臺灣高等法院花蓮分院民事判決

107年度上易字第43號

上　訴　人　利家開發股份有限公司
法定代理人　陳碧蓮
訴訟代理人　張耀文
上　訴　人　黃淑淩（即利嘉安樂園）
　　吳祖楠
上三人共同
訴訟代理人　廖頌熙律師
追加原告　闕又敏
被上訴人　闕又元
　　闕又中
　　闕又云
兼上四人共
同訴訟代理
人　　闕又上

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國107年5月31日臺灣臺東地方法院106年度訴字第74號第一審判決提起上訴，本院於108年3月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決主文第一項逾確認被上訴人、追加原告對上訴人黃淑淩（即利嘉安樂園）就附圖所示⑶面積三十六平方公尺有墓地使用權利存在部分，及原判決主文第二項及該部分假執行與免為假執行之宣告暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

二、上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

三、其餘上訴駁回。

四、第一審（除確定部分外）訴訟費用由上訴人黃淑淩（即利嘉安樂園）負擔十分之一，餘由被上訴人負擔；第二審訴訟費用由上訴人黃淑淩（即利嘉安樂園）負擔十分之一，餘由被上訴人、追加原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，及訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第5款分別定有明文。經查：

㈠本件闕又敏追加為原告應予准許：

1.被上訴人於原審起訴請求：①確認被上訴人、上訴人、原審被告彭坤敬、劉建坤關於臺灣臺東地方法院（下稱台東地院）100年度移調字第2號調解筆錄所示之墓地使用權利範圍，如原審判決附圖照片所示興建中墳墓坐落位置及同一平台上沿擋土牆往兩側延伸至坡崁墩為止；②上訴人、原審被告彭坤敬、劉建坤應給付被上訴人新台幣（下同）100萬元。嗣經本院實地測量後，被上訴人將原審訴之聲明①更正為：確認被上訴人、追加原告對上訴人利家開發股份有限公司（下稱利家公司）、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠就臺東縣臺東地政事務所（下稱台東地政事務所）民國107年10月23日107年東地土測字214700號土地複丈成果圖（下稱附圖）所示⑴⑵⑶⑷土地，面積合計140平方公尺有墓地使用權利存在（見本院卷第131頁）。

2.原法院為被上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即：①確認被上訴人、上訴人關於台東地院100年度移調字第2號調解筆錄所示之墓地使用權利範圍如被上訴人所主張；②上訴人應給付被上訴人16萬元；③駁回被上訴人其餘之請求；④就金錢給付部分，依職權為准、免假執行之宣告。

3.上訴人不服，就其敗訴部分提起上訴。被上訴人就其敗訴部分未提出上訴，且如後述已撤回附帶上訴，是被上訴人於原審敗訴部分，業已確定。

4.被上訴人自承本件墓地使用權，係其父闕振所購買（見本院卷第127頁反面），而闕振已於92年6月11日死亡（見台東地院100年度訴字第19號卷第21頁），則本件墓地之使

用權屬於闕振之遺產，為其繼承人全體公同共有，堪可認定。其次，闕振之繼承人包括被上訴人與闕又敏，有戶籍資料可參（見台東地院100年度訴字第19號卷第22-26頁），且台東地院100年度移調字第2號調解筆錄乃被上訴人、闕又敏與上訴人黃淑淩（即利嘉安樂園）於台東地院所成立，墓地使用權乙節記載於調解筆錄第4項。是以，本件被上訴人訴請確認墓地使用權利範圍，自屬對闕振之全體繼承人有合一確定之必要，闕又敏於本院追加為原告（見本院卷第146頁），依上開說明，應予准許。

㈡所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之。本件被上訴人於原審係依民法第227條規定，主張上訴人應負債務不履行責任，請求金錢賠償（原審被告彭坤敬、劉建坤部分，因被上訴人敗訴確定，爰不再贅敘）。嗣被上訴人於本院追加以民法第195條、第227條之1、消費者保護法第51條之規定為金錢賠償之請求權基礎（見本院卷第53頁、第55頁），查被上訴人請求之基礎事實仍屬同一，合於民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款之規定，亦應准許。

