臺灣嘉義地方法院民事判決

107年度訴字第419號

原　　告　中聚宏實業股份有限公司
法定代理人　張益瑞
訴訟代理人　汪玉蓮律師
複 代 理人　汪銀夏
被　　告　張智芳
　　侯文翎
　　侯弘翊
上三人共同
訴訟代理人　戴雅韻律師
複 代 理人　曾淑芬

上列當事人間撤銷贈與等事件，本院於108年7月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告張智芳、侯文翎就如附表編號1、2之不動產物權之債權及物權行為，應予撤銷。

被告侯文翎應塗銷如附表編號1、2所示之不動產所有權移轉登記。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之四十四，餘由原告負擔。

事　實　及　理　由

壹、程序事項：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，此觀民事訴訟法第256條規定甚明。查本件原告起訴時之聲明為：㈠、被告張智芳、侯文翎間就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於民國106年9月20日所為之贈與行為，及於106年9月27日所為之所有權移轉行為，及就水上鄉南段758地號土地權利範圍3分之1，於106年9月15日所為之贈與行為，及於106年12月11日所為之所有權移轉行為，

均應予撤銷。㈡、被告侯文翎就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於106年9月27日以贈與為原因所為之所有權移轉登記，及○○○鄉○○段○○○○號土地權利範圍3分之1於106年12月11日以贈與原因所為之所有權移轉登記，均應予塗銷。㈢、確認被告侯建安於○○鄉○○段○○○○○○○○號土地○○○鄉○○段146建號房屋，於嘉義縣水上地政事務所上地登1字第034120號收件，107年5月16日登記，權利人為侯建安，設定權利範圍全部，擔保債權總金額為最高限額新臺幣（下同）350萬元，債務人及設定義務人均為張智芳之抵押權擔保債權不存在。㈣、被告侯建安應將前項之最高限額抵押權設定登記予以塗銷。㈤、訴訟費用由被告等連帶負擔。（本院卷第9頁）；嗣於107年11月29日（本院收文日）更正聲明為：㈠、被告張智芳、侯文翎間就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於106年9月20日所為之贈與行為，及於106年9月27日所為之所有權移轉行為，及就水上鄉南段758地號土地權利範圍3分之1，於106年9月15日所為之贈與行為，及於106年12月11日所為之所有權移轉行為，均應予撤銷。㈡、被告侯文翎就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於106年9月27日以贈與為原因所為之所有權移轉登記，及○○○鄉○○段○○○○號土地權利範圍3分之1於106年12月11日以贈與原因所為之所有權移轉登記，均應予塗銷。㈢、確認被告張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人）於○○鄉○○段○○○○○○○○號土地○○○鄉○○段146建號房屋，於嘉義縣水上地政事務所上地登1字第034120號收件，107年5月16日登記，權利人為張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人），設定權利範圍全部，擔保債權總金額為最高限額350萬元，債務人及設定義務人均為張智芳之抵押權擔保債權不存在。㈣、被告張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人

）應將前項之最高限額抵押權設定登記予以塗銷。㈤、訴訟費用由被告等連帶負擔。（本院卷第289頁）經核原告上開之變更，僅依當事人承受訴訟後分別更正之，非為訴之變更或追加，揆諸首揭規定，應予准許，先予敘明。

二、按當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之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；當事人不聲明承受訴訟時，法院亦得依職權，以裁定命其續行訴訟，民事訴訟法第168條、第175條第1項、第2項分別定有明文。查被告侯建安於107年8月27日死亡，其繼承人為張智芳、侯弘翊、侯文翎，有繼承系統表及戶籍謄本在卷可佐（本院卷第177頁至185頁），揆諸首揭說明，自應由渠等聲明承受侯建安之訴訟，嗣經被告具狀聲明承受訴訟（本院卷第191頁）續行本件訴訟程序，經核符合上開規定，併予敘明。

三、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。又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年台上字第1240號判例參照）。故確認法律關係存在或不存在之訴，苟具備前開要件，即得謂有受確認判決之法律上利益。本件原告訴之聲明第三、四項，其對被告張智芳有債權存在（詳下述），其所得之受償及債權之擔保，將因被告張智芳與被繼承人侯建安間之抵押權是否存在受影響，堪認其法律上之地位有不安之狀態，且不安之狀態可就本案確認判決除去，足認原告本件有確認利益。

