臺灣臺南地方法院民事判決

113年度訴字第2151號

原　　告　李偉銘　　住○○市○○區○○○路○段000號八樓

訴訟代理人　簡大為律師

被　　告　林家榮

訴訟代理人　張名賢律師

複代理人　　吳昱熹律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，經本院於民國114年7月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

確認被告就附表一所示土地，於民國110年3月26日設定登記如附表二所示抵押權所擔保之債權全部不存在。

被告應將附表二所示抵押權登記予以塗銷。

確認被告就附表一所示土地，於民國112年11月22日設定登記如附表三所示抵押權所擔保之債權，於超過新臺幣306萬5,045元部分不存在。

被告應將附表三所示抵押權，關於擔保債權總金額超過新臺幣306萬5,045元範圍之登記予以塗銷。

原告其餘之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用新臺幣60,801元，其中新臺幣44,384元由被告負擔，並應於本判決確定之翌日起至清償日止，加給按週年利率百分之5計算之利息，餘由原告負擔。

事實及理由

一、按訴狀送達後，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。本件原告起訴時原聲明第1、2項為：㈠確認被告就附表一所示土地(下稱原告土地)，於民國110年3月26日設定登記如附表二所示抵押權（下稱110年抵押權）所擔保之債權，於超過新臺幣(下同)280萬元以上之部分不存在；㈡被告應將前項抵押權設定登記於超過280萬元之部分塗

銷。嗣於本院審理中，原告變更聲明第1、2項如後述（本院卷第242頁），經核其所為訴之變更與原訴均基於確認110年抵押權所擔保之債權數額之同一基礎事實，訴訟證據及資料具有同一性，依訴訟經濟原則，宜利用同一訴訟程序審理，藉以一次解決本件之紛爭，且經被告同意（本院卷第242頁），是原告所為訴之變更，程序上應予准許。

二、原告主張：

㈠原告於107年3月19日簽立250萬元借款契約書(下稱107年借款契約)予被告，惟被告未交付金錢予原告，僅代償原告積欠凱基銀行現金卡債務29萬元及第三人邱文惠借款，合計160萬元。原告於110年間欲向被告借款，於110年3月25簽立280萬元之領據、本票、借款契約書(下稱110年借款契約)予被告，於110年3月26日提供原告土地設定110年抵押權予被告，惟被告未交付金錢予原告，兩造亦未協議將107年欠款餘額作價280萬元，110年抵押權所擔保之金錢消費借貸債權因欠缺要物性而不成立。如110年借款契約因借新還舊而消滅，則110年3月25日借款本金應於107年借款本金範圍內存在，惟被告將107年借款所生利息滾入，作為110年借款契約之本金，違反民法第207條規定而屬脫法行為。又110年借款契約及110年抵押權設定契約書均未記載約定利息，被告不得請求約定利息，110年抵押權擔保範圍亦不及於約定利息；110年借款契約未記載清償日，原告不生逾期未清償之情事，被告不得請求遲延利息與違約金，若認被告得請求遲延利息，仍不得重複請求約定利息；若認被告得請求違約金，但兩造未約定違約金性質，依民法第250條第2項規定應屬損害賠償總額預定性質，被告不得再請求遲延利息，且應考量原告有陸續依約清償，被告所受損失甚微，應予酌減違約金。

㈡原告於112年11月21日簽立503萬元之領據、本票、借款契約書(下稱112年借款契約)，並提供原告土地設定如附表三所示抵押權(下稱112年抵押權)予被告，惟被告未交付金錢予

原告，112年抵押權所擔保之金錢消費借貸債權應僅在110年借款所餘本金範圍內存在，且110年借款契約未約定利息，原告應無積欠利息；又112年借款契約雖有記載約定利息，但112年抵押權之設定契約書未登記約定利息，故112年抵押權擔保範圍並無約定利息；112年借款契約已載明清償日為113年5月20日，被告應自113年6月20日起始得請求遲延利息及違約金，且兩造未約定違約金性質，依民法第250條第2項規定應屬損害賠償總額預定性質，被告不得併請求遲延利息及違約金，如認被告得請求違約金，應考量原告陸續清償，嗣後無力清償高於法定最高利率之利息，被告所受損失甚微，應予酌減違約金等語。

㈢並聲明：1.確認被告就原告土地於110年3月26日設定登記予被告之110年抵押權所擔保之債權全部不存在；㈡被告應將前項抵押權設定登記塗銷；㈢確認被告就原告土地於112年11月22日設定登記予被告之112年抵押權所擔保之債權，於超過50萬元部分不存在；㈣被告應將前項抵押權設定登記於超過50萬元部分塗銷；㈤原告願供擔保請准宣告假執行。

