

臺灣高等法院臺南分院民事判決

113年度上易字第126號

上訴人 陳金治

訴訟代理人 黃志文律師

視同上訴人 劉易智（原名劉大群）

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 季佩苧律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國113年2月23日臺灣嘉義地方法院第一審判決（111年度訴字第706號）提起上訴，本院於113年10月17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陳金治負擔。

事實及理由

一、按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體，民事訴訟法第56條第1項第1款定有明文。本件被上訴人主張上訴人陳金治就劉易智（原名劉大群，下稱劉易智）所有坐落嘉義市○○段000地號、權利範圍：6分之1之土地（下稱系爭土地）設定如原判決附表一編號2所示之抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保之債權不存在，抵押權亦歸於消滅，為此提起確認抵押債權不存在之訴暨代位劉易智請求陳金治塗銷系爭抵押權設定登記等語，經核訴訟標的有合一確定之關係，雖僅陳金治一人提起上訴，惟其提起上訴之行為，係有利於原審共同被告劉易智，按諸上揭規定，應認劉易智亦視同提起上訴，爰併列為上訴人。

二、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

01 確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且
02 此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院
03 52年台上字第1240號裁判意旨參照）。查本件被上訴人為劉
04 易智之債權人，曾向法院聲請對劉易智所有之系爭土地聲
05 請強制執行，經原法院以111年度司執字第22323號受理。惟
06 陳金治為系爭土地之抵押權人，系爭土地所設定之抵押權及
07 抵押債權所擔保之債權是否存在，即攸關被上訴人之普通債
08 權是否能受償。是以，被上訴人提起本件訴訟，請求確認陳
09 金治及劉易智間之抵押權所擔保之抵押債權不存在，即有受
10 確認判決之法律上利益，應予准許。

11 三、被上訴人主張：劉易智前向臺南區中小企業銀行股份有限公
12 司（下稱臺南企銀，已於民國95年3月23日更名為京城商業
13 銀行股份有限公司）借款新臺幣（下同）750萬元，因未依
14 約清償，臺南企銀持原法院87年度促字第4683號支付命令為
15 執行名義聲請強制執行，經原法院於88年4月11日以87年度
16 執字第5779號核發債權憑證及歷經數次繼續執行，均未獲清
17 償，迄今劉易智尚積欠被上訴人519萬5,237元及利息、違約
18 金。系爭土地為劉易智所有，劉易智於110年8月30日設定系
19 爭抵押權予陳金治，伊雖對系爭土地聲請強制執行，因系爭
20 土地有設定系爭抵押權，不足清償優先債權及執行費用，致
21 無拍賣實益，而再核發債權憑證。惟陳金治無法舉證證明其
22 與劉易智有借貸合意及交付借款之事實，且系爭抵押權擔保
23 之債權已特定為110年8月27日之金額消費借貸，難認其二人
24 間有系爭抵押權所擔保之債權存在，況陳金治辯稱劉易智自
25 97年間起就陸續向其借款至少有482萬7,800元，然系爭抵押
26 權所擔保債權金額卻僅300萬元，顯不合理。再者，系爭抵
27 押權之清償日期記載為140年，屆時陳金治已高齡95歲，陳
28 金治稱設定抵押權係為養老之用，顯與經驗法則及論理法則
29 相違，故系爭抵押權所擔保之債權是否存在，顯屬有疑。另
30 陳金治所辯前述借款時間與系爭抵押權設定之時間相差甚
31 遠，且陳金治自承其最後1筆借予劉易智之時間為110年1

01 月，難認系爭抵押權之設定與前述借款有對價關係，亦即劉
02 易智對陳金治先負有債務，事後始設定抵押權予陳金治作為
03 擔保，系爭抵押權之設定係屬無償行為，已妨礙被上訴人藉
04 由強制執行程序受償之權益等語，爰先位依民法第242條、
05 第767條第1項中段規定，請求確認系爭抵押權及所擔保之債
06 權不存在，陳金治應塗銷系爭抵押權設定登記，備位依民法
07 第244條第1、4項規定，請求撤銷系爭抵押權設定之物權行
08 為，陳金治應塗銷系爭抵押權設定登記。原審為伊勝訴判
09 決，並無不當等語。答辯聲明：上訴駁回。（原審判命原審
10 被告劉大陣與劉易智間就系爭土地設定之360萬元抵押權所
11 擔保債權不存在，劉大陣應塗銷該抵押權設定登記部分，未
12 據聲明不服，不在本院審理範圍內。）

