最高法院民事判決

109年度台上字第2128號

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

上列當事人間分配表異議之訴事件，上訴人對於中華民國108年5月8日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（108年度上字第24號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於將分配表表1 次序11所載違約金逾新臺幣六十萬零三百八十元及次序12、13、14所載違約金各逾新臺幣三十萬零一百九十元均剔除，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

本件被上訴人主張：被上訴人李重德於民國85年間向上訴人鄭榮發之被繼承人鄭黃桃（於96年間死亡）、上訴人郭松茂、羅主民、藍森財（下稱郭松茂等3人，上4人合稱鄭黃桃等4 人）借款新臺幣（下同）500 萬元（下稱系爭借款），並將其所有如原判決附表（下稱附表）所示土地及坐落屏東縣○○鄉○○段○○○ ○號土地（下稱九清段土地）設定普通抵押權600 萬元以擔保上開借款（下稱系爭抵押權）。惟李重德屆期未償還借款，乃於89年11月8日與鄭黃桃等4人簽訂協議書，約定將九清段土地所有權移轉予鄭黃桃等4人以抵償部分債務，抵償後尚欠債務220萬元，及自簽約成立1 年後依年息9%按月計付利息（下稱系爭協議書）。李重德另於95年間將附表編號1、2所示土地應有部分3分之1移轉予

被上訴人鄭志敏。嗣上訴人持臺灣屏東地方法院拍賣抵押物裁定聲請強制執行（104年度司執字第21155號，下稱系爭執行事件），經該院於106 年12月13日製作分配表（下稱系爭分配表），定於107年1月17日實行分配，因系爭協議書無約定違約金，且依96年修正前民法第861條第1項、第2 項規定，違約金並非抵押權擔保範圍，故系爭分配表就系爭抵押權所擔保債權之違約金均應剔除等情。爰依強制執行法第41條第1 項規定，並於原審更正聲明，求為命系爭分配表表1 次序11、12、13、14所載上訴人之違約金（下稱系爭違約金）均應剔除之判決。

上訴人則以：系爭借款有約定違約金，且抵押權登記事項亦有載明違約金之約定，故系爭分配表將系爭違約金債權列入分配，並無違誤，上訴人之主張已經另案原法院105 年度上字第43號確定判決駁回，不得再提起等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決（除確定部分外），改判如被上訴人之聲明，係以：李重德於85年間向鄭黃桃等4 人借款500 萬元，並設定系爭抵押權為擔保；雙方復於89年間簽立系爭協議書，約定李重德讓渡九清段土地以抵償部分債務，抵償後尚有債務220萬元，及自簽約成立1年後依年息9%按月計付利息，並無違約金之約定。雖系爭抵押權設定契約書有違約金之記載，惟僅能證明李重德於85年間向鄭黃桃等4 人借款時有此約定，嗣簽訂系爭協議書，約定債權債務範圍及償還方式，既未再約定違約金，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原則，系爭抵押權設定契約書所載違約金即失所附麗，系爭抵押權擔保之債權不包括違約金。是被上訴人依強制執行法第41條第1 項規定，請求將系爭分配表所載系爭違約金全數剔除，為有理由等詞，為其判斷之基礎。

