臺灣高等法院高雄分院民事判決

113年度上字第193號

上　訴　人　于孟君

000000000000000000

訴訟代理人　張榮作律師

上　訴　人　于瑤華

000000000000000000

被 上訴 人　于化文

訴訟代理人　康進益律師

　　康鈺靈律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於民國113年6月20日臺灣高雄地方法院113年度訴字第141號第一審判決提起上訴，本院於113年11月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人于孟君負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第56條第1項定有明文。本件被上訴人主張其名下如附表所示之不動產（下稱系爭房地），有為其父于競存設定如附表所示之最高限額抵押權（下稱系爭抵押權），又于競存死亡後，由兩造共同繼承之，惟系爭抵押權不存在或已消滅，故原審聲明：上訴人與第一審共同被告于瑤華應協同被上訴人將于競存於被上訴人所有系爭房地所設定之系爭抵押權登記，於辦理繼承登記後予以塗銷。因被上訴人提起上開訴訟之訴訟標的對於于孟君、于瑤華須合一確定，依民事訴訟法第56條第1項第1款規定，本件雖僅于孟君提起上訴，惟上訴效力及於于瑤華，爰併列于瑤華為上訴人。又原審判決被上訴人勝訴後，上訴

人不服，提起上訴，被上訴人並因於本院審理中之民國113年9月9 日向三民地政事務所以前三登字第000000號辦理繼承登記，有系爭房地登記謄本在卷為憑（見本院卷第73頁），故減縮撤回部分起訴聲明，而變更起訴聲明為：于孟君、于瑤華應協同被上訴人將系爭抵押權予以塗銷（本院卷第69、79至80頁），核與民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第3 款、第262條第1項規定相符，被上訴人減縮撤回部分起訴聲明，並經于孟君同意（見本院卷第80頁），于瑤華對上開撤回亦未異議，視為同意，應予准許。

二、于瑤華經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386 條各款所列情形，爰依被上訴人聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：兩造為兄弟姊妹，且均為兩造父親于競存（98年1月15日歿）之繼承人。伊前於87年1月26日以買賣原因取得系爭房地，於同年3月24日辦理所有權移轉登記完畢，系爭房地並非于競存借名登記於伊名下。又于競存與伊於88年12月22日以系爭房地辦理設定擔保債權額為新臺幣（下同）500萬元（下稱系爭抵押債權）之系爭抵押權登記，惟二人間並未存有系爭抵押債權債務關係。因于競存死亡後，系爭抵押權依法由兩造繼承，並因系爭抵押權登記權利存續期間為不定期限，是伊以起訴狀繕本送達于孟君、于瑤華，作為終止系爭抵押權設定契約之意思表示，依民法第881條之5第2項規定，起訴狀繕本送達後經15日為系爭抵押債權之確定期日，系爭抵押債權即不再發生而不存在，系爭抵押權亦失所附麗不存在。另縱認于競存對伊有系爭抵押債權債務存在，惟上訴人未於15年消滅時效完成後5年內實行抵押權，系爭抵押權亦已消滅，自得請求塗銷系爭抵押權登記等情。爰依民法第767條第1項中段規定，聲明：于孟君、于瑤華應協同被上訴人將于競存於被上訴人所有系爭房地設定之系爭抵押權登記予以塗銷(至被上訴人原審請求于孟

君、于瑤華協同辦理系爭抵押權繼承登記部分，被上訴人已於本院減縮撤回此部分請求，已如前述，依法原審此部分之判決已失其效力，併予敘明）。

二、上訴人之答辯：

㈠于孟君則以：系爭房地係于競存於87年1月26日出資購買，其考量年事已高，為避免日後遭課徵遺產稅，先行借名登記予被上訴人名下，未曾允諾將系爭房地贈與被上訴人。又系爭房地登記在被上訴人名下當時僅27歲，心性不定，且有賭博惡習，恐其變賣或欠債，方辦理系爭抵押權設定登記。故系爭房地及系爭抵押權應屬于競存之遺產，由兩造繼承之，並因抵押權人與所有權人相同，系爭抵押權因混同而消滅，被上訴人無提起本件訴訟之必要等語置辯。

㈡于瑤華未於本院言詞辯論期日到場，於原審則以：不爭執被上訴人之主張及同意被上訴人之請求。又系爭抵押權登記係于競存恐被上訴人不孝順、不負照顧之責而設定，于競存與被上訴人間並無債權債務關係，亦無借名登記之情事，系爭房地所有權為被上訴人所有等語。

