臺灣高等法院花蓮分院民事判決

106年度家上字第5號

上　訴　人　乙○○

訴訟代理人　吳明益律師

　　林其鴻律師

被上訴人　　甲○○

訴訟代理人　陳鈺林律師

上列當事人間請求離婚等事件，上訴人對於中華民國106年3月14日臺灣花蓮地方法院104年度婚字第87號第一審判決提起上訴，本院於民國107年4月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款定有明文。所謂擴張或減縮應受判決事項之聲明，係指聲明之擴張或減縮，在形式上雖有訴之變更或追加之外觀，但在實質上均在為訴訟標的法律關係之範圍以內，祇在該範圍內為數量上或實質上之伸縮而已，並不影響被告之防禦或訴訟之終結（最高法院105年度臺抗字第275號裁定意旨參照）。是於第二審程序仍許原告任意為之，無須他造之同意（最高法院86年度臺抗字第576號裁定意旨參照）。從而原告最初求為判決命被告履行全部債額後，乃求命被告履行其債額之一部，則為數額上減縮應受判決事項之聲明。換言之，當事人、訴訟標的及訴之聲明為訴之三要素，其一有變更、追加情形，即屬訴之變更、追加。「擴張或減縮應受判決事項之聲明」，係專就訴之聲明「範圍」而言，並不及於當事人或訴訟標的，故依前開條款許為訴之變更者，僅聲明之「範圍」，並不包括當事

人或訴訟標的之變更（最高法院87年度臺抗字第285號裁定意旨參照）。

二、經查：被上訴人甲○○（下稱被上訴人）於原審起訴時就依民法第1056條第2項請求之非財產上損害賠償部分，係聲明：上訴人乙○○（下稱上訴人）應給付被上訴人新臺幣（下同）200萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。原審判決就此部分判決上訴人應給付被上訴人30萬元，及自民國104年7月10日（即起訴狀繕本送達翌日）起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。被上訴人就原審判決駁回部分，並未提起上訴。且就此部分遲延利息減縮為請求自判決確定之翌日起至清償日止計算（見本院卷第90頁），核屬「減縮應受判決事項之聲明」，揆諸首揭規定，應屬合法。

貳、實體部分

一、被上訴人主張：

（一）就民法第1056條第2項非財產上損害賠償部分：

兩造於00年0月00日結婚，育有一女，惟已亡故。被上訴人於000年0月間因兩造所生之女過世，心情沮喪，加以被上訴人身體狀況欠佳，居住在○○縣○○市○○街0巷0號療養身心，而未與上訴人共同居住，惟上訴人未能體恤被上訴人，竟趁被上訴人在外調養之際，與○○（00000000000000，○○籍，下稱其中文姓名○○）合意性交並產下一女，非但無悔意，反以傳宗接代為由合理化其通姦行為，被上訴人打擊甚深，精神上受有極大之痛苦，爰依民法第1056條之規定，請求精神慰撫金200萬元，及自判決確定之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。

（二）夫妻剩餘財產差額分配部分：

1、被上訴人之剩餘財產：6,092,692元。

(1)被上訴人婚後積極財產：如附表一編號1所示股票及有價證券市值6,092,692元。

(2)被上訴人婚後消極財產：0元。

2、上訴人之剩餘財產：13,639,550元。

(1)婚後積極財產：

①如附表三編號1所示不動產市值：10,948,000元。

②如附表三編號2所示股票及有價證券市值：29,000元。

③如附表三編號3○○○○有限公司（下稱○○公司）資產淨值：3,913,814元。

④如附表三編號4○○○○○○店商號價值：1,000,000元。

(2)上訴人婚後消極財產：如附表四編號1所示債務：2,251,264元。被上訴人依民法第1030條之1第1項規定，得請求上訴人給付剩餘財產之分配額為3,773,429元。

（三）答辯聲明：

1、上訴駁回。

2、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、上訴人則以：

（一）就民法第1056條第2項非財產上損害賠償部分：上訴人無後為大，與○○通姦產女。被上訴人就○○部分已向原法院請求精神慰撫金200萬元，然此事實原法院已以104年度訴字第361號判決上訴人應給付被上訴人50萬元，兩者為同一事實，係重複起訴，縱被上訴人請求有理由，惟按司法院82年7月23日（82）廳民一字第13700號研究意見之旨，法院為判決時應審酌前已受有損害賠償判決之情。上訴人為單傳，原育有一女，惟已過世，為日後傳承香火，乃於不得已之情形下，與○○育有未成年子女，上訴人與○○間並無感情，應不至於傷害兩造情感。況兩造已於102年9月分居，雙方感情不睦，形同陌路，兩造財產亦早已各自管理，互不干涉，殊難想像被上訴人因離婚有何損害，且被上訴人之經濟狀況優於上訴人，故被上訴人仍為30萬元請求，為無理由。

（二）夫妻剩餘財產差額分配部分：

1、被上訴人之剩餘財產：20,092,692元。

(1)被上訴人婚後積極財產：

①如附表一編號1所示股票及有價證券市值6,092,692元。
②如附表一編號2所示不動產：14,000,000元。
(2)被上訴人婚後消極財產：0元。
2、上訴人之剩餘財產：7,375,736元。
(1)婚後積極財產：
①如附表三編號1所示不動產市值：10,948,000元。
②如附表三編號2所示股票及有價證券市值：29,000元。
③如附表三編號4○○○○○○店商號價值：250,000元。
(2)上訴人婚後消極財產：
①如附表四編號1所示債務：2,251,264元。
②如附表四編號2所示債務：1,600,000元。
（三）並上訴聲明：
1、原判決主文第二項及第三項部分廢棄。
2、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。
3、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。
三、原審為被上訴人一部勝訴，一部敗訴之判決，即判命：
（一）准被上訴人與上訴人離婚。（二）上訴人應給付30萬元及自104年7月10日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。（三）上訴人應給付被上訴人3,773,429元及自104年7月10日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。（四）被上訴人其餘之訴駁回。（五）訴訟費用由上訴人負擔五分之四，餘由被上訴人負擔。（六）判決第二項部分，於被上訴人以10萬元供擔保後，得假執行；但上訴人以30萬元為原告預供擔保後，得免為假執行。（七）判決第三項部分，於被上訴人以150萬元供擔保後，得假執行；但上訴人以3,773,429元為被上訴人預供擔保後，得免為假執行。（八）被上訴人其餘假執行之聲請駁回。
四、本院審理範圍：
（一）本件被上訴人並未上訴或附帶上訴，並就依民法第1056條第2項請求之非財產上損害賠償遲延利息減縮為自判決確

定之翌日起至清償日止計算。

（二）上訴人則僅就原判決主文第二項及第三項，提起上訴，請求廢棄改判。

（三）從而本院審理範圍即為依民法第1056條第2項請求之非財產上損害賠償30萬元及自判決確定之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，及夫妻剩餘財產分配3,773,000元及自104年7月10日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。其餘部分業已確定，非本院審理範圍。

