臺灣高等法院臺南分院民事判決

110年度重上更三字第15號

上　訴　人　李敬雄

訴訟代理人　李毓霖

被上訴人　　李敬春

上列當事人間請求協同辦理合夥清算等事件，上訴人對於中華民國102年10月4日臺灣臺南地方法院第一審判決(102年度訴字第424號)提起上訴，經最高法院第三次發回更審，本院於111年10月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用，由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊於民國(下同)76年間與被上訴人合資，委由被上訴人操作投資買賣股票，按投資比例分攤盈虧，迄78年底交付投資款共新臺幣（下同）800萬元。伊次子李毓霖於81年6月間曾與被上訴人會算，會算結果被上訴人應給付伊773萬0,300元，惟其事後拒絕交付投資帳目並為正式結算，僅於87年間交付部分以其親友名義開立帳戶之存摺及股票餘額價額1萬8,380元。伊已終止兩造間契約，被上訴人應返還出資及分配利得等情，爰依終止合資買賣股票契約結算並為給付之法律關係，求為命被上訴人給付771萬1,920元，及加付自103年4月11日起算法定遲延利息之判決，並願供擔保請准宣告假執行。(上訴人逾上開金額之請求及被上訴人反訴請求，分經本院、最高法院判決駁回；上訴人請求協同清算合夥財產部分，經第一審為其敗訴判決，後於本院前審時撤回該部分之上訴，均不在本院審理範圍內，不予贅述)。

二、被上訴人則以:兩造於78年間合資買賣股票，約明買賣股票不另設帳簿記帳，盈虧以銀行及證券公司帳戶資料為憑，並按出資比例分攤盈虧。上訴人實際出資200萬元，其餘投資款600萬元為伊代墊。85年間遭逢股災，兩造之投資虧空殆

盡，已於86年間合意終止契約。縱屬合夥關係，亦因合夥目的事業已不能完成而解散。況上訴人之請求權已罹於15年消滅時效，伊得拒絕給付等語，資為抗辯。【原審就上開部分為上訴人敗訴之判決，上訴人提起上訴，求為判決：原判決關於駁回上訴人後開請求部分廢棄，被上訴人應給付上訴人771萬1,920元，及加付自103年4月11日起算法定遲延利息，並願供擔保請准宣告假執行。被上訴人則求為判決駁回上訴】

三、兩造不爭執事項:

㈠被上訴人與上訴人間合資買賣股票，並約定所有操作股票皆由被上訴人李敬春負責【即買賣股票之種類最終決定權以被上訴人為準】(見本院卷第288頁)，且兩造約定對於買賣股票不另設專用帳簿帳戶，盈虧以被上訴人提出銀行及證券公司股票買賣記錄為憑。

㈡對於本院函查資料「台灣集中保管結算所股份有限公司111年1月10日保結投字第1100026273號函」所提供李敬春、謝玉珠、李昭漢、李毓霖、李敬雄、謝玉珠之集中保管帳戶各專戶客戶餘額表（見本院卷第197至217頁)不爭執。

㈢兩造對於本院卷第199至217頁所函查的帳戶餘額，是各該名義人所有，與本件兩造的合夥無關，不爭執。

㈣兩造合資買賣股票，上訴人原始出資為200萬元，被上訴人則出資3,200萬元，嗣後兩造均再投入資金，上訴人出資總計800萬元，被上訴人出資總計3,700萬元。

㈤96年間，李敬春透過證人洪美華交還李敬雄、李毓霖、謝玉珠等之存摺餘額金額合計為1萬8,380元（已交付存摺及零股1萬6,767元+國泰世華銀行1,613元），為兩造所不爭執。

㈥謝玉珠、李昭漢、李毓霖、李昭榮等人之人頭戶為上訴人所提供(見本院卷第287頁)其中謝玉珠、李昭漢、李毓霖帳戶餘額如國泰世華商業銀行○○分行103年5月6日函回覆所示(見232號卷㈠第158至177頁)，李敬雄、李昭榮等人之人頭戶則經前審函詢群益金鼎證券股份有限公司查無資料(見本

