臺灣高等法院高雄分院民事判決

109年度重上字第89號

上　訴　人　王振芬
　　李佳興
上　一　人
訴訟代理人　林建元
上　訴　人
即參加人　有龍建設開發股份有限公司
法定代理人　邵明斌
訴訟代理人　王和屏律師
被上訴人　陳光燦
　　陳威廷
訴訟代理人　何永福律師
　　吳奕麟律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國109 年5 月22日臺灣高雄地方法院108 年度重訴字第36號第一審判決提起上訴，本院於109 年12月16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、程序事項：

一、按第三人為輔助當事人一造起見為參加後，如未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定，則在該訴訟未因確定裁判或其他原因終結前，隨時得輔助當事人為訴訟行為，並不以參加時之一審級為限，故在第一審為參加者，亦得輔助被參加人提起上訴（最高法院30年抗字第273 號判例參照）。查，被上訴人陳光燦、陳威廷起訴請求王振芬、李佳興（下合稱王振芬等2 人）應各將如原判決附表（下稱附表）編號1 至4 所示之抵押權（下就編號1 、2 部份稱甲抵押權；編號3 、4 部份稱乙抵押權）登記塗銷，惟王振芬等2 人已

於民國107年12月31日將甲、乙抵押權（下合稱系爭抵押權）以讓與為原因，移轉登記予參加人有龍建設開發股份有限公司（下稱有龍公司），有龍公司就系爭抵押權存否具有法律上利害關係，為輔助王振芬等2人，於原審聲請訴訟參加（見原審卷二第45至59、183至185頁），並就原判決不利於王振芬等2人部分，輔助其等提起上訴（見本院卷第15頁），合於上開說明，先予敘明。

二、李佳興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、實體事項：

一、被上訴人主張：陳光燦、陳威廷於100年5月2日，各以所有附表編號1至4之房地（下就編號1、2部份稱甲不動產；編號3、4部份稱乙不動產），分別設定甲、乙抵押權，用以擔保伊等於100年4月15日各向上訴人借款之新臺幣（下同）600萬元、800萬元（下各稱甲借款、乙借款）。惟上訴人於甲、乙借款契約成立後，迄未依約交付借款，系爭抵押權擔保之債權既不存在，則系爭抵押權因違反從屬性原則而無效。系爭抵押權登記對伊等就甲、乙不動產所有權之行使有所妨害，上訴人依法應塗銷系爭抵押權登記。又伊等各有甲、乙不動產之所有權狀（下合稱系爭所有權狀），現遭王振芬之占有輔助人即訴外人王曼綾無權占有中，王振芬依法亦應返還系爭所有權狀。爰依民法第767條第1項前段、中段規定，提起本訴。並聲明：㈠上訴人應將系爭抵押權登記塗銷。㈡王振芬應將甲不動產所有權狀返還陳光燦，將乙不動產所有權狀返還陳威廷。

二、上訴人及參加人則以：訴外人喜願建設股份有限公司（下稱喜願公司）於100年4月15日邀訴外人即被上訴人之父、母陳建助、陳鄭淑華擔任連帶保證人，向王振芬等2人各借款4,500萬元、9,000萬元，計1億3,500萬元，約定借款期間自100年4月15日起至100年10月14日止，逾期如未清償，喜願公司及連帶保證人每逾1日應給付上訴人135,000元

之懲罰性違約金，經喜願公司及連帶保證人立有同一內容之借貸契約（下稱喜願公司借款契約）交與上訴人收執。系爭抵押權既經被上訴人同意，為擔保上訴人對喜願公司之上開借款債權而設定，系爭抵押權設定登記契約上並記載被上訴人為系爭抵押權之義務人兼債務人，被上訴人應已默示同意作為喜願公司借款契約依序在600 萬元及800 萬元範圍內之共同借款人。上訴人已於103 年間將系爭抵押權所擔保之借款債權讓與參加人，系爭抵押權依法亦隨同移轉予參加人。其次，喜願公司未依約清償借款，迄至106 年6 月1 日始由訴外人彥通投資有限公司給付參加人1 億7,500 萬元，但仍積欠違約金約237,425,000 元未清償，故系爭抵押權仍屬存續，被上訴人請求塗銷該抵押權登記，自無理由。再者，喜願公司與上訴人約定喜願公司上開借款清償完畢前，系爭所有權狀交由代書王曼綾保管，並經被上訴人同意，則被上訴人請求王振芬返還系爭所有權狀，亦無理由等語置辯。

三、原審判決上訴人全部敗訴，參加人不服，提起上訴，並聲明：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、兩造不爭執之事項：

