臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度上字第41號

上　訴　人　華南永昌綜合證券股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　李啓賢

訴訟代理人　程居威律師

　　李佑均律師

被上訴人　　李祈霖

　　陳怡明

共　　同

訴訟代理人　陳清華律師

上列當事人間請求塗銷最高限額抵押權登記事件，上訴人對於中華民國109年11月24日臺灣臺中地方法院109年度重訴字第227號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於110年7月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴人追加先位之訴駁回。

原判決廢棄。

被上訴人李祈霖與陳怡明間就如附表所示不動產，經中興地政事務所以興普登字第226300號收件，於民國107年11月2日所設定擔保債權總金額新臺幣2500萬元之最高限額抵押權設定行為，應予撤銷。

被上訴人陳怡明應將前項所示抵押權設定登記塗銷。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔；追加之訴訴訟費用由上訴人負擔。

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 項及第255 條第1 項第2 款分別定有明文。本件上訴人於原審起訴就被上訴人李祈霖與陳怡明間，就李祈霖所有如

附表所示不動產（下稱系爭不動產）經臺中市中興地政事務所以興普登字第226300號收件，於民國107年11月2日所設定擔保債權總金額新臺幣（下同）2500萬元之最高限額抵押權（下稱系爭抵押權），聲明求為判決撤銷被上訴人間系爭抵押權之設定行為，及判命陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記。嗣原審判決駁回上訴人之請求，上訴人不服提起上訴後，於本院本於同一基礎事實，追加先位聲明求為判決確認系爭抵押權不存在，及判命陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記，並將上開原審之聲明改列為備位聲明（見本院卷第87-91頁），依照上開規定，應予准許。

貳、訴訟要旨：

一、上訴人主張：

㈠被上訴人李祈霖於107 年7 月4 日起至同年10月19日止，以其在上訴人斗六分公司之證券交易信用帳戶，融資下單買入98張「康友」股票（股票代號6452），總計上訴人因而貸與李祈霖融資款共計2999萬7000 元。嗣因「康友」股票自107年10月22日開始無量下跌，而發生擔保維持率不足130%之情形，上訴人先後於同年11月2 日、12日通知李祈霖補繳，李祈霖並未遵期補繳，上訴人僅得依法於同年11月12日開始處分李祈霖的上述股票，並於同年11月14日向臺灣證券交易所申報違約。嗣上訴人仍受有753 萬4789 元之損害，已對李祈霖取得原法院核發之107 年司促字第30997 號支付命令（於同年12月13日確定）。

㈡詎李祈霖為避免無法清償對上訴人之融資款而遭財產強制執行，竟與被上訴人陳怡明基於通謀虛偽意思表示，於同年11月2 日將系爭不動產設定系爭抵押權予陳怡明，依法即屬無效。於二審以先位聲明，訴請確認系爭抵押權不存在，並依民法第242條、第767條規定，代位李祈霖請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記。

㈢縱認被上訴人間就系爭抵押權之設定行為非出於通謀虛偽意思表示，而係為擔保李祈霖華南商業銀行斗六分行帳號：00

0000000000號帳戶（下稱系爭華南帳戶）於107年10月22日分別由訴外人０００及０００匯入各1000萬元、由０００匯入1000萬元，總計3000萬元之借款（下稱系爭3000萬元借款），但該借款既非由陳怡明所提供，則設定系爭抵押權予陳怡明應屬無償行為，且李祈霖取得系爭3000萬元借款在先，設定系爭抵押權在後，陳怡明於系爭抵押權設定後未再提出任何對價，系爭抵押權之設定行為自屬無償行為，並因而使上訴人無從就李祈霖之系爭不動產受償，有害及上訴人債權之實現，及其他債權人公平受償之機會。上訴人自得依民法第244條第1項及第4項規定，訴請撤銷系爭抵押權設定行為，及塗銷抵押權設定登記。再即使李祈霖對陳怡明負有系爭3000萬元借款債務，而應認系爭抵押權之設定屬有償行為，但系爭3000萬元借款係匯入李祈霖個人證券帳戶用以作為其另行現股購買「康友」股票交割款之繳納，並非匯入其專屬交割專戶用以補足上述融資之維持率與填補上訴人之損害，則李祈霖於107年10月22日「康友」股票持續無量下跌，而陳怡明亦明知李祈霖縱將其所有全數股票出售，已無力清償其他債權人之債權之情況下，仍為系爭抵押權之設定，損害上訴人之債權，上訴人亦得依民法第244條第2項及第4項規定，訴請撤銷系爭抵押權設定行為，並請求陳怡明塗銷該抵押權設定登記等語。

