臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度上字第239號

上　訴　人　劉永權
被上訴人　劉博文
訴訟代理人　王姿茜律師
　　吳存富律師
被上訴人　中慶毛刷廠股份有限公司
法定代理人　陳慶宴
訴訟代理人　陳振瑋律師
複代理人　何俊龍律師

上列當事人間分配表異議之訴，上訴人對於中華民國108年1月23日臺灣苗栗地方法院第一審判決（106年度訴字第591號），提起上訴，本院於108年6月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

(一)上訴人以受讓自訴外人陳０００對陳００所取得改制前臺灣板橋地方法院101年度司促字第11020號支付命令所載1200萬元債權聲請強制執行，經臺灣苗栗地方法院（下稱苗栗地院）103年度司執助字第339號強制執行事件（下稱系爭強制執行程序）查封拍賣訴外人陳００所有坐落００縣○○鄉○○段○○○○○○○○號土地及其上門牌號碼００縣００鄉０００0號之1建物（下稱系爭房地），系爭房地經以新臺幣（下同）388萬元拍定，苗栗地院於民國104年12月1日製作強制執行金額分配表（下稱系爭分配表），定期於104年12月24日分配。

(二)系爭房地上有陳００於90年10月23日為劉博文設定最高限額720萬元抵押權登記（下稱系爭抵押權），劉博文以陳００向其借款300萬元（下稱系爭借款債權），於90年10月20日簽發票面金額300萬元，91年10月19日到期之本票未清償，

聲請裁定拍賣系爭房地，經苗栗地院103年度司拍字第77號裁定（下稱系爭拍賣抵押物裁定）准許。劉博文以系爭抵押權所擔保尚未受償之系爭借款債權，及自91年10月19日起依每萬元每日15元計算之違約金，於系爭強制執行程序聲明參與分配，系爭分配表劉博文受分配次序5執行費2萬4000元，次序7抵押權債權及利息、違約金，合計2629萬8041元，受分配金額354萬1670元。

(三)中慶毛刷廠股份有限公司（下稱中慶公司）以其對陳００有1432萬9001元損害賠償債權存在（下稱系爭損害賠償債權），聲請臺灣新北地方法院（下稱新北地院）核發102年度司促字第3696號支付命令，命陳００給付1432萬9901元，及自支付命令送達翌日起算之法定遲延利息。中慶公司以系爭損害賠償債權及自102年3月15日起算之法定遲延利息，於系爭強制執行程序聲明參與分配，系爭分配表中慶公司受分配次序6執行費11萬4632元，次序9普通債權即系爭損害賠償債權及利息，合計1602萬8852元，受分配金額0。

(四)劉博文之系爭抵押權所擔保的系爭借款債權應不存在：

1.上訴人前以系爭抵押權所擔保之系爭抵押債權不存在，系爭抵押權係陳００與劉博文雙方通謀虛偽意思表示所設定，代位陳００對劉博文訴請確認系爭抵押權基礎原因關係所發生之請求權不存在，劉博文應塗銷系爭抵押權登記，經苗栗地院103年度訴字第360號、本院104年度上字第182號判決駁回上訴人之訴，上訴人提起第三審上訴，經最高法院106年度台上字第1654號裁定駁回確定（苗栗地院103年度訴字第360號、本院104年度上字第182號下合稱前案確定判決）。

2.本件起訴之事實與前案確定判決之原因事實不符，自無爭點效之適用。

3.劉博文於苗栗地院103年度訴字第360號審理中自承於系爭抵押權存續期間，與陳００並未發生任何債權債務關係存在；另於原審審理中亦就上訴人提出之民事爭點整理狀主張劉博文未於系爭抵押權存續期間交付300萬元予陳００部分未予

爭執，此部分應屬視同自認。

4.劉博文雖於前案確定判決提出博記橡膠有限公司（下稱博記公司）89年5月24日臺北區中小企業銀行匯款600萬元予陳００之匯款回條，惟博記公司並未登記為系爭抵押權之抵押權人，其匯款時間亦在系爭抵押權存續期間之前，自不能證明劉博文有交付借款予陳００，是劉博文主張系爭抵押權擔保之抵押債權存在，應屬無據。

