

臺灣高雄地方法院民事判決

113年度重訴字第93號

原告 朱豐建設開發股份有限公司（原名：高豐國際開發
投資顧問股份有限公司）

法定代理人 朱雅君
訴訟代理人 邱文男律師
謝勝合律師

被告 劉雪鳳

訴訟代理人 余景登律師

被告 羅智耀

被告 鍾明潔

上當事人間第三人異議之訴等事件，經本院於民國114年11月4日
言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告劉雪鳳就如附表一所示不動產，於民國108年4月11日以信託
為登記原因所為所有權移轉登記之物權行為，應予塗銷。

確認被告羅智耀對原告就如附表一所示之不動產，所設定如附表
二編號2所示之抵押權所擔保之債權不存在。

被告羅智耀應將如附表二編號2所示普通抵押權登記塗銷。

被告鍾明潔應將如附表二編號1所示普通抵押權登記塗銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔5分之4，餘由原告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、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。本件原告既否認被告劉雪鳳於108年4月17日設定如附表二編號1所示擔保債權新臺幣（下同）300萬元（下稱系爭債權）之普通抵押權予被告鍾明潔（下稱系爭抵押權）存在，兩造間就此債權及抵押權之存在與否即有爭議，致原告在法律上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對被告鍾明潔、羅智耀之確認判決除去之，是原告提起本件確認之訴有確認利益，合先敘明。

二、被告羅智耀、鍾明潔經合法通知，未於最後言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體事項：

一、原告起訴主張：

（一）查原告原名為朱豐建設開發股份有限公司（下稱朱豐公司），原登記股東及各持有股份如下：訴外人朱祥根（3,000股）（已歿）、朱祥發（2,000股）、林月英（2,500股）（已歿）、鍾來國（1,500股）（已歿）、王俊堯（原名王沛胡）（2,000股）（已歿）、王洪靜容（2,500股）（已歿）、朱祥興（1,500股）（下除朱祥根外，合稱林月英等6人），並以朱祥根為董事長，惟朱祥根於民國100年間，未經林月英等6人授權及同意即無權代理林月英等6人而將其等所有共12,000股之股權（下稱系爭股份），連同朱祥根本人持有之3,000股之股份全部移轉予訴外人溫樂源（股數14,700股）、溫肇御（股數300股），林月英等6人嗣後亦未承認系爭股份移轉，是朱祥根上開所為，依民法第113條規定自不生效力，而未合法移轉至溫樂源、溫肇御名下，且此部分亦經臺灣高等法院高雄分院109年度重抗更一字第3號（下稱系爭前案）裁定及112年度重抗字第5號裁定認定如前。另林月英後於112年3月22日死亡，林月英之繼承人協議由朱雅君繼承取得上開2,500股份。

01 (二)系爭股份經移轉至溫樂源、溫肇御名下後，溫樂源、溫肇御
02 旋即於100年11月1日（下稱100年間股東會）當日召開股東
03 會，會中選任溫樂源、溫肇御及被告劉雪鳳為董事，並於同
04 日召開董事會，選任溫樂源擔任董事長及法定代理人，並將
05 原告更名為朱豐開發投資顧問股份有限公司，又於同年11月
06 14日再度更名為高豐開發建設股份有限公司（下稱高豐公
07 司）。嗣於108年4月11日，由時任原告法定代理人之溫樂
08 源，將原告所有、如附表一所示不動產（下稱系爭建物）所
09 有權，以信託為由移轉登記予被告劉雪鳳（下稱系爭信託登
10 記）。惟系爭股份移轉既不生效力，溫樂源、溫肇御並未取
11 得除朱祥根以外，即林月英等6人所持有之系爭股份，則於1
12 00年間股東會即欠缺一定足額數股份之股東出席，所為股東
13 會決議因此欠缺決議成立要件而無效，是上開股東會所為決
14 議既屬無效，嗣後由該100年間股東會所決議選任之董事即
15 非合法，及同日由前開3人組成董事會所選任之溫樂源亦非
16 合法之法定代理人，從而溫樂源於108年4月11日代表原告所
17 為之系爭信託登記，亦屬無效，應由被告劉雪鳳予以塗銷。
18 另原告於108年4月19日改選被告劉雪鳳為董事長，再於113
19 年10月30日再度更名為朱豐建設開發股份有限公司，且選任
20 朱雅君為董事長，附此敘明。

