臺灣臺中地方法院民事判決

108年度重訴字第429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
被　　告　江信儀
　　柯慕君
　　江素真

上列當事人間請求塗銷最高限額抵押權事件，本院於民國109 年3 月6 日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、確認被告江信儀與被告江素真間民國一百零七年四月十九日成立之新臺幣壹佰肆拾萬元、民國一百零七年七月三十日成立之新臺幣貳佰叁拾萬元之借款債權均不存在。

二、確認被告江信儀與被告柯慕君間之不詳日期成立之新臺幣貳佰貳拾萬元借款債權及民國一百零七年七月二十日成立之肆佰萬元借款債權均不存在。

三、被告江信儀與被告江素真於民國一百零七年十一月二十三日就門牌號碼臺中市○○區○○○街○ ○○ 號、5 之6 號之建物及基地（建號：臺中市○○區○○段○○○ ○○○○ ○號，地號：臺中市○○區○○段○○○ ○號）所為之最高限額抵押權登記就擔保金額超過新臺幣伍佰伍拾萬元部分應予塗銷。

四、被告江信儀與被告柯慕君於民國一百零七年十一月二日就門牌號碼臺中市○○區○○○街○ ○○ 號、5 之6 號之建物及基地（建號：臺中市○○區○○段○○○ ○○○○ ○號，地號：臺中市○○區○○段○○○ ○號）所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。

五、原告其餘先位之訴駁回。

六、被告江信儀與被告江素真間於民國一百零七年十一月二十三日就門牌號碼臺中市○○區○○○街○ ○○ 號、5 之6 號之建物及基地（建號：臺中市○○區○○段○○○ ○○○○ ○號，

地號：臺中市○○區○○段○○○ ○號）所為之最高限額抵押權登記行為在擔保金額新臺幣伍佰伍拾萬元範圍內應予撤銷。

七、被告江信儀與被告江素真於民國一百零七年十一月二十三日就門牌號碼臺中市○○區○○○街○ ○○ 號、5 之6 號之建物及基地（建號：臺中市○○區○○段○○○ ○○○○ ○號，地號：臺中市○○區○○段○○○ ○號）所為之最高限額抵押權登記在擔保金額伍佰伍拾萬元範圍內應予塗銷。

八、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、程序部分：

㈠按法定代理人之代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明；聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造，民事訴訟法第170條、第175 條第1 項、第176 條分別定有明文。本件原告起訴時，其法定代理人為楊朝榮，嗣於民國108 年8 月15日變更為鄭永春，有公司變更登記表（本院卷第231-234 頁）可參，業經原告具狀聲明承受訴訟（本院卷第225-227 頁），核無不合。

㈡原告起訴時原聲明「先位聲明：一、確認被告江信儀與柯＊＊、被告江信儀與江＊＊間之借款債權不存在。二、被告江信儀於107 年11月2 日及107 年11月23日就如附表一所示不動產所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。備位聲明：一、被告江信儀於107 年11月2 日及107 年11月23日就如附表一所示不動產所為之最高限額抵押權登記行為應予撤銷。二、被告江信儀於107 年11月2 日及107 年11月23日就如附表一所示不動產所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。」。嗣因查得被告柯慕君、江素真，乃將上開柯＊＊、江＊＊更正為柯慕君、江素真（見本院卷第149 頁）。再為確定其請求確認無效之被告間債權為何及確定應塗銷抵押權登記之對象，

