臺灣高等法院花蓮分院民事判決

111年度上字第21號

上訴人即附
帶被上訴人　林祖銘
上　訴　人　潘亮語
訴訟代理人　湯文章律師
被上訴人即
附帶上訴人　林家榮即鄒金龍
000000000000000000
訴訟代理人　林政雄律師
　　邱敏律師

上列當事人間請求塗銷不動產所有權移轉登記等事件，上訴人對於中華民國111年3月4日臺灣花蓮地方法院110年訴字第273號第一審判決提起上訴，被上訴人為附帶上訴，本院於民國111年8月11日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

□上訴及附帶上訴均駁回。

□第二審訴訟費用關於上訴部分，由林祖銘、潘亮語負擔，附帶上訴部分，由林家榮負擔。

□原判決主文第3項關於利息起算日更正為民國110年10月16日。

事實及理由

壹、程序事項

□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，民事訴訟法（下稱民訴法）第247條第1項定有明文。而所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言(最高法院42年台上字第1031號民事判決意旨參照)。本件被上訴人即附帶上訴人林家榮（原名鄒金龍，下稱被上訴人）主張：伊與上訴人即附帶被上訴人林祖銘(下稱其名)前因請求不動產所有權移轉登記事件(下稱前案)，經臺灣花蓮地方法院(下稱花蓮地院)判命林祖銘

應於伊給付新臺幣(下同)27萬元之同時，將坐落○○縣○○鄉○○段000地號土地及其上同段000建號建物(門牌號碼○○縣○○鄉○○○街00巷00號，下稱系爭房地）所有權移轉登記予伊，林祖銘上訴後，經本院以110年度上字第20號判決駁回上訴確定(下稱前案確定判決)。詎林祖銘竟與其配偶即上訴人即附帶被上訴人潘亮語(下稱其名，與林祖銘合稱上訴人)基於通謀虛偽意思表示，將系爭房地以贈與為原因過戶予潘亮語。為此，請求確認上訴人間就系爭房地於民國110年7月19日所為之贈與(下稱系爭贈與)及於110年7月28日所為之所有權移轉登記(下稱系爭移轉登記，與系爭贈與合稱系爭法律行為)均無效，然為上訴人否認之。而本件上訴人間系爭法律行為是否無效，影響被上訴人能否依前案確定判決取得系爭房地，故此法律關係存否不明，將致被上訴人在私法上之地位有受侵害之危險，且此不安狀態得以確認判決除去，則本件被上訴人提起確認上訴人間所為系爭法律行為無效之訴，自有確認利益。

□訴之預備合併，有客觀預備合併與主觀預備合併之分；主觀的預備訴之合併，縱其先、備位之訴之訴訟標的容或不同，然二者在訴訟上所據之基礎事實如屬同一，攻擊防禦方法即相互為用，而不致遲滯訴訟程序之進行。苟於備位訴訟之當事人未拒卻而應訴之情形下，既符民訴法所採辯論主義之立法精神，並可避免裁判兩歧，兼收訴訟經濟之效，固非法所禁止。惟關於預備之訴，第一審如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴其訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力（民訴法第448條），是該備位之訴，縱未經第一審裁判，亦應解為隨同先位之訴繫屬於第二審而生移審之效力，即原告先位之訴勝訴，備位之訴未受裁判，經被告合法上訴時，備位之訴即生移審效力。第二審認為先位之訴無理由時，即應就備位之訴（包括主觀、客觀預備之訴）加以裁判(最高法院98年度台上字第1486號民事判決要旨參照)。查，本件被上訴人於原審先位聲明依民法第87條第1項本文、第242條、第113條、第767條第1項規定，及被上訴人與林祖銘

