臺灣高等法院民事裁定

109年度重上字第435號

反訴原告即
上　訴　人　呂天元
000000000000000000
訴訟代理人　陳志忠律師
反訴被告即
被上 訴 人　效仲股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　楊冠群
訴訟代理人　呂康德律師

上列當事人間請求侵權行為損害賠償事件，上訴人對於中華民國109年4月17日臺灣新北地方法院107年度重訴更一字第9號第一審判決提起上訴，並提起反訴，就反訴部分，本院裁定如下：

主　文

反訴及假執行之聲請均駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

理　由

一、按於第二審提起反訴，除有一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係。二、就同一訴訟標的有提起反訴之利益。三、就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益等情形外，非經他造同意，不得為之，民事訴訟法第446條第2項定有明文。所謂於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據者，係指提起中間確認之訴；所謂就同一訴訟標的有提起反訴之利益者，係指訴訟標的同一，且不延滯訴訟及妨害他造之防禦，對於當事人間紛爭之一次解決及訴訟經濟有利之情形而言（最高法院101年度台抗字第394號裁定意旨採相同見解）。

二、反訴原告主張：反訴被告向永豐商業銀行股份有限公司（下稱永豐銀行）借款美金75萬元，並邀同反訴原告及配偶丁美

華（下合稱反訴原告夫婦）為連帶保證人，並由反訴原告夫婦提供名下房地設定抵押權供作擔保。嗣反訴被告到期未清償，永豐銀行自反訴原告夫婦名下房地執行拍賣所得而分配之金額為新臺幣（下同）1106萬6312元，加計反訴原告夫婦於民國104年8月26日代反訴被告清償之1110萬元，則反訴原告夫婦代反訴被告清償共計2216萬6312元，依債權比例由反訴原告夫婦平均分攤，故反訴被告應清償反訴原告1108萬3156元，爰依民法第749條規定及消費借貸之法律關係，請求反訴被告給付。並聲明：⑴反訴被告應給付反訴原告1108萬3156元，及自反訴起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。⑵願供擔保，請准宣告假執行。

三、經查，反訴被告業已表明不同意反訴原告提起本件反訴（見本院卷第99頁）。且反訴被告係依侵權行為之法律關係提起本訴，反訴原告則係依民法第749條規定及消費借貸之法律關係提起反訴，本訴與反訴之訴訟標的尚非同一。又反訴被告於本訴係以反訴原告業務侵占而請求損害賠償，核屬因故意侵權行為而負擔之債，依民法第339條規定，反訴原告不得為抵銷之抗辯，即無所謂主張抵銷後尚有餘額之問題，與民事訴訟法第446條第2項第3款規定不符（最高法院93年度台抗字第450號裁定意旨採相同見解）。另本件並非於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，反訴原告提起中間確認之訴之情事，自難認合於民事訴訟法第446條第2項各款規定。故本件反訴於法未合，應予駁回。反訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。至反訴原告所引標的及防禦方法有一相牽連即得提起，係民事訴訟法第260條第一審程序之規定，非第二審程序之規定，附此敘明。

四、據上論結，本件反訴為不合法，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　29　　日

民事第十庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　邱　琦

法　官　張文毓

正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於收受送達後10日內向本院提出抗告狀，並應繳納抗告費新臺幣１千元。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　30　　日

書記官　鄭兆璋