民事具有參考價值之裁判要旨暨裁判書全文 目錄

裁判要旨

一、一〇五年度台上字第二九一號	2
二、一〇五年度台上字第一四〇七號	2
三、一〇五年度台上字第一七五〇號	3
四、一〇五年度台上字第一八三四號	4
五、一〇五年度台上字第一九九〇號	5
六、一〇五年度台上字第二一一一號	5
七、一〇五年度台上字第二二六八號	6
八、一〇五年度台抗字第三八一號	7
九、一〇五年度台抗字第六九三號	8
十、一〇五年度台抗字第七七四號	8
十一、一〇五年度台抗字第八〇二號	9
十二、一〇五年度台簡抗字第七號	10

裁判書全文

一〇五年度台上字第二九一號	12
一〇五年度台上字第一四〇七號	15
一〇五年度台上字第一七五〇號	20
一〇五年度台上字第一八三四號	23
一〇五年度台上字第一九九〇號	27
一〇五年度台上字第二一一一號	31
一〇五年度台上字第二二六八號	35
一〇五年度台抗字第三八一號	43
一〇五年度台抗字第六九三號	46
一〇五年度台抗字第七七四號	48
一〇五年度台抗字第八〇二號	51
一〇五年度台簡抗字第七號	55

一、一〇五年度台上字第二九一號（裁判書全文）

請求確認派下權存在等事件

按祭祀公業派下權之取得基於傳統宗祧繼承之理由，固以設立人、男系子孫、奉祀本家祖先女子及從母姓之子孫為原則，用以祭祀祖先或結合同姓同宗親屬。除設立者外，渠等取得派下權固自繼承時發生，然依上訴人於民國九十八年二月十七日訂立之規約第四條第三項規定，派下之女子、養女、贅婿等有實際參與祭祀，於經一定額度之派下現員同意時，亦得取得派下權，不以其出生時或繼承時為認定得否取得派下權時點，且無損祭祀公業設立目的。查被上訴人於其被繼承人死亡時，固非男性，惟其已依內政部函示方式，拆除女性器官，並依法由戶政機關變更性別為男性，為原審確定之事實。原審因認其係上訴人之派下男系子孫，依系爭規約享有派下權及對系爭土地有公同共有權，經核於法並無違背。

相關法條：祭祀公業條例第五條。

二、一〇五年度台上字第一四〇七號（裁判書全文）

請求確認使用權存在事件

按我國民法關於不動產相鄰關係之制度，旨在調和相鄰不動產之利用上衝突，而擴張或限制相鄰不動產所有權內容，以發揮各不動產之最大經濟機能。重在不動產利用人間之權利義務關係之調和，不以相鄰不動產所有人間者為限，亦不以各該不動產相互緊鄰為必要。民法第七百七十九條第一項明定土地所有人因排泄家用或其他用水以至河渠或溝道，得使其水通過鄰地。但應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之。第七百八十條則規定土地所有人因使其土地之水通過，得使用鄰地所有人所設置之工作物，但應按其受益之程度，負擔該工作物設置及保

存之費用。此一過水工作物使用權之規定，其立法理由係因鄰地所有人為流水而設置工作物，其他土地所有人如不能使用，必更設置同一目的之工作物，曠廢財物殊甚之故。又民法第七百七十九條第一項既將家用與其他用水併列，則舉凡排泄無用之水，無論家用、農業用均包括在內，自不以已存有建築物為必要。依民國九十八年一月二十三日增訂之同法第八百條之一規定，上開規定於其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。即不動產之相鄰關係，不僅指相鄰土地之所有人或利用人相互間，建築物之所有人或利用人相互間，甚係土地或建築物之所有人或利用人相互交錯間，原則上亦包括在內。又廢（污）水之排放，影響環境至鉅。水污染防治法第七條第一項明定處理建築物內人類活動所產生之人體排泄物或其他生活污水之設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準；水利法第五十四條之一第一項第六款則禁止水庫蓄水範圍內排放不符水污染防治主管機關放流水標準之污水。是土地、建築物或其他工作物所有人、利用人為使排放之流水符合環境保護法令規範之用水排放標準，有使用鄰地所有人、利用人排水工作物之必要，而其使用對該工作物原設定之效用並無顯著之損害時，揆諸上述民法關於不動產相鄰關係之規範目的，自不應任意排除民法第七百七十九條、第七百八十條規定之適用。

相關法條：民法第七百七十九條、第七百八十條。

水污染防治法第七條。

水利法第五十四條。

三、一〇五年度台上字第一七五〇號（裁判書全文）

請求分配剩餘財產事件

按我國民法夫妻財產制除另有契約約定外，係採法定財產制

(即原聯合財產制)，夫或妻各自所有其婚前或婚後之財產，並各自管理、使用、收益及處分(民法第一千零十七條第一項前段、第一千零十八條規定參照)。惟夫或妻婚後收益之盈餘(淨益)，實乃雙方共同創造之結果，法定財產制關係消滅時，應使他方得就該盈餘或淨益予以分配，始符公平。為求衡平保障夫妻雙方就婚後財產盈餘之分配，及貫徹男女平等原則，民法親屬編於民國七十四年六月三日修正時，參考德國民法有關夫妻法定財產制即「淨益共同制」之「淨益平衡債權」規範，增設第一千零三十條之一，規定法定財產制(原聯合財產制)關係消滅時，夫或妻得就雙方剩餘婚後財產之差額請求分配。所謂差額，係指就雙方剩餘婚後財產之價值計算金錢數額而言。上開權利之性質，乃金錢數額之債權請求權，並非存在於具體財產標的上之權利，自不得就特定標的物為主張及行使。是以，除經夫妻雙方成立代物清償合意(民法第三百十九條規定參照)，約定由一方受領他方名下特定財產以代該金錢差額之給付外，夫妻一方無從依民法第一千零三十條之一規定，逕為請求他方移轉其名下之特定財產。此與適用共同財產制之夫妻，依民法第一千零四十條第二項規定，就共同財產關係存續中取得之共同財產請求分割之情形，尚有不同。

相關法條：民法第一千零三十條之一。

四、一〇五年度台上字第一八三四號(裁判書全文)

請求履行契約事件

在債權雙重讓與之場合，先訂立讓與契約之第一受讓人依「債權讓與優先性」原則雖取得讓與之債權，但第二受讓人之讓與契約，並非受讓不存在之債權，而係經債權人處分現存在之他人(第一受讓人)債權，性質上乃無權處分，依民法第一百十

八條規定，應屬效力未定。

相關法條：民法第二百九十四條。

五、一〇五年度台上字第一九九〇號（裁判書全文）

請求返還土地等事件

侵害歸屬他人權益之行為，本身即為無法律上之原因，主張依此類型之不當得利請求返還利益者（即受損人），固無庸就不當得利成立要件中之無法律上之原因舉證證明，惟仍須先舉證受益人取得利益，係基於受益人之「侵害行為」而來，必待受損人舉證後，受益人始須就其有受利益之法律上原因，負舉證責任，方符舉證責任分配之原則。

相關法條：民法第一百七十九條。

六、一〇五年度台上字第二一一一號（裁判書全文）

請求分割遺產等事件

按民法第二百二十五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。又依民法第二百二十五條第一項、第二項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第二百二十五條第二項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損

害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第二百二十六條第一項）或代償請求權以保護其利益。惟代償請求權之目的，係於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權或交付受領之賠償物或交付其所取得交易之對價，代替原來債務之標的為給付，以保障債權人之利益。準此，即應以債務人就原來債務之標的仍應為給付為前提，始可因其給付不能而發生代償請求權。倘原來之債權已罹於消滅時效期間，債務人本得行使時效抗辯，拒絕為給付，自不可能再有給付不能，而發生代償請求權及其時效期間重新起算之情事，否則即與時效制度原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。相關法條：民法第二百五條。

七、一〇五年度台上字第二二六八號（[裁判書全文](#)）

請求確認派下權存在事件

依祭祀公業條例第一條：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益，特制定本條例。」之規定，足認本條例係以祭祀祖先發揚孝道，為立法目的之一，因而於解釋本條例第五條所定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」之「繼承人」時，應依本條例之立法目的一即以是否為「共同承擔祭祀者」為判定標準，而與分屬不同法體系，純以財產繼承為目的之民法繼承編第一千一百三十八條規定之遺產繼承人有所不同。且祭祀公業之本質及存在目的，仍以祭祀為主，使祖先血食不斷，故祭祀者以有血緣關係為原則。本條例施行前，「祭祀公業派下員之男子死亡後，無直系卑親屬者，其遺妻並非當然繼

承其派下權，但經親屬協議選定為繼承人者，繼承其派下權」
（見法務部編印台灣民事習慣調查報告，民國九十三年五月版，七九八頁），足認遺妻雖無血緣存在，但於傳統上，可經親屬會議選定為繼承人而繼承派下權，已非不得為派下員。本條例施行後，既須兼顧國家對女性之積極保護義務，參以祭祀公業係以祭祀祖先發揚孝道、延續宗族傳統為宗旨，而我國社會傳統遺妻替代死亡一方盡其孝道，且共同承擔祭祀祖先責任，向為美德為人頌揚，本於法倫理性，自應認該遺妻為本條例第五條所稱之「繼承人」，而得繼承派下權，且不以無直系血親卑親屬為限。至祭祀公業之派下員死亡，無配偶及直系血親卑親屬，僅遺母親為其繼承人，並共同承擔祭祀祖先責任者，本於相同意旨，亦應為同一解釋。

相關法條：祭祀公業條例第一條、第五條。

八、一〇五年度台抗字第三八一號（[裁判書全文](#)）

聲請強制行聲明異議事件

按不動產之強制執行，依強制執行法第一百十三條準用第七十條第六項規定，債務人不得應買。此一規定係基於通說認為強制執行法上之拍賣屬買賣之一種，並以債務人為出賣人，出賣人不得又為買受人之觀點；且債務人如有資力並求保有名下財產，應逕向債權人清償債務，而非許其應買自己財產，否則，債權人就其債權未獲全額清償時，將再聲請拍賣已為債務人固有之同一財產，致生冗長執程序，殊非所宜，故予立法禁止。惟於限定繼承或第三人提供抵押物之強制執行，因繼承人對於遺產，或抵押物所有人對於抵押物，均僅負物的有限責任，與一般負無限責任之債務人性質尚有不同，如允許繼承人或抵押物所有人應買以保有其財產，既不生前述立法考量之疑慮，對

於債權人亦無不利，自無禁止之必要。

相關法條：強制執行法第一百十三條、第七十條。

九、一〇五年度台抗字第六九三號（[裁判書全文](#)）

清償票款等強制執行事件

按拍賣之不動產無人應買或應買人所出之最高價未達拍賣最低價額，而到場之債權人於拍賣期日終結前聲明願承受者，執行法院應依該次拍賣所定最低價額，將不動產交債權人承受，並發給權利移轉證書。強制執行法第九十一條第一項定有明文。準此，凡執行事件之債權人，不論係聲請強制執行者，或有執行名義參與分配者、或無執行名義而對執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人經聲明參與分配或依職權列入分配者，均得依上開規定聲明承受。倘執行拍賣之不動產分屬多數債務人所有，執行法院為達較高經濟效益，指定行合併拍賣程序，而拍賣期日無人應買時，在場之債權人，均得聲明承受，不應因合併拍賣程序，債權人對非其債務人之其他人財產無承受權，即剝奪對於其債務人財產本可行使之承受權利。惟因法院行合併拍賣程序之故，其承受同時，必須一併應買其他債務人合併拍賣之不動產，方為適法。

相關法條：強制執行法第九十一條。

十、一〇五年度台抗字第七七四號（[裁判書全文](#)）

聲請保全證據事件

按修正民事訴訟法之證據保全制度，基於當事人自行研判紛爭之實際狀況，可助於其尋求解決紛爭之手段，以消弭訴訟，乃擴大賦與當事人在起訴前蒐集事證資料之機會，而於同法第三百六十八條第一項後段增訂「就確定事、物之現狀」，亦得聲

請為鑑定、勘驗或保全書證之規定，不以證據有滅失或礙難使用之虞為限，然仍須於有法律上利益並有必要時，始得為之，以防止濫用而損及他造之權益，並避免司法資源之浪費。此項「就確定事、物之現狀」程序，一方面係為實現證據開示之機能，另一方面難免有摸索性證明之虞，如何避免二者間之衝突，應視紛爭之類型、聲請人與他造對事證之獨占程度，綜合接近證據程度、武器平等原則、利益權衡原則，予以平衡考量，以為「必要性」之判斷。

