

臺灣嘉義地方法院民事判決

111年度訴字第706號

原告 京城商業銀行股份有限公司

法定代理人 戴誠志

訴訟代理人 季佩玆律師

被告 劉易智即劉大群

劉大陣

陳金治

上列一人

訴訟代理人 黃志文律師

上列當事人間確認抵押權不存在等事件，於民國113年1月26日言詞辯論終結，本院判決如下：

主 文

一、確認被告劉易智即劉大群、劉大陣間就如附表一所示地號土地，所設定如附表一編號1所示之抵押權所擔保之債權不存在。

二、被告劉大陣應將如附表一編號1所示之抵押權登記予以塗銷。

三、確認被告劉易智即劉大群、陳金治間就如附表一所示地號土地，所設定如附表一編號2所示之抵押權所擔保之債權不存在。

四、被告陳金治應將如附表一編號2所示之抵押權登記予以塗銷。

五、訴訟費用新臺幣9,800元及自本判決確定之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，由被告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、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。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且

此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言(最高法院52年台上字第1240號判決意旨同此見解)。原告主張其為被告劉易智即劉大群（下或稱被告劉易智）之債權人，聲請對被告劉易智所有如附表一所示之土地（下稱本件土地）強制執行。惟本件土地已分別設定如附表一編號1、2所示抵押權予被告劉大陣、陳金治，各擔保債權總金額新臺幣（下同）360萬元、300萬元（下各稱本件360萬元抵押權、300萬元抵押權，合稱前述抵押權），故主張本件360萬元、300萬元抵押權及所擔保債權不存在等情，為被告所否認，則前述抵押權及所擔保債權之存否，攸關被告劉大陣、陳金治得否行使前述抵押權，致原告對被告劉易智之債權即有受侵害之危險，故原告提起本件確認之訴有即受確認判決之法律上利益，先予說明。

二、又訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款定有明文。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾符訴訟經濟者，均屬之（最高法院101年度台抗字第404號裁判要旨同此見解）。原告於起訴時原聲明為：1.確認本件360萬元抵押權及所擔保之債權不存在。2.被告劉大陣應向地政機關辦理塗銷本件360萬元抵押權之登記。3.確認本件300萬元抵押權及所擔保之債權不存在。4.被告陳金治應向地政機關辦理塗銷本件360萬元抵押權之登記。嗣後，具狀追加備位聲明：1.本件300萬元抵押權之設定之物權行為應予撤銷。2.被告陳金治應塗銷前項抵押權設定之登記（見本院卷一第245頁）。經核原告追加備位聲明，係基於被告陳金治與劉易智間借貸與設定本件300萬元抵押權等基礎事實，就原請求所主張之事實及證據資料，於追加之訴亦得加以利用，且無害於被告程序權之保障，況有助訴訟經濟，與前述法律規定

相符，應予准許，亦併為說明。

三、被告劉大陣經合法通知，並得委任代理人到場，惟未於最後言詞辯論期日到場或委任代理人到庭，經核閱無民事訴訟法第386條所列各款情形，依民事訴訟法第385條第1項前段規定，依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、原告主張：

(一)先位請求部分：

1.本件訴訟為確認被告間本件360萬元、300萬元抵押權及所擔保債權是否存在之確認訴訟，依最高法院92年度台上字第1910號判決意旨，原告需列抵押人劉易智為被告，始為當事人適格。又被告劉易智邀同訴外人朱月華(下稱朱月華)，前向臺南區中小企業銀行股份有限公司(下稱臺南區中小企業銀行，已於95年3月23日更名為京城商業銀行股份有限公司)借款750萬元，因未清償，經臺南區中小企業銀行聲請本院核發支付命令確定(本院87年度促字第4683號支付命令)，並持該支付命令聲請強制執行，經本院於88年4月11日以87年度執字第5779號核發債權憑證及有歷經數次繼續執行，均未獲清償。因此，被告劉易智尚積欠原告519萬5,237元及利息、違約金等。再者，原告雖對本件土地聲請強制執行，經本院以111年度司執字第22323號受理在案，惟因有本件360萬元、300萬元抵押權設定，不足清償優先債權及執行費用，致無拍賣實益，而再核發債權憑證。

