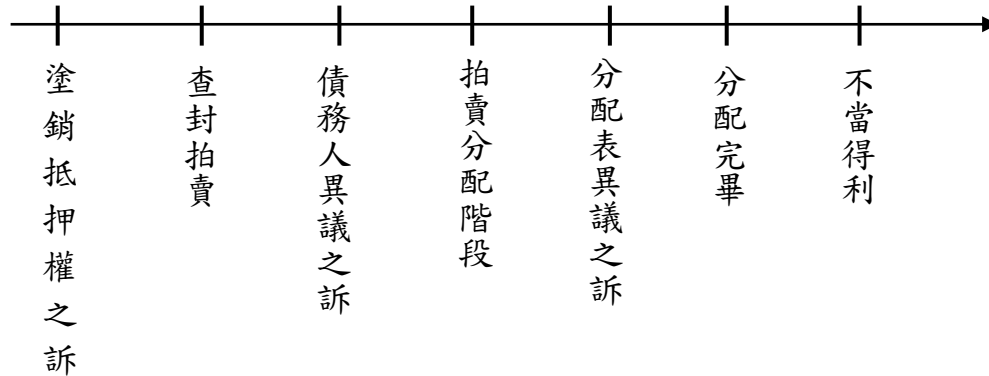


塗銷抵押權設定登記案例分析

主講人：陳樹村律師

法丞律師事務所所長

一、塗銷抵押權及其各階段訴訟類型：



二、可以提起塗銷抵押權之人：

- (一)、抵押權之設定義務人，設定時不動產之所有權人及事後取得不動產之現所有權人
- (二)、債務人（即第三人提供抵押物時）
- (三)、後順位之抵押權人、地上權人、農育權人
- (四)、其他法律上有利害關係之人
 1. 抵押物所有權人之普通債權人
 2. 借名登記返還請求權人

三、常見可提起塗銷抵押權之原因：

- (一)、時效消滅+5年之除斥期間屆至。(民法第880條)
- (二)、抵押權人非借款債權人（出借人）。例如丈夫出借登記太太為抵押權人、代書出借登記金主為抵押權人。
- (三)、非為金錢消費借貸，卻登記本抵押權所擔保之債權為00年00月00日之金錢消費借貸，實際上卻是擔保借名登記之返還。
- (四)、抵押權登記所擔保之債權不存在或消滅，例如沒借貸、已清償或只是經銷商擔保。
- (五)、抵押權人已經死亡或公司解散消滅、拿不出債權證明文件證明債權存在。
- (六)、明顯為脫產而虛設之債權與民法第244條有關。

四、塗銷抵押權之請求權基礎：

民法第 767 條第 1 項中段「對於妨害其所有權者，得請求除去之。」

五、設定抵押之人無行為能力或無意識、精神錯亂中所為：

(一)、臺灣高等法院 106 年上字第 785 號民事判決：

1. 雖未受監護宣告，但設定抵押權時已屬重度癡呆症。
2. 調病歷、傳醫院醫師證明。
3. 民法第 15 條「受監護宣告之人，無行為能力。」
4. 該抵押權設定係無意識、精神錯亂中所為，無效。

(二)、臺灣高等法院高雄分院 106 年重上字 71 號民事判決：

1. 案情摘要：

「兩造於 103 年 6 月 4 日簽訂系爭契約，約定上訴人以 1 億 68 萬 43 千元，向被上訴人買受系爭土地（惟不動產買賣契約書簽約日期記載 103 年 5 月 30 日），上訴人於同日交付如附表所示之支票計 3 紙予被上訴人收執（發票人、受款人、發票日金額、支票號碼均如附表所示），被上訴人並以系爭土地為上訴人設定系爭抵押權，且於 103 年 6 月 4 日登記，約定清償日 103 年 6 月 30 日。上訴人以被上訴人屆期未將系爭土地所有權移轉登記予伊，而向法院聲請裁定拍賣抵押物，經原審法院於 103 年 9 月 17 日裁定准予拍賣，被上訴人提起抗告，經同院以 103 年度抗字第 202 號裁定駁回抗告確定。上訴人因而持該裁定聲請強制執行，業經系爭執行事件受理並實施查封，另經裁定停止執行。被上訴人涉有偽造文書案件，經原審法院以 104 年度易字第 803 號判決無罪，本院以 106 年度上易字第 237 號判決上訴駁回確定（下稱系爭偽造文書案件）。」

