臺灣高等法院花蓮分院民事判決

108年度上字第31號

上　訴　人　宋錦隆
訴訟代理人　蘇銘暉律師（法扶律師）
被 上訴 人　黃勳源
　　張素玉
共　　同
訴訟代理人　邱聰安律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國108年4月11日臺灣臺東地方法院107年度訴字第156號第一審判決提起上訴，本院於民國108年12月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回後開第二項之訴部分廢棄。

被上訴人玉張素應將臺東縣成功地政事務所於民國一0六年八月十五日以成地字第022990號，就被上訴人黃勳源所有坐落臺東縣○○鄉○○段○○○○號土地所為之普通抵押權登記，權利價值超過新臺幣貳佰柒拾萬元部分塗銷。

其餘上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

（一）訴外人陳玉欣與被上訴人黃勳源本係夫妻，共同育有三名未成年子女，受僱於被上訴人黃勳源之妻阮氏雁開設於臺東縣○○鄉○○村○○○00號之「阿雁小吃店」。被上訴人黃勳源於民國106年7月31日下午5時23分許至小吃店尋找訴外人阮氏雁未遇，卻因細故與訴外人陳玉欣發生口角，竟持尖刀砍殺訴外人陳玉欣，致訴外人陳玉欣因出血性休克及呼吸衰竭而死亡。被上訴人黃勳源於106年8月1日即遭羈押，嗣以涉犯殺人罪經檢察官提起公訴，經原法院以106年度重訴字第3號刑事判決判處有期徒刑15年。

（二）被害人陳玉欣之法定繼承人即上訴人及三名未成年子女，

均得對被上訴人黃勳源請求損害賠償，然上訴人於106年8月14日具狀對被上訴人黃勳源財產聲請假扣押，經原法院於同年月16日以106年度裁全字第77號裁定准許，上訴人申請被上訴人黃勳源所有坐落臺東縣○○鄉○○段000地號土地（下稱系爭土地）謄本時，始發現被上訴人黃勳源竟於同年月15日，向臺東縣成功地政事務所（下稱成功地政事務所）申請以被上訴人玉張素為抵押權人，設定擔保債務人被上訴人黃勳源於106年8月14日所立之金錢消費借貸契約所發生之債務，債權總金額為新臺幣（下同）420萬元之普通抵押權（下稱系爭抵押權）。被上訴人黃勳源自106年8月1日羈押迄今，從未交保在外，被上訴人張素玉顯無交付金錢與黃勳源之可能。證人廖新安並無代理被上訴人黃勳源向玉張素借款，亦未代理被上訴人黃勳源委託地政士辦理系爭抵押權設定，且被上訴人玉張素向新光人壽保險股份有限公司（下稱新光人壽）貸款之70萬元、向南山人壽保險股份有限公司（下稱南山人壽）貸款之200萬元，並未交付予證人廖新安，被上訴人二人間，並未成立70萬元及200萬元之消費借貸債權債務關係。上訴人得依民法第242條及第767條第1項規定，代位被上訴人黃勳源請求被上訴人玉張素塗銷系爭抵押權登記等語。

（三）並上訴聲明：

1、原判決不利於上訴人部分廢棄。

2、上開廢棄部分，確認被上訴人黃勳源與被上訴人玉張素間，就系爭土地，經成功地政事務於106年8月15日以成地字第022990號登記，以被上訴人玉張素為抵押權人，設定普通抵押權擔保債權金額420萬元之債權不存在。

3、被上訴人玉張素應將系爭土地，經成功地政事務於106年8月15日以成地字第022990號登記，擔保債權420萬元，設定權利範圍全部之普通抵押權登記，均予以塗銷。

4、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

二、被上訴人則以：

（一）被上訴人黃勳源因賭輸300多萬元，為償還賭債，委託廖新安出售系爭土地，廖新安因而於106年7月28日請許天佑地政士助理武雪恩代為繕打委託書（下稱系爭委託書），然被上訴人黃勳源尚未簽名。其妻阮氏雁知道後極為生氣欲離婚，被上訴人黃勳源因而心情不佳，酒後至阿雁小吃店，與陳玉欣起口角，致持尖刀砍殺陳玉欣致死。

（二）被上訴人黃勳源於106年7月31日因殺人案件被逮捕，廖新安即趕到臺東縣警察局成功分局（下稱成功分局）探視，被上訴人黃勳源乃委託廖新安將系爭土地賣掉或抵押，籌錢作為委任辯護人費用、家人生活開支、貸款利息及賠償和解之用，廖新安因而至武雪恩處拿系爭委託書給被上訴人黃勳源簽署按捺指印。嗣廖新安與被上訴人玉張素商量辦理抵押借貸，被上訴人黃勳源即透過廖新安於106年8月4日至同年月11日向被上訴人玉張素借款70萬元，由廖新安代為收受。嗣廖新安代理被上訴人二人委託地政士，於106年8月15日以系爭土地設定420萬元抵押權設定登記作為擔保，再由被上訴人玉張素向南山人壽以保單借貸200萬元，依設定抵押前承諾再向南山人壽以保單借貸之約定，借款200萬元後，於106年9月20日匯款200萬元至廖新安女婿李明鍵帳戶，被上訴人玉張素確實有支付270萬元與被上訴人黃勳源之代理人廖新安，系爭抵押權設定登記並非通謀虛偽所為，被上訴人間確實存有債權債務關係等語。

（三）並答辯聲明：

1、上訴駁回。

2、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

三、本院審理範圍：

上訴人於原審原起訴聲明：（一）確認被上訴人二人間，就系爭土地設定之系爭抵押權所擔保債權總額為420萬元之債權不存在；（二）被上訴人玉張素應將系爭抵押權均予以塗銷。原審為上訴人一部勝訴，一部敗訴之判決，即判決：（一

）確認被上訴人二人間，就系爭土地於106年8月15日由成功地政事務所設定登記擔保債權總金額420萬元之抵押權所擔保之債權，於超過270萬元之部分不存在；（二）上訴人其餘之訴駁回；（三）訴訟費用由上訴人負擔65%，餘由被上訴人負擔。被上訴人並未提起上訴或附帶上訴，從而本院審理範圍只針對上訴人上訴部分為審理。

四、兩造不爭執事項（經本院於108年11月5日準備程序與兩造整理協商確認，見本院卷第62、63頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）被上訴人黃勳源於106年7月31日下午5時23分許，在其配偶阮氏雁所經營之「阿雁小吃部」，與該店之員工訴外人陳玉欣因被上訴人黃勳源與阮氏雁相處問題發生口角，在訴外人陳玉欣對被上訴人黃勳源表示:「你都只是會欺負查某人，阿你沒路用。」等語後，被上訴人黃勳源因而發怒，竟基於殺人之犯意，持其所有之尖刀1把(全長約26公分，刀刃長約16公分，刀刃最寬處約3公分)欲殺害訴外人陳玉欣，訴外人陳玉欣見狀隨即往外逃跑，被上訴人黃勳源追逐訴外人陳玉欣至臺東縣○○鄉○○村○○○00號「東洋百貨」雜貨店內廚房門口處，在訴外人陳玉欣激烈抵抗下，持上開尖刀接續揮刺訴外人陳玉欣之頸部、胸部、腹部、背部、腰部及雙手等處，使訴外人陳玉欣受有下頷兩處平行左上右下斜切割傷，右長2公分，左長5公分;頸前甲狀軟骨上緣水平切割傷，長9公分右側端分叉為燕尾狀;甲狀軟骨下緣水平切割傷，長2公分;左乳內上方劃傷，長2.5公分;左乳頭高度向體中線，距胸骨緣3公分，單刃穿刺傷，刃向右下深入胸腔，長2.5公分;左乳房下方，單刃淺穿刺傷，長2.5公分，深度只達皮下脂肪層，未進入胸腔;胸前胸骨劍突下2處表淺穿刺傷各約1公分;左肋骨下緣上方割劃傷長約5公分;下方單刃穿刺傷達胸壁未進入胸腔，長約5公分;對側另處淺穿刺傷，長2.5公分;背部左肩胛下兩處上下排列連續單刃穿刺傷，深入胸腔刃向左，

