臺灣高等法院民事判決

111年度重上更二字第116號

上　訴　人　郭訂人
訴訟代理人　鄧敏雄律師
　　陳博文律師
上　訴　人　張淑芬
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　張恩賜律師
　　陳孟嬋律師
　　陳金圍律師
　　江苡銘律師
　　馬楚涵律師

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，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，經最高法院第二次發回更審，本院於112年3月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決(除撤回部分外)廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用(除撤回部分外)，由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

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；不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第56條第1項第1款定有明文。被上訴人在原審起訴請求確認上訴人郭訂人(下個別以姓名稱之)與原審共同被告張淑芬（下個別以姓名稱之）間，就張淑芬原所有坐落桃園市○○區○○段000地

號土地（權利範圍8分之2，下稱系爭土地）於民國(下同)91年9月4日設定登記完畢之擔保債權總金額新臺幣(下同)1200萬元之第一順位抵押權(下稱系爭抵押權)所擔保之債權不存在，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，郭訂人對原判決提起上訴，其效力及於未提起上訴之同造當事人張淑芬，爰併列張淑芬為上訴人，先予敘明。

二、張淑芬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：訴外人陳董玉蘭於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郭訂人，嗣於94年12月20日將系爭土地所有權讓與張淑芬，系爭抵押權之義務人亦變更登記為張淑芬，惟郭訂人與陳董玉蘭間並無消費借貸關係，縱有消費借貸關係，陳董玉蘭亦已清償完畢，系爭抵押權所擔保之債權即不存在。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，爰訴請確認郭訂人與張淑芬間就系爭抵押權所擔保之債權不存在等語。原審就此部分判決上訴人敗訴，郭訂人聲明不服，提起上訴，經發回前本院駁回其上訴，郭訂人不服，提起第三審上訴，經最高法院廢棄發回，本院更一審判決駁回其上訴，郭訂人不服，再提起第三審上訴，經最高法院第2次廢棄發回。茲因系爭土地業經原法院民事執行處拍定由第三人買受，張淑芬已非所有權人，被上訴人乃於本院更二審審理時更正原判決主文第1項之起訴聲明為：確認郭訂人對張淑芬原所有系爭土地，經桃園市○○地政事務所（下稱○○地政）於91年8月8日以平資第000000號收件，於91年9月4日完成設定登記之系爭抵押權所擔保郭訂人對陳董玉蘭之債權不存在(見本院更㈡卷第103頁)，核屬更正事實上或法律上之陳述，非為訴之變更或追加。至原判決主文第2項命郭訂人塗銷系爭抵押權設定登記部分，業

經被上訴人撤回起訴(見最高法院109年度台上字第1529號卷第135、136頁)，非本院審理範圍，不予贅述。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：

(一)郭訂人辯稱：陳董玉蘭於91年9月4日向伊借款1200萬元(下稱系爭借款)，約定於92年9月4日清償，並簽立金錢借用證書(下稱系爭金錢借用證書)及簽發同面額之本票(下稱系爭本票)乙紙予伊，另設定系爭抵押權作為擔保，伊已將系爭借款如數交付陳董玉蘭指示之對象即其子陳元誠，惟陳董玉蘭屆期迄未清償，伊乃於107年4月17日向臺灣基隆地方法院(下稱基隆地院)聲請本票裁定及核發支付命令，經該院於107年4月19日以107年司票字第138號裁定系爭本票准予強制執行(下稱系爭本票裁定)，於同日核發107年度司促字第2289號支付命令(下稱系爭支付命令)，均已確定，陳董玉蘭於強制執行過程中並無任何異議，系爭抵押權所擔保之債權確實存在等語，資為抗辯。上訴聲明：㈠原判決（除撤回部分外）廢棄；㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

(二)張淑芬未於言詞辯論期日到場，據其以前陳述略以：郭訂人是伊的金主，伊介紹陳元誠向郭訂人借款，郭訂人不相信陳元誠，因此要求伊與陳董玉蘭共同簽立系爭金錢借用證書，由伊出面擔任連帶保證人，系爭金錢借用證書上「張淑芬」的印文是伊所為。伊與陳董玉蘭於94年間買賣系爭土地時，約定由伊承擔系爭借款債務，伊迄未清償完畢，系爭抵押權所擔保之系爭借款債權仍存在等語。

三、兩造不爭執之事項(見本院更一卷㈠第326、327頁、卷㈡第141頁)：

(一)被上訴人為張淑芬之債權人，債權金額為：⑴2000萬500元，及自101年11月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息；⑵2003萬4140元，及自101年12月20日起至清償日止，按年息5%計算之利息；⑶3000萬元，及自103年12月

