臺灣高等法院臺南分院民事判決

112年度重上字第136號

上　訴　人　余遠明
　　余奕廣
共　　同　蘇千祿律師
訴訟代理人
被 上訴 人　張美華
000000000000000000
　　許家榮
000000000000000000
　　許士鼎
　　李雅瑩
　　許文愷
共　　同　王正宏律師
訴訟代理人
被 上訴 人　李承學（李雲鶴之承受訴訟人）
000000000000000000
　　李致緯（李雲鶴之承受訴訟人）
000000000000000000

上列當事人間請求塗銷所有權移轉登記等事件，上訴人對於中華民國112年9月28日臺灣臺南地方法院第一審判決（110年度重訴字第120號）提起上訴，本院於114年3月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二項請求，及該部分訴訟費用之裁判，均廢棄。

二、上開廢棄部分：

㈠被上訴人李承學、李致緯應將如附表一編號1-1、2-1、3-1所示土地及建物之抵押權塗銷登記予以塗銷，回復至如附表一編號1-1、2-1、3-1之「抵押權設定登記」欄所示之抵押權設定登記予上訴人余遠明。

㈡被上訴人李承學、李致緯應將如附表一編號1-2、2-2、3-2所示土地及建物之抵押權塗銷登記予以塗銷，回復至如附表一編號1-2、2-2、3-2之「抵押權設定登記」欄所示之抵押權設定登記予上訴人余奕廣。

三、其餘上訴駁回。

四、廢棄部分之第一審、第二審訴訟費用，由被上訴人李承學、李致緯、張美華負擔。上訴駁回部分之第二審訴訟費用，由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、本件於第二審上訴程序中，被上訴人李雲鶴於民國（下同）113年2月9日死亡，其繼承人為李承學、李致緯，有戶籍謄本、繼承系統表在卷可憑（見本院卷㈠第153至157頁），上訴人聲明由李承學、李致緯承受訴訟（見本院卷㈠第151頁），核無不合，應予准許。

二、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，此觀民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款規定自明。查上訴人於原法院就備位請求部分，原係主張「代位」李雲鶴對其餘被上訴人依侵權行為之法律關係請求，並聲明：張美華、許家榮、許士鼎、李雅瑩、許文愷應連帶給付李雲鶴新臺幣（下同）1,243萬0,744元，並於574萬6,360元之範圍內由余遠明代為受領，於668萬4,384元範圍內由余奕廣代為受領。嗣提起本件上訴後，於第二審程序中，就此部分主張李雲鶴係與其餘被上訴人共同為侵權行為，並聲明：張美華、許家榮、許士鼎、李雅瑩、許文愷、李承學、李致緯應連帶給付余遠明574萬6,360元、余奕廣668萬4,384元。核與原訴均係本於李雲鶴出售如附表一編號1至3所示房地所得款項未交付上訴人之同一請求基礎事實，並能援用相同之之訴訟資料及證據，依上說明，自應准許。

三、本件被上訴人李承學、李致緯業經合法通知，均未於言詞辯

論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：被上訴人李承學、李致緯之父李雲鶴前於103年7月24日向上訴人余遠明借款800萬元，並以其所有不動產設定如附表一編號1-1、2-1、3-1、4-1所示第二順位普通抵押權（下稱第二順位抵押權）予余遠明為擔保，嗣僅清償100萬元；又於108年12月13日向上訴人余奕廣借款500萬元，並設定如附表一編號1-2、2-2、3-2、4-2所示第三順位最高限額抵押權（下稱第三順位抵押權）予余奕廣為擔保；復就上開借款與上訴人簽立借款契約書（下稱系爭借款契約），確認其向上訴人借款共計1,200萬元（下稱系爭債務或系爭債權），每月應給付利息24萬元。詎李雲鶴自109年3月24日起即未依約給付利息，更夥同被上訴人張美華、許家榮、許士鼎、許文愷、李雅瑩（下稱張美華等5人）於109年10月間向上訴人詐稱：由上訴人先將第二、三順位抵押權登記塗銷，其等則將如附表二所示房地（下稱系爭房地）所有權移轉登記予許家榮、許士鼎、許文愷（下稱許家榮等3人），再由許家榮等3人向銀行貸款清償第一順位抵押債務後，所餘款項即可清償系爭債務，致伊等陷於錯誤而於109年11月30日將第二、三順位抵押權登記塗銷，詎許家榮等3人以系爭房地向國泰世華銀行貸得1,950萬元，經清償第一順位抵押權債務及如附表一編號4所示房地（下稱○○街房地）之貸款逾期違約金共1,072萬1,720元後，李雅瑩竟擅將餘款877萬8,000元轉匯至其玉山銀行帳戶，並未清償系爭債務。李雲鶴與許家榮等3人間就系爭房地之買賣，應屬通謀虛偽意思表示，且許家榮等3人並未支付任何對價即取得系爭房地所有權，致李雲鶴之財產減少，害及伊對李雲鶴系爭債權之受償，李雲鶴復怠於行使對於許家榮等3人之權利。爰先位依民法第242條、第87條、第767條第1項前段規定，及同法第244條第1項、第4項規定，擇一請求許家榮等3人應分別將

