臺灣臺北地方法院民事判決

107年度重訴字第592號

原　　告　貿聯有限公司
法定代理人　張文彬
訴訟代理人　連元龍律師
　　張人志律師
被　　告　張啟賢
　　張文星
　　陳秀珠
共　　同
訴訟代理人　謝協昌律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國109 年2月17日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

確認被告張啟賢、張文星就附表一所示不動產上如附表二編號1之最高限額抵押權所擔保之債權不存在。

確認被告張啟賢、陳秀珠就附表一所示不動產上如附表二編號2之最高限額抵押權所擔保之債權不存在。

被告張文星應將如附表二編號1 之最高限額抵押權登記予以塗銷。

被告陳秀珠應將如附表二編號2 之最高限額抵押權登記予以塗銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔三分之二，餘由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

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。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年台上字第1240號判決意旨參照）。經查，原告主張

被告張啟賢與被告張文星、陳秀珠間就被告張啟賢所有如附表一所示之房地（下稱系爭房地），於民國101年1月11日設定如附表二編號1所示第二順位最高限額抵押權（下稱系爭最高限額抵押權1）予被告張文星；如附表二編號2所示第三順位最高限額抵押權（下稱系爭最高限額抵押權2）予被告陳秀珠，致影響原告對被告張啟賢之債權受償，爰訴請系爭最高限額抵押權1、2不存在及該抵押權所擔保之債權不存在等情，為被告所否認，是系爭最高限額抵押權1、2暨所擔保之債權之存否不明確，而此爭執影響原告對強制執行系爭房地後之取償，致原告在法律上之地位有不安之狀態存在，且此不安狀態能以確認判決將之除去，揆諸上開說明，原告提起本件確認之訴即有受確認判決之法律上利益。

貳、實體方面

一、原告主張：

被告張啟賢原擔任原告總經理，被告張文星為被告張啟賢之父親，被告陳秀珠為被告張啟賢之前妻。被告張啟賢於擔任原告總經理期間，盜用原告款項共新臺幣（下同）7019萬2335元，扣除被告張啟賢於案發後歸還2678萬6521元，尚積欠4340萬5814元，此經本院101年度重訴字第626號、臺灣高等法院（下稱高院）105年度重上字第129號、最高法院106年度台上字第2144號判決被告張啟賢應給付原告4340萬5814元本息確定。

訴外人即原告法定代理人張文彬於100年9月13日發現被告張啟賢侵占退稅款時，被告張啟賢立據同意將其名下台北富邦商業銀行股份有限公司大直分行帳戶（下稱系爭帳戶）之金額無條件轉交張文彬或原告，並願補足差額。嗣於100年9月26日，被告張啟賢簽立同意書（下稱系爭同意書），同意結清系爭帳戶，無條件歸還張文彬全額，並於該日處理完畢，另將系爭房地出售，3個月內湊還2000萬元，於出售過戶時付清給張文彬，並經被告張文星見證。詎被告張啟賢未依約履行還款，要求延期至101年1月10日，原告未同意延

期。被告張啟賢與被告張文星實質上並無金錢消費借貸關係存在、被告張啟賢與被告陳秀珠實質上並無返還投資款關係且假意離婚而無給付贍養費關係，被告張啟賢為避免財產被強制執行，竟與被告張文星、陳秀珠通謀而為虛偽意思表示，於101 年1 月10日將系爭房地設定系爭最高限額抵押權1 予被告張文星、系爭最高限額抵押權2 予被告陳秀珠，妨害原告債權之受償，是被告間之債權行為及設定最高限額抵押權之物權行為，均為無效。又系爭最高限額抵押權1 、2 之擔保範圍均約定為「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，含墊款、票據、保證、遲延利息、違約金所負之債務」，並未限定於擔保一定法律關係所生之債權，屬概括最高限額抵押權，應為無效。縱認系爭最高限額抵押權1 、2 之擔保範圍均約定之「含墊款、票據、保證、遲延利息、違約金所負之債務」部分為有效，惟被告所主張借款、投資款、贍養費，均不在系爭最高限額抵押權1 、2 之擔保範圍。系爭最高限額抵押權1 、2 所擔保之債權，於101 年2 月14日原告聲請假扣押執行查封系爭房地並通知被告而告確定，被告所主張借款、投資款、贍養費等債權，並非真實，且均不在系爭最高限額抵押權1 、2 之擔保範圍，被告如未能證明其於101 年2 月14日前已有擔保債權存在，則違反從屬性而無效。系爭最高限額抵押權1 、2 暨其擔保之債權之存否不明確，原告如不訴請確認，原告在私法上之地位即有受侵害之危險。又系爭最高限額抵押權1 、2 之設定無效，擔保債權亦不存在，則抵押權設定繼續存在，妨害被告張啟賢對系爭房地所有權，而被告張啟賢怠於行使其依民法第767 條規定請求被告張文星、陳秀珠塗銷系爭最高限額抵押權1 、2 登記，致原告之債權受有損害，原告為保全債權，爰依民法第242 條規定，代位行使被告張啟賢上開權利等語。

