|  |
| --- |
| **中 國 文 化 大 學 101 學 年 度 第 2 學 期 期末 考 試 試 題 紙** |
| 考 試 科 目(中文名稱) | 開課系級 | 考 試 時 間 | 印製份數 | 命題教師 | 頁數 |
| 民法債編各論 | 財三B | 月日第節（0:0-0:0） | 70 | 林信和 | 共 1 頁第 1 頁 |

□原卷作答(不須附答案紙，但請加學生學號及姓名欄) □可帶非記憶型計算機 □可帶工具書

**註一：先讀題，按各題分數妥為分配時間；依考題所示題序號碼逐一作答(避免失序)；字體端正適中、附法條及理由，相當論述。**

**註二：暑假如同周末，不是給你們玩樂的；請把握良機，彌補過去，拯救將來！**

**註三：Les Misérables：大學四年瞬即過去，別再自欺欺人混文憑，暗自得意卻前途無亮。**

**一、**甲到台北參觀花博，投宿某五星級旅館，竟然：(1)大廳皮夾遭扒、(2)櫃台旁筆電被掉包、(3)汽車在附設停車場遭竊、(4)房間遭闖空門。問旅館主人責任如何？(25分)

**答：**

 按民法第589條之規定：「稱寄託者，謂當事人一方以物交付他方，他方允為保管之契約。受寄人除契約另有訂定或依情形非受報酬即不為保管者外，不得請求報酬。」、同法第590條之規定：「受寄人保管寄託物，應與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」、**同法第606條之規定：「旅店或其他供客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性質或因客人自己或其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」、同法第608條第1項：「客人之金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，非經報明其物之性質及數量交付保管者，主人不負責任。」**

 (1)甲之皮夾為通常之物。又第三人之侵權行為，為普通事變， 應由五星級旅館主人負責，此乃當然解釋，不待明文規定。(參民法第606條88年4月21日修正理由)。

 (2)筆電似可認係貴重物品，甲若未依民法第608條第1項，先向五星級旅館主人報明其物之性質及數量後，交付保管者，主人不負責任。

 (3)甲之汽車停在五星級旅館附設停車場，依台灣習慣：

 a. 如將車輛鑰匙交由停車場人員保管，可認其為寄託，受託人自應依有償、無償寄託之注意義務，負保管責任，似無疑義。（§590參照）

 b. 但如係停放後自行保管鑰匙，則難認有寄託之關係，儘管有收取停車費、有停車卡、有管制哨或柵欄、有管理人員巡邏等設施。此時應認係停車位之使用借貸(如為無償)，或係停車位之按時租賃(如為有償)，如有失竊或毀損，旅館僅就自己與員工之故意過失負其責任。事實上，坊間停車場或旅館附設停車場未免其責任，通常會在現場立告示牌，停車票亦常見加註，並提醒隨身攜帶、勿置放車內云云。

※甲之汽車停在五星級旅館附設停車場，究屬寄託、借用(無償)或租用(有償)，不無疑問：

1. 前述在五星級旅館附設停車場，將車輛(鑰匙)交付保管，縱保管人為旅館員工，旅館亦不負§606「場所主人責任」之普通事變(無過失)責任，因為車輛顯然不是§606所規範之「所攜帶物品」。

2. 報紙報導稱，實務上曾有判決，某餐廳代客停車之人員雖非為該餐廳之員工（社會上存在幫派把持餐館之代客停車，變相的收取保護費現象），但其代客停車為餐廳所容忍，外觀上認係餐廳之員工，受餐廳之指揮監督，故因保管不當車輛失竊（此案之發生，為停車小弟代停車輛後將鑰匙丟放於路旁服務台抽屜內，遭人覬覦趁機竊取，輕易開走路邊車輛），餐廳自應負有償寄託之受託人責任。

3. 監守自盜案例參照：

 [臺灣新北地方法院 93年度訴字第 414 號 民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c607&cnt=1&recordNo=1)

