開封街380萬元債務，債權人也需將開封街本票收回，口說無憑，特立此據。債務人：孫玉慧、債權人代表：黃東泰」。

二、爭執事項：

㈠上訴人余莉惠對被上訴人是否有336萬元之借款債權存在？被上訴人請求確認其與上訴人余莉惠間336萬元之借款債權及系爭A抵押權均不存在，有無理由？

㈡上訴人江姿葉對被上訴人是否有120萬元之借款債權存在？被上訴人請求確認其與上訴人江姿葉間120萬元之借款債權

及系爭B抵押權均不存在，有無理由？

㈢被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人余莉惠、江姿葉將系爭房地如附表所示之抵押權設定登記予以塗銷，有無理由？

肆、查被上訴人主張系爭房地為其所有，系爭房地設定有系爭A、B抵押權，權利人為上訴人2人，被上訴人為債務人兼義務人等情，有土地與建物登記謄本、土地登記申請書、系爭A、B抵押權設定契約書可稽（見原審卷一第9至27頁），並為兩造所不爭執，堪信為真實。

伍、又被上訴人主張系爭債權不存在，且其並未授權徐麗惠設定系爭A、B抵押權，亦無表見代理，系爭A、B抵押權應予塗銷等情，惟為上訴人2人否認，並以前詞置辯。茲就兩造爭點析述如下：

一、被上訴人並未授權徐麗惠向上訴人2人借款及設定系爭A、B抵押權，然其應對上訴人2人負表見代理責任：

㈠按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。而消極確認之訴，應由被告負立證責任。本件被上訴人請求確認上訴人2人之各該債權不存在，而提起消極確認之訴，依上說明，應由主張各該債權存在之上訴人，負舉證責任。

㈡次按依民法第103條第1項規定，代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力；反之，無權代理，係行為人未經本人授與代理權而以本人名義所為之代理行為，或雖經本人授與代理權而逾越代理權限所為之代理行為。上訴人2人抗辯被上訴人同意徐麗惠設定系爭A、B抵押權設定云云。惟查證人即協助辦理系爭A、B抵押權設定登記之代書程育嚴於原審證稱：伊第一次辦理開封街房地抵押權設定是在辦理農會轉貸前，就是跟陳季桂借貸設定抵押權（即原審卷一第77至83頁所示土地登記申請書、抵押權設定契約書）那次，當時委託伊辦理的是徐麗惠，也是她把全部資料交給伊，那次伊沒有當面跟被上訴人確認。被上訴人所

有系爭房地為台東地區農會辦理最高限額抵押權245萬元、416萬元及為上訴人江姿葉辦理普通抵押權220萬元暨清償塗銷登記，均為伊所辦理，都是徐麗惠把文件交給伊，伊都沒有向被上訴人確認，伊有向徐麗惠要求，徐麗惠說他們之間的默契配合就是由徐麗惠負責處理，至於她們之間的關係伊不清楚等語（見原審卷二第13頁）。依上可知，系爭A、B抵押權設定，係由徐麗惠與程育嚴接洽辦理，於系爭A、B抵押權設定申請書簽訂時，被上訴人並未在場，程育嚴亦證稱未有與被上訴人進行核對、確認身分，無從認定被上訴人有授權徐麗惠設定系爭A、B抵押權。則上訴人抗辯被上訴人有同意徐麗惠設定系爭A、B抵押權云云，既未舉證證明，自難採信。

㈢惟按由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限，民法第169條定有明文。又所謂「由自己之行為表示以代理權授與他人」，係指無代理權人以本人名義為法律行為，惟具有使第三人信賴其具有代理權之權利外觀（表見事實），為保護交易安全，而令本人負授權人責任（最高法院109年度台上字第2197號判決意旨參照）。而借據內印章及抵押房契既均為真正，雖由他人代為立據而除有確切反證外，自應推定為本人授權行為（最高法院109年度台上字第1446號判決意旨參照）。經查：

1.上訴人辯稱被上訴人因友人即訴外人徐麗惠需款支用，自105年間起同意徐麗惠多次以被上訴人名下系爭房地向金融機構及民間借得款項，並設定及塗銷抵押權，被上訴人交付系爭房地權狀、印鑑及身分證正本等資料由徐麗惠保管，並由徐麗惠持以設定擔保借款，係以自己行為表示代理權授與他人，應負表見代理責任等語。查系爭A、B抵押權登記之債務人為被上訴人（原審卷一第51至55頁），上訴人前揭所辯，核與證人程育嚴於原審證稱：系爭A、B抵押權設定登記均係

