臺灣高等法院臺中分院民事判決

113年度重上字第250號

上　訴　人　洪武彥

000000000000000000

訴訟代理人　張績寶律師

複　代理人　莊惠祺律師

上　訴　人　楊余峯

被　上訴人　楊家榛

000000000000000000

000000000000000000

楊勝崴（原名楊福龍，於民國112年11月6日改名）

000000000000000000

上三人共同

訴訟代理人　張麗琴律師

上列當事人間請求移轉土地所有權等事件，上訴人洪武彥、楊余峯分別對於中華民國113年7月31日臺灣臺中地方法院112年度重訴字第376號第一審判決提起上訴，經本院於中華民國115年1月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人Ａ０２將如附表所示抵押權登記塗銷，及該部分訴訟費用之裁判，均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人Ａ０４、楊勝崴第一審之訴駁回。

上訴人Ａ０３之上訴駁回。

廢棄改判部分之第一、二審訴訟費用，由被上訴人Ａ０４、楊勝崴負擔；上訴人Ａ０３上訴部分之第二審訴訟費用，由其負擔。

事實及理由

壹、上訴人Ａ０３、被上訴人Ａ０４、楊勝崴(下分稱姓名，合稱Ａ０３等3人，後2人合稱Ａ０４等2人)主張：

一、Ａ０３部分：伊與上訴人Ａ０２(下稱姓名)共謀於民國98年5月22日偽以買賣為原因，實係隱藏借名登記契約之方式，將伊所有坐落臺中市○○區○○段000地號土地（下稱000號

土地）、持分1/4(下稱系爭土地持分)移轉登記予Ａ０２，系爭土地持分移轉登記後，仍由Ａ０３等3人繼續管理、使用及收益，並持續繳納地價稅，伊仍為系爭土地持分所有權人，伊以本件起訴狀繕本送達作為終止借名登記契約之意思表示，爰依民法第767條第1項前段之規定，請求Ａ０２移轉登記返還系爭土地持分。

二、Ａ０４等2人部分：伊為免財產日後遭強制執行，誤信Ａ０２提議，於95年8月14日以伊所有坐落原重測前臺中市○○區○○○段○○○段000000地號土地(下稱原○○○段00-000號土地)、持分各1/4，為Ａ０２設定擔保債權總金額各為新臺幣（下同）600萬元之抵押權，嗣原○○○段00-000號土地經與毗鄰共有土地分割及重測成為000號土地，伊及Ａ０２乃於101年2月15日，依原審法院100年度司中移調字第251號塗銷抵押權登記等事件(下稱原審251號調解事件)調解結果塗銷上開抵押權，並以000號土地持分，為Ａ０２設定如附表所示抵押權（下稱系爭抵押權）。系爭抵押權係基於通謀虛偽意思表示所設定，應屬無效，伊與Ａ０２間實際上無任何債權債務關係，Ａ０２亦未交付借款，系爭抵押權擔保之債權不存在。爰依民法第767條第1項中段規定，請求Ａ０２塗銷系爭抵押權登記。

貳、Ａ０２答辯要旨：

一、返還系爭土地持分部分：Ａ０３為拍賣取得原為其共有之原重測前臺中市○○區○○○段000○號建物（重測後為臺中市○○區○○段000○號，下稱000建號建物），透過其女○○○請託伊參加競標，由伊以遠高於市場行情之235萬元拍定，伊另提供235萬元予○○○，行使優先購買權買回000建號建物。因Ａ０３事後表示無力償還，將系爭土地持分連同○○○為00號土地1/4持分、合計2/4，以及000建號建物全部移轉登記予伊，抵償積欠之上開235萬元債務，Ａ０３並要求其家人得繼續無償使用系爭房地營業及居住。伊原住於北部，於98年5月22日登記取得系爭土地持分及000建號建物

後，即於翌年2月10日將戶籍遷入000建號建物門牌地址，所有權狀於過戶後亦由伊保管至今，並繳納地價稅、房屋稅，並無Ａ０３所指借名登記情事。

二、塗銷系爭抵押權登記部分：伊因感念○○○代勞祭祀已逝之女，不斷提供○○○及其家人經濟上資助，為保權益，遂於95年8月間要求Ａ０４等2人及○○○，依據尚積欠之借款金額簽發本票(Ａ０４等2人各簽發面額合計600萬元之本票，○○○簽發面額合計700萬元之本票)，並於95年8月14日分別由Ａ０４等2人、○○○以其等名下之原○○○段00-000號等土地及000建號建物(下稱原○○○段00-000號等房地)持分，設定抵押權(下稱原○○○段房地持分抵押權)予伊。嗣因設定抵押權之土地於96年間辦理共有物分割登記，有將抵押權轉載於原設定人分割後取得土地上之必要，伊因而提起塗銷抵押權訴訟，經原審251號調解事件調解後，Ａ０４等2人同意將抵押權轉載於分割取得之土地上，伊乃於101年2月15日塗銷原先抵押權之同時，於同日再分別以Ａ０４等2人分割取得之000號土地持分為擔保，設定系爭抵押權予伊，並無通謀虛偽設定情事。

