臺灣嘉義地方法院民事判決

107年度訴字第174號

原　　告　全青股份有限公司
法定代理人　陳月鳳
訴訟代理人　王仰桂
被　　告　葉麗淑
　　蔡葉麗櫻
　　葉麗桂
上　二　人
訴訟代理人　羅振宏律師

上列當事人間請求確認最高限額抵押權不存在等事件，本院於民國108年1月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻就附表一所示不動產所為如附表一所示之新臺幣600萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷；被告葉麗淑與被告葉麗桂就附表一所示不動產所為如附表一所示之新臺幣600萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷；被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻就附表二所示不動產所為如附表二所示之新臺幣1,500萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷。

被告蔡葉麗櫻、葉麗桂應將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

原告其餘之訴（即先位之訴）駁回。

訴訟費用由被告平均負擔。

事實及理由

甲、程序方面

壹、按言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決，民事訴訟法第385條第1項前段定有明文。查被告葉麗淑經合法通知，而未於言詞辯論期日到場，有本院言詞辯論筆錄、報到單、送達證書等在卷可證；且核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、次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。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號判例要旨同此見解）。查原告所主張被告間就坐落嘉義縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號等土地及同段171建號房屋（下稱系爭甲不動產）所設定新臺幣（下同）600萬元最高限額抵押權及其所擔保之債權，及被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻就坐落嘉義縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○○○號土地（下稱系爭乙不動產）所設定1,500萬元最高限額抵押權及其所擔保之債權，均係通謀虛偽意思表示依法均屬無效，而請求確認前開最高限額抵押權與所擔保債權均不存在，且前開土地之土地登記第一類謄本及建物之建物登記第一類謄本仍有前開最高限額抵押權與所擔保債權之記載，故被告間就上開不動產之最高限額抵押權及其所擔保債權是否存在，兩造及既互有爭執，其存否即屬不明確，且原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，而前開不安之狀態，復能以本件確認判決將之除去，則依前開說明，應認有即受確認判決之法律上利益，是原告提起本件確認之訴，與法自無不合。

乙、實體方面

壹、原告起訴主張：

（壹）先位之訴部分：

一、被告葉麗淑及其配偶即訴外人陳新茅所經營之新果貿易行長年與原告間有水果交易關係。被告葉麗淑於106年9月5日向原告訂購進口水果，並簽發發票日為106年10月1日與同年月22日、27日及同年11月5日之遠期支票4紙合計面額2,295,700元交付原告，嗣原告依約交貨完畢，然前開支票屆期提示均未獲付款，迭經原告催討均未獲置理，原告遂持前開支票陸續於106年10月6日、同年月24日、同年11月9日向臺灣新北地方法院（下稱新北地院）聲請對本件被告葉麗淑核發支

付命令獲准。嗣原告持前開支付命令與確定證明書為執行名義，向本院聲請對被告葉麗淑之財產強制執行，而分別由本院以106年度司執字第43826號、107年度司執字第327號強制執行事件受理在案。詎被告葉麗淑為脫免責任，竟於106年9月20日，將其所有系爭甲不動產設定600萬元之最高限額抵押權予其胞妹即被告蔡葉麗櫻、葉麗桂；再於106年10月24日，將其所有系爭乙不動產設定1,500萬元之最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，致前開土地、房屋之鑑定價值遠低於前開最高限額抵押權總金額，本院民事執行處遂以拍賣無實益通知本件原告，本件原告乃撤回前開強制執行。

二、然被告間之前開最高限額抵押權設定行為與所擔保之債權借貸行為均有違常情，應屬通謀虛偽意思表示而無效。蓋：

（一）被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻、葉麗桂就系爭甲不動產通謀約定假債權並設定虛偽之600萬元第2順位最高限額抵押權：

1、被告葉麗淑於106年7月3日已先將其名下所有系爭甲不動產與訴外人即其胞兄葉銘源名下所有同段1195、1196地號等土地，共同設定240萬元之第1順位最高限額抵押權予訴外人聯邦商業銀行股份有限公司（下稱聯邦銀行）。

2、抵押權係擔保債權之實現，橫諸常理，債權人在判斷是否設定抵押權以擔保債權之際，理應詳為評估抵押物之價值，縱系爭第2順位最高限額抵押權設定時，第1順位最高限額抵押權人聯邦銀行之實際債權額為零，然在聯邦銀行之最高限額抵押權未經塗銷且存續期間未屆滿前，被告葉麗淑仍得在該設定額度內隨時向聯邦銀行借款。是被告蔡葉麗櫻、葉麗桂豈可能不知聯邦銀行之第1順位最高限額抵押權可能危及自身債權，竟僅憑被告葉麗淑所有前開土地之權利範圍僅3分之1、價值不逾631,700元、且尚不包含前開1208地號土地及其上建物，竟再設定系爭600萬元之第2順位最高限額抵押權，如此被告蔡葉麗櫻、葉麗桂根本難以受償。蓋系爭甲不動產若經聯邦銀行拍賣取償後所

剩無幾，並無剩餘價值可供清償被告蔡葉麗櫻、葉麗桂之系爭第2順位最高限額抵押權所擔保之600萬元債權，足見被告間之系爭債權及第2順位最高限額抵押權乃臨訟所為，不足為信。

（二）被告葉麗淑、蔡葉麗櫻間就系爭乙不動產，通謀約定假債權並設定虛偽之1,500萬元最高限額抵押權。蓋：

1、自被告蔡葉麗櫻聲請參與分配所出具之2,500萬元借據、本票，日期均為102年4月30日，然被告蔡葉麗櫻卻遲至4年多後之106年10月24日始設定系爭1,500萬元最高限額抵押權，且2,500萬元並非小數目，若被告蔡葉麗櫻於102年4月30日真借款2,500萬元予被告葉麗淑，為何無保全債權措施即願出借該款項，況遲至被告葉麗淑向原告訂購水果及原告聲請前開支付命令後，被告間始設定系爭1,500萬元之最高限額抵押權。再者，前開借據雖記載：「：：：本人向蔡麗櫻承諾3年內還清，如未能償還，同意土地直接過名。或設定抵押給蔡葉麗櫻：：：」等語，縱被告間事後設定系爭1,500萬元最高限額抵押權可推論被告葉麗淑已於4年內償還1,000萬元，惟依前開借據之約定，應於105年4月底即辦理土地過戶或抵押權設定，甚至被告蔡葉麗櫻為保護債權應即聲請本票裁定強制執行，而非待原告聲請核發支付命令之際，始設定系爭最高限額抵押權，故就被告間設定系爭最高限額抵押權之時間點以觀，實有違經驗法則。

2、另前開借據記載債務金額為「貳仟伍佰萬元正」，而前開本票卻記載「貳仟伍萬元正」，兩者金額差495萬元，以借貸金額高達2,500萬元，橫諸常理，雙方對約定之細節、金額之書寫理應相當謹慎，被告蔡葉麗櫻出借鉅款，豈有不詳加確認本票金額之理？足見前開借據、本票均係臨訟杜撰，故被告間之系爭債權不足為信。況前開借據亦記載「：：：本人名下位於嘉義縣土地押給蔡葉麗櫻：：：土地坐落：嘉義縣○○鎮○○段地號：0000-0000、0000

-0000」，然依前開土地之土地登記謄本記載，被告葉麗淑係於106年2月21日始因贈與取得系爭419-2地號土地），則被告葉麗淑豈可能於102年4月30日承諾將尚不屬自己所有之土地設定抵押權給被告蔡葉麗櫻？故被告顯係事後杜撰假債權之行為，不言可喻。

（三）綜上，系爭最高限額抵押權均係被告間以規避債務為目的而通謀虛偽意思表示所設定，且其等間亦無系爭最高限額抵押權所擔保之債權存在，故系爭最高限額抵押權之設定依民法第87條第1項前段規定應屬無效。而原告為被告葉麗淑之債權人，系爭最高限額抵押權之設定登記對原告債權之受償自有妨害，然被告葉麗淑怠於行使其權利而不請求塗銷系爭抵押權設定登記，故原告自得依民法第113條、第767條第1項中段及第242條前段等規定，請求確認被告間系爭最高限額抵押權及其所擔保之債權均不存在，並得代位葉麗淑請求被告蔡葉麗櫻、葉麗桂應將系爭最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

三、對被告抗辯之陳述：

（一）被告葉麗淑在原告交付水果後，始夥同被告葉麗桂於106年9月20日設定系爭第1筆最高限額抵押權；再於新北地院於106年10月17日裁准原告聲請之支付命令後，及被告葉麗淑於106年10月1日、22日連續跳票後，再設定系爭第2筆最高限額抵押權，足認被告所主張之借款債權行為及最高限額抵押權設定物權行為均係虛偽不實。