三、原審判決被上訴人勝訴。上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項如下：

㈠系爭房地現登記為被上訴人所有。

㈡系爭房地於88年12月22日設定系爭抵押權予于競存。

㈢于競存於98年1月15日死亡，系爭抵押權由兩造共同繼承（而為公同共有）。

五、兩造爭執事項為：㈠系爭抵押權所擔保之債權是否存在？㈡于孟君執系爭房地係于競存所有而借名登記予被上訴人名下，主張系爭抵押權已因混同而消滅，是否有據？被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人協同辦理系爭抵押權繼承登記後予以塗銷，是否有理由？茲分述如下：

㈠按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在

時，應由被告負舉證責任（最高法院103年度台上字第393號民事裁判意旨參照）。次按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277 條前段定有明文。又按主張借名登記者，應就借名登記之事實負舉證責任。再按最高限額抵押契約定有存續期間者，其期間雖未屆滿，然若其擔保之債權所由生之契約已合法終止，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求塗銷抵押權設定登記（最高法院83年台上字第1055號判決意旨參照）。

㈡本件被上訴人所有之系爭房地，於88年12月22日為于競存設定系爭抵押權，系爭抵押權之權利存續期間為不定期限，有系爭房地謄本在卷可稽，並為兩造所不爭執，此部分事實堪以認定。被上訴人主張系爭房地雖有為系爭抵押權登記，然實際上其與于競存間並無系爭抵押債權債務關係存在，其亦已終止系爭抵押權擔保之債權契約，故系爭抵押債權不會再發生，系爭抵押權因系爭抵押債權不存在而失所附麗而確定不存在等語（見雄司調卷第45頁）。惟于孟君以于競存係將系爭房地借名登記於被上訴人名下，其對於被上訴人有系爭抵押債權存在，被上訴人無提起本件訴訟之必要等前詞置辯。而于瑤華於原審則稱：對被上訴人之主張無爭執，其同意被上訴人之請求等語。經查：

1.于孟君於本院自承：其無法提出于競存與被上訴人間成立借名登記契約及存有系爭抵押債權之證據（見本院卷第49頁），則其前開所辯，已難採信為真。其次，依同屬于競存之子女之于瑤華於原審具狀陳稱：被上訴人與于競存間，並無債權債務關係或借名登記之情事，系爭房地所有權為被上訴人所有等情（見原審審訴卷第41頁），審酌于瑤華與于孟君及被上訴人，同屬于競存之子女，若系爭房地係兩造之父親于競存所有及系爭抵押債權存在，即攸關于瑤華得否繼承取得系爭房地所有權及系爭抵押權之權利，故于瑤華實無故

為不利於己而有利於被上訴人陳述之必要；而其上開所陳，則核與被上訴人實際登記為系爭房地所有人二十餘年及使用多年之事實相合，自堪信屬真實，是被上訴人主張其與于競存系爭抵押權債權不存在乙節，即堪認有據。而于孟君就其所辯，則無法舉證以實其說，是其前開所辯，或辯稱于瑤華不清楚于競存與被上訴人間之關係云云，均難採信。

2.于孟君又抗辯：系爭房地實係于競存出資購買，暫時登記於配偶林淑敬名下，嗣于瑤華簽賭積欠債務，于競存恐林淑敬心軟而將系爭房地讓于瑤華償債，故決定將系爭房地借名至被上訴人名下，而考慮被上訴人心性不定，恐因欠債被拍賣，乃設定系爭抵押權；又由被上訴人於臺灣高雄地院99年重家訴字第6號（下稱前案）請求遺產分割等事件，自認系爭房地是于競存生前所贈，足證其並非向林淑敬購買，其與林淑敬間之買賣係通謀虛偽所為，系爭房地及系爭抵押權皆屬于競存之遺產，應由兩造共同繼承，則系爭抵押權與所有權均屬同一人所有，系爭抵押權即因混同而消滅，被上訴人無請求塗銷抵押權之必要云云(見本院卷第13至17頁)。然為被上訴人所否認，並於原審陳稱：系爭房地並非于競存之遺產，況若前案其有自認系爭房地係于競存贈與乙情，亦足認非屬于競存之遺產等語（見原審卷第89頁）。本院審酌于孟君無法舉證于競存與被上訴人間就系爭房地存有借名登記關係，已如前述。且縱如于孟君所辯系爭房地前經于競存購買後，先登記在林淑敬名下，惟于競存登記在林淑敬名下之原因及法律關係繁多，尚難以林淑敬係家庭主婦無收入，及被上訴人當時無資力，即得認于孟君所辯于競存係先、後借名登記於林淑敬、被上訴人名下乙情為真。再者，系爭房地既於87年3月24日，以買賣為原因，合法移轉登記至被上訴人名下，為兩造所不爭執，並有系爭房地謄本在卷可稽（見原審雄司調卷第13、17頁），被上訴人自已合法取得系爭房地所有權。是被上訴人所有之系爭房地，不論係向林淑敬買受取得，有被上訴人提出之買賣所有權移轉契約書及公證書附

