最高法院民事判決

108年度台上字第1475號

上　訴　人　李文益
　　林秀芬
共　　同
訴訟代理人　何永福律師
被上訴人　鄭志堯
　　呂淑惠
共　　同
訴訟代理人　黃國鐘律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償等事件，上訴人對於中華民國106年6月27日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（104 年度重上字第38號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人就備位之訴之上訴及追加之訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

本件上訴人主張：被上訴人邀伊出資合購總價新臺幣（下同）1200萬元之○○市○○街○○號房地（下稱嘉北街房地）及總價 300萬元之○○市○○路○○號9樓之2房地（下稱南京路房地），伊先後於民國99年4月12日、同月13日，交付600萬元、150 萬元予被上訴人後，被上訴人遲未辦理嘉北街房地過戶，卻挪用嘉北街房地購屋資金320 萬元，購買南京路房地後過戶予上訴人林秀芬及伊子李燿宇各2分之1。嗣伊於101年間查知嘉北街房地早於95年9月間即登記被上訴人鄭志堯所有，且被上訴人收受伊款項後，竟於99年5 月11日以上開房地貸款，分向永豐商業銀行股份有限公司（下稱永豐銀行）設定最高限額抵押權1200萬元（借款人鄭志堯、抵押物嘉北街房地）、國泰人壽保險股份有限公司（下稱國泰人壽）設定最高限額抵押權450 萬元（借款人呂淑惠、抵押物南京路房地），掏空房地價值，被上訴人向伊詐騙600萬元、150

萬元。嗣被上訴人復誆稱若要辦理嘉北街房地過戶，必須補足600萬元，伊不疑有他，以向台灣土地銀行股份有限公司借貸330萬元及被上訴人資金50萬元，交付呂淑惠收受，惟迄未將嘉北街房地過戶予上訴人，再次詐騙330 萬元。伊遭詐騙合計1080萬元，經被上訴人陸續過戶○○市○○路○○○○○號房地（下稱忠孝路房地）、○○路00號0樓之0房地（下稱中興路房地），依序以 380萬元、100萬元抵充；代繳保費43萬元、代購機車7萬元，支付伊裝潢等款35萬元、100年9月15日還款15萬元，被上訴人尚應連帶給付伊500 萬元。倘已罹於侵權行為時效，被上訴人亦應返還其所受利益。被上訴人移轉忠孝路房地所有權予林秀芬，係信託讓與擔保伊同意塗銷嘉北街房地380 萬元抵押權設定，被上訴人已逾兩造100年7月19日協議之3 年還款期限，應遷讓返還忠孝路房屋，俾伊變賣受償。縱非詐騙，被上訴人邀約伊各自出資2分之1，共同購買嘉北街房地、南京路房地，自99年4 月12日起陸續投資，100年7月19日由鄭志堯代表被上訴人、林秀芬代表上訴人簽立協議書（下稱協議書），就兩造合夥投資餘額清算，以上訴人出資1080萬元扣除南京路房地320萬元、中興路房地100萬元、伊裝潢費等35萬元、代繳伊保費43萬元、代購機車7萬元、前開3間房地過戶及代書費10萬元，被上訴人應退還伊565 萬元。嗣兩造未再增生其他合夥投資事務或費用，並於103年7月間合意終止合夥關係，自仍應以100年7月19日結算金額為準。另忠孝路房地，係供伊同意塗銷嘉北街房地380 萬元抵押權設定之抵充物，協議書後段隱含流抵約定，該抵押物抵償380 萬元，伊即為該屋所有人；被上訴人於100年9月15日還15萬元；協議書約定被上訴人每年應給付利息10萬元，迄今3 年共30萬元；總計被上訴人尚應連帶返還200萬元（即565萬元-380萬元-15萬元+30萬元），及將忠孝路房屋遷讓返還予伊等情。爰先位依侵權行為、不當得利（為二審追加）、讓與擔保、所有物返還請求權，求為命被上訴人應連帶給付伊500 萬元及自101年9月27日起加計法定遲延利息，暨被上訴人應騰空，遷讓忠孝路房屋予林秀芬。備位依合夥、合資契約（為二審追加）、系爭協議書、流抵、所有物返還請求權，

