臺灣高等法院高雄分院民事判決

112年度上易字第195號

上　訴　人　力興資產管理股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　施俊吉

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　楊譜諺律師

複代理人　　張詠翔律師

被上訴人　　郭麗月

000000000000000000

訴訟代理人　陳純青律師

上列當事人間請求分配表異議之訴事件，上訴人對於中華民國112年4月10日臺灣屏東地方法院111年度訴字第597號第一審判決提起上訴，本院於113年3月13日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：訴外人郭和福前於民國00年00月00日間，以其所有屏東縣○○鄉○○段0000地號、應有部分為1800分之101土地（下稱系爭土地），擔保設定債權總金額新臺幣（下同）700萬元抵押權與被上訴人，嗣被上訴人持他項權利證明書、抵押權設定契約書及票面金額新台幣（下同）200萬元本票(下稱系爭本票)，以債權未清償為由，取得原審法院110年度司拍字第91號拍賣抵押物裁定暨確定證明書（下稱系爭執行名義），聲請原審法院110年度司執字第50845號強制執行事件（下稱系爭執行事件）拍賣系爭土地，並於111年7月8日製成分配表（下稱系爭分配表），將200萬元債權列入該分配表次序5，受分配484,038 元。惟本票為無因證

券，無從推認被上訴人對郭和福有何借款或票款債權，被上訴人與郭和福間並無借貸合意及交付借款之事實，上開抵押權設定文件及系爭本票係被上訴人與郭和福基於通謀虛偽意思所為，雙方間並無債權債務關係存在，則被上訴人就系爭抵押權擔保之債權不存在，抵押權即失所附麗，被上訴人應不得參與分配。縱認被上訴人對郭和福有債權存在，被上訴人對郭和福之債權應僅為本票債權，又本票權利為3年，自發票日85年11月23日起算3年之末日為88年11月23日，與系爭抵押權設定契約書記載清償日87年11月23日不符，且被上訴人於系爭執行事件前未曾主動聲請拍賣系爭土地，應自上開記載之清償日87年11月23日起算消滅時效，則截至被上訴人於110年間聲請系爭執行事件時，系爭本票業已罹於時效，依民法第880條規定，系爭抵押權亦已罹於除斥期間而消滅。縱認被上訴人對郭和福有借款債權，惟至102年11月23日時即罹於15年之時效，依民法第880條規定，系爭抵押權自107年11月23日時亦已因除斥期間經過而消滅。債務人郭和福怠為上開主張，上訴人得依民法第242條規定，代位主張被上訴人應受分配「次序3執行費19,830元」、「次序4拍賣抵押物裁定費用2,000元」及「次序5第一順位抵押權（應受分配金額）484,038 元」，均應予剔除，不得列入分配。爰依強制執行法第41條第1項規定提起分配表異議之訴，請求剔除系爭分配表次序3、4、5所列債權，並重新分配等語。聲明：被上訴人就系爭分配表應受分配之分配次序3執行費19,830元、次序4拍賣抵押物裁定費用2,000元及次序5第一順位抵押權（應受分配金額）484,038 元，均應予剔除，不得列入分配，並重新分配。

二、被上訴人則以：被上訴人與郭和福約定設定系爭抵押權之緣由，係因郭和福陸續向被上訴人借款達500萬元未還，嗣於00年00月間因積欠互助會款而討債業者上門逼討，再向被上訴人借款200萬元應急，然被上訴人因郭和福前債未還而有疑慮，訴外人即當時任職屏東第一信用合作社（下稱屏東一

信，後併入新光銀行）之女婿謝政吉始建議郭和福提供不動產設定抵押權，以擔保先前未還之500萬元借款及新借之200萬元債務，以求被上訴人再出借200萬元，並為郭和福與被上訴人溝通前開借款條件。被上訴人應允再出借200萬元予郭和福後，確將200萬元匯入郭和福屏東一信帳戶，並要求郭和福簽發系爭本票以為新借200萬元款項之憑證，並由郭和福提供系爭土地、同段0000地號土地（應有部分3600分之438）暨其上建號000號建物（下稱0000土地及000號建物），以及同段0000-0地號土地（所有權全部，下稱0000-0土地），共同擔保設定債權總金額700萬元之抵押權，以擔保被上訴人對郭和福700萬元之借款債權，系爭抵押權擔保之債權確屬存在。又被上訴人與郭和福之交易往來明細資料均因逾金融機關帳戶交易明細保存年限而申請不得，惟被上訴人已提出郭和福之互助會單、系爭本票，且上訴人受讓債權之前手即中興銀行未曾對系爭抵押債權存在異議，亦知悉系爭土地上設有系爭抵押權而仍受讓債權，被上訴人已舉證有交付借款予郭和福，系爭抵押權擔保之債權確屬存在。被上訴人於91年間即有實行抵押權，並生起訴同一效力而中斷時效，則依民法第137條第2項規定，系爭抵押擔保債權應自91年重行起算15年，即須至110年12月31日始有民法第880條適用，故系爭抵押權並未逾除斥期間而消滅。從而，系爭分配表並無違誤，上訴人主張顯無理由等語置辯。

