臺灣高等法院臺中分院民事判決

114年度上字第443號

上　訴　人　林銘昌

000000000000000000

訴訟代理人　陳奕勳律師

被上訴人　　江秋福

000000000000000000

　　詹秀玲

共　　同

訴訟代理人　陳如梅律師

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114年8月20日臺灣臺中地方法院113年度訴字第3268號第一審判決，提起上訴，本院於115年3月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決【除確定部分（即下述分配表次序4，及次序10其中抵押權債權新臺幣43萬1335元部分）外】關於剔除原法院112年度司執字第71130號強制執行事件於民國113年7月26日製作之分配表，次序10所列上訴人抵押權債權超過新臺幣81萬6205元部分（即剔除新臺幣38萬4870元）部分，及訴訟費用（除確定部分外）之裁判，均廢棄

上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。

其餘上訴駁回。

第一、二審（除確定部分外）訴訟費用，由上訴人負擔百分之90，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

按債權人或債務人對於分配表所載各債權人之債權或分配金額有不同意者，應於分配期日一日前，向執行法院提出書狀，聲明異議；異議未終結者，為異議之債權人或債務人，得向執行法院對為反對陳述之債權人或債務人提起分配表異議之訴。強制執行法第39條第1項、第41條第1項分別定有明

文。查，上訴人於民國112年5月17日向原審法院聲請對被上訴人強制執行，由原審法院以112年司執字第71130號拍賣抵押物強制執行事件（下稱系爭執行事件）受理，並經原審法院民事執行處（下稱執行法院）於113年7月26日作成分配表（下稱系爭分配表），並定於同年8月27日分配；被上訴人以兩造已無債權債務關係，上訴人之債權不得列入系爭分配表分配為由，於同年8月22日就系爭分配表具狀聲明異議，並於113年8月27日提起本件訴訟，同日向執行法院提起民事陳報狀為起訴之證明等情，有民事起訴狀上之原審法院收狀章戳（見原審卷第11頁）及據本院調取系爭執行卷宗核閱無訛，則被上訴人提起本件分配表異議之訴，洵屬合法。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：被上訴人江秋福與上訴人於104年9月10日成立房屋買賣契約（下稱系爭買賣契約），由江秋福出售臺中市○○區○○路○段000巷00弄00號房地（下稱00號房地，房屋部分稱00號房屋）予上訴人，並由江秋福承攬00號房屋之室內整修工程，總價款新臺幣（下同）730萬元（包含買賣價金及整修工程款），上訴人已於104年12月23日給付完畢；因江秋福未依系爭買賣履行，遂於106年1月8日與上訴人簽立「房屋買賣協議書」（下稱106年協議書），約定江秋福於106年7月31日清償系爭00號房地上之○○商業銀行股份有限公司（下稱○○商銀）抵押貸款並塗銷抵押權，同時簽發票號○○000000、面額400萬元、到期日106年1月8日之本票（下稱系爭本票）予上訴人作為擔保；因江秋福未能如期履行，故再於107年9月25日與上訴人簽立協議書（下稱107年協議書），約定由詹秀玲提供其所有臺中市○○區○○段000○000○000地號土地及其上同段00號建物（門牌號碼臺中市○○區○○路○段000巷0弄00號，下稱○○房地）及臺中市○○區○○路○段000號房地（下稱太平房地）設定最高限額抵押權500萬元予上訴人（下稱系爭抵押權）。惟伊已於109年1月30日依約取得○○商銀出具之抵押