相關法條：民事訴訟法第三百六十八條。

十一、一〇五年度台抗字第八〇二號（裁判書全文）

請求離婚再審之訴事件

准許離婚判決一經確定，婚姻關係即因該確定判決所生之形成力而解消，此與夫妻一方死亡，婚姻關係當然解消者，在身分法上效果未盡一致，此觀民法第九百七十一條規定，姻親關係因離婚而消滅，不及於因夫妻一方死亡者自明。而家庭婚姻制度為憲法所保障之基本人權，夫妻之一方如非本於自由意思予以解消（兩願離婚），或因有法定事由並經法院依法定程序強制解消（判決離婚），均應受法律制度之持續性保障。倘合法成立之婚姻關係，因法院離婚確定判決解消，而當事人之一方，主張於該訴訟程序進行中，有未受充足程序權保障之法定再審事由者，即應賦與其提出再審訴訟以求救濟之權利，且不應因他方是否於判決確定後死亡，而有不同，俾保障該一方之訴訟權、身分權及財產權。惟查，夫妻之一方，於准許離婚判決確定後死亡，囿於民法第一千零五十二條有關當事人適格之規定，且家事事件法復無關於由他人承受訴訟之明文，倘生存之一方認該確定判決有法定再審

事由，致其身分上或財產上之重大利益，受到損害，竟因現有法律並無得適用再審程序之明文規定，復無其他足以有效救濟其身分權、財產權之途徑，使其不能享有糾正該錯誤裁判之機會，自係立法之不足所造成之法律漏洞。為保障生存配偶一方之再審權及基於法倫理性須求（如身分權關係），法院就此有為法之續造以為填補之必要。復由於離婚訴訟係以合法成立之婚姻關係，是否將因具有法定事由而應予解消之判斷為目的，且因夫妻可兩願離婚，當事人就夫妻身分關係，具有一定程度之處分權，與親子關係之身分訴訟，具有高度公益及維護未成年子女權益之目的者，尚屬有間，故無從類推適用家事事件法第六十三條、第六十四條、第六十五條有關以檢察官為被告或由繼承人承受訴訟之規定，而有由法院為法律外之程序法上法之續造必要。爰審酌相對人主張原確定判決有再審事由而提起再審之訴，與於該判決確定後死亡之劉恆修繼承人，在財產權（繼承權）或身分權（姻親關係）均有重大關連，本院認由劉恆修繼承人承受該離婚再審訴訟之再審被告地位，最能兼顧相對人、被繼承人、繼承人之利益，可使再審程序之進行及判決結果獲得正當性。

相關法條：民法第九百七十一條、第一千零五十二條。

民事訴訟法第四百九十六條。

十二、一〇五年度台簡抗字第七號（裁判書全文）

聲請暫時處分事件

按法院就已受理之家事非訟事件，除法律別有規定外，於本案裁定確定前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分，家事事件法第八十五條第一項定有明文，觀其立法理由係為避免本案請求不能或延滯實現所生之危害。又我

國對外國法院之民事確定判決雖採自動承認制，無待我國法院裁判之承認而當然發生效力。但以給付判決為執行名義向我國法院訴請許可強制執行時，依強制執行法第四條之一第一項規定，應經我國法院以判決宣示許可其執行。而法院命未成年子女權利義務之行使負擔由一造任之，其本質即包括他造應交付子女在內。倘一造持上開外國法院確定民事判決，依前揭規定，訴請我國法院許可其強制執行，審酌該外國法院確定判決已在我國發生效力，法益保護之必要性較諸審理中之家事非訟事件明確，基於實效性要求，避免許可訴訟延滯所生之危害，應類推適用家事事件法第八十五條第一項規定，准其聲請暫時處分。

相關法條：家事事件法第八十五條。

【裁判字號】105,台上,291

【裁判日期】1050302

【裁判案由】請求確認派下權存在等

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第二九一號

上訴人 賴文祭祀公業

法定代理人 賴清一

訴訟代理人 吳嘉榮律師

被上訴人 賴韋銓

上列當事人間請求確認派下權存在等事件，上訴人對於中華民國一〇三年八月十四日台灣高等法院台南分院第二審判決（一〇三年度重上字第五一號），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。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人為伊先祖賴董所設立，原判決附表所示編號一至十七、二十七至三十二及四十四之土地（下稱系爭土地）為上訴人所有，伊已於民國九十八年三月八日變更性別為男性，上訴人於同年十二月二十六日向嘉義市西區區公所申請祭祀公業登記時，竟未將伊列入其派下員名冊及派下員系統表，致伊之權利受損，有受確認判決之法律上利益等情，爰求為確認伊就上訴人之派下權及系爭土地有公同共有權存在。

上訴人則以：伊自清朝設立係為傳遞香火之宗祧祭祀目的，規約約定派下員以設立人之直系男性卑親屬為原則，且為自然意義下之男性，不包含變性後之男性，以保祖先祭祀血脈不致中斷，被上訴人為取得祀產權利而為變性手術，有違善良風俗等語，資為抗辯。

原審以：按祭祀公業條例第四條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：……」，考其立法理由，乃因派下權之繼承有別於民法遺產之繼承，其派下員資格係因宗祧祭祀目的，基於尊重傳統習俗及法律不溯既往原則而規定。是派下員資格之認定，原則上依祭祀公業規約，如無規約則依祭祀公業條例第四條規定。上訴人於九十八年二月十七日訂立之規約（下稱系爭規約），第四條記載：「本公業派下員繼承慣例喪

失如下：一、以設立者賴定、賴五行、賴董等之所傳男性直系血親卑親屬冠賴姓者（含養子）為限。二、派下員無男系子孫，其女子未出嫁者得為派下，但出嫁後即喪失派下員資格，如該女子招贅或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，亦得為派下。三、派下之女子、養女、贅婿等有實際參與祭祀者，又經下列情形之一者，亦得為派下：(1)經派下現員三分之二以上書面同意。(2)經派下員大會，有派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過者。……」等語，核與祭祀公業條例第四條規定相符，應係參照該條例精神而訂立。即養子、女、贅婿及女子均得於特定條件下取得派下員資格，非以出生時身分為認定取得派下權標準。查被上訴人已依內政部函示方法，經醫師診斷、拆除女性器官，於九十八年三月八日經戶政機關准予變更為男性；其與賴盈達、賴冠良之父均為賴建同，上訴人於九十八年十二月二十六日申報祭祀公業派下員時，雖將賴盈達、賴冠良列入派下員，惟未將被上訴人列入，有嘉義市西區區公所函檢附之系爭規約、不動產清冊、派下全員系統表、派下現員名冊及戶籍謄本等足稽。基於憲法對人民平等權、人格權、財產權等基本權利保護，法院於個案中本應為有利於當事人上開基本權利保護之認定。被上訴人於其父死亡後始變更為男性，使其取得派下權，亦無礙祭祀公業冀以派下員祭祀祖先之設立目的。被上訴人既經行政機關註記男性，其弟復為上訴人之派下員，基於平等原則，不得排除其派下員身分，以免造成差別待遇。因認被上訴人請求確認其對上訴人之派下權存在，及確認其對上訴人所有系爭土地有共同共有權存在，應予准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

按祭祀公業派下權之取得基於傳統宗祧繼承之理由，固以設立人、男系子孫、奉祀本家祖先女子及從母姓之子孫為原則，用以祭祀祖先或結合同姓同宗親屬。除設立者外，渠等取得派下權固自繼承時發生，然依系爭規約第四條第三項規定，派下之女子、養女、贅婿等有實際參與祭祀，於經一定額度之派下現員同意時，亦得取得派下權，不以其出生時或繼承時為認定得否取得派下權時點，且無損祭祀公業設立目的。查被上訴人於其被繼承人死亡時，固非男性，惟其已依內政部函示方式，拆除女性器官，並依法由戶政機關變更性別為男性，為原審確定之事實。原審因認其係上訴人之派下男系子孫，依系爭規約享有派下權及對系爭土地有共同共有權，經核於法並無違背。上訴意旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。至上訴人上訴本院後始主張系爭土地已移轉予訴外人云云，要屬新防禦方法，依民事訴訟法第四百七十六條第一項規定，非本院所得審究，併此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 二 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 陳 重 瑜

法官 劉 靜 嫻

法官 林 恩 山

法官 陳 駿 璧

法官 吳 惠 郁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 三 月 十 四 日

G

【裁判字號】105,台上,1407

【裁判日期】1050818

【裁判案由】請求確認使用權存在

【裁判全文】

最高法院民事判決 一〇五年度台上字第一四〇七號

上訴人 亞昕國際開發股份有限公司

法定代理人 姚連地

上訴人 楊璧綺

鄭秉宏

共 同

訴訟代理人 洪堯欽律師

被上訴人 秀岡山莊公共事務聯合管理委員會

秀岡山莊第一期社區管理委員會

上列二人

法定代理人 邱清華

共 同

訴訟代理人 張世興律師

被上訴人 吳啓孝律師（即秀岡開發事業股份有限公司之破產
管理人）

參加人 永柏企業股份有限公司

法定代理人 鄭中平

上列當事人間請求確認使用權存在事件，上訴人對於中華民國一〇三年十二月十六日台灣高等法院第二審判決（一〇三年度上字第一〇〇一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：秀岡山莊係破產人秀岡開發事業股份有限公司（下稱秀岡開發公司）依山坡地開發建築管理辦法及行政院環境保護署（下稱環保署）民國八十九年一月十五日核准之秀岡山莊興建計畫環境影響說明書（下稱系爭環境說明書），申請開發許可而興建。伊為系爭環境說明書核准開發範圍內土地之所有人暨開發單位，系爭環境說明書核准興建開發之全部土地，因位在大台北地區水源保護區內，秀岡開發公司為處理社區內之污水排放，興建如原判決附表一、二所示之污水處理廠（含建築物及其內機器設備、排放管線，下稱系爭污水處理廠），供秀岡山莊開發區域內土地之排放污水使用。系爭污水處理廠為公用公共設施，伊等基於土地相鄰關係之過水權，為實施開發行為及排放污水需要，即得使用系爭污水處理廠。又秀岡開發公司已將系爭污水處

理廠交予被上訴人秀岡山莊公共事務聯合管理委員會（下稱秀岡聯管會）、秀岡山莊第一期社區管理委員會（下稱秀岡一期管委會）管理迄今，秀岡開發公司並已授權伊使用系爭污水處理廠。系爭污水處理廠為環保署核定用以處理秀岡山莊生活污水之重要公共設施，其專用下水道亦獲得新北市政府環保局審查通過，伊依下水道法施行細則第十一條、新北市污水下水道管理自治條例（下稱新北市污水管理條例）第十四、十五條規定，暨秀岡開發公司之授權，亦有使用系爭污水廠之權利等情，爰依民法第八百條之一準用第七百七十九條第一項前段、第七百八十條前段規定，或類推適用上開規定，及下水道法施行細則、新北市污水管理條例之上開規定，暨秀岡開發公司之授權，求為確認伊就系爭污水廠有使用權存在之判決。

被上訴人秀岡聯管會、秀岡一期管委會以：上訴人雖為秀岡山莊核准開發範圍內之土地所有人，惟尚未在土地上興建建物，並無使用或占有系爭污水處理廠之事實；其等雖經環保署審核通過成為系爭環境說明書之開發單位，惟就系爭污水處理廠並無私法上之使用權。被上訴人吳啓孝律師則以：上訴人並非秀岡山莊社區之買受人或使用人，秀岡開發公司亦未同意其等無償使用系爭污水處理廠。系爭污水處理廠之所有人為秀岡開發公司，坐落之土地所有人分別為永柏企業股份有限公司（下稱永柏公司）、鴻昇資產管理股份有限公司（下稱鴻昇公司），建物與土地分屬不同人所有，且上訴人尚未實際有排水之需求，與民法第七百七十九條第一項過水權之規定不符。下水道法施行細則、新北市污水管理條例均係公法之規範，並未賦予上訴人私法上之權利，其等主張就系爭污水處理廠有使用權，為無理由各等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：秀岡山莊係由秀岡開發公司依山坡地開發建築管理辦法及系爭環境說明書，申請開發許可而興建。系爭污水處理廠自九十一年一月間起登記為秀岡開發公司所有，增建部分及其內機器設備與排水管線，詳如原判決附表一、二所示編號2、3之記載；另污水處理廠坐落之基地，分別為永柏公司及鴻昇公司所有，為兩造所不爭。上訴人均為系爭環境說明書所示之開發單位，並為秀岡山莊開發區域內之土地所有人。楊壁綺、鄭秉宏之土地目前尚未實際開發興建建物，難認其土地目前有何人工排水之必要。亞昕國際開發股份有限公司（下稱亞昕公司）雖提出建造執照為證，主張業經台北水源區管理局核准發給建造執照，並已核准開工，惟並未舉證證明其於該土地上目前已有有人工排水之必要，且系爭污水處理廠並非各該基地所有人所設置，上訴人無從依民法第八百條之一準用民法第七百七十九條第一項前段及第七百八十條規定

