臺灣雲林地方法院民事判決

112年度訴字第525號

原　　告　京城商業銀行股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　戴誠志

訴訟代理人　季佩芃　　律師

　　陳力寧

000000000000000000

被　　告　林家珍（即陳武義之遺產管理人）

000000000000000000

000000000000000000

　　江曹美容

000000000000000000

上　一　人

訴訟代理人　劉嘉堯　　律師

追加　被告　戴　笑

000000000000000000

上列當事人間請求塗銷抵押權設定登記等事件，本院於民國113年1 月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告江曹美容應將其在座落雲林縣○○鄉○○段○○○地號土地（即陳武義之應有部分十分之二土地）上以雲林縣西螺地政事務所，收件年期：民國八七年，字號：雲西地字第００三六二六號，設定登記（次序1 ）之新台幣壹佰肆拾肆萬元抵押權予以塗銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告江曹美容負擔新台幣柒仟陸佰貳拾捌元，餘由原告負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按因不動產之物權涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄

（民事訴訟法第10條第1 項）。所謂因不動產物權涉訟者，其訴訟標的非僅限於確認物權本體之存否，即本於物權而生之物上請求權亦屬之。蓋物上請求權乃為物權之作用，與物權本體有不可或分之關係，不可強為割裂，是基於不動產所有權而生之所有物返還請求權、除去妨害請求權、妨止妨害請求權之訴，係屬「因不動產之物權涉訟」，而專屬不動產所在地之法院管轄。其次，對於同一被告因債權及擔保該債權之不動產物權涉訟者，得由不動產所在地之法院合併管轄（同法第11條）。又共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所地之法院俱有管轄權。但依第4條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄（同法第20條）。查，原告對被告江曹美容提起本件塗銷抵押權登記訴訟（即其訴之聲明第2 項）部分，依其所訴之事實觀之，顯係在代位抵押人行使土地所有人之除去妨害請求權，自屬因不動產物權涉訟，而本件爭訟之土地係座落在雲林縣境內乙節，此有原告提出之土地登記謄本在卷（見卷內第29頁）足稽，是則本院就本件塗銷抵押權登記訴訟部分，依上開規定，自有管轄權。再者，原告對被告所提起之本件確認債權不存在訴訟（即訴之聲明第1 項）部分，乃與上揭塗銷抵押權登記訴訟部分有關，故而原告對被告所提確認債權不存在訴訟部分，依前揭規定，本院亦有管轄權，先予敘明。

二、次按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意者，或請求之基礎事實同一者，或該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者等各類情形之一，不在此限。其次，被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加（民事訴訟法第255 條第1 項第1 款及第5 款、第2 項）。查，原告起訴時其聲明第1 項本請求：確認被告林家珍（即陳武義之遺產管理人）管理座落雲林縣○○鄉○○段000 地號土地中共有人陳武義之應有部分10分之2 （下稱系爭土地）於民國87年4 月17日為被告江曹美容設定登記擔保債權總金額新台

幣（下同）144 萬元之抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保之債權不存在。嗣原告以系爭抵押權其擔保之債務人除陳武義外，尚有訴外人**戴笑**，故江曹美容與陳武義及戴笑間於87年間是否有借款關係存在並受系爭抵押權所擔保，自與江曹美容之權益影響甚巨為由，乃於112 年11月30日具狀聲明追加戴笑為共同被告，並將其原聲明第1 項變更為：確認訴外人陳武義、追加被告戴笑與被告江曹美容於87年間之借貸關係不存在（見卷內第191 －193 頁）。因被告江曹美容、林家珍等2 人對原告之上開追加及變更並無異議，而為本案之言詞辯論，職是原告所為上開訴之追加及變更，核符前揭規定，並予敘明。

三、被告戴笑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，爰依原告聲請，由其就此部分一造辯論而為判決。

