臺灣高等法院民事判決

114年度上更一字第88號

上　訴　人　廖嘉裕

訴訟代理人　王元勳律師

　　李怡欣律師

被 上訴 人　張瑞旺

訴訟代理人　尤柏燊律師

上列當事人間債務人異議之訴事件，上訴人對於中華民國112年7月13日臺灣新北地方法院111年度訴字第3045號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於114年12月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於後開第二項部分，及除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分：㈠被上訴人在第一審關於「臺灣新北地方法院民事執行處一一一年度司執字第一一七七三一號拍賣抵押物強制執行事件，就本金新臺幣肆佰伍拾萬元之民國八十二年四月十七日起至民國九十六年四月二十六日止，按週年利率百分之十計算之違約金部分應予撤銷」之訴駁回；㈡被上訴人在第一審關於「上訴人不得持臺灣新北地方法院一一一年度司拍字第二二九號裁定為執行名義，對如附表所示不動產，於本金新臺幣肆佰伍拾萬元之民國八十二年四月十七日起至民國九十六年四月二十六日止，按週年利率百分之十計算之違約金部分為強制執行」之訴駁回。

其餘上訴駁回。

第一審、第二審及發回前第三審訴訟費用（均除確定部分外）均由被上訴人負擔十分之六，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：伊於民國81年4月17日向上訴人借款新臺幣（下同）450萬元（下稱系爭借款），約定清償期為82年4月16日，應按週年利率10%計算違約金，並於81年4月24日以伊所有如附表所示不動產（下稱系爭不動產）設定如附表所示

擔保債權總金額為540萬元之抵押權登記作為擔保（下稱系爭抵押權）。而伊於92年12月29日承認系爭借款債務，至107年12月29日即罹於消滅時效，伊於111年4月28日在臺灣新北地方法院111年度訴字第1065號事件（下稱另案）為時效抗辯，則回溯15年即96年4月27日以前（即自82年4月17日起至96年4月26日止，下稱系爭期間）按週年利率10%計算之違約金（下稱系爭違約金）已罹於時效，該部分債權請求權不復存在，縱仍存在，亦應酌減為以週年利率6%計算方屬合理。詎上訴人持新北地院111年度司拍字第229號裁定為執行名義（下稱系爭拍抵裁定），聲請該院以111年度司執字第117731號拍賣抵押物強制執行事件對系爭不動產為強制執行（下稱系爭執行事件），就系爭違約金之執行程序自應予撤銷，上訴人亦不得持系爭拍抵裁定對系爭不動產就系爭違約金為強制執行。爰依強制執行法第14條第2項規定，求為判命：㈠確認上訴人對被上訴人於系爭執行事件之執行債權請求權，就系爭違約金部分不存在（被上訴人原係訴請確認上訴人之系爭違約金債權不存在，嗣經更正如上，上訴人在程序上並無意見，見本院卷第79、80頁）；㈡系爭執行事件就系爭違約金部分應予撤銷；㈢上訴人不得執系爭執行名義對系爭不動產就系爭違約金部分為強制執行（原審就此為被上訴人勝訴之判決，上訴人不服提起上訴；其餘部分未繫屬於本院，茲不贅述）。並於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭違約金債權非屬定期給付之債務，時效為15年且無酌減空間，而被上訴人於92年12月29日承認系爭借款債務，其真意應除本金外亦承認所生違約金債務，算至107年12月29日雖已罹於15年時效，惟依民法第880條規定，伊得於時效完成5年內實行抵押權，故伊於111年8月16日持系爭拍抵裁定聲請拍賣系爭不動產，未逾上開期間，系爭執行程序就系爭違約金債權部分不應撤銷，伊得持系爭拍抵裁定就系爭違約金債權部分為強制執行等語，資為抗辯。並於本院上訴聲明：㈠原判決關於後開第㈡項不利於上訴人部分廢

棄。㈡上開廢棄部分：1.被上訴人在原審關於「確認上訴人於系爭執行事件之執行債權請求權，就系爭違約金部分不存在」之訴駁回；2.被上訴人在原審關於「上訴人於系爭執行事件，就系爭違約金部分之強制執行程序應予撤銷」之訴駁回；3.被上訴人在原審關於「上訴人不得持系爭拍抵裁定為執行名義，對系爭不動產於系爭違約金部分為強制執行」之訴駁回。

