臺灣高等法院民事判決

110年度重上字第695號

上　訴　人　姚朝欽

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　顏世翠律師

　　郭子千律師

　　焦郁穎律師

被　上訴人　必翔電能高科技股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　伍必翔

訴訟代理人　於知慶律師

　　鄭羽秀律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國110年8月17日臺灣新竹地方法院109年度重訴字第161號第一審判決提起上訴，本院於111年2月9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、被上訴人主張：伊為原審判決附表1之土地、建物（下稱系爭不動產）所有權人，其上有民國107年10月31日新竹縣新湖地政事務所新湖字第099060號、權利人為上訴人、債權額新臺幣（下同）5億元之抵押權設定登記（下稱系爭抵押權），上訴人以107年10月25日借款契約書（下稱系爭借款契約）為釋明文件，主張對伊有消費借貸債權存在，就系爭抵押權聲請拍賣抵押物，經原法院109年度司拍字第157號裁定准予拍賣系爭抵押物，然系爭借款契約未經伊之董事會決議通過，且未蓋用伊公司印鑑章，上訴人亦未支付任何借款予伊，兩造間並無消費借貸關係，系爭抵押權擔保之債權不存在，基於抵押權從屬性，系爭抵押權亦不生效力。爰依民

法第767條規定提起本件訴訟，聲明：上訴人應將系爭抵押權設定登記塗銷。原審為被上訴人勝訴之判決，上訴人不服，提起上訴。被上訴人之答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：被上訴人授與訴外人伍蔣清明代理權，其於107年10月25日以被上訴人名義與伊簽立系爭借款契約，足認兩造間有借貸合意，並於同日辦理系爭抵押權登記，系爭抵押權係擔保107年10月25日兩造間之5億元借款，被上訴人於109年6月17日寄發存證信函檢附系爭借款契約，要求伊履行系爭借款契約之約定，可見被上訴人並未否認系爭借款契約內容之真正，益徵兩造間確有借貸合意。縱被上訴人未授與代理權予伍蔣清明，其乃無權以被上訴人名義與伊簽立契約，仍有表見代理之適用。系爭借款契約載明借款5億元，約定現金交付3.2億元，被上訴人另有承擔伍蔣清明對伊之1.8億元債務之意思，乃提供系爭不動產為借款之擔保，辦理系爭抵押權登記，是兩造間確有借貸意思表示互相一致，於107年10月25日簽立系爭借貸契約，故被上訴人請求塗銷系爭抵押權，自無理由等語，資為抗辯。上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

三、查系爭抵押權擔保債權總額5億元，債權種類及範圍為107年10月25日之金錢消費契約，清償期為108年1月25日，利息、遲延利息及違約金均無約定，權利人為上訴人，債務人及設定義務人均為被上訴人。系爭借款契約約定上訴人同意借予被上訴人5億元，於契約簽訂後二個月內，以現金給付3.2億元予被上訴人，被上訴人設定最高限額抵押權金額5億元予上訴人，其上有被上訴人法定代理人伍必翔、上訴人及訴外人周聯聰之簽名。伍蔣清明於107年6月7日簽發面額1億8,725萬元本票予上訴人，嗣上訴人以上開本票聲請強制執行，經原法院109年度司票字第917號裁定（下稱系爭本票裁定）准許強制執行等情，有土地登記申請書、系爭借款契約、本票、系爭本票裁定及確定證明書可參（見原審卷一第103至104、167至168、221至238、263、265、319至320頁），且為

兩造所不爭（見本院卷第76至77頁），可信為真。

四、被上訴人主張系爭借款契約未經伊之董事會決議，未蓋用伊公司印章，且上訴人未交付任何款項予伊，兩造間無消費借貸關係，系爭抵押權擔保之債權既不存在，系爭抵押權不生效力，爰依民法第767條規定請求上訴人將系爭抵押權登記塗銷等語，為上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

㈠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。有最高法院98年度台上字第1045號裁判要旨可參。上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權確實存在，為被上訴人所否認；依上說明，應由上訴人就兩造間成立消費借貸、已交付借款與被上訴人等有利於已事實，負舉證責任。

㈡上訴人稱兩造間有5億元金錢借貸之合意，並提出系爭借款契約、抵押權設定契約書等為證。然：

⑴稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。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。但契約另有約定者，不在此限。民法第860條、第861條第1項定有明文。依新竹縣新湖地政事務所109年11月23日新湖地登字第1090003722號函檢送之系爭抵押權設定契約書係記載「普通抵押權」、「擔保債權總金額：伍億元正」、「擔保債權種類及範圍：107年10月25日所立之金錢消費契約」、「債務清償日期：108年1月25日」、「利息（率）：無」、「遲延利息（率）：無」、「其他擔保範圍約定：空白」、「申請登記以外之約定事項：空白」、「義務人兼債務人：必翔電能高科技股份有限

