臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度重上字第87號

上　訴　人　霖園園藝事業開發有限公司
法定代理人　吳新民
訴訟代理人　吳明德
被上訴人　　宋景福
訴訟代理人　陳正男律師

上列當事人間請求債務人異議之訴事件，上訴人對於中華民國107 年5 月17日臺灣橋頭地方法院106 年度訴字第822 號第一審判決提起上訴，本院於108 年9 月25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、上訴人起訴主張：被上訴人前執原審法院民國105 年度司拍字第750 號拍賣抵押物裁定為執行名義（下稱系爭執行名義），向原審法院聲請強制執行上訴人之財產，經原審法院以105 年度司執字第1337號強制執行事件（下稱系爭強制執行事件）受理。惟上訴人係透過訴外人尚益分別於民國104 年7 月1 日、104 年8 月14日向被上訴人各借款新臺幣（下同）300 萬元，合計600 萬元（下稱系爭借款），並約定以原為訴外人廖美珍所有之高雄市○○區○○段○○○○○號土地（權利範圍170/10000 ，變更前地號為同段290 地號）及其上同段921 建號建物（門牌號碼高雄市○○區○○路○○○ 巷○號，權利範圍全部，以下合稱系爭不動產），僅作為形式上擔保，但不做真正抵押權設定登記；上訴人之實際負責人吳明德並交付系爭不動產所有權狀正本、印鑑證明及用印後之抵押權設定契約書予被上訴人保管，俟系爭借款清償後再返還上訴人。系爭不動產已於104 年9 月10日以買賣為原因辦理所有權移轉登記為上訴人所有，詎被上訴人未經上訴人同意，擅自於104 年10月13日以系爭不動產向地政事務所辦理擔保債權總額720 萬元之最高限額抵押權（下稱系爭抵押權

）設定，且系爭抵押權之設定未經共同借款人黃文周之同意，系爭抵押權之設定應屬無效。縱認系爭抵押權設定有效，上訴人於104 年7 月1 日向被上訴人借款300 萬元，惟其中25萬元係給付予佘尚益之酬勞，上訴人僅實際領取275 萬元。另上訴人及吳明德、廖美珍於104 年8 月14日共同向被上訴人借款300 萬元，被上訴人僅匯款2,887,500 元，且僅其中887,500 元供上訴人使用，上訴人實際上僅積欠被上訴人3,637,500 元，被上訴人即不得以600 萬元債權對上訴人之財產為強制執行，被上訴人逾積欠債務範圍之強制執行程序亦應予撤銷。為此，爰依強制執行法第14條第2 項規定，提起本件訴訟等語。求為判決：系爭強制執行事件之強制執行程序應予撤銷。

二、被上訴人則以：兩造雖於借款時約定系爭不動產不作真正抵押權設定登記，惟上訴人未依約清償借款，兩造乃另協議辦理系爭抵押權登記，嗣於104 年10月13日經地政機關辦理系爭抵押權登記完畢。因被上訴人慮及借款之際係約定系爭不動產不作真正抵押權設定登記，乃於系爭抵押權設定登記完畢後，另於104 年11月4 日要求上訴人簽立切結書，確認上訴人同意辦理系爭抵押權設定，兩造間確有就系爭不動產為設定抵押權之合意，系爭抵押權之設定有效。又上訴人並未清償任何款項，迄今尚積欠被上訴人600 萬元，上訴人主張僅積欠被上訴人人3,637,500 元云云，亦屬無據。是上訴人請求撤銷系爭強制執行程序，均無理由等語置辯。

三、原審判決上訴人全部敗訴，上訴人不服，提起上訴，於本院聲明：㈠原判決廢棄。㈡系爭強制執行事件之強制執行程序應予撤銷。被上訴人答辯聲明：如主文所示。

四、兩造不爭執之事項：

㈠上訴人於104 年7 月1 日向被上訴人及訴外人黃文周各借款300 萬元，由上訴人之實質負責人吳明德與被上訴人、黃文周簽立借款契約書，並由吳明德配偶廖美珍擔任連帶保證人，及提供廖美珍名下之系爭不動產作為第二順位抵押權，但