貳、實體事項：

一、原告主張：

㈠、按原告名稱原為「盛新開發股份有限公司」（下稱盛新開發公司），嗣於101年9月11日向經濟部申請變更公司名稱為「中聚宏實業股份有限公司」。

㈡、原告與被告張智芳於97年11月5日就坐落於桃園市○○區○○段○○○○○○○○○號土地（權利範圍：10000分之7887、10000分之292）及其同地段第869建號之建物（即門牌號碼：桃園市○○區○○路○○○號，權利範圍：全部）簽訂買賣契約，約定由被告張智芳以1,050萬元購買，並於98年1月9日將上開房地移轉登記予張智芳。

㈢、被告張智芳雖分別於97年11月5日給付70萬元、98年1月12日為原告代償450萬元貸款以作價金後，即未再付款，經口頭催告，未獲置理，積欠買賣價金530萬元。被告張智芳甚於103年6月4日將上開房地出售予訴外人廖敏宏，影響原告權益甚鉅。

㈣、原告爰依買賣之法律關係，對被告張智芳起訴請求買賣價金，案經臺灣桃園地方法院以106年度訴字第239號（下稱桃園地院106訴239號）判決被告張智芳應給付原告530萬元及自106年2月22日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息；經上訴於臺灣高等法院，並107年度上字第608號判決上訴駁回確定。故原告對被告張智芳有530萬元之債權，勘可認定。

㈤、原告調閱當時張智芳所有之不動產登記謄本，始發現：

1、被告張智芳分別將嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號，下稱系爭建物）房屋權利範圍全部，於106年9月27日，及○○○鄉○○段○○○○號，土地權利範圍3分之1（下稱系爭土地），於106年12月11日均以贈與為原因移轉登記予侯文翎。

2○○○鄉○○段○○○○○○○○○號土地及系爭建物，先於106年3月1日設定抵押權予被繼承人侯建安，擔保債權總金額為最高限額350萬元，債務人及設定義務人均為被告張智芳，後又於107年5月16日塗銷旋即設定抵押權予被繼承人侯建安，擔保債權總金額同為最高限額350萬元（即嘉義縣水上地政事務所上地登1字第034120號收件，107年5月16日登記，權利人為侯建安，債務人及設定義務人均為張智芳，下稱系爭抵押

權）。

㈥、被告張智芳將附表編號1、2所示之不動產以贈與為原因移轉登記予被告侯文翎，被告張智芳因此陷於無資力，故該贈與行為及移轉所有權之行為有害及原告之債權，故應予以撤銷：

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；債權人依前開規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人回復原狀，民法第244第1項、第4項前段分別定有明文。次按所謂害及債權，乃指債務人之行為，致積極的減少財產，或消極的增加債務，因而使債權不能獲得清償之情形，若債權人之債權，因債務人之行為，致有履行不能或困難之情形者，即應認為有損害於債權人之權利，並不以債務人因其行為致陷於無資力為限（最高法院81年度台上字第207號判決、45年台上字1316號判例意旨參照），蓋債務人所有之財產，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，倘債務人將財產贈與他人，且非用以清償具有優先受償權之債務，對於普通債權人，即難謂無詐害行為。

2、被告張智芳不清償債務，還將如附表編號1、2所示之不動產贈與被告侯文翎。顯係以脫產之詐害債權行為，致其名下積極財產減少，令原告求償困難，已害及原告之債權。故原告依民法第244條第1項、第4項規定，請求撤銷被告張智芳、侯文翎間就如附表編號1、2所示不動產之贈與行為，及所有權移轉之物權行為，並請求被告侯文翎塗銷系爭建物及系爭土地之所有權登記。

㈦、被繼承人侯建安之如附表編號3、4所示不動產之抵押權不存在：

1、按確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。而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年度臺上

字第1240號判例參照）。

2、○○○鄉○○段○○○○○○○○○號土地及如附表編號4所示之建物，原屬被告張智芳所有，原本已存有水上鄉農會第一順位抵押權，但本件被告張智芳不僅無還款誠意，且為規避清償債務責任，明知無借款關係存在，先於106年3月1日與被繼承人侯建安為通謀虛偽意思表示，○○○鄉○○段○○○○○○○○○號土地及如附表編號4所示之建物虛偽設定擔保債權總金額為最高限額350萬元之第二順位抵押權（即嘉義縣水上地政事務所上地登1字第013500號收件，106年3月1日登記，權利人為被繼承人侯建安，債務人及設定義務人均為張智芳），後又塗銷106年3月1日之抵押權設定，再於107年5月16日登記，就前述相同之標的物設定系爭抵押權。

