

《民法與民事訴訟法》

- 一、甲營造公司於民國（下同）90 年間自乙承包大樓興建工程，而將鷹架搭設工程交由丙工程公司承包。90 年 10 月 1 日因丙違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車。丁同時向甲、乙、丙請求賠償，乙主張自己為業主拒絕賠償，丙主張自己係在甲監督下施工並無違法情事，也拒絕丁賠償之請求。經查甲對損害事故之發生並無過失，但甲因擔心遭主管機關勒令停工，於 90 年 10 月 15 日與丁成立和解，同意賠償新臺幣 100 萬元。之後，丙重新搭設鷹架，91 年 12 月 1 日因甲使用鷹架之工程完成，丙拆除鷹架，工作結束。同日，丙向甲請求支付工程款 50 萬元，甲主張丙應償還其給付於丁之賠償金 100 萬元，遂拒絕支付工程款 50 萬元。試問：
- (一)何人應依何種法律關係對丁負損害賠償責任？(15 分)
- (二)甲賠償丁後，對乙、丙得否請求償還或返還其所支付之 100 萬元？其法律依據各為如何？(30 分)

命題意旨	本題之案例事實係改編自最高法院 91 年台上第 2544 號判決，當事人之關係並不複雜，側重於損害賠償之債及請求權基礎之掌握，屬於民法實例之基本題型。
答題關鍵	本題答題重點在於： (一)本小題側重在損害賠償責任請求權基礎之檢討： 1.先由契約責任及侵權責任出發，然因丁與甲乙丙間並無契約關係，故丁之損害賠償請求權基礎重點在於侵權責任範疇。 2.逐項檢討丁對丙、丁對乙、丁對甲之侵權行為損害賠償之請求權基礎。 (二)本小題側重甲賠償於丁後，甲是否得向乙、丙請求之問題，此部分涉及「第三人清償」、「無因管理」及「不當得利」等請求權基礎。
考點命中	《高點民法講義第四回》，高台大編撰，第五章侵權行為部分。 《高點民法講義第四回》，高台大編撰，第十一章債之消滅部分。 《高點民法講義第三回》，高台大編撰，第四章無因管理部分。

【擬答】

(一)何人應依何種法律關係對丁負損害賠償責任，分析如下：

- 1.丁與甲、乙、丙間均無任何契約關係，故不涉及契約責任，先予敘明。
- 2.丁對丙得依民法第 184 條第 2 項及第 1 項前段規定，請求侵權行為之損害賠償責任：
 - (1)丁得依民法第 184 條第 2 項規定，向丙請求損害賠償：
 - A.按民法第 184 條第 2 項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。
 - B.本題，丙因違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車，係符合違反保護他人之法令致生他人損害之情形，且丙亦有過失，故丁得依民法第 184 條第 2 項規定，向丙請求損害賠償。
 - (2)丁得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向丙請求損害賠償：
 - A.按民法第 184 條第 1 項前段規定，因故意過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。
 - B.本題，丙因違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車，亦符合因故意過失不法侵害丁之轎車所有權，故丁得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向丙請求損害賠償。
- 3.丁對甲不得主張損害賠償責任：
 - (1)本題，甲雖為乙興建系爭大樓之承攬人，惟就系爭大樓之鷹架工程轉包予丙，故甲丙間成立「次承攬關係」，甲為定作人，丙為承攬人，合先敘明。
 - (2)按民法第 189 條規定，承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。
 - (3)本題，甲為鷹架工程之定作人，而依題意甲對於損害之發生並無過失，故依民法第 189 條規定，甲對於

丁並不負損害賠償責任。

4. 丁對乙不得主張損害賠償責任：

- (1) 本題，乙為承攬系爭興建大樓之定作人，於大樓完成後即為大樓所有人，故丁之損害如欲向乙為請求者，則請求權基礎可能為民法第 184 條第 1 項前段、第 189 條及第 191 條規定。
- (2) 惟按民法第 189 條與第 191 條規定之損害賠償要件不同，承攬人本其獨立自主之地位執行承攬事項，定作人對其並無監督其完成工作之權限，縱工作物為土地上之建築物或其他工作物而其所有權屬於定作人，如係因承攬人執行承攬事項而不法侵害他人權利，應優先適用該法第 189 條規定，而不適用同法第 191 條，此有最高法院 100 年台上字第 468 號判決可資參照。
- (3) 準此，本題丙發生承攬人執行承攬事項而不法侵害他人之權利者，乙之侵權責任應優先適用第 189 條規定，而非第 191 條。是以，如定作人乙對於丙之定作或指示並無過失者，則丁不得對乙主張第 189 條定作人之侵權行為損害賠償責任，亦不得主張民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為損害賠償責任。

(二) 甲賠償後，得否向乙、丙請求償還或返還給付於丁之 100 萬賠償，分述如下：

1. 甲對乙：

承上所述，倘定作人乙對於丙之定作或指示並無過失者，則丁即不得對乙主張侵權行為之損害賠償責任，則本題甲即不得對乙主張返還或給付於丁之 100 萬賠償。

2. 甲對丙：

(1) 本題甲對損害事故之發生並無過失，對丁本不負任何損害賠償責任，而應由違反建築技術規則之丙負侵權行為之損害賠償責任，已如前述。是甲為避免遭主管機關勒令停工，與丁達成和解並賠償 100 萬元，得否向乙、丙請求償還或返還給付於丁之 100 萬賠償，應視其當初賠償丁時係為清償自己或他人之債務而定。

(2) 甲如係為清償自己之債務者：

- A. 如甲係為自己而非為第三人為清償之意思，此情形係屬「誤償他人之債」，故並非屬民法第 310 條之第三人清償，丁對丙之債務並不消滅，丁仍得向丙主張損害賠償。
- B. 此時，受有此 100 萬之利益者為丁而非丙，故甲不得對丙依不完全給付、不當得利及無因管理等規定請求返還。

