臺灣高等法院臺南分院民事判決

112年度上字第71號

上　訴　人　黃金珍
訴訟代理人　鄭淵基律師
上　訴　人　洪錦漳
訴訟代理人　賴鴻鳴律師
　　黃俊達律師
　　陳思紐律師
　　陳妍蓁律師
被上訴人　　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　季佩芃律師
　　鍾奇維

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人等對於中華民國112年1月13日臺灣臺南地方法院第一審判決(110年度訴字第1947號)，提起上訴，本院於113年3月28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等負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

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。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，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，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號裁判參照）。本件被上訴人主張其為上訴人黃金珍之債權人，上訴人等間就黃金珍所有臺南市○○區○○段0000地號土地（權利範圍全部，即如附表一編號1所示土地，下稱系爭土地），於民國（下同）93年1月30日

所設定如附表二所示之抵押權登記（收件字號：93年佳地字第11060號，下稱93年抵押權設定登記），以及於106年6月20日所為如附表二附註所示抵押權權利內容變更登記（收件字號：106年佳地字第49670號，下稱106年抵押權變更登記，並與上開93年抵押權設定登記，下合稱系爭抵押權登記），暨所擔保之債權均不存在，縱然存在亦已罹於時效等情，為上訴人等所否認，則系爭抵押權暨所擔保之債權是否存在，兩造間即有爭執，而被上訴人為黃金珍之債權人，系爭抵押權及其所擔保之債權是否存在，關乎其是否得就系爭土地受償及受償金額之多寡，堪認被上訴人主觀上就其法律上地位確有不安之狀態，且能以確認判決將之除去，是被上訴人請求確認系爭抵押權暨所擔保之債權不存在即有確認利益，先予敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：

㈠其對上訴人黃金珍持有原審法院98年1月20日南院龍96執乾字第48100號債權憑證（下稱系爭債權憑證），為黃金珍之債權人。被上訴人本件請求確認黃金珍所有系爭土地93年抵押權設定登記及於106年抵押權變更登記所擔保之債權不存在，此為消極確認之訴，應由上訴人等就系爭抵押權所擔保之債權存在之事實負舉證責任。倘上訴人等間債權不存在，系爭抵押權即失所附麗，應許被上訴人代位黃金珍請求除去其妨害，請求上訴人洪錦漳塗銷系爭抵押權登記。若本案依上訴人等所述債權性質，債權發生後有時效完成可能，被上訴人為保全權益，自得代位黃金珍主張時效消滅，請求塗銷系爭抵押權登記。

㈡上訴人等僅憑所提出之面額新臺幣（下同）5百萬元、93年1月29日由黃榮南、黃金珍共同簽發、票號000000號之一紙本票（下稱系爭本票），顯無從證明系爭抵押權有擔保之債權存在；如系爭抵押權所擔保之債權為本票債權，其時效應自93年1月29日起算，至96年1月29日消滅時效，再加計民法第

880條所訂之5年除斥期間，系爭抵押權最遲已於101年1月29日消滅。至上訴人等固稱訴外人黃榮南之配偶即訴外人吳雀英於93年2月2日起，每月匯款5,000元至洪錦漳之將軍區農會帳戶。然經被上訴人核對將軍區農會回函，吳雀英早在系爭本票簽發之前於91年9月30日起便陸續每月匯款與洪錦漳，顯見上訴人等無非係欲以他筆還款紀錄援引至本件使用。又上訴人等雖稱106年抵押權變更登記，係因借款皆係黃金珍之長媳使用，其不捨黃榮南與其分擔債務之故。惟依上訴人等所提出之其他特約事項上所載債務人為黃榮南，連帶債務人（連帶保證人）為黃金珍，怎麼會由連帶債務人（連帶保證人）出面承擔所有債務，與常情不符，足認上訴人等所辯不實。

