臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重上字第156號

上　訴　人　祥鎮營造工程股份有限公司
法定代理人　杜明綸
訴訟代理人　張仕賢律師
被上訴人　　陳炳章
訴訟代理人　曾彥錚律師
複代理人　　廖偉辰律師

上列當事人間請求返還借款事件，上訴人對於民國107年5月15日臺灣臺中地方法院105年度重訴字第326號第一審判決提起上訴，本院於108年2月20日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回（原判決主文第1項關於遲延利息起算日，應更正為「自民國101年1月1日起」）。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分

一、原審本於兩造在民國97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉即消費借貸之法律關係，命上訴人祥鎮營造工程股份有限公司（下稱祥鎮公司）給付被上訴人新臺幣（下同）750萬元本息，並依廖常雄於99年11月25日簽立之〈債務償還切結書〉即債務承擔之法律關係，判命廖常雄就上開債務負不真正連帶責任，另依保證之法律關係命廖振達、劉正輝（即劉正秋）負保證責任（原判決正本第9頁之理由論斷及第1頁主文第2、3項、第4項、第5項參照）；嗣後僅上訴人祥鎮公司提起上訴，本院分案時乃將廖常雄、廖振達、劉正輝（即劉正秋）等3人併列為視同上訴人。

二、惟按不真正連帶債務之數債務人雖具同一目的，對債權人各負全部給付之義務，然各債務人所負債務各有不同發生之原因，僅因相關之法律關係發生法律競合所致，債務人相互間，並無所謂應分擔部分，故在法律上並無必須合一確定之情形。本件原審判命上訴人應給付被上訴人750萬元本息係本

於兩造間於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉即消費借貸之法律關係，而判命廖常雄應給付被上訴人750萬元本息，則係本於其於99年11月25日簽立之〈債務償還切結書〉即債務承擔之法律關係，兩者並無合一確定之必要，故上訴人提起上訴之效力自不及於廖常雄。且廖常雄復未提起上訴，與上訴人間亦無真正連帶關係，故此部分應屬誤列，並據廖常雄與兩造當庭確認（本院卷第159頁反面），本院應逕予更正，無庸再列廖常雄為視同上訴人，合先敘明。

三、次按債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，連帶債務人中之一人提起上訴，須「非基於個人關係之抗辯」，且「經法院認為有理由」者，始有民事訴訟法第56條第1項1款之適用，其上訴效力始及於其他連帶債務人（最高法院41年台抗字第10號判例、93年度台上字第62號判決意旨參照）。本件被上訴人依上訴人因承建工程所需，於97年1月21日與其簽訂之〈合作協議書〉作為「借款請求權」之依據，並主張廖振達為保證人，劉正輝即劉正秋依公司法第16條第2項應自負保證人之責。經原審為被上訴人勝訴之判決後，僅上訴人提起上訴，廖振達、劉正輝即劉正秋2人則未上訴。上訴人之上訴理由雖包括非基於個人關係之抗辯（即主張上開債務已由廖常雄為債務承擔、利息請求已罹於時效），惟經本院審理後，認其上訴為無理由，是依上開說明，上訴人提起上訴之效力，自不及於未上訴之廖振達、劉正輝即劉正秋2人，故本判決爰不併列廖振達、劉正輝即劉正秋為視同上訴人（由本院另以司法行政函知審理結果），附此敘明。

貳、實體部分

一、被上訴人主張：上訴人因承建工程所需，於97年1月21日與伊簽訂〈合作協議書〉，約定由伊於97年1月21日、97年1月30日分別貸與上訴人各500萬元，當日上訴人交付由八方營造有限公司（下稱八方公司）開立、上訴人背書，面額合計750萬元之支票6紙予伊，作為清償第1期借款500萬元之本息。伊亦依上訴人指示，於97年1月27日將500萬元匯入八方公