上長3公分，下長4.5公分;左背外側第9-10肋骨高度，單刃穿刺傷，深入體腔，長3公分;右背距腸骨上緣約5公分穿刺傷長4公分，未進入腹腔;右腋下線第6-7肋骨高度，單刃淺穿刺傷，未入體腔，長3公分;右手腕，右掌尺側及中指指腹4處防禦傷最長約5公分;左上臂後側上下兩處切割傷，上方長7公分，下方長5公分;左掌防禦性貫通穿刺，掌側傷口5公分，掌背傷口3.5公分之傷害，嗣因刀傷刺穿左上肺動脈，造成血氣胸，最後因出血性休克及呼吸衰竭而死亡。後經警據報前往現場處理，被上訴人黃勳源看見警方到場後，立即往該雜貨店後方房間內躲藏並將房門反鎖，復以床墊等物抵住房門，嗣在警方勸說下，於同日下午6時55分許打開房門為警逮捕，警方並在被上訴人陳玉欣之胸口扣得上開尖刀1把。

（二）被上訴人黃勳源於106年7月31日遭警方逮捕，106年8月1日羈押在台東看守所。

（三）證人廖新安至台東看守所會客的時間為106年8月8日、同年月24日及同年9月11日。

（四）上訴人於106年8月14日具狀對被上訴人黃勳源的財產聲請假扣押，原法院於同年月16日裁定准許。

（五）系爭土地於106年8月15日設定系爭抵押權。

（六）被上訴人玉張素分別於106年8月4日至11日向新光人壽貸款合計70萬元。

（七）被上訴人玉張素於106年9月12日向南山人壽聲請保險單借款200萬元，南山人壽於106年9月14日將200萬元匯入被上訴人玉張素成功郵局帳戶內。

（八）被上訴人玉張素於106年9月20日將200萬元以提轉存簿方式轉入訴外人李明鍵鹿野郵局帳戶內。

（九）原法院於106年11月6日及107年2月26日試行調解2次，被上訴人黃勳源均表示願賠償200萬元，惟上訴人要求賠償2千萬元，因而調解不成立。

五、兩造爭執事項（經本院於108年11月5日準備程序與兩造整理

協商確認，見本院卷第63、64頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）訴外人廖新安有無代理被上訴人黃勳源向被上訴人玉張素借款。

（二）訴外人廖新安有無代理被上訴人黃勳源委託地政士辦理系爭抵押權設定。

（三）不爭執事項（六）所示被上訴人玉張素向新光人壽貸款之70萬元，是否有交付予訴外人廖新安。

（四）不爭執事項（七）、（八）所示被上訴人玉張素向南山人壽借款之200萬元，是否有交付予訴外人廖新安。

（五）被上訴人二人間，是否分別成立70萬元及200萬元的消費借貸債權債務關係。

（六）若成立消費借貸關係，70萬元部分是否為系爭抵押權擔保之債權。

（七）若成立消費借貸關係，200萬元部分是否為系爭抵押權擔保之債權。

六、得心證之理由：

（一）確認法律關係之訴之即受確認判決法律上之利益：

1、法律依據：

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項前段定有明文。

2、確認之訴，必須原告有即受確認判決之法律上利益，始得提起：

確認法律關係成立或不成立之訴，須原告有即受確認判決之法律上利益者，方得提起，民事訴訟法第247條第1項定有明文（最高法院95年度台上字第2358號判決意旨參照）。

3、何謂即受確認判決之法律上利益：

(1)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號判例【本則判例，依據108年1月4日修正，108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，以下引用之判例效力亦同此說明】107年度台上字第1456號、105年度台上字第2142號、103年度台上字第1546號判決意旨參照）。從而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，而此危險又得以對於被告之確認判決除去者，即得依民事訴訟法第247條第1項之規定提起確認之訴（最高法院107年度台上字第979號、96年度台上字第372號判決意旨參照）。

(2)又確認法律關係存在或不存在之訴，固以確認現在之法律關係為限，然過去之法律關係，如因遞延或持續至現在尚存續，其存否不明，致原告在私法上地位有受侵害危險，此危險得以判決除去者，仍應認有即受確認判決之法律上利益，自非不得對之提起確認之訴，以貫徹確認之訴預防及解決紛爭之功能（最高法院108年度台上字第554號判決意旨參照）。

4、經查：

上訴人為訴外人陳玉欣之家屬，被上訴人黃勳源因系爭殺人案件，對上訴人應負損害賠償之責，此經原法院以107年度重訴字第14號民事判決被上訴人黃勳源應給付上訴人150萬元，及自106年12月26日起至清償日止，按年息5%計算之利息確定。上訴人主張被上訴人所設定系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，並請求塗銷系爭抵押權登記，業為被上訴人二人所否認，而系爭抵押權及其所擔保之債權是否存在，將影響上訴人於未來是否有機會就系爭土地取償，致上訴人私法上之地位有受侵害之危險，而此不明確之狀態可以確認判決除去，是上訴人就系爭抵押權之存在與否，對被上訴人提起確認之訴，自有即受確認判決法

律上之利益。

（二）舉證責任之分配：

1、舉證責任分配之原則：

按民事法院對於訴訟事件之紛爭事實，為求發現真實並促進訴訟，應依舉證責任分配之原則，命負舉證責任之一方，就其主張或抗辯之事實提出證據，再本於調查證據之結果，斟酌全辯論意旨，以判斷事實之真偽（最高法院102年度台上字第466號判決意旨參照）。而關於舉證責任之分配原則，民事訴訟法第277條規定：「當事人主張有利之事實者，就其事實有舉證責任。但法律別有規定，或依其他情形顯失公平者，不在此限。」。則民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院108年度台上字第129號、105年度台上字第2317號判決意旨參照）。此項規定，固已揭示舉證責任分配之方向，惟其規定，尚無具體標準，仍應視各別事件情形之不同而為具體之認定，使舉證責任公平合理分配於兩造負擔（最高法院103年度台上字第1451號判決意旨參照）。

2、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：

(1)「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。」（最高法院42年台上字第170號判例、106年度台上字第2816號判決意旨參照）。又上開消極確認之訴之舉證責任分配原則，並非僅適用於爭執之法律關係當事人間之訴訟，即使兩造所爭執者，為他人間法律關係之消極確認之訴，仍有該舉證責任分配原則之適用，而應由被告就其主張該法律關係存在之事實負舉證責任（最高法院103年度台上字第1451號判決意旨參照）。「上訴人主張其與游○○間無任何債務存在，否認系爭

抵押權所擔保債權存在，請求確認該抵押權擔保債權法律關係不存在，即應由主張該債權存在之被告即被上訴人負舉證責任。」（最高法院106年度台上字第822號判決意旨參照）。

(2)又「抵押權為擔保物權之一種，於該抵押權擔保期間，須有擔保之債權存在，倘擔保債權並未發生，其抵押權即失所附麗。上訴人並未能舉證證明上訴人間有債權存在，且被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，依抵押權之從屬性，代位請求塗銷系爭抵押權設定登記，第一審亦以此理由判決被上訴人勝訴，原審維持第一審之判決，自無違背法令可言，縱原審就此部分理由贅述上訴人通謀虛偽設定系爭抵押權，不論當否，不影響本件判決結果。上訴意旨以原審違背舉證責任分配原則云云，仍難認係合法表明上訴理由。」（最高法院106年度台上字第2816號判決意旨參照）。

