臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度重上字第6號

上　訴　人　興國橡膠廠股份有限公司
法定代理人　劉文賢
訴訟代理人　方文献律師
複　代理人　許淑媛
被　上訴人　陳誠斌
訴訟代理人　王素玲律師

上列當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國108年11月18日臺灣臺中地方法院107年度重訴字第112號第一審判決提起上訴，本院於109年9月8日言詞辯論終結，茲判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序，固為民事訴訟法第182條第1項明定。惟法條既明定「得」以裁定停止訴訟程序，則應否命停止訴訟程序，法院本有自由裁量之權（最高法院106年度台上字第401號判決意旨參照）。又為本訴訟先決問題之法律關係是否成立，在本訴訟法院本可自為調查審認，若因停止訴訟程序，當事人將受延滯之不利益時，仍以不裁定停止訴訟程序為宜，且有無停止之必要，法院有自由裁量之權，並非一經當事人聲請，即應裁定停止訴訟程序（最高法院109年度台抗字第398號裁定意旨參照）。經查，本件被上訴人起訴請求上訴人清償債務新臺幣（下同）8,243,580元本息；上訴人則以其對被上訴人有59,651,015元之代償債權，扣除於強制執行事件中受分配提存8,546,961元、27,458元，尚餘51,076,596元債權，再扣除其對其他連帶債務人所免除債務額，對被上訴人尚有21,644,186元債

權本息可與被上訴人本訴主張債權抵銷。被上訴人固以其對上訴人另有股東往來借款債權，並受讓訴外人林○○、陳○○、陳○○（下合稱林○○等3人）對上訴人之股東往來借款債權及讓與前已發生之利息請求權合計68,887,843元，經其以之與上訴人上開主張之債權抵銷，上訴人已無餘額可與被上訴人本訴請求清償之債權相抵銷，而就上開股東往來債權，被上訴人業已於上訴人對被上訴人提起之原法院102年度重訴字第419號清償債務等訴訟（下稱第419號訴訟）中，與上訴人於該訴主張之債權相抵銷，並為反訴請求，經本院為108年度上更一字第47號判決後，被上訴人已提起第三審上訴，而本件被上訴人請求上訴人給付8,243,580元本息有無理由，應以上開第419號訴訟所爭執之法律關係是否成立為據者，故聲請在上開第419號訴訟終結前以裁定停止本件訴訟程序等語（見本院卷第191頁、第193頁至第196頁）。惟查，本件被上訴人請求上訴人給付8,243,580元本息，被上訴人之該股東往來借款債權存否、是否經抵銷殆盡，於本件訴訟本可自為調查審認（詳后述），不待上開第419號訴訟之法律關係成立與否為斷，如停止本件訴訟，待另案訴訟終結，當事人將受有本訴訟延滯之不利益，是本院認無停止本件訴訟程序之必要。準此，被上訴人以上開事由，聲請本院裁定停止本件訴訟程序，不應准許，合先敘明。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊於民國92年間以名下所有坐落臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號等6定72,000,000元之第一順位最高限額抵押權予○○商業銀行股份有限公司（下稱○○商銀）以擔保上訴人之債務，並於96年間擔任上訴人向○○商銀借款138,000,000元之連帶保證人。其後，上訴人陸續清償該借款，然尚欠24,143,191元，致○○商銀於另案上訴人對伊聲請之原法院105年度司執字第0000號強制執行事件（下稱系爭執行事件）中，對上開6筆土地實行抵押權，連同同段140地號土地，合計拍賣總價

