臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度重上更一字第47號

上　訴　人
即反訴被告　興國橡膠廠股份有限公司
法定代理人　劉文賢
訴訟代理人　曾慶崇律師
複代理人　　王德凱律師
訴訟代理人　方文献律師
複代理人　　許淑媛
被上訴人
即反訴原告　陳誠斌
訴訟代理人　林慶煙律師
　　王素玲律師
被上訴人　　張進興
訴訟代理人　顏銀癸

上列當事人間請求清償債務等事件，上訴人對於民國103年8月22日臺灣臺中地方法院102年度重訴字第419號第一審判決提起上訴，被上訴人陳誠斌並於本院提起反訴，經最高法院第一次發回更審，本院於109年7月1日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二、三項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

二、被上訴人陳誠斌、張進興應連帶給付上訴人新臺幣參佰伍拾貳萬壹仟零貳拾捌元，及陳誠斌自民國一百零二年八月二十四日、張進興自民國一百零二年九月六日起，均至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、被上訴人陳誠斌應給付上訴人新臺幣壹仟捌佰壹拾貳萬參仟壹佰伍拾捌元，及自民國一百零二年八月二十四日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

四、其餘上訴駁回。

五、反訴原告之訴及其假執行之聲請均駁回。

六、第一、二審及發回前第三審訴訟費用，關於本訴部分，由被

上訴人陳誠斌、張進興連帶負擔百分之六，被上訴人陳誠斌負擔百分之三十，餘由上訴人負擔；關於反訴部分，由反訴原告負擔。

七、本判決第二項及其訴訟費用部分，於上訴人以新臺幣壹佰壹拾捌萬元為被上訴人陳誠斌、張進興供擔保後，得假執行。但被上訴人陳誠斌、張進興如以新臺幣參佰伍拾貳萬壹仟零貳拾捌元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

八、本判決第三項及其訴訟費用部分，於上訴人以新臺幣陸佰零伍萬元為被上訴人陳誠斌供擔保後，得假執行。但被上訴人陳誠斌如以新臺幣壹仟捌佰壹拾貳萬參仟壹佰伍拾捌元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

一、上訴部分本院審理範圍：

(一)按當事人提起上訴，旨在請求上訴法院廢棄原判決，改為有利於己之判決，除他造提起上訴、附帶上訴或擴張上訴應受判決事項之聲明外，不許上訴法院逾越上訴聲明之範圍，而為不利於上訴人之裁判（最高法院107年度台上字第1857號判決參照）。查上訴人即反訴被告興國橡膠廠股份有限公司（下稱興國公司）於原審起訴請求被上訴人即反訴原告陳誠斌、被上訴人張進興、林亞瑩、蘇昌文（合稱張進興等3人）為給付，陳誠斌則以其對興國公司有借貸債權，並受讓訴外人林鳳英、陳楷元、陳楷文（合稱林鳳英等3人）對於興國公司之借款債權及讓與前已發生之利息請求權得為抵銷，原審法院認興國公司得依民法第312條規定請求陳誠斌、張進興及蘇昌文連帶給付新臺幣（下未註明幣別者同）528萬1542元本息；陳誠斌、林亞瑩及蘇昌文連帶給付5436萬9473元本息，但陳誠斌對興國公司之債權額超過興國公司之債權，經陳誠斌為抵銷後，興國公司不得請求給付，乃駁回興國公司在第一審之訴。興國公司對於判准陳誠斌抵銷部分表示不服，提起第二審上訴，陳誠斌及張進興等3人則未提起上

訴（陳誠斌曾提起附帶上訴，因未繳納裁判費，經本院裁定駁回確定），依上說明，本院僅得就興國公司上訴之範圍予以裁判，對於第一審判決有利興國公司部分（即興國公司對陳誠斌及張進興等3人有該代償債權），自不得列入審理範圍。

