

臺灣高等法院臺南分院民事判決

115年度上易字第146號

上訴人 力興資產管理股份有限公司

法定代理人 宮文萍

訴訟代理人 周明嘉

宋明龍

被上訴人 殷秀菊

訴訟代理人 林威融律師

翁千惠律師

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，上訴人對於中華民國115年3月11日臺灣臺南地方法院第一審判決（114年度訴字第2264號）提起上訴，本院於115年7月30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、本件上訴人主張：伊為訴外人徐翠雲之債權人，並已取得臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）95年度執字第35675號債權憑證（下稱系爭債權憑證），而徐翠雲前於民國87年間提供其共有如原判決附表一（下稱附表一）所示不動產（下稱系爭不動產）之應有部分4分之1（下稱系爭應有部分），為被上訴人及原審被告陳志彬二人分別設定如原判決附表二（下稱附表二）所示之本金最高限額新臺幣（下同）200萬元抵押權，債權額比例各半（詳如附表二編號1、2所示，下合稱系爭抵押權，分稱系爭編號1、2抵押權）。被上訴人僅提出借據作為證明其金錢之交付，而非提出金流紀錄，無法證明被上訴人與徐翠雲間有90萬元消費借貸關係存在，況系爭抵押權所擔保之債權額為被上訴人與陳志彬各半，何以發

生一部存在、一部不存在之情形。故系爭編號1抵押權並無擔保之債權存在，被上訴人應塗銷抵押權登記。縱認系爭編號1抵押權擔保債權存在，被上訴人借款予徐翠雲並簽有90萬元本票，被上訴人於88年間聲請本票裁定並確定，於100年換發債權憑證，被上訴人行使之債權為票據債權之請求，則消滅時效起算點應自聲請本票裁定確定時起算，系爭本票債權於91年間已罹於時效，系爭編號1抵押權亦已消滅。系爭編號1抵押權既已消滅卻仍具登記外觀，將有礙於抵押物之所有權圓滿狀態，並影響伊就系爭應有部分強制執行拍賣受償之權利。然徐翠雲怠於行使權利，伊為徐翠雲之債權人，為保全債權，自得代位徐翠雲請求被上訴人塗銷系爭編號1抵押權之設定登記。爰依民法第242條、第767條第1項之規定，請求確認被上訴人系爭編號1抵押權及所擔保之90萬元債權不存在，並塗銷抵押權設定登記。原判決認定系爭編號1抵押權及所擔保之債權超過90萬元部分不存在，並命被上訴人塗銷擔保超過90萬元之抵押權設定，並無違誤，惟駁回伊其餘請求部分，尚有未洽，爰就此部分提起上訴。上訴聲明：(一)原判決關於駁回上訴人後開請求部分廢棄。(二)確認被上訴人對徐翠雲所有系爭不動產，於87年12月19日設定登記之系爭編號1抵押權及其所擔保債權90萬元不存在。(三)被上訴人應將前項抵押權設定登記，予以塗銷（原審被告陳志彬就其敗訴部分，以及被上訴人就系爭編號1抵押權擔保超過90萬元之抵押權及債權敗訴部分，均未提起上訴或附帶上訴，不在本院審理範圍內，不予贅述）。

二、被上訴人則以：徐翠雲前於87年12月間向伊借款90萬元（下稱系爭借款），並簽發票號000000號、面額90萬元之本票（下稱系爭本票）一紙交付予伊，並同時以其與共有人沈威廷、沈郁傑、沈佩柔共有之系爭不動產設定系爭編號1抵押權予伊，作為前開借款之擔保，伊提出之借據記載「前記金項向貴台借用是即日全數領收清楚」，已就交付借款之事實盡舉證責任。惟徐翠雲迄今均未清償借款，伊迄今未定1個

