臺灣高等法院高雄分院民事判決

110年度上字第154號

上　訴　人　　鄭志敏
兼訴訟代理人　李重德
被上訴人　　鄭榮發
　　郭松茂
　　羅主民
兼　共　同
訴訟代理人　　藍森財

上列當事人間請求確認抵押債權不存在等事件，上訴人對於民國110年4月23日臺灣屏東地方法院110年度訴字第30號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於111年4月6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，及訴訟費用之裁判均廢棄。

確認被上訴人就附表編號②、③、④所示土地於民國八十五年六月二十六日所設定，擔保債權總金額新臺幣陸佰萬元之抵押權（收件字號屏登字第016037號）之擔保債權於超過新臺幣貳佰貳拾萬元及自民國九十九年五月二十六日起至清償日止按年息百分之九計算之利息部分不存在。

其餘上訴及追加之訴均駁回。

第一審、第二審（含追加部分）訴訟費用由被上訴人負擔十分之六，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人李重德前以其所有如附表所示編號①、②、③、④土地（下稱編號①、②、③、④土地），為向訴外人鄭黃桃及被上訴人郭松茂、羅主民、藍森財（下稱鄭黃桃4人）借款新臺幣（下同）500萬元，而設定600萬元之抵押權（下稱系爭抵押權），於民國85年6月26日辦畢登記，嗣因系爭抵押權之擔保物減少為編號②、③、④土地，於94

年8月18日辦畢變更登記（下稱系爭抵押權），李重德則將編號②、③土地應有部分各1/3出售予上訴人鄭志敏，於95年10月14日辦畢移轉登記。嗣鄭黃桃於96年3月18日死亡，被上訴人鄭榮發為其繼承人，被上訴人以原法院103年度司拍字第202號裁定（下稱系爭拍賣裁定）為執行名義，聲請拍賣編號②、③、④土地，經原法院以104年度司執字第21155號事件（下稱系爭執行事件）受理，然被上訴人於執行程序應提出債權證明文件，竟僅提出李重德與鄭黃桃4人於89年11月8日簽訂之協議書（下稱系爭協議書），惟系爭協議書所生債權係系爭抵押權設定後始成立，自非系爭抵押權所擔保之債權。系爭抵押權為普通抵押權，無擔保之債權存在，自無從成立，上訴人自得訴請確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，並依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人塗銷系爭抵押權設定登記，另系爭拍賣裁定原屬違法，上訴人得依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭執行事件之執行程序等語。並聲明：㈠確認被上訴人就編號②、③、④土地設定600萬元抵押權所擔保之債權不存在；㈡被上訴人應將編號②、③、④土地所設定600萬元之抵押權設定登記，予以塗銷（編號③塗銷部分係於本院追加）；㈢系爭執行事件之執行程序應予撤銷。

二、被上訴人則以：系爭協議書所示債權與系爭抵押權設定時所擔保之債權原屬同一，系爭抵押權所擔保之債權自始存在，且迄今仍有220萬元本金未獲清償。又上訴人前就系爭執行事件對被上訴人提起債務人異議之訴，經法院判決敗訴確定，另就系爭執行事件於106年12月13日製作之分配表（下稱系爭分配表），對被上訴人提起分配表異議之訴，經法院判決系爭分配表表1次序11所載違約金於600,380元、次序12、13、14所載違約金各於300,190元部分，應予剔除確定，上訴人提起本件訴訟，有民事訴訟法第249條第1項第7款所定情事，於法不合等語，資為抗辯。

三、原審判決上訴人敗訴，上訴人提起上訴，其上訴及追加聲

明：㈠原判決廢棄；㈡確認被上訴人就編號②、③、④土地設定600萬元抵押權所擔保之債權不存在；㈢被上訴人應將編號②、③、④土地所設定600萬元抵押權塗銷；㈣系爭執行事件之執行程序應予撤銷。被上訴人答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠編號①、②、③、④土地前為李重德所有，李重德以編號①、②、③土地為訴外人陳秀蓮設定最高限額420萬元之抵押權，擔保債權之清償日期約定為85年6月26日，於85年3月28日辦畢登記。

㈡李重德於85年間向鄭黃桃4人借款，約定清償日期為85年7月22日，以月利2.5%計息，並於85年6月27日簽發500萬元之本票予鄭黃桃4人以為擔保。李重德另以編號①、②、③、④土地為鄭黃桃等4人設定600萬元之抵押權（鄭黃桃之抵押權權利範圍為2/5 ，被上訴人之抵押權權利範圍各為1/5），於85年6月26日辦畢登記（即系爭抵押權），陳秀蓮之前項抵押權則於85年7月1日以清償為原因辦畢塗銷登記。

