臺灣高等法院民事判決

108年度上字第1262號

上　訴　人　葉嘉銘

訴訟代理人　王柯雅菱律師

上　訴　人　陳榮華　　住○○市○○區○○路0段000號0樓之00

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　林欣慧律師

王志超律師

周政憲律師

被　上訴人　明台育樂股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　吳寶順

被　上訴人　侯貞雄（兼侯王淑昭之承受訴訟人）

000000000000000000

兼　上一人

輔　助　人　侯傑騰（兼侯王淑昭之承受訴訟人）

000000000000000000

被　上訴人　侯玉書（即侯王淑昭之承受訴訟人）

000000000000000000

共　　同

訴訟代理人　陳和貴律師

吳宗樺律師

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6月6日臺灣桃園地方法院107年度訴字第2974號第一審判決提起上訴，本院於109年4月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

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，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，係指因法律關係之存在與否不明確，致原告主觀上認為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號判例參照）。被上訴人明台育樂股份有限公司（下稱明台公司）、侯貞雄、侯王淑昭（已歿，由侯貞雄、侯傑騰、侯玉書承受訴訟）（下分稱其姓名，與明台公司合稱被上訴人）主張明台公司所有、借名登記在侯貞雄、侯王淑昭名下之土地，前遭上訴人葉嘉銘（下稱其姓名）擅自設定抵押權，經債權人即上訴人陳榮華（下稱其姓名，與葉嘉銘合稱上訴人）聲請拍賣，然該抵押權所擔保之債權不存在等語，為上訴人所否認，則該抵押權及其所擔保之債權是否存在並不明確，此種不安狀態得藉確認判決將之除去，被上訴人提起本件確認之訴，有即受確認判決之法律上利益，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：坐落桃園市○○區○○段000地號（重測前為龍潭區三角林段352地號）土地（下稱系爭土地），應有部分162分之2，為明台公司所有，前借名登記在葉嘉銘名下，嗣又借名登記於侯貞雄、侯王淑昭名下。系爭土地應有部分於借名登記在葉嘉銘期間，葉嘉銘未經明台公司同意，擅自於民國95年8月21日設定擔保債權金額新臺幣（下同）200萬元、權利範圍162分之2之抵押權（下稱系爭抵押權）予陳榮華，惟其於95年8月18日向改制前桃園縣大溪地政事務所（下稱大溪地政事務所）申請設定系爭抵押權時，雙方並無債權債務關係存在，系爭抵押權設定契約因未有擔保之債權存在，當屬無效。陳榮華嗣於107年8月13日聲請拍賣系爭土地，經原法院以107年度司拍字第460號民事裁定准予拍

賣，爰依借名登記關係、民事訴訟法第247條規定請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，侯貞雄、侯王淑昭並依民法第767條規定請求上訴人塗銷系爭抵押權等語。求為判決：㈠確認上訴人就系爭土地於95年8月18日經大溪地政事務所以95年溪電字第173890號收件所設定之系爭抵押權及所擔保之債權不存在。㈡上訴人應將系爭土地於95年8月18日經大溪地政事務所以95年溪電字第173890號收件所為之系爭抵押權登記塗銷。原審為被上訴人勝訴之判決，上訴人不服，提起上訴，侯貞雄、侯王淑昭就請求塗銷抵押權部分另補充法律上之陳述，併依土地登記規則第145條規定為請求。被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人之抗辯：

㈠葉嘉銘辯稱：伊確實有向陳榮華借款200萬元，且系爭抵押權設定契約及系爭土地登記謄本均載明擔保200萬元借款，並未特定係95年8月18日之借款等語。

㈡陳榮華辯稱：伊確有於94年12月29日匯款200萬元借予葉嘉銘，因兩人本係多年友人，交情甚篤，故未要求葉嘉銘就該筆債權設定擔保，因雙方後續復有借貸往來，為求周延乃於95年8月18日申請設定系爭抵押權以保障上開200萬元債權，而卷附95年8月21日簽立之收據、本票實際上係作為上訴人間於94年12月29日之200萬元借貸之證明等語，資為抗辯。