(五)中慶公司之系爭損害賠償債權應不存在：

1.中慶公司主張之系爭損害賠償債權無非係以其與陳００間有房屋租賃契約存在，因其出資增建部分建物，為陳００之債權人陳０００聲請一併拍賣，致其受有出資興建建物之損害，經新北地院以102年度司促字第3696號支付命令命陳００給付1432萬9901元，及自支付命令送達翌日起算之法定遲延利息。

2.上訴人於原審主張中慶公司與陳００間之房屋租賃契約並無約定陳００應賠償1432萬9001元，此部分中慶公司於原審審理中並不爭執，應視同自認。

3.中慶公司雖主張新北地院102年度司促字第3696號支付命令已確定，然該支付命令並無拘束上訴人之效力。

4.中慶公司於系爭強制執行事件拍定終結前1日方參與分配，足見中慶公司之債權非真正，且中慶公司所提出之房屋租賃契約並非真正，縱為真正，亦不能證明具有法律效果之意思存在。

(六)依上述，劉博文之系爭抵押權所擔保的抵押債權及中慶公司之系爭損害賠償債權均不存在，渠等竟欺瞞執行法院將不存在之債權列於系爭分配表，致上訴人受有分配金額減少之損害，上訴人得依民法第184條第2項、第213條之規定請求回復原狀，並提起分配表異議之訴。爰求為命系爭分配表次序7所載劉博文抵押權債權及利息、違約金，共計2629萬8041元，及次序9所載中慶公司普通債權即系爭損害賠償債權及利息，共計1602萬8852元，均應更正為0元；系爭分配表次

序5、次序7所載劉博文受分配金額執行費2萬4000元、抵押權354萬1670元及次序6所載中慶公司受分配金額執行費11萬4632元均應剔除，改分配予上訴人之判決。

二、被上訴人則以：

(一)劉博文辯以：

1.上訴人本件主張之爭點，業經前案確定判決認定，本件與前案確定判決之當事人俱為上訴人與劉博文，二者同一，且上訴人所提證物復無足以推翻前案確定判決所為認定之情形，依上說明，自已發生爭點效之拘束力，故上訴人不得再為相反之爭執。

2.劉博文有於89年5月24日以所營博記公司之帳戶匯款600萬元予陳００，劉博文於96年2月間將其對陳００之600萬元借款債權其中之300萬元本金（含50萬元利息）讓與陳０００，陳００仍欠劉博文本金300萬元之借款，乃另開立300萬元之本票交給劉博文，故系爭抵押權所擔保範圍仍包括系爭借款債權，此部分業經苗栗地院106年度訴更(一)字第2號判決認定屬實，是上訴人主張系爭抵押權所擔保之抵押債權不存在，應無理由等語。

(二)中慶公司辯以：

1.上訴人本件所提分配表異議之訴，未於分配期日前1日聲明異議，不符程序要件，應予駁回，且縱使上訴人有依法聲明異議，惟分配期日為104年12月24日上午10時，上訴人未於分配期日起10日內提起分配表異議之訴，與法不符。

2.縱上訴人對中慶公司之系爭損害賠償債權存否有所爭執，其所提起之分配表異議之訴亦應符法定程序。又中慶公司與陳００簽訂房屋租賃契約時，該不動產雖遭法院查封，然債務金額僅數百萬元，中慶公司方會與陳００簽訂租約並一次給付全部租金。豈料陳００於99年間之強制執行事件所列債務高達數千萬元，致中慶公司投入之裝修成本血本無歸，中慶公司始會聲請新北地院102年度司促字第3696號支付命令，陳００對該支付命令亦未異議而確定，倘上訴人要代位請求

，實應係代位陳００就新北地院102年度司促字第3696號支付命令提起再審，而非提起本件訴訟。

3.再依苗栗地院103年度訴字第360號及系爭強制執行程序卷內資料，縱中慶公司有侵權行為，上訴人得主張之侵權行為請求權亦已罹於時效等語。

三、以下之事實為兩造所不爭執：

(一)陳００以系爭房地於90年10月23日為劉博文設定系爭抵押權，抵押權存續期間為90年10月18日起至95年10月17日止，違約金依借款金額每萬元每日以15元計算。