2. 最高法院就無意識或精神錯亂中所為之見解：

「按無行為能力人之意思表示，無效。雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同，民法第 75 條定有明文。雖非法律上無行為能力人，惟其所為意思表示，係在無意識或精神錯亂中（例如睡夢中、泥醉中、疾病昏沈中、偶發的精神病人在心神喪失中等）者，其對於自己行為或其效果，欠缺正常判斷、識別及預期之精神能力，即無從以自己獨立之意思表示為有效法律行為，故其所為意思表示之效力，與無行為能力人之行為並無區別，亦當然無效（最高法院 105 年度台上字第 256 號判決可參）。」

3. 判定買賣及抵押權設定契約均屬無效，應塗銷。

六、無設定抵押權之意思竊盜與表見代理之爭議：

(一)、臺灣高等法院高雄分院 91 重 (一) 54 號民事判決：

1. 案情摘要：

親屬間竊盜，兒子偷父親文件設定抵押權。

2. 最高法院 70 台上字 657 號判例要旨：

「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第二一三〇號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷。」

3. 最高法院 106 年 491 號判決要旨：

「按為委任事務之處理，須為法律行為，而該法律行為，依法以文字為之者，其處理權之授與，亦應以文字為之。其授與代理權者，代理權之授與亦同。民法第五百三十一條前段定有明文。又所謂「法律行為，依法應以文字為之」，係指處理委任事務，須為某法律行為，法律上明定應以文字為之而言。申言之，若受任人所受委任之事務，非為法律明文規定應以文字為之者，即無委任須以文字（書面）為之之限制。再按民法第一百六十九條規定之表見代理係為保護第三人而設，本人如有使第三人信以為其有以代理權授與他人之行為，而與該他人交易，即應使本人負授權人之責任。」

4. 親屬間竊盜之告訴，切斷表見代理。

5. 不孝子甲欲向乙借款，找第三人假冒爸爸持各項文件設定抵押之效力如何？

(1) 父未親簽，未有設定之意思表示。

(2) 債權人可否主張表見代理？

6. 印章被盜用

七、抵押權人非金錢借貸契約當事人：

(一)、臺灣高等法院 105 年上易字 1139 判決：

1. 案情摘要：

甲起訴對乙主張其土地上所設定之抵押權為其將印章及印鑑證明交給其姐丙向銀行設定第一順位抵押權時，遭其姐提供作為丙向乙借款之擔保設定第二順位最高限額抵押權 120 萬元，抵押債務人雖登記為甲，但主張印章係被盜用，與乙間無借貸，抵押權登記應塗銷。

2. 主張印鑑遭盜用變態事實，並應由主張者舉證。

3. 將身份證、印鑑證明及印章限定用途之效力為何？

4. 抵押債權人或債務人為何人，以登記為準。

最高法院 72 年台上字第 2432 號判例要旨：

「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。」

5. 最高法院 84 年台上字第 1967 號判例要旨：

「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，但如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分。因此關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及。」故抵押權設定契約書為登記簿之附件，為抵押權效力所及。

6. 登記公示原則：

民法第 758 條「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。」故抵押權所擔保之債權範圍以登記公示為限，不包括其他第三債務人或非登記公示之債權，如本票。

7. 本件甲並未對乙有借貸，但縱丙對乙有借貸，但因係登記甲為債務人即甲向乙借貸，而不是甲擔保債務人丙向乙之借款（義務人），故丙對乙之債務非抵押權擔保範圍。且抵押權所擔保之債權不包括甲對丙債務之保證或甲所簽發本票之債務，故抵押權所擔保之債權不存在。

