臺灣新北地方法院民事判決

111年度重訴字第573號

原　　告　肯佳建設股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　張崇鎮

原　　告　曾文立

共　　同

訴訟代理人　林美均

　　黃世芳律師

被　　告　游黃敏

　　游振弘

　　游俊源

　　游東翰

共　　同

訴訟代理人　張麗真律師

被　　告　吳俊玲

　　游家瑋

　　游家華

　　游俊鈞

　　游俊渙

　　游鍾興

上列當事人間塗銷抵押權登記事件，本院於民國112年5月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰應將其被繼承人游潤和於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表一所示之抵押權設定登記予以塗銷。

二、被告吳俊玲、游家瑋、游家華應將其被繼承人游俊棟於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表二所示之抵押權設

定登記予以塗銷。

三、被告游俊鈞應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表三所示之抵押權設定登記予以塗銷。

四、被告游俊渙應將應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表四所示之抵押權設定登記予以塗銷。

五、被告游鍾興應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表五所示之抵押權設定登記予以塗銷。

六、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、本件被告吳俊玲、游家瑋、游家華、游俊鈞、游俊渙、游鍾興未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條列各款情形，應依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、原告主張：

㈠緣訴外人聯合建設股份有限公司（下稱聯合建設公司）以其所有坐落新北市○○區○○段000地號土地應有部分(權利範圍)2400分之440及同上區段464地號土地應有部分(權利範圍)12000分之2200，於73年9月21日為訴外人游潤和設定；於87年12月1日為訴外人游俊棟、被告游俊鈞、游俊渙分割繼承；於94年9月29日經讓與為被告游鍾興；110年01月20日經抵押權人吳逸男讓與為原告曾文立，共同設定擔保債權額新台幣（下同）1000萬元、存續期間自73年8月29日起至74年8月28日止、清償日期為74年8月28日之抵押權，並分別經中和地政事務所以登記字號：(73)北中地登字第029347號、(87)北中地資字第234880號、(94)北中地登字第305250號、(110)北中地登字第011260號之抵押權登記完竣，其各該抵押權設定登記情形，詳如「附表」所示。嗣聯合建設公司將其設定上開抵押權之系爭490地號土地應有部分2400分之330、系爭464地號土地應有部分12000分之1650出售給原告肯

佳建設股份有限公司（下稱肯佳建設公司）；又將系爭490地號土地應有部分2400分之110、系爭464地號土地應有部分12000分之550出售給原告曾文立，此有系爭土地所有權買賣移轉契約書可稽(請見原證一)，因而各該抵押權亦隨同繼續存在於原告取得之上開系爭490、464地號土地權利範圍上，此亦有土地謄本可稽(請見原證二、原證三)。

㈡按請求權，因十五年間不行使而消滅。消滅時效，自請求權可行使時起算，民法第125條前段、第128條前段分別定有明文；另民法第880條亦規定：「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，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。」；又民法第767條第1項中段規定：「所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。」經查：

1.本件被告游俊鈞如「附表三」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人之被告游俊鈞於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則被告游俊鈞之債權請求權於89年8月28日已罹於十五年之時效而消滅。且被告游俊鈞又未於債權請求權消滅時效完成後五年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於五年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。被告游俊鈞之抵押權消滅後，若未塗銷其登記，將妨害原告行使系爭490、464地號土地之所有權能，原告得依民法第767條第1項中段規定，請求其將抵押權予以塗銷，爰為訴之聲明第三項請求。

2.本件被告游俊渙如「附表四」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人之被告游俊渙於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則被告游俊渙之債權請求權於89年8月28日已罹於十五年之時效而消滅。且被告游俊渙又未於債權請求權消滅時效完成後五年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於五年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。被告

游俊渙之抵押權消滅後，若未塗銷其登記，將妨害原告行使系爭490、464土地之所有權能，原告得依民法第767條第1項中段規定，請求其將抵押權予以塗銷，爰為訴之聲明第四項請求。

3.本件被告游鍾興如「附表五」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人之被告游鍾興於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則被告游鍾興之債權請求權於89年8月28日已罹於十五年之時效而消滅。且被告游鍾興又未於債權請求權消滅時效完成後五年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於五年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。被告游鍾興之抵押權消滅後，若未塗銷其登記，將妨害原告行使系爭490、464土地之所有權能，原告得依民法第767條第1項中段規定，請求其將抵押權予以塗銷，爰為訴之聲明第五項請求。