21 (三)系爭建物經系爭信託登記至被告劉雪鳳名下後，被告劉雪鳳
22 旋於108年4月17日設定如附表二編號1所示擔保債權300萬元
23 （下稱系爭債權）之普通抵押權予被告鍾明潔（下稱系爭抵
24 押權），被告鍾明潔再於110年1月15日以讓與為由，將系爭
25 抵押權移轉登記予被告羅智耀，被告羅智耀於112年4月10日
26 以被告劉雪鳳未清償系爭債權為由，持本院111年度司拍字
27 第284號裁定（下稱系爭拍賣裁定），向本院聲請拍賣系爭
28 建物之強制執执行程序，經本院以112年司執字第40115號案件
29 受理（下稱系爭強制執执行程序），惟原告與被告鍾明潔間未
30 有任何借貸法律關係，且系爭信託登記亦屬無效，系爭債權
31 自不存在，系爭抵押權亦失所附麗，且系爭強制執执行程序尚

01 未終結，是原告自得依民法第767條、強制執行法第15條，
02 請求被告劉雪鳳塗銷系爭信託登記，並確認系爭債權不存
03 在，再請求被告鍾明潔、羅智耀塗銷系爭抵押權，及提起本
04 件異議之訴等語，並聲明：(一)被告劉雪鳳應塗銷系爭信託登
05 記；(二)確認被告羅智耀就系爭抵押權擔保之債權不存在；(三)
06 被告羅智耀應塗銷系爭抵押權登記；(四)被告鍾明潔塗銷系爭
07 抵押權；(五)系爭強制執行程序應予撤銷。

08 二、被告劉雪鳳則以：

09 朱祥根前於100年間向被告劉雪鳳借貸600萬元，因未如約償
10 還，遂於100年10月6日與被告劉雪鳳簽立協議書（下稱系爭
11 協議書），約定如未清償，願將原告之所有股東及股權移轉
12 至被告劉雪鳳或其指定之人名下，爾後朱祥根果未清償，遂
13 於100年11月1日將包含林月英等6人在內之股東印章、公司
14 章程、公司印鑑章、負責人小章、公司變更登記事項卡、朱
15 豐公司臨時股東會議紀錄均交付訴外人李文席會計師，由李
16 文席將當時原告股東除朱祥根3,000股外，其餘股東即林月
17 英等6人之系爭股份移轉予溫樂源及溫肇御，原告變更登記
18 流程亦於100年11月14日高市府四維經商公字000000000000號
19 登記完畢在案，系爭股份所有人實為朱祥根，僅係借名登記
20 於林月英等6人名下，是朱祥根就系爭股份移轉，自屬有
21 效，然倘認朱祥根與林月英等人間無借名登記契約存在，朱
22 祥根上開所為亦有表見代理之適用而仍屬有效，故此，原告
23 100年間股東會所為決議均屬有效，是原告（當時名稱為高
24 豐公司）董事長即法定代理人溫樂源所為之系爭信託登記亦
25 屬有效，且迄今每年亦由被告劉雪鳳繳納系爭建物之房屋
26 稅，是原告之請求均無理由等語置辯，並聲明：(一)駁回原告
27 之訴。(二)願供擔保，請准宣告免為假執行。

28 三、被告鍾明潔未於言詞辯論期日到場，惟以書狀稱：伊與被告
29 劉雪鳳間一直存在債權借貸關係，被告劉雪鳳始於108年4月
30 設定系爭抵押權予伊，伊於108年11月29日匯款400萬元予原
31 告公司帳戶，惟未留存匯款單，後因急需用錢，再於110年1

01 月將系爭抵押權轉讓賣予被告羅智耀，原告之請求無理由等
02 語置辯，並聲明：駁回原告之訴。

03 四、被告羅智耀未於言詞辯論期日到場，惟以書狀稱：伊不知道
04 被告鍾明潔是如何取得系爭抵押權，被告鍾明潔是因為資金
05 問題找到伊，又系爭建物比市場行情低，就以300萬元現金
06 購入系爭抵押權，並經地政機關登記，嗣於111年12月19日
07 經系爭拍賣裁定准予拍賣在案，伊是善意第三人，原告之請
08 求均無理由等語置辯，並聲明：(一)駁回原告之訴。(二)願供擔
09 保，請准宣告免為假執行。

