

臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度重上字第181號

上訴人 李金安
柏邵實業股份有限公司

兼法定代理人 林樂怡

共 同

訴訟代理人 洪俊誠律師
洪翰今律師

被上訴人 吳淑娟
蔡汶含

共 同

訴訟代理人 許崇賓律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於民國109年6月18日臺灣臺中地方法院108年度重訴字第600號第一審判決提起上訴，本院於109年12月23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

一、上訴人主張：上訴人為擔保於民國105年6月21日向被上訴人吳淑娟借款新臺幣（下同）1477萬5000元、蔡汶含借款408萬6660元，而將上訴人所有如附表所示之土地及建物（下稱系爭房地），於105年6月24日以臺中市○里地0000000000000000號，設定擔保債權額2400萬元之普通抵押權（下稱系爭甲抵押權）予被上訴人吳淑娟（債權比例3/4）、蔡汶含（債權比例1/4），之後上訴人陸續清償被上訴人吳淑娟450萬元、蔡汶含150萬元。嗣於107年2月1日，上訴人另向被上訴人吳淑娟借款1100萬元、蔡汶含借款121萬7710元、訴外人林○○借款800萬元、訴外人林○○借款634萬元，合計2655萬7710元，雙方同意將前開積欠被上訴人吳淑娟之1027萬5000元（1477萬5000元－450萬元＝1027萬5000元）、積欠被上訴人蔡汶含之258萬6660元（408萬6660元－150

萬元 = 258萬 6660元)，一併加計於107年2月1日借款2655萬7710元內，借款總金額變為3941萬9370元（2655萬7710元 + 1027萬5000元 + 258萬6660元 = 3941萬9370元），而以系爭房地於107年2月1日以臺中市○里地0000000000000000號，設定擔保債權額4800萬元之普通抵押權（下稱乙抵押權）予被上訴人吳淑娟（債權比例3/8）、蔡汶含（債權比例1/8）及林○○（債權比例2/8）、林○○（債權比例2/8），卻漏未將系爭甲抵押權之登記塗銷，為此依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人吳淑娟、蔡汶含將系爭甲抵押權設定登記塗銷（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。並上訴聲明：原判決廢棄。被上訴人應將系爭房地所設定之系爭甲抵押權登記塗銷。

二、被上訴人抗辯：上訴人於105年6月21日向被上訴人吳淑娟借款1500萬元、蔡汶含借款500萬元，本金至今未還。嗣上訴人因資金週轉不靈，於107年2月1日再向被上訴人吳淑娟借款1500萬元、林○○借款1000萬元、林○○借款1000萬元，並同意先償還前所積欠利息966萬元，由被上訴人吳淑娟匯款1100萬元、林○○匯款800萬元、林○○匯款634萬元予上訴人。上訴人另同時向被上訴人蔡汶含借款500萬元，並同意先償還前所積欠被上訴人蔡汶含及訴外人楊○○、蔡○○等人債務之利息、服務費、代書費等共378萬2290元，由被上訴人蔡汶含匯款121萬7710元予上訴人，總計借款4000萬元，並設定乙抵押權。上訴人就105年6月21日之借款雖償還被上訴人吳淑娟450萬元、蔡汶含150萬元，然均用以清償利息，並未清償本金，兩造並未約定系爭甲抵押權所擔保之債權餘額併入乙抵押權擔保之借款數額內。並答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執之事項（本院卷116、117頁）

（一）上訴人於105年6月21日向被上訴人借款，而以系爭房地設定系爭甲抵押權予被上訴人吳淑娟（債權比例3/4）、蔡汶含（債權比例1/4）。

01 (二) 上訴人另於107年2月1日向被上訴人吳淑娟、蔡汶含及林
02 ○○、林○○借款，而以系爭房地設定乙抵押權予被上訴
03 人吳淑娟（債權比例3/8）、蔡汶含（債權比例1/8）、林
04 ○○（債權比例2/8）、林○○（債權比例2/8）。