13 四、上訴人部分：

14 (一)陳金治則以：劉易智自97年間起，陸續向伊借款如原判決附
15 表二（下稱附表二）所示金額，雖曾償還如附表二備註欄所
16 示金額，尚積欠至少482萬7,800元，且劉易智於110年8月27
17 日曾開立本票予伊，及設定系爭抵押權以擔保前述積欠之借
18 款，並經劉易智陳述屬實，伊與劉易智間就系爭抵押權所擔
19 保之債權存在；又依最高法院107年度台上字第1200號判決
20 意旨，抵押權實行時，有抵押權擔保之債權存在即可，不限
21 於抵押權存續期間發生之債權，始為抵押權擔保之範圍，因
22 此，系爭抵押權於110年8月30日設定登記時，陳金治對劉易
23 智確實有300萬元之債權，則系爭抵押權自屬有效。況劉易
24 智於110年8月27日開立面額300萬元之本票（下稱系爭本
25 票）予伊，則110年8月27日當日確亦有債務發生，被上訴人
26 主張伊並未於110年8月27日交付款項予劉易智，因此系爭抵
27 押權不成立，顯屬無據。劉易智對於陳金治之欠款目前尚未
28 全部償還，歷年來多次向陳金治表示願償還借款，可見劉易
29 智一再承認對上訴人之債務，則系爭抵押權擔保債權自未因
30 時效而消滅。又劉易智係因對伊負有借款債務，乃將系爭土
31 地設定系爭抵押權予伊，系爭抵押權之設定與借款間有對價

01 關係，並非無償行為，且依被上訴人提出之土地登記謄本，
02 被上訴人至遲於111年4月14日即已知悉劉易智設定系爭抵押
03 權予伊，被上訴人直至112年5月間方依民法第244條追加請
04 求撤銷系爭抵押權登記，已逾民法第245條規定之1年除斥期
05 間等語，資為抗辯。並聲明：原判決廢棄，被上訴人在第一
06 審之訴駁回。

07 (二)劉易智則以：伊因向陳金治借款無法償還，乃設定系爭抵押
08 權予陳金治，伊積欠陳金治之金額已逾3、400萬元，陳金治
09 僅要求設定300萬元之抵押權。再者，伊曾多次向陳金治表
10 示願償還借款，故被上訴人主張伊與陳金治間債務不存在或
11 時效已消滅，均屬無據等語，資為抗辯。並聲明：原判決廢
12 棄，被上訴人在第一審之訴駁回。

13 五、兩造不爭執之事實：

14 (一)劉易智於83年3月20日向臺南區中小企業銀行（於95年3月23
15 日更名為京城商業銀行股份有限公司）借款70萬元，因未清
16 償，經被上訴人聲請原法院核發支付命令確定（原法院87年
17 度促字第4683號支付命令），並持該支付命令聲請強制執
18 行，經原法院於88年4月11日以87年度執字第5779號核發債
19 權憑證及有歷經數次繼續執行，均未獲清償。迄今劉易智尚
20 積欠被上訴人519萬5,237元之本金及利息、違約金。

21 (二)坐落嘉義市○○段000地號土地即系爭土地，為劉易智所
22 有，劉易智於110年8月30日設定擔保債權總金額300萬元之
23 抵押權（即系爭抵押權）予陳金治，依據土地建物查詢資料
24 之記載，擔保債權種類及範圍：「民國110年8月27日金額消
25 費借貸、清償日期中華民國140年8月26日。其他擔保範圍約
26 定：債務不履行之賠償金，強制執行之費用」。

27 六、得心證之理由：

28 (一)劉易智前向臺南企銀行借款750萬元，因未清償，經臺南企
29 銀行持支付命令聲請強制執行，經原法院以87年度執字第57
30 79號核發債權憑證及歷經數次繼續執行，及再經聲請原法院
31 以111年度司執字第22323號強制執行受理在案，惟因有抵押

01 權設定，不足清償優先債權及執行費用，致無拍賣實益，而
02 再核發債權憑證，均未獲清償，劉易智尚積欠被上訴人519
03 萬5,237元及利息、違約金等。又劉易智將其所有系爭土
04 地，設定系爭抵押權予陳金治等情，為兩造所不爭執，並有
05 被上訴人提出之原法院87年度執字第5779號債權憑證、繼續
06 執行紀錄表影本、111年11月16日嘉院傑111司執吉字第2232
07 3號執行命令、經濟部95年3月24日經授商字第00000000000
08 號函、土地登記第二類謄本影本、借據影本附卷可憑（原審
09 卷一第17-19、23、25-30頁、卷二第59頁），以及土地建物
10 查詢資料、嘉義市地政事務所111年12月16日嘉地登字第000
11 000000號函及檢附110年嘉地字第000000號登記申請案在卷
12 可佐（原審卷一第39-41頁、第43-54頁），上開事實，堪可
13 認定。