並聲明：　確認被告張啟賢、張文星就系爭房地所設定之系

爭最高限額抵押權1 不存在及該抵押權所擔保之債權不存在；　確認被告張啟賢、陳秀珠就系爭房地所設定之系爭最高限額抵押權2 不存在及該抵押權所擔保之債權不存在；　被告張文星應塗銷系爭最高限額抵押權1 登記；　被告陳秀珠應塗銷系爭最高限額抵押權2 登記。

二、被告則以：

系爭最高限額抵押權1 及其擔保之債權為真正：

被告張啟賢為盡速依系爭同意書還款，於100 年10月1 日將系爭房地委由仲介出售，並懇請被告張文星出售其基隆房地並出借所得價金，被告張文星於100 年12月30日與訴外人黃明惠成立買賣契約，完成交易程序後之101 年2 月29日取得價金674 萬5909元，嗣陸續於101 至102 年間以匯款方式借貸873 萬5160元給被告張啟賢。被告張文星乃確保其債權之實現，方要求被告張啟賢提供系爭房地設定系爭最高限額抵押權1 ，故系爭最高限額抵押權1 及其擔保之債權為真正。

系爭最高限額抵押權2 及其擔保之債權為真正：

被告張啟賢、被告陳秀珠於98年1 月9 日結婚，因觀念不合，於同年7 月12日離婚，嗣因2 人無法忘懷相處時光及小孩需母親角色陪伴，於100 年12月12日再婚。被告陳秀珠陸續交付金錢給被告張啟賢，請被告張啟賢協助投資理財，據可查得之單據，被告陳秀珠自98年11月20日起至100 年3 月29日已交付被告張啟賢630 萬元。101 年初，因被告張啟賢面臨事業危機，避免牽連被告陳秀珠，而再度協議離婚，並協商由被告張啟賢返還680 萬元作為投資款結清，及約定由被告張啟賢給付陳秀珠贍養費1000萬元作為被告陳秀珠日後協助照料3 名子女之用。為擔保被告張啟賢尚未返還之680 萬元、尚未給付贍養費1000萬元，被告張啟賢遂於101 年1 月11日將系爭房地設定系爭最高限額抵押權2 予被告陳秀珠。被告張啟賢自100 年9 月26日與張文彬簽立系爭同意書迄今已給付2750萬元，並未逃避債務，且原告於101 年1 月11日對被告張啟賢尚未取得民事執行名義，被告張啟賢更多次主

動向張文彬尋求和解契機並要求清償和解金額，實無設定虛偽最高限額抵押權之動機；原告以本件起訴事實就被告提起背信、偽造文書等刑事告訴，經不起訴處分，並經原告提起再議、聲請交付審判，均駁回原告主張，足證被告並無虛偽設定系爭最高限額抵押權1、2之行為。原告未能就其主張被告張啟賢與被告張文星、陳秀珠之通謀虛偽意思表示等事實負舉證責任，應駁回原告之訴。又最高限額抵押權設定本得約定以將來發生之債權為被擔保債權，無從僅憑抵押權設定在前，撥款在後，而認定最高限額抵押權設定為虛偽等語，資為抗辯。

ŋ 並聲明：原告之訴駁回。

三、兩造不爭執事項：

被告張啟賢因盜用原告公司款項之事，經法院判決被告張啟賢應給付原告4340萬5814元本息確定（本院101年度重訴字第626號、高院105年度重上字第129號、最高法院106年度台上字第2144號判決）。

被告張啟賢將其所有之系爭房地，設定第二順位最高限額抵押權840萬元給被告張文星，於101年1月11日登記設定完成（即系爭最高限額抵押權1）。

被告張啟賢將系爭房地設定第三順位最高限額抵押權1680萬元給被告陳秀珠，於101年1月11日登記設定完成（即系爭最高限額抵押權2）。

ŋ 原告曾告發被告以虛偽不實之原因，向地政機關辦理上開、設定最高限額抵押權登記，涉有刑法第214條之使公務員登載不實罪嫌，經臺灣士林地方檢察署以105年度偵字第1729號為不起訴處分，原告再議、聲請交付審判，均因不合法而遭駁回。

