臺灣高等法院民事判決

109年度重上更一字第167號

上　訴　人　郭訂人
訴訟代理人　鄧敏雄律師
上　訴　人　張淑芬
000000000000000000
被　上訴人　旭耀資產管理有限公司
000000000000000000
法定代理人　林益如
訴訟代理人　陳孟嬋律師
　　林辰彥律師
上　一　人
複　代理人　張理樂律師
　　許凱傑律師
訴訟代理人　林李達律師
複　代理人　劉德鏞律師

上列當事人間請求確認抵押債權不存在事件，上訴人對於中華民國107年3月30日臺灣桃園地方法院106年度重訴字第314號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於110年11月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用（撤回部分除外）由上訴人負擔。

原判決主文第一項應更正為「確認乙○○對甲○○所有坐落於○○市○○區○○段○○○地號土地（地目：田，面積：一一三○九點二九平方公尺，權利範圍：八分之二），經○○市○○地政事務所於民國九十一年八月八日以平資字第一○一四○○號收件，於民國九十一年九月四日完成設定登記之擔保債權總金額新臺幣壹仟貳佰萬元之抵押權所擔保乙○○對丁○○○之債權不存在」。

事實及理由

壹、程序方面：

一、查被上訴人起訴聲明第1項為：確認上訴人乙○○與甲○○（下均逕稱其姓名，合稱上訴人）間，就甲○○所有坐落○○市○○區○○段000地號土地（面積11,309.29平方公尺）權利範圍2/8（下稱系爭土地），經○○市○○地政事務所於民國91年8月8日以平資字第101400號收件，於同年9月4日登記完畢之擔保債權總金額新臺幣（下同）1,200萬元之第一順位普通抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保之債權不存在（見原審卷第3頁）；嗣於本院審理中，更正為：確認乙○○對甲○○所有坐落系爭土地，於91年9月4日完成設定登記之系爭抵押權所擔保乙○○對訴外人丁○○○(下逕稱其姓名)之債權不存在（見本院卷二第140頁），屬不變更訴訟標的而更正事實上或法律上之陳述，揆諸民事訴訟法第256條規定，非為訴之變更或追加，合先敘明。

二、甲○○未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形之一，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：丁○○○前於91年9月4日將其所有系爭土地，辦妥系爭抵押權設定登記予乙○○，嗣於94年12月20日將系爭土地所有權讓與甲○○，系爭抵押義務人亦變更登記為甲○○，惟乙○○與丁○○○間並無借貸關係，縱有借貸關係，丁○○○亦已清償完畢，系爭抵押權所擔保之債權不存在。伊為系爭土地第二、三、四順位之抵押權人，系爭抵押權擔保之債權是否存在，足以影響伊得否就系爭土地優先取償，伊有提起本件確認之訴之必要，爰訴請確認乙○○對甲○○所有系爭土地所設定系爭抵押權所擔保乙○○對丁○○○之債權不存在【被上訴人於原審請求塗銷系爭抵押權設定登記部分，業經被上訴人於第三審撤回起訴，見最高法院卷第135、136頁，非本院審理範圍，不予贅述】。

二、上訴人則以：丁○○○曾向伊借款1,200萬元，伊已將借款如數交付丁○○○所指示之對象即其子丙○○，丁○○○為擔保該借款債務，以系爭土地設定系爭抵押權予伊，該債務迄未清償，系爭抵押權所擔保之債權確實存在等語，資為抗辯。

三、原審就前開部分判決被上訴人勝訴，乙○○提起上訴，經本院前審判決駁回上訴人之上訴，其等提起第三審上訴，經最高法院廢棄本院前審判決，發回本院更審。乙○○於本院上訴聲明：㈠原判決（撤回部分除外）廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項(見本院卷一第326、327頁、卷二第141頁)：

(一)被上訴人為甲○○之債權人，債權金額為：⑴2,000萬0,500元，及自101年11月1日起至清償日止按年息5%計算之利息；⑵2,003萬4,140元，及自101年12月20日起至清償日止按年息5%計算之利息；⑶3,000萬元，及自103年12月22日起至清償日止按年息6%計算之利息。上開債務甲○○迄未清償。

