臺灣高等法院高雄分院民事判決

115年度上字第42號

上　訴　人　劉雪鳳

000000000000000000

訴訟代理人　宋瑞政律師

上　訴　人　羅智耀

000000000000000000

　　鍾明潔

000000000000000000

共　　同

訴訟代理人　宋明政律師

　　葉婉玉律師

被 上訴 人　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）

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　朱雅君

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　邱文男律師

複 代理 人　張琳婕律師

上列當事人間第三人異議之訴等事件，上訴人對於民國114年11月28日臺灣高雄地方法院113年度重訴字第93號第一審判決提起上訴，本院於115年9月9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、程序部分：

㈠上訴人鍾明潔、羅智耀（下合稱鍾明潔等2人）於原審敗訴

後，提起上訴時辯稱：原審原告朱雅君當庭撤回原審被告朱豐建設開發股份有限公司（下稱朱豐公司，該公司前、後尚有多次更名情形，詳下述）之起訴，然因原審未將言詞辯論筆錄送達鍾明潔，致鍾明潔無從表示同意與否，應認朱雅君對朱豐公司所為撤回起訴不生效力，朱豐公司仍具原審被告身分，故朱雅君嗣後追加朱豐公司為原告，不生追加效力，即非適格之原告，且原判決未說明該追加之訴是否合法，未駁回追加之訴，自有重大違誤；再者，朱雅君如已撤回其訴，則本件訴訟已全部消滅；若認係由朱豐公司將朱雅君之訴撤回，則為不合法，原審應就朱雅君之請求為補充判決云云（見本院卷第92、93、150頁）。惟上訴人此部分所辯，為被上訴人所否認，並主張朱雅君所為撤回朱豐公司之起訴，嗣再追加朱豐公司為原告，程序上均屬合法，且撤回對朱豐公司之起訴，無需通知鍾明潔，鍾明潔等2人所辯無據等語。

㈡查，朱雅君於原審以其考量被上訴人遭更名為高豐國際開發投資顧問股份有限公司（下稱高豐公司）後，已回復為原名稱朱豐公司，且兩造訟爭下述之系爭股份，已回復至原所有人或繼承人名下（見原審卷一第403-417頁），故認無再就此部分對被上訴人（原名稱為高豐公司）為請求必要，是於民國113年12月31日當庭及具狀對其及原審共同被告溫樂源、温肇御（下稱溫樂源等2人）撤回其此部分起訴，經溫樂源等2人同意撤回，被上訴人當庭亦無異議（見原審卷一第395、401頁），此部分撤回已生效力。嗣朱雅君因擔任被上訴人之法定代理人，經原審闡明似無需由朱雅君代位被上訴人提起塗銷抵押權之訴，朱雅君乃再於114年3月11日撤回對被上訴人聲明第3項之訴，羅智耀當庭亦未異議（鍾明潔則未到庭），被上訴人於收受原審言詞辯論筆錄後10日內未異議而視為同意撤回，嗣具狀表明同意撤回（同上卷第448、453頁），已生撤回之效力。則朱雅君於114年3月28日再追加被上訴人為原告，由被上訴人自行對鍾明潔等2人請求