附表二所示不動產所有權移轉登記塗銷，且李雲鶴與張美華對伊施以前開詐術，致伊塗銷第二、三順位抵押權登記，另李雲鶴、張美華等5人所為乃共同侵害伊對李雲鶴之抵押權，爰併依民法第92條第1項規定撤銷伊被詐欺之意思表示，及依侵權行為之法律關係，擇一請求李雲鶴之繼承人李承學、李致緯分別將第二、三順位抵押權塗銷登記予以塗銷，回復登記予上訴人。又倘認許家榮等3人就系爭房地之所有權無從塗銷且系爭抵押權無從回復登記，因伊係受李雲鶴及張美華等5人之詐欺而塗銷系爭抵押權登記，致伊對李雲鶴之系爭債權無法獲得完全清償，而李雲鶴所有○○街房地經原審法院民事執行處拍賣且清償第一順位抵押權之借款餘額後，余遠明未能受償之金額為574萬6,360元，余奕廣未能受償之金額為668萬4,384元（含利息、違約金），爰備位依侵權行為法律關係，請求被上訴人張美華等5人與李承學、李致緯應連帶給付余遠明574萬6,360元、余奕廣668萬4,384元，及各自上訴理由㈤狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保請准宣告假執行等語（上訴人逾上開範圍之其他請求，經原審為其等敗訴判決後，未據上訴人就該部分聲明不服，該部分不在本院審理範圍內，不予贅述）。

二、被上訴人李致緯未於言詞辯論期日到場，亦未具狀表示意見。被上訴人李承學未於言詞辯論期日到場，惟據其於本院準備程序到庭表示：同意上訴人上開部分請求。被上訴人張美華等5人則以下列情詞置辯，並求為判決駁回上訴人上開部分請求：李雲鶴雖有向上訴人借款，惟實際取得之金額未達1,200萬元。另系爭房地為張美華所有，僅借名登記在李雲鶴名下，李雲鶴未經張美華同意，擅以系爭房地向上訴人借款，並設定第二、三順位抵押權，張美華自得終止借名登記並請求李雲鶴返還系爭房地。再李雲鶴於109年5月29日曾簽立債務免除聲明書，免除許家榮等3人給付買賣價金之義務，李雅瑩則係依張美華指示，將李雲鶴帳戶內之貸款餘額

877萬8,000元轉匯至李雅瑩帳戶，張美華等5人與李雲鶴間，就系爭房地之買賣行為並非通謀虛偽意思表示，亦非以詐術欺騙上訴人，縱認有通謀虛偽意思表示，依民法第87條第2項，仍應適用借名登記之相關規定，自非無效。又李雲鶴僅將系爭房地移轉予許家榮等3人，其名下尚有市價約1,429萬7,313元之○○街房地，足以清償系爭債務，並無害及上訴人對李雲鶴之系爭債權及抵押權。況上訴人前對許文愷等3人及李雅瑩提起詐欺罪嫌之刑事告訴，業經檢察官為不起訴處分確定，益證其等確無詐欺行為等語。【原審就上開部分為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，先位聲明：㈠原判決廢棄；㈡許家榮應將附表二編號1所示土地及建物之所有權移轉登記塗銷；㈢許士鼎應將附表二編號2所示土地及建物之所有權移轉登記塗銷；㈣許文愷應將附表二編號3所示土地及建物之所有權移轉登記塗銷；㈤李承學、李致緯應將附表一編號1-1、2-1、3-1所示第二順位抵押權回復登記予余遠明，及將附表一編號1-2、2-2、3-2所示第三順位抵押權回復登記予余奕廣；㈥前開第二至五項部分，願供擔保，請准宣告假執行；備位聲明：㈠原判決廢棄；㈡張美華等5人及李承學、李致緯應連帶給付余遠明574萬6,360元，給付余奕廣668萬4,384元，及各自民事上訴理由㈤狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保請准宣告假執行。被上訴人則求為判決駁回上訴，如受不利判決，願供擔保請准免為假執行】。

三、本件經整理兩造不爭執事項，及依民事訴訟法第463條準用同法第270條之1第1項第3款規定整理並協議簡化兩造爭點，分別列舉如下（見本院卷㈡第45至52頁）：

㈠兩造不爭執事項：

1. 許家榮、許士鼎、許文愷為張美華之子，李雅瑩為許士鼎之配偶。

2. 李雲鶴於103年7月24日向余遠明借款800萬元，並開立發票日為103年7月24日、票號00000000號、面額800萬元之本票1

紙予余遠明供擔保，嗣僅返還100萬元（被上訴人爭執實際交付之金額）。

3. 李雲鶴又於108年12月13日，向余奕廣借款500萬元，並簽發借據及本票（發票日108年12月13日，票號000000000號，面額500萬元，見原審卷㈠第51、53頁）供擔保。就該500萬元之借款明細，李雲鶴於108年12月20日曾出具如上證7所示之借款結案明細表（見本院卷㈠第437頁）（被上訴人爭執實際交付之金額）。

4. 李雲鶴與上訴人因上開借款，於108年12月13日簽立系爭借款契約（見原審卷㈠第46至50頁）。

5. 李雲鶴為擔保其對上訴人之系爭債務，提供原為其所有如附表一編號1至4所示之房地，於103年7月25日，設定第二順位普通抵押權予余遠明，擔保債權額為1,120萬元（即臺南市安南地政事務所安南土字第000000號）；另於108年12月19日，設定第三順位最高限額抵押權予余奕廣，擔保債權額為900萬元（即臺南市安南地政事務所普字第000000號，見原審卷㈠第55至81頁）。李雲鶴並將上開房地之所有權狀正本交給上訴人保管（見本院卷㈠第257頁）。

6. 李雲鶴與余奕廣曾簽訂如原證2所示之土地登記申請書、土地所有權買賣移轉契約書、建築改良物所有權買賣移轉契約書，並委託古美雲地政士辦理契稅申報書、土地增值稅申報書（見原審卷㈠第83至109頁）。依上開土地登記申請書之原因發生日期、契稅申報日、土地增值稅申報日均為109年6月23日。

7. 李雲鶴於108年12月20日，委託南北不動產事務所出售如附表一編號1至4所示房地，並簽立一般委託銷售契約書，委託銷售期間為自108年12月20日起至109年3月31日止（見本院卷㈠第299至305頁）。其中李雲鶴願出售如附表一編號1至3所示房地之價格各為1,480萬元、編號4房地之價格為1,580萬元。

