臺灣高等法院民事判決

112年度重上字第131號

上　訴　人　林茂雄

000000000000000000

訴訟代理人　郭憲文律師

　　黃育勳律師

　　黃建復律師

被 上訴 人　張輝熊

訴訟代理人　歐東洋律師

上列當事人間請求給付合夥出資額等事件，上訴人對於中華民國111年12月23日臺灣基隆地方法院110年度重訴字第10號第一審判決提起上訴，本院於115年3月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

㈠伊、被上訴人與原審原告謝松男、訴外人謝仁楷、張城、吳金發、楊昭臣（下各稱其名）於民國81年11月11日簽訂合夥契約（下稱系爭合夥契約），約定共同出資承受附表所示43筆土地（下稱系爭土地，其中編號1至15、33至35所示18筆土地信託登記於謝仁楷名下）及花蓮縣政府建設局花建執字第145號建造執照（下稱145號建照）之權利義務，合夥股份依序為30%、5%、5%、25%、10%、20%、5%，資本額暫定新臺幣（下同）1億8,000萬元，執行合夥人為被上訴人，並約定系爭合夥契約為個案共同合作關係（下稱系爭合夥）。全體合夥人嗣於同年12月11日決議增資5,000萬元，惟被上訴人迄未依約繳納出資款900萬元（計算式：1億8,000萬元x5%＝900萬元）及增資款250萬元（計算式：5,000萬元x5%＝250萬元）。

㈡張城、吳金發於83年7月11日分別將其合夥股份轉讓予伊；

另伊聲請強制執行謝仁楷之合夥股份（案列原法院86年度執字第537號清償債務強制執行事件，下稱系爭執行事件），經原法院於87年5月18日核發執行命令（下稱系爭執行命令），扣押謝仁楷之合夥出資返還請求權及利益分配請求權，謝仁楷亦生退夥之效力。楊昭臣嗣於101年3月23日死亡而退夥，至此合夥人僅餘兩造、謝松男。

㈢被上訴人自84年1月12日後，未再向全體合夥人報告合夥業務執行之始末，且怠於執行合夥事務，致系爭合夥合建房屋銷售案無法續行，經合夥人於87年7月23日決議解任其執行合夥人之職務。伊及謝松男嗣於101年4月20日以被上訴人拒絕繳納出資、不承認增資，合夥人間因互相爭訟喪失信任為由，依民法第688條規定決議開除被上訴人，並以北投石牌郵局存證號碼78號存證信函（下稱78號信函）通知之；再於同月23日以同局存證號碼79號存證信函（下稱79號信函）通知被上訴人系爭合夥因合夥人喪失互信，合夥目的事業不能完成而決議解散，復於同月30日以同局存證號碼91號存證信函（下稱91號信函）通知被上訴人決議解任其依系爭合夥契約之清算人職務，並選任伊為清算人。謝松男嗣於110年2月3日死亡，伊再以本件起訴狀繕本送達為開除被上訴人之意思表示，故被上訴人已非合夥人，兩造間合夥關係不存在，伊為系爭合夥清算人，爰擇一依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付伊900萬元及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息。若認被上訴人仍為合夥人，則系爭合夥解散後，被上訴人仍應給付出資款，爰備位擇一依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付上開本息予兩造公同共有（未繫屬本院者，不予贅述）。

二、被上訴人則以：全體合夥人同意伊以未加入系爭合夥前應得酬勞為勞務出資，伊亦已清償上訴人先前代墊之250萬元增資款，且上訴人請求伊給付出資款，亦罹於15年時效。又吳金發未轉讓合夥股份予上訴人，未踐行系爭合夥契約第11至