㈢被上訴人爰依民法第242條、第767條第1項中段等規定，提起本訴等語，並求為判決：1.確認上訴人等間就如附表二所示之系爭抵押權及所擔保之債權均不存在。2.洪錦漳應將系爭抵押權設定登記予以塗銷（原審為其勝訴之判決，上訴人等不服，提起本件上訴，爰答辯聲明：上訴駁回）。

二、上訴人等則抗辯以：

㈠黃金珍與黃榮南共同向洪錦漳陸續借款，合計5百萬元，並於93年1月29日共同開立系爭本票，交付洪錦漳作為收訖借款收據，約定清償期限為94年1月29日，並由黃金珍與黃榮南提供如附表一所示不動產設定擔保債權總金額5百萬元之系爭抵押權予洪錦漳，黃金珍、黃榮南復於106年6月5日與洪錦漳協議同意變更抵押權登記，變更後債務人僅為黃金珍一人。詎清償期屆至後，黃金珍與黃榮南並未清償，洪錦漳已於111年2月21日聲請拍賣抵押物，經原審法院裁定准予拍賣抵押物。吳雀英於106年系爭抵押權變更登記前，匯款清償黃金珍及黃榮南共同向洪錦漳抵押借款之債務，變更後黃榮南已非債務人，吳雀英之匯款是清償黃金珍之債務。另吳雀英曾告知洪錦漳每月匯款5,000元清償債務，但不是每次匯款前後均會再告知洪錦漳，故時間一久，便未能第一時間

憶起吳雀英每月匯款5,000元清償債務。

㈡黃金珍與黃榮南共同向洪錦漳陸續借款，且洪錦漳交付借款距今時日已久，已無法記得每筆交付借款之時間、金額及方式，系爭抵押權所擔保之借款請求權，雖於109年1月29日罹於消滅時效，惟洪錦漳已於111年2月21日聲請拍賣抵押物，尚在法定5年除斥期間內，該債權仍屬於抵押權所擔保範圍，抵押權不消滅。

㈢洪錦漳確認黃榮南與黃金珍共同向其陸續借款，吳雀英自90年起每月匯款5,000元至洪錦漳將軍區農會帳戶以清償債務，於93年1月29日上訴人等間會算確認尚未清償之借款債務為5百萬元，黃榮南與黃金珍遂共同開立系爭本票交付洪錦漳，自93年2月起至100年8月吳雀英仍持續每月匯款5,000元至洪錦漳將軍區農會帳戶，共計455,000元；自100年9月起至111年1月吳雀英每月匯款5,000元至黃金妙之將軍區農會帳戶，共計625,000元，合計共1,080,000元，故系爭抵押權所擔保債權餘額為3,920,000元。倘黃金珍與黃榮南未向洪錦漳借款，何以吳雀英願意自90年起每月匯5,000元至洪錦漳或黃金妙帳戶以清償借款等語。

㈣依上，上訴聲明：1.原判決廢棄。2.被上訴人在第一審之訴駁回。

三、兩造不爭執之事實（本院卷第205-206頁）：

㈠上訴人黃金珍為訴外人黃榮南之父，黃榮南之配偶為訴外人吳雀英，上訴人洪錦漳之配偶為訴外人黃金妙，黃金珍為黃金妙之兄，黃榮南為上訴人洪錦漳之員工。

㈡系爭土地為黃金珍所有，黃金珍於93年1月30日，將系爭土地連同附表一編號2至6所示土地，設定系爭抵押權（見原審補字卷第33頁、原審卷一第69至72、101頁）。

㈢黃金珍前曾向被上訴人借款，積欠系爭債權憑證「聲請執行金額」所示金額之借款債務，經被上訴人持系爭債權憑證向原審法院聲請對黃金珍所有之系爭土地為強制執行，經原審法院以110年度司執字第75482號強制執行事件受理後，因系

