臺灣高等法院花蓮分院民事判決

109年度上字第5號

上訴人　即
承受訴訟人　林惠菁
　　林惠美
　　林佳頤
共　　同
訴訟代理人　黃子寧律師（法扶律師）
被　上訴人　王玉鶯
　　卓昱君
上二人共同
訴訟代理人　籃健銘律師
被　上訴人　劉啓同

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108年12月27日臺灣花蓮地方法院108年度訴字第187號第一審判決提起上訴，本院於民國109年3月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

㈠、上訴駁回。

㈡、第二審訴訟費用由上訴人連帶負擔。

事實及理由

甲、程序部分：

一、本件原上訴人林萬德於民國（下同）109年2月2日死亡（本院卷第81頁），其繼承人林惠菁、林惠美、林佳頤，其等3人業於第二審程序中具狀聲明承受訴訟（本院卷第75頁至第97頁），核無不合，應予准許。

二、關於一造辯論判決部分：

被上訴人劉啓同經合法通知，未於言詞辯論期日到場（本院卷第119頁、第65頁、第171頁），核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依上訴人聲請，就被上訴人劉啓同部分，由上訴人（即林惠菁、林惠美、林佳頤3人，以下同）一造辯論而為判決。

乙、上訴人方面：

一、原審主張略以：

㈠、原上訴人林萬德（以下稱林萬德）為花蓮縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○○○○○○號土地（以下稱系爭0000、0000、0000號土地）所有權人。嗣林萬德為訴外人林萬輝擔保債務，於86年4月8日將系爭0000、0000、0000號土地設定抵押權予被上訴人（即王玉鶯、卓昱君、劉啓同3人，以下同）（以下稱系爭抵押權）。而系爭抵押權所擔保債權的存續期間為86年3月14日至86年6月13日，是該債權應已於101年6月13日罹於時效，而被上訴人未曾實行抵押權，依民法第880條規定，足認系爭抵押權，應已於106年6月13日消滅，爰依民法第767條第1項中段提起本訴，請求塗銷系爭抵押權登記。

㈡、本件被上訴人卓昱君雖曾於原審98年度執字第4936號強制執行事件（以下稱執4936案）中陳報系爭抵押權債權額，然該案執行卷內並無任何被上訴人卓昱君提出拍賣抵押物裁定等執行名義，亦無聲請參與分配書狀，被上訴人王玉鶯、劉啓同更未提出任何書狀，難認被上訴人有開始執行之行為或聲請強制執行之中斷事由，且本件執行終結後，亦未核發任何債權（憑證）予被上訴人，益徵被上訴人確實無任何聲請執行之行為。再者，上揭執行事件所執行之標的為花蓮縣○○鄉○○○段0000、0000地號土地（以下稱系爭0000、0000號土地）及同段000建號建物（以下稱系爭000號建物），亦與本案抵押物無涉，不得據為中斷時效之事由等語。

二、於本院補充陳述略以：

㈠、依強制執行法第34條第2項、第3項及第4項規定：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，足見縱使對於執行標的物有擔保物權之債權人，因抵押債權亦有業經受償等情況，故仍要積極提出權利證明文

件並聲明參與分配。經查，依原審法院調閱執4936案卷宗，僅有被上訴人卓昱君於分配表製作完成後方陳報債權，而於原審98年度司執字第7171號強制執行事件（以下稱司執7171案）中，被上訴人則未為任何陳報，是以，被上訴人未曾有積極「聲明參與分配」行為，與原審判決所參照最高法院102年度台上字第1512號判決中債權人有聲明參與分配之情況不同，自難比附援引。

㈡、況按強制執行法第80條之1第3項所稱之聲請拍賣，與依同法第34條第2項聲明參與分配者，其內涵未盡相同，前者乃提出執行名義，積極地請求法院將不動產實施換價，與後者係基於貫徹賸餘主義及塗銷主義之精神，並顧及普通債權人執行權益之情形有間（最高法院95年度台抗字第448號裁定意旨參照），亦即縱依強制執行法第34條規定：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，均可列入分配受償，也不得遽為推斷：該抵押權人分配受償之行為，依民法第129條第2項第5款規定與起訴同，有中斷請求權消滅時效之效力，畢竟上開情況下，抵押權人並非係積極對債務人聲請強制執行或請求履行債務，而係被動受清償，無法推斷其有行使請求權之意思，應無中斷請求權時效之效力。

