臺灣高等法院臺南分院民事判決

107年度上易字第247號

上　訴　人　蔡茂昌
訴訟代理人　邱創典律師
複　代　理人　丁詠純律師
上　訴　人　張景鴻
被　上訴人　大力開發企業有限公司
法定代理人　周宗揚
訴訟代理人　史文孝
　　葉凱禎律師
　　方浩鍵律師

上列當事人間請求確認抵押權存在事件，上訴人對於中華民國107年7月6日臺灣嘉義地方法院107年度訴字第110號第一審判決提起上訴，本院於107年12月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決除確定部分外廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

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號民事判例參照）。被上訴人為上訴人張景鴻之債權人，提起本件確認之訴，係為判斷上訴人間抵押權法律關係是否存在之爭執，而涉及其是否得代位行使張景鴻之抵押權滿足其債權，揆諸上開規定及判例意旨，自應認被上訴人提起之確認訴訟具有確認利益，合先敘明。

貳、實體方面

一、被上訴人主張：訴外人遠宏資產管理有限公司（下稱遠宏公司）於民國101年4月3日將承受訴外人臺灣中小企業銀行股份有限公司（下稱臺灣中小企銀）對上訴人張景鴻尚未清償之債權及該債權下一切權利（包括利息、違約金、代墊訴訟費用及其他從屬之權利等）、名義、利益、義務及責任讓與伊。嗣伊發現上訴人蔡茂昌所有坐落嘉義縣○○鎮○○段○○○○○○○○○號土地（下稱系爭土地），於101年10月4日為上訴人張景鴻設定100萬元之普通抵押權，尚未清償。伊乃向臺灣臺南地方法院民事執行處（下稱執行法院）聲請扣押上訴人張景鴻上開債權（下稱系爭債權）。執行法院於106年12月11日核發扣押命令，禁止上訴人蔡茂昌對上訴人張景鴻清償該債權。上訴人蔡茂昌聲明異議，否認系爭債權存在。伊因上訴人蔡茂昌之行為致無法受償，自有提起確認之訴之必要；又上訴人蔡茂昌對上訴人張景鴻之債務已屆清償而未清償，上訴人張景鴻怠於行使對於上訴人蔡茂昌之債權人權利，伊得民法第242條規定行使代位權，請求上訴人蔡茂昌返還上揭100萬元借款並由伊代位受領。原判決確認系爭抵押債權存在，並命上訴人蔡茂昌應給付上訴人張景鴻100萬元，由伊代位受領，核無不合，並聲明：上訴駁回（原判決駁回被上訴人請求利息部分，未據上訴，業已確定，不另贅述）。

二、上訴人則以：上訴人張景鴻於79年間經營水電材料行，上訴人蔡茂昌向張景鴻買貨，而提供系爭土地設定100萬元抵押權以為擔保，並非101年才設定。後水電材料行之負責人變更為訴外人張燕章，抵押權才讓與張燕章，後來抵押權人再變回張景鴻，嗣後蔡茂昌沒有向張景鴻買貨，且欠款已經還清，張景鴻即將抵押文件還給蔡茂昌，蔡茂昌因不懂法律，致未塗銷抵押權登記。原判決認蔡茂昌尚積欠張景鴻100萬元，並命蔡茂昌應返還張景鴻該筆款項，且由被上訴人代為受領，顯有未合等語，資為抗辯，並聲明：(一)原判決不利上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之

訴駁回。

三、本件不爭執事項（見本院卷第203至204頁，為敘述方便，字句略作修正）：

(一)上訴人張景鴻前向臺灣中小企銀借款，尚積欠部分本金、利息、違約金及代墊款未清償。臺灣中小企銀於92年4月3日將其對上訴人張景鴻之債權及該債權下一切權利、名義、利益、義務及責任一併讓與訴外人力富資產管理股份有限公司（下稱力富資產公司）；力富資產公司復於94年1月24日讓與訴外人馬來西亞商德義第一資產管理股份有限公司台灣分公司（下稱德義第一資產公司）；德義第一資產公司又於97年1月8日將上開債權讓與訴外人遠宏公司；遠宏公司於101年4月3日將系爭債權讓與被上訴人。