(二)劉博文以系爭借款債權，於90年10月20日簽發票面金額300萬元，91年10月19日到期之本票未清償，聲請裁定拍賣系爭房地，經苗栗地院系爭拍賣抵押物裁定准許。

(三)上訴人以系爭抵押權所擔保之抵押債權不存在，系爭抵押權係陳００與劉博文雙方通謀虛偽意思表示所設定，代位陳００對劉博文訴請確認系爭抵押權基礎原因關係所發生之請求權不存在，劉博文應塗銷系爭抵押權登記。經苗栗地院103年度訴字第360號、本院104年度上字第182號判決認定系爭抵押權登記並非陳００與劉博文通謀虛偽所設定，系爭抵押權係擔保陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，陳００之借款債務尚未消滅，系爭抵押權不能塗銷等情，判決駁回上訴人之請求，上訴人不服，提起第三審上訴，復經最高法院106年度台上字第1654號裁定駁回確定。

(四)劉博文於苗栗地院103年度訴字第360號104年1月22日審理時承認，系爭抵押權所擔保之債權，除其主張之600萬元外，在系爭抵押權存續期間90年10月18日起至95年10月17日止，與陳００未發生其他債權債務關係。

(五)中慶公司以其向陳００承租００市○○區○○段（下稱００段）0000、0000、0000、0000、0000、0000-0、0000地號土地及其上同段0000及0000建號建物，經中慶公司增建同段4414建號建物成為上開3740建號建物之附屬建物，為陳００之債權人陳０００聲請一併拍賣，致其受有出資興建該0000

建號建物之損害，對陳００有系爭損害賠償債權存在，聲請新北地院核發102年度司促字第3696號支付命令，命陳００給付1432萬9901元，及自支付命令送達翌日起算之法定遲延利息，該支付命令未經陳００提出異議。

(六)上訴人以受讓自陳０００對陳００所取得臺灣板橋地方法院101年度司促字第11020號支付命令所載1200萬元債權聲請強制執行，經系爭強制執行程序查封拍賣系爭房地。中慶公司以系爭損害賠償債權及自102年3月15日起算之法定遲延利息，於系爭強制執行程序聲明參與分配；劉博文則以系爭抵押權所擔保尚未受償之系爭借款債權，及依抵押權設定契約書所載自91年10月19日起依每萬元每日15元計算之違約金，於系爭強制執行程序聲明參與分配。

(七)系爭房地經以388萬元拍定後，苗栗地院於104年12月1日製作系爭分配表，定期於104年12月24日分配。劉博文於系爭分配表，受分配次序5執行費2萬4000元，次序7抵押權債權即系爭借款債權及利息、違約金，合計2629萬8041元，受分配金額354萬1670元；中慶公司於系爭分配表，受分配次序6執行費11萬4632元，次序9普通債權即系爭損害賠償債權及利息，合計1602萬8852元，受分配金額0。

(八)中慶公司曾就系爭分配表所列劉博文之債權提起分配表異議之訴，上訴人則對中慶公司及劉博文提起主參加訴訟。上訴人提起之主參加訴訟，因未繳納裁判費，為苗栗地院105年度訴字第29號裁定駁回確定。中慶公司所提起之分配表異議之訴，則經苗栗地院106年度訴更(一)字第2號判決駁回確定。