㈢李重德因未清償對鄭黃桃4人之上開債務，雙方於89年11月8日簽訂系爭協議書，約定由李重德將編號①之土地讓與鄭黃桃4人以抵償部分債務，經抵償後鄭黃桃4人對李重德之債權餘額本金部分為220萬元。

㈣鄭黃桃4人於編號①、②、③、④土地之抵押權，因擔保物減少為編號②、③、④土地，於94年8月18日塗銷編號①土地之抵押權。

㈤李重德將編號②、③土地應有部分各1/3 出售並移轉予鄭志敏，於95年10月14日辦畢登記。鄭黃桃已於96年3月18日死亡，鄭榮發為鄭黃桃之繼承人。

㈥被上訴人以系爭抵押權所擔保之債權未獲清償為由，聲請裁定准予拍賣編號②、③、④土地，經原法院以系爭拍賣裁定准許，並經原法院以104年度抗字第2號、本院以104年度非抗字第6號裁定駁回上訴人之抗告，已告確定。

㈦被上訴人以系爭拍賣裁定為執行名義，聲請原法院以系爭執行事件，對編號②、③、④土地為查封、拍賣。上訴人以系爭抵押權所擔保之債權已不存在為由，對被上訴人提起債務人異議之訴，經原法院以104年度訴字第449號判決駁回上訴人之訴，並經本院以105年度上字第43號判決、最高法院以106年度台上字第1311號裁定駁回上訴人之上訴確定（下稱A事件）。

㈧上訴人對系爭分配表中違約金債權之分配金額，為一部聲明異議，並提起分配表異議之訴，經原法院以107年度訴字第137號判決、本院以108年度上字第24號判決、最高法院以109年度台上字第2128號判決、本院以109 年度上更一字第14號判決，認定：系爭分配表表1次序11所載違約金於600,380元、次序12、13、14所載違約金各於300,190元部分，應予剔除，已告確定（下稱B事件 ）。

五、本院之判斷：

㈠上訴人提起債務人異議之訴部分：

1.按依強制執行法第14條第1、2 項規定提起異議之訴，如有多數得主張之異議原因事實，應一併主張之，其未一併主張者，不得再行提起異議之訴，強制執行法第14條第3項定有明文。異議之原因事實，係指債權人請求權消滅，妨礙或不成立等之原因事實，例如清償、抵銷、免除、撤銷權行使、緩期清償、權利濫用等。所謂一併主張，係指在同一訴訟程序事實審言詞辯論終結前，得自由追加主張其他個別之異議原因事實，如未一併主張，不得再提起異議之訴，因此債務人異議之訴敗訴確定後，除其他異議之原因事實，係發生在前訴訟事實審言詞辯論終結後，或於前訴訟有不可能期待提出之特別情事外，債務人不得以其他之異議原因事實，提起債務人異議之訴。

2.上訴人前以其已撤銷系爭協議書，被上訴人除系爭協議書外，無其他債權證明，系爭執行事件之執行名義即系爭拍賣裁定、執行程序有瑕疵，且被上訴人自85年至89年就50

0萬元債權所收取超過年息20%部分之利息屬不當得利，其已清償全數債務，另系爭抵押權擔保之債權已罹於時效，其得拒絕給付，系爭抵押權所擔保之債權已不存在，系爭抵押權應隨同消滅為由，依強制執行法第14條第2項提起債務人異議之訴，經原法院104年度訴字第449號、本院105年度上字第43號判決駁回上訴人之訴，最高法院以106年度台上字第1311號裁定駁回上訴人之上訴確定（即A事件）。上訴人雖以系爭協議書所載債權非系爭抵押權擔保之債權，被上訴人未提出其他債權憑證證明對上訴人有債權存在，系爭拍賣裁定屬違法裁定為由，再次提起本件債務人異議之訴，然觀諸上訴人本件所主張之債務人異議之訴事由，均係A事件事實審於105年12月21日言詞辯論終結前即已存在，且無不可期待上訴人於A事件中一併主張之特別情事，上訴人竟未於A事件一併主張，嗣A事件確定後，始於本件提起異議之訴，違反強制執行法第14條第3項規定，有民事訴訟法第249條第1項第6款情形，且無法補正，其此部分之起訴，自不合法，應予駁回。

