臺灣高等法院花蓮分院民事判決

108年度上字第3號

上　訴　人　蔡月理
被上　訴人　謝玉英
訴訟代理人　吳漢成律師
被上　訴人　蕭再福

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107年7月26日臺灣臺東地方法院107年度訴字第21號第一審判決提起上訴，本院於108年4月25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負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、本件上訴人在原審於民國（下同）107年6月11日具狀追加被上訴人蕭再福（下稱蕭再福）為被告，主張蕭再福於102年3月25日將坐落臺東縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○土地應有部分均各8/100出賣予上訴人，並於同年5月20日登記，嗣蕭再福於106年10月13日提供前開土地應有部分依序為17/100、42/100、17/100（下合稱系爭土地）為上訴人設定擔保債權總額新臺幣（下同）300萬元之最高限額抵押權（下稱300萬元抵押權），其為蕭再福之債權人。又因蕭再福為被上訴人謝玉英（下稱謝玉英）設定擔保債權總額500萬元之最高限額抵押權（下稱系爭500萬元抵押權），系爭500萬元抵押權存在對其就系爭土地之所有權有妨害，上訴人得依民法第767條第1項中段排除之，亦得代位蕭再福提起民法第767條第1項中段之所有權排除侵害之訴（原審卷第109頁反面）。及上訴人於本院主張因謝玉英與蕭再福間之系爭500萬元抵押權不實在，蕭再福遲未向謝玉英主張塗銷系爭500萬元抵押權登記，且蕭再福已無其他財產可供強制執行，致其300萬元抵押權所擔保債權無法獲得清償，乃本於蕭再福之債權人地位，依民法第242條規定代位蕭再福行使其權

利，訴請確認蕭再福與謝玉英間之系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在，以及系爭500萬元抵押權登記應予塗銷（本院卷第6頁）。核屬民事訴訟法第256條規定之補充事實上或法律上之陳述，未涉追加，先予敘明。

二、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項前段有明文規定。又所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院42年台上字第1031號判例意旨參照）。本件上訴人起訴主張就系爭土地其與蕭再福間之300萬元抵押權，因謝玉英與蕭再福間之系爭500萬元抵押權不實，致其300萬元抵押權所擔保之債權無法獲得清償，乃訴請確認謝玉英與蕭再福間之系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在及系爭500萬元抵押權應予塗銷，此為謝玉英所否認，而上訴人為系爭土地共有人之一，及第二順位300萬元抵押權人，可見，謝玉英與蕭再福間第一順位系爭500萬元抵押權所擔保之債權存否不明之狀態，足使上訴人私法上之地位有不安狀態，而此不安狀態得以對被上訴人之確認判決除去，上訴人提起本件確認之訴有即受確認判決之法律上利益，應予准許。

三、又按確認法律關係成立或不成立（存在不存在）之訴，如有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起；且第三人（原告）否認當事人間之法律關係存在而提起消極確認之訴，如當事人中有一方同時否認該法律關係存在者，亦祇須以主張法律關係存在之他方為被告為已足，無以該法律關係之雙方當事人為共同被告之必要（最高法院32年上字第3165號判例、93年度台上字第1987判決意旨參照）。查本件蕭再福於原審未提出書狀，及於原審言詞辯論期日經合法通知無正當理由亦未到場答辯（原審卷第112頁），於本院始具狀答辯以被上訴人間約定為躲避蕭再福之多家銀行債權人拍賣蕭再福所有土地分配拍賣金

額，因此蕭再福開立500萬元本票（下稱系爭本票），及設定系爭500萬元抵押權，是系爭500萬元抵押權所擔保之債權確實不存在，純係被上訴人間通謀虛偽而為，並為與上訴人相同之聲明等語（本院卷第33-35、89-90頁）。由此足見，上訴人與蕭再福立場一致，均認系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在，蕭再福既於本院否認其與謝玉英間系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在，則依前開說明，上訴人並無對蕭再福有提起確認系爭500萬元抵押權所擔保債權不存在之法律上利益，應認上訴人對蕭再福就本件無確認利益。