卷為佐(見原審卷第32-34頁、第44頁），或被上訴人於前案所稱由于競存贈與取得（見原審卷第89頁），惟仍無法因被上訴人前後所述取得原因不同，即遽認于孟君所辯于競存與被上訴人間存有借名登記關係，及系爭房地為于競存之遺產等節為真。況佐以兩造於台灣高雄少年及家事法院107年家繼訴字第6號分割遺產事件（下稱另案），曾就于競存之遺產分割乙事達成和解，此有和解筆錄在卷可佐（見原審卷第77-78頁），又于孟君於該案和解時，並未將系爭房地列為于競存之遺產而求為一併處理及進行和解事宜，則于孟君於本院辯稱系爭房地係于競存之遺產，借名登記在被上訴人名下，系爭房地及系爭抵押權應由兩造繼承，系爭抵押權即因混同而消滅，被上訴人無提起本件訴訟之必要云云，自難認可採。

3.綜上，被上訴人主張系爭房地係其所有，係屬有據。又于孟君無法證明于競存與被上訴人就系爭房地存有借名登記關係及系爭抵押債權存在。而系爭抵押權登記權利存續期間為不定期限，被上訴人並於于競存死亡後，已以起訴狀繕本送達于孟君、于瑤華，作為終止系爭抵押權設定契約之意思表示，依民法第881條之5第2項規定，於起訴狀繕本送達後經15日為系爭抵押債權之確定期日，且系爭抵押權原擔保之存續期間內所可發生之債權，已因確定而不存在，則系爭抵押權即亦失所附麗而不存在。惟因系爭抵押權登記仍存在，即有妨害被上訴人所有權之行使，依前揭說明，應許抵押人請求塗銷抵押權設定登記。故被上訴人依民法第767 條第1 項中段規定，請求于孟君、于瑤華協同被上訴人辦理塗銷系爭抵押權登記，即屬有據。

㈢末按原告因其請求發生一時障礙而遭敗訴判決確定，仍得於障礙除去後更行起訴或與除去障礙之請求合併起訴（最高法院94年度台上字第1325號裁定參照）。于孟君雖辯稱：被上訴人於前案中，自認系爭房地係于競存贈與被上訴人，該案並經法院駁回其訴，被上訴人不應再為請求，本院無庸調取

前案卷等語（見原審卷第89頁、本院卷第48頁）。查，被上訴人提起前案時，雖曾聲明求為塗銷系爭抵押權等語，有前案判決可稽，惟前案判決僅以兩造未辦理繼承登記而欠缺權利保護要件，駁回被上訴人之訴，其內並未就上開聲明為有無理由之判斷（見原審卷第54、59頁）。又因前案判決後至原審起訴前，兩造均未就系爭抵押權辦理繼承登記，是被上訴人於原審起訴時，乃聲明求為于孟君、于瑤華應協同被上訴人辦理繼承登記後塗銷系爭抵押權，其聲明顯與前案不同，且應係為除去前案障礙所為之請求，難認與前案係同一事件。是被上訴人提起本件訴訟，難認受前案確定判決既判力之拘束而不得再行請求，于孟君上開所辯，尚無足採，併予敘明。

六、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求于孟君、于瑤華應協同被上訴人將于競存於系爭房地所設定之系爭抵押權登記予以塗銷，為有理由，應予准許。原判決就此部分為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又于瑤華自始同意被上訴人之請求，係于孟君不服原判決提起上訴，依民事訴訟法第85條第3項規定，訴訟費用由于孟君一人負擔。至于孟君及被上訴人其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自毋庸逐一詳予論駁，均併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　20　　日

民事第四庭

審判長法　官　洪能超

法　官　李珮妤

法　官　楊淑珍

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（

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，並依附註條文規定辦理。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　　113　　年　　11　　月　　20　　日

書記官　葉姿敏

附註：

民事訴訟法第466 條之1 ：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1 項但書及第2 項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

附表

編號	土地或建物	權　利範圍	原登記之抵押權	現登記之抵押權
1	高雄市○○區○○段○○段00000000地號	1分之1	登記日期：88年12月22日。 字號：三專字第000000號。 登記原因：設定。 權利人：于競存。 擔保債權總金額：最高限額新臺幣5,000,000元。 存續期間：不定期限。 債務人：于化文。 清償日期：依照各個契約約定。	登記日期：113年9月9日。 字號：前三登字第000000號。 登記原因：繼承。 權利人：于化文、于孟君、于瑤華。 債權額比例：公同共有1分之1 擔保債權總金額：最高限額新臺幣5,000,000元。 存續期間：不定期限。 清償日期：依照各個契約約定。
2	高雄市○○區○○段○○段00000000○號（門牌號碼：高雄市○○區○○里○○街000巷00號）	1分之1		