 依民法第一百八十八條第一項前段規定：受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，乃指包括在客觀上足以認為與其執行職務有關，或執行職務予以機會之行為而不法侵害他人之權利在內。被告劉○龍乃被告海○家公司之受僱人，北○游泳池貴重物品之置物櫃乃被告海○家公司所設，而由其受僱人即被告劉○龍執行對泳客貴重物品保管之工作，劉○龍於執行職務時不法侵害原告之權利，其僱佣人海○家公司自應依前開法條，與其受僱人劉清龍連帶負損害賠償責任。次按民法第五百九十條規定，受寄人保管寄託物，應與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。另民法第二百二十四條規定債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意過失，負同一責任。就雙務有償契約乙點，與電動販賣機投入金錢，可以獲得一定之服務性質一樣，故投幣以寄物，屬於一般有償寄託，道理至淺。從而，本件應屬一般有償寄託契約，亦即被告所負之責任為民法第五百九十條第二項之過失責任，而非第六０八條，故被告若要免責，需證明其已盡善良管理人責任。

 (4) 同(1)，若第三人之侵權行為(闖空門)，造成甲之物品毀損或喪失，場所主人應負擔無過失之損害賠償責任。

 另特別注意，若旅館有揭示方法減免責任者，依民法第609條規定，其揭示無效。

**二、**以下各當事人間法律關係如何？(1)居間人竟然「不以當事人一方之姓名或商號告知相對人」，(2) 行紀人竟然「僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知委託人」， (3)承攬運送人竟然「自行運送物品」，(4) 隱名合夥人竟然「參與合夥事務之執行，或為參與執行之表示，或知他人表示其參與執行而不否認」。(25分)

行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對之約定外，行紀人得自為買受人或出賣人，其價值以依委託人指示而為出賣或買入時市場之市價定之。前項情形，行紀人仍得行使第五百八十二條所定之請求權。

答：

1. 按民法第575條第2項之規定：「居間人不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，應就該方當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並得為其受領給付。」
2. §575Ⅱ就是「隱名居間」的規定。
3. 隱名居間，其隱名之理由，因§575Ⅰ之規定：「當事人之一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。」§575Ⅰ不告知義務之規定，為§567Ⅰ居間人告知義務之例外規定，為債之通則§199Ⅲ之模範條文。
4. 理論上，居間人可能藉辭有§575Ⅰ之情形而不告知相對人，甚至自己為實際之當事人，但因§575Ⅱ規定之結果，相對人即以居間人之訂約能力及履約能力為締約之考量，此對於相對人並無不利，故無關緊要。
5. 然而，隱名居間仍為居間，相對人仍應支付報酬，原則上為報酬額之一半，另一半由居間人自行負責。（§570以及§587Ⅱ參照）
6. 按民法第588條之規定：「行紀人得自為買受人或出賣人時，如僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，視為自己負擔該方當事人之義務。」

A. §588不是單獨的條文規定，係承襲§587而來。§587規定：「行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對之約定外，行紀人得自為買受人或出賣人，其價值以依委託人指示而為出賣或買入時市場之市價定之。前項情形，行紀人仍得行使第五百八十二條所定之請求權。」所以§588所稱「行紀人得自為買受人或出賣人時」係指§587規定之「行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者」。

 B.從而，當「行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者」，行紀人既得依§587之規定，光明正大「自為買受人或出賣人」（行紀人之介入權），或依§588之規定「隱名經紀」擬制為他方當事人。如隱名合夥之情形，即使實際上是行紀人自為他方當事人，對於委託人並無不利之情形，所以無需另為其他防弊之規定。