貳、實體方面

一、上訴人起訴主張：

㈠蕭再福係坐落臺東縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○土地共有人之一，原應有部分依序為1/4、1/2、1/4（下合稱原系爭土地），蕭再福於97年7月1日將原系爭土地設定系爭500萬元抵押權予謝玉英；嗣102年5月20日蕭再福將原系爭土地應有部分各8/100出賣予她；嗣蕭再福於106年10月13日向她借款，將系爭土地設定300萬元抵押權予她。

㈡系爭500萬元抵押權為最高限額抵押權，存續期間自97年7月1日至99年6月30日止，依民法第881條之12第1項第1款之規定，謝玉英之系爭本票債權已於99年6月30日即系爭500萬元抵押權存續期間屆滿而告確定，其擔保債權變更為特定債權，惟謝玉英遲未就系爭本票為提示付款，自非屬系爭500萬元抵押權擔保範圍。況系爭本票債權時效為3年，於99年6月30日系爭500萬元抵押權存續期間屆滿後迄今已逾3年，系爭本票債權已罹於時效而消滅，她代位蕭再福為時效抗辯，基於抵押權從屬性，系爭500萬元抵押權因所擔保之債權已不存在應屬無效。縱系爭本票債權屬系爭500萬元抵押權擔保範圍，謝玉英與蕭再福間既屬票據之直接前後手，她既代位蕭再福提起本件確認債權不存在之訴，得就票據原因關係存在或瑕疵為抗辯，不受票據無因性之限制。謝玉英本於執票人地位，若主張該法律關係存在，應就票據原因關係是否存

在負舉證責任。

㈢因謝玉英與蕭再福間之系爭500萬元抵押權不實在，蕭再福遲未向謝玉英請求塗銷系爭500萬元抵押權，且蕭再福亦無其他財產可供強制執行，致她300萬元抵押權所擔保之債權無法獲得清償，蕭再福怠於行使其塗銷權利，他自得本於蕭再福債權人地位，代位蕭再福請求確認系爭500萬元抵押權無效，應予塗銷。

㈣爰依民法第242條、第767條第1項中段規定，起訴聲明求為判決：㈠確認謝玉英與蕭再福間就系爭土地，經關山地政事務所於97年7月1日以東關地所字第015920號所設定系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在。㈡前項之抵押權登記應予塗銷。

二、謝玉英抗辯：

㈠謝玉英與蕭再福間開立系爭本票並設定系爭500萬元抵押權之日期為97年7月1日，上訴人向蕭再福登記買受土地之日期為102年5月20日，是謝玉英與蕭再福間於97年7月1日設定系爭500萬元抵押權當時，上訴人尚非蕭再福之債權人。又謝玉英否認上訴人與蕭再福間之300萬元抵押權為真實，上訴人應先就其為蕭再福之債權人負舉證責任。故上訴人並非蕭再福之債權人，其行使代位權於法不合。

㈡系爭500萬元抵押權為最高限額抵押權，債權確定日為99年6月30日，在此期日前，謝玉英與蕭再福間已會算借款債權共計500萬元，由蕭再福開立同額系爭本票並設定系爭500萬元抵押權，是謝玉英與蕭再福間共有500萬元之借款債權，開立同額系爭本票僅係證明債權額而已。

㈢蕭再福提供系爭土地及同段000、000-0、000地號土地設定系爭500萬元抵押權，其中000地號土地經訴外人臺東縣關山鎮農會（下稱關山鎮農會）在確定日之前聲請查封強制執行，經臺灣臺東地方法院（下稱臺東地院）99年執字第000號執行，謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配，於100年12月6日受償分配119,722元、101年6月22日受償分配1,339,176

元，系爭500萬元抵押權因而確定，是謝玉英對蕭再福之借款債權已因系爭500萬元抵押權參與分配後，尚有不足3,541,102元本金債權，蕭再福於前開分配期日及原審均未表示異議，上訴人不能否認謝玉英與蕭再福間之系爭債權存在。

㈣上訴人提起之臺東地院107年度訴字第5號分配表異議之訴事件（下稱另案）中，訴外人李美芳、康淑惠於107年11月22日準備程序期日之證述，可證明謝玉英與蕭再福在97年7月1日會算確定雙方借款債權額共計500萬元。