(二)系爭土地為上訴人蔡茂昌所有，權利範圍6分之1。系爭土地登記謄本記載，系爭土地於91年2月15日，以讓與為原因，將第1順位抵押權人由訴外人張潘鉉變更登記為上訴人張景鴻（擔保債權總金額為10萬元）；於101年10月4日，以讓與為原因，將第2順位抵押權人由訴外人張燕章變更登記為上訴人張景鴻（擔保債權總金額為100萬元）。

(三)系爭土地於88年12月30日以林地字第148230號收件字號設定登記之抵押權，其所擔保之100萬元債權，與101年10月4日林地字第061730號收件字號讓與登記之抵押權，其所擔保之100萬元債權，兩者相同。

四、本件經依民事訴訟法第463條準用同法第270條之1第1項第3款規定，整理並協議簡化爭點後，兩造同意就本院107年12月26日言詞辯論時，兩造協議簡化之爭點為辯論範圍（見本院卷第204頁）。茲就兩造之爭點分述如下：

(一)上訴人張景鴻與蔡茂昌就系爭土地設定100萬元之抵押權及其擔保之債權是否存在？

(二)抵押權所擔保之債權，是否已經時效完成？被上訴人代位行使抵押權，有無逾除斥期間？

(三)被上訴人代位上訴人張景鴻請求蔡茂昌給付100萬元，並代

位受領，是否有理？

五、本院之判斷

(一)上訴人張景鴻與上訴人蔡茂昌就系爭土地設定100萬元之抵押債權是否存在？

1.被上訴人主張上訴人張景鴻積欠伊借款本息、違約金尚未清償，上訴人蔡茂昌所有之系爭土地於101年10月4日為上訴人張景鴻設定有100萬元之普通抵押權，以林地字第061730號申請設定完成，迄今尚未塗銷等情，業據提出台灣雲林地方法院97年度執字第28606號債權憑證、債權讓與證明書、債權讓與通知函暨回執、系爭土地之第二類登記謄本為證（見原審卷㈠第19至27、29至39頁）；且為上訴人張景鴻所不爭執，堪信為真實。

2.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第277條定有明文；而按民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。又原告對於自己主張之事實（即起訴事實）已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯其不實，並提出新事實而為反對之主張者，則原告對其反對之主張，亦應負證明之責，此乃舉證責任分擔之原則（最高法院17年上字第0917號、18年上字第2855號判例及同院72年度台上字第1036號、74年度台上字第2143號判決參照）。次按主張法律關係存在之當事人，固僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明（最高法院48年台上字第887號判例參照）；惟負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明責任。倘不負舉證責任之他造當事人，就同一待證事實已證明間接事實，而該間接事實依經驗法則為判斷，與待證事實之不存在可認有因果關係，足以動搖法院原已形成之心證者，將因

該他造當事人所提出之反證，使待證事實回復至真偽不明之狀態。此際，自仍應由主張該事實存在之一造當事人舉證證明之，始得謂已盡其證明責任（最高法院93年度台上字第2058號判決參照）。準此，本件被上訴人主張上訴人蔡茂昌與上訴人張景鴻就系爭抵押權所擔保之消費借貸債權100萬元存在，惟為上訴人蔡茂昌及張景鴻堅決否認，並提出上訴人張景鴻致上訴人蔡茂昌存證信函1紙為證（見本院卷第67頁）；該存證信函為上訴人張景鴻於75年10月1日催告上訴人蔡茂昌償還37萬7,248元所為。上訴人張景鴻應無可能預期與被上訴人間發生訴訟而於30年前預發該存證信函之可能。又系爭土地於91年2月15日，以讓與為原因，將第1順位抵押權人由訴外人張潘鉉變更登記為上訴人張景鴻（擔保債權總金額為10萬元）；於101年10月4日，以讓與為原因，將第2順位抵押權人由訴外人張燕章變更登記為上訴人張景鴻（擔保債權總金額為100萬元），復為兩造所不爭（見上開不爭執事項㈡）。本院依職權調得之經濟部商工登記公示資料查詢服務資料，南興水電衛生材料行係於69年6月24日核准設立，88年1月13日之負責人為張燕章（見本院卷第137頁）。堪信上訴人張景鴻抗辯其原為南興水電衛生材料行之負責人，嗣變更為張燕章，上訴人蔡茂昌向上訴人張景鴻購買水電材料始將系爭土地設定100萬元抵押權，並因負責人變更而變更系爭抵押權之權利人為張燕章，上訴人蔡茂昌與張景鴻抗辯系爭抵押權係上訴人蔡茂昌向上訴人張景鴻購買水電工程貨物之擔保而設定系爭抵押權乙節，應認已盡舉證責任，則被上訴人主張上訴人蔡茂昌與上訴人張景鴻間成立消費借貸，參照前揭說明，自應由被上訴人就前揭有利於其之主張，負舉證之責任。

