

臺灣高等法院高雄分院民事判決

112年度重上字第121號

上訴人 吳萬成 住○○市○○區○○路000號

訴訟代理人 康育斌律師

陳樹村律師

被上訴人 張丞媽即張桂綾

訴訟代理人 王正宏律師

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112年7月25日臺灣高雄地方法院111年度訴字第49號第一審判決提起上訴，被上訴人為訴之追加，本院於113年9月18日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。其餘上訴駁回。

被上訴人追加之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由上訴人負擔二分之一，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、按第二審訴之變更或追加，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、第255條第1項第2款定有明文。被上訴人於原審主張附表所示抵押權（以下合稱系爭抵押權）所擔保債權不存在，其債務人即受告知人開遠建設有限公司（下稱開遠公司）為塗銷系爭抵押權登記，已給付新臺幣（下同）600萬元予上訴人，爰代位開遠公司依民法第179條、寄託法律關係，請求上訴人給付600萬元，並由被上訴人代為受領。被上訴人上訴後，追加主張代位開遠公司依該公司與上訴人所簽訂協議書（下稱系爭協議書）之約定為上開請求，其追加之訴與

01 原訴均係基於開遠公司給付600萬元予上訴人以塗銷系爭抵
02 押權之同一事實而為主張，請求之基礎事實同一，依前揭規
03 定，被上訴人所為追加，應予准許。

04 二、被上訴人主張：被上訴人原為坐落高雄市○○區○○段000
05 地號土地（下稱系爭土地）之共有人（應有部分2/28，下稱
06 系爭應有部分），訴外人即被上訴人父親張俊堯未經被上訴
07 人同意，擅以系爭應有部分向上訴人抵押借款，分別於民國
08 106年8月3日、109年1月15日以系爭應有部分設定附表編號
09 1、2所示普通抵押權予上訴人，登記內容各如附表所示。被
10 上訴人嗣於110年8月31日與開遠公司簽訂土地買賣契約書
11 （下稱系爭買賣契約），約定將系爭應有部分以總價1,050萬
12 元出賣予開遠公司，開遠公司替被上訴人清償設定於系爭應
13 有部分之第一順位抵押權所擔保債務後，為塗銷系爭抵押權
14 登記，另與上訴人簽訂系爭協議書，雙方約定開遠公司先將
15 應給付被上訴人之600萬元買賣價金交付上訴人，若支付金
16 額超過系爭抵押權實際擔保之債權金額，上訴人應將差額返
17 還開遠公司，開遠公司並於112年3月10日交付600萬元予上
18 訴人。然上訴人就系爭抵押權登記擔保之兩造間消費借貸契
19 約，未交付任何金錢予被上訴人，系爭抵押權所擔保之借款
20 債權即不存在，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權亦不存
21 在，故上訴人無受領600萬元之法律上原因，開遠公司依系
22 爭協議書第3條約定、民法第179條規定或寄託法律關係，應
23 向上訴人請求返還600萬元，卻怠於行使，被上訴人依系爭
24 買賣契約對開遠公司有600萬元買賣價金債權，為此，代位
25 開遠公司向上訴人請求返還600萬元，並代位開遠公司受領
26 等語。並聲明：(一)確認系爭抵押權所擔保之債權不存在；(二)
27 上訴人應返還開遠公司600萬元，並由被上訴人代為受領。

28 三、上訴人則以：

29 (一)張俊堯為提供被上訴人於國外生活所需費用，分別於103年1
30 1月14日、103年11月24日、103年12月8日及104年6月24日代
31 理被上訴人向上訴人借款755,893元、100萬元、100萬元及1