三、蕭再福抗辯：

㈠蕭再福為躲避眾多債權銀行對其所有原系爭土地及同段000、000-0、000地號土地之拍賣及分配拍賣款追償，因此與謝玉英通謀虛偽由蕭再福簽立系爭本票及設定系爭500萬元抵押權予謝玉英，系爭債權確實不存在。

㈡謝玉英遊說蕭再福開立系爭本票及設定系爭500萬元抵押權時，表示日後其他債權銀行拍賣前開土地時，謝玉英會將優先參與分配獲得款項再還給蕭再福。謝玉英承認已於100、101年間3次參與分配分別獲配279,580元、119,722元及1,339,176元，此3筆分配款謝玉英分文未還給蕭再福，蕭再福數次找不到謝玉英，也沒錢提告訴訟，心力交瘁而中風住院，無法對參與分配結果聲明異議。

㈢蕭再福並未向謝玉英、李美芳借款，亦未積欠渠等款項，李美芳在另案作證提出不實手記簿，並為不實證述。

四、原審判決駁回上訴人之訴，上訴人不服，提起上訴，聲明求為：㈠原判決廢棄。㈡確認被上訴人間就系爭土地，經關山地政事務所於97年7月1日以東關地所字第015920號所設定系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在。㈢被上訴人應將前項所示抵押權登記塗銷。謝玉英則答辯聲明：上訴駁回。

五、不爭執事項（本院卷第59頁反面-第60頁）：

㈠臺東縣○○鎮○○段○○○○號土地於88年11月22日登記分割出000-0、000-0地號土地；同段000地號土地於76年5月1日登記重測○○○鎮○○段○○○○○○○號土地，蕭再福為上開土

地之共有人之一，有臺東縣關山地政事務所107年2月6日東關地登字第1070000692號函檢送上開土地公務用謄本、異動索引可稽（原審卷第27-60頁）。

㈡蕭再福以自己為義務人兼債務人提供原系爭土地及同段000、000-0、000地號土地（應有部分各1/2），於97年7月1日設定系爭500萬元抵押權予謝玉英，約定擔保債權確定期日為99年6月30日；清償日期依照各個債務契約約定；利息（率）及遲延利息（率）均無；違約金依照各個契約約定，經臺東縣關山地政事務所以東關地所字第015920號登記在案，有上開關山地政函檢送土地公務用謄本、最高限額抵押權設定登記資料可稽（原審卷第28-36、61-64頁）。

㈢上訴人於102年5月20日以買賣登記為000-0、000-0、000地號土地之共有人（應有部分均8/100）；蕭再福就000-0、000地號土地應有部分減為17/100，就000-0地號土地應有部分減為42/100，有上開關山地政函檢送土地公務用謄本可稽（原審卷第28-36頁）。

㈣蕭再福以自己為義務人兼債務人提供系爭土地，於106年10月13日設定共同擔保債權總金額300萬元之最高限額抵押權（即300萬元抵押權）予上訴人，約定擔保債權確定期日為107年4月2日；清償日期為107年4月3日，經臺東縣關山地政事務所以東關地所字第027900號登記在案，有上開關山地政函檢送土地公務用謄本、最高限額抵押權設定登記之相關資料可稽（原審卷第28-36、65-68頁）。

㈤蕭再福之債權人關山鎮農會，因對蕭再福所有之000、000地號土地聲請強制執行，謝玉英於100年間以系爭500萬元抵押權參與分配（臺東地院99司執字第000號，拍賣000地號土地），獲償119,722元，於101年間（臺東地院99司執字第000-0號，拍賣000地號土地），獲償1,339,176元，尚有3,541,102元未獲償，有臺東地院民事執行處強制執行金額計算書分配表、分配結果彙總表可參（原審卷第92-96頁）。

