

【裁判字號】85,台上,646

【裁判日期】850328

【裁判案由】請求塗銷抵押權登記

【裁判全文】

最高法院民事判決

八十五年度台上字第六四六號

上訴人 甲○○

被上訴人 乙○○○

丙○○

黃貴祥

黃雅玫

黃峻昇

黃柯月容

黃鴻禧

黃貴山

黃繼勳

黃美容

黃鴻志

黃雅莉

楊黃雅卿

右當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國八十四年七月十七日台灣高等法院台南分院第二審判決（八十三年度上字第四七一號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件上訴人主張：坐落雲林縣斗南鎮○○段三九○之二○號土地及其上建物即雲林縣斗南鎮○○街四一號房屋（下稱系爭房地）為伊所有，於民國七十六年六月十五日與被上訴人之被繼承人黃貴青約定，就系爭房地設定新台幣（下同）一百萬元之抵押權於黃貴青，以擔保伊購買藥品之貨款債權。設定完成後，尚未交易，黃貴青即死亡，抵押權所擔保之債權不存在，且抵押權之除斥期已屆至等情。求為命被上訴人塗銷系爭房地抵押權登記之判決。

被上訴人則以：本件抵押權登記及抵押權設定契約書之設定原因，並未載明係「貨款之擔保」，應為一般債權擔保。上訴人確有積欠黃貴青代墊一百萬元之債務，除經上訴人簽名之帳單八十五萬九千六百元外，另有郵寄之帳單二十萬二千六百元，已逾一百萬元之債權。該債權經上訴人與黃貴青和解後，始設定上開抵押權，故該債權已非貨款請求權。嗣後上訴人已付十五萬元，並以五十萬元與被上訴人和解，自己承認該債務，不得再主張時效利益等語。資為抗辯。

原審廢棄第一審所為上訴人勝訴之判決，改判駁回上訴人之訴，無非以：上訴人起訴，原以被上訴人黃柯月容、楊黃雅卿、黃雅玫、黃峻昇、黃雅莉為被告，惟第一審判

決結果認楊黃雅卿、黃雅玫、黃峻昇、黃雅莉等四人已依法拋棄繼承，乃駁回上訴人該部分訴訟，未據上訴人聲明不服。因上開四人拋棄繼承之結果，應由被上訴人黃柯月容與被繼承人黃貴青之父母黃永寧、乙○○○三人共同繼承。嗣黃永寧於八十一年七月十日死亡，其繼承部分，依法應由其配偶乙○○○及子女黃貴青、丙○○、黃繼勳、黃貴祥、黃鴻禧、黃鴻志、黃貴山、黃美容等九人繼承，惟黃貴青已先於黃永寧死亡，應由其直系血親卑親屬即楊黃雅卿、黃雅玫、黃峻昇、黃雅莉代位繼承，有戶籍登記簿謄本在卷足憑。茲上訴人追加丙○○、黃繼勳、黃貴祥、黃鴻禧、黃鴻志、黃貴山、黃美容、黃雅玫、楊黃雅卿、黃峻昇、黃雅莉等人為當事人，查其訴訟標的對黃貴青之繼承人須合一確定，即無不合。按系爭房地所設定上開一百萬元抵押權，係屬一般之抵押權，且無記載係擔保貨款之債權，依最高法院六十二年台上字第七七六號及七十一年台抗字第三〇六號判例意旨以觀，本件抵押權係於債權成立時或成立後始為設定。上訴人主張，係先設定抵押權，以擔保嗣後進貨貨款之債權，復為被上訴人所否認，且上訴人又未能舉證以實其說，殊不足採。次查，本件設定抵押權之權利人為黃貴青個人，非杏儒藥品有限公司（下稱杏儒公司），有該土地及建物登記簿謄本可查。留存於黃貴青之全部認帳單及送貨單，亦無記載係杏儒公司名義，有認帳單、送貨單及退貨單影本在卷可稽。又上訴人於八十四年四月十八日準備書狀所附支票存根影本十五張，其上記載之受款人為黃貴青，而僅其中三張兌現，受款人均為黃貴青，由黃貴青之帳戶具領，亦有彰化商業銀行斗南分行八十四年五月四日彰斗南字第〇八四六號函及檢附之支票影本三紙在卷可憑，參酌上訴人於準備程序時自認係向「黃貴青買藥而設定抵押權」，足見本件債權債務關係存在於黃貴青個人與上訴人間，而非上訴人與杏儒公司間。再依上訴人提出上揭支票存根聯所載金額，自七十三年七月三十日至七十四年九月三十日止，應給付黃貴青而尚有五十九萬三千三百元未兌現，另依認帳單及送貨單所載，自七十四年九月後，至本件設定抵押權前之金額為六十一萬八千七百四十元。上訴人並未舉證已償還該金額，則在本件未設定抵押權前，黃貴青對上訴人已有超過一百萬元之債權。是被上訴人所辯，上訴人與黃貴青係以一百萬元和解而設定抵押權，自屬可信。按本件抵押債權約定清償期為七十八年六月十五日，則縱令前揭債權原係貨款債權，惟經上訴人與黃貴青和解而設定抵押權，並另定清償期，則尚難適用民法第一百二十七條第八款貨款債權之二年時效。又縱令適用二年之短期時效，依七十八年六月十五日清償期屆至，計算之二年時效，為八十年六月十五日。另上訴人主張，抵押權之除斥期間已屆至而請求塗銷抵押權登記，惟依民法第八百八十條規定時效完成後五年，仍得實行抵押權觀之，上開抵押權之除斥期間應至八十三年六月十五日或八十五年六月十五日。而上訴人係於八十三年四月二十一起訴，本件抵押權之除斥期間顯尚未屆至。上訴人此部分請求，亦有未合。未查，上訴人曾於八十二年九月二十日至被上訴人處，要求被上訴人配合辦理塗銷抵押權登記，當場清償十五萬元，由被上訴人開立收據交上訴人收執，為上訴人所不爭執。參酌上訴人自承：「本來以十五萬元塗銷，被上訴人要求高點至五十萬元」、「談到五十萬元是在代書那裏談的」等語，上訴人顯已承認並已一部清償。上訴人復致函要求被上訴人黃柯月容備齊證件，於八十三年三月十四日至代書處，辦理抵押權之塗銷及交款，並於同年四月十八日立有事後作廢之和解書，亦有和解書及存證信函等影本