 (3)按民法第663條之規定：「承攬運送人，除契約另有訂定外，得自行運送物品。如自行運送，其權利義務，與運送人同。」

 A.故如契約訂定承攬運送人不得自行運送物品，而承攬運送人逕為自行運送時，除應負契約債務不履行之責外，並應負較重之運送人責任。

 B.如契約並未另有訂定，承攬運送人自行運送物品，其權利義務，與運送人同。本案可參物品運送之相關法條(民法第624條至653條)

 C.此一考題再提醒同學，承攬運送人與運送人責任原本大不相同，但一旦自行運送就必需承擔與運送人同一之責任：

 (a)運送人責任依§634之規定，為普通事變之無過失責任。

 (b)承攬運送章節本身無過失責任之例外規定，本應回歸§§220-224債之通則關於債務人過失責任之規定。

i. 且依§660Ⅱ規定：「承攬運送，除本節有規定外，準用關於行紀之規定。」而§577又規定：「行紀，除本節有規定者外，適用關於委任之規定。」再依§535之規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」茲因承攬運送必為有償契約(§660Ⅰ)，故承攬運送人的法定責任乃係善良管理人之注意義務。

ii.次觀承攬運送§665規定：「第六百三十一條、第六百三十五條及第六百三十八條至第六百四十條之規定，於承攬運送準用之。」顯然有意不用§634運送人之普通事變無過失責任規定，至為明顯！

 (4)按民法第705條之規定：「**隱名合夥人**如參與合夥事務之執行，或為參與執行之表示，或知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任。」

 A. 此條所謂「表見出名營業人」乃係我國民法表見制度之一環，所稱「對於第三人，仍應負出名營業人之責任」，係指第三人(無論善意或惡意，如民法§31、公司法§12為強化登記之效力)主張其為普通合夥人時，其不得以其與其他合夥人約定為隱名合夥之事實對抗之。

 B. 立法技術類似民法§169表見代理之規定，但§169但書「但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」僅只保護善意且無過失之第三人，請參照之。

 C. §705規定的結果，隱名合夥人與其他合夥人間「縱有反對之約定」，也會發生當事人間仍依隱名合夥之法律關係，但對第三人始生「負出名營業人之責任」之效力問題，故對內對外效力並不一致。

 D. 法律上規定內外效力不一致之現象，所在多有，例如民法§92Ⅱ、§297Ⅰ、§301Ⅰ、Ⅱ，民事訴訟法§71Ⅰ、Ⅱ等規定，請參考。

**三、**以下各當事人間法律關係如何？(1)甲乙共同以10萬元價格賣A牛於丙，因遲延給付需另支付違約金10萬元，(2) 甲乙共同向丙借得B馬，但遭甲虐死無法返還了，(3) 甲乙合夥經營「台北冰館」，冰館欠丙100萬元貨款，丙起訴請求甲乙與「台北冰館」連帶清償；(4)，前小題，冰館欠丁200萬元貨款，丁對「台北冰館」取得勝訴判決確定後強制執行無果，竟然請求拍賣甲乙之財產。 (25分)

答：按民法第271條規定：「數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給付本不可分而變為可分者亦同。」、同法第272條規定：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。」

(1)違約金乃係約定之損害賠償(暫且不論是否此違約金為不履行損害之賠償總額，或是債權人另得對債務人請求履行債務)，此損害賠償之債務，係為給付可分，且法律並未規定違約金為連帶債務。再依題示，兩造並未明定甲乙應就違約金各負全部給付之責任。故此違約金應非連帶債務（§272參照），而由甲乙平均分擔違約金之債務（§271參照）。

 A. 甲乙就A牛之給付，未見約定為連帶債務，但依§292之規定，不可分債務準用連帶債務之規定，甲乙就A牛之給付，於給付不可分之情形下，準用連帶債務之規定。

 B. 甲乙就10萬元違約金部分，由甲乙依可分債務之規定平均分擔其債務（§271）。

 (2)按民法第471條之規定：「數人共借一物者，對於貸與人，連帶負責。」，此為法律明文規定之連帶債務，甲乙應連帶就返還B馬不能之事負賠償之責。並不適用§271可分之債之規定：「數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；**其給付本不可分而變為可分者亦同**。」