(二)丁○○○前曾提供系爭土地，經桃園市○○地政事務所於91年8月8日以平資字第101400號收件，於同年9月4日設定系爭抵押權予乙○○。嗣於95年7月12日辦理變更抵押權內容登記，抵押義務人由丁○○○變更為甲○○。

(三)丁○○○與甲○○於94年8月20日簽訂房地產買賣契約書，並於同年12月20日以買賣為原因將系爭土地之所有權移轉登記予甲○○。

(四)被上訴人於100年3月7日登記為系爭土地第二順位抵押權人，擔保債權金額為3,000萬元，義務人及債務人均為丁○○○，登記原因為抵押權讓與；於99年12月22日登記為系爭土地第三順位、第四順位抵押權人，擔保金額各為2,000萬元，義務人及債務人均為甲○○。

(五)乙○○對丁○○○、甲○○聲請支付命令，請求連帶給付1,

200萬元本息，由臺灣基隆地方法院（下稱基隆地院）核發107年度司促字第2289號支付命令（下稱第2289號支付命令），於107年5月28日確定。

(六)系爭土地經原法院民事執行處拍賣，系爭抵押權已經塗銷。

(七)金錢借用證書（見原審卷第53頁背面、第58頁）上甲○○印文為真正。

五、被上訴人主張乙○○與丁○○○間無1,200萬元之借款關係，系爭抵押權所擔保乙○○對丁○○○之債權不存在等情，為上訴人所否認，並以前詞置辯。茲查：

(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；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。民事訴訟法第247條第1項定有明文。又過去不成立之法律關係，經延至目前仍繼續不存在時，即不失為現在之法律關係。如對於該法律關係存在與否，有即受確認判決之法律上利益者，自非不得就該現在繼續不存在之法律關係提起確認之訴（最高法院100年度台上字第312號判決意旨參照）。查兩造對系爭抵押權所擔保乙○○對丁○○○之債權是否存在既有爭執，縱系爭抵押權登記業已塗銷，仍不失為現在之法律關係，應有即受確認判決之法律上利益者，此亦為乙○○所不爭（見本院卷一第49頁）。

(二)次按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。另按抵押權為不動產物權，其所擔保債權之種類及範圍，屬抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力。又抵押權為從物權，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，此乃抵押權成立上（發生上）之從屬性（最高法院104年度台上字第208號判決意旨參照）。稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。其成立從屬性固不以抵押權成立時即有所擔保債權存在為必要，僅須實行抵押權時，有所擔保債權存在

為已足。然基於抵押權擔保債權之特定原則，其擔保債權必須特定（最高法院109年度台上字第2615號判決意旨參照）。故一般抵押權必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立。另按稱消費借貸者，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，始足當之。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在，自應依民事訴訟法第277條規定，就該借貸意思互相表示合致，及本於借貸之意思而移轉金錢或其他代替物之所有權於他方之事實，均負舉證之責（最高法院102年度台上字第1929號判決意旨參照）。

(三)查系爭抵押權設定契約書載明權利人為「乙○○」，義務人兼債務人為「丁○○○」，擔保債權總金額為「新台幣壹仟貳佰萬元整」，權利存續期限「自91年6月15日起至96年6月15日止共計5年」，債務清償日期、利息、遲延利息、違約金均依照各個債務契約所約定之清償日期、利率、計收標準計算，並經乙○○、丁○○○用印後，委託江雅綺辦理系爭抵押權設定登記（見原審卷第32至35頁）。系爭土地、建物登記謄本關於系爭抵押權載明：「權利種類：抵押權」、「擔保債權總金額：新台幣12,000,000元」、「債務人及債務額比例：丁○○○」（見原審卷第21頁背面），足見系爭抵押權為普通抵押權，所擔保之債權之債務人應為丁○○○。上訴人抗辯系爭抵押權係因丁○○○向乙○○借款1,200萬元而設定云云，既為被上訴人所否認，自應由上訴人就系爭抵押權設定時，乙○○對丁○○○有1,200萬元借款債權存在之事實，負舉證之責，尚不得僅以已為抵押權設定登記，反推有借貸合意或已交付借款。茲查：

