

臺灣嘉義地方法院民事判決

112年度簡上字第107號

上訴人 京城商業銀行股份有限公司

法定代理人 戴誠志

訴訟代理人 林昀霆

季佩苙律師

被上訴人 劉易智即劉大群

陳金治

上一人

訴訟代理人 黃志文律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國114年5月7日言詞辯論終結，判決如下：

主文

原判決關於駁回上訴人後開第2、3項之訴部分，及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人間就坐落嘉義縣○○鄉○○○段000地號、權利範圍3分之1之土地，登記日期：民國110年8月27日、字號：嘉竹地字第32860號、擔保債權總金額新臺幣50萬元之普通抵押權，於超過擔保債權總金額新臺幣19萬元與其違約金部分外之抵押權設定登記行為應予撤銷。

被上訴人陳金治應將前項撤銷之抵押權設定登記部分予以塗銷。

上訴人其餘上訴與追加之訴均駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人平均負擔38%，餘由上訴人負擔。追加之訴之訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面

壹、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴；但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者

01 ，視為同意變更或追加。不變更訴訟標的，而補充或更正事
02 實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法
03 第255條第1項第2、3款、第2項與同法第256條分別定有明文
04 。而依民事訴訟法第436條之1規定準用第446條第1項前段在
05 第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之；但第
06 255第1項第2款至第6款情形，不在此限。然依民事訴訟法第
07 436條之1第2項之特別規定，當事人於（簡易）第二審上訴
08 程序為訴之變更追加或提起反訴，致應適用通常訴訟程序
09 者，不得為之。且依縱經他造同意，亦不得為之，第二審法
10 院應認其變更、追加或提起之反訴為不合法，以裁定駁回之
11 （民國79年10月9日最高法院民事庭會議決議同此見解）。
12 而前開變更、追加，依前開特別規定之相同立法意旨，亦應
13 包含訴之擴張致應適用通常訴訟程序者。次按當事人或訴訟
14 標的有減少、增加者，為訴之一部撤回、追加；否則為應受
15 判決事項之減縮、擴張聲明。

16 貳、查上訴人於原審先位聲明請求確認被上訴人間如後述之抵押
17 權所擔保債權新臺幣（下同）500,000元不存在，另依民法
18 第242條、第767條第1項中段規定請求被上訴人陳金治塗銷
19 前開抵押權；備位聲明則依民法第244條第1項規定請求撤銷
20 前開抵押權，並請求被上訴人陳金治將前開抵押權塗銷。嗣
21 上訴人於本院依民法第244條規定，追加請求被上訴人劉易
22 智於110年8月26日簽發票面金額50萬元之本票與被上訴人陳
23 金治之法律行為，應予撤銷。則上訴人於本院之前開追加請
24 求核屬訴之追加，然因前開追加與原請求之金額或價額合計
25 後將致本件應適用通常訴訟程序，依前開特別規定，縱經他
26 造同意亦不得為之。是依前開說明，第二審法院即本院應認
27 上訴人前開追加之訴為不合法，以裁定駁回之。

28 乙、實體方面

29 （甲）上訴人即原告方面

30 壹、於原審主張：

31 一、被上訴人即被告劉易智積欠臺南區中小企業銀行股份有限公

01 司梅山分行（下稱企銀）借款3,209,442元，與自88年7月22
02 日起至清償日止按週年利率10.4%計算之利息，及自88年7月
03 22日起至清償日止按上開利率20%計算之違約金，暨已核算
04 未清償之利息625,498元、已核算未受償違約金102,787元契
05 未清償（原證1、2，本院87年度執字第5779號債權憑證與繼
06 續執行紀錄表、本院民事執行處強制執行金額計算書分配表
07 ，原審卷第15至17頁、第19頁）。嗣企銀於95年3月23日名
08 稱變更為上訴人即原告京城商業銀行股份有限公司（原證3
09 ，經濟部函，原審卷第21頁）。