塗銷抵押權，因被上訴人嗣後變更之訴主張抵押權不存在之事實，與朱雅君主張之情形相同，且均請求鍾明潔2人塗銷上開抵押權，堪認基礎事實同一；又朱雅君當時已係被上訴人之法定代理人，則被上訴人與朱雅君以同一書狀表明朱雅君撤回其訴，由被上訴人為訴之變更，將繕本送達原審之對造即劉雪鳳及鍾明潔等2人，而渠等3人收受書狀後，均未見具狀或到庭對朱雅君撤回為原告及被上訴人所為變更之訴有何異議，劉雪鳳尚到庭就被上訴人為訴之變更進行言詞辯論，鍾明潔等2人則無正當理由於原審言詞辯論期日未到場，經原審為一造辯論判決等情，有原審之言詞辯論筆錄可稽（見原審卷二第41-44、109-114、181-183），則依民事訴訟法第255條第1項第2款、第7款及第2項、第262條規定，堪認被上訴人及朱雅君上開所為，應屬適法。原審審酌上開各情，上訴人亦未為異議，而未於原判決敘明准予追加、撤回、變更之訴，難認有何違誤；又經原審准予為訴之追加、變更，依民事訴訟法第258條第1項規定，亦不得聲明不服。則上訴人辯稱：朱雅君對朱豐公司撤回其訴再追加朱豐公司為原告，於法有違，朱豐公司非適格之原告；又朱雅君若撤回其訴，則本件訴訟已消滅，若未合法撤回，應由原審為補充判決云云，顯均有誤解，而無足採，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：伊原名為朱豐公司，原登記股東及各持有股份為訴外人朱祥根（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）（除朱祥根外，其餘合稱林月英等6人），並以朱祥根為董事長。惟朱祥根於100年間，未經林月英等6人授權及同意，即無權代理其等將其等所有共計12,000股股份（下稱系爭股份），連同朱祥根持有之3,000股股份，全部移轉予溫樂源（股數14,700股）、温肇御(股數300股）。因林月英等6人嗣未承認

系爭股份移轉，依民法第113條規定，朱祥根所為不生效力，系爭股份未合法移轉至溫樂源等2人名下，此經本院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號裁定認定在案。則溫樂源等2人雖於100年11月1日（下稱100年間股東會）召開股東會，選任溫樂源、劉雪鳳等人為董事，於同日由溫樂源召開董事會，選任溫樂源擔任董事長即法定代理人，又將伊更名為朱豐開發投資顧問股份有限公司，同年月14日再更名為高豐開發建設股份有限公司（下稱高豐建設公司），嗣於102年11月間更名為高豐公司，惟系爭股份移轉既不生效力，則上開股東會欠缺一定足額數股份之股東出席，所為股東會決議無效，該會議決議選任之董事即非合法，由劉雪鳳等人組成董事會選任之溫樂源並非合法之法定代理人。惟溫樂源竟於108年4月11日代表伊將所有如原判決附表一所示不動產（下稱系爭建物），以信託為原因，將所有權移轉登記至劉雪鳳名下（下稱系爭信託登記），即屬無效，劉雪鳳應塗銷系爭信託登記。又被上訴人於108年4月19日改選劉雪鳳為董事長，而劉雪鳳於同年月17日將系爭建物設定如原判決附表二編號1所示擔保債權300萬元（下稱系爭債權）之普通抵押權（下稱編號1抵押權）予鍾明潔，鍾明潔再於110年1月15日以讓與為原因，將上開抵押權辦理移轉如原判決附表二編號2所示之普通抵押權（下稱編號2抵押權，與編號1抵押權合稱系爭抵押權）予羅智耀。而羅智耀於112年4月10日以未清償系爭債權為由，持原法院111年度司拍字第284號裁定（下稱系爭拍賣裁定），聲請執行拍賣系爭建物，經以112年司執字第40115號案件受理（下稱系爭執行程序）。惟系爭信託登記無效，系爭債權不存在，則系爭抵押權失所附麗，自得訴請塗銷系爭信託登記，確認系爭債權不存在，及請求鍾明潔等2人塗銷系爭抵押權登記等請。爰依民法第767條第1項中段及強制執行法第15條規定，並聲明：㈠劉雪鳳應塗銷系爭信託登記；㈡確認羅智耀就編號2抵押權擔保之系爭債權不存在；㈢羅智耀應