(二)陳誠斌雖抗辯：原審判決雖認興國公司對陳誠斌及張進興等3人有代償之債權，惟亦認陳誠斌對興國公司有借款債權及受讓林鳳英等3人債權，經陳誠斌為抵銷後，乃判決駁回興國公司之訴，則依原審判決之主文內容，陳誠斌係全部勝訴，非一部勝訴一部敗訴，故陳誠斌為受勝訴判決之當事人，自不能提起上訴或附帶上訴，另陳誠斌所為抵銷抗辯，僅為訴訟防禦方法，並非提起反訴，原審判決既駁回興國公司之訴，如因陳誠斌未提起上訴或附帶上訴，即認興國公司對陳誠斌及張進興等3人有代償債權已告確定，豈非予盾？況由興國公司上訴聲明觀之，其聲明之範圍，亦與其於原審之起訴聲明相同，非一部上訴，足見本件上訴審理範圍，亦包括興國公司對陳誠斌及張進興等3人代償之債權部分等語，已為興國公司所否認，且按主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力，民事訴訟法第400條第2項定有明文，通說認此乃判決理由得生既判力之例外。又按上訴人之上訴利益，原則上固應於上訴時，對照原告(被上訴人)之聲明與法院之判決主文為形式上之觀察，其聲明為法院所容許者，被告(上訴人)即有上訴利益，反之為原告有上訴利益。然民事訴訟法第400條第2項對經裁判之抵銷數額，例外明定為有既判力，其因該部分判決所生法律上之效力，而受不利益之當事人，就該部分判決，自有上訴利益，不受原判決主文形式上為准駁宣示之拘束(最高法院80年度台上字第2917號裁判意旨參照），準此，抵銷抗辯在一定之要件下，對於當事人具有既判力，有既判力之事項，受不利判決之當事人自得對之提起上訴，不受原判決主文形式上為准駁宣示之拘束。本件原審係認興國公司之債權及陳誠斌

所為抵銷之債權均存在，而為興國公司敗訴之判決，就判決主文而言，對陳誠斌並無不利，但就判決理由而言，肯認興國公司之債權存在，則對陳誠斌不利，故陳誠斌就此部分自得提起上訴，然其既未提起上訴，此部分即未繫屬本院，即不得列入本院審理範圍，至於興國公司提起上訴，顯係針對原審判准陳誠斌抵銷部分表示不服，則其上訴聲明自與原審之起訴聲明相同，亦不得據此認其併就有利部分即興國公司對陳誠斌及張進興等3人有代償之債權部分，亦聲明上訴，是陳誠斌前開抗辯，不足採信。

二、本件經最高法院發回本院更審程序中，興國公司已於民國108年12月12日具狀撤回對林亞瑩、蘇昌文之上訴，並將部分撤回上訴狀繕本逕送林亞瑩、蘇昌文，有該書狀可稽（見本院卷一第469-471頁），復為陳誠斌、張進興所不爭，是林亞瑩、蘇昌文部分亦非本院審理範圍。

三、又按於第二審程序中，提起反訴，非經他造同意，不得為之。但就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者，不在此限，觀諸民事訴訟法第446條第2項第3款規定自明。本件陳誠斌於本訴部分以對興國公司之債權為抵銷抗辯，並就抵銷之餘額部分提起本件反訴，請求興國公司給付694萬8844元之本息，其有提起反訴之利益甚明，核與前開規定相符，應予准許，合先敘明。

乙、實體方面：

壹、上訴部分：

一、興國公司於原審主張：訴外人耐隆實業股份有限公司（下稱耐隆公司）於93年間向台中商業銀行股份有限公司（下稱台中商銀）借款1億2000萬元（下稱甲借款），復於97年間借款500萬元（下稱乙借款），另於96年5月23日與台中商銀簽立綜合授信額度1億8000萬元，興國公司在耐隆公司所開立同額保證支票背書（下稱系爭保證支票），現已動用額度申請之借款共5496萬7500元（下稱丙借款，甲乙丙借款合稱系爭債務）。其中甲借款以陳誠斌、張進興及蘇昌文為連帶保

