臺灣雲林地方法院民事判決

109年度訴字第380號

原　　告　京城商業銀行股份有限公司
法定代理人　戴誠志
訴訟代理人　蔡宜璋
被　　告　馬碧鳳
訴訟代理人　林慧芳
被　　告　林家卉即林儷華
訴訟代理人　吳昆浦律師

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，本院於民國109年10月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、原告主張：

㈠、被告馬碧鳳尚欠原告新臺幣（下同）10,805,671元之本金、利息、違約金未還，且上開借款原告業已訴追，有鈞院100年度司執字第3009號債權憑證及104 年度司執字第26171 號分配表在案。而被告馬碧鳳名下坐落於雲林縣○○市○○段○○○ ○號土地（下稱系爭土地）於民國89年4 月19日設定第一順位普通抵押權1,000 萬予被告林家卉即林儷華，設定內容為：1.權利人：林儷華、2.債權範圍：全部、3.擔保債權總金額：1,000 萬元、4.清償日期：91年5 月12日、5.利息：無、6.遲延利息：無、7.違約金：無（下稱系爭抵押權）。

㈡、按抵押權為擔保物權，具有從屬性，係為擔保債權而存在。普通抵押權需先有債權存在，為擔保債權始得設定抵押權，苟於設定普通抵押權之際尚未有債權存在，則抵押權設定契約因無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記。又消極確認之訴，應由被告負舉證責任，有最高法院19年度上字第358 號判決可資參

照；又抵押權為從屬物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，契約當事人間除以債權之發生為停止條件，或約定將來應發生之債權而設定外，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權設定登記，仍難認其抵押權業已成立，亦有最高法院83年度臺上字第1646號、89年度臺上字第1086號判決可資參照。本件系爭抵押權依據抵押權之從屬性，抵押權人與抵押人間必有債權債務關係，方會設定，故原則上可由抵押權之設定上，推定兩者間存在有債權債務關係。若無債權存在之事實，其所設定之抵押權即自始不存在，縱然未為塗銷登記，抵押權人亦不得行使權利。原告否認被告間系爭抵押權所擔保之債權存在，若有該部分之債權事實，自應由被告2 人舉證證明之。

㈢、系爭抵押權為一般抵押權，原告認為被告林家卉即林儷華對被告馬碧鳳並無系爭抵押權所擔保之債權存在，是系爭抵押權即因債權不存在而不生效力。又系爭抵押權既不存在，被告馬碧鳳自得本於民法第767 條第1 項中段規定，請求被告林家卉即林儷華將系爭抵押權設定登記予以塗銷，然被告馬碧鳳迄未請求被告林家卉即林儷華回復原狀，顯然被告馬碧鳳有怠於行使權利，是原告自得主張行使代位權請求被告林家卉即林儷華將系爭土地上設定之系爭抵押權予以塗銷。

㈣、並聲明：

1.確認被告林家卉即林儷華對被告馬碧鳳所有系爭土地上所設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在。

2.被告林家卉即林儷華應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

㈤、對被告答辯所為之陳述：

1.系爭抵押權之設定日期為89年4 月19日，然被告林家卉即林儷華卻於本件爭訟審理期間始單方提出「馬碧鳳、林家卉即林儷華借貸結算表（帳戶000-00-000000 ）」，其疑點如下：

⑴該結算表皆無被告2 人間借貸合意之敘明、署名、日期等，依社會交易經驗法則而言，若真有借貸結算之合意，雙

方於89年4 月設定抵押權前，要先有合意之結算表（或類似之文書）始會進行設定登記程序，且依戶籍謄本所揭，被告林家卉即林儷華係於96年8 月27日始改名為林家卉，顯見此結算表係於嗣後，本案涉訟期間，始臨時拼湊、製作完成。

⑵更何況，該結算表係由被告林家卉即林儷華單方所提出，也僅能證明被告林家卉即林儷華於某年某月「現金支出」若干元，要非資金交付之證明。且該結算表編號2 之金額係匯入被告林家卉即林儷華之兄即訴外人林振成之帳戶，要難認定與被告馬碧鳳有任何牽連。

⑶該結算表內之「現金支出」之日期自83年12月1 日起至89年1 月12日止，期間長達5 年多，且距今已長達20年至25年之久，被告林家卉即林儷華如何有強烈、過人之記憶力或其他證明憑以勾稽達16筆現金支出係借貸予被告馬碧鳳，亦令人生疑。

⑷又帳戶000-00-000000 歷年來之支出、存入交易頻繁，且屢見大額之支出、存入，應非常人之日常往來交易金額，應屬商人間之交易明細為是，故被告林家卉即林儷華又如何有強烈、過人之記憶力或其他證明憑以勾稽達16筆之現金支出係借貸予被告馬碧鳳，再令人生疑。

⑸常言道，親兄弟，明算帳，有借有還才可能再續借。本件被告林家卉即林儷華陳稱其借款與其大嫂即被告馬碧鳳還賭債，且長達5 年多竟然都沒有簽立任何書面憑證或借據，小姑就願意持續借錢給大嫂還賭債？實在令人不可遽信。

