

臺灣高雄地方法院民事判決

108年度訴字第130號

原告 第一商業銀行股份有限公司

法定代理人 廖燦昌

訴訟代理人 許智傑

被告 進興企業股份有限公司

法定代理人 戴錦樹

戴天年

被告 台灣士敏工程企業股份有限公司

法定代理人 呂克甫

訴訟代理人 邱軒敏

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國108年12月12日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

確認被告間就如附表所示土地於民國八十二年三月三日設定之抵押權所擔保之新臺幣參佰萬元債權不存在。

被告台灣士敏工程企業股份有限公司應將前項土地於民國八十二年三月三日以高雄市大寮地政事務所登記字號八十二年抵登字第二六七三號所登記辦理之抵押權登記予以塗銷。

訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

壹、程序部分

一、按公司於清算完結，清算人將結算表冊送請股東會承認後，依公司法第93條第1項、第331條第4項規定，向法院所為之聲報，僅屬備案性質，法院之准予備案處分，並無實質上之確定力。是公司是否清算完結，法人人格是否消滅，應視其已否完成「合法清算」，並依非訟事件法第37條（現行條文為第91條）規定，向法院辦理清算終結登記而定。所謂清算終結係指清算人就清算程序中應為之清算事務，實質全部辦理完竣而言，而不以法院之備案為依據。公司清算人於清算完結後，除應分別依公司法第92條、第93條第1項、第331條第1項、第4項之規定，請求股東或股東會承認並向法

院聲報外，尚須依非訟事件第37條之規定，向法院辦理清算
終結登記，清算事務至終結登記後，始告全部辦理完竣。依
非訟事件法第40條規定，其公司登記亦自清算終結登記後銷
結（最高法院92年度台抗字第621號裁判意旨參照）。經查
，被告進興企業股份有限公司（下稱進興公司），尚積欠原
告新臺幣（下如未特別標明即同）90,380,000元、美金588,
081.95元及利息、違約金未清償，經本院核發91年度執字第
00000號債權憑證在案（見本院107年度審訴字第1371號卷
第20頁、第20頁反面），揆諸上開裁判意旨，被告進興公司
之負債尚未清結，難認其已未完成合法清算，是其法人人格
尚未消滅，仍具當事人能力而得為本件訴訟當事人，合先敘
明。

- 二、次按公司之清算，以董事為清算人，但本法或章程另有規定
或股東會另選清算人時，不在此限。不能依前項之規定定清
算人時，法院得因利害關係人之聲請，選派清算人，公司法
第322條定有明文。則在公司未選任清算人時，自應以董事
為清算人。又所謂「未選任清算人」，解釋上應包括「自始
未選任清算人」，及「雖已選任清算人，但所選任之清算人
事後死亡，公司未再重新選任」之情形。蓋「解散之公司除
因合併、分割或破產而解散外，應行清算」，為公司法第24
條所明定，故清算乃公司解散後必須踐行之程序，自須有清
算人為之，因此，於原選任之清算人死亡後，如公司未再重
新選任清算人，自應依公司法第322條規定，以董事為清算
人。查，被告進興公司原雖選任訴外人許明信為清算人，有
本院通知函文可參（見本院107年度審訴字第1371號卷第10
頁），然許明信嗣於民國97年7月15日死亡，有其戶籍謄本
為佐（見本院107年度審訴字第1371號卷第12頁），而被告
進興公司未再另行選任清算人，自應由被告進興公司之董事
戴錦樹、戴天年為被告進興公司之法定代理人，合先敘明。
- 三、又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妥之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1237號判決要旨參照）。查，本件原告主張被告進興公司雖於82年3月3日將附表所示土地（下稱系爭土地），設定擔保債權總金額3,000,000元之抵押權（下稱系爭抵押權）予被告台灣士敏工程企業股份有限公司（下稱士敏公司），然該抵押權擔保之債權不存在等節，為被告士敏公司所否認，致原告私法上之地位有受侵害之危險，有確認之必要，而有提起確認之訴之法律上利益，是原告提起本件確認之訴以排除此項危險，核與上開法條之規定，並無不合。

四、被告進興公司經合法通知，未於言詞辯論期日到場，又核無民事訴訟法第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、實體部分

一、原告主張：被告進興公司積欠原告90,380,000元、美金588,081.95元及利息、違約金未清償，經本院核發91年度執字第00000號債權憑證在案。而被告進興公司雖將系爭土地設定系爭抵押權予被告士敏公司，然系爭土地曾於97年、105年間經本院民事執行處查封，均未見被告士敏公司陳報抵押債權或聲請併案執行，系爭抵押權自設定登記迄今已逾25年，亦未見被告士敏公司行使抵押權，難認被告間確有系爭抵押權擔保之債權存在。縱系爭抵押權之擔保債權存在，惟被告士敏公司之債權請求權已因罹於15年時效而消滅，且於債權請求權時效消滅後之5年間未行使抵押權，依民法第880條規定，系爭抵押權因除斥期間經過而消滅。被告進興公司怠於行使請求被告士敏公司塗銷之權利，原告得本於債權人地位代位被告進興公司請求被告士敏公司塗銷系爭抵押權設定登記等語。為此，爰依民事訴訟法第247條、民法第242條、第767條規定提起本件訴訟。並聲明：(一)確認被告間就系爭土地設定之系爭抵押權所擔保之債權不存在。(二)被告士敏

