臺灣高等法院臺南分院民事判決

114年度上字第40號

上　訴　人　陳玉山
訴訟代理人　莊承融律師
(法扶律師)
被 上訴 人　劉麗珠
訴訟代理人　姜讚裕律師
被 上訴 人　李曉涵
　　李玉蛟
前二人共同
訴訟代理人　史翠雲

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113年12月13日臺灣臺南地方法院第一審判決（113年度訴字第618號）提起上訴，本院於民國114年6月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人劉麗珠、李曉涵、李玉蛟應分別將如附表一、二、三所示之抵押權設定登記予以塗銷。

第一、二審訴訟費用由被上訴人劉麗珠負擔百分之16、被上訴人李曉涵負擔百分之32，餘由被上訴人李玉蛟負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊所有如附表一、二、三所示土地，雖依序設定如附表一、二、三所示抵押權（下依序稱系爭A、B、C抵押權）予被上訴人劉麗珠、李曉涵、李玉蛟，但均無任何抵押債權存在，且縱認有抵押債權存在，該等抵押權亦皆因除斥期間屆滿而消滅，則系爭抵押權登記之繼續存在，已妨礙伊所有附表一、二、三所示土地所有權之圓滿行使。爰依民法第767條第1項中段之規定，求為命被上訴人劉麗珠、李曉涵、李玉蛟分別將系爭A、B、C抵押權登記予以塗銷等語。

二、被上訴人則以下列情詞置辯，並求為判決駁回上訴人本件請

求：㈠劉麗珠辯稱：上訴人之父陳秋竹（於民國96年11月21日歿）與上訴人胞兄陳旭垣（106年10月4日歿，下稱陳秋竹等2人）曾於87年9月8日簽立借據（下稱系爭借據）向伊借款新臺幣（下同）30萬元，並設定系爭A抵押權予伊，經伊於87年9月11日交付同額借款，詎陳秋竹等2人自89年12月11日起未再付息，伊遂聲請原審法院核發90年度促字第8838號支付命令，並於90年4月23日確定（下稱系爭90年支付命令），嗣因伊與陳秋竹等2人合意將借款期限延至91年11月8日，遂未執系爭90年支付命令聲請強制執行，其後陳秋竹等2人仍未如期清償債務，伊再向臺灣士林地方法院聲請對上訴人即陳秋竹之繼承人核發106年度司促字第4350號支付命令，並於106年6月5日確定（下稱系爭106年支付命令），請求權時效迄未消滅，A抵押權自無可能因除斥期間屆滿而消滅。㈡李玉蛟、李曉涵則辯以：陳秋竹等2人透過李玉蛟之妻史翠雲，向李玉蛟借款108萬元，及向訴外人史翠雲胞姊史素惠借款60萬元，均已如數交付借款，並分別設定系爭C、B抵押權以為擔保，嗣史素惠又於104年間將該借款債權讓與史翠雲之女李曉涵，伊等雖未曾就上開債權聲請強制執行，但於法院通知實行抵押權後，均已參與分配，請求權時效迄未消滅，C、B抵押權自無可能因除斥期間屆滿而消滅等語。【原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，聲明：㈠原判決廢棄。㈡劉麗珠、李曉涵、李玉蛟應分別將系爭A、B、C抵押權設定登記予以塗銷。被上訴人則求為判決駁回上訴。】

三、本件經整理兩造不爭執事項，及依民事訴訟法第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兩造爭點，分別列舉如下（見本院卷第214至215頁）：

㈠兩造不爭執事項：

1、系爭A抵押權所擔保之借款30萬元債權、陳秋竹與陳旭垣之87年9月8日30萬元借據（下稱系爭借據）所載30萬元債權（見原審卷第237頁）、系爭90年支付命令所載30萬元債權

（見本院卷第99頁）、系爭106年支付命令所載30萬元債權（見原審卷第253頁），均是同一筆債權（下稱系爭30萬元債權）。

2、被上訴人李曉涵、李玉蛟從未主動聲請執行系爭B、C抵押權。

㈡兩造爭點：

1、系爭30萬元債權之請求權消滅時效，應自「系爭90年支付命令確定之日即90年4月23日」，或「系爭106年支付命令確定之日即106年6月5日」重行起算15年？上訴人請求塗銷系爭A抵押權，有無理由？