01 88萬元，均約定月息1分，本金共計4,635,893元，上訴人同
02 意借款後，已依張俊堯指示將款項匯入被上訴人名下帳戶
03 （以下合稱系爭104年前借款契約）。其後，張俊堯於106年
04 8月2日再代理被上訴人向上訴人借款100萬元，上訴人考量
05 張俊堯前揭借款尚未償還且已累積上百萬元利息，遂與張俊
06 堯約定以100萬元利息債務轉作借款本金，約定月息1分，依
07 民法第474條第2項規定另成立本金100萬元消費借貸契約，
08 為保障債權實現，張俊堯經被上訴人授權簽發面額100萬元
09 本票，及以系爭應有部分設定附表編號1所示普通抵押權予
10 上訴人（下稱系爭甲抵押權）。張俊堯復於109年1月14日再
11 代理被上訴人向上訴人借款200萬元，上訴人考量張俊堯自1
12 03年借款迄今均未能償還，利息已逾200萬元，與張俊堯約
13 定以200萬元利息債務轉作借款本金，約定月息1分，依民法
14 第474條第2項規定另成立本金200萬元消費借貸契約，張俊
15 堯則經被上訴人授權簽發面額200萬元之本票，及以系爭應
16 有部分設定擔保附表編號2所示抵押權予上訴人（下稱系爭
17 乙抵押權），作為債權擔保，故系爭抵押權所擔保之債權存
18 在，系爭抵押權登記自屬合法有效。

19 (二)被上訴人將系爭應有部分出賣予開遠公司時，訴外人王建雄
20 電詢上訴人塗銷系爭抵押權事宜，經上訴人告知須給付600
21 萬元才能塗銷系爭抵押權，經被上訴人確認後，王建雄當場
22 於系爭買賣契約第15條旁手寫註記「應償金額為600萬元
23 正」，並由被上訴人在該註記上親自用印，表示被上訴人知
24 悉上開借款債權及系爭抵押權，且承認系爭抵押權之擔保債
25 權存在，並願意如數清償，核屬無因債務拘束契約之性質，
26 本諸契約自由原則，被上訴人應受拘束，上訴人受領600萬
27 元具有法律上原因。此外，代位權之行使須以債務人陷於無
28 資力或資力不足為要件，開遠公司非無資力者，且依系爭協
29 議書之約定，須待兩造間確認債權債務金額之判決確定後，
30 系爭協議書約定之條件始成就，開遠公司未怠於行使權利，
31 被上訴人不得代位開遠公司行使權利等語置辯。

01 四、原審判決被上訴人全部勝訴，上訴人不服提起上訴，於本院
02 聲明：(一)原判決廢棄；(二)被上訴人於第一審之訴駁回。被上
03 訴人答辯聲明：上訴駁回。

04 五、兩造不爭執事項：

05 (一)被上訴人原有系爭應有部分。

06 (二)被上訴人所有系爭應有部分分別設定附表1、2所示普通抵押
07 權予上訴人，登記內容如附表1、2所示。

08 (三)系爭甲、乙抵押權設定契約書均是由被上訴人之父親張俊堯
09 與上訴人簽立。

10 (四)張俊堯以自己及被上訴人名義，共同簽發發票日106年8月4
11 日、付款日106年10月4日、金額100萬元、票號：CH362925
12 號之本票一紙交付上訴人（下稱系爭甲本票）。

13 (五)張俊堯以自己及被上訴人名義，共同簽發發票日109年1月14
14 日、付款日109年12月24日、金額200萬元、票號：CH538825
15 號之本票一紙交付上訴人（下稱系爭乙本票）。

16 (六)被上訴人於110年8月31日在系爭買賣契約上親自簽名及蓋
17 章，約定以1,050萬元出售系爭應有部分予開遠公司。系爭
18 應有部分於110年9月10日以買賣為原因移轉登記予開遠公
19 司，訴外人洪榮裕之第一順位抵押權（擔保債權金額200萬
20 元）因清償予以塗銷。

21 (七)開遠公司就系爭買賣契約內記載應支付被上訴人600萬元部
22 份，迄今未給付予被上訴人。

23 (八)系爭買賣契約第15條其他約定事項記載：1. 本件賣方（即被
24 上訴人）有普通抵押權設定：「(1)案號：99年抵登字第0001
25 00號擔保抵押債權總金額為200萬元，本件預計於110年11月
26 20日清償，清償金額為200萬。(2)案號：106年鳳察登字第00
27 8230號擔保債權總金額100萬，本件預計於110年11月20日清
28 償。(3)案號：109年察專字第000530號擔保債權總金額為200
29 萬（在(2)、(3)案號後方手寫附記『應償金額為600萬元
30 正』）。(4)本件預計於110年11月20日清償。（另在(4)下方
31 手寫附記『雙方協同抵押權人至地政事務所當場清償塗銷，

