福建高等法院金門分院民事判決

110年度上更一字第5號

上　訴　人
即反訴原告　陳玉鳳
000000000000000000
訴訟代理人　呂佩凌
被 上訴 人
即反訴被告　盧志謀
000000000000000000
訴訟代理人　陳素鶯律師

上列當事人間請求確認債權不存在等事件，上訴人對於中華民國107年2月1日福建金門地方法院105年度訴字第49號第一審判決，提起上訴，經最高法院發回更審後，並提起反訴，本院於111年11月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴及反訴暨假執行之聲請均駁回。

第二審（含反訴）及發回前第三審訴訟費用均由上訴人負擔。

事實及理由

一、程序事項

㈠按於第二審提起反訴，非經他造同意，不得為之。但就同一訴訟標的有提起反訴之利益者，不在此限。為民事訴訟法第446條第2項第2款所規定。所謂同一訴訟標的，係指經原告或反訴原告主張並以原因事實特定後請求法院審判之實體法上權利同一者而言。此外，若以本訴之訴訟標的為前提或基礎法律關係，被告提起給付請求權之反訴，亦屬所指本訴與反訴訴訟標的相同之情形（最高法院100年度台抗字第948號裁定參照）。

㈡被上訴人即反訴被告（下稱被上訴人）主張訴外人盧爾信於民國86年7月7日以其所有坐落金門縣○○鎮○○○段00地號土地（下稱系爭土地），提供上訴人即反訴原告（下稱上訴

人）設定債權總額新台幣（下同）200萬元，債務人為盧爾信、陳寶鳳，存續期間自86年7月7日起至96年7月7日止，清償日期依照各個契約約定之最高限額抵押權（下稱系爭抵押權），請求確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在，並命上訴人塗銷系爭抵押權。原審判決被上訴人勝訴，上訴人不服，提起上訴，本院前審判決駁回上訴，經最高法院發回更審後，上訴人抗辯被上訴人之父盧爾信於86年7月7日向伊借款200萬元，同時設定系爭抵押權，及由被上訴人之妻陳寶鳳擔任連帶保證人，該借款亦為其抵押權擔保之範圍，並依繼承、消費借貸之法律關係，反訴請求被上訴人返還前開借款及自87年7月6日起至清償日止加給法定利息（本院更審卷第139-141頁）。被上訴人提起之本訴，其訴訟標的法律關係為系爭抵押權所擔保之債權存否，上訴人以盧爾信積欠系爭抵押權所擔保之借款債權，提起請求返還借款之反訴，則以本訴訴訟標的為前提或基礎法律關係，自屬與本訴為同一訴訟標的，且難認無提起反訴之利益。依前揭法條之規定，其反訴在程序上為合法，應予准許。被上訴人抗辯上訴人之反訴與本訴之訴訟標的不相同，且於最高法院發回更審後始主張盧爾信向其借款並提起反訴，自有侵害伊之審級利益，及對伊防禦權之保障影響重大，其反訴不合法等詞，尚難採取。

二、被上訴人主張：

㈠系爭抵押權存續期間已經屆滿，盧爾信與陳寶鳳並無積欠上訴人任何款項，上訴人參加之互助會，早於84年5月5日以前即均得標，為死會，盧爾信亦未向上訴人借貸任何款項，系爭抵押權所擔保之債權不存在。縱認所稱抵押所擔保之債權存在，惟均已罹於時效，上訴人於時效完成後5年間不實行抵押權，依民法第881條之15規定，該債權不再屬於系爭抵押權擔保之範圍。盧爾信於104年11月2日死亡，伊於105年4月12日辦畢分割繼承取得系爭土地之所有權，自得依民法第767條第1項之規定，請求塗銷抵押權等情，求為⑴確認系爭

抵押權及所擔保之債權均不存在；⑵上訴人應塗銷系爭抵押權之判決。

㈡反訴部分辯以：盧爾信生前未向上訴人借貸任何款項，上訴人所提之87年7月7日借據影本（下稱系爭借據），其簽名、印文均非盧爾信所為，伊否認該借據形式及實質之真正，上訴人亦未提出借據原本，顯不足採。退言之，上訴人主張之借款約定於87年7月6日還款，其借款返還請求權，亦已罹於15年時效而消滅。上訴人雖曾於97年12月23日聲請支付命令，經盧爾信依法聲明異議後，因上訴人未繳納裁判費，業經原審法院以另案98年度訴字第7號裁定駁回起訴，其時效視為不中斷等語。並聲明反訴駁回，如受不利之判決，願供擔保宣告免為假執行。

