臺灣高等法院高雄分院民事判決

114年度上字第44號

上　訴　人　陳吳美瑩
　　吳美玉
000000000000000000
　　吳美蓉
000000000000000000
兼前列三人共
同訴訟代理人
　　吳美靜
000000000000000000
上　訴　人　吳玲嬅
　　吳怡慧
被上訴人　　吳明翰
　　林育如
共　　同
訴訟代理人　陳柏諭律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國114年1月10日臺灣高雄地方法院113年度訴字第1035號第一審判決提起上訴，本院於115年3月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、本件被上訴人起訴請求其等所有之土地及其上建物（土地地號及建物建物詳如下述）於民國112年9月19日登記公同共有之抵押權及其所擔保之債權均不存在，為固有必要共同訴訟，其訴訟標的對於公同共有抵押權人全體（即陳吳美瑩、吳美玉、吳美蓉、吳美靜、吳玲嬅、吳怡慧、吳明翰）必須

合一確定，經原審判決後，雖僅上訴人陳吳美瑩、吳美玉、吳美蓉、吳美靜（下合稱陳吳美瑩等4人）提起上訴，然依民事訴訟法第56條第1款規定，其上訴之效力，及於未提起上訴之原審共同被告吳玲嬅、吳怡慧，爰併列為上訴人，合先敘明。

二、上訴人吳玲嬅、吳怡慧經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

三、陳吳美瑩等4人抗辯：其等於原審委任蘇清水律師、蘇國欽律師、黃郁庭律師為訴訟代理人，原審於113年10月9日行言詞辯論程序時，僅有蘇國欽律師到場，諭知改定於113年12月11日續行言詞辯論，然未對陳吳美瑩等4人、蘇清水律師、黃郁庭律師送達期日通知書，致陳吳美瑩等4人及其訴訟代理人均未到場，原審未合法通知，竟准對造聲請而為一造辯論判決，第一審訴訟程序顯有重大瑕疵，求為廢棄原判決，並發回原法院處理等語。然查：

1.按：⑴第一審法院依被上訴人之聲請由其一造辯論而為判決，其程序縱有瑕疵，但對造在第二審法院已經到場辯論，則未就第一審訴訟程序有無瑕疵一點予以調查，而就實體上予以審判，於判決之結果並無影響（最高法院45年台上字第1394號民事判決意旨參照）。⑵又訴訟代理人有數人時，期日之通知書（或審判長審判長面告以所定之期日命其到場亦同，民事訴訟法第156條規定參照），如僅向其中一訴訟代理人為送達，該受送達之訴訟代理人，於法並無通知其他訴訟代理人之義務，致其他訴訟代理人因未受通知而未於指定期日到場，對於當事人預期其訴訟代理人必依通知而於指定期日到場之情事，勢將落空而影響其權益。基此，在多數訴訟代理人之場合，應將期日通知書分別按其人數為送達，否則，對於當事人之遲誤期日不到場辯論，即不能謂為無正當之理由。

2.本件陳吳美瑩等4人於原審委任蘇清水律師、蘇國欽律師、

黃郁庭律師為訴訟代理人，原審法院於113年10月9日言詞辯論期日時，經審判長向到場之蘇國欽律師諭知改定於113年12月11日續行言詞辯論，未將期日通知送達訴訟代理人蘇清水律師、黃郁庭律師，參諸前揭⑵說明，則陳吳美瑩等4人及其委任之訴訟代理人於113年12月11日均未到場辯論，有正當之理由，然依前揭⑴說明，於113年12月11日言詞辯論期日時，原審法院依被上訴人聲請由其一造辯論而為判決，其程序縱有瑕疵，但對造即陳吳美瑩等4人在本院業經到場辯論，本院就實體上予以審判，於判決之結果並無影響，先予敘明。