塗銷編號2抵押權登記；㈣鍾明潔塗銷編號1抵押權登記（至被上訴人請求系爭執行程序應予撤銷部分，經原審判決敗訴，被上訴人未提起上訴，未繫屬本院，不予贅述）。

二、上訴人之答辯：

㈠劉雪鳳則以：朱祥根前於100年間向伊借貸600萬元，未如約償還，遂於100年10月6日與其簽立協議書（下稱系爭協議書），約定如未清償，願將被上訴人所有股東及股權移轉至其或其指定之人名下。爾後朱祥根果未清償，遂於100年11月1日將包含林月英等6人在內之股東印章、公司章程、公司印鑑章、負責人小章、公司變更登記事項卡、朱豐公司臨時股東會議紀錄，均交付訴外人李文席會計師，由渠將林月英等6人之系爭股份移轉予溫樂源等2人，而於100年11月14日經高市府四維經商公字00000000000號辦理公司變更登記完畢。又系爭股份實際為朱祥根所有，僅借名登記於林月英等6人名下，是朱祥根就系爭股份移轉，自屬有效。然倘認朱祥根與林月英等人間並無借名登記契約存在，則朱祥根所為，亦有表見代理之適用而屬有效，則被上訴人於100年間股東會所為系爭決議均屬有效，被上訴人（當時名稱為高豐公司）之法定代理人溫樂源所為系爭信託登記，亦屬有效，其迄今每年亦繳納系爭建物房屋稅，被上訴人對其請求均無理由等語置辯。

㈡鍾明潔則以：其與劉雪鳳間一直存在借貸關係，而劉雪鳳於108年4月設定抵押權予其，其則於108年11月29日匯款400萬元至被上訴人之帳戶，嗣其因急需用錢，於110年1月將該抵押權轉讓予羅智耀，故被上訴人主張系爭債權不存在及系爭抵押權應予塗銷為無理由等語置辯。

㈢羅智耀則以：伊不知道鍾明潔如何取得系爭抵押權，惟鍾明潔因資金問題找到伊，伊於110年間以300萬元現金購入系爭抵押權，經地政機關辦理移轉登記，嗣於111年12月19日取得系爭拍賣抵押物裁定，為善意第三人。故被上訴人主張系爭債權不存在及系爭抵押權應予塗銷為無理由等語置辯。

三、原審判決劉雪鳳就系爭建物於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。確認羅智耀對被上訴人就系爭建物設定如編號2抵押權所擔保之債權不存在，羅智耀應將編號2抵押權登記塗銷；鍾明潔應將編號1抵押權登記塗銷。並駁回被上訴人其餘之訴（指撤銷執行程序）。上訴人就敗訴部分不服，提起上訴，劉雪鳳上訴聲明：㈠原判決主文第一項關於上訴人就系爭建物，於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部分及訴訟費用之裁判均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。羅智耀及鍾明潔上訴聲明：㈠原判決主文第二、三、四項暨訴訟費用之裁判均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回（被上訴人就其敗訴部分，未聲明不服，已確定）。

四、兩造不爭執事項如下：

㈠朱豐公司原登記股東及各持有股份如下：朱祥根（3,000股）、朱祥發（2,000股）、林月英（2,500股）、鍾來國（1,500股）、王俊堯（原名王沛胡）（2,000股）、王洪靜容（2,500股）、朱祥興（1500股），並以朱祥根為董事長。

㈡朱祥根前於100年間向劉雪鳳借貸600萬元，因未如約償還，遂於100年10月6日與劉雪鳳簽立系爭協議書，約定如未清償，願將朱豐公司之所有股東及股權移轉至甲方即劉雪鳳及其指定之人名下。

㈢朱祥根於100年間將被上訴人全部15,000股份移轉予溫樂源（股數14,700股）、溫肇御（股數300股），並於100年11月1日當日召開股東會、董事會，會中為被上訴人更名為朱豐開發建設股份有限公司、遷址、所營事業變更、改選董事、監察人及董事長、解任經理人、修改章程等變更登記，另該次變更登記表（見原審卷一第45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產抵押權之大小章相同。