10 二、詎被上訴人劉易智於110年8月27日將其所有坐落嘉義縣○○
11 鄉○○○段000地號、權利範圍3分之1土地（下稱系爭土地
12 ）設定50萬元抵押權予被上訴人即被告陳金治（原證4，土
13 地登記第二類謄本，原審卷第23至25頁），致上訴人持前開
14 債權憑證向本院執行處聲請強制執行時因前開土地拍賣無實
15 益而終結（原證5，本院執行命令，原審卷第27至28頁）。
16 是前開抵押權之存否，影響上訴人前開債權之受償，並致上
17 訴人於私法上之地位有受侵害之危險，上訴人爰依民事訴訟
18 法第247條規定，請求確認前開抵押權與所擔保之債權不存
19 在。且被上訴人間之前開抵押權所擔保債權既不存在，前開
20 抵押權即失所附麗而不存在，上訴人自得依民法第242條、
21 第767條第1項中段規定，代位被上訴人劉易智即劉大群請求
22 除去即塗銷系爭抵押權之登記。

23 三、縱認被上訴人間前開債權存在，然前開債權業已罹於消滅時
24 效期間，而債務人即被上訴人劉易智怠於請求塗銷前開抵押
25 權，上訴人亦得依民法第242條、第767條第1項中段規定，
26 代位被上訴人劉易智請求除去即塗銷系爭抵押權之登記。

27 四、備位請求：被上訴人既抗辯先有債權債務關係，而後設定系
28 爭抵押權，則依實務見解被上訴人間前開設定抵押權行為係
29 無償行為，且有害及上訴人前開債權，上訴人亦得依民法第
30 244條第1項規定，請求撤銷系爭抵押權，另請求被上訴人陳
31 金治應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

01 五、對被告即被上訴人抗辯之陳述與各項證據之意見：

02 (一) 上訴人對被上訴人劉易智之系爭債權，並未罹於消滅時效
03 期間。蓋上訴人於88年間取得債權憑證後，曾分別於90、
04 95、100、104、110年間多次聲請強制執行而未獲償，依
05 民法第129條規定中斷時效，故被上訴人所抗辯上訴人對
06 被上訴人劉易智之系爭債權已罹於消滅時效期間，自不可
07 採。

08 (二) 確認系爭抵押權與所擔保債權不存在，須以法律關係之雙
09 方為當事人一同起訴，故上訴人將被上訴人劉易智列為被
10 告，自屬當事人適格。

11 (三) 上訴人所提確認之訴為消極確認之訴，依實務見解應由被
12 上訴人就其等間系爭消費借貸之合意與金錢交付負舉證之
13 責任。至被上訴人陳金治所提存摺存款歷史明細批次查詢
14 資料，無法證明所提領金錢之流向，縱匯至他人帳戶亦無
15 法證明究係買賣、租賃或其他原因，若被上訴人無法證明
16 確有系爭消費借貸關係，其等間之系爭抵押權與所擔保之
17 債權自不存在。況被上訴人陳金治抗辯被上訴人劉易智於
18 設定系爭抵押權時尚積欠其合計4,827,800元，然卻僅設
19 定擔保50萬元之抵押權，有違經驗法則與論理法則。

20 (四) 被上訴人劉易智雖抗辯被上訴人間之系爭債權因承認而中
21 斷時效，然被上訴人仍須舉證證明其等間系爭債權之種類
22 為何，始得判斷消滅時效期間是否中斷。

23 六、並聲明：

24 (一) 先位聲明：1、確認被上訴人陳金治對被上訴人劉易智所
25 有系爭土地，於110年8月27日設定登記擔保債權總金額50
26 萬元之普通抵押權，其擔保之債權不存在。2、被上訴人
27 陳金治應將前項土地之抵押權設定登記予以塗銷。

28 (二) 備位聲明：1、被上訴人陳金治對被上訴人劉易智所有系
29 爭土地於110年8月27日設定之抵押權登記，應予撤銷。2
30 、被上訴人陳金治應將被上訴人劉易智所有系爭土地之抵
31 押權設定登記予以塗銷。

01 貳、於本院補稱：

02 (壹) 先位之訴部分：

03 一、系爭抵押權登記內容為登記日期110年8月27日、擔保債權總
04 類及範圍：債務人與抵押權人間於110年8月26日因金錢消費
05 借貸所生債務、擔保債權總額50萬元等，依最高法院72年度
06 台上字第2432號、99年度台上字第1470號等判決意旨，應以
07 被上訴人陳金治對被上訴人劉易智於110年8月26日所成立金
08 額為50萬元之借貸債務，始為系爭抵押權擔保範圍。是被上
09 訴人陳金治於原審所提債權相關證明皆非110年8月26所生債
10 務，亦非系爭抵押權所擔保範圍。故被上訴人劉易智為購地
11 向被上訴人陳金治借款22萬元無論是否為真實，亦非系爭抵
12 押權登記效力所及。

