

臺灣橋頭地方法院民事判決

106年度岡簡字第402號

原告 新相企業有限公司
法定代理人 潘姿秀
訴訟代理人 林金鈴律師
被告 陳英士 (CHEN YING SHIH)
吳明發

訴訟代理人 林建宏律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國108年3月20日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、被告陳英士經合法通知，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，爰依原告聲請，由其一造辯論而為判決。

二、原告主張：緣訴外人陳明胖原為建進工業股份有限公司之法定代理人，於民國83年12月28日初次向原告購買新臺幣（下同）250餘萬元之漆包線，卻僅給付部分金額之定金，尚有200萬元未據給付，嗣經陳明胖出面另行簽發票據，並在票據上背書，且於84年3月16日提供陳明胖所有、坐落高雄市○○區○○段○○○○○○號土地（下稱系爭土地）設定第二順位抵押權予原告之前法定代理人曾國輝（第一順位即被告吳明發）。因陳明胖業於100年3月20日死亡，其繼承人除被告陳英士外均拋棄繼承，經原告訴請被告陳英士在繼承系爭土地遺產範圍內給付196萬1,458元獲准在案（本院105年度訴字第1802號）；惟當原告持上開確定判決聲請強制執行時（本院106年度司執字第17629號），卻據被告吳明發於106年7月7日具狀聲請參與分配，經核算其債權含本金及利息、遲延利息及違約金總額高達420萬2,486元，而系爭土地經鑑價後所核定之拍賣最低價額僅120萬7,500元，顯

無拍賣實益。實則，被告吳明發之第一順位抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保債權（下稱系爭債權）請求權已因15年不行使而消滅，且抵押權人於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權，迄今系爭抵押權亦已消滅，惟被告陳英士卻未對被告吳明發訴請塗銷抵押權登記，亦尚未就系爭土地為繼承登記等語。爰依民法第880條及第242條規定，提起本件訴訟，請求塗銷系爭抵押權登記等語，並聲明：（一）被告陳英士應就系爭土地向高雄市○○路竹地政事務所辦理繼承登記；（二）被告吳明發應於被告陳英士辦理繼承登記後，塗銷高雄市○○路竹地政事務所84年3月17日收件、收件號碼路字第3298號、債權額360,000元之抵押權登記。

三、被告吳明發則以：系爭抵押權所擔保之系爭債權為借款返還請求權，約定清償日為85年1月31日，其請求權消滅時效應自85年2月1日起算15年。而被告吳明發前於87年1月23日聲請拍賣系爭土地，並經臺灣高雄地方法院（下稱雄院）裁定准予拍賣後，於同年11月6日聲請強制執行在案（下稱甲案），故系爭債權之時效已因上開執行行為而中斷。又被告吳明發另於102年2月間，因陳明胖之另案債權人國泰世華銀行對陳明胖聲請強制執行，經法院通知被告吳明發行使抵押權後，而聲明參與分配（102年度司執字第23810號，下稱乙案），此亦屬民法第880條所稱之實行抵押權行為，而有時效中斷、重行起算及阻斷民法第880條所定除斥期間等效果。故被告吳明發既已於87年間聲請甲案強制執行，及於102年間聲請乙案參與分配，系爭債權自迄未罹於時效而消滅，自難認有民法880條適用，故本件原告主張系爭抵押權已罹於時效而消滅自無理由等語，資為抗辯，並聲明：原告之訴駁回；被告陳英士則未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作任何聲明或陳述。

四、本院得心證之理由：

（一）陳明胖因積欠原告上開貨款未清償，故將系爭土地設定第二順位抵押權予原告前法定代理人曾國輝；又被告陳英士

01 因繼承陳明胖所有之系爭土地，故法院判決在繼承系爭土
02 地遺產範圍內應給付原告196萬1,458元及利息，經原告
03 持該案判決向本院聲請強制執行後，經系爭土地第一順位
04 抵押權人即被告吳明發聲明參與分配，因拍賣無實益而執
05 行未果等情，業據原告提出土地登記謄本、本院105年度
06 訴字第1802號判決及本院民事執行處函文、被告吳明發民
07 事參與參與分配狀、本院106年度司執字第17629號債權
08 憑證為證（本院卷一第14至26頁）。又被告吳明發與陳明
09 胖間因有借款債權存在，陳明胖前於84年3月17日已將系
10 爭土地設定第一順位抵押權予被告吳明發，嗣經被告吳明
11 發於87年及102年間先後有聲請強制執行及聲明參與分配
12 等情，亦據被告提出系爭抵押權設定契約書、雄院87年度
13 拍字第475號民事裁定、民事執行處函文、拍賣公告、塗
14 銷查封登記書在卷可佐（本院卷一第49至68頁），復經本
15 院調取甲案辦案進行簿及乙案執行卷宗過院核閱無訛（本
16 院卷一第83頁），且為兩造所不爭執，此部分事實，均堪
17 信為真實。