01 塗銷後剩餘尾款50萬交予賣方，本案結案』)」。。

02 (九)上訴人前以第(八)點之記載，對開遠公司主張第三人利益契
03 約，請求開遠公司給付上訴人600萬元，經原法院111年度訴
04 字第1051號事件判決駁回確定(下稱另案訴訟)。

05 (十)開遠公司與上訴人於112年3月10日簽署系爭協議書。

06 (十一)系爭協議書第3條約定：「於塗銷後，若上開土地之賣方張
07 桂綾(現改名為張丞媽)主張只能從買賣價金中扣除實際之
08 欠款甲方(即開遠公司)就超過實際欠款部分不能扣抵仍應
09 照付，此部分乙方(即上訴人)願付全部責任返還予甲方絕
10 無異議，乙方就此部分願開立本票新台幣300萬元如附件供
11 甲方之擔保」等語，係指開遠公司簽立系爭協議書時，係先
12 按上訴人之要求給付600萬元，若超過法院認定被上訴人就
13 系爭抵押權所擔保積欠上訴人之實際債務數額，就超過之差
14 額，上訴人應返還開遠公司。

15 (十二)開遠公司與上訴人於000年0月00日下午2時許偕同至高雄市
16 鹽埕地政事務所，開遠公司依系爭買賣契約書第15條第1項
17 (2)、(3)款及後方附註之記載，交付上訴人面額共600萬
18 元之支票2紙，同時由上訴人提供印鑑證明等資料文件當場
19 辦理系爭抵押權塗銷登記完畢，上開支票亦經上訴人提示兌
20 現。

21 六、本件爭點：

22 (一)系爭甲、乙抵押權擔保之債權是否存在？

23 (二)被上訴人代位開遠公司請求上訴人給付600萬元，有無理
24 由？

25 七、得心證之理由：

26 (一)系爭甲、乙抵押權擔保之債權是否存在？

27 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
28 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
29 償之權，民法第860條定有明文。抵押權為不動產物權，其
30 所擔保債權之種類及範圍，屬抵押權之內容，依法應經登
31 記，始生物權之效力。又抵押權為從物權，以其擔保之債權

01 存在為成立之要件，倘若所擔保之債權不存在，縱為抵押權
02 之設定登記，仍難認其抵押權業已成立，此乃抵押權成立上
03 （發生上）之從屬性（最高法院106年度台上字第2537號判
04 決意旨參照）。是以，抵押權擔保債權種類及範圍應以設定
05 登記之內容為準，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權
06 利，以符登記公示原則。次按普通抵押權成立上之從屬性，
07 僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定普通抵押
08 時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得
09 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
10 事實。故被上訴人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否
11 認者，依首開說明，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院
12 110年度台上字第3286號判決意旨參照）。

- 13 2. 查，系爭甲、乙抵押權登記內容如附表所示，有抵押權設定
14 申請書、抵押權設定契約書及系爭土地登記謄本可稽（見原
15 審審訴卷第17-42頁），並為兩造所不爭執，是以，系爭甲
16 抵押權擔保之債權為兩造間於106年8月2日成立之100萬元金
17 錢消費借貸契約（下稱系爭甲借款契約），系爭乙抵押權擔
18 保之債權則為兩造間於109年1月14日成立之200萬元金錢消
19 費借貸契約（下稱系爭乙借款契約），首堪認定。上訴人主
20 張：張俊堯代理被上訴人與上訴人成立系爭104年前借款契
21 約，嗣因未依約清償利息，張俊堯分別於106年8月2日、109
22 年1月14日，代理被上訴人與上訴人約定將遲付之利息100萬
23 元、200萬元轉作本金，另成立系爭甲、乙借款契約，張俊
24 堯並代理被上訴人設定系爭甲、乙抵押權以擔保系爭甲、乙
25 借款債權等語。被上訴人否認之，辯稱：張俊堯係因積欠地
26 下錢莊款項於103、104年間向上訴人借款，系爭104年前借
27 款契約之借款人為張俊堯，張俊堯未代理被上訴人向上訴人
28 借款，且上訴人僅於103年、104年間曾陸續匯款至被上訴人
29 帳戶，未於106年、109年再給付100萬元、200萬元予被上訴
30 人，上訴人未交付系爭甲、乙借款契約約定之金錢，系爭
31 甲、乙借款契約自不成立等語。被上訴人既否認系爭甲、乙

