

臺灣高等法院臺南分院民事判決

109年度重上字第96號

上訴人 陳英哲

陳英正

共同

訴訟代理人 楊博勛 律師

被上訴人 大都會工程有限公司

法定代理人 薛世龍

訴訟代理人 蘇文斌 律師

鄭方穎 律師

許婉慧 律師

郭子誠 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109年10月16日臺灣臺南地方法院第一審判決(106年度重訴字第264號)提起上訴，本院於110年10月19日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：上訴人陳英哲從事建築廢棄物處理業，將其承包之清運工程，委任被上訴人處理，然自104年2月至105年4月其積欠被上訴人新台幣(下同)473萬7000元。被上訴人訴請陳英哲給付款項勝訴後，驚覺上訴人陳英哲已於105年1月間將其所有附表二所示不動產(下稱系爭房地)，設定如附表二所示之抵押權予其胞兄即上訴人陳英正。嗣上開抵押權於107年2月14日塗銷後，上訴人陳英哲另設定如附表一所示之抵押權(下稱系爭抵押權)以擔保同一債權。然系爭房地價值不高，且已設定先順位抵押權予銀行，依常情無法再以系爭房地為擔保向他人借款，上訴人陳英正卻願意出借700萬

元，僅設定第二順位抵押權，與一般正常借款之狀況不符。上訴人間通謀設定系爭抵押權擔保之債權應為虛假不實，則系爭抵押權亦不成立，爰依民法第242條前段、第767條第1項規定，確認系爭抵押權擔保之債權不存在，並請求上訴人陳英正塗銷系爭抵押權設定登記等語。原審為其勝訴判決並無不合。並聲明：上訴駁回。

二、上訴人則抗辯：系爭房地之第一順位抵押權係於99年間設定，擔保借款金額600萬元，數年來上訴人陳英哲已清償部分借款，再以系爭房地設定抵押權，向上訴人陳英正借款，並未背於情理。上訴人二人為兄弟關係，親人間之借貸，自非如民間借貸般精打細算，且上訴人陳英哲自104年12月至105年8月共向上訴人陳英正借款本金677萬元，加計利息，即為系爭抵押權擔保之債權額等語。並聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人於第一審之訴駁回。

三、兩造不爭執事實：

（一）被上訴人前以上訴人陳英哲即坤達工程行委託被上訴人處理廢棄物，未給付處理費用，自104年2月起至105年4月間，積欠被上訴人 473萬7000元為由，起訴請求上訴人陳英哲即坤達工程行給付，經臺灣臺南地方法院（下稱原審法院）於106年5月5日以105年度訴字第814號判決被上訴人全部勝訴，被上訴人供擔保後聲請假執行，上訴人陳英哲即坤達工程行則提起上訴，嗣經本院於107年9月6日以106年度上字第148號民事判決、最高法院於109年6月11日以109年度台上字第870號民事裁定，駁回上訴人陳英哲即坤達工程行之上訴而確定在案。

（二）上訴人陳英哲於105年1月11日將系爭房地設定如附表二所示之普通抵押權與上訴人陳英正，擔保其對上訴人陳英正即坤達工程行於105年1月8日簽立之金錢消費借貸契約所產生之債務。

（三）上訴人陳英哲於107年2月14日將系爭房地就上開不爭執事項（二）同一債權，於塗銷附表二之抵押權登記後，另設定如附表

一所示之普通抵押權與上訴人陳英正，擔保其對上訴人陳英正於105年1月8日簽立之金錢消費借貸契約所產生之債務。

(四)上訴人陳英哲於105年1月8日書立原審卷第71頁之切結書給上訴人陳英正，記載「借錢數目新台幣700萬元借款期限十年」。

(五)104年12月28日上訴人陳英正以其○○區農會帳戶匯入120萬至上訴人陳英哲○○區農會帳戶；104年12月28日、105年1月20日上訴人陳英正有匯款100萬、10萬入坤達工程行於台灣企銀○○分行之帳戶；104年12月29日、30日上訴人陳英正分別匯入48萬、52萬至上訴人陳英哲台灣企銀之帳戶(詳如附表三編號1-5所示)。

(六)105年1月5日、1月15日、1月20日、1月27日、3月3日、7月21日、8月31日陳英正分別匯入185萬、45萬、44萬、40萬、18萬、10萬、5萬至坤達工程行於台灣中小企銀○○分行之甲存帳戶(詳附表三編號6-12所示)。

(七)系爭房地經不動產估價師估價，於106年7月12日之土地價值為353萬1000元、房屋價值為123萬9000元，合計477萬元(為系爭房屋土地所有權應有部分二分之一之價格)。

四、兩造爭執之事項：

(一)上訴人陳英哲、陳英正是否通謀而虛偽設定系爭抵押權？被上訴人主張系爭抵押權及其所擔保債權均不存在，有無理由？

(二)被上訴人主張上訴人間通謀虛偽意思表示設定系爭抵押權，依民法第242條、第767條第1項規定，代位請求塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

