臺灣高等法院臺南分院民事判決

114年度上字第259號

上訴人即附
帶被上訴人　李偉銘
訴訟代理人　李嘉恩律師
被上訴人即
附帶上訴人　林家榮
訴訟代理人　張名賢律師

上列當事人間請求確認抵押權不存在等事件，上訴人對於中華民國114年8月22日臺灣臺南地方法院113年度訴字第2151號第一審判決提起上訴，被上訴人為一部附帶上訴，本院於115年8月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該訴訟費用負擔部分均廢棄。

上廢棄部分，確認被上訴人就附件二所示抵押權所擔保對上訴人之債權，於超過「新臺幣2,667,918元，及其中新臺幣2,245,267元部分自民國114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」部分不存在。

上訴人其餘上訴駁回。

原判決主文第4項及該訴訟費用負擔部分均廢棄。

上廢棄部分，上訴人在第一審之訴駁回。

被上訴人其餘附帶上訴駁回。

前開第1、2、3項，廢棄部分第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔，上訴駁回部分第二審訴訟費用由上訴人負擔。前開第4、5、6項，廢棄部分第一、二審訴訟費用由上訴人負擔，附帶上訴駁回部分第二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人即附帶被上訴人（下稱上訴人）主張：上訴人於民國107年3月19日簽立新臺幣（下同）250萬元借款契約書（下稱107年借款契約）予被上訴人，被上訴人未交付金錢予上

訴人，僅代償上訴人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。另上訴人於110年間欲向被上訴人借款，於110年3月25日簽立280萬元之領據、本票、借款契約書（下稱110年借款契約）予被上訴人，及於110年3月26日提供上訴人所有如附件一所示土地（下稱系爭土地），設定如原判決附表二所示抵押權（下稱110年抵押權）予被上訴人，被上訴人未交付金錢予上訴人，兩造亦未協議將107年欠款餘額作價280萬元，110年抵押權擔保之消費借貸債權，因欠缺要物性而不成立，且110年借款契約未記載清償日，被上訴人不得請求違約金，如認被上訴人得請求違約金，因兩造未約定違約金性質，應屬損害賠償總額預定性質，上訴人陸續清償，被上訴人所受損失甚微，應予酌減。又上訴人於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），及提供系爭土地於112年11月22日設定如附件二所示抵押權（下稱112年抵押權）予被上訴人，被上訴人未交付金錢予上訴人，112年抵押權擔保之消費借貸債權，僅在110年借款契約所餘本金範圍內存在，且110年借款契約、112年抵押權設定契約書未約定利息，112年借款契約並載明清償日為113年5月20日，被上訴人自113年6月20日起始得請求遲延利息及違約金，兩造未約定違約金性質，應屬損害賠償總額預定性質，被上訴人不得併請求遲延利息及違約金，如認被上訴人得請求違約金，考量上訴人陸續清償，被上訴人所受損失甚微，應予酌減。爰請求確認112年抵押權擔保之債權逾50萬元部分不存在（不含原判決上訴人勝訴之343萬4,955元債權部分）。被上訴人應將112年抵押權關於擔保債權總金額超過50萬元部分（不含原判決上訴人勝訴之343萬4,955元債權部分）予以塗銷等語（未繫屬本院部分，不予贅述）。

二、被上訴人即附帶上訴人（下稱被上訴人）則以：上訴人於107年3月19日向被上訴人借款，簽立250萬元領據、本票、借款契約書，及提供系爭土地設定107年抵押權予被上訴人，

由被上訴人代償上訴人積欠凱基銀行現金卡債務及邱文惠借款，合計約160萬元。因上訴人未依約清償，兩造於110年3月25日協議借新還舊，將上訴人107年借款契約尚欠之債務總額，全數以280萬元作為新債務本金，由上訴人簽立280萬元之領據、本票、借款契約書，塗銷107年抵押權，另設定110年抵押權作為擔保。上訴人仍未清償，兩造於112年11月21日協議依循110年借款模式，將上訴人110年借款契約累積尚欠之債務總額，以503萬元作為新債務本金，由上訴人簽訂503萬元領據、本票、借款契約書，並提供系爭土地設定112年抵押權予被上訴人擔保，被上訴人同意塗銷110年抵押權設定登記。上訴人迄未清償借款，因112年抵押權設定契約書未記載約定利息，擔保債權範圍應為本金及違約金，以本金307萬3,000元，加計至114年7月止按年息20%或年息16%之違約金，上訴人未清償借款為436萬2,033元或418萬9,227元，上訴人請求確認112年抵押權擔保之債權於超過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，資為抗辯。

