臺灣高等法院○○分院民事判決

109年度上字第306號

上訴人即附帶被上訴人　朱育葶
　　金游素雲
上二人共同
訴訟代理人　洪嘉鴻律師
複　代理人　賴宏庭律師
被上訴人即附帶上訴人　華南永昌綜合證券股份有限公司
法定代理人　李啓賢
訴訟代理人　王一翰律師
參　加　人　台新國際商業銀行股份有限公司
法定代理人　尚瑞強
訴訟代理人　張智賢

上列當事人間請求塗銷最高限額抵押權事件，上訴人對於中華民國109年4月6日臺灣○○地方法院108年度訴字第1158號第一審判決提起上訴，被上訴人則為附帶上訴，本院於109年11月3日言詞辯論終結，茲判決如下：

主　文

上訴駁回。

原判決關於駁回附帶上訴人後開第三項之訴及撤銷附帶被上訴人間之最高限額抵押權設定行為部分，暨該部分訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，附帶被上訴人金游素雲應將如附表所示不動產於民國107年10月26日設定之最高限額抵押權登記予以塗銷。

第二審訴訟費用（含附帶上訴部分）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按當事人之法定代理人死亡或其代理權消滅者，應由有代理權之法定代理人承受訴訟。前開所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，此觀民事訴訟法第170條、第1

75條之規定自明。本件被上訴人即附帶上訴人華南永昌綜合證券股份有限公司（下稱華南證券公司）之法定代理人原為鄭○○，現已變更為李啓賢，茲據其具狀聲明承受訴訟，此有民事聲明承受訴訟狀暨華南證券公司於「公開資訊觀測站」之公告、經濟部函暨公司變更登記表影本可稽（見本院卷第97至99頁、第135至141頁），合於上開法條之規定，自應准其承受訴訟。

二、按關於客觀預備合併之訴，第一審如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴之訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力，是該備位之訴，縱未經第一審裁判，亦應解為隨同先位之訴繫屬於第二審而生移審之效力，即原告先位之訴勝訴，備位之訴未受裁判，經被告合法上訴時，備位之訴即生移審效力，第二審認為先位之訴無理由時，即應就備位之訴加以裁判（最高法院108年度台上字第1951號判決意旨參照）。查華南證券公司於原審先位之訴中主張上訴人即附帶被上訴人朱育葶（下稱朱育葶）將其所有如附表所示不動產（下稱系爭不動產）信託登記予其外祖母即上訴人即附帶被上訴人金游素雲（下稱金游素雲，與朱育葶合稱上訴人），係通謀虛偽意思表示，而就此部分為先位聲明：確認系爭信託行為不存在；金游素雲應將系爭不動產以信託為原因之所有權移轉登記予以塗銷，回復登記為朱育葶所有。另備位之訴主張系爭信託行為害及其對朱育葶之債權，而備位聲明：系爭信託債權行為及以信託為原因之所有權移轉登記行為均應予撤銷；金游素雲應將系爭不動產以信託為原因之所有權移轉登記予以塗銷，回復登記為朱育葶所有。本件原審就華南證券公司上開先位之訴為華南證券公司勝訴判決，上訴人聲明不服，提起上訴，揆諸前開說明，華南證券公司備位之訴即生移審之效力，倘本院審理結果認華南證券公司上開先位之訴為無理由，則應就其備位之訴加以裁判，合先敘明。

三、按不變更訴訟標的，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，民事訴訟法第256條定有明文。查華南證券公司於原審備位之訴已主張依民法第244條第1項或第2項規定及信託法第6條第1項規定，請求撤銷系爭信託之債權行為及所有權移轉登記行為，並塗銷所有權移轉登記（見原審卷第597頁），於本院主張其依信託法第6條第1項規定撤銷系爭信託行為，並得類推適用民法第244條第4項規定，請求金游素雲塗銷系爭信託所有權移轉登記，以回復原狀為朱育葶所有（見本院卷第177頁至第179頁），核屬補充其法律上之陳述，非為訴之變更或追加，併予敘明。

