

臺灣基隆地方法院民事判決

112年度訴字第103號

原告 上海商業儲蓄銀行股份有限公司

法定代理人 李慶言

訴訟代理人 陳思菱律師

被告 張鍾妙珍

陳曄燕

上二人共同

訴訟代理人 歐翔宇律師

上列當事人間塗銷抵押權設定登記事件，本院於民國112年8月24日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

確認被告陳曄燕就被告張鍾妙珍所有，如附表所示之不動產，以基隆市地政事務所基隆字第003770號收件，於民國111年1月11日登記，擔保債權總金額新臺幣700萬元之最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在。

被告陳曄燕應將如附表所示不動產之前項最高限額抵押權登記塗銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、原告起訴主張：

(一)訴外人明樺工程有限公司（下稱明樺公司）為原告之授信戶，前於民國108年4月1日邀同被告張鍾妙珍為連帶保證人，與原告簽立授信往來契約書（下稱系爭授信契約書），約定明樺公司得授信額度內向原告借款。詎明樺公司於111年1月10日竟發生退票情事，原告接獲通報其111年1月10日共退票17張總金額高達15,335,218元，當月明樺公司亦因存

01 款不足而遭票據交換所通報拒絕往來，至今仍未解除，依系
02 爭授信契約書一般條款第六條第1項第2款之約定，原告得主
03 張債務全部到期，且原告對於明樺公司迄今仍有10,590,581
04 元及其利息、違約金之債權未獲清償，被告張鍾妙珍既為系
05 爭債務之連帶保證人，依法、依約自應負連帶清償債務責
06 任。惟原告於對明樺公司及被告名下財產為假扣押之保全程
07 序中，查得被告張鍾妙珍竟於系爭債務將發生債務不履行情
08 形之際，將其所有如附表所示之土地及房屋(下合稱系爭不
09 動產)於111年1月11日設定以基隆市地政事務所基隆字第003
10 770號收件，擔保債權總額700萬元之第二順位最高限額抵押
11 權(下稱系爭抵押權)予被告陳曄燕。

12 (二)被告張鍾妙珍與陳曄燕間於111年1月11日就系爭不動產之最
13 高限額抵押權所擔保之借款關係不存在，其設定最高限額抵
14 押權之物權行為應為無效：

15 1. 被告張鍾妙珍於明樺公司面臨解散且無法營業之際，明知其
16 對於原告負有連帶保證責任，且系爭債務尚未履行，為逃避
17 原告對於系爭債務之追索，竟將系爭不動產設定最高限額抵
18 押權予被告陳曄燕，其等欲脫產之意明顯。且系爭抵押權設
19 定登記之抵押債務擔保總金額高達700萬元，然而關於「利
20 息(率)」、「遲延利息(率)」等借貸契約之重要之點竟也
21 全然無任何約定，亦即系爭借貸債務為「無息借貸」，依最
22 高法院106年度台上字第1063號判決要旨，債權人出借鉅額
23 款項而未約定利息、違約金以及清償期，如非屬至親關係，
24 顯然與常情有悖，故足認被告等所稱之借貸等債務關係並非
25 真實，系爭抵押權設定動機為脫產之意甚明，而被告間成立
26 債權債務關係之意思表示，顯屬表意人與相對人通謀而為虛
27 偽之意思表示，該意思表示即應屬無效，依民法第87條規
28 定，系爭抵押權之登記亦應屬無效。

29 2. 被告張鍾妙珍與陳曄燕間就系爭不動產所為債權行為，既顯
30 係通謀虛偽意思表示而無效，則系爭不動產之所有權人即被
31 告張鍾妙珍自得基於所有權人之地位請求被告陳曄燕將系爭

01 不動產之設定最高限額抵押權之登記塗銷。原告既為被告張
02 鍾妙珍之債權人，為保全債權，亦得依民法第242條本文規
03 定，代位被告張鍾妙珍行使民法第767條第2項準用同條第1
04 項之物上請求權，請求被告陳曄燕塗銷系爭抵押權設定登
05 記。

