

01 臺灣高等法院臺南分院民事判決

02 113年度上字第112號

03 上 訴 人

04 即原審原告 京城商業銀行股份有限公司

05 法定代理人 戴誠志

06 訴訟代理人 季佩芃律師

07 上 訴 人

08 即原審被告 江曹美容

09 訴訟代理人 劉嘉堯律師

10 被 上 訴 人 林家珍（即陳武義之遺產管理人）

11 戴笑

12 上列當事人間請求塗銷抵押權設定登記等事件，上訴人對於中華
13 民國113年1月26日臺灣雲林地方法院第一審判決（112年度訴字
14 第525號）各自提起上訴，本院於113年11月28日言詞辯論終結，
15 判決如下：

16 主 文

17 原判決關於命上訴人江曹美容應將其在坐落雲林縣○○鄉○○段
18 ○○○地號土地（即陳武義之應有部分十分之二土地）上以雲林
19 縣○○地政事務所，收件年期：民國八七年，字號：雲西地字第
20 000000號，設定登記（次序1）之新臺幣壹佰肆拾肆萬元
21 抵押權予以塗銷，及該部分訴訟費用均廢棄。

22 上開廢棄部分，上訴人京城商業銀行股份有限公司在第一審之訴
23 駁回。

24 上訴人京城商業銀行股份有限公司之上訴駁回。

25 廢棄部分，第一、二審訴訟費用，及駁回上訴部分第二審訴訟費
26 用，均由上訴人京城商業銀行股份有限公司負擔。

27 事實及理由

28 一、被上訴人戴笑經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民
29 事訴訟法第386條所列各款情形，爰依上訴人京城商業銀行
30 股份有限公司（下稱京城銀行）之聲請，由其一造辯論而為
31 判決。

01 二、上訴人京城銀行主張：伊為訴外人陳武義之債權人，已於民
02 國88年間對之取得執行名義，陳武義於100年9月9日死亡，
03 遺有雲林縣○○鄉○○段000地號土地之應有部分10分之2
04 （下稱系爭土地），前經臺灣臺中地方法院（下稱臺中地
05 院）以108年度司繼字第2871號民事裁定選任被上訴人林家
06 珍為其遺產管理人，詎伊於112年間向臺灣雲林地方法院
07 （下稱雲林地院）民事執行處聲請強制執行系爭土地時，因
08 系爭土地於87年4月17日為上訴人江曹美容設定登記擔保債
09 權總金額新臺幣（下同）144萬元之抵押權（下稱系爭抵押
10 權），用以擔保陳武義及戴笑對江曹美容所負之借款及其利
11 息債務，致系爭土地經鑑價後，雲林地院民事執行處所核定
12 之拍賣最低價額不足清償系爭抵押權所擔保之上開債務，而
13 以拍賣無實益予以終結。系爭土地上雖有系爭抵押權之設定
14 登記，然江曹美容與陳武義、戴笑間是否有系爭抵押權所擔
15 保之144萬元消費借貸關係存在，實有疑義，且系爭抵押權
16 影響伊能否就系爭土地拍賣受償，若無法證明其等間有上開
17 144萬元消費借貸關係，依擔保物權從屬性，系爭抵押權即
18 無由成立，江曹美容自負有將系爭抵押權登記予以塗銷之義
19 務。縱認上開消費借貸關係存在，江曹美容就系爭抵押權於
20 87年4月17日設定登記後迄今未行使權利，上開債權亦已罹
21 於時效消滅，且江曹美容又未於債權時效消滅後5年內實行
22 系爭抵押權，依民法第880條規定，應認系爭抵押權已歸於
23 消滅。爰依民法第242條前段、第767條第1項中段，求為判
24 決：確認陳武義、戴笑與江曹美容間以系爭抵押權所擔保之
25 消費借貸關係不存在，及江曹美容應將系爭抵押權登記予以
26 塗銷。【原審判命江曹美容應將系爭抵押權登記予以塗銷，
27 駁回京城銀行其餘之訴。京城銀行就其敗訴部分，聲明不
28 服，提起上訴，江曹美容就命其塗銷系爭抵押權登記部分，
29 亦提起上訴】。上訴聲明：(一)原判決關於駁回京城銀行後開
30 第二項之訴部分廢棄。(二)確認陳武義、戴笑與江曹美容間以
31 系爭抵押權所擔保之消費借貸關係不存在。就江曹美容之上

