臺灣高等法院民事判決

114年度上字第552號

上　訴　人　王仁心

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　陳香如律師

被　上訴人　葉麗玲

000000000000000000

訴訟代理人　楊榮宗律師

　　張馨庭律師

上列當事人間請求履行契約等事件，上訴人對於中華民國113年12月9日臺灣士林地方法院112年度訴字第1543號第一審判決提起上訴，被上訴人並為訴之一部撤回及追加備位之訴，本院於115年3月24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

壹、程序部分：

一、按訴之預備合併，因先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件，其解除條件應以先位之訴判決確定時，始為其解除條件成就之時。第一審如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴其訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力，是原告備位之訴，縱未經第一審裁判，亦應解為隨同先位之訴繫屬於第二審而生移審之效力（最高法院94年度台上字第283號、98年度台上字第1486號判決參照）。查被上訴人於原審起訴先、備位聲明各如附表「原審訴之聲明」欄所示，原審判決判命先位之訴有理由，未就備位之訴加以審酌，嗣上訴人就其敗訴部分提起本件上訴，依照上開說明，被上訴人於原審請求備位之訴即隨同上訴而生移審之效力。

二、次按原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。訴之撤回，被告於期日到場，未為同意與否之表示者，自該期日起；其未於期日到場或係以書狀撤回者，自前項筆錄或撤回書狀送達之日起，10日內未提出異議者，視為同意撤回。民事訴訟法第262條第1項、第4項定有明文。查被上訴人於原審備位之訴對原審被告詹志能（下逕稱姓名）聲明請求如附表一「原審訴之聲明」欄、「㈡備位聲明⑵、⑷」所示，嗣於本院審理中，被上訴人於本院民國114年8月21日提出民事二審變更訴之聲明狀（見本院卷一第185至187頁）撤回對詹志能之起訴，並經本院記載於準備程序筆錄（見本院卷一第115頁），並經本院送達上開撤回書狀及準備程序筆錄予詹志能（見本院卷一第199頁），詹志能於收受送達之日起，逾10日未提出異議，已視為同意撤回，該撤回部分自非本院審理範圍，在此敘明。

三、又按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、同法第255條第1項第2款亦有規定。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾符訴訟經濟者，均屬之（最高法院101年度台抗字第404號裁定參照）。被上訴人於本院審理時，本於民法第767條第1項前段、中段、第179條、第184條第1項前段規定，對上訴人追加備位起訴聲明如附表一「被上訴人追加後之起訴聲明」欄、「㈢追加備位起訴聲明」內容所示，核被上訴人所追加備位之訴，係本於主張上訴人無權占有被上訴人所有土地所衍生爭執之同一基礎事實，有其社會事實之共通性與關連性，且與原審請求所主張事實及證據資料得共通利用，上訴人更已陳述無意見等語（見本院卷一第115、185至187頁），自無害於上訴人之程序權保障，符合訴

訟經濟要求，揆諸首開規定，與法相符，應予准許。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：坐落臺北市○○區○○段○小段000、000、000、000、000、000、000、0000地號土地（下單獨逕稱地號，合稱第000地號等7筆土地）原為上訴人所有，坐落同段000、000、000-0、000、000-0、000-0、000-0、000、000-0、0000地號土地（下單獨逕稱地號，合稱第000地號等10筆土地，與第000地號等7筆土地合稱系爭土地）原為上訴人配偶即訴外人葉顯皇所有，系爭土地有上訴人所興建門牌號碼臺北市○○區○○路○段00巷00弄00、00、00號之未辦理保存登記房屋（即如原審判決附圖所示編號A1、B1、F，下合稱系爭房屋）及地上物（即如原審判決附圖所示編號A2至A6、B2至B9、C、D、E，下合稱系爭地上物）。緣訴外人楊健福因有資金周轉需要，邀同上訴人、葉顯皇提供系爭土地暨系爭房屋向伊擔保借款，楊建福分別於101年2月9日、102年10月23日簽立借款契約書（下單獨各稱系爭101年借款契約、系爭102年借款契約，合稱系爭借款契約），各向伊借款新臺幣（下同）1億5,000萬元、5,000萬元，並於101年2月13日、102年10月29日以系爭土地、系爭房屋為擔保，分別設定擔保債權總金額2億元、7,500萬元之第一順位、第二順位最高限額抵押權（下分稱系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權，合稱系爭抵押權）擔保上述借款，並於系爭第一順位限額抵押權之土地、建築改良物抵押權設定契約書(下稱系爭第一順位抵押權契約)第8欄約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物（包括系爭房屋）所有權移屬予伊即抵押權人（下稱系爭流抵約定），系爭借款契約第13條第4項亦約定依流抵約定辦理抵押物所有權移轉登記予伊時，或經聲請強制執行辦理拍賣無人應買，由伊承受抵押物並辦理所有權移轉登記時，應同時轉讓系爭房屋之事實上處分、使用、收益權能及房屋稅籍予伊並辦理點交，而後楊健福因無力清償上述借款，伊持臺灣士林地方法院（下稱士林地