㈢、退步言之，參酌最高法院88年度台上字第1315號判決：民法第130條規定：時效因請求而中斷者，若於請求後6個月內不起訴，視為不中斷。此之所謂起訴，對於已取得執行名義之債務，係指依同法第129條第2項第5款規定與起訴有同一效力之開始強制執行或聲請強制執行而言，而同條第1項第1款所稱之請求，祇須債權人對債務人表示請求履行債務之意思即為已足。查（另案）被上訴人聲明參與分配係實行債權之意，桃園地院於（另案）上開拍賣公告上載明（另案）被上訴人為參與分配之債權人，並將拍賣公告及拍賣通知送達（另案）上訴人，應視為已對（另案）上訴人為履行之請求，

於強制執行程序進行中，其請求之狀態仍屬繼續，應解為（另案）被上訴人得自該強制執行程序終結之翌日起6個月內另行聲請強制執行，而保持中斷時效之效力。另最高法院89年度台再字第8號判決亦同上開見解，認未取得執行名義之債權，縱使債權人有於拍賣程序中聲明參與分配，亦僅屬民法第129條第1項第1款之請求，而非屬同條第2項第5款與起訴有同一效力之強制執行，故本件被上訴人縱有聲明參與分配，或基於抵押權人地位視同參與分配，因其等未曾取得債務之執行名義，僅生請求效力，而非同於起訴，若未依民法第130條規定於請求後6個月內起訴，則視為請求權時效不中斷。

㈣、綜上，被上訴人未符合民法第129條任何中斷請求權時效之規定，故上訴人主張被上訴人之抵押權業已時效完成而應塗銷登記，應有理由。原判決認上訴人無塗銷抵押權之理由稍嫌速斷，有再為調查之必要。

㈤、另被上訴人均未在強制執行程序中為聲明分配，縱使視為已實行抵押權，亦與自行聲請執行或請求之性質不同，應不符合中斷請求權時效之規定，上訴人自可主張抵押權因時效完成而應予塗銷。再者，被上訴人未曾證明系爭抵押權所擔保之債權存在並提出（證據）相佐，若抵押權並無擔保之債權，亦應予塗銷：

1、按稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權，民法第860條定有明文。抵押權為擔保物權，以擔保之債權存在為前提，倘擔保債權尚未發生，抵押權即失所附麗，縱有抵押權登記，亦屬無效，抵押權人得請求塗銷。而一般抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定一般抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得因已為設定登記，即反推已交付金錢或指已交付金錢為常態事實。故抵押人主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依首開說明，仍應由抵

押權人負舉證責任（最高法院103年度台上字第393號、107年度台上字第2193號判決意旨參照）。

2、查被上訴人迄今未說明系爭抵押權所擔保之債權及（提出）相關證據，林萬德僅知悉自己曾替林萬輝為借款之保證人，然不清楚係那筆債務及債權人（抵押權人）為何人，依被上訴人卓昱君於執4936案所提出之借據，其上所載抵押權人為王玉鶯及陳嘉惠，抵押土地未包含本件系爭0000號土地（原地號：○○段0000-0號），故上開借據顯然並非系爭抵押權所擔保之借款債權。是以，若被上訴人無法提出系爭抵押權所擔保債權的相關證據，抵押權即失所附麗，上訴人亦有塗銷抵押權之理由。且若系爭抵押權所擔保之債權確實存在，被上訴人豈可能在借貸債權即將罹於時效時仍未聲請拍賣抵押物？甚至於98年抵押物受第三人聲請拍賣後，仍未有所動作，實與常情相違。因林萬德未執有系爭抵押權所擔保債權的相關書證，另爰依民事訴訟法第342條規定，請求被上訴人提出上開證據，以釐清所擔保之債權為何及實際契約內容等語。

