

臺灣高等法院民事判決

108年度上易字第1278號

上訴人 花旗(台灣)商業銀行股份有限公司

法定代理人 莫兆鴻

訴訟代理人 廖建台律師

被上訴人 陳炯銘

謝坤宗

上一人

訴訟代理人 陳忠儀律師

陳家祥律師

上列當事人間請求代位清償債務事件，上訴人對於中華民國108年8月30日臺灣臺北地方法院108年度訴字第412號第一審判決提起上訴，並為訴之變更，本院於109年7月14日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

謝坤宗應給付新臺幣壹佰壹拾捌萬伍仟肆佰伍拾肆元，及其中新臺幣壹佰壹拾陸萬肆仟零壹拾玖元自民國一百零一年二月十七日起至民國一百零四年八月三十一日止，按年息百分之二十計算之利息；暨自民國一百零四年九月一日起至清償日止，按年息百分之十五計算之利息予陳炯銘，並由上訴人代為受領。

變更之訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之；但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第4款定有明文。又在第二審為訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回時，第一審就原訴所

01 為判決，自當然失其效力；第二審法院應專就新訴為裁判，無
02 須更就該判決之上訴為裁判。本件上訴人原依民法第244條第2
03 項、第4項規定，聲明(一)被上訴人陳炯銘、謝坤宗就如附表一
04 所示土地及建物（下稱系爭不動產）之所有權，以買賣為原因
05 所為之債權及物權行為，均應撤銷，(二)謝坤宗於民國103年3月
06 5日就系爭不動產所為之不動產移轉登記應予塗銷，並回復為
07 陳炯銘所有。嗣上訴人因在本院審理中得知被上訴人間之抵押
08 權有流抵約定，且有民法第873條之1第2項前段之適用，陳炯
09 銘怠於行使該權利，依同法第242條規定請求謝坤宗將抵押物
10 價值超過擔保債權部分返還予陳炯銘，並由上訴人代位受領，
11 而訴之變更為：「謝坤宗應給付新臺幣（下同）118萬5,454
12 元，及其中116萬4,019元自101年2月17日起至104年8月31日
13 止，按年息20%計算之利息；暨自104年9月1日起至清償日止，
14 按年息15%計算之利息予陳炯銘，並由上訴人代為受領。」

15 （見本院卷1第317至319頁），謝坤宗雖不同意上訴人為訴之
16 變更，惟上訴人請求之基礎事實同一，核與上開規定相符，應
17 予准許。上訴人在本院訴之變更合法，原訴因而視為撤回，本
18 院應專就新訴為裁判。

19 二、陳炯銘經合法通知未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第
20 386條所列各款情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為
21 判決。

22 貳、實體方面

23 一、上訴人主張：伊為陳炯銘之債權人，陳炯銘於88年4月12日向
24 上訴人申辦信用卡，至100年8月2日止，尚欠本金116萬4,019
25 元及利息、違約金未為清償。陳炯銘向謝坤宗借款，將系爭不
26 動產於100年7月25日設定最高限額抵押權4,400萬元予謝坤宗
27 （100年大安字第211680號收件，下稱A抵押權），並定有流
28 抵約款，嗣陳炯銘未清償借款，將系爭不動產所有權移轉予謝
29 坤宗，於103年3月5日完成登記。系爭不動產所有權移轉予謝
30 坤宗時之價值為1億4,000萬元，於扣除陳炯銘向謝坤宗借款3,
31 700萬元、謝坤宗代陳炯銘清償第一順位抵押權人渣打國際商

業銀行股份有限公司（下稱渣打銀行）（陳炯銘於98年8月28日設定最高限額抵押權7,740萬元予渣打銀行，98年大安字第245780號收件，下稱B抵押權）之抵押債權5,809萬1,010元後，尚有差額4,490萬8,990元，陳炯銘卻未要求謝宗坤返還，其怠於行使民法第873條之1第2項前段之權利，伊為其債權人，爰依民法第242條，代位請求謝坤宗將抵押物價值超過擔保債權部分，返還陳炯銘，並由伊代為受領。求為命：謝坤宗應給付陳炯銘118萬5,454元，及其中116萬4,019元自101年2月17日起至104年8月31日止按年息20%計算之利息，暨自104年9月1日起至清償日止，按年息15%計算之利息，並由上訴人代為受領。