05 (三) 上訴人就105年6月21日之借款，事後有清償被上訴人吳淑
06 娟450萬元、蔡汶含150萬元。

07 四、上訴人提起本件訴訟主張系爭甲抵押權所擔保之債權，因兩
08 造間清償會算，而將系爭甲抵押權所擔保之債權餘額併入乙
09 抵押權擔保之債權數額內，成立更換擔保品之合意或債之更
10 改，並因混同或類似混同之情事，全部歸於消滅（本院卷64
11 頁），可見其目的在訴請塗銷系爭房地上之系爭甲抵押權登
12 記，而非抵押權擔保債權一部不成立或消滅時請求為抵押權
13 範圍之變更登記。是本件之爭點應在於：

14 (一) 上訴人主張兩造就系爭甲抵押權所擔保之債權餘額，因兩
15 造間清償會算，已併入乙抵押權擔保之債權數額內，故系
16 爭甲抵押權應塗銷登記，有無理由？

17 (二) 上訴人主張系爭甲抵押權所擔保之債權，因混同或類似混
18 同之情形，而全部歸於消滅，故系爭甲抵押權應塗銷登記
19 ，有無理由？

20 五、本院之判斷：

21 (一) 上訴人並未證明兩造就105年6月21日之借款，成立更換擔
22 保品之合意或債之更改：

23 1、上訴人主張兩造間因清償會算，約定將系爭甲抵押權擔保
24 之債權餘額併入乙抵押權擔保之債權數額內，成立更換擔
25 保品之合意或債之更改云云。按所謂更換擔保品之合意，
26 係指當事人間互相同意就同一債務，以其他擔保品代替原
27 有之擔保品，此際僅擔保品有所不同，原有債務之同一性
28 則無變更；而所謂債之更改，乃當事人間成立新債務以消
29 滅舊債務之契約（最高法院96年度台上字第1063號判決意
30 旨參照）。惟不論是更換擔保品之合意或債之更改，均須
31 當事人雙方合意始得成立。本件被上訴人否認就105年6月

21日借款餘額與上訴人有更換擔保品之合意或成立債之更改，自應由上訴人負舉證之責。

- 2、上訴人雖稱兩造於107年2月1日設定乙抵押權時，口頭約定將105年6月21日借款餘額併入計算云云，然為被上訴人所否認，上訴人復未舉證以實其說，所述即屬無憑。又抵押權所擔保者為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用；清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本，民法第861條第1項前段、第323條前段分別定有明文。本件上訴人以系爭房地設定系爭甲抵押權向被上訴人借款，系爭甲抵押權所擔保之債權為上訴人對被上訴人「105年6月21日所發生借貸之債務」，約定債務清償日期為「105年9月20日」，借款金額「以借據、本票之面額」為準，借款利息「按年息3%計算」，遲延利息及違約金則「按每佰元日息壹角計算」，上訴人並共同簽發發票日105年6月21日、受款人吳淑娟、面額1500萬元之本票1紙，及發票日105年6月21日、受款人蔡汶含、面額500萬元之本票1紙，暨出具105年6月21日受領蔡汶含500萬元借款之現金收據，以上有抵押權設定契約書、本票2紙、現金收據可稽（原審卷295-301頁）。上訴人主張其於105年6月21日向被上訴人吳淑娟、蔡汶含借款之金額為1477萬5000元、408萬6660元，與上開抵押權設定契約書、本票、現金收據之記載已有不符。上訴人嗣再於107年2月1日以系爭房地設定乙抵押權向被上訴人借款，乙抵押權所擔保之債權總金額為「4800萬元」，約定債務清償日期為「107年4月29日」，借款金額「以借據、本票之面額」為準，借款利息「按年息3%計算」，遲延利息及違約金「按每佰元日息壹角計算」，其他擔保範圍含「債務不履行之賠償金1000萬元整」，上訴人並出具107年2月1日借款4000萬元，扣除利息180萬元、費用160萬元、代書費8萬2290元、欠繳利息996萬元後，受領2655萬7710元之現金收據總表，此有抵押權設定契約書、現金收據總表、