2.綜上，被告馬碧鳳為被告林家卉即林儷華之大嫂，109 年9 月18日被告馬碧鳳之訴訟代理人為馬碧鳳之女，聲請傳喚之證人林振成為馬碧鳳之夫，渠等間之陳述不免偏頗，加以臨訟、湊合編列之數字，依經驗法則，實難認為真實，若僅憑大家口頭說了就當真，則毫無公平正義可言。

二、被告則以：

㈠、抵押權有對世效力，原告主張被告林家卉即林儷華與被告通謀而為虛偽意思表示為系爭抵押權設定登記，請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，並請求被告林家卉即林儷華將系爭抵押權設定登記塗銷，自應由原告負舉證責任，原告如何證明系爭抵押權所擔保之債權不存在？如無法證明，空口主張，自為無理由。

㈡、本件係被告馬碧鳳於83年12月至89年1 月間陸續向被告林家卉即林儷華借款，總額高達9,635,800 元，被告馬碧鳳遂將系爭土地設定系爭抵押權予被告林家卉即林儷華，系爭抵押權所擔保之債權存在，自無塗銷之必要。

㈢、並聲明：如主文所示。

三、兩造不爭執事項：

㈠、被告馬碧鳳積欠原告10,805,671元之本金及利息、違約金未清償。

㈡、系爭土地為被告馬碧鳳所有。

㈢、被告馬碧鳳於89年4 月19日設定擔保金額1,000 萬元之系爭抵押權予被告林家卉即林儷華。

四、本件爭點：

㈠、被告馬碧鳳是否有向被告林家卉即林儷華借貸，而積欠被告林家卉即林儷華款項？即被告林家卉即林儷華對被告馬碧鳳是否有消費借貸債權存在？

㈡、被告馬碧鳳是否因擔保對被告林家卉即林儷華之借款，而將系爭土地設定系爭抵押權予被告林家卉即林儷華？亦即被告間就系爭抵押權之設定是否為通謀虛偽意思表示？

五、本院之判斷：

㈠、被告馬碧鳳積欠原告10,805,671元之本金及利息、違約金未清償。系爭土地為被告馬碧鳳所有。被告馬碧鳳於89年4 月19日設定擔保金額1,000 萬元之系爭抵押權予被告林家卉即林儷華等情為兩造所不爭執，並有本院100 年度司執字第3009號債權憑證及104 年度司執字第26171 號分配表等影本、系爭土地之土地登記第一類謄本（所有權個人全部）在卷可

稽（本院卷第21頁至第27頁、第51頁），自堪信為真實。

㈡、按第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責；民法第87條第1 項前段規定，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，如第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示，應負舉證之責。本件債權人雖主張債務人係基於通謀虛偽意思表示而於土地設定抵押權，惟查該件確有設定抵押權，且契約書亦載明抵押權設定係為擔保債務，尚難謂債權人之主張有理由，則其請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，亦無理由。有最高法院48年臺上字第29號民事判決、臺灣高等法院臺南分院98年度上字第41號民事判決可資參照。本件原告主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，被告2 人就系爭抵押權之設定為通謀虛偽意思表示，揆諸上開見解，自應由原告負舉證責任，然原告僅提出若干其所質疑之點即認為系爭抵押權所擔保之債權不存在，並未提出任何積極證據以證明其所主張之事為真實，則其請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，難謂有據。

㈢、被告2 人主張被告林家卉即林儷華於83年12月至89年1 月間陸續借款予被告馬碧鳳，總金額高達9,635,800 元，被告馬碧鳳遂將系爭土地設定系爭抵押權予被告林家卉即林儷華，系爭抵押權所擔保之債權存在等語，業據被告林家卉即林儷華提出「馬碧鳳、林家卉即林儷華借貸結算表（帳戶000-00-000000 ）」及臺灣中小企業銀行斗六分行活期存款客戶異動資料、臺灣銀行000000000000號帳號綜合存款存摺及交易明細等資料在卷可憑（本院卷第85頁至第115 頁），原告雖主張上開結算表皆無被告2 人間借貸合意之敘明、署名、日期等，且該結算表內之「現金支出」日期自83年12月1 日起至89年1 月12日止，期間長達5 年多，且距今已長達20年至25年之久，又該帳戶歷年來之支出、存入交易頻繁，且屢見大額之支出、存入，應非常人之日常往來交易金額，應屬商人間之交易明細為是，被告林家卉即林儷華如何有強烈、過

