臺灣高等法院高雄分院民事判決

115年度上字第236號

上　訴　人　台灣金聯資產管理股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　宮文萍

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　葉凱禎律師

複 代理 人　陳亮妤律師

被 上訴 人　李明諸

訴訟代理人　紀錦隆律師

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115年5月21日臺灣高雄地方法院114年度重訴字第299號第一審判決提起上訴，本院於115年10月21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負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊公司為第三人洪黃O惠之債權人，嗣對洪黃O惠之財產聲請強制執行，經原法院以113年度司執字第222號強制執行事件（下稱系爭執行事件）受理，拍賣洪黃O惠所有如附表一所示不動產（下稱系爭不動產），拍賣所得價金為新臺幣（下同）9,519,999元，經原法院執行處於113年11月27日製作分配表（下稱系爭分配表），系爭分配表將被上訴人為抵押權人之附表二編號1、2、3之抵押權（下分別稱甲、乙、丙抵押權）所擔保如附表編號1、2、3之債權（下稱甲、乙、丙債權），列入次序10、11、12而受償。惟甲、乙、丙債權並不存在，況甲債權部分已罹於請求權時效，因洪黃O惠怠於行使權利，伊為保全債權自得代位行使時效抗辯。復因被上訴人於甲債權之請求權時效完成後又未於5年內實行甲抵押權，故甲抵押權於107年9月8日除斥期間

屆滿後，即歸於消滅，自不得於系爭執行事件受分配。甲、乙、丙債權既均不存在，甲、乙、丙抵押權亦隨之消滅，為此，爰依強制執行法第41條規定提起本訴，請求將系爭分配表所載次序10、11、12之債權、抵押權均予以剔除，並重新製作分配表等語，並聲明：系爭分配表，其中次序10（第二順位抵押權-Ａ０3）、11（第三順位抵押權-Ａ０3）、12（第四順位抵押權-Ａ０3）應予以剔除，並重新製作分配表。

二、被上訴人則以：甲債權部分係因86、87年間洪黃Ｏ惠陸續向被上訴人借款共計300萬元後，於87年6月5日設定甲抵押權、簽發票面金額300萬元之本票以為擔保。又因洪黃Ｏ惠未能於原約定之清償期87年12月5日還款，故於甲債權請求權罹於15年時效前之102年6月8日被上訴人與洪黃Ｏ惠另行約定甲債權之利息債權100萬元（即87年9月8日至102年6月8日按年息2.22％計算之利息，共100萬元）即乙債權，並設定乙抵押權以為擔保，於乙抵押權設定契約書內，已載明洪黃Ｏ惠於87年6月9日與被上訴人簽訂甲債權契約，已有洪黃Ｏ惠向被上訴人承認甲債權存在之意，甲債權既經洪黃Ｏ惠承認，消滅時效因而中斷重新起算，上訴人主張罹於時效消滅，委無可採。至於丙債權則係另於104年1月5日、104年1月16日各向被上訴人借款60萬元、240萬元，共計300萬元之借款，借貸期限1年，於此之前被上訴人與洪黃Ｏ惠另於103年12月31日設定擔保最高限額360萬元之丙抵押權，丙債權在丙抵押權擔保範圍內，又依約丙債權之利息為年息3.6％即1年利息108,000元，屆期未清償之違約金按未清償金額20％計算即60萬元。而至113年拍賣止，利息即已達108萬元，被上訴人因丙債權受償360萬元，自屬有據。依上開說明，甲、乙、丙債權均係真正，甲、乙、丙抵押權亦為真正，而系爭分配表分配予被上訴人之金額，既係基於真正之債權、抵押權，自無違誤，上訴人依強制執行法第41條規定提起本訴，請求剔除被上訴人受分配之金額並重新製作分配

表，均屬無據等語置辯。

三、原審判決上訴人敗訴，上訴人不服提起上訴，並聲明：㈠原判決廢棄；㈡系爭分配表，其中次序10（第二順位抵押權-ＡＯ3）、11（第三順位抵押權-ＡＯ3）、12（第四順位抵押權-ＡＯ3）應予以剔除，並重新製作分配表。被上訴人則聲明：上訴駁回。