(3)而一般抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定一般抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得因已為設定登記，即反推已交付金錢或指已交付金錢為常態事實。故抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依首開說明，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院107年度台上字第2193號、103年度台上字第393號判決意旨參照）。「本件依設定契約書記載，擔保債權種類及範圍為『擔保債務人對抵押權人於九十七年四月二十二日所立借貸契約發生之債務』，被上訴人所提出之設定契約書、他項權利證明書等公文書，僅具有形式之證據力，不能憑此認為被上訴人已盡舉證責任。至證人周○○則證述其係交款予謝○○，並無交付予上訴人，且無法明確證明被上訴人交付予上訴人之金額為若干，原審僅因系爭抵押權屬普通抵押權，即基於抵押權之從屬性，指被擔保之債權存在為常態事實，應由抵押人就被擔保之債權不存在之變態事實負舉證責

任，並就此部分為上訴人不利之論斷，自有適用法規不當之違誤。」（最高法院103年台上字第2075號判決意旨參照）。

3、通謀虛偽意思表示之舉證責任：

(1)按表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效；但不得以其無效對抗善意第三人，民法第87條第1項定有明文。民法第87條第1項所謂通謀虛偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言。故相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真意之表示相與為非真意之合意，若僅一方無欲為其意思表示所拘束之意，而表示與真意不符之意思者，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示（最高法院50年台上字第421號、51年台上字第215號、62年台上第316號判例、85年度台上字第235號判決意旨參照）。「物權行為有獨立性及無因性，不因無為其原因之債權行為，或為其原因之債權行為係無效而失效。依卷附系爭律師函記載，系爭房地係以買賣之名信託登記於被上訴人名下，顯見兩造間縱無買賣系爭房地之合意，惟就移轉系爭房地所有權於被上訴人名下之物權行為，業已相互意思表示合致而非屬通謀虛偽意思表示，上訴人復不能舉證證明系爭房地所有權移轉之物權行為另具有無效原因，原審因而駁回上訴人依民法第八十七條第一項、第七百六十七條請求被上訴人塗銷系爭房地所有權移轉登記，於舉證責任分配自無違背。」（最高法院105年度台上字第2317號判決意旨參照）。

(2)「原審係認被上訴人即抵押權人已舉證證明其已交付三百萬元借款予上訴人，而判定系爭抵押權所擔保之債權存在，而非以上訴人未能證明抵押債權不存在為由，為其敗訴之判決，則其謂基於抵押權之從屬性，應認已為抵押權登記者，該抵押權所擔保之債權不存在為變態事實，應由抵押債務人就該變態事實負舉證責任云云，即屬贅述。」（最高法院104年台上字第966號裁定意旨參照）。

4、須辨明所根據之法律關係，以決定舉證責任分配：

「本件被上訴人於起訴時先謂：上訴人通謀虛偽設定系爭抵押權，繼又稱上訴人間消費借貸關係不存在，系爭抵押權即失所附麗云云，兩者之法律關係，有所不同，則被上訴人請求塗銷抵押權所根據之法律關係為何，攸關舉證責任應為如何之分配及消滅時效之期間，原審審判長未加以闡明，且對於上訴人所為之時效抗辯，亦恝置不論，即遽為上訴人不利之論斷，其所踐行之訴訟程序自有重大瑕疵。」（最高法院97年度台上字第2180號判決意旨參照）。

「查本件被上訴人先位聲明，請求確認上訴人間系爭抵押權及抵押債權均不存在及求為命黃勳源將系爭抵押權登記予以塗銷，係主張上訴人間並無任何債權債務關係，面額一百五十萬元之本票及帳戶中四百六十二萬九千元之資金進出乃渠等間虛偽製作之不實債權憑證，系爭抵押權亦係基於通謀而為之虛偽意思表示所設定云云。依首開說明，自應由被上訴人就上訴人間有何基於通謀而為虛偽之意思表示，及雙方均無欲為其意思表示所拘束之意而相與為非真意之合意情形，負舉證之責。乃原審竟認被上訴人所提起者係確認法律關係不成立之訴，上訴人主張其等間有金錢消費借貸關係存在，自應就金錢消費借貸成立之積極事實負舉證責任，而以前揭情詞，遽為上訴人不利之判決，已欠允洽。」（最高法院98年度台上字第2469號判決意旨參照）。

5、在消費借貸法律關係不存在及通謀虛偽意思表示均主張之情形：

(1)倘抵押權人就抵押權所擔保債權債務關係存在，已盡其舉證責任，應由主張通謀虛偽設定抵押權者，就通謀虛偽設定抵押權負舉證責任：

「按第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，因通謀虛偽意思表示為權利障礙要件，且屬變態之事實，為免第三人無端或任意挑戰當事人間已存在之法律關係

，應由第三人負舉證責任（本院二十七年上字第二六二二號、四十八年台上字第二九號判例參照）。又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（本院四十二年台上字第一七〇號判例參照）。本件系爭不動產曾於九十九年四月十四日分別設定第二順位抵押權予邱〇〇等五人，嗣於一〇〇年九月二日因清償而塗銷；又於一〇〇年九月一日設定系爭抵押權予何〇〇；洪〇〇聯邦銀行帳戶，於一〇〇年九月二日有何〇〇名義匯入共計一千零八十七萬零六百元等事實，為兩造所不爭執，而依何〇〇所提出之切結書、本票、約定書、委任授權書、代償借款之系爭支票、匯款單、借據等件，核與證人陳〇〇、邱〇〇、陳〇〇、邱〇〇等人證述之清償及塗銷抵押權等過程及板信銀行金城分行存摺類取款條所載金額一致，足認被上訴人間有二千八百萬元之消費借貸合意，系爭抵押權之設定與被上訴人間之消費借貸關係相符，非通謀虛偽而設定，為原審合法確定之事實，依上說明，被上訴人就系爭抵押權所擔保二千八百萬元之債權債務關係存在，已盡其舉證責任，應由上訴人就被上訴人通謀虛偽而設定系爭抵押權負舉證責任。」（最高法院105年度台上字第2117號判決意旨參照）。

(2)反之，倘抵押權人就抵押權所擔保債權債務關係存在，未能盡其舉證責任，即無庸贅述通謀虛偽設定抵押權：

「上訴人並未能舉證證明上訴人間有債權存在，且本件被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，依抵押權之從屬性，代位請求塗銷系爭抵押權設定登記，第一審亦以此理由判決被上訴人勝訴，原審維持第一審之判決，自無違背法令可言。縱原審就此部分理由贅述上訴人通謀虛偽設定系爭抵押非盡妥適，但不影響判決結果。上訴意旨以原審違背舉證責任分配原則云云，仍難認係合法表明上訴理由。」（最高法院100年度台上字第1340號判決意旨參照）。

6、經查：本件上訴人既主張被上訴人間並未成立70萬元及200萬元之消費借貸法律關係，而請求確認系爭抵押權所擔保之債權法律關係不存在，並請求塗銷系爭抵押權登記，被上訴人則主張其等間之合計270萬元之消費借貸法律關係存在，自應先由被上訴人就該債權存在負舉證責任。

（三）被上訴人業已舉證證明其等間有270萬元之消費借貸法律關係存在：

1、消費借貸法律見解分析：

(1)法律依據：

按「稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」，民法第474條第1項定有明文。

(2)立法意旨：

18年11月22日立法意旨係以「消費借貸關係，亦為借用人與貸與人間之契約關係，即貸與人約定以金錢或其他代替物之所有權移轉於借用人，借用人於消費後以種類、品質、數量相同之物，返還與貸與人之契約。故特設本條以明示其意義。」。88年4月21日修法理由（依行政院、司法院立法說明）則以：「我國民法規定之消費借貸，通說認係要物契約，於當事人合意外，更須交付金錢或其他代替物，以移轉其所有權於他方，始能成立。惟依現行法本條及次條（第四百七十五條）合併觀察，易使人誤為消費借為諾成契約，而以物之交付為其生效要件。為免疑義，爰修正如上，並移列為第一項。」。

