

臺灣高等法院花蓮分院民事判決

111年度重上字第12號

上訴人 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）

法定代理人 許庭慈

訴訟代理人 邱劭璞律師

蔡全凌律師

簡燦賢律師

被上訴人 邱慶榮

游櫻桃

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，上訴人對於中華民國
111年6月10日第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於112
年3月14日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審(含追加之訴)訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、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，民事訴訟法第254條第1、2項前段定有
明文。坐落花蓮縣○○市○○段00地號土地(下稱系爭土地)
原為鄭余輝、游禮名、郭麗淑(下稱鄭余輝等3人)共有，嗣
鄭余輝等3人提起本件訴訟後於原審訴訟繫屬中將系爭土地
出賣並移轉所有權予上訴人，有土地登記謄本可參(原審卷
第37-39、195頁)，上訴人於原審聲請代鄭余輝等3人承當訴
訟，業經兩造同意(見原審卷第239-243頁)，是本件由上訴

01 人為鄭余輝等3人之承當訴訟人。

02 二、第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之
03 基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第
04 255條第1項第2款定有明文。查上訴人於原審第二備位之訴
05 依民法第184條第1項後段、類推適用民法第226條第1項規定
06 請求被上訴人彭錦香給付新臺幣(下同)2千萬元及自起訴狀
07 繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。嗣於本
08 院追加類推適用民法第227條規定為請求權基礎(本院卷第22
09 5頁)，其追加之訴與原訴請求之基礎事實均相同，被上訴人
10 亦表示同意(見本院卷第226頁)，揆諸上開規定，應予准
11 許。

12 貳、實體部分：

13 一、上訴人主張：

14 (一)先位之訴部分：

15 1. 鄭余輝等3人、彭錦香原為系爭土地共有人，彭錦香就系爭
16 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
17 人，於民國109年12月17日發函所有共有人，以土地法第34
18 條之1共有人過半數、應有部分過半數之多數決方式，以每
19 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
20 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
21 存證信函後並未主張優先承買權。其後鄭余輝等3人主張優
22 先承買權，並依應有部分比例承買系爭土地，於110年3月24
23 日提存彭錦香應得價金3,782,551元，並於110年3月26日下
24 午至花蓮地政事務所送件完成移轉登記。

25 2. 鄭余輝等3人購買系爭土地之原因，係為與其他共有人整合
26 附近土地開發，而系爭土地上尚建築有○○市鎮○街00○0
27 號(彭錦香所有)、○○市○○路000號房屋(應為邱慶榮、游
28 櫻桃其中一人所有，房屋由其中一人出租予玩美廣告社)，
29 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
30 彭錦香及其他無權占用系爭土地之占用人含玩美廣告社(當
31 時尚不知房屋所有人為何人)，請其等拆除無權占用系爭土

01 地之上開房屋，其後並於110年3月30日向原審法院聲請調
02 解。被上訴人於接收信件後，或就房屋即將被拆除一事心有
03 怨忿，或為增加談判籌碼取得更多利益，於明知系爭土地已
04 出售之狀況，共同基於故意損害買受人利益之意圖，於110
05 年3月26日上午至地政事務所共同設定最高限額2千萬元之抵
06 押權於系爭土地(下稱系爭抵押權)，致損害上訴人之利益。
07 就上訴人所知，彭錦香與其夫張其臺經營瓦斯行，邱慶榮、
08 游櫻桃夫婦經營五金行，彭錦香夫婦與邱慶榮、游櫻桃夫婦
09 向無生意往來，且近來無交易不動產之情事，並無設定大額
10 抵押權之需求，又彭錦香就系爭土地之應有部分，市價僅約
11 3百餘萬元，設定2千萬元之最高限額抵押權，顯不合理。上
12 訴人亦曾委託友人與彭錦香之夫張其臺，及至邱慶榮或游櫻
13 桃所經營之五金行討論和解，請其塗銷抵押權設定，但其等
14 均表示要上訴人應給付一定之金錢始能同意，否則塗銷免
15 談，由此可見應係虛偽設定。

16 3. 彭錦香原有之系爭土地所有權應有部分360分之8，計36.07
17 平方公尺，設定2千萬元之系爭抵押權，換算每平方公尺設
18 定抵押金額為55.45萬元，即每坪約183.3萬元之天價，顯違
19 一般抵押實務之設定方式，更與被上訴人所提鄰近實價登錄
20 之交易價格每坪約25至40萬元天差地遠；且系爭抵押權範圍
21 過於寬泛且對於抵押人極為不利，與常情不符，可證系爭抵
22 押權實為被上訴人為阻擾上訴人所為之虛假設定。

23 4. 上訴人於109年12月17日就系爭土地寄發存證信函予被上訴
24 人等人、110年2月16日發生登記原因、110年3月24日提存買
25 賣價金及至110年3月26日完成登記，期間被上訴人均未向上
26 訴人要求協商，惟被上訴人卻於上訴人完成提存通知當日11
27 0年3月24日同時送件辦理系爭抵押權，並於上訴人完成移轉
28 登記當日110年3月26日同時完成系爭抵押權登記，顯有可
29 疑。

30 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
31 紀錄(下稱系爭Line對話紀錄)，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)，被上訴人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. 彭錦香主張系爭抵押權設定後，邱慶榮、游櫻桃依系爭抵押權約定借予210萬元、70萬元，然①從110年3月31日210萬元之存單觀之，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。②110年4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，而被上訴人為夫妻關係，為何不一筆給付，反而分開給付？③被上訴人所提借據及匯款單內容觀之，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2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倘如被上訴人所言，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？上訴人有充分理由認為被上訴人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。

7. 原共有人林培加早在110年3月24日將處分彭錦香系爭土地應有部分之價金提存於臺灣花蓮地方法院(下稱花蓮地院)提存所，彭錦香並於110年3月25日知悉上情，得隨時領取提存款，卻向邱慶榮、游櫻桃借貸425萬元，顯有違常情，彭錦香之借貸行為屬權利濫用，違反民法第148條第1項規定，屬故意背於善良風俗而加損害於上訴人，應負侵權行為損害賠償責任。