22日起至清償日止，按年息6%計算之利息，張淑芬迄未清償。

(二)陳董玉蘭前曾提供系爭土地，經○○地政於91年8月8日以平資字第000000號收件，於同年9月4日設定系爭抵押權予郭訂人。嗣於95年7月12日簽立他項權利變更契約書變更抵押權內容登記，抵押義務人由陳董玉蘭變更為張淑芬，並於同年8月間向○○地政申辦抵押權內容變更登記，有土地登記申請書、抵押權設定契約書及他項權利變更契約書等影本可稽(見原審卷第32至34頁、本院重上卷第97至103頁)。

(三)陳董玉蘭與張淑芬於94年8月20日簽訂不動產買賣契約書(下稱系爭買賣契約)，並於同年12月20日以買賣為原因將系爭土地所有權移轉登記予張淑芬，有系爭買賣契約影本可稽(見原審卷第64至67頁)。

(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3000萬元，義務人及債務人均為陳董玉蘭，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，擔保債權金額各為2000萬元，登記原因為抵押權讓與，義務人及債務人均為張淑芬，有系爭土地登記謄本影本可稽(見原審卷第21至22頁)。

(五)郭訂人於107年4月17日對陳董玉蘭、張淑芬聲請支付命令，請求連帶給付1200萬元本息，經基隆地院於107年4月19日核發系爭支付命令，並於107年5月28日確定，有系爭支付命令等影本可稽(見本院重上卷第117至119頁、更一卷㈡第47頁)。

(六)系爭土地經原法院105年度司執字第41545號執行事件(下稱系爭執行事件)拍賣，系爭抵押權於108年9月23日辦理塗銷登記，系爭土地由第三人拍定，並於108年9月27日以拍賣為原因登記為所有權人，張淑芬已非所有權人，有土地登記謄本及異動索引可稽(見本院更二卷第25至34頁)。

(七)系爭金錢借用證書上「張淑芬」之印文為真正。

四、得心證之理由：

(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，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號判決先例意旨參照）。又法律關係之存在與否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此危險得以對於被告之確認判決除去之者，即得依民事訴訟法第247條之規定提起確認之訴。過去之法律關係，固不得為確認之訴之標的，惟所謂過去之法律關係，係指過去曾經成立或不成立之法律關係，因情事變更，現已不復存在之情形而言；倘過去成立或不成立之法律關係延續至現在尚存爭議者，仍不失為現在之法律關係（最高法院95年度台上字第2891號、98年度台上字第32號判決意旨參照）。查兩造對系爭抵押權所擔保郭訂人對陳董玉蘭之系爭借款債權是否存在既有爭執，雖系爭抵押權登記業已塗銷，且系爭土地業經第三人拍定並取得所有權，張淑芬已非所有權人，致系爭抵押權成為過去之法律關係，然原法院民事執行處將郭訂人之分配款1200萬元辦理提存(原法院109年度存字第1344號)，則郭訂人對陳董玉蘭究有無系爭借款債權存在，應屬延續至現在尚存爭議之法律關係，且將影響被上訴人受分配之金額，被上訴人之法律上地位確有不安之狀態存在，且此不安之狀態能經法院以確認判決加以除去，揆諸前開說明，被上訴人提起本件確認之訴，自有即受確認判決之法律上利益。

(二)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條本文定有明文。主張法律關係存在之當事人，須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證責任（最高法院99年度台上字第2034號判決意旨參照

）。而確認法律關係不存在之訴，如被告抗辯其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。又稱消費借貸者，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，始得當之。是以消費借貸，因交付金錢之原因多端，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方克成立。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。另法院認定當事人所爭執之事實，應依證據，此證據不以直接證據為限，如能以間接證據證明間接事實，且綜合諸間接事實，得以在符合論理及經驗法則下，推認待證事實為真實者，亦無不可（最高法院109年度台上字第1983號判決意旨參照）。再者，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，基於抵押權擔保債權之特定原則，其擔保債權必須特定，普通抵押權所擔保者為特定債權(最高法院109年度台上字第2615號判決意旨參照)。本件被上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，上訴人則抗辯系爭抵押權所擔保之債權存在，依前開說明，自應由上訴人就系爭抵押權所擔保之債權存在之事實，負舉證責任。

