臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度上字第58號

上　訴　人　黃滿霞
　　黃麗娟
共　　同
訴訟代理人　陳清華律師
複代理人　　鄒承育
被上訴人　　台新國際商業銀行股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　尚瑞強
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　張智賢
參　加　人　元富證券股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　陳俊宏
000000000000000000
訴訟代理人　熊文莊

上列當事人間請求確認抵押權不存在事件，上訴人對於中華民國109年11月27日臺灣臺中地方法院108年度訴字第2748號第一審判決提起上訴，本院於110年9月7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

甲、程序方面：

按就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加，民事訴訟法第58條第1項定有明文。本件元富證券股份有限公司（下稱元富證券）與被上訴人同為上訴人黃滿霞之執行債權人，對於黃滿霞之執行標的上有無設定負擔乙事具有法律上之利害關係，元富證

券為輔助被上訴人起見，請求參加本件訴訟，符合上開規定，應予准許。

乙、實體方面：

壹、被上訴人部分：

一、被上訴人主張：黃滿霞於民國107年3月28日向被上訴人借款新臺幣（下同）1000萬元，因積欠被上訴人借款債務338萬6345元，及自107年10月21日起按週年利率2.5%計算之利息未清償，經被上訴人聲請核發支付命令，由原法院於107年11月23日核發107年度司促字第31201號支付命令確定。詎被上訴人聲請對黃滿霞之財產為強制執行後，發現黃滿霞前於107年11月1日以其所有坐落臺中市○○區○○段000地號土地及其上同段260建號建物（門牌號碼臺中市○○區○○路000號，權利範圍均為全部，以下合稱系爭房地），設定擔保債權總額1億2000萬元、存續期間不定期之最高限額抵押權登記予上訴人黃麗娟（下稱系爭抵押權）。而系爭房地嗣經參加人聲請假扣押，於107年11月20日為假扣押查封登記，可認系爭抵押權所擔保之原債權因該事由而告確定。黃滿霞積欠被上訴人債務後，迅速設定系爭抵押權予黃麗娟，上訴人間是否真有債權債務關係，容有疑問。上訴人無法舉證渠等有交付金錢、抵押債權確實存在之事實，依抵押權之從屬性，應准許抵押人即黃滿霞請求抵押權人即黃麗娟塗銷系爭抵押權之設定登記。黃滿霞怠於行使權利，被上訴人為保全債權起見，爰依民法第767條第1項中段、第242條規定代位提起本件訴訟，請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，黃麗娟應將系爭抵押權予以塗銷等語。

二、參加人主張：黃麗娟所提之金融帳戶交易明細，僅能知悉該金融帳戶有現金提領，無法證明所領現金已交付黃滿霞。又上訴人提出22張之匯款傳票、存款憑條，除其中一張係存入黃滿霞帳戶外，其餘均為黃麗娟匯予或存入他人帳戶，無法證明借款已交付之事，上訴人間實無消費借貸關係存在。上訴人主張黃滿霞與配偶ＯＯＯ長年經營六合彩組頭，惟黃滿

霞所提出之銀行帳戶，並無頻繁與他人資金往來之情形，反倒是黃麗娟頻繁與多數人資金往來。上訴人所稱10餘年借款1億多，金額如此龐大，竟無定期結算或約定清償時間，與常情不符等語。

貳、上訴人則以：伊等為姐妹關係，黃滿霞與配偶ＯＯＯ長年經營六合彩組頭，經常需要現金週轉，故與黃麗娟間有相當頻繁之金錢往來，黃滿霞臨時需付彩金時，倘為數百萬元者即委由黃麗娟將獎金直接匯給中獎者，黃麗娟係代替黃滿霞匯賭金，其餘數10萬元，均以現金交付中獎者，不足再由黃滿霞臨時向黃麗娟調借，且因黃麗娟住於台中商銀隔壁，遂直接領取現金交付黃滿霞，共交付現金7855萬4691元，匯款未清償部分共計2242萬2600元，合計黃滿霞仍欠黃麗娟1億餘元之借款債務尚未清償。上訴人現另查詢出多年來代匯款項之匯款單，金額亦近2000萬元，可證黃滿霞未清償完畢，是系爭抵押權所擔保之債權確實存在，被上訴人請求塗銷於法礙難相符等語，資為抗辯。

參、原審判決確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，並判命黃麗娟應將系爭抵押權予以塗銷。上訴人不服，提起上訴，並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡上廢棄部分駁回被上訴人一審之訴。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

肆、兩造不爭執事項及本件爭點（見本院卷第68、69頁）：

一、兩造不爭執事項：

㈠黃滿霞於107年3月28日向被上訴人借款1000萬元，因積欠被上訴人借款債務338萬6345元，及自107年10月21日起按週年利率2.5%計算之利息未清償，經被上訴人聲請原法院於107年11月23日核發107年度司促字第31201號支付命令確定。