二、謝坤宗則以：伊與陳炯銘間就系爭不動產設定A抵押權之契約並無流抵約款，伊不知何謂「流抵」。然移轉系爭不動產係因陳炯銘知悉積欠之債務已達系爭不動產價值，便合意移轉系爭不動產予伊抵充債務，核屬代物清償，而非行使流抵約款。又系爭不動產之移轉既屬代物清償，無論系爭不動產與陳炯銘積欠伊之債務是否相當，雙方債之關係均歸消滅，因此上訴人請求伊將抵押物價值超過擔保債權部分返還予陳炯銘，並由上訴人代領，即無理由等語，資為抗辯。

三、陳炯銘經合法通知，未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

四、上訴人為陳炯銘之債權人，原執行名義債權金額為122萬3,408元，及其中本金116萬4,019元自101年2月17日起至清償日止，按年息20%計算之利息，因執行金額不足清償債權，原法院發101年度司執公字第104167號債權憑證予上訴人，目前上訴人對陳炯銘之債權金額為：118萬元5,454元，及其中116萬4,019元自101年2月17日起至104年8月31日止，按年息20%計算之利息，暨自104年9月1日起至清償日止，按年息15%計算之利息。陳炯銘原為系爭不動產之所有權人，於100年7月25日為謝宗坤設定A抵押權，於103年3月4日送件103年大安字第044510號以買賣為原因辦理所有權移轉登記予謝坤宗，於同年月5日登記

完畢之事實，為兩造所不爭執（見本院卷2第63至64頁），並有原法院101年度司執公字第104167號債權憑證、土地及建物謄本、土地登記申請書在卷（見原審卷第17至23頁、第55至69頁，本院卷1第111至117頁、第175至193頁），堪信為真實。

五、上訴人依民法第242條、第873條之1第2項前段規定，代位請求謝坤宗將抵押物價值超過擔保債權部分之上訴人債權金額範圍返還陳炯銘，並由上訴人代為受領，為被上訴人所拒。經查：

(一)陳炯銘於100年7月25日設定A抵押權予謝坤宗，最高限額擔保債權總金額4,440萬，並有流抵約定。

1. 民法第881條之1第1項規定：「稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。」同法第873條之1第1項規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人。」，按於抵押權設定時或擔保債權屆清償期前，約定債權已屆清償期，而債務人不為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，須經登記，始能成為抵押權之物權內容，發生物權效力，而足以對抗第三人。抵押權設定契約，約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，謂之流抵約款，因流抵約款乃抵押權實程序之一種，如妥適運用自足以促進抵押物價值之極大化。

2. 陳炯銘（義務人兼債務人）於100年7月25日就系爭不動產設定A抵押權予謝坤宗（權利人），抵押權設定契約書記載：權利人義務人雙方同意設定(1)最高限額抵押權，特訂立本契約：土地標示...(8)流抵約定：雙方同意債權已屆清償而未為清償時，本抵押物所有權移屬抵押權人；建物標示...(16)流抵約定：雙方同意債權已屆清償而未為清償時，本抵押物所有權移屬抵押權人，(18)擔保債權總金額4,440萬元，(19)擔保債權種類及範圍：本抵押物擔保範圍包括債務人對權利人本宗抵押權設定所衍生現在包括過去所負現在尚

01 未清償及將在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債
02 務包括借款、票據、本票保證債務，(20)擔保債權確定期日
03 101年1月24日，(22)利息無，(23)遲延利息無，(24)違約金
04 按每萬元每日20元計算至清償日止（見本院卷1第115、117
05 頁），可知A抵押權擔保債權總金額為4,440萬元，並有流
06 抵約定，且上開「流抵約定：雙方同意債權已屆清償而未為
07 清償時，本抵押物所有權移屬抵押權人」)之文字均為已印
08 就之文字，並非手寫。

- 09 3. 謝坤宗本人於109年5月27日準備程序到場表示：伊不知什麼
10 是流抵，伊是全權委託代書幫伊處理云云（見本院卷2第7
11 頁），惟謝坤宗同日亦陳稱：100年7月陳炯銘第一次向伊借
12 款時，伊和陳炯銘約定只要陳炯銘沒有還錢，伊可以將系爭
13 不動產過戶等語（筆錄見本院卷2第9頁），此「只要陳炯銘
14 沒有還錢，謝坤宗可以將系爭房地過戶」之約定，與抵押權
15 設定契約書中「雙方同意債權已屆清償而未為清償時，本抵
16 押物所有權移屬抵押權人」之流抵約定意旨相符，可知謝坤
17 宗與陳炯銘於抵押權設定時，確實有流抵約定。陳炯銘前於
18 98年8月28日就系爭不動產設定B抵押權予渣打銀行，第一
19 順位抵押權人渣打銀行於101年8月20日持拍賣抵押物裁定向
20 原法院聲請制執行，謝坤宗於同年9月28日具狀聲明參與分
21 配，主張其對謝坤宗有4,500萬元之債權，於4,400萬元範圍
22 內受最高限額抵押權之擔保等語，並檢附借據、本票、抵押
23 權設定契約書、他項權利證明書、支票為證，其中「抵押權
24 設定契約書」及「他項權利證明書」均印刷載明「流抵約
25 定：雙方同意債權已屆清償而未為清償時，本抵押物所有權
26 移屬抵押權人」，有原法院101年度司執字第87305號拍賣抵
27 押物卷宗及參與分配卷宗可稽（下分別稱系爭強制執行卷
28 宗、系爭參與分配卷宗，影本見本院外放卷）。謝坤宗與陳
29 炯銘所約定「未還錢可將系爭不動產過戶」，即為流抵約
30 定，與抵押權設定契約書所載之「流抵約定 雙方同意債權
31 已屆清償期而未為清償時，本抵押物所有權移屬於抵押權