2.又被告間之本件360萬元、300萬元抵押權所擔保債權並不存在：

(1)被告劉大陣無法舉證證明其與被告劉易智間有借貸合意及借款之交付，難認雙方間有本件360萬元抵押權所擔保之債權存在。被告劉大陣僅口頭陳述其與劉易智間有借款存在，然縱使被告劉大陣與劉易智有借貸合意，劉大陣仍未證明其有交付借款予劉易智之事實。縱使被告劉大陣與劉易智有消費借貸合意及交付金錢之事實，被告劉大陣仍須舉證證明本件

360萬元抵押權所擔保債權係何筆消費借貸，然被告劉大陣並未提出證據以證明。況劉大陣與劉易智間若有成立債權，該債權依其性質及成立時點，亦有時效完成之可能，若被告劉大陣無法舉證本件360萬元抵押權所擔保債權確實存在，縱為本件360萬元抵押權設定之登記，仍難認此抵押權業已成立，而被告劉大陣亦未於時效完成後5年內實行抵押權，已逾本件360萬元抵押權實行之除斥期間，被告劉大陣應塗銷本件360萬元抵押權設定之登記。

(2)又依被告陳金治提出之存摺存款歷史交易紀錄，無法證明其資金流向，或有將如附表二所示借款金額交付予被告劉易智，縱認有款項匯出至被告劉易智帳戶，亦無法證明係用以為借款，且被告陳金治就110年8月26日之借款金額、方式等事實，劉易智在另案(即本院111年度嘉簡字978號)陳稱借款金額22萬元，與本件所稱事實及事證不符，則難以被告陳金治之陳述，就認定被告陳金治與劉易智間成立消費借貸，被告陳金治無法舉證證明其與劉易智有借貸合意及交付借款之事實，難認雙方間有本件300萬元抵押權所擔保之債權存在。況被告陳金治主張劉易智自97年間起就陸續向其借款至少有482萬7,800元，然設定本件300萬元抵押權所擔保債權金額卻僅300萬元，顯不合理。再者，本件300萬元抵押權之清償日期載列為140年，屆時被告陳金治已高齡95歲，有違經驗法則及論理法則，故本件300萬元抵押權所擔保之債權是否存在，顯屬有疑。

(3)再者，本件300萬元抵押權係普通抵押權，擔保債權總金額為300萬元，擔保債權種類及範圍係「110年8月27日金額消費借貸」，即本件300萬元抵押權所擔保之債權已特定為110年8月27日所成立金額300萬元之借貸債權，惟被告陳金治於112年6月15日已自承其未於110年8月27日成立300萬元之借貸及交付前述款項，且未舉證證明附表二何筆借款係屬於前述「110年8月27日金額消費借貸」之擔保債權，足見被告陳金治已自認其與劉易智間本件300萬元抵押權所擔保之110年

01 8月27日之消費借貸並不存在，則依抵押權之從屬性，縱使
02 為本件300萬元抵押權設定之登記，仍因所擔保債權不存在
03 在，難認此抵押權業已成立，被告陳金治應塗銷本件300萬
04 元抵押權等語，並為先位聲明：(1)確認本件360萬元抵押權
05 及所擔保之債權不存在。(2)被告劉大陣應向地政機關辦理塗
06 銷本件360萬元抵押權之登記。(3)確認本件300萬元抵押權及
07 所擔保之債權不存在。(4)被告陳金治應向地政機關辦理塗銷
08 本件360萬元抵押權之登記。

