臺灣高等法院臺南分院民事裁定

109年度抗更一字第6號

抗　告　人　有龍建設開發股份有限公司

法定代理人　邵明斌

相　對　人　賴坤炎

上列抗告人因與相對人間確認使用權存在等強制執行事件（臺灣臺南地方法院107年度司執字第27013號），相對人就執行法院司法事務官駁回強制執行聲請裁定提出異議，經臺灣臺南地方法院於中華民國107年9月28日以107年度執事聲字第43號廢棄原裁定，抗告人對於上開所為裁定提起抗告，本院裁定後，經最高法院第一次發回更為裁定，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄。

相對人在原法院之異議駁回。

異議、抗告及發回前第三審再抗告費用由相對人負擔。

理　由

一、抗告意旨略以：民國（下同）104年8月19日臺灣臺南地方法院104年度移調字第77號調解筆錄（下稱系爭調解筆錄）成立時，○○金寶塔6樓仍為空屋，尚未裝潢設置塔位，系爭1,300格塔位（詳下述）於調解成立時並不存在，案外人陳鄭淑華不可能就該塔位行使選擇權，無法將特定位置之塔位使用權利讓與相對人；且系爭調解筆錄並未有系爭1,300格塔位之位置圖記載，或將系爭塔位位置圖作為附件，則系爭1,300格塔位之實際位置係屬未定而不明確，自屬無從執行。又○○金寶塔自102年10月17日經法院判決分割確定起即屬抗告人所有，並於103年12月22日由執行法院點交予抗告人，抗告人未曾銷售○○金寶塔6樓塔位予陳鄭淑華；陳鄭淑華主張因股東身分分配取得系爭1,300格塔位權利，亦違反公司法規定，應屬無效；是陳鄭淑華既未取得系爭1,300格塔位權利，自無權利可讓與相對人。再系爭調解筆錄之聲請人為相對人及案外人賴郁仁、賴人傑、黃惠敏等4人，系爭調解筆錄內容並未對各聲請人之權利為分割或分配，故各

塔位權利應屬系爭調解筆錄聲請人公同共有，應由各共有人共同請求，相對人實無權利請求僅變更塔位為其名義並交付予其一人。另相對人並未依私立公墓骨灰骸存放設施管理費專戶管理辦法第2條規定繳納管理費，應屬對待給付未提出，依法不得強制執行。又依系爭調解筆錄第3項所載「賴坤炎同意所取得之上開1,300格塔位參與有龍建設開發股份有限公司共同統一銷售」，應屬附有條件；而抗告人並未開始辦理前揭「統一銷售」，是系爭調解筆錄亦屬不能強制執行；且依此項約定，相對人之塔位權利應已轉換成塔位共同統一銷售後之賣得價金給付請求權，自不得再請求變更名義及交付塔位。原裁定廢棄原法院司法事務官駁回相對人強制執行聲請之處分，顯有不當，為此提起抗告。並聲明：原裁定廢棄。

二、相對人異議及答辯意旨略以：陳鄭淑華同時為喜願建設股份有限公司（下稱喜願公司）及抗告人之股東，與抗告人約定可擁有○○金寶塔6樓塔位1,697格；因陳鄭淑華及案外人陳建助積欠相對人新臺幣（下同）3,300萬元之債務，無力清償，因而交付喜願公司所持有之1,199格塔位及133格蓮位以為抵債，並同時提出系爭塔位位置圖予相對人。嗣抗告人與喜願公司內部管理權發生爭議，抗告人不承認相對人所取得喜願公司之塔位等，相對人因而對喜願公司及抗告人提起確認使用權存在等訴訟，經原法院以103年度重訴字第220號受理，嗣兩造及喜願公司、陳鄭淑華於104年8月19日達成調解，抗告人同意陳鄭淑華將所擁有抗告人公司1,697格塔位，其中1,300格轉讓予相對人（下稱系爭1,300格塔位），相對人則將喜願公司先前給付之1,199格塔位及133格蓮位永久所有權狀返還予喜願公司，抗告人同意將系爭1,300格塔位變更為相對人名義，並承認為相對人所有。而100年間○○金寶塔6樓已有喜願公司所設置之塔位，抗告人並因分割共有物判決取得○○金寶塔6樓喜願公司所設置之塔位；是抗告人主張於104年8月19日調解時，○○金寶塔6樓為空樓並無