司之帳戶。嗣伊得知上訴人財務狀況不佳，未再給付第2期借款。上開6紙支票嗣後均因存款不足而遭退票。兩造與八方公司遂於98年4月14日簽訂〈債務償還協議書〉，並由千鎮建設開發股份有限公司（下稱千鎮公司）、廖振達擔任保證人，約定由千鎮公司開立面額各400萬元、300萬元、50萬元之3紙支票充作新債清償。嗣該3紙支票亦均因存款不足而遭退票。兩造與八方公司再於100年6月1日簽訂〈債務償還協議書〉，並由千鎮公司、廖振達擔任保證人，約定由廖常雄、廖振達共同開立面額各200萬元、200萬元、350萬元共3紙本票，充作新債清償。嗣該3紙本票屆期仍未獲兌現，依民法第320條規定，上訴人返還借款之義務仍未消滅，爰依消費借貸為基本法律關係即兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉，並提出上開方公司遂於98年4月14日簽訂〈債務償還協議書〉及交付之支票、本票作為上訴人確有新債清償之憑據。起訴聲明求為判決：㈠上訴人應給付被上訴人750萬元及自97年8月22日起至清償日止，按年息5%計算之利息之判決。㈡願供擔保，請准宣告假執行。（廖常雄、廖振達、劉正輝即劉正秋等人，未據上訴，復非本件上訴效力所及，茲不贅述）。答辯聲明求為判決：如主文所示。

二、上訴人則以：㈠兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉其法律性質為金錢消費借貸契約。但依廖常雄及被上訴人訴訟代理人於原審之陳述可知上開〈合作協議書〉之簽訂是因廖常雄經營之八方公司需要資金周轉而向被上訴人借款，被上訴人亦係將500萬元借款匯至八方公司之帳戶，並非由伊取得。且93年11月16日至97年12月16日間，廖常雄亦非伊公司登記之董事或監察人。再由杜明綸、廖常雄於原審之證述可知，98年4月14日簽訂之〈債務償還協議書〉及100年6月1日簽訂之〈債務償還協議書〉上「祥鎮營造工程股份有限公司及杜明綸」之大小印章均係廖常雄未經伊同意而盜用，伊否認該印章之真正。且廖常雄於99年11月25日已書立〈債務償還切結書〉承擔上開債務。該〈債務償還切結書〉雖未寫

明「原來債務人脫離原來之債務關係」，但亦未寫明「廖常雄加入原來之債務關係」，且由切結書文義觀之，顯具有「由第三人廖常雄全部承擔原來債務人之債務，全部由廖常雄負責」之意思。是該〈債務償還切結書〉性質上應屬民法第300條免責之債務承擔。且廖常雄於原審亦承認其於100年6月1日未經當時上訴人負責人杜明綸之同意而擅自使用伊公司及杜明綸之名義與八方公司、千鎮公司、廖振達及被上訴人簽訂〈債務償還協議書〉，足見廖常雄未經授權乙事亦為被上訴人所明知，由此益徵廖常雄於99年11月25日簽立之〈債務償還切結書〉係免責之債務承擔，而非併存之債務承擔。據此，伊依兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉而對被上訴人所負500萬元借款及250萬利息之返還義務，已因廖常雄於99年11月25日簽立之〈債務償還切結書〉而由廖常雄承擔債務，伊已脫離原來之債務關係，自免除其責。㈡兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉約定本金500萬元借款自97年1月21日至同年8月21日之利息為250萬元。但以法定利率20%計算，上開7個月期間之利息應為583,333元，超過法定最高利率部分，伊自得拒絕給付。況此250萬元利息之請求權自97年8月21日起算，時效5年，102年8月20日時效即已屆滿，但被上訴人遲至105年5月31日始起訴請求，顯亦已罹於時效。㈢上開〈合作協議書〉並未約定自97年8月22日起至清償日止之利息與利率，縱認500萬元借款部分可請求遲延利息，亦應以5%計算，況被上訴人係於105年5月31日提起本件訴訟為請求，而利息之消滅時效為5年，故被上訴人僅得請求自100年5月31日起之遲延利息，至於97年8月22日起至100年5月30日期間之遲延利息，已罹於時效，伊亦得拒絕給付。另250萬元利息部分，依民法第207條規定，不得再加計遲延利息，故被上訴人請求250萬元利息之遲延利息，顯無理由。㈣債務人原則上得自由決定何時提出時效抗辯，伊於一審程序僅係單純未行使時效抗辯，並未拋棄時效利益，如不允許伊於二審程序提出時效抗辯，對伊而言顯失公