三、兩造不爭執之事項〈見本院113年度上字第24號（下稱本院前審）卷第88至89頁〉：

㈠被上訴人係於81年4月17日向上訴人借款450萬元，約定清償期為82年4月16日，利息為「無息」，違約金按週年利率10%計算（見原審卷第57至59頁），被上訴人迄未清償。

㈡兩造係於81年4月17日簽立抵押權設定契約書，約定被上訴人將其所有之系爭不動產設定系爭抵押權登記予上訴人，並於81年4月24日辦竣抵押權登記。

㈢系爭不動產之所有權狀正本現由上訴人占有中。

㈣上訴人係於111年6月15日聲請並經新北地院以系爭拍抵裁定准予拍賣系爭不動產（見原審卷第69至73頁），上訴人嗣於111年8月16日持系爭拍抵裁定為執行名義，對系爭不動產聲請強制執行，現由新北地院民事執行處以系爭執行事件受理中，尚未終結。

四、得心證之理由：

㈠被上訴人訴請確認系爭違約金債權請求權不存在，是否有理？

1.按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。而該條所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言。查本件被上訴人主張上訴人對伊之系爭違約金債權請求權業因時效消滅而不復存在等情，為上訴人所否認，則兩造間該部分債權請

求權存否即發生爭執，如不訴請確認，被上訴人主觀上認其在私法上之地位有受侵害之危險，而該不安之狀態得以本判決除去之，是被上訴人提起本件確認之訴，自具有確認利益。

2.次按違約金之約定，為賠償給付遲延所生之損害，於債務人給付遲延時，債權人始得請求，既非定期給付之債務，即與民法第126條規定之性質不同，其時效為15年而非5年（最高法院102年度台上字第1220號判決意旨參照）。兩造就系爭借款未約定利息或遲延利息，僅約定按週年利率10%計算之違約金（參不爭執事項㈠），並以系爭不動產設定系爭抵押權登記作為擔保（參不爭執事項㈡），此與系爭抵押權之設定契約書係記載利息及遲延利息均為「無」，及違約金按週年利率10%計算等語相符（見原審卷第63頁），足認系爭違約金係為賠償因被上訴人遲延清償所生損害之約定，並非被上訴人遲延清償後應定期給付性質，與民法第126條規定不同，自應適用15年之消滅時效，此為被上訴人於本院審理中所不爭執（見本院卷第80頁）。

3.系爭違約金之債權請求權已罹於時效：

⑴按消滅時效，自請求權可行使時起算。又消滅時效，因承認而中斷。時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。時效完成後，債務人得拒絕給付。民法第128條前段、第129條第1項第2款、第137條第1項、第144條第1項分別定有明文。再按消滅時效完成，債務人僅取得為拒絕給付之抗辯權而已，其請求權並非當然消滅。原本債權已罹於時效，但於債務人為時效抗辯前，其違約債權仍陸續發生，而已發生之違約金並非民法第146條所稱之從權利，其請求權與原本請求權各自獨立，消滅時效亦分別起算，原本請求權雖已罹於消滅時效，已發生之違約金請求權並不因而隨同消滅。

⑵查被上訴人未於約定清償期即82年4月16日清償系爭借款，系爭借款之違約金債權即因被上訴人遲延清償而自清償期翌日即82年4月17日起陸續發生，上訴人並得漸次向被上訴人