三、原審為上訴人一部勝訴，一部敗訴之判決，上訴人就其敗訴部分不服，提起上訴，上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人下開請求之部分廢棄。㈡確認被上訴人就原判決附表一所示土地，於112年11月22日設定登記如原判決附表三所示抵押權所擔保之債權，於超過50萬元以上之部分不存在（不含原判決上訴人勝訴之343萬4,955元債權部分）。㈢被上訴人應將前項抵押權關於擔保債權總金額設定登記於超過50萬元之部分予以塗銷（不含原判決上訴人勝訴之343萬4,955元債權部分）。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。並就其敗訴部分為一部附帶上訴，附帶上訴聲明：㈠原判決主文第3、4項不利於附帶上訴人之部分廢棄。㈡上廢棄部分，附帶被上訴人第一審之訴駁回。

上訴人答辯聲明：附帶上訴駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠上訴人原積欠邱文惠金錢債務，並將其所有如原判決附表一編號1、2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（下稱邱文惠抵押權）。(原審卷第171-173、183-189、191-197頁）

㈡上訴人於107年3月19日簽立如原審卷第85、87頁所示領據2張及如原審卷第89頁所示借款契約書1張，向被上訴人借款250萬元，約定月息2%，並以原判決附表一所示上訴人之土地（其中編號4土地之重測前地號，應更正為○○○段0000-0地號），於107年4月3日設定300萬元普通抵押權（即107年抵押權）予被上訴人作為擔保。被上訴人將上訴人之借款用以清償上訴人積欠凱基銀行之29萬元現金卡債務，及上訴人積欠前開邱文惠抵押權之借款債務。邱文惠抵押權於107年4月12日以清償為原因塗銷。被上訴人107年抵押權於110年2月23日以清償為原因塗銷。(原審卷第85-89、91-93、139-143、171-173、199-207、217-219頁）

㈢原審卷第95至99頁所示之領據、借款契約書、票面金額280萬元本票，及原審卷第105至109頁所示之領據、票面金額503萬元本票、借款契約書，均為上訴人親簽。

㈣上訴人於110年3月26日，以原判決附表一所示土地，為被上訴人設定如原判決附表二所示普通抵押權（即110年抵押權）。(原審補字卷第19頁、原審卷第101-103頁）

㈤上訴人於112年11月22日，以原判決附表一所示土地，為被上訴人設定如原判決附表三所示普通抵押權（即112年抵押權）。(原審補字卷第21頁、原審卷第111-113、173頁）

五、兩造爭執事項：

㈠上訴人請求確認112年抵押權擔保之借款債權超過50萬元部分不存在，有無理由？

㈡上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人將112年抵押權設定登記超過50萬元部分塗銷，有無理由？

六、得心證之理由：

㈠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號判決參照）。次按消費借貸契約，固以當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，他方以種類、品質、數量相同之物返還，並因物之交付而成立為典型；惟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，避免當事人反覆交付而後始能立消費借貸，與社會生活之實情不符。此觀民法第474條第2項及立法理由自明。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。又清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本（民法第323條規定），違約金債權並無儘先抵充之規定（最高法院71年度台上字第2523號判決參照）。

1.關於107年3月19日借款：

⑴上訴人原積欠邱文惠金錢債務，並將上訴人所有如原判決附表一編號1、2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，為兩造所不爭執（不爭執事項㈠）。而依證人邱文惠於原審證稱：伊透過許智凱介紹，認識上訴人。伊跟許智凱是朋友，許智凱有從事金錢借貸，說上訴人需要用錢，問伊可不可以借錢給上訴人，伊有借錢給上訴人，一開始借了快100萬元，後來又增貸到本金130萬元、140萬元左右，確實金額伊不記得