1.上訴人雖提出記載：「新台幣壹仟貳佰萬元整」、「元金償還期民國九十二年九月四日」、「鄙人今般乏項別創向台尊台借出前記金額是實其項即日全部受領清楚…恐口無憑即立金錢借用證書壹張付執為後日之證據」等語之金錢借用證書，及同額本票為證（見原審卷第51至53頁），惟被上訴人

否認前開證物上「丁○○○」印文之真正，依民事訴訟法第357條前段、第277條規定，上訴人自應舉證證明前開證物上「丁○○○」印文為真正。經查：

⑴經檢附前開證物及辦理系爭抵押權義務人變更登記之95年7月12日土地登記申請書（下稱系爭申請書）、土地建築改良物他項權利移轉/變更契約書（下稱系爭變更契約書）之「丁○○○」印文，送請法務部調查局（下稱調查局）鑑定印文是否相符，鑑定結果為：系爭申請書上全部「丁○○○」印文及系爭變更契約書正面空白處、背面右側空白處及蓋章欄之「丁○○○」印文，與金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文不同；系爭變更契約書上背面右側空白處、移轉或變更欄之「丁○○○」印文，與金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文，經同倍率放大重疊比對，初步觀察認其形體大致疊合，惟依現有資料歉難鑑定是否出於同一印章所蓋；如仍需鑑定，請補送蓋用於金錢借用證書、本票上「丁○○○」印文之印章實物及該印章實物於95年間蓋用於其他文件原本等語，有調查局110年4月16日函附鑑定書、鑑定分析表可稽（見本院卷一第239至249頁）。

⑵上訴人雖質疑前開鑑定結果是否已將同顆印章沾染墨色濃淡、蓋用位置、用力深淺等不同可能影響印文呈現因素加以排除云云，惟調查局對於印文之鑑定，原則上須以證物原本審視待鑑印文狀態，並研判可能製作方式，將爭議印文與參考印文同倍率放大，進行形體重疊比對與紋線特徵比對，在確定印文紋線特徵變化範圍，及排除蓋印條件（如印泥蘸用量多寡、印壓輕重及蓋有印文之文件因保存或處理不當，造成紙張伸縮扭曲或折疊不平，致印文有變形之虞者）所造成之影響後，綜合分析提出爭議印文是否與參考印文出自同一印章所蓋印之鑑定結果，故系爭申請書上全部「丁○○○」印文及系爭變更契約書正面空白處、背面右側空白處及蓋章欄之「丁○○○」印文，與金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文不同之鑑定結論，係印章印面結構本質差異所反映

出之不同印跡，並非蓋印條件所致生之影響，有調查局110年8月13日函可參（見本院卷一第385頁）。本件既經調查局依其專業知識經驗，以同倍率放大重疊及特徵比對而為鑑定，其鑑定結果應屬可信。又乙○○自承無法提出該「丁○○○」印文實物供調查局補充鑑定（見本院卷一第328頁）。則金錢借用證書及本票所蓋「丁○○○」印文難認與系爭申請書、系爭變更契約書上「丁○○○」之印文相符，自無從據以認定為真正。

