

福建高等法院金門分院民事判決

111年度上字第16號

上訴人 中國信託商業銀行股份有限公司

法定代理人 利明獻

訴訟代理人 連鳳翔律師

複代理人 連怡婷律師

被上訴人 許世明

訴訟代理人 吳奎新律師

上列當事人間請求代位塗銷抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國111年8月22日福建金門地方法院110年度訴字第65號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於112年5月24日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人請求確認抵押債權不存在之訴部分廢棄。其他上訴及追加之訴均駁回。

第二審（含追加之訴）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、本件上訴人於本院追加請求確認被上訴人就附表所示土地（下稱系爭土地），於民國109年10月20日設定登記之普通抵押權（下稱系爭抵押權，登記內容詳如附表）不存在，被上訴人雖不同意。惟上訴人追加之訴主張之基礎事實與原訴相同，依民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款規定，其訴之追加在程序上應予准許。

二、上訴人主張：原審共同被告黃白明（原名黃基祥）積欠伊借款新台幣（下同）116萬1000元及其利息、違約金未為清償，伊聲請就黃白明所有之系爭土地查封拍賣結果，因無人應買，執行法院通知再減價拍賣，已不足清償系爭抵押權，顯無拍賣實益，而撤銷查封，致伊無法受償。惟系爭抵押權之設定及其所擔保之金錢消費借貸關係，係被上訴人與黃白

01 明通謀虛偽意思表示而為，依法無效，系爭抵押權及所擔保
02 之債權均不存在，黃白明本得請求塗銷該抵押權登記，卻怠
03 於行使其權利，伊得代位行使等情，爰請求確認系爭抵押權
04 及所擔保之債權均不存在，並依民法第242條、第113條之規
05 定，求為命被上訴人將系爭抵押權登記塗銷之判決。

06 三、被上訴人則以：上訴人請求確認系爭抵押債權不存在部分，
07 其於原審撤回對於黃白明之起訴，效力及於伊。又黃白明於
08 台東經營民宿，資金不足向地下錢莊借款，由於利息過高，
09 且地下錢莊逼債孔急，乃以系爭土地向訴外人劉禾艷抵押借
10 款。後來劉禾艷無法出借款項，黃白明不得已向伊借款，雙
11 方於109年10月19日先合意借貸500萬元，並約定設定抵押權
12 登記後再行撥款。伊於系爭抵押權設定後，將全部借貸款項
13 元匯至黃白明之帳戶，並由黃白明出具借據及簽發本票，系
14 爭抵押權及所擔保之債權非屬虛偽等語，資為抗辯。

15 四、兩造不爭執事項（本院卷第192頁）

16 (一)上訴人對於黃白明有台灣台北地方法院89年度執字第2243號
17 債權憑證附表2、編號9-11所示之借款債權，本金合計116萬
18 1000元及其利息、違約金（原始執行名義：同院88年度促字
19 第47582號確定支付命令，原債權人萬通商業銀行股份有限
20 公司）。

21 (二)系爭土地為黃白明所有，於109年10月19日提供被上訴人設
22 定系爭抵押權，同月20日登記完畢，清償日期125年12月31
23 日。

24 (三)被上訴人於109年10月28日，以其所有彰化商業銀行北港分
25 行帳戶（帳號：0000000000000000），分別匯款400萬元、100
26 萬元（共計500萬元），至黃白明在花蓮第二信用合作社台東
27 分行、元大商業銀行東信分行之帳戶。黃白明帳戶收到匯款
28 後，於當日提領400萬元現金，並轉帳100萬元。

