臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重上字第197號

上　訴　人　金玉城開發股份有限公司
法定代理人　余釧榮
訴訟代理人　廖本揚律師
被 上訴 人　古源俊
　　謝金菊
　　劉鳳珠
上三人共同
訴訟代理人　江錫麟律師
　　王炳人律師
複代理人　　柯宏奇律師

上列當事人間請求代位塗銷土地抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國107年8月15日臺灣苗栗地方法院106年度訴字第660號第一審判決提起上訴，並為訴之變更，本院於109年7月8日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及變更之訴均駁回。

第二審訴訟費用（含變更之訴）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之；但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。又在第二審為訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回時，第一審就原訴所為判決，自當然失其效力；第二審法院應專就新訴為裁判，無須更就該判決之上訴為裁判（最高法院71年台上字第3746號判例參照）。上訴人於原審請求第一項聲明為：確認被上訴人古源俊（下稱古源俊）所有坐落苗栗縣○○鄉○○段○○○段000○00地號土地（下稱系爭土地）權利範圍3分之1，登記日期：民國105年1月7日、登記字號：大湖跨字第000000號、權利人：被上訴人謝金菊（下稱謝金菊）、義務人

：被上訴人劉鳳珠（下稱劉鳳珠），設定權利範圍3分之1，擔保債權總金額為最高限額新台幣（下同）720萬元抵押權（下稱系爭抵押權）及債權均不存在（原審卷第5頁）。上訴第二審後於107年11月30日具狀變更該項聲明為：確認謝金菊就劉鳳珠所有系爭土地權利範圍3分之1設定之系爭抵押權，及720萬元最高限額擔保債權均不存在（本院卷一第27頁、卷二第78頁）。上訴人於原審主張古源俊所有系爭土地權利範圍3分之1，借名登記於劉鳳珠名下，故於原審聲明載為古源俊所有系爭土地，惟因該權利範圍仍登記於劉鳳珠名下，而於本院將聲明變更為劉鳳珠所有系爭土地，均為關於系爭抵押權之事實，二者請求之基礎事實同一，核與上開規定相符，應准其為訴之變更。

貳、實體方面

一、上訴人主張：古源俊積欠上訴人851萬5452元，及自104年12月23日起至清償日止，按年利率5%計算之利息，上訴人僅獲償151萬9800元，其餘尚未清償（下稱系爭債務）。另登記劉鳳珠名下系爭土地權利範圍3分之1，前經臺灣苗栗地方法院（下稱苗栗地院）105年度訴字第60號確定判決，認定係古源俊借名登記於劉鳳珠名下，實際為古源俊所有，並判決劉鳳珠應將系爭土地權利範圍3分之1移轉登記予古源俊。但劉鳳珠竟於105年間將系爭土地（含借名登記3分之1部分），設定系爭抵押權予謝金菊，顯係古源俊為避免系爭土地遭強制執行，指示劉鳳珠與謝金菊通謀虛偽設定系爭抵押權，依民法第87條第1項規定，系爭抵押權之物權行為及所擔保債權行為，均屬無效，故系爭抵押權及720萬元最高限額擔保債權均不存在。上訴人為古源俊之債權人，依民法第242條代位古俊源請求確認系爭抵押權登記及擔保債權均不存在，並代位古源俊依民法第767條請求謝金菊塗銷系爭抵押權之登記。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴，嗣於本院審理時為訴之變更）。並上訴及變更聲明為：㈠原判決廢棄。㈡確認謝金菊就劉鳳珠所有系爭土地

之系爭抵押權，及720萬元最高限額擔保債權均不存在。㈢謝金菊應將系爭抵押權登記予以塗銷。

二、被上訴人答辯：古源俊並非系爭土地之所有權人，上訴人代位古源俊請求確認系爭抵押權不存在及塗銷系爭抵押權，均無理由。另劉鳳珠於105年1月間因資金需求向謝金菊借款500萬元，謝金菊分別於105年1月8日匯款200萬元、105年1月12日匯款300萬元至劉鳳珠之帳戶，並由劉鳳珠徵得古源俊同意後，將2人名下於系爭土地權利範圍各3分之1合計3分之2，設定系爭抵押權予謝金菊為擔保，劉鳳珠亦有依約給付年息1.5%之借款利息予謝金菊；劉鳳珠向謝金菊借得該500萬元，係用以投資○○○之土地，並已將500萬元匯至○○○帳戶，該500萬元與古源俊無關，上訴人主張劉鳳珠與謝金菊間500萬元借款，及系爭抵押權登記均為通謀虛偽所為，自無理由。另上訴人主張劉鳳珠與謝金菊就設定系爭抵押權及擔保借款係通謀虛偽意思表示，應由上訴人舉證證明，上訴人既未提出具體事證，上訴人之訴應無理由。並聲明：上訴及變更之訴均駁回。