㈢次按，臺灣高等法院臺中分院97年度重上字第127號民事判決：「按民法對於因繼承於登記前已取得之不動產物權，採相對登記主義，非經登記不得為處分（民法第七百五十九條參照）。是抵押權雖逾民法第八百八十條規定之五年除斥期間而歸於消滅，惟於除斥期間消滅前如抵押權人之繼承人已繼承該抵押權時，則繼承人既已為抵押權人，自應就該抵押權先辦理繼承登記，始得准許為塗銷登記（司法院（81）廳民一字第一八五七一號研究意見參照）；惟若抵押權已逾民法第八百八十條規定之五年除斥期間後，其抵押權本即已歸於消滅，如該抵押權人死亡，其繼承人不僅無繼承其抵押權之可言，且負塗銷抵押權登記之義務。故抵押人如以抵押權人之繼承人為被告訴請塗銷抵押權登記時，該抵押權既已消滅，自無須先辦抵押權繼承登記，始准許塗銷登記（司法院（74）廳民一字第一一八號研究意見參照）。」(附件)，因此，登記抵押權人如於死亡前其抵押權已消滅，因而負有塗銷抵押權義務者，繼承人並未繼承其抵押權，自無庸辦理繼

承登記即可直接塗銷；如登記抵押權人之抵押權係在繼承人繼承後方發生抵押權消滅之情形，繼承人既已為抵押權人，則繼承人應辦理繼承登記後，方可塗銷抵押權。經查：

1.本件抵押權人游潤和如「附表一」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人游潤和於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則游潤和之債權請求權於89年8月28日已罹於十五年之時效而消滅。且游潤和又未於債權請求權消滅時效完成後五年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於五年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。查，抵押權人游潤和雖於111年10月4日死亡，其繼承人為被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰，有其繼承系表及戶籍資料可稽(請見鈞院卷第155頁、第221頁、第222頁)。然而，游潤和既於「附表一」所示抵押權消滅(即94年8月28日)後死亡，依上開說明，則應由被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰等人就其被繼承人游潤和名義所設定之抵押權，無庸辦理繼承登記，即可逕予塗銷，爰為訴之聲明第一項請求。

2.本件抵押權人游俊棟如「附表二」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人游俊棟於斯日即得請求抵押人聯合建設股份有限公司清償，則游俊棟之債權請求權於89年8月28日已罹於十五年之時效而消滅。且游俊棟又未於債權請求權消滅時效完成後五年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於五年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。查，抵押權人游俊棟雖於101年7月11日死亡，其繼承人為被告吳俊玲、游家瑋、游家華，有其繼承系表及戶籍資料可稽(請見鈞院卷第55頁、第57頁)。然而，游俊棟既於「附表二」所示抵押權消滅(即94年8月28日)後死亡，依上開說明，則應由被告吳俊玲、游家瑋、游家華等人就其被繼承人游俊棟名義所設定之抵押權，無庸辦理繼承登記，即可逕予塗銷，爰為訴之聲明第二項請求。

㈣並聲明：如主文所示。

三、被告部分：

㈠被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰則以下列情詞置辯：

1.新北市中和地政事務所112年3月7日新北中地籍字第1125993430號函覆鈞院「說明：…二、另貴院函調本所73年北中地登字第029347號抵押權設定及94年北中地登字第305250號抵押權讓與登記申請案檔存資料，經查皆已逾土地登記規則第19條所訂之15年保存年限，業由本所依檔案法規定辦理銷毀，是以，無原案影本可資提供。」，然被告取得73年3月10日系爭土地合建之合建契約書【被證1】、本件抵押權設定契約書之公契影本【被證2】、73年5月1日【被證3】及同年月12日之協議書【被證4】原本，證明系爭抵押權所擔保之債權係屬因履行合建契約所生之債權（詳後述），凡債權尚未到期，債權人依民法第125條規定，於一定期間內之請求權仍然存在，此與請求權逾期不行使而為消滅時效之完成不同。原告僅以土地登記簿所載推論73年設定抵押權迄今被告之請求權時效應已完成且逾越抵押權5年之除斥期間主張塗銷登記實無理由。

