

【裁判字號】99,重上更(一),163

【裁判日期】1020820

【裁判案由】確認債權存在等

【裁判全文】

臺灣高等法院民事判決

99年度重上更(一)字第163號

上訴人 林華德

訴訟代理人 陳錦隆律師

張勝傑律師

黃雪鳳律師

上訴人 葉素菲

訴訟代理人 許永昌律師

被上訴人 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心

法定代理人 邱欽庭

訴訟代理人 林俊宏律師

陳溫紫律師

上列當事人間請求確認債權存在等事件，上訴人對於中華民國98年11月20日臺灣臺北地方法院96年度重訴字第1014號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，被上訴人並為訴之減縮，本院於102年7月23日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於確認上訴人葉素菲對上訴人林華德之債權額超逾新台幣肆仟貳佰萬元，及命上訴人林華德應給付上訴人葉素菲並由被上訴人代位受領超逾新台幣肆仟貳佰萬元及自民國九十六年七月二十二日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用，由上訴人負擔三分之二，餘由被上訴人負擔。

原判決主文第四項關於「本判決第一項」之記載，應更正為「本判決第二項」。

原判決附件（一）第61頁、第211頁、第224頁關於訴訟編號、姓名、求償金額依序為「PA1808、陳舜達、165,100」、「PA6303、陳怡如、132,000」、「PA6717、張稱娥、257,700」之記載，應予刪除。

事實及理由

壹、程序方面：

一、查被上訴人在原審依民法第242條、強制執行法第120條第2

項、消費寄託契約、消費借貸契約（若消費寄託契約之主張不成立，則主張消費借貸契約，但被上訴人在本院更審程序中未再主張消費借貸契約，見本院重上更字卷三第269頁第278頁背面及第284頁）及民法第179條（若消費寄託契約及消費借貸契約之主張均不成立，則主張不當得利）規定，請求確認上訴人葉素菲（下稱葉素菲）對上訴人林華德（下稱林華德）有新台幣（以下未標明幣別者，均同）8,000萬元之債權存在，林華德應給付葉素菲8,000萬元及法定遲延利息，並由被上訴人代位受領。備位聲明依民法第242條及第244條規定，撤銷上訴人間該8,000萬元無償行為，林華德應返還8,000萬元本息與葉素菲，由被上訴人代位受領（見原審卷一第4頁、卷四第337頁至340頁、第75頁、第335頁）。嗣被上訴人在發回更審後，減縮應受判決事項之聲明，將其先位及備位請求確認、給付並代位受領及撤銷無償行為之金額均由8,000萬元減縮為6,200萬元（見本院重上更字卷三第231至232頁、第268頁背面至269頁），依民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第3款規定，被上訴人上開減縮應受判決事項之聲明，應予准許，合先敘明。

二、被上訴人爲依證券投資人及期貨交易人保護法（下稱投保法）第5條所設立之保護機構，爲維護公益，於其章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一證券、期貨事件，得由20人以上證券投資人或期貨交易人授與訴訟或仲裁實施權後，以自己之名義，起訴或提付仲裁，投保法第28條第1項前段定有明文。查博達科技股份有限公司（下稱博達公司）之股票及公司債之投資人（明細如原判決附件(一)(二)，見本院重上字卷一第15至58頁，惟應刪除原判決附件(一)第61頁、第211頁、第224頁訴訟編號及姓名依序「PA1808、陳舜達、165,100」、「PA6303、陳怡如、132,000」、「PA6717、張稱娥、257,700」部分，見本院重上字卷二第201、208至211頁，以下合稱博達公司投資人），就葉素菲涉嫌編製博達公司不實財務報告等相關違反證券交易法之案件，授與被上訴人訴訟實施權，包括民事訴訟法第70條第1項但書之權限，及因博達公司案件進行強制執行、假扣押、假處分、受領款項、參與重整、參與破產等各項因主張權利所必要之權限，有上訴人不爭執形式真正之訴訟及仲裁實施權授與同意書（下稱訴訟實施權授與同意書）爲證（見本院重上字卷二第2頁、第292頁、第185頁至200頁、第202至第207頁、第298頁、原審卷一第127至128頁、卷二第1頁，及卷外證物），是被上訴人就本件訴訟有爲博達公司投

資人進行訴訟之訴訟實施權，並為上訴人所不爭執（見本院重上更字卷三第130頁、第120頁至背面、本院重上更字卷一第70頁背面）。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：葉素菲經營博達公司期間，因有掏空公司資金等情事，造成博達公司投資人損害達55億餘元，葉素菲自應依侵權行為規定賠償博達公司投資人損害。又葉素菲基於與林華德間於92年1月以前已成立之消費寄託契約，分別於92年1月14日匯款4,000萬元、92年1月28日、29日各匯款3,500萬元，及於93年4月6日匯款2,300萬元與林華德（以下合稱時稱系爭款項），但林華德僅分別於92年5月26日及同年12月26日分別匯款1,100萬元及4,000萬元與葉素菲，扣除伊前已代位葉素菲向林華德請求並經判決勝訴確定之1,000萬元（本院97年度重上更(一)字第179號），林華德應再返還葉素菲6,200萬元。伊前已依博達公司投資人之授權起訴請求葉素菲賠償損害，並經臺灣士林地方法院（下稱士林地院）93年度金字第3號判決葉素菲應賠償55億8,058萬5,913元及利息。又伊前已聲請對葉素菲之財產為假扣押，經原法院核發96年2月9日扣押命令，扣押葉素菲對林華德之8,000萬元債權，林華德卻聲明異議，伊自得依強制執行法第120條第2項規定請求確認葉素菲對林華德有上開6,200萬元債權存在。又葉素菲迄未賠償博達公司投資人逾55億元之損害，亦無能力賠償，卻怠於請求林華德返還該寄託款，致博達公司投資人之債權無法獲償，伊為保全渠等債權，自得依民法第242條規定代位葉素菲依消費寄託契約請求返還上開6,200萬元及法定遲延利息。倘認葉素菲對林華德無該寄託款債權存在，但林華德受領該款項係屬無法律上原因而受利益，林華德亦應依民法第179條規定返還此不當得利。又縱認林華德對葉素菲無返還不當得利之義務，然因葉素菲將系爭款項匯入林華德帳戶係屬無償行為，扣除林華德資金回流葉素菲部分，尚餘6,200萬元，此無償行為已害及博達公司投資人之債權，伊得依民法第244條規定請求撤銷及請求林華德返還該款項並加計法定遲延利息等情。爰先位聲明求為：（一）確認葉素菲對林華德之6,200萬元債權存在。（二）葉素菲應給付林華德6,200萬元及自96年6月22日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並由被上訴人代位受領。備位聲明求為：（一）葉素菲對林華德給付6,200萬元之無償行為應予撤銷。（二）林華德應給付葉素菲6,200萬元及自96年6月22日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並由被上訴人代

