

臺灣臺南地方法院民事判決

112年度訴字第1089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 季佩芄律師

廖志賢

蔡宇鴻

被告 謝秉滿

鄭能慧

上一人

訴訟代理人 郁旭華律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國113年9月24日言詞辯論終結，判決如下：

主文

確認被告謝秉滿所有臺南市○○區○○段00地號土地（權利範圍96分之4）、同區段74地號土地（權利範圍96分之4），於民國109年12月1日為被告鄭能慧所設定登記擔保債權總金額新臺幣120萬元之普通抵押權所擔保之債權不存在。

被告鄭能慧應將前項抵押權設定登記予以塗銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、原告主張：

(一)被告謝秉滿積欠原告本金新臺幣（下同）199萬2,296元之借款及利息、違約金未清償，前經本院核發96年度執字第33676號債權憑證，原告為謝秉滿之合法債權人。謝秉滿於民國109年12月1日，將其所有坐落臺南市○○區○○段00地號土

01 地（權利範圍96分之4，下稱系爭73地號土地）、同區段74  
02 地號土地（權利範圍96分之4，下稱系爭74地號土地，並與  
03 系爭73地號土地合稱系爭土地）設定擔保債權總金額120萬  
04 元之普通抵押權與被告鄭能慧（下稱系爭抵押權）。原告前  
05 聲請拍賣謝秉滿所有之系爭土地，經本院112年度司執字第4  
06 0343號強制執行事件（下稱系爭執行事件）受理，送請不動  
07 產鑑價後，核定系爭土地底價合計為194萬7,000元，無法清  
08 償優先債權及執行費用共331萬7,232元，拍賣無實益而終  
09 結，致原告對謝秉滿之債權無法受償。

10 (二)被告雖主張系爭抵押權係擔保被告間120萬元之借款（下稱  
11 系爭借款）債權，陳稱被告2人自小為鄰居關係，因謝秉滿  
12 急需用錢於生意周轉、清償他人債務，鄭能慧不忍拒絕而同  
13 意借貸款項與謝秉滿等語，然應由被告就借貸意思合致及交  
14 付金錢等事實負舉證責任。原告否認鄭能慧提出之借據及借  
15 款明細表形式之真正，不能僅憑該等私文書之影本，即認定  
16 有系爭借款債權存在；再者，該借款明細表僅有謝秉滿1人  
17 之簽名，未載明借貸契約當事人身分資料，亦無簽發日期，  
18 不能認係謝秉滿向鄭能慧借貸之借款明細；況該等借據、借  
19 款明細表所載之借款利率並不相同，倘系爭借款債權為真，  
20 金額如此龐大之債權，應早已約定好利率為何，豈容鄭能慧  
21 隨意更改。至鄭能慧提出之提款紀錄，僅能證明其於當日自  
22 帳戶提領出該金額之款項，無從證明該筆款項如何使用，亦  
23 無法證明確實有交付金錢與謝秉滿，不足證明被告間之借貸  
24 關係存在。

25 (三)原告於109年8月18日，曾聲請強制執行謝秉滿所有之系爭73  
26 地號土地，後於第四拍流標，謝秉滿遂於同年12月，將之設  
27 定登記抵押權予鄭能慧，其間相隔不到4個月，顯見系爭抵  
28 押權係謝秉滿於前案強制執行終結後，為避免名下不動產日  
29 後再遭債權人聲請強制執行拍賣移轉他人，始為設定登記，  
30 並非實際有擔保之系爭借款債權存在。又系爭73地號土地為  
31 謝秉滿繼承取得之遺產，按常理除非不得已，不會隨意設定