四、不爭執事項如下：

㈠上訴人聲請對洪黃Ｏ惠名下不動產為強制執行，經原法院以系爭執行事件受理，並於113年11月27日製作系爭分配表，定於114年1月2日實行分配，上訴人為系爭執行事件之債權人，於114年1月7日具狀就系爭分配表為起訴之證明（113年12月12日聲明異議）等情。

㈡兩造均為系爭執行事件之執行債權人。訴外人即系爭執行事件債務人洪黃Ｏ惠所有之系爭不動產，於系爭執行事件中以合計9,519,999元拍定，系爭分配表將被上訴人就系爭不動產登記之第2、3、4順位普通抵押權（即甲、乙、丙債權及甲、乙、丙抵押權），列入系爭分配表次序10、11、12而受償。

五、本件爭點：

㈠甲抵押權及甲債權部分：1.甲債權是否存在？2.如甲債權存在，甲債權是否已時效消滅？洪黃Ｏ惠設定甲抵押權登記以擔保甲債權之利息債權，是否屬於承認而中斷被上訴人之甲債權請求權之時效？被上訴人於甲債權之請求權消滅時效完成後，是否5年間不實行甲抵押權，致甲抵押權消滅？

㈡乙債權是否存在？

㈢丙債權是否存在？

㈣上訴人依強制執行法第41條規定提起本件分配表異議之訴，請求將系爭分配表次序10、11、12均予以剔除，並重新分配，有無理由？

六、本院之判斷：

㈠甲抵押權及甲債權部分：

1.甲債權是否存在？

⑴按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。次按，確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任（最高法院42年台上字第170號民事判決先例意旨參照）。然按法院審酌是否已盡證明之責時，應通觀各要件事實及間接事實而綜合判斷，不得將各事實予以割裂觀察。再按抵押權係就抵押物賣得價金優先受償之權利，必從屬於債權而存在，惟抵押權擔保之債權種類並無限制，基於增進擔保制度之活絡，促使發揮經濟上之功能，其從屬性應隨社會需求而緩和並從寬解釋，而抵押目的之實現時間係在將來，故倘其目的實現，發揮擔保作用時，具有擔保債權存在，即可謂滿足抵押權之從屬性。是普通抵押權所擔保之債權，固須為發生原因客觀存在之特定債權，然可包括債權額已確定或未確定之特定債權，故抵押權之設立與登記，應於依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權不成立、無效、被撤銷、未曾發生或依其他情形無發生可能性時，始可謂違反抵押權設定之從屬性（最高法院114年度台上字第1979號民事判決意旨參照）。經查，本件被上訴人主張甲債權存在，惟為上訴人所否認，自應由被上訴人負舉證責任。而查：

⑵被上訴人主張甲債權存在之事實，業據其提出與所抗辯相符之抵押權設定契約書、洪黃O惠簽發票面金額300萬元之本票乙紙為證。並據證人即洪黃O惠之女洪O雯證稱：被上訴人為O媽，於87年間被上訴人有在投資股票、做生意，因此財力雄厚，有資力可陸續借款予洪黃O惠，被上訴人均以現金方式交付借款，伊曾經於87年至88年間有幾次陪母親洪黃O惠去向被上訴人借款，交付借款之地點都是鹽埕區的合作金庫銀行門口，伊記得約3-4次，僅記得其中2次之金額分別為30-40萬元、50-60萬元，其餘借款交付金額僅記得金額不小，確切金額不記得，伊亦知道當時洪黃O惠曾將房子設定

抵押權給被上訴人等語（見原審卷第43頁至第47頁）。又證人洪黃O惠到庭證稱：伊記得在87年前後，陸續向被上訴人借款共計300萬元，被上訴人每次都是領現金，交付借款時有時是伊之女兒洪O雯陪同，有時候是伊之先生陪同，地點都是在鹽埕區的合作金庫銀行門口，伊另有簽發本票交付被上訴人等語（見原審卷第203頁至第205頁）。本院審酌被上訴人所提出之前揭證據，以及證人洪O雯就借款及抵押權設定過程之證述，前後無明顯矛盾且與常情相符；另審酌證人洪O雯、洪黃O惠就記憶不及之處亦坦承忘記，其等所為證言，應堪採信。