四、原告主張其為被告張啟賢之債權人，訴請確認系爭最高限額抵押權1、2及所擔保之債權均不存在，並代位被告張啟賢請求被告張文星、陳秀珠塗銷系爭最高限額抵押權1、2登記等情，經被告否認，並以前詞置辯。是本件爭點為：被

告張啟賢與被告張文星間之系爭最高限額抵押權1，及被告張啟賢與被告陳秀珠間之系爭最高限額抵押權2，是否存在？　被告張啟賢與被告張文星間之系爭最高限額抵押權1所擔保之債權，及被告張啟賢與被告陳秀珠間之系爭最高限額抵押權2所擔保債權，是否存在？　原告代位被告張啟賢請求被告張文星、陳秀珠塗銷系爭最高限額抵押權1、2登記，有無理由？茲分述如下：

被告張啟賢與被告張文星間之系爭最高限額抵押權1，及被告張啟賢與被告陳秀珠間之系爭最高限額抵押權2，是否存在？

按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第277條定有明文。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，但不得以其無效對抗善意第三人，民法第87條第1項定有明文。而通謀虛偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言，故相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真意之表示相與為非真意之合意，始為相當（最高法院51年台上字第215號、62年台上字第316號判決意旨參照）。又主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，應負舉證之責（最高法院48年台上字第29號判決意旨參照）。再按最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。故最高限額抵押契約之當事人於設定抵押之物權行為意思表示如係屬真意，則縱使設定當時或嗣後所擔保之債權並未發生，亦僅債權人不得就未發生之債權行使抵押權而已，非謂該抵押權之設定即係通謀虛偽意思表示而當然無效（最高法院87年度台上字第484號判決意旨參照）。

查最高限額抵押權本即係在擔保現在已發生及將來可能發生之債權，亦即凡在存續期間所發生符合設定擔保範圍之債權，均為該最高限額抵押權效力所及，是縱被告間於設定系爭

最高限額抵押權1、2時，尚未發生設定擔保範圍之債權，亦無礙於系爭最高限額抵押權1、2之合法有效成立。且依上開意旨，原告主張被告間設定系爭最高限額抵押權1、2之行為，係基於通謀虛偽意思表示而屬無效，為被告所否認，自應由原告就上開事實負舉證之責。惟因最高限額抵押權本即係在擔保現在已發生及將來可能發生之債權，縱設定當時或嗣後所擔保之債權並未發生，倘兩造確有設定抵押權以擔保嗣後始發生債務之真意，系爭最高限額抵押權1、2仍非屬通謀虛偽之意思表示，是原告僅執被告間無法證明有債權債務關係之事實，主張其等設定系爭最高限額抵押權1、2之行為即為通謀虛偽意思表示云云，尚難認原告已就此節負舉證責任。綜上各情，原告此部分主張，自非有據。

被告張啟賢與被告張文星間之系爭最高限額抵押權1所擔保之債權，及被告張啟賢與被告陳秀珠間之系爭最高限額抵押權2所擔保債權，是否存在？

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項及第2項定有明文。又按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分，故關於最高限額抵押權所擔保之債權，如未記載於登記簿，則須於聲請登記時所提出視為登記簿附件之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，始為抵押權效力所及，若於登記簿及最高限額抵押權設定契約書均未記載者，即非抵押權所擔保之債權，非抵押權效力所及（最高法院102年台上字第215號判決意旨參照）。

查系爭最高限額抵押權1、2之擔保債權種類及範圍，於土地、建物登記謄本及抵押權設定契約書均僅記載「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，含墊款、票據、保證、遲延利息、違約金所負之債務。暨取得執行名義之費用」，並無其他約定（見本院卷　第497至514頁），故系爭最高限額抵押權1、2擔保之債權，必僅限於被告張文星、陳秀珠對被告張啟賢之墊款、票據、保證、遲延利息、違約金之債權，不及於其他種類債權，兩造間縱有其他種類債權，均非系爭最高限額抵押權1、2擔保效力範圍所及，自非系爭最高限額抵押權1、2所擔保之債權。