又將聲明更正如後原告主張所示（見本院卷第459-461 頁），其請求之事項均相同，只是將對象明確化，應屬補充更正其事實及法律上陳述，非訴之變更追加，附此敘明。

二、原告主張：

㈠原告為證券商，當客戶進行信用交易（融資買進股票）時，均由客戶自付4 成自備款，再由原告將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原告證券商開立之專戶中作為擔保品，以保障原告證券商之融資款債權，此為原告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（下稱系爭契約）。被告江信儀於民國106 年9月21日於原告台中分公司開立證券交易信用帳戶以買賣股票，並於107 年10月9 日在原告台中分公司下單融資買進「康友」股票（股票代號6452），並於107 年10月12日完成交易，融資買進康友股票，累計交割金額共新台幣（下同）4,580,000 元，手續費共6,523 元，被告江信儀向原告證券商融資金額2,744,000 元，交付現金1,842,523 元。然康友股票於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，而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 項等規定，及系爭契約第6 條第1 項、第7 條、第8 條、第10條等約定，擔保品之擔保維持率需維持130%以上，否則需立即補足差額。為此原告證券商多次向被告江信儀追討差額，被告江信儀均以無力清償為由，明示拒絕補足差額或償還上開融資借款。原告證券商則自107 年10月30日起每日持續掛單委賣康友股票，直到同年11月14日方處分完畢，同年月16日向臺灣證券交易所申報違約。目前確定原告證券商對被告江信儀尚有融資債權1,135,977 元及年利率6.45% 計算之利息及按年利率千分之6.45計算之違約金等債權。

㈡詎料，被告江信儀竟於107 年11月2 日即原告證券商向被告江信儀求償之際，將其所有之台中市○○區○○○街○ ○○號、5 之6 號之建物及基地（建號：臺中市○○區○○段○○

○ ○○○○ ○號，地號：臺中市○○區○○段○○○ ○號，下稱系爭房地）設定最高限額抵押權6,000,000 元予被告柯慕君（下稱柯慕君抵押權），又於107 年11月23日將系爭房地設定最高限額抵押權6,000,000 元予被告江素真（下稱江素真抵押權）。查系爭房屋建於71年3 月31日，至今已逾37年，系爭房地之價值，依原告委託之鑑價報告僅7,570,704 元，且早已於107 年5 月16日設定最高限額抵押權6,000,000 元予訴外人台中商業銀行，系爭不動產於107 年11月2 日及同年月23日時並無高達18,000,000元之價值足以再設定第二及第三順位最高限額抵押權予被告柯慕君及被告江素真。又被告江素真為被告江信儀之姑姑；被告柯慕君為被告江信儀大伯江宗煙之前妻，且被告柯慕君、江素真地址相同，與被告江信儀為相鄰之隔壁，顯見被告江信儀與被告柯慕君、江素真之間極為親近且利害關係緊密牽連。再查系爭380 地號之其他共有人於90年10月18日、72年5 月11日、91年8 月14日所設定之抵押權擔保債權僅分別為400,000 元、350,000 元、720,000 元，共僅1,470,000 元，然而被告江信儀於短短半年內，便已設定107 年5 月16日6,000,000 元、107 年11月2 日6,000,000 元、107 年11月23日6,000,000 元，共計18,000,000元之抵押權，被告江信儀所設定之擔保債權遠超過系爭房地之價值，且被告柯慕君、江素真均非第一順位抵押權人，被告江信儀於107 年11月2 日及107 年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為顯係虛偽不實之脫產行為。爰依民法第87條第1 項之規定，請求確認上開最高限額抵押權設定行為不存在，並代位被告江信儀，依民法第767 條第1 項規定請求被告柯慕君塗銷柯慕君抵押權、被告江素真塗銷江素真抵押權。

㈡退步言之，縱認前開設定最高限額抵押權非通謀虛偽意思表示，惟被告就上開設定最高限額抵押權之行為，未取得任何對價，原告爰依民法第244 條第1 項及信託法第6 條第1 項之規定予以撤銷。再退步言之，縱上開設定最高限額抵押權

行為係有償行為，惟上開設定最高限額抵押權行為已導致被告江信儀之財產全部移轉一空、財產價值大幅貶損，該等行為均在原告準備聲請保全程序之際，被告等人自難推言不知該等行為已害及原告之債權，致原告無從受償，原告爰依民法第244條第2項之規定，請求撤銷上開設定最高限額抵押權及信託登記等行為，並依民法第244條第4項規定，請求回復為被告江信儀所有。