⑶參以上訴人自承：洪黃O惠與其配偶洪O敏在87年、102年間，分別遭債權人追償1,016萬元、1,391萬元之債務，且上開時點洪黃O惠尚欠上訴人13,690,620元，並對第一順位抵押權人約有百萬元借款未清償（見原審卷第164頁），則由洪黃O惠當時之債信狀況，客觀上已難以自一般金融機構貸得款項，是向身為親屬之被上訴人借款，亦屬合理。又親屬間借款往往基於親情，未予簽立借據以為憑證，而以簡易方式，開立本票以為擔保，亦為一般民間親屬間借貸所衡見，是被上訴人既持有由洪黃O惠所開立、金額相符之本票，並持之為借款憑證，佐以前揭證人洪O雯、洪黃O惠之證詞，並參洪黃O惠其後即於87年9月間，將系爭不動產設定甲抵押權予被上訴人，並載明甲抵押權時所擔保之債權金額為300萬元，亦與洪黃O惠簽發之本票金額相同，苟於87年間洪黃O惠陸續向被上訴人借款累計之金額未達上開300萬元，洪黃O惠衡情自無庸簽發同額本票並同意於系爭不動產設定擔保金額300萬元之抵押權，是被上訴人抗辯甲債權存在等語，堪信為真實可信。

⑷上訴人雖主張：依證人洪O雯之證詞，無法證明被上訴人借款金額，證人洪黃O惠則證述，借款人、還款之人均係其夫，並非洪黃O惠，且倘甲債權確實存在，豈會長時間不行使抵押權，凡此均足推認洪黃O惠與被上訴人就甲債權之借

款債權，並未達成借款之合意等語，惟查：甲債權存在之時點為87年間距今已27年有餘，證人洪O雯僅為陪同洪黃O惠取款之人，有部分借款交付經過記憶不清，亦屬正常，尚難以證人洪O雯僅記得部分借款交付即推認甲債權不存在。又被上訴人與洪黃O惠既具親屬關係，且已有甲抵押權足以擔保甲債權獲償，又洪黃O惠既於102年間，因無法清償甲債權，同意支付利息予被上訴人，並再設定乙抵押權（此部分詳後述），被上訴人未積極行使權利，難認有何異常之處。至證人洪黃O惠雖證稱其非借款人而為保證人，然依證人洪O雯之上開證詞，前往向被上訴人借款者既為洪黃O惠，且亦由證人洪黃O惠開立其名義之本票予被上訴人收執，作為甲債權之證明，並參證人洪黃O惠證詞之前後脈絡（參見原審卷第203頁至第206頁），其真意應為其配偶因做生意需資金週轉，即實際需用款項之人為其配偶，惟因系爭不動產係登記於證人洪黃O惠名下，方由證人洪黃O惠出面，以其名義向被上訴人借款，而自被上訴人處取得借款供其配偶週轉使用，其並同意於系爭不動產設定甲抵押權以為擔保，亦即係指以系爭不動產保證清償甲債權之意，是證人洪黃O惠證詞中所稱其非借款人而為保證人等詞，尚無足為不利被上訴人認定之處。

2.甲債權是否已時效消滅？洪黃O惠設定甲抵押權登記以擔保甲債權之利息債權，是否屬於承認而中斷被上訴人之甲債權請求權之時效？被上訴人於甲債權之請求權消滅時效完成後，是否5年間不實行甲抵押權，致甲抵押權消滅？

⑴按以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後，5年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅，民法第880條定有明文。次按消滅時效，因左列事由而中斷：二、承認。民法第129條第1項第2款亦定有明文。

