最高法院民事判決

107年度台上字第2307號

上　訴　人　兆豐國際商業銀行股份有限公司
法定代理人　張兆順
訴訟代理人　黃繼岳律師
參　加　人　臺芳開發股份有限公司
法定代理人　陳銘德
被上訴人　殷　琪
訴訟代理人　蔡兆誠律師

上列當事人間請求確認債權存在等事件，上訴人對於中華民國106年1月3日臺灣高等法院第二審判決（103年度重上字第 414號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔；參加訴訟費用由參加人負擔。

理　由

本件上訴人主張：伊係參加人臺芳開發股份有限公司（下稱臺芳公司）之債權人；臺芳公司與被上訴人於民國87年 2月13日就原判決附表所示 3筆土地（下稱系爭土地）簽立協議書（下稱系爭契約），約定臺芳公司給付被上訴人總價新臺幣（下同） 1,157萬元，被上訴人則移轉系爭土地所有權予臺芳公司；被上訴人應於收受第二期款時，提供系爭土地設定本金最高限額1,388萬4,000元抵押權予臺芳公司作為履約之擔保，並將系爭土地以現況點交予臺芳公司；被上訴人違約時，臺芳公司得解除契約、請求被上訴人將已收價款如數退還及加倍賠償損害金。臺芳公司其後已給付全部價款，被上訴人就系爭土地則於87年 4月20日向新北市淡水地政事務所（收件字號淡地登字第084440號）辦理擔保債權總金額本金最高限額1,388萬4,000元抵押權（下稱系爭抵押權）登記予臺芳公司，系爭抵押權除擔保系爭土地之過戶外，包括臺芳公司依系爭契約第6條、第7條之金錢債權在內。因臺芳公司怠於向被上訴人請求辦理系爭土地所有權移轉登記，伊代位臺芳公司請求被上訴人辦理惟未辦理，自得代位臺芳公司解除系爭契約

，請求被上訴人退還價款及賠償損害金等情。爰先位聲明求為判決確認㈠臺芳公司對被上訴人之債權在 654萬9,035元，及自101年10月 1日起依各該本金加計至原審言詞辯論終結時止之利息（下稱系爭債權）範圍內存在；㈡系爭債權為系爭抵押權所擔保之債權（第一審判決：㈠駁回上訴人之備位聲明、再備位聲明；㈡准上訴人之再再備位聲明，命被上訴人將系爭土地所有權移轉登記予臺芳公司；被上訴人就不利部分，並未聲明不服，上訴人則於原審撤回該不利部分之第二審上訴）。

被上訴人則以：臺芳公司對伊之請求權因長期未行使，其權利失效。臺芳公司從未催告伊移轉系爭土地所有權，上訴人亦未定相當期限對伊催告，伊不負違約之債務不履行責任，上訴人不得代位解除系爭契約，伊不負系爭契約第 7條之損害賠償債務。上訴人主張之債權並非於系爭抵押權擔保之債權存續期間內發生，不在系爭抵押權所擔保範圍等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：被上訴人與臺芳公司於87年 2月13日就系爭土地應有部分成立系爭契約，雙方約定轉讓總價為 1,157萬元，被上訴人於臺芳公司支付第二期款時提供系爭土地，設定本金最高限額1,388萬4,000元抵押權予臺芳公司或臺芳公司指定之第三人做為履約之擔保。被上訴人其後於87年4月20日以系爭土地，為臺芳公司設定存續期間自87年4月17日起至92年4月16日止之系爭抵押權。系爭契約第6條約定：「本約簽定後，甲方（臺芳公司）如欲辦理產權移轉登記，甲方同乙方（被上訴人）依土地法規定通知土地共有人是否放棄優先購買權，待共有人確定放棄承購權時，始行申報土地增值…。 」、第7條約定「…如乙方不賣或有本契約所約定之違約事由時，經甲方催告仍不履行，甲方得解除本約，乙方除應將已收價款如數退還甲方外，另加倍賠償所收價款同額之損害金予甲方」。上訴人前以臺芳公司分別積欠109萬0,842元及自92年12月29日起至清償日止，按週年利率百分之6 之利息；75萬2,000元及自93年1月30日起至清償日止，按週年利率百分之6之利息；136萬3,550元及自93年2月13日起至清償日止，按週年利率百分之6之利息；151萬6,