3、據了解被繼承人侯建安係被告張智芳之前配偶，其等並無實際債權債務關係存在，為此提起消極確認之訴，請求確認侯建安之如附表編號3、4所示之不動產抵押權不存在；又上開抵押權之設定為被繼承人侯建安與被告張智芳間通謀虛偽意思表示，自屬無效，並依抵押權之從屬性，侯建安應將上開系爭抵押權設定登記予以塗銷。

4、按無效法律行為之當事人，於行為當時，明知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任，民法第113條定有明文。次按債務人與第三人間之通謀虛偽意思表示之無效行為，債權人得依民法第242條及第113條之規定，代位行使債務人之回復原狀請求權，以保全其債權（最高法院59年台上字第2556號判例要旨參照）。如前所述被告間所擔保之債權並不存在，且被告張智芳在桃園地院106訴239號民事訴訟程序中，106年2月21日收到原告之起訴狀繕本後，即於106年3月1日○○○鄉○○段○○○○○○○○○號土地及系爭建物設定第二順位抵押權最高限額350萬元予被繼承人侯建安；塗銷後，又於107年5月16日再設定相同條件之第二順位抵押權（即系爭抵押權）。顯見兩人間並無350萬之借款關係存在，如附表編號3、4所示之抵押權之設定為無效，被告張智芳與

被繼承人侯建安間並無塗銷系爭抵押權之意思，原告為保全債權，自可依民法第242條及第113條之規定，代位被告張智芳請求被繼承人侯建安塗銷如附表編號3、4所示之抵押權設定登記。

㈧、對被告抗辯之陳述：

1、被告答辯狀稱：被告張智芳陸續向同為被告之女兒侯文翎借款，原告否認之：

⑴、按被告侯文翎於00年00月00日出生，103年從國立藝專舞蹈科畢業。依桃園地院106訴239號判決，被告張智芳稱97年間盛新營造工程股份有限公司（下稱盛新營造）向其借款，而訴外人張益瑞於上開案件稱係以盛新營造負責人身分（非以原告前身盛新開發公司負責人身分）向被告張智芳借款100萬元及8萬元，共108萬元。則97年時，被告侯文翎僅17歲，哪有何能力借錢予母親即被告張智芳？

⑵、由被告侯文翎之帳戶匯出之金額無法證明被告間有借貸關係，且由被告張智芳由被告侯文翎帳戶提領現金18萬元繳交被告張智芳安聯保險費用，可證該帳戶係被告張智芳借其女兒即被告侯文翎之帳戶名義所開立，事實上皆被告張智芳自己所使用。

⑶、被告所稱如附表編號1、2所示之建物及土地之贈與行為實屬有償行為，並不可採。

2、關於被告辯稱如附表編號1之建物係被告張智芳與被告侯建安婚姻關係存續中所購買，雖登記於被告張智芳名下，但各有2分之1所有權。但民法於74年已修法，登記於妻名下之財產即屬於妻所有。且被告張智芳與侯建安於94年離婚，系爭建物及土地原亦登記在被告張智芳名下，故無如被告所謂侯建安仍擁有2分之1權利之情形。承前所述，被告張智芳贈與女兒即被告侯文翎後，如附表編號1、3所示之不動產即非被告張智芳名義，若不撤銷及訴請塗銷所有權移轉登記，原告即無法拍賣取償，怎謂無害及原告債權。

3、另如前所述，義德街131巷3號房地張智芳原向水上鄉農會借

款，由水上鄉農會設定300萬元之抵押權，顯見上開房地價值超過300萬元，嘉義縣財政稅務局之函只是課稅之標準而已，並不是房屋之市價。更何況被告張智芳原向水上鄉農會貸款之標的不只有房屋，尚有房屋坐落○○○鄉○○段○○○○○○○○號土地；另據水上鄉農會所提出之擔保品調查報告書，如附表編號3、4所示之抵押權之抵押物共值282萬2,746元，但被告張智芳於107年5月15日向水上鄉農會貸款約僅200萬元，故如附表編號3、4所示之抵押權之標的物仍有殘值82萬2,746元，被告稱其系爭抵押權之標的物價值尚不足清償第一順位抵押債權顯不足採，原告請求塗銷系爭抵押權並無欠缺權利保護必要。

4、被告張智芳設定如附表編號3、4所示之抵押權予被繼承人侯建安時，是在桃園地院106訴239號訴訟中才設定，顯然是為了防止債權人追討，為通謀虛偽意思表示。又被告張智芳贈與給被告侯文翎是無償行為，他們之間並無債權債務關係，因此損害原告的債權，被告若主張他們之間有債權債務關係，應由被告舉證。又被告侯建安已死亡，與被告張智芳更確定不可能再有任何債權債務關係存在，故該如附表編號3、4之抵押權應予塗銷。

