臺灣彰化地方法院民事判決

110年度訴字第1199號

原　　告　邱劉彩鳳
訴訟代理人　蕭慶鈴律師
被　　告　林晉瑭
訴訟代理人　羅庭章律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，本院於民國111年9月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

確認被告就原告與邱仁輝、邱國勳共有坐落彰化縣○○鄉○○段000地號土地，於民國82年7月13日彰化縣員林地政事務所82年員字第9441號收件所設定之抵押權不存在。

被告應將前項抵押權登記塗銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由兩造各負擔2分之1。

事實及理由

一、原告主張：

㈠坐落彰化縣○○鄉○○段000地號土地(下稱系爭土地)原為原告之夫邱耀進所有，原告及訴外人邱仁輝、邱國勳於民國108年間繼承取得所有權後，發現系爭土地於82年7月13日彰化縣員林地政事務所以82年員字第9441號收件設定抵押權(下稱系爭抵押權)予被告，然邱耀進並無債務，縱有債務亦已罹於時效，故被告與原告、邱仁輝、邱國勳間並無債權債務關係存在，系爭抵押權擔保之債權不存在，基於抵押權之從屬性，抵押權即失所附麗，自應許抵押人請求塗銷抵押權之設定登記。又除去妨害請求權，並不受民法第821條但書規定之限制，各共有人得單獨行使此項權利，系爭土地為原告及邱仁輝、邱國勳所共有，系爭抵押權之存在妨害原告就系爭土地所有權之行使，原告自得單獨訴請被告塗銷系爭抵押權。為此請求確認系爭抵押權不存在，並依民法第767條第1項規定，請求被告塗銷系爭抵押權登記。

㈡否認邱耀進對被告負有債務，縱認被告所提切結書為真，然消費借貸契約成立之要件之一為金錢之交付，被告亦需證明確有交付金錢予邱耀進。又被告所提本院執行處104年10月2日彰院恭84執戊字第1191號函，並無民法第129條時效中斷事由，被告對邱耀進之債權已罹於時效而消滅。再者，假設被告主張之債權確係存在，債權發生之日為82年7月8日，至遲於97年7月9日即已罹於時效，依被告所提出之上開函，被告係於104年9月15日才聲請閱卷，無論聲請狀內容是否符合民法第129條第1項之事由，均無法中斷時效。另最高法院87年度台上字第969號民事判決明確指出，許可拍賣抵押權之裁定不能認為係實行抵押權，舉重以明輕，被告聲請閱卷之行為更不能認為係實行抵押權，故系爭抵押權已經消滅。

㈢系爭抵押權記載之存續期間僅至83年7月8日。退萬步言，縱認被告有於104年間實行抵押權，然依抵押權之從屬性，因系爭債權已罹於時效（假設系爭債權存在），系爭抵押權亦已消滅等語。並聲明：⑴確認被告就原告與邱仁輝、邱國勳共有系爭土地，於82年7月13日彰化縣員林地政事務所82年員字第9441號收件所設定之抵押權所擔保之債權及抵押權不存在。⑵被告應將系爭抵押權登記塗銷。

二、被告答辯：

㈠原告配偶邱耀進於82年1月5日向被告借款新台幣(下同)216萬元，其簽立切結書(下稱系爭切結書)，並將系爭土地所有權狀正本交由被告（原名林建良），作為返還借款之擔保。系爭切結書第3條約定「立切結書人若在玖拾日內，無辦法清償者本人願將上列土地及建物房屋無條件由代書代理辦理移轉過戶給債權人取得所需費用稅金，全部由立切結書人負擔支理，並放棄先訴抗辯權」。本件係邱耀進向原告借款，用以塗銷張英科在系爭土地設定之抵押權，設定系爭抵押權與塗銷張英科之抵押權係同一日辦理，依經驗法則，如邱耀進未自被告收受借款，當無從清償給張英科，故系爭抵押權確有從屬之債權存在。

