

世纪法学研究生参考书系列

民法债编各论

(下)

林诚二◎著

中国人民大学出版社

D927.583.3

5

:3

2007

林诚二◎著

民法债编各论

(下)

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法债编各论 (上中下) / 林诚二著.

北京: 中国人民大学出版社, 2007

(21 世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-07879-3

I. 民…

II. 林…

III. 债权法—研究—中国—研究生—教学参考资料

IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 020055 号

21 世纪法学研究生参考书系列

民法债编各论 (上中下)

林诚二 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2007 年 3 月第 1 版

印 张 69 插页 6

印 次 2007 年 3 月第 1 次印刷

字 数 1 116 000

定 价 98.00 元 (全三册)

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序 言

民法各种之债，浩瀚深奥，实非个人能力所及，但见此次民法债编全盘修正以来，坊间仍欠缺一套完整债编各论教材，同学需求甚殷，乃不自量力，将多年来教授讲义重新充实整编，先后出版民法债编各论上、中、下三册，不敢言说学术价值，但求尽点心力，让有志于研习民法各种之债者，能有所参用。作者自知才疏学浅，书中论点难免谬误丛生，尚盼先进专家不吝指正，以为切当，使台湾地区“民法”债编各论之学说与实务更加进步。

本书之成，蒙贤棣叶张基君帮忙搜集资料、汇整编辑与缮打，并承东吴大学研究生刘玄颢、杨文山、张进钰及林达峰等同学校对，谨此致谢。

林诚二

序于东吴大学法学院研究室

2002年3月15日

目 录

第十八章 合伙 /1

- 第一节 合伙之意义、性质与其他类似概念 /2
- 第二节 合伙之成立 /11
- 第三节 合伙之效力 /12
- 第四节 合伙之变更 /38
- 第五节 合伙之消灭 /48

第十九章 隐名合伙 /54

- 第一节 隐名合伙之意义、性质与其他类似概念 /54
- 第二节 隐名合伙之成立 /65
- 第三节 隐名合伙之效力 /66
- 第四节 隐名合伙之消灭 /76

第十九章之一 合会 /83

- 第一节 合会之意义、性质与其他类似概念 /83
- 第二节 合会之成立 /98
- 第三节 合会之效力 /99
- 第四节 合会之变更 /106
- 第五节 合会实务上之相关问题 /111
- 第六节 合会之倒会、解散及清算 /115

第二十章 指示证券 /124

- 第一节 指示证券之意义、性质及其他类似概念 /124
- 第二节 指示证券之发行 /131
- 第三节 指示证券之让与 /137
- 第四节 指示证券之承担 /144
- 第五节 指示证券之给付 /147
- 第六节 指示证券之消灭 /152

第二十一章 无记名证券 /156

- 第一节 无记名证券之意义与性质 /156
- 第二节 无记名证券之发行 /159
- 第三节 无记名证券之流通 /162
- 第四节 无记名证券之给付 /166
- 第五节 无记名证券之丧失 /170
- 第六节 无记名证券之消灭 /177

第二十二章 终身定期金 /179

- 第一节 终身定期金之意义、性质与其他类似概念 /179
- 第二节 终身定期金之成立 /187
- 第三节 终身定期金之效力 /187
- 第四节 终身定期金权利移转之禁止 /191
- 第五节 终身定期金之消灭 /192

第二十三章 和解 /196

- 第一节 和解之意义、性质与其他类似概念 /196
- 第二节 和解之成立 /203
- 第三节 和解之效力 /204
- 第四节 和解之消灭 /212

第二十四章 保证 /214

- 第一节 保证之意义、性质、种类与其他类似概念 /214
- 第二节 保证之成立 /224
- 第三节 保证之效力 /225

第四节 保证之消灭 /254

第五节 特殊保证 /267

第二十四章之一 人事保证 /294

第一节 人事保证之意义与性质 /294

第二节 人事保证之成立 /304

第三节 人事保证之效力 /305

第四节 一般保证规定之准用 /317

第五节 人事保证之消灭 /324

第六节 结论 /329

第十八章

合 伙

【案例提示】

甲、乙、丙、丁因周休二日制度实施，国人休闲风气日盛，乃兴起投资度假村之念头，遂约定由甲出资新台币（下同）伍佰万元，乙提供坐落于某乡价值一千万元之土地一笔，丙提供价值各壹佰伍拾万元之休闲巴士三辆，丁则负责度假村之规划、兴建与经营（约定丁之劳务出资折算为壹佰万元），并约定由丙、丁负责事务之执行，问：