13條程序，上訴人扣押謝仁楷股份未依法通知全體合夥人，不生為謝仁楷退夥效力，其2人均仍為合夥人。且系爭合夥成立後，實際係由上訴人執行合夥事務，伊無實際權利得以執行，並非怠於執行，上訴人、謝松男開除伊無正當理由，且未經全體合夥人同意，伊仍為合夥人，系爭合夥亦無解散事由等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴判決，上訴人提起上訴，上訴聲明：㈠先位聲明：1.原判決廢棄。2.確認兩造間合夥關係不存在。3.被上訴人應給付系爭合夥清算人即上訴人900萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。4.第3.項聲明，願供擔保請准宣告假執行。㈡備位聲明：1.原判決廢棄。2.被上訴人應給付900萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息予兩造公同共有。3.願供擔保請准宣告假執行。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（本院卷四第453至455頁）：

㈠上訴人、被上訴人、謝松男（110年2月3日死亡）、謝仁楷、張城（92年1月12日死亡）、吳金發、楊昭臣（101年3月23日死亡）於81年11月11日簽訂系爭合夥契約，約定共同出資承受系爭土地（其中附表編號1至15、33至35所示18筆土地信託登記於謝仁楷名下）及145號建照之權利義務，依系爭合夥契約第4條約定，合夥股份依序為30%、5%、5%、25%、10%、20%、5%，資本額暫定1億8,000萬元，執行合夥人為被上訴人，並約定系爭合夥為個案共同合作關係。

㈡依系爭合夥契約第5條約定，各合夥人應依第4條所示股權比例，一次繳足資本額予被上訴人，嗣後如須增加資本額時，亦由各合夥人依照第4條所示比例，於接到被上訴人通知後10日內，一次繳足予被上訴人。

㈢系爭合夥於81年12月11日經合夥人決議增資5,000萬元，依比例被上訴人應增資250萬元，上訴人為被上訴人墊繳增資款250萬元予系爭合夥。嗣上訴人於86年間對被上訴人提起

另案返還墊款訴訟請求給付此筆款項（案列原法院86年度訴字第58號、本院86年度上字第1183號、最高法院88年度台上字第1986號，下稱另案1），經另案1確定判決上訴人勝訴，上訴人已執另案1確定判決於88年間向臺灣臺北地方法院提存所領取被上訴人提存之250萬元而受償完畢。

㈣吳金發、張城於83年7月11日分別書立讓渡書。

㈤兩造、謝松男、謝仁楷、楊昭臣於84年1月12日簽立暫行分配協議書。

㈥上訴人於86年間向原法院聲請強制執行扣押謝仁楷之系爭合夥股權，經原法院核發系爭執行命令，就謝仁楷之合夥出資返還請求權及利益分配請求權於1,360萬元及利息、執行費之範圍內予以扣押。

㈦楊昭臣曾另案訴請被上訴人交付其擔任合夥代表人期間自81年11月11日起至87年7月23日止之合夥帳冊、現金收支傳票（案列原法院96年度訴字第563號、本院98年度上字第511號、最高法院99年度台上字第975號、本院99年度上更一字第73號，下稱另案2），經判決駁回楊昭臣之訴確定。

㈧張城、謝松男、楊昭臣已非系爭合夥之合夥人。

㈨上訴人與謝松男於101年4月20日寄發78號信函、於同月23日寄發79號信函、於同月30日寄發91號信函，均已送達被上訴人。

五、本院之判斷：

㈠先位之訴部分：

1.上訴人提起確認之訴有無確認利益？

按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52年台上字第1240號原判例意旨參照）。查上訴人主張被上訴人已經全體合夥人合法開除合夥人身分，

兩造間合夥關係不存在等情，為被上訴人所否認，則兩造間合夥關係存否即有不明，法律上地位有不安之狀態存在，而此不安之狀態得以確認判決加以除去，依上說明，上訴人提起本件確認之訴，即有確認利益。