（二）依舉證責任分配原則，確認法律關係不存在之訴應由被告負舉證責任。關於被告蔡葉麗櫻、葉麗桂所抗辯之金流，不足證明被告間有系爭消費借貸關係，反可解釋為被告蔡葉麗櫻、葉麗桂積欠被告葉麗淑金錢，而清償被告葉麗淑之憑據，或其等間有合夥關係之金錢往來。又被告蔡葉麗櫻與訴外人即其子蔡松峯對被告葉麗淑之金流抗辯為借貸，更是不明所以。

（三）被告蔡葉麗櫻、葉麗桂已對原告所提支票與其退票理由單

影本、新北地院106年司促字第28422號支付命令、106年司促字第30007號支付命令、106年司促字第32408號支付命令影本等文書形式上真正不爭執，且在被告聲明參與分配之強制執行事件中，即已知悉前開文書之內容，故被告不可能不清楚被告葉麗淑積欠原告金錢。

（四）系爭最高限額抵押權設定未約定利息，且擔保債權確定日分別在136年9月17日、136年10月17日，屆時被告蔡葉麗櫻已97歲、被告葉麗桂為95歲、葉麗淑為91歲，均近百歲，如此約定實有違常理，析述如下：

1、對被告蔡葉麗櫻所提交易明細表（本院卷一第173至190頁）、存摺明細查詢影本（被證2，本院卷一第193至268頁）、交易明細表影本（被證3，本院卷一第269至377頁）、交易明細表影本（被證4，本院卷一第379至470頁）等文書之製作名義人真正均不爭執，但否認前開文書內容之真正，且前開文書之內容亦不足證明被告間確有系爭消費借貸關係。蓋：

（1）交付金錢之原因甚多，或為借款，或為贈與，或為合會金之交付，或可能係被告共同向上游批發商合購水果資金等，不得僅因互有匯款紀錄即遽認被告間有消費借貸關係存在，尚須本於借貸之意思而交付，始成立消費借貸關係。被告蔡葉麗櫻所提匯款明細僅能證明被告間金錢往來頻繁，被告蔡葉麗櫻仍須舉證證明其與被告葉麗淑間有消費借貸意思表示合致（有最高法院98年度台上字第1045號判決意旨可參）。

（2）另對照被告蔡葉麗櫻所提前開匯款明細表，被告蔡葉麗櫻主張之債權金額與匯款明細不符，則被告蔡葉麗櫻更應詳加舉證何筆款項為消費借貸。

（3）自被告所提匯款明細表中，計算101年1月6日至102年4月19日之匯款明細，則被告蔡葉麗櫻積欠被告葉麗淑904,500元，與被告蔡葉麗櫻所提之2,500萬元借據、2,005萬本票，差距2千多萬，故何來2,500萬元或2,005萬元債權，顯

見上開借據、本票均係被告蔡葉麗櫻臨訟杜撰，被告所提匯款明細實無法證明被告所抗辯系爭債權之存在。

（4）被告蔡葉麗櫻雖辯稱被告葉麗淑自105年10月後即借多還少云云。然依被告所提匯款明細表所載，被告葉麗淑自104年1月19日起即開始借多還少，是被告蔡葉麗櫻若為確保其債權，應更早要求被告葉麗淑設定抵押權，而非拖延至系爭支付命令核發與被告葉麗淑跳票後始為設定，足見被告蔡葉麗櫻所辯前後矛盾，並非實在。

（5）被告葉麗淑之九信雙園分行帳戶係甲存帳戶，被告葉麗淑之板信雙園分行帳戶則係支票帳戶。而被告蔡葉麗櫻既自承與被告葉麗淑同於第一果菜批發市場從事水果批發業逾40年，則可推知被告蔡葉麗櫻密集、大量匯款至被告葉麗淑之支票帳戶，實係因被告蔡葉麗櫻借被告葉麗淑之支票經營商業。事實上，被告蔡葉麗櫻長期以其所經營之義和水果行、及蔡松峯擔任負責人之正農貿易有限公司名義，與原告交易奇異果，直至104年起因交易信用不良，原告遂婉拒與被告蔡葉麗櫻往來。另經原告對照系爭匯款明細，始知被告葉麗淑自101年起交易量增加之理由乃被告蔡葉麗櫻借葉麗淑之支票經營商業，透過被告葉麗淑為管道向原告進貨。故被告蔡葉麗櫻與被告葉麗淑間頻繁金錢往來，實際上係被告蔡葉麗櫻借被告葉麗淑之支票帳戶經營商業。

（6）被告蔡葉麗櫻雖抗辯其與被告葉麗淑間確有系爭消費借貸關係，並提出蔡松峯所製作之複寫估價單為證云云。惟：

①該複寫估價單有220筆紀錄，其中紀錄對象為「新果」有213筆（第1本：005153至005156號、005159至005200號，第2本：005751至005764號、005766至005800號，第3本至第5本：全部）、「舅媽」2筆（第4本：005406號，第5本000000號）、「大陸」1筆（第5本：005902號），紀錄對象不明4筆（第1本：005152、005157、005158號，第2本：005765號），均未見被告葉麗淑之名，亦無被告葉麗淑

簽名收執，則如何證明此220筆紀錄即係被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間之消費借貸紀錄？此外，被告蔡葉麗櫻、葉麗桂均抗辯係無息借款予被告葉麗淑，然觀之上開複寫估價單，其中第4本編號005408估價單卻記載「利息67500」，足見系爭複寫估價單係蔡松峯事後所杜撰，且為使金額相符而露出破綻。

②退步言，縱系爭複寫估價單紀錄對象係被告葉麗淑，紀錄內容係消費借貸關係，然該消費借貸關係亦屬蔡松峯與被告葉麗淑間之消費借貸關係，被告蔡葉麗櫻不應將蔡松峯與被告葉麗淑間消費借貸紀錄及消費借貸關係主張係自己與被告葉麗淑間消費借貸關係及紀錄。

③況系爭複寫估價單與系爭匯款明細表之帳目無法吻合，故系爭複寫估價單不足為證。被告蔡葉麗櫻與其夫及其子所經營之正農貿易有限公司近年來累積不少債務，則被告蔡葉麗櫻理應優先清償其自家債務，豈可能將餘錢優先借貸予被告葉麗淑，故被告蔡葉麗櫻對被告葉麗淑之債權應屬虛構。

（7）綜上，被告蔡葉麗櫻所抗辯消費借貸金額有2,100萬元（依系爭最高限額抵押權設定契約書金額之合計），亦有2,500萬元（依系爭借據），另有2,005萬元（依系爭本票），復有2,183萬元（依系爭複寫估價單），甚依系爭匯款明細加總後金額為247,012,750萬元，足見其舉證前後矛盾。再者，被告蔡葉麗櫻於其調查證據聲請狀主張其與被告葉麗淑間係親屬間借款未書有借據，但均由蔡松峯紀錄於複寫估價單云云，則被告已自認系爭借據並不存在，系爭借據表彰之債權自屬虛偽不實，則系爭最高限額抵押權當然失所附麗。

2、否認被告所提支票影本製作名義人及內容之真正。因被告葉麗桂所提支票內容，有部分內容被遮掩，故系爭支票係臨訟杜撰，無法證明被告葉麗桂與葉麗淑間有消費借貸關係存在，析述如下：

（1）被告葉麗桂所提支票中，有2張支票發票日遭遮掩不明，依票據法第125條第1項第7款、第11條第1項前段規定，其票據可能無效。且被告葉麗桂所提3張支票均未記載「禁止背書轉讓」，亦未見該3張支票背面記載情形，實難證明該3張支票係被告葉麗淑交付被告葉麗桂。退萬步言，縱此3張支票製作名義人及內容均屬真正，然支票僅係支付工具，交付支票之理由諸多，不得即遽認執票人即被告葉麗桂與發票人即被告葉麗淑間有消費借貸關係。故被告葉麗桂未就其與被告葉麗淑間有消費借貸關係舉證證明之，亦難認其等間有消費借貸關係存在。

（2）另被告先於答辯狀抗辯系爭3張支票無法兌現，是被告葉麗桂、葉麗淑始於106年9月19日設定系爭600萬元最高限額抵押權。惟其於答辯（三）狀卻又改稱系爭票面金額50萬元支票2紙，係因其於106年9月23日將合會金790,200元借予被告葉麗淑後，被告葉麗淑乃簽發上開支票清償債務。再於答辯（五）狀稱系爭2紙支票係被告事先簽發以備交付云云，是被告葉麗桂主張取得支票之時間、理由前後矛盾，顯係為合理被告葉麗桂、葉麗淑間消費借貸關係而設詞置辯。