爭土地經鑑價後核定最低拍賣價額1,866,000元，不足以清償洪錦漳之系爭抵押權，經通知債權人即被上訴人拍賣無實益視為撤回執行（見原審補字卷第23至32頁）。

㈣上訴人等於106年6月5日申請變更抵押權設定登記，將債務人由黃榮南、黃金珍變更為黃金珍一人，並將抵押權之標的變更為僅有系爭土地及附表一編號6之土地等2筆土地，及塗銷附表一編號2至5所示土地之抵押權設定登記（原審卷一第146至154頁）。

㈤洪錦漳於111年2月21日向原審法院聲請拍賣系爭土地及附表一編號6所示土地，經原審法院於111年3月16日以111年度司拍字第28號裁定准予拍賣。洪錦漳持該裁定向原審法院聲請為強制執行，經原審法院以111年度司執字第42662號拍賣抵押物強制執行事件受理。

四、兩造爭執之事項：

被上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在或已罹於時效，並依民法第242條、第767條第1項中段規定代位黃金珍請求洪錦漳塗銷系爭土地上之系爭抵押權登記，是否有理由？

五、得心證之理由：

㈠按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任；民事訴訟法第277條定有明文。次按消極確認之訴，應由被告負立證責任（最高法院19年上字第385號裁判參照）；又按關於確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，即應由被告負舉證責任（最高法院42年台上字第170號裁判參照）。而稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約；民法第474條第1項定有明文。是消費借貸者，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，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，均負舉證之責任（最高

法院98年度台上字第1045號裁判參照）。本件被上訴人起訴主張上訴人等間就系爭土地所設定系爭抵押權所擔保之債權不存在等情，上訴人等既抗辯稱系爭抵押權所擔保之債權為洪錦漳對黃金珍之消費借貸債權，揆諸前揭說明，自應由上訴人等就渠等間有消費借貸契約之意思表示合致且確有交付金錢之事實，負舉證責任。

㈡上訴人等雖辯稱：系爭抵押權所擔保之債權係洪錦漳對黃金珍之消費借貸債權，該債權係屬存在等語，並提出93年抵押權設定登記之土地建築改良物抵押權設定契約書暨其他特約事項、106年抵押權變更登記之土地建築改良物抵押權變更契約書、他項權利證明書、系爭本票及111年度司拍字第28號裁定等為證。經查：

1.按私文書應由舉證人證其真正，但他造於其真正無爭執者，不在此限；民事訴訟法第357條定有明文。查上訴人等所提出93年抵押權設定登記之土地建築改良物抵押權設定契約書暨其他特約事項（見原審卷一第57至59頁）僅係影本，經被上訴人否認該等文書之真正。而臺南市佳里地政事務所（下稱佳里地政）檢送系爭土地於93年抵押權設定登記之相關資料，函覆原審法院稱：系爭土地於93年間為抵押權設定登記時之土地登記申請書件，因已逾土地登記規則第19條所定之保存年限（15年），業經依檔案法規定銷毀，故無原登記申請書資料可提供等語，有佳里地政111年1月5日所登記字第1110001396號函附卷可參（見原審卷一第29頁），此外，復無其他積極證據足以證明該等文書確屬93年抵押權設定登記時由上訴人等所提出申請抵押權登記之文件資料，則上訴人等所提出上開93年抵押權設定登記之土地建築改良物抵押權設定契約書（暨其他特約事項），是否確為93年抵押權設定登記所檢附之資料，已非無疑。

2.縱認上開93年抵押權設定登記之土地建築改良物抵押權設定契約書（暨其他特約事項），係上訴人等於辦理93年抵押權設定登記時即提出之資料，且該設定契約書「申請登記以外

之約定事項」第3項有記載「簽發本票乙紙充為本件抵押之收據不另簽收據」等文義；惟為被上訴人否認上訴人等所提出系爭本票之形式上真正，並主張系爭本票縱係黃金珍與黃榮南所簽發，然否認系爭本票係系爭抵押權辦理設定登記當時即已簽發等情。上訴人等並未提出證據證明系爭本票係系爭抵押權登記當時即已簽發，則系爭本票是否即係上開設定契約書內所載充為收據之本票，尚非無疑。