13 二、被上訴人陳金治所提存款明細係自95年1月起至110年10月，
14 至少逾千筆交易紀錄且長達17年，被上訴人竟可僅憑記憶回
15 憶長達17年間之每筆借款，其可信度有疑義。況被上訴人雖
16 主張最近1筆110年8月26日之借款22萬元，然所提明細卻僅
17 記載19萬元；且被上訴人陳金治主張借款均係以現金交付，
18 然前開交易明細卻為轉帳，則被上訴人陳金治顯無交付借款
19 給被上訴人劉易智之事實，難認系爭抵押權所擔保之債權存
20 在。

21 三、被上訴人雖主張被上訴人劉易智支付系爭921地號土地買賣
22 價金之來源為被上訴人陳金治，並提出買賣契約、支票證明
23 被上訴人間有借款關係云云。然前開買賣契約並無被上訴人
24 劉易智之個人簽名，已有可疑；縱認係被上訴人劉易智與林
25 怡辰所簽立，惟被上訴人劉易智是否確將買賣價金交付林怡
26 辰，亦無從自前開買賣契約之記載加以證明，亦無從以林怡
27 辰有簽收紀錄即可遽認有前開買賣價金之交付。至前開支票
28 僅足證明面額為19萬元、受款人為林怡辰，尚難認係系爭買
29 賣之尾款，被上訴人前開主張自不可採。

30 (貳) 備位之訴部分：

31 一、縱認被上訴人間之借款為真實，然被上訴人間之借款時間與

01 系爭抵押權設定時間相去甚遠，難認系爭抵押權設定和前開
02 借款有對價關係，故依最高法院95年度上字第2609號、51年
03 度台上字第3528號判決意旨，被上訴人間之系爭抵押權設定
04 核屬無償行為，且害及上訴人之系爭債權，上訴人自得依民
05 法第244條第1項規定撤銷之。

06 二、至被上訴人雖另引用最高法院107年度台上字第1200號判決
07 意旨，稱並不限系爭抵押權存續期間發生之債權，始為抵押
08 權擔保之範圍云云。然被上訴人所引用之前開判決事實在登
09 記時並未明載擔保何年月之債務關係，才透過實務認定而放
10 寬，然本件抵押權登記已明載所擔保之特定時間債權，與前
11 開判決狀況不同，前開判決於本件無適用之餘地。

12 (參)對各項證據意見如下：

13 一、對被上訴人於本院所提本票影本(本院卷第71頁)之製作名
14 義人及內容真正不爭執。對被上訴人所提民事聲請參與分配
15 狀、言詞辯論筆錄(本院卷第143至156頁)之製作名義人真
16 正不爭執，惟被上訴人間縱有其他債權，亦非系爭抵押權擔
17 保之範圍。

18 二、被上訴人陳金治所提買賣契約書、支票影本(本院卷第287
19 至289頁)中，對前開支票部分，若被上訴人陳金治能提出
20 原本，上訴人無意見；但否認前開買賣契約書之製作名義人
21 及內容之真正，因上訴人並不認識出賣人，且前開買賣契約
22 書若為真正，被上訴人陳金治早已於原審即會提出，且有逾
23 時提出攻防之失權效。

24 三、對嘉義縣竹崎地政事務所113年6月20日函暨所附土地登記申
25 請書、印鑑證明、戶籍資料、財政部臺灣省南區國稅局贈與
26 稅不計入贈與總額證明書、土地登記申請書、中華民國國民
27 身分證、印鑑證明、嘉義縣竹崎地政事務所土地所有權狀等
28 文書(本院卷第337至431頁)之製作名義人真正不爭執，但
29 前開文書內容是否真正，須證人作證後始知其詳。對臺灣銀
30 行嘉北分行113年8月2日函暨所附支票原本(本院卷第439至
31 441頁)之製作名義人及內容真正不爭執。

01 (乙) 被上訴人方面

02 壹、被上訴人即被告劉易智部分：

03 (壹) 於原審以：

04 一、上訴人所提前開債權憑證係88年間所核發，而上訴人對被上
05 訴人劉易智之系爭債權之消滅時效期間頂多為15年，該債權
06 顯已罹於15年之消滅時效期間。上訴人主張對被上訴人劉易
07 智有系爭債權，實屬無據。