請求給付，則系爭借款之違約金債權請求權消滅時效應自各發生日之翌日起算。而被上訴人於已發生之各期違約金時效完成前之92年12月29日承認系爭借款債務，為兩造所不爭執（見本院前審卷第207頁），各已發生之違約金債權請求權消滅時效因而中斷、重行起算。又系爭借款之本金債權自約定清償期屆滿時起可由上訴人向被上訴人請求給付，其請求權消滅時效亦應自清償期翌日即82年4月17日起算，並因被上訴人前開於92年12月29日所為承認而使時效期間重行起算15年，而上訴人於15年間不行使，迄於107年12月29日即已罹於時效等情，為上訴人所自承（見原審卷第167頁），固堪認定。惟依前揭說明，系爭借款本金債權之請求權消滅時效雖已完成，然在被上訴人為時效抗辯前，違約金債權仍持續發生，而被上訴人係於111年4月28日向新北地院起訴，以上訴人未向被上訴人行使系爭借款債權請求權而罹於消滅時效，系爭抵押權亦逾實行之除斥期間為由，請求上訴人將系爭抵押權登記予以塗銷（即另案之原因事實，見本院前審卷第139頁），自有就系爭借款全部（即本金、違約金）為時效抗辯、拒絕給付之意，則以111年4月28日為基準往回推算至96年4月27日起發生之違約金債權，其請求權時效尚未逾15年；至96年4月27日以前之違約金債權（即82年4月17日至96年4月26日期間之系爭違約金），即因罹於時效並經被上訴人為時效抗辯，其請求權不復存在（至本金450萬元部分，非被上訴人起訴確認債權或債權請求權不存在範圍）。

⑶上訴人雖辯稱：被上訴人於111年3月2日、同年月8日承認含違約金在內之系爭借款債務，已拋棄時效完成之利益云云。而被上訴人之子即訴外人張琪政雖曾於111年3月2日以LINE傳送內容為「1條450萬-1條60萬-1條10萬=共520萬-你們再看看有沒有什麼沒算到的-在（應為「再」之誤）麻煩了」、「有的話直接在這裡直接加上去」、「我等你們的消息」等語給上訴人（見本院前審卷第135頁）；另被上訴人曾於111年3月8日寄發新店中正郵局第57號存證信函予上訴

人，載明向上訴人借款450萬元，並以系爭不動產設定系爭抵押權登記，經聯絡清償借款後置之不理，特以該函通知上訴人於函到7日內出面解決並約定銀行辦理清償借款之意旨（見原審卷第31頁）。惟被上訴人於前揭信函係表示借款450萬元並設定系爭抵押權（設定內容為利息及遲延利息無），對於違約金則隻字未提，且LINE對話內容亦未提及違約金，應認被上訴人並無以上開信函及LINE對話承認系爭借款所生違約金債務之意，尚難解為被上訴人業以單方行為拋棄系爭借款所生違約金債權之時效利益。

4.準此，系爭違約金之債權請求權已罹於時效，復無其他中斷時效事由，且上訴人所指被上訴人已拋棄時效利益等情均難認可採，業如前述，是被上訴人以時效抗辯為由訴請確認系爭違約金之債權請求權不存在，即屬有據，原審判決主文第1項亦同此認定，並無違誤，上訴人就此所為上訴爭執，並無理由。

㈡上訴人之系爭違約金債權得否就系爭不動產執行取償？

1.按96年3月28日修正前民法第861條規定：抵押權所擔保者，為原債權、利息、遲延利息及實行抵押權之費用。但契約另有訂定者，不在此限。即抵押權所擔保之債權，可由契約當事人自行訂定。抵押權設定契約書約定擔保之債權包含借款以外之違約金者，除其金額過高，經訴由法院依民法第252條規定減至相當之數額外，債務人應照約履行。一般抵押權，因先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，與最高限額抵押權，係由所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權者不同。以抵押權擔保之請求權，雖經時效而消滅，依民法第145條第1項、第880條規定，債權人仍得於消滅時效完成後，5年內就其抵押物取償。又民法第145條第1項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之，此觀同條第2項之規定即明。是抵押權擔保之債權，倘非利息或其他定期給付之各期給付請求權，縱已經消

