臺灣高等法院民事判決

108年度上易字第410號

上　訴　人　陳清珠（原名趙陳清珠）
訴訟代理人　李蒼棟律師
上　訴　人　謝旻達
輔　助　人　張玉齡
被上訴人　中國信託商業銀行股份有限公司
法定代理人　童兆勤
訴訟代理人　林玉玲

上列當事人間分配表異議之訴事件，上訴人對於民國108 年1 月11日臺灣桃園地方法院107 年度訴字第1144號第一審判決提起上訴，本院於108 年7 月24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陳清珠負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體，民事訴訟法第56條第1 項第1 款前段定有明文。查被上訴人於原審主張上訴人陳清珠（下稱陳清珠）就謝旻達所有如附表所示房地（下稱系爭房地）之應有部分，設定如附表所示之最高限額抵押權（下稱系爭抵押權），惟系爭抵押權擔保之債權不存在，故將陳清珠及謝旻達列為共同被告，依強制執行法第41條規定訴請將陳清珠如原審判決後附分配表（下稱系爭分配表）次序5 執行費、次序6 第一順位抵押權債權原本之受分配額均剔除，不得列入分配（原審卷第2 、3 頁）。原審判決被上訴人全部勝訴後，陳清珠聲明不服，上訴理由係謂系爭抵押權之擔保債權為陳清珠委託謝旻達經營新竹縣湖口火車站販賣部（下稱湖口火車站販賣部）之代價，合計新臺幣（下同）52萬8,000 元，而被上訴人主張之訴訟標的對共同訴訟之陳清珠及謝旻達有合一確定之必要，且形式

上觀之，陳清珠之上訴有利於共同被告謝旻達，上訴效力應及於謝旻達，爰併列為上訴人。

二、次按受輔助宣告之人為訴訟行為時，應經輔助人同意。民法第15條之2 第1 項第3 款固有明文。惟受輔助宣告之人僅係因精神障礙或其他心智缺陷，致其為意思表示或受意思表示，或辨識其所為意思表示效果之能力，顯有不足，並不因輔助宣告而喪失行為能力，為保護其權益，於為重要之法律行為時，應經輔助人之同意，此觀諸前開規定之立法理由可明。受輔助宣告之人主動提起訴訟，固應經輔助人同意，但受輔助宣告之人被動成為訴訟之被告，要無可能需經輔助人同意始得為之，因此，前開條文應僅限於受輔助宣告人主動提起訴訟時，始有適用甚明。查上訴人謝旻達（下稱謝旻達，與陳清珠合稱上訴人）雖經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）以102 年度監宣字第26號裁定為受輔助宣告人，業經本院調閱前開案卷查核屬實，然依前開說明，其未喪失行為能力，且於本件訴訟為被告，無須經輔助人張玉齡同意，有獨立之訴訟能力，合先敘明。

三、謝旻達經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第463 條準用同法第386 條所列各款情形，爰依被上訴人之聲請（本院卷第257 頁），由其一造辯論而為判決。

四、被上訴人於原審固主張代位謝旻達提起本件訴訟（原審卷第3 頁），惟於本院審理時業已更正不再主張民法第242 條規定（本院卷第216 頁），核非變更訴訟標的，僅係更正法律上之陳述，合於民事訴訟法第256 條規定，應予准許。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊持臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）91年度訴字第6319號確定判決（下稱系爭確定判決）為執行名義，向桃園地院民事執行處（下稱桃園地院執行處）聲請對謝旻達所有之系爭房地應有部分實施強制執行（案列：該院105 年度司執字第73326 號，下稱系爭執行事件），經拍賣後，桃園地院執行處於107 年4 月15日製作系爭分配表。伊

為系爭分配表次序4、次序7之債權人，陳清珠則為次序5、6之優先債權人，惟系爭抵押權無效，且擔保債權並不存在，陳清珠不得優先受償。爰依強制執行法第41條規定，訴請系爭分配表次序5執行費債權4,000元、次序6之第一順位抵押權擔保債權原本50萬元之受分配額均應予剔除，不得列入分配等語。