01 8. 從臺灣花蓮地方檢察署(下稱花蓮地檢署)110年度偵字第406
02 5號偽造文書案件110年11月23日訊問筆錄中，被上訴人3人
03 之陳述明顯不符，難認彼此間有任何借貸關係，且如何估出
04 最高限額抵押權應設定2千萬元，殊難想像。

05 9. 綜上，被上訴人就借據及設定系爭抵押權所為之意思表示，
06 核屬民法第87條之通謀虛偽表示而無效，上訴人基於所有人
07 地位，得依民法第767條第1項中段請求塗銷登記。

08 (二)第一備位之訴部分：

09 1. 倘若先位之訴無理由，則被上訴人如抗辯先有2千萬元債權
10 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
11 押權後陸續發生之借款者，應均屬民法第244條第1項「無償
12 行為」情形。如被上訴人以其所有之不動產設定抵押權，同
13 時向他人借貸2千萬元款項，其設定抵押權之行為，則屬民
14 法第244條第2項「有償行為」，但邱慶榮、游櫻桃既明知上
15 訴人已經行使優先承買權購買系爭土地，仍設定抵押權，自
16 屬惡意。又被上訴人明知此種行為，將減損上訴人因行使優
17 先承買權所取得之土地價值，自屬損害上訴人債權之行為。
18 上訴人於系爭土地設定系爭抵押權時，雖非彭錦香之債權
19 人，然情況類似，應得類推適用民法第244條第1、2、4項規
20 定請求塗銷。如依最高法院87年度台上字第866號、88年度
21 台上字第1703號判決意旨，認為未同意出售之共有人並未與
22 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
23 買受人間無買賣關係存在，上述最高法院見解固非無見，惟
24 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
25 出賣之共有人不滿自己之土地遭出售，基於妨礙交易之意
26 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
27 其他負擔予其他第三人時，將難以依法律途徑救濟。在土地
28 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
29 之共有人雖非債務人，然其地位類似於債務人，其所有之土
30 地將依法移轉登記予買受人，如於土地出售後，任其隨意就
31 遭處分之不動產設定負擔，除對買受人(即債權人)不公外，

01 亦有害交易安全，故被上訴人設定抵押權之無償行為，如害
02 及於上訴人之債權，上訴人得類推民法第244條相關規定請
03 求撤銷及塗銷抵押權登記。

- 04 2. 上訴人亦得依民法第184條第1項後段、第213條請求回復原
05 狀。被上訴人設定抵押權時，系爭土地共有人已行使土地法
06 第34條之1多數決將土地出售，上訴人已行使土地法第34條
07 之1之優先承買權，買賣契約成立，且依系爭LINE對話紀
08 錄，被上訴人就共有人已行使土地法第34條之1並已買受土
09 地知之甚詳，且密切注意土地買賣情況，仍在系爭土地上為
10 不合常理之抵押權設定，被上訴人之行為將有害於買受人之
11 債權，彭錦香為避免買受人取得系爭土地，於明知其所有之
12 系爭土地部分已遭出售，自己所有之房屋將被要求拆除之情
13 況下，以損害上訴人取得土地價值為目的，不當濫用其權利
14 設定系爭抵押權，自屬故意背於善良風俗而加損害於上訴
15 人，不因其係形式上合法行使其權利而有區別，自應負侵權
16 行為損害賠償責任，並應依民法第213條負回復原狀責任，
17 塗銷抵押權之設定登記。

18 (三)第二備位之訴部分：

- 19 1. 如認先位及第一備位之訴均無理由，彭錦香因自己所有之房
20 屋遭上訴人要求拆除，於明知土地已遭出售之狀況，於尚無
21 債權債務發生，或僅有少數債權額之狀況(假設語)，專以損
22 害上訴人買受人所取得之土地價值為目的，不當濫用其權利
23 設定系爭抵押權，屬故意背於善良風俗而加損害於上訴人，
24 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
25 害賠償責任。
- 26 2. 依土地法第34條之1共有人多數決出售土地之情形，未同意
27 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
28 移轉予買受人之義務，其地位類似於債務人，其所有之土地
29 將依法移轉登記予買受人，如於土地出售後，任其隨意就遭
30 處分之不動產設定負擔，除對買受人(即債權人)不公外，亦
31 有害交易安全，故被上訴人設定抵押權之無償行為，如害及

於上訴人之債權，自類似於可歸責於債務人之給付不能。

3. 上訴人損害額之計算：系爭抵押權之確定期日登記為120年3月23日，上訴人於被上訴人發生民法第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，勢必一次清償被上訴人所設定之2千萬元，始能塗銷。故上訴人因彭錦香之侵權行為受有2千萬元之損害，依民法第184條第1項後段、類推適用民法第226條第1項或類推適用民法第227條規定(擇一勝訴即可)，請求彭錦香給付2千萬元予上訴人，以填補共有人等之損害。

(四)於原審：1. 先位聲明：①確認被上訴人就系爭土地設定之系爭抵押權不存在。②邱慶榮、游櫻桃應將系爭抵押權設定登記予以塗銷。③訴訟費用由被上訴人負擔。2. 第一備位聲明：①被上訴人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。③訴訟費用由被上訴人負擔。3. 第二備位聲明：①彭錦香應給付上訴人2千萬元，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。②訴訟費用由被上訴人負擔。於本院聲明：原判決廢棄，先位、第一及第二備位訴之聲明均同原審。

二、被上訴人答辯如下：

(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○○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○○市鎮○街0000號作為擔保，遂於110年3月24日將○○街00-0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上訴人設定抵押權後，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3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。

(二)被上訴人係在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3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。被上訴人設定抵押權在先，鄭余輝等3人才申請移轉土地，換言之，係上訴人不當阻擋被上訴人設定抵押權。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。

(三)被上訴人設定系爭抵押權時，不知系爭土地已完成買賣：

1. 原共有人林培加雖曾於109年12月17日寄發○○○○郵局000000號存證信函(下稱系爭存證信函)予彭錦香，惟信函內容是詢問彭錦香是否要主張優先承買權，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3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，故被上訴人並不知悉系爭土地有被全部出賣之事實，若被上訴人不知悉系爭土地業已出賣，即無虛偽設定抵押權之必要。