貳、實體事項：

一、被上訴人主張：上訴人與訴外人吳俊德為訴外人吳新丁（民國84年9月8日死亡）、吳周雲娥（112年6月14日死亡）之子女。吳俊德為被上訴人林育如之配偶，二人婚後育有被上訴人吳明翰及吳玲嬅、吳怡慧。嗣吳俊德於97年7月27日死亡，被上訴人繼承吳俊德所遺坐落高雄市○○區○○段000地號土地（應有部分各1/12）及同段0000號建物（應有部分各1/2，門牌號碼高雄市○○區○○路000號，下合稱系爭房地）。而系爭房地前於95年5月23日設定擔保債權總金額本金新臺幣（下同）300萬元（下稱系爭債權）普通抵押權予吳周雲娥（下稱系爭抵押權），吳周雲娥死亡後由其繼承人即陳吳美瑩等4人、吳玲嬅、吳怡慧及吳明翰就系爭抵押權於112年9月19日辦理公同共有登記在案。惟吳周雲娥與吳俊德間並無金錢借貸契約存在，則系爭抵押權並無擔保之債權存在，基於抵押權從屬性，系爭抵押權即無由成立。爰依民法第767條第1項中段規定，求為確認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，上訴人應將系爭抵押權設定登記塗銷，聲明：㈠確認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在。㈡上訴人應將系爭抵押權設定登記塗銷。

二、上訴人則以：

㈠陳吳美瑩等4人：其等之母吳周雲娥對吳俊德確有借款債權3

00萬元存在，因系爭債權先經吳俊德於95年5月23日抵押權設定契約蓋章確認，再經被上訴人於97年10月16日書立協議書承認，系爭抵押權尚未因除斥期間屆滿而消滅，被上訴人自不得依民法第767條第1項規定請求塗銷系爭抵押權等語置辯。

㈡吳玲嬋：同意被上訴人之請求，伊在97年擔任房仲時，偕同父親吳俊德調閱系爭房地登記謄本後始發現系爭抵押權存在，調閱謄本之前吳俊德並不知悉系爭房地經設定抵押權之事等語。

㈢吳怡慧則未到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

三、原審為被上訴人勝訴之判決，陳吳美瑩等4人不服提起上訴，於本院聲明：(一)原判決廢棄。（二）被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。吳玲嬋、吳怡慧於本院未到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

四、兩造不爭執事項：

㈠系爭房地原為吳俊德所有，吳俊德於97年7月27日死亡後，由被上訴人辦理繼承登記在案。

㈡系爭房地前於95年5月23日設定系爭抵押權予吳周雲娥。

㈢吳周雲娥於112年6月14日死亡後，系爭抵押權由吳明翰與上訴人辦理公同共有繼承登記在案。

㈣吳俊德於90年7月29日簽立切結書；被上訴人於97年10月16日簽立協議書。（上證2、原證1）

五、兩造之爭點：

㈠被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，系爭抵押權亦不存在，是否有據？確認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，有無理由？

㈡被上訴人主張依民法第767條第1項中段規定，請求塗銷系爭抵押權之登記，有無理由？

六、本院之判斷：

㈠按確認法律關係之訴，非被上訴人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項前段定有明

文；而所謂即受確認判決之法律上利益，係指因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，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言。本件被上訴人主張其為系爭房地所有權人，系爭房地設定之系爭抵押權及所擔保之系爭債權是否存在，攸關被上訴人系爭房地所有權之完整性，致被上訴人在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於上訴人之確認判決除去之，其提起本件確認之訴部分，自有即受確認判決之法律上利益。

㈡被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，系爭抵押權亦不存在，是否有據？確認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，有無理由？

1.按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。再按當事人之一方提起消極確認之訴，求為確認債權不存在，應由主張債權存在之一方，應就其與他方間有債權存在之事實負舉證責任（最高法院106年度台上字第822號判決要旨參照）。又按法院審酌是否已盡證明之責時，應通觀各要件事實及間接事實而綜合判斷，不得將各事實予以。割裂觀察。再按抵押權係就抵押物賣得價金優先受償之權利，必從屬於債權而存在，惟抵押權擔保之債權種類並無限制，基於增進擔保制度之活絡，促使發揮經濟上之功能，其從屬性應隨社會需求而緩和並從寬解釋，而抵押目的之實現時間係在將來，故倘其目的實現，發揮擔保作用時，具有擔保債權存在，即可謂滿足抵押權之從屬性。是普通抵押權所擔保之債權，固須為發生原因客觀存在之特定債權，然可包括債權額已確定或未確定之特定債權，故抵押權之設立與登記，應於依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權不成立、無效、被撤銷、未曾發生或依其他情形無發生可能性時，始可謂違反抵押權設定之從屬性（最高法院114年度台上字第1979號民事判決意旨參照）。被上訴人訴請確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，為消極確認之訴，應由上訴人就系爭抵押權