2.被告從親族取得本件系爭抵押權設定之公契書影本上載「土地標示：中和市○○○段○○○○○段000地號地目：旱地面積：六叁平方公尺設定權利範圍：2200/12000　擔保權利金額：共同擔保新臺幣壹仟萬元正　。土地標示：同右 119地號地目：建地面積：叁六公畝 弍叁平方公尺設定權利範圍：440/2400 擔保權利金額：同右…擔保債權總金額：債權額新臺幣壹仟萬元正。權利存續期間自民國柒叁年捌月貳九日起至民國柒肆年捌月貳八日止共壹年…債務清償日期民國七十四年八月二八日」、「聲請登記以外之約定事項：1.交付利息日期及方法：2.其他約定事項：本件設定係擔保合建契約之履行，如義務人依合建契約興建房屋至五樓結構體完成時，則本項設定應塗銷之，否則義務人應將本設定標的物過戶返還權利人，其移轉過戶費用由權利人負擔…訂立契

約書人游義雄債權5/40…游宗福債權10/40…游光炎債權10/40…游潤和債權15/40」，證明系爭抵押權所擔保之債權係屬因履行合建契約所生之將來可發生之債權。

⑴按最高法院47年台上字第535號裁判「抵押權所擔保之債權，原可由契約當事人自行訂定，此觀民法第八百六十一條但書之規定自明。故契約當事人如訂定以將來可發生之債權為被擔保債權，自非法所不許。」，本件抵押權設定所擔保之債權即屬之。

⑵被告游東翰等4人因繼承父親游潤和而取得抵押債權，父親因祖父游貽欽以土地持分1/3與其他共有人於73年3月間提供前臺北縣○○市○○○段○○○○○段000地號（即本件系爭464地號土地）、119地號及119-1地號（即本件系爭490地號土地）與聯合公司於73年3月10日簽訂合建契約書，73年5月1日協議先行過戶予聯合公司因合建而分得之土地持分，但嗣發現對地主並無保障，乃於同年5月12日再簽訂設定抵押權擔保之協議書。

⑶據73年5月12日協議書「一、双方因合建房屋之関係依合建契約甲方應在乙方將房屋興建至五樓結構体完成時始將甲方名下之合建基地座落台北縣中和市南勢角段頂南勢角小段118地号0.00六三公頃及同地段119地号0.三六二三公頃之土地產權各持分三分之一移轉其中百分之五五給于乙方做為合建房屋與土地交換條件。 二、今因甲方處理工作之需要甲方先行將游貽欽持有部分，其中乙方應得百分之五五之土地產權移轉登記過戶給予乙方。三、為保障甲方之權益於上開土地產權過戶與乙方名下時，乙方應設定給甲方，但甲方應在乙方完成五樓頂板澆築完成時提供有關塗銷證件供乙方辦理塗銷登記。四、嗣後如乙方未能依照合建契約第七條第四款之約定將房屋興建完工時乙方願將上述已移轉取得之全部土地產權過戶返還與甲方同時甲方應返還有關乙方代墊之增值稅及一切稅費但其責任屬於甲方者甲方應先行返還乙方有關代墊之增值稅及一切稅費同時加付自代墊稅費日起以日息每

萬元每日四元之利息償還於乙方後，乙方始將上開土地產權過戶返還於甲方。」，故游貽欽乃將其持有原118地號土地1/3持分即4000/12000之55％為2200/12000（計算：4000/12000×55％＝2200/12000）及原119地號土地1/3持分即800/2400之55％為440/2400持分於73年6月20日以買賣為原因分別移轉2200/12000（詳鈞院卷第346頁即新北市中和地政事務所提供之系爭土地異動索引，）及440/2400（詳鈞院卷第381頁）予聯合公司，聯合公司再以所有權人身分提供所取得之上開合建土地設定抵押權給游貽欽指定之人。

⑷因游貽欽所持有之1/3土地持分並非全部屬其個人所有，尚有其他親族之權益，為配合將來合建完成後之建物分配比例乃製作118、119、119-1地號土地分配表【被證5】，其中118地號土地面積較小，僅63平方公尺，故權利分配以119、119-1地號土地之比例定之。游漢隆、游光炎、游水土、游貽欽四人之權利分配比例為1：2：2：3，故抵押權設定契約書上之抵押債權持分即按上開比例分別約定，其中游貽欽指定登記給其子游潤和（權利範圍15/40）、游漢隆指定登記給游義雄（權利範圍5/40）、游水土指定登記給游宗福（權利範圍10/40）及游光炎（權利範圍10/40），此即可證明抵押權設定契約書之內容係可採信，不得因其係影本而否認其效力。