⑶上訴人雖以系爭申請書、系爭變更契約書源出於同一日、同一份土地登記申請文件，從吾人日常生活經驗，其上丁○○○印文當係蓋用同一顆印章所產生云云。惟95年辦理系爭抵押權之義務人變更登記為甲○○，乃乙○○前往辦理，且因抵押權內容變更類別為義務人變更，免檢附「丁○○○」之印鑑證明或親自到所核對身分，有桃園市○○地政事務所110年2月2日函附土地登記申請書可稽（見本院卷一第165、167頁），故系爭變更契約書上「丁○○○」之印文是否真正，已有疑義。且系爭變更契約書訂立契約人蓋章欄之「丁○○○」印文與金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文不同，已如前述，至系爭變更契約書蓋章欄蓋用於其他處之「丁○○○」印文係蓋用於空白處之印文，並非表彰訂立契約人同意內容之蓋章欄內，亦難逕認係經丁○○○同意蓋印。況調查局以同倍率放大重疊及特徵比對而為鑑定，系爭申請書上全部「丁○○○」印文及系爭變更契約書正面空白處、背面右側空白處及蓋章欄之「丁○○○」印文，與系爭變更契約書上背面右側空白處、移轉或變更欄之「丁○○○」印文確實不同，已如前述。自無從僅憑系爭申請書、系爭變更契約書源出於同一日、同一份土地登記申請文件，推論其上丁○○○印文係蓋用同一顆印章，並進而謂金錢借用證書及本票所蓋「丁○○○」印文為真正。

⑷另觀諸丁○○○對被上訴人對甲○○聲請強制執行事件聲明參與分配（即原法院103年度司執字第67706號卷）所提出之

參與分配狀上「丁○○○」印文，「陳」字之「東」之一豎部分有往上勾」、「董」之草字首比例及「重」部分、「玉」字之「、」位置、「蘭」之草字首比例及「闌」部分（見原法院103年度司執字第67706號卷第2頁、本院卷一第357、359頁），與金錢借用證書及本票上之印文「陳」字「東」之一豎部分並未上勾，「董」、「玉」字之「、」位置、「蘭」之形體、比例顯然不同，非相同印文。亦不能證明金錢借用證書及本票所蓋「丁○○○」印文為真正。

⑸上訴人另以甲○○稱當初其係借據之保證人，且不爭執其有在金錢借用證書上用印（見原審卷第129頁背面），抗辯該金錢借用證書記載並非虛妄云云。惟甲○○於原審時稱：伊先在金錢借用證書上蓋章，伊蓋的時候，丁○○○還沒有在金錢借用證書上蓋章，簽訂金錢借用證書過程並未與丁○○○接觸過等語（見原審卷第130、131頁）。另甲○○稱不知道當初有無約定何時清償等語（見原審卷第130頁），亦與金錢借用書上記載92年9月4日償還不符。則甲○○所述亦不能證明金錢借用證書上「丁○○○」印文之真正。又金錢借用證書利息額部分並未記載，除與乙○○於本院前審稱與丙○○間借款有約定利息為月息2.1%（見本院重上字卷第148頁）不符，再者，乙○○出借鉅額款項與非親非故之借用人，卻未於金錢借用證書上約定記載利息，亦有違常情。

⑹又經本院傳訊證人丁○○○、丙○○，其等均未到庭，且丁○○○年歲已高，有老人痴呆現象，記憶力、判斷力減退（見本院卷一第159、383頁）。乙○○於被上訴人於原審質疑其所提出之金錢借用證書、本票之真正後，於原審言詞辯論終結後，始持該金錢借用證書及本票，取得對丁○○○之執行名義即第2289號支付命令（見本院重上字卷第117至119頁）及基隆地院107年度司票字第138號本票裁定（下稱第138號本票裁定，見本院重上字卷第235至237頁），並聲請強制執行，惟丁○○○年歲已高，判斷力減退，丙○○亦已行蹤不明，自難僅憑丁○○○並未對前開支付命令提出異議或

本票裁定提起抗告，遽認金錢借用證書、本票上「丁○○○」之印文為真正。上訴人就金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文之真正，復未提出其他證據舉證以實其說。自難認金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文為真正。則上訴人以金錢借用證書及本票，抗辯對與丁○○○間有1,200萬元借款債權存在，且其已交付借款予丁○○○云云，自不足採。