參、上訴範圍及聲明：

原審判准Ａ０４等2人請求Ａ０２將系爭抵押權登記塗銷之訴，另駁回Ａ０３請求Ａ０２移轉登記返還系爭土地持分之訴，Ａ０２、Ａ０３各就敗訴部分提起上訴。並分別聲明如下：

一、Ａ０２上訴部分：

(一)Ａ０２聲明：如主文第1、2項所示。

(二)Ａ０４等2人答辯聲明：駁回Ａ０２之上訴。

二、Ａ０３上訴部分：

(一)Ａ０３聲明：⑴原判決駁回Ａ０３後開之訴部分廢棄；⑵上開廢棄部分，Ａ０２應將系爭土地持分，移轉登記予Ａ０３。

(二)Ａ０２答辯聲明：如主文第3項所示。

肆、兩造審理中不爭執及爭執事項（見本院卷一168-169頁；本院依判決格式修正或增刪文句，或依爭點論述順序整理內容）：

一、不爭執之事實：

(一)訴外人○○○於89年死亡，其遺產由配偶Ａ０３、長子Ａ０４(原名○○○)、次子○○○、三子楊勝崴(原名楊福龍)及長女○○○共同繼承。

(二)原○○○段00-000號土地本為Ａ０３等3人及○○○、○○○等5人分別共有，持分各1/5。嗣於94年7月間，○○○提起分割共有物訴訟，經本院以95年度上易字第123號分割共有物事件判決後，分割新增之原○○○段00-000號土地，分由○○○單獨取得所有權，分割後之○○○段00-000地號土地(重測後為000號土地)，則由Ａ０３等3人及○○○共4人分別共有，持分各1/4。

(三)○○○之配偶○○○於93年間對Ａ０３聲請假扣押獲准並聲請強制執行（原審93年度裁全字第6530號裁定、93年度執全字第2575號裁定），查封Ａ０３所有之原○○○段00－000號等土地及000建號建物持分。嗣○○○受本案敗訴判決確定（原審94年度重訴字第70號、本院94年度上字第196號、最高法院96年度台上字第2613號判決），○○○於97年6月13日具狀聲請撤銷假扣押裁定，經原審於97年6月19日囑託臺中市○○地政事務所塗銷查封登記、同年月23日以97年度裁全聲字第462號為撤銷假扣押之裁定。

(四)Ａ０３於98年5月22日以買賣為名義，將系爭土地持分移轉登記至Ａ０２名下。

(五)Ａ０４等2人於95年8月14日分別以其等共有之原○○○段00-000號等房地持分為擔保，設定擔保債權總金額各600萬元之抵押權(即原○○○段房地持分抵押權)予Ａ０２。嗣Ａ０２及訴外人○○○，對訴外人○○○、○○○向原審法院提起塗銷抵押權訴訟(案號：100年度重訴字第224號)，經移付調解後，Ａ０４等2人及Ａ０２、○○○、○○○等人，於1

00年11月17日在原審251號調解事件中達成調解合意，Ａ０２同意塗銷包含上開抵押權在內之多筆抵押權設定登記，Ａ０４等2人則同意將000號土地持分，提供予Ａ０２設定第一順位之普通抵押權，而分別設定系爭抵押權。