(三)經查，陳董玉蘭前曾提供系爭土地委由訴外人江雅綺申請抵押權設定登記，經○○地政於91年8月8日以平資字第000000號收件，於91年9月4日設定系爭抵押權予郭訂人(見兩造不爭執之事項㈡)，依抵押權設定契約書記載，擔保債權總金額為1200萬元，義務人兼債務人為陳董玉蘭，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計收標準計算，權利存續期間為91年6月15日至96年6月15日（見原審卷第34、35頁），嗣陳董玉蘭於94年12月20日以買賣為原因將系爭土地所有權移轉登記予

張淑芬，郭訂人、陳董玉蘭及張淑芬於95年7月12日簽立他項權利變更契約書，並由郭訂人於95年8月間向○○地政申辦系爭抵押權內容變更登記，抵押義務人由陳董玉蘭變更為張淑芬，債務人仍為陳董玉蘭，有土地登記謄本、土地登記申請書及土地他項權利變更契約書等影本可稽（見原審卷第8頁、本院重上卷第97至103頁）。觀諸系爭土地登記謄本第一順位抵押權欄記載：「登記日期：91年9月4日」、「權利種類：抵押權」、「登記原因：設定」、「字號：平資字第101400號」、「擔保債權總金額：新台幣12,000,000元」、「債務人及債務額比例：陳董玉蘭」（見原審卷第21頁背面），郭訂人復陳稱：系爭抵押權係擔保伊對陳董玉蘭之1200萬元借款債權，成立日期為91年9月4日(即系爭借款)等語(見本院更二卷第57頁)，足見系爭抵押權為普通抵押權，所擔保之債權為系爭借款債權，債務人及抵押義務人原均為陳董玉蘭，嗣張淑芬受讓取得系爭土地所有權，抵押義務人變更為張淑芬。

(四)郭訂人辯稱：陳董玉蘭於91年9月4日邀同張淑芬為連帶保證人向伊借款1200萬元，並簽發系爭本票及提供系爭土地設定系爭抵押權予伊作為擔保，伊於陳董玉蘭簽立系爭金錢借用證書前，已陸續交付系爭借款完畢等語，業據提出系爭金錢借用證書及系爭本票等原本為證(原本發還，影本見原審卷第53頁及背面)。系爭金錢借用證書記載：「新台幣壹仟貳佰萬元整」、「償還期民國92年9月4日」、「鄙人今....向台尊台借出前記金額是實其項即日全部領收清楚....恐口無憑即立金錢借用證書壹張付執為後日之證據」等語（見原審卷第53頁背面），其上借用人及連帶保證人欄分別有「陳董玉蘭」、「張淑芬」之印文，被上訴人不爭執「張淑芬」印文之真正，惟否認「陳董玉蘭」印文之真正，本院更一審審理時傳訊證人陳董玉蘭到庭未果，據其子陳威岐具狀陳稱：陳董玉蘭年事已高，有老人痴呆症現象，無法陳述事實等語，並提出臺北榮民總醫院

診斷證明書為證（見本院更一卷㈠第159、383頁），經本院更一審檢附系爭金錢借用證書、系爭本票及郭訂人於95年8月間申辦系爭抵押權內容變更登記時檢附之抵押權內容變更登記申請書(下稱系爭申請書)、土地他項權利變更契約書（下稱系爭變更契約書）等原本，送請法務部調查局鑑定「陳董玉蘭」之印文是否相符，經該局以重疊比對及特徵比對方法鑑定結果認為：系爭申請書上全部「陳董玉蘭」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「陳董玉蘭」印文，與系爭金錢借用證書及系爭本票上「陳董玉蘭」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「陳董玉蘭」印文，與系爭金錢借用證書及系爭本票上「陳董玉蘭」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等語，固有法務部調查局110年4月16日函附鑑定書、鑑定分析表可稽（見本院更一卷㈠第239至249頁），然系爭申請書及系爭變更契約書係於95年7、8月間所為，與系爭金錢借用證書及系爭本票係於91年9月4日所為，兩者相距近4年，即使「陳董玉蘭」之印文不符，亦無從據此推論與系爭金錢借用證書及系爭本票上「陳董玉蘭」之印文非真正。

(五)按88年11月24日行政院（88）台內戶字第897315號令修正施行之印鑑登記辦法(於103年1月29日廢止)第5條本文規定：「申請印鑑登記應由當事人填具印鑑登記申請書（格式三）及印鑑條（格式四）各1份親自辦理」、第9條第1款、第2款規定：「印鑑登記機關受理申請印鑑登記、變更登記、註銷登記或印鑑證明後，應依下列規定辦理：一、查驗申請人之國民身分證。二、核對戶籍登記資料」；土地登記規則第41條第10款規定：「申請登記時，有下列情形之一者，當事人得免親自到場：十、檢附登記原因發生日期前1年以後核發之當事人印鑑證明」。經查，○○地政於106年10月12日以平地登字第0000000000號函檢送收件日

