臺灣新竹地方法院民事判決

115年度訴字第393號

原　　告　上海商業儲蓄銀行股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　李慶言

訴訟代理人　陳思菱律師

被　　告　張宏偉

000000000000000000

　　吳淑安

上　一　人

訴訟代理人　李律民律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國115年10月15日辯論終結，判決如下：

主　文

一、確認被告張宏偉與吳淑安間就附表所示不動產於民國114年3月4日設定擔保債權新臺幣750萬元之最高限額抵押權及所擔保之債權不存在。

二、被告吳淑安應將前項最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

三、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、原告主張：

(一)緣訴外人天傑國際貿易有限公司（下稱天傑公司）於民國(下同)110年8月6日邀同被告張宏偉為連帶保證人，向原告借款，並簽定授信往來契約書等，約定被告張宏偉就天傑公司對原告所欠債務應負連帶保證之責。詎天傑公司於113年11月10日即未依約還款，依授信往來契約書一般條款第6條第1項第1、19款之約定，原告已主張債務全部到期，且原告對於天傑公司迄今仍有本金新臺幣（下同）211,930元及其利息、違約金之債權未獲清償，原告雖已對天傑公司及被告張宏偉之財產聲請假扣押，然於保全程序中查得被告張宏偉對原告負有上開債務之際，竟將其所有如附表所示之不動產

（下稱系爭不動產）於114年3月4日設定擔保債權750萬元之最高限額抵押權予被告吳淑安（下稱系爭抵押權）。被告張宏偉於天傑公司即將遭強制執行之際，明知其對原告負有連帶保證責任，且該債務尚未履行，為逃避原告對於該債務之追索，竟將其名下系爭不動產設定第二順位最高限額抵押權予被告吳淑安，其欲脫產之意明顯，被告二人顯係通謀而為虛偽意思表示，該意思表示應屬無效，其等間應不存在任何債權債務關係，依民法第87條規定，系爭抵押權設定並無擔保任何債權，其登記應屬無效，並得以塗銷，被告張宏偉為系爭不動產之所有權人，自得基於所有權人之地位，依民法第767條第1項中段規定請求被告吳淑安將系爭抵押權登記予以塗銷，然被告張宏偉迄今怠於行使上開權利，原告為被告張宏偉之債權人，為保全債權，自得代位被告張宏偉請求塗銷。爰先位依民法第87條規定，請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，及依同法第242條本文、第767條第1項中段規定，代位請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權登記。

(二)退步言之，被告張宏偉將其名下系爭不動產設定最高限額抵押權予被告吳淑安，然天傑公司於113年11月10日即未依約向原告繳納借款本息，被告張宏偉既為天傑公司之連帶保證人，且對於金融機構信用債務餘額尚有825,000元，豈可能再有餘裕尋求他人成立新的借貸?是本件恐係因他債權人唯恐被告張宏偉無法清償已發生之債務所為之設定，顯屬擔保過去所發生之債，依最高法院51年台上字第3528號民事判例要旨，縱認被告間確有成立金錢債務關係，系爭抵押權係於114年3月4日事後約定擔保抵押權設定前所產生之債務，系爭抵押權登記即係有害於原告之債權，原告得聲請撤銷，爰備位依民法第244條第1項、第4項規定，請求撤銷被告間系爭抵押權登記行為，並塗銷其設定登記。