證人；乙、丙借款則以陳誠斌、林亞瑩及蘇昌文為連帶保證人。嗣耐隆公司屆期無法清償系爭債務，經興國公司代償共6398萬9795元，扣除興國公司另案起訴請求償還甲借款352萬5639元、乙借款81萬3141元，已經本院100年度上字第213號判決確定（下稱另案確定判決），興國公司對耐隆公司尚餘5965萬1015元代償債權。爰依民法第312條及連帶保證之法律關係，求為命：陳誠斌、張進興及蘇昌文連帶給付528萬1542元，陳誠斌、林亞瑩及蘇昌文連帶給付5436萬9473元，及均自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決（原審認興國公司對陳誠斌及張進興等3人有該代償債權，但陳誠斌對興國公司之債權額超過興國公司之債權，經陳誠斌為抵銷後，興國公司不得請求給付，乃駁回興國公司在原審之訴。興國公司對於判准陳誠斌抵銷部分表示不服，提起上訴，嗣並對林亞瑩、蘇昌文撤回上訴）。並上訴聲明：（一）原判決不利於興國公司之部分廢棄。（二）上開廢棄部分，陳誠斌、張進興連帶給付528萬1542元，陳誠斌給付5436萬9473元，及均自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息。（三）願供擔保請准宣告假執行。

二、陳誠斌、張進興則以（因興國公司對陳誠斌、張進興之代償債權部分，非本院審理範圍，已經本院認定如前，不予贅述）：興國公司對陳誠斌及張進興等3人之代償債權，因興國公司已對連帶保證人林亞瑩及蘇昌文拋棄求償權，即免除其二人該債務，則代償之債權應依民法第276條第1項、第280條規定減少免除。另陳誠斌對於興國公司有2694萬5758元借款債權，且受讓林鳳英等3人對於興國公司之借款債權依序為1330萬0874元、938萬9478元、547萬4166元及讓與前已發生之利息請求權，經與興國公司該代償債權全部抵銷後，興國公司已不得向陳誠斌、張進興請求等語，資為抗辯。並答辯聲明：（一）上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：耐隆公司與台中商銀間之甲借款係以陳誠

斌、張進興及蘇昌文為連帶保證人；乙、丙借款則以陳誠斌、林亞瑩及蘇昌文為連帶保證人。嗣耐隆公司屆期無法清償系爭債務，經興國公司代償共6398萬9795元，扣除興國公司另案確定判決金額，興國公司對耐隆公司尚餘5965萬1015元（即甲借款528萬1542元，乙、丙借款5436萬9473元）代償債權。

四、法院之判斷：

(一)關於興國公司免除林亞瑩、蘇昌文之保證債務，及興國公司就甲借款部分請求陳誠斌、張進興連帶給付數額，就乙、丙借款部分請求陳誠斌給付數額部分：

1.查興國公司與林亞瑩、蘇昌文曾於訴訟外簽立協議書，並載明：興國公司同意在林亞瑩、蘇昌文於耐隆公司股東會減資案完成後，同意拋棄對林亞瑩、蘇昌文之求償權，且不對林亞瑩、蘇昌文財產強制執行等語，及耐隆公司已於106年10月24日申請減資，因符合規定而准予登記在案，此分別有協議書、經濟部106年10月27日經授中字第10633625570號函可稽（見本院卷一第375、377頁），興國公司對於此部分事實亦不爭執（見本院卷一第387頁、卷二第337-339頁），可信為真實。則興國公司對耐隆公司之代償債權，已對系爭債務之連帶保證人林亞瑩、蘇昌文拋棄求償權，堪以認定；雖興國公司否認有免除債務之意思，並主張前開協議書僅興國公司不得對林亞瑩、蘇昌文之財產強制執行而已，故兩造間債權債務關係仍存在云云，然為陳誠斌、張進興所否認，且與前開協議所載「同意拋棄對乙方（林亞瑩、蘇昌文）之求償權」意思顯然未合，自不足採。再者，興國公司僅有免除林亞瑩及蘇昌文債務，而無消滅全部債務之意思表示，亦為兩造所不爭執，是陳誠斌、張進興抗辯：因興國公司已免除林亞瑩及蘇昌文債務，則其代償之債權應依民法第276條第1項、第280條規定減免等語，即屬有據。

