# 臺灣高等法院民事判決

115年度上字第64號

上　訴　人　楊博診
訴訟代理人　陳進文律師
被　上訴人　何永隆
訴訟代理人　汪智陽律師
　　汪令珩律師

上列當事人間分配表異議之訴等事件，上訴人對於中華民國114年4月11日臺灣桃園地方法院113年度重訴字第352號第一審判決提起上訴，本院於115年7月7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負擔。

事實及理由

壹、程序部分

一、臺灣桃園地方法院（下稱桃院）111年度司執字第111628號拍賣抵押物強制執行事件（下稱系爭執行事件），經執行法院於民國112年11月7日作成如原審卷第41至46頁所示分配表（下稱系爭分配表），並定於同年12月26日實行分配。被上訴人於112年11月22日具狀聲明異議，並於113年1月2日提起本件分配表異議之訴，復於同年月4日向執行法院陳報起訴證明等情，經本院調取系爭執行事件卷宗核閱無訛，是被上訴人提起本件分配表異議之訴，於法並無不合。

二、被上訴人於原審請求確認其所有如原判決附表（下稱附表）二所示土地及建物（下稱系爭不動產）設定同表所示擔保債權總金額新臺幣（下同）960萬元之普通抵押權（下稱系爭抵押權）不存在，並予以塗銷（即原判決主文第3及4項）。嗣因系爭抵押權已因系爭不動產經拍定後，塗銷查封拍賣而隨同辦理塗銷登記（本院卷第295至301頁），被上訴人乃於本院審理時撤回此部分起訴，並經上訴人同意（本院卷第330頁），是該部分已非本院審理範圍，合先敘明。

貳、實體部分

一、被上訴人主張：伊於111年6月17日提供系爭不動產設定系爭抵押權予上訴人，登記擔保債權種類及範圍為伊、訴外人即伊之子何虎恩(原名：何泓霖)（合稱何虎恩等二人）與上訴人間於111年6月15日因金錢借貸所生之債務，清償期112年6月14日（下稱系爭債權）。嗣系爭不動產經訴外人吳素月聲請以系爭執行事件強制執行，並於112年6月8日拍定，經執行法院於112年11月7日就拍賣所得1,396萬7,200元作成系爭分配表，將上訴人聲明參與之執行費及系爭債權分列為次序7、11受分配。惟系爭債權實際上並不存在，系爭抵押權設定違反從屬性應屬無效，該債權不得列入分配。爰依強制執行法第41條第1項規定，求為命將系爭分配表次序7、11所列債權（下稱系爭受分配債權）剔除，不列入分配之判決。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴（另未繫屬本院部分，不予贅述）。答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：伊前因何虎恩以不實投資施詐而交付1,800萬元，何虎恩屆期無力清償，雙方乃於111年5月間偕同被上訴人訂立借款契約，約定由被上訴人任連帶保證人，並提供系爭不動產設定系爭抵押權為擔保（下稱系爭借款契約）。系爭抵押權既係擔保上開1,800萬元債務而設定，所擔保之系爭債權應屬存在，自得受分配等語，資為抗辯。上訴聲明：㈠原判決關於剔除系爭分配表所列系爭受分配債權部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。

三、被上訴人於111年6月17日提供系爭不動產為上訴人設定系爭抵押權，嗣系爭不動產經系爭執行事件予以查封拍賣，於112年6月8日拍定，經執行法院就拍賣所得價金作成系爭分配表，並將抵押權人即上訴人聲明參與分配之系爭債權及其執行費列入分配等情，為兩造所不爭執（本院卷第135至136頁），堪信為真實。

四、得心證之理由：

㈠、按普通抵押權之成立須具備從屬性，其所擔保之債權可由當

事人自行約定，惟基於抵押權設定之公示原則（民法第758條、土地登記規則第111條之1、第115條之1規定參照），為特定所擔保之債權種類及其金額，須以登記方法加以公示，以確定抵押權人對抵押物得支配交換價值之限度，避免後次序抵押權之設定陷於不安狀態，阻礙抵押物交換價值有效利用，且為保障交易安全及信賴抵押權登記之善意第三人，抵押權人實行抵押權，除法律規定外，悉以設定登記事項所載為準，抵押權人不得以登載事項以外之事實，據為抵押權內容之主張依據。次按金錢借貸契約為要物契約，以貸與人金錢之交付為該消費借貸契約成立之要件。查：

1、上訴人自承：系爭抵押權所擔保之債權，係伊交付何虎恩之1,800萬元，因何虎恩未能清償，乃於111年5月間與伊簽立系爭借款契約，並由被上訴人任連帶保證人，另設960萬元擔保債權（原審卷第152至153頁）。而系爭借款契約載明何虎恩借款500萬元、1,000萬元、300萬元，借款期間依序自110年3月1日、同年9月15日、同年10月1日起算，到期日分別為1年（111年3月1日、同年9月15日、同年10月1日）或2年（112年3月1日、同年9月15日、同年10月1日），約定利息按年息35%計算（原審卷第93頁）。對照何虎恩於另案刑事案件警詢時所陳：伊與上訴人陸續簽立投資協議書，收受上訴人匯付之投資款1,800萬元，嗣於111年4月間因公司資金週轉不靈、支票跳票，上訴人乃約伊與伊父即被上訴人前往其住處，逼簽抵押協議書及借款契約3,000萬元（內容為抵押被上訴人房屋960萬元、現金260萬元及抵押山田工程有限公司所有動產）（原審卷第97頁）等語，足見何虎恩亦自承係因與上訴人就前述1,800萬元投資款發生爭議，而與上訴人簽訂系爭借款契約，至其所稱借款契約金額3,000萬元，應係加計系爭借款契約所載約2年按年息35%計算之利息後之本息總額【1,800萬×（1＋35%+35%）＝3,060萬】；參以系爭借款契約所載借款本金分別為500萬元、1,000萬元、300萬元，借款時間依序為110年3月1日、110年9月15日、

