臺灣高等法院臺中分院民事判決

111年度上易字第530號

上　訴　人　徐志宏　　住○○市○區○○路000巷0號

被 上訴 人　余松泉

訴訟代理人　周仲鼎律師

複 代理 人　廖宜溱律師

　　林宛柔

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111年9月7日臺灣臺中地方法院111年度訴字第712號第一審判決提起上訴，本院於中華民國113年2月21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、程序部分：

按訴訟代理人應委任律師為之。復按訴訟代理人，應於最初為訴訟行為時，提出委任書。前項委任或選任，應於每審級為之。民事訴訟法第68條第1項前段、第69條第1項前段、第2項前段分別定有明文。本件被上訴人於民國111年10月11日委任周仲鼎律師為訴訟代理人，此有民事委任狀在卷可憑（見本院卷第23頁）。揭諸前開法律規定，其於二審所為委任律師擔任訴訟代理人自屬合法，且無需經法院許可，上訴人主張被上訴人委任有瑕疵，且未經法院實質審查云云，尚無可採，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：

被上訴人於90年4月24日持附表一所示土地及建物，設定附表一所示普通抵押權（下稱系爭普通抵押權）予上訴人，擔保債權額為新臺幣（下同）50萬元（下稱系爭A債權）；復於95年1月3日持附表二所示土地，設定如附表二所示最高限額抵押權100萬元（下稱系爭最高限額抵押權）予上訴人，

約定擔保債權總額為100萬元（下稱系爭B債權）。然兩造無存在任何消費借貸之債權債務關係，依抵押權之從屬性，系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權因所擔保之債權均不存在而失所附麗，則系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權登記之存在對附表一、二所示土地及建物所有人之所有權行使有所妨害，爰依民法第767條第1項中段規定，提起本件訴訟等語，起訴聲明求為判決：㈠確認上訴人就被上訴人所有如附表一所示之土地及建物，設定普通抵押權所擔保之系爭A債權不存在。㈡上訴人應將如附表一所示之普通抵押權登記予以塗銷。㈢確認上訴人就被上訴人所有如附表二所示之土地，設定最高限額抵押權所擔保之系爭B債權不存在。㈣上訴人應將如附表二所示之最高限額抵押權登記予以塗銷。於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：

被上訴人之訴無受確認判決之利益存在，本件訴訟應顯無理由。94年12月30日之協議書（下稱系爭協議書）為其本人親自蓋章，系爭協議書之契約關係存在於兩造間，該150萬元債權非其繼承自訴外人即上訴人母親余淑貞對被上訴人之借款債權，系爭抵押權所擔保之債權為上訴人對被上訴人之借款債權。購屋貸款之頭期款為上訴人拿錢給其母代墊，被上訴人因此設定系爭普通抵押權予上訴人；後被上訴人無法支付第2期後之房屋分期款每年5萬元及利息2萬元，並積欠銀行信用卡債務，故由其拿錢交給余淑貞支付，余淑貞代理其與被上訴人簽立系爭協議書，並由其在系爭協議書上用印，約定上訴人於抵押權設定擔保債權額100萬元之範圍內，代被上訴人清償，被上訴人則設定系爭最高限額抵押予上訴人，該150萬元借款均為其母余淑貞拿其錢交給被上訴人，又被上訴人已於110年9月24日寄發臺中英才郵局1289號存證信函表示欲清償上訴人150萬元，是兩造確存在消費借貸之債權債務關係等語資為抗辯。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，於本院上訴聲明求為判決：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人於第一審之訴駁回。

三、得心證之理由：

㈠被上訴人就本件訴訟有確認利益：

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者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。次按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確，被上訴人主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號民事判決先例意旨參照）。本件被上訴人主張上訴人對其所有如附表一、二所示土地及建物所設定系爭普通抵押權、系爭最高限額抵押權所擔保之系爭A債權50萬元、系爭B債權100萬元均不存在，此為上訴人所否認，顯見被上訴人在私法上地位有受侵害之危險，而此種危險得藉由確認判決加以排除，揆諸前揭判例意旨，被上訴人提起本件確認訴訟，自有即受確認判決之法律上利益。

㈡被上訴人主張其所有如附表一、二所示土地及建物，分別於附表一、二所示時間設定系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權予上訴人，業據被上訴人提出土地登記謄本、建物登記謄本附於原審卷可憑（見原審卷第27頁至第34頁），且為上訴人所不爭執，堪信為真正。惟被上訴人否認兩造間有成立系爭A、B債權。經查：