五、兩造不爭執事項（經本院於107年3月14日與兩造整理協商確認，見本院卷第119頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）兩造已經判決離婚。

（二）上訴人通姦之原因事實兩造無爭執。

（三）就夫妻剩餘財產分配部分：

1、附表一被上訴人婚後積極財產，關於編號1股票及有價證券市值6,092,692元應列入計算不爭執；關於編號3對於丙○○、丁○○412萬元債權不列入計算不爭執。

2、附表二被上訴人婚後消極財產均不列入計算不爭執。

3、附表三上訴人婚後積極財產，關於編號1不動產市值10,000,000元應列入計算不爭執；關於編號2股票及有價證券市值29,000元應列入計算不爭執。

4、附表四上訴人婚後消極財產，關於編號1債務2,251,264元應列入計算不爭執；關於編號3對被上訴人債務1,580,000元不列入計算不爭執。

六、本件爭執事項（經本院於107年3月14日與兩造整理協商確認，見本院卷第119頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）原判決關於民法第1056條第2項非財產上損害賠償部分之金額是否過高。

（二）就夫妻剩餘財產分配部分：

1、如附表一編號2不動產，是否應列入被上訴人婚後積極財產。

2、如附表三編號3○○公司之價值，是否應列入上訴人婚後

積極財產。

3、原判決關於附表三編號4○○○○○○店之商號價值之認定是否過高。

4、如附表四編號2對訴外人辛○○之債務1,600,000元，是否應列入上訴人婚後消極財產。

七、得心證之理由：

（一）就民法第1056條第2項非財產上損害賠償部分：

1、民法第1056條第2項法律見解分析：

(1)法律規定：「夫妻之一方，因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償。」、「前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者為限。」民法第1056條第1項、第2項定有明文。

(2)以判決離婚為限：按民法第1056條所載之損害賠償，第1057條所載贍養費，均以判決離婚為其請求權發生之原因（最高法院39年台上10第920號判例意旨參照）。從而民法第1056條第2項之規定，以判決離婚者為限，始有其適用。訴訟上之和解協議離婚者，不適用該條規定，不得依該條規定請求非財產上損害（71年3月13日司法院第一期司法業務研究研討意見參照）。「兩造於訴訟上互為讓步而成立離婚之和解與判決離婚之情形有所不同，上訴人於當時既未提出賠償及給付贍養費之條件，參照最高法院二十八年上字第四八七號判例意旨，自不得依民法第一千零五十六條，第一千零五十七條之規，請求被上訴人為給付。」（最高法院70年度臺上字第2068號判決意旨參照）。

(3)以受害人無過失為限：夫妻之一方，因判決離婚而受有非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限，為民法第1056條第2項、第1項所明定。易言之，夫妻因判決離婚得請求非財產上之損害者，限於夫妻無過失之一方，始得為之（最高法院105年度臺上字第131號判決意旨肯認此見解）。

(4)不限於生活困頓：

無過失配偶因判決離婚，而依民法第1056條第2項規定，向有過失之他方請求賠償非財產上之損害，並無如同法第1057條規定，請求贍養費以陷於生活困難者為限，則被上訴人縱有工作及薪資收入，並無礙於依上開規定請求上訴人賠償其因判決離婚之非財產上損害之權利行使（最高法院96年度臺上字63號判決意旨參照）。

(5)舉證責任分配：

「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，固為民事訴訟法第二百七十七條所明定，惟舉證責任之分配，亦應顧及當事人間之公平原則；夫妻之一方因判決離婚而受有非財產上之損害者，受害人依民法第一千零五十六條第二項規定，向有過失之他方請求賠償相當之金額時，應證明他方有過失之事實，此時若再課受害人就其無過失之事實，亦應負舉證責任時，對受害人而言，未免苛求，且與舉證責任分配之原則有違，應認由對造當事人就受害人有過失之積極事實，負舉證責任，始符公平。」（司法院79年10月29日（79）廳民一字第914號函意旨參照）。

(6)數額之計算標準：

「判決離婚之原因如果由夫構成，則夫應就其妻所受損害予以賠償，或並給與贍養費，至其給與額數，則應斟酌其妻之身分、年齡及自營生計之能力與生活程度，並其夫之財力如何而定。」（最高法院19年上第36號判例意旨參照）。

(7)與依民法第195條第1項損害賠償請求權不同：

「按因配偶與人通姦而受精神上損害，訴請判決離婚，合併依民法第一百九十五條第一項及第一千零五十六條第二項之規定，請求通姦之配偶賠償其非財產上之損害者，此二損害賠償請求權之性質、構成要件、所生損害之內容及賠償範圍均不相同。前者屬於因侵權行為所生之損害，於

婚姻關係存續中即可請求賠償，不因判決離婚而被吸收於後者因離婚所受損害之中。故二者請求權雖基於同一通姦之事實，但仍難謂有請求權競合之情形，應得分別請求通姦之配偶賠償損害。上訴人於婚姻關係存續中與人通姦，原審准許被上訴人分別依民法第一千零五十六條規定及第一百九十五條第一項規定為請求，判命上訴人各給付被上訴人非財產上損害三十萬元本息，經核於法洵無違誤。上訴論旨，指摘此部分原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。」（最高法院103年度臺上字第2253號判決意旨參照）。

(8)法定遲延利息之起算日：

「按民法第一千零五十六條所載之損害賠償，係以判決離婚為其請求權發生之原因，在判決離婚確定前，是項請求權既尚未發生，受害人自不得請求依法定利率計算之遲延利息。被上訴人依上開規定請求上訴人賠償非財產上之損害四十八萬元並加給法定遲延利息，關於加給法定遲延利息部分，依上說明，僅得請求自離婚判決確定之翌日起算。乃原審竟維持第一審所為命上訴人給付自起訴狀繕本送達翌日即八十八年十一月六日起至清償日止按年息百分之五計算之遲延利息之判決，其中關於駁回上訴人對於第一審命其給付自八十八年十一月六日起至本判決離婚部分確定日止之利息之上訴部分，自有未洽。」（最高法院91年度臺上字第2554號判決意旨參照）。「按民法第一千零五十六條第二項所載之損害賠償，以判決離婚為其請求權發生之原因（參見本院三十九年台上字第二九〇號判例）。本件原審認定○○○依該條項規定，請求○○○賠償非財產上之損害二百萬元，為有理由，但關於法定遲延利息之請求部分，竟溯自離婚判決確定前之九十七年七月二十二日起算，依上說明，自屬違誤。」（最高法院99年度臺上字第2340號判決意旨參照）。

(9)實例認為：

「兩造離婚，係可歸責於上訴人，被上訴人並無過失，依兩造婚齡四年有餘，育有二名未成年子女及兩造身分地位、職業等一切情事，被上訴人依民法第一千零五十六條第二項規定，請求上訴人給付非財產上損害三十萬元為適當等情，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。」（最高法院106年度臺上字第1034號判決意旨參照）。

