臺灣高等法院臺南分院民事判決

105年度重上字第62號

上　訴　人　楊山建設股份有限公司
兼法定代理人
即清算人　　林振益
法定代理人
即清算人　　林育裕
　　林通遠
共　　同
訴訟代理人　蕭予馨律師
被上訴人　　陳麗吟
訴訟代理人　林玠民律師
被上訴人　　陳信仲
訴訟代理人　黃冠偉律師

上列當事人間請求分配表異議之訴事件，上訴人對於中華民國105年5月16日臺灣臺南地方法院第一審判決（104年度重訴字第13號）提起上訴，本院於107年12月13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部分，及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，臺灣臺南地方法院一０二年度司執字第二二０七二號給付借款強制執行事件，於民國一０二年十月二十九日製作之分配表，其中被上訴人陳信仲表一次序七「第二順位抵押權債權原本」、表二次序五「表一分配不足金額」分別超過新臺幣壹仟柒佰陸拾壹萬零伍佰伍拾元部分、及次序三超過新臺幣壹仟柒佰陸拾壹萬零伍佰伍拾元部分之執行費，均應予剔除。

其餘上訴駁回。

廢棄部分，第一、二審訴訟費用，由被上訴人陳信仲負擔。上訴駁回部分，第二審訴訟費用由楊山建設股份有限公司、林振益負擔。

事實及理由

甲、程序方面

一、按股份有限公司之清算人有數人時，得推定一人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權。關於清算事務之執行，取決於過半數之同意，公司法第334條、同法第85條第1項定有明文。查上訴人楊山建設股份有限公司（下稱楊山公司）經新北市政府於民國（下同）102年3月15日以北府經司字第10251102890號函廢止登記，楊山公司當時董事長為訴外人林通遠，董事為上訴人林振益及訴外人林育裕，有新北市政府104年3月27日新北府經司字第1045138067號函附之股份有限公司變更登記表在卷可參（見原審卷㈠第147-150頁）。楊山公司固提出董事林振益及林育裕之協議書（見本院卷㈠第419頁），主張業據楊山公司過半數董事同意以推定林育裕為公司法定代理人，然上開推定程序未經董事林通遠參與，林通遠亦表示不同意推定林育裕代表楊山公司等語，故上開協議對楊山公司不生效力，本件應列全體清算人即林振益、林育裕、林通遠為楊山公司之法定代理人。

二、次按法院於能力、法定代理權或為訴訟所必要之允許，認有欠缺而可以補正者，應定期間命其補正；上訴有當事人能力或代理權欠缺之情形者，亦同，為民事訴訟法第49條、第442條第2項所明定。法定代理權有無欠缺，不問訴訟程度如何，或當事人間是否有所爭執，法院均得依職權調查之，第一審法院如未予調查，或當事人之補正欠缺無相當之證明，第二審法院仍不妨再加調查或命補正（最高法院88年度台簡抗第4號判決要旨參照）。本件楊山公司本應列全體清算人即林振益、林育裕及林通遠為法定代理人，始為適法，已如上述，原審依林振益、林育裕出具之協議書，逕列林育裕為楊山公司之法定代理人，而為楊山公司敗訴之判決，林育裕並以楊山公司法定代理人身分提起本件上訴，其法定代理權雖有欠缺，然上訴人法定代理人林振益、林育裕、林通遠暨被上訴人陳麗吟、陳信仲均同意補正原審此一法定代理權之欠

缺，故楊山公司法定代理人於原審法定代理權之欠缺業據補正，其訴訟自屬合法，先予敘明（見本院卷㈢第168、207、208、125頁）。

三、再按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限；又訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：．．．㈡請求之基礎事實同一者。．．．民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。因之，於第二審為訴之變更追加，苟其請求之基礎事實同一者，即非法所不許。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之新訴與原訴之主要爭點有其共通性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理與以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之（最高法院90年度台上字第16號判決、90年度台抗字第2號裁定意旨參照）。上訴人於原審起訴聲明：「㈠確認被告陳麗吟（即被上訴人陳麗吟，下同）對於臺南市○○區○○段474、475、476、477及478地號等五筆土地（下稱系爭土地）之第一順位抵押權不存在。㈡確認被告陳信仲（即被上訴人陳信仲，下同）對於系爭土地第5順位、臺南市○○區○○段715建號建物（下稱系爭建物）第1順位抵押權不存在。㈢確認陳信仲對於原告二人（即上訴人楊山公司、林振益）之新臺幣（下同）2,000萬元本票債權不存在。㈣原審法院102年度司執字第22072號強制執行程序於102年10月29日製作之分配表（下稱系爭分配表）上，表1所載次序3執行費10萬8,006元、次序4併案執行費23萬2,000元、次序6第一順位抵押權2,900萬元（含利息6,033萬0,329元及違約金1,190萬7,877元）、次序7第二順位抵押權2,000萬元；表2所載次序3執行費6萬8,494元、次序4併案執行費1萬9,892元、次序5表1分配不足2,000萬元、次序7票款84萬8,917元，均應予剔