 (3)按民法第681條之規定：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」，甲乙合夥人對不足之額，連帶負其責任，然此為「合夥人之補充連帶責任」之規定，再為證明合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權尚未發生，故丙債權人請求命各合夥人對於合夥不足之額須負連帶清償，自應就此項要件之存在，先主張並負舉證之責任。(最高法院29年上字第1400號民事判例、最高法院66年11月15日 66年度第九次民庭庭推總會議決議)。然關此，有學者認(如沈冠伶等)，為求有效解決紛爭，及債權人之訴訟選擇權，亦得於請求時併列合夥人為被告。

 A. 起訴時僅以合夥為被告，合乎民事訴訟法§40Ⅲ「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。」之規定。

 (a) [最高法院 41年台上字第 1040 號 民事判例](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=A,B,E&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e4%ba%8b%e8%a8%b4%e8%a8%9f%e6%b3%95%2c40&cnt=30&recordNo=21" \t "_parent)參照：「某某影業社僅為上訴人獨資經營事業之名稱，而與民法上之合夥組織有別，無從認為民事訴訟法第四十條第三項之非法人之團體，自無當事人能力。原判決列某某影業社為當事人，而以上訴人為其法定代理人，於法顯有未合。」

(b)[最高法院民事判例 51 年台上字第 2307 號](http://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?TY=J&JC=A&JYEAR=51&JCASE=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&JNO=2307&JNUM=001)：「合夥關係之存在與否，固可為確認之訴之標的，但孰為某合夥之合夥人，則為事實問題，不得為確認之訴之標的，且合夥債權人對於合夥人提起確認合夥關係存在之訴，以合夥財產不足清償合夥債務時，始能謂其有即受確認判決之法律上利益。」

(c) [最高法院 100年度台上字第 715 號 民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c681&cnt=56&recordNo=7" \t "_parent)：「合夥與獨資不同，前者為二人以上互約出資以經營共同事業之契約（民法第六百六十一條），具有團體性，通常稱之為合夥團體或合夥事業。合夥團體所負之債務，與各合夥人個人之債務有別，本於各合夥人對合夥債務僅負補充責任之原則，合夥債務應先由合夥財產清償，必須於合夥財產不足清償合夥債務時，各合夥人對於不足之額始負連帶清償之責任（民法第六百八十一條）；後者則為一人單獨出資經營之事業，通常稱之為獨資事業，該事業為出資之自然人單獨所有，獨資事業之債務應由該自然人負全部責任。因此，契約之債務人倘係獨資時，債權人本於契約之法律關係對之為請求時，固應向出資之自然人為之，惟如為合夥者，即應對具有當事人能力之合夥團體（本院四十一年台上字第一○四○號判例參照），並以負責醫師為法定代理人（合夥為醫療機構時），或以全體合夥人為其權利義務之主體而為請求，而不得僅對合夥人中之數人或一人請求。」

#### B. 當事人持勝訴之確定判決聲請強制執行，於合夥無財產或財產不清償時，自得依§681之法律規定，請求法院直接對於合夥人之財產繼續強制執行。

#### (a) 司法院[院 字第 918 號](http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel_jword=%B1%60%A5%CE%A6r%A7O&N1=%B0%7C&N2=918&Y1=&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&kt=&kw=&keyword=&sdate=&edate=&ktitle=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=ctype&typeid=C&recordNo=1)解釋：「來呈所述原確定判決。雖僅令合夥團體履行債務。但合夥財產不足清償時。自得對合夥人執行。合夥人如有爭議。應另行起訴。」

#### (b) 辦理強制執行事件應行注意事項第2點第(四)項規定：「（四）確定判決命合夥履行債務者，應先對合夥財產為執行，如不足清償時，得對合夥人之財產執行之。但其人否認為合夥人，而其是否為合夥人亦欠明確者，非另有確認其為合夥人之確定判決，不得對之強制執行。」