(3) 甲如係為清償丙之債務者：

A. 甲得依民法第 312 條規定，向丙請求償還給付於丁之 100 萬賠償：

(A) 按就債之履行有利害關係之第三人為清償者，於其清償之限度內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之利益，民法第 312 條定有明文。本條所謂利害關係之第三人，係指法律上之利害關係而不及於事實上之利害關係，且第三人於代為清償時，應表明債務人為何人，以資辨別其係就他人之債務為清償之意。惟實務見解對本條解釋係採從寬立場¹，且法律並未明文規定，第三人須以一定之方式向債權人表明係清償他人之債務，即以言詞為之或其他足令債權人知悉之方式，均無不可。

(B) 由上，於實務見解對於法律上利害關係及表明方式係採從寬認定之立場下，本題甲為避免遭主管機關勒令停工，而依民法第 311 條第三人清償之方式，與丁達成和解並賠償 100 萬元，此應符合民法第 312 條所規定法律上利害關係之要件，故於甲代丙清償丁 100 萬元後，甲自得依民法第 312 條規定承受丁之權利，向丙請求償還 100 萬元之賠償。

¹ 最高法院 65 年第 1 次民庭會議決議（二）：「甲購買乙之房屋，價款已付清，房屋尚未移轉登記及交付，乙因負債，經債權人取得執行名義後聲請法院將該房屋查封，致該房屋不能移轉登記及交付與甲，惟甲如為清償該項債務，房屋啓封，甲可因房屋之移轉登記及交付，而取得房屋之所有權及占有，如不清償，房屋因被查封而不能移轉登記及交付，妨礙其取得房屋之所有權及占有（如進而拍賣，甲更將不能取得房屋所有權及占有）不能謂甲非就債之履行有法律上利害關係之第三人。其情形正與抵押物之第三取得人相同（抵押物之第三取得人為已取得之財產權積極的將被喪失之利害關係，本例則為可取得之財產權消極的將被妨礙取得或不能取得之利害關係）。實例上對於民法第三百十一條第二項但書及第三百十二條所謂利害關係，係從寬認定，例如本院二十九年上字第一三五四號判例，對於借款時在場之中人，約明該中人有催收借款之責任者，尚且認該中人就借款之返還非無利害關係。本例情形，自應認為甲之清償係民法第三百十一條第二項但書及第三百十二條所規定於債之履行有利害關係之第三人所為之清償。」

B.甲得依民法第 177 條或第 179 條規定，向丙請求償還給付於丁之 100 萬賠償：

- (A)按「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」「管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益為限」民法第 172 條及第 177 條第 1 項分別定有明文。
- (B)本件，甲並未受丙之委任，亦無義務，而為丙向丁支付 100 萬之損害賠償，惟丙認為其並無過失而不願賠償，故丙向丁為清償係屬違反本人之意思，且並無第 174 條第 2 項為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務，或本人之意思違反公共秩序善良風俗之情形，是甲之清償係屬「不適法之無因管理」。
- (C)準此，本題本人丙如選擇享有因管理所得之利益，亦即享有甲對丁清償債務之利益者，此時甲得依民法第 177 條第 1 項準用第 176 條第 1 項規定規定，請求丙返還 100 萬元之利益，並得請求自支付時起之利息。
- (D)如丙選擇不享有因管理所得之利益者，則丙受有民法第 311 條第三人清償之利益，係屬無法律上之原因而受有利益，致甲受有 100 萬元之損害，故甲亦得依民法第 179 條不當得利之規定，向丙請求返還 100 萬元之利益。

二、甲、乙兩人共有一筆 A 建地，應有部分登記為甲四分之三，乙四分之一，乙未經甲之同意，將其應有部分設定抵押權於丙。試問：

(一)甲得否未經乙之同意，將 A 地先後分別設定典權、普通抵押權於丁、戊？(20 分)

(二)承上，若甲、乙未告知丙、丁、戊，逕將 A 地協議分割並完成登記；其後丙實行抵押權拍賣抵押標的物，由庚拍定，且無人主張優先承買。則 A 地上之物權關係如何？(25 分)

命題意旨	本題係在測驗同學對於共有及抵押權效力之基本概念，考題並不複雜，只要對於共有及抵押權之基本能夠掌握，相信應該可以拿到不錯的分數。
答題關鍵	本題答題重點在於： (一)關於民法 819 條第 1 項、土地法第 34-1 之適用問題。 (二)於甲乙分割共有物後，對於 A 地之物權人丙、丁、戊有何影響。
考點命中	1.高台大，民法講義第六回，第二章所有權之共有部分。 2.高台大，民法講義第六回，第三章抵押權之部分。

【擬答】

(一)甲得否未經乙之同意，將 A 地先後分別設定典權、普通抵押權於丁、戊，分述如下：

1.甲得不經乙之同意，將 A 地設定典權於丁：

- (1)按民法第 819 條第 2 項規定，共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。是本題如甲欲將 A 地設定典權於丁者，依前開條文規定，本應經他共有人乙之同意，始生效力。
- (2)惟共有土地若須經全體共有人之同意下始得處分、變更及設定負擔，將造成共有土地之使用效率低落，故為促進共有土地利用之效率，立法者特別於土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，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。亦即，係以多數決之方式，取代民法第 819 條第 2 項之全體同意方式，以促進共有土地利用之效率。
- (3)準此，本題甲乙共有者為土地，應有土地法第 34 條之 1 第 1 項規定之適用，且甲之應有部分為四分之三，已符合土地法第 34 條之 1 第 1 項但書應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算之標準。是以，本題甲得不經乙之同意，將 A 地設定典權於丁，於法應屬有據。

2.甲不得未經乙之同意，逕自將 A 地設定普通抵押權於戊：

- (1)按民法第 860 條規定，稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。是抵押權之性質，係屬優先支配物之交換價值之擔保物權，而與地上權、農育權、不動產役權或典權等係以支配物之利用價值之用益物權不同。
- (2)土地法第 34 條之 1 第 1 項多數決之立法意旨，係在促進共有土地利用之效率，已如前述，故本條項之多數決依通說見解認為，係適用於物之利用價值之用益物權上，而不適用於僅有支配交換價值而無利