二、被上訴人於本院108年3月18日言詞辯論期日，固以言詞對上訴人提起附帶上訴（見本院卷第169頁），惟於同日當庭以言詞撤回附帶上訴，經記明於該日言詞辯論筆錄（見本院卷第169頁反面）。是被上訴人於原審敗訴部分，已經確定，本院審理範圍僅及於上訴人所提上訴部分，合先敘明。

貳、實體方面

一、被上訴人及追加原告主張：

㈠上訴人為同一管理團隊，經營販售墓地事業。吳祖楠為臺東縣○○鄉○○段○○○○○號土地（下稱0000地號土地）之地主

，黃淑淩係利嘉安樂園之負責人，另成立公司型態之利家公司。劉建坤曾於99年3月間以利家公司之名義，向被上訴人寄發存證信函，且依台東地院100年度移調字第2號調解筆錄所示，利家公司之經理彭坤敬為利嘉安樂園之代理人，若利家公司與利嘉安樂園無任何關係，利家公司不可能會參與協調、善後等事宜，足證上訴人確屬同一經營團隊。

㈡被上訴人、追加原告之父闕振早年向訴外人曹朝輝或其所營企業，購買坐落0000地號土地之雙穴墓地使用權，權利範圍如附圖所示⑶⑷（被上訴人於原審主張向上訴人買受），面海且居高臨下。嗣後曹朝輝或其所營企業，將契約權利義務由上訴人所承受。被上訴人之母過世後，大約於74年間葬在附圖所示⑶位置，或有可能跨越至附圖所示⑵之邊緣。闕振於92年6月11日過世，本要埋葬在附圖所示⑷位置，與被上訴人之母之墳墓相鄰，但風水師認為不宜，故遺體先火化放在市公所骨灰罈內。嗣因上訴人將附圖所示⑷前方之低窪地填土後出售他人作墓地使用，附圖所示⑷面海之視野受到阻擋，無法為原本預期之使用，被上訴人即向上訴人提出抗議。當時擔任利嘉安樂園、利家公司之總經理劉建坤向被上訴人表示，願將附圖所示⑴⑵之土地與附圖所示⑷之土地交換，雖說是交換，因為通往附圖所示⑷土地，一定要通過附圖所示⑶被上訴人之母之墳墓，故劉建坤仍同意被上訴人可繼續使用附圖所示⑷土地，以為補償，因此被上訴人可使用之墓地權利範圍如附圖所示⑴⑵⑶⑷，面積合計140平方公尺。另由附圖所示⑴⑵之寬度6.7公尺，附圖所示⑷之寬度6.8公尺，二者極為接近，以及附圖所示⑴邊界有坡崁墩，亦可證明上情不虛。

㈢嗣被上訴人討論後，決定將墳墓整建成西式花園型態，便將被上訴人之母之墳墓弭平，加以改建，然改建完成西式花園型態後，墓地後方之擋土牆發生坍塌，100年3月被上訴人、追加原告對利嘉安樂園提起損害賠償訴訟，台東地院以100年度訴字第19號（下稱前案）受理，被上訴人、追加原告與

利嘉安樂園於100年4月29日達成調解，即台東地院100年度移調字第2號調解筆錄（下稱系爭調解筆錄）。系爭調解筆錄除記載利嘉安樂園應於100年8月31日前修復完成擋土牆以外，調解筆錄第4項亦載明被上訴人、追加原告就0000地號土地，擁有如該調解筆錄附圖所示之墓地使用權，日後被上訴人、追加原告欲將祖墳遷移時，得將墓地使用權利讓與他人。