8,500萬元，由○○商銀優先分配受償24,143,191元，是依民法第879條、第749條、第312條等代償法律關係，伊承受○○商銀對上訴人之24,143,191元債權。而於系爭執行事件106年12月29日製作之分配表（下稱系爭分配表）表1次序11、12、13債權原本及利息合計15,899,611元為上訴人對伊之債權，伊就上訴人該15,899,611元債權，已於系爭執行事件中主張以上開對上訴人之24,143,191元債權抵銷，經抵銷後，上訴人尚積欠伊8,243,580元，伊自得請求上訴人如數清償。上訴人主張對伊有上開59,651,015元之代償債權，伊已於第419號訴訟中以對上訴人之上開股東往來借款債權68,887,843元主張抵銷，是經抵銷後，上訴人之59,651,015元債權已無餘額可再與伊本訴主張之債權抵銷。另上訴人就其該代償債權，已對訴外人即連帶債務人蘇○○、林○○拋棄求償權即免除債務，經免除後，尚餘19,926,879元等情，爰依民法第879條第1項、第749條、第312條前段、第334條第1項前段之法律關係，求為命上訴人應給付被上訴人8,243,580元及自起訴狀繕本送達翌日即107年2月27日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息之判決；並陳明願供擔保，請准宣告假執行（原審判命上訴人如數給付，並為准、免假執行之宣告。上訴人聲明不服，提起上訴）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：伊公司就被上訴人承受○○商銀對伊公司之24,143,191元債權，且該債權中之15,899,611元已經抵銷完畢等節，固不爭執，惟訴外人○○實業股份有限公司（下稱○○公司）於93年間向○○商銀借款120,000,000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○○商銀簽立綜合授信額度180,000,000元，伊公司在○○公司所開立同額保證支票背書，現已動用額度申請之借款共54,967,500元（下稱丙借款，甲乙丙借款合稱系爭債務），其中甲借款以被上訴人及訴外人張○○、蘇○○為連帶保證人；乙、丙借款則以被上訴人及林○○、蘇○○

為連帶保證人，嗣○○公司屆期無法清償，經伊公司代償共63,989,795元（甲、乙、丙借款各代償8,807,181元、1,722,828元、53,459,786元），扣除伊公司另案起訴經判決上開連帶保證人償還甲借款3,525,639元、乙借款813,141元，伊公司對○○公司尚餘59,651,015元（5,281,545元＋54,369,473元）之代償債權，是伊對○○公司之連帶保證人即被上訴人亦有59,651,015元之債權，經於系爭執行事件中受分配提存8,546,961元、27,458元，尚餘51,076,596元（即59,651,015元－8,546,961元－27,458元＝51,076,596元）債權，再扣除伊公司對其他連帶債務人所免除債務額，伊公司對被上訴人尚有21,644,186元本息之債權，伊公司已於原審以107年3月12日答辯狀之送達，以上開債權對被上訴人本訴主張之債權抵銷，經抵銷後，被上訴人本訴主張之債權已無餘額可資請求。被上訴人固以所謂股東往來債權抵銷伊公司上開債權，然該「股東往來」，實係借用帳戶匯入之貨款，而非兩造間之借款，此亦為第419號訴訟之本院108年度重上更一字第47號判決所是認，故被上訴人並無該債權可與伊公司上開債權抵銷等語，資為抗辯。並上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、兩造經本院整理及簡化爭點，同意成立爭點整理協議如下（見本院卷第95頁、第122頁、第190頁）：

(一)兩造不爭執事項：

1.被上訴人原係臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號6筆土地之所有人，並將該土地設定最高限額抵押權72,000,000元予○○商銀，存續期間為92年7月23日至122年7月23日。

2.上訴人於96年10月5日向○○商銀貸款138,000,000元，被上訴人擔任該貸款之連帶保證人，○○商銀於系爭執行事件，對上開6筆土地實施抵押權，連同同段140地號，合計拍賣總價85,000,000元，清償上開138,000,000元未清償部分24,143,191元。被上訴人因代償緣故對上訴人有24,143,191元債

權。

3.依系爭分配表表1次序11、表1次序12、表1次序13債權原本及利息合計為15,899,611元，為被上訴人積欠上訴人債務總額，經被上訴人於該事件以民事分配表聲明異議狀繕本之送達，就24,143,191元債權中之15,899,611元對上訴人為抵銷之主張，以清償被上訴人積欠上訴人之15,899,611元。