01 負擔或買賣，惟謝秉滿於有借款需求時，捨棄先行向銀行等  
02 申辦利率較低之貸款，反設定登記利息高達年息百分之16、  
03 違約金利率高達每日每萬元以10元計算之系爭抵押權予鄭能  
04 慧，顯不符常理。再者，倘被告2人因多年鄰居關係，感情  
05 甚佳，何以約定如此高額之利息及違約金。又被告2人間高  
06 達120萬元及上開高額利息、違約金之借款，按常理應係有  
07 緊急用錢之情事，惟謝秉滿於109年並無任何向原告還款之  
08 紀錄，既非將向鄭能慧貸得款項用於還款，何需借貸高額之  
09 金錢。況依鄭能慧提出之借據內容觀之，被告約定之清償日  
10 期為109年12月27日，於此期間內之利息為年息百分之1，逾  
11 此期限後之遲延利息為年息百分之20，按常理而言，謝秉滿  
12 無論如何應會於約定之清償日期屆至前，設法償還此債務，  
13 然謝秉滿卻從未償還，任由利率極高、甚至高於法定利率上  
14 限之遲延利息及違約金增生，截至鄭能慧於系爭執行事件陳  
15 報之金額已高達288萬元，亦不符常理。

16 (四)本件原告請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，對謝秉滿  
17 而言應為有利之請求，然謝秉滿卻積極陳報其確實有向鄭能  
18 慧借款之事，設法維護其對鄭能慧確實有高達近300萬元之  
19 欠款，且謝秉滿自清償日屆至之109年12月27日起，迄今未  
20 曾還款與鄭能慧，鄭能慧理應積極設法取得執行名義，以維  
21 護自身權益，詎鄭能慧遲至原告於系爭執行事件聲請查封系  
22 爭土地之112年4月後，始於112年5月向本院聲請對謝秉滿核  
23 發支付命令，鄭能慧怠於行使權利之舉，顯有違常理，且鄭  
24 能慧聲請核發支付命令時，請求謝秉滿支付自109年12月27  
25 日起之利息，經謝秉滿當庭確認與被告間借款之利息約定相  
26 符，惟與鄭能慧所稱交付之借款金額已預先扣除5個月之利  
27 息金額，顯有不符。又依被告當庭陳述關於系爭借款債權之  
28 細節內容、簽立借據、借款明細表與收受借款之先後順序等  
29 部分，說詞前後不一，且依被告所述情形，上開借據應於10  
30 9年11月27日填寫完畢、由謝秉滿簽名後交由鄭能慧收受，  
31 惟卷內鄭能慧於112年4月27日具狀向本院陳報系爭執行事件

01 拍賣無實益時，所附之借據影本，中間關於「借貸人簽發如  
02 下本票及不動產，供貸與人設定抵押權，作為本次借款之擔  
03 保」欄位均為空白，詎其於112年5月2日聲請對謝秉滿核發  
04 支付命令時提出之借據，該等欄位竟均已填寫完畢，顯不符  
05 常理，足徵系爭借款債權自始不存在。

06 (五)為此，請求確認系爭抵押權所擔保之系爭借款債權不存在，  
07 又系爭抵押權所擔保之系爭借款債權既不存在，系爭抵押權  
08 即失所附麗，失其從屬性而歸於消滅，爰依民法第242條前  
09 段、第767條第1項中段規定，代位謝秉滿請求鄭能慧塗銷系  
10 爭抵押權之登記。並聲明：如主文第一項、第二項所示。

## 11 二、被告謝秉滿答辯：

12 (一)我與鄭能慧從小就是鄰居，現在2人仍為朋友。本件係因當  
13 時我生意上需要購買生財器具及批貨，另因我弟弟得到癌症  
14 要治療需要用錢，弟弟要我把之前向他借的錢還他，還有我  
15 自己家庭花用需要錢，所以才向鄭能慧借錢，並設定系爭抵  
16 押權予鄭能慧作為擔保。我於109年11月30日晚間6時許，在  
17 鄭能慧住處，收受鄭能慧借給我的現金100萬元，並於翌109  
18 年12月1日晚間6時許，在鄭能慧住處，收受鄭能慧借給我的  
19 現金10萬元，總共收到110萬元（借款金額120萬元，預扣按  
20 月息百分之1.5計算，總計5個月之利息9萬元，及由我負擔  
21 之代書費1萬元），我之前沒有經手過這麼大筆的金錢，我  
22 怕我的帳戶沒有辦法收那麼大筆的款項，所以我才要求鄭能  
23 慧用現金交給我，並由我親自於借據、借款明細表上簽名蓋  
24 印，借據是我於109年11月27日簽的，當天簽完拿給代書辦  
25 理設定系爭抵押權，借款明細表是我於109年12月1日拿到全  
26 部借款110萬元時簽的，簽完當場交給鄭能慧。