平，是依民事訴訟法第477條第1項第6款規定，伊自得於二審程序提出利息請求權已罹於時效之新攻擊防禦方法。㈤一審卷內已有廖常雄於95年11月25日簽立之〈債務償還切結書〉，伊於二審程序就此原有已經存在之訴訟資料，作法律規定內容之主張，提出此〈債務償還切結書〉之法律性質為民法第300條免責之債務承擔契約，乃屬法律問題，並非民事訴訟法第447條規定之攻擊或防禦方法。縱認此免責債務承擔之抗辯屬民事訴訟法第447條規定之攻擊或防禦方法，依同法第1項第6款規定，亦應准許。況原審就該〈債務償還切結書〉之法律性質，並未諭令兩造為事實上及法律上陳述及為敘明或補充，即逕行認定「原告主張：廖常雄於99年11月25日簽立債務償還切結書，同意於99年11月30日前清償該債務，卻未能履行等語，為廖常雄所不爭執，自堪信為真實，則原告依債務承擔之法律關係，請求廖常雄返還系爭借款本息，即應予准許」等語，顯違反同法第199條之闡明義務。伊以原審判決對該〈債務償還切結書〉之法律上性質認定有誤，提起上訴，並於理由中引用民法第300條免責之債務承擔，補充說明伊已脫離原來之債務關係，應由廖常雄承擔債務，亦符合同法第447條第1項第1、3、4、6款規定。另伊請求通知廖常雄到庭就〈債務償還切結書〉之約定經過提出說明，則屬同法第447條第1項第3款情形，亦屬合法等語置辯。上訴聲明求為判決：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

三、本件爭點：

(一)上訴人於二審程序提出上開〈債務償還切結書〉之法律性質屬民法第300條免責之債務承擔契約、被上訴人關於250萬元之利息請求及97年8月22日起至100年5月30止之遲延利息請求均已罹於時效等之抗辯，是否符合民事訴訟法第447條之規定？

(二)被上訴人請求上訴人給付750萬元及自97年8月22日起至清償日止，按年息5%計算之利息，是否有理由？

1.上開〈債務償還切結書〉是否為免責之債務承擔契約？
2.被上訴人關於250萬元之請求，是否屬不當之利息請求？
3.自97年8月22日起至100年5月30止之遲延利息請求是否均已罹於時效？

四、本院之判斷：

(一)兩造法律關係基本事實之論斷：

1.被上訴人主張上訴人於97年1月21日與伊簽訂〈合作協議書〉，伊於97年1月27日依該協議書匯款500萬元至八方公司帳戶。97年1月21日，上訴人交付由八方公司開立、祥鎮公司背書，面額合計750萬元之支票6紙予伊。上開6紙支票經提示後遭退票等情，上訴人自原審即不為爭執，自堪信被上訴人此部分主張為真實。

2.兩造於97年1月27日簽訂之〈合作協議書〉性質上為消費借貸契約：

⑴按A公司以經營房地產等事業為名義募集資金，B之投資行為雖類似對A公司經營之事業出資，惟就當事人約定之條件以觀，享有固定利率之利息，期滿時B取回全額投資金，並不因A公司事業經營之盈虧而異；從而，其法律關係，亦非合夥或隱名合夥。綜上所述，A公司與B訂約之目的，乃單純在於A公司使用B所支付之金錢並給付一定利率之利息，其法律關係應為【消費貸款】（見臺灣高等法院暨所屬法院（79）廳民一字第914號法律問題座談會）。

