臺灣高等法院臺中分院民事判決

114年度上易字第137號

上　訴　人　高籐倢（原名高靖容）

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　洪錫欽律師

被上訴人　　黃彥彰

訴訟代理人　黃謥蓉律師

上列當事人間請求債務人異議之訴等事件，上訴人對於中華民國113年12月31日臺灣臺中地方法院113年度訴字第890號第一審判決提起上訴，本院於115年4月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決廢棄。

二、確認被上訴人對上訴人所有如附表所示不動產設定如附表編號1、2、3所示抵押權所擔保之債權不存在。

三、被上訴人應將前項抵押權設定登記塗銷。

四、臺灣臺中地方法院111年度司執字第154803號強制執行事件所為之強制執行程序應予撤銷。

五、被上訴人不得持臺灣臺中地方法院111年度司拍字第275號裁定為執行名義對上訴人強制執行。

六、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：本件上訴人於上訴時，曾追加請求「確認被上訴人對上訴人就臺灣臺中地方法院111年度司拍字第275號准予拍賣抵押物裁定所示之債權法律關係不存在。」（見本院卷一第7頁），嗣已撤回此項聲明（見同卷第85頁），此部分請求非本院審理範圍，合先敘明。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張：伊於民國111年3月24日，以其所有如附表所示

不動產，為被上訴人設定如附表編號1、2、3所示抵押權（下合稱系爭抵押權），擔保伊於111年3月7日向被上訴人借貸新臺幣（下同）100萬元之借款（下稱系爭借款或系爭抵押債權）。惟兩造並無消費借貸合意，被上訴人亦未交付系爭借款，系爭抵押債權不存在，被上訴人竟持臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）111年度司拍字第275號拍賣抵押物裁定（下稱系爭拍賣裁定）為執行名義，向臺中地院聲請強制執行，經臺中地院以111年度司執字第154803號拍賣抵押物強制執行事件受理在案（下稱系爭強制執行事件或系爭強制執行程序）。爰提起本件訴訟，請求確認系爭抵押債權不存在、依民法第767條第1項規定請求被上訴人塗銷系爭抵押權、依強制執行法第14條第2項規定請求系爭強制執行程序應予撤銷、依民法第767條第1項、強制執行法第14條第2項規定，擇一請求被上訴人不得執系爭拍賣裁定為執行名義對伊強制執行（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴）。並上訴聲明如主文所示。

貳、被上訴人則以：伊與上訴人之父○○○、訴外人○○○、○○○（下均以姓名稱之）合夥經營○○茶亭小吃店，每人出資額25萬元，○○○之出資額25萬元由伊代墊（下稱系爭代墊出資額）。而後，前開合夥事業解散，由伊與上訴人於110年10月26日另成立合夥契約，但上訴人未給付出資額，且迄至111年1月間之店內設備、生財工具、食材等（下稱店內設施）支出，均由伊代墊。嗣上訴人以75萬元向伊承購店內設施及伊之股份，上訴人復同意就系爭代墊出資額為債務承擔，合計100萬元（下稱系爭100萬元舊債務），兩造乃於111年3月7日簽立借據（下稱系爭借據），協議由上訴人以借款100萬元之新債務，取代上訴人系爭100萬元舊債務，上訴人承諾於1個月內清償，並設定系爭抵押權作為擔保。兩造間確實有系爭抵押債權之債權債務關係，上訴人應就系爭抵押債權不存在負舉證責任等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴駁回。

參、本院之判斷：

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者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。而所謂有即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告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，能以確認判決除去者而言。查上訴人主張以其所有如附表所示不動產，為被上訴人設定系爭抵押權，被上訴人竟持系爭拍賣裁定為執行名義，向臺中地院聲請強制執行，經臺中地院以系爭強制執行程序受理在案等情，為被上訴人所不爭執（見本院卷一第86頁），並有土地建物查詢資料、土地、建築改良物抵押權設定契約書附卷可稽（見本院卷一第49-54、137頁），復經本院調取系爭強制執行事件案卷核卷無訛，堪信為真。上訴人主張系爭抵押債權不存在，為被上訴人所否認，則兩造間就系爭抵押債權存否有爭執，上訴人在私法上之地位有受侵害之危險，此項危險得以確認判決予以除去，上訴人提起本件確認之訴即具有確認利益。