㈣105年10月被上訴人於墓地使用權範圍內建築家族宗祠，詎上訴人竟以被上訴人越界為由，中斷被上訴人之家族宗祠施工，工程延宕導致材料、人力額外增加成本達40萬元。其次，被上訴人為訴訟往返台美兩地支出交通費10萬8,000元，另投入時間成本費用107萬1,000元。再者，宗祠工程變更費用需15萬元，若原墓地無法使用，遷移至佛光山另需160萬元。此外，前後長達10年期間，被上訴人耗費心力，自得請求精神損害慰撫金200萬元，又上訴人對於墓地欠缺管理，過度開發，導致無通路，阻礙被上訴人於墓地使用權利範圍內修建宗祠，應予懲罰性賠償200萬元。

㈤爰訴請確認被上訴人、追加原告對上訴人利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠就附圖所示⑴⑵⑶⑷土地，面積合計140平方公尺有墓地使用權利存在；並依民法第227條、第227條之1、第195條、消費者保護法第51條之規定，請求上訴人給付被上訴人100萬元。

二、上訴人則以：

㈠利嘉安樂園從事殯葬服務業，提供墓地供埋葬之用，被上訴人疑似曾向利嘉安樂園購買墓地，然因被上訴人從未提出相關契約書，利嘉安樂園相關文書又曾遭竊，無從確認被上訴人之主張是否為真。100年間被上訴人整修墓園導致擋土牆崩塌，被上訴人訴請利嘉安樂園賠償，利嘉安樂園為黃淑淩獨資之小本經營，為息事而與被上訴人成立系爭調解筆錄，並同意免費提供被上訴人父母之骨灰存放至100年4月15日，逾期費用則由雙方另議，惟逾期後利嘉安樂園請求被上訴人

給付存放骨灰費用，被上訴人均置之不理。

㈡被上訴人與利嘉安樂園為系爭調解筆錄之當事人，利家公司、吳祖楠則否，故系爭調解筆錄並不存在於被上訴人與利家公司或吳祖楠之間。利嘉安樂園與利家公司間僅有業務往來關係，屬不同之法人格，無承受或合併之情形。再者，被上訴人稱墓地使用權利係父親闕振所購買，闕振於92年間死亡，利家公司則係94年成立，針對納骨塔而為經營，利家公司顯無可能為墓地使用權契約之相對人，況被上訴人已於前案確認利家公司非契約相對人，今再為相反主張，自屬矛盾。而0000地號土地地主吳祖楠未曾與被上訴人接觸，亦未列名於任何書面契約，更無可能成為墓地使用權契約之當事人。被上訴人以民法第227條、第227條之1、消費者保護法第51條等規定，請求利家公司、吳祖楠負債務不履行之契約責任，惟上開規定以雙方有債之關係為要件。利家公司、吳祖楠與被上訴人間均無債之關係存在，即與該規定之要件未合。

㈢系爭調解筆錄雖謂「聲請人擁有附圖所示墓地之使用權」等語，依系爭調解筆錄附圖所示照片，未經實地測量，無從界定墓地使用權利之範圍。況被上訴人自承在前案調解以前，被上訴人之母之舊墓已經拆除，則系爭調解筆錄以不存在之舊墓照片作為墓地使用權利範圍之依據，足認該調解因缺乏「確定」要素而不生效力。其次，被上訴人就墓地使用範圍之主張先後矛盾，先稱「已與劉建坤確認」，後稱「以擋土牆維修範圍為界」，再稱「以坡崁墩為界」。惟劉建坤於原審審理時供稱當初並無丈量補償予被上訴人使用墓地之範圍及坪數，亦對坡崁墩無印象，不可能以之為界，而舊擋土牆倒塌部分範圍遠超過墓地之範圍，被上訴人之主張均難認為有理由。又劉建坤所謂補償僅係協調過程中讓步，既未講明補償坪數，亦未界定範圍，上訴人自未與被上訴人達成協議，無從以劉建坤之證詞確認墓地之使用範圍。縱有劉建坤所稱協商「再補貼幾坪」之情，亦應以系爭調解筆錄所附照片為限，而非以原審判決所附照片為界。若依系爭調解筆錄所