01 借款契約成立，依前揭說明，應由上訴人就前揭主張負舉證
02 責任。

03 3. 上訴人主張張俊堯代理被上訴人與其成立系爭104年前借款
04 契約，其後於106年、109年再代理被上訴人與其約定將利息
05 債務轉作本金，另成立系爭甲、乙借款契約，固提出匯款單
06 4紙、被上訴人及張俊堯為共同發票人之系爭甲、乙本票、
07 及引用系爭買賣契約第15條第2、3款旁所載「應清償金額60
08 0萬元」等語為其論據。然查：

09 (1) 觀諸上訴人提出之4張匯款單，固可認上訴人曾分別於103年
10 11月14日匯款755,893元、103年11月24日匯款100萬元、103
11 年12月8日匯款188萬元、104年6月24日匯款188萬元至被上
12 訴人之高雄三信左營分行帳戶（見原審卷一第129-131
13 頁），但匯款之可能原因多端，不足推論張俊堯曾代理被上
14 訴人向上訴人借款，而使兩造成立系爭104年前借款契約。
15 另上訴人雖持有系爭甲、乙本票，及其他以被上訴人及張俊
16 堯為共同發票人之本票共36張（發票日均填載109年12月4
17 日），但系爭甲、乙本票係由張俊堯以自己及被上訴人名義
18 共同簽發，為兩造所不爭執，並有系爭甲、乙本票影本可參
19 （見原審卷一第261頁），被上訴人雖列為共同發票人，且
20 不否認本票印文之真正，然尚無從憑此推論張俊堯向上訴人
21 借款時，係經被上訴人授權或有表明以被上訴人代理人名義
22 借款。另系爭買賣契約第15條第2、3款旁雖手寫註記「應償
23 金額為600萬元正」（見本院卷一第85頁），但未記載應清
24 償之原因為何，故上訴人前揭舉證，均不足認張俊堯有以被
25 上訴人代理人名義，與上訴人成立系爭104年前借款契約及
26 系爭甲、乙借款契約。

27 (2) 再者，上訴人於110年11月16日答辯狀自陳：上訴人會陸續
28 將款項借予張俊堯，是深知張俊堯因刑案通緝且在外亦有債
29 務，所有財產均借名登記在其配偶及被上訴人名下，據張俊
30 堯所述，向上訴人借貸款項是要供給被上訴人去國外就學等
31 費用使用，上訴人才會陸續借款，並分別於106年8月3日、1

01 09年1月15日設定抵押權登記等語（見原審審訴卷第50-51
02 頁）；另於111年2月15日答辯狀陳稱：系爭土地乃張俊堯贈
03 與被上訴人，被上訴人因此同意張俊堯全權處分系爭土地，
04 即同意張俊堯以系爭土地設定抵押權向上訴人借款等語（見
05 原審卷一第22頁）；復於上訴理由狀陳述：張俊堯表示為提
06 供被上訴人於國外生活所需費用，於103年11月14日、103年
07 11月24日、103年12月8日及104年6月24日向上訴人借款755,
08 893元、100萬元、100萬元及188萬元，並約定月息1分，本
09 金共計463萬5,893元，上訴人同意借款予張俊堯，並依張俊
10 堯指示將款項直接匯入被上訴人名下帳戶，嗣後張俊堯於10
11 6年8月2日再向上訴人借款100萬元，上訴人考量張俊堯103
12 至104年間之借款尚未償還並已累積上百萬元利息，遂與張
13 俊堯約定以100萬元利息債務成立消費借貸，約定月息1分，
14 並要求張俊堯應簽發系爭甲本票及設定系爭甲抵押權作為借
15 款債權之擔保，109年1月14日張俊堯再度向上訴人借款200
16 萬元，上訴人考量張俊堯自103年借款迄今均未能償還，利
17 息已逾200萬元，與張俊堯約定以200萬元利息債務成立消費
18 借貸，約定月息1分，並要求張俊堯簽發系爭乙本票及設定
19 系爭乙抵押權，上訴人與張俊堯依民法第474條第2項已成立
20 上開消費借貸債權，系爭抵押權擔保之債權自存在等語（見
21 本院卷一第55-56頁），數次自陳是張俊堯向上訴人借款。