4.○○公司於93年間向○○商銀借款120,000,000元（下稱甲借款），復於97年間借款5,000,000元（下稱乙借款），另於96年5月23日與○○商銀簽立綜合授信額度180,000,000元，上訴人在○○公司所開立同額保證支票背書，現已動用額度申請之借款共54,967,500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○○及蘇○○為連帶保證人；乙、丙借款則以陳誠斌、林○○及蘇○○為連帶保證人。嗣○○公司屆期無法清償系爭債務，經上訴人代償共63,989,795元（甲借款代償8,807,181元、乙借款代償1,722,828元、丙借款代償53,459,786元），扣除上訴人另案起訴請求償還甲借款3,525,639元、乙借款813,141元，已經本院100年度上字第213號判決、最高法院100年度台上字第2229號裁定確定，上訴人對○○公司尚餘59,651,015元之代償債權。

5.上訴人與林○○、蘇○○曾於訴訟外簽立協議書，並載明：上訴人同意於○○公司股東會減資案完成後，拋棄對林○○、蘇○○之求償權，且不對林○○、蘇○○財產強制執行等語，及○○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00000000000號函可稽（見本院卷第73至76頁）。

(二)兩造爭執事項：

1.被上訴人以保證人及抵押物所有權人之身分，代上訴人清償其所積欠○○商銀之24,143,191元之債務，扣除被上訴人主張抵銷之15,899,611元，請求上訴人償還所剩餘之8,243,58

0元，有無理由？

2.上訴人以代被上訴人清償積欠○○商銀債務之債權59,651,015元，主張抵銷被上訴人上開債權8,243,580元，有無理由？

四、得心證之理由：

(一)被上訴人對上訴人有24,143,191元之代償債權，經抵銷後，尚有8,243,580元：

按為債務人設定抵押權之第三人，代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。又就債之履行有利害關係之第三人為清償者，於其清償之限度內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之利益。民法第879條第1項、第312條分別定有明文。經查，被上訴人原係臺中市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號6筆土地之所有人，並將該土地設定最高限額抵押權72,000,000元予○○商銀，存續期間為92年7月23日至122年7月23日。上訴人於96年10月5日向○○商銀貸款138,000,000元，被上訴人擔任該貸款之連帶保證人，○○商銀於原法院105年度司執字第2952號強制執行事件，對上開6筆土地實施抵押權，連同同段140地號，合計拍賣總價85,000,000元，清償上開138,000,000元未清償部分24,143,191元。被上訴人因代償緣故對上訴人有24,143,191元債權。依系爭分配表表1次序11、表1次序12、表1次序13債權原本及利息合計為15,899,611元，為被上訴人積欠上訴人債務總額，經被上訴人於該事件以聲明異議狀繕本之送達，就該24,143,191元債權中之15,899,611元對上訴人為抵銷之主張，以清償被上訴人積欠上訴人之15,899,611元，為兩造所不爭執，並有系爭分配表、民事聲明異議狀在卷可稽（見原審卷第14至21頁），且經本院調取系爭執行事件卷宗核閱屬實，此部分自已生抵銷之效力，應堪認定。是經抵銷後，被上訴人對上訴人尚有8,243,580元之代償債權（計算式：24,143,191－

