臺灣高等法院臺南分院民事判決

112年度上易字第46號

上　訴　人　陳賴碧蝦

　　陳隆興

　　陳隆昌

共　　同

訴訟代理人　林德昇律師

視同上訴人　陳榮宏

被上訴人　　京城商業銀行股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　戴誠志

訴訟代理人　季佩芃律師

上列當事人間請求確認債權不存在等事件，上訴人對於中華民國111年9月30日臺灣嘉義地方法院111年度訴字第379號第一審判決關於上訴人部分提起上訴，本院於113年3月20日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人陳賴碧蝦、陳隆興、陳隆昌連帶負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、被上訴人起訴時原將訴外人陳木田列為被告，惟陳木田於起訴前之民國110年4月28日已死亡，上訴人陳賴碧蝦、陳隆興、陳隆昌（下各稱其名，或合稱上訴人）為其繼承人，嗣經被上訴人追加上訴人為被告，並撤回對於陳木田之起訴，有個人基本資料查詢、民事補正狀、民事聲請狀、民事撤回狀在卷可查（原審限閱卷第13頁、訴卷第97至103、155至159、117至120頁），應屬對於起訴當事人之補正，而非訴之變更、追加、撤回，合先敘明。

二、被上訴人起訴請求確認原審被告陳榮宏（下稱其名）所有如附表所示土地（下稱系爭土地），於83年12月10日為上訴人

之被繼承人陳木田所設定登記共同擔保債權總金額新臺幣（下同）70萬元之普通抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保之債權（下稱系爭債權）不存在，上訴人應將系爭抵押權之設定登記予以塗銷等部分，其訴訟標的對於上訴人及陳榮宏必須合一確定，雖僅有上訴人提起上訴，依民事訴訟法第56條第1項第1款規定，其效力及於陳榮宏，爰列陳榮宏為視同上訴人。

三、陳榮宏經合法通知未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：債務人陳榮宏前積欠伊即債權人台南區中小企業銀行股份有限公司（嗣更名為：京城商業銀行股份有限公司）興業分公司債務，經伊取得臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）92年度執字第14490號債權憑證。伊聲請拍賣系爭土地，經原法院110年度司執字第18853號強制執行案件（下稱系爭執行事件）送請不動產鑑價後，核定系爭土地之底價共1,218,400元，因無法清償系爭土地上全部抵押債權【包含系爭債權及原登記之第一順位抵押權所擔保之債權（即原審被告謝欣成即陳榮慧之遺產管理人被訴部分，已確定，非本件審理範圍）】及執行費用，共1,538,534元，認拍賣無實益而終結，致伊對陳榮宏之債權無法受償，惟系爭抵押權所擔保之系爭債權是否存在，及系爭抵押權設定行為是否有效皆不明確，使伊於私法上之地位有現時受侵害之危險，故伊有提起確認系爭債權不存在之訴加以排除之確認利益。伊否認上訴人提出之上證1抵押權設定契約書、上證3切結書、上證4借據之形式真正，自應由上訴人及陳榮宏就系爭債權存在之事實負舉證責任，即應舉證有借貸之合意及借款之交付。又系爭抵押權自83年12月10日設定至今，陳木田及其繼承人即上訴人皆無實行抵押權之紀錄，惟因系爭抵押權之存在，致其餘債權人無法就陳榮宏之責任財產執行，而