及所擔保之債權存在之事實負舉證責任。

2.系爭房地原為吳俊德所有，吳俊德97年7月27日死亡後，由被上訴人辦理繼承登記；系爭房地前於95年5月23日設定系爭抵押權予吳周雲娥；吳周雲娥於112年6月14日死亡後，系爭抵押權由吳明翰與上訴人辦理公同共有繼承登記在案等情，為兩造所不爭執，並有系爭房地登記謄本、異動索引、異動清冊查詢、土地登記申請書、登記清冊、吳周雲娥之繼承系統表、吳俊德之繼承系統表、分割繼承契約書資料在卷足稽（見原審雄司調卷第39至119、197至215頁），堪信為真。

3.系爭房地原為吳俊德所有，吳俊德於90年7月29日簽立系爭切結書，內容略以：同意將系爭房地交由其母親吳周雲娥管理收益，如將來變賣處分時，亦應徵求吳周雲娥同意後始得為之，並應將變賣所得之1/2分歸吳周雲娥作為老年養生之生活基金等語（見原審雄司調卷第15頁）。依此內容，可知雙方約定系爭房地登記為吳俊德所有，吳俊德同意由母親吳周雲娥管理收益，若日後變賣亦須得吳周雲娥同意始得出售，以及日後變賣所得2分之1作為吳周雲娥老年生活之所需。

4.系爭房地於95年5月23日設定系爭抵押權予吳周雲娥，為兩造不爭執，觀諸抵押權設定契約書所示，其上蓋有吳周雲娥及吳俊德之印章，且載有債權人吳周雲娥及債務人吳俊德、「擔保權利總金額」為「債權額3,000,000元」，權利存續期間為「不定期」等語，可知系爭抵押權之設定，係以抵押權人為吳周雲娥、義務人為吳俊德、擔保債權額300萬元及權利存續期間為不定期之內容。

5.吳俊德於97年7月27日死亡後，由被上訴人繼承系爭房地，被上訴人並於97年10月16日與吳周雲娥簽立協議書（下稱協議書），為兩造所不爭執，其內容略以：1.甲方（即被上訴人）同意遵照吳俊德於90年7月29日所簽立之切結書，同意將系爭房地要求交由乙方（即吳周雲娥）管理收益，甲方欲

出售，應得乙方同意，並應將出售價金1/2交付乙方，乙方則應配合塗銷抵押權，2.若甲方遵守上述協議，乙方不得任意行使抵押權，拍賣抵押物，但若甲方違反上述約定，乙方除得向甲方催討甲方繼承吳俊德之債務3,000,000元，並實施抵押權外，亦可請求登記系爭房地1/2之權利等語（見原審雄司調卷第13頁）。依此文義，可知除延續系爭切結書內容，約定系爭房地仍由吳周雲娥管理收益，若日後變賣出售須得吳周雲娥同意並將價金半數交付，吳周雲娥始配合塗銷抵押權外，若被上訴人遵守上開約定（即前述1.），吳周雲娥不得行使抵押權，但倘被上訴人違反上開約定，吳周雲娥得向被上訴人請求給付吳俊德積欠之債務300萬元等語，亦即協議書載明吳俊德積欠吳周雲娥之債務為300萬元，且由被上訴人所繼承，並為系爭抵押權所擔保乙節，為被上訴人所明知，此從吳明翰陳述：係吳周雲娥擬妥協議書內容（繼承吳俊德之債務300萬元）要求伊簽名，伊有在協議書上簽名，係為給予吳周雲娥保障等語（見本院卷二第27頁），堪認協議書為吳周雲娥與被上訴人間，就系爭抵押權係擔保吳周雲娥對吳俊德之債權並確認吳俊德積欠之債務金額為300萬元無訛。

6.觀諸吳周雲娥生前之筆記，記載70年至95年間之金錢收支，其中記載略以：「俊德拿去使用拾萬元」、「娥付俊德陸拾萬元」、「娥給明翰壹萬伍仟元註冊」、「娥付明翰註冊壹萬元」、「86年4月12日育如佳里農會借伍拾萬元娥還農會貳拾參萬參仟參佰貳拾捌元全部還清」、「87年8月12日娥付俊德伍萬元」、「88年4月13日俊德農會借錢娥還壹拾萬元」、「80年1月26日佳里建屋媽媽給俊德柒拾伍萬元」等語（見原審卷第73至127頁、本院卷一第27至85頁）。綜上內容，則審酌該筆記記載吳周雲娥款項交付吳俊德使用或作為清償吳俊德、林育如借款或用以支付吳明翰之註冊費用等，益證吳周雲娥出借上開款項，其與吳俊德間具有借貸之意思合致。