15,899,611＝8,243,580）。

(二)上訴人免除林○○、蘇○○之保證債務後，上訴人就甲借款部分得請求陳誠斌、張○○連帶給付數額，及就乙、丙借款部分得請求陳誠斌給付數額部分：

1.查上訴人與林○○、蘇○○曾於訴訟外簽立協議書，並載明：上訴人同意於○○公司股東會減資案完成後，拋棄對林○○、蘇○○之求償權，且不對林○○、蘇○○財產強制執行等語，及○○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00000000000號函可稽（見本院卷第73至76頁），且為兩造所不爭執，則上訴人對○○公司之代償債權，已於106年10月27日○○公司減資完成後，對系爭債務之連帶保證人林○○、蘇○○拋棄求償權，堪以認定。依該協議書所載「同意拋棄對乙方（林○○、蘇○○）之求償權」，堪認上訴人僅有免除林○○及蘇○○之債務，而無消滅全部債務之意思表示，此亦為兩造所不爭執，是被上訴人抗辯：因上訴人已免除林○○及蘇○○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。茲查，本件上訴人已於106年10月27日免除共同保證人林○○、蘇○○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。是上訴人免除林○○、蘇○○之債務，依民法第276條第1項規定，就㈠甲借款部分，蘇○○應分擔額為2,935,727元（計算式：債務本金8,807,181÷3＝2,935,727），被上訴人與張○○亦同免其責任，彼二人應連帶給付之餘額為5,871,454元（計算式：8,807,181－2,935,727＝5,871,454）；再者，被上訴人在系爭執行事件中，曾於107年1月12日以民事分配表聲明異議狀之繕本送達，主張抵銷所償還之系爭分配表表1次序13之甲借款3,525,639元，有該聲明異議狀可稽（見原審卷第20至21頁反面），且為兩造所不爭執（見本院卷189至190頁），則經抵銷後，被上訴人與張○○就甲借款應連帶給付之餘額尚有2,345,815元（計算式：5,871,454－3,525,639＝2,345,815）。㈡乙、丙借款部分，林○○、蘇○○應分擔額為36,788,409元（計算式：債務本金55,182,614÷3×2＝36,788,409，元以下四捨五入），被上訴人亦同免其責任，其應給付之餘額為18,394,205元（計算式：55,182,614－36,788,409＝18,394,205）；再者，被上訴人在系爭執行事件中，曾於107年1月12日以民事分配表聲明異議狀之繕本送達，主張抵銷所償還之系爭分配表表1次序12之乙借款813,141元，有該聲明異議狀可稽（見原審卷第20至21頁反面），且為兩造所不爭執（見本院卷189至190頁），則經抵銷後，被上訴人就乙、丙借款

應給付之餘額尚有17,581,064元（計算式：18,394,205－813,141＝17,581,064）。

3.基上，經上訴人免除部分保證人債務及被上訴人主張抵銷後，上訴人就甲、乙、丙借款對被上訴人尚餘有合計19,926,879元（計算式：2,345,815＋17,581,064＝19,926,879）之代償債權。

(三)被上訴人主張以對上訴人之股東往來借款債權68,887,843元抵銷部分：

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。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）。本件被上訴人另以其及受讓林○○等3人對於上訴人之股東往來借款債權68,887,843元，主張與上訴人前開債權抵銷等語，然上訴人否認其有積欠被上訴人、林○○等3人前開借款債務，揆諸首揭說明，被上訴人除應就其本人、林○○等3人與上訴人間有金錢之交付外，並應就其等間有消費借貸之合意負舉證之責任。

2.被上訴人主張其對於上訴人有上開股東往來借款債權乙節，固提出○○聯合會計師事務所（下稱○○事務所）102年12月10日建財(102)字00000號、103年1月21日建財（103）字第OO OOO號函為憑（見本院卷第83至86頁）；依該102年12月10日函示雖記載：「應收最高餘額47,180,559」係指於97年間被上訴人資金貸與上訴人累計最高之金額；「期末餘額23,334,124」係指97年12月31日被上訴人資金貸與上訴人之

餘額，此金額代表被上訴人對於上訴人有該數額之債權，因而上訴人帳列股東往來；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00000000000號參照)。該債權數額之依據係由上訴人提供之「股東往來變動明細表」等語；及該103年1月21日函示記載：「其他應收款3,611,634（5張支票未兌現）」代表上訴人除「關係人詢證函」1～9外，尚有其他關係人交易事項。上訴人於97年12月31日尚欠被上訴人3,611,634元。亦即代表被上訴人對上訴人有該數額之債權。該債權內容乃被上訴人貸與上訴人所開立之借款票據，不屬於營業活動，故列於上訴人之「其他應付款」。該債權數額乃依據上訴人提供本事務所所屬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日被上訴人資金貸與上訴人之餘額，此金額代表被上訴人對於上訴人有該數額之債權等語。然此均屬○○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○○事務所依據上訴人所提供會計資料之股東往來項下事後所為推測，並無何金錢交付相關證明可佐，尚不足以證明被上訴人、林○○等3人與上訴人間確實存有借貸關係。況○○事務所嗣於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（指被上訴人、林○○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年度上訴人之財務報表予以保留會計科目金額，而自97年度至103年度之上訴人財務報表上，被上訴人、林○○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103年度重上字第186號卷【下稱186號卷】三第27至29頁），並經證人即承辦之會計師紀○○到庭結證屬實（見186號卷二第165頁反面至第173頁），故被上訴人所憑之前揭○○事務所函已不足為被上訴人有利之認定。