8. 李雲鶴於109年8月9日，曾委託古伍英女兒所任職之臺中信

義房屋出售如附表一編號1至4所示房地，並簽立仲介專任委託書，委託銷售期間自109年8月9日至109年11月10日止（見原審卷㈠第110至113頁）。其中李雲鶴願出售如附表一編號1至3所示房地之價格各為1,580萬元、編號4房地之價格為1,680萬元（見本院卷㈠第327至333頁）。

9.從形式上觀之，李雲鶴於109年5月29日簽立債務免除聲明書，略聲明：㈠許家榮購買如附表二編號1房地之總價額1,280萬元，由許家榮向銀行貸款600萬元給付買賣價金，餘款680萬元，李雲鶴同意免除給付義務；㈡許士鼎購買如附表二編號2房地之總價額1,200萬元，由許士鼎向銀行貸款600萬元給付買賣價金，餘款600萬元，李雲鶴同意免除給付義務；㈢許文愷購買如附表二編號3房地之總價額1,200萬元，由許文愷向銀行貸款600萬元給付買賣價金，餘款600萬元，李雲鶴同意免除給付義務（見本院卷㈠第293至297頁）。

10.李雲鶴於109年8月27日，分別與許家榮、許士鼎、許文愷簽立不動產買賣契約書，由許家榮以總價額1,280萬元購買如附表二編號1所示房地；許士鼎以總價額1,200萬元購買如附表二編號2所示房地；許文愷以總價額1,200萬元購買如附表二編號3所示房地（見本院卷㈠第273至290頁）。

11.李雲鶴、張美華與余遠明於109年11月18日，在古伍英地政士見證下，簽立原證4之「李雲鶴先生向余遠明、余奕廣借款1200萬元支付明細表」（見原審卷㈠第185、497頁）。

12.余遠明、余奕廣於109年11月30日，委由古伍英地政士，就第二、三順位抵押權為塗銷預告登記及抵押權設定登記（臺南市安南地政事務所收件字號分別為：第00000號、第00000號、第00000號、第00000號、第00000號，見原審卷㈠第215至237、371至452頁）。

13.許家榮、許士鼎、許文愷均於109年12月7日，以買賣為原因，分別登記為如附表二編號1、2、3所示房地之所有權人（見原審卷㈠第371至382、383至394頁）。

14.許家榮、許士鼎、許文愷為購買系爭房地，共向銀行貸款

1,950萬元，並先向國泰世華銀行清償李雲鶴以該等房地設定第一順位抵押權之債務餘額及○○街房地之房貸逾期違約金共1,072萬1,720元（見本院卷㈠第291頁），餘款877萬9,279元則由國泰世華銀行於109年12月15日13時46分撥款入李雲鶴之玉山銀行帳戶。嗣李雅瑩於同日14時23分許，持李雲鶴之身分證件、存摺及印鑑章，前往玉山銀行，將前述款項分別匯款277萬8,000元、300萬元、300萬元至李雅瑩之玉山銀行、陽信銀行、國泰銀行等帳戶。李雅瑩於匯款單中填寫其與李雲鶴之關係為姪女，匯款目的為買房（見原審卷㈠第248、249頁）。

15. 余遠明於110年1月8日寄發桃園茄苳郵局第8號存證信函，限被上訴人於文到3日內，速按約定給付余遠明、余奕廣988萬元，除張美華於110年1月12日收受該存證信函，其餘被上訴人均於110年1月11日收受（見原審卷㈠第251至263頁）。

16. 余遠明、余奕廣於110年2月1日，分別以桃園茄苳郵局第75、76號存證信函，對李雲鶴、張美華為撤銷塗銷第二、三順位抵押權之意思表示，該存證信函最遲於110年2月3日送達李雲鶴、張美華（見原審卷㈠第273至278頁）。

17. 如附表二編號1至3所示房地，經歐亞不動產估價師聯合事務所以111年5月19日為價格日期，估價為3,401萬9,080元（見歐亞不動產估價師聯合事務所估價報告書第2、32頁）。

18. ○○街房地經君宸不動產估價師事務所以110年9月17日為價格日期，鑑估價值合計為1,429萬7,313元（見君宸不動產估價師事務所估價報告書第3、46頁）。

19. ○○街房地經原法院民事執行處110年度司執助字第639號損害賠償強制執行事件（債權人為訴外人梁麗華），委由詠安不動產估價師事務所以110年9月15日為價格日期，鑑估價值合計為1,147萬5,434元（見原法院110年度司執助字第639號執行卷㈠，本院卷㈠第461至465頁）。

20.○○街房地經原法院民事執行處拍定金額合計為1,283萬9,999元，有不動產拍賣筆錄（拍定）可憑。扣除執行費、土地增值稅、地價稅、房屋稅後，餘款由第一順位抵押權人即國泰世華銀行受分配453萬2,627元（不足額爲0元，債權全部獲償）；余遠明受分配金額809萬6,108元（不足額574萬6,360元）；余奕廣受分配金額為0元（不足額為500萬元），有強制執行金額分配表可憑（見本院卷㈠第467至472頁）。

21.上訴人對李雲鶴、張美華等5人提出詐欺告訴，經臺灣桃園地方檢察署檢察官以111年度偵字第19472號對張美華提起公訴，現由臺灣桃園地方法院審理中（尚未審結）。李雲鶴、許文愷、許家榮、許士鼎及李雅瑩則均由檢察官以其等涉犯詐欺罪嫌不足，而為不起訴處分確定。

