

裁判字號：最高法院 85 年台上字第 227 號民事判決

裁判日期：民國 85 年 01 月 31 日

裁判案由：確認抵押權不存在等

最高法院民事判決

八十五年度台上字第二二七號

上訴人 甲○○○

被上訴人 乙○○

右當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國八十四年五月二十九日台灣高等法院台中分院第二審判決（八十四年度上字第一五二號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於駁回上訴人其他上訴及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

本件被上訴人主張：伊未向上訴人借款，與上訴人無債權債務關係存在。詎上訴人之夫白樹木竟以伊交付其保管之土地所有權狀、印鑑證明將伊所有如第一審判決附表（以下稱附表）一所示之土地（以下稱系爭土地）設定如該表編號一、二所示新台幣（下同）二十萬元及五十萬元之抵押權，此項債權並不存在，該抵押權自亦不存在，伊得請求塗銷等情，求為確認上訴人對伊所有系爭土地分別於民國六十五年五月十二日、六十五年七月十二日所設定以伊為債務人、擔保金額分別為二十萬元、五十萬元之抵押權（以下稱系爭抵押權）設定關係不存在，及命上訴人塗銷系爭抵押權設定登記之判決（其中請求確認上訴人就被上訴人所有如附表一編號一所示土地之二十萬元抵押權超過六萬一千六百六十元、編號二所示土地之五十萬元抵押權超過四十萬元不存在，及命上訴人塗銷該抵押權設定登記部分，業經原審改判被上訴人敗訴確定）。

上訴人則以：被上訴人係向伊借款而設定系爭抵押權與伊，設定抵押時，擔保權利總金額載明固定金額，不必另立借據，系爭抵押權為真正。被上訴人迄未向伊清償債務，抵押債權依然存在等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為被上訴人勝訴之判決（前述確定部分除外），駁回上訴人之上訴，無非以：被上訴人所有系爭土地及坐落台中縣○○鎮○○○段○路厝小段九○○號土地先後提供上訴人設定二十萬元及五十萬元抵押權，並分別經台中縣清水地政事務所六十五年五月十二日清字第七九七一號及六十五年七月十二日清字第一二一二一號收件登記完畢之事實，有土地登記簿謄本四件可稽，堪認為真實，系爭抵押權為真正。證人白樹木證稱系爭抵押權設定後，才經手付款，並由對方交付支票為憑等語，故被上訴人主張其借款之運作方式係由其先開立支票交付上訴人，再由上訴人交付借款一節，為可採信。故系爭抵押債權是否存在，應以上訴人是否執有支票資為認定之憑據。查關於二十萬元抵押權部分，上訴人已提出訴外人陳清吉簽發之台灣省合作金庫沙鹿支庫B B A一五〇八四八號、六十六年十月二十九日期、面額二十萬元支票一張為據；關於五十萬元抵押權部分，上訴人則提出同一發票人及付款人之B B A一五〇八二六號、六十六年十月十二日期、面額十萬元支票一張為據，此二張支票均有被上訴人之背書，故該二十萬元支票係二十萬元抵押權所擔保之債權，十萬元支票係五十萬元抵押權所擔保之債權，要堪認定。關於二十萬元抵押權部分，上訴人曾於六十九

年間聲請拍賣抵押物，拍賣上開九〇〇號土地一筆，受償六萬一千六百六十元，有調閱之台灣台中地方法院六十九年度民執字第三七一九號執行卷宗分配表可稽，扣除後，抵押債權未受償者僅十三萬八千三百四十元，受償之六萬一千六百六十元已不存在，被上訴人請求確認此部分不存在，自應准許。至於五十萬元抵押權部分，上訴人僅提出十萬元之支票一張為證，其餘四十萬元部分既無證據證明，則除該十萬元部分可認為債權存在外，其餘四十萬元部分則不能認為存在，被上訴人請求確認此部分不存在，亦應准許。此二抵押權不存在部分，被上訴人自得請求塗銷設定登記等詞，為其判斷之基礎。

惟查上訴人於台灣台中地方法院拍賣前開九〇〇號土地強制執行事件（六十九年度民執字第三七一九號）中受分配之債權，是否係系爭二十萬元抵押權所擔保之債權？上訴人受償之六萬一千六百六十元有無包括執行費及利息？其數額各若干？本金部分受配若干？均與上訴人受償之六萬一千六百六十元可否扣抵系爭二十萬元抵押權所擔保之債權，至有關聯。原審未遑詳查，遽認系爭二十萬元抵押權所擔保之債權得扣除該受償之六萬一千六百六十元，據為不利上訴人之論斷，已有可議。次查證人即上訴人之夫白樹木於原審證稱：「五十萬元這筆也是抵押權登記後我才經手付款給乙〇〇（被上訴人），乙〇〇也交付五十萬元支票給我，支票到期無法兌現，才換陳清吉簽發之支票，陳清吉之支票到期也無法兌現」、「五十萬元陳清吉分開好幾張支票，也是到期支票無法付款，才換其弟陳清吉的支票數張給我」等語（見原審卷三四、三五頁）。依此項證言，系爭五十萬元抵押權所擔保之債權似為五十萬元，被上訴人仍未向上訴人清償。原審就此有利上訴人之訴訟資料未予斟酌，即為上訴人敗訴之判決，難謂無判決不備理由之違法。上訴論旨執以指摘原判決其敗訴部分為不當，聲明廢棄，非無理由。又抵押權為從物權，以主債權之存在為其存在之前提，故如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。此乃基於抵押權不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債權未全部消滅前，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登記。本件被上訴人請求確認系爭抵押權設定關係不存在，究係指抵押權本身不存在，抑抵押權所擔保之債權不存在？以及其請求塗銷該抵押權設定登記之真意如何？應注意闡明，案經發回，併此指明。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 一 月 三 十 一 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 蕭 亨 國

法官 吳 正 一

法官 楊 隆 順

法官 陳 淑 敏

法官 楊 鼎 章

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 五 年 二 月 十 六 日

D