臺灣臺南地方法院民事判決

110年度簡上字第44號

上　訴　人　簡玉棋

000000000000000000

被　上訴人　陳雅琪

訴訟代理人　黃厚誠律師

　　莊承融律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於民國110年1月27日本院新市簡易庭109年度新簡字第357號第一審簡易判決提起上訴，於110年11月16日言詞辯論終結，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用新臺幣柒仟捌佰貳拾玖元由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人即原告主張：

㈠上訴人於民國106年間，在被上訴人父親即訴外人陳○男之臺南市○○區○○路000巷00弄0號處所賭博，因積欠賭債，被迫簽發面額新臺幣(下同)30萬元本票及借據，並將上訴人所有坐落臺南市○鎮區○鎮段000地號土地（下稱系爭土地）提供予被上訴人設定45萬元抵押權。賭債既為不法原因所生之債務，則上訴人與陳建男間實無債權債務關係存在，而抵押權從屬於債權而存在，抵押權成立時以有債權存在為原則，抵押權實行時則以有債權存在為必要，陳○男既對上訴人無債權，被上訴人自無因陳○男讓與而得主張對上訴人有債權存在，故上訴人聲明系爭抵押權因無擔保債權存在而不生效力。

㈡又上訴人與被上訴人互不認識，除非被上訴人從事高利放款，否則兩造間不可能存在金錢借貸關係，如被上訴人主張對上訴人有金錢借貸關係並因而對上訴人有債權，自應由被上訴人舉證、說明兩造間有何關係、是經由何人介紹而借款予上訴人、如何交付借款，不能僅憑借據、本票有上訴人簽

名捺印，而認為兩造間存在金錢借貸關係。原審為上訴人敗訴判決，爰依法提起上訴，請求廢棄原判決、塗銷系爭抵押權等語。

㈢並聲明：1.原判決廢棄。2.被上訴人應將坐落臺南市○鎮區○鎮段000地號土地權利範圍全部所設定之45萬元抵押權塗銷。

二、被上訴人即被告則以：

㈠上訴人向被上訴人借款30萬元，為供擔保，於106年3月10日書立借據及開立票面金額30萬元之本票，於借據上簽名及按捺指紋，並提供系爭土地設定抵押權為擔保；上訴人原欲向被上訴人借款40萬元，故被上訴人於106年3月8日自存款帳戶提領40萬元現金，嗣上訴人僅借款30萬元。

㈡兩造間之借貸關係，有系爭借據、本票足證上訴人收受借款之事實，若上訴人未收取借款，豈會簽署上述借據及本票，上訴人請求被上訴人塗銷系爭抵押權自屬無理。依證人郭○章證述，其不認識上訴人打麻將地點之其他在場人士、被上訴人或陳○男，亦不清楚賭場場主為何人，及上訴人向場主借款金額若干，縱使是上訴人向賭場場主借款再用於賭博，無論是借款清償賭債或換取籌碼賭博，仍屬於民法第474條規定之消費借貸關係，與因賭博產生之債務完全不同，系爭債務自非賭債。

㈢本件上訴人透過被上訴人之父陳○男向被上訴人借款30萬元，因兩造互不相識，故被上訴人要求上訴人須提供不動產設定抵押擔保，請陳○男聯繫上訴人準備辦理不動產抵押權設定之相關證件資料，上訴人於106年3月6日申請印鑑證明，被上訴人106年3月8日自存款帳戶領款，並與上訴人、陳○男約定於106年3月10日在黃○傑地政士事務所交付現金及簽署借據、本票，被上訴人尚於前一日即106年3月9日聯繫告知黃○傑，將委由陳○男代理至其事務所處理不動產抵押權設定程序，請黃○傑先行準備相關文件以便辦理，況且，一般民間借貸，金主與借款人素不相識者，所在多有，

故兩造是否相識，與本件消費借貸關係是否存在無關；原告現為脫免遭被告追償，虛飾不實賭債之事，請求應無理由等語，資為抗辯，並聲明駁回上訴人上訴。

三、不爭執事項：

㈠被上訴人所執之**新簡卷第69頁**被證1本票、**第71頁**被證2借據，均為上訴人親自簽名、捺印。該借據內容於第1項記載「借款金額新台幣參拾萬元，收現金新台幣參拾萬元整，簡○○收訖無訛106年3月10日」，嗣該本票及借據均由被上訴人持有。

