臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第415號

上　訴　人　吉諾工程實業有限公司
法定代理人　林瑞堂
訴訟代理人　葉雅婷律師
被 上訴 人　源聯營造股份有限公司
法定代理人　蕭瑞璋
訴訟代理人　王森榮律師
　　許家豪律師
　　蔡正廷律師
　　張克豪律師

上列當事人間請求塗銷抵押權讓與登記事件，上訴人對於中華民國107 年2 月27日臺灣臺北地方法院106 年度重訴字第701 號第一審判決提起上訴，本院於108 年4 月23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、被上訴人於原審起訴及本院主張：

㈠伊前與訴外人宇馥建設股份有限公司（下稱宇馥公司）簽訂承攬契約（下稱系爭承攬契約），由伊負責承攬施作包括如附表所示之房屋（下稱系爭房屋）在內之地上建物興建工程（下稱系爭工程）。然因宇馥公司未給付伊承攬報酬，伊遂依法於民國（下同）105 年6 月6 日辦理預為抵押權登記。又因訴外人巨濠建設股份有限公司（下稱巨濠公司）未依與宇馥公司間之約定，支付全部工程款予伊，且伊又支出追加工程款達新臺幣（下同）1,500 萬元，致伊周轉不靈。故為保全系爭房屋得以完整處理，伊乃於105 年6 月13日與上訴人約定，由上訴人代為保管上開預為抵押權登記之權利，並因而將上開預為登記之權利辦理讓與登記予上訴人，同時約定伊告知上訴人保管終止時，上訴人即有義務配合辦理塗銷

（實應係移轉，下同）抵押權讓與之登記。嗣系爭房屋於105年12月8日取得使用執照，並於106年1月19日辦妥第1次保存登記，斯時於附表所示房屋之登記簿謄本即有如上抵押權暨其讓與之相關註記。詎伊於106年5月19日，以存證信函通知上訴人終止預為抵押權登記之保管，請求上訴人配合辦理塗銷抵押權讓與登記時卻遭拒絕。而伊僅係單獨將預為抵押權登記之權利讓與予上訴人以為保管，並未一併將因系爭承攬契約而取得對宇馥公司之承攬報酬債權讓與上訴人。故兩造間所為之抵押權讓與行為，顯然違反民法第870條規定，應歸無效，該讓與登記已妨害伊預為抵押權登記之權利，伊自得訴請排除。爰依民法第767條第2項準用同條第1項規定，請求塗銷本件抵押權讓與登記等語。並聲明：上訴人應將如附表所示之房屋於105年6月13日向臺北市大安地政事務所所為登記字號大安字第090690號、權利人吉諾公司之抵押權讓與登記予以塗銷（被上訴人於原審請求逾上開範圍部分，業經判決被上訴人勝訴確定，不另贅述）。

㈡另依系爭土地／建築改良物抵押權移轉變更契約書「申請登記以外之約定事項欄」記載：「宇馥公司、被上訴人因公司周轉不靈，外債問題，故信任上訴人負責人林瑞堂保管此項預為登記之權利。」等語。依其記載之內容即知，兩造間所以為本件抵押權讓與之登記，係因伊及宇馥公司財務周轉不靈，為避免遭第三人強制執行，伊乃借上訴人之名義暫時將法定抵押權以讓與為原因移轉登記予上訴人，上訴人明知表意人即伊之轉讓抵押權非屬真意，而僅係暫借其名義而已。故該抵押權讓與登記之物權行為係兩造間非真意之表示相與為非真意之合意，且伊對宇馥建設公司之承攬債權並未移轉予上訴人，足證兩造間本件抵押權讓與登記之合意係屬通謀虛偽意思表示，其抵押權讓與登記之物權行為應歸無效，上訴人亦應塗銷該讓與登記。

二、上訴人則以下列情詞資為抗辯：

㈠兩造間並無成立保管契約或借名登記契約之意思表示合致，

，卷附土地登記申請書第18欄之文字記載並非伊所為，亦未經伊同意，此觀該欄記載之文字字跡顏色與其他欄位均屬不符，且係唯一未經伊蓋用公司大小章以為確認者，可見該欄位之記載乃被上訴人自行填載，片面表示本件抵押權讓與僅係由伊保管云云，非屬事實。又被上訴人片面寄發存證信函主張本件抵押權讓與僅係基於保管契約所為，進而終止保管契約，要求伊返還本件抵押權登記並偕同辦理塗銷登記，更屬無稽，且亦不足推論兩造間有保管契約存在。故不論被上訴人主張「保管」是否實為「借名登記」法律關係，被上訴人均應先行舉證兩造間有保管契約或借名登記契約之意思表示合致。否則，即難認被上訴人之主張為可採。