使陳榮宏獲利，自不得僅因陳榮宏之片面之詞或書面陳述，即免除其應負之舉證責任。且上證4借據記載清償利息，卻未記載還款數額，顯不符常情。上訴人並稱陳木田死前也未交代這些事，惟陳賴碧蝦為陳木田之妻，系爭債權成立於83年，在當時並非小數目，且至陳木田死亡之110年已有27年之久，倘若真有系爭債權存在，上訴人應可得而知，但陳木田27年來皆未實行系爭抵押權，更未提起系爭債權存在，可見系爭債權並不存在，系爭抵押權即失所附麗，縱有登記之外觀，亦屬無效。證人陳威成證述上證3切結書是其父即訴訴人陳金藏叫其書寫給陳木田，顯見該切結書並非陳威成代理陳榮宏而為。且依證人陳威成之證述，尚無從認定陳木田有交付陳金藏70萬元之事實，又縱認其所證述之金錢消費借貸關係存在，亦係存在於陳金藏與陳木田間，而抵押權擔保之債權須特定，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利，以符合登記公示原則，上訴人不得以陳金藏有積欠陳木田70萬元為由，就系爭土地主張享有系爭抵押權。又縱認系爭債權存在，其請求權亦已罹於15年之消滅時效，抵押權人復未於消滅時效完成後之5年除斥期間內實行系爭抵押權，系爭抵押權已消滅。陳榮宏自得請求登記之抵押權人陳木田之繼承人即上訴人塗銷系爭抵押權登記，惟陳榮宏怠於行使上開權利，伊為保全權益，爰依民法第242條、第767條第1項中段規定代位陳榮宏請求除去其妨害而塗銷系爭抵押權登記。並於原審聲明：㈠確認陳榮宏所有系爭土地於83年12月10為上訴人之被繼承人陳木田所設定登記之系爭抵押權所擔保之債權不存在。㈡上訴人應將系爭土地之系爭抵押權設定登記予以塗銷（原審於原判決主文第2項及第3項為被上訴人全部勝訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴，陳榮宏部分視同上訴）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭抵押權為普通抵押權，於設定時應有債權存在。且伊等之被繼承人陳木田生前財力雄厚，名下帳戶金錢支出收入頻繁，有在進行借放貸款行為，亦有以其妻陳賴

碧蝦名下票據帳戶進行借放款行為，以賺取利息，陳木田於110年4月28日死亡時留有遺產價值3,000多萬元，足認其有財力借款70萬元給陳榮宏。惟陳木田生前均自理債權，且未及交待債權之事，嗣經伊等積極尋找債權之證據後，已提出上證1抵押權設定契約書、上證2他項權利證明書、上證3切結書及上證4借據，足以證明陳榮宏有向陳木田借款70萬元，迄陳木田死亡時仍未清償，故伊等因繼承而對陳榮宏有70萬元本金及利息債權存在。上開抵押權設定契約書記載清償日期為84年12月5日，惟債務人陳榮宏並未清償，故相關債權證明文件尚在債權人保管中。上開他項權利證明書係99年3月4日所補發，足見陳榮宏承認系爭債權存在。再依陳榮宏於99年2月18日書立上開借據表示其已付清積欠之利息，但本金70萬元仍無力清償，亦承認系爭債權存在。因此系爭債權自99年2月18日重行起算15年之時效期間，即於114年2月17日才會時效完成，故系爭抵押權並無因時效完成後5年內不實行抵押權而消滅之情事等語，資為抗辯。並上訴聲明：㈠原判決主文第2項、第3項關於上訴人部分及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

三、陳榮宏於原審及本院均未到庭，亦未提出任何書狀作何聲明或陳述。

四、兩造不爭執之事項（下列事項經上訴人及被上訴人到庭均不爭執，而陳榮宏已於相當時期受合法通知，於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執，依民事訴訟法第280條第3項、第1項規定，應視同自認）：

㈠被上訴人（原台南區中小企業銀行股份有限公司興業分公司）對陳榮宏執有臺南地院92年度執字第14490號債權憑證（原審訴卷第17至23頁），其上記載被上訴人對陳榮宏有7,163,637元，及自86年8月8日起至清償日止，按年息百分之10計算之利息，暨按上開利率百分之20計算之違約金，及未受償之違約金297,491元之債權存在，且該次執行結果僅受償

9,340元（即該次執行費用）。再經被上訴人向原法院聲請104年度司執字第30163號、108年度司執字第39793號強制執行亦均未受償（同卷第21頁）。

㈡系爭土地為陳榮宏所有（原審訴卷第123至133頁），經被上訴人對陳榮宏聲請原法院系爭執行事件而查封系爭土地，並送請不動產鑑價為1,564,486元，核定拍賣最低底價為1,523,000元，嗣因無人應買再減價後核定底價為1,218,400元，因認已不足清償系爭土地上之抵押債權、土地增值稅及執行費用合計1,538,534元而以拍賣無實益終結執行程序（同卷第37至38頁）。