不做真正抵押權登記。

㈡上訴人及吳明德、廖美珍於104年8月14日向被上訴人借款300萬元，其等與被上訴人於同日簽立借款契約書，並約定由廖美珍提供其名下之系爭不動產作為第二順位抵押權，加計300萬元，但不做真正抵押權登記，比照前開借款。

㈢上訴人曾簽發票號356894號、發票日104年9月9日、到期日104年11月18日、面額600萬元之本票，該張本票係由被上訴人收執。

㈣系爭不動產已於104年9月10日以買賣為原因辦理所有權移轉登記為上訴人所有，並於104年10月13日設定系爭抵押權予被上訴人，經地政機關登記在案。

㈤上訴人及吳明德於104年11月4日簽立切結書，內容記載同意提供上訴人名下系爭不動產設定第二順位抵押權720萬元予被上訴人，作為向被上訴人借款600萬元之擔保。

㈥被上訴人前持系爭執行名義，主張對上訴人有600萬元債權，聲請強制執行系爭不動產，經原審法院以系爭強制執行事件受理。

㈦吳明德於104年10月14日在合作金庫商業銀行（下稱合庫銀行）小港分行，提領上訴人申設合庫銀行南高雄分行帳戶內之現金200萬元。

㈧被上訴人於104年10月14日在陽信商業銀行股份有限公司（下稱陽信銀行）小港分行存款現金100萬元至其陽信銀行帳戶內，被上訴人並於同日轉匯115,000元給余尚益。

五、本件之爭點：

㈠系爭抵押權設定是否有效？

㈡上訴人請求撤銷系爭強制執行事件之執行程序，有無理由？

六、系爭抵押權設定是否有效？

㈠經查：上訴人於104年7月1日向被上訴人及訴外人黃文周各借款300萬元，由上訴人之實質負責人吳明德與被上訴人、黃文周簽立借款契約書，並由吳明德配偶廖美珍擔任連帶保證人，及提供原登記予廖美珍名下之系爭不動產作為第二

順位抵押權，但不做真正抵押權登記。又上訴人及吳明德、廖美珍於104 年8 月14日另向被上訴人借款300 萬元，其等與被上訴人於同日簽立借款契約書，並約定由廖美珍提供系爭不動產作為第二順位抵押權，加計300 萬元，但不做真正抵押權登記，比照前開借款等情，此為兩造所不爭執（見本院卷第160 頁背面），並有104 年7 月1 日及104 年8 月14日借款契約書各1 份在卷可稽（見原審審訴卷第7 頁至第10頁、第40頁至第43頁）。則依前後2 次借款所簽立之借款契約書所載，均約定以系爭不動產作為第二順位抵押權，但不做真正抵押權登記，足認兩造於借款時確無就系爭不動產為抵押權設定登記之約定，堪以認定。

㈡次查：兩造雖於借款時並無就系爭不動產為抵押權設定登記之約定，業如前述。惟證人佘尚益於原審證稱：原本約定不真正設定抵押，設定後沒有多久，被上訴人說他想想不對，當初是寫不真正設定，所以叫伊多擬一份切結書，切結書是吳明德自己看完後才簽的，我們沒有逼他簽，他說謊說是沒有看內容就蓋章等語（見原審卷第24頁至第25頁），復於本院證稱：「（上訴人訴訟代理人問：宋景福104 年10月13日到仁武地政辦理最高限額抵押權720 萬元時，並未告知另一位共同債權人黃文周及我本人？）不對，宋景福沒有告知黃文周，但宋景福不可能沒有告知你。我們有告知你，可能不是當天，但是事前就有先講」、「（上訴人訴訟代理人問：我在宋景福104 年10月13日到仁武地政辦理最高限額抵押權720 萬元後好幾天，因為沒有代書還我建物權狀，所以我就直接打電話給代書。代書稱需要問宋景福，所以我直接問你，你跟我說既然已經設定，權狀應該還我，就幫我追蹤這件事，事後也把權狀還給我？）不是，設定前我都有參與，參與時我有告知宋景福，吳明德你在外面欠了很多錢，要宋景福不要再借錢給你，當時宋景福要我不要再管這事，所以設定完之後我就沒有再參與了。你剛才說設定完後再打電話給我都不是事實」等語（見本院卷第123 頁）。及證人即辦理