㈡巨濠公司係依被上訴人、巨濠公司、宇馥公司及林明科四方於102 年6 月28日所簽訂之建造工程承攬契約書（下稱系爭契約書），始代宇馥公司給付系爭工程之承攬報酬予被上訴人。故巨濠公司係基於上開契約書之約定而為給付，為承攬契約之利害關係第三人，並非定作人。又因該債務本係被上訴人對於宇馥公司承攬系爭工程之報酬，依民法第513 條規定，被上訴人就系爭建物於承攬報酬債權範圍內，當然取得法定抵押權以為擔保，則依民法第312 條、第304 條規定，巨濠公司於依系爭契約書約定代宇馥公司清償上開承攬報酬之際，當然取得其所伴隨之法定抵押權。又巨濠公司自102 年7 月起迄105 年2 月1 日止，已陸續清償系爭工程承攬報酬並全數給付完畢，依上開規定，巨濠公司當然取得系爭工程承攬報酬之法定抵押權。即依被上訴人、宇馥公司、林明科及巨濠公司間所簽訂之系爭契約書，預定之工程款為1 億元，巨濠公司依被上訴人指示，全數清償承攬報酬及追加工程款，巨濠公司依民法第312 條規定，已取得系爭工程承攬報酬債權，當然取得其所伴隨之法定抵押權。嗣巨濠公司又將上開承攬報酬債權於105 年6 月初讓與予伊，經伊通知林明科後，並由蕭瑞璋、林明科及林瑞堂3 人一同於105 年6 月13日前往臺北市大安地政事務所辦理本件抵押權讓與登記

，將巨濠公司因清償而依民法第312 條規定隨同取得之法定抵押權，由被上訴人名下逕行移轉登記予伊，以為前述讓與承攬報酬債權之擔保，並由林瑞堂後續全權處理系爭工程承攬債權之問題。故伊取得本件抵押權讓與登記，並無違反民法第870 條規定，因伊有一併受讓本件抵押權所擔保之承攬報酬債權，本件抵押權讓與登記並非無效，被上訴人主張不可採。

㈡又被上訴人與宇馥公司於102 年6 月28日簽訂系爭契約書，約定由被上訴人承攬定作人宇馥公司之系爭工程。嗣因宇馥公司資金不足，故由巨濠公司先行給付承攬契約報酬，依系爭契約書第21條第4 款約定，宇馥公司及林明科對於巨濠公司及被上訴人有連帶給付責任，堪認巨濠公司並非承攬契約之定作人。然因巨濠公司所給付之款項乃為系爭工程之承攬報酬，巨濠公司就被上訴人與宇馥公司間之承攬契約履行後，得依其與定作人宇馥公司簽訂之102 年11月22日協議書分配系爭工程興建完成之房地，顯為就債之履行具有利害關係之第三人，自得依第312 條規定代位清償後，取得債權人即被上訴人對宇馥公司之承攬報酬債權及附隨之權利即本件抵押權。再巨濠公司已給付系爭工程之承攬報酬全部，依民法第312 條規定，取得被上訴人對宇馥公司之承攬報酬債權及所附隨之法定抵押權，被上訴人主張其中部分係向吳國輝或巨濠公司之借款，並非事實；又吳國輝或巨濠公司與宇馥公司及林明科間是否有借貸關係，亦不影響本件巨濠公司已給付系爭工程承攬報酬之事實。

三、原審就被上訴人之請求，判決：上訴人應將系爭房屋，於105 年6 月13日向臺北市大安地政事務所以收件字號大安字第000000號所為之抵押權讓與登記予以塗銷（被上訴人逾上開請求部分，業經判決被上訴人勝訴確定，不在本院審理範圍，爰不贅述）。上訴人不服提起上訴，並為上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄；㈡上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、被上訴人主張本件抵押權登記之權利雖經於105年6月13日讓與予上訴人，惟實際目的僅係欲委由上訴人保管而已。故為本件抵押權讓與之際，被上訴人並未將因承攬契約對宇馥公司取得之系爭工程承攬報酬債權一併讓與上訴人。是上訴人雖為本件抵押權讓與登記之受讓人，但非該抵押權擔保債權之權利人，顯與民法第870條規定有悖，違反抵押權從屬性，該讓與登記之物權行為應屬無效。否則，因兩造間並無讓與本件抵押權之真意（僅為保管而已），該讓與登記之物權行為屬通謀虛偽之意思表示，亦應歸無效。則上訴人自應將本件抵押權讓與登記予以塗銷等語，為上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。是以本件所應審究者，厥為：㈠上訴人有無一併受讓本件抵押權所擔保之債權？㈡本件抵押權之讓與登記是否有效？㈢被上訴人訴請上訴人應予塗銷，有無理由？等項，茲審究論述如下：