期為91年8月8日之系爭抵押權設定登記申請書記載附繳證件包括：抵押權設定契約書2份、土地所有權狀1份、身分證影本2份、印鑑證明1份及戶籍謄本1份，代理人為江雅綺，上開印鑑證明記載核發機關為基隆市○○區戶政事務所(下稱○○戶政)，當事人姓名陳董玉蘭、申請日期為91年4月29日、印鑑登記日期為75年4月8日(見原審卷第32至43頁），可知陳董玉蘭曾於75年4月8日親自向○○戶政申請印鑑登記，並於91年4月29日申請印鑑證明，經該所查核人別，確認辦理印鑑證明之真意後，始核發上開印鑑證明，陳董玉蘭再交由江雅綺於91年8月8日持向○○地政申辦系爭抵押權設定登記，而上開申請書及抵押權設定契約書上「陳董玉蘭」之印文均與上開印鑑證明相符，復無證據證明該等印文遭盜蓋，堪認陳董玉蘭確有授權江雅綺以其為系爭借款債務人及系爭抵押權設定義務人，辦理系爭抵押權設定登記，用以擔保其對郭訂人所負系爭借款債務，則上訴人辯稱系爭金錢借用證書及系爭本票均係真正等語，應非子虛。

(六)郭訂人於本院更二審行當事人訊問程序時具結稱：伊以前從事金主的工作，當時陳董玉蘭的兒子陳元誠做生意失敗，想東山再起，張淑芬想跟他做生意，所以來找伊借錢，伊不同意借給陳元誠，因為他有倒債的紀錄，過沒多久，陳元誠、張淑芬個別來找伊說陳董玉蘭願意拿系爭土地所有權狀及印鑑證明幫陳元誠借錢，伊跟代書都有打電話向陳董玉蘭查證，伊也有去陳董玉蘭位於基隆的家說明借款的事，陳董玉蘭表示同意，並交代其子拿系爭土地所有權狀及印鑑證明給伊跟代書，伊查證所有權狀及印鑑證明屬實，就去辦理系爭抵押權設定登記，送件辦完登記後，伊確定有保障了，就陸續把錢交給陳元誠，總共1200萬元，都是給現金，因為伊做生意都是用現金。當時伊和陳元誠都住雲林北港，陳元誠到伊家裡拿錢，伊有紀錄，但後來搬家，加上罹患重大憂鬱症，沒有留下來。伊交代代書請

陳董玉蘭簽金錢借用證書及本票，陳董玉蘭委任其子到代書事務所用印，在場有伊和代書的助理，張淑芬應該不在場，張淑芬先用印，代書再請陳董玉蘭的兒子來用印，因為張淑芬住家離代書事務所比較近。伊借款的對象是陳董玉蘭，不是陳元誠等語(見本院更二卷第145至149頁)；張淑芬於原審及本院更一審審理時陳稱：陳元誠於82、83年間陸續積欠伊貨款6000萬元，伊2人於90年間相遇，陳元誠向伊表示需借用金錢周轉，伊介紹金主郭訂人與陳元誠認識，並向陳元誠表示需提供不動產設定抵押權，否則金主不敢借錢，且陳元誠欠伊這麼多錢，也要設定抵押權給伊，其後陳元誠交付陳董玉蘭的印鑑予伊與郭訂人一起辦理抵押權設定登記。郭訂人不相信陳元誠，要求提供土地設定抵押權，也要求陳元誠提出伊和陳董玉欄都有簽名的借據等語（見原審卷第130頁、本院更一卷㈠第146至148頁），核與證人陳豐鎮證稱：伊大嫂張淑芬在做肉品生意，伊於76年間至90餘年間任職於張淑芬的工廠，陳元誠因向張淑芬購買肉品貨款跳票而積欠債務，伊聽張淑芬說陳元誠有提供土地作為擔保。張淑芬曾叫伊帶陳元誠的弟弟去找郭訂人，說要拿土地去給郭訂人設定抵押權借錢等語（見本院重上卷第206至209頁）大致相符，可知陳元誠於90年間因做生意失敗，透過張淑芬介紹欲向郭訂人借錢週轉，因其債信不良，郭訂人不願借款，其徵得母親陳董玉蘭之同意後，以陳董玉蘭為借款人，提供系爭土地設定系爭抵押權予郭訂人，陳董玉蘭及張淑芬同意分別以借用人、連帶保證人身分，簽立系爭金錢借用證書予郭訂人收執作為憑證，及簽發系爭本票作為還款之擔保。參以系爭土地設定之第二順位抵押權，申請設定日期與系爭抵押權同為91年8月8日，代理人均為江雅綺，登記申請書記載之原因發生日期為91年6月17日，權利人為張淑芬，義務人兼債務人為陳董玉蘭，擔保權利總金額為3000萬元，有○○地政107年9月19日函附第二順位抵押權登記資料可稽（見