㈢均上訴聲明：⑴原判決廢棄。⑵被上訴人在第一審之訴駁回。

三、經查，葉嘉銘於95年8月10日以買賣為原因，登記取得系爭土地應有部分162分之2（即480/38880），於95年8月18日向大溪地政事務所申請設定系爭抵押權予陳榮華，並於同年月21日完成登記；葉嘉銘於98年5月14日以買賣為原因，將系爭土地應有部分162分之2移轉登記予侯貞雄，侯貞雄再將應有部分19725/38880（包含自葉嘉銘取得之應有部分475/38880，及其名下之19250/38880）於105年12月23日以夫妻贈與為原因，移轉登記予侯王淑昭；侯王淑昭目前所有系爭土地

應有部分為301/486（即24080/38880），侯貞雄則有應有部分5/38880，系爭抵押權目前存在於侯貞雄之應有部分5/38880，侯王淑昭之應有部分475/38880等情，有大溪地政事務所106年3月29日溪地登字第1060004094號函、他項權利證明書、系爭抵押權設定資料、系爭土地登記謄本、異動索引、桃園市土地建物異動清冊、原法院民事執行處109年3月18日桃院祥三107年度司執字第97027號函等件在卷可稽（見原審卷第201、44、87-94、105-107、本院卷一第501、547-557頁、本院卷二第7頁），自可信為真實。

四、按不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分（最高法院106年度第2次民事庭會議決議參照）。明台公司主張系爭土地應有部分係其借名登記在葉嘉銘名下等語，業據其提出與訴外人葉義琴之土地互易契約、桃園縣土地建物異動清冊為證（見本院卷一第193-203頁），惟系爭土地應有部分既登記於葉嘉銘名下，自應認葉嘉銘有權就其名下之土地應有部分設定抵押權，合先敘明。

五、又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。次按抵押權為不動產物權，其所擔保債權之種類及範圍，屬抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力。又抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件；倘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（最高法院105年度台上字第798號判決意指參照）。被上訴人主張系爭抵押權擔保之消費借貸債權不存在，或於系爭抵押權設定時並不存在，伊得提起本件確認之訴，侯貞雄、侯王淑昭並請求塗銷系爭抵押權登記，為上訴人所否認，並以前詞置辯，自應由上訴人就系爭抵押權擔保

之債權存在之事實負舉證責任。

六、經查：

㈠系爭土地登記謄本上之系爭抵押權登記為：「權利人：陳榮華。權利種類：抵押權。債權額比例：1分之1。擔保債權總金額：2,000,000元。清償日期：96年8月18日。利息（率）：依照各個契約約定。遲延利息（率）：依照各個契約約定。違約金：依照各個契約約定。債務人及債務額比例：葉嘉銘。權利標的：所有權。設定權利範圍：162分之2」（見原審卷第106頁），是依系爭抵押權之公示登記事項，系爭抵押權為普通抵押權，擔保之債權為陳榮華與葉嘉銘間200萬元之債權，因有利息、遲延利息、違約金依各個契約約定之記載，可認係消費借貸債權，惟並未特定係於何日期成立之消費借貸契約。經本院調閱系爭抵押權設定之申請書及全部資料，系爭抵押權設定契約書上記載：「提供擔保權利種類：所有權。擔保權利總金額：新臺幣貳佰萬元整。債務清償日期：96年8月18日。利息：依照中央銀行核定放款利率計算。遲延利息：依照各個債務契約之約定。違約金：依照各個債務契約之約定。權利存續期限：95年8月18日至96年8月18日止。」（見本院卷一第118頁），亦未特定係擔保何日期成立之消費借貸契約。

㈡陳榮華陳稱：伊曾於94年12月29日匯款200萬元借予葉嘉銘，因兩人本係多年友人，交情甚篤，故未要求葉嘉銘就該筆債權設定擔保，因雙方後續復有借貸往來，為求周延乃於95年8月18日申請設定系爭抵押權以保障上開200萬元債權，並於95年8月21日簽立收據、本票作為證明等語，業據其提出94年12月29日電匯申請書、彰化銀行支票存款帳號資料及交易明細查詢各一份為證（見原審卷第134、138頁），並有陳榮華聲請拍賣抵押物時所提出之領款收據及本票在卷可稽（見原審卷第45-46頁），葉嘉銘亦陳稱：伊確有向陳榮華借款200萬元等語，而被上訴人並未就上開匯款並非借款或葉嘉銘已清償等情提出證據以實其說，則陳榮華抗辯系爭抵