權塗銷同意書，故系爭抵押權及系爭本票債權均不存在，縱認系爭抵押權亦包含臺中市○○區○○路○段00弄00號房屋（下稱00號房屋）之室內裝修，江秋福亦與上訴人以60萬元成立調解；另如認伊有違約，然伊已清償違約金43萬7100元，且江秋福對上訴人尚有43萬960元古物買賣價金債權得與上訴人債權為抵銷，上訴人對伊已無債權。詎上訴人持原審法院107年度司票字第8804號裁定（下稱系爭本票裁定）及108年度司拍字第293號裁定（下稱系爭拍賣裁定）對伊聲請系爭執行事件對伊強制執行，並由執行法院於113年7月26日作成系爭分配表將上訴人列入分配，自有不合。爰依強制執行法第41條規定，求為命系爭執行事件於113年7月26日製作之系爭分配表所列次序4得分配受償之執行必要費用3萬9345，及次序10抵押權債權426萬682元，應予剔除等語（原審判決駁回被上訴人剔除系爭分配表次序4之請求，另就次序10則判決上訴人抵押權債權逾43萬1335元部分，應予剔除，不得列入分配；上訴人不服，提起上訴，被上訴人就其上開敗訴部分，未據上訴，已告確定）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：依據系爭抵押權設定契約書，擔保之範圍為債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、墊款、票據、保證」，且兩造間之原審法院112年度訴更一字第6號確認抵押權不存在事件（下稱另案）之確定判決已認定，系爭抵押權擔保範圍非限於○○商銀抵押權之塗銷，尚包含00號、00號房屋裝修工程所生債權債務關係，應有爭點效。被上訴人在109年1月30日始塗銷○○商銀抵押權，自屬違約，被上訴人應依系爭本票票面金額400萬元，給付自107年12月28日至109年1月30日（原系爭抵押權設定約定之遲延利息按每百元日息壹角即年利率36.5%），依民法第205條所定上限20%計算遲延利息293萬8033元；及依系爭抵押權設定契約書所定按每百元日息壹角以年利率36.5%

計算違約金（本票金額400萬元及室內裝修230萬元自107年12月28日計算至109年1月30日）536萬1909元；另依系爭抵押權設定契約書所定債務不履行之賠償金50萬元；又依伊與江秋福就系爭13號房屋於本院112年度建上移調字第29號成立之調解筆錄（下稱系爭調解筆錄），江秋福應給付伊60萬元，尚未給付；又因江秋福未於106年7月31日完工期限完成00號、00號房屋之室內裝修，致伊受有不能居住房屋損失分別為86萬9713元、68萬9713元；上開金額扣除被上訴人一部清償43萬7100元，江秋福尚欠伊1282萬1481元，系爭分配表關於伊債權部分自不得剔除。退而言之，伊可請求之金額亦應有遲延塗銷系爭00號房地抵押權衍生之系爭400萬元本票遲延利息26萬2295元；江秋福未履行契約義務，致伊需委由他人裝修系爭11號房屋所支出工程款，江秋福應負之債務不履行損害賠償32萬1970元，及該工程款之遲延利息8萬6668元；另依應給付伊系爭抵押權設定契約書約定債務不履行之賠償金或違約金50萬元；及江秋福依系爭調解筆錄應支付伊關於13號房屋裝修費用60萬元，共177萬933元，扣除被上訴人已清償之43萬7100元，江秋福至少尚欠伊133萬3833元等語，資為抗辯。並上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。

三、兩造同意不爭執事項及爭點如下（見本院卷第253至256頁）：

㈠、不爭執事項：

１、江秋福與上訴人於104年8月間就13號房屋，口頭成立室內裝修工程契約，上訴人自104年8月間起至107年1月間止，業已陸續給付工程款合計314萬元予江秋福。

２、江秋福與上訴人於104年9月10日成立系爭買賣契約，由江秋福將其所有系爭00號房地出售予上訴人，並由江秋福承攬00號房屋之室內整修工程（如衛浴設備、廁所壁磚、整棟地磚及整棟油漆粉刷），總價款730萬元（包含買賣價金及整修工程款），上訴人已於104年12月23日給付完畢。

3、因江秋福未依系爭買賣契約履行，遂於106年1月8日與上訴人簽訂106年協議書（見原審卷第147至148頁），於第1條約定由江秋福提供其所有臺中市○○區○○路○段000巷0弄00號房地（下稱00號房地）設定最高限額抵押權400萬元，同時簽發系爭本票予上訴人；於第2條約定江秋福應於106年7月31日前付清銀行貸款、完成○○商銀抵押權塗銷登記、完成室內整修。