㈡兩造之爭執事項：

1.先位請求部分：

⑴李雲鶴與張美華間就附表一編號1至4所示房地，有無借名登記之法律關係存在？

⑵李雲鶴與許家榮等3人間，就系爭房地之買賣關係，是否為通謀虛偽意思表示？

⑶承上，若為通謀虛偽意思表示，本件有無民法第87條第2項規定之適用？

⑷李雲鶴將系爭房地所有權移轉登記予許家榮等3人，是否為無償行為，並有害及上訴人對李雲鶴之債權？

⑸李雲鶴、張美華是否有對上訴人詐欺，致上訴人誤將第二、三順位抵押權登記予以塗銷？

⑹上訴人將第二、三順位抵押權登記塗銷，是否係因李雲鶴、張美華等5人之侵權行為所致？

㈡備位請求：

上訴人依民法第184條第1項前段及後段、第185條規定，請求被上訴人連帶給付余遠明574萬6,360元、余奕廣668萬4,384元本息，有無理由？

四、茲就兩造爭點及本院之判斷，分述如下：

㈠李雲鶴與張美華間就系爭房地，有借名登記之法律關係存在：

1.按稱「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，及出名者與該登記有關之勞務給付，具有不屬於法律上所定其他契約種類之勞務給付契約性質，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，當賦予無名契約之法律上效力，並依民法第529條規定，適用民法委任之相關規定（最高法院110年度台上字第1305號裁判意旨參照）。又不動產為登記名義人所有屬常態事實，為他人借名登記者則屬變態事實，主張借名登記者，應就該借名登記之利己事實，提出符合經驗法則、論理法則之事證以資證明，始可謂已盡舉證責任（最高法院114年度台上字第79號裁判意旨參照）。本件被上訴人抗辯系爭房地為張美華所有，惟借名登記在李雲鶴名下等情，既為上訴人執前詞所否認，自應由被上訴人就該借名登記之利己事實，負舉證責任，合先敘明。

2.李雲鶴前於偵查中陳稱：系爭房地原本登記在張美華公司名下，因為張美華欠稅，名下不能有錢，於103年間，將系爭房地過戶到我名下，由我向國泰世華銀行貸款1,855萬元，貸款的錢，由我及張美華、高玉露使用，系爭房地的租金都由張美華收取，我有簽立借名登記協議書給張美華等語（見他1308卷第29、30、306頁；本院卷㈠第427、428頁），並有協議書（下稱系爭協議書）在卷可憑（見他1308卷第61頁；原審卷㈠第465頁），核與證人即源佑貿易股份有限公司會計蔡馨禓於偵查中證稱：系爭房地是張美華所有等語相符（見偵19472卷㈡第161頁），而衡以蔡馨禓與本件並無利害關係，其證詞與李雲鶴之陳述一致，可信度極高。又觀諸系爭協議書確載明由張美華將系爭房地借名登記予李雲鶴名

下，並由李雲鶴簽名，雖張美華未於其上簽名，惟系爭協議書既係張美華為確保李雲鶴之承諾而由李雲鶴簽署出具，自不影響系爭協議書之效力。本院審酌李雲鶴於將系爭房地移轉登記予許家榮等3人前，為系爭房地之登記名義人，而系爭房地倘係由張美華借名登記為其所有，李雲鶴即非所有權人，對其自身利益之影響不可謂不大，乃其仍願簽署系爭協議書，承諾張美華為系爭房地之實際所有權人，足認被上訴人辯稱李雲鶴與張美華間就系爭房地有借名登記之法律關係存在，核屬有據，應堪信為真實。

3. 再參酌兩造不爭執事項5後段所示，系爭房地之所有權狀均交由張美華保管；且依卷附公證書及房屋租賃契約書所載，李雲鶴於103年間，委任張美華將系爭房地出租予訴外人萬通人力資源顧問股份有限公司台南分公司；另李雲鶴自承系爭房地之租金收入均由張美華收取，業如前述，益證張美華仍繼續管理、使用系爭房地，僅將系爭房地借名登記於李雲鶴甚明。

4. 上訴人雖主張李雲鶴於偵查中，已明白否認其與張美華間就系爭房地無借名登記之關係存在云云。惟觀諸李雲鶴於偵查中陳稱：系爭房地之貸款都是由我繳納，我與張美華就系爭房地的關係是買賣，不是借名登記。我跟張美華簽系爭協議書是在2年前我開刀前沒多久，張美華帶代書拿文件給我簽，我很相信張美華，沒看文件內容就簽了等語（見偵19472卷㈠第160頁）。而李雲鶴為成年人，並有向銀行貸款之經驗，自應有相當之社會經驗，能知悉簽署文件之意義及代價，是其僅以信任張美華即簽署系爭協議書，據以否認其與張美華間就系爭房地有借名登記之關係存在，要與一般人之生活經驗有違，已難採信；再李雲鶴於109年8月27日，分別與許家榮等3人簽立不動產買賣契約書，由許家榮、許士鼎、許文愷依序以總價額1,280萬、1,200萬、1,200萬元購買如附表二編號1、2、3所示房地，合計總金額為3,680萬元等情，並有不動產買賣契約書在卷可憑（見本院卷㈠第273

至290頁）。而系爭房地於111年5月19日之價值約為3,401萬9,080元，為兩造所不爭（詳如兩造不爭執事項17所示），並有歐亞不動產估價師聯合事務所估價報告在卷可稽（見外放之報告書第2、32頁），可見系爭房地當時之價值至少約3,401萬9,080元。另依兩造不爭執事項14所示，許家榮等3人取得系爭房地之所有權後，共向銀行貸款1,950萬元，並為李雲鶴清償第一順位抵押權之貸款餘額及○○街房地之房貸逾期違約金共1,072萬1,720元，有國泰世華銀行還款收據在卷足證（見本院卷㈠第291頁），可見許家榮等3人以為李雲鶴償還貸款之方式，支付買賣價金1,072萬1,720元。惟李雲鶴於出售系爭房地予許家榮等3人前，即已出具債務免除聲明書，約定許家榮等3人僅由銀行貸款給付買賣價金，不足額部分，則均由李雲鶴免除其等之支付義務，業如兩造不爭執事項9所示，並有債務免除聲明書在卷可憑（見本院卷㈠第293至297頁）。觀諸李雲鶴尚積欠上訴人系爭債務未償，並非經濟狀況良好之人，而其出售價值約3,400萬元之系爭房地，卻僅願取得不到3分之1之價金即1,072萬1,720元，有違常情，顯見被上訴人辯稱：張美華與李雲鶴間就系爭房地存有借名登記之關係，始由李雲鶴免除許家榮等3人之價金給付義務，較符合一般人之生活經驗，而可採信，李雲鶴上開陳詞，尚非可採。