㈡被告因邱耀進未依約還款，於84年間聲請拍賣抵押物，85年年底始因流標而終結此次強制執行程序。此後，因被告遍尋不著邱耀進，欲再聲請拍賣抵押物時，發現所有拍賣抵押物之資料及本票正本等債權證明文件均在民事執行處，遂於104年9月15日向本院民事執行處聲請閱卷，惟民事執行處回函稱該執行卷資料已銷毀而無法給閱。本件消費借貸返還請求權時效既因被告於85年間已進行強制執行程序，重新起算15年，故應遲至100年年底始時效消滅，而依民法第880條規定，只要被告於105年年底前再次行使抵押權，抵押權即尚未消滅。被告於104年向本院聲請閱覽先前之強制執行卷宗，應可認為係實行抵押權之行為。更何況，被告早於84年間即已有實行抵押權之行為，故抵押權自無因未於5年除斥期間經過而消滅之情形，系爭抵押權尚未消滅。

㈢本件應由原告就其主張系爭抵押權所擔保之債權有何不存在之事實負舉證之責。邱耀進於82年向被告取得借款後直至108年死亡，歷經有26年之久，倘若邱耀進真無取得借款豈會毫無作為？被告曾於84年間以系爭抵押權人身分聲請拍賣系爭土地，如債務人邱耀進無收受借款之事實，基於一般社會通念如未聲明異議或提出債務人異議之訴，自可認為有承認債務之意思表示，邱耀進從未否認借款債務存在此長久客觀之事實，應可認為係邱耀進承認借款債務之默示意思表示。原告非消費借貸契約之當事人，僅係邱耀進之繼承人，如何能於契約當事人邱耀進死亡後，以片面之詞逕自代替邱耀進否認消費借貸契約之存在？況且，此亦非消費借貸契約當事人邱耀進於生前即已主張之抗辯，自不得任由其繼承人逕為主張，甚而以臆測之方式反要被告證明消費借貸契約有效成立，而脫免其應負之舉證責任。原告僅為邱耀進之繼承人身分自無從取得其於本件訴訟所主張之權利，故原告之主張除欠缺權利保護要件，亦與舉證責任分配原則有違，其提起本訴自無理由。

㈣基於物權之獨立性及無因性原則，系爭抵押權已設定登記更

不因原告主張有無效之原因而失其效力，則原告主張消費借貸契約有無效之原因自應由原告負舉證之責。退步言之，即便有系爭抵押權所擔保之債權無效之原因，設定系爭抵押權登記之物權行為亦非當然無效，故原告主張民法第767條第1項中段所規定之所有權妨害除去請求權，請求塗銷系爭抵押權，亦屬無據。

㈤消滅時效完成後，僅使債務人取得拒絕給付之抗辯權，至債權人之請求權或債權並不因而消滅。原告主張被告對邱耀進之債權已罹於時效，縱令屬實，僅係其於被告請求給付時得拒絕付款，然各該債權仍然存在，其以該等債權罹於時效，據以請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，自無理由等語。並聲明：原告之訴駁回。

三、爭點整理：

㈠兩造不爭執之事實：

1.系爭土地原為原告之夫邱耀進所有，由原告及邱仁輝、邱國勳於105年12月24日繼承取得所有權。

2.系爭土地上有被告設定之系爭抵押權，債務人為邱耀進。

㈡本件爭點：

1.被告有無借款予邱耀進。

2.被告是否曾於84年間行使抵押權。

3.被告主張之借款債權是否已經罹於時效，抵押權是否罹於除斥期間。

四、得心證之理由：

㈠按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院52年台上字第1922號判例意旨參照）。本件原告主張其為系爭土地共有人，系爭土地設定抵押權之債權及抵押權不存在，為被告所否認，則抵押債權及抵押權是否存在不明確，原告在私法上之地位