10 五、本件不爭執事項如下（卷三第42頁至第43頁）：

11 (一)原告朱豐公司原登記股東及各持有股份如下：朱祥根（3,00
12 0股）、朱祥發（2,000股）、林月英（2,500股）、鍾來國
13 （1,500股）、王俊堯（原名王沛胡）（2,000股）、王洪靜
14 容（2,500股）、朱祥興（1500股），並以朱祥根為董事
15 長。

16 (二)朱祥根前於100年間向被告劉雪鳳借貸600萬元，因未如約償
17 還，遂於100年10月6日與被告劉雪鳳簽立系爭協議書，約定
18 如未清償，願將原告公司之所有股東及股權移轉至甲方即被
19 告劉雪鳳及其指定之人名下，兩造就該系爭協議書形式上不
20 爭執。

21 (三)朱祥根於100年間將原告全部1,5000股份移轉予溫樂源（股
22 數14,700股）、溫肇御（股數300股），並於100年11月1日
23 當日召開股東會、董事會，會中為原告更名為高豐公司、遷
24 址、所營事業變更、改選董事、監察人及董事長、解任經理
25 人、修改章程等變更登記，另該次變更登記表（卷二第45
26 頁）上之公司大小章目視與朱豐公司前因業務需要設定不動
27 產抵押權之大小章相同。

28 (四)系爭建物為原告所有，惟於108年4月11日將系爭建物信託登
29 記予被告劉雪鳳（即系爭信託登記）。

30 (五)系爭建物於108年4月17日設定擔保系爭債權之系爭抵押權予
31 被告鍾明潔，被告鍾明潔再於110年1月15日，以讓與為原因

01 將系爭抵押權讓與予被告羅智耀。

02 (六)被告羅智耀以被告劉雪鳳未依約清償債務聲請拍賣抵押物，
03 系爭拍賣裁定准予拍賣，並聲請就系爭建物強制執行，經本
04 院以系爭強制執行程序執行中。

05 (七)原告於113年10月30日再度更名為朱豐建設開發股份有限公
06 司。

07 六、本件爭點如下：

08 (一)原告訴之聲明(一)有無理由？

09 (二)被告鍾明潔、羅智耀與原告間就系爭抵押權擔保之債權是否
10 存在？原告可否依強制執行法第14條請求撤銷系爭執行事
11 件？

12 七、得心證之理由：

13 (一)原告原登記股東及各持有股份如下：朱祥根（3,000股）、
14 朱祥發（2,000股）、林月英（2,500股）、鍾來國（1,500
15 股）、王俊堯（原名王沛胡）（2,000股）、王洪靜容（2,5
16 00股）、朱祥興（1500股），並以朱祥根為董事長，惟朱祥
17 根前於100年間向被告劉雪鳳借貸600萬元，因未如約償還，
18 遂於100年10月6日與被告劉雪鳳簽立系爭協議書，並將原告
19 全體股東全部1,5000股份移轉予溫樂源（股數14,700股）、
20 溫肇御（股數300股），且於100年11月1日召開100年間股東
21 會，會中決議將關於原告更名為高豐公司、遷址、所營事業
22 變更、改選董事、監察人及董事長、解任經理人、修改章程
23 等變更登記等情，為兩造所不爭執，又有原告69年股份有限
24 公司變更登記事項卡、系爭協議書、原告100年11月1日股東
25 會臨時會議事錄、董事會議事錄及股份有限公司變更登記表
26 等在卷可參（卷一第27頁、第407頁至第429頁、第441頁至
27 第451頁），應堪認定。

28 (二)被告劉雪鳳固抗辯系爭股份實際為朱祥根所有，係借名登記
29 予林月英等6人名下，得為處分云云，惟按所謂借名登記契
30 約，乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同
31 意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記