二、次按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，固可由契約當事人自行訂定，此觀民法第861條第1項但書規定即明。然抵押權為不動產物權，依法應經登記始生物權之效力，非經登記不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利，以符登記公示原則。又普通抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為成立之要件，倘若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之設定登記，仍難認其抵押權業已成立。查系爭抵押權設定內容詳如附表所示，係普通抵押權，其中關於「擔保債權總金額」、「擔保債權種類及範圍」並經公示登記為「新台幣1,000,000元」、「111年3月7日之借款」，則依上開說明，被上訴人僅能依該等設定登記內容行使其權利，且依民事訴訟法第277條前段規定，應由被上訴人就系爭抵押債權存在之事實，負舉證責任。被上訴人雖引臺中地院112年度重訴字第111號民事判決，辯稱：債務人異

議之訴應由上訴人舉證系爭強制執行事件之執行名義所示債權不存在等事由先負舉證責任云云，但該案案情與本件不同，且該判決之法律見解對本院亦無拘束力，此部分所辯並不可採。

三、上訴人主張兩造間並無消費借貸之合意，被上訴人亦未交付系爭借款，系爭抵押債權不存在等語，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。按金錢消費借貸，為要物契約，須當事人間互相表示借貸之意思一致，且貸與人將金錢交付借用人，始能成立。依民法第474條第2項規定，當事人間固得約定以當事人之一方對他方負金錢或其他代替物之給付義務作為消費借貸之標的，但依舉證責任分配原則，應由貸與人就該借貸意思互相表示合致及「借用人對貸與人負金錢或其他代替物之給付義務」之事實負舉證之責任。基此，被上訴人自應就：①兩造確有就系爭抵押債權互相表示借貸之合意，且②上訴人對被上訴人負有系爭100萬元舊債務並以之作為系爭借款之標的（要物性）等事實，負舉證責任。

四、關於系爭抵押債權之消費借貸合意部分：

被上訴人抗辯稱：兩造有於111年3月7日互相表示借貸之合意等語，業據其提出與所述相符之系爭借據為憑，而上訴人對於兩造確有於上開時間書立系爭借據，兩造並執系爭借據辦理系爭抵押權之設定登記等節，亦不爭執（見本院卷一第127-128、171-172頁），堪信實在，則兩造確有達成系爭借據所載內容之合意，洵堪認定。上訴人雖稱：被上訴人於111年3月7日夥同綽號○○之男性友人逕至伊住處，要求伊簽立系爭借據並設立抵押權登記，伊要求被上訴人提出○○○之借款證明，被上訴人稱向來皆為現金交付，並未留有相關證明，並告以：「只是簽個保障而已，不會真的去強制執行」，若伊不給個交代則不離去等語，因被上訴人與友人○○皆屬身型魁武之人，伊隻身與2名男子同處一室本就處於弱勢之狀態，伊以為○○○與被上訴人曾情同父子，情急下誤信被上訴人所言應為真實，縱使不能提出借款證明，仍為

求被上訴人盡快離去而同意簽下系爭借據。伊斯時因不諳法律又與父親○○○仍處斷絕往來之狀態，致未能在法定期間依民法第92條第1項規定撤銷其意思表示云云，但為被上訴人所否認，上訴人復未舉證以實其說，自無法遽採。