（3）被告葉麗桂雖改辯稱其係於106年9月23日取得系爭票面金額50萬元支票云云。然查系爭2張支票之支票號碼分別為0000000、0000000，惟原告於106年9月5日時，已取得支票號碼為0000000、0000000、0000000號之支票3紙，而通常支票簿流水號之印刷順序係由上頁至下頁漸次遞增，一般人簽發支票亦習慣依序簽發，則被告葉麗淑跳過7張支票，先於9月5日簽發3張後順位號碼支票予原告，經過18日後再回頭簽發過號支票予被告葉麗桂，實與事理有違，益見被告葉麗桂交付合會金予被告葉麗淑，被告葉麗淑簽發系爭票面金額50萬元支票2紙為擔保之原因關係並不實在。被告葉麗桂雖提出遠東國際商業銀行台北襄陽分行提款明細，欲證明其尚提領14萬元、33,000元，並證明被告葉

麗淑交付系爭票面金額50萬元2紙支票之原因關係。惟存摺提領明細僅能證明某人於某時自該帳戶提款，無從證明提款後之用途，欲以此證明消費借貸關係存在，實屬牽強。且綜觀被證6所描述之被告葉麗桂交付借款予被告葉麗淑之資金，2筆提款紀錄、1筆合會金交付、1筆現金交付，合計恰為100萬，亦不自然，要屬無稽。

3、綜上，無論係被告蔡葉麗櫻所提之匯款明細或被告葉麗桂所提之支票，均難認其等與被告葉麗淑間有系爭消費借貸關係，故依抵押權之從屬性，系爭最高限額抵押權所擔保之債權既不存在，系爭抵押權亦無從成立。

（五）被告蔡葉麗櫻、葉麗桂抗辯訴外人江樹根早贈與嘉義縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○號等2筆土地予被告葉麗淑云云。然此係被告蔡葉麗櫻、葉麗桂片面之詞，非由被告葉麗淑所自承，況被告蔡葉麗櫻、葉麗桂於言詞辯論時，對過程無法明確交代、支吾其詞，所辯顯不足採。退萬步言，縱其等抗辯為真，則被告葉麗淑於系爭借據中不應記載為「本人名下位於嘉義土地押給蔡葉麗櫻」，而應明確記載為「待江樹根將土地移轉登記予本人後，本人將設定抵押予蔡葉麗櫻」等語。畢竟，上開土地斯時尚非被告葉麗淑所有，被告蔡葉麗櫻為保護鉅額債權，豈可能輕信江樹根將來贈與土地予被告葉麗淑之言，而率爾同意於借據上記載與現實不合之文句，使被告葉麗淑以訴外人之不動產為詎額借款之擔保？再者，依被告蔡葉麗櫻、葉麗桂所述，江樹根因被告葉麗淑代繳資款而移轉不動產，則上揭2筆土地於辦理移轉登記時，登記原因理應皆同為「買賣」，而非將先移轉之土地登記為「買賣」，後移轉之土地登記為「贈與」。故被告蔡葉麗櫻、葉麗桂代被告葉麗淑所為之辯詞悖於常情且漏洞百出。益證系爭借據、本票並非真實，被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間並無系爭消費借貸關係。

（六）本院107年度司執字第327號強制執行事件所函調被告葉麗淑之綜合信用報告，被告葉麗淑債信紀錄良好，且有資力

並持續清償銀行貸款，卻拒絕清償所欠原告之債務，並與被告蔡葉麗櫻、葉麗桂約定假債權及設定虛偽系爭最高限額抵押權，顯有隱匿財產之嫌。

（七）對被告所提土地登記第一類謄本（被證1，本院卷一第191頁）製作名義人及內容真正不爭執。但否認被告葉麗桂所提支付會款證明影本、互助會會單影本（被證7，本院卷二第35至37頁）之真正。蓋：

1、前開互助會會單記載內容與簽名，字跡全部相同，非由全體會員自己簽名，且多項姓名以代號稱，是該合會真實性不無可疑；縱認該合會為真，惟該合會會員名單記載係「新果」名義，並無被告葉麗桂，足見被告葉麗桂並非該合會會員，是被告葉麗桂不得將新果參與合會之事，假借為係其借名標會，再主張由其將合會會款借與被告葉麗淑，其與被告葉麗淑間有消費借貸關係云云。

2、至被告葉麗桂援引民法第709條之3於施行前之最高法院見解，而認合會非要式契約云云，顯不可採。因依89年5月5日施行之民法第709條之3之立法理由可知，合會屬要式契約。

（八）被告另抗辯系爭600萬元最高限額抵押權之抵押物已有第1順序之聯邦銀行240萬元之最高限額抵押權，且經鑑定價值僅630,700元，原告拍賣該抵押物亦無法清償，得反證被告葉麗淑、葉麗桂無偽造債權以脫產之動機云云。然被告所辯實屬謬誤，上開聯邦銀行之最高限額抵押權所共同設定擔保之抵押物係系爭甲不動產，而本院強制執行事件所鑑定者，則僅係被告葉麗淑名下之東林段1192、1193、1194、1208、1210地號等土地之應有部分3分之1，故鑑價金額即有落差。

（九）被告蔡葉麗櫻、葉麗淑並未同時約定最高限額抵押權債權契約，事後設定最高限額抵押權亦有詐害原告債權：

1、系爭最高限額抵押權之債權契約與實際登記日期相差4年半，而被告所援引之最高法院70年台上字第453號判例之

抵押權設定與借款交付時間間隔密接，核與本件事實有別，要難比附援引。被告雖辯稱以被告葉麗淑系爭419-2地號土地之時點距設定系爭1,500萬元最高限額抵押權時點，亦僅間隔7個月餘云云。然系爭1,500萬元最高限額抵押權之抵押物除系爭419-2地號土地外，尚有同段419-3地號土地，而該土地於102年4月11日即已過戶予被告葉麗淑，與設定系爭最高限額抵押權之時點依然間隔4年半之久，是被告蔡葉麗櫻割裂認定同一最高限額抵押權之兩件標的物債權契約生效時點，殊無可採。

2、系爭借據係屬臨訟杜撰，業如前述，縱系爭借據為真，觀之系爭借據內容，並未見被告蔡葉麗櫻、葉麗有淑就現有或將來可能發生最高限額內之不特定債權設定最高限額抵押權之合意，亦未見預定債權之最高額度之意思表示合致。系爭借據僅足證明被告葉麗淑為擔保被告蔡葉麗櫻既存之2,500萬元債權，同意3年內清償，或以土地直接過戶或設定普通抵押權之事（惟原告否認其事實之真正），被告蔡葉麗櫻不能片面驟稱其等間有設定最高限額抵押權之合意。況被告蔡葉麗櫻於答辯（一）狀中已自承未要求被告葉麗淑擔保債務，顯見系爭借據當無被告蔡葉麗櫻所稱具有最高限額抵押權之合意。再者，被告蔡葉麗櫻亦於答辯（一）狀中說明設定系爭最高限額抵押權係因被告葉麗淑積欠金額已達2,183萬元，並非系爭借據有任何就現有或將來可能發生之最高限額之不特定債權發生最高限額抵押權之合意。被告蔡葉麗櫻前後論述矛盾，系爭借據虛偽不實，至為灼然。

3、被告葉麗桂於借款金額達200萬元時，並未與被告葉麗淑約定以系爭600萬元最高限額抵押權作為借款債權之擔保，而係於被告葉麗淑未返還借款後，被告葉麗桂、葉麗淑始約定以系爭房地設定系爭600萬元最高限額抵押權，以擔保被告葉麗桂之債權，顯無從認定系爭600萬元最高限額抵押權設定行為與消費借貸及票據債務之成立，係「同

時」為之。另被告蔡葉麗櫻於借款金額達2,183萬元時，亦未與被告葉麗淑約定以系爭600萬元及1,500萬元最高限額抵押權作為借款債權之擔保，係在被告葉麗淑未返還借款後，其等始約定以系爭房地設定系爭最高限額抵押權，以擔保被告蔡葉麗櫻之債權，是亦無從認定該最高限額抵押權設定行為，與消費借貸及票據債務之成立，係同時為之。準此，被告蔡葉麗櫻、葉麗桂所抗辯其等之消費借貸與系爭最高限額抵押權之設定有對價關係，殊無可取，當屬有害原告債權之無償行為。