2、李曉涵、李玉蛟是否於原審法院109年度司執字第28952號、113年司執字29002號執行程序中，以「視為已實行抵押」之方式，依序行使系爭B、C抵押權？上訴人請求塗銷系爭B、C抵押權，有無理由？

四、茲就兩造爭點及本院之判斷，分述如下：

1、系爭30萬元債權之請求權消滅時效，應自「系爭90年支付命令確定之日即90年4月23日」，或「系爭106年支付命令確定之日即106年6月5日」重行起算15年？上訴人請求塗銷系爭A抵押權，有無理由？

(1)上訴人雖辯稱系爭30萬元債權不存在云云。惟按債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力。104年7月1日修正前民事訴訟法第521條第1項定有明文。經查，系爭90年支付命令業於90年4月23日確定，有該支付命令及確定證明書可稽（見本院卷第99至101頁），是依上開規定及兩造不爭執事項1，堪認系爭30萬元債權確實存在。

(2)按請求權，因15年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。依督促程序，聲請發支付命令，與起訴有同一效力。因起訴而中斷之時效，自受確定判決，或因其他方法訴訟終結時，重行起算。民法第125條、第129條第2項第1款、第137條第2項分別定有明文。經查：

A、劉麗珠雖執前詞辯稱：陳秋竹等2人均同意將系爭30萬元債權之借款期限延至91年11月8日，系爭30萬元債權之請求權消滅時效應自「系爭106年支付命令確定之日即106年6月5日」重行起算15年云云，惟此為上訴人所否認，自應由劉麗珠就陳秋竹等2人均同意將系爭30萬元債權之借款期限延至91年11月8日之事，負舉證之責。劉麗珠雖以：(A)系爭借據記載借款期限為91年11月8日、(B)系爭A抵押權設定契約書附件「其他約定事項」有「本件抵押物如有權利範圍或清償日期或債權額增減時，債務人及義務人同意不必再辦理抵押權內容變更登記。」之約定、(C)劉麗珠手寫記帳本記載「等退休還錢」等語、(D)劉麗珠未執系爭90年支付命令聲請執行、(E)陳旭垣就系爭106年支付命令並未異議之事實、(F)上訴人於原審自承「我弟弟陳旭垣說他會去處理」、「我弟弟陳旭垣說他有個債務，他說他會去處理」等語，據以證明劉麗珠與陳秋竹等2人有合意將借款期限延至91年11月8日云云。惟查：(A)劉麗珠於聲請核發系爭90年支付命令「後」，於系爭借據「借款期限」欄填入日期「91年11月8日」，再執以聲請核發系爭106年支付命令等情，為兩造所不爭執（見本院卷第172至174頁），堪認陳秋竹等2人於系爭借據簽章之時，系爭借據並無借款期限91年11月8日之記載，自不能以系爭借據現有此記載（見原審卷第237頁）即認陳秋竹等2人均同意借款期限延至91年11月8日。(B)劉麗珠與陳秋竹等2人於「87年9月11日」簽立之「其他約定事項」（見本院卷第97頁），僅是「當時」約定清償日期變更不必辦理抵押權變更登記，不能證明陳秋竹等2人「其後」已同意將借款期限延至91年11月8日。(C)劉麗珠自己手寫記帳本之證明力，與劉麗珠自己之陳述無異，且該段係記載「98年2月，債務人陳旭垣本來由薪水執行1/3，後債務人拜託考績不好（有人執行薪水了）所以等退休後，全部還錢，後再支付命令（2人都支付命令）後陳旭垣竟又過世了」等語（見本院卷第103頁），顯係於陳旭垣106年10月4日死亡

