臺灣高等法院花蓮分院民事判決

109年度重上字第20號

上　訴　人　林茂雄
訴訟代理人　黃育勳律師
　　洪珮瑜律師
　　郭憲文律師
視同上訴人　張輝熊
被 上 訴人　謝仁楷
訴訟代理人　歐東洋律師

上列當事人間請求土地所有權移轉登記事件，上訴人對於中華民國109年11月12日臺灣花蓮地方法院107年度重訴更一字第1號第一審判決提起上訴，本院於111年5月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴人變更之訴駁回。

第二審變更之訴訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序事項

壹、次按第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2、3款定有明文；復按所謂訴之預備合併，通常指原告預防其提起之訴訟為無理由，而同時提起不能並存之他訴為備位，以備先位之訴無理由時，可就備位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言（最高法院95年度台抗字第184號裁判意旨參照）。本件上訴人林茂雄、原上訴人謝松男（嗣因於繫屬後之民國110年2月3日死亡而由其繼承人謝育龍、謝宜君具狀聲明承受訴訟）提起上訴時，原聲明請求被上訴人謝仁楷（下稱被上訴人）應將原判決如附表所示之土地所有權移轉予上訴人林茂雄、原上訴人謝松男（即由謝育龍、謝宜君2人承受訴訟為上訴人）及視同上訴人張輝熊、楊憲瑜、

楊憲彥、劉宏裾公同共有（見本院卷一第11頁、本院卷三第173頁），嗣於本院審理中之111年1月27日首度具狀及同年5月25日言詞辯論時仍堅持變更聲明為先位聲明請求被上訴人應將原判決如附表所示土地之所有權移轉登記予上訴人林茂雄所有；備位聲明請求被上訴人應將原判決如附表所示土地之所有權移轉登記予上訴人林茂雄、視同上訴人張輝熊公同共有（見本院卷三第431頁、卷四第107、108頁）。被上訴人則於111年2月9日本院首次行言詞辯論程序時，即已當庭同意變更上開訴之聲明（見本院卷三第464頁）。核上訴人所提先、備位之訴，乃係不能同時存在而互斥之訴訟，屬客觀訴之預備合併，先、備位訴訟均以系爭房地之所有權為基礎事實，調查事項共通，證據資料及攻擊防禦方法得以流用，顯具有促進訴訟經濟之效果，尚不致延滯訴訟，且被上訴人就預備合併部分表示同意並均予答辯，則上訴人最後定調以客觀預備合併提起本件上訴，應予准許。

貳、再按訴訟標的對於共同訴訟之各人，必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體，不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第56條第1項第1款定有明文。本件合夥人楊昭臣（其繼承人楊憲瑜、楊憲彥及劉宏裾3人因合一確定關係，曾於原審更審時同列為原告）於起訴前之101年3月23日即已過世，原上訴人謝松男亦於上訴後辭世，已如前述，細稽系爭合夥契約中並無繼承人得以繼承合夥契約之約定，則依民法第687條第1款本文之規定，合夥人楊昭臣、謝松男即因死亡而生法定退夥之效力，是上開2人之繼承人楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾、謝育龍及謝宜君即非本件合夥關係之當事人，且上訴聲明業經變更如前，再無合一確定之必要，此經本院於111年5月25日言詞辯論時當庭闡明在卷，並蒙上訴人一造將此部分當事人悉以撤回在案，也為對造所不爭執（見本院卷四第109至111頁）。是本院即不再將楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾、謝育龍及謝宜君列為視同上訴人或上訴人，僅於理由中交代其因果始

末（當事人所為陳述部分則不予更正）。至視同上訴人張輝熊雖與上訴人立場不一，然因其身分仍為合夥人，且為解決本件合夥關係所生之訴訟，是否能開除其合夥人身分亦列為本件爭點之一（後詳），尚有合一確定必要，故仍應將張輝熊列為視同上訴人，以免訴訟條件欠缺而未能一致。

參、視同上訴人張輝熊經合法通知，均未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情事，爰依被上訴人之聲請，就其為一造辯論判決。

乙、實體事項

壹、上訴人方面：

一、上訴聲明：

㈠原判決廢棄。

㈡先位之訴：

上開廢棄部分，被上訴人應將如原審判決附表所示土地所有權移轉登記予林茂雄所有。

㈢備位之訴：

上開廢棄部分，被上訴人應將如原審判決附表所示土地所有權移轉登記予林茂雄、張輝熊公同共有。

㈣第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

二、上訴人於原審起訴主張及本院補充陳述意旨略以：

㈠上訴人林茂雄部分：

1. 上訴人林茂雄、謝松男於81年11月11日與被上訴人謝仁楷及上訴人張輝熊、訴外人張城、吳金發、楊昭臣（即視同上訴人楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾之被繼承人）共7人簽訂合夥契約書（即系爭合夥契約），約定共同出資承受坐落花蓮縣○○鄉○○段000000地號（重測前地號）等如附表所示36筆土地（下稱系爭土地）及花蓮縣政府建設局花建執字第145號建造執照之權利義務，以及同意將如附表之合夥財產土地信託登記為被上訴人名義，合夥執行人則為張輝熊（下稱系爭合夥）。嗣訴外人張城、吳金發於83年7月11日分別將其合夥股權轉讓與林茂雄，另林茂雄因聲請扣押被上訴人之合夥

股份，並經執行法院於87年5月18日核發執行命令在案，依民法第685條第2項規定，對被上訴人已發生退夥之效力，合夥人僅餘林茂雄、謝松男、張輝熊及楊昭臣4人。

2. 嗣張輝熊自84年1月12日合夥簽訂暫行分配協議後，即未再依合夥約定向全體合夥人報告合夥業務執行之始末，遑論合夥帳目收支情形之報告，並置未銷售之餘屋於不顧，顯未盡善良合夥代表人之義務，經合夥人通知履行合夥約定均不置理，乃於87年7月23日經合夥人召開會議以張輝熊處理合夥事務有重大過失，決議依民法第674條第4項規定解任其代表人之職務，並依法通知張輝熊，縱認其非合法，但因張輝熊意圖抵賴林茂雄為其墊付增資之新臺幣（下同）250萬元墊款，衍生出各項民刑事官司，已導致合夥人間之信任關係盡失，楊昭臣、林茂雄、謝松男乃再於101年3月5日以存證信函通知張輝熊解任其合夥執行人職務。

3. 後楊昭臣於101年3月23日去世，依民法第687條規定即生退夥之效力，而楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾為其繼承人，對合夥有出資返還請求權及利益分配請求權，因此合夥僅存林茂雄、謝松男、張輝熊3人，現上訴人林茂雄、謝松男以上開合夥人間因訴訟盡失信任為由，依民法第688條規定開除張輝熊，並於101年4月20日以存證信函通知，以及同意解散而進入清算，由上訴人林茂雄任清算人。退一步言，縱張輝熊之開除不合法，上訴人林茂雄、謝松男亦於101年4月23日以存證信函通知張輝熊，因其意圖抵賴上訴人林茂雄為其墊付之250萬元，所衍生合夥人相互訴訟致互生怨隙、關係持續交惡，並造成系爭合夥合建房屋銷售案停頓無法續行，合夥人間顯已喪失合夥互信，實難期仍有繼續經營系爭合夥之建屋營利目的事業之共識，此顯屬合夥目的事業不能完成者，依民法第692條第3款規定，本案合夥應歸於解散。