2.按債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍

不免其責任。而連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務，民法第276條第1項、第280條前段定有明文。次按保證債務之所謂連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言；至數人保證同一債務者，則屬共同保證，依民法第748條規定，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任，此所謂之連帶，係指保證人全體對於債權人成立連帶債務，適用民法第273條至第279條之規定。故共同保證之債權人雖得對於保證人中一人或數人或全體，同時或先後請求一部或全部之給付，保證之債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任；但債權人向保證人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示時，就該保證人應分擔之部分，他保證人亦同免其責任（民法第273條、第276條第1項參見）。於共同保證人同時與主債務人負連帶責任之情形，亦無不同（最高法院103年度台上字第392號判決參照），是債權人與共同保證人中之一人成立和解，如無消滅全部債務之意思，而其同意保證人賠償金額低於「依法應分擔額」者，該差額部分，即因債權人對其應分擔部分之免除而對其他保證人發生絕對之效力。本件興國公司已免除共同保證人林亞瑩、蘇昌文之保證責任，已如前述，該共同保證人間未有分擔債務比例之特別約定，依上說明，於其內部間即應平均分擔，即各負系爭債務3分之1。是興國公司免除林亞瑩、蘇昌文之債務，依民法第276條第1項規定，就㈠甲借款部分蘇昌文應分擔額為176萬0514元（即債務本金528萬1542元÷3＝176萬0514元），陳誠斌、張進興亦同免其責任，彼二人應連帶給付之餘額為352萬1028元（即528萬1542元－176萬0514元＝352萬1028元）；㈡乙、丙借款部分林亞瑩、蘇昌文應分擔額為3624萬6315元（即債務本金5436萬9473元÷3×2＝3624萬6315元，元以下四捨五入），陳誠斌亦同免其責任，其應給付之餘額為1812萬3158元（即5436萬9473元－3624萬6315元＝1812萬3158元）。

(二)關於陳誠斌主張抵銷部分：

1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。次按請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則（最高法院43年台上字第377號判例參照）。又稱消費借貸者，於當事人間必本於借貸之意思合致，而有移轉金錢或其他代替物之所有權於他方之行為，始得當之。是以消費借貸，因交付金錢之原因多端，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。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，均負舉證之責任，其僅證明有金錢之交付，未能證明借貸意思表示合致者，仍不能認為有該借貸關係存在（最高法院98年度台上字第1045號判決意旨參照）。本件陳誠斌另以其對於興國公司有2694萬5758元借款債權，且受讓林鳳英等3人對於興國公司之借款債權1330萬0874元、938萬9478元、547萬4166元及讓與前已發生之利息請求權，並主張與興國公司前開債權抵銷等語，然興國公司否認其有積欠陳誠斌、林鳳英等3人前開借款債務，揆諸首揭說明，陳誠斌除應就其本人、林鳳英等3人與興國公司間有金錢之交付外，並應就其等間有消費借貸之合意負舉證之責任。

2.陳誠斌抗辯：興國公司為家族公司，自49年成立以來，雖年年盈餘，惟因不斷擴廠及財務周轉之資金需求，仍不時向股東或金融機構借款，其中陳誠斌擔任興國公司董事長期間（自97年1月22日改由劉文賢擔任），為支應公司財務之周轉需求，陳誠斌、林鳳英等3人即不時借款予興國公司，因基於股東身分，故向來未書立借據，而以股東往來之記載為憑，惟因時間久遠，陳誠斌、林鳳英等3人未完整保存借款予興國公司之全部資料，目前僅能提出部分資料等語，固提出

興國公司83年12月31日股東往來明細表（見本院卷一第209頁）、興國公司93年8月13日股東會議記錄（見本院卷二第333頁）、興國公司97年度及96年度財務報告（見本院卷一第211-215頁）、興國公司97、98年度股東往來變動明細表（見本院卷一第217、223頁）、興國公司102年度及101年度財務報表暨會計師查核報告（見本院卷一第225-229頁）為證，然該等資料均由第三人事後製作，且關於陳誠斌、林鳳英等3人與興國公司間成立借貸之時間、金額、及利息並返還時間等，均未載明，核與一般借貸常情有違，則由該不完整之資料，自難據以推認陳誠斌、林鳳英等3人與興國公司間成立該借貸關係，是陳誠斌所辯其目前對興國公司尚有前開借款債權存在云云，即非無疑。

