臺灣高等法院高雄分院民事判決

109年度上更一字第14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

上列當事人間請求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，經最高法院發回更審，本院於109年12月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第一、二審（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用，由上訴人負擔二分之一，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人李重德於民國85年間向被上訴人鄭榮發之被繼承人鄭黃桃（於96年間死亡）、被上訴人郭松茂、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），並將其所有如本院前審判決附表（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）設定岠通抵押權600萬元以擔保上開借款（下稱系爭抵押權）。嗣李重德屆期未償還系爭借款，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　、　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。爰依強制執行法第41條第1 項規定，求為命系爭分配表表1 次序11、12、13、14所載被上訴人之違約金（下稱系爭違約金）均應予剔除。

二、被上訴人則以：系爭協議書有約定違約金，系爭抵押權約定書亦有載明違約金約定；上訴人於107 年1 月15日向執行法院具狀聲明異議，主張系爭分配表關於違約金之計期違法，應調整鄭榮發為600,380 元、郭松茂等3 人各為300,190 元，合計1,500,950 元，扣除後差額1,700,050 元應發還鄭志敏，復於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，請求將系爭分配表對被上訴人所分配金額為如上之調整，可見上訴人就系爭分配表所載超過上開金額部分之違約金均未聲明異議，故上訴人雖於前審就該未異議部分之違約金為追加剔除之請求，亦非合法等語，資為抗辯。

三、原審為被上訴人全部勝訴之判決，上訴人不服提起上訴，經本院前審判決：　原判決關於駁回上訴人後開第2 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，原法院系爭執行事件於106 年12月13日製作之系爭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。被上訴人就前審判決其敗訴部分提起第三審上訴，經最高法院就本院前審關於將系爭分配表表1 次序11所載違約金逾600,380 元及次序12、13、14所載違約金各逾300,190 元均剔除，暨該訴訟費用部分廢棄，發回本院重新審理（就前審判決剔除之其餘部分，最高法院駁回被上訴人之上訴，而告確定，故本院審理範圍為系爭分配表表1 次序11所載違約金600,380 元及次序12、13、14所載違約

金各300,190 元，是否同應剔除）。上訴人於本院上訴聲明：　原判決除確定部分外廢棄。　上開廢棄部分，原法院系爭執行事件於106 年12月13日製作之系爭分配表其中關於鄭榮發之違約金600,380 元及羅主民、郭松茂、藍森財之違約金各300,190 元均應予剔除。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、本院之判斷：

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。前項書狀，應記載異議人所認原分配表之不當及應如何變更之聲明。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。債務人對於有執行名義而參與分配之債權人為異議者，僅得以第14條規定之事由，提起分配表異議之訴。聲明異議人未於分配期日起十日內向執行法院為前二項起訴之證明者，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。前項期間，於第40條之1 有反對陳述之情形，自聲明異議人受通知之日起算，強制執行法（下稱本法）第39條、第41條第1 項前段、第2 至4 項定有明文。準此，債權人或債務人對於分配表所載之債權或分配金額有不同意者，應聲明異議，且必須於分配期日一日前，向執行法院提出聲明異議書狀，並應於書狀記載異議人所認原分配表之不當及應如何變更之聲明，倘異議人所提出之書狀未為上開記載，且未於分配期日一日前完成補正程序，其異議即不合法定程式，為不合法，不生異議之法效，自無依本法第40條第1 項、第40條之1 相關規定終結，或由異議人依本法第41條規定，提起分配表異議之訴，以解決該爭端之餘地。是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，如未經合法之異議程序，所提起之分配異議之訴，即難謂合法，最高法院104 年度台抗字第272 號裁判意旨參照。

又按債務人或有利害關係之他債權人對債權人或債務人對於分配表所提出異議為反對之陳述，聲明異議人即應於分配期日或受通知有反對陳述情形日起10日內向執行法院為起訴之證明，否則，其聲明異議視為撤回，亦不容前已捨棄異議權之債權人或債務人對該應先為分配之無異議部分（包括未聲明異議或撤回異議及視為撤回者），再行聲明異議並提起分配表異議之訴，最高法院98年度台上字第1730號裁判意旨參照。再按尋繹本法第41條於85年10月9 日之修正本旨，在於原規定異議人未為起訴之證明者，僅生執行法院得依原定分配表實行分配之效果，其所提起之訴訟，仍須進行，致生分配程序已終結，而仍須進行無益訴訟程序之現象，為加重異議人未為起訴證明之失權效果，始修正為「未於十日內向執行法院為起訴之證明者，視為撤回其異議之聲明」之規定，於此情形，其異議既復不存在，執行法院當然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，此乃規定於十日內為起訴之證明，注重在向執行法院為證明。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，最高法院100 年度台抗字第867 號、109 年度台上字2128號裁判意旨參照。