，主張就系爭污水處理廠有使用權。上訴人以日後在上開土地上興建建物而有排水之需要為由，主張現在即有使用系爭污水處理廠之必要云云，與民法第七百七十九條第一項規定不合，委不足採。上訴人既未證明已有使用系爭污水處理廠之需要，秀岡開發公司亦非系爭污水處理廠基地之所有人，不得適用、準用或類推適用民法第七百七十九條第一項前段、第七百八十條前段規定，主張就系爭污水處理廠有使用權，致影響秀岡開發公司對於系爭污水處理廠之所有權能。下水道法係為促進都市計畫地區及指定地區下水道之建設與管理，以保護水域水質所制定，上開規定乃公法性質之規定，非屬私法上權利義務關係之規範。下水道法施行細則及新北市污水管理條例係依下水道法授權而訂定，上訴人要難據為本件私法上之請求依據。上訴人所有之土地縱位於系爭污水處理廠之污水收集區範圍，然其等目前並未於該開發區域內興建建物完成，尙無排放生活污水需要，上訴人依系爭環境說明書所示，逕認秀岡開發公司已授權其等使用系爭污水處理廠，自無足取。上訴人提出秀岡聯管會、秀岡一期管委會出具之管理費收據及存摺影本、收支明細表，僅足證明其等曾分別自九十六年七月起至一〇三年六月間之不等期間內繳交費用予秀岡聯管會或秀岡一期管委會，尙難據此證明所繳納之費用即係使用系爭污水處理廠之對價。上訴人提出秀岡一期管委會製作之收支明細表，僅記載該管委會之各項費用支出數額，不足以證明各該支出係由上訴人分攤。上訴人提出之「秀岡山莊新建工程收費辦法與施工管理辦法共同協商紀錄書」，固可證明秀岡聯管會與秀岡山莊環評開發單位聯合管理委員會（下稱秀岡環開聯管會）曾達成協議，惟該協議僅足認定參與秀岡環開聯管會之開發單位，自一〇三年六月二十六日起，於取得建造執照後，即負有分擔秀岡山莊內污水處理廠維護管理費之義務而已。楊壁綺、鄭秉宏目前尙未在秀岡山莊內之土地上興建建物，亞昕公司雖已取得建造執照，然並未實際興建建物，其等復未舉證證明已依該協議繳納系爭污水處理廠之維護管理費；況系爭污水處理廠所有人秀岡開發公司，污水處理廠之基地所有人永柏公司、鴻昇公司均非該協議之當事人，上訴人復未給付使用費予秀岡開發公司，要難執該協議對於秀岡開發公司主張使用權。綜上，上訴人請求確認就系爭污水處理廠有使用權存在，並無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟按我國民法關於不動產相鄰關係之制度，旨在調和相鄰不動產之利用上衝突，而擴張或限制相鄰不動產所有權內容，以發揮各不動產之最大經濟機能。重在不動產利用人間之權利義務關係之調和，不以相鄰不動產所有人間者為限，亦不以各該不動產相互

緊鄰為必要。民法第七百七十九條第一項明定土地所有人因排泄家用或其他用水以至河渠或溝道，得使其水通過鄰地。但應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之。第七百八十條則規定土地所有人因使其土地之水通過，得使用鄰地所有人所設置之工作物，但應按其受益之程度，負擔該工作物設置及保存之費用。此一過水工作物使用權之規定，其立法理由係因鄰地所有人為流水而設置工作物，其他土地所有人如不能使用，必更設置同一目的之工作物，曠廢財物殊甚之故。又民法第七百七十九條第一項既將家用與其他用水併列，則舉凡排泄無用之水，無論家用、農業用均包括在內，自不以已存有建築物為必要。依九十八年一月二十三日增訂之同法第八百條之一規定，上開規定於其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。即不動產之相鄰關係，不僅指相鄰土地之所有人或利用人相互間，建築物之所有人或利用人相互間，甚係土地或建築物之所有人或利用人相互交錯間，原則上亦包括在內。又廢（污）水之排放，影響環境至鉅。水污染防治法第七條第一項明定處理建築物內人類活動所產生之人體排泄物或其他生活污水之設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準；水利法第五十四條之一第一項第六款則禁止水庫蓄水範圍內排放不符水污染防治主管機關放流水標準之污水。是土地、建築物或其他工作物所有人、利用人為使排放之流水符合環境保護法令規範之用水排放標準，有使用鄰地所有人、利用人排水工作物之必要，而其使用對該工作物原設定之效用並無顯著之損害時，揆諸上述民法關於不動產相鄰關係之規範目的，自不應任意排除民法第七百七十九條、第七百八十條規定之適用。查系爭污水處理廠登記為秀岡開發公司所有，污水處理廠坐落之基地分別為永柏公司及鴻昇公司所有；上訴人為系爭環境說明書所示之開發單位，並為秀岡山莊開發區域內之土地所有人，為原審所認定。系爭污水處理廠與坐落之基地固分屬不同人所有，惟秀岡開發公司係各該基地之利用人，上訴人既係秀岡山莊開發區域內土地之所有人、利用人，其等為開發利用土地，因排泄家用或其他用水以至河渠，依不動產相鄰關係之法則，是否不得主張使用秀岡開發公司所設置之系爭污水處理廠，已滋疑義。又依卷附之系爭環境說明書所載，秀岡山莊社區內污水主要為住家排放水，預計依分區將生活污水連同雜排水沿社區內分流制污水下水道系統，分別引至社區內刻已完工之系爭污水處理廠做污水之高級處理（見一審卷第六〇頁）；原審認定上訴人均經環保署審核通過而為秀岡山莊開發區域內之開發單位，亞昕公司復經台北水源區管理局發給建造執照，核准開工。似見上訴人請求使用污水處理廠處理之污水量，並未超出系爭污水處理廠預定處理之範圍。果爾，上

訴人爲排放污水而選擇使用秀岡開發公司所有之系爭污水處理廠，對於系爭污水處理廠有無顯著之損害？是否係損害最少之處所及方法（或僅擇其一污水處理廠使用即可）？原審俱未調查審認，即遽以上訴人之土地目前尙未實際開發興建建物，並無人工排水之必要，秀岡開發公司亦非系爭污水處理廠基地之所有人爲由，認不得對秀岡開發公司主張使用權，自嫌速斷。再兩造就秀岡開發公司將系爭污水處理廠交予秀岡聯管會、秀岡一期管委會占有使用乙情，並未爭執；倘秀岡聯管會、秀岡一期管委會已因秀岡開發公司之交付管理，而爲系爭污水處理廠不動產之利用人，依上說明，與上訴人間仍有民法不動產相鄰關係規定之適用。則上訴人是否不得對於秀岡聯管會、秀岡一期管委會主張有權使用系爭污水處理廠？亦非無再爲推求之餘地。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴爲有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 十 八 日

最高法院民事第五庭

審判長法官 高 孟 焄

法官 袁 靜 文

法官 鍾 任 賜

法官 陳 駿 壁

法官 李 文 賢

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 八 月 二 十 九 日

G

【裁判字號】105,台上,1750

【裁判日期】1051013

【裁判案由】請求分配剩餘財產

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第一七五〇號

上訴人 潘〇〇

訴訟代理人 洪梅芬律師

涂欣成律師

吳佩諭律師

李政儒律師

被上訴人 謝〇〇

上列當事人間請求分配剩餘財產事件，上訴人對於中華民國一〇五年一月二十八日台灣高等法院台南分院第二審更審判決（一〇三年度家上更(一)字第三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人移轉土地及房屋所有權，及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件被上訴人在原審提起變更之訴主張：兩造於民國七十二年間結婚，未約定夫妻財產制，嗣經法院判決離婚確定，爰依民法第一千零三十條之一規定，請求分配剩餘財產差額之半數，求為命上訴人將其所有坐落台南市〇〇區〇〇段〇〇〇地號土地及其地上〇〇〇建號房屋（門牌：台南市〇〇區〇〇路〇〇〇〇號）（下稱系爭房地）移轉登記予伊之判決（被上訴人其餘變更之訴，業經原判決駁回確定）。

上訴人則以：伊不同意由被上訴人取得系爭房地；被上訴人請求伊將名下價值超過夫妻剩餘財產差額半數之系爭房地移轉登記予其所有，已逾越剩餘財產分配請求權之範圍，伊不願接受金錢補償，請求另分配被上訴人所有如原判決附表（下稱附表）一項次1所示土地及建物等語，資為抗辯。

原審准許被上訴人上開變更之訴，係以：按九十一年六月二十六日修正公布之民法第一千零三十條之一第一項規定：「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一因繼承或其他無償取得之財產。二慰撫金。」第一千零三十條之四第一項規定：「夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。」民法親屬編施行法第六條之二規定：「中華民國九十一年民法親屬編修正前適用聯合財產制之夫妻，其特有

財產或結婚時之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚前財產；婚姻關係存續中取得之原有財產，於修正施行後視為夫或妻之婚後財產。」兩造於七十二年間結婚，婚後未約定夫妻財產制，以法定財產制為夫妻財產制。嗣被上訴人於九十七年七月二十九日起訴，經法院判決准與上訴人離婚確定，關於兩造現存之婚後財產，以離婚訴訟起訴時為準，計算其價值。被上訴人現存之婚後財產及其價值如附表一所示；上訴人現存之婚後財產（扣除負債）及其價值如附表二所示，二者差額為新台幣（下同）二千二百八十六萬四千七百七十五元，應分配之平均額為一千一百四十三萬二千三百八十八元。民法第一千零三十條之一第一項並未規定須以金錢分配或禁止現物分配。上訴人婚後財產之其中如附表二項次1之系爭房地，乃被上訴人及子女於起訴後迄今之現住地，且被上訴人相對上訴人而言，係屬經濟上弱者，離婚後應酌予維持其生活安定，故以之分歸被上訴人取得為妥。是被上訴人本於夫妻剩餘財產分配請求權，請求上訴人將系爭房地移轉登記予伊所有，即屬有據。系爭房地價值為一千二百五十七萬四千四百十五元，高於被上訴人可分配之平均額，上訴人表示不願接受金錢補償，而被上訴人名下如附表一項次2土地上之未保存登記建物，與上訴人名下如附表二項次9所示287建號建物共用出入口及一、二樓間樓梯之通道，且上訴人現住於該287建號建物，應合併由同一人使用為宜（連同附表一項次3之三萬三千九百元動產在內）。故以系爭房地價值一千二百五十七萬四千四百十五元，扣除應分歸上訴人之如附表一項次2土地及其上未保存登記建物價值一百四十萬一千一百三十八元，暨該屋內動產（附表一項次3）三萬三千九百元，另再加計應分歸被上訴人之系爭房屋內動產（附表二項次4）二十八萬一千四百元及如附表三項次7熱水器二台共十二萬零一百五十五元，暨上訴人於發回前原審判決後就系爭房屋添購之動產設備八萬七千九百元，被上訴人尚應給付上訴人十九萬六千四百四十四元。從而被上訴人本於民法第一千零三十條之一第一項規定，變更起訴請求上訴人將系爭房地移轉登記予被上訴人所有，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按我國民法夫妻財產制除另有契約約定外，係採法定財產制（即原聯合財產制），夫或妻各自所有其婚前或婚後之財產，並各自管理、使用、收益及處分（民法第一千零十七條第一項前段、第一千零十八條規定參照）。惟夫或妻婚後收益之盈餘（淨益），實乃雙方共同創造之結果，法定財產制關係消滅時，應使他方得就該盈餘或淨益予以分配，始符公平。為求衡平保障夫妻雙方就婚後財產盈餘之分配，及貫徹男女平等原則，民法親屬編於七十