了，有設定抵押權。利息一開始是每月1萬多到2萬元，都是許智凱拿給伊，上訴人最後一筆是還伊本金130萬元、140萬元，是用匯款或現金，伊已經沒有印象。債務結清後有塗銷抵押權。伊都是交代許智凱幫伊辦理，伊沒有與上訴人見面或聯絡過。上訴人借款期間，伊沒有印象，上訴人還伊之本息全部加起來，伊覺得沒有200萬元那麼多等語（原審卷第365-368頁），及證人許智凱於原審證稱：伊從事貸款仲介，一開始是上訴人找伊說他要借款，請伊幫忙找金主，伊把案件給金主邱文惠評估，評估後邱文惠同意借款，但要設定抵押權，借款金額因時間太久，伊忘記了，只記得後面因為有增加借款到約150幾萬元左右，才會變更抵押設定金額。依照10年前之利息，上訴人借款之利息大概是月息2%至2.5%左右。之後上訴人有清償本金，但還多少本金，伊忘記了。上訴人還本金及利息都是透過伊等語（原審卷第414-415頁）。堪認上訴人於103年至107年期間向邱文惠借款之本金，原約為130萬元，嗣增加至150萬元，月息約2%至2.5%。

⑵又消費借貸所應交付之金錢，原不以現實交付為限，倘合意由貸與人代償借用人對第三人之債務，自仍發生與現實交付同等之效力。上訴人於107年3月19日簽立如原審卷第85、87頁所示領據及如原審卷第89頁所示借款契約書，向被上訴人借款250萬元，約定月息2%，並於107年4月3日設定107年抵押權予被上訴人作為擔保，固為兩造所不爭執（不爭執事項㈡），上開領據並分別記載：「茲收到（林家榮借款）新台幣貳佰壹拾參萬元整，金額如上數無訛。領款人：李偉銘。中華民國107年3月19日」（原審卷第85頁）、「茲收到（林家榮借款）新台幣參拾柒萬元整，金額如上數無訛。領款人：李偉銘。中華民國107年3月19日」（原審卷第87頁）。惟查，兩造既不爭執107年借款係用以清償上訴人積欠凱基銀行之29萬元現金卡債務及上訴人積欠邱文惠抵押權之借款債務（不爭執事項㈡），被上訴人復自承其代償上訴人積欠凱基銀行之現金卡債務及邱文惠借款，總額約為160萬元（原審

卷第416頁），則兩造合意由被上訴人代償上訴人對第三人前開債務之160萬元部分，有借貸意思表示合致及現實交付，應堪認定。

⑶是依上開事證，相互勾稽，堪認兩造107借款契約於160萬元範圍內有效成立。

2.關於110年3月25日借款：

⑴被上訴人抗辯：上訴人未依107年借款契約清償，兩造於110年3月25日合意將上訴人未清償之舊債債務總額，以280萬元計，作為新借款契約之借貸標的，由上訴人簽立280萬元領據、借款契約書、同額本票，及設定110年抵押權予被上訴人等情，業據其提出上訴人不爭執真正之領據、借款契約書、本票（不爭執事項㈢，原審卷第95-99頁）為證；且上訴人於110年3月26日以系爭土地，為被上訴人設定110年抵押權一節，亦為上訴人所不否認（不爭執事項㈣），110年抵押權設定契約書復記載：「擔保債權種類及範圍：110年3月25日成立之金錢消費借貸」（原審卷第132頁），堪認110年抵押權擔保之債權，係上開領據、借款契約書及本票所載280萬元借款債務。

⑵上訴人雖主張：前開借款契約，因被上訴人未交付借款而不成立云云，惟依證人李峪廣於原審證稱：伊係孫秀蕙地政士助理。上訴人係透過孫秀蕙地政士事務所尋找金主，由孫秀蕙地政士事務所找到被上訴人，兩造間因此有借貸關係，並由孫秀蕙地政士辦理設定抵押權登記事宜，伊係實際負責兩造間上開業務之人。被證2之領據、借款契約書、本票（原審卷第95-99頁）均係伊提供給上訴人簽署。280萬元之數額，是包含上訴人第一次向被上訴人借款但沒有還之剩餘本金及利息，是兩造在現場自己算的，兩造都有同意。110年抵押權設定350萬元，係因慣例上會再加二成做抵押設定，以免未來可能產生之遲延利息或法院相關費用、拍賣後土增稅等稅金。上訴人不曾向伊反應被上訴人未交付280萬元借款，兩造間就第二次借款及抵押權設定後沒有產生糾紛等語

