臺灣花蓮地方法院民事判決

110年度重訴字第17號

原　　告　鼎耀興建設有限公司(即鄭余輝、游禮名、郭麗淑之承當訴訟人)　設花蓮市○○里○○路00號0樓

法定代理人　許庭慈

訴訟代理人　邱劭璞律師

　　許子豪律師

被　　告　邱慶榮

被　　告　游櫻桃

被　　告　彭錦香

共同訴訟代理人　黃子寧律師

上列當事人間請求塗銷抵押權登記等事件，本院於民國111年5月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：按訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響；前項情形，第三人經兩造同意，得聲請代移轉之當事人承當訴訟；僅他造不同意者，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟，民事訴訟法第254條第1、2項定有明文。坐落花蓮市○○段00地號土地(權利範圍全部；下稱系爭土地)原為鄭余輝、游禮名、郭麗淑(下稱鄭余輝等三人)共有，嗣於其三人提起本件訴訟後即訴訟繫屬中將系爭土地出賣並移轉所有權登記給鼎耀興建設有限公司，有土地登記謄本可參(卷37至39、195頁)，該公司聲請代移轉之鄭余輝等三人承當訴訟業經兩造同意(有書狀、筆錄可憑；卷239至243頁)，是本件由鼎耀興建設有限公司為鄭余輝等三人之承當訴訟人。

二、原告訴之聲明：㈠先位聲明：①確認邱慶榮、游櫻桃與彭錦香間就系爭土地於110年3月26日設定之擔保債權總金額

2,000萬元之最高限額抵押權(下稱系爭抵押權)不存在。②邱慶榮、游櫻桃應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。㈡備位聲明1.：①邱慶榮、游櫻桃與彭錦香間系爭抵押權之設定行為應予撤銷。②邱慶榮、游櫻桃應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。㈢備位聲明2.：彭錦香應給付原告2,000萬元，及自起訴狀送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。主張：

(一)彭錦香將其原有系爭土地部分(權利範圍或應有部分360分之8)以超出現值數倍之金額及相當不利條件，設定系爭抵押權予邱慶榮、游櫻桃之行為，屬通謀虛偽意思表示為無效，系爭抵押權登記應予塗銷(如先位聲明)：

1. 原告、彭錦香原為系爭土地共有人，彭錦香就系爭土地原有應有部分360分之8。系爭土地其他共有人王敏權等人，於109年12月17日發函所有共有人，以土地法第34條之1共有人過半數、應有部分過半數之多數決方式，以每坪35萬元之金額將系爭土地整筆出售，並以存證信函通知所有共有人以確認共有人等是否行使優先承買權，彭錦香收受存證信函後並未主張優先承買權。其後鄭余輝等三人主張優先承買權，並依應有部分比例承買系爭土地，於110年3月24日提存彭錦香應得價金3,782,551元，並於110年3月26日下午至花蓮地政事務所送件完成移轉登記。

2. 原告購買系爭土地之原因，係為與其他共有人整合附近土地開發，而系爭土地上尚建築有花蓮市鎮○街00○0號(彭錦香所有)、花蓮市○○路000號房屋(應為邱慶榮、游櫻桃其中一人所有，邱慶榮、游櫻桃為夫婦或曾為夫婦，房屋由其中一人出租予玩美廣告社)，故於移轉登記前，鄭余輝於110年3月9日已委託律師發函予彭錦香及其他無權占用系爭土地之占用人含邱慶榮、游櫻桃夫婦之承租人玩美廣告社(當時尚不知房屋所有人為何人)，請其等拆除無權占用系爭土地之上開兩間房屋，其後並於110年3月30日向鈞院聲請調解。被告於接收信件後，或就房屋即將被拆除一事心有怨忿，或為

房屋拆除一事增加談判籌碼取得更多利益，於明知系爭土地已出售之狀況，共同基於故意損害買受人利益之意圖，竟於110年3月26日上午至地政事務所共同設定最高限額2000萬元之抵押權於系爭土地(即系爭抵押權)，致損害原告之利益。就原告所知，彭錦香與其夫張其臺經營瓦斯行，邱慶榮、游櫻桃夫婦經營五金行，彭錦香夫婦與邱慶榮、游櫻桃夫婦向無生意往來，且近來無交易不動產之情事，並無設定抵押權且設定大額抵押權之需求，又彭錦香就系爭土地之應有部分，市價僅約三百餘萬元，設定2000萬元之最高限額抵押權，顯不合理。原告亦曾委託友人與彭錦香之夫張其臺，及至邱慶榮或游櫻桃所經營之五金行討論和解，請其塗銷抵押權設定，但其等均表示要原告應給付一定之金錢始能同意，否則塗銷免談，由此可見應係虛偽設定。