09 (二)備位請求部分：

10 1.縱認被告陳金治與劉易智間如附表二所示借款為真實，然前
11 述借款時間與本件300萬元抵押權設定之時間相差甚遠，且
12 被告陳金治自承其最後1筆借予被告劉易智之時間為110年1
13 月，則難認本件300萬元抵押權之設定與前述借款有對價關
14 係，即本件係被告劉易智對陳金治先負有債務，事後設定抵
15 押權予被告陳金治作為擔保，依最高法院95年度台上字第26
16 09號判決、51年度台上字第3528號判決意旨之見解，本件30
17 0萬元抵押權之設定係屬無償行為，已妨礙原告藉由強制執
18 行程序受償之權益，使被告陳金治優先原告受償，已害及原
19 告之債權，原告自得依民法第244條第1項前段規定，撤銷本
20 件300萬元抵押權之設定之物權行為。

21 2.原告雖於111年4月14日調閱本件土地之土地登記謄本，惟原
22 告無從自謄本中得知被告設定的抵押權是否先有債權，事後
23 始設定抵押權之情形，且須執行法院通知後，始能知悉原告
24 債權是否能足額受償，依最高法院110年度台上字第2168號
25 判決意旨見解，原告請求撤銷被告間前述無償行為，尚未逾
26 一年除斥期間等語，並為備位聲明：(1)本件300萬元抵押權
27 設定之物權行為應予撤銷。(2)被告陳金治應塗銷前項抵押權
28 設定之登記。

29 二、被告方面：

30 (一)被告劉易智則以：原告主張係代位劉易智請求塗銷前述抵押
31 權之設定，則原告將劉易智列為被告，即屬矛盾，而為當事

人不適格或欠缺權利保護必要，應予駁回。又劉易智因陸續向被告劉大陣、陳金治借款無法償還，乃分別設定本件360萬元、300萬元抵押權予被告劉大陣、陳金治，其中積欠被告陳金治之金額已逾3、400萬元，被告陳金治僅要求設定300萬元抵押權。再者，劉易智曾多次向被告劉大陣、陳金治表示願償還借款，故原告主張被告劉易智與被告劉大陣、陳金治間債務不存在或時效已消滅，均屬無據等語，作為抗辯，並聲明：原告之訴駁回。

(二)被告劉大陣則以：劉易智自78、79年間起，因籌措經商資金陸續向被告劉大陣借款，事後因無法清償債務，將本件土地設定本件360萬元抵押權與被告劉大陣以供為擔保，而被告劉大陣與劉易智為兄弟關係，雙方仍常見面往來，劉易智歷年來多次向被告劉大陣表示願意償還借款，承認其對劉大陣之債務，則劉大陣與劉易志間本件360萬元抵押權所擔保債權確實存在，且未因時效而消滅等語，作為抗辯，並聲明：原告之訴駁回。

(三)被告陳金治則以：

1.先位請求部分：

(1)被告劉易智自97年間起，陸續向被告陳金治借款如附表二所示金額，雖曾償還如附表二備註欄所示金額，尚積欠至少48萬2,800元，且被告劉易智於110年8月27日曾開立本票予被告陳金治，及設定本件300萬元抵押權以擔保前述積欠之借款，並經劉易智陳述屬實，原告主張被告陳金治就110年8月27日借款之陳述與事證不符乙事，並不可採。原告無法舉證證明本件300萬元抵押權擔保之債權不存在，其主張顯屬無據。

(2)又依最高法院107年度台上字第1200號判決意旨，抵押權實行時，有抵押權擔保之債權存在即可，不限於抵押權存續期間發生之債權，始為抵押權擔保之範圍。依前所述，本件300萬元抵押權於110年8月30日設定登記時，被告陳金治對被告劉易智確實有300萬元之債權，則本件300萬元抵押權自屬

有效。雖本件300萬元抵押權之擔保債權種類及範圍係記載10年8月27日金額消費借貸，惟文義並非僅能指於110年8月27日當日發生之債務，亦可包括於110年8月27日存在之債務。況劉易智於110年8月27日開立面額為300萬元之本票(下稱系爭本票)予陳金治，則110年8月27日當日確亦有債務發生，原告主張被告陳金治並未於110年8月27日交付款項予劉易智，因此本件300萬元抵押權不成立，顯屬無據。再者，劉易智於另案及本件陳述，均稱係因向陳金治借款而將土地設定抵押權予陳金治，原告主張由劉易智於另案之陳述，可見本件抵押權設定時，並無債權債務關係之事實，並不足採。