7.至被上訴人雖主張：吳周雲娥擔心老無所靠，故持吳俊德之印鑑章辦理抵押權之登記，有吳玲嬅於原審言詞辯論程序所稱吳周雲娥自行持吳俊德之印鑑章辦理登記乙節可證云云；然按當事人訊問制度規定（民事訴訟法第367條之1第1、2項規定審判長於訊問前或後命當事人具結），使法院認為必要時得依職權訊問當事人，以其陳述為證據方法。當事人依此規定所為之陳述，性質上屬於證據資料，與同法第195條所稱之當事人陳述，係屬訴訟資料之範圍，有所不同（最高法院113年度台上字第146號民事判決意旨參照）。經查，吳玲嬅固於原審陳述：在97年間因為我那時擔任房仲，偕同我父親吳俊德就系爭房地調閱出登記謄本之後才發現被吳周雲娥設定抵押權，在這之前吳俊德並不知悉系爭房地被設定抵押權之事，我建議我父親馬上去更換權狀及印鑑，此可參考異動索引，有申請新的權狀等語（見原審卷第386頁），可知吳玲嬅雖陳述吳俊德於97年間，在調閱系爭房地登記謄本前並不知悉遭設定抵押權，以及知悉後即申請補發權狀等情，然申請補發權狀緣由，或可能因遺忘置於何處一時情急未能尋得，自難以此逕認未經吳俊德同意有遭他人使用系爭房地權狀或其印章進而設定抵押權之情事。又審酌吳玲嬅為本件當事人之一，依前揭說明，其所為之陳述復未踐行前述當事人訊問程序之規定，無從逕採為本件訴訟之證據，而為不利於陳吳美瑩等4人之認定。至被上訴人固主張：吳俊德於95年間，已罹患鼻咽癌三期，經歷數次化療，進出醫院多次，住院長達10餘天，吳俊德並無能力再辦理抵押權登記事宜云云，然吳俊德是否因罹病住院進出醫院多次，與系爭抵押權設定誠屬二事，尚難推論吳俊德並未將系爭房地設定抵押權予吳周雲娥。是以，被上訴人執此為前揭主張，顯難採信。

8.被上訴人又主張：吳俊德於88年至96年間之農會、銀行帳戶之交易明細表、存摺明細，並無吳周雲娥匯款300萬元至吳俊德之資金紀錄，抵押權設定契約書記載：本債權契約以債

權人吳周雲娥對債務人吳俊德之金融機構匯款單為債權憑證等語，可證二人間債權債務須以匯款單為憑證，故雙方間並無借貸之關係存在云云，固舉吳俊德亞太商業銀行佳里分行存摺明細及佳里農會帳戶交易明細表為據（見原審審訴卷第187至244頁）。然查，陳吳美瑩等4人固無具體指明或提出吳周雲娥匯款300萬元之匯款憑證或交易明細，然系爭抵押權設定契約書所示，係在「申請登記以外之約定事項」欄記載：「交付利息日期及方法：本債權契約以債權人吳周雲娥對債務人吳俊德之金融機構匯款單為債權憑證」（見本院卷一第25頁），依其文義，可知匯款單僅為交付利息之日期及方式之佐證，揆諸前揭說明，普通抵押權所擔保之債權，僅須債權額已確定即可，參以抵押權設定契約書明確記載擔保權利金額為債權額300萬元，以及協議書載明系爭抵押權擔保吳俊德對吳周雲娥之債務，並債務金額為300萬元乙節，堪認雙方有債權債務關係存在。故上訴人此部分主張，委無可採。