求為命被上訴人應連帶給付伊200萬元及自103年8月1日起加計法定遲延利息，暨被上訴人應騰空、遷讓忠孝路房屋予林秀芬之判決（未繫屬本院部分，不予贅述）。

被上訴人則以：雙方合作投資即協議由上訴人支付現金，呂淑惠以向銀行所得貸款支付，並未詐騙上訴人。上訴人以自有不動產貸款600 萬元交付被上訴人，即商議合資購買○○縣太保市○○路○○○ 號（下稱麻太路房地）、中興路房地，與麻太路房地所貸330 萬元，雙方均暫作餘額計算，並未結算。伊將忠孝路房地登記為林秀芬所有係供600 萬元之抵押，仍係有權占有忠孝路房屋。系爭協議書僅為草稿，無契約效力，亦否認兩造依系爭協議書已先行清算合夥投資餘額伊應退還565 萬元。協議書縱有流抵約定，其選擇權仍屬鄭志堯；且流抵契約非合法等語，資為抗辯。原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴，無非以：揆之林秀芬就嘉北街房地於99年6月2日設定380 萬元抵押權，迄同年7月7日塗銷，林秀芬自承兩造約定以忠孝路房地抵充該抵押債權；參以上訴人同意被上訴人以購買嘉北街房地資金中320 萬元，取得南京路房地並登記為林秀芬及其子李燿宇共有；佐諸上訴人主張係先後於99年4月12日及同年月9月間交付嘉北街房地合資款600萬元及330萬元，於100年7月19日兩造簽訂協議書等情；難認上訴人於設定嘉北街房地抵押權，或交付330 萬元投資款時，不知嘉北街房地前於95年9 月間已登記鄭志堯名下，或鄭志堯於99年5月13日以該房地向永豐銀行借款600 餘萬元。上訴人主張被上訴人邀約出資合購嘉北街房地，詐騙其930 萬元，不足採。況上訴人主張兩造於100年7月19日簽立系爭協議書，協議分配投資餘額及忠孝路房地產權，迄103年9月16日始提起本件訴訟，已罹2 年侵權行為時效。又被上訴人履行兩造投資協議，於99年5 月26日將南京路房地過戶予林秀芬及其子，難認上訴人不知呂淑惠於同年月11日將該房地設定最高限額抵押權450 萬元予國泰人壽，而該抵押債務迄102 年11月13日僅餘63萬3183元，非上訴人所述南京路房地殘值為零，參以上訴人先位主張遭詐騙1080萬元，扣除其所稱包括保費、機車、裝璜費等之抵充及已

還款項，暨南京路房地320萬元，僅有180萬元差額，自與上訴人主張被上訴人以投資購買嘉北街房地、南京路房地對其施詐未合。上訴人既未能證明被上訴人對其詐騙，惟其亦主張被上訴人邀約出資合購，被上訴人取得上訴人投資款，要非無法律上原因，自不符不當得利規定要件。另無論依上訴人主張兩造間係以 380萬元抵充價金而買賣忠孝路房地，或兩造間就該房地存有信託讓與擔保，上訴人均不得對被上訴人主張無權占有忠孝路房屋。上訴人主張鄭志堯未於催告期間表示回贖忠孝路房地，其依系爭協議書主張被上訴人無權占有，亦屬無據。上訴人自不得請求被上訴人返還遷讓之。其次，兩造間之合夥關係已於103年7月間終止，為兩造所不爭。兩造前於100年7月19日簽立之協議書，僅係合夥關係之中間清算，參以上訴人就系爭協議書所載565 萬元，復自行片面計算損益為200 萬元本息之請求，足認兩造合作關係於103年7月間終止後，未經清算完畢，上訴人自不得請求返還其主張之合夥出資或分配利益。又依上訴人之主張、系爭協議書所載，及上訴人103年7月29日存證信函內容，足認兩造間之債權債務尚未釐清，鄭志堯於3 年後，有權向上訴人主張移轉忠孝路房地，並非因而喪失所有權，系爭協議書並非流抵約定，上訴人依流抵契約、協議書或民法第767 條，請求被上訴人騰空、遷讓忠孝路房屋，並不可取。另除麻太路房地上訴人主張為其獨資，被上訴人爭執係借名登記林秀芬外，其餘嘉北街房地、南京路房地、忠孝路房地、中興路房地等皆係兩造合資所購，為兩造所不爭。鄭志堯否認其為合資之當事人，其於原審證稱：原證9 係草稿，當天上訴人來，林秀芬唸伊寫，伊太太看到認為內容不妥，後來又重寫一張原證12，當初並沒有同意等語，足認系爭協議書未經他人確認。呂淑惠與李文益均於原審證述係呂淑惠與上訴人合資大致相符，系爭協議書復未經呂淑惠簽名，兩造就系爭協議書是否意思表示合致，即非無疑；系爭協議書亦非兩造全部合資之結算，上訴人未舉證兩造合資關係終止後經結算完畢，自不得請求返還出資或分配利益，亦不得遽系爭協議書主張被上訴人無權占有忠孝路房地。從而，上訴人先位依侵權行為、不當得利、讓與