關於廢棄部分（即原判決關於將系爭分配表表1 次序11所載違約金逾60萬0,380元及次序12、13、14所載違約金各逾30萬0,190元均剔除部分）：

按債權人或債務人對於分配表所載之各債權人之債權或分配金額有不同意者，應於分配期日前1 日，向執行法院提出書狀，聲明

異議。異議未經執行法院以更正分配表為分配而終結者，應就無異議部分先為分配。為異議之債權人或債務人，未於分配期日或受通知有反對陳述之情形起10日內，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之證明者，視為撤回其異議之聲明；經證明者，該債權應受分配之金額，應行提存。此觀強制執行法第39條第1項、第40條第2項、第41條第1項前段、第3項、第4項規定甚明。又85年10月9日修正公布強制執行法第41條之修正理由亦揭示，為加重異議人未為起訴證明之失權效果，爰規定未於10日內為此證明者，視為撤回其異議之聲明；其異議既不復存在，執行法院應依原定分配表實行分配，受訴法院亦應以其訴為不合法，裁定駁回之，以避免執行及訴訟程序之拖延。是該法條所定「十日」為法定不變期間，一經遲誤即發生失權之效果，自無補正之問題。查系爭分配表將上訴人之系爭違約金債權全額列入分配，定於107年1月17日實行分配，被上訴人於同年月15日具狀聲明異議，主張系爭分配表關於違約金之計期違法，應調整鄭榮發為60萬0,380元、郭松茂等3 人各為30萬0,190元，合計150萬0,950元，扣除後差額170萬0,050元應發還鄭志敏（見一審卷22至24頁）。復於受執行法院通知有反對陳述之情形起10日內之同年月25日提起本件分配表異議之訴，請求將系爭執行事件對鄭榮發所分配236萬1,387元債權額，減為168萬1,367元（即調整違約金60萬0,380元），對郭松茂等3人所分配各118萬0,694元債權額，均減為84萬0,684元（即調整違約金各30萬0,190元），減少之170萬0,050元改分配鄭志敏（見一審卷7至9頁）；並於同日向執行法院為該起訴之證明。似見被上訴人對於系爭分配表所載系爭違約金債權之分配金額，僅向執行法院為一部聲明異議及為起訴之證明，其就系爭分配表表1 次序11所載鄭榮發受分配違約金逾60萬0,380元部分（即68萬0,020元）及次序12、13、14所載郭松茂等3 人受分配違約金各逾30萬0,190元部分（即34萬0,010元）均未聲明異議。如被上訴人就其餘違約金部分未依法異議、起訴及證明，則其於107年7月9 日向第一審具狀為訴之變更追加，第一備位聲明第1 項係請求將系爭執行事件鄭榮發受分配債權

減為108萬0,987元，郭松茂等3人受分配債權均減為54萬0,494元，即將系爭違約金全數剔除（見一審卷75、76、81頁）；復於原審更正聲明如上（二者意思表示相同），並撤回其餘變更追加之訴（見原審卷62頁反面至63頁），核係就該未異議部分之違約金為追加剔除之請求，法院本應以該追加剔除部分已逾10日法定期間而不合法為由，依民事訴訟法第249條第1項第6 款規定，予以裁定駁回。乃原審疏未注意及此，就該追加剔除部分遽為被上訴人勝訴之判決，自有違誤。因被上訴人就該追加剔除部分，有無依法異議、起訴及證明，尚有未明，本院無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決此部分不當，求予廢棄，非無理由。

關於駁回其他上訴部分（即原判決關於將分配表表1 次序11所載違約金60萬0,380元及次序12、13、14所載違約金各30萬0,190元均剔除部分）：

原審就此部分，本於採證、認事、解釋契約及意思表示之職權行使，並斟酌全辯論意旨，以上述理由，認定系爭協議書僅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，系爭抵押權擔保之債權不包括違約金。是被上訴人依強制執行法第41條第1 項規定，請求將系爭分配表表1次序11所載違約金60萬0,380元及次序12、13、14所載違約金各 30萬0,190元均剔除，為有理由等情，經核於法並無違背。上訴論旨，指摘原判決關此部分為不當，求予廢棄，非有理由。末查，被上訴人於另案係依強制執行法第14條起訴，核與本件之訴訟標的不同，非屬同一事件，且另案未將系爭協議書有無約定違約金列為重要爭點並為判斷，是另案確定判決對本件無既判力及爭點效可言，上訴人就此部分所為指摘，不無誤會。又鄭志敏於108年4月11日向原審提出民事委任狀，委任李重德為訴訟代理人（見原審卷80頁）；被上訴人已就前揭追加剔除違約金部分補繳一、二審裁判費（見本院卷73、77頁）。均附此敘明。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477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1 項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　23　　日

最高法院民事第四庭

審判長法官　沈　方　維

法官　鍾　任　賜

法官　陳　靜　芬

法官　陳　麗　芬

法官　張　競　文

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　5　　日