貳、實體部分：

一、原告方面：

㈠聲明：

1.確認訴外人陳武義、追加被告戴笑與被告江曹美容間以系爭抵押權所擔保之消費借貸關係不存在。

2.被告江曹美容應將系爭抵押權登記予以塗銷。

㈡陳述略以：

1.伊為訴外人陳武義之債權人，且已於88年間對之取得執行名義，因陳武義於100 年9 月9 日死亡，遺有系爭土地，惟其繼承人均已拋棄繼承，伊乃向法院聲請選任其遺產管理人，前經臺灣臺中地方法院以108 年度司繼字第2871號民事裁定選任被告林家珍為其遺產管理人，詎伊於112 年間向鈞院民事執行處聲請執行系爭土地時，因系爭土地於87年間要為被告江曹美容設定有系爭抵押權用以擔保陳武義及被告戴笑對江曹美容所負之借款及其利息債務，致系爭土地經鑑價後鈞院民事執行處所核定之拍賣最低價額不足清償系爭抵押權所擔保之上開債務，而為鈞院民事執行

處以拍賣無實益予以終結。

2.系爭土地其上雖有系爭抵押權之設定登記，然被告江曹美容與陳武義及被告戴笑間是否有系爭抵押權所擔保之144萬元借款關係存在，實有疑義，且影響伊能否就系爭土地拍賣受償，為此爰依民事訴訟法第247 條第1 項規定對被告等提起本件消極確認之訴，且應由被告就系爭抵押權所擔保之上開消費借貸關係，負舉證之責。

3.被告江曹美容若無法舉證證明其與陳武義及被告戴笑間存有上開144 萬元消費借貸關係，則依擔保物權從屬性，系爭抵押權即隨之消滅，江曹美容自負有將系爭抵押權登記予以塗銷之義務。其次，縱上開消費借貸關係存在，但因江曹美容於系爭抵押權設定登記（即87年4 月17日）後迄今未行使上開債權，上開債權亦可能罹於時效消滅，且江曹美容又未於之後5 年實行系爭抵押權，則依民法第880條規定，系爭抵押權亦應歸於消滅，從而江曹美容亦應將系爭抵押權登記予以塗銷。為此爰依民法第242 條前段、第767 條第1 項中段規定，代位陳武義請求江曹美容將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

二、被告方面：

㈠江曹美容部分：

1.聲明：原告之訴駁回。

2.陳述：

⑴伊經由戴笑介紹而結識陳武義，並於87年4 月17日以現金借予陳武義，約定清償日為同年10月15日，且由陳武義設定系爭抵押權予伊資為擔保，詎屆期未獲清償，伊乃於88、89年間委託律師向法院對陳武義取得執行名義進而聲請強制執行陳武義之系爭土地，因無人應買而告終結，故系爭抵押權所擔保之上開借款債務應確屬存在，否則陳武義在生前為何從未對伊提出確認債權或抵押權不存在訴訟？顯見伊與陳武義間確實存在上開金錢借貸關係。

⑵其次，原告於90年初即已對陳武義取得債權憑證，甚於00年00月間便對系爭土地為假扣押，歷年來已多次執行系爭土地，亦知悉系爭土地上存有系爭抵押權，原告既對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前即代位其提出訴訟，反而延至今日始提出本件訴訟，原委令人不解。

⑶伊之上開借款債權其清償日期定為87年10月15日，而借款債權之時效要為15年（民法第125 條前段），加計同法第880 條規定之抵押權除斥期間5 年，伊之系爭抵押權可行使之終期應為107 年10月15日，且依強制執行法第34條第2 項規定，鈞院在執行系爭土地時，亦應通知伊參與分配，參諸原告所提出之債權憑證，其於92、93、104 、109 、110 等年度在鈞院皆有執行之紀錄，是依民法第129 條第1 項第3 款、第2 項第5 款、第137 條第2 項規定，伊之系爭抵押權所擔保之上開借款債權均因參與分配執行而時效中斷，故而伊之系爭抵押權既經伊多次實行，自無同法第880 條規定之適用。