一、当事人间契约为何？

二、丙、丁应如何执行合伙事务？其义务为何？

三、甲、乙是否能检查丙、丁事务之执行？

四、契约成立生效后，该笔土地及巴士之所有权谁属？

五、丙、丁向甲请求履行出资义务伍佰万元时，甲可否因丙或乙尚未出资而拒绝出资？

六、开始经营的前三年，度假村一共亏损叁佰万元，第四年至第七年则赚了柒佰万元，此等损益当事人间应如何分配？

七、度假村兴建时期，合伙曾向 A 银行以乙所提供之土地设定抵押权而借款贰千万元，如因度假村经营不善而无法还款，甲、乙、丙、丁应负何种责任？

八、戊因乙未依约清偿借款，乃以乙所填发之本票向法院声请裁定准予强制执行后，由法院查封乙所拥有之度假村股份，此查封是否发生乙退伙之效果？

九、己旅行社积欠度假村关于旅行团之门票住宿费等债务，可否以

其对合伙人甲之借款债权向度假村主张抵销？

十、丙见景气转差，无意再继续投资，应如何取回投资？

十一、设甲、乙、丙、丁均同意停止投资时，应如何分配其财产？

第一节 合伙之意义、性质与其他类似概念

壹、合伙之意义

“民法”第六百六十七条第一项规定：“称合伙者，谓二人以上互约出资以经营共同事业之契约。”兹分述如下：

一、合伙系一种契约

合伙系一契约，当事人称为合伙人，必须二人以上，与一般契约仅有双方当事人不同。再者，合伙契约虽为多数当事人，但意思表示仍为互相对立，故与共同行为¹之意思表示平行有别，性质上仍属契约。

合伙契约当事人称为合伙人，已如前述。合伙契约性质上为法律行为，故合伙人行为能力均应具备，有“民法”第七十五条至第八十五条规定之适用。因此，合伙人为无行为能力人或限制行为能力人时，其合伙契约之订立须由其法定代理人代理或经其法定代理人之事前允许或承诺始可，违者该部分效力未定，须得其法定代理人或其成为有行为能力后之事后承认始生效力。是合伙人仅有二人者，合伙契约全部均须得其法定代理人之同意，始生效力。又法定代理人允许限制行为能力人独立营业，合伙事业又属于该营业范围者，限制行为能力人则可自行订立合伙契约。²

1 关于共同行为，请参阅拙著，民法总则讲义，下册，瑞兴图书股份有限公司，1995年元月初版，第五四页。施启扬，民法总则，作者自刊，1999年9月增订八版，第二〇〇页。

2 郑玉波，民法债编各论，下册，作者自刊，1992年10月十五版，第六三八页。拙著，前掲书，同注1，第九二页。

“公司法”第十三条第一项前段规定：“公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人。”因合伙人对于合伙财产清偿合伙债务不足之额负连带责任（“民法”第六百八十一条参照），如允许公司投资，恐有害及股东和债权人之权益，为求公司股本稳固而特设此一限制规定。³因此，公司不得为合伙人，如以公司为合伙人者，合伙契约无效⁴，但除去该公司外仍符合合伙契约之要件，而其他当事人仍愿合伙继续存在者，合伙契约应仍为有效，仅该公司被排除于合伙之外耳。

值得注意者，乃甲公司以厂房与乙公司人员及技术互约出资筹设新公司经营事业，此项约定虽不得谓之合伙，但如最后新公司筹设失败，甲乙公司间之法律关系及财产关系应如何解决，愚以为仍应类推合伙关系清算解散之。

二、合伙系经营共同事业之契约

所谓共同事业，系指该事业为全体合伙人共同利益而言，故其成败，对于任何一合伙人均有利害关系。此共同事业之经营，则为合伙人之共同目的，必须具备此一要件，始得成立合伙⁵，否则即非属合伙