為憑。則本件抵押權所擔保之債權縱如上訴人所云時效已完成，亦因上訴人於時效完成後再為清償部分欠款，自屬承認債務，依最高法院五十年台上字第二八六八號判例意旨，應視為拋棄時效利益。從而，上訴人請求塗銷上開抵押權登記，洵無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

按民事訴訟法採辯論主義，舉凡法院判決之範圍及為判決基礎之訴訟資料均應以當事人之所聲明及所主張者為限（本院七十一年台上字第二八〇八號判例意旨）。本件被上訴人於原審主張：「上訴人所積欠黃貴青公司貨款已由黃貴青代墊，上訴人與黃貴青所設定之抵押權已非貨款請求權」（原審卷二四頁、一六九頁正面），原判決逕以認定本件債權債務關係原本即存在於黃貴青個人與上訴人間，而非上訴人與杏儒公司之間，亦非黃貴青代墊上訴人積欠杏儒公司之貨款，與被上訴人所為之主張不同，揆諸上開說明，即有認作主張之違誤。且被上訴人所提出認帳單，部分未由上訴人簽名，上訴人已予以否認（原審卷二二一頁正面），原審未命被上訴人舉證證明其真正，亦有未洽。又上訴人與黃貴青間是否有債權債務存在，攸關上訴人清償十五萬元，暨欲以五十萬元與被上訴人和解，是否為「債務承認」，自有詳查之必要。次查，消滅時效有中斷或不完成之問題，除斥期間則否，即權利人若未在除斥期間未經過前行使其權利，俟期間經過，權利即歸消滅。民法第八百八十條之五年期間，係除斥期間，如抵押權人於起訴後，未行使其抵押權，其除斥期間仍在繼續進行中，不因已起訴或案件仍在法院審理中而中斷進行。原判決以如上訴人所云，則本件抵押權之除斥期間為八十三年六月十五日或八十五年六月十五日，在上訴人起訴之八十三年四月二十一日，抵押權之除斥期間顯未屆至云云，就其中除斥期間為八十三年六月十五日部分，未遑注意上訴人是否在期間屆至前曾行使抵押權，自屬可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 三 月 二 十 八 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 范 秉 閣

法官 朱 錦 娟

法官 許 澍 林

法官 蘇 茂 秋

法官 蘇 達 志

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 五 年 四 月 十 六 日

V