臺灣高等法院臺南分院民事判決

107年度上字第205號

上　訴　人　大力開發企業有限公司

法定代理人　劉芸秀
訴訟代理人　史文孝
被上訴人　　吳書杰
訴訟代理人　陳惠菊律師
　　吳光陸律師
複代理人　　郭乃瑩律師

上列當事人間請求終止借名登記契約事件，上訴人對於中華民國107年6月6日臺灣臺南地方法院第一審判決（106年度訴字第1621號）提起上訴，本院於109年4月9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

甲、程序方面

一、按「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」、「訴之撤回應以書狀為之。但於期日，得以言詞向法院或受命法官為之。」、「以言詞所為訴之撤回，應記載於筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達。」，民事訴訟法第262條第1、2、3項分別定有明文。上訴人於原審係以吳陳烏絨、被上訴人吳書杰（下稱被上訴人）為被告，提起本件訴訟，惟吳陳烏絨業經原審法院於民國（下同）107年10月5日以107年度破字第3號裁定宣告破產，及選任陳昭成律師為破產管理人，並經本院及最高法院駁回抗告確定（詳以下兩造不爭執事項㈣所述），陳昭成律師並於108年8月7日具狀聲明承受訴訟（見本院卷㈠第209頁）。則上訴人嗣於本院109年2月14日準備程序期日表示撤回對吳陳烏絨之起訴（見本院卷第481頁），並經陳昭成

律師具狀表示「同意撤回」（見本院卷㈠第495頁），應生撤回之效力。

二、次按當事人因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。且當事人於第二審程序中，除有民事訴訟法第447條但書所列情形外，原則上不得提出新攻擊防禦方法，否則，第二審法院得駁回之，民事訴訟法第196條第2項、第447條固規定甚明。然審判所追求者，為公平正義之實現，如依個案具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，以兼顧訴訟當事人之權益，並維持實質之公平。是當事人逾時提出之新攻擊防禦方法，是否可發生不得提出之失權效果，仍應由法院依具體個案情形妥適裁量之（最高法院102年度台上字第1245號判決意旨參照）。上訴人於原審主張吳陳烏絨於89年7月間，將其投資於詠勝昌股份有限公司（下稱詠勝昌公司）之股份10萬股（下稱系爭股份）借名登記予其子即被上訴人，伊為吳陳烏絨之債權人，吳陳烏絨拒絕清償對伊之債務，亦未向被上訴人請求回復借名登記系爭股份，顯怠於行使其請求權，爰依代位權法律關係，代位吳陳烏絨向被上訴人終止系爭股份之借名登記契約，並請求被上訴人將系爭股份回復登記於吳陳烏絨名下。至本院109年4月9日言詞辯論期日改稱：「詠勝昌公司設立時，吳陳烏絨登記持有70萬股（包含系爭股份10萬股）股份，係吳陳烏絨於89年借名登記予江進旺，嗣由江進旺於89年間再借名登記予被上訴人，伊為吳陳烏絨之債權人，吳陳烏絨拒絕清償對伊之債務，亦未向被上訴人請求回復借名登記系爭股份，顯怠於行使其請求權，爰依代位權法律關係，代位吳陳烏絨、江進旺終止吳陳烏絨與江進旺、江進旺與被上訴人之上開二段借名登記法律關係，並請求被上訴人將系爭股份返還予吳陳烏絨名下」（下稱系爭陳述，見本院卷㈡第21、22頁）等語。查上訴人於原審及本院之請求權基礎均為代位權法律關係，僅前後之事實及法律上陳述有所變更，訴之聲明、訴訟

標的及當事人均未變更，並無礙本件訴訟之終結，且本件吳陳烏絨與被上訴人間是否存在借名登記法律關係，吳陳烏絨是否先借名登記予江進旺，再由江進旺借名登記予被上訴人等事實，均有未明，尚待釐清，如不許上訴人於第二審提出系爭陳述，顯失公平，亦無延滯訴訟之情，自不受民事訴訟法第196條失權規定之限制。被上訴人抗辯:系爭陳述為上訴人於準備程序終結後所提出之新事實，已經發生失權效云云，並無可採。