二、上訴人則以：

（一）陳清珠：伊於89年6月16日與訴外人臺灣鐵路管理局餐旅服務總所（下稱鐵路局）簽訂「臺灣鐵路管理局餐旅服務總所招商承租湖口站販賣部租賃契約書（下稱系爭租賃契約）」，租賃期間自89年7月1日起至93年6月30日止。嗣伊口頭約定委託謝旻達經營湖口火車站販賣部，並於90年6月25日將販賣部交付謝旻達，事後方補簽委任書（下稱系爭委任書），謝旻達依約應給付伊委託經營代價每月1萬6,500元，並提供系爭房地應有部分，於90年6月27日設定系爭抵押權以擔保前開委託經營代價。謝旻達尚積欠自90年6月25日起至93年2月25日止，共32個月之委託經營代價合計52萬8,000元，自得列入系爭分配表，就系爭房地應有部分拍賣所得優先受償等語置辯（陳清珠不再抗辯系爭抵押權擔保債權尚有借款23萬元〈本院卷第216頁〉，茲不贅述）。

（二）謝旻達經合法通知，無正當理由未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述，惟在原審曾到場陳述：伊不認識陳清珠配偶，不記得有在火車站販賣物品，亦不記得有設定系爭抵押權予陳清珠等語（原審卷第155、156頁）。

三、原審判決：系爭執行事件，系爭分配表所列次序5陳清珠應受分配之執行費4,000元、次序6陳清珠應受分配之抵押債權50萬元，均應予剔除，不得列入分配。

上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：

（一）原判決廢棄。

（二）被上訴人於第一審之訴駁回。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、被上訴人主張謝旻達向其借款逾期未還，經臺北地院以91年度訴字第6319號判決謝旻達應給付被上訴人77萬9,761 元及其利息、違約金確定；又伊持前開確定判決為執行名義，聲請對謝旻達所有系爭房地應有部分實施強制執行，經桃園地院執行處以系爭執行事件受理後查封拍賣，並由系爭房地共有人即輔助人拍定，桃園地院執行處定於107 年5 月22日實行分配，並製作系爭分配表，被上訴人於分配期日前之107年5 月7 日聲明異議不同意陳清珠之債權列入分配，並於107 年5 月15日提起本件訴訟，而上訴人均未於107 年5 月22日分配期日到場，視為反對被上訴人之陳述等情，有前開判決書、確定證明書、不動產拍賣筆錄、分配期日通知函、被上訴人所提聲明異議狀、分配期日筆錄（附於桃園地院105年度司執字第73326 號卷〈下稱執行卷〉第5 至7 頁、第154 頁及背面、第187 、196 、199 頁），及本件民事起訴狀收文日期戳印（原審卷第2 頁）可稽，且為陳清珠所不爭執（本院卷第243 、244 頁），謝旻達於原審言詞辯論期日到庭亦未爭執（原審卷第155 、156 頁），堪信為真實。被上訴人另主張謝旻達設定系爭抵押權予陳清珠一節，業已提出系爭房地登記謄本為佐（原審卷第8 至11、13頁），並有桃園市中壢地政事務所檢送之土地登記申請書（原審限閱卷第1 至8 頁）可按，且為陳清珠所不爭（本院卷第243 頁），謝旻達空言陳稱不知情云云（原審卷第156 頁），顯非可採。

五、茲就兩造爭點及本院判斷分述如下：

（一）系爭抵押權登記並未違反民法第881 條之1 第2 項規定而無效

1.按96年3 月28日增訂，同年9 月28日施行之民法第881 條之1 第2 項固規定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，但依

民法物權編施行法第17條之規定，該增訂之規定於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權不適用。於民法第881 條之1 第2 項規定施行前設定之最高限額抵押權，自不得逕以違反該規定為由，謂其不生效力。而於新法施行前，民法物權編就最高限額抵押權之成立要件未有明文規定，當事人於訂立最高限額抵押權契約時，恆僅訂定擔保總金額，而未約定擔保債權所由生之法律關係，登記機關亦准為抵押權設定登記，基於私法自治，自仍應承認其效力，僅於解釋該抵押權所擔保之債權時，應考量最高限額抵押權制度原係因應長期或繼續性之交易、融資而生，對於偶然發生、非當事人可預見之債權，應予以排除，合理界定擔保債權之範圍（最高法院103 年度台上字第799 號判決要旨參照）。