27 (二)並聲明：原告之訴駁回。

## 28 三、被告鄭能慧答辯：

29 (一)系爭抵押權所擔保之系爭借款債權確屬存在：

30 1.鄭能慧與謝秉滿自幼為鄰居，現為朋友關係。謝秉滿於109  
31 年間，表示因生意週轉、清償他人債務等原因需用金錢，鄭

01 能慧基於雙方數十年情誼，同意借貸120萬元款項（下稱系  
02 爭借款）與謝秉滿，約定月息為百分之1.5，鄭能慧於109年  
03 11月30日將100萬元、109年12月1日將20萬元（扣除5個月利  
04 息9萬元及代書費1萬元後，實際交付10萬元）交付與謝秉  
05 滿，均經謝秉滿簽收無誤，謝秉滿並以系爭土地為鄭能慧設  
06 定系爭抵押權作為擔保，雙方約定系爭借款之清償期為109  
07 年12月27日，並簽立借據及借款明細表為證。

08 2.鄭能慧交付系爭借款之金錢來源如下：

09 (1)鄭能慧於109年11月30日，自其元大銀行永康分行帳戶提領  
10 現金30萬元，另自其永康大灣郵局帳戶提領現金70萬元，合  
11 計100萬元，並於當日交付與謝秉滿。

12 (2)鄭能慧於109年12月1日，自其永康大灣郵局帳戶提領現金10  
13 萬元，並於當日交付與謝秉滿。

14 (二)原告雖否認鄭能慧提出之借據及借款明細表形式上之真正，  
15 惟該等借據及借款明細表記載之情形，與謝秉滿具狀說明其  
16 向鄭能慧借貸並收受款項之情形相符，佐以謝秉滿於上開書  
17 狀之簽明，與該等借據及借款明細表上之簽名，以肉眼觀之  
18 亦屬相符，鄭能慧提出之借據及借款明細表應屬真正無疑，  
19 原告空言否認其真正，尚不足採。另原告空言質疑謝秉滿係  
20 為避免名下不動產日後再遭債權人聲請強制執行拍賣移轉他  
21 人，始設定系爭抵押權予鄭能慧，系爭73地號土地為謝秉滿  
22 繼承取得之遺產，按常理除非不得已，不會隨意設定負擔，  
23 謝秉滿既非將向鄭能慧貸得款項用於向原告還款，何需借貸  
24 高額之金錢等語，均係原告臆測之詞，鄭能慧否認之。參以  
25 謝秉滿已具狀說明其向鄭能慧借貸之原因、用途及實際收受  
26 之借款金額，足認系爭抵押權擔保之系爭借款債權，確屬存  
27 在。

28 (三)謝秉滿就系爭土地之權利範圍均僅有96分之4，並非全部，  
29 且系爭土地面積非大，一般銀行不願為抵押貸款，且銀行貸  
30 款手續繁雜，尚需耗費相當時日，不如民間貸款之快捷、簡  
31 便，是謝秉滿捨銀行貸款而向鄭能慧借錢，尚與常情及一般

01 社會經驗無違。又系爭抵押權登記之利息（率）為年息百分  
02 之1，遲延利息（率）為年息百分之20，其利率均未超過設  
03 定當時即109年12月1日民法第205條規定之最高利率百分之2  
04 0；至於違約金部分，法律並無最高限制之規定。又鄭能慧  
05 提出之借據所載之借款利率為年息百分之1，借款明細表所  
06 載之借款利率則為月息百分之1.5，二者約定固有不同，然  
07 此係因系爭抵押權設定登記時，係以借據所載利息為登記內  
08 容，因稅捐機關係依登記之內容為課徵利息所得之依據，一  
09 般債權人為求節稅，故登記較低之利息，實際上被告2人間  
10 係約定依借款明細表所載之月息百分之1.5計息，此運作方  
11 式亦為民間借貸實務所常見。