3.陳誠斌雖又抗辯：①伊於79年4月27日自台灣銀行之000000000000號存款帳戶匯款1033萬元至興國公司；83年2月2日匯款美金43萬6675.69元至興國公司在中國國際商業銀行北台中分行之00000000000號外匯活期帳戶；85年11月4日匯款日幣270萬元；86年10月23日匯款美金43萬3196.34元；89年1月24日匯款美金1743.78元；90年12月21日匯款美金114萬1087.06元；91年8月14日匯款美金1642.07元、美金1137.38元、加幣3萬3700元；93年6月15日匯款美金6萬3999.93元；95年12月13日匯款加幣9萬5396.77元，均入興國公司之帳戶。②林鳳英於91年1月30日自其在台中商銀000-00-0000000號活期儲蓄帳戶轉帳100萬元至興國公司在同銀行之000-00-000000號帳戶（下稱751號帳戶）；77年3月9日、93年11月16日匯款200萬元、61萬9126元予興國公司。③陳楷元於93年1月9日從其在華僑銀行之000-000-0000000-0號帳戶轉帳980萬元至興國公司在同銀行之0000000000000號帳戶（下稱254號帳戶）；93年1月12日、3月8日、5月11日、96年2月6日從台中商銀之000-00-0000000號帳戶轉帳440萬元、100萬元、275萬元、125萬元至751號帳戶；95年7月20日匯款668萬元入興國公司之帳戶。④陳楷文於90年9月25日、93年1月9日

、4月9日、95年7月12日從華僑銀行000-000-0000000-0號帳戶轉帳255萬元、950萬元、300萬元、500萬元至000號帳戶；91年1月30日、93年1月12日、4月9日在台中商銀000-00-0000000號帳戶轉帳300萬元、298萬元、100萬元至751號帳戶；93年3月8日轉帳100萬元至254號帳戶等語，固據其提出存摺、匯款通知書、匯款單等為證（見原審卷一第53-74頁、第78、79頁、卷二第23頁正、反面、第30-34頁、卷四第147-150頁、本院卷二第39-61頁），然匯款之原因多端，非僅囿於金錢借貸之交付，憑此無法認定陳誠斌、林鳳英等3人係基於與興國公司間消費借貸合意所交付，且由其匯款時間，最早為79年4月27日、最遲則於96年2月6日，二者差距近17年，且前開匯款之數目及次數非少，衡之一般借貸通念，於前期未償還之情況下，豈有再陸續交付借款之理，又興國公司之董事長自97年1月22日起由陳誠斌改由劉文賢擔任，此為兩造所不爭之事實，倘前開匯款係陳誠斌、林鳳英等3人借款予興國公司，陳誠斌於該時點前後未採取任何保護權利行為，竟遲至5年以後，興國公司於102年8月15提起本件訴訟，始為抵銷之抗辯，於該等期間陳誠斌、林鳳英等3人均無為催討行為，即與常理有違。

4.陳誠斌另辯稱其對於興國公司有2694萬5758元債權，無非以建智聯合會計師事務所（下稱建智事務所）98年7月8日建智事務所寄予陳誠斌之關係人詢證函為據，該關係人詢證函所載「期末餘額23,334,124」及「其他應收款3,611,634（5張支票未兌現）」該事務所另以102年12月10日建財(102)字01010號函示：前者係指97年12月31日陳誠斌資金貸與興國公司之餘額，此金額代表陳誠斌對於興國公司有該數額之債權，因而興國公司帳列股東往來；所謂「股東往來」係指公司與股東間債權債務關係之會計科目，若出現貸方餘額時，表示股東借給公司資金，該科目列於「負債」項下，若出現借方餘額時，表示公司將資金貸與股東，該科目列於「資產」項下，惟仍有公司法第15條規定之適用(經濟部93年1月2日

經商字第09202266010號參照）；「其他應收款3,611,634（5張支票未兌現）」代表興國公司除「關係人詢證函」1～9外，尚有其他關係人交易事項。興國公司於97年12月31日尚欠陳誠斌3,611,634元。亦即代表陳誠斌對興國公司有該數額之債權。該債權內容乃陳誠斌貸與興國公司所開立之借款票據，不屬於營業活動，故列於興國公司之「其他應付款」該債權數額乃依據興國公司提供本事務所所屬97年12月31日『其他應付款』之會計科目明細表等語（見原審卷一第86、165頁）。又於103年1月21日建財（103）字第01002號函謂：「『其他應收款3,611,634（5張支票未兌現）』代表興國公司除『關係人詢證函』1～9外，尚有其他關係人交易事項。興國公司於97年12月31日尚欠陳誠斌3,611,634元。亦即代表陳誠斌對興國公司有該數額之債權。該債權內容乃陳誠斌貸與興國公司所開立之借款票據，不屬於營業活動，故列於興國公司之『其他應付款』該債權數額乃依據興國公司提供本事務所所屬97年12月31日『其他應付款』之會計科目明細表，經本會計師助理人員核對相關帳載尚無不符…三、…『期末餘額23,334,124』係指97年12月31日陳誠斌資金貸與興國公司之餘額，此金額代表陳誠斌對於興國公司有該數額之債權…」（見原審卷一第44頁）等情云云，然此均屬建智事務所之意見，而該事務所既非雙方間債權債務關係之見證人，亦非締訂該筆債權債務法律關係時在場見聞之人，該函內容之描述僅僅是建智事務所依據興國公司提供會計資料之股東往來項下事後所為推測，尚不足以證明陳誠斌、林鳳英等3人與興國公司間確實存有借貸關係。