3. 彭錦香以其原有之系爭土地權利範圍或應有部分360分之8，計36.07平方公尺設定2,000萬之系爭抵押權予邱慶榮及游櫻桃，換算每平方公尺設定抵押金額為55.45萬元，即每坪約183.3萬元之天價，顯違一般抵押實務之設定方式，更與被告所提鄰近實價登錄之交易價格每坪約25至40萬元天差地遠，可證系爭抵押權設定實為被告為阻擾原告所為之虛假設定。

4. 原告自109年12月17日就系爭土地寄發存證信函予被告等人、110年2月16日發生登記原因、110年3月24日提存買賣價金及至110年3月26日完成登記，期間被告均未向原告要求協商，惟被告卻於原告完成提存通知當日110年3月24日同時送件辦理系爭抵押權並於原告完成移轉登記當日110年3月26日同時完成系爭抵押權登記，顯有可疑。

5. 佐以鄭余輝與彭錦香之夫張其臺於109年11月間之Line對話紀錄，其中張其臺提及老甘(即甘仁政，本案以土地法第34條之1多數決處分土地發動者之一)將使用土地法第34條之1多數決方式出售土地，並提及地上物沒有物權(應為使用權之誤)，被告將面臨拆屋還地之訴，其後張其臺提到可用設

定最高限額抵押權之方式，對抗甘仁政等人行使土地法第34條之1多數決。益可證明，彭錦香等人早有以設定虛假抵押權以對抗甘仁政之意圖，其後果然為之，是其抵押權並非真正。

6. 系爭土地謄本上記載系爭抵押權「擔保債權總金額2,000萬元」，「擔保債權種類及範圍：擔保債務人對抵押權人存在(包括過去所負現在尚未清償)及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、透支、貼現、買入光票、應收帳款承購契約及其衍生之債務」，「債務清償日期：依照各個債務契約所約定之清償日期」，「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。4.因辦理債務人與抵押權人約定之擔保債權種類及範圍所生之手續費用」，其範圍過於寬泛且對於抵押人極為不利，與常情不符。

7. 被告於110年3月26日完成系爭抵押權設定後，彭錦香曾於110年3月31日存入210萬元、110年4月8日存入70萬元，對此，彭錦香主張是邱慶榮、游櫻桃依系爭抵押權約定借予其；然，①從3月31日210萬元之存入單觀之，並無其他資料可證此筆借款係由邱慶榮、游櫻桃給付予彭錦香，是有可議之處。②4月8日游櫻桃先存款70萬元至彭錦香存摺後，同日邱慶榮再度匯款145萬元至彭錦香帳戶，而被告為夫妻關係，為何不一筆給付，反而分開給付？③被告所提借據(原告否認該形式上真正)及匯款單內容觀之(原告亦否認形式上真正)，除不明人士所匯款之210萬元(110年3月31日)，總計游櫻桃之債務為90萬元（109年7月28日20萬元、110年4月8日70萬元)、邱慶榮之債務為195萬元(109年11月10日24萬元、109年12月9日18萬元、109年12月14日8萬元及110年4月8日145萬元)，惟二人抵押債權比例為1：1，何以匯款金額相差一倍多，以上皆令人起疑。④倘如被告所言，彼等自109年7月起即存在借貸關係(此屬假設，非自認)，惟此前三人均為小額借貸，何以於抵押權登記後突然暴增金額？且時

間密集，而彭錦香並未敘明為何有如此大之資金需求。故原告有充分理由認為被告係為避免他人追查系爭抵押權之真假而製作該資金流，最後再由彭錦香匯回邱慶榮、游櫻桃之帳戶。

8. 被告雖提出被證六之借據，欲以此證明其等設定系爭抵押權之債權債務關係為真正，但原告既否認借據的真實性，被告依民事訴訟法第357條仍然應就此借據以及債權債務關係之真正舉證。綜上可推知，被告就借據及設定系爭抵押權之真意，舉證不足。其所為之意思表示，核屬民法第87條之通謀虛偽表示，是其登記行為無效，故原告基於所有權人地位，得依民法第767條第1項中段請求排除侵害，並請求塗銷登記。