於107年10月19日簽立之協議書(下稱系爭協議書)第2條第5款之約定，請求：1.確認上訴人間就系爭房地所為之系爭法律行為均無效。2.潘亮語應塗銷系爭移轉登記，並回復登記為林祖銘所有。3.林祖銘應給付被上訴人80萬元；備位聲明則依民法第226條第1項及系爭協議書第2條第5款之約定，請求林祖銘給付被上訴人380萬元。原審判命被上訴人先位之訴勝訴，備位之訴雖未受原審裁判，然上訴人既已提起上訴，依前揭說明，被上訴人於原審對於上訴人所提起之備位之訴，亦已生移審之效力。

貳、實體事項

□被上訴人主張略以：

㈠緣伊與林祖銘就系爭房地之所有權移轉登記有系爭協議書之約定，並經前案判決判命林祖銘應於伊給付林祖銘27萬元之同時，將系爭房地所有權移轉登記予伊確定在案。

㈡詎林祖銘於110年7月28日以夫妻贈與為原因，將系爭房地所有權移轉登記至其配偶潘亮語名下，林祖銘之上開行為係於前案二審110年7月6日行言詞辯論終結後、110年7月30日判決宣示前為之，顯係為避免前案對其之不利認定，而與潘亮語通謀虛偽成立贈與契約，斯時潘亮語亦知悉伊與林祖銘間之糾紛尚在訴訟中，2人間並無贈與系爭房地之真意，依民法第87條規定，系爭法律行為均無效。伊為林祖銘之債權人，自得依民法第242條、第767條第1項、第113條，代位林祖銘請求潘亮語塗銷系爭移轉登記。

㈢系爭協議書第2條第5款約定之違約金應屬懲罰性違約金，林祖銘故意違反上開約定，應賠償違約金80萬元予伊，並為先位請求。退步言，若認先位之訴無理由，則林祖銘自陷於不能給付之狀態，顯為可歸責於債務人林祖銘之事由，備位依民法第226條第1項、系爭協議書第2條第5款，請求林祖銘賠償380萬元。

㈣為此，於原審：

1.先位聲明：⑴確認上訴人間所為之系爭法律行為均無效；⑵潘

亮語應塗銷系爭移轉登記，並回復登記為林祖銘所有；⑶林祖銘應給付被上訴人80萬元；⑷願供擔保請准宣告假執行。

2.備位聲明：⑴林祖銘應給付被上訴人380萬元；⑵願供擔保請准宣告假執行。

□被上訴人抗辯略以(下述不得提出之抗辯，不贅)：

㈠被上訴人並未撤銷上訴人間之系爭贈與行為，在被上訴人行使撤銷權前，仍屬合法之贈與。再者，系爭房地贈與潘亮語後，潘亮語業將系爭房地出租予訴外人徐阿嬌，顯見上訴人間確有贈與之真意。

㈡系爭協議書第2條第5款約定，應屬賠償總額預定性之違約金，被上訴人僅得請求賠償總額80萬元，其餘請求為無理由等語置辯。並於原審答辯聲明：被上訴人之訴駁回；如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

□原審就先位之訴判決：㈠確認上訴人間就系爭房地所為之系爭法律行為皆無效；㈡潘亮語應將系爭移轉登記塗銷，回復被上訴人所有；㈢林祖銘應給付被上訴人10萬元，並駁回被上訴人其餘之訴。兩造不服，各為上訴、附帶上訴，林祖銘上訴聲明：原判決不利林祖銘部分廢棄；上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。潘亮語上訴聲明：原判決不利潘亮語部分廢棄；上開廢棄部分廢棄，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴人之上訴駁回。另被上訴人附帶上訴聲明：原判決不利被上訴人部分廢棄；上開廢棄部分，林祖銘應再給付被上訴人70萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止之法定遲延利息。上訴人答辯：附帶上訴駁回。