⑵查上開〈合作協議書〉記載：「〈合作協議書〉……雙方為合作承建寶鴻建設公司之新建工程（烏日保時捷）案，特別訂立下列合作條款：1.乙方（即被上訴人）投資1000萬元（即97年1月21日500萬元，97年1月30日500萬元整，供甲方（即上訴人）資金所需運作。2.甲方開立八方營造公司支票經祥鎮公司背書保證（支票開立本金及酬勞利潤等如附件影本）。3.乙方投資甲方資金後經營盈虧由甲方負責與乙方無關，且甲方開立給乙方之期票應如期兌現，以遵守雙方誠信原則。…」。已見上訴人於簽立上開協議書時，係借用八方公

司之支票，上訴人則背書擔保以為新債清償。

⑶被上訴人已依〈合作協議書〉於97年1月27日匯款500萬元至上訴人所指定之八方公司帳戶。97年1月21日上訴人交付由八方公司開立、上訴人背書，面額合計750萬元6紙支票（票號：PB0000000、PB0000000、PB0000000、PB0000000、PB0000000、PB0000000，下稱系爭6張支票）予被上訴人；並據被上訴人於106年2月14日在原審庭呈佐證（原審卷第172-178頁）。而系爭6張支票經被上訴人分別提示，均遭銀行以存款不足及拒絕往來戶等理由全數退票等情，復為兩造自原審即不為爭執，自得為本件論斷事實之依據。

①上開〈合作協議書〉註明被上訴人不負盈虧，僅於一定期間屆至後，上訴人即應給付除被上訴人所交付之金額外加固定之金額。

②上訴人雖於原審主張上開〈合作協議書〉性質係合夥契約，，並非消費借貸契約。惟上訴人嗣後於本院提出之「民事綜合辯論意旨狀」已改稱兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉之法律性質為民法第474條第1項規定之金錢消費借貸契約（見本院卷第117至118頁）。足見上訴人對於上開〈合作協議書〉為消費借貸契約，已無爭執。

③又系爭6張支票金額共750萬元，顯係渠等約定於被上訴人交付500萬元（即被上訴人出借500萬元）後，被上訴人除得請求返還500萬元外，另由被上訴人再支付250萬元，上訴人乃於系爭面額合計750萬元共6紙支票上背書後交付予被上訴人，作為清償第1期借款500萬元之本金債務及總計250萬元之利息（第2期借款未交付部分，被上訴人並未主張）。

⑷承上，經勾稽上開〈合作協議書〉之內容及相關金錢支付之約定與本票簽發背書之事實，應可認定兩造金錢往來之約定應屬借貸關係，且關於本金利息之金額復有明確約定（即本金500萬元），更就本金、利息一併以系爭6張支票所定金額為履行清償義務之憑據，並為新債清償而已由被上訴人予以受領。

3.上開〈合作協議書〉雖未明文約定還款期限，但上訴人就其所背書之系爭6張支票既負兌現之責，則系爭6張支票之票載發票日，即應為上訴人應返還借款之日，然屆期兩造等人間則復有債務償還協議之約定（下詳）。

4.故被上訴人主張：97年1月21日係上訴人向其借款，約定上訴人交付之系爭6紙共750萬元之支票，作為清償第1期借款500萬元之本息等語，與事證相符，應可作為本件論斷兩造權利義務之基礎法律事實。

5.上訴人對於上開〈合作協議書〉為消費借貸契約，雖已未再有爭執，但仍否認98年4月14日、100年6月1日簽訂之二紙〈債務償還協議書〉之效力，且主張廖常雄於99年11月25 日簽立之〈債務償還切結書〉係屬免責之債務承擔，伊已脫離原來之債務關係，並提出利息之時效抗辯。故本件應依上開事實而就爭點逐一審究。

(二)二紙〈債務償還協議書〉效力之分析：

1.上訴人一再否認原審卷第4、8頁2份〈債務償還協議書〉（分別於98年4月14日、100年6月1日簽立）為真正及辯稱與其無關云云。然查：

⑴上開〈合作協議書〉係兩造本於自由意思而簽立，經比對上開2份〈債務償還協議書〉內容，與〈合作協議書〉（原審卷第171頁）之內容，及簽發支票、背書及於本票上背書（原審卷第172-178頁、第5頁、第9-10頁反面）行為及金額等事實，可見前後3次協議之意旨，相互一致，此等主客觀事實，已足徵上訴人就「750萬元債務」，同意負清償責任，

