臺灣臺中地方法院民事判決

108年度訴字第2416號

原　　告　華南永昌綜合證券股份有限公司
法定代理人　鄭永春
訴訟代理人　王一翰律師
複代理人　林心印律師
　　王朝璋律師
被　　告　朱勇康
　　朱有康
　　邱百蓊
共　　同
訴訟代理人　張績寶律師
複代理人　莊惠祺律師
　　洪玉珍

上列當事人間請求塗銷抵押權事件，本院於民國109 年5 月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告邱百蓊應將如附表所示不動產於民國一〇七年十月三十日所設定登記擔保債權總金額新臺幣壹仟萬元之岜通抵押權登記予以塗銷。

訴訟費用由被告邱百蓊負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、原告之法定代理人原為楊朝榮，於民國108 年8 月15日變更為鄭永春，有股份有限公司變更登記表附卷可稽（見本院卷一第155 至158 頁），茲據鄭永春於108 年8 月26日具狀聲明承受訴訟（見本院卷一第147 至149 頁），於法並無不合，應予准許，合先敘明。

二、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第255 條第1 項但書第2 款定有明文。查原告起訴聲明為「先位聲明：一、確認被告朱永康及朱有康，與邱百蓊（以下逕以姓名稱之）間

於107 年10月1 日成立之借款債權新臺幣（下同）10,000,000元不存在。二、朱永康、朱有康於107 年10月30日就附表所示不動產（下稱系爭不動產）所為之抵押權登記應予塗銷。備位聲明：一、朱永康、朱有康於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記行為應予撤銷。二、朱永康、朱有康於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記應予塗銷」（見本院卷一第13至14頁），嗣於本院審理時以言詞變更聲明為「先位聲明：邱百蔚於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記應予塗銷。備位聲明：一、朱勇康、朱有康於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記行為應予撤銷。二、邱百蔚於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記應予塗銷」（見本院卷二第59至60頁），上開聲明均係基於原告後述主張之同一基礎事實，合於首揭規定，予以准許。

貳、實體方面：

一、原告起訴主張：

原告為證券商，當客戶進行信用交易即融資買進股票時，係由客戶自付4 成自備款，再由證券商將6 成股款借予客戶並完成股票交割，而客戶買進之股票則存放於證券商開立之專戶中作為擔保品，以保障證券商之融資款債權，此為證券商與客戶進行信用交易之商業模式，並詳載於客戶開戶契約。朱勇康、朱有康於105 年12月8 日在原告公司開立證券交易信用帳戶，並於106 年9 月27日起至107 年10月9 日止在原告公司下單融資買進「康友」股票（股票代號6452）共437張，原告借與朱勇康及朱有康之融資金額分別為69,896,000元及68,440,000元。依證券商辦理有價證券買賣融資融券業務操作辦法第54條第1 項、第55條第1 項第1 款、第81條第3 項規定，及開立證券信用交易帳戶申請書第6 條第1 項、第7 條、第8 條、第10條約定，擔保品之擔保維持率需維持百分之130 以上，否則需立即補足差額。因康友股票於107 年10月22日開始無量下跌，連續數日跌停，發生擔保維持率

不足之情形，原告多次向朱勇康、朱有康追討，朱勇康及朱有康均以無力清償為由，明示拒絕補足差額或償還上開融資借款。原告自107 年10月30日起每日持續掛單委賣康友股票，至同年11月9 日處分完畢，並於同年月13日向臺灣證券交易所申報違約。原告迄今對朱勇康、朱有康尚分別有融資債權31,714,134元、32,182,642元，及按週年利率百分之3.8計算之利息及按週年利率千分之3.8 計算之違約金債權。

詎料朱勇康、朱有康竟於107 年10月30日將渠等共有之系爭不動產設定抵押權10,000,000元與邱百蔚（下稱系爭抵押權），顯已生損害於原告之前開債權。又系爭不動產前已於86年4 月9 日設定最高限額抵押權4,260,000 元與訴外人土地銀行，系爭不動產於107 年10月30日時並無10,000,000元之價值得以再設定系爭抵押權，其等通謀虛偽設定系爭抵押權以損害原告債權之意圖甚明。原告爰依民法第87條第1 項、民法第242 條、民法第767 條第1 項規定，代位朱勇康、朱有康請求邱百蔚塗銷系爭抵押權登記。倘系爭抵押權非通謀虛偽意思表示，被告之行為並未取得任何對價，原告請求依民法第244 條第1 項規定撤銷。再退步言，縱設定系爭抵押權為有償行為，惟已致朱勇康、朱有康所有之財產全部移轉一空，渠等不得辯稱不知該行為已害及原告之債權，原告爰依民法第244 條第2 項及第4 項之規定備位請求撤銷並塗銷系爭抵押權等語。

ŋ 並為先位聲明如主文第1 項所示。備位聲明則為一、朱勇康、朱有康於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記行為應予撤銷。二、邱百蔚於107 年10月30日就系爭不動產所為之抵押權登記應予塗銷。