⑸依抵押權公契固記載抵押權權利存續期間自73年8月29日起至74年8月28日止1年，惟查「查抵押權係以擔保債務之清償為目的，不能離債權而單獨存在，在主債權未消滅之前，抵押權即繼續存在，故其本身並無所謂權利存續期間。至於債務清償日期，依民法第三百十五條規定，除法律另有規定或契約另有訂定，或不能依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求為清償，債務人亦得隨時為清償。故本件當事人雖未約定債務清償日期，亦不影響其抵押權之設定。」（前司法行政部（63）台函民字第1915號函）。即抵押債權未清償前，抵押權即繼續存在，本身並無所謂權利存續期

間。

⑹從合建契約並無約定何時完成興建，故公契上所載清償日期74年8月28日明顯僅係配合權利存續期限之到期日，與事實不符，不得以該日期作為本件擔保債權之清償日期。

⑺游貽欽已依73年5月12日協議書約定，將土地過戶給聯合公司，期待建方儘速依合建契約開發興建，但從被告收到本件起訴狀繕本始知悉聯合公司竟於110年8月30日將合建之系爭土地持分全部出售給原告二人（詳原告112年2月21日民事陳報狀之附件1、附件2），確定聯合公司違約合建契約已屬給付不能，依民法第226條規定，系爭抵押權所擔保之債權已由合建契約請求分配建物轉為損害賠償請求權，被告等對抵押人聯合公司之損害賠償請求權應自收受本件起訴狀繕本翌日起算，迄今明顯尚未逾越15年消滅時效，原告請求塗銷抵押權明顯無理由。

⑻由上可知，系爭抵押權之設定係依據73年5月12日協議書，所擔保之債權係為履行合建契約將來可發生之債權，故系爭抵押權所擔保之債權是否到期係依合建契約之進度及結果認定之。然被告收受本件起訴狀繕本始知悉聯合公司違約，本件所擔保之債權自該時起轉為損害賠償請求權迄今請求權尚未罹於消滅時效，原告請求塗銷抵押權登記無理由。

3.依民事訴訟法第355條第1項規定「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」，本件被告所提系爭抵押權設定契約書之公契固屬影本，但系爭抵押權設定契約書係依內政部土地登記規則第14條、第16條規定之「登記書表簿狀圖冊」製作，經地政機關收訖，其上蓋有收件章，應可推定為公文書，況被告已提出設定抵押權原因之合建契約書原本及協議書原本，依最高法院83年度台上字第2247號判決「是私文書通常如經他造否認，雖應由舉證人證其真正，但如係遠年舊物，另行舉證實有困難者，法院非不得依經驗法則，並斟酌全辯論意旨，以判斷其真偽。」，鈞院應依經驗法則並斟酌全辯論意旨，判斷系爭抵押權設定之公契書為真正而

為本件認定之依據，不因原告以被告所提系爭抵押權設定契約書之公契為影本而否認其真正。

4.綜上所述，本件系爭抵押權之清償期日係於聯合公司出售系爭土地翌日起算15年，迄原告提起本件訴訟時，請求權尚未消滅，原告起訴請求塗銷抵押權登記無理由。

5.並聲明：原告之訴駁回。

㈡被告吳俊玲、游家瑋、游家華、游俊鈞、游俊渙、游鍾興則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明、陳述。

四、原告主張：㈠訴外人聯合建設公司以其所有坐落新北市○○區○○段000地號土地應有部分(權利範圍)2400分之440及同上區段464地號土地應有部分(權利範圍)12000分之2200，於73年9月21日為訴外人游潤和設定；於87年12月1日為訴外人游俊棟、被告游俊鈞、游俊渙分割繼承；於94年9月29日經讓與為被告游鍾興；110年01月20日經抵押權人吳逸男讓與為原告曾文立，共同設定擔保債權額1000萬元、存續期間自73年8月29日起至74年8月28日止、清償日期為74年8月28日之抵押權，並分別經中和地政事務所以登記字號：(73)北中地登字第029347號、(87)北中地資字第234880號、(94)北中地登字第305250號、(110)北中地登字第011260號之抵押權登記完竣，其各該抵押權設定登記情形，詳如「附表」所示。嗣聯合建設公司將其設定上開抵押權之系爭490地號土地應有部分2400分之330、系爭464地號土地應有部分12000分之1650出售給原告肯佳建設公司；又將系爭490地號土地應有部分2400分之110、系爭464地號土地應有部分12000分之550出售給原告曾文立，因而各該抵押權亦隨同繼續存在於原告取得之上開系爭490、464地號土地權利範圍上；㈡抵押權人游潤和於111年10月4日死亡，其繼承人為被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰；㈢抵押權人游俊棟於101年7月11日死亡，其繼承人為被告吳俊玲、游家瑋、游家華之事實，有土地所有權買賣移轉契約書、土地謄本、繼承系表及戶籍資料可稽，且為被告所不爭執，堪信為真實。