⑵再勾稽上訴人之法定代理人杜明綸於原審提示上開2份〈債務償還協議書〉時，固稱：「協議書我沒看過，印章也不是我蓋的。大小章不是真正的，我沒有看過這組章。」等語，然當法官進而詢問：「你有無同意八方營造有限公司、廖常雄刻這組印章，在〈債務償還協議書〉蓋章？」時，則陳稱：「可能廖常雄當時有跟我們副總廖玉珊說，可是我也不知道，我不知道這件事，可能就是副總知道而已，我不知道副

總有沒有同意廖常雄，副總沒跟我說要擔任連帶保證人。」（原審卷第226頁正面）。已見杜明綸只是推給公司副總，並未完全否認事後所為以〈債務償還協議書〉所稱保證清償責任與上訴人公司之關連性。

⑶且當原審進而發問：「是否廖常雄是沒有經過你同意，偽造印章蓋在〈債務償還協議書〉上？」時，杜明綸固稱：「這組印章是不是公司的，因為公司有很多章，我不可能每個章都記得。我沒有同意廖常雄在〈債務償還協議書〉上蓋章。」（原審卷第226頁正面）。然由其陳述語意，可見杜明綸並未否認上開印文之真正。

⑷嗣廖常雄當庭稱：「大約二、三年後，我有告訴杜明綸說我有蓋這個章，杜明綸要我把這件事解決掉就好了。」時，杜明綸則自承「我沒有很在意這件事，而且時間過了那麼久，我只是認為廖常雄能夠處理好就好。」（原審卷第226頁反面）。可見杜明綸雖未積極承認，但其亦不否認廖常雄事後有告知，且杜明綸並無追訴廖常雄之意思。適足反徵杜明綸回答原審詢問之陳述，並未否認上訴人公司之大小章及於〈債務償還協議書〉用印，進而有使上訴人負擔履行清償上開債務之事實。

⑸遑論當廖常雄當庭稱：「我確實有告訴杜明綸，且我也怕他告我偽造文書。」時，法官於徵詢杜明綸意見問：「有無補充？」時，杜明綸則稱：「希望能夠和解」（原審卷第227頁第1-4行），已見杜明綸並未否認上訴人應負清償本件本息之債務、責任。

2.進而言之，由上開〈債務償還協議書〉內容與〈合作協議書〉內容及於系爭6紙支票背書、簽發3紙支票及於本票背書等情相互一致之客觀事實，已可認上訴人於爭訟前後之客觀表現，可作為本件判斷事實之佐證。

⑴依兩造簽立〈合作協議書〉之過程，參以上訴人自承之投資標的與過程及上訴人與廖常雄等人關於相關投資等密切關連性。

⑵衡以一般商場金錢往來、對盜刻或盜用公司印章（文）而偽簽契約或票據之行為者予以刑事追訴之商場交易及自保等常情，然從杜明綸於原審當庭陳述及反應，及上訴人公司、法定代理人等均未有積極主張其公司、法定代理人名義之大小章有遭人盜用於〈債務償還協議書〉上，及盜開上開3紙支票或於本票上偽造背書（原審卷第5頁、第9-10頁反面）等嚴重影響上訴人公司及其法定代理人利益之情事，而對廖常雄等人有何積極主張，復未見有何刑事追訴行為。

⑶承上，本件應可認上訴人嗣後僅經由法律專業人員於民事爭訟時，臨訟而為之否認與主張，均與上開常情相違，不足採信，自應肯認上開〈債務償還協議書〉及票據行為之結果對上訴人確有拘束力。

3.因之，自應認上訴人於被上訴人追索時已承認本件「750萬元債務」而負清償義務。此外，再從上訴人已預為以支票及支票所載發票日一併清償本金利息之客觀事實，雖支票經跳票，然此一簽發支票並於支票上背書之行為，已足徵上訴人有承認清償本息之真意與事實。上訴人既於同意以支票為清償方式，應認上訴人對債務總額為750萬元及約定清償日及金額均無爭執，故上訴人臨訟所為上開抗辯，自不足採憑。