㈡林家珍（即陳武義之遺產管理人）部分：

1.聲明：駁回原告之訴。

2.陳述略以：

伊為陳武義之遺產管理人，僅負管理遺產，清償債權或交付遺贈物，不清楚陳武義與江曹美容間有無金錢借貸關係，手上也無相關資料，至江曹美容雖在系爭土地上登記有系爭抵押權，惟江曹美容與陳武義間有無系爭抵押權所擔保之上開借款關係存在，應由江曹美容負舉證責任。

㈢戴笑部分：

未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

三、得心證之理由：

㈠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）；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。查，被告江曹美容與訴外人陳武義及被告戴笑間是否有系爭抵押權所擔保之借款關係存在，兩造既有爭執，且上開借款關係是否存在，將影響原告得否就系爭土地聲請強制執行及受分配之金額，是原告主張其法律上之地位有上開不安狀態存在，且此一不安狀態能經法院確認判決予以除去，揆諸上開規定，原告所提起本件消極確認之訴（即訴之聲明第1 項），自有即受確認判決之法律上利益。

㈡次按抵押權為從物權（民法第870 條參照），以有被擔保之債權存在為常態。又行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（同法第148 條第2 項）。經查：

1.訴外人陳武義於87年4 月17日將系爭土地為被告江曹美容設定系爭抵押權以擔保其本人及被告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10月15日等各情，業據原告提出系爭土地登記第三類謄本及被告江曹美容提出之系爭土地（標示部及他項權利部）登記第一類謄本各1 份在卷（見卷內第87－91、121 頁）為證，並為兩造所不爭執。

2.其次，被告江曹美容因其上開借款債權屆期未獲清償，乃於00年0 月間向本院提出實行系爭抵押權（即拍賣抵押物）之聲請，經本院以91年度拍字第34號民事裁定准許在案，此要有本院依職權調閱之上揭裁定（網路版）在卷（見卷內第131 頁）可稽。嗣江曹美容於同年3 月21日即持上開執行名義向本院聲請執行陳武義之系爭土地，經本院以91年度執字第1977號案受理在案，惟因無人應買而於92年8 月22日核發債權憑證結案等情，此有本院案件當事人資料查詢單、調案證明及案件基本資料檔案電磁紀錄（註：因上揭2 案號之案卷已**銷毀**）在卷（見卷內第149、155 、293 －299 頁）足憑。顯見陳武義生前亦不否認

系爭抵押權所擔保之上開借款債權要屬存在。

3.再者，原告對陳武義取得執行名義後，於89年至110 年間曾多次對陳武義之系爭土地聲請強制執行，而原告當時也明知系爭土地上存有系爭抵押權，並均因系爭土地上有系爭抵押權存在致拍賣無實益而告終結，惟原告亦從未對系爭抵押權所擔保之上開借款債權是否存在提出質疑，顯見原告先前亦不否認被告江曹美容對陳武義及被告戴笑之上開借款債權要屬存在甚明。

4.綜上，系爭抵押權乃屬普通抵押權，就從屬性論之，以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押權所擔保之上開借款債權要屬存在，參以上開借款關係乃係87年4 月17日所發生，距今已有25年以上，原告前此亦均未質疑系爭抵押權所擔保之上開借款債權存在，是以上開各種情狀既長期存續，均足使被告江曹美容信賴無人會質疑其上開借款債權之存在。詎原告現又突然質疑上開借款債權之真實性，並要求江曹美容須提出已隔相當久遠年代（甚已滅失而不可考）之有關證據以明，不惟強人所難，亦難謂與禁反言及誠信原則無違。況原告既非係上開借款關係之當事人，苟其質疑上開借款關係乃非屬真實，則依舉證責任分配原則，自應由其就上開借款債權要屬虛偽不實乙節，負舉證之責，方符事理之平。從而，原告既未能舉證上開借款關係乃非真實，則其聲明第1 項即無可採。

㈢又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，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅（民法第880 條）。而請求權，一般因十五年間不行使而消滅（同法第125 條前段），但消滅時效，可因開始執行行為或聲請強制執行而中斷（同法第129 條第1 項第3 款、第2 項第5 款）；另參諸強制執行法第32條、第33條規定，對於已開始實施強制執行之債務人財產，他債權人不得再聲請強制執行，有再聲請強制執行者，視為參與分配之