受徐麗惠委託，由伊辦理，債務人印鑑亦是由徐麗惠提供。對於被上訴人所有系爭房地，除辦理系爭A、B抵押權設定登記外，之前伊有為其辦理過抵押權設定登記，系爭房地伊開始辦的時候，是徐麗惠把被上訴人全部資料交給伊，被上訴人在花蓮二信有房貸要增貸，徐麗惠說已經跟農會談好、估價好，要把花蓮二信的房貸轉到農會，要到農會增貸的原因是要還陳季桂的錢，伊都是聽徐麗惠說的，沒有跟被上訴人確認，但農會要求領出增貸的錢一定要被上訴人本人到場，最後一筆款項即增貸的200萬元領出來時，是伊與徐麗惠、被上訴人一起到農會領出來，伊將領出來的錢及全部證件要交給被上訴人，但被上訴人說錢及證件、印章及權狀交給徐麗惠就好。辦完後拿錢時被上訴人在場，包括身分證、印鑑及權狀正本及增貸的錢，原本都要給被上訴人，被上訴人當場說交給她信任的人徐麗惠就好，可能以後還用得到。農會的貸款結案之後過沒多久，徐麗惠也是按照之前的作法，拿被上訴人的全部資料過來，說要向陳季桂借錢。對於被上訴人所有之系爭房地，除本件2筆抵押權設定登記外，最早是從台九線土地辦理借低還高開始，一直到系爭房地，伊的印象他們都是借低還高，都是被上訴人的名下財產辦理抵押權，但由徐麗惠把所有需要的文件資料交給伊，從幫他們辦理的過程伊的印象就是被上訴人的事都是委由徐麗惠辦理。也有為被上訴人所有之系爭房地抵押權辦理因清償而塗銷抵押權之情形，好像辦了蠻多次，他們的模式是借錢後利息比較高，沒辦法還了，就去找利息比較低的借貸來還利息比較高的部分，會就比較低的借貸部分先設定抵押權，再塗銷比較高的部分的抵押權等語相符（見原審卷二第8至13頁），足見徐麗惠向來均係以被上訴人名義向金融機構或民間借貸、收取款項，並以被上訴人所有之系爭房地設定抵押權，嗣借得利息較低之款項藉以清償利息較高之債務，再就該前後2筆債務分別為塗銷及設定抵押權登記，況被上訴人於親自簽名之系爭協議書中承諾「同時處理開封街380萬元債

務」，已如前揭不爭執事項㈩所述，而系爭協議書中所稱之380萬元債務與本件系爭債務互核，堪認係上訴人余莉惠、江姿葉分別出借280萬元、100萬元之相加總和，則本件系爭債權縱未經上訴人2人分別交付借款280萬元、100萬元予被上訴人，然被上訴人向來既均係經由徐麗惠以其名義對外借款並收取款項，已有客觀之外觀足以使上訴人2人誤信被上訴人對於徐麗惠有授以代理權；亦可知被上訴人已確知辦理借款、不動產抵押權之目的及設定登記必需之文件證明，其對於系爭權狀之重要性應有充分瞭解。且系爭抵押權設定申請書所附之印鑑證明，非被上訴人親往戶政事務所申請，而是由徐麗惠委託代書申請，業據證人程育嚴於原審證陳：印鑑證明上受託人都是伊，是由伊申請的，一般而言，只要確認有身分證正本、印鑑章及權狀正本，伊就會幫忙申請印鑑證明，這是受託服務的一環等語可證（見原審卷二第11至12頁），並於申請目的欄係載為「抵押權登記」（見原審卷一第105頁），況被上訴人既對於系爭房地登記謄本、物權登記相關資料之形式上真正性均不爭執（見原審卷二第126頁），則所有權狀正本、身分證正本、印鑑章及印鑑證明等物，均屬設定抵押權必備之文件，不輕易交予他人，被上訴人明知上情，仍交付予徐麗惠，亦限定用途為抵押權登記，衡此情形，堪認上訴人抗辯被上訴人由自己之行為足使一般人正當信賴其有表示以代理權授與徐麗惠，向上訴人2人借款並設定系爭抵押權，應負表見代理授權人責任，即屬有據。

2. 被上訴人雖主張交付不動產權利文件之原因甚多，單純由出面交涉借款之人持有他人之不動產權利文件，尚難據以認定不動產所有權人之用意何在，縱使伊授權徐麗惠代理其向銀行抵押借款，仍不得據以推論伊有授權徐麗惠代理其向私人（包括上訴人2人）抵押借款之意思，伊將印鑑章、印鑑證明書、所有權狀正本及身分證正本交付徐麗惠之行為，即令可解為表見授與徐麗惠辦理抵押權設定，猶不得解為該行為

係表見授與代理權予徐麗惠向上訴人2人借款，本件無表見代理之適用云云。然查被上訴人將所有權狀正本、身分證正本、印鑑章交付徐麗惠，無論其用途為何，依此客觀情形，已足使一般人正當信賴被上訴人有表示以代理權授與徐麗惠設定系爭抵押權。且證人程育嚴復證稱：都是徐麗惠先與債權人談好借款，伊找債權人只是去拿所需資料並確定設定抵押權的金額是否要加成設定等語（見原審卷二第12頁），可見徐麗惠之行為，足使上訴人2人誤信被上訴人對其有授以代理權，否則自無允以出借款項之理，堪認上訴人2人為善意無過失之第三人。被上訴人對於徐麗惠無權代理其向上訴人2人借款並設定系爭A、B抵押權登記之法律行為，應有民法第169條前段規定表見代理原則之適用，應負授權人責任。

