臺灣雲林地方法院民事判決

115年度訴字第642號

原　　告　京城商業銀行股份有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　歐陽子能

訴訟代理人　張登霖

被　　告　高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)

000000000000000000

　　陳光雄

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115年10月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告陳光雄應將如附表所示之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、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 項定有明文。本件原告起訴請求被告陳光雄應將如附表所示之抵押權登記予以塗銷，係屬因不動產物權涉訟，專屬不動產所在地之法院管轄，本院自有管轄權，合先敘明。

二、被告陳光雄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，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、原告主張：

㈠訴外人許清山向原告借款後未依約繳款，原告嗣陸續經鈞院87年度執字第5356號、89年度執字第5393號、94年度執字第5236號、99年度司執字第13687號執行事件部分受償，目前許清山尚欠原告新臺幣（下同） 2,562,994元，及自民國114年2月26日起至清償日止，按週年利率9.5計算之利息，並

自114年2月26日起至清償日止，按上開利率20%計算之違約金，暨已核算未受償利息、違約金3,173,877元、2,131,617元(下稱本件原告債權)未清償，原告並取得鈞院99年度司執字第13687號債權憑證在案。又許清山於105年9月3日死亡，並經臺灣士林地方法院113年度司繼字第1251號確定裁定被告高啟霈律師為其遺產管理人。因原告查知許清山所有如附表所示土地(下稱系爭土地)上有設定登記日期85年2月8日、收件字號雲西地字1670號、擔保債權總金額800萬元、抵押權存續期間85年1月6日至86年1月6日、清償日期為86年1月7日之抵押權（下稱系爭抵押權）予被告陳光雄，然原告否認系爭抵押權擔保800萬元債權（下稱系爭抵押債權）存在，自應由被告就借貸關係存在負舉證責任。惟被告迄無法舉證以實其說，可見系爭抵押權係以不存在之債權作設定，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權應即消滅。

㈡縱認系爭抵押債權存在，惟系爭抵押債權之清償日期為86年1月7日，15年請求權時效起算至101年1月7日時效完成。被告陳光雄於時效完成後之5年間，復未實行系爭抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權因5年之除斥期間經過，而於106年1月7日歸於消滅。系爭抵押權既因除斥期間經過而消滅，而被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)怠於向被告陳光雄請求塗銷系爭抵押權設定登記，原告主張系爭抵押權登記妨害系爭土地所有權之行使，爰依民法第242條、第767條第1項之規定，代位被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)請求被告陳光雄塗銷系爭抵押權登記，並請求擇一勝訴判決等語。並聲明：如主文所示。

二、被告方面：

㈠被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)則以：系爭土地登記第一類謄本為公文書，即有高度蓋然性內容為真，原告若欲推翻而爭執真假，自應由其負舉證責任。又系爭抵押債權存在與否係被告陳光雄個人利益相關，反而如不存在，則許清山遺產淨額可以增加，其遺產管理人有更多金

額可供分配予其他債權人，如由被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)舉證恐有潛在利害衝突情形，故應由被告陳光雄負系爭抵押債權存在之舉證責任等語置辯。並聲明：原告之訴駁回。

㈡被告陳光雄未於言詞辯論期日到場，惟據其提出書狀陳稱：被告陳光雄於83、84年間陸續借款予許清山，許清山為提供擔保，而於85年1月7日以系爭土地設定登記系爭抵押權予其，並於同年2月10日簽發面額800萬元本票乙紙作為債務擔保，足見被告間確實有系爭抵押債權存在無訛。此外，借款往來期間，並由許清山配偶許徐冰瑩開立台北銀行福港分行支票陸續向其還款、借款，詎料該等支票共計1,016萬元於87年3月4日因拒絕往來戶(存款不足)而退票，訴外人許徐冰瑩對被告間借款事實知之甚詳，否則不會以其名義陸續開立支票替許清山向被告陳光雄週轉資金。又被告陳光雄於司法院查無被告高啟霈律師擔任許清山遺產管理人之裁定，請鈞院先查詢被告高啟霈律師有無依民法第1179條規定履行遺產管理人職務，倘若未怠於行使權利，故而未負遲延責任時，依民法第243條前段規定，原告自無從依民法第242條規定代位行使權利甚明，原告之訴應予駁回。再本件抵押權應未罹於時效，被告陳光雄未經被告高啟霈律師（即許清山遺產管理人）通知報明債權，且因我國法制之時效效力制度並非權利消滅主義，故其請求權應尚存續等語置辯。並聲明：原告之訴駁回。