(二)備位聲明1.部分(類推適用民法第244條第1、2、4項，或適用民法第184條第1項後段、第148條第1項規定；擇一勝訴即可)。

1. 如鈞院認系爭抵押權並非通謀虛偽意思表示，被告如抗辯先有2000萬元債權之存在而於事後為設定抵押權之行為，或抗辯為擔保設定抵押權後陸續發生之借款者，應均屬民法第244條第1項「無償行為」情形。如被告以其所有之不動產設定抵押權，同時向他人借貸2000萬元款項，其設定抵押權之行為，則屬民法第244條第2項「有償行為」，但邱慶榮、游櫻桃既明知原告已經行使優先承買權購買系爭土地，仍設定抵押權，自屬惡意。又被告明知此種行為，將減損原告因行使優先承買權所取得之土地價值，自屬損害原告債權之行為。原告於系爭土地設定系爭抵押權時，雖非彭錦香之債權人，然情況類似，應得類推適用民法第244條第1、2、4項規定請求塗銷。如依最高法院87年度台上字第866號、88年度台上字第1703號判決意旨，認為未同意出售之共有人並未與依土地法第34條之1規定買受土地之人訂立買賣契約，其與買受人間無買賣關係存在，上述最高法院見解固非無見，惟如此之解釋將生法律漏洞，例如土地法第34條之1之未同意

出賣之共有人不滿自己之土地遭出售，基於妨礙交易之意圖，於移轉登記前將自己之應有部分設定抵押權或無償設定其他負擔予其他第三人時，將難以依法律途徑救濟。在土地依土地法第34條之1共有人多數決出售之情形，未同意出賣之共有人雖非債務人，然其地位類似於債務人，其所有之土地將依法移轉登記予買受人，如於土地出售後，任其隨意就遭處分之不動產設定負擔，除對買受人(即債權人)不公外，亦有害交易安全，故被告設定抵押權之無償行為，如害及於原告之債權，原告得類推民法第244條相關規定請求撤銷，並請求塗銷抵押權登記。

2. 原告亦得依民法第184條第1項後段、第213條請求回復原狀。被告設定抵押權時，系爭土地共有人已行使土地法第34條之1多數決將土地出售，原告已行使土地法第34條之1之優先承買權，買賣契約成立，且依鄭余輝與張其臺之LINE對話紀錄，被告就共有人已行使土地法第34條之1並已買受土地知之甚詳，且密切注意土地買賣情況，仍在系爭土地上為不合常理之抵押權設定，被告之行為將有害於買受人之債權，彭錦香為避免買受人取得系爭土地，於明知其所有之系爭土地部分已遭出售，因而自己所有之房屋將被原告要求拆除之情況下，以損害原告取得土地價值為目的，不當濫用其權利設定系爭抵押權，自屬故意背於善良風俗而加損害於原告，不因其係形式上合法行使其權利而有區別，自應負侵權行為損害賠償責任，並應依民法第213條負回復原狀責任，塗銷抵押權之設定登記。

(三)如鈞院認先位聲明及備位聲明1.均不成立，惟原告仍得依民法第184條第1項後段、第148條第1項規定，或類推適用民法第226條規定(擇一勝訴即可)向彭錦香請求原告所受之損害2,000萬元如備位聲明2.。

1. 彭錦香因自己所有之房屋遭原告要求拆除，於明知土地已遭出售之狀況，於尚無債權債務發生，或僅有少數債權額之狀況(假設語)，專以損害原告買受人所取得之土地價值為目

的，不當濫用其權利設定系爭抵押權，屬故意背於善良風俗而加損害於原告，不因其係形式上合法行使其權利而有區別，應負侵權行為損害賠償責任。

2. 在土地依土地法第34條之1共有人多數決出售之情形，未同意出賣之共有人雖非債務人，然仍負忍受多數決共有人將土地移轉予買受人之義務，其地位類似於債務人，其所有之土地將依法移轉登記予買受人，如於土地出售後，任其隨意就遭處分之不動產設定負擔，除對買受人(即債權人)不公外，亦有害交易安全，故被告設定抵押權之無償行為，如害及於原告之債權，自類似於可歸責於債務人之給付不能。

3. 原告損害額之計算：系爭抵押權之確定期日登記為120年3月23日，原告於被告發生民法第881條之12第1項之事由前，並無主動提前請求確定最高限額抵押權之權利，另依民法第881條之16之反面解釋，如欲以清償方式塗銷系爭抵押權，勢必一次清償被告所設定之2000萬元，始能塗銷。故原告因彭錦香之侵權行為受有2000萬元之損害，依民法第184條第1項後段、第148條規定或類推適用民法第226條規定(擇一勝訴即可)，請求彭錦香給付2000萬元予原告，以填補共有人等之損害。

