臺灣高等法院花蓮分院民事判決

112年度上字第39號

上　訴　人　林國慈

訴訟代理人　吳順龍律師

被上訴人　　廖秉宏

上列當事人間請求解除契約等事件，上訴人對於中華民國112年7月31日臺灣花蓮地方法院111年度訴字第17號第一審判決提起上訴，本院於112年11月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回：㈠上訴人下開第二項先位之訴部分，及該部分假執行之聲請；㈡上訴人備位之訴部分，及該部分假執行之聲請；㈢訴訟費用之裁判，均廢棄。

二、被上訴人應給付上訴人新臺幣貳佰貳拾萬元，及自民國一一二年八月四日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、其餘上訴駁回。

四、第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之六十五，餘由上訴人負擔。

五、本判決命被上訴人給付部分，於上訴人以新臺幣柒拾肆萬元為上訴人預供擔保後得假執行。被上訴人如以新臺幣貳佰貳拾萬元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面

按當事人於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之。又被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加，且為第二審程序所準用。民事訴訟法(下稱民訴法)第446條第1項、第255條第1項本文、第2項定有明文。查，本件上訴人之聲明及請求權基礎迭有變更，於本院最後確認如下：先位之訴：依不真正利益第三人契約、消費借貸法律關係，聲明：被上訴人應給付上訴人新臺幣(下同)336萬元，及自民國112年7月4日民事準備㈣狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。備位之訴：類推適用

民法第686條第1項、第694條、第697條第1、2、4項、第699條規定，聲明：㈠被上訴人應偕同上訴人辦理清算共同合購之花蓮縣○○鄉○○段00000地號土地(下稱系爭地)及其上同段000建號建物(門牌號碼：花蓮縣○○鄉○○街00號，下稱系爭房屋，與系爭地下稱系爭房地)之合資或共同出資關係財產。㈡被上訴人應給付上訴人336萬元，及自112年4月17日民事準備㈢狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。被上訴人對之無異議，而為本案之言詞辯論，應視為同意。

貳、實體方面

一、上訴人主張：兩造原為夫妻，於100年2月21日協議○○，所生2名未成年子女之權利義務由被上訴人行使負擔。被上訴人於100年間購買系爭房地時，向伊借款336萬元支付頭期款及裝潢，兩造為保障子女生活並約定：系爭房地先登記於被上訴人名下，待子女成年後，即應移轉登記為2名子女所有(下稱系爭約定)。詎被上訴人於子女成年後，拒絕辦理移轉登記且欲將系爭房地出售第三人，違反系爭約定。為此，㈠先位之訴：依不真正利益第三人契約及消費借貸關係，㈡備位之訴：類推適用民法第686條第1項、第694條、第697條第1、2、4項、第699條規定，各如前述之聲明。並陳明就金錢給付部分，願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：伊購買系爭房地時，曾向上訴人借款220萬元，180萬元作為頭期款，剩餘40萬元伊已返還上訴人。伊沒有向上訴人借款116萬元裝潢系爭房屋，上訴人亦未交付116萬元給伊。伊係向上訴人借錢買房，非合資關係，亦未為系爭約定等語置辯。答辯聲明：上訴人之訴駁回。

三、原審駁回上訴人先位及備位之訴，上訴人不服，全部提起上訴，並聲明：原判決廢棄，請判准如其前開聲明。被上訴人答辯：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項(本院卷第67頁至第68頁)：

㈠兩造於91年1月2日登記○○，○○育有兩名子女林廖○○(00

年0月生）、林廖○○（00年0月生），嗣於100年2月21日○○，由被上訴人行使負擔未成年子女之權利義務。

㈡系爭房地，相關資訊如下：

1.100年9月5日以買賣為原因登記為被上訴人所有。

2.100年9月5日設定最高限額抵押權336萬元予訴外人有限責任花蓮第二信用合作社。

3.101年11月28日設定最高限額抵押權240萬元予上訴人，被上訴人為義務人及債務人，並同時為下列預告登記：「未辦妥所有權移轉登記予請求權人前，不得移轉設定予他人」、「預告登記請求權人：林國慈」。