㈢又原判決認上訴人2人未實際交付借款56萬、20萬元部分，本無借款債權存在等語，固非無見。惟查一般抵押案件均加成設定，此係依一般銀行實務，為保障借款本金及利息能如數清償，於設定抵押權時均會以借款本金加成設定抵押權債權總額，且符合民間關於抵押權設定之交易常態，此亦有證人程育嚴於原審證稱：抵押權設定所擔保債權不一定為實際債權額，因為一般來講如向金融機構借款100萬元，會設定120萬元的抵押權，辦理抵押權設定所載的債權額會寫120萬。辦理抵押權設定所載的債權額為何，要看債權人的意見，有的會比照金融機構加2成等語綦祥（見原審卷二第9頁），則本件上訴人余莉惠、江姿葉之借款本金分別為280萬元及100萬元，加計2成後之抵押權債權總額分別為336萬元及120萬元，是被上訴人與徐麗惠為擔保遲延利息、違約金，而就一般抵押權於本金外加成設定，登載系爭抵押債權額為336萬元及120萬元，亦不悖於常情。從而，上訴人2人未實際交付借款56萬、20萬元部分，自為系爭A、B抵押權擔保之債權範圍所及，尚無疑義。

二、被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人余莉惠

、江姿葉將系爭房地如附表所示之抵押權設定登記予以塗銷，為無理由：

㈠按稱普通抵押權者，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條定有明文。又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，此所謂妨害者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言，而所謂不法，係指所有人對於行為人之妨害，於法令上並無容忍之義務。

㈡徐麗惠於108年2月14日及同年月20日為擔保上訴人2人之債權，以被上訴人所有系爭房地分別設定系爭A、B抵押權，被上訴人對於徐麗惠無權代理其設定系爭A、B抵押權登記之法律行為，依民法第169條前段規定，須對上訴人2人負授權人之責任，即被上訴人應負系爭抵押權之物上保證人責任，業如前述。系爭A、B抵押權所擔保之債權既仍存在，則被上訴人在法令上即有容忍之義務，自不得請求塗銷系爭抵押權設定登記，是被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求確認系爭抵押權不存在，並請求上訴人2人塗銷系爭抵押權設定登記，核屬無據。

陸、綜上所述，被上訴人主張系爭A、B抵押權所擔保之債權不存在，系爭抵押權基於從屬性，亦屬無效，而依民法第767條請求確認系爭抵押權不存在，及請求上訴人2人應塗銷系爭A、B抵押權，為無理由，原審予以准許，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，自應由本院將原判決廢棄改判如主文所示。

柒、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此敘明。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　20　　日

民事庭審判長法　官　林信旭

法　官　顏維助

法　官　張健河

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　　20　　日

書記官　林明智

附表：

| 編號 | 不動產標示 | 權利範圍 | 抵押權登記內容 | |
|---|---|---|---|---|
| | | | A | B |
| 1 | ○○縣○○市○○段0000○00地號土地 | 全部 | ⑴登記日期：民國108年2月15日<br>⑵登記機關：臺東縣臺東地政事務所<br>⑶收件字號：108年東地所字第009650號<br>⑷權利種類：普通抵押權<br>⑸權利人：余莉惠<br>⑹債權額比例：全部 | ⑴登記日期：108年2月21日<br>⑵登記機關：臺東縣臺東地政事務所<br>⑶收件字號：108年東地所字第011000號<br>⑷權利種類：普通抵押權<br>⑸權利人：江姿葉<br>⑹債權額比例：全部 |
| 2 | ○○縣○○市○○段0000○號建物即門牌號碼同 | 全部 | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | 縣市○○街000號房屋（坐落編號1土地上） | | ⑺擔保債權金額：<br>新臺幣（下同）336萬元<br>⑻擔保債權種類及範圍：<br>於108年2月14日債權人與債務人間因金錢消費借貸所發生之債務<br>⑼債務人及債務額比例：<br>孫玉慧，全部<br>⑽權利標的：<br>所有權<br>⑾設定權利範圍：<br>全部<br>⑿設定義務人：<br>孫玉慧 | ⑺擔保債權金額：<br>120萬元<br>⑻擔保債權種類及範圍：<br>於108年2月20日債權人與債務人間因金錢消費借貸所發生之債務<br>⑼債務人及債務額比例：<br>孫玉慧，全部<br>⑽權利標的：<br>所有權<br>⑾設定權利範圍：<br>全部<br>⑿設定義務人：<br>孫玉慧 |

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。