三、被告答辯聲明：原告之訴駁回；如受不利判決願供擔保請准宣告免為假執行。辯稱：

(一)彭錦香原為系爭土地之共有人，邱慶榮為坐落於系爭土地上未辦保存登記門牌花蓮市○○路000號房屋之所有權人，邱慶榮與游櫻桃計畫慢慢收購系爭土地以利使用，而彭錦香夫妻與邱慶榮、游櫻桃之間存在長年借貸與合作投資等關係，彭錦香原欲將其所有之系爭土地應有部分出賣予邱慶榮與游櫻桃，惟因其係於107年始取得系爭土地所有權，礙於房地合一課稅之規定，現若出賣將被課徵較高之稅額，故與邱慶榮、游櫻桃協議嗣後再為買賣，現先以承租系爭土地之方式讓其等使用，然因彭錦香夫妻現有較高金額之周轉需求，欲借款之金額相較過去更高，故雙方約定以系爭土地及其所有

之未辦保存登記房屋門牌花蓮市鎮○街0000號作為擔保，遂於110年3月24日將鎮國街22-1號房屋稅籍讓渡予游櫻桃，並在系爭土地上設定系爭抵押權。豈料，系爭土地原共有人林培加在知悉被告設定抵押權後，旋即在未書面通知其他共有人要處分系爭土地之情況下，依土地法第34條之1第1項規定向花蓮縣花蓮地政事務所申請辦理系爭土地全部所有權移轉登記，移轉登記原因為買賣，買受人為同為系爭土地共有人之鄭余輝等三人，而花蓮地政事務所於110年3月26日准予系爭土地之所有權移轉登記。

1. 被告係在110年3月24日上午9時41分至花蓮地政事務所申請設定系爭抵押權，鄭余輝等三人在得知此事後，於當日下午5時12分到地政事務所提出土地所有權移轉登記申請。被告設定抵押權在先，原告才申請移轉土地，換言之，係原告不當阻擋被告設定抵押權。既然彭錦香設定系爭抵押權予邱慶榮與游櫻桃時其為所有權人，即無違背法令之虞，且無通謀虛偽之意思表示。
2. 雖系爭土地之前共有人林培加曾於109年12月17日寄發吉安仁里郵局000088號存證信函予彭錦香，惟該信函內容是詢問彭錦香是否要主張優先購買權，並不是通知要依土地法第34條之1第1項處分系爭土地之「全部」而為所有權移轉登記，且林培加嗣後亦未告知鄭余輝等三人有主張優先購買權買受全部系爭土地乙事，更未通知彭錦香領取買賣價金，林培加係在彭錦香設定抵押權後才提存買賣價金，故被告並不知悉系爭土地有被全部出賣之事實，若被告不知悉系爭土地業已出賣，即無虛偽設定抵押權之必要。
3. 若被告知悉系爭土地業已被全部出賣之事，游櫻桃不會於110年3月18日還向另一前共有人黃凱昕買受其持分，黃凱昕甚至還寄發存證信函通知所有共有人是否要主張優先購買權，亦有向林芳妃及林怡妃商談購賣系爭土地之事，足見被告確實不知悉原告與其他部分共有人已合意要以土地法第34條之1處分系爭土地之事。

(二)就先位之訴部分，原告並未充分舉證被告有通謀虛偽設定抵押權之行為。

1.原告應就被告間有通謀虛偽設定系爭抵押權乙事負舉證之責，惟原告並未充分舉證以實其說，其所主張均屬臆測，且本件所應審究者，並非系爭抵押權是否無債權存在，而係被告間就系爭抵押權設定是否為虛偽意思表示。

2.彭錦香雖有收到林培加所寄109年12月17日吉安仁里郵局000088存證信函，惟該存證信函內容僅表示：「林培加與其他15位共有人欲以每坪35萬元出售該共有土地，請文到15日內決定是否實行優先購買權」，惟所謂優先購買權之行使應係以林培加等共有人業與第三人有效締結買賣契約為前提，上開存證信函之意僅表示部分共有人「計畫」出售土地，除每坪之價金以外，並未說明與第三人之買賣條件為何，亦未附上買賣契約，故彭錦香並不知悉究竟系爭土地嗣後是否確實有賣出，且原告或其他共有人均未告知鄭余輝等三人有主張優先購買權並締結買賣契約一事，而林培加就買賣價金為提存係在被告申請設定系爭抵押權之後所為，故彭錦香申請設定抵押權時，根本不知悉原告與部分共有人有成立買賣契約，並無虛偽設定抵押權之必要。