4、江秋福於簽立106年協議書後仍未依約履行，遂於106年11月26日以書面向上訴人承諾就00號、00號房屋之室內整修工程自106年12月10日開始施工，並於107年5月10日完工（見原審卷第219頁）。

5、江秋福仍未依約履行，乃於107年9月25日與上訴人簽訂107年協議書（見原審卷第21頁），約定由詹秀玲提供其所有○○房地及太平房地設定最高限額抵押權500萬元（即系爭抵押權）予上訴人，作為擔保江秋福出售系爭00號房地與上訴人、未清償系爭00號房地之銀行貸款及塗銷抵押權設定，兩造合意如被上訴人將系爭00號房地之貸款清償後，上訴人即應配合塗銷○○房地及太平房地之抵押權設定。兩造並於107年9月25日簽訂「土地及建築改良物抵押權設定契約書」（下稱系爭抵押權契約書），約定擔保債權之種類及範圍為，擔保債務人即江秋福、詹秀玲對抵押權人即上訴人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在系爭抵押權契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、墊款、票據、保證，及債務不履行之賠償金50萬元，債務確定日期為108年12月31日，並於107年9月28日完成設定登記。

6、上訴人於107年12月18日持系爭本票向原審法院聲請本票裁定准許強制執行，經原審法院於107年12月21日以系爭本票裁定准予強制執行並於108年1月10日確定。上訴人再於108年1月3日向原審法院聲請拍賣抵押物即○○房地及太平房地，嗣於108年1月28日具狀撤回拍賣抵押物之聲請；其後又於108年7月間向原審法院聲請拍賣抵押物，經執行法院於

108年7月11日以系爭拍賣裁定准予拍賣，於108年8月28日就上開不動產為查封登記（下稱108年執行事件）。

7、詹秀玲與訴外人○○○於108年11月21日簽訂「不動產買賣契約書」，由詹秀玲將太平房地出售予○○○，並約定支付相關費用後，動撥清償系爭00號房地之貸款債務及塗銷抵押權登記，餘款再匯款43萬7100元予上訴人，作為一部清償室內整修工程未履行之賠償金費用。

8、上訴人撤回108年執行事件之聲請，拍賣程序終結。

9、江秋福於109年1月22日清償系爭00號房地向○○商銀之房屋貸款，並取得○○商銀於109年1月30日核給之抵押權塗銷同意書（見原審卷第23頁）。

□、兩造於109年2月5日簽訂「土地及建築改良物抵押權變更契約書」，將前開最高限額抵押權500萬元之擔保物，減少其中太平房地部分，僅餘○○房地（見本院卷第107至109頁）。

□、上訴人於110年1月6日再向原審法院聲請裁定准予拍賣抵押物，經原審法院於110年1月29日以110年度司拍字第11號民事裁定准予拍賣，被上訴人不服，提起抗告，經原法院於110年2月26日以110年度抗字第62號民事裁定駁回抗告確定，上訴人復於110年3月25日撤回拍賣抵押物之聲請。

□、被上訴人前以系爭抵押權所擔保之債權原因關係已消滅，故系爭抵押權業已消滅為由，對上訴人提起另案請求確認抵押權不存在，經另案判決駁回被上訴人之訴，於判決理由記載系爭抵押權所擔保之債權範圍並非僅限於○○商銀貸款清償及抵押權塗銷，尚包含兩造間因房屋室內裝修工程所生之債權債務關係（見原審卷第95至108頁）。

□、江秋福與上訴人就00號房屋室內整修工程之爭議，經本院111年建上字第77號移付調解後，於112年12月25日調解成立，由江秋福同意於113年1月15日前給付上訴人60萬元（見原審卷第109至110頁），江秋福尚未給付60萬元。

□、上訴人於110年4月27日已將系爭00號房地出賣予第三人。

□、江秋福與上訴人間就系爭本票，業經原審法院110年度豐簡字第179號、111年度簡上字第76號，認系爭本票債權已罹於請求權時效，而確認上訴人對江秋福之本票債權請求權不存在確定（見原審卷第25至44頁）。