(3)被告劉易智對於被告陳金治之欠款目前尚未全部償還，歷年來多次向陳金治表示願償還借款，可見被告劉易智一再承認對被告陳金治之債務，則本件300萬元抵押權擔保債權自未因時效而消滅。又原告所援引最高法院99年度台上字第1470號判決之基礎事實為擔保債權之總金額不確定，且「抵押權設定契約其他約定事項」之記載與抵押權之記載不符，然本件300萬元抵押權所擔保債權之總金額明確記載為300萬元，並無不確定之處，則該判決於本件自無適用餘地。因此，原告主張本件300萬元抵押權擔保之債權不存在，該抵押權不成立，並不可採。

2.備位請求部分：

(1)原告備位請求，仍係主張被告陳金治、劉易智間之借款，並非發生於000年0月00日當日之事實，則原告就其先備位請求之主張，並無不能並存之情形，則原告之備位請求顯與預備之訴要件不合。

(2)原告所援引最高法院95年度台上字第2609號判決基礎事實涉及代物清償，且債務人與第三人間之行為有對價關係，並非無償行為，與本件不符，該判決之見解在本件無適用餘地。又依最高法院51年台上字第3528號判決意旨，先有債權存在而事後設定抵押權，需無對價關係，始屬無償行為，且需有

01 害及債權時，債權人始得依民法第244條第1項規定請求撤
02 銷。劉易智係因對被告陳金治負有借款債務，而設定本件30
03 0萬元抵押權予陳金治，則設定抵押與借款間有對價關係，
04 並非無償行為，且劉易智係於00年0月間繼承取得本件土
05 地，並於69年7月辦理登記，而原告於87年間對被告劉易智
06 取得執行名義後，直至111年間方就本件土地聲請執行，足
07 見本件土地並無執行價值。況本件土地價值僅約89萬元，而
08 劉易智對被告陳金治之債務至少有300萬元。因此，劉易智
09 將本件土地設定抵押予陳金治，並未害及原告債權，原告主
10 張依前述判決意旨之見解，本件300萬元抵押權之設定為無
11 償行為，亦非可採。

12 (3)再者，依原告提出之土地登記謄本，原告至遲於111年4月14
13 日即已知悉被告劉易智設定本件300萬元抵押權予被告陳金
14 治，原告直至000年0月間始追加請求，依民法第244條之規
15 定撤銷本件300萬元抵押權登記，已逾民法第245條規定之1
16 年除斥期間等語，作為抗辯，並均聲明：原告之訴駁回。

17 三、本件經協議簡化兩造不爭執事項、爭執事項（見本院卷一第
18 297至298頁、卷二第140頁，保留原意，段落及文字內容有
19 稍作調整）：

20 (一)本件不爭執事項：

- 21 1.被告劉易智積欠臺南區中小企業銀行借款(臺南區中小企業
22 銀行，已於95年3月23日更名為京城商業銀行股份有限公
23 司)，被告劉易智尚積欠原告519 萬5,237元（原告起訴時誤
24 載為320萬9,442元）及利息、違約金尚未清償。
- 25 2.被告劉易智所有本件土地，於88年10月29日設定擔保債權總
26 金額360萬元之抵押權即本件360萬元抵押權予被告劉大陣；
27 復於110 年8 月30日設定擔保債權總金額300 萬元之抵押權
28 即本件300萬元抵押權予被告陳金治，依據土地建物查詢資
29 料之記載，擔保債權種類及範圍：「民國110 年8 月27日金
30 額消費借貸、清償日期中華民國140年8月26日。其他擔保範

圍約定：債務不履行之賠償金，強制執行之費用。」。

(二)本件爭執事項：

- 1.被告劉易智、劉大陣間本件360萬元抵押權所擔保借款債權是否存在？原告依民法第224條、第767條，請求塗銷抵押權登記，有無理由？
- 2.被告劉易智、陳金治間本件300萬元抵押權所擔保借款債權是否存在？原告依民法第224條、第767條，請求塗銷抵押權登記，有無理由？
- 3.被告劉易智、劉大陣間本件360萬元抵押權所擔保借款債權存在，請求權是否已罹於時效？
- 4.被告陳金治設定本件300萬元抵押權是否屬於無償行為？原告依民法第244條第1項規定，請求撤銷抵押權登記，有無理由？