㈠上訴人有無一併受讓本件抵押權所擔保之債權？

⑴關於系爭工程之興建，乃係由定作人宇馥公司與被上訴人簽訂系爭承攬契約而由被上訴人負責承攬施工乙節，為兩造所不爭執。至林明科雖一併經列為系爭契約書之「乙方」，不過係因渠乃系爭工程使用土地之地主之一，且為宇馥公司法定代理人緣故。則依系爭契約書第21條規定，固需就系爭契約所載義務對巨濠公司或被上訴人負連帶責任，然究非系爭承攬契約之當事人，此觀宇馥公司與被上訴人於同日又另簽立建造工程承攬契約書（見本院卷一第227至243頁）即明。是林明科雖應與宇馥公司負連帶責任，但因非系爭承攬契約之當事人，故以下有關承攬契約之敘述，舉凡提及定作人時，均僅謂以宇馥公司，不再兼謂及林明科。另本件所涉文件中，雖或有逕以吳國輝名義為之者，或有以巨濠公司（法定代理人吳國輝）名義為之者，但均屬吳國輝本於巨濠公司法定代理人身分所為者，為兩造所肯認（見本院卷一第330頁），是以下所述亦逕以巨濠公司謂之，以上合先敘明。

⑵按兩造當事人間約定，就一方應為之給付，依他方之指示而

向第三人為給付時，如該第三人並未取得直接請求給付之權利，即屬學說上所謂之「指示給付關係」。次按於「指示給付關係」類型中，包括三個當事人，即指示人、被指示人及領取人。指示給付所由發生之關係，稱為原因關係或基礎關係，可分為二類：一為對價關係，即指示人所以使領取人受領給付之關係；二為資金關係，即被指示人對於指示人所以為給付之關係；至於被指示人對於領取人之支付，則為履行行為或給與行為，被指示人本身對領取人並無給付目的存在。故被指示人之支付，一方面如同被指示人對於指示人為給付，他方面如同指示人對於領取人為給付，並因被指示人之履行行為，在法律上同時完成二個不同之給付，即一為被指示人對於指示人之給付，另一為指示人對於領取人之給付。依此，被指示人係為履行其與指示人間之約定（即資金關係），始向領取人即第三人給付，而領取人即第三人亦係本於指示人之給付（即對價關係）而受領，被指示人與領取人間尚無任何給付關係存在。

⑶上訴人固主張巨濠公司依系爭契約書之約定而代宇馥公司給付基於系爭承攬契約所應負擔之承攬報酬予被上訴人，乃屬就債之履行有利害關係之第三人所為之清償，依民法第312條規定，應發生法定債權移轉效力，巨濠公司因而取得被上訴人對宇馥公司之承攬報酬債權及附隨之權利即本件抵押權。嗣巨濠公司於105年6月初又將上開承攬報酬債權讓與上訴人，並於105年6月13日由被上訴人將巨濠公司因法定債權移轉所隨同取得之本件抵押權，逕行讓與登記予上訴人名下，故上訴人係有一併受讓本件抵押權所擔保之承攬報酬債權云云。然查，關於巨濠公司所以代宇馥公司給付系爭承攬契約之承攬報酬予被上訴人之緣由，乃係因被上訴人與宇馥公司於102年6月28日簽訂系爭承攬契約（見本院卷一第123至132頁），約定由被上訴人負責承攬定作人宇馥公司所有系爭工程之興建，並因宇馥公司資金不足，故由巨濠公司擔任宇馥公司之金主（即由宇馥公司另向巨濠公司借款），

