

第一章 合夥契約

一、合夥乃係以經營共同事業為目的之雙務契約

依據民法第六百六十七條第一項之規定，合夥乃係民法債編各種之債章所定典型契約之一，從而，合夥契約乃發生一債之關係，¹亦即合夥契約之成立乃令合夥人因此互負出資義務，²並且若無此等出資義務，合夥組織即無由成立，合夥之共同事業因此亦無法經營，³未負擔出資義務者，⁴即無法成為合夥契約之一份子，亦無法成為合夥人，⁵惟所謂「出資」，其目的乃在於促進

¹ Schmidt, JZ 1985, 909, 910.

² Baur, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre rechtlichen Auswirkungen, 1. Aufl., 2005, S. 2 f. (2); Fikentscher/Heinemann, SchuldR, 10. Aufl., 2006, S. 664; Staudinger-Habermeier, 13. Aufl., 2003, § 705, Rn. 19 f. (19); a. A.: Weber, JuS 2000, 313, 314, 317.

³ Staudinger-Habermeier, § 705, Rn. 19.

⁴ 合夥人除基於合夥契約負擔出資義務外，尚可能基於其他法律關係，對合夥負擔其他義務。例如：合夥人之事務執行義務，究屬合夥人之出資義務抑或合夥人對合夥所負之其他義務，則須視個案中合夥人與合夥間之法律關係而定，不能一概而論（Staudinger-Habermeier, 13. Aufl., 2003, § 706, Rn. 9; § 732, Rn. 3）。

⁵ Habermeier, JuS 1998, 865; Staudinger-Langhein, Neubearbeitung, 2008, § 741, Rn. 209.

2 由合夥組織之四大原則看合夥人之更易

共同事業之經營，⁶從而各合夥人之出資未必成為合夥財產之一部⁷（例如：民法第六百七十七條第二項所定勞務或信用之出資抑或物之使用之出資等⁸）。⁹同時因合夥人互負出資義務，進而令其形成一對價關係（Gegenseitigkeitsverhältnis）。¹⁰至此，合夥契約亦被定位為一有償契約及雙務契約。¹¹然而，與一般雙務契約不同者，乃在於合夥契約之原因（典型交易目的）並非交換

⁶ 請參閱 德國民法第七百零五條：「經由合夥契約，合夥人互負義務以契約所定之方法，特別是約定出資之履行，促進共同目的之達成。」（Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.）。

⁷ Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 4 f., 10.

⁸ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 655；Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 8；反對說：最高法院六十四年臺上字第一九二三號判例；邱聰智，新訂債法各論（下），頁 32，2008 年。

⁹ 合夥對於負擔勞務、信用抑或物之使用出資義務之合夥人，因此亦取得一債權，此等債權固得成為合夥財產之一部，依據民法第六百六十八條之規定而為合夥人全體所共同共有。然而，若一旦上開合夥人業已履行其出資義務，其現實所提供之勞務、信用抑或物之使用則無法成為合夥財產之一部。從而，民法第六百六十八條條文上出現「出資」一語，乃專指成為合夥財產之出資而言。

¹⁰ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664；請參閱 臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五四八號民事判決；臺灣臺北地方法院九十二年度訴字第五八三三號民事判決。

¹¹ 臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五四八號民事判決；臺灣臺北地方法院九十二年度訴字第五八三三號民事判決；邱聰智，新訂債法各論（下），頁 16；Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 649 f. (649)；Kummer, Jura 2006, 330, 333；a. A.: Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 16 ff. (18).

目的（Austauschzweck），而係共同事業之經營。¹²固然，此等共同事業經營¹³之典型交易目的與合夥人間出資義務立於對價關係並不衝突，¹⁴甚且，合夥人出資義務之履行即在促進共同事業之經營，¹⁵然而，民法上有關雙務契約之相關規定是否得適用或類推適用於合夥契約，並不能單以合夥乃雙務契約作為判斷標準，蓋，如前所述，合夥契約之典型交易目的乃在於共同事業之經營，並非如一般雙務契約乃在於交換。更確切地說，在二人合夥之情形，固有民法第二百六十四條所定同時履行抗辯規定之適用，¹⁶蓋此時所形成兩方當事人之債之關係即屬雙務契約之典型

¹² 最高法院八十一年度台上字第三三六號民事判決；最高法院九十二年
度台上字第六〇八號民事判決；最高法院九十四年度台上字第一〇二
九號民事判決；最高法院九十四年度台上字第一七九三號民事判決；
臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五四八號民事判決；臺灣臺北
地方法院九十二年度訴字第五八三三號民事判決；
Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 650；Tzschaschel, Die Gesellschaft
bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2009, S. 3；Weber, JuS 2000, 313, 314.