2、經查：

(1)本件被上訴人於原審請求判決離婚，經原審判決准兩造離婚，兩造均未上訴而確定，為兩造所不爭執，從而符合判決離婚之要件。

(2)而原審係因被上訴人於104年1月6日向戶政機關申請上訴人戶籍謄本，發現上訴人認領未成年人○○○為其女，該未成年人之母為○○，上訴人亦對上揭與○○合意性交生女之事實自認，上訴人並因涉犯通姦罪，經原法院以104年度花簡字第272號刑事簡易判決判處有期徒刑3月，如易科罰金，以1千元折算1日確定，而認被上訴人依民法第1052條第1項第2款訴請判決兩造離婚，為有理由，而准兩造離婚。從而兩造經判決離婚，係因上訴人之通姦行為所致，就該事由，被上訴人無何過失，上訴人則係有過失之一方，被上訴人自得請求上訴人賠償非財產上之損害。

(3)被上訴人雖另依民法第195條第1項、第3項侵權行為損害賠償法律關係，請求上訴人應給付被上訴人200萬元，經原法院以104年度訴字第361號判決上訴人應給付被上訴人50萬元及法定遲延利息，經上訴人提起上訴，復經本院以105年度上易字第32號判決駁回上訴確定，惟民法第195條第1項損害賠償請求權與同法第1056條第2項因判決離婚之

非財產上損害賠償請求權之性質、構成要件、所生損害之內容及賠償範圍均不相同，已如前述，並非同一事件，被上訴人自得提起本件因判決離婚之非財產上損害賠償之訴。

(4)就數額部分：

經審酌兩造於00年0月00日結婚，兩造婚姻約存續26年；兩造育有一女，惟已於000年00月00日因病過世；上訴人為00年0月00日生，以經營○○○○○○店為生，被上訴人為00年0月00日生，原本與上訴人共同經營○○○○○○店，兩造之女過世後，始未共同經營，亦無其他工作；兩造婚後財產則如附表一至四所示；上訴人自承被上訴人所主張曾於兩造之女尚在世期間，約於101年7月間，即讓另一外籍勞工「○○」子宮外孕（見原審卷第143頁背面、第144頁），已不尊重婚姻，使兩造婚姻關係發生障礙；而兩造之女過世後，兩造本應互相扶持，上訴人確再以「無後為大」為由，另與外籍勞工「○○」通姦（見原審卷第122頁），且生下一女，更嚴重違反忠誠義務，以致被上訴人臨老仍必須與上訴人對簿公堂，訴請離婚，從而被上訴人顯因判決離婚，精神上痛苦，而受有非財產上的損害。原審判決審酌兩造之資力、社會地位，並參酌原法院業已判決上訴人應賠償被上訴人50萬元，已稍補被上訴人精神上損害賠償，認除前開50萬元，上訴人應賠償被上訴人因判決離婚所受非財產上損害30萬元，尚稱允當。上訴人雖辯稱兩造於法院判決離婚時，其間之感情早已不睦，缺乏積極維繫婚姻之態度，夫妻情份已瀕臨破滅，被上訴人應無受其所稱之痛苦程度，且已獲得50萬元之損害賠償，原審仍判決上訴人應賠償30萬元，當有過高之情形云云。惟原審判決業已審酌另案判決50萬元之結果與數額，已如前述，且婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要

條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，數次為通姦行為，破壞共同生活之圓滿安全及幸福，導致婚姻關係破裂，被上訴人因此訴請判決離婚，而入難堪之境，且在訴訟過程中，上訴人反以傳宗接代，欲合理化其通姦行為，亦加深被上訴人之痛苦，則無論兩造間先前關係是否疏離，感情是否融洽，被上訴人仍因判決離婚乙事，使其家庭徹底破碎，受有非財產上之損害，上訴人前開上訴理由，自不足取。又被上訴人就此部分法定遲延利息之起算，業已減縮自判決確定之翌日起算，於法亦無不合，自應准許。

（二）就夫妻剩餘財產分配部分：

1、本件夫妻財產制之認定：

按夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就本法所定之約定財產制中，選擇其一，為其夫妻財產制；夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制，為其夫妻財產制。民法第1004條、第1005條分別定有明文。本件兩造於00年0月00日結婚，婚後並未以契約訂立夫妻財產制，為兩造所不爭執，自應以法定財產制為其等之夫妻財產制。

2、剩餘財產分配請求權制度法律見解分析：

(1)剩餘財產分配請求權：

①法律規定：

按「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。」民法第1030條之1第1項前段定有明文。

②立法意旨：

依74年6月3日立法理由係謂「聯合財產關係消滅時，以夫妻雙方剩餘財產之差額，平均分配，方為公平，亦所以貫徹男女平等之原則。例如夫在外工作，或經營企業，妻在家操持家務、教養子女，備極辛勞，使夫得無內顧之憂，

專心發展事業，其因此所增加之財產，不能不歸功於妻子之協力，則其剩餘財產，除因繼承或其他無償取得者外，妻自應有平均分配之權利，反之夫妻易地而處，亦然。爰增設本條第一項之規定。」該項明定聯合財產關係消滅時，夫或妻之剩餘財產差額分配請求權，乃立法者就夫或妻對家務、教養子女及婚姻共同生活貢獻所為之法律上評價（司法院大法官會議釋字第620號解釋文意旨參照）。其規範意旨在於貫徹男女平等原則，以保護婚姻中經濟弱勢之一方，使其對婚姻之協力、貢獻得以彰顯，並於法定財產制關係消滅時，使弱勢一方具有最低限度之保障（最高法院104年度臺上字第1303號判決意旨參照）。詳言之，「我國民法夫妻財產制除另有契約約定外，係採法定財產制（即原聯合財產制），夫或妻各自所有其婚前或婚後之財產，並各自管理、使用、收益及處分（民法第一千零十七條第一項前段、第一千零十八條規定參照）。惟夫或妻婚後收益之盈餘（淨益），實乃雙方共同創造之結果，法定財產制關係消滅時，應使他方得就該盈餘或淨益予以分配，始符公平。為求衡平保障夫妻雙方就婚後財產盈餘之分配，及貫徹男女平等原則，民法親屬編於七十四年六月三日修正時，參考德國民法有關夫妻法定財產制即，『淨益共同制』之『淨益平衡債權』規範，增設第一千零三十條之一，規定法定財產制（原聯合財產制）關係消滅時，夫或妻得就雙方剩餘婚後財產之差額請求分配。」（最高法院105年度臺上字第1750號判決意旨參照）。反之，夫妻易地而處亦然，俾免一方於婚姻關係消滅時立於不平等之財產地位，是夫妻就其剩餘財產係以平均分配為原則（最高法院105年度臺上字第2290號判決意旨參照）。