01 公司應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。

02 二、被告則以：

03 (一)被告士敏公司則以：被告士敏公司之高雄機械廠原係向訴外
04 人台灣水泥股份有限公司（下稱台泥公司）承租，然台泥公
05 司位於萬壽山之礦權到期，擬將出租予被告士敏公司之土地
06 配合都市計畫變更進行開發計畫，故通知被告士敏公司另覓
07 廠址遷廠。被告士敏公司遂於82年間物色高雄市○○區○○
08 段一帶土地，考量該區位土地彼此相連、形狀方正，利於整
09 體規劃使用，故於82年至92年間陸續向被告進興公司、戴錦
10 樹、高雄農田水利局購○○○區○○段1419、1419-2、1419
11 -59、1420-2、1420-3、1420-6、1420-8、1420-10、1421
12 -1、1422-1、1423-2、1424、1424-1、1436、1436-77、14
13 42、0000-000、0000-000、1444、1446、1459地號與系爭土
14 地等多筆土地作為遷廠預定地。然被告士敏公司所收購之系
15 爭土地因屬農業用地，囿於農業發展條例第33條規定之限制
16 ，被告士敏公司不具承受農地之資格而無法取得所有權，遂
17 與被告進興公司約定將系爭土地繼續借名登記於出賣人即被
18 告進興公司名下，並約定設定系爭抵押權，以保全被告士敏
19 公司就系爭土地之買賣價金、不動產返還請求權或出名人無
20 權處分可能衍生之債權。又包含系爭土地在內之上開多筆土
21 地，均係以被告進興公司遺留之外牆及大門出入口，以確定
22 被告士敏公司於該區段所有土地之界址，且該區段部分土地
23 現由被告士敏公司出租或出借他人使用，其中系爭土地現無
24 償借予高雄市政府環保局使用，故被告士敏公司就系爭土地
25 有占有、使用、管理、支配之事實，符合借名登記之借名人
26 特徵。再被告士敏公司自94年起之財務報表均載「部分農業
27 用地，尚未辦理過戶，是由被告進興公司設定予被告士敏公
28 司以為保全」等文字，且系爭土地均列於被告士敏公司之非
29 營業用不動產明細，該「部分農業用地」即指系爭土地。另
30 被告進興公司於94年間聲請清算終結時，系爭土地未經清算
31 人併入清算財產，均可證明系爭土地僅係借名登記於被告進

01 興公司名下。再被告間就系爭土地買賣契約，既約定借名登
02 記於有承受農地資格之被告進興公司，該買賣契約自屬有效
03 ，且為附停止條件之買賣契約，非有給付不能之情事。此外
04 ，被告間就系爭土地之借名登記契約尚未終止，自無抵押權
05 時效消滅之適用等語置辯，並聲明：原告之訴及其假執行之
06 聲請均駁回。

07 (二)被告進興公司未於言詞辯論期日到場，亦未提出書狀作何聲
08 明或陳述。

09 三、兩造不爭執事項

10 (一)原告對被告進興公司享有90,380,000元、美金588,081.95元
11 暨所生利息、違約金之債權。

12 (二)系爭土地登記於被告進興公司名下，於82年3月3日設定系
13 爭抵押權予被告士敏公司。

14 (三)系爭土地長期由被告士敏公司管理使用，嗣經由被告士敏公
15 司於103年出借該地北側土地予高雄市政府環保局林園區清
16 潔隊，於106年出租該地南側土地予臺灣通運倉儲股份有限
17 公司使用迄今。

18 四、兩造爭執要點

19 (一)被告間是否成立借名登記契約，而為系爭抵押權擔保之債權
20 ？

21 (二)倘被告間成立借名登記契約，該契約是否屬脫法行為而無效
22 ？

23 (三)倘被告間成立借名登記契約，系爭抵押權擔保之借名登記返
24 還請求權是否罹於時效而消滅？系爭抵押權是否依民法第88
25 0條規定已消滅？

26 五、本院得心證之理由

27 (一)被告間是否成立借名登記契約，而為系爭抵押權擔保之債權
28 ？

29 1.按當事人約定一方將自己之財產以他方名義為之，仍由自己
30 管理、使用、處分及收益，而他方允就該財產為出名者，為
31 借名契約，借名關係之當事人，出借名義者，就其名義上之