三、再查，本件上訴人之法定代理人於本院審理中已變更為劉芸秀，有高雄市政府109年1月20日高市經商公字第10950262700號函暨所附上訴人公司變更登記表（見本院卷㈡第37至38、41頁）可稽；上訴人於109年4月17日具狀聲明由劉芸秀承受訴訟，核無不合，應予准許。

乙、實體方面

一、本件上訴人主張：伊因受讓而取得對吳陳烏絨及訴外人陳金昌、沿興工業股份有限公司、吳泰吉等人之債權，渠等應連帶給付伊新臺幣（下同）6,927,800元，及自103年5月6日起至清償日止按年息9.2計算之利息，並自103年5月6日起至清償日止按年息20%計算之違約金（下稱系爭債務）。詠勝昌公司87年11月13日核准成立，吳陳烏絨原為詠勝昌公司負責人，其為避免遭債權人追償，於89年7月間，將投資於詠勝昌公司之股份70萬股中之系爭股份借名登記予江進旺，再由江進旺借名登記予被上訴人。吳陳烏絨經伊多次催繳均拒絕清償系爭債務，亦未向被上訴人請求回復借名登記系爭股份予江進旺，及由江進旺移轉登記予吳陳烏絨，顯怠於行使其請求權，且其已無資力清償系爭債務，爰依民法第242條、第549條之規定，代位吳陳烏絨終止吳陳烏絨與江進旺、江進旺與被上訴人間系爭股份之借名登記契約，並依民法第263條準用同法第259條之規定，請求被上訴人將系爭股份返還予吳陳烏絨名下等語。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被

上訴人吳書杰應將詠勝昌公司之股份10萬股返還予吳陳烏絨名下。

二、被上訴人則以：上訴人主張吳陳烏絨於89年7月間將系爭股份借名登記予被上訴人乙節，前提係吳陳烏絨確有移轉系爭股份予被上訴人，苟其間並無移轉，何有借名登記可言？然依上訴人之主張，被上訴人於89年7月間受讓系爭股份，或係來自江進旺，或係來自吳泰隆，均非來自吳陳烏絨，則吳陳烏絨與被上訴人既無移轉，自無借名登記可言等語資為抗辯。並為答辯聲明:上訴駁回。

三、兩造不爭執事項：

㈠上訴人為吳陳烏絨之債權人，本件債權額為6,927,800元。

㈡詠勝昌公司於87年11月13日核准設立，吳陳烏絨於設立時為該公司股東及董事，自89年7月以後吳陳烏絨已非該公司股東，同時間被上訴人名下則有登記該公司股份20萬股(見臺灣橋頭地方法院106年審訴字第372號卷，下稱審訴字卷，第35頁）。

㈢依詠勝昌公司股東名簿之記載，吳陳烏絨於87至88年間持有該公司股份70萬股(見審訴字卷第33-34頁)。

㈣吳陳烏絨因上訴人聲請破產宣告，業經原審法院於107年10月5日以107年度破字第3號聲請破產宣告事件宣告吳泰吉、吳陳烏絨破產，並選任陳昭成律師為破產管理人。嗣經108年3月13日本院107年度破抗字第5號裁定駁回抗告，並經吳陳烏絨再抗告最高法院，經最高法院109年2月14日以109年度台抗字第163號裁定駁回再抗告確定。

四、兩造爭執事項:被上訴人持有詠勝昌公司股份中之系爭股份是否為吳陳烏絨借名登記在詠勝昌公司股東名簿？

五、得心證理由：

㈠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，是出名人與借名者間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。又主張借名登記者，自應

就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院102年度台上字第1833號判決意旨參照）。本件上訴人主張：吳陳烏絨於89年間將其所有詠勝昌公司之系爭股份在江進旺名下，再於102年間由江進旺借名登記被上訴人名下，吳陳烏絨怠於終止借名登記契約，伊為吳陳烏絨之債權人，乃依民法第242條、第549條規定，代位吳陳烏絨向江進旺及被上訴人終止吳陳烏絨與江進旺間、江進旺與被上訴人間就系爭股份借名登記契約，並請求被上訴人將系爭股份返還予吳陳烏絨名下等語，為被上訴人否認，依前揭舉證責任之說明，自應由上訴人就其主張吳陳烏絨與江進旺間、江進旺與被上訴人間就系爭股份存有借名登記法律關係之事實負舉證之責。