㈣被告江素真雖抗辯江素真抵押權係為擔保被告江信儀向被告江素真所為之借款債務云云，惟查：

1.被告江素真所稱於107年4月19以匯款方式交付1,400,000元借款，實係匯入江信儀母親即訴外人陳秀如之銀行帳戶，被告雖主張之後輾轉透過訴外人即被告江信儀父親江宗星匯入被告江信儀帳戶，然被告江素真庭呈之台新銀行存摺影本同時顯示訴外人陳秀如於107年11月2日匯款予被告江素真44萬元及18萬5千元，共62萬5千元，顯見被告江素真與訴外人陳秀如原有複雜金錢往來關係，難認被告江素真於107年4月19日匯款140萬元是借款予被告江信儀。且被告江信儀國泰世華銀行存摺影本顯示訴外人陳秀如另於107年3月28日匯款150萬元、訴外人江宗星另於107年4月20日匯款100萬元予被告江信儀，足見被告江信儀之父母江宗星及陳秀如經常對被告江信儀有大筆金額之贈與或借貸，以上金流均非被告江素真借錢予被告江信儀。

2.就107年7月30日被告江信儀父母再次向被告江素真籌措資金2,300,000元等情，被告提出之匯款紀錄金額為2,233,000元，與其等主張借款2,300,000元金額不符；且被告江信義之父母於107年7月30日方與被告江素真籌措資金，為何於107年7月28日即先簽發本票給被告江素真，顯違常理。

3.就107年10月26日被告江信儀向被告江素真調度現金5,500,000元部分，被告江素真之領款紀錄為5,419,000元與前述5,500,000元借款金額並不一致；且被告等均無法證明該筆現金是否為江信儀所領取，以現金取款後，款項是否確實交

付予被告江信儀。

4.況若認被告江素真抗辯為實，被告江信儀之父母及江信儀共向被告江素真借款約9,200,000元，遠超過被告江素真所設定之最高限額抵押權6,000,000元，顯不足保障其債權，應與常情不符。再者，被告江信儀之父母及被告江信儀向被告江素真借款時間分別為107年4月19日、107年7月30日及107年10月26日，然被告江信儀遲至107年11月23日始將系爭房地設定最高限額抵押權予被告江素真，亦不合理。

㈤被告柯慕君雖抗辯被告江信儀向被告柯慕君調度資金，且訴外人江宗煙為共同擔保人，柯慕君始陸陸續續將現金2,200,000元借貸予被告江信儀云云，惟並未提出任何交付此部分借款之證明，且未說明訴外人江宗煙與被告江信儀是何關係，而為被告江信儀借款之共同擔保人。且被告柯慕君以現金方式將借款交付被告江信儀，與一般出借人希望以匯款留存金流軌跡情形有違。被告等亦均未提出任何借據佐證，就所提出之本票簽發時間為107年4月1日與設定抵押權之107年11月2日時間距離甚遠，亦有違常理。被告柯慕君另抗辯伊於107年7月20日匯款4,000,000元予訴外人江宗煙，惟借款人既為被告江信儀，為何被告柯慕君要將4,000,000元匯入江宗煙之戶頭，顯見借款人並非被告江信儀，被告江信儀自無由提供所有之系爭房地設定最高限額抵押權。況被告江信儀本票簽發時間為107年7月15日與被告柯慕君匯款107年7月20日時間不符。且從柯慕君匯入江宗煙之存款餘額顯示江宗煙銀行存款尚有21,402,766元，若江宗煙與被告江信儀關係密切或是親戚關係，為何被告江信儀不是向資力甚佳之江宗煙借款而是向被告柯慕君借款。又被告江信儀於107年10月26日向被告江素真借款，卻又於107年11月2日設定最高限額抵押權予被告柯慕君，應有侵害被告江素真債權之嫌，且被告江素真同意被告柯慕君債權金額較低且抵押權次序較前，顯不符常理。