附照片，墓地使用權利範圍應僅限於被上訴人之母之舊墓所在，被上訴人擅自擴張墓地之使用範圍，實無所據。再者，被上訴人之母之舊墓，因被上訴人自行拆除而滅失，依殯葬管理條例規定，被上訴人不能再重蓋私墓，且被上訴人之母之舊墓若設置於91年之前，依殯葬管理條例第71條第1項、殯葬管理條例施行細則第32條之規定，禁止增加高度及擴大面積，修繕前尚須經主管機關核准，若係設置於91年後，埋葬7年後仍須遷葬火化置於骨灰罈，舉輕以明重，更不可能准予擴建墳墓。故被上訴人建築家族宗祠之行為，顯然違反上開強制規定，修建墳墓既不合法，即無從向上訴人主張遲延修繕所致之損害賠償。

㈣被上訴人請求賠償之金額，既未提出相關憑證或明細，亦無法律依據，顯無所憑。況被上訴人在吳祖楠所有之土地上施工，本應出示權利證明，被上訴人無法出示權利證明而停工，非屬可歸責於上訴人之事由，難認上訴人應對被上訴人負賠償責任等語置辯。

三、原審就被上訴人之請求，為一部勝訴、一部敗訴之判決，即確認被上訴人與上訴人關於系爭調解筆錄所示之墓地使用權利範圍如被上訴人所主張，並判命上訴人應給付被上訴人16萬元，及就金錢給付部分依職權為准、免假執行之宣告。上訴人不服提起上訴，並聲明：①原判決不利上訴人部分廢棄；②被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人則為答辯聲明：上訴駁回。

四、本院之判斷：

本件被上訴人、追加原告之主張如前所述，上訴人則以前詞抗辯。經本院囑託台東地政事務所就0000地號土地實地測量，現場遺留被上訴人之母之舊墓殘存底座，取直線延伸至後方擋土牆與地面交界之範圍，即為附圖所示⑶（面積36平方公尺）；被上訴人主張其父闕振過世後原本欲埋葬、但因風水考量而未埋葬之位置如附圖所示⑷；被上訴人、追加原告主張「名為交換、實則補償」，劉建坤同意渠等亦可使用之

範圍如附圖所示⑴⑵；現場被上訴人雇工興建、尚未完成之家族宗祠所在，則如附圖所示⑵⑶；以上有勘驗筆錄、現場照片、簡圖附卷可參（見本院卷第89-103頁），並有台東地政事務所測繪之附圖在卷足佐，且為兩造所不爭執。是本件爭點厥為：①被上訴人、追加原告請求確認對上訴人就0000地號土地有墓地使用權利存在，有無理由？②前項如有理由，墓地使用權利之範圍為何？③被上訴人請求上訴人給付16萬元（即原審為被上訴人一部勝訴之金額），有無理由？

五、被上訴人、追加原告請求確認對上訴人利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠就0000地號土地有墓地使用權利存在，有無理由？

㈠按民事訴訟法第277條規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。被上訴人、追加原告主張闕振早年向訴外人曹朝輝或其所營企業，購買坐落0000地號土地之雙穴墓地使用權，範圍如附圖所示⑶⑷，嗣後曹朝輝或其所營企業，將契約之權利義務由上訴人承受等情，或被上訴人於原審所主張向上訴人買受前述墓地使用權乙節，均為上訴人所否認，被上訴人、追加原告就其主張係有利於己之事實，揆之上開規定，自應由被上訴人、追加原告負舉證之責。惟被上訴人、追加原告於本件未曾提出買賣契約或相關證據可供佐憑，經本院依職權調閱前案卷宗，被上訴人、追加原告於前案亦未提出任何有關購買墓地使用權之證物。而被上訴人所提99年間劉建坤以「利嘉開發股份有限公司」為寄件人名義所寄之存證信函，觀其內容係回覆被上訴人闕又上於99年3月10日之存證信函，並主張擋土牆崩塌乃被上訴人闕又上進行墓地整修、開挖掏空所致，日後如有災害或損失，須由被上訴人闕又上賠償與負擔刑事責任，並請於3個月內恢復原狀等語（見本院卷第69-70頁），對於被上訴人就0000土地有無墓地使用權利、權利來源、權利範圍等，完全未曾提及，此存證信函尚無從佐證被上訴人前開主張為真正。況且，利家公司係94年6月9日核准設立，有公司基本資料在