③性質上為債權：

「上開權利之性質，乃金錢數額之債權請求權(參照司法院釋字第620號解釋理由書)，並非存在於具體財產標的上

之權利，自不得就特定標的物為主張及行使。」（最高法院106年度臺上字第1382號判決意旨參照）。是以，除經夫妻雙方成立代物清償合意（參見民法第319條規定），約定由一方受領他方名下特定財產以代該金錢差額之給付外，夫妻一方無從依民法第1030條之1規定，逕為請求他方移轉其名下之特定財產（最高法院106年度臺上字第2747號判決意旨參照）。

④以法定財產制消滅為前提：

夫妻剩餘財產分配之請求，以法定財產制關係消滅為前提（最高法院103年度臺上字第1256號判決意旨參照）。

⑤限於婚後財產：

離婚時僅就屬於夫或妻之婚後財產始生剩餘財產分配之問題，如屬婚前財產，即不在分配之列（最高法院103年度臺上字第2253號判決意旨參照）。

⑥包含夫妻間之債務：

就「所謂『夫或妻現存之婚後財產』，有無包含夫妻間之債權？又所謂『扣除婚姻關係存續所負債務』，有無包含夫妻間之債務？」之問題，104年11月4日臺灣高等法院暨所屬法院104年法律座談會民事類提案第16號研討結論認為，法無明文排除夫妻間之債權、債務，均應列入婚後積極、消極財產計算。亦即「上開規定，並未將夫妻間所負債務除外，自應一體適用。而依民法第1030條之1規定計算夫妻剩餘財產分配之金額後，夫妻間之債權債務並未因而消滅，債權人之一方，自得以該債權與其所負夫妻剩餘財產分配債務互為抵銷。查兩造均自認彼等婚後，被上訴人對上訴人負有960,000元借款債務屬實…，原審將之分別列入兩造婚後積極、消極財產，據以計算兩造夫妻剩餘財產平均分配之金額為3,164,535元，而應由上訴人給付予被上訴人，固無不合。惟上訴人對被上訴人之上開借款債權，並未因而消滅，倘合於民法第334條第1項規定要件，自得與其所負債務互相抵銷。上訴人在原審既已表示

以該借款債權抵銷等語…，原審自應查明該借款是否已屆清償期而適於抵銷，而後始得憑認上訴人所負夫妻剩餘財產分配債務之其中960,000元，是否已因抵銷而消滅？原判決未遑查明審認，遽命上訴人給付該部分金額，自有可議。」（最高法院106年度臺上字第1223號判決意旨參照）。

⑦不列入婚後財產者（民法第1030條之1第1項但書）：「法定財產制關係消滅時，...。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」民法第1030條之1第1項但書定有明文。亦即法定財產制關係消滅時，夫或妻因繼承或其他無償取得之財產，不列入現存之婚後財產計算雙方剩餘財產差額（最高法院103年度臺上字第1552號判決意旨參照）。係因夫或妻現存之婚後財產，係因繼承或其他無償取得、慰撫金者，既非因夫或妻之貢獻而增加，自應排除在夫妻剩餘財產分配差額請求之計算範圍外（最高法院104年度臺上字第1303號判決意旨參照）。又所稱「其他無償取得之財產」，應包含夫或妻受妻或夫贈與之財產在內（最高法院105年度臺上字第2290號判決意旨參照）。

⑧法定財產制關係消滅時債務之計算（民法第1030條之2）：

A、法律規定：按「夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算。」、「夫或妻之一方以其前條第一項但書之財產清償婚姻關係存續中其所負債務者，適用前項之規定。」，民法第1030條之2亦定有明文。

B、立法意旨：依其91年6月26日立法理由係以「法定財產制關係消滅時，依第一千零三十條之一規定，應進行現存婚後財產之清算，以示公平，爰增訂為第一項。第一

千零三十條之一第一項但書不列入剩餘財產分配之財產，亦與婚姻共同生活即婚姻貢獻無關，故夫或妻若以該財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已先行補償者外，於法定財產制關係消滅時，應列入婚姻關係存續中所負債務計算，以示公平，爰為第二項規定。」。從而夫或妻之剩餘財產，係以法定財產制關係消滅為基準時點，觀察該時現存之婚後財產及婚後債務為計算。惟為忠實反應婚姻關係存續中增加之資產，立法者於民法第1030條之2規定，將基準時點已不存在之婚後財產、婚後債務，如：以婚後財產清償婚前所負債務；以婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務；以因繼承、無償取得或慰撫金等非屬婚後財產之財產，清償婚姻關係存續中所負債務，仍予納入列為現存之婚後財產或婚後債務計算，以臻公允（最高法院106年度臺上字第2512號判決意旨參照）。

⑨何謂「差額」：所謂差額，係指就雙方剩餘婚後財產之價值計算金錢數額而言（最高法院106年度臺上字第1382號、105年度臺上字第1750號判決意旨參照）。

(2)計算基準（民法第1030條之4）：

①法律規定：按「夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。依前條應追加計算之婚後財產，其價值計算以處分時為準。」民法第1030條之4定有明文。

②立法意旨：依該條91年6月26日立法理由係以「財產之價值計算，影響夫妻剩餘財產之分配計算。爰明定夫妻現存婚後財產與應追加計算財產之計價時點，以期明確，俾免適用上發生疑義。」。係因夫妻一旦提起離婚之訴，其婚姻基礎既已動搖，自難期待一方對於他方財產之增加再事協力、貢獻，是夫妻因判決而離婚，其婚後財產範圍及其價值計算基準，以提起離婚之訴時為準（最高法院98年度臺上字第768號判決意旨參照）。

③實例認為：「按夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準，民法第一千零三十條之四第一項定有明文。原審亦認被上訴人於九十七年一月二十二日起訴請求法院判決准兩造離婚確定，兩造婚後財產之範圍及價值計算，應以該時為準。則上訴人原有五二號房地之價值計算，自應以斯時為準。」（最高法院103年度臺上字第2629號判決意旨參照）。「本件剩餘財產分配關於兩造婚後財產價值之計算，應以被上訴人提起離婚反訴即九十二年九月四日為準，為兩造所不爭。所謂以起訴時為準，係指關於夫妻剩餘財產分配之請求，其婚後財產範圍及其價值之計算，以及於婚姻關係存續中所負債務，均應以提起離婚訴訟時為準。」（最高法院97年度臺上字第88號判決意旨參照）。

3、兩造之法定財產制關係，業已因判決離婚確定而消滅，為兩造所不爭執，被上訴人自得請求剩餘財產分配，且兩造既係因判決而離婚，則婚後財產價值計算，即以本件起訴時為準。