⑴承上，關於500萬元、250萬元合計「750萬元債務」之關連性，經綜合兩造間資金往來之原因及互動歷程等主客觀因素，可見初始係因上訴人等人為投資房地產建設而有籌集資金之需要，並自認可經由投資而獲取高額利潤，然因自身財力有限，乃為資金、信用之槓桿操作，期以自身少數資金，經由引進、借貸外部資金以創造鉅額報酬，並有兩造等人之具體之書面約定與本件爭訟前兩造等利害關係人之互動及臨訟之陳述卷證可憑，本件可認兩造等人間依附於〈合作協議書〉所簽立之6紙支票，其金額於超過500萬元部分即其中250萬元部分，應為「利息總額」之約定。

⑵反之，如不為利息總額約定之解釋，除被上訴人有自陷於不當利息約定之虞外，上訴人亦有虛偽以支票、本票欺瞞被上

訴人之動機與行為。

4.故本件揆以上開事證及說明及兩造全辯論意旨，允宜認定依兩造歷次協議之內涵、真意，而認兩造間確有多次達成總額250萬元之結算與協議，而此一事實之論斷，以維兩造之誠信，並避免權利濫用及預防脫法行為。

(三)關於不當利息抗辯之分析：

1.按約定利率，超過週年百分之20者，債權人對於超過部分之利息，無請求權，民法第205條定有明文。上開條文既規定債權人對於超過部份之利息無請求權，則債務人就超過部份之利息任意給付，經債權人受領時，自不得謂係不當得利請求返還（最高法院29年上字第1306號判例參照）。

2.上訴人固辯稱兩造關於250萬元之約定部分，乃不當之利息，惟上訴人在〈合作協議書〉簽訂時即在預為清償債務之系爭6張支票（合計750萬元）上背書清償；復於被上訴人求償時，先後就同一債務簽立2份〈債務償還協議書〉確認「債務金額：乙、丙方共同積欠甲方新台幣柒佰伍拾萬元」，（原審卷第4頁、第8頁之協議內容第一點），並先簽發金額合計750萬元之支票3紙（原審卷第5頁），其後並於金額合計750萬元之本票3紙上背書（原審卷第8頁、第9-10頁正反面），一如前述，並可確認兩造間有承認債務、新債清償及受領之事實，亦有就750萬元債務另敘明可請求利息等客觀事實，可見歷經債務償還之協議後，益加確定250萬元已非單純之利息約定。（此時亦無利息滾入原本，另計利息之問題）

3.故本件衡以上開實務見解，兩造之權利義務關係，既因上訴人之意思表示及有新債清償之事實行為，被上訴人對上訴人所得主張之權利範圍，自不受上開民法第205條規定之限制，則上訴人事後於爭訟時，再以被上訴人不能請求超過法定最高限額利率部分之利息、250萬元利息不能再加計遲延利息云云，資為抗辯，於法無據。

(四)關於遲延利息之分析：

1.關於上訴人（債務人）應所負清償債務之利息部分，系爭二紙〈債務償還協議書〉均約定並載明「一、債務金額：乙、丙方共同積欠甲方新台幣柒佰伍拾萬元……四、…三方同意就【利息部分另行協議給付】…。」（原審卷第4頁、第8頁之協議內容第一、四點），並有簽發金額合計750萬元之支票3紙（原審卷第5頁），其後並於金額合計750萬元之本票3紙上背書（原審卷第8頁、第9-10頁正反面），一如前述。

2.惟兩造關於【利息部分另行協議給付】之約定，迄今並未見兩造有何另行協議憑據。自應綜合〈債務償還協議書〉之內容及之前〈合作協議書〉等相關約定予以分析判斷。

3.兩造間於〈合作協議書〉明白約定「2.…（支票關立本金及酬勞利潤如附件影本）。3.乙方投資甲方資金後經營盈虧皆由甲方負責與乙方無關，且甲方開立給乙方之期票應如期兌現，以遵守雙方誠信原則。」，嗣被上訴人提示上開6紙支票遭退票後，兩造等人雖經2次〈債務償還協議書〉，仍未達成具體的利息約定或協議。