代書費收據可參（原審卷311、317、321-325頁）。觀諸系爭甲抵押權之抵押權設定契約書，兩造就105年6月21日之借款立有利息、遲延利息及違約金之約定，上訴人於107年2月1日向被上訴人吳淑娟、蔡汶含再次借款時，105年6月21日借款清償期限已屆至，上訴人自承僅清償被上訴人吳淑娟450萬元、蔡汶含150萬元，並未全部清償完畢（本院卷72、117頁），依兩造前揭約定，應已產生利息、遲延利息及違約金等。然上訴人卻主張雙方同意將上訴人清償被上訴人吳淑娟之450萬元、蔡汶含之150萬元，全數用以抵充105年6月21日借款本金，而無庸先抵充利息等，且於設定乙抵押權時，僅將105年6月21日借款本金餘額列入乙抵押權之擔保範圍，其餘已經發生之利息、遲延利息及違約金則全未納入擔保範圍內，顯與常情有違，自難憑採。

- 3、再依上開現金收據總表所示，上訴人於107年2月1日向被上訴人吳淑娟、吳淑娟之夫林○○、吳淑娟之女林○○借款共3500萬元，向被上訴人蔡汶含借款500萬元，合計借款4000萬元，扣除4000萬元借款每個月以60萬元計算，3個月之利息180萬元、4000萬元借款以4%計算之手續費160萬元、代書費8萬2290元，再扣除欠繳利息996萬元，總共扣除1344萬2290元後，上訴人實際受領2655萬7710元（4000萬-1344萬2290元=2655萬7710元），上訴人亦不否認107年2月1日借款實際收到2655萬7710元（起訴狀第5行、本院卷73頁），可見上訴人107年2月1日向被上訴人及林○○、林○○借款時，兩造僅約定上訴人所借款項其中996萬元直接用以清償先前借款欠繳之利息，未見兩造就105年6月21日借款餘額尚有多少進行會算，進而約定將該借款餘額併入107年2月1日借款數額內計算。另證人即為兩造辦理甲、乙抵押權設定登記之代書張○○於原審證稱：現金收據總表當時寫4000萬元，先扣欠繳的利息，是當時李金安、林樂怡講好的，現金收據總表上面也是他們

2人親筆簽名，甲、乙抵押權是擔保不同的債權，每筆都是實質的借貸，現金收據總表是李金安委託我製作等語（原審卷300頁），益徵系爭甲抵押權與乙抵押權乃各自擔保不同之借款債權，是上訴人主張兩造於107年2月1日設定乙抵押權時，以口頭約定將105年6月21日借款餘額併入計算云云，難認實在。

4、上訴人雖又主張該現金收據總表為兩造通謀虛偽意思表示，不生效力云云，然為被上訴人否認。參以該現金收據總表乃李金安委託張○○製作，業據張○○證述如前，並為上訴人所是認（本院卷73頁）。該現金收據總表既為上訴人提出予被上訴人及林○○、林○○，用以表示借款4000萬元，扣除前揭項目後，實際受領2655萬7710元之意，非為對外行使或持以辦理其他手續，且不涉及第三人之權利義務，應無特意通謀虛偽委託張○○製作該現金收據總表之必要與可能。且依證人張○○前揭證詞，該現金收據總表所寫4000萬元扣除欠繳利息996萬元部分，確實經上訴人同意後親筆簽名，自難謂屬通謀虛偽意思表示，故上訴人此部分主張，亦非可採。