卷可考（見原審卷第75頁），74年被上訴人之母之舊墓設置時或92年6月11日闕振過世時，利家公司尚未成立，實無可能出售墓地使用權予闕振，亦無可能承受被上訴人所稱曹朝輝或其所營企業之契約權利義務。再者，吳祖楠並非前案之當事人，利家公司於前案未曾到庭或提出任何書狀，被上訴人於調解成立之前業已撤回對利家公司於前案之起訴，而黃淑淩（即利嘉安樂園）雖與被上訴人、追加原告就前案達成調解，然黃淑淩（即利嘉安樂園）於前案進行中，未曾承認與闕振或被上訴人、追加原告有何墓地買賣關係，是以，從前案之訴訟資料，亦無從佐證被上訴人、追加原告前開主張為實在。綜上，被上訴人、追加原告以墓地買賣契約存在為原因，主張對利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠就0000地號土地有墓地使用權利存在，為不可採。

㈡被上訴人、追加原告另以系爭調解筆錄為據，主張對利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠就0000地號土地有墓地使用權利存在：

1.按調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力；和解成立者，與確定判決有同一之效力；民事訴訟法第416條第1項、第380條第1項定有明文。查系爭調解筆錄之當事人為利嘉安樂園與被上訴人、追加原告，調解筆錄第4項記載：「四、聲請人5人擁有臺東縣○○鄉○○段○○○○○號土地上如附圖所示墓地之使用權，日後聲請五人若欲將祖墳遷移，聲請人5人得將系爭墓地使用權讓與他人」，且調解筆錄附圖之一即為被上訴人之母之舊墓照片，有系爭調解筆錄及該筆錄附圖在卷足考，為兩造所不爭執。揆之前開規定，堪認黃淑淩（即利嘉安樂園）於系爭調解筆錄業已承認被上訴人、追加原告就0000地號土地如系爭調解筆錄附圖所示墓地有使用權存在。黃淑淩（即利嘉安樂園）抗辯系爭調解筆錄不生效力，因調解筆錄作成之前，被上訴人之母之舊墓已經拆除，調解筆錄以不存在之舊墓照片作為墓地使用權利範圍之依據，標的無法「確定」。查被上訴

人自承於前案起訴前數年，渠等兄弟姊妹討論改建西式花園型態之墳墓，而將母親原有之舊墓弭平，故系爭調解筆錄附圖所示之墳墓在100年前案起訴時已不存在等語（見本院卷第127頁反面、第91頁），堪認系爭調解筆錄作成時，該調解筆錄附圖所示之墳墓在100年之前已經弭平不復存在。惟本院於實地測量時，現場尚遺留被上訴人之母之舊墓殘存底座，有照片、簡圖可稽（見本院卷第82 -84頁、第97頁、第100頁、第102頁、第103頁），上訴人亦同意以被上訴人之母之舊墓殘存底座取直線延伸至後方擋土牆與地面交界之範圍，作為認定被上訴人之母舊墓之位置（見本院卷第92頁），地政人員並以上訴人之指界方式，丈量測繪出被上訴人之母舊墓所在如附圖所示⑶。是以，系爭調解筆錄附圖所示之墳墓所在，仍可依憑現場遺留之舊墓殘存底座及其與後方擋土牆、地面交界而予以認定，並無標的無法確定之情事。黃淑淩（即利嘉安樂園）前開辯詞，尚非可採。