貳、實體方面：

一、華南證券公司主張：

(一)朱育葶於民國106年9月26日於伊公司台中分公司開立證券交易信用帳戶（下稱系爭證券帳戶）買賣股票，並自106年9月27日至107年10月9日止融資買進○○股票187張，總計融資金額為新臺幣（下同）46,710,000元。因前開股票自107年10月22日起開始無量下跌、連續數日跌停，發生擔保維持率不足情形，經伊公司自107年10月30日起至11月12日處分前開股票後，伊公司對朱育葶尚有融資債權20,261,318元本息及違約金等債權。詎料，朱育葶竟以其與金游素雲於105年7月26日有500萬元消費借貸契約為由，於107年10月26日將其所有系爭不動產設定600萬元最高限額抵押權予金游素雲，並於同年11月21日將系爭不動產辦理信託登記予金游素雲。惟，上訴人間並無系爭最高限額抵押權所擔保之系爭借款債權存在，渠等間系爭最高限額抵押權及信託均屬通謀虛偽設定，依民法第87條第1項，均屬無效。伊公司為朱育葶之債權人，自得訴請確認渠等間系爭借款債權不存在、系爭信託關係不存在，並依民法第242條及第767條第1項中段之規定，代位朱育葶請求金游素雲塗銷系爭最高限額抵押權登記及系爭信託登記，並回復為朱育葶所有。退步言之，縱認系爭最高限額抵押權及信託並非通謀虛偽設定，然朱育葶為該等設定並未取得對價，屬無償行為，有害伊公司之債權；縱屬

有償，然上訴人於設定時均明知有損害於伊公司之債權，是伊公司亦得依民法第244條第1項或第2項，及信託法第6條第1項規定請求撤銷，並類推適用民法第244條第4項規定，請求塗銷系爭信託所有權移轉登記，回復為朱育葶所有。

(二)又上訴人所稱借貸經過，有諸多有違常情之處；所提海峽兩岸○○文化有限公司（下稱○○文化公司）帳戶資料，僅能證明自該帳戶提款合計500萬元，無法證明金游素雲曾交付500萬元借款予朱育葶；所舉證人朱○○、金○○證述矛盾不一，亦不足以證明上訴人間有系爭借貸關係。另○○股票至107年10月26日即朱育葶設定系爭抵押權予金游素雲時，已連續無量下跌5天，然囿於每日10％之跌停限制，故收盤股價已無法正確反應股票價格，是若以其斯時收盤股價計算之價格，而謂朱育葶為系爭抵押權設定時為足額擔保，實係昧於常情等情，爰提起本件訴訟，並先位聲明：1.確認朱育葶於105年7月26日向金游素雲借款500萬元之借款債權不存在。2.金游素雲應將系爭不動產於107年10月26日設定之最高限額抵押權登記予以塗銷。3.確認上訴人間於107年11月19日之信託行為不存在。4.金游素雲應將系爭不動產，於107年11月21日以信託為原因所為之所有權移轉登記予以塗銷，並回復為朱育葶所有。備位聲明：1.金游素雲應將系爭不動產於107年10月26日辦理之最高限額抵押權之物權行為予以撤銷。2.上訴人間就系爭不動產於107年11月19日所為之信託債權行為，及於107年11月21日以信託為移轉原因所為之所有權移轉登記行為，均應予撤銷。3.金游素雲應將系爭不動產，於107年11月21日以信託為原因所為之所有權移轉登記予以塗銷，並回復為朱育葶所有。

二、上訴人則以：朱育葶係因與父親朱○○、哥哥朱○○共同經營以朱○○名義登記之「○○珠寶行」，而朱○○前向同行商借珠寶一批及向友人張小姐商借鑽石一顆以供「○○珠寶行」銷售。嗣為該珠寶行之周轉而以上開商借之珠寶向○○當鋪典當借款，嗣因典當期限將屆，為免流當，張小姐亦屢