#### (c) [最高法院民事判例 49 年台上字第 789 號](http://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?TY=J&JC=A&JYEAR=49&JCASE=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&JNO=789&JNUM=001)：「上訴人對於被上訴人所經營之合夥商號已取得一萬五千元之執行名義，無論債之發生係基於何種原因，而在該確定判決未依再審程序變更以前，要難否認其為合夥之債務，在合夥財產不足清償合夥債務時，各合夥人對於不足之額，不能不負連帶清償責任。」

#### (d) [最高法院 95年台抗字第 691 號 民事裁定](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c681&cnt=56&recordNo=12" \t "_parent)：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額連帶負其責任，合夥人退夥後，對於退夥前合夥所負債務，仍應負責，為民法第六百八十一條、六百九十條所明定。又對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義。命合夥履行債務之執行名義，於合夥財產不足清償時，得對合夥人之財產執行，司法院著有院字第九一八號解釋在案。以故，合夥之債權人持對合夥之執行名義，聲請對合夥人之各別財產為強制執行，執行法院應就債權人提供之資料，為形式之審查，倘合夥之債務，確係在合夥人退夥前所發生，而合夥之財產又不足以清償，執行法院自應准許債權人併對合夥人為強制執行，合夥人對之如有爭執，應由合夥人另行起訴解決。倘就債權人提供之資料為形式審查，合夥之債務確非合夥人退夥前所發生或合夥之財產足以清償合夥債務時，執行法院始得駁回合夥債權人對合夥人強制執行之聲請，合夥債權人對之如有爭執，應由合夥債權人另行起訴解決。」

#### (e) [最高法院 101年度台上字第 328 號 民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c681&cnt=56&recordNo=6" \t "_parent)：「對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋「原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行」。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理。故合夥人以約定或決議，委任部分合夥人執行合夥事務，而使此部分合夥人於執行合夥事務之範圍內，對於第三人為其他合夥人之代表，則以合夥團體為原告或被告，提出與合夥事務有關之訴訟，而由此部分合夥人代表合夥團體者，可認為此部分合夥人係經其他合夥人授予訴訟實施權，基於任意訴訟擔當之法理，為其他合夥人為原告或被告，依民事訴訟法第四百零一條第二項、強制執行法第四條之二第一項第二款規定，應認此確定判決之既判力、執行力擴張及於其他合夥人。惟合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，依民法第六百九十條雖仍應負責，然已不具有合夥人身分，則於其退夥後，以合夥團體為原告，提出與其退夥前合夥事務有關之訴訟，雖由執行事務之合夥人代表合夥團體，但無從基於任意訴訟擔當之法理，認該確定判決之既判力、執行力可擴張及於已退夥之合夥人。」

#### C. 起訴時如僅以合夥人為被告，則需證明合夥不足清償債務，否則其訴為無理由。

#### (a) [最高法院民事判例 29 年上字第 1400 號](http://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?TY=J&JC=A&JYEAR=29&JCASE=%e4%b8%8a&JNO=1400&JNUM=001)：「民法第六百八十一條規定，合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額連帶負其責任。是合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人請求命各合夥人對於不足之額連帶清償，自應就此項要件之存在，負主張並舉證之責任。」

#### (b) [最高法院民事判例 49 年台上字第 118 號](http://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?TY=J&JC=A&JYEAR=49&JCASE=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&JNO=118&JNUM=001)：「合夥之債務應由合夥財產清償，於合夥財產不足清償時，各合夥人對於不足之額，始負連帶清償之責任。故合夥之債權人請求合夥人清償合夥之債務者，應就合夥財產不足清償合夥之債務，負舉證之責。」