㈥謝玉英以臺東地院105年度司拍字第12號裁定及確定證明書

為執行名義，連同系爭500萬元抵押權設定文件及本票等證明文件，聲請對蕭再福所有之系爭土地及000-0地號土地查封拍賣，經臺東地院以105年度司執字第8571號強制執行事件受理，業已拍定，並於106年9月30日作成分配表，並將謝玉英系爭500萬元抵押權未獲償之3,541,102元列入分配表，上訴人因而向臺東地院提起分配表異議之訴（臺東地院107年度訴字第5號），現經裁定停止訴訟程序，有臺東地院105年度司拍字第12號民事裁定、107年度訴字第5號民事裁定可憑（本院卷第55-56頁）。

六、爭執事項：

㈠上訴人得否代位蕭再福提起本件訴訟？

㈡承上，如肯定，本件系爭500萬元抵押權所擔保之債權是否存在？是否已罹於時效？

㈢上訴人請求被上訴人塗銷系爭500萬元抵押權有無理由？

七、本院之判斷：

㈠上訴人得代位蕭再福提起本件訴訟：

上訴人主張因謝玉英與蕭再福間之系爭500萬元抵押權不實在，蕭再福遲未向謝玉英請求塗銷系爭500萬元抵押權，且蕭再福亦無其他財產可供強制執行，致上訴人債權無法獲得清償，乃本於蕭再福之債權人地位依民法第242條代位行使其權利等語。謝玉英則抗辯系爭500萬元抵押權設定日期為97年7月1日，惟上訴人以買賣為原因向蕭再福買受系爭土地之時間為102年5月20日，故謝玉英與蕭再福間設定系爭500萬元抵押權時，上訴人尚非蕭再福之債權人，故上訴人依民法第242條行使代位權於法不合等語。查：

①按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，民法第242條前段定有明文。又債權人為保全其債權，行使民法第242條規定之代位權者，於債務人怠於行使其權利時，即得為之。至於債權人所欲保全之債權與債務人怠於行使之權利，孰先孰後，則與代位權之行使，不生影響（最高法院72年台上字第3534號判例意旨參照）。

②蕭再福於97年7月1日以自己為義務人兼債務人提供原系爭土地及同段000、000-0、000地號土地為謝玉英設定系爭500萬元抵押權。嗣於106年10月13日蕭再福以自己為義務人兼債務人提供系爭土地為上訴人設定共同擔保債權300萬元之300萬元抵押權，如不爭執事項㈡㈣所示，可知，上訴人與蕭再福間就300萬元抵押權，上訴人為抵押權人，蕭再福為債務人兼抵押人，及謝玉英與蕭再福間就系爭500萬元抵押權，謝玉英為抵押權人，蕭再福為債務人兼抵押人，是就300萬元抵押權而言，上訴人為債權人而蕭再福為債務人，就系爭500萬元抵押權而言，謝玉英為債權人而蕭再福為債務人，殆無疑義。

③蕭再福之債權人關山鎮農會對蕭再福所有之同段000、000地號土地聲請強制執行，經臺東地院99年司執字第000號拍賣000地號土地，謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配獲償119,722元，及臺東地院99年司執字第000-0號拍賣000地號土地，謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配獲償1,339,176元，系爭500萬元抵押權尚有3,541,102元未獲償，謝玉英聲請對蕭再福所有系爭土地及000-0地號土地查封拍賣，經臺東地院105年度司執字第8571號強制執行事件受理，已拍定，執行法院將謝玉英就系爭500萬元抵押權未獲償餘額列入分配表，上訴人因而提起臺東地院107年度訴字第5號分配表異議之訴，亦如不爭執事項㈤㈥所示。上訴人並提起本件訴訟，而蕭再福於原審言詞辯論期日經合法通知無正當理由未到場，經原審對其為一造辯論判決，足見蕭再福怠於行使其權利，堪以認定。

④謝玉英辯以系爭500萬元抵押權設定時，上訴人尚非蕭再福之債權人，上訴人不得代位蕭再福行使其權利云云，惟依前開判例意旨於債務人怠於行使其權利時，債權人即得行使代位權，至於債權人所欲保全之債權與債務人怠於行使之權利，孰先孰後，則與代位權之行使，不生影響。是謝玉英此部分抗辯顯不足採。