2. 若被上訴人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日還向前共有人黃凱昕買受其持分及向林芳妃及林怡妃商談購賣系爭土地之事，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承買權。且證人林政彥證稱其不知鄭余輝等3人有主張優先承買權之事，足見被上訴

01 人確實不知悉上訴人與其他部分共有人已合意要以土地法第
02 34條之1處分系爭土地之事。

03 (四)就先位之訴部分，上訴人並未充分舉證被上訴人有通謀虛偽
04 設定抵押權之行為：

- 05 1. 彭錦香雖有收到系爭存證信函，但該函內容僅表示：「林培
06 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
07 到15日內決定是否實行優先購買權」，惟所謂優先承買權之
08 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
09 前提，系爭存證信函之意僅表示部分共有人「計畫」出售土
10 地，除每坪之價金以外，並未說明與第三人之買賣條件為
11 何，亦未附上買賣契約，故彭錦香並不知悉究竟系爭土地嗣
12 後是否確實有賣出，且上訴人或其他共有人均未告知鄭余輝
13 等3人有主張優先購買權並締結買賣契約一事，而林培加提
14 存買賣價金係在被上訴人申請設定系爭抵押權之後所為，故
15 彭錦香申請設定抵押權時，根本不知悉鄭余輝等3人與部分
16 共有人有成立買賣契約，並無虛偽設定抵押權之必要。
- 17 2. 上訴人所提110年3月9日之律師函內容僅泛稱係受「系爭土
18 地之地主」所託，並未表明地主究為何人，亦未說明有依土
19 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
20 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
21 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
22 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
23 1全部出賣，上訴人懷疑彭錦香係挾怨報復、提高談判籌碼
24 始設定抵押權之推論，僅屬臆測，並無證據為憑。
- 25 3. 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
26 等關係，早在林培加寄發系爭存證信函之前，彭錦香就開始
27 向邱慶榮與游櫻桃借貸，彼此已具信任關係，當借款係以現
28 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
29 給付則多僅會留存匯款單為紀錄，之所以會設定系爭抵押
30 權，係因嗣後欲借貸數額較高，邱慶榮與游櫻桃亦對於系爭
31 土地有興趣，並有房屋坐落其上，故設定系爭抵押權作為擔

01 保。

- 02 4. 系爭土地之市價顯高於每坪35萬元，已經新聞報導○○路上
03 大面積土地之單價每坪已超過50萬元，上訴人更委託仲介以
04 每坪100萬元掛售，足見上訴人稱彭錦香所有系爭土地之應
05 有部分價值僅為3百餘萬元，並非事實。再者，系爭抵押權
06 為最高限額抵押權，並非普通抵押權，所擔保者除過去與現
07 在之債權，尚包含未來之債權，故預先設定較高之數額為交
08 易常態，況且，被上訴人間借貸之擔保物並非僅有系爭土
09 地，另有○○街00-0號房屋，故在系爭土地上設定最高限額
10 2千萬元之擔保債權金額並無不合理。上訴人另稱系爭抵押
11 權之擔保債權種類及範圍、債務清償日期有過於寬泛之情
12 況，然就最高限額交易常情多以此模式為設定，畢竟尚需擔
13 保將來之債權，以備不時之需。
- 14 5. 否認上訴人所稱有至邱慶榮與游櫻桃所經營之五金行討論和
15 解事宜一事，邱慶榮與游櫻桃從未見過上訴人，且若上訴人
16 篤定被上訴人係屬通謀虛偽設定抵押權何需急於找被上訴人
17 洽談和解。
- 18 6. 系爭LINE對話紀錄為鄭余輝當時與前共有人之一甘仁政就系
19 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
20 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
21 商策略，惟張其臺並未加入，其在對話紀錄上提及設定最高
22 限額抵押權僅係重複鄭余輝於通話中所述。
- 23 7. 游櫻桃於110年3月31日匯款210萬元予彭錦香所有之○○市
24 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
25 月8日匯款145萬元予彭錦香；從彭錦香提出○○市農會存摺
26 可知，彭錦香嗣後並未將該款項匯回予游櫻桃與邱慶榮。至
27 於上訴人質疑游櫻桃與邱慶榮為夫妻關係，何以需要分別匯
28 款予彭錦香等語，游櫻桃與邱慶榮現非夫妻，2人就銀行帳
29 戶始終係分別所有，從未有共用之情況。彭錦香所借款項金
30 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
31 現金可供匯款，況其2人就每個帳戶之存款調度亦有考量，

01 故分批匯入借款並無異於常情之處。

02 8. 上訴人另稱游櫻桃與邱慶榮出借予彭錦香之金額不一，何以
03 2人抵押債權比例為1：1，借款之金額而有落差等語，然系
04 爭抵押權為「最高限額抵押權」，並非普通抵押權，抵押權
05 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
06 為2千萬元，未必最終會成立該數額之債權債務關係，上訴
07 人所提出之質疑與一般經濟活動常情相違背。再因彭錦香夫
08 妻和游櫻桃與邱慶榮之間存在借貸與合作關係有所時日，並
09 非雙方之資金流動均有借據與匯款單據為佐，被上訴人今所
10 提出者僅屬有書面之部分，實際上雙方間的債權債務數額並
11 非僅有於本案所提出者，而彭錦香夫妻會借款有其理由，如
12 投資不動產與協助女兒張議云購屋等，本件係上訴人提起並
13 主張被上訴人間為通謀設定抵押權，故應先由上訴人善盡舉
14 證責任。

15 (五)就第一備位之訴部分，彭錦香並不知悉鄭余輝等3人與其他
16 共有人有成立買賣契約，其設定抵押權時亦仍為所有人，自
17 無違背善良風俗或誠實信用方法，不成立侵權行為。若甘仁
18 政等前共有人確實有於110年2月間與鄭余輝等3人成立買賣
19 契約，何以未通知共有人如彭錦香、黃凱昕、林芳妃及林怡
20 妃，亦未告知什麼時候會交付買賣價金，因鄭余輝等3人疏
21 於通知其他共有人，導致系爭土地被設定抵押權，應不可歸
22 責於被上訴人。被上訴人並不知系爭土地全部業依土地法第
23 34條之1第1項出賣，故彭錦香在所有權仍登記在其名下時設
24 定抵押權予游櫻桃、邱慶榮，顯不符合故意以背於善良風俗
25 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
26 法相違。