四年六月三日修正時，參考德國民法有關夫妻法定財產制即「淨益共同制」之「淨益平衡債權」規範，增設第一千零三十條之一，規定法定財產制（原聯合財產制）關係消滅時，夫或妻得就雙方剩餘婚後財產之差額請求分配。所謂差額，係指就雙方剩餘婚後財產之價值計算金錢數額而言。上開權利之性質，乃金錢數額之債權請求權，並非存在於具體財產標的上之權利，自不得就特定標的物為主張及行使。是以，除經夫妻雙方成立代物清償合意（民法第三百十九條規定參照），約定由一方受領他方名下特定財產以代該金錢差額之給付外，夫妻一方無從依民法第一千零三十條之一規定，逕為請求他方移轉其名下之特定財產。此與適用共同財產制之夫妻，依民法第一千零四十條第二項規定，就共同財產關係存續中取得之共同財產請求分割之情形，尙有不同。原判決既已認定兩造婚後係以法定財產制為其夫妻財產制。被上訴人依民法第一千零三十條之一規定提起本件訴訟，上訴人並未同意以系爭房地抵付其差額分配債務，依上說明，被上訴人當無逕為請求上訴人移轉其所有系爭房地之權利。原判決見未及此，遽謂民法第一千零三十條之一第一項未規定須以金錢分配或禁止現物分配，而命上訴人移轉系爭房地予被上訴人，自有可議。況原判決竟命上訴人移轉依該判決認定價值達一千二百五十七萬四千四百十五元之系爭房地，用以履行其對被上訴人所負金額僅為一千一百四十三萬二千三百八十八元之剩餘財產差額分配債務，尤滋疑義。上訴論旨，指摘原判決關於其不利部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 月 十 三 日
最高法院民事第一庭

審判長法官 劉 福 來
法官 盧 彥 如
法官 周 玫 芳
法官 周 舒 雁
法官 梁 玉 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 一〇五 年 十 月 二 十 日
E

【裁判字號】105,台上,1834

【裁判日期】1051026

【裁判案由】請求履行契約

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第一八三四號

上訴人 黃俊騰

訴訟代理人 張智翔律師

洪明立律師

被上訴人 楊順宏

楊順隆

楊雅惠

楊順開

王楊媛惠

楊順旭

楊順兆

楊登惠

楊順宇

楊芸惠

楊玲惠

楊和惠

楊富惠

楊智惠

共 同

訴訟代理人 黃嘉明律師

被上訴人 朱美蓮

訴訟代理人 陳憲鑑律師

參 加 人 洪金山

上列當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國一〇三年一月二十二日台灣高等法院台中分院第二審更審判決（一〇二年度重上更(一)字第四二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

本件上訴人主張：訴外人謝清忠於民國九十九年八月九日向被上訴人楊順宏以次十四人（下稱楊順宏等人）購買坐落台中市○區○○段○○○地號土地（下稱系爭土地），約定總價為新台幣（下同）五千一百四十八萬元（下稱系爭買賣契約），嗣謝清忠於一〇〇年二月十六日將關於系爭買賣契約之債權讓與伊（下稱系爭債權讓與）。詎楊順宏等人竟於同年一月二十一日與被上訴人

朱美蓮訂立信託契約（下稱系爭信託契約），並於同年二月一日將系爭土地信託登記朱美蓮名下（下稱系爭信託登記），該信託有害於伊之權利，並因參加人洪金山聲請假處分系爭土地，致楊順宏等人無從為塗銷系爭信託登記及移轉系爭土地所有權予伊等情。爰依信託法第六條第一項及民法第二百四十四條第一項規定，求為撤銷楊順宏等人與朱美蓮間所為系爭信託契約及系爭信託登記；並確認謝清忠與被上訴人間系爭買賣契約關係存在及確認伊與謝清忠間系爭債權讓與關係存在之判決【上訴人於第一審另請求朱美蓮於台灣台中地方法院（下稱台中地院）一〇〇年度司執全卯字第三八九號假處分查封登記塗銷後，將系爭土地辦理所有權回復登記為楊順宏等人共有暨楊順宏等人於收受四千一百四十八萬元之同時，移轉系爭土地所有權登記部分，經原法院前審判決上訴人敗訴後，未據其聲明不服。又上訴人於原法院前審始追加上開確認之訴】。

被上訴人則以：謝清忠早於一〇〇年一月二十八日將系爭債權讓與訴外人陳志佳，並通知伊，謝清忠對上訴人在後之系爭債權第二次讓與不生效力。謝清忠又於同年六月十七日通知伊，解除其與上訴人間系爭債權之讓與契約，上訴人無權提起本案之請求。又上訴人除受債權讓與，並自承有給付價款之義務，則上訴人與謝清忠間係契約承擔，非經伊同意，對伊不生效力。縱令上訴人合法受讓債權，但系爭契約已因謝清忠未依約定時間、地點給付價金，經伊解除契約，契約已失效。系爭土地業經參加人聲請假處分，於假處分查封中，若上訴人得請求撤銷系爭信託契約及系爭信託登記，將造成信託行為不存在，影響查封狀態效力，自不得為此請求。又因系爭土地無移轉予上訴人之可能，上訴人追加請求確認之訴部分，欠缺權利保護要件；參加人則以：謝清忠先將系爭債權讓與陳志佳，並已通知楊順宏等人後再為第二次之債權讓與，屬債權雙重讓與，應屬無效，上訴人不得對楊順宏等人及朱美蓮請求履行契約。陳志佳與謝清忠已合意解除其等間系爭債權之讓與，謝清忠回復為系爭債權之債權人，自得將系爭債權讓與伊各等語，資為抗辯。

原審將第一審所為撤銷系爭信託契約及系爭信託登記之判決廢棄，改判駁回上訴人此部分之訴，並駁回上訴人追加之訴，無非以：債權讓與係準物權行為，於債權讓與契約發生效力時，債權即行移轉於受讓人，讓與人因而喪失其收取權與處分權，對該債權已不具處分之權限，故債權人為雙重讓與時，第二受讓人係受讓不存在之債權，屬標的不能，類推適用民法第二百四十六條第一項規定，該第二次債權讓與契約應為無效，第二次債權讓與契約之受讓人並未因讓與而取得該債權。謝清忠與楊順宏等人簽訂系

爭買賣契約後，謝清忠將系爭債權讓與陳志佳，已於一〇〇年二月十二日通知楊順宏等人，謝清忠於同年月十六日復為系爭債權之第二次讓與，而於同年月十七日通知楊順宏等人，謝清忠與上訴人間系爭債權之第二次讓與無效，上訴人未因受讓而取得系爭債權，其非系爭債權之債權人，亦非系爭信託行為委託人之債權人，無從干涉謝清忠與楊順宏等人間系爭買賣契約之債權債務關係，再上訴人非系爭買賣契約債權人，無確認謝清忠與楊順宏等人間就系爭土地之買賣關係存在之法律上利益及必要。從而，上訴人依上開規定，請求如上所聲明，並追加請求確認其與謝清忠間系爭債權讓與關係存在，及確認謝清忠與楊順宏等人間系爭買賣契約關係存在，均不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟在債權雙重讓與之場合，先訂立讓與契約之第一受讓人依「債權讓與優先性」原則雖取得讓與之債權，但第二受讓人之讓與契約，並非受讓不存在之債權，而係經債權人處分現存在之他人（第一受讓人）債權，性質上乃無權處分，依民法第一百十八條規定，應屬效力未定，此為本院最新之見解。而無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效，同條第二項定有明文。謝清忠與楊順宏等人簽訂系爭買賣契約後，謝清忠先將系爭債權讓與陳志佳，並通知楊順宏等人後，謝清忠復為系爭債權之第二次讓與，亦已通知楊順宏等人，乃原審所確定之事實，謝清忠所為系爭債權之第二次讓與，係無權處分陳志佳已取得之系爭債權，上訴人所受之債權讓與，並非自始、確定、當然無效，核係效力未定；而參加人稱謝清忠已與陳志佳合意解除其等間系爭債權之讓與契約，謝清忠為系爭債權之債權人，倘為真實，上訴人主張其已取得系爭債權，依上說明，是否全然無據？尚非無再予研酌之必要。原審未予詳求，逕以謝清忠就系爭債權之第二次讓與，係以不能之給付為標的，應為無效，而為不利於上訴人之論斷，自有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 月 二十六 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 林 大 洋

法官 陳 玉 完

法官 蕭 芳 菁

法官 滕 允 潔

法官 鄭 傑 夫

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 八 日
E

【裁判字號】105,台上,1990

【裁判日期】1051116

【裁判案由】請求返還土地等

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第一九九〇號

上訴人 廖吉雄

訴訟代理人 林道啓律師

被上訴人 廖繼鴻

訴訟代理人 張弘明律師

上列當事人間請求返還土地等事件，上訴人對於中華民國一〇四年六月十七日台灣高等法院台中分院第二審判決（一〇四年度上字第五〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

本件被上訴人主張：伊為上訴人及訴外人廖述亮（已歿）之父，坐落台中市〇〇區〇〇〇段〇〇〇〇地號土地（下稱系爭土地）原為伊所有，上訴人恐伊因身負連帶保證債務或票據債務波及自身財產，影響其預期繼承利益，乃與廖述亮於民國九十年七月二十五日就系爭土地設定普通抵押權新台幣（下同）三千萬元（下稱系爭抵押權），上訴人債權範圍三分之一即一千萬元、廖述亮三分之二即二千萬元，惟兩造間實際並無債權存在。嗣系爭土地遭債權人銀行查封拍賣，上訴人亦持台灣台中地方法院（下稱台中地院）拍賣抵押物裁定合併執行（下稱系爭執行事件），並就系爭土地拍定價金受分配三百九十九萬五千四百二十六元（下稱系爭分配款），獲取不當得利等情，依民法第一百七十九條規定，於原審為訴之變更，求為命上訴人如數給付並加計法定遲延利息之判決。

上訴人則以：被上訴人前就系爭土地及其上建物台中市〇〇區〇〇路〇〇〇〇號房屋（下稱系爭房屋，與系爭土地合稱系爭房地），作價二千萬元售予廖述亮，惟系爭房屋實際係伊與廖述亮各出資五百餘萬元興建，並由伊占有使用。且伊自五十五年至七十四年間共交付被上訴人家用達二百八十五萬二千一百五十五元，兩造及廖述亮乃協議系爭房地暫緩辦理過戶，以伊建屋及家用出資，作價一千萬元，與廖述亮支付之房地價金二千萬元，由被上訴人設定系爭抵押權供作擔保，伊因此受償，並非不當得利等詞，資為抗辯。

原審判決如被上訴人上開變更之訴所聲明，無非以：系爭土地原為被上訴人所有，於九十年七月二十五日遭上訴人及廖述亮共同

設定系爭抵押權（上訴人債權範圍三分之一即一千萬元、廖述亮三分之二即二千萬元）。嗣系爭土地遭債權人銀行強制執行，上訴人及廖述亮亦以拍賣抵押物裁定合併執行，系爭土地拍定後，上訴人獲系爭分配款；被上訴人主張系爭抵押權所擔保之一千萬元債權並不存在，上訴人則辯稱其係以建屋出資五百五十七萬零二百四十二元及家用出資二百八十五萬二千一百五十五元，作價一千萬元，廖述亮部分作價二千萬元，而設定系爭抵押權云云，雖提出系爭房地之不動產買賣契約書（下稱系爭契約書），然該契約買受人為廖述亮，並非上訴人，自與本件無關，且約定之買賣價金為二千萬元，然廖述亮支付之價金尚差三百五十萬元，自難輕信。矧縱令廖述亮就系爭土地之抵押權存在，亦難推定上訴人系爭抵押權亦存在。次依系爭房屋建造執照登記申請書、使用執照之起造人均為被上訴人，工程造價僅二百二十四萬元，縱如上訴人所辯，係其與廖述亮共同出資興建，則上訴人出資應為一百十二萬元，再加上上述家用金額，合計僅三百九十七萬二千一百五十五元，被上訴人焉會作價一千萬元債權？再觀之系爭家用金額統計表記載至七十四年止，每月金額約數千元，應屬支付被上訴人之法定扶養義務，且系爭抵押權設定於九十年間，衡情兩造焉會就十七年前之債權債務關係，再作協商？上訴人主張作價系爭抵押債權云云，顯不足採。縱屬系爭抵押債權，如上所述，亦難作價一千萬元。至證人即地政士陳淑忍證稱：系爭抵押權乃兩造及廖述亮至其事務所辦理，不知道詳細的借貸關係等語，難為上訴人有利之證據。從而，上訴人既無法證明其有受益之法律上之原因，被上訴人本於不當得利之法律關係，請求上訴人如上所聲明，為有理由等詞，為其判斷之基礎。

