# 臺灣高等法院高雄分院民事裁定

115年度上易字第150號

上　訴　人　郭忠興
訴訟代理人　李慶榮律師
被上訴人　　吳惠珠
000000000000000000
訴訟代理人　戴榮聖律師
被上訴人　　港都之星餐飲有限公司
000000000000000000
法定代理人　陳美昕
參　加　人　玉山商業銀行股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　黃男州
訴訟代理人　顏大傑

上列當事人間請求確認拍賣無效事件，上訴人對於民國115年3月27日臺灣橋頭地方法院113年度訴字第1691號第一審判決提起上訴，並為訴之變更，本院裁定如下：

主　文

變更之訴駁回。

變更之訴訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、當事人、訴訟標的及訴之聲明為訴之三要素，其一有變更情形，即屬訴之變更。訴訟標的是否相同，應依原告訴之聲明及所主張之原因事實加以判斷。又在第二審為訴之變更，除合於民事訴訟法第255條第1項第2款至第6款之情形外，非經他造同意，不得為之，為同法第446條第1項所明定。變更之訴如與原訴之原因事實，不具社會事實上之共通性及關聯性，且無得利用原訴證據資料之情形，即無民事訴訟法第255 條第1項第2款所謂「請求之基礎事實同一」可言（最高法院109年度台抗字第104號民事裁定）。另，民事訴訟法第446條第1項為第二審程序之特別規定，排除同法第255條第1項

第7款之適用，第二審法院無從因不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，而許訴之變更或追加（最高法院115年度台抗字第163號民事裁定意旨參照）。

二、經查：

㈠本件上訴人於原審主張於民國100年5月1日，向張素鑾購得門牌號碼高雄市前金區市○○路000號公寓大廈（下稱系爭公寓）之屋頂平臺增建建物（未辦保存登記，下稱系爭增建部分）之事實上處分權，與被上訴人港都之星餐飲有限公司（下稱港都之星公司）另於101年間向張素鑾購買之同棟下方高雄市前金區市○○路000號7樓之1建物（下稱系爭7樓建物），各為獨立之物。惟原法院112年度司執字第56260號抵押物拍賣執行事件（下稱系爭執行事件），拍賣之抵押物應僅限於系爭7樓建物，卻誤將系爭增建部分列入執行債權人即參加人玉山商業銀行股份有限公司（下稱玉山銀行）對港都之星公司之抵押權（下稱系爭抵押權）所及範圍，一併予以查封（暫編建號12833號），連同其餘查封之抵押不動產，於113年2月22日拍定並由被上訴人吳惠珠得標買受。基上，上訴人就系爭增建部分既有事實上處分權，執行法院就系爭增建部分之拍定（下稱系爭拍定）即屬無效。爰提起本訴，聲明請求確認系爭拍定無效。

㈡原審判決上訴人敗訴。上訴人不服，提起上訴，惟於115年8月26日言詞辯論期日為訴之變更，變更主張為：張素鑾於81年間購買系爭7樓建物，並出資委由嘉總建設股份有限公司加蓋有獨立出入口之系爭增建部分，系爭增建部分應屬獨立之物，與系爭7樓部分各屬獨立之不動產，並由張素鑾取得所有權。因系爭增建部分未辦保存登記，故上訴人向張素鑾購買系爭增建部分時，係取得事實上處分權。基上，系爭7樓部分非屬港都之星公司所有，原法院不得予以查封拍賣，拍賣應屬無效。又，上訴人為張素鑾之債權人，張素鑾怠於行使權利，故上訴人依民法第242條規定代位提起本件訴訟，請求確認就系爭增建部分之拍賣無效等語（本院卷第11

3至116頁）。

㈢基上，上訴人於原審係主張自己對系爭增建部分有事實上處分權為由，請求確認系爭拍定無效；變更之訴則改以張素鑾對系爭增建部分有所有權，上訴人以張素鑾之債權人身分，依民法第242條規定，代張素鑾提起本件確認之訴，請求確認拍賣無效，原因事實顯然已有不同，當屬訴之變更。但就上訴人之原訴，主張依據係在於系爭增建部分與系爭7樓建物各屬獨立之物，上訴人因取得系爭增建部分之事實上處分權，請求確認系爭拍定為無效；就變更之訴而言，主張內容變更為張素鑾可否以對系爭增建部分有所有權為由，請求確認拍賣無效，並由上訴人依民法第242條規定代位提起訴訟，請求所本之原因事實已全然不同。再者，兩造於原審，乃本於上訴人主張而設之爭點即上訴人得否以對系爭增建部分有事實上處分權為由，請求確認系爭拍定無效，提出攻防方法及證據資料；變更之訴之爭點，則更改為張素鑾就系爭增建部分是否有獨立之所有權，可否以所有權為據，請求確認拍賣無效，尚且涉及上訴人可否依民法第242條規定代位提起訴訟等，亦有不同。基上，上訴人之原訴及變更之訴，顯然不具社會事實之共同性及關聯性，參以原審並未針對張素鑾是否具系爭增建部分之所有權人身分、可否以系爭增建部分之所有權為據請求確認拍賣無效、上訴人是否有代位資格等審酌調查，變更之訴亦無從全然利用原審證據資料，尚需進行其他調查，揆諸前開說明，上訴人就本件訴之變更不符民事訴訟法第255條第1項但書所列第2款之要件。至於上訴人另主張所為訴之變更無礙於被上訴人之防禦及未延滯本件訴訟乙節，依上所述，並非第二審法院得准予訴之變更之要件。此外，吳惠珠及玉山銀行均不同意上訴人所為訴之變更（本院卷第109頁），則上訴人為訴之變更，於法未合，不予准許。

三、據上論結，本件變更之訴為不合法，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日

民事第五庭

審判長法　官　邱泰錄

法　官　王　琁

法　官　高瑞聰

以上正本證明與原本無異。

本件不得抗告。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日

書記官　郭蘭蕙