（原審卷第260-265頁）；另於本院證稱：110年抵押權設定契約書、領據、本票，沒有記載日期，是因上訴人想向金融機構借貸，不能看到有民間貸款，所以被上訴人同意先把地政事務所抵押權設定紀錄塗銷，也有去法院公證上訴人向銀行借到錢後，要把之前107年借款還掉。我們給上訴人半年。塗銷後大約半年時間，在立約日期110年3月25日左右幾天，銀行不願意做上訴人之貸款件，上訴人只好再把不動產設定給被上訴人，因為實際上107年借款是沒有還的，再加計這一陣子之利息、手續費，金額才會變成本金280萬元，當下沒有寫日期，是因上訴人不確定何時銀行確定不能做，我們雙方都不知道要多久，估半年，大概就是半年後，上訴人才發現不能再做貸款，只好再跟我們借，金額就變成280萬元等語（本院卷第225-226頁），除核與107年抵押權於110年2月23日以清償為原因塗銷（不爭執事項㈡）之情節相符外，參諸上訴人不爭執為其親簽之110年借款契約書（原審卷第97頁）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：逾期未償還則按本金年利率30%計算之。…」等語，暨110年抵押權設定契約書就遲延利息、違約金亦有相同之記載等情，堪認兩造應係就107年3月19日借款未清償部分，合意以280萬元之總金額，作為112年消費借貸契約標的，上訴人並於110年借款契約書承認其對被上訴人負有280萬元債務，否則上訴人在明知其簽立110年借款契約書、領據、本票時，被上訴人並未實際交付280萬元借款之情形下，豈會又簽立以280萬元為借款本金之借款契約書、領據、本票予被上訴人？是以，被上訴人抗辯：兩造為解決上訴人未清償107年借款之債權債務關係，於110年3月25日談妥以280萬元為新債務本金，作為清償原有舊債務之方

法，並設定110年抵押權予被上訴人擔保等語，尚非無據，則依民法第474條第2項規定，應認已具要物性而成立消費借貸契約。上訴人以被上訴人未交付280萬元借款，主張消費借貸契約不成立云云，並無可採。

⑶又依107年抵押權設定契約書（原審卷第142頁）所載，清償日期為107年6月18日、遲延利息按本金月利率3分計算、逾期未清償應支付按本金月利率5分計算之懲罰性違約金，可知兩造就107年借款契約確有約定遲延利息及違約金之計算方式。證人李峪廣並於本院證稱：借款契約書之內容應該要跟抵押權設定契約書內容一樣，107年借款契約書與抵押權設定契約書不同之地方（即107年借款契約書記載利息為月利率2%，如利息繳交遲延超過7日，另支付每月應繳利息5%延遲違約金；抵押權設定契約書則記載利息無，遲延利息是按本金月利率3分計算，懲罰性違約金按本金月利率5分計算），是以抵押權設定契約書之記載為準。因我們都是把之前別人文件調過來重新修改，在複製貼上時，通常不會去在意這個，沒有特別去檢查到，就變成有登打之瑕疵。110年抵押權設定契約書所載計算遲延利息、懲罰性違約金之本金，如上訴人有清償部分本金時，係以剩餘之本金計算等語（本院卷第223-224頁），則以107年借款契約本金160萬元計算（遲延利息按110年1月20日修正、同年7月20日施行前之民法第205條規定之年息20%計算），自約定清償日之翌日（即107年6月19日）起至110年3月止，以上訴人陸續償還之款項（即原審卷第297頁，原證4編號6-31清償金額），依首揭說明㈠，先充遲延利息、次充原本、再充懲罰性違約金之方式計算，上訴人至110年3月累積未還之本金、遲延利息、違約金，合計約417萬餘元（本院卷第253頁附表A-1），兩造約定以280萬元作為110年借款契約之借貸本金，並未逾越被上訴人依107年借款契約所得請求之債權範圍。被上訴人抗辯：兩造於110年3月25日結算後，協議減為以280萬元作為110年借款契約之本金等語，應為可採。