□兩造不爭執事項（見本院卷第183頁至第187頁、第239頁，並依判決格式修正或刪減文句，或依爭點論述順序整理內容）：

甲、不爭執事項

㈠兩造關係：

1.被繼承人鄒文清(107年12月20日死亡)、林春妹(106年6月13日死亡）為夫妻，被上訴人、林祖銘及訴外人林金蘭為被繼承人

之子女。

2.上訴人為夫妻。

㈡鄒文清於69年11月17日書立代筆遺囑，內容提及系爭房地由林春妹單獨繼承(原審卷第93頁至第94頁)。

㈢嗣因林春妹先行死亡，經鄒文清同意，系爭房地於106年7月14日以「贈與」為原因，移轉登記為林祖銘所有(見下述系爭協議書，原審卷第45頁)。

㈣鄒文清於107年12月20日死亡前，係與上訴人共同居住。

㈤被上訴人與林祖銘於107年10月19日簽訂系爭協議，有如下約定（甲方：林祖銘，乙方：林家榮。原審卷第45頁至第48頁）：

1.第2條第1款：甲方就系爭房地因於106年7月14日由鄒文清同意以「贈與」方式移轉登記為甲方所有，係為確保扶養父親之保障，茲經雙方協議，甲方同意不得移轉與乙方以外之第三人。

2.第2條第2款：甲方於前款106年7月14日為贈與登記時，因已繳交移轉之增值稅，得以節省乙方再行移轉登記時之稅捐負擔，乙方同意於甲方將第2條之房地移轉登記與乙方或其指定之人之時乙方應另行給付甲方27萬元整，以補償甲方。

3.第2條第3款：如乙方支付27萬元予甲方，甲方即應依乙方之書面通知及指示，同意移轉協助配合登記予乙方或其所指定之第三人之過戶程序。

4.第2條第5款：甲方承諾不得將上開房地移轉登記第三人，如有違約定，願賠償80萬元之違約金給予乙方。

5.第3條第1款：乙方為甲方於107年9月30日前長期照顧父親鄒文清的日常生活付出，乙方願意共同分擔甲方扶養父親之辛勞與支出，乙方同意支付100萬元整予甲方。林家榮並已如數給付（原審卷第81頁）。

㈥林家榮與林祖銘之另案訴訟摘要

1.花蓮地院108年度家繼簡字第5號、109年度家繼訴字第14號之分割遺產事件(已確定)(本院卷第97頁至第109頁)：

⑴當事人：林家榮、林祖銘、林金蘭。

⑵判決要旨：林春妹所遺留之○○縣○○市○○段0000000地號土地租賃權、門牌號碼○○縣○○市○○○村00號未保存登記房屋，兩造當事人按其應繼分1/3分割。

2.花蓮地院108年度家訴字第5號請求返還不當得利事件(已確定)(本院卷第111頁至第124頁)：

⑴當事人：林家榮、林祖銘

⑵判決要旨：

①林祖銘主張林家榮對鄒文清未為扶養，由林祖銘代墊，請求返還670,531元不當得利部分：無理由。

②林祖銘主張林家榮就鄒文清喪葬費未為分擔，由林祖銘代墊，請求返還54,710元不當得利：有理由。

3.花蓮地院109年度訴字第125號(本院110年度上字第20號)請求不動產所有權移轉登記事件(即前案，原審卷第19頁至第39頁)：

⑴當事人：林家榮、林祖銘

⑵花蓮地院判決要旨：林祖銘應於林家榮給付27萬元之同時，將系爭房地所有權移轉登記予林家榮。

⑶本院110年度上字第20號案件於110年7月6日言詞辯論終結，於同年月30日宣判，判決駁回林祖銘上訴而確定，惟迄未履行。

⑷林祖銘於前案中未曾提出系爭協議書關於系爭房地部分之約定係屬贈與之抗辯，亦未為撤銷贈與之意思表示。

⑺林祖銘於110年7月28日以夫妻贈與為原因，移轉系爭房地所有權登記予潘亮語，原因發生日期：110年7月19日，權利範圍：全部(原審卷第41頁至第43頁)。

⑻本件林祖銘上訴後抗辯：系爭協議書關於系爭房地部分為贈與性質，並於111年4月22日以民事上訴理由狀為撤銷將系爭房地贈與被上訴人之意思表示（本院卷第56頁）。

⑼林祖銘所得財產情形：109年度申報所得總額為18萬3,824元、財產3筆（○○縣○○鄉○○段000號地號土地1筆、同段00號建號農舍1棟、車牌號碼000-0000號汽車1輛）（原審卷第95頁至第102頁）。