（十）至證人經梓、蔡松峯、江陳靜之證詞，或有悖於一般社會經驗、僅係聽聞，或悖於事理，或基於親屬關係而有偏頗，均不足證明系爭借貸關係之存在。

四、並聲明：（一）確認被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻間就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在。（二）確認被告葉麗淑與被告葉麗桂間就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在。（三）確認被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻間就系爭乙不動產，所為之1,500萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在。（四）被告蔡葉麗櫻、葉麗桂應將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷。（五）訴訟費用由被告連帶負擔。

（貳）備位之訴部分

一、退言之，若認被告間前開行為非屬通謀虛偽意思表示，然依被告葉麗淑之105年度全國財產稅總歸戶財產查詢清單及綜合所得稅各類所得資料清單，其名下僅有前開土地及房屋等不動產可供清償，則被告3人就系爭不動產所為之最高限額抵押權設定行為即有害原告前開債權之清償。

二、民法第244條第1項所規定債務人害及債權之無償行為，係指因債務人之行為，致債權不能獲得滿足；換言之，因債務人行為而致積極減少財產，或消極增加債務，因而使債權陷於清償不能或因難或遲延之狀態。而本件被告為手足至親關係，被告蔡葉麗櫻、葉麗桂對被告葉麗淑之財產狀況應無不知

情之理，被告間設定系爭最高限額抵押權之行為，使被告葉麗淑陷於無資力而害及原告債權，依最高法院51年度台上字第3528號判例、42年度台上字第323號判例見解，原告自得依民法第244條第1項、第4項規定，請求撤銷被告間設定系爭最高限額抵押權之行為，並請求塗銷系爭最高限額抵押權設定登記。

三、並聲明：（一）被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷。（二）被告葉麗淑與被告葉麗桂就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷。（三）被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻就系爭乙不動產，所為之1,500萬元最高限額抵押權設定行為應予撤銷。（四）被告蔡葉麗櫻及葉麗桂應將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷。（五）訴訟費用由被告連帶負擔。

貳、被告方面

（壹）被告蔡葉麗櫻、葉麗桂以：

一、先位之訴部分：被告葉麗淑以其所有系爭甲不動產設定600萬元最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻、葉麗桂，及被告葉麗淑以其所有系爭乙不動產設定1,500萬元最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，均非通謀虛偽意思表示。蓋：

（一）原告主張系爭最高限額抵押權之設定為通謀虛偽意思表示，則依民事訴訟法第277條前段規定及最高法院100年度台上字第415號判決見解，原告自應就其所主張之前開事實負舉證責任。然原告僅泛稱被告蔡葉麗櫻、葉麗桂就系爭最高限額抵押權難以受償，及被告蔡葉麗櫻所出具之借據、本票為臨訟杜撰云云，但未就被告間係於何時以何方式為通謀虛偽意思表示之事實，且未提出證據以實其說。則原告前開主張，自不足取。

（二）況被告蔡葉麗櫻、葉麗桂與被告葉麗淑間確有系爭債權存在，分述如下：

1、被告蔡葉麗櫻對被告葉麗淑確有系爭債權存在：

（1）被告蔡葉麗櫻從事水果批發業已逾40年，被告葉麗淑為其胞妹，亦係從事水果批發業，每當被告葉麗淑因支付水果貨款或有資金需求時，被告蔡葉麗櫻基於姊妹情誼，便會無息借款予被告葉麗淑，以便其能度過資金缺口，此自被告蔡葉麗櫻自101年1月1日起至103年7月20日止之台北市第九信用合作社萬大分社（帳號0000000000000、戶名蔡葉麗櫻帳戶之存摺明細可知，被告蔡葉麗櫻確有轉帳至被告葉麗淑之台北市第九信用合作社雙園分社帳戶（帳號00000000000000、0000000000000），且被告葉麗淑亦有轉帳至被告蔡葉麗櫻之前開帳戶。

（2）而由被告蔡葉麗櫻自103年7月21日起至106年10月18日止之板信商銀（自103年7月後，台北市第九信用合作社合併為板信商銀）萬大分行帳戶（帳號000000000000000、戶名蔡葉麗櫻）之交易明細表可知，被告蔡葉麗櫻確亦有轉帳至被告葉麗淑之板信商銀雙園分行帳戶（帳號0000000000），且被告葉麗淑亦有匯款至被告蔡葉麗櫻之上開帳戶。

（3）由被告蔡葉麗櫻之子蔡松峯自103年7月21日起至106年10月18日止之板信商銀萬大分行帳戶（帳號000000000000000、戶名蔡松峯）之交易明細表可知，有轉帳至被告葉麗淑之前開板信商銀雙園分行帳戶。

（4）而自103年7月以後，被告葉麗淑因改以現金或支票還款，是其少有再匯款至被告蔡葉麗櫻及蔡松峯之前開板信商銀萬大分行帳戶。且因被告蔡葉麗櫻、葉麗淑為姊妹，並在同一地點工作，每日均可見面，且被告葉麗淑均正常還款，是被告蔡葉麗櫻並未要求被告蔡麗淑須出具擔保。詎被告葉麗淑自105年10月起即借多還少，甚至於106年8月17日，被告葉麗淑最後1次還款現金15萬元後，即未再還款，至106年9月止，被告葉麗淑積欠被告蔡葉麗櫻之債務已達2,183萬元，是被告蔡葉麗櫻始要求被告葉麗淑須出具擔保以確保債權，被告葉麗淑始將其名下所有系爭土地、房屋設定最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，故被告蔡葉麗

櫻與被告葉麗淑間就系爭土地、房屋所設定系爭最高限額抵押權所擔保之債權確實存在，前開最高限額抵押權設定登記並非通謀虛偽意思表示。

(5)至原告雖主張被告蔡葉麗櫻於聲明參與分配時所出具之系爭借據、本票均為臨訟杜撰，不足採信云云。然：

①被告蔡葉麗櫻借款予被告葉麗淑行之有年，且係陸續借款，並非單筆借款，業如前述，更因姊妹關係而情誼深厚，是被告葉麗淑雖於102年4月30日出具系爭借據、本票與被告蔡葉麗櫻，然因被告葉麗淑均正常還款，故被告蔡葉麗櫻並未執行前開借據所載內容。至系爭本票所載「貳仟伍萬元正」，則係被告葉麗淑一時筆誤，並不影響被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間借款金額之認定，故原告前開主張實屬空泛，並無依據。

②系爭匯款明細並無101年1月1日前之匯款紀錄，是原告徒以部分匯款明細所得結論，主張被告蔡葉麗櫻所提前開借據、本票均為臨訟杜撰，似有違誤。且被告葉麗淑於103年7月後以現金或支票還款，業如前述，然原告未將現金或支票還款額度列入計算，則原告主張被告間若有借貸，被告蔡葉麗櫻之債權應為2億4,701萬2,750元等情，顯係計算有誤，故不可採。是系爭匯款明細雖無法用以計算債權額度，惟能證明被告蔡葉麗櫻確對被告葉麗淑有消費借貸債權存在。

(6)原告另以其在104年拒絕與被告蔡葉麗櫻交易，而往前推論101年增加被告葉麗淑之交易量係因被告蔡葉麗櫻係借被告葉麗淑之支票經營，而否定被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間之借貸等情，顯係胡指因果，應不可採。且批發業之資金需求與流動，非常人借貸可比，故被告葉麗淑、被告蔡葉麗櫻間資金來往頻繁，與水果批發業之經營常情無違。

(7)被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間有消費借貸關係，除有系爭匯款明細為證外，尚有被告蔡葉麗櫻委由其子蔡松峯紀錄與被告葉麗淑每次之借還款數字之複寫估價單可證。該複寫估

價單每篇載有『新果借』、『新果入』、『欠我』等字眼，且有流水編號、日期證明連續性；至雖與系爭匯款明細之數字有些許差異，然此係因部分借貸係以現金交付所致，並非被告葉麗淑、蔡葉麗櫻間不存在消費借貸關係。至原告雖主張系爭複寫估價單不足證明被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間有系爭消費借貸關係云云，然：

①被告蔡葉麗櫻自103年後即將家中生意及對外借款事宜交由蔡松峯協助處理，當然包括被告葉麗淑之系爭借款。蔡松峯前因避免破壞被告蔡葉麗櫻、葉麗淑之親誼關係，未紀錄被告葉麗淑之借款紀錄，然自105年起，被告葉麗淑借款日益增加且未如期還款，為免日後紛爭，蔡松峯始紀錄與被告葉麗淑之借貸事宜。