2. 又乙○○於原審係抗辯系爭抵押權擔保者為丁○○○向伊借款之債權（見原審卷第128頁）；嗣於本院改稱其係借款1,200萬元予丙○○，係丙○○與其間有消費借貸關係，並由其交付現金票兌現，丁○○○提供系爭土地設定抵押、書立金錢借用證書及同額本票以供擔保，強化丙○○向其借貸之債信，故系爭抵押權擔保者為其對丁○○○之1,200 萬元保證債權云云（見本院重上字卷第51、78、354頁）；嗣經最高法院發回後，復改稱係丁○○○向伊借款，借款之初言明要給丙○○使用云云（見本院卷一第50、327頁）。且乙○○於原審稱當初沒有與丙○○約定清償期限乙情（見原審卷第104頁背面），與金錢借用證書上有約定償還期不符，亦與乙○○101年間聲請拍賣抵押物時稱已屆清償期云云（見原審卷第121頁）相違。乙○○對於其究係借款予丙○○或丁○○○，前後陳述不一，迭經更改，且所述與所提出之證物不符，已難認可信。

3. 又乙○○於原審主張借款直接交給丁○○○之子丙○○（見原審卷第127頁背面）；嗣於本院前審審理時，另提出丙○○之妻陳周鈴珠簽發之支票及退票理由單（見本院重上字卷第151至187頁），並聲請傳訊甲○○之小叔陳豐鎮，用以證明其曾交付1,200萬元借款予丙○○。惟證人陳豐鎮證稱：陳周鈴珠需要錢，所以開支票拿給甲○○，甲○○拿回來以後說這是丙○○太太的票，叫伊拿去給上訴人換現金，上訴人開現金支票給伊，伊再拿到銀行存入甲○○的帳戶，錢是存入甲○○的帳戶等語（見本院重上字卷第206至211頁），

足見甲○○要求證人陳豐鎮持訴外人陳周鈴珠之票據，以票貼方式向乙○○借款，乙○○再將現金票交由陳豐鎮存入甲○○之帳戶，亦非訴外人丙○○，已與乙○○於原審稱係將錢直接交給丙○○乙節不符。且證人陳豐鎮證稱：丙○○有欠甲○○生意上錢，多少錢伊不知道，有提供丁○○○土地作為擔保，伊係聽甲○○說的；伊沒有親眼看到丙○○或陳周鈴珠向乙○○借錢，也沒有看到乙○○將錢給丙○○或陳周鈴珠，乙○○開現金支票給伊，伊拿去銀行存在甲○○帳戶，他們私底下要給誰，伊不知道等語（見本院重上字卷第209、210頁），足見證人陳豐鎮係聽聞甲○○陳述丙○○有積欠甲○○錢，並未親眼見聞乙○○交付1,200萬元之借款予丙○○，亦不能證明丁○○○與乙○○間有成立借貸合意。又簽發支票之原因甚多，且乙○○於本院前審所提出陳周鈴珠簽發之支票，發票日係自93年12月23日至94年4月8日，與乙○○提出之金錢借用證書日期為91年9月4日、記載還款日期為92年9月4日（見原審卷第53頁反面）不符，亦無從證明乙○○確曾交付1,200萬元借款予丙○○。乙○○於最高法院發回本院後又改稱借款於91年9月4日簽立金錢借用證書時已收訖；係分次現金交付給丙○○，每次給多少、給付時間均已不復記憶云云（見本院卷一第40、50頁），亦與本院前審時主張係以票貼方式（見本院重上字卷第147頁），證人陳豐鎮證稱交付現金票予伊，並存入甲○○帳戶等節，顯然前後矛盾不一。

4. 況據乙○○於本院前審時稱：因丙○○積欠甲○○債務達6,000萬元，無力清償，故甲○○找伊表示希望借款給丙○○來償還丙○○積欠甲○○之債務，因此1,200萬元是分次交由甲○○小叔陳豐鎮，再轉交給甲○○，都是以現金交付，當時有要求丙○○提供擔保，所以才會由其母親丁○○○為保證人並提供系爭土地設定第一順位抵押權1,200萬元作為擔保，因伊與丙○○素昧平生，且丙○○已無法持有支票，對丙○○債信頗有疑慮云云（見本院重上字卷第138、148、