三、聲明：

㈠、原判決廢棄。

㈡、被上訴人就起訴狀附表所示之抵押權應予塗銷。

㈢、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

丙、被上訴人王玉鶯、卓昱君部分：

一、原審答辯略以：

㈠、系爭抵押權所擔保之債權清償日為86年6月13日，於101年6月13日方罹於時效，惟系爭抵押物曾於98年4月2日經強制執行而中斷（執4936案），依85年修正後強制執行法第34條第2項、第3項、第4項規定，於該標的物之強制執行程序中，均視為已實行抵押權，即有中斷時效之效力，此亦為最高法院102年度台上字第1512號、107年度台上字第800號民事判決之見解。於執4936案，被執行之不動產為系爭0000、0000號土地，上揭2土地皆為訴外人林萬輝所有，被執行當事人

本以林萬輝為已足，不須將其他共同抵押人同列其中，且該執行事件固僅就系爭抵押權中部分土地為執行，並以該部分地號土地所有人為被執行對象，惟不影響林萬輝、林萬德及林阿玉共同以各自土地為同一債權擔保之性質，故若其中部分土地被執行時，時效自應一同中斷。

㈡、另司執7171案執行程序中，抵押權人即被上訴人已向原審陳報債權，應視為已實行抵押權，嗣上訴人所有系爭0000、0000號土地執行結果無人應買，仍有中斷時效之效力等語。

二、於本院補充答辯略以：

㈠、參諸最高法院102年度台上字第1512號及106年度台上字第1743號判決要旨，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，以貫徹賸餘主義及塗銷主義之精神，並兼顧普通債權人之權益。申言之，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。此時，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。上開判決意旨已明確揭示無論債權人是否有主動聲明參與分配，均視為其已實行抵押權，此亦有臺灣高等法院104年度重上字第71號民事判決：債權人於強制執行法85年10月11日修正公布施行前聲請強制執行，依法對於執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人，若未具狀聲明參與分配，固難認已聲請強制執行，然若執行程序進行至85年10月11日尚未終結，則嗣後之強制執行程序即應依修正後所定程序終結之，而參諸85年10月11日修正公布施行之強制執行法第34條第2項、第3項、第4項等規定，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；及其終審即最高法院107年度台上字第800號案判決理由：張楊○○曾於84年2月17日聲請金門地院對（該案）上訴人及陳○○等2人為（該案）系爭執行，其請求權時效於執行程序終結後重行起算。王○○等4人雖未於上開執行程序中聲明參與分配或行使抵押權，惟依85年10月11日修正施行之強制執行法第34條第2項、第3項及第4項規定，對於執行標的物擔保物權之債權人，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。質言之，縱本案債權人即被上訴人未主動聲明參與分配，依上開規定，仍應視為已實行抵押權，故上訴人猶執被上訴人未曾有積極「聲明參與分配」行為，與原審判決所參照最高法院102年度台上字第1512號判決中債權人有聲明參與分配之情況不同，自難比附援引云云，洵屬無據。

㈡、次按，對於已開始實施強制執行之債務人財產，他債權人不得再聲請強制執行，有再聲請強制執行者，視為參與分配之聲明，強制執行法第33條定有明文。又強制執行，依債權人之聲請為之。債權人聲請強制執行，應提出執行名義之證明文件。有執行名義之債權人聲明參與分配時，亦應提起該執行名義之證明文件。為同法第5條第1項、第6條第1項、第34條第1項所明定。復依同法第38條規定，參與分配之債權人，除有優先權者外，應按其債權額數，平均分配。足徵聲明參與分配亦屬強制執行之程序。兩者分配結果相同，是依民法第129條第2項第5款規定，應認與起訴有同一效力，有請求權消滅時效中斷之效力（最高法院82年度台上字第259號判決要旨參照）。是依該判決要旨可知，債權人聲明參與分配亦屬強制執行之程序，並生與起訴同一效力，而有請求權消滅時效中斷之效力。查本件被上訴人既曾於執4936案提出債權正本聲明參與分配，則依前揭所述，被上訴人聲明參與