用價值之抵押權上。

- (3)準此，甲如欲將「A地」而非僅將其應有部分設定普通抵押權於戊者，並無土地法第34條之1第1項多數決之適用，而須回歸民法第819條第2項規定，亦即須經全體共有人同意後，始得將A地設定普通抵押權於戊。是以，本題甲如未經乙之同意，不得逕自將A地設定普通抵押權於戊。
- (4)此時，甲將A地設定普通抵押權於戊之行為，係屬對A地之無權處分，依民法第118條第1項規定，須經乙之承認後，始生效力。

(二)本題A地上之物權關係，分述如下：

1.丙、戊之抵押權不因甲乙分割A地而受影響：

- (1)本題，A地之共有人乙未經甲之同意，將其應有部分設定抵押權予丙，依民法第819條第1項及大法官釋字第141號解釋之規定，應屬有效，丙取得乙就A地四分之一應有部分之抵押權。又甲將A地設定普通抵押權於戊之無權處分行為，如嗣後係經乙之承認，則依民法第118條第1項規定，戊亦取得A地之抵押權，合先敘明。
- (2)按「應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但有下列情形之一者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分：一、權利人同意分割。二、權利人已參加共有物分割訴訟。三、權利人經共有人告知訴訟而未參加。」「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」民法第824條之1第2項及第867條分別定有明文。
- (3)本題，甲乙未告知抵押權人丙及戊（如乙有同意者）而逕自以協議分割A地，因不符民法第824條之1第2項但書第1至3款之情形，故依第824條之1第2項本文及第867條規定，丙、戊之抵押權仍依其權利範圍存在於A地上，不受A地分割之影響。

2.丙實行抵押權後其抵押權消滅，乙喪失A地四分之一應有部分之所有權，A地由甲庚共有：

- (1)按抵押權人實行抵押權者，該不動產上之抵押權，因抵押物之拍賣而消滅，民法第873條之2第1項定有明文。
- (2)本題，丙行使其對於A地四分之一應有部分之抵押權後，依民法第873條之2第1項規定，丙之抵押權消滅。
- (3)又丙實行抵押權而由庚拍定，庚依強制執行法第98條第1項規定，於領得執行法院所發給之權利移轉證明書時，取得A地四分之一應有部分之所有權，同時乙即喪失A地之四分之一所有權，而該A地由甲與拍定人庚共有²。

3.丁之典權仍存在於A地上不受影響，丁仍得就A地占有而為使用收益：

- (1)按民法第918條規定，出典人設定典權後，得將典物讓與他人。但典權不因此而受影響。
- (2)次按司法院大法官釋字第139號解釋，不動產所有人於同一不動產設定典權後，在不妨害典權之範圍內，仍得為他人設定抵押權，本院院字第一九二號解釋毋庸變更。
- (3)本題，甲已依土地法第34條之1第1項規定將A地設定典權於丁，丁係屬A地之典權人。而嗣後A地經抵押權人丁行使抵押權後，由庚拍定取得A地所有權，觀其情形，亦同屬出典人設定典權後，得將典物讓與他人之情形，故丁之典權依上開民法第918條但書及釋字第139號解釋之規定，仍存在於A地上不受影響，丁仍得就A地占有而為使用收益。

三、甲男、乙女於民國（下同）76年5月5日結婚，約定採用分別財產制。77年4月4日乙女生下丙男，77年6月6日甲於東北角海域潛水失蹤。當年8月某日乙女赴廟宇許願，歸途偶遇其婚前戀人A男，舊情復燃，並於78年7月15日生下B女，戶籍登記為A男之女，並由其照護撫養。

² 大法官釋字第671號解釋：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害。分別共有不動產之應有部分，於設定抵押權後，共有物經分割者，其抵押權不因此而受影響（民法第八百二十五條及第八百六十八條規定參照）。於分割前未先徵得抵押權人同意者，於分割後，自係以原設定抵押權而經分別轉載於各宗土地之應有部分，為抵押權之客體。是強制執行時，係以分割後各宗土地經轉載抵押權之應有部分為其執行標的物。於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。準此，中華民國九十年九月十四日修正發布之土地登記規則第一百零七條之規定，符合民法規定之意旨，亦與憲法第十五條保障人民財產權之規定，尚無抵觸。」

98 年 8 月 8 日甲安然返家，得悉乙女未能守志，氣憤異常，除與乙女分居外，並聲稱 B 女依法為其婚生子女，B 始知其尚有法律上之父。今年 4 月 5 日甲、A 狹路相逢，復為 B 女身分之事，由口角進而互毆，卻同遭醉漢駕車撞死。按甲生前曾將其名下之房屋一幢（當時價值新臺幣 1800 萬元）贈與丙男，以答謝其照拂乙女。甲身後僅有銀行存款 150 萬元，所幸並無負債。由於 A 未婚，除 B 女外，別無其他子女，故其遺產 500 萬元已由其寡母單獨繼承完畢。試問乙、丙、B 對於甲、A 之財產，可以為如何之主張？（45 分）

命題意旨	測驗同學對於身分法關於親子關係之基本概念之認識，諸如婚生推定、婚生否認之訴與婚生否認除斥期間等。
答題關鍵	本題之作答上，僅需注意事實與法律上之涵射說明，同時注意民法第 1163 條與民法親屬編施行法第 8 條第 3 項、第 8 條之 1 等規定即可。本題難度不高，同學應可輕鬆獲得高分。
考點命中	《高點身分法講義第二回》，梁台大編撰，頁 5-13。