(二)、高等法院高雄分院 105 年上字第 115 號判決：

1. 案情摘要：
丈夫出借，以妻子為抵押權人設定登記。
2. 借貸契約存在於債務人與丈夫之間，洽談借款條件、設定抵押權、交付借款之人均為夫，並非妻子，認定妻子非出借人與債務人間無借貸存在。
3. 如何克服此問題？
 - (1)代理
 - (2)妻子交付資金（匯款）
 - (3)債權讓與（贈與）

(三)、代書出借還是金主出借？

高等法院高雄分院 104 上更（一）11 號判決：

1. 案情摘要：
乙向代書甲借款，乙為債務人，丙（乙妻）為債務人兼義務人，抵押權人則為丁（金主）。丙起訴請求乙塗銷抵押權，理由：丙未授權乙設定抵押權，乙、丁間之債權不存在。
2. 事後丁將其債權讓與戊（甲代書之女）
3. 丙將權狀、身份證影本、印鑑章及印鑑證明交給乙，有授權之外觀，有表見代理。
4. 抵押權所擔保之債權存在於何人？
 - (1)丁委任甲放款。丁要承認，丁要交付金錢給借款人（匯款）或將款項交給代理人（匯款），再由受任人提領轉交給借款人。
 - (2)若有借據，必須寫出借人、代書為代理人，並告知借款人及出借人。
 - (3)代書須轉交利息給金主。
 - (4)本票由何人收執。
5. 債權讓與與善意取得
 - (1)抵押權所擔保之債權必須存在，債權讓與始有意義，若無債權，縱讓與也是空的債權及抵押權。
 - (2)民法第 759 條之 1 及土地法第 43 條：
「不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。
(第 1 項)因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之

不實而受影響。(第2項)」、「依本法所為之登記，有絕對效力。」

最高法院 41 台上字第 323 號判例：

「土地法第四十三條所謂登記有絕對效力，係為保護第三人起見，將登記事項賦與絕對真實之公信力，故真正權利人祇許在未有第三人取得權利前，以登記原因無效或得撤銷為塗銷登記之請，求若至已有第三人本於現存之登記而為取得權利之新登記以後，則除得依土地法第六十八規定請求損害賠償外，不得更為塗銷登記之請求，因之真正權利人對於第三人依此取得之不動產，訴請返還，自無法律上之根據。」

(3)受讓人是否明知抵押權有無效或得撤銷之事由存在而屬惡意，應由請求塗銷之人舉證。

6. 從本案例反省抵押權所擔保之債權，應如何處理才妥當？

八、抵押權所擔保之債權（金錢借貸）不存在，塗銷抵押權：

(一)、基本型-債務人對抵押權人主張

1. 確認法律關係不存在之訴，由主張法律關係存在之被告舉證。

(42 台上 17 號判例)