⑤綜上，是依前開法條規定，上訴人為保全債權代位蕭再福行使其權利，於法並無不合。

㈡系爭500萬元抵押權所擔保之債權存在，且未罹於時效：

1.系爭500萬元抵押權所擔保之債權存在：

①本件上訴人以謝玉英與蕭再福為被告，訴請確認渠等間系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在，系爭500萬元抵押權應予塗銷，而謝玉英與蕭再福間之債權、債務是否存在，在實體法上具有不可分性，而有合一確定必要，屬類似必要共同訴訟。蕭再福於本院抗辯其與謝玉英間之系爭500萬元抵押權係虛偽設定，所擔保之系爭債權不存在等語，此與謝玉英主張系爭500萬元抵押權所擔保之系爭債權存在，並不一致，是蕭再福所為抗辯係不利益於謝玉英，依民事訴訟法第56條第1項第1款之規定，其效力不及於謝玉英，先予敘明。

②按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又消極確認之訴，應由被告負立證責任；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（最高法院19年上字第385號、42年台上字第170號判例意旨參照）。本件上訴人起訴請求確認被上訴人間系爭500萬元抵押權所擔保之債權不存在，謝玉英否認之，則依上開說明，應由謝玉英就系爭債權存在之事實，及被上訴人間有設定系爭500萬元抵押權之合意及物權行為，此利己之積極事實負舉證責任。謝玉英主張其與蕭再福於系爭500萬元抵押權所擔保債權確定日即99年6月30日之前，就雙方間借款債權會算共計500萬元，並由蕭再福簽立同額之系爭本票，同時設定系爭500萬元抵押權予謝玉英等語。查：

⑴依關山地政所以107年2月6日東關地登字第1070000692號函檢送之系爭500萬元抵押權設定契約書所示（原審卷第61-62頁反面），受託代理人為康淑惠，而證人康淑惠於另案107年11月22日結證稱：我認識蕭再福、李美芳、謝玉英，是在辦理抵押權登記時第一次看到蕭再福，李美芳的公司是建設

公司。我從88年至今，在台南擔任代書；系爭500萬元抵押權是我經辦且有看過本票。當時我到公司時，蕭再福、謝玉英、李美芳都在，我感覺他們很像在對帳，我就在旁邊等他們，離他們約一個辦公桌遠，後來他們叫我過來，蕭再福說要設定抵押權500萬元，我有當場看到蕭再福簽本票；我是受蕭再福委託辦理系爭500萬元抵押權設定，關山鎮農會拍賣蕭再福土地時，蕭再福有委託我遞陳述狀，因我是臺東人，所以我是親自至臺東關山地政所送件等語（參另案107年11月22日準備程序筆錄，本院卷第25-28頁）。證人李美芳於另案在同日結證稱：因蕭再福有跟我借錢，我是和謝玉英一起出資，我和謝玉英講好用謝玉英之名義設定抵押權，設定抵押權時，有蕭再福、康代書、謝玉英及我在場；500萬元本票是蕭再福當天在公司簽的，蕭再福簽本票時我們都有看到，債權500萬元有跟蕭再福說好，是我們會算的結果，是蕭再福提出來的等語（參同上另案筆錄，本院卷第29頁反面-第32頁）。由康淑惠及李美芳於另案之證述，可知系爭本票為蕭再福與謝玉英、李美芳會算蕭再福積欠之款項後，由蕭再福親自簽立，並委由康淑惠辦理系爭500萬元抵押權設定，本院參酌系爭本票有蕭再福親筆簽名（本院卷第85頁），且蕭再福就其有簽立系爭本票並不爭執（參同上另案筆錄，本院卷第26頁反面），復佐以蕭再福自承系爭500萬元抵押權設定文件及印章、印鑑證明均為其交予謝玉英（本院卷第59頁及同上另案筆錄，本院卷第26頁反面），堪認謝玉英主張其經與蕭再福會算借款債權為500萬元，蕭再福同意開立同額系爭本票，同時設定系爭500萬元抵押權之事非虛。

⑵本院復參酌蕭再福之債權人關山鎮農會，因對蕭再福所有之000、000地號土地聲請強制執行，經臺東地院99年司執字第000號拍賣000地號土地、同院99司執字第000-0號拍賣000地號土地，謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配，分別於100年、101年間獲償119,722元、1,339,176元，尚有3,541,102