按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任（最高法院42年台上第170號判決意旨參照）。又最高限額抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利。最高限額抵押權所擔保之原債權，除本節另有規定外，因下列事由之一而確定：六、抵押物因他債權人聲請強制執行經法院查封，而為最高限額抵押權人所知悉，或經執行法院通知最高限額抵押權人者。但抵押物之查封經撤銷時，不在此限。最高限額抵押權所擔保之原債權確定後，除本節另有規定外，其擔保效力不及於繼續發生之債權或取得之票據上之權利，民法第881條之2第1項、第881條之12第1項第6款及第881條之14定有明文。

查本件原告主張系爭最高限額抵押權1、2擔保之債權不存在等節，然被告則辯稱被告張啟賢與被告張文星間存在借款債權，被告張啟賢與被告陳秀珠間存在返還投資款債權、贍養費債權等節，自應由被告就系爭最高限額抵押權所擔保債權存在負舉證責任。又原告主張系爭最高限額抵押權1、2之抵押物即系爭房地，業經其聲請假扣押、為查封登記且通知抵押權人等語，並提出本院民事執行處101年2月14日北院木101司執全宙字第125號查封登記函為證（見本院卷　第197、207頁），被告復未舉證系爭房地之查封登記曾遭撤銷，是系爭最高限額抵押權1、2業已確定。惟查，被告

張啟賢與被告張文星間存在借款債權，被告張啟賢與被告陳秀珠間存在返還投資款債權、贍養費債權，均非系爭最高限額抵押權1、2所擔保之債權種類，自非系爭最高限額抵押權1、2所擔保之債權。被告復未能舉證於系爭最高限額抵押權1、2確定前，尚有已發生屬於系爭最高限額抵押權1、2擔保債權種類範圍之債權，而該抵押權確定後亦無從發生屬於系爭最高限額抵押權1、2擔保效力範圍所及之債權，是原告請求確認系爭最高限額抵押權1、2所擔保之債權不存在，為有理由。

原告代位被告張啟賢請求被告張文星、陳秀珠塗銷系爭最高限額抵押權1、2登記，有無理由？

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。但專屬於債務人本身者，不在此限。所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。前項規定，於所有權以外之物權，準用之，民法第242條、第767條分別定有明文。次按最高限額抵押契約定有存續期間者，其期間雖未屆滿，然若其擔保之債權所由生之契約已合法終止，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求塗銷抵押權設定登記。訴請塗銷抵押權，僅得對抵押權人為之，抵押人並無塗銷之權能（最高法院83年度台上字第1055號判決意旨參照）。

查系爭最高限額抵押權1、2已經確定且所擔保債權不存在乙節，業已認定如前，系爭最高限額抵押權1、2登記存在於系爭房地上，自屬對系爭房地所有權之妨害，又被告張啟賢即系爭房地所有人怠於行使權利請求塗銷，影響原告即被告張啟賢之債權人進行強制執行，原告自得因保全債權，而代位請求塗銷。是原告此部分主張亦為有理由。

五、綜上所述，原告請求確認系爭最高限額抵押權1、2所擔保之

債權不存在，並代位被告張啟賢依民法第767 條第1 項中段規定，訴請塗銷系爭最高限額抵押權1 、2 之登記，為有理由，應予准許。逾此部分，則屬無據，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

民事第七庭　　法　官　郭思妤

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　　109　　年　　3　　月　　2　　日

書記官　程美儒

附表一：

編號	土地坐落					地目	面積（㎡）	應有部分
	縣市◯市區◯		段	小段	地號			
1	臺北市	中山區	北安	三	599		5917.21	70/10000

編號	建號	門牌	建築材料樓層	面積（㎡）	應有部分
1	3198	臺北市中山區明水路567 號3 樓	鋼筋混凝土造16層	第3 層：149.54 陽台：17.55 花台：5.83	1/1
	含共有部分3287建號（面積3175.57㎡，權利範圍72/10000）。				
2	3286	臺北市中山區明水路565 號門牌房屋地下3層	鋼筋混凝土造16層	地下3 層：5644.06	2/295
	含共有部分3287建號（面積3175.57㎡，權利範圍147/10000）。				

附表二：

編號	登記次序	登記日期	字　　號	權 利 種 類	擔保債權金額	權利人	債務人
1	002	101 年1 月11日	中山字第8160號	最高限額抵押權	840萬元	張文星	張啟賢
	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，含墊款、票據、保證、遲延利息、違約金所負之債務。暨取得執行名義之費用。						
2	003	101 年1 月11日	中山字第8170號	最高限額抵押權	1680萬元	陳秀珠	張啟賢
	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，含墊款、票據、保證、遲延利息、違約金所負之債務。暨取得執行名義之費用。						