4. 又合夥解散應進行清算，雖系爭合夥契約第22條有：「本件合夥案，應於領到使用執照後八個月內，由張輝熊擔任清算人…」之約定，惟因張輝熊已被開除而非為合夥人，自已無

從擔任清算人，若其未被開除，則張輝熊以外之其餘合夥人即林茂雄、謝松男，亦於101年4月30日以存證信函通知張輝熊解任張輝熊之清算人職務，並依民法第694條規定，以合夥人中之全體過半數票決，選任林茂雄為清算人，故林茂雄乃為本案合夥解散後之清算人。

5. 按合夥之解散為公同關係終止之原因，將合夥財產信託在他人名下，在本質上屬於合夥共同財產之管理，因此縱使合夥在未解散前、張輝熊在未被開除前，因張輝熊之合夥執行人職位已經解任，張輝熊已無權依己意執行合夥事務，林茂雄所擁有之合夥股份達85%，楊昭臣、謝松男、張輝熊3人各占5%，楊昭臣已死亡退夥，在上訴人林茂雄、謝松男未退夥前，縱使合夥未解散，林茂雄、謝松男及楊昭臣之繼承人3人所擁有之股份，應有部分總數已達95%，且人數亦超過半數以上，因此，就本案系爭共有物土地之信託管理，依民法第820條準用於公同共有關係，本得以林茂雄、謝松男、楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾之同意行之，而終止本案系爭共有物與被上訴人之信託。故縱使合夥在未解散前，林茂雄亦得依法向被上訴人以信託關係終止、請求移轉信託物之所有權予共有人全體。況系爭合夥現已然解散，公同共有關係終止，上訴人林茂雄為清算人，更得向被上訴人為如訴之聲明所示之請求。

6. 又縱在合夥未解散前，因張輝熊已被開除，合夥僅餘上訴人林茂雄、謝松男，且一致同意終止與被上訴人間之信託，自得請求將系爭土地請求移轉登記返還予合夥人全體。或今合夥已然解散，而上訴人林茂雄依規定被選任為清算人，故清算人有為合夥向第三人索取債權之權利，再縱合夥解散而認為在清算完結前，合夥視為存續而使公同共有關係視為仍然存續，而清算之目的即在於了結公同共有關係，自應將信託於他人之合夥財產取回予全體合夥人名下以進行清算，方能清償債務、返還出資、分配賸餘財產，故終止合夥與被上訴人之信託關係，請求將系爭土地返還予合夥人，即屬「了結

現務」之一環，上訴人林茂雄等人之請求自屬有理。況依民法第828條第1、2項規定準用第820條第1項規定之結果，林茂雄、謝松男、楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾同意終止本案系爭共有物與謝仁楷之信託，則不論張輝熊同意與否，均對信託關係終止之管理行為不生影響，蓋應有部分合計已逾2/3，且人數亦已逾半數。

7. 上訴人林茂雄除已依合夥清算人之地位，於101年5月2日以存證信函向被上訴人表明終止信託關係外，林茂雄、謝松男、楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾等亦一起於101年5月2日以存證信函發函被上訴人表明依民法第828條第1、2項規定準用民法第820條第1項規定之結果，終止信託關係。因此，不論合夥解散與否，合夥之共有物與被上訴人間之信託關係，皆已終止，信託人自得依信託關係及所有物返還請求權，請求被上訴人移轉登記返還上訴聲明所示之系爭土地。

8. 是本件訴外人張城、吳金發及被上訴人已非系爭合夥之合夥人，楊昭臣、謝松男分別於101年3月23日、110年2月3日死亡，依民法第687條規定應已退夥，而因張輝熊迄未繳納出資及拒承認增資等情，上訴人林茂雄及謝松男依民法第688條規定開除張輝熊有正當理由，依民法第687規定，張輝熊係屬法定退夥，亦非系爭合夥之合夥人，合夥人目前僅餘上訴人林茂雄1人。又張輝熊雖於87年7月23日經合夥人會議決議，依民法第674條第2項規定解任其代表人職務，為確定起見，林茂雄、楊昭臣及謝松男乃依民法第674條規定，委請徐國勇律師於101年3月5日以北投石牌郵局第000044號存證信函通知張輝熊解任其執行人職務，則張輝熊已非合夥代表人，且合夥人即林茂雄、謝松男全體同意解散，並同意由上訴人林茂雄擔任清算人。上訴人林茂雄、謝松男前曾向被上訴人表明終止消極信託之借名登記，張輝熊經開除後，上訴人林茂雄被選任為清算人，亦向被上訴人表明終止消極信託之借名登記，而為求確認，謹再以110年12月10日所提民事辯論意旨續狀，表明依法開除張輝熊，及向被上訴人表明終

止消極信託之借名登記，則被上訴人應將系爭土地所有權移轉登記予林茂雄所有。然若先位之訴敗訴，即本院認張輝熊未經開除，則為備位之訴，合夥人目前僅於林茂雄、張輝雄2人，被上訴人應將系爭土地所有權移轉登記予林茂雄、張輝熊公同共有。

9. 臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）88年度重訴字第1427號及臺灣高等法院（下稱高院）88年度重上字第339號案件（下稱前案），係以88年斯時之全體合法合夥人向被上訴人請求終止信託關係。然本件起訴時，因楊昭臣已死亡，合夥人已有變動，復有上開開除張輝熊、合夥人間訴訟不斷等合夥目的事業不能完成及上訴人聲明退夥等事實，而認系爭合夥已解散，並合法選任上訴人林茂雄為清算人，而以合夥清算人之地位向被上訴人提出終止信託關係並返還信託物，或退萬步言，係以目前合法之合夥人即林茂雄、張輝熊2人向被上訴人請求終止信託關係，然不論上開何主張，本件之起訴原因事實及請求權基礎，均與前案迥不相同，且本件之請求權人為上訴人等，與前案之當事人並非完全相同，雖對造同為被上訴人，仍非同一事件。

10. 爰類推適用民法第549條第1項、第541條及依民法第293條、第828條第1項、第2項、第820條第1項規定提起本件訴訟等語，並變更聲明如上所示。

㈡視同上訴人張輝熊部分：

1. 本件雖經原審裁定伊為原告（即視同上訴人），但上訴人林茂雄、謝松男依合夥契約書規定並無執行合夥事務、對外代表合夥之權利，且訴訟目的亦非為合夥全體公同利益而為之，伊亦未違背系爭合夥契約規定，致使合夥遭受到重大損害之情事，而有合夥必須依法開除、解任合夥代表人之事由。伊為保衛全體合夥人之權益，一再催請上訴人林茂雄把收取合夥的房地銷售款項及相關收入交給伊，卻遭上訴人林茂雄不斷藉詞拖延、相應不理，然後又對伊和合夥人即被上訴人提出訴訟。上訴人林茂雄把持合夥事務、全部財產及房