(六)系爭抵押權設定契約書分別記載，系爭抵押權係擔保Ａ０４等2人對Ａ０２，於95年8月1日所立借貸契約發生之債務。

(七)Ａ０２原居住於北部，戶籍亦設在北部，於98年5月間取得系爭土地持分所有權後，即於99年2月10日將戶籍遷入坐落000號土地上之000建號建物門牌地址。

(八)系爭土地持分之所有權狀，現在Ａ０２持有中(持有原因兩造尚有爭執)。

(九)Ａ０４等2人及○○○曾分別簽發如原審卷○000-000頁之本票予Ａ０２。

以上雙方所不爭執之事實，並有兩造分別提出之異動索引(原審卷一21-39頁)、原審251號調解事件調解程序筆錄（原審卷一61-71頁、275-287頁）、土地登記申請書（原審卷一73-87頁）、戶籍謄本（原審卷一105頁）、土地登記第一類謄本（原審卷○000-000頁)、本票(原審卷○000-000頁)、所有權狀（原審卷○000-000頁）可證，且有臺中市○○地政事務所函送之申辦登記資料（原審卷○000-000頁、卷○000-000頁）可稽，並有本院調取之原審法院100年度重訴字第224號事件、本院113年度上字第400號(含原審法院112年度訴字第1919號)請求移轉土地所有權等事件(下稱本院1919號事件)卷宗可稽，應堪信為真正，上開事實，本院均採為判決之基礎。

二、爭點之所在：

(一)系爭土地持分移轉登記予Ａ０２，是否出於通謀虛偽意思表示，實係隱藏借名登記契約？Ａ０３依民法第767條第1項前段規定，請求Ａ０２移轉返還系爭土地持分，有無理由？

(二)系爭抵押權是否係基於通謀虛偽意思表示所設定，應屬無效？系爭抵押權所擔保之債權是否存在？Ａ０４等2人依民

法第767條第1項中段規定，請求Ａ０２塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

伍、得心證之理由：

一、請求移轉登記返還系爭土地持分部分：

(一)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；主張法律關係存在之當事人，應就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證責任（最高法院48年台上字第887號原判例意旨參照）；虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定，民法第87條第2項固定有明文，惟主張隱藏有他項法律行為之當事人，應就此有利於己之事實負舉證責任(最高法院113年度台上字第957號判決意旨參照)。稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約。其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，性質上應與委任契約同視。倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法有關委任之規定。惟其究屬於非典型契約之一種，故仍須雙方當事人，就一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記，相互為合致之意思表示，其契約始克成立（最高法院100年度台上字第1972號判決意旨參照）。又借名登記契約消滅（終止）後之返還請求權，僅係債權之請求權，在回復為借名人名義前，其所有人仍為出名人，借名人不因終止該借名登記契約即當然取得財產之所有權，亦無所有人之所有物返還請求權，可資行使（最高法院100年度台上字第600號判決意旨參照）。

(二)Ａ０３主張系爭土地持分買賣契約，係其與Ａ０２通謀虛偽所締結而隱藏借名登記關係之事實，既為Ａ０２否認，依照前揭舉證責任分配之法則，Ａ０３自應就此有利於己之特別要件事實，負舉證責任。惟查：

⑴坐落000號土地上之000建號建物，本係Ａ０３等3人、○

○○、○○○共有，嗣經○○○訴請裁判分割，由原審法院以94年度訴字第2753號分割共有物事件(下稱原審2753號事件)判決變價分割確定後，○○○持該確定判決為執行名義，聲請強制執行變賣000建號建物，由原審法院以97年度執字第32309號強制執行事件(下稱原審32309號執行事件)執行時，Ａ０２出面參與競標，並以235萬元拍定，○○○則行使優先承買權，以同一價格單獨取得000建號建物之所有權，其後○○○所有之000號土地持分、Ａ０３所有之系爭土地持分連同000建號建物，一併於98年5月22日以買賣為名義，移轉登記至Ａ０２名下等事實，有原審法院民事執行處通知(見本院1919號事件一審卷一63-64頁)、民事聲明優先承買狀(見同上卷65頁)、執行筆錄(見同上卷67-69頁)、發還民事執行案款通知書(見同上卷71頁)、申辦登記資料（見原審卷○000-000頁)可查。又000建號建物係Ａ０２出資235萬元買回之事實，除有存摺明細表(見原審卷一265頁)、支票(見同上卷359頁)可證外，並據Ａ０３於原審112年12月5日審理時自認在卷(見同上卷588頁)；雖Ａ０３同時陳稱該235萬元業已清償，但並未舉證證明，無可採信。是依000建號建物係由Ａ０２出資235萬元買回，以及000建號建物連同基地持分，一併以買賣為名義移轉登記至Ａ０２名下等整體客觀歷程，Ａ０２關於：其以遠高於市場行情之235萬元拍定000建號建物，因Ａ０３無力償還，始將系爭土地持分、○○○之000號土地持分連同000建號建物全部辦理移轉登記，以抵償積欠之上開235萬元債務之辯解，應非無據；另Ａ０２在000建號建物變價拍賣之強制執行程序已係拍定人，若Ａ０３等人為避免該建物再遭查封，而有借名登記予Ａ０２之必要(按：依本院卷三280頁之民事二審辯論意旨狀所載，Ａ０３主張000建號建物亦係其借名登記予Ａ０２)，何須由○○○聲明行使優先承購權，事後再連同系爭土地持分借名登記予Ａ０２，徒增程序之複雜性，Ａ０３之主張實