人」意旨相符，且A抵押權設定完畢後，謝坤宗所持之抵押權設定契約書及他項權利證明書均有流抵約定之記載，嗣後聲明參與分配時並附上該等文件，則其抗辯不知道何謂流抵，抵押權設定登記書上「流抵」字樣乃代書自行填上云云，並不足採。

(二)A抵押權之最高限額為4,440萬元，謝坤宗僅得於4,440萬元範圍內行使抵押權。

1. 民法第881條之2第1項規定：「最高限額抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利。」第2項規定：「前項債權之利息、遲延利息、違約金，與前項債權合計不逾最高限額範圍者，亦同。」蓋最高限額抵押權者，乃為預定抵押物應擔保債權之最高限額所設定之抵押權，抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利，該原債權之利息、遲延利息及違約金，與該原債權，合計不逾最高限額範圍者，為抵押權效力所及，如超過該限額者，其即非擔保效力所及。最高限額抵押權人僅得於其約定之最高限額範圍內，行使抵押權。

2. 陳炯銘於100年7月25日設定A抵押權予謝坤宗，最高限額擔保債權總金額4,440萬，業已上(一)所述。原法院101年度司執字第87305號渣打銀行拍賣抵押物執行事件，謝坤宗於101年9月28日提出參與分配聲明狀記載：陳炯銘因經營事業需資金周轉，於100年7月25日向伊商借3,700萬元，陳炯銘為擔保前揭借款之清償，開立面額3,700萬元之本票交予伊收執，並於同日另將其所有系爭不動產設定最高限額4,440萬元之最高限額抵押權予伊，嗣陳炯銘復因資金周轉需求，委由其父陳義雄與其母另於同年10月27日向伊另行商借780萬元，並約定利息為20萬元，陳炯銘為擔保前揭借款之清償，開立面額800萬元之本票及咏億貿易有限公司為發票人面額800萬元之支票予伊，綜上，伊對陳炯銘確有4,500萬元債權，且上開債權於4,440萬元之範圍內受最高限額抵押權之

擔保，依強制執行法第32條第1項、第34條第2項規定，聲明就上開4,500萬元債權金額聲明參與分配等語，並提出3,700萬元借據、如附表二所示面額3,700萬元及800萬元本票為證，有系爭參與分配卷宗可稽。謝坤宗所提陳炯銘100年7月25日借據記載：「立借據人陳炯銘於100年7月25日持台北市○○區○○○段00號22F之3的土地房屋做為擔保向謝坤宗借款新台幣參仟柒佰萬元，因要做為我公司的週轉金，預計101年1月24日還款」（見系爭參與分配卷宗影本第5頁，本院卷1第277頁），關於3,700萬元借款之交付，謝坤宗抗辯業於同年月28日依陳炯銘指示匯款1,400萬元予許高維、匯款2,300萬元予梁明德，並提出匯款單及銀行本票申請單為證（見本院卷1第287至288頁），又陳炯銘之父陳義雄於105年12月13日在原法院105年度易字第787號損害債權刑事案件證稱：跟謝坤宗借款3,700萬元跟800萬元（筆錄見原法院105年度易字第787號卷第99頁，該刑事判決見原審卷第33頁），可知陳炯銘向謝坤宗借款4,500萬元。陳炯銘雖向謝坤宗借款4,500萬元，然因A抵押權之最高限額為4,440萬元，故謝坤宗僅得於4,440萬元範圍內行使抵押權。