經查，被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，執行法院於106 年12月13日所製作之系爭分配表將被上訴人之系爭違約金債權全額列入分配，執行法院作成系爭分配表後，指定於107 年1 月17日實行分配，並於106 年12月15日發函通知兩造，上訴人於107 年1 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，應與遲延利息之計算期間相同即自99年5 月26日起至106 年11月13日止，故應調整鄭榮發為600,380 元、郭松茂等3 人各為300,190 元，合計1,500,950 元，超過部分應予剔除，扣除後差額共計1,700,050 元應發還鄭志敏；執行法院於107 年1 月18日通知被上訴人到場，被上訴人均為反對陳述，執行法院因

此未依上訴人之聲明異議更正系爭分配表，異議程序未終結，執行法院並於同日函請上訴人於文到10日內依強執執行法第41條向為反對陳述之被上訴人提起分配表異議之訴，並向執行法院為起訴之證明，逾期即視為撤回分配表異議之聲明，執行法院將依系爭分配表實行分配；嗣上訴人於同年月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2,361,387 元債權額，減為1,681,367 元（即調整違約金債權為600,380 元），對郭松茂等3 人所分配各1,180,694 元債權額，均減為840,684 元（即調整違約金債權各為300,190 元），減少共計1,700,050 元應改分配鄭志敏，此有系爭分配表、執行法院函、送達證書、民事分配表聲明異議狀、言詞陳述筆錄、執行法院執行命令、民事分配表異議之訴狀暨所附書狀等在卷可稽（見系爭執行卷　第46-61 頁、第73-97 頁，一審卷第7-32頁）。可見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，就系爭分配表表1 次序11所載鄭榮發受分配違約金逾600,380 元部分（即680,020 元）及次序12、13、14所載郭松茂等3 人受分配違約金各逾300,190 元部分（即340,010 元）均未聲明異議乙情明確。

ŋ 雖上訴人於提起本件分配表異議之訴後，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1,080,987 元，郭松茂等3 人受分配債權均減為540,494 元，即將系爭違約金全數剔除（見一審卷第75、76、81頁）；復於前審更正聲明如上，並撤回其餘變更追加之訴（見本院前審卷第62頁反面-63 頁）。然上訴人就系爭分配表表1 次序11所載鄭榮發受分配違約金逾600,380 元部分（即680,020 元）及次序12、13、14所載郭松茂等3 人受分配違約金各逾300,190 元部分（即340,010 元）未依法聲明異議、起訴及證明，業如前述，可徵就此部分未為聲明異議而為確定，自無從再於本件分配表異議之訴事件之審理過程中，以訴之追加、擴張方式，再

對之異議，故上訴人就此再為爭執，主張逾其聲明異議範圍之違約金金額亦應予追加剔除，不符法定程序，且因遲誤10日之法定期間亦無由補正，上訴人就該未異議部分之違約金為追加剔除之請求，自非合法。

ē 至上訴人主張其在系爭執行事件中對於系爭抵押權有無受擔保之債權、債權範圍及系爭協議書效力均曾提出爭執，此屬對於實施強制執行之方法、執行時應遵守之程序，或其他侵害利益之情事，而依本法第12條所提出之異議，應視為已對系爭分配表全部內容「預先」提出異議，而得併入本件分配表異議之訴之聲明或擴張追加之中，且因未被執行法院駁回，尚在訴訟階段，故毋需再另外異議與起訴等語（見本院卷第87、93-97 頁、109-111 頁、115-117 頁、123 頁）。按本法第41條分配表異議之訴，係因關於分配表所載各債權人之債權或分配金額之爭執，執行法院不得為實體審認，故就分配表有異議之債權人或債務人，對為反對陳述之債權人或債務人得提起分配表異議之訴，以資解決爭端，足見提起分配表異議之訴在於解決已合法參與分配之債權人內部彼此間對應受分配金額之爭議，如判決結果認參與分配之債權確實存在者，即應依原分配表實行分配；反之則應剔除其分配或更正原分配表而為分配，故在執行法院未製作分配表之前，難認債權人或債務人得以預先就關於分配表所載各債權人之債權或分配金額提出異議並進而合法提出分配表異議之訴。經查，上訴人雖曾於106 年8 月1 日、106 年8 月17日、106 年10月5 日以及106 年10月27日前後提出4 份民事聲明異議狀，主張執行法院未審究債權與抵押權從屬關係、未對債權人多次變更債權進行調查、違反本法第8 條對執行事項及範圍與債權不符給與放行、違反刑法等規定而受理系爭執行事件等，依本法第12條向執行法院聲明異議，並提出民事聲明異議狀為證（見本院卷第193-219 頁），然上訴人斯際所提出時間點，執行法院尚未製作系爭分配表，自難認上訴人得以預先就關於分配表所載各債權人之債權或分配金額提出