後始書寫，難以證明於15年前陳秋竹等2人曾有同意將借款期限延至91年11月8日之事。(D)及(E)劉麗珠未執系爭90年支付命令聲請執行，及陳旭垣（106年10月4日歿）未對106年6月5日確定之系爭106年支付命令聲明異議，充其量僅足以證明陳秋竹等2人對於負欠借款一事不加爭執，難據此證明陳秋竹等2人有同意將借款期限延至91年11月8日。(F)上訴人於原審之上揭陳述，並無任何足以推認陳秋竹等2人有同意將借款期限延至91年11月8日之意思。此外，卷內復查無陳秋竹等2人同意借款期限延之證據，難認陳秋竹等2人均同意借款期限延至91年11月8日。

B、系爭30萬元債權之請求權，既經劉麗珠聲請核發系爭90年支付命令於90年4月23日確定（見本院卷第99至101頁），依上開規定，應自斯時重行起算請求權時效15年，至105年4月23日之期間，並無中斷時效事由（劉麗珠上開抗辯，並無理由，業如前述），是系爭30萬元債權之請求權於105年4月23日即因罹於時效而消滅。至劉麗珠於系爭30萬元債權之請求權時效消滅後，再聲請核發系爭106年支付命令，雖於106年6月5日確定（見原審卷第167至169、253、257頁），仍不影響系爭30萬元債權之請求權時效業已消滅之事實。

(3)按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年間不行使其抵押權者，其抵押權消滅。所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。民法第880條、第767條第1項中段分別定有明文。經查，系爭30萬元債權之請求權於105年4月23日罹於時效，業如前述，劉麗珠復未於時效完成5年內（110年4月23日前）實行抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權於110年4月23日即因除斥期間屆滿而消滅。是上訴人依民法第767條第1項中段之規定，請求塗銷系爭A抵押權，應有理由。

2、李曉涵、李玉蛟是否於原審法院109年度司執字第28952號、113年司執字第29002號執行程序中，以「視為已實行抵押」之方式，依序行使系爭B、C抵押權？上訴人請求塗銷系爭

B、C抵押權，有無理由？

(1)按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年間不行使其抵押權者，其抵押權消滅。所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。民法第880條、第767條第1項中段分別定有明文。次按依法對於執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人，不問其債權已否屆清償期，應提出其權利證明文件，聲明參與分配；其不聲明參與分配者，執行法院僅就所知債權及其金額列入分配，執行法院不知其債權金額者，該債權對於執行標的物之優先受償權，因拍賣而消滅，其已列入分配而未受清償部分，亦同。強制執行法第34條第2項、第3項、第4 項定有明文。準此，依法對於執行標的物有擔保物權之債權人，於該標的物強制執行程序中，不問其已否取得准許拍賣抵押物之裁定及是否聲明參與分配，均視為其已實行抵押權。則依民法第129條第2項第5款規定，應認該實行抵押權之行為與起訴同，有中斷請求權消滅時效之效力（最高法院112年度台上字第1390號判決參照）。

(2)李曉涵、李玉蛟雖辯稱其均於原審法院109年度司執字第28952號、113年司執字第29002號執行程序中，以「視為已實行抵押」之方式，行使關於系爭B、C抵押權之權利云云。惟查：

A、原審法院109年度司執字第28952號僅有執行訴外人「陳柏豪」所有之系爭0000-00土地應有部分2分之1，並未執行上訴人所有之系爭0000-00土地應有部分2分之1(見原審法院109年度司執字第28952號卷、原審卷第69至71、159至165、183至191、277至283頁)，則李曉涵、李玉蛟自無從於上開執行程序，以「視為已實行抵押」之方式，依序行使關於系爭B、C抵押權。

B、依兩造不爭執事項2及附表二、三所示之抵押債權清償日期計算，系爭B、C抵押權依序於110年5月3日、111年7月15日即因5年除斥期間屆滿而消滅。而劉麗珠係遲至系爭B、C抵

押權因除斥期間屆滿而消滅後之「113年3月7日」始聲請以「原審法院113年司執字29002號執行程序」執行上訴人（陳玉山）所有之系爭0000-00土地應有部分2分之1（見原審法院113年司執字29002號卷、原審卷第73至75、193至195頁），李曉涵、李玉蛟亦無從於上開執行程序中，以「視為已實行抵押」之方式，依序行使關於系爭B、C抵押權之權利。