分配對於本案擔保債權而言，自生請求權消滅時效中斷之效力，故上訴人辯稱：抵押權人並非係積極對債務人聲請強制執行或請求履行債務，而係被動受清償，無法推斷其有行使請求權之意思，應無中斷請求權時效之效力云云，自屬無稽。

㈢、另上訴人援引最高法院88年度台上字第1315號判決，並主張未取得執行名義之債權，縱使債權人有於拍賣程序中聲明參與分配，亦僅屬民法第129條第1項第1款之請求，而非同法第2項第5款與起訴有同一效力之強制執行云云。然細繹該判決之事實及理由，係指債權人強制執行之聲請遭法院裁定駁回，固不生中斷時效之效力，但執行程序過程中，法院相關之拍賣公告送達與債務人，仍可視為債權人已對債務人為履行之請求，債權人得於駁回翌日起6個月內另為起訴或為與起訴有同一效力之行為，以保持中斷時效之效力，並非遽指債權人聲明參與分配僅生請求之效力，故上訴人前揭主張，似有誤解該判決之事實與理由，洵非可採。

㈣、準上，被上訴人既已於為擔保本案債權所提供之抵押物強制執行程序中，依法提出債權正本聲明參與分配，依前開判決要旨，均視為已實行抵押權，應有民法第129條第2項第5款所規定與起訴有同一效力之「開始執行行為」，即有生中斷時效之效力。故上訴人以被上訴人僅聲明參與分配，不生時效中斷之效力云云，核屬無據。

㈤、綜上，本件上訴人主張被上訴人王玉鶯、卓昱君於系爭土地上之抵押權已罹於時效，且強制執行程序中聲明參與分配無中斷時效之效力云云，顯無理由。

㈥、按強制執行法85年修法時，於第32條、第34條分別明定有執行名義之債權人始得聲明參與分配及其參與分配之時期，並兼採塗銷（消滅）主義及賸餘主義，在立法上強制該執行標的物上原存有擔保物權或優先受償權之債權人參與分配，並於執行標的物拍賣後，使該擔保物權或優先受償權消滅，俾拍定人取得無擔保物權及優先權負擔之完整所有權，以提高

應買之意願，使執行程序進行順利。又塗銷或消滅主義係針對擔保物權或就特定物存有優先受償權者；至一般之優先受償權，乃係對於債務人之全部財產權，並非存於特定標的物上，故其對債務人之優先受償權不因債務人特定財產之執行拍賣而消滅，倘該特定財產因承受或買賣等原因再度移轉為債務人所有，債權人對之仍有優先受償權，而就特定標的物存有擔保物權或優先受償權，既因執行拍賣，依強制執行法第34條第4項之規定而塗銷或消滅，即無從對之享有優先受償之權利；尤以一般優先受償權未為登記，欠缺公示性，常為法院所不及知，故在立法上僅限於強制執行法第34條第2項所定對於執行之標的物存有擔保物權或優先受債權之債權人，始有排除同法第32條第1項規定之適用，至於非特定標的物存有優先受償權之債權人，其參與分配仍受該條之限制（最高法院101年度台上字第1450號判決要旨參照）。

㈦、揆諸上開判決要旨，已明確說明強制執行為讓抵押物應買人取得無擔保物權及優先權之完整所有權而提高應買之意願，乃強制抵押權之債權參與分配，抵押權人無庸主動聲明參與分配，執行法院即會主動將抵押權之債權列入參與分配，因此上訴人一再指稱抵押權人即被上訴人王玉鶯、卓昱君須主動聲明參與分配，始生強制執行中斷時效之效果云云，顯與上開立法要旨未符，洵非可採。

㈧、而關於被上訴人王玉鶯、卓昱君於執4936案所提出之借據，其上乃清楚載有林萬德之親筆簽名及用印，堪認林萬德對於本件債權及抵押權設定事宜應清楚知悉，故上訴人陳稱不清楚那筆債務及債權人為何人云云，顯與事實不符，核屬無稽。又借據上所載之抵押權人陳嘉惠，係被上訴人卓昱君之原姓名(曾改名，亦因收養而改姓)，此有被上訴人卓昱君之戶籍謄本可佐，故本件債權之抵押權人確為被上訴人應無疑義，庭期中提及可能為繼承等語，應予更正。