院）105年度司拍字第249號拍賣抵押物裁定（下稱系爭拍賣抵押物裁定）為執行名義聲請拍賣系爭土地，因無人應買由伊於110年1月25日以債權人身分承受取得系爭土地所有權，伊自得依系爭借款契約第13條第4項、系爭第一順位抵押權契約之系爭流抵約定，先位之訴請求上訴人移轉系爭房屋之事實上處分權予伊，並將系爭房屋房屋稅籍納稅義務名義人變更登記為伊，而如認先位之訴請求無理由，上訴人所有系爭房屋、系爭地上物無權占有系爭土地，伊得依民法第767條第1項前段、中段規定，備位之訴請求上訴人拆除第000-0地號土地如原審判決附圖（臺北市○○地政事務所113年4月22日土地複丈成果圖，下稱附圖）所示A1、A2、A3、A4、A5、A6部分（面積合計為292.39平方公尺）及B1、B2、B3、B4、B5、B6、B7、B8、B9部分（面積合計為189.05平方公尺），及第000-0地號土地如附圖所示F部分（面積為64.82平方公尺），及第000地號土地如附圖所示C部分（面積為0.73平方公尺）、D部分（面積為1.18平方公尺）、E部分（面積為1.16平方公尺）之系爭房屋及系爭地上物，並請求將該占有土地騰空返還予伊，且上訴人無權占有上開土地，受有相當於租金之不當得利之利益，致伊受有損害，伊並依民法第179條、第184條第1項前段規定，擇一請求上訴人返還或賠償伊相當於租金之不當得利等語，並聲明如附表一「被上訴人追加後之起訴聲明」欄所示。

二、上訴人則以：伊與葉顯皇於99年間擬將系爭土地以出售、信託、出租等方式處分獲利，然因系爭土地筆數較多且價值高達數億元，乃併考量尋覓有意願合作開發者，後續可能有設定抵押或信託方式進行合作，且葉顯皇斯時高齡86歲無法事必躬親，伊因歌仔戲教學、表演事務繁忙無暇顧及，楊健福表示可協助代為尋覓買家、合作開發、投資等對象，若順利談妥簽約或辦理過戶、收取價金等瑣碎手續，可由楊健福代理伊與葉顯皇完成相關程序，伊與葉顯皇因楊健福為伊女婿身分，本於信任而於100年1月8日簽立授權書（下稱系爭授

權書）予楊健福，授權期間至101年12月31日為止，授權範圍僅為系爭土地及系爭房屋之買賣、信託、產權移轉、出租等，未曾同意、授權擔任楊健福之借款人、連帶保證人或提供系爭土地、系爭房屋為楊健福擔任借款之物上保證人，詎楊健福違反系爭授權書約定，且未經伊與葉顯皇同意，逕行代理伊與葉顯皇簽名及用印於系爭借款契約擔任借款義務人兼連帶保證人向被上訴人借款，更於101年2月13日、102年10月29日代理伊與葉顯皇以系爭土地、系爭房屋為擔保，分別設定系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權擔保上述借款，楊健福所為核屬無權代理行為，未經伊與葉顯皇承認，對伊與葉顯皇不生效力，且系爭授權書授權範圍明確，並未授權楊健福代理借款及設定抵押擔保借款，楊健福於102年10月29日所代理借款及設定抵押權行為，更已逾授權期間，且被上訴人難認善意且無過失，自無表見代理之適用，被上訴人前依系爭借款契約對伊與葉顯皇之繼承人即訴外人葉寬己、葉昭一、葉秀芬、葉昭玉、葉如玉（下稱葉寬己等5人）請求返還借款，業經另案即士林地院108年重訴字第446號民事判決（下稱第446號判決）認定伊與葉寬己等5人均非系爭借款契約債務人確定在案，上訴人依系爭借款契約第13條第4項、系爭抵押權契約之系爭流抵約定，先位之訴請求伊移轉系爭房屋之事實上處分權，並將系爭房屋房屋稅籍之納稅義務名義人變更登記為被上訴人，自無理由，另系爭房屋、系爭地上物均經原土地所有權人葉顯皇同意而興建，葉顯皇於104年間死亡，伊與葉寬己等5人共同繼承系爭土地所有權，伊因繼承而同時為系爭土地及系爭房屋、系爭地上物所有權人，嗣後系爭土地雖經強制執行拍賣由被上訴人取得，伊得依民法第838條之1法定地上權規定有權占有系爭土地，自無不當得利情事，被上訴人請求伊拆除系爭房屋、系爭地上物並返還或賠償不當得利，自無理由等語，資為抗辯。