#### D. 起訴時如併列合夥及合夥人為被告，則因§681規定之結果，似應認對於合夥人為被告之部分，無權利保護之必要，而予駁回，但自應說明其理由。關乎此，

#### (a) 實務上並不承認可以併列合夥及合夥人為被告。最高法院66年11月15日 66年度第九次民庭庭推總會議決議：「…實務上尤無於合夥 (全體合夥人) 之外，再列某一合夥人為共同被告之理。」臺灣高等法院臺南分院 98年度上字第 104 號 民事判決：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權即尚未發生。被上訴人雖主張系爭電器行為合夥組織，而已無財產足以清償合夥債務，故請求連帶賠償，但被上訴人取得執行名義後，即得對合夥人財產執行，欠缺權利保護必要。惟被上訴人取得支票並非惡意，故自得向上訴人請求給付票款。」

#### (b) 有學者認(如沈冠伶等)，為求有效解決紛爭，及債權人之訴訟選擇權，亦得於請求時併列合夥人為被告。但為實務所不採。（參最高法院66年11月15日 66年度第九次民庭庭推總會議決議所不採之乙說）

 (4)

####  A. 如上述(3)B.論述，當事人持勝訴之確定判決聲請強制執行，於合夥無財產或財產不清償時，自得依§681之法律規定，請求法院直接對於合夥人之財產繼續強制執行。

#### (a) 司法院[院 字第 918 號](http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel_jword=%B1%60%A5%CE%A6r%A7O&N1=%B0%7C&N2=918&Y1=&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&kt=&kw=&keyword=&sdate=&edate=&ktitle=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=ctype&typeid=C&recordNo=1)解釋：「來呈所述原確定判決。雖僅令合夥團體履行債務。但合夥財產不足清償時。自得對合夥人執行。合夥人如有爭議。應另行起訴。」

#### (b) 辦理強制執行事件應行注意事項第2點第(四)項規定：「（四）確定判決命合夥履行債務者，應先對合夥財產為執行，如不足清償時，得對合夥人之財產執行之。但其人否認為合夥人，而其是否為合夥人亦欠明確者，非另有確認其為合夥人之確定判決，不得對之強制執行。」

#### (c) [最高法院民事判例 49 年台上字第 789 號](http://law.moj.gov.tw/LawClass/ExContent.aspx?TY=J&JC=A&JYEAR=49&JCASE=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&JNO=789&JNUM=001)：「上訴人對於被上訴人所經營之合夥商號已取得一萬五千元之執行名義，無論債之發生係基於何種原因，而在該確定判決未依再審程序變更以前，要難否認其為合夥之債務，在合夥財產不足清償合夥債務時，各合夥人對於不足之額，不能不負連帶清償責任。」

#### (d) [最高法院 95年台抗字第 691 號 民事裁定](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c681&cnt=56&recordNo=12" \t "_parent)：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額連帶負其責任，合夥人退夥後，對於退夥前合夥所負債務，仍應負責，為民法第六百八十一條、六百九十條所明定。又對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義。命合夥履行債務之執行名義，於合夥財產不足清償時，得對合夥人之財產執行，司法院著有院字第九一八號解釋在案。以故，合夥之債權人持對合夥之執行名義，聲請對合夥人之各別財產為強制執行，執行法院應就債權人提供之資料，為形式之審查，倘合夥之債務，確係在合夥人退夥前所發生，而合夥之財產又不足以清償，執行法院自應准許債權人併對合夥人為強制執行，合夥人對之如有爭執，應由合夥人另行起訴解決。倘就債權人提供之資料為形式審查，合夥之債務確非合夥人退夥前所發生或合夥之財產足以清償合夥債務時，執行法院始得駁回合夥債權人對合夥人強制執行之聲請，合夥債權人對之如有爭執，應由合夥債權人另行起訴解決。」