4.故關於遲延利息利率部分，應認兩造就利率為何，尚未能明白約定，自應回歸法定利率。

5.另遲延利息起算日，則應以兩造所約定最後清償日為起點之準據。

⑴參以被上訴人於原審起訴時，即以101年1月1日為遲延利息起算日，並說明係以兩造約定本票到期日之翌日為起算日（原審卷第1項訴之聲明第1項、第2頁理由四參照），除見被上訴人自始亦同認兩造關於750萬元債務之利息未達成協議外，亦徵被上訴人亦同認應以101年1月1日為起算日。

⑵原判決固以「自系爭6紙支票到期、提示日後即97年8年8月22日起」計算上開750萬元之遲延利息（原判決主文第1項及第9頁第27-28行理由），然被上訴人自始即以101年1月1日為遲延利息起算日，復與卷證相符；被上訴人雖於106年12月19日當庭具狀變更利息起算日，惟原審法官亦覺有異而當庭發問「利息起算點為何是從97年8月22日…起算？」被上

訴人固稱係「因為票據跳票」（原審卷第251頁反面、253頁正反面），然被上訴人在原審於106年12月19日所為聲明除與原起訴聲明不同外，其以97年8月22日起算之主張，更與其所提出兩造等人間前後2次以〈債務償還協議書〉之約定意旨明顯不符，顯屬無據。

⑶故本件遲延利息起算日，仍應回歸兩造歷經協議後所約定之最後清償日（原審卷第9頁之本票發票日），即101年1月1日為遲延利息起算日。

6.上訴人固於本院就「自97年8月22日至100年5月30日期間」等部分，提出時效抗辯云云，惟本件遲延利息起算日既應自101年1月1日起算，本院自無就此等抗辯，再為論斷之必要，併此敘明。

(五)上訴人是否因廖常雄以〈債務償還切結書〉為債務承擔而免責之分析：

1.程序分析：

⑴被上訴人在原審係以〈債務償還切結書〉請求廖常雄給付750萬元本息，並主張〈債務償還切結書〉與〈合作協議書〉係不真正連帶債務之性質（原審卷第294頁），故此〈債務償還切結書〉所表彰之債務承擔係免責抑或併存之債務承擔，攸關被上訴人對上訴人祥鎮公司之實體上之給付請求權是否存在，自屬重要的攻擊防禦方法，應受民事訴訟法第447條規定之限制。又民事訴訟法第447條第1、2項明定，除有第1項各款所列情形外，當事人不得於二審程序提出新攻擊或防禦方法，且應就其主張情形負釋明之責。然本件上訴人遲至二審始提出免責債務承擔之新攻擊防禦方法，並主張如不允許其提出，有顯失公平之情形云云。

⑵查上訴人就有何顯失公平之情形，並未提出證據以為釋明，且上訴人於原審訴訟程序有委任專業之律師為訴訟代理人，應無不能適時提出此重要攻擊防禦方法之理，況107年4月17日言詞辯論期日，當原審法官亦問及：「證物十債務償還切結書的性質為何？」時，上訴人之複代理人律師亦有到庭，

卻未為任何有關之陳述或主張，此亦有委任狀、言詞辯論筆錄及報到單附卷可稽（原審卷第51、150、293、294頁）。

⑶是上訴人遲至二審始提出此新攻擊防禦方法，並非無可歸責之事由，更無如不允許其提出有顯失公平之情形，故上訴人自應受失權效所拘束，不得再於二審程序為主張。

2.實質分析：

⑴按債務承擔有免責的債務承擔及併存的債務承擔之別，前者於契約生效後原債務人脫離債務關係，後者為第三人加入債務關係與原債務人併負同一之債務，而原債務人並未脫離債務關係（最高法院49年台上字第2090號號判例意旨參照）。次按第三人與債權人訂立契約承擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。又第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不生效力。民法第300條、第301條分別定有明文。可見是否為（原債務人）免責之債務承擔，端視債權人是否以契約表示同意或事後為承認之意思表示。