四、本院之判斷：

(一)被告劉易智邀同朱月華，前向臺南區中小企業銀行(已於95年3月23日更名為京城商業銀行股份有限公司)借款750萬元，因未清償，經臺南區中小企業銀行聲請本院核發支付命令確定(本院87年度促字第4683號支付命令)，並持該支付命令聲請強制執行，經本院於88年4月11日以87年度執字第5779號核發債權憑證及歷經數次繼續執行，及再經聲請本院以111年度司執字第22323號強制執行受理在案，惟因有本件360萬元、300萬元抵押權設定，不足清償優先債權及執行費用，致無拍賣實益，而再核發債權憑證，均未獲清償，劉易智尚積欠原告519萬5,237元及利息、違約金等。又劉易智將其所有本件土地，各設定如附表一所示編號1、2之抵押權予劉大陣、陳金治等情形，為兩造所不爭執，並有原告提出之本院87年度執字第5779號債權憑證、繼續執行紀錄表影本、111年11月16日嘉院傑111司執吉字第22323號執行命令、經濟部95年3月24日經授商字第09501052420號函、土地登記第二類謄本影本、借據影本附卷可憑(見本院卷一第17至19、23、25至30頁、卷二第59頁)，復有本院職權函調之土地建

01 物查詢資料、嘉義市地政事務所111年12月16日嘉地登字第1
02 110054655號函及檢附110年嘉地字第106000號登記申請案在
03 卷可佐（見本院卷一第39至41頁、第43至54頁），前揭事實
04 可信為真實。

05 (二)當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民
06 事訴訟法第277條前段定有明文。又稱消費借貸者，謂當事
07 人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方
08 以種類、品質、數量相同之物返還之契約，民法第474條第1
09 項定有明文。又當事人之一方提起消極確認之訴，求為確認
10 抵押權所擔保之債權不存在，主張債權存在之一方，應就其
11 與他方間有抵押權所擔保之債權存在之事實負舉證責任（最
12 高法院106年度台上字第822號判決意旨可供參照）。本件原
13 告否認前述抵押權所擔保之債權存在，依前述規定及說明，
14 自應由被告就如附表一編號1、2所示抵押權所擔保之債權確
15 屬存在及迄未清償之事實，負舉證之責任。經調查：

16 1.被告劉易智、劉大陣間如附表一編號1所示債權不存在：

17 原告起訴請求確認被告劉易智、劉大陣間之如附表一編號1
18 所示抵押權所擔保之債權不存在。被告劉易智、劉大陣雖以
19 前述情詞為抗辯，並聲稱劉易智自78、79年間起因籌措經商
20 資金陸續向被告劉大陣借款，然並未提出雙方有任何資金往
21 來之交易明細，或有其他證據證明其間有借貸意思互相表示
22 合致，及借款360萬元業已交付之事實，則依前揭舉證責任
23 分配之法則，自應為不利被告劉易智、劉大陣之認定，因認
24 原告主張如附表一編號1所示抵押權所擔保之債權不存在，
25 應可採認。

26 2.被告劉易智、陳金治間如附表一編號2所示債權不存在：

27 (1)按確認法律關係不存在之訴，如被告抗辯其法律關係存在
28 時，應由被告負舉證責任，已如前述。又消費借貸，為要物
29 契約，須以金錢或其他代替物之交付為構成要件，如對於交
30 付之事實有爭執，自應由主張已交付之貸與人負舉證責任，
31 此觀民法第474條之規定自明(最高法院110年度台上字第328

01 6號判決意旨可供參照)。原告否認被告劉易智、陳金治間本
02 件300萬元抵押權所擔保借款債權債務關係存在，依首揭說
03 明，自應由被告劉易智、陳金治就擔保債權存在之事實負舉
04 證之責。