29 (四)被上訴人名下存款帳戶，於109年10月28日下午分別有360萬
30 元及50萬元（合計410萬元）之現金存款紀錄。

31 (五)黃白明名下除系爭土地外，已無其他財產。

01 (六)上訴人持第(一)項之執行名義，聲請原審法院以110年度司執
02 字第1657號清償債務事件就系爭土地強制執行，不動產估價
03 師鑑定價格326萬7000元，經核定最低拍賣價格600萬元，於
04 110年5月11日拍賣結果，無人應買。執行法院以如再減價拍
05 賣，已不足清償系爭抵押權及執行費用，顯無拍賣實益，依
06 強制執行法第80條之1第1項規定，撤銷查封。

07 五、爭執事項及其判斷

08 (一)關於確認系爭抵押債權不存在之訴部分，上訴人於原審撤回
09 對於黃白明之起訴，其效力是否及於被上訴人？

10 1.按原告主張他人間之法律關係存在或不存在，而該法律關係
11 之雙方當事人均否認其主張時，即應以該法律關係之雙方當
12 事人為共同被告，提起確認之訴，始能解決紛爭。此時，該
13 訴訟標的對於共同被告之各人，即須合一確定(最高法院109
14 年度台上字第522號、103年度台上字第1559號判決參照)。
15 又訴訟標的對於共同被告之各人必須合一確定者，原告對於
16 部分被告撤回起訴，依民事訴訟法第56條第1項第2款規定，
17 其效力及於全體，如已得被告全體同意，原告之訴即因撤回
18 而終結，法院無庸為任何形式之裁判。

19 2.上訴人於原審以被上訴人及黃白明為共同被告，請求確認渠
20 兩人間就系爭抵押權所擔保之債權不存在，並准由上訴人代
21 位辦理抵押權塗銷登記(原審卷第11、191頁)。被上訴人
22 及黃白明均否認其抵押債權不存在之主張，並已到場為本案
23 之辯論。則上訴人請求確認系爭抵押債權不存在部分之訴，
24 其法律關係之存否對該雙方當事人即被上訴人及黃白明，即
25 必須合一確定。嗣上訴人於111年8月1日提出民事綜合論意
26 旨狀，將聲明變更為請求確認被上訴人就系爭抵押權擔保之
27 債權不存在，及命被上訴人塗銷該抵押權登記之判決，同時
28 將黃白明改列為「債務人」(同上卷第373-375頁)，並於同
29 月8日言詞辯論時以言詞撤回對於黃白明之訴訟(同上卷第
30 405頁)。被上訴人與黃白明就上訴人撤回對黃白明部分之
31 起訴，雖陳稱上訴人原來對黃白明提起訴訟，訴訟中撤回，

與起訴時所陳述不一致，且上訴人請求確認被上訴人與黃白明之債權不存在，應該將黃白明列為被告，否則應屬當事人不適格等語，且對原審法官協同整理之不爭執事項將黃白明列為「第三人」表示同意(同上卷第405-407頁)，復未於該期日起10日內提出異議。由此可認，就上訴人請求確認系爭抵押債權不存在部分，被上訴人及黃白明均已同意上訴人撤回該部分之訴。則依前開說明，上訴人對於黃白明撤回起訴，效力及於被告全體，復經被上訴人及黃白明全體同意，其關於請求確認系爭抵押債權不存在之訴部分，即因撤回而終結，法院無庸為任何形式之裁判。乃原審就此部分，仍為上訴人敗訴之判決，自有未合。