院102年度上字第232號卷，下稱232號卷，卷㈠第181至183頁）。

㈦洪名羽、洪富美、薛美鈴、張雅惠、薛宗岳、蔡錫鈐、黃丁旺、黃李玉花、陳金山、黃金萬、黃鄭娥、施花盆、王銘政、李玉梅、薛義雄、薛立德、楊榮華等人頭帳戶為被上訴人所提供（見本院卷第287頁），且其中因年代久遠，被上訴人僅知姓名而已無法提供帳戶予查詢者為洪名羽、洪富美、薛美鈴、張雅惠、薛宗岳、蔡錫鈐、黃丁旺、黃李玉花、陳金山、黃金萬、黃鄭娥、施花盆、王銘政等13人（見232號卷㈠第69頁），另薛義雄、薛立德、楊榮華則經前審函詢群益金鼎證券股份有限公司查無資料（見232號卷㈠第186至188頁）。

㈧兩造對於原審卷第20頁所提出之會算單（下稱系爭會算單）乃係於81年6月中由李毓霖所製作，且被上訴人未曾在其上簽名不爭執。

㈨上訴人曾於103年9月9日準備程序撤回協同清算上訴聲明（232號卷㈡第115頁反面）。

㈩被上訴人於86年後即無操作合夥資金交易股票之紀錄最後股票交易日詳見本院卷第455頁之附表。

㈪兩造合夥投資股票資金虧空後所剩餘之零股及各帳戶餘額，被上訴人已將之贈與其借用人頭帳戶人頭（見本院卷第311頁）。

㈫上訴人曾於96年9月3日代李敬春清償中華商銀之借款利息等共277,500元，此部分事實並經本院101年度重上字第67號判決後，由最高法院以106年度台上字第2506號民事裁定駁回確定。

㈬兩造間出資股票買賣就出資部分應類推適用合夥之法律關係。

四、兩造爭執事項：

㈠自86年間被上訴人未再買賣股票，兩造合資購買股票之法律關係是否因目的事業不能完成而解散？

㈡若兩造合夥已解散，是否曾經清算？81年6月李毓霖製作之系爭會算單是否係兩造因合夥解散所為之清算結果？若是，上訴人本於系爭會算單會算結果，扣除被上訴人交還謝玉珠、李昭漢等之存摺餘額1萬8,380元後，請求被上訴人給付771萬1,920元本息，有無罹於時效？是否有理由？

㈢上訴人曾於103年9月9日準備程序期日撤回協同清算之上訴聲明，是否得再請求被上訴人協同清算？若上訴人主張本件合夥解散，未經清算，被上訴人應再協同清算，是否有理由協同清算？

㈣依兩造合資之性質，被上訴人是否得以將各人頭帳戶之餘額及零股贈與各該人頭戶？

五、得心證理由

㈠自86年間被上訴人未再買賣股票，兩造合資購買股票之法律關係是否因目的事業不能完成而解散？

1.按當事人約定合資或共同出資買賣股票，以賺取買賣差價之利潤者，雖非約定經營共同事業，而與民法第 667條所規定之合夥契約未盡相同，惟其互約出資買賣股票，並按出資比例分配損益之情形，仍與合夥契約性質類似，就性質不相牴觸部分，應得類推適用民法合夥之相關規定，以定合資人間之權義歸屬(最高法院110年度台上字第1261號裁判意旨參照)。

2.經查:兩造合資買賣股票，並約定所有操作股票皆由被上訴人負責(即股票買賣最終決定權以被上訴人為準)，且兩造約定對於買賣股票不另設專用帳簿帳戶，盈虧以被上訴人提出銀行及證券公司股票買賣記錄為憑，兩造並對出資股票買賣就出資部分應類推適用合夥之法律關係，並不爭執(見兩造不爭執事項㈠、㈡)。參酌上訴人於232號案件審理時陳稱:「我們看79年以後就只有零星交易，大約到81年，只剩下用我的戶頭有在買賣股票，一直到84、85年還在進出…」、「被上訴人陳述81年6月會算盈虧及繼續買股票到86年這兩點我們沒有意見」(見232卷㈠第40頁反面、41頁反面）等