位受領。(被上訴人在原審先位請求確認葉素菲對林華德之8,000萬元債權存在,並代位葉素菲請求林華德給付該8,000萬元及法定遲延利息,並由被上訴人代位受領;備位請求撤銷葉素菲該給付8,000萬元之無償行為,林華德應給付葉素菲8,000萬元及法定遲延利息。原審為被上訴人全部勝訴判決,上訴人不服提起上訴,並經前審判決駁回上訴,上訴人提起第三審上訴,經最高法院全部廢棄發回,被上訴人在本院減縮應受判決事項之聲明如前,則被上訴人減縮部分業已確定,不再贅述)。並於本院聲明:上訴駁回。

二、上訴人則以:伊係夫妻關係,林華德受領葉素菲所匯資金均屬夫妻間贈與,葉素菲對林華德並無被上訴人所主張之消費寄託或不當得利返還請求權,且葉素菲係於博達公司資金發生問題前即匯款與林華德,自無可能害及博達公司投資人當時尚未成立之損害賠償債權。又縱認林華德應給付款項與葉素菲,均應再扣除林華德於93年6月10日以葉素菲名義匯入訴外人盛昌投資股份有限公司(下稱盛昌公司)之2,000萬元等語,資為抗辯。並於本院上訴聲明:(一)原判決廢棄。(二)被上訴人在第一審先位之訴及備位之訴均駁回。

三、經本院與兩造整理本件不爭執事項(見本院重上更字卷三第120頁、第130頁、第152頁、第241頁背面、第246頁背面、第247頁背面、第252頁背面)如下:

(一)葉素菲自博達公司上市前之87年9月14日起至博達公司聲請重整日即93年6月15日止,任公司董事,因涉嫌違反證券交易法等罪名,經士林地院93年度金重訴字第3號、本院95年度金上重訴字第4號、最高法院98年度台上字第6782號刑事判決葉素菲共同連續已依證券交易法發行有價證券公司之董事,以直接及間接方式,使公司為不利益之交易,且不合營業常規,致公司遭受重大損害,處有期徒刑9年,併科罰金1億8千萬元,罰金如易服勞役,以罰金總額與3年之日數比例折算;又連續意圖為自己不法之所有,而侵占對於業務上所持有之物,處有期徒刑6年。應執行有期徒刑14年,併科罰金1億8,000萬元,罰金如易服勞役,以罰金總額與3年之日數比例折算確定在案(見原審卷一第135至245頁之士林地院93年度金重訴字第3號刑事判決、原審卷四第9至73頁之本院95年度金上重訴字第4號刑事判決及本院重上更字卷三第290至297頁之最高法院98年度台上字第6782號刑事判決)。

(二)士林地法93年度金字第3號民事判決命葉素菲與博達公司應連帶賠償授與訴訟實施權人55億8,058萬5,913元,惟葉

應返還葉素菲寄託款4,200萬元：

- 1、按民法第602條所稱之消費寄託，係指寄託物為代替物得由受寄人以種類、品質、數量相同之物返還，及以寄託物之保管為目的，並約定移轉寄託物之所有權於受寄人（最高法院89年度台上字第2853號判決參照）。
- 2、由葉素菲與林華德間之資金流向觀之，葉素菲雖移轉系爭款項之所有權與林華德，但林華德仍負返還相同金額之義務：
 - (1) 查葉素菲設於國泰世華建成分行帳戶1574號分別於92年1月14日、1月28日、29日及93年4月6日匯款3,000萬元、3,500萬元、3,500萬元及2,300萬元與林華德，已如前述，其中92年1月14日、1月28日及29日共1億元部分，係匯入林華德國際票券金融股份有限公司（下稱國票公司）帳戶及國泰世華銀行建成分行帳戶，購買以林華德為名義之RP債券（即附買回交易債券，見本院重上更字卷三第8頁之國票公司101年12月11日國券字第00000000000號函），為林華德所不爭執（見本院重上更字卷三第266頁背面），嗣於92年5月26日解約後，連同林華德之前之附買回交易債券共2,825萬9,700元（其中10,042萬9,333元係屬葉素菲92年1月14日、28日及29日匯入之1億元部分）轉入林華德第一商業銀行南京東路分行帳戶，有金管會102年2月6日金管檢證字第0000000000號函及後附明細、交易憑證、流程圖為證（見本院重上更字卷三第91至100頁），其中1,100萬元部分於同日轉入葉素菲華南銀行北投分行帳戶，用以支付繳納葉素菲個人部分之綜合所得稅（全額為1,903萬1,830元，已如前述），為兩造所不爭執（見本院重上更字卷三第190、270頁），其餘款項併同該帳戶原來款項計8,943萬元於92年5月30日轉入林華德萬通票券帳戶進行附賣回票券交易，再於92年12月26日將該債券解約款4,000萬元匯至葉素菲農民銀行士林分行000000000000帳戶，購買葉素菲名義之廣稼公司股票，為兩造所不爭執（見本院重上更字卷三第190頁背面、第150頁），其餘於93年8月11日解約併同該帳戶內之其餘款項計5,064萬2,153元匯入林華德國泰世華銀行建成分行帳號000000000000（下稱2066號）帳戶，再併同該帳戶之其餘款項合計6,100萬元，匯入林華德第一商業銀行南京東路分行帳號000000000000帳戶，再併同該帳戶之款項共6,900萬元，由林華德於94年5月18日提領提供作為葉素菲刑事案件之具保保證金，為林華德所不爭執（見本院重上更字卷三第261頁背面）

，並有金融監督管理委員會（下稱金管會）94年11月22日金管檢七字第0000000000號函及其附圖為證（見原審卷一第66、75頁）。

(2) 次查，上開93年4月6日2,300萬元之款項，自葉素菲國泰世華建成分行帳號1574帳戶匯至林華德國泰世華建成分行000000000000帳戶，再於93年4月22日併同該帳戶款項計2,319萬2,534元轉至林華德國泰世華建成分行2066號帳戶，連同上開93年8月11日萬通票券解約款5,064萬2,153元，以其中6,100萬元匯至林華德第一商業銀行南京東路分行帳戶作為林華德94年5月18日提領6,900萬元之資金來源，並於同日即94年5月18日即自林華德郵局存款帳戶提領1,000萬元，以林華德名義作為葉素菲之具保保證金，亦為林華德所自陳（見本院重上更字卷三第261頁背面），而該林華德郵局綜合存款1,000萬元之資金來源即包括於93年6月28日自林華德國泰世華銀行建成分行2066號帳戶匯至林華德同分行定期存款，有金管會94年11月22日金管檢七字第0000000000號函及其附圖為證（見原審卷一第66、75頁）。