三、被告抗辯：原告於107年3月19日向被告借款250萬元，約定清償日為107年6月18日，利息按月利率2%計算，違約金按月利率3分計算，原告簽訂250萬元領據、本票、借款契約書，及提供原告土地設定300萬元抵押權予被告作為擔保，由被告代償原告積欠之凱基銀行現金卡債務及第三人邱文惠借款合計約為160萬元，其餘借款為原告自己使用。嗣原告未依約清償，兩造於110年3月25日協議借新還舊方式，以本金160萬元及法定利率上限年息20%計算至110年3月止，原告應清償之本金、約定利息、遲延利息及違約金合計為448萬2000元，嗣經兩造確認以280萬元為新債務本金，由原告簽立280萬元之領據、本票、借款契約書，並載明利息按本金年利率20%計算、違約金按本金年利率30%計算，及塗銷原告土地於107年所設定之300萬元抵押權登記，另設定110年抵押權作為擔保。惟原告仍未清償，依110年借款契約計

算至112年11月21日止，原告應清償本金及違約金合計370萬3000元。兩造於112年11月21日協議借新還舊，確認以503萬元作為新債務本金，由原告簽訂503萬元領據、本票、借款契約書，並載明借款期間至113年5月20日止，利息按年利率20%計算、違約金按年利率30%計算，提供原告土地設定112年抵押權予被告作為擔保，被告同意塗銷110年抵押權設定登記。原告自願簽署110年借款契約、112年借款契約，並以原告土地設定110年抵押權、112年抵押權予被告，足證兩造間有以借新還舊之合意，原告已承認110年借款契約、112年借款契約所載之本金、利息、遲延利息及違約金，無庸再回溯計算被告於107年間所交付之借款金額若干。原告迄今仍未清償借款，依112年借款契約應清償之本息、違約金，應以被告依110年借款契約得請求307萬3000元為本金，加計依民法第205條法定最高利率為年息16%計算自112年11月21日起至113年5月20日止之約定利息，及加計按年息20%計算之違約金，原告應清償之借款總額為465萬8273元，若按年息16%計算之違約金，原告應清償借款總額為448萬5467元，112年抵押權設定契約書未記載約定利息，故112年抵押權所擔保之債權範圍應為本金及違約金，以本金307萬3000元，加計至114年7月止按年息20%或年息16%之違約金，原告未清償借款為436萬2033元或418萬9227元，112年抵押權所擔保之債權在436萬2033元或418萬9227元範圍內仍存在，原告訴請塗銷確認112年抵押權所擔保之債權於超過50萬元部分不存在，並請求塗銷112年抵押權超過50萬元部分之設定登記，均屬無據等語。並聲明：原告之訴駁回；如受不利判決，被告願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項（本院卷第244-247頁）：

㈠原告原積欠訴外人邱文惠金錢債務，並將其所有如附表一編號1、2所示土地，於103年10月1日設定擔保債權總金額128萬元之最高限額抵押權予邱文惠，嗣於106年9月7日辦理權利價值變更，將擔保債權總金額變更為200萬元。

㈡原告於107年3月19日簽立被證1領據2張及借款契約書1張(本院卷第85-89頁)，向被告借款250萬元，約定月息2%，並以原告土地於107年4月3日設定300萬元普通抵押權予被告作為擔保。被告將借款用以清償原告積欠凱基銀行29萬元現金卡債務，及原告積欠前項邱文惠抵押借款債務。邱文惠之200萬元最高限額抵押權設定登記於107年4月12日塗銷，被告之300萬元普通抵押權設定登記於110年2月23日塗銷。

㈢被證2領據1張、借款契約書1張、280萬元本票1張(本院卷第95-99頁)、被證3領據1張、借款契約書1張、503萬元本票1張(本院卷第105-109頁)，均為原告所親簽。

㈣原告於110年3月26日以原告土地為被告設定如附表二所示普通抵押權。

㈤原告於112年11月22日以原告土地為被告設定如附表三所示普通抵押權。

五、本院之判斷：

㈠按確認之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起。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。若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益（最高法院52年度台上字第1240號判決要旨參照）。查，原告主張110年抵押權、112年抵押權所擔保之債權部份不存在，為被告所否認，則110年抵押權、112年抵押權及所擔保之債權是否存在即陷於不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以確認判決予以除去，是原告提起本件確認訴訟，自有即受確認判決之法律上利益。

㈡次按確認法律關係不存在之訴，如被告抗辯其法律關係存在時，應由被告負舉證責任，而普通抵押權成立上之從屬性，僅關乎該抵押權之效力，且當事人為借款債務設定普通抵押時，先為設定登記，再交付金錢之情形，所在多有，自不得

因已為設定登記，即反推已交付金錢或指已交付金錢為常態事實。故原告主張借款債權未發生，而抵押權人予以否認者，依首開說明，仍應由抵押權人負舉證責任（最高法院110年度台上字第3286號判決要旨參照）。查，原告於110年3月26日以原告土地設定110年抵押權、於112年11月22日設定112年抵押權予被告之事實，為兩造所不爭執(不爭執事項㈣、㈤)，惟原告主張110年抵押權所擔保之借款債權全部不存在，因被告未交付借款，兩造亦未協議將107年欠款餘額作價280萬元成立新債；112年抵押權所擔保之借款債權僅在110年借款所餘本金範圍內存在，於超過50萬元部分不存在等情；被告則抗辯原告於107年3月19日向被告借款250萬元，因未依約清償，兩造分別於110年3月25日、112年11月21日協議以終止舊債另訂新債之方式清償，結算舊債未清償之本息、違約金合併計為280萬元、503萬元作為新債借款契約之本金，並以原告土地設定110年抵押權、112年抵押權作為擔保，被告雖同意塗銷110年抵押權設定登記，但112年抵押權所擔保之本金及違約金債權在436萬2033元或418萬9227元範圍內仍存在等語，依上說明，應由被告就其主張兩造約定借新還舊，分別於110年、112年辦理結算積欠借款本息及設定抵押權擔保借款債權之事實，負舉證責任。