22 (3)另參諸訴外人詹金信、蔡天保及康進益律師於110年9月28日
23 與上訴人私下協商時之錄音譯文：「吳（即上訴人，下
24 同）：這樣好像是要把張俊堯的事情給抹滅掉，這樣不對
25 啦。…。吳：他跟我借錢，我陪他10年，103年到~110年都
26 沒有拿到錢，一直累積…累積…下來的，利息都累積下來
27 的，阿你說我是，高利貸什麼叫做高利貸是多少？他就是去
28 借當舖、借到人家要給他拍賣，才轉而向我借，我看他可憐
29 沒人理他、什麼彰化、內惟都快要有，他都跟我亂說話，
30 我想沒關啦。」（見原審卷一第404頁）、「詹（即詹金
31 信，下同）：那要買土地的人人家已經過戶了，他要塗銷清

01 楚。…康（即康進益，下同）：什麼塗銷？我要還你600？
02 還你600塗銷？我就可以還300我為什麼要還600？我是頭殼
03 壞掉喔。吳：不是，那又不是還她的錢，那是還給張俊堯
04 的。…吳：對啦，我知道啦，就是阿張俊堯有欠我錢。」
05 （見原審卷一第408頁）、「蔡（即蔡天保，下同）：啊我
06 意思就是說這一塊地我就是設定付300萬我就是300萬的債務
07 責任啊，阿那個張俊堯欠人家的錢那是張俊堯累積的我的土地
08 我就是欠這麼多而已，對不對我的土地就是設定，300而
09 已。吳：啊現在都不能從這個情、理來說是不是，一定要講
10 法是不是？啊我是真的借他錢不是說沒有。…吳：這錢就實
11 在是你爸借的！對不對，你不讓你爸好走路，你還硬要凹要
12 凹也沒關係啦」（見原審卷一第409-410頁），益徵張俊堯
13 是以自己名義向上訴人借款，未代理被上訴人向上訴人借
14 款。

15 (4)綜合上情以觀，上訴人於103、104年間匯款至被上訴人之帳
16 戶，係因張俊堯向上訴人借款，系爭104年前借款契約之當
17 事人應為張俊堯及上訴人，上訴人主張張俊堯代理被上訴人
18 與上訴人成立系爭104年前借款契約，難信為真。另上訴人
19 主張張俊堯代理被上訴人與其約定將系爭104年前借款契約
20 積欠之利息分別轉作本金，另與上訴人成立系爭甲、乙借款
21 契約，依上訴人之前揭舉證，不足使本院產生確信之心證，
22 上訴人此部分主張，亦難採信。此外，上訴人就曾於106年8
23 月2日前後交付100萬元，另於109年1月14日前後交付200萬
24 元予被上訴人之事實，均未舉證以實其說，本件既查無其他
25 證據可認上訴人曾交付系爭抵押權登記擔保之100萬元、200
26 萬元借款，即無從認定系爭抵押權所擔保之債權存在，基於
27 抵押權之從屬性，自難認定系爭抵押權業已成立，故被上訴
28 人主張系爭抵押權及所擔保之債權均不存在，即有理由。

29 4. 上訴人另主張：系爭買賣契約第15條第2、3款後方手寫註記
30 「應償金額600萬元正」，為上訴人同意被上訴人塗銷系爭
31 抵押權之清償金額，既經被上訴人確認無誤後用印，被上訴