(三)謝坤宗於103年3月5日將系爭不動產以買賣原因所有權移轉登記，為行使流抵。

1. 上訴人主張：陳炯銘因無法清償借款，將系爭不動產所有權移轉予謝坤宗，於103年3月5日完成登記，為行使流抵。謝坤宗抗辯：陳炯銘將系爭不動產移轉予伊，係因陳炯銘知悉積欠之債務已達系爭不動產價值，便合意移轉系爭不動產予伊抵充債務云云。
2. 陳炯銘與謝坤宗書立103年2月26日土地所有權買賣移轉契約書、建築改良物所有權買賣移轉契約書，於同年3月4日向地政機關送件，並於同年月5日完成所有權移轉登記予謝坤宗，有土地謄本、建物謄本、臺北市大安地政事務所檢送之103年大安字第044510號土地登記申請書全卷影本在卷（見原審卷第55至69頁，本院卷1第175至207頁）。陳炯銘於105年

01 12月13日在原法院105年度易字第787號損害債權刑事案件陳
02 稱：103年2月26日土地所有權移轉契約書上伊的私章，是在
03 第1次借款3,700萬元時將資料交出去給別人蓋的，代書告訴
04 伊這都是制式的，不是在103年2月26日蓋的，應該是在100
05 年蓋的等語（審判筆錄見原法院105年度易字第787號刑事卷
06 第108頁）。謝坤宗於105年12月13日在原法院刑事庭證稱：
07 103年2月26日土地所有權買賣移轉契約書、建築改良物所有
08 權買賣移轉契約書早已經蓋好了，在設定抵押權、信託登記
09 時，就已經連買賣過戶的文件跟章做好了，就是空白格式有
10 蓋章等語（審判筆錄見原法院105年度易字第787號刑事卷第
11 103頁）。可知在100年7月25日設定A抵押權時，謝坤宗已
12 同時提出空白格式的買賣契約書由陳炯銘蓋好章，嗣後謝坤
13 宗於103年2月26日填妥買賣契約書之內容後，即持之以向地
14 政機關辦理系爭不動產所有權移轉登記。謝坤宗在本院陳
15 稱：當初100年7月陳炯銘第1次向伊借款時，伊和陳炯銘有
16 約定只要陳炯銘沒有還錢，日期一到伊就可以過戶，103年3
17 月5日是伊去過戶，伊跟陳炯銘說再不還錢伊就要去過戶，
18 陳炯銘就拜託伊不要過戶，能不能再給他寬限，伊說不行已
19 經給過很多次機會，伊就去辦過戶等語（見本院卷2第9
20 頁），足見因陳炯銘屆期未為清償，謝坤宗依借款設定A抵
21 押權時之約定，將系爭不動產所有權過戶，與A抵押權之抵
22 押權設定契約書及他項權利證明書所載「流抵約定 雙方同
23 意債權已屆清償而未為清償時，本抵押物所有權移屬抵押權
24 人」相符，為行使流抵。謝坤宗抗辯係透過雙方合意之代物
25 清償契約為之云云（見本院卷1第416頁），並不足採。

- 26 3. 另謝坤宗抗辯：行使流抵應按土地登記規則第117條之1申請
27 人應於登記申請書適當欄記明確依民法第873條之1第2項規
28 定辦理，並簽名，因此過戶並非行使流抵云云（見本院卷1
29 第415頁）。土地登記規則第117條之1第1項規定：「申請抵
30 押權設定登記時，契約書訂有於債權已屆清償期而未為清償
31 時，抵押物之所有權移屬於抵押權人之約定者，登記機關應

於登記簿記明之；於設定登記後，另為約定或變更約定申請權利內容變更登記者，亦同。」第2項規定：「抵押權人依前項約定申請抵押物所有權移轉登記時，應提出第34條及第40條規定之文件，並提出擔保債權已屆清償期之證明，會同抵押人申請之。」第3項規定：「前項申請登記，申請人應於登記申請書適當欄記明確依民法第873條之1第2項規定辦理，並簽名。」，然依103年3月5日所有權移轉登記當時有效之102年10月2日「登記原因標準用語」，「買賣」係「含土地登記規則第117條之1規定流抵約款」（見本院卷1第467頁，該規定迄今相同），即登記原因標準用語中，買賣係包含流抵約款。謝坤宗上開所辯，並不足採。