㈨、另上訴人辯稱：抵押土地未包含系爭0000號土地，故上開借據顯然並非系爭抵押權所擔保之借款債權云云，惟林萬德既

於原審承認本件抵押權擔保之債權存在，而系爭0000號土地又與系爭0000、0000號土地同為本件債權之擔保抵押物，則本件債權即為系爭0000號土地抵押權之擔保債權，故上訴人前揭所辯，誠非可採。

三、聲明：

㈠、上訴駁回。

㈡、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

丁、被上訴人劉啓同部分：

未於言詞辯論期日到場，亦未提出書面為任何陳述。

戊、不爭執及爭執事項（本院卷第138頁至第142頁，並由本院依相關卷證酌為修調、補充）：

一、不爭執部分（本院卷第138頁至第141頁）：

㈠、關於系爭0000、0000、0000號土地（執7171卷第74頁）部分：

1、系爭0000、0000、0000號土地為林萬德（109年2月2日死亡，本院卷第81頁；繼承人為聲明承受訴訟的3人，本院卷第75頁至第97頁）所有→原審卷第7頁至第12頁。

2、系爭0000、0000、0000號土地重測前後地號如下：

0000	○○段0000-0	原審卷第52頁、第53頁
0000	○○段0000-0	原審卷第54頁、第55頁
0000	○○段0000-0	原審卷第56頁、第57頁

㈡、系爭0000、0000、0000號土地於86/04/08設定第1順位抵押權予被上訴人：

1、債務人：林阿玉、林萬輝、林萬德、洪天誠4人。

2、借據日期填載為86/03/14（執4936卷第195頁，執7171卷第70頁）。

3、擔保債權總額為新臺幣（下同）220萬元（債權額比例為：王玉鶯：6/22，劉啓同3/22，卓昱君：13/22，以下稱系爭220萬元債權）。

4、本筆債權共同擔保之地號、建號計有（執4936卷第16頁、第17頁、第19頁，執7171卷第77頁至第82頁）。

⑴	系爭0000、0000、0000號土地
⑵	系爭0000號土地（林萬輝所有，重測前：○○段0000地號）
⑶	系爭000號建物（林阿玉所有，坐落系爭0000號土地）

5、關於登記次序：

⑴、系爭0000、0000、0000號土地登記為第1順位抵押權。

⑵、系爭0000號土地、系爭000號建物登記為第1順位抵押權（執4936卷第16頁、第19頁）。

6、抵押權存續期間為86/03/14至86/06/13。

7、清償日期：86/06/13→原審卷第7頁至第12頁、第5頁、第6頁正、反面、第62頁反面第14行至第15行，執4936卷第195頁。

㈡、關於執4936案部分：

1、訴外人新利資產管理股份有限公司（下稱新利公司）於98年4月2日，以林萬輝、林阿玉為債務人，執原審94年度執字第3200號債權憑證，對系爭0000、0000號土地（所有權人為林萬輝）：

0000	重測前：○○段0000-0地號	執4936卷第18頁

（續上頁）

0000	重測前：○○段0000地號	執4936卷第15頁至第17頁

及系爭000號建物○○○鄉○○○段000建號建物（均坐落系爭0000號土地）（門牌號碼同○○○鄉○○街○巷○號）為強制執行（新利公司就系爭0000號土地及系爭000號建物，設有第1順位之抵押權）（執4936卷第3頁至第8頁、第11頁、第64頁至第65頁反面）。

2、嗣於98年12月3日由花蓮縣路易儲蓄互助社以267萬元拍定（執4936卷第99頁至第113頁）。

3、原審執行處於98年12月7日通知抵押權人新利公司、被上訴人等「陳報債權」（提出債權計算書）（執4936卷第117頁正、反面）。

4、被上訴人卓昱君於99年4月6日，檢具借據正本、他項權利證明書正本、抵押權設定契約書及被上訴人的存摺封面影本，向原審執行處陳報債權，惟因拍賣金額不足而未受償（所得價金分配皆為前順位新利公司取得）→原審卷第43頁至第46頁，執4936卷第157頁至第166頁、第195頁至第196頁、第182頁）。