系爭抵押權設定之地政士林雪照於本院證稱：我於104年10月12日至岡山地政事務所辦理系爭抵押權設定登記，是雙方委託我辦理的，相關的登記資料也是雙方所提供的，印象中有余尚益、吳明德、被上訴人一起，吳明德當初沒有把公司登記表正本給我，所以後來拿到仁武地政事務所給我。設定的費用是吳明德給我的，規費不足部分是被上訴人補我差額1千元。我是在13日設定完成後上午拿到文件，因為被上訴人打電話給我問案件好了沒有，我跟他說好了，我們就約在岡山地政事務所直接把領的東西（按土地所有權狀等資料）交給被上訴人等語（見本院卷第146頁至第148頁）。本院審酌余尚益負責仲介兩造間借款之事宜，以收取仲介佣金，而林雪照僅負責辦理系爭抵押權登記，均與兩造間並無利害關係，其等應無甘冒偽證重責，設詞迴護被上訴人，而為不利於上訴人證述之必要，是其等之證言應屬可信。是被上訴人抗辯設定系爭抵押權前業經吳明德之同意，吳明德並將相關登記資料交付林雪照辦理抵押權設定登記等語，堪以採信。復參以證人梁鴻惠於本院證稱：我認識吳明德與宋景福，和他們認識大概3、4年，我曾在3年多前，去小港漢民路全家便利商店買東西，在店內遇過他們2人，我問他們在那邊做什麼，宋景福說房子早上設定好了，就把權狀、存款簿及印章還給吳明德，我有看到權狀、存款簿及印章等語（見本院卷第119頁背面至第120頁），證人梁鴻惠亦證稱目睹被上訴人將權狀、存款簿及印章還給吳明德等語，核與證人林雪照證稱辦理系爭抵押權設定完畢後，將領取之物（按土地所有權狀等資料）交給被上訴人等語，相互呼應。亦即，被上訴人於林雪照辦妥系爭抵押權設定登記，自林雪照取得土地所有權狀等資料後，乃於小港漢民路全家便利商店將前開資料交付予吳明德之情節，相互符合。是以。被上訴人抗辯因上訴人未清償借款，兩造乃另協議辦理系爭抵押權設定登記，並於104年10月13日經地政機關辦理系爭抵押權登記等語，堪以採信。上訴人主張被上訴人未經其同意即設定系

爭抵押權云云，並無足採。

㈢上訴人另主張：系爭抵押權之設定未經共同借款人黃文周之同意，系爭抵押權之設定應屬無效云云。惟兩造已協議辦理系爭抵押權設定登記，並於104 年10月13日經地政機關辦理系爭抵押權登記，業如前述。則縱認黃文周為共同借款人，系爭抵押權之設定亦無需經黃文周同意之必要，是上訴人前開主張，亦無足取。

㈣況查，被上訴人向地政事務所送件辦理系爭抵押權設定登記後，上訴人及吳明德已於104 年11月4 日簽立切結書，切結書內容記載：「甲乙方（即吳明德、上訴人）於104 年9 月9 日共同簽發本票600 萬元整，向宋景福先生借款，作為向銀行房地貸款用途，約定於同年10月8 日返還，屆期未清償，同意提供乙方名下所有坐落高雄市○○區○○路之房地設定第二順位抵押權720 萬元整予宋景福先生為擔保」等語（見原審審訴卷第30頁），而兩造對於切結書所載內容係提供系爭不動產設定第二順位抵押權720 萬元予被上訴人，作為向被上訴人借款600 萬元之擔保，亦不爭執（見本院卷第161 頁）。則縱認被上訴人於設定抵押權之際，並未經上訴人之同意，然上訴人事後已承認該抵押權設定之無權處分行為，依民法第118 條規定系爭抵押權之設定即屬有效。至上訴人之實際負責人吳明德雖主張：係余尚益要求伊拿印章到現場，說不配合就讓上訴人跳票，伊去的時候，余尚益拿著印章就蓋了，然後叫伊簽名，伊不知道切結書用處，余尚益沒有給伊看內容云云，惟未能舉證以實其說；並衡以吳明德於原審陳稱：伊為高商、空中商專畢業，做生意1 、20年，為上訴人原本負責人及現在實際負責人，公司經營、借貸、周轉由伊統籌處理，上訴人法定代理人吳新民未實際管理上訴人，吳新民知道公司事務均由伊處理，公司大小章由伊保管，由伊使用與他人簽約等語在卷（見原審審訴卷第39頁、原審卷第69頁、第105 頁至第106 頁），堪認吳明德為實際經營公司之人，亦得全權為公司決策，其經商時間甚長，具