㈡上訴人請求被上訴人塗銷編號②、③、④土地所設定600萬元之抵押權登記部分：

1.按於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴，民事訴訟法第263條第2項定有明文。而原告起訴違背上開規定者，法院應以裁定駁回之，此觀同法第249條第1項第7款規定自明。所謂同一事件，指同一當事人就同一訴訟標的法律關係，求為相同或正相反或可以包含代用之判決而言。

2.經查，上訴人於B事件第一審程序，除就系爭分配表提起分配表異議之訴外，尚請求撤銷系爭執行事件之執行程序及塗銷系爭執行事件尚未辦理權利移轉登記土地（即編號②、④土地）之85年6月設定之原抵押權（即系爭抵押權），並為如原判決附表二所示之先位聲明、第一備位聲明、第二備位聲明。又上訴人於B事件一審程序關於請求

塗銷編號②、④土地之抵押權部分，係主張該抵押權無擔保之債權存在，該抵押權設定縱然存在，也不能作為其他後面發生之債權之擔保，故訴請塗銷（B事件一審卷第81至87頁），經原法院以107年度訴字第137號判決駁回其請求，其提起上訴後，於B事件二審程序捨棄前述先位聲明之請求，僅請求前述第二備位聲明中之分配表異議之訴部分（B事件108年度上字第24號卷第62頁反面、第63頁正反面），應認其係就前述先位聲明全部及第一備位聲明、第二備位聲明中與先位聲明相同者撤回起訴，是上訴人於B事件一審判決後，已就請求塗銷編號②、④土地之抵押權部分撤回起訴，堪予認定。而上訴人於本件係主張系爭抵押權無擔保之債權存在，被上訴人應塗銷編號②、④土地所設定之抵押權登記，與其於B事件之主張互為比對，核屬同一當事人就同一訴訟標的之法律關係，求為相同之判決，二者屬同一事件，則上訴人就此部分再行起訴，已違反民事訴訟法第249條第1項第7款規定，其此部分之請求，自不合法，應予駁回。

3.編號③土地已於系爭執行事件中由訴外人即共有人李明禮優先承買，經原法院發給權利移轉證明書，並經屏東縣屏東地政事務所塗銷該土地上之抵押權等情，業經本院核閱系爭執行事件卷無訛（系爭執行事件卷二第305至309頁、卷三第1至12、39頁），編號③土地上之抵押權既已塗銷，上訴人已無從再訴請被上訴人塗銷，是上訴人請求被上訴人塗銷編號③土地之抵押權部分，即屬無據。

㈢上訴人請求確認被上訴人就編號②、③、④土地設定600萬元抵押權所擔保之債權不存在部分：

1.按確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷事項為限，判決理由並無既判力，但法院於判決理由中，就訴訟標的以外，當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷

之情形外，應解為在同一當事人就該已經法院判斷之重要爭點，不得作相反之主張或判斷，始符民事訴訟上誠信原則。

2.關於系爭抵押權所擔保之債權是否存在、系爭協議書所載債權是否為系爭抵押權所擔保之債權，乃A事件訴訟之重要爭點，A事件一、二審判決依兩造所提證據資料及辯論結果，認定：李重德於85年間向鄭黃桃等4人借款500萬元，約定按月收取2.5%之利息，並以編號①、②、③、④土地設定600萬元抵押權（即系爭抵押權），李重德出於自由意志，於89年11月8日與鄭黃桃4人簽訂系爭協議書，約明李重德原積欠鄭黃桃4人之500萬元債務，經協商由李重德以編號①之土地讓與鄭黃桃4人以抵償部分債務，經抵償後鄭黃桃4人對李重德之債權餘額為220萬元，原債權已因李重德於89年11月8日簽立系爭協議書清償280萬元，並承認尚積欠220萬元而時效中斷，被上訴人之上開220萬元債權未罹於時效，且被上訴人自85年至89年就500萬元債權所收取高過年息20%部分之利息，係上訴人任意給付，經鄭黃桃4人收受，不得謂係不當得利而請求返還，上訴人據此而認所積欠之220萬元債務已因之清償，不足採信，此外，上訴人迄未能證明已清償系爭協議書所載剩餘債務220萬元，系爭協議書所載鄭黃桃4人對李重德之220萬元債權既未獲清償，該債權仍屬系爭抵押權所擔保之主債權等情，有A事件判決書在卷可稽（本院卷一第339至345頁）。