08 二、因其收入不穩定，需有農保年金維持生活，倘無農保身分將
09 無基本收入，遂向被上訴人陳金治借22萬元購買系爭土地，
10 且因前就欠被上訴人陳金治錢，故被上訴人陳金治要求設定
11 系爭50萬元抵押權以擔保其債權（債權超過50萬元，斯時欠
12 400多萬元），雖被上訴人劉易智目前無力清償全部，但曾
13 向被上訴人陳金治多次表示願償還借款，故被上訴人陳金治
14 對被上訴人劉易智之系爭債權尚未罹於消滅時效期間，上訴
15 人主張已罹於消滅時效期間，自不可採。

16 三、又上訴人既主張代位被上訴人劉易智為系爭先位請求，則其
17 將被上訴人劉易智列為被告，亦屬當事人不適格。

18 (貳) 於本院補稱：

19 一、其為嘉義市政府租佃調解的佃農代表，因擔心土地被收回而
20 喪失佃農身分，才向被上訴人陳金治借錢購買系爭土地，並設
21 定系爭抵押權供被上訴人陳金治為擔保，這是事實，也有出具
22 抵押的相關資料，不知道上訴人為何要一直提告。

23 二、對上訴人於原審所提債權憑證（原審卷第15至19頁）、系爭
24 抵押權債權資料（原審卷第43至57頁）均不爭執。對臺灣銀
25 行嘉北分行113年8月2日函暨所附支票原本（本院卷第439至
26 441頁）之製作名義人及內容真正不爭執。

27 貳、被上訴人即被告陳金治部分：

28 (壹) 於原審以：

29 一、上訴人主張被上訴人間之系爭債權不存在，自應就其所主張
30 之有利於己之事實，負舉證之責任。

31 二、被上訴人劉易智自97年間起陸續向其借款，雖曾清償部分，

01 然仍有借款迄未清償，遂於110年8月27日將系爭土地設定系
02 爭抵押權予被上訴人陳金治以供擔保。

03 (一) 被上訴人陳金治自104年6月15日起至110年1月18日止，陸
04 續自所有台灣銀行嘉北分行帳戶（帳號：000000000000號
05 、000000000000號）分別提領借款交付被上訴人劉易智，
06 前開000000000000號帳戶交付之借款，扣除被上訴人劉易
07 智於104年9月11日清償之500,000元後，於設定系爭抵押
08 權時尚積欠其1,070,000元（陳被證1，存摺存款歷史明細
09 批次查詢資料，原審卷第75至98頁）；前開000000000000
10 號帳戶交付之借款，扣除被上訴人劉易智於106年5月23日
11 清償之522,200元、109年3月9日清償之200,000元後，於
12 設定系爭抵押權時尚積欠其3,757,800元（陳被證2，存摺
13 存款歷史明細批次查詢資料，原審卷第99至188頁），故
14 被上訴人劉易智於斯時尚積欠其合計4,827,800元。

15 (二) 被上訴人劉易智遂於110年8月26日（誤載為27日）開立本
16 票交付被上訴人陳金治（陳被證3，本票影本，原審卷第
17 189頁），足見被上訴人間確有借款債權債務關係。是被
18 上訴人劉易智遂於110年8月27日將系爭土地抵定系爭抵押
19 權予被上訴人陳金治以供擔保。

20 (三) 被上訴人劉易智多次向其表示願償還借款，一再承認對被
21 上訴人陳金治之債務，依民法第129條、第137條等規定，
22 消滅時效期間亦應重行起算，故被上訴人間之系爭債務尚
23 未罹於滅時效期間。

24 (貳) 於本院補稱：

25 一、上訴人所主張系爭抵押權僅擔保110年8月26日成立之借款債
26 務，實屬無據。蓋：

27 (一) 被上訴人陳金治確於110年8月26日借款予被上訴人劉易智
28 。

29 1、自被上訴人劉易智自承為購買系爭土地，而於110年8月26
30 日向被上訴人陳金治借款22萬元，及之前尚積欠被上訴人
31 陳金治借款債務未清償，始設定系爭抵押權擔保50萬元債