06 (三)縱認系爭抵押權設定非基於通謀虛偽意思表示，被告等就系
07 爭抵押權之設定行為實有害於原告之債權，應予撤銷：

08 明樺公司於111年1月10日即已發生退票情事，退票金額高達
09 15,335,218元，時間早於系爭抵押權設定之日即111年1月11
10 日，被告張鍾妙珍既為明樺公司之連帶保證人，且名下保證
11 債務餘額目前高達3,934萬元，而公司當時既已發生退票，
12 在龐大連帶保證債務下豈有可能再有餘裕成立新的借貸。故
13 本件縱認被告間確有成立金錢債務關係，系爭抵押權亦係於
14 111年1月11日事後約定擔保系爭抵押權設定前所產生之債
15 務，上開登記行為即有害於原告之債權，依最高法院51年台
16 上字第3528號民事判例要旨，原告自得依民法第244條第1項
17 規定請求撤銷被告間之登記行為撤銷，並依民法第244條第4
18 項規定塗銷設定登記。

19 (四)對被告抗辯所為之陳述：

20 1. 被告所提出之「借款協議書」(下稱系爭借款協議書)僅有貸
21 與人交付款項以及設定抵押權擔保之相關條款，對於「清償
22 期限」、「清償方式」等事項未見任何約定，甚且系爭借款
23 協議書對於設定最高限額抵押權期限、雙方合意管轄等相關
24 約定均留下空白，故單從契約形式觀之，被告等之約定方式
25 僅著重於擔保設定，卻對一般民間消費借貸中所重視之借款
26 利率及清償期限約定均全然未論，即屬可疑，被告二人約定
27 時是否對消費借貸必要之點達成合致亦無從確認，更無設定
28 擔保抵押之必要。

29 2. 被告張鍾妙珍於辯稱其向被告陳曄燕借貸之700萬元(下稱系
30 爭700萬元)係被告陳曄燕於111年1月10、12、27及28日以匯
31 款、現金交付方式分次給付借款云云，然被告等提出匯款紀

錄僅能顯示曾匯款400萬元，其等提出之存摺更僅有提領現金之紀錄，且該二帳戶之存戶分別為訴外人即張亦銜岳父楊樹鎮(下逕稱其名)擔任負責人之法人「浚村工程有限公司」(下稱浚村公司)、被告陳曄燕擔任負責人之法人「浚億工程有限公司」(下稱浚億公司)，而非被告陳曄燕，不能證明被告間確有交付系爭700萬元之行為。且被告陳曄燕擅自由浚村、浚億公司提領現金交予被告張鍾妙珍，已違背公司法規定，亦為被告訴訟代理人所自承，與一般交易常情難謂相符，顯然被告張鍾妙珍向被告陳曄燕借貸700萬元云云純屬託詞，目的在於以虛偽債權設立抵押權，藉以達成規避債權人強制執行其不動產之效果。又被告所提出「現場交付現金」照片極易偽造，且特地照相的動作異於常情，非能作為有實際交付借款事實之證據，亦無從證明其借款資金來源不存在循環問題；又被告張鍾妙珍對於取得鉅額款項之後的流向語焉不詳，原稱係民間高利貸，後又改稱係支付工程款項，前後矛盾，其提出之自稱在往來廠商處拍攝之數幀照片實不知所云，無從證明任何系爭借款來源或款項流向，難認被告等抗辯已交付借款之事實為真。

3. 明樺公司之負責人張亦銜為被告張鍾妙珍之子，張亦銜與被告張鍾妙珍均為明樺公司之連帶保證人，且亦於111年1月11日將所有，門牌號碼基隆市○○區○○○街00巷000號2樓房屋暨其基地設定700萬元之最高限額抵押權予其岳母即被告陳曄燕，並於原告對張亦銜、陳曄燕提起之塗銷抵押權設定登記訴訟（即本院111年度重訴字第56號事件，下稱另案）中，辯稱其亦向被告陳曄燕借貸700萬元。身為連帶保證人之被告張鍾妙珍母子二人於明樺公司對於原告之債務到期無法清償之際，不約而同將名下不動產旋即設定700萬元予被告陳曄燕，且借款理由同為「支付下包材料商和返還民間私人高利貸」，尚不論張鍾妙珍母子二人對於短短一個月借貸二筆各700萬元鉅額款項之交付均未能證明，原告主張被告陳曄燕並無借貸1,400萬元鉅額資金之資力；被告張鍾妙珍