聲明，足徵聲明參與分配亦屬強制執行之程序，應認與起訴有同一效力，有消滅時效中斷之效力。且時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算（同法第137 條第1 項）。再者，所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之（同法第767 條第1 項中段）。末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（同法第242 條前段）。經查：

1.原告主張：伊係訴外人陳武義之債權人，陳武義已死亡，並經法院選任被告林家珍擔任遺產管理人等各情，業據其提出本院核發之94年度執字第9855號債權憑證（含繼續執行紀錄表）、陳武義除戶謄本、臺灣臺中地方法院108 年度司繼字第2871號民事裁定及確定證明書（均影本）等在卷（見卷內第17－23、33、81－85頁）為證，並為被告林家珍、江曹美容所不爭執。

2.其次，被告江曹美容與戴笑及訴外人陳武義間存有以系爭抵押權所擔保之上開借款關係，且約定該債務之清償期為87年10月15日，嗣江曹美容因其上開借款債權屆期未獲清償，乃於00年0 月間向本院聲請取得執行名義，並於同年3 月21日持之向本院聲請執行陳武義之系爭土地，因無人應買而於92年8 月22日核發債權憑證結案等各情，已詳述在前。基上，被告江曹美容之前揭借款債權應自上開執行事件終結後（即自92年8 月22日起）重新計算時效期間，且於107 年8 月22日屆滿。雖江曹美容辯稱其於92、93、104 、109 、110 等年度因原告向本院對陳武義提出強制執行聲請，其並因受本院之通知而參與分配云云，惟強制執行法第34條第3 項雖規定，執行法院知有擔保物權或優先受償權之債權人者，應通知其參與分配，然此僅為執行法院之職權，非謂擔保物權人或優先受償權人有受法院之通知即可認其有參與分配之聲請，而須另以**書狀**並檢具相關證明文件向法院提出參與分配之聲明始可，此觀諸同法第32條第1 項、第34條第1 項及第2 項規定自明。準此，

江曹美容並未舉證其於92年至107 年8 月22日此期間有對陳武義提出強制執行（包括參與分配）之聲請（聲明），故江曹美容之上開借款債權之時效期間應於107 年8 月22日已屆滿。而江曹美容又未能提出相關證據證明其曾於此後之5 年期間（即至112 年8 月22日）內行使系爭抵押權，則依上開規定，系爭抵押權顯已罹於上開法定除斥期間而告消滅。

3.又系爭土地其上現仍登記有系爭抵押權乙節，此有被告林家珍所提出之系爭土地登記第1 類謄本影本1 份在卷（卷內第171 頁）足憑。而抵押權登記對於抵押物完整性恆有影響，自屬對所有權之妨害，承上，系爭抵押權既已告消滅，而系爭土地現為林家珍以遺產管理人資格所管領中，則林家珍自得依民法第767 條第1 項中段規定，請求被告江曹美容塗銷系爭抵押權登記，惟林家珍迄未對江曹美容為上開請求，顯有怠於行使權利之情事。是原告為保全其對陳武義之債權，自得依同法第242 條規定，以其名義行使上開權利，請求被告江曹美容將系爭抵押權登記予以塗銷。從而，原告其第2 項聲明，核屬有據，應予准許

㈣綜上所述，原告既未舉證被告間之上開借款債權乃非真實，則其訴之聲明第1 項請求，即無理由，應予駁回；至系爭抵押權已因除斥期間屆滿而告消滅，則原告代位林家珍（即陳武義之遺產管理人）依民法第767 條第1 項中段規定請求被告曹美容將系爭土地上之系爭抵押權予以塗銷，自屬有理，應予准許。

四、本件為判決之基礎已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不一一予以論駁，併此敘明。

五、結論：原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第385 條第1 項前段、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　26　　日

民事第一庭　　法　官　蔣得忠

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後廿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　　113　　年　　1　　月　　26　　日

書記官　陳映佐