臺灣高等法院高雄分院民事判決

113年度上字第269號

上　訴　人　陳魏賢

000000000000000000

訴訟代理人　黃淑芬律師

被　上訴人　陳愛珠

訴訟代理人　陳建誌律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國113年8月30日臺灣高雄地方法院113年度訴字第463號第一審判決提起上訴，本院於114年1月15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負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：伊於民國75年間與胞姐即訴外人陳春環共同出資購買坐落高雄市○○區○○段0000○00地號土地及其上同段9576建號即高雄市○○區○○路00號建物（下稱系爭不動產），並依伊與陳春環之約定將之登記於自己名下，嗣於82年10月13日方將系爭不動產所有權應有部分2分之1移轉登記予陳春環。伊母即訴外人陳涂玉英竟擅自持伊印章、證件及權狀等資料，將伊所有系爭不動產應有部分2分之1設定擔保債權總金額最高限額新臺幣（下同）250萬元、存續期間為不定期限、清償日期為不定期限、債務人為被上訴人之抵押權予伊姪子即上訴人，並於90年7月18日辦畢登記（下稱系爭抵押權），則系爭抵押權設定登記未經伊同意，應不生效力。又兩造並未約定系爭抵押權所擔保之原債權確定之期日，伊業以原審民事準備書狀㈠請求確定所擔保之原債權，經上訴人於113年4月底收受，則系爭抵押權擔保之原債權應已確定，然伊與上訴人間並無任何債權關係，是系爭抵押權所擔保之債權不存在，基於抵押權之從屬性，該抵押權已歸於消滅，其設定登記顯然妨害伊之所有權，伊自得請求塗銷

之，爰依民法第767條第1項中段之規定提起本件訴訟，聲明：上訴人應將系爭抵押權登記予以塗銷。

二、上訴人則以：系爭不動產係伊祖父母即訴外人陳從、陳涂玉英（下稱陳從等2人）及被上訴人各出資6分之1，陳春環出資2分之1而合資購買，並於購買後借名登記於被上訴人名下，嗣被上訴人於82年10月13日方將陳春環借名登記部分移轉登記予陳春環。又陳從等2人於90年間表示其等死亡後，要贈與長孫即伊250萬元（下稱系爭贈與），業經伊同意，其等因恐繼承人不顧及其等意願，方要求被上訴人設定系爭抵押權予伊，以擔保系爭贈與債務，被上訴人就此非不知情，且系爭抵押權擔保之債權尚非不存在，被上訴人自不得請求塗銷登記等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人於第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項

㈠被上訴人、陳春環及訴外人陳文通為陳從等2人之子女，而上訴人則為陳文通之子。

㈡系爭不動產於75年4月28日移轉登記為被上訴人所有。

㈢被上訴人於82年10月13日將系爭不動產應有部分2分之1移轉登記予陳春環。

㈣被上訴人所有系爭不動產應有部分2分之1於90年7月18日經設定登記系爭抵押權予上訴人。

㈤被上訴人以原審民事準備㈠狀請求確定系爭抵押權所擔保之原債權，經上訴人於113年4月底收受。

五、茲就兩造之爭點及本院之判斷，分述如下：

㈠系爭抵押權設定登記是否未經被上訴人同意？

按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，又私人之印章，由自己使用為常態，被人盜用為變態，主張變態事實之當事人，自應就此印章被盜用之事實負舉證之責任（最高法院86年度台上字第717號裁判要旨參照）。被上訴

人主張系爭抵押權為陳涂玉英未經其同意，擅自持其印章、證件及權狀等資料辦理等節，既為上訴人否認，被上訴人即應就此盜用之有利於己事實負舉證之責任。又被上訴人雖以上訴人於90年間畢業前居住於高雄，若其知悉並要在90年7月間辦理設定系爭抵押權予上訴人，其在上訴人仍居住於高雄時即可辦理，不至於使陳從等2人自己辦理，並特地至臺北交付相關文件予上訴人，而主張其確不知悉設定抵押權一事云云，然被上訴人未及於上訴人仍居住高雄時辦妥系爭抵押權設定登記並交付相關文件之可能原因多端，尚難據此即認系爭抵押權之設定登記未經被上訴人同意。此外，被上訴人就其上開主張並無其他舉證以實其說，自難採信，則被上訴人以此為由主張系爭抵押權設定登記不生效力云云，並非可採。

