

01 臺灣高等法院民事判決

02 109年度重上字第338號

03 上訴人 許明清

04 訴訟代理人 楊嘉文律師

05 被上訴人 許正德

06 訴訟代理人 楊肅欣律師

07 蔡榮德律師

08 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10  
09 年2月7日臺灣桃園地方法院107年度重訴字第552號第一審判決  
10 提起上訴，本院於110年3月2日言詞辯論終結，判決如下：

11 主 文

12 原判決主文第三項關於命上訴人塗銷如附表編號三所示抵押權登  
13 記部分，暨訴訟費用之裁判（除確定部分外）均廢棄。

14 上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

15 其餘上訴駁回。

16 確認上訴人就附表編號三所示抵押權之抵押債權逾新臺幣壹佰伍  
17 拾萬元部分不存在。

18 第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用由被上訴人負擔十分  
19 之二，餘由上訴人負擔。

20 事實及理由

21 一、按先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件，其解除條件應  
22 以先位之訴判決確定時，始為其解除條件成就之時。第一審  
23 如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴其  
24 訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審  
25 亦有效力（民事訴訟法第448條），是該備位原告之訴，縱  
26 未經第一審裁判，亦應解為隨同先位之訴繫屬於第二審而生  
27 移審之效力，即原告先位之訴勝訴，備位之訴未受裁判，經  
28 被告合法上訴時，備位原告之訴即生移審之效力。上訴審若  
29 認先位之訴無理由時，即應就備位原告之訴加以裁判（最高  
30 法院94年度台上字第283號判決意旨參照）。經查，原審依

01 被上訴人先位之訴所請為其勝訴之判決，上訴人提起上訴，  
02 被上訴人所提備位之訴即生移審效力，倘本院認先位之訴為  
03 無理由時，應就備位之訴加以裁判。又被上訴人於本院表示  
04 其對於附表編號二所示抵押權所為先、備位聲明之事實理由  
05 及請求權均相同，撤回此部分備位聲明，經上訴人同意（見  
06 本院卷(二)第206頁），合先敘明。

07 二、被上訴人主張：伊名下所有坐落重測前桃園市○○區○○○○  
08 段○○○○段000○000○0地號土地所有權應有部分6分之  
09 5，於民國101年11月18日為上訴人設定如附表編號二所示擔  
10 保債權總金額新臺幣（下同）500萬元普通抵押權（下稱編  
11 號2抵押權），另以所有坐落重測前同小段644之2、653之2  
12 地號土地所有權全部，於102年8月9日為上訴人設定如附表  
13 編號三所示擔保債權總金額300萬元普通抵押權（下稱編號3  
14 抵押權，與編號2抵押權合稱系爭2筆抵押權）。系爭2筆抵  
15 押權分別擔保101年11月18日借款債權500萬元、102年8月9  
16 日借款債權300萬元，但實際並無抵押債權發生。縱使編號3  
17 抵押權所擔保債權包含102年8月9日150萬元借款，逾此數額  
18 並無抵押債權存在等情。爰依民法第767條第1項中段之規定  
19 ，先位求為上訴人應將編號2、3抵押權登記予以塗銷。另依  
20 民事訴訟法第247條第1項之規定，備位求為確認上訴人就編  
21 號3抵押權之抵押債權逾150萬元部分不存在之判決（未繫屬  
22 本院部分，不予贅述）。

23 三、上訴人則以：兩造口頭約定系爭2筆抵押權擔保範圍包含抵  
24 押權設定前後之借款，並於抵押權設定契約書「申請登記以  
25 外之約定事項」約定此節，被上訴人於98年11月23日借130  
26 萬元、98年11月25日借120萬元，99年5月借120萬元，99年8  
27 月借210萬元，100年4月29日借120萬元，合計700萬元，均  
28 屬編號2抵押權擔保範圍。另被上訴人於102年8月1日借326  
29 萬1000元、同年8月9日借150萬元、同年8月14日借150萬  
30 元，合計626萬1000元，則屬編號3抵押權擔保範圍。被上訴  
31 人並未清償上開抵押債權，不得請求塗銷系爭2筆抵押權等

語，資為抗辯。

四、原審依被上訴人先位聲明命上訴人塗銷系爭2筆抵押權登記，上訴人聲明全部不服，提起上訴，並上訴聲明：(一)原判決不利上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