5、另被告所舉臺灣高等法院臺南分院107年度上字第266號民事案件，系訴外人張益瑞個人與被告張智芳之借款債務，並非原告與被告張智芳之債權債務關係，被告所舉債權債務主體不同，將其與訴外人張益瑞（即原告法定代理人）個人之債權債務關係，移為與原告之債權債務關係借貸，並非可採。

㈨、並聲明：

1、被告張智芳、侯文翎間就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於106年9月20日所為之贈與行為，及於106年9月27日所為之所有權移轉行為，及就水上鄉南段758地號土地權利範圍3分之1，於106年9月15日所為之贈與行為，及於106年12月11日所為之所有權移轉行為，均應予撤銷。

2、被告侯文翎就嘉義縣○○鄉○○段○○○○號（門牌號碼嘉義縣○○村○○街000巷0號）房屋權利範圍全部，於106年9月27日以贈與為原因所為之所有權移轉登記，及○○○鄉○○段○○○○號土地權利範圍3分之1於106年12月11日以贈與原因所為之所有權移轉登記，均應予塗銷。

3、確認被告張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人）於○○鄉○○段○○○○○○○○號土地○○○鄉○○段146建號房屋，於嘉義縣水上地政事務所上地登1字第034120號收件，107年5月16日登記，權利人為張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人），設定權利範圍全部，擔保債權總金額為最高限額350萬元，債務人及設定義務人均為張智芳之抵押權擔保債權不存在。

4、被告張智芳、侯文翎、侯宏翊（侯建安之承受訴訟人）應將前項之最高限額抵押權設定登記予以塗銷。

5、訴訟費用由被告等連帶負擔。

二、被告略以：

㈠、原告依桃園地院106訴239號給付買賣價金事件之民事判決主張其對被告有530萬元之債權，現經臺灣高等法院107年度上字第608號判決上訴駁回，然該判決理由違背法令，被告將依法上訴。原告是否確有其債權，尚有疑義；又查原告於臺灣高等法院臺南分院107年度上字第266號清償借款事件，主張其於108年1月25日將其中300萬元債權轉讓與訴外人林秀卿。而原告於上開兩案件中之主張前後矛盾，有釐清之必要。

㈡、被告張智芳與侯建安（歿）於77年間結婚，94年間離婚，如附表編號1、3所示之不動產係被告張智芳與被繼承人侯建安於81年間婚姻關係存續期間共同購買，故雖登記於被告張智芳名下，但為被告張智芳與被繼承人侯建安所共有，各2分之1所有權，於本案發生前已有相關訴訟案件可資參照，謹此敘明。

㈢、被告張智芳於102年2月間代償盛新營造之債務向被告侯文翎

借款23萬5,000元，以及被告張智芳胞弟（訴外人）張益瑞脫產，聲請假處分向被告侯文翎借款34萬3,000元以提供擔保，雙方並約定被告侯文翎代被告張智芳繳交保險費18萬元。被告張智芳便以如附表編號2之不動產權利範圍3分之1之所有權移轉登記予被告侯文翎以為抵償，而被告張智芳與被告侯文翎為母女，為直系血親，一般會視為贈與，為免麻煩，而以贈與為原因移轉登記予被告侯文翎，故被告張智芳以代物清償之方式清償對被告侯文翎之借款債務，乃屬有償行為，原告依民法第244條第1項、第4項之規定，主張撤銷及塗銷，均無理由。

㈣、「按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。故最高限額抵押契約之當事人於設定抵押之物權行為意思表示如係屬真意，則縱使設定當時或嗣後所擔保之債權並未發生，亦僅債權人不得就未發生之債權行使抵押權而已，非謂該抵押權之設定即係通謀虛偽意思然無效。」（參見最高法院87年度台上字第484號民事裁判要旨）被告張智芳與被繼承人侯建安間確有債權債務關係存在，原告主張塗銷，無理由。

㈤、其依原告起訴狀事實及理由內所載，系爭建物價額為490,516元，系爭嘉義縣○○鄉○○段○○○○○○○○○號土地價額為736,848元，合計為1,227,364元。而截至107年10月22日，被告張智芳尚欠嘉義縣水上鄉農會抵押貸款1,925,335元，故系爭抵押權之標的物價值尚不足清償上述農會第一順位抵押貸款債權。是退步言，被告張智芳將如附表編號1、2所示不動產贈與予被告侯文翎，並無害及原告之債權；原告請求塗銷上開房地之350萬元第二順位抵押權，亦欠缺權利保護必要。