01 務等語，即知其然。

02 2、自上訴人所提土地登記第二類謄本可知，被上訴人劉易智
03 於110年8月20日以買賣為原因取得系爭土地所有權，及被
04 上訴人劉易智取得之系爭土地公告現值為29萬元，執行法
05 院所定最低拍賣價格亦為29萬元，另依地政機關所函覆系
06 爭抵押權設定資料可知被上訴人劉易智登記取得系爭土地
07 後之6日即110年8月26日送件辦理系爭抵押權設定登記等
08 情互核，可知被上訴人陳金治確有於110年8月26日借款予
09 被上訴人劉易智。

10 3、被上訴人劉易智於110年8月26日開立面額為50萬元支本票
11 交付被上訴人陳金治（陳被上證1，本票影本，本院卷第
12 71頁），被上訴人間非不得將債務發生日統一更新為110
13 年8月26日（嗣於民事答辯六狀改稱不再主張），則於110
14 年8月26日當日亦確有系爭50萬元債務之發生。

15 （二）依最高法院判決見解（如91年度台上字第1955號、107年
16 度台上字第1200號、109年度台上字第522號），抵押權實
17 行時，有抵押權所擔保債權存在即可，不限於抵押權存續
18 期間發生之債權，始為抵押權擔保之範圍。

19 1、被上訴人陳金治對被上訴人劉易智確有系爭債權，有被證
20 1、2、3之台銀存摺存款歷史明細，另有被上訴人劉易智
21 之前開陳述外，尚有他案一審證人郭有群、陳奧佞於112
22 年8月21日之證詞可憑（陳被上證3，言詞辯論筆錄影本，
23 本院卷第145至156頁），則系爭抵押權自屬有效。

24 2、上訴人雖主張系爭抵押權登記擔保債權為110年8月26日因
25 金錢消費借貸所生債務，而被上訴人陳金治並未於110年8
26 月26日交付金錢與被上訴人劉易智，故系爭抵押權不生效
27 云云。然系爭抵押權所擔保債務，可包括110年8月26日存
28 在之債務，業如前述，上訴主張即不可取。

29 （三）縱認系爭抵押權擔保範圍僅及於110年8月26日所生債務，
30 然被上訴人陳金治亦確於110年8月26日借款與被上訴人劉
31 易智。被上訴人劉易智支付前開921地號土地價款22萬元

01 即來自被上訴人陳金治，且其中19萬元係110年8月26日所
02 交付，是被上訴人間確有系爭借款關係。前開借款事實有
03 下列事證可證：

04 1、被上訴人劉易智以22萬元於110年8月2日向林怡辰購買前
05 開921地號土地，其中110年8月2日給付訂金3萬元，尾款
06 19萬元則於前開土地110年8月20日完成移轉登記後之110
07 年8月26日給付，並經林怡辰於買賣契約書中簽收（陳被
08 上證4，買賣契約書，本院卷第287頁）。

09 2、依原審卷附之被證2台銀嘉北分行帳戶交易明細第88頁之
10 記載，可知被上訴人陳金治於110年8月26日轉帳19萬元開
11 立票據（陳被上證5，支票影本，本院卷第289頁），前開
12 支票之受款人為林怡辰、金額為19萬元，更參酌證人林怡
13 辰於本院之證詞，足證前開支票係用以支付被上訴人劉易
14 智向林怡辰購買前開土地之尾款。

15 二、上訴人備位請求雖主張依最高法院判決意旨，系爭抵押權之
16 設定為無償行為云云。然：

17 （一）最高法院95年度台上字第2609號判決，係涉及代物清償，
18 而本件並不涉及代物清償，故上訴人所引之判決事實與本
19 件迥不相同，而無適用餘地。

20 （二）至最高法院51年度台上字第3528號判決雖認若先有債權之
21 存在，而於事後設定抵押權者，其抵押權之設定，「如」
22 無對價關係，屬無償行為，「倘」有害及債權，債權人得
23 依民法第244條第1項規定請求撤銷。然：

24 1、依前開判決使用「如」、「倘」等語，可知先有債權，事
25 後設定抵押權，亦非必然害及債權。

26 2、被上訴人間確有系爭借款關係，被上訴人劉易智並設定系
27 爭抵押權予被上訴人陳金治，則系爭抵押權係屬有對價關
28 係，非無償行為。

29 3、依最高法院107年度台上字第983號判決意旨，借款金額與
30 抵押權所擔保金額相當，債務人之責任財產不受影響，並
31 未害及債權人債權，而不得請求撤銷。參酌系爭土地價值