地銷售現金存款，本件合夥也無約定共同帳戶，提起本訴是為逃避遭依法清算，遂行侵吞合夥全部財產之最終目的，也未經伊同意，私自向被上訴人終止信託關係，請求系爭土地所有權移轉登記，並返還與全體合夥人公同共有。為此，請求依民事訴訟法第384條規定捨棄其他上訴人之主張併為認諾被上訴人之判決。

2. 系爭合夥契約書第15條已明定推舉伊為合夥代表人，並授權全權處理本件合夥案之全部事務，即不容無執行合夥事務權利之上訴人林茂雄、謝松男妄以私自開會決議方式，擅自把持壟斷合夥事務，圖謀個人私利而損害合夥公同利益。且本件合夥應適用89年5月5日修正施行前民法之規定，執行合夥事務合夥人之解任，除須經其他合夥人全體同意外，復須有正當理由而後可。且如就合夥財產進行結算或分配損益，需要訴訟或辦理屬於合夥財產之所有權移轉登記、終止信託關係等情事，依法僅由合夥契約書所定執行合夥事務之代表人張輝熊即可辦理，合夥代表人張輝熊並不需要參與公同共有人全體一同起訴或終止信託關係。上訴人林茂雄、謝松男對被上訴人所提之訴訟，自85年起耗時20多年，因對全體合夥人並無公同利益外，對合夥結算分配損益也無幫助，因此伊身為本合夥代表人，自始迄今，不同意對受託人即被上訴人終止信託關係，更遑論參加為共同一造。

3. 伊為維護保障系爭合夥所有合夥人權益，再次催請上訴人林茂雄把收取合夥的房地銷售款及相關收入交給伊，惟為遷就事實，伊同意得依「符合事實，確屬必要」之原則，予以扣除上訴人林茂雄所稱關於合夥之支出，並將收支憑證一併交給伊，俾詳予審核所稱關於合夥之支出而進行清算程序，否則伊將依合夥契約書規定及上開原則，就合夥財產依法結算及分配損益給成立合夥契約書之全體合夥人。

4. 又伊尚未加入合夥前，合夥人約定給付伊就斡旋、協調整合土地、取得建築執照及促成林茂雄、張城、吳金發、謝仁楷等4人達成協議等事務之酬勞750萬元，俟因上開4人就統

籌、執行合夥事務無法達成共識並簽訂合夥契約書，經林茂雄建議及另3人同意，邀請伊加入合夥並擔任合夥代表人，並約定以合夥5%股份作為擔任合夥代表人之勞務酬勞。惟因當時彼此為相熟好友，加之同意給付伊5%股份，伊決定不領取該750萬元酬勞，經全體合夥人同意後，將該款項轉為伊本人合夥5%股份之股金，故並無伊從未出資、不履行出資義務等情事。伊再次重申認諾被上訴人所為之答辯聲明，且不同意上訴人林茂雄、謝松男提起本件訴訟請求系爭土地所有權移轉登記予林茂雄所有或林茂雄、張輝熊公同共有。

貳、被上訴人方面：

一、答辯聲明：

㈠上訴駁回。

㈡第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、被上訴人於原審答辯及本院補充陳述意旨略以：

㈠被上訴人有接到上訴人林茂雄委託律師發函給伊終止合夥與伊之間的信託契約，請伊返還土地的存證信函，但認為這樣終止不合法，依民法第263條準用同法第258條規定，應由全體合夥人即張輝熊、謝松男、林茂雄、被上訴人及吳金發對被上訴人為終止信託契約之意思表示，否則無從發生終止信託關係之效力。

㈡合夥人吳金發所轉讓者為投資標的而非合夥股權，而且讓渡沒有完成合夥契約第13條之一定方式，因吳金發對合夥仍負有債務，契約承擔也沒有經過合夥人全體同意。至少張城、被上訴人及張輝熊沒有同意。上訴人林茂雄、謝松男以存證信函之理由，解散合夥、選任上訴人林茂雄清算人，通知伊終止信託關係，並不合法，因此伊取得系爭土地即仍有合法之正當權源，在信託契約尚未合法終止前，伊亦無移轉登記之義務甚明。

㈢臺灣基隆地方法院（下稱基隆地院）96年度訴字第563號、高院98年度上字511號、99年度上更一字第73號事件係楊昭臣與張輝熊間交付合夥帳冊訴訟，當事人不同，兩造非判

決效力所及，而且合夥人身分也非該案攻防重點，且該案經過最高法院100年度台上字第530號駁回楊昭臣上訴而確定，並未如上訴人林茂雄、謝松男所述轉讓有效。

㈣扣押被上訴人股權並未通知全體合夥人，並未通知張城及吳金發2人，在本件中亦未提出通知楊昭臣、張輝熊及謝松男之證據。基隆地院民事執行處無審酌實體事項之權利，合夥契約既已明定有7個合夥人，上訴人林茂雄就應該通知，而且上訴人林茂雄、謝松男不得以基隆地院執行命令代替已經通知之義務。

㈤開除張輝熊合夥人身分未經全體合夥人同意，且無正當理由。因上訴人林茂雄在臺灣臺北地方檢察署（下稱臺北地檢署）96年度他字第3304號、96年度偵續第58號偵查訊問筆錄坦承在處理售屋事務，可見售屋款項均由上訴人林茂雄收取，張輝熊正積極追討中。上訴人林茂雄等也已自認張輝熊是合夥人，張輝熊提出訴訟是因上訴人林茂雄坦承在處理售屋事務，不去追訴才是失職，不能因為張輝熊有追究刑事責任就開除張輝熊。後來因為追訴權時效超過而為不起訴處分，但並非認定上訴人林茂雄沒有侵占合夥售屋款項。

㈥依81年11月11日簽訂系爭合夥契約約定，被上訴人是合夥人同時也是本件系爭36筆土地與合夥成立信託關係之受託人。上訴人林茂雄迄今（不論合夥代表人張輝熊或是張輝熊個人，是否加入為視同上訴人）均無法提出，視同上訴人即合夥代表人張輝熊或者張輝熊個人，有以意思表示向被上訴人終止信託關係之證據，因此依法根本不能發生終止信託關係之效力。信託關係既未依法終止，則受託人謝仁楷即無返還信託物之義務，移轉系爭36筆土地登記予林茂雄等人。只要符合民法第263條、第260條、第258條等規定，就可以終止信託關係，根本與合夥之是否已解散，毫無關係，故上訴人林茂雄等一再主張「合夥業已解散」顯係故意模糊焦點。林茂雄自81年11月11日簽訂系爭合夥契約前、後，把持壟斷合夥事務，是實際掌控合夥事務的合夥人，亦為訴外人茂林公