㈥、被告侯文翎為舞蹈專科，就學期間即擔任舞蹈老師、接拍廣告，自有經濟能力，原告所主張被告侯文翎無能力借錢與被告張智芳為不可採。

㈦、被繼承人侯建安350萬元之最高限額抵押權系106年3月1日設定，而系爭抵押權設定之時點，乃因被告張智芳於106年9月27日將系爭建物移轉登記予被告侯文翎，第一順位抵押權人嘉義縣水上鄉農會知悉後，以抵押物所有權人不同，要求重新設定。又因其為第一順位抵押權人，故被繼承人侯建安之第二順位抵押權亦須先塗銷，待第一順位之嘉義縣水上鄉農會重新設定後，再重新設定。原告以被繼承人侯建安350萬元抵押權先後兩次設定，為通謀虛偽意思表示主張抵押權設定無效，無理由。

㈧、按「第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應就其主張有利於己之此項積極事實負舉證之責。又民事訴訟法如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯之事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。」（最高法院100年度台上字第415號民事判決要旨參照）

㈨、被告張智芳對被繼承人侯建安確有負債，說明如下：

1、被告張智芳前於99年間因其母親即訴外人林秀卿及訴外人張益瑞之請求而向嘉義縣水上鄉農會貸款新台幣250萬元，曾向侯建安借款234萬7,123元清償該貸款。又因上開貸款250萬元，不足訴外人張益瑞當時預估需求之280萬元，被告張智芳再請求侯建安向農會信用貸款30萬元，於本院簡易庭104年度嘉簡字第170號民事判決、104年度嘉簡字第534號民事判決均曾述及，確屬實情。又侯建安已清償此30萬元信用貸款。

2、訴外人張益瑞公司經營不善，被告張智芳為幫胞弟訴外人張益瑞周轉，甚至以自己及親人之保險單質借，致被告張智芳自己之財務亦陷於困難，被告張智芳之水費、電費、保險費等費用均向被繼承人侯建安借款給付。

3、綜上，被告張智芳確對被繼承人侯建安負有債務，如附表編號3、4之抵押權絕非虛偽，原告請求塗銷為無理由。

㈣、再「按債務已屆清償期，債務人就既存債務為清償者，固生減少積極財產之結果，但同時亦減少其消極財產，於債務人之資力並無影響，不得指為民法第二百四十四條第一項或第二項之詐害行為。」請參見最高法院95年度台上字第2609號民事判決。

㈤、原告負責人與被告張智芳是姊弟關係，因原告負責人之前的公司經營不善，把自己所有之房子移轉登記給親人向銀行貸款，不然銀行不會借錢。當時被告也有借錢給訴外人張益瑞，所以兩邊說好要將房子抵償，

㈥、並聲明：

1、原告之訴駁回。

2、訴訟費用由原告負擔。

三、本院之判斷：

㈠、原告分別於如附表編號1至4所示之時間，分別與被告侯文翎、侯建安成立如附表所示不動產之債權與物權行為，為兩造所不爭執，並有如附表登記字號所載之原始登記書影本各1份，所有權贈與移轉契約書2份、土地、建築改良物抵押權設定契約書影本1份（見本院卷第91至132頁），此部分事實足可認定。

㈡、被告主張如附表編號1、3所示之不動產，為被告張智芳與被繼承人侯建安所共有，並以本院104年度嘉簡字第170、534號民事簡易判決中被告已如此主張為證。惟按依土地法所為之登記，有絕對效力；不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。土地法第43條、民法第758條第1項分別定有明文。是以，不動產所有權，仍以登記名義人為所有權人，被告雖有如上所有權共有之主張，然如附表編號1、3所示之不動產，附表編號1所示之不動產於被告張智芳移轉予被告侯文翎之前，及附表編號3之不動產迄今，登記所有權人均為被告張智芳，有各該土地與建物謄本、地籍異動索引引本在卷可查（見本院卷第27至42、255至256頁），是被告稱如附表編號1、3所示之不動產為被

告張智芳與被繼承人侯建安所共有，當非可採。又被告所提出之前開2判決，關於如附表編號1、3所示之不動產，均係被告於該2案中所自行表示之內容，並非為法院認定之結果，當無法就此認定該2不動產為被告張智芳、被繼承人侯建安共有。