3. 況按「支票係無因證券，貸與人不能以支票之取得證明借款業已交付借款人」、「交付票據之原因甚多，或為贈與、或為買賣、或為確保當事人間已存在之法律關係、或為消滅已存在之法律關係，非僅囿於金錢借貸一端而已，故除別有證據外，僅為票據之簽發、授受或轉讓，自不足以證明其原因事實」（最高法院84年度台上字第229號、89年度台上字第1082號裁判參照）。查系爭本票係無因證券，貸與人不能以本票之取得證明借款業已交付借款人，故縱洪錦漳持有系爭本票，仍不能以此即認其確已有交付5百萬元借款之事實。又上訴人等所提出106年抵押權變更登記之土地建築改良物抵押權變更契約書、他項權利證明書，至多僅能證明系爭土地原本經黃金珍、黃榮南設立系爭抵押權予洪錦漳，並於106年為抵押權變更登記，惟尚無法證明洪錦漳已交付5百萬元借款予黃金珍或黃榮南之事實。

4. 上訴人等雖辯稱：吳雀英自90年起每月匯5,000元至洪錦漳將軍區農會帳戶以清償債務，於93年1月29日上訴人等間會算確認尚未清償之借款為5百萬元，黃榮南與黃金珍共同開立系爭本票交付洪錦漳，自93年2月起至100年8月吳雀英仍持續每月匯5,000元至洪錦漳將軍區農會帳戶，合計455,000元；吳雀英另自100年9月起至111年1月每月匯款5,000元至黃金妙將軍區農會帳戶，合計625,000元以清償借款。倘黃金珍與黃榮南未向洪錦漳借款，何以吳雀英願意自90年起每月匯款5,000元至洪錦漳或黃金妙帳戶以清償借款云云，並提出吳雀英將軍區農會交易明細表為證（見原審卷一第165

至357頁）。惟查：

⑴依上訴人等所提出吳雀英將軍區農會交易明細表，固堪認吳雀英於前述上訴人等所述時間（如原審卷一第159頁所示）曾有匯款至洪錦漳及黃金妙將軍區農會帳戶內之事實，然匯款之原因法律關係多端，已如上述，尚難僅以吳雀英匯款之事實，即認其目的係在清償黃金珍或黃榮南對洪錦漳之借款債務；且若上訴人等所辯上情為真，則上訴人等於93年抵押權設定登記時，有確認過吳雀英自90年起每月匯款5,000元至洪錦漳將軍區農會帳戶之款項，並會算確認尚未清償之借款債務為5百萬元後，黃榮南與黃金珍始依會算結果共同開立票面金額5百萬元系爭本票交付洪錦漳，並以此金額為93年抵押權設定登記所擔保之債權總金額；而吳雀英在93年抵押權設定登記後，既仍持續按月匯款5,000元以清償該筆借款債務，則上訴人等於106年6月5日申請抵押權權利內容變更登記時，理應再次確認吳雀英已匯款清償之金額，並會算核對兩造間之借款餘額後，變更為以餘額為106年抵押權變更登記所擔保之債權金額，方屬正辦，此對上訴人等而言並無礙難之處，且如此始能保障身為債務人黃金珍之權益，避免日後遭抵押權人洪錦漳主張大於實際債務餘額之權利。惟觀上訴人等於106年抵押權變更登記時所提出之土地登記申請書暨抵押權變更設定登記申請書內，僅申請將債務人變更為黃金珍，並將抵押權之標的之土地減少為僅有系爭土地及附表一編號6土地，至於擔保債權總金額則仍為5百萬元，而未有任何減少（見原審卷一第146至149頁），此抵押債權金額5百萬元未減，反而減少抵押擔保之債務人及土地4筆等情形，顯與常情不符。是尚難認吳雀英按月匯款5,000元至洪錦漳或黃金妙帳戶之目的，確係在清償黃金珍或黃榮南對洪錦漳之借款債務。