除，不列入分配」，經原審法院判決上訴人楊山公司、林振益（下稱上訴人2人）敗訴，上訴人2人提起上訴，並為上訴聲明為「㈠原判決廢棄。㈡確認陳麗吟就系爭土地之抵押債權於超過19,104,400元部分不存在。㈢確認陳信仲就系爭土地及系爭建物之抵押債權於超過1,000萬元部分不存在。㈣系爭分配表上，表1所載次序3執行費108,006元、次序4併案執行費232,000元、次序6第一順位抵押權2,900萬元（含利息60,330,329元及違約金11,907,877元）、次序7第二順位抵押權2,000萬元；表2所載次序3執行費68,494元、次序4併案執行費19,892元、次序5表1分配不足2,000萬元、次序7票款848,917元，均應予剔除，不列入分配」（見本院卷㈠第9頁）。嗣又於本院準備程序變更其上訴聲明為「㈠原判決廢棄。㈡系爭分配表上，表1所載次序4併案執行費23萬2,000元、次序6第一順位抵押權2,900萬元（含利息6,033萬329及違約金1,190萬7,877元）；次序3執行費108,006元，次序7第二順位抵押權20,000,000元應剔除；表2所載次序5『表一分配不足』金額應更正為511萬1,550元，應屬普通債權」（見本院卷㈡第278頁、卷㈢第15頁），核其變更係屬同一對分配表異議之基礎事實，揆諸上開說明，即無不合，應予准許。

乙、實體方面

一、楊山公司、林振益起訴主張：

㈠楊山公司及林振益為原審法院102年度司執字第22072號給付借款強制執行程序（下稱系爭強制執行程序）之債務人，陳麗吟及陳信仲則為債權人。系爭強制執行程序於102年10月29日製作分配表，並定同年12月10日為分配期日，楊山公司及林振益於同年12月7日對分配表聲明異議，經執行法院通知陳信仲後，陳信仲於103年1月28日為反對陳述，執行法院於同年2月10日以南院崑102司執乾字第22072號函通知楊山公司及林振益於文到10日內提出已就所異議之事項提出訴訟之證明，林振益、楊山公司分別於同年2月12日、同年2月13

日收受該通知，因而於103年2月24日向原審法院提起本件分配表異議之訴。

㈡陳麗吟於99年10月1日就系爭土地登記為第1至第4順位最高限額抵押權（下稱系爭抵押權甲）部分：

1.系爭抵押權甲屬概括最高限額抵押權，應不生效力。

2.系爭抵押權甲係陳麗吟輾轉受讓自寶華商業銀行股份有限公司（下簡稱寶華銀行，其歷次變動之時序如附表所示），94年寶華銀行將系爭抵押權甲中之第1、3、4順位抵押權（下稱系爭第1、3、4順位抵押權）讓與通用商業資融國際有限公司（下稱通用公司），其約定讓與之際，原債權額仍未確定，且讓與未經抵押人林振益同意，從而讓與系爭第1、3、4順位抵押之約定，不生物權效力，無從再據轉讓與給陳麗吟。系爭抵押權甲之設定既不生效力，原審法院執行處102年10月29日分配表表1所載次序4陳麗吟應分配之執行費232,000元及次序6陳麗吟之第1順位抵押2900萬元（含利息60,330,329元，違約金11,907,877元）應予剔除。

㈢陳信仲於94年8月4日登記為台南市○○區○○段715建號建物（下稱系爭建物）之最高限額抵押權人，並登記為系爭土地之第5順位最高限額抵押權人（下稱系爭抵押權乙）部分：

1.系爭抵押權乙屬最高限額抵押權，依法不生效力。

2.原審100年度司執賢字第46094號債權憑證（下稱系爭債證）所載對於林振益之票款債權2,000萬部分（票據號碼TH027337），經陳信仲表明未曾繳納執行費，亦未請求執行，即無從分配系爭土地（原為林振益所有）拍賣所得。故表1所載次序3陳信仲應分配執行費10萬8,006元、次序7之第2順位抵押權2,000萬元，均應全部剔除，不列入分配。

3.陳信仲向執行法院提出之債權計算書中，除5,111,550元得列入分配外，其餘均不得列入分配。

㈣是以系爭分配表上，表1陳麗吟併案執行費23萬2,000元、陳麗吟系爭第一順位抵押權2,900萬元及陳信仲執行費108,006元，陳信仲系爭第二順位抵押權20,000,000元均應剔除；系

爭分配表表2陳信仲『表一分配不足』金額應更正為5,111,550元，應屬普通債權。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。並上訴聲明：1.原判決關於駁回楊山公司、林振益後開第二項之訴部分廢棄。2.表1所載次序4陳麗吟併案執行費23萬2,000元、次序6陳麗吟第一順位抵押權2,900萬元；次序3陳信仲執行費108,006元，次序7陳信仲第二順位抵押權20,000,000元應剔除；表2所載次序5陳信仲『表一分配不足』金額應更正為511萬1,550元，應屬普通債權。

二、被上訴人陳麗吟則以：

㈠系爭抵押權甲係訴外人阮清淵於82年間向高雄市第十信用合作社（下稱高雄十信）借款並簽訂借貸契約，以系爭土地設定系爭第1至第4順位抵押權作為擔保，為向金融機構以借款之法律基礎關係而設定最高限額抵押權，完全合於實務上最高限額抵押權之要件，絕非所謂之概括最高限額抵押權。