㈢陳榮慧於95年4月20日以嘉義市地政事務所95年嘉地字第55490號因受讓（原權利人黃惠美，於83年10月29日設定）而登記為系爭土地第一順位抵押權人（下稱陳榮慧抵押權），上開抵押權係登記擔保債權總金額本金最高限額50萬元，清償日期為84年1月27日，利息依契約約定，違約金為月息千分之30，債務人及設定義務人為陳榮宏，共同擔保地號另有同段000-0地號土地陳榮宏、權利範圍100分之1（原審訴卷第71至84頁）。嗣經原審判決確認陳榮宏所有系爭土地上陳榮慧抵押權所擔保之債權不存在，及謝欣成即陳榮慧之遺產管理人應將上開抵押權設定登記予以塗銷，此部分已經確定。

㈣陳木田於83年12月10日以嘉義市地政事務所83年嘉市地登字第34957號因設定而登記為系爭土地第二順位抵押權人，系爭抵押權登記擔保債權總金額70萬元（即系爭債權），清償日期為84年12月5日，利息依照中央銀行放款利率，遲延利息及違約金依照契約約定，債務人及設定義務人為陳榮宏，共同擔保地號另有同段000-0地號土地陳榮宏、權利範圍100分之1。陳木田於110年4月28日死亡，陳賴碧蝦、陳隆興、陳隆昌分別為陳木田之妻、長子、次子，為其繼承人。

㈤陳榮宏名下之財產除系爭土地外，僅有同段000-0地號土地、權利範圍100分之1，價值1,980元，其餘即無其他財產（原審限閱卷第5頁）。

五、本件爭點：

㈠陳榮宏與陳木田間就系爭土地所設定之系爭抵押權所擔保之系爭債權是否存在？

㈡若債權存在，其請求權是否已罹於時效？抵押權是否已逾除斥期間？

㈢被上訴人依民法第242條、第767條第1項中段規定，代位陳木田之繼承人即上訴人請求塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

六、本院之判斷：

㈠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，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，有最高法院52年度台上字第1240號判決可參。被上訴人對陳榮宏有如兩造不爭執事項㈠所示之債權存在，並於系爭執行程序查封陳榮宏所有之系爭土地，惟因系爭土地上有系爭抵押權及陳榮慧抵押權登記，因執行無實益而終結系爭執行程序；上訴人為系爭抵押權人陳木田之繼承人等情，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項㈠至㈣）。被上訴人主張系爭抵押權所擔保之系爭債權不存在，為上訴人所否認，則兩造間就系爭債權存否不明確，足使被上訴人法律上之地位有不安之狀態，依前開說明，被上訴人提起確認系爭債權不存在之訴，有即受確認判決之法律上利益。

㈡按確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。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，抵押人得請求塗銷。而一般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一般抵押時，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。故抵押人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103年度台上字第393號判決意旨參照）。又民法第474條第1項規定，稱消費借貸者，於當事人間必本於借貸之意思合致，而有移轉金錢或其他代替物之所有權於他方之行為，始得當之。倘當事人主張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合致及借款業已交付之事實，負舉證之責任。被上訴人提起確認系爭債權不存在之訴，上訴人則主張系爭債權存在，依前揭說明，自應由上訴人就系爭債權存在之事實負舉證責任，亦即上訴人應證明系爭債權有借貸之合意及交付借款之事實。經查：

1.據上訴人提出上證1抵押權設定契約書影本及上證2他項權利證明書、上證3切結書、上證4借據等原本為證，並經本院當庭勘驗結果如下：⑴抵押權設定契約書影本2張（當庭拍照如本院卷第165、167頁所示），正面內容與卷內上證1（同卷第99、101頁）內容相符，2張紙張肉眼觀之均甚新，與卷內影本並無差別，判斷影印的時間接近目前時間。⑵他項權利證明書原本2張（當庭拍照如同卷第161、163頁所示），正面內容與卷內上證2（同卷第103、105頁）內容相符，左側4枚訂書針之中間2枚已經生鏽，2張紙張已稍微泛黃，四周均無破損，保存狀況尚佳，年代相較上證3切結書原本明顯為新，色質上較上證4借據原本偏黃，但與上證4借據製作之年份是否為同時，尚無法以肉眼判斷。⑶切結書原本（當庭拍照如同卷第153、155頁所示），攤開為B5大小，正面右半頁經核內容與卷內上證3切結書影本（同卷第107頁）內容相符，書寫字跡為黑色，第4行下方塗改文字之處蓋有陳威成紅色印文2枚，第8行立書人處「陳榮宏」下方蓋有陳榮宏紅色印文1枚、「陳威成代」下方蓋有陳威成紅色印文1枚，正面左半頁為空白，背面亦為空白，整張紙張泛黃、四周有嚴重破損情形，表面有多處皺摺，已有一定之存在年限。⑷