三、被上訴人於原審起訴聲明如附表一「原審訴之聲明」欄所

示，原審判命如附表一「原審判決」欄所示，上訴人不服，提起上訴，上訴人上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。又被上訴人於本院審理時追加備位起訴聲明如附表一「被上訴人追加後之起訴聲明」欄、「㈢追加備位起訴聲明」所示，上訴人則答辯聲明：㈠追加備位之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項（本院卷一第96至98頁、本院卷二第216至218頁）：

㈠第000地號等10筆土地原為葉顯皇所有，第000地號等7筆土地原為上訴人所有。

㈡上訴人與葉顯皇曾於100年1月8日簽立系爭授權書，並將原證17文件交付予楊健福。

㈢楊健福於101年2月9日與上訴人簽立系爭101年借款契約，於系爭101年借款契約所載義務人兼連帶債務人欄蓋用葉顯皇、上訴人之印文，並記載「楊健福代」文字。

㈣楊健福於102年10月23日與上訴人簽立系爭102年借款契約，於系爭102年借款契約所載義務人兼連帶債務人欄蓋用葉顯皇、上訴人之印文。

㈤系爭土地分別於101年2月13日、102年10月29日設定擔保債權總金額2億元、7,500萬元之系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權，權利人為被上訴人、義務人兼連帶債務人為葉顯皇、上訴人及連帶債務人楊健福，登記申請書及抵押權設定契約書等資料如原審卷二第424至445頁所示。

㈥葉顯皇於104年4月2日死亡，由上訴人及葉寬己等5人為共同繼承人。

㈦被上訴人前執系爭拍賣抵押物裁定為執行名義聲請拍賣系爭土地，經士林地院以106年度司執字第3139號拍賣抵押物事件（下稱系爭執行事件）受理在案，嗣系爭土地拍賣無人應買，由被上訴人承受在案。

㈧第000-0地號土地有門牌號碼臺北市○○區○○路○段00巷00弄00、00號房屋（即如原審判決附圖所示編號A1至A6、B1至B9），第000-0地號土地有門牌號碼臺北市○○區○○路○段00巷00弄00號房屋（即如原審判決附圖所示編號F），為上訴人所原始起造之未辦理保存登記房屋。

㈨被上訴人前依系爭101年借款契約、系爭102年借款契約，向楊健福、葉寬己等5人及上訴人提起清償債務訴訟，經士林地院以第446判決楊健福應給付被上訴人1,000萬元本息，駁回被上訴人其餘請求，該第446判決已確定在案。

㈩原審判決附圖所示C 、D 、E部分之鐵水桶為上訴人所設置，所有權歸屬上訴人所有。

五、被上訴人先位之訴依系爭借款契約第13條第4項、系爭抵押權契約之系爭流抵約定，備位之訴依民法第767條第1項前段、中段、第179條、第184條第1項前段規定，請求如附表一「被上訴人追加後之起訴聲明」欄所示先、備位請求，為上訴人所否認，並以前詞置辯，本院判斷如下：

㈠按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。前項規定，於應向本人為意思表示，而向其代理人為之者，準用之。民法第103條定有明文。且按代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。民法第167條亦有規定。又按為委任事務之處理，須為法律行為，而該法律行為，依法應以文字為之者，其處理權之授與，亦應以文字為之。其授與代理權者，代理權之授與亦同。民法第531條定有明文。查上訴人與葉顯皇曾於100年1月8日簽立系爭授權書，已如不爭執事項㈡所示，且系爭授權書「授權事項」欄記載：「授權人因故不克親自前往辦理上開不動產之設定抵押、信託、買賣、產權移轉等相關事宜，特全權委任被授權人代理下列事宜：1.出賣或信託不動產時，就買賣事實或信託事實簽訂不動產書面契約含（買賣契約、信託契約、所為之收取價金或支付委託出售服務費、及點交房地等事宜。