㈡系爭土地、建物登記謄本上關於他項權利部之權利人陳麗吟部分均明載：「……其他登記事項：本最高限額抵押權已確定」（見原審卷㈠第131頁）；而系爭土地98年度鹽登字第000000號異動清冊（見原審卷㈠第151-153頁）上關於他項權利部之權利人馬來西亞商富析資產管理股份有限公司(即陳麗吟受讓系爭抵押權之前手）部分亦均明載：「……其他登記事項：本最高限額抵押權已確定」，依據前開不動產抵押權登記事項絕對真實公信力之法律明文規定及實務見解，系爭最高限額抵押權已確定，毫無疑義。本件最高限額抵押權移轉前原債權既已確定，自無民法第881條之8的適用餘地等語資為抗辯。並為答辯聲明：上訴駁回。

三、被上訴人陳信仲則以：伊提供予執行法院之債權計算書上之金額17,610,550元應全額受分配，伊並無重複計算之情。又依強制執行法第34條第2項規定，對執行標的物有擔保物權或優先受償權者，必有其所擔保或優先之債權存在，僅因有擔保物權及優先受償權，就賣得價金可優先分配，就參與分

配不以有執行名義為必要。伊向原審民事執行處聲明參與分配並提供債權陳報書所主張之4筆債權，乃最高限額抵押權所擔保之債權，於法有據，執行法院本應依法列入分配，上訴人2人主張系爭分配表表1次序3陳信仲執行費108,006元，次序7陳信仲第二順位抵押權20,000,000元應剔除；表2所載次序5陳信仲『表一分配不足』金額應更正為511萬1,550元，應屬普通債權云云，洵屬無據等語，資為抗辯。並為答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠楊山公司經新北市政府於102年3月15日以北府經司字第10251102890號函廢止登記，楊山公司當時之董事長為林通遠，董事為林振益及林育裕。

㈡林通遠、陳麗吟與富析公司於98年3月17日簽訂債權買賣契約（下稱系爭債權買賣契約），約定約略如下：

1.富析公司自嘉邁資融受讓債權，包括嘉邁資融對黃秋惠、阮鏡峰與阮清淵與本件貸款債權有關之債權及貸款擔保，同意出賣與陳麗吟。

2.林通遠前與嘉邁資融於97年11月19日簽訂之協議書，約定由嘉邁資融收迄林通遠所給付1,600萬元後，出具塗銷抵押權之相關文件予林通遠。馬來西亞商富析公司與林通遠同意提前終止協議書之約定，林通遠前已給付嘉邁資融之款項無息轉作本契約之債權買賣價金之一部分。

3.富析公司得請求如附件（債權買賣契約書，見補字卷第22頁）之債務人（阮清淵、阮鏡峰、黃秋惠）連帶給付貸款本金共計7,029萬7,724元及積欠之利息、遲延利息、違約金、費用等，並取得擔保本件貸款債權之不動產抵押權。

4.富析公司同意以1,610萬4,400元之價金，出賣本件貸款債權（連同本件貸款擔保）與陳麗吟。

5.陳麗吟確認並知悉，本件貸款擔保之不動產抵押權現正於地政機關辦理抵押權移轉登記予富析公司，陳麗吟同意待抵押權變更登記予富析公司後，再由富析公司移轉抵押權登記予

陳麗吟。

㈢系爭土地所有權人為林振益。其上設定登記之第1至4順位最高限額抵押權，抵押權人係陳麗吟，擔保債權總金額均各為3,480萬元；第5順位最高限額抵押權，抵押權人係陳信仲，擔保債權總金額為3,000萬元。

㈣系爭建物所有權人為楊山公司，於94年8月4日，設定登記最高限額抵押權予陳信仲，擔保債權總金額為3,000萬元。

㈤陳信仲同意系爭分配表附表2編號5債權金額減縮為17,610,550元。

五、兩造爭執事項：

㈠系爭抵押權甲、乙是否為「概括最高限額抵押權」？

㈡系爭抵押權甲於94年11月24日（寶華銀行讓與通用公司，通用公司後更名為嘉邁公司，見原審卷㈠第154頁）轉讓時是否符合民法第881條之8第1項規定？若符合民法第881條之8第1項規定，其後於98年3月17日由嘉邁公司轉讓予富析公司（見原審卷㈠第154-162頁、第151-153頁），於99年10月1日（第一、四順位抵押權）、100年11月29日（第三順位抵押權）再由富析公司讓與陳麗吟（見原審卷㈠第130-144頁）是否有效？

㈢陳信仲主張分配表附表二編號5部分參與分配金額新台幣(下同）17,610,550元，其中除5,111,550元楊山公司、林振益所不爭執外，其餘975,000元、1,524,000元（已扣除林通遠代償6萬元）及10,000,000元部分陳信仲有無聲請參與分配？若有其聲請參與分配是否違反強制執行法第32條第1項之規定？若聲請參與分配合法時，上開債權金額實體上之請求有無理由？

六、得心證理由：

㈠系爭抵押權甲、乙是否為「概括最高限額抵押權」？

1.楊山公司、林振益均以系爭抵押權甲為概括最高限額抵押權，無非以：系爭抵押權甲之抵押權設定契約書（見原審卷㈠第236頁），就系爭抵押權甲擔保範圍約定為「阮清淵對高