㈢按稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。當事人之一方對他方負金錢或其他代替物之給付義務而約定以之作為消費借貸之標的者，亦成立消費借貸。民法第474條第1、2項定有明文。是當事人間倘約定以一方對他方所負金錢給付義務，作為消費借貸之標的，亦應成立消費借貸契約，否則，必令當事人反覆交付而後始能成立消費借貸，非僅不便，且與社會生活之實情不符（民法第474條第2項立法理由參照）。準此，當事人之一方對他方負有金錢或其他代替物之給付義務（即基礎債務），而合意以該債務作為消費借貸之標的，即成立民法第474條第2項規定之合

意消費借貸。

1.關於107年3月19日借款：

⑴按消費借貸為要物契約，須以金錢或其他代替物之交付為構成要件，如對於交付之事實有爭執，應由主張已交付之貸與人負舉證責任（最高法院107年度台上字第840號判決意旨參照）。貸與人所提出之借用證（借據）內，如載明所借款額，「收訖無訛」者，固可解為貸與人就金錢契約之具備要物性，已盡舉證責任。惟於借用人提出反對之主張及為相當之「反證」時，該借用證是否具有實質之證據力，亦即其內容是否足以證明待證之事實，仍應由法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷借貸事實之真偽（最高法院85年度台上字第211號判決要旨參照）。

⑵原告原積欠訴外人邱文惠金錢債務，並將其所有如附表一編號1、2所示土地，於103年10月1日設定擔保債權總金額為128萬元之最高限額抵押權予邱文惠，嗣於106年9月7日辦理權利價值變更，將擔保債權總金額變更為200萬元(不爭執事項㈠)；且據證人邱文惠到庭具結證稱：我透過許智凱介紹認識原告，許智凱是我的朋友，他從事金錢借貸，他說原告需要用錢，問我可不可以借錢給原告，我同意，一開始借了快100萬元，並設定抵押，後來又增貸到本金130萬元、140萬元左右，詳細數額我不記得了，利息一開始是每月1萬多到2萬元，都是透過許智凱給我，最後原告是一次還我本金130萬元、140萬元，是用匯款或現金我已經沒有印象，債務結清後有塗銷抵押權設定，上開事情我全部都是交代許智凱幫我處理，我沒有與原告見過面或連絡過，詳細借款時間、具體金額及抵押權設定資料，我都沒有印象了，但我印象中原告借款時間沒有很久，我覺得兩年下來的借款本息大約就是100多萬元，沒有到200萬元等語（本院卷第364-368頁）；證人許智凱到庭具結證稱：我從事貸款仲介，一開始是原告找我說他要借款，

請我幫忙找金主，我找了金主邱文惠，邱文惠評估完後同意借款，但要設定抵押，實際借款數額因為時間太久我忘記了，只記得後面因為要增加借款，大約是增貸到150幾萬元左右，所以才變更抵押設定金額，至於原告借款的利息如何計算，我已經忘記了，但依照10年前的利息，大概是月息2%到2.5%左右，原告支付利息都是透過我，原告確實有透過我清償本金，但我忘記數額多少等語(本院卷第414-415頁)，由此堪認原告於103年至107年期間向邱文惠借款本金約為130萬元增加至150萬元，月息約為2%到2.5%之事實，應可認定。

⑶原告於107年3月19日簽立2張領據及借款契約書1紙，向被告借款250萬元，約定月息2%，並以原告土地於107年4月3日設定300萬元普通抵押權予被告作為擔保(不爭執事項㈡)，又上開2張領據分別記載：「茲收到(林家榮借款)新台幣貳佰壹拾參萬元整，金額如上述無訛。領款人：李偉銘。中華民國107年3月19日」(本院卷第85頁)、「茲收到(林家榮借款)新台幣參拾柒萬元整，金額如上述無訛。領款人：李偉銘。中華民國107年3月19日」(本院卷第87頁)，被告自承由被告代償原告積欠之凱基銀行現金卡債務及第三人邱文惠借款合計約為160萬元，且經兩造不爭執107年借款用以清償原告積欠凱基銀行29萬元現金卡債務及原告積欠邱文惠抵押借款債務(不爭執事項㈡)，是以原告確有向被告借款160萬元之事實，應可認定。

⑷按金錢消費借貸之成立，並不以現實交付金錢為限，如以他種欠款移作借款，而合意成立消費借貸，自仍發生與現實交付同等之效力，則以證人邱文惠前開證稱原告向其借款之本金約150萬元等情，足見原告簽立250萬元借款契約書之真意，係為使自己先前積欠凱基銀行現金卡債務及證人邱文惠借款債務，得以其對被告所負金錢給付義務取代之，換言之，兩造係約定以被告代為清償凱基銀行現金卡債務及邱文惠借款債務，作為107年3月19日250萬元借款

