臺灣高等法院高雄分院民事判決

108年度上字第24號

上　　訴　　人　鄭志敏
兼訴訟代理人　李重德
被上訴　　人　鄭榮發
　　郭松茂
　　羅主民
兼　　共　　同
訴訟代理人　藍森財

上列當事人間分配表異議之訴事件，上訴人對於中華民國107 年11月30日臺灣屏東地方法院107 年度訴字第137 號第一審判決提起上訴，本院於108 年4 月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及訴訟費用（除確定部分外）之裁判，均廢棄。

上開廢棄部分，原法院一〇四年度司執字第二一一五五號強制執行事件於民國一〇六年十二月十三日製作之分配表其中關於被上訴人就表1 次序11、12、13、14所載之違約金，均應予剔除。

第一（除確定部分外）、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人李重德於民國85年間向訴外人鄭黃桃（於96年間死亡，由被上訴人鄭榮發繼承）、被上訴人郭松茂、羅主民、藍森財（下稱鄭黃桃等4 人）借款新臺幣（下同）500 萬元（下稱系爭借款），並於85年6 月26日將其所有如附表所示土地及坐落屏東縣〇〇鄉〇〇段〇〇〇 〇號土地（下稱九清段666 地號土地）共同設定岜通抵押權600 萬元予鄭黃桃等4 人以擔保上開借款（下稱系爭抵押權）。之後李重德屆期未償還系爭借款，遂於89年11月8 日與鄭黃桃等4 人簽訂協議書，將其所有九清段666 地號土地所有權移轉予鄭黃桃等4 人抵償部分債務，約定抵償後尚欠債務220 萬元，及自協議書簽字成立的一年之後，才開始按月計收年息百分之九的利息（下稱系爭協議書），但未約定違約金。另李

重德於95年10月14日將附表編號1、2所示土地應有部分3分之1移轉予上訴人鄭志敏。嗣被上訴人持原法院准許拍賣上開抵押物之裁定（103年度司拍字第202號），向原法院聲請強制執行拍賣附表所示土地（原法院104年度司執字第00000號，下稱系爭執行事件），嗣附表編號1、2所示土地經拍定後，於106年12月13日製作分配表（下稱系爭分配表），並定於107年1月17日實行分配。惟系爭協議書無違約金約定，且依96年3月28日修正前民法第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予剔除。爰依強制執行法第41條第1項規定，求為命系爭分配表所載被上訴人鄭榮發之違約金1,280,400元及被上訴人羅主民、郭松茂、藍森財之違約金各640,200元（即表1次序11、12、13、14所載之違約金）均應予剔除之判決（上訴人於原審逾此範圍之請求，業已撤回，不在本院審理範圍）。

二、被上訴人則以：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，故系爭分配表將伊等違約金債權列入分配並無違誤等語置辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，其不服提起上訴，於本院聲明：

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分廢棄。上開廢棄部分，系爭分配表所載被上訴人鄭榮發之違約金1,280,400元及被上訴人羅主民、郭松茂、藍森財之違約金各640,200元（即表1次序11、12、13、14所載之違約金）均應予剔除。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項

鄭黃桃等4人於85年6月間共同借款500萬元予上訴人李重德（鄭黃桃出資5分之2；郭松茂、羅主民、藍森財各出資5分之1），李重德於同年6月26日將附表所示土地共同設定600萬元之系爭抵押權予鄭黃桃等4人，並於同年6月27日簽發系爭本票予鄭黃桃等4人以擔保上開借款。

鄭黃桃等4人與李重德於89年11月8日簽立系爭協議書載明

：「一、乙方（即李重德）積欠甲方（即鄭黃桃等4 人）之債務合計達新台幣500 萬元，經協商由乙方以所有之屏東縣○○鄉○○段○○○ 號土地現狀讓渡與甲方（過戶手續費及規費由乙方負擔），作為抵償乙方債務的一部分，抵償後甲方對乙方之債權剩下為新台幣220 萬元。二、乙方於本協議書簽字成立之同時交付予甲方前揭土地過戶所需之一切文件，甲方應於辦理土地過戶之同時，將甲方對乙方原有之債權及抵押權設定調降為新台幣220 萬元。三、甲方同意乙方未清償之220 萬元債務，自本協議書簽字成立的一年之後，才開始按月計收年息百分之九的利息。但如乙方在此一年內將抵押給甲方之土地處分讓售給第三人時，則利息將自本約簽約日起算。四、若乙方在一年半內有能力購回屏東縣○○鄉○○段○○○ 號土地時，甲方承諾願意無條件以280 萬元加計自本約簽約日起按中央銀行基本利率之利息為總價讓乙方買回。一切過戶之費用由乙方自負，但若乙方違約未按本約第三條規定於一年後履行開始給付利息之義務，則本條乙方買回權將自動降為一年限期。……」等語（原審卷第27頁），亦即李重德將其所有九清段666 地號土地移轉予鄭黃桃等4 人以抵償系爭借款部分債務，抵償後尚欠債務220 萬元。

