

臺灣桃園地方法院民事判決

110年度訴字第383號

原告 呂定熹

訴訟代理人 劉禹劭律師

被告 張德秋

盧國平

上一人

訴訟代理人 葛顯仁律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在事件，本院於民國110年12月2日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第256條定有明文。本件原告起訴時原聲明：（一）確認被告盧國平就被告張德秋所有坐落桃園市○鎮區○○段000○000○0地號土地，及其上同段755號建號建物（下稱系爭不動產）於民國107年12月19日設定登記之新台幣（下同）800萬元最高限額抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保之債權不存在；（二）被告盧國平應將第一項之抵押權設定登記予以塗銷（見本院卷第3頁）。嗣於110年4月8日言詞辯論期日變更第一項聲明為確認被告盧國平就被告張德秋所有系爭不動產於107年12月19日設定登記之系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在（見本院卷第155頁），經核原告所為，僅係為法律上之補充、更正，非屬訴之變更，自應准許之。

二、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，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。而

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（最高法院52年度台上字第1240號判決意旨參照）。本件原告主張其為被告張德秋之債權人，並取得執行名義，因被告張德秋所有系爭不動產於107年12月19日為被告盧國平設定系爭抵押權，致其無法自系爭不動產拍賣取償，系爭抵押權及其所擔保之債權應不存在等語，然為被告盧國平所否認，則系爭抵押權及其所擔保之債權是否繼續存在即不明確，致原告前開債權能否獲得實現有不安之狀態存在，而該不安之狀態得藉確認判決將之除去，原告有即受確認判決之法律上利益，而得提起本件確認之訴。至於被告盧國平雖抗辯：系爭不動產拍定價金尚不足清償第一順位抵押債權，縱認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，原告亦無法受償，故原告無確認利益云云（見本院卷第131頁），然系爭不動產第一順位最高限額抵押權人即訴外人上海商業銀行業已向本院民事執行處陳報實際抵押債權為0元，有本院109年12月9日函可參（見本院卷第149至150頁），故被告盧國平前開所辯，並不可採，先予敘明。

三、被告張德秋經合法通知，無正當理由未於言詞辯論期日到場，經核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依原告聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、原告主張：被告張德秋積欠原告款項未清償，原告已對被告張德秋取得執行名義（臺灣高等法院108年度上字第103號和解筆錄）。原告以上開和解筆錄為執行名義，向本院聲請強制執行被告張德秋所有系爭不動產，因其上設定有系爭抵押權，本院民事執行處認為拍賣最低價額尚不足清償被告盧國平之抵押債權及執行費用，如進行拍賣顯無實益，致原告無法自系爭不動產拍賣取償；惟被告間並無任何消費借貸關係存在，被告就有借貸意思表示之合致、抵押債權存在等事

實，應負舉證之責，然其等迄未能提出任何債權證明文件、對話記錄或催討債務之客觀證據，亦未就消費借貸契約之清償期、利息等約定為說明，故被告間應無債權債務關係，況系爭抵押權之設定時點乃於原告取得第一審勝訴判決後不久，被告張德秋顯係為逃避追償而設定虛偽之系爭抵押權予被告盧國平，更遑論被告盧國平交付之借款金額超過最高限額抵押設定之款項，與常理有違。而被告張德秋怠於行使回復原狀之權利，原告為保全自己債權，得以自己名義代位行使權利，爰依民法第242條、第767條第1項之規定提起本件訴訟等語。並聲明如前開更正後之聲明。

二、被告則以：

（一）被告盧國平部分：原告係代位被告張德秋提起訴訟，不得將其列為共同被告，故被告張德秋部分核屬當事人不適格。又被告張德秋因有資金調度需求向伊借款1,115萬元，伊與被告張德秋之胞姐張德夏為舊識，基於多年情誼及信任關係而同意出借上開款項，伊分別於107年12月13日匯款75萬元、108年1月7日匯款540萬元、108年1月29日匯款500萬元，均匯款至被告張德秋申設之華南銀行瑞祥分行帳戶，被告張德秋並以其名下所有系爭不動產設定系爭抵押權予伊，伊與被告張德秋間確有借貸關係存在。且被告張德秋自收受借款後，未曾清償本金，亦無以其本人或金河媒體科技股份有限公司（下稱金河公司）名義將借款資金匯回予伊，製造虛偽金流之情事等語，資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