4、兩造婚後財產之計算：

兩造就婚後財產不爭執部分，已如前開理由欄五、（三）所示，以下僅就兩造婚後財產有爭執部分，析述如下：

(1)如附表一編號2不動產，是否應列入被上訴人婚後積極財產計算：

①上訴人雖主張如附表一編號2所示○○○○○段000○00地號及其上○○段000建號建物（下稱系爭○○段房地），乃被上訴人向○○○○○○○○○○○○○（下稱○○○○）貸款並付款，且被上訴人自與上訴人分居後，即住在上開房地，而被上訴人辯稱僅係代丙○○、丁○○貸款乙節，亦與丙○○本身在「○○國際商業銀行」任職，理應能貸得較優惠之貸款，無須透過被上訴人代為貸款，有違常理，無可採信，被上訴人為前開不動產之實際所有權人，僅借名登記於丙○○、丁○○名下，則於計算被上訴

人婚後財產時，應將上開不動產列入計算云云。

②借名登記法律見解分析：

A、何謂「借名登記」：按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約（最高法院106年度臺上字第122 2號、106年度臺上字第772號、104年度臺上字第1397號、103年度臺上字第2694號判決意旨參照）。故出名人除將姓名出借供登記外，就該財產並無實質管理、使用，或處分之權能（最高法院104年度臺上字第2070號判決意旨參照）。詳言之，所謂借名登記契約，乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人，該出名者僅為名義上之所有權人，實質上仍由借名者享有該財產之使用、收益及處分權，並負擔因此所生之義務（最高法院104年度臺上字第1564號、第70號判決意旨參照）。申言之，借名登記成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視（最高法院103年度臺上字第1551號判決意旨參照）。倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定；惟借名登記契約究屬於「非典型契約」之一種，仍須於雙方當事人，就一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記，相互為合致之意思表示，其契約始克成立（最高法院100年度臺上字第1972號、99年度臺上字第1662號、98年度臺上字第990號判決意旨參照）。

B、借名人為真正所有權人：次按當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之借名登記契約，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人（最高法院104年度

臺上字第1787號判決意旨參照）。

C、不動產在法律上屬出名人所有，其處分不動產予第三人，為有權處分：不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分（最高法院106年度第3次民事庭會議決議、106年度臺上字第304號判決意旨參照）。在借名契約存續中，不動產之所有權既登記為出名人所有，該不動產在法律上（外部關係）自屬於出名人所有（最高法院103年度臺上字第1192號判決意旨參照）。則不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何「原登記物權之不實」可言（最高法院105年度臺上字第473號判決意旨參照）。

D、借名登記之舉證責任分配：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。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。是如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告請求（最高法院17年上字第917號判例、105年度臺上字第2317號判決意旨參照）。主張借名登記者，自應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院103年度臺上字第621號、102年度臺上字第1

833號、101年度臺上字第1775號判決意旨參照）。亦即不動產登記當事人名義之原因原屬多端，主張借名登記者，應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院106年度臺上字第1157號、105年度臺上字第1897號判決意旨參照）。「本件被上訴人抗辯其與上訴人間就系爭土地有借名登記契約，既為上訴人所否認，依上說明，即應由被上訴人就兩造存在借名登記契約之事實負舉證責任。」（最高法院106年度臺上字第469號判決意旨參照）。「上訴人主張兩造就系爭房地有借名登記契約，既為被上訴人所否認，其應就借名登記契約存在之事實負舉證責任，若其先不能舉證使法院得到確實如此之心證，則被上訴人就其抗辯之事實即令不能舉證，或其舉證尚有疵累，亦應駁回上訴人請求。」（最高法院104年度臺上字第228號判決意旨參照）。

③依不動產買賣契約書、登記申請文件及土地、建物謄本等件，系爭○○段房地於99年10月29日購入時，即以丙○○、丁○○為買受人，並登記於丙○○、丁○○名下（見原審卷第164至167、180至200、226至232頁）。由形式觀之，系爭○○段房地之所有權人為丙○○及丁○○。上訴人雖主張其為系爭○○段房地實際所有權人，僅借名登記於丙○○、丁○○名下，然為被上訴人所否認，辯稱係因被上訴人得以更佳條件向○○○○貸得所需款項，故丙○○、丁○○委託被上訴人為貸款名義人，由丙○○、丁○○負責繳納該貸款債務，上開房地所有權人確為丙○○、丁○○等語。依上開說明。即應由上訴人就被上訴人與丙○○、丁○○間存在借名登記契約之事實負舉證責任。

④經查：

A、由實際管理、使用之角度觀察：系爭○○段房地於99年10月29日購入後，係丁○○、丙○○之父戊○○及祖父母於100年初搬入居住至今，被上訴人則迄於101年12月與上訴人分居後，始遷入之事實，業據兩造及證人戊○

○到庭陳述甚明（見原審卷第144頁、第385頁背面；詳後述）。從而系爭○○段房地之買賣簽約、看房、承擔貸款債務及支付貸款等過程，丙○○、丁○○均已實際參與、處理及付款，且上開房地購買後，係由丙○○、丁○○之父攜其等祖父母先行搬入居住使用，而非供被上訴人個人使用，已難認該房地之管理、使用，有何處分權人與登記名義人不一，而有借名登記之情。

B、由實際繳納貸款之人角度觀察：上訴人雖主張依卷內被上訴人○○○○帳戶存摺影本、○○○○活期性存款往來明細及借據等資料，可知系爭○○段房地之買賣價金係被上訴人向○○○○帳戶貸款430萬元，並由被上訴人○○○○帳戶匯出450萬元所支付，足認系爭○○段房地實際所有權人應為被上訴人等語。而系爭○○段房地之貸款雖均由被上訴人○○○○帳戶每月扣款繳納，惟被上訴人辯稱：實際上被上訴人○○○○帳戶內的錢都是丁○○、丙○○所支付的，103年5月之前都是多筆的5萬元左右款項進到被上訴人帳戶，以供每月分期支付，是他們兄弟交給父親戊○○，再由戊○○交給被上訴人慢慢扣繳等語（見原審卷第249頁背面）。核與被上訴人上開帳戶自99年11月11日開戶後至103年5月前，確實均係以陸續存入5萬至30萬元不等現金之方式，以供每月扣繳貸款之情形相符，有被上訴人○○○○帳戶存摺影本在卷可參（見原審卷第235至237頁）。自103年5月起至105年7月7日止（被上訴人此帳戶資料只紀錄到105年7月7日止），則均由丙○○（帳號：00000000000000號）以轉帳匯款2萬元至7萬元不等金額之方式，以供每月扣繳貸款無訛，亦有上開帳戶存摺影本在卷可參（見原審卷第237至240頁），從而系爭○○段房地雖以被上訴人名義貸款，然上訴人並無從證明實際繳納貸款者，亦為被上訴人，從而實際繳納貸款之人角度觀察，被上訴人亦非實際所有權人。