五、本院之判斷：

(一)按虛偽設定抵押權，乃雙方通謀而為虛偽意思表示，依民法第87條第1項規定，其設定抵押權當然無效，與得撤銷後始視為無效者有別。故虛偽設定抵押權雖屬意圖避免強制執行，但非民法第244條所謂債權人得聲請法院撤銷之債務人行為(最高法院52年台上字第722號原判例供參)。又債務人

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條定有明文。而上訴人間之設定抵押權，如確屬無效，被上訴人原非不得依據民法第242條及第113條，代位行使上訴人某之回復原狀請求權，以保全其債權(最高法院59年台上字第2556號原判例參照)。

(二)依兩造不爭執事項(一)所載，被上訴人對上訴人陳英哲有473萬7000元承攬報酬債權，且上訴人陳英哲對被上訴人所負之債務已陷於遲延，已甚明確。

(三)上訴人辯稱，2人為兄弟關係，系爭房地原設定附表二所示第二順位抵押權，因第一順位600萬元最高限額抵押債務，經6年清償，僅剩部分債務，故而設定附表二所示第二順位抵押權予上訴人陳英正，以擔保上訴人陳英正對上訴人陳英哲700萬元借款債權云云，並提出切結書、存款歷史交易明細查詢、活期存款交易明細、土地登記第二類謄本、存摺交易明細、支票為證(見原審卷第63至71頁、第87至92頁、第112至116頁)。然查：

1.系爭房地為上訴人2人共有，權利範圍各2分之1，上訴人二人以系爭房地所有權全部，於99年6月23日設定最高限額600萬抵押權予台新國際商業銀行股份有限公司(下稱台新銀行)，而貸款帳號4筆，其中1筆100萬元撥入陳英正帳戶，另外3筆係代償元大銀行337萬9852元，餘款161萬0058元，亦撥付陳英正活儲帳戶，有台新銀行110年4月15日台新作文字第11007900號函在卷供參(見本院卷第151-153頁)。又上訴人設定附表二之抵押權後，上訴人陳英正塗銷該抵押權，以及台新銀行因清償塗銷第一順位抵押權，上訴人二人即以系爭房地所有權全部，設定第一、二順位、最高限額分別為90萬元、1100萬元之抵押權予陽信商業銀行(下稱陽信銀行)，上訴人陳英正為借款人、陳英哲為保證人向陽信銀行借款75萬元(長擔額度)、925萬元(短中擔額度)，陽信銀行將借款全部撥入陳英正陽信銀行○○分行綜合存款帳戶，有陽信銀行110年4月14日陽信總授審字第1109909746號函在卷可憑

(見本院卷第143-145頁)。由此可見，系爭房地之前後之銀行貸款之借款人均為上訴人陳英正，而非上訴人陳英哲，實係陳英哲提供其所有權應有部分供陳英正借款，並自任連帶保證人，而非上訴人陳英正提供系爭不動產供陳英哲借款，已甚明確。

2.按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，是抵押債權人及抵押債務人為何人，並所擔保之債權為何種債權，均應以設定登記之內容為準（最高法院85年度台上字第3105號判決意旨參照）。查，上訴人不爭執附表一、二所示之抵押權所擔保之債權，係屬同一債權，而依附表二所示系爭土地設定抵押之登記申請書記載，抵押權之種類為「普通抵押權」、(18)擔保債權總金額欄記載「新臺幣700萬元整」、(19)擔保債權種類及範圍欄位記載「擔保債務人對抵押權人於民國105年1月8日金錢消費借貸契據所發生之債務。」（見原審卷第44頁），參酌系爭房地登記公務用謄本就附表一所示「擔保種類及範圍：擔保債務人對抵押權人於民國105年1月8日金錢消費借貸契據所發生之債務。（見原審卷第98、95頁），則依上開抵押權之登記內容，系爭抵押權所擔保者，為上訴人2人於105年1月8日金錢消費借貸契據記載所發生之700萬元借貸債務。

3.又查，依上訴人提出之105年1月8日書立之切結書記載：「本人陳英哲因為生意上的需求及週轉須向大哥陳英正借錢數目700萬元，借款期限10年，但大哥匯款以後如果自己有須要用錢，只要對我表示還錢，我願在一個月努力還錢，利息我願意銀行抵押借款的利率計算，絕無意見。以上借款數目連同上月份合併計算。借款人：陳英哲(簽名、蓋印)。債權人：陳英正(簽名、蓋印)。中華民國105年1月8日。」等語(見原審卷第71頁)，依上開切結書末尾記載「以上借款數目連同上月份合併計算。」之文義觀之，上訴人陳英正應係自切結書簽立前1個月即104年12月起至105年1月8日止，已

