臺灣屏東地方法院民事判決

108年度潮簡更一字第2號

原　　告　佳信國際事業有限公司
法定代理人　周宗彥
訴訟代理人　謝念錦
訴訟代理人　周明嘉
被　　告　陳春華
訴訟代理人　林金玉
被　　告　謝勝合律師(即許茂男之遺產管理人)

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，本院於民國108年3月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

確認被告乙○○就被告謝勝合律師管理之被繼承人許茂男所有屏東縣○○鄉○○段○○○○○○號土地，於民國八十四 年八月五日由屏東縣東港地政事務所以東地字第○○八七六六號設定登記之擔保債權總金額新臺幣貳佰伍拾萬元抵押權暨抵押債權，於超過新臺幣壹佰伍拾萬元之範圍內不存在。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、本件被繼承人許茂男於民國106年5月25日死亡，其繼承人均已拋棄繼承，並經臺灣高雄少年及家事法院選任謝勝合律師為其遺產管理人並確定在案，有臺灣高雄少年及家事法院107年度司繼字第1040號裁定在卷可參（見本院106年度簡上字第115號卷第151至152頁 ），是原告基於與被繼承人許茂男間關於下述抵押權之關係提起本件訴訟，關於設定抵押權之屏東縣○○鄉○○段○○○○○ ○號土地（下稱系爭土地）既屬被繼承人許茂男之遺產範圍，原告以許茂男之遺產管理人謝勝合律師為被告，自屬合法，先予敘明。

二、按確認之訴非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起。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（最高法院52年台上字第1240號判例意旨參照）。本件原告主張被告乙○○就許茂男所有之系爭土地，於84年8月5日由屏東縣東港地政事務所以東地字第000000號設定登記之擔保債權總金額新臺幣（下同）250 萬元之抵押權（下稱系爭抵押權），因許茂男與被告乙○○間並無債權債務關係及設定抵押權之合意存在，則系爭抵押權應予塗銷，足見系爭抵押權及所擔保之債權是否存在，確使原告得否請求被告乙○○塗銷系爭抵押權之法律上地位存有不安之狀態，且此不安之狀態，能以確認判決將之除去，堪認原告訴請確認系爭抵押權及所擔保之債權不存在，有確認利益。

三、次按不合於民事訴訟法第427條第1項及第2 項之訴訟，法院適用簡易程序，當事人不抗辯而為本案之言詞辯論者，視為已有適用簡易程序之合意，民事訴訟法第427條第4項定有明文。再按通常訴訟事件誤分為簡易事件者，法院應依下列方式處理：二、當事人不抗辯而為本案之言詞辯論者，視為合意適用簡易程序，由承辦法官依簡易程序繼續審理，同一地方法院適用簡易程序審理事件事務分配辦法第2條第2款亦有明文規定。查本件係關於財產權之訴訟，其訴訟標的價額本院核定為250萬元，而核定訴訟標的價額之裁定經本院於106年7月17日送達於兩造，有送達證書在卷可稽（見本院卷第154至156頁），該裁定兩造均未抗告而確定，是本件訴訟標的價額既為250萬元，已逾民事訴訟法第427條所定適用簡易程序之金額，本應適用通常訴訟程序，惟本院適用簡易程序，兩造均不抗辯而為本案之言詞辯論，揆之前開說明，視為已有適用簡易程序之合意，本院自應依簡易訴訟程序審理終結。

貳、實體部分：

一、原告主張：債務人許茂男積欠原告本金新臺幣（下同）1,486萬5,195元、違約金57萬4,554 元及遲延利息尚未清償，惟許茂男所有之系爭土地於84年8月5日設定擔保債權總金額250萬元，存續期間自84年8月3日起至84年11月3日止之系爭抵押權予被告乙○○，則原告如聲請拍賣系爭土地，恐因系爭抵押權而無法獲償。因被告乙○○與許茂男間並無消費借貸關係存在，且本件係屬消極確認之訴，被告乙○○如未舉證證明確有消費借貸關係，即可認系爭抵押權所擔保之借款債權不存在，依抵押權從屬性原理，系爭抵押權失其依附而無由成立；又系爭抵押權係於84 年8月5日設定，原告則於105年11月2 日提起本訴，是系爭抵押權所擔保之債權已罹於15年消滅時效，被告乙○○於消滅時效完成後，5 年內亦未行使抵押權，故系爭抵押權已消滅，原告自得請求確認系爭抵押權及其所擔保之債權不存在，並代位許茂男請求被告乙○○塗銷系爭抵押權，為此，原告爰依民法第242條、第767條第1 項中段規定，提起本件訴訟。並聲明：㈠確認被告乙○○以被告謝勝合律師管理之被繼承人許茂男所有之系爭土地所設定之系爭抵押權及其所擔保之250萬元債權不存在。㈡被告乙○○應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