㈢、被告以原告對被告張智芳之債權雖經臺灣高等法院二審宣判，然認該該判決有違背法令之虞，被告張智芳將提起上訴，該債權被告否認其存在，故本件原告對被告並未有債權存在，原告不能提起本訴云云：

1、就前揭被告所述可知，原告訴之聲明第一、二項係屬不符合民法第244條之構成要件，而訴之聲明第三、四項係主張原告並無確認利益。然其前提在於，原告與被告張智芳間是否有債權債務關係。

2、原告與被告張智芳間有530萬元之債權債務關係，業經臺灣桃園地方法院106年度訴字第239號判決，並經被告張智芳上訴，並經臺灣高等法院以107年度上字第608號判決駁回上訴。並經本院調卷核閱屬實，足徵原告對被告張智芳確有530萬元之債權存在。

3、原告既對被告張智芳有債權存在，就其所主張之訴之聲明第三、四項本身，其構成要件中主體「債權人」即屬適格。而就訴之聲明第一、二項，原告既對被告張智芳有債權存在，自有確認利益。

㈣、原告聲明如附表編號2之不動產抵押權為通謀虛偽意思表示無效，並請求被繼承人侯建安之承受訴訟人被告張智芳、侯文翎、侯弘翊塗銷該抵押權登記部分為無理由，應予駁回：

1、按民法第87條第1項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者，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示。又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。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，因通謀虛偽意思表示為權利障礙要件，且屬變態之事實，為免第三人無端或任意挑戰當事人間已存在之法律關係，應由第三人負舉證責任。依前開說明，自應由主張基於通謀而為虛偽之意思表示，及雙方均無欲為其意思表示所拘束之意而相與為非真意之合意情形者，負舉證之責（最高法院105年度台上字第2117號、105年度台上字第1260號、105年度台上字第432號、103年度台上字第939號判決、102年度台上字第2223號裁定、102年度台上字第505號、99年度台上字第1169號判決意旨參照）。是本件原告主張被告與被繼承人侯建安間設定抵押權為通謀虛偽意思表表示，當應由原告負舉證責任，證明被告張智芳與被繼承人侯建安之抵押權設定為真實。

2、原告主張被告張智芳與被繼承人侯建安之設定如附表編號3、4所示之抵押權並無實際債權債務關係，該抵押權設定登記為通謀虛偽意思表示等情，係以被告張智芳與被繼承人侯建安曾為配偶關係，且被告張智芳於前揭桃園地方法院原告對其請求之債權繫屬中為該設定行為，認其等並無實際債權、債務關係存在。本件被告雖主張被告張智芳、被繼承人侯建安間有債權債務關係，然並未提出任何證據證明，雖無法證明被告張智芳與侯建安間有無債權債務關係，但如前所述，通謀虛偽意思表示需由主張通謀虛偽意思表示之第三人負舉證責任，原告並未提出被告張智芳與被繼承人侯建安之抵押權設定是否屬於通謀虛偽意思表示之相關規定，該客觀舉證責任之不利益則需由原告負擔，是以，本件原告主張被告張智芳與被繼承人侯建安之抵押權不存在，為無理由，應予駁回。

3、且就原告所提出之主張，被告張智芳與被繼承人侯建安為前配偶關係，然前配偶關係，並無法直接推論被告張智芳與被繼承人侯建安間無債權債務關係，該抵押權之設定為通謀虛偽意思表示，又該抵押權設定登記之時間點雖為原告對被告

張智芳間之530萬請求，然僅能證明其登記之時間，並無法證明被告張智芳與被繼承人侯建安間無實際之債權債務關係，是原告之主張縱認屬實，亦無法證明被告張智芳與侯建安之如附表編號3、4之抵押權設定登記行為為通謀虛偽意思表示。

4、原告既無法證明被告張智芳與被繼承人侯建安如附表編號3、4之抵押權為通謀虛偽意思表示，前揭抵押權設定仍屬有效，原告代位被告張智芳請求被繼承人侯建安之繼承人塗銷部分，亦無理由，同予駁回。