本院重上卷第249至255頁），核與張淑芬前述陳元誠對伊負債未清償，遂應伊要求交付陳董玉蘭之印鑑予伊與郭訂人一起辦理抵押權設定登記作為擔保乙節相符，衡情倘若郭訂人與陳董玉蘭間無消費借貸關係，張淑芬應無可能同意由郭訂人設定第一順位抵押權，自己卻設定第二順位抵押權，並擔任系爭借款之連帶保證人，加以系爭金錢借用證書記載：「新台幣壹仟貳佰萬元整....借出前記金額.....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....」(見原審卷第53頁背面)，業已表明陳董玉蘭受領系爭借款全部，足徵郭訂人與陳董玉蘭間有消費借貸意思表示合致及交付系爭借款之事實，上訴人辯稱：郭訂人已依陳董玉蘭指示，陸續交付系爭借款1200萬元予陳元誠等語，應為可採。

(七)又張淑芬與陳董玉蘭於94年8月20日簽訂系爭買賣契約，由張淑芬向陳董玉蘭購買包括系爭土地(重測前為桃園縣○○市○○段○○○段0000000地號)在內共10筆土地，總價1700萬元，系爭買賣契約第2條約定簽約當天給付300萬元，第2期款680萬元以代償訴外人鄭正鐸、于陳玉秀、陳月娥抵押債務之方式給付，尾款720萬元以代償訴外人基隆信用合作社貸款之方式給付，第14條第3項原約定：「....郭訂人由買方(即張淑芬)負責清償處理」，後將「郭訂人」等字刪除(見原審卷第63至67頁)，加以張淑芬陳稱：伊為陳董玉蘭代償債務，伊承受系爭土地所有權沒有給付陳董玉蘭任何價金等語(見本院更一卷㈠第146、147頁)，足見張淑芬與陳董玉蘭於買賣系爭土地過程中有討論陳董玉蘭對張訂人所負債務是否由張淑芬一人承擔之事，倘若陳董玉蘭未向郭訂人借款，張淑芬應無必要在系爭金錢借用證書上用印，同意擔任連帶保證人，復於簽訂系爭買賣契約時，非但未要求陳董玉蘭塗銷系爭抵押權登記，反係討論系爭借款債務承擔之問題。再參酌郭訂人曾於107年4月17日檢附系爭借用證書及系爭本票，向基隆地院

聲請對陳董玉蘭、張淑芬核發系爭支付命令，請求連帶給付1200萬元本息，該院於107年4月19日核發系爭支付命令，於107年5月2日寄存於陳董玉蘭住所地「基隆市○○區○○街00○0號」之警察機關基隆市警察局第一分局延平街派出所，由訴外人林志堅於107年5月8日到所領取，基隆地院於107年6月7日發函囑託基隆市警察局第一分局派員前往陳董玉蘭上開住所地查訪其是否確實居住該址，及是否有收受法院文書，經員警前往查訪，陳董玉蘭於107年6月14日向員警陳稱伊確實有居住於上址，林志堅有將法院文書交給伊等語，陳董玉蘭嗣並未對系爭支付命令提出異議，郭訂人乃對陳董玉蘭聲請強制執行，基隆地院民事執行處執達員於107年11月14日執行查封程序時，陳董玉蘭在場說明查封標的物之占有使用情形，有支付命令聲請狀及所附證據、系爭支付命令、基隆地院107年6月7日函、送達證書、基隆市警察局第一分局107年6月15日函、查訪紀錄表及查封筆錄等影本可稽（見本院更一卷㈡第43至54頁），益見郭訂人與陳董玉蘭間就系爭借款確有消費借貸關係存在。至陳董玉蘭雖於發回前本院判決(108年1月8日)郭訂人敗訴後，於108年4月17日向基隆地院訴請確認系爭支付命令所示債權不存在，嗣因未依限繳納裁判費，經該院於108年5月21日以108年度重訴字第31號裁定駁回，並已確定，有起訴狀、上開裁定及確定證明書等影本可稽(見本院更一卷㈡第57至61頁)，然尚無從據此推認系爭抵押權所擔保之系爭借款債權不存在。