2.查系爭抵押權係於民法第881 條之1 第2 項規定增訂施行前之90年6 月27日登記，有系爭房地登記謄本可證（原審卷第10、13頁），其擔保債權內容僅登記為「擔保債權總金額：最高限額50萬元」；觀諸系爭抵押權設定契約書之「擔保權利金額」、「擔保權利總金額」欄均僅載為最高限額50萬元，「申請登記以外之約定事項」欄則為空白（原審限閱卷第4 、5 頁），並未登記擔保債權所由生之法律關係，惟依前開說明，系爭抵押權已有訂定擔保總金額，且經地政機關准予登記，基於私法自治原則，不因違反前開規定而不生效力，因此，被上訴人主張系爭抵押權未登記基礎法律關係為無效等語（本院卷第258 頁），尚非可採。

（二）系爭抵押權擔保之債權不存在

1.按分配表異議之訴屬形成之訴，其訴訟標的為對分配表之異議權，倘原告係以被告聲明參與分配之債權不存在為異議權之理由，其本質上即含有消極確認債權不存在訴訟之性質，如被告主張其債權存在，依舉證責任分配法則，自應先由主張該債權存在之被告負舉證之責（最高法院101

年度台上字第904 號判決要旨參照）。被上訴人主張系爭抵押權擔保之債權不存在，為陳清珠否認，並抗辯：擔保債權為謝旻達自90年6 月25日起至93年2 月25日止，共32個月，積欠受託經營湖口火車站販賣部之代價，合計52萬8,000 元一節，依前開說明，應由陳清珠就擔保債權存在之事實先負舉證責任。

2.陳清珠就前開抗辯，固提出91年2 月22日簽立之切結書、91年2 月28日簽立之協議書及92年3 月22日簽立之系爭委任書為證。惟查：

－按關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及（最高法院84年台上字第1967號判例參照）。依系爭抵押權登記內容或土地登記申請書，均無任何有關陳清珠委託謝旻達經營之記載，亦無土地登記簿之附件可供勾稽，已難遽採。

—陳清珠抗辯：伊於90年6 月25日已將湖口火車站販賣部交予謝旻達經營，嗣於92年3 月22日始補立系爭委任書等情（本院卷第181 、183 頁），倘若屬實，在補立系爭委任書前，陳清珠早已確認受託經營者應僅為謝旻達及委託經營期間之起始點等節。然系爭委任書（本院卷第203 頁）卻記載「…湖口火車站販賣部承標人陳清珠委任：『陳清花（即陳清珠之二哥，見原審卷第159 頁）與謝旻達二人』共同經營…」等語，縱然陳清花未在委任書上簽名，仍與陳清珠前開抗辯明顯出入，且未有委託經營期間起始點之記載，無法證明陳清珠前開所辯為真。

·再觀諸謝旻達與訴外人侯進發簽立之前開切結書，其上記載「湖口火車站民營販賣部，自中華民國90年12月8日由謝旻達先生轉交侯進發先生經營，於經營期間（誤載為〈其間〉）侯進發與販賣部供應廠商之貨款及欠款

未付之金額…均由侯進發先生負責清償」等語（本院卷第201 頁），似見謝旻達於90年12月8 日起，將湖口火車站販賣部交由侯進發經營。惟據侯進發簽立之前開協議書（本院卷第205 頁），其上則載「…湖口販賣部在無負債廠商欠款於91年2 月28日止店面歸還陳清珠本人，言明麥燕信飲料貨款由侯進發先生全權負責清償。…爾後，若有91年2 月28日前廠商之未清貨款，均由侯進發先生負責處理，一概與陳清珠本人無關」等語，並由謝旻達擔任見證人。交互參照前開切結書及協議書之記載，可知侯進發已於91年2 月28日將湖口火車站販賣部歸還陳清珠，則與陳清珠所辯係交由謝旻達委託經營至93年2 月25日止明顯不符。

j 佐以證人即與湖口火車站販賣部配合之飲料供應商麥燕信證述：陳清珠標到湖口火車站販賣部，91年間介紹伊與謝旻達認識，謝旻達是做湖口火車站販賣部，都是向伊訂貨，應該有2 年左右，之後就收掉了，伊不清楚陳清珠與謝旻達之關係等語（原審卷第156 、157 頁），僅可認謝旻達於91、92年間有經營湖口火車站販賣部，仍不足以證明有陳清珠所辯其與謝旻達間有委託經營關係存在，或謝旻達有積欠委託經營代價等情。另證人即湖口火車站站務人員李允炳證稱：只知道陳清珠與謝旻達是販賣部的人，但不清楚何人為經營者，何人為員工等語（原審卷第158 、159 頁），仍無法認定陳清珠前開所辯為真。