14 (二)按確認法律關係不存在之訴，如被告抗辯其法律關係存在
15 時，應由被告負舉證責任，而普通抵押權成立上之從屬性，
16 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
17 時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得
18 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
19 事實。故原告主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認
20 者，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院110年度台上字
21 第3286號判決意旨參照）。被上訴人否認劉易智、陳金治間
22 系爭抵押權所擔保借款債權債務關係存在，依前揭說明，自
23 應由劉易智、陳金治就系爭抵押權擔保之借款債權存在之事
24 實負舉證之責。經查：

25 1.劉易智固曾簽發票面金額300萬元之系爭本票予陳金治收
26 執，並經陳金治聲請原法院於112年3月10日以112年度司促
27 字第1940號核發支付命令確定乙情，有本票影本、支付命令
28 及確定證明書影本附卷可查（原審卷一第193、231-233
29 頁），惟本院審酌系爭本票發票日期為110年8月27日，較諸
30 系爭抵押權登記之日即110年8月30日，雖無相距過久之情，
31 然劉易智簽發系爭本票，原因多端，自難僅憑本票之交付，

01 遽認陳金治有交付借款之事實，且票據執票人自認其執有票
02 據之原因為消費借貸時，對於其已交付借款事實仍應負舉證
03 責任，自不能僅以本票即證明雙方有消費借貸之合意及交付
04 借款之事實。再者，系爭本票之發票日為110年8月27日，且
05 無到期日之記載，視為見票即付，並以提示日為到期日，而
06 陳金治卻遲至112年3月始聲請核發前述支付命令，該日期係
07 在被上訴人於111年12月9日對劉易智、陳金治提起本件訴訟
08 （按：原審起訴狀繕本對其二人均係111年12月20日寄存於
09 應送達地之派出所，原審卷一第57、61頁）之後，顯然陳金
10 治係因知悉被上訴人提起本件訴訟後，始對劉易智行使權
11 利，佐以陳金治於原審到庭陳稱：我跟劉易智是朋友，認識
12 20幾年了等語（原審卷二第111頁），可見其等間確實有一
13 定之情誼，因此，尚不能僅以陳金治對劉易智核發支付命
14 令，而劉易智未為異議而確定遽認其二人間有前述借貸債權
15 存在。

16 2. 劉易智、陳金治雖均辯稱其二人間之借款債權確實存在，且
17 有交付借款之事實，且係由陳金治自97年間起陸續提領如附
18 表二所示金額並交付，劉易智雖曾償還如附表二備註欄所示
19 金額，尚積欠至少482萬7,800元等語，且有陳金治臺灣銀行
20 ○○分行000000000000號、000000000000號帳戶存摺存款歷
21 史明細批次查詢資料等件為證（原審卷一第79-192頁）。然
22 自帳戶提領款項之原因甚多，諸如贈與、給付買賣價金、給
23 付承攬款項等等，不一而足，前述證據僅能證明陳金治分別
24 於附表二所示日期自金融機構提領款項之事實，取得款項後
25 之資金流向為何，不得而知，且附表二所示提款日期，與抵
26 押權設定契約記載之擔保債權「110年8月27日金額消費借
27 貸」內容不相符合，亦無從得知提出或存入陳金治該帳戶為
28 何使用或何人之金錢，難逕認附表二所示提款之目的即係出
29 於消費借貸，亦不足認陳金治有將附表二所示金額交付予劉
30 易智之事實。再參以陳金治於原審陳稱：劉易智雖然有還
31 （錢），我沒有安全感，就要求設定抵押，錢是我要養老用的

01 等語（原審卷二第111頁），然經與陳金治所述如附表二之
02 借款金額及其時間，自97年2月間迄於110年8月26日止，累
03 積金額已有數百萬元，其中99年11月4日98萬元、99年11月1
04 5日50萬元、104年6月15日50萬元、108年3月4日當天各30萬
05 元、60萬元等較大金額款項之情形，則前述金額尚非小額，
06 其既自陳因無安全感及要供養老需要，豈有不在數筆大筆借
07 貸當時，即要求書立借據，以及設定抵押權以為擔保，竟遲
08 至借款金額累積數百萬元時才要求設定抵押權，此外，系爭
09 抵押權之清償日期約定為140年8月26日（陳金治43年7月生，
10 屆期已為97歲年齡），且劉易智自陳系爭土地價值僅約89萬
11 元，陳金治竟願意貸與數百萬元給劉易智，經核上情均顯與
12 一般借貸金錢及設定抵押權之常情相違，而難採信。