屢催討上開鑽石之價金，遂由朱育葶向金游素雲商借500萬元供○○珠寶行應急，並囑其將借款匯至○○當鋪及朱○○配偶吳○○帳戶。金游素雲乃委請其子○○匯款，而於105年7月26日由○○經營之○○文化公司帳戶，網路轉帳3,485,000元至○○當鋪用以贖回典當之物，及匯款1,515,000元至吳○○帳戶以清償張小姐之鑽石價金。其後，因朱育葶無法依約於107年7月26日前清償系爭500萬元借款，金游素雲乃於107年10月26日要求朱育葶將系爭不動產設定600萬元最高限額抵押權以供擔保；嗣並為避免朱育葶處分系爭不動產，而與朱育葶簽訂信託契約並辦理信託登記。是以，上訴人間確實存在系爭500萬元之消費借貸契約，系爭最高限額抵押權及系爭信託亦均屬真正。而朱育葶於107年10月26日設定系爭抵押權時，依當時股價計算，擔保品價值尚屬足夠；且華南證券公司係於107年11月5日始通知朱育葶補繳融資差額，可知系爭抵押權設定尚非有害華南證券公司債權，華南證券公司主張撤銷，自無理由。又系爭信託屬於「自益信託」，委託人朱育葶之財產並未實質減少，並不構成有害債權；且系爭不動產之客觀價值不足以清償優先債權即系爭抵押權所擔保之借款債權，即無餘額可清償朱育葶對華南證券公司之債務。是以，系爭信託設定並非有害華南證券公司債權，華南證券公司主張撤銷系爭信託之債權及物權行為及請求塗銷登記，即屬無據等語，資為抗辯。

三、參加人則以：朱育葶前向伊公司申請股票質借貸款，惟自108年3月20日後即未依約繳款，目前尚積欠本金6,811,158元及利息。然朱育葶於逾期後，卻以其所有系爭不動產設定最高限額抵押權，又信託於金游素雲，顯然妨礙伊公司對其所有財產之執行，並引用華南證券公司於本訴之主張及聲明等語。

四、原審為華南證券公司先位之訴一部敗訴、一部勝訴之判決，即判決確認上訴人間105年7月26日500萬元之借款債權不存在，確認上訴人間就系爭不動產於107年11月19日所為之信

託關係不存在，金游素雲應將系爭不動產於107年11月21日以信託為登記原因所為之所有權移轉登記予以塗銷，回復登記為朱育葶所有；並駁回華南證券公司其餘之訴（即塗銷系爭最高限額抵押權登記部分，見原審卷第657至659頁更正裁定所示）。且就華南證券公司備位之訴部分，判決上訴人間，就系爭不動產於107年10月26日所為設定最高限額抵押權之設定行為應予撤銷；並敘明其餘備位之訴已無再行審酌之必要。上訴人就其等敗訴部分，提起上訴，並上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，華南證券公司在第一審之訴駁回。華南證券公司之答辯聲明：上訴駁回。華南證券公司另就其先位之訴敗訴部分，提起附帶上訴，並為附帶上訴聲明：(一)原判決不利於附帶上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，金游素雲應將系爭不動產於107年10月26日設定之最高限額抵押權登記予以塗銷。上訴人對附帶上訴之答辯聲明：附帶上訴駁回。

五、兩造不爭執事項（見本院卷第79頁）：

(一)朱育葶於106年9月26日於華南證券公司○○分公司開立系爭證券帳戶買賣股票。106年9月27日起至107年10月9日止融資買進○○股票，總計融資金額為46,710,000元。

(二)因前開融資借款，華南證券公司對於朱育葶有融資債權20,261,318元、年利率百分之3.82之利息，及依約定計算之違約金之債權。

(三)朱育葶於107年10月26日將其所有之系爭不動產設定600萬元最高限額抵押權予金游素雲。

(四)朱育葶於107年11月21日將系爭不動產辦理信託登記予金游素雲。

(五)金游素雲與朱育葶間為祖孫關係。

六、得心證之理由：

(一)上訴人間並未成立系爭500萬元之消費借貸關係：

1.按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上之利益者，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年台上字第1240號判例要旨參照）。本件華南證券公司主張系爭不動產之抵押權設定及信託行為有害及其債權，上訴人間於105年7月26日之500萬元借款債權及於107年11月21日就系爭不動產之信託行為均不存在等情，為上訴人所否認，則兩造間就系爭500萬元消費借貸關係、系爭不動產之信託行為是否存在，顯有爭執，上開消費借貸、信託關係存否即屬不明確，對華南證券公司於私法上之地位難謂無受侵害之危險，又此項危險得以對上訴人之確認判決除去，是華南證券公司訴請確認上開消費借貸、信託關係不存在部分，即有受確認判決之法律上利益。