LL證人即陳清珠配偶趙茂成固證稱：伊於89年間以陳清珠名義標下湖口火車站販賣部，伊為實際處理者，89年間認識謝旻達，謝旻達希望能將湖口火車站販賣部交由他經營，每月給付1 萬6,500 元。但因謝旻達沒有資金，故設定系爭抵押權，伊未看過系爭委任書，會簽立前開協議書是因為當時與鐵路局契約到期，要還給鐵路局才簽立，伊不認識新承租人等語（原審卷第124 、125 頁

）。然陳清珠既稱是依謝旻達要求，事後補立系爭委任書（本院卷第183 頁），證人亦稱自己為實際處理者，焉有未見過系爭委任書之理；又陳清珠所提系爭租賃契約（本院卷第193 頁），租賃期限自89年7 月1 日起至93年6 月30日止，前開協議書簽立日期為91年2 月28日，所載內容亦與前開租賃契約到期無涉，顯非因與鐵路局間之租賃契約到期而簽立，可徵證人前開所述與其他客觀證據有所矛盾，故證人前開證述不無維護陳清珠之可能，尚難遽採。

3.承上各節，依陳清珠所提證據，尚無法證明其所辯與謝旻達有成立委託經營湖口火車站販賣部之契約，系爭抵押權擔保之債權即謝旻達自90年6 月25日起至93年2 月25日止，共32個月，積欠委託經營湖口火車站販賣部之代價，合計52萬8,000 元等情。

（三）被上訴人依強制執行法第41條規定，請求將系爭分配表次序5之執行費、次序6之抵押權債權原本之應受分配額均剔除，不得列入分配，核屬有據。

1.按最高限額抵押權之抵押物因他債權人聲請強制執行經法院查封者，除抵押物之查封經撤銷外，於最高限額抵押權人知悉，或經執行法院通知最高限額抵押權人時，該抵押權所擔保之原債權確定，此觀96年3 月28日增訂公布之民法第881 條之12第1 項第6 款之規定自明。上開規定，依同日公布、施行之民法物權編施行法第17條規定，於修正施行前設定之最高限額抵押權，亦適用之（最高法院104 年度台上字第2512號判決要旨參照）。

2.查被上訴人聲請強制執行謝旻達所有之系爭房地應有部分，桃園地院執行處於105 年11月21日查封，陳清珠於106 年3 月3 日收受執行法院之通知，有查封筆錄、通知函及送達證書可稽（執行卷第47頁、第91頁及背面、第96、97頁），依前開說明，系爭抵押權擔保之債權於陳清珠受執行法院通知時已告確定。然陳清珠無法證明系爭抵押權擔

保之債權即謝旻達積欠伊之委託經營代價52萬8,000元存在，已見前述，則被上訴人依強制執行法第41條規定，請求將系爭分配表次序5執行費、次序6第一順位抵押權債權原本之受分配額均剔除，不得列入分配，核屬有據。

六、綜上所述，被上訴人依強制執行法第41條規定，請求將系爭分配表次序5之陳清珠執行費4,000元、次序6之陳清珠第一順位抵押權債權原本50萬元之受分配額，均應予剔除，不得列入分配，為有理由。原審為上訴人敗訴之判決，尚無不合。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。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘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。

八、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、第85條第1項但書、第463條、第385條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　7　　日

民事第二十四庭

審判長法　官　陳麗芬

法　官　周祖民

法　官　黃欣怡

附表：

	謝旻達所有系爭房地之應有部分	抵押權登記內容
土地	桃園市○○區○路段580地號土地，權利範圍1/5	登記日期：90年6月27日 收件年期字號：90年壢登字第274060號 權利人：趙陳清珠 擔保債權總金額：最高限額50萬元

（續上頁）

建物	同上段101 建號，權利範圍1/5	存續期間：自90年6 月22日至95年6 月21日 清償日期：依照各個契約約定 利息（率）：無 遲延利息（率）：無 違約金：無 設定權利範圍：5分之1

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　7　　日

書記官　秦千瑜