¹³ 此等共同事業自不以屬營利之性質為必要（Weber, JuS 2000, 313,
315）。

¹⁴ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664.

¹⁵ 請參閱 德國民法第七百零五條：「經由合夥契約，合夥人互負義務以
契約所定之方法，特別是約定出資之履行，促進共同目的之達成。」
（Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter
gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den
Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten
Beiträge zu leisten.）。

¹⁶ 臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五四八號民事判決；臺灣臺北
地方法院九十二年度訴字第五八三三號民事判決；
Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664；Münchener Kommentar-Ulmer,
3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 140 f. (141)；5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 164 f.
(165), 169；Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 24.

4 由合夥組織之四大原則看合夥人之更易

型態，¹⁷並且合夥組織以具有二人以上之組成分子為前提，¹⁸若僅餘一組成分子，則合夥組織無成立之可能。至於合夥人若逾二人以上者，此時經營共同事業之典型交易目的即凌駕於合夥人間出資義務立於對價關係之上，進而基於經營共同事業之目的以及由誠信原則所衍生之忠誠義務（Treuepflicht）¹⁹之要求，縱一合夥人出資義務之履行發生障礙，全體合夥人仍應盡可能成就共同事業之經營以及依據忠誠義務維繫合夥組織之存續，²⁰以致在經營其共同事業之目的以及忠誠義務下，一合夥人即不得以他合夥人未履行出資義務而拒絕自己出資之履行，自無主張民法第二百六十四條所定同時履行抗辯權之餘地。²¹

¹⁷ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 139 ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 163, 169.

¹⁸ Baur, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre rechtlichen Auswirkungen, S. 2 ; Tzschaschel, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 3 ; Weber, JuS 2000, 313, 314 ; Wiedemann, JZ 2001, 661, 663 ; 請參閱 謝在全，民法物權論（上），頁 584，2010 年。

¹⁹ 所謂「忠誠義務」（Treuepflicht），乃係在合夥契約下，合夥人基於誠信原則，所生保護、照顧之附隨義務或從給付義務。此等保護照顧得分為二個層面而為觀察：一方面乃係合夥人相互間之保護照顧；另一方面乃係合夥人對合夥組織之保護照顧（Staudinger-Habermeier, § 705, Rn. 50 ; Tzschaschel, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 3）。

²⁰ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664.

²¹ 臺灣桃園地方法院八十八年度訴字第一五四八號民事判決；臺灣臺北地方法院九十二年度訴字第五八三三號民事判決；Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664 ; Medicus/Lorenz, SchuldRII, Besonderer Teil, 16. Aufl., 2012, S. 334 ; 不同見解：邱聰智，新訂債法各論（下），頁 26-27 ; Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 142 ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 168 ; Staudinger-Habermeier, §

二、債務不履行相關規定適用於合夥契約之可能性

(一) 基本原則

債務不履行相關規定適用於合夥契約間或亦涉及合夥人之更易以及合夥組織之解消。更確切地說，若合夥人出資義務之履行發生障礙，原則上固亦有民法上債務不履行相關規定適用之可能性，然而，若適用債務不履行之相關規定，因而導致合夥契約之終了者，此時則應優先適用合夥有關退夥、開除以及解散等之特別規定，²²而不適用有關契約解除或終止之一般規定，蓋合夥有關退夥、開除以及解散等之特別規定乃係出於下述合夥組織之四大原則，尤其是「合夥人相互牽連之原則」之考量（詳下述）。

在此，有關合夥人出資義務之履行發生障礙適用民法上債務不履行相關規定之情形，茲詳述之如下：

(二) 出資義務給付不能

1. 自始客觀不能

若一合夥人出資義務之履行陷於自始客觀不能者，固有民法第二百四十六條第一項本文適用之可能性，²³惟鑑於其他合夥人

706, Rn. 24.

²² Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl., 2011, S. 102 f.; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 25; 請參閱 邱聰智，新訂債法各論（下），頁 113；惟最高法院二十二年上字第二八九四號判例卻認為，若一合夥人出資義務履行遲延，他合夥人得依據民法第二百五十四條之規定解除合夥契約。此等見解忽略合夥有其特有之退夥、開除以及解散等令合夥契約終了之特別規定，而有待商榷。

²³ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21.

6 由合夥組織之四大原則看合夥人之更易

業已為出資之約定，甚或為出資之履行，進而組成合夥財產，並以合夥名義與第三人發生一定之法律關係，似不應因合夥人中之一人之瑕疵而全盤否定事實上業已存在之合夥組織之效力，²⁴因此，為兼顧其他合夥人以及合夥債權人之利益，若合夥人中之一人出資義務之履行陷於自始客觀不能，固得適用民法第二百四十六條第一項本文之規定，惟若此等自始客觀不能之出資對合夥目的事業之完成並無決定性之影響者，²⁵依據民法第一百十一條但書之規定，²⁶原則上僅合夥契約對該出資義務之履行陷於自始客觀不能之合夥人不生效力，²⁷在其他出資義務之履行仍為可能之合夥人間，合夥契約仍為有效。

相反地，雖僅合夥人中之一人出資義務之履行陷於自始客觀不能，然而此等自始客觀不能之出資卻足以令合夥之目的事業不能完成者，則參酌民法第六百九十二條第三款之規定，依據民法第一百十一條本文之規定，合夥契約例外全部無效。

2. 自始主觀不能以及嗣後不能

若合夥人中之一人其出資義務之履行陷於自始主觀不能者，由民法第三百四十七條準用民法第三百四十九條之規定可以得

²⁴ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 247 f. (248) ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 330 ; 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Staudinger-Habermeier, § 705, Rn. 63, 65 f.

²⁵ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 248 ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 330.

²⁶ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 248 ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 330.

²⁷ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 705, Rn. 248 ; 5. Aufl., 2009, § 705, Rn. 330 ; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 21.

知，合夥契約之效力仍不受影響。²⁸

此時，該出資義務之履行陷於自始主觀不能之合夥人仍負有原始之出資義務，進而若此等合夥人其原始出資義務履行不能之情形嗣後可以除去者。除有另行構成給付遲延之可能外，自無類推適用民法第二百五條以下嗣後不能相關規定之餘地。因此，本文以下所謂「出資義務之履行陷於自始主觀不能」，主要乃係指不能之情形嗣後仍未能除去者而言。²⁹

若合夥人中之一人其出資義務之履行陷於自始主觀不能或嗣後不能者，首先，不論是否可歸責³⁰於該合夥人，依據民法第二百五條第一項之規範意旨，該合夥人原始之出資義務即因而免除。³¹此時，原始之出資義務³²被免除，是否因此即轉變為金錢之出資義務，則視個案中合夥契約之約定而定，不能一概而論。³³至於是否另有民法第二百五條第二項所定之代償利益，抑或民法第二百二十六條所定之損害賠償等之次給付義務，

²⁸ Fikentscher, SchuldR, 9. Aufl., 1997, S. 225.

²⁹ 此處所謂「不能之情形嗣後仍未能除去」，尚包含絕對定期行為，以及遲延期間過長以致在個案中已不可期待其他合夥人全體繼續等候等情形（Fikentscher, SchuldR, S. 257 ff.）。

³⁰ 因民法第六百七十二條乃係就合夥事務之執行之歸責事由所為之特別規定，至於就合夥人出資義務之履行之歸責事由，仍依據民法第二百零二條至第二百零四條等規定定之（Vgl. Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21；Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25）。

³¹ Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 20；Wolf, JuS 1962, 101, 102.

³² 金錢債務並無給付不能之可言（Roth, JuS 1968, 101, 105），從而此等足以陷於給付不能之出資義務，必為金錢以外之出資義務。

³³ Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 20.