②系爭複寫估價單之紀錄對象「新果」即新果貿易行，即指被告葉麗淑，因新果貿易行即為被告葉麗淑與其夫共同經營；「舅媽」係訴外人葉銘源之妻、「大陸」係指葉銘源另外投資之產業，當日係葉銘源之妻代被告葉麗淑清償積欠被告蔡葉麗櫻之債務，蔡松峯為免日後爭執，記載資金來源為「舅媽」、「大陸」，是蔡松峯將非被告葉麗淑親自還款之情形亦註記明確，足見系爭複寫估價單之真實，而非事後杜撰。另「紀錄對象不明」係因蔡松峯漏未記載，惟觀之封面記載為「新果」及該估價單前後幾張載有「新果」之借還款金額，應仍係就被告葉麗淑所為之記載。

③至系爭複寫估價單上之數字或有因被告葉麗淑以現金還款，致與系爭匯款明細不符之情況。另第4本編號00540號估價單記載「利息67500」係因被告葉麗淑原答應要給利息，蔡松峯始予紀錄，惟事後仍未收到。若蔡松峯係為使金額相符而事後加上「利息67500」，定須塗改原本結算之債權額度，惟上開編號005408號估價單內容並無塗改痕跡，原告以此主張系爭複寫估價單係事後杜撰紀錄，自不可採。

④原告雖主張新果當日有資金清償蔡松峯，又何須向蔡松峯

商調資金100萬元資金支付130萬元支票債務？云云。然系爭複寫估價單所記載「新果入100：：：共300萬，算295萬，溢繳110萬」之內容，乃因被告葉麗淑簽立發票日為7月20日、7月30日、8月8日之3張支票與蔡松峯，故被告葉麗淑並非於當日交付現金與蔡松峯，其後自有再次借款100萬元之需求，是原告前開主張顯有違誤。

⑤匯款明細無法確知金錢交易之原因關係，是系爭複寫估價單相較之下，較為可採，原告以記載方式、用詞之瑕疵否定系爭複寫估價單之憑信性，要非可採。

（8）原告雖另主張被告葉麗淑係於106年2月21日始因贈與而取得前開第419-2地號土地，豈可能於102年4月30日即能承諾將尚不屬被告葉麗淑之土地設定抵押權予被告蔡葉麗櫻，故其等係事後杜撰假債權云云。惟系爭第419-2、419-3地號土地之前手為江樹根即被告葉麗淑之姑丈，其前曾於88年間以前開2筆土地向嘉義縣大林鎮農會借款並設定300萬元之最高限額抵押權，嗣因其無力還款，遂請當時尚有資力之被告葉麗淑代其還款，江樹根並承諾將前開2筆土地移轉登記予被告葉麗淑，故江樹根係先於102年4月11日以買賣為原因，將前開419-3地號土地移轉登記予被告葉麗淑；至前開419-2地號土地，則因江樹根為農保身分而暫未過戶，直至江樹根過世前，其始於106年3月6日以贈與為原因移轉登記予被告葉麗淑（見原證5），故原告前開主張殊屬誤會。

（9）原告另主張被告蔡葉麗櫻自認系爭借據不存在；與被告蔡葉麗櫻積欠不少債務，是其借貸予被告葉麗淑係屬虛構云云。然：

①被告蔡葉麗櫻所抗辯與被告葉麗淑未立借據，係指蔡松峯自105年接手處理被告葉麗淑借款事宜後所生債權範圍，不包括102年4月20日消費借貸契約，是依民事訴訟法第279條第1項規定反面解釋，自不生自認效力。另原告所主張被告蔡葉麗櫻舉證前後矛盾云云，實乏依據，並不足採。

②原告應以被告蔡葉麗櫻最後1次借貸予被告葉麗淑之時點即106年9月15日為分水嶺，判斷上揭債務是否影響被告蔡葉麗櫻借款予被告葉麗淑之資力。而上揭債務發生於106年9月15日前之裁判，僅新北地院107年重簡字字第353號民事判決、臺北地方法院104年司票字第2608號裁定；而前者訴訟標的金額僅121,580元，後者僅依非訟事件程序就本票形式上之要件是否具備予以審查，並無確定實體上法律關係存否之既判力。其餘裁判之債務，債權人均為金融業者或法人，定係衡酌被告蔡葉麗櫻之清償能力始予借款；其未經實質審理而無既判力，且債務清償期或本票到期日均係於106年9月15日後屆至，與被告蔡葉麗櫻是否有資力借貸予被告葉麗淑無涉。況被告蔡葉麗櫻係受被告葉麗淑所累致周轉不靈，原告以此主張被告蔡葉麗櫻對被告葉麗淑之債權不存在，顯乏憑據，委無足採。

2、被告葉麗桂對被告葉麗淑亦確有債權債務關係存在：

（1）被告葉麗桂、葉麗淑亦為姊妹關係，被告葉麗桂與被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間往來甚密，基於姊妹情誼，被告葉麗淑有資金需求時，被告葉麗桂亦會無息借款予被告葉麗淑，以供其度過資金缺口，惟被告葉麗桂並非經營水果批發業，故僅能以小額現金方式借款，再由被告葉麗淑以現金或開立支票還款。嗣被告葉麗淑自105年10月起即借多還少，甚至於106年8月17日，被告葉麗淑最後1次還款現金15萬元予被告蔡葉麗櫻後，即未再還款，連帶導致被告葉麗淑開立予被告葉麗桂之面額計200萬元之3紙支票無法兌現，故被告葉麗桂始要求被告葉麗淑須出具擔保以確保其債權，被告葉麗淑始設定系爭最高限額抵押權予被告葉麗桂，故被告葉麗桂、葉麗淑間就前開土地、房屋所設定之系爭最高限額抵押權所擔保之債權確實存在，系爭最高限額抵押權設定登記並非出於通謀虛偽意思表示。

（2）被告葉麗桂、葉麗淑亦無偽造系爭債權之動機。蓋本件設定抵押權之土地價值共5,060,400元（4,428,700＋631,70

0），而被告蔡葉麗櫻對被告葉麗淑之債權有2,183萬元，若被告葉麗淑欲詐害原告債權，其僅需將土地設定抵押與被告蔡葉麗櫻即可，無須再另求被告葉麗桂相助，徒招人疑竇，被告葉麗淑確係為擔保被告葉麗桂之債權與日後再借款之需求，乃將上開土地設定抵押予被告葉麗桂作為擔保，並非意圖脫產捏造假債權。被告葉麗淑於106年9月20日為被告蔡葉麗櫻、葉麗桂設定系爭600萬最高限額抵押權後，被告葉麗桂再以106年9月23日標得之互助會會款借款予被告葉麗淑，並有會首朱美娥簽名為證。倘被告意欲詐害原告債權，僅須以前開發票日106年6月27日之支票（銀行支票號碼：SA0000000）為債權即足，被告葉麗淑於106年9月23日取得互助會會款後，即無須再簽發2張50萬之支票與被告葉麗桂。系爭600萬元最高限額抵押權之抵押物已於106年7月3日設定240萬元最高限額抵押權予聯邦商業銀行，且經鑑定後上揭土地價值僅630,700元，原告拍賣上開土地後亦無法清償自身債權，足證被告葉麗淑、葉麗桂無偽造債權以為被告葉麗淑脫產之動機。

（3）原告雖主張系爭票面金額各為50萬元支票2紙之發票日遭遮掩不明，票據無效云云。惟：

①實則係被告葉麗桂撕毀上開支票部分之截角，以避免遭人兌領；縱系爭支票2紙因發票日遭撕毀無效，然仍可作為被告葉麗淑積欠被告葉麗桂200萬債務之證明。

②另票據行為之性質，我國最高法院與學界通說採取「單獨行為發行說」，票據行為須由「作成證券」及「交付證券」二者構成（最高法院67年度第6次民事庭會議民事庭庭推總會議決議參照）。是被告葉麗淑開立系爭票面金額50萬元支票2紙時，尚未交付，係於106年9月23日使完成交付行為，故稱簽發系爭2紙支票。至被告所抗辯106年8月17日乃指被告葉麗淑最後1次還款予被告蔡葉麗櫻之時點，並未提及簽發系爭支票時點，故原告未察「票據行為之性質」，主張被告答辯「翻異其詞」、「前後矛盾」，實不

可採。

(4)原告另否認系爭票據債權真正部分，然：

①被告葉麗淑係請被告葉麗桂出標，並將標得價金出借予伊，伊並事先開立系爭票面金額50萬元支票，待被告葉麗桂標得合會金並出借後，始將支票交付被告葉麗桂，故原告以支票號碼順序認系爭2張支票擔保之原因關係不實在，自不可採。