149頁），係謂丙○○向其借款係為償還積欠甲○○之借款。而甲○○空言稱82、83年間丙○○個人陸續積欠伊個人貨款6,000萬元云云，惟自承相關資料均已丟失等語（見本院卷一第146頁）。陳豐鎮雖證稱：丙○○在水林工作時，甲○○工廠出貨給丙○○的帳，丙○○會開自己的票，伊拿回來給甲○○，後來丙○○的票跳票，所以欠甲○○錢，何時跳票伊不記得，在陳周鈴珠支票交給乙○○之前，就已經跳票，之後就用陳周鈴珠的票等語（見本院重上字卷第210頁），然其對丙○○支票跳票時間、金額均不知情，亦難據以認定丙○○確實積欠甲○○6,000萬元。是據證人陳豐鎮證詞，乙○○之現金支票均係存入甲○○帳戶，惟甲○○始終未能證明其對丙○○確實有債權存在，自難以乙○○交付之現金支票存入甲○○帳戶遽認乙○○已給付借款予丙○○。再者，乙○○所提出之陳周鈴珠簽發之支票發票日期均在系爭抵押權設定後，且該等支票記載受款人為甲○○之配偶陳茂順，亦非乙○○。自難僅憑乙○○於本院前審提出之票據、退票理由單認定乙○○已交付借款予丙○○。

5. 又甲○○雖陳稱：本件債權存在，當初買賣土地時伊有一併承受，當初丁○○○要向乙○○借錢時，也有寫借據，伊還是借據之保證人等語（見原審卷第61頁背面）；乙○○係伊金主，丙○○當初問伊找不找得到金主，伊就介紹乙○○予丙○○認識，因乙○○不相信丙○○，要丙○○提供土地設定抵押，也要求丙○○提出伊和丁○○○都有簽名之借據等語（見原審卷第130頁）。惟倘甲○○僅係介紹乙○○與丙○○認識，且丙○○尚積欠其巨額債務，甲○○何須於金錢借用證書上連帶保證人欄蓋章，同意擔任連帶保證人，已悖於常情。且甲○○於原審時自承：伊在金錢借用證書上蓋章時，丁○○○尚未蓋章，伊也不知乙○○如何交付1,200萬元給丙○○，亦未看金錢借用證書上記載92年9月4日償還，且簽訂金錢借用證書時沒有跟丁○○○接觸過等語（見原審卷第130、131頁），即願意擔任丁○○○借款1,200萬元之

連帶保證人，亦不符社會常情。倘如甲○○所述有告知乙○○其承擔丙○○積欠之1,200萬元債務，且沒有與乙○○另約定清償期限（見原審卷第130頁背面），則依乙○○原先取得丁○○○之金錢借用證書既已載明清償期為92年，乙○○卻遲不實行抵押權，亦與常情相違。況據甲○○所提出伊與丁○○○94年8月20日簽訂之房地買賣契約書第14條第3項關於「乙○○」由買方（即甲○○）負責清償處理之記載業經劃除。甲○○空言稱代書交給伊與丁○○○間之94年8月20日房地買賣契約書時，第14條第3項關於積欠乙○○之債務由買方即甲○○負責清償處理之約定並未劃掉，伊不知為何該不動產買賣契約書將乙○○債務予以刪除係誰刪除的等語，惟其自承買賣契約書不曾交付其他人，始終為其執有等語（見原審卷第67頁、第130頁背面、本院重上字卷第212頁），且一般人對不動產買賣契約應會妥善保存，是該契約書上之文字記載應無遭他人變動之可能。如係經未成年孫懵懂不經意書畫，亦不可能僅刪除「乙○○」3字，卻未在其上他處為任何書畫。況不動產買賣契約書第二次付款金額為680萬元，亦與乙○○主張對丁○○○之債務金額為1,200萬元不符。足見甲○○與丁○○○並未約定乙○○部分之債務由甲○○清償。則丁○○○是否積欠乙○○債務確屬可疑。