(3)消費借貸契約並非要式契約：

當事人互相表示意思一致者，契約即為成立，不以簽立書面為必要（最高法院106年度台上字第1695號判決意旨參照）。消費借貸契約之訂立，法律上並無應以書面為之之規定（最高法院27年渝上字第3240號判例意旨參照）。

(4)意思表示合致之方式：

而「契約固須當事人互相表示意思一致始能成立，但所謂

互相表示意思一致，並不限於當事人間直接為之，其由第三人為媒介而將各方互為之意思表示從中傳達因而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約並未成立（本院六十八年台上字第一五〇四號判例參照）。」（最高法院106年度台上字第952號判決意旨參照）。

(5)消費借貸契約性質屬要物契約：

消費借貸為要物契約，須以金錢或其他代替物之交付為構成要件（最高法院105年度台上字第431號、104年度台上字第1284號判決意旨參照）。除當事人合意外，更須交付金錢或其他代替物，以移轉所有權於他方，始能成立（最高法院104年度台簡上字第27號判決意旨參照）。苟當事人有借貸意思之合意，並交付金錢時，金錢借貸契約有效成立。至資金來源為何，不影響借貸契約之成立（最高法院107年度台上字第335號判決意旨參照）。

(6)交付之方式：

所謂交付，法無禁止得以當事人間約定以指示交付方式完成金錢之移轉，故貸與人如已依約將貸與之金錢移轉於借款人指定之第三人帳戶，當事人間之借貸關係仍已有效成立，至於該第三人有否將借款交付借款人，乃借款人與第三人間內部之事，非貸與人所得過問，亦與當事人間已成立生效之借貸關係無涉（最高法院99年度台簡上字第32號判決意旨參照）。又「消費借貸因金錢或其他代替物之交付而生效力，固為修正前民法第四百七十五條所明定(修正後已刪除該條規定)，但所謂「交付」，原不以現實交付為限，倘貸與人已依轉帳方式，將貸款撥入借用人之銀行帳戶內以代交付者，自仍發生與現實交付同等之效力。」（最高法院90年度台上字第2037號判決意旨參照）。

(7)舉證責任：

①按金錢借貸契約，係屬要物契約，本應由貸與人就交付金錢之事實負舉證之責（最高法院103年度台上字第2698號判決意旨參照）。亦即消費借貸為要物契約，須以金錢或

其他代替物之交付為構成要件，如對於交付之事實有爭執，應由主張已交付之貸與人負舉證責任（最高法院107年度台上字第840號、102年度台上字第1432號判決意旨參照）。詳言之，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，其僅證明有金錢之交付，未能證明借貸意思表示合致者，仍不能認為有該借貸關係存在（最高法院98年度台上字第1045號、108年度台簡上字第13號判決意旨參照）。

㈡實例：

A、「若貸與人舉出借用人立據表示分期履行嗣已清償借款本息一部之證明，或提出借用人自己製作之文書已載明積欠借款之事實者，應解為貸與人就要物性之具備，已盡舉證責任。」（最高法院103年度台簡上字第20號判決意旨參照）。

B、「借用人自己製作之文書已載明積欠借款之事實，並綜合其他證據，足以推知貸與人已交付該金錢者，應認其就要物性之具備，已盡舉證責任。」（最高法院105年度台簡上字第42號判決意旨參照）。

C、「金錢借貸契約，固屬要物契約，因金錢之交付而生效力；惟其交付之方式如何，則非所問，並不以親自交付為必要。倘貸與人確已將該借貸之金錢送交與借貸人或其指定人，雖係經由第三人為之，亦難認其金錢借貸契約尚未成立。查上訴人確有交付借款二百二十四萬四千元予王○○；而王○○有將款項以自己名義匯給柯○○，為原審確定之事實。證人王○○證稱：我介紹被上訴人向上訴人借款，借款由我經手，我有以自己名義匯錢

給被上訴人，債務部分是柯○○的債務。證人柯○○證稱：被上訴人拜託王○○出面借錢，當時我在場，地點是在王○○的車行；柯○、柯○○有同意要拿土地、房屋去抵押借款各等語。另王○○出具與上訴人之切結書記載：「本人（王○○）願負責柯○、柯○○先生向翁○○所借貸二百五十萬元之利息與清償問題」等語，已敘明係以被上訴人為借用人。似此情形，能否謂兩造就上訴人所匯之二百二十四萬四千元無金錢借貸之合意及交付借款，非無再事推求之餘地。原審徒以系爭借款係王良佐經手，柯○與柯○○未與上訴人直接往來，即認兩造間並無任何債權債務關係存在，而為不利於上訴人之判斷，尚嫌速斷。」（最高法院104年度台上字第1278號判決意旨參照）。

2、意定代理權之授與：

(1)法律依據：

按「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。」民法第167條定有明文。

(2)立法理由：

「授與意定代理權之行為，是有相對人之單獨行為，非委任，亦非他種契約也。又代理由人所為之行為，效力直接及於本人。故代理權之授與，對於與代理人為行為之第三人為意思表示，即使之發生效力，亦無弊害，且轉有利於交易也。」。

(3)並非要式行為：

①「意定代理之授權行為，並非要式行為，其授與無須依照一定之方式，明示或默示之授權均得為之，此觀之民法第一百六十七條規定甚明。」（最高法院86年度台上字第1736號判決意旨參照）。亦即代理權之授與並不以明示為限，如依本人之行為或其他情事足以間接推知其有授權之意思者，即生效力（最高法院84年度台上字第1481號判決

意旨參照）。再者，代理權之授與，應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。此項意思表示，固不以明示為限，惟默示的授與代理權，仍須表意人之舉動或其他情事等之間接事實，與授與代理權之事項，具相當之關連性為必要（最高法院84年度台上字第44號判決意旨參照）。

②又民法第167條所定代理權之授與，因本人之意思表示而生效力，無須一定之式，縱代理行為依法應以書面為之，而授與此種行為之代理權，仍不必用書面（最高法院69年度台上字第3826號判決意旨參照）。「民法第五百三十一條所謂其處理權之授與，亦應以文字為之(包括處分不動產應特別授權之情形在內)者，乃委任人與受任人內部間契約上應行具備之形式，並非受任人必須交付他造當事人之書證，此與同法第一百六十七條所稱代理權之授與，因本人之意思表示即生效力，無須一定之方式者不同，是以縱代理行為依法應以書面為之，而授與代理權則不必用書面，不得謂應以書面為代理權之授與方為合法，或為其代理權授與範圍之唯一依據。」（最高法院87年度台上字第2709號判決意旨參照）。

(4)與無權代理之區別：

有權代理須本人有授與代理權之行為，授與代理權，依民法第167條規定，應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。而依民法第170條第1項規定，無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，經本人承認者，固對本人發生效力。惟承認係對於已經存在之法律行為補正授權行為之欠缺，並非事後授與代理權，故無權代理行為，經本人承認而補正欠缺者，與曾授與代理權之有權代理，本質上仍有不同（最高法院95年度台上字第2282號判決意旨參照）。

