臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第323號

上　訴　人　郭訂人
訴訟代理人　呂文正律師
複代 理 人　李依蓉律師
視同上訴人　張淑芬
被上 訴 人　旭耀資產管理有限公司
法定代理人　林益如
訴訟代理人　曾志立律師
　　吳孟玲律師
　　林李達律師
複代 理 人　簡靜雅律師

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，本院於107 年12月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

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。被上訴人起訴請求確認上訴人與原審被告張淑芬（下逕稱其姓名）間，就張淑芬所有坐落桃園市○鎮區○○段○○○ ○號土地（權利範圍2/8 ，面積11309.29平方公尺，下稱系爭土地），經桃園市平鎮地政事務所於民國91年8月8 日以平資字第101400號收件，於同年9 月4 日設定登記，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，並請求上訴人塗銷系爭抵押權設定登記。而系爭抵押權所擔保之債

權是否存在，對上訴人與張淑芬在實體法上具有不可分性，有合一確定之必要，原審判決被上訴人勝訴後，雖僅上訴人提起上訴，惟此屬有利於共同訴訟人張淑芬之訴訟行為，依上開說明，上訴人上訴之效力自及於張淑芬，爰併列張淑芬為視同上訴人，合先敘明。

二、次按當事人在第二審訴訟程序不得提出新攻擊或防禦方法；但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447 條第1 項第3 款定有明文。查被上訴人於原審係主張訴外人陳董玉蘭以系爭土地設定系爭抵押權予上訴人，嗣於94年12月20日將系爭土地所有權讓與張淑芬，惟上訴人與陳董玉蘭間實際上並無金錢借貸關係，系爭抵押權擔保之債權不存在；上訴人則否認上情，並抗辯系爭抵押權所擔保之借款債權確實存在。嗣於本院審理中陳稱系爭抵押權係陳董玉蘭為擔保其子即訴外人陳元誠積欠上訴人之借款債務而設定，其對陳董玉蘭有保證債權等語，並提出臺灣基隆地方法院107 年度司促字第2289號支付命令（下稱2289號支付命令）、107 年度司票字第138 號本票裁定（下稱138 號本票裁定）等為證；核屬對第一審已提出之防禦方法為補充，業經其釋明在卷（見本院卷第113 至115 、131 至132 、355 至356 頁），合於上開規定，應准其提出。

貳、實體方面：

一、被上訴人起訴主張：陳董玉蘭前以系爭土地設定系爭抵押權予上訴人，嗣於94年12月20日將系爭土地所有權讓與張淑芬。惟上訴人與陳董玉蘭間並無借貸契約關係，縱認曾成立借貸契約，陳董玉蘭亦已清償借款，系爭抵押權擔保之債權既不存在，系爭抵押權應屬無效。伊為張淑芬之債權人，亦為系爭土地第二、三、四順位之抵押權人，上訴人及張淑芬對於系爭抵押權擔保之債權是否存在既有爭執，伊是否得優先就系爭土地取償即處於不確定狀態，而有提起本件確認之訴之必要；又張淑芬怠於請求上訴人塗銷系爭抵押權設定登記，其為保全債權，爰依民法第242 條、第767 條規定代位請

求塗銷系爭抵押權登記等語，並於原審聲明：㈠確認上訴人及張淑芬間系爭抵押權所擔保之債權不存在。㈡上訴人應塗銷系爭抵押權之設定登記。（原審為被上訴人勝訴之判決。上訴人不服，聲明上訴）並於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：陳董玉蘭之子陳元誠曾向伊借款1,200 萬元，陳董玉蘭係為擔保該借款，方以系爭土地設定系爭抵押權予伊，伊已將上開借款交付予陳元誠，惟陳元誠並未清償借款，故伊對陳董玉蘭存有1,200 萬元之保證債權，系爭抵押權所擔保之債權確實存在等語，資為抗辯。並於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

三、張淑芬則陳稱：陳董玉蘭向上訴人借貸時，伊曾出面擔任連帶保證人。嗣陳董玉蘭將系爭土地所有權讓與伊時，約定由伊承擔陳董玉蘭與上訴人間1,200 萬元之借貸債務，伊迄未將上開借貸債務清償完畢，系爭抵押權所擔保之1,200 萬元債權仍繼續存在等語。並於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

四、下列事項為兩造所不爭執（見本院卷第322至323頁），並有相關證據在卷足稽，堪信為真實：

㈠被上訴人為張淑芬之債權人。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。上開債務張淑芬迄未清償（見原審卷第85至100頁）。

㈡陳董玉蘭前曾提供系爭土地，經桃園市平鎮地政事務所於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上訴人。嗣於95年7 月12日辦理變更抵押權內容登記，抵押義務人由陳董玉蘭變更為張淑芬（見原審卷第31至43頁、本院卷第95至109頁）。