2.再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（最高法院42年台上第170號判例意旨參照）。又稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約，民法第474條第1項定有明文。是以消費借貸，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方克成立。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。本件華南證券公司起訴主張系爭最高限額抵押權擔保之500萬元借款債權不存在，揆諸前揭說明，自應由上訴人就系爭500萬元借款之金錢交付及消費借貸意思表示合致之事實負舉證之責。經查：

(1)上訴人主張其等間成立有系爭500萬元借款債權，固據其提出借據、○○文化公司帳戶交易明細查詢結果為佐（見原審卷第125、321頁）；然查，該帳戶係○○文化公司之帳戶，非朱育葶個人帳戶，且金游素雲自陳：我於105年7月26日匯500萬元至○○文化公司帳戶，該公司是我兒子○○開的公司，500萬元是我拿現金交給○○去匯款等語（見原審卷第

122至123頁），惟依前揭帳戶交易明細查詢結果所示，僅有第三人於105年7月26日匯款10萬元至3千餘萬元不等之金額，當日並無單筆匯入500萬元之紀錄，上開○○文化公司帳戶交易明細，顯不足為金游素雲有交付500萬元款項之證明，難認金游素雲有透過該帳戶交付500萬元款項予朱育葶之事實。朱育葶復陳稱：我向外婆即金游素雲借錢，外婆將錢匯至我父親朱○○之帳戶，他再拿給我等語（見原審卷第122頁），然依朱育葶所提出之帳戶為○○文化公司帳戶，金游素雲陳稱該公司係○○所開設，則該公司帳戶並非朱○○之帳戶，且該帳戶於105年7月26日亦無單筆提領500萬元或轉帳予朱育葶之紀錄。是依○○文化公司帳戶交易明細，無從證明上訴人間於105年7月26日成立有系爭500萬元借款關係之事實。

(2)上訴人雖另主張朱育葶向金游素雲所借得之500萬元，係於105年7月26日自上開○○文化公司帳戶分別匯予○○典當機構-○○當鋪3,485,000元（分為二筆，各為2,000,000元及1,485,000元）及吳○○1,515,000元而為指示交付等語，並提出典當明細、吳○○存摺封面及○○當鋪王○○存摺封面、內頁等資料為憑（見原審卷第319、325頁、第387至391頁）。然查，經本院另案108年度重上字第154號（下稱另案）函詢○○當鋪回覆略以：該當鋪經查明典當記錄，並無朱育葶典當等相關資料，上開典當明細，並非該當鋪所出具等語（見另案二審卷第59、96-3、99頁），則上訴人主張上開典當明細係由該當鋪出具（見原審卷第309頁、另案二審卷第84頁），不足採信，其內容之真實性，自無可採，則上訴人主張為經營珠寶行之周轉而以自友人張小姐商借之珠寶向○○當鋪典當借款云云，尚屬無據。而對照○○文化公司帳戶交易明細查詢結果、吳○○及○○當鋪王○○存摺資料，雖可推認○○文化公司帳戶有於105年7月26日以網路轉帳各2,000,000元、1,485,000元至○○當鋪帳戶，及轉帳1,515,000元至吳○○帳戶，然此亦屬○○文化公司與吳○○、○○

當舖間之金錢往來，並非上訴人間之金錢往來；又上訴人主張因友人張小姐屢屢催討商借鑽石之價金，遂由朱育葶向金游素雲商借500萬元供○○珠寶行應急云云，何以上開轉帳之1,515,000元不直接轉帳至其所稱友人張小姐帳戶以為鑽石價金之返還，而轉帳至朱○○之配偶吳○○帳戶，亦生齟齬，且上訴人僅提出吳○○之存摺封面、手機電話簿中「張小姐」之電話號碼、簡訊對話、LINE對話等（見原審卷第325、397至407頁），亦不能證明有將該筆款項交付予張小姐之事實。而上開典當明細既不能認係由該當舖所出具，即難認○○文化公司匯款予○○當舖之款項係為贖回上訴人主張之典當明細所示珠寶。況匯款之原因多端，尚難僅以上開金流推認上訴人間有何消費借貸意思表示之合致，上訴人主張以指示交付為系爭500萬元借款之交付乙節，不足採信。