按依不當得利之規定請求受益人返還其所受領之利益，原則上應由受損人就不當得利請求權成立要件中「無法律上之原因」，即對於不存在之權利而為給付之事實負舉證責任，至所謂侵害型不當得利（又稱權益侵害之不當得利），乃指無法律上之原因，侵害歸屬他人權益內容而獲有利益。由於侵害歸屬他人權益之行爲，本身即為無法律上之原因，主張依此類型之不當得利請求返還利益者（即受損人），固無庸就不當得利成立要件中之無法律上之原因舉證證明，惟仍須先舉證受益人取得利益，係基於受益人之「侵害行爲」而來，必待受損人舉證後，受益人始須就其有受利益之法律上原因，負舉證責任，方符舉證責任分配之原則。本件上訴人及廖述亮為系爭抵押權權利人，上訴人之債權範圍三分之一即一千萬元，廖述亮債權範圍三分之二即二千萬元，據證人陳淑忍證述系爭抵押權乃兩造及廖述亮至其事務所辦理，為原審所認定之事實，而上訴人於原審一再辯稱：被上訴人將系爭房地

，作價二千萬元售予廖述亮，惟系爭房屋實係伊與廖述亮出資興建，兩造及廖述亮乃協議房地暫緩辦理過戶，而以伊建屋及家用出資，作價一千萬元，與廖述亮房地價金二千萬元，由被上訴人設定三千萬元普通抵押權與其二人等語（見原審卷第五九、六〇、一六一至一六三頁），並提出被上訴人與廖述亮之系爭契約書佐證（見原審卷六一至六四頁），參諸被上訴人與廖述亮間並未履行系爭契約書所負產權移轉登記之義務，反而改以設定抵押權，甚至加入上訴人共同為系爭抵押權之權利人，廖述亮部分之擔保債權額又適為系爭契約書所載價金數額二千萬元，則究竟上訴人有何侵害歸屬被上訴人權益內容之行爲（即如何以侵害行爲設定系爭抵押權）？上訴人本於系爭抵押權之設定而受分配系爭分配款，何以成立不當得利？未據原審究明，即遽以縱令廖述亮之抵押權存在，亦難推定上訴人系爭抵押權亦存在，上訴人未能舉證其有受益之法律上原因云云，而為上訴人不利之論斷，依上說明，已嫌速斷。且被上訴人於原審主張其為上訴人設定之抵押權所擔保之一千萬元債權不存在，並稱不再主張通謀虛偽意思表示（見原審卷第二七頁、第九七頁背面、第一〇〇頁），究竟其是否仍爭執系爭抵押權之存在，抑或僅爭執其所擔保之債權存否？尙有不明，此攸關兩造攻防方法及舉證責任之分配，原審未遑進一步釐清，即逕為論斷系爭抵押權不存在，亦有可議。矧系爭抵押權之設定，據證人陳淑忍所述係兩造及廖述亮共同為之，倘認廖述亮之二千萬元部分抵押權存在，則因何緣由據以認定上訴人部分之系爭抵押權不存在？更非無疑。其次，原審一方面認上訴人所謂以其建屋及家用之出資作價為抵押債權不足採，一方面又認縱屬抵押債權，亦難作價一千萬元，前後相互齟齬，有待釐清。再者，上訴人主張其自五十五年就業開始迄七十四年間將工作所得幫助家計一節，觀諸其所提吉雄工作領薪交父親家用金額統計表（見原審卷第六八至七三頁），逐頁均見被上訴人簽名蓋章，簽章日期似為八十六年九月二十五日，則兩造是否曾於斯時進行統計？係為何故需於事隔十餘年後始行爲之？與系爭抵押權有何關連？又依其名為「家用金額統計表」，其中第五頁被上訴人簽名處下方猶見「承擔父親農會貸款五十四萬元」，是否果屬支付法定扶養義務，而非其他支付原因，自有再為調查審認之必要，原審逕以系爭家用金額統計表，每月金額數千元，屬支付法定扶養費用，且兩造焉會就十七年前債權債務關係再作協商為由，逕認上訴人之系爭抵押債權不足採，尤屬疏略。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 十 六 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 林 大 洋

法官 滕 允 潔

法官 鄭 雅 萍

法官 鄭 純 惠

法官 陳 玉 完

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 七 日

v

【裁判字號】105,台上,2111

【裁判日期】1051129

【裁判案由】請求分割遺產等

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第二一一一號

上訴人 翁日章

翁明陽

翁寶秀

翁寶釧

共 同

訴訟代理人 王聰明律師

上訴人 翁進文

翁 添

被上訴人 翁明輝

訴訟代理人 周幸樺律師

蘇章巍律師

上列當事人間請求分割遺產等事件，上訴人對於中華民國一〇五年五月十日台灣高等法院第二審更審判決（一〇四年度重家上更(二)字第一〇號），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。

理 由

本件上訴人係主張被上訴人出售訴外人即兩造被繼承人翁祿壽借名登記於被上訴人名下之不動產，而請求被上訴人賠償損害，其訴訟標的對翁祿壽全體繼承人有合一確定之必要，雖僅上訴人翁日章以次四人提起上訴，依民事訴訟法第五十六條第一項第一款規定，其上訴效力仍及於同造繼承人翁進文、翁添，爰併列該二人為上訴人，核先敘明。

本件上訴人主張：兩造為翁祿壽之子女，如原判決附表（下稱附表）一編號3至5所示之土地及建物（下稱系爭不動產）係翁祿壽借名登記在被上訴人名下，翁祿壽死亡後，該借名登記關係已消滅，系爭不動產應屬翁祿壽之遺產，由全體繼承人共同共有。被上訴人於民國九十四年一月十三日，將系爭不動產以新台幣（下同）六百萬元出售予訴外人蔡健雄，自應將出售所得價款扣除已繳納之稅、費後餘額五百十九萬一千五百七十五元給付予翁祿壽之全體繼承人等情，爰依繼承、民法第一百七十三條第二項準用同法第五百四十一條第一項、第一百七十四條第一項、第一百七十七條（無因管理）規定，並於原審追加依同法第五百四十四條

、民法第八百二十八條第二項準用第八百二十一條、第二百五條第二項、第二百二十六條及不當得利法律關係，求為命被上訴人如數給付並加付自訴狀繕本送達翌日即九十八年十二月八日起算法定遲延利息之判決（上訴人於第一審請求被上訴人給付一千三百八十九萬二千元本息，原法院前審命被上訴人給付其中五百三十三萬一千零七十三元本息，駁回上訴人其餘請求，上訴人就敗訴部分未提起第三審上訴；又原審命被上訴人給付十三萬九千四百九十八元本息，被上訴人就該敗訴部分不得上訴，均告確定。各該未繫屬本院部分，不予贅述）。

被上訴人則以：系爭不動產係翁祿壽生前分配歸伊所有，非借名登記。又縱認翁祿壽與伊就系爭不動產成立借名登記關係，亦因翁祿壽於八十一年三月六日死亡而消滅，上訴人未於翁祿壽死亡時起算十五年內為請求，伊亦得為時效抗辯拒絕給付等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：翁祿壽於八十一年三月六日死亡，兩造為其繼承人，應繼分各為七分之一。系爭之不動產為翁祿壽生前出資購買，並登記於被上訴人名下，被上訴人於九十四年間將系爭不動產以六百萬元出賣予蔡健雄，並於同年三月九日移轉登記予蔡健雄之配偶蔡吳稔之事實，為兩造所不爭。翁日章以次三人及翁進文（下合稱翁日章四人）曾以被上訴人與翁祿壽間就附表一編號1至2之不動產之借名登記契約關係已消滅為由，訴請被上訴人將上開不動產移轉登記予翁祿壽全體繼承人共同共有，暨自上開不動產遷出返還予全體共有人，經本院九十八年度台上字第一一八三號（下稱第一一八三號事件）判決認定被上訴人與翁祿壽間就上開不動產為借名登記之法律關係，翁祿壽死亡，借名登記關係消滅，該不動產應屬翁祿壽之遺產，為全體繼承人共同共有，因而為翁日章四人勝訴確定，該確定判決效力及於其他共同共有人翁寶釧、翁添。系爭不動產，雖非第一一八三號事件之訴訟標的，惟依該事件被上訴人之陳述及蔡健雄之證詞，可知系爭不動產雖登記於被上訴人名下，然事實上可決定出賣及收取價金者，仍係翁祿壽本人，應認係翁祿壽所有而借名登記在被上訴人名下，翁祿壽死亡後，該借名登記關係消滅，屬翁祿壽之遺產，由其全體繼承人共同共有，被上訴人本應將系爭不動產所有權移轉為翁祿壽之全體繼承人共同共有，竟於前揭時日將之移轉登記予蔡吳稔，已無法履行借名登記關係消滅後之返還義務，造成全體共同共有人之損害，乃屬可歸責於被上訴人之事由，上訴人得依繼承、民法第八百二十八條準用第八百二十一條及第二百二十六條第一項規定請求被上訴人賠償損害予翁祿壽全體繼承人，該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長，

屬於原債權之變形，與原債權具有同一性，其請求權之消滅時效，應自原債權之請求權可行使時即翁祿壽死亡翌日起算，至九十六年三月六日屆滿十五年，上訴人於九十八年十一月十九日起訴時，已逾十五年時效，被上訴人並為時效抗辯，上訴人即不得請求被上訴人為給付。而被上訴人向認系爭不動產為其所有，其出售系爭不動產，非為他人管理事務，無民法第一百七十三條第二項、第一百七十四條、第一百七十七條規定之適用，且其所受之委任事項僅借名登記而已，處分系爭不動產，難認係屬民法第五百五十一條繼續處理事務而有同法第一百七十七條規定之適用。又民法第八百三十一條規定之財產權，係指物權性質之財產權，要與債權有間，不足認上訴人於起訴時，即就前述各請求權併為主張。而兩造迭就翁祿壽財產為爭訟，且就系爭不動產是否存在借名登記關係爭執甚鉅，被上訴人於第一一八三號事件審理時，同意翁日章四人撤回關於系爭不動產部分之訴訟，不致使上訴人信賴其嗣後不行使時效抗辯，難認兩造間有不為時效抗辯之默示合意及被上訴人所為時效抗辯與其前行為有所矛盾。且上訴人並無於系爭不動產出售後，罹於時效前，有不得起訴請求返還系爭不動產出售所得之情形，自難謂被上訴人行使時效抗辯，將致權義狀態顯然失衡，違反誠信原則。且本件係因可歸責於被上訴人之事由致給付不能，與民法第二百五條第二項規定，係以不可歸責於債務人之事由致給付不能之情形不同，出售系爭不動產之所得，亦非因被上訴人對買受人有何損害賠償請求權所得或受領之賠償物，無從類推適用民法第二百五條第二項代償請求權規定。從而，上訴人依上開規定，請求被上訴人給付出售系爭不動產價金餘額本息，即不應准許，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，因而維持第一審所為上訴人上開聲明部分敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴。

按民法第二百五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。又依民法第二百五條第一項、第二項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第二百五條第二項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人

所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第二百二十六條第一項）或代償請求權以保護其利益。惟代償請求權之目的，係於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權或交付受領之賠償物或交付其所取得交易之對價，代替原來債務之標的為給付，以保障債權人之利益。準此，即應以債務人就原來債務之標的仍應為給付為前提，始可因其給付不能而發生代償請求權。倘原來之債權已罹於消滅時效期間，債務人本得行使時效抗辯，拒絕為給付，自不可能再有給付不能，而發生代償請求權及其時效期間重新起算之情事，否則即與時效制度原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。故債權人原來債權之請求權如已罹於消滅時效期間，經債務人為時效消滅之抗辯，債務人即得拒絕為給付，自不能再發生因其給付不能，而由債權人行使代償請求權之餘地。本件翁祿壽與被上訴人間關於系爭不動產之借名登記關係因翁祿壽死亡（八十一年三月六日）而消滅，翁祿壽之全體繼承人自斯時即得請求被上訴人返還系爭不動產，上訴人遲至九十八年十一月十九日始提起本件訴訟，已逾十五年時效期間，被上訴人並為時效消滅之抗辯，乃原審合法確定之事實，依上說明，上訴人自不得再行使代償請求權。又被上訴人因而拒絕給付，乃其權利之正當行使，且並無其他特別情事，足認因其時效抗辯權之行使，將致權義狀態顯然失衡之情形，亦無違誠信原則。原審為上訴人該部分敗訴之判決，理由雖未盡相符，惟結論並無不同，仍應予以維持。上訴論旨，猶就原審採證、認事之職權行使及其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決此部分為不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 二 十 九 日