【擬答】

(一)乙、丙、B 對於甲之財產，得分別主張 50 萬元之權利：

1. 乙為甲之配偶，得繼承甲之遺產：

- (1) 按「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」民法第 1138 條定有明文。查甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，是乙女為甲男之配偶無疑。
- (2) 第查，甲雖於 77 年 6 月 6 日失蹤，直至 98 年 8 月 8 日始返家，惟乙女既未曾向法院請求裁判離婚，顯見甲乙間婚姻關係仍然存續，益徵乙女為甲男配偶之身分仍不受影響。乙既為甲之配偶，當屬甲之遺產繼承人甚明。
- (3) 惟按，「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權：五、對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。」民法第 1145 條第 1 項第 5 款定有明文。查乙女於甲失蹤期間與婚前戀人 A 男舊情復燃而生下 B 女，未能守志而顯有通姦行為，可謂屬民法第 1145 條第 1 項第 5 款之重大侮辱情事；惟甲於生前除與乙女分居外，並聲稱 B 女依法為其婚生子女，卻似未表示乙女不得繼承其遺產等云云，是尚難謂乙有喪失繼承權之情事，併予敘明。

2. 丙為甲之直系血親卑親屬，得繼承甲之遺產：

- (1) 按「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女」、「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間」、「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」民法第 1061 條、第 1062 條第 1 項、第 1063 條第 1 項定有明文。
- (2) 查甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，乙女於 77 年 4 月 4 日生下丙男，顯見丙男出生日回溯第 181 日起（約 76 年 10 月間）至第 302 日止（約 76 年 6 月間）之受胎期間，已為甲乙婚姻關係存續期間，益徵丙男為甲乙之婚生子女，當屬無疑。
- (3) 是以，丙既為甲之直系血親卑親屬，當屬甲之遺產繼承人甚明。

3. B 仍為甲之直系血親卑親屬，亦得繼承甲之遺產：

- (1) 按「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴」、「前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之」、「修正之民法第一千零六十三條第二項之規定，於民法親屬編修正前受胎或出生之子女亦適用之」、「夫妻已逾中華民國九十六年五月四日修正前之民法第一千零六十三條第二項規定所定期間，而不得提起否認之訴者，得於修正施行後二年內提起之」民法第 1063 條第 2 項、第 3 項、民法親屬編施行法第 8 條第 3 項、第 8 條之 1 定有明文。
- (2) 經查，甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，雖甲曾於 77 年 6 月 6 日失蹤，惟甲乙間婚姻關係仍然存續。乙女於甲失蹤期間與婚前戀人 A 男舊情復燃而於 78 年 7 月 15 日生下 B 女。雖 B 女與甲男間並無事實上之血緣關係，惟 B 女出生日回溯第 181 日起（約 78 年 1 月間）至第 302 日止（約 77 年 9 月間）之受胎期間，尚為甲乙婚姻關係存續期間，益徵 B 女仍為甲乙之婚生子女，當屬無疑。
- (3) 第查，甲男乙女於民法第 1063 條修正施行後（96 年 5 月 23 日公布、同年 5 月 25 日施行）2 年內仍未提起婚生否認之訴；B 女於 98 年 8 月 8 日成年以後知悉已非為甲之婚生子女，亦未於 2 年內仍未提起婚生否認之訴。由是俱見，B 女與甲男間之婚生推定既尚未推翻，益徵 B 女仍為甲之婚生子女即直系血親卑親屬甚明。是以，B 女亦為甲之遺產繼承人無訛。

4. 甲之遺產計 150 萬元，應由乙、丙、B 三人共同繼承，每人可分得 50 萬元：

- (1) 查甲之遺產繼承人分別為乙、丙、B 三人，依民法第 1144 條之規定，其應繼分各為 1/3。
- (2) 次查，甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，已約定採分別財產制，是乙女對甲男並無民法第 1030 條之 1 之剩餘財產分配請求權，合先敘明。
- (3) 第查，甲男於 101 年 4 月 5 日死亡，僅有銀行存款計 150 萬元，別無其他負債。至於甲生前基於答謝丙照拂乙女之理由而贈與丙之價值 1800 萬元之房屋一幢，屬於生前處分，自已非屬甲之遺產；該贈與亦非基於結婚、分居或營業等事由所為，亦無涉於民法第 1173 條生前特種贈與之規定，併予敘明。
- (4) 由是可知，甲之遺產計 150 萬元，且甲之遺產繼承人分別為乙、丙、B 三人而應繼分各為 1/3，是每人可分得 50 萬元，已臻明確。

(二) 乙、丙、B 對於 A 之財產，均不得主張任何權利：

1. 乙、丙非為 A 之配偶與直系血親卑親屬，均不得繼承 A 之遺產：

- (1) 查乙女與 A 男間並無婚姻關係，顯見乙女並非 A 男之配偶。
- (2) 第查，丙男係甲乙之婚生子女，已如前述。是以，丙男亦非 A 男之直系血親卑親屬。
- (3) 由是益徵，乙、丙既非 A 之配偶與直系血親卑親屬，自不得繼承 A 之遺產，當屬無疑。

2. B 尚非 A 之直系血親卑親屬，亦不得繼承 A 之遺產：

- (1) 查 B 女雖與甲男間並無事實上之血緣關係，惟 B 女出生日回溯第 181 日起（約 78 年 1 月間）至第 302 日止（約 77 年 9 月間）之受胎期間，尚為甲乙婚姻關係存續期間，益徵 B 女仍為甲乙之婚生子女。
- (2) 第查，甲男、乙女與 B 女均罹於除斥期間而未提起婚生否認之訴，俱見 B 女與甲男間之婚生推定既尚未推翻，B 女仍為甲之婚生子女。由是可知，B 女自非 A 男之婚生子女即直系血親卑親屬，自無從繼承 A 之遺產甚明。

