

# 最高法院民事判決

113年度台上字第1706號

上訴人 李新發  
楊基文  
陳振龍

共同

訴訟代理人 鍾周亮律師

被上訴人 李文成

訴訟代理人 許培寬律師

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4月30日臺灣高等法院第二審判決（112年度重上字第518號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、上訴人主張：坐落○○市○○區○○段0000地號土地（下稱系爭土地），前經伊先祖即訴外人李典、李天露（下稱李典等2人）就應有部分各4分之1借用訴外人李卑名義登記（下稱系爭借名登記）。李卑死亡後，所遺系爭土地（含系爭借名登記部分）由訴外人李郭澄子、李建斌、李建鵬、李秀芬（下合稱李郭等4人）因分割繼承分別取得應有部分4000分之120、4000分之120、4000分之120、4000分之115；李邦夫（與李郭等4人合稱李郭等5人）取得4000分之475。李郭等5人均知有系爭借名登記，李建斌仍於民國90年間提供李郭等4人之系爭土地應有部分其中4000分之353，設定原判決附表（下稱附表）二編號1所示，抵押權人為訴外人陳茂德之最高限額抵押權（下稱甲抵押權）；李邦夫則於90、94年間各提供系爭土地應有部分4000分之444，先設定附表二編號2所示，抵押權人為訴外人杜李素惠、張金英、張金蓮（下稱杜李等3人）之最高限額抵押權（下稱乙抵押權），再設定附

01 表二編號3所示，抵押權人為訴外人游景魁之最高限額抵押  
02 權（下稱丙抵押權，與甲、乙抵押權合稱系爭抵押權）。李  
03 郭等4人與陳茂德；李邦夫與杜李等3人、游景魁，就系爭抵  
04 押權之設定實未達成意思表示合致，系爭抵押權所擔保之債  
05 權亦不存在。李典等2人之繼承人嗣終止系爭借名登記，經  
06 李郭等5人於95年10月16日依法院判決移轉李典等2人借名部  
07 分予伊及其他共同共有人，伊斯時不知有系爭抵押權，俟系  
08 爭土地於98年間依96年2月8日確定之法院判決辦理共有物分  
09 割登記，竟將系爭抵押權轉載至李郭等5人以外之他共有人  
10 分得部分，致伊如附表一所示系爭土地應有部分（下稱系爭  
11 應有部分）存有系爭抵押權設定登記，該登記對伊自不生效  
12 力，甲、乙、丙抵押權亦因共有物分割實行而消滅，仍分別  
13 於102年8月13日、同年5月27日、同年1月25日以讓與為原  
14 因，登記其抵押權人為被上訴人。被上訴人無法律上原因受  
15 有系爭抵押權登記利益，侵害伊系爭應有部分，致伊受有損  
16 害等情。爰依民法第767條第1項、第179條規定，求為擇一  
17 命被上訴人塗銷系爭抵押權設定登記之判決（第一審共同原  
18 告李雙進、李正忠請求被上訴人塗銷其各自系爭土地應有部  
19 分之抵押權設定登記部分，業受第一審判決敗訴，該部分未  
20 繫屬本院，不予贅述）。

21 二、被上訴人則以：陳茂德因借款新臺幣（下同）500萬元予李  
22 郭等4人，設定甲抵押權；杜李等3人、游景魁依序借款800  
23 萬元、150萬元予李邦夫，分別設定乙、丙抵押權，以擔保  
24 借款之清償，當事人間設定之意思表示合致。嗣伊信賴土地  
25 登記，為李郭等4人代償借款債務，支付陳茂德500萬元；為  
26 李邦夫代償借款債務，支付杜李素惠480萬元、張金蓮205萬  
27 元、張金英180萬元、游景魁70萬元，並受讓系爭抵押權，  
28 系爭抵押權未經實行，上訴人不得請求塗銷其設定登記等  
29 語，資為抗辯。

30 三、原審就上開請求，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回  
31 其上訴，理由如下：