01 為所有人或其他權利人之契約，是出名人與借名者間應有借
02 名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。而主張借
03 名登記者，應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院11
04 0年度台上字第528號判決意旨參照）。故上開說明，自應由
05 被告劉雪鳳就上開主張負舉證之責。然查：

- 06 (1)據證人即於100年11月間受託辦理原告公司變更登記之記帳
07 士李文席於臺灣高雄地方檢察署107年度他字7652號案件
08 （下稱系爭偵案）證稱：伊是大有聯合記帳士事務所記帳
09 士，但伊不認識朱祥根，當時係被告劉雪鳳帶溫樂源來委託
10 伊代送原告公司變更登記文件，股份有限公司變更登記需要
11 股東會議事錄、董事會議事錄，因為有更名，需要章程，因
12 為有改選董事及監察人，需要董事、監察人願任同意書並檢
13 附身分證影本，自95年公司法修法後，不需要提供股權轉讓
14 契約書或同意書，只要有公司原始印鑑、原本負責人印鑑及
15 檢附上述資料，就可以辦理公司變更登記，資料是劉雪鳳所
16 交付，交付時已經蓋好公司大小章等語，有系爭偵案107年1
17 2月13日訊問筆錄在卷可參（系爭偵案卷第195頁至第197
18 頁），又參酌原告於100年11月14日申請變更登記資料（卷
19 一第407頁至第429頁），確無相關股權轉讓契約書或同意
20 書，自難僅因原告之變更登記業經主管機關核准，即當然推
21 定林月英等6人與朱祥根間就系爭股份存有借名登記關係。
22 又被告雖具狀請求再次傳喚證人李文席到庭，惟證人李文席
23 已於系爭偵案中為證，且系爭偵案訊問時間即107年12月13
24 日顯更接近本件原告公司變更登記之日，證人記憶應較清晰
25 可採，況據被告劉雪鳳所擬訊問事項（卷三第89頁至第91
26 頁），證人李文席均已於系爭偵案中回答完整，是被告此部
27 份請求傳喚證人顯無必要，附此敘明。
- 28 (2)被告劉雪鳳又主張因朱祥根積欠款項，始據系爭協議書而將
29 系爭股份連同朱祥根所有之原告公司股份一併移轉予之，且
30 兩造亦不爭執系爭協議書形式上真正，況朱祥根當時亦表示
31 伊為原告公司實質負責人，有權轉讓原告公司全部股份云

云，惟查：據朱祥根於系爭偵案中陳稱：伊是原告公司實質負責人，但所有的股東都有出資，告訴人（即指林月英）也有出資等語（系爭偵案卷第195頁至第196頁），足見朱祥根亦自承其與林月英等6人間並未就系爭股份存在借名登記契約，是被告劉雪鳳抗辯朱祥根表明原告公司其餘股東都是借名登記，全部股權均可由其負責處理云云，已悖於朱祥根本人上開所述，是否可採，已非無疑。又據證人即製作系爭協議書之陳俊偉律師於系爭前案中證稱：當時伊沒有確認原告公司股東及股權之登記、持有狀況，因為雙方有確認過原告公司的股東及股權資料，所以伊在角色上只是將這些製作成協議書的內容而已；被告劉雪鳳先提出要以原告公司之股權轉讓作為清償，朱祥根有表示若屆時無法如期清償，就願意將朱豐公司之全部股東及股權一併轉讓予被告劉雪鳳或其指定之人，當時沒有提到若屆時其他股東不同意時要如何處理；朱祥根有表示自己是朱豐公司之實質負責人，也就是朱祥根有權移轉朱豐公司所有股東及股權的意思，但朱祥根當時沒有提到朱豐公司股東的出資狀況、股權或有無借名之情形；當時也沒有交付其他股東的印章、登記印鑑章，也沒有提示給伊看過乙情，有訊問筆錄在卷可參（系爭前案卷第216頁至第223頁），則依上開證人證詞，朱祥根縱曾向被告劉雪鳳表示其係朱豐公司之實質負責人且有權移轉朱豐公司所有股權，惟證人並不清楚原告公司股東及股權登記狀況，也不知悉朱祥根與林月英等6人間之關係，自無從證明林月英等6人與朱祥根間就系爭股份有何借名登記關係，或有何授權或同意股權轉讓之事宜，況其餘股東中之朱祥興、王俊堯前已具狀對被告劉雪鳳及朱祥根提起訴訟，林月英則於系爭前案中承受訴訟，足見其等均否認與朱祥根間就系爭股份有借名登記關係，亦不承認朱祥根處分系爭股份之行為，是朱祥根上開所述難認為真實，而難以朱祥根曾有上開自稱為實質負責人之表示，即遽認朱祥根與林月英等6人間有借名登記之關係存在，亦無從證明林月英等6人有授權或同意系爭