㈠陳光燦、陳威廷於100 年5 月2 日，各以所有甲、乙不動產，分別設定甲、乙抵押權予上訴人（王振芬債權額1/3 ，李佳興2/3 ），用以擔保100 年4 月15日各向上訴人借款之甲、乙借款，被上訴人就系爭抵押權並登記為債務人兼義務人。

㈡上訴人於107 年12月31日將系爭抵押權以讓與為原因，移轉登記予參加人。

㈢喜願公司負責人陳建助為被上訴人之父，陳鄭叔華為陳建助配偶、被上訴人之母，被上訴人、陳建助、陳鄭叔華均為喜願公司股東。

㈣喜願公司於100 年4 月15日邀陳建助、陳鄭淑華擔任連帶保證人，向王振芬等2 人各借款4,500 萬元、9,000 萬元，計

1億3,500萬元，約定借款期間自100年4月15日起至100年10月14日止，逾期如未清償，喜願公司及連帶保證人每逾1日應給付上訴人135,000元之懲罰性違約金，經喜願公司及連帶保證人立有喜願公司借款契約交與上訴人收執。喜願公司同意提供含甲、乙不動產、台南市○○段○○○○○○○○ ○○○○○○○○ ○號土地、台南市○○路○○○ 號3樓不動產（下就台南市○○段土地、新都路房屋合稱新都段不動產），供上訴人設定抵押權。王振芬等2人已將借款如數交付喜願公司。

㈤新都段不動產係被上訴人及訴外人陳貞吟於100年5月3日向台南市東南地政事務所申請所有權買賣移轉登記，出賣人為訴外人朱源樟，代理人為王振芬。新都段不動產於同日設定抵押權予上訴人，擔保債權額1億7,550萬元，登記義務人兼債務人為被上訴人及陳貞吟，備註欄出現王振芬之印章，助理員為吳岳霖。

㈥喜願公司之陳建助於105年5月15日，將100年4月15日喜願公司借款契約所載含系爭所有權狀之不動產權狀交付王曼綾保管。

五、本件之爭點：

㈠被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

㈡被上訴人依民法第767條第1項前段規定，請求王振芬返還系爭所有權狀，有無理由？

六、本院判斷：

㈠被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

1.按稱普通抵押權者，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。其成立從屬性固不以抵押權成立時即有所擔保債權存在為必要，僅須實行抵押權時，有所擔保債權存在為已足。然基於抵押權擔保債權之特定原則，其擔保債權必須特定

。至最高限額抵押權則係債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，預定一最高限額，由債務人或第三人提供不動產予以擔保之抵押權。是最高限額抵押權擔保者為債權人對於債務人一定範圍內之不特定債權，與普通抵押權所擔保者為特定債權迥異。而債權之不特定與債權額之不特定不同，於判斷該當於何種抵押權擔保債權時應加以區別，倘債權特定僅債權額不確定者，仍得設定普通抵押權擔保之。又普通抵押權固得擔保將來債權，惟普通抵押權之從屬性係指從屬於擔保債權，並非從屬於該債權所由生之基本契約或法律關係，故其所擔保之將來債權仍應限於特定債權，此與最高限額抵押權實係擔保不特定債權，而非特定之各個債權，有其根本之不同。而債權之種類、金額及債務人，乃為特定債權之最基本要素，此亦構成普通抵押權之內容，可據為判斷是否該當普通抵押權擔保標的之特定債權（最高法院109 年度台上字第2615號判決意旨參照）。次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。抵押權為擔保物權，以擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失所附麗，縱有抵押權登記，亦屬無效，抵押人得請求塗銷。而一般抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定一般抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得因已為設定登記，即反推已交付金錢或指已交付金錢為常態事實。故抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依上開說明，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院103 年度台上字第393 號判決意旨參照）

2.陳光燦、陳威廷於100 年5 月2 日，各以所有甲、乙不動產，分別設定甲、乙抵押權予上訴人（王振芬債權額1/3 ，李佳興2/3 ），用以擔保100 年4 月15日各向上訴人借款之甲、乙借款，被上訴人就系爭抵押權並登記為債務人兼義務人乙節，為兩造所不爭執，又稽之系爭抵押權登記申請書（見原審審重訴卷第47至62頁），設定登記內容係如附表「抵押