(四)系爭不動產依民法第873條之1規定結算後，尚剩餘價值3,279萬6,900元。

1. 民法第873條之1第2項規定：「抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保債權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償。」其立法理由為：「因抵押權旨在擔保債權之優先受償，非使抵押權人因此獲得債權清償以外之利益，故為第1項之流抵約款約定時，抵押權人自負有清算義務，抵押物之價值如有超過債權額者，自應返還抵押人，爰增訂第2項約定。本項並明定抵押物價值估算之基準時點，為抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，以杜抵押物價值變動之爭議。又計算抵押物之價值時，應扣除增值稅負擔、前次序抵押權之擔保債權額及其他應負擔之相關費用等，自屬當然。」，抵押權人因實行流抵約款而移轉抵押物所有權時，負有與抵押人清算之義務，如抵押物價值超過擔保物權部分，抵押權人負有返還抵押人之義務，以避免實行流抵約款時，抵押權人獲取超過抵押物之價值利益，該義務發生之時點及債務結算暨抵押物價值估算之基準點，為抵押權人請求抵押人為抵押物所有權移轉之時。又前次序抵押債權受擔保清償價值，於次順位抵押權兼流抵債權人於清算時，應先扣除之，而保留於

01 抵押物所有權之價值內，即流抵契約之債權人所取得者，乃
02 一附加擔保清償前次序抵押債權之負擔之抵押物。

- 03 2. 系爭不動產因謝坤宗實行流抵約款，將所有權移轉登記予謝
04 坤宗，登記日期為103年3月5日，原因發生日期為103年2月2
05 6日，土地所有權買賣移轉契約書、建築改良物所有權買賣
06 移轉契約書之立約日期均為103年2月26日，有土地及建物謄
07 本、臺北市大安地政事務所檢送之103年大安字第044510號
08 土地登記申書在卷（見原審卷第55至69頁，本院卷1第175至
09 193頁），依上1.之說明，債務結算暨抵押物價值估算之基
10 準點，為謝坤宗（抵押權人）請求陳炯銘（抵押人）為抵押
11 物所有權移轉之時，即103年2月26日（下稱結算基準時
12 點）。系爭執行事件中，由揚捷不動產估價師事務所於101
13 年9月17日鑑定系爭不動產價值為1億2,333萬4,076元，由吳
14 元興建築師事務所於同年10月26日鑑定系爭不動產價值為1
15 億3,255萬6,010元，有系爭執行事件卷宗可稽（見外放系爭
16 執行卷1第17至31頁）。上訴人主張：系爭不動產抵押權人
17 請求抵押人為抵押物所有權之移轉時之價值為1億4,000萬
18 元，因103年2月同社區大廈（東帝士花園廣場）類似樓層及
19 坪數（22樓126.06坪，系爭不動產為22樓及23樓126.01坪）
20 之不動產實價登記成交價格為1億4,000元，並提出成交行情
21 之實價登錄表為證（見本院卷1第357頁）。謝坤宗先具狀
22 以：執行法院二次鑑價結果之平均數1億2,794萬5,043元，
23 作為101年9、10月間之系爭不動產價值，又臺北市政府地政
24 局統計之大安區住宅價格指數顯示，101年第4季指數為102.
25 97、103年第1季指數為111.22，以此計算系爭不動產於103
26 年3月間（即103年第1季）之市價為1億3,819萬6,054元（計算
27 式：127,945,043/102.97×111.22=13,819萬6,054）（109年
28 2月20日民事答辯狀第4頁見本院卷第1第266頁），復於109
29 年4月20日準備程序中表示：如答辯狀所載，系爭不動產價
30 值約1億3,800餘萬元，上訴人主張是1億4,000萬元，雖然不
31 相同，但是都是合理範圍（筆錄見本院卷1第454頁）。則依

101年間執行法院鑑價資料、臺北市地政局統計之大安區住宅價格指數計算103年第1季價格1億3,819萬6,054元，及103年2月同社區類似樓層實價成交價格1億4,000萬元，二合理範圍價格之平均數為1億3,909萬8,027元〔計算式： $(138,196,054 + 140,000,000) / 2 = 139,098,027$ 〕，應可作為結算基準時點之系爭不動產價值。至謝坤宗本人於109年5月27日準備程序到場陳稱：結算基準時點系爭不動產市價約為1億2,000萬元，因伊當時準備要賣給別人，有人出價1億1,800萬元云云（筆錄見本院卷2第8頁），並未提出證據證明，尚難採信，且縱當時果真有人出價1億1,800萬元，然該價格並非成交價格，無從認為係當時之市價，附此敘明。

3. 計算抵押物之價值時，應扣除增值稅負擔、前次序抵押權之擔保債權額及其他應負擔之相關費用等，茲分述如下：

(1)應扣除土地增值稅381萬0,117元。

本件土地增值稅為194萬8,222元、186萬1,895元，共計381萬0,117元，納稅義務人為陳炯銘，有土地增值稅繳款書在卷（見本院卷1第297至298頁），應予扣除。至被上訴人主張之契稅23萬6,790元、2萬4,734元，固據提出103年契稅繳款書（見本院卷1第301至302頁），惟依契稅條例第4條規定，買賣契約應由買受人申報納稅，而依上開契稅繳款書之記載，納稅義務人為謝坤宗，並非陳炯銘，不得在本件結算時扣除。