塔位存在，執行標的不能確定云云，顯與客觀事實不符。況縱認於104年8月19日調解時，金寶塔6樓電梯以南尚無塔位設置，惟依抗告人104年5月8日所出具之證明函，可證抗告人承認陳鄭淑華擁有6樓未裝潢區域可分配之塔位有1,697格，並同意陳鄭淑華將上開可分配之1,697格塔位權利讓與相對人。今抗告人就金寶塔6樓均已裝潢設置塔位，並對外銷售，且抗告人於104年8月19日調解時亦再次同意陳鄭淑華將其在抗告人所擁有6樓1,697格塔位中之1,300格轉讓與相對人，並願將1,300格塔位變更為相對人名義，抗告人自應依系爭調解筆錄履行，抗告人主張系爭1,300格塔位不存在，不能確定，且無法執行云云，並非可採。又本件應屬選擇之債，陳鄭淑華業已提出系爭塔位位置圖予相對人，則陳鄭淑華已將系爭1,300格塔位之位置加以選定，且於系爭調解筆錄成立後，抗告人亦同意依系爭塔位位置圖，將1,300格塔位分配予相對人，自屬已確定及特定。縱認不能依系爭塔位位置圖分配塔位，亦可依民法第208條規定，由抗告人先為選擇，再以選擇之塔位位置編號登記為相對人名義後，將塔位交付相對人使用，並非無法特定加以執行。至系爭調解筆錄第3項所載，其前提係抗告人已將系爭1,300格塔位變更為相對人所有，並點交予相對人後，始有其適用。況相對人將所取得系爭1,300格塔位委由抗告人統一銷售，係屬委任關係，因系爭調解筆錄成立迄今，抗告人未曾與相對人會算塔位銷售數額，並將相對人可分配之款項交付相對人，已違反調解時之約定，業經相對人於106年8月24日寄發律師函向抗告人終止塔位之統一銷售關係，是相對人自得依系爭調解筆錄第2項，請求抗告人履行變更塔位使用權人之名義及點交塔位予相對人。又系爭調解筆錄並未附有對待給付；抗告人指稱相對人未對待給付繳納管理費，不得強制執行云云，容有誤解。況依私立公墓骨灰骸存放設施管理費專戶管理辦法第2條規定，應係相對人已取得塔位，始有繳納管理費之義務，抗告人既尚未履行將系爭1,300格塔位變更為相對人之

名義，並交付塔位予相對人，相對人自無繳納塔位管理費予抗告人之義務。是抗告人之前揭主張，均無理由。原裁定認定相對人持系爭調解筆錄聲請對抗告人為強制執行，並無執行名義內容不具體確定及不能執行之情事，並無違誤等語，資為抗辯。並聲明：抗告駁回。

三、經查：

㈠按「納骨塔位或牌位之永久使用權」，乃一方得以使用他方提供之納骨塔位或牌位而放置靈骨或死者神主牌，且他方並負有保管靈骨、死者神主牌，或同時提供誦經、祭祀等勞務之權利，屬於財產權之一種，兼具租賃、寄託，或並具有僱傭法律關係等之債權性質。陳鄭淑華因為股東身分而受抗告人分配○○金寶塔6樓1,697格塔位之永久使用權，該債權並無依其性質不得讓與，或依當事人之特約，不得讓與之情事；是陳鄭淑華自得將前開塔位永久使用請求權讓與相對人、賴郁仁、賴人傑及黃惠敏。

㈡次按觀之相對人與陳鄭淑華於104年4月9日簽訂之讓渡書，及抗告人於104年5月18日所出具之證明書，均係記載陳鄭淑華同意將位在臺南市○區○○路○○○號○○金寶塔6樓「未裝潢區未（可）分配塔位共1,697位」所有權讓渡予相對人；而抗告人就○○金寶塔6樓得自行使用收益之區域係分配於南側部分，於相對人與陳鄭淑華104年4月9日簽訂讓渡書時，該部分之塔位仍在施工裝櫃階段，因此讓渡書使用字詞為「六樓未裝潢未分配」；又陳鄭淑華並未提供塔位位置圖予相對人，相對人所提出之系爭塔位位置圖，並非陳鄭淑華所交付或製作，104年8月19日調解筆錄作成時，相對人並未要求抗告人確認並選定塔位位置，而上述「六樓未裝潢未分配」區域在調解筆錄作成之後，已經裝櫃完工，抗告人並已對外銷售等情，業據陳鄭淑華陳報在卷（見本院前審卷第279、295頁）。足徵系爭調解筆錄作成時，系爭1,300格塔位應尚在施工裝櫃階段，尚未完成。

