臺灣臺南地方法院民事判決

110年度訴字第1294號

原　　告　力興資產管理股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　施俊吉

訴訟代理人　黃怡靜

　　周子幼

被　　告　蔡福生

000000000000000000

被　　告　高榮豐

000000000000000000

訴訟代理人　何紫瀅律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，經本院於民國111年3月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

確認被告高榮豐、蔡福生間就坐落台南市○區○○段000○00000地號土地(權利範圍均2分之1)，於民國89年6月14日以東資地字第122130號登記、擔保本金最高限額新台幣1,500,000元之抵押權所擔保之債權不存在。

被告高榮豐應將前項之最高限額抵押權登記予以塗銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、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項前段定有明文。又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，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號裁判要旨可參）。查本件原告起訴主張其為被告蔡福生之債權人，而被告蔡福生所有坐落台南市○區○○段000○00000地號土地(權利範圍均2分之1，下稱

系爭土地），於民國89年6月14日設定以東資地字第122130號登記、擔保本金最高限額新台幣（下同）1,500,000元之抵押權（下稱系爭抵押權），致原告於本院110年度司執字第49152號強制執行事件因執行無實益而無法受償，則系爭抵押權所擔保之債權是否存在，攸關原告得否對被告蔡福生所有之系爭土地聲請強制執行以獲得清償，而兩造對此既有爭執，該項法律關係之存否即有不明確之情況，原告之法律上地位確有不安狀態存在，且此狀態得以本件確認判決加以除去，原告有即受確認判決之法律上利益。

二、被告蔡福生經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386 條所列各款情形，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、原告主張：

（一）緣訴外人郭文進於88年3月日邀同被告蔡福生為連帶保證人向原債權人即債權讓與人中興商業銀行股份有限公司（以下簡稱中興銀行）借款1,000,000元，然自89年3月12日起即未依約繳款，並由原債權人中興銀行提起訴訟並取得本院91年度訴更㈠字第4號民事確定判決，惟迄今尚積欠971,323元及約定利息、違約金，原告已受讓該債權，此有本院99年度司執字第78238號債權憑證可資證明。原告持上開債權憑證對被告蔡福生之系爭土地聲請強制執行，然經本院110年度司執字第49152號執行案件鑑價後，價值僅有844,000元，因系爭土地上有系爭抵押權，拍賣無實益致無法續行執行拍賣程序。

（二）按系爭抵押權登記存續期間為自89年6月14日至99年6月14日，是系爭抵押權擔保債權範圍，已因存續期間屆滿確定，然未見抵押權人即被告高榮豐積極追償，則被告高榮豐與蔡福生間之債權債務關係，應不存在，爰請求確認系爭抵押所擔保之債權不存在。

（三）再按最高限額抵押權確定後，即成為普通抵押權，其從屬

性因而回復，其所擔保之債權即為確定時存在且於不逾最高限額之擔保範圍內為特定債權；又設定抵押權，以債權之成立為前提，若其債權不成立或無效時，因抵押權之有從屬性，其抵押權應不生效力；無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記。又按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利；所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第242條前段、民法第767條第1項中段定有明文。系爭抵押權已無擔保之債權存在，則系爭抵押權因其從屬性亦不生效力。被告蔡福生怠於行使塗銷系爭抵押權之權利，原告為保全債權，爰依民事訴訟法第247條、民法第242條、第767條第1項中段規定，提起本件訴訟。

（四）並聲明：

1.確認被告高榮豐、蔡福生間就系爭土地設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在。

2.被告高榮豐應將前項之最高限額抵押權登記予以塗銷。

3.訴訟費用由被告連帶負擔。

二、被告高榮豐部分：

（一）被告高榮豐為蔡福生配偶之兄長，因姻親情誼，高榮豐方會陸續借款與蔡福生，因高榮豐於市場經營水果買賣攤位，也因戮力經營而擔任土城公有市場代表，因水果為零售業且批貨一律以現金交易，也因此高榮豐家中常有現金數萬元至數十萬元為常態。