有違事理。

⑵證人即承辦系爭土地持分移轉登記之地政士Ａ０１，於原審113年4月16日言詞辯論期日證稱：Ａ０３之系爭土地持分、○○○之000號土地持分及000建號建物，於98年間之所有權買賣移轉登記，相關文件係伊事務所登打用印，伊陪Ａ０２去送件，當時義務人○○○、Ａ０３及權利人Ａ０２均有至事務所，○○○、Ａ０３表示其等之前有欠錢，沒有辦法還Ａ０２，所以過戶給Ａ０２來抵債，因為是買賣，伊向當事人確認標的物、買賣金額及稅金繳付等條件，並核對文件上面的印文與印鑑證明相符後用印；伊以前辦理借名登記的案子，大部分都是沒有農用資格，一般伊會製作並請當事人簽署借名登記契約，簽完後伊都會交給當事人，因為當時他們沒有這種意思表示，所以伊沒有另外製作借名登記契約，買賣雙方當時表示是為了抵債，所以沒有支付買賣價金等語（見原審卷○000-000頁）。而Ａ０１係登記執業之地政士，與兩造無利害關係，其就承辦事件的所見所聞所為之證述內容，應屬公正客觀可信；另當事人基於各種考量，地政士僅登打資料並陪同登記，未由地政士具名擔任代理人之情形所在多有，亦無不合理之處，Ａ０３徒以系爭土地持分移轉登記當時之代理人係Ａ０２並非Ａ０１，即任意推斷否認其證詞之可信性，無可採信。是依Ａ０１之證詞，非但可資佐證Ａ０３、○○○無力清償上開235萬元債務，始將Ａ０３之系爭土地持分、○○○之000號土地持分連同000建號建物一併辦理移轉登記予Ａ０２用以抵債之事實；且從其等未依該事務所慣常做法，另外簽署借名登記契約之事證，亦足資證明上開不動產之移轉登記係欠款抵債，並非出於借名登記甚明。

⑶Ａ０３自承Ａ０２與其配偶○○○係國小同學，多年來與楊家一家人交情深厚，並與○○○感情甚篤(見原審卷一10頁之民事起訴狀、本院卷三279頁之民事二審辯論意旨

狀)，則000號土地持分(含系爭土地持分)及000建號建物移轉登記予Ａ０２後，基於雙方情誼，Ａ０２同意由Ａ０３及其家人繼續使用上開土地建物，並無違常情，亦不能據此即謂其等間有借名登記關係。又上開土地建物既係由Ａ０３及其家人使用，基於使用者付費之精神，仍由其等繼續繳納地價稅、房屋稅、水電費，亦屬合理，Ａ０３以上開費用係其家人負擔，並提出轉帳傳票、地價稅單、手寫帳冊、房屋稅單、水電費繳費資料(見原審卷一41-59頁、卷二71-89頁、本院卷○000-000頁、卷三47-185頁)為證，據以主張與Ａ０２就系爭土地持分為借名登記關係，要無可採。況000號土地(持分2/4)及000建號建物，於98年移轉登記至Ａ０２名下後，99至102年度之地價稅繳款書、98至103年度之房屋稅繳款書，均在Ａ０２持有中（見原審卷○000-000頁），此觀諸Ａ０３所提出之上開期間轉帳傳票，均未如其後之年度，於轉帳傳票下方附有地價稅、房屋稅繳款單據即明；另上開期間之轉帳傳票更分別係112年甚或113年間始製作，且未蓋用會計人員印章，上開期間轉帳傳票之真實性，殊有可疑；至於上開期間之手寫帳冊，並無記載所繳付地價稅、房屋稅之土地、房屋標示，金額亦與上開期間繳款書所載不同，顯無從據為上開期間之稅金係Ａ０３繳納之證明，Ａ０３關於系爭土地持分移轉登記後，均由其持續繳納稅賦之主張，應與事實不符。