四、本件兩造爭執之重點：

(一)劉博文對陳００系爭借款債權是否存在，是否為系爭抵押權所擔保範圍？

(二)中慶公司對陳００系爭損害賠償債權是否存在？

(三)劉博文以系爭借款債權及中慶公司以系爭損害賠償債權於系爭強制執行程序聲明參與分配，有無對上訴人構成侵權行為

？

(四)上訴人請求更正系爭分配表之債權金額，及剔除被上訴人受分配金額，改由上訴人分配，有無理由？

五、本院得心證之理由：

(一)劉博文對陳００系爭借款債權是否存在，是否為系爭抵押權所擔保範圍？

1.查陳００以系爭房地於90年10月23日為劉博文設定系爭抵押權，抵押權存續期間為90年10月18日起至95年10月17日止，違約金依借款金額每萬元每日以15元計算。劉博文則以系爭借款債權，於90年10月20日簽發票面金額300萬元，91年10月19日到期之本票未清償，聲請裁定拍賣系爭房地，經苗栗地院系爭拍賣抵押物裁定准許。嗣上訴人以系爭抵押權所擔保之抵押債權不存在，系爭抵押權係陳００與劉博文雙方通謀虛偽意思表示所設定，代位陳００對劉博文訴請確認系爭抵押權基礎原因關係所發生之請求權不存在，劉博文應塗銷系爭抵押權登記。經苗栗地院103年度訴字第360號、本院104年度上字第182號判決認定系爭抵押權登記並非陳００與劉博文通謀虛偽所設定，系爭抵押權係擔保陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，陳００之借款債務尚未消滅，系爭抵押權不能塗銷等情，判決駁回上訴人之請求，上訴人不服，提起第三審上訴，復經最高法院106年度台上字第1654號裁定駁回確定等情，為兩造所不爭執之事實，並有上訴人提出系爭抵押權之抵押權設定契約書、系爭拍賣抵押物裁定、苗栗地院103年度訴字第360號判決、本院104年度上字第182號判決、最高法院106年度台上字第1654號裁定在卷可稽（附原審卷第27至68頁），此部分之事實自堪認定。

2.按民事訴訟法第400條第1項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第2項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力（最高法院73年台上字第

3292號判例意旨參照）。本件上訴人起訴主張依民法第184條第2項、第213條之規定，提起確認之訴請求確認劉博文於系爭分配表中所列之優先受償額數不存在，以回復分配前之狀態，訴訟標的為侵權行為回復原狀請求權，而苗栗地院103年度訴字第360號事件乃上訴人代位陳００訴請塗銷系爭抵押權登記之訴，訴訟標的與本件不同，難認本件為該案既判力所及。又所謂爭點效，係指法院於確定判決理由中就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言（最高法院106年度台上字第836號判決意旨參照）。前案確定判決與本件之當事人同為上訴人與劉博文，且判決理由中之爭點，均為劉博文對於陳００之系爭抵押權及所擔保系爭借款債權是否存在，上訴人亦未提出新訴訟資料足以推翻前案確定判決之判斷，前案確定判決之判斷亦無違背法令之情事，足認本件應受該案爭點效之拘束，上訴人不得再為相反之主張，本院亦不得作相異之判斷。而前案確定判決已為實體判斷，上訴人以前案確定判決所贅論之上訴人對劉博文起訴不具當事人適格，上訴人不得行使代位權，當事人適格要件有欠缺，及上訴人非系爭抵押權法律關係主體行為人等問題，認為前案確定判決對本件無爭點效之效力，要無可採。另最高法院67年度第11次民事庭庭推總會議決議「債權人代位債務人對第三債務人提起之訴訟，與債務人自己對第三債務人提起之訴訟，並非同一之訴。又債權人前既因債務人怠於行使權利而已代位行使債務人之權利，不因債務人以後是否繼續怠於行使權利而影響債權人已行使之代位權，故債權人之代位起訴，不限制債務人以後自己之起訴，而債務人自己以後之起訴，亦不影響債權人在前之代位起訴。」係指債權人代位債務人所提起之訴訟，與債務人自己所提起之訴訟，因當事人不同，故非同一之訴，此與

上訴人之前代位陳００訴請塗銷系爭抵押權登記，之後又以上訴人名義提起本件訴訟，當事人同為上訴人不同，上訴人以最高法院上開見解，主張兩案當事人不同，而謂前案確定判決對本件並無爭點效之效力，亦屬無據。