契約書所示消費借貸契約之標的，依民法第474條第2項規定及前揭說明，兩造之消費借貸關係，就上開凱基銀行現金卡債務29萬元與邱文惠借款債務，合計160萬元範圍內有效成立。逾此金額之消費借貸關係，被告雖抗辯用以支付「代償原告對借款契約介紹人之仲介費」、「代償原告應負擔之借款契約、抵押權設定之代書費」，作為交付金錢之替代物乙情(本院卷第231-233頁)，惟未據被告提出積極事證以實其說，兩造間逾160萬元部分之消費借貸關係即因欠缺要物性而不成立，併予敘明。

2.關於110年3月25日借款：

⑴按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第758條第1項定有明文。又抵押權為不動產物權，非經登記不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利，是抵押債權人及抵押債務人為何人，並所擔保之債權為何種債權，均應以設定登記之內容為準（最高法院85年度台上字第3105號判決意旨參照），故抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力。

⑵被告抗辯原告未依107年借款契約清償利息，兩造於110年3月25日協議將原告未清償之舊債本息、違約金總額以280萬元計，並以之作為新借款契約之消費借貸標的，由原告簽立280萬元領據1張、借款契約書1張、同額本票1張，及設定110年抵押權予被告等情，業據提出原告不爭執真正之領據、借款契約書、本票為證(不爭執事項㈢，本院卷第95-99頁)，且有110年抵押權之設定契約書明載「擔保債權種類及範圍：110年3月25日成立之金錢消費借貸」，有臺南市歸仁地政事務所114年1月17日所登記字第1140004789號函檢送相關資料影本在卷可稽(本院卷第129-134頁)，足認110年抵押權所擔保之債權為上開領據、借款契約書及本票所載280萬元借款債務甚明。原告雖主張該280萬元借款契約因被告未交付借款而不成立云云，惟據證人

李峪廣到庭具結證稱：我是孫秀蕙地政士事務所的助理，原告來孫秀蕙地政士事務所找金主，由孫秀蕙地政士事務所找到被告，兩造間因此有借貸關係，並由孫秀蕙地政士送件申請抵押權設定登記，並由我實際負責處理。被證2領據1張、借款契約書1張、280萬元本票1張均係由我提供給原告簽署，因為原告向被告借款的第1筆本息未清償，且原告也想要增貸，所以兩造當場談妥由原告向被告借款280萬元，此筆280萬元我有經手現金交付的部分，但金額已經已經不記得，是否有另外匯款我不確定，增貸數額我也不記得了。110年抵押權設定金額為350萬元，是因為慣例上會再加二成做抵押設定，以免未來可能產生的遲延利息或法院相關費用、拍賣後土增稅等稅金。原告沒有向我反應過被告未交付280萬元借款的事，也沒有聽聞過兩造間有產生糾紛等語(本院卷第260-265頁)，可知兩造間確實有消費借貸之合意；參以本院卷第97頁借款契約書記載：「茲因債務人李偉銘(以下簡稱乙方)週轉需要，向債權人林家榮(以下簡稱甲方)借款，並提供不動產擔保設定抵押權予債權人，經雙方同意訂立下列各項條款，以資遵守：一、甲方借給乙方新臺幣貳佰捌拾萬元整。二、雙方約定。遲延利息(率)：遲延利息按本金年利率20%計算之。三、違約金：於其未償還則按本金年利率30%計算之。…」等語，足認原告於借款契約書承認其對被告負有280萬元債務。是原告既明知其於簽立領據、本票、借款契約書時，被告並無實際交付280萬元借款，猶願簽訂以280萬元為借款本金之領據、本票、借款契約書交予被告，堪認被告抗辯兩造為解決原告未清償107年借款本息之債權債務關係，同意為債之更改，於110年3月25日談妥以280萬元作為新債務本金，作為清償原有舊債務之方法，並設定110年抵押權予被告作為擔保等情，尚非無據。又消費借貸所應交付之金錢，並不以現實交付為限，若合意以借用人對於貸與人所負之其他金錢債務，作為金錢借貸所

應交付之金錢，亦具要物性，已如前述，則兩造既約定以110年3月25日簽訂之280萬元借款契約書之方式清償107年借款契約債務，應認此280萬元款項已具要物性，兩造間已成立280萬元之消費借貸契約。