2.代理授權人收受本買賣、設定抵押、信託或租賃案件相關當事人之意思表示。3.有關本件房地買賣或租賃之其他處分等一切事務之委託代理。4.地上房屋稅籍移轉）」文字（見原審卷一第390頁），系爭授權書授權事項包括代理授權人收受就系爭土地「設定抵押」之意思表示（見上開授權範圍2.所示）及地上房屋稅籍移轉（見上開授權範圍4.所示），非僅有關買賣、信託及租賃事宜，此亦可由系爭授權書授權事項所載不動產之「設定抵押」、「信託」、「買賣」、「產權移轉」等相關事項個別列載可知，非僅限於買賣、信託事項，而上訴人既不否認與葉顯皇2人均親自簽立系爭授權書事實，足見上訴人、葉顯皇已授權楊健福得為上述代理行為，非如上訴人所抗辯，未曾授權楊健福有關代理設定抵押權事宜，是被上訴人就系爭土地所為設定系爭第一順位限額抵押權之要約意思表示，該意思表示到達代理人即楊健福即生效力，上訴人所為設定抵押權之要約意思表示自不需向上訴人、葉顯皇親自為之必要。

㈡且按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第277條亦有明文。又按事實有常態與變態之分，其主張常態事實者無庸負舉證責任，反之，主張變態事實者，則須就其所主張之事實負舉證責任（最高法院86年度台上字第891號判決參照）。而印鑑章乃私人自管自用，尤其印鑑證明須本人親赴戶政機關或親自出具委託書委任他人，方能辦理領取，而土地所有權狀原本更係土地產權之重要證明文件，亦由所有權人親自收執保管，第三人如持有印鑑章、土地所有權狀原本等設定負擔、移轉登記所需文件，係所有權人交付作為辦理相關物權登記程序使用，乃社會事實之常態，至於該文件非所有權人交付，或交付目的非作為相關物權登記程序使用，為社會事實之變態，主張常態事實者，無須負舉證責任；主張變態事實者，則應負舉證責任。查上訴人、葉顯皇曾將原證17文件交付予楊健福之情，既如

不爭執事項㈡所示，該原證17文件包括上訴人、葉顯皇之印鑑證明正本、系爭土地所有權狀原本及上訴人、葉顯皇之身分證影本（見原審卷二第288至334頁），而系爭土地分別於101年2月13日、102年10月29日設定擔保債權總金額2億元、7,500萬元之系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權，權利人為被上訴人、義務人兼連帶債務人為葉顯皇、上訴人及連帶債務人楊健福，登記申請書及抵押權設定契約書等資料如原審卷二第424至445頁所示，檢視上述申請設定抵押權登記資料，有上訴人、葉顯皇之印鑑證明（分別為101年1月3日印鑑證明、102年9月5日印鑑證明）、身分證影本，上述印鑑證明係在上訴人、葉顯皇於100年1月8日簽立系爭授權書後分次申請，期間各長達1年及1年有餘，顯係因應設定系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權需要，難謂上訴人、葉顯皇不知申請各該印鑑證明使用目的為何，又系爭第一順位限額抵押權、系爭第二順位限額抵押權設定申請，係分別委由陳莉雯、黃美琴（複代理人陳春僑）代理申請，而證人黃美琴已證述：伊擔任大師地政聯合事務所地政士，系爭第二順位限額抵押權設定申請係楊健福委託伊辦理，全程由伊與楊健福接洽，相關資料例如身分證、所有權狀、印鑑證明係楊健福交付，伊未與上訴人、葉顯皇聯絡過，但伊持有上訴人、葉顯皇之授權書，該授權書非系爭授權書，因為地政士若未見到本人，需要授權書及印鑑證明，當時楊健福有出示上訴人、葉顯皇之印鑑證明、印鑑章、權狀正本、授權文件，授權文件是伊交給楊健福回去作業給授權人蓋章，是蓋用印鑑章，伊再請同事陳春僑地政士去辦理申請等語（見本院卷二第80至83頁）；證人黃美琴所證述系爭第二順位限額抵押權設定申請資料包括上訴人、葉顯皇之身分證件影本、系爭土地所有權狀、印鑑證明，且土地登記申請書蓋用申請上訴人、葉顯皇之印鑑章，又委託地政士擔任代理人代理申請抵押權登記，更需上訴人、葉顯皇另出具授權文件等情，雖證人黃美琴證述內容未包括系爭