⑷再按民法第207條第1項所謂利息不得滾入原本再生利息，係限制債權人以一方行為將遲付之利息滾入原本，若經債權債務雙方之同意，約定將以前遲付之利息滾入原本，並已由實物之借貸更改為金錢之借貸者，其更改前之利息已變為更改後之原本，自不受該條規定之限制（最高法院41年台上字第1105號原判例參照）。上訴人107年借款債務未清償之本金、遲延利息、違約金，既經兩造合意減為280萬元，作為110年借款契約之本金，而使107年借款契約債務消滅，已如前述，則依前揭說明，自不受民法第207條之限制。上訴人主張：被上訴人不得將利息滾入原本云云，並無可採。

3.關於112年11月21日借款：

⑴被上訴人抗辯：上訴人未依110年借款契約清償，兩造於112年11月21日再次協議另訂112年借款契約，作為清償前債之方式，將110年借款契約未清償部分，以503萬元作為新債本金等語，業據其提出上訴人不爭執真正之領據、借款契約書、本票（不爭執事項㈢，原審卷第105-109頁）為證，並於112年抵押權設定契約書明載：「擔保債權種類及範圍：112年11月21日成立之金錢消費借貸」（原審卷第138頁），堪認112年抵押權擔保之債權範圍，為前開借款契約書、領據、本票所載借款債務。

⑵上訴人雖否認112年借款契約具備要物性，惟依證人李峪廣於原審證稱：112年借款之實際情形，係上訴人積欠110年抵押權債務（即第二次借款）及利息，兩造自行談好結算欠款金額為503萬元，由上訴人向被上訴人借款503萬元，伊提供原審卷第105-109頁所示領據、借款契約書、503萬元本票給上訴人簽署。被上訴人並沒有拿503萬元出來給上訴人，兩造係針對第二次借款之本金及利息做總結算為503萬元，並依慣例以借款額加二成設定112年抵押權。110年抵押權設定本來應該要塗銷，因被上訴人擔心先塗銷110年抵押權設定，上訴人又不願意設定112年抵押權，才會先設定112年抵押權。110年抵押權尚未塗銷，伊有提醒兩造，只是還沒有

辦理而已等語（原審卷第261-264頁），堪認兩造簽訂112年借款契約，係約定以上訴人對被上訴人所負110年借款契約債務，作為消費借貸之標的，則依民法第474條第2項規定，應認已具要物性而成立消費借貸契約。

⑶又按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號判決參照）。再按違約金，有懲罰之性質，有損害賠償之性質，本件違約金，如為懲罰之性質，於上訴人履行遲延時，被上訴人除請求違約金外，固得依民法第233條之規定，請求給付遲延利息及賠償其他之損害；如為損害賠償之性質，則應認為已就因遲延所生之損害，業依契約預定其賠償額，不得更依該條規定，請求遲延利息及賠償損害（最高法院62年台上字第1394號原判例參照）。

①兩造間110年借款契約之借貸本金為280萬元，已認定如前，而110年抵押權設定契約書關於利息之約定，既記載為「無」（原審卷第132頁），證人李峪廣並於本院證稱：110年借款契約，3個月借貸期間是沒有利息等語（本院卷第220頁），則110年抵押權擔保之範圍自不及於約定利息。再者，110年抵押權設定契約書所載違約金，並未記載為懲罰性違約金，兩造復不爭執此違約金之約定，係屬損害賠償總額預定性質（原審卷第282、346頁），依前揭說明，被上訴人不得再請求遲延利息，則110年抵押權擔保之範圍應僅有本金及違約金。