合計借款700萬元予上訴人陳英哲，故於105年1月11日申請抵押權登記之擔保債權記載為105年1月8日所成立之700萬元借款債務。然查如前所述，系爭房地係供上訴人陳英正融資貸款，而非供陳英哲貸款，而依上訴人提出之資金流向，已難認係陳英哲向陳英正借款，上訴人陳英正匯入坤達工程行帳戶款項亦僅有505萬元，而非700萬元，與系爭普通抵押權登記擔保之債權債務成立日期及總額，顯有不同。再者，匯款之原因多端，以陳英正向銀行高額借款，陳英哲任連帶保證人，上訴人陳英正匯入坤達工程行之款項，多為附表二所示抵押權登記後所為之匯款，上訴人並未證明係屬渠等間之消費借款關係，實難逕以認定附表三所示匯款，均係上訴人陳英哲向上訴人陳英正之借貸款，且為系爭抵押權擔保之對象。

(四)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；又無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任；另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87條第1項前段、第113條、第242條前段分別定有明文。又債務人欲免其財產被強制執行，與第三人通謀而為虛偽意思表示，將其所有不動產為第三人設定抵押權，債權人可依侵權行為之法則，請求第三人塗銷登記，亦可行使代位權，請求塗銷登記，兩者任其選擇行使之(最高法院73年台抗字第472號原判例及原最高法院67年度第5次民事庭庭長推總會決議(二)意旨參照)。查，上訴人2人間並未於105年1月8日借貸700萬元之事實，系爭抵押權所擔保之債權不存在乙事，業經本院認定如前，則被上訴人主張，上訴人2人通謀虛偽意思表示，而就系爭房地設定系爭抵押權，堪以認定。基此，上訴人設定系爭抵押權之意思表示，即屬無效。被上訴人主張確認上訴人陳英正就上訴人陳英哲所有如附表一所示不動產之抵押權所擔保之700萬元債權不存在，為有理由，應予准許。

01 (五)再按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第76
02 7條第1項中段定有明文。又抵押權為擔保物權，具有從屬
03 性，係為擔保債權而存在。普通抵押權需先有債權存在，為
04 擔保債權始得設定抵押權，苟於設定抵押權之際尚未有債權
05 存在，則抵押權設定契約因未有債權存在，即屬無效。查本
06 件系爭抵押權設定所擔保之債權700萬元不存在，且系爭抵
07 押權之設定行為係出於上訴人間之通謀虛偽意思表示等情，
08 已如前述，則依上開說明，被上訴人主張代位上訴人陳英哲
09 請求上訴人陳英正塗銷系爭抵押權，亦屬有據，應予准許。

10 六、綜上所述，系爭抵押權所擔保之債權不存在，又上訴人陳英
11 哲積欠被上訴人前揭債務後，怠於對上訴人陳英正行使其權
12 利，被上訴人為保全債權之必要，代位上訴人陳英哲為本件
13 請求。從而，被上訴人依民法第87條、第767條第1項中段、
14 第242條之法律關係，請求判決(1)確認上訴人陳英正就上訴
15 人陳英哲所有如附表一所示不動產之抵押權所擔保之700萬
16 元債權不存在；(2)上訴人陳英正應將附表一所示之抵押權登
17 記塗銷，為有理由，應予准許。原審所為上訴人敗訴之判
18 決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，
19 為無理由，應駁回其上訴。

20 七、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
21 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
22 逐一論列，附此敘明。

23 八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1
24 項、第78條，判決如主文。

25 中 華 民 國 110 年 11 月 9 日
26 民事第二庭 審判長法官 吳上康

27 法官 林育幟

28 法官 李素靖

29 上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）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。
被上訴人不得上訴。

中 華 民 國 110 年 11 月 9 日

書記官 高曉涵

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

- (1)對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。
(2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表一：

編號	土地及建物	設定權利範圍	收件字號	登記日期（民國）	權利人	擔保債權金額（新臺幣）
1	臺南市○○區○○段000地號土地	2分之1	單跨（東南歸仁）字第000840號	107年2月14日	陳英正	7,000,000元
2	臺南市○○區○○段00○號房屋	2分之1	單跨（東南歸仁）字第000840號	107年2月14日	陳英正	7,000,000元

附表二：

01

編號	土地及建物	設定權利範圍	收件字號	登記日期（民國）	權利人	擔保債權金額（新臺幣）
1	臺南市○○區○○段000地號土地	2分之1	一般跨所（歸仁）字第000190號	105年1月13日	陳英正	7,000,000元
2	臺南市○○區○○段00○號房屋	2分之1	一般跨所（歸仁）字第000190號	105年1月13日	陳英正	7,000,000元

02

附表三：匯款明細

03

編號	日期（民國）	匯款人	受款人	受款銀行	金額（新臺幣）
1.	104年12月28日	陳英正	陳英哲	○○區農會	120萬元
2.	104年12月28日		坤達工程行	台灣企銀○	100萬元
3.	105年01月20日			○分行	10萬元
4.	104年12月29日		陳英哲	台灣企銀	48萬元
5.	104年12月30日				52萬元
6.	105年01月05日	陳英正	坤達工程行	台灣中小企銀○○分行之甲存帳戶	185萬元
7.	105年01月15日				45萬元
8.	105年01月20日				44萬元
9.	105年01月27日				40萬元
10.	105年03月03日				18萬元
11.	105年07月21日				10萬元
12.	105年08月31日				5萬元