三、上訴人則以：

㈠被上訴人、陳寶鳳及訴外人蔡好樣共同召集，會期83年5月5日起至86年12月5日止，採內標制、會員（含會首）58會、每會會款1萬元之互助會（下稱系爭互助會），伊以自己名義參加2會，並未借用他人名義，尚未得標即一次開立發票日84年5月5日以後金額均為2萬元支票共42張予被上訴人。嗣系爭互助會在設定系爭抵押權之前一會期倒會，盧爾信願意承擔此項債務，因此設定系爭抵押權。又伊於86年7月7日貸與盧爾信200萬元（下稱系爭借款），約定87年7月6日償還，該借款亦為抵押權擔保之債權。被上訴人主張系爭抵押權擔保之債權不存在，並請求塗銷抵押權，為無理由等語，資為抗辯。並上訴聲明：⑴原判決廢棄；⑵被上訴人在第一審之訴駁回。

㈡另反訴主張：盧爾信生前向伊借貸系爭借款，並設定系爭抵押權為擔保及由陳寶鳳擔任連帶保證人，該借款屆期未清償，被上訴人為盧爾信之繼承人，應負全部清償責任等情，爰依繼承及借貸之法律關係，求為命被上訴人如數返還及自87年7月6日起至清償日止，按年息5%加給利息之判決，並願供擔保請准宣告假執行。

四、兩造不爭執之事實〔本院更審卷第240、361頁〕

㈠被上訴人之父盧爾信於86年7月7日，以其所有系爭土地，為上訴人設定擔保債權總金額200萬元，債務人盧爾信、陳寶鳳（被上訴人配偶），存續期間自86年7月7日至96年7月7日，清償日期依照各個契約約定之系爭抵押權，於86年7月14日登記完畢。

㈡盧爾信於104年11月2日死亡，被上訴人於105年4月12日辦畢分割繼承取得系爭土地之所有權。

㈢上訴人有參加由訴外人蔡好樣、陳寶鳳共同召集，會期83年5月5日起至86年12月5日止共58會（含會首），每月5日開標，3、6、9、12月20日加標，每1會份會款1萬元，採內標制之互助會2會。

㈣上訴人因前項互助會，曾一次開立發票日為84年（筆錄誤載為83年）5月5日後至86年12月5日、金額均2萬元之支票42張予陳寶鳳。

五、關於本件抵押權之適用法律應先說明者如下：

1.系爭抵押權為民法物權編96年3月28日修正公布、同年9月28日施行前設定之最高限額抵押權，依民法物權編施行法第17條規定，修正後民法第881條之1至第881條之17之規定，除第881條之1第2項、第881條之4第2項、第881條之7之規定外，亦適用之。故系爭抵押權所擔保原債權之確定，及其擔保債權時效消滅完成後5年期間不實行抵押權等事項，均應適用民法物權編修正後之規定。

2.最高限額抵押權為債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。最高限額抵押權所擔保之原債權，因約定之原債權確定期日屆至等由事而確定。如其擔保債權之請求權已因時效而消滅，而抵押權人於消滅時效完成後，五年間不實行抵押權者，該債權不再屬於最高限額抵押權擔保之範圍，民法第881條之1第1項、第881條之12第1項、第881條之15規定甚明。最高限額抵押權於未經立法前，當事人於設定時，

常有存續期間之約定及登記。但抵押權係為擔保債權而存在，倘擔保債權尚未消滅，抵押權縱有存續期間，亦不因期間屆滿而當然消滅。故抵押權存續期間之約定及登記，在法律上原不具意義。然在民法物權編修正前，對於擔保抵押權人就債務人所生之一切債權之最高限額抵押權，此項存續期間應解為有限定擔保債權範圍之意義，可作為限定擔保債權範圍之標準及最高限額抵押權確定之原因。另最高限額抵押權成立時，可不必先有債權存在，且登記後擔保債權縱曾發生，但因具有流動性，亦不能確保抵押權確定時，必有擔保債權之存在。故抵押權人主張抵押債權存在之有利事實者，應負舉證責任。又最高限額抵押權所擔保原債權確定後，擔保債權之流動性喪失，該抵押權所擔保者由不特定債權變為特定債權，其抵押權之從屬性回復，而與普通抵押權相同，如此時該抵押權已無擔保債權之存在者，基於該確定後抵押權之從屬性，其抵押權即歸於無效，應許抵押人請求塗銷抵押權設定登記。