2.至於利家公司與吳祖楠，均非系爭調解筆錄之當事人，被上訴人、追加原告主張利家公司、吳祖楠皆應受系爭調解筆錄之拘束，以此訴請確認被上訴人對利家公司、吳祖楠就0000地號土地有墓地使用權利存在，於法要屬無據。被上訴人雖又主張利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）、吳祖楠為同一經營管理團隊，劉建坤曾於99年3月間以利家公司之名義寄發存證信函，系爭調解筆錄中，利家公司之經理彭坤敬擔任利嘉安樂園之代理人，若利家公司與利嘉安樂園無任何關係，利家公司應無可能參與協調善後云云，為上訴人堅詞否認。經查，利家公司為公司型態之法人，利嘉安樂園則係黃淑淩獨資經營之商號，有公司登記資料、經濟部商工登記公示資料存卷可佐（見原審卷第73頁、第75頁），吳祖楠則為自然人，3人於法律上係各自獨立之權利主體。而系爭調解筆錄乃法院文書，是否為該調解筆錄之當事人，僅能以該調解筆錄所載作為認定依據，

系爭調解筆錄既已載明當事人為利嘉安樂園、被上訴人與追加原告，自不能認為未列名其上之利家公司、吳祖楠亦應受系爭調解筆錄所拘束。其次，劉建坤於99年3月以「利嘉開發股份有限公司」為寄件人名義所寄之存證信函，內容係主張被上訴人闕又上進行墓地整修、開挖掏空，導致擋土牆崩塌，損失應由被上訴人闕又上賠償，並限期回復原狀等情，已如前述，未曾提及系爭調解事宜，無從肯認該存證信函與系爭調解事宜有何關聯。再者，利家公司之員工彭坤敬固於系爭調解筆錄中擔任利嘉安樂園之代理人，與被上訴人、追加原告達成系爭調解，然彭坤敬所代理人之本人，並非利家公司或吳祖楠，而係黃淑淩（即利嘉安樂園），此有委任書、報到單可佐（見前案卷第42-1頁、第47頁）。依民法第103條第1項規定：「代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力」，則彭坤敬代理黃淑淩（即利嘉安樂園）所為之系爭調解行為，直接對黃淑淩（即利嘉安樂園）發生效力，不能認為對非本人之利家公司或吳祖楠發生任何效力。又，被上訴人於原審所提彭坤敬、吳恆幸、鍾宜樺任職於利家公司之名片以及「利嘉生命紀念館」之照片，與系爭調解事宜完全無涉，亦無從作為利家公司、吳祖楠應受系爭調解筆錄拘束之認定依據。被上訴人上開抗辯，均無足採。

3.綜上，被上訴人、追加原告主張對黃淑淩（即利嘉安樂園）就0000地號土地如系爭調解筆錄附圖所示墓地有使用權存在，於法有據；被上訴人、追加原告以系爭調解筆錄，主張對利家公司、吳祖楠就0000地號土地有墓地使用權利存在乙節，則無理由。

六、被上訴人、追加原告對黃淑淩（即利嘉安樂園）得主張之墓地使用權範圍為何？

㈠承前所述，被上訴人、追加原告以墓地買賣契約存在為原因之主張並不可採，然系爭調解筆錄與確定判決有同一之效力

，堪認黃淑淩（即利嘉安樂園）承認被上訴人、追加原告就0000地號土地如系爭調解筆錄附圖所示墓地有使用權存在，是被上訴人、追加原告得對黃淑淩（即利嘉安樂園）主張之墓地使用權利範圍，自應以系爭調解筆錄附圖所示墓地範圍為據。

㈡亦同前載，系爭調解筆錄附圖所示之墳墓範圍，依憑現場遺留之舊墓殘存底座及其與後方擋土牆、地面交界，實地測量結果如附圖所示⑶（面積36平方公尺），足認被上訴人、追加原告對黃淑淩（即利嘉安樂園）得主張之墓地使用權範圍即為附圖所示⑶（面積36平方公尺）。