㈣系爭建物為被上訴人所有，惟於108年4月11日將系爭建物信託登記在劉雪鳳名下（即系爭信託登記）。

㈤系爭建物於108年4月17日設定擔保系爭債權之編號1抵押權登記予鍾明潔，鍾明潔再於110年1月15日，以讓與為原因，將上開抵押權權移轉予羅智耀（即為編號2抵押權登記）。

㈥羅智耀以劉雪鳳未依約清償債務，聲請拍賣抵押物，經系爭拍賣裁定准予拍賣，並聲請就系爭建物強制執行，經原法院以系爭執行程序執行中。

㈦被上訴人於113年10月30日再度更名為朱豐公司。

五、兩造爭執事項為：㈠溫樂源於108年4月11日代表被上訴人辦理系爭建物之信託登記予劉雪鳳是否合法，被上訴人得否訴請劉雪鳳塗銷系爭信託登記？㈡鍾明潔、羅智耀與被上訴人間有無系爭抵押權擔保之債權存在？被上訴人請求其等塗銷系爭抵押權登記，有無理由？茲分述如下：

㈠按確認法律關係之訴，非被上訴人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，被上訴人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。本件劉雪鳳於108年4月17日就系爭建物設定編號1抵押權登記，以擔保抵押權人鍾明潔之系爭債權300萬元，鍾明潔又將上開抵押權讓與羅智耀，惟被上訴人否認系爭債權存在，主張系爭抵押權失所附麗而不存在，則兩造就系爭債權及抵押權存否有所爭議，致被上訴人在法律上地位有受侵害之危險，此項危險得以確認判決除去之，是被上訴人就此提起確認系爭債權不存在之訴，有確認利益，合先敘明。

㈡溫樂源於108年4月11日代表被上訴人辦理系爭建物之信託登記予劉雪鳳是否合法，被上訴人得否訴請劉雪鳳塗銷系爭信託登記？

1.被上訴人原登記股東及各持有股份如下：朱祥根（3,000

股）、朱祥發（2,000股）、林月英（2,500股）、鍾來國（1,500股）、王俊堯（原名王沛胡）（2,000股）、王洪靜容（2,500股）、朱祥興（1500股），並以朱祥根為董事長，惟朱祥根前於100年間向劉雪鳳借貸600萬元，因未如約償還，遂於100年10月6日與劉雪鳳簽立系爭協議書，並將被上訴人全體股東全部15,000股份移轉予溫樂源（股數14,700股）、溫肇御（股數300股），且於100年11月1日召開100年間股東會中，決議有關被上訴人更名、遷址、所營事業變更、改選董事、監察人及董事長、解任經理人、修改章程等變更公司登記等事，為兩造所不爭執，並有被上訴人69年股份有限公司變更登記事項卡、系爭協議書、被上訴人100年11月1日股東會臨時會議事錄、董事會議事錄及股份有限公司變更登記表等在卷可參（見原審卷一第27頁、第407頁至第429頁、第441頁至第451頁），上開事實堪以認定。

2.按所謂借名登記契約，乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記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名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。而主張借名登記者，應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院110年度台上字第528號判決意旨參照）。本件劉雪鳳固抗辯因系爭股份實際為朱祥根所有，借名登記予林月英等6人名下，故朱祥根得為處分云云，惟為被上訴人所否認，依前說明，即應由劉雪鳳就其所辯負舉證之責。查：

⑴劉雪鳳就其所辯，固以系爭協議書及被上訴人之公司變更登記為佐。惟據證人即於100年11月間受託辦理被上訴人變更登記之記帳士李文席於臺灣高雄地方檢察署107年度他字7652號案件（下稱系爭偵案）證稱：伊不認識朱祥根，當時係劉雪鳳帶溫樂源來委託伊代送被上訴人公司變更登記文件，股份有限公司變更登記需要股東會議事錄、董事會議事錄，因為有更名，需要章程，又有改選董事及監察人，需要董事、監察人願任同意書並檢附身分證影本。自95年公司法修