⑴按確認法律關係不存在之訴，如被告抗辯其法律關係存在時，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（最高法院42年台上字第170號判決先例、107年度台上字第2193號判決參照）。次按金錢借貸契約為要物契約，應由貸與人就交付金錢之事實負舉證責任。原審未經被上訴人舉證，徒以系爭抵押權已登記，即認已有被擔保之債權存在，進而為上訴人不利之判決，殊有未合（最高法院92年度台上字第1482號判決意旨參照）。故抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依前

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、103年度台上字第2075號判決意旨參照）。本件被上訴人起訴主張兩造間所設系爭A債權、系爭B債權均不存在，此為消極確認之訴。因上訴人辯稱：被上訴人分別向上訴人借款系爭A債權50萬元、系爭B債權100萬元，並分別於90年4月24日、95年1月3日設定系爭普通抵押權、系爭最高限額抵押權以為擔保等語，依上開說明，上訴人自應就系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權所各擔保之系爭A、B債權存在之事實，負舉證之責任。

⑵系爭A債權（50萬元）部分：

①上訴人固主張其母余淑貞代理上訴人借款系爭A債權50萬元予被上訴人作為代墊被上訴人購屋之頭期款，並提出其母余淑貞相關手寫文件影本為證(見原審卷第151頁至第161頁)。

②然查，參諸該手寫文件分別記載：「鋐：原本幫松泉購屋，我付頭期款，…所以抵押約50萬不打算追回。但沒想到一直要由我付，所以50萬要討回，…只要討回50萬就好」（見原審卷第151頁）、「…辦理80萬20年貸款…，以上共計41萬5千6百元全數由二姊支付…」（見原審卷第155頁）、「余松泉由余淑貞處支領之購屋款」（見原審卷第157頁）、「贊助松泉購屋款 1、收入：大姊210,000、二姊100,000…」（見原審卷第159頁）、「由六弟松泓存於二姐處暫借支…」（見原審卷第161頁）等語，均係表示為被上訴人之二姊即余淑貞所支付，且所贊助被上訴人購屋之資金來源，除上訴人之母外，尚有被上訴人之其他兄弟姊妹合資贊助，無從認定上訴人有借款予被上訴人或給付50萬元予被上訴人之事實。且參酌上訴人於本院審理時自陳：50萬元是被上訴人直接找其借錢，其不想借他，但其母（即余淑貞）說被上訴人是她弟弟，不忍心被上訴人的房子被拍賣，其正好有一筆保險到期，其母叫其拿出來借被上訴人，其不肯，其母即向其說把錢拿給她，她借給被上訴人，其就把錢交給其母，用其母名義借給被上訴人等語（見本院卷第106頁），足見系爭A債權之50萬元，係余淑貞以自己名義為被上訴人支付頭期款，並非上訴人與被上訴人間直接成立消費借貸契約，

亦非由余淑貞代理上訴人借款50萬元予被上訴人甚明。此外，上訴人復未提出其他積極證據證明其與被上訴人就系爭A債權50萬元成立借貸合意或借款交付之證明，是以上訴人此部分之所辯，自屬無據。被上訴人主張系爭A債權不存在，應屬可採。又系爭普通抵押權所擔保者，為上訴人對被上訴人之50萬元借款債權，至余淑貞就該50萬元是否與被上訴人成立消費借貸關係，亦非系爭普通抵押權所擔保之範圍，併予敘明。

⑶系爭B債權（100萬元）部分：

上訴人另辯稱系爭B債權為其代被上訴人清償信用卡債務及房屋貸款本息云云，並提出協議書1份為證（見原審卷第47頁至第48頁）。被上訴人固不否認設定系爭最高限額抵押權及簽立系爭協議書，然否認上訴人有代為清償被上訴人之信用卡債務及房屋貸款本息等語。然查：