5.嗣建智事務所於104年12月12日函復本院稱會計師查核工作基於「1.查核工作需要專業判斷。2.查核工作係以抽查方式實施。3.受查者內部控制先天限制。4.查核人員所取得之大部分查核證據，其性質通常僅具說服力，而不具結論性」。且實務上，所稱股東往來雖然通常為股東與公司間之借貸或清償，但也包含股東代墊公司費用款項或公司墊付股東費用

款項等，除非有計息，否則於會計師查核公司之財務報表亦不會嚴格區分為股東借款或代墊款，蓋皆屬公司與股東間債權債務，又本會計師查核以來並未查得公司曾有支付利息或有利息約定之情事。今系爭4人（指陳誠斌、林鳳英等3人）股東往來（公司帳欠股東），既有爭議，本會計師認無法取得足夠及適切之證據，故對於103年度興國公司之財務報表予以保留會計科目金額，而興國公司自97年度至103年度興國公司財務報表上陳誠斌、林鳳英等3人股東往來數額均無異動，然此金額是否確實存在，本會計師無由判斷等語（見本院前審卷三第27-29頁），並經證人即承辦之會計師紀敏滄到庭結證屬實，有本院前審104年9月10日準備程序筆錄可參（見本院前審卷二第165頁反面至第173頁）；陳誠斌所憑之前揭4所敘之建智事務所函已不足為陳誠斌有利之認定。

6.又證人即興國公司前會計主任陳淑女於本院前審到庭證稱：股東往來科目產生，要聽從財務經理林鳳英指示，伊係承襲前人作法，應給公司的票，軋入陳誠斌個人帳戶，待款項入公司帳戶時，以股東往來科目替代，變成借貸平衡，陳楷文、陳楷元及陳維斌均是，以陳誠斌為多等情（見本院前審卷二第131頁），參酌陳誠斌所提出華僑銀行光票託收入帳通知書（見本院前審卷二第26、27頁）更載明該陳誠斌帳戶係興國公司用，及華僑銀行之匯入匯款通知書（見本院前審卷二第35、36頁）所記款項竟有美金1627.07元、美金1122.38元、加幣33621.75元、美金63999.93元等小數點零頭，顯與一般借款為整數常情不合，足見證人陳淑女前開所述非虛。是上開股東往來僅為會計科目記載，且來自陳誠斌之配偶林鳳英指示，彼兩人既為配偶，陳楷文、陳楷元為陳誠斌之子，均為一家人，利害攸關，陳楷文、陳楷元於本院前審皆證稱不知借款予興國公司事等語，有本院前審105年5月5日準備程序筆錄可佐（見本院前審卷四第56-64頁），則其非實際之借款之交付灼然。陳誠斌另提出興國公司93年8月13日股東會議記錄（見本院卷二第333頁）以證明興國公司因應

擴充需要向股東借款情事，惟興國公司是否依據該會議記錄而向股東借款，數額如何均未能證明，不足以證明陳誠斌、林鳳英等3人有借款予興國公司。況陳誠斌、林鳳英等3人果若有借款予興國公司，不難提出借款證據證明，而其所提股東往來帳戶（見本院前審卷四第158-161頁），與興國公司所提股東往來、暫收款及轉帳傳票等帳簿比對，再參酌證人陳淑女所述情節，該股東往來帳戶屬於興國公司貨款益明，不足以作為借貸之證明。