法後，不需要提供股權轉讓契約書或同意書，只要有公司原始印鑑、原本負責人印鑑及檢附上述資料，就可以辦理公司變更登記，資料是劉雪鳳所交付，交付時已經蓋好公司大小章等語，此有系爭偵案107年12月13日訊問筆錄在卷可參（見系爭偵案卷第195頁至第197頁）；再參酌被上訴人於100年11月14日申請變更登記資料（見原審卷一第407頁至第429頁），確無相關股權轉讓契約書或同意書等情；及佐以朱祥根於系爭偵案中稱：伊是被上訴人之實質負責人，但所有股東都有出資，告訴人（即指林月英）也有出資等語（見系爭偵案卷第195頁至第196頁），顯見朱祥根業已自承與林月英等6人間就系爭股份，並未存在借名登記契約，而劉雪鳳對朱祥根在他案中自承與林月英等6人間就系爭股份未存在借名登記契約乙節亦未爭執（見本院卷第193頁），本院即難僅因被上訴人曾辦理公司變更登記並經主管機關核准，及劉雪鳳片面辯稱朱祥根曾向其稱與林月英等6人間存有借名登記關係云云，即推認林月英等6人與朱祥根間就系爭股份確存有借名登記關係，且同意朱祥根為系爭股份之處分行為，而為劉雪鳳之有利認定。

⑵劉雪鳳雖辯稱：因朱祥根積欠款項，其始據系爭協議書約定，由朱祥根將系爭股份及朱祥根之股份一併移轉，因被上訴人不爭執系爭協議書形式上真正，朱祥根又為被上訴人之實質負責人，即有權轉讓系爭股份云云。惟劉雪鳳既不爭執朱祥根已在他案自承與林月英等6人間就系爭股份未存在借名登記契約，則其片面執系爭協議書，抗辯朱祥根與林月英等6人間有上開借名登記契約存在云云，已乏所據。再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：當時伊未確認被上訴人之股東及股權之登記、持有狀況，伊只是將這些製作成協議書內容而已；劉雪鳳先提出要以被上訴人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劉雪鳳或其指定之人，當時未提到若屆時其他股東不同意時要如何處

理；朱祥根有表示其是朱豐公司實質負責人，就是有權移轉朱豐公司所有股東及股權之意思，但其當時未提到朱豐公司股東的出資狀況、股權或有無借名之情形，也未交付其他股東的印章、登記印鑑章及提示給伊看過等語，此有該案訊問筆錄在卷可參（見系爭前案卷第216頁至第223頁）。劉雪鳳對其此部分證述並無意見，則依陳俊偉之前開證詞，朱祥根縱曾向劉雪鳳表示係朱豐公司之實質負責人或有權移轉所有股權之詞語，惟陳俊偉並不清楚被上訴人之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，無從因其受委託製作系爭協議書，即得依其所證及系爭協議書推認朱祥根與林月英等6人間就系爭股份確存有借名登記關係及林月英等6人同意股權轉讓之情。復參以系爭協議書係朱祥根以其名義簽立，然轉讓之標的卻包括林月英等6人之系爭股權，且無證據顯示朱祥根與林月英等6人間有借名登記關係存在及林月英等6人同意由朱祥根轉讓系爭股份；又由其餘股東即朱祥興、王俊堯前已具狀對劉雪鳳及朱祥根提起訴訟，林月英亦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，不承認朱祥根處分系爭股份行為；而劉雪鳳就此部分所辯，復無法進一步舉證以實其說，自難認朱祥根與林月英等6人就系爭股份成立借名登記關係，及達成由朱祥根移轉系爭股份予劉雪鳳或其指定之人之合意。則朱祥根將林月英等6人之系爭股權移轉予劉雪鳳指定之溫樂源等2人，自屬無權代理行為，又未經林月英等6人同意或承認其效力，自不生移轉之效力，堪以認定。