27 (六)就第二備位之訴部分，彭錦香設定抵押權不成立侵權行為，
28 況且邱慶榮、游櫻桃並未聲請拍賣抵押物，上訴人並未受有
29 實質上之損失，亦不符合侵權行為之構成要件。依最高法院
30 106年度台上字第2482號判決見解，未同意出賣之共有人顯
31 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，上訴人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2千萬元之損害賠償。

(七)於原審聲明：上訴人之訴駁回；如受不利判決願供擔保請准宣告免為假執行，訴訟費用由上訴人負擔。於本院聲明：上訴駁回，第二審訴訟費用由上訴人負擔。

三、兩造不爭執之事實：

(一)鄭余輝等3人、彭錦香、王敏權、林培加等人原為系爭土地共有人，彭錦香就系爭土地應有部分為360分之8。

(二)彭錦香有收到原證一的系爭存證信函(原審卷第27、29頁)。

(三)彭錦香於110年3月24日上午9時41分至花蓮地政事務所申請在系爭土地上設定系爭抵押權(抵押權設定申請書參被證三、被證十，見原審卷第79-81、219頁)；於110年3月26日為系爭抵押權登記。

(四)系爭土地之原共有人林培加代理部分共有人於110年3月24日下午5時12分許申請將系爭土地所有權移轉登記與鄭余輝等3人(原審卷第221頁土地登記申請書)，於110年3月26日以買賣為原因登記鄭余輝等3人為系爭土地之所有權人(原證三土地登記謄本參照，原審卷第37-41頁)。鄭余輝等3人係依土地法第34條之1規定取得系爭土地權利範圍全部之所有權。

(五)林培加於110年3月24日向花蓮地院提存所清償提存3,782,551元之系爭土地買賣價金予彭錦香，經花蓮地院提存所於110年3月24日准予提存，彭錦香於110年3月25日上午11時15分收受提存通知書，於110年3月25日15時38分遞狀聲請閱覽提存卷。

(六)邱慶榮為門牌號碼花蓮縣○○市○○路000號房屋之所有人，並有將房屋出租予玩美廣告社(現已終止租約)。

01 (七)兩造所提證據資料形式上為真正。

02 四、本院之判斷：

03 本件爭執之重點在於：(一)上訴人先位之訴，依民法第767條
04 第1項中段規定，請求確認被上訴人就系爭土地設定之系爭
05 抵押權不存在；邱慶榮、游櫻桃應塗銷系爭抵押權設定登
06 記，有無理由？上訴人主張被上訴人就系爭抵押權之設定為
07 通謀虛偽意思表示而無效，是否可採？(二)上訴人第一備位之
08 訴，依民法第184條第1項後段、類推適用民法第244條第1、
09 2、4項規定(擇一勝訴判決即可)，請求被上訴人間就系爭土
10 地設定系爭抵押權之行為應予撤銷；邱慶榮、游櫻桃應塗銷
11 系爭抵押權設定登記，有無理由？(三)上訴人第二備位之訴，
12 依民法第184條第1項後段、類推適用民法第226條第1項、第
13 227條規定(擇一勝訴判決即可)，請求彭錦香應給付上訴人2
14 千萬元本息，有無理由？茲就上開爭點說明如下。

15 (一)先位之訴部分：

16 1. 上訴人就本件訴訟有確認利益：

17 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
18 者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。所謂
19 即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，
20 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
21 不妥之狀態，能以確認判決將之除去者而言。上訴人為系爭
22 土地之所有權人，被上訴人在系爭土地權利範圍360分之8設
23 定系爭抵押權，上訴人主張系爭抵押權係通謀虛偽設定，為
24 被上訴人所否認，可見兩造對於系爭抵押權之存否確有爭
25 執，堪認上訴人主觀上就此法律上地位確有不妥之狀態，且
26 能以確認判決將之除去，其先位之訴請求確認系爭抵押權不
27 存在，有即受確認判決之法律上利益。

28 2. 相關規定及實務見解：

29 (1)當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。

30 但法律別有規定或依其情形顯失公平者，不在此限，民事
31 訴訟法第277條定有明文。民事訴訟如係由原告主張權利

者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯之事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求(最高法院17年上字第917號判例意旨參照)。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，不得任意轉換由他方就其法律行為非出於通謀虛偽意思一事負舉證之責，惟不負舉證責任一方仍有真實完全陳述義務(最高法院109年度台上字第1437號判決意旨參照)。當事人違反真實陳述義務者，並非因此即生舉證責任倒置或舉證責任轉換效果，應視該當事人在現實上是否處於知悉該事實或容易取得相關資訊之狀態，以利法院於該當事人未為陳述時，就全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽(最高法院107年度台上字第440號判決要旨參照)。

(2)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互相故意为非真意之表示而言；亦即表意人與相對人均明知其互為表現於外部之意思表示係屬虛構，而有不受該意思表示拘束之意(最高法院111年度台上字第1166號判決意旨參照)。相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真意之表示相與為非真意之合意，始為相當，若僅一方無欲為其意思表示所拘束之意，而表示與真意不符之意思者，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示(最高法院86年度台上字第3865號判決意旨參照)。

(3)稱最高限額押權者，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。最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限，民法第881條之1第1項、第2項分別定有明文。所謂一定法律關係，例如買賣、侵權行為等是。至於由一定法律關係

所生之債權，當然包括現有及將來可能發生之債權，及因繼續性法律關係所生之債權，同條項立法理由亦有明文。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)。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(最高法院108年度台上字第774號判決意旨參照)。

(4)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)。

(5)共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。共有人依前項規定為處分、變更或設定負擔時，應事先以書面通知他共有人；其不能以書面通知者，應公告之。共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，土地法第34條之1第1、2、4項定有明文。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號判決意旨參照)。即在買賣條件如：買賣標的、範圍、價金、付款、稅費負擔、瑕疵擔保等均相同之情形，得要求優先成為共有人出賣應有部分之買受人。他共有人經表示以同樣條件優先承購，始為合法，而生與出賣之共有人按其與第三人約定之同樣條件補訂買賣契約之效力(最高法院109年度台上字第2080號判決意旨參照)。