（二）被告蔡福生在87年及88年間陸續有向被告高榮豐借款，因均為數萬元至數十萬元，然在89年表示要再商界，當時被告高榮豐配偶劉素美有意見，基於夫妻間之尊重最後同意再商借系爭150萬元與蔡福生，但要求設定最高限額抵押權150萬元，設定同時有先交付20萬元，之後陸續前來被告高榮豐家中拿取現金，有時一個月拿取3萬元至8萬元不等，陸續以現金交付總計150萬元無誤，有被告高榮豐配

偶劉素美可以為證。

（三）聲明：

1.原告之訴駁回。

2.訴訟費用由原告負擔。

三、被告蔡福生未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

四、本件不爭執及爭執事項為：

（一）不爭執事項：

1.被告蔡福生所有系爭土地上，於89年6 月14日設定系爭抵押權。

2.原告為被告蔡福生之債權人，原告持本院99年度司執字第78238號債權憑證，對被告蔡福生所有之系爭土地為強制執行，經本院以110年度司執字第49152號受理，因系爭土地經鑑價後核定最低拍賣價額844,000元，不足以清償被告高榮豐之系爭抵押權，顯無拍賣實益，法院因而撤銷系爭土地之查封。

（二）爭執事項：

1.原告主張系爭抵押權並無擔保債權存在，是否屬實？

2.原告主張系爭抵押權已因存續期間屆滿確定，無擔保之債權存在，妨害被告蔡福生之所有權，原告依民法第767條第1項中段、第242條前段之規定，代位被告蔡福生請求被告高榮豐塗銷系爭抵押權，是否有理由？

五、得心證之理由：

（一）按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。次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（最高法院42年台上字第170號裁判意旨參照）。

（二）原告否認系爭抵押權有擔保債權存在，依前開說明，自應由被告高榮豐就擔保債權存在之積極事實，負有舉證責任。又消費借貸契約為要物契約，是以當事人間就抵押債

權存否有爭執時，如其債權係屬借款，自應由貸與人就借款已交付之事實，負舉證責任。經查：

1.被告高榮豐抗辯其與蔡福生之間有消費借貸150萬元之事實，業據證人即被告高榮豐之配偶劉素美到庭證稱：「高榮豐是我先生，蔡福生是我小姑的先生。…（問：高榮豐是從事何行業？）我們在土城的公有市場賣水果，我們已經賣了很久了，至少30年，現在還在賣，是我先生高榮豐在賣，我只是幫忙打理。（問：蔡福生是妳小姑的先生？）是。（問：蔡福生系爭土地在89年6月14號有設定150萬元最高限額抵押權給高榮豐，是否知悉？）知道，他就是一下子來借3萬元、5萬元，有一次還要拿20萬元，我說這樣不可以阿，我跟我先生因為這件事情吵架，畢竟我有孩子要養，我小姑先生想一想就用土地給我們抵押。（問：在設定抵押權之前就已經有過借款？）有。（問：設定抵押權之後，借款多少錢？）剛設定抵押權時第一筆先拿20萬元，後來陸陸續續5萬元、8萬元這樣拿了一年多，我有稍微在記，大概一年多借到差不多150萬元時我就說不要再出錢了。（問：借款款項來源？）我們生意人都有現金，每天補貨量都很大，我們做生意的現金去交付借款。（問：借錢給蔡福生，有無簽借據、本票或任何債權憑證？）沒有，就扣押那個土地。畢竟是自己的小姑。（問：有無約定借款利息？何時清償？）我是希望他能清償，可是也不曉得最後這樣，還不了。借款時沒有約定何時要還，也不敢拿利息，有借有還就好，連還都不能還，怎麼拿利息。（問：借款已經相當時間，抵押權存續時間也到了，為何沒有取得執行名義或去執行？）我公公還在，若我硬要拿錢或怎樣，我公公會不高興。所以我們不敢去跟他催討債務或拍賣不動產。（問：從來沒有去跟蔡福生執行過？）都不敢。（問：沒有跟蔡福生執行過，有無跟蔡福生要債的行為？）有跟他提一下，可是他說真的沒辦法。（問：剛才證人說拿20萬、3萬元，為何會那麼

清楚？）我先生在做生意，錢的方面都是由我經手，導致我跟我先生鬧得要離婚。（問：家裡管錢的人是妳？）對。我先生說如果妹妹來就借他，但到一定金額我說不能再度借了。（問：有無紀錄每次借錢給蔡福生多少？利息多少？）很多筆，有時3萬、5萬、8萬，很多，我記不了，而且時間很久，我頭腦在記，大概金額到了，我錢不能繼續出去。」等語（見本院卷第115-118頁）。