㈣並追加先位聲明：1.確認被上訴人間系爭抵押權不存在。2.陳怡明應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。暨備位聲明：1.原判決廢棄。2.被上訴人間系爭抵押權之設定行為應予撤銷。3.陳怡明應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

二、被上訴人則以：李祈霖為陳怡明之姊夫，因李祈霖於107 年10月間融資購買「康友」股票發生連日無量下跌之情形，產生鉅額損失，為免違約交割產生刑責，遂向親友告借，然因金額龐大且時間緊迫，遂透過陳怡明向友人借款。而陳怡明原擬向友人０００借款3000 萬元，但０００因自身資金不足，遂陪同陳怡明向０００之友人０００借款，因其等無法

馬上提供擔保，０００遂要求０００擔任連帶保證人，擔保陳怡明向０００借款之2,000 萬元，約定利息為年息10% ，陳怡明則簽發同額之本票1 張給０００作為擔保。而陳怡明另向０００借款1,000 萬元，約定利息亦為年息10% ，陳怡明亦簽發同額之本票1 張給０００作為擔保後，０００即於107 年10月22日以其本人及配偶０００之名義，各匯款1,000 萬元至李祈霖華南帳戶，０００亦於同日匯款1,000 萬元至李祈霖上開帳戶，使李祈霖得於同年10月23日辦理「康友」股票之交割，並清償對上訴人之債權。嗣後，李祈霖再將系爭不動產設定系爭抵押權給陳怡明，用以擔保前述借款，又因系爭不動產已設定有臺中商業銀行股份有限公司（下稱臺中商銀）之前順位抵押權，剩餘價值不多，故當時設定2,500 萬元已超過系爭不動產價值甚多，而未設定債權額3,000 萬元等語，資為抗辯。於本院答辯聲明：追加之訴及上訴駁回。

參、本院會同兩造整理並簡化爭點，結果如下（本院卷第82-83頁，部分文字依本判決用語調整之）：

一、兩造不爭執事項：

㈠李祈霖於106 年3 月27日在被上訴人斗六分公司開立信用交易帳戶。

㈡李祈霖於107 年7 月4 日起至同年10月19日止，以上開帳戶在上訴人斗六分公司融資下單買入98張「康友」股票（股票代號6452），總計上訴人貸與李祈霖融資款共計2,999 萬7,000 元。嗣因「康友」股票無量下跌，發生擔保維持率不足情形，上訴人先後於同年11月2 日、12日通知李祈霖補繳，李祈霖並未遵期補繳，上訴人於同年11月12日開始處分李祈霖上述股票，並於同年11月14日向臺灣證券交易所申報違約。嗣上訴人仍有753 萬4,789 元未獲償。

㈢上訴人就前項未獲償債權，已對李祈霖取得原法院核發之107 年司促字第30997 號支付命令（於同年12月13日確定）。

㈣李祈霖於107 年11月2 日將系爭不動產設定系爭抵押權給陳

怡明。

二、兩造爭執事項：

㈠被上訴人間就系爭抵押權之設定行為是否係出於通謀虛偽意思表示？

㈡上訴人訴請確認系爭抵押權不存在，並請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定有無理由？

㈢被上訴人間就系爭抵押權之設定行為是否屬無償行為或有償行為？上訴人主張依民法第244 條規定撤銷系爭抵押權設定行為並請求塗銷登記，有無理由？

肆、本院之判斷：

一、先位之訴部分：

㈠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 項定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起。查本件上訴人先位之訴求為確認被上訴人間設定之系爭抵押權不存在，其所請求確認者雖為他人間之法律關係，然因被上訴人間系爭抵押權之存否，涉及上訴人對李祈霖之債權得否受償，是上訴人提起此部分確認之訴以排除此項危險，核與前開規定要件相符，故上訴人對被上訴人2人提起此部分確認之訴，即有受確認判決之法律上利益。合先敘明。

㈡上訴人就被上訴人間就系爭抵押權之設定行為係出於通謀虛偽意思表示，未能舉證以實其說，應屬無理由：

1.民法第87條第1 項前段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。上訴人主張被上訴人間設定系爭抵押權係