約定由巨濠公司先行代宇馥公司給付系爭承攬報酬予被上訴人，且嗣就上開借款償還事宜，宇馥公司並已另與巨濠公司簽訂協議書2 份，約定由巨濠公司以獲分配取得系爭工程之部分建物，作為宇馥公司積欠巨濠公司債務之償還等情，業據上訴人於另案（偽造文書案件）偵查中及本件審理時迭次陳稱：巨濠公司非定作人，宇馥公司乃係向巨濠公司借款，由巨濠公司支付1 億元工程款，由被上訴人負責蓋房屋。吳國輝告知林瑞堂系爭工程承攬報酬已依照巨濠公司、被上訴人、宇馥公司及林明科於102 年11月22日簽訂之協議書履行。巨濠公司就被上訴人與宇馥公司間承攬契約之履行後，得依其與定作人宇馥公司簽訂之協議書分配系爭工程之建物。吳國輝依照系爭契約書第7 條規定（應係第6 條第8 項之誤），對宇馥公司及林明科取得之債權金額為1 億6,500 萬元（加計利息及費用）等語綦詳在卷（見本院卷一第422 頁、第85頁、第315 頁、本院卷二第19頁），並有系爭契約書及宇馥公司與巨濠公司間所簽訂之協議書等件在卷可稽（見本院卷一第123 至132 頁、第147 至152 頁、第153 至156 頁）。而由系爭契約書第4 條第1 項及第6 條第6 、7 、8 項所為約定內容以觀，可知系爭工程之承攬報酬係暫經約定為1 億元，並約定由巨濠公司按工程進度以匯款或支票方式匯入被上訴人於永豐商業銀行股份有限公司（下稱永豐銀行）之專戶，巨濠公司如有遲延給付款項時，係由宇馥公司負責賠償，並約定以系爭工程之部分建物作為巨濠公司出資（借）之保障，且系爭契約書第6 條第7 項亦明載宇馥公司對巨濠公司所負之債務除前述代墊工程款外，尚包括所謂之利息在內（見本院卷一第126 頁），核與宇馥公司、巨濠公司於102 年11月22日所簽訂之協議書開宗明義第1 條、第2 條約定，即稱係為維宇馥公司營運、資金週轉並遵期給付與被上訴人102 年6 月28日簽訂之系爭承攬契約之工程款，宇馥公司向巨濠公司借款1 億元，且借款之交付係依宇馥公司之通知而依估驗計價結果撥付款項至被上訴人於永豐銀行前揭專

戶內等語相符（見本院卷一第148頁），足徵巨濠公司確實係基於與宇馥公司間之借款約定，始依系爭契約書按系爭工程進度逕撥付承攬工程款予被上訴人。準此，依上開所呈情形，當屬前揭所述之「指示給付關係」，即宇馥公司係與巨濠公司約定，就巨濠公司應為之給付，依宇馥公司之指示，而向被上訴人為給付，且被上訴人對巨濠公司並未取得直接請求給付之權利（此由系爭契約書第6條第7項約定僅宇馥公司應負損害賠償責任即明）。申言之，於前開關係中，宇馥公司即所謂「指示人」、巨濠公司即所謂「被指示人」，而被上訴人則係所謂「領取人」，且宇馥公司所以使被上訴人受領給付之系爭承攬關係為所謂「對價關係」，巨濠公司對於宇馥公司所以為給付之借款關係乃所謂「資金關係」，至巨濠公司對被上訴人之支付則為履行行為或給與行為，巨濠公司本身對於被上訴人並無給付目的存在。依此，參前分析可知，巨濠公司之支付，一方面如同巨濠公司對於宇馥公司為給付，他方面如同宇馥公司對於被上訴人為給付，並因巨濠公司之履行行為，在法律上同時完成二個不同之給付，即一為巨濠公司對於宇馥公司之給付，另一為宇馥公司對於被上訴人之給付。是可認巨濠公司乃係為履行其與宇馥公司間之約定（即資金關係、借款關係），始向領取人（第三人）即被上訴人給付，而領取人（第三人）即被上訴人亦係本於宇馥公司之給付（即對價關係、承攬關係）而受領，巨濠公司與被上訴人間尚無任何給付關係存在。因此，本件就被上訴人所受領之工程款給付而言，既係屬本於宇馥公司之給付而受領，與巨濠公司間並無任何給付關係存在，所以由巨濠公司逕給付被上訴人，不過係縮短給付之履行結果而已，即難認係屬由巨濠公司以利害關係第三人所為之清償，自無民法第312條規定適用之餘地。是上訴人主張巨濠公司因適用民法第312條規定，發生法定債權移轉，因而取得被上訴人對宇馥公司之系爭承攬報酬債權云云，尚屬於法無據，為不可取。又巨濠公司並未因發生法定債權移轉而取得被上