⑵上訴人等雖辯稱：黃金珍與黃榮南共同向洪錦漳陸續借款，且洪錦漳交付借款距今時日已久，已無法記得每筆交付借款時間、金額及方式云云，除未能敘明交付借款之時間並提出

相關證據資料外，並稱係「黃金珍與黃榮南」共同向洪錦漳陸續借款。然經原審法院詢問「何以106年要為抵押權變更登記？」時，上訴人等復陳稱：因黃金珍向洪錦漳表示借款係由長媳拿去花用，次子黃榮南並未實際花用，卻由黃金珍與黃榮南均作為債務人，黃金珍實感不捨，故就原屬於黃榮南對洪錦漳之債務，由黃金珍為債務承擔，洪錦漳亦表示同意，故上開債務就由黃金珍一人承擔任債務人，並塗銷原設定為抵押權之附表一編號2至5所示4筆土地，106年抵押權變更登記後，黃榮南已非債務人等語（見原審卷二第319至321頁），惟上訴人等仍未就其所辯上開為抵押權變更之登記真實緣由舉證以實其說，且依上訴人等所辯，向洪錦漳所借款項實際上既非黃榮南花用，而係由黃金珍長媳花用；且黃榮南既自106年抵押權變更登記後已非債務人，則黃榮南之配偶吳雀英則更無繼續按月匯款至洪錦漳或黃金珍之將軍區農會帳戶以清償洪錦漳借款債權之必要。由此益見上訴人等辯稱吳雀英匯款目的係用以清償洪錦漳對黃金珍及黃榮南之借款債權云云，實非可採為有利上訴人等之認定。

⑶復參以被上訴人於110年11月23日提起本訴後，洪錦漳始於111年2月21日向原審法院聲請拍賣抵押物（即系爭土地及附表一編號6土地），且其聲請拍賣抵押物狀係稱：「相對人（即黃金珍）與黃榮南共同向聲請人（即洪錦漳）陸續借款合計5百萬元，…約定清償期限為94年1月29日…詎料，清償期屆至後，黃金珍與黃榮南並未清償，聲請人爰依法請求鈞院裁定准予拍賣抵押物」等語，黃金珍並於111年3月22日收受上開原審法院於同年月16日製作之111年度司拍字第28號裁定，有附於該拍賣抵押物事件卷宗之前揭書狀及送達證書可參。其後上訴人等於111年4月8日提出之抗辯亦稱：「詎料，清償期屆至後，黃金珍與黃榮南並未清償，洪錦漳已於111年2月21日聲請拍賣抵押物，經鈞院111年3月22日准予拍賣抵押物裁定」、「系爭抵押權登記所擔保之債權係該5百萬元借款債權，該債權確實存在」等語（見原審卷一第53、

73頁），嗣上訴人等於111年4月18日言詞辯論期日仍稱：「（問：5百萬元是否有受償？）均未受償」等語（見原審卷一第80頁），而否認洪錦漳所借出之款項有任何受償之情。遲至111年5月24日始提出答辯，辯稱：洪錦漳對黃金珍及黃榮南之借款債權，自系爭抵押權登記時起，已由吳雀英按月匯款5,000元而為部分清償云云（見原審卷一第155至156頁）。苟吳雀英匯入洪錦漳、黃金妙之將軍區農會帳戶內之款項，確係用以清償黃金珍、黃榮南對洪錦漳之借款債務，因吳雀英並非借款債務人，黃金妙並非債權人，吳雀英理當對債權人即洪錦漳及債務人即黃金珍言明其所匯前揭款項均是要清償上開借款債務，以保障借貸雙方之權益才是。上訴人等雖辯稱吳雀英曾告知洪錦漳每個月匯款5,000元係要清償借款債務云云（見原審卷二第321頁），然其並未就此提出證據資料為證，且如吳雀英確有告知上訴人等上情，以上訴人等所辯吳雀英自93年2月2日起至111年1月27日止將近18年間，持續按月匯款5,000元，共計已清償高達1,080,000元之金額，衡情上訴人等豈有不知之理；又怎會於被上訴人提起本訴後，上訴人等先陳稱洪錦漳之借款債權均未受償，遲至111年5月24日始具狀改稱在111年4月18日言詞辯論期日後，已經黃榮南告知吳雀英有按月匯款5,000元以清償上開借款債務等語（見原審卷一第155-156頁），齟齬不一之情，顯有未合。

