最高法院民事判決

114年度台上字第1986號

上　訴　人　張秀玉

　　方志仁

共　　同

訴訟代理人　蔡進清律師

被 上訴 人　黃綵蓁

　　張少洋

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國114年7月9日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（114年度上字第99號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人備位之訴及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

一、本件上訴人主張：如原審判決附表所示之不動產（下稱系爭不動產）係上訴人張秀玉所購買，嗣借名登記在被上訴人黃綵蓁名下（下稱系爭借名登記契約）。張秀玉已於民國110年8月23日向黃綵蓁為終止系爭借名登記契約之意思表示，並起訴請求黃綵蓁將系爭不動產移轉登記予張秀玉，經臺灣屏東地方法院（下稱屏東地院）110年度訴字第642號判決張秀玉全部勝訴，原法院並於112年11月1日以111年度上易字第365號判決駁回黃綵蓁之上訴確定（下合稱前案）。詎黃綵蓁明知其與被上訴人張少洋間無債權債務關係存在，竟於前案一審判決後、二審判決前之112年8月14日，將系爭不動產設定新臺幣（下同）180萬元之最高限額抵押權予張少洋（下稱系爭抵押權），被上訴人間系爭抵押權設定登記行

為，為通謀虛偽意思表示，應為無效，且屬無償行為。如係有償行為，黃綵蓁明知系爭不動產之實際所有權人為張秀玉，其設定系爭抵押權登記損害張秀玉之債權，張秀玉得擇一依民法第244條第1項、第2項規定，請求撤銷被上訴人間系爭抵押權設定登記之物權行為，並依同條第4項規定，請求張少洋塗銷系爭抵押權登記。張秀玉依前案確定判決於113年1月12日登記為系爭不動產之所有權人，嗣於同年5月27日將系爭不動產出賣予上訴人方志仁，於同年6月17日辦理所有權移轉登記，方志仁亦得依民法第767條第1項中段規定，請求張少洋塗銷系爭抵押權登記。張少洋於113年9月6日以屏東地院113年度司拍字第30號、113年度抗字第23號拍賣抵押物裁定（下合稱系爭拍賣抵押物裁定）為執行名義，向屏東地院聲請對系爭不動產為強制執行（案列113年度司執字第60792號，下稱系爭執行事件），惟該執行名義成立前，有債權不成立、消滅或妨礙張少洋債權之事由發生，方志仁得依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭執行事件之強制執行程序。爰依上開規定，求為命被上訴人間系爭抵押權設定登記行為應予撤銷、張少洋塗銷系爭抵押權登記、系爭執行事件之執行程序予以撤銷之判決。並於第二審將上開聲明列為備位聲明，追加（擴張）先位聲明，求為確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在、命張少洋塗銷系爭抵押權登記、系爭執行事件之執行程序予以撤銷之判決。

二、被上訴人則以：黃綵蓁分別於110年6月23日、110年9月17日、110年11月19日、110年11月22日、111年7月4日、111年10月20日向張少洋借款10萬、40萬、35萬、15萬、10萬、40萬，共150萬元（下稱系爭借款），均有約定利息，惟黃綵蓁無法償還利息，經張少洋要求黃綵蓁提供擔保，黃綵蓁乃於112年8月14日設定系爭抵押權予張少洋，擔保前開借款之本金及利息，系爭抵押權之設定行為並非被上訴人間通謀虛偽而為意思表示，亦非無償行為。張秀玉依前案確定判決取得系爭不動產所有權、將系爭不動產出售予方志仁、取得買

賣價金，並無債權受侵害可言。張少洋與張秀玉素不相識，於系爭抵押權設定時無從知悉張秀玉與黃綵蓁因前案涉訟，張秀玉自不得依民法第244條第1項及第2項規定，撤銷系爭抵押權之設定行為。方志仁向張秀玉購買系爭不動產時，明知其上已設定系爭抵押權，自應承擔該不利益，不得請求張少洋塗銷系爭抵押權之設定登記，亦不得請求撤銷系爭執行事件之執行程序等語，資為抗辯。