C、證人即被上訴人之兄戊○○於原審審理中到庭亦證稱：系爭○○段房地是我母親於97年中風，在○○療養了4年，除了母親中風之外，因為父親年事已高，多少身體有些病痛，所以每次就診必須同時帶父母親到花蓮慈濟，這4年往返很多次，我兩個小孩丁○○、丙○○看了於心不忍，所以決定在花蓮找一個房子給奶奶居住兼奶奶療養，爺爺也可以一併上來，所以房子是我兩個孩子共同買的，也登記他們兩個人的名字。房貸的部分，因為丁○○、丙○○分別在○○、○○工作，貸款因此不熟，所以透過姑姑即被上訴人在花蓮的人際關係跟○○○○貸款。所以本件貸款是被上訴人當借款人，兩個外甥當連帶保證人，約100年元旦我、父母親搬入○○段房地一直住到現在，被上訴人現在也住在那裡，夫妻失和之後，我是兄長應該要照顧她，就像是娘家一樣，而且她膽囊割除，也需要療養，房子確實是我兩個小孩的。當初看房子時，兒子有回來看，也有透過被上訴人，因為我們長期在大陸，被上訴人幫他找的情形比較多，我哥哥也有幫忙找，頭期款交付時，我不清楚，我小兒子在○○工作，但因為知名度不高，所以透過被上訴人來借錢等語（見於審卷第385至387頁），核與被上訴人之主張大致相符，益證系爭○○段房地並非被上訴人所有。

D、參以被上訴人雖於○○○○貸款契約上簽署為借款人，然丙○○、丁○○亦有簽署擔任連帶保證人（見原審卷第210頁），對於該貸款債務亦負有全部給付之責任，倘丙○○、丁○○為出名人，又何須負連帶保證之責。

E、又並非任職於金融機構者，必然可以較優惠之條件貸款，且所有權人是否以其名義貸款，與所有權人是否任職於金融機構，亦無必然之關係，從而當不能以丙○○本身在「○○國際商業銀行」任職，而未以其名義貸款，即遽然推論名義貸款人為實際所有權人，上訴人前

開主張顯屬其主觀臆測之詞。

F、綜上所述，上訴人對於系爭○○段房地實際上係屬被上訴人所有，而應納入被上訴人婚後積極財產乙節，並未舉證以實其說，即難以遽信，是系爭○○段房地不應列入被上訴人之婚後財產計算。

(2)如附表三編號3○○公司之價值，是否應列入上訴人婚後積極財產計算：

①○○公司為一人公司，自設立之初，即由上訴人一人擔任負責人，於本件起訴後，始更改為訴外人己○○，為兩造所不爭執（見本院卷第118、126頁）。

②上訴人雖辯稱○○公司僅係其外甥己○○借名登記於其名下，不應將之列為上訴人之婚後財產計算云云，惟揆諸上開說明，就借名登記乙節，亦應由上訴人負舉證責任。

③查上訴人自99年至103年就○○公司申報之所得，分別為702,604元、1,765,767元、329,439元、787,486元及2,000,611元，註記欄則記載「股利憑單」，有99年至103年之稅務電子閘門財產所得調件明細表在卷可稽（見原審卷第88至101頁），可見上訴人於前開年度均自該公司獲得股利，參以○○公司乃一人公司，足見上訴人為該公司實際獲利之人，又無任何證據證明上訴人收取前開股利後，均移轉給訴外人己○○，亦無任何證據足資證明○○公司相關稅金在負責人登記於上訴人名義時，亦均由訴外人己○○所繳納，從而以由實際獲益及繳納稅金之角度觀察，已難認有借名登記之事實。

④證人己○○雖於原審中證稱：我是○○公司實際負責人，從97年到現在是我在經營，經營項目主要是水電代工，業務範圍在台東、嘉義，臺北也有，花蓮這邊沒有，上訴人沒有給我金錢借貸，只是麻煩上訴人掛名負責人，也沒有分配盈餘給上訴人，上訴人在○○○○。當初因為我只有20幾歲，為了要銀行徵信，認為我太年輕，因為涉及到資金之週轉，我諮詢別人，建議我找年紀大一點的，又想說

找男生比較好溝通，我母親比較不好溝通，所以找上訴人當掛名負責人，後來上訴人說他跟被上訴人有點訴訟，所以就從104年年初改回來我自己，成立公司我出資1百多萬元，大部分是我母親庚○○的錢，其他是我自己工作的錢等語（見原審卷第390、391頁）。並出具聲明書，聲明上訴人未實際參與經營，亦未領有任何薪資及利潤（見原審卷第343頁）。惟其證述及聲明並未分配盈餘或利潤給上訴人等情，顯與前開稅務電子閘門財產所得調件明細表之客觀證據齟齬，已難遽信，從而證人己○○之證述及所出具之聲明書，難認無迴護上訴人之情。

⑤參以借名人與出名人間應有委任之信賴關係，當不至於搞錯借名人為何人，然上訴人卻先後於105年9月8日、105年10月12日、105年11月15日均以書狀陳明○○公司係其「妹夫」借名登記於上訴人名下（見原審卷第220頁背面、第251頁、第283頁背面），嗣於105年12月1日後始改稱該公司係其「外甥己○○」借名登記於上訴人名下，並聲請傳喚證人己○○到庭作證（見原審卷第317頁背面），其借名登記之主張是否屬實，亦有所疑。

⑥又上訴人雖提出○○○○○○○○○○存款存入傳票及取款條及存摺明細（上證二、三、八；見本院卷第35至38頁、第131頁），以證明○○公司設立之初，確實由實際負責人己○○之母親庚○○提供大部分款項為設立。惟庚○○固有匯款88萬元之客觀情形，然其與上訴人及證人己○○均誼屬至親，僅憑匯款之客觀事實，尚無從佐證匯款之原因事實為何。

⑦另上訴人雖認被上訴人已清楚於上證五之對話中稱○○公司非上訴人之財產云云，並提出上證五之私人錄音光碟為證（見本院卷第108、109、111頁）。惟細究上訴人所主張之對話內容，上訴人稱：「不是啦，至少這部分不要給人家攪進來這個意思啦，這真的跟我沒關係。」被上訴人係稱：「這就已經從地方法院的時候已經沒算了，你現在

到這裡了還在說這個要幹嘛？」並非稱○○公司非上訴人之財產，而是誤以為從地方法院即未主張此部分或誤認原判決業已不列入上訴人婚後財產，尚難遽認被上訴人業已自認○○公司非上訴人之婚後財產。

⑧綜上所述，上訴人固非全無提出證據，然所提證據尚無從推翻稅務電子閘門財產所得調件明細表所示客觀情形，亦即尚難以認定實際經營、管理、獲利、繳納稅捐者均為訴外人己○○，而為實際負責人，上訴人復無法舉證證明起訴前○○公司負責人乃是借名登記在上訴人名下。縱上訴人於本件起訴時已將公司負責人變更為訴外人己○○，然此顯屬於法定財產制關係消滅前5年內，故意減少他方對於剩餘財產分配之行為，依民法第1030條之3之規定，此部分財產仍應追加計算，列入上訴人之婚後財產。