（二）被告張德秋未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀，作何聲明或陳述。

三、按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，為民法第242條前段所明定。債權人依民法第242條規定行使代位權，係代位行使債務人之權利，而行使之結果，利益仍歸屬於債務人，並非對債務人行使權利，故在訴訟上，債權人對債務人並無何種權利主張，

01 自不得將被代位人（即債務人）列為共同被告，否則其權利
02 保護要件自有欠缺，應將其對於債務人部分之訴予以駁回
03 （最高法院69年度台上字第2745號、70年度台上字第1871號
04 裁判要旨參照）。本件原告以其債務人即張德秋為共同被告
05 提起本件訴訟，揆諸上開說明，欠缺權利保護要件，其對於
06 被告張德秋之訴應予駁回。

07 四、查原告對張德秋有借款債權，前向法院提起給付借款訴訟
08 後，經雙方於108年3月8日在臺灣高等法院民事庭成立訴訟
09 上之和解，金額為550萬元，嗣因張德秋未依和解筆錄內容
10 履行，原告遂向本院聲請強制執行張德秋名下所有系爭不動
11 產，經本院民事執行處於109年12月9日以桃院祥字第109年
12 度司執助字第2482號函通知原告，系爭不動產鑑價後核定之
13 拍賣最低價額僅4,580,843元，不足清償可優先受償之抵押
14 權人即被告盧國平抵押債權800萬元及執行費用93,260元，
15 如進行拍賣顯無實益之事實，有臺灣基隆地方法院107年度
16 訴字第421號民事判決、臺灣高等法院108年度上字第103號
17 和解筆錄、本院民事執行處函文、系爭不動產登記第一類謄
18 本等件在卷可參（見本院卷第17至23、33至37、69至92、14
19 9至151頁），且為被告盧國平所不爭執，自堪信為真實。

20 五、原告主張張德秋與被告盧國平間無消費借貸關係，系爭抵押
21 權及其所擔保之債權並不存在，被告盧國平應將系爭抵押權
22 塗銷等語，為被告盧國平所否認，並以前揭情詞置辯，茲就
23 兩造爭點及本院判斷論述如下：

24 （一）按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在
25 時，應由被告負舉證責任（最高法院42年度台上字第170
26 號裁判要旨參照）。又民法第474條規定，稱消費借貸
27 者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他
28 方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契
29 約。是消費借貸法律關係之成立，須具備：(1)借貸意思
30 表示相互一致、(2)交付借貸物之特別要件。即於當事人
31 間必本於借貸之意思合致，且有移轉金錢或其他代替物之

所有權於他方之行為，始得當之。故倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，即應就該借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，負舉證之責任。

(二) 經查，被告盧國平就其辯稱系爭抵押權所擔保之債權，乃其與張德秋間借貸1,115萬元所生之債權債務關係，被告盧國平先係於107年12月13日匯款75萬元至張德秋之華南銀行瑞祥分行帳戶，待系爭抵押權於107年12月19日完成設定登記後，復於108年1月7日、108年1月29日各匯款540萬元、500萬元至張德秋之上開銀行帳戶，其中第1筆款項係以現金臨櫃進行匯款，第2、3筆款項係自其經營之天熙科技有限公司銀行帳戶匯出等情，業據提出與其所述相符之匯款憑條3紙影本、存摺內頁收支明細影本、存摺封面為佐證（見本院卷第137、139、141、253、299頁），並有華南銀行瑞祥分行函附之張德秋存款往來明細表暨對帳單、桃園市中壢地政事務所檢送系爭不動產之抵押權設定登記申請案影本附卷可稽（見本院卷第113至126、167至168頁），而觀諸該申請書，上載原因發生日期為107年12月13日，與被告盧國平匯款第一筆75萬元予張德秋之時間相符，系爭抵押權契約書、系爭不動產之土地及建物登記第一類謄本上記載：擔保債權總金額800萬元，擔保債權種類及範圍為「擔保債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、票據及保證」，擔保債權確定日期122年12月12日，債務人及債務額比例為「張德秋，債務額比例全部」等情，足證張德秋與被告盧國平間確有消費借貸之意思表示合致，且原告就被告盧國平於上開期日分別匯款交付金錢予張德秋乙節並不爭執，堪認被告盧國平抗辯其與張德秋間已成立借款消費借貸契約乙節為可採。