出於通謀虛偽意思表示，既為被上訴人所否認，則依前揭說明，自應由上訴人就此有利於己之主張負舉證證明之責。

2.上訴人就此應負舉證責任事項，無非以ＯＯＯ因自有資金不足，而僅出借1000萬元，卻就ＯＯＯ所出借之2000萬元，擔任連帶保證人並開立本票以為擔保，且李祈霖亦未提供任何對價予ＯＯＯ，不符常情等語，爭執系爭3000萬元借款之真正。惟查：

①被上訴人抗辯李祈霖因於107年10月間購買之「康友」股票，無量下跌，礙於自有資金不足，為免違約交割，而委由其姊夫陳怡明向朋友借貸，嗣陳怡明以其個人名義為李祈霖向ＯＯＯ、ＯＯＯ借款共計3,000 萬元，ＯＯＯ、ＯＯＯ亦於107 年10月22日，由ＯＯＯ及其配偶ＯＯＯ匯款各1000萬元、ＯＯＯ匯款1000萬元，共計3,000 萬元至李祈霖系爭華南帳戶，而於次日用以作為李祈霖之「康友」股票交割扣款等情，業據提出與所述相符之107年10月21日借款契約書、本票各2 份及李祈霖之華南帳戶存摺內頁影本為證（見原審卷第157 至167 頁）。

②李祈霖於107 年10月19日除融資買進37張「康友」股票（交易種類：資買）外，另現股買進56張「康友」股票（交易種類：普買）等情，此有李祈霖在上訴人公司之歷史交易明細在卷可稽（見本院卷第117-118頁）。依臺灣證券交易所股份有限公司營業細則第57條規定，上開股票應於成交日後第二個營業日交割，故李祈霖應於107年10月23日（因107年10月19日適逢周五）就普買之「康友」股票，全額付款2997萬5654元；就資買之「康友」股票支付自備款793萬4159 元，始能避免違約交割責任，已為兩造所不爭執（見本院卷第160-161頁）。又依李祈霖之系爭華南帳戶存摺明細所示，該帳戶於107 年10月17日餘額僅為795 萬9777 元，嗣上述3000萬元款項於107年10月22日匯入系爭華南帳戶後，系爭華南帳戶於同年月23日分別扣款2997萬5654元、793萬4159 元繳付前揭「康友」股票交割款，有系爭華南帳戶存摺明細附卷

足憑（見原審卷第167頁）。而李祈霖既因自有資金不足，為免於107年10月19日現股買入之上開「康友」股票違約交割，而委託陳怡明出面向他人借款，經陳怡明分別向ＯＯＯ、ＯＯＯ借款共計3000 萬元，且所借得之款項亦係匯入李祈霖系爭華南帳戶以為其所購買股票交割款之繳付，則李祈霖自應就系爭3000萬元借款對陳怡明負清償之責。是被上訴人間系爭3000萬元借款之債權債務關係，堪信為真正。

③李祈霖係經由陳怡明介紹始認識ＯＯＯ，陳怡明與ＯＯＯ較為熟識，而ＯＯＯ則一直是ＯＯＯ之金主等情，業據被上訴人陳明在卷（見本院卷第84頁）；參以陳怡明名下財產高達27筆，其資力明顯較李祈霖之資力豐厚，而具有償債能力，亦有本院依職權調取之李祈霖與陳怡明之稅務電子閘門調件明細表可憑。則依上述陳怡明、ＯＯＯ、ＯＯＯ及李祈霖間之交往情誼及歷來資金往來情形暨償債能力等節觀之，本件由陳怡明出面擔任借款人，為李祈霖向ＯＯＯ及ＯＯＯ借貸系爭3000萬元款項，並由ＯＯＯ就其中其金主ＯＯＯ所出借之2000萬元擔任連帶保證人，尚難認有違常情；再者，應對ＯＯＯ及ＯＯＯ負償債責任之人既為財力較佳而出面借款之陳怡明，則李祈霖又有何須支付對價予ＯＯＯ之必要？上訴人據此爭執系爭3000萬元借款之真正，實難採信。

4. 至上訴人另主張李祈霖實為ＯＯＯ及ＯＯＯ之人頭帳戶云云，雖提出ＯＯＯ之之台中商銀大竹分行交易明細為佐（見原審卷第257-305頁），惟李祈霖與ＯＯＯ間固曾有資金往來，但往來次數並非頻繁，且僅依該等交易往來明細，實無從為李祈霖係ＯＯＯ及ＯＯＯ之人頭帳戶之判斷。是上訴人此部分主張，亦非可採。