12 (四)怠於行使權利與權利是否存在，係屬二事，尚不得以債權人  
13 怠於行使權利，遽認其權利不存在。系爭借款債權清償期於  
14 109年12月27日屆至後，鄭能慧曾電聯謝秉滿請求返還，惟  
15 謝秉滿表示尚無力還款，待日後有錢必定盡速歸還，鄭能慧  
16 考量友情誼，及系爭借款債權尚有系爭抵押權作為擔保，  
17 不急於以法律途徑催討，直至112年間，因原告對謝秉滿聲  
18 請強制執行，鄭能慧始陳報債權，並聲請對謝秉滿核發支付  
19 命令，經本院核發112年度司促字第8354號支付命令（下稱  
20 系爭支付命令）並確定，鄭能慧於系爭抵押權擔保之系爭借  
21 款債權請求權消滅時效完成前，已行使其權利，尚與常情無  
22 違。

23 (五)就借據與借款明細表所記載抵押權設定標的不符，係因系爭  
24 土地上之建物價值無幾，故代書製作借款明細表時，僅記載  
25 系爭土地，而疏漏建物部分，後續送件申請辦理系爭抵押權  
26 登記時，記載標的為系爭土地及其上同段22、23、24建號建  
27 物，惟送件後發現同段22、23建號建物因老舊不堪已滅失，  
28 故最後完成登記之標的，僅有系爭土地及其上同段24建號建  
29 物；就系爭借款債權之清償期部分，謝秉滿於109年11月27  
30 日向鄭能慧借款時，雙方原約定只借1個月，即109年12月27  
31 日就要清償，惟於109年11月30日鄭能慧交付第1筆借款100

01 萬元與謝秉滿時，謝秉滿又稱其恐無法於1個月內還款，可  
02 能要3、5個月後始能還款，故雙方合意將原約定之清償期由  
03 1個月展延為5個月，故鄭能慧於109年12月1日交付第2筆借  
04 款時，即預先扣除5個月之利息9萬元，並於借款明細表記載  
05 利息前扣5個月；就借據所載違約金與系爭抵押權設定契約  
06 書記載之違約金不符部分，乃係誤繕；關於借款交付之記載  
07 不符部分，因借據為代書提供、製作之定型化格式，謝秉滿  
08 簽立借據時，實際上未收到借款，故借據左下角「本人已現  
09 金收訖120萬元正」之記載與事實不符，實際上借款交付情  
10 形應如借款明細表所載；就借據中間關於「借貸人簽發如下  
11 本票及不動產，供貸與人設定抵押權，作為本次借款之擔  
12 保」欄位部分，謝秉滿於簽立借據時，因代書疏漏，未將本  
13 票金額、抵押權設定標的等內容填載於該欄位，故鄭能慧委  
14 託代書於112年4月27日提出於執行法院陳報系爭執行事件拍  
15 賣無實益之陳報狀所附之借據影本，該欄位亦為空白，惟實  
16 際上謝秉滿確有簽發票面金額120萬元、票據號碼AA103001  
17 號之本票，亦有辦理系爭抵押權登記，直至鄭能慧之後委託  
18 代書於112年5月2日聲請對謝秉滿核發系爭支付命令時，始  
19 發現借據上開欄位未填載，為求周全，遂由代書助理填寫補  
20 正後提出於本院，借據其餘各處記載，無論借款金額、謝秉  
21 滿之簽名、地址、身分證統一編號等處，均屬相同，足認借  
22 據惟真正，與偽造無涉。