㈥被告江信儀為83年次出生，年齡約25歲左右，其資金需求遠

超同齡之人，顯違常情，且被告江信儀之父親及親戚均資力甚佳，應無須由被告江信儀擔任借款人並由其設定如此高額之抵押權，且觀出借人又均為被告江信儀之其他親戚，種種不合常情之處均足證係為詐害債權之脫產行為。被告等人迄今仍未能證明其金流屬實，並證明該金流最後並未流回被告柯慕君、江素真，原告主張上開債權均為通謀虛偽意思表示或無對價關係之詐害行為，應屬有據，爰請求確認債權關係不存在或撤銷債權關係，並塗銷最高限額抵押權之登記。

㈦訴之聲明：

1.先位聲明：⑴確認被告江信儀與被告江素真間之107年4月19日成立之1,400,000元、107年7月30日成立之2,300,000元、及107年10月26日成立之5,500,000元，共9,200,000元之借款債權均不存在。⑵確認被告江信儀與被告柯慕君間之不詳日期成立之2,200,000元借款債權及107年7月20日成立之4,000,000元借款債權均不存在。⑶被告江信儀與被告江素真於107年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。⑷被告江信儀與被告柯慕君於107年11月2日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。

2.備位聲明：⑴被告江信儀與被告江素真間於107年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為應予撤銷。⑵被告江信儀與被告柯慕君間於107年11月2日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為應予撤銷。⑶被告江信儀與被告江素真於107年11月23日系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。⑷被告江信儀與被告柯慕君於107年11月2日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。

三、被告3人則以：

㈠被告江信儀與被告柯慕君、江素真間之借貸關係確屬存在，被告江信儀確有向渠等借款。就借款情形詳述如下：

1.被告江信儀與被告江素真間借款共3筆：

⑴107年4月間因為被告江信儀要購買系爭房地，故向被告江素真借款1.400.000元，被告江素真於107年4月19日將上

開款項陳秀如之臺中銀行帳號00000000000 號帳戶（下稱陳秀如558 帳戶）。陳秀如再將之分為兩筆，一筆700,000 元匯入陳秀如臺中銀行帳號000000000000號帳戶（下稱陳秀如058 帳戶），另一筆700,000 元匯入江宗星臺中銀行帳號00000000000號帳戶（下稱江宗星676 帳戶）。陳秀如又於107 年4 月20日匯一筆1,000,000 元至江宗星帳戶，江宗星則於江宗星帳戶107 年4 月18日匯款1,000,000 元、107 年4 月20日匯款1,000,000 元至被告江信儀國泰世華銀行帳號000000000000號帳戶（下稱被告江信儀國泰帳戶）。

⑵因為被告江信儀與父親江宗星共同投資理財，故向被告江素真借款2,300,000 元，被告江素真先交付現金67,000元，並於107 年7 月30日匯款2,233,000 元至江宗星臺中銀行帳號000000000000號帳戶（下稱江宗星968帳戶）。

⑶107 年10月26日被告江信儀為返還之前向訴外人洪冠伶借款3,100,000 元及羅文雄借款2,400,000 元，故向被告江素真借款5,500,000 元，被告江素真提領現金交付被告江信儀。

⑷上開借款被告江信儀與訴外人江宗星有共同簽發本票擔保。

2.被告江信儀與被告柯慕君借款共2 筆：

⑴被告柯慕君為被告江信儀伯父即訴外人江宗煙前妻，被告江信儀與江宗煙向被告柯慕君借款，被告柯慕君匯款與江宗煙，江宗煙於107 年2 月23日匯款220 萬元至被告江信儀台新銀行臺中分行帳號0000000000000000號帳戶（下稱被告江信儀台新帳戶）。

⑵因被告江信儀與江宗煙共同投資理財，故被告江信儀再向被告柯慕君借款400 萬元，並指定匯入江宗煙國泰世華證券交割帳號。

⑶上開借款被告江信儀與訴外人江宗煙有共同簽發本票擔保。

㈡是被告間之債權確實存在，嗣因被告江信儀投資失利，被告柯慕君、被告江素真擔心被告江信儀無力償還前開負債，乃要求被告江信儀共同設定柯慕君、江素真抵押權，並非虛偽不實。