01 僅約29萬元，而被上訴人劉易智對被上訴人陳金治之債務
02 至少有300萬元，被上訴人劉易智將系爭土地設定抵押權
03 予被上訴人陳金治，並未害及上訴人之系爭債權。

04 三、被上訴人劉易智將系爭土地設定抵押權予被上訴人陳金治，
05 亦未害及上訴人之系爭債權。蓋借款金額與抵押權擔保金額
06 相當，債務人之責任財產不受影響，自無害及債權人之債權
07 ，亦如前述。

08 四、對原審債權憑證（原審卷第15至19頁）、系爭抵押權債權資
09 料（原審卷第43至57頁）均不爭執。對嘉義縣竹崎地政事務
10 所113年6月20日函暨所附土地登記申請書、印鑑證明、戶籍
11 資料、財政部臺灣省南區國稅局贈與稅不計入贈與總額證明
12 書、土地登記申請書、中華民國國民身分證、印鑑證明、嘉
13 義縣竹崎地政事務所土地所有權狀等文書（本院卷第337至
14 431頁）之意見為，前開文書可證明被上訴人劉易智即劉大
15 群確有向林怡辰購買系爭土地，而林怡辰則係向他人所購買
16 ，被上訴人劉易智即劉大群亦確有設定係爭抵押權予被上訴
17 人陳金治。對臺灣銀行嘉北分行113年8月2日函暨所附支票
18 原本（本院卷第439至441頁）之製作名義人及內容真正不爭
19 執；且足證被上證5之影印與原本相符。

20 （丙）原審對上訴人之前開請求，判決上訴人之訴駁回，上訴人
21 則就原審判決全部提起上訴，並請求一、先位聲明：

22 （一）廢棄原判決。（二）確認被上訴人陳金治對被上訴人
23 劉易智所有系爭土地（權利範圍3之1），於110年8月27日
24 設定登記50萬元之普通抵押權及其所擔保之債權不存在。

25 （三）被上訴人陳金治就被上訴人劉易智所有系爭土地
26 （權利範圍3之1）所為之抵押權設定應予塗銷。二、備位
27 聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人陳金治與被上訴人
28 劉易智所有系爭土地（權利範圍3之1），於110年8月27日
29 所為抵押權設定登記之行為應予撤銷。（三）被上訴人陳
30 金治就被上訴人劉易智所有系爭土地（權利範圍3之1）所
31 為之抵押權設定應予塗銷。被上訴人則均請求將上訴人前

01 開上訴駁回。

02 (丁) 得心證之理由

03 壹、先位之訴部分

04 一、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益
05 者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。
06 所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明
07 確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且
08 此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，若縱經法
09 院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認
10 判決之法律上利益（最高法院52年度台上字第1240號裁判意
11 旨同此見解）。次按債務人怠於行使其權利時，債權人因保
12 全債權，得以自己之名義，行使其權利；但專屬於債務人本
13 身者，不在此限。對於妨害其所有權者，得請求除去之，民
14 法第242條、第767條第1項中段分別著有規定。然民法第242
15 條前段所定債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，
16 得以自己之名義，行使其權利之先決條件，自前開法條文意
17 解釋可知須債務人果有此權利，且在可以行使之狀態，始有
18 債權人代位行使之可言（最高法院65年台上字第381號裁判
19 要旨同此見解）。查：

20 (一) 上訴人主張被上訴人劉易智積欠企銀3,209,442元，與自
21 88年7月22日起至清償日止按週年利率10.4%計算之利息，
22 及自88年7月22日起至清償日止按上開利率20%計算之違約
23 金，暨已核算未清償之利息625,498元、已核算未受償違
24 約金102,787元迄未清償；嗣企銀於95年3月23日名稱變更
25 為上訴人。與被上訴人劉易智於110年8月27日將其所有系
26 爭土地（權利範圍3之1）設定50萬元抵押權予被上訴人陳
27 金治，致上訴人持債權憑證向本院執行處聲請強制執行
28 時，因前開土地拍賣無實益而終結等事實，有上訴人所提
29 本院87年度執字第5779號債權憑證與繼續執行紀錄表、本
30 院民事執行處強制執行金額計算書分配表（見原審卷第15
31 至17頁、第19頁）、經濟部函（見原審卷第21頁）、土地