六、爭執事項及其判斷

㈠上訴人與盧爾信、陳寶鳳之間，是否有系爭抵押權所擔保之債權存在？

1.抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使其權利。系爭抵押權依土地登記謄本、抵押權設定契約書及其他約定事項記載（參原審卷一第7-10頁、第25-30頁），其擔保之債權範圍包括債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之借款、票據、保證、損害賠償等暨其他一切債務，存續期間自86年7月7日起至96年7月7日止，清償日期依照各個債務分別規定。系爭抵押權為民法物權編修正前設定之最高限額抵押權，其登記之存續期間可作為最高限額抵押權所擔保原債權確定之原因，前已說明。故系爭抵押權於96年7月7日存續期間屆至時，其擔保之原債權即確定。被上訴人主張盧爾信或陳寶鳳並無積欠上訴人任何借款或互助會款，系爭抵押權所

擔保之債權不存在，退言之，上訴人所稱互助會及借款債權，縱認存在，亦均已罹於時效而消滅，其未在時效完成後5年間實行抵押權，該債權不再屬於系爭抵押權擔保之範圍。上訴人則抗辯陳寶鳳與被上訴人、蔡好樣共同召集系爭互助會，於系爭抵押權設定前一會期倒會，伊為活會，盧爾信願意承擔倒會所生債務，並以陳寶鳳為連帶保證人向伊借用系爭借款，因而設定系爭抵押權，該會款、借款均為系爭抵押權擔保範圍等語〔上訴人關於被上訴人夫妻積欠3000餘萬元之抗辯，已經捨棄（本院更審卷第164頁）〕。另上訴人於言詞辯論期日所提被上訴人於86年6月1日簽發、面額共28萬元之本票3張（同上卷第364頁），其票據債務人為被上訴人，非系爭抵押權所擔保債權之債務人，該項債權與系爭抵押權無關。

2.按請求權，因15年間不行使而消滅。請求權可行使時，消滅時效即開始進行（民法第125條、第128條參照）。上訴人主張系爭互助會於抵押權設定之前一會期倒會（本院更審卷第237頁），參酌其稱用以支付每期會款之42張支票，陳寶鳳每月會期均固定兌現，直至86年6月21日止先兌換34張，後續因倒會不敢兌現支票，僅再於86年9月18日、同年11月13日偷兌現2張等情（同上卷第369頁），可知其主張系爭互助會於86年7月5日倒會停標。此項互助會款請求權，自倒會翌日起即可行使，其時效應自86年7月6日起算，甚為顯然。又上訴人主張系爭借款之約定償還期限為87年7月6日，並提出系爭借據（同上卷第133頁）為證，其返還請求權之時效，應自可行使之87年7月7日起算。前開會款請求權、借款返還請求權，各自其起算日起，分別於101年7月6日及102年7月7日滿15年，如無中斷時效情事者，即罹於時效而消滅。

3.上訴人抗辯其曾向原審法院聲請拍賣抵押物（97年度拍字第16號、107年度司拍字第13號）、聲請發支付命令（97年度促字第1202號）及假扣押（98年度裁全字第3號），時效並未消滅云云。惟消滅時效開始進行後，須有民法第129條列

舉之請求、承認、起訴或與起訴有同一效力之法定事由始能中斷。又時效因請求而中斷者，若於請求後6個月內不起訴；因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之裁判，或支付命令失其效力時，均視為不中斷(民法第130條、第131條）。系爭借款部分，上訴人曾檢附借據影本，聲請原審法院以97年度拍字第16號裁定准予拍賣抵押物，及准予核發97年度促字第1202號支付命令，另重新聲請拍賣抵押物則遭以107年度司拍字第13號裁定駁回等事實，固經調卷查明無訛。然上訴人於取得許可拍賣抵押物裁定之後，並無據以聲請強制執行，為其陳明（本院更審卷第238頁），自不因此中斷時效。又前開支付命令經盧爾信於法定期間聲明異議，依法視為起訴，因上訴人未繳納裁判費，起訴不合法，經原審法院以98年度訴字第7號裁定駁回起訴確定（民事異議狀、裁定影本見同上卷第213-217頁），其時效視為不中斷。上訴人於時效消滅前聲請拍賣抵押物及核發支付命令，於法院通知或將其聲請狀繕本送達盧爾信之時，雖發生請求之效力。但上訴人未於6個月內起訴，其時效亦視為不中斷。聲請假扣押部分，前開98年度裁全字第3號民事卷檔案已銷燬（參本院調取卷宗條之原審法院檔案室回復，同上卷第171頁），系爭土地亦無遭假扣押查封情事，此觀土地登記謄本甚明（原審卷一第7、36頁），顯見上訴人縱使曾經聲請法院裁定假扣押，亦未據以聲請強制執行，自無從中斷時效。另互助會款部分，上訴人則未提出任何符合中斷時效之法定事由，難認有中斷時效。上訴人所辯時效未完成，並不可取，被上訴人主張系爭抵押所擔保債權之消滅時效均已完成，堪以認定。