三、原審判決駁回上訴人之訴，上訴人不服提起上訴，於本院聲明：(一)原判決廢棄。（二）系爭執行事件於111年7月8日製作之分配表，就被上訴人應受分配「次序3執行費19,830元」、「次序4拍賣抵押物裁定費用2,000元」及「次序5第一順位抵押權（應受分配金額）484,038元」，均應予剔除，不得列入分配，並重新分配。被上訴人則聲明：上訴駁回。

四、兩造之爭點：

㈠系爭抵押權擔保之債權是否存在？

㈡系爭抵押權是否因系爭抵押債權時效消滅完成後五年間不實行抵押權而消滅？

㈢上訴人主張系爭分配表分配次序3、4、5之債權均應予剔除而不得列入分配，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠系爭抵押權擔保之債權是否存在？

1.按第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應就其所主張有利於己之此項積極事實負舉證之責。又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，即令被告就其抗辯事實不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。上訴人主張：被上訴人與郭和福間並無借貸合意及交付借款之事實，蓋本票為無因證券，無從推認被上訴人對郭和福有何借款或票款債權。系爭抵押權設定文件及系爭本票係被上訴人與郭和福基於通謀虛偽意思所為云云，為被上訴人否認，依前揭說明，應由上訴人先就主張系爭抵押權設定及其所擔保債權屬通謀虛偽意思表示而不存在乙節負舉證責任。

2.郭和福前於85年11月23日就其所有系爭土地、0000土地及000號建物，以及0000-0地號土地，共同擔保設定債權總金額700萬元抵押權與被上訴人，有土地登記謄本及土地建築物改良物抵押權設定契約書在卷可稽（見原審卷第7、45-2頁），為上訴人所不爭執，應堪屬實。又據證人郭和福於原審證述：我有從85年陸續跟被上訴人拿（借）錢，總共500萬元，還沒還她，後來因為兄弟跟我討積欠合會會款，我跟她要求200 萬，她有答應，我有簽200萬元本票給被上訴人，我女婿謝政吉跟她說用土地抵押等語（見原審卷第76頁）。證人謝政吉證述：岳父郭和福於85年間向被上訴人借款200萬元，之前已經有借500萬元，我建議郭和福所借共700萬元款項，一併提供名下不動產設定抵押權與被上訴人，岳父之銀行帳戶確實有收到200萬元款項，我也有看到系爭

本票等語（見原審卷第77至78頁）。依郭和福證述向被上訴人借款過程，係因合會糾紛而先有500萬元借款，後續又再借200萬元，且因前500萬元並未依約返還，所以再借200萬元時，乃開立系爭本票並設定抵押權；核與證人謝政吉證述情節大致相同，且郭和福對於其需要款項周轉之原因，係因合會糾紛等情，亦提出合會起會時間82年至84年之合會會單為證（見原審卷第34至45-2頁）。謝政吉雖證述未親聞抵押權設定過程（見原審卷第79頁），然抵押權設定尚須前往地政事務所登記，謝政吉並非代書亦非受被上訴人及郭和福委託處理該等事務之人，未能親眼見聞全部過程，本即合乎常情。本院認為依其等所證述借款過程，係因債務人前債未清又借新債，債權人因而要求債務人需要開立本票及設定抵押權作為擔保，亦與交易常情無違，證人郭和福及謝政吉之證述，可堪採信。

3.上訴人主張被上訴人未能提出匯款證明，足見被上訴人對郭和福並無借款債權存在云云。然查，據證人謝政吉證述：我確實有看到郭和福存摺有匯款200萬元進來等語（見原審卷第79頁）。雖然自郭和福提出新光銀行帳戶相關資料申請書，記載85年10月1日至86年12月8日止交易往來明細，因資料檔案已久遠，於合併之前無法調閱留存備查（見原審卷第145頁）。又經本院向彰化銀行大安銀行函詢，被上訴人所設帳戶於00年00月間交易明細，因85年1月31日至12月31日交易往來明細資料業經銷毀，無相關資料供參等情，有該銀行112年12月5日函文在卷可參（見本院卷第351頁），足見匯款明細係因逾年限無保存至今，惟時間迄今已逾27年，被上訴人未保留匯款單據尚合乎常情，自難以此遽認被上訴人與郭和福之債權債務關係不存在。至上訴人主張被上訴人應提出85年銀行存摺明細，以證明其於85年間有資力乙節，然上訴人就其主張系爭抵押權設定及其擔保債權屬通謀虛偽意思表示乙節應先負舉證責任，已如前述，上訴人此部分主張，委無可採。