二、被告方面：

㈠乙○○則以：許茂男係於84 年8月4日借得150萬元，被告乙○○於系爭土地及坐落屏東縣○○鎮○○段000○○段000000段00000地號土地（下稱東港段782、782-4、782-8地號土地）上先設定擔保債權額為150 萬元之抵押權，該抵押權於84 年8月5日登記完畢，嗣許茂男又表示欲再借款到300萬元，被告乙○○乃於85年1月4日再將抵押權之權利價值增加為300 萬元，惟考量許茂男恐無法還款，故未再貸款予許茂男，嗣東港段782-8 地號土地處分後，許茂男將該筆土地處分後所收取之款項向被告乙○○清償積欠之利息，被告乙○○乃於85年6月間再將抵押權之權利價值減少為250萬元，是被告乙○○與許茂男間確有消費借貸關係存在。又系爭土地

曾為法務部行政執行署屏東分署查封拍賣（下稱系爭執行事件），被告乙○○於102 年10月28日檢附系爭抵押權設定契約書及他項權利證明書聲明參與分配，故被告乙○○並非從未行使抵押權，系爭抵押權並未消滅等語，資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

㈡謝勝合律師(即許茂男之遺產管理人)則以：

三、本件原告主張許茂男尚欠本金1,486萬5,195元、違約金57萬4,554元及自93年12月17日起至清償日止，按年息百分之10.5計算之利息，並自93 年12月17日起至清償日止，按原利率百分之20計算之違約金尚未清償，及許茂男已將其所有之系爭土地設定系爭抵押權予被告乙○○等情，已據其提出與所述相符之本院93 年度執字第10472號債權憑證、債權讓與證明書、限期優惠還款通知書暨收件回執、系爭土地登記第一類謄本為證（見本院卷第7至19 頁），復有屏東縣東港地政事務所106 年1月13日屏港地一字第10630031700號函所附之系爭土地人工登記簿謄本、公務用謄本在卷可憑(見本院卷第34至55頁)，故原告上開主張，堪信為真實。

四、原告主張許茂男與被告乙○○間並無消費借貸關係，系爭抵押權及其所擔保之債權均不存在，且系爭抵押權損害原告債權，應予塗銷，為被告乙○○所否認，並以前詞置辯，是本件兩造之爭點為：㈠原告主張許茂男與被告乙○○間就系爭抵押權所擔保之債權不存在，是否有理由？㈡系爭抵押權所擔保之債權，是否因時效完成且罹於5 年之除斥期間而消滅？茲分述如下：

㈠原告主張許茂男與被告乙○○間就系爭抵押權所擔保之債權不存在，是否有理由？

1.按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任，此有最高法院42 年台上字第170號判例意旨可資參照。本件原告否認許茂男與被告乙○○間有消費借貸關係存在，而提起消極確認之訴，揆諸上開判例意旨，舉證責任之分配，即應由主張債權關係存在之被告，就

成立債權契約之事實負舉證之責，且如被告不能立證或其提出之證據不足採用，則原告之訴即應認為有理由，無庸另行立證，是本件既屬消極確認之訴，且原告否認許茂男與被告乙○○間有消費借貸關係，則依舉證責任分配之法則，自應由被告乙○○就消費借貸之事實負舉證之責。查許茂男與被告乙○○間存在消費借貸關係之事實，業據被告乙○○提出借款收據、系爭土地他項權利證明書及土地建築改良物抵押權設定契約書等件在卷為憑（見本院卷第116至117頁），又被告乙○○曾於84年8月5日就系爭土地及東港段782、782-4、782-8地號土地設定擔保債權額150萬元之抵押權，復於85年1月6日將抵押權變更權利價值為300萬元，再於85年8月14日變更權利價值為250萬元，並塗銷東港段782-8地號土地之抵押權登記，有他項權利證明書、土地建築改良物抵押權設定契約書及他項權利移轉變更契約書在卷可稽（見本院卷第113至116頁）。是許茂男與被告乙○○間如係基於通謀虛偽意思表示而虛偽設定抵押權，則僅須設定1 次高額擔保債權額之抵押權，以影響債權人將來之受償即可，自無先後辦理2 次權利價值變更之必要，且系爭土地於法務部行政執行署屏東分署查封拍賣時，被告乙○○所設定之抵押權擔保債權額為250萬元，然其僅就150萬元之本金債權額聲明參與分配，有被告乙○○提出之法務部行政執行署屏東分署債權額計算書可參（見本院卷第97頁），此亦據本院依職權向法務部行政執行署屏東分署調取94年度勞費執專字第4634號勞工保險條例執行卷核閱屬實，則許茂男與被告乙○○如係為影響債權人之受償而虛偽設定抵押權，於系爭土地查封拍賣之際，被告乙○○該時既設定擔保債權額250 萬元之抵押權，理應就本金債權額250 萬元聲明參與分配，豈會僅聲明參與分配150 萬元？是就系爭土地設定抵押權歷次之權利價值變更過程，及被告乙○○向法務部行政執行署屏東分署陳報之債權額為150 萬元等情以觀，尚難認定系爭抵押權係為影響債權人之受償而由許茂男與被告乙○○所虛偽設定。