3、經查：

(1)被上訴人之舉證方法：

被上訴人主張被上訴人黃勳源於106年7月31日因殺人案件被逮捕，訴外人廖新安即趕到成功分局探視，被上訴人黃勳源乃委託廖新安將系爭土地賣掉或抵押，籌錢作為委任辯護人費用、家人生活開支、貸款利息及賠償和解之用，廖新安即與被上訴人玉張素商量辦理抵押借貸，被上訴人黃勳源遂透過廖新安，先於106年8月4日至同年月11日向被上訴人玉張素借款70萬元，由廖新安代為收受。嗣廖新安代理被上訴人委託地政士辦理系爭抵押權設定登記作為擔保，再由被上訴人玉張素再向南山人壽以保單借貸200萬元，於106年9月20日匯款200萬元至李明鍵帳戶之事實，業據被上訴人黃勳源於本院108年9月11日準備程序、張素玉於原審108年3月5日言詞辯論、本院108年9月11日準備程序中陳述明確（見本院卷一第251至269頁、原審卷第107至111頁），亦據證人廖新安於原審107年12月27日言詞辯論、本院108年10月8日、同年11月5日準備程序中證述明確（見原審卷第77至81頁、本院卷二第11至22頁、第58至62頁）。並提出被上訴人玉張素新光人壽保單貸款專戶存摺封面及內頁、證人廖新安代收70萬元收據、電匯200萬元之郵政匯票申請書、證人廖新安代收200萬元收據、李明鍵鹿野郵局存摺封面及內頁、被上訴人玉張素成功郵局存摺封面及內頁、被上訴人玉張素匯款至新光商業銀行屏東分行之郵政跨行匯款申請書、收款人為南山人壽之郵政劃撥儲金存款收據、新光人壽壽險借款利息繳費送金單（金額為71,959元等件為證（見原審卷第56至64頁、119至131頁、本院卷一第141、143頁）。

(2)被上訴人黃勳源自稱於系爭殺人案件發生前，本即積欠債務，而有資金需求：

①被上訴人黃勳源於108年9月11日準備程序中稱：除系爭土地外，沒有其他不動產，銀行沒有存款，還有以系爭土地向農會抵押貸款，除此之外還有2、3百萬元的賭債，在系爭殺人案件發生前賭場的人有向我討債，所以我想說把系

爭土地賣掉來還債，我也是因賭債與阮氏雁吵架；106年7月28日委託書是委託廖新安幫我賣系爭土地，廖新安說要問問看有沒有人要買，那時我還沒有說要借錢，是要賣土地還債。就上訴人訴訟代理人問以：殺人案前你是找廖新安去賣土地，有無說要借錢？答稱：只有賣土地。事發後我說賣或借都可以等語（見本院卷一第251至257頁、第262、263頁）。

②證人廖新安於本院108年10月8日準備程序中亦證稱：我有聽說被上訴人黃勳源有在賭博。當初因為黃勳源說欠人家錢，欠了幾百萬元，需要賣土地，系爭委託書上的字是武雪恩代書打的，因為被上訴人黃勳源委託我幫他賣土地，過幾天他就被收押了，我就拿這個去刑事組那邊給他簽，因此被上訴人黃勳源委託我賣土地是在案發前，但還沒有簽好委託書等語（見本院卷二第12、13頁）。

③參以系爭土地早於95年4月21日即設定本金最高限額70萬元之抵押權予台東縣東河鄉農會，存續期間自95年4月28日至125年4月18日（見原審卷第21、34頁）。而依東河鄉農會108年1月9日河鄉農信字第1080000007號函及所附放款備查卡及還款紀錄，被上訴人黃勳源係於103年11月6日向東河鄉農會借款30萬元，每期攤還金額為5千元，至108年1月7日止，每月繳款均正常，於108年1月9日尚欠5萬元（見原審卷第92至95頁）。

④綜上，被上訴人黃勳源所稱於系爭殺人案件發生前，本即積欠債務及賭債，而有資金需求，而有將系爭土地變現還款，並非無據。

(3)被上訴人黃勳源業已授與意定代理權予證人廖新安向張素玉借款，被上訴人二人間並已達成消費借貸之意思表示合致：

①被上訴人黃勳源於106年7月31日即遭警方逮捕，翌日羈押在台東看守所，其本身雖無從親自與被上訴人玉張素達成消費借貸契約之意思表示合致，惟乃是委託證人廖新安代

為借款等情，業據被上訴人黃勳源於本院108年9月11日準備程序中陳稱：我當時收押，就拜託廖新安幫我籌錢、借錢，用土地去抵押。就本院問以：你口頭有委託廖新安跟人家去借錢？答稱：賣掉或借錢都可以。並稱：後來廖新安有跟我講他有請被上訴人玉張素向保險公司還是銀行借錢。就上訴人訴訟代理人問以：你們在當時發生事情的106年8月14日是否有委託廖新安與玉張素去簽消費借貸契約？亦明確答稱：有。並稱：廖新安沒有跟我講多少錢，只說要向玉張素借錢，後來才說是270萬元等語（見本院卷一第257至263頁）。

②證人廖新安於原審107年12月27日審理中亦證稱：是我妹妹的女兒跟我講說被上訴人黃勳源殺人，現在在刑事組，我就去成功分局看他，他叫我幫他籌錢，說他兒女要讀書，還要請律師。他只說盡量幫他處理，說現在剩下土地而已，叫我看要賣或抵押都可以，他說要跟人家和解，看可不可以先籌420萬元，我說不可能，420萬元是抵押的上限。在我們那邊行情1分地約50萬元左右，他是5分多地，還有地上物，大概就是這個行情，但這是要賣出去才有，抵押拿不到那麼多。為了這件事在成功分局刑事組談一次，還有在看守所，去了很多次，他叫我全權處理，因他不能出來，叫我幫忙照顧家庭、小孩，還要賠對方錢。會找張素玉是因為臨時找不到人，玉張素是向保險公司借錢，利息我付，利息比一般便宜。我說我表哥出事，要請律師、小孩要讀書，還有要賠對方1、2百萬元，是不是可以先借我，她說她沒錢，說要向保險公司借，問我要用什麼抵押，我說用土地抵押。我跟玉張素借270萬元，利息是她以保險公司的單據看要多少，我就繳多少，270萬元都是向保險公司借的，向2家保險借。請律師時，106年8月4日先給我10萬元，陸陸續續領到11日給我到70萬元，15日設定完畢，20日她再匯200萬元給我女婿，因為我沒有戶頭。我都是以270萬元來付農會利息，還有民間債務，剛開始

就來要了，我說先解決法院的事，後來因為和解不成立他們知道，就來要等語（見原審卷第77至79頁）。

③證人廖新安於本院108年10月8日準備程序中再證稱：106年7月31日案發當天下午我有去刑事組，被上訴人黃勳源說他需要錢，要我盡量幫他處理房子，看是賣掉還是抵押，叫我幫他籌錢，要跟對方和解，他小孩子、老婆都要吃飯，我就拿委託書去讓他簽。在看守所時，我有口頭告訴他賣來不及了，先抵押。106年7月31日之後我有去問朋友，看他們要不要買，他們說太貴，不願意買，我就到看守所跟他說先抵押去借錢。我大約在106年8月4日就先向張素玉借了10萬元請律師，之後到11日再拿60萬元給我。然後我跟她說我表哥要跟人家和解，需要1、2百萬元，張素玉說她沒錢，向南山人壽、新光人壽借錢來借我，我拿土地去抵押等語（見本院卷二第13、14頁）。

④被上訴人玉張素於原審108年3月5日言詞辯論期日，就原審問以：黃勳源稱由廖新安代為出面向你借款，目前已取得270萬元，是否如此？答稱：是。廖新安說他表弟出事(按被上訴人玉張素誤認被上訴人黃勳源為證人廖新安之表弟，實者為表哥，故被上訴人玉張素關於此部分陳述應屬有誤，以下同)，跟我借錢，我說我也沒有錢，我說不然我保險的錢，利息比較低，如果廖新安付的起這個利息，我就借給他，廖新安說黃勳源有5分多地可以抵押，設定給我，因為他有設定給我，我就願意借給他。第一天跟我借10萬元，接下來，我每天從新光人壽保單領12萬元，總共領70萬元，後來我又從南山人壽保單借給他200萬元，最後匯給李明鍵。270萬元目前沒有還錢，廖新安說他還要付民間的債務，還有土地第一胎的利息，還要養黃勳源的小孩（見原審卷第107頁）。