語，且謝玉珠、李昭漢、李毓霖、李昭榮等人之人頭戶為上訴人所提供(見本院卷第287頁)，除李敬雄、李昭榮等人之人頭戶則經前審函詢群益金鼎證券股份有限公司查無資料(見232號卷㈠第181至183頁)，洪名羽、洪富美、薛美鈴、張雅惠、薛宗岳、蔡錫鈐、黃丁旺、黃李玉花、陳金山、黃金萬、黃鄭娥、施花盆、王銘政、李玉梅、薛義雄、薛立德、楊榮華等人頭帳戶為被上訴人所提供(見本院卷第287頁)，且其中因年代久遠被上訴人僅知姓名而已無法提供帳戶予查詢者為洪名羽、洪富美、薛美鈴、張雅惠、薛宗岳、蔡錫鈐、黃丁旺、黃李玉花、陳金山、黃金萬、黃鄭娥、施花盆、王銘政等13人，另薛義雄、薛立德、楊榮華則經前審函詢群益金鼎證券股份有限公司均查無資料(兩造不執事項㈥、㈦)。謝玉珠、李昭漢、李毓霖等人頭帳戶國泰世華商業銀行○○分行77年1月1日至87年12月31日餘額如103年5月6日函回覆所示，依國泰世華商業銀行○○分行所提供之上開交易明細，(見232號卷㈠第158至177頁)，謝玉珠帳戶86、87年間各僅剩二筆利息存入交易(見232號卷㈠第173頁)，李昭漢帳戶最後一筆交易為84年12月21日(見232號卷㈠第175頁)，86年以後並無交易紀錄，李毓霖帳戶86、87年以後各僅剩二筆利息存入交易(見232號卷㈠第177頁)。是依謝玉珠、李昭漢、李毓霖等人頭帳戶國泰世華商業銀行○○分行86年以後即無股票交易紀錄，堪認被上訴人抗辯:86年間因投資股票虧損殆盡，並未再買賣股票，兩造合資買賣股票之目的事業已不能完成，而為解散乙節，並非子虛。

㈡若兩造合資已解散，是否曾準用合夥之規定，業經清算？81年6月李毓霖製作之系爭會算單是否係兩造因合資解散所為之清算結果？若是，上訴人本於系爭會算單會算結果，扣除被上訴人交還謝玉珠、李昭漢等之存摺餘額1萬8,380元後，請求被上訴人給付771萬1920元本息，有無罹於時效？是否有理由？

1.查系爭會算單係於81年6月中由李毓霖所製作，且被上訴人

未曾在其上簽名，為兩造所不爭(兩造不爭執事項㈧)，被上訴人既未在系爭會算單上簽名確認，並否認系爭會算單為兩造同意終止，或其目的已完成或不能完成者，關於合資買賣股票契約結算之結果，上訴人又無法舉證系爭會算單為兩造結算之結果，其空言主張:被上訴人依系爭會算單記載之金額773萬0,300元，扣除被上訴人87年間交付部分以其親友名義開立帳戶之存摺及股票餘額價額1萬8,380元，應再給付伊771萬1,920元本息云云，即無可採。

2.次查系爭會算單係81年6月中由李毓霖所製作，惟本件買賣股票之合資契約係存在兩造之間，並無證據證明係李毓霖經兩造授權製作，則系爭會算單，並不能拘束兩造，上訴人主張系爭會算單記載之金額，係兩造會算之結果，亦屬無據。

3.按合夥解散後，始生清算問題（最高法院58年度台上字第80號判決意旨參照）。系爭會算單81年6月中製成後，被上訴人依兩造合資之約定仍持續買賣股票，此由上訴人陳稱「我們看79年以後就只有零星交易，…一直到84、85年還在進出…」等語即明(見232號卷㈠第40頁反面)，是84、85年間兩造既仍持續合資購買股票，足見81年6月系爭會算單製作時，兩造合資契約並無同意終止，或其目的已完成或不能完成者，自無因合資解散而生清算之情，系爭會算單難謂係兩造會算之憑證，上訴人無從據以請求被上訴人給付771萬1,920元本息。

4.又系爭會算單既非兩造合資解散後清算之憑證，上訴人無從以之作為請求返還投資款之憑證，上訴人之返還投資款請求權尚未發生，自無從起算時效，附此敘明。

㈢上訴人曾於103年9月9日準備程序期日撤回協同清算之上訴聲明，是否得再請求被上訴人協同清算？若上訴人主張本件合夥解散，未經清算，被上訴人應再協同清算，是否有理由協同清算？