01 股份轉讓為真，此外，被告劉雪鳳復未舉出足供本院採信之
02 證據，以資證明系爭股份確係借名登記予朱祥根名下，是其
03 此部份之抗辯，顯無可採。

04 (三)另據系爭協議書內容，可知此乃朱祥根以個人名義所簽立，
05 惟轉讓標的既包括林月英等6人之股權，且兩造間（此指朱
06 祥根及林月英等6人間）就系爭股份並無借名登記契約存
07 在，已經認定如前，是林月英等6人與被告劉雪鳳間無轉讓
08 系爭股份之合意，朱祥根卻將系爭股份併為轉讓，核屬無權
09 代理之行為，然被告劉雪鳳又抗辯本件應有表見代理適用云
10 云，惟查：

11 (1)按由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其
12 代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責
13 任，固為民法第169條前段所明定。惟該條規定原以本人有
14 使第三人信為以代理權授與他人之行為，為保護代理交易之
15 安全起見，有使本人負相當責任之必要而設。故本人就他人
16 以其名義與第三人所為之代理行為，應負授權人之責任者，
17 須以他人所為之代理行為，係在其曾經表示授與他人代理權
18 之範圍內為其前提要件。本人將印章、身分證交付他人，委
19 託該他人辦理特定事項，除該特定事項外，該他人以本人名
20 義所為其他法律行為，尚難僅憑其持有本人之印章、身分
21 證，即認須由本人負表見代理授權人之責任（最高法院110
22 年度台上字第2610號判決意旨參照）。

23 (2)查辦理公司變更登記時，因修法而無庸檢附股權讓與同意書
24 或同意書乙情，業已經證人李文席證述如前，是若為辦理原
25 告公司變更登記，林月英等6人本無提供私章之必要，是被
26 告劉雪鳳主張朱祥根曾將林月英等6人私章交付予伊而應負
27 表見代理授權人責任云云，已與一般實務操作未符，再者原
28 告於申請變更登記資料並無相關股權轉讓契約書或同意書，
29 且未見被告劉雪鳳提出乙情，亦如前述，自難認林月英等6
30 人有何應負表見代理授權人之責任，況證人陳俊偉已證稱朱
31 祥根當時並未交付其他股東的印章、登記印鑑章，也沒有提

01 示等語在卷，更無從證明林月英等6人確實曾交付私章等情
02 為真，而林月英等6人均對系爭股份轉讓嗣後為反對之表
03 示，亦已如前述，被告劉雪鳳亦未再舉證林月英等6人曾對
04 朱祥根表示授與轉讓系爭股份之代理權，或知朱祥根表示為
05 代理人而不為反對之表示，究難認與表見代理之要件相符，
06 而令林月英等6人負授權人之責，是被告劉雪鳳辯稱林月英
07 等6人應依民法第169條規定負授權人責任，亦不足採。

08 (四)綜上，朱祥根轉讓林月英等6人之系爭股份係屬無權代理行
09 為，且未據林月英等6人承認該效力未定之行為，從而林月
10 英等6人就原告公司股權共計12,000股均尚未合法移轉，自
11 堪認定。