（二）本件並不發生因混同或類似混同致系爭甲抵押權所擔保之債權全部消滅之情形：

上訴人固又主張105年6月21日借款債務混入107年2月1日借款債務內，產生類似混同之法律效果云云。惟所謂混同，係指債權與其債務「同歸一人」之情形（民法第344條規定參照），與債務之結算有別，混同與清償亦為不同之債之關係消滅原因。本件上訴人先於105年6月21日向被上訴人借款，復於107年2月1日向被上訴人及林○○、林○○借款，就前後2筆借款，上訴人均為債務人，上訴人亦未主張並舉證其嗣後因受讓債權或其他原因取得該2筆借款之債權，自無債權與債務同歸一人或類此之情形，則上訴人主張系爭甲抵押權所擔保之債權，因混同或類似混同之情形而全部消滅云云，即屬無據，自不足採。

01 (三) 按抵押權為從權利，以主債權之存在為其存在之前提，故
02 如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵
03 押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。
04 此乃基於抵押權不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債
05 權未全部消滅前，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登
06 記（最高法院85年度台上字第227號判決要旨參照）。系
07 爭甲抵押權擔保之債權，並無因更換擔保品合意、債之更
08 改、混同或類似混同等事由而歸於消滅。且上訴人自承其
09 就105年6月21日借款僅清償被上訴人吳淑娟450萬元、蔡
10 汶含150萬元，並未全部清償完畢，則基於抵押權之不可
11 分性，在系爭甲抵押權所擔保之債權未全部消滅前，抵押
12 人自不得請求塗銷該抵押權之設定登記。從而，上訴人請
13 求塗銷系爭甲抵押權登記，於法未合，不應准許。

14 六、綜上所述，上訴人於105年6月21日向被上訴人借貸之債務並
15 未全部消滅，則上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求
16 被上訴人將系爭甲抵押權塗銷登記，為無理由，應予駁回。
17 原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決
18 不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

19 七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所用之證據，
20 經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一
21 論列，附此敘明。

22 八、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

23 中 華 民 國 110 年 1 月 13 日
24 民 事 第 八 庭 審 判 長 法 官 杭 起 鶴
25 法 官 黃 裕 仁
26 法 官 羅 智 文

27 正本係照原本作成。

28 如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，
29 其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由
30 書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。

31 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四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官 詹錫朋

中 華 民 國 110 年 1 月 13 日

附表：

一、土地部分：							
編號	土地坐落				面積	權利範圍	
	市	鄉鎮市區	段	段	地號		平方公尺
1	臺中市	區	段		00	3,034.63	全部
所有權人：林樂怡之權利範圍：10000分之3442、李金安之權利範圍：10000分之6558							
二、建物部分：							
編號	建號	基地坐落	建物式樣 主要材料 及房屋層數	建物面積（平方公尺）		權利範圍	
		門牌號碼		樓層面積合計	附屬建物主要建築材料及用途		
1	909	臺中市區段00地號	飲食店、RC造、鋼骨造、1層	1層：226.29 合計：226.29		全部	
		臺中市區路00號					
所有權人：柏邵實業股份有限公司							
2	910	臺中市區段00地號	商業用、RC造、鋼骨造、1層	1層：214.64 合計：214.64		全部	
		臺中市區路00號					
所有權人：柏邵實業股份有限公司							

(續上頁)

3	911	臺中市○○區○ ○段00地號	商業用、 RC造、鋼 骨造、1 層	1層：214.64 合計：214.64		全部
		臺中市○○區○ ○路00號				
所有權人：柏邵實業股份有限公司						
4	910	臺中市○○區○ ○段00地號	商業用、 RC造、鋼 骨造、1 層	1層：226.29 合計：226.29		全部
		臺中市○○區○ ○路00號				
所有權人：柏邵實業股份有限公司						
5	913	臺中市○○區○ ○段00地號	辦公室、 RC造、鋼 骨造、1 層	1層：938.15 合計：938.15		全部
		臺中市○○區○ ○路00號				
所有權人：柏邵實業股份有限公司						