一定智識程度及社會經驗，其明知余尚益與系爭借款有關，為免損及自身權益，於簽立文件時應無可能絲毫未閱覽文件所載內容即簽名用印，且無證據證明其受詐欺、脅迫而簽立系爭切結書。是以，系爭抵押權設定既經上訴人事後同意，自屬有效。上訴人否認系爭抵押權設定之效力，亦無可採。

七、上訴人請求撤銷系爭強制執行事件之執行程序，有無理由？

㈠按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如以裁判為執行名義時，其為異議原因之事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張之。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1項、第2項定有明文。所謂消滅債權人請求之事由，例如清償、提存、抵銷、免除、混同、債權讓與、債務承擔、更改、消滅時效完成、解除條件成就、契約解除或撤銷、另訂和解契約，或其他類此之情形。所謂妨礙債權人請求之事由，例如債權人同意延期清償、債務人行使同時履行抗辯權等，最高法院69年度台上字第654號、98年度台上字第1899號判決要旨可資參照。經查：被上訴人於系爭強制執行事件所提執行名義為拍賣抵押物之確定裁定，與確定判決無同一效力，依強制執行法14條第2項規定，於執行名義成立前倘有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人固得於執行程序終結前提起異議之訴。惟上訴人主張被上訴人未經上訴人同意擅自辦理系爭抵押權設定登記，該設定登記係屬無效云云，並無可採，業如前述，是上訴人據此請求撤銷系爭強制執行事件之執行程序，自屬無據。

㈡次按債務人異議之訴之目的在於排除執行名義之執行力，而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若經一部清償而一部消滅，抵押權仍為擔保其餘之債權而存在

。於此情形，其為執行名義之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清償，亦無從以異議之訴排除該拍賣抵押物之部分執行程序（最高法院102年度台上字第543號判決意旨參照）。經查：被上訴人抗辯上訴人尚積欠被上訴人600萬元，上訴人就積欠被上訴人之金額於3,637,500元範圍內並不爭執（見本院卷第111頁）。因系爭不動產設定抵押權係擔保債權之全部即600萬元，無從將系爭不動產按抵押債權清償後之金額分別拍賣之，則被上訴人執為執行名義之拍賣抵押物裁定之執行力並未因全部清償而喪失，抵押人縱爭執抵押債權金額已部分清償，亦無從以異議之訴排除該拍賣抵押物之部分執行程序，是上訴人主張縱認系爭抵押權設定有效，上訴人實際上僅積欠被上訴人3,637,500元，被上訴人即不得以600萬元債權對上訴人之財產為強制執行，被上訴人逾積欠債務範圍之強制執行程序亦應予撤銷云云，亦屬無據。至上訴人就系爭抵押權所擔保之債權尚餘數額若干，並未提起確認之訴確認之，本院自無庸就此部分予以審酌，附此敘明。

㈢綜上，上訴人主張系爭執行名義有消滅債權人請求之事由發生，無從憑採，其據此請求撤銷系爭強制執行事件之執行程序云云，洵屬無據，自應予駁回。

八、綜上所述，被上訴人依強制執行法第14條第2項規定，請求撤銷系爭強制執行事件之強制執行程序，為無理由，不應准許。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。

九、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　23　　日

民事第五庭

審判長法　官　謝靜雯

法　官　劉傑民

法　官　洪能超

以上正本證明與原本無異。

霖園園藝事業開發有限公司如對本判決上訴，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　　108　　年　　10　　月　　23　　日

書記官　林宛玲

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。