①依上訴人所提余淑貞手寫之明細僅記載：「支出：還債130,000。付屋款625,000」等語（見原審卷第159頁）均無任何關於由上訴人代被上訴人清償信用卡債務及房屋貸款之記載。且證人余淑美於原審審理時結證稱：系爭協議書是余淑貞簽完後拿給其，簽系爭協議書時其不在場，上訴人也不在場，上訴人之簽名為余淑貞所簽，余淑貞向其表示被上訴人有欠人家錢，余淑貞要替被上訴人還，且我們（即被上訴人兄弟姊妹）替被上訴人買了房子，余淑貞要替被上訴人繳房貸，這些款項都要從100萬元以內支出，就其所知簽這份協議書，除余淑貞要幫忙還錢外，被上訴人並無跟上訴人或上訴人之母余淑貞借錢，設定系爭普通抵押權50萬元及最高限額抵押權100萬元是其與余淑貞促成的，因幫被上訴人買房子後，怕被上訴人被騙把房子賣掉，所以決定用二姊即余淑貞去設定，由余淑貞處理，至於余淑貞用何人名字設定其不清楚，這是普通抵押權部分，至於100萬元最高限額抵押權部分，是余淑貞要幫被上訴人還信用卡卡債，還要幫被上訴人付房貸，但余淑貞之後還了多少，其不清楚，當時我們兄弟姊妹討論設定抵押權時，上訴人並無參與等語（見原審卷第105頁至109頁），參諸上開協議書、余淑貞手寫文件及

證人余淑美證述，僅足認定系爭最高限額抵押權，係余淑貞為代被上訴人清償信用卡債務及房屋貸款本息而設定，然並無證據證明上訴人與被上訴人成立消費借貸合意，亦無從證明上訴人嗣後確有自己或委由余淑貞代理而代為清償被上訴人之信用卡債務或房屋貸款本息，是以被上訴人主張其系爭B債權不存在等語，尚非無據。

②又參諸上訴人所提出之存證信函係記載：「志宏我是你八舅余松泉，當初你媽媽用你的名字設定我的房子…設定金額50萬，以及…2筆土地設定金額100萬，…，我要將合計共150萬給你並且請你至地政事務所塗銷抵押權，…」等語（見原審卷第53頁）。即設定抵押權為余淑貞與被上訴人，並無關於上訴人借款予被上訴人或上訴人代被上訴人清償債務之記載。且證人即代擬系爭存證信函之陳俊霖於原審審理時結證稱：當時被上訴人找其要借錢幫忙塗銷抵押權，其代為寫該存證信函找抵押權人協商，看協商後要借給被上訴人多少錢，被上訴人向其表示是跟被上訴人姊姊一些金錢問題，後來被上訴人姊姊的兒子繼承後有設定，詳細情形應找被上訴人姊姊比較清楚，被上訴人說要賣房子將150萬還給上訴人，請上訴人塗銷抵押權，事實上被上訴人有無欠上訴人這筆錢，其不清楚，後來余淑美說不用再處理，其就沒有過問這件事」等語。亦無從認定上訴人確有代被上訴人清償信用卡債務或房貸合計100萬元。此外，上訴人復未提出其他積極證據證明設定系爭最高限額抵押權前、後，上訴人有借款100萬元予被上訴人，或代被上訴人清償信用卡債務及房屋貸款本息合計100萬元。則上訴人所辯其有代被上訴人清償信用卡債務及房屋貸款本息而成立系爭B債權云云，尚屬無據。

③再查，系爭最高限額抵押權雖在民法物權編前揭最高限額抵押權相關規定於00年0月00日生效施行前即於95年1月3日為設定。惟依民法物權編施行法第17條規定，系爭最高限額抵押權亦有前揭規定之適用，是最高限額抵押權於設定抵押權之際不必有債權存在，縱使約定當初無擔保之債權存在，此乃最高限額抵押權之特性使然。但被上訴人提起本件訴訟確

認系爭最高限額抵押權所擔保系爭B債權不存在，即屬被上訴人於起訴日即111年2月22日向上訴人請求確定系爭最高限額抵押權所擔保系爭B債權數額為何，上訴人雖辯稱兩造間有上開協議書之約定，及上訴人曾拿錢給其母親清償繳付被上訴人積欠之信用卡債務及房屋貸款本息等債務，並有國泰世華銀行業務人員可證云云，然未提出任何積極證據證明其自系爭最高限額抵押權設定登記後迄至被上訴人起訴時確有為被上訴人清償上揭債務；參諸上訴人所提出之協議書、存證信函及手寫資料，均僅足認定係被上訴人之兄弟姊妹（包括上訴人之母余淑貞）與被上訴人間有金錢往來或其他債權債務關係，仍無從認定上訴人與被上訴人間有何借款合意及交付借款之資金往來，且上訴人亦未提出其他證據證明余淑貞係代理上訴人與被上訴人成立借貸關係或交付借款予被上訴人，上訴人所辯余淑貞代理其與被上訴人成立系爭A、B債權云云，仍屬無據。是以被上訴人主張系爭最高限額抵押權所擔保系爭B債權不存在等語，應屬可採。