3. 綜上所述，有鑑於乙、丙、B 均非為 A 之配偶與直系血親卑親屬，是三人均不得繼承 A 之遺產而主張任何權利，當屬無疑。

四、甲將乙列為被告，於民國（下同）101 年 7 月 15 日起訴請求該管法院判決命乙應給付甲新臺幣（下同）420 萬元，其陳述之事實及理由略為：甲將其所有之 A 屋出租給乙開設 B 診所，雙方約定：「一、租期自 98 年 1 月 1 日起至 102 年 12 月 31 日止；二、租金每月 10 萬元，乙應於每月一日給付；三、如因乙違約而經甲合法終止租約時，乙應立即返還 A 屋，如有遲延，乙應給付甲每月 30 萬元之違約金。詎料乙自 100 年 1 月間即開始未繳納租金，甲於 100 年 6 月 15 日發存證信函，促乙於同年 6 月 30 日以前繳清全部積欠租金，否則將自同年 6 月 30 日起終止租約。惟乙仍置之不理，故兩造間之租賃契約已於 100 年 6 月 30 日終止，至乙於 101 年 7 月 1 日返還房屋之日止，乙應給付甲租金 60 萬元及違約金 360 萬元，合計共 420 萬元云云等語。乙則請求法院駁回原告之訴，並辯稱：A 屋係承租為開設由乙、丙、丁三人合夥經營之 B 診所，而由乙出面代表全體締約，故租金非應由乙一人負擔；況且，甲終止租約不合法，兩造係合意於 101 年 7 月 1 日提前終止租約，故不應有違約金。至於租約終止前之租金 180 萬元，由於 A 屋漏水嚴重，經多次促甲修繕均無結果，故乙只好自行僱工整修，已支付費用 100 萬元，且因漏水造成診所醫療器材設備受損，估計已高達百萬元，經與租金抵銷後，甲應不得對乙再為請求云云等語。問：

- (一) 如受訴法院審理後認為甲終止租約為不合法，系爭租賃關係於 101 年 7 月 1 日經兩造合意終止，且乙之其餘抗辯均無理由時，得否判決命乙應給付甲 180 萬元之租金？（15 分）
- (二) 如受訴法院審理後認為甲終止租約為合法，但違約金可能過高時，應如何進行訴訟程序及裁判？（10 分）
- (三) 甲、乙間就 B 診所是為獨資或合夥經營如有爭執，而甲希望能利用此訴訟一次解決紛爭，遂於第一審訴訟繫屬中，追加 B 診所為預備被告（乙為 B 之法定代理人），是否合法？丙、丁之程序上地位為何？（15 分）

命題意旨

- (一) 訴外裁判禁止原則、聲明拘束性原則。
- (二) 違約金酌減問題。

	(三)1.訴之變更追加、主觀預備合併之容許性；2.合夥為訴訟當事人時合夥人之地位。
答題關鍵	(一)民事訴訟法第 388 條之具體適用 (二)民法第 252 條、最高法院 79 年台上 1612 號判例、邱聯恭教授見解 (三)民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、事件類型審理必要論、合夥遂行訴訟之性質
考點命中	《高點民事訴訟法 I》，喬律師編著，頁 3-142~3-144、頁 8-7~8-11。

【擬答】

(一)法院不得判決乙應給付甲 180 萬元之租金，論證如下：

- 1.除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，民事訴訟法第 388 條參照。本條規定，學說上稱為「訴外裁判禁止原則」或「聲明拘束性原則」，立基於處分權主義，法院不得逾越當事人之聲明而為裁判，擬先說明。
- 2.本件甲聲明對乙請求 60 萬元之租金與 360 萬元之違約金，依上開聲明拘束性原則，法院不得判決乙應給付甲 180 萬元之租金。惟受訴法院應依民事訴訟法第 199 條第 1 項規定，闡明、適正化甲之訴訟上請求，於甲變更其訴訟上請求後，方得於聲明之範圍內，判決乙應給付甲 180 萬元之租金，擬併予說明。

(二)受訴法院得職權酌減違約金，惟文獻上有不同見解，分述如下：

- 1.按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條參照。實務見解認為，違約金有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額。此項酌減，係法院之職權事項，縱未經甲之請求，法院亦得為之。(最高法院 79 年台上 1612 號判例³參照)
- 2.惟應注意者為，文獻上有認為實體法之非訟化，非必導出訴訟法之非訟化之結論。為避免適用法律之突襲，違約金之酌減，仍應經法院闡明當事人，當事人加以主張後，法院始得行使其酌減權，而非當然之職權事項，此種見解，亦殊值傾聽，併予說明。

(三)甲追加 B 診所為預備被告係屬合法；丙、丁係屬實質當事人，論證如下：

- 1.按請求之基礎事實同一者，原告得為訴之變更、追加，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款參照。本件甲對乙之請求與甲對 B 診所之請求原因事實同一，應認為甲追加 B 診所為被告，符合上開規範之要件，先予說明。
- 2.再按當事人主觀預備合併之合法性，學說上向有肯、否之不同見解，採肯定說者以紛爭解決一次性、維持裁判統一為據；採否定說者則以備位被告程序地位不安定為由。管見以為，依事件類型審理必要論之立場，系爭訴訟中應採肯定說之見解，蓋本件先、備位被告具有一定程度之同一性，當事人排列被告之順位，亦未使備位被告受有額外之不利益，反得促進紛爭之一次解決，故甲追加 B 診所為預備被告之合法性，應予承認。
- 3.再按非法人團體作為當事人之訴訟，由於非法人團體並非實體法上之權利主體，有關訴訟標的之權利義務關係，實體法之主體仍為構成員全體，故以合夥為被告所進行之訴訟，應認為合夥係以訴訟擔當人身份進行訴訟，在判決效力及於全體構成員下，個別合夥人程序上為實質當事人。是以，本件甲如以 B 診所為共同被告，丙、丁應係屬實質當事人⁴。

五、甲為某公司職員，因受公司指派至大陸地區執行特定任務，乃將其平日居住之 A 房屋以每月新臺幣（下同）2 萬元出租予乙，並於租賃契約約定：「租期 5 年，若甲於大陸地區之任務提前完成而返國者，甲得隨時終止租賃契約。」等內容。詎租期甫經 3 個月，甲即遭公司以不適任大陸地區之任務為由，調回國內。甲於返國後，向乙表示自己無其他房屋可住，不得不提前終止租約，請求乙返還 A 房屋。乙則以其花費不少金錢、時間才剛完成裝修，幾乎未使用 A 房屋，甲超乎預期返國，即主張終止契約，顯不合理，何況甲並非提前完成任務而返國，不符合契約所約定之