公司」、「債務額比例：全部」等（見原審卷一第223至229頁），可知系爭抵押權所擔保之債務，係以兩造間於107年10月25日成立、清償期為108年1月25日之5億元金錢消費借款債務為限。

⑵依系爭借款契約所載，係上訴人同意借款5億元予被上訴人，於簽約後2個月內（即107年11月15日及12月30日分二次），以現金給付3.2億元予被上訴人，並設定最高限額抵押權5億元予上訴人，第5條約定借款期限自107年11月15日起至109年11月14日止、第6條約定利息為年利率3%等（見原審卷一第107、167頁），此與系爭抵押權設定契約書記載「設定普通抵押權」、「債務清償日期：108年1月25日」、「利息（率）：無」、「遲延利息（率）：無」、「其他擔保範圍約定：空白」（同上卷一第223至224頁），兩者約定之抵押權種類、還款期限、利息等內容均不同，難認系爭借款契約書所載之借款，即為系爭抵押權所擔保之債務。

⑶系爭借款契約約定之借款金額為5億元，上訴人應於簽約後2個月內（即107年11月15日及12月30日分二次）以現金給付3.2億元交予被上訴人，而上訴人不否認並未交付3.2億元予被上訴人，僅稱借款5億元中之本金1.75億元，係以伍蔣清明於105年間向伊所借做為交付（見原審卷一第356至357頁），惟伍蔣清明並非系爭借款契約之借款人，亦非被上訴人之公司負責人，無代表被上訴人之權限，縱認上訴人所述屬實，其所稱之借款亦與被上訴人無涉，更非系爭抵押權擔保之借款債務。此外，上訴人未提出其他足以證明確有交付借款5億元予被上訴人之證明，而系爭抵押權係擔保107年10月25日所成立、清償日期為108年1月25日之被上訴人5億元借款債務，上訴人既未能舉證證明，故難認兩造間有系爭抵押權所擔保之5億元借款債務之存在。

㈢上訴人另主張借貸本金1.75億元加計利息後為1億8,725萬元，經伍蔣清明、伍必翔以系爭不動產作為擔保，具有債務承擔及擔保他人債務清償之性質云云。然：

⑴依抵押權之從屬性，抵押權不得由債權分離而讓與，或為其他債權之擔保，為民法第870條所明定。又普通抵押權，依抵押權之從屬性，於抵押權設立登記時，已有擔保債權之存在為常態。抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利，是抵押債務人究為何人，應以設定登記之內容為準（最高法院104年度台上字第37號裁判要旨參照）。上訴人就1.75億元借款本金之交付對象、方式，先稱係交予被上訴人（見原審卷一第158頁），但此未經記載於借款契約書，嗣上訴人改稱1.75億元本金借款係伍蔣清明所借，已交付伍蔣清明（見原審卷一第259、274頁），此已為證人伍蔣清明所否認（見原審卷一第383頁）。上訴人又稱1.75億元本金借款之交付，係依伍蔣清明之指示購買必翔實業公司股票（見原審卷一第311至313頁），惟依上訴人提出105年10月20日伍蔣清明所簽借據記載「本人伍蔣清明因私人需求向__借貸1.75億，言明利息1.3分，並願意由__購入5,000張必翔實業股票，為期半年…（代為保管伍蔣清明個人支票，票號AK0000000，金額1.75億支票乙張）。」（見原審卷一第321頁），可知伍蔣清明係以個人名義借貸，即借貸1.75億元之債務人為伍蔣清明，與被上訴人無關，自非系爭抵押權所擔保之債權範圍。

⑵證人即辦理設定系爭抵押權登記之代書黃士哲證稱「…（提示原審卷一第221-238頁，這份土地抵押權設定登記申請書、契約書等，有沒有經手？是否你經手承辦的？）是我經手承辦的。（當時契約書是在那裡寫的？）當初是必翔公司的會計小姐把資料先傳真到我們事務所，我們寫完契約的內容後，把文件拿到必翔公司給他們的老闆娘、會計看，沒有問題後，他們蓋章，蓋完章之後，他們把所有權狀拿給我，再送地政事務所。（契約設定登記的內容是誰告訴你要如何寫？）我們有問他們利息、違約金有沒有約定？他們回答都說沒有。（上面有記載借款的義務人、債務人，是誰說要寫必翔公司？）是必翔公司的人告訴我們這樣打的。（姚朝欽