5.綜上，被上訴人辯稱李雲鶴與張美華間就系爭房地有借名登記之法律關係存在，應堪信為真實。

㈡李雲鶴與許家榮等3人間，就系爭房地之買賣關係，為通謀虛偽意思表示，惟隱藏借名登記返還之法律關係，並非無效：

1.按民法第87條第1項所定之通謀虛偽意思表示，必須表意人與相對人均明知其互為表現於外部之意思表示係屬虛構，而有不受該意思表示拘束之意，始足當之，故規定此項意思表示為無效（最高法院101年度台上字第1722號裁判意旨參照）。又虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該

項法律行為之規定，亦為民法第87條第2項所明定。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號裁判意旨參照）。

2. 查本件上訴人主張李雲鶴與許家榮等3人間就系爭房地之買賣關係，為通謀虛偽意思表示，被上訴人雖執前詞否認，惟被上訴人於本院既自承李雲鶴與張美華間就系爭房地為借名登記之關係，僅以買賣方式讓李雲鶴將系爭房地登記回復為張美華所有（見本院卷㈠第515頁），顯見依被上訴人之抗辯，已足認李雲鶴與許家榮等3人間，並無買賣之真意存在，僅藉由買賣之方式，將系爭房地返還登記予張美華指定之許家榮等3人，是李雲鶴與許家榮等3人間，就系爭房地之買賣關係，確為通謀虛偽意思表示自明。

3. 李雲鶴與張美華間就系爭房地雖無買賣關係，但因系爭房地為張美華所有，借用李雲鶴名義登記，已如前述，且李雲鶴同意將系爭房地以買賣為原因，將之移轉登記予張美華指定之許家榮等3人，顯見李雲鶴與張美華已合意終止該借名登記契約。是李雲鶴與許家榮等3人通謀而為買賣之意思表示，係隱藏李雲鶴履行其對張美華所負所有物返還登記之義務，依民法第87條第2項規定，自應適用該隱藏之法律行為之規定，難謂其行為無效。從而，上訴人依民法第242條、第87條、第767條第1項前段規定，請求許家榮等3人應分別將系爭房地之所有權移轉登記塗銷，自無理由，不應准許。

㈢李雲鶴將系爭房地所有權移轉登記予許家榮等3人，並非詐害行為：

1. 按債務人所有之財產除對於特定債權人設有擔保物權外，為一切債務之共同擔保，於債權人之共同擔保減少致害及全體債權人之利益時，方得行使民法第244條之撤銷權。而履行債務之行為，一方面減少積極財產，另方面亦因債務消滅而減少消極財產，自總財產言，則無增減，於債務人之資力無影響，即難謂為詐害行為（最高法院108年度台上字第993號裁判意旨）。

2.經查，李雲鶴與張美華間就系爭房地之借名登記關係，業已終止，李雲鶴即負有將系爭房地之所有權移轉登記予張美華或張美華指定之人之義務，是李雲鶴為履行該等義務，將系爭房地移轉登記予許家榮等3人，雖使其積極財產減少，惟另方面亦因債務消滅而減少消極財產，自總財產言，則無增減，於李雲鶴之資力無影響，依上說明，難謂為詐害行為，上訴人依民法第244條第1項規定，請求撤銷李雲鶴與許家榮等3人之所有權移轉登記行為，核與該條項之規定不符，自無從准許。

㈣李雲鶴、張美華係對上訴人施以詐術，致其等將第二、三順位抵押權登記予以塗銷：

1.按因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，民法第92條第1項前段定有明文。該所稱詐欺，係指對表意人意思形成過程屬於重要，而有影響之不真實事實，為虛構、變更或隱匿之行為，故意表示其為真實，使表意人陷於錯誤、加深錯誤或保持錯誤者而言。是項規定所欲保護之法益，為表意人意思表示形成過程之自由。蓋詐欺者慣於利用受害人之需求、疏忽、恐懼、同情、貪財、迷信等心理狀態，施以言語行動、傳媒資訊或數人分工等手法交互運作，使受害人逐步陷於錯誤，而影響其意思表示之形成自由（最高法院111年度台上字第176號裁判意旨參照）。

2.上訴人主張李雲鶴、張美華無清償系爭債務之真意，竟向其等詐稱許家榮等3人取得系爭房地所有權後，得向銀行貸款，經清償第一順位抵押債務所餘款項，即可清償系爭債務，其等誤信為真，始同意塗銷第二、三順位抵押權之設定登記等情，核與證人即草擬系爭明細表之地政士古伍英於原法院證稱：李雲鶴說他有個好朋友叫張美華，願意幫他處理債務，後來張美華到我事務所說要把系爭房地過戶給她的3個小孩，再貸款出來幫李雲鶴清償系爭債務，我們協商的過程，張美華就將許家榮等3人的身分證、財力資料提供給我，後來張美華說她已請其他代書找到國泰世華銀行同意核