㈡系爭抵押權所擔保之債權是否不存在？

按最高限額抵押權所擔保之原債權，未約定確定之期日者，抵押人或抵押權人得隨時請求確定其所擔保之原債權；前項情形，除抵押人與抵押權人另有約定外，自請求之日起，經15日為其確定期日；最高限額抵押權所擔保之原債權確定後，除本節另有規定外，其擔保效力不及於繼續發生之債權或取得之票據上之權利，民法第881條之5第1項、第2項、第881條之14分別定有明文。又上開規定於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權，亦適用之，民法物權編施行法第17條亦著有規定。是最高限額抵押權擔保之原債權確定時，如無既存之債權，因其擔保效力不及於繼續發生之債權或取得之票據上之權利，而該確定期日前所可發生之債權，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。經查：

1.系爭抵押權之存續期間登記為不定期限，且被上訴人以原審民事準備㈠狀請求確定系爭抵押權所擔保之原債權，經上訴人於113年4月底收受等節，為兩造所不爭執，則依上開規定，系爭抵押權所擔保之原債權至遲於同年5月15日已告確

定。

2.上訴人固抗辯陳從等2人與其存有系爭贈與債務，被上訴人為陳從等2人之繼承人，已繼承該債務，是系爭抵押權擔保之債權非不存在云云，並提出設定抵押權契約書、他項權利證明書及協議書以證明系爭贈與債權存在。然上訴人保有設定抵押權契約書、他項權利證明書，尚無法證明系爭贈與存在，而該協議書則為陳從等2人與被上訴人於82年6月17日簽訂，載明系爭不動產應有部分2分之1為其等共同出資等節（雄司調字卷第79頁），顯無從據以認定系爭贈與存在。又證人陳文通固於原審到庭證稱其於某年回高雄祭祖時，陳從等2人同時稱要給上訴人250萬元，並要以其等出資之系爭不動產設定抵押權，但並未說明何時履行贈與以及履行贈與方式，嗣上訴人在臺北購買房屋後，陳從等2人即將辦妥之抵押權資料攜至臺北交予上訴人等語（訴字卷第92至94頁），惟證人陳文通為上訴人之父親，其證述內容本有迴護上訴人之可能，應有其他佐證，且與常情無悖，始足採信，然上訴人並未提出其他佐證，且衡情若陳從等2人確有贈與上訴人250萬元之意，應不至於未告知履行時間及方式，況陳從等2人若確實同意贈與上訴人250萬元，並設定系爭抵押權以為擔保，系爭抵押權設定登記之債務人應為陳從等2人，而非斯時非債務人之被上訴人，且所設立登記者應非最高限額抵押權，而當為擔保系爭贈與債務之普通抵押權，足見證人陳文通上開證述內容與常情有悖，非可採信。此外，上訴人就其抗辯系爭贈與債權存在一節，並無其他舉證以實其說，其上開抗辯自非可採。

3.綜上，系爭抵押權所擔保之原債權至遲於113年5月15日已告確定，然上訴人就其抗辯存有系爭贈與債權一節未能證明，復自認除此之外與被上訴人間別無其他債權（訴字卷第69至70頁），則依首開說明，被上訴人自得本於所有權請求塗銷系爭抵押權。

六、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項中段之規定，請求

上訴人塗銷系爭抵押權，為有理由，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　2　　月　　12　　日

民事第二庭

審判長法　官　黃宏欽

法　官　陳宛榆

法　官　楊淑儀

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　　114　　年　　2　　月　　12　　日

書記官　洪以珊

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。