# 最高法院民事判決

108年度台上字第2668號

上　訴　人　陳武雄
訴訟代理人　周玉蘭律師
上　訴　人　洽和投資股份有限公司
法定代理人　陳奕雄
訴訟代理人　林志忠律師
　　謝協昌律師
被 上訴 人　臺灣中小企業銀行股份有限公司
法定代理人　黃博怡
訴訟代理人　聶瑞瑩律師

上列當事人間請求確認債權不存在等事件，上訴人對於中華民國107年3月14日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（105年度重上字第161號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

本件被上訴人之法定代理人已於原審審理期間變更為黃博怡，有公司變更登記表足憑，經其具狀聲明承受訴訟，核無不合，先予敘明。

次查被上訴人主張：訴外人台灣優力流通事業股份有限公司（下稱台優公司）於民國100年3月間與伊訂定聯合授信合約，約定授信額度為新臺幣（下未註明幣別則同）18億元，由上訴人陳武雄及訴外人謝勝峯擔任連帶保證人，並共同簽發同面額之本票予伊，嗣台優公司申請動用12億1,860萬8,469元，僅繳息至102年2月25日即違約，歷經數次強制執行，仍有貸款餘額10億2,748萬4,943元本息未償。詎陳武雄竟於101年10月2日與上訴人洽和投資股份有限公司（下稱洽和公司）通謀虛偽成立借貸債務，並於同年月4日以其所有南投縣○○鎮○○段000000000000000000地號等5筆土地為擔保，為洽和公司虛偽設定擔保金額2,000萬元之普通抵押權（即南投縣○里地0000000號101 年水資登字

第022520號設定之抵押權，下稱系爭抵押權）。且上訴人間之借款違反公司法第15條第1 項規定而無效，系爭抵押權亦因設定時無被擔保之債權存在，違反抵押權之從屬性而無效，此為洽和公司所明知，即負有回復原狀之義務，陳武雄怠於行使請求洽和公司塗銷系爭抵押權之權利，伊得代位行使等情，爰依民法第 242條、第113條、第767條規定，求為確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在，暨洽和公司應將系爭抵押權塗銷之判決。

上訴人陳武雄則以：伊投資大陸地區古雷聯合石油化工有限公司（下稱古雷石化公司）需用資金，依家規向家族企業洽和公司洽借款項，於101年8月31日簽訂貸款合約（下稱系爭貸款合約），嗣於101年10月2日依該貸款合約向洽和公司申請動用，並設定系爭抵押權，以擔保該借貸債務，洽和公司已分別於103年4月22日、同年12月19日，將借款美金280萬元、107萬6,478.96元（下稱系爭2 筆借款）匯入伊指定之帳戶，無通謀虛偽之情形。而台優公司為被上訴人提供之擔保，既經被上訴人拋棄，伊於其拋棄之範圍內得免責，且被上訴人應先就台優公司之資產、備償專戶求償，其對台優公司之放款核保不實、違約貸放，不得請求伊履行保證責任，自不得代位伊請求塗銷系爭抵押權等語。洽和公司亦以：被上訴人違反風險控制機制對台優公司放款，致貸款無法回收，係因侵權行為對陳武雄取得債權，陳武雄得廢止形式上存在之連帶保證債權，或拒絕履行，被上訴人對陳武雄無權利可資主張，無從代位行使陳武雄之權利等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：被上訴人對台優公司聲請強制執行後，仍有貸款餘額10億2,748萬4,943元本息未獲清償。而系爭抵押權登記之內容，為「擔保陳武雄對洽和公司於101年10月2日所立金錢借貸之債務」、「擔保債權總金額：20,000,000元」；系爭貸款合約復約定：「1.……貸款人（指洽和公司）同意貸款予借款人（指陳武雄）本金總額新臺幣壹億參仟萬元貸款，……，撥款生效日期同抵押設定完成日。惟本投資項目尚待兩岸主管機關核准，此期間借款人先洽對古雷項目有投資意願方先行墊付，俟兩岸主管機關核准後貸款人有義務將本筆貸款