雄市第十信用合作社（下稱高雄十信）現在及將來所負之票據、借據以及其他一切債務（包括保證債務），最高限額新臺幣參仟肆佰捌拾萬元整為限度之清償及其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用以及因債務不履行而發生之全部損害之清償」，對於擔保債權範圍顯然未加諸任何限制，無從讓抵押人及其他利害關係人對於系爭抵押權甲之範圍有任何預見；且又約定系爭抵押權甲之權利存續期限為「不定期」（見原審卷㈠第240頁），無從使所擔保之債權確定，從而系爭抵押權甲為概括最高限額抵押權無疑，自應無效云云。惟查：

⑴按「稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。」、「最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限。」民法第881條之1條第1、2項定有明文。故最高限額抵押權所擔保債權必須為一定範圍內所發生之債權。準此以觀，最高限額抵押權不僅有其特定性，且最高限額抵押權係從屬於此一定範圍內之法律關係。最高限額抵押權所擔保者，即係此項法律關係所不斷發生之債權。該一定範圍之法律關係即為最高限額抵押權之基礎關係。至概括最高限額抵押權，因債權人與債務人間無基本契約（一定之法律關係）為擔保債權發生之基礎關係，尚難認屬有效（最高法院90年度台上字第1164號判決參照）。系爭抵押權甲設定係以系爭土地為擔保，設定最高限額3480萬元之最高限額抵押權。依該抵押權設定契約書約定：擔保範圍包括立抵押契約人（即債務人）阮清淵對抵押權人高雄十信現在及將來所負之票據、借據以及其他一切債務（包括保證債務）等語，有上開抵押權設定契約書可稽。雖該條約定尚泛言「其他一切債務」均在擔保之內，而揆諸前揭說明，此部分概括之約定，因欠缺基礎之法律關係，屬概括最高限額抵押權約定之態樣，難認為有效，然除此部分之約定外，其餘擔保基礎之法律關係諸如

「票據、借據、保證債務」之約定，均甚為明確，難指該部分之約定亦一併歸於無效。易言之，系爭抵押權為最高限額抵押權，其擔保之債權範圍，包含設定當時阮清淵對高雄十信現在（包括過去已發生之債務而尚未清償者）、將來所負之票據、借據、保證等債務，可以確定（最高法院90年度台上字第1164號判決意旨參照）。是以系爭抵押權甲設定契約書約定關於擔保債務人阮清淵對抵押權人高雄十信現在及將來所負之票據、借據以及保證債務之約定，屬可以確定，自非概括最高限額抵押權。系爭抵押權甲之抵押權人原為高雄十信，嗣泛亞銀行概括承受高雄十信之權利義務，復更為寶華銀行，系爭抵押權甲遂歸寶華銀行所有（見本院卷㈠第537頁），系爭抵押權甲所擔保者為阮清淵對高雄十信之借款債權（含利息、違約金），此觀原債權契書第1條約定「本契約不定期限，貴社得就各個債務分別規定其清償日期，並得隨時終止貸放或減少貸放款項，或回收全部或一部已貸款項，立約人及保證人均願遵從，決無異議」（見原審卷㈠第163頁）等文字自明，系爭抵押權甲關於上開貸款債權之擔保，自非概括最高限額抵押權。陳麗吟向富析公司買受債權（見補字卷第22頁之債權買賣契約書），及取得系爭抵押權甲，並登記為系爭抵押權甲之抵押權人，就系爭抵押權甲所擔保基礎法律關係為借款債權，並非概括最高限額抵押權，楊山公司、林振益因而主張：系爭抵押權甲為概括最高限額抵押權，陳麗吟為抵押權人，其抵押權對系爭土地之所有權人林振益、系爭建物之所有權人楊山公司不生效力云云，難謂可採。

⑵次按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，及將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為抵押權效力所及。雖抵押權存續期間內已發生之債權，因清償或其他事由而減少或消滅，原訂立

之抵押契約依然有效，嗣後在存續期間內陸續發生之債權，債權人仍得對抵押物行使權利。此種抵押契約如未定存續期間，其性質與民法第754條第1項所定就連續發生之債務為保證而未定有期間之保證契約相似，類推適用同條項規定，抵押人得隨時通知債權人終止抵押契約，對於終止契約後發生之債務，不負擔保責任。（最高法院66年台上字第1097號判例意旨參照）。本件抵押權甲於設定時權利存續期間固約定「不定期」（見原審卷㈠第240頁），揆諸上開判例意旨，其性質即與民法第754條第1項所定就連續發生之債務為保證而未定有期間之保證契約相似，類推適用同條項規定，僅抵押人得隨時通知債權人終止抵押契約，對於終止契約後發生之債務，不負擔保責任，並非當然無效。楊山公司、林振益以系爭抵押權甲之權利存續期限為「不定期」，無從使所擔保之債權確定，從而主張:系爭抵押權甲為概括最高限額抵押權云云，容有誤會，亦無可取。

2.上訴人以系爭抵押權乙為概括最高限額抵押權，無非以：系爭抵押權乙所擔保之原債權契約（見原審卷㈠第165頁），約定擔保範圍為「現在及將來所負借款、票據、保證、損害賠償及其他一切債務暨其利息、遲延利息、違約金、實行抵押債一切費用（包括債權人律師費用在內）與因債務不履行而發生之損害之清償」，對於擔保債權之範圍未加諸任何限制，顯無從讓抵押人及其他利害關係人對於系爭抵押權乙之範圍有任何預見，從而系爭抵押權乙顯屬概括最高限額抵押權，應屬無效云云。然查：