㈡上訴人於106年3月14日提供其所有臺南市○鎮區○鎮段000地號土地（權利範圍1/2）為被上訴人設定普通抵押權，抵押權設定契約書上記載：「(17)擔保債權總金額：新臺幣肆拾伍萬元」、「(18)擔保債權種類及範圍：擔保債務人對抵押權人於106年3月10日成立金錢消費借貸契約發生之債務」、「(20)債務清償日期：民國106年6月9日」、「(21)利息（率）：年息百分之一計算」、「(22)遲延利息（率）：按年息百分之三十計算」、「(23)違約金：逾期未清償，應支付懲罰性違約金，即按每月百分之三計算之」、「(24)其他擔保範圍約定：債務不履行之賠償金及強制執行費用、鑑價費、報紙刊登費按年利率百分之五計算之。」。

四、本院之認定：

㈠適用之法規及相關裁判、法理意旨：

1.按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條前段明文規定。民事訴訟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，此為舉證責任分配原則之當然解釋。

2.次按賭博為法令禁止之行為，其因該行為所生債之關係原無請求權之可言，除有特別情形外，縱使經雙方同意以清償此項債務之方法而變更為負擔其他新債務時，亦屬脫法行為不

能因之而取得請求權。而賭博既屬無效，根本無債權債務關係之存在，基於抵押權從屬性之理論，對於所謂之賭債實無設定抵押權之餘地。縱已設定抵押權，並完成登記，就實體法上法律關係言，亦不能拍賣抵押物。如已進入強制執行程序，抵押人得提起消極確認之訴，且抵押權之設定，乃在確保賭債之清償，具從屬之性質，尚不能認為係給付（參照王澤鑑著，不當得利，88年10月版，第109-111頁）。故因賭博乃違反法令之行為，應屬無效，賭贏者對輸者自始未取得債權，根本無債之關係，即無債，自不可能有效設定抵押權，尤不可因賭贏者為隱其賭債之本質變更為票款或借款而有異，換言之，倘抵押權之設定係擔保無效之賭債，即因主債務之不存在，依擔保物權之從屬性，抵押權亦無存在之餘地，且抵押權之設定，乃在確保賭債之清償，具從屬之性質，尚不能認係屬「給付」，並無民法第180條第1項第4款因不法原因給付，不得請求返還之情形，故如抵押權為擔保賭債清償而設定，抵押人訴請塗銷抵押權登記，自屬正當。而依前揭舉證責任之規範，主張抵押權為擔保賭債清償而設定者，自應就此事實負舉證責任。

3. 又按契約固須當事人互相表示意思一致始能成立，但所謂互相表示意思一致，不限於當事人直接為之，其經第三人為媒介或依法規要求，將當事人互為之意思表示從中傳達，而獲致意思表示一致者，仍得謂契約已成立（最高法院108年度台上字第440號判決意旨參照）。故消費借貸關係中，縱使出借人（所謂之金主）與借用人間並未實際接觸，而是委由第三人媒介、傳達，因而出借款項，倘雙方對於借款之意思表示一致，仍應認為消費借貸契約存在於該出借人與借用人之間，而非存在與媒介之第三者與借用人之間。

㈡經查，上訴人之上訴聲明第2項主張被上訴人應將坐落臺南市○鎮區○鎮段000地號「土地權利範圍**全部**」所設定之45萬元抵押權塗銷，惟依系爭土地之土地登記第一類謄本記載（見新簡卷第19頁），以被上訴人為抵押權人之抵押權，抵

押權之設定權利範圍僅2分之1（即上訴人對系爭土地之權利範圍），則上訴聲明中請求塗銷系爭土地權利範圍逾2分之1之抵押權部分，上訴人請求即顯無理由。

㈢次查，上訴人於原審審理中當庭陳稱：我去該賭場是打麻將，去賭場的時候，陳○男有拿現金給我，也有拿籌碼給我等語（見新簡卷第82頁）；於本院第二審審理中又以書狀陳稱曾於賭輸錢時，由陳○男提供金錢供上訴人繼續賭博等語（見簡上卷第21、135頁），可知上訴人亦不否認曾自陳○男處借取現金之事實。

