臺灣高等法院民事判決

108年度上易字第42號

上　訴　人　周守男
被上訴人　中源食品股份有限公司
兼法定代理人　李東義
　　李滄源
兼上開公司
法定代理人
及上一人
訴訟代理人　李淑慧

上列當事人間請求返還股東往來借款等事件，上訴人對於中華民國107年10月31日臺灣新北地方法院107年度訴字第1506號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108年6月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴、追加之訴及假執行之聲請均駁回。

第二審（含追加之訴）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按解散之公司，除合併、分割或破產而解散外，應行清算；解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散；前開規定於公司經中央主管機關撤銷或廢止登記者，準用之；股份有限公司之清算，除公司法或章程另有規定或股東會另選清算人外，以董事為清算人；清算人有數人時，得推定1人或數人代表公司，如未推定時，各有對於第三人代表公司之權，公司法第24條、第25條、第26條之1、第322條第1項及第334條準用第85條第1項分別定有明文。查被上訴人中源食品股份有限公司（下稱中源公司）業經新北市政府於民國（下同）102年5月24日以北府經登字第1025110607號函廢止登記（見原審卷第109頁），依前開規定，即應行清算程序，並於清算範圍內視為尚未解散，又中源公司股東會並未選任清算人，應以其董事即被上訴人李東義、李淑慧、李滄源（以下個別

以姓名稱之，合稱李東義3人）為清算人，爰列其3人為中源公司法定代理人，並各有代表中源公司之權，是李淑慧於言詞辯論期日到庭，即生代表中源公司到場之效力，故中源公司部分無一造辯論之問題，不因本院筆錄有依上訴人之聲請，對於中源公司一造辯論之程序記載而有異，先予敘明。

二、李東義經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面：

一、上訴人在原審起訴主張：訴外人曾貴爵於95年4月14日與李東義3人簽訂股權交換協議（下稱甲協議），約定由曾貴爵給付李東義3人新臺幣（下同）450萬元以取得中源公司68%之股份。嗣曾貴爵於95年8月9日與李東義及訴外人余立雄簽訂協議書（下稱乙協議）取代甲協議，約定曾貴爵就中源公司之持股比例減為37.5%（以中源公司股份總數120萬股、每股面額10元計算，持股為45萬股〈10元X120萬股X37.5%〉），曾貴爵乃陸續以股東身分貸與中源公司借款週轉，迄至95年11月25日止，已達753萬6422元。又李東義3人分別為中源公司之董事長及董事，其等明知中源公司之財產已不能清償債務，竟不向法院聲請宣告破產，違反民法第35條第1項規定，且召開股東會未通知曾貴爵，擅自於98年4月間決議將中源公司資產讓與他人，並遷讓返還廠房予他人，造成該公司無法營業而廢止登記，違反公司法第185條第1項第1、2款規定，致曾貴爵受有借款債權未獲清償之損害753萬6422元，曾貴爵已於107年6月3日將其對中源公司之借款債權，及對被上訴人之損害賠償債權讓與伊，爰以起訴狀繕本及追加起訴狀繕本之送達為債權讓與通知，並依消費借貸法律關係（中源公司部分）、公司法第23條第2項（被上訴人連帶部分）、民法第35條第2項（李東義3人連帶部分）規定及債權讓與法律關係，一部請求被上訴人連帶給付伊149萬元本息等語（上訴人於本院表明不主張侵權行為法律關係，

見本院卷94頁）。原審判決上訴人敗訴，上訴人聲明不服，提起一部上訴，並於本院擴張請求被上訴人應再連帶給付上訴人10萬元本息（見本院卷第311頁），核屬訴之追加，合於民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第3款規定，爰准予追加（上訴人其餘敗訴部分即利息請求逾後開聲明第㈡項部分，不在本件裁判範圍內）。上訴及追加之訴聲明求為判決：㈠原判決關於駁回上訴人後開第㈡項之訴部分，及該部分假執行之聲請均廢棄；㈡被上訴人應連帶給付上訴人149萬元，及自108年2月13日起至清償日止，按年息5%計算之利息；㈢被上訴人應再連帶給付上訴人10萬元，及自108年6月4日起至清償日止，按年息5%計算之利息；㈣願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：