⑷上訴人等前雖陳稱：從93年2月2日起每月匯款5,000元計455,000元，加上100年9月起至111年1月止，吳雀英皆有按月匯款5,000元至洪錦漳之配偶即訴外人黃金妙之將軍區農會帳戶，共計625,000元，合計1,080,000元云云；惟為何還款金流不匯至債權人洪錦漳之帳戶中？且洪錦漳於被上訴人110年11月23日提出本訴後，於111年2月21日始聲請拍賣系爭土地等抵押物裁定（見原審卷二第314-315頁、卷一第73-74頁）；且上開聲請狀明示黃金珍積欠其5百萬元，至本件111年4月18日在原審開庭時仍為同樣表示（見原審卷一第80

頁）後，嗣上訴人等於111年5月24日始向原審表示先前有償還紀錄，還款金額為1,080,000元（見原審卷一第155-156頁）；惟上訴人等卻又另於111年10月13日提出之答辯三狀卻表示已還款80萬元（見原審卷二第321頁），一再齟齬不一，實有矛盾。顯見上訴人等上開所辯，除前後顯有矛盾外，亦與常情相違，所辯尚無足採。上訴人等間就借款之合意、交付暨如何清償，洵非有據。

㈢依上所述，以上訴人等所提之證據資料，均尚難認定系爭抵押權所擔保之債權確係存在，此外上訴人等復未提出其他積極證據證明洪錦漳已將5百萬元借款交付黃金珍或黃榮南，則上訴人等辯稱：系爭抵押權所擔保之債權為洪錦漳對黃金珍或黃榮南之借款債權，且洪錦漳確有交付5百萬元借款，而對黃金珍或黃榮南有借款債權存在云云，僅係上訴人等單方無法查與事實相符之唯一陳述，難遽認可採為有利上訴人等之論據。上訴人等所辯：其已無法記得每筆交付借款之時間、金額及方式，系爭抵押權所擔保之借款請求權，雖於109年1月29日罹於消滅時效，惟洪錦漳已於111年2月21日聲請拍賣抵押物，尚在法定5年除斥期間內云云，既無借款之合意及交付，即於法不合。

㈣又按系爭抵押權為一般抵押權，並非最高限額抵押權，有系爭土地登記謄本在卷可稽（見原審卷一第101頁）。因抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記（最高法院84年度台上字第167號、84年度台上字第2924號裁判參照）。本件既難認定洪錦漳已交付借款與黃金珍或黃榮南，而與黃金珍、黃榮南成立消費借貸契約，系爭抵押權所擔保之債權即不存在，系爭抵押權亦失所依附而無由成立（此與抵押權設定時當事人另行約定以將來可發生之債權為被擔保債權之最高限額抵押權不同）。從而，被上訴人主張洪錦漳並未實際交付借款5百萬元與黃金珍、黃榮南，黃金珍、黃榮南與洪錦漳