系爭抵押權乙設定契約書所擔保之原債權契約之其他約定事項（見原審卷㈠第165頁）約定「擔保物提供之本抵押物擔保範圍，包括債務人（林振益、楊山公司）對債權人（陳信仲）現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負在本抵押設定契約書所定債權金額內之借款、票據、保證、損害賠償及其他一切債務暨其利息、遲延利息、違約金、實行抵押債一切費用（包括債權人律師費用）與因債務不履行而發

生之損害之清償。該其他約定事項既約定擔保範圍為「債權金額內之借款、票據、保證、損害賠償及其他一切債務暨其利息、遲延利息、違約金、實行抵押債一切費用（包括債權人律師費用）與因債務不履行而發生之損害之清償」，並非欠缺基礎之法律關係，其擔保基礎之法關係如「債權金額內之借款、票據、保證、損害賠償及其他一切債務暨其利息、遲延利息、違約金、實行抵押債一切費用（包括債權人律師費用）與因債務不履行而發生之損害之清償」（見原審卷㈠第165頁），該條約定雖尚泛言「其他一切債務」均在擔保之內，此部分概括之約定，因欠缺基礎之法律關係，屬概括最高限額抵押權約定之態樣，難認為有效，然除此部分之約定外，其餘擔保基礎之法律關係諸如「借款、票據、保證、損害賠償、利息、違約金、實行抵押債一切費用」之約定，均甚為明確，難指該部分之約定亦一併歸於無效。查本件系爭抵押權乙所擔保之債權為陳信仲對楊山公司、林振益之票款債權，此觀系爭債證所載之執行名義為「台灣雲林地方法院99年度司票字第386號、99年度司票字第425號本票裁定及確定證明書」等情自明，系爭抵押權乙所擔保陳信仲對楊山公司、林振益此部分之票款債權，均甚為明確，尚難謂係概括最高限額抵押權，楊山公司、林振益以：系爭最高限額抵押權乙，對於擔保債權之範圍未加諸任何限制，屬最高限額抵押權，應屬無效云云，洵無可採。

㈡系爭抵押權甲於94年11月24日（寶華銀行讓與通用公司，通用公司後更名為嘉邁公司，見原審卷㈠第154頁）轉讓時是否符合民法第881條之8第1項規定？若符合民法第881條之8第1項規定，其後於98年3月17日由嘉邁公司轉讓予富析公司（見原審卷㈠第154-162頁、第151-153頁），於99年10月1日（第一、四順位抵押權）、100年11月29日（第三順位抵押權）再由富析公司讓與陳麗吟（見原審卷㈠第130-144頁）是否有效？

1.按「最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前讓與他

人者，其最高限額抵押權不隨同移轉。第三人為債務人清償債務者，亦同」、「原債權確定前，抵押權人經抵押人之同意，得將最高限額抵押權之全部或分割其一部讓與他人。」，民法第881條之6、第881條之8第1項分別定有明文。上開規定均於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權亦適用之，民法物權編施行法第17條亦有明文。

2.本件楊山公司、林振益以「系爭土地94年度鹽登字第000000號異動清冊（見原審卷㈠第154頁）記載，系爭抵押權甲於94年間由寶華銀行讓與通用公司之際，其他登記事項僅註記為『（空白）』，並無『本最高限額抵押權已確定』之註記，足見系爭抵押權甲所擔保之原債權於94年間約定讓與時尚未確定。則寶華銀行於94年間讓與系爭抵押權甲之行為既未經抵押人林振益同意，依法即不生使抵押權移轉之物權效力」云云，惟查：

⑴寶華銀行於94年7月7日出具之債權額結算確定證明書以「本公司確認並擔保阮清淵於86年設定登記予本公司為抵押權人之以新台幣34,800,000元．．．之最高限額抵押權，於本證明書簽發之日時結算期已屆至，經結算確定其債權額計本金新台幣23,359,741元整，暨按原契約書約定計算之利息、遲延利息及違約金。.....」（見本院卷㈠第563頁），另寶華銀行（法定代理人：接管人中央存款保險股份有限公司）於97年5月14日出具之債權額確定證明書以「查債務人盧盈秀於96年向本行借款設定最高限額新台幣參仟肆佰捌拾萬元整之抵押權，．．．經結算該抵押權所擔保之債權額至民國九十六年九月三十日為本金新台幣29,007,360元暨按原契約書或本票或借據約定計算之利息、遲延利息、違約金、墊付費用等。本案係依金融機構合併法第15條規定辦理之抵押權移轉登記，其債權已確定，符合民法第881-12條第1項第2款之規定。.....」（見本院卷㈠第571頁）是以系爭抵押權甲之第一、三、四順位抵押權於94年11月24日寶華銀行轉讓與通用公司前均經結算確定，另寶華銀行（法定代理人：接管

人中央存款保險股份有限公司）於97年5月14日出具之債權額確定證明書亦明確載明「系爭最高限額抵押權已符合民法第881-12條第1項第2款法定確定事由」而確定，自無民法第886條之6及第881條之8之適用，上訴人徒以系爭土地建物異動清冊其他登記事項欄為空白，並無「最高限額抵押權已確定」之文字，遽以系爭最高限額抵押權甲於轉讓時並未確定，且未依民法第881條之8之規定得抵押人林振益同意，陳麗吟未合法受讓系爭抵押權甲中之第1、3、4順位抵押權云云，並無足取。