23 (六)並聲明：原告之訴駁回。

24 四、得心證之理由：

25 (一)按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益  
26 者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。所謂  
27 即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，  
28 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  
29 不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言。本件原告主張  
30 其為謝秉滿之債權人，謝秉滿所有之系爭土地上所設定系爭  
31 抵押權所擔保之債權之存否，勢必影響原告就系爭土地受償

01 之可能性及受償金額之多寡，堪認原告主觀上就此法律上地  
02 位確有不安之狀態，且能以本件確認判決將之除去，是依上  
03 開說明，原告請求確認系爭抵押權所擔保之債權不存在，即  
04 有確認利益。

05 (二)原告主張謝秉涵積欠原告本金199萬2,296元之借款及利息、  
06 違約金未清償，前經本院核發96年度執字第33676號債權憑  
07 證，原告為謝秉涵之合法債權人，謝秉涵於109年12月1日，  
08 將其所有之系爭土地為鄭能慧設定擔保債權總金額120萬元  
09 之系爭抵押權，聲請拍賣被告謝秉涵所有之系爭土地，經系  
10 爭執行事件送請不動產鑑價後，核定系爭土地底價合計194  
11 萬7,000元，顯無法清償優先債權及執行費用共331萬7,232  
12 元，拍賣無實益而終結等情，業據提出本院96年度執字第33  
13 676號債權憑證、系爭土地登記第一類謄本、異動索引、本  
14 院112年5月16日南院武112司執方字第40343號執行命令附卷  
15 為證（訴字卷一第87頁至第95頁、第133頁至第195頁），並  
16 有系爭抵押權設定登記申請資料在卷可稽（訴字卷一第27頁  
17 至第45頁），且為被告所不爭執（訴字卷一第377頁至第378  
18 頁），此部分之事實，堪以認定。

19 (三)按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，  
20 民事訴訟法第277條本文定有明文；又關於確認法律關係不  
21 存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，即應由被告負舉  
22 證責任。而稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代  
23 替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同  
24 之物返還之契約，民法第474條第1項定有明文。是消費借貸  
25 者，於當事人間必本於借貸之意思合致，而有移轉金錢或其  
26 他代替物之所有權於他方之行為，始得當之，倘當事人主張  
27 與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示  
28 合致及借款業已交付之事實，均負舉證之責任。本件原告主  
29 張系爭抵押權擔保之系爭借款債權不存在，為被告所否認，  
30 並以前詞置辯，依上開說明，即應由被告就其等間有消費借  
31 貸契約之意思表示合致且確有交付借款之事實負舉證之責。



01 鄭能慧主張其與謝秉滿間有消費借貸之合意及交付借款之事  
02 實，系爭借款債權確屬存在，並提出借據、借款明細表、持  
03 用帳戶存款存摺明細、系爭支付命令及確定證明書、謝秉滿  
04 簽立票面金額120萬元、票據號碼AA103001號之本票等附卷  
05 為證（訴字卷一第209頁至第214頁、第287頁、第388-1頁至  
06 第388-2頁），經查：

07 1.就鄭能慧提出持用帳戶存款存摺明細部分（訴字卷一第211  
08 頁至第212頁），固核與本院函詢各金融機構回覆之交易明  
09 細內容相符（訴字卷一第395頁至第401頁），惟此僅足證明  
10 鄭能慧有於109年11月30日，自其元大銀行永康分行帳戶提  
11 領現金30萬元，另自其永康大灣郵局帳戶提領現金70萬元，  
12 及於109年12月1日，自其永康大灣郵局帳戶提領現金10萬元  
13 等事實，參以謝秉滿自承並未將向鄭能慧借得之款項存入帳  
14 戶等語（訴字卷一第384頁），尚無從自客觀之金流情形，  
15 判斷鄭能慧提領之上開款項後續用途、流向為何、是否確經  
16 鄭能慧交付與謝秉滿，尚不足證明其與謝秉滿間有消費借貸  
17 之合意及交付借款之事實。

