

裁判字號：臺灣高等法院 100 年家上字第 201 號民事判決

裁判日期：民國 101 年 01 月 03 日

裁判案由：履行契約

臺灣高等法院民事判決

100年度家上字第201號

上訴人 黃樹寅

訴訟代理人 王勝彥律師

複代理人 王福民律師

被上訴人 高翠霞

上列當事人間履行契約事件，上訴人對於民國100年5月30日臺灣桃園地方法院第一審判決（100年度家訴第2號）提起上訴，並為訴之追加，本院於100年12月20日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴、追加之訴及其假執行之聲請均駁回。

第二審（含追加之訴部分）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

- 一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但請求之基礎事實同一，不在此限，此觀諸民事訴訟法第255條第1項第2款規定自明。又第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限。同法第446條第1項亦有明定。所謂請求之基礎事實同一者，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求所主張之利益在社會生活上，可認係屬同一或關聯之紛爭，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行時，在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為一次解決紛爭。
- 二、經查，上訴人於本院審理中，追加借名登記之法律關係（下稱系爭借名契約）及民法第689條第3項合夥之損益分配（下稱系爭合夥損益分配，其主張之合夥關係，下稱系爭合夥，與系爭借名契約合稱追加之訴部分）為請求權基礎（分見本院卷第24頁背面、第136頁），請求擇一為有利之判決，核屬訴之追加。
- 三、復查，上訴人於原審起訴請求之基礎事實，為兩造以共同經營事業之金錢，購買桃園縣平鎮市○○段1867建號，即門牌號碼平鎮市○○街○○○號房屋（層數5層、總面積：273.67平方公尺、附屬建物之陽台面積：2.16平方公尺、雨遮面積：2.37平方公尺、權利範圍：全部），及其坐落基地即同段328-3地號（面積：29.15平方公尺、權利範圍：全部）、333-

55地號土地（面積：30.20平方公尺、權利範圍：全部），另有共同使用部分為同段1924建號（面積1750.59平方公尺，權利範圍100000/1378），及同段333-1地號土地（面積：406.51平方公尺、權利範圍：100000/1823）、333-2地號土地（面積：340.52平方公尺、權利範圍：100000/2000）、333-8地號土地（面積：87.05平方公尺、權利範圍：100000/1515）（以上為公用道路部分）等不動產（下合稱系爭房地），並協議約定系爭房地各有二分之一權利，惟暫以被上訴人之名義辦理登記（下稱系爭協議），爰依系爭協議及類推適用民法第1005條、第1030條之1、第1030條之4第1項等規定（下稱類推夫妻剩餘財產分配）而為請求（下稱原起訴部分），與追加之訴部分在社會生活上，當屬關聯之紛爭。且追加之訴部分之訴訟及證據資料，與原起訴部分，有事實上之共通性與關聯性，原起訴部分之證據資料，於追加之訴部分得繼續使用，自宜利用同一訴訟程序審理，藉以一次解決紛爭，俾符訴訟經濟之要求，對於被上訴人程序權之保障，亦無不利影響。是揆諸上一之規定及說明意旨，上訴人追加之訴部分與原起訴部分間之基礎事實，要屬同一，雖被上訴人不同意其追加（見本院卷第61頁），仍應予准許。

貳、實體方面

- 一、上訴人主張：兩造曾為男女朋友（未辦結婚登記），並自民國80年間，於桃園縣中壢市地區經營魚丸、黑輪等食品業，且同居共財，共同居住於桃園縣中壢市○○路○○號7樓之1。嗣於89年間，兩造鑑於有購買房屋之必要，故於89年3月14日，以兩造共同經營事業之金錢，購買系爭房地，經被上訴人於89年3月23日以買賣原因登記為所有權人，且兩造購買系爭房地後，即遷住於系爭房地。兩造當時依系爭協議約定購買系爭房地各有二分之一權利，惟暫以被上訴人之名義辦理登記，並為保伊之權益，於93年2月27日辦理抵押權設定登記（下稱系爭抵押權），且將系爭房地之所有權狀、土地買賣契約書、房屋買賣契約書等正本交由伊保管，以維伊權益。詎料，兩造因故未能繼續共同經營事業，且感情已逝，伊遂遷離系爭房地。爰依系爭協議、系爭借名契約、系爭合夥損益分配及類推夫妻剩餘財產分配而為請求，請擇一為有利判決，並聲明：(一)被上訴人應將系爭房地權利範圍二分之一移轉予伊。(二)願供擔保請准假執行。
- 二、被上訴人則以：兩造原係男女朋友關係，縱於83年起至92年底同居於一處，然從未有系爭協議，系爭房地均由伊出資購買，並負擔貸款。上訴人未經伊同意，於93年初竊取系爭房地權狀、伊之國民身分證、印鑑章等，擅於系爭房地上設定新臺幣（下同）800萬元之最高限額抵押權（即系爭抵押權）。另兩造間僅為男女朋友關係，並無夫妻互信、互諒之情事，亦無類推夫妻剩餘財產分配之餘地，縱得類推適用其請求權亦罹於二年時效而消滅。又兩造間未成立系爭借名契約

