臺灣高等法院臺南分院民事判決

111年度上字第150號

上　訴　人
即附帶被上
訴人　　林正杰
訴訟代理人　徐盛國律師
上　訴　人
即附帶被上
訴人　　吳彥穎
000000000000000000
訴訟代理人　許慧珠
被上訴人即
附帶上訴人　同泰資產管理有限公司
000000000000000000
法定代理人　簡昭政
訴訟代理人　季佩芃律師
複代理人　　鍾奇維

上列當事人間請求確認抵押權擔保之債權不存在等事件，上訴人等對於中華民國111年5月6日臺灣雲林地方法院第一審判決（110年度訴字第526號），提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於112年11月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於主文第二、三項部分，及訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

被上訴人之附帶上訴駁回。

第一、二（含附帶上訴）審之訴訟費用，由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：伊執原法院101年度司執字第29904號債權憑證（下稱系爭債權憑證），聲請對債務人即上訴人林正杰所有坐落雲林縣○○鄉○○段000地號所有權應有部分6之1之土地（下稱系爭土地）為強制執行，詎該土地上有其於民國

（下同）110年5月14日為上訴人吳彥穎設定登記之新臺幣（下同）210萬元（下稱系爭抵押債權）最高限額抵押權（下稱系爭抵押權、系爭登記），致執行無實益而未受償。系爭抵押債權並非真實，系爭抵押權自無從屬餘地，林正杰怠於請求吳彥穎塗銷，伊得代位請求之；縱認上訴人所稱借貸關係為真，系爭抵押權登記亦屬債務人林正杰就已存在之債務，事後設定抵押權予特定債權人吳彥穎之無償行為，害及伊債權。爰先位依民法第242條、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、命吳彥穎塗銷系爭抵押權設定登記之判決；備位依民法第244條第1項、第4項等規定，求為撤銷系爭抵押權設定登記、命吳彥穎塗銷系爭抵押權設定登記之判決。原審認伊備位之訴有理由，固無不當，惟駁回伊先位之訴，尚有未洽，併為附帶上訴。附帶上訴聲明：（一）原判決不利於伊部分廢棄。（二）確認吳彥穎就坐落系爭土地權利範圍6分之1，於110年5月14日設定之系爭抵押權登記及其所擔保之債權不存在。（三）吳彥穎應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人等主張：

林正杰確於108年間向吳彥穎累計借款210萬元，迄109年仍未為清償，於110年5月10日簽發同額本票交付吳彥穎、設定系爭抵押權供擔保，伊等確有借貸關係，抵押權設定合法，且未害及債權。林正杰於本院另主張訴外人泛亞商業銀行股份有限公司（下稱泛亞銀行）向臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）聲請以98年度促字第25150號，於89年5月15日所核發之支付命令（下稱系爭支付命令），係泛亞銀行以其對訴外人陸鼎投資事業股份有限公司（下稱陸鼎公司）之金錢債權（下稱原始債權）聲請，前負責人林正杰固為連帶保證債務人，惟林正杰之負責人任期僅至88年底，陸鼎公司在核發系爭支付命令之程序中未經合法代理，支付命令之送達不合法，並不生效力；嗣該銀行於90年間以同命令聲請之強制執

行程序有同一瑕疵，該原始債權應於103年12月24日罹於消滅時效。系爭支付命令既自始無效，嗣其誤發之債權憑證，及命令所載債權（下稱系爭支付命令債權）歷次讓與自亦無從生效，被上訴人非系爭支付命令債權之債權人。縱認系爭支付命令債權尚存，其以公告方式所為讓與通知，對陸鼎公司迄未生效，對林正杰於本件起訴前亦不生通知效力，加以被上訴人主張之歷次讓與或強制執行聲請均不生中斷時效效果，系爭支付命令債權亦已罹於消滅時效。該原始債權之保證人林正杰自可援用主債務人陸鼎公司所得主張之一切抗辯，拒絕給付。故被上訴人先位請求確認系爭抵押債權、系爭抵押權不存在、系爭抵押權設定登記應予塗銷；備位請求撤銷系爭抵押權設定登記行為及塗銷登記，俱無理由等語，資為抗辯。上訴聲明：（一）原判決不利於伊部分廢棄。（二）被上訴人在第一審之訴駁回。附帶上訴答辯聲明：附帶上訴駁回。