2.次查，許茂男於84年8月4日所簽立之借款收據載明：「茲收到新台幣壹佰伍拾萬元正。右之金額系本人提供土地座○○○鎮○○段○○○號持分1/3、同段七八二-四、七八二-八號全部○○○鄉○○段○○○○○號7/9等四筆土地與台端辦理抵押權設定之借用原金，屬實無訛」等語，有該借款收據在卷可憑（見本院卷第117頁），又查被告乙○○於84年8月3日填具抵押權設定契約書，系爭土地所設定擔保債權額150萬元之抵押權並於84年8月5日登記完成，有土地建築改良物抵押權設定契約書在卷可查（見本院卷第116 頁）。則該借款收據已直接載明許茂男已收受借款150 萬元之事實，再觀諸被告乙○○填具抵押權設定契約書與許茂男簽立借款收據之日期，相距1日，顯見許茂男與被告乙○○達成150萬元借款合意後，由被告乙○○先填具抵押權設定契約書並向東港地政事務所送件，再於翌日交付許茂男150 萬元，以確保交易安全。再者，許茂男如未收受借款，亦焉能甘受設定抵押權之財產上重大不利益，而於84年8月5日抵押權設定登記完畢後未有任何異議之舉。是綜合前開事證，堪認被告乙○○就其交付許茂男150 萬元借款乙節，已為相當之舉證。從而，自應認被告乙○○就其與許茂男間有150 萬元消費借貸之事實，亦即系爭抵押權確有擔保之債權存在乙節已盡舉證之責，則如原告有相反之主張，自應提出證據以推翻之，然原告就此並未提出任何證據以為證明，自無法認其主張為可採。

3.原告雖又主張許茂男縱有借款150 萬元，惟被告乙○○已自承借款資金來自於訴外人甲○○，則許茂男與被告乙○○間並無消費借貸關係等語，惟交付借款固為貸與人之義務，惟所交付之借款，不以自有之資金為限，向他人調用資金，事所恆有，被告乙○○之資力狀況為何、交付之資金來源為何，與消費借貸法律關係是否存在，係屬二事，本難據此認定抵押權所擔保之債權不存在。經查，許茂男既已取得150 萬元借款，並將系爭土地設定抵押權予被告乙○○，許茂男與

被告乙○○間既已成立消費借貸關係，至於借款之資金來源究為被告乙○○，抑或甲○○所提供，要屬被告乙○○與甲○○間之內部關係，尚不足以據此否定許茂男與被告乙○○間所成立之消費借貸關係，原告以許茂男借款之資金來自於甲○○，而主張系爭抵押權擔保之債權不存在，尚不足採。

4.綜上，許茂男與被告乙○○間既存在消費借貸關係，借款金額為150 萬元，已如前述，且系爭抵押權於系爭土地之登記謄本上雖登載擔保債權額為250 萬元，惟被告乙○○亦自承係交付150萬元之借款金額予許茂男（見本院卷第120頁），則系爭抵押權所擔保債權金額即為150 萬元，原告請求確認許茂男與被告乙○○間就系爭土地所設定系爭抵押權所擔保之債權，於超過150 萬元之部分不存在，為有理由，逾此範圍，則應予駁回。