財產均由借名者管理、使用、處分及收益，自己並未與聞該等財產之管理、使用等（最高法院103年度台上字第1244號判決意旨參照）。次按主張有借名委任關係存在事實之原告，於被告未自認下，須就此項利己事實證明至使法院就其存在達到確信之程度，始可謂已盡其依民事訴訟法第277條前段規定之舉證行為責任。又原告就上揭利己之待證事實，苟能證明在經驗法則或論理法則上，足以推認該待證事實存在之間接事實，即無不可，非以直接證明該待證事實為必要（最高法院103年度台上字第1637號判決意旨參照）。而抵押權所擔保之債權不存在，乃屬消極之事實，主張該債權存在者，自應由其就此積極事實負舉證責任。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號判決意旨參照）。易言之，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。是以，原告主張系爭抵押權其所擔保之債權不存在，而提起確認系爭抵押權所擔保之債權不存在及塗銷系爭抵押權登記訴訟，揆諸前揭說明，自應由被告就上開抵押權有所擔保之債權存在乙節，負舉證之責任。

2. 經查，被告士敏公司原向台泥公司承租土地作為廠房使用，嗣於81年間台泥公司之萬壽山開礦權到期，故計畫停止採礦作業，並擬將出租予被告士敏公司之土地收回，以配合都市計畫變更進行開發等節，業有被告士敏公司與台泥公司之租賃契約、台泥公司高雄廠區都市計畫變更計畫環境影響說明書可參（見本院卷三第377頁至第407頁），又被告士敏公司嗣於82年間以買賣為原因取得高雄市○○區○○段1419、1419-2、1419-59、1420-2、1420-3、1421-1、1422-1、1423-2、1442、1444、1446、1459地號土地，系爭土地亦於82年間設定系爭抵押權予被告士敏公司，有該等土地之登記謄

本可稽（見本院卷一第23頁至第31頁；卷三第69頁至第149頁），再對照系爭土地之土地形狀均為細碎、狹長之畸零土地，均位處被告士敏公司取得之上開高雄市○○區○○段1419、1419-2、1419-59、1420-2、1420-3、1421-1、1422-1、1423-2、1442、1444、1446、1459等主要土地之邊陲，有該等地號土地之地籍圖為佐（見本院卷一第35頁；卷三第67頁），復經被告士敏公司提出記載上開27筆土地之土地資產明細為憑（見本院卷三第219頁），足認被告士敏公司主張其原向台泥公司承租廠房土地，嗣配合台泥公司收回土地之計畫而另覓廠址，其考量高雄市○○區○○段一帶土地彼此相連、形狀方正，故購入包含系爭土地之整體20多筆土地，以完整規劃利用等語，應為可信。而系爭土地於82年間之土地使用分區確為農業區，有高雄市政府都市發展局回函為憑（見本院卷三第163頁至第165頁），佐以被告士敏公司自94年迄今之財務報表暨查核報告均載明：投資性不動產中部份農業用地，尚未辦理過戶，是以由賣方設定抵押以為保全等情（見本院卷二第363頁、第148頁、第173頁、第192頁、第209頁、第228頁、第249頁、第270頁、第293頁、第340頁、第363頁、第413頁），足認被告士敏公司抗辯：因系爭土地之使用分區為農業區，其受農業發展條例之限制而無承受農地之資格，故將系爭土地以借名登記方式登記於被告進興公司名下等語，為屬可採。

3.再經證人即台泥公司高雄廠事務股副理林文福於審理時到庭證稱：伊負責管理台泥公司之南部地區土地，舉凡土地現況之掌握與整理均由伊負責，又倘土地有髒亂或被佔用的情形，亦由伊負責相關排除工作；系爭土地原為被告士敏公司之人員管理，但該公司之南部人員退休後，就由伊協助管理包含該等土地在內之南部地區土地；因系爭土地有髒亂情形而遭環保局通知改善，被告士敏公司之台北總公司即提供資產明細表給伊，請伊協助處理系爭土地之髒亂問題，且伊在10多年前就有看過被告士敏公司所提之該資產土地明細，伊藉此

知悉系爭土地為被告士敏公司向被告進興公司所購得；系爭土地現由被告士敏公司無償借予環保局林園區隊使用；伊未曾聽過有其他人士主張享有系爭土地之所有權，或主張被告士敏公司無權占有系爭土地等語（見本院卷三第325頁至第330頁），佐以高雄市政府環境保護局函覆稱：「查本局於本市林園區清潔隊正式訂約無償借用之土地，分別為本市○○區○○段1419、1446、1419-2、1419-59、1420-3、1421-1、1422-1、1423-2、1420-2等地號，係自103年起取得台灣士敏工程股份有限公司高雄機械廠同意作清潔車輛停車使用，而○○○區○○段1419-3、1446-1、1459-1、1460-4、1460-5等地號土地，業經本局（林園區清潔隊）確認，目前亦確實位於清潔車輛停車場與簡易辦公室使用範圍內」等語，有該函可參（見本院卷三第409頁），益見被告士敏公司主張其對系爭土地享有管領、使用權，並本於該等權限將之無償借用予高雄市政府環保局等單位乙節，應屬有據。綜上各情，足認系爭土地均由被告士敏公司管領、使用，符合當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之借名契約性質，是被告士敏公司主張將系爭土地借名登記於被告進興公司名下，而為系爭抵押權之擔保債權，為屬可採。

