臺灣高等法院臺南分院民事判決

109年度上更一字第5號

上　訴　人　鄭士益即鄭品洋
訴訟代理人　莊志剛律師
被　上訴人　遠東國際商業銀行股份有限公司
法定代理人　侯金英
訴訟代理人　許家偉律師
被　上訴人　洪阿梅
訴訟代理人　林志雄律師

上列當事人間請求分配表異議之訴等事件，上訴人對於中華民國106年6月29日臺灣臺南地方法院第一審判決（106年度訴字第238號）提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於109年11月17日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴及訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人遠東國際商業銀行股份有限公司與被上訴人洪阿梅於民國一〇三年三月十九日所成立之保證債權行為，應予撤銷。

其餘上訴駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用由兩造各負擔二分之一。

事實及理由

一、上訴人起訴主張：伊於民國（下同）102年11月20日遭被上訴人洪阿梅騎乘重型機車碰撞倒地受傷（下稱系爭車禍），經原法院於104年9月8日以103年度重訴字第285號（下稱第285號）判決被上訴人洪阿梅應賠償伊新臺幣（下同）1,283萬9,800元本息確定。惟被上訴人洪阿梅竟於103年3月19日為其配偶施聖彰向被上訴人遠東國際商業銀行股份有限公司（下稱遠東銀行）借款320萬元（下稱系爭借款）之債務為保證，並於翌日提供所有坐落臺南市○區○○段000000○000000地號土地（下稱系爭土地），及其上同段0000建號即門牌號碼臺南市○區○○路000巷0號房屋（下稱系爭房屋，並

與系爭土地合稱系爭不動產），設定最高限額385萬元之抵押權（下稱系爭抵押權），該保證及抵押權設定之行為，有害於伊之債權。詎遠東銀行嗣向原法院聲請拍賣系爭不動產，經原法院以104年度司執字第77078號民事執行事件（下稱系爭執行事件）執行，並於106年1月5日作成分配表（下稱系爭分配表），將上開抵押借款債權列入分配次序4 「執行費」、次序6「程序費用」、次序7「第1順位抵押權」、次序8「第1順位抵押權」，分別受分配1萬2,550元、2,000元、217萬9,347元、74萬2,425元，致伊併案執行之債權高達1,097萬7,531元無法受償。伊自得依民法第244條第1項及強制執行法第41條規定，請求撤銷被上訴人間上開保證及系爭抵押權設定登記之行為；系爭分配表上開次序4、6、7、8被上訴人遠東銀行受分配額均予剔除，應改分配予伊。伊係於收受系爭分配表後，聲請閱卷時始知被上訴人間之保證及設定抵押權登記行為有害及伊債權，是起訴時尚未罹於除斥期間。又施聖彰目前尚有臺南市○○區○○段00地號土地（面積：1,411.93平方公尺、權利範圍4分之3），公告現值總價值為667萬1,369元，未設定任何負擔，保證人即被上訴人洪阿梅自得拒絕清償，被上訴人遠東銀行亦不得逕向保證人請求代償，因被上訴人洪阿梅怠於行使其先訴抗辯權之權利，上訴人為被上訴人洪阿梅之債權人，於本件訴訟中，自得代位被上訴人洪阿梅行使先訴抗辯權，是原審駁回伊之請求，顯有違誤，為此提起上訴，並聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人間於103年3月19日所成立之保證債權行為，應予撤銷。㈢被上訴人遠東銀行就被上訴人洪阿梅所有系爭不動產於103年3月19日臺南地政事務所臺南土字第032860號收件，於103年3月20日設定登記最高限額385萬元抵押權之物權行為，應予撤銷。㈣原法院系爭執行事件，於106年1月5日所製作之系爭分配表，其中次序4「執行費」分配1萬2,550元、次序6「程序費用」分配2,000元、次序7「第一順位抵押權」分配217萬9,347元、次序8「第一順位抵押權」分配7

