# 臺灣屏東地方法院民事判決

112年度簡上字第24號

上　訴　人　裕融企業股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　嚴陳莉蓮

訴訟代理人　季佩芃律師

被 上訴 人　陳武進

陳武隆

朱陳春鳳

陳春香

陳春金

王麗雪

王品富

王雅慧

兼上列一人

法定代理人　王振茂

上列當事人間請求塗銷抵押權登記事件，上訴人對於中華民國111年11月28日本院111年度屏簡字第505號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於112年8月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決廢棄。

二、被上訴人應就其被繼承人陳朝所遺坐落屏東縣○○市○○段000○000地號土地於民國72年10月24日登記之新臺幣30萬元抵押權，辦理繼承登記，並將上開抵押權設定登記予以塗銷。

三、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、本件被上訴人均未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、按第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原法院，但以因維持審級制度認為必要時為限，民事訴訟法第451條第1項定有明文。所謂訴訟程序有重大之瑕疵，係指第一審違背訴訟程序之規定，其違背與判決內容有因果關係，或因訴訟程序違背規定，不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言。當事人在第一審起訴，未由法定代理人合法代理，第一審法院未命補正遽為實體上之判決者，訴訟程序固有瑕疵，惟此項訴訟要件之欠缺，倘非不得補正，第二審法院應可命其為補正，一經補正，該訴訟程序之瑕疵即行除去，殊無再援用民事訴訟法第451條第1項之規定，逕將該事件發回第一審法院之餘地（最高法院92年度台上字第748號判決意旨參照）。查被上訴人甲○○前經臺灣高雄少年及家事法院於民國103年4月30日以103年度監宣字第107號裁定為監護之宣告，並選定乙○○為其監護人確定，有戶籍謄本可稽(見原審卷第107頁)，並經本院調閱上開卷宗核閱無訛。詎原審漏未以乙○○為甲○○之法定代理人而逕為實體判決，其訴訟程序自有重大瑕疵，惟上訴人已於本審補正乙○○為甲○○之法定代理人，原審訴訟程序之瑕疵業已除去，且原審判決甲○○勝訴，其亦未因此而受有不利益，則依上開說明，本件即無將本件發回原法院審理之必要，應予敘明。

三、按第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。上訴人於原審主張代位訴外人彭宥璟即彭璟湘（下稱彭宥璟），請求被上訴人就其被繼承人陳朝所遺坐落屏東縣○○市○○段000○000地號土地(下稱系爭土地)於72年10月24日登記之新臺幣30萬元抵押權（下稱系爭抵押權）設定登記予以塗銷。惟陳朝於80年10月13日死亡後，系爭抵押權尚未經被上訴人辦理繼承登記，上訴人於本院追加請求被上訴人就系爭抵押權辦理繼承登記，俾以請求被上訴人塗銷系爭抵押權設定登記，核其追加

之訴與原訴之基礎事實同一，依上開規定，上訴人所為訴之追加，於法即無不合，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人於原審起訴主張：彭宥璟積欠伊公司新臺幣（下同）32萬6,632元及其利息未為清償。又彭宥璟公同共有之系爭土地，其上設定有陳朝所遺系爭抵押權，系爭抵押權所擔保之債權，其請求權消滅時效業於88年4月20日完成，被上訴人於消滅時效完成後，迄今已逾5年仍未實行其抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權業已消滅。然系爭土地為彭宥璟唯一之不動產，且其別無資產足以清償所欠伊公司之債務，伊公司因彭宥璟怠於行使權利，為保全債權，得依民法第242條、第828條第2項準用第821條及第767條第1項規定，代位彭宥璟請求被上訴人塗銷系爭抵押權設定登記等情，並聲明：被上訴人應協同上訴人將系爭抵押權設定登記，予以塗銷。