3.劉雪鳳雖抗辯朱祥根轉讓系爭股份至其指定之溫樂源等2人名下，應有表見代理適用云云，惟為被上訴人否認。查：

⑴按由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任，固為民法第169條前段所明定。惟該條規定原以本人有使第三人信為以代理權授與他人之行為，為保護代理交易之安全起見，有使本人負相當責任之必要而設。故本人就他人

以其名義與第三人所為之代理行為，應負授權人之責任者，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之範圍內為其前提要件。本人將印章、身分證交付他人，委託該他人辦理特定事項，除該特定事項外，該他人以本人名義所為其他法律行為，尚難僅憑其持有本人之印章、身分證，即認須由本人負表見代理授權人之責任（最高法院110年度台上字第2610號判決意旨參照）。

⑵被上訴人前於100年辦理公司變更登記時，已因修法而無庸檢附股權讓與同意書或同意書乙情，業經李文席於另案證述如前，且被上訴人於申請變更登記資料，並無相關股權轉讓契約書或同意書，亦未見劉雪鳳提出此部分資料；故若為辦理被上訴人公司變更登記，林月英等6人本無提供私章之必要；且陳俊偉亦證稱朱祥根當時並未交付其他股東的印章、登記印鑑章，也沒有提示等語，均如前述，已難認林月英等6人確曾交付私章予朱祥根辦理股權移轉事宜；劉雪鳳就此亦無法舉證以實其說，則劉雪鳳抗辯朱祥根自陳係公司實際負責人並保管公司大小章，且林月英等6人曾交付私章，故有表見代理之適用云云，難認可採。劉雪鳳又辯稱：朱祥根於100年股東會時出席時，乃代表全體股東出席該次股東臨時會，該日決議並更改公司名稱，選任劉雪鳳等人為董事，會議地點在公司內部，林月英為朱祥根配偶，應知悉上情，林月英等6名股東應有同意朱祥根簽立系爭協議書，有表見代理之適用云云。惟系爭股份係林月英等6人所有，並非朱祥根所有，朱祥根僅得以其持有之股份之股東身分出席股東會，無從因該日股東臨時會議事錄片面記載出席股東2人(指朱祥根及劉雪鳳），代表股數計壹萬伍仟股等詞（見原審卷一第61頁），即遽認朱祥根及劉雪鳳當時已代表全體股東出席，及林月英等6人知悉股東會召開，且同意系爭協議書之約定，而有表見代理之適用。況林月英等6人對系爭股份轉讓已為反對之表示，亦如前述，劉雪鳳復未舉證林月英等6人曾對朱祥根表示授與轉讓系爭股份之代理權，或知朱祥根

表示為代理人而不為反對之表示，難認與表見代理要件相符。則朱祥根將系爭股份移轉至溫樂源等2人名下，顯屬無權代理行為，復未據林月英等6人承認其行為之效力，故系爭股份股權均尚未合法移轉，堪以認定。故劉雪鳳抗辯林月英等6人應依民法第169條規定負表見代理授權人責任，系爭股份已合法移轉云云，洵無足採。