4萬2,425元予被上訴人遠東銀行部分，應予剔除，不得列入分配，應改分配予上訴人。

二、被上訴人遠東銀行則以：洪阿梅前為施聖彰向訴外人陽信商業銀行○○分行（下稱陽信銀行○○分行）之借款為連帶保證，亦以系爭不動產設定抵押權為擔保，伊以系爭借款代償該抵押債務150萬2,179元，塗銷該抵押權，使洪阿梅之物上擔保等責任併同免除，確有對價關係，應屬有償行為。另被上訴人洪阿梅所為之保證行為，因得行使先訴抗辯權，於主債務人施聖彰非無資力之情形，難認有害於上訴人之債權，自不得請求撤銷。再上訴人對於被上訴人洪阿梅之侵權行為損害賠償債權係於保證契約及系爭抵押權設定後始確立，自不得以該嗣後始發生之侵權行為債權對抗先前既已存在之最高限額抵押權。另被上訴人於103年5月28日對被上訴人洪阿梅聲請假扣押而調閱系爭不動產登記謄本時，已知悉系爭抵押權之設定，而其債權額確定為1,283萬9,800元之時為104年10月12日，其於104年12月11日自執行法院受領系爭不動產之鑑價報告書，即知悉系爭不動產之鑑估價格約為570萬餘元，縱以該價格拍定後全額分配予上訴人，仍顯不足清償其債權，是應認上訴人至遲於104年12月11日即知被上訴人洪阿梅有害及債權之行為，則其遲至106年2月10日始提起本件訴訟，已逾法定1年除斥期間，自不得請求撤銷。又抵押權人就抵押物進行強制執行，並無先訴抗辯權之適用，上訴人據此主張剔除被上訴人於系爭分配表中所受分配之金額，為無理由云云，資為抗辯。並答辯聲明：上訴駁回。

三、被上訴人洪阿梅則以：上訴人之撤銷權已逾1年之除斥期間而消滅，又被上訴人遠東銀行以系爭借款代償施聖彰於陽信銀行○○分行之抵押債務150萬2,179元並塗銷上開前順位抵押權，使伊就該抵押債務之物上擔保及清償責任併同免除，乃當初伊提供系爭不動產供擔保之對價，是伊提供系爭不動產予被上訴人遠東銀行設定抵押之物權行為，屬有償行為。原審駁回上訴人之請求，並無不當云云，資為抗辯。並答辯

聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事實：（本院卷第349-351頁）

㈠被上訴人洪阿梅於102年11月20日因過失重傷上訴人，經本院於104年2月4日以103年度交上易字第708號刑事判決過失致重傷罪，處有期徒刑7月確定在案；另原法院以103年度重訴字第285 號民事判決，判命被上訴人洪阿梅應給付上訴人1,283萬9,800元及法定遲延利息，該判決並於104年10月12日確定在案。（原審卷第12-27頁）

㈡被上訴人洪阿梅於103年3月19日同意擔任其配偶施聖彰向被上訴人遠東銀行借款320萬元之保證人，並以其所有系爭不動產為擔保品，以被上訴人遠東銀行為權利人，設定最高限額385萬元抵押權，並於103年3月20日完成登記（臺南地政事務所103年3月19日收件，收件字號：臺南土字第032860號）（即系爭抵押權）。（原審卷第33-43、61-66頁、本院上字卷第157-171頁）

㈢系爭不動產原設定360萬元之最高限額抵押權予陽信銀行○○分行，用以擔保陽信銀行對於施聖彰之債務，截至103年3月25日止尚有本息等共150萬2,179元未償（原審卷第72-75頁），前開債務於103年3月25日經被上訴人遠東銀行撥款代為清償完畢。前開抵押權於103年3月27日因清償而塗銷登記。（原審卷第90-115頁、第121-123頁）

㈣系爭不動產於103年5月28日經上訴人聲請假扣押執行。（原審卷第116、139頁）

㈤被上訴人遠東銀行以施聖彰積欠其205萬5,223元、87萬4,687元債務逾期未清償，被上訴人洪阿梅為其一般保證人，向原法院聲請核發支付命令，並經原法院於104年6月1日核發104年度司促字第11995號支付命令，令施聖彰應給付被上訴人遠東銀行205萬5,223元、87萬4,687元及約定遲延利息、違約金，如被上訴人遠東銀行對施聖彰之強制執行無效果時，由被上訴人洪阿梅給付之，該支付命令於104年7月4日確定。