㈢系爭調解筆錄作成時，系爭1,300格塔位雖尚在施工裝櫃階

段，惟依系爭調解筆錄第1項、第2項之記載，陳鄭淑華已將系爭1,300格塔位之永久使用權轉讓予相對人、賴郁仁、賴人傑、黃惠敏，且抗告人為該調解事件之當事人，於調解時亦同意將原本屬陳鄭淑華所有之○○金寶塔6樓塔位中之1,300格塔位變更為相對人、賴郁仁、賴人傑、黃惠敏名義，並承認其所有。至該調解筆錄內容雖稱「承認其所有」，然其真意應係指「承認其有永久使用權」，則兩造及陳鄭淑華應係就將來施工完成之塔位永久使用權為讓與合意，並預期於不能之情形除去後（即施工完成後）為給付。而○○金寶塔6樓之系爭塔位業已施工裝設完成，有抗告人提出之現況照片在卷可稽（見前審卷第185頁），則依民法第246條第1項後段之規定，前開約定自屬有效。從而，陳鄭淑華既將其對抗告人之塔位永久使用權讓與相對人及賴郁仁、賴人傑、黃惠敏，並通知抗告人，自已發生塔位請求權讓與之效力。故依系爭調解筆錄，相對人、賴郁仁、賴人傑、黃惠敏已取得系爭1,300格塔位之永久使用權，應堪認定。

㈣再抗告人主張系爭調解筆錄作成時，○○金寶塔6樓塔位尚未裝潢，且該6樓塔位並非僅有1,300格塔位，系爭調解筆錄並未有系爭1,300格塔位之位置圖記載或將系爭塔位位置圖作為附件，是系爭1,300格塔位之實際位置係屬未定而不明確，執行內容並不確定，自不能為強制執行一節。按種類之債，係以物之種類及數量指示給付之標的物而言；如指示種類係在特定範圍內給付某部分者，學說稱為限制種類之債。而選擇之債，則係指於數宗給付中，得選定其一宗為給付標的之債，二者有異，非可相互適用。本件系爭調解筆錄約定由相對人及其他3人取得抗告人所有6樓1,697格塔位中1,300格塔位之永久使用權，核其性質應屬限制種類之債，而非選擇之債，自無從依民法第208條、第209條選擇之債之規定，特定相對人所取得永久使用權塔位之餘地。次按執行法院就訴訟上成立之調解而為強制執行，應依其已確定之內容為之，如未經調解內容確定之事項，於執行中發生爭執時，除另

案起訴以求解決外，自不得率予執行。系爭調解筆錄第2項既僅記載抗告人同意將系爭1,300格塔位變更為相對人名義，並承認其所有等語，並未載明該等塔位位置，亦未載明抗告人應為交付之旨；是系爭1,300格塔位應尚未特定或可得特定；且相對人聲請交付塔位部分，亦非系爭調解筆錄記載之內容，執行法院自無從據以執行。原法院司法事務官駁回相對人強制執行之聲請，並無不合。原裁定未詳加審究，遽認相對人得執系爭調解筆錄聲請為本件強制執行，廢棄司法事務官駁回之處分，尚有未洽。從而，抗告意旨指摘原裁定不當，聲明廢棄，為有理由，爰廢棄原裁定，駁回相對人對原法院司法事務官所為處分之聲明異議。

四、據上論結，本件抗告為有理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　13　　日

民事第三庭　審判長法　官　張世展

法　官　莊俊華

法　官　黃佩韻

上為正本係照原本作成。

本裁定除以適用法規顯有錯誤為理由外，不得再抗告。如提再抗告，應於收受送達後十日內向本院提出再抗告狀（須附繕本）。提起再抗告應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項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　13　　日

書記官　黃玉秀

【附註】

民事訴訟法第495條之1第2項準用同法第466條之1第1、2項規定：

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。