340元及自99年1月6日起至清償日止，按週年利率百分之5之利息為由，向臺灣臺北地方法院聲請准對臺芳公司核發93年度促字第944號、98年度司促字第15319號、100年度司促字第11618號支付命令，其後執上開支付命令為執行名義，多次聲請強制執行，除獲償部分執行費用外，上開債權之本息均未獲償，經臺灣士林地方法院、臺灣桃園地方法院核發債權憑證（下稱系爭債權憑證）予上訴人收執之事實，為兩造所不爭。按最高限額之抵押契約固得將現在已發生及將來可能發生之債權約定為擔保債權，惟抵押契約約定有存續期間者，訂立契約之目的，顯在擔保存續期間內所發生之債權，則應以存續期間所發生之債權，始為抵押權效力所及。系爭抵押權之存續期間自87年4月17日起至92年4月16日止，上訴人於101年9月28日起訴後，始代位臺芳公司行使系爭契約第 7條之解除權，足認其請求確認臺芳公司對於被上訴人之債權，顯非系爭抵押權之存續期間內發生，為系爭抵押權效力所不及，不在系爭抵押權之擔保範圍。上訴人以系爭債權憑證聲請就臺芳公司對於被上訴人之抵押債權及系爭抵押權為強制執行，執行法院核發扣押命令時，被上訴人對臺芳公司僅負移轉系爭土地之義務，並無何債務不履行之情事，該扣押命令之標的為金錢債權，扣押效力不及於被上訴人所負移轉系爭土地所有權之義務。系爭契約第 7條屬於約定解除權性質，被上訴人有未盡善良管理人注意義務，而不履行系爭契約所負對於臺芳公司之債務時，上訴人始得依系爭契約第 7條之約定，代位臺芳公司解除系爭契約。上訴人起訴主張依民法第 242條規定，代位臺芳公司請求被上訴人履行移轉系爭土地所有權之義務，嗣於102年4月30日再代位催告被上訴人履行上開義務。惟被上訴人抗辯臺芳公司從未通知被上訴人辦理系爭土地之移轉登記，亦未對被上訴人有所請求，並以臺芳公司就本件訴訟有法律上利害關係，於102年3月19日聲請對臺芳公司為告知訴訟，臺芳公司於同年4月1日具狀參加訴訟，其後於同年11月 5日第一審言詞辯論期日到場，仍請求被上訴人將系爭土地移轉登記予臺芳公司，被上訴人當庭即表示願意辦理移轉登記，並於同年11月26日著手通知共有人是否優先承買。上

訴人迄至102年4月30日代位臺芳公司為催告前，僅提出系爭債權憑證影本為證，不足以使被上訴人相信上訴人有代位行使臺芳公司權利之權限，被上訴人未依上訴人之催告，對於其他共有人為優先承買之通知，難認被上訴人有何可歸責於己之債務不履行情事。上訴人以被上訴人未依約通知其他共有人為優先承買通知為由，主張代位行使系爭契約第 7條之約定解除權，與該條之約定不符，不生解除系爭契約之效力。臺芳公司並未提出於訴訟外有何催告被上訴人履行系爭契約及解除契約之證明，其空言主張曾催告被上訴人履行契約，亦不足採。系爭契約不生解除效力，上訴人主張臺芳公司對於被上訴人有契約解除後之返還價金及賠償金債權，不足採信；其請求確認臺芳公司對被上訴人之債權在系爭債權範圍內之債權存在，系爭債權為系爭抵押權所擔保之債權，並無理由，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘主張及聲明證據為不足取及無須再予審酌之理由，因而維持第一審就確認「654萬9,035元」債權存在及該債權為系爭抵押權所擔保之債權部分，所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及在第二審所擴張「自101年10月1日起依各該本金加計至原審言詞辯論終結時止」之利息部分之追加之訴。

按債權人基於民法第 242條規定，以自己名義行使之債務人權利，固不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，債權人皆得代位行使。惟債權人代位行使者，係債務人對於第三人之權利，第三人自得以對於債務人之一切抗辯，對抗債權人。次按取捨證據、認定事實屬於事實審法院之職權，若其取證、認事並不違背法令及經驗法則、論理法則或證據法則，即不許任意指摘其採證或認定不當，以為上訴理由。查系爭契約第 6條約定臺芳公司如欲辦理產權移轉登記，臺芳公司始同被上訴人依土地法規定通知土地共有人是否放棄優先購買權…。第 7條則約定如被上訴人不賣或有本契約所約定之違約事由時，經臺芳公司催告仍不履行，臺芳公司得解除本約。上訴人起訴時主張代位臺芳公司請求被上訴人履行移轉系爭土地所有權之義務，於102年4月30日再代位臺芳公司催告被上訴人履行契約

，惟臺芳公司102年4月1日參加訴訟後，於同年11月5日辯論期日到場請求被上訴人辦理系爭土地移轉登記，被上訴人當庭即同意辦理移轉登記，並於同年11月26日著手通知共有人是否優先承買，為原審本於認事、採證之職權行使，綜合相關事證，合法確定之事實。系爭契約約定臺芳公司如欲辦理產權移轉登記時，始與被上訴人進行後續移轉土地所有權事宜，上訴人代位行使臺芳公司對於被上訴人之權利，自須踐行上開約定事項。而於被上訴人有不賣或有系爭契約約定之違約事由，代位臺芳公司催告被上訴人後仍不履行，上訴人始得代位行使約定解除權解除系爭契約。被上訴人於知悉臺芳公司有意辦理系爭土地所有權，即進行通知其他共有人之移轉所有權後續事宜，其未依上訴人之催告，立即對其他共有人為優先承買之通知，並無可歸責於己之情事，被上訴人既無違約事由，上訴人於102年6月14日代位解除系爭契約，與系爭契約第 7條之約定解除權行使要件不合。原審因而為上訴人不利之判斷，經核於法洵無違誤。上訴論旨，猶就原審採證、認事及契約解釋之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條、第86條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　17　　日

最高法院民事第四庭

審判長法官　林　大　洋

法官　陳　玉　完

法官　蕭　芳　菁

法官　鄭　雅　萍

法官　李　文　賢

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　31　　日