05 (2)劉易智固曾簽發票面金額300萬元之系爭本票予被告陳金治
06 收執，並經被告陳金治聲請本院於112年3月10日以112年度
07 司促字第1940號核發支付命令確定乙情，有本票影本及前述
08 支付命令及確定證明書影本附卷可查（見本院卷一第193、2
09 31至233頁），前揭本票發票日期為110年8月27日，較諸本
10 件300萬元抵押權登記之日即110年8月30日，雖無相距過久
11 之情，惟劉易智簽發系爭本票，原因多端，自難僅憑本票之
12 交付，得認陳金治已有交付借款之事實，且票據執票人自認
13 其執有票據之原因為消費借貸時，對於其已交付借款事實仍
14 應負舉證責任，單憑本票不足以證明有消費借貸之合意及交
15 付借款之事實。再者，細繹系爭本票票載發票日為110年8月
16 27日，本票無到期日之記載，視為見票即付，並以提示日為
17 到期日，而被告陳金治遲至112年3月始聲請核發前述支付命
18 令，係在原告於111年12月9日對被告提起本件訴訟(被告劉
19 易智、陳金治於111年12月20日收受起訴狀繕本之寄存送達)
20 之後，顯然被告陳金治係因原告提起本件訴訟後，始特意行
21 使權利，佐以陳金治到庭陳稱：我跟劉易智是朋友，認識20
22 幾年了等語（見本院卷二第111頁），可見其等間確實有一
23 定之情誼，且前述行使權利方式，及雙方間是否確有前述債
24 權存在，均顯值置疑。

25 (3)劉易智、陳金治雖抗辯借款債權確實存在，且有交付借款之
26 事實，係由陳金治自97年間起陸續提領如附表二所示金額並
27 交付，劉易智雖曾償還如附表二備註欄所示金額，尚積欠至
28 少482萬7,800元，並提出陳金治臺灣銀行嘉北分行00000000
29 0000號、000000000000號帳戶存摺存款歷史明細批次查詢資
30 料等件為證（見本院卷一第79至192頁）。然自帳戶提領款
31 項之原因甚多，諸如贈與、給付買賣價金、給付承攬款項等

等，不一而足，前述證據僅能證明分別於附表二所示日期自金融機構提領款項之事實，取得款項後之資金流向為何，不得而知，且附表二所示提款日期，與抵押權設定契約記載之擔保債權「110年8月27日金額消費借貸」、清償日期140年8月26日等內容無從對應，亦無從得知提出或存入陳金治該帳戶為何使用或何人之金錢，難逕認附表二所示提款之目的即係出於消費借貸，亦不足認陳金治有將附表二所示金額交付予劉易智之事實。再參以被告陳金治到庭陳稱：劉易智雖然有還(錢)，我沒有安全感，就要求設定抵押，錢是我要養老用的等語（見本院卷二第111頁），然觀以被告陳金治所述如附表二之借款金額及其時間，自00年0月間迄於110年8月26日止，累積金額已有數百萬元，其中99年11月4日98萬元、99年11月15日50萬元、104年6月15日50萬元、108年3月4日當天各30萬元、60萬元等較大金額款項之情形，則前述金額尚非小額，其既自陳因無安全感及要供養老需要，豈有未在借貸當時，即行設定抵押權以為擔保，更將清償日期約定為140年8月26日（民國00年0月生，屆期已為97歲年齡），況劉易智自陳本件土地價值僅約89萬元，竟可提供前述金額數額之借貸，均顯與一般借貸之常情有違，而難採信。

(4) 況本件300萬元抵押權登記之擔保債權總金額、種類及範圍：「民國110年8月27日金額消費借貸、清償日期中華民國140年8月26日。其他擔保範圍約定：債務不履行之賠償金，強制執行之費用。」（見本件不爭執事項2.）。則本件300萬元之抵押債權，應是擔保被告劉易智、陳金治間於「110年8月27日」所成立之債權債務，被告劉易智、陳金治抗辯之如附表二所示之借款，亦與抵押權登記擔保之債權債務成立日期不同，亦無法證明如附表二所示日期成立之債權與本件300萬元抵押權所擔保之110年8月27日之債權，係屬同一筆債權，尚難認係本件300萬元抵押權所擔保之債權範圍。