3 柯芳枝，公司法论，三民书局股份有限公司，1993年10月再修订再版，第二四页。

4 “最高法院”1990年度台上字第1620号判决：“两造均为具有法人资格之公司组织，其得否为合伙事业之‘合伙人’或‘转投资’为他公司之股东，既应受公司法之规范（见：‘公司法’第十三条），其因合伙或转投资所生之法律效果，自属有异。”

同院1991年度台上字第1886号判决：“公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人，‘公司法’第十三条第一项定有明文。此为强制规定，违反之者，依‘民法’第七十一条规定，该合伙契约为无效。本件两造均为具有法人资格之公司组织，竟合伙经营事业，其合伙之约定，应属无效。从而上诉人自不得以无效之法律行为所获得之盈余分配金与有效之买卖行为所负欠之货款互相抵销。”（同院1997年度台上字第1587号判决同旨。）

同院1997年度台上字第546号判决：“公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人。被上诉人为公司组织，依法不得为合伙人，两造所订合伙契约为无效，上诉人本于该无效之合伙契约请求被上诉人返还垫款即属无据。”

同院1997年度台上字第2754号判决：“公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人，为‘公司法’第十三条第一项前段所明定，公司负责人如违反此项规定以公司名义与他人订立合伙契约，既不能认为公司之行为，对于公司自不发生效力。”

5 “最高法院”1991年度台上字第2607号判决：“合伙为二人以上互约出资，以经营共同事业之契约，‘民法’第六百六十七条第一项定有明文。故合伙之目的在于经营共同事业。申言之，共同事业之经营乃合伙人之共同目的，合伙人必须具备共同之目的，始能成立合伙。而有无共同事业之经营，应依客观之事实予以认定。”

契约⁶，仅能称之为“共同出资契约”，属无名契约性质，例如甲乙丙三人各出资五百万元共同购地建屋各分配一间是，但如建屋共同出售，则为经营共同事业而属合伙关系。共同事业之种类、期间，均无特别之限制，只要不违反强行规定或公序良俗即可。实务上认为日据时代之公司（会社）、法人未依台湾法律办理公司登记者，其法律关系属于合伙，应适用合伙之规定。⁷再者，发起人于完成公司设立前之法律关系，因其系

- 6 “最高法院”1992年度台上字第336号判决：“民法上所称之合伙，应以二人以上互约出资，经营共同事业为其前提，倘出资之目的，非在经营共同事业，纵出资后之法律行为，或可获得相当之利益，仍与合伙有间。”

同院1993年度台上字第227号判决：“由被上诉人提供土地，颜×琴负责房屋之兴建工程。完工后以土地价值与房屋造价核算，按比例分配。然双方对于分配之比率及何人分配那一层房屋，当初并未具体约定。而征诸双方就分配房屋之后，系各自处理，并无损益分配之约定观之，尚非典型之合伙契约，应认为类似合伙之无名契约，类推适用合伙之有关规定。系争房屋及基地，既均登记为被上诉人所有，依‘土地法’第四十三条之规定，对于颜×琴以外之第三人具有绝对之效力。在颜×琴依其与被上诉人之间之内部关系，请求分配房地，办理移转登记以前，第三人自难反于登记之效力，主张颜×琴为系争房屋之所有人。颜×琴如未经被上诉人同意，与上诉人订立买卖契约，并将房屋点交上诉人占有，对于非契约当事人之被上诉人，即无拘束力。”

同院1993年度台上字第2418号判决：“按合伙为二人以上互约出资，以经营共同事业，而分受其营业所生之利益及分担其所生损失之契约，被上诉人于合伙关系消灭后，将原供经营戏院之建筑物及土地出租与诉外人东和外科诊所，与经营共同事业有间，即非合伙。”

同院1996年度台上字第3058号判决：“称合伙者，谓二人以上互约出资，以经营共同事业之契约，为‘民法’第六百六十七条第一项所明定，当事人如何出资及共同事业为何，必须确实约定，否则合伙契约仍不能成立。被上诉人自认上开字据内容文字为其所书写，核其内容既称系争一百八十万元系借款，又谓系合伙出资，再言并无返还义务，且未提及被上诉人如何出资，共同事业为何，语焉不详，合伙契约能否成立，尚非无疑。”