㈢並均聲明：駁回原告之訴。

四、法院之判斷：

㈠按民事訴訟法第247 條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，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（最高法院42年臺上字第1031號判例參照）。本件原告主張柯慕君、江素真抵押債權不存在，為被告3 人所否認，則上開抵債權是否存在即有不明確，致原告在法律上之地位有不安之狀態存在，而此不安之狀態，能以確認判決將之除去，揆之首開說明，原告提起本件確認訴訟，應有確認利益，合先敘明。

㈡原告主張其為被告江信儀之債權人，被告江信儀與被告柯慕君、江素真先後設定柯慕君、江素真抵押權一節，為被告所不爭執，並有開戶契約、信用戶維持率分佈明細表、信用交易補繳處分差額通知書、系爭房地登記謄本、柯慕君、江素真抵押權登記申請書等在卷可稽（見本院卷第33-57 、137-147、153-177 頁），堪信為真。

㈢就被告間上開各項債權，除被告江信儀、江素真間107 年10月借款5,500,000 元堪認屬實外，其餘借款均不能證明確實存在：

1.按「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。又抵押權為擔保物權之一種，於該抵押權擔保期間，須有擔保之債權存在，倘擔保債權並未發生，其抵押權即失所附麗．．．而上訴人否認兩造間有任何借貸，提起本件消極確認之訴，求為確認被上訴人對上訴人就系爭抵押權所擔保之債權不存在，依上說明，被上訴人就其與上訴人間有系爭抵押權所擔保之（借款）債權存在之原因事實，自應負舉證責任。」，最高法院98年台上字第1265號民事判決闡釋甚明。又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。事實為法律關係發生之特別要件者，在消極確認之訴，應由被告就其存在負舉證之責任，在其他之訴，應由原告就其存在負舉證之責任（司法院院字第2269號解釋意旨參照）。而抵押權所擔保之債權不存在，乃屬消極之事實，主張該債權存在者，自應由其就此積極事實負舉證責任。又抵押權為擔保物權之一種，於該抵押權擔保期間，須有擔保之債權存在，倘擔保債權並未發生，其抵押權即失所附麗（最高法院98年度台上字第1265號判決參照）。易言之，抵押權之成立以主債權存在為前提，若主債權不存在，抵押權亦不成立，是抵押人主張抵押權所擔保之主債權不存在，對抵押權人提起塗銷抵押權登記之訴，自應由抵押權人就主債權存在之積極事實，負舉證責任。本件原告原告主張柯慕君、江素真抵押債權不存在，提起消極確認之訴，依前揭說明，應由被告3 人舉證證明上開抵押債權存在，若未能證明，即應為被告3 人不利之認定。

2.被告江信儀與被告江素真間借款部分：

⑴被告江信儀向被告江素真借款1.400.000 元部分，其2 人所稱被告江素真於107 年4 月19日將1.400.000 元匯入陳秀如558 帳戶。陳秀如再將之分為兩筆，一筆700,000 元匯入陳秀如058 帳戶，另一筆700,000 元匯入江宗星676 帳戶。陳秀如又於107 年4 月20日匯一筆1,000,000 元至江宗星676 帳戶，江宗星則於107 年4 月18日匯款1,000,000 元、107 年4 月20日匯款1,000,000 元至被告江信儀國泰帳戶等匯款過程，業據提出陳秀如558 帳戶、陳秀如058 帳戶、江信儀國泰帳戶存摺影本為證（見本院卷第205-209 、259-267 、403-405 頁），確屬實情。然江宗星匯款2 筆中第一筆是在107 年4 月18日，被告江素真是隔日即107 年4 月19日才匯款140 萬元給陳秀如，被告主張江宗星匯給被告江信儀之2 筆款項是被告江素真之借款，時序已有不符。且被告江信儀欲向被告江素真借款，被告江素真逕行匯入被告江信儀帳戶