㈩被上訴人於102年起即協助林春妹與徐阿嬌就系爭房屋簽訂「房屋租賃契約書」，租金為每月4,500元，均匯入林春妹之郵局帳戶(帳號：0000000-0000000號)，最後一次匯款時間為106年5月26日。

□潘亮語於110年8月1日與徐阿嬌就系爭房屋簽訂「房屋租賃契約書」，租賃期限為110年8月1日起至113年7月31日止，租金為每個月4,500元（原審卷第67頁至第77頁）。

□被上訴人於提起本案訴訟前，未就本案聲明向上訴人為請求之表示。

□兩造同意系爭房地於本案起訴時之價格為300萬元，並同意逕以此作為給付不能損害賠償金額之計算基準，不再請求鑑定。

□系爭房地於上開不爭執事項㈦移轉登記予潘亮語時，潘亮語知悉被上訴人與林祖銘就系爭房地有訴訟關係(本院卷第239頁)。

□兩造對於卷附證據之形式上真正均不爭執。

乙、兩造爭執之事項：

㈠林祖銘於前案訴訟，始終未為撤銷系爭房地贈與林家榮之意思表示，是否應受前案既判力遮斷效、失權效、排除效之拘束，而於本案中不得再提出此攻防方法？

㈡承上，若林祖銘得於本案提出，則系爭協議書第2條關於系爭房地部分之約定，是否為贈與性質？

㈢先位之訴：

1.上訴人間就系爭房地所為之系爭法律行為，是否有民法第87條第1項本文通謀虛偽意思表示之無效原因？

2.系爭協議書第2條第5款之違約金約定，其性質係屬賠償總額預定或懲罰性之違約金？

3.被上訴人得請求之違約金數額為何？

㈣備位之訴：

1.系爭協議書第2條第5款之違約金約定，其性質係屬賠償總額預定或懲罰性之違約金？

2.被上訴人依民法第226條第1項請求林祖銘給付不能損害賠償30

0萬元及依系爭協議書第2條第5款請求80萬元違約金，有無理由？

3.被上訴人得請求之金額為何？

□本院之判斷

㈠林祖銘上訴後，於本院提出系爭協議第2條約定為附負擔贈與及為撤銷贈與意思表示之抗辯，已為前案既判力所遮斷，不得於本案提出。

1.按民訴法第400條第1項所稱既判力之客觀範圍，除及於後訴訟之訴訟標的與前訴訟之訴訟標的同一者，其為相反而矛盾，或前訴訟之訴訟標的係後訴訟請求之先決法律關係者，亦均及之；又不僅關於其言詞辯論終結前所提出之攻擊防禦方法有之，即其當時得提出而未提出之攻擊防禦方法亦有之。是為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束（既判力之「遮斷效」、「失權效」或「排除效」），不得以該確定判決言詞辯論終結前所提出、或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之認定。訴訟標的之權利或法律關係具有得撤銷、解除或終止之事由者，與法律行為之無效，同屬附著於訴訟標的權利或法律關係本身之瑕疵，在事實審言詞辯論終結前，就撤銷、解除或終止權等形成權之行使如無法律上之障礙，則因判決之確定，該等瑕疵即被滌清，其後即不得主張其行使權利之效果，而對經確定之權利或法律關係加以爭執(最高法院104年度台上字第2116號民事判決意旨參照)。