(3) 則上開葉素菲92年1月14日、同年1月28日及29日款項，係供林華德在國票公司及萬通票券進行附買回債券交易及附賣回債券交易之資金來源，嗣葉素菲需要繳納92年度個人綜合所得稅及購買廣稼公司股票，即在葉素菲需要使用款項時即將部分款項分別為1,100萬元及4,000萬元匯至葉素菲帳戶。又葉素菲93年4月6日匯款之2,300萬元，亦與葉素菲92年1月所匯上開3筆款項，均自葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶匯至林華德帳戶，該筆款項林華德雖未以之作為購買附買回債券交易之資金來源，但林華德於95年5月18日分別自其郵局綜合存款及第一商業銀行南京東路分行提領之1,000萬元及6,900萬元供作繳交葉素菲之刑事保證金，其資金來源均包括林華德國泰世華建成分行2066號帳戶，而此帳戶之資金來源包括葉素菲93年4月6日匯入之2,300萬元（經由林華德國泰世華建成分行000000000000號帳戶匯入林華德2066號帳戶，已如前述），及葉素菲93年1月間匯入之上開1億元，亦如前述，可見林華德就其餘尚未匯回葉素菲之款項，亦係供作林華德以其名義繳納葉素菲刑事保證金，雖林華德有領取該保證金之權利，然此保證金之提供仍屬為葉素菲之利益，可見林華德應無將上開各該款項據為己有之意，始由葉素菲提供部分資金來源之國泰世華銀行建成分行2066號帳戶之資金供作繳納葉

素菲刑事保證金。

3、再由證人龔怡蓁、王蕾慈之證言，可認葉素菲委請林華德以林華德名義買入附買回交易債券，嗣葉素菲需要款項，林華德應返還該款項：

- (1) 證人龔怡蓁在調查局中證稱：伊於88年9月進入博達公司擔任葉素菲秘書，承接訴外人吳秀蓮所留之葉素菲個人財務管理職務，保管葉素菲個人銀行存摺及博達公司土地權狀，伊接手吳秀蓮工作後，有一天葉素菲告訴伊，伊手上之葉素菲帳戶若有錢（約1千多萬元）就先匯到世華銀行建成分行葉素菲帳戶，該帳戶存摺及印章交由林華德保管，帳號00000000000，再由林華德負責買中央公債，葉素菲以林華德名義買的中央公債價值9,000萬元，中央公債到期後，林華德秘書王蕾慈會電話通知伊續約，除非葉素菲需要用錢，就會賣公債，把結算的錢匯回（見原審卷一第53頁、第56頁之93年9月27日調查筆錄）；證人龔怡蓁並在檢察官訊問期日證稱：「（問：葉素菲有無以林華德名義買中央公債，差不多九千萬元？）有，差不多，因林華德的秘書會跟我們講，錢會由世華銀行建成分行葉素菲帳戶匯給林華德，而這個帳戶事實上是林華德保管存摺與印章」（見本院重上字卷一第85、92頁）。再者，證人即自91年至94年在林華德擔任國票公司董事長期間之林華德秘書王蕾慈在本院證稱：「（法官：知否葉素菲曾經匯款至林華德帳戶，用來購買林華德名字之債券？）似乎有。」、「（法官：龔怡蓁在調查局陳述，葉素菲在世華銀行建成分行的帳戶存摺及印章是由林華德保管，由林華德負責買中央公債，…，到期後林華德秘書MAGAN王，會電話通知續約，葉素菲要用錢時，就會賣公債，…。經過情形是否如此？）應該是這樣。」、「（法官：龔怡蓁說你會電話通知續約是何意？）到期後，承作的金融機構會打電話告知，到期錢要如何處理，我就會問林華德，林華德說會去問葉素菲，因那是葉素菲的錢，問回來之後，會告訴我要結算現金或要續約。」、「除了林華德會問葉素菲之外，我們秘書也會聯繫續約之事，林華德告訴我要續約之後，我會打電話跟龔怡蓁照會表示繼續承作，…」、「（法官：所謂中央公債9,000萬是何部分？）應該是RP…，」（見本院重上更字卷二第25頁背面至第26頁）。
- (2) 由上開證人證述可知，葉素菲與林華德間約定之資金往來模式，葉素菲本會將多餘閒置無特定用途之資金匯入葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶，該帳戶之存摺及印章均

由林華德保管，再由林華德以該帳戶之款項提供資金購買林華德以其名義之RP債券即附買回交易債券，已如前述，並有證人王蕾慈證言為證（見本院重上更字卷二第26、27頁），嗣若葉素菲需要款項即會出售該附買回交易債券，若該債券到期時，因林華德稱該債券係以葉素菲之資金所購買，仍需詢問葉素菲是否續約。可見該附買回交易債券名義人雖為林華德，但林華德僅係作為操作該債券之名義人，該債券之處分仍應視葉素菲之資金運作狀況，林華德就葉素菲92年1月間所匯上開款項，仍負有返還之責。

- 4、從而，葉素菲上開92年1月14日、1月28日、29日及93年4月6日所匯與林華德之系爭款項，均係由葉素菲國泰世華建成分行1574帳號帳戶匯入林華德帳戶，其中92年1月14日、1月28日及29日共1億元作為林華德以其名義購買RP債券之資金來源，但應視葉素菲之資金需求情況，繼續承作附買回交易債券，或不續約、出售債券將資金匯回，因林華德負有應葉素菲要求返還款項之義務，故林華德並無完全決定該附買回交易債券承作情況之權，且林華德亦於92年5月間及12月間分別就該款項購買之附買回交易債券之解約款中之1,100萬元及4,000萬元匯還葉素菲，依序作為繳納葉素菲個人綜合所得稅及購買廣稼公司股票之用；另葉素菲93年4月6日匯款之2,300萬元雖未購買附買回交易債券，但仍匯入林華德帳戶，作為林華德94年5月18日具保之葉素菲刑事保證金之資金來源，仍為葉素菲之利益所使用，足認葉素菲於92年1月14日將3,000萬元匯款與林華德之前，上訴人間已約定葉素菲將其款項匯至由林華德保管印章及存摺之葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶，再由林華德以該帳戶款項視情況購買以其名義之附買回交易債券，葉素菲就系爭款項交由林華德保管，嗣葉素菲需要資金林華德即負有將資金返還之義務，故葉素菲與林華德係約定葉素菲將系爭款項之所有權移轉與林華德，但林華德應依葉素菲之請求返還與該款項相同金額之款項，葉素菲已將系爭款項交付，上訴人間就系爭款項成立民法第602條規定之消費寄託契約金額計1億2,300萬元。
- 5、又林華德國泰世華建成分行2066號帳戶於93年6月10日提領2,000萬元，嗣未進入葉素菲帳戶，即以葉素菲名義匯入盛昌公司帳戶，有國泰世華商業銀行102年6月18日（102）國世建成字第0000000000號函、102年5月16日（102）國世建成字第0000000000號函及後附交易憑證為證（見本院重上更字卷二第172至174頁及第202頁）；又證人即擔