5、系爭0000號土地及系爭000號建物抵押權則於拍定後均塗銷。

6、執4936案有將被上訴人列為抵押（債）權人，並通知原審卷第43頁至第45頁反面的書函→執4936卷第146頁至第148頁反面、第179頁至第182頁、第144頁至第145頁反面。

㈣、關於司執7171案部分：

1	台新銀行於98年9月3日，對林萬盛、林萬德、汪金華

（續上頁）

	3位債務人，以桃園地院91年度執字第1324號債權憑證，對： ⑴、系爭0000、0000、0000號土地， ⑵、林萬德所有其他土地○○○鄉○○段000、000地號、○○段00地號）為強制執行（司執7171卷第3頁至第9頁、第19頁至第27頁、第51頁）。
2	原審執行處於99/03/19通知被上訴人於7日內陳報實際債權金額→司執7171卷第95頁至第97頁反面、第99頁至第101頁。
3	被上訴人卓昱君於99/04/06陳報「不足額」1,059,993元→司執7171卷第103頁、第104頁至第105頁反面。
4	系爭0000、0000、0000號土地因拍賣無實益終結，視為撤回→執7171卷第208頁、第207頁，原審卷第89頁。
5	司執7171案有將被上訴人列為抵押權人，並通知原審卷第89頁至第90頁反面之書函→司執7171卷第192頁到第193頁。
6	原審執行處於99/05/18就系爭0000、0000、0000這3筆土地進行第1次拍賣，該期日未拍定，並註明「依無實益辦理」，嗣執行處於99/05/18通知台新銀行，台新銀行於99/06/03聲請繼續執行拍賣，執行處表示「不准續行」→司執7171卷第117頁、第119頁、第144頁正、反面、第166頁、第168頁。

㈤、上訴人於原審審理時，僅主張債權罹於消滅時效，並未否認被上訴人卓昱君的債權。

二、爭執部分（本院卷第142頁）：

被上訴人卓昱君在上開執4936案及司執7171案中，分別於上開不爭執事項所列時間點，經執行法院通知陳報債權後，被上訴人卓昱君向原審執行處檢附借據、抵押權契約書等行為，是否已經該當於民法第129條第2項第5款的開始執行行為或聲請強制執行之中斷事由？

己、本院的判斷：

一、被上訴人卓昱君為系爭220萬元的債權人之一：

㈠、被上訴人卓昱君原叫作「陳嘉惠」，之後於「86年3月17日」被卓俊彥收養，改名為「卓嘉惠」，再於86年7月7日姓名變更為「卓昱君」乙節，有戶籍謄本可佐（本院卷第169頁）。

㈡、系爭220萬元債權的成立時間為「86年3月14日」乙節，有借據（執4936卷第163頁）、抵押權設定契約書（執4936卷第158頁至第159頁）、他項權利證明書（執4936卷第160頁至第162頁反面）、土地登記第一類謄本（原審卷第7頁至第12頁）可參。

㈢、從上開㈠、㈡的說明可知：被上訴人卓昱君應為系爭220萬元債權的債權人之一沒有錯。

二、被上訴人於99年4月間，就系爭220萬元債權，應認為已開始執行行為或聲請強制執行（理由㈠）：

㈠、查：

1、訴外人新利公司於98年4月2日，以林萬輝、林阿玉為債務人，執原審94年度執字第3200號債權憑證，對系爭0000、0000號土地（所有權人為林萬輝）：

0000	重測前為○○段0000-0地號	執4936卷第18頁

（續上頁）

0000	重測前○○段0000地號	執4936卷第15頁至第17頁

及系爭000號建物、花蓮縣○○鄉○○○段○○○○號建物（均坐落系爭0000號土地）（門牌號碼同○○○鄉○○街○巷○號）為強制執行（新利公司就系爭0000號土地及系爭000號建物，設有第1順位抵押權）（執4936卷第3頁至第8頁、第11頁、第64頁至第65頁反面）。