3.原告所提110年3月9日之律師函內容僅泛稱係受「系爭土地之地主」所託，並未表明地主究為何人，亦未說明有依土地法第34條之1取得全部系爭土地之事，僅稱使用系爭土地未經全體共有人同意即屬無權占用等語，而彭錦香係在系爭土地於110年3月26日完成所有權移轉登記後才獲地政機關之通知，在此之前根本無從知悉系爭土地業依土地法第34條之1全部出賣，是以，原告懷疑彭錦香係挾怨報復、提高談判籌碼始設定抵押權之推論僅屬臆測，並無證據為憑。

4.原告主張彭錦香夫妻經營瓦斯行，邱慶榮夫妻經營五金行，並無生意往來或不動產之交易，何以需要設定抵押權等語。惟，彭錦香夫妻與邱慶榮、游櫻桃之間存在長年借貸與合作投資等關係，早在林培加於109年12月17日寄發吉安仁里郵

局存證信函之前，彭錦香就開始向邱慶榮與游櫻桃借貸，彼此已具信任關係，當借款係以現金方式交付有時會簽立簡單之借據或本票，若係以匯款方式給付則多僅會留存匯款單為紀錄，之所以會設定系爭抵押權，係因嗣後欲借貸數額較高，邱慶榮與游櫻桃亦對於系爭土地有興趣，並有房屋坐落其上，故設定系爭抵押權作為擔保。

5. 系爭土地之市價顯高於每坪35萬元，已經新聞報導和平路上大面積土地之單價每坪已超過50萬元，原告更委託仲介以每坪100萬元掛售，足見原告稱彭錦香所有系爭土地之應有部分價值僅為三百餘萬元，並非事實。再者，系爭抵押權為最高限額抵押權，並非普通抵押權，所擔保者除過去與現在之債權，尚包含未來之債權，故預先設定較高之數額為交易常態，況且，被告間借貸之擔保物並非僅有系爭土地，另有鎮國街22-1號房屋，故在系爭土地上設定最高限額2000萬元之擔保債權金額並無不合理。原告另稱系爭抵押權之擔保債權種類及範圍、債務清償日期有過於寬泛之情況，然就最高限額交易常情多以此模式為設定，畢竟尚需擔保將來之債權，以備不時之需。

6. 原告所稱有至邱慶榮與游櫻桃所經營之五金行討論和解事宜亦非真實，邱慶榮與游櫻桃從未見過原告，且若原告篤定被告係屬通謀虛偽設定抵押權何需急於找被告洽談和解。

7. 原告所提彭錦香配偶張其臺之LINE對話紀錄，此為鄭余輝當時與前共有人之一甘仁政就系爭土地分割案爭鋒相對，鄭余輝在與張其臺通話中告知其要用設定抵押權之方式阻擋甘仁政，並邀張其臺加入其群組共商策略，惟張其臺並未加入，而其在對話紀錄上提及設定最高限額抵押權僅係重複鄭余輝於通話中所述。

8. 游櫻桃於110年3月31日匯款210萬元予彭錦香所有之花蓮市農會帳戶內，後於同年4月8日再匯款80萬元，邱慶榮則於4月8日匯款145萬元予彭錦香；從彭錦香提出花蓮市農會存摺可知，彭錦香嗣後並未將該款項匯回予游櫻桃與邱慶榮。至

於原告質疑游櫻桃與邱慶榮為夫妻關係，何以需要分別匯款予彭錦香等語，游櫻桃與邱慶榮現非夫妻，且二人就銀行帳戶始終係分別所有，從未有共用之情況。彭錦香所借款項金額非低，游櫻桃與邱慶榮並非每一帳戶均有足夠且可動用之現金可供匯款，況其二人就每個帳戶之存款調度亦有考量，故分批匯入借款並無異於常情之處。

9. 原告另稱游櫻桃與邱慶榮出借予彭錦香之金額不一，何以二人抵押債權比例為1：1，借款之金額而有落差等語，然系爭抵押權為「最高限額抵押權」，並非普通抵押權，抵押權擔保之範圍為彭錦香過去與將來之債務，縱使設定之債權額為2000萬元，未必最終會成立該數額之債權債務關係，是以，原告所提出之質疑與一般經濟活動常情相違背。再因彭錦香與其夫張其臺和游櫻桃與邱慶榮之間存在借貸與合作關係有所時日，並非雙方之資金流動均有借據與匯款單據為佐，被告今所提出者僅屬有上開書面之部分，實際上雙方間的債權債務數額並非僅有於本案所提出者，而彭錦香夫妻會借款有其理由，如投資不動產與協助女兒張議云購屋等，惟此涉及個人隱私，該部分證據容先不提供，回歸本件係原告提起並主張被告間為通謀設定抵押權，故應先由原告善盡舉證責任。綜上，原告主張被告間係通謀設定抵押權並未盡舉證責任，其主張不足採信。