3.系爭抵押權所擔保之債權，已經前案確定判決認定係陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，該600萬元係由劉博文以所營博記公司之帳戶於同日匯款予陳００，劉博文所借給陳００之600萬元，非不得指示他人匯款，自應認劉博文就陳００所借之600萬元業已交付，上訴人以匯款人係博記公司，否認劉博文有交付600萬元予陳００，委無足取。陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，雖係發生在系爭抵押權90年10月23日設定登記，抵押權存續期間90年10月18日起至95年10月17日止之前，惟依最高法院66年台上字第1097號判例意旨所示「所謂最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。此種抵押權所擔保之債權，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為抵押權效力所及。」顯然最高限額抵押權所擔保之債權，並不限於將來可能發生之債權，在訂約當時已發生之債權，仍在抵押權擔保範圍。此與最高法院62年台上字第776號判例意旨「最高額抵押與一般抵押不同，最高額抵押係就將來應發生之債權所設定之抵押權。」、83年台上字第1055號判例意旨「最高限額抵押契約定有存續期間者，……其原擔保之存續期間內所可發生之債權，……」，僅係在強調最高限額抵押權所擔保之債權，包括將來應發生之債權，在存續期間內所可發生之債權，為最高限額抵押權擔保範圍，並非認為設定最高限額抵押權當時已發生之債權，不在抵押權擔保範圍。陳００於系爭抵押權設定登記前向劉博文所借之600萬元，仍為系爭抵押權所擔保之範圍，並無需於抵押權設定契約書明載擔保範圍包括現在已發生之債權，系爭借款債權為系爭抵押權擔保

範圍，亦與上訴人所引最高法院72年台上字第2432號判例意旨「抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利。」，不生衝突，上訴人主張陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，非在系爭抵押權擔保之範圍，委無可採。

4.劉博文以系爭借款債權，於90年10月20日簽發票面金額300萬元，91年10月19日到期之本票未清償，聲請裁定拍賣系爭房地，並以系爭借款債權，及自91年10月19日起依每萬元每日15元計算之違約金，於系爭強制執行程序聲明參與分配。依劉博文之主張及證人陳００於本院104年度上字第182號104年7月27日準備程序時證稱：「（陳００或劉博文有無委託你辦理塗銷劉博文在光榮段土地的設定？委託的原因為何？）我太太是代書，我幫她去送件，本件是陳００及劉博文一起來委託辦理債權及抵押權讓與陳０００。權利人是劉博文，債務人是陳００，我是去地政事務所辦理，是劉博文委託我去辦理的，過程中與陳００也有打電話聯繫過，他也知道這件事情，他當然也有同意。他們轉移的原因就是債權讓與，陳０００買劉博文的債權。」、「（陳００有無透過你將103年度司拍字第77號裁定記載的300萬元本票交給劉博文？）有，請我交給劉博文。」、「（陳００開立上開300萬元本票是否針對積欠劉博文系爭600萬元之剩餘本金300萬元所為？為何本票面額要記載為300萬元？）因為陳００有還劉博文300萬元，所以再開300萬元給劉博文，他們是這樣講的。」、「（劉博文既然將300萬元轉讓給陳０００，為何還要委託你聲請拍賣抵押物？本案是否劉博文跟陳０００透過債權讓與的方式，來替陳００清償300萬元？）陳０００要替陳００清償300萬元，當初我們是在劉博文公司，陳０００也有在場，他們在公司談好，但是我有知會陳００。」等語（見本院104年度上字第182號卷(一)第72頁背面至73頁背面），可見劉博文對陳００89年5月24日之借款，原係提供另筆光榮段土地設定抵押擔保，嗣陳０００代陳００返還

300萬元，劉博文乃將該600萬元中之300萬元及另筆光榮段土地所設定之抵押權轉讓陳０００，陳００於設定系爭抵押權時向劉博文所借之款項仍有300萬元未清償，陳００乃於90年10月30日開立票面金額300萬元，91年10月19日到期之本票予劉博文，嗣因陳００一直未清償系爭借款債權，劉博文始會以系爭借款債權聲請裁定拍賣抵押物，並於系爭強制執行程序聲明參與分配，劉博文對陳００之300萬元系爭借款債權，自在系爭抵押權所擔保範圍。系爭抵押權既在擔保系爭借款債權，其請求權之消滅時效為15年，上訴人以陳００所簽發91年10月19日到期本票之票據債權請求權時效已過，主張依民法第880條之規定系爭抵押權已歸於消滅云云，顯有誤解。