借據原本（當庭拍照如同卷第157、159頁所示），為B5之一半大小，正面內容經核與卷內上證4借據影本（同卷第109頁）內容相符，書寫字跡為藍色，立書人「陳榮宏」右側蓋有紅色拇指印1枚，背面為郵局存證信函用紙、內容空白，整張紙張正反面均有髒污，但紙張保存尚良好，年代亦非久遠，從正面觀之，上方、左側及下方邊緣有不平滑、觸摸為顆粒狀之紙張裁減痕跡，右側邊緣則為平滑觸感。以上有本院112年9月15日勘驗筆錄在卷可佐（同卷第148至150頁）。

2.被上訴人除不爭執上證2之公文書為真正外，就上證1、3、4等私文書之真正均有爭執。觀之上證2他項權利證明書，其上記載發狀日期為99年3月4日、權利人為陳木田、權利內容即為系爭抵押權之登記內容；佐以該證明書為上訴人所提出乙情，堪認系爭抵押權確有於陳木田生前之99年3月4日換發該證明書予陳木田，並於陳木田死亡後由其繼承人即上訴人持有該證明書之事實，惟此亦僅能證明有系爭抵押權登記之事實，仍不能據此即認定系爭抵押權所擔保之系爭債權存在。

3.據證人即陳榮宏之弟陳威成於本院證稱：上證1抵押權設定契約書全部由我書寫，其第2頁「債務人即義務人陳榮宏」下面蓋有陳榮宏印章也是我蓋的，當初大哥陳榮宏跟父親陳金藏有跟陳木田借貸這些款項，才會辦這個設定，正常程序是如此，抵押權設定是我去辦的，是父親交代我辦理的，上面記載的清償日期、利息、違約金約定事項，是按照父親的指示寫的。清償日期記載84年12月5日，是因在83年12月6日借款，因為這樣剛好一年，正常辦理就是這樣，6日借款，隔年5日還款。上證2他項權利證明書我今天第1次看到，發狀日期99年3月4日和登記日期83年12月10日不一樣，我不知道是什麼原因。上證3切結書全部內容都是我寫的，其上陳榮宏、陳威成印章也是我蓋的，這份切結書只有1份，是我在陳木田家裡寫的，寫完後我交給陳木田，抵押完成後寫這張切結書，是因為所有土地登記給大哥，是之前父親買給大

哥掛名的，所有土地設定時皆由父親與陳榮宏說，因為要申請印鑑證明，他們說好就去辦理，寫這張切結書是父親跟陳榮宏談好，父親叫我去寫這張切結書，意思是父親有跟陳木田談過，父親有錢時會將他前面的第一順位抵押權塗銷後，讓陳木田變成第一順位，所以父親叫我補寫這張切結書，內容是父親叫我這樣寫的，我不知道後來第一順位有無塗銷。當時我跟陳榮宏都在父親的代書事務所工作。這筆跟陳木田的借款，後來應該沒有償還陳木田，依照代書慣例如果清償就會塗銷抵押權。上證4借據，我今天是第一次看到，我跟陳榮宏兄弟多年，我從他簽名筆跡可以判斷整個借據文字及簽名是陳榮宏所寫的，我不清楚陳榮宏為何在99年2月18日要寫這份借據。陳木田跟我父親是很好的朋友，且有做一些民間借貸，有時候借的錢會做為放款或是買土地用，設定抵押權70萬元就是父親有跟陳木田借款70萬元，父親是一次拿足70萬元。（改稱）因為年代久遠，有時候還會不只拿70萬元，因為我們跟陳木田很熟，我都叫他叔叔，他們配合的方式跟別人不太相同，有時候跟陳木田拿100萬元還了20、30萬元，有時候拿100、200萬元等等都不只，我想70萬元應該是不只70萬元。（再改稱）這筆有設定抵押權的70萬元借款，我有看到父親向陳木田一次拿到這筆70萬元，抵押權設定之前，在父親代書事務所，陳木田有親自拿這筆錢給父親，我有在場目睹，當時陳榮宏應該不在場，我不知道交付借款時有無簽收單據。這筆設定抵押權70萬元借款，是父親用陳榮宏土地向陳木田所借的，借款債務人是陳榮宏。陳榮宏名下設定本件抵押的土地，共同擔保地號○○○段000-0、000-0、000-0、000-0地號這4筆土地是父親購買借名登記在陳榮宏名下，陳榮宏同意父親用他名義去向陳木田借70萬元並設定抵押權。父親向陳木田借款這筆70萬元的真正用途我不知道，我不知道父親借款時有無寫借據給陳木田及如何與陳木田約定還款期限及利息，陳木田在83年12月6日拿錢給父親，我不知道他們何時、如何聯絡的，他們要拿錢的