㈡黃滿霞於107年11月1日，以系爭房地設定系爭抵押權登記予黃麗娟。

㈢系爭房地經參加人聲請假扣押，而於107年11月20日為假扣押查封登記，查封登記迄今仍查封中。

㈣黃麗娟以其台中銀行后里分行2個金融帳戶及台中銀行東台

中分行金融帳戶匯款至黃滿霞合作金庫軍功分行金融帳戶及台中銀行北太平分行金融帳戶，黃麗娟計匯14筆，金額共2242萬2600元予黃滿霞；而黃滿霞以其合作金庫軍功分行金融帳戶及其他金融帳戶匯款予黃麗娟共23筆，金額共2268萬6200元。

二、本件爭點：

系爭抵押權有無被擔保債權存在？被上訴人請求黃麗娟塗銷系爭抵押權，有無理由？

伍、本院判斷：

一、系爭抵押權並無被擔保之債權存在：

㈠按最高限額抵押權所擔保之原債權，除另有規定外，抵押物因他債權人聲請強制執行經法院查封，而為最高限額抵押權人所知悉，或經執行法院通知最高限額抵押權人時確定，民法第881條之12第1項第6款定有明文。準此，最高限額抵押權所擔保之原債權確定後，即喪失擔保債權之流動性，抵押權之從屬性回復，性質與普通抵押權同。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。故第三人或抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院104年度台上字第1478號、103年度台上字第393號裁判意旨參照）。又稱消費借貸者，於當事人間必本於借貸之意思合致，而有移轉金錢或其他代替物之所有權於他方之行為，始得當之。是以消費借貸，因交付金錢之原因多端，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方克成立。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，均負舉證責任。本件被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，上訴人抗辯系爭抵押權係擔保黃麗娟對黃滿霞有1億餘元之借款債權而設定，揆諸上開說明，應由上訴人就伊等間

確有成立消費借貸契約及借款業已交付之借款債權存在事實，負舉證責任。

㈡黃滿霞與黃麗娟係姐妹關係，黃滿霞於107年3月28日向被上訴人借款1000萬元，同年10月21日起積欠利息，同年11月1日以系爭房地設定最高限額1億2000萬元債權之系爭抵押權予黃麗娟，同年11月20日系爭房地遭參加人為假扣押查封等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈠㈡㈢），並有上訴人2人身分證正反面影本在卷足憑（見原審卷一第99頁），容有黃滿霞在將受債權人追償之際處分財產之嫌，且設定抵押權對象為其至親，則上訴人間是否確有消費借貸債權存在，自生疑異。查諸上訴人係抗辯黃滿霞因職業因素，需現金週轉，故與黃麗娟間有金錢往來，大部分以現金交付方式為之，並提出黃麗娟台中商業銀行后里分行2個金融帳戶及其配偶ＯＯＯ於同行金融帳戶之提款紀錄為證（見原審卷一第205-367頁），主張黃麗娟有交付現金7855萬4691元予黃滿霞（見原審卷一第181-201頁上訴人所製明細表）。然上開提款紀錄僅能證明黃麗娟及ＯＯＯ上開金融帳戶有提領現金之事實，至於提領現金後之用途及流向，顯非上開證據所能證明。且其提款時間自93年1月至107年10月，期間長達近15年，帳戶金流早已交錯難憑，而本人從自己帳戶提領現金，本以自用為常，上訴人基此主張黃麗娟及ＯＯＯ在15年間提款現金7855萬4691元均用以借款交付黃滿霞，悖於常情，無法採信。另上訴人抗辯黃麗娟以匯款方式交付借款予黃滿霞部分，由於匯款原因多端，非僅限於借款一途，單純匯款往來，不足證明上訴人所辯借款事實為真。且黃麗娟以其台中銀行后里分行2個金融帳戶及台中銀行東台中分行金融帳戶匯款至黃滿霞合作金庫軍功分行金融帳戶及台中銀行北太平分行金融帳戶共14筆，金額共2242萬2600元，黃滿霞以其合作金庫軍功分行金融帳戶及其他金融帳戶匯款予黃麗娟共23筆，金額共2268萬6200元等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈣），足見上訴人間之匯款係互有往來，並不存在黃麗

娟單方借款或交付金錢予黃滿霞之事實。又上開匯款期間長達14年餘（見原審卷一第395頁、卷二第25頁明細表），黃麗娟匯予黃滿霞之款項筆數僅14筆，平均1年1筆，甚至黃滿霞匯款予黃麗娟之金額2268萬6200元，較黃麗娟匯款予黃滿霞之金額2242萬2600元為多，核此匯款情節，益徵上訴人所辯不實。況上訴人稱伊等間金錢往來之期間有借有還等語（見本院卷一第391頁），可知如上訴人間曾有金錢借貸，亦屬短期融資，彼此有借有還，並無黃滿霞長期積欠黃麗娟借款達1億餘元之情事。至上訴人於本院提出黃麗娟匯款予第三人或ＯＯＯ之傳票及黃滿霞或第三人戶名之存款憑條等件（見本院卷第151-191頁），僅能證明該等人間有此匯款及存款事實，而匯款及存款原因多端，實無從勾稽作為上訴人有利論證。是就上訴人所舉上開金融資料，難認上訴人間確有消費借貸合意及借款交付等事實存在。