㈥被上訴人遠東銀行於104年8月21日持原法院104年度司促字第11995號支付命令暨確定證明書及104年度司拍字第146號拍賣抵押物裁定暨確定證明書，向原法院對施聖彰及被上訴人洪阿梅聲請強制執行，經原法院以104年度司執字第77078號受理，拍賣施聖彰所有股票受償20萬1,077元後，又於105年10月25日將被上訴人洪阿梅所有之系爭不動產以722萬6,000元拍定，受償293萬6,322元。

㈦上訴人於104年12月14日執原法院104年度重訴字第285號民事判決，向原法院對被上訴人洪阿梅聲請強制執行拍賣系爭不動產，經原法院以104年度司執字第113015號受理後，併入104年度司執字第77078號執行程序辦理（下稱系爭執行程序），執行結果受償332萬4,599元。

㈧原法院就上開拍賣所得於106年1月5日作成分配表（下稱系爭分配表），並定於106年2月10日下午3時實施分配，被上訴人遠東銀行為第一順位抵押權人，優先受償「次序4」執行費1萬2,550元、「次序6」程序費用2,000 元、「次序7」第一順位抵押權217萬9,347元、「次序8」第一順位抵押權74萬2,425元，無不足額。上訴人受償「次序9」損害賠償普通債權322萬1,881元，不足額為1,097萬7,531元。（本院上字卷第229-235頁）

㈨上訴人於106年1月11日收受通知後，於106年1月25日具狀聲明異議，主張剔除被上訴人遠東銀行債權，原法院執行處在同年2月2日發文諭知上訴人在分配期日起10日內提起異議之訴，上訴人於同年月7日收受該函文，同年月10日提起本件分配表異議之訴，再於同年月14日向原法院民事執行處陳報本件起訴證明。（原審卷第32頁、本院上字卷第237頁）

㈩系爭不動產經系爭執行程序拍定後，拍定人已於105年11月10日辦理所有權移轉登記完畢，系爭抵押權業已塗銷。（原審卷第58-60 、125-127頁）

五、兩造之爭點：

㈠上訴人依民法第244條第1項之規定，請求將被上訴人間之保

證行為及系爭抵押權設定之物權行為予以撤銷，有無理由？上開撤銷權是否已逾法定除斥期間？

㈡上訴人代位被上訴人洪阿梅主張先訴抗辯權，有無理由？有無民事訴訟法第447條之適用？

㈢上訴人主張系爭分配表中關於被上訴人遠東銀行所得分配即「次序4」執行費1萬2,550元、「次序6」程序費用2,000元、「次序7」第一順位抵押權217萬9,347元、「次序8」第一順位抵押權74萬2,425元，應予剔除，有無理由？

六、得心證之理由：

㈠上訴人依民法第244條第1項之規定，請求將被上訴人間之保證行為及系爭抵押權設定之物權行為予以撤銷，有無理由？上開撤銷權是否已逾法定除斥期間？

1.按債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。又前條撤銷權，自債權人知有撤銷原因時起，一年間不行使，或自行為時起，經過十年而消滅。民法第244條第1項、第245條分別定有明文。至上述一年之期間，須自債權人知有撤銷原因，始能起算。所謂知有撤銷原因，係指知悉構成行使撤銷權要件之各事由而言，在無償行為，應自債權人知有害及債權之事實時起算。