5. 觀之陳怡明對李祈霖既有系爭3000萬元借款債權存在，則於「康友」股票無量下跌，李祈霖遭追繳之際，其等要求設定系爭抵押權，並於107年11月2日完成登記，顯為確保自身債權，而有取得抵押權之真意，自非民法第87條所定通謀虛偽意思表示。此外，上訴人就被上訴人間就系爭抵押權之設定

行為係出於通謀虛偽意思表示，復未能提出其他證據舉證以實其說，應屬無理由。

㈢從而，上訴人主張系爭抵押權之設定係基於通謀意思表示，請求確認系爭抵押權不存在，並依民法第242條及第767條規定，代位李祈霖請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記，即屬無據，不應准許。

二、備位之訴部分：

㈠被上訴人間之系爭抵押權，係對早已存在之系爭3000萬元借款債權，於事後所為之設定行為，於設定抵押權當時僅單純增加債務人李祈霖負擔而已，難認與先前已存在之借款債權間具有對價關係，而屬無償行為，且有害及上訴人之債權：

1.按債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債權人依第1 項規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀，民法第244 條第1項及第4項前段分別定有明文。債權人之債權，因債務人之行為，致有履行不能或因難之情形者，即應認為有損害於債權人之權利（最高法院45年台上字第1316號裁判意旨參照）。是債務人之行為如為無償行為，不以債務人於行為時明知有損害於債權人之權利，亦不以受益人於受益時亦知其情事者為限，僅需債權人之債權，因債務人之行為，客觀上致有履行不能或因難之情形者，即應認為有損害於債權人之權利，債權人均得行使撤銷權及請求受益人回復原狀。

2.次按，債務人所有之財產除對於特定債權人設有擔保物權外，應為一切債務之總擔保（最高法院48年台上字第1750號裁判意旨參照）。而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，則債權人自得依民法第244條第1項之規定以撤銷之（最高法院51年台上字第3528號、102年度台上字第2435號裁判意旨參照）。要言之，如借款債權成立之「同時」設定抵押權者，債務人設定抵押

權行為雖增加其負擔，但同時取得借款而增加財產，該借款債權與設定抵押權行為間具有對價關係，固屬有償行為，如借款債權早已存在而「事後」始設定抵押權者，債務人於設定抵押權當時僅單純增加其負擔而已，難認與先前已存在之借款債權間具有對價關係，而屬無償行為，可避免債務人在已陷於資力困難而無法清償全部債務之情況下，竟與特定債權人事後「單獨」就特定債權設定抵押權，而妨害其餘債權人「共同」公平受償之機會。而最高限額抵押權，除第861條第2項、第869條第1項、第870條、第870條之1、第870條之2、第880 條之規定外，準用關於普通抵押權之規定，為民法第881 條之17所明文。最高限額抵押權除關於上開除外規定以外，均得準用普通抵押權之規定，亦即兩者在本質上並無區別，則當事人就早已存在之借款債權部分，事後始設定最高限額抵押權擔保者，仍有債務人與特定債權人事後「單獨」設定最高限額抵押權，而妨害「全體」債權人公平受償機會之問題，自無排除最高限額抵押權在前述見解適用範圍以外之理，先予敘明。

3. 經查，李祈霖係因自有資金不足，為免於107年10月19日現股買入之56張「康友」股票違約交割，而委託陳怡明出面向他人借款，經陳怡明為李祈霖於107年10月21日分別向ＯＯＯ、ＯＯＯ借款共計3000 萬元，由ＯＯＯ及ＯＯＯ、ＯＯＯ配偶ＯＯＯ於107年10月22日各匯款1000萬元至李祈霖系爭華南帳戶，用以作為次日上開股票交割款2997萬5654元之繳付，業據本院認定如前；而依證券商辦理有價證券買賣融資融券業務操作辦法第65條規定，融資購買證券者若擬以現金補足維持率，應將該款項匯入證券公司專屬之交割專戶，系爭3000萬元借款既係匯入李祈霖之系爭華南帳戶以辦理其普買現股之交割，而非匯入上述專屬交割專戶以補足維持率，足見李祈霖借貸系爭3000萬元，並非係為補足其維持率甚明。