權內容」欄所示，參諸上開說明，依抵押權擔保債權之特定原則，債權之種類、金額及債務人，均為特定債權之最基本要素，構成抵押權之內容，須依法登記始生物權之效力，可見系爭抵押權擔保之債權應係王振芬等2 人各對於債務人即陳光燦、陳威廷，於100 年4 月15日成立之清償日期100 年10月14日、擔保債權總額各600 萬元、800 萬元，每逾1 日須各支付6,000 元、8,000 元違約金、但無利息及遲延利息約定之金錢消費借貸契約所生債權甚明。而被上訴人主張其等與王振芬等2 人間於100 年4 月15日，各合意成立之600 萬元、800 萬元金錢消費借貸契約，因王振芬等2 人未交付借款而不存在之事實，王振芬等2 人及參加人除表明系爭抵押權係擔保喜願公司於100 年4 月15日向伊等借款計1 億3,500 萬元，陳建助係喜願公司負責人等語（見原審卷第24、25、65、95、133 、195 、196 、402 、495 頁、本院卷第68、197 、401 、408 頁）外，未曾敘及有另外交付陳光燦、陳威廷各600 萬元、800 萬元，則被上訴人主張伊等與王振芬等2 人於100 年4 月15日各合意成立之600 萬元、800 萬元金錢消費借貸契約不存在之事實，可堪認定。

3.王振芬等2 人雖抗辯系爭抵押權擔保之債權，係喜願公司借款契約所生債權，被上訴人並同意擔任共同借款人，伊等已將借款交付喜願公司，依民法第875 條之2 規定，系爭抵押權有效存在云云。然查：

⑴喜願公司於100 年4 月15日邀陳建助、陳鄭淑華擔任連帶保證人，向王振芬等2 人各借款4,500 萬元、9,000 萬元，計1 億3,500 萬元，約定借款期間自100 年4 月15日起至100 年10月14日止，逾期如未清償，喜願公司及連帶保證人每逾1 日應給付上訴人135,000 元之懲罰性違約金，經喜願公司及連帶保證人立有喜願公司借款契約交與上訴人收執。喜願公司同意提供含甲、乙不動產、新都段不動產，供上訴人設定抵押權。王振芬等2 人已將借款如數交付喜願公司；新都段不動產係被上訴人及陳貞吟於100 年5 月3 日向台南市東

南地政事務所申請所有權買賣移轉登記，出賣人為朱源樟，代理人為王振芬。新都段不動產於同日設定抵押權予上訴人，擔保債權額1億7,550萬元等節，為兩造所不爭執，並有經公證之喜願公司借款契約、新都段不動產抵押權設定契約、系爭抵押權設定契約可佐（見原審卷99至107頁、原審審重訴卷同上出處、本院卷第253至256頁），固可認定喜願公司於100年4月15日，向王振芬等2人借款1億3,500萬元時，曾約定以系爭抵押權擔保王振芬等2人對喜願公司之借款債權。

⑵而「為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權者，各抵押物對債權分擔之金額，依下列規定計算之：‧‧‧二、已限定各個不動產所負擔之金額時，依各抵押物所限定負擔金額之比例。‧‧‧」，民法第875條之2第1項第2款雖有明文。惟土地登記規則第114條之1亦規定「以數宗土地權利為共同擔保，申請設定抵押權登記時，已限定各宗土地權利應負擔之債權金額者，登記機關應於登記簿記明之」。系爭抵押權登記內容已如前述，顯見系爭抵押權登記內容僅單純各以陳光燦、陳威廷為債務人，以王振芬等2人為債權人，債權額各600萬元、800萬元之借款債權，依登記公示外觀，並未敘及100年4月15日喜願公司1億3,500萬元之借款債權，亦無從認定該登記內容已明確就前揭喜願公司1億3,500萬元之借款債權限定甲、乙不動產各負擔之金額比例，自不能推認兩者屬同一債權。何況，系爭抵押權之登記，既未載明與其他不動產為共同擔保，並限定甲、乙不動產就王振芬等2人對喜願公司之1億3,500萬元借款債權應負擔之債權金額，該登記內容不符土地登記規則第114條之1之規定，亦難遽認屬「同一債權」之共同擔保之情形。

⑶王振芬等2人固以系爭抵押權登記申請書所示，陳光燦、陳威廷均係登載「義務人兼債務人」，對照喜願公司借款契約約定，可徵該抵押權屬喜願公司之1億3,500萬元借款債權擔保。退步言，系爭抵押權亦屬陳光燦、陳威廷上開600萬