任博達公司企業理財組特別助理之蕭若山（見本院重上字卷一第101至102頁之證人李月梅證言，證人李月梅係博達公司股務管理組經理，詳後述）證稱：葉素菲曾指示伊自93年3月4日起以盛昌公司名義購買博達公司股票，因葉素菲要增加博達公司持股，自93年3月4日起至同年6月9日共花費4億2,249萬5,699元購買股票（見本院重上更字卷一第205至206頁），且葉素菲持有盛昌公司之股份達98%，有證人李月梅證言為證（見本院重上字卷一第101頁之偵查筆錄）；再由林華德在金管局所陳述：葉素菲於93年6月出事前一段期間，伊記得葉素菲曾向伊請求支援2,000萬元用來辦理博達公司股票交割，伊雖表示反對，但恐葉素菲已買股票被退票，只好依葉素菲要求之款項匯款（見本院重上更字卷二第152頁），堪認林華德帳戶於96年6月10日提領再以葉素菲名義匯款至盛昌公司之2,000萬元，係林華德應葉素菲要求之匯款，再依該匯款時間，與葉素菲93年4月6日匯款與林華德2,300萬元，相差僅約2個月，且該林華德提領2,000萬元之帳號2066帳戶，其內款項亦是供林華德作為葉素菲刑事保證金之資金來源，已如前述，林華德復特別以葉素菲名義匯至盛昌公司，應認林華德匯與盛昌公司之2,000萬元係為返還葉素菲消費寄託款。被上訴人僅以此筆款項並未進入葉素菲帳戶，即否認係林華德匯還葉素菲之款項，尚無可取。

6、承前所述，葉素菲於92年1月14日、1月28日、29日及93年4月6日共匯款與林華德1億2,300萬元，被上訴人自陳應扣除林華德92年5月26日及同年12月26日分別匯款之1,100萬元及4,000萬元（見本院重上更字卷三第191頁），暨93年6月10日匯還之2,000萬元，及被上訴人在前案就同一原因事實先為一部請求已代位葉素菲向林華德請求並經判決確定之1,000萬元，林華德尚應返還葉素菲消費寄託款4,200萬元（12,300萬元-1,100萬元-4,000萬元-2,000萬元-1,000萬元=4,200萬元）。

（二）上訴人固抗辯上開1億2,300萬元之匯款係葉素菲因結婚無償贈與林華德，林華德於92年5月26日及同年12月26日匯款與葉素菲之1,100萬元及4,000萬元，分別係葉素菲為申報個人綜合所得稅向林華德所借貸，及林華德為自己利益購買廣稼公司股票，並非林華德返還寄託款與葉素菲，且證人龔怡蓁、李月梅及王蕾慈之證言不足為被上訴人有利認定云云，惟查：

1、上訴人雖抗辯證人龔怡蓁偵查中所為陳述係屬傳聞，不得

作為證據，且依該調查筆錄全文應與龔怡綦真意不符云云，惟按民事訴訟之傳聞證人（間接證人或徵憑證人）所為之證詞，本非絕無證據能力，其與直接證人陳述親自見聞之證言比較，祇是證據力之強弱而已，尚非不得採為證據方法之使用，法院對該傳聞證據之價值，仍可由法官憑其知識、能力、經驗等依自由心證予以認定之（最高法院98年台上字第2479號判決參照），自不能逕以龔怡綦偵查中之陳述即否認其證據能力。再者，上訴人就其所稱該調查筆錄記載與龔怡綦之本意不符或係調查人員誘導所為，並未舉證證明；且證人龔怡綦在本院經法官提示上開筆錄證稱：「（法官：原審卷一56頁筆錄是你說的無誤？）對」、「（被上訴人訴訟代理人：證人93年9月27日、28日於調查局、檢察官訊問時所為之調查筆錄即原證6、原證7，當時有無被強暴、脅迫之情形？）調查局有跟我講說我可能是被告，所以要叫我講清楚，檢察官那邊就沒有」（見本院重上字卷一第217頁背面）等語，故龔怡綦已確認其在調查局所為陳述與其本意相符，且龔怡綦在調查局時僅被告知要說清楚等語，尚難認龔怡綦因遭強暴脅迫或有其他與本意不符之情形而為上開證述。上訴人又抗辯龔怡綦、李月梅在調查局所為之陳述，均係基於犯罪嫌疑人而非證人之身分，且龔怡綦所述違背經驗法則自不足採云云，然縱龔怡綦在調查局所為之上開陳述係以犯罪嫌疑人之身分所為，然仍不能否認該陳述係其基於個人親見親聞所為之陳述，且依其內容亦無違反經驗法則之情形，自無礙將該調查筆錄引為裁判之證據。

- 2、又龔怡綦固係證明以林華德名義購買「中央政府公債」等語，然證人王蕾慈已在本院證稱所謂中央政府公債係指RP，已如前述，且所謂RP即附買回交易債券，係指該債券附有買回權，而此債券自包括中央政府公債債券，此觀卷附葉素菲於90、91年間，及林華德於84年10月8日至94年8月15日在國票公司所從事之附買回交易債券之標的即為中央政府公債（見本院重上更字卷三第9至11頁、卷二第177至183頁之交易明細表）即為可知，足認證人龔怡綦所證述之葉素菲匯與林華德，由林華德購買其個人名義之中央政府公債，即係指購買以林華德名義之RP附買回交易之中央政府公債債券而言；再者，林華德以系爭款項購買附買回交易債券之金額固為1億元，與龔怡綦所證述之9,000萬元有出入，但龔怡綦係於93年9月27日在調查局為此部分證言，距離該附買回交易債券92年5月間解約時間已達1年餘