⑨○○公司價值之計算：按財政部函釋，就遺產中未上市、未上櫃且非興櫃公司股票，遺產價值以被繼承人死亡日公司的資產淨值計算；另外公司累積未分配盈餘數額，應該以稽徵機關核定為準。公司資產淨值即股東權益，而未分配盈餘屬股東權益項目之一，且歷年均經稽徵機關依所得稅法規定審查，有關該等公司繼承日或贈與日以前年度未分配盈餘數之計算，其屬繼承日或贈與日之上一年度起算前5年內者，以依所得稅法核定之各該年度未分配盈餘數為準，有財政部函釋資料1紙在卷可參（見原審卷第383頁）。且○○公司為一人公司，已如前述，從而原審依此標準計算上訴人婚後如附表三編號3所示之○○公司之價值，應屬合理，而○○公司於103年度未分配盈餘為1,637,223元，於104年公司資產為2,595,893元，負債為319,302元，有財政部中區國稅局臺中分局105年12月29日中區國稅臺中銷售字第0000000000號函暨○○工程有限公司企業社營業稅申報資料及營利事業所得稅申報資料各1份在卷可查（見原審卷第347至351頁），故○○公司市值即資產淨值即應為3,913,814元（計算式：2,595,893－319,30

2＋1,637,223＝3,913,814元），應列入上訴人婚後積極財產計算。

(3)原判決關於附表三編號4○○○○○○店之商號價值之認定是否過高：上訴人對於其婚後迄今開設如附表三編號4所示之○○○○○○店商號並不爭執，惟辯稱此商號之市值應僅有25萬元云云。然上訴人經營○○○○○○店已逾20年，已有一定知名度及手藝，上訴人並自認此商號於84年開業後至95年度，每年均有400萬以上之營收，96年度1至8月亦有2,000,580元之營收，有上訴人出具之○○○○○○年度營收表1紙在卷可稽（見原審卷第333頁），足見營收穩定，上訴人且主張於98年間曾花費160萬元重新裝潢，而增益其價值。參以一般小規模○○之營收通常僅高於資本額數倍，甚難達十倍或數十倍以上，從而原審認為該商號價值以前開年度平均營收略少之400萬元1/4比例計算該商號之價值，該商號之價值為100萬元，尚屬合理。上訴人雖辯稱婚後財產應以起訴時為準，固非無據，然其既實際經營該商號，卻不願提出起訴時或前一年度之實際營收狀況、成本及資產價值，供法院估算商號價值，僅提出84年至96年1至8月之營收紀錄，法院自無從依起訴時營收等實際狀況判斷該商號起訴時之價值，縱使送鑑定機關鑑定，鑑定機關亦無相關資料以估算該商號起訴時之實際價值，而被上訴人早已不過問該商號之經營，自無從提出證據資料，從而法院僅能依上訴人所提出之現有資料，估算該商號之價值，此不利益自應由上訴人負擔，上訴人自難以據此反認原法院估算商號價值不當。從而原判決關於附表三編號4○○○○○○店之商號價值之認定並無過高之情形。

(4)如附表四編號2對訴外人辛○○之債務1,600,000元，是否應列入上訴人婚後消極財產計算。

①上訴人雖主張於96年7月間，○○○○○○店因重新裝潢，而向胞妹辛○○借款160萬元，而其帳戶於98年6月16

日確有辛○○匯款存入160萬元之紀錄（見原審卷第323頁）。

②惟按稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約，民法第474條第1項定有明文。而交付金錢之原因甚多，金錢之交付非當然成立消費借貸。故當事人主張金錢消費借貸契約存在，應就借貸意思表示合致及借款業已交付之事實，負舉證責任，其僅證明金錢之交付，未證明借貸意思表示合致者，仍不能認金錢借貸契約存在（最高法院104年度臺上字第1946號、103年度臺上字第1469號判決意旨參照）。亦即消費借貸，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方克成立，其主張消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示合致及金錢已交付之事實，負舉證責任（最高法院102年度臺上字第809號判決意旨參照）。換言之，當事人主張有金錢借貸關係存在，須就其發生所須具備之特別要件即金錢之交付及借貸意思表示互相一致負舉證之責任，若僅證明有金錢之交付，未證明借貸意思表示互相一致者，尚不能認為有金錢借貸關係存在。（最高法院103年度臺上字第2606號、81年度臺上字第2372號裁判意旨參照）。「○○○雖能證明電匯1370萬元入○○○之帳戶，但無法立證證明兩造就該1370萬元有借貸之意思表示互相一致，其依借貸之法律關係，請求○○○返還借款200萬元，於法不合，不應准許。」（最高法院82年度臺上字第1830號判決意旨參照）。

③上訴人主張其對訴外人辛○○有債務，雖已提出證人辛○○於98年6月16日匯款160萬元予上訴人之匯款單，且經證人辛○○於原審審理中到庭證稱：我於98年有借款160萬元給上訴人，作為上訴人裝潢○○○店之用，因為店已經很舊了，上訴人想要翻新。因為錢都在大嫂被上訴人那邊，哥哥平常對我們很好，所以我就把私房錢拿出來給哥

哥裝修○○，但是被上訴人不太願意，後來上訴人沒有還我這筆借款，因為他沒有錢，沒有錢的原因，是因為上訴人實際上沒有管理店營收，是被上訴人在管理錢。當時沒有打字據說這筆借款要怎麼還，因為哥哥對我們很好，有錢就會還，這些年來我有問過這筆借款，上訴人說他沒有錢等語（見原審卷第389至390頁）。惟上訴人已到庭自承：被上訴人於96年8月以後，就沒有記帳了，從96年9月後○○○○○○就由我管帳等語（見原審卷第387背面、388頁），可知於98年間應已由上訴人親自管理○○○○○○店內營收，是證人辛○○證述上訴人實際上沒有管理店營收，而是被上訴人在管理錢等情，尚與事實不符而有瑕疵，已難以遽信。且上訴人自陳其於84至95年度每年均有400萬甚至500萬元以上之營收，則其於96年8月後自行收益之情況下，是否仍需向證人辛○○借款金額以整修店面，亦有疑慮。則匯款原因本有多端，或為代償，或為消費借貸，或為贈與，或為其他目的之給付，均屬可能，自無法僅以證人辛○○有匯款予上訴人之事實，即遽認證人辛○○與上訴人間有借貸意思表示合致。

④況縱認前開160萬元確為消費借貸，證人辛○○前開匯款迄今，已約9年，而上訴人並非無資力返還160萬元之人，亦難以想像上訴人在長達約9年的期間，並未償還前開消費借貸，當不能以上訴人之帳戶無匯款給證人辛○○之紀錄，即遽認上訴人尚積欠證人辛○○160萬元債務。

⑤綜上所述，上訴人尚未就有如附表四編號2對訴外人辛○○之債務1,600,000元，且債務仍然存在等情，舉證以實其說，從而此部分自不應列入上訴人婚後消極財產計算。

5、本件平均分配並無顯失公平之情形：

(1)民法第1030條之1第2項法律見解分析：

①法律規定：「依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得調整或免除其分配額。」民法第1030條之1第2項定有明文。