13 3. 況系爭抵押權登記之擔保債權總金額、種類及範圍：「民國
14 110年8月27日金額消費借貸、清償日期中華民國140年8月26
15 日。其他擔保範圍約定：債務不履行之賠償金，強制執行之
16 費用。」（不爭執事項(二)後段），則系爭抵押權擔保之債權應
17 是擔保劉易智、陳金治間於「110年8月27日」所成立之借貸
18 債權，則劉易智、陳金治抗辯其二人間有如附表二所示之借
19 款，亦核與抵押權登記擔保之債權債務成立日期不同，要難
20 證明如附表二所示日期成立之債權與系爭抵押權所擔保之11
21 0年8月27日之借貸債權，係屬同一筆債權，是劉易智、陳金
22 治二人間縱使有如附表二所示之借款債權，亦不在系爭抵押
23 權所擔保之債權範圍內，應可認定。

24 4. 證人郭有群於原審固結證稱：我在108年年初向劉易智借款
25 兩遍三次，第一次借到現金35萬元，第二次我開口要借120
26 幾萬元，拿到30萬元現金，剩下的部分則是用匯款的，兩次
27 現金都是在臺灣銀行見面交錢的，都是交給之前在一起的已
28 經往生的媽祖代言人，我都有在現場，至於匯款不是匯到我的
29 的帳戶；我不知道劉易智借我錢的來源，我是要請劉易智幫
30 忙，不然蓋到一半的宮廟會被拆除。我知道是他向別人借
31 的，但他向誰借的我不知道；我是在過關之後就有問劉易

01 智，他說是向陳金治借的錢；兩次都是陳金治在臺灣銀行把
02 錢拿給劉易智，劉易智再把錢拿給我那位媽祖代言人朋友，
03 匯款與第二次拿30萬元現金同一天，我有看到陳金治走進去
04 臺灣銀行匯款，我和我朋友及劉易智都在臺灣銀行外面等等
05 語(原審卷一第343-345頁)。經核證人郭有群先證稱：借款
06 時不知道劉易智向誰借的，過關後才知道劉易智是向陳金治
07 借的云云，嗣後卻又改稱：兩次借款有看到陳金治在臺灣銀
08 行把錢拿給劉易智，以及有看到同一天陳金治走進臺灣銀行
09 匯款云云，其前後證述顯然互相矛盾，則其證述已難採信，
10 況原審法院質之「你都在現場了，你怎麼不知道是陳金治借
11 錢給劉易智，再由劉易智將錢交給你朋友的，你怎麼不知道
12 是陳金治借錢的？」，證人郭有群則稱：這個我一概不問，
13 是事後才詢問劉易智的等語(原審卷一第345頁)，由證人
14 郭有群此部分之證述，足認即使郭有群有向劉易智借款，然
15 其於借款之時，並不知悉借款來源，至多是事後聽劉易智轉
16 知而得，是證人郭有群上開證言，無法證明劉易智、陳金治
17 間有借貸合意及交付借款之事實。

18 5. 證人陳奧佞於原審結證稱：我經常聽劉易智提及他向陳金治
19 借貸的事情；四年多前，那次劉易智載我要去布袋看一位生
20 病的朋友，他順便到銀行的門口，那次陳金治拿15萬元現金
21 給劉易智，那時我坐在車裡。我有問劉易智為何向陳金治拿
22 錢，他說是向她借錢，細節我就沒有多問了。劉易智口頭說
23 是借了15萬元，沒有現場點等語(原審卷一第347頁)，本院
24 審酌證人陳奧佞雖證稱其聽劉易智提及他向陳金治借貸的事
25 情，而且其有一次在四年多前親自見到陳金治交付金錢予劉
26 易智，然劉易智多次向陳金治借貸之情事，以及四年多前陳
27 金治交付15萬元款項之用途，均係證人聽聞劉易智單方轉
28 述，自難以證人陳奧佞上開證述資為有利於劉易智與陳金治
29 前述抗辯之依據。