⑶原告雖主張證人李峪廣對於增貸交付之數額、交付過程均無見聞，且被告從未主張兩造間有增貸之情云云，惟一般人之記憶常隨著事務繁雜及時間的經過而不斷淡薄或模糊，證人李峪廣對於兩造間增貸過程因記憶不清導致所供細節不盡清晰，難認違背於常情，自不能僅因證人李峪廣未詳細說明數額即遽認兩造間並無增貸之情。縱認兩造於110年借款契約簽訂當時並未有增貸之情，然依原告於107年4月3日設定300萬元普通抵押權予被告之抵押權設定契約書記載(本院卷第139-142頁)，清償日期為107年6月18日、遲延利息按本金月利率三分計算、逾期未清償應支付按本金月利率五分計算之懲罰性違約金，可知兩造間確實有約定遲延利息及違約金之計算方式，加上原告不爭執應按月息2%計算約定利息(不爭執事項㈡)，則以107年借款契約之本金為160萬元計算(約定利息及遲延利息均按110年1月20日修正、同年7月20日施行前之民法第205條規定年息20%計算)，自107年3月19日起至110年3月止，原告累積未還本金、約定利息、遲延利息、違約金，扣除原告已還款718,000元(原證4編號6-31)，合計為4,482,000元(詳如本院卷第403頁附表1-1)，故兩造約定以280萬元作為110年借款契約之借貸本金，並未逾越被告依107年借款契約得請求之債權範圍。是被告抗辯兩造於110年3月25日結算先前欠款之本息及違約金累加後，再為協議減價以280萬元作為110年借款契約之本金等語，應為可採。

⑷另原告主張被告不得將利息滾入原本部分乙節。按利息不得滾入原本再生利息；但當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。前項規定，如商業上另有習慣者，不

適用之，民法第207條定有明文。是利息除當事人以書面約定因遲付逾一年後，經催告而不償還或商業上另有習慣者外，不得滾入原本再生利息，此就民法第207條之規定觀之甚明，是利息之滾入原本再生利息，必須依法為之，如僅憑債權人一方滾利作本，自無拘束債務人之效力（最高法院53年台上字第3161號判決意旨參照）。查，107年借款契約並未記載將約定利入滾入原本，亦未記載原告遲付利息逾1年後，經催告而不償還時，被告得將遲付之利息滾入原本等意旨，核與民法第207條第1項但書例外允許複利約定之要件不合，且被告並非經營銀錢業，亦難認有何商業上習慣可循，被告復未就此舉證證明之，自難認兩造有滾利作本之約定，而原告固應按107年借款契約給付被告約定利息，惟該部分利息不得再生利息，亦即兩造於110年3月25日簽訂110年借款契約時，僅能在107年借款契約本金160萬元、約定利息80,001元及違約金264萬元之總額，扣除原告已清償718,000元後之餘額3,602,001元範圍內，是以，兩造於110年借款契約約定以280萬元作為借貸本金，並無將利息不得滾入原本再生利息之情形。

⑸至107年借款契約固無違約金之記載，然債務人於債務不履行時是否應支付違約金等節，並非不能另於抵押權設定時加以約定。110年抵押權之設定契約書上既載明「逾期未償還則按本金年利率30％計算之」（本院卷第132頁），自同時具有債權合意之性質，兩造即應受違約金約定之拘束，殊不因該約定僅記載於抵押權設定契約書內，而否認其效力。

3.關於112年11月21日借款：

⑴被告抗辯原告未依110年借款契約清償，兩造於112年11月21日再次協議借新還舊，以另訂112年借款契約作為清償前債之方式，並約定將110年借款契約之本金及違約金未清償部分，以503萬元作為新債本金等語，業據提出原告不爭執真正之領據、借款契約書、本票為證(不爭執事項

㈢，本院卷第105-109頁），且有112年抵押權之設定契約書明載「擔保債權種類及範圍：112年11月21日成立之金錢消費借貸」，有臺南市歸仁地政事務所114年1月17日所登記字第1140004789號函檢送相關資料影本在卷可稽(本院卷第135-138頁），足認112年抵押權所擔保之債權範圍為上開領據、借款契約書及本票所載借款債務甚明。原告雖否認112年借款契約之要物性，惟據證人李峪廣到庭證稱：原告積欠110年抵押權的債務(即第二次借款)及利息未清償，所以約定由原告向被告借款503萬元，並由我提供本院卷第105-109頁所示領據1張、借款契約書1張、503萬元本票1張給原告簽署，當時我有在場，被告並沒有拿503萬元出來給原告，因為兩造是針對第二次借款的本金及利息做總結算，談妥以503萬元作為欠款金額，並依慣例以借款數額加二成設定112年抵押權，所以110年抵押權設定應該塗銷，但被告擔心如果先塗銷110年抵押權設定，原告會不願意設定112年抵押權，所以才會先設定112年抵押權，我有提醒要去辦理110年抵押權設定塗銷，只是還沒辦而已等語(本院卷第263-264頁），由此堪認兩造間簽訂112年借款契約，係約定以原告對於被告所負110年借款契約債務作為被告金錢借貸應交付金錢之一部，依民法第474條第2項之規定，應認為就以110年借款契約未清償欠款部分已具要物性而成立消費借貸契約。

⑵兩造間就110年借款契約之借貸本金為280萬元，業經本院認定如前，而110年抵押權之設定契約書關於利息之約定記載為「無」(本院卷第132頁），則依不動產物權登記公示原則，110年抵押權所擔保之範圍自不及於約定利息，僅有擔保本金及違約金，被告於本院審理中亦僅請求本金及違約金(本院卷第346-347頁）。又原告主張110年借款契約未記載清償日，自無可能發生逾期未清償之情形，被告不得向其請求違約金云云(本院卷第281-282頁），惟110年抵押權之設定契約書確實有記載「債務清償日期110年6月