3.被上訴人雖主張第419號判決肯認伊對上訴人有股東往來借款債權68,887,843元，該案上訴至最高法院107年度台上字第1857號判決，亦不否認伊對上訴人有上述債權等語，並於該案訴訟中提出83年12月31日股東往來明細表（見本院108年度重上更一字第47號卷【下稱47號卷】一第209頁）、上訴人93年8月13日股東會議記錄（見47號卷二第333頁）、上訴人97年度及96年度財務報告（見47號卷一第211-215頁）、上訴人97、98年度股東往來變動明細表（見47號卷一第217、223頁）、上訴人102年度及101年度財務報表暨會計師查核報告（見47號卷一第225-229頁）為證，然該等資料均由第三人事後製作，且關於被上訴人、林○○等3人與上訴人間成立借貸之時間、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，自難據以推認被上訴人、林○○等3人與上訴人間成立該借貸關係。被上訴人雖另提出伊及林○○等3人自79年至96年間匯款或轉帳至上訴人帳戶之存摺、匯款通知書、匯款單等件為憑（見419號卷一第53至74頁、第78、79頁、卷二第23頁正、反面、第30-34頁、卷四第147至150頁、47號卷二第39至61頁），然匯款之原因多端，非僅囿於金錢借貸之交付，憑此無

法認定被上訴人、林○○等3人係基於與上訴人間消費借貸合意所交付，且由其匯款時間，最早為79年間、最遲則於96年間，二者差距近17年，且依前開匯款、轉帳資料所示數目及次數非少，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，且竟遲至5年以後，上訴人於102年8月15日提起第419號訴訟，始為抵銷之抗辯，於該等期間被上訴人、林○○等3人均無為催討行為，亦與常理有違。

4.徵諸證人即上訴人前會計主任陳○○於本院103年度重上字第186號到庭證稱：股東往來科目產生，要聽從財務經理林○○指示，伊係承襲前人作法，應給公司的票，軋入被上訴人個人帳戶，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○○、陳○○及陳○○均是，以被上訴人為多等情（見186號卷二第131頁），參酌被上訴人所提出○○銀行光票託收入帳通知書（見186號卷二第26、27頁）更載明該被上訴人帳戶係上訴人用，及○○銀行之匯入匯款通知書（見186號卷二第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○○前開所述非虛。是上開股東往來僅為會計科目記載，且來自被上訴人之配偶林○○指示，彼兩人既為配偶，陳○○、陳○○為被上訴人之子，均為一家人，利害攸關，然陳○○、陳○○於該案均證稱不知借款予上訴人事等語（見186號卷四第56至64頁），可見其等間並未有實際之借款交付甚明，益徵上訴人公司帳冊記錄中「股東往來」記載，僅係為會計科目借方與貸方平衡之故所為帳務調整之記載，並非兩造間確有成立消費借貸關係。

5.據上，被上訴人既未能舉證證明其本人、林○○等3人與上訴人間有本於消費借貸合意而為金錢之交付，則其抗辯其本人、林○○等3人對上訴人有股東往來借款債權68,887,843元存在等情，委無可採，其並據以與上訴人前（二）段所述債權19,926,879元主張抵銷，即屬無據。

(四)從而，被上訴人對上訴人固尚有8,243,580元之代償債權，然經上訴人以其就甲、乙、丙借款對被上訴人所餘19,926,879元之代償債權主張抵銷後，已無餘額可再請求，是被上訴人以其承受○○商銀對上訴人之債權，請求上訴人給付8,243,580元，不應准許。

五、綜上所述，被上訴人依民法第879條、第312條之規定，請求上訴人給付8,243,580元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為無理由，不應准許。原審判命上訴人給付8,243,580元之本息，並附條件為假執行及免為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。自應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

六、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，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，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　13　　日

民事第五庭　審判長法　官　許秀芬

法　官　李慧瑜

法　官　吳崇道

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，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　洪郁淇

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　13　　日