01 人即已承認債務，性質屬無因債務拘束契約，被上訴人應受
02 拘束，縱使系爭甲、乙借款契約是張俊堯所借，被上訴人為
03 張俊堯之繼承人且未拋棄繼承，亦應繼承借款債務等語。惟
04 系爭抵押權登記擔保之債權為系爭甲、乙借款契約，且登記
05 之契約當事人為兩造，非上訴人與張俊堯間之借款契約，縱
06 使被上訴人基於繼承關係應繼承張俊堯積欠上訴人之借款債
07 務，亦非系爭抵押權登記擔保之系爭甲、乙借款契約。又被
08 上訴人於110年8月31日簽立系爭買賣契約時，倘若另與上訴
09 人成立無因債務拘束契約，該無因債務拘束契約所生債權債
10 務，亦非系爭抵押權登記擔保之債權，對本院前揭認定不生
11 影響，附此敘明。

12 (二)被上訴人代位開遠公司請求上訴人給付600萬元，有無理
13 由？

14 1. 按債務拘束契約或債務承認契約之成立，固不以具備一定形
15 式要件為必要，惟仍須契約雙方有互相意思表示一致，始足
16 當之（最高法院111年度台上字第2895號判決意旨可參）。
17 上訴人主張被上訴人在系爭買賣契約第15條第2、3款後方手
18 寫註記「應償金額600萬元正」文字上用印，被上訴人即已
19 承認債務，性質屬無因債務拘束契約，上訴人受領開遠公司
20 給付之600萬元係有法律上原因等語。被上訴人則辯稱：系
21 爭買賣契約簽立時，開遠公司知悉系爭應有部分有設定系爭
22 抵押權，開遠公司詢問上訴人清償金額，上訴人要求清償60
23 0萬元始願塗銷系爭抵押權，開遠公司遂與被上訴人約定先
24 扣留價金中600萬元，待兩造釐清系爭抵押權擔保之債權債
25 務關係後，開遠公司再依數清償，始按上訴人要求之最大金
26 額手寫附記「應償金額為600萬元」，非表示承認系爭抵押
27 權擔保之債務金額為600萬元等語。

28 2. 經查：

29 (1)依證人王建雄於另案訴訟證述：系爭買賣契約係伊公司居間
30 成交，伊在尚未簽約前，曾打電話詢問上訴人要多少才可以
31 塗銷系爭抵押權，上訴人當時說600萬元，伊沒有特別詢問

01 本金或利息，系爭買賣契約第15條第2、3款後方手寫註記
02 「應償金額600萬元正」，是買賣雙方見面後才寫在契約書
03 上。當天簽約後，伊基於仲介的通常流程有照會上訴人，告
04 訴他簽約成交了，會在110年11月20日清償，但不是簽約買
05 賣雙方要求伊通知上訴人等語（見本院卷二第13-17頁），
06 核與證人蔡天保證稱：伊與張俊堯是好朋友，洽談系爭買賣
07 契約時，伊有過去瞭解一下，到場時買賣雙方、代書都在
08 場，仲介公司的人有打電話問上訴人系爭抵押權擔保之金
09 額，伊聽到結論是600萬元，但沒有聽到說這筆錢怎麼算，
10 之後買賣雙方就談到由開遠公司先把第一順位抵押權擔保之
11 200萬元及上訴人說的600萬元扣下來，把剩下的錢給被上訴
12 人，代書或開遠公司的人就在系爭買賣契約第15條第2、3款
13 後方手寫註記「應償金額600萬元正」等語（見本院卷一第3
14 83-389頁），及證人陳華羚證述：伊是代書，經手辦理系爭
15 買賣契約，簽約前，仲介有與上訴人聯絡詢問要怎麼還，當
16 時大概說清償金額就是600萬元，等買賣雙方確認金額後，
17 伊才在系爭買賣契約第15條第2、3款後方手寫註記「應償金
18 額600萬元正」，但伊沒有聽到說這600萬元如何計算出；簽
19 約之後，被上訴人針對是否清償600萬元曾到開遠公司協
20 商，被上訴人拿出一疊本票說很後悔簽系爭買賣契約，希望
21 開遠公司給她時間釐清金額，她想要與上訴人重新談等語
22 （見本院卷二第79-89頁），大致相符，上開證人所述應堪
23 採信。