㈡系爭抵押權所擔保之債權，是否因時效完成且罹於5年之除斥期間而消滅？

1.按查封之不動產，未能依執行債權人之聲請而賣出，債權人亦不承受時，執行法院宜實施特別拍賣程序，以保債權人之利益。如仍不能賣出，則撤銷查封返還債務人，以終結執行程序，以避免無益之執行。而民法第136 條明定執行處分因權利人聲請或法律上要件欠缺而被撤銷、權利人之聲請撤回或被駁回，視為不中斷者，乃因開始執行行為或聲請強制執行，既有要件不備或撤回聲請等情形，即與未開始或未聲請者同，其已生之中斷時效應回復至未中斷前之狀態，以保護相對人之利益，則視為不中斷自不包括特別拍賣程序無人應買或無債權人承受而撤銷查封之情形。經查，被告乙○○於102 年10月28日檢具抵押權設定契約書、他項權利證明書於系爭執行事件向法務部行政執行署屏東分署聲明參與分配，此據本院調取該執行卷查閱屬實，已如前述，惟因系爭土地經二次減價之執行程序仍無人應買或由債權人承受，且於公告3 個月仍無人應買或債權人承受，該執行程序已依強制執行法第95條第2 項規定視為撤回，有法務部行政執行署屏東

分署104 年7月7日屏執愛99年地稅執字第00058203號函在卷可稽（見本院卷第92頁），則依上開說明，系爭土地之執行程序雖因特別拍賣無人應買或債權人承受而依強制執行法第95條第2 項規定視為撤回而終結，然此與因開始執行行為或聲請強制執行，有要件不備或撤回聲請之情形不同，難認係民法第136條第2項所稱視為不中斷之情形。是以，原告主張被告乙○○就系爭執行事件聲明參與分配，不生中斷時效之效力等語，委不足取。

2.按請求權，因15間不行使而消滅；以抵押權、質權或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物、質物或留置物取償；又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，5 年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅，民法第125條前段、第145條第1項、第880條分別定有明文。查系爭抵押權所擔保者為消費借貸債權，已如前述，其請求權時效應為15年，而系爭抵押權登記之清償日期為84 年11月3日，有系爭土地登記第一類謄本在卷可稽（見本院卷第18頁），是系爭抵押權所擔保之債權雖應於99年11月3日即罹於時效，惟系爭抵押權尚未因5年除斥期間經過而消滅，被告乙○○即於102 年10月28日檢附他項權利證明書及抵押權設定契約書於系爭執行事件向法務部行政執行署屏東分署聲明參與分配，則系爭抵押權所擔保之債權消滅時效雖已完成，依民法第144條第1項時效完成效力之規定，其債權並非當然消滅，僅變成債務人得拒絕給付之自然債務而已，況被告乙○○於消滅時效完成後5 年內已行使系爭抵押權，則系爭抵押權並未消滅，從而，原告主張系爭抵押權所擔保之債權已因時效完成，且於5 年內未行使抵押權，而請求確認系爭抵押權及其所擔保之債權不存在，均屬無據，應予駁回。

五、綜上所述，許茂男借貸之款項為150 萬元，被告乙○○對許茂男應有150 萬元債權存在，則系爭抵押權所擔保之債權額為150 萬元。從而，原告請求確認系爭抵押權所擔保之債權

250萬元，其中逾150萬元之抵押債權不存在，尚屬有據，應予准許，逾此部分之請求，則屬無據，應予駁回。

六、次按抵押權為從物權，以主債權之存在為其存在之前提，故如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。此乃基於抵押權之不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債權未全部消滅時，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登記（最高法院85 年度台上字第227號裁判要旨參照）。系爭抵押權所擔保之債權150 萬元既然存在，許茂男亦未清償，自難准許原告請求被告乙○○塗銷系爭抵押權之設定登記，是原告併予請求被告乙○○應將系爭抵押權設定登記予以塗銷，應屬無據而應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要，附此敘明。

八、末按各當事人一部勝訴、一部敗訴者，其訴訟費用，由法院酌量情形，命兩造以比例分擔或命一造負擔，或命兩造各自負擔其支出之訴訟費用，民事訴訟法第79條定有明文。爰斟酌被告乙○○於系爭執行事件向法務部行政執行署屏東分署行使系爭抵押權所陳報之債權本金為150 萬元（見本院卷第97頁），非250 萬元，而與本院認定許茂男與被告乙○○間成立之消費借貸金額相符，亦即原告於提起本件訴訟前，被告乙○○即以150 萬元為系爭抵押權所擔保之債權額行使系爭抵押權，是經本院斟酌上情後，認本件訴訟費用應由原告負擔為宜，併此敘明。

九、據上論結，本件原告之訴一部為有理由，一部為無理由，依民事訴訟法第436條第2項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　28　　日

潮州簡易庭　法　官　李育任

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後

20日內補提上訴理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）

正本係照原本作成。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　28　　日

書記官　郭松菊