4.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額數之股東出席時，此一定足額數股份之股東出席，即為該股東會決議之成立要件，欠缺此項要件，該股東會決議即屬不成立，並非單純之決議方法違法問題而已。股東會出席之股東，不足公司法第174條規定應有代表已發行股份總數之過半數時，所為之決議因欠缺法律行為之成立要件，應不成立，此為本院最新見解；董事會之召集程序有瑕疵時，該董事會之效力如何，公司法雖未明文規定，惟董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之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集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效(最高法院103年度台上字第1516號、97年度台上字第925號裁判意旨參照)。查：被上訴人登記之股權為15,000股，而林月英等6人之股權共計12,000股，均尚未合法移轉，已如前述，且林月英等6人於100年11月1日並未出席臨時股東會，即無已發行股份總數過半數股東出席之情事，依前開裁判意旨，欠缺一定足額數股份之股東出席之要件，是100年11月1日股東會選任劉雪鳳等人為董事之決議均不成立。則劉雪鳳、溫樂源等人不具董事資格，溫樂源自無召集董事會之權限，故100年11月1日由溫樂源召開董事會，由劉雪鳳等董事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。嗣溫樂源於102年11月1日召集臨時股東會選任溫樂源、劉雪鳳等人為董事，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，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，溫樂源並非被上訴人合法之法定代理人，堪以認定。則溫樂源於108年4月11日代表被上訴人與劉雪鳳間，成立系爭信託契約之債權行為，並將系爭建物辦理系爭信託登記之物權行為，核屬無權代理行為，且被上訴人已否認該無權代理行為之效力，是該信託登記行為對被上訴人自不生效力。因被上訴人為系爭建物實際所有權人，故其依民法第767條第1項中段規定，請求劉雪鳳塗銷系爭信託登記，即屬有據，應予准許。劉雪鳳抗辯：選任溫樂源為被上訴人之董事長係屬合法，其有權代表被上訴人辦理系爭信託登記予伊，被上訴人現非登記為系爭建物所有權人，無權依民法第767條規定，請求伊塗銷系爭信託登記云云，要無足採。

5.至劉雪鳳於本院雖請求傳喚朱祥根之友人歐陽鴻到庭以證所辯屬實。惟審酌劉雪鳳於本院自承其無法提出歐陽鴻為朱祥根友人之證據，又參以為劉雪鳳及朱祥根製作系爭協議書之陳俊偉律師，猶未能知悉朱祥根與其他股東間有無存有借名登記關係，且朱祥根於他案中尚曾否認系爭股份有上開借名關係存在，已如前述，則歐陽鴻如僅為朱祥根一般友人（甚或非友人關係），又無參與被上訴人經營管理事務，難認其得以知悉朱祥根與林月英等6人就系爭股份之關係，自無傳喚之必要。另劉雪鳳雖請求本院函詢財政部高雄國稅局有關已歿股東之遺產稅申報書及附件等情。惟已歿股東有無申報遺產稅，核與已歿股東有否授權處分股份或與朱祥根間就系爭股份有無借名登記關係，並無必然關聯，故上訴人此部分調查證據之請求，亦無必要，均併此敘明。

㈢鍾明潔、羅智耀與被上訴人間就系爭抵押權擔保之債權是否存在？被上訴人請求其等塗銷系爭抵押權登記，有無理由？

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。次按一般抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立（最高法院109年度台上字第711 號民事判決）。普通抵押權之成立，以所擔保之債權存在為前提。而依當事人合意之內容

及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷或依其他情形無發生可能性時，該抵押權即違反成立上之從屬性而無效，抵押人自得本於所有權妨害除去請求權請求塗銷該抵押權登記（最高法院108年度台上字第2668號民事判決意旨參照）。查，系爭抵押權登記之內容，為擔保債務人對抵押權人於107年11月29日所立之金錢借貨契約所發生之債務（見原審審訴卷第229頁）。又本件被上訴人主張抵押權所擔保之系爭債權300萬元不存在等語，並對抵押權人鍾明潔等2人提起塗銷抵押權登記之訴。而鍾明潔等2人則抗辯鍾明潔與劉雪鳳於107年11月29日簽立借款契約書，鍾明潔已於108年11月29日匯出款項400萬元，嗣鍾明潔與羅智耀成立債權讓與，將系爭債權及抵押權讓與羅智耀，故系爭債權及抵押權均存在云云。則依前揭說明，應由鍾明潔等2人就系爭債權存在之積極事實，負舉證責任。