#### (e) [最高法院 101年度台上字第 328 號 民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%2c681&cnt=56&recordNo=6" \t "_parent)：「對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋「原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行」。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理。故合夥人以約定或決議，委任部分合夥人執行合夥事務，而使此部分合夥人於執行合夥事務之範圍內，對於第三人為其他合夥人之代表，則以合夥團體為原告或被告，提出與合夥事務有關之訴訟，而由此部分合夥人代表合夥團體者，可認為此部分合夥人係經其他合夥人授予訴訟實施權，基於任意訴訟擔當之法理，為其他合夥人為原告或被告，依民事訴訟法第四百零一條第二項、強制執行法第四條之二第一項第二款規定，應認此確定判決之既判力、執行力擴張及於其他合夥人。惟合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，依民法第六百九十條雖仍應負責，然已不具有合夥人身分，則於其退夥後，以合夥團體為原告，提出與其退夥前合夥事務有關之訴訟，雖由執行事務之合夥人代表合夥團體，但無從基於任意訴訟擔當之法理，認該確定判決之既判力、執行力可擴張及於已退夥之合夥人。」

B. 從而，丁所為『對「台北冰館」取得勝訴判決確定後強制執行無果，竟然請求拍賣甲乙之財產』，應屬適法。

**四、**甲男乙女於民國85年底結婚，旋因甲自86年初擔任丙公司年薪100萬元之經理一職，故由乙出具人事保證書(未定期限)；嗣二人於90年初離婚，年底乙就接獲丙公司通知請求乙依人事保證書之約定與甲連帶賠償500萬元(甲每年虧空100萬元五年累計虧空500萬元)。問人事保證與一般保證有何區別？(25分)

**答：**

（一）按民法第756-9條：「人事保證，除本節有規定者外，準用關於保證之規定。」，88年修法新增之有名契約-人事保證，雖性質亦屬保證契約之一種，然另有例外之規定如下。

（二）從屬性、要式契約：

　1. 按民法第756-1條：「稱人事保證者，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約。前項契約，應以書面為之。」。

2. 故人事保證契約須以僱傭契約存在為前提。且須以『職務上之行為』(與同法第188條為同樣之解釋)對債權人『所生』之損害賠償責任為限。

3. 且人事保證契約為要式契約，需以書面為之。

（三）期間之限制：

 1. 按民法第756-3條：「**人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年。前項期間，當事人得更新之。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年**。」

2. 此可參增訂理由：「人事保證契約係以將來內容不確定之損害賠償債務為保證對象，對於保證人極為不利，不可不設期間之限制。爰於第一項增訂人事保證約定之期間，及逾期縮短之規定。」

（四）補充責任及責任範圍：

1. 按民法第756-2條：「人事保證之保證人，以僱用人不能依他項方法受賠償者為限，負其責任。保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限。」

2. 此補充責任， 有認保證人不能如保證契約般(民法第746條)，得預先拋棄此先訴抗辯

（五）短期消滅時效：

按民法第756-8條：「僱用人對保證人之請求權，因二年間不行使而消滅。」

（六）債權人之通知義務：

同法第756-5條：「有左列情形之一者，僱用人應即通知保證人：

一、僱用人依法得終止僱傭契約，而其終止事由有發生保證人責任之虞者。

二、 受僱人因職務上之行為而應對僱用人負損害賠償責任，並經僱用人向受僱人行使權利者。

三、僱用人變更受僱人之職務或任職時間、地點，致加重保證人責任或使其難於注意者。

保證人受前項通知者，得終止契約。保證人知有前項各款情形者，亦同。」

（七）法定消滅事由（同法第756-7條）、保證人之任意終止(同法第756-4條)、法定終止(同法756-5第二項)