押權設定時即95年8月18日，伊對於葉嘉銘確實有200萬元之消費借貸債權存在等語，應可信為真實。雖上開匯款日與系爭抵押權設定時間相距8月餘，惟葉嘉銘自願於無擔保借款後，按原借款數額，另行設定抵押權，並書立領款收據及本票交與陳榮華收執，尚非法所不許（最高法院41年台上字第700號判例意旨參照），系爭抵押權登記復未特定係於申請當天成立之消費借貸債權方為抵押權擔保範圍，自不得以匯款日與系爭抵押權設定時間相距8月餘即認陳榮華上開200萬元之借款債權並非系爭抵押權擔保範圍。

㈢雖被上訴人主張：陳榮華於107年8月13日向原法院聲請拍賣系爭土地應有部分時，主張葉嘉銘於95年8月18向伊借款200萬元，而設定系爭抵押權等語（見原審卷第40頁），檢附之證據則為葉嘉銘於95年8月21日收受200萬元現金之領據收據及同日簽發面額200萬元之本票各1紙（見原審卷第45、46頁），而未檢附前開94年12月29日電匯申請書，足見系爭抵押權擔保之債權並非陳榮華於94年12月29日匯予葉嘉銘之200萬元云云，惟抵押權擔保之範圍係以登記為準，倘若上訴人間於系爭抵押權設定時確有200萬元之消費借貸契約存在，即難以陳榮華於聲請拍賣抵押物時所述借款日期與實際借款日期不符，即認系爭抵押權擔保之債權不存在。況按消費借貸契約為要物契約，但不以契約成立時現實之交付為必要；如借貸雙方約定以一方已移入他方管領之金錢，作為消費借貸所付之款項，仍應發生交付之效力，無礙消費借貸契約之成立（最高法院106年度台上字第952號判決意旨參照），衡諸消費借貸契約雙方於借貸期間約定借新還舊，或增加擔保，或另簽發票據之情形，所在多有，自難以被上訴人於聲請拍賣抵押物時所述借款日期及提出之領款收據及本票日期並非其實際匯款日，即認為不實。

㈣又系爭抵押設定契約書雖記載權利存續期限為「95年8月18日至96年8月18日止」（見本院第118頁），然普通抵押權為擔保物權，其成立以債權之成立為前提，故抵押權設定之前

或當時，其所擔保之債權已存在，始不因違反擔保物權成立之從屬性而致抵押權無效，且抵押權於所擔保之債權消滅時始隨同消滅，抵押權本身無存續期間可言（最高法院98年度台上字第922號判決參照），系爭抵押權既非最高限額抵押權，則該項存續期間之約定與登記，即不具法律上意義，於系爭土地登記謄本上亦未登記此存續期間，自不得以上訴人間借款關係並非成立於上開權利存續期間內即認其非系爭抵押權擔保範圍。

㈤綜上所述，陳榮華陳稱伊於94年12月29日匯款200萬元借予葉嘉銘，嗣為求周延乃於95年8月18日申請設定系爭抵押權以保障上開200萬元債權等語，應可信為真實，被上訴人主張系爭抵押權擔保之消費借貸債權不存在，或於系爭抵押權設定時不存在云云，並不可採。

七、從而，系爭抵押權擔保之債權及系爭抵押權確實存在，被上訴人依借名登記關係、民事訴訟法第247條規定請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，侯貞雄、侯王淑昭並依民法第767條、土地登記規則第145條規定，請求上訴人將系爭抵押權登記塗銷，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，即有未合，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰改判如主文第二項所示。

八、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，附此敘明。

九、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85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　13　　日

民事第十三庭

審判長法　官　陳麗芬

法　官　邱蓮華

法　官　林純如

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　　109　　年　　5　　月　　13　　日

書記官　王靜怡

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。