⑷Ａ０２原居住於北部，戶籍亦設在北部，於98年5月間取得系爭土地持分所有權後，即於99年2月10日將戶籍遷入坐落000號土地上之000建號建物門牌地址(見不爭執之事實㈦)。又民事關係中，財產證明及處分之重要文件，依照一般社會經驗，應包含有不動產之所有權狀等物，其所有人通常係自行保管居多，故若屬借名登記契約者，由實際所有人持有所有權狀，始合於常情，惟足資表彰實際權利人之系爭土地持分所有權狀，現卻在Ａ０２持有中(見

不爭執之事實㈧。Ａ０３雖稱：所有權狀原由伊保管，Ａ０２侵入伊辦公室竊取，始由其持有云云，並提出監視器畫面翻拍照片為證（見原審卷二91-99頁），然該監視器畫面翻拍照片，固可見有一位女性坐在辦公室內翻看文件，但無法確認該女性是否有竊取文件；另楊勝崴於112年3月26日曾向警方報案，由臺中市政府警察局○○分局○○派出所受理，依該派出所之員警工作紀錄簿記載：楊勝崴(改名前為楊福龍)表示，自監視器畫面發現同日晚間8時10分許，○○○進入客廳後直接拔掉家中裝設之監視器電源，並進入辦公室後，疑似有拿公司部分文件影印後帶走，詳細被影印之資料仍須員工清點後始能確定，暫時查看現場，並無財物損失等語（見原審卷二143頁），可見楊勝崴當日向警方報案，根本未提及系爭土地持分所有權狀有遭竊之情，更無法推翻系爭土地持分所有權狀原係由Ａ０２保管之事實。是參諸Ａ０２戶籍遷入及保管所有權狀等客觀表徵，自益難認為Ａ０３與Ａ０２間，就系爭土地持分存有借名登記關係之事實。

⑸證人即楊勝崴之配偶、Ａ０３之子媳○○○，於本院1919號事件二審114年8月13日準備程序期日固證稱：因中華商業銀行要求還款，○○○夫妻騙Ａ０３對其執行假扣押，之後開啟一連串的官司，當時Ａ０２一直在幫助楊家人，始依Ａ０２之建議，作假債權的設定，將名下不動產設定抵押權及過戶給Ａ０２或○○○；○○○告楊家人侵占被起訴，家人很擔心，Ａ０２表示如果財產被假扣押生意就不用做了，如果被判刑還會被關，幾天後Ａ０２又表示○○○鬼頭鬼腦的，不會輕意放過你們，○○○對Ａ０３假扣押執行的官司剛好結束解封扣押，因擔心Ａ０３的財產又被○○○騙走，才在Ａ０２的提議及○○○幫腔下，將房產過戶給Ａ０２；101年所有官司結束後，伊有親自看到楊家人就一直積極要求Ａ０２將抵押權塗銷、或將財產過戶回來，但Ａ０２一再以○○○很搞怪怕他會再有動

作，或以打官司時曾大力幫忙花費甚多等藉口推託云云（見本院卷○000-000頁、本院1919號事件二審卷○000-000頁）。惟○○○係楊勝崴之配偶、Ａ０３之子媳，誼屬至親，為爭取有利於Ａ０３之判決，偏袒Ａ０３不無可能，其所為證言之可信性本非甚高；另○○○證述之內容，非但與立場客觀公正之地政士Ａ０１的證詞有間，更與Ａ０２取得系爭土地持分之整體客觀歷程，以及其後表彰其為實際權利人之前揭客觀表徵不符，○○○之上開證詞，不可採信，亦不能作為有利於Ａ０３之判斷。

(三)Ａ０３就系爭土地持分買賣契約，係其與Ａ０２通謀虛偽所締結而隱藏借名登記關係之特別要件事實，非但未能舉證證明，反而系爭土地持分之移轉登記係欠款抵債，Ａ０２為真正權利人之事實，則有相當證明，Ａ０３主張其與Ａ０２就系爭土地持分存有借名登記關係，無可採憑。況且，借名登記契約消滅（終止）後之返還請求權，僅係債權之請求權，借名人不因終止該借名登記契約即當然取得財產之所有權，Ａ０３依民法第767條第1項前段所有物返還請求權之規定，請求Ａ０２移轉登記返還系爭土地持分，更屬無據。

二、請求塗銷系爭抵押權登記部分：

(一)民事訴訟法第355條第1項規定，文書依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正，是除有反證足以證明公文書記載為失實外，就其所記事項有完全之證據力，非有確定證據，不得任意推翻之(最高法院30年抗字第627號原判例意旨參照)。又主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明(最高法院48年台上字第887號原判例意旨參照)；主張對造權利有障礙者，諸如行為能力、通謀虛偽意思表示、被詐欺脅迫等，應由主張之一造就該權利有障礙之事實，負舉證責任(最高法院27年渝上字第2622號、44年台上字第75號、48年台上字第29號原判例意旨參照)。再普通抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之