時間是他們自己聯絡的，聯絡過程我沒有參與等語（本院卷第180至192頁）。

4.依證人陳威成上開證述，上證1抵押權設定契約書及上證3切結書均為其所書寫，且該抵押權設定契約書上「債務人即義務人陳榮宏」下方陳榮宏印章亦為其所蓋用；該切結書上「陳榮宏」及「陳威成代」等簽名亦為其所簽，該切結書上2人印章亦為其所蓋用，且兩份文書均係其依父親陳金藏之指示而製作。觀之該抵押權設定契約書上所載內容即如系爭抵押權之登記內容，其上並蓋有「嘉義市地政事務所登記完畢/83年12月8日/收件嘉市地登字第34957號」圓戳章，足信該契約書為真正，且係用於系爭抵押權之設定，惟有辦理系爭抵押權之設定，並不當然即可證明確有系爭抵押權所擔保之債權存在。而上證3切結書自形式上觀之，雖記載立書人陳榮宏切結以系爭土地及000-0地號土地向陳木田借款70萬元，並同意於84年7月底塗銷或清償成為第一順位等內容，且切結日期為83年12月14日，但此既係由陳威成依父親指示代理陳榮宏書寫，自非陳榮宏本人之切結，且亦無從證明該切結書上所載陳榮宏向陳木田借款70萬元乙事屬實。至於上證4借據，證人陳威成於本院作證前未曾見過，其雖證述此為陳榮宏筆跡，但亦不清楚書寫該借據之原因為何，則縱認該借據為陳榮宏本人所書寫，但其上所載陳榮宏於99年2月18日有付清積欠之利息給陳木田，尚積欠陳木田本金70萬元等節，均無交付借款及給付利息之證明，復未載明已給付之利息金額，該借據所表彰之上開內容是否與客觀事實相符，其可信度甚為薄弱，自難認為屬實，上訴人請求鑑定該借據上所蓋指印是否為陳榮宏之指印，亦無必要。因此，僅憑上證1、3、4等文書仍無法證明系爭債權存在之事實。

5.關於系爭抵押權所登記之抵押權人即債權人陳木田與抵押人即債務人陳榮宏間，就系爭抵押權所擔保系爭債權是否有借款之合意及交付借款之事實，依證人陳威成上開證述，其先證稱：是陳榮宏跟父親跟陳木田借貸這些款項才會辦這個設

定等語；之後改稱：是陳木田跟父親做民間借貸，做為放款或買土地用，設定抵押權70萬元就是父親有跟陳木田借款70萬元，並一次拿足70萬元等語；再改稱：有時候不只拿70萬元，有時候跟陳木田拿100萬元還了20、30萬元，有時候拿100、200萬元等等不只，70萬元應該是不只70萬元等語；又稱：這筆設定抵押權70萬元借款是父親用陳榮宏土地向陳木田所借的，借款債務人是陳榮宏，陳榮宏名下設定本件抵押的4筆土地是父親購買借名登記在陳榮宏名下，陳榮宏同意父親用他名義去向陳木田借70萬元並設定抵押權等語；最後復稱：父親向陳木田借款這筆70萬元的真正用途我不知道等語，則究竟系爭抵押權所擔保之債權為何人向陳木田所借用及借款之用途、甚至實際借款之金額為何，證人陳威成之證詞先後反覆不一，已難以採信何部分為真實。況且，依其所述，其既然在系爭抵押權設定前，曾在父親之代書事務所，親眼目睹陳木田拿此筆70萬元借款給父親乙節，竟又證稱不知道交付借款時有無簽收單據等語，其此部分證詞亦顯有矛盾、不實之處。再參以證人陳威成證述，其不知道父親借款時有無寫借據給陳木田及如何與陳木田約定還款期限及利息，也不知陳木田拿錢給父親是何時、如何聯絡的，其並未參與該聯絡過程等語，益徵陳威成對於該借款之情形實際上全然不知，僅係依父親之指示而辦理系爭抵押權之設定，及書寫上證3之切結書交付陳木田。因此，依證人陳威成前揭證述，仍不能證明陳榮宏確與陳木田間有系爭債權之借款合意及交付借款之事實。