(3)系爭B、C抵押權既已依序於110年5月3日、111年7月15日即因5年除斥期間屆滿而消滅，則上訴人依民法第767條第1項中段之規定，請求塗銷系爭B、C抵押權，應有理由。

五、綜上，上訴人依據民法第767條第1項中段之規定，請求劉麗珠、李曉涵、李玉蛟分別將系爭A、B、C抵押權登記予以塗銷，為有理由，應予准許。原判決遽為上訴人敗訴之判決，自有未洽。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院將原判決廢棄，改判如主文第二項所示。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及攻擊或防禦方法並所提舉證資料，經本院斟酌後，認均不生影響本院所為上開論斷，自無再予逐一審論之必要，併此敘明。

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　　114　　年　　7　　月　　16　　日

民事第一庭　審判長法　官　王金龍

法　官　洪挺梧

法　官　施盈志

上為正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另

應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。
如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。但上訴利益合併未逾新臺幣150萬元者，不得上訴。
上訴人不得上訴。
中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　16　　日

書記官　楊雅菱

【附註】
民事訴訟法第466條之1：
⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。
⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
民事訴訟法第466條之2第1項：
上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表一：

編號	土地坐落				面積（平方公尺）	上訴人權利範圍
	縣市	鄉鎮市區	段	地號		
1	臺南市	大內區	大內	0000-0	1	6分之1
2	臺南市	大內區	大內	0000-0	20	6分之1
3	臺南市	大內區	大內	0000-00	47	6分之1
4	臺南市	大內區	大內	0000-00	205	2分之1
5	臺南市	大內區	大內	0000-00	22	3分之1
備註： 1.抵押權人：劉麗珠 2.債務人：陳旭垣、陳秋竹 3.設定義務人：陳秋竹 4.權利總類：抵押權 5.收件字號：87年南麻字第009719號						

6.登記日期：87年9月14日
7.擔保債權總金額：30萬元
8.債權額比例：全部
9.存續期間：自87年9月11日至87年12月11日
10.清償日期：87年12月11日
11.利息（率）：月息三厘計付利息
12.遲延利息（率）：依照契約約定
13.違約金：依照契約約定
14.證明書字號：087南麻字第001813號
15.共同擔保地號（設定權利範圍）：大內段0000-0（6分之1）、0000-0（6分之1）、0000-00（6分之1）、0000-00（3分之1）、0000-00（3分之1）、0000-00（3分之1）、0000-00（6分之1）

附表二：

編號	土地坐落				面積（平方公尺）	上訴人權利範圍
	縣市	鄉鎮市區	段	地號		
1	臺南市	大內區	大內	0000-00	205	2分之1

備註：
1.抵押權人：李曉涵
2.債務人：陳秋竹、陳旭垣
3.設定義務人：陳秋竹
4.權利總類：抵押權
5.收件字號：104年一般跨所（麻豆）字第001340號
6.登記日期：104年5月14日
7.擔保債權總金額：最高限額60萬元
8.債權額比例：全部
9.存續期間：自89年5月3日至90年5月3日
10.清償日期：90年5月3日
11.利息（率）：依照各個契約約定
12.遲延利息（率）：月息3分計算
13.違約金：依照各個契約約定
14.設定權利範圍：2分之1
15.其他登記事項：本最高限額地押權已確定
16.證明書字號：104南麻字第000499號

附表三：

編	土地坐落				面積	上訴人權

號	縣市	鄉鎮市區	段	地號	（平方公尺）	利範圍
1	臺南市	大內區	大內	0000-00	205	2分之1

備註：
1.抵押權人：李玉蛟
2.債務人：陳秋竹、陳旭垣
3.設定義務人：陳秋竹
4.權利總類：抵押權
5.收件字號：90年南麻字第056370號
6.登記日期：90年8月2日
7.擔保債權總金額：最高限額108萬元
8.債權額比例：全部
9.存續期間：自90年7月15日至91年7月15日
10.清償日期：91年7月15日
11.利息（率）：依照各個契約約定
12.遲延利息（率）：月息3分計算
13.違約金：依照各個契約約定
14.設定權利範圍：2分之1
15.證明書字號：090南麻字第001072號