4. 又系爭抵押權之設定係為擔保系爭3000萬元借款債權，既為

被上訴人所承（見原審卷第149頁），而陳怡明對李祈霖之系爭3000萬元借款債權成立時間係107年10月22日，該借款債權成立時，並未見被上訴人間有任何設定系爭抵押權以為系爭3000萬元借款擔保之約定，雖「康友」股票於107年10月22日開始無量下跌，李祈霖始於107年10月31日送件申請設定系爭抵押權，並於同年11月2日完成登記，此有「康友」股票歷史價格表及臺中市中興地政事務所109年4月15日函檢送之土地登記申請書、抵押權設定契約書在卷可稽（見本院卷第121-122頁、原審卷第137-146頁），顯見被上訴人間係於系爭3000萬元借款債權成立後，因李祈霖償債能力已出現問題（詳見後述），為擔保陳怡明該特定債權，始於事後「單獨」為陳怡明設定系爭抵押權，且又無任何證據足認其等於系爭抵押權登記後有成立新的債權關係，則依前揭說明，自應認被上訴人間該事後所為設定系爭抵押權行為屬於無償行為。

5. 李祈霖名下財產，除系爭不動產外，僅另有投資1筆，別無其他財產，107年度薪資及股單憑利、營利所得合計約313萬元，108年度則僅有營利所得2,480元，有其稅務電子閘門財產所得調件明細表在卷可參。而上訴人於「康友」股票無量下跌，李祈霖發生擔保維持率不足情形時，先後於同年11月2 日、12日通知李祈霖補繳，李祈霖並未遵期補繳，上訴人於同年11月12日開始處分李祈霖上述融資買入之股票，仍有753 萬4,789 元未獲償（見不爭執事項㈡、㈢）；另李祈霖為辦理上開107年10月19日現股買入之 「康友」股票交割款繳納，而於107年10月22日對陳怡明負有系爭3000萬元借款債務，可見上訴人與陳怡明對李祈霖之前揭借款債權原均屬普通債權，應就李祈霖之財產共同公平受償。又系爭不動產上原有擔保臺中商銀債權總額1080萬元之第一順位最高限額抵押權，有建物及土地登記謄本在卷足憑（見原審卷第89-95頁），李祈霖復以系爭不動產設定擔保債權總金額2500 萬元之系爭抵押權予陳怡明，則以系爭不動產附近房地交易金

額每坪約23萬元估算（見原審卷第123-124頁），系爭不動產價額約1496萬8558元（見原審卷第115頁），倘經出售或拍賣，扣除土地增值稅、房屋稅、地價稅及第一順位抵押權後，餘額將優先清償陳怡明之前述債權，而使屬於普通債權之上訴人上開債權難以受償，故被上訴人間設定系爭抵押權之行為，客觀上確有害於上訴人之債權。

㈡上訴人得依民法第244條第1項及第4項規定，撤銷系爭抵押權設定行為及塗銷抵押權登記：

承前所述，被上訴人間系爭抵押權設定行為屬無償行為，且有害及上訴人之債權，則上訴人主張依民法第244 條第1、4項規定，請求撤銷被上訴人間系爭抵押權設定行為，並請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記，即屬有據，應予准許。又上訴人主張依民法第244條第1、4項規定，訴請撤銷系爭抵押權設定行為及塗銷系爭抵押權設定登記，既有理由，本院就其再備位主張依民法第244條2、4項規定，訴請撤銷系爭抵押權設定行為及塗銷系爭抵押權登記，自毋庸再予審酌，附此敘明。

伍、綜上所述，上訴人追加先位之訴，訴請確認被上訴人間系爭抵押權不存在，並主張依民法第242條、第767條規定，代位李祈霖請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記，為無理由，應予駁回；其備位依民法第244條第1項及第4項規定，請求撤銷被上訴人間系爭抵押權設定行為，並請求陳怡明塗銷系爭抵押權設定登記，為有理由，應予准許。原審就上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第3、4項所示。

陸、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經本院斟酌後，對於判決之結果不生影響，故不再逐一論列，併此敘明。

柒、據上論結，本件上訴為有理由，追加先位之訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　4　　日

民事第四庭　　審判長法　官　林慧貞

法　官　莊嘉蕙

法　官　劉惠娟

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由書狀（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四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　陳文明

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　4　　日

附表：

編號	地號/ 建號（門牌號碼）	面積及權利範圍
1	臺中市○○區○○段0000○號建物（臺中市○○區○○街000 號5樓之3 ）	面積：119.02平方公尺附屬建物：陽台：面積14.11 平方公尺雨遮：面積1.91平方公尺權利範圍: 全部
		共有部分： 1.大新段8561建號：面積622.44平方公尺，權利範圍：一萬分之二四七 2.大新段8562建號：面積3556.42 平方公尺，權利範圍：十萬分之一八二0
2	臺中市○○區○○段000 地號土地	面積983 平方公尺，權利範圍：十萬分之一九一0