2.上訴人與謝松男共同以78號信函及起訴狀繕本之送達開除被上訴人時，系爭合夥之全體合夥人是否僅餘兩造及謝松男？吳金發、謝仁楷是否仍為合夥人？

⑴吳金發部分：

①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10日內以書面表示願優先購買時，不在此限（原審卷一第51頁），是系爭合夥之合夥人將自己之股份轉讓於他合夥人時，不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，於股份讓、受之合夥人間互為讓與之意思表示合致時即發生股份轉讓之效力。又合夥乃因合夥人彼此信任而成立，第三人非其他合夥人全體之所信任，自不應許其入股。然若合夥人以其自己之股份，轉讓於其他合夥人者，則因受讓之其他合夥人，早為合夥人全體之所信任，自不在禁止轉讓之列。因合夥人間股權轉讓後，受讓股權之合夥人原即為受合夥契約拘束之人，故系爭合夥契約第13條固約定「合夥人轉讓股權後，應以書面通知被上訴人，並由受讓人承諾同意受本合夥契約書之拘束後，始生效力」，然就此應與前開第11、12條約定為整體之解釋，即合夥人若轉讓股權予其他合夥人，應毋庸再依系爭合夥契約第13條約定以書面通知被上訴人，及由受讓人承諾同意受本合夥契約書之拘束。

②吳金發、張城（已於92年間死亡而非合夥人【參兩造

不爭執事項㈧】）於83年7月11日各書立之讓渡書分別記載：「立讓渡書人：吳金發，緣本人投資讓渡書附表一所示北埔段134之74地號等43筆土地（即系爭土地）暨145號建照之權利義務占有20%，今以5,400萬元正全部讓售給林茂雄（即上訴人），爾後之權利義務與本人無關。」（原審卷四第197頁）、「立讓渡書人：張城，緣本人投資讓渡書附表一所示北埔段134之74地號等43筆土地（即系爭土地）暨145號建照之權利義務占有10%，今以2,700萬元正全部讓售給林茂雄（即上訴人），今後之權利義務與本人無關。」（原審卷四第195頁），文義載明讓渡標的為系爭土地及145號建照之「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各為20%、10%相符。嗣於84年1月12日兩造、謝松男、謝仁楷、楊昭臣簽立暫行分配協議書（參兩造不爭執事項㈤）記載略以：「立暫行分配協議書人就系爭土地暨145號建照所新建房屋，於81年11月11日簽訂合夥契約書。茲各合夥人同意提出8,500萬元暫行分配，言明有關事項如下：一、各合夥人暫行分配數額，列明如下：㈠上訴人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被上訴人425萬元。二、上訴人保證業已受讓吳金發、張城之股權比例（合計為30%），故吳金發、張城『股權』比例部分，應由上訴人負責處理」等語（原審卷一第142至143頁），可知系爭合夥於84年1月12日暫行分配時，僅由兩造、謝仁楷、楊昭臣、謝松男等5人進行分配，吳金發、張城未再列名為受分配之合夥人，且敘明上訴人因受讓吳金發、張城之股權比例而自其原30%之股權比例增為60%（5,100萬÷8,500萬＝60%）受分配，足見吳金發、張城已與上訴人合意將其等對系爭合夥各20%、10%之股權轉讓上訴人，且為包

含被上訴人在內之其他合夥人所知悉，依系爭合夥契約上開約定意旨，此股權讓與已合法生效，毋待其他合夥人過半數之同意，且無以上訴人承諾同意受系爭合夥契約拘束為必要。被上訴人抗辯：吳金發、張城書立讓渡書之轉讓標的僅為合夥之投資標的即合夥財產，並非合夥股權，且不合系爭合夥契約第11至13條約定，不生轉讓合夥股權之效力等語，要不可採。

③準此，於上訴人主張與謝松男共同以78號信函及起訴狀繕本之送達開除被上訴人時，吳金發並非合夥人，堪以認定。

⑵謝仁楷部分：

①依89年修正施行前民法第685條規定：「合夥人之債權人，就該合夥人之股分，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。」各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體公同共有，民法第668條定有明文。是以原則上，合夥人非經他合夥人全體之同意，不得處分其對於合夥之股份（參同法第683條規定）。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，就該合夥人之股份，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號民事裁定要旨參考）。