(3)再者，證人朱○○於原審雖證稱：因為我有不良紀錄，跟我外公、舅舅、媽媽借的錢都沒還，所以才由朱育葶出面向外婆金游素雲借款，我舅舅○○幫忙匯至○○當舖，借款大部分應由我還款才是，我有與朱育葶討論過可能一個月還多少錢，但是我還是沒有還，因我工作不穩定，且為家人，所以我能還多少就還多少，不確定上訴人間有無簽立借據等語（見原審卷第442頁）；然證人○○證稱：金游素雲叫我去匯款，金游素雲只湊到幾十萬元，其他都是我去處理。是金游素雲跟我說要匯款至○○當舖及吳○○之帳戶，我也有跟朱育葶、朱○○確認過等語（見原審卷第446至447頁），果爾，金游素雲受朱育葶之請託而指示其子○○匯款乙事既有向朱○○確認，則金游素雲、○○應可知悉有借款需求者實為自陳記錄不良之朱○○並非朱育葶，何來需由朱育葶出面迂迴借款之必要；且依○○所證上情，金游素雲僅出資幾十萬元，亦與金游素雲所陳伊交付500萬元現金給○○去匯款乙節，顯生扞格。朱○○、○○上開所證，均無可採。

3.基上，上訴人既未能舉證證明其等間有系爭500萬元借款之之金錢交付及消費借貸意思表示合致之事實，則朱育葶所提

出之借據，即難採憑，則上訴人間自不成立系爭500萬元之消費借貸關係。此外，上訴人復未提出其他證據以實其說，故華南證券公司訴請確認上訴人間系爭500萬元借款債權不存在，應予准許。

(二)華南證券公司得代位朱育葶請求金游素雲塗銷系爭抵押權：

1.華南證券公司主張：系爭500萬元借款債權並不存在，上訴人就系爭抵押權之設定登記為通謀虛偽意思表示，自屬無效，應予塗銷等語，為上訴人所否認，並以前詞置辯。按稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限。民法第881條之1第1、2項定有明文。又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。但不得以其無效對抗善意第三人。民法第87條第1項定有明文。所謂通謀為虛偽意思表示，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（最高法院51年台上字第215號、62年台上字第316號判例意旨參照）。又主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，應負舉證之責（最高法院48年台上字第29號判例意旨參照）。華南證券公司主張上訴人就系爭抵押權之設定登記為通謀虛偽意思表示，既為上訴人所否認，依前開說明，華南證券公司就其主張上訴人間非真意而通謀虛偽設定系爭抵押權之事實，自應負舉證之責。

2.經查，系爭不動產抵押設定契約書記載「擔保債權總金額」為「600萬元」，「擔保債權種類及範圍」記載為「擔保債務人對抵押權人存在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款」，「債務清償日期」則記載為「依照各個債務契約所約定之清償日期」（見原審卷第104至105頁），並有土地及建物登記謄本可稽（見原審卷第85至91頁）。本件上訴人自陳

設定系爭抵押權之真意係為擔保其等間於105年7月26日之系爭500萬元借款債權（見本院卷第227頁），然查，上訴人間並未成立系爭500萬元之消費借貸關係，已如前述，則上訴人間於申請設定系爭抵押權時，並未有系爭500萬元借款債權之事實存在，竟於抵押權設定契約書有關「擔保債權總金額」、「擔保債權種類及範圍」、「債務清償日期」擅自填載上開事項，已不符常情。此外，上訴人復未能提出其他證據足資證明其等間有何應供擔保之債權存在，則上訴人設定系爭抵押權即無一定之法律關係存在，上訴人所為上開「擔保債權總金額」、「擔保債權種類及範圍」、「債務清償日期」等抵押權設定事項之記載均無所本，難認上訴人間確有設定系爭抵押權之真意。而朱育葶於106年9月26日在華南證券公司○○分公司開立證券帳戶買賣股票，自106年9月27日起至107年10月9日止融資買進○○股票，總計融資金額為46,710,000元，華南證券公司對於朱育葶尚有融資債權20,261,318元、年利率百分之3.82之利息，及依約定計算之違約金之債權，為兩造所不爭執，並有信用交易補繳處分差額通知書可稽（見原審卷第45至49頁），是朱育葶尚有積欠華南證券公司上開債務，亦堪認定，故華南證券公司主張上訴人就系爭不動產設定系爭抵押權之行為，並無以擔保債權為目的之真意，僅在逃避債務，乃屬通謀虛偽意思表示等情，應堪採信，依民法第87條第1項規定，上訴人所為系爭抵押權設定登記之物權契約，自屬無效。