㈡查證人吳泰吉（被上訴人之父）長期旅居泰國，因患有慢性心房顫動及心肌症，醫囑須休養避免長途飛行旅程，致未能依上訴人之聲請，到庭作證，有陳報狀及診斷證明書可稽（見本院卷㈠第131、135頁）。

㈢次查吳陳烏絨自87年詠勝昌公司設立至88年底均擔任公司之股東及董事，其持股均為70萬股，至89年起詠勝昌公司申請之變更登記案所附文件，已無其資料可稽，此有高雄市政府106年6月14日高市府經商公字第10652187600號函及所附股東名冊可稽（見審訴卷第26至35頁）。再比較詠勝昌公司88年及89年之股東名簿，其88年間股東姓名有吳陳烏絨（持有70萬股）、林宏一（持有105萬股）、吳泰隆（持有205萬股）、吳明星、許振嘉、葉豐榮、江進旺（以上四人均持有105萬股），89年間股東姓名則有林宏一（持有105萬股）、吳泰隆（持有175萬股）、吳明星、許振嘉、葉豐榮（以上三人均持有105萬股）、江進旺（持有185萬股）及被上訴人（持有20萬股）（見審訴卷第34、35頁），則詠勝昌公司88年及89年間，其股東姓名（吳陳烏絨退出，增加被上訴人）及股東中之吳泰隆、江進旺之持股數均有異動（吳泰隆持有股數自205萬股減為175萬股；江進旺持有股數則105萬股增為185萬股），是認詠勝昌公司之股東於89年7月間其股東持

有股份之變化：即吳陳烏絨退出（即減70萬股）、吳泰隆減少30萬股、增加被上訴人登記20萬股，江進旺增加80萬股，則江進旺應無於87年7月間將股份借名登記予被上訴人，至為明確。再查89年間新加入之股東即被上訴人，其持有之股數20萬股並非自吳陳烏絨、亦非自江進旺移轉而來，而係購自吳泰隆乙情，業據證人吳泰隆（詠勝昌公司股東）於原審審理時結證稱：「89年間吳陳烏絨要出售持有詠勝昌公司之股份，曾詢問其是否要購買，但因其資金都用於88年詠勝昌公司增資，因此未向吳陳烏絨購買股份」、「88年間依股東名簿記載伊持有詠勝昌公司股份205萬股」、「89年間依股東名簿記載伊持有詠勝昌公司股份175萬股」、「88、89年間伊股份異動，係伊需要理財，所以把股權轉讓，應讓是轉給吳書杰跟江進旺」、「89年詠勝昌公司股東名簿被上訴人持有20萬股係伊賣給被上訴人的」、「被上訴人係以銀行轉帳支付系爭股份價金，伊已不記得匯入何金融帳戶」等語（見原審卷第46頁正、反面、第48頁）等語。則依吳泰隆之證言，伊88年間持有詠勝昌公司205萬股股份，89年間持有詠勝昌公司175萬股股份，異動減少之30萬股係分別將20萬股出售予被上訴人，另將10萬股出售予江進旺，吳書杰係以匯款方式給付買賣價金，但其已不記得匯入何金融帳戶等語。查，詠勝昌公司於87年設立登記後，確於88年間辦理增資，其中股東吳泰隆由87年原持股5萬股，在88年增資後增加持股為205萬股，再於89年則出售股份減為持股175萬股等情（見審訴字卷第33至35頁），核與證人吳泰隆證述上開情節相符。又依前開股東名簿記載，被上訴人持有20萬股詠勝昌公司股份之股款為200萬元（見審訴字卷第35頁），復勾稽吳泰隆於第一商業銀行大灣分行（下稱第一銀行）開立之金融帳戶於89年6月間亦有二筆逾100萬元之款項匯入（89年6月12日匯入150萬元、同月15日匯入112萬元），此亦有第一銀行107年3月5日一大灣字第20號函暨吳泰隆存摺帳戶往來明細表可稽（見原審卷第118頁、第145頁反面），足見吳