㈢就上訴人所提借貸契約書及本票部分，因上訴人自始即辯稱伊等間有借貸關係，且始終遭被上訴人及參加人質疑，惟自被上訴人於108年9月2日提起本件訴訟起（見原審卷第11頁收狀日期章），上訴人僅提出上開提領現金及匯款資料為證，遲至原審審理中之109年2月12日，上訴人始提出日期為107年10月31日、記載黃滿霞自93年起至107年10月止仍欠黃麗娟1億311萬5301元之借貸契約書1紙（見原審卷一第397頁），及黃滿霞於107年10月31日簽發、面額1億2000萬元、受款人為黃麗娟之本票1紙（見原審卷一第399頁），作為上訴人間有借款債權存在之論據。然如此重要之證物，上訴人未於108年10月29日第一次具狀答辯時附隨提出（見原卷一第123-127頁），係遲至109年2月12日始提出，借貸契約書及本票發票日並填載為107年10月31日，借貸金錢結算時間則填載至107年10月間止，該等日期均在起訴前，衡情若上開借貸契約書及本票為原本存在之證物，上訴人豈有不立即提出之理，其真實性自有疑異。況上訴人未能舉證證明渠等間有消費借貸合意及借款交付等事實，已如前述，自難僅憑

上開借貸契約書及本票而為上訴人有利之認定。又上訴人於本院另主張黃滿霞因與其配偶０００長年經營六合彩賭博，需以現金支付賭客彩金，故向黃麗娟調借現金或委由黃麗娟代為付款等語，惟此僅在抗辯借款緣由，仍無法證明上訴人間確有借貸意思表示合致及交付借款之事實。且核對黃滿霞及０００之臺灣高等法院被告前案紀錄表（附限制閱覽卷內）及上訴人所提原審法院105年度審簡字第222號刑事簡易判決（見本院卷第239-249頁），黃滿霞係向他人簽賭六合彩而犯普通賭博罪，非經營六合彩組頭，而０００係96年間因賭博罪，經臺灣臺中地方檢察署以96年度偵字第24167號為緩起訴處分，非重大賭博犯罪，且為15年前舊事，顯無因經營六合彩賭博而有上億元現金需求之情事。況上訴人所舉上開賭博犯罪事實，均無涉及黃麗娟有何提供資金之共犯角色，益見上訴人抗辯不實。

㈣系爭抵押權屬最高限額抵押權，於107年11月1日設定登記後，系爭房地旋經參加人聲請假扣押，而於107年11月20日為假扣押查封登記，迄今仍查封中等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈡㈢）。足見黃麗娟已知悉系爭房地遭強制執行並經法院查封之事實，此亦有原審法院民事執行處108年7月4日及同年8月1日中院麟民執108司執八字第16428號函存卷可查（見原審卷一第33-41頁）。依上揭說明，系爭抵押權所擔保之原債權於上開強制執行程序中業已確定，其從屬性已回復，黃麗娟無從主張將來債權亦為系爭抵押權所擔保之範圍。綜上，上訴人既無法證明黃麗娟有借款予黃滿霞之事實，難認伊等間確有借款債權，則被上訴人主張系爭抵押權並無被擔保之債權存在，堪信為真。

二、被上訴人代位請求黃麗娟塗銷系爭抵押權，有理由：

㈠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。債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利；但專屬於債務人本

身者，不在此限。民法第767條第1項、第242條分別定有明文。而抵押權為擔保物權，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。

㈡被上訴人對黃滿霞已取得執行名義（見不爭執事項㈠），但就黃滿霞之系爭房地聲請強制執行結果，系爭房地鑑定價格僅1050萬400元，合併另2筆土地鑑價後核定之拍賣總價為1億490萬8200元，因有1億2000萬元之系爭抵押權設定，致無拍賣實益之情，有原審法院民事執行處函文附卷可稽（見原審卷一第33-41頁），足見系爭抵押權之設定，有礙被上訴人對黃滿霞之債權追償，被上訴人提起本件訴訟以保全債權，自有必要。查本件系爭抵押權之從屬性已回復，而上訴人無法證明黃麗娟對黃滿麗有何擔保債權存在，業經本院認定如前，是基於抵押權之從屬性，系爭抵押權應歸於消滅，惟既然仍有登記之外觀存在，自屬妨礙系爭房地之所有權，黃滿霞得請求塗銷登記。黃滿霞既怠於請求黃麗娟塗銷系爭抵押權之登記，則被上訴人以債權人身分代位黃滿霞行使權利，請求黃麗娟塗銷系爭抵押權之設定登記，核屬有據。

三、綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，並依民法第767條第1項中段、第242條規定，代位黃滿霞請求黃麗娟塗銷系爭抵押權之設定登記，均有理由，應予准許。從而，原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

四、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。

陸、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　28　　日

民事第一庭　　審判長法　官　張瑞蘭

法　官　廖穗蓁

法　官　黃綵君

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）。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

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項所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　趙郁涵

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　28　　日