第一順位限額抵押權申請登記過程，然考量戶政機關及地政機關辦理印鑑證明核發及不動產登記程序之嚴謹度，證人黃美琴證述委託地政士擔任代理人代理申請抵押權登記，需上訴人、葉顯皇另出具授權文件等情，且系爭第一順位限額抵押權之登記申請書，亦有蓋用上訴人、葉顯皇印鑑章之授權代理人陳莉雯辦理抵押權設定登記文件（見原審卷二第424、425頁），被上訴人主張上訴人、葉顯皇已同意與被上訴人訂立系爭抵押權設定契約並辦理抵押權登記等情，自符合社會事實之常態而可採。至於上訴人否認同意楊健福得就系爭土地設定抵押權登記事實，係以系爭授權書授權範圍未包括設定抵押權，且葉顯皇於100年7月間經振興醫院診斷罹患混合型失智症，屬中度失智並需全日專人照顧，系爭抵押權設定期間早已意識不清生活無法自理，絕無可能同意並授權楊健福或他人設定系爭抵押權云云。然系爭授權書授權事項已包括代理授權人收受就系爭土地「設定抵押」之意思表示（見上開授權範圍2.所示）及地上房屋稅籍移轉（見上開授權範圍4.所示），既如上述，上訴人、葉顯皇更已交付印鑑證明正本、系爭土地所有權狀原本及上訴人、葉顯皇之身分證影本予楊健福，被上訴人主張上訴人、葉顯皇交付上述資料顯係為供楊健福辦理系爭抵押權設定登記，自已有據，且上訴人所抗辯葉顯皇於100年7月間因中度失智意識不清生活無法自理之情，僅提出記載「雇主申請聘僱家庭外籍看護工用」文字之振興醫療財團法人振興醫院（下稱振興醫院）100年7月11日病症暨失能診斷證明書（見本院卷一第173頁），上訴人並自陳振興醫院已無葉顯皇之上述診斷病歷資料等語（見本院卷一第321頁），已無從檢視葉顯皇遭診斷為中度失智意識不清生活無法自理之當時情況，是否足以影響葉顯皇所為簽立系爭授權書、所為印鑑證明申請並同意辦理系爭抵押權登記等情，此外，上訴人亦未提出其他證據足以證明系爭抵押權設定登記資料之上訴人、葉顯皇之身分證件影本、系爭土地所有權狀、印鑑證明，均非上訴人、葉顯

皇所交付，且該交付目的亦非作為系爭抵押權設定登記程序使用事實，本院即無從為有利於上訴人、葉顯皇之認定。

㈢又按當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。民法第153條第1項定有明文。又按基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係，如未違反強制或禁止規定，法院自應尊重，則該契約內容不僅係當事人間之行為規範，在訴訟中亦為法院之裁判規範（最高法院 107年度台上字第2061號判決意旨參照）。查系爭第一順位限額抵押權之設定契約書「（26）申請登記以外之約定事項」欄記載：「2.本抵押權之抵押物包括未辦保存登記之建物，門牌如下：⑴台北市○○區○○里○○路○段00巷00弄00號⑵台北市○○區○○里○○路○段00巷00弄00號⑶台北市○○區○○里○○路○段00巷00弄00號」(即系爭房屋)等語，且於土地標示附表「（8）流抵約定」欄登載：「於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物所有權移屬於抵押權人」內容，有系爭第一順位限額抵押權之設定契約書可稽(見原審卷二第427至429頁)，上述約定內容雖因系爭房屋為未保存登記之建物無從為物權登記，僅系爭土地之抵押權設定登記發生效力，然上述系爭房屋之流抵約定仍屬兩造所為契約約定內容，有拘束兩造效力。而被上訴人前執系爭拍賣抵押物裁定為執行名義聲請拍賣系爭土地，經士林地院以系爭執行事件受理在案，嗣系爭土地拍賣無人應買，由被上訴人承受在案，已如不爭執事項㈦所示，又被上訴人主張系爭抵押權所擔保借款債權雖以系爭土地拍賣價款抵償後，迄未清償完畢之情，不僅有系爭執行事件109年10月22日分配表可據（見原審卷二第146至148頁）可據，按分配表所載，系爭第一順位限額抵押權所擔保債權1億5,000萬元計算至108年11月4日為止之債權本金、利息及違約金合計3億5,908萬9,726元，扣除承受系爭土地所受償金額1億7,292萬4,603元，尚不足1億8,616萬5,123元，又如按第446判決理由所載，系爭第一