五、被上訴人主張系爭2筆抵押權所擔保之抵押債權，分別為抵押權設定契約書所載102年8月9日金錢消費借貸500萬元、101年11月18日金錢消費借貸300萬元，但實際上並無任何借貸發生，上訴人應塗銷系爭2筆抵押權登記，為上訴人所否認。經查：

(一)按普通抵押權者，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。抵押權所擔保者為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用，但契約另有約定者，不在此限，民法第860條、第861條第1項定有明文。次按抵押權乃為擔保特定債權而存在，且係就特定物設定之，抵押物與擔保債權應均屬構成抵押權內容之重要部分，是以抵押權需以登記方法加以公示者，不啻著重於標的物之特定（何一不動產有抵押權），尚包括所擔保債權之特定，必該債權「種類及金額」均特定，於確定抵押權人對抵押物所得支配交換價值之限度後，後次序抵押權之設定始不致陷於不安狀態，或阻礙抵押物交換價值之有效利用。因之，已構成抵押權重要內容一部之特定標的物及特定擔保債權「種類暨金額」（標的物及擔保債權均特定），俱應為抵押權登記事項之範圍，各該特定事項非經依法逐一登記後，不生物權之效力，此即為抵押權所揭載表裏有密切關係之「公示原則」與「特定原則」（最高法院99年度台上字第1470號判決意旨參照）。又按我國民法物權編之不動產抵押權種類，分為普通抵押權及最高限額抵押權，關於抵押權所擔保之債權，如未於土地登記簿一一記載，非不得於抵押權人聲請登記時所提出之抵押權設定契約書，視為登記簿之附件，在該契約書上記載之該抵押權所

擔保之債權，得視為抵押權效力所及，惟必限於該附件所載內容，與登記之抵押權種類相容，如所設定係普通抵押權，且就「擔保債權種類及範圍」已有特定債權之記載，其附件所載擔保之債權範圍卻為最高限額抵押權之不特定債權，該附件記載之債權即不生普通抵押權之物權登記效力（最高法院109年度台上字第220號判決意旨參照）。是以普通抵押權關於「擔保債權種類及範圍」經當事人約定並完成登記，即發生公示與特定之效力，縱使「申請登記以外之約定事項」欄位另記載其他債權，仍非該抵押權所擔保範圍。

(二)經查，編號2抵押權經登記為普通抵押權，擔保權利總金額為500萬元，擔保債權種類及範圍為「101年11月18日之金錢消費借貸」，債務清償日期為102年12月17日；編號3抵押權亦登記為普通抵押權，擔保權利總金額為300萬元，擔保債權種類及範圍為「102年8月9日之金錢消費借款」，債務清償日期為103年2月8日，有土地謄本與抵押權設定契約書在卷（依序見原審卷(一)第8-11、12-13、83-84、51-52頁）。可知兩造明確約定系爭2筆抵押權為普通抵押權，其中編號2抵押權所擔保債權種類及範圍為「101年11月18日之500萬元金錢消費借貸」，編號3抵押權所擔保債權種類及範圍為「102年8月9日之300萬元金錢消費借款」。

(三)上訴人固辯以兩造曾口頭合意擔保範圍包含抵押權設定前後所發生債權，編號2抵押權係擔保自98年11月23日至99年8月借款債權共580萬元，及100年4月29日借款債權120萬元，共700萬元；編號3抵押權擔保102年8月1日借款債權326萬1000元、同年8月9日借款債權150萬元、同年8月14日借款債權150萬元，共626萬1000元云云（見本院卷(二)第206-207、173-181頁），惟為被上訴人所否認，上訴人復未舉證以實其說，所辯已嫌不足。至於系爭2筆抵押權設定契約書「申請登記以外之約定事項」分別記載「3. 債務人商業本票、支票、借據、抵押權設定前後借據等全部計算在內」、「3. 債務人商業本票、支票、借據等全部計算在內」（見原審卷(一)第84、

52頁），由於上開記載僅屬抵押權設定契約書「申請登記以外之約定事項」欄位，顯與設定契約書主要事項「擔保債權種類及範圍」所明示合意內容不符，即與前開公示及特定原則不符，上訴人抗辯抵押債權保範圍包含「申請登記以外之約定事項」云云，自無可取。