②上訴人雖主張：110年借款契約未記載清償日，上訴人未遲延，被上訴人不得向其請求違約金云云。惟查，110年抵押權設定契約書確已記載「債務清償日期：110年6月24日」（原審卷第132頁），並經證人李峪廣於本院證稱：110年領據、借款契約書、本票、抵押權設定契約書，是伊製作，提供給上訴人簽署，上訴人簽署上開文件時，伊都有在場。是

在110年3月25日前，伊跟兩造約好，在同一天簽110年領據、本票、借款契約書、抵押權設定契約書。簽約時有告知上訴人110年3月25日要送地政，會把日期壓在那天，上訴人有同意，才簽約。110年抵押權設定契約書上，⑲借款日期、㉑清償日期、⑱擔保債權總金額，是伊填寫的，也是簽約當天跟上訴人確認過。我們有跟上訴人說過清償期設定，會以送件後3個月做清償日期，有跟上訴人確認過。110年抵押權設定契約書，除擔保借款金額有高估外，其他包含⑲、㉑（債務清償日期）、㉒、㉓、㉔，都是有經過兩造同意。上面⑰至㉕這些條件，是由被上訴人打電話給伊說明，伊先登打好，於簽約當天跟上訴人做確認，伊事後再填寫⑲、㉑欄位等語（本院卷第213-215、220、223頁）明確；再參諸本件為民間借貸，一般民間放貸業者，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上訴人金錢之可能。被上訴人抗辯：兩造約定之清償日，為抵押權設定契約書所載110年6月24日等語，應堪採信。

⑷再按當事人約定債務人不履行債務時，應支付違約金者，不問其作用為懲罰性抑為損害賠償額預定性，與利息之性質迥然不同，除其金額過高，經訴由法院依民法第252條規定減至相當之數額外，不能置其有關違約金之約定於不顧，亦不得以約定之違約金超過法定利率甚多，即認債權人就約定之違約金無請求權（最高法院83年度台上字第1244號判決參照）。又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。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準。且約定之違約金過高者，除出於債務人之自由意思，已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還外，法院仍得依前開規定，核減至相當之數額（最高法院79年度台上字第1915號判決參照）。

①110年抵押權擔保之範圍僅有本金及違約金，已如前述，而1

10年借款契約及110年抵押權設定契約書均記載：「違約金：逾期未償還則按本金年利率30%計算之」等語（原審卷第97、132頁），堪認兩造約定上訴人屆期未清償借款時，被上訴人得向上訴人請求前開違約金。

②又上訴人主張：前開約定之違約金過高，應予酌減等語（原審卷第282頁）。經審酌上訴人係以不動產設定抵押權及簽發本票之方式向被上訴人借款，已大幅降低被上訴人承擔上訴人未依約償還借款時之風險，且上訴人未返還借款，被上訴人通常所受之損害，亦係不能及時利用該筆款項存、放款之利息損失（依110年1月20日修正公布之民法第205條及民法債編施行法第10條之1規定，修正施行前約定利率超過週年百分之16者，於修正施行後發生之利息債務，就超過部分之約定，亦無效），被上訴人復未主張及證明其因此受有何其他損害，再參諸貨幣市場長期呈現低利率狀態，一般銀行定期存款利率均降至年息3%以下等情狀，前開違約金約定以本金年利率30%計算，確屬過高，然衡酌兩造間之借款屬民間借貸，手續便利，借款取得時間較銀行放貸快速，依一般社會常情，借款人本需負擔高於銀行借款本息之風險，放貸人亦預期可取得較高之收益而同意貸放，是認兩造間違約金之約定，應酌減至按本金年利率16%計算為適當。準此，以110年借款契約本金280萬元及酌減後之違約金利率，將上訴人陸續清償之款項（原審卷第297-298頁，原證4編號40-77清償金額），依首揭說明㈠，先充原本、再充違約金之方式計算，上訴人至簽訂112年借款契約前1日止，未償還之本金、違約金合計為245萬0,267元（詳如附表甲所示）。

③被上訴人雖抗辯：上訴人已將110年借款契約積欠之違約金，約定為112年借款契約本金之一部分，而自願對被上訴人給付其依110年借款契約積欠之違約金，已任意給付，不得再請求法院核減云云，惟核諸兩造簽訂112年借款契約，僅係約定以上訴人對被上訴人所負110年借款契約尚未清償之本金、違約金債務，作為消費借貸之標的，尚難以此逕認