人之記憶力或其他證明憑以勾稽達16筆現金支出係借貸予被告馬碧鳳等語。然被告2 人並未主張上開結算表為被告間借貸時即已製作，被告林家卉即林儷華僅主張於本件訴訟進行中其自行彙算後製作該表，且親戚間消費借貸於借款期間並未書立借據、借貸契約以證明消費借貸關係存在者所在多有，且被告林家卉即林儷華又已於89年4 月間取得系爭土地之系爭抵押權以確保其債權獲償，則被告2 人就其等間借貸未書立任何書面證據，亦無違反經驗法則。再者，被告馬碧鳳向被告林家卉即林儷華借貸之款項均非甚微，被告林家卉即林儷華於借款時應會製作相關紀錄，則被告林家卉即林儷華依其製作之紀錄，勾稽相關金融機構帳戶支出資料，提出「馬碧鳳、林家卉即林儷華借貸結算表（帳戶000-00-000000）」，並檢附相關金融機構帳戶資料為證，亦不違反論理法則。

㈣、又證人林振成於109年10月16日本院審理時結證稱：「（與兩造有何親誼或僱傭關係？）我是被告馬碧鳳的先生、被告林家卉即林儷華的哥哥。（與被告馬碧鳳結婚多久？）65年結婚到現在。（被告馬碧鳳有做什麼工作？）沒有。（被告馬碧鳳在外面有欠債嗎？）有。（她為什麼會在外面欠債？）賭博。（她賭債還不出來，怎麼辦？）跑路。（有跟其他人借錢嗎？）有。（被告馬碧鳳有跟誰借錢？）以前我的同事，其他的我不知道。（被告馬碧鳳有無跟林家卉借錢？）有。（你剛才說其他的你不知道，為什麼你會知道被告馬碧鳳有跟林家卉借錢？）被告馬碧鳳說要還錢給其他人。（你怎麼知道被告馬碧鳳有跟林家卉借錢？）透過我。（怎麼樣透過你？）叫我跟林家卉借錢。（林家卉到底有無借錢給被告馬碧鳳？）有。（是一次借很多錢，還是陸陸續續借？）陸陸續續。（從何時開始借？）很久了。（你知不知道被告馬碧鳳一共跟林家卉借了多少錢？）加總900多萬元。（你為什麼知道加總有900多萬元？）因為林家卉跟我討錢。（被告馬碧鳳有還錢給林家卉過嗎？）不記得了。（為什麼林

家卉會願意陸陸續續借被告馬碧鳳錢？）我是哥哥。（看在你的面子上？）對。（被告馬碧鳳有在斗六市○○段○○○○○○○○號的土地？）是。（該土地有設定抵押權給被告馬碧鳳的債權人嗎？）有。（設定給誰？）林家卉。（被告馬碧鳳為什麼要把土地設定抵押權給林家卉？）因為林家卉跟她討債討不到，所以要設定。（為什麼從89年4 月設定抵押權到現在，林家卉都沒有去行使抵押權拍賣土地？）看在我是哥哥的情分上。（林家卉借給被告馬碧鳳錢，是直接把錢用現金給被告馬碧鳳，還是用匯款的？）用現金。（900多萬元不是小數目，為什麼要用現金，不用匯款？）上班沒有時間去匯款，我打電話叫她去領錢給我，因為簽賭，昨天人家贏，一大早就要錢。（林家卉為什麼有錢借給被告馬碧鳳？）做股票。（林家卉借給被告馬碧鳳的現金，是直接交給被告馬碧鳳嗎？）拿去我家交給我太太馬碧鳳。（84年8月31日，林家卉是否有匯59萬5800元給你？）不記得。（【提示本院卷第88、89頁】在84年8 月31日有一筆59萬5800元，由林家卉匯給你，有這件事情嗎？）那麼久了。（為什麼林儷華即林家卉要匯59萬5800元到你的帳戶？）不記得了等語（本院卷第246 頁至第250 頁）。觀其證述內容並無何不合理之處，且就其已無記憶之事即為「不記得」之陳述，應無故意附和被告等2 人之抗辯之嫌。又證人林振成雖為被告馬碧鳳之夫、被告林家卉即林儷華之兄，然親屬間借貸本即親屬間最為知悉，因而尚不得以證人林振成與被告2 人間有配偶及親屬關係，即認為其所證為不可採，故依據證人林振成之上開證述可以證明被告馬碧鳳確實有向被告林家卉即林儷華借款合計金額高達900 多萬元。

㈤、被告林家卉即林儷華既於83年12月至89年1 月間陸續借款予被告馬碧鳳，總金額高達900 多萬元，而被告馬碧鳳於89年4 月19日將系爭土地設定系爭抵押權予被告林家卉即林儷華，其時間密接，金額大致相符，應可認為被告馬碧鳳係為擔保其對被告林家卉即林儷華之借款債務，而為系爭抵押權設

定登記，故系爭抵押權所擔保之債權應屬存在，則該抵押權亦有附麗，亦屬存在。

六、綜上，原告依據通謀虛偽意思表示、抵押權從屬性及代位權等法律關係，主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，被告2人就系爭抵押權設定登記之物權行為係通謀虛偽意思表示，故系爭抵押權亦失其附麗，並請求塗銷系爭抵押權設定登記，為無理由，不能准許，應予駁回。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　30　　日

民事第二庭　　法　官　楊昱辰

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後廿日內向本院提出上訴狀。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　　109　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　陳玉珮