滅時效，債權人仍得依民法第145條第1項、第880條規定，於5年內就其抵押物取償。

2.次按民法第129條第1項第2款所謂承認，乃債務人向請求權人表示認識其請求權存在之觀念通知，僅因債務人之一方行為而成立，無須得他方之同意。至於承認之方式法無明文，其以書面或言詞，以明示或默示，均無不可，故如債務人之一部清償、緩期清償或支付利息等，均可視為對於全部債務之承認。查被上訴人在92年12月29日承認系爭借款債務（見本院前審卷第207頁），且經證人方碧瑜於另案證稱：「92年12月間被上訴人有要將系爭不動產出賣給上訴人抵償系爭借款，因伊是上訴人的太太，上訴人遂指定由伊擔任買受人及登記名義人辦理系爭不動產所有權移轉登記，辦理登記時所需資料都是被上訴人於92年12月間交給上訴人的，後來被上訴人反悔不配合提出新的印鑑證明辦理過戶而未辦畢，被上訴人反悔後，曾承諾他會將他在永和的所有房地出賣，再清償積欠上訴人之款項，但也沒有履行，之後因上訴人中風，就沒有再去向被上訴人追償」等語（見原審卷第172至173頁、本院前審卷第141至142頁）；參酌被上訴人於另案審理中對其曾於92年間將系爭不動產所有權狀交給上訴人，同意上訴人以買賣為原因辦理系爭不動產所有權移轉登記之事實不予爭執（見本院前審卷第142頁），依一般社會常情，抵押債務人同意將抵押物出售予抵押權人以抵償所積欠之全部債務，實屬常見，應認證人方碧瑜前揭證述為可信，是上訴人辯稱被上訴人曾於92年12月29日承認系爭借款債權，並兼含本金及所生違約金，而就系爭違約金亦有中斷時效之情，洵屬有據。

3.被上訴人所負系爭違約金債務並非定期給付債務，且依系爭抵押權設定契約書所載，其擔保債權範圍及於系爭借款所生之違約金（見原審卷第63頁），而被上訴人前開於92年12月29日所為承認，使系爭違約金債權請求時效期間重行起算15年，復因上訴人於15年間未行使，迄至107年12月29日即罹

於時效，惟上訴人於111年8月16日持系爭拍抵裁定為執行名義，對系爭不動產聲請強制執行（參不爭執事項㈣），未逾民法第880條所定5年除斥期間，是系爭抵押權所擔保之系爭違約金債權，仍得於擔保債權總金額之範圍內就系爭不動產拍賣受償。

4.被上訴人爭執系爭違約金過高，應酌減為以週年利率6%計算，是否有理？

⑴按違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。民法第250條定有明文。準此，除當事人另有訂定外，違約金即應視為因債務不履行而生損害之賠償總額。依本件借據及系爭抵押權設定契約書之記載，兩造就系爭借款未約定利息或遲延利息，僅約定按週年利率10%計算之違約金，並以系爭不動產作為擔保（見原審卷第57、63頁），並未約定如被上訴人未約返還系爭借款時，除應支付違約金外，仍應依契約之約定或其他債之關係負損害賠償責任，足認系爭借款之違約金應視為因債務不履行而生損害之賠償總額。

⑵次按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減，且不論懲罰性違約金或損害賠償額預定性違約金均有適用。至於當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形為衡量標準。倘違約金係損害賠償總額預定性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高。爰審酌：①兩造原約定違約金按週年利率10%計算，固未逾現行民法第205條所定最高利率為週年利率16%之上限，然如以82年4月17日算至96年4月26日（即系爭期間），共計14年又10日，違約金高達6,312,329元〈計算

式：450萬元x10%x（14＋10/365），元以下四捨五入〉，已逾系爭借款債權本金之數額，若全數計算對被上訴人而言顯然過高且失其公平；②遲延清償系爭借款債權所致損害通常為依本金計算之利息損失；③民法第203條規定之法定遲延利息為週年利率5%；④金融監督管理委員會銀行局所頒消費性無擔保貸款定型化契約應記載事項內關於金融機構於借款人遲延還本或付息時，以逾期6個月以內按原借款利率10%，逾期超過6個月按原借款利率20%，計收違約金之規定（見原審卷第161頁）。是綜合以上各項參考因素，及被上訴人迄未清償分文之情節、現今社會一般經濟狀況及兩造利益等一切情狀，認系爭違約金應酌減至以週年利率6%計算為宜，以兼顧兩造之利益。

5.綜上，系爭違約金債權請求權雖已罹於時效，惟上訴人業於時效完成後之5年內聲請就系爭不動產拍賣取償，合於民法第145條第1項、第880條規定，並經本院認定酌減至應按週年利率6%計算，故系爭抵押權所擔保之系爭違約金在週年利率6%部分，仍得於擔保債權總金額之範圍內就系爭不動產拍賣取償。