就契約上寫的義務人、債務人是必翔公司部分，有無意見？）沒有意見。就是寫這一間公司，我不知道他們是怎麼樣的關係。就是把資料給我們要我們設定。（約定契約的時候有無告訴你是擔保誰的借款？）沒有。都沒有。（後面實際上的借款人是否知道？）我不知道，我只知道權利人姚朝欽他說他們有欠他錢，要設定抵押這樣子而已。（誰欠他錢？）伍必翔他們有欠他錢這樣子。（姚朝欽有無告訴你借款人是誰？）他沒有講的很清楚，我只知道他要請我幫他辦理抵押權設定而已，他們也沒說到底資金是怎麼樣往來，我也不知道借錢的內容。（為什麼會寫義務人、債務人是必翔公司？）當初就是必翔公司的會計傳真公司登記表給我們看，我們依照公司登記表做資料，在契約寫上義務人、債務人就是必翔公司。而且當時也會同必翔公司的人員去地政事務所，因為公司的資料卡還有印章，地政事務所都要核對，辦好沒有問題之後，必翔公司的人員才離開的。（必翔公司有沒有到你們事務所？）必翔公司的人員有會同我們到地政事務所，因為公司登記卡的正本、印章要拿回去，核對完後，他們帶印章過來，我們在地政事務所那裡等他，對完後，就各自回去了。（姚朝欽有沒有去？）沒有。（姚朝欽或者是必翔公司的人員，有沒有提到這件抵押權的設定所擔保的債務有包括其他人所欠的款項？）這我不知道…」（見本院卷第116至117頁），證人知悉抵押權設定義務人為土地所有人、債務人是借款人，是不一樣（同上卷第118頁），依證人所述，系爭抵押權所擔保之借款債務，確為系爭抵押權登記所載之被上訴人借款債務，並無擔保被上訴人以外之他人債務之意甚明。

⑶所謂債務承擔，其成立需第三人與債權人訂立契約承擔債務人之債務，或第三人與債務人訂立契約承擔其債務並經債權人承認（民法第301條、第302條參照），亦即債務承擔乃屬契約，必第三人與債權人或債務人有承擔債務之意思表示合意始能成立。依系爭借款契約（見原審卷一第167至168頁）

所載，並無被上訴人為伍蔣清明承擔1.75億元債務及擔保清償之約定。另所謂物上保證人，乃非債務人而為設定抵押權契約之設定人。換言之，物上保證人提供不動產為債權人設定抵押權，係以擔保債務人債務之履行為目的（最高法院89年度台上字第358號裁判酌參）。抵押權為不動產物權，依民法第758條規定，非經登記不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利，抵押債務人究為何人應以設定登記之內容為準。依系爭抵押權設定申請書、契約書（見原審卷第221至224頁）所示，系爭抵押權之「義務人兼債務人」係記載被上訴人，不包括伍蔣清明，「擔保債權種類及範圍」亦記載107年10月25日所立之金錢消費契約，不包含伍蔣清明於105年間向上訴人所借之款項（見原審卷一第222、224頁），均難認系爭抵押權有擔保清償伍蔣清明對上訴人所欠債務之意思，伍蔣清明所欠債務，顯非系爭抵押權擔保之債務。

㈣況系爭借款契約書第3條約定：「甲方(即上訴人)未於第一條所定期限內給付借款金額予乙方時，甲方應無條件同意乙方塗銷上開最高限額抵押權登記…。」（見原審卷一第167頁），而契約第1條僅就借款3.2億元之給付期限有作約定，不包含上訴人主張之本金1.75億元借款，而伍蔣清明係於107年6月7日簽發1億8,725萬元、到期日108年6月30日之本票（見原審卷第263頁），均與系爭抵押權約定之金錢消費借款無關。是上訴人主張係伍蔣清明向其借款1億7仟5佰萬元，債務人既非被上訴人，自非系爭抵押權所載擔保債務。

㈣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。前項規定，於所有權以外之物權，準用之，民法第767條定有明文。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（最高法院84年度台上字第167號裁判要旨參照）。普通抵押權乃就抵押物賣得價金

優先受償之權利，必從屬於債權而存在，亦即必須有被擔保之債權合法存在為前提，苟無債權發生，即無抵押權之存在可言。系爭不動產於107年10月31日設定5億元普通抵押權，係擔保被上訴人向上訴人借款5億元債務之清償，被上訴人主張其與上訴人間並無系爭抵押權所擔保之5億元借款債務存在，而上訴人並未就兩造間有5億元借貸之合意，及已如數交付借款予被上訴人等有利於己之事舉證，被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，應可採信，兩造間無從認定有系爭抵押權所擔保之債權存在，依抵押權從屬性，系爭抵押權已無存在之必要，上訴人負有塗銷系爭抵押權登記之義務，故被上訴人主張系爭抵押權之存在，妨害其不動產所有權者之行使，依民法第767條第1項規定請求除去之，應屬有據。

五、綜上所述，系爭抵押權所擔保之債權既不存在，被上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求上訴人將系爭不動產上之系爭抵押權登記予以塗銷，於法有據，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

六、本件事證已臻明確，上訴人請求傳訊證人周聯聰、林義斌、董益源，證明被上訴人有債務承擔之事，核已無必要；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。

七、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　　111　　年　　3　　月　　2　　日

民事第十九庭

審判長法　官 魏麗娟

法　官 張婷妮

法　官 潘進柳

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　　111　　年　　3　　月　　2　　日

書記官　廖婷璇