3. 上訴人未能舉證證明被上訴人通謀虛偽設定系爭抵押權：

(1)被上訴人於110年3月24日簽立抵押權設定契約書，由彭錦香以其所有系爭土地權利範圍360分之8為邱慶榮、游櫻桃設定擔保債權總金額2千萬元之系爭抵押權，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；系爭抵押權設定申請在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(原審卷第37-41、79-81、219頁)，可知被上訴人明瞭設定系爭抵押權之目的，準備相關文件與資料辦理設定，其等外觀上有設定系爭抵押權之合意。

(2)上訴人主張系爭土地原共有人王敏權等人以系爭存證信函通知彭錦香是否行使優先承買權，彭錦香收受後並未主張；且系爭土地原共有人鄭余輝於110年3月9日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、游櫻桃出租房屋之承租人玩美廣告社)，請其等拆除無權占用之系爭土地上房屋，並於110年3月30日向花蓮地院聲請調解，被上訴人明知系爭土地已經出售，或為房屋將被拆除一事心有怨忿或為增加談判籌碼取得更多利益而設定系爭抵押權等語，被上訴人予以否認，並以前詞置

01 辯。查：

02 ①被上訴人並不爭執彭錦香有收到系爭存證信函(見前述
03 三、兩造不爭執之事實(二)及原審卷第27-29頁)，觀諸
04 系爭存證信函內容略為：「林培加與王敏權等16人欲以
05 每坪35萬元依土地法第34條之1規定出售系爭土地，請
06 函到15日內表示是否依相同條件承購之優先購買權，如
07 欲行使優先購買權請聯絡林培加，如無意承買請於文到
08 15日內聯絡林培加至花蓮一信領取價金，逾期將提存於
09 花蓮地院提存所，逕行辦理所有權移轉登記。」等語，
10 僅告知土地標示、處分方式、每坪價格，並未記載買賣
11 契約所定各項內容(如給付價款之內容及期限)，亦未一
12 併檢附與第三人間之買賣契約或載明彭錦香如欲優先承
13 買，應支付各期價款若干等情；且其信函所稱「欲以」
14 每坪35萬元出售系爭土地等語，不無使人產生尚屬「計
15 畫」、「打算」階段之疑義，難以知悉系爭土地是否確
16 已出售；而信函中雖稱「如無意承買請...領取價
17 金」、「逾期將提存於...」等語，然既未明確表明買
18 賣之同一條件，且有前揭疑義，即難以系爭存證信函逕
19 認彭錦香於系爭抵押權設定時已知系爭土地業依土地法
20 第34條之1規定出售。

21 ②依本院調閱之花蓮地院110年存字第49號提存卷宗所
22 示，鄭余輝等3人與系爭土地其他共有人林培加等人間
23 不動產買賣契約書(見上開提存卷第7頁)，訂約日期為1
24 10年1月27日，而林培加於110年3月24日10時15分向花
25 蓮地院提存所聲請清償提存3,782,551元之系爭土地買
26 賣價金予彭錦香，經花蓮地院提存所於110年3月24日准
27 予提存，彭錦香於同年月25日上午11時15分收受提存通
28 知書，於110年3月25日15時38分遞狀聲請閱上開提存
29 卷，有上開提存卷可按，且為兩造所不爭。又上訴人陳
30 稱寄發系爭存證信函時，系爭土地由甘仁政等人行使土
31 地法第34條之1的多數決，出售給甘仁政之妻1人等語

(本院卷第138頁)，並提出甘仁政與第三人即其配偶林秀玉之不動產買賣契約書(本院卷第183-191頁)，其簽約日期為109年12月29日，顯見彭錦香於109年12月18日收受系爭存證信函時系爭土地尚未出售，自無知悉系爭土地出售他人之可言，系爭存證信函至多僅可認為林培加通知彭錦香其欲依土地法第34條之1第1項規定處分系爭土地，為同法條第2項之通知，難認為依同法第4項規定通知彭錦香行使優先承買權。再參酌：系爭抵押權登記在110年3月24日上午9時41分申請(見原審卷第219頁收件時間)，林培加在同日上午10時15分具狀向花蓮地院聲請提存系爭土地買賣價金(見上開提存卷第2頁)，同日下午5時12分林培加申請系爭土地所有權移轉登記(見原審卷第221頁收件時間)，可知系爭抵押權申請時系爭土地價款尚未申請提存，亦未申請所有權移轉登記；另依卷附游櫻桃於110年3月18日與系爭土地共有人之一黃凱昕之不動產買賣契約書(見本院卷第257-263頁)及證人林政彥於本院證稱：游櫻桃購買系爭土地共有人黃凱昕之持分時(按：見本院卷第257頁110年3月18日買賣契約書)，知道要行使土地法第34條之1，可是當時還沒有結果等情(見本院卷第243頁)，益徵被上訴人抗辯系爭抵押權設定時尚不知系爭土地已經出售等語，並非無據，上訴人執系爭存證信函主張已通知彭錦香行使優先承買權或被上訴人已知系爭土地已經出售等情，難認可採。

③系爭LINE對話紀錄時間是在109年11月29日，張其臺留言「最後一招(最高抵押權設定)，加油→對抗土地法34-1」，而張其臺雖為彭錦香之夫，但非系爭土地之共有人亦非被上訴人，無從逕以張其臺之留言推認被上訴人相互間故意為虛偽設定。況彭錦香收受系爭存證信函之時間為109年12月18日(見原審卷第31頁)，系爭LINE對話紀錄留言時間為109年11月29日，距系爭抵押權聲請