5.系爭抵押權係在擔保陳００於89年5月24日向劉博文所借之600萬元，至系爭抵押權設定時，陳００之借款仍有300萬元未清償，系爭借款債權自在系爭抵押權擔保範圍，則陳００於抵押權存續期間未再向劉博文借款，劉博文亦未交付300萬元予陳００，自不會影響系爭借款債權仍在系爭抵押權所擔保範圍之事實。是劉博文於苗栗地院103年度訴字第360號104年1月22日審理時承認，系爭抵押權所擔保之債權，除其主張之600萬元外，在系爭抵押權存續期間90年10月18日起至95年10月17日止，與陳００未發生其他債權債務關係；及不爭執上訴人於原審民事爭點整理狀之不爭執事項「劉博文抵押權存續期間並無交付300萬元予陳００」，均不能為有利上訴人之認定，無法因此認為劉博文已自認系爭抵押權無擔保之抵押債權存在，上訴人主張劉博文已為自認系爭借款債權不存在，系爭抵押權並無擔保之抵押債權存在云云，即非的論。

(二)中慶公司對陳００系爭損害賠償債權是否存在？

1.查中慶公司以其向陳００承租００段0000、0000、0000、1000、0000、0000-0、0000地號土地及其上同段0000及0000建號建物，經中慶公司增建００段0000建號建物成為上開3740

建號建物之附屬建物，為陳００之債權人陳０００聲請一併拍賣，致其受有出資興建該0000建號建物之損害，對陳００有系爭損害賠償債權存在，聲請新北地院核發102年度司促字第3696號支付命令，命陳００給付1432萬9901元，及自支付命令送達翌日起算之法定遲延利息等情，業經本院調閱新北地院102年度司促字第3696號支付命令卷查明屬實。而依該案號卷宗所示，新北地院102年度司促字第3696號支付命令有合法送達陳００，陳００於收受該支付命令後並未聲明異議，依修正前民事訴訟法第521條第1項債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力之規定，新北地院102年度司促字第3696號支付命令已與確定判決有同一之效力，中慶公司自已確定對陳００有系爭損害賠償債權存在。

2.中慶公司於聲請核發支付命令時提出向陳００承租不動產之租賃契約書，此與中慶公司所主張受有興建００段0000建號建物成為同段0000建號建物之附屬建物，為陳００之債權人陳０００聲請一併拍賣，致其受有出資興建該0000建號建物之損害，對陳００有系爭損害賠償債權存在，無必然之關係，中慶公司對其主張出資1432萬9001元興建００段0000建號建物，並無任何舉證，但債權人聲請核發支付命令，本可不附任何證據，祇要債務人在支付命令核發後未聲明異議，該支付命令因而確定，債權人仍確定對債務人取得該支付命令所載之債權，僅能由債務人提起再審之訴予以推翻，故上訴人所稱中慶公司於系爭強制執行程序拍定終結前1日方參與分配，中慶公司所提出之房屋租賃契約並非真正，縱為真正，亦不能證明具有法律效果之意思表示等情，皆不影響中慶公司對陳００已取得確定之系爭損害賠償債權的事實。

3.上訴人固非新北地院102年度司促字第3696號支付命令之當事人，該支付命令之效力自不能拘束上訴人，但中慶公司係以該支付命令所載之系爭損害賠償債權於系爭強制執行程序聲明參與分配，系爭強制執行程序僅係由上訴人聲請，所查

封拍賣者係陳００之財產，中慶公司參與分配之財產係陳００之系爭房地，中慶公司並非以該支付命令對上訴人主張權利，即與上訴人不受該支付命令效力所拘束無關。

4.中慶公司已對陳００取得確定之系爭損害賠償債權，其從未承認對陳００之系爭損害賠償債權不存在，而中慶公司對陳００有系爭損害賠償債權存在，亦與房屋租賃契約有無約定所租賃之房屋被拍賣，陳００應賠償1432萬9001元無關，上訴人以中慶公司不爭執其於民事爭點整理狀之不爭執事項「中慶公司於租賃契約上並無約定所租賃之房屋被拍賣，陳００應賠償1432萬9001元之事實」，而謂中慶公司已自認系爭損害賠償債權不存在云云，要屬無據。