⑤被上訴人玉張素於108年9月11日準備程序中再稱：廖新安跑去我家，說表弟出事，廖新安說要和解，可不可以借錢，有沒有保單可以借錢，我就用兩個保單借錢。我是先向

新光人壽貸款70萬元，後來還有再去貸款200萬元。就上訴人訴訟代理人問以：廖新安是一次告訴你要借多少錢，還是分次說需要多少錢？答稱：他那時有告訴我，但我也沒有那麼多錢，只有先借70萬元，我忘記後來是多久才又借200萬元。我是借給黃勳源等語（見本院卷一第266至269頁）。

⑹綜上，由被上訴人二人及證人廖新安之證述互相勾稽，可知被上訴人黃勳源不僅積欠前開債務及賭債，嗣因突發殺人案件而遭羈押，預期人身自由受到限制，無法工作，而必須籌措律師酬金、支付子女、家庭生活開銷及賠償被害人之資金，並償還前開債務及賭債，而以口頭授予意定代理權與證人廖新安，由證人廖新安以變賣系爭土地或以之抵押借款方式籌措資金，證人廖新安遂代理被上訴人黃勳源與玉張素接洽借款，達成由被上訴人玉張素以新光人壽及南山人壽保單借款，由被上訴人黃勳源負擔保單借款利息，並以系爭土地為擔保，設定抵押權方式，以保障被上訴人玉張素之權利，足徵被上訴人二人間已達成消費借貸之意思表示合致，而前開授予意定代理權及成立消費借貸契約之情形，經核亦與經驗法則及論理法則無違，應堪認定。上訴人雖仍以證人廖新安於原審及本院證述系爭委託書撰寫情形不同，委託日期及內容與證人廖新安所述不同，及證人廖新安會客情形與借錢情形不符，又被上訴人黃勳源對於借款用途、去向皆不清楚，且被上訴人玉張素於原審自陳這些都是借給廖新安，而認證人廖新安並無代理被上訴人黃勳源向玉張素借款云云。然意定代理權之授予並非要式行為，被上訴人黃勳源乃是於106年7月31日殺人案件案發當日在成功分局，即已口頭委託證人廖新安籌錢，而授予意定代理權予證人廖新安，詳如前述，而簽立系爭委託書之始末，亦經被上訴人黃勳源及證人廖新安證述在案，而被上訴人黃勳源既已委託證人廖新安全權處理有關借款、支付律師酬金、家庭開銷及清償債務，其又身在

監所，並未詳知借款詳細支出情形，亦難認與經驗法則相違，證人玉張素亦已明確陳明乃是借款給被上訴人黃勳源，此與系爭抵押權申請書所載情形相符，從而上訴人僅以被上訴人或證人廖新安證述枝節之差異，遽認證人廖新安並無代理被上訴人黃勳源向玉張素借款云云，顯與客觀證據不符，而難以採信。

(4)證人廖新安亦代理被上訴人黃勳源及玉張素委託地政士辦理系爭抵押權設定：

①依系爭抵押權土地登記申請書之記載，委任關係欄載明「本土地登記案之申請委託許天佑代理。委託人確為登記標的物之權利人或權利關係人，並經核對身分無誤，如有虛偽不實，本代理人願負法律責任」，並有「許天佑」之印文，備註欄則載明「地政士助理員：武雪恩」，成功地政事務所收件者許麗梅並蓋上「地政士助理員親自到場核對無誤」之戳印，申請時並檢附「土地、建築改良物抵押權設定契約書，載明為「普通抵押權」，擔保債權種類及範圍欄則記載「擔保債務人對抵押權人於106年8月14日所立之金錢消費借貸契約所發生之債務」，利息（率）、遲延利息（率）、違約金欄則均記載「無」，並在訂立契約人欄蓋上被上訴人玉張素、黃勳源之印鑑章，且繳納登記規費及書狀費合計4,280元，並提出被上訴人黃勳源之印鑑證明及被上訴人二人之身分證影本（見原審卷第41至45頁）。成功地政事務所108年8月20日東成地登記字第1080003134號函，亦說明：依據土地登記規則第37條規定：土地登記之申請，委託代理人為之應附具委託書；其委託複代理人者，並應出具委託複代理人之委託書。但登記申請書已載明委託關係者，不在此限。本案已在申請書第7欄載明委任關係，故免於檢附（見本院卷一第213頁）。則由系爭抵押權土地登記申請書清楚明白之記載，被上訴人二人有委託地政士辦理系爭抵押權，否則被上訴人二人何需將其等之身分證影本交付與地政士，被上訴人黃勳源何需

辦理印鑑證明？上訴人猶主張許天佑與被上訴人二人委任關係不存在，許天佑代理被上訴人二人辦理系爭抵押權「無效」，殊難索解。

②而被上訴人黃勳源於108年9月11日準備程序中業已稱：武雪恩我認識很久，他是代書，許天佑我不認識，辦理抵押權設定用許天佑的名字應該是廖新安找的。就本院問以：你有同意廖新安去找許天佑、武雪恩辦理抵押權登記嗎？答稱：「有」。再問以：當時有辦印鑑證明，是如何辦的？答稱：當時我在收押，訴訟代理人邱律師來找我，要授權書還有印鑑證明書。因當時打刑事訴訟，廖新安不是親屬，會客不方便。復問以：申請印鑑證明是邱律師叫你申請的，是因為廖新安已經借到錢，要設定抵押才需要申請？答稱：是的。另問以：依你所述，用系爭土地去借錢，主要是要償還之前的賭債、律師費及被害人的賠償？答稱：對（見本院卷一第260至262頁）。

③被上訴人訴訟代理人邱聰安律師亦稱：當時申請要在監證明書，還要出具申請印鑑的委託書，都要當事人寫報告，經台東看守所總務科核准後領取。是廖新安請我去律見時，請被上訴人黃勳源申請印鑑證明的委託書及在監證明。當時申請的目的就是要去辦理抵押權設定等語（見本院卷一第263、264頁）。

④證人廖新安於原審107年12月27日審理中復證稱：辦理抵押貸款給玉張素，代書費用是我支出的。就原審法官問以：土地設定抵押需要印鑑證明，是請邱律師去辦的？答稱：邱律師拿給他去簽名（見原審卷第81頁背面）。於本院108年10月8日準備程序中明確證稱：武雪恩在辦系爭抵押權時，是我去找他辦的，應該是設定前幾天，抵押權設定費用是我出的，我告訴武雪恩設定給被上訴人玉張素，設定420萬元。420萬元是被上訴人黃勳源告訴我要賣土地的錢，但是抵押借不到那麼多錢，那就是要賣出去才有，我還是告訴武雪恩用420萬元去設定。被上訴人玉張素知道

我設定420萬元給她，她也知道是借270萬元等語（見本院卷二第21頁）。

⑤被上訴人玉張素於原審108年3月5日言詞辯論期日且稱：當初設定抵押是廖新安辦的，我叫他去辦，我沒有去，廖新安自己找代書去辦的，好像是武雪恩代書。就原告訴訟代理人問以：包括設定420萬元，也是廖新安決定的？答稱：我們有一起商量。原審問：妳有無跟廖新安說要設定多少錢？答稱：我要求要420萬元，我跟廖新安說借的錢差不多是300萬元，如果他沒有付，我也是要有個保障。除了我設定外，第一胎是農會，好像還有10幾萬元沒有還，我當時就知道，廖新安有跟我講，我想說才10幾萬元沒有關係，既然都要處理這件事，我就幫忙他等語（見原審卷第110、111頁）。被上訴人玉張素於108年9月11日準備程序中，就本院問以：後來為何去辦理抵押？答稱：因為我想說你借了錢不是要抵押嗎，他說有地我才借給他。我認識武雪恩及許天佑，應該是廖新安委託他們，那時我不在，廖新安去辦的，我後來才知道他們在武雪恩那裡辦的等語（見本院卷一第267頁）。