01 (一)上訴人為系爭土地共有人，應有部分如附表一所示，其上有  
02 抵押權人為被上訴人之系爭抵押權設定登記，為兩造所不爭  
03 執。

04 (二)李郭等5人繼承取得李卑所遺系爭土地應有部分後，李郭等4  
05 人於90年8月23日提供4000分之353，辦理甲抵押權設定登記  
06 (抵押權人為陳茂德)；李邦夫於90年9月24日提供4000分  
07 之444辦理乙抵押權設定登記(抵押權人為杜李等3人)，繼  
08 又於94年5月10日提供4000分之444辦理丙抵押權設定登記  
09 (抵押權人為游景魁)，均提出土地登記申請文件，向地政  
10 機關為之，並完成登記，有土地建物異動清冊可證。申請文  
11 件雖有因保存年限屆滿銷毀者，惟游景魁於另案刑事案件  
12 (下稱刑案)詳述借款予李邦夫之過程，並提出佐證；李邦  
13 夫遭杜李等3人催債，曾於95年9月1日簽立借據予張金蓮，  
14 於100年5月9日書立債權憑證予張金英，於同年7月28日出具  
15 協議書予杜李素惠，表明其分別向張金蓮、張金英、杜李素  
16 惠借款100萬元、100萬元、400萬元，有借據、債權憑證、  
17 協議書可證，上訴人原就各該證據形式真正不爭執，嗣空言  
18 否認，並不可採。佐以李建斌在刑案之證述，可知李邦夫及  
19 李建斌不否認系爭抵押債務存在，並積極向杜李等3人、陳  
20 茂德承認其未清償債務，應認系爭抵押權之抵押權人與抵押  
21 人有設定之合意且係有權處分，李郭等5人就其應有部分各  
22 與陳茂德、杜李等3人或游景魁設定抵押權，不因系爭借名  
23 登記而不生效力，且所擔保之債權存在。

24 (三)至臺灣高等法院109年度非抗字第49號裁定，係非訟裁定，  
25 無實質確定力，該裁定未認定系爭抵押權所擔保之債權不存  
26 在，上訴人執以主張系爭抵押權擔保之債權不存在，難認有  
27 據。而陳茂德於刑案及本件第一審之證述，與李建斌證詞並  
28 無扞格；杜李等3人於另案刑事案件未詳述借款細節，其在  
29 本件第一審之證述，核與李邦夫所書立借據、債權憑證、協  
30 議書內容一致；游景魁既於刑案詳述借款予李邦夫之過程，

01 並提出佐證，不能因前揭證人所述一二語不符，即認其證述  
02 悖於常理。

03 (四)李郭等5人與李卑之其他繼承人因系爭借名登記終止而於95  
04 年10月16日，將系爭土地由李典等2人借名之應有部分移轉  
05 登記予上訴人及其他李典等2人之繼承人，嗣系爭土地依臺  
06 灣板橋地方法院（現更名為臺灣新北地方法院）90年度訴字  
07 第2357號判決、臺灣高等法院92年度重上字第171號判決、  
08 本院96年度台上字第326號裁定（最後事實審言詞辯論終結  
09 日為94年3月22日，下稱96年分割裁判）辦理分割登記，因  
10 抵押權人即陳茂德、杜李等3人、游景庭未同意系爭抵押權  
11 僅轉載至抵押人兼債務人李郭等5人分得之部分，上訴人陸  
12 續於100年10月26日、同年11月10日、同年12月12日及111年  
13 12月2日因共有型態變更或贈與等原因留有系爭應有部分，  
14 依民法第868條規定，系爭抵押權不因分割、轉讓而受影  
15 響，此與上訴人取得系爭應有部分時是否知悉系爭抵押權存  
16 在無關。至於司法院大法官釋字第671號，係就共有物應有  
17 部分因分割而為抵押權所追及，再經抵押權人實行抵押權，  
18 並拍賣該應有部分之不同事實所為解釋，上訴人所為比附援  
19 引，並非有據。

20 (五)游景庭、杜李等3人、陳茂德依序於102年1月25日、同年5月  
21 27日、同年8月13日將丙、乙、甲抵押權讓與被上訴人，並  
22 完成登記。被上訴人因系爭抵押權設定登記所受利益，非無  
23 法律上原因，上訴人就系爭抵押權對於系爭應有部分所生限  
24 制，應予容忍。況系爭土地業經臺灣新北地方法院110年度  
25 重訴字第253號、臺灣高等法院111年度重上字第926號判決  
26 命共有人變賣分割確定，上訴人請求塗銷系爭抵押權，即屬  
27 不可分之債，其不得個別就應有部分請求抵押權人塗銷。從  
28 而，上訴人依民法第767條第1項、第179條規定，請求擇一  
29 命被上訴人塗銷系爭抵押權設定登記，不能准許。

30 四、本院之判斷：

31 (一)