110年10月1日，亦與前述交付投資款之金額及時間完全一致；且上訴人前於另案主張：何虎恩以投資建築為由，陸續向伊取得投資款共計1,800萬元，嗣伊與何虎恩等二人於111年5月間協商還款，何虎恩承諾返還上開投資款並以之作為消費借貸標的，被上訴人亦同意為連帶保證人，而共同簽署系爭借款契約，屆期未如數清償，故依消費借貸及連帶保證契約之法律關係，訴請何虎恩等二人連帶給付338萬6,300元、1,000萬元及300萬元本息，而何虎恩等二人於該事件亦具狀陳稱：上訴人以兩造間有1,800萬元借款及連帶保證為由，於111年間要求被上訴人提出系爭不動產為擔保，乃依其指示於111年6月17日設定系爭抵押權予上訴人等語，嗣經本院113年度重上字第403號（下稱403號）判決上訴人勝訴，及最高法院114年度台上字第734號裁定駁回何虎恩等二人之上訴確定等情，有各該裁判及陳報狀可稽（原審卷第101至111頁、本院卷第29至31、259頁）。足認上訴人確與何虎恩存有投資爭議，因此於111年5月間，要求何虎恩等二人共同簽立系爭借款契約，約定上訴人前交付何虎恩之投資款1,800萬元轉為消費借貸標的，並由何虎恩為借款人、被上訴人為連帶保證人無訛，故系爭借款契約所載簽署日期為110年乙情，應屬誤載。

2、惟兩造嗣於111年6月間設定系爭抵押權所憑之系爭抵押權設定契約書，就擔保債權種類及範圍則記載為：債務人（即何虎恩等二人）與權利人（即上訴人）於111年6月15日金錢借貸所生之債務，擔保債權金額960萬元、清償期為112年6月14日（原審卷第17頁）；核與前開1,800萬元消費借貸及連帶保證所生債務之時間、金額及清償期均有不同，自無從認何虎恩等二人與上訴人間於111年5月間約定成立之消費借貸及連帶保證關係，即為系爭抵押權約定擔保之111年6月15日金錢借貸債務。

3、至於上訴人與何虎恩等二人雖於111年6月15日另簽立借貸契約書（下稱615借貸契約書），記載：雙方茲因借款事宜，

經雙方同意訂立借貸契約，借貸金額800萬元，於簽訂本契約同時經乙方（即何虎恩等二人）親收無誤，借貸期間即日起至112年6月14日止，約定以月利率1%單利計算，並以系爭不動產為擔保設定抵押權予上訴人等情，有615借貸契約書可稽（原審卷第33頁）。惟查：

⑴、上訴人自承：簽立615借貸契約書，係因實務上實行抵押權須有債權證明，代書乃要求雙方簽立借款契約書，其上800萬元僅係按系爭不動產殘值估算，實仍係緣於前述1,800萬元被上訴人無法給付，伊始要求何虎恩等二人提供不動產供擔保等語（本院卷第273頁）。則上訴人於111年6月15日並未交付800萬元借款予何虎恩等二人，與615借貸契約書所載「於簽訂本契約同時經乙方親收無誤」等情不符。而金錢借貸契約為要物契約，以金錢之交付為成立要件，上訴人與何虎恩等二人就615借貸契約書所載800萬元既無金錢之交付，自無從於111年6月15日成立金錢消費借貸契約。

⑵、615借貸契約書既係為取得實行抵押權所需債權證明而簽立之文件，所載800萬元係按系爭不動產殘值估算之數額，並非就前開1,800萬元債務之全部或特定部分結算後移作新債務，難認上訴人與何虎恩等二人有何成立新債務以消滅舊債務之意思。參以上訴人於615借貸契約書簽立後，仍本於111年5月間成立之系爭借款契約消費借貸及連帶保證法律關係，訴請何虎恩等二人連帶給付338萬6,300元、1,000萬元及300萬元本息等情，如前所述。且何虎恩等二人於該事件中，未曾抗辯上開債務已因簽立615借貸契約書而一部消滅，上訴人亦已就其全額（扣除已受清償部分）受勝訴判決確定，益徵上訴人與何虎恩等二人間並無以615借貸契約書部分取代系爭借款契約，或另於111年6月15日依615借貸契約書成立金錢消費借貸之意。

⑶、從而，615借貸契約書僅係上訴人為實行系爭抵押權、應代書要求而簽立之形式上債權證明文件，不能證明上訴人與何虎恩等二人間於111年6月15日已另成立金錢借貸契約。

4、總上，上訴人既不能證明其與何虎恩等二人於111年6月15日有何金錢借貸所生之債務，則何虎恩等二人雖經403號判決命連帶給付上開金額本息，本於物權公示原則，自不能認係系爭抵押權所擔保之債權。

㈡、按抵押權為擔保物權，以擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失所附麗，縱有抵押權登記，亦屬無效。查上訴人既不能證明其與何虎恩等二人於111年6月15日有何金錢借貸所生之債務，揆諸上開說明，系爭抵押權設定應屬無效。是執行法院將系爭受分配債權，分別列為系爭分配表次序7、11受償（原審卷第41至42頁），洵失所據。從而，被上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求將上開債權剔除，不列入分配，即屬有據。

五、綜上，被上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求系爭分配表所列系爭受分配債權均予剔除，不得列入分配，為有理由，應予准許。從而，原審就上開部分為上訴人敗訴之判決，於法並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

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，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日

民事第七庭

審判長法　官　林翠華

法　官　饒金鳳

法　官　藍家偉

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。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日

書記官　黃立馨