01 對於取得鉅額款項之後的流向亦語焉不詳，原稱係民間高利
02 貸，後又改稱係支付工程款項，前後矛盾，使上述事實無從
03 驗證，顯係藉此隱匿該筆資金從未交付之事實。再依原告對
04 於上開二筆不動產之鑑價初估結果，被告張鍾妙珍名下之系
05 爭不動產初估價值約為658至696萬元，扣除第一順位最高限
06 額抵押權擔保金額600萬元後僅剩餘58至96萬元；而其子張
07 亦銜不動產初估總價值約為893萬元，扣除第一順位最高限
08 額抵押權擔保金額840萬元後僅剩餘53萬元，兩筆不動產殘
09 值相加尚不足150萬元，倘系爭抵押權之設定確為擔保借款
10 債權之清償，不可能以不到150萬元之不動產價值為擔保，
11 即出借1,400萬元現金。故上述二筆700萬元抵押權設定實與
12 一般交易實務常態相悖，然張鍾妙珍母子將伊等名下不動產
13 分別增加高達700萬元之第二順位抵押權設定後，因不動產
14 上設定擔保總金額遠高於其現值，其他無優先權之債權人縱
15 聲請強制執行拍賣該二筆不動產，均會因「執行無實益」而
16 無法對該二筆不動產追索，致其得免於受強制執行，故被告
17 間為圖脫免債權之動機已甚明顯，系爭抵押權設定目的即係
18 為躲避債權人即原告對其名下不動產之追索行為。

- 19 4. 張亦銜及被告張鍾妙珍雖均聲稱向被告陳曄燕貸得鉅款1,40
20 0萬元，係用以「支付明樺公司下包材料商和返還民間私人
21 高利貸」，惟明樺公司為獨立之法人，張亦銜、被告張鍾妙
22 珍二人並無義務為明樺公司清償對全體下包材料商及私人所
23 負債務債務，惟其等未清償其等擔任連帶保證人且已到期未
24 清償之原告債務，藉以解脫自己保證人責任，反而清償無清
25 償義務之前揭債務，此間違背常理之情形顯而易見。又系爭
26 700萬元款項有將近一半款項係來自浚村公司、浚億公司，
27 被告張鍾妙珍和張亦銜聲稱係向陳曄燕借貸1,400萬元，陳
28 曄燕與上開二公司之間又是何種法律關係？明樺公司為何不
29 自行跟陳曄燕或該等法人借款，而透過張亦銜和被告張鍾妙
30 珍？被告抗辯系爭抵押權設定係基於消費借貸關係，依舉證
31 責任分配原則，自應由被告等對於消費借貸契約之存在負舉

01 證責任；又縱使被告確有交付金錢之外觀，然彼等間均為一
02 親等之至親，有藉虛假交易脫免強制執行之動機，在被告等
03 未能充分舉證說明資金用途以及提領現金之帳戶往來明細之
04 前，難認已盡其舉證責任。

- 05 5. 退萬步言，縱使被告間確有消費借貸契約，其等設定遠高於
06 抵押物殘值之抵押權目的，亦顯然與債權保全無關，而係為
07 侵害原告的債權保障，使被告張鍾妙珍與其子張亦銜之不動
08 產免遭強制執行，被告間系爭抵押權設定行為即有害於原告
09 之債權，已符合民法第244條第1項規定得聲請撤銷之要件，
10 原告自得依法聲請鈞院將被告間之登記行為予以撤銷，並依
11 民法第244條第4項規定塗銷其設定登記。

12 (五)並聲明：

13 1. 先位訴之聲明：

- 14 (1) 確認被告張鍾妙珍與陳曄燕間就附表所示之土地及建物於11
15 1年1月11日設定最高限額抵押權所擔保之債權契約關係及所
16 設定登記之物權法律關係均不存在。
17 (2) 被告陳曄燕應將附表所示之土地及建物於111年1月11日所為
18 最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

19 2. 備位訴之聲明：

- 20 (1) 被告張鍾妙珍與陳曄燕間就附表所示之土地及建物於111年1
21 月11日設定最高限額抵押權所擔保之原因關係及於111年1月
22 11日設定最高限額抵押權予被告陳曄燕之物權行為，均應予
23 撤銷。
24 (2) 被告陳曄燕應將附表所示之土地及建物於111年1月11日所為
25 最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

26 二、被告則聲明請求駁回原告之訴，並答辯略以：

- 27 (一) 被告陳曄燕、張鍾妙珍為姻親關係，被告張鍾妙珍之子張亦
28 銜為明樺公司之負責人，明樺公司因經營不善，積欠下包商
29 材料款項及私人借款，張亦銜為換取已遭拒絕往來之明樺公
30 司開立以給付下包商工程款之支票，始於111年1月間與被告
31 張鍾妙珍分別向被告陳曄燕借款700萬元。兩造就系爭700萬