(三)爰依法提起本件訴訟，並聲明：

先位聲明：如主文第1至2項所示。

備位聲明：

1、被告張宏偉與吳淑安間就系爭不動產於114年3月4日設定最　高限額抵押權予被告吳淑安之行為應予撤銷。

2、被告吳淑安應將系不動產於114年3月4日所為最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

3、訴訟費用由被告連帶負擔。

二、被告之答辯：

(一)被告吳淑安辯稱：被告張宏偉於114年初曾向伊表示有資金周轉需求，伊為確保自身債權之履行，乃要求被告張宏偉需提供不動產設定抵押權以為擔保，被告張宏偉乃先於114年3月4日提供其名下所有系爭不動產設定最高限額抵押權予伊，二人並於114年3月31日簽訂借款契約，沒有約定利息跟還款期限，伊已於當日在住家樓下交付現金500萬元予被告張宏偉，並經被告張宏偉當場點收完畢簽收。借款來源是伊與配偶二人之薪水、存款，由伊陸續提領出來，被告二人確有成立消費借貸法律關係，且為系爭抵押權所擔保之範圍內。原告主張被告二人間係通謀虛偽意思表示而設定系爭抵押權，完全流於主觀猜忌，毫無事實根據，原告應負舉證之責等語置辯。並聲明：原告之訴駁回。

(二)被告張宏偉則以：伊有跟被告吳淑安借款，當時有簽本票及借據給被告吳淑安，但何時借款已忘記。系爭借款沒有約定還款期限，但有約定利息，利息多少伊有寫在本子上要回家才能看，伊有付過利息，但支付多少錢忘記了等語，資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

三、本院之判斷：

原告主張天傑公司於110年8月6日邀同被告張宏偉為連帶保證人向其借款，嗣天傑公司於113年11月10日即未依約還款，迄今積欠原告211,930元及利息、違約金。被告張宏偉於114年3月4日將其所有之系爭不動產設定系爭抵押權予被告吳淑安之事實，業據其提出原告銀行客戶全行歸戶查詢、授信往來契約書、土地謄本、建物謄本等件為證（見本院卷第25至34頁），且為被告所不爭執，並經本院調閱上開設定

資料，有新竹市地政事務所115年3月11日新地登字第1150001815號回函在卷可稽（見本院卷第53至82頁），自堪信為真實。原告另主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，被告二人間設定之系爭抵押權，係屬通謀虛偽意思表示所為而無效，請求被告塗銷系爭抵押權；縱非無效亦屬有害於原告債權，而得依民法第244條規定撤銷乙節，則為被告所否認，並以前詞置辯。是本件應審究者厥為：(一)原告先位依民法第87條規定，請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，及依民法第242條、第767條規定代位請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權登記，有無理由？(二)原告備位依民法第244條第1項、第4項規定，請求撤銷系爭抵押權登記行為，並塗銷系爭抵押權登記，有無理由？茲分述如下：

(一)原告先位依民法第87條規定，請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，及依民法第242條、第767條規定代位請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

1、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言。本件原告主張其為天傑公司之債權人，被告張宏偉為天傑公司對其債務之連帶保證人，兩造就系爭抵押權及其所擔保之債權是否存在有爭執，而系爭抵押權及所擔保之債權是否存在，關乎原告是否得代位被告張宏偉請求塗銷被告吳淑安系爭抵押權登記，並使原告得就系爭不動產取償，堪認原告主觀上就此法律上地位確有不安之狀態，且能以確認判決將之除去，是原告先位請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，即有確認利益。

2、原告請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，有無理由？

(1)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，民法第881條之1第1、2項分別定有明文。次按表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，民法第87條第1項前段定有明文。而通謀虛偽意思表示之行為係積極行為，非消極行為，因此主張他人間之法律行為係本於通謀虛偽意思表示，就該積極事實之存在，依舉證責任分配法則，自應由主張者一方負舉證責任，不得任意轉換由他方就其法律行為非出於通謀虛偽意思一事負舉證之責，惟不負舉證責任一方仍有真實完全陳述義務（最高法院109年度台上字第1437號判決意旨參照）。又是否通謀虛偽意思表示常存在於表意人與相對人間，難為第三人所知悉，致有舉證之困難，法院自非不得依第三人所主張且經證明之間接事實，在符合經驗法則及論理法則下為自由心證之判斷，非以直接證明為必要（最高法院105年度台上字第432號判決意旨參照）。