6.上訴人復主張陳木田生前財力雄厚，名下帳戶金錢支出收入頻繁，有進行借放貸款行為，亦有以其妻陳賴碧蝦名下票據帳戶進行借放款行為，以賺取利息，陳木田於110年4月28日死亡時留有遺產價值3,000多萬元，足認其有財力借款70萬元給陳榮宏等情，並提出遺產稅繳清證明書、陳木田之臺灣企銀、郵局、嘉義市第三信用合作社、中埔鄉農會存摺、陳賴碧蝦之華南商業銀行、臺南區中小企業銀行中埔分行存摺

為憑（本院卷第219至268頁），惟上開資料均非83年12月10日設定系爭抵押權之際，陳木田有交付借款70萬元予陳榮宏之相關證明，自無從證明陳木田與陳榮宏間有系爭債權存在，則陳木田之繼承人即上訴人亦無從繼承系爭債權。是本件依上訴人提出之證據均無法證明陳木田與陳榮宏間有系爭債權存在；陳榮宏則於相當時期受合法通知，未於言詞辯論期日到場爭執，復未提出任何書狀或證據資料以供本院審酌，依民事訴訟法第280條第3項準用同條第1項規定，陳榮宏對於被上訴人主張系爭債權不存在之事實，視同自認。則被上訴人訴請確認系爭債權不存在，應屬有據。本件爭點㈡即無再予論述之必要。

㈢按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。次按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利，民法第242 條本文規定甚明。基此，代位權之行使，須債權人如未代位行使債務人之權利，其債權即有不能受完全滿足清償之虞時，始得為之。倘債之標的與債務人之資力有關，如金錢之債，則代位權之行使，應以債務人陷於無資力或資力不足為要件（最高法院110年度台上字第915號判決意旨參照）。系爭抵押權所擔保之系爭債權並不存在，基於抵押權之從屬性，系爭抵押權即失所附麗，雖有系爭抵押權登記，亦屬無效，但其登記狀態之存在，對抵押人陳榮宏就系爭土地之所有權已構成妨害，而陳榮宏迄未主動行使上開所有權妨害排除請求權，足認其有怠於請求回復原狀之情事存在。且陳榮宏名下之財產除系爭土地外，僅有同段000-0地號土地、權利範圍100分之1，價值1,980元，其餘即無其他財產乙情，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項㈤），是陳榮宏之上開資力已不足清償被上訴人債權，則被上訴人為保全對陳榮宏之債權，主張依民法第242條、第767條第1項中段規定，代位陳榮宏行使權利，請求登記之抵押權人陳木田之繼承人即上訴人塗銷系爭抵押權登記，以回復所有權完整之狀態，自屬

有據。

七、綜上所述，上訴人及陳榮宏均不能證明系爭抵押權所擔保之系爭債權存在，則被上訴人訴請確認系爭債權不存在，自屬有據，又系爭債權既不存在，系爭抵押權登記亦屬無效，惟該登記狀態對陳榮宏就系爭土地之所有權已構成妨害，陳榮宏怠於行使權利，被上訴人為保全對陳榮宏之債權，依民法第242條及第767條第1項中段規定，代位陳榮宏請求上訴人將系爭抵押權登記予以塗銷，為有理由，應予准許。從而，原審為上訴人及陳榮宏敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

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，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第463條、第385條第1項前段、第449條第1項、第78條、第85條第1項但書、第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　10　　日

民事第五庭　審判長法　官　張季芬

法　官　洪挺梧

法　官　王雅苑

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　10　　日

書記官　翁心欣

附表：

編號	所有權人：陳榮宏		
	土地地號	面積（平方公尺）	權利範圍
1	嘉義市○區○○○段00000地號	8,311	1/100
2	嘉義市○區○○○段00000地號	2,426	1/100
3	嘉義市○區○○○段00000地號	3,220	1/100