01 登記第二類謄本（見原審卷第23至25頁）、本院執行命令
02 （見原審卷第27至28頁）等在卷可證，自堪信為真實。而
03 兩造對系爭抵押權與所擔保債權是否存在，互有前開爭
04 執，則系爭抵押權與所擔保之債權之存否即不明確，上訴
05 人主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種
06 不安之狀態，能以確認判決將之除去，揆諸前開說明，堪
07 認上訴人提起前開確認之訴，有即受確認判決之法律上利
08 益，合先敘明。

09 （二）本院111年度訴字第706號事件中之證人郭有群證稱，因蓋
10 廟需用錢，其於108年初向本件被上訴人劉易智借過錢，1
11 次為30萬元、1次35萬元，前開借款係被上訴人劉易智向
12 他人借錢，其曾問被上訴人劉易智，被上訴人劉易智稱係
13 向被上訴人陳金治借錢，其有看到被上訴人陳金治走進台
14 灣銀行匯款等語。前開他案事件中之證人陳奧佞證稱曾聽
15 被上訴人劉易智提及向被上訴人陳金治借錢，且親眼看到
16 1次，被上訴人陳金治拿15萬元給被上訴人劉易智，那時
17 其坐在車中，其有問為何向被上訴人陳金治拿錢，被上訴
18 人劉易智稱係借錢等語，有被上訴人所提言詞辯論筆錄影
19 本附於本院卷可證（見本院卷第145至156頁）。又被上訴
20 人所抗辯被上訴人劉易智支付前開921地號土地價款22萬
21 元中之19萬元，係被上訴人陳金治於110年8月26日轉帳19
22 萬元開立票據所支付，亦有買賣契約書（見本院卷第287
23 頁）、支票影本（見本院卷第289頁）與證人林怡辰於本
24 院之證詞可證，自均堪信為真實。則被上訴人間既有前開
25 金錢借貸關係，被上訴人所抗辯其餘借貸關係衡情當非不
26 可能。是被上訴人所抗辯系爭抵押權所擔保債權50萬元確
27 存在，應屬可採；至上訴人所提證據既不足推翻前開事證
28 ，則上訴人所主張系爭抵押權與所擔保債權不存在，則不
29 可採。且系爭抵押權與所擔保債權既屬存在，被代位人劉
30 易智自不得依民法第767條第1項中段規定請求塗銷系爭抵
31 押權，依前開說明，為債權人之上訴人自不得代位劉易智

01 行使前開權利。

02 (三) 上訴人雖另主張縱認被上訴人間前開債權存在，然前開債
03 權業已罹於消滅時效期間，而債務人即被上訴人劉易智怠
04 於請求塗銷前開抵押權，上訴人亦得依民法第242條、第
05 767條第1項中段規定，代位被上訴人劉易智請求除去即塗
06 銷系爭抵押權登記云云。然依前開證人郭有群、陳奧倭、
07 林怡辰等之證詞與前開文書，可知自108年間起被上訴人
08 間之借貸金額超過系爭抵押權所擔保之債權50萬元，而兩
09 造約定前開50萬元之清償日期為130年8月25日，亦有前開
10 土地登記第三類謄本可憑；且消費借貸返還請求權之消滅
11 時效期間為15年，起算日自前開清償日期130年8月25日起
12 算，系爭消費借貸返還請求權亦尚未罹於15年之消滅時效
13 期間，則上訴人前開主張亦不可採。

14 (四) 綜上，上訴人依前開規定請求確認被上訴人陳金治對被上
15 訴人劉易智所有系爭土地（權利範圍3之1），於110年8月
16 27日設定登記擔保債權總金額50萬元之普通抵押權與擔保
17 之債權不存在；與請求被上訴人陳金治應將前項土地（權
18 利範圍3之1）之抵押權設定登記予以塗銷，為無理由。

19 貳、備位之訴部分

20 一、另按債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請
21 法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害
22 於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，
23 債權人得聲請法院撤銷之。債務人之行為非以財產為標的，
24 或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前2項之
25 規定。債權人依第1項或第2項之規定聲請法院撤銷時，得並
26 聲請命受益人或轉得人回復原狀；但轉得人於轉得時不知有
27 撤銷原因者，不在此限，民法第244條亦有規定。而債務人
28 以其所有之不動產設定抵押權，同時向他人借貸款項，其設
29 定抵押權之行為，固屬有償行為，若先有債權之存在而於事
30 後為之設定抵押權者，如無對價關係，即屬無償行為。倘有
31 害及債權，則債權人自得依民法第244條第1項之規定以撤銷