效力，且當事人為借款債務設定普通抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得因已為設定登記，即反推已交付金錢或指已交付金錢為常態事實；故抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依首開說明，仍應由抵押權人負舉證責任(最高法院110年度台上字第531號判決意旨參照)。復抵押權係就抵押物賣得價金優先受償之權利，必從屬於債權而存在，惟抵押權擔保之債權種類並無限制，基於增進擔保制度之活絡，促使發揮經濟上之功能，其從屬性應隨社會需求而緩和並從寬解釋，而依金錢借貸之交易習慣，當事人經數次借貸、部分清償後，再就累計未償餘額設定抵押權為擔保之情形，所在多有，故抵押權之設立及登記，僅於依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權不成立、無效、被撤銷、未曾發生或依其他情形無發生可能性時，始可謂違反抵押權設定之從屬性(最高法院109年度台上字第522號、114年度台上字第1979號判決意旨參照)。

(二)Ａ０４等2人主張系爭抵押權係出於通謀虛偽意思表示所設定之事實，為Ａ０２否認；另系爭抵押權雖係普通抵押權，但Ａ０４等2人否認有擔保之債權存在，是依前揭舉證責任分配之法則，Ａ０４等2人應就通謀虛偽意思表示之事實，Ａ０２則應就擔保債權存在之事實，分別負舉證責任。經查：

⑴Ａ０４等2人前既曾於95年8月14日，分別設定擔保債權總金額各600萬元之原○○○段房地持分抵押權予Ａ０２，嗣原○○○段00-000號等房地經裁判分割確定，之後Ａ０２等人則提起塗銷抵押權訴訟，經移付調解，其等於100年11月17日在原審251號調解事件中達成調解合意，Ａ０２同意塗銷包含上開抵押權在內之多筆抵押權設定登記，Ａ０４等2人則同意將000號土地持分，提供予Ａ０２設定第一順位之普通抵押權，始分別設定系爭抵押權(見不爭執之事實㈡㈤)。足見原○○○段房地持分抵押權與系爭

抵押權，應均係擔保同一債權；另Ａ０４等2人及Ａ０２既慎重其事，於前揭訴訟事件移付調解後達成調解合意，就該調解筆錄所記事項有完全之證據力，非有確定證據，Ａ０４等2人應不得任意主張係出於通謀虛偽意思表示，而否認該合意之真實性；又倘若95年8月14日設定之原○○○段房地持分抵押權所擔保之債權不存在，Ａ０４等2人理應不可能於5年後之100年11月17日與Ａ０２達成調解合意，同意將000號土地持分，提供予Ａ０２設定第一順位之普通抵押權，進而設定系爭抵押權，Ａ０４等2人主張之真實性，殊有可疑。

⑵原審2753號事件判決確定後，○○○持該確定判決為執行名義，聲請強制執行變賣原○○○段房地持分抵押權供擔保之部分土地房屋，由原審32309號執行事件受理，Ａ０２於該執行程序中，以其為○○○段房地持分抵押權之抵押權人身分聲明參與分配，並提出Ａ０４等2人及○○○所簽發如原審卷○000-000頁之本票為債權證明文件，經分配各受償103萬9302元，Ａ０４等2人均未提出異議等事實，有民事實行抵押參與分配聲請狀(見原審卷一第289-293頁）、強制執行事件強制執行金額計算書分配表（見原審卷○000-000頁）、分配筆錄(見本院卷一62頁)為證，果若原○○○段房地持分抵押權係通謀虛偽設定，或所擔保之債權不存在，Ａ０４等2人豈有可能於上開執行程序中不提出異議，任由Ａ０２分配受償。

⑶立場客觀公正並先後承辦原○○○段房地持分抵押權、系爭抵押權之證人Ａ０１，於原審上開期日另證稱：原○○○段房地持分抵押權、系爭抵押權均由伊辦理，伊與伊父親(即○○○，見本院限閱卷11頁之戶籍資料)均為地政士，事務所係分工合作，申辦資料有時由伊父親填寫，但基本上均由伊送件並負責用印；伊有承辦原○○○段房地持分抵押權，伊父親填寫設定契約書後，由伊向當事人解說內容，詢問當事人設定金額或標的物是否正確，經解說