，亦無系爭合夥存在等語置辯，並聲明：上訴人於原審之訴駁回。

三、本件經原審判決上訴人之訴及假執行之聲請均駁回。上訴人不服原審判決，提起上訴及追加之訴，聲明為：(一)原判決廢棄。(二)上訴人應將系爭房地權利範圍二分之一移轉予伊。(三)願供擔保請准假執行。被上訴人則聲明為：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執之事項（見本院卷第56頁，並依判決格式修正或刪減文句，或依爭點論述順序整理內容）

（一）兩造於84年至92年底曾為男女朋友之同居關係（上訴人主張從82年起，結束時間為93年3月，被上訴人否認）。

（二）系爭房地於89年3月23日以買賣為原因，登記為被上訴人所有。

（三）系爭房地於93年2月27日，設定有以上訴人為權利人、被上訴人為義務人兼債務人，本金最高限額800萬元之系爭抵押權（被上訴人爭執其真正）。

（四）上揭事項，並有兩造不爭執其形式真正（見本院卷第56頁背面）之系爭房地土地及建物登記謄本、系爭房地所有權狀（均影本）附卷可稽（見原審99年度訴字第1906號卷第【下稱原審訴字卷】第6頁至第17頁），自堪信為真實。

五、經本院於100年11月24日與兩造整理並協議簡化之爭點為（見本院卷第136頁，並依本院論述之先後與妥適，而調整其順序、內容）

（一）上訴人依系爭協議，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，有無理由？

1、兩造間有無系爭協議存在？

2、上訴人得否請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一？

（二）上訴人依系爭借名契約約定，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，有無理由？

1、兩造間有無系爭借名契約存在？

2、上訴人得否請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一？

（三）上訴人依類推夫妻剩餘財產分配，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，有無理由？

1、本件得否類推適用夫妻財產剩餘分配之規定？

2、此請求權之時效是否業已消滅？

3、上訴人得否請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一？

（四）上訴人依系爭合夥損益分配規定，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，有無理由？

1、兩造間有無系爭合夥存在？

2、系爭合夥是否有上訴人退夥而尚未了結？

3、上訴人得否請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一？

六、茲就爭點分別論述如下

（一）上訴人依系爭協議約定，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，為無理由。

1、上訴人不能證明兩造間存在系爭協議。

①上訴人係以：依證人張阿水之證言，可見兩造間就系爭房地應登記為二人名義，已有意思表示合致，故系爭協議應屬存在云云。

②惟按，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條本文規定甚明。又民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院17年上字第917號判例）。查兩造造間有無「被上訴人應將系爭房地權利二分之一移轉登記予上訴人」之系爭協議存在，為權利之發生事實，應由主張權利存在之上訴人負舉證之責，至為明灼。