五、關於系爭抵押債權之要物性部分：

(一)被上訴人雖舉系爭借據為證，且系爭借據記載：「甲方借給乙方新台幣壹佰萬元整，當場以現金全數交乙方親自收訖無誤」等語（見本院卷一第135頁），但上訴人主張被上訴人未交付現金100萬元等語，被上訴人於本院時復自認其未交付現金100萬元予上訴人（見同卷第204頁），改為抗辯稱：上訴人係以新借100萬元清償系爭100萬元舊債務等語，可知兩造間於111年3月7日簽立系爭借據之消費借貸標的並非現金，故系爭借據關於「當場以現金全數交乙方親自收訖無誤」之記載，即與事實不符。被上訴人又辯稱：依一般社會通念，倘人民間具有積欠款項之社會事實，多數人會選擇借據作為書面紀錄云云，但簽立借據之原因不一而足，並不以被上訴人前開所辯為唯一可能，細繹系爭借據，查無隻字片語提及系爭100萬元舊債務之內容，則徒憑系爭借據之內容，無從認定有系爭100萬元舊債務存在之事實。

(二)被上訴人抗辯稱：伊為○○○代墊○○茶亭小吃店之投資款25萬元，後由上訴人債務承擔云云，雖提出○○茶亭小吃店小雞打工之網頁截圖、GOOGLE網頁截圖、註銷同意書為證（見本院卷一第103-105、209頁），並聲請傳喚證人○○○為證。但依前開○○茶亭小吃店小雞打工之網頁截圖、GOOGLE網頁截圖、註銷同意書所示，僅能證明被上訴人與○○○、○○○、○○○合夥經營○○茶亭小吃店，每人出資額25萬元，合計100萬元等情，此亦為上訴人所不爭執（見同卷第131頁），不能證明○○○之出資25萬元係由被上訴人之事實。另證人○○○於本院時結證稱：○○○應該要出資的25萬元，因為○○○並沒有真的拿出出資額，原本我和○○○反對在辦理營業登記時，將○○○登記為股東，但黃彥

彰表示他會幫他出，最後我看到營業登記有登記○○○為股東，所以我認為黃彥彰有幫他出，我沒有看到黃彥彰幫○○○拿現金出資，聽說是黃彥彰幫○○○出資，但原因我不清楚，我聽○○○說黃彥彰、○○○間是借貸關係。至於黃彥彰有沒有將○○○的出資額匯入餐廳帳戶，以及○○○有沒有返還25萬元給黃彥彰，我都不清楚等語（見本院卷二第6、9-10頁），足見證人○○○對於被上訴人有無為○○○代墊出資額25萬元乙事，純係聽聞他人轉述或自行臆測，並未確實見聞被上訴人與○○○間就系爭代墊出資額之商議或交付過程，無從佐證被上訴人此部分所辯為真。上訴人雖主張是因為被上訴人要求伊代償○○○對被上訴人之債務，才簽立系爭借據，但亦陳明有要被上訴人提出債務證明均未獲置理（見本院卷一第145、162、179、198頁），被上訴人又未舉證證明上訴人對於○○○與被上訴人間之系爭代墊出資額確實知曉，尚難單憑上訴人有簽立系爭借據之事實，即遽認被上訴人確有為○○○代墊出資額25萬元。此外，被上訴人未能再舉證以實其說，被上訴人抗辯稱其有為○○○代墊系爭代墊出資額，嗣由上訴人債務承擔云云，尚乏明證，無法遽採。

(三)被上訴人又抗辯稱：○○茶亭小吃店嗣由兩造合夥，但上訴人未給付出資額，且迄至111年1月間之店內設施，均由伊代墊。嗣上訴人向伊承購店內設施及伊之股份合計75萬元云云，為上訴人所否認，陳稱：伊父親○○○有向○○○、○○○購得各25萬元之股份，加計伊父親○○○本身之出資額25萬元，占合夥股份4分之3，伊是基於伊父親之股份繼續經營，不需向被上訴人承購股份，被上訴人亦未提出支出店內設施之開銷證明等語。經查，○○茶亭小吃店原由被上訴人與○○○、○○○、○○○合夥經營，每人登記出資額25萬元，嗣由○○○以各25萬元向○○○、○○○承購該2人之出資額等情，為兩造所不爭執，復經證人○○○結證明確（見本院卷二第7頁），堪信實在。另依被上訴人所提兩造