2.查，系爭抵押權登記係擔保107年11月29日之借款債權，依前揭說明，一般抵押權即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。又鍾明潔無法證明於107年11月29日與劉雪鳳（或被上訴人）成立系爭300萬元借款債權及於該日交付借款，縱使其嗣後於108年11月29日，有依劉雪鳳指示匯款400萬元至被上訴人帳戶，惟107年11月29日既無從認定有系爭債權存在，則劉雪鳳將被上訴人所有系爭建物設定編號1抵押權予鍾明潔，已違反成立上之從屬性而無效，鍾明潔亦無從將抵押權讓與羅智耀。故鍾明潔嗣後形式上雖將該抵押權，以讓與原因，辦理編號2抵押權登記，亦屬無效。則鍾明潔等2人抗辯鍾明潔與劉雪鳳於107年11月29日簽立借款契約書，係約定採靈活動用方式，依實際需要分次撥款，於一年內完成撥付，即以將來可發生債權作為擔保，鍾明潔已於108年11月29日匯款，故系爭債權存在云云（見本院卷第94、95頁），顯於法未合，所辯自不足採。遑論參酌羅智耀於原審抗辯：因鍾明潔有資金需求，其乃以現金300萬元，受讓鍾明潔之消費借貸債權等語（見

原審卷二第173頁），而鍾明潔於原審則辯稱：讓與羅智耀之系爭債權，係其與劉雪鳳存在之借款，而於108年11月29日匯款至被上訴人公司之債權等語（見原審卷一第441頁），此核與羅智耀自鍾明潔受讓系爭抵押權後，持112年4月10日系爭拍賣裁定（見原審審訴卷第533-537頁）聲請對被上訴人強制執行時，係主張：債務人即被上訴人（當時名稱為高豐公司）於107年11月29日向羅智耀借款300萬元等語（見原審審訴卷第523頁），有借據及抵押權設定契約書等件佐（見系爭112年度司執字第40115號執行卷第3、9-1至31頁、見原審卷二第147頁）不符；亦即鍾明潔等2人於原審所陳與羅智耀聲請強制執行時所述系爭債權之原因事實迥然不同，且證據相互齟齬，難認確有系爭債權存在；羅智耀亦無法證明確有支付鍾明潔讓與抵押權之對價，且均無法就系爭抵押權所擔保之107年11月29日系爭債權300萬元款項已交付之事實提出證明，自難認該日確有系爭債權存在，則擔保該債權之系爭抵押權自亦不存在，鍾明潔顯無從將系爭債權、系爭抵押權讓與羅智耀至明。是羅智耀抗辯其係善意第三人，並已自鍾明潔合法取得系爭抵押權云云，要屬無據。

3.再按抵押權之成立，以有擔保之債權存在為前提。債權若不存在，抵押權亦不成立，縱有抵押權登記，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷該抵押權設定登記(最高法院94年度台上字第1655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。查，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。而系爭建物既有系爭抵押權設定登記存在，對被上訴人所有之系爭建物即有所妨害，則被上訴人係系爭建物之實際所有權人，故其依民法第767條第1

項中段規定，請求抵押權人即羅智耀、鍾明潔塗銷系爭抵押權設定登記（即編號2抵押權登記、編號1抵押權登記），核屬有據，應予准許。上訴人抗辯系爭債權及系爭抵押權均存在，被上訴人無法依上開規定請求塗銷系爭抵押登記云云，要屬無據。

六、綜上所述，被上訴人依民法第767條第1項中段，請求上訴人劉雪鳳應將系爭信託登記予以塗銷、並確認被上訴人與鍾明潔、羅智耀間系爭債權不存在，鍾明潔、羅智耀並應分別將編號1、2抵押權設定登記予以塗銷，均為有理由，應予准許。原審就上開應准許部分，判決上訴人敗訴，於法並無不合，上訴意旨指摘原審此部分判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

民事第四庭

審判長法　官　洪能超

法　官　張琬如

法　官　楊淑珍

以上正本證明與原本無異。

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，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　23　　日

書記官　李佳旻

附註：

民事訴訟法第466 條之1 ：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
第1 項但書及第2 項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。