01 訴，答辯聲明：江曹美容之上訴駁回。

02 三、上訴人江曹美容則以：伊於87年4月17日以現金借予陳武
03 義，約定清償日為同年10月15日，且由陳武義設定系爭抵押
04 權予伊資為擔保，詎屆期未獲清償，伊乃於88、89年間委託
05 律師向法院對陳武義取得執行名義，進而聲請強制執行系爭
06 土地，因無人應買而告終結；又系爭抵押權所擔保之上開消
07 費借貸關係應確屬存在，否則陳武義生前為何從未對伊提出
08 確認債權或抵押權不存在訴訟，應認上開消費借貸關係確屬
09 存在；且京城銀行於90年初即已對陳武義取得債權憑證，甚
10 於92年12月間便對系爭土地為假扣押，歷年來已多次執行系
11 爭土地，亦知悉系爭土地上存有系爭抵押權，京城銀行若對
12 系爭抵押權所擔保之債權存有疑義，為何未在陳武義過世之
13 前即提出訴訟；另參諸京城銀行所提出之債權憑證，其於9
14 3、94、104、109、110、112年等在雲林地院皆有執行之紀
15 錄，伊均曾以抵押權人身分參與其中，應視為伊已實行抵押
16 權，依民法第129條第1項第3款、第2項第5款、第137條第2
17 項規定，伊之系爭抵押權所擔保之消費借貸債權均因參與分
18 配而時效中斷。伊之系爭抵押權既經伊多次實行，自無民法
19 第880條規定之適用等語，資為抗辯。上訴聲明：(一)原判決
20 關於命江曹美容塗銷系爭抵押權部分廢棄。(二)上開廢棄部
21 分，京城銀行在第一審之訴駁回。就京城銀行之上訴，答辯
22 聲明：京城銀行之上訴駁回。

23 四、被上訴人林家珍即陳武義之遺產管理人則以：伊為陳武義之
24 遺產管理人，僅負管理遺產，清償債權或交付遺贈物，不清
25 楚陳武義與江曹美容間有無消費借貸關係，手上也無相關資
26 料。至江曹美容雖有系爭抵押權登記，惟江曹美容與陳武義
27 間有無系爭抵押權所擔保之消費借貸關係存在，應由江曹美
28 容負舉證責任等語，資為抗辯。就京城銀行之上訴，答辯聲
29 明：京城銀行之上訴駁回。

30 五、被上訴人戴笑未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲
31 明或陳述。

01 六、兩造不爭執事項（不含戴笑）：

02 (一)訴外人陳武義於87年4月17日，將其共有雲林縣○○鄉○○
03 段000地號土地（即系爭土地）應有部分10分之2，為上訴人
04 江曹美容設定登記擔保債權總額144萬元，債務人陳武義、
05 戴笑之抵押權（即系爭抵押權），以擔保其本人及被上訴人
06 戴笑對江曹美容所負之債務，並約定該債務之清償期為同年
07 10月15日（原審卷第87至91頁、121頁）。

08 (二)江曹美容於91年1月間向雲林地院提出實行系爭抵押權（即
09 拍賣抵押物）之聲請，經雲林地院以91年度拍字第34號民事
10 裁定准許在案（原審卷第131頁）。

11 (三)江曹美容於91年3月21日即持上開執行名義向雲林地院聲請
12 執行系爭土地，經雲林地院以91年度執字第1977號案受理在
13 案，惟因無人應買，而於92年8月22日核發債權憑證結案
14 （原審卷第149頁、155頁、293至299頁）。

15 (四)京城銀行為陳武義、戴笑之債權人，京城銀行取得執行名義
16 後，曾多次對陳武義、戴笑聲請強制執行（原審卷第17至23
17 頁）。

18 (五)陳武義已於100年9月9日死亡，臺中地院於108年11月27日，
19 以108年度司繼字第2871號民事裁定，選任林家珍地政士為
20 陳武義之遺產管理人（原審卷第33、81至85頁）。

21 七、得心證之理由：

22 (一)京城銀行請求確認陳武義、戴笑與江曹美容間以系爭抵押權
23 所擔保之消費借貸關係不存在，為無理由：

24 1.按抵押權係從屬於債權而存在，如其債權為借款，則因金錢
25 之交付，始生效力。系爭抵押權係為擔保借款債權而設定，
26 為兩造所不爭執，則本件抵押債權是否存在及抵押權登記有
27 無塗銷原因，端視兩造間有無實際授受借款而定（最高法院
28 72年度台上字第3475號判決意旨參照）。次按確認法律關係
29 不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉
30 證責任。京城銀行否認系爭抵押權所擔保之消費借貸債權存
31 在，並請求確認該抵押權擔保債權之法律關係不存在，即應