②上訴人已於原法院核發系爭執行命令2個月前之86年12月間，通知系爭合夥當時之其他全體合夥人即被上訴人、謝松男、楊昭臣（不含當時已非合夥人之張城、吳金發），其將依法聲請扣押謝仁楷之系爭合夥

股份等情，有存證信函及掛號郵件收件回執可稽（本院卷五第65至69頁），嗣經原法院核發系爭執行命令，就謝仁楷之合夥出資返還請求權及利益分配請求權於1,360萬元及利息、執行費之範圍內予以扣押（參兩造不爭執事項㈥），揆諸上開說明，謝仁楷對系爭合夥已生退夥之效力。且原法院復於93年1月26日核發基院雅86執讓字第537號執行命令，將上開扣押之謝仁楷因退夥所得行使之出資返還請求權及利益分配請求權移轉於上訴人（本院卷五第59至61頁原法院執行命令），益徵謝仁楷已非合夥人甚明。

⑶承上，於上訴人主張其與謝松男共同以78號信函及起訴狀繕本之送達開除被上訴人時，吳金發、張城及謝仁楷均非合夥人，楊昭臣亦已死亡而非系爭合夥之合夥人（參兩造不爭執事項㈠、㈧），全體合夥人僅餘兩造及謝松男，堪予認定。

3.上訴人有無開除被上訴人之正當事由？

按合夥人之開除，以有正當理由為限，且經他合夥人全體之同意為之，並應通知被開除之合夥人，此觀民法第688條規定自明。參諸其立法理由為：謹按合夥人有應行開除之事由發生時，為合夥人全體之公益，及合夥事業之發展計，自應將該合夥人開除，以保護其他合夥人之利益。但開除之要件有二：（一）必須有正當理由。（二）必須以他合夥人全體之同意為之。否則濫行開除，自非法律所許。所稱正當理由，係指一定之事由存在於某一合夥人上，因而不可期待他合夥人與之繼續合夥關係而言（最高法院111年度台上字第2543號判決意旨參照）。茲就上訴人主張開除被上訴人之事由析述如下：

⑴關於被上訴人是否未繳納900萬元出資款部分：

上訴人主張被上訴人未繳納900萬元出資款，無非係以系爭合夥契約並無關於被上訴人已繳納出資額之記載為其論據。惟查，系爭合夥契約附表三至附表三之㈣記載

有系爭合夥之各合夥人於合夥成立時分別已支出費用明細，於計算其等各支出費用數額並將之轉作股款繳納後，於附表三之㈠至㈣中分別載明謝仁楷、吳金發、張城、謝松男、楊昭臣尚應繳納之股款數額，及上訴人溢繳742萬184元，應由合夥返還之等語（參原審卷一第71至82頁），即明確記載上訴人、謝松男、吳金發、張城、謝仁楷、楊昭臣等6名合夥人溢繳或尚欠之股款金額，獨無被上訴人應繳納之股款數額。依證人謝仁楷於原審具結證稱：被上訴人是勞務出資，因為他在系爭合夥契約簽立前，就有協助處理取得土地、建照及合夥整合事宜。系爭合夥同意給他750萬元勞務酬勞，約定由上訴人支付，但上訴人沒有實際支付，嗣由上訴人建議且經其他合夥人同意後，邀請被上訴人加入合夥並負擔執行合夥事務之勞務，故被上訴人無須現金出資，此為當時被上訴人加入合夥並擔任執行合夥人之條件。上訴人先前從未質疑被上訴人未繳納出資款，其他合夥人也未曾質疑被上訴人有欠繳股款問題，上訴人係遲至109年間才在其對我另案訴請土地所有權移轉登記訴訟中（案列：臺灣花蓮地方法院【下稱花蓮地院】107年度重訴更一字第1號、本院花蓮分院109年度重上字第20號、最高法院111年度台上字第2543號、本院花蓮分院112年重上更一字第1號、最高法院113年度台上字第1239號、本院花蓮分院115年度審重上更二字第1號；下稱另案3），作此主張等語（原審卷四第28至29頁），及證人即草擬系爭合夥契約及暫行分配協議書之代書吳文鉅於原審結證以：被上訴人是最後加入的合夥人，本來應該是上訴人提付酬勞給被上訴人，再由合夥返還款項給上訴人，被上訴人則拿錢就走人。因當時上訴人已支出將近8千萬元投入建案，亟欲再找人加入，被上訴人經上訴人情商後始加入合夥，當時被上訴人說他沒錢怎麼加入，上訴人說錢的事情他會負責，本來合夥應給被上