依借款人指定日期、幣別以電子匯款方式匯入指定之銀行帳戶，……4.本貸款應附帶利息，年利率為4.5%，自實際撥款日起至上述貸款全部償還為止」等語，可知上訴人間雖約定於101年10月2日成立借貸契約，洽和公司即就借貸債權享有抵押權擔保，然洽和公司尚無交付金錢之義務，陳武雄於洽和公司付款前亦無給付利息之義務，而由陳武雄自行洽對古雷項目有投資意願方先行墊付。實際上陳武雄係於本件起訴狀繕本送達後之103年4月22日、同年12月19日，始分別簽立借據，指示洽和公司匯出美金280 萬元（即8,4 72萬9,400元）、107萬6,478.96元（即3,388萬2,175元，以上合計1億1,861萬1,575 元），此無異於洽和公司無需交付任何借款，即先就系爭土地享有優先受償權，有害於陳武雄其他債權之擔保，獨厚於洽和公司。而洽和公司於99年間之資本總額僅1億1,500萬元，102年11月22日始增資至2億6,000 萬元，則其於101年8月31日簽訂系爭貸款合約而同意借予陳武雄1億3,000萬元，已逾其當時之資本總額。而洽和公司為陳武雄之父陳源河所設立之家族公司，與陳武雄之關係特殊，其103 年度財務報表暨會計師查核報告書固所載：陳武雄向公司調借資金，已約定期限及借款利率，並提供其持有之不動產為擔保品，截至 103年12月31日尚未收回餘額1億1,861萬1,575 元等語；惟通謀而為虛偽之意思表示，有其表意外之目的，通謀虛偽意思表示之表意人力求形式上合法、外觀逼真，實為事理之常。又古雷石化公司係由訴外人和桐化學股份有限公司等向經濟部投資審議委員會申請間接投資，所用資金無須由陳武雄個人提供資產設定抵押權向洽和公司借貸。縱使陳武雄另以台北市○○區○○段土地為洽和公司設定1 億元擔保，然所設定之擔保是否能足額清償，尚屬未定；且台優公司涉嫌假增資向銀行詐貸18億元，陳武雄並為其作保之情，早經報章於102年3月20日揭露，陳武雄因此涉犯詐欺銀行等罪，亦由檢察官於103年4月28日提起公訴，並經法院發布通緝，則洽和公司不考慮借款無法回收之風險，仍依序匯出系爭2 筆借款，顯非理性貸與人應有之行為。另陳奕雄為洽和公司之法定代理人，其於「陳氏子孫創業資金貸款暨投資切結書」之「同房內

大老」欄簽名，擔任陳武雄於系爭貸款合約之連帶保證人，亦與事理有違。被上訴人主張上訴人間於系爭貸款合約成立時無受該貸款合約及系爭抵押權設定拘束之真意一節，即堪採信。被上訴人對台優公司既有上開貸款餘額之本息未獲清償，縱令陳武雄抗辯其免責之範圍分別為504萬元、2億元、及7,200 萬元之情屬實，仍不影響其對被上訴人仍存在連帶保證責任。被上訴人並無故意核貸不實而對台優公司放款，以請求陳武雄負連帶保證責任之理；台優公司假增資向被上訴人貸款之風險，應由陳武雄承擔。從而，被上訴人請求確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在，即有理由。陳武雄怠於行使其請求塗銷系爭抵押權（登記）之權利，被上訴人為陳武雄之債權人，代位行使其物上請求權，請求塗銷系爭抵押權，亦屬有據，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘抗辯及聲明證據為不足取與不再逐一論駁之理由，因將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判如被上訴人所聲明。

按消費借貸契約屬要物契約，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。又普通抵押權之成立，以所擔保之債權存在為前提。而依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷或依其他情形無發生可能性時，該抵押權即違反成立上之從屬性而無效，抵押權人自得本於所有權妨害除去請求權請求塗銷該抵押權登記。查系爭抵押權登記之內容，為「擔保陳武雄對洽和公司於101年10月2日所立金錢借貸之債務」，而陳武雄係於本件起訴狀繕本送達後之103年4月22日、同年12月19日，始分別簽立借據，指示洽和公司匯出系爭2筆借款，均為原審所合法確定之事實，依上說明，系爭抵押權登記所擔保之101年10月2日借款債權，因洽和公司未於該日交付借款而不成立，系爭抵押權亦違反成立上之從屬性而無效。原審為上訴人不利之判決，雖非全以此為據，惟於結論則無不同，仍應予維持。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條

、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　20　　日

最高法院民事第七庭

審判長法官　鄭　傑　夫

法官　盧　彥　如

法官　林　麗　玲

法官　張　恩　賜

法官　吳　麗　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　2　　日