2.林祖銘上訴後，於本院抗辯：系爭房地價值300萬元，系爭協議第2條約定被上訴人只需負擔27萬元增值稅即可取得，性質為附有27萬元贈與稅負擔之「贈與」。既尚未過戶，依民法第408條第1項，伊以111年4月22日上訴理由狀，撤銷該贈與後，本件被上訴人即無確認利益等語。然為被上訴人否認，並主張：伊於前案係依系爭協議第2條請求林祖銘將系爭房地移轉

登記予伊名下，前案訴訟標的法律關係即為上開約定。林祖銘於前案訴訟過程始終未為撤銷系爭房地贈與之意思表示，前案確定判決既已就系爭協議第2條法律關係為實質審理並判斷，林祖銘即應受前案既判力之拘束，於本案不得再為上開主張等語。謹按：

⑴被上訴人於前案係依系爭協議第2條請求林祖銘將系爭房地移轉登記於其名下，經前案第一審判決判命「林祖銘應於被上訴人給付27萬元之同時，將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人」，林祖銘上訴後，前案確定判決駁回其上訴，理由並認定：系爭協議第2條第3款約定屬雙務契約，林祖銘為同時履行之抗辯有理等旨，有前案確定判決可參(原審卷第27頁至第36頁)，可知系爭協議第2條為前案訴訟標的法律關係，既經前案確定判決予以裁判，則被上訴人以前案確定判決結果為基礎，作為本案攻防方法，林祖銘即應受前案確定判決既判力之拘束。故與前案訴訟標的權利或法律關係即「系爭協議第2條」有關，在前案事實審言詞辯論終結前所得提出之攻擊防禦方法，依前揭說明，均為前案確定判決既判力所遮斷。

⑵系爭協議第2條約定性質是否為附負擔贈與，乃林祖銘於前案事實審言詞辯論終結前得提出之抗辯，則林祖銘就系爭協議第2條約定性質所得主張或行使權利之法律效果，即因前案確定判決既判力所遮斷。嗣被上訴人提起本件訴訟，雖與前案確定判決之訴訟標的不同，惟就該確定判決所認定系爭協議第2條第3款為雙務契約之性質，林祖銘不得為不同之主張，法院亦不得為相反之認定。林祖銘於前案訴訟未曾抗辯系爭協議第2條為附負擔贈與及為撤銷贈與之意思表示(見不爭執事項㈥3.⑷)，故就已為前案確定判決既判力所遮斷之系爭協議第2條約定為附負擔贈與，及其行使撤銷贈與之法律效果，於本件訴訟即不得再為主張。

⑶又林祖銘對前案確定判決並未提起再審之訴，是其泛言前案確定判決有違背法令情事應無拘束力云云，亦非可取。

3.基上，林祖銘於本院始提出系爭協議第2條為附負擔贈與，並

為撤銷贈與意思表示之抗辯，違反既判力遮斷效，於本案不得准予提出。

㈡林祖銘與潘亮語間就系爭房地所為之系爭贈與及系爭移轉登記行為，俱屬通謀虛偽意思表示而無效。

被上訴人主張：前案確定判決係110年7月6日言詞辯論終結後，同年月30日宣判，因林祖銘未上訴而確定，故林祖銘負有移轉系爭房地所有予伊之義務。詎林祖銘於將受宣判之際，與潘亮語通謀虛偽成立系爭贈與契約並完成系爭移轉登記，係為規避將來強制執行，故其等所為系爭法律行為均無效等語。上訴人則抗辯：系爭房地乃父親鄒文清屬意贈與潘亮語，僅暫時過戶至林祖銘名下。系爭房地過戶潘亮語後，潘亮語即以自己名義出租徐阿嬌，租金均匯入潘亮語帳戶，伊等間確有贈與系爭房地之真意等語。