12 (五)又按法律如規定決議須有代表已發行股份總數之股權達一定
13 額數之股東出席時，此一定足額數股份之股東出席，即為該
14 股東會決議之成立要件，欠缺此項要件，該股東會決議即屬
15 不成立，並非單純之決議方法違法問題而已。股東會出席之
16 股東，不足公司法第174條規定應有代表已發行股份總數之
17 過半數時，所為之決議因欠缺法律行為之成立要件，應不成
18 立，此為本院最新見解；董事會之召集程序有瑕疵時，該董
19 事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之
20 權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之
21 內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召
22 集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為
23 當然無效(最高法院103年度台上字第1516號、97年度台上字
24 第925號裁判意旨參照)。經查：原告登記之股權為15,000
25 股，林月英等6人之股權共計12,000股，均尚未合法移轉，
26 已如前述。而林月英等6人於100年11月1日並未出席臨時股
27 東會，無已發行股份總數過半數股東出席之情事，依前開裁
28 判意旨，欠缺一定足額數股份之股東出席之要件，是100年1
29 1月1日股東會選任溫樂源、溫肇御、劉雪鳳為董事之決議均
30 不成立。是溫樂源、溫肇御及被告劉雪鳳不具董事資格，自
31 無召集董事會之權限，故100年11月1日由溫樂源召開，溫樂

源、溫肇御及被告劉雪鳳選任溫樂源為董事長之董事會決議，依前開意旨為當然無效。此後，溫樂源召集102年11月1日之臨時股東會選任溫樂源、溫肇御、劉雪鳳為董事，任期至105年10月31日之決議，及同日選任溫樂源為董事長之董事會決議，分為無召集權人所召集之股東會決議及召集程序違法之董事會決議，均屬無效，是溫樂源非合法之法定代理人，自堪認定。

(六)從而，溫樂源既非原告公司合法之法定代理人，其於108年4月11日代表原告，與被告劉雪鳳成立系爭信託契約之債權行為，就系爭建物辦理系爭信託登記之物權行為，均屬無權代理行為，且經原告否認無權代理行為，則前開法律行為效力對原告自不生效力，是原告主張請求被告劉雪鳳塗銷系爭信託登記為有理由，應予准許。又被告劉雪鳳固聲請傳喚證人歐陽鴻、鍾來國繼承人、朱祥發、王俊堯及王洪靜蓉之繼承人、朱祥興、尹志誠、溫樂源云云，惟尹志誠非原告公司股東，鍾來國、王俊堯及王洪靜蓉早已死亡，其等繼承人顯難知悉其等生前瑣事，是此部份顯無傳喚必要，又歐陽鴻據被告劉雪鳳之訴訟代理人稱其因與朱祥根相識，兩人為友人關係云云（卷三第112頁第113頁），然僅為一般友人，甚難認其有何得知悉朱祥根及其他股東間有關原告公司股份處理等私事，又就溫樂源部分，被告劉雪鳳之訴訟代理人稱待證事實係為證明溫樂源之借款是存在與被告劉雪鳳之間云云，然此顯非本件爭點相關之待證事實，自無傳喚必要，又被告劉雪鳳再請求聲請函詢財政部高雄國稅局上開已歿股東之遺產稅申報書及附件，惟有無申報遺產稅與已歿股東是否有授權，或與朱祥根間就系爭股份有無借名登記關係，難認有何必然關聯，況被告劉雪鳳此部份請求要無所據，已如前述，是其請求調查前開證據，自無必要，附此敘明。

(七)被告鍾明潔、羅智耀與原告間就系爭抵押權擔保之債權是否存在？

(1)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。而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。又抵押權為擔保物權之一種，於該抵押權擔保期間，須有擔保之債權存在，倘擔保債權並未發生，其抵押權即失所附麗（最高法院98年度台上字第1265號判決參照），可知抵押權之成立以主債權存在為前提，若主債權不存在，抵押權亦不成立，是抵押人主張抵押權所擔保之主債權不存在，對抵押權人提起塗銷抵押權登記之訴，自應由抵押權人就主債權存在之積極事實，負舉證責任。本件原告公司主張系爭抵押權所擔保之系爭債權不存在，而提起本件確認及塗銷抵押權登記之訴，揆諸前揭說明，被告鍾明潔及羅智耀對於系爭抵押權及其所擔保之系爭債權對原告存在，自應負舉證之責任。