司法定代理人，只有上訴人林茂雄有權利收取、運用，以茂林公司名義，銷售之房地銷售款項，同時支配使用，並有諸多隱瞞、刻意混淆，且有侵占合夥房地銷售款項及被上訴人、吳金發及張城股款之事實。而之後陸續產生之訴訟均由其主導，而謝松男、楊昭臣僅係聽命配合而已。上訴人林茂雄自始把持壟斷合夥事務，從未將合夥事務移交給系爭合夥契約約定之合夥代表人即張輝熊執行，為實際掌控合夥事務之合夥人，更顯示指控合夥代表人怠於執行合夥事務之情事，全為訴訟利益而捏造之事實，實不足取。反是凸顯被上訴人自81年11月11日簽訂合夥契約書後，迄今仍遵照合夥契約書規定，善盡合夥人義務與受託人之義務。

㈦本件曾經上訴人林茂雄、謝松男及楊昭臣在88年4月21日以相同的訴訟標的、主張理由及訴之聲明，向臺北地院對被上訴人提出民事訴訟，請求土地所有權移轉登記，除了增加合夥目的事業不能完成而解散合夥之理由外，其餘均與前案起訴主張理由相同，並經前案第一、二審判決駁回林茂雄等人之訴及上訴確定。而本件其所主張之訴訟標的，為終止信託關係之信託物返還請求權、民法第767條之所有物返還請求權，足見林茂雄、謝松男於本件所主張之所有權移轉登記部分之訴訟標的，與前案所主張之所有權移轉登記部分之訴訟標的，實屬完全相同。本案上訴人林茂雄、謝松男2人於本件所主張之請求返還土地部分之訴訟標的，為民法第767條之所有物返還請求權，雖與前案請求返還土地部分之訴訟標的有所不同，而可不受前案請求返還土地部分之既判力之拘束。但上訴人林茂雄、謝松男2人，並非民法物權編所規定之系爭土地所有權人，根本無法請求被上訴人返還所有物。縱能假定上訴人林茂雄、謝松男等人於98年1月23日之前以為民法物權編所規定「所有人」時，亦絕無適用現行民法第820條、第828條、第830條規定（此純為被上訴人法律上或事實上攻擊防禦方法意見，並無承認上訴人可為系爭36筆土地之所有人之意思）。

㈧兩造均同意系爭合夥契約書迄今尚未終止，全體合夥人依法必須受其拘束。依系爭合夥契約書第20條約定：「合夥人不得中途請求退夥，但經其他合夥人全體同意時，不在此限。」等語，足見除經其他合夥人全體之同意外，合夥人顯不得以修正施行前之民法第685條至第687條規定以外之事由退夥。上訴人即合夥人林茂雄、謝松男2人，既未經其他合夥人全體之同意（暫不論合夥人吳金發、謝仁楷是否同意，至少最低限度應經視同上訴人即合夥代表人張輝熊同意），自不得在並無89年5月5日修正施行前之民法第685條至第687條之法定退夥事由之情形下，任意請求退夥。

㈨系爭合夥契約第15條、第22條規定，既已明訂授權合夥代表人張輝熊處理合夥之清算事務，且民法第696條規定，復許合夥人以合夥契約選任清算人，則在經其他合夥人全體同意及有正當理由，而將合夥代表人張輝熊解任之前，自根本毋須另行選任清算人。又合夥代表人張輝熊並無未繳股款之情事，即無上訴人林茂雄所指控「合夥代表人張輝熊有何出資繳付之情事、迄未依合夥股權比例出資」乙情。本件合夥案，上訴人林茂雄非系爭合夥之代表人，並無權利執行合夥事務，卻把持壟斷合夥事務，是實際執行合夥事務之合夥人。系爭合夥契約第15條規定之合夥代表人張輝熊，事實上並無法依契約規定實際執行合夥事務，更無怠於執行合夥事務之情事。本件合夥案，有關購地建屋銷售之所有資料：土地、建物所有權狀、日記帳、分類帳、帳冊，房屋銷售資料與房地銷售款收入，全部由上訴人林茂雄把持迄今。而上訴人林茂雄自85年起三度提起對合夥信託與被上訴人之系爭土地所有權移轉登記事件訴訟，實際動機乃為逃避其利用茂林公司負責人身分，違法執行合夥事務，並匿報房地銷售款收入、虛報建屋工程款支出，且於收取全部合夥房地銷售款項後，迄今尚未依合夥契約規定交由合夥代表人張輝熊處理，配合清算程序，並繼續把持合夥事務，以達意圖逃避、拒絕合夥代表人張輝熊依法清算之目的。

㈩上訴人林茂雄、謝松男主張「合夥」（全體合夥人）與被上訴人成立之信託契約關係已轉為「林茂雄、謝松男2合夥人」與被上訴人之信託契約關係，但是上訴人林茂雄等2人並未提出信託契約，無法得知委託人、受益人是誰？信託本旨為何？不符合信託法第1條之規定，顯然上訴人林茂雄等2人並無法律上權源對被上訴人行使終止信託契約關係之權利。又上訴人林茂雄等2人既從未依信託法第1條規定之內容，以書面與「合夥」（即包括被上訴人在內之7位全體合夥人）訂立信託契約，不符合信託法第2條規定，顯無「法律上權源」可取代「合夥」（即全體合夥人）與被上訴人成立之「信託契約」。而民法第541條、第549條第1項規定之「委任契約關係」與信託法之「信託契約關係」，二者法律關係之權利義務，係屬不相同。故上訴人之類推適用民法第541條、549條第1項之規定，顯非有理由。

□上訴人林茂雄、謝松男主張吳金發、張城、被上訴人3人已非合夥人，而合夥代表人張輝熊業經渠等開除，亦非合夥人等情，迄未提出相關證據以實其說，僅引用他案確定判決為證，惟該他案判決與本案當事人不同，依法該等判決對於被上訴人謝仁楷無既判力及爭點效，則系爭合夥之合夥人仍應有被上訴人、吳金發、張輝熊、林茂雄等4人，在合夥依法結算及分配損益完成、合夥契約終止前，合夥關係仍然存在，被上訴人對於合夥的出資及合夥財產公同共有之權利，依法仍存在於合夥。況上訴人林茂雄之訴訟代理人雖以辯論意旨狀終止消極信託借名登記，然上訴人林茂雄並無單獨終止之資格，應認此為無效之意思表示。而合夥代表人張輝熊自成立合夥以來，從未持有合夥帳冊之事實，業經基隆地院以96年度訴字第563號判決確定在案，上訴人不斷爭執此點，實屬無據。又觀諸張輝熊寄發予上訴人林茂雄收受之存證信函，可知張城、吳金發2人於83年7月11日分別簽立讓渡書予上訴人林茂雄時，合夥代表人張輝熊並未在場親見親聞，實係事後於83年9月17日受上訴人林茂雄央請而在見證人欄位簽名，

張輝熊依法不具見證人之資格，無從發生見證人之效力；就讓渡書的真意而言，張城與受讓人林茂雄就股權之轉讓並無意思表示合致，且張城簽立讓渡書後，亦未依合夥契約第13條規定以書面通知合夥代表人張輝熊。

參、依民事訴訟法第463條準用第270條之1第1項第3款規定，本院於110年8月4日續行準備程序時，協議簡化爭點，整理兩造不爭執與爭執事項如下：

一、不爭執事項（見本院卷二第409至410頁）：

㈠上訴人林茂雄、被上訴人與視同上訴人張輝熊、訴外人楊昭臣（楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾之被繼承人）、謝松男（謝育龍、謝宜君之被繼承人）、張城、吳金發等7人，於81年11月11日簽訂系爭合夥契約，系爭36筆土地係合夥財產，信託登記予被上訴人所有。