成立合夥之合夥契約書（見本院卷一第211頁）所示，關於股份係記載被上訴人4萬元、上訴人16萬元。基此，上訴人主張伊父親○○○嗣後有取得○○茶亭小吃店4分之3的股份，伊不需向被上訴人承購股份等語，即有所憑。又被上訴人雖提出兩造結束合夥之註銷同意書（見本院卷一第213頁），但該同意書並未載明上訴人有以75萬元承購被上訴人之股份及店內設施等情事，被上訴人又未能再舉證以實其說，此部分所辯即難憑採。

(四)據上，被上訴人抗辯兩造簽立系爭借據時，約定由上訴人以新借100萬元來清償系爭100萬元舊債務云云，因被上訴人對於系爭100萬元舊債務確實存在乙節未能舉證證明之，上開所辯，即無法遽認為真。是以被上訴人對於系爭抵押債權既抗辯係新債清償之消費借貸關係，但對於消費借貸之要物性又無法證明，依上開說明，無從認定系爭抵押債權成立。是以上訴人主張被上訴人未交付系爭借款，欠缺要物性，並請求確認系爭抵押債權不存在等語，為有理由，應予准許。

六、關於上訴人請求如主文第三、四、五項部分：

(一)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項中段定有明文。查系爭抵押權所擔保之債權為系爭抵押債權，惟被上訴人無法舉證消費借貸之要物性，故系爭抵押債權不存在，業經本院審認如前，則系爭抵押權登記對上訴人所有如附表所示不動產之所有權即有所妨害，依前揭規定，上訴人請求被上訴人塗銷系爭抵押權登記，應予准許。

(二)次按執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴，強制執行法第14條第2項定有明文。另債務人異議之訴係為排除執行名義之執行力，是債務人提起異議之訴，其聲明請求撤銷特定執行事件之執行程序，或請求債權人不得持執行名義對債務人為強制執行，均無不可（最高法院109年度台上字第764

號判決意旨參照）。查被上訴人係執系爭拍賣裁定聲請系爭強制執行程序，已如前述，系爭拍賣裁定無確定判決同一之效力，是以上訴人依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭強制執行事件對上訴人所為之強制執行程序，並請求被上訴人不得執系爭拍賣裁定為執行名義，對上訴人為強制執行，均為有理由，應予准許。至上訴人另依民法第767條第1項規定，選擇合併為同一請求(即被上訴人不得執系爭拍賣裁定為執行名義，對上訴人為強制執行)部分，即無再予審究之必要，附此敘明。

七、綜上所述，上訴人請求確認系爭抵押債權不存在，並依民法第767條第1項規定請求被上訴人塗銷系爭抵押權，依強制執行法第14條第2項規定請求系爭強制執行程序應予撤銷及被上訴人不得執系爭拍賣裁定為執行名義對上訴人為強制執行，自屬正當，應予准許。從而，原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文所示。

肆、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。

伍、據上論結，本件上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　13　　日

民事第三庭　審判長法　官　許旭聖

法　官　蔡建興

法　官　莊嘉蕙

正本係照原本作成。

不得上訴

書記官　廖婉菁

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　13　　日

附表：

編號	地號/建物	登記次序	設定權利範圍	登記內容

1	臺中市○區○○段○○段 000000000地號	00000-000	10000分之351	權利種類：普通抵押權 登記日期：111年3月24日 字號：山普登字第034490號 權利人：黃彥彰 債權額比例：全部***1分之1*** 擔保債權總金額：新台幣1,000,000元 擔保債權種類及範圍：111年3月7日之借款 清償日期：111年3月30日 利息（率）、遲延利息（率）、違約金：均無 其他擔保範圍約定：1.取得執行名義之費用。2.保全抵押物之費用。3.因債務不履行而發生之損害賠償。4.因辦理債務人與抵押權人約定之擔保債權種類及範圍所生之手續費用。 債務人及債務額比例：高靖容，債務額比例1 分之1 權利標的：所有權 設定義務人：高靖容 共同擔保地號：城隍段五小段0000-0000 信義段五小段0000-0000 共同擔保建號：城隍段五小段00000-000
2	臺中市○區○○段○○段 000000000地號	0000-000	10000分之351	
3	臺中市○區○○段○○段 000000000○號	0000-000	1分之1	