01 登記之日即110年3月24日均已逾3個多月，時間上並非
02 密接，自不足以系爭LINE對話紀錄推認被上訴人均係通
03 謀虛偽設定系爭抵押權。

04 ④上訴人提出110年3月9日律師函(見原審卷第43頁)，係
05 稱系爭土地之地主(該函未記載姓名)要請鄭余輝、敦麗
06 淑、彭錦香、玩美廣告社等人拆屋搬遷，經彭錦香及訴
07 外人玩美廣告社於110年3月10日收受(見原審卷第45-47
08 頁)，其內容未言及系爭土地已經出售一事，且斯時系
09 爭土地尚未辦理移轉登記，彭錦香仍為系爭土地之共有
10 人，亦不能憑此推認被上訴人知悉系爭土地已經出售一
11 事。

12 (3)上訴人雖主張被上訴人間無生意往來，無交易不動產之情
13 事，無設定大額抵押權之需求；彭錦香之系爭土地應有部
14 分市價僅約3百餘萬元，設定最高限額2千萬元抵押權，換
15 算每平方公尺設定抵押金額為55.45萬元，即每坪約183.3
16 萬元，與鄰近實價登錄之交易價格每坪約25-40萬元顯不
17 合理等語。被上訴人則以彼等存在長年借貸合作投資等關
18 係，早在系爭存證信函之前，彭錦香已向邱慶榮、游櫻桃
19 借貸，如以現金交付借款則為簽立簡單之借據或本票，若
20 以匯款方式則留存匯款單，嗣因欲借貸之數額較高，故設
21 定系爭抵押權等語，並提出兩造均不爭執其形式上真正之
22 借據4紙、存款憑條2紙、匯款回單1紙、彭錦香花蓮市農
23 會存摺、彭錦香之夫張其臺合作金庫、元大銀行存款存
24 摺、匯款申請書等為證。查：

25 ①被上訴人提出之借據4紙(見原審卷第87-93頁被證六)，
26 記載109年7月28日、11月10日、12月9日、12月14日彭
27 錦香分別向邱慶榮或游櫻桃借款20萬、24萬、18萬、8
28 萬元等情；另110年3月31日、同年4月8日游櫻桃分別匯
29 款予彭錦香210萬元、70萬元、110年4月8日邱慶榮匯款
30 予彭錦香145萬元，有彭錦香花蓮市農會存摺(原審卷第
31 277頁)、存款憑條、花蓮一信跨行匯款回單(見原審卷

第125-127頁被證九)可按，堪認系爭抵押權設定前，被上訴人間已有金錢往來，系爭抵押權設定後不久，邱慶榮、游櫻桃並匯款425萬元予彭錦香。被上訴人並陳稱：彭錦香收受上開425萬元後，於110年4月9日分別轉帳給女兒張議云100萬元購買房屋、給配偶張其臺325萬元以支付自建房屋工程款、購買房屋、投資周轉等情，核與張其臺合作金庫存摺記載彭錦香於110年4月9日匯入325萬元、同年4月28日起陸續轉帳支出151萬餘元、38萬餘元、13萬餘元、68萬餘元、150萬元、53萬元不等、張其臺元大銀行存摺顯示張其臺陸續轉入上開匯款購買證券，及張其臺匯予訴外人陳秉洋100萬元、240萬元之匯款申請書等事證相符(詳見本院卷第173-177頁、花蓮地檢110年度他字第453號卷第209頁彭錦香、張其臺匯款100萬、120萬元予張議云之匯款申請書)，被上訴人抗辯彼等存在長年借貸與合作投資關係，因欲借貸之數額較高，故設定系爭抵押權等語，尚非虛妄。

- ②花蓮地檢署110年度偵字第4065號偽造文書案件中，彭錦香辯稱：我自109年8、9月間起陸續向游櫻桃借款，部分是拿現金，部分是匯款給伊配偶張其臺，至系爭抵押權登記時，我與張其臺向游櫻桃及邱慶榮借款已達約2千萬元等語；游櫻桃辯稱：系爭土地設定最高限額抵押權給我及邱慶榮係因彭錦香及其配偶張其臺向我及邱慶榮借款，邱慶榮的錢大部分都是我在打理，自104年、105年間就有借款，都是借借還還；系爭土地設定最高限額抵押權時，我沒有去算借款金額，因我與彭錦香係老朋友，彼此心知肚明大概多少錢，我借給彭錦香的錢約1千萬；邱慶榮也出借1千萬元左右等語；邱慶榮辯稱：我有借錢給彭錦香夫妻，但我都是交給游櫻桃處理，張其臺向我借款，我也是交給游櫻桃處理，向我借款約1千多萬元，我都是匯款給游櫻桃等語。張其臺證稱：游櫻桃、邱慶榮有陸續出借款項給我，債務部分都

是我跟游櫻桃、邱慶榮處理；彭錦香自104年間起有跟游櫻桃、邱慶榮小額借款，之後於107年間在○○市○○街00巷土地蓋房屋時，我有點周轉不靈，故向游櫻桃、邱慶榮借款，每次借80萬元到100萬元不等，都是拿現金沒有簽立借據，因為我、彭錦香與游櫻桃、邱慶榮相識甚久，說好如果蓋好房子有賺錢再分紅，期間有借有還，至設定系爭抵押權時大約仍欠款1千多萬元等語，並提出相關建屋單據等資料(見110年度他字第453號卷第175-207頁)為證，嗣經檢察官為不起處分，理由略以：無法排除彭錦香及其配偶張其臺與游櫻桃及邱慶榮間確有借貸關係及資金往來；縱令彭錦香、游櫻桃及邱慶榮間借款金額並未達到其等所設定之最高限額抵押權，亦僅游櫻桃及邱慶榮不得就未發生之債權行使抵押權而已，在最高限額抵押權其所擔保之債權所由生之法律關係未經確認已合法終止、消滅，而確定不再發生前，亦無由僅因彭錦香、游櫻桃及邱慶榮等人間目前並無上開債權金額存在，而率認彭錦香、游櫻桃及邱慶榮等人設定最高限額抵押權之舉，業已構成刑法使公務員登載不實罪嫌等語，有本院調閱上開偵查卷及所附不起訴處分書可按。