24日」（本院卷第132頁），審酌本件為民間借貸，而一般民間放貸銀錢業者，係靠收取利息、違約金獲利，兩造既非熟識，經他人仲介借款，當無未約定清償日即貸予原告金錢之可能，故被告抗辯兩造約定之清償日即為抵押權設定契約書所載之110年6月24日，應符常情，可以採信。

⑶按當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金，民法第250條第1項定有明文。違約金有賠償性違約金及懲罰性違約金，前者以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額之預定，債權人除違約金外，不得另行請求損害賠償；後者則以強制債務履行為目的，確保債權效力之強制罰，具有懲罰之性質，債務人於違約時除應支付違約金外，仍應依契約之約定或其他債之關係負損害賠償責任。至當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之。又當事人之真意為何，應綜合契約之內容及一切事實定之（最高法院108年度台上字第1754號判決意旨參照）。次按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至是否相當，應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益，以為衡量之標準，倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減，並不因懲罰性違約金或賠償額預定性違約金而異（最高法院101年度台上字第74號判決意旨參照）。而約定違約金額是否過高？賠償性違約金係以債權人所受損害為主要準據，懲罰性違約金則非以債權人所受損害為唯一審定標準，尚應參酌債務人違約時之一切情狀（最高法院107年度台上字第764號、110年度台上字第732號判決意旨參照）。又債權人除民法第205條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益，亦為民法第206條所明文。

⑷查，110年借款契約及110年抵押權之設定契約書均記載：「違約金：逾期未償還則按本金年利率30%計算之」等語

（本院卷第97、132頁），可知兩造係約定原告屆期未清償借款時，被告得向原告請求給付上開違約金；又此一違約金之約定屬損害賠償總額預定性質，為兩造所不爭執（本院卷第282、346頁），依前開說明，被告自不得再於借款期限屆滿後即自110年6月25日起，依110年借款契約請求原告給付按本金年利率20%計算之遲延利息，被告於本院審理中亦已陳明僅就違約金與遲延利息擇一向原告為請求（本院卷第346頁）。又原告主張違約金約定過高，應予酌減乙節(本院卷第282頁)，爰審酌本件原告係以不動產設定抵押權及簽發本票之方式向被告借款，已大幅降低被告承擔原告未依約償還借款之風險，而原告未返還借款，被告通常所受之損失乃不能及時利用該筆借款存、放款所得之利息損失，被告亦未主張並舉證證明其因此另受有其他損害，且以目前貨幣市場長期呈現低利率狀態，縱然一般銀行定期存款利率均降至年息3%以下，利息、遲延利息及違約金至多僅在年息10%至20%之間，此為眾所周知之事，是認上開違約金約定以本金年利率30%計算確有過高之情形；惟斟酌兩造間之借款屬民間借貸，又因民間借款手續便利、借款取得時間較銀行放貸快速，衡諸一般常情，借款人本需承擔負擔高於銀行之借款本息風險，且放貸人（債權人）通常亦預期可取得較高之收益而同意貸放，併參以民法第205條於110年1月20日修正公布為「約定利率，超過週年百分之十六者，超過部分之約定，無效。」，及依民法債編施行法第36條第5項規定於000年0月00日生效施行，復依民法債編施行法第10條之1規定：「修正之民法第205條之規定，於民法債編修正施行前約定，而於修正施行後發生之利息債務，亦適用之。」，即於110年7月20日以後所發生之利息於超過週年利率16%部分為無效等情狀，故認兩造間違約金之計算基準，應酌減至按本金年利率16%計算，始為允當。準此，以110年借款契約之本金為280萬元計算，被告依110年借款契約得請

求之本金及違約金總額，經扣除原告已清償1,127,000元(原證4編號40-77、本院卷第393頁)後之數額為2,755,657元(如附表四所示)。

⑸112年借款契約及112年抵押權之設定契約書均記載：「違約金：逾期未償還則按本金年利率30%計算之」等語（本院卷第109、138頁)，惟原告主張違約金過高應予酌減部分，經本院審酌應酌減為按本金年利率16%計算方屬允當，理由同上詳述，故兩造簽訂112年借款契約係以110年借款契約未清償欠款部分即本金及違約金總和2,755,657元作為借貸關係應交付之金錢，既經本院認定如前，則被告依112年借款契約得請求之本金及違約金總額，經扣除原告已清償205,000元(原證4編號84-87、本院卷第393頁)後之數額為3,065,045元(如附表五所示)。

㈣原告請求確認抵押權所擔保之債權不存在部分：

110年抵押權所擔保之債權不存在，為被告所不爭執(本院卷第121頁)；112年抵押權所擔保之債權「112年11月21日成立之金錢消費借貸契約」(本院卷第138頁)，惟被告依112年借款契約所得請求之本金及違約金總計為3,065,045元，已如前述。是以原告主張被告對原告土地之110年抵押權所擔保之債權全部不存在、112年抵押權所擔保之債權於超過3,065,045元部分不存在等語，應堪採信，逾此部分之主張，則屬無據，並無理由。