18 （二）按請求權，因15年間不行使而消滅；以抵押權擔保之債權
19 ，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完
20 成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅，民法第
21 125條、第880條分別定有明文。又消滅時效，因起訴而
22 中斷：開始執行行為或聲請強制執行，與起訴有同一效力
23 ；時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算，民法第
24 129條、第137條第1項各有明文。經查：

25 1.被告吳明發對於陳明胖因有借款請求權之債權存在，經陳
26 明胖於84年3月16日將系爭土地設定第一順位抵押權予被
27 告吳明發，陳明胖復開立到期日為85年1月31日之支票作
28 為清償，嗣被告吳明發因上開支票遭退票，故於87年1月
29 23日間，向雄院聲請拍賣系爭土地，而於89年7月26日開
30 始第1次拍賣、89年8月23日及同年9月20日、10月18日
31 第2次拍賣，直至89年11月15日第3次拍賣，仍未拍出等

情，業據被告提出抵押權設定書、票據影本、雄院87年度拍字第475號裁定及聲請拍賣抵押物聲請狀、89年9月20日雄院民事執行處函文及公告（第二次拍賣）、甲案書記官辦案進行簿在卷為證（本院卷一第111至128頁），自堪採認。則系爭債權因上開拍賣抵押物之強制執行，其請求權消滅時效已中斷，故系爭抵押權至106年12月間原告提起本件訴訟迄至本院辯論終結時，均尚未消滅。

2.原告雖又主張：依上開辦案進行簿之記載，甲案於「90/03/29，撤回執行」，則依民法第136條規定，時效因聲請強制執行而中斷，若撤回其聲請，視為不中斷，是被告吳明發所為甲案強制執行既經撤回，應不生時效中斷之效力等語；惟按強制執行法第95條第2項所謂之「視為撤回該不動產之執行」者，依文義解釋，僅指撤回該不動產拍賣程序之執行，而非撤回強制執行之聲請，故經依該條規定視為撤回不動產之執行而結案者，仍生時效中斷之效力（最高法院100年度台上字第334號判決意旨參照）。而系爭土地經3次拍賣而未拍出，已如上述；再依上開辦案進行簿所載「撤回執行」，乃歷經拍賣及公告三個月，經通知補件後而所載，核與強制執行法第95條第1、2項所規定之減價拍賣程序相符，且上開甲案卷宗已因保存時效屆至而銷燬，有雄院107年4月18日函文可參（本院卷一第91頁），則依上開卷內資料，難認被告吳明發有主動撤回強制執行之情形。揆諸前揭說明，本件既難認被告吳明發有主動撤回強制執行之行為，而顯有上開強制執行法第95條第2項所定「視為撤回該不動產之執行」之可能，自難認被告吳明發所為上開甲案聲請強制執行，因事後主動撤回而時效視為不中斷。是以，原告主張系爭債權有上開民法第126條所定時效視為不中斷之情形，難認可採。

3.次按民法第880條規定所稱「實行抵押權」，於依民法第873條第1項聲請法院拍賣抵押物之場合，係指抵押權人依法院許可拍賣抵押物之裁定，聲請執行法院強制執行拍

賣抵押物，或於他債權人對於抵押物聲請強制執行時，聲明參與分配而言（最高法院87年度台上字第969號判決意旨參照）。從而，被告吳明發既已於102年間對乙案強制執行程序聲明參與分配，有被告提出之聲明參與分配狀在卷可考（本院卷一第135頁），復為兩造所不爭執，揆諸前揭判決之意旨，自應認被告吳明發已有實行抵押權之行為。據上，本件原告主張系爭抵押權有民法第880條所規定，所擔保之債權時效消滅效完成後，5年間不實行抵押權之情形，難認可採。故原告主張系爭抵押權已消滅，進而訴請被告陳英士為繼承登記後，塗銷系爭抵押權，均無理由。

五、綜上所述，被告吳明發就系爭土地之抵押權，迄至本院言詞辯論終結時，尚未消滅，故原告代位請求被告陳英士為繼承登記後，塗銷系爭抵押權之登記，均無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，於判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中 華 民 國 108 年 3 月 27 日
岡山簡易庭 法 官 羅婉怡

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。

中 華 民 國 108 年 3 月 27 日
書 記 官 高菁蓮