㈢被上訴人訴請撤銷系爭執行事件就系爭違約金之執行程序，及判命上訴人不得持系爭拍抵裁定就系爭違約金部分為強制執行，是否有理？

1.按執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴，強制執行法第14條第2項固定有明文。惟聲請拍賣抵押物，原屬非訟事件，准許與否之裁定既無確定實體法上法律關係存否之性質，祇須其抵押權已經依法登記且債權已屆清償期而未受清償，法院即應為准許拍賣之裁定。抵押權人於其抵押債權未受全部清償前，依民法第873條規定，應得就抵押物之全部行使權利。抵押權所擔保之債權縱部分不存在，抵押權仍為擔保其餘之債權而存在，亦即抵押物之各部係擔保債權之全

部，此乃所謂抵押權之不可分性，於此情形，其執行名義即拍賣抵押物裁定之執行力並未因而喪失，抵押人縱爭執抵押債權金額已部分不存在，亦無從以異議之訴排除該拍賣抵押物之部分執行程序。

2.被上訴人既係就系爭借款之本金及所生違約金，於其所有系爭不動產設定系爭抵押權登記予上訴人，是被上訴人因設定系爭抵押權所提供之系爭不動產均須擔保債權之全部，在債權未全部清償或仍得依民法第145條第1項、第880條規定就系爭不動產取償前，尚不生抵押權部分消滅之效力；況系爭拍抵裁定僅宣示被上訴人所有抵押之系爭不動產准予拍賣（見原審卷第69至73頁），並未宣示將系爭不動產按抵押債權分割後之金額分別准予拍賣之，故新北地院民事執行處依此執行名義所為之系爭執行程序僅有一個，無從因抵押債權部分不存在而予以分割；是以，被上訴人如確已清償部分抵押債權，或部分抵押債權因罹於時效或其他因素（例如經法院酌減違約金）而不復存在，僅得於系爭不動產拍賣所得之價金分配時，主張減少上訴人之受償金額，無從以異議之訴排除拍賣抵押物之部分強制執行程序，從而被上訴人依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭執行事件就系爭違約金之執行程序，並宣告系爭拍抵裁定於系爭違約金部分不許強制執行，均於法無據，不應准許。

五、綜上所陳，系爭違約金債權已罹於時效，復無其他中斷時效事由，且上訴人所指被上訴人已拋棄時效利益等情均難認可採，是被上訴人求為確認系爭違約金債權請求權不存在，為有理由，應予准許；而上訴人已於時效完成之5年內聲請拍賣系爭不動產，並經本院酌減應按週年利率6%計算，則系爭違約金在週年利率6%部分，仍得於擔保債權總金額之範圍內就系爭不動產拍賣取償，惟拍賣抵押物強制執行程序無法割裂，是被上訴人另依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭執行事件有關系爭違約金部分之強制執行程序，並宣告上訴人不得持系爭拍抵裁定為執行名義就系爭違約金部分

為強制執行，為無理由，不應准許。原審判命「系爭執行事件就系爭違約金部分之執行程序應予撤銷」、「上訴人不得持系爭拍抵裁定為執行名義，對系爭不動產就系爭違約金部分為強制執行」，於法自有未洽，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2項所示。至上開應准許部分（指確認系爭違約金債權請求權不存在部分），原審為上訴人敗訴之判決，核無不合，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，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　16　　日

民事第十四庭

審判長法　官　李媛媛

法　官　蔡子琪

法　官　周珮琦

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後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日內向本院補提理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　16　　日

書記官　強梅芳

附表：

不動產標示			抵押權登記內容
編號	地號、建號	設定權利範圍	
1	新北市○○區○○段000地號土地	全部	登記日期：81年4月24日 字號：北中地登字第022508號 權利人：廖嘉裕 擔保債權總金額：540萬元 存續期間：自81年4月17日至82年4月16日 清償日期：82年4月16日 利息:無 遲延利息：無 違約金：依照契約約定 債務人及債務額比例：張瑞旺
2	新北市○○區○○段000○號建物（門牌號碼：新北市○○區○○路00巷0弄0號）	全部	