（一）中源公司、李滄源、李淑慧辯稱：曾貴爵於95年4月14日簽立甲協議後，僅交付400萬元，其後甲協議為乙協議所取代，惟曾貴爵未依乙協議之約定移轉亞東飯王食品股份有限公司（下稱亞東公司）股份予訴外人湧旺企業管理有限公司（下稱湧旺公司），李東義、余立雄自得就自己移轉中源公司股份予曾貴爵之義務與曾貴爵所負移轉亞東公司股份之義務行使同時履行抗辯權，即於曾貴爵未為移轉股份之對待給付前，拒絕自己之給付，而亞東公司已於97年8月27日起停業，並於99年11月24日廢止登記，顯見曾貴爵已不能履行乙協議之給付義務，李東義、余立雄縱給付不能，亦無可歸責之事由，是以，曾貴爵並未取得中源公司股份，非中源公司股東，伊等無須通知其參加該公司股東會議。又原證2股東往來分類帳（下稱系爭分類帳）係亞東公司股東往來分類帳，並非中源公司股東往來分類帳，中源公司未積欠曾貴爵借款，曾貴爵自無對於中源公司之借款債權可資讓與上訴人，亦無該借款債權未獲清償之損害可言等語。答辯聲明求為判決：㈠上訴及追加之訴均駁回；㈡如受

不利之判決，願預供擔保請准宣告免為假執行。

（二）李東義未於準備程序及言詞辯論期日到場，據其於原審所為陳述略以：曾貴爵於95年4月14日簽署甲協議書後，僅交付400萬元，其後甲協議為乙協議所取代，但曾貴爵並未履行乙協議之約定，故未取得中源公司股份，並非該公司股東，又系爭分類帳並非中源公司之股東往來分類帳，不能證明曾貴爵對於中源公司有借款債權存在之事實，曾貴爵並無借款債權可資讓與上訴人等語。

三、兩造不爭執之事項（見本院卷第261、262頁）：

（一）曾貴爵與李東義3人於95年4月14日簽訂甲協議，約定由曾貴爵支付450萬元予李東義3人，李東義3人則共同將其等所有亞東公司之82％股份及中源公司之68％股份轉讓與曾貴爵（原審卷第13頁）。

（二）曾貴爵與李東義、余立雄於95年8月9日簽訂乙協議，約定曾貴爵、李東義及余立雄經營之湧旺公司持有亞東公司及中源公司股份之比例，依序為37.5％、12.5％、50％，曾貴爵及李東義應將各自所有上開2家公司持份超過上開比例之部分轉讓予湧旺公司，余立雄則轉讓湧旺公司持有之銳普電子股份有限公司（下稱銳普公司）股份200萬股予亞東公司（原審卷第25頁），並以乙協議取代甲協議。

四、上訴人主張：曾貴爵業依甲協議之約定取得中源公司股份，並基於股東身分陸續貸與中源公司借款753萬6422元，李東義3人分別為中源公司之董事長及董事，其等明知中源公司之財產已不能清償債務，竟不向法院聲請宣告破產，違反民法第35條第1項規定，且召開股東會未通知曾貴爵，擅自決議變賣中源公司資產，並遷讓返還廠房予他人，造成該公司無法營業而廢止登記，違反公司法第185條第1項第1、2款規定，致曾貴爵受有借款債權未獲清償之損害，於原訴訟依消費借貸法律關係（中源公司部分）、公司法第23條第2項（被上訴人連帶部分）、民法第35條第2項（李東義3人連帶部

分）規定及債權讓與法律關係，一部請求被上訴人連帶給付伊149萬元本息，於第二審追加請求被上訴人再連帶給付伊10萬元本息等情，為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