⑥綜上，由被上訴人二人、被上訴人訴訟代理人及證人廖新安之證述，亦可明確得知被上訴人二人雖未親自委託地政士許天佑或助理地政士武雪恩辦理系爭抵押權設定登記，然乃是由證人廖新安代理委託許天佑、武雪恩辦理，至為明確，並與系爭抵押權土地登記申請書記載情形相符。況退步言之，縱使被上訴人事前並未授予意定代理權與證人廖新安，至多為無權代理，僅為效力未定，而非「無效」，而證人廖新安以代理人名義所為之前開法律行為，業經被上訴人承認，依民法第170條第1項自仍對本人發生效力，此業經本院闡明在案，上訴人猶爭執證人廖新安之代理權，亦難謂有當。

(5)被上訴人玉張素業已將被上訴人黃勳源所借貸之270萬元交付被上訴人黃勳源之代理人廖新安：

①被上訴人玉張素分別於106年8月4日至11日向新光人壽貸款合計70萬元，於106年9月12日向南山人壽申請保險單借款200萬元，南山人壽於106年9月14日將200萬元匯入被上訴人玉張素成功郵局帳戶內，為兩造所不爭執，並有新光人壽108年10月3日新壽法務字第1080001110號函及所附之被上訴人玉張素保單貸款資料、南山人壽108年10月9日（108）南壽保單字第C2255號函及所附之保單明細表、借款紀錄表、借款合約書、還款記錄等件在卷可稽（見本院卷一第325至329頁、本院卷二第29至39頁）。

②被上訴人業已提出證人廖新安出具之收據，其上記載「本人廖新安代黃勳源向玉張素一共借款（現金柒拾萬元整）立收據人廖新安106年8月11日」（見原審卷第60頁）。又被上訴人玉張素於106年9月20日將200萬元以提轉存簿方式轉入訴外人李明鍵鹿野郵局帳戶內之事實，為兩造所不爭執。前開匯入之200萬元旋於同日以現金提款方式領出，亦有訴外人李明鍵鹿野郵局郵政存簿儲金簿封面及內頁為證（見原審卷第63、64頁）。廖新安復出具另紙收據，其上記載「本人廖新安代替黃勳源向玉張素借到2佰萬元整之匯款；立收據人廖新安106年9月21日」（見原審卷第62頁）。

③證人廖新安於本院108年10月8日準備程序中亦明確證稱：我大約在106年8月4日就先向玉張素借了10萬元請律師，然後她說一天可以領12萬元，8月11日再拿60萬元給我。然後我跟她說我表哥要跟人家和解，需要1、2百萬元，張素玉說她沒錢，向南山人壽、新光人壽借錢來借我，我拿土地去抵押。我沒有戶頭，所以就匯款到我女婿的戶頭。就本院問以：這200萬元為何不直接匯款給你，或用現金，而是匯款到李明鍵的帳戶裡面？答稱：我沒有戶頭，所以就匯款到我女婿的戶頭，後來他有提領出來給我，我拿200萬元要給律師和解，但律師說不能代我收，所以錢就放在我那裡。這200萬元，其中120萬元還劉宗仁，還葉村

松20萬元，這些是金額比較大的，還有楊秀琴等人都是還2、3萬元，他們都跟我說是賭債。270萬元加起來還剩下60幾萬元，也在我保管中，我現金收藏。所以總共70萬元是被上訴人玉張素直接拿現金給我的，我拿到這70萬元，花在律師費大約5、6萬元，被上訴人黃勳源小孩要讀書的花費，小孩一次給2萬元，還有農會貸款，每個月都要繳5千多元，70萬元都花在利息、小孩的費用及律師費等語（見本院卷二第14至20頁）。

④被上訴人玉張素於原審108年3月5日言詞辯論期日復證稱：廖新安說他表弟出事，跟我借錢，第一天跟我借10萬元，接下來，我每天從新光人壽保單領12萬元，總共領70萬元，後來我又從南山人壽保單借給他200萬元，最後匯給李明鍵，270萬元目前沒有還錢，廖新安說他還要付民間的債務，還有土地第一胎的利息，還要養黃勳源的小孩（見原審卷第107頁）。

⑤證人廖新安及被上訴人玉張素之供述，核與借據上所載情形相符。參以被上訴人黃勳源因殺人，刑事案件委任辯護人，民事案件委任訴訟代理人，均需支付律師酬金，亦需支付先前向東河鄉農會貸款每月分期款項及被上訴人張素玉保單借款之利息，復需清償先前所積欠之賭債，而被上訴人黃勳源除系爭土地外，並無其他得以支付之財產，證人廖新安亦無可能自掏腰包替被上訴人黃勳源支出前開費用，唯一可能即為被上訴人玉張素確已將270萬元交付與證人廖新安，由廖新安負責支付被上訴人黃勳源前開費用。上訴人泛稱被上訴人二人非親非故，被上訴人玉張素不可能借錢給被上訴人黃勳源，僅是為了製造金流假象，收據為事後製作不足為證云云，顯與客觀證據齟齬，不足採信。

(6)系爭270萬元均為系爭抵押權擔保債權範圍：

①成功地政事務所108年8月20日東成地登記字第1080003134號函說明：系爭契約書第19欄「擔保債權種類範圍」是由

契約當事人約定填寫，其申請時並未檢附106年8月14日所立之金錢消費借貸契約（見本院卷一第213頁）。從而必須探求當事人真意，始知系爭抵押權擔保債權範圍。

②證人廖新安於本院108年10月8日準備程序中明確證稱：系爭抵押權設定時，被上訴人玉張素還沒有向南山人壽借錢，設定之前被上訴人玉張素說她可以向南山人壽借錢，但必須要以土地來抵押擔保。就本院問以：所以必須要設定抵押，被上訴人玉張素才願意借錢？答稱：是的。設定之前被上訴人玉張素說可以借款到200萬元左右。再問以：所以在抵押範圍內的借款就是270萬元？答稱：是。復問以：所以抵押設定時，申請書上記載此抵押權是擔保106年8月14日債權債關係，你們在該日有訂立金錢消費借貸契約嗎？答稱：指的就是我之前跟被上訴人玉張素拿的70萬元及200萬元。另問以：這200萬元之設定抵押權之後被上訴人玉張素才會給你？答稱：對。問以：在設定之前這200萬元就是約定好在擔保的債權關係裡面？答稱：是的等語（見本院卷二第15至17頁）。

③被上訴人玉張素於原審108年3月5日言詞辯論期日稱：當初設定抵押是廖新安辦的，我叫他去辦，設定420萬元，我們有一起商量。我要求要設定420萬元，我跟廖新安說借的錢差不多是300萬元，如果他沒有付，我也是要有個保障等語。於本院108年9月11日準備程序中，就本院問以：為何去辦理抵押？答稱：因為我想說你借了錢不是要抵押嗎，他說有地我才借給他的等語，亦均詳如前述。

④綜上，依被上訴人玉張素及證人廖新安之真意，系爭抵押權所擔保債權，顯然為被上訴人玉張素借予黃勳源之實際金額270萬元，始足以保障出借人即被上訴人玉張素之消費借貸債權，此亦與經驗法則及社會常態相符。