18 2.再觀諸上開借據、借款明細表（訴字卷一第388-1頁至第388  
19 -2頁），其上均有謝秉滿之簽名及按捺之指印，借據上復蓋  
20 印有謝秉滿之印章，原告雖否認其形式之真正，惟亦陳稱所  
21 爭執者並非其形式真實性、無鑑定有無偽造、變造之必要，  
22 被告應舉證其實質上真正等語（訴字卷一第377頁），核屬  
23 對於上開借據、借款明細表實質證明力之爭執，先予敘明。  
24 細繹上開借據、借款明細表所載內容：

25 (1)借據之立據日期為109年11月27日，經謝秉滿當庭確認係於  
26 該日其簽立無誤（訴字卷一第381頁），其上雖有記載借貸  
27 人為謝秉滿，惟貸與人欄為空白，並未記載鄭能慧之姓名；  
28 借款明細表則無簽立日期之記載，經被告當庭表示係於109  
29 年12月1日簽立（訴字卷一第381頁），其上雖記載「雙方協  
30 議如下：…」，惟最末端僅有謝秉滿之簽名及指印，並無關  
31 於協議之他方為何人之記載。上開借據、借款明細表均未據

01 鄭能慧簽名或用印，是否確為被告2人間達成之借款約定，  
02 已屬有疑。

03 (2)借據記載之借款金額為120萬元，除於借據第2行記載「借貸  
04 人已收訖借款並點收無誤」外，另於左下角有一獨立欄位，  
05 亦記載「本人已現金收訖120萬元正」，並經謝秉滿簽名、  
06 蓋章、捺印，與被告所稱及上開借款明細表所載系爭借款係  
07 於109年11月30日交付100萬元、109年12月1日交付10萬元之  
08 情形不同。鄭能慧雖以前詞置辯，惟制式列印完畢之空白借  
09 據如有與實際約定之借款情形不符之部分，本可透過塗改、  
10 刪除或留白等方式加以調整，並無將與事實不符之內容記載  
11 其上，再特意予以簽名、蓋章、捺印確認之必要，鄭能慧此  
12 部分所辯，尚非可採。

13 (3)借據記載「借貸人如未能如期清償，於清償日屆至之翌日起  
14 至清償完畢日止，按借款金額，每逾1日每萬元以10元計算  
15 違約金」，與系爭土地登記第一類謄本所示（訴字卷一第14  
16 5頁、第159頁），系爭抵押權擔保之違約金以「每逾1日每  
17 萬元以20元計算」不同。審酌系爭借款約定之借款金額高達  
18 120萬元，就簽立借據、申請設定抵押權等行為，理應再三  
19 核對、謹慎為之，詎設定抵押權時記載擔保債權之違約金，  
20 竟較借據約定之違約金高出1倍，顯與常情相違而有可疑，  
21 鄭能慧雖辯稱係誤繕所致，惟未能提出其他證據以實其說，  
22 難予採信。

23 (4)關於抵押權設定標的部分，借據記載之標的為系爭土地及  
24 「22、23、24建號」建物，借款明細表則記載標的物僅有系  
25 爭土地。再者，借據記載抵押權設定標的之權利種類為所有  
26 權，權利範圍為全部，亦與系爭土地登記第一類謄本所示  
27 （訴字卷一第147頁、第161頁），實際上謝秉滿僅就其所有  
28 之系爭土地權利範圍96分之4及同段24建號建物設定抵押之  
29 情形不符。鄭能慧推稱係代書作業疏漏所致，惟難認已提出  
30 合理說明，亦非可採。