㈢被上訴人雖主張在前案起訴之前，擔任利嘉安樂園、利家公司之總經理劉建坤表示願將附圖所示⑴⑵土地，與附圖所示⑷交換，但仍同意附圖所示⑷繼續供被上訴人使用，作為補償等情，然為上訴人所否認。經查，劉建坤於原審陳稱：我與利家公司、利嘉安樂園沒有老闆跟工人的關係，我只是受吳祖楠的委託管理，也沒有薪水，但是如果有賣墓園地我就是抽成，我在的時候，被上訴人母親的墓園還沒有遷走，所以三角形坡崁墩的部分我沒有印象，從擋土牆崩塌以後到重建照片所示之擋土牆，我都沒有印象，因為我已經離職，我沒有印象被上訴人母親墳墓旁邊有沒有再賣，我當時有答應要給被上訴人補償的話，應該不會很大，應該是畸零地，只有口頭答應，沒有界線，也沒有丈量，我那時想法是他們的墓園15坪已經夠大，想說補貼個幾坪應該就夠了，補貼一些也不會失禮，當時沒有講坪數，且我也準備要離開，當時如果有丈量就不會有這樣情形等語（見原審卷第139-143頁）。依劉建坤於原審所述，其非利家公司、利嘉安樂園或吳祖楠之員工，僅係受吳祖楠之委託管理土地，如有出售墓地使用權時，劉建坤可以從中抽成而已。是以，即令劉建坤對被上訴人有何「補償」、「補貼」之承諾，亦難以認定係經利家公司、黃淑淩（即利嘉安樂園）或吳祖楠之授權所為。其次，劉建坤於原審表示當時並無丈量「補償」被上訴人使用

墓地之範圍及坪數，且對被上訴人主張之坡崁墩亦無印象，堪認劉建坤所稱之「補償」，僅係其與被上訴人協調過程中所為之讓步，況未言明「補償坪數」，亦未界定確切範圍，自無從認定劉建坤所稱之「補償」即為附圖所示⑴⑵⑷之土地。再者，被上訴人自承其等與劉建坤所談「補償」，發生在前案起訴之前，衡情度理，倘若確有被上訴人主張「補償」附圖所示⑴⑵⑷土地乙情，被上訴人、追加原告與黃淑淩（即利嘉安樂園）達成系爭調解筆錄時，該調解筆錄應會將被上訴人之母之舊墓與「補償」範圍，均列入墓地使用權利範圍內。但如前述，參酌系爭調解筆錄第4項及該調解筆錄附圖照片，顯然僅將被上訴人之母之舊墓列為墓地使用權利範圍，足認被上訴人、追加原告所稱「補償」如附圖所示⑴⑵⑷云云，即非可信。

㈣綜上各情，被上訴人、追加原告對黃淑淩（即利嘉安樂園）得主張之墓地使用權範圍，如附圖所示⑶，堪以認定。被上訴人、追加原告逾上開範圍之請求（包括對黃淑淩就附圖所示⑴⑵⑷之請求，以及對利家公司、吳祖楠就附圖所示⑴⑵⑶⑷之請求），洵屬無據，不能准許。

七、被上訴人請求上訴人給付16萬元（即原審為被上訴人一部勝訴之金額），有無理由？

被上訴人以其等在墓地使用權範圍內建築家族宗祠，遭上訴人以越界為由阻撓而停工，主張受有材料、人力額外支出40萬元、往返台美應訴支出交通費10萬8,000元、時間成本107萬1,000元、宗祠工程變更費15萬元、遷移至佛光山費用160萬元、慰撫金200萬元等損害，並主張應予上訴人懲罰性賠償200萬元，依民法第227條、第227條之1、第195條、消費者保護法第51條之規定，請求上訴人給付16萬元，上訴人則以前詞置辯，經查：