1.按當事人對於第一審判決提起上訴，嗣於上訴期間屆滿以後撤回第二審上訴者，因原來提起上訴之訴訟行為，已因在後

之撤回行為而不存在，第二審訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果與未提起上訴之情形相同，第一審判決之確定日期應與未上訴同，第一審判決應溯及於上訴期間屆滿時確定(最高法院96年度台抗字第206號裁判參照)。次按撤回上訴，係當事人於提起上訴後，以終結訴訟為目的之訴訟上一方法律行為，只須對於法院表示撤回之意思，即生效果（最高法院47年度台聲字第109號裁判意旨參照）。又撤回上訴，係當事人於提起上訴後，以終結訴訟為目的之訴訟上一方之法律行為，祇須對於法院表示撤回之意思即生效果。故此項撤回上訴之意思表示，性質上不許撤回(最高法院47年度台聲字第109號民事判決意旨參照)。

2.查上訴人請求被上訴人協同清算合夥財產之訴經第一審為敗訴判決，上訴人提起上訴後於本院前審時撤回該部分之上訴(見232號卷㈡第115頁反面，兩造不爭執事項㈨)。本件上訴人既已撤回協同清算合夥財產部分之上訴，溯及於上訴期間屆滿時確定，且第二審訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果即與未提起上訴之情形相同。則上訴人第一審請求協同清算合夥財產之訴所受敗訴判決，即生判決確定之效果，上訴人不得再請求被上訴人協同伊清算兩造所共同投資股票之合夥財產。上訴人於本院審理時，再為請求被上訴人應協同其清算乙節，於法不合，不應准許。

3.再按「合夥人於合夥清算前，不得請求合夥財產之分析」，民法第682條第1項定有明文。又「合夥解散後，應先經清算程序，合夥財產於清算完畢，清償合夥債務或劃出必需數額後始能就賸餘財產返還各合夥人之出資及應受分配利益之成數，在未經清算終結確定盈虧以前，自不得就原來出資為全部返還之請求」(最高法院100年度台上字第391號判決意旨參照)。「徐○○以次二人之合夥已因目的事業不能完成而解散，乃原審所合法確定之事實，…徐○○自得請求陳○○進行清算，但不得逕行請求陳○○以次二人辦理合夥財產之移轉。」(最高法院104年度台上字第314號判決意旨參照)。

「合資目的已完成，類推適用民法第692條第3款規定，合資應予解散，並行清算，始得請求分配。」(最高法院110年度台上字第2084號判決意旨參照)。本件兩造合資買賣股票之契約，已因目的事業不能完成而解散，上訴人主張:被上訴人應協同伊清算兩造所共同投資股票之合夥財產之請求，亦經第一審判決駁回，嗣上訴人本院撤回此部分之上訴而判決確定，上訴人並無合夥清算請求權，已如前述。則本件兩造既未經清算，上訴人請求被上訴人分配合資之利得771萬1,920元本息，於法不合，不應准許。

㈣依兩造合資之性質，被上訴人是否得以將各人頭帳戶之餘額及零股贈與各該人頭戶？

兩造合夥投資股票資金虧空後所剩餘之零股及各帳戶餘額，被上訴人已將之贈與其借用人頭帳戶人頭(兩造不爭執事項㈡)。上訴人雖又主張:被上訴人將各人頭帳戶之餘額及零股贈與各該人頭戶並未得到伊之同意，此部分剩餘之零股及各帳戶餘額，亦應列入清算云云。惟查:上訴人之合夥清算之請求，業經原審駁回且已判決確定，上訴人並無合夥清算請求權，已如上述，自不得再請求被上訴人將剩餘之零股及各帳戶餘額列入清算。

六、綜上所述，上訴人依請求合資買賣股票之法律關係，請求被上訴人應給付分配合資之利得771萬1,920元本息，非屬正當，不應准許，其假執行之聲請亦失所附麗，原審為上訴人敗訴之判決，並駁其假執行之聲請，所持理由雖與本院不同，惟結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、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，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　26　　日

民事第一庭　審判長法　官　王金龍

法　官　陳春長

法　官　孫玉文

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，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日內向本院補提出理由書狀（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，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　26　　日

書記官　鄭鈺瓊

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。