⑵上訴人固主張：依甲抵押權設定契約書所載，甲債權清償日期為87年9月8日，至102年9月8日已罹於15年之請求權時

效，被上訴人於甲債權之請求權時效完成後，未於5年內實行抵押權，至107年9月8日除斥期間屆滿，其抵押權亦歸於消滅云云。然依被上訴人與洪黃O惠於102年6月8日簽立之乙抵押權設定契約書所載：「擔保債務人對抵押權人於民國87年6月9日所定借貸新台幣300萬元應付之利息及違約金，經債務人同意約定自民國87年9月8日起至民國102年9月8日止應付之利息及違約金」等語（見原審審訴卷第72頁；下稱審訴卷）。依前揭乙抵押權設定契約書，既已載明債務人洪黃O惠87年6月9日與被上訴人約定之300萬元借貸契約，客觀上自已足認洪黃O惠已向被上訴人承認甲債權存在之意。故甲債權請求權15年時效屆至之日雖為102年9月8日，然102年6月8日洪黃O惠與被上訴人已為前揭約定，洪黃O惠已承認甲債權存在，依民法第129條第1項第2款規定，時效中斷，自102年6月8日重行起算，至117年6月8日完成，實行抵押權之除斥期間應至122年6月8日方屆滿，是依民法第880條規定，甲抵押權自未因除斥期間屆滿而消滅，上訴人前揭主張，均屬無據。

㈡乙債權是否存在？

1.被上訴人就所辯乙債權存在之事實，業據其提出與其所述相符之抵押權設定契約書為證。另據證人洪黃O惠到庭證稱：甲債權原來並無約定利息與違約金，然伊之丈夫說本來要借3個月就要還給被上訴人，但是近15年都沒辦法還，覺得不好意思，才打算用利息100萬元來補貼被上訴人，是伊之丈夫說要補償被上訴人的，伊不知道金額如何決定，只是聽他的話等語（見原審卷第205頁）。審酌前揭證據，證人洪黃O惠就乙抵押權設定過程之證述，前後無明顯矛盾且合乎常理，再參一般債務人於債務因暫時無力清償，為使債權人同意延緩清償，應允支付利息，實屬常見，是證人洪黃O惠向被上訴人借款後，因遲未清償甲債權，此由甲抵押權均未塗銷，即足證之，被上訴人稱洪黃O惠為補償被上訴人15年來之利息損失，同意給100萬元利息，並將所有系爭不動產再

設定乙抵押權予被上訴人，核與常情尚無不符，是證人洪黃敏惠此部分其所為證言，應堪採信。是被上訴人抗辯乙債權存在，堪信為真。

2.上訴人就此主張：證人洪黃O惠之證述中提及，借款人、還款之人均係其夫，並非洪黃O惠，洪黃O惠僅為保證人，堪認洪黃O惠與被上訴人就乙債權，並未達成合意等語，惟查證人洪黃O惠雖稱其非借款人而為保證人等詞，業據本院認定其真意如前所述，爰不再贅；再參洪黃O惠設定乙抵押權時，既已明確載明所擔保之債權金額為甲債權之利息或違約金債權100萬元，堪認洪黃惠敏應係於被上訴人合意同意支付之利息及違約金數額（即乙債權）後，方為乙抵押權之設定，否則洪黃O惠當不至同意設定擔保金額100萬元之乙抵押權，是乙債權應確實存在之事實，已堪認定。

㈢丙債權是否存在？

1.被上訴人抗辯丙債權存在之事實，業據其提出與其所述相符之抵押權設定契約書、104年1月5日債務契約、104年1月16日債務契約、洪黃O惠簽發票面金額240萬元、60萬元之支票2紙為證。另經原審函詢合作金庫商業銀行高雄分行前揭支票係由何人領取，據該銀行函覆：前揭兩張支票之具領人皆為洪黃O惠等語（見原審卷第59頁至第70頁）。並據證人洪黃O惠到庭證稱：上開支票上具領人之簽名是伊簽名的，上開借款是伊先生要做生意要用的，他在外面的生意我不清楚，借款契約是我先生處理的，但我同意他處理，上開債務契約也是我簽的等語（見原審卷第204頁至第207頁）。審酌證人洪黃O惠就借款及抵押權設定過程之證述前後無明顯矛盾且與常情相符，證人洪黃O惠就不確定部分之事實亦坦承不清楚，其所為證言，應堪採信。由前揭證據資料參互以觀，洪黃O惠與被上訴人就丙債權部分，確已達成借款之合意，簽立借款契約，並設定丙抵押權以為擔保，且前揭支票票款均已由洪黃O惠具領，足認被上訴人確已交付借款，被上訴人抗辯丙債權存在，堪信為真。