清楚後，Ａ０４等2人、○○○始親自簽名，再由伊蓋章，當時雙方當事人均表示有向Ａ０２借錢，雖未在事務所交錢，但設定義務人表示有欠Ａ０２錢，且有提出本票，伊並向Ａ０４等2人確認各積欠600萬元，○○○欠700萬元，始請其等於設定契約書簽名，並設定相同擔保金額之抵押權；塗銷原○○○段房地持分抵押權及設定系爭抵押權登記係伊登打文件後，因Ａ０２趕著拿他項權利證明書，始由伊陪Ａ０２去送件，當時係根據原審251號調解事件調解筆錄第8、9點辦理，到事務所辦理系爭抵押權設定時Ａ０４等2人亦有到場，系爭抵押權係自原○○○段房地持分抵押權轉載而來，Ａ０４等2人表示尚未還款，且調解筆錄內容亦與原○○○段房地持分抵押權擔保金額相同，抵押權設定契約書上之擔保權總類及範圍欄，始登打擔保債務人對於抵押權人於95年8月1日所立借貸契約所發生之債務等語(見原審卷○000-000、225-226頁)。而Ａ０１已明確證述，原○○○段房地持分抵押權之設定，係與同為地政士之父親○○○分工合作完成，○○○負責填載設定契約書等資料，再由Ａ０１向當事人解說、確認債權數額及設定內容後用印，Ａ０４等2人以：實際受託代理辦理該抵押權設定事宜之人係○○○，Ａ０１未親自見聞云云，應有誤會。是依Ａ０１之上開證述內容，辦理原○○○段房地持分抵押權設定時(按：應為95年8月1日，見原審卷○000-000頁之抵押權設定契約書立約日期)，Ａ０４等2人均親自承認向Ａ０２借錢，並各積欠600萬元未還；其後依原審251號調解事件調解筆錄辦理塗銷及設定系爭抵押權設定時，Ａ０４等2人仍自承上開借款尚未清償。執此，Ａ０１得知各該抵押權所擔保之債權及合計未償數額，係出自於Ａ０４等2人(訴訟外)之自認，而非僅來自於Ａ０２之轉述，並有Ａ０４等2人所簽發與借款金額相同之本票可佐(見不爭執之事實㈨、原審卷○000-000頁)，Ａ０２有關原○○○段房地持分抵押權及系

爭抵押權，係Ａ０４等2人多次借貸累計確認各欠款600萬元後所設定，更可進一步獲得證實；另系爭抵押權設定契約書之所以記載：擔保Ａ０４等2人對Ａ０２，於95年8月1日所立借貸契約發生之債務(見不爭執之事實㈥)，則係因原○○○段房地持分抵押權所擔保之借款債務尚未清償，乃依該抵押權設定契約書之立約日期填載始然，亦可確認。

⑷與Ａ０４共同育有一女之證人○○○，於本院1919號事件二審114年8月13日準備程序期日雖證稱：96年間原凱實業有限公司(下稱原凱公司)向中國信託商業銀行(下稱中信銀行)申貸，銀行專員徵信時發現Ａ０４的土地被設定抵押，Ａ０４叫伊跟銀行說是假設定，銀行人員表示不管真假，如果是假的就解除，Ａ０４隔天在○○路的原凱公司用擴音打電話給Ａ０２、○○○表示要解除設定，○○○接電話後表示官司沒有解決，要Ａ０４回家再講，後續一直沒有解決；另約於96年下半年左右，某日接近下班時間，Ａ０２、○○○及楊勝崴到原凱公司與Ａ０４討論事情，討論期間他們大聲爭執假設定的事情許久，爭執的內容不很清楚，大概是Ａ０２表示為楊家做許多事在討人情，最後楊勝崴哭著走出去等語(見本院卷二331頁、339頁、本院1919號事件二審卷三235頁、239頁)。然○○○證詞中所稱之抵押權假(虛偽)設定，係來自於Ａ０４之轉述，非出自於Ａ０２之自認，○○○復不清楚所稱有關抵押權假設定之爭執內容，其所為之上開證詞，顯無法作為系爭抵押權係通謀虛偽設定之證明(○○○之證詞不可採信，已如前述)。□

⑸觀諸Ａ０４等2人提出之錄音光碟及對話譯文(見本院卷○000-000頁)，Ａ０２與楊勝崴等人之對話中，縱曾提及：「走入官司，你們○○跟○○都不能做了啦」；「你們阿賓沒得讓你們好吃穿，那是你們用阿川的那支牌來做」；「原凱不用怕有事情啊！他從頭到尾做生意跟阿賓一點牽