元約定分四次交付借款，未約定還款日期，但約定由被告張鍾妙珍提供系爭不動產予陳曄燕設定700萬元之最高限額抵押權。被告陳曄燕並分別於111年1月10日、1月12日按系爭借款協議書之約定，以個人名下板信銀行帳戶分別匯款各200萬元予張鍾妙珍；另於同年1月27日由楊樹鎮自其經營之浣村公司板信銀行帳戶提領現金200萬元交付被告張鍾妙珍；再於同年1月28日自被告陳曄燕經營之浣億公司板信銀行帳戶提領現金100萬元交付被告張鍾妙珍。被告張鍾妙珍向被告陳曄燕借得現金後，旋即將款項分別交付張亦銜支付下包材料商及返還民間私人高利借貸，其中一筆大額支出，係因明樺公司前向訴外人廣記營造股份有限公司（下稱廣記公司）承包「新北市泰山區污水下水道系統工程」時跳票，而無法繼續施作，下包商、材料商及其他債權人至工地要求付款，廣記公司為處理下包商請款及債權人妨礙工程進行及後續工程問題，與明樺公司協商，要求明樺公司支付現金800萬元以協助處理該次事件，故張亦銜於111年1月間與訴外人即父親張寬銘及友人張淳百攜帶現金700萬元至廣記公司，並錄影存證。且被告張鍾妙珍將所借得之款項交付張亦銜，張亦銜再如何使用或支付廠商款項，並無礙於本件消費借貸之成立。故系爭抵押權設定之原因關係為消費借貸關係，設定目的乃為擔保被告張鍾妙珍對被告陳曄燕之借款，並非為損害原告債權。被告已提出消費借貸契約、提領現金記錄、交付現金照片等證據，證明確已交付現金，原告主張被告二人並無實際借貸關係，依民事訴訟法第277條規定，應由原告舉證以實其說。又本件系爭抵押權設定之原因關係既為消費借貸關係，被告陳曄燕亦確實交付被告張鍾妙珍700萬元之借款，故非無償行為，原告備位聲明主張民法第244條第1項行使撤銷無償行為，亦無理由。

(二)被告陳曄燕與夫婿楊樹鎮以營建工程為業，除個人名下帳戶外，所經營之公司（浣村公司、浣億公司）帳戶亦有流動資金可得動用，上開公司均為一人公司，故被告陳曄燕動用上

01 開公司之存款並無困難，本件借款時被告陳曄燕個人名下存
02 款最高達8,778,769元、浚村公司之存款最高為9,049,302
03 元、浚億公司之存款為6,439,564元，則借款1,400萬元予女
04 婿及親家，並無困難，可見陳曄燕確有足夠資力。

05 (三)不動產之交易價值均僅係預估，實際價值為何，未有定論，
06 縱使系爭標的物之殘值較被告陳曄燕之出借金額為低，但倘
07 若無任何擔保品，則借貸關係豈非更無保障，如被告張鍾妙
08 珍或張亦銜無力償還，被告陳曄燕至少可從擔保物中取回部
09 分債權，實不足從擔保品之殘值低於出借金額即認消費借貸
10 契約為通謀虛偽意思表示。

11 三、經查，原告主張明樺公司為原告之授信戶，前於108年4月1
12 日邀同被告張鍾妙珍為連帶保證人，與原告簽立系爭授信契
13 約書，約定明樺公司得授信額度內向原告借款。詎明樺公司
14 於111年1月10日竟發生退票情事，原告接獲通報其111年1月
15 10日共退票17張總金額高達15,335,218元，當月明樺公司亦
16 因存款不足而遭票據交換所通報拒絕往來，至今仍未解除，
17 依系爭授信契約書一般條款第六條第1項第2款之約定，原告
18 得主張債務全部到期，且原告對於明樺公司迄今仍有10,59
19 0,581元及其利息、違約金之債權未獲清償，嗣被告張鍾妙
20 珍即將其所有之系爭不動產於111年1月11日設定以基隆市地
21 政事務所基隆字第003770號收件，擔保債權總額700萬元之
22 第二順位最高限額抵押權予被告陳曄燕等事實，業據其提出
23 系爭授信契約書、不動產第二類登記謄本、明樺公司退票紀
24 錄等件影本為證，並有基隆市地政事務所112年4月10日基
25 地所資字第1120101640號函附之系爭抵押權設定登記資料在
26 卷可稽，復為被告所不爭執，應堪信為真實。