7.按文書之證據力，有形式上證據力與實質上證據力之分。前者係指真正之文書即文書係由名義人作成而言；後者則為文書所記載之內容，有證明應證事實之價值，足供法院作為判斷而言。又按原審採為判決基礎之書證，雖上訴人對之並不爭執其真正，亦祇能認為有形式的證據力，至其實質的證據力之有無，即其內容是否足以證明待證之事實，自應由事實審法院曉諭兩造為適當完全之言詞辯論，使得盡其攻擊防禦之能事，始足以資判斷（最高法院48年台上字第837號判例參照），本件陳誠斌固再主張興國公司已於103年2月21日之原審準備程序中自認積欠伊債務云云，然查是日之準備程序受命法官提示建智事務所之102年12月10日及103年1月21日函文意見，興國公司表示形式上真正沒有意見。對於建智事務所於上開兩份函文表示陳誠斌於97年12月31日對於興國公司有2333萬4124元及361萬1634元之債權沒有爭執，但是目前是否還有該數額這部分向當事人確認後再具狀表示意見等語（見原審卷一第227頁反面），事後於同年3月11日具狀及3月28日準備程序均否認，並要求陳誠斌負舉證責任（見原審卷二第18、25頁），可見興國公司僅是對於建智事務所前揭函文形式上並不爭執而已，非屬自認其尚積欠陳誠斌借款債務至明，尚難憑此遽為興國公司不利之認定。

8.本件陳誠斌既未能舉證證明其本人、林鳳英等3人與興國公司間有本於借貸之意思而為金錢之交付，則其抗辯其本人、林鳳英等3人對興國公司有消費借貸關係，及尚有前開借款

債權存在等情，即難認為真實，其並據以與興國公司前開債權主張抵銷，於法自屬無據。

(三)基上，興國公司依民法第312條及連帶保證之法律關係，就甲借款部分，請求陳誠斌、張進興連帶給付352萬1028元；就乙、丙借款部分，請求陳誠斌給付1812萬3158元，即屬有據，逾此範圍興國公司之請求，即屬無據。

貳、反訴部分：

一、陳誠斌反訴主張：其本人及受讓自林鳳英等3人對興國公司之借款債權，於與興國公司前開債權主張抵銷後，陳誠斌對於興國公司尚有餘額4641萬3470元，興國公司即負返還義務等情，爰依消費借貸法律關係，求為命：（一）興國公司給付其中694萬8844元，及自103年5月31日起算法定遲延利息。（二）願供擔保請准宣告假執行。

二、興國公司則以：其並未與陳誠斌、林鳳英等3人成立消費借貸法律關係，亦未積欠陳誠斌、林鳳英等3人借款債務，興國公司並無返還借款之義務等語，資為抗辯。並答辯聲明：（一）反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、法院之判斷：查陳誠斌主張其本人、林鳳英等3人與興國公司間成立消費借貸關係，興國公司對陳誠斌負返還借款之債務等情，均不足採信，已如前開上訴部分所述，則陳誠斌依消費借貸法律關係，請求興國公司給付694萬8844元本息，委無可採。

參、綜上所述，興國公司依民法第312條及連帶保證之法律關係，就甲借款部分，請求陳誠斌、張進興連帶給付352萬1028元，及自起訴狀繕本送達之翌日即陳誠斌自102年8月24日（於102年8月23日送達陳誠斌，見原審卷一第42頁之送達證書）、張進興自102年9月6日（於102年9月5日送達張進興，見原審卷一第43頁之送達證書）起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息；就乙、丙借款部分，請求陳誠斌給付1812萬3158元，及自102年8月24日起至清償日止，按週年

利率百分之5計算之利息部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。從而，原審就上開應准許部分，為興國公司敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二、三項所示。至於興國公司之請求不應准許部分，原審為興國公司敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，理由雖有不同，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。又興國公司勝訴部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。至於陳誠斌提起反訴，依消費借貸法律關係，請求興國公司給付694萬8844元，及自103年5月31日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，為無理由，應予駁回，其假執行之聲請亦失所依附，應併予駁回。

肆、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

伍、據上論結，本件興國公司之上訴為一部有理由，一部無理由，陳誠斌之反訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78條、第79條、第85條第2項、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日

民事第三庭　審判長法　官　黃玉清

法　官　莊嘉蕙

法　官　楊國精

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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

訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　康孝慈

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日