2.本件上訴人主張伊於收受分配表，即於106年1月23日聲請閱卷，始發現被上訴人洪阿梅於103年3月20日為其配偶施聖彰向被上訴人遠東銀行為保證，及設定系爭抵押權，有害及伊之債權，故其起訴未逾民法第245條之法定除斥期間等語，然為被上訴人所否認，辯稱：上訴人於103年5月28日聲請假扣押執行系爭不動產，而調閱系爭不動產謄本時，即已知悉被上訴人洪阿梅已設定系爭抵押權，且執行法院已於104年12月11日送達系爭不動產之鑑價報告予上訴人，上訴人已得知其對被上訴人洪阿梅之債權額遠高於系爭不動產之價值兩倍有餘，又上訴人至遲於104年12月17日具狀聲請併案執行時，已確知被上訴人遠東銀行之債權並非完全不存在，是無待於系爭分配表之製作，即得綜合上開已知之事實，確知有

撤銷原因，上訴人之撤銷權已罹於除斥期間而消滅云云。經查：

①上訴人於103年5月間對被上訴人洪阿梅聲請假扣押裁定及於103年5月28日就系爭不動產聲請為假扣押強制執行時，業已提出同年4月16日、同年5月26日列印、其上記載系爭最高限額抵押權之系爭土地、建物登記謄本（原審卷第139頁、本院上字卷第155-173頁），是上訴人於當時即已得知系爭不動產設定有系爭最高限額抵押權。

②而本院103年度交上易字第708號刑事判決乃記載「被告（即被上訴人洪阿梅）上訴意旨稱：向遠東銀行僅貸款320萬元，其中150萬元還陽信銀行，105萬元還親友，20萬元是公公中風需花用」等語，而前開刑事判決已於104年2月9日送達上訴人（見系爭刑案本院103年度交上易字第708號卷第72頁送達證書）。嗣系爭不動產於104年8月21日，經被上訴人遠東銀行聲請強制執行（即系爭執行事件），上訴人並於104年12月14日執原法院104年度重訴字第285號民事確定判決，向原法院對被上訴人洪阿梅聲請強制執行拍賣系爭不動產，經原法院以104年度司執字第113015號受理後，併入104年度司執字第77078 號執行程序辦理，上訴人並於104年12月21日接獲執行法院之執行通知（附於104年度司執字第77078號卷㈠之送達證書可按），是上訴人於當時即可得知系爭抵押權確有被擔保債權存在，並經被上訴人遠東銀行聲請強制執行之事實。

③而觀之系爭執行卷宗，於系爭不動產拍定前，雖無上訴人聲請閱卷之記錄，難認上訴人於拍定前，確已知悉被上訴人遠東銀行之實際債權額，然執行法院委請漢牧建築師事務所就系爭不動產鑑價後，已於104年12月9日檢送系爭不動產之鑑價報告予上訴人（上訴人當時為假扣押債權人）、被上訴人表示意見，經上訴人於104年12月11日收受，有民事執行處函、鑑價報告書及送達回證附於系爭執行卷內可稽，依該次鑑價報告所示，系爭不動產估計之價值為570萬6,390元，雖

最高限額抵押權之實際債權金額與不動產登記謄本所載本金最高限額非恆一致，且不動產未必以底價拍定成交，然上訴人對被上訴人洪阿梅之債權額高達1,283萬9,800元及自103年9月20日起按年息5%之計算之利息，乃系爭不動產鑑定價格之2.25倍有餘，縱將系爭不動產之拍賣價金全數供上訴人受償，顯可預見上訴人之債權完全無法足額受償，遑論因系爭抵押權債權之存在，更使上訴人之債權無法獲得滿足，得受償之金額更低，是上訴人縱不知被上訴人遠東銀行之實際債權額，亦可知悉其對被上訴人洪阿梅之債權，因系爭抵押權之設定，將減少其受償金額，是被上訴人遠東銀行主張上訴人至遲於104年12月11日即已知被上訴人洪阿梅設定系爭抵押權之物權行為，有害及債權，應為可採。揆諸前開說明，上訴人就系爭抵押權設定物權行為之撤銷權應自104年12月11日起算，則其於106年2月10日提起本件訴訟，請求撤銷系爭抵押權設定之物權行為時，已逾1年之法定除斥期間，應堪認定。是上訴人依據民法第244條第1項規定，請求撤銷被上訴人間系爭抵押權設定之物權行為，即屬無據，不應准許。

