最高法院民事判決

107年度台上字第2114號

上　訴　人　楊福春
　　楊茂林
共　　同
訴訟代理人　汪玉蓮律師
上　訴　人　新厚興企業有限公司
法定代理人　林秋吟
訴訟代理人　蔡文斌律師
　　林韋甫律師

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，兩造對於中華民國105年11月29日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（105年度上字第85號），各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、上訴人楊福春、楊茂林（下稱楊福春2人）主張：

伊對訴外人蔡壽春有新臺幣（下同）1,580 萬元之債權，已取得臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）核發 103年度司執合字第36271 號債權憑證（下稱系爭債權憑證），蔡壽春並以原判決附表（下稱附表）所示土地（下稱系爭土地），設定最高限額2,000萬元之抵押權（下稱第2順位抵押權，債務人為蔡壽春、訴外人江煌隆），擔保伊上開債權。嗣獲該院以103年度司拍字第38 號裁定准予拍賣抵押物（下稱拍賣抵押物裁定）。

蔡壽春前以系爭土地設定對造上訴人新厚興企業有限公司（下稱新厚興公司）為權利人，擔保債權總金額本金最高限額600萬元之抵押權（下稱第1順位抵押權），存續期間自民國73年2月20日至78年2月20日止，期滿已轉為一般抵押權；縱該債權存在，其請求權已逾民法第125條規定之15 年時效期間，依民法第 880條規定，該抵押權亦消滅。乃蔡壽春怠於請求塗銷該抵押權登記，伊自得代位行使該權利等情。

爰依民法第242條、第767條第1項中段規定，求為確認第1順位抵押權及所擔保之債權不存在（下稱系爭確認訴訟），及命新厚興公司塗銷該抵押權登記之判決。

二、新厚興公司抗辯：

蔡壽春於設定第1 順位抵押權予伊時，慮及將來可能以流抵方式清償債務，乃一併交付系爭土地所有權狀原本、印鑑證明予伊，楊福春2人無從於80年間辦理第2順位抵押權登記，其與蔡壽春、江煌隆間無債之關係；縱有之，因第2 順位抵押權之存續期間為80年8月24日至81年8月23日，期滿即轉為一般債權而起算請求權時效，其卻遲至103 年間始聲請拍賣抵押物裁定，顯罹於時效而消滅，已無債權可行使，不得代位起訴；況蔡壽春承認第1 順位抵押權擔保之債務，不為時效抗辯，楊福春2人亦不得代位起訴。

三、原審廢棄第一審所為駁回楊福春2人請求新厚興公司塗銷第1順位抵押權登記部分之判決，改命新厚興公司為塗銷登記；另維持第一審所為駁回楊福春2 人其餘請求（即系爭確認訴訟）之判決，駁回其就該部分之上訴。理由如下：

依蔡壽春出具承認積欠新厚興公司債務之聲明書（下稱系爭聲明書)及證言，並新厚興公司提出65年6月核發之系爭土地所有權狀、印鑑證明，足證蔡壽春有積欠新厚興公司600 萬元之債務，故於73年2月21日設定第1順位抵押權為擔保。

系爭土地於80年8月26日登記設定第2順位抵押權予楊福春、楊茂林，債務人依序為蔡壽春、江煌隆，楊福春2 人並執有79年6月核發如附表編號1至44所示土地所有權狀，第2 順位抵押權所擔保之借款本息、違約金合計1,580 萬元，迄未清償。楊福春2人乃向臺南地院聲請拍賣抵押物裁定、核發103年度司促字第4863號支付命令（下稱系爭支付命令），為兩造所不爭執；參以楊福春2 人所提書據、本票、借據、切結書所載及蔡壽春之證言，堪認蔡壽春同意提供系爭土地，為其弟蔡森南向楊福春2 人借款之擔保，並授權蔡森南處理，蔡森南以土地所有權狀遺失為由，代向地政機關申請補發，

再由江煌隆出名借款並開立本票，而設定第2 順位抵押權，楊福春2人對江煌隆確有債權，蔡森南確有向楊福春2人借款，蔡壽春則未在上開借據及切結書上親自簽名。

楊福春2 人執系爭支付命令，向臺南地院聲請強制執行系爭土地，因無人應買，致未受償，經該院核發系爭債權憑證。雖蔡壽春自93年9月3日起迄今在監服刑，系爭支付命令之送達，未依當時民事訴訟法第130 條規定向該監所長官為之，不生送達之效力，依同法第515條第2項規定，已失其效力，無確定可言。惟第1 順位抵押權及所擔保之債權是否存在，與楊福春2 人上開強制執行無人應買，致未受償有關，對其第2 順位抵押權及所擔保債權之實行有重大影響，為排除無法拍賣系爭土地以受償之危險，自有代位提起系爭確認訴訟之利益；縱其對蔡壽春之債權請求權已時效完成，但蔡壽春未為時效抗辯，仍具民法第242條之債權人地位。