③經查，細繹上訴人於臺灣桃園地方法院100年度重訴字第210號塗銷抵押權登記事件（下稱另案）所稱：因為被上訴人都不給伊，伊一生氣就拿上訴人之身分證及相關證件去設定抵押；被上訴人的證件在93年就給伊保管，以便將來設定抵押，後來又說要另外向伊父拿200萬元，另外買房子登記給伊；沒有買房子，又不給伊錢，所以伊就把被上訴人的證件去作設定；800萬元作設定是伊決定的，沒有跟被上訴人溝通；（後稱）設定之前，伊有跟被上訴人講伊要設定800萬元，被上訴人沒有講話；辦設定是伊自己拿去地政事務所請志工幫伊寫等情（見卷附另案影印卷第16頁背面）觀之，足徵系爭抵押權之設定，是否經被上訴人之同意，上訴人前後所述已非一致，其說詞實難遽予採信，乃其一。況上訴人所謂於設定前告知被上訴人，被上訴人未回應，則被上訴人是否同意，又有疑問，而此情節為被上訴人所否認（見卷附另案影印卷第16頁背面），實難僅憑上訴人之空言，即予採取，乃其二。且兩造於93年間感情業已生變，此為兩造所無異詞（參上四之（一）所述）。是縱依上訴人所述情節，衡諸一般經驗，要難想像被上訴人有同意上訴人設定系爭抵押權之可能，乃其三。倘被上訴人果已同意上訴人設定系爭抵押權，奈何系爭抵押權之申請文件未經被上訴人簽認，而由上訴人委他人代被上訴人書寫委任書（見卷附另案影印卷第16頁背面、第23頁背面、第27頁背面、本院卷第57頁，該委任書下稱系爭委任書），乃其四。據此而論，足見系爭抵押權之設定，要係上訴人片面所為，應未經被上訴人同意，當可確定。

④次查，被上訴人另稱：系爭委任書固係被上訴人請志工代簽，但相關資料均已備齊，上訴人如有不法，當時即可移轉所有權，焉須設定系爭抵押權云云（見卷附另案影印卷第23頁背面）。然而，果有系爭協議存在，則於兩造感情生變之93年間，上訴人應請求被上訴人移轉系爭房地應有

部分二分之一，而非設定系爭抵押權。被上訴人上開陳明，益證系爭協議應不存在，此其一。倘系爭協議確實存在，上訴人何須冒偽造文書等罪嫌，自行設定系爭抵押權，而未請求被上訴人辦理系爭房地應有部分二分之一之移轉，此其二。況被上訴人於發現上訴人擅取系爭房地權狀等物件而設定系爭抵押權，未即時提出告訴，或基於情分、宥恕等動機，實難以此推認被上訴人有默示同意系爭抵押權設定之意，此其三。尤以，被上訴人於另案係謂：於系爭抵押權設定之後，伊發現系爭房地權狀不見，然後去公告遺失，申請新的謄本始發現系爭抵押權設定等語（見卷附另案影印卷第23頁），顯見系爭抵押權設定前，被上訴人未曾參與意思表示之作成，豈有默示同意系爭抵押權之可能，此其四。準此可見，被上訴人以系爭抵押權之設定，推認系爭協議之存在，實非可採，至為明灼。

⑤況且，系爭房地於89年3月間即因買賣關係而登記被上訴人所有（見原審訴字卷第6頁至第11頁之謄本所示），果有系爭協議之存在，於89年間至92年間，上訴人奈何未要求被上訴人移轉系爭房地應有部分？兩造既同居一處，上訴人取得系爭房地權狀、被上訴人之國民身分證及印鑑章並非難事，是其悖於被上訴人之意思而設定系爭抵押權，可能性實無法排除，更不能以系爭抵押權之設定，即認有系爭協議之存在。甚者，果有系爭協議之存在，被上訴人又同意系爭抵押權之設定，縱如上訴人所述兩造於93年間始分手，斯時奈何未向被上訴人請求辦理系爭房地所有權之移轉登記？職是，上訴人空言主張系爭協議存在，更非可取。

⑥至於，張阿水雖證稱：「我分別聽兩造說過，因為系爭房地沒有買二人的名義，所以上訴人拿去設定800萬元的抵押權。」云云（見本院卷第58頁）。但關於系爭抵押權之設定，不惟被上訴人否認同意其事，上訴人亦未肯認係經被上訴人同意（見上③引述上訴人於另案之陳述），可見張阿水或係自行解讀其與兩造之對話真意，或因記憶受限等情事，所述內容要與事實未相符合，尚不能執之為被上訴人同意系爭抵押權設定之證明。況張阿水既係聽聞兩造分別陳述，而非親自知悉兩造同意系爭抵押權之經過，更不能以其證言，即為系爭抵押權係經被上訴人同意之認定，至為明悉。