⑵次按最高限額抵押權確定時存在且已具擔保債權資格之債權，其利息、遲延利息、違約金等於確定時已發生者，如與原債權合計未逾最高限額時，固當然屬被擔保債權，於確定後發生者，如未逾最高限額時，亦為擔保效力所及（民法第881條之14、第881條之2第2項），是97年5月14日出具之債權額確定證明書，其債權額因加計94年以後發生之「利息、遲延利息、違約金」等，合計為29,007,360元，其金額自難與寶華銀行於94年7月7日出具之債權額結算確定證明書相同，且其金額未逾最高限額3000萬元，自為系爭抵押權甲之擔保範圍。楊山公司、林振益以上開二證明書之金額不同，主張系爭抵押權甲所擔保之債權額未確定，因未依民法第881條之8之規定得抵押人林振益同意，陳麗吟無從合法受讓系爭抵押權甲中之第1、3、4順位抵押權云云，即無可採。

㈡陳信仲主張分配表附表二編號5部分參與分配金額17,610,550元，其中除5,111,550元楊山公司、林振益不爭執外，其餘975,000元、1,524,000元（已扣除林通遠代償6萬元）及10,000,000元部分陳信仲有無聲請參與分配？若有其聲請參與分配是否違反強制執行法第32條第1項之規定？若聲請參與分配合法時，上開債權金額實體上之請求有無理由？

1.楊山公司、林振益以「陳信仲102年3月11日提出於執行法院之強制執行聲請狀（見原審卷㈠第250、251頁），其係以系爭債權憑證（見本院卷㈠第251-253頁）雖記載對林振益及

楊山公司各有2000萬元之本票債權，上開執行名義中，對於林振益之票款債權2,000萬元部分（票據號碼TH027337)，業經陳信仲表明未繳納執行費，亦未請求執行，即無從分配系爭土地拍賣所得。上開執行名義中，對於楊山公司之票款債權2,000萬元部分(票據號碼TH027338)，業經新北地方法院100年度重訴字第454號判決僅810萬元部分存在，且陳信仲復自承楊山公司已清償其中的298萬8,450元，故僅對於楊山公司之511萬1,550元（計算式：810萬－298萬8,450＝511萬1,550）債權得為分配」云云（見本院卷㈡第33頁）。然查：

⑴陳信仲曾於系爭強制執行程序中具狀向原審法院民事執行處陳報其有①票據債權975,000元（證明文件為本票本正本、本票裁定暨確定證明書）②票據債權1,524,000元（陳信仲原陳報1584,000元，後因林通遠已清償6萬元，認應更正為1,524,000元，證明文件為本票裁定暨確定證明書、100年度重訴字第454號民事判決）③票據債權5,111,550元④一般債權10,000,000元（證明文件為本票及借貸契約書），合計17,610,550元，有陳信仲向執行法院提出之債權計算書可稽（見本院卷㈠第275頁），陳信仲於本院審理時並同意系爭分配表2編號5之債權金額減縮為17,610,550元（見兩造不爭執事項㈤），均堪信為真實。

⑵按「有執行名義之債權人聲明參與分配時，應提出該執行名義之證明文件。」、「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。」強制執行法第34條第1、2項定有明文。「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」（最高法院95年度台抗字第592號裁判意旨參照），是以對執行標的物有擔保物權或優先受償權者，必有其所擔保或優先之債權存在，僅因有擔保物權及優先受償權，就賣得價金可優

先分配，就參與分配不以有執行名義為要，陳信仲既係系爭抵押權乙之抵押權人，縱未取得准許拍賣抵押物之裁定，且陳信仲未繳納執行費，亦未請求執行（或參與分配），亦應視為其已實行抵押權，是以執行法院將陳信仲上開⑴①至④債權17,610,550元列入系爭分配表表1次序7及表2次序5，即無不合。上訴人徒以：陳信仲未繳納執行費，亦未請求執行，其債權額不得列入分配云云，並無可取。

⑶次按「他債權人參與分配者，應於標的物拍賣、變賣終結或依法交債權人承受之日一日前，其不經拍賣或變賣者，應於當次分配表作成之日一日前，以書狀聲明之」，強制執行法第32條第1項定有明文。又「抵押權係使抵押權人之債權，得以抵押物賣得之金額優先清償之，以確保其債權必能受清償之物權。故於強制執行程序拍賣之不動產，如有抵押權存在，除拍賣公告中已載明該抵押權拍賣後不塗銷，就抵押權人得主張優先受償之權利，予以保留者外，抵押權人得隨時實行抵押權，不受強制執行法第32條第1項所定關於聲明參與分配應於標的物拍賣、變賣終結或依法交債權人承受之日一日前為之之限制（最高法院87年度台抗第109號裁判參照）。本件陳信仲係系爭抵押權乙之抵押權人，又系爭土地及建物之強制執行拍賣公告備註四並註記「有抵押權設定，拍定後全部塗銷抵押權登記」，有本院依職權調取之系爭執行案卷可稽（見執行卷㈠第169頁），揆諸上開說明，其聲明參與分配自不受強制執行法第32條第1項所定「應於標的物拍賣、變賣終結或依法交債權人承受之日一日前為之之限制」，楊山公司、林振益以：本件拍賣程序早已因標的物拍定而終結，陳信仲縱得參與分配，亦已逾參與分配之期限，仍不得受分配云云，並無可採。