㈢被上訴人依民法第767條第1項中段請求塗銷系爭普通抵押權，為有理由：

⑴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項中段設有規定。此所謂妨害者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言。而所謂「不法」，僅須所有人對於行為人之妨害，於法令上並無容忍之義務為已足，並非以行為人之妨害具有刑事責任或有民事上無效、得撤銷事由為必要（參見最高法院88年度台上字第2420號民事裁判意旨）。是依前述，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，該抵押權登記之繼續存在，自係對所有權造成妨害，抵押人得請求塗銷除去。

⑵查，系爭普通抵押權所擔保之系爭A債權並不存在，核如前述，則被上訴人主張系爭普通抵押權所擔保之債權不存在，基於民法第767條第1項中段之規定，請求上訴人就附表一所

示土地及建物之系爭普通抵押權設定登記予以塗銷等語，核屬有據。

㈣被上訴人依民法第767條第1項中段請求塗銷系爭最高限額抵押權，為有理由：

⑴按最高限額抵押權得約定其所擔保原債權應確定之期日，並得於確定之期日前，約定變更之。前項確定之期日，自抵押權設定時起，不得逾30年。逾30年者，縮短為30年。前項期限，當事人得更新之，96年3月28日修正公布、同年9月28日施行之民法第881條之4固有明文。惟依民法物權編施行法第17條規定，修正後民法第881條之4第2項規定於修正施行前即設定之抵押權並不適用。查系爭最高限額抵押權設定登記之存續期間為不定期限，有附表二所示土地登記第一類謄本、抵押權設定契約書附於原審卷可稽（見原審卷第31頁至第34頁、第51頁至第52頁），自不受上開規定應縮短為30年之限制，堪先認定。

⑵復按最高限額抵押權所擔保之原債權，因擔保債權之範圍變更或因其他事由，致原債權不繼續發生者；擔保債權所由發生之法律關係經終止或因其他事由而消滅者而確定，民法第881條之12第1項第2、3款定有明文。又按新修正之民法物權編施行法第17條規定：「修正之民法第881條之1至第881條之17之規定，除第881條之1第2項、第881條之4第2項、第881條之7之規定外，於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權，亦適用之」。查，被上訴人於111年2月22日提起本件訴訟，請求確認系爭最高限額抵押權所擔保之債權不存在，並塗銷系爭最高限額抵押權，且上訴人亦稱系爭最高限額抵押權所擔保之債權範圍為其依系爭協議書代償被上訴人所積欠之信用卡債務及房貸之借款債權，是以系爭最高限額抵押權所擔保之債權範圍為系爭協議書所記載之債權，且經被上訴人起訴而終止而告確定，將來亦確定不再發生債權，而系爭最高限額抵押權存續期間所擔保可能發生之系爭B債權，已確定不存在，亦如前述，是以系爭最高限額抵押權顯已妨礙被上訴人就附表二所示土地所有權之完整性，則被上

訴人依民法第767條第1項中段之規定，請求塗銷系爭最高限額抵押權設定登記等語，應屬可採。

㈤綜上所述，上訴人所舉證據不足以證明其與被上訴人間就系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權所擔保之系爭A、B債權之消費借貸關係存在，則被上訴人請求確認系爭A、B債權不存在，並依民法第767條第1項中段之規定，請求塗銷系爭普通抵押權及系爭最高限額抵押權，依法有據，應予准許。原審為被上訴人勝訴之判決，經核於法並無不合。上訴論旨仍執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。

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。

五、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　13　　日

民事第六庭　審判長法　官　楊熾光

法　官　唐敏寶

法　官　戴博誠

正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官　張惠彥

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　13　　日

附表一：

編號	土地、建物坐落（臺中市○○區）	權利範圍	擔保債權額	抵押權設定登記
1	○○段0000號(土地)	18/10000	新臺幣50萬元	臺中市中正地政事務所 收件字號：90年普字第185100號
2	○○段0000號(建物)	1/1		

附表二：

編	土地坐落	權利範圍	擔保債權額	抵押權設定登記

（續上頁）

號	（臺中市南區）			
1	○○段000號	1/12	最高限額 新臺幣100萬元	臺中市中山地政事務所 收件字號：94年普字第439680號
2	○○段000-1號	1/12		