⑦再者，張阿水復稱「被上訴人說另外再買一間給上訴人，就是因為沒有買，才会有去設定抵押權的事情。」「（問：被上訴人當時有無在場？有何表示）被上訴人有在場，但沒有做什麼表示。」云云（見本院卷第58頁及其背面）。然張阿水所稱唱卡拉OK之場合，乃系爭房屋剛裝璜好，斯時（89年間）距離系爭抵押權之設定時間甚遠，顯無提及系爭抵押權設定之可能。況被上訴人既未做何表示，

焉能認其為同意或默示同意。且張阿水從未敘及系爭協議情事，尤多聽聞之詞，更難資為有利於上訴人之認定，而推認系爭協議之存在。因此，張阿水此部分之證言，亦不能據以認定系爭協議之存在，至為明確。

- ⑧綜此，上訴人既未舉證證明系爭協議之存在，亦不能以系爭抵押權之設定，即推認系爭協議之存在，自不能憑其空言，即予採信。是上訴人不能證明兩造間存在系爭協議，洵堪認定。

2、上訴人不得依系爭協議請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一。

承上1所述，系爭抵押權之設定不能證明係為擔保系爭協議之債務，即上訴人不能證明系爭協議之存在。此外，上訴人復未能舉證以實其說，當應認兩造間無「被上訴人應將系爭房地所有權二分之一移轉於上訴人」之系爭協議存在。從而，上訴人本於系爭協議請求被上訴人應將系爭房地所有權二分之一移轉登記，不應准許，實可認定。

(二) 上訴人依系爭借名契約約定，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，亦為無理由。

1、兩造間應無系爭借名契約存在。

- ①上訴人再以：系爭房地權狀皆由伊保管、持有，並辦理系爭抵押權設定，被上訴人知悉後，長期間未報案，僅另申請補發證件，符合默示之意思表示。是故，於系爭抵押權設定後，因兩造感情已生齟齬，被上訴人始重新申報補發新權狀，顯見兩造間成立系爭借名契約云云。

- ②惟按，所謂借名登記，乃當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。

- ③然查，審諸上訴人所述情節（見本院卷第163頁）以察，其就兩造間如何成立系爭借名契約，未盡完全陳述義務，遑論舉證責任。質言之，上訴人就兩造於何時何地以何種方式，約定上訴人將其所有之系爭房地所有權二分之一，以被上訴人名義登記，而仍由上訴人自己管理、使用系爭房地之所有權二分之一，且經被上訴人同意為出名登記等項，皆未據上訴人說明，更未提出相關事證以佐實其說，僅以空泛推論而為主張，洵非可採。

- ④復查，上訴人上①所示意旨，實與系爭協議之主張、陳述及舉證大略相同。因此，上訴人關於系爭協議尚未盡舉證之責，而不能認定系爭協議之存在，業詳如上1之③至⑧所載，是援引上開論述，堪認上訴人上揭主張，應不足採，實可確定。