01 月以上期限催告徐翠雲返還借款，系爭借款自無罹於時效之
02 可能，是系爭編號1抵押權所擔保之債權確實存在，且未罹
03 於時效而消滅。原審判決係因原審被告陳志彬之認諾而逕為
04 敗訴判決，並未調查審認原審被告陳志彬之債權是否存在，
05 故原審判決審酌伊於原審之抗辯，並進而認定伊債權在90萬
06 元範圍內存在，且未罹於時效而消滅，並無違誤。又伊於88
07 年間以系爭本票對徐翠雲取得臺南地院88年度票字第5594號
08 本票裁定後，就系爭借款債權及系爭本票債權聲請強制執
09 行，然本票及借款乃不同之債權，上訴人混淆本票債權與借
10 款債權，並進而主張系爭編號1抵押權所擔保之債權罹於時
11 效消滅云云，顯不可採等語，資為抗辯。答辯聲明：上訴駁
12 回。

13 三、兩造不爭執事項：

- 14 (一)徐翠雲前以其共有之系爭不動產之系爭應有部分為共同擔
15 保，設定如附表二編號1、2之抵押權予被上訴人及原審被告
16 陳志彬。
- 17 (二)上訴人為徐翠雲之債權人，並取得臺南地院95年度執字第35
18 675號債權憑證（即系爭債權憑證），持系爭債權憑證為執
19 行名義，聲請臺南地院以113年度司執字第52134號對徐翠雲
20 為強制執行。
- 21 (三)上訴人對於被上訴人所持其對徐翠雲之90萬元借據（原審卷
22 第113頁）及本票（原審卷第37頁）形式上真正不爭執。
- 23 (四)原審卷第113頁為被上訴人87年12月21日借款90萬元予徐翠
24 雲之借據。

25 四、得心證之理由：

- 26 (一)按當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸
27 意思互相表示合致及借款業已交付之事實，均負舉證之責
28 任。惟證明應證事實之證據資料，並不以可直接單獨證明之
29 直接證據為限，凡先綜合其他情狀，證明某事實，再由某事
30 實為推理的證明應證事實，該證明某事實之間接證據，亦包
31 括在內（最高法院81年度台上字第1388號判決意旨參照）。

又貸與人所提出之借用證（借據）內，如載明所借款額「收訖無訛」者，可解為貸與人就金錢契約之具備要物性，已盡舉證責任（最高法院69年度台上字第3546號判決參照）。上訴人主張系爭編號1抵押權所擔保之債權不存在，此為被上訴人所否認，依前開規定及說明，自應由被上訴人就其抗辯系爭編號1抵押權所擔保之債權存在之事實，負舉證之責。

(二)經查，被上訴人抗辯系爭編號1抵押權所擔保債權，乃徐翠雲於87年12月間向其借款90萬元等語，業據提出徐翠雲簽發之系爭本票、抵押權設定契約書、抵押權設定其他特約事項、他項權利證明書及借據等件在卷為憑（原審卷第37-47、113頁），且本院審酌上開借據為載有「前記金項向貴台借用是即日全數領收清楚」字樣之收據（原審卷第113頁），依上開說明，被上訴人就上開借款金額90萬元交付之事實，已盡舉證之責，應可認定；又核系爭本票之票面金額及發票年月均與被上訴人所主張之借款金額及時期相符（原審卷第37頁），依通常經驗而言，如徐翠雲未向被上訴人借款或收受借款，應無簽發本票交予被上訴人收執之理；再參以被上訴人為臺南地院100年度司執字第37265號執行事件之併案債權人及抵押權人，亦為該院101年度司執字第81055號執行事件之參與分配債權人及抵押權人，均未見徐翠雲予以爭執，有上開執行案號之辦案進行簿在卷可參（原審卷第59、61頁）。是綜核上情，被上訴人抗辯徐翠雲向其借款90萬元，並以系爭不動產設定系爭編號1抵押權擔保該90萬元債務之清償等語，應堪採信，從而，上訴人主張系爭編號1抵押權並無擔保之債權存在云云，要無可採。

(三)至上訴人主張系爭抵押權所擔保之債權額為被上訴人與陳志彬各半，何以發生一部存在、一部不存在之情形等語。惟查，被上訴人與陳志彬就系爭抵押權債權額比例雖係各2分之1，然被上訴人對徐翠雲之債權與陳志彬對徐翠雲之債權，查無不可分之情形，且系爭編號1抵押權與系爭編號2抵押權亦係分別登記（原審補字卷第23-24頁），並未記載上