01 由主張該消費借貸債權存在之江曹美容負舉證責任（最高法
02 院106年度台上字第822號判決意旨參照）。

03 2.經查，陳武義於87年4月17日將系爭土地為江曹美容設定系
04 爭抵押權以擔保其本人及戴笑對江曹美容所負之消費借貸債
05 務，並約定該債務之清償期為同年10月15日等情，有系爭土
06 地登記第三類謄本及系爭土地標示部及他項權利部登記第一
07 類謄本各1份在卷可稽（原審卷第87-91、121頁），且為兩
08 造所不爭執（不爭執事項(一)），是上情堪可認定。

09 3.次查，江曹美容因其上開借款債權屆期未獲清償，乃於91年
10 1月間向雲林地院提出實行系爭抵押權（即拍賣抵押物）之
11 聲請，經該院以91年度拍字第34號民事裁定准許在案，嗣江
12 曹美容於同年3月21日持上開執行名義向雲林地院聲請執行
13 陳武義之系爭土地，經該院以91年度執字第1977號受理在
14 案，惟因無人應買而於92年8月22日核發債權憑證結案等
15 情，有上開裁定在卷可稽（原審卷第131頁），且兩造所不
16 爭執（不爭執事項(二)、(三)），而上開拍賣抵押物強制執行卷
17 宗業已銷毀，亦有案件當事人資料查詢單、調案證明及案件
18 基本資料檔案電磁紀錄在卷可稽（原審卷第149、155、293-
19 299頁）。本院審酌江曹美容前曾於91年間聲請拍賣抵押物
20 裁定，並以拍賣抵押物裁定為執行名義聲請執行陳武義之系
21 爭土地，而強制執行卷宗固因銷毀而無法查知江曹美容當時
22 聲請強制執行時是否有提出相關消費借貸之債權證明文件，
23 然依強制執行法第6條第1項第5款規定，強制執行以拍賣抵
24 押物裁定為執行名義，應提出債權及抵押權之證明文件及裁
25 定正本，則雲林地院民事執行處當時受理江曹美容強制執行
26 之聲請，理應已依規定審查江曹美容之消費借貸債權之證明
27 文件，否則即應駁回江曹美容強制執行之聲請，此外，上開
28 強制執行既係因無人應買而於92年8月22日核發債權憑證結
29 案，足認陳武義生前亦不否認系爭抵押權所擔保之消費借貸
30 債權存在。

31 4.再查，京城銀行對陳武義取得執行名義後，於89年至110年

01 間曾多次對陳武義之系爭土地聲請強制執行，而京城銀行當
02 時亦明知系爭土地上存有系爭抵押權，並均因系爭土地上有
03 系爭抵押權存在致拍賣無實益而告終結，惟京城銀行於歷次
04 強制執行情序中，並未對系爭抵押權所擔保之消費借貸債權
05 是否存在提出質疑，顯見京城銀行先前亦不否認江曹美容對
06 陳武義及戴笑之消費借貸債權存在，應可認定。

07 5.依上所述，系爭抵押權乃屬普通抵押權，就從屬性論之，以
08 有受擔保之債權存在為常態，而陳武義生前既不否認系爭抵
09 押權所擔保之消費借貸債權存在，參以上開消費借貸關係乃
10 係87年4月17日所發生，距今已有25年以上，而江曹美容更
11 曾於拍賣抵押物強制執行情序中提出抵押權債權證明文件經
12 民事執行處審查，且京城銀行在提起本件訴訟前，進行多次
13 強制執行情序，亦均未質疑系爭抵押權所擔保之消費借貸債
14 權存在，綜合上開事證，堪認系爭抵押權擔保之消費借貸債
15 權確實存在，從而，京城銀行請求確認陳武義、戴笑與江曹
16 美容間以系爭抵押權所擔保之消費借貸關係不存在，為無理
17 由，不應准許。

18 (二)京城銀行依民法第242條前段、第767條第1項中段，代位林
19 家珍（即陳武義之遺產管理人），請求江曹美容塗銷系爭抵
20 押權，為無理由：

21 1.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，
22 不問其債權已否屆清償期，應提出其權利證明文件，聲明參
23 與分配；其不聲明參與分配者，執行法院僅就所知債權及其
24 金額列入分配，執行法院不知其債權金額者，該債權對於執
25 行標的物之優先受償權，因拍賣而消滅，其已列入分配而未
26 受清償部分，亦同。強制執行法第34條第2項、第3項、第4
27 項定有明文。準此，依法對於執行標的物有擔保物權之債權
28 人，於該標的物強制執行情序中，不問其已否取得准許拍賣
29 抵押物之裁定及是否聲明參與分配，均視為其已實行抵押
30 權。則依民法第129條第2項第5款規定，應認該實行抵押權
31 之行為與起訴同，有中斷請求權消滅時效之效力（最高法院