上訴人已實際給付110年借款契約原約定年利率30%之違約金。被上訴人前開所辯，尚無可採。

⑸又112年借款契約及112年抵押權設定契約書均記載：「違約金：逾期未償還則按本金年利率20%計算之」等語（原審卷第109、113頁）。而上訴人主張違約金過高，應予酌減等語，經審酌後，認亦應酌減為按本金年利率16%計算為適當，理由同前述（⑷②）。另兩造簽訂112年借款契約，係以110年借款契約未清償之本金及違約金作為借貸標的，總和為2,450,267元，已如前述，則以上訴人簽訂112年借款契約後陸續清償之款項（原審卷第299頁，原證4編號84-87清償金額），依首揭說明㈠，先充原本、再充違約金之方式，計算至114年7月止，上訴人尚未償還之本金（224萬5,267元）及違約金，共計為266萬7,918元，及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金（詳如附表乙所示），而為112年抵押權擔保效力所及。

4.綜上，上訴人請求確認112年抵押權擔保之債權於超過「266萬7,918元，及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」部分不存在，洵屬有據，逾此範圍之請求，洵屬無據。

㈡按債權僅一部消滅者，基於抵押權之不可分性，抵押物之全部仍擔保餘存之債權（最高法院105年度台上字第1842號判決參照）。

1.112年抵押權擔保之債權，於超過「266萬7,918元及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」部分不存在，固如前述，惟上訴人既仍有前開餘存之債權尚未清償，則依前揭說明，在上訴人全部清償前，剩餘本金及持續累積計算之違約金，仍為112年抵押權設定登記擔保債權總金額650萬元範圍所擔保。

2.上訴人依民法第767條第1項中段規定，請求被上訴人塗銷112年抵押權設定登記擔保債權總金額超過50萬元之部分，洵

屬無據。

七、綜上所述，上訴人請求㈠確認112年抵押權擔保之債權於超過「266萬7,918元，及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」部分不存在，應予准許；逾此範圍之請求，不應准許；上訴人請求㈡被上訴人將112年抵押權關於擔保債權總金額設定登記於超過50萬元之部分予以塗銷，不應准許。原審就前開㈠應准許部分於擔保債權超過「266萬7,918元，及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」至306萬5,045元範圍之部分，為上訴人敗訴之判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示；原審就前開㈡不應准許塗銷112年抵押權關於擔保債權總金額於超過306萬5,045元範圍之部分，為被上訴人敗訴之判決，亦有未洽，被上訴人附帶上訴指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院改判如主文第5項所示。至於原審就前開㈠不應准許部分中關於擔保債權超過50萬元至「266萬7,918元，及其中224萬5,267元部分自114年7月21日起至清償日止，按週年利率百分之16計算之違約金」範圍之部分，為上訴人敗訴之判決，及就超逾306萬5,045元部分，為被上訴人敗訴之判決，暨就前開㈡中不應准許塗銷112年抵押權擔保債權總金額於超過50萬元至306萬5,045元範圍部分，為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴及附帶上訴意旨分別指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，均為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認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，上訴人之上訴為一部有理由、一部無理由，被上訴人之附帶上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　15　　日

民事第二庭　審判長法　官　黃義成

法　官　黃建都

法　官　林育幟

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　115　　年　　9　　月　　15　　日

書記官　洪筱喬

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附件一：

編號	土地	權利範圍
1	臺南市○○區○○段00地號	全部

	（重測前：○○○段0000-00地號）	
2	臺南市○○區○○段00地號 （重測前：○○○段0000地號）	全部
3	臺南市○○區○○段000地號 （重測前：○○○段0000-00地號）	240分之7
4	臺南市○○區○○段000地號 （重測前：○○○段0000-00地號）	240分之7

附件二：

1.登記次序：0000-000（○○段00地號土地）、0000-000（○○段00地號土地）、0000-000（○○段000地號土地）、0000-000（○○段000地號土地）
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000000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（○○段00地號土地）、0002（○○段00地號土地）、0053（○○段000地號土地）、0043（○○段000地號土地）