訴人的酬勞可轉作股款。後來84年1月12日簽立暫行分配協議書時，也沒有合夥人質疑被上訴人有未繳納股款的問題等語（原審卷四第10至11、13、15頁），暨證人楊昭臣於86年11月13日本院另案1準備程序時同證稱：每個合夥人都有繳足合夥出資等語明確（花蓮地院102年度重訴字第29號影卷【下稱重訴29號影卷】二第53頁反面）。佐以上訴人與謝松男於101年4月20日寄發78號信函中所列開除被上訴人之事由，並不包含「被上訴人未履行900萬元出資款」一節（原審卷一第235至236頁），暨其2人先後於同月23日、30日寄發之79號信函、91號信函亦未述及被上訴人有「未履行900萬元出資款」情形（原審卷一第263至269頁），參互以察，堪認被上訴人抗辯系爭合夥之全體合夥人同意其以勞務出資方式加入系爭合夥契約，無須現金出資等語，應屬可採。故上訴人以被上訴人未繳納900萬元出資款為開除事由，並非有據。

⑵關於被上訴人是否未繳納250萬元增資款部分：

系爭合夥於81年12月11日經合夥人決議增資5,000萬元，依比例被上訴人應增資250萬元，上訴人為被上訴人墊繳增資款250萬元予系爭合夥。嗣上訴人於86年間對被上訴人提起另案1訴請給付此筆代墊款，經判決其勝訴確定後，上訴人已執另案1確定判決於88年間向臺灣臺北地方法院提存所領取被上訴人提存之250萬元而受償完畢（參兩造不爭執事項㈢）。又被上訴人係委任上訴人代為墊付此筆增資款，業經另案1確定判決認定明確（參原審卷一第254、258至261頁另案1之本院及最高法院判決），被上訴人自無未繳納增資款情事，縱其嗣後未返還該筆墊付款項予上訴人，亦僅屬兩造間債務不履行之爭議，與被上訴人有無履行系爭合夥契約出資義務無涉，此有證人楊昭臣於86年11月13日本院另案1準備程序時結證：每個合夥人都有繳足合夥出資及增資

款，至於合夥人間有無代墊款項為其私人問題等語（重訴29號影卷二第53頁反面），亦可參佐。況上訴人早於88年間即受償該250萬元之代墊增資款，則其嗣與謝松男再以78號信函及起訴狀繕本，主張被上訴人積欠該增資款為開除事由，顯非可採。