⑷楊山公司又以「上開⑴①及②陳信仲所陳報之97萬5,000元、158萬4,000元之票據債權為林通遠代表楊山建設所開，惟林通遠僅因合作經營砂石生意而掛名楊山公司負責人，並未實際負責公司經營，且本票開立日期97年7月31日與97年5月

21日（見本院卷㈠第241頁），均晚於臺灣新北地方法院（下稱新北地院）100年度重訴字第454號民事判決所認定砂石生意結算時點97年4月1日（見本院卷㈠第269頁），則砂石生意系既已結算，楊山建設何可能再對被上訴人陳信仲負有新票據債務？」、「在新北地院100年度重訴字第454號判決中，法院已將結算金額650萬元，再加上陳信仲自96年10月22日至97年4月1日止，應得之報酬160萬元合計810萬元，判決陳信仲這部分勝訴，可見陳信仲在債權計算書中所主張的511萬1,550元的債權已經包含前述97萬5,000元票款的報酬或利潤的請求權。關於158萬4,000元部分，係陳信仲所稱1,000萬元債務在97年以後的利息，而這利息已經在陳信仲自己提出的債權計算書中累加過了」云云，並舉林通遠之陳稱為據。查林通遠於本院審理時陳稱「〔這兩張本票（見本院卷㈠第255頁）當時為何會代表楊山公司開給陳信仲？〕當時要一起做砂石，林振益說要讓我與陳信仲每月賺60萬元，我們3人有寫協議書，96年10月22日起開始算起，10月份只有7天，所以算7萬5,000元，3個月算90萬元，所以要求我開立97萬5,000元，這是林振益答應要給陳信仲的利潤。97年4月1日砂石生意結束，陳信仲這筆債權未扣除，所以陳信仲本來就要將97萬5,000元還給林振益，但沒有還，算是重複請求。」、「（158萬4,000元部分？）林振益向陳信仲借款1000萬元，在94年又借77萬元，後來連利息開100萬元的本票給陳信仲，陳信仲將100萬元及1,000萬元，要我擔任連帶保證人，陳信仲要我開98年8月10日至99年8月10日1年的利息票．．．」、「158萬4,000元這張是利息，但97萬5,000元這張不是利息，而是重複」等語（見本院卷㈠第446-447頁），惟為陳信仲所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

①關於97萬5,000元部分：

按票據債務人依票據法第13條前段規定之反面解釋，對執票人主張兩造間存有直接抗辯之事由，而提起確認票據債權不存在之訴者，因票據係文義證券及無因證券，票據行為一經

成立，與其基礎之原因關係各自獨立，執票人就票據給付之原因，不負證明之責，應由票據債務人就其抗辯之原因事由，負主張及舉證之責（最高法院107年度台簡上字第7號裁判參照）。然若97萬5,000元係林振益答應要給陳信仲經營砂石生意之利潤，合夥砂石生意結算時已將之計入，則何以於97年4月1日合夥砂石生意結算後，於97年9月1日林通遠仍願代表楊山公司開立面額97萬5,000元本票予陳信仲？且林通遠及林振益既為砂石生意之合夥人，衡情應熟諳商業技巧，並非無知識經驗之人，且97萬5,000元又非區區小數，若砂石生意結算時已將97萬5,000元計入，為何未書立任何書面，反而於事後開立同額97萬5,000元之本票予陳信仲？益徵楊山公司及林通遠所謂97萬5,000元之本票係陳信仲重複請求之說，並無可採。楊山公司徒以：陳信仲所陳報之97萬5,000元重複請求，不得列入系爭分配表分配云云，並無可採。

②關於158萬4,000元部分：

楊山公司及林通遠固均稱：158萬4,000元之利息均已支付予林通遠，158萬4,000元本票債權並不存在，然若利息158萬4,000元於合夥生意結算時已付清，或曾在債權計算書中累加過（加計過），則楊山公司何需開立158萬4,000元之本票予陳信仲？楊山公司以158萬4,000元係利息，且已付清予陳信仲或曾在債權計算書中累加過之情，並無法舉證以實其說，楊山公司及林通遠空言，陳信仲此部分債權已在其債權計算書中累加過，陳信仲不應再為請求云云，洵無可取。

⑸楊山公司、林振益另以楊山公司固曾於94年8月10日向陳信仲借貸10,000,000元，然已預扣3個月共36萬元之利息，實際借款本金為964萬元，上開⑴④債權10,000,000元不得全額列入分配云云，然陳信仲已當庭表示未預扣36萬元之利息等語（見本院卷㈡第222頁），楊山公司、林振益亦對於本件10,000,000元借款，已預扣3個月共36萬元之利息一節，並無法提出證據以資證明，楊山公司、林振益主張：陳信仲