最高法院民事第六庭

審判長法官 林 大 洋

法官 陳 玉 完

法官 蕭 芳 菁

法官 滕 允 潔

法官 鄭 傑 夫

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 九 日

E

【裁判字號】 105,台上,2268

【裁判日期】 1051221

【裁判案由】 請求確認派下權存在

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇五年度台上字第二二六八號

上 訴 人 祭祀公業侯合義

法定代理人 侯 清 利

訴訟代理人 呂 維 凱律師

劉 博 文律師

楊 漢 東律師

被 上 訴 人 侯 木 奏

侯 慶 章

侯 正 國

侯 安 川

侯 福 教

侯 能 宗

侯 國 賢

侯 太 郎

侯 順 嘉

侯 奇 良

侯 成 映

侯 仁 信

侯 志 憲

侯黃素麗

侯 進 益

侯 守 安

侯 守 旺

侯 守 展

侯 智 明

侯 太 山

侯 泰 寬

侯 永 成

侯 嘉 隆

侯 文 欽

侯 木 榮

侯 木 興

侯 木 發

侯 粟

侯 燕 非

侯添丁
侯文正
侯振民
侯耀鎮
侯名原
侯名娟
侯徐素卿
侯火盛
侯宜卉
侯秀樺
侯邑潔
侯力元
呂英周
侯永棟
侯永豐
侯榮吉
侯泰上
侯泰榮
侯錦勳
侯明仁
侯勝欽
侯彰禧
侯仁傑
侯政興
侯博文
侯博仁

兼上二人
法定代理人
被上訴人

王秋鳳
侯至侃
侯擇山
侯基文
侯桂園
侯水金
侯桂林
侯金日
侯清地
侯福分
侯福財
侯福壽

侯 啓 明
侯 樹 木
侯 金 江
侯 木 上
侯 俊 宇
侯 聖 德
侯 水 山
侯 正
侯 茂
侯 金 地
侯 俊 田
侯 育 欽
侯 育 昇
侯 俊 河
侯 優 盛
侯 樹 木
侯 阿 尙
侯 國 雄
侯 國 賜
侯 瑞 堂
侯 石 村
侯 凱 勝
侯 瑞 宗
侯 瑞 發
侯 賢 龍
侯 淳 元
侯 穎 霖
侯 照 雄
侯 銘 讚
侯 銘 璋
侯 海 鰻
侯 海 蠣
侯 東 仰
侯 東 敬
侯 穆 佑
侯 水 南
侯 文 旭
侯 國 鐘
侯 國 輝

侯焜堂
侯焜祥
侯美枝
侯葉玉梅
侯皆得
侯水富
侯冬賢
侯明順
侯明哲
侯水盛
侯水賀
侯水福
侯水池
侯清溪
侯清源
侯清淮
侯旭昇
侯茂森
侯清山
侯清連
侯國隆
侯成營
侯春木
侯永順
侯順安
侯清一
侯春季
侯國明
侯國良
侯清榮
侯啓松

共 同

訴訟代理人 莊安田律師

上列當事人間請求確認派下權存在事件，上訴人對於中華民國一〇三年十二月二十三日台灣高等法院台南分院第二審判決（一〇三年度重上字第七號），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。

理 由

本件被上訴人主張：兩造祖先侯八生播遷來台，其子侯岩生侯景順、侯正卿、侯良葛、侯龍跳、侯益友（下稱侯景順等五子），此五子感念侯八生（東八公派）自大陸來台，造福子孫，乃購買土地，將其收益作為祭祀先祖之用，並以其五人繼續行俠仗義為由，命名祭祀公業侯合義。嗣該公業之管理人侯西興於民國十五年一月二十日死亡後，因派下員眾多，未再選出管理人。詎派下員侯玉昆於九十一年間，利用辦理管理人變更、領取土地補償費機會，竟僅將其祖父侯時芳列為設立人，作成派下全員系統表，以不實資料申報取得派下全員證明。侯玉昆死亡後，伊等以存證信函通知其子即現有派下員侯清利、侯景鴻、侯金德、侯彥博、侯柏青，請其出具同意書，更正派下員名冊，惟渠等置之不理等情，爰求為確認伊等對上訴人派下權存在之判決（未繫屬本院者，不予論述）。

上訴人則以：伊祭祀公業為侯時芳設立，交子侯西興、孫侯玉昆管理，侯玉昆過世後，由侯清利擔任法定代理人，派下員業經嘉義縣朴子市公所公告確認在案，被上訴人未於公告日起三十日內，提出異議，不得再行主張。至被上訴人所據侯氏族譜，僅為侯氏子孫之整理，與伊祭祀公業無關，且該族譜版本眾多，子孫人數不一，不足為證等語，資為抗辯。

原審以：侯玉昆於九十一年九月申報上訴人之派下員及相關資料，經朴子市公所核發派下全員證明書，嗣侯玉昆死亡，其繼承人向該公所申辦派下員變動，經該公所准予備查，派下現員名冊有侯金德等五人等事實，為兩造所不爭。查被上訴人之侯氏宗族繼承系統表，如原判決不爭執事項(五)所載。依土地登記簿謄本、土地台帳記載，上訴人於日據時期所有大榔西堡大榔庄三一七番之一（現大榔段大葛小段三七、三八、一七一、一七二地號土地），於明治四十年始為保存登記，可認該土地應早為上訴人所有；所有大榔西堡雙溪口庄九拾五番地（現朴子市溪口四一二至四一五地號土地，下稱九五地號土地），則於明治四十年由上訴人買受並登記。次依訴外人侯海礪、侯義文、侯松、侯信雄於另案證述，參酌上訴人自三十八年起，由訴外人侯清風代表將所有土地出租侯丁貴等人乙節，可認侯海礪所述上訴人之財產自侯西興死亡後，原由侯清風管理；侯義文所述九十一年間為處理土地徵收補償款事宜，侯玉昆偕代書蕭振益至其處所，其明確告知上訴人祭祀公業派下員有二、三百人等情，應屬可採。又台灣之祭祀公業有於前清或日據時期設立者，年代久遠，人物或已全非，親族戶籍資料每難查考，輒致祭祀公業之設立方式乃至設立人及其派下究何，於爭訟中常有未明，於派下身分之舉證當屬不

易，如嚴守民事訴訟法第二百七十七條本文原則，難免產生不公平之結果。審酌該條但書規定，被上訴人主張，上訴人係由侯岩所生侯景順等五子，感念先人侯八生（東八公派）造福子孫，購買土地，用其收益供祭祀先祖之用，並以其五人繼續聯合行俠仗義，命名為祭祀公業侯合義，所有侯氏子孫每年定期輪流祭祀，公廳設於嘉義縣朴子市○○里○○○○○○號，百餘年來從未中斷等情，業據提出照片、祭祀牌位、各代祖先神主牌照片為證，侯海礪、侯義文亦證述上訴人派下有二、三百人，每年輪流祭祀，從先祖一直流傳迄今；依侯氏族譜，侯氏祖先中並無「侯合義」之人，倘祭祀公業係由侯時芳一人設立，何以命名為「侯合義」？此與祭祀公業常採祖先名稱命名之情形不符，被上訴人主張係五大房繼續聯合行俠仗義，以「侯合義」為命名，尚屬合理。而民政機關依祭祀公業條例第十一、十三條規定，同意備查並核發派下現員名冊，並無確認實體上私權之效力；於土地登記制度後，始登載之九五地號土地買受時間，與上訴人設立時期，非當然相同；證人蕭振益對上訴人派下之申報過程，有重要利害關係，難期其為真實陳述，所為證詞，尚難採信。上訴人之派下應為五大房子孫，而非僅由侯時芳一人所設立，從而，被上訴人請求確認渠等對於上訴人之派下權存在，應予准許等詞，為其心證之所由得，並說明兩造其餘之攻擊防禦方法與判決結果不生影響，無一一論述必要，爰廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。

按司法審判機關於行使審判權解釋相關法律規定時，應本諸憲法保障男女平等意旨，為合憲性解釋。法律之解釋固以法律文義為基石，惟有實現更大法價值之必要時，執法者非不得捨文義解釋，而為體系解釋或目的解釋。前者係以體系之一貫性及融整性，後者則以法規範目的，各為闡述法律疑義之方法。祭祀公業條例（下稱本條例）施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。本條例第四條第一項定有明文。其後段規定以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，經司法院大法官會議釋字第728號解釋為違憲警告之宣告，要求有關機關應與時俱進，於兼顧國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。依本條例第一條：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益，特制定本條例。」之規定，足認本條例係以祭祀祖先發揚孝道，為立法目的之一，因而於解釋本條例第五條所定：「本條

例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」之「繼承人」時，應依本條例之立法目的—即以是否為「共同承擔祭祀者」為判定標準，而與分屬不同法體系，純以財產繼承為目的之民法繼承編第一千一百三十八條規定之遺產繼承人有所不同。且祭祀公業之本質及存在目的，仍以祭祀為主，使祖先血食不斷，故祭祀者以有血緣關係為原則。本條例施行前，「祭祀公業派下員之男子死亡後，無直系卑親屬者，其遺妻並非當然繼承其派下權，但經親屬協議選定為繼承人者，繼承其派下權」（見法務部編印台灣民事習慣調查報告，九十三年五月版，七九八頁），足認遺妻雖無血緣存在，但於傳統上，可經親屬會議選定為繼承人而繼承派下權，已非不得為派下員。本條例施行後，既須兼顧國家對女性之積極保護義務，參以祭祀公業係以祭祀祖先發揚孝道、延續宗族傳統為宗旨，而我國社會傳統遺妻替代死亡一方盡其孝道，且共同承擔祭祀祖先責任，向為美德為人頌揚，本於法倫理性，自應認該遺妻為本條例第五條所稱之「繼承人」，而得繼承派下權，且不以無直系血親卑親屬為限。至祭祀公業之派下員死亡，無配偶及直系血親卑親屬，僅遺母親為其繼承人，並共同承擔祭祀祖先責任者，本於相同意旨，亦應為同一解釋。查第一審原告侯瑩鍾、侯耀霖、侯至英、侯阜鄉、侯永在分別於第一、二審審理中死亡，原審准其繼承人即侯瑩鍾之母侯黃素麗承受訴訟，准侯耀霖、侯至英、侯阜鄉、侯永在之配偶依序為侯徐素卿、王秋鳳、侯葉玉梅、呂英周與其餘子女共同承受訴訟，尚無不合。又原審以上訴人公業設立年代久遠，設立人及其派下舉證不易，審酌土地登記資料、照片及證人侯海礪、侯義文、侯松、侯信雄之證述，認上訴人之派下應為五大房子孫，而非僅由侯時芳一人所設立，並本於上述理由為上訴人不利之論斷，經核於法並無違背。另兩造於原審一〇三年十一月四日言詞辯論期日，經審判長詢以：對於繼承系統表是否沒有爭執？僅爭執上訴人祭祀公業係侯時芳一人所設立，或岩（公）的五個兒子所設立？答稱：無意見（原審卷(三)五頁背面），已限縮爭點為上訴人祭祀公業係何人所設立，原審據該表為繼承關係及派下員之認定，即無不合。上訴論旨，仍以原審取捨證據、認定事實之職權行使及其他與判決結果無礙者，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。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 二十 一 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 沈 方 維

法官 魏 大 曉
法官 吳 謀 焰
法官 周 玫 芳
法官 詹 文 馨

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 一〇六 年 一 月 五 日

【裁判字號】105,台抗,381

【裁判日期】1050525

【裁判案由】聲請強制執行聲明異議

【裁判全文】

最高法院民事裁定

一〇五年度台抗字第三八一號

再 抗 告 人 黃奕文

代 理 人 邱柏榕律師

史乃文律師

上列再抗告人因辛清可與黃順良之繼承人間聲請強制執行事件，聲明異議，對於中華民國一〇五年三月十五日福建高等法院金門分院裁定（一〇五年度抗字第五號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由福建高等法院金門分院更為裁定。

理 由

本件執行債權人辛清可持福建金門地方法院八十七年度拍字第三號拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請執行法院拍賣債務人黃順良所遺坐落金門縣金沙鎮○○段○○○○地號土地（下稱系爭土地，登記為黃順良之繼承人即再抗告人等十五人共同共有），嗣再抗告人於系爭土地特別變賣程序之減價拍賣期日參與投標，出價新台幣（下同）四百五十萬元並為最高標，惟執行法院以再抗告人為債務人不能應買為由，宣布由出價四百二十六萬九千九百九十九元之次高標投標人王國金得標。再抗告人為聲明異議，經執行法院司法事務官裁定（實為處分）駁回，復經執行法院裁定駁回再抗告人對於上開處分之異議，再抗告人不服，提起抗告。原法院以：本件債務人黃順良已死亡，執行法院代辦繼承登記後，拍賣再抗告人等十五人共同共有之系爭土地，再抗告人就該土地並無應有部分，對於黃順良之遺產復未限定繼承，其於系爭土地之執行情序顯居於債務人之地位，未同時居於第三人之地位。則再抗告人於系爭土地拍賣時參加投標，即兼為出賣人與買受人，與買賣須有出賣人與買受人兩個主體，因雙方意思表示一致而成立買賣契約之性質有違，自應解為其不得參與應買。從而執行法院司法事務官駁回再抗告人之聲明異議，並無不合，執行法院駁回再抗告人對之所為之異議，即無違誤等詞，因而維持執行法院所為裁定，以裁定駁回再抗告人之抗告。再抗告人不服，對之提起再抗告。