元、800 萬元之借款債權擔保云云。而稽之系爭抵押權登記申請書，雖將陳光燦、陳威廷列載「義務人兼債務人」（見原審審重訴卷第50、58頁），然系爭抵押權之登記既非民法第875 條之2 所定之同一債權共同擔保，又參酌陳光燦、陳威廷均非喜願公司借款契約之借款人或連帶保證人，且王振芬等2 人對此利己事實亦無舉證以佐其說，則王振芬等2 人抗辯系爭抵押權屬喜願公司之1 億3,500 萬元借款債權擔保，並不可採。此外，王振芬等2 人亦無另外交付600 萬元、800 萬元之借款予陳光燦、陳威廷，業如前述，縱系爭抵押權登載陳光燦、陳威廷為「義務人兼債務人」，亦無從逕為不利被上訴人之認定。是被上訴人主張系爭抵押權非喜願公司1 億3,500 萬元借款債權之共同擔保，亦非其等各與王振芬等2 人所成立600 萬元、800 萬元之借款債權擔保，核與卷內事證相符，自屬可信。

4.按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767 條第1 項中段定有明文。承上所述，既認系爭抵押權擔保之特定債權係「兩造間於100 年4 月15日成立之如附表所示內容之消費借貸契約」，但兩造於100 年4 月15日成立之金錢消費契約不存在，業如前述，依上開說明，本於抵押權從屬性原則，系爭抵押權失所附麗，縱有抵押權登記，亦屬無效，被上訴人依法請求王振芬等2 人塗銷系爭抵押權，自屬有據。

㈡被上訴人依民法第767 條第1 項前段規定，請求王振芬返還系爭所有權狀，有無理由？

按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之，民法第767 條第1 項前段有明文。喜願公司之陳建助於105 年5 月15日，將100 年4 月15日喜願公司借款契約所載含系爭所有權狀之不動產權狀交付王曼綾保管乙節，經兩造所不爭執，並有陳建助簽名之天都禪寺歸還明細表可證（見原審卷二第121 頁），上開事實堪認屬實。被上訴人主張王曼綾當時受雇於王振芬擔任負責人之大威房屋，係基於王振芬占

有輔助人之地位，為王振芬保管系爭所有權狀，惟王振芬執前詞否認。查：

1.按受僱人、學徒、家屬或基於其他類似之關係，受他人之指示，而對於物有管領之力者，僅該他人為占有人，為民法第942 條所明定。此即所謂占有輔助人，自有別於同法第941 條所定之間接占有人（最高法院100 年度台上字第1275號判決意旨參照）。又占有輔助人，係指自其內部關係觀之，受他人之指示如受僱人、學徒或基於其他類似關係，而對於物有管領之力者（最高法院90年度台上字第1028號判決意旨參照）。

2.王曼綾證稱：伊一直在從事房屋仲介業務之大威房屋上班，負責代書工作近30年，王振芬是大威房屋前負責人，因被上訴人、陳建助與王振芬等2 人約定在清償喜願公司借款契約之債務前，系爭所有權狀由代書保管，故伊保管系爭所有權狀迄今等語（見原審卷二第381 至385 頁）。核與王振芬自陳：伊係大威房屋負責人，喜願公司向伊等借款時，被上訴人及陳建助已同意所有權狀由代書保管，故陳建助將系爭所有權狀及歸還明細表交給大威房屋附設代書部主辦代書即王曼綾保管等語（見原審卷二第335 、336 、387 頁）相符。可見王曼綾係因擔任大威公司之代書，且喜願公司向王振芬等2 人借款時，已約定系爭所有權狀交由王振芬經營之大威房屋代書負責保管，因而取得系爭所有權狀，則王曼綾係基於受雇在大威房屋之代書職務關係，方取得系爭所有權狀之情甚明，依上開說明，自王振芬與王曼綾之內部職務從屬關係以觀，王曼綾當基於王振芬之指示取得系爭所有權狀，則王曼綾自屬王振芬之占有輔助人，王振芬對於系爭所有權狀仍有事實上管領力，應可認定。

3.然承上述，既認系爭抵押權之登記無效，且王振芬等2 人對喜願公司之1 億3,500 萬元借款債權與被上訴人無關，顯見王振芬占有系爭所有權狀，已欠缺正當權源，則被上訴人請求王振芬返還系爭所有權狀，亦屬有據。

七、綜上所述，被上訴人依民法第767 條第1 項中段規定，請求上訴人塗銷系爭抵押權登記；另依民法第767 條第1 項前段規定，請求王振芬返還系爭所有權狀，洵屬有據，均應准許。從而，原審為上訴人敗訴之判決，並無違誤。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。兩造其餘攻擊防禦方法暨訴訟資料，核與判決結果不生影響，爰不逐一論駁，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　13　　日

民事第二庭

審判長法　官　黃國川

法　官　李怡諄

法　官　何佩陵

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　　110　　年　　1　　月　　13　　日

書記官　林佳蓉

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。