(三)就備位之訴1.部分，彭錦香並不知悉原告與其他共有人有成立買賣契約，其設定抵押權時亦仍為所有權人，自無違背善良風俗或誠實信用方法，不成立侵權行為。若甘仁政等前共有人確實有於110年2月間與鄭余輝等三人成立買賣契約，何以不告知未通知共有人如彭錦香、黃凱昕、林芳妃及林怡妃，亦未告知什麼時候會交付買賣價金，因鄭余輝等三人疏於通知其他共有人，導致系爭土地被設定抵押權，應不可歸責於被告。被告並不知悉系爭土地之全部業依土地法第34條之1第1項全部出賣，故彭錦香在所有權仍登記在其名下時設定抵押權予游櫻桃、邱慶榮，顯不符合故意以背於善良風俗

之方法加損害於他人之侵權行為要件，亦未與誠實及信用方法相違。

(四)就備位之訴2.部分，彭錦香設定抵押權不成立侵權行為，況且邱慶榮、游櫻桃並未聲請拍賣抵押物，原告並未受有實質上之損失，亦不符合侵權行為之構成要件。依最高法院106年度台上字第2482號判決見解，未同意出賣之共有人顯非買賣契約之當事人，況且，彭錦香根本不知道該買賣契約之存在，顯然並無擬制其為債務人之可能，自無法類推適用民法第226條給付不能之餘地。關於損害賠償之數額，應視其實際所受損害之程度以定其標準，系爭土地上雖設有抵押權，惟邱慶榮、游櫻桃並未聲請拍賣抵押物，抵押權僅屬擔保性質，原告並未受有實質上之損失，更未幫彭錦香清償債務，自不得據此向彭錦香請求2000萬元之損害賠償。

四、兩造不爭執之事實：

(一)鄭余輝、游禮名、郭麗淑、彭錦香、王敏權、林培加等人原為系爭土地共有人，彭錦香就系爭土地原有之應有部分為360分之8。

(二)彭錦香有收到原證一的存證信函(卷27、29頁)。

(三)鄭余輝等三人於110年3月26日以買賣為原因登記為系爭土地之所有權人。(原證三土地登記謄本參照，卷37至41頁)。

(四)邱慶榮為門牌號碼花蓮市○○路000號房屋之所有權人，並有將房屋出租予玩美廣告社。

(五)彭錦香於110年3月24日至地政事務所申請在系爭土地上設定最高限額抵押權擔保債權總金額2000萬元予邱慶榮、游櫻桃。(抵押權設定申請書參被證三、被證十，即卷79至81、219頁)。

(六)原系爭土地之共有人林培加代理部分所有權人於110年3月26日下午至花蓮地政事務所送件，完成所有權移轉登記，鄭余輝等三人依土地法第34條之1登記取得系爭土地權利範圍全部之所有權。

(七)除被證六借據(卷87至93頁)外，兩造所提證據資料形式上為

真正。

五、得心證之理由：兩造所爭執之處應在於：原告依其主張之上開訴訟標的法律關係請求如其訴之聲明，是否有理？(原告請求本院依續為認定：如先位聲明有理由，則無庸審酌備位聲明；如先位聲明無理由，備位聲明1.有理由，則無庸審酌備位聲明2.；如先位聲明及備位聲明1.無理由，再審酌備位聲明2.）。

六、本院之判斷：

(一)原告並未能舉證證明被告通謀虛偽設定系爭抵押權：

1.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項定有明文。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(最高法院52年台上字第1240號判例意旨參照)。原告為系爭土地之所有權人，被告在系爭土地權利範圍360分之8設定系爭抵押權，原告主張系爭抵押權係通謀虛偽設定，為被告所否認，可見兩造對於系爭抵押權之存否確有爭執，堪認原告主觀上就此法律上地位確有不安之狀態，且能以確認判決將之除去，其起訴先位聲明請求確認系爭抵押權不存在，有即受確認判決之法律上利益。