順位限額抵押權所擔保債權計算至108年8月9日為止之未償本金為1億5,000萬元、利息4,825萬，縱因承受系爭土地而受償1億7,292萬4,603元，尚有債權2,532萬5,397元未償（計算式：1億5,000萬元＋4,825萬－1億7,292萬4,603元＝2,532萬5,397元），上開剩餘未償債權尚未列計違約金（見第446號卷二第226、227頁），是被上訴人主張系爭第一順位限額抵押權所擔保債權尚未清償完畢，自屬可採；而第000-0地號土地有門牌號碼臺北市○○區○○路○段00巷00弄00、00號房屋（即如原審判決附圖所示編號A1至A6、B1至B9），第000-0地號土地有門牌號碼臺北市○○區○○路○段00巷00弄00號房屋（即如原審判決附圖所示編號F），為上訴人所原始起造之未辦理保存登記房屋，亦如不爭執事項㈧所示，且有臺北市稅捐稽徵處115年1月7日函所提供系爭房屋之房屋稅籍納稅義務人為上訴人無誤（見本院卷二第105、107頁），從而，被上訴人依系爭第一順位限額抵押權之設定契約書「（26）申請登記以外之約定事項」欄、土地標示附表「（8）流抵約定」欄約定，請求上訴人應依約履行，自屬依法有據。

㈣另按未辦保存登記之建物，因不能移轉登記致不能為不動產所有權之讓與，但並非不得為交易、讓與之標的；在該建物之受讓人與讓與人間，如無相反之約定，應認讓與人已將該建物之事實上處分權讓與受讓人（最高法院103年度台上字第609號判決意旨參照）。未辦保存登記之建物，固非不得讓與其事實上處分權，惟因不具登記之公示，自應以交付為其讓與方式（最高法院102年度台上字第1472號判決意旨參照）。復按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益（最高法院98年度台上字第78號判決意旨參照）。系爭第一順位限額抵押權之設定契約書約定

抵押物包括未保存登記之系爭房屋，又約定抵押權擔保債權屆期未為清償時，抵押物所有權移屬於抵押權人即被上訴人，該約定真意應係上訴人應將系爭房屋之事實上處分權讓與被上訴人，可資確認，又房屋稅之稅籍固非房屋所有權或事實上處分權之移轉要件，惟就未辦理保存登記之房屋，因其無法為所有權之移轉，既僅能以受讓事實上處分權之事實以證明其權利，而房屋稅之納稅義務人原則上應向所有人徵收，是登記為房屋稅納稅義務人者，自較未登記為納稅義務人者，更有可信其為事實上處分權受讓人之外觀，於受讓未辦保存登記房屋之情形，讓與人履行移轉事實上處分權之給付義務，為保護受讓人因登記為房屋稅納稅義務人，而得受類似表彰權利外觀之財產利益，讓與人應負有配合變更該未辦保存登記房屋之房屋稅籍為受讓人之附隨義務，自屬明確，從而，被上訴人依系爭第一順位限額抵押權之設定契約書「（26）申請登記以外之約定事項」欄、土地標示附表「（8）流抵約定」欄約定，請求上訴人應移轉系爭房屋之事實上處分權予被上訴人，並將系爭房屋房屋稅籍納稅義務名義人變更登記為被上訴人，自屬依法有據，應予准許。

㈤復按預備訴之合併，其先後之訴本有互相排斥之關係，法院判決如認先位之訴有理由，即無庸就後位之訴為判決，如認先位之訴無理由，始應就後位之訴為判決（最高法院97年度台上字第2253號判決參照）。查被上訴人先位請求上訴人應移轉系爭房屋之事實上處分權予被上訴人，並將系爭房屋房屋稅籍納稅義務名義人變更登記為被上訴人，既應予准許，則本院無庸再就被上訴人備位之訴為裁判，在此敘明。