19.設定權利範圍：1分之1（○○段00地號土地）、1分之1（○○段0地0號土地）、240分之7（○○段000地號土地）、240分之7（○○段000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：○○段00、00、000、000地號土地

附表甲：

本金280萬元（約定借款期限110年3月25日至110年6月24日），計算至112年11月20日簽訂112年借款契約前1日止

編號	時間	違約金（按年息16%計算）	上訴人還款金額	剩餘本金	欠款餘額（剩餘本金及違約金總額）
1	110年4月	在借款期限內未生違約金	180,000元	2,620,000元	2,620,000元
2	110年5月	在借款期限內未生違約金	140,000元	2,480,000元	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	2,480,000元
4	110年7月	33,067元	64,000元	2,416,000元	2,449,067元
5	110年8月	32,213元	54,000元	2,362,000元	2,427,280元
6	110年9月	31,493元	未清償	2,362,000元	2,458,773元
7	110年10月	31,493元	10,000元	2,352,000元	2,480,266元
8	110年11月	31,360元	未清償	2,352,000元	2,511,626元
9	110年12月	31,360元	78,000元	2,274,000元	2,464,986元
10	111年1月	30,320元	30,000元	2,244,000元	2,465,306元

11	111年2月	29,920元	未清償	2,244,000元	2,495,226元
12	111年3月	29,920元	80,000元	2,164,000元	2,445,146元
13	111年4月	28,853元	50,000元	2,114,000元	2,423,999元
14	111年5月	28,187元	93,000元	2,021,000元	2,359,186元
15	111年6月	26,947元	未清償	2,021,000元	2,386,133元
16	111年7月	26,947元	未清償	2,021,000元	2,413,080元
17	111年8月	26,947元	未清償	2,021,000元	2,440,027元
18	111年9月	26,947元	82,000元	1,939,000元	2,384,974元
19	111年10月	25,853元	未清償	1,939,000元	2,410,827元
20	111年11月	25,853元	未清償	1,939,000元	2,436,680元
21	111年12月	25,853元	90,000元	1,849,000元	2,372,533元
22	112年1月	24,653元	20,000元	1,829,000元	2,377,186元
23	112年2月	24,387元	46,000元	1,783,000元	2,355,573元
24	112年3月	23,773元	45,000元	1,738,000元	2,334,346元
25	112年4月	23,173元	25,000元	1,713,000元	2,332,519元
26	112年5月	22,840元	未清償	1,713,000元	2,355,359元
27	112年6月	22,840元	未清償	1,713,000元	2,378,199元
28	112年7月	22,840元	40,000元	1,673,000元	2,361,039元
29	112年8月	22,307元	未清償	1,673,000元	2,383,346元
30	112年9月	22,307元	未清償	1,673,000元	2,405,653元
31	112年10月	22,307元	未清償	1,673,000元	2,427,960元
32	112年11月	22,307元	未清償	1,673,000元	2,450,267元

附表乙：

依附表甲欠款餘額245萬0,267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					
編號	時間	違約金（按年息16%計算）	上訴人還款金額	剩餘本金	欠款餘額（餘本金及違約金總額）
1	112年12月	在借款期限內未生違約	未清償	2,450,267元	2,450,267元

		金			
2	113年1月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,450,267元	2,450,267元
3	113年2月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,450,267元	2,450,267元
4	113年3月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,450,267元	2,450,267元
5	113年4月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,450,267元	2,450,267元
6	113年5月	在借款期限內未生違約金	未清償	2,450,267元	2,450,267元
7	113年6月	32,670元	145,000元	2,305,267元	2,337,937元
8	113年7月	30,737元	60,000元	2,245,267元	2,308,674元
9	113年8月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,338,611元
10	113年9月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,368,548元
11	113年10月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,398,485元
12	113年11月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,428,422元
13	113年12月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,458,359元
14	114年1月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,488,296元
15	114年2月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,518,233元
16	114年3月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,548,170元
17	114年4月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,578,107元
18	114年5月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,608,044元
19	114年6月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,637,981元
20	114年7月	29,937元	未清償	2,245,267元	2,667,918元