2、嗣於98年12月3日由花蓮縣路易儲蓄互助社以267萬元拍定（執4936卷第99頁至第113頁）。

3、原審執行處於98年12月7日通知抵押權人新利公司、被上訴人等「陳報債權」（提出債權計算書）（執4936卷第117頁正、反面）。

4、被上訴人卓昱君於99年4月6日，檢具借據正本、他項權利證明書正本、抵押權設定契約書及被上訴人的存摺封面影本，向原審執行處陳報債權，惟因拍賣金額不足而未受償（所得價金分配皆為前順位新利公司取得）→原審卷第43頁至第46頁，執4936卷第157頁至第166頁、第195頁至第196頁、第182頁）。

5、系爭0000號土地及系爭000號建物抵押權則於拍定後均塗銷。

6、執4936案有將被上訴人列為抵押（債）權人，並通知原審卷第43頁至第45頁反面的書函→執4936卷第146頁至第148頁、第179頁至第182頁、第144頁至第145頁反面。以上等節，為二造所不爭（本院卷第139頁、第140頁），並有上開案件引用書證可稽，應堪信為真實。

㈡、基於以下理由，應認被上訴人就系爭220萬元債權，於99年4月6日時，業已開始執行行為或聲請強制執行：

1、按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」。此時，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102年度台上字第1512號判決、106年度台上字第1743號判決意旨參照）。

2、查：

⑴、被上訴人對於系爭0000號土地、系爭000號建物該執行標的物為有擔保物權之債權人乙節，為二造所不爭（不爭執事項㈡、4，本院卷第139頁）。

⑵、不爭執事項㈢（含系爭0000號土地、系爭000號建物）拍定後，原審執行處有於98年12月7日通知被上訴人提出債權計算書乙節，有函稿、送達證書可稽（執4936卷第117頁正、反面、第120頁至第122頁）。

⑶、原審執行處於99年3月25日所製分配表，不僅有列被上訴人的債權，而且被上訴人也分別有被分配到金額乙節，也有99年3月25日函稿、分配表可佐（執4936卷第146頁至第148頁反面）。

⑷、被上訴人卓昱君於99年4月6日，檢具借據正本、他項權利證明書正本、抵押權設定契約書及被上訴人的存摺封面影本，向原審執行處陳報債權乙節，為二造所不爭（本院卷第140頁）。

⑸、之後，原審執行處於99年4月23日、29日所作分配表中，雖有將被上訴人抵押權擔保的債權列入，但因分配金額不足，被上訴人均沒有受分配乙節，也有分配表2紙可佐（執4936卷第177頁至第182頁）。

3、從上開的執行經過、歷程來看，應認為不問被上訴人是否有取得准許拍賣抵押物之裁定及是否聲明參與分配，參照上開最高法院判決意旨，應視為其等3人已實行抵押權。

4、又如果被上訴人未被視為已實行抵押權，以滿足其等3人抵押權所擔保的債權，為何原審執行處要先後於99年3月25日、4月23日、4月29日製作的分配表中，將其等3人抵押權擔保的債權列入？甚且於99年3月25日所製作的分配表中，更有分配其等3人得受償的金額（執4936卷第147頁至第148頁反面）。更且，執4936案的書記官，尚於99年4月16日註記，其等3人受分配的金額（執4936卷第163頁反面）？

5、所以，在上面所提到的事實關係下，應認為被上訴人應視為已實行抵押權，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。

6、至於99年4月6日該次的陳報狀固為被上訴人卓昱君1人所具狀（執4936卷第157頁）。但：

⑴、該次陳報也有一併提出被上訴人黃玉鶯、劉啓同2人的他項權利證明書、存摺封面影本（執4936卷第160頁、第161頁、第165頁、第166頁），且抵押權設定契約書亦記載被上訴人黃玉鶯、劉啓同2人為抵押權人（執4936卷第158頁反面）。