□、上訴人於112年5月17日持系爭本票裁定，及系爭拍賣裁定，聲請拍賣○○房地，由系爭執行事件受理，嗣執行法院於113年7月26日製作系爭分配表列入前開債權受分配，上訴人於系爭分配表得分配受償之項目為：次序4（執行費用）之3萬9345元、次序10（第二順位抵押權）之426萬2682元（見原審卷第47至48頁）。

□、系爭本票裁定於107年12月28日送達上訴人。

□、江秋福對上訴人尚有古物買賣價金債權43萬960元。

㈡、爭點：

１、系爭抵押權擔保上訴人之債權數額應為何？

２、被上訴人主張上訴人關於系爭分配表次序10所分配之金額，應予剔除之數額為何？

四、得心證之理由：

㈠、按分配表異議之訴為形成之訴，法院之認定並不受當事人聲明之拘束，且於法院剔除或更正分配表所列費用及債權金額後，應由執行法院據以重新分配，自無庸併予更正分配之金額及不足額。又分配表異議之訴之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）。查，系爭分配表關於上訴人之債權，列在次序10第2順位抵押權（即系爭抵押權），債權金額500萬元，有系爭分配表在卷可稽（見原審卷第47至48頁）。被上訴人主張上訴人在系爭分配表次序10列入分配之系爭抵押權所擔保之債權並不存在，既為上訴人否認，依前開說明，自應由上訴人就其債權存在乙節，負舉證之責。又

所謂爭點效，乃法院於前訴訟之確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於辯論結果而為判斷者，除有顯然違背法令、新訴訟資料足以推翻原判斷、原判斷顯失公平或前訴訟與本訴訟所得受之利益差異甚大等情形外，應解為在同一當事人間、就與該重要爭點有關所提起之本訴訟，法院及當事人對該重要爭點之法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，以符民事訴訟上之誠信原則。

㈡、查，依據系爭抵押權設定契約書約定債權擔保總金額500萬元，擔保債權種類範圍為：擔保債務人對抵押權人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來在該抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、墊款、票據、保證。於其他擔保範圍約定：債務不履行之賠償金50萬元，擔保確定期日為108年12月31日等情，有土地、建物改良物抵押權設定契約書在卷足憑，並為兩造所不爭執（見原審卷第167至169頁、不爭執事項５）。又參諸江秋福與上訴人於106年協議書約定由江秋福提供00號房地設定抵押權並簽發本票，承諾將系爭00號房地之銀行（即○○商銀）貸款付清，塗銷銀行抵押權，並完成室內裝修（見原審卷第147至148頁），嗣再於107年協議書約定由被上訴人提供太平房地、○○房地供上訴人設定抵押權，擔保因被上訴人出售系爭00號房地之未清償塗銷該標的之借款（見原審卷第21頁）；江秋福復於106年11月26日以書面向上訴人承諾就00號、00號房屋之室內整修工程於107年5月10日完工（見原審卷第219頁、不爭執事項４）等情，及被上訴人前曾對上訴人提起另案請求確認系爭抵押權不存在訴訟，經另案於將①系爭抵押權擔保之債權是否僅限塗銷系爭00號房地之抵押權，有無包括00號、00號房屋室內裝修工程之履行及其他債務，及②系爭抵押權經被上訴人清償○○商銀貸款而塗銷後，系爭抵押權所擔保之債權是否已不存在而應予塗銷，列為爭點；經另案調查及審酌各項事證及證人陳述，而認系爭抵押權應非僅限於擔保系爭00號房地之貸款清償及抵押權塗銷，而係有供其他