有受侵害之危險，此項危險得以對於被告之確認判決除去，故原告提起確認抵押債權及抵押權不存在，有即受確認判決之法律上利益。

㈡原告主張系爭土地原為原告之夫邱耀進所有，由原告及邱仁輝、邱國勳於105年12月24日繼承取得所有權，系爭土地上有被告設定之系爭抵押權，債務人為邱耀進等事實，業據其提出土地登記謄本為證，且為被告所不爭執，應堪認為真實。

㈢原告主張系爭抵押權擔保之債權不存在，為被告所否認。查被告主張系爭抵押權係其借款予原告配偶邱耀進而設定，其有交付借款予邱耀進等事實，業據其提出系爭切結書、土地所有權狀等為證（見本院卷第43、45-46頁）。原告對上開土地所有權狀之真正並不爭執，惟否認系爭切結書之真正，被告並未證明系爭切結書之真正，固不能以其內容記載據以證明邱耀進與被告間有消費借貸關係存在，惟依諸常理，倘被告未交付借款予邱耀進，邱耀進當不致交付所有權狀予被告保管並設定抵押權。又邱耀進係於82年7月8日清償前順位抵押權人張英科之借款、塗銷張英科設定之抵押權及設定系爭抵押權等情，業據被告提出抵押權設定契約書、債務清償證書、土地登記簿謄本等為證（見本院卷第131-145頁），並經證人張登科證述：邱耀進曾設定抵押給伊，後來有還錢，塗銷抵押權登記，有簽收據，錢是代書給的等語（見本院卷第122-123頁），亦可認被告所辯邱耀進係向被告借款清償前抵押權人張登科之抵押權並設定系爭抵押權，應可採信。原告主張系爭抵押權擔保之債權不存在，尚無可採。

㈣次按請求權，因15年間不行使而消滅。以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。民法第125條前段、第880條分別定有明文。故抵押權因其所擔保債權之請求權之消滅時效完成及上開除斥期間之經過即歸於消滅（最高法院89年度台上字第1476號裁判意旨參照）。查系爭

抵押債權即邱耀進向被告借款日期為82年7月8日，已如前述。被告辯稱其於84年間曾聲請拍賣抵押物強制執行，固據其提出本院執行處通知為證（見本院卷第47-48頁），惟該通知僅為拍賣通知，不足以認定該強制執行事件終結情形為何是否民法第136條規定撤銷執行處分或撤回執行等視為不中斷情形不明。又縱如被告所稱該強制執行事件於85年年底始因流標而終結乙情屬實，惟依民法第137條規定，應自中斷之事由終止時，重行起算時效，則自85年12月起算15年，至100年12月時效亦已完成。被告雖又辯稱其於104年向本院聲請閱覽先前之強制執行卷宗，應可認為係實行抵押權之行為云云，並提出本院民事執行處104年10月2日彰院彰84執戊字第1191號函為證（見本院卷第49頁）。然依該函主旨「本院84年度執字第1191號拍賣抵押物強制執行事件，已逾保存年限，業已銷燬，台端所請歉難給閱，請查照。」、說明「一、復台端104年9月15日聲請狀。」，僅可認被告於104年9月15日曾聲請閱卷，不能證明被告於104年9月15日係聲請強制執行。是依民法第880條規定，系爭抵押權擔保之債權之請求權已因時效而消滅，被告未於消滅時效完成後5年間實行其抵押權，其抵押權消滅。

㈤綜上所述，系爭抵押權已消滅，從而，原告請求確認系爭抵押權不存在，並依民法第767條第1項規定，請求被告塗銷系爭抵押權登記，為有理由，應予准許。惟被告與原告之被繼承人邱耀進間有消費借貸關係存在，系爭抵押權擔保之債權請求權消滅時效雖已完成，債權非當然消滅，僅債務人得拒絕給付，從而，原告請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，為無理由，應予駁回。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與判決結果無影響，無庸逐一論述，併此敘明。

六、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　25　　日

民事第三庭　　法　官　羅秀緞

以上正本係照原本作成。

如對判決上訴，應於判決送達後20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　　111　　年　　10　　月　　25　　日

書記官　卓俊杰