②原告雖否認被告葉麗桂以前開合會金出借被告葉麗淑，及被告葉麗淑簽發系爭0000000、095712號支票清償積欠被告葉麗桂100萬債務等情。然被告葉麗淑於105年年底為清償積欠被告葉麗桂之另筆100萬元債務時，即簽發票號SA000000之支票1紙，是依最高限額抵押權成立從屬性之最大緩和化，被告葉麗淑仍得為被告葉麗桂、蔡葉麗櫻設定系爭600萬元最高限額抵押權。

③至被告所提被證6所載「葉麗桂多次小額現金借款予葉麗櫻」實為「葉麗淑」之誤。

(5)至原告另主張被告葉麗桂並未參加合會云云。然：

①被告葉麗桂參加朱美娥邀集之互助會時，即向會首朱美娥表明「新果」所參與之3會中有1會是被告葉麗桂。嗣因被告葉麗淑有資金需求，前2次「新果」得標時，被告葉麗桂均讓與被告葉麗淑取得合會金；後於106年9月20日被告葉麗桂事前已告知會首朱美娥其欲得標，最終雖係以「新果」得標，會首朱美娥仍知悉係由被告葉麗桂標得該期合會金。且朱美娥既願以自身信用、聲譽為擔保，證明已將會款交付被告葉麗桂，其署名之「支付互助會款證明」即屬可採。是被告葉麗桂確將標得合會金借款予被告葉麗淑。

②且合會契約並非要式行為，僅需以兩造意思表示合致為要件，不以會單為唯一依據，列名人中是否到場或簽押均與合會契約成立之要件無關。是原告所主張系爭互助會會單影本字跡相同、顯非會員自己簽名與電話號碼記載方式不

符常理云云，自均不可採。縱認依民法第709條之3規定，合會屬要式契約，然該條第3項亦規定會員已交付首期會款者，雖未訂立會單，其合會契約視為已成立。則被告葉麗桂既有締結合會契約之意思表示合致並交付首期會款，該合會契約亦屬有效。況被告葉麗桂確將標得合會金借予被告葉麗淑，系爭合會契約縱有瑕疵，亦無礙於被告間系爭消費借貸關係之成立。

③原告所主張朱美娥指新果為葉麗桂，蔡松峯指新果為葉麗淑論述牽強云云。然前開所指均係系爭合會契約，與系爭消費借貸契約為不同之法律關係，縱契約之一方以「新果」代稱，而他方當事人亦知由何人履行契約義務，自無礙於契約之成立。況朱美娥既願以自身信用擔保證明已將會款交付被告葉麗桂，則其署名之「支付互助會款證明」，即屬可採。

二、備位之訴部分：

（一）原告主張與其所提證據，不足認定設定系爭最高限額抵押權為通謀虛偽意思表示。蓋：

1、當事人約定設定不動產抵押權之債權契約，並非要式行為。且債編施行法第36條第2項規定，民法第166條之1尚未施行，故設定不動產抵押權之債權契約不以要式為限。另普通抵押權與最高限額抵押權，均以確保債務之清償為目的而設定之擔保物權，不同處僅在於抵押權設定時擔保之債權額是否確定而已。是最高限額抵押權於設定時，僅係預定債權之最高額度，債權人於權利存續期間內得陸續成立不特定債權，非必於設定時即須貸予全部債權數額。而被告葉麗淑長期向被告蔡葉麗櫻、葉麗桂借貸周轉，且簽發本票、支票，故為擔保債權人之不特定債權，自得依民法第881條第2項規定設定最高限額抵押權。且被告間所設定之系爭最高限額抵押權所擔保債權確定期日雖為30年後，然既為民法第881條之4第2項規定所許，基於契約自由原則，即無不法。

2、被告葉麗淑、蔡葉麗櫻設定最高限額抵押權之債權契約係於訂立2,500萬元消費借貸契約時同時約定，即係於102年4月30日意思表示合致而成立生效。而最高限額抵押權非必於設定時即須貸予全部債權，是縱計至106年9月之擔保債權額2,183萬元與約定之限額2,500萬元有別，亦不影響系爭最高限額抵押權債權契約之效力。雖被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻訂立借據時，並非系爭419-2地號土地所有權人，然如前述，江樹根業已承諾日後將移轉系爭419-2地號土地所有權予被告葉麗淑，縱日後被告葉麗淑依約設定最高限額抵押權時仍未取得系爭419-2地號土地所有權，亦僅對被告蔡葉麗櫻有嗣後主觀給付不能之責，非謂雙方就系爭419-2地號、419-3地號土地設定最高限額抵押權之契約無效，故原告主張被告葉麗淑、蔡葉麗櫻臨訟杜撰假借據即有違誤。

3、被告葉麗淑、葉麗桂設定最高限額抵押權之債權契約係因被告葉麗淑簽發之系爭票面金額100萬元支票於106年6月27日無力清償，被告葉麗桂為兼顧自身債權之清償與被告葉麗淑日後資金周轉之需要，乃要求被告葉麗淑設定系爭最高限額抵押權以供擔保，是系爭最高限額抵押權之債權契約於106年6月27日意思表示合致成立生效。雖被告葉麗淑於設定系爭最高限額抵押權後，因資金需求再次向被告葉麗桂借貸，被告葉麗桂再以標得之民間互助會會款790,200元出借，並簽發系爭票面金額50萬支票清償借貸債務。故原告主張系爭支票無法證明有消費借貸關係，亦否認支票內容云云，均不足採。

（二）設定系爭最高限額抵押權並非無償行為，原告自不得行使民法第244條第1項所規定之撤銷權；且設定系爭最高限額抵押權時，被告葉麗淑並非陷於無資力，故其設定系爭最高限額抵押權亦非詐害債權行為。蓋：

1、自原告所提系爭最高限額抵押權設定契約書第（19）項擔保債權種及範圍之記載可知，系爭最高限額抵押權所擔保

者係「為債務人（即被告葉麗淑）對抵押權人（即被告蔡葉麗櫻、葉麗桂）於現在及將來所負在本抵押權設定契約書所定債權額最告額度內之已付價金票據、借款及其他與此關係所生之債務，包括利息、遲延利息、違約金、對債權取得執行名義及實行抵押權所生之費用，如有涉及訴訟律師費用亦在擔保之列。」而計至106年10月止，被告葉麗淑積欠被告蔡葉麗櫻2,183萬元、積欠被告葉麗桂200萬元，已如前述，並非無對價關係，故被告間設定系爭最高限額抵押權行為並非無償行為，是原告前開主張顯屬有誤，原告自不得行使民法第244條第1項所規定之撤銷權。

2、再者，被告間雖姊妹情深，然被告蔡葉麗櫻、葉麗桂對被告葉麗淑之財務狀況並非全然知悉，會設定系爭最高限額抵押權，僅係為擔保對被告葉麗淑之系爭債權，故就被告葉麗淑以系爭土地、房屋設定系爭最高限額抵押權將有損及原告債權乙節，並非明知或可得而知，被告蔡葉麗櫻甚至遭被告葉麗淑拖累，而面臨鉅額欠款，被告蔡葉麗櫻所有不動產亦有遭法院拍賣之虞。

3、被告葉麗淑於106年9月20日設定系爭600萬元最高限額抵押權時，並非陷於無資力，故其設定系爭最高限額抵押權即非詐害債權行為。

（1）被告葉麗淑以系爭東林段土地設定系爭600萬元最高限額抵押權時，其名下尚有系爭中林段419-2、419-3地號土地，經鑑價後市值為4,428,700元，若扣除擔保大林鎮農會之債權額，尚足清償原告之債權223萬，是被告葉麗淑於106年9月20日設定系爭600萬元最高限額抵押權時，並非陷於無資力，故其設定系爭最高限額抵押權即非詐害債權行為。

（2）被告3人雖姊妹情深，然被告蔡葉麗櫻、葉麗桂對被告葉麗淑之財務狀況並非全然知悉，會設定系爭最高限額抵押權，僅係為擔保其等對被告葉麗淑之債權，業如前述。而被告葉麗淑簽發予原告之遠期支票，最早係於106年10月2

日未獲兌現，且依原告所提被告葉麗淑之財團法人金融聯合徵信中心107年3月5日金徵（業）字第1070001254號函及當事人綜合信用報告，可知被告葉麗淑債信紀錄亦良好（見原證9），且被告葉麗桂又於106年9月23日後將其標得之前開互助會款出借被告葉麗淑，實難期被告葉麗桂、蔡葉麗櫻於106年9月20日設定系爭600萬元最高限額抵押權時知悉將有害原告之債權。