間並未實際成立消費借貸契約，系爭抵押權所擔保之債權並不存在等語，應為可採。

㈤末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。再按民法第242條規定，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，依抵押權之從屬性，有抵押權而怠於行使塗銷抵押權登記者，其債權人為保全債權，代位請求抵押權人就抵押權辦理塗銷登記，自屬有據。查系爭土地為黃金珍所有，黃金珍前曾向被上訴人借款，目前尚積欠如系爭債權憑證「聲請執行金額」所示金額之借款債務，被上訴人為黃金珍之債權人等情，為兩造所不爭執，而觀諸系爭債權憑證「聲請執行金額」欄所示黃金珍積欠之本金部分即有4,323,534元（見原審補字卷第25頁），惟黃金珍名下雖有數筆田賦、土地，然其價值總額僅有2,577,066元，有黃金珍108、109年度稅務電子閘門財產所得調件明細表可參（見限閱卷）；又系爭抵押權所擔保之債權並不存在，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權因失所附麗而不存在等節，業經本院認定如上，則被上訴人主張黃金珍迄未請求洪錦漳塗銷系爭抵押權登記（設定登記及權利內容變更登記），而有怠於行使權利之情形，並使被上訴人之債權實現受有妨害，被上訴人為保全其對黃金珍之債權，揆諸前揭規定，代位黃金珍請求洪錦漳應將系爭抵押權設定登記及權利內容變更登記予以塗銷，即屬有據。

六、綜上所述，上訴人等間並無系爭抵押權所擔保之借款債權存在，系爭抵押權因無從依附而成立。從而，被上訴人請求確認上訴人等間就系爭土地於93年1月30日所為系爭抵押權設定登記（收件字號：93年佳地字第11060號），及於106年6月20日為權利內容變更登記（收件日期：106年6月5日，收件字號：106年佳地字第49670號）如附表二所示之抵押權，所擔保之債權均不存在，並請求洪錦漳應將系爭抵押權設定登記及權利內容變更登記予以塗銷，自屬正當，應予准許。

從而原審所為上訴人敗訴之判決，理由雖不盡相同，但結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

七、本件事證已明，兩造其餘之攻擊或防禦方法及舉證，核與本判決之結果不生影響，爰毋庸逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　25　　日

民事第四庭　　審判長法　官　張世展

法　官　陳春長

法　官　莊俊華

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，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日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　26　　日

書記官　楊宗倫

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵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院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表一：

編號	種類	地號	權利範圍
1	土地	臺南市○○區○○段0000地號	全部
2	土地	臺南市○○區○○段000地號	全部
3	土地	臺南市○○區○○段000地號	全部
4	土地	臺南市○○區○○段000地號	3分之1
5	土地	臺南市○○區○○段000地號	3分之1
6	土地	臺南市○○區○○段000地號	3分之1

附表二：

地號	面 積	設定權利範圍 抵押權順位	擔保債權總金額 清償日期	債務人	抵押權人	登記日期	收件字號
臺南市○○區○○段0000地號土地	771 平 方公尺	全部 第一順位	新臺幣5,000,000元 94年1月29日	黃金珍	洪錦漳	93年1月30日	佳地字第11060號
附註：93年1月30日抵押權設定登記時，債務人為黃榮南、黃金珍等2人，共同擔保地號為同段000、000地號土地（權利範圍全部）、同段000、000、000地號土地（權利範圍3分之1）；嗣於106年6月5日上訴人等申請抵押權權利內容變更登記，將債務人變更為僅有黃金珍1人，並將系爭抵押權設定之標的變更為僅有系爭土地及同段000地號土地，及塗銷同段000、000、000、000地號土地之抵押權設定登記。上開抵押權權利內容變更登記之申請，經佳里地政所以106年佳地字第49670號抵押權權利內容變更登記收件後，於106年6月20日異動完成（原審卷二第359頁）。							

附件：

原判決主文：

確認被告間就被告黃金珍所有坐落系爭土地（權利範圍全部），於93年1月30日所設定登記（收件字號：93年佳地字第11060號），及於106年6月20日為權利內容變更登記（收

件字號：106年佳地字第49670號）如附表二所示之抵押權，所擔保之債權均不存在。

被告洪錦漳應將前項抵押權設定登記及權利內容變更登記均予以塗銷。