01 之（最高法院94年度台上字第318號、51年度台上字第3528
02 號裁判要旨均同此見解）。查：

03 （一）上訴人為被上訴人劉易智之債權人，與被上訴人劉易智於
04 110年8月27日將其所有系爭土地（權利範圍3之1）設定50
05 萬元抵押權予被上訴人陳金治，擔保被上訴人間於110年8
06 月26日因金錢消費借貸關係所生債務，致上訴人向本院聲
07 請強制執行前開土地時，因拍賣無實益而終結等事實，均
08 如前述。

09 （二）而證人林怡辰於本院結證稱被上證4之買賣契約係伊負責
10 製作，契約書所記載出賣人「林怡辰」係伊本人，買受人
11 劉易智即本件被上訴人劉易智即劉大群；前開買賣契約書
12 內容為真正，包括手寫部分，契約書手寫「110年8月26日
13 收受尾款新臺幣19萬元」，係以支票交付；被上證4之買
14 賣契約書，全部由伊負責製作等語明確（見本院卷第447
15 至448頁）。則被上訴人間就前開19萬元之借貸關係，核
16 屬被上訴人間於110年8月26日因金錢消費借貸關係所生債
17 務，至其餘被上訴人間之消費借貸債務不論數額為何，顯
18 係系爭抵押權設定登記前所生，均可認定。從而，系爭抵
19 押權所擔保之債權50萬元，除前開19萬元外，其餘係先有
20 債權存在而於事後為之設定抵押權，依前開說明核屬無償
21 行為，且有害及上訴人之系爭債權，則債權人即上訴人自
22 得依民法第244條第1項之規定撤銷之。且系爭抵押權所擔
23 保之債權50萬元，除前開19萬元外，其餘係先有債權存在
24 而於事後為之設定抵押權，而被上訴人均為系爭抵押權與
25 所擔保債權之當事人當知之甚稔，則債權人即上訴人依前
26 開規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人即被上訴人陳
27 金治回復原狀，均可認定。是上訴人依前開民法第244條
28 規定，請求被上訴人間就被上訴人劉易智所有系爭土地
29 （權利範圍3之1），於110年8月27日所為抵押權設定登記
30 於超過擔保債權總金額19萬元與其違約金部分外之行為應
31 予撤銷；與被上訴人陳金治應將被上訴人劉易智所有系爭

01 土地（權利範圍3之1）所為超過擔保債權總金額19萬元與
02 其違約金部分外之抵押權設定登記予以塗銷，自均屬有
03 據。

04 參、綜上所述，上訴人依民法第244條第1、4項規定，請求被上
05 訴人間就系爭土地（權利範圍3之1），於110年8月27日所為
06 抵押權設定登記於超過擔保債權總金額19萬元與其違約金部
07 分外之行為應予撤銷；與被上訴人陳金治應將被上訴人劉易
08 智所有系爭土地（權利範圍3之1）所為超過擔保債權總金額
09 19萬元與其違約金部分外之抵押權設定登記予以塗銷，均為
10 有理由，應予准許。至其餘請求含前開先位之訴無理由與追
11 加之訴不合法部分，則均應予以駁回。從而，原審判決關於
12 駁回上訴人前開依民法第244條第1、4項規定請求而本院准
13 許之前開部分，尚有未洽；上訴意旨指摘原判決關於此部分
14 不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，並改
15 判如主文第2、3項所示。至上訴人其餘前開請求不應准許部
16 分，原審為上訴人敗訴之判決，則無不當，上訴意旨指摘原
17 判決關於此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其
18 上訴。而上訴人於本院前開追加之訴不合法部分，則應裁定
19 駁回。

20 肆、本件事證已臻明確，兩造所為之其他主張，陳述並所提之證
21 據，經審酌後，認均與本件之結論無礙，不再一一論述，併
22 予敘明。

23 伍、據上論結，本件上訴一部為有理由、一部為無理由，上訴人
24 追加之訴則不合法，依民事訴訟法第436條之1第3項、第463
25 條、第450條、第449條、第79條、第85條第1項前段、第95
26 條，裁判如主文。

27 中 華 民 國 114 年 5 月 28 日
28 民事第三庭審判長法官 陳寶貴
29 法官 馮保郎
30 法官 陳卿和

31 以上正本係照原本作成。

01 不得上訴。

02 中 華 民 國 114 年 5 月 28 日

03 書記官 李玫娜