五、原告復主張本件5筆抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則渠等債權請求權於89年8月28日已罹於15年之時效而消滅，且抵押權人又未於債權請求權消滅時效完成後5年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於5年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅，而抵押權消滅後，若未塗銷其登記，將妨害原告行使系爭490、464地號土地之所有權能，原告自得依民法第767條第1項中段規定訴請塗銷等情。則為被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰所否認，並以前詞置辯。經查：

㈠按請求權，因十五年間不行使而消滅。消滅時效，自請求權可行使時起算，民法第125條前段、第128條前段分別定有明文；又民法第880條規定：「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，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅」、民法第767條第1項中段規定：「所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之」。查被告游俊鈞如「附表三」所示之抵押權設定登記、游俊渙如「附表四」所示之抵押權設定登記、被告游鍾興如「附表五」所示之抵押權設定登記，其等抵押權所擔保之債權清償日期皆為74年8月28日，其等抵押權人於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則其等債權請求權於89年8月28日已罹於15年之時效而消滅。而上開3人亦未於債權請求權消滅時效完成後5年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其等抵押權於5年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)即歸於消滅，則其等抵押權消滅後，若未塗銷登記，將妨害原告行使系爭490、464土地之所有權能，原告依民法第767條第1項中段規定，請求其等將抵押權予以塗銷，自屬應予准許。

㈡次按民法對於因繼承於登記前已取得之不動產物權，採相對登記主義，非經登記不得為處分（民法第759條參照），是抵押權雖逾民法第880條規定之5年除斥期間而歸於消滅，惟

於除斥期間消滅前如抵押權人之繼承人已繼承該抵押權時，則繼承人既已為抵押權人，自應就該抵押權先辦理繼承登記，始得准許為塗銷登記（司法院（81）廳民一字第18571號研究意見參照）；惟若抵押權已逾民法第880條規定之5年除斥期間後，其抵押權本即已歸於消滅，如該抵押權人死亡，其繼承人不僅無繼承其抵押權之可言，且負塗銷抵押權登記之義務，故抵押人如以抵押權人之繼承人為被告訴請塗銷抵押權登記時，該抵押權既已消滅，自無須先辦抵押權繼承登記，始准許塗銷登記（司法院（74）廳民一字第118號研究意見參照）。經查：

1.本件抵押權人游潤和如「附表一」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人游潤和於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則游潤和之債權請求權於89年8月28日已罹於15年之時效而消滅，而游潤和又未於債權請求權消滅時效完成後5年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於5年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。又抵押權人游潤和係於111年10月4日死亡，其既於「附表一」所示抵押權消滅(即94年8月28日)後死亡，依上開說明，則其繼承人即被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰等人就該抵押權登記，無庸辦理繼承登記，即可逕予塗銷。再者，上開抵押權消滅後，若未塗銷登記，將妨害原告行使系爭490、464土地之所有權能，原告依民法第767條第1項中段規定，請求被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰等人將抵押權予以塗銷，自屬應予准許。

2.被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰雖抗辯渠等祖父游貽欽與其他共有人於73年3月10日提供臺北縣○○區○○○段○○○○○段000地號(即本件系爭464地號)、119地號及119-1地號(即本件系爭490地號)與聯合公司簽訂合建契約書，渠等之父親游潤和因繼受游貽欽與聯合公司所簽訂之合建契約權利義務，而連同他共有人游義雄、游宗福、游光炎與聯

合公司於73年8月29日簽訂「抵押權設定契約書」，就聯合公司於系爭464、490地號土地持分共同設定本件系爭抵押權，依抵押權設定契約書所載，除設定土地標示、擔保債權總金額外，並約定「權利存續期限：自民國73年8月29日起至民國74年8月28日止共壹年」、「債務清償日期：民國74年8月28日」，並經登記在案，依抵押權設定契約書所載：「2.其他登記事項：本件設定係擔保合建契約之履行……」，系爭抵押權所擔保之債權係屬因履行合建契約所生之將來可發生之債權，是上開抵押權所擔保之債權係屬因履行合建契約所生之債權，且其所擔保之債權已由合建契約請求分配建物轉為損害賠償請求權，渠等對抵押人聯合公司之損害賠償請求權應自收受本件起訴狀繕本翌日起算，迄今明顯尚未逾越15年消滅時效，原告請求塗銷抵押權明顯無理由云云。惟查：