（3）退萬步言，縱認對被告葉麗桂設定之最高限額抵押權係無償行為，然依民法第881條之9規定，106年9月20日設定之系爭600萬元最高限額抵押權為被告蔡葉麗櫻、葉麗桂所共有，則系爭600萬元最高限額抵押權因被告蔡葉麗櫻不成立詐害債權行為，則仍不得撤銷。

4、被告葉麗淑設定系爭1,500萬元最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，亦未詐害原告債權：

（1）被告蔡葉麗櫻、葉麗淑成立消費借貸契約時，即已同時約定由被告葉麗淑提供系爭乙不動產設定抵押權予被告蔡葉麗櫻。且系爭1,500萬元最高限額抵押權於106年10月24日設定登記係為履行102年4月30日借貸契約所生借款債權擔保之約定，故二者間具有對價關係而屬有償行為，尚不因辦理設定登記之時點在後而使原有償之抵押權設定行為變為無償行為（有最高法院70年台上字第453號判例參照）。原告雖主張無法比附援引前開最高法院判例見解云云，然前開判例並未將最高限額抵押權債權契約之成立時點與最高限額抵押權設定時點之間隔列入考量。且因被告葉麗淑係於106年3月6日始取得系爭419-2地號土地，業如前述，是依民法第758條規定，被告葉麗淑自上開日期起始得為設定抵押權之物權行為，而距設定系爭1,500萬元最高限額抵押權之時點即106年10月24日僅7個月餘，且被告葉麗淑亦向被告蔡葉麗櫻借款至106年9月15日，顯見二者時間間隔非常密接。

（2）原告所引最高法院51台上字第3528判例，係於借款當時，

並無抵押權設定約定，待借款後，始另合意為抵押權設定，即就已存在之特定債務提供抵押權或質權等擔保權。然本件係先有最高限額抵押權設定契約存在，核與上開最高法院判例情形並不相同，故原告援引該判例而主張系爭最高限額抵押權設定屬無償行為，顯有違誤。

(3)被告蔡葉麗櫻、葉麗淑於102年4月30日簽立系爭借據時，業已同時合意設定最高限額抵押權之債權契約，雖被告葉麗淑嗣後始設定系爭最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，惟此最高限額抵押權之設定，仍因具有對價關係而屬有償行為，且原告負舉證證明被告蔡葉麗櫻明知有詐害債權情事之責任。

(4)自系爭借據內容及被告蔡葉麗櫻、葉麗淑間多次借還款紀錄可證，倘被告葉麗淑屆期未將債務清償完畢，則其負有將系爭乙不動產設定最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻之義務，且此約定業經雙方意思表示合致而生效，故被告所抗辯被告蔡葉麗櫻要求被告蔡麗淑出具擔保以確保債權，即係指被告蔡葉麗櫻請求被告蔡麗淑履行設定系爭最高限額抵押權之義務，原告主張被告蔡葉麗櫻自承未要求被告葉麗淑擔保義務云云，自不可採。

(5)另如前述，被告葉麗淑債信紀錄良好，且支票是否兌現不具公示性，實難期被告蔡葉麗櫻於設定系爭1,500萬元最高限額抵押權時知悉有害於原告之債權。

5、原告雖主張被告蔡葉麗櫻、葉麗桂於聲明參與分配之強制執行事件中，已知悉被告葉麗淑積欠原告債務云云。然系爭600萬元最高限額抵押權於106年9月20日設定，系爭1,500萬元最高限額抵押權則係於106年10月24日設定，而原告係於106年10月17日、11月2日、12月11日始獲上開新北地院支付命令，並於同年12月7日、12月21日始持上開支付命令暨確定證明書向本院聲請強制執行，是系爭600萬元最高限額抵押權設定時，原告尚未取得前開支付命令。雖系爭1,500萬元最高限額抵押權設定時，原告已取得上

開支付命令，然被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻、葉麗桂戶籍不同，亦未同住，在被告葉麗淑未告知之情形下，被告蔡葉麗櫻、葉麗桂根本不知原告對被告葉麗淑聲請核發支付命令，是縱被告蔡葉麗櫻2人於聲明參與分配之強制執行事件中，得知被告葉麗淑積欠原告債務，惟被告蔡葉麗櫻、葉麗桂於被告葉麗淑為其等設定系爭最高限額抵押權之際，亦不知被告葉麗淑積欠原告債務且有損原告債權，原告應就其所主張之前開事實舉證以實其說，否則即不足取等語，資為抗辯。

三、並均聲明：（一）原告之訴駁回。（二）訴訟費用由原告負擔。

（貳）被告葉麗淑則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀為任何聲明或陳述。

叁、得心證之理由

（壹）先位之訴部分：

一、按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。而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年度台上字第170號判例要旨同此見解）。次按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48年度台上字第29號判例要旨同此見解）。第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，民法第242條固有規定。然債權人得以自己名義代位行使者，為債務人之權利而非自己之權利，若債務人自己並無該項權利，債權人自無代位行使之可言（最高法院49年度台上字第175號判例要旨同此見解）。查：

（一）被告蔡葉麗櫻所抗辯其對被告葉麗淑確有系爭消費借貸債權存在，業據其提出交易明細表、存摺明細查詢影本（見本院卷一第173至176頁、第193至268頁）、交易明細表影本（見本院卷一第177至186頁、第269至377頁）、交易明

細表影本（見本院卷一第187至190頁、第379至470頁），與複寫估價單影本（見本院卷一第529頁）等為證；被告葉麗桂所抗辯其對被告葉麗淑亦確有系爭消費借貸債權關係存在，亦據其提出支票影本（見本院卷一第471頁）、支付互助會款證明、互助會名單、存摺封面及交易明細（見本院卷二第33至39頁）等為證。另參酌被告蔡葉麗櫻之子即證人蔡松峯於本院結證稱被告葉麗淑有向被告蔡葉麗櫻借款，但自伊幫忙其母從事水果批發業開始，始知被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻借款之細節，其等間借款往返均由伊負責記載，伊均記在複寫估價單上最後記載好像是共欠2500萬元到2800萬元間，被告葉麗淑曾還過錢，亦均有記載於複寫估價單上，前開所稱之2000多萬元是尚未清償之金額。自伊接手後，被告葉麗淑借錢都有開票交給伊，但前開2500萬元到2800萬元之借款債務則未開立借據及其他憑據。系爭複寫估價單是伊所記載，伊紀錄之借款，有些是以現金、有些是以轉帳方式交付，現金是伊交付，轉帳則由伊授權給會計去匯款，伊僅係幫伊母蔡葉麗櫻經手而已等語明確（見本院卷二第272至274頁）。證人江陳靜結證稱伊知悉江樹根於102年4月間將其所有前開419-3地號土地以買賣為原因過戶給被告葉麗淑，另於106年3月間將其所有同段419-2地號土地以贈與為原因過戶給被告葉麗淑，因伊夫江樹根有跟伊提起；前開土地移轉給被告葉麗淑乃因江樹根向農會借款200多或300多萬元而無力清償，皆由被告葉麗淑按月幫江樹根清償本金、利息，清償至約剩40萬元，始由伊清償，而因被告葉麗淑幫江樹根為前開清償，故江樹根始會將前開2筆土地移轉登記與被告葉麗淑等語明確（見本院卷二第275至276頁）。證人經梓則結證稱伊係負責辦理系爭抵押權設定登記之代書事務所助理，係由伊與前開當事人接洽；在伊與前開當事人接洽過程中，設定系爭抵押權之當事人有提及彼此間有借貸之債權債務關係，被告葉麗淑、蔡葉麗櫻、葉麗桂均有提到，係

被告葉麗淑欠其他被告錢，好像被告葉麗淑欠其他2個被告總共2、3千萬元，但欠蔡葉麗櫻、葉麗桂各多少錢伊不記得了；當時被告間有提出欠款憑據，好像有提出借據或本票，但當時係設定最高限額抵押權，故借據或本票並未附在設定資料中等語明確（見本院卷二第270至271頁）。則由前開事證相互參酌以觀，被告蔡葉麗櫻、葉麗桂與被告葉麗淑確有系爭消費借貸關係，並因此設定系爭最高限額抵押權，應可認定。