按不動產之強制執行，依強制執行法第一百十三條準用第七十條第六項規定，債務人不得應買。此一規定係基於通說認為強制執行法上之拍賣屬買賣之一種，並以債務人為出賣人，出賣人不得

又為買受人之觀點；且債務人如有資力並求保有名下財產，應逕向債權人清償債務，而非許其應買自己財產，否則，債權人就其債權未獲全額清償時，將再聲請拍賣已為債務人固有之同一財產，致生冗長執程序，殊非所宜，故予立法禁止。惟於限定繼承或第三人提供抵押物之強制執行，因繼承人對於遺產，或抵押物所有人對於抵押物，均僅負物的有限責任，與一般負無限責任之債務人性質尚有不同，如允許繼承人或抵押物所有人應買以保有其財產，既不生前述立法考量之疑慮，對於債權人亦無不利，自無禁止之必要。本件債權人辛清可係持拍賣抵押物裁定為執行名義，聲請執行法院拍賣債務人黃順良所遺系爭土地。再抗告人雖為黃順良之繼承人並登記為系爭土地共同共有人之一，惟於拍賣抵押物之強制執行，其僅就抵押物即系爭土地負物的有限責任；且債權人辛清可提起本案訴訟，亦經福建高等法院金門分院一〇四年度上字第第六號判決再抗告人等應於繼承黃順良之遺產範圍內，就黃順良之債務負清償責任，足見再抗告人並無以抵押物以外之財產或其固有財產對辛清可清償之義務，此際，若許其應買系爭土地，尚不生前述疑慮，自非上開立法所欲禁止之範疇。況本件執行債務人乃再抗告人等共同共有人之結合關係，其法律主體地位應就共同共有人一體視之，與單獨之共同共有人未盡相同，則再抗告人參與應買共同共有之系爭土地，自難認有違反強制執行法第七十條第六項之規定。從而，再抗告人既非不得應買系爭土地，且其出價最高，自應由其得標，乃執行法院竟宣布由出價次高之投標人王國金得標，於法即有未合，司法事務官進而駁回再抗告人就此所為聲明異議，執行法院駁回再抗告人對於該處分之異議，均有未洽。原法院見未及此，遽予駁回再抗告人對於駁回其異議之抗告，難謂無適用法規顯有錯誤之情形。再抗告論旨，執以指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件再抗告為有理由。依強制執行法第三十條之一，民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 五 月 二 十 五 日

最高法院民事第一庭

審判長法官 劉 福 來

法官 李 錦 美

法官 詹 文 馨

法官 吳 光 釗

法官 梁 玉 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 六 月 六 日
E

【裁判字號】105,台抗,693

【裁判日期】1051026

【裁判案由】清償票款等強制執行

【裁判全文】

最高法院民事裁定 一〇五年度台抗字第六九三號

再 抗 告 人 劉家庄美食股份有限公司

法定代理人 劉義雄

代 理 人 許仲盛律師

上列再抗告人因與張錦華等間清償票款等強制執行事件，對於中華民國一〇五年三月九日台灣高等法院高雄分院裁定（一〇五年度抗字第三七號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由台灣高等法院高雄分院更為裁定。

理 由

本件再抗告人於台灣高雄地方法院（下稱高雄地院）一〇四年度司執字第五七四二四號強制執行事件（下稱系爭執行事件）民國一〇四年十一月十二日拍賣期日到場，就該期日執行合併拍賣債務人張錦華、張茂琳（下稱張錦華等二人）所有如原裁定附表（下稱附表）二所示不動產（下稱系爭不動產），無人應買後，當場聲明全部承受。執行地院（高雄地院司法事務官）不准其承受，高雄地院（民事庭）復裁定駁回其異議；再抗告人不服，提起抗告。原法院以：系爭執行事件乃如附表一所示各債權人分別對張錦華等二人聲請為強制執行，因張錦華等二人對於系爭不動產所有權各有應有部分二分之一，執行法院認以合併拍賣為適當，即以系爭不動產為執行拍賣標的，進行拍賣程序；再抗告人雖於一〇四年十一月十二日上午特別拍賣程序期日到場，並於拍賣標的無人應買後，當場聲明承受。惟再抗告人固為併案執行債權人，然僅係張錦華之債權人，並非張茂琳之債權人。而債權人承受制度，係以其債權或應受分配債權金額抵付價金，是得聲明承受者自應以拍賣標的所有人之債權人為限，始有對債務人之債權或應受分配債權額可供抵付價金。再抗告人既非張茂琳之債權人，自不得對於張茂琳所有之執行標的物聲明承受。且執行法院將數債務人之執行標的合併拍賣，尚無創設債權人得承受非其債務人執行標的物之效力。執行法院將張錦華等二人共有之系爭不動產合併拍賣，該不動產即不得分別承受，聲明承受者自須同時具備張錦華等二人之債權人身分始為合法。執行法院不准再抗告人就系爭不動產全部為承受之聲請，並無不合等詞。因而維持高雄地院所為駁回再抗告人聲明異議之裁定，裁定駁回其抗告。

按拍賣之不動產無人應買或應買人所出之最高價未達拍賣最低價

額，而到場之債權人於拍賣期日終結前聲明願承受者，執行法院應依該次拍賣所定最低價額，將不動產交債權人承受，並發給權利移轉證書。強制執行法第九十一條第一項定有明文。準此，凡執行事件之債權人，不論係聲請強制執行者，或有執行名義參與分配者、或無執行名義而對執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人經聲明參與分配或依職權列入分配者，均得依上開規定聲明承受。倘執行拍賣之不動產分屬多數債務人所有，執行法院為達較高經濟效益，指定行合併拍賣程序，而拍賣期日無人應買時，在場之債權人，均得聲明承受，不應因合併拍賣程序，債權人對非其債務人之其他人財產無承受權，即剝奪對於其債務人財產本可行使之承受權利。惟因法院行合併拍賣程序之故，其承受同時，必須一併應買其他債務人合併拍賣之不動產，方為適法。如此，始與承受制度係為簡省不動產無人應買，再行減價拍賣之勞費，使執程序迅速終結，並兼顧強制執行當事人雙方利益之法意相符。至債權人承受後，僅得以對其債務人之債權額或可受分配債權金額（下合稱得受分配額）抵付其債務人拍賣財產部分之價金，而不得抵付其他債務人拍賣財產部分之價款，合併應買之價金全額即顯然超過其得受分配額，自應由執行法院限期命其補繳差額（包括其債務人部分價金超過其得受分配額者及其他債權人部分之價額，強制執行法第九十四條第二項規定參照），不生其他債務人拍賣價金無著之問題。原法院見未及此，遽以再抗告人僅係張錦華之債權人，並非張茂琳之債權人，對張茂琳無債權可資抵扣價款，不得對於張茂琳所有之執行標的物聲明承受為由，謂再抗告人聲明承受為不合法，不無違誤。再抗告論旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件再抗告為有理由。依強制執行法第三十條之一，民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 月 二十六 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 陳 重 瑜

法官 林 恩 山

法官 吳 青 蓉

法官 周 舒 雁

法官 劉 靜 嫻

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十一 月 七 日

E

【裁判字號】105,台抗,774

【裁判日期】1051123

【裁判案由】聲請保全證據

【裁判全文】

最高法院民事裁定

一〇五年度台抗字第七七四號

再抗告人 謝啓中

訴訟代理人 余泰鑫律師

上列再抗告人因與相對人謝啓宇間聲請保全證據事件，對於中華民國一〇五年八月二十二日台灣高等法院裁定（一〇五年度家抗字第八七號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定關於就存置之字畫楹聯予以勘驗、錄影及拍照部分廢棄，應由台灣高等法院更為裁定。

其他再抗告駁回。

再抗告訴訟費用關於駁回再抗告部分，由再抗告人負擔。

理 由

本件再抗告人向台灣台北地方法院聲請保全證據，主張其父謝鴻軒生前將收藏字畫楹聯上千件，存放於相對人所有位於台北市〇〇路〇段〇〇〇巷〇〇弄〇〇號二樓建物（下稱系爭建物）內，伊無從由其他繼承人得知其數量與內容，該字畫楹聯有遭侵吞而隱匿、滅失之虞，為日後提起分割遺產之訴，有預為確定其現狀之法律上利益，以免現況遭變更，爰依民事訴訟法第三百六十八條規定，求為准許其預納攝錄影費用，對於存置於系爭建物內蓋有謝鴻軒印章之所有字畫楹聯予以勘驗、錄影及拍照，並命相對人於分割遺產事件調查完畢前，或經謝鴻軒全體繼承人協議或另移置安排前，不得就該字畫楹聯為移置、毀損或為其他一切處分行為，亦不得准由第三人為之。經該院駁回其聲請，再抗告人不服，提起抗告。原法院以：依再抗告人提出建物登記謄本、戶籍謄本、遺產申報書，謝鴻軒除遺留不動產及存款外，尚有國父天下為公橫幅一件及近代人物對聯六百幅，尙難認謝鴻軒遺留之字畫楹聯多達千件，而他繼承人有漏報之情事。且再抗告人係於民國一〇五年七月四日提出本件聲請，距謝鴻軒一〇一年七月七日死亡已達四年，究有何不及調查、滅失或遭隱匿之危險，需予保全之急迫情事，再抗告人亦未提出證據予以釋明。再抗告人係因無法進入系爭建物內查看或其他繼承人拒不提出字畫楹聯供其確認，並非該證據有滅失或礙難使用之虞。況字畫楹聯之數量及內容，既得於本案訴訟中聲請調查，應屬受訴法院依自由心證法則判斷再抗告人主張是否正當之問題，核與聲請保全證據之要件不合，不應准許等詞，爰以裁定駁回其抗告。

按修正民事訴訟法之證據保全制度，基於當事人自行研判紛爭之實際狀況，可助於其尋求解決紛爭之手段，以消弭訴訟，乃擴大賦與當事人在起訴前蒐集事證資料之機會，而於同法第三百六十八條第一項後段增訂「就確定事、物之現狀」，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證之規定，不以證據有滅失或礙難使用之虞為限，然仍須於有法律上利益並有必要時，始得為之，以防止濫用而損及他造之權益，並避免司法資源之浪費。此項「就確定事、物之現狀」程序，一方面係為實現證據開示之機能，另一方面難免有摸索性證明之虞，如何避免二者間之衝突，應視紛爭之類型、聲請人與他造對事證之獨占程度，綜合接近證據程度、武器平等原則、利益權衡原則，予以平衡考量，以為「必要性」之判斷。此於家事訴訟事件亦有準用，觀諸家事事件法第五十一條規定即明。查系爭建物原係供收藏謝鴻軒字畫專用，但為相對人所有，再抗告人係因其無法入內查看置於系爭建物內之字畫楹聯，其他繼承人亦不願清點、製作完整清冊，致未能確認數量及內容，恐影響遺產分割事件之故，乃聲請保全證據，求為准許其預納攝錄影費用，對於存置於系爭建物內蓋有謝鴻軒印章之所有字畫楹聯予以勘驗、錄影及拍照等詞，為再抗告人聲請狀所載明，且據提出建物登記謄本、戶籍謄本、遺產申報書為證，由是觀之，本件解決紛爭之事證似由相對人獨占，再抗告人無接近機會，依上說明，能否謂全無確定之必要？非無再事研求餘地。原法院未予究明，且忽視證據保全制度中有關確定事、物現狀之規定，遽以證據無滅失或礙難使用之虞為由，駁回其此部分之抗告，自有可議。再抗告論旨，指摘原裁定此部分不當，聲明廢棄，非無理由。次查民事訴訟證據保全制度與保全程序假處分或定暫時狀態處分，無論其裁判程序或執行程序，均屬有間；兩項不同之程序，本應分別聲請，始符法制。又民事訴訟之聲請，除有特別規定外，不得附條件，以求程序之安定。再抗告人聲請命相對人於分割遺產事件調查完畢前，或經謝鴻軒全體繼承人協議或另移置安排前，不得就該字畫楹聯為移置、毀損或為其他一切處分行為，亦不得准由第三人為之，乃以證據保全獲法院准許為前提之假處分或定暫時狀態處分，自非法所許。原法院駁回其該部分之抗告，理由雖未盡一致，結論仍無不合。再抗告論旨，指摘原裁定該部分不當，聲明廢棄，非有理由。據上論結，本件再抗告為一部有理由，一部無理由。依家事事件法第五十一條、民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百七十七條第一項，第四百七十八條第二項，第四百四十九條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 一 月 二十三日