二、被告則以：

朱勇康因105 年初經營珠寶行，為支付房租及裝潢等開銷而向邱百蔚借調現金，然珠寶行生意不順遂並未獲利，朱勇康、朱有康因而續向邱百蔚借款以投資其他事業，朱勇康、朱有康自105 年起至107 年止期間陸續向邱百蔚借款6 次，所

借款項均係邱百蔚在其經營之公司以現金交付與朱勇康、朱有康。被告於107 年10月1 日彙算上開期間之欠款，就欠款總金額10,000,000元另行簽立借據、本票與邱百蔚收執，朱勇康、朱有康並提供系爭不動產設定系爭抵押權與邱百蔚，約定擔保債權總金額10,000,000元。原告雖稱被告提款金額合計僅2,850,000 元，然觀諸邱百蔚名下新光銀行、聯邦銀行帳戶存款明細，上開帳戶確實有諸多生意往來資金進出，可證邱百蔚並非無資力之人，其有能力為一定金額之借貸，且邱百蔚經營之公司每日均有百萬元以上現金進出，足供朱勇康、朱有康陸續至公司調借現金，以上所述難認有何悖於常情之處，系爭抵押權之設定亦與社會上常見之先有債權存在、後設定抵押權作為債權擔保之情況相符。況參諸被告提出之借據及利息收據，其上筆跡墨色均甚陳舊，顯非臨訟製作，原告以上開借據及收據之記載格式相同為由，指稱上開借據及收據均屬事後製作云云，難認有據。且原告雖主張朱勇康、朱有康將系爭不動產設定系爭抵押權與邱百蔚是通謀虛偽設定，然並未舉證以實其說。

朱勇康、朱有康就系爭不動產設定系爭抵押權與邱百蔚是基於其等間之消費借貸關係，則被告間設定系爭抵押權之行為，自屬有償行為，而非無償行為。再者，就民法第244 條第2 項有償行為之撤銷，原告對邱百蔚於設定系爭抵押權時明知此舉將有害於原告對朱勇康、朱有康之債權乙節，亦未舉證以實其說等語，資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

三、兩造爭執及不爭執事項（見本院卷一第467 至468 頁，並由本院依相關卷證為部分文字修正）：

不爭執事項：

朱勇康、朱有康前於105 年12月8 日於原告斗六分公司開立證券交易信用帳戶，融資買賣股票，至108 年8 月5 日前，朱勇康、朱有康分別積欠原告本金各31,714,134元、32,182,642元及利息、違約金未清償。

坐落臺中市○○區○○段○○○○○○○號及其上同段3311建號建

物（即系爭不動產）為朱勇康、朱有康共有（應有部分各2分之1），系爭不動產於107年10月30日設定第2順位之系爭抵押權（登記字號：正屹登字第187220號）與邱百蔚，擔保債權額為10,000,000元，以擔保朱勇康、朱有康與邱百蔚於107年10月1日所訂立之消費借貸契約債務。

臺中市中正地政事務所（下稱中正地政事務所）109年3月12日中正地所四字第1090002535號函檢送該所107年收件正屹登字第187220號抵押權設定登記申請書相關資料不爭執。

卷附被告間之借款明細、借據，朱勇康、朱有康開立之本票，邱百蔚之聯邦銀行存摺存款明細、新光銀行存摺存款對帳單，邱百蔚開立利息收據，形式真正不爭執。

爭點：

系爭抵押權所擔保之債權是否存在？

先位部分，原告依民法第242條、第767條規定，代位請求邱百蔚塗銷系爭抵押權之登記，是否有理由？

備位部分，原告依民法第244條第1項、第2項、第4項規定（擇一為有利之判決），請求邱百蔚塗銷系爭抵押權之登記，是否有理由？

四、得心證之理由：

系爭抵押權所擔保之債權不存在：

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，民法第87條第1項前段定有明文。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年台上字第29號裁判要旨參照）。因此，本件原告主張被告間就系爭抵押權所擔保債權為通謀虛偽之意思表示，應舉證以實其說。再按稱消費借貸者，於當事人間必本於借貸之意思合致，而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。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，均負舉證之責任（最高法院103年度台上字第2233號判決可參）。因此被告辯稱其等間有消費借貸關係存

在，即應由被告就消費借貸關係存在之借貸意思表示合致及交付借款之積極事實，負舉證責任。又各當事人就其所主張有利於己之事實，均應負舉證之責，故一方如已有適當之證明者，相對人欲否認其主張，即不得不更舉反證（最高法院19年上字第2345 號裁判意旨參照）。