貸，已經有錢可以清償系爭債務了，但因為她貸款金額是1,950萬元，原來的一胎貸款就有1,050萬元要還，只剩900萬元，不足清償李雲鶴積欠上訴人的1,200萬元及利息，只能先清償700萬元及8個月利息288萬元，合計988萬元。我書寫系爭明細表時，張美華當場表示如果可以湊足988萬元支付給上訴人，系爭房地的案件就結束，倘若只能支付900萬元，則由許文愷取得之房地設定抵押權及預告登記給上訴人。嗣完成塗銷第二、三順位抵押權登記結案後，我催促張美華清償系爭債務，張美華一開始說李雲鶴會處理，後來就完全不理不睬，無法聯絡上等語（見原審卷㈡第32至35頁），大致相符，並有與上訴人與古伍英陳證內容一致之系爭明細表、古伍英書寫之許家榮等3人之工作及收入資料、古伍英與張美華之Line對話截圖在卷可憑（見原審卷㈠第497頁；原審卷㈡第45至59、69至79頁），足認上訴人主張李雲鶴、張美華以清償系爭債務為誘因，要求其等同意塗銷第二、三順位抵押權設定登記等情，應堪信為真實。

3. 檢視李雲鶴、張美華簽署系爭明細表之時間為109年11月18日（見原審卷㈠第497頁），復勾稽兩造不爭執事項9所示，李雲鶴早於109年5月29日即已簽立債務免除聲明書，免除許家榮、許士鼎、許文愷就系爭房地之價金給付義務各680萬元、600萬元、600萬元，有債務免除聲明書在卷可證（見本院卷㈠第293頁），可見李雲鶴於簽立系爭明細表「前」，早已向許家榮等3人聲明僅由其等向銀行貸款各600萬元支付系爭房地之買賣價金，即免除其餘價金之給付義務。亦即李雲鶴、張美華於簽立系爭明細表「前」，業已知悉李雲鶴出售系爭房地之結果，實際上不會取得任何價金，乃李雲鶴、張美華竟猶向上訴人佯稱願將清償銀行貸款之餘額償還上訴人，而該等不真實之事項，關涉上訴人是否同意塗銷第二、三順位抵押權登記，核屬上訴人於意思形成過程中之重要事項，是李雲鶴、張美華利用上訴人為能滿足債權需求之心理狀態，使上訴人陷於錯誤，而影響其等意思表示之形成自

由，依上說明，自屬對上訴人為詐欺之行為。

4.依兩造不爭執事項14所示，許家榮等3人以系爭房地共向銀行貸款1,950萬元，經清償李雲鶴向國泰世華銀行之貸款餘額及○○街房地之房貸逾期違約金共1,072萬1,720元後，國泰世華銀行於109年12月15日13時46分，將餘款877萬9,279元匯入李雲鶴之玉山銀行帳戶，有存款交易明細查詢在卷可憑（見原審卷㈡第85頁）。惟李雲鶴未依系爭明細表之協議內容，將該等貸款餘額匯給上訴人清償系爭債務，反由李雅瑩於同日14時23分許，持李雲鶴之身分證件、存摺及印鑑章，前往玉山銀行，將前述款項分別轉匯277萬8,000元、300萬元、300萬元至李雅瑩之帳戶，業如兩造不爭執事項14所示，並有玉山銀行取款憑條在卷可稽（見原審卷㈡第81、83頁）。是李雲鶴於取得前開貸款餘額後，於1小時內，即將全部款項匯出，顯見李雲鶴本即無清償系爭債務之意，益徵李雲鶴確有對上訴人施詐之意思與行為。

5.古伍英知悉國泰世華銀行業已撥款後，以Line訊息內容通知張美華應支付988萬元，若無法全額支付，即應就附表二編號3所示房地辦理抵押權設定登記，復於119年12月16日即國泰世華銀行撥款翌日，再次傳送訊息通知張美華「余二哥剛聯繫我，要我確認是否988萬元可以明天付清？」、「應該不用○○○街00號再設定吧？」，張美華則回傳「您好，李大哥有約下星期喔，正確那一天還沒有決定喔」等語，另自同日下午6時52分以後，張美華即不再回覆古伍英任何訊息等情，有古伍英與張美華之Line對話截圖在卷可憑（見原審卷㈡第71至73頁），而張美華於112年12月15日業已指示李雅瑩將李雲鶴帳戶中之貸款餘額全數轉匯至李雅瑩之帳戶，亦即李雲鶴已無可以清償系爭債務之餘款，惟其卻仍向古伍英騙稱已與李雲鶴約好時間處理，顯見張美華確有與李雲鶴共同詐欺之故意與行為。

6.被上訴人雖辯稱：系爭明細表僅為試算表，其中記載2個不同方案，且無記載張美華要給付任何款項予上訴人云云（見

本院卷㈠第448頁）。惟查系爭明細表固無約定張美華應負給付義務，然依上所述，上訴人之所以願意塗銷第二、三順位抵押權之設定登記，係由於李雲鶴與張美華共同承諾願將出售系爭房地所得之貸款餘額償還上訴人，要與張美華是否承諾願為系爭債務之付款義務人無關；且系爭明細表雖記載由許家榮等3人償還988萬元或900萬元之二方案，惟該不同選項均係李雲鶴、張美華騙取上訴人塗銷第二、三順位抵押權之詐術，均不得執此解免李雲鶴、張美華之詐欺故意。

7. 被上訴人雖又辯稱：系爭明細表上僅余遠明之簽名，余奕廣於協商時並未在場，其等未對余奕廣施以詐術云云。惟據古伍英於原法院證稱：李雲鶴與上訴人間之債務協商過程，我都有參與，上訴人信任我，我擔任上訴人之窗口等語（見原審卷㈡第32頁），參酌余奕廣經古伍英之轉達，委任古伍英將第三順位抵押權塗銷，業如兩造不爭執事項12所示，可認古伍英於協商及辦理該等抵押權塗銷過程中，係擔任余奕廣之代理人。按代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫，或明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之，民法第105條前段定有明文。查古伍英確因李雲鶴、張美華施用前開詐術而塗銷抵押權，而余奕廣既已授權由古伍英處理塗銷抵押權事宜，則余奕廣有無被詐欺，應就代理人即古伍英決之，是被上訴人抗辯余奕廣未於協商時在場，亦在系爭明細表上簽名，其等未對余奕廣施以詐術云云，尚非可採。