30 6. 至上訴人援引最高法院91年度台上字第1955號、107年度台
31 上字第1200號、109年度台上字第522號民事判決意旨，抗辯

01 抵押權實行時，有抵押權擔保之債權存在即可，不限於抵押
02 權存續期間發生之債權，始為抵押權擔保之範圍云云，然觀
03 諸前開判決之案例情形與本件並不相同，已難比附援引，且
04 系爭抵押權並非最高限額抵押權，則關於抵押權設定登記前
05 所交付之借款，基於經驗法則，應認與抵押權設定之時間密
06 接，且金額相同或極接近，始得認定係系爭抵押權擔保之債
07 權範圍，然縱認劉易智、陳金治其二人間有如附表二所示之
08 消費借貸債權存在，惟該消費借貸之時間與系爭抵押權之設
09 定時間相差距離達數年至十幾年，且債權金額與系爭抵押權
10 擔保之借貸金額300萬元亦不相同，因此，要難認如附表二
11 所示之消費借貸債權屬於系爭抵押權擔保之債權範圍。

12 7.依上所述，劉易智、陳金治所舉上開證據，均不足以證明其
13 二人間有消費借貸債權存在，並有交付款項之事實，且縱使
14 其二人間有消費借貸債權存在，亦非系爭抵押權擔保之債權
15 範圍，因此，被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存
16 在，應可採認。

17 (三)被上訴人依民法第242條、第767條，代位請求陳金治應塗銷
18 系爭抵押權登記，為有理由：

19 1.債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之
20 名義，行使其權利。又所有人對於無權占有或侵奪其所有物
21 者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。
22 有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第242條前
23 段、第767條第1項分別定有明文。又抵押權為擔保物權，以
24 擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失
25 所附麗，縱有抵押權登記亦屬無效，抵押人得請求塗銷（最
26 高法院103年度台上字第393號判決意旨參照）。

27 2.劉易智、陳金治間就系爭土地所為系爭抵押權設定行為，既
28 無受擔保債權存在，已如前述。依前揭抵押權之從屬性，系
29 爭抵押權應認亦歸於消滅。又不動產上有抵押權設定登記之
30 形式外觀存在，對抵押物所有權之圓滿狀態自有妨害，系爭
31 土地所有權人即劉易智自得基於妨害除去請求權，請求抵押

01 權人即陳金治塗銷系爭抵押權之登記。又劉易智於系爭土地
02 未除去抵押權登記之前，被上訴人前述強制執行之拍賣最低
03 價額無足以清償對被上訴人之債務，劉易智復未提出其尚有
04 其他資產可供清償被上訴人之債權，卻怠於行使請求塗銷系
05 爭抵押權登記之權利，已致被上訴人之債權難以受償，而有
06 害於被上訴人債權之實現，被上訴人為劉易智之債權人，為
07 保全其債權，依民法第242條前段之規定，主張代位劉易智
08 行使民法第767條第1項中段所定之權利，請求陳金治將系爭
09 抵押權之設定登記塗銷，自屬有據，應予准許。又本院既認
10 被上訴人之先位聲明為有理由，即毋庸就備位聲明另為裁
11 判，附此說明。

12 (四)至上訴人聲請傳訊證人林妤嫻，以證明劉易智向陳金治借
13 款，用以轉借予郭有群，以及郭有群因積欠他人債務，無法
14 以自身帳戶收受匯款，乃請林妤嫻收受款項後轉交予郭有
15 群，然林妤嫻僅係單純提供帳戶之人，其就劉易智、郭有群
16 與陳金治間之借貸關係部分，應僅係聽聞他人轉述，是其證
17 言尚無法證明劉易智向陳金治借款之事實，且縱使得證明其
18 二人間有消費借貸債權存在，亦非系爭抵押權擔保之債權範
19 圍，已如前述，因此，本院認無再傳訊證人林妤嫻之必要，
20 附此敘明。

21 七、綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不
22 不存在，並代位劉易智請求陳金治將系爭抵押權設定登記予
23 以塗銷，均為有理由，應予准許。從而，原審為上訴人敗訴
24 之判決，並無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改
25 判，為無理由，應予駁回其上訴。

26 八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及舉證，核與
27 判決之結果不生影響，爰不一一論述，併此敘明。

28 九、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1
29 項、第78條，判決如主文。

30 中 華 民 國 113 年 11 月 7 日

31 民事第四庭 審判長法官 翁金緞

01

法 官 周欣怡

02

法 官 林福來

03 上為正本係照原本作成。

04 本件不得上訴。

05

中 華 民 國 113 年 11 月 7 日

06

書記官 鄭鈺瓊