㈤、原告訴之聲明第一項、第二項部分：

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。前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起，一年間不行使，或自行為時起，經過十年而消滅，民法第244條第1項、第2項及第245條分別定有明文。是民法第二百四十四條第一項規定之撤銷權以具備「債務人為有害債權之行為」之客觀要件即足，第二項之撤銷權則除該客觀要件外，尚應具備「債務人及受益人亦知其有害及債權」之主觀要件，二者固有不同，但債權人行使撤銷權，僅須表明撤銷該有害債權之行為即可。至於債務人所為究係無償、有償，債務人及受益人是否明知，僅屬其撤銷權之行使是否符合各該要件而已，不得因其對於無償、有償行為之誤認，即謂其未為撤銷行為（最高法院105年度台上字第1357號判決意旨參照）。而所謂無償行為，應指當事人約定一方當事人履行義務，對方當事人不給與對價利益的行為，如未負擔之贈與行為。

2、被告主張被告侯文翎係有工作能力，故如附表編號1之不動產係其借款予被告張智芳後，被告張智芳用以抵償，為有償行為云云。然不論是被告侯文翎有無收入，如附表一編號1、2所示被告張智芳與侯文翎之行為是否為購買之有償行為

，以及若為有償行為，是否支付足夠之購買價金，均僅只有被告於書狀內主張，並未提出任何相關證據以實其說，雖被告提出被告張智芳及侯文翎之存摺影本（見本院卷217、219頁），用以分別證明於102年2月間、105年3月間被告侯文翎匯款給被告張智芳，係屬買賣如附表編號1、2所示之不動產，然所謂買賣不動產，除有價金交付外，尚須有買賣之合意。被告張智芳之存摺影本，僅能證明被告侯文翎於102年2月19日曾轉帳23萬5,000元予被告張智芳，並無法證明兩人有實際買賣如附表編號1、2所示不動產之合意，且轉帳之原因甚多，可能基於使用借貸，或係基於贈與，此部分被告亦未提出被告張智芳與侯文翎間有買賣之合意相關證據。又被告侯文翎之存簿影本，僅能證明分別於105年3月7日轉出34萬3M000元與同年11月13日轉出18萬元，其轉與何人，並無法由其存摺影本探知。縱使其轉予被告張智芳，被告張智芳是否用於其所述之擔保另案之假處分或是保險費？其用途均為被告所自陳，均無證據可供證明。又縱認該些均為被告侯文翎借予被告張智芳，其金額亦為75萬8000元，然扣除附表編號2之土地價值，附表編號1之建物價值於經水上鄉農會評估為137萬7946元，有擔保品調查報告表影本可佐（見本院卷第253頁），被告侯文翎前開金額僅及於該建物之一半有餘，且尚有如附表編號2所示之土地價值未計入，該部分亦顯與購買土地之現值有所落差，難認被告侯文翎、張智芳就附表編號1、2之不動產移轉行為係屬買賣行為。又觀之如附表一編號1、2之2不動產之登記均係基於贈與契約，有地政事務所留存之贈與契約影本2份在卷可佐（見本院卷第105至111頁）。是以，被告主張如附表一之行為係屬有償行為為不可採，應認其仍屬土地謄本上之贈與。

3、析之民法第244條第1項之構成要件，僅需債務人無償讓與其財產予第三人，且該讓與有害及債權人之債權者。此乃因債務人之財產為債權人債權之總擔保，倘若其移轉並未害及債權人之債權者，則即不符合得予撤銷之要件，如該財產現擔

保之優先債權額高於該財產之價值，或係債務人扣除該無償贈與之財產外，其他財產足以擔保債權人之債權者，均難認此部分屬有害及債權之行為。

4、本件被告張智芳無償贈與被告侯文翎如附表編號1、2之不動產，被告主張該財產現有嘉義縣水上鄉農會250萬元之第一順位抵押權及附表編號1所示之不動產，除前開第一順位抵押權外，尚有第二順位即被繼承人侯建安之抵押權350萬存在，被告所為之贈與行為，應屬撤銷無實益即未害及原告債權之行為等語：

⑴、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。民法第244條第1項定有明文。是否有害及債權，以債務人行為時定之。故有害於債權之事實，須於行為時存在，苟債務人於行為時有其他足以清償債務之財產，縱日後其財產減少，仍不構成詐害行為，債權人尚不得依上開法條規定請求法院撤銷其行為（最高法院103年度台上字第939號）。本件就被告張智芳與侯文翎如附表編號1、2所示之債權行為與物權行為時間以斷，當時於如附表編號1所示之不動產，並未設定如附表編號4所示之抵押權，被繼承人侯建安就此並無第二順位受償之權。而就水上鄉農會所提出之擔保品調查報告表影本（見本院卷第253頁），附表編號1之不動產評估總值為137萬7,946元，附表編號2之不動產評估總值為144萬4,800元而至107年10月31日之貸款餘額為192萬5,335元，但該次放款為107年5月15日。其前次之放款經嘉義縣水上鄉農會回函告知於103年8月4日已全部清償其以附表編號1、2於99年12月28日所設定擔保之債權，是以，於如附表編號1、2不動產之移轉時，該2不動產並未何擔保之債權存在，基於債務人之財產為債權人債權之總擔保概念，當時之無償贈與係為有害於原告之債權。既於移轉時並無任何之優先順位債權存在，且該移轉有害及原告，則已符合第244條第1項之撤銷要件，自當予以撤銷。是以，被告主張該部分未害及原告債權，難為可採。