三、本院協同兩造整理不爭執事項及協議簡化爭點，結果如下：

㈠不爭執事項：

1.古源俊積欠上訴人系爭債務尚未清償。

2.系爭土地登記於劉鳳珠所有其中權利範圍3分之1，上訴人主張係古源俊借名登記於劉鳳珠名下，上訴人代位古源俊起訴請求劉鳳珠將系爭土地權利範圍3分之1移轉登記予古源俊，經苗栗地院105年度訴字第60號判決，以系爭土地權利範圍3分之1為古源俊借名登記於劉鳳珠名下，經終止借名登記關係為由，判決劉鳳珠應將系爭土地該權利範圍3分之1移轉登記為古源俊所有，該判決已確定。

3.劉鳳珠於105年1月7日將系爭土地權利範圍3分之2設定擔保債權總金額為720萬元之系爭抵押權予謝金菊。

4.謝金菊分別於105年1月8日匯款200萬元、105年1月12日匯款300萬元與劉鳳珠。

5.劉鳳珠於105年1月12日匯款500萬元予黃建禎。

㈡爭點：

1.劉鳳珠、謝金菊間有無系爭抵押權所擔保之債權存在？系爭抵押權之設定及所擔保之金錢借貸關係，是否因通謀虛偽意思表思而無效？

2.上訴人得否依代位古源俊、劉鳳珠，或依侵權行為法律關係請求謝金菊塗銷系爭抵押權登記？

四、本院之判斷：

㈠上訴人主張古源俊積欠上訴人系爭債務未清償，登記劉鳳珠名下系爭土地權利範圍3分之1，係古源俊借名登記於劉鳳珠名下，經苗栗地院105年度訴字第60號判決劉鳳珠應將系爭土地該權利範圍3分之1移轉登記予古源俊，劉鳳珠於105年1月7日將系爭土地權利範圍3分之2（含古源俊借名登記權利範圍3分之1）設定系爭抵押權予謝金菊等情，為被上訴人所不爭執（不爭執事項1.2.3.），上訴人此部分主張，堪信為真實。

㈡劉鳳珠與謝金菊間有無系爭抵押權之擔保債權存在：

1.上訴人主張系爭抵押權所擔保債權不存在，此為被上訴人所否認。被上訴人主張劉鳳珠於105年1月間向謝金菊借款500萬元乙節，有借據1紙在卷可證（原審卷第32頁），另經本院以隔離方式詢問謝金菊、劉鳳珠借款情節，謝金菊稱：105年1月份白天在劉鳳珠苗栗嘉盛里家裡說要向我借款500萬元，其中200萬元是我作投資理財及家裡開禮品花店的現金，另300萬元是去○○○公司向他借的，我與○○○錢調來調去的，我與○○○約定利息為年息1%，我與劉鳳珠約定利息為年息1.5%，清償日期沒有約定，從105年至109年1年利息7萬5000元，收了5年等語（本院卷二第5至7頁）；劉鳳珠稱：105年初白天在我家向謝金菊借款500萬元，約定年息1.5%，1年7萬5000元，我說我有錢再還她，但沒有說什麼時候會還等語（本院卷二第11至12頁），謝金菊與劉鳳珠所述約定借款地點、時間、利息

及未約定清償期等細節大致相符；另證人○○○證稱：我與謝金菊是好朋友，長時間有金錢往來，後面這一筆謝金菊向我借300萬元，約定利息為每年3萬元，這300萬元是我從銀行提出250萬元及現金50萬元，在我位於新竹縣寶山鄉的公司交給謝金菊等語（本院卷二第100至102頁），證人○○○證述該300萬元借款，亦與謝金菊所述相符；又○○○於105年1月8日提款250萬元，亦有提存款交易憑條1紙在卷可證（本院卷二第109頁），證人○○○證述應可採信。另謝金菊確有於105年1月8日匯款200萬元、105年1月12日匯款300萬元至劉鳳珠之帳戶，有苗栗市農會匯款解款收入傳票2紙在卷可證（原審卷32、106頁），故謝金菊匯款共500萬元予劉鳳珠，確係基於交付借款之意思而為，堪認謝金菊對劉鳳珠確有系爭抵押權所擔保債權存在。上訴人請求確認謝金菊與劉鳳珠間系爭抵押權擔保債權不存在，為不可採。