訴人對宇馥公司之系爭承攬報酬債權乙節，已如前述，而被上訴人又未曾將對宇馥公司之系爭承攬報酬債權讓與巨濠公司，上訴人對此並未有爭執，則巨濠公司既未自被上訴人處取得系爭承攬報酬債權，又焉能合法有效將之轉讓予上訴人。故上訴人稱於105 年6 月初，巨濠公司又將系爭承攬報酬債權讓與伊，伊係有一併受讓本件抵押權所擔保之系爭承攬報酬債權云云，自亦不足採甚明。

⑷再者，上訴人雖曾主張被上訴人、巨濠公司、宇馥公司及林明科於102 年6 月28日簽訂系爭契約書，由巨濠公司併存債務承擔給付工程款與被上訴人之債務，且因該債務係本於被上訴人對宇馥公司承攬系爭工程之報酬，故依民法第513 條規定，被上訴人就系爭承攬報酬債權當然取得法定抵押權以為擔保，並依民法第312 條規定，於巨濠公司清償承攬報酬之際，當然取得系爭承攬債權及其所伴隨之法定抵押權云云。然巨濠公司係基於與宇馥公司間之借款約定，始依系爭契約書，按工程進度以縮短給付方式，逕撥付工程款予被上訴人乙節，業經認定如前，上訴人主張係屬併存債務承擔云云已不足採。況按「就債之履行有利害關係之第三人為清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自己之名義，代位行使」，民法第312 條固定有明文。惟所謂就債之履行有利害關係之第三人，因我國民法就共同債務人之清償代位已為列舉規定，例如民法第281 條第2 項之連帶債務人、第749 條之共同保證人、第1153條之共同繼承人等等，故本條所稱第三人，應解釋為共同債務人以外，因清償而受有法律上之利益者而言（最高法院86年度台上字第1338號、第46號裁判意旨參照）。而第三人與債權人訂立契約承擔債務人之債務者，其債務固於契約成立時移轉於該第三人，惟第三人與債權人訂立之契約，係由該第三人加入為債務人，而與原債務人就同一債務各負全部給付之責任者，雖學說上稱為重疊的債務承擔，究與民法第300 條所規定之免責的債務承擔不同，原債務人就其債務仍與該第三人連帶負其責任，亦有最高法院

23年上字第1377號判例要旨可資參照。故依併存債務承擔關係而承擔債務人債務之第三人與原債務人間乃係屬連帶債務關係，依上說明，即應非民法第312 條規定之第三人。依此，亦難認巨濠公司之撥付工程款予被上訴人，有民法第312 條規定之適用。至上訴人雖亦援引最高法院87年度台上字第949 號判決意旨為據，主張本件應有民法第312 條規定之適用云云。然觀諸前開判決所揭櫫之案例情形，該第三人乃係兼物上保證人身分者，且並係居於物上保證人之身分始為代繳，核與巨濠公司於本事件中所處情形明顯不同，尚無從比附援引。則上訴人前揭所為巨濠公司因法定債權移轉取得系爭承攬報酬債權後，已將之再轉讓予上訴人云云，仍屬無足採至明。

⑸更遑論，上訴人雖提出與巨濠公司間之債權讓與證明書為憑（見本院卷一第389 至391 頁），主張其確實已自巨濠公司處受讓系爭承攬報酬債權云云。然巨濠公司始終並未曾取得系爭承攬報酬債權，自無從讓與乙節，業如前述，且由上訴人所提出之前揭債權讓與證明書所示內容以觀，除明顯與其於原審所為主張係自被上訴人處受讓系爭承攬報酬債權等節有所不符（見原審卷第104 至105 頁）外，亦與宇馥公司、巨濠公司105 年3 月22日所簽訂並經公證之協議書內容（見本院卷一第153 至156 頁）相齟齬。再佐以上訴人提出之時點（107 年11月20日），距本件起訴之106 年6 月7 日，已逾1 年期間以上，倘前揭證明書所載內容屬實，對上訴人而言，既係如此重要文件，按諸常理焉有可能遲至訴訟進行後已逾1 年以上時始行提出，甚且於前述偽造文書案件偵查中亦始終未曾有所提及。是綜合上情，亦難逕認前揭債權讓與證明書所載內容屬事實相符，自不足驟採為有利上訴人之認定。