4.民法第881條之15條規定之實行抵押權，於依同法第873條聲請法院拍賣抵押物之場合，係指抵押權人依法院許可拍賣抵押物之裁定，聲請執行法院強制執行拍賣抵押物，或於他債權人對於抵押物聲請強制執行時，聲明參與分配而言（最高法院87年度台上字第969號裁判意旨參照）。前開互助會款

及系爭借款債權，均已罹於時效而消滅，上訴人僅曾於97年間聲請法院為許可拍賣抵押物之裁定，而未據以聲請強制執行，並非實行抵押權，其於時效完成後，5年間（即106年7月6日或107年7月7日前）未實行其抵押權。則依民法第881條之15之規定，該互助會款及系爭借款債權，即皆不再屬於系爭抵押權擔保之範圍。除此之外，上訴人未主張並證明有其他擔保債權存在，被上訴人請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，於法即屬有據。至於該互助會款、借款債權在實體上是否屬實，因已非抵押權擔保債權之範圍，毋庸詳為論究，上訴人聲請傳訊證人即互助會員籃彩娥、邵優美，均無調查必要。

㈡上訴人得否請求塗銷系爭抵押權？

按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項中段定有明文。被上訴人為系爭土地之所有權人；上訴人所主張之互助會款、借款債權，均已不再屬於系爭抵押權擔保之範圍，系爭抵押權所擔保之債權不存在，已如前述。基於最高限額抵押權確定後之從屬性，其抵押權應歸於無效。被上訴人請求確認系爭抵押權不存在，並本於所有權之妨害除去請求權，請求上訴人將系爭抵押權塗銷，即屬正當。

㈢上訴人以反訴請求被上訴人清償其被繼承人盧爾信積欠之系爭借款本息，有無理由？

上訴人主張盧爾信向其借貸系爭借款，屆期未償還；被上訴人則否認盧爾信有向上訴人借貸情事，並為時效之抗辯。查上訴人主張之系爭借款請求權，於102年7月7日罹於15年時效而消滅，業經認定如前。上訴人迄111年5月26日始提起本件反訴，請求被上訴人償還借款之本息，被上訴人為時效抗辯，拒絕給付，洵屬有據。上訴人之請求，為無理由。至此項借款債權在實體上是否屬實，即無詳為審究認定必要。

七、綜上所述，本訴部分，上訴人主張之互助會款、借款債權，均不再屬於系爭抵押權擔保之債權，本院無須具體認定其債

權實體上是否存在，此外，上訴人未主張並證明有其他擔保債權存在，基於其抵押權確定後之從屬性，系爭抵押權應屬無效，被上訴人請求確認系爭抵押權及所擔保之債權均不存在，暨本於所有權之作用，請求上訴人塗銷系爭抵押權，均屬正當，皆應予准許。原審為上訴人全部敗訴之判決，就系爭抵押權所擔保債權存否部分，理由雖有不同，但結論並無不合。上訴意旨，指摘原判決不當，請求廢棄改判，為無理由。反訴部分，上訴人依繼承及消費借貸之關係，請求被上訴人償還系爭借款本息，於法不合，應予駁回。其假執行之聲請，失所依附，應併駁回之。

八、本件事證已明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌後於判決之結果不生影響，不予贅詞論列，附此敘明。

據上論結，本件上訴及反訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　14　　日

民事庭審判長法　官　李文賢

法　官　李昆霖

法　官　陳瑞水

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項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　14　　日

書記官　李麗鳳