泰隆證稱89年間其出售詠勝昌公司20萬股股份予被上訴人乙節，並非虛妄，益證被上訴人89年間係向吳泰隆買受取得20萬股詠勝昌公司股份，而非因與吳陳烏絨成立借名登記契約，而取得20萬股股份（包括系爭10萬股股份）。

㈣證人江進旺於原審到庭證稱：89年間吳泰隆因有資金需求，而將詠勝昌公司股份20萬股出售予吳書杰，伊亦向吳泰隆買受10萬股份，並另向吳陳烏絨買入70萬股相符（見原審卷第49、50頁），至對於是否為詠勝昌公司之掛名股東及為何要購買吳陳烏絨之70萬股二問題，則沈默未回答（見原審卷第51頁），惟江進旺於本院作證時則改稱:「吳陳烏絨（名下股份）是第一次設立的時候登記的，吳書杰是增資的時候（登記股份的）。」、「（誰借用吳書杰名義登記股權？）當時是由吳泰隆那邊總20（萬股）過去給他。（誰借用吳書杰名義來登記股權？吳書杰被誰借名？）那是吳泰吉指示的。（是否吳泰吉借用吳書杰名義來登記股權？）對。」等語（見本院卷㈠第404至406頁），惟江進旺亦證稱：「（吳陳烏絨有無移轉70萬股給你？）有。（你有無移轉給吳書杰？）有。」（見本院卷㈠第409頁），則江進旺對於被上訴人於89年7月間登記之20萬股份究係向吳泰隆購入，或由吳泰吉指示，由吳泰隆名下直接移轉登記予被上訴人（吳泰吉借名登記在被上訴人名下），抑或由吳陳烏絨將移轉登記予江進旺，再由江進旺將移轉登記予被上訴人，雖於前審與本院為前後不一之陳述，惟江進旺既證稱「吳陳烏絨曾移轉70萬股給伊，伊再移轉予被上訴人」，江進旺於原審卻證稱：「伊退股後，股份移轉予被上訴人、吳亞琪（被上訴人之姐）」、「（為何要移轉給他們，而不是別人）他們的需求」（見原審卷第51頁），是認江進旺於89年7月間增加之股份80萬股，縱係依吳泰吉之指示，惟其中70萬股係受讓自吳陳烏絨，另10萬股係受讓自吳泰隆，而於89年7月間並無股份移轉登記予被上訴人。況依江進旺出具予陳昭成律師之回函略以：伊名下之股份去向為「(1)102年12月18日移轉60

萬股給鋐盛（股）公司、(2)102年12月23日移轉135萬股給友居（股）公司、(3)103年1月9日移轉145萬股給鋐盛（股）公司、(4) 103年1月9日移轉120萬股給沃資（股）公司」（見本院卷㈠第231頁），其股份移轉之對象並無被上訴人，且移轉之時間均為102至103年間，並非上訴人所主張之借名登記法律關係發生之89年間，要難以江進旺之證言為有利於上訴人之認定。則上訴人主張：吳陳烏絨於89年7月間，將投資於詠勝昌公司之股份70萬股中之系爭股份借名登記予江進旺，再由江進旺借名登記予被上訴人云云，並無可採。

㈤另江進旺於102年12月18日起共移轉460萬股股份予鋐盛等3家公司（見本院卷㈠第231頁），並未移轉任何股份予被上訴人，業據江進旺證稱在卷（見本院卷㈠第410至411頁），又江進旺於89年7月間增加之股份80萬股，縱係依吳泰吉之指示，惟其中70萬股係受讓自吳陳烏絨，另10萬股係受讓自吳泰隆，是江進旺於89年7月間亦未曾將股份移轉登記予被上訴人，已如上㈣所述，足見被上訴人持有之股份（包括系爭股份），並無因吳陳烏絨或江進旺移轉登記而取得者，自無上訴人所稱：吳陳烏絨於89年7月間，將系爭股份借名登記予被上訴人，或吳陳烏絨將投資於詠勝昌公司之股份70萬股中之系爭股份借名登記予江進旺，再由江進旺借名登記予被上訴人之情。