三、兩造不爭執之事實

(一)系爭土地於92年4月8日以分割繼承為原因，登記為林正杰所有。林正杰於92年5月7日將系爭土地與訴外同段000-0地號土地所有權應有部分6分之1，共同設定第一順位抵押權予訴外人台生技科研股份有限公司，擔保債權金額300萬元。

(二)林正杰另於110年5月10日與吳彥穎簽立土地抵押權設定契約書，約定將系爭土地與同段000-0地號土地相同應有部分，共同設定第二順位之系爭抵押權予吳彥穎，並於同年月14日辦理系爭登記，其擔保債權金額210萬元。

(三)被上訴人為系爭債權憑證之債權人，其與本件相關之執行名義即臺中地院系爭支付命令；所載執行名義內容與本件有關者為：㈡債務人陸鼎公司、林正杰應連帶向債權人給付9,000萬元，及自88年12月25日起至清償日止，其中2,600萬元按年息9.43%，其中6,400萬元按年息9.18%計算之利息，暨自89年1月26日起至清償日止，逾期在6個月以內者，按上開利率10%，逾期超過6個月部分者，按上開利率20%計算之違約

金，並賠償督促程序費用196元。

(四)被上訴人受讓支付命令債權後，於101年10月3日聲請原法院以101年度司執字第29904號事件，對同一債權之債務人即訴外人林啟章為強制執行，執行結果未完全受償，換發系爭債權憑證後，遞次聲請：105年1月13日（105年度司執字第1245號）、105年5月25日（105年度司執字第15512號）、106年6月9日（106年度司執字第16702號）、106年8月28日（106年度司執字第25660號）、107年5月21日（107年度司執字第14041號）、109年9月2日（109年度司執字第29009號）、110年2月26日（110年度司執字第6553號）為繼續執行，均未受償。嗣在原法院民事執行處110年度司執字第16087號事件，聲請拍賣系爭土地林正杰之應有部分，經核定拍賣底價1,737,000元，惟尚不足清償前順位抵押權及其他優先債權5,108,470元而無拍賣實益。

(五)陸鼎公司於88年12月23日辦理公司變更登記，董事長變更為訴外人林月津。

四、被上訴人主張系爭抵押權擔保之系爭抵押債權不存在，又縱然存在，亦屬無償行為，害及其債權，爰先位依民法第242條、第767條第1項中段規定，求為確認系爭抵押權、擔保之債權均不存在及塗銷系爭抵押權設定登記之判決；備位依民法第244條第1項、第4項等規定，求為撤銷系爭抵押權設定登記及塗銷系爭抵押權設定登記之判決。惟為上訴人所否認，並以上情置辯。是被上訴人對陸鼎公司之原始債權是否已罹於消滅時效？上訴人可否援用而據以抗辯？被上訴人前揭先、備位請求，有無理由？為本件應審究之爭點。爰分述如下：

(一)被上訴人對陸鼎公司之債權已罹於消滅時效，上訴人可援用而據以抗辯：

１、按請求權，因15年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。時效因聲請發支付命令而中斷者，若撤回聲請，或受駁回之裁判，或支付命令失其效力時，視為不中

斷。時效因聲請強制執行而中斷者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，視為不中斷；民法第125條、第132條及第136第2項分別定有明文。

2、查泛亞銀行於89年間，以債務人陸鼎公司、債務人兼法定代理人林正杰等為對造，向臺中地院聲請核發系爭支付命令，該院於同年11月20日核發確定證明書等情，有前揭系爭支付命令聲請狀、系爭支付命令及確定證明書在卷可稽（本院卷二第205至213頁），而林正杰於前揭系爭支付命令之債權係基於陸鼎公司之保證人而被核發支付命令，亦為兩造所不爭執。依系爭支付命令觀之，其上記載之法定代理人係林正杰，然陸鼎公司之法定代理人於88年12月17日業經陸鼎公司之董事會選任林月津為法定代理人，並於同年12月23日已向經濟部聲請變更登記，有股份有限公司變更登記事項卡在卷可稽（本院卷一第305至309頁），且為兩造所不爭執（不爭執事實㈤）。足見臺中地院於核發系爭支付命令時，就陸鼎公司部分，係以林正杰而非以林月津為法定代理人，即非以陸鼎公司之法定代理人所聲請之支付命令，參照民事訴訟法第511條第1項第1款及同法第249條第1項第4款之規定，已有未合。另就送達部分，經本院函查臺中地院結果，並無系爭支付命令卷可資參考，而依該事件之辦案進行簿（本院卷二第161至162頁）觀之，亦無送達予何人之資料可參。惟衡之系爭支付命令既已記載陸鼎公司之法定代理人為林正杰，且別無其他送達代收人，法院自應送達陸鼎公司之法定代理人林正杰，故上訴人主張系爭支付命令係送達陸鼎公司之法定代理人林正杰乙節，應為可採。