³ 最高法院 79 年台上 1612 號判例：「民法第二百五十二條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。」

⁴ 相同見解可參照：沈冠伶(2011)，〈非法人團體之當事人能力、當事人適格及其判決效力範圍——交錯於實體法與程序法之問題〉，《政大法律評論》，第 120 期，頁 95-158。

終止條件，且其已著手裝修等理由，拒絕交還 A 房屋予甲。甲不得已暫住旅館，並向友人借支每日 2000 元之旅館費。請附理由，說明下列問題：

(一)若甲為保全對乙之 A 房屋返還請求權，得循何種保全程序？(15 分)

(二)承上，若地方法院裁定駁回甲之聲請，甲對該裁定合法抗告，抗告法院僅審酌地方法院移送之卷宗資料及甲提出之抗告理由，即將原裁定廢棄，變更為准許甲之聲請。該抗告法院之裁定是否合法？(20 分)

命題意旨	測驗同學對於假處分、定暫時狀態處分之基本定義，以及民事訴訟法第 528 條第 2 項賦予當事人陳述意見機會規定之爭議問題。
答題關鍵	第一小題難度不高，同學僅需就其定義說明後，逐一解釋甲得如何聲請保全即可。第二小題涉及民事訴訟法第 528 條第 2 項修正後之爭議問題，臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民事類提案第 30 號對此問題有深入討論。
考點命中	《高點民事訴訟法講義第四回》，梁台大編撰，頁 14、16。

【擬答】

(一)甲得依假處分或定暫時狀態處分等程序之保全其請求權：

1. 假處分與定暫時狀態處分

(1)按「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分」、「假處分，非因請求標之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之」、「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」民事訴訟法第 532 條第 1 項、第 2 項、第 538 條第 1 項定有明文。

(2)由是可知，金錢請求以外之請求，該請求標因現狀變更而有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，得聲請假處分；如該爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，亦得聲請為定暫時狀態之處分。詳言之，關於物之請求權，不論係基於物權關係、債之關係、租賃債權關係而生者，均可聲請假處分；所謂請求標之現狀變更，係指從前存在之狀態已有變更或將來變更者，包含標的客體之變更（諸如：債務人對標的物有故意毀損、怠於保管而令其自然損壞、隱匿、或因第三債務人收取債權而至債權消滅等）、主體之變更等。學者更進一步指出：出租人主張因租賃期間屆滿而請求返還租賃物者，為保全將來租賃物返還請求權之強制執行，得聲請假處分，禁止承租人將租賃物移轉占有或處分；如出租人主張承租人未如期返還，將致其無屋可住而生命陷於危險而必須立即取回該屋者，得聲請定暫時狀態處分而命承租人返還該屋。

2. 針對甲之 A 房屋返還請求權，甲得聲請假處分或定暫時狀態處分以保全該權利：

(1)查甲為出租人，經終止租賃契約後而請求乙返還 A 房屋。是以，甲之 A 房屋返還請求權係基於債之關係而生之租賃物返還請求權，顯屬金錢請求以外之請求。

(2)第查，如甲擬就將來勝訴後得確保對乙之強制執行者，得透過假處分程序加以保全。如甲有意於判決確定以前預先排除乙之占有而立即取回房屋者，當可透過定暫時狀態處分程序。至於甲之聲請有無理由，則應分別就其有無保全必要性加以審酌。

(二)抗告法院未給予債務人陳述意見之機會，逕廢棄原裁定而准許甲之聲請，該裁定合法：

1. 假處分抗告與當事人陳述意見之機會：

(1)「關於假扣押之規定，於假處分準用之。但因第五百三十五條及第五百三十六條之規定而不同者，不在此限」、「關於假扣押聲請之裁定，得為抗告」、「抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會」民事訴訟法第 533 條、第 528 條第 1 項、第 2 項定有明文。

(2)按為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會（立法理由參照）。

2. 民事訴訟法第 528 條第 2 項之爭議問題：

(1)債權人聲請假處分，經法院裁定准予假處分，債務人不服而提起抗告者，抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會，固無疑問。惟債權人聲請假處分，經法院裁定駁回假扣押之聲請，債務人不服而提起抗告。於此情形，抗告法院為裁定前，是否仍應使債務人有陳述意見之機會？如此一來，是否有違假處分程序之隱密性與迅速性之要求？是否可能造成債務人於法院裁定准予假處分以前而業已脫產、反有損債權人之權益？非無疑問。

(2)肯定說：

民事訴訟法第 528 條第 2 項之規定係對於假處分聲請之裁定抗告者，為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會而設。是抗告法院除認抗告不合法或顯無理由應予駁回外，於裁定時，如未使債權人及債務人有陳述意見之機會，其踐行之程序，於法即有未合，故抗告法院應通知債務人陳述意見為是。

(3)否定說：

依強制執行法第 132 條第 1 項規定：「假扣押或假處分之執行，應於假扣押或假處分之裁定送達同時或送達前為之。」因假處分與假扣押同屬保全程序，其裁定不待確定即得為執行名義，為防止債務人利用此機會隱匿或處分其財產而達脫產目的，該等裁定之執行，應於裁定送達同時或送達前為之，以保障債權人權益。是抗告法院若通知債務人，使其有陳述意見之機會，無異使債務人事先知悉債權人對其聲請假扣押情事，此與上開強制執行法保護債權人之立法意旨有違，顯失公平。故民事訴訟法第 528 條第 2 項應限於債務人對法院准許假處分（假扣押）之裁定為抗告時，始有適用，抗告法院自無庸通知債務人陳述意見。