(2)應扣除前次序即第一順位抵押權之擔保債權5,809萬1,010元。

陳炯銘於98年8月28日設定最高限額抵押權7,740萬元即B抵押權予渣打銀行。第一順位抵押權人渣打銀行101年8月20日強制執行聲請狀記載請求標的金額為5,781萬6,229元，請求實現之權利為：(一)4,482萬4,671元，及自101年1月21日起至清償日止，按年息1.95%計算之利息，暨自101年2月21日起至清償日止，逾期6個月以內者，按上開利率10%，超過6個月者，按上開利率20%計付違約金；(二)1,299

萬1,558元，及自101年1月21日起至清償日止，按年息1.95%計算之利息，暨自101年2月21日起至清償日止，逾期6個月以內者，按上開利率10%，超過6個月者，按上開利率20%計付違約金，有系爭強制執行卷宗可稽（影卷外放）。則陳炯銘對於第一順位抵押權人渣打銀行之債務為5,781萬6,229元（計算式： $44,824,671 + 12,991,558 = 57,816,229$ ），及自101年1月21日起至清償日止，按年息1.95%計算之利息，暨自101年2月21日起至清償日止，逾期6個月以內者，按上開利率10%，超過6個月者，按上開利率20%計付違約金，謝坤宗於102年3月22日清償第一順位抵押權人完畢，清償後渣打銀行開立清償證明，清償金額為1,293萬8,986元、4,468萬0,204元、47萬1,820元，共計5,809萬1,010元（計算式： $12,938,986 + 44,680,204 + 471,820 = 58,091,010$ ），有渣打銀行清償匯款指示單及匯款回條聯在卷（見本院卷1第291至294頁）。此部分應予扣除。

(3)謝坤宗於103年2月26日請求陳炯銘為系爭不動產所有權移轉時之價值為1億3,909萬8,027元，扣除增值稅負擔381萬0,117元、第一順位抵押權（抵押權人渣打銀行）之擔保債權額5,809萬1,010元、第二順位抵押權（抵押權人謝坤宗）之擔保債權額4,440萬元（如上(二)所述）後，為3,279萬6,900元（計算式： $139,098,027 - 3,810,117 - 58,091,010 - 44,400,000 = 32,796,900$ ）。

4. 謝坤宗對陳炯銘，除已結算之擔保債權金額4,440萬元之外，尚有非擔保債權757萬5,120元。

(1)謝坤宗對陳炯銘，除已結算之擔保債權金額4,440萬元之外，尚有借款之本金及本票利息債權631萬1,178元。

⊖借款債權本金60萬元。

①陳炯銘於100年7月25日設定A抵押權予謝坤宗，最高限額擔保債權總金額4,440萬，謝坤宗於100年7月25日借款予陳炯銘3,700萬元，陳炯銘書立借據，且為擔保

前揭借款之清償，開立面額3,700萬元之本票交予謝坤宗，陳炯銘又由其父母另於同年10月27日向謝坤宗借款780萬元、利息20萬元，陳炯銘為擔保前揭借款之清償，開立面額800萬元之本票交予謝坤宗，業如上(二)所述。謝坤宗除抵押權擔保範圍4,440萬元部分已結算扣除（如上(二)、(四)3.(3)所載）之外，謝坤宗對陳炯銘另有債權，應計算至結算基準日。先予敘明。

②謝坤宗對陳炯銘之借款債權本金4,500萬元，扣除抵押權擔保範圍金額4,440萬元後，為60萬元（計算式：45,000,000-44,400,000=600,000）。

㊟借款4,500萬元之本票利息為571萬1,178元。

①陳炯銘所簽發如附表二編號1面額3,700萬元之本票，依謝坤宗主張自到期日101年1月25日起（見本院卷1第264頁）至結算基準日103年2月26日止，計763日，該本票按年息6%計算之利息為464萬0,712元（計算式：37,000,000×6%×763/365=4,640,712，小數點以下4捨5入，以下同）。

②附表二編號2面額800萬元之本票，依謝坤宗主張自本票發票日100年12月5日起（見本院卷1第264頁）至103年2月26日止，計814日，該本票按年息6%計算之利息為107萬0,466元（計算式：8,000,000×6%×814/365=1,070,466）。