3、次按支付命令之聲請，應表明當事人及法定代理人。發支付命令後，三個月內不能送達於債務人者，其命令失其效力；有89年當時之民事訴訟法第511、515條規定可參。又按支付命令須經合法送達債務人收受後，債務人未於20日之不變期間內向發支付命令之法院提出異議者，其支付命令始與確定判決有同一之效力，並發生實質上之確定力及執行力；此觀

之民事訴訟法第521條規定自明。該20日之不變期間，應自支付命令送達後起算，如未經合法送達，則20日之不變期間無從起算，支付命令不能確定。倘支付命令未經合法送達，法院誤認未確定之裁判為確定，依聲請付與確定證明書者，不生該裁判已確定之效力。又支付命令於核發後三個月內不能送達於債務人者，依民事訴訟法第515條第2項規定，其命令失其效力，自不生聲明異議或聲請再審之問題。又對於未經合法代理之無訴訟能力人所為之訴訟行為（包括送達），未經取得能力之本人、取得法定代理權之人、法定代理人追認，應屬無效，此觀民事訴訟法第48條規定自明（最高法院91年度台簡上字第29號、103年度台上字第 908 號判決參照）。查本件泛亞銀行於89年間係以債務人陸鼎公司、法定代理人林正杰，向臺中地院聲請核發系爭支付命令，惟當時陸鼎公司之法定代理人係林月津，而非林正杰，已如前述；則系爭支付命令係對無代理權之林正杰所核發及送達，且未經陸鼎公司追認其法定代理權，依前開說明，系爭支付命令並未經合法送達及生效，則20日之不變期間無從起算，系爭支付命令自不能確定，縱臺中地院曾付與確定證明書，亦不生該支付命令已確定之效力，自堪認定。

4、另查，被上訴人雖主張系爭支付命令表彰之債權，原債權人為泛亞銀行，嗣更名為寶華商業銀行股份有限公司，並將該債權讓與通寶資產管理股份有限公司，嗣又讓與元大國際資產管理股份有限公司，再讓與被上訴人公司；而各該債權人分別自89年間起至112年間均有聲請法院為強制執行等情，並提出經濟部函、債權讓與證明書、民事強制執行聲請狀等件為證（本院卷二第195至199頁、本院卷三第45至89頁）。惟按消滅時效因開始執行行為或聲請強制執行而中斷，固有民法第129條第2項第5款可參，惟所謂開始執行行為或聲請強制執行，應係指有合法執行名義之強制執行。本件如前所述，系爭支付命令尚未確定，自無執行名義，前揭債權人依據尚未確定之支付命令聲請強制執行，縱法院已為執行及核

發債權憑證，惟在實質上，並不生強制執行之效力，參諸民法第136條第2項之立法意旨，時效應視為不中斷。則上訴人抗辯應自原始債權之債權人可請求之時點88年12月25日，即自支付命令及債權憑證所載利息之起算時點，即遲延後可請求之時點作為時效之起算時點（參閱本院卷二第205頁、卷一第73至75頁），應為可採。故本件原始債權自88年12月25日起算15年，於103年12月25日已罹於時效，應堪認定。又按主債務人所有之抗辯，保證人得主張之；民法第742條亦有明文。上訴人既為原始債權之債務人陸鼎公司之保證人，而原始債權已罹於時效，上訴人自得主張時效抗辯。