㈤原告請求塗銷抵押權設定登記部分：

1.按普通抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立；該權利為財產權，具可分性，是抵押權設定時預定擔保之金額高於實際被擔保之債權者，就逾實際債權數額之抵押權登記部分，抵押人非不得請求塗銷(最高法院110年度台上字第2092號判決意旨參照）。又所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第767條第1項中段定有明文，是不動產如存有未經成立或不應繼續存在之抵押權，其物之所有權完整即受有妨害，所有人自得依上開規

定，行使所有物除去妨害請求權，請求登記之抵押權人塗銷該抵押權之登記。

2.經查，110年抵押權、112年抵押權均為普通抵押權(不爭執事項㈣、㈤)，具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立，惟依上論述，110年抵押權所擔保之債權「110年3月25日成立之金錢消費借貸」不存在，被告並陳明同意塗銷110年抵押權設定登記(本院卷第349頁)；112年抵押權所擔保之債權於超過3,065,045元部分不存在，且112年抵押權具可分性，從而，原告依民法第767條第1項中段規定，請求被告塗銷110年抵押權設定登記，以及就112年抵押權於超過3,065,045元範圍之設定登記予以塗銷，自屬有據；逾此部分之主張，則屬無據，並無理由。

六、綜上所述，原告請求確認110年抵押權所擔保之債權全部不存在、112年抵押權所擔保之債權於超過3,065,045元部分不存在，並請求原告塗銷110年抵押權設定登記、112年抵押權中關於擔保債權總金額超過3,065,045元之設定登記，均為有理由，應予准許。至於112年抵押權所擔保之債權於3,065,045元之範圍內仍存在，原告請求確認112年抵押權所擔保之此部分債權不存在，及塗銷此部分之抵押權設定登記，均無理由，應予駁回。

七、本件訴訟費用額確定為60,801元（即第一審裁判費60,301元、證人日旅費500元），爰審酌兩造勝敗訴比例及利害關係，依民事訴訟法第79條、第87條第1項規定，諭知訴訟費用之負擔如主文第6項所示，並依同法第91條第3項規定，諭知被告自本判決確定之翌日起至清償日止，應加給按年息5%計算之利息。

八、末按命債務人為一定之意思表示之判決確定或其他與確定判決有同一效力之執行名義成立者，視為自其確定或成立時，債務人已為意思表示，為強制執行法第130條第1項所明定。故命債務人為一定意思表示之判決，於判決確定時，視為已為意思表示，無待於執行，更無於判決確定前為假執行之餘

地（最高法院106年度台抗字第1326號裁定意旨參照），又債權人如持有判令債務人應辦理所有權移轉登記或塗銷登記之確定判決，即得依土地登記規則第27條第4款之規定，單獨向地政機關申請辦理，執行法院對此確定判決，除依強制執行法第130條第2項之規定發給證明書外，並無開始強制執行程序之必要（最高法院103年度台抗字第1019號裁定意旨參照）。查，本判決主文第1項及第3項係確認之訴、第2項及第4項係命被告為塗銷抵押權之意思表示，依前開說明，性質上不得宣告假執行，故原告陳明願供擔保，聲請宣告假執行，於法不合，應予駁回，被告聲明願供擔保請准免為假執行，則屬贅述，而無論斷之必要，應予敘明。

九、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。

十、據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　22　　日

臺灣臺南地方法院民事第四庭

法　官　張桂美

以上正本係照原本作成。

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訴理由（須附繕本）。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　　114　　年　　8　　月　　25　　日

書記官　林彥丞

附表一：原告土地						
編號	土地坐落				面積	權利範圍
	縣市	鄉鎮市區	段	地號	平方公尺	
1	臺南市	歸仁區	辜厝段	36	51.06㎡	1分之1
	113年10月重測前：歸仁北段1063-39地號				50㎡	1分之1
2	臺南市	歸仁區	辜厝段	37	100.36㎡	1分之1

	113年10月重測前：歸仁北段1071地號				92㎡	1分之1
3	臺南市	歸仁區	辜厝段	489	0.90㎡	240分之7
	113年10月重測前：歸仁北段1072-23地號				1㎡	240分之7
4	臺南市	歸仁區	辜厝段	490	0.12㎡	240分之7
	113年10月重測前：歸仁北段1072-24地號				1㎡	240分之7

附表二：110年普通抵押權登記內容

1.登記次序：0000-000
2.權利種類：普通抵押權
3.收件年期：民國110年
4.登記日期：民國110年3月26日
5.字號：普字第022280號
6.登記原因：設定
7.權 利 人：林家榮
8.債權額比例：1分之1
9.擔保債權總金額：新臺幣350萬元
10.擔保債權種類及範圍：110年3月25日成立之金錢消費借貸。
11.清償日期：民國110年6月24日
12.利息（率）：無
13.遲延利息（率）：遲延利息按本金年利率20%計算之。
14.違約金：逾期未償還則按本金年利率30%計算之。
15.其他擔保範圍約定：1.取得執行名義之費用。2.保全抵押物之費用。3.因債務不履行而發生之損害賠償。
16.債務人及債務額比例：李偉銘，債務額比例1分之1。
17.權利標的：所有權
18.標的登記次序：0103（1063-39地號土地）、0002（1071地號土地）、0053（1072-23地號土地）、0043（1072-4地號土地）
19.設定權利範圍：1分之1（1063-39地號土地）、1分之1（1071地號土地）、240分之7（1072-23地號土地）、240分之7（10