③謝坤宗抗辯：就3,700萬元部分，依被上證2抵押權設定資料（即A抵押權設定契約書），違約金每萬元每日20元計算至清償日止，自101年1月25日至系爭不產過戶日103年3月4日止，違約金為5,698萬元；就800萬元部分，依抵押權設定資料，違約金每萬元每日20元計算至清償日止，自101年1月25日至系爭不產過戶日103年3月4日止，違約金為1,232萬元等語（見本院卷1第264至265頁）。經查：陳炯銘100年7月25日借據記載：「立借據人陳炯銘於100年7月25日持台北市○○

01 區○○○段00號22F之3的土地房屋做為擔保向謝坤宗
02 借款新台幣參仟柒佰萬元，因要做為我公司的週轉
03 金，預計101年1月24日還款」，並無利息及違約金之
04 約定（見系爭參與分配卷宗影本第5頁，本院卷1第277
05 頁），又陳炯銘所開立如附表二所示本票面額各為3,7
06 00元及800萬元之本票，本票右側「記載欄」之利息及
07 違約金之利率均為空白（見系爭參與分配卷宗影本第6
08 頁、第11頁，本院卷1第278頁、第289頁），另陳炯銘
09 之父陳義雄於105年12月13日在原法院105年度易字第7
10 87號損害債權刑事案件證稱：跟謝坤宗借款3,700萬元
11 跟800萬元，沒有約定利息及清償期等語（筆錄見原法
12 院105年度易字第787號卷第99頁，該刑事判決見原審
13 卷第33頁），可知被上訴人間就消費借貸及本票並未
14 約定利息及違約金。此外，謝坤宗未再舉證證明其與
15 陳炯銘之債權契約有違約金之約定，應認被上訴人之
16 債權契約並未約定利息及違約金。陳炯銘及謝坤宗所
17 簽A抵押權設定契約書固記載「(24)違約金按每萬元
18 每日貳拾元計算至清償日止」（見系爭參與分配卷宗
19 影本第8頁，本院卷1第117頁），惟抵押權擔保契約書
20 屬物權契約，擔保物權係在擔保債權之清償，依抵押
21 權之從屬性，陳炯銘與謝坤宗間之債權契約既無違約
22 金之約定，即不能認為謝坤宗對陳炯銘有違約金債權
23 存在，縱令物權契約有違約金之記載，亦難認為謝坤
24 宗對陳炯銘有違約金債權存在。謝坤宗此部分抗辯，
25 並不足採。

26 ④陳炯銘向謝坤宗借款4,500萬元本票之利息計算至結算
27 基準日之金額為571萬1,178元（計算式：4,640,712+
28 1,070,466=5,711,178）。

29 ⑤綜上，謝坤宗對陳炯銘，除已結算之擔保債權金額4,440
30 萬元之外，尚有借款之本金債權60萬元、本票利息債權57
31 1萬1,178元，共計631萬1,178元。

01 (2)謝坤宗承受渣打銀行債權之利息及違約金債權126萬3,942
02 元。

03 ㊟謝坤宗代陳炯銘清償對第一順位抵押權人渣打銀行之債務
04 5,809萬1,010元，此部分屬第一順位抵押權擔保範圍，已
05 於結算時扣除，詳見上(四)3.(2)所載。先予敘明。

06 ㊟謝坤宗代陳炯銘清償對渣打銀行之債務後，依民法第312
07 條承受渣打銀行對陳炯銘之債權，即本金5,781萬6,229元
08 (詳見上(四)3.(2)所載)及自代為清償之次日102年3月23
09 日起至結算基準日103年2月26日止，計341日，按年息1.9
10 5%計算之利息，及按上開利率20%計付違約金，金額為126
11 萬3,942元〔計算式： $57,816,229 \times (1.95\% + 1.95\% \times 2$
12 $0\%) \times 341/365 = 1,263,942$ 〕。

13 (3)綜上，謝坤宗對陳炯銘，除已結算之擔保債權金額4,440萬
14 元之外，尚有借款之本金、本票利息債權631萬1,178元，
15 及承受渣打銀行債權之利息及違約金債權126萬3,942元，
16 共計757萬5,120元(計算式： $6,311,178 + 1,263,942 = 7,5$
17 $75,120$)。

18 (五)上訴人代位請求謝坤宗給付陳炯銘，由上訴人代位受領，為
19 有理由。

20 1. 民法第242條本文規定：「債務人怠於行使其權利時，債權
21 人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。」第243條
22 本文規定：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任
23 時，不得行使。」是債務人苟怠於行使其權利，債權人為
24 保全其債權，於債務人負遲延責任時，得以自己之名義，
25 行使其權利。