1.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，民法第87條第1項前段定有明文。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27年渝上字第2622號、48年台上字第29號民事判決參照）。而是否通謀虛偽意思表示常存在於表意人與相對人間，難為第三人所知悉，致有舉證之困難，法院自非不得依第三人所主張且經證明之間接事實，在符合經驗法則及論理法則下為自由心證之判斷，非以直接證明為必要（最高法院105年度台上字第432號、102年度台上字第505號民事判決參照）。

2.經查：

⑴依系爭房地謄本所載，林祖銘係於110年7月28日以夫妻贈與為原因，移轉系爭房地所有權登記予潘亮語(原因發生日期：110年7月19日)，過戶時，潘亮語也知悉被上訴人與林祖銘就系爭房地有爭訟。而前案第一審判命「林祖銘應於被上訴人給付27萬元之同時，將系爭房地所有權移轉登記予被上訴人」，林祖銘上訴後，前案確定判決係110年7月6日言詞辯論終結，同年月30日宣判，均為兩造所不爭執(見不爭執事項㈥3.⑶、㈦、□)；再就被上訴人主張前案係因林祖銘未提起第三審上訴而

確定乙節，林祖銘迄言詞辯終結前亦未爭執。因之，以上事實，足堪認定。

⑵林祖銘於原審自陳：我當初想說跟被上訴人是兄弟，不用走到訴訟，如果他付27萬元及1/3喪葬費，系爭房地就給被上訴人，但被上訴人將喪葬費拿走，父親的喪葬費都是我出的，所以我才不要將系爭房地給被上訴人等語(原審卷第81頁)。

⑶基上，審酌：

①前案第一審之判決結果不利林祖銘，林祖銘提起上訴，於前案確定判決言詞辯論終結後，已不得再提出證據資料之情形下，趕於宣判前將系爭房地贈與並完成過戶登記予潘亮語，復未見上訴人提出有何急需贈與過戶之事證，是從時間密接性及急切性來看，已非尋常。

②另觀之被上訴人與林祖銘歷來之他案訴訟事件(見不爭執事項㈥)，足知其等對於扶養父母、雙親死後喪葬費、遺產分配等事宜，紛爭不斷，兄弟之情，難認和睦。再從前案確定判決宣判後，林祖銘未再提起上訴之舉，及其自承因被上訴人未付喪葬費，不願將系爭房地給被上訴人之心態，在在可徵林祖銘將系爭房地贈與並過戶予潘亮語，係為脫免前案確定判決之執行，以洩內心久積不平之事實，清楚明白。

③潘亮語為林祖銘之配偶，關係至為親密，也曾於另案出庭為有利林祖銘之證述，有花蓮地院108年度家訴字5號民事判決可參(本院卷第119頁)，於辦理系爭移轉登記時，亦知被上訴人與林祖銘就系爭房地正在爭訟，於欠缺必要性之情形下，仍急於就系爭房地與林祖銘成立系爭贈與契約並完成過戶，顯係與林祖銘沆瀣一氣，故其等所為系爭法律行為，應為脫免前案確定判決之執行，而無贈與、移轉登記之真意，核屬通謀虛偽意思表示，至為明灼。

⑷上訴人雖抗辯：因潘亮語悉心照顧父親鄒文清，故父親生前屬意將系爭房地贈與潘亮語等語，然為被上訴人所否認，上訴人未提出任何證據以實其說，難信為真。況鄒文清係107年12月20日死亡(見不爭執事項㈣)，倘有意將系爭房地贈與潘亮語，

何以於96年11月17日之代筆遺囑，隻字未提，此觀代筆遺囑內容自明(原審卷第93頁至第94頁)；事隔約10年後，鄒文清於106年7月14日又將之贈與過戶予林祖銘(見不爭執事項㈤1.)；是從鄒文清在世時之舉止表現，全然未見有贈與潘亮語之意，則上訴人泛以此為辯，並非可採。