㈢陳董玉蘭與張淑芬於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

記予張淑芬（見原審卷第21頁、本院卷第217至229頁）。

㈣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，擔保金額各為2,000萬元，義務人及債務人均為張淑芬（見本院卷第241至295頁）。

㈤上訴人對陳董玉蘭、張淑芬聲請支付命令，請求連帶給付1,200萬元本息，由臺灣基隆地方法院核發2289號支付命令，於107年5月28日確定（見本院卷第117至119頁）。

五、兩造之爭點及論斷：

被上訴人主張系爭抵押權擔保之債權不存在，並代位張淑芬請求塗銷系爭抵押權；然為上訴人及張淑芬所否認，並以前詞置辯。是本件應審究之爭點即為：㈠系爭抵押權擔保之債權是否存在？㈡被上訴人代位請求塗銷系爭抵押權登記，有無理由？茲分述如下：

㈠依上訴人所舉證據，難認系爭抵押權擔保之債權存在：

1.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（最高法院42年台上字第170號判例參照）。復按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力（最高法院84年台上字第1967號判例參照）；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，與最高限額抵押權，係由所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權者不同。又稱消費借貸者，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；主張有金錢借貸關係存在之貸與人，就其發生所須具備之特別要件即借貸意思表示互相一致及金錢之交付，應負舉證之責任。而民法所稱保證契約之保證人，係於主債務人不履行債務時，由其代負履行之責；保

證契約之成立，固不以作成書據為要件，然於無書據時，仍需有其他證明方法足證其契約成立者，始足認發生保證契約之效力；且保證債務具有從屬性，以主債務之存在為前提。

2.上訴人於原審係抗辯系爭抵押權擔保者為陳董玉蘭向上訴人借款之債權（見原審卷第128 頁）；嗣於本院改稱其係借款1,200 萬元予陳元誠，而由陳董玉蘭負保證之責，故系爭抵押權擔保者為其對陳董玉蘭之1,200 萬元保證債權（見本院卷第78頁），故本件應審究者即為系爭抵押權設定時，上訴人對陳董玉蘭是否存有1,200 萬元之保證債權。經查：

⑴系爭抵押權為一般抵押權，抵押權設定契約書記載之擔保債權總金額為1,200 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至35頁）；95年8 月間所為抵押權變更登記僅變更義務人為張淑芬，債務人仍為陳董玉蘭（見本院卷第95至103 頁）。而上訴人於原審審理中，原係抗辯系爭抵押權係因陳董玉蘭向其借款1,200 萬元而設定，並提出陳董玉蘭於91年9 月4 日簽署並由張淑芬擔任連帶保證人之1,200 萬元金錢借用證書，以及同額本票等為證（見原審卷第51至55頁）；嗣改稱其係借款1,200 萬元給陳元誠，並由張淑芬擔任保證人，陳董玉蘭並未借錢，但有同意擔任陳元誠的保證人（見原審卷第104 頁反面至106 頁）；其後又改稱係由陳董玉蘭出面借款，而依陳董玉蘭之指示交付借款予陳元誠，借用人仍為陳董玉蘭本人（見原審卷第114 至115 頁、127 頁反面）。張淑芬則陳稱：其有簽署借據擔任保證人，因為陳董玉蘭的兒子欠伊錢，伊催討時陳董玉蘭拿系爭土地來抵銷債務，並說伊要負責塗銷上面的抵押權，所以由伊承擔抵押債務，伊只知道陳元誠有向上訴人借錢，實際上借多少錢伊不知道，也不知道有無約定何時清償，伊登記取得系爭土地時，就有通知上訴人由伊承擔陳元誠的債務等語，並提出伊與陳董玉蘭間之94年8 月20日房地買賣契約書

為證；復於本院審理中陳稱上開買賣契約書第14條第3項關於積欠上訴人之債務由買方即張淑芬負責清償處理之約定，代書交給伊時並未劃掉等語（見原審卷第61頁反面、63至68、130至131頁，本院卷第212、217至229頁）。足見上訴人對於其究係借款予陳元誠或陳董玉蘭，前後陳述不一；且上訴人所舉上開金錢借用證之借用人欄係加蓋陳董玉蘭之印章，未經陳元誠簽署，本票亦係由陳董玉蘭簽發（見原審卷第53頁），是上訴人抗辯其曾借款1,200萬元予陳元誠，已難認有據。上訴人雖於本院審理中另提出陳元誠之妻陳周鈴珠簽發之支票及退票理由單（見本院卷第151至187頁），並聲請傳訊張淑芬之小叔陳豐鎮，用以證明其曾交付1,200萬元借款予陳元誠；惟簽發支票之原因甚多，且該等支票之發票日係自93年12月23日至94年4月8日，亦與上訴人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，無從證明上訴人確曾交付1,200萬元之借款予陳元誠。陳豐鎮則到庭證稱：陳周鈴珠需要錢，所以開支票拿給張淑芬，張淑芬拿回來以後說這是陳元誠太太的票，叫伊拿去給上訴人換現金，上訴人開現金支票給伊，伊再拿到銀行存入張淑芬的帳戶，現金支票的金額是上訴人自己算的，伊沒有親眼看到陳元誠或陳周鈴珠向上訴人借錢，也沒有看到上訴人將錢給陳元誠或陳周鈴珠，錢是存入張淑芬的帳戶等語（見本院卷第206至211頁）；是由陳豐鎮上開證述，亦無法證明上訴人曾交付1,200萬元之借款予陳元誠。上訴人既未提出其他證據用以證明其與陳元誠間曾達成消費借貸之意思表示合致，亦未證明其已交付借款，自難認上訴人與陳元誠間存有1,200萬元之消費借貸契約關係。