債權之擔保；上訴人確實有委託江秋福進行00號、00號房屋之室內裝修工程，江秋福已收受上訴人給付之工程款，卻未能舉證以資證明其依約完成之各該承攬工項，則上訴人抗辯其與江秋福間尚有因室內裝修工程所生之債權債務關係，即非無據等語，並以被上訴人無法舉證系爭抵押權擔保債權已清償，認被上訴人請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，及系爭抵押權應予塗銷，為無理由（見原審卷第95至108頁，不爭執事項□）。本件與另案之當事人相同，另案確定判決就上開重要爭點，本於辯論結果而為判斷者，則以上開說明，於本件應有爭點效之適用。被上訴人雖以另案係由一造辯論判決，不應有爭點效之適用云云。惟另案原係被上訴人提起原審法院110年度訴字第1414號確定抵押權不存在事件（下稱1414號事件），經獨任法官為實體判決後，經本院111年度上易字第411號（下稱411號事件）判決以法院組織不合法而廢棄發回，而由另案再為判決而確定。而被上訴人於1414號、411號事件及另案審理期間均有到庭，並提出書狀為主張及陳述，僅於另案最後言詞辯論期日未到場，經上訴人聲請而由其一造辯論而為判決等情，有本院調取上開卷宗核閱無訛，被上訴人徒以另案係一造辯論而判決為由，主張本件無爭點效之適用，洵無足採。從而，上訴人主張系爭抵押權擔保之範圍為江秋福就系爭00號房地上○○商銀抵押權塗銷，及00號、00號房屋裝修工程所生債權債務關係，應屬有據。

㈢、茲就上訴人主張系爭抵押權擔保之各項債權及其金額，分述如下：

１、兩造依系爭買賣契約約定，江秋福應於106年7月31日前付清○○商銀貸款及塗銷該貸款抵押權，並以太平房地、○○房地設定系爭抵押權做為擔保，另並簽發系爭本票為擔保等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項３、５）。而江秋福於109年1月21日因清償系爭00號房地關於○○商銀貸款，而於109年1月30日始取得該銀行核給之抵押權塗銷同意書（見不

爭執事項９），即未於契約所定期限履行，自屬陷於遲延。又上訴人持系爭本票向原審法院聲請本票裁定准予強制執行，系爭本票裁定於107年12月28日送達予上訴人（見不爭執事項□），則上訴人主張江秋福應自107年12月28日至109年1月30日，依票據法第124條準用同法第24條規定，按週年利率6%給付此期間之遲延利息26萬2295元（見本院卷第172頁），應屬有據。至於上訴人雖以系爭抵押權契約書有遲延利息按每百元日息壹角計算之約定（見原審卷第169頁），其依修正前民法第205條所規定之最高利率限制之年利率20%計算遲延利息，江秋福應給付其87萬4317元云云。然依據票據法第5條第1項規定，發票人應依票上所載文義負責，而系爭本票上並無記載約定之利率（見原審卷第173頁），自難以系爭抵押權設定契約書所載利率負此部分之票據責任，則上訴人主張應以20%計算遲延利息，洵屬無據。

２、關於系爭抵押權擔保00號、00號房屋裝修工程所生債權債務關係，已如前述。而查：

⑴、上訴人與江秋福就系爭00號房屋裝修工程部分，已成立調解，由江秋福同意給付上訴人60萬元，江秋福尚未給付等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項□），則上訴人主張其就13號房屋對江秋福60萬元債權，並在系爭抵押權所擔保之範圍，為屬有據。

⑵、關於00號房屋裝修工程部分，上訴人雖稱兩造有約定室內裝修金額為230萬元云云，惟為被上訴人所否認。查，觀之系爭買賣契約或兩造簽立之106年、107年協議書，均無00號房屋室內裝修金額特別約定，且兩造亦稱系爭買賣契約並未就室內裝修及房地價格分別標價等語（見本院卷第204頁），則上訴人徒言稱有口頭約定，惟未據其提出具體事證證明，自難信為真實。是以上訴人主張江秋福應給付230萬元，及就此部分金額再加計自109年1月31日起至系爭分配表作成日113年7月26日止，依年利率20%計算遲延利息206萬3716元云云，並無憑據。