27 四、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上之利
28 益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明
29 文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否
30 不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存
31 在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最

01 高法院52年台上字第1240號判例要旨參照)。又確認法律關
02 係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負
03 舉證責任(最高法院42年台上第170號判例意旨參照)。原
04 告主張被告間並無系爭700萬元之消費借貸關係存在，其等
05 於111年1月11日就系爭不動產設定系爭抵押權及擔保之債權
06 應不存在，惟為被告所否認，則兩造間就被告間有無系爭
07 700萬元之消費借貸關係、系爭抵押權及所擔保之債權存在
08 與否顯有爭執，該等法律關係即屬不明確，而原告身為被告
09 張鍾妙珍之債權人，其於私法上之地位顯有受侵害之危險，
10 又此項危險得以對原告之確認判決除去，是原告提起本件確
11 認之訴，即有受確認判決之法律上利益。又被告主張其等間
12 之系爭700萬元借貸關係、系爭抵押權及所擔保之債權存
13 在，揆諸上開說明，自應就此等法律關係之存在負舉證責
14 任。再按稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替
15 物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之
16 物返還之契約，民法第474條第1項定有明文。是以消費借
17 貸，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方
18 克成立。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應
19 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
20 證之責任，其僅證明金錢之交付，未證明借貸意思表示合致
21 者，仍不能認金錢借貸契約存在(最高法院102年度台上字
22 第697號民事判決意旨參照)。原告主張被告間並無系爭700
23 萬元之消費借貸事實，且系爭抵押權擔保之系爭700萬元借
24 款債權不存在，揆諸前揭說明，自應由被告就系爭700萬元
25 借款之金錢交付及消費借貸意思表示合致之事實負舉證之
26 責。經查：

- 27 (一)被告固提出系爭借款協議書為證，主張其等確已於111年1月
28 6日借貸意思互相表示合致而成立消費借貸契約云云，惟
29 查，觀諸系爭借款協議書之約定，關於消費借貸契約，僅記
30 載「借款新台幣(下同)柒佰萬元整」、「甲方(即被告陳曄
31 燕)交付借款方式」，不僅對於利息、違約金均未有約定，

就有關清償期、清償方式等攸關貸與人請求借用人履行返還借款義務之重要事項，亦付之闕如，而已與常情不合。再參以系爭不動產抵押權設定登記內容，其中「利息（率）」、「遲延利息（率）」欄均記載「無」，「擔保債權種類及範圍」欄則記載「為債務人對於抵押權人現在及將來所負在本抵押權設定契約書所定債權最高額內之借款、票據、墊款包括利息、遲延利息...」，二者關於利息及遲延利息約定之有無及是否在抵押權擔保範圍內，並非一致，則被告間是否確已約定由被告張鍾妙珍向被告陳曄燕借款700萬元，並以系爭不動產為擔保，亦非無疑。又查，原告主張系爭不動產經其鑑價初估結果，價值約為658至696萬元，業據其提出鑑價初估表影本為證，被告雖空言抗辯不動產實際價值為何，未有定論云云，惟查，系爭不動產房屋建築完成日期為85年3月22日，總面積則為90.11平方公尺，基地111年1月公告現值為每平方公尺35,500元，應有部分換算面積為29.46平方公尺等情，亦有系爭不動產第一類謄本附卷可稽，堪認原告提出之鑑價初估結果並未悖離系爭不動產之市場價值；而查，系爭不動產已於103年間設定權利人為第一商業銀行股份有限公司，擔保總金額600萬元之第一順位最高限額抵押權乙情，亦有前揭登記謄本可稽，足見被告陳曄燕借款予被告張鍾妙珍之金額，不僅高於系爭不動產之市價，更遠逾系爭不動產市價經扣除第一順位抵押權擔保債權額之餘額，系爭不動產顯不足以擔保被告陳曄燕之債權，然其不僅未與被告張鍾妙珍約定借款利息、遲延利息及清償期，亦未要求被告張鍾妙珍提供其他擔保以確保借款債權獲償，更與常情不符，難認被告間已就系爭700萬元借貸意思互相表示合致，而成立借貸關係。