(八)被上訴人主張：郭訂人於原審及更審前本院已自認其與陳董玉蘭間並無消費借貸關係，應有拘束法院之效力云云，惟查，郭訂人於原審106年12月11日言詞辯論期日辯稱：伊與陳董玉蘭間為擔保借款關係，借款人是陳元誠，陳董玉蘭沒有實際跟伊借錢，但同意要擔保陳元誠積欠伊的債務，伊在陳董玉蘭同意下，陸陸續續交1200萬元給陳元誠，因陳董玉蘭出面擔保，讓伊設定抵押權，伊才借款給陳

元誠，伊有提出借據(即系爭金錢借用證書)為證等語(見本院更二卷第298至300頁)；於107年1月16日具狀改稱：系爭金錢借用證書上的借用人是陳董玉蘭，陳元誠有資金需求，由陳董玉蘭出面借款，伊因信任陳董玉蘭，且陳董玉蘭提供系爭土地設定抵押權作為擔保，才願意借款予陳董玉蘭，伊前因誤認借款人是指有資金需求之人，才稱借款人是陳元誠，但法律評價上借款人是陳董玉蘭等語(見原審卷第114、115頁)；於發回前本院又稱：系爭借款債權債務關係存在於郭訂人與陳元誠之間，陳董玉蘭是保證人，其與郭訂人間成立保證契約，擔保陳元誠一定還錢才設定系爭抵押權等語(見本院重上卷第303頁)；復於本院更二審改稱：陳董玉蘭提供系爭土地設定抵押權予郭訂人，向郭訂人借款1200萬元，需要用錢的人是陳元誠，陳董玉蘭是為了陳元誠出面借款，主債務人是陳董玉蘭，不再主張陳元誠向伊借款，陳董玉蘭是保證人等語(見本院更二卷第208頁)，準此以觀，郭訂人始終抗辯陳董玉蘭係為陳元誠出面借款，並簽立系爭金錢借用證書作為憑證，及提供系爭土地設定系爭抵押權作為擔保，其依陳董玉蘭指示交付系爭借款予陳元誠，其因誤認借款人係指實際上有資金需求者，方稱借款人為陳元誠，陳董玉蘭為保證人，至其就與陳董玉蘭間究係成立保證契約，抑或消費借貸契約，前後陳述雖不一致，然郭訂人與陳董玉蘭間因系爭借款而成立法律關係所衍生之紛爭應如何適用法律，屬法院之職權，不受當事人主張之拘束，被上訴人前開主張，為不可採。

(九)被上訴人主張：郭訂人就系爭借款交付之方式、時間及清償期等說法前後不一，顯然其與陳董玉蘭間並無消費借貸關係云云。查郭訂人就系爭借款有無約定清償期及交付方式，於原審辯稱：系爭借款沒有約定清償期，伊陸陸續續交付借款1200萬元給陳元誠等語(見原審卷第104頁背面、本院更二卷第300頁)；其訴訟代理人於發回前本院辯稱：

陳元誠以其配偶陳周鈴珠名義簽發之支票，交由陳豐鎮轉交予郭訂人換取支票兌現之方式辦理借款，並以陳周鈴珠名義簽發之支票發票日為還款日期。1200萬元是分次交由陳豐鎮轉交給張淑芬，都是以現金交付等語(見本院重上卷第138、148、149頁)；於本院更一審辯稱：借款是分次以現金交給陳元誠，時間已不復記憶等語(見本院更一卷㈠第50頁)；於本院更二審辯稱：郭訂人於91年9月4日系爭金錢借用證書簽立前，陸陸續續交付借款完畢，約定清償期如系爭金錢借用證書所載為92年9月4等語(見本院更二卷第106、107頁)，嗣郭訂人於本院更二審行當事人訊問程序時具結稱：伊於系爭抵押權送件登記後，陸續交付借款予陳元誠，陳元誠來伊家拿錢，分10至20次，於1、2個月內付完，有時6、70萬元，有時100至200萬元，都是給現金，有的是身邊放的現金，有的是銀行領出來的，伊做生意都是用現金。訴訟代理人於先前表示系爭借款1200萬元分次交由陳豐鎮轉交給張淑芬，是因張淑芬也有向伊借錢，都是叫陳豐鎮來拿錢。系爭借款約定1年要還，期限屆至時，陳元誠要求展期，伊有同意。伊今日所述才是正確的等語(見本院更二卷第146、148、149頁)，是郭訂人之訴訟代理人前開關於系爭借款交付方式所陳述之事實，與郭訂人之真意不符，業經郭訂人到場更正。雖證人陳豐鎮證稱：陳元誠需要用錢時，拿陳周鈴珠開的支票給張淑芬，張淑芬將票交給伊，由伊拿給郭訂人換現金，郭訂人開現金支票給伊，伊再存入張淑芬的帳戶，他們私底下要給誰，伊不知道等語(見本院重上卷第207、209、210頁)，與郭訂人前述交付借款之方式不同，然陳豐鎮又證稱：時間久了，伊不記得陳周鈴珠為何簽發支票等語(見本院重上卷第207頁)，可見陳豐鎮僅係依張淑芬指示交付陳周鈴珠名義簽發之支票予郭訂人兌換現金支票，其不知悉票據原因關係為何，自難徒以郭訂人就系爭借款交付方式與陳豐鎮所述不符，即認郭訂人並無交付系爭借款之事