⑹從而，上訴人主張有一併受讓本件抵押權所擔保之債權云云，並不足取，被上訴人抗辯系爭工程之承攬報酬債權仍為伊所有等語，堪以採信。

㈡本件抵押權之讓與登記是否有效？

⑴按表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，民法第87條第1項前段定有明文。又上訴人主張系爭房屋所有權之讓與於被上訴人，係與上訴人通謀而為之虛偽行為，應由該上訴人負舉證責任（最高法院27年渝上字第2622號判例要旨參照）。查被上訴人主張本件抵押權之讓與於上訴人，係與上訴人通謀而為之虛偽行為，既為上訴人所否認，依上說明，自應由被上訴人負舉證責任。惟被上訴人除以本件抵押權移轉、變更契約書上第18欄記載係信任上訴人保管此項權利為憑外，並未提出其他證據以資證明。而依上開記載觀之，被上訴人既係主張因委託保管目的，將本件抵押權以讓與為原因移轉登記予上訴人名下，則依被上訴人前開所述，已堪認就本件抵押權移轉登記之讓與合意乃係出自於被上訴人之真意，再參以上訴人亦從未否認有受讓之意思，是故不論兩造主張辦理本件抵押權讓與之移轉登記原因為何？是否相同？均應認本件抵押權讓與於上訴人之「物權行為」，非屬被上訴人與上訴人通謀而為之虛偽行為，故被上訴人此部分所辯，尚屬無據，不足為取。

⑵次按抵押權需附隨於擔保債權，始得為讓與或為其他債權之擔保，此即為抵押權處分上之從屬性。民法第870條本此意旨，明定：「抵押權不得由債權分離而為讓與或為其他債權之擔保。」。可見抵押權非不得處分，惟須附隨於擔保債權為之而已。故如抵押權人以抵押權單獨讓與他人，自己保留債權，則屬違反該條之禁止規定，而屬無效，受讓人不能因此而取得抵押權。查如前所述，上訴人主張系爭工程之承攬報酬債權已因適用民法第312條規定，法定移轉予巨濠公司所有，且嗣後巨濠公司亦已將系爭工程之承攬報酬債權，於105年6月初時讓與上訴人等節，既難認有據，因而堪認系爭工程之承攬報酬債權仍為被上訴人所有乙情為可採。參以上訴人就被上訴人辯稱僅有將本件抵押權單獨讓與上訴人，並未一併將系爭工程之承攬報酬債權讓與上訴人乙節，復僅

為上述之受讓主張，未加爭執被上訴人所辯並未一併將系爭工程之承攬報酬債權讓與上訴人之事實，足見上訴人雖經登記為本件之抵押權人，但渠與被上訴人間所為讓與之物權行為，顯係違反民法第870 條之禁止規定，應屬無效，上訴人不能因此而取得該抵押權。

⑶從而，本件抵押權之讓與登記應屬無效，堪以認定。

㈡被上訴人訴請上訴人應予塗銷，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。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。前項規定，於所有權以外之物權，準用之，民法第767 條第1 項、第2 項定有明文。兩造間本件抵押權讓與登記之物權行為既屬無效，上訴人不能因此而取得該抵押權，業如前述，則上訴人之仍經登記為抵押權人乙節，自屬對被上訴人所取得之本件抵押權應有之物權狀態有所妨害。是以被上訴人主張依民法第767 條第2 項準用同條第1 項規定，請求上訴人應塗銷前述抵押權讓與登記，即屬於法有據，為有理由，應予准許。

五、綜上所述，被上訴人主張兩造間本件抵押權讓與登記之物權行為，因違反民法第870 條規定，係屬無效等語，為可採，上訴人所辯均無可取，被上訴人自得請求上訴人塗銷讓與登記。從而，被上訴人本於抵押權人之地位，依民法第767 條第2 項準用同條第1 項規定，請求上訴人應將本件抵押權讓與登記予以塗銷，係屬於法有據，為有理由，應予准許。是則原審判命上訴人應將如附表所示不動產，於105 年6 月13日向臺北市大安地政事務所以收件字號大安字第090690號所為之抵押權讓與登記予以塗銷，於法並無違誤。上訴意旨指摘仍原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘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。

七、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449 條第1

項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　14　　日

民事第十五庭

審判長法　官　方彬彬

法　官　朱美璘

法　官　黃若美

附表：

編號	建　號	門　牌　號　碼
1	市　區　段　段　建號	市　區　路　段　巷　號　樓
2	市　區　段　段　建號	市　區　路　段　巷　號　樓
3	市　區　段　段　建號	市　區　路　段　巷　號　樓
4	市　區　段　段　建號	市　區　路　段　巷　號　樓
5	市　區　段　段　建號	市　區　路　段　巷　號　樓

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（詳附註）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　　108　　年　　5　　月　　15　　日

書記官　江怡萱

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。