，以龔怡蓁係負責葉素菲個人財務管理所需處理事務之繁雜，尚難以此出入否認龔怡蓁上開在調查局證言之真實性，或認為龔怡蓁所述之林華德以葉素菲之資金購買之中央政府公債，非指林華德以系爭款項作為資金購買附買回交易債券。上訴人抗辯龔怡蓁所證述之林華德購買中央政府公債等語，與系爭款項供作林華德購買附買回交易債券之資金來源無涉，自無可取。又證人龔怡蓁在本院固證稱：伊曾幫葉素菲保管帳戶，但是否係葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶，伊不確定（見本院重上字卷一第217頁）

，然此乃龔怡蓁因時間久遠而不記得若干事實，自與證人龔怡蓁93年7月在調查局及檢察官偵查中所證述其擔任葉素菲個人財務管理秘書，有保管葉素菲個人銀行存摺，但葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶係由林華德保管等語，並不相悖，上訴人以龔怡蓁此部分證言抗辯葉素菲該1574號帳戶非由林華德所保管，即無可取。

3、另證人王蕾慈在本院雖又改稱：林華德與葉素菲係用自己的錢購買RP，因伊負責票券公司業務，故伊會幫忙葉素菲聯絡等語；然而，王蕾慈經法官再次詢問改回答：「（法官：你再看一次，究竟是否有用林華德名義買的債券？）我不太記得，他們夫妻都有用自己的錢買RP，只是因為我們公司就是票券公司，所以葉小姐買的部分，我們會幫她連絡」（見本院重上更字卷二第26頁），即王蕾慈不記得葉素菲是否有以林華德名義購買附買回交易債券，但其等均會幫葉素菲聯絡。而依卷附證據，葉素菲以其個人名義購買附買回交易債券之時間僅至91年12月26日，有國票公司101年12月11日國券字第0000000000T號函為證（見本院重上更字卷三第8頁），但本件葉素菲係於92年1月間始匯上開款項與林華德購買附買回交易債券，則葉素菲92年1月間將上開款項匯給林華德供作購買附買回交易債券之資金來源當時，葉素菲已未再以其名義購買該附買回交易債券，然王蕾慈仍會聯絡葉素菲是否續約，即林華德處分該債券之權限仍受限制，自不能認為葉素菲於93年1月間匯給林華德之1億元林華德毋庸負返還義務。

4、林華德雖抗辯其92年5月26日匯款1,100萬元與葉素菲，係葉素菲為繳個人綜合所得稅向其所借貸，並非返還葉素菲寄託款云云，然查，證人即自92年7月間起擔任博達公司股務管理組經理之李月梅在偵查中及本院均證稱：因葉素菲向伊表示有繳稅等資金需求，要求伊自92年1月起開始每日出售葉素菲持股10張，因證交法規定出售逾10張需要

申報，伊大約持續1個月出售股票（見本院重上字卷一第95、101及216頁），可見葉素菲於92年1月間已知悉其將於5月間申報個人綜合所得稅有資金需求，實難認葉素菲會於92年1月14日、28日及29日匯款1億元贈與林華德，再於92年5月26日向林華德借貸1,100萬元供繳納所得稅款，此顯與事理有違。至證人王蕾慈雖證稱：葉素菲需繳交較高所得稅，林華德遂先借款與葉素菲（見本院重上更字卷二第26頁背面），然借貸契約之成立，需雙方有一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之合意存在（民法第474條第1項規定參照），但王蕾慈僅係林華德擔任國票公司董事長之秘書，依其職務內容是否當然知悉上開92年5月間1,100萬元匯款之原因關係，已有可疑，且依其證言係謂：「我只記得他們夫妻會有相互的財務往來」、「（法官：何謂相互的財務往來？）我記得有夫妻申報所得稅的問題，葉小姐需繳交較高的所得稅，林華德先借給他」（見本院重上更字卷二第26頁背面），即證人王蕾慈係以上訴人間因申報所得稅所匯之款項作為上訴人夫妻間之相互財務往來遂認林華德為葉素菲繳稅所匯與之款項係屬借貸，此應僅屬證人王蕾慈個人之推測，尚難以王蕾慈此部分證言，認定上訴人間就該1,100萬元已成立借貸契約。另上訴人抗辯若葉素菲匯款與林華德之系爭款項係基於消費寄託契約，葉素菲自可要求取回各該款項毋庸要求李月梅出售股票籌措繳納稅款資金云云，然葉素菲係以出售股票或要求林華德返還寄託款作為繳納稅款之資金來源，係屬葉素菲之財務規劃，尚不能以葉素菲選擇要求李月梅出售股票作為籌措稅款之部分款項，即認葉素菲對林華德無寄託款返還請求權。

- 5、林華德復稱其92年12月26日匯款4,000萬元至葉素菲農民銀行士林分行帳戶，實係其個人欲購買廣稼公司股票，並非為返還葉素菲消費寄託款云云，惟查證人李月梅在本院證稱：葉素菲與廣稼公司劉董在談股權事情時，廣稼公司劉董要求葉素菲要以她名義去購買廣稼公司股票，伊係收受林華德所匯款項，但必須要以葉素菲名義購買，故需以葉素菲名義匯款（見本院重上字卷一第215頁背面），惟縱他人欲購買廣稼公司股票，需透過葉素菲之名義始能買受，然葉素菲於92年12月30日已陸續申報移轉廣稼公司股票與他人，但迄93年4月12日及14日始分別轉讓34,000股及246萬6,000股與林華德，有廣稼公司持股轉讓表及廣稼