即可，何需大費周章先匯入陳秀如帳戶，陳秀如再分2 筆匯給江宗星，江宗星再分2 筆匯給被告江信儀？被告江信儀、江素真雖抗辯是因為父母贈與子女免稅之稅務規劃云云（見本院卷第391 、441 頁），但此筆款項若真是借款，本來就不需要課徵贈與稅，何必自找麻煩弄成父母贈與再主張免稅？是被告所舉證據，未能使本院認定此筆款項確實為被告江素真借款與被告江信儀。

⑵就107 年7 月借款2,300,000 元部分，被告江信儀、江素真主張是被告江素真先交付現金67,000元，並於107 年7 月30日匯款2,233,000 元至江宗星帳戶云云。然就交付現金部分，並無任何證據足以證明被告江素真確有交付款項與被告江信儀，另匯款2,233,000 元是匯到江宗星968 帳戶，有該帳戶存摺影本為證（見本院卷第211 頁），也沒有證據證明之後有交付被告江信儀，是被告所舉證據，未能使本院認定此筆款項確實為被告江素真借款與被告江信儀。

⑶107 年10月26日借款5,500,000 元部分，被告江信儀、江素真主張是被告江信儀為返還之前向訴外人洪冠伶借款3,100,000 元及羅文雄借款2,400,000 元，故向被告江素真借款，被告江素真提領現金連同身上原有資金共5,500,000 元交付被告江信儀等語。查訴外人洪冠伶於107 年2 月13日匯款3,029,100 元至被告江信儀台新帳戶，並出具債務清償證明書，表示被告江信儀於107 年10月28日償還本金含利息共計3,100,000 元。另訴外人羅文雄於106 年12月18日匯款2,316,982 元至被告江信儀中國信託銀行帳號000000000000號帳戶，並出具債務清償證明書，表示被告江信儀於107 年10月28日償還本金含利息共計2,400,000 元，有債務清償證明書及上開銀行帳戶存摺附卷可按（見本院卷第417-423 頁），足見被告江信儀確有借款及還款之事實，且被告江素真於107 年10月26日現金提款5,419,000 元，與前揭借款總額5,500,000 元雖略有差距，但已甚為接近，被告江素真主張其餘款項是原本身上剛好有現金，亦屬合理，故此部分借款應認屬

實。

3.被告江信儀與被告柯慕君借款部分：

⑴被告柯慕君、被告江信儀固抗辯：被告江信儀與江宗煙向被告柯慕君借款，被告柯慕君委託江宗煙處理江信儀借款交付，江宗煙於107年2月23日匯款2,926,900元與被告江信儀其中220萬元為其借款云云，雖有江信儀、江宗煙存摺影本存卷可查（見本院卷第425、435頁）。然被告柯慕君一開始答辯時表示該220萬元是陸續交付現金與被告江信儀（見本院卷第193頁），之後才改答辯如上，衡以220萬元並非小數目，被告柯慕君竟會誤認交付方式，已屬可疑。且目前證據僅能證明該筆款項是由江宗煙匯給被告江信儀，並無證據證明來源是被告柯慕君交給江宗煙，且金額也與被告柯慕君、被告江信儀主張之220萬元不同，故此部分借款尚屬不能證明。

⑵被告柯慕君、被告江信儀另抗辯：被告江信儀與江宗煙共同投資理財，故被告江信儀再向被告柯慕君借款400萬元，並指定匯入江宗煙國泰世華證券交割帳號云云，雖亦有存摺影本在卷可稽（見本院卷第279-283頁）。但依存摺影本所示該400萬元是匯入江宗煙帳戶，旋即均因交割股票而花用完畢，並無分毫流向被告江信儀，其等抗辯是被告江信儀與江宗煙共同借款，亦屬不能證明。