⑴抵押權之目的在擔保債權之清償，故所擔保之債權固包括將來可發生之債權，只須將來實行抵押權時有被擔保之債權存在即為已足。本件系爭抵押權設定債權人及債務人既約定「債務清償日期：民國74年8月28日」，亦即系爭抵押權所擔保之債權於該日起，債權人(游潤和等四人)即得請求聯合公司清償債務，並開始消滅時效之計算，因此，游潤和等人之債權請求權於89年8月28日已罹於15年之時效而消滅甚明。

⑵依系爭合建契約第八條：「違約罰責：甲乙雙方願遵守本約各項條件履行義務，任何一方違約時應受左列之處理。(2)乙方(指聯合公司)違約無法依本契約第七條第四、五款規定期限內完工及交屋，每逾壹天罰新台幣伍仟元整…」等語，而第七條第四款及第五款之約定，係聯合公司應於一定時間內申請建造執照及一定時間內領取使用執照交屋，否則應負遲延罰款之債務，故系爭抵押權所擔保之債權為聯合公司應負遲延責任之損害賠償。

⑶系爭合建契約約定第七條第四款約定：「甲方所有地上物理

清，乙方應於參個月內申請建造執照，並於建造執照核准日起九０天內完工，每批自開工日起五四０個工作天內建造完成……」，是游潤和等人之合建契約請求分配建物權利，至少須聯合公司逾720個工作天(90+90+540)完工後，建物分配請求權才可行使；而系爭合建契約於73年3月10日簽訂後，約定債務之清償日為74年8月28日，期間僅1年5個月餘日曆天(537天)，不足以發生債務清償日時，游潤和等人建物分配請求權可行使、聯合公司應負建物分配債務之情況，足見系爭抵押權所擔保之債權應非合建契約請求分配建物權利。況系爭合建契約於73年3月10日簽訂，迄今已逾39年，若有所謂建物分配請求權，亦應早已罹於消滅時效。

3.本件抵押權人游俊棟如「附表二」所示之抵押權設定登記，其抵押權所擔保之債權清償日期為74年8月28日，抵押權人游俊棟於斯日即得請求抵押人聯合建設公司清償，則游俊棟之債權請求權於89年8月28日已罹於15年之時效而消滅，而游俊棟又未於債權請求權消滅時效完成後5年間實行其抵押權，依民法第880條之規定，則其抵押權於5年之除斥期間經過後(即自94年8月28日起)歸於消滅。又抵押權人游俊棟係於101年7月11日死亡，其既於「附表二」所示抵押權消滅(即94年8月28日)後死亡，依上開說明，則其繼承人即被告吳俊玲、游家瑋、游家華等人就其該抵押權登記，無庸辦理繼承登記，即可逕予塗銷，再者，上開抵押權消滅後，若未塗銷登記，將妨害原告行使系爭490、464土地之所有權能，原告依民法第767條第1項中段規定，請求被告吳俊玲、游家瑋、游家華等人將抵押權予以塗銷，自屬應予准許。

六、從而，本件原告依民法第767條第1項中段規定，請求：㈠被告游黃敏、游振弘、游俊源、游東翰應將其被繼承人游潤和於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表一所示之抵押權設定登記予以塗銷。㈡被告吳俊玲、游家瑋、游家華應將其被繼承人游俊棟於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立

所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表二所示之抵押權設定登記予以塗銷。㈢被告游俊鈞應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表三所示之抵押權設定登記予以塗銷。㈣被告游俊渙應將應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表四所示之抵押權設定登記予以塗銷。㈤被告游鍾興應將於原告肯佳建設股份有限公司、曾文立所有坐落新北市○○區○○段000地號及同區段464地號土地，如附表五所示之抵押權設定登記予以塗銷，為有理由，應予准許。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列。

八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第85條第1項前段。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　26　　日

民事第五庭　　法　官　連士綱

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。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　　112　　年　　5　　月　　29　　日

書記官　游曉婷