連都沒有，阿賓也沒有理由去找碴阿川啊」；「偽造文書如果打不贏，你老母的官司也都不用打了」；「不動產抵押二胎的啦，你第一胎的人啦，拍賣如果沒有那些錢，第一胎拿就不夠了啦，你二胎的人都沒得拿，所以二胎的人認為說這塊地有那個價值拿錢出來買啦，第一胎結束，第二胎拍的，剛好賺這塊地啦，它如果有那個價值，剛好賺這塊地啦」等語。但Ａ０２於上開對話中所稱之土地，究竟為何筆土地根本無法確認，遑論有表示抵押權係通謀虛偽設定之事，上開錄音光碟及對話譯文，自無從據為有利於Ａ０４等2人之認定(Ａ０４等2人聲請勘驗錄音光碟內容，以比對其與Ａ０２各自提出之對話譯文何者符合真實，應無必要)。

⑹原○○○段房地持分抵押權與系爭抵押權，均係擔保同一借款債權，各該抵押權係Ａ０４等2人向Ａ０２多次借貸累計各欠款600萬元後所設定，系爭抵押權設定契約書記載：擔保Ａ０４等2人對Ａ０２，於95年8月1日所立借貸契約發生之債務，則係指累計至95年8月1日確認尚未清償之600萬元欠款，均有如前述，是上開累計確認之欠款，自屬系爭抵押權所擔保之債權，亦與抵押權之從屬性無違，更不能認為系爭抵押權無效。

(三)Ａ０４等2人就系爭抵押權係出於通謀虛偽意思表示所設定之事實，舉證顯有不足；Ａ０２就系爭抵押權所擔保債權存在之事實，則有相當之證據證明，Ａ０４等2人主張系爭抵押權無效為由，依民法第767條第1項中段所有物妨礙除去請求權規定，請求Ａ０２塗銷系爭抵押權登記，應屬無據。而本院依上開事證，既已可認定系爭抵押權所擔保之債權存在，則證人即○○實業有限公司(下稱○○公司)前員工○○○、○○○，先後於本院1919號事件一審112年10月30日言詞辯論期日、二審114年10月17日準備程序期日關於：○○公司等人透過○○○，多次向Ａ０２借款未還，以及Ａ０２代○○公司清償銀行欠款等有利於Ａ０２之證詞(見原審卷

◯000-000頁、本院卷◯000-000頁、本院1919號事件一審卷◯000-000頁、二審卷四98-104頁)，是否可採，以及兩造為推翻(肯認)其等證詞可信性，所為之攻防與舉證，應無庸再贅予判斷。

三、綜上所述，Ａ０３本於民法第767條第1項前段所有物返還請求權之規定，請求Ａ０２移轉登記返還系爭土地持分；Ａ０４等2人本於民法第767條第1項中段所有物妨礙除去請求權之規定，請求Ａ０２塗銷系爭抵押權登記，均洵屬無據。原審判准Ａ０４等2人塗銷系爭抵押權登記之請求，容有未洽，Ａ０２上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，即有理由，原判決此部分應予廢棄，並改判如主文第2項所示。又原審判決駁回Ａ０３請求移轉登記返還系爭土地持分之訴，應無不合，Ａ０３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。

陸、本件事實已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，均與本案判決結果不生影響，爰不予逐一論述，併此敘明。

柒、據上論結，Ａ０２之上訴為有理由；Ａ０３之上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　3　　日

民事第一庭　審判長法　官　劉長宜(主筆)

法　官　郭玄義

法　官　吳昀儒

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20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20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466條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　賴成育

中　　華　　民　　國　　115　年　　3　　月　　3　　日

附表：（幣別：新臺幣）

編號	抵押權擔保地號	抵押權登記事項
1	臺中市○○區○○段000地號土地(設定權利範圍1/4)	登記字號：豐登字第015740號 登記次序：0000-000 登記日期：101年2月17日 權利人：Ａ０２ 債權額比例：1分之1 擔保債權總金額：600萬元 清償日期：不定期限 設定義務人：Ａ０４
2	臺中市○○區○○段000地號土地(設定權利範圍1/4)	登記字號：豐登字第015750號 登記次序：0000-000 登記日期：101年2月17日 權利人：Ａ０２ 債權額比例：1分之1 擔保債權總金額：600萬元 清償日期：不定期限 設定義務人：楊勝崴