01 開二筆債權具有不可分之關係。因此，即使原審判決認定陳
02 志彬對徐翠雲之債權不存在，亦不影響被上訴人對徐翠雲之
03 債權，是上訴人此部分主張，應無可採。

04 (四)上訴人另主張縱認系爭編號1抵押權擔保債權存在，然系爭
05 編號1抵押權所擔保之借款請求權已罹於時效消滅，且被上
06 訴人於消滅時效完成後，5年間未實行其抵押權，其抵押權
07 亦已消滅等語，則為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經
08 查：

09 1.按請求權，因15年間不行使而消滅。又消滅時效，自請求權
10 可行使時起算。民法第125條前段、第128條前段分別定有明
11 文。次按民法第478條後段規定：消費借貸未定返還期限
12 者，貸與人得定1個月以上之相當期限，催告返還。貸與人
13 經向借用人催告（或起訴）請求返還，其消費借貸關係即行
14 終止，而法律為使借用人便於準備起見，因設「1個月以上
15 相當期限」之準備猶豫期間，故貸與人須俟該期間屆滿，始
16 得請求返還。準此，貸與人為終止契約之通知或請求後，於
17 其1個月以上之相當期間屆滿時，其消滅時效始開始進行
18 （最高法院99年度台上字第1954號民事判決意旨參照）。另
19 按以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押
20 權人，於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵
21 押權消滅，民法第880條亦定有明文。

22 2.經查，徐翠雲向被上訴人借款90萬元等情，業經認定如上，
23 則該90萬元借款債權之請求權消滅時效應適用民法第125條
24 規定，即被上訴人經15年不行使時，應認該借貸債權因罹於
25 時效而消滅。惟本院審酌系爭不動產之土地登記謄本所載抵
26 押權之清償日期為「依照契約約定」，而徐翠雲簽立之借據
27 上並未記載清償日期等語，有系爭不動產土地登記謄本及系
28 爭借據在卷可稽（原審卷第28、31、113頁），因此，系爭
29 編號1抵押權所擔保之債權既未約定返還期限，依上開規定
30 及說明，自應由貸與人即被上訴人定1個月以上之相當期限
31 催告返還，始得請求返還，且於催告期間屆滿時，其消滅時

01 效始得開始進行，然上訴人並未舉證證明被上訴人曾定1個
02 月以上相當期限催告徐翠雲清償之情事，則該借款之返還請
03 求權時效自無從起算，是該借款債權即無時效完成與否之可
04 能。從而，系爭借款之返還請求權時效既未起算而無完成之
05 可能，自無民法第880條於消滅時效完成後，5年間不實行其
06 抵押權者，其抵押權消滅規定之適用。

07 3.再按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第76
08 7 條第1項中段定有明文；按債務人怠於行使其權利時，債
09 權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於
10 債務人本身者，不在此限，民法第242條亦有明文。查系爭
11 編號1抵押權設定擔保之範圍為本金最高限額200萬元，惟系
12 爭編號1抵押權所擔保之債權確定僅有90萬元等情，業經原
13 判決認定，而被上訴人就該部分不爭執，且未就原判決此部
14 分提起上訴，至上訴人主張系爭編號1抵押權所擔保之債權9
15 0萬元亦不存在或已罹於時效而消滅，其並據以請求確認此
16 部分抵押權及其所擔保債權90萬元不存在，以及被上訴人應
17 塗銷該部分抵押權設定登記等語，則為無理由，不應准許。

18 五、綜上所述，上訴人依民法第242條及第767條第1項規定，請
19 求確認系爭編號1抵押權及其所擔保債權90萬元不存在，以
20 及請求被上訴人應塗銷該部分抵押權設定登記，為無理由，
21 應予駁回。原審就上開部分所為上訴人敗訴之判決，經核並
22 無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，
23 為無理由，應駁回其上訴。

24 六、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
25 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
26 逐一論列。

27 七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

28 中 華 民 國 115 年 8 月 20 日
29 民事第四庭 審判長法官 翁金緞

30 法官 周欣怡

01

法 官 林福來

02 上為正本係照原本作成。

03 不得上訴。

04 中 華 民 國 115 年 8 月 20 日

05

書記官 謝麗首