六、綜上所述，被上訴人先位之訴依系爭第一順位限額抵押權之設定契約書「（26）申請登記以外之約定事項」欄、土地標示附表「（8）流抵約定」欄約定，請求上訴人應移轉系爭房屋之事實上處分權予被上訴人，並將系爭房屋房屋稅籍納稅義務名義人變更登記為被上訴人，洵屬有據，應予准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴人仍執陳

詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。再被上訴人上開請求既有理由，本院即無庸就備位之訴為實質審認，且不另為准駁之諭知。

七、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，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴人之上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　28　　日

民事第十五庭

審判長法　官　陳杰正

法　官　潘曉玫

法　官　吳若萍

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　　115　　年　　4　　月　　28　　日

書記官　林雅瑩

附表一：

原審訴之聲明	原審判決	被上訴人追加後之起訴聲明
㈠先位聲明： ⑴上訴人應將系爭房屋之房屋稅籍登記納稅義務人變更登記為被上訴人，並將系爭房屋之事實上處分權移轉予被上訴人。 ⑵願供擔保，請准宣告假執行。	上訴人應將如附表二所示未辦理保存登記之房屋稅籍納稅義務人名義辦理變更登記為被上訴人，並將如附表二所示房屋之事實上處分權移轉予被上訴人。	㈠先位起訴聲明： 上訴人應將系爭房屋之房屋稅籍登記納稅義務人變更登記為被上訴人，並將系爭房屋之事實上處分權移轉予被上訴人。
㈡備位聲明： ⑴上訴人應將坐落第000-0地號土地上如原判決附圖所示A1、A2、A3、A4、A5、A6部分（面積合計292.39平方公尺）、B1、B2、B3、B4、B		㈡備位起訴聲明： ⑴上訴人應將坐落第000-0地號土地上如原判決附圖所示A1、A2、A3、A4、A5、A6部分（面積合計292.39平方公尺）、B1、B2、B3、B4、B

5、B6、B7、B8、B9部分（面積合計189.05平方公尺）及第000-0地號土地如原判決附圖所示F部分（面積64.82平方公尺）之系爭房屋及系爭地上物拆除，並將上開部分土地返還予被上訴人。 ⑵詹志能應將坐落第000地號土地如原判決附圖所示C部分（面積0.73平方公尺）、D部分（面積1.18平方公尺）及E部分（面積1.16平方公尺）之系爭地上物拆除，將該部分土地返還予被上訴人。 ⑶上訴人應給付被上訴人15萬4,485元，及自收受113年6月21日民事變更訴之聲明狀繕本翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自上述書狀繕本送達翌日起至返還第⑴項土地之日止，按月給付被上訴人4,006元。 ⑷詹志能應給付被上訴人868元，及自收受113年6月21日民事變更訴之聲明狀繕本翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自上述書狀繕本送達翌日起至返還第⑵項土地之日止，按月給付被上訴人23元。 ⑸願供擔保，請准宣告假執行。		5、B6、B7、B8、B9部分（面積合計189.05平方公尺）及第000-0地號土地如原判決附圖所示F部分（面積64.82平方公尺）之系爭房屋及系爭地上物拆除，並將上開部分土地返還予被上訴人。 ⑵上訴人應給付被上訴人15萬4,485元，及自收受113年6月21日民事變更訴之聲明狀繕本翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自上述書狀繕本送達翌日起至返還第⑴項土地之日止，按月給付被上訴人4,006元。 ⑶願供擔保請准宣告假執行。 ㈢追加備位起訴聲明： ⑴上訴人應將坐落第000地號土地如原判決附圖所示C部分（面積0.73平方公尺）、D部分（面積1.18平方公尺）及E部分（面積1.16平方公尺）之系爭地上物拆除，將該部分土地返還予被上訴人。 ⑵上訴人應再給付被上訴人868元，及自收受113年6月21日民事變更訴之聲明狀繕本翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自上述書狀繕本送達翌日起至返還第⑴項土地之日止，按月給付被上訴人23元。 ⑶願供擔保請准宣告假執行。

附表二

編號	未辦理保存登記房屋之門牌號碼	原判決附圖所示坐落位置及面積	坐落土地地號
1	臺北市○○區○○路○段00巷00弄00號房屋	A1部分(面積196.44平方公尺)	第000-0地號土地
2	臺北市○○區○○路○段00巷00弄00號房屋	B1部分(面積77.16平方公尺)	第000-0地號土地
3	臺北市○○區○○路○段00巷00弄00號房屋	F部分(面積64.82平方公尺)	第000-0地號土地