01 112年度台上字第1390號判決意旨參照)。

02 2.京城銀行主張伊係訴外人陳武義之債權人，伊取得執行名義
03 後，曾多次對陳武義、戴笑聲請強制執行，陳武義已死亡，
04 並經法院選任林家珍擔任遺產管理人等情，業據提出雲林地
05 院核發之94年度執字第9855號債權憑證（含繼續執行紀錄
06 表）、陳武義除戶謄本、臺中地院108年度司繼字第2871號
07 民事裁定及確定證明書在卷可查（原審卷第17-23、33、81-
08 85頁），且為兩造所不爭執（不爭執事項(四)、(五)），是京城
09 銀行此部分主張，應堪信實。

10 3.次查，江曹美容與戴笑、陳武義間存有以系爭抵押權所擔保
11 之消費借貸關係，且約定該債務之清償期為87年10月15日，
12 嗣江曹美容因其上開消費借貸債權屆期未獲清償，乃於91年
13 1月間向雲林地院聲請取得執行名義，並於同年3月21日持之
14 向該院聲請執行陳武義之系爭土地，因無人應買而於92年8
15 月22日核發債權憑證結案等情，業經認定如上，因此，江曹
16 美容之前揭消費借貸債權應自上開執行事件終結後（即自92
17 年8月22日起）重新計算時效期間，亦堪認定。

18 4.再查，本院審酌京城銀行於雲林地院112年度司執字第23172
19 號清償債務執行事件中所提出之債權憑證（該執行卷第5-6
20 頁），京城銀行於93、94、104、109、110、112年等年度在
21 雲林地院皆有聲請強制執行之紀錄，而江曹美容對系爭土地
22 既有系爭抵押權，依前開說明，不問其已否取得准許拍賣抵
23 押物之裁定及是否聲明參與分配，均視為其已實行抵押權。
24 因此，依上述規定及說明，江曹美容對戴笑、陳武義之上開
25 消費借貸債權即生時效中斷之效力，是京城銀行主張上開消
26 費借貸債權已罹於時效消滅，且江曹美容又未於債權時效消
27 滅後5年內實行系爭抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押
28 權已歸於消滅云云，顯屬誤解，自不足採。至京城銀行所引
29 最高法院111年度台上字第328號判決，與本件基礎事實不
30 同，無從比附援引，附此敘明。

31 5.依上所述，江曹美容對戴笑、陳武義之消費借貸債權既未因

01 罹於時效而消滅，則京城銀行依民法第242條前段、第767條
02 第1項中段，代位林家珍（即陳武義之遺產管理人），請求
03 江曹美容塗銷系爭抵押權，為無理由，不應准許。

04 八、綜上所述，京城銀行請求確認陳武義、戴笑與江曹美容間以
05 系爭抵押權所擔保之消費借貸關係不存在，及依民法第242
06 條前段、第767條第1項中段，代位林家珍（即陳武義之遺產
07 管理人），請求江曹美容塗銷系爭抵押權登記，均為無理
08 由，不應准許。從而，原審判命江曹美容應塗銷系爭抵押權
09 登記部分，尚有未洽。江曹美容上訴意旨指摘原判決此部分
10 為不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判
11 如主文第2項所示。至京城銀行請求確認陳武義、戴笑與江
12 曹美容間以系爭抵押權所擔保之消費借貸關係不存在部分，
13 原判決為京城銀行敗訴之諭知，核無不合，京城銀行上訴意
14 旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，並無理由，應駁
15 回其上訴。

16 九、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
17 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
18 逐一論列，併此敘明。

19 十、據上論結，江曹美容之上訴為有理由，京城銀行之上訴為無
20 理由，依民事訴訟法第463條、第385條第1項前段、第449條
21 第1項、第450條、第78條，判決如主文。

22 中 華 民 國 113 年 12 月 19 日

23 民事第四庭 審判長法官 翁金緞

24 法官 周欣怡

25 法官 林福來

26 上為正本係照原本作成。

27 不得上訴。

28 中 華 民 國 113 年 12 月 19 日