(2)本件原告主張被告為避免系爭土地遭強制執行，乃通謀虛偽成立債權及設立系爭抵押權等語，既為被告所否認，依前開說明，應由原告就被告間通謀虛偽成立債權及設立系爭抵押權之事實，負舉證責任，惟被告就該等事實，亦負有真實完全陳述義務。經查：

①被告張宏偉擔任天傑公司向原告借款之連帶保證人，而天傑公司自113年11月10日起即未依約還款，業如前述，被告張宏偉為天傑公司之負責人，自知悉天傑公司未依約還款，原告即可對天傑公司及其追償債務，並聲請強制執行其名下不動產，而被告張宏偉卻於天傑公司未依約清償後即將系爭不動產設定系爭抵押權予被告吳淑安，則原告主張被告張宏偉有規避系爭不動產遭原告強制執行動機，而與被告吳淑安虛偽成立債權及設定系爭抵押權，尚非全然無由。

②被告吳淑安雖辯稱：被告張宏偉係先於114年3月4日提供系爭不動產設定最高限額抵押權予伊，以資擔保後續之借款債

權，嗣被告二人確實於114年3月31日成立消費借貸法律關係等情，並提出帳戶提款紀錄、借款契約書、現金簽收單為證（見本院卷第109至111頁、第147至151頁）。而消費借貸契約非要式契約，本不以書面為必要，僅須雙方有消費借貸之合意，且已交付借款，即已成立。依被告吳淑安所提借款契約書固載有被告張宏偉於114年3月31日借款500萬元之意旨，且於借款人處有「張宏偉」之簽名及指印，然並未記載貸與人為何人，經本院於言詞辯論期日當庭詢問被告吳淑安為何借款契約書上貸與人為空白，被告吳淑安陳稱：因為我不知道要寫等語（見本院卷第98頁）。然經證人陳栢倫到庭證稱：其與被告吳淑安均係在當舖從事業務工作之同事等語（見本院卷第176頁），可見被告吳淑安應係經常經手借貸事宜，衡情豈會不知借據如何填寫？又被告吳淑安固有提出銀行帳戶現金提領紀錄，並稱其係在114年3月31日當天在其住家樓下交付現金給被告張宏偉，現金是伊與先生的薪水、存款等語，惟觀諸上開提領紀錄，係分別於114年1月2日提領300萬元、114年2月13日提領105萬元、同日另一銀行提領100萬元之紀錄，惟未能得知款項交付之對象，且上開提領日期均係在被告吳淑安所稱交付借款日前1個多月甚至2個多月前，則其所提領之上開款項是否用於交付被告張宏偉之借款，實屬可疑。另就交付借款之地點，被告吳淑安稱係在其住家樓下，惟被告張宏偉卻稱係在桃園同成當舖內交付（見本院卷第140頁），則被告二人就交付款項之處所為何所述亦有不符，而證人陳栢倫到庭證述其所見被告吳淑安交付款項予被告張宏偉之地點係在同成當舖（見本院卷第175至178頁），亦與被告吳淑安主張陳佰倫有在現場(吳淑安住家樓下)親見其交付現款等情不符，在在顯示被告吳淑安無法佐證其有交付借款之事實。至證人陳栢倫雖到庭具結證稱：被告二人有時候借錢在公司，伊會看到，大概有三、四次，時間不記得，金額有時候3、50萬元，多的時候是3、500萬元，伊看到都是用現金交付，錢是吳淑安從公司的保險箱拿

錢出來，現場點交，有時用牛皮紙袋裝，有時用銀行包裝袋裝，伊不知道他們有沒有約定利息，也不知道被告張宏偉有沒有還款，借款的時候有簽立借據跟本票，但有無設定抵押權伊不知道等語（見本院卷第176至178頁），惟就系爭款項來源及交付處所，證人所述核與被告吳淑安所述不符，是以，縱使如證人陳栢倫所述，被告吳淑安有交付款項予被告張宏偉，惟其所交付之款項究係被告吳淑安借予被告張宏偉，抑或係當舖借予被告張宏偉，難以辯明。是僅憑證人上開所述，亦難為有利於被告之認定，尚難以被告吳淑安提出之借據、交易明細，遽認被告吳淑安確有交付借款500萬元予被告張宏偉。