原告主張被告間借款金額甚鉅，以現金交付顯不合理，且朱勇康、朱有康未就借款流向提出相關佐證，可見系爭抵押權並無從屬之債權存在等情，為被告所否認並以前詞置辯。經查，被告雖提出105 年至107 年間6 次借款明細表1 份、借據7 紙、本票1 紙、邱百蔚名下新光銀行及聯邦銀行存摺存款對帳單各1 份、邱百蔚簽發之利息收據數份、他項權利證明書1 份為證（見本院卷一第209 頁、第211 至225 頁、第227 至287 頁、第289 至301 頁、第303 至361 頁、第363 頁），然核對上開證據，7 張借據所記載之金額與日期分別為1,500,000 元（105 年12月1 日）、800,000 元（106 年7 月27日）、2,200,000 元（106 年9 月29日）、1,000,000 元（106 年10月25日）、3,000,000 元（107 年4 月26日）、1,500,000 元（107 年5 月2 日）、10,000,000元（107 年10月1 日，見本院卷一第211 至223 頁），對照邱百蔚名下新光銀行及聯邦銀行存摺存款對帳單，經被告劃橘色記號之現金支出提款紀錄分別為300,000 元（105 年12月1 日）、210,000 元（106 年7 月27日）、500,000 元（106 年9 月29日）、180,000 元（106 年10月24日）、790,000 元（107 年4 月26日）、600,000 元（107 年4 月30日）、270,000 元（107 年5 月2 日，見本院卷一第227 頁、第293 頁、第295 頁、第255 頁、第271 頁、第301 頁），提款紀錄加總金額合計僅2,850,000 元，遠不足系爭抵押權所擔保之債權金額10,000,000元，且此僅為提款紀錄，尚不足認定邱百蔚有將上開所領之現金全數交付朱勇康、朱有康一事。再者，被告所提上開借據，全部繕打以相同內容，僅在金額、借款期限、利率、繳息日各欄下方劃線處填載作更動，借

用人及保證人則在朱勇康與朱有康二人間互換，大筆借款款項均記載「當場以現金全數交付」，無一例外，其中107 年10月1 日10,000,000元借據，竟亦書寫「現金交付」10,000,000元，明顯無法排除刻意製造債權之情境。衡諸常情，上開借款金額動輒數十至數百萬元，數額均屬龐大，以現金交付之風險極高，大筆款項往來通常以轉帳或匯款之方式居多，以降低攜帶過程中所可能產生之極大風險，並避免點算金額之麻煩，則被告上揭主張顯悖於常情。且除提領紀錄之2,850,000 元以外，尚有數百萬之款項被告未能提出相應之金流證據以佐其說，被告上開所辯容有疑問，因此上開證據不足為有利於被告之認定。綜上，原告主張系爭抵押權所擔保之債權係被告間通謀虛偽意思表示等情，應屬可採，堪認被告間並無10,000,000元之借款債權，是系爭抵押權所擔保之債權並不存在。

先位部分，原告依民法第242 條、第767 條規定，代位請求邱百蔚塗銷系爭抵押權之登記，為有理由：

按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1 項中段定有明文。又抵押權為擔保物權之一種，以有債權存在為前提，若其債權不存在時，因抵押權有成立上從屬性，其抵押權即屬無效，抵押人即得就抵押權所擔保之債權不存在情形，請求抵押權人塗銷抵押權登記。查原告主張系爭抵押權所擔保之債權為被告間通謀虛偽意思表示等情，可以採信，被告則未能證明系爭抵押權所擔保之借款債權存在，是以系爭抵押權之成立即因欠缺從屬性而無效，惟系爭抵押權登記仍存在，對所有人所有權之行使自有妨害，而原告為朱勇康、朱有康之債權人，此為被告所不爭執（見不爭執事項　），原告為保全其債權，依民法第767 條第1 項中段、第242 條規定，代位朱勇康、朱有康行使請求邱百蔚塗銷系爭抵押權之登記，自屬有據，應予准許。又原告既代位債務人朱勇康、朱有康請求塗銷系爭抵押權登記，本不得將被代位人即債務人列為共同被告，原告將朱勇康、朱有康共

列被告，就本訴而言，雖於法不合，惟因本件就朱勇康、朱有康另有備位之訴，故本訴部分毋庸諭知原告其餘之訴駁回。

備位部分，原告依民法第244條第1項、第2項、第4項規定（擇一為有利之判決），請求邱百蔚塗銷系爭抵押權之登記部分，先位聲明為有理由，已如前述，本院則毋庸再審究備位之訴。

五、綜上所述，系爭抵押權所擔保之債權既難認存在，系爭抵押權之成立即因欠缺從屬性而無效，則原告代位請求邱百蔚應將系爭抵押權之登記予以塗銷，為有理由，應予准許。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張與攻擊防禦方法及所提證據，經審酌後認與本件判決之結果不生影響，爰不另一一論述。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　12　　日

民事第五庭　審判長法　官　黃綵君

法　官　李慧瑜

法　官　張意鈞

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　　6　　月　　12　　日

書記官　劉桉妮

附表：

所有權人：被告朱勇康、朱有康共有，應有部分各2 分之1	
土地	臺中市○○區○○段○○○○○○○○號

（續上頁）

建物	建號：臺中市○○區○○段○○○○○號
	門牌號碼：臺中市○○區○○路○○○巷○○弄○○號