⑶、又系爭買賣契約係約定由江秋福負責完成系爭00號房屋之室內整修工程（如衛浴設備、廁所壁磚、整棟地磚及整棟油漆粉刷）（見不爭執事項２），被上訴人雖稱江秋福已施作並完成工程，並提出空照房屋外觀照片為證（見本院卷第213至227頁），惟該等照片僅足證明00號房屋完工後之外觀，無從證明係由江秋福自行或僱工施作，被上訴人復未提出其他足以證明江秋福確有自行或委由他人施作並完成工作之證明，即無從為其有利之認定。而上訴人主張00號房屋室內整修工程係由其另行僱工施作，並支付工程款32萬1970元等情，據其提出估價單、報價單為證（見本院卷第177至197頁）。上開估價單、報價單確實記載施作之標的為00號、00號房屋，則上訴人主張其有僱工施作00號房屋乙情，應屬事實。又被上訴人雖以上訴人所提出之上開單據金額加總為72萬餘元，與系爭00號房屋調解成立60萬元相近，辯稱上開單據僅屬系爭00號房屋之裝修工程云云，已與單據上所載有施作00號房屋之客觀情節不符，且被上訴人亦不否認00號房屋已完成裝修工程，是被上訴人辯稱上開單據不包括00號房屋云云，自無可採。另被上訴人辯稱上開單據所載「樑柱泥作修補」、「矽酸鈣板批AB膠批土粉刷」、「樓梯枕木等」工項，並非系爭買賣契約約定之工項云云（見本院卷第210至211頁）。然查，依據系爭買賣契約約定之室內裝修工項記載「如衛浴設備、廁所壁磚、整棟地磚及整棟油漆粉刷」等語，而室內裝修如進行「整棟油漆粉刷」，依一般生活經驗、交易習慣及工程慣例，為使牆面、樑柱等漆面平整，衡情會在粉刷油漆前進行「樑柱泥作修補」、「矽酸鈣板批AB膠批土粉刷」工程；而進行「整棟地磚」部分，文義上亦應包括樓梯部分之地面，則上訴人稱枕木是指樓梯踩踏部分，應非無憑；且依據上訴人提出之報價單記載（見本院卷第189頁），係進行00、00號房屋樓梯枕木工程、鋁樓梯收邊壓條、鋁平面收邊壓條工程，自可信係屬00號房屋整棟地磚所進行之工程範圍內，是被上訴人上開所辯前揭工項非在系爭

買賣契約約定範圍，並無可採。又00號房屋裝修工程本係江秋福依約應負責施作部分，江秋福未依約履行，則上訴人依民法第226條規定，主張江秋福應負損害賠償責任，應屬有據。此外，參諸系爭抵押權契約書之其他擔保範圍約定：2.債務不履行之賠償金雖約定50萬元，惟上訴人未提出受有逾上開工程款數額損害之證明，則應認系爭抵押權擔保上訴人債務不履行之賠償金債權為32萬1970元。又被上訴人雖抗辯上訴人之請求已逾民法514條所定一年之請求權時效云云。惟上訴人此部分請求，係以江秋福未履行系爭買賣契約所生之損害賠償請求權，被上訴人此部分抗辯，亦無足採。

⑷、另上訴人就上開32萬1970元部分，雖主張應加計自109年1月31日至113年7月26日依年息百分之6計算之遲延利息共8萬6668元云云。然依上開估價單、報價單顯示施作日期在108年12月至109年8月期間，而上訴人並未提出其於完工並支付上開金額後，曾催告江秋福給付之證明；且上訴人係於本院始主張有上開金額之之損害，則上訴人請求計付自109年1月31日至113年7月26日之遲延利息，核屬無據。另上訴人主張因江秋福未於完工期限完工，致其受有不能使用00號、00號房屋之損失86萬9713元、68萬8926元云云。惟00號房屋部分，審之被上訴人自104年8月至107年1月間陸續給付江秋福工程款314萬元（見不爭執事項１），顯見江秋福已完成相當工程，嗣上訴人並與江秋福成立系爭調解筆錄，而上訴人亦未舉證證明其有何因13號房屋未如期完工而受有不能使用之損失，自無從認其主張受有68萬8926元損害乙節為真。另00號房屋部分，依上訴人提出之上開估價單、報價，僅支出32萬餘元之工程費用，足見裝修工程應非甚鉅，已難認上訴人於買入系爭11號房地有因何無法使用致受有86萬9713元損害之事實，上訴人復未提出其他事證為其有利之證明，其此部分主張，自無足採信。