異議並進而提出分配表異議之訴。

至上訴人主張本法第41條第1項後段規定「異議人已依同一事由就有爭執之債權先行提起其他訴訟者，毋庸再行起訴」，而其業以前揭4份聲明異議狀提出包含對執行法院違法執行、不當執行等控訴，即等同依同一事由就有爭執之債權先行提起其他訴訟，故毋庸再行起訴，亦可在尚未「受通知」被上訴人對此部分有「為反對之陳述」的「無起訴期限」情形下，隨時為起訴或是擴增訴之聲明等語（見本院卷第105、111-113頁、121頁）。按本法第41條第1項後段所謂「就有爭執之債權先行提起其他訴訟」，係指為異議之債權人或債務人就為反對陳述之債權人之債權，在收受分配表之前，已對該債權人提起確認債權存否之訴而言。此種訴訟，原無排除強制執行之效力，惟同一異議人依同一事由先行起訴，又再行提起分配表異議之訴，足以影響執行程序之迅速進行，並增加訟累，故特設例外規定，認聲明異議人於分配期日起10日內，就此項訴訟，向執行法院為起訴之證明者，亦生停止異議部分之分配及執行法院應依該訴訟之確定判決實行分配之效力，毋庸再行提起分配表異議之訴，最高法院97年度台抗字第327號、96年度台抗字第911號裁判要旨參照。經查，上訴人前於104年間即以系爭借款業因清償而消滅、系爭協議書業已撤銷以及債權人請求罹於時效為由，依本法第14條第1項提起債務人異議之訴，並聲明撤銷系爭執行事件以及執行名義之拍賣抵押物裁定，經第一審法院於104年12月29日以104年度訴字第449號判決駁回上訴人之訴，上訴人不服提起上訴，再經本院於106年1月11日以105年度上字第43號判決駁回上訴，上訴人不服提起第三審上訴，復經最高法院於106年4月13日以106年度台上字第1311號裁定駁回上訴而確定，有民事裁判書在卷可證（見本院卷第147-161頁、第365-367頁），顯見上訴人雖曾於系爭執行事件期間，對被上訴人提起債務人異議之訴，但早經法院判決駁回確定，上訴人此後亦無就系爭抵押權所擔保債權，在

收受系爭分配表之前，對被上訴人提起確認債權存否等訴，故其主張已就同一事由有爭執之債權先行提起其他訴訟，而毋庸再行異議並提起分配表異議之訴，亦得隨時為追加或擴張訴之聲明云云，自無可採。

五、綜上所述，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，逾此範圍因未聲明異議而視為捨棄異議權，上訴人亦不得於本件分配表異議之訴之審理程序，就其先前已為捨棄異議權之部分另為擴張、追加其聲明，此亦非分配表異議之訴所得審理之範圍。是上訴人請求依強制執行法第41條第1項前段規定提起本件分配表異議之訴，主張剔除系爭分配表其中關於鄭榮發之違約金600,380元及羅主民、郭松茂、藍森財之違約金各300,190元者，不符法定必須具備之程式，亦無從命其補正，依民事訴訟法第249條第1項第6款之規定，應予駁回。原審應以裁定駁回上訴人此部分之訴，惟未為之，而經審理認上訴人之訴為無理由，以判決駁回，雖有未洽，然結論並無二致，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

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，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　31　　日

民事第四庭

審判長法　官　甯　馨

法　官　何悅芳

法　官　羅培毓

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。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　31　　日

書記官　陳雅芳

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。