（一）按「爭點效」之適用，除理由之判斷具備「於同一當事人間」、「非顯然違背法令」及「當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷」等條件外，以該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造各為充分舉證，就訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷，前後兩訴之標的利益大致相同者，應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則（最高法院96年度台上字第307號判決意旨參照）。準此，前訴訟判決理由中之判斷雖然不生既判力，但如當事人在前訴訟以其為主要爭點而加以爭執，法院就該爭點亦予以審理而為判斷，則以該爭點為先決問題之不同後訴，即不許為與該判斷相反之主張、舉證或判斷，此即學理上所謂爭點效，訴訟中基於當事人公平之禁反言及誠信原則之適用，以期一次解決紛爭及防止前後裁判分歧。

（二）查上訴人前於101年間對李東義提起返還不當得利訴訟，主張李東義3人為使亞東公司、中源公司獲得資金挹注，商請擁有亞東公司82％股份之曾貴爵出資450萬元，而由李東義3人將中源公司股份之68％（即81萬6000股）轉讓予曾貴爵，雙方於95年4月14日簽立甲協議，曾貴爵隨即支付450萬元予李東義3人（李東義取得其中150萬元），惟李東義3人得款後卻拒絕依約移轉中源公司81萬6000股之股份予曾貴爵，嗣曾貴爵與李東義、余立雄於95年8月9日簽訂乙協議替代甲協議，約定亞東公司及中源公司股份分別由余立雄以湧旺公司名義持有各50％、曾貴爵持有各37.5％、李東義持有各12.5％，湧

旺公司則應將其持有之銳普公司股份200萬股移轉於亞東公司（下稱系爭條件），曾貴爵原已支付之450萬元，則移為乙協議之給付。曾貴爵前已於99年4月16日及同年月24日催告李東義及余立雄履行乙協議，再於100年3月31日催告並解除乙協議，如認乙協議未經合法解除，因中源公司業經命令解散而無價值，而銳普公司登記股份數僅有10萬1139股，亦不足約定之200萬股，故李東義及余立雄就乙協議已屬給付不能，伊亦得依民法第256條規定解除乙協議，並以101年10月1日準備書狀繕本之送達為解約意思表示，乙協議既經合法解除，李東義前自曾貴爵受領150萬元已無法律上原因，應返還伊。曾貴爵已將其對李東義本於上開協議請求返還不當得利、回復原狀及損害賠償之債權讓與伊，爰依債權讓與、不當得利之法則及民法第259條規定，請求李東義給付伊150萬元本息等語，嗣經本院101年度上易字第814號確定判決認定：「依乙協議書之約定，曾貴爵應將其持有亞東公司股份之一部移轉予被上訴人（即李東義，下同）及由余立雄指定之湧旺公司，而被上訴人應將中源公司部分股份移轉予曾貴爵及湧旺公司，....被上訴人既已當庭表示：因亞東公司已被掏空，故伊不願依乙協議書履行等語....，自係行使同時履行抗辯權之意思；參諸亞東公司已自97年8月27日起停業，並於99年11月24日為廢止登記，....，足見曾貴爵已難依債之本旨提出給付，則被上訴人行使同時履行抗辯權，拒絕自己之對待給付，自得免負給付遲延之責任。是以上訴人（即本件上訴人，下同）執此解除乙協議書，自不合法」、「曾貴爵與余立雄、被上訴人於95年8月9日簽訂乙協議書後，旋即於同年月17日發函通知被上訴人及余立雄表示撤銷乙協議書，嗣又表示解除乙協議書，進而起訴請求被上訴人回復原狀，業經本院98年度上字第1013號確定判決記載甚明....，自係拒絕被上訴人及余