公司97年5月6日廣文字第97051號函、內部人向公司申報持股變動情形申報書為證（見本院重上更字卷三第159頁、本院重上字卷一第121至124頁），且葉素菲於登記為所有權人後之3個月餘僅轉讓250萬股（ $34,000+2,466,000=2,500,000$ ）與林華德，此250萬股應低於該4,000萬元可購買之全部股數，亦經被上訴人陳述在卷（見本院重上更字卷三第150頁），上訴人亦不為爭執；又葉素菲復稱林華德於93年6月23日委由其秘書受領該股票（見本院重上更字卷二第98頁），則若該廣稼公司股票實係林華德以其自有資金為其個人利益所買受，葉素菲應於登記其為所有時即92年12月底即將400萬股股份均移轉與林華德，並由林華德取得該表彰股東權憑證之股票，然林華德卻延至93年6月始取得該股票，足認葉素菲迄93年4月間轉讓250萬股廣稼公司股份與林華德，應為林華德與葉素菲另外之轉讓財產約定，尚難認林華德匯款4,000萬元與葉素菲，即是為林華德自己的利益買受股票，並以此推認上訴人間就系爭款項無寄託關係存在。至證人李月梅固證稱：因廣稼公司要求錢必須進入葉素菲帳戶，才願意讓出經營權，林華德的錢才會進入葉素菲帳戶，後來做股權移轉時，林華德向葉素菲提到那是他的股票，必須再一次轉讓（見本院重上字卷一第95頁），但此部分證言已與上開客觀證據不符，且證人李月梅如何知悉林華德匯入該4,000萬元即係林華德本身要購買廣稼公司股份而非返還葉素菲投資款？尚難以證人李月梅此部分證言認定林華德於92年12月底將該款項4,000萬元匯入葉素菲帳戶，係以其本身成為股票所有權人僅係藉葉素菲之名義買受。又林華德於93年4月間已登記為廣稼公司股份250萬股之所有權人，已如前述，則以證人王蕾慈所證稱林華德有購買廣稼公司股份（見本院重上更字卷第27頁背面）一節，並不能推認林華德於92年12月間匯款4,000萬元係借用葉素菲帳戶買受廣稼公司股票。

- 6、上訴人復抗辯縱認葉素菲與林華德間存有消費寄託合意，亦不包括93年4月6日匯款之2,300萬元，此筆款項係屬葉素菲贈與林華德云云，然查，此筆款項亦係自葉素菲國泰世華建成分行1574號帳戶匯入林華德帳戶，並提供林華德提領支付葉素菲刑事保證金之資金來源，仍歸於為葉素菲之利益使用，已如前述；復參酌葉素菲為購買博達公司股票，自93年3月4日起至同年6月9日共花費4億2,249萬5,699元，已如前述，林華德亦稱葉素菲因此於93年3月3日自

國外帳戶CommerzBank Singapore Br.帳號000000000000
匯款美金300萬元折合新台幣1億元，再於93年3月3日及4日匯入盛昌公司景美分行帳戶購買博達公司股票（見本院重上更字卷一第196頁背面至197頁），葉素菲甚至於93年6月間請林華德支援2,000萬元，業如前述，且博達公司自92年下半年起之財務報告每股盈餘轉為負數，再於93年3月26日公告92年度財務報告呆帳暴增26億餘元、每股淨損10.43元，並於93年6月15日宣布重整（詳後述），可見葉素菲於93年4月間實有資金需求，而林華德復稱此筆93年4月6日2,300萬元匯款，係葉素菲無特定目的之贈與（見本院重上字卷二第300頁之本院97年度重上更(一)字第179號準備程序筆錄），則在葉素菲資金使用已有吃緊情況，林華德復無使用資金之特定目的，實難認葉素菲有贈與林華德該2,300萬元之動機，應認葉素菲將此筆款項匯給林華德仍僅係基於寄託合意讓林華德保管該筆款項，尚難僅以其匯款日期與92年1月之3筆匯款時間距離1年餘，即認其非林華德與葉素菲寄託合意之範圍。

7、上訴人又抗辯附買回交易債券係屬儲蓄性質，葉素菲毋庸為使林華德為其操作而將款項匯與林華德；又葉素德匯給林華德之款項相當多，被上訴人為何僅主張系爭款項；另被上訴人在扣押程序中原主張上訴人間係不法洗錢、再主張借貸，實難認上訴人間有寄託關係存在云云，然查：

(1) 附買回債券之交易需與交易商約定一定利率與一定承作期間，投資人所賺取者係買賣差價即利息所得（見本院重上更字卷三第64頁背面及第73頁之被上訴人陳述，本院重上更字卷三第85至88頁之台灣貨幣市場新論編撰委員會90年10月出版、95年5月修訂之台灣貨幣市場新論），林華德亦陳稱：附買回交易係以成交日與到期日之承作天數乘以票券公司於成交日所牌告之固定債券利率計算利息，有長達363天、339天，亦有短至7天、4天，或1天可供選擇，亦可中途解約（見本院重上更字卷二第211頁背面），故購買附買回債券者應具有一定專業性始能正確選擇，此由證人王蕾慈證稱：就伊所知，林華德會幫葉素菲聯繫RP債券購買事宜，因林華德認為葉素菲不懂RP，要伊幫葉素菲聯絡（見本院重上更字卷二第27頁）即可知悉，則無論附買回交易債券係屬投資或儲蓄性質，其仍具有一定專業性，始有王蕾慈所稱林華德認為葉素菲不懂附買回交易債券之情況。則雖葉素菲於90、91年間雖有購買附買回交易債券之紀錄（見本院重上更字卷三第8至11頁之國票公司101

年12月11日國字第0000000000T號函及後附明細），但葉素菲基於專業將系爭款項交由其配偶林華德操作購買附買回交易債券，自與常情無違。

- (2) 又縱認被上訴人在假扣押程序原主張上訴人間就系爭款項係不法洗錢或借貸，與被上訴人本件訴訟主張不同等情，然葉素菲將系爭款項匯與林華德之原因關係為何，原屬上訴人間之法律關係，被上訴人係經博達公司投資人授與訴訟實施權進行本件訴訟，則其在訴訟程序中依各該證據主張上訴人間系爭款項法律關係，致生與假扣押程序中不同之主張，自屬合理，尚不能以此否認被上訴人消費寄託之主張。
- (3) 上訴人復稱被上訴人主張之消費寄託金額前後不一，自9,000萬元至6,200萬元，可見被上訴人之主張非屬正確云云，然如前述，被上訴人就上訴人間各該資金往來之法律關係，在訴訟程序中得依各該證據修正其主張，如關於葉素菲91年3月5日匯款4,328萬1,666元與林華德，因林華德在他事件陳稱係供償還其短期擔保放款使用（見本院重上字卷二第300頁之林華德在本院97年度重上更(一)字第179號事件之準備程序筆錄），及被上訴人原主張葉素菲於92年6月25日匯款2,825萬9,700元與林華德部分，因上訴人否認有此資金流向，被上訴人就此部分亦認不能證明，遂未再主張該筆款項係本件消費寄託契約範圍（見本院重上更字卷三第110頁背及第149頁至背面）。況且，被上訴人就葉素菲匯與林華德之款項中主張其中若干係屬上訴人間之消費寄託合意所交付，本屬被上訴人處分權之自由，自不能以被上訴人未就葉素菲匯給林華德之全部款項均主張係屬消費寄託之範疇，即認被上訴人此部分主張與事實不符。
- (三) 本件被上訴人代表之博達公司投資人對葉素菲之債權已足認達55億餘元：