4.被告3人雖另提出本票做為借款之佐證（見本院卷第199、213頁），然由前揭金流資料，除被告江素貞、江信儀間550萬元借款外，其餘均不能證明有借款交付，業如前述，而借款於民法上屬於消費借貸之要物契約，需交付款項始能成立，本件既然未能證明有借款之交付，自不能僅以曾簽立本票，即推認消費借貸契約存在。

5.由上所述，就被告間上開各項債權，除被告江信儀、江素真間107年10月借款5,500,000元堪認屬實外，其餘借款均不能證明確實存在。

㈣原告就上開債權不存在部分，代位被告江信儀請求被告江素

真塗銷江素真抵押權超過550 萬元部分、請求被告柯慕君塗銷柯慕君抵押權，為有理由：

1.按一般抵押，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，而抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記（最高法院84年度台上字第167號判決參照）。最高限額抵押契約定有存續期間者，於存續期間屆滿時，最高限額抵押權即歸於確定，最高限額抵押權已變為普通抵押權，抵押權之從屬性即因而回復，其所擔保之債權為確定時存在且不逾最高限額擔保範圍內之特定債權，若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，應許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記（參照最高法院83年台上字第1055號判例意旨）。復按「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。」「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767 條第1 項、第242 條分別定有明文。故若抵押人即債務人怠於向抵押權人請求塗銷該抵押權之設定登記，債權人為保全其對於債務人之債權，自得代為債務人請求抵押權人塗銷該抵押權之設定登記。

2.按「最高限額抵押權所擔保之原債權，未約定確定之期日者，抵押人或抵押權人得隨時請求確定其所擔保之原債權」，民法第881 條之5 定有明文。再按民法第881 條之12 第1項第6 款規定：「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。」。經查，原告既於108 年3 月間聲請對系爭房地為查封，並經本院108 年11月26日中院麟民執108 司執洋字第877 號辦理查封登記，此有系爭房地登

記謄本在卷可稽（見本院卷第115-131頁），且被告江素真、柯慕君至遲在本件起訴狀繕本送達時已經知悉此事，依上開規定，江素真、柯慕君抵押權所擔保之原因債權因而確定。依前揭說明，最高限額抵押權已變為普通抵押權，抵押權之從屬性即因而回復，其所擔保之債權為確定時存在且不逾最高限額擔保範圍內之特定債權。

3.又柯慕君、江素真抵押權所擔保之債權除被告江信儀於107年10月30日向被告江素真借款550萬元部分外，均不存在，業經本院認定如前。上開抵押債權既不存在，該抵押權自不存在，而該抵押權登記對於被告江信儀之所有權既生妨害，被告江信儀依民法第767條之規定，得請求被告柯慕君、江素真塗銷該抵押權設定登記。惟被告江信儀怠於行使其請求塗銷抵押權設定登記之權利，原告為保全其對被告江信儀債權，依據民法第242條之規定，代位請求被告柯慕君塗銷柯慕君抵押權設定登記，及代位請求江素真塗銷超過550萬元部分之江素真抵押權設定登記，均屬有據。

㈤原告備位聲明請求撤銷被告江素真、江信儀間設定江素真抵押權550萬元部分之行為，及請求塗銷此部分抵押權設定登記，均屬有據：

1.原告備位聲明原請求「⑴被告江信儀與被告江素真間於107年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為應予撤銷。⑵被告江信儀與被告柯慕君間於107年11月2日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為應予撤銷。⑶被告江信儀與被告江素真於107年11月23日系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。⑷被告江信儀與被告柯慕君於107年11月2日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。」。但就柯慕君抵押權全部及江素真抵押權超過550萬元部分均經本院在先位聲明部分認為不存在且應予塗銷，業如前述，故備位聲明僅就先位聲明駁回部分即江素真抵押權在550萬元內部分為審判，先予敘明。