⑵本件縱認上訴人得於二審為此「免責債務承擔之新攻擊防禦方法」之提出，然查：

①稽之原審卷第255頁〈債務償還切結書〉，製作名義人僅見「立切結書人廖常雄」，未見被上訴人或其他人有何簽名或用印，核其文書之形式，純屬廖常雄一人所為單方之意思表示。

②再由〈債務償還切結書〉文書意旨而言，除僅廖常雄個人單獨為意思表示外，更無被上訴人（債權人）同意或承認原借貸契約之債務人即上訴人（即〈合作協議書〉之債務人），可因此切結書之書立而得免責之意思表示。

③故〈債務償還切結書〉既未見被上訴人就廖常雄之意思表示，有何具體回應之記載；復未見兩人間或兩造間有何具體約定之事證，本件殊難認定此〈債務償還切結書〉係免責之債務承擔。

⑶況且，本件由兩造互動過程，益徵初始即以兩造為締約之當

事人，並以上開〈合作協議書〉規範兩造金錢借貸之法律關係。第一次所簽發之系爭6張支票雖係以八方公司為發票人、上訴人為背書人；然於系爭6張支票跳票後，兩造隨即與八方公司三方簽立〈債務償還協議書〉；而〈債務償還協議書〉之約定意旨，並與上開〈合作協議書〉之債權債務關係相互一致，益徵兩者有實質關連性，而可認定兩造確為借貸法律關係之實質權利義務人。

⑷故縱被上訴人事後有持此切結書向原審追加廖常雄為被告（原審卷第253頁、第294頁正反面）主張權利，其雖同一筆債務但被上訴（原告）所主張之請求權法律關係不同，顯然不等於被上訴人有同意其他債務人因此切結書而免除各自應負清償債務之義務。

3.承上，依廖常雄歷來之陳述，其雖自稱係整個投資計劃之規劃及實際操作資金籌募之人，然廖常雄所稱主導投資計劃一節，縱然屬實，仍不能變更兩造間依〈合作協議書〉而生之借貸契約之權利義務關係。即兩造之權利義務關係，仍應回歸〈合作協議書〉、〈債務償還協議書〉之約定作為判斷基礎，已如前述。

五、綜上所述，被上訴人依消費借貸法律關係即兩造於97年1月21日簽訂之〈合作協議書〉及上開〈債務償還協議書〉，請求上訴人給付被上訴人750萬元及自101年1月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息，於法有據，應予准許。原審判命上訴人如數給付，並依聲請為供擔保後准、免假執行之諭知，於法並無不合。上訴意旨指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。另原判決主文第1項關於上訴人應給付遲延利息之起算日，原審於106年12月19日當庭即發覺有異，並即時向被上訴人（原告）發問，已如前述，然或因上訴人（被告）亦未及時省察、抗辯，致原審遽予採憑被上訴人與卷證不符之陳述，然經參以原審就其以97年8月22日為起算日一節，亦未以理由詳載，僅略以系爭6紙支票到期、提示日為據，容與卷證及兩造事後之〈債務償還協

議書〉之明載「利息部分另行協議給付」等事證有間，從訴訟經濟原則及維護兩造權利義務真實狀況觀點而言，可認屬誤載，爰由本院依卷證逕以更正。

六、本件事證已臻明確，關於上訴人指摘原審未行使「闡明權」部分，業據本院闡明並使兩造為充分辯論。而被上訴人於言詞辯論時始具狀請求調取臺灣南投地方法院98年度投簡字第147號，99年度司促字第第10753號、100年度投簡字第101號等卷，經核本件適用法律之事實關係已論斷如前，兩造之權利義務業據析明如前，自無再另行調取之必要；又兩造其餘攻擊或防禦方法暨所提證據，經核與本件判決結果並無影響，爰不一一論述，附此敘明。

七、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　　108　　年　　3　　月　　13　　日

民事第六庭　審判長法　官　盧江陽

法　官　許石慶

法　官　黃玉清

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後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日內向本院提出上訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項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。

書記官　陳志德

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　13　　日