㈡合夥人張城、吳金發於83年7月11日簽訂讓渡書予上訴人林茂雄，視同上訴人張輝熊及被上訴人有在見證人欄中簽名。

㈢被上訴人與上訴人林茂雄因清償債務事件，經上訴人林茂雄聲請強制執行扣押被上訴人之合夥股權，前經基隆地院民事執行處核發87年5月18日基院政民執恭537字第19660號執行命令（下稱系爭執行命令），就被上訴人之合夥出資返還請求權及利益分配請求權，在13,600,000元及利息、執行費之範圍內予以扣押。

㈣合夥人張城、楊昭臣、謝松男相繼於92年1月12日、101年3月23日、110年2月3日過世。

㈤合夥人楊昭臣之全體繼承人為視同上訴人楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾，均未拋棄繼承。

㈥合夥人謝松男之全體繼承人為上訴人謝育龍、謝宜君，均未拋棄繼承。

㈦視同上訴人張輝熊有接獲原證3、7、11、12之存證信函，被上訴人有接獲原證13、14之存證信函。

㈧視同上訴人張輝熊與合夥人間之刑事訴訟如下：

1.臺北地檢署97年度偵字第7458號案件，係視同上訴人張輝熊

告訴合夥人楊昭臣偽證。

2. 臺北地檢署97年度偵字第19684號案件，係視同上訴人張輝熊告訴上訴人謝松男偽證。

3. 臺北地院97年度自字第105號案件，係視同上訴人張輝熊自訴上訴人林茂雄詐欺。

4. 臺北地檢署95年度偵字第4804號、96年度偵續字第58號、97年度偵續一字第81號、98年度偵續二字第43號、99年度偵續三字第13號、100年度偵續四字第8號、101年度偵續五字第5號、臺北地院101年度聲判字第263號案件，係視同上訴人張輝熊告訴上訴人林茂雄侵占。

5. 臺北地檢署97年度偵字第5604號案件，係上訴人林茂雄告訴視同上訴人張輝熊誣告。

二、爭執事項（見本院卷二第410至411頁）：

㈠張城、吳金發、被上訴人是否已非系爭合夥之合夥人？

㈡上訴人林茂雄主張業已依民法第688條規定開除視同上訴人張輝熊為合夥人，是否有理由？

㈢系爭合夥是否業因合夥人全體同意或合夥目的事業不能完成而解散？

㈣上訴人類推適用民法第549條第1項、第541條及民法第293條、第828條第1項、第2項、第820條第1項規定，請求判決如聲明所示，是否有理由？

㈤上訴人提起本件訴訟，是否受另案臺北地院88年度重訴字第1472號、高院88年度重上字第339號民事判決之既判力所及？

肆、本院之判斷：

一、查上訴人主張上開不爭執之事實，有合夥契約書影本、存證信函影本、基隆地院96年度訴字第563號判決、高院98年度上字第511號判決、最高法院99年度台上字第975號判決、高院99年度上更㈠字第73號判決影本、前案判決影本、臺北地院97年度自字第105號刑事自訴狀及裁定影本、被上訴人簽立同意書影本、讓渡書影本、系爭土地登記第二類謄本影

本、臺北地檢署97年度偵字第5604號、第7458號、第19684號、96年度偵續字第58號、97年度偵續一字第81號、98年度偵續二字第43號、99年度偵續三字第13號、100年度偵續四字第8號、101年度偵續五字第5號不起訴處分書影本、臺灣高等檢察署（下稱高檢署）97年度上聲議字第2555號、101年度上聲議字第8468號處分書影本、臺北地院97年度聲判字第87號裁定影本附卷可稽（見臺北地院101年度重訴字第1164號卷〈下稱北院卷〉第24至165頁、原審102年度重訴第29號卷一〈下稱重訴卷一〉第84至85、87、89、191至221頁反面、重訴卷二第325至376頁反面）在卷，且為被上訴人及視同上訴人張輝熊所不爭執，應堪信為真實。

二、上訴人主張系爭合夥已經解散，並選任林茂雄為系爭合夥清算人，當可對被上訴人為終止系爭合夥與被上訴人間之信託法律關係意思表示，渠等自得請求被上訴人返還土地等語，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

㈠張城、吳金發及被上訴人是否已非系爭合夥之合夥人？

1.上訴人林茂雄首先主張張城、吳金發業將其合夥股權轉讓予林茂雄，已非系爭合夥之合夥人等情，乃為被上訴人否認。而按系爭合夥契約第11條約定：「各合夥人轉讓股權時，應經其他合夥人過半數之同意，但轉讓與其他合夥人時，不在此限。」；第12條約定：「合夥人轉讓股權時，應事先以書面通知其他合夥人，其他合夥人有優先承購權，但轉讓與其他合夥人或其他合夥人未於接到轉讓通知後十日內以書面表示願優先購買時，不在此限。」；第13條約定：「合夥人轉讓股權後，應以書面通知張輝熊，並自受讓人承諾同意受本合夥契約書之拘束後，始生效力。」經查張城、吳金發於83年7月11日分別簽立讓渡書，將其合夥股權轉讓與林茂雄等情，有讓渡書影本2份附卷可稽（見重訴卷一第87、89頁、本院卷二第546、548頁）。而揆諸系爭合夥契約第11、12條之約定，系爭合夥之合夥人如係將自己之股權讓與於其他合夥人乃無須其他合夥人過半數之同意，亦不必以書面通知其

他合夥人，倘讓與及受讓股權之合夥人間互為讓與合致之意思表示時，即發生股權讓與之效力。而本件張城、吳金發係將其合夥股權轉讓與同為合夥人之一之上訴人林茂雄，且上訴人林茂雄本應受系爭合夥契約約定之拘束，自毋須經其他合夥人過半數之同意及以書面通知其他合夥人。且張輝熊及被上訴人均業在前揭讓渡書簽名為見證人，即無論張輝熊及被上訴人是在場親見親聞該讓渡情事並簽名，抑或待張城、吳金發簽名後再補行簽名，均已達成上開合夥契約條款所約定之應以書面通知其他合夥人之要件，是應認已踐行合夥契約第13條以書面通知合夥執行人張輝熊之義務，而生讓與之效力，則被上訴人主張合夥代表人張輝熊事後於見證人欄位簽名，依法不具見證人之資格，無從發生見證人之效力云云，乃與該通知義務無涉，尚難憑採。是合夥人吳金發、張城即因轉讓股權而不再是系爭合夥之合夥人，此時合夥人僅餘林茂雄、謝松男、張輝熊、被上訴人及楊昭臣5人。雖被上訴人抗辯稱：吳金發、張城書立讓渡書，其讓渡之標的僅為合夥之投資標的即合夥財產，而非合夥股權，其等仍係系爭合夥之合夥人云云。然查系爭合夥契約第4條約定：「各合夥人對於本件合夥案之權利義務，謝仁楷、吳金發、張城、張輝熊、林茂雄、謝松男、楊昭臣分別依25%、20%、10%、5%、30%、5%、5%之股權比例行使負擔之。」足認吳金發、張城對系爭合夥之權利義務分別有20% 、10%之股權。吳金發、張城於前揭讓渡書記載「立讓渡書人：吳金發（張城），緣本人投資花蓮縣○○鄉○○段000○00地號等43筆土地暨花蓮縣政府建設局花蓮執字第145號建造執照之『權利義務占有百分之貳拾（百分之拾）』，今以新台幣伍仟肆佰萬元（貳仟柒佰萬元）正全部讓售給林茂雄，爾後之『權利義務』與本人無關…。」等語（見重訴卷一第87、89頁），業已載明所讓渡之標的為系爭土地及系爭執照之「權利義務20%、10%」，核與系爭合夥契約所載吳金發、張城就系爭合夥之權利義務20%及10%相符，堪認吳金發、張城所讓