立雄履行乙協議書之約定。而中源公司其後始於99年7月26日起停業，並於102年5月24日為廢止登記，....銳普公司於乙協議書簽訂之95年8月9日，其已發行股份總數為1億2,104萬9,139股，嗣於98年7月30日始減少為10萬1,139股，....，是被上訴人及余立雄其後就乙協議書縱有給付不能，係因曾貴爵拒絕受領所致，自非可歸責於被上訴人，....，上訴人主張依民法第256條規定解除乙協議書，亦不合法」（見本院卷第423、424頁），則前開確定判決就曾貴爵未依乙協義之約定，將其持有亞東公司股份之一部移轉予李東義及余立雄指定之湧旺公司，李東義、余立雄得行使同時履行抗辯權，拒絕自己之對待給付（即將中源公司部分股份移轉予曾貴爵），及李東義、余立雄其後就乙協議縱有給付不能，亦係因曾貴爵拒絕受領所致之爭點已為判斷，於上訴人及李東義間有爭點效，上訴人既未舉證證明前案確定判決就此所為之判斷顯然違背法令，或提出新訴訟資料以推翻該判斷，則上訴人於本件訴訟即不得就此為與前開確定判決相反之主張，中源公司、李滄源、李淑慧亦肯認該確定判決論斷之結果，本院自不得作相反之判斷，是以，曾貴爵並未依甲、乙協議取得中源公司股份，自非該公司股東，上訴人於本件訴訟猶主張：曾貴爵於簽訂甲、乙協議後即取得中源公司股份，而為該公司股東云云，委無可採。

（三）次按稱消費借貸者，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（最高法院98年度台上字第1045號判決參照）。上訴人主張：曾貴爵陸續以股東往來關係貸與

中源公司借款，迄至95年11月25日止，已達753萬6422元云云，固提出系爭分類帳為證（見原審卷第19至23頁），並以證人邱德爭、杜維青之證述為憑。惟查，系爭分類帳記載第1筆「活存匯入」金額100萬元之日期為95年1月18日（見原審卷第17頁），此與上訴人主張曾貴爵係於95年4月14日簽訂甲協議後，提供資金予中源公司週轉乙節不符。又證人杜維青於本院證稱：伊受僱於亞東公司，李東義3人都是該公司的股東、董事或監察人。系爭分類帳是伊製作的，表頭是中源公司，但伊受僱於亞東公司，上任時前手就是交接給伊使用該表頭的分類帳，系爭分類帳是於95年間製作，當時伊就任1年多，沒有注意分類帳軟體登錄後顯示的表頭，系爭分類帳是銷貨時業務拿給伊登帳，股東往來資料是股東拿給伊入帳，因伊受僱於亞東公司，所以登錄的是亞東公司的帳。系爭分類帳第4頁最後記載「結餘7,536,422」是指亞東公司欠股東曾貴爵的借款。伊於94年間受僱亞東公司時，亞東公司與中源公司是共用一個記帳軟體，直到伊於96年間離職時還是共用一個軟體。系爭分類帳第2頁記載「2006/ 4/18、4/ 28李票曾總取走」、「2006/4/20曾總取5/10....欣欣」，所稱「曾總」指曾貴爵，登帳日95年4月18日記載李r簽發到期日4/28的票被曾貴爵拿走，就是還曾貴爵50萬元，登帳日95年4月20日曾貴爵拿走客戶欣欣開的到期日5月10日的票，就是還曾貴爵11萬8800元。最後1頁記載「帳OK」是指伊於95年11月25日列印系爭分類帳前有核算過曾貴爵股東往來科目分類項下公司欠他753萬6422元是正確的。曾貴爵有透過伊支付給中源公司貨款、薪資，但沒有借款等語（見本院卷第318至322頁），上訴人復自承：曾貴爵於被訴侵占案件中曾辯稱其與亞東公司間有股東往來，並提出系爭分類帳證明其貸與亞東公司753萬6422元，故其未侵占亞東公司向銀行之貸款等語（見本院卷第

261、409頁），足見中源公司於95年間係與亞東公司共同使用表頭為中源公司之記帳軟體，系爭分類帳僅係記載曾貴爵與亞東公司間之股東往來情形，無從證明曾貴爵以股東身分貸與中源公司借款753萬6422元之事實，上訴人徒以系爭分類帳表頭記載中源公司，主張曾貴爵與中源公司間有股東往來借貸關係云云，洵非可採。