最高法院民事第七庭

審判長法官 沈 方 維
法官 魏 大 曉
法官 詹 文 馨
法官 周 玫 芳
法官 吳 謀 焰

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 九 日

v

【裁判字號】105,台抗,802

【裁判日期】1051209

【裁判案由】請求離婚再審之訴

【裁判全文】

最高法院民事裁定

一〇五年度台抗字第八〇二號

再 抗 告 人 乙〇〇

丙〇〇

共 同

訴訟代理人 王叡齡律師

黃國璋律師

再 抗 告 人 甲〇〇

訴訟代理人 顏福松律師

再 抗 告 人 戊〇〇

庚 〇

己 〇

丁〇〇

上列再抗告人因辛〇〇與相對人壬〇〇間請求離婚再審之訴事件，對於中華民國一〇四年十一月三十日台灣高等法院高雄分院裁定（一〇四年度家抗字第二二號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

再抗告駁回。

再抗告訴訟費用由再抗告人負擔。

理 由

按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第五十六條第一項第一款定有明文，此為家事事件所準用（家事事件法第五十一條規定參見）。本件相對人就其與辛〇〇間請求離婚事件提起再審之訴，因辛〇〇死亡而以繼承人即再抗告人為再審被告，其訴訟標的對於再抗告人全體必須合一確定。再抗告人乙〇〇、丙〇〇、甲〇〇對台灣高等法院高雄分院一〇四年度家抗字第二二號裁定提起再抗告，屬有利於共同訴訟人之行為，其效力及於全體，爰將戊〇〇、庚〇、己〇、丁〇〇併列為再抗告人，且不因其未委任律師為訴訟代理人，致其再抗告為不合法，合先敘明。

本件相對人前以台灣高雄地方法院（下稱高雄地院）八十九年度婚字第二七號確定判決（下稱原確定判決），有民事訴訟法第四百九十六條第一項第五、六、十款之再審事由，向高雄地院提起再審之訴，該院以一〇二年度再字第七號裁定將之移送台灣高雄

少年及家事法院（下稱高少家法院），高少家法院則以相對人以已死亡之辛○○為再審被告提起再審之訴，且逾三十日再審不變期間，其再審之訴不合法為由，以一○二年度婚再字第一號裁定（下稱高少家法院裁定）予以駁回。相對人對之提起抗告，原法院以：辛○○固於相對人提起再審之訴前死亡，惟相對人於民事再審聲請訴狀已敘明將再審被告變更為辛○○之全體繼承人等語，足認相對人有併以辛○○全體繼承人為再審被告之意。另再審之訴不變期間之計算，應以相對人知悉有再審事由之時點與其向高雄地院提出再審起訴狀之間距為斷，與卷證何時轉送無涉，是相對人所提再審之訴非不合法等詞，以裁定將駁回相對人再審之訴之高少家法院裁定廢棄，發回該院。

按人民之訴訟權應予保障，無論於立法形成或司法審判程序，執行公權力機關均負有保障義務。又確定裁判之錯誤糾正制度，係為保障人民實體法及程序法上之權益而設，當確定裁判發生錯誤，造成訴訟當事人之權益受重大損害，自應賦與其法律上之救濟途徑，以破除該錯誤裁判之既判力，資以平衡既判力之安定性與獲取正確裁判之受益權。再審制度即為訴訟權保障之一環，不容被剝奪。次按夫妻之一方有法定事由者，他方得向法院請求離婚；且離婚之訴，夫或妻於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結；民法第一千零五十二條第一項及家事事件法第五十九條前段分別定有明文。是離婚訴訟之當事人適格，係基於法律規定，具有一身專屬性，非第三人所得享有或代為；且離婚訴訟之一方當事人於訴訟後、判決確定前死亡，亦無由第三人承受訴訟而繼續進程序之餘地。又准許離婚判決一經確定，婚姻關係即因該確定判決所生之形成力而解消，此與夫妻一方死亡，婚姻關係當然解消者，在身分法上效果未盡一致，此觀同法第九百七十一條規定，姻親關係因離婚而消滅，不及於因夫妻一方死亡者自明。而家庭婚姻制度為憲法所保障之基本人權，夫妻之一方如非本於自由意思予以解消（兩願離婚），或因有法定事由並經法院依法定程序強制解消（判決離婚），均應受法律制度之持續性保障。倘合法成立之婚姻關係，因法院離婚確定判決解消，而當事人之一方，主張於該訴訟程序進行中，有未受充足程序權保障之法定再審事由者，即應賦與其提出再審訴訟以求救濟之權利，且不應因他方是否於判決確定後死亡，而有不同，俾保障該一方之訴訟權、身分權及財產權。惟查，夫妻之一方，於准許離婚判決確定後死亡，囿於民法第一千零五十二條有關當事人適格之規定，且家事事件法復無關於由他人承受訴訟之明文，倘生存之一方認該確定判決有法定再審事由，致其身分上或財產上之重大利益，受到損害，竟因現有法律並無得適用再審程序之明文規定，復無其他

足以有效救濟其身分權、財產權之途徑，使其不能享有糾正該錯誤裁判之機會，自係立法之不足所造成之法律漏洞。為保障生存配偶一方之再審權及基於法倫理性須求（如身分權關係），法院就此有為法之續造以為填補之必要。復由於離婚訴訟係以合法成立之婚姻關係，是否將因具有法定事由而應予解消之判斷為目的，且因夫妻可兩願離婚，當事人就夫妻身分關係，具有一定程度之處分權，與親子關係之身分訴訟，具有高度公益及維護未成年子女權益之目的者，尚屬有間，故無從類推適用家事事件法第六十三條、第六十四條、第六十五條有關以檢察官為被告或由繼承人承受訴訟之規定，而有由法院為法律外之程序法上法之續造必要。爰審酌相對人主張原確定判決有再審事由而提起再審之訴，與於該判決確定後死亡之辛○○繼承人，在財產權（繼承權）或身分權（姻親關係）均有重大關連，本院認由辛○○繼承人承受該離婚再審訴訟之再審被告地位，最能兼顧相對人、被繼承人、繼承人之利益，可使再審程序之進行及判決結果獲得正當性。原裁定認相對人併以辛○○全體繼承人為再審被告，所提起之再審之訴非不合法，經核於法並無違誤。其次，家事事件法於民國一〇一年六月一日施行後，該法所定家事事件雖應由少年及家事法院處理，惟為免當事人訴訟權受影響，同法第一百九十八條第二項明定其再審之管轄，依原程序所適用之法律。是相對人就本件家事事件法施行前確定之原確定判決（八十九年十月六日確定），依原程序所適用之民事訴訟法第四百九十九條規定，向為判決之高雄地院提起本件再審之訴，自無不合。原裁定認本件再審之訴不變期間，應以相對人知悉再審事由之時起算，至向高雄地院提起再審之訴時，未逾三十日之不變期間，於法無違。再者，家事事件法施行後，已成立少年及家事法院之地區，原已受理該法所定家事事件之地方法院，即應將家事事件交由少年及家事法院，依該法所定程序進行（參見家事事件法第一百九十六條、同法施行細則第二條規定），是高雄地院受理本件屬家事事件法第三條第二項第二款乙類家事（離婚）事件之再審之訴後，將之移送高少家法院審理，亦無不合。至於同一地區之家事法院與普通法院因內部事務劃分所生移送程序及收受卷宗資料之時日，與再審不變期間之計算不生影響。此外，相對人係就高雄地院所為原確定判決提起再審之訴，與本院二十一年上字第一〇四五號、二十八年上字第五七七號判例及九十二年度台聲字第八一號裁定（非判例）揭示之當事人提起第二、三審上訴，及確定判決由原審法院附設之地方庭作成等情形有別，尚不得比附援引。原裁定以相對人所提再審之訴非不合法，且應由高少家法院管轄為由，將高少家法院駁回相對人再審之訴之裁定廢棄，發回該院，結論並無

二致，仍應維持。再抗告意旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，聲明廢棄，難認有理由。

據上論結，本件再抗告為無理由。依家事事件法第五十一條、民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 九 日

最高法院民事第七庭

審判長法官 沈 方 維

法官 魏 大 曉

法官 吳 謀 焯

法官 詹 文 馨

法官 周 玫 芳

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 十 二 月 十 九 日

【裁判字號】105,台簡抗,7

【裁判日期】1050120

【裁判案由】聲請暫時處分

【裁判全文】

最高法院民事裁定 一〇五年度台簡抗字第七號

再 抗 告 人 張○○ (Jung Jung Chang)

代 理 人 岳珍律師

上列再抗告人因與甲○○間聲請暫時處分事件，對於中華民國一〇四年十月七日台灣士林地方法院裁定（一〇四年度家聲抗字第九五號），提起再抗告，本院裁定如下：

主 文

原裁定廢棄，應由台灣士林地方法院更為裁定。

理 由

本件兩造原為夫妻，並定居美國，相對人甲○○於民國一〇三年十二月將兩造所生未成年子女白○○（0000年00月00日生）帶返台灣探親後拒絕返美，再抗告人乃對其提起離婚及未成年子女監護等訴訟，經美國德州法院第○○○-○○○○○-○○○五號確定判決（下稱美國確定判決）准兩造離婚，並選任再抗告人為白○○之唯一監護人。再抗告人遂依強制執行法第四條之一第一項規定，向台灣士林地方法院（下稱士林地院）訴請判決許可該確定判決強制執行，並依家事事件法第八十五條第一項規定，聲請於上開許可判決確定前，命白○○由其監護之暫時處分。士林地院駁回其聲請，再抗告人不服，提起抗告。原法院以：聲請暫時處分，以本案已繫屬法院且尚未終結者為限。再抗告人雖主張暫時處分之「本案」為訴請許可美國確定判決強制執行等之士林地院一〇四年度司家調字第五二五號事件（下稱第五二五號事件，嗣經士林地院以裁定移送台灣台北地方法院管轄），但其自承我國對外國確定判決係採自動承認制，因符合承認要件而自動發生效力，則該美國確定判決為家事非訟事件之本案，不符暫時處分之本案為已繫屬法院且尚未終結之要件。又再抗告人雖主張該美國確定判決已選任其為白○○之唯一監護人，惟既非給付判決，自毋庸我國法院之承認，且為確定判決，亦無爭執之法律關係可言。再抗告人據該非屬給付判決性質之美國確定判決，主張為本件暫時處分之本案家事非訟事件，自有誤會等詞。因而裁定駁回再抗告人之抗告。

惟按法院就已受理之家事非訟事件，除法律別有規定外，於本案裁定確定前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分，家事事件法第八十五條第一項定有明文，觀其立法理由係為避免本案請求不能或延滯實現所生之危害。又我國對外國法院之

民事確定判決雖採自動承認制，無待我國法院裁判之承認而當然發生效力。但以給付判決為執行名義向我國法院訴請許可強制執行時，依強制執行法第四條之一第一項規定，應經我國法院以判決宣示許可其執行。而法院命未成年子女權利義務之行使負擔由一造任之，其本質即包括他造應交付子女在內。倘一造持上開外國法院確定民事判決，依前揭規定，訴請我國法院許可其強制執行，審酌該外國法院確定判決已在我國發生效力，法益保護之必要性較諸審理中之家事非訟事件明確，基於實效性要求，避免許可訴訟延滯所生之危害，應類推適用家事事件法第八十五條第一項規定，准其聲請暫時處分。查美國確定判決已選任再抗告人為白○○之監護人，而再抗告人目前已訴請法院以第五二五號事件審理得否許可該確定判決強制執行，為原法院認定之事實。果爾，再抗告人就此具給付性質之外國確定判決，於訴請准予強制執行時，是否不得聲請法院為暫時處分，非無研求餘地。原法院徒以本案訴訟已確定，且該美國確定判決不屬給付判決，遽認再抗告人不得聲請命暫時處分，殊嫌速斷。再抗告意旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，聲明廢棄，為有理由。

據上論結，本件再抗告為有理由。依家事事件法第九十七條，非訟事件法第四十六條，民事訴訟法第四百九十五條之一第二項、第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，裁定如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 二十 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 陳 重 瑜

法官 劉 靜 嫻

法官 陳 駿 壁

法官 吳 惠 郁

法官 林 恩 山

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 二十九 日

v