本題題示：

1. 若丙公司能證明有甲因職務上之行為而應對丙公司為損害賠償時（同法第756-1條），且丙公司不能依他項方法受賠償者（同法756-2條第1項），得向乙請求之。
2. 然乙與丙公司間之人事保證契約為未定期間者，參最高法院95年3月7日95年度第3次民事庭會議決議：「人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。民國八十八年四月二十一日修正公布，八十九年五月五日施行之民法第七百五十六條之三第一項、第三項定有明文。上開規定，依民法債編施行法第三十五條規定，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。惟於民法債編修正施行前成立之人事保證，當事人正當信賴其約定為有效而生之利益，仍應予以適當之保障；故在修正施行前，如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。是**民法債編修正施行前成立之人事保證，其約定之保證期間逾三年，而至民法債編修正施行之日成立已滿三年但尚未屆期；或未定期間，而於民法債編修正施行之日成立已滿三年者，均應認至民法債編修正施行之日，契約始失其效力**。」

（三）[最高法院 95年台上字第 223 號 民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%e5%82%b5%e7%b7%a8%e6%96%bd%e8%a1%8c%e6%b3%95%2c35&cnt=16&recordNo=8" \t "_parent)：「人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年；人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年，民國八十八年四月二十一日修正公布，八十九年五月五日施行之民法第七百五十六條之三第一項及第三項分別定有明文。上開規定，依民法債編施行法第三十五條規定，於民法債編修正施行前成立之人事保證亦適用之，此乃法律不溯既往原則之例外規定。惟於民法債編修正施行前成立之人事保證，其約定之保證期間逾三年或未定期間者，當事人依原來法律之規定，正當信賴其約定為有效而生之利益，應予以適當之保障，故在修正施行前，如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。」

 (四) 換言之，民法債編施行法第三十五條規定雖為法律不溯及既往原則之例外規定，惟基於信賴保護原則，施行前（89.5.5）已成立之人事保證契約，僱用人之正當信賴仍應予保護。準此，乙丙間之人事保證契約於86年初至89年5.4日止，契約有效，丙倘不能依他項方法受賠償，得對乙請求此段時間甲因職務上之行為對丙公司之損害賠償責任。但乙可主張同法第756-8條，就罹於二年之消滅時效，即88年底以前之丙的損害賠償請求權(丙於90年底請求)，主張時效抗辯。

 (五) 請注意，債編施行法第35條：「新增第二十四節之一之規定，除第七百五十六條之二第二項外，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。」本即排除§756-2Ⅱ而不予溯及生效，故修正施行前之人是保證如已生保證責任，其裴償範圍即不受§756-2Ⅱ之限制：「保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限。」

 (六) 另請注意，最高法院於95年3月7日95年度第3次民事庭會議決議之前，曾有[最高法院 93年度台上字第 185 號 並不一致之民事判決](http://db.lawbank.com.tw/FINT/FINTQRY04.aspx?datatype=jtype&typeid=C,D,F,G,H,K,O,P,Q,I,J,R,L&lc1=%5bc%5d%e6%b0%91%e6%b3%95%e5%82%b5%e7%b7%a8%e6%96%bd%e8%a1%8c%e6%b3%95%2c35&cnt=16&recordNo=10" \t "_parent)：「人事保證約定之期間，不得逾三年，逾三年者，縮短為三年。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。上開規定於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。八十八年四月二十一日修正公布，八十九年五月五日施行之民法第七百五十六條之三第一項、第三項及民法債編施行法第三十五條固分別定有明文。惟於民法債編修正施行前成立之人事保證，其約定之保證期間逾三年或未定期間者，當事人依原來法律之規定，正當信賴其約定為有效而生之利益，應予以適當之保障；在修正施行前如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。是**民法債編修正施行前成立之人事保證，應解為定有期間而於修正施行後殘餘期間未逾三年者，依其約定，逾三年者，縮短為三年；至未定期間者，則自修正施行之日起，其有效期間為三年**，始符信賴保護原則，並維法秩序之安定。」**其見解與95年決議牴觸之部分，應不予援用**，法源法律網於債編施行法第35條之下引用此號93年判決，但未提醒已有95年相異之決議，可能引起實務現行見解之誤會。