26 2. 上訴人為陳炯銘之債權人，原執行名義債權金額為122萬3,
27 408元，及其中本金116萬4,019元自101年2月17日起至清償
28 日止，按年息20%計算之利息，因執行金額不足清償債權，
29 原法院發101年度司執公字第104167號債權憑證予上訴人，
30 目前上訴人對陳炯銘之債權金額為：118萬5,454元，及其
31 中116萬4,019元自101年2月17日起至104年8月31日止，按

01 年息20%計算之利息，暨自104年9月1日起至清償日止，按
02 年息15%計算之利息，為兩造所不爭執（見本院卷2第63至6
03 4頁），並有原法院101年度司執公字第104167號債權憑證
04 在卷（見原審卷第17至23頁），陳炯銘對上訴人已負遲延
05 責任。陳炯銘並無財產稅總歸戶財產，僅有投資財產及股
06 利憑單所得，有全國財產總歸戶財產查詢清單、財產所得
07 調件明細表在卷（見原審卷第25頁，本院限閱卷第33至34
08 頁），惟積欠多家銀行借款及卡債，有財團法人金融聯合
09 徵信中心會員報送授信資料明細及信用卡資料明細可稽
10 （見本院卷1第257至258頁），足認陳炯銘已陷於無資力。

11 3. 系爭不動產原為陳炯銘所有，因謝坤宗實行流抵，將所有
12 權移轉登記予謝坤宗，謝坤宗依民法第873條之1第2項規
13 定，負有結算之義務，結算基準時點為103年2月26日，斯
14 時系爭不動產價值為1億3,909萬8,027元，扣除增值稅負擔
15 381萬0,117元、第一順位抵押權（抵押權人渣打銀行）之擔
16 保債權5,809萬1,010元、第二順位抵押權（抵押權人謝坤
17 宗）之擔保債權4,440萬元後，尚剩餘價值3,279萬6,900
18 元。另謝坤宗對陳炯銘尚有非擔保債權757萬5,120元，扣
19 除後，謝坤宗應返還陳炯銘2,522萬1,780元（計算式：32,
20 796,900－7,575,120＝25,221,780）。

21 4. 陳炯銘積欠上訴人債務，已負遲延責任，又別無其他財產
22 足以償還該債務，卻怠於向謝坤宗行使民法第873條之1第2
23 項前段之權利，致陷於無資力，危害上訴人之債權，上訴
24 人為保全其債權之必要，依民法第242條規定，代位陳炯銘
25 依民法第873條之1第2項前段規定，訴請謝坤宗給付陳炯銘
26 118萬5,454元本息，由上訴人代位受領，為有理由。

27 六綜上所述，上訴人依民法第242條、第873條之1第2項前段規
28 定，請求謝坤宗給付陳炯銘118萬5,454元，及其中116萬4,019
29 元自101年2月17日起至104年8月31日止按年息20%計算之利
30 息，暨自104年9月1日起至清償日止，按年息15%計算之利息，
31 由上訴人代位受領，自屬正當，應予准許。

七、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。

八、據上論結，本件變更之訴為有理由，依民事訴訟法第78條、第85條第1項前段、第463條、第385條第1項前段，判決如主文。

中華民國 109 年 7 月 28 日
民事第十八庭

審判長法官 吳青蓉
法官 林政佑
法官 周美雲

附表一（系爭不動產）

編號	土地地號	面積	權利範圍	地上建物 建號	土地謄本在 原審卷頁次
1	臺北市○○區○○段0○段00地號	4020m ²	55/10000	共199棟	第55頁
2	同上小段30-7地號	2666m ²	55/10000	共106棟	第59頁

編號	建物建號	基地坐落地號	建物門牌	主要建材	層數	層次及面積	附屬建物用途	建築完成日期	權利範圍	備註	建物謄本在 原審卷頁次
1	臺北市○○區○○段0○段0000○號建物	○○段0小段00-7地號	臺北市○○區○○路0段00號22樓之3	鋼筋混凝土造	25層	22層面積146.61m ² 23層面積101.04m ² 總面積247.65m ²	陽台面積47.97m ²	78年8月10日	全部	含共有部分同小段2343、2345建號	第63頁
2	同上小段2449建號建物	同上小段30地號	臺北市○○區○○路0段00○00○00號地下3樓	同上	同上	地下3層面積6,091.10m ²	-	同上	2/168	-	第67頁

附表二（本票）

編號	發票人	持票人	面額 (新臺幣)	發票日	到期日	本票影本 在院頁次
1	陳炯銘	謝坤宗	3,700萬元	100年7月25日	101年1月24日	第278頁
2	陳炯銘	謝坤宗	800萬元	100年12月5日	未載	第289頁

正本係照原本作成。

01 不得上訴。

02 中 華 民 國 109 年 7 月 28 日

03 書記官 呂 筑