二、被上訴人則未於原審言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴，並為訴之追加，上訴及追加之訴意旨除如前述外，另補充以：系爭抵押權所擔保之債權，其請求權消滅時效業已完成，系爭抵押權亦因5年除斥期間之經過而消滅，然抵押權人陳朝業已死亡，被上訴人均為其繼承人，自負有塗銷系爭抵押權設定登記之義務。伊公司為保全債權，自得代位彭宥璟請求被上訴人就其被繼承人陳朝所遺系爭抵押權辦理繼承登記，並塗銷系爭抵押權設定登記等語，並於本院聲明：如主文第2項所示。被上訴人則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述。

四、經查，上訴人主張之事實，業據其提出本院104年度司執字第20527號債權憑證、土地登記謄本、地籍異動索引及戶籍謄本為證（見原審卷第15至18頁、第41至56頁、第57至64頁及第87至110頁）。被上訴人已於相當期間受合法通知，而

均於言詞辯論期不到場，亦未提出準備書狀爭執，依民事訴訟法第436條之1第3項準用同法第463條、第280條第3項前段及第1項前段規定，應視同自認，則上訴人之主張，自堪信為實在。

五、本院之判斷：

(一)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880條定有明文。又請求權時效期間為15年，但法律所定期間較短者，依其規定（民法第125條），故時效期間僅有較15年為短者，而無超過15年者（最高法院53年度台上字第1391號判決先例參照）。查系爭抵押權所擔保債權之清償期於73年4月20日屆至，且被上訴人又未主張並證明其擔保債權之請求權消滅時效有何中斷、不完成或重行起算之情形，則其請求權消滅時效至遲於88年4月20日即已完成。又被上訴人亦未主張並證明其等曾在往後5年間實行抵押權，則系爭抵押權至遲於93年4月20日業已歸於消滅。

(二)按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項定有明文。次按公同共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得公同共有人全體之同意，民法第828條第3項固定有明文。惟各共有人對於第三人，得就共有物之全部，為本於所有權之請求，回復共有物之請求，僅得為共有人全體之，為民法第821條所明定。該規定依同法第828條第2項規定，於公同共有準用之。再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，民法第242條前段設有明文。不動產權利之登記如有無效之原因，其登記名義人雖不能取得權利，惟此項登記仍不失為財產上之利益，登記名義人死亡後，自應由其繼承人繼承；且為維持登記之連續性，應認在其繼承人辦理繼承登記前，真正權利人尚不得逕行請求塗銷該登記（最高法院87年度台上字第2667號判決意旨參照）。是以，不動產權利（如抵押權）倘已消滅，權利人之繼承人雖不能因繼承而取

得其權利，但其登記之利益仍應由其繼承人繼承，且為維持登記之連續性，在繼承人辦理繼承登記前，尚不得逕行請求塗銷登記。

(三)經查，系爭抵押權仍登記為陳朝之名義，有土地登記謄本可稽（見原審卷第41至57頁）。依上開說明，應先經陳朝之繼承人即被上訴人辦理繼承登記後，始得塗銷其設定登記。又系爭土地為彭宥璟所公同共有，其上有系爭抵押權設定登記存在，對於其所有權顯然有所妨害，且被上訴人尚未就陳朝所遺系爭抵押權辦理繼承登記，則上訴人為保全債權，自得代位彭宥璟請求被上訴人就系爭抵押權辦理繼承登記，並塗銷其設定登記。

六、綜上所述，本件上訴人依民法第242條、民法第828條第2項準用第821條及第767條第1項規定，代位被上訴人彭宥璟請求被上訴人就其被繼承人陳朝所遺系爭抵押權辦理繼承登記，並塗銷系爭抵押權設定登記，為有理由，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決(不含追加部分)，容有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院將原判決廢棄，連同追加部分，改判如主文第2項所示。

七、據上論結，本件上訴人之上訴及追加之訴為有理由，依民事訴訟法第436條之1第3項、第463條、第385條第1項前段、第450條、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　23　　日

民事第二庭　審判長法　官　涂春生

法　官　薛全晉

法　官　俞亦軒

正本係照原本作成。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　23　　日

書記官　鍾思賢