(4)小結：

基於假處分為保全程序，旨在防止債務人利用此機會隱匿或處分其財產而達脫產目的，該裁定之執行，應於裁定送達同時或送達前為之，以保障債權人權益。惟對於假處分聲請之裁定抗告者，除認抗告不合法應予駁回或與保全程序以保全強制執行之目的有違者外，抗告法院於裁定前，為保障債權人及債務人之程序權，並使法院形成正確心證，防止發生突襲，應就為債權人及債務人所忽略，且將作為裁判基礎之事實、證據及法律適用各項，明確賦予雙方充分陳述意見之機會。故為平衡及兼顧債權人之實體利益（防止債務人脫產）與債權人、債務人雙方之程序利益（陳述意見），假處分聲請經法院駁回後之抗告程序，基於保全程序之目的，仍有防止債務人事先知悉債權人對其聲請假處分而脫產之必要，自不須賦予債務人陳述意見之機會（臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民事類提案第 30 號同旨趣）。

3.綜上所述，債權人甲向地方法院聲請假處分，經地方法院裁定駁回其聲請，甲不服而合法抗告。有鑑於此抗告程序仍有防止債務人乙事先知悉甲對其聲請假處分而脫產之必要，自不須賦予債務人乙陳述意見之機會。是以，抗告法院未給予債務人乙陳述意見之機會，逕廢棄原裁定而准許甲之聲請，該裁定合法。

六、甲、乙、丙三位醫師共同開設一聯合診所，三人因此成立一合夥契約。越三年，經全體同意解散合夥，結束該聯合診所，並選任甲為清算人。此時，該聯合診所之財產，包含所屬儀器及存款，據估計共新臺幣（下同）10 萬元，惟該聯合診所尚積欠出租人丁 12 萬元之租金。甲因此在未經乙、丙之同意下，以自己之名義出賣診所內所屬儀器並將其所有權讓與戊，因此即由戊取得該等儀器之占有，甲自戊處亦取得 8 萬元之價金。甲將其中 5 萬元用以清償合夥對丁所積欠之租金債務，另 3 萬元則用以支付其私人之水電費。此外，該聯合診所在銀行尚有 2 萬元之存款。嗣乙以甲擅自出賣診所內所屬儀器，未徵得其他合夥人同意為由，單獨起訴甲侵占合夥財產，依侵權行為之法律關係請求甲損害賠償，返還財產。

試附理由回答下列問題：

(一)乙以甲擅自出賣診所內所屬儀器，依侵權行為之法律關係，事先徵得丙之同意單獨訴請甲賠償合夥之損害，當事人是否適格？乙應為如何之聲明？又若乙未徵得丙之同意，主張甲係無權處分，單獨起訴向系爭儀器之現占有人戊行使物上請求權，請求其返還該等儀器予合夥，當事人是否適格？（25 分）

(二)甲以自己名義出賣及讓與診所內所屬儀器之行為是否有效？（20 分）

(三)就此次出賣診所內所屬儀器之行為，其他合夥人得向甲請求者為何？其法律依據又為何？（25 分）

(四)丁就其尚未獲滿足之 7 萬元之租金，得向何人為如何之請求？又其舉證責任如何分配？（20 分）

命題意旨	(一)共同共有關係涉訟之當事人適格問題。 (二)合夥財產處分之效力。 (三)契約責任、侵權責任、不當得利問題。 (四)合夥補充性債務問題。
答題關鍵	(一)最高法院 74 年台上字第 2514 判決、最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議(七)、民法第 821 條、第 828 條。 (二)1.負擔行為不以處分權存在為效力前提； 2.民法第 697 條第 4 項、第 680 條、最高法院 87 年台上第 654 號判決。 (三)析述乙、丙得為合夥向甲之請求權基礎。 (四)民法第 681 條、最高法院 72 年台上字第 3439 號判決、最高法院 28 年上字第 1864 號判例。
考點命中	《高點民事訴訟法 I》，喬律師編著，頁 3-73~74、3-84。 《高點民法債編 I》，張志朋律師編著，頁 5-27~30、6-61~66。 《高點民法物權》，張志朋律師編著，頁 2-159~2-161。

【擬答】

(一)乙之起訴均為當事人適格，論證如下：

- 1.按合夥解散後，於清算完結前，於清算範圍內視為猶尚存續，最高法院 74 年台上字第 2514 判決⁵參照。題示聯合診所雖因合夥人全體同意而為解散，惟於清算範圍內，依上開實務見解意旨，仍應視為存續，先予說明⁶。
- 2.再按共同共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意，民法第 828 條第 3 項參照，故關於共同共有物之訴訟，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意，否則即不具當事人適格。惟如因共同共有物被一部分共同共有人為移轉物權等處分行為涉訟時，實務見解指出，僅須得處分行為人（包含同意處分之人）以外之共同共有人全體同意即得起訴，併予說明。（最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議（七）⁷參照）
- 3.本件乙取得丙之同意，單獨對丙為合夥之共同共有關係提起訴訟，已得處分行為人以外之共同共有人全體之同意，當事人應屬適格。其訴之聲明，應為「甲應給付新台幣 XXX 元之損害賠償於合夥（聯合診所）」，方為適當。
- 4.另按各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之，民法第 821 條參照。此項規定，依同法第 828 條第 2 項規定，於共同共有準用之。本件乙向戊提起所有物返還之訴，請求返還該等儀器予合夥，雖未徵得其他共有人同意，依上開規定，當事人應屬適格。

(二)1.甲、戊間關於系爭儀器之買賣契約有效，說明如下：

按負擔行為之作成，不以處分權之具備為效力前提，蓋單純負擔債務之負擔行為，對於真正權利人之權利並無加害能力。本件無論甲對於系爭儀器是否具備有以自己名義處分之權限，甲、戊間之買賣契約均屬有效。

2.甲、戊間關於系爭儀器之處分行為係有權處分，說明如下：

(1)本件甲為合夥解散後之清算人，於清算之範圍內，應認為係合夥之代表人。此外，為清償債務及返還合夥人之出資，清算人應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，民法第 697 條第 4 項、最高法院 87 年台上第 654 號判決⁸參照，此擬先予說明。