⑤上訴人雖主張系爭抵押權為普通抵押權，設定擔保債權種類及範圍為擔保債務人對抵押權人於106年8月14日所立金錢消費借貸契約所發生之債務，而被上訴人主張有70萬元

之借款，收據日期為106年8月11日（被證二，原審卷第60頁），並非106年8月14日消費借貸契約所發生之債務云云，顯然拘泥於土地、建築改良物抵押權設定契約書之辭句，而非當事人之真意。

⑥上訴人雖又主張200萬元之借款，收據日期為106年9月21日（被證三，原審卷第62頁），亦非106年8月14日消費借貸契約所發生之債務云云。惟按「抵押權所擔保之債權，原可由契約當事人自行訂定，此觀民法第八百六十一條但書之規定自明。故契約當事人如訂定以將來可發生之債權為被擔保債權，自非法所不許。」（最高法院47年台上字第535號民事判例意旨參照）。「又抵押權係支配標的物交換價值之價值權，與用益物權係支配標的物用益價值之用益權，係立於同等之地位。用益物權既為獨立物權，為使抵押權能發揮媒介投資手段之社會作用，已無斷然否認其亦具有獨立性之必要，是以對抵押權從屬性之解釋不妨從寬。蓋設定抵押權之目的係在擔保債權之清償，則只須將來實行抵押權時有被擔保之債權存在即為已足，故契約當事人如訂立以將來可發生之債權為被擔保債權，亦即其債權之發生雖屬於將來，但其數額已經預定者，此種抵押權在債權發生前亦得有效設立及登記。易言之，抵押權唯有在依當事人合意之內容及登記上之記載無從特定其擔保債權之範圍，或其所擔保之債權有無效、不成立、被撤銷或依其情形無發生可能時，始得謂違反抵押權設定之從屬性。」（最高法院98年度台上字第541號判決肯認此見解）。再者，一般抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定一般抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有（最高法院107年度台上字第2193號、103年度台上字第393號判決意旨參照），已如前述。依被上訴人玉張素及證人廖新安一致之陳述，被上訴人黃勳源及其代理人廖新安必須將系爭土地設定抵押權，被上訴人玉張素始願意以南山人壽保單借款，且

此乃是106年8月14日前即已意思表示合致之約定，而被上訴人玉張素南山人壽保單所能借貸之金額乃屬可得確定，從而被上訴人黃勳源之代理人廖新安與被上訴人玉張素於106年8月14日約定以將來可發生之債權即南山人壽保單所得借貸之金額為被擔保債權，揆諸前開見解，自非法所不許。被上訴人既已證明被上訴人二人間有此200萬元消費借貸之約定，被上訴人玉張素並已將200萬元交付黃勳源之代理人廖新安，而於104年8月15日先為普通抵押權設定登記，再於104年9月20日交付金錢，即未違反抵押權之從屬性，亦與社會常情吻合，上訴人拘泥申請書所用辭句，反與當事人之合意相異。

(7)綜合上述，被上訴人業已舉證證明被上訴人二人間有270萬元之消費借貸關係存在，且為系爭抵押權所擔保之債權，然未能舉證證明系爭抵押權所擔保之債權，於逾270萬元範圍存在，原審判決因而認上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權，逾270萬元部分不存在，為有理由，逾此範圍，為無理由，核無不合。上訴人提起上訴，猶認系爭抵押權設定擔保債權總金額420萬元之債權全部不存在，難認有理由。

（四）上訴人主張通謀虛偽意思表示部分：

上訴人雖自原審即主張證人廖新安與被上訴人玉張素間，就被上訴人二人間借貸，及設定系爭抵押權登記，均為通謀虛偽意思表示而無效云云，然就本院於108年11月5日準備程序期日闡明通謀虛偽意思表示的主體是誰，是廖新安及被上訴人二人間，還是被上訴人二人間，還是證人廖新○與被上訴人玉張素間，是通謀虛偽意思成立債權，還是通謀虛偽設定抵押權，通謀虛偽之意思表示是何時以何種方式合致等情，經上訴人與其訴訟代理人討論後，仍未能具體說明，上訴人訴訟代理人僅表示「上訴人還是堅持要這樣主張，他認為他們就是假的」（見本院卷二第64頁），無非出於主觀之想法，而非基於客觀證據。且上訴人既

主張通謀虛偽意思表示，揆諸前開舉證責任分配之說明，應由其負舉證責任。然就本院問以有何證據可資證明這部分為假？且究竟指什麼是假的？上訴人訴訟代理人答稱：上訴人認為系爭委託書是假的（見本院卷二第64頁）。然被上訴人黃勳源係以「口頭」方式授與證人廖新安意定代理權，且被上訴人黃勳源及證人廖新安業已就系爭委託書簽立之來龍去脈為陳述，系爭委託書內容則是黃勳源委託廖新安出賣系爭土地，而非委託廖新安以系爭土地抵押借款，均已如前述，上訴人並未舉證證明系爭委託書乃是虛偽製作。又上訴人訴訟代理人雖稱：上訴人認為如果他們真的有借貸，被上訴人黃勳源就應該知道實際上借貸多少錢，而不是一問三不知云云，然就本院問以：此與通謀虛偽有何關係？上訴人訴訟代理人未答。本院即闡明，通謀虛偽意思表示若仍要主張，請上訴人另以書狀主張（見本院卷二第64 頁）。然上訴人並未再以書狀主張，從而上訴人就其主張通謀虛偽意思表示部分，未能舉證以實其說，而無從採信。

（五）綜上所述，原審就確認系爭抵押權擔保債權不存在部分，為上訴人一部勝訴，一部敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

（六）就塗銷抵押權設定登記部分：

原判決雖認「系爭抵押權無法部分塗銷，故原告聲明請求塗銷系爭抵押權部分，則予駁回。」云云（見原判決書第45頁）。惟按「本件抵押權，其擔保之債權雖登記為本金三百萬元，然被上訴人實際僅交付二百二十萬元借款，為原審所確定之事實。則被上訴人之抵押債權自僅有二百二十萬元而已，其超過部分，應屬不存在。上訴人請求就此部分確認被上訴人之抵押債權不存在，並應將該部分之抵押權登記塗銷，應屬依法有據。第一審關此部分所為被上訴人敗訴之判決，即無違誤。原審竟予以廢棄改判。上訴

論旨，指摘其為不當，求予廢棄，非無理由，爰依前開確定之事實，改判如主文第二項所載。」（最高法院88年台上字第438號判決意旨參照）。「按抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記。查系爭抵押權為普通抵押權而非最高限額抵押權，所登記之『權利價值』為四百萬元，如無該擔保之債權存在，縱其擔保之債權並非全部不存在，亦無不許抵押人請求為部分塗銷之理。原審疏未注意及此，遽為楊簡○○此部分　即(一)確認系爭抵押債權六十六萬元不存在；及(二)塗銷系爭抵押權設定登記Ｖ不利之判決（原審誤將其上訴全部駁回），非無可議。」（最高法院95年度台上字第1154號判決意旨參照）。從而原判決遽認系爭抵押權無法部分塗銷云云，非無可議。本件被上訴人玉張素之抵押債權僅有270萬元，其超過部分，應屬不存在，已如前述，亦無不許上訴人代位被上訴人黃勳源請求將該部分之抵押權登記塗銷之理，爰將原判決關於駁回被上訴人玉張素應將成功地政事務所於106年8月15日以成地字第022990號，就系爭土地所為之普通抵押權登記，權利價值超過270萬元部分塗銷部分撤銷，改判如主文第2項所示。

七、本件事證已臻明確，至於未論述之爭點、兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要。

據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　31　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

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（詳附註）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。

附　註：

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　31　　日

書記官　蔣若芸

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。