6. 乙○○於本院前審援引第2289號支付命令及第138號本票裁定用以證明其對丁○○○存有1,200萬元之保證債權，於最高法院發回後又據以為主張對丁○○○有借款債權云云。惟上開支付命令及本票裁定均無實體上確定力，且第138號本票裁定係由乙○○執丁○○○所簽發到期日為92年9月4日之1,200萬元本票（見原審卷第53頁）聲請裁定准予強制執行；第2289號支付命令則係由乙○○執金錢借用證書（見原審卷第53頁背面），以丁○○○92年9月4日屆期仍未清償為由聲請核發支付命令，經調取前開卷宗核閱無訛。是上開本票裁定及支付命令均無從證明系爭抵押權設定時，乙○○已對丁○○○存有1,200萬元之債權。且金錢借用證書及本票

上「丁○○○」印文之真正均難認係真正，業經本院認定於前。況丁○○○未提起異議或抗告，非謂被上訴人不得於本件訴訟爭執系爭抵押權所擔保之債權是否存在。則上訴人此節抗辯，亦不足採。

7. 上訴人雖另抗辯被上訴人為抵押權人之第二順位抵押權係與系爭抵押權同日申請登記，被上訴人並未爭執第二順位抵押權之效力，足以佐證系爭抵押權有效云云。惟系爭土地設定之第二順位抵押權，申請設定日期雖與系爭抵押權同為91年8月8日，惟登記申請書記載之原因發生日期為91年6月17日，權利人為甲○○，擔保權利總金額為3,000萬元，嗣於100年3月4日以抵押權擔保之債權於100年3月3日讓與為原因，申請變更權利人為被上訴人，有桃園市○○地政事務所107年9月19日函附第二順位抵押權登記資料足稽（見本院重上字卷第241至295頁）。第二順位抵押權與系爭抵押權設定時登記之權利人、原因發生日期及擔保金額均不相同，係各別獨立之擔保物權，自不得僅以第二順位抵押權與系爭抵押權係同日申請設定，且被上訴人已受讓第二順位抵押權而不爭執其效力，即遽認系爭抵押權擔保之債權存在。

8. 另審酌乙○○自91年9月4日起迄被上訴人提起本件訴訟，長達近15年間均未實行系爭抵押權，且經原法院民事執行處以103年9月11日函通知其於文到7日內陳報債權（見原審卷第10頁），乙○○亦未陳報債權金額（見原法院103年度司執字第62063號執行卷宗）。乙○○雖稱於100年5月份即搬到嘉義，因戶籍沒有遷移，沒有收到法院拍賣通知云云，惟原法院查報抵押債權通知函、委託金拍函、撤回不啟封通知均經同居人蓋章簽收（見同上執行卷第56、237、331頁），益徵乙○○就系爭抵押權是否確實有擔保債權存在，確有可疑。

9. 據上，上訴人未能舉證證明金錢借用證書及本票上「丁○○○」印文之真正，亦未能證明乙○○與丁○○○間曾達成1,200萬元消費借貸之意思表示合致，且乙○○已交付借款，自難認乙○○與丁○○○間存有1,200萬元之消費借貸契約

關係。上訴人復未能舉證證明乙○○與丁○○○間有何將來應發生之債權之約定。則上訴人抗辯丁○○○向乙○○借款1,200萬元云云，即難憑採。被上訴人主張系爭抵押權擔保之債權不存在，即屬有據。

六、綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權所擔保乙○○對丁○○○之債權不存在，於法有據，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，核無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。又為讓主文內容更為明確，被上訴人業於本院審理中確認其聲明（見本院卷二第140頁），爰將原判決主文第1項更正如主文第3項所示，併予敘明。

七、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、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　　110　　年　　12　　月　　14　　日

民事第十五庭

審判長法　官　陳慧萍

法　官　陳杰正

法　官　沈佳宜

正本係照原本作成。

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項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　14　　日

書記官　陳禹任