㈢上訴人自100年7月15日起至同年9月30日止，陸續自其所有之華南商業銀行帳戶（帳號：000000000000號）提領超過116萬元之現金。

㈣被上訴人登記為系爭房地所有人前，曾收受上訴人所交付支票2紙（票面金額各為100萬元、120萬元、付款人分別為：臺灣省合作金庫花蓮支庫、合作金庫銀行花蓮分行、發票日分別為：100年8月15日、100年8月22日、支票號碼分別為：0000000000、000000000，下合稱系爭支票），均已兌現，上訴人給付系爭支票之目的是供被上訴人購買系爭房地，被上訴人亦以其中至少180萬元支付系爭房地頭期款。

㈤被上訴人前以上訴人盜用其印鑑設定上開不爭執事項㈡3之抵押權及預告登記，請求上訴人均予塗銷，經臺灣花蓮地方法院以105年度訴字第354號判決被上訴人之訴駁回確定（下稱前案）。

㈥兩造對於卷附證據之形式上真正均不爭執。

五、本院之判斷

㈠上訴人主張伊於100年間借款336萬元與被上訴人，被上訴人以系爭房地設定抵押權及預告登記為擔保，兩造間並有系爭約定。詎被上訴人於子女成年後，未依約將系爭房地所有權移轉登記與子女，且欲將之出售他人，復於前案以伊盜用印章為由，訴請塗銷上開抵押權及預告登記，兩造已無信賴基礎。經

依消費借貸法律關係催告還款，被上訴人迄未清償等語，並提出系爭房地登記謄本、被上訴人及子女之戶籍謄本、前案判決及引用前案提出之上訴人華南銀行帳戶交易明細為據(原審卷第37頁至第49頁、第137頁、第143頁至第146頁，前案卷第56頁至第58頁)。然為被上訴人否認，辯以：兩造間無系爭約定。伊購買系爭房地時有向上訴人借款220萬元，上訴人交付系爭支票，伊兌現後，其中180萬元繳付系爭房地頭期款，40萬元已還給上訴人；伊沒有向上訴人借款116萬元裝潢系爭房屋等語。經查：

1.上訴人所提之系爭房地登記謄本，僅可證明被上訴人於101年11月28日設定最高限額抵押權240萬元予上訴人之事實，而同日所為之預告登記內容(見不爭執事項㈡3)，非但全然未提及系爭約定，且預告登記請求權人係上訴人，而非兩造子女；則上開抵押權設定及預告登記之客觀事實，與系爭約定是否存在之關聯性薄弱，無從佐證上訴人所為兩造間有系爭約定存在之主張為真；上訴人雖主張系爭約定之性質為不真正利益第三人契約，然系爭約定既不存在，兩造間亦難認有不真正利益第三人契約關係存在；是關於上訴人主張之金錢給付法律關係，其性質應屬消費借貸。

2.上訴人主張：伊交付系爭支票220萬元及現金116萬元(下稱系爭116萬元)與被上訴人，合計借款被上訴人336萬元，兩造間有消費借貸法律關係等語，被上訴人就其有收受系爭支票、兩造間有220萬元消費借貸關係存在之事實已為自認，基於辯論主義，法院應逕認其自認之事實為真，以之為裁判之基礎。被上訴人雖抗辯其嗣已返還40萬與上訴人等語，惟就此權利消滅要件，未為舉證，經本院曉諭後，仍稱：此部分沒有證據等語(本院卷第65、117頁)，是其上開清償抗辯，自非可採。

3.至上訴人主張尚借款系爭116萬元與被上訴人裝潢系爭房屋，並提出上訴人華南銀行帳戶交易明細為據。惟上開帳戶於100年7月15日至同年9月30日，雖呈現多次提領現金合計逾116萬元之交易紀錄(見不爭執事項㈢)，然提領存款之原因實屬多