- 1、查葉素菲自88年起至93年6月虛增博達公司營收致財務報告不實、發行ECB違反公司法，相關犯罪事實及所影響之財務報告科目（包括虛偽交易循環、銀行存款、隱匿存款支用受限制、隱匿關係人交易、背書保證等），違反93年4月28日修正後之證券交易法第171條第1項第2款、刑法第342條第1項、第216條、第215條、商業會計法第71條第1款等規定，經士林地院93年度金重訴字第3號、本院95年度金上重訴字第4號判處有期徒刑14年，併科罰金1.8億元，已如前述，葉素菲並於93年10月29日在高檢署查緝黑金行動中心陳稱：「謝世芳曾向我表示該年的營收無法達成

原先營收目標的預期，有必要用其他的方法，例如虛增一些假交易來提昇公司獲利的數據等等，我當時雖然沒有反對他這麼做，但是我嚴格要求謝世芳，公司的錢一定要再轉回公司等等，於是博達公司才會發生從87年起有假交易充斥的情形」（見原審四第117頁背面之訊問筆錄）等語，足認葉素菲違反上開證券交易法等相關規定至為明確。

- 2、次查，葉素菲自博達公司上市前之87年9月14日起至93年6月15日博達公司聲請重整日止皆任該公司董事（見原審卷三第218頁之士林地院93年度金字第3號判決），依91年2月6日修正之證券交易法第36條、公司法第228條等規定，董事負有編製、通過財務報告之責任，應依證券交易法第20條第3項、第32條規定及民法侵權行為規定，就不實之財務報告及公開說明書負損害賠償責任。以博達公司自88年度進行虛偽循環交易，總計虛增應收帳款161億3,081萬7,601元，虛增應付帳款121億1,131萬8,261元，88年度至93年度第1季虛偽循環交易金額分別占當期財務報告所載銷貨淨額之40.77%、55.73%、36.47%、58.22%、76.06%、52.44%，又91年6月起隱匿銀行存款受有限制或實際不存在之金額累計達美金1億9千多萬元，折合新臺幣超過60億元，截至93年第1季季報所載現金科目63億195萬3,000元，其中超過90%之現金實際上均不存在等情，倘投資人知悉博達公司真正營收及財務狀況，必不願進行此一投資行為，此由博達公司93年6月15日宣布重整後，翌日起每日開盤即掛跌停，成交量逐日萎縮至僅賸1筆，上開不實資訊自屬對於所有參與有價證券交易之不特定對象為詐欺，而可推定交易之因果關係。另博達公司88年上市以來股價之漲跌，大致受到整體盤勢影響，惟92年下半年大盤指數重回5、6,000點，甚至93年3月漲至7,000點，博達公司股價卻始終未能再突破20元，難謂與92年下半年起博達公司公告之財務報告每股盈餘轉為負數、93年3月26日公告之92年度財務報告呆帳一次暴增為26億餘元、每股淨損10.43元無關，應認財務報告顯示之公司營運及財務狀況不佳，對於公司股價仍有一定程度之影響，先前股價跟隨整體盤勢波動，實係受到不實及隱匿資訊之誤導。博達公司93年6月15日無預警宣布聲請重整，打入全額交割股，博達公司營運、財務假象遭揭穿，翌日起連續5個交易日每日開盤即掛跌停，惟斯時大盤指數並未有巨幅下滑之情形，甚至上漲100多點，足見真實資訊之公開，已造成博達公司股價下修。更有甚者，博達公司股票自93年6月24日起

停止買賣交易，93年7月29日經證券交易所公告於93年9月8日正式終止上市，則對買入博達公司股票之投資人而言，其無法依循正常管道於證券交易市場售出該股票，其所受損害與葉素菲行為間具有損失因果關係，審酌博達公司不實資訊於93年6月15日揭露後，連續跌停5日，成交量劇烈萎縮，旋於93年6月24日停止交易，96年9月8日正式終止上市，其在證券交易市場最後交易價格無法充分反應該公司股票真實價值，投資人亦無充分機會售出股票縮小虧損，爰以不當交易價格即買入價格（買入價格以先進先出原則，剔除已售出先買進之部分）與起訴時之市價或真實資訊揭露出售價格之差價作為計算基礎，即博達公司投資人如於93年6月15日以後將有價證券出售者，其受損金額以出售價格與買入價格之差價計算，至於未售出之有價證券部分，其受損金額及係以買入成本減去零元計算，扣除其他投資人（士林地院92年度金字第2號18名投資人委託被上訴人為訴訟代理人事件）之分配比例、訴訟上、訴訟外給付之和解金及捐贈金，葉素菲應賠償博達公司投資人共55億8,058萬5,913元及96年9月13日起之法定遲延利息，並由被授與訴訟實施權之被上訴人代位受領，有博達公司財務報告不實說明、博達公司財務報告、博達公司股票、公司債交易紀錄、成交資訊、士林地院93年度金字第3號判決書（含授權人附表及求償明細）為證（見原審卷四第135至237頁、卷三第262至283頁、卷二第99至142頁、第183至362頁、第59至70頁），而葉素菲僅就訴訟標的金額1,200萬元部分提起上訴（見原審卷四第293至294頁），應認博達公司投資人對葉素菲存有55億餘元之債權額（上訴人抗辯博達公司投資人之損害係因該投資人未適時出售股票，與葉素菲之行為間並無因果關係，尚無可取）。又投資人陳舜達、陳怡如、張稱娥雖撤回對被上訴人訴訟實施權之授與，然其求償金額依序為16萬5,100元、13萬2,000元、25萬7,700元（見本院重上字卷二第201、208至211頁），合計55萬4,800元，就博達公司投資人對葉素菲確有55億餘元債權之認定，自不生影響。

（四）被上訴人得請求確認葉素菲對林華德有4,200萬元債權存在，並請求林華德給付葉素菲4,200萬元及法定遲延利息，並由被上訴人代位受領：

- 1、被上訴人前對葉素菲進行假扣押執行程序，於96年2月9日核發扣押命令扣押葉素菲對林華德之債權8,000萬元，但林華德於96年2月間提出異議，被上訴人遂依強制執行法

第120條第2項規定提起確認之訴，有原審法院96年2月9日執行命令、原審法院96年3月5日執行處通知及民事聲明異議狀為證（見原審卷一第48至51頁），並經調取該執行卷宗（原法院94年度執全助字第501號執行卷宗，影本見卷外卷宗）核閱屬實，信屬實在；且葉素菲亦否認其對林華德有該扣押債權存在，被上訴人自有請求確認葉素菲對林華德有該4,200萬元債權存在之法律上利益（最高法院52年台上字第1240號判例參照），林華德尚應返還葉素菲寄託款4,200萬元，已如前述，則被上訴人請求確認葉素菲對林華德有4,200萬元債權存在，自屬可取。上訴人抗辯被上訴人無提起本件確認之訴之法律上利益，自無可取。