(5) 至於證人郭有群雖到庭結證稱：「(法官問)你知道被告劉易智借你錢的來源嗎？我不知道，我是要請被告劉易智幫忙，

01 不然蓋到一半的宮廟會被拆除。」、「(被告陳金治訴訟代
02 理人問)你知道被告劉易智借你的錢是他的還是他向別人借
03 的？我知道是他向別人借的，但他向誰借的我不知道。」等
04 語(見本院卷一第343頁)。顯然證人就借款來源一無所知，
05 無法證明被告劉易智、陳金治間有借貸合意及交付借款，而
06 得認有成立借貸關係。再者，證人陳奧倭結證稱：「四年多
07 前，那次被告劉易智載我要去布袋看一位生病的朋友，他順
08 便到銀行的門口，那次陳金治拿15萬元現金給被告劉易智，
09 那時我坐在車裡。我有問被告劉易智為何向被告陳金治拿
10 錢，他說是向她借錢，細節我就沒有多問了。被告劉易智口
11 頭說是借了15萬元，沒有現場點。」等語(見本院卷一第347
12 頁)，雖證人表示親自見到被告陳金治交付金錢予被告劉易
13 智，然交付該筆款項之用途係劉易智單方轉述，證人亦未現
14 場確認確切數額，或親耳聽聞雙方有借貸之事實，自均難有
15 利於劉易智與陳金治前述抗辯之依據，亦併此說明。

16 3.綜上，被告劉易智、陳大陣、陳金治並未舉證證明雙方有消
17 費借貸債權存在，並有交付款項之事實，則原告主張附表一
18 編號1、2所示抵押權所擔保之債權不存在，應可採認。

19 (三)原告依民法第242條、第767條，請求塗銷前述抵押權登記，
20 為有理由：

21 1.債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之
22 名義，行使其權利。又所有人對於無權占有或侵奪其所有物
23 者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。
24 有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第242條前
25 段、第767條第1項分別定有明文。又抵押權為擔保物權，以
26 擔保之債權存在為前提，倘擔保債權並未發生，抵押權即失
27 所附麗，縱有抵押權登記亦屬無效，抵押人得請求塗銷(最
28 高法院103年度台上字第393號判決意旨可供參照)。

29 2.被告間就本件土地所為前述抵押權設定行為，既無受擔保債
30 權存在，已如前述。依前揭抵押權之從屬性，附表一編號
31 1、2所示抵押權亦歸於消滅。又不動產上有抵押權設定登記

之形式外觀存在，對抵押物所有權之圓滿狀態自有妨害，本件土地所有權人即劉易智自得基於妨害除去請求權，請求抵押權人即被告劉大陣、陳金治塗銷如附表一編號1、2所示抵押權之登記。又被告劉易智於本件土地未除去抵押權登記之前，原告前述強制執行之拍賣最低價額無足以清償對原告之債務，被告劉易智復未提出其尚有其他資產可供清償原告之債權，卻怠於行使請求塗銷前述抵押權登記之權利，已致原告難以受償，而有害於原告債權之實現，原告為被告劉易智之債權人，則原告為保全其債權，依民法第242條前段之規定，主張代位劉易智行使民法第767條第1項中段所定之權利，請求被告劉大陣、陳金治將如附表一編號1、2所示抵押權之設定登記塗銷，自屬有據，應予准許，並判決如主文所示。

五、又訴之客觀預備合併，必有先位、後位不同之聲明，當事人就此數項請求定有順序，預慮先順序之請求無理由時，即要求就後順序之請求加以裁判，法院審理應受此先後位順序之拘束。於先位之訴有理由時，備位之訴即毋庸裁判。必先位之訴為無理由時，法院始得就備位之訴為裁判（最高法院97年度臺上字第111號裁判意旨可供參照）。本件原告起訴主張聲明有先位、備位之分，本院既認為原告之先位聲明均為有理由，即毋庸就備位聲明另為裁判，附此說明。