⑵、原審執行處也有將被上訴人黃玉鶯、劉啓同2人的抵押權債權列入分配表之中（執4936卷第146頁至第148頁、第177頁至第182頁）。

⑶、所以，應認為：被上訴人黃玉鶯、劉啓同2人也應視為已實行抵押權，不會因為99年4月6日該次的陳報狀（執4936卷第157頁），他們2人沒有具名，就率認為他們2人沒有實行抵押權，無法中斷消滅時效。

7、按關於債權消滅時效中斷事由係指：於時效完成前，發生與時效基礎事實狀態不相容的一定事實，致中斷時效進行，使先前已進行的時效期間失其效力。又關於中斷時效的理由，一般認為可從以下2個面向加以觀察：

⑴、謀求社會實體法律關係安定的實體法說：發生時效中斷事由時，不僅欠缺事實狀態的永續性、應保護的安定性，更可以認為權利者業已沒有怠於行使權利。

⑵、將時效規制理解為裁判上證據問題的訴訟法說：由於具有權利存在強力證據力的一定事實，致權利關係受確定。

⑶、就本件來說，不論從實體法說或訴訟法說來看，均應認為被上訴人參與分配的行為，應有發生時效中斷的效力。

8、從強制執行法第34條的立法修正理由來看：

⑴、本條85年間的立法修正理由略為：

①、對於執行標的物有擔保物權或依法有優先受償權之債權人，其債權恆屬真實，自不能與無執行名義之普通債權人同視，其參與分配之權利，仍應維持。

②、優先受償權人就執行之金額既獲優先受償，則執行之結果，對其亦屬有益無害，自不許任意以不聲明參與分配，抵制普通債權人之強制執行。爰於本條第2、3項明定優先受償權人應聲明參與分配，其不為此聲明者，執行法院應依職權將之列入分配，期能貫徹賸餘主義及塗銷主義之精神，並兼顧普通債權人之權益。

⑵、查被上訴人的權利既有優先受償權（抵押權），他們3人本應聲明參與分配，不為此聲明時，執行法院亦「應依職權」將之列入分配，且系爭執4936案，原審執行處亦確有將被上訴人的債權列入分配（執4936卷第146頁至第148頁反面、第177頁至第182頁）。可見，被上訴人已開始執行行為或聲請強制執行，此與他們3人究是主動或被動參與分配，是沒有關係的。

三、被上訴人於99年4月間，就系爭220萬元債權，應認為已開始執行行為或聲請強制執行（理由㈡，就司執7171案來看）：

㈠、原審執行處於99/03/19通知被上訴人於7日內陳報實際債權金額→司執7171卷第95頁至第97頁反面、第99頁至第101頁。

㈡、被上訴人卓昱君於99/04/06陳報「不足額」1,059,993元→司執7171卷第103頁至第105頁反面。

㈢、參照上開二的說明，應認為被上訴人也視為實行抵押權，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。

四、本件尚未罹於消滅時效：

㈠、按消滅時效，因起訴而中斷，又開始執行行為或聲請強制執行，與起訴有同一效力，民法第129條第1項第3款、第2項第5款分別定有明文。

㈡、時效因開始執行行為而中斷者，若因權利人之聲請，或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時，視為不中斷。時效因聲請強制執行而中斷者，若撤回其聲請，或其聲請被駁回時，視為不中斷，民法第136條也定有明文。

㈢、時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算，民法第137條第1項也有規定。

㈣、查本件應認於99年4月間，因被上訴人開始執行行為或為聲請強制執行的行為，致時效業已中斷，應重新起算，而計算至本案言詞辯論終結之時，應認尚未罹於15年的時效，所以上訴人以時效消滅為由，為本件的請求，為無理由。

五、綜上，原審為上訴人敗訴的判決，就結論上來說，應沒有錯，上訴人提起上訴，請求廢棄改判，是沒有理由的，應駁回她們的上訴。

六、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　17　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　張宏節

法　官　林信旭

以上正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人得上訴，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。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　17　　日

書記官　秦巧穎

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：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。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。