3.又關於系爭協議書有無約定違約金及系爭抵押權擔保範圍有無包括違約金部分，為B事件訴訟之重要爭點，B事件判決依兩造所提證據資料及辯論結果，認定：系爭協議書載有李重德未償借款餘額，並重新約定利息，惟全無違約金之記載，可認系爭協議書未約定違約金，系爭抵押權設定契約書之記載，僅能證明李重德於85年間向鄭黃桃4人借款時，雙方有約定違約金，惟其等嗣後簽訂系爭協議書，

約定債權債務範圍及償還方式，未再約定違約金，亦無保留原約定違約金之記載，顯已免除違約金債務，依抵押權成立之從屬性，系爭抵押權設定契約書所載違約金，失所附麗，系爭抵押權所擔保債權不包括違約金等情，有B事件判決書在卷可稽（本院卷一第347至351、369至372頁）。

4.經核A事件判決已認定系爭協議書內所載債權本金部分220萬元為系爭抵押權所擔保之債權，B事件判決則認定系爭抵押權所擔保之債權未包括違約金，而上開判斷並無顯然違背法令之情形，且兩造於本件訴訟中並未提出其他足以推翻該判斷之新訴訟資料，依上開說明，A、B事件判決就上開爭點之判斷，於本件即有爭點效之適用，兩造不得再為相反之主張，本院亦不得作相異之判斷。是以，上訴人主張系爭協議書所載220萬元債權非系爭抵押權所擔保之債權云云，委無足採，其主張違約金非系爭抵押權所擔保之債權等語，則屬可採。

5.再者，依系爭協議書第3條約定，上訴人就未償借款餘額220萬元應按月給付依年息9%計算之利息（原審卷一第67頁），而該筆220萬元屬系爭抵押權所擔保之債權，已如前述，且依系爭協議書第1條約定，可知鄭黃桃4人與李重德係因協議由李重德以編號①之土地讓與鄭黃桃4人以抵償部分系爭抵押權所擔保之原債權，李重德未償債務始剩餘220萬元，雙方進而約定李重德應給付以年息9%計算之利息，此利息應認屬系爭抵押權擔保之範圍。又系爭分配表迄今尚未分配予被上訴人，被上訴人於系爭執行事件中，對於系爭分配表所載得受分配款之利息起算日為99年5月26日起一節，並未聲明異議，業經本院調取系爭執行事件卷核閱屬實，且上訴人未提出證據證明有何清償或其他消滅該債權之事由，則系爭抵押權所擔保之債權尚有本金220萬元及自99年5月26日起至清償日止按年息9%計算之利息未獲清償，堪予認定。從而，上訴人請求確認被上訴

人就編號②、③、④土地設定之系爭抵押權所擔保之債權於超過220萬元及自99年5月26日起至清償日止按年息9%計算之利息部分不存在，即屬有據，逾此範圍之請求，則屬無據。

六、綜上所述，上訴人請求確認被上訴人就編號②、③、④土地設定之系爭抵押權所擔保之債權於超過220萬元及自99年5月26日起至清償日止按年息9%計算之利息部分不存在，為有理由，應予准許，逾此範圍之確認之訴，為無理由，應予駁回。上訴人依民法第767條第1項中段、強制執行法第14條第2項規定，請求被上訴人塗銷編號②、④土地之抵押權設定登記及撤銷系爭執行事件之執行程序，違反民事訴訟法第249條第1項第6、7款規定，其起訴不合法，亦應予駁回。原審就上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。另上訴人追加請求被上訴人塗銷編號③土地之抵押權設定登記部分，為無理由，應併予駁回。本件事證已臻明確，兩造其餘之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。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，追加之訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　27　　日

民事第六庭

審判長法　官　魏式璧

法　官　賴文姍

法　官　黃悅璇

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其

未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　111　　年　　4　　月　　27　　日

書記官　黃楠婷

附註：

民事訴訟法第466 條之1 ：

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。

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1 項但書及第2 項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

附表

編號	坐落地號	所有權應有部分	現所有權人
①	屏東縣○○鄉○○段000地號	全部	
②	屏東縣○○鄉○○段0000地號	2/3	鄭志敏、李重德應有部分各為1/3
③	屏東縣○○鄉○○段0000地號	2/3	同上
④	屏東縣○○鄉○○段0000地號	10/60	李重德所有