24 (2)另開遠公司訴訟代理人粘瑛月陳稱：簽約當天，張俊堯請仲
25 介王建雄打電話給上訴人，王建雄在電話中詢問上訴人要清
26 償多少錢才可以塗銷系爭抵押權，上訴人告知600萬元，王
27 建雄有詢問這600萬元怎麼計算的，但張俊堯不敢講，我說
28 你欠最多你就要寫最多，要塗銷我們才能過戶，我們要求契
29 約上要寫清楚600萬元才簽約，就是以債主講的金額，按照
30 可能的最大債權金額記載，後來被上訴人就同意簽名，當時
31 沒有提到實際債權金額是多少，需要等到被上訴人事後確

01 認，事後被上訴人來開遠公司拜訪，告訴開遠公司債權金額
02 有爭議，當場代書陳華羚有說普通抵押權設定300萬元卻要
03 還到600萬元很奇怪，契約是按最大可能債權金額600萬元記
04 載，我們才想等訴訟確定再處理所以就晚付，並告訴兩造等
05 其等確認債務金額再給付，並已經給兩造2年時間去和解，
06 但上訴人後來對開遠公司提起另案訴訟，開遠公司之後就與
07 上訴人簽立系爭協議書，約定先按系爭買賣契約上標註之債
08 務金額600萬元去給付，但待兩造之訴訟確定後，若確定上
09 訴人沒有債權，上訴人須將錢還給開遠公司，開遠公司再支
10 付給被上訴人等語（見本院卷一第267、391、395-397頁、
11 本院卷二第25-29頁）；及開遠公司訴訟代理人曾詩薇亦陳
12 述：被上訴人於110年10月來開遠公司詢問可否給她時間與
13 上訴人釐清，開遠公司因認她父親剛過世且沒有開發急迫
14 性，就同意由兩造協商如何塗銷系爭抵押權，之後等到112
15 年3月兩造仍無法達成協議，開遠公司才先付上訴人600萬元
16 以塗銷系爭抵押權等語（見本院卷二第140頁），亦與前揭證
17 人證述大致吻合，堪信為真。

18 (3)綜合上開證詞及陳述，堪認開遠公司與被上訴人洽談系爭買
19 賣契約時，因系爭應有部分有設定系爭抵押權，開遠公司欲
20 購買無他項權利負擔之系爭應有部分，仲介王建雄電詢上訴
21 人塗銷系爭抵押權之條件，上訴人告知須給付600萬元始願
22 塗銷，開遠公司與被上訴人商議後，同意先以上訴人主張之
23 最大可能債權金額600萬元記載於系爭買賣契約上，代書陳
24 華羚因此手寫註記「應償金額600萬元正」及「雙方協同抵
25 押權人至地政事務所當場清償塗銷，塗銷後剩餘尾款50萬交
26 予賣方，本案結案」等語，以表示被上訴人同意開遠公司扣
27 下買賣價金中之600萬元以備塗銷系爭抵押權，王建雄於系
28 爭買賣契約簽訂後，基於個人從業習慣，通知上訴人系爭買
29 賣契約簽訂及預計於109年11月20日清償抵押權擔保債務之
30 事，並非被上訴人委託王建雄為上開將清償債務之意思表
31 示，且被上訴人因認系爭抵押權擔保之債權債務有疑義，嗣

01 後於同年10月與開遠公司協議待兩造確認系爭抵押權擔保之
02 債權債務金額後，再按確認後金額支付上訴人以塗銷系爭抵
03 押權。據此，開遠公司與被上訴人雖在系爭買賣契約上註記
04 「應償金額為600萬元正」，但並未曾向上訴人為承認600萬
05 元債務並同意給付上訴人之意思表示，兩造無因前揭記載合
06 意達成無因債務拘束契約之可能，故而，上訴人辯稱兩造間
07 成立600萬元無因債務拘束契約，難認有理。