72-4地號土地）
20.證明書字號：110歸地他字第000922號
21.設定義務人：李偉銘
22.共同擔保地號：歸仁北段1063-39、1071、1072-5、1072-23地號土地

附表三：112年普通抵押權登記內容

1.登記次序：0000-000
2.權利種類：普通抵押權
3.收件年期：民國112年
4.登記日期：民國112年11月22日
5.字號：普字第107870號
6.登記原因：設定
7.權 利 人：林家榮
8.債權額比例：1分之1
9.擔保債權總金額：新臺幣650萬元
10.擔保債權種類及範圍：112年11月21日成立之金錢消費借貸。
11.清償日期：民國113年5月20日
12.利息（率）：無
13.遲延利息（率）：遲延利息按本金年利率20%計算之。
14.違約金：逾期未償還則按本金年利率20%計算之。
15.其他擔保範圍約定：1.取得執行名義之費用。2.保全抵押物之費用。3.因債務不履行而發生之損害賠償。
16.債務人及債務額比例：李偉銘，債務額比例1分之1。
17.權利標的：所有權
18.標的登記次序：0103（1063-39地號土地）、0002（1071地號土地）、0053（1072-23地號土地）、0043（1072-4地號土地）
19.設定權利範圍：1分之1（1063-39地號土地）、1分之1（1071地號土地）、240分之7（1072-23地號土地）、240分之7（10

72-4地號土地）

20.證明書字號：112歸地他字第004685號

21.設定義務人：李偉銘

22.共同擔保地號：歸仁北段1063-39、1071、1072-5、1072-23地號土地

附表四：本金280萬元(約定借款期限113年3月25日至110年6月24日)，計算至112年11月20日簽訂借款契約前一日止，原告得請求之本金、違約金

編號	時間	違約金按年息16%計算	原告還款	餘額
1	110年4月	在借款期限內未生違約金	180,000元	2,620,000元
2	110年5月	在借款期限內未生違約金	140,000元	2,480,000元
3	110年6月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,480,000元
4	110年7月	37,333元	64,000元	2,453,333元
5	110年8月	37,333元	54,000元	2,436,666元
6	110年9月	37,333元	未清償	2,473,999元
7	110年10月	37,333元	10,000元	2,501,332元
8	110年11月	37,333元	未清償	2,538,665元
9	110年12月	37,333元	78,000元	2,497,998元
10	111年1月	37,333元	30,000元	2,505,331元
11	111年2月	37,333元	未清償	2,542,664元
12	111年3月	37,333元	80,000元	2,499,997元
13	111年4月	37,333元	50,000元	2,487,330元
14	111年5月	37,333元	93,000元	2,431,663元
15	111年6月	37,333元	未清償	2,468,996元
16	111年7月	37,333元	未清償	2,506,329元
17	111年8月	37,333元	未清償	2,543,662元
18	111年9月	37,333元	82,000元	2,498,995元

19	111年10月	37,333元	未清償	2,536,328元
20	111年11月	37,333元	未清償	2,573,661元
21	111年12月	37,333元	90,000元	2,520,994元
22	112年1月	37,333元	20,000元	2,538,327元
23	112年2月	37,333元	46,000元	2,529,660元
24	112年3月	37,333元	45,000元	2,521,993元
25	112年4月	37,333元	25,000元	2,534,326元
26	112年5月	37,333元	未清償	2,571,659元
27	112年6月	37,333元	未清償	2,608,992元
28	112年7月	37,333元	40,000元	2,606,325元
29	112年8月	37,333元	未清償	2,643,658元
30	112年9月	37,333元	未清償	2,680,991元
31	112年10月	37,333元	未清償	2,718,324元
32	112年11月	37,333元	未清償	2,755,657元

附表五：依附表四欠款餘額2,755,657元(約定借款期限自112年11月21日起至113年5月20日)，計算至114年7月止，原告得請求之本金、違約金				
編號	時間	違約金按年息16%計算	原告還款	餘額
1	112年12月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
2	113年1月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
3	113年2月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
4	113年3月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
5	113年4月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
6	113年5月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,755,657元
7	113年6月	36,742元	145,000元	2,647,399元

（續上頁）

8	113年7月	36,742元	60,000元	2,624,141元
9	113年8月	36,742元	未清償	2,660,883元
10	113年9月	36,742元	未清償	2,697,625元
11	113年10月	36,742元	未清償	2,734,367元
12	113年11月	36,742元	未清償	2,771,109元
13	113年12月	36,742元	未清償	2,807,851元
14	114年1月	36,742元	未清償	2,844,593元
15	114年2月	36,742元	未清償	2,881,335元
16	114年3月	36,742元	未清償	2,918,077元
17	114年4月	36,742元	未清償	2,954,819元
18	114年5月	36,742元	未清償	2,991,561元
19	114年6月	36,742元	未清償	3,028,303元
20	114年7月	36,742元	未清償	3,065,045元