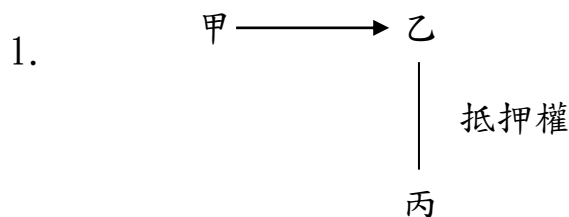
2. 消費借貸要證明

(1)有交付金錢

(2)消費借貸契約成立及借貸意思表示合致

(3)**最高法院 98 台上字第 1045 號判決**

(二)、脫產型之設定抵押



2. 甲主張乙丙間之抵押權為通謀，請求確認乙丙抵押權所擔保之債權不存在，抵押權應塗銷。

3. 請求權基礎：民法第 87 條、第 113 條、第 242 條及第 767 條。

4. 看乙丙間抵押權所擔保之債權為何，該債權必須存在。

5. 普通抵押權 —————> 單一債權關係

6. 最高限額抵押：看登記所擔保之一定法律關係包括哪些，借貸、保證、票據…。

7. 甲亦可行使民法第 244 條，以乙丙設定抵押為詐害債權，請求法院撤銷乙丙間抵押權之設定，而塗銷抵押權。

(三)、債權已清償完畢而不存在（提存、抵消、免除或混同）。

(四)、非抵押權擔保範圍內之債權（一）：

1. 台灣高等法院高雄分院 105 上字第 732 號判決：

「甲起訴主張於 76 年 1 月曾向乙借款並提供土地設定抵押，約定清償期為 79 年 1 月 16 日，惟乙超過 20 年未請求，抵押權消滅；乙則主張 75 年間對甲有會款債權，當時甲有開立授權書，授權乙辦理抵押權設定，而該會款債權有起訴及執行中斷失效之情事，故抵押權仍存。」

2. 法院認抵押權設定時，並未載明所擔保之債權即係該會款債權，而將之登記於土地登記簿謄本，且設定契約書作為附件亦未載明，雖有授權書，但不能認即為該抵押權之擔保範圍。

3. 又該會款債權係發生於 75 年間，而抵押權所設定擔保債權之權利存續期間為 76 年 1 月 17 日至 79 年 1 月 16 日止，則該債權亦非在該權利存續期間所發生之債權，自非抵押權擔保之範圍。

4. 設定抵押權時，應特別注意須和債權之發生（證明文件）相符，不能脫鉤。本件明明就是要擔保該會款債權，但登記時卻與該債權不一致，導致變成非抵押權擔保範圍。

(五)、非抵押權所擔保範圍(二)：

1. 案情簡介(台高院 105 上 301 號判決)：

甲起訴主張其土地係遭其妹夫丙騙取權狀，而虛偽設定抵押權予乙，且設定之抵押權所擔保者為甲乙間之債務，乙和妹夫丙之債務非該抵押權之擔保範圍而請求塗銷。

2. 法院認為遭盜用一事無法舉證，且設定必須權狀及印鑑證明，已設定多年，難謂未經同意。

3. 但依抵押權之設定登記，該抵押權所擔保者若係一般抵押，須與現在特定之債務為擔保，必須於設定抵押權時存在，即應具備從屬性，須表明係擔保何特定債權。若為最高限額抵押權，雖可擔保現在、過去、未來之一定法律關係所生之債務，但不論是一般或最高限額抵押權，若要擔保第三人與抵押權人之債

務(即提供擔保物為第三人擔保)均必須登記始生效力，否則即不屬該抵押權所擔保之範圍。

4. 因此，本件以乙與甲之妹夫丙間之債權，非抵押權所擔保之範圍而應予塗銷。

5. 衍生問題：

(1) 乙向甲農會設定最高限額抵押權借款，該農會事後被土銀接管合併，則乙事後另向土銀借款或為第三人保證之債務，是否為該原抵押權效力所及？

(2) 乙向甲借款設定超高之最高限額抵押權，甲為擴充其結算時之債權，乃向乙之普通債權人低價購買債權，充當甲對乙之抵押債權，該債權是否為該最高限額抵押權之擔保範圍？又若甲之最高限額抵押權所擔保一定法律關係所生之債權加到包含甲向他人所購得對乙之債權時，該事後購得之債權是否即屬該抵押權所擔保之範圍？

(六)、非抵押權所擔保之範圍 (三) — 借名登記擔保：

1. 借名登記為擔保該返還請求權卻登記為金錢消費借貸，該登記卻因無該債權而無效(臺南高等法院臺南分院 106 年度上字第 709 號判決)。

2. 實務上如何登記較妥？一般抵押權？最高限額？

3. 最高限額所擔保之一定法律關係：

包含借名登記返還請求權(？)、損害賠償請求權(○)

4. 記載於抵押權設定契約書內作為附件(臺南高等法院臺南分院 106 年度重上字第 11 號判決參照)。

九、結論：