元未獲償，如不爭執事項㈤所示，蕭再福於前開執行事件均未就謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配受償為異議，甚至謝玉英就系爭500萬元抵押權實行抵押權，以臺東地院105年度司拍字第12號裁定及確定證明書為執行名義，連同系爭500萬元抵押權設定文件及系爭本票等證明文件，聲請對蕭再福所有之系爭土地及000-4地號土地查封拍賣，經臺東地院以105年度司執字第8571號強制執行事件拍定，於106年9月30日作成分配表，將謝玉英系爭500萬元抵押權未獲償之3,541,102元列入分配表，如不爭執事項㈥所示，蕭再福亦未於該執行事件為異議，迄至上訴人提起本件訴訟，蕭再福於原審未提出書狀，亦未於言詞辯論期日到場答辯，已如前述。是由蕭再福就謝玉英以系爭500萬元抵押權參與分配及實行抵押權之各該執行程序均未爭執以觀，堪認謝玉英主張系爭500萬元抵押權所擔保之系爭債權存在應為可採。

㈢上訴人以李美芳於另案證述其與謝玉英各出資一半借給蕭再福，但未提出給付款項證明及李美芳非資產公司副總及謝玉英亦非資產公司員工，及系爭本票發票日為97年7月1日，此為蕭再福親自簽立日期，惟康淑惠於同日卻分身在臺東縣關山地政所辦理設定系爭500萬元抵押權，是李美芳及康淑惠於另案證述不實云云，惟蕭再福與謝玉英會算借款債權共計500萬元，由蕭再福親自簽立同額之系爭本票，此為蕭再福所不爭，且蕭再福自承交付系爭500萬元抵押權設定文件及印章、印鑑證明予謝玉英以設定系爭500萬元抵押權，及蕭再福就謝玉英以系爭500萬元抵押權於各該執行程序獲償或執行法院將未獲償餘額列入分配表均未異議，甚至本件原審亦未見蕭再福提出書狀或到庭而為爭執，在在足見謝玉英主張系爭500萬元所擔保之債權存在應為真實，已由本院認定如前，是上訴人此部分所辯於本院認定無何影響，均顯不足採。

㈣至於蕭再福辯稱臺東地院105年度司執字第8571號強制執行事件執行程序期間，其中風住院，無法對參與分配結果聲明

異議（本院卷第59、90頁），並提出奇美醫療財團法人奇美醫院、高雄榮總臺南分院之診斷證明書（本院卷第97-99頁），惟前開診斷證明書上所載蕭再福就診或住院之期間均為106年2、3月間，而謝玉英就系爭500萬元抵押權參與分配獲償之時間點為100年、101年間，及執行法院將未獲償之3,541,102元列入分配表之時間點為106年9月30日，是蕭再福辯稱其因中風住院無法對參與分配結果聲明異議云云，顯不足採。

⑸另上訴人因李美芳於另案證述其擔任蕭再福在訴外人中租迪和股份有限公司（下稱中租迪和公司）及台灣中小企業銀行永康分行（下稱台企銀）之保證人，其幫蕭再福清償債務等語，為明系爭500萬元抵押權所擔保之債權是否存在，於本院聲請向中租迪和公司及台企銀查詢李美芳曾否擔任蕭再福之保證人及曾否代蕭再福為清償之調查證據方法（本院卷第73頁）。由於本院既認謝玉英主張之系爭500萬元抵押權所擔保之系爭債權存在堪信為真實，則上訴人前開聲請調查證據核無必要，依民事訴訟法第286條規定，爰不予調查。

③按民法第881條之1第1項規定，稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。此種抵押權定有權利存續期間者，該存續期間具有限定擔保債權範圍之目的，原則上於該存續期間內所發生之債權，始為抵押權所擔保；於設定抵押權時已存在之債權，必須於抵押權設定契約約定為抵押權擔保範圍，始為抵押權效力所及。查謝玉英與蕭再福經會算借款債權總計500萬元，蕭再福同意簽立同額之系爭本票及於97年7月1日設定系爭500萬元抵押權，可知，此借款債權顯係系爭500萬元抵押權設定登記前所發生。依關山地政所檢送之系爭500萬元抵押權設定契約書所示擔保債權種類及範圍「為債務人對抵押權人現在及將來（包括過去已發生而現在尚未清償者）所負在本抵押權設定契約書所定債權額內之借款、票據、保證、連帶保證，包括