- (2)查被告鍾明潔固以書狀主張與被告劉雪鳳間存有系爭債權，且於108年11月29日曾匯款400萬元至原告公司帳戶，惟時間經過太久已無留存匯款單，嗣後因其急需用錢而將系爭抵押權轉賣予被告羅智耀云云（卷二第441頁），然被告鍾明潔於108年4月間已設定系爭抵押權，卻遲至同年11月29日始交付400萬元借款，且設定系爭抵押權擔保債權金額為300萬元，亦低於被告鍾明潔自陳之出借數額，顯悖於貸款人為保障借款債權，請求抵押物所有人設定抵押權之擔保金額會大於或等於出借金額之常情，況被告鍾明潔於審理中均未到庭，亦未再為任何舉證，已難認其所述為真，縱據被告劉雪鳳於審理中稱：是公司要用到錢，經朋友介紹認識被告鍾明潔，當時與她之間有簽借據，後來他說他要用到錢，要把債權讓與第三人等語在卷，被告劉雪鳳亦無法提供任何證據，或說明當時借款目的及使用情形，自難僅憑其片面一詞即對被告鍾明潔為有利之認定，是在被告鍾明潔未為舉證下，自無法認定被告鍾明潔與原告公司間確有消費借貸之法律關係存在，而難認系爭債權確實存在，原告公司此部份主張核屬有據，堪予採信。

01 (3)被告羅智耀雖以書狀稱：伊是以現金交易方式銀貨兩訖，始
02 於地政事務所取得系爭抵押權，伊是善意第三人，佐證均在
03 系爭拍賣裁定卷宗內云云，惟查：經本院調閱系爭拍賣裁定
04 卷宗，除系爭抵押權設定契約書外，僅有借據1紙（下稱系
05 爭借據，卷三第147頁），然細究系爭借據是由被告劉雪鳳
06 所簽立，內容記載「一、茲向羅智耀借款金額新臺幣300萬
07 元整；二、該款項當日親收足訖無訛；三、借款利息為無；
08 四、借款期間自民國107年11月29日至民國111年11月18日
09 止..」，惟被告羅智耀既稱係以300萬元向被告鍾明潔購入
10 系爭債權，自應由被告鍾明潔簽署借據始合理，而非由被告
11 劉雪鳳所為，且系爭借據落款日期為107年11月29日，亦非
12 被告羅智耀辯稱自被告鍾明潔處受讓系爭抵押權之110年1月
13 14日，自難憑系爭借據對被告等為有利認定，況無論係被告
14 羅智耀或鍾明潔，均無法就各自有將出借之系爭債權款項交
15 付為舉證，且原告與被告鍾明潔間之系爭債權不存在既已經
16 認定如前，擔保系爭債權之系爭抵押權自不存在，被告鍾明
17 潔已無從將系爭債權及系爭抵押權讓與被告羅智耀，被告羅
18 智耀自始即難謂合法受讓系爭債權與系爭抵押權，此與被告
19 羅智耀是否為善意第三人毫無關聯，是被告羅智耀此部分抗
20 辯亦無理由，不予採之。

21 (4)綜上，本件依被告等提出之證據資料，無法證明被告鍾明
22 潔、羅智耀與原告公司間確有消費借貸之法律關係存在，被
23 告鍾明潔即無從將系爭債權及系爭抵押權讓與被告羅智耀，
24 從而，原告請求確認系爭抵押權所擔保之系爭債權不存在，
25 為有理由，應予准許。

26 (八)原告公司請求塗銷系爭抵押權設定登記，為有理由：

27 (1)按抵押權之成立，以有擔保之債權存在為前提。債權若不存
28 在，抵押權亦不成立，縱有抵押權登記，依抵押權之從屬
29 性，應許抵押人請求抵押權人塗銷該抵押權設定登記(最高
30 法院94年度台上字第1655號判決意旨參照)。又所有人對於
31 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，系爭抵押權為普通抵押權，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，惟依上論述，被告鍾明潔、羅智耀均未能舉證證明系爭抵押權所擔保之系爭債權確實存在，基於抵押權從屬性原則，系爭抵押權即無由成立，惟系爭建物既有抵押權設定登記之事實存在，對原告公司所有之系爭建物即有所妨害，則原告公司依民法第767條第1項中段規定，請求抵押權人即被告鍾明潔、羅智耀塗銷系爭抵押權之設定登記，核屬有據，應予准許。