2.按所謂最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。此種抵押權所擔保之債權，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為抵押權效力所及。雖抵押權存續期間內已發生之債權，因清償或其他事由而減少或消滅，原訂立之抵押契約依然有效，嗣後在存續期間內陸續發生之債權，債權人仍得對抵押物行使權利。此種抵押契約如定有存續期間者，訂立契約之目的，顯在擔保存續期間內所發生之債權，凡在存續期間所發生之債權，皆為抵押權效力所及(最高法

院66年台上字第1097號判例參照)。又按表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人，民法第87條第1項定有明文。民法第87條第1項之通謀虛偽意思表示，係指表意人與相對人均無欲為其意思表示所拘束，卻互相故意為非真意之表示者而言。最高限額抵押契約之當事人於設定抵押之物權行為意思表示如屬真意，則縱令設定當時或嗣後所擔保之債權並未發生，亦僅債權人不得就未發生之債權實行抵押權而已，非謂抵押人得於存續期間屆滿前請求塗銷抵押權設定登記之權利，或謂該抵押權之設定即係通謀虛偽意思表示而當然無效(最高法87年台上字第484號判決意旨參照)。又第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責(最高法院著有48年台上字第29號判例意旨可參)。通謀虛偽意思表示之行為係積極行為，非消極行為，因此主張他人間之法律行為係本於通謀虛偽意思表示，就該積極事實之存在，依舉證責任分配法則，自應由主張者一方負舉證責任(最高法院109年度台上字第1437號判決足資參考)。

3. 原告主張被告通謀虛偽設定系爭抵押權，為被告所否認，依據前開說明，原告就此項事實自有舉證之義務。查被告於110年3月24日簽立抵押權設定契約書，由彭錦香以系爭土地權利範圍360分之8為邱慶榮、游櫻桃設定擔保額2000萬元之系爭抵押權，債務人與義務人為彭錦香；擔保債權種類及範圍為債務人對抵押權人現在(包括過去所負現在尚未清償)及將來在本抵押權設定契約書所定最高限額內所負之債務，包括借款、透支、貼現、買入光票、應收帳款承購契約及其衍生之債務；擔保債權確定期日為120年3月23日，邱慶榮、游櫻桃債權額比例各為2分之1；該抵押權設定申請在110年3月24日上午9時41分送件，並在110年3月26日完成登記，此為兩造所不爭執，並有土地登記謄本、抵押權設定契約書、土地登記申請書可憑(卷37至41、79至81、219頁)。可見被告明瞭設定該抵押權之目的，準備相關文件與資料辦理設定，

其等應有設定抵押權之合意。按最高限額抵押權，於抵押權設定時，僅約定於一定金額之限度內擔保已發生及將來可能發生之債權而已，至於實際擔保之範圍如何，非待所擔保之原債權確定後不能判斷。又其等既合意設定系爭抵押權，依前說明，本不以債權存在為要件。原告執被告間借據及匯款非真正、抵押權設定範圍過於寬泛、系爭土地權利範圍360分之8價值卻設定高達2000萬元之抵押權悖於常理等，主張被告通謀虛偽設定系爭抵押權，要不足採。

4.原告主張系爭抵押權之設定為被告通謀虛偽意思表示並未就其有利於己之事實為舉證，其主張難信為真實，故原告依民法第87條第1項、第767條規定先位聲明請求確認系爭抵押權不存在及邱慶榮、游櫻桃應塗銷抵押權，自屬無理。

(二)原告並未能舉證證明被告設定系爭抵押權屬故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之侵權行為，本件亦無類推適用民法第244條第1、2、4項之餘地：

1.原告主張被告明知其已依土地法第34條之1規定以多數決方式買受系爭土地，共同基於故意損害原告利益之意圖，設定系爭抵押權使系爭土地增加物上負擔，為以背於善良風俗之故意侵害行為，致原告受有損害等語，為被告所否認，依民事訴訟法第277條前段規定，原告應就此有利於己之事實舉證證明。原告就此，提出存證信函、掛號郵件收件回執、提存書、國庫存款收款書、土地登記謄本、律師函、LINE對話截圖為憑(卷27至47、193至194頁)，經查卷內事證資料如下：

①109年11月29日鄭余輝與張其臺之LINE對話內容，張其臺表示「最後一招(最高抵押權設定)，加油→對抗土地法34-1」。(卷193頁)。

②林培加於109年12月17日以吉安仁里郵局000088號存證信函通知彭錦香內容略為「林培加與王敏權等16人欲以每坪35萬元依土地法第34條之1規定出售系爭土地，請函到15日內表示是否依相同條件承購之優先購買權，如欲行使優先購買權