與者係對系爭合夥權利義務20%及10%之股權。另系爭合夥之合夥人於84年1月12日書立之暫行分配協議書記載略以：「立暫時分配協議書人：林茂雄、謝仁楷、楊昭臣、謝松男、張輝熊，緣立暫行分配協議書就花蓮縣○○鄉○○段000○00地號等43筆土地暨花蓮縣政府建設局花蓮執字第145號建造執照所新建房屋，於81年11月11日簽訂合夥契約書。茲各合夥人同意提出85,000,000元暫行分配，言明有關事項如左：一、各合夥人暫行分配數額，列明如左：㈠林茂雄5,100萬元。㈡謝仁楷2,125萬元。㈢楊昭臣425萬元。㈣謝松男425萬元。㈤張輝熊425萬元。二、林茂雄保證業已受讓吳金發、張城之股權比例（合計為百分之三十），故吳金發、張城股權比例部分，應由林茂雄負責處理…。」等語（見重訴卷二第95、96頁）。則觀諸前揭系爭合夥全體合夥人84年1月12日暫行分配時，僅列名為受分配之合夥人為林茂雄、謝松男、張輝熊、被上訴人及楊昭臣等5人，吳金發、張城則不與之。且林茂雄部分並自其對系爭合夥原30%之比例，增為60%（5100/8500=0.6），並敘明「林茂雄保證業已受讓吳金發、張城之股權比例（合計為百分之三十）」等語，益徵吳金發、張城係轉讓系爭合夥權利義務之股權，且為系爭合夥之其他合夥人所知悉。是吳金發、張城業於83年7月11日書立讓渡書，轉讓系爭合夥權利義務之股權予林茂雄，則上訴人林茂雄等主張吳金發、張城已非系爭合夥之合夥人，即屬可採；被上訴人此部分所辯，實屬無據。

2. 另就上訴人主張被上訴人亦已非系爭合夥之合夥人乙節，此為被上訴人所否認。經查上訴人與被上訴人間前因清償債務事件，經上訴人聲請強制執行扣押被上訴人之合夥股權，業經執行法院即基隆地院以系爭執行命令，就被上訴人之合夥出資返還請求權及利益分配請求權，在13,600,000元及利息、執行費之範圍內予以扣押，亦經原審認定如前。而上訴人並於聲請執行法院扣押被上訴人之合夥出資返還請求權及利益分配請求權之2個月前即86年12月31日，已委請律師通

知系爭合夥當時之合夥人即林茂雄、謝松男、張輝熊及楊昭臣（不含當時已非合夥人之張城、吳金發），此亦有存證信函及掛號郵件收件回執、基隆地院執行命令存卷可考（見原審卷四第93至96頁），是被上訴人抗辯上訴人扣押其股權並未通知全體合夥人，亦未提出通知楊昭臣、張輝熊及謝松男之證據云云，並非可採。按民法債編施行前發生之債，除本施行法有特別規定者外，不適用民法債編之規定，其在修正施行前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正施行後之規定，民法債編施行法第1條定有明文。而民法第685條雖於88年4月21日經修正公布，於89年5月5日施行，惟民法債編施行法對於修正後之民法第685條，則無適用於修正施行前發生之債之特別規定，本件自應適用修正前民法第685條之規定。而按合夥人之債權人，就該合夥人之股份，得聲請扣押。但應於兩個月前通知合夥人。前項通知，有為該合夥人聲明退夥之效力，修正前民法第685條定有明文。又按雖法律為保護合夥人之債權人，特於民法第685條第1項前段規定，合夥人之債權人就該合夥人之股分，得聲請扣押。惟為兼顧其他合夥人之利益，同條項但書及第2項併明定應於兩個月前通知合夥人，此項通知，有為該合夥人聲明退夥之效力。足見合夥人之債權人不得直接對合夥財產請求強制執行，僅於通知合夥人全體後，始得就該為債務人之合夥人個人對合夥之出資返還請求權及利益分配請求權為執行（最高法院86年度台抗字第622號裁定意旨參照）。是被上訴人原為系爭合夥之合夥人，因遭執行法院扣押其就系爭合夥「出資返還請求權」及「利益分配請求權」，並經上訴人於兩個月前通知其他合夥人，依法已生退夥之效力，則被上訴人抗辯其仍為系爭合夥之合夥人，亦非可採。是此時合夥人僅餘上訴人、楊昭臣、謝松男及視同上訴人張輝熊。又合夥人楊昭臣於101年3月23日死亡，謝松男則於本件繫屬本院後之110年2月3日死亡，系爭合夥契約並未訂明其繼承人得為繼承，則依民法第687條第1款本文之規定亦生退夥之效力。

則合夥人僅餘上訴人及視同上訴人張輝熊，當無疑義。

㈡上訴人主張業已依民法第688條規定開除視同上訴人張輝熊為合夥人，是否有理由？

1.按合夥人之開除，以有正當理由為限；前項開除，應以他合夥人全體之同意為之，並應通知被開除之合夥人，民法第688條定有明文。次按合夥為二人以上互約出資，以經營共同事業之契約，合夥人不履行其出資之義務者，不得謂無民法第688條第1項所定開除之正當理由（最高法院69年度台上字第742號原判例意旨參照）。

2.上訴人另主張：張輝熊意圖抵賴上訴人為其墊付增資之250萬元款項，致衍生各項民刑事官司，合夥人間顯已喪失合夥之互信基礎，上訴人及謝松男即委任律師於101年4月20日以存證信函通知張輝熊，依民法第688條規定，開除張輝熊，因此當時之合夥人僅剩上訴人、謝松男2人。又因上訴人及謝松男全體合夥人同意解散，系爭合夥即應進入清算，並同意由上訴人任清算人等節。惟查上訴人主張林茂雄、謝松男業已依民法第688條規定開除張輝熊，即應判斷上開開除是否屬前揭規定所指之正當理由。而此所指正當理由，司法實務上向有見解，如對於合夥全體有不法侵害之行為、擅自提取其出資或不履行出資義務等，是就此正當理由如有其他主張，其程度亦應與前揭情形相當，始足認定。而查上訴人主張張輝熊與合夥人間之刑事訴訟，包括臺北地檢署97年度偵字第7458號案件係張輝熊告訴合夥人楊昭臣偽證；臺北地檢署97年度偵字第19684號案件係張輝熊告訴謝松男偽證；臺北地院97年度自字第105號案件係張輝熊自訴上訴人詐欺；臺北地檢署95年度偵字第4804號、96年度偵續字第58號、97年度偵續一字第81號、98年度偵續二字第43號、99年度偵續三字第13號、100年度偵續四字第8號、101年度偵續五字第5號、臺北地院101年度聲判字第263號案件係張輝熊告訴上訴人侵占；臺北地檢署97年度偵字第5604號案件則係上訴人告訴張輝熊誣告等事件，乃為兩造所不爭執，亦經原審認定如