本金、利息遲延利息、違約金、抵押權人所墊付擔保物之保險費，實行抵押權之費用、對債務人取得執行名義之費用、及債務人應負擔之法律程序費用，與因債務不履行而發生之損害賠償。」（原審卷第62頁反面）。足見，系爭500萬元抵押權已記載擔保債權包括系爭500萬元抵押權設定登記前已發生而現在尚未清償之債權無疑，應認借款債權為系爭500萬元抵押權擔保範圍效力所及。

④綜上，謝玉英與蕭再福經會算借款債權總計500萬元，蕭再福並同意簽立同額系爭本票，及於97年7月1日就系爭土地及同段000、000-0、000地號土地（應有部分各1/2），於同日委由代書康淑惠辦理設定共同擔保債權總金額500萬元之系爭500萬元抵押權予謝玉英，堪信系爭500萬元抵押權所擔保之借款債權存在，且為系爭500萬元抵押權擔保範圍所及。

2.系爭500萬元抵押權所擔保之債權並未罹於時效：

①上訴人主張系爭500萬元抵押權所擔保之債權為本票債權，系爭500萬元抵押權已於99年6月30日存續期間屆滿而確定，謝玉英未就500萬元本票提示付款，非屬系爭500萬元抵押權擔保範圍，該本票債權已罹於3年時效而消滅，並代位蕭再福為時效抗辯等語。謝玉英辯以系爭500萬元抵押權所擔保之債權為借款債權，謝玉英與蕭再福會算借款債權共計500萬元後，蕭再福並同意簽立同額系爭本票，及於97年7月1日設定系爭500萬元抵押權，系爭本票僅係證明借款債權額之依據等語。查：

⑴按因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅，民法第320條定有明文。票據之授受，原則上僅有確保之作用，除當事人間有特別意思表示外，不能遽認受領票據，即有消滅原有債務之表示。又請求權，因15年間不行使而消滅；消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算，民法第125條本文、第128條分別定有明文。

⑵系爭500萬元抵押權所擔保之債權為借款債權，業經本院認定如前，其請求權時效為15年。查系爭500萬元抵押權於97年7月1日設定登記，擔保債權確定期日為99年6月30日，債務清償日期為依照各個債務契約所約定之清償日期，有系爭500萬元抵押權設定契約書可稽，是謝玉英應自99年6月30日可行使借款返還請求權，而謝玉英業於100年、101年以系爭500萬元抵押權參與分配，並於105年間就參與分配後未獲償之餘額實行抵押權，經臺東地院105年度司執字第8571號強制執行事件受理，於106年9月30日將謝玉英未獲償餘額列入分配表，業如上述，是本件借款請求權尚未罹於15年時效足堪認定。

⑵綜上，系爭500萬元抵押權所擔保之債權為借款債權，並未罹於15年時效消滅。

㈢上訴人請求被上訴人塗銷系爭500萬元抵押權為無理由：

系爭500萬元抵押權所擔保之債權存在，已由本院認定如前，則上訴人代位蕭再福依民法第767條第1項中段請求被上訴人塗銷系爭500萬元抵押權即無理由。

八、綜上所述，上訴人依民法第242條、第767條第1項中段規定，請求確認謝玉英與蕭再福間就系爭500萬元抵押權所擔保之系爭債權不存在，並代位蕭再福請求系爭500萬元抵押權應予塗銷，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

九、兩造其餘攻擊防禦方法及未經援用之證據，經斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一論駁之必要，併此敘明。

十、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　15　　日

民事庭審判長法　官　張健河

法　官　林碧玲

法　官 林慧英

以上正本係照原本作成。

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　　108　　年　　5　　月　　15　　日

書記官 郭怡君

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。