臺灣高等法院高雄分院民事裁定

111年度抗字第203號

抗　告　人　張丞嫣　（原名張桂綾）

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

相　對　人　開遠建設有限公司

000000000000000000

法定代理人　蔡家聲

相　對　人　吳萬成

上列當事人間定暫時狀態處分事件，抗告人對於中華民國111年6月21日臺灣高雄地方法院111年度全字第113號裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告費用由抗告人負擔。

理　由

一、聲請及抗告意旨略以：抗告人與相對人開遠建設有限公司（下稱開遠公司）於民國110年月31日就抗告人所有坐落高雄市○○區○○段000地號土地、應有部分28分之2（下稱系爭土地）成立買賣契約，抗告人並於110年9月10日將系爭土地移轉予相對人開遠公司。惟系爭土地上有設定抵押權予相對人吳萬成，金額合計新臺幣（下同）300萬（下稱系爭抵押權），相對人開遠公司因而保留價金600萬元未支付予抗告人。嗣抗告人對相對人吳萬成提起確認抵押債權不存在訴訟，並經原審以111年度訴字第49號案件審理中（下稱系爭本案）。相對人開遠公司雖曾與相對人吳萬成協商，表示願先行給付相對人吳萬成300萬元，請相對人吳萬成先行塗銷系爭抵押權，惟相對人吳萬成堅持收到600萬元後才願塗銷系爭抵押權。相對人開遠公司復通知抗告人，欲將積欠抗告人之600萬元價金以移轉占有方式轉讓予相對人吳萬成，因

系爭抵押權遲未塗銷，造成抗告人損害且恐遭相對人開遠公司求償，為此，爰依民事訴訟法第538條規定聲請定暫時狀態處分，先位聲明：㈠相對人開遠公司應給付抗告人600萬元，給付方式應以相對人吳萬成為提存物受取權人，擔保提存600萬元。㈡前開提存利益，於系爭本案確定前，擔保相對人吳萬成於系爭土地上設定之系爭抵押權。㈢相對人吳萬成應將系爭抵押權予以塗銷。備位聲明：㈠抗告人願以相對人吳萬成為提存物受取權人，擔保提存300萬元。㈡前開提存利益，於系爭本案確定前，擔保相對人吳萬成於系爭土地上設定之系爭抵押權。㈢相對人吳萬成應將系爭抵押權予以塗銷。原裁定竟駁回抗告人聲請，顯有違誤，為此爰提起本件抗告，請求廢棄原裁定，並准抗告人聲請等語。

二、按於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分，民事訴訟法第538條第1項定有明文。故定暫時狀態處分之聲請，係在就爭執之法律關係，由得提起本案訴訟之當事人於法院就本案訴訟為終局判決前定暫時狀態，則此一有爭執之法律關係自必須存在於兩造之間，且為兩造訴訟之標的，即聲請保全之權利必以本案訴訟可資確定者為限。本件抗告人雖聲請對相對人開遠公司為定暫時狀態處分，惟抗告人所提系爭本案之當事人僅為抗告人及相對人吳萬成，相對人開遠公司並非系爭本案之當事人，有抗告人所提系案本案言詞辯論筆錄在卷可稽（見原審卷第79頁），故抗告人就相對人開遠公司聲請定本件暫時狀態處分所欲保全之權利，顯非系爭本案訴訟所爭執之法律關係，亦非兩造本案訴訟可資確定至明。依上述說明，抗告人聲請對相對人開遠公司為本件暫時狀態處分，與法即有未合，自無所據。

三、又當事人於爭執之法律關係聲請為定暫時狀態之處分，依民事訴訟法第538條第1項之規定，須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，始得為之。該必要之情事，乃定暫時狀態處分之原因，依同法第53