實。再核閱郭訂人提出之系爭金錢借用證書，借用人欄有「陳董玉蘭」之印文，簽立日期為91年9月4日，並明確記載系爭借款「償還期92年9月4日」、「即日全部受領清楚」(見原審卷第53頁背面)，而上開「陳董玉蘭」之印文應為真正，業經本院認定如前，堪認郭訂人就其抗辯與陳董玉蘭間成立消費借貸合意及交付系爭借款之事實，已盡舉證之責。至於郭訂人就系爭借款有無約定清償期乙節，前後陳述雖有出入，惟衡諸系爭借款係於91年間所為，距被上訴人提起本件訴訟(106年6月2日，見原審卷第3頁)已長達14餘年，郭訂人或因時間久遠，或因系爭借款曾屆期展延，導致記憶錯誤，乃屬人情之常，尚無礙於郭訂人與陳董玉蘭間確有消費借貸關係之認定，被上訴人執此主張其2人間無消費借貸關係存在云云，自無可取。

(十)被上訴人主張：郭訂人長達逾15年期間未實行抵押權，迄至原審判決敗訴後，方於107年4月17日聲請核發系爭支付命令及聲請強制執行，顯係臨訟所為之訴訟手段，且陳董玉蘭或因年事已高並老年痴呆，或因基於其他考量配合郭訂人而未提出異議，郭訂人對陳董玉蘭之系爭借款債權恐屬虛偽云云。惟查，郭訂人先後於101年間、104年間以陳董玉蘭設定系爭抵押權擔保對伊所負之系爭借款債務屆期未清償為由聲請拍賣抵押物，分別經原法院101年11月23日101年度司拍字第661號裁定及104年6月24日104年度司拍字第191號裁定系爭土地准予拍賣，有上開裁定影本可稽(見原審卷第52、121頁)，足見郭訂人並無長期不行使權利情形。又原法院103年度司執字第62063號清償債務強制執行事件於103年9月11日發函(下稱103年9月11日函)通知郭訂人於文到7日內陳報系爭抵押權所擔保債權之總金額若干，送達地址為「雲林縣○○鎮○○路00號」，由其子江志遠以同居人身分簽收（見原審卷第10頁、外放之原法院103年度司執字第62063號影印卷第56頁)，然郭訂人於原審陳稱：伊於100年5月間搬到嘉義，戶籍於104年8月

24日遷入「嘉義市○區○○路000號00樓0」，只要寄到北港的文書伊都不知道等語(見原審卷第106、107頁)，並有戶籍資料可稽(見原審卷第25頁、本院更二卷第278頁)，郭訂人於103年9月11日函送達時，既非以「雲林縣○○鎮○○路00號」為住所，復無證據證明江志遠有將上開函文實際轉交郭訂人，自不生合法送達之效力，實難以郭訂人未能於期限內陳報債權，即遽謂系爭借款債權係屬虛偽。