⑵又上訴人雖稱其係借款予陳元誠，而由陳董玉蘭擔任保證人，然為被上訴人所否認，上訴人復未提出任何證據以證明其與陳董玉蘭間曾締結保證契約，自難僅憑上訴人之片面陳述即認陳董玉蘭為陳元誠借款之保證人。況保證債務具有從屬

性，上訴人既未證明其確曾借款1,200 萬元予陳元誠而有主債務存在，即難認陳董玉蘭對其負有1,200 萬元之保證債務。再依上訴人所述，上開1,200 萬元借款之清償期為92年9 月4 日（見原審卷第128 頁），故縱如上訴人所稱其曾借款1,200 萬元予陳元誠，而由陳董玉蘭擔任保證人，亦須待陳元誠92年9 月4 日屆期仍未清償，始由陳董玉蘭代付履行之責而發生保證債務；惟系爭抵押權係於91年9 月4 日即設定（見原審卷第21頁反面），顯見系爭抵押權設定時尚未存有上訴人所稱之被擔保債權。上訴人雖另援引2289號支付命令及138 號本票裁定用以證明其對陳董玉蘭存有1,200 萬元之保證債權（見本院卷第117 至119 、235 至237 頁），惟上開支付命令及本票裁定均無實體上確定力，且138 號本票裁定係由上訴人執陳董玉蘭所簽發到期日為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；2289號支付命令則係由上訴人執加蓋陳董玉蘭及張淑芬印章之上開金錢借用證書（見原審卷第53頁反面），以陳董玉蘭92年9 月4 日屆期仍未清償為由聲請核發支付命令，業經本院調取原法院107 年度司票字第138 號、107 年度司促字第2289號卷宗核閱確認無誤；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，上訴人已對陳董玉蘭存有1,200 萬元之保證債權。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；然查，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，權利人為張淑芬，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，有桃園市平鎮地政事務所107 年9 月19日函附第二順位抵押權登記資料在卷足稽（見本院卷第241 至295 頁）；顯見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，即遽行推論系爭抵押權擔保之債權存在、系爭抵押權亦屬有效。上訴人既未提出其他證據用以證明其對陳董玉蘭存有1,200 萬元之保證債權，被上訴人主張系爭抵押權擔保之債權不存在，即屬有據。

㈡被上訴人得代位張淑芬請求塗銷系爭抵押權登記：

1.按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之；對於妨害其所有權者，得請求除去之；有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第242 條、第767 條第1 項分別定有明文。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；且抵押權之成立，違反成立上之從屬性者，應屬無效，縱有抵押權登記，該抵押權登記亦屬無效，抵押人得請求塗銷之。又債權人為保全其債權，行使民法第242 條規定之代位權者，於債務人怠於行使其權利時，即得為之；此項代位權行使之範圍，就同法第243 條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使（最高法院72年台上字第3534號、69年台抗字第240號判例參照）。

2.上訴人所稱系爭抵押債權擔保之保證債權並不存在，業經本院認定如前，依前所述，系爭抵押權之成立即因欠缺從屬性而無效，惟系爭抵押權登記仍存在，對所有人所有權之行使自有妨害。張淑芬於94年12月20日繼受陳董玉蘭取得系爭土地之所有權後（見原審卷第21頁），本得依民法第767 條第1 項之規定請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，惟迄至被上訴

人106年6月2日提起本件訴訟（見原審卷第3頁），張淑芬均未請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，顯怠於行使上開權利；被上訴人既為張淑芬之債權人（見不爭執事項㈠），且曾以臺灣雲林地方法院104年度司促字第2084號支付命令等為執行名義，於105年間對張淑芬聲請強制執行而全未受償（見原審卷第100頁及外放強制執行影卷），堪認被上訴人對於張淑芬之債權清償期已屆至，且張淑芬之財產不足清償；則被上訴人主張其為保全債權，而依民法第242條、第767條第1項規定代位張淑芬請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，自屬有據。

六、綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，並依民法第242條、第767條第1項規定代位請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，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。

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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　8　　日

民事第六庭

審判長法　官　陶亞琴

法　官　黃書苑

法　官　陳蒨儀

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　8　　日

書記官　葉國乾

附註：

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。