前。觀諸前揭刑事案件之內容，係張輝熊以合夥執行人之身分一再指稱上訴人壟斷把持合夥事務，且從未將所收取之合夥房地銷售款交給張輝熊等情，因認上訴人涉嫌侵占罪嫌而提出刑事告訴；張輝熊另曾對上訴人、謝松男因合夥墊款訴訟事件之作證提起偽證罪嫌之告訴，並因上述案件對上訴人提起詐欺之自訴，其間上訴人亦因此對張輝熊為誣告之刑事告訴，堪認張輝熊與上訴人、謝松男間之刑事訴訟，乃為處理系爭合夥之事務，難認其行為有害於合夥事業之進行。縱認本件上訴人、謝松男與張輝熊間因前揭刑事訴訟發生情感嫌隙，仍與有礙於合夥事業之進行有間，自非上訴人主張開除合夥人之正當理由。是上訴人主張視同上訴人張輝熊業經開除，而系爭合夥之合夥人僅存上訴人、謝松男2人，且其2人均同意解散系爭合夥事業，並由上訴人任清算人，尚屬無據。

3.況視同上訴人張輝熊既以前詞主張伊係以加入合夥前，因協助處理相關事務而得之750萬元酬勞轉為合夥5%股份之股金，且由事後諸訴訟所提證據比對以觀，亦得證實張輝熊所為以酬勞轉為合夥股份，甚而出任合夥代表人之說法非虛，並無上訴人所述張輝熊從未出資、不履行出資義務等情，且嗣後亦未見上訴人有更為反對之主張，揆諸舉證責任分配之原則，自堪信視同上訴人張輝熊前揭主張為真實，其仍為系爭合夥團體之合夥人，當無疑問。是故上訴人以變更後之先位之訴請求被上訴人應將系爭土地所有權移轉登記予上訴人1人所有，非有理由，無從准許。

㈢系爭合夥是否業因合夥人全體同意或合夥目的事業不能完成而解散？

1.按合夥因左列事項之一而解散：二、合夥人全體同意解散者。三、合夥之目的事業已完成或不能完成者，民法第692條第2、3款定有明文。

2.上訴人等固主張本件因上訴人、謝松男業已開除張輝熊，故系爭合夥僅存於林茂雄、謝松男間，且其2人均同意解散系

爭合夥等節，因上訴人、謝松男開除合夥人即視同上訴人張輝熊並非合法，系爭合夥之合夥人現為上訴人及張輝熊等情，業經本院認定如前，是上訴人並未證明張輝熊亦同意解散系爭合夥，則上訴人依民法第692條第2款之規定主張系爭合夥業已解散，並非有據。

3. 上訴人又主張：張輝熊意圖抵賴上訴人為其墊付增資之250萬元墊款，衍生出各項民刑事官司，並且怠於執行合夥事務，導致系爭合夥合建房屋銷售案停頓無法續行，合夥人間顯已喪失合夥之互信基礎，上訴人、謝松男乃委任律師於101年4月23日以存證信函通知張輝熊以合夥目的顯已不能完成，依民法第692條第3款規定，解散合夥等情。然查民法第692條第3款所謂合夥目的事業不能完成，應指客觀上不能完成，並非主觀上不願繼續而言。查系爭合夥之目的事業，依系爭合夥契約之意旨，應係在系爭土地上興建房屋並販售獲利。而系爭合夥在系爭土地上，尚有土地未興建房屋，且仍有興建完成房屋未出售等情，乃為上訴人與視同上訴人張輝熊所未爭執，堪認系爭合夥目的事業尚未完成。另觀諸系爭合夥之合夥人（於84年時）即上訴人、謝松男、楊昭臣、張輝熊及被上訴人於84年1月12日書立之暫行分配協議書，記載略以：系爭合夥興建房屋販售之獲利85,000,000元暫行提出分配，正式金額以清算結果為準等語（見重訴卷第95至96頁），益見系爭合夥之目的事業尚未完成，且客觀上系爭合夥亦可能在系爭土地上興建房屋販售獲利，並無客觀上不能完成之情事。是上訴人主張系爭合夥依民法第692條第3款規定解散，亦非可採。

4. 本件合夥契約之合夥人既尚存上訴人及視同上訴人張輝熊2人，且合夥事業亦未依法解散，已如前述，自無逕得推舉上訴人林茂雄為系爭合夥清算人之餘地。

㈣上訴人類推適用民法第549條第1項、第541條及民法第293條、第828條第1項、第2項、第820條第1項規定，請求判決如聲明所示，是否有理由？

1. 按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力，民事訴訟法第56條第1項第1款定有明文。視同上訴人張輝熊經原審裁定追加為原告，經上訴人、謝松男提起上訴後，再次具狀主張：其捨棄其餘上訴人之主張，並請求法院為認諾被上訴人之判決云云，核其真意，應係立於上訴人之地位而捨棄上訴人之請求。而本件之訴訟標的對上訴人全體必須合一確定（即上訴人為合夥人及合夥人之繼承人全體），而為固有必要共同訴訟，視同上訴人張輝熊前揭主張形式觀之乃不利於上訴人，揆諸前揭規定，其效力應不及於上訴人，本院仍應審酌其他證據為本件之認定，先予敘明。
2. 又按當事人之任何一方，得隨時終止委任契約；受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人；受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人；數人有同一債權，而其給付不可分者，各債權人僅得請求向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付；公同共有人之權利義務，依其公同關係所由成立之法律、法律行為或習慣定之。第820條、第821條及第826條之1規定，於公同共有準用之；共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算，民法第549條第1項、第541條、第293條第1項、第828條第1項、第2項、第820條第1項定有明文。
3. 上訴人主張系爭合夥已經解散，並選任上訴人為系爭合夥清算人，自得對被上訴人為終止系爭合夥與被上訴人間之信託法律關係意思表示，請求返還系爭土地。然查系爭合夥並無解散之事由，且張輝熊並未經合法開除，系爭合夥之合夥人尚包括上訴人及視同上訴人張輝熊2人等情，業經本院認定如前，而合夥人張輝熊再三表明自始不同意對被上訴人終止信託關係，屢屢重申認諾被上訴人所為之答辯聲明，且不同