8. 被上訴人雖另辯稱：李雲鶴免除對許家榮等3人之其餘價金給付義務，乃因李雲鶴與張美華間就系爭房地有借名登記之法律關係存在，僅以買賣方式將之移轉登記回給張美華指定之許家榮等3人，李雲鶴與上訴人間有高度信賴關係，是李雲鶴詐欺上訴人，張美華並無詐欺故意云云。惟按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第1項）。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響

（第2項），民法第759條之1定有明文。上開第1項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第2項復規定善意第三人之權益，不因原登記物權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱「原登記物權之不實」，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何「原登記物權之不實」可言（最高法院105年度台上字第473號、103年度台上字第2142、1192號裁判意旨參照）。李雲鶴與張美華間就系爭房地間雖有借名登記之法律關係，惟對第三人即上訴人而言，系爭房地於依法定程序塗銷其登記前，登記名義人即李雲鶴乃系爭房地之所有權人，依上說明，在外部關係上，自應推定李雲鶴適法有系爭房地之物權，則李雲鶴與張美華均已明知系爭土地移轉登記予張美華指定之許家榮等3人，僅為返還登記，李雲鶴不會取得任何對價，然其等卻仍向上訴人佯稱許家榮等3人會將貸款餘額交付上訴人，顯見李雲鶴、張美華確有詐欺之故意；且被上訴人既已自承上訴人與李雲鶴間有高度信賴關係，李雲鶴對上訴人是一套說詞，對張美華又是另一套說詞，本件係李雲鶴對上訴人為詐欺行為（見本院卷㈡第60、61頁），則不論張美華是否知情且參與本件詐欺行為，均不影響李雲鶴確有對上訴人施以前開詐術，上訴人自得依

民法第92條第1項規定，對李雲鶴撤銷塗銷第二、三順位抵押權之意思表示。

9.被上訴人復辯稱：李雲鶴明知其對上訴人之借款僅第1筆之700萬元，第2筆之500萬元僅交付288萬元，總金額未及1,200萬元，其等業已保留價值約1,429萬元之○○街房地供上訴人變賣取償，自無詐欺之故意云云。惟查：

⑴按當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，固應就借貸意思表示互相合致及借款業已交付之事實負舉證責任，惟若貸與人提出由借用人出具之文書已載明積欠借款之事實，或載明借款金額及親收足訖無訛，或依所載明之事項足以推知貸與人已交付借用物者，應解為貸與人就要物性之具備，已盡舉證責任(最高法院86年度台上字第3880號裁判意旨參照)。查李雲鶴前於檢察官偵查中自承：其積欠上訴人共1,200萬元等語（見本院卷第409頁），並有李雲鶴簽名之借款契約書、借據、領款切結書、借款證、本票在卷可憑（見原審卷㈠45至53頁）。衡以李雲鶴為系爭債務之當事人，對其究積欠上訴人若干借款，應最為清楚，其於偵查中所為對其不利之證詞，應認可採，張美華空言否認系爭債務不足1,200萬元，自難採信；再被上訴人雖辯稱就500萬元部分，李雲鶴僅取得288萬元，惟依上開領款切結書、借款證所載：「李雲鶴向余奕廣借款，並提供不動產作為擔保品，確認實領現金500萬元整，無誤」、「茲借款人到安南地政事務所…設定最高限額抵押權900萬元，實收借款金額500萬元…」等語（見原審卷㈠第51、52頁），可認李雲鶴就該500萬元借款部分，已親收足訖無訛。復參酌古伍英於原法院證稱：李雲鶴之後借的500萬元，有一部分幫他付另筆借款的利息、代墊稅款共211萬1,023元，尾款288萬8,977元是以2張支票支付等語（見原審卷㈡第37頁），並有與古伍英所述相符及其上有李雲鶴簽名之借款結案明細表在卷可憑（見本院卷㈠第437頁），足認余奕廣業將該500萬元借款足額交付李雲鶴完畢，上訴人對李雲鶴之債權共為1,200萬元，應信為真。

⑵查○○街房地除設定第二、三順位抵押權予上訴人外，尚設定有第一順位抵押權予國泰世華銀行，有土地、建物登記第一類謄本在卷可憑（見原審卷㈠第55至63頁）。又○○街房地經原法院民事執行處以總金額1,283萬9,999元拍定後，余遠明受分配金額為809萬6,108元，不足額574萬6,360元；余奕廣則未受分配，不足額為500萬元，有強制執行金額分配表存卷可查（見本院卷㈠第467至472頁）。衡以李雲鶴為如○○街房地之抵押債務人，對該房地設有第一順位抵押權之事實，應知之甚詳，則○○街房地出售後之價金既應優先清償第一順位抵押權人，且依拍賣之結果確實無法使上訴人之債權獲得完全滿足，是被上訴人辯稱其尚保留○○街房地供上訴人變賣取償，無詐欺故意云云，亦非可採。

10.按因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示；被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人；又其撤銷應於發見詐欺後1年內為之，但自意思表示後經過10年，不得撤銷，民法第92條第1項前段、第2項、第93條定有明文。又法律行為經撤銷者，視為自始無效，亦為同法第114條第1項所明定。本件上訴人既係遭詐欺始為塗銷第二、三順位抵押權之意思表示，業如前述，而其於110年2月1日分別以桃園茄苳郵局第75、76號存證信函，依民法第92條第1項前段規定，對李雲鶴、張美華為撤銷其等所為塗銷第二、三順位抵押權之意思表示，該存證信函於110年2月3日送達李雲鶴、張美華，業如兩造不爭執事項16所示，並有上開存證信函在卷可憑（見原審卷㈠第273至278頁），未逾1年之除斥期間，則上訴人所為第二、三順位抵押權塗銷之意思表示經撤銷後，即應視為自始無效。又許家榮等3人為張美華之子，業如兩造不爭執事項1所示，復參酌李雲鶴出具債務免除聲明書予許家榮等3人，已如前述，顯見許家榮等3人知悉其等未支付相當之對價，即取得系爭房地之所有權，並任由張美華以其等名義作為系爭房地之登記名義人，其等既容任張美華之上開詐欺行為，應認非屬善意之第三