㈣證人即上訴人友人郭○章於原審審理中證稱（上訴人聲請）：我認識上訴人，跟上訴人是鄰居、同事，我去過臺南市○○區○○路000巷00弄0號看上訴人打麻將，詳細地址我不清楚，每次去的時候，在場人數不同，總共約6至8人，一桌在打麻將，因為人進進出出，所以我不確定確實的人數；我去過兩次，都是為了去找上訴人，因為我白天要工作，所以都是晚上約8點至10點去，每次去10幾分鐘至半小時左右，不清楚在場的人有無被上訴人或陳○男，因為我不認識那些人，我事後有聽上訴人說在該處賭輸很多，但我沒親眼目睹，上訴人賭輸之後是向一位男性借錢，該男為場主，並未與上訴人一起打麻將，上訴人打麻將輸錢向場主借錢還賭債，我有看到上訴人賭輸後，有人借錢讓上訴人繼續賭等語（見新簡卷第96至102頁）。被上訴人雖抗辯證人郭○章之證述不實在，然證人郭○章於證述前業已具結擔保證詞之真實性，證述中對於其不知悉、未親自見聞之事實，均明確坦言，且對於部分對上訴人非屬有利之事實（如在現場借款）亦證述明確，復無其他不可信情狀，足認證人郭○章證述應堪採信。則依其證述，上訴人確實曾因賭博輸錢，向上址處所內之不詳男子借貸現金，償還賭債或繼續賭博，雖無法確知是否與本案為同筆借貸關係，惟可佐證上訴人有先向他人借款，再將借得現金用於賭博之行為，而此借款行為，本身應屬於一般借貸關係，非屬因賭博本身而生之債權債務關

係，故證人郭○章證詞，尚難證明上訴人主張為真實，亦無從為有利於上訴人之認定。

㈤證人即承辦系爭抵押權登記之代書黃○傑於本院第二審審理中證稱：我承辦系爭抵押權之登記作業，106年3月10日當時到場的有被上訴人委託之代理人陳○男、上訴人，被上訴人前一日晚上先電話通知我，因為被上訴人要上班，所以請陳○男代理其前來，我便於前一日（即106年3月9日）先製作抵押權設定文件完畢，於106年3月10日當日由上訴人看過該等文件後，再簽名、蓋章，陳○男有提示被上訴人的取款存摺，讓我確認債權人是被上訴人，上訴人簽署之系爭借據是我當場向上訴人及陳○男確認過借款金額，請上訴人當場書寫，是我們地政士事務所的例稿，上訴人與陳○男交付現金的時候我沒看到，但我有跟上訴人說收到多少錢就寫多少錢，都讓上訴人自己寫等語（見簡上卷第68至74頁）。又上訴人雖主張證人黃○傑證述不實，惟其亦坦認有簽署系爭借據、本票及抵押權設定文件，且在「收訖無訛」前簽名之事實，又上訴人對於證人黃○傑證稱上訴人於簽寫抵押權設定文件時，已由黃○傑先行完成該文件之內容填載，並當場向上訴人、陳○男確認上述文件內容後再由上訴人簽名等語，並無爭執，應足佐證上訴人於簽署系爭土地之抵押權設定文件時，應知悉或不反對系爭借款債務之債權人及抵押權人為被上訴人。

㈥縱認上訴人確實不知悉借款人為陳○男或被上訴人，然依上訴人簽寫之借據（見新簡卷第71頁），上訴人於「立借據人」處簽名，然而「借款人」處均留白，未填上陳○男之簽名，可知上訴人簽署借據之目的，僅在於取得借款，或對於先前已取得之借款供作擔保，對於實際借款人即金主是陳○男或其他人，在所非問，故亦難僅因兩造間互不相識，即認兩造間無從成立消費借貸關係。

㈦綜前說明，本件被上訴人提出之借據、本票及證人黃○傑證詞等證據，已足證明兩造間消費借貸關係存在，上訴人所舉

證據均未能證明其主張系爭抵押權所擔保者為賭債，亦無法證明本件消費借貸關係之出借人為陳○男，故其主張本件債權屬賭債而無效，請求塗銷系爭抵押權一節，難認為有理由。

五、綜上所述，上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權為賭債，該賭債債權無效，系爭抵押權亦因債權無效而不存在一節無可採信。被上訴人答辯稱上訴人因借貸30萬元，故設定系爭抵押權供作擔保等語，並提出借據、本票及證人黃○傑證述等證據，再經本院核閱抵押權登記資料，憑認被上訴人之答辯應屬有據。是以，上訴人本件請求塗銷系爭抵押權之登記，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，即無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、末按訴訟費用，由敗訴之當事人負擔；法院為終局判決時，應依職權為訴訟費用之裁判。民事訴訟法第78條、第87條第1項定有明文。本件第二審訴訟費用如附表所示，共計為7,829元，本院爰依職權確定上述訴訟費用，應由敗訴之上訴人負擔。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第436條之1第3項、第449條第1項、第78條、第87條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　9　　日

民事第三庭　審判長法　官　黃聖涵

法　官　田幸艷

法　官　陳郁婷

以上正本證明與原本無異。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　10　　日

書記官　謝靜茹

【附表】

項　目	金額（新臺幣）	備　註
第二審裁判費	7,275元	
證人黃○傑之日旅費	554元	
合　計		7,829元