三、兩造不爭執之事實：

㈠系爭土地為許清山所有，並於85年2月8日設定登記系爭抵押權予被告陳光雄。

㈡許清山尚有本件原告債權未清償予原告。

㈢許清山於105年9月3日死亡，其繼承人均拋棄繼承，嗣經臺灣士林地方法院於113年11月27日以113年度司繼字第1251號裁定選任被告高啟霈律師為許清山之遺產管理人，該

裁定並於113年12月16日確定。

㈣原告持本院99年度司執字第13687號債權憑證聲請拍賣許清山所有系爭土地及同地段000地號土地、應有部分1/2（下稱000地號土地），本院以115年度司執字第33135號清償債務執行事件（下稱本件執行事件）受理，該3筆土地經韻如不動產估價師事務所鑑定價格總計為4,249,500元，本院執行處遂依原告聲請，而於115年9月11日函知被告陳光雄陳報系爭抵押債權之數額為何，以明瞭本件有無拍賣實益。

㈤卷附許清山之稅務T-Road資訊連結作業查詢結果財產、所得。

四、本件兩造所爭執之處，應在於：

㈠系爭抵押權所擔保之系爭抵押債權是否存在?如存在，則請求權是否已罹於消滅時效？

㈡系爭抵押權是否已逾除斥期間？

㈢原告代位被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)請求被告陳光雄塗銷系爭抵押權登記有無理由？

五、茲論述如下：

㈠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，為民法第242條所明定；此項代位權行使之範圍，就同法第243條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使（最高法院69年台抗字第240號裁定意旨參照）。復按請求權因15年間不行使而消滅；所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第125條、第767條第1項中段分別定有明文。末按以抵押權擔保之債權，其請求權因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅，民法第880條亦定有明文。

㈡原告主張伊係許清山之債權人，許清山積欠伊本件原告債權

未清償，嗣於105年9月3日死亡，其繼承人均拋棄繼承，經臺灣士林地方法院以113年度司繼字第1251號裁定選任被告高啟霈律師為其遺產管理人。許清山名下僅餘系爭土地及000地號土地，因系爭抵押權未塗銷，致伊於115年8月10日對該3筆土地聲請強制執行(本件執行事件)，遭本院民事執行處認有拍賣無實益之虞，而命被告陳光雄陳報系爭抵押債權之數額為何等節，業據提出土地登記第一類謄本、本院99年度司執字第13687號債權憑證、韻如不動產估價師事務所115年8月31日中雲估字第11500023號函為證，復有許清山之稅務T-Road資訊連結作業查詢結果財產、所得、雲林縣臺西地政事務所115年9月24日台西地一字第1150003082號函附卷可稽，並經本院調取本件執行事件卷審閱無訛，堪認屬實。