(三)劉博文以系爭借款債權及中慶公司以系爭損害賠償債權於系爭強制執行程序聲明參與分配，有無對上訴人構成侵權行為？

1.劉博文對陳００確有系爭借款債權存在，系爭借款債權為系爭抵押權所擔保範圍，則劉博文以系爭抵押權所擔保尚未受償之系爭借款債權，及依抵押權設定契約書所載自91年10月19日起依每萬元每日15元計算之違約金，於系爭強制執行程序聲明參與分配；中慶公司已取得確定之新北地院102年度司促字第3696號支付命令，對陳００已確定有系爭損害賠償債權存在，則中慶公司以系爭損害賠償債權，及自102年3月15日起算之法定遲延利息，於系爭強制執行程序聲明參與分配，被上訴人所參與分配之債權均無不實，自係合法行使權利，即無上訴人所謂劉博文之系爭抵押權所擔保的抵押債權及中慶公司之系爭損害賠償債權均不存在，竟欺瞞執行法院將不存在之債權列於系爭分配表之可言，被上訴人自無侵害上訴人於系爭強制執行程序之公平受分配權利。

2.被上訴人係在系爭強制執行程序聲明參與分配，而系爭強制執行程序係查封拍賣陳００之系爭房地，被上訴人係就系爭房地拍賣所得之價金受償，被上訴人即係就陳００之財產受分配，在劉博文系爭借款債權及中慶公司系爭損害賠償債權

被否定之前，上訴人並無法取得被上訴人於系爭強制執行程序所得分配之權利，被上訴人於系爭強制執行程序聲明參與分配，當無侵害上訴人之權利可言。

(四)上訴人請求更正系爭分配表之債權金額，及剔除被上訴人受分配金額，改由上訴人分配，有無理由？

1.債權人或債務人對於分配表所載之債權或分配金額有不同意者，應聲明異議，若債務人或有利害關係之他債權人對其異議為反對之陳述，聲明異議人即應於分配期日或受通知有反對陳述情形日起10日內向執行法院為起訴之證明，否則，其聲明異議視為撤回，原為爭執之債權或分配金額自應歸入先為分配之無異議部分。系爭分配表定期於104年12月24日分配，上訴人於分配期日前之同月22日固有對劉博文之系爭分配表所列之債權及分配金額聲明異議，並於分配期日到場反對依系爭分配表分配，經苗栗地院告知於10日內提出起訴之證明，否則依系爭分配表實行分配，上訴人於105年1月11日向苗栗地院陳報其已對被上訴人提起分配表異議之訴事件之主參加訴訟，及其起訴之證明，此經本院調閱苗栗地院103年度司執助字第339號執行卷查明屬實，可見上訴人並未對中慶公司之債權及分配金額聲明異議，且所為之起訴已逾分配期日10日。又上訴人對被上訴人提起之主參加訴訟，因未繳納裁判費，為苗栗地院105年度訴字第29號裁定駁回確定（苗栗地院105年度訴字第29號裁定附本院卷第34、35頁），並為上訴人所不爭執，上訴人再主張其係以本件訴訟提起分配表異議之訴（上訴人原否認係提起分配表異議之訴，於原審言詞辯論終結之後始改稱其係要提起分配表異議之訴），其提起本件訴訟係在106年9月22日，亦已逾分配期日10日，上訴人所謂以本件訴訟提起分配表異議之訴，自未合法。

2.系爭分配表劉博文所受分配次序5執行費2萬4000元，次序7抵押權債權及利息、違約金，合計2629萬8041元，受分配金額354萬1670元；中慶公司受分配次序6執行費11萬4632元，次序9普通債權即系爭損害賠償債權及利息，合計1602萬885

2元，受分配金額0。其中劉博文之系爭借款債權及中慶公司之系爭損害賠償債權均為真正，上訴人所主張侵權行為回復原狀之請求權並不存在，所提起之分配表異議之訴並不合法，則上訴人請求將系爭分配表次序7及次序9之金額由2629萬8041元及1602萬8852元均更正為0元，系爭分配表次序5、次序7、次序6所分配之金額2萬4000元、354萬1670元及11萬4632元均應剔除，改分配予上訴人，洵屬無據。

六、綜上所述，上訴人訴請更正系爭分配表之債權金額，及剔除被上訴人所受分配金額，改由上訴人分配，均有未合，不能准許。原審判決駁回上訴人之請求，核無違誤，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。兩造其餘攻擊防禦方法，經核均不影響本判決之結果，爰不逐一論述，併予敘明。

七、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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　9　　日

民事第二庭審判長法　官　謝說容

法　官　林慧貞

法　官　陳蘇宗

以上正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後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日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項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。

書記官　盧威在

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　9　　日