2.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。次按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號判決要旨參照）。而所謂害及債權，謂因債務人之行為，致債權不能獲得滿足。換言之，因債務人之行為而致積極的減少財產，或消極的增加債務，因而使債權陷於清償不能、或困難或遲延之狀態。若債務人雖為減少財產或增加債務之行為，而其資產、信用及勞務等，尚足以清償債務時，對於債權既無妨礙，自不得撤銷之。又行使撤銷權之目的，在使債務人之責任財產回復詐害行為發生以前之原狀，撤銷權人對於保全所得債務人之財產，並無優先受償之權利。足見撤銷權之行使，實以維護債權之共同擔保為目的，並非為確保特定債權之直接履行，是撤銷權之成立仍應以債務人陷於無資力為必要。又有害於債權之事實，須於行為時存在，且於債權人行使撤銷權時，債務人處於無資力之狀態。從而，債務人於行為時，如尚有資力清償債務，縱其結果，致債務人之財產日形減少，仍不得撤銷之。債權人之撤銷權，係基於債務人之全部財產為債權人之總擔保，債務人之行為致債權之共同擔保減少，害及債權人利益時，債權人即得行使撤銷權。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。是債務人提供所有不動產，不問係設定普通抵押權或最高限額抵押權，若使債權之共同擔保減少，害及債權人利益時，債權人均得依法訴請撤銷，並無軒輊（最高法院103 年度台上字第1369號判決參照）。

3.被告江信儀於107 年10月30日向被告江素真借款550 萬元部

分，雖確屬存在。然被告江信儀、江素真於本院言詞辯論時自認於借款時並未同時約定要設定抵押權，而是之後因被告投資失利會緊張才決定去設定抵押（見本院卷第474 頁）。故本件係先有債權之存在而於事後為之設定抵押權，且被告江素真並未因設定抵押權另行提供對價，依前揭最高法院判決意旨即屬無償行為。而依被告江信儀之106 年度綜合所得稅各類所得資料清單、全國財產總歸戶查詢清單（見本院卷第71-73 頁），被告江信儀名下除系爭房地外僅有一台機車，別無其他財產，其一年所得約180 萬元，扣除生活費用後，所得償還原告之金額甚為有限。且依被告江信儀提出之不動產買賣契約書（見本院卷第303-313 頁），系爭房地購入時之價金為750 萬元，而系爭房地原已設定600 萬元之最高限額抵押權與臺中商業銀行，被告江信儀又將系爭房地設定江素真抵押權金額高達600 萬元，顯然嚴重影響其清償債務之能力，有害及原告債權，原告主張依民法第244 條第1 項之規定撤銷此部分抵押權設定行為，並得依民法第244 條第4 項請求被告江素真回復原狀即塗銷此部分抵押權設定登記，於法相符，均屬有據。

五、綜上所述，原告先位聲明中：⑴確認被告江信儀與被告江素真間之107 年4 月19日成立之1,400,000 元、107 年7 月30日成立之2,300,000 元，共3,700,000 元之借款債權均不存在。⑵確認被告江信儀與被告柯慕君間之不詳日期成立之2,200,000 元借款債權及107 年7 月20日成立之4,000,000 元借款債權均不存在。⑶被告江信儀與被告江素真於107 年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記就擔保金額超過550 萬元部分應予塗銷。⑷被告江信儀與被告柯慕君於107 年11月2 日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記應予塗銷。為有理由，應予准許，逾此部分之請求則無理由，應予駁回。就前揭駁回部分，原告備位聲明中：⑴被告江信儀與被告江素真間於107 年11月23日就系爭房地所為之最高限額抵押權登記行為在擔保金額550 萬元範圍內應予撤銷。⑶被

告江信儀與被告江素真於107年11月23日系爭房地所為之最高限額抵押權登記在擔保金額550萬元範圍內應予塗銷（備位聲明⑴⑶超過550萬元部分及備位聲明⑵⑷因先位之訴已經勝訴，均無庸審酌，亦無需駁回），為有理由，應予准許。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法，經逐一審酌後，本院認與判決之結果不生影響，不再一一論述，併予敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第1項。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　8　　日

民事第五庭　法　官　王奕勛

上正本照原本作成。

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　　5　　月　　8　　日

書記官　顏督訓