③再者，關於系爭抵押權所擔保借款債權是否約定利息乙節，被告吳淑安到庭稱系爭借款未約定利息等語（見本院卷第98頁），惟被告張宏偉到庭卻稱有約定利息且其有支付過利息等語（見本院卷第140、178頁），則如被告二人確有系爭500萬元之借款，豈有可能借、貸雙方對利息之認知均不一致？又被告吳淑安雖有提出被告張宏偉收到500萬元之簽收單（見本院卷第111頁）乙節，惟被告張宏偉卻稱其忘記有沒有寫簽收單給被告吳淑安，伊只記得寫本票及借據等語（見本院卷第141頁）；另被告張宏偉對於還款細節亦均稱不記得、有記在本子上要回家看等語（見本院卷第178頁），是被告二人所主張借款金額高達500萬元，就利息之約定、收受款項證明及清償情形等，應具相當之重要性，被告二人間竟就此等細節所陳或互為矛盾，或含糊虛應，實難認被告上開陳述可為憑採。

④綜上各節，被告設定系爭抵押權時序發生與原告追償債務時間甚為接近；又由被告所提出借據、交易明細、簽收單，尚不能說明被告吳淑安有交付借款予被告張宏偉；暨關於借款利息、交付方式、清償情形等各節，被告二人相互間之陳述均有所矛盾等間接事實，已足推認原告主張被告間為避免系爭不動產遭強制執行，乃通謀虛偽成立債權及設立系爭抵押

權，應可採信。

(3)綜上，被告間就系爭債權及所設定之系爭抵押權，既係出於通謀虛偽意思表示，依民法第87條規定，均屬無效法律行為，原告請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，即屬有據。

3、原告代位請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權，有無理由？

(1)按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項中段定有明文。依一般社會交易觀念，不動產存有抵押權登記影響所有權之完整性，並對其客觀交易價值有所影響，若抵押權不存在，仍在不動產上存有抵押權登記者，自屬對所有權之妨害。再債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利，民法第242條前段亦有明文。

(2)查系爭抵押權不存在，已如上述，惟被告張宏偉所有系爭不動產上，仍登記有系爭抵押權，對被告張宏偉之所有權自有所妨害，被告張宏偉卻怠於行使其權利，則原告本於債權人之地位，代位被告張宏偉請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權，亦屬有據。

(二)原告先位訴請確認爭抵押權及所擔保之債權不存在，暨代位被告張宏偉請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權登記，既均屬有據，則原告有關備位聲明之主張，即無論述之必要，併此敘明。

四、綜上所述，原告依民法第87條規定，請求確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，及依民法第242條、第767條規定，代位請求被告吳淑安塗銷系爭抵押權，為有理由，應予准許。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經本院審酌後，核與判決結果無影響，爰不逐一論述，併此敘明。

六、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第1項前段。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　12　　日

民事第一庭法　官　楊明箴

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20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　　115　　年　　11　　月　　12　　日

書記官　郭家慧

附表：被告張宏偉所有不動產

土地							
編號	縣市	鄉鎮市區	段	小段	地號	面積（平方公尺）	權利範圍
1	新竹市		育賢		404	2429.63	25688分之325

建物							
編號	建號	基地座落	建物門牌	建築式樣主要建築材料及房屋層數	建物面積（平方公尺）		權利範圍
					樓層面積合計	附屬建物主要建築材料及用途	
1	423	新竹市○○段000地號	新竹市○○路000巷0弄00號5樓	鋼筋混凝土造/5層	5層：75.69 合計：75.69	陽臺：13.72	全部