08 3. 次按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自
09 己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此
10 限。民法第242條定有明文。所謂怠於行使權利，係指有此
11 權利可行使而不行使而言。代位權之行使，須債權人如未代
12 位行使債務人之權利，其債權即有不能受完全滿足清償之虞
13 時，始得為之。倘債之標的與債務人之資力有關，如金錢之
14 債，則代位權之行使，應以債務人陷於無資力或資力不足為
15 要件（最高法院111年度台上字第931號判決、110年度台上
16 字第915號判決要旨可資參照）。

17 4. 而查，依系爭協議書第3條之約定，開遠公司先按上訴人之
18 要求給付600萬元，若開遠公司所付600萬元超過法院認定系
19 爭抵押權擔保之實際債權債務數額，上訴人應返還差額予開
20 遠公司，開遠公司遂依此約定給付600萬元予上訴人，此為
21 兩造所不爭執，已如前述，兩造間關於系爭抵押權擔保債權
22 存否之本件訴訟尚未確定，開遠公司依系爭協議書第3條約
23 定得向上訴人請求返還差額之條件尚未成就，開遠公司尚不
24 得依該約定請求上訴人返還600萬元。又開遠公司係基於系
25 爭協議書之約定給付600萬元予上訴人，上訴人並非基於與
26 開遠公司間之寄託契約受領該給付，且所受利益目前亦非無
27 法律上原因，故開遠公司現對上訴人亦無不當得利或寄託債
28 權可資行使。再者，開遠公司訴訟代理人已表示開遠公司須
29 待兩造間之判決結果再行使系爭協議書約定之權利，現因未
30 判決確定，故未給付600萬元予被上訴人等語（見本院卷一
31 第393頁），顯然開遠公司未怠於行使系爭協議書之權利。

01 此外，被上訴人未證明開遠公司已陷於無資力或資力不足，
02 亦難認被上訴人有為保全債權行使代位權之必要。從而，被
03 上訴人依民法第242條規定行使代位權，於法不合，其主張
04 代位開遠公司請求上訴人給付600萬元，並由其代為受領，
05 為無理由。

06 八、綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權擔保之債權不存
07 在，為有理由，應予准許；被上訴人依民法第242條、第179
08 條及寄託法律關係，代位開遠公司請求上訴人給付600萬
09 元，並由被上訴人代位受領，為無理由，應予駁回。從而，
10 原審就超過上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為
11 假執行之諭知，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不
12 當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第
13 二項所示；至於上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判
14 決，並無不合，上訴人仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，
15 求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另被上訴人追加
16 代位開遠公司依系爭協議書第3條約定為上開請求，亦無理
17 由，應予駁回。

18 九、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
19 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
20 逐一論列，併此敘明。

21 十、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，判決如主
22 文。

23 中 華 民 國 113 年 10 月 7 日

24 民事第六庭

25 審判長法 官 郭宜芳

26 法 官 黃悅璇

27 法 官 徐彩芳

28 以上正本證明與原本無異。

29 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
30 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
31 （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

01 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
02 師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

03 中 華 民 國 113 年 10 月 7 日

04 書記官 王紀芸

05 附註：

06 民事訴訟法第466條之1：

07 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
08 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

09 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
10 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
11 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

12 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

13 附表：

14

編號	設定登記日期/字號	抵押權登記內容
1	106年8月3日 登記字號：106年鳳 寮登字第8230號	權利種類：普通抵押權 擔保債權總金額：100萬元 債務人兼義務人：被上訴人 擔保債權種類及範圍：106年8月2 日金錢消費借貸契約 債務清償日期：不定期 利息、遲延利息、違約金：均無。
2	109年1月15日 登記字號：109年寮 專字第530號	權利種類：普通抵押權 擔保債權總金額：200萬元 債務人兼義務人：被上訴人 擔保債權種類及範圍：109年1月14 日金錢消費借貸契約 債務清償日期：不定期 利息、遲延利息、違約金：均無。