人，上訴人所為撤銷第二、三順位抵押權塗銷之意思表示，依上說明，自得對抗許家榮等3人。從而，上訴人請求李雲鶴之繼承人李承學、李致緯應將附表一編號1至3所示土地及建物之抵押權塗銷登記予以塗銷，並回復至如附表一編號1至3之「抵押權設定登記」欄所示之抵押權設定登記予余遠明、余奕廣，為有理由，應予准許，並得對抗許家榮等3人。

㈤上訴人就回復第二、三順位抵押權設定登記部分，依前開請求既經准許，則其就同一請求，另依侵權行為之法律關係而為選擇合併之請求，並備位依侵權行為之法律關係，請求被上訴人連帶給付損害賠償部分，本院即毋庸審究，併此敘明。

五、綜上所述，上訴人依民法第242條、第87條、第767條第1項前段規定，及同法第244條第1項、第4項規定，請求許家榮等3人應分別將附表二所示不動產所有權移轉登記塗銷，為無理由，不應准許；另其依民法第92條第1項規定，撤銷被詐欺之意思表示，請求李承學、李致緯應將附表一編號1至3所示土地及建物之抵押權塗銷登記予以塗銷，並回復至如附表一編號1至3之「抵押權設定登記」欄所示之抵押權設定登記予余遠明、余奕廣，為有理由，應予准許。有關上開應予准許部分，原審遽為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴人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廢棄，改判如主文第2項所示。至於逾上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回此部分假執行聲請，並無違誤，上訴人此部分之上訴，即屬無理由，應駁回其上訴。又上訴人就上開應准許部分，另聲請本院諭知假執行供擔保金額，因主文第2項係命債務人為一定之意思表示，性質上不適合為假執行，故此部分假執行之聲請，為無理由，亦併予駁回該部分之上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及攻擊或防禦方法並所提舉證資料，經本院斟酌後，認均不生影響本院所為上開論

斷，自無再予逐一審論之必要，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴人之上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第385條第1項前段、第450條、第449條第1項、第463條、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　9　　日

民事第一庭　審判長法　官　王金龍

法　官　施盈志

法　官　曾鴻文

上為正本係照原本作成。

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日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　9　　日

書記官　葉宥鈞

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表一：李雲鶴設定予余遠明、余奕廣之抵押權（單元：新臺幣，元）					
編號	土地／權利範圍	建物／權利範圍	抵押權設定登記		抵押權塗銷登記
			權利人	內容	
1-1	臺南市○○區○○段000000地號（1/1）	臺南市○○區○○段000○號（1/1）（門牌號碼臺南市○○區○○○街00號）	余遠明	1.收件：臺南市安南地政事務所103年安南土字第000000號 2.登記次序：2 3.抵押權種類：普通抵押權 4.登記日期：103年7月25日 5.權利人：余遠明 6.債務人：李雲鶴 7.擔保債權總金額：1,120萬元 8.清償日期：104年7月23日	1.收件：臺南市安南地政事務所109年11月30日第00000號（抵押權塗銷登記） 2.收件：臺南市安南地政事務所109年11月30日第00000號（抵押權內容變更登記）
1-2			余奕廣	1.收件：臺南市安南地政事務所108年普字第000000號 2.登記次序：3 3.抵押權種類：最高限額抵押權 4.登記日期：108年12月19日 5.權利人：余奕廣 6.債務人：李雲鶴 7.擔保債權總金額：900萬元 8.確定日期：109年3月12日	1.收件：臺南市安南地政事務所109年11月30日第00000號（抵押權塗銷預告登記） 2.收件：臺南市安南地政事務所109年11月30日第00000號（抵押權塗銷登記） 3.收件：臺南市安南地政事務所109年11月30日第00000號（抵押權內容變更登記）
2-1	臺南市○○區○○段000000地號（1/1）	臺南市○○區○○段000○號（1/1）（門牌號碼臺南市○○區○○○街00號）	余遠明	同上	同上
2-2			余奕廣	同上	同上
3-1	臺南市○○區○○段000000地號（1/1）	臺南市○○區○○段000○號（1/1）（門牌號碼臺南市○○區○○○街00號）	余遠明	同上	同上
3-2			余奕廣	同上	同上
4-1	臺南市○○區○○段00000地號（權利範圍1/8）	臺南市○○區○○段0000○號（1/1）（門牌號碼臺南市○○區○○街000巷00號）	余明遠	同上	未塗銷
4-2	臺南市○○區○○段00000地號		余奕廣	同上	未塗銷

	（權利範圍1/1）				

附表二：上訴人請求塗銷移轉登記之不動產					
編號	土　地	建　物	門牌號碼	登記所有權人	所有權移轉登記
01	臺南市○○區○○段000000地號	同段000建號	臺南市○○區○○○街00號	許家榮	1.登記原因：買賣 2.原因發生日期：109年11月8日 3.登記日期：109年12月7日
02	臺南市○○區○○段000000地號	同段000建號	臺南市○○區○○○街00號	許士鼎	1.登記原因：買賣 2.原因發生日期：109年11月8日 3.登記日期：109年12月7日
03	臺南市○○區○○段000000地號	同段000建號	臺南市○○區○○○街00號	許文愷	1.登記原因：買賣 2.原因發生日期：109年11月8日 3.登記日期：109年12月7日