三、原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及追加（擴張）之訴，係以：

㈠系爭不動產原登記為黃綵蓁所有，張秀玉提起前案訴訟，依系爭借名登記契約終止後之法律關係，請求黃綵蓁將系爭不動產移轉登記予張秀玉，經前案第一審判決張秀玉勝訴、第二審駁回黃綵蓁之上訴確定。張秀玉依前案確定判決，於113年1月12日登記為系爭不動產之所有權人，嗣於同年5月27日，將系爭不動產售予方志仁，於同年6月17日辦畢所有權移轉登記。黃綵蓁於112年8月14日，將系爭不動產設定系爭抵押權予張少洋，並於112年8月23日辦畢系爭抵押權設定登記。張少洋以黃綵蓁未清償系爭借款本息為由，向屏東地院聲請准予拍賣系爭不動產，經該法院以系爭拍賣抵押物裁定予以准許確定，嗣於113年9月6日執系爭拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請屏東地院以系爭執行事件拍賣系爭不動產等情，為兩造所不爭執。

㈡依被上訴人提出之借款契約書、收據，及張少洋銀行帳戶存摺資料形式審查，黃綵蓁係於110年6月23日至111年10月20日間向張少洋陸續借用共計150萬元之系爭借款，其後於112年8月14日設定系爭抵押權擔保系爭借款本息債權，該借款及設定抵押權登記行為均非通謀虛偽而為意思表示，自非無效，上訴人不得訴請塗銷系爭抵押權。系爭抵押權有追及性，方志仁明知系爭不動產上有系爭抵押權存在而仍願買受，張少洋取得系爭拍賣抵押物裁定自為有效，且於該執行名義成立前無債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發

生，自不得依強制執行法第14條第2項規定撤銷系爭執行程序。從而，上訴人先位訴請確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在、請求張少洋塗銷系爭抵押權登記、撤銷系爭執行事件之執行程序，自屬無據。

㈢張秀玉雖於原審表示其得向黃綵蓁請求損害賠償，惟被上訴人間設定系爭抵押權登記係為擔保系爭借款本息，並非無償行為，張秀玉不得依民法第244條第1項、第4項規定請求撤銷系爭抵押權設定登記、塗銷系爭抵押權登記。張秀玉無法證明張少洋於系爭抵押權設定登記時，明知該設定行為有害於張秀玉之債權，亦不得依民法第244條第2項、第4項規定請求撤銷系爭抵押權設定登記、塗銷系爭抵押權登記。另依上㈡所述理由，方志仁亦不得依民法第767條第1項中段、強制執行法第14條第2項規定，請求塗銷系爭抵押權登記、撤銷系爭執行事件之執行程序。上訴人備位之訴亦無理由，應予駁回等詞，為其判斷之基礎。

四、關於廢棄發回部分（即原審駁回上訴人備位之訴部分）：

按債務人以其所有之不動產設定抵押權，同時向他人借貸款項，其設定抵押權之行為，固屬有償行為，若先有債權之存在而於事後為之設定抵押權者，如無對價關係，即屬無償行為。倘有害及債權，債權人自得依民法第244條第1項之規定予以撤銷之。查黃綵蓁於110年6月23日至111年10月20日間向張少洋陸續借用共計150萬元之系爭借款，嗣於112年8月14日始設定系爭抵押權擔保系爭借款本息債權，為原審認定之事實。倘黃綵蓁於借款時未與張少洋約定應設定抵押權作為擔保，嗣於最末次借款日將近1年後始設定系爭抵押權，則該設定抵押權之行為能否謂非無償行為？又黃綵蓁係於前案第一審敗訴後為系爭抵押權設定登記，及張秀玉於事實審已表明其得向黃綵蓁請求損害賠償等情，亦為原審所是認，倘張秀玉對黃綵蓁有金錢債權，而該設定抵押權之行為為無償，是否未害及張秀玉之債權？非無再事斟酌之餘地。乃原審未遑詳予研求，遽認被上訴人間系爭抵押權設定行為並非

無償，張秀玉不得依民法第244條第1項、第4項規定請求撤銷該行為、塗銷系爭抵押權登記，進而為上訴人備位之訴不利之判決，未免速斷。上訴論旨，指摘原判決此部分不當，求予廢棄，非無理由。

五、關於駁回其他上訴部分（即原審駁回上訴人先位之訴部分）：

原審就此部分，本於取捨證據、認定事實及法律適用之職權行使，綜合相關事證，並斟酌全辯論意旨，以上述理由認定被上訴人間借款及抵押權設定之法律行為並非通謀虛偽而為意思表示，因而就上開部分為上訴人不利之判決，經核並無違誤。上訴論旨，指摘原判決關此部分為不當，聲明廢棄，即無理由。

六、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　8　　日

最高法院民事第一庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　張　競　文

法官　蔡　孟　珊

法官　劉　又　菁

法官　王　怡　雯

本件正本證明與原本無異

書　記　官　王　宜　玲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　23　　日