2.上訴人雖以財政部中區國稅局苗栗分局函檢送源鄉禮品花店小營核定資料（本院卷二第123頁），主張謝金菊所經營源鄉禮品花店全年銷售額僅97萬0908元，其應無200萬元現金出借予劉鳳珠，惟源鄉禮品花店為小規模營利事業，無須辦理結算申報，故該銷售額係稅務機關自行核定，尚難認謝金菊所經營源鄉禮品花店年銷售額為何，況謝金菊已陳明其除經營源鄉禮品花店外，亦有投資理財，故無從以此認謝金菊無200萬元現金出借予劉鳳珠。另上訴人雖否認劉鳳珠有將借得500萬元用以投資○○○所有土地等語，然劉鳳珠主張於105年1月12將借得500萬元匯予○○○，作為投資○○○土地之用，有土地買賣契約書、臺灣土地銀行苗栗分行函覆本院○○○帳戶交易明細在卷可證（原審卷第72、108頁），另證人○○○證稱：劉鳳珠有投資我苗栗市○○段○○○號土地4分之1即500萬元，待該土地出售後劉鳳珠可按4分之1分配等語（本院卷二第36至37頁），堪認劉鳳珠確因投資土地而將該500萬元匯予○

○○。

㈢系爭抵押權登記及約定720萬元最高限額擔保債權，是否通謀虛偽意思表示：

1.第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責（最高法院103年台上字第358號判決參照）。又所謂通謀虛偽意思表示，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，若僅一方無欲為其意思表示所拘束之意，而表示與真意不符之意思，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示（最高法院102年台上字第1424號判決參照）。

2.上訴人主張謝金菊與劉鳳珠設定系爭抵押權及約定擔保債權，均係通謀虛偽之意思表示，此應由上訴人負舉證責任。上訴人就此主張之舉證方法，除關於古源俊積欠上訴人系爭債務，古源俊就系爭土地與劉鳳珠間借名登記關係等證據外，就通謀虛偽意思表示部分，僅以系爭土地公告現值每平方公尺為360元，權利範圍3分之2不可能有720萬元之價值等語（本院卷第95至96頁）。查系爭土地面積為4624平方公尺，公告現值為每平方公尺360元，有土地登記第一類謄本在卷可證（原審卷第25頁），其權利範圍3分之2公告現值固僅有110萬9760元，然土地公告現值與市場價格本有差距，又縱系爭抵押權之抵押物價值，不足清償全部債權，僅係不足清償部分成為普通債權，尚不足證明設定系爭抵押權及所擔保債權為通謀虛偽意思表示。上訴人既未能舉證證明謝金菊與劉鳳珠設定系爭抵押權，及所約定720萬元最高限額擔保債權金額，係通謀虛偽意思表示，則上訴人依民法第242條代位古源俊請求確認系爭抵押權登記及所擔保債權不存在，為無理由。

3.所謂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。此種抵押權所擔保

之債權，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為抵押權效力所及（最高法院66年台上字第1097號判決參照）。抵押權所擔保者為原債權、利息、遲延利息、違約金及實行抵押權之費用，此於最高限額抵押權亦有準用，民法第861條第1項前段及第881條之17規定可明。又系爭抵押權登記其他擔保範圍包括「1、取得執行名義之費用。2、保全抵押物之費用。3、因債務不履行而發生之損害賠償。」有第一類登記謄本在卷可證（原審卷第17頁），謝金菊就系爭抵押權所擔保債權本金雖為500萬元，然系爭抵押權擔保債權除借款本金外，尚有上開其他擔保範圍，故於系爭抵押權終止前未能確定所擔保債權之金額；上訴人既未能舉證證明謝金菊與劉鳳珠約定系爭抵押權擔保最高限額720萬元，係通謀虛偽意思表示，其請求確認系爭抵押權所擔保720萬元債權不存在，為無理由。

㈣上訴人得否請求謝金菊塗銷系爭抵押權之登記：

上訴人既未舉證證明謝金菊與劉鳳珠間設定系爭抵押權及所約定擔保債權，係通謀虛偽意思表示，且謝金菊確有系爭抵押權所擔保之借款債權存在，另上訴人亦未舉證證明謝金菊有侵害上訴人對古源俊債權之侵權行為，上訴人代位古源俊、劉鳳珠依民法第767條或侵權行為，請求謝金菊塗銷系爭抵押權登記，即屬無據。

五、綜上所述，上訴人未能舉證證明謝金菊與劉鳳珠設定系爭抵押權，及所約定720萬元最高限額擔保債權，均屬通謀虛偽意思表示，上訴人請求確認系爭抵押權，及所約定720萬元最高限額擔保債權均不存在，並請求謝金菊系爭抵押權登記塗銷，均無理由，應予駁回。從而原審就上訴人請求謝金菊塗銷系爭抵押權登記部分，為上訴人敗訴之判決，並無不合（所持理由雖與本院不同，惟結論並無二致，仍應予維持），上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另本件變更之訴（確認劉鳳珠所有系爭土地權

利範圍3分之1之系爭抵押權，及所約定720萬元最高限額擔保債權均不存在），為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造所提其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌後，核與判決結果均不生影響，爰均不再予逐一論述。

七、據上論結，上訴人之訴及變更之訴，為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日

民事第八庭　　審判長法　官　蔡秉宸

法　官　許旭聖

法　官　吳國聖

正本係照原本作成。

兩造均不得上訴。

書記官　蔡芬芬

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日