(二)復查，被告雖提出被告陳曄燕及浚村公司、浚億公司銀行存摺內頁影本，辯稱被告陳曄燕分別於111年1月10日、1月12日自其板信銀行帳戶分別匯款各200萬元予張鍾妙珍；另於同年1月27日由楊樹鎮自浚村公司板信銀行帳戶提領現金200

萬元交付被告張鍾妙珍；再於同年1月28日自泓億公司板信銀行帳戶提領現金100萬元交付被告張鍾妙珍，以依系爭借款協議書約定交付借款云云，惟查，被告既不能證明其等間已就系爭700萬元借貸意思表示合致，則縱被告陳曄燕曾親自或委由他人交付借款予被告張鍾妙珍，亦不得僅憑金錢交付之事實，逕認此係基於被告間之消費借貸關係所交付。況查，被告提出泓村公司、泓億公司帳戶存摺內容，至多僅能證明提領現金之事實，不足以證明提領後作為借款交付予被告張鍾妙珍之事實。而被告雖又辯稱被告張鍾妙珍向被告陳曄燕借得現金後，旋即將款項分別交付張亦銜支付下包材料商及返還民間私人高利借貸，其中一筆大額支出，係經被告張鍾妙珍交付予張亦銜，用於111年1月間與其父張寬銘及友人張淳百至明樺公司前承包工程之廣記公司，以700萬元處理下包商請款事宜云云，並提出相片及錄影光碟為證，惟查，被告訴訟代理人於本院詢以「被告抗辯張亦銜與被告張鍾妙珍取得之各700萬元之借款均由張亦銜分別清償對於其他廠商之欠款，則被告是否能區分張亦銜與被告張鍾妙珍借得之款項各用於清償何人？被告提出之被證6相片是否係指被告張鍾妙珍借的700萬元均用於清償訴外人廣記營造股份有限公司？」，答稱「張亦銜向被告陳曄燕借700萬元，被告張鍾妙珍也借700萬元，張亦銜給付廣記營造股份有限公司之證明於鈞院月股另案調查中，會再具狀提出。兩筆錢因為都是交給張亦銜，所以難以區分。」等語（見本院112年7月17日言詞辯論筆錄），足見張亦銜縱確交付廣記公司700萬元，亦無從證明該700萬元即係被告陳曄燕交付予被告張鍾妙珍之款項，更不能證明該款項係基於被告間之消費借貸關係所交付，被告前揭所辯，自無足採。

五、又按稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權；最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限，民

01 法第881條之1第1、2項定有明文。又按表意人與相對人通謀
02 而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對
03 抗善意第三人，民法第87條第1項亦有明定。所謂通謀為虛
04 偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示
05 而言，故相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真
06 意之表示相與為非真意之合意，始為相當（最高法院51年台
07 上字第215號、62年台上字第316號判例意旨參照）。又主張
08 表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，應負舉證之責
09 （最高法院48年台上字第29號判例意旨參照）。原告主張被
10 告就系爭抵押權之設定登記為通謀虛偽意思表示，既為被告
11 所否認，依前開說明，原告就其主張被告間非真意而通謀虛
12 偽設定系爭抵押權之事實，自應負舉證之責。經查，依系爭
13 不動產登記謄本之他項權利部記載，系爭抵押權債權擔保總
14 金額為700萬元；擔保債權種類及範圍為：擔保債務人對抵
15 押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在本抵押
16 權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、票
17 據、墊款所負之債務及票據關係所生之債務。而被告均稱設
18 定系爭抵押權係為擔保系爭借款協議書所載之系爭700萬元
19 借款債權，然查，被告間並未成立系爭700萬元之消費借貸
20 關係，已如前述，則原告主張被告間為擔保系爭700萬元借
21 款之系爭抵押權設立登記係基於通謀虛偽而為，依民法第87
22 條第1項規定，被告所為系爭抵押權設定登記行為應屬無
23 效，堪予採信。是以原告請求確認被告間設定之系爭抵押權
24 及其所擔保之700萬元本息債權關係均不存在，洵屬有據。

25 六、又按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，債務人怠
26 於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行
27 使其權利，民法第767條第1項中段、第242條前段分別定有
28 明文。復按民法第242條關於債權人之代位權之規定，原為
29 債務人怠於行使其權利，致危害債權人之債權安全，有使債
30 權人得以自己之名義行使債務人之權利，以資救濟之必要而
31 設。故債權人對於債務人之權利得代位行使者，其範圍甚