9.被上訴人固主張：吳周雲娥與吳新丁結婚後即無業，無收入，不可能有多餘存款得以借予吳俊德，且吳俊德自92年間罹患癌症、97年間死亡，期間均有保險金給付，而林育如經營打字行，並擔任保險業務員，每年均有上百萬元之固定收入，故吳俊德並無額外借款之必要云云。固據提出林育如全國財產稅總歸戶財產查詢清單、101年至107年綜合所得稅各類所得資料清單為據（見本院卷一第157至169頁）。然上開林育如之財產查詢清單以及綜合所得稅各類所得資料清單，內容為林育如名下之財產明細及所得收入，至多僅能證明林育如名下財產項目及數額為何，無從逕以認定吳俊德之資力及其有無向吳周雲娥借款之事實，不足採為有利於被上訴人之認定。至被上訴人雖又主張：吳俊德須將系爭房地出租所收之租金，按月4萬元予吳周雲娥，可知吳俊德生活自足且有盈餘尚可扶養吳周雲娥，並無借款之必要云云，固提出吳周雲娥第一銀行帳戶於94年1月至112年6月間之交易明細為

證。查，觀諸上開銀行帳戶交易明細表所示，每月有4萬元款項匯入（見原審審訴卷第75至129頁），陳吳美瑩等4人亦不爭執系爭房地每月租金由吳周雲娥收取（見本院卷一第180頁），然系爭房地租金由吳周雲娥收取，與吳俊德有無資力尚無直接關連，無從以此推論吳俊德有資力可扶養吳周雲娥，而無向母親借款之必要乙節，不足採為有利於被上訴人之認定。是以，被上訴人前揭主張，委無可採。

10.綜上所述，本院審酌系爭房地於95年5月23日設定系爭抵押權予吳周雲娥，為兩造所不爭執；又觀諸系爭抵押權之設定，係持其上蓋有吳周雲娥及吳俊德之印章，且記載抵押權人為吳周雲娥及債務人吳俊德、擔保權利總金額為債權額300萬元，權利存續期間為不定期之抵押權設定契約書，至地政機關所辦理。再者，吳俊德於97年7月27日死亡後，由被上訴人繼承系爭房地，被上訴人與吳周雲娥於97年間簽立協議書，就系爭抵押權係擔保吳周雲娥對吳俊德之債權，且吳俊德積欠之債務金額為300萬元經雙方確認無訛，並佐以吳周雲娥生前筆記記載將款項交付吳俊德使用或作為清償吳俊德、林育如借款或用以支付吳明翰之註冊費用等，應認陳吳美瑩等4人主張吳周雲娥與吳俊德間有300萬元之借貸債權債務存在乙節屬實，被上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權不存在，以及系爭抵押權亦失所附麗而不存在云云，均屬無據。

㈢被上訴人主張依民法第767條第1項中段規定，請求塗銷系爭抵押權之登記，有無理由？

1.按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第767條第1項定有明文。查，吳周雲娥對吳俊德具有借貸債權，已如前述，則系爭抵押權所擔保之債權既屬存在，故被上訴人訴請確認上訴人公同共有之系爭抵押權不存在乙節，應屬無據；被上訴人請求上訴人塗銷公同共有之系爭抵押權設定登記，委無可採。

2.被上訴人又主張：縱依吳周雲娥生前筆記之記載，吳周雲娥於70年3月13日借款418,600元、80年1月間借款60萬元、80年1月14日至同年8月9日借款1,110,600元、83年10月3日至86年8月5日借款346,678元、85年12月18日至86年4月12日借款50萬元、87年8月12日至91年10月17日借款45萬元予吳俊德，然吳周雲娥之債權至遲亦已於85、96、101、106年間罹於時效，依民法第880條規定，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，則本件抵押權亦於90、101、106、111年間消滅，應予塗銷云云。然按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880條定有明文。承上所述，被上訴人於97年10月16日書立協議書承認吳俊德對吳周雲娥之債務300萬元，依民法第129條第1項第2款規定，時效中斷重行起算，至112年10月15日完成，5年除斥期間至117年10月15日始屆滿，依前揭民法第880條規定，系爭抵押權未因除斥期間屆滿而消滅，是被上訴人依民法第767條第1項規定，請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，即屬無據。

七、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項中段規定，求為確認系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，上訴人應將系爭抵押權設定登記塗銷，均無理由，不應准許。原審判命系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，上訴人應將系爭抵押權設定登記塗銷，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。自應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

八、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，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　22　　日

民事第四庭

審判長法　官　洪能超

法　官　張琬如

法　官　郭慧珊

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　115　　年　　4　　月　　22　　日

書記官　邱孝如

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。