(二)系爭抵押權及所擔保之借貸債權，是否為出於通謀而為之虛偽意思表示而無效？被上訴人交付黃白明之500萬元，是否為系爭抵押權擔保之範圍？

1.按所謂通謀虛偽意思表示，指表意人與相對人相互故意為非真意之表示而言。第三人如主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，應由該第三人負舉證之責任（最高法院27年渝上字第2622號、48年台上字第29號判例、100年度台上字第415號裁判意旨參照）。次按普通抵押權及最高限額抵押權皆為擔保制度之一環，旨在使債權人利用事前確保之方法，督促債務人履行債務，並於未來債務人不履行債務時，藉由抵押權之實行程序，就標的物賣得價金優先受償，以達滿足債權、填補損害之目的。抵押權之經濟價值雖繫於擔保債權之存在，然實現受償目的之時間係在將來。為擴大擔保物權之利用效能，發揮媒介融資、提高資金運用效率、支援經濟活動等社會作用，抵押權所擔保之債權只須於實行時存在為已足，亦即無論普通抵押權或最高限額抵押權，均得以將來可能發生之債權為被擔保債權。所不同者，乃普通抵押權所擔保之債權，為發生原因客觀存在之特定債權，包括債權額已確定或未確定之特定債權；最高限額抵押權則係擔保一定範圍內，債權額尚未確定之不特定債權(最高法院111年度台

上字第37號判決參照)。又抵押權所擔保之債權，原可由契約當事人自行訂定，此觀民法第861條但書之規定自明。消費借貸契約，如約定於抵押權設定後，交付借用物，則將來已有返還借用物之債權存在，故當事人就借用物尚未交付前之消費借貸契約，設定抵押權，自無不可。蓋一般抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，當事人為借款設定一般抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有(最高法院103年度台上字第393號判決參照)，尚難以抵押權設定登記之先，消費借貸之金錢交付在後，即謂其借貸債權並非該抵押權所擔保之範圍。

2.上訴人主張被上訴人與黃白明間就系爭抵押權之設定及所擔保之消費借貸關係，為通謀虛偽之意思表示，應為無效，為被上訴人否認，上訴人就其主張被上訴人與黃白明通謀而為意思表示之事實，即應由上訴人負舉證之責任。經查，黃白明提供系爭土地予被上訴人設定系爭抵押權，以擔保雙方於109年10月19日之金錢消費借貸；被上訴人於同月28日自其存款帳戶匯款400萬元、100萬元(共計500萬元)，至黃白明帳戶之事實，為上訴人不爭執〔參不爭執事項之(二)、(三)〕，並有被上人所提黃白明出具之借據(記載：向被上訴人借得500萬元無誤，約定利息及遲延利息無，違約金無，約定110年10月28日清償等語)、本票(金額500萬元、票號CH131177號)各1紙及原審法院核發之111年度司促字第165號支付命令影本(原審卷第101-103頁、第271頁)為證。上訴人主張系爭抵押權及所擔保之借貸關係為出於通謀之虛偽意思表示，無非以被上訴人匯給黃白明500萬元，製作交付借貸款項之金流紀錄後，當日黃白明即轉帳、提領一空，與一般常情有間，且被上訴人帳戶於匯款當日有不明來源之現金360萬元及50萬元存入，即超過8成金額回流至被上訴人帳戶，且其借據記載清償日期110年10月28日，與系爭抵押權登記清償日期125年12月31日亦有不同等語為據。惟借款人於收到借款當日即將款項全數提領，事所多有，無從以黃白明於

01 當日即將款項提領完畢，據以推測雙方此項借貸關係即為通
02 謀虛偽之假債權；而被上訴人帳戶於匯款當日有高達410萬
03 元之款項存入，更無從憑空臆測係黃白明所提領之款項「回
04 流」存入。至於黃白明簽立之前開借據及本票，記載約定清
05 償日期或本票到期日均為110年10月28日，固與系爭抵押權
06 登記之清償日期不同。據被上訴人亦陳稱雙方實際約定之借
07 貸期限為1年，抵押權設定交給代書辦理，不清楚為何登記
08 清償日期為125年12月31日等語（本院卷第143頁）。然此僅
09 係該登記清償日期未屆至前，被上訴人無法聲請法院拍賣抵
10 押物（民法第873條），不足以推論其抵押權之設定及所擔
11 保借貸關係為虛偽。