(四)再者，上訴人本身為地政士，親自申請系爭2筆抵押權登記，亦有土地登記申請書在卷（見原審卷(一)第49、81頁），其對於抵押權設定契約書「擔保債權種類及範圍」之意義與效力，應知之甚詳，倘若兩造合意將設定抵押權前後所發生債權列為擔保範圍，只須在抵押權設定契約書「擔保債權種類及範圍」載明並完成登記即可達到此一目的。惟上訴人並未將抵押權設定契約書「申請登記以外之約定事項」內容列入抵押權設定契約書「擔保債權種類及範圍」，自非屬抵押權擔保債權範圍。況編號2、3抵押權擔保債權總金額分別為500萬元、300萬元，依上訴人所辯編號2抵押權係擔保98年11月23日至99年8月借款債權共580萬元以及100年4月29日借款債權120萬元，合計達700萬元；編號3抵押權係擔保102年8月1日借款債權326萬1000元、同年8月9日借款債權150萬元、同年8月14日借款債權150萬元，合計626萬1000元，顯逾系爭2筆抵押權擔保總金額，上訴人又未能說明兩造特定何部分債權為系爭2筆抵押權所擔保範圍，則其抗辯抵押債權應以抵押權設定契約書「申請登記以外之約定事項」為準云云，自難採信。

(五)上訴人復主張被上訴人於臺灣桃園地方檢察署檢察官107年度調偵字第995號重利事件（下稱偵案）自承系爭2筆抵押權設定前後之借款債權，均為抵押債權云云（見本院卷(二)第161-165頁）。經查，被上訴人於刑案106年6月29日告訴狀固然稱：「…告訴人（指被上訴人）於100年4月29日，因需錢孔急，遂向被告（指上訴人）借款120萬元，當時約定月息2分，爾後告訴人按月依被告要求之面額開立支票予被告，用以支付前揭借款利息，然因告訴人經濟情況仍未有好轉，常

於支票即將兌現時，仍無力給付票款，眼見告訴人支票即將跳票之際，被告便趁機稱伊可借錢予告訴人，供告訴人兌現支票，長期以來，告訴人向被告持續借款多次，也數次償還」、「二、次查，告訴人依被告要求，先後於101年11月21日及102年8月12日，分別以自己所有之○○區雙○○段○○○小段644、644-1地號土地及同區段644-2、653-2地號土地設定擔保債權額各為500萬元、300萬元之普通抵押權予被告擔保其債權稽…」、「(二)經查，被告借款予告訴人後，要求高額利息，並要求告訴人以不動產設定抵押權作為擔保…」（見本院卷(一)第305-309頁），並於107年1月11日偵訊時指稱：「（問：據陳報狀，既然知悉被告所收為高額利息，為何仍願意多次向被告借款？）當時我想趕快把地賣掉就可以還清，但我土地還有些沒賣出去。後續我又用土地設定抵押，向被告借款」等語（見同卷第313-317頁）。可見被上訴人僅針對上訴人長期放款涉嫌收取高額利息之重利罪嫌為指述，並未詳細說明系爭2筆抵押權所擔保抵押債權範圍。則上訴人僅憑被上訴人於偵案告訴內容，遽謂系爭2筆抵押權擔保範圍包含抵押權設定前後所發生債權云云，自無可採。

(六)上訴人所舉最高法院47年台上字第535號判例、98年度台上字第541號判決、91年度台上字第1955號判決、94年度台上字第932號判決、99年度台上字第1470號判決，則係闡明抵押權得由當事人約定以將來可發生之債權為被擔保債權，但仍強調所擔保債權之特定，必須債權「擔保債權種類及範圍」均特定，並經登記始生抵押權之公示原則及特定原則，則上訴人認為系爭2筆抵押權擔保範圍應以抵押權設定契約書「申請登記以外之約定事項」為準云云，自無可採。至上訴人摘錄最高法院107年度台上字第1200號判決記載歷審判決內容，並非最高法院論述意見，自與抵押權擔保特定債權之意旨不合，併此敘明。