(九)查原告前以訴狀表示依強制執行法第15條提起本件第三人異議之訴，於審理中又改稱依同法第14條提起債務人異議之訴（卷一第18頁、卷二第463頁），惟系爭拍賣裁定之債務人仍為被告劉雪鳳，有該裁定在卷可參（卷三第141頁），是原告既非債務人，自難依法提起債務人異議之訴，又按第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴，強制執行法第15條前段固有明文。惟上開規定所謂就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言（最高法院68年台上字第3190號原判例意旨參照）。再民法第759條之1第1項規定，不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。其立法理由載明：「此項登記之推定力，乃為登記名義人除不得援以對抗其直接前手之真正權利人外，得對其他任何人主張之。為貫徹登記之效力，此項推定力，應依法定程序塗銷登記，始得推翻」。是為貫徹登記之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻；於登記經塗銷前，縱登記有無效或得撤銷原因，除登記名義人不得援以對抗真正權

01 利人外，真正權利人對外尚不得以其為所有人為由，依民法
02 第767條第1項規定，對第三人為所有權之行使。準此，登記
03 名義人之債權人聲請強制執行登記在其名下之不動產時，真
04 正權利人在依法塗銷所有權移轉登記前，即不得對第三人即
05 執行債權人主張就執行標的物有足以排除強制執行之權利。
06 經查：本件雖命被告劉雪鳳將系爭信託登記塗銷，回復原告
07 所有，另命被告鍾明潔及羅智耀塗銷系爭抵押權，然因本件
08 尚非確定判決，須待原告勝訴確定後，由原告根據該確定判
09 決辦畢所有權移轉登記後，始能取得系爭不動產之所有權，
10 是系爭建物之所有權登記迄未經塗銷，原告尚未經登記為系
11 爭建物之所有人，則揆之上揭說明，原告現自無足以排除強
12 制執行之權利，是原告依強制執行法第15條規定，請求撤銷
13 系爭強制執程序，即屬無據，不應准許。

14 八、據上，原告依民法第767條第1項中段，請求被告劉雪鳳應將
15 系爭信託登記予以塗銷、並確認原告與被告鍾明潔、羅智耀
16 間系爭債權不存在，被告鍾明潔、羅智耀並應將系爭抵押權
17 設定登記予以塗銷為有理由，應予准許，逾此部份為無理
18 由，應予駁回。

19 九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判
20 決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

21 十、據上論結，原告之訴為一部有理由、一部無理由，依法判決
22 如主文。

23 中 華 民 國 114 年 11 月 28 日
24 民事第二庭 法 官 楊景婷

25 以上正本係照原本作成。

26 如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如
27 委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

28 中 華 民 國 114 年 11 月 28 日
29 書記官 黃雅慧

30 附表一：

01

編號	建號	基地坐落	建物面積 (平方公尺)	權利範圍
		建物門牌	樓層面積合計	
1	00000	高雄市○○區○○段0000地號	屋頂突出物一層： 42.16 屋頂突出物二層： 37	全部
2		高雄市○○區○○路000號房屋 頂層突出物	合計：79.16	

02 附表二：

03

編號	不動產標示	抵押權設定內容
1	高雄市○○區○○ ○段00000○號 (門牌號碼：○○ ○○000號房屋頂 層突出物、權利範 圍：全部)	登記日期：108年4月17日 權利種類：普通抵押權 收件字號：108年新專字第11420號 權利人：鍾明潔 債權額比例：全部 擔保債權總金額：300萬元 清償日期：137年11月28日 債務人：劉雪鳳、高豐國際開發投資 顧問股份有限公司 標的登記次序：0003 證明書字號：108新證字第1588號
2	高雄市○○區○○ ○段00000○號 (門牌號碼：○○ ○○000號房屋頂 層突出物、權利範 圍：全部)	登記日期：110年1月15日 權利種類：普通抵押權 收件字號：110年三新登字第930號 權利人：羅智耀 債權額比例：全部 擔保債權總金額：300萬元 清償日期：111年11月18日

(續上頁)

01

		債務人：劉雪鳳、高豐國際開發投資 顧問股份有限公司 標的登記次序：0002 證明書字號：111新證字第5746號
--	--	---