請聯絡林培加，如無意承買請於文到15日內聯絡林培加至花蓮一信領取價金，逾期將提存於花蓮地院提存所，逕行辦理所有權移轉登記。」此信函於109年12月18日送達彭錦香。(卷27至31頁)。

③110年3月9日邱紹璞律師發函予彭錦香請其就占用系爭土地與地主代理人聯繫商討搬遷及拆除事宜(卷43、44頁)，彭錦香於110年3月10日收受該函(卷47頁)。

④被告於110年3月24日上午9時41分送件辦理系爭抵押權登記。(卷219頁)。

⑤林培加於110年3月24日將應給付予彭錦香之價金3,782,551元提存於本院提存所(110年度存字第49號)。(卷33至35頁)。

⑥原告於110年3月24日下午5時12分送件辦理系爭土地所有權移轉登記。(卷221、222頁)。

2.按共有人依土地法第34條之1第1項規定出賣共有土地之全部，係就自己之應有部分而為處分，併依法代為處分他共有人之應有部分，他共有人對於出賣共有土地全部之共有人之應有部分，有依同條第4項規定請求以「同樣條件」訂立買賣契約之優先承購權。故出賣土地之共有人應將出賣該應有部分之「同樣條件」通知他共有人，否則，即難認已合法通知行使優先承購權。(最高法院109年度台上字第507號判決可參)。原告是依土地法第34條之1規定買受系爭土地，此為兩造所不爭；而原告提出林培加通知彭錦香行使優先承買權之存證信然(內容如上述，卷27至29頁)，僅告知土地標示、處分方式、每坪價格，未記載買賣契約所定各項內容(如給付價款之內容及期限)，未見該信函通知彭錦香行使優先承購權時，有一併檢附買賣契約，亦未載明彭錦香如欲優先承購，應支付予分期價款各為若干等情，是否已依法通知彭錦香行使優先承購權已屬有疑。則彭錦香辯稱其並不知悉系爭土地是否確已賣出，應可採信。再原告提出110年3月9日律師函係通知系爭土地之地主(該函未記載姓名)要請彭錦香拆

屋搬遷，然是時系爭土地尚未辦理移轉登記，彭錦香仍為系爭土地之共有人，亦不能憑此推認被告已然知悉原告買得系爭土地之情。至於彭錦香之夫張其臺與鄭余輝之LINE對話內容時間是在109年11月29日，當時雙方討論「老甘」(土地共有人之一)土地面積超過一半可用土地法第34條之1解決(卷194頁)，張其臺為上述留言；張其臺雖為彭錦香之夫，然張其臺在109年11月29日之留言，難以即推認系爭抵押權設定即屬被告故意侵害原告權益所為。原告就其此部分主張並未能舉證證明，本院無從信其主張為真而為其有利之認定。又彭錦香於設定系爭抵押權時尚為系爭土地之共有人，其在所有權利範圍設定抵押權，難認行使權利以損害他人(原告)為主要目的。故原告依民法第184條第1項後段規定、第148條第1項規定請求被告回復原狀塗銷抵押權，難認有理。

3. 按債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。債權人依第1項或第2項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。民法第244條第1、2、4項有明定。依上開規定觀之，得撤銷詐害行為者，僅債權人得為之。原告因購買系爭土地辦理所有權移轉登記前，原土地共有人彭錦香以其土地持分比例360分之8設定系爭抵押權予邱慶榮、游櫻桃，致原告取得之系爭土地上有抵押權設定，成為物上保證人，然原告迄今並未對被告有何債權存在，自不能因其成為物上保證人，而得類推適用民法第244條規定行使撤銷訴權，請求被告撤銷抵押權登記、塗銷抵押權。故原告此部分請求難認有理。

(四)原告不得依民法第184條第1項後段、第148條第1項，或類推適用民法第226條規定請求彭錦香賠償：原告主張被告設定系爭抵押權構成不法侵權行為，致原告受損害，及行使權利以損害他人為主要目的等情均無理由，已如前述，而被告對

原告並無負有債務或何契約義務，自無類推適用民法第226條規定餘地，故原告依上開規定請求彭錦香賠償2,000萬元，於法無據。

七、從而，原告依前開法律規定請求如其先、備位聲明，為無理由，應予駁回。本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法與舉證，均無礙勝負判斷，爰不一一論列，在此說明。

八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　10　　日

臺灣花蓮地方法院民事第一庭

法　官　楊碧惠

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由(均須按他造當事人之人數附繕本並繳納上訴裁判費)。如委任律師提起上訴者，亦應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　10　　日

書記官　吳琬婷