31 (5)借據立據日期為109年11月27日，並記載雙方約定清償日為1

01 09年12月27日，足認原先約定之借款期間應僅有1個月，並  
02 按雙方協議利率即週年利率百分之1計算利息，如謝秉滿未  
03 能如期清償，始需加計按週年利率百分之20計算之遲延利  
04 息；惟借款明細表卻記載「本次借款利率為月息百分之1.5  
05 （換算週年利率百分之18）」、「利息前扣5個月」、「如  
06 提前還款，前扣5個月利息不退還」，與借據所約定之借款  
07 期間、借款利率、遲延利息利率均不相符。鄭能慧雖以前詞  
08 置辯，惟倘謝秉滿於109年11月27日簽立借據向鄭能慧借款  
09 後，被告2人於109年11月30日，另有以合意變更借款之清償  
10 期、約定之借款利息及利率等借款契約內容，理應重新簽立  
11 借據，載明相關變更後之約定借款內容，詎竟僅由謝秉滿單  
12 方簽立借款明細表，復未將鄭能慧所稱清償期展延為5個月  
13 之意旨記載其上，顯與常情相違，難予採信。

14 (6)經本院調取系爭執行事件、系爭支付命令案卷，鄭能慧於系  
15 爭執行事件112年5月2日（112年4月27日具狀，本院於112年  
16 5月2日收狀）陳報之「借據」（訴字卷一第250頁），中間  
17 關於「借貸人簽發如下本票及不動產，供貸與人設定抵押  
18 權，作為本次借款之擔保」欄位部分，除本票之票號AA1030  
19 01、抵押權設定標的之權利種類為所有權、權利範圍為全部  
20 等部分已預先列印完畢外，其餘部分均為空白，與鄭能慧11  
21 2年5月4日（112年5月2日具狀，本院於112年5月4日收狀）  
22 聲請對謝秉滿核發系爭支付命令時提出之「借據」（訴字卷  
23 一第241頁），該欄位全部均已記載完畢之情形不符，依謝  
24 秉滿陳稱其於109年11月27日簽立借據後，當日即交與代書  
25 辦理設定系爭抵押權事宜，訴字卷一第241頁「借據」上開  
26 欄位所寫內容並非其字跡等語（訴字卷一第381頁、第384  
27 頁），可知鄭能慧所提出之借據關於上開欄位部分，確為謝  
28 秉滿109年11月27日簽立借據後，始由他人加以填載，其記  
29 載內容是否確符合謝秉滿簽立借據當時之真意，顯有可疑。  
30 鄭能慧雖辯稱係因於對謝秉滿核發系爭支付命令時，為求周  
31 全，遂由代書助理填寫補正後提出於本院，惟該填寫完畢之

01 借據上所載抵押權設定標的，為系爭土地及「22、23、24建  
02 號」建物，權利種類為所有權，權利範圍為全部，仍與系爭  
03 土地登記第一類謄本所示，謝秉滿僅就其所有之系爭土地權  
04 利範圍96分之4及同段24建號建物設定抵押之情形不符，鄭  
05 能慧交由代書助理填寫補正後之內容，仍多有違誤，難認有  
06 何周全可言，是鄭能慧此部分所辯，亦非可採。

07 3.另就鄭能慧提出系爭支付命令及確定證明書部分，鄭能慧於  
08 聲請系爭支付命令時，於聲請狀所載請求之利息起算日未臻  
09 明確，經本院司法事務官裁定命其補正後，鄭能慧具狀補正  
10 請求事項為「債務人應給付債權人120萬元，並自109年12月  
11 27日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之利息，暨每  
12 逾1日每萬元以10元計算違約金」，經本院按上開補正後之  
13 內容核發系爭支付命令，於112年6月6日送達並由謝秉滿本  
14 人親自簽收，謝秉滿未於法定期間提出異議，而於112年6月  
15 28日確定等情，業經本院調取系爭支付命令案卷核閱屬實。  
16 惟查，依前揭謝秉滿簽立之借款明細表記載，及被告2人於  
17 本件所為之陳述，其等主張鄭能慧交付與謝秉滿之借款，已  
18 依其等於109年11月30日之合意，將原約定之清償期由1個月  
19 展延為5個月，並預先扣除按月息百分之1.5計算之5個月利  
20 息9萬元，倘認被告2人上開所述屬實，鄭能慧於聲請對謝秉  
21 滿核發支付命令時，亦應先將已預扣之5個月利息自其請求  
22 金額中扣除，詎其經本院司法事務官裁定補正後，仍以前揭  
23 謝秉滿簽立之借據所載之清償日即109年12月27日作為利息  
24 起算日，並據以聲請核發支付命令，謝秉滿非但未就上開重  
25 複計息之情形提出異議、任令系爭支付命令確定，已與常情  
26 相違，復於本件訴訟當庭陳稱鄭能慧請求其支付自109年12  
27 月27日起之利息，符合被告2人間借款之約定等語（訴字卷  
28 一第384頁），前後顯相矛盾。是系爭支付命令及確定證明  
29 書所載請求內容，與被告2人所述借款已預扣利息之情形不  
30 符，亦不足作為被告2人間有消費借貸合意及交付借款事實  
31 之證據。