⑸依林祖銘財產查詢清單、所得資料清單、土地、建物登記謄本（原審卷第95頁至第102頁），林祖銘名下另有其他房地、車輛，甚有多筆存款、股票等資產，如林祖銘基於夫妻之情或其他原因有意將其財產贈與潘亮語，為何要刻意挑選有爭議的系爭房地，且刻意選在前案判決前辦理過戶？又依林祖銘於原審110年11月17日準備程序所陳：「我過戶給我太太是『遵照』我父親的遺願，我父親的晚年都是我太太在照顧」；「我父親在『生前就承諾』要把房子給我太太」（原審卷第81頁），查林祖銘父親鄒文清係於107年12月20日死亡（本院卷第162頁第5行），如林祖銘係為盡孝道『遵照』父親遺願，履行父親承諾，為何要拖至110年7月之後（本院卷第164頁，即2年多之後），及前案言辯終結後宣判前，才突然想到要完成父親的遺願？可見，上訴人2人上開主張，尚難遽加採信。

⑹上訴人抗辯：系爭房地過戶潘亮語後，即出租徐阿嬌，由潘亮語收租，可見有贈與真意等語。惟上訴人為夫妻，長期同財共居，情感及經濟相互依存至深，配偶管理他方名下財產，亦屬常見，租賃契約之成立，也不以出租人為不動產所有人為必要；參之被上訴人與林祖銘多年來爭訟不休，心結難解，上訴人既有脫免前案確定判決執行的明顯動機，即難排除租賃契約及匯款紀錄係其等預為日後爭訟所需而安排，且該等資料內容之控制與提出，對上訴人而言亦是輕而易舉，證據證明力甚為薄弱。因此，尚難以潘亮語與徐阿嬌有租賃關係，即得反推上訴人間就系爭房地所為系爭法律行為係屬真意，故上訴人以此為辯，亦非可採。

3.綜上，林祖銘與潘亮語間就系爭房地所為系爭法律行為，屬通謀虛偽意思表示而無效，是被上訴人訴請確認系爭法律行為無

效，即屬有據。

㈢上訴人得請求潘亮語塗銷系爭移轉登記，回復為林祖銘原有登記。

1.民法第767條第1項中段規定：所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。同法第113條規定：無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀之責任。又債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，為民法第242條前段所明定。此項代位權行使範圍，按同法第243條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，提起訴訟，亦得為之。

2.本件被上訴人依系爭協議第2條及前案確定判決得請求林祖銘移轉登記系爭房地，然林祖銘迄未履行，為兩造所是認(見不爭執事項㈥3.⑵⑶)，故被上訴人為林祖銘之債權人，應屬明悉，被上訴人自得依民法第242條代位債務人林祖銘為本案塗銷登記之請求。

3.上訴人間所為系爭移轉登記行為屬通謀虛偽而無效，應為其等於行為時所得知悉，系爭房地即屬林祖銘所有，則該房地事後存有不實之登記，對林祖銘之所有權自有妨害，林祖銘本得依民法第767條第1項中段、第113條規定，請求潘亮語予以塗銷，以回復原有狀態。惟林祖銘顯怠於行使此項塗銷登記請求權，致被上訴人之債權有不能受完全滿足清償之虞。則被上訴人為保全系爭債權，自得依上開規定，代位林祖銘請求潘亮語塗銷系爭移轉登記。

4.又系爭移轉登記塗銷後，其法律效果即當然回復為原有登記之狀態，被上訴人並無聲明於移轉登記塗銷後，回復為林祖銘所有之必要。然被上訴人該部分聲明，僅屬塗銷登記後法律效果之贅載，非足影響判決之結論。原判決贅為諭知，於結果無影響，爰不另為廢棄、駁回之諭知，併予敘明。