- ⑤職此，上訴人既未敘明系爭借名契約之成立時點、兩造約

定詳細情節，更未舉證證明系爭借名契約之存在，則兩造間應無系爭借名契約存在，當堪認定。

- 2、承上1所述，兩造間既無系爭借名契約之存在，則上訴人依系爭借名契約關係，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，自不足採，應可確定。
- (三) 上訴人依類推夫妻剩餘財產分配，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，亦屬無理由。
- 1、本件不得類推適用夫妻財產剩餘分配之規定。
 - ①上訴人係以：兩造間曾為事實上夫妻關係，應類推適用夫妻剩餘財產分配之規定及法理，故被上訴人應將系爭房地所有權二分之一移轉登記予伊云云。
 - ②惟按，所謂事實上之夫妻，乃指客觀上具有「性」、「生活」與「經濟」之共同，而主觀上雙方當事人具備有結為夫妻之意思，互認他方為自己之配偶，自己為他方之配偶，各自以自己之全人格兩相結合而組成之共同生活關係，主觀上具獨占、排他之身分關係。此與法律上夫妻無異，僅未辦理結婚之儀式（修法前）或登記（修法後）而已，此種類夫妻組合，於法理上其權益固應給予保護。惟婚姻對於相結合之夫妻、子女及其等與第三人間之權義關係有莫大影響，基於權益之安定與受保障，自不許當事人為隨意之結合。因此，國家始以公權力介入，立法規定男女雙方須履踐一定之結婚方式，始承認其為法律上之夫妻而加以保護。是故，事實上之夫妻，縱應給予權益之保護，亦不應等同於法律上之合法夫妻。否則，無異將鼓勵當事人忽視婚姻成立要件之法律上規定，國家之婚姻政策即無法有效推行，婚姻法律制度之機能亦將削減，對於第三人權益之保護亦將受破壞。
 - ③復按，法院為類推適用時，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，以為適用。苟法律已定有明文，法院逕加適用即可，不生類推適用補充之問題。又被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產。民法第1149條定有明文。
 - ④基此而論，事實上之夫妻之權利義務關係，實與夫妻有異，否則即無民法第1149條規定之必要。從而，所謂事實上之夫妻，應無類推適用婚姻關係消滅後夫妻剩餘財產差額分配之請求規定之餘地，至為明顯。
 - 2、職是之故，本件不得類推適用夫妻財產剩餘分配之規定，要堪認定。是則，上訴人據此而請求被上訴人應將系爭房地所有權二分之一移轉登記予伊，尚屬無據。至原列「此請求權之時效是否業已消滅？」之爭點，即無贅予論列之必要，附此指明。
- (四) 上訴人依系爭合夥損益分配規定，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，亦屬無據。
- 1、兩造間無系爭合夥存在。

- ①上訴人再以：依證人張阿水之證言、被上訴人每月存款資料，可知兩造既一起做生意，損益成數應為一人一半，故伊得依系爭合夥損益分配規定，請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一云云。
- ②第按，負舉證責任之當事人，須證明至使法院就該待證事實獲得確實之心證，始盡其證明責任。而法院對於某待證事實之心證到達程度，謂之心證度。又要求對於某待證事實認為真實時，法院心證度所須到達之最下限，即為證明度。申言之，證明度係指法院對於待證事實，經審酌訴訟資料後，所形成認為該待證事實為真實之心證度，是否已達到可認為該待證事實為真之確信標準。從而，負舉證責任之當事人，應藉由事實主張及證據資料之提出，促使法官斟酌訴訟資料後，累積心證度之高度，能與證明度要求最下限之距離等同或超越，致法官對待證事實形成確信，始能謂盡其舉證責任。
- ③復按，稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。民法第667條第1項定有明文。是合夥關係之存在與否，應就當事人有無互約出資經營共同事業之客觀事實予以認定（最高法院64年臺上字第1122號(2)判例意旨參照）。而請求履行債務之訴，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年臺上字第377號判例）。職是，系爭合夥關係之存在，既為被上訴人所否認，自應由主張系爭合夥關係存在之上訴人負舉證責任，至為明灼。
- ④經查，證人張阿水雖結稱：兩造住在一起，一起做賣魚丸生意，伊去收錢時都是被上訴人出的，所以錢都是被上訴人管的；兩造在一起是作小賣生意等語（見本院卷第57頁背面、第180頁），固與被上訴人所稱：錢是伊付、伊管沒有錯等詞（見本院卷第59頁）相符。然被上訴人否認系爭合夥存在，並辯以：都是伊在市場作小賣生意，上訴人沒有幫忙賣，上訴人偶而幫忙作，可是上訴人會去喝酒，有時候也不作，上訴人當時是有拿錢的等情（見本院卷第59頁）。由是可知，兩造於同居期間，雖曾以販賣魚丸維生，但兩造間是否有互約出資以經營共同事業之契約關係，尚非明悉。蓋兩造或係為謀生計而從事生意，未成立契約關係；或基於類似夫妻關係，而有同居共財之事，但無互約出資之舉；或其中一人出資，他方因情誼而分擔勞務，惟無契約拘束。要之，以兩造斯時之生活關係，其經濟行為尚有多種可能態樣，非必屬互約出資以經營共同事業之契約關係。是故，上訴人以張阿水之上開證詞證明系爭合夥之存在，尚非可採。
- ⑤況查，綜合證人高虹梅證稱：伊有見過被上訴人拿錢給上