⑶關於被上訴人是否怠於執行合夥事務部分：

上訴人主張：被上訴人自84年1月12日後，未再向全體合夥人報告合夥業務執行之始末，怠於執行合夥事務，致系爭合夥合建房屋銷售案無法續行等語。經查：

①系爭合夥事業為開發系爭土地、建屋銷售（145號建照），系爭合夥契約固約定執行合夥人為被上訴人，然於系爭合夥契約簽立前之81年10月13日，145號建照起造人業經核准由國僑建設股份有限公司（下稱國僑公司）變更為上訴人擔任負責人之茂林建設開發股份有限公司（下稱茂林公司）（參本院卷一第323至324頁建照影本），部分土地則經信託登記於謝仁楷名下。而系爭合夥之合夥人出資款、客戶款及相關工程款項暨合夥暫行分配款，均係以建案起造人茂林公司名義帳戶收支，相關傳票、帳目則由楊昭臣製作等情，為上訴人自陳在卷（本院卷五第80至82頁），復於原法院98年3月31日另案2言詞辯論時具結證稱：我與楊昭臣是表兄弟，楊昭臣受僱於我，擔任我各家公司會計兼出納，系爭合夥帳目也是由楊昭臣製作，並保管相關帳戶存摺及印章等語明確（參花蓮地院107年度重訴更一字第1號影卷二第357至361頁），於其對被上訴人提起另案誣告告訴案件（案列臺灣臺北地方檢察署【下稱臺北地檢署】97年度偵字第5604號）之96年9月13日偵查程序中自承：茂林公司是我在負責，系爭合夥成立後，是我在處理房屋銷售事宜。系爭合夥登記在茂林公司名下之房屋尚有25戶，現已未再銷售，因為土地登記在謝仁楷名下，謝仁楷不願意

賣，所以房子不能賣等語明確（參本院花蓮分院109年度重上字第20號影卷【下稱重上20號影卷】二第323至327頁），並經上訴人提出相關傳票及茂林公司帳戶之客戶資料查詢單、帳戶明細為證（本院卷五第91至127頁）。

②徵諸證人楊昭臣於86年7月1日原法院另案1言詞辯論時結證稱：我跟上訴人是表兄弟，現金傳票是我製作，我看有錢進茂林公司帳戶就製作傳票等語（重訴29號影卷二第48至49頁），及於86年11月13日、87年7月30日本院另案1準備程序時先後證稱：系爭合夥的範圍包括買土地、買建材蓋房子等項目，是以茂林公司名義蓋房子，土地是謝仁楷的名義購買。我是受僱上訴人公司，擔任會計人員，系爭合夥初始有約定一個茂林公司帳戶為合夥收支帳戶，增資款項即匯入該帳戶，我的出資款及增資款均是交給上訴人處理。該收支帳戶印章及存摺由我保管、管帳。系爭合夥契約是約定被上訴人為執行股東，其他股東也有管事。（合夥進行情形？）房子蓋了3分之2，還有3分之1沒蓋，因為時機不對，且謝仁楷、兩造等人間有點糾紛，以致無法做下去，詳情我不清楚等語（重訴29號影卷二第53至54、57頁）；佐以被上訴人對上訴人提起另案侵占告訴案件（臺北地檢署95年度偵字第4804號）中，證人謝仁楷於95年5月1日偵詢時證稱：（系爭合夥執行狀況如何？）在簽訂系爭合夥契約之前，原本是國僑公司，後來找上訴人加入合夥，由上訴人收錢並負責相關作業。系爭合夥契約簽立後，被上訴人為執行合夥代表人，上訴人是茂林公司董事長，他是以個人為合夥人之一，81年12月11日合夥人開會決定要增資5,000萬，但在此之前已經發包由上訴人弟弟林茂聰施工，故該次開會才決定由林茂聰來統包，當時約定要與林茂聰訂立合約但沒有訂，我估計83年