5、被上訴人雖主張上訴人之時效抗辯，係於本院所提出之新攻擊防禦方法，不得提出云云。惟查，上訴人於原審並未委任律師為訴訟代理人，係於本院始委任律師為其訴訟代理人，如不許其於本院提出時效抗辯，顯失公平，參照民事訴訟法第447條第1項第6款規定，應允許其提出。被上訴人另主張支付命令確定後，非經法院判決撤銷前，不得逕予否認，本院亦不得再審酌云云。惟支付命令未經合法送達，法院誤認未確定之裁判為確定，依聲請付與確定證明書者，不生該裁判已確定之效力，亦無聲請再審之問題，已如前述。系爭支付命令既未確定，自無確定之效力，本院仍得加以審酌，被上訴人此部分主張仍屬無據。被上訴人另主張依公司法第28條之1規定，依法應送達公司之公文書無從送達者，改向代表公司之負責人為之云云。惟本條係規範公司主管機關文書之送達，至支付命令之送達仍應適用民事訴訟法有關送達之規定，被上訴人此部分主張亦屬無據。被上訴人再主張依民事訴訟法第136、137條規定，送達於營業所或將文書付與有辨別事理能力之受僱人即為送達云云。惟本件如前所述，系爭支付命令係以非陸鼎公司之法定代理人為對象，對於未經合法代理之無訴訟能力人所為之訴訟行為（包括送達），未經取得能力之本人、取得法定代理權之人、法定代理人追認，仍屬無效，本件縱認系爭支付命令已送達至陸鼎公司之

營業所或將文書付與有辨別事理能力之受僱人，然在未取得陸鼎公司法定代理權人林月津之追認前，仍屬無效，被上訴人亦未證明該項送達已取得林月津之追認，被上訴人此部分主張自非可採。

(二)被上訴人先、備位主張，請求確認系爭抵押權、抵押債權均不存在、撤銷系爭抵押權設定登記及塗銷系爭抵押權設定登記之判決，均無理由：

1、按確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起。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，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益。又民法第244條規定債權人行使撤銷權之目的，乃在保全該債權人之債權得以履行，故罹於時效之請求權，債務人既得拒絕給付，自無許債權人再行使撤銷權之餘地（最高法院83年度台上字第3291號裁判參照）。

2、查被上訴人雖先位依民法第242條、第767條第1項中段規定，求為確認系爭抵押權、抵押債權均不存在及塗銷系爭抵押權設定登記之判決。惟如前所述，上訴人為原始債權之債務人陸鼎公司之保證人，而原始債權已罹於時效，上訴人自得主張時效抗辯，被上訴人因受讓而對上訴人之債權既已罹於時效，則其請求確認上訴人等間系爭抵押權、擔保之債權均不存在及塗銷系爭抵押權設定登記，並無確認利益，此部分先位請求，自屬無據。被上訴人備位依民法第244條第1項、第4項等規定，求為撤銷系爭抵押權設定登記及塗銷系爭抵押權設定登記之判決，惟被上訴人對上訴人之債權既已罹於時效，依上說明，上訴人既得拒絕給付，自無再許被上訴人行使撤銷權之餘地，此部分請求，同屬無據。

五、從而，被上訴人先位依民法第242條、第767條第1項中段規定，求為確認系爭抵押權及抵押債權均不存在、命吳彥穎塗

銷系爭抵押權設定登記之判決；備位依民法第244條第1項、第4項等規定，求為撤銷系爭抵押權設定登記、命吳彥穎塗銷系爭抵押權設定登記之判決，均為無理由，均應予駁回。(1)原審就備位之訴部分，判令上訴人間系爭抵押權設定登記應予撤銷、吳彥穎應塗銷系爭抵押權設定登記之判決，自有可議，上訴人等指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第2項所示。(2)至原審就先位之訴部分，駁回被上訴人之請求，經核於法並無不合，被上訴人附帶上訴意旨聲明廢棄改判如聲明所示，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用之證據，均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴人等之上訴為有理由；被上訴人之附帶上訴，為無理由；依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　11　　月　　30　　日

民事第四庭　　審判長法　官　張世展

法　官　莊俊華

法　官　黃義成

上為正本係照原本作成。

被上訴人即附帶上訴人如不服本判決，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日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

上訴人即附帶被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　112　年　　11　　月　　30　　日

書記官　翁倩玉

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。