端，故此一客觀事實，實無法證明提領原因、流向、有無交付被上訴人、兩造間有無消費借貸合意等事實。參之被上訴人以系爭房地於101年11月28日設定最高限額抵押權與上訴人時(見不爭執事項㈡3)，距上訴人主張之系爭116萬元借款時間，相隔已逾1年之久，若上訴人確有借與被上訴人系爭116萬元，衡情應會併同被上訴人自認之220萬元借款設定抵押權；然觀之上開抵押權設定擔保債權總金額僅240萬元，與被上訴人自認之220萬元借貸債權較為相符，益徵系爭116萬元借款債權是否存在，容非無疑，上訴人此部分所為舉證不足，主張難認可採。

4.基上，上訴人先位依消費借貸法律關係，請求被上訴人給付220萬元，為有理由，逾此部分，則屬無據。

㈡按訴之客觀預備合併，有先位、備位不同之聲明，當事人就此數項請求定有順序，法院審理應受此先備位順序之拘束。先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件。必先位之訴「全部」無理由時，法院始得就備位之訴為裁判（最高法院111年度台上字第705號民事判決要旨參照)。進言之，相互排斥不能併存預備訴之合併，法院應依原告所列聲明及訴訟標的順序，依次審判之，必先位之訴「全部」無理由，始得就備位之訴為審判(最高法院110年度台上字第3184號民事判決參照)。上訴人備位主張若認系爭約定之性質非不真正利益第三人契約或消費借貸，兩造間就系爭房地應為共同出資關係，經類推適用民法合夥規定，伊聲明退夥後，請求被上訴人協同清算，並返還伊336萬元出資款等語。則上訴人係以相同約定內容，自行定性契約所為先、備位之訴，性質迥異，無法併存，參照前說明，上訴人先位之訴一部既有理由，自不能再就備位之訴為裁判，併此敘明。

六給付無確定期限者，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。而借用人應於約定期限內，返還與

借用物種類、品質、數量相同之物，未定返還期限者，借用人得隨時返還，貸與人亦得定1個月以上之相當期限，催告返還。又遲延之債務，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478條、第203條分別定有明文。查上訴人請求被上訴人返還借款，屬無確定期限之給付，依前揭民法第229條第2項、第478條規定，上訴人應自受催告之翌日加計30日起負遲延責任。又上訴人係以112年7月4日民事準備㈣狀，依消費借貸法律關係催告被上訴人返還借款，於同日送達被上訴人，有該書狀及其上被上訴人收文章戳文可參(原審卷第255頁至第259頁)，揆諸前揭說明，上訴人法定遲延利息之請求，應112年8月4日起算。

七、綜上所述，上訴人本於消費借貸法律關係，先位請求被上訴人給付220萬元，及自112年8月4日起至清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回。原審就上訴人先位請求之上開應准許部分，判決上訴人敗訴，自有未合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為有理由，爰予廢棄，並改判如主文第2項所示，及依聲請酌定相當擔保准予假執行之宣告；並依民訴法第392條第2項規定，依職權宣告被上訴人就此部分預供如主文第5項所示之擔保金額後，得免為假執行。至上開先位請求不應准許部分，原審判決上訴人敗訴，並駁回其假執行之聲請，所持理由雖與本院不同，然結果並無二致，應予維持，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，此部分上訴應予駁回。又上訴人對原審以先位聲明所為上開請求之上訴既一部有理由，依前揭說明，即毋庸再就備位之訴為實質審認，自應將原判決備位部分併予廢棄，且不另為准駁之諭知(最高法院106年度台上字第1898號民事判決參照)。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為不足以影響本判決之結果，自無逐

一詳予論駁之必要，併此敘明。

九據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　12　　日

民事第一庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　鍾志雄

法　官　廖曉萍

以上正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，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　　112　　年　　12　　月　　14　　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。