初賣出房屋的價金已可陸續償還合夥人股本，但一直沒有下來，經被上訴人要求上訴人拿出，上訴人才拿出8,500萬來暫行分配。（合夥財產是否現在還沒有清算？）當初我們投資1億8,000萬其中包括買土地、仲介處理費，後來又增資5,000萬共2億3,000萬，但只有分配8,500萬，現在土地都還在，部分登記於我名下，我認為仍有部分款項尚未分配，但不知確實數據，因為迄今仍未清算。現在合夥財產還有土地及房屋20多棟，房屋都登記在茂林公司名下，土地是在我名下，均為合夥財產。上訴人從85年起即與伊有訴訟等語（參原審卷二第309頁臺灣臺北地方法院97年度聲判字第87號刑事裁定第5頁），及於原審結證：（被上訴人實際執行合夥事務情形為何？）於系爭合夥契約簽立前，合夥事務係由上訴人處理，簽約後，上訴人並未依約將合夥事務移交給執行合夥人即被上訴人，合夥事務全部由上訴人的自己人處理，售屋款也是以茂林公司名義收取，且有部分款項匯入上訴人其他相關帳戶。合夥建屋工程是由上訴人胞弟林茂聰負責，也迄未依81年12月11日會議決議由林茂聰與系爭合夥簽立承攬工程合約。以一般常理，如果被上訴人確實是實際執行合夥人，上訴人僅需訴請清算合夥財產訴訟即可解決所有爭議，然其近30年來從未對被上訴人要求分配合夥房地售屋款或侵占告訴。本件是其他合夥人向上訴人提出售屋款暫行分配，上訴人不得已才於84年1月12日提出8,500萬元供暫行分配等情（原審卷四第29至31頁），並有81年12月11日會議記錄記載「工程部分：由林茂聰統包，另訂合約」等語可憑（原審卷二第237頁），暨證人吳文鉅於原審證述：建案相關現金收支傳票是上訴人指示楊昭臣製作，後來客戶交屋陸續完成，錢越來越多，合夥人就要求分配，上訴人就是不願意拿錢出來，迭經催促，

上訴人才拿出8,500萬元供合夥人暫行分配等語明確（原審卷四第13頁），佐以證人徐丙福於上開侵占案件96年12月20日偵訊時證稱：我與兩造相識1、20年，因為我對建築比較內行，3年多前，上訴人找我當和事佬聯絡被上訴人，3人一起到花蓮，請我估算建屋所需合理費用，同時也把帳目清一清。被上訴人認為上訴人以每戶170萬元包給林茂聰施作太貴，我建議每戶降20萬元，兩造不同意，我說：你們很笨，還有20幾戶房子及3000多坪土地，應該要和解。後來我有再聯絡兩造，但兩造仍有不同意見而未果等情（重上20號影卷二第333至339頁），參互以觀，可知系爭合夥契約第15條固約定以被上訴人為執行合夥人，惟在合夥關係成立以後，舉凡興建房屋之工程發包施工、房屋銷售、收支帳戶、盈餘分配等合夥事務執行，上訴人實際參與甚深並掌握相關資金及帳目資料，且因系爭合夥遲未依合夥人上開81年12月11日會議決議與承攬工程之上訴人胞弟林茂聰簽立工程契約明定工程費用數額，兩造間乃就工程費用認列事宜產生齟齬，經共同友人徐丙福居中協調未果，被上訴人有報告合夥業務執行始末之客觀障礙，另謝仁楷亦爭執上訴人並未將掌握之茂林公司帳戶等收支帳戶款項明細如實揭露以供盈餘分配，從而衍生合夥人間近30年來多件民刑事訴訟，復因建案房屋起造人為茂林公司、部分土地則登記於謝仁楷名下，彼此僵持不下，導致後續售屋、建屋等合夥事務停擺無法順利續行。基此，系爭合夥事務無法續行之事由顯非僅存在於被上訴人一方，揆諸前開民法第688條規定意旨，上訴人以被上訴人未向全體合夥人報告合夥業務執行之始末，怠於執行合夥事務，致系爭合夥無法續行一節，執為開除被上訴人之正當理由，洵不足取。

4.準此，被上訴人已履行900萬元出資義務，且上訴人無開

除被上訴人之正當事由，被上訴人仍為系爭合夥之合夥人。故上訴人先位請求確認兩造間合夥關係不存在，及依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付其900萬元出資款，並非有據。

㈡備位之訴部分：

依前，被上訴人已履行900萬元出資義務，則上訴人備位依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付900萬元予兩造公同共有，亦非有理。

六、綜上所述，上訴人先位請求確認兩造間合夥關係不存在，及依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付其900萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，暨備位依系爭合夥之出資請求權及合夥人出資請求權，請求被上訴人給付上開900萬元本息予兩造公同共有，均非正當，不應准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

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，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，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日

民事第五庭

審判長法　官　賴惠慈

法　官　賴秀蘭

法　官　林伊倫

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　　115　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　林伶芳