擔保、所有物返還請求權，求為命被上訴人連帶給付500萬元本息、騰空遷讓忠孝路房屋，備位依合夥、合資、系爭協議書、流抵、所有物返還請求權，求為命被上訴人連帶給付200萬元本息及騰空遷讓忠孝路房屋，均無理由等詞，為其判斷之基礎。

關於廢棄發回部分（即上訴人請求被上訴人連帶給付200萬元本息及騰空遷讓忠孝路房屋備位之訴部分）：

按證據之證明力，固應由審理事實之法院依自由心證認定之，惟不得違反論理法則及證據法則，否則即屬違背法令。又合資契約係雙方共同出資完成一定目的之契約；而合夥乃二人以上互約出資以經營共同事業之契約，二者均係契約當事人共同出資，雙方就出資及獲利比例均按約定定之，差異僅在合夥以經營共同事業為特點，則就性質不相牴觸部分，非不得類推適用民法合夥之相關規定，以定合資人間之權義歸屬。而「合夥解散後，其清算由合夥人全體或由其所選任之清算人為之。前項清算人之選任，以合夥人全體之過半數決之」、「合夥財產，應先清償合夥之債務。其債務未至清償期，或在訴訟中者，應將其清償所必需之數額，由合夥財產中劃出保留之。依前項清償債務，或劃出必需之數額後，其賸餘財產應返還各合夥人金錢或其他財產權之出資。為清償債務及返還合夥人之出資，應於必要限度內，將合夥財產變為金錢」、「合夥財產，於清償合夥債務及返還各合夥人出資後，尚有賸餘者，按各合夥人應受分配利益之成數分配之」。民法第694條、第697條第1、2、4項、第699條分別定有明文。準此，合夥解散後應行清算，以全體合夥人過半數決選任清算人，清算應依清償債務、返還出資及分配利益依序為之，有必要時，得將合夥財產變為金錢。是倘合夥人無法依法定程序選任清算人，對於各自提出之帳目或合夥財產處理方式（如是否出售合夥財產等）亦多有爭執，各執己見，無法進行清算；則部分合夥人為完成清算，分配合夥財產，提出清算相關帳目，請求法院裁判結算，並依結算結果請求給付，尚非法所不許，合資契約亦得類推適用。呂淑惠與上訴人就嘉北街房地、南京路房地、忠孝路房地、中興路房地有合資關係；於合資前嘉北街房地原登記於鄭志堯名下