③上訴人雖謂彭錦香、邱慶榮、游櫻桃於偵查中之供述明顯無法符合，難認彼此間有任何借貸關係，且如何估出最高限額抵押權應設定2千萬元，殊難想像等語，然被上訴人於系爭抵押權設定前、後確有金錢往來，已如前述，且依被上訴人所述彼等金錢交易往來有相當時間及次數，未必每筆借款均有借據留存等情，彼等於檢察官偵訊時因時日較久，記憶不清或已無相關資料核對，致彼此所述有若干差異，實合於常情，難以彼此所述不一致即認所述借款等情並非真正。

④上訴人雖謂彭錦香之夫張其臺自有資金充足，無借款之必要；有房屋自建中，有何另行購屋需要或投資云云。

然此為彭錦香或張其臺個人之資金運用或投資計畫，基於私法自治及契約自由原則，他人自不宜過度干涉；又邱慶榮、游櫻桃既貸款予彭錦香而有借貸事實，系爭抵押權為最高限額抵押權，借款總金額有待日後結算確定，縱目前貸款金額不足2千萬元，亦不足以推認系爭抵押權為虛偽設定。

⑤上訴人另以彭錦香可領取系爭土地出售之提存款，無另行借款之必要等語，然彭錦香於系爭土地所有權移轉上訴人之前，已經設定系爭抵押權，系爭存證信函復有上述未依土地法第34條之1第4項規定通知其他共有人行使優先承買權之情事，被上訴人亦爭執系爭土地出售之單價過低，且被上訴人借貸之金額亦高於上述提存之價金，則彭錦香不願領取提存款，尚難認為悖於常情。

⑥上訴人主張彭錦香系爭土地應有部分僅值3百餘萬元，系爭抵押權設定2千萬元之金額過高、擔保債權種類、範圍、債務清償日期過於寬泛等語，被上訴人則提出系爭土地附近實價登錄行情記載每坪交易價格40萬元以上（見原審卷第95頁）、新聞報導系爭土地附近為○○○○○○○、每坪成交價上看80萬元（見原審卷第237頁）及系爭土地以每坪單價將近100萬元出售之銷售廣告（見原審卷第235頁），並以：林培加以每坪35萬元出售價格過低，系爭抵押權設定合於最高限額交易常情之設定模式，以備將來不時之需等語置辯。本院審酌系爭抵押權為最高限額抵押權，邱慶榮、游櫻桃實際借款之金額並不確定，而系爭土地坐落花蓮縣○○市商業繁榮地段，邱慶榮、游櫻桃住所在系爭土地附近，於系爭土地上亦有房屋（見兩造不爭執之事實（六）），則邱慶榮、游櫻桃願設定如何之擔保金額，事涉對系爭土地價值之評價；況被上訴人果有借款往來及設定系爭抵押權之真意，縱兼有其他動機或目的而提高設定之金額，亦不足以設定之金額高於市價行情即認為虛偽設定。

01 (4)上訴人主張與被上訴人討論和解，被上訴人表示要上訴人
02 給付一定金額始同意塗銷，可見應係虛偽設定等語，為被
03 上訴人所否認，上訴人復未能舉證證明，尚難憑採。

04 (5)基上各節，最高限額抵押權本不以債權已經存在為要件，
05 被上訴人設定系爭抵押權前、後復有借款往來之事實，復
06 無證據證明系爭抵押權設定時被上訴人已知悉系爭土地出
07 售一事，上訴人爭執被上訴人無借款必要、抵押權設定範
08 圍過於寬泛、設定金額過高悖於常理等情，亦非可取，則
09 上訴人主張被上訴人通謀虛偽設定系爭抵押權，要不足
10 採。

11 4. 上訴人既不能證明系爭抵押權之設定為被上訴人通謀虛偽意
12 思表示，其主張難信為真實，上訴人依民法第87條第1項、
13 第767條規定先位聲明請求確認系爭抵押權不存在及邱慶
14 榮、游櫻桃應塗銷系爭抵押權，為無理由，不應准許。

15 (二)第一備位之訴部分：

16 1. 上訴人依民法第184條第1項後段請求被上訴人回復原狀塗銷
17 系爭抵押權登記，為無理由：

18 (1)按故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，負損害
19 賠償責任，民法第184條第1項後段定有明文。民法第148
20 條第1項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以
21 損害他人為主要目的」，固揭禁權利濫用禁止之原則。若
22 當事人行使權利，雖足使他人喪失利益，苟非以損害他人
23 為主要目的，即不受該法條規定之限制(最高法院107年度
24 台上字第1677、2185號判決意旨參照)。

25 (2)上訴人主張被上訴人明知其依土地法第34條之1規定以多
26 數決方式買受系爭土地，竟共同基於故意損害上訴人利益
27 之意圖，設定系爭抵押權增加系爭土地負擔，為以背於善
28 良風俗之故意侵害行為，致上訴人受有損害，上訴人得請
29 求回復原狀，依民法第184條第1項後段請求邱慶榮、游櫻
30 桃應塗銷系爭抵押權登記等語，為被上訴人所否認，依民
31 事訴訟法第277條前段規定，上訴人應有利於己之事實負

舉證責任。

(3)上訴人雖提出系爭存證信函、掛號郵件收件回執、提存書、國庫存款收款書、土地登記謄本、110年3月9日律師函、系爭LINE對話紀錄為證(原審卷第27-47、193-194頁)，然彭錦香收受系爭存證信函時，系爭土地尚未出售，系爭抵押權申請登記時，系爭土地買賣價金尚未提存，所有權亦尚未移轉登記，而110年3月9日律師函內容復非關係爭土地出售一事，均詳如前述，難憑上開事證推認被上訴人明知上訴人已依土地法第34條之1規定買受系爭土地，故意侵害上訴人之權益而設定系爭抵押權。又彭錦香設定系爭抵押權時尚為系爭土地之共有人，雖經系爭存證信函通知共有人將依土地法第34條之1第1項規定處分共有物，然彭錦香於109年12月18日收受系爭存證信函後，迄至110年3月24日申請設定系爭抵押權，已逾3個多月，均未收到如系爭存證信函所稱之價金提存通知，實難期彭錦香在不知系爭土地處分進展下，仍不得就其應有部分為任何處分；且其在所有權利範圍設定系爭抵押權，被上訴人間復有金錢借貸往來之事實，以上綜合觀察，難認系爭抵押權之設定係以損害他人為主要目的。故上訴人就此部分主張並未能舉證證明，其依民法第184條第1項後段規定請求被上訴人回復原狀塗銷抵押權，難認有據。