（二）原告雖主張被告間前開設定最高限額抵押權之物權行為與所擔保之消費借貸債權行為均係出於通謀虛偽意思表示而無效云云。然依前開說明，第三人即原告主張表意人與相對人即被告間通謀而為虛偽意思表示者，該第三人即原告應負舉證之責；而原告所提證據尚不足證明被告間前開消費借貸債權行為與設定最高限額抵押權之物權行為均係出於通謀虛偽意思表示而無效之事實。從而，原告請求確認被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻間就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在；確認被告葉麗淑與被告葉麗桂間就系爭甲不動產，所為之600萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在；確認被告葉麗淑與被告蔡葉麗櫻間就系爭乙不動產，所為之1,500萬元最高限額抵押權及所擔保之債權均不存在，均為無理由，應予駁回。

（三）原告所提證據既尚不足證明被告間前開最高限額抵押權設定登記物權行為及所擔保債權之債權行為均係出於通謀虛偽意思表示而無效，且被告間系爭最高限額抵押權設定登記物權行為及所擔保債權之債權行為係真正有效存在，業如前述。則被告葉麗淑自無從依民法第113條、第767條第1項中段等規定，請求被告蔡葉麗櫻、葉麗桂將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷。是依前開說明，債務人即被告葉麗淑自己並無前開權利，債權人即原告自無代位行使之可言，故原告依民法第242條之規定，代位葉麗淑請

求被告蔡葉麗櫻、葉麗桂將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷，亦為無理由，應予駁回。

（貳）備位之訴部分：

一、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。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前2項之規定。債權人依第1項或第2項之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；但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限，民法第244條著有規定。前開民法第244條第1、2項所稱之無償或有償行為，係以債務人與第三人間之行為是否互為對價關係之給付為其區別之標準；是無償行為，乃指無對價之對待給付行為而言。然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年度台上字第3528號判例、最高法院94年度台上字第318號判決均同此見解）。前開所謂「有害及債權」，立法例上有以債務超過或不能清償為要件者，然依我國學界與實務通說係指債務人陷於無資力而言（例如史尚寬、孫森焱、邱聰智、鄭玉波、戴修讚等學者，與最高法院48年度台上字第1750號判例、45年度台上字第716號裁判等均同此見解）；至債務人是否果有無資力之情事，應由債權人負舉證之責任（最高法院48年度台上字第338號判例、52年度台上字第1645號判決、75年度台上字第1080號判決，及司法院75年台廳一字第04216號函與學者史尚寬、邱聰智、戴修讚、曾隆興等均同此見解），實務上則多以債權人就債務人之財產聲請執行求償而有困難，以為舉證（最高法院52年度台上字第1645號判決同此見解）。查：

（一）原告所提證據不足證明被告間前開最高限額抵押權設定登記物權行為及所擔保債權之債權行為均係出於通謀虛偽意思表示而無效，且被告間系爭最高限額抵押權設定登記物權行為及所擔保債權之債權行為係真正有效存在，雖如前述。

（二）然原告所主張被告葉麗淑於106年9月5日向原告訂購進口水果，並簽發發票日為106年10月1日與同年月22日、27日及同年11月5日之遠期支票4紙合計面額2,295,700元交付原告，嗣原告依約交貨完畢，然前開支票屆期提示均未獲付款，迭經原告催討均未獲置理，原告遂持前開支票陸續於106年10月6日、同年月24日、同年11月9日向新北地院聲請對被告葉麗淑核發支付命令獲准等事實，有原告所提支票與其退票理由單影本（見本院卷一第33至39頁）與新北地院106年司促字第28422號支付命令、106年司促字第00000號支付命令、106年司促字第32408號支付命令均影本（見本院卷一第41至45頁）在卷可證，自堪信為真實。則原告為被告葉麗淑之債權人，被告葉麗淑為其債務人，應可認定。

（三）當事人之一造陳述有利於他造之事實，經他造予以援用為同一主張者，成立訴訟上之自認（最高法院88年度台上字第336號判決要旨同此見解），此即學理上所稱先發之自認。而被告葉麗桂、蔡葉麗櫻抗辯稱因被告葉麗淑借多還少，至106年8月17日即未再還款，其等始要求其出具擔保以確保債權等語（見本院卷一第164至165頁），有民事答辯狀在卷可憑；前開主張業為原告援用為同一主張，依前開說明自應成立訴訟上之自認，亦即被告間係先有系爭借貸債權，嗣因被告葉麗淑未還款始設定系爭最高限額抵押權，應可認定。況依原告所提被告葉麗淑於102年4月30日簽立之借據，其中記載被告葉麗淑於102年4月向被告蔡葉麗櫻借款2500萬元，並將其名下土地押給被告蔡葉麗櫻；另承諾3年內還清，如未能清償，同意系爭乙不動產直接

過名或設定抵押給被告蔡葉麗櫻等內容，亦有借據附於本院卷可憑（見本院卷一第57頁）。而被告葉麗淑係於106年9月20日將其所有系爭甲不動產設定600萬元之最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻、葉麗桂，再於106年10月24日將其所有系爭乙不動產設定1,500萬元之最高限額抵押權予被告蔡葉麗櫻，亦有他項權利證明書、抵押權設定契約書等在卷可證。是自前開證據相互參酌以觀，被告葉麗淑於102年4月積欠被告蔡葉麗櫻借款2500萬元與積欠被告葉麗桂前開借款當時，均尚未設定系爭抵押權，應可認定。則被告間係先有債權之存在而於事後為之設定系爭最高限額抵押權，且無對價關係，依前開說明即屬無償行為，倘有害及債權，則債權人即原告自得依民法第244條第1項之規定以撤銷之。

（四）被告葉麗淑名下僅有系爭不動產可供清償原告之系爭債權，有全國財產稅總歸戶財產查詢清單、105年度綜合所得稅各類所得資料清單在卷可證（見本院卷一第113至115頁）。且原告所主張其持前開支付命令與確定證明書為執行名義，向本院聲請對被告葉麗淑之財產強制執行，而分別由本院以106年度司執字第43826號、107年度司執字第327號強制執行事件受理在案；嗣經本院民事執行處以拍賣無實益通知本件原告，本件原告乃撤回前開強制執行等事實，亦為被告所不爭，自均堪信為真實。則債權人即原告就債務人即被告葉麗淑之財產聲請執行求償而有困難，另參酌被告葉麗淑積欠其餘被告系爭借款迄未清償等事實，堪認被告葉麗淑陷於無資力，依前開說明，被告葉麗淑設定系爭最高限額抵押權之行為，即屬前開民法第244條第1項所謂「有害及債權」。

二、綜上所述，原告為債務人即被告葉麗淑之債權人，被告葉麗淑已陷於無資力，其所為先有債務後再設定系爭最高限額抵押權之無償行為，顯有害於原告之系爭債權，故原告依民法第244條第1、4項之規定，請求被告葉麗淑、蔡葉麗櫻將系

爭甲不動產所為之600萬元最高限額抵押權設定行為撤銷；被告葉麗淑、葉麗桂將系爭甲不動產所為之600萬元最高限額抵押權設定行為撤銷；被告葉麗淑、蔡葉麗櫻將系爭乙不動產所為之1,500萬元最高限額抵押權設定行為撤銷；與被告蔡葉麗櫻、葉麗桂應將前開最高限額抵押權設定登記予以塗銷，均為有理由，應予准許。

（叁）末按法院為終局判決時，應依職權為訴訟費用之裁判。各當事人一部勝訴、一部敗訴者，其訴訟費用，由法院酌量情形，命兩造以比例分擔或命一造負擔，或命兩造各自負擔其支出之訴訟費用。共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用；但共同訴訟人於訴訟之利害關係顯有差異者，法院得酌量其利害關係之比例，命分別負擔，民事訴訟法第87條第1項、第79條、第85條第1項分別著有規定。且撤銷詐害行為之訴，非連帶或不可分之債；故敗訴之被告間非連帶負擔訴訟費用，自不得援引民事訴訟法第85條第2項規定（司法院70年院台廳一字第1145號函、75年院台廳一字第3724號函同此見解）。而既引用民事訴訟法第85條第1項前段，其主文應記為「訴訟費用由共同訴訟人（多數原告或被告）平均負擔」為妥（司法院77年1月6日77年院台廳一字第01100號函同此見解）。查本院既為先位之訴原告全部敗訴、備位之訴被告全部敗訴之終局判決，則依前開說明，本件訴訟費用自應命由被告按其人數平均負擔。

（肆）本件事證已臻明確，兩造所為之其他主張，陳述並所提之證據，經審酌後，認均與本件之結論無礙，不再一一論述，併予敘明。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　24　　日

民三庭法　官　陳卿和

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　　108　　年　　1　　月　　24　　日

書記官　王立梅