六、兩造其餘之攻擊或防禦方法及所提之證據，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，不逐一論駁，亦附此說明。

七、訴訟費用負擔之依據，依民事訴訟法第78條，並依職權確定訴訟費用額為9,800元（即第一審裁判費），及依民事訴訟法第91條第3項諭知應於裁判確定之翌日起，加給按法定利率計算之利息，應由被告負擔。

八、據上論結，本件原告之訴為有理由，判決如主文。

中華民國 113 年 2 月 23 日

民事第一庭 法官 李文輝

以上正本係照原本作成。

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（須附繕本）。如委任律師提起上訴者，應依民事訴訟法施行法第9條規定，一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中 華 民 國 113 年 2 月 23 日

書記官 李彥廷

附表一：（本件土地之抵押權）

編號	土地及建物	所有權人	面積 (平方公尺)	權利 範圍	抵押權登記事項
1	嘉義市○○○ 段000地號土地	劉易智	383.44	1/6	1.權利種類：抵押權。 2.登記日期：88年10月29日。 3.登記字號：嘉地字第027148號。 4.權利人：劉大陣。 5.債權額比例：全部。 6.擔保債權總金額：360萬元。 7.存續期間：自88年10月28日至103年10月27日。 8.清償日期：依照各個契約約定。 9.債務人及債務額比例：劉大群（債務全部）。 10.權利標的：所有權。 11.設定權利範圍：6分之1。 12.設定義務人：劉大群。
2	同上	同上	同上	同上	1.權利種類：普通抵押權。 2.登記日期：110年8月30日。 3.登記字號：嘉地字第106000號。 4.權利人：陳金治。 5.債權額比例：全部。 6.擔保債權總金額：300萬元。 7.擔保債權種類及範圍：110年8月27日金額消費借貸。 8.清償日期：140年8月26日。

01

					9.其他擔保範圍約定：債務不履行之賠償金，強制執行之費用。 10.債務人及債務額比例：劉易智(全部)。 11.權利標的：所有權。 12.設定權利範圍：6分之1。 13.設定義務人：劉易智
--	--	--	--	--	---

02

附表二：(被告陳金治關於借款金額之抗辯)

03

編號	借款日期	借款金額 (新臺幣)	備註
1	97年2月21日	10萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
2	98年1月21日	13萬元	同上
3	98年6月18日	20萬元	同上
4	98年10月20日	20萬元	同上
5	99年4月29日	10萬元	同上
6	99年11月4日	98萬元	同上
7	99年11月15日	50萬元	同上
8	99年12月27日	23萬元	同上
9	100年1月24日	22萬元	同上
10	102年5月22日	10萬元	同上
11	104年6月15日	50萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
12	105年1月21日	20萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
13	105年7月1日	30萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶

			戶提領出借
14	106年5月23日	10萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
15	106年12月11日	12萬元	同上
16	107年5月18日	10萬元	同上
17	108年1月14日	35萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
18	108年3月4日	30萬元	同上
19	108年3月4日	60萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
20	108年12月2日	15萬元	同上
21	109年2月22日	10萬元	同上
22	109年2月23日	10萬元	同上
23	109年2月24日	6萬元	同上
24	110年1月18日	12萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
25	110年8月26日	19萬元	由被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶提領出借
總計		605萬元	
備註：			
1.被告劉易智分別於104年9月11日還款50萬元（被告陳金治以現金存入其臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶）、106年5月23日還款52萬2,200元、109年3月9日還款20萬元（被告陳金治以現金存入其臺灣銀行嘉北分行000000000000號帳戶），尚積欠被告陳金治482萬7,800元（計算式：605萬元－50萬元－52萬2,200元－20萬元＝482萬7,800元），因此於110年8月30日設定本件300萬元抵押權。 2.證據：被告陳金治臺灣銀行嘉北分行000000000000號、000000000000號帳戶存摺存款歷史明細批次查詢資料（見本院卷一第79至192頁）。			