意上訴人、謝松男提起本件訴訟，請求系爭土地所有權移轉登記予林茂雄所有或林茂雄、張輝熊公同共有等情，足認張輝熊要無同意選任上訴人為合夥清算人之可能，是系爭合夥未解散時，所選任之清算人即上訴人乃不生合法選任清算人之效力，上訴人自無從以系爭合夥清算人之地位對被上訴人為終止系爭土地信託之意思表示。

4.上訴人另主張：因系爭合夥中，上訴人之合夥股份為85%、謝松男、張輝熊及楊昭臣之股份各為5%，則上訴人、謝松男及楊昭臣所占股份已達95% ，且人數亦超過半數以上，就系爭土地之信託管理，依民法第820條準用於公同共有關係，得由上訴人、謝育龍、謝宜君、楊憲瑜、楊憲彥及劉宏裾之同意對被上訴人為終止系爭土地信託法律關係之意思表示，且上訴人等人亦於101年5月9日委任律師以存證信函對被上訴人為終止信託法律關係之意思表示（見北院卷第162至165頁）等語。然查系爭合夥既未經解散，且依系爭合夥契約第15條約定：「合夥人全體同意推舉張輝熊為本件合夥案之對外代表人，關於本件合夥事務（諸如工程事項、人事及薪資事項、總務事項、房地銷售事項、對外借款事項、款項變支事項、清算事項、…等等），並授權由張輝熊全權處理之。」堪認系爭合夥之事務，係由張輝熊為之，其餘合夥人應無執行合夥事務之權利，上訴人自無從以自己名義對被上訴人為終止系爭土地信託法律關係之權限，亦無類推適用民法第828條第2項準用同法第820條第1項規定之餘地。而系爭土地現亦非登記為系爭合夥共有人公同共有，而係基於系爭合夥與被上訴人間之信託法律關係，而信託登記為被上訴人所有，是上訴人自亦無依民法第828條第2項準用同法第820條第1項直接基於系爭土地公同共有人之地位對被上訴人請求返還之餘地。是上訴人猶執前詞請求判決如其變更後之備位聲明所示，亦嫌無據。

㈤上訴人提起本件訴訟是否受另案臺北地院88年度重訴字第1472號、高院88年度重上字第339號民事判決之既判力所及？

1. 按訴訟標的於確定之終局判決經裁判者，依民事訴訟法第400條第1項規定，除別有規定外，有既判力；是在明示既判力之發生，限於同一事件已有確定之終局判決者；其所謂同一事件，必同一當事人就同一法律關係而為同一之請求；若此三者有一不同，即不得謂為同一事件，自不受確定判決之拘束；而訴訟標的之涵義，必須與原因事實相結合，於判斷既判力之客觀範圍時，應依原告起訴主張原因事實所特定之訴訟標的法律關係為據（最高法院108年度台上字第2220號判決意旨參照）。
2. 被上訴人抗辯稱：上訴人前提起臺北地院88年度重訴字第1427號、高院88年度重上字第339號請求不動產所有權移轉登記事件（即前案），並經判決確定，上訴人提起本件訴訟應受前案判決之既判力所及等語。而查前案之原告為上訴人、謝松男及楊昭臣，前案之被告為本件被上訴人，林茂雄、楊昭臣及謝松男於前案中之主張，係被上訴人及張輝熊均經退夥，林茂雄、楊昭臣及謝松男於88年2月25日以全體合夥人身分決議委任律師發函謝仁楷通知終止系爭土地之信託關係，並請求返還系爭土地，經臺北地院駁回前案原告之訴，前案原告不服上訴，再經高院駁回前案原告之上訴等情，有臺北地院109年7月22日北院忠料字第1090004744號函文及所附前案判決原本之影本存卷可稽（見原審卷四第299至323頁）。而本件原審之原告為林茂雄、謝松男、楊昭臣之繼承人楊憲瑜、楊憲彥、劉宏裾及張輝熊，被告仍為謝仁楷，其當事人已非相同。進而觀諸上訴人主張之原因事實，係上訴人等因楊昭臣死亡依法生退夥事由，嗣後以存證信函通知張輝熊開除合夥人，及上訴人、謝松男退夥而生合夥解散之情形，或有民法第692條第3款解散之情事之旨後，再以存證信函通知被上訴人終止系爭土地信託法律關係並請求返還，縱上訴人主張之請求權基礎相同，然其主張之原因事實並非相同，難認本件與前案之訴訟標的相同，自非同一事件。依前揭說明，即難認本件為前案判決既判力所及而不得再行起

訴，被上訴人此部分之主張尚有誤會。

伍、綜上所述，上訴人類推適用民法第549條第1項、第541條及依民法第293條、第828條第1項、第2項、第820條第1項之規定，於變更原訴後改以先位請求被上訴人應將如附表所示之系爭土地所有權移轉登記予上訴人所有；備位請求應將如附表所示之系爭土地所有權移轉登記予上訴人、視同上訴人張輝熊公同共有之主張，均無理由，應予駁回。

陸、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法、陳述及所提未經援用之證據，經審酌後認與本件判決結果不生影響，爰不逐一論列，附此敘明。

柒、末按民事訴訟法第56條之1第1項、第3項追加原告者，如訴訟費用應由原告負擔者，法院得酌量情形，命僅由原起訴之原告負擔；前揭規定於第二審程序準用之，同法第56條之1第5項及第463條定有明文。經查本件原係由上訴人、謝松男起訴，經前審之原審法院以102年度重訴字第29號判決後，上訴人、謝松男上訴於本院，本院以103年度重上字第10號判決認該原審判決中原告林茂雄、謝松男未與其他合夥人及合夥人之繼承人全體一同起訴，應屬當事人不適格，前審之原審法院未予闡明而為判決而有程序瑕疵，而廢棄原判決發回原審法院。嗣原審更審中，視同上訴人楊憲瑜、楊憲彥及劉宏裾均具狀同意追加為原告，有民事陳報狀可參（見原審卷一第58頁），是以應認上訴人、謝松男、視同上訴人楊憲瑜、楊憲彥及劉宏裾均有提起本訴之意。而張輝熊係經原審裁定命追加為原告，因逾期未為追加，依民事訴訟法第56條之1第1項後段規定，視為已一同起訴。嗣後上訴人、謝松男提起上訴，張輝熊、楊憲瑜、楊憲彥及劉宏裾則未與之，本院審酌視同上訴人張輝熊自始即未與其餘上訴人起訴、上訴，經原審合法通知後復未主動追加為原告，於本院審理時仍具狀再三表示不同意上訴人等人提起本件訴訟，顯見張輝熊無提起本件訴訟之意願，然因上訴人主張之訴訟標的必須合一確定，經原審裁定命追加為原告卻逾期仍未追加，而依

民事訴訟法第56條之1第1項後段視為已一同起訴，雖本件上訴後被視為視同上訴人並同受敗訴之判決，然基於上述之考量，認本件第二審訴訟費用應由上訴人自行負擔，始符公允。

據上論結，本件上訴人於本院變更後之先、備位主張，均為無理由，依民事訴訟法第78條、第56條之1第5項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　15　　日

民事庭審判長法　官　張宏節

法　官　林恒祺

法　官　張健河

以上正本係照原本作成。

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　　111　　年　　6　　月　　15　　日

書記官　林明智

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。