訴人，有一次兩造打架，打得很嚴重，伊就上中壠到兩造住處；伊有看到上訴人與其父，兩造說要分手，上訴人要求要錢，伊就跟被上訴人說，如果錢可以解決，就拿錢給他們好了，好像說是要3、4百萬元，被上訴人有去郵局領錢；伊有看到被上訴人從郵局回來拿一個袋子，然後把那個袋子交給上訴人他們，說要分手等語（見本院卷第77頁背面）；中華郵政股份有限公司（下稱中華郵政）100年10月18日儲字第1000188322號函檢送之被上訴人存簿儲金帳戶客戶歷史交易清單（見本院卷第96頁至97頁）；中華郵政100年12月6日儲字第1000624445號函送之被上訴人定期儲金存單歷史交易活動詳情表（見本院卷第151頁至第157頁）等情以觀，被上訴人之中華郵政帳戶與定期儲金存資力，應有高虹梅所述情事之可能。由是，兩造縱曾於同居之始，曾有共同經營魚丸小賣生意之約，或上訴人所稱：其父於82年間拿40萬元供兩造做生意云云（見本院卷第182頁背面），亦已合意終止，至為明悉。

⑥至於，張阿水於另案結稱：伊聽上訴人說，被上訴人有領296萬元給上訴人之父，上訴人之父交其中150萬元給被上訴人，其餘給上訴人云云（筆錄見本院卷第179頁）。惟張阿水既係聽上訴人所述，而非親自見聞其事，難認其此部分證言必與事實相合，尚難採為有利於上訴人之認定。尤以，衡諸被上訴人於另案自承：84年間因為分手，直接領3、400萬元給上訴人之父，上訴人之父未再給伊任何金錢等語（筆錄見本院卷第180頁）以考，被上訴人所指情事，應與高虹梅上⑤之證言相符，即被上訴人曾因分手而給付金錢予上訴人，而終結兩造間之金錢財務關係。至上訴人主張其後兩造復合（參張阿水之證言，見本院卷第59頁背面、第179頁），應僅屬感情、共同生活之回復，不能推認成立系爭合夥關係，要堪認定。

⑦甚且，徵諸上訴人於另案自承：被上訴人沒有給伊薪水，亦沒有給伊生活費，伊平常是與被上訴人一起生活，所以生活開銷都是由原告支付，伊不知道每月進貨多少，一個月賣多少伊亦不知道等語（筆錄見本院卷第175頁）觀之，倘兩造間確有系爭合夥關係存在，焉至於此。蓋系爭合夥果已存在多年，奈何未有合夥事務之執行及財產狀況之資料？為何無合夥帳簿設置或查閱請求？若有上訴人主張之收益情形（見本院卷第166頁），豈有從未決算或分配損益之可能？尤以兩造至遲於93年初即已分手，亦未再經營魚丸生意，倘有系爭合夥存在，焉未進行清算或結算？據此，上訴人關於系爭合夥存在之主張，並未舉證以實其說，甚為明顯。

⑧職是，揆諸上②、③之規定及說明意旨，上訴人就其主張之系爭合夥存在之事實，未盡舉證責任，尚難採信。從而，兩造間無系爭合夥存在，洵堪認定。至原列「系爭合夥

是否有上訴人退夥而尚未了結？」之爭點，即無贅予論述之必要，附此指明。

2、上訴人不得基於系爭合夥而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一。

承上1所述，兩造間既無系爭合夥關係存在，則上訴人基於系爭合夥，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，應屬無據。

七、綜上所述，上訴人之各點主張，均為不足採。被上訴人之抗辯，尚屬可信。從而，上訴人主張本於系爭協議約定、系爭借名契約約定、類推夫妻剩餘財產分配規定、系爭合夥損益分配約定等法律關係，而請求被上訴人移轉系爭房地所有權二分之一，均為無理由，不應准許。其假執行之聲請（本於系爭借名契約、系爭合夥損益分配等追加之訴部分）亦失所附麗，應併予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，及駁回其假執行之聲請（本於系爭協議及類推夫妻剩餘財產分配之請求部分），並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，至於未論述之爭點；兩造其餘之攻擊或防禦方法；未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

九、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 101 年 1 月 3 日
民事第五庭

審判長法 官 李錦美
法 官 黃雯惠
法 官 鍾任賜

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 101 年 1 月 3 日
書記官 吳金來

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。