4.綜上，郭和福就其需借款原因說明，且依郭和福、謝政吉證述對於借款過程、提供何擔保、是否有交付款項乙節，尚屬合理而無何明顯矛盾之處；此外，上訴人並未能就系爭抵押權設定及擔保債權屬通謀虛偽意思表示而不存在乙節舉出其他證據以實其說，應認被上訴人對郭和福就系爭抵押權所擔保之債權確屬存在。

㈡系爭抵押權是否因系爭抵押債權時效消滅完成後五年間不實行抵押權而消滅？

1.上訴人雖主張系爭本票債權已逾3年云云，惟系爭本票僅用以系爭抵押權所擔保債權之憑證，故無庸審酌本票債權之時效，合先敘明。

2.按依法對於執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人，不問其債權已否屆清償期，應提出其權利證明文件，聲明參與分配；其不聲明參與分配者，執行法院僅就所知債權及其金額列入分配，執行法院不知其債權金額者，該債權對於執行標的物之優先受償權，因拍賣而消滅，其已列入分配而未受清償部分，亦同。強制執行法第34條第2、3、4項定有明文，以貫徹賸餘主義及塗銷主義之精神，並兼顧普通債權人之權益。申言之，依法對於執行標的物有擔保物權之債權人，於該標的物強制執行程序中，不問其已否取得准許拍賣抵押物之裁定及是否聲明參與分配，均視為其已實行抵押權。此時，依民法第129條第2項第5款規定，應認該實行抵押權之行為與起訴同，有中斷請求權消滅時效之效力（最高法院112年度台上字第1390號民事判決意旨參照）。又查封之不動產，未能依執行債權人之聲請而賣出，債權人亦不承受時，執行法院宜實施特別拍賣程序，以保債權人之利益。如仍不能賣出，則撤銷查封返還債務人，以終結執行程序，此為強制執行法第80條之1第2項規定「執行法院應撤銷查封，將不動產返還債務人」之立法意旨，以避免無益之執行。而民法第136條明定執行處分因權利人聲請或法律上要件欠缺而被撤銷、權利人之聲請撤回或被駁回，視為不中斷

者，乃因開始執行行為或聲請強制執行，既有要件不備或撤回聲請情形，即與未開始或未聲請者同，其已生之中斷時效應回復至未中斷前之狀態，以保護相對人之利益，自不包括避免無益執行而撤銷查封之情形（最高法院102年度台上字第1512號民事判決要旨參照）。基此，有擔保物權之債權人，於該標的物強制執行程序中，不問其已否取得准許拍賣抵押物之裁定及是否聲明參與分配，既均視為其已實行抵押權，並依民法第129條第2項第5款規定，有中斷請求權消滅時效之效力；且因無益執行而撤銷查封之情形，仍有中斷時效之效力。

3.經查：審酌被上訴人提出原審法院民事執行處89年度執字第13428號通知(見原審卷第46頁)，記載被上訴人為抵押權人，本件因視為撤回而終結，並檢還抵押權設定契約書及他項權利證明書等語，終結日期為90年11月14日（按：該卷宗業已銷毀無從調閱，見原審卷第49頁）；且0000-0號土地經訴外人聯信商業銀行股份有限公司聲請強制執行（原審法院91年度執字第3838號），該事件通知抵押權人即被上訴人參與分配，後因減價拍賣無人應買，債權人亦未聲明承受，視為撤回執行，而於91年11月14日終結，業經調閱該執行卷宗審閱屬實。足見由郭和福提供設定抵押權擔保本件債權之土地曾經強制執行，被上訴人已實行抵押權之行為與起訴同，其債權請求權於106年始時效完成，而依民法第880條規定，抵押權須於消滅時效完成後5年間未實行始消滅，是被上訴人於110年間聲請拍賣抵押物系爭土地，則其抵押權顯未因除斥期間而消滅。

㈢上訴人主張系爭分配表分配次序3、4、5之債權均應予剔除而不得列入分配，有無理由？

系爭抵押擔保債權確屬存在，且系爭抵押權亦無因系爭抵押債權時效消滅完成後5年間不實行而消滅，是上訴人主張系爭分配表被上訴人應受分配之次序3、4、5之債權均應予剔除而不得列入分配，並無理由。

六、綜上所述，上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求就系爭執行事件製作之系爭分配表，就被上訴人應受分配「次序3執行費19,830元」、「次序4拍賣抵押物裁定費用2,000元」及「次序5第一順位抵押權（應受分配金額）484,038元」，均應予剔除，不得列入分配，並重新分配，為無理由，應予駁回。從而，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　29　　日

民事第二庭

審判長法　官　簡色嬌

法　官　陳宛榆

法　官　郭慧珊

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　29　　日

書記官　馬蕙梅