3.惟觀之系爭執行卷宗，於系爭不動產拍定前，並無上訴人聲請閱卷之記錄，上訴人係於收受系爭分配表後，委請律師於106年1月23日聲請閱卷，始知悉被上訴人洪阿梅有於103年3月19日同意擔任其配偶施聖彰向被上訴人遠東銀行借款320萬元之保證人，是應認上訴人就系爭保證債權行為之撤銷權，應自106年1月23日起算，則其於106年2月10日提起本件訴訟，請求撤銷前開保證行為時，尚未逾1年之除斥期間，堪以認定。

4.按民法第244條第1、2項所稱之無償或有償行為，係以債務人與第三人間之行為有無互為對價關係之給付為其區別標準（最高法院101年度台上字第498號民事裁判參照）。所謂無償行為，係指當事人一方為財產上給付而他方無須付與任何對價之法律行為而言。而被上訴人洪阿梅與遠東銀行間所訂

之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並不具交易之對價關係，是被上訴人洪阿梅與遠東銀行間之系爭保證行為，應屬無償行為，堪以認定。被上訴人遠東銀行雖抗辯上訴人對於被上訴人洪阿梅之系爭侵權行為損害賠償債權成立於系爭保證行為之後，且保證人得行使先訴抗辯權，主債務人施聖彰亦非無資力，故系爭保證行為並未有害於上訴人之債權云云，然上訴人係於102年11月20日與被上訴人洪阿梅騎乘之重型機車發生碰撞，倒地受傷而受有損害，當時上訴人之侵權行為損害賠償請求權業已發生，僅損害額尚未確定而已，是被上訴人抗辯於系爭保證行為成立時，上訴人對於被上訴人洪阿梅之債權尚未成立云云，自不可採。又先訴抗辯權之性質為一種延期之抗辯，僅能暫時的拒絕清償，而不能否認債權人之權利，可得拋棄並因法定事由之發生而消滅，且是否行使先訴抗辯權乃繫於保證人之意願，若保證人不行使先訴抗辯權，債權人仍得就保證人之財產求償，又本件被上訴人遠東銀行就保證人即被上訴人洪阿梅所有系爭不動產聲請強制執行之結果，確實有害於上訴人債權之受償，是被上訴人抗辯上訴人不得對保證行為行使撤銷權云云，亦難憑採。從而，上訴人主張依民法第244條第1項規定，請求撤銷被上訴人間於103年3月19日所成立之保證債權行為，自屬有據，應予准許。

㈡上訴人代位被上訴人洪阿梅主張先訴抗辯權，有無理由？有無民事訴訟法第447條之適用？

上訴人既得依民法第244條第1項規定，撤銷被上訴人間於103年3月19日所成立之保證債權行為，即無代位被上訴人洪阿梅行使保證人先訴抗辯權之必要。而被上訴人遠東銀行除以原法院104年度司促字第11995號確定支付命令為執行名義外，另以抵押權人之地位，以原法院104年度司拍字第146號拍賣抵押物確定裁定為執行名義，進行強制執行。被上訴人

洪阿梅為抵押物之提供人，依民法第873條規定，抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者，即得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金求償，自無先訴抗辯權適用之餘地。而上訴人依民法第244條第1項規定請求撤銷被上訴人間系爭抵押權設定之物權行為，為無理由，已如前述，則上訴人主張代位被上訴人洪阿梅對抵押權人即被上訴人遠東銀行行使先訴抗辯權，請求剔除被上訴人遠東銀行於系爭分配表中所受分配之金額，自屬無據，不應准許。

七、綜上所述，上訴人主張依民法第244條第1項規定請求撤銷被上訴人二人間於103年3月19日所成立之保證債權行為，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，則屬無據，應予駁回。從而原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　8　　日

民事第四庭　　審判長法　官　翁金緞

法　官　黃義成

法　官　藍雅清

上為正本係照原本作成。

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，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　8　　日

書記官　陳筱婷

【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。