㈣被上訴人得依系爭協議第2條第5款，請求林祖銘給付違約金10萬元。

1.當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金；違約

金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額，民法第250條第1項、第2項前段定有明文。而違約金有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，依民法第250條第2項前段規定，懲罰性違約金以當事人有特別訂定者始足當之(最高法院80年度台上字第229號、106年度台上字第97號民事判決意旨參照)。查：

⑴系爭協議第2條第5款約定：甲方(林祖銘)承諾不得將上開房地移轉登記第三人，如有違約定，願賠償80萬元之違約金給予乙方(被上訴人)(見不爭執事項㈤4.)。本件林祖銘擅將系爭房地以贈與為原因，過戶予潘亮語之舉，已違反約定，應屬明悉，則被上訴人依上開約定請求給付違約金，應屬有據。

⑵被上訴人雖主張系爭協議第2條第5款係屬懲罰性違約金之約定等，然為林祖銘所否認。析之上開約定內容，並無懲罰性違約金之含意，依民法第250條第2項前段規定，應視為因債務不履行而生損害之賠償總額，故被上訴人之主張，並非可採。

2.約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。而違約金是否過高，法院應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能如期履行時，債權人可得享受之利益，以為酌定之標準。本件被上訴人依系爭協議第2條第5款原得向林祖銘請求之違約金為80萬元。惟衡酌上訴人間就系爭房地所為系爭移轉登記行為因屬通謀虛偽意思表示而無效，潘亮語應予塗銷，如前說明，潘亮語塗銷登記後，系爭房地即回復登記為林祖銘所有，被上訴人便得依前案確定判決聲請強制執行，雖因林祖銘違約有所延遲，受有相關勞費支出及延遲期間不能管理使用收益處分系爭房地之損害，然債權可期獲得滿足。職是，被上訴人得請求之違約賠償應酌減為10萬元，逾此部分之請求，即屬無據。

□給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的

者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，民法第229條第2項、第233條第1項前段及第203條分別定有明文。又民訴法第138條第2項明定寄存送達自寄存之日起，經10日發生效力。至應受送達人如於寄存送達發生效力前領取寄存文書者，應以實際領取之時為送達之時，乃屬當然（立法理由參照）。本件被上訴人請求林祖銘給付100,000元違約金債權，無確定期限，而被上訴人之民事起訴狀於110年10月14日寄存於花蓮縣警察局吉安分局南華派出所，林祖銘於同年月15日前往領取（見本院卷第259頁），即生送達效力。是被上訴人就上開准許金額一併請求林祖銘給付自民事起訴狀繕本送達翌日即110年10月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息，亦屬有據，應予准許。

□按預備訴之合併係以當事人先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件；先位之訴無理由，為備位之訴之停止條件（最高法院92年度台上字第1445號民事判決意旨參照）。本院既認上訴人先位之訴為有理由，依上說明，備位之訴之解除條件即已成就，自毋庸再就備位之訴為論斷之必要，附此敘明。

□綜上所述，上訴人先位請求確認上訴人間就系爭房地所為系爭法律行為屬通謀虛偽意思表示而無效，並依民法第242條、第767條第1項中段、第113條規定，代位林祖銘請求潘亮語塗銷系爭移轉登記，及依系爭協議第2條第5款約定，請求林祖銘給付10萬元違約金，及自民事起訴狀繕本送達翌日即110年10月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。兩造各就其敗訴部分上訴、附帶上訴，指摘原判決不當，求予廢棄改判，俱無理由，應予駁回。末以原判決主文第3項關於利息起算日誤載為110年10月24日，容有未洽，爰由本院更正如主文第3項所示。

□本件事證已臻明確，至於未論述之爭點；兩造其餘之攻擊或防禦方法；未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響

本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

□據上論結，本件上訴及附帶上訴均為無理由，因此判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　31　　日

民事庭審判長法　官　林信旭

法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

以上正本係照原本作成。

一、林家榮不得上訴。

二、林祖銘、潘亮語得上訴。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（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。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　31　　日

書記官　廖子絜

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。