(七)編號2抵押權之抵押債權為101年11月18日金錢消費借貸500萬元，惟上訴人迄未證明兩造於101年11月18日有發生500萬

01 元消費借貸債權，前開抵押權即違反成立之從屬性而失無  
02 效。

03 其次，編號3抵押權之抵押債權依抵押權設定契約書與登記  
04 資料記載：「擔保債權總金額：300萬元」、「擔保債權種  
05 類及範圍：102年8月9日之金錢消費借款」（見原審卷(一)第1  
06 2-13、51-52頁），並未限定抵押權擔保債權為單筆300萬元  
07 借款。被上訴人不爭執上訴人於102年8月9日匯至其銀行帳  
08 戶之150萬元為其向上訴人之借款（見本院卷(二)第209頁），  
09 應認該筆150萬元即為編號3抵押權所擔保抵押債權，該抵押  
10 權仍屬有效。從而，被上訴人先位依民法第767條第1項中段  
11 規定，請求上訴人塗銷編號2抵押權登記，為有理由；逾此  
12 部分請求（即訴請塗銷編號3抵押權登記部分），則為無理  
13 由。

14 六、又按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利  
15 益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。  
16 次按所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存  
17 否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存  
18 在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最  
19 高法院52年台上字第1240號判例參照）。經查，被上訴人備  
20 位主張編號3抵押權擔保抵押債權逾150萬元部分不存在，為  
21 上訴人所否認，擔保債權存否及範圍既為兩造所爭執，致被  
22 上訴人私法上之地位有受侵害之危險，該危險得以確認判決  
23 予以除去。依首揭說明，被上訴人備位訴請確認編號3抵押  
24 權之抵押債權逾150萬元部分不存在，有即受確認判決之法  
25 律上利益，先予說明。其次，上訴人就編號3抵押權存有抵  
26 押債權150萬元，已如前述，且被上訴人並表明對該筆借款  
27 不再主張清償以及抵充等語（見本院卷(二)第207頁），則被  
28 上訴人備位請求確認上訴人就編號3抵押權之抵押債權逾150  
29 萬元部分不存在，為有理由。

30 七、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項中段規定，先位訴  
31 請上訴人塗銷編號2抵押權登記，為有理由，應予准許；逾

此部分所為請求，為無理由，不應准許。原審就上開不應准許部分，命上訴人塗銷編號3抵押權登記，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院廢棄如主文第2項所示。至於上開應准許部分，原審命上訴人塗銷編號2抵押權登記，核無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又被上訴人另依民事訴訟法第247條第1項規定，備位訴請確認上訴人就編號3抵押權之抵押債權逾150萬元部分不存在，為有理由，應予准許，爰判決如主文第4項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及證據，經斟酌後，認均不足以影響本判決結果，自無逐一詳予論述之必要，併予敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，被上訴人備位之訴為有理由，依民事訴訟法民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 110 年 3 月 16 日  
民 事 第 四 庭

審 判 長 法 官 傅 中 樂

法 官 管 靜 怡

法 官 吳 煉 山

附表：

編號	登記日期、字號	設定不動產標的	設定權利範圍	債務人(債務額比例)	權利人(債權額比例)	擔保債權總金額	擔保債權種類及範圍	清償日期	利息、遲延利息、違約金	證明書字號
一	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)	(略)
二	101年11月21日蘆資字第271090號	桃園市○○區○○○段○○○○○段000○000○0地號土地 (重測後地號為：桃園市○○區○○段000○000地號)	所有權5/6	許正德(債務額比例全部)	許明清(債權額比例全部)	500萬元	101年11月18之金錢消費借貸	102年1月17日	利息：每仟元月息15元計算 (每月付息1次) 遲延利息：每仟元月息20元計算 違約金：每仟元月息20元計算	101蘆資他字第7097號
三	102年8月12日蘆資字第198250號	桃園市○○區○○○段○○○○○段000○0○00	所有權全部	許正德(債務額比例全部)	許明清(債權額比例全部)	300萬元	102年8月9日之金錢消費借貸	103年2月8日	利息：每仟元月息15元計算 (每月付息1次)	102蘆資他字第6053號

(續上頁)

01	0○0地號土地 (重測後地號為：桃園市○○區○○段000○00地號)						遲延利息：每仟元月息20元計算 違約金：每仟元月息20元計算	
----	---------------------------------------	--	--	--	--	--	-----------------------------------	--

02 正本係照原本作成。

03 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  
04 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  
05 (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  
06 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  
07 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  
08 書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，  
09 應一併繳納上訴審裁判費。

10 中 華 民 國 110 年 3 月 16 日

11 書記官 莊雅萍