ŋ 第1 順位抵押權所擔保之債權，其請求權已罹於時效，蔡壽春怠於行使時效抗辯，楊福春2人於104年6月5日提起本件訴訟，代位行使該抗辯後，蔡壽春不得再於104年8月19日以系爭聲明書拋棄時效利益。又新厚興公司於其債權請求權消滅時效完成後，5年間不實行第1順位抵押權，依民法第880 條規定，其抵押權消滅，楊福春2 人自得代位請求新厚興公司塗銷該抵押權登記。

ē 從而，楊福春2人依民法第242條、第767條第1項中段規定，請求新厚興公司塗銷第1 順位抵押權登記，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，不應准許。

四、本院判斷：

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條本文所明定。是代位權係債權人代行債務人之權利，故代行者與被代行者之間，必須有債權債務關係之存在，否則即無行使代位權之可言（本院49年台上字第1274號判例參照）。查系爭債權憑證所溯源之系爭支付命令已失其效力，蔡壽春並未在楊福春2 人所

提借據及切結書上簽名，僅同意設定第2順位抵押權，以擔保蔡森南向楊福春2人之借款，楊福春2人對江煌隆、蔡森南確有債權等情，為原審確定之事實。則楊福春2人與蔡壽春間有無債權債務關係存在，與其能否代位蔡壽春提起本件訴訟，所關頗切。原審未予釐清，即為不利新厚興公司之認定，自有可議。

按民法第478條後段規定，消費借貸未定返還期限者，貸與人得定1個月以上之相當期限，催告返還。所謂返還，係指「終止契約之意思表示」而言，即貸與人一經向借用人催告（或起訴），其消費借貸關係即行終止，惟法律為使借用人便於準備起見，特設「1個月以上相當期限」之恩惠期間，借用人須俟該期限屆滿，始負遲延責任，貸與人方有請求之權利。若貸與人未定1個月以上之期限向借用人催告，其請求權尚不能行使，消滅時效自無從進行。原判決既認蔡壽春有積欠新厚興公司600萬元之債務，故設定第1順位抵押權為擔保。惟第1順位抵押權所擔保之債權，究為蔡壽春對新厚興公司之借款或票款或貨款或兼而有之？有無約定清償期？若屬借款，又未約定清償期，新厚興公司有無依法催告，其請求權消滅時效何時開始進行？倘未經催告，能否謂其請求權之時效已完成？等項，均待釐清。原審未遑詳查，逕認第1順位抵押權所擔保之債權，其請求權因罹於時效而消滅，新厚興公司未於5年間實行其抵押權，依民法第880條規定，其抵押權消滅，所為不利新厚興公司之判斷，自有不當適用上開規定之違誤。

按最高限額抵押權成立時，可不必先有債權存在，縱經登記抵押權，因未登記已有被擔保之債權存在，如債務人、抵押人或其他債權人否認有該債權存在，自應由主張其法律關係存在之抵押權人負舉證責任。又取捨證據、認定事實，固屬事實審法院之職權，惟其採為認定事實之證據，必須對於應證事項有相當之證明力者，始足當之。查楊福春2人迭主張新厚興公司對蔡壽春無第1順位抵押權所擔保之600萬元債權

存在，新厚興公司應證明有該債權存在。原審徒以新厚興公司提出系爭土地所有權狀、印鑑證明及蔡壽春之證言、系爭聲明書，即認已足證明有該債權存在，疏未審酌蔡壽春所述欠款約1,700萬元一節，已近該抵押權所擔保債權之3倍，亦與系爭聲明書記載欠款逾600 萬元相距甚遠，且新厚興公司之資本總額僅500萬元，果有上開高額債權，竟長達30 餘年未行使，是否與經驗法則相符？能否謂上開證據就蔡壽春與新厚興公司間確有600 萬元債權債務存在一節已有相當之證明力等項，皆有再詳加推求之必要。乃原審遽以上開理由，為不利楊福春2人之判斷，自有可議。

ŋ兩造上訴論旨，各自指摘原判決不利於己部分為不當，求予廢棄，均為有理由。

五、結論：

本件兩造上訴均為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　13　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　沈　方　維

法官　魏　大　喨

法官　陳　靜　芬

法官　蘇　芹　英

法官　張　競　文

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　27　　日