2.上訴人就此雖主張：債務人洪黃O惠於前揭支票上之簽名，與其於債務契約上之簽名不符，並執此主張被上訴人所稱丙債權存在之相關憑證均屬虛偽，丙債權亦不存在云云。然證人洪黃O惠既到庭證稱確有向被上訴人借款（見原審卷第206頁），且依承辦金融機構亦已函覆說明，證人洪黃O惠確已受領被上訴人所交付之借款（見原審卷第59頁），核與證人洪黃O惠所為證述尚無不符，已足認被上訴人與洪黃O惠間確有丙債權存在。至上訴人爭執洪黃O惠簽名差異部分，因筆跡往往亦會因書寫環境、不同時期產生些微差異，本院審酌由證人洪黃O惠之證述及已受領合計300萬元之事實，已可認定丙債權存在之事實，是上訴人此部分之主張，尚無足為其有利認定之處。

3.本院復再審酌上訴人自承曾於107年間，將系爭不動產追加聲請作為執行標的，惟因甲、乙、丙抵押權存在，高於鑑價後之拍賣底價，致上訴人無法受償（見原審卷第166頁至第167頁），上訴人如對被上訴人甲、乙、丙抵押權所擔保之債權是否存在有所疑義，當時即有確認利益，而可起訴確認，上訴人竟未為之，放任證據因時間流逝而喪失，致被上訴人因而生舉證困難之境，而被上訴人既已提出前揭包括本票、抵押權設定契約書、支票等證據分別證明甲、乙、丙債權均存在，並經證人洪黃O惠、洪O雯證述如前明確，而本院亦認被上訴人前揭所提證據及證人洪黃O惠、洪O雯之證詞，本於經驗法則，可認被上訴人所為抗辯應與事實相符，足認其已有提出適當之證明，上訴人即應就欲否認部分更舉反證以證明之。然上訴人並未為其他舉證，自難認上訴人所為主張有理由。

㈣上訴人依強制執行法第41條規定提起本件分配表異議之訴，請求將系爭分配表次序10、11、12均予以剔除，並重新分配，有無理由？

分配表異議之訴，係債權人或債務人對於分配表所載各債權人受分配之金額有所異議，依強制執行法第41條規定，向法

院提起之訴訟。上訴人提起本件分配表異議之訴，係以甲、乙、丙債權均不存在，或縱認存在，甲債權亦已罹於消滅時效而消滅，甲抵押權亦已逾除斥期間而消滅為由，請求剔除系爭分配表次序10所載甲債權及甲抵押權、次序11所載乙債權及乙抵押權、次序12所載丙債權及丙抵押權，並命執行法院重新製作分配表。前揭甲、乙、丙債權均確實存在，且甲債權未罹於消滅時效、甲抵押權未逾除斥期間等，均經認定如前，上訴人此部分主張，委無可採。甲、乙、丙債權既均屬存在，且甲債權未罹於消滅時效，甲抵押權亦未逾除斥期間，則系爭分配表次序10、11、12之記載，核無違誤。上訴人請求將系爭分配表次序10、11、12均予以剔除，自無理由。

七、綜上所述，上訴人依強制執行法第41條規定，請求剔除系爭分配表次序10、11、12所載債權及抵押權，並命重新製作分配表，為無理由，不應准許，應予駁回。從而原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。又本件事證已明，兩造其餘攻防及證據，經斟酌後認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，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　4　　日

民事第六庭

審判長法　官　郭宜芳

法　官　饒佩妮

法　官　李怡諄

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　　115　年　　11　　月　　4　　日

書記官　梁雅華

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。

附表一：

編號	地號/建號
1	高雄市○○區○○段000地號土地
2	高雄市○○區○○段00000地號土地
3	高雄市○○區○○段00000地號土地
4	高雄市○○區○○段000地號土地
5	高雄市○○區○○段000地號土地
6	高雄市○○區○○段000○號建物 （門牌號碼高雄市○○區○○○路00號12樓之3）
7	同段616建號建物同上建物共用部份

附表二：

編號	供擔保不動產	擔保債權	設定抵押權順位	備註
1	附表一編號1-5所示不動產權利範圍112/10,000，附表一編號6、7不動產權利範圍全部	300萬元	第二順位	87年9月8日債權
2	同上	100萬元	第三順位	編號一債權之利息、違約金
3	同上	最高限額抵押設定	第四順位	104年1月5日債權60萬、104年

		擔保債權360萬元，最終確定金額為300元本息、違約金		1月16日債權240萬元