2.證人劉素美固然證稱系爭抵押權設定後，被告高榮豐陸續借款150萬元予被告蔡福生云云。然查，證人係不可替代之證據方法，如果確係在場聞見待證事實，而其證述又非虛偽者，縱令該證人與當事人有親屬、親戚或其他利害關係，其證言亦非不得採信，最高法院著有53年度台上字第2673號判決足資參照。證人劉素美為被告高榮豐之配偶，夫妻一體，立場難期中立，依前述最高法院判決意旨，與當事人有親屬關係之證人證詞，雖非不得採信，然須證述非虛偽者方屬可採，故尚有調查其他證據之必要，以查其證詞是否與事實相符。惟被告高榮豐就其與蔡福生間有借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，無其他任何證據可據證明，被告高榮豐亦未能提出任何金流佐證，證人劉素美之證詞因無佐證而難以採信。被告高榮豐抗辯其與被告蔡福生有150萬元之消費借貸契約並已交付借款，並無足採。從而，原告請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，為有理由。

（三）再按最高限額抵押權定有存續期間者，若其擔保之債權因其他事由消滅，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記（最高法院83年台上字第1055號裁判意旨參照）。又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；債務人怠於行使其權

利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利；但專屬於債務人本身者，不在此限，民法第767 條第1 項、第242 條分別定有明文。復所有人排除侵害請求權，為物權，有對世之效力；抵押權之設定登記及抵押權內容變更之登記，既屬抵押人與抵押權人雙方合意而經登記始得成立生效之行為，倘抵押權業已消滅，仍未為抵押權登記之塗銷時，則所有人自得基於所有人之排除侵害請求權訴請排除之（最高法院96年度台上字第859號判決意旨參照）。經查：

1.系爭抵押權之存續期間為89年6月14日至99年6月14日，此有系爭土地第一類謄本可按（見本院卷第31-34頁），系爭抵押權存續期間已屆至，所擔保之原債權已確定不再發生，則系爭抵押權即回復普通抵押權之從屬性，亦即須有確定擔保債權存在，系爭抵押權方屬有效。而被告高榮豐所辯消費借貸債權150萬元存在乙節不足採，業如前述，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權自亦因失所附麗而消滅。

2.又依一般社會交易觀念，不動產存有抵押權登記對於其客觀交易價值多有負面影響，並影響所有權之完整性，如抵押權已歸於消滅，而其登記仍存在，自屬對所有權之妨害。本件系爭土地上所設定系爭抵押權約定之原債權確定期日已經屆至，且無債權存在之事實，業經本院認定如上，是系爭抵押權登記影響被告蔡福生對於系爭土地所有權之完整性，對其所有權有所妨害，被告蔡福生自得依民法第767條之規定，訴請被告高榮豐塗銷系爭抵押權登記。惟被告蔡福生迄未請求被告高榮豐回復原狀，顯有怠於行使權利之情形。從而，原告為保全其債權，依據民法第242條、第767條之規定，請求被告高榮豐應將系爭土地上之系爭抵押權登記予以塗銷，即屬有據。

六、綜上所述，被告高榮豐未就系爭抵押權所擔保之債權存在乙情，提出相當之證據證明，且依現有資料尚不足認定被告2

人間有何債權債務關係存在，是被告2人間系爭抵押權所擔保之債權不存在。又原告為被告蔡福生之債權人，現被告蔡福生怠於行使其權利，而不請求被告高榮豐塗銷系爭抵押權設定登記，從而，原告訴請確認被告2人間就系爭土地所設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在，並依民法第242條、第767條規定，代位被告蔡福生請求被告高榮豐將系爭抵押權設定登記予以塗銷，均應認為有理由，應予准許。

七、本件判決之基礎已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法及舉證，經審酌核與判決結果無影響，爰不一一予以論列，併此敘明。

八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第1項前段。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　19　　日

民事第五庭　　法　　官　張麗娟

以上正本係照原本作成。

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。

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　　4　　月　　19　　日

書 記 官　高培馨