3.又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；所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。民法第242條、第767條第1項中段分別定有明文。查上訴人就系爭不動產設定系爭抵押權係出於通謀虛偽意思表示，應屬無效，已如前述，惟系爭不動產迄仍有系爭抵押權設定之負擔存在，影響朱育葶對系爭不動產所有權能之行使，而朱育葶原得依民法第767條第1項中段之規定行使權利，茲因朱育葶否認其

與金游素雲間係虛偽為系爭抵押權之設定，自無可期待朱育亭會請求金游素雲塗銷系爭抵押權設定登記，則朱育亭怠於行使之，華南證券公司既為朱育亭之債權人，為保全債權，其主張代位朱育亭依民法第767條第1項中段，請求金游素雲塗銷系爭抵押權設定登記，應予准許。

(三)上訴人間之系爭信託關係並不存在：

1.按信託法第1條規定，稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。而所謂信託本旨或信託目的，為保全信託財產價值，並謀求相當增值。因此受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約之內容為積極之管理或處分。倘信託人僅將其財產在名義上移轉與受託人，而有關信託財產之管理、使用或處分悉仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀之虛偽意思表示，易助長脫法行為，應難認為合法（最高法院79年度台上字第2757號判決意旨參照）。

2.經查，上訴人於107年11月19日訂定信託契約書，並於107年11月21日將系爭不動產辦理信託登記予受託人即金游素雲，依其信託契約書記載，其「信託目的」記載：「使用、管理及處分信託財產」，「信託期間」記載：「自本契約簽訂日起至信託目的完成止」，「信託關係消滅事由」記載：「信託目的完成」，「信託財產之管理或處分方法」記載：「受託人依約使用、管理及處分信託財產所有權」，有系爭不動產建物及土地謄本、信託契約書可稽（見原審卷第51至57頁、另案二審卷第48至49頁、本院卷第352至353頁）。然查，金游素雲依系爭信託契約之目的，必須對系爭不動產為使用、管理或處分，惟上訴人自陳：系爭不動產仍由朱育亭使用等語（見原審卷第606頁），堪認朱育亭對於系爭信託財產之管理、使用、處分仍自行為之；上訴人雖主張其等係為擔保系爭500萬元債權而為信託登記等情，然系爭500萬元之借

款債權並不存在，上訴人亦未舉證證明其等間有何應供擔保之債權存在，已如前述，金游素雲即無以信託方式擔保其債權可言。而朱育葶尚有積欠華南證券公司前揭20,261,318元之融資本息及違約金債務，亦如前述，系爭不動產並無由受託人金游素雲使用或為委託人即朱育葶之利益管理或處分之事實，可見上訴人間係為避免因朱育葶之債務致系爭不動產有遭他人強制執行之風險，始訂定信託契約將系爭不動產所有權移轉登記為金游素雲所有，朱育葶並無將系爭不動產交與金游素雲管理處分之意，金游素雲亦無受託管理系爭不動產之合意。此外，上訴人並未提出反證證明朱育葶確實基於使用、管理、處分之目的將系爭不動產信託予金游素雲，亦未舉反證證明金游素雲有何積極使用、管理或處分信託財產之行為，是認朱育葶並非真意信託系爭不動產予金游素雲，且為金游素雲所明知，上訴人間並無訂立系爭信託契約之真意，依民法第87條第1項規定及前揭說明，上訴人間就系爭不動產訂立信託契約為消極信託之通謀虛偽意思表示，應屬無效，兩造間無系爭信託契約法律關係存在，華南證券公司訴請確認系爭信託關係不存在，應予准許。

3.上訴人雖主張系爭不動產尚有○○商業銀行抵押貸款餘額64萬餘元，加計系爭500萬元借款之抵押債權，已逾系爭不動產依相近建物實價登錄價格估算所得4,674,000元之交易價值，並無確認利益及塗銷所有權移轉登記之實益云云；然查，上訴人間系爭500萬元借款債權並不存在，華南證券公司得代位朱育葶請求金游素雲塗銷系爭抵押權，已如前述，則以上訴人主張之○○商業銀行抵押貸款餘額64萬餘元及系爭不動產估算之交易價值4,674,000元觀之，扣除抵押貸款餘額後，系爭不動產尚有逾400萬元之交易價值，可供朱育葶債權人之債權擔保，系爭信託關係之存否，對華南證券公司之債權難謂無受侵害之危險，自仍認有確認利益及塗銷所有權移轉登記之實益，上訴人上開主張，亦非有據。