(十一)被上訴人主張：系爭金錢借用證書所載簽立日期及系爭本票發票日均為91年9月4日，系爭抵押權則係於91年8月8日送件，系爭抵押權設定契約書記載權利存續期間起始日為91年6月15日，可見系爭借款債權並非系爭抵押權所擔保之債權，系爭抵押權違反成立之從屬性而無效云云。惟查，系爭抵押權為普通抵押權，送件日期為91年8月8日，登記日期為91年9月4日，系爭金錢借用證書之簽立日期及系爭本票發票日均為91年9月4日，而系爭金錢借用證書記載：「新台幣壹仟貳佰萬元整....即日全部領收清楚」、「借用人陳董玉蘭」(見原審卷第53頁背面)，系爭抵押權設定契約書記載：「擔保債權總金額新台幣：壹仟貳佰萬元整」、「義務人兼債務人陳董玉蘭」(見原審卷第35頁)，兩者相符，足認郭訂人與陳董玉蘭合意以系爭借款債權為系爭抵押權所擔保之特定債權，且系爭抵押權完成設定時，郭訂人已交付借款完畢。又96年9月28日修正民法施行前（下稱修正前)僅設有普通抵押權規定，修正前抵押權登記之「權利種類」欄一概登記為「抵押權」，惟土地登記及司法實務承認當事人得設定最高限額抵押權，關於普通抵押權、最高限額抵押權之區別，係表現於「擔保權利總金額」欄，按照內政部當時頒布之填載須知，抵押權設定契約書「權利存續期限」欄，最高限額抵押權方須填寫，普通抵押權則免填，故系爭抵押權登記之「權利存續期限」欄記載「自中華民國玖拾壹年陸月拾伍日起至玖拾陸年陸月拾伍日止共計伍年」，乃屬贅文，尚無從據此推認

系爭抵押權所擔保債權之成立日期為91年6月15日，被上訴人徒以系爭抵押權登記之權利存續期限起始日與系爭金錢借用證書簽立日期不符為由，主張系爭借款債權並非系爭抵押權所擔保之債權云云，要無可採。

(十二)至證人即地政士莊榮一證稱：張淑芬原有林鴻、李幸樺、黃張寶蓮等3位債權人(下合稱林鴻等3人)，林鴻有2000萬元債權、李幸樺及黃張寶蓮各有1000萬元債權，被上訴人以4000萬元向林鴻等3人購買對張淑芬的債權，伊受被上訴人委託辦理抵押權讓與手續，被上訴人將銀行本票交給伊，伊於抵押權登記完成後將本票交給林鴻等3人簽收。張淑芬說辦理移轉登記的抵押權擔保債權只剩4000萬元，其他都沒有了，沒有說還有抵押權人郭訂人，擔保債權金額為1200萬元，伊不知道除林鴻等3人所設定之抵押權外，系爭土地還有設定第一順位抵押權等語(見本院更二卷第204至206頁)。觀諸林鴻等3人出具之債權讓與證明書、系爭土地查詢資料及異動索引記載(見原審卷第21頁背面、第22、73至76、90至91頁)，林鴻等3人原係就系爭土地設定第三、四順位抵押權，擔保其等對張淑芬之債權，林鴻等3人於99年12月21日將其等對張淑芬之全部債權(含債權附隨之抵押權、利息、訴訟費、執行費等附隨權利)讓與被上訴人，並於99年12月22日以讓與為原因完成抵押權移轉登記，可見被上訴人於99年12月間以4000萬元之代價受讓林鴻等3人對張淑芬之債權及擔保該債權之第三、四順位抵押權，並未受讓郭訂人對陳董玉蘭之系爭借款債權及系爭抵押權，莊榮一既係受被上訴人委託辦理第三、四順位抵押權移轉登記，則其證述張淑芬表示擔保債權剩4000萬元乙節，當係指林鴻等3人讓與之第三、四順位抵押權所擔保之債權餘額為4000萬元，尚不能解為系爭抵押權所擔保之系爭借款債權已經清償完畢。雖莊榮一證稱：張淑芬有拿系爭買賣契約給伊看，她說名字刪除的部分債務都已經處理掉了等語(見本院更二卷第206頁)，然系爭

買賣契約第14條第3項原記載：「....郭訂人由買方負責清償處理」，後以手寫刪除「郭訂人」等字(見原審卷第67頁)，僅能推知張淑芬並未承擔陳董玉蘭對郭訂人所負債務，尚無從認定系爭借款債務已經清償完畢，是被上訴人執此主張縱認系爭借款債權存在，亦已清償完畢云云，難認可採。

(十三)綜合上開事證以觀，郭訂人與陳董玉蘭間有消費借貸意思表示合致及交付系爭借款之事實，系爭借款債權存在，且為系爭抵押權所擔保，復無證據證明系爭借款業已清償完畢，則被上訴人主張：郭訂人與陳董玉蘭間並無消費借貸關係存在，退步言，系爭借款亦已清償完畢，系爭抵押權所擔保之債權不存在云云，即非可採。

五、綜上所述，被上訴人請求確認郭訂人對張淑芬原所有系爭土地設定之系爭抵押權所擔保郭訂人對陳董玉蘭之債權不存在，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。

六、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，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條、第463條、第385條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　30　　日

民事第二十四庭

審判長法　官　鍾素鳳

法　官　陳心婷

法　官　楊雅清

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　　112　　年　　5　　月　　30　　日

書記官　林虹雯