(二)被告就系爭土地成立之借名登記契約，是否屬脫法行為而無效？

1.按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法之所許，自屬無效（最高法院105年度台上字第2317號判決意旨參照）。次按89年1月26日修正公布前之土地法第30條第1項前段規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。又「依農業發展條例第33條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效」（

01 最高法院104年度台上字第65號判決意旨參照；另最高法院
02 106年度台上字第2683號、105年度台上字第1852號判決亦
03 同此旨）。

04 2.經查，系爭土地於82年間使用分區為農業區，並登記於被告
05 進興公司名下迄今，已如前述，又被告士敏公司非自耕者、
06 亦非農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構經取得許
07 可之私法人，為被告士敏公司所自陳（見本院卷三第370頁
08 ），故被告士敏公司向被告進興公司買受系爭土地時，依修
09 正公布前之土地法第30條第1項前段規定，被告士敏公司不
10 得承受系爭土地。又被告士敏公司自承：其取得系爭土地後
11 因囿於法令之限制，始將之借名登記於被告進興公司名下等
12 語（見本院卷三第356頁、第357頁），且於取得系爭土地
13 後閒置未作為農用，現借予高雄市政府環保局作為停車場與
14 辦公室，亦有資產明細表、高雄市政府環保局函文與被告士
15 敏公司之陳述可參（見本院卷三第219頁、第409頁、第37
16 0頁），均足證被告士敏公司之目的僅在借用被告進興公司
17 名義，並無使被告進興公司真正取得農地從事耕作之意，亦
18 從未供被告進興公司農作使用，顯係以迂迴方法逃避修正前
19 土地法第30條第1項禁止規定之適用，以達被告士敏公司享
20 有土地所有權之實質目的。其雖形式上符合當事人約定一方
21 將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處
22 分，他方允就該財產為出名登記之借名契約性質，然被告士
23 敏公司與被告進興公司成立前揭借名登記契約之舉，已與農
24 地農用之國家政策有所違背，苟容許其等間以此迴避強行法
25 規之迂迴方式達成強行法規所禁止之相同效果，恐違反耕者
26 有其田、農地農用之基本國策，無異鼓勵脫法行為，是揆諸
27 前揭判決意旨，應認被告士敏公司與被告進興公司就系爭土
28 地成立之借名登記契約為脫法行為，應屬無效。

29 (三)原告得否代位請求被告士敏公司塗銷系爭抵押權登記？

30 再按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自
31 己之名義，行使其權利，民法第242條前段定有明文。又所

有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，亦為民法第767條第1項中段所明定。再按抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記（最高法院84年度台上字第167號判決意旨參照）。經查，系爭抵押權所擔保之借名登記契約債權為無效，業如前述，系爭抵押權即失其依附無由成立，自應塗銷設定登記，原告主張其為被告進興公司之債權人，而被告進興公司迄今未請求被告士敏公司塗銷系爭抵押權之設定登記，自屬怠於行使權利，致其無法強制執行系爭土地而受償，為保全債權故依民法第242條、第767條第1項中段規定，以債權人地位代位請求被告士敏公司塗銷系爭抵押權設定登記，自屬有據。

六、綜上所述，原告依民法第242條、民法第767條第1項中段規定，請求確認系爭抵押權及其所擔保之債權不存在，及請求被告士敏公司塗銷系爭抵押權設定登記，為有理由，應予准許。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經審酌後認與判決結果無影響，爰不再逐一論述，附此敘明。

八、據上論結，原告之訴為有理由，依民事訴訟法第78條、第85條第1項前段、第385條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 1 月 17 日
民 事 第 六 庭 審 判 長 法 官 蔣 志 宗
法 官 饒 志 民
法 官 陳 彥 霖

以上正本係照原本作成。

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。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 109 年 1 月 17 日
書 記 官 賴 怡 靜

附表

01
02
03
04
05
06
07
08
09
10
11
12
13
14

編號	土地
1	高雄市○○區○○段○○○○○○○○號土地
2	高雄市○○區○○段○○○○○○○○號土地
3	高雄市○○區○○段○○○○○○○○號土地
4	高雄市○○區○○段○○○○○○○○號土地
5	高雄市○○區○○段○○○○○○○○號土地