(四)華南證券公司得代位朱育葶請求金游素雲塗銷系爭不動產所

有權移轉登記：

查上訴人於107年11月19日訂定系爭信託契約，嗣於107年11月21日將系爭不動產所有權以信託登記為原因移轉登記予金游素雲所有，其目的係為使系爭不動產避免受朱育葶之債權人追償，朱育葶並無轉讓系爭不動產所有權予金游素雲之真意，而以通謀虛偽之信託契約訂定及轉讓行為遂行其目的，是華南證券公司主張上訴人間轉讓系爭不動產所有權之物權行為係屬通謀虛偽而無效，洵屬可採。又查財產信託既須移轉其權利於受託人而獨立存在，已非委託人之權利，對委託人之債權人而言，因委託人之責任財產減少，且依債務人之財產為全體債權人之總擔保之原則，自可能損害於委託人之債權人。而債務人與第三人移轉不動產所有權之行為，既屬無效，即應塗銷登記，依民法第767條第1項中段規定，債務人得請求第三人塗銷登記，其怠於行使者，債權人依據民法第242條前段規定，得代位債務人行使而訴請塗銷。而朱育葶尚有積欠華南證券公司前揭20,261,318元之融資本息及違約金債務，且朱育葶將系爭不動產所有權登記予金游素雲之後，已無其他足額之財產可供華南證券公司執行受償，並有朱育葶之全國財產稅總歸戶財產查詢清單可稽（見原審卷第61頁）。華南證券公司主張上訴人間系爭信託行為有害於其債權之實現，前經聲請對系爭不動產強制執行遭駁回等情，業據提出原法院107年度司執全字第920號裁定為證（見原審卷第59頁），茲因朱育葶否認其與金游素雲間係虛偽為系爭信託登記，自無可期待朱育葶會請求金游素雲塗銷因系爭信託所為所有權移轉登記，則朱育葶怠於行使之，華南證券公司既為朱育葶之債權人，為保全債權，其主張代位朱育葶依民法第767條第1項中段，請求金游素雲塗銷系爭不動產所有權移轉登記，回復登記為朱育葶所有，亦應准許。

(五)從而，華南證券公司先位聲明訴請確認系爭借款500萬元之借款債權不存在、塗銷系爭抵押權設定登記、確認系爭信託行為不存在暨塗銷系爭所有權移轉登記，既均有理由，則華

南證券公司所為備位聲明之訴，即無再予審究之必要，併此敘明。

七、綜上所述，華南證券公司依民法第87條第1項、第242條、第767條第1項中段等規定，先位訴請：①確認上訴人間系爭500萬元借款債權不存在，②代位朱育葶請求金游素雲將系爭不動產之抵押權設定登記塗銷，③確認上訴人間就系爭不動產所為系爭信託關係不存在及④代位朱育葶請求金游素雲塗銷系爭不動產所有權移轉登記，並回復登記為朱育葶所有，均有理由，應予准許。原審就上開①③④應准許部分為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又華南證券公司附帶上訴請求上開②應准許部分，為有理由，亦應准許，原判決就此部分為華南證券公司敗訴之判決並依其備位聲明判命撤銷系爭抵押權設定行為，自有未洽，華南證券公司指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院將原判決此部分予以廢棄改判如主文第三項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為無理由、附帶上訴為有理由，依民事訴訟法第449條第1項、第450條、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　4　　日

民事第五庭　審判長法　官　許秀芬

法　官　李慧瑜

法　官　吳崇道

正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

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　洪郁淇

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　4　　日

附表：

編號	地號/建號（門牌號碼）	面積及權利範圍
1	○○市○○區○○段○○○○○號建物（○○市○○區○○路0段○○巷00號0樓）	面積：103.01平方公尺。附屬建物:陽台，面積:13.72平方公尺。花台，面積：8.15平方公尺。權利範圍:全部
2	○○市○○區○○段○○○○號土地	面積201平方公尺，權利範圍：1/6