⁵ 最高法院 74 年台上字第 2514 判決：「合夥解散後，在清算完結前，於清算範圍內視為猶尚存續，與人涉訟，除合夥執行人以合夥名義起訴或應訴外，其起訴或應訴，仍應以原合夥人全體為當事人。」

⁶ 採相同見解者：林誠二(2012)，《民法債編各論（下）》，初版三刷，頁 63。

⁷ 最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議（七）：「共同共有物之處分及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意時，關於共同共有物之訴訟，如何為當事人適格：(一)共同共有物被一部分共同共有人為移轉物權等處分行為時：須得處分行為人(包含同意處分之人)以外之共同共有人全體之同意始得起訴，但以處分無效為原因，提起確認該物仍屬共同共有人全體所有之訴，祇須以主張因處分而得權利之人為被告，不必以處分行為人為其共同被告，若以之為共同被告而受勝訴判決時，僅由主張因處分而得權利之人提起上訴，不得謂為當事人適格。」

⁸ 最高法院 87 年台上第 654 判決：「共同共有物之處分及其他權利行使，如依共同關係所由規定之法律或契約另有規定者，即須依該法律或契約之規定行之，無民法第 828 條第 2 項『應得共同共有人全體同意』規定之適用。此觀該法條規定自明。」

(2)依題示說明，甲雖非以合夥之清算人身分，而以自己名義處分合夥之財產，惟於甲具有清算之處分權，而系爭處分具有清償合夥租金債務之必要性下，仍非無權處分，僅依民法第 680 條準用第 541 條第 2 項規定，甲須將為合夥所取得之權利，移轉於合夥所有，併予說明。

(三)1. 乙、丙得為合夥向甲主張契約責任，說明如下：

(1)按合夥人以自己之名義，為合夥取得之權利，應移轉於合夥所有，民法第 680 條準用第 541 條第 2 項規定參照。本件甲以自己名義處分合夥之財產，乙、丙得請求甲將所取得之金錢未用於清償合夥債務 3 萬元之部分，移轉於合夥所有。

(2)另依民法第 680 條準用第 542 條規定，合夥人為自己之利益，使用應交付於合夥之金錢者，應自使用之日起，支付利息，如有損害，並應賠償。本件甲為自己之利益，使用應交付於合夥之金錢 3 萬元，乙、丙自得請求甲支付利息於合夥，如有損害，並應賠償。

2. 乙、丙得為合夥向甲主張利益返還，說明如下：

依上開說明，甲出賣系爭儀器所得價金 8 萬元，應移轉於合夥所有，惟甲仍以其中之 3 萬元清償自己之債務，此部分即係屬無法律上之原因，取得本應歸屬於合夥之利益，故乙、丙亦得為合夥，依不當得利之規定，向甲主張利益返還。

3. 乙、丙得為合夥向甲主張侵權責任，說明如下：

本件甲以出賣合夥財產所得之 3 萬元清償自己之債務，係屬刑事上之侵占行為，並侵害本應歸屬於合夥之財產利益，故乙、丙得為合夥依民法第 184 條第 2 項規定，向甲主張侵權責任。

(四) 丁之權利主張，分述如下：

1. 丁得向清算中之合夥請求償還 7 萬元之租金

(1)按合夥於清算程序中，清算人應了結現務、收取債權、清償債務。本件聯合診所對於丁尚有 7 萬元租金債務尚未清償，丁自得向清算中之合夥請求償還 7 萬元之租金。其舉證責任，依我國通說、實務見解，應以主張權利發生事實之丁負擔之。

2. 丁得就合夥財產不足清償之租金債務，請求甲、乙、丙連帶負責：

(1)按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，民法第 681 條參照。本件聯合診所之積極財產僅餘銀行存款 2 萬元及對於甲之債權 3 萬元，少於債務總額 7 萬元，丁自得就合夥財產不足清償之租金債務，請求甲、乙、丙連帶負責。

(2)惟實務見解指出，合夥人連帶責任之發生，須以合夥財產不足清償合夥債務為要件。是債權人主張合夥人就合夥債務負清償責任時，應就此項要件之存在，負舉證之責任，最高法院 72 年台上字第 3439 號判決⁹參照。故本件丁如欲向甲、乙、丙主張合夥之補充性責任，應就合夥財產不足清償合夥債務之要件，負舉證責任。

(3)須併予敘明者為，我國實務對於合夥財產不足清償合夥債務之認定，非須待債權人對於合夥財產強制執行無效果時始行構成，僅須計算上將合夥財產依時價估計，其總額少於債務總額，各合夥人即須對於不足之額連帶負責（最高法院 28 年上字第 1864 號判例¹⁰參照）。

次按合夥清算人，對內執行清算事務，對外於執行清算範圍內，代表合夥，其地位與合夥事務執行人無異，有為必要之一切行為之權。其為清償合夥債務及返還合夥人之出資，應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，民法第 697 條第 3 項復有明文。此即民法第 828 條所謂依公同關係所由規定之法律另有規定者。是合夥清算人為清償合夥債務及返還合夥人之出資，於必要限度內，將合夥財產移轉予他人，以變為金錢者，自不得謂其未經公同共有人全體即合夥人全體之同意而為無效。

⁹最高法院 72 年台上字第 3439 號判決：「合夥人連帶責任之發生，須以合夥財產不足清償合夥債務為要件。是債權人主張合夥人就合夥債務負清償責任時，應就此項要件之存在，負舉證之責任。」

¹⁰最高法院 28 年上字第 1864 號判例：「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，為民法第六百八十一條之所明定。所謂合夥財產，不僅指合夥債權人向合夥人請求連帶清償時屬於合夥之動產、不動產而言，即其時合夥對於第三人之債權及其他有交易價額之一切財產權，得為強制執行之標的者，亦包含之。如就此等財產按照時價估計，其總額並不少於債務總額，固非所謂不足清償，即使財產總額少於債務總額，各合夥人亦僅對於不足之額連帶負責，並非對於債務全額負有此種責任。」