(三) 原告雖以被告盧國平並未提出書面消費借貸契約及約定清償期，且交付借款金額超過最高限額抵押設定之款項云

云。惟金錢借貸契約本非要式契約，雙方於貸與及借用金錢之意思合致並交付借款金錢後即成立生效，且被告盧國平之訴訟代理人到庭陳稱因基於與張德秋之胞姐張德夏間信賴關係，未在意抵押權設定金額多寡，且有陸續借貸其他金額，亦未約定清償期等語，足見雙方情誼匪淺，衡諸常情，彼此間如有金錢借貸需求，自無可能如同一般商業往來，逐一就每筆借貸簽立借據、約定利息等，於互相信賴未簽署任何單據之情狀本所在多有。故張德秋提供系爭不動產為被告盧國平設定系爭抵押權作為借款擔保，被告盧國平陸續將款項匯入張德秋之帳戶，並非顯然與一般經驗法則有違，尚難僅因未書立借貸契約、借據等文件或約定清償期，甚或設定抵押權之擔保金額低於實際借款金額，即遽認被告盧國平就系爭抵押權及其所擔保之債權並不存在。

（四）原告又以其取得執行名義後，張德秋於相近時間即將系爭不動產設定抵押權予被告盧國平，主張張德秋與被告盧國平就系爭不動產設定系爭抵押權乃通謀虛偽意思表示，並進而推認張德秋或其所經營之金河公司與被告盧國平間有製造虛偽金流云云。按主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，就該事實應負舉證之責。而負舉證責任之一方，苟能證明間接事實並據此推認要件事實，雖無不可，並不以直接證明為必要，惟此經證明之間接事實與待證之要件事實間，須依論理法則或經驗法則足以推認其關聯性存在，且綜合各該間接事實，已可使法院確信待證之要件事實為真實者，始克相當（最高法院105 年度台上字第1260號判決意旨參照）。原告主張張德秋與被告盧國平間就系爭抵押權之設定登記行為係屬通謀虛偽意思表示云云，無非係以其對張德秋提給付借款訴訟，經第一審法院於107年11月26日判決勝訴後，張德秋隨即於107年12月19日將系爭不動產設定抵押權予被告盧國平等情為其論據，然縱認前開事實為真，仍無法當然推定張德秋與被告盧國平間

就系爭不動產所為之抵押權設定登記行為必無真意存在；況且，依本院調閱張德秋及金河公司107年12月1日至108年3月31日銀行帳戶交易往來明細相關資料觀之（見本院卷第167至169、291至294、301至306頁），並無直接證據顯示張德秋將或金河公司與被告盧國平間確有其他金流往來，原告上開所述僅係原告個人臆測之詞，難認原告就此部分已盡舉證之責，從而，原告主張張德秋與被告盧國平間就系爭不動產設定系爭抵押權係基於通謀虛偽意思表示乙節，亦難憑採。

（五）承前所述，張德秋與被告盧國平間既有消費借貸之債權債務關係存在，系爭抵押權係為擔保借款債權而設定，且張德秋尚未債務清償，則系爭抵押權及其所擔保之債權仍屬存在並未消滅。故原告訴請確認系爭抵押權及其所擔保之債權不存在，並代位張德秋請求被告盧國平應將系爭抵押權設定登記予以塗銷，即屬無據。

六、綜上所述，原告以張德秋為被告提起本件代位訴訟，欠缺權利保護要件，應予駁回；被告盧國平抗辯其對張德秋有借款債權1,115萬元，張德秋並設定系爭抵押權擔保被告盧國平之債權，為有理由。從而，原告依民法第242條、第767條第1項規定，請求確認被告盧國平就系爭不動產設定之系爭抵押權及其所擔保之債權不存在，並代位張德秋請求被告盧國平應將系爭抵押權設定登記予以塗銷，為無理由，應予駁回。

七、被告盧國平雖聲請傳訊證人張德夏，以證明消費借貸關係確實存在於其與張德秋間（見本院卷第158頁），然被告盧國平與張德秋間存有消費借貸法律關係，業經認定如前，原告就其主張系爭不動產設定系爭抵押權乃張德秋與被告盧國平間通謀虛偽意思表示乙節無法舉證以實其說，則此部分聲請調查證據之方法，尚不影響本院前揭所論述原告應受敗訴判決之心證理由，是該聲請自無調查之必要。本件為判決之基礎已臻明確，兩造其餘主張、陳述並所提證據均與本件之結

01 論無礙，爰不再一一論述，附此敘明。

02 八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

03 中 華 民 國 111 年 1 月 11 日

04 民事第二庭 法 官 呂如琦

05 正本係照原本作成。

06 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。

07 如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

08 中 華 民 國 111 年 1 月 12 日

09 書記官 王志成