３、又依系爭抵押權契約書除在其他擔保範圍約定債務不履行之賠償金外，另約定按每百元日息壹角計算違約金（見原審卷

第169頁），則此一違約金之性質應係懲罰性違約金。而按當事人約定之違約金過高者，法院得依民法第252條規定，酌減至相當之數額。又約定之違約金苟有過高情事，法院即得依規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。上訴人雖主張以系爭本票金額及其前述室內裝修工程款230萬元，按每百元日息壹角即年利率36.5%計算之違約金為536萬1909元云云，惟兩造並無約定室內裝修工程款230萬元，已如前述，且審之江秋福簽立系爭買賣契約後，已將系爭00號房地移轉交付上訴人，僅其上之○○商銀抵押權尚未塗銷，其後江秋福於109年1月18日完成塗銷，就江秋福遲延履行部分，已准予上訴人請求遲延利息26萬2295元，可彌補上訴人之損害；又江秋福雖未履行系爭11號房屋室內裝修，然以系爭00號房屋為三層透天建物，上訴人支付裝修費用亦僅32萬餘元，衡情裝修工程尚非鉅大，應無甚妨害上訴人之居住使用，且上訴人已於110年4月27日將系爭00號房地出賣予第三人（見不爭執事項□），併考量被上訴人違約情狀、上訴人所受損害及被上訴人若如期履約所得受之利益，暨社會經濟狀況等一切情況，足認上訴人請求前開違約金顯屬過高，對被上訴人顯失公平，以酌減為50萬元為適當。

４、基上，上訴人對江秋福之債權額為168萬4265元【計算式：26萬2295元+60萬元+32萬1970元+50萬元=168萬4265元】。而被上訴人已給付上訴人43萬7100元（見不爭執事項７），另江秋福對上訴人尚有古物買賣價金債權43萬960元（見不爭執事項□），江秋福並主張抵銷，是以本件上訴人對被上訴人關於系爭抵押權擔保之債權應尚有81萬6205元【計算式168萬4265元-43萬7100元-43萬960元=81萬6205元】，上訴人主張逾此部分之債權，委無足採。又本件為分配表異議之訴，本院所為認定並不受當事人聲明之拘束，於法院剔除或更正分表配所列費用及債權金額後，應由執行法院據以重新

分配，已說明如前。從而，系爭分配表次序10所列系爭抵押權擔保上訴人之債權數額應為81萬6205元。是以被上訴人依強制執行法第41條第1項，請求將系爭分配表次序10即上訴人第二順位抵押權所示之分配金額於超過81萬6205元部分應予剔除，不列入分配，為屬有據；逾此部分之請求，則屬無據。

五、綜上所述，被上訴人依據強制執行法第41條第1項規定，請求系爭執行事件所製作系爭分配表，其中次序10即系爭抵押權債權超過81萬6205元部分，應予剔除，不列入分配，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。又扣除原審已判決確定不應剔除之債權43萬1335元部分外，尚有債權38萬4870元【計算式：81萬6205元-43萬1335元】不應剔除，原審關於剔除系爭分配表次序10所列債權超過81萬6205元（即原判決剔除38萬4870元）部分，為上訴人敗訴判決，尚有未合，上訴人指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。至原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，核無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。

六、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，併此敘明。

七、據上論結，上訴人之上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　14　　日

民事第九庭　審判長法　官　吳崇道

法　官　林孟和

法　官　李慧瑜

正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如不服本判決，須於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀

，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院提出上訴理由書狀（均須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

書記官　周巧屏

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　14　　日