，於合資後以該房地向永豐銀行借款設定抵押權，該合資（合夥）契約並於103 年間合意終止，為原審認定事實。果爾，佐諸上訴人於原審主張：呂淑惠夫妻一起向伊等拿取嘉北街房地投資款600 萬元等語（見原審卷三第28頁），似未見被上訴人爭執，被上訴人並抗辯：雙方合作即協議由上訴人支付現金，呂淑惠向銀行貸款支付等語（見一審卷第57頁）；及鄭志堯於原審陳稱：伊於100年7 月19日書寫雙方合作不動產之原證9草稿，並簽名於原證12之協議書；上訴人說要退出投資，要伊先寫內容等語（見原審卷一第447至450頁、一審卷第29、52頁），則鄭志堯是否非與呂淑惠同為本件合資關係之當事人，洵非無疑？又上訴人提出原證9、12係由鄭志堯親筆之100年7 月19日協議草稿、正稿，其中正稿並由林秀芬、鄭志堯簽名其上，分別載有「○○街00號林秀芬投資餘額565萬元正，…」、「3年後嘉義市○○路326-2 若房屋轉為鄭志堯或指定人名下，則鄭志堯須歸還全部餘額」；經與被上訴人並未爭執之上訴人於原審主張臺灣嘉義地方法院檢察署102 年度交查字第323號案件中，鄭志堯稱：「（提示告證9，這上面是誰的字？）是我的字，當初寫這份是初稿」、「（問：所以全部餘額是565 萬是不是？）我太太（即呂淑惠）是這樣跟告訴人（即上訴人）談，我依照他們談話的意思寫的。我太太跟告訴人說等三年以後對帳再多退少補。」、「我印象中這份契約書退還款項方式是二擇一，看是每年給10萬利息或退20萬元本金，…」、呂淑惠稱：「（問：剛剛告證9 上面講退還款方式是每年退30萬元，是不是？）不是，是二選一」等語（見原審卷二第115、117頁），互核以觀；參以呂淑惠101年9月17日律師函記載：「林小姐（指林秀芬）在100.7.19曾有退夥之提議，本人亦同意考慮，經約定於三年後，…」、呂淑惠101 年10月12日檢附原證12之存證信函記載：「本人已依上揭契約（指原證12）於100 年12月12日匯入15萬元，作為退還款項之方式（一年半），…」、被上訴人書狀記載：「000000000 雙方簽訂合夥清算方式之契約」等語（見一審卷第96頁、第94至95頁、第77頁），倘鄭志堯亦為本件合資當事人，前述100年7月19日協議草稿、正稿之內容，

是否非兩造已達成意思表示合致之結算，亦滋疑義。此攸關本件合資契約當事人範圍，及渠等是否於合意終止前已進行結算及其結算之內容，自待探求釐清。上訴人於事實審主張兩造合資購買不動產，並經兩造於100年7月19日進行清算等語，似非全然無稽。乃原審未詳加探求，徒以鄭志堯、呂淑惠於原審所為證述，遽謂鄭志堯非本件合資當事人，且兩造就原證9 、12所載結算及其結果未達成意思表示合致，自嫌疏略。其次，上訴人於原審主張兩造間之合資，於100年7月19日以原證9 、12進行會算，鄭志堯同意返還投資餘額565 萬元，嗣兩造未再增生其他合夥投資事務或費用，並於103年7月間合意終止合夥關係，自仍應以100年7月19日結算金額為準，經扣除伊取得忠孝路房地所有權代價380 萬元、被上訴人返還15萬元，並加計每年10萬元利息計30萬元（見原審卷二第169、135頁、卷一第313 頁），請求法院依該結算結果命被上訴人給付及遷讓忠孝路房地。被上訴人承認林秀芬、呂淑惠間有合資關係，惟否認曾經結算，並抗辯本件合資，經其計算係林秀芬尚欠呂淑惠10萬元，且林秀芬需將忠孝路房地過戶予呂淑惠等語，並提出其計算式（見一審卷第92頁、原審卷二第338、293頁）。而兩造各為夫妻，倘亦為本件合資契約之全體當事人，對於各自提出之帳目或合資財產處理方式亦多有爭執，各執己見，無法進行清算，揆諸前開說明，法院應依其請求，命兩造就清算帳目及清算方法攻防舉證，而為清算結果之判斷。乃原審見未及此，就上訴人上開主張恁置未論，徒以兩造尚未踐行清算程序，就上訴人備位之訴逕為其不利之判決，未免速斷。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

關於駁回上訴部分（即上訴人請求被上訴人連帶給付500 萬元本息及騰空遷讓忠孝路房屋先位之訴部分）：

原判決就上訴人先位之訴部分，維持第一審所為其敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴，經核於法並無違誤。上訴人上訴論旨，猶就原審取捨證據、認定事實之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決此部分為不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟

法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　21　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　劉　靜　嫻

法官　林　恩　山

法官　高　金　枝

法官　黃　麟　倫

法官　李　媛　媛

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　28　　日