8 由合夥組織之四大原則看合夥人之更易

再另行觀察。亦即：若可歸責於一合夥人自己之事由而令其出資義務之履行陷於自始主觀不能者，除合夥契約另有訂定外，原則上類推適用民法第二百二十六條之規定，該合夥人因此對合夥（合夥人全體）負擔損害賠償之次給付義務。並且，若可歸責於一合夥人自己之事由而令其出資義務之履行陷於嗣後不能者，除合夥契約另有訂定外，原則上則依據民法第二百二十六條之規定，該合夥人亦因此對合夥（合夥人全體）負擔損害賠償之次給付義務。³⁴再者，在上開可歸責於一合夥人自己之事由而令其出資義務之履行陷於自始主觀不能或嗣後不能之情形，除合夥契約另有訂定外，亦得類推適用民法第二百五條第二項之規定，該合夥人因此對合夥（合夥人全體）負擔代償利益之次給付義務。

此外，若不可歸責於一合夥人自己之事由而令其出資義務之履行陷於自始主觀不能或嗣後不能者，除合夥契約另有訂定外，原則上於自始主觀不能之情形，類推適用民法第二百五條第二項之規定；而於嗣後不能之情形，依據民法第二百五條第二項之規定，以致此時該合夥人即有對合夥（合夥人全體）負擔代償利益之次給付義務之可能性。惟若此時該合夥人並未負擔代償利益之次給付義務者，³⁵在二人合夥之情形，除合夥契約另有訂定外，他合夥人自得援引民法第二百六十六條之規定，免為自

³⁴ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25 ; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 20.

³⁵ 例如：若事實上並無代償利益存在，則該合夥人自無負擔代償利益之次給付義務之可言。

己出資義務之履行，其結果因作為合夥基礎之合夥契約實際上並未履行，民法第六百六十八條所定共同共有之合夥財產並不存在，³⁶進而導致合夥組織無法成立。至於若合夥人逾二人以上者，如前所述，經營共同事業之典型交易目的即凌駕於合夥人間出資義務立於對價關係之上，進而基於經營共同事業之目的以及由誠信原則所衍生之忠誠義務之要求，縱一合夥人出資義務之履行發生障礙，全體合夥人仍應盡可能成就共同事業之經營以及依據忠誠義務維繫合夥組織之存續，以致在經營其共同事業之目的以及忠誠義務下，他合夥人即不得援引民法第二百六十六條之規定，而主張免除自己出資義務之履行。

然而，一合夥人出資義務之履行陷於自始主觀不能或嗣後不能，不論可歸責與否，若因此不可期待他合夥人與之繼續合夥關係者，則有民法第六百八十六條第三項所定聲明退夥抑或民法第六百八十八條以及民法第六百八十七條第三款所定開除等特別規定之適用。³⁷此時，在該出資義務之履行陷於自始主觀不能或嗣後不能之合夥人遭開除之情形，參酌第六百八十七條第三款之規定，於民法第六百八十九條以及第六百七十七條第一項所定出資返還以及損益分配之範圍內，例外自無損害賠償或代償利益等次給付義務之可言。從而，民法第二百五條第二項以及第二百二十六條等規定之適用或類推適用，因有民法第六百七十七條第

³⁶ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, Vor § 723, Rn. 17 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, Vor § 723, Rn. 17 ; vgl. Staudinger-Habermeier, 13. Aufl., 2003, Vorbem. zu §§ 723 ff., Rn. 13.

³⁷ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25 ; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 24.

一項、第六百八十七條第三款、第六百八十八條以及第六百八十九條等規定而受限制。³⁸再者，若此等自始主觀不能或嗣後不能之出資足以令合夥之目的事業不能完成者，則依據民法第六百九十二條第三款之規定，合夥即因而解散。³⁹

(三) 出資義務給付遲延

若合夥人中之一人出資義務之履行遲延者，亦有民法第二百二十九條至第二百三十三條等規定之適用。⁴⁰然而，此時合夥（合夥人全體）卻未能適用或類推適用民法第二百五十四條或第二百五十五條等規定與該合夥人解除或終止合夥契約，蓋，如前所述，合夥有關退夥、開除以及解散等之特別規定在此應優先適用。從而，若一合夥人出資義務之履行遲延，因而不可期待他合夥人與之繼續合夥關係者，則亦有民法第六百八十六第三項所定聲明退夥抑或民法第六百八十八條以及第六百八十七條第三款所定開除等特別規定之適用。⁴¹

³⁸ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664 ; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, S. 102 f. ; Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25.

³⁹ Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25 ; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 24.

⁴⁰ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, S. 664 ; Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25 ; Staudinger-Habermeier, § 706, Rn. 22.

⁴¹ 最高法院二十二年上字第二八九四號判例 ; Münchener Kommentar-Ulmer, 3. Aufl., 1997, § 706, Rn. 21 ; Münchener Kommentar-Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., 2009, § 706, Rn. 25.