12 3.上訴人又謂系爭抵押權經登記之擔保範圍以明確限縮於109
13 年10月19日之金錢消費借貸，依抵押權登記之公示原則與特
14 定原則，被上訴人於同月28日匯款給黃白明500萬元之債
15 權，即非屬系爭抵押權擔保之範圍等語。查抵押權為不動產
16 物權，抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬抵押權之內
17 容，非經登記不生物權之效力，抵押權人僅能依設定登記內
18 容行使其權利，以符登記公示原則。系爭抵押權之擔保債權
19 種類及範圍登記為109年10月19日之金錢消費借貸。而金錢
20 借貸為要物契約，因金錢之交付而生效力，被上訴人係於10
21 9年10月28日將借貸款項500萬元交付黃白明，渠等間之金錢
22 借貸契約固於斯時發生效力。然普通抵押權本得約定以將來
23 可能發生之債權為被擔保債權，且當事人為借款設定一般抵
24 押權時，亦常見先為抵押權設定登記，再交付金錢之情形。
25 被上訴人抗辯其與黃白明先於109年10月19日就500萬元消費
26 借貸意思表示合致，並約定設定抵押權後再交付款項，與一
27 般社會上金錢借貸抵押之常情，並無違背。被上訴人於系爭
28 抵押權設定登記後未逾10日交付金錢，自與登記之擔保債權
29 種類及範圍相符。上訴人主張被上訴人因前開匯款而生之債
30 權，非屬系爭抵押權擔保範圍，亦難採取。

31 4.據此，上訴人主張系爭抵押權之設定及其所擔保之債權，係

01 被上訴人與黃白明通謀虛偽之意思表示，應為無效，且被上
02 訴人交付黃白明500萬元而生之債權，亦非屬系爭抵押權擔
03 保範圍，皆不足取。系爭抵押權之設定並非通謀虛偽，亦無
04 因所擔保之主權利債權不存在，從權利之系爭抵押權失其附
05 隨性而不存在，上訴人請求確認系爭抵押權不存在，及代位
06 黃白明行使民法第113條之無效法律行為回復原狀請求權，
07 請求被上訴人塗銷系爭抵押權登記，均無理由。

08 六、綜上所述，上訴人請求確認系爭抵押債權不存在部分，因其
09 於原審撤回對於共同被告黃白明之起訴，效力及於被上訴
10 人，該部分之訴訟繫屬消滅，法院無庸為任何裁判；至代位
11 請求被上訴人塗銷系爭抵押權登記及於本院追加確認系爭抵
12 押權不存在部分，均屬無據。原審就前開因撤回而終結部
13 分，為上訴人敗訴之判決，尚有未恰，所為之判決既有可
14 議，上訴人此部分之上訴，仍應認為有理由。爰將該部分予
15 以廢棄，以臻適法。其餘請求被上訴人塗銷系爭抵押權登記
16 部分，原判決經核於法並無違誤。上訴人該部分之上訴及於
17 本院追加之訴，均為無理由，應予駁回。

18 七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌
19 於判決之結果不生影響，不予贅詞論列。

20 據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，追加之訴為無
21 理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如
22 主文。

23 中 華 民 國 112 年 6 月 14 日
24 民事庭審判長法官 李文賢
25 法官 許志龍
26 法官 陳瑞水

27 正本係照原本作成。

28 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
29 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
30 （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
31 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 112 年 6 月 14 日
書記官 李麗鳳

附表：土地所有權人黃白明					111年度上字第16號	
土 地 坐 落					面 積	權利範圍
縣 市	鄉鎮市區	段	小 段	地 號	(平方公尺)	
金 門 縣	金 沙 鎮	浯坑劃測		414	720	全 部
系爭抵押權 設定情形	次序3：收件字號109年金登資二字第012170號 登記日期：民國109年10月20日 權利種類：普通抵押權 權利人：許世明 擔保債權總金額：新台幣500萬元 擔保債權種類及範圍：109年10月19日之金錢消費借貸 債務清償日期：125年12月31日 利息、遲延利息、違約金：均無。					