01 廣，凡非專屬於債務人本身之財產上權利均得為之(最高法
02 院著有43年台上字第243號判例意旨參照)。本件被告間系爭
03 抵押權及所擔保之債權關係，既均屬通謀虛偽意思表示而無
04 效，惟已因無效之抵押權關係於111年1月11日設定系爭抵押
05 權登記予被告陳曄燕，上開系爭抵押權登記對被告張鍾妙珍
06 就系爭不動產之所有權造成妨害，被告張鍾妙珍自得依民法
07 第767條第1項中段之規定，請求被告陳曄燕塗銷系爭抵押權
08 登記。惟被告張鍾妙珍迄未對被告陳曄燕為塗銷押權登記之
09 請求，自屬怠於行使其塗銷登記請求權之權利，而原告既為
10 被告張鍾妙珍之債權人，則其依民法第242條之規定，自得
11 代位被告張鍾妙珍依民法第767條第1項中段之規定，請求被
12 告陳曄燕塗銷系爭信託登記及系爭抵押權登記，以回復所有
13 權完整之狀態。從而，原告主張被告張鍾妙珍怠於請求被告
14 陳曄燕塗銷系爭抵押權之設定登記，並依民法第242條之規
15 定，代位被告張鍾妙珍行使民法第767條第1項之妨害除去請
16 求權，請求被告陳曄燕塗銷系爭抵押權設定登記，亦屬有
17 據，應予准許。

18 七、從而，原告先位之訴請求確認系爭抵押權及所擔保之700萬
19 元本息債權不存在，並請求塗銷系爭抵押權登記，均有理
20 由。而原告先位之訴既有理由，則原告所為備位聲明之訴，
21 即無再予審究之必要，併此敘明。

22 八、綜上所述，原告依民法第87條第1項規定，先位請求確認系
23 爭抵押權及所擔保之本息債權均不存在，並請求被告陳曄燕
24 塗銷系爭抵押權登記，為有理由，應予准許。

25 九、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
26 據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐
27 一論列，附此敘明。至原告雖聲請訊問證人張亦銜、張寬
28 銘、張淳百，以證明被告張鍾妙珍借得之款項係交由張亦銜
29 給付廣記公司，並於本院言詞辯論終結後之112年8月30日以
30 此為由具狀聲請再開辯論，惟查，張亦銜縱確交付廣記公司
31 700萬元，亦無從證明該700萬元即係被告陳曄燕交付予被告

張鍾妙珍之款項，更不能證明該款項係基於被告間之消費借貸關係所交付等節，業如前述，則證人等自無從為有利於原告之證明，而無訊問之必要；況按當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之，民事訴訟法第196條第2項前段定有明文。本件被告於112年6月27日提出民事答辯(三)狀稱「...故張亦銜於111年1月間與父親及友人攜帶現金700萬元至廣記公司，此有同行之友人錄影存證...如尚有疑義可傳訊張亦銜及張亦銜父親及同行友人到庭為證。」，而未陳報「張亦銜父親」、「同行友人」之姓名及住居所，嗣經本院於112年7月17日言詞辯論期日諭知「為避免重複審理，兩造應於月股之另案本週三言詞辯論期日後具狀陳報另案調查之結果。若有其他證據需要調查，應於一週內提出。」，詎被告遲至112年8月22日始提出民事答辯(四)狀聲請訊問張寬銘、張淳百，並提出明樺公司下包商於112年5、6月間即已提出於另案之確認書及支票影本，則被告超逾本院諭知之期限始行提出攻擊防禦方法、聲明證據，復未釋明其有何不可歸責於己之事由致不能於準備程序提出前開證據調查之聲請，顯係因重大過失，逾時提出上述新攻擊方法，且有礙訴訟之終結，且不許提出亦無任何顯失公平之情事，則被告聲請訊問前揭證人，不應准許，其據以聲請本院再開辯論，亦屬無據，均附此敘明。

十、據上論結，本件原告之訴為有理由，依民事訴訟法第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 9 月 15 日
民事庭法 官 姚貴美

以上正本係照原本作成

如對本判決上訴，須於判決送達後廿日內向本院提出上訴狀。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 112 年 9 月 15 日
書記官 林萱恩