01 1.按96年3月28日增訂公布，同年9月28日施行之民法第881條  
02 之1第1項所定「稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提  
03 供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定  
04 債權，在最高限額內設定之抵押權。」及同法第881條之17  
05 準用第870條關於「抵押權，不得由債權分離而為讓與，或  
06 為其他債權之擔保。」之規定，依民法物權編施行法第17條  
07 規定，於施行前已設定登記之最高限額抵押權，亦適用之。  
08 此等最高限額抵押權雖不得為登記以外其他債權之擔保，但  
09 允由第三人提供其不動產為擔保。倘同一土地共有人各自提  
10 供其應有部分設定一最高限額抵押權，並均登記為債務人兼  
11 抵押人，縱僅部分共有人對於抵押權人負債，因未負債者兼  
12 具為負債者設定抵押之物上保證人地位，自難謂其應有部分  
13 設定之最高限額抵押權欠缺從屬之債權而不存在。

14 2.原審審理結果，李建斌因向陳茂德借款，由李郭等4人於90  
15 年8月23日提供系爭土地應有部分其中4000分之353，以陳茂  
16 德為抵押權人辦理甲抵押權設定登記。則依上開說明，抵押  
17 人李郭澄子、李建鵬、李秀芬各提供其應有部分設定甲抵押  
18 權，係為李建斌所負借款債務設定抵押，因認該抵押權所擔  
19 保之債權存在，經核於法並無不合。

20 (二)

21 1.按有關共有物分割，各共有人取得分得部分所有權之效力，  
22 觀諸民法第825條規定之精神，係由共有人各以其應有部分  
23 相互移轉，即採相互移轉主義。又同法第868條復規定，抵  
24 押權不因分割而受影響，即抵押標的物不可分性，於共有人  
25 提供應有部分設定抵押權之土地後，經分割者，同有適用，  
26 而因分割移轉至各共有人分得部分。此不可分性，乃反映於  
27 98年7月6日修正前土地登記規則（下稱修正前土地登記規  
28 則）第107條本文：分別共有土地，部分共有人就應有部分  
29 設定抵押權者，於辦理共有物分割登記時，該抵押權按原應  
30 有部分轉載於分割後各宗土地之上。僅例外於經先徵得抵押  
31 權人同意之情形，始依同條但書規定，轉載於原設定人分割

01 後取得之土地上。土地登記規則既僅就例外情形為例外規  
02 定，解釋上如無其他更值得保護之法益，並具備正當性，否  
03 則執法者應依法審判，不得任意擴張例外情形，以免逾越司  
04 法權分際。

05 2.次者，98年1月23日增訂公布，同年7月23日施行之民法第82  
06 4條之1第2項第2款、第3款，增訂應有部分有抵押權，於權  
07 利人已參加共有物分割訴訟，或經共有人告知而不參加，其  
08 權利移存於抵押人所分得部分之規定，因依民法物權編施行  
09 法第1條後段，於修正施行前已裁判分割確定者，不適用  
10 之。依此，其尚未完成土地登記者，仍應依修正前土地登記  
11 規則第107條本文規定辦理登記。

12 3.惟法律解釋，確定法律在法秩序上的標準意義，其方法除考  
13 慮歷史上立法者意向，及其原有具體的規範設想目的外，考  
14 量該被指涉法規範，處今日法秩序之標準意義為何，以解決  
15 現存社會現實紛爭時，須避免因法規範文義詮解，反使已具  
16 安定性已建構之既有法秩序，遭受破壞，徒增相關利害關係  
17 人因權益變動造成無謂滋擾。因此無論法規範解釋或法官法  
18 之續造，應審酌之因素，各種主觀的（如立法者）或客觀的  
19 （已建構之價值秩序）因素，甚或各相關事物之本質，均應  
20 列入考量。而於決定是否變動既存法秩序，因該變動而權益  
21 受到不利影響之當事人及法律上利害關係人，基於程序權保  
22 障，使其有陳述意見之機會，係權益變動之必要條件，否則  
23 將失去正當性基礎，並有違訴訟權保障之基本精神。

24 4.又物權法，包括土地登記規則，因土地資源之有限性，相關  
25 物權法規範（含土地分割相關規定），其指導原理原則，除  
26 須合於實體法以定其產權歸屬，使產權明確外，降低交易成  
27 本，以促進資源之合理有效（經濟效率），發揮土地最大之  
28 作用，構成另一指導原理。於規範文義解釋、法之續造，甚  
29 或不動產相關交易契約內容解釋，經濟效率可資為解釋方  
30 向。本於上述原理，修正後民法第824條之1之立法及立法理  
31 由說明，即謂綜合考量抵押權人參與訴訟得就分割方案陳述