㈥上訴人以：江進旺於原審對於是否為詠勝昌公司之掛名股東及為何要購買吳陳烏絨之70萬股二問題，則沈默未回答，參以江進旺對破產管理人（陳昭成律師）之二回函（見本院卷㈠第227-231頁、287-291頁）可清楚江進旺在原審確實係默示承認：江進旺為詠勝昌公司掛名股東云云，然「默示之同意，必依表意人之舉動，或其他情事足以間接推知其有同意之意思者，始得認之，若單純之沈默，則除有特別之情事足認為同意外，不得認係默示之同意。」（最高法院90年度台上字第902號判決意旨參照），然江進旺所出具予陳昭成律

師之時間為108年8月29日及同年9月10日，距其在原審107年1月24日作證之時，已間隔一年餘，尚難以其事後出具之回函，據以推論其在作證當時對上述二問題為默示之承認，上訴人上述主張，洵無可取。

㈦上訴人又以：本件不屬於寄託，但可類推適用民法第601條之1之規定，則系爭股份屬代替物，當股份掛名在江進旺名下後，即與江進旺所掛名之其他股份發生混合之結果，故89年吳陳烏絨為避贈與之嫌而由吳泰隆移轉給被上訴人20萬股，而非吳陳烏絨直接移轉70萬股，70萬股是經過江進旺再到被上訴人，但該20萬股與江進旺名下之其他股份已經混合，當借名登記終止時，自應返還於訴外人吳陳烏絨，進入破產財團，以供分配云云。經查：

1.按類推解釋係超越法律條文內容，使其適用於其他未規定之類似事項，以補充法律之不完備。次按借名登記，其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，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（最高法院98年度台上字第990號判決意旨參照）。

2.本件上訴人既係本於代位權及終止借名登記法律關係，提起本件訴訟，揆諸上開1.之說明，即應類推適用民法委任之相關規定，又借名登記契約與消費寄託契約之法律性質，迥然不同，系爭股份亦非在交易上得以種類、品質、數量相互代替之代替物，並無法類推適用寄託之規定，上訴人主張應類推適用民法第601條之1之規定，容有誤會，並無可採。

㈧上訴人又以「吳陳烏絨將自己之股份移轉予員工（江進旺），不移轉給自己的兒子（被上訴人），而伯父吳泰隆將股份移轉予被上訴人及江進旺，那為何不是吳陳烏絨將股份直接贈與兒子即可，還要讓兒子（被上訴人）花錢向吳泰隆買股份？通常是為了避稅或躲債目的，顯不合理」、「因此吳泰隆之股份即為吳陳烏絨的股份，吳泰隆受吳陳烏絨指示將股份移轉給被上訴人」云云，然吳泰隆於原審證稱：「因

為沒有人要擔任董事長，當時吳書杰自告奮勇，說他要負責擔任董事長，我本來股份要賣給江進旺，因為這樣，江進旺提議我要賣給他的股權是不是有部分賣給吳書杰，所以我後來就把股份部分賣給吳書杰，部分賣給江進旺」（見原審卷第48頁）等語，足見吳泰隆出賣部分股份予被上訴人，係為了使被上訴人能擔任詠勝昌公司之董事長，並無上訴人所稱係為「避稅或躲債之目的」，又被上訴人現確為詠勝昌公司之董事長，亦有公司基本資料查詢可參（見補字卷第9、10頁），吳泰吉上開證述，核屬信而有徵，可堪採憑，上訴人前揭主張，並無可採。

六、綜上所述，上訴人並無法舉證證明系爭股份為吳陳烏絨名下之股份70萬股（包含系爭股份），先移轉給江進旺，再由江進旺移轉給被上訴人各節屬實，上訴人本於代位權及終止借名登記法律關係代位吳陳烏絨終止吳陳烏絨與江進旺、江進旺與被上訴人間系爭股份之借名登記契約，並依民法第263條準用同法第259條之規定，請求被上訴人將系爭股份返還予吳陳烏絨名下云云，自屬無據。原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　30　　日

民事第五庭　審判長法　官　吳森豐

法　　官　郭貞秀

法　　官　孫玉文

上為正本係照原本作成。

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日內向本院補提出理由書狀（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。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　30　　日

書記官　李良倩

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。