- 2、次按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限，民法第242條定有明文。又消費寄託關係，依民法第602條第1項後段規定，準用關於消費借貸之規定。而民法第478條規定：消費借貸未定返還期限者，借用人得隨時返還，貸與人亦得定1個月以上之相當期限催告返還。所謂貸與人得定1個月以上之相當期限催告返還，非謂貸與人之催告必須定有期限，祇須貸與人有催告之事實，而催告後已逾1個月以上相當期限者，即認借用人有返還借用物之義務（最高法院73年台抗字第413號判例參照），即未定期限之消費寄託契約，受託人於受催告後之1個月即負有返還義務，若未返還，即應負遲延責任。
- 3、查林華德應返還葉素菲之上開寄託款4,200萬元，依林華德與葉素菲之上開資金運作模式，係於葉素菲需要款項時向林華德請求返還，故其等間之寄託契約自屬未定期限。再者，葉素菲積欠博達公司投資人已逾4,200萬元，迄未清償，葉素菲自己陷於遲延，且葉素菲現已無力由其其他資產賠償博達公司投資人上開55億元之損害，亦為上訴人所不爭執，葉素菲在本件訴訟中復陳稱其係將系爭款項贈與林華德，並無權向林華德請求返還等語，葉素菲顯已怠於行使催告返還寄託款之權利，被上訴人自有代位葉素菲對林華德行使權利之必要。是上訴人抗辯被上訴人無提起本件代位訴訟之必要，自無可取。又被上訴人起訴代位葉素菲請求林華德給付8,000萬元及法定遲延利息，該起訴狀繕本已於96年6月21日送達林華德（見原審卷一第3頁及第6頁之起訴狀、第95頁之送達證書），該催告雖未附有期限，但迄已逾1個月以上，林華德迄1個月期滿後即負返還義務，然仍未返還，林華德自96年7月22日起負遲延責

任，應依民法第233條第1項規定按週年利率5%計付法定遲延利息。又被上訴人已陳明毋庸分列博達公司投資人之損害，逕命給付總額即可（見本院重上字卷三第222頁），且投保法第33條規定，被上訴人依該法第28條規定提起訴訟或仲裁結果所得之賠償，扣除訴訟或仲裁必要費用後，分別交付授與訴訟或仲裁實施權之證券投資人或期貨交易人，則被上訴人自得代位葉素菲催告林華德返還寄託款4,200萬元，並請求林華德給付4,200萬元，及自遲延日起即96年7月22日起至清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息，並由被上訴人代位受領，被上訴人逾此部分請求，即屬無據，應予駁回。

4、上訴人雖抗辯被上訴人迄97年始追加葉素菲為被告，不可能自96年即起算利息，且葉素菲與林華德間並無利息約定云云，惟被上訴人係依民法第233條第1項規定請求法定遲延利息（見本院重上更字卷三第111頁背面），自與林華德與葉素菲間就系爭消費寄託契約是否約定利息無涉；又被上訴人提起本件訴訟係代位葉素菲催告林華德返還寄託款，而被上訴人此代位權之行使，並不以併將葉素菲列為被告之必要（最高法院90年度台抗字第301裁定參照），自得以被上訴人起訴狀繕本送達林華德作為返還寄託款之催告，並於1個月期滿仍未返還寄託款時負遲延責任計付法定遲延利息，自與被上訴人何時追加葉素菲為被告無涉。

五、被上訴人代位葉素菲依消費寄託契約及依民法第179條規定，請求林華德返還4,200萬元及法定遲延利息，其性質上為重疊合併，本院既認被上訴人依民法消費寄託契約請求為有理由，即不必再就被上訴人依民法第179條規定部分為審判。至被上訴人在原審之備位聲明，即依民法第244條規定撤銷葉素菲之4,200萬元無償贈與行為，及請求林華德返還4,200萬元及法定遲延利息，並由被上訴人代位受領部分，因經本院審認後認為被上訴人在原審先位聲明為部分有理由，則本院就被上訴人原審備位聲明部分即毋庸加以審判。附此敘明。

六、綜上所述，被上訴人依強制執行法第120條第2項、民法第242條及寄託契約，請求確認葉素菲對林華德有4,200萬元債權存在、林華德應給付葉素菲4,200萬元及自96年7月22日起至清償日止按週年利率5%計算之利息，並由被上訴人代位受領部分，係屬有據，應予准許，逾此部分，非屬正當，應予駁回。原審判決就上開不應准許部分，為上訴人敗訴之判決，

尚有未洽，上訴意旨就此部分求予廢棄改判，為有理由，爰由本院就此部分予以廢棄改判如主文第二項所示。至上開應予准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並依聲請為准免假執行之宣告，核無不合，上訴意旨仍執前詞指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。再因被上訴人在原審判決後本院審理中減縮其請求範圍，已如前述，則該減縮部分自不在本院審判範圍。又原判決主文第一項及第二項係分別確認葉素菲對林華德有債權存在，及林華德應給付葉素菲該款項並由被上訴人代位受領，因原判決主文第一項係屬確認之訴，無假執行之問題，則該主文第四項謂該主文第一項部分得供擔保准免假執行，應係依兩造在原審已聲明（見原審卷四第335、337頁至背面、第78頁背面、卷一第117頁背面），就原判決主文第二項部分為附條件准免假執行之宣告，其所載原判決主文第一項，應係第二項之誤寫，爰更正如主文第五項所示。又被上訴人陳報「訴訟編號PA1808（陳舜達）、PA6303（陳怡如）、PA6717（張稱娥）」等3人依投保法第28條規定撤回對被上訴人訴訟實施權之授與，並提出其撤回訴訟及仲裁實施權聲明書為證（見本院重上字卷二第201、208至211頁），則原判決附件（一）第61頁、第211頁、第224頁關於上開3人之記載，應予刪除。爰同時諭知如主文第六項所示。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及提出之證據，經本院審酌後認對判決結果不生影響，爰不一一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 102 年 8 月 20 日

民事第十六庭

審判長法 官 王聖惠

法 官 呂淑玲

法 官 黃書苑

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。

中 華 民 國 102 年 8 月 20 日
書記官 陳珮茹

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。但上訴人或其他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。