01 4.基此，鄭能慧就其與謝秉滿間有消費借貸之合意及交付借款  
02 之事實所提出之前揭證據，有前述諸多瑕疵、破綻、缺漏或  
03 內容互相扞格之情形存在，被告2人復未能就其中不符常理  
04 之記載情形提出合理說明，難認已證明系爭借款債權確實存  
05 在，綜合上開證據調查結果，應認原告請求確認系爭抵押權  
06 所擔保之債權不存在，確屬有據，應予准許。

07 (四)按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之；債務人怠於  
08 行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使  
09 其權利，民法767條第1項中段、第242條本文分別定有明  
10 文。又抵押權為擔保物權之一種，於該抵押權擔保期間，須  
11 有擔保之債權存在，倘擔保債權並不存在或並未發生，其抵  
12 押權即失所附麗，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押  
13 權人塗銷抵押權設定登記，抵押人怠於行使塗銷抵押權登記  
14 者，其債權人為保全債權，自得代位請求抵押權人就抵押權  
15 辦理塗銷登記。本件原告為謝秉滿之債權人，謝秉滿為系爭  
16 土地之所有權人，又系爭抵押權所擔保之債權不存在等情，  
17 均經本院認定如上，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權亦隨  
18 之消滅而不存在，系爭土地仍存有此實質上已不存在之系爭  
19 抵押權登記，顯已對謝秉滿就系爭土地之所有權構成妨害，  
20 並使系爭執行事件因系爭土地核定底價無法清償優先債權及  
21 執行費用，拍賣無實益而終結，自使原告對謝秉滿之債權有  
22 不能受償之情形，從而，原告主張謝秉滿未請求鄭能慧塗銷  
23 系爭抵押權之設定登記，有怠於行使權利之情形，並使原告  
24 之債權實現受有妨害，原告為保全其謝秉滿之債權，依前揭  
25 規定，以債權人之地位，代位謝秉滿請求鄭能慧應將系爭抵  
26 押權予以塗銷，即為有據，應予准許。

27 五、綜上所述，原告請求確認系爭抵押權擔保之系爭借款債權不  
28 存在，並依民法第242條前段、第767條第1項中段規定，代  
29 位謝秉滿請求鄭能慧塗銷系爭抵押權登記，為有理由，應予  
30 准許。

31 六、按訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。法院為終局判決時，應

01 依職權為訴訟費用之裁判。民事訴訟法第78條、第87條第1  
02 項分別定有明文。本件原告之訴有理由，訴訟費用應由敗訴  
03 之被告負擔，爰依職權確定訴訟費用之負擔如主文第三項所  
04 示。

05 七、本件事證已臻明確，兩造其餘主張、陳述及所提證據，經本  
06 院審酌後，核與判決結果皆不生影響，爰不逐一論列，附此  
07 敘明。

08 八、據上論結，本件原告之訴為有理由，依民事訴訟法第78條、  
09 第87條第1項，判決如主文。

10 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日  
11 民事第二庭 法 官 陳品謙

12 以上正本係照原本作成。

13 如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上  
14 訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後  
15 20日內補提上訴理由書（須附繕本），如委任律師提起上訴者，  
16 應一併繳納上訴審裁判費。

17 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日  
18 書記官 黃心瑋