鄭黃桃等4 人自90年後未再向上訴人收取系爭協議書所約定之利息。嗣債權人鄭黃桃於96年3 月間死亡，其債權由被上訴人鄭榮發繼承。

五、兩造爭執事項

系爭協議書有無約定違約金？系爭抵押權擔保範圍有無包括違約金？

上訴人依強制執行法第41條第1 項規定，請求將系爭分配表中被上訴人就系爭抵押權擔保債權之違約金均予剔除，有無理由？

六、本院之判斷

系爭協議書有無約定違約金？系爭抵押權擔保範圍有無包括違約金？

1.上訴人主張系爭協議書未約定違約金乙情，為被上訴人所否認。經查，李重德於85年間向鄭黃桃等4 人借款500 萬元，並於85年6 月26日將附表所示土地及九清段666 地號土地共同設定岠通抵押權600 萬元予鄭黃桃等4 人。嗣李重德屆期未清償，鄭黃桃等4 人遂於89年11月8 日與李重德簽訂系爭協議書，將上開九清段666 地號土地所有權移轉予鄭黃桃等4 人以抵償系爭借款部分借款債務，抵償後尚欠借款債務220 萬元等情，為兩造所不爭執，並有系爭本票、系爭協議書及抵押權設定契約書附卷可佐（原審卷第56頁、第27頁、第58頁暨反面）。又揆諸系爭協議書記載內容如前述兩造不爭執事項 所載，其中含未償借款餘額，並重新約定利息，惟全無違約金之記載（原審卷第27頁），足見上訴人主張系爭協議書未約定違約金乙情為可採。

2.又被上訴人主張系爭抵押權擔保範圍包括違約金云云，無非係以該抵押權設定契約書記載「違約金：本金每日每百元逾一日加徵新臺幣五角元（即日息千分之五）」等字（原審卷第58頁及反面）為憑，然為上訴人所否認。按抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，契約當事人間除以債權之發生為停止條件，或約定就將來應發生之債權而設定外，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之設定登記，仍難認其抵押權業已成立，乃抵押權成立上（發生上）之從屬性；抵押權為擔保物權，以擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失所附麗，縱有抵押權登記，亦屬無效（最高法院94年度台上字第112 號、103 年度台上字第393 號民事判決可資參照）。經查，上開抵押權設定契約書之記載，僅能證明李重德於85年間向鄭黃桃等4 人借款時，有約定違約金，惟其等嗣後簽訂系爭協議書，約定債權債務範圍及償還方式，即未再約定違約金，亦無保留原約定違約金之記載，顯已免除違約金債務，則依抵押權成立之從屬性原則，前揭抵押設定契約書所載違約金，即失所附麗，而不存在，是以被上訴人主張系爭抵押權擔保債權包括違約金云

云，要無可採。

上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求將系爭分配表中被上訴人就系爭抵押權擔保債權之違約金均予剔除，有無理由？

經查，系爭分配表依上開抵押權設定契約書所載基準計算被上訴人就系爭抵押權（即表1次序11、12、13、14）之違約金而列入分配乙情，有系爭分配表可佐（原審卷第17頁），然該抵押設定契約書所載違約金，已不存在，如前所述。從而，上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求將系爭分配表中被上訴人就系爭抵押權擔保債權之違約金全數剔除，洵屬有據。

七、綜上所述，上訴人依強制執行法第41條第1項規定，請求將系爭分配表中被上訴人就系爭抵押權擔保債權（即表1次序11、12、13、14所載）之違約金全數剔除，應予准許。從而，原審為上訴人敗訴之判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。

八、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，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　8　　日

民事第六庭

審判長法　官　魏式璧

法　官　陳宛榆

法　官　洪培睿

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　　108　　年　　5　　月　　8　　日

書記官　馬蕙梅

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

編號	土　地　坐　落	權利範圍
1	屏東縣○○鄉○○段○○○○○號	3分之2
2	屏東縣○○鄉○○段○○○○○號	3分之2
3	屏東縣○○鄉○○段○○○○○號	60分之10