8條之4準用第533條本文準用第536條第1項規定，應由聲請人釋明之。倘聲請人不能釋明必要情事存在，即無就爭執之法律關係定暫時狀態之必要。所謂定暫時狀態之必要，即保全必要性，係指為防止發生重大損害，或為避免急迫之危險，或有其它相類似之情形發生必須加以制止而言。然損害是否重大、危險是否急迫或是否有其他相類之情形，應釋明至何種程度，始得以擔保金補足其釋明，應就具體個案，透過權衡理論及比例原則確認之，亦即法院須就聲請人因許可假處分所能獲得之利益、其因不許可假處分所可能發生之損害、相對人因假處分之許可所可能蒙受之不利益，及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益加以比較衡量。所稱防止發生重大之損害，通常係指如使聲請人繼續忍受至本案判決時止，其所受之痛苦或不利益顯屬過苛。其重大與否，須視聲請人因定暫時狀態處分所應獲得之利益或防免之損害是否逾相對人因該處分所蒙受之不利益或損害而定。聲請人因處分所應獲之利益或防免之損害大於相對人因該處分所受之不利益或損害，始得謂為重大而具有保全之必要性（最高法院101年度台抗字第497號民事裁判意旨參照）。經查：

㈠本件抗告人已對相對人吳萬成提起系爭本案訴訟，並有不動產買賣契約書影本（下稱系爭買賣契約書）、高雄市○○區○○段000地號土地登記謄本影本、郵局存證信函影本、對話譯文、系爭本案訴訟言詞辯筆錄影本等在卷可稽(見原審卷第21頁至第31頁、第37頁至第60頁、第79頁至第83頁)，抗告人並於本件聲請供擔保後命相對人吳萬成將系爭抵押權予以塗銷，堪認抗告人與相對人吳萬成間，就系爭抵押權是否應予塗銷存有爭執，且系爭本案訴訟能確定該爭執之法律關係。

㈡就定暫時狀態處分之原因部分，抗告人固主張相對人吳萬成明知系爭抵押權僅300萬元，卻堅持須收到600萬元始願塗銷系爭抵押權，顯為不當取得600萬元之款項，倘不准抗告人

聲請，日後相對人吳萬成脫產，抗告人至少有300萬元之損失，於系爭抵押權不存在之情況，抗告人則損失600萬元，且相對人開遠公司可能向抗告人求償，求償額可能高達441萬元，自有防止發生重大損害或避免急迫危險之必要云云，惟此為相對人吳萬成所否認。查抗告人雖主張日後倘相對人吳萬成脫產，其可能受有300萬元至600萬元之損害云云（見原審卷第15頁），惟抗告人所舉上述損害係以抗告人給付600萬元予相對人吳萬成為前提，並非系爭抵押權未塗銷所造成，而抗告人既尚未給付600萬元予相對人吳萬成，自無該損害可言。況抗告人復主張上述損害係相對人吳萬成日後倘脫產所可能造成之損害，則是否發生該損害，亦為抗告人主觀之臆測，抗告人主張，自不足採。抗告人雖又主張相對人開遠公司可能向抗告人求償，求償額可能高達441萬元云云，並提出相對人開遠公司存證信函佐證（見原審卷第37頁至第43頁），惟相對人開遠公司於上述存證信函僅提及「將來若本公司以此對台端請求損害賠償，對台端顯有不公」等語（見原審卷41頁），並未對抗告人求償如抗告人所述之金額，且本件依抗告人所提系爭買賣契約書第15條所載，系爭抵押權應償金額為600萬元，並應由三方協同於110年11月20日清償塗銷（見原審卷第28頁），另依上述存證信函所載，相對人開遠公司亦願將系爭土地買賣價金尾款600萬元移轉占有交付相對人吳萬成，故依抗告人所提上述資料，本件亦非無其他解決之方式，自難認有何重大損害或急迫危險或有其他相類之情形而有定暫時狀態處分之必要性存在。故依前述規定及說明，即與民事訴訟法538條第1項定暫時狀態處分之要件不符，自難予准許。

四、綜上所述，本件抗告人聲請對相對人為定暫時狀態處分，為無理由，不應准許。原裁定駁回抗告人之聲請，並無不合，抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，本件抗告為無理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　2　　日

民事第五庭

審判長法官　蘇姿月

法　　官　郭宜芳

法　　官　劉傑民

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定應於送達後10日內向本院提出再抗告狀（須按他造當事人之人數附繕本），並繳納再抗告費新臺幣1,000元。再為抗告僅得以適用法規顯有錯誤為理由，並應委任律師為代理人。如委任律師提起再抗告者，應一併繳納再抗告費。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　2　　日

書記官　林家煜

附註：

再抗告人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或再抗告人為法人、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，亦得為第三審代理人。

再抗告人或其法定代理人具有律師資格者及前項情形，應於提起再抗告或委任時釋明之。