2. 上訴人主張類推適用民法第244條第1、2、4項規定(擇一勝訴判決即可)請求撤銷被上訴人系爭抵押權設定行為，及塗銷系爭抵押權登記，為無理由：

(1)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項定有明文。依上開規定觀之，得撤

銷詐害行為者，僅債權人得為之。又該條第1項、第2項債權人得撤銷債務人無償、有償行為之規定，於債務人行為僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用之，同條第3項亦有規定，其立法理由並謂：撤銷權以保障全體債權人之利益為目的，非為確保特定債權而設，爰於第3項增訂不得僅為保全特定債權而行使撤銷權等語。又所謂類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似事項之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法。部分共有人依土地法第34條之1第1項規定，將共有土地之全部出賣於人，就為處分之共有人而言，係出賣其應有部分，並對未同意出賣之共有人之應有部分有權一併出賣，此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約(最高法院106年度台上字第2482號判決意旨參照)。共有人依土地法第34條之1第1項得處分共有之土地或建築改良物之全部者，就各該共有人言，乃係出賣其應有部分或股份，而對於其餘少數不同意處分之共有人之應有部分或股份，法律賦予一併為處分之權利，不同意處分之共有人，仍非處分共有土地或建築改良物契約之當事人(最高法院84年度台上字第187號判決意旨參照)。

(2)上訴人主張系爭抵押權設定時，上訴人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項規定請求塗銷等語。被上訴人則以未同意出賣之共有人顯非買賣契約之當事人，彭錦香根本不知道該買賣契約之存在，顯然無擬制其為債務人之可能等語置辯。查系爭土地辦理所有權移轉登記前，彭錦香設定系爭抵押權予邱慶榮、游櫻桃，致上訴人取得之系爭土地上有系爭抵押權設定，成為物上保證人，然上訴人迄今並未對被上訴人有何債權存在，自不能因其成為物上保證人，而得類推適用民法第244條第1、2、4條規定行使撤銷訴權。又上訴人係向

01 鄭余輝等3人購買系爭土地，而被上訴人非鄭余輝等3人購
02 買系爭土地之買賣契約當事人(見花蓮地院提存卷第7-15
03 頁不動產買賣契約書)，被上訴人顯非系爭土地買賣契約
04 之債務人；又彭錦香既未與上訴人或鄭余輝等3人訂立系
05 爭土地買賣契約，亦未參與契約條款磋商，事後亦未承認
06 該買賣契約，難謂其地位與一般契約締約當事人之性質類
07 似而應負契約債務人之義務。再者，依上訴人之主張，被
08 上訴人設定系爭抵押權之行為僅有害於以給付特定物(即
09 系爭土地)為標的之債權，而特定債權並非民法第244條第
10 1、2項所欲保障之標的，同條第3項業已明文排除，則從
11 民法第244條第3項規定之立法意旨，益徵本件尚無從類推
12 適用民法第244條第1、2、4條規定。

- 13 3. 基上各節，上訴人未能舉證證明被上訴人設定系爭抵押權屬
14 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
15 亦無從類推適用民法第244條第1、2、4項規定，上訴人第一
16 備位之訴請求被上訴人就系爭土地設定系爭抵押權之行為應
17 予撤銷及邱慶榮、游櫻桃將系爭抵押權設定登記予以塗銷，
18 難認有據，不應准許。

19 (三)第二備位(含追加)之訴部分：

- 20 1. 按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，在於填補
21 債權人所受之損害及所失之利益，民法第216條固定有明
22 文。惟無論所受損害抑所失利益，被害人賠償損害之請求
23 權，以受有實際上之損害為成立要件。
- 24 2. 上訴人主張被上訴人基於損害他人為主要目的，設定系爭抵
25 押權，構成故意不法侵權行為，致上訴人受損害等情，為無
26 理由，已如前述；而彭錦香對上訴人亦未負有何種債務或契
27 約義務，難謂其為民法第226條第1項或第227條規定之債務
28 人，且本件其地位與一般契約債務人之性質亦不相類似，無
29 類推適用民法第226條第1項或第227條規定之餘地；況系爭
30 抵押權擔保之債權金額尚未確定，系爭土地亦未遭拍賣，上
31 訴人主張受有系爭抵押權擔保債權總金額2千萬元之損害，

01 尚非有據。是上訴人第二備位之訴主張依民法第184條第1項
02 後段、類推適用民法第226條第1項、第227條規定請求彭錦
03 香賠償2千萬元，為無理由。

04 五、綜上所述，上訴人(一)先位之訴主張系爭抵押權為通謀虛偽意
05 思表示，依民法第767條第1項中段規定，請求確認被上訴人
06 就系爭土地設定之系爭抵押權不存在；邱慶榮、游櫻桃應將
07 系爭抵押權設定登記，予以塗銷；(二)第一備位之訴，依民法
08 第184條第1項後段、類推適用民法第244條第1、2、4項規
09 定，請求被上訴人間就系爭土地設定系爭抵押權之行為應予
10 撤銷；邱慶榮、游櫻桃應將系爭抵押權設定登記予以塗銷；
11 (三)第二備位(含追加)之訴，依民法第184條第1項後段、類推
12 適用民法第226條第1項、第227條規定，請求彭錦香給付上
13 訴人2千萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年
14 息5%計算之利息，均無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴
15 之判決，核無不合，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改
16 判，為無理由，應予駁回。

17 六、兩造其餘陳述及攻防方法，於本件判決結果不生影響，爰不
18 一一論述，附此敘明。

19 據上論結，本件上訴及追加之訴均無理由，依民事訴訟法第449
20 條第1項、第78條，判決如主文。

21 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日

22 民事庭審判長 法 官 林信旭

23 法 官 顏維助

24 法 官 林碧玲

25 以上正本係照原本作成。

26 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
27 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
28 (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
29 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
30 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
31 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

01 提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。
02 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日
03 書記官 徐珮綾
04 附 註：
05 民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：
06 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
07 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。
08 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
09 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
10 院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。