②立法意旨：依74年6月3日立法意旨係以「惟夫妻一方有不務正業，或浪費成習等情事，於財產之增加並無貢獻者，自不能使之坐享其成，獲得非分之利益。此際如平均分配，顯失公平，應由法院酌減其分配額或不予分配。爰增設第二項。」；91年6月26日修正理由則以「為因應具體個案之需要，且經法院審酌後雖予酌減亦難符合公平時，應予法院得調整或免除其分配額之權利，爰於第二項增列。」。從而若就夫妻剩餘財產差額平均分配顯失公平者，法院始得依同條第2項規定調整或免除其分配額，以期公允（最高法院105年度臺上字第2290號、100年度臺上字第2031號判決意旨參照）。

(2)經查：上訴人雖主張兩造婚後共同經營○○所得均由被上訴人取得，現再要求上訴人給付被上訴人剩餘財產分配後之數額，顯然有失公平，應酌減或免除其分配額云云。惟審酌兩造婚後共同經營○○○○○○店，自84年創業之初至95年度，每年皆有穩定400萬以上之營收，足見兩造對於○○生意之經營，應均有相當努力辛勞之付出，上訴人到庭亦未否認被上訴人於店內幫忙期間，有負責管理櫃台、清算每日營收業務等事實，則被上訴人對於上訴人婚後所得財產之增加，自難謂有何毫無貢獻之情。再者，上訴人自承於96年9月後，被上訴人即未再管理○○○○○○店之營收，而改由上訴人自行管理之（見原審卷第387、388頁），則兩造於婚姻關係存續期間對於○○○○○○店營收之收益，各有各自管理之相當期間，不能逕認全由被上訴人收取花用，況上訴人亦未能舉證證明被上訴人於管理店內營收之期間，有何浪費成習，或未將兩造婚後共同勞力所得財產用以支付家庭生活費用、子女扶養費等不當支用之情事，僅空言主張平均分配顯失公平，尚難採信，被上訴人對上訴人婚後財產之增加既有所貢獻，以一半之比例分配剩餘財產，自符公允。

6、被上訴人得以請求剩餘財產分配之金額：綜合前開不爭執

及爭執事項關於兩造婚後財產之認定，被上訴人應列入分配之婚後積極財產為6,092,692元，婚後消極財產為0元，則被上訴人之剩餘財產為6,092,692元（計算式：6,092,692－0＝6,092,692元）；上訴人之婚後積極財產合計為15,890,814元（計算式：10,948,000＋29,000＋3,913,814＋1,000,000＝15,890,814元），婚後消極財產為2,251,264元，則被告之剩餘財產為13,639,000元（計算式：15,890,814－2,251,264＝13,639,550元），是兩造剩餘財產差額為7,546,858元（計算式：13,639,550－6,092,692＝7,546,858元）。因此，上訴人依民法第1030條之1第1項規定，請求被上訴人給付剩餘財產之分配額為3,773,429元（計算式：7,546,858÷2=3,773,429元）及自起訴狀繕本送達翌日即104年7月10日起（見原審卷第17頁）至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許。

八、綜上所述，被上訴人依民法第1056條第2項請求非財產上損害賠償部分30萬元，及依同法第1030條之1第1項請求剩餘財產分配差額之二分之一即3,773,429元，及法定遲延利息（被上訴人就民法第1056條第2項非財產上損害賠償部分法定遲延利息起算日業已減縮為自判決確定之翌日起算），為有理由，應予准許。原審於此部分為上訴人敗訴之判決，於法並無不合。上訴意旨猶執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

九、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及未經援用之證據，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，本件上訴為無理由，依家事事件法第51條、民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　107　　年　　5　　月　　11　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

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　　107　　年　　5　　月　　11　　日

書記官　蔣若芸

附表一：被上訴人之婚後積極財產

編號	名稱	市值（新台幣，元）			備註
		被上訴人主張	上訴人主張	原審認定	
1	①○○○○○○○股份有限公司股票 ②○○○○○○股份有限公司股票共11573股 ③○○股份有限公司股票共2100股 ④○○○○○○股份有限公司股票共1432股 ⑤○○○○股份有限公司股票5000股 ⑥○○○○○○○○股份有限公司股票2000股 ⑦○○○○○○股份有限公司股票共12806股 ⑧○○○○○股份有限公司股票共3	6,092,692	6,092,692	6,092,692	不爭執

	198股 ⑨○○○○股份有限公司股票共1487股 ⑩○○○○股份有限公司股票共5000股 ⑪○○○○股份有限公司股票共15684股 ⑫○○○○股份有限公司股票共1019股 ⑬○○○○○○股份有限公司股票共22502股 ⑭○○○○○○股份有限公司股票共15600股 ⑮○○○○股份有限公司股票共10000股 ⑯○○○○股份有限公司股票共3029股 ⑰○○○○股份有限公司股票 ⑱○○○○○○○○○○○○○股票 ⑲○○○○股份有限公司股票共5000股等有價證券				
2	○○○○○段000-00地號土地暨坐落其上○○○○○段000建號建物	不應計入	14,000,000	不列入計算	爭執
3	對於丙○○、丁○○412萬之債權	不應計入	於原審主張4,120,000	不列入計算	兩造於本院不爭執

合計		6,092,692

附表二：被上訴人之婚後消極財產

編號	名稱	市值（新台幣，元）			備註
		被上訴人主張	上訴人主張	原審認定	
1	○○○○○○○○○○○○○貸款債務	於原審主張3,622,194	不應計入	不列入計算	兩造於本院不爭執
2	被上訴人娘家之贈	於原審主張2,800,000	不應計入	不列入計算	兩造於本院不爭執
合計				0	

附表三：上訴人之婚後積極財產

編號	名稱	市值（新台幣，元）			備註
		被上訴人主張	上訴人主張	原審認定	
1	○○○○○段000-000地號土地暨坐落其上○○○○○段000建號建物	10,948,000	10,948,000	10,948,000	不爭執
2	①○○○○○○股份有限公司股票共356股 ②○○○○○○○○股份有限公司股票共866股 ③○○○○○○○○○○○○○股票等有價證券	29,000	29,000	29,000	不爭執
3	○○○○有限公司	3,913,814	不應計入	3,913,814	爭執
4	○○○○○○○之商號價值	1,000,000	250,000	1,000,000	爭執
合計				15,890,814	

附表四：上訴人之婚後消極財產

編號	名稱	市值（新台幣，元）			備註
		被上訴人主張	上訴人主張	原審認定	
1	○○○○○○○○○○○○○貸款債務	2,251,264	2,251,264	2,251,264	不爭執

2	對訴外人辛○○之債務	不應計入	1,600,000	不列入計算	爭執
3	對被上訴人之債務	於原審主張1,580,000	不應計入	不列入計算	兩造於本院不爭執
合計				2,251,264	

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。

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。