（四）又證人邱德爭於本院證稱：曾貴爵是亞東公司負責人，他收購亞東公司之後，向伊借錢，要伊把錢匯入亞東公司，伊從93年間起約5年間陸續借錢給曾貴爵，總金額約為2000萬元，曾貴爵告訴伊借錢是要供亞東公司購買生財器具及管銷之用，並開立亞東公司的支票作為擔保，曾貴爵表示亞東公司欠他很多錢。中源公司係委託亞東公司經營，曾貴爵有說將借款用在中源公司，但用途伊不知道等語（見本院卷第366至369頁），可知曾貴爵向證人邱德爭借款係作為支應亞東公司購買生財器具及管銷之用途，且中源公司係委託亞東公司經營，該借款亦有用於支應中源公司，參以上訴人自承：中源公司委託亞東公司經營，兩家公司是關係企業，亞東公司為控制公司，中源公司為從屬公司，如中源公司有營運資金之需求，應由亞東公司支付，因曾貴爵非中源公司負責人，基於正確會計帳之製作，當然先計入亞東公司帳項內，再作帳支付中源公司，亦即曾貴爵是以股東往來關係交付金錢予亞東公司，亞東公司再用於中源公司營運所需等語（本院卷第273、410頁），足徵曾貴爵係以股東往來關係貸與亞東公司借款，如中源公司有營運資金之需求，再由亞東公司支應，實難認曾貴爵與中源公司間存在753萬6422元消費借貸關係，曾貴爵自無所謂借款債權可資讓與上訴人。從而，上訴人依消費借貸及債權讓與法律關係，於原訴訟一部請求中源公司給付149萬元本息，及於第二審追加請求中源公司給付10萬元本息，均屬無據。

（五）另上訴人主張：李東義3人分別為中源公司之董事長及董事，其等明知中源公司之財產已不能清償債務，竟不向法院聲請宣告中源公司破產，違反民法第35條第1項規定，復未召開股東會議通知曾貴爵，擅自於98年4月間將中源公司資產讓與他人，並將中源公司營業之廠房遷讓返還他人及停止營業，違反公司法第185條第1項第1、2款規定，致曾貴爵受有借款債權未獲清償之損害，應依公司法第23條第2項及民法第35條第2項規定負損害賠償責任云云。按「公司為下列行為，應有代表已發行股份總數3分之2以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。二、讓與全部或主要部分之營業或財產」、「公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責」、「法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。不為前項聲請，致法人之債權人受損害時，有過失之董事，應負賠償責任，其有2人以上時，應連帶負責」，公司法第185條第1項第1、2款、第23條第2項及民法第35條第2項固分別定有明文，惟查，曾貴爵並未依甲、乙協議取得中源公司股份，非中源公司股東，則李東義3人召開中源公司股東會作成重大決議，本無須通知曾貴爵，難認違反公司法第185條第1項第1、2款規定，又上訴人既未能證明曾貴爵對於中源公司有何借款債權存在，則曾貴爵要無因李東義3人未即向法院聲請宣告中源公司破產而受有借款債權未能獲償之損害可言。從而，上訴人依公司法第23條第2項、民法第35條第2項規定及債權讓與法律關係，於原訴訟一部請求被上訴人連帶給付149萬元本息，及於第二審追加請求被上訴人再連帶給付10萬元本息，亦屬無據。

五、綜上所述，上訴人依消費借貸法律關係（中源公司部分）、

公司法第23條第2項（中源公司與李東義3人連帶部分）、民法第35條第2項（李東義3人連帶部分）規定及債權讓與法律關係，於原訴訟一部請求被上訴人連帶給付149萬元，及自108年2月13日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，核無違誤。上訴意旨指摘此部分原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又上訴人於第二審追加請求被上訴人再連帶給付上訴人10萬元，及自108年6月4日起至清償日止，按年息5%計算之利息，亦屬無據，應予駁回。上訴人追加之訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。

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，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴及追加之訴均為無理由，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　　7　　月　　9　　日

民事第二十一庭

審判長法　官　翁昭蓉

法　官　劉又菁

法　官　鍾素鳳

正本係照原本作成。

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　9　　日

書記官　常淑慧

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。