實際貸予楊山公司本金僅964萬元，上開⑴④債權10,000,000元不得全額列入分配云云，難謂可採。

⑹至上開⑴③票據債權5,111,550元部分，楊山公司、林振益並不爭執應予列入分配表分配，即應列入系爭分配表分配金額計算。

七、綜上所述，本件系爭抵押權甲並非概括最高限額抵押權，陳麗吟於附表各次受讓時，其債權亦非未確定，並無依民法第881條之8應得抵押人林振益同意之必要，楊山公司、林振益徒以系爭抵押權甲為概括最高限額抵押權及陳麗吟受讓時未得林振益同意而無效，系爭分配表上，表1陳麗吟併案執行費23萬2,000元、陳麗吟系爭第一順位抵押權2,900萬元均應剔除云云，則屬無據，不應准許。又系爭分配表表1次序7陳信仲之第二順位抵押權金額應為17,610,550元（975,000＋1,524,000元＋5,111,550元＋10,000,000＝17,610,550），已如上述，則其表2次序5「表1分配不足」欄之金額亦應更正為17,610,550元。上訴人依強制執行法第41條之規定，請求剔除系爭分配表上所載表1次序7陳信仲之第二順位抵押權金額及其表2次序5「表1分配不足」欄之金額逾17,610, 550元部分及次序3超過17,610,550元部分之執行費各節，核屬有據，應予准許。至逾此範圍之請求，自屬無據，不應准許。原審就上開應准許部分為楊山公司、林振益敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨指摘原審判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院廢棄改判如主文第2項所示。至於原審（除確定部分外）就前開不應准許部分為楊山公司、林振益敗訴判決，於法並無違誤；上訴意旨指摘原審判決此部分為不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

八、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　10　　日

民事第五庭　審判長法　官　吳森豐

法　官　郭貞秀

法　官　孫玉文

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者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　10　　日

書記官　黃鋕偉

【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。

附表

日期	抵押人	債務人	抵押權人	證據名稱及頁碼
債之原因發生日：82年6月23日	阮清淵	阮清淵	高雄十信 抵押權次序：	1.阮清淵向高雄十信借款2900萬之借據(96年度促字第37958號

（續上頁）

抵押權登記日：82年6月25日			第一順位	卷第17頁） 2.阮清淵與高雄十信合作社之最高限額抵押權設定契約書（原審卷㈠第236-242頁） 3○○○區○○段474、475、476、477、478地號土地人工登記簿謄本（原審卷㈡第102、119、139、153、173頁）
債之原因發生日：86年10月25日 物權變更登記日：86年11月28日	阮清淵	阮清淵	讓與人： 高雄十信 受讓人： 泛亞銀行(後更名為寶華銀行)	1.高雄十信將債權讓與泛亞銀行之合約書(96年度促字第37958號卷第13-14頁) 2○○○區○○段474、475、476、477、478地號土地人工登記簿謄本（原審卷㈡第107、125、144、158、178頁） 3.財政部92年12月30日台財融（二）字第00000000000號函文(96年度促字第37958號卷第15頁)
債之原因發生日：93年3月19日 所有權登記日：93年4月2日	林振益(購買土地並登記為所有權人) 但土地謄本的設定義務人記載阮清淵(以下皆同）	阮清淵	寶華銀行	1.鹽水電謄字第015396號土地第一類謄本(原審卷㈠第130、133、136、139、142頁) 備註：104年列印的土地謄本證明林振益於93.04.02登記為所有權人，但其上所載之抵押

（續上頁）

				權利人為陳麗吟，登記日期99年10月1日，見原審卷㈠第130頁
債之原因發生日：94年11月24日 物權變更登記日：94年11月28日	阮清淵	阮清淵、阮鏡峰、黃秋惠	讓與人： 寶華銀行 受讓人： 通用公司(其後更名為嘉邁公司) 讓與次序： 第一、三、四順位抵押權	1.94年11月28日鹽登字第130360號土地建物異動清冊（原審卷㈠第154-162頁） 2.寶華銀行2900萬元債權讓與予通用公司之讓渡書（96年度促字第37958號卷第19頁） 3.通用公司更名為嘉邁公司之登記表（96年度促字第37958號卷第23頁）
債之原因發生日：97年8月14日 物權變更登記日：97年8月26日	阮清淵	盧盈秀	讓與人： 寶華銀行 受讓人： 元大資產公司 讓與次序： 第二順位抵押權	97年8月26日鹽登字第5947號土地登記申請書（原審卷㈠第50-52頁）
債之原因發生日：97年10月17日 物權變更登記日：97年12月17日	阮清淵	盧盈秀	讓與人： 元大資產 受讓人： 陳麗吟 讓與次序： 第二順位抵押權	1.97年12月15日鹽登字第87330號土地登記申請書（原審卷㈠第39-41頁） 2.鹽水電謄字第015396號土地第一類謄本(原審卷㈠第131、134、137、140、143頁)
債之原因發生日	阮清淵	阮清淵、	讓與人：	1.94年11月28日鹽登字

（續上頁）

：98年3月11日 物權變更登記日：98年3月17日		阮鏡峰、黃秋惠	嘉邁公司 受讓人：富析公司 讓與次序：第一、三、四順位抵押權	第130360號土地建物異動清冊(原審卷㈠第154-162頁) 2.98年3月17日鹽登字第018180號土地建物異動清冊(原審卷㈠第151-153頁)
債之原因發生日：98年3月17日 物權變更登記日：99年10月1日(第一、四順位抵押權) 100年11月29日(第三順位抵押權)	阮清淵	阮清淵、阮鏡峰、黃秋惠	讓與人：富析公司 受讓人：陳麗吟 讓與次序：第一、三、四順位抵押權	1.陳麗吟、林通遠與富析公司債權買賣契約書(補字卷第21-25頁) 2.鹽水電謄字第015396號土地第一類謄本(原審卷㈠第130-144頁)