㈢本件縱認被告陳光雄辯稱系爭抵押權所擔保之系爭抵押債權存在一事為真實，惟依系爭土地登記第一類謄本所示，系爭抵押權所擔保之債權存續期間自85年1月6日起至86年1月6日止，登記清償日期為86年1月7日，而經本院依職權查詢被告陳光雄有無於本院、臺灣士林地方法院對許清山提起非訟事件、民事事件(含簡易事件)、執行事件，僅本院民事執行處分案室回覆訴外人京城商業銀行股份有限公司(下稱京城商銀)於95年6月26日聲請對許清山執行，本院以95年度執字第7176號清償債務執行事件受理，被告陳光雄於該案為抵押權人，嗣京城商銀於95年11月9日聲請撤回，而終結在案，及本件執行事件，除此之外，別無被告陳光雄對許清山提起非訟事件、民事事件(含簡易事件)、執行事件，有本院民事紀錄科查詢表、臺灣士林地方法院115年9月24日士院璿文字第1157088126號函附卷可稽，因京城商銀撤回本院95年度執字第7176號執行事件，縱被告陳光雄為該案之抵押權人，依民法第136條規定可知時效視為不中斷，且被告迄至本件言詞辯論終結前，仍未能舉證有何時效中斷之事由，則系爭抵押權所擔保之債權請求權消滅時效於101年1月7日即已罹於15年之消滅時效，故被告陳光雄最晚應於該消滅時效完成後5

年之除斥期間內（即106年1月7日以前）實行系爭抵押權以保其債權，然被告陳光雄並未實行，故依民法第880條規定，系爭抵押權即因除斥期間經過而消滅。被告陳光雄辯稱本件抵押權未罹於時效，且其未經被告高啟霈律師（即許清山遺產管理人）通知陳報債權，復因我國法制之時效效力制度並非權利消滅主義，故其請求權應尚存續等語，自乏所據，尚難憑採。

㈣系爭抵押權因除斥期間經過而消滅，已如上述，惟系爭抵押權現均仍登記在系爭土地上，對於系爭土地之所有權圓滿行使狀態，自有所妨害，然有權請求除去該妨害之被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)始終未行使權利請求被告陳光雄塗銷系爭抵押權，顯有怠於行使權利之情事，且系爭抵押權之存在，復足以影響原告對本件原告債權之受償，此參之許清山名下僅餘系爭土地及000地號土地，該3筆土地經韻如不動產估價師事務所鑑定價格總計為4,249,500元，而於本件執行事件有拍賣無實益之情，有土地登記第一類謄本、韻如不動產估價師事務所115年8月31日中雲估字第11500023號函、許清山之稅務T-Road資訊連結作業查詢結果財產、所得在卷可考，並經本院調取本件執行事件卷審閱無訛，可見該等土地因系爭抵押權之存在而有拍賣無實益自明。是原告主張依民法第242條規定，本於其為被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)債權人之地位，為保全其債權，代位被告高啟霈律師(即許清山之遺產管理人)行使民法第767條第1項中段規定之妨害除去請求權，請求被告陳光雄塗銷系爭抵押權登記，即屬有據，應予准許。被告陳光雄以上開情詞辯稱原告無從依民法第242條規定代位行使權利等語，即乏所據，自難採信。

六、從而，原告以系爭土地上設定登記之系爭抵押權業已消滅為由，主張依民法242條、第767條第1項中段規定，請求被告陳光雄塗銷系爭抵押權登記，為有理由，應予准許。

七、本件原告雖併以被告間系爭抵押債權不存在，基於抵押權之

從屬性，系爭抵押權應即消滅一事為由，主張依民法242條、第767條第1項中段規定提起本件訴訟，然屬選擇之訴之合併，原告上開請求既有理由，則其餘之請求，自無再為審理之必要，附此敘明。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘主張與攻擊防禦方法及所提證據，經審酌後認與本件判決之結果不生影響，爰不另一一論述，併此敘明。

九、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第1項。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　30　　日

民事第二庭　法　官　陳秋如

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（需附繕本）。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　　115　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　李欣芸

附表：

編號	土地坐落雲林縣○○鄉○○段	抵押權設定日期與文號	權利人	擔保債權金額	清償日期	債務人	設定義務人、權利標的與設定權利範圍
1	000地號	85年2月7日雲西地字第1670號	陳光雄	800萬元	86年1月7日	許清山	許清山、所有權、23分之4
2	000地號						許清山、所有權、1分之1