㈠民法第227條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得

請求賠償。」，民法第227條之1規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第192條至第195條及第197條之規定，負損害賠償責任。」。觀諸前述法條文義，均係以債務人與債權人間存在債之關係為前提，是被上訴人依前開法條而為主張，自應證明兩造間存在債之關係。本件兩造間並無墓地使用權買賣契約存在，理由詳如前述，被上訴人亦未提出其他證據可資證明兩造間有債之關係存在，則被上訴人援引民法第227條、第227條之1，向上訴人請求金錢賠償16萬元，與法顯然不合。而系爭調解筆錄是否得作為被上訴人向黃淑淩（即利嘉安樂園）請求金錢賠償之依據？系爭調解筆錄第1項至第3項約定：「一、相對人利嘉安樂園應於民國（下同）100年8月31日前，將坐落於第三人吳祖楠所有臺東縣○○鄉○○段○○○○○號土地上如附圖所示之墓地擋土牆修復完成，且系爭擋土牆應具有水土保持功能。二、相對人利嘉安樂園若未於100年8月31日前完成第一項調解內容，經聲請人5人定期間催告，相對人利嘉安樂園於100年10月31日仍未將系爭擋土牆修復完成至具有水土保持功能時，相對人利嘉安樂園願給付聲請人5人新臺幣50萬元。三、若系爭擋土牆日後再有坍塌，相對人利嘉安樂園願無條件負責修復系爭擋土牆，並負擔全部修復費用」，堪認黃淑淩（即利嘉安樂園）對被上訴人、追加原告應賠償50萬元之要件，係未依限完成擋土牆之修復。查被上訴人於民事起訴狀載明：「東院100年訴字第19號雙方於100年5月2日和解，被告針對原告所屬使用墓地的背後之擋土牆作修繕，這部分被告於100年完成…」（見原審卷第11頁），於本院勘驗現場時被上訴人亦自承擋土牆已於前案後修復完成，因建築家祠時遭到阻攔，才會提起本件訴訟（見本院卷第91頁）。準此，黃淑淩（即利嘉安樂園）既已依系爭調解筆錄之約定，於期限內完成擋土牆之修復，被上訴人、追加原告自不能以系爭調解筆錄向黃淑淩（即利嘉安樂園）請求金錢賠償。

㈡民法第195條第1項本文規定：「不法侵害他人之身體、健康

、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」。該條文係有關人格權受到侵害時之損害賠償規定，本件並非被上訴人之人格權受到侵害，被上訴人即無依民法第195條第1項請求上訴人賠償16萬元之適用。

㈢消費者保護法第47條規定：「消費訴訟，得由消費關係發生地之法院管轄」、第51條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額五倍以下之懲罰性賠償金；但因重大過失所致之損害，得請求三倍以下之懲罰性賠償金，因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」，第2條第1款至第3款規定：「本法所用名詞定義如下：一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。三、消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」。觀諸上開法條規定可知，須消費者與企業經營者之間有以消費為目的之交易行為，方有消費者保護法之適用，因消費關係發生之訴訟，始能認屬消費訴訟。同前所述，兩造間並無墓地使用權買賣契約存在，自無從認定有以消費為目的之交易行為發生，被上訴人對此部分亦未另舉證以佐其說，從而，被上訴人援引消費者保護法第51條規定，主張上訴人應負200萬元懲罰性賠償，本件僅請求16萬元云云，與消費者保護法規定之要件不合，無從認為有理。

㈣綜上所述，被上訴人以民法第227條、第227條之1、第195條、消費者保護法第51條之規定，請求上訴人給付16萬元，均為無理由，應予駁回。

八、綜上所述，被上訴人、追加原告本於系爭調解筆錄第4項之約定，確認對黃淑淩（即利嘉安樂園）就附圖所示⑶面積36平方公尺之土地有墓地使用權利，為有理由。逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，及依職權就金錢給付所為准、免假執行

之宣告，均有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院改判如主文第2項所示。至於上開應准許部分，原審判命被上訴人勝訴，核無違誤，上訴人黃淑淩（即利嘉安樂園）就此部分上訴意旨，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及未經援用之證據，經本院審酌後認對判決結果不生影響，爰不一一論列，附此敘明。

十、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　2　　日

民事庭審判長法　官　王紋瑩

法　官　邱志平

法　官　李珮瑜

以上正本係照原本作成。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　2　　日

書記官　林鈺明