⑵、自被告主張現已有第一順位抵押權存在，且建物價值僅有48萬4992元，但擔保債權為250萬，被告受償並無實益。該第一順位抵押權，僅設定於附表編號1所示之不動產，於附表編號2之所示之不動產並未設定，且價值亦非被告所述之48萬4992元，而係分別如上所述，關於撤銷有無實益，顯有疑義。再者，就附表編號2之不動產價值以觀，其放款之比率為80%，放款價值為107萬餘元，然抵押權之執行於複數抵押物時，因為同一抵押權，所擔保之債務為全額債務，自無法單獨切割，故其價值應為附表編號1、2合併計算，而該價值應為282萬2746元，其所擔保之第一順位債權為192萬5335元，故就附表編號2之不動產觀之，並無撤銷無實益之概念適用。而就附表編號1本身，除前開第一順位抵押權，，尚有如附表編號3、4所設定之第二順位抵押權，似有所謂之撤銷無實益之情，但就民法第244條第1項之構成要件，並無所謂撤銷無實益之要件存在，以現行狀況而言，附表編號2之情形雖有撤銷無實益之狀況，然是否有實益為事後執行參與分配是否得以執行或是參與分配之狀況，並非民法第244條第1項所得審酌之事項，且被告張智芳、侯文翎仍依約還款，亦徵未來原告並非無法受償。故被告此一主張並無理由。

⑶、是以，原告主張、如附表編號1、2之無償行為，其債權及物權行為有害及債權，應予撤銷，為有理由。而如附表編號1、2之債權及物權行為既遭撤銷，則原告再依同法第244條第4項請求回復原狀，亦有理由，應予准許。

四、綜上所述，原告主張被告張智芳、侯文翎如附表編號1、2之債權及不動產物權行為為詐害債權，依民法第244條第1項請求撤銷，並依同法第4項請求被告侯文翎塗銷如附表編號1、2之不動產物權行為，為有理由，應予准許。又主張如附表編號3、4之不動產物權行為係被告張智芳、被繼承人侯建安為通謀虛偽意思表示而無效，且請求被告張智芳、侯文翎、侯弘翊塗銷如附表編號3、4之不動產物權登記，因原告未舉

證證明該2者為通謀虛偽意思表示，為無理由，應予駁回，又既無法證明附表編號3、4之抵押權為通謀虛偽意思表示，原告主張代位被告張智芳向被繼承人侯建安之繼承人即被告張智芳、侯文翎、侯弘翊塗銷抵押權為無理由，併與駁回。

五、本件判決事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，均已無礙本院上開審認，自毋庸逐一論駁，附此敘明。

六、據上論結，原告之訴一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　6　　日

民事第二庭　法　官　唐一倖

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀（須按對造人數提出繕本）並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後10日內補提上訴理由狀，並依上訴利益繳交第二審裁判費，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　　8　　月　　6　　日

書記官　黃妍爾

附表：

編號	不動產	被告主張之當事人法律關係	法律行為日期 登記日期	登記字號（嘉義縣水上地政事務所）
1	嘉義縣○○鄉○○段146建號建物（門牌號碼：嘉義縣水上村義德街131巷3號），權利範圍全部。	債權行為：被告張智芳贈與被告侯文翎。 物權行為：分別於後列登記日期移轉將不動產所有權移轉登記予被告侯文翎。	106年9月20日 106年9月26日	上地登一字第73510號
2	嘉義縣○○鄉○○段758地號土地，權利範圍三分之一。		106年9月15日 106年12月8日	上地登一字第92390號
3	嘉義縣○○鄉○○段1135-25地號土地，權利範圍全部。	被告張智芳設定300萬元抵押權予被繼承人侯建安。	107年5月15日	上地登一字第34120號
4	嘉義縣○○鄉○○段146建號建物（門牌號碼：嘉義縣水上村義德街131巷3號），權利範圍全部。		107年5月15日	