3.查，被上訴人就系爭抵押權所擔保之債權係消費借貸及上訴人蔡茂昌與張景鴻間仍有100萬元之抵押債權存在乙節，並未舉證以為證明，自難認已盡舉證責任，準此，被上訴人主張上訴人張景鴻對上訴人蔡茂昌間有100萬元之抵押債權存

在，自難信為真實。

4.被上訴人固主張上訴人張景鴻於原審107年5月11日言詞辯論期日已自認蔡茂昌有欠張景鴻100萬元（見原審卷256頁），系爭抵押債權確實存在等語。按當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認，由法院審酌情形斷定之。民事訴訟法第279條第1項、第2項定有明文。經查，被上訴人於原審107年5月11日言詞辯論期日主張上訴人張景鴻於前次開庭（即107年3月7日）已自認有債權存在，如果沒有自認有債權存在，為何要還款，上訴人應提出已經清償之證據。上訴人張景鴻（兼上訴人蔡茂昌之訴訟代理人）則陳稱：本件自始我們已經表示債權債務就不存在，雖然有設定，但不代表有債權債務，只是沒有辦理塗銷。...是有借款，蔡茂昌跟張景鴻借一筆10萬元、一筆100萬元，但在80幾年都已經還了等語（見原審卷㈠第255至256頁）。次查，上訴人張景鴻於107年3月7日原審言詞辯論期日陳稱：我79年有做水電材料，當時蔡茂昌跟我買貨，他提供土地給我抵押，我就可以出貨，並沒有固定欠我多少錢。...早就有設定抵押權了，不是101年才設定。...設定100萬元抵押，也是因為蔡茂昌要出貨，但是蔡茂昌有還款。...沒有欠我錢了，只是還沒有塗銷抵押權而已，此有言詞辯論筆錄在卷可參（見原審卷㈠第91至92頁）。足認上訴人張景鴻於原審該次期日並未自認，被上訴人之主張，尚無足採。至於上訴人張景鴻於原審107年5月23日固又陳稱：蔡茂昌欠我的錢，因為他生病的關係，所以沒有還。...蔡茂昌跟我借錢，有借有還，到最後還欠一個10萬元、一個100萬元，所以才設定抵押權。...蔡茂昌的債務已經在張燕章的手上，因為張燕章有蔡茂昌的借據，而我有寫清償證明給蔡茂昌等語（見原審卷第290頁），核與其於上開原審107年5月11日期日之陳述相互矛盾，惟上訴人前後之陳述反覆，或可認上訴人之陳述，其憑信性可疑，似未為真實之陳述

，然此並不能免除被上訴人對其主張上訴人間消費借貸關係存在之事實應負之舉證責任，依前揭舉證責任分配之原則，被上訴人既無法舉證證明系爭抵押權所擔保之消費借貸債權100萬元存在，上訴人張景鴻之陳述縱相互矛盾，仍不足資為被上訴人之有利證據，附此敘明。

(二)被上訴人代位上訴人張景鴻請求上訴人蔡茂昌給付100萬元本息，是否有理由？

按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，固為民法第242條前段所明定。惟本件被上訴人既無法舉證證明上訴人張景鴻對上訴人蔡茂昌有系爭抵押權所擔保之消費借貸債權100萬元存在，則被上訴人主張上訴人張景鴻怠於行使該項權利，依民法第242條規定代位張景鴻請求上訴人蔡茂昌給付100萬元，並由被上訴人受領，自屬無據。

(三)原判決確認系爭抵押債權存在，並命上訴人蔡茂昌應給付上訴人張景鴻100萬元，尚有未合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰廢棄原判決，改判如主文第二項所示。

六、本件事證已臻明確，兩造就系爭抵押權所擔保之債權，是否已經時效完成？被上訴人代位行使抵押權，有無逾除斥期間，及其餘主張及舉證，核與本件判決結果不生影響，爰不另一一論述，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　16　　日

民事第二庭審判長法　官　高榮宏

法　官　黃瑪玲

法　官　陳春長

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　16　　日

書記官　邱孝如