01 意見之程序保障、法院就分割方案對抵押權所生影響之斟酌，及土地整體使用效率等因素，調整抵押標的物之不可分性，以達到避免法律關係轉為複雜及保護其他共有人權益之立法目的。同條第2項第2款、第3款寓意於此，規定抵押權自原應有部分分裂再合一至抵押人分得部分，相關經濟效率分析，於解釋適用修正前土地登記規則第107條時，得帶入作為解釋之重要因素，而由法院依具體個案，審酌相關人之利益後，為法之續造，填補法律漏洞，以實現土地利用之最大經濟效能。惟程序權保障係一切既有法秩序調整之正當性基礎，因實體權益調整陷於不利地位之當事人，及法律上利害關係人，均須有參與該變動程序機會，包括法院之調整訴訟程序，並獲得充足之程序主體性（地位）。於共有土地分割訴訟，如因土地分割轉載造成抵押權人陷於不利地位，即須兼顧相關抵押權人參與該分割訴訟程序表示意見之程序權保障，非得任意調整抵押標的物之不可分性，致害及抵押權。是法院作成裁判分割，共有關係消滅，但因故未能依民法第824條之1增訂施行前完成分割登記時，應先承認該分割裁判之效力，非有特殊情狀（如登記請求權罹於時效、法院已踐行保障抵押權人程序權並於裁判時為斟酌說明等情形），仍應以該分割裁判作為解決紛爭之基礎，使裁判分割前設定之抵押權人，依土地登記規則，按原應有部分轉載於分割後各宗土地之上，並得就之行使抵押權。

23 5.經核，本件依原審認定之事實，及96年分割裁判於同年2月8日確定，陳茂德、杜李等3人、游景魁未立於抵押權人地位參與該訴訟等事實（見原審卷二第246頁、第414頁第27至29列、第11、233、197至232頁），如將系爭抵押權僅轉載於李郭等5人分得部分，對上訴人而言，固無須承擔物上保證人地位，免除代償債務及向抵押債務人求償之風險。然對抵押權人而言，即欠缺程序權保障，喪失就系爭應有部分行使抵押權之權利，比較後，土地整體使用效率亦不因而顯著增加，不符前揭得例外不適用修正前土地登記規則第107條本

01 文規定之情形。是原審認系爭抵押權不因96年分割裁判之分割  
02 割而受影響，因抵押權人陳茂德、杜李等3人、游景魁未同  
03 意僅轉載至李郭等5人所分得之部分，而轉載至系爭應有部分  
04 上，尚非無效等情，即難謂違背法令。

05 (三)原審綜合相關事證，以上述理由認定：系爭抵押權設定及登  
06 記經當事人意思表示合致，所擔保之債權存在，並已讓與被  
07 上訴人，不因系爭借名登記、分割及應有部分轉讓而受影  
08 響。從而，上訴人依民法第767條第1項、第179條規定，請  
09 求擇一命被上訴人塗銷系爭抵押權，為無理由，應予駁回，  
10 並說明其餘攻擊防禦方法及證據，經斟酌後，不足影響判決  
11 結果等情，而就上訴人前開請求，維持第一審所為上訴人敗  
12 訴之判決，駁回其上訴，理由雖未臻完備，經核於法尚無違  
13 誤。至原審贅述因抵押所負之義務係不可分之債等理由，無  
14 論當否，於判決結果不生影響。上訴論旨就原審取捨證據、  
15 認定事實之職權行使暨已論斷說明者，指摘原判決違背法  
16 令，聲明廢棄，為無理由。另上訴理由所述甲抵押權設定登  
17 記時之李郭澄子、李建鵬、李秀芬印鑑證明，核發日期均為  
18 83年3月間等情，核屬新攻擊方法，依民事訴訟法第476條第  
19 1項規定，本院不予審酌。又本件所涉及之法律上爭議，本  
20 院本於職權，業已補足法律意見如上，爰不行法律審言詞辯  
21 論。均附此敘明。

22 五、據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第  
23 449條第1項、第78條，判決如主文。

24 中 華 民 國 113 年 12 月 11 日

25 最高法院民事第三庭

26 審判長法官 魏 大 曉

27 法官 李 瑜 娟

28 法官 林 玉 珮

29 法官 胡 宏 文

30 法官 周 群 翔

31 本件正本證明與原本無異

01 書 記 官 謝 榕 芝  
02 中 華 民 國 113 年 12 月 16 日