- 7 “最高法院”1983年度台上字第2016号判决：“在台湾地区，日据时期已成立之合名会社，光复后，如未依法办理公司登记，应认为民法上之合伙，于裁判上固不妨认其有当事人能力，惟若台湾地区之祭祀公业，不过属于某死亡者后裔公同共有祭产之总称，则难认其有当事人能力（祭祀公业涉讼，应由所设置之管理人或该公业之派下全体起诉或被诉）。”

同院1987年度台上字第380号判决：“纵上诉人系日据时期之公司组织，于台湾光复后未依‘我国’公司法改组登记为公司，亦应认系民法上之合伙而有当事人能力。”

同院1991年度台上字第2175号判决：“日据时期之法人，于台湾光复后，未依‘我国’法令为法人登记者，其性质为合伙。生药株式会社于台湾光复后，尚未依‘我国’法令办理公司登记，系争土地即为合伙之公同共有财产。”

同院1991年度台上字第1347号判决：原判决认定台湾光复后，先由陈×鸣任集×株式会社之管理人，陈×鸣死亡后，始由王×桢继任。按陈×鸣于1950年7月18日死亡，则王×桢担任管理人当在1950年7月19日以后，原判决一方面认台南集×株式会社于台湾光复以后，未办理“改组登记”而为合伙；一方面又依日本商法之规定认王×桢为该会社之取締役，得对外单独代表该会社或公司，亦属矛盾。（同院1992年度台上字第367号判决同旨。）

以设立公司为共同事业之目的，通说与实务见解均认为系合伙关系⁸，因公司之成立致目的事业已成就而解散合伙关系，但其财产则由成立之公司继受之。

合伙所经营之共同事业，可分为“非商业合伙”与“商业合伙”，又可称为“一般合伙”与“特殊合伙”，二者均有民法合伙规定之适用，后者更有特别法—商业登记法之适用。惟此须注意的是，商业登记法所规定者，多为行政登记之规定，当事人间之权利义务关系，仍以民法之规定为准。⁹

三、合伙系互约出资之契约

合伙契约成立生效后，合伙人均负出资义务。¹⁰ 此等出资义务之间，具有对待给付之关系，但因合伙人多为二人以上，故其对待给付之适用问题，有别于一般契约（详后述）。至于出资种类、时期，容后述之。

贰、合伙之性质

一、有名契约

合伙契约规定于“民法”债编各论第十八节，自属一有名契约。

8 柯芳枝，前掲书，同注3，第一六四页。并请参见“最高法院”1982年度台上字第734号判决：“所谓合伙，系指二人以上互约出资，以经营共同事业之契约而言，此观诸‘民法’第六百六十七条之规定甚明，依卷附两造不争之契约书（原证十九号）所载，正德公司系由陈×垠等十人共同出资所组成，经营买受系争土地出售事业，并约定按出资额多少比例分配利益，暨推举陈×垠为正×公司代表人，虽正×公司未经依法登记取得法人之资格，核其组织之内容，既有二人以上共同出资，并约定经营共同之事业，定有分配利益之标准及推举代表人对外代表团体，似与民法规定之合伙相当。”

同院1988年度台上字第1376号判决：“未完成设立登记之公司，应认为合伙，而适用民法关于合伙之规定。本件上诉人与姜×琴及其他出资人间之权利义务关系，应依合伙之规定决之。上诉人要无以姜×琴收取股款后未成立公司，而依不当得利之法律关系，对被上诉人作为本件请求之余地。”

9 “最高法院”1975年度台上字第1122号判例：“合伙关系之存在与否，应就当事人有无互约出资经营共同事业之客观事实予以认定，至于有无办理厂商登记，在所不问。”

10 “最高法院”1983年度台上字第4281号判决：“地主出地，建商出资合建房屋，其行为究为合伙、承揽、互易，或其他契约，应探求订约当事人之意思表示及目的决定之。如其契约重在双方约定出资（一出土地，一出建筑资金），以经营共同事业，自属合伙。倘契约着重在建筑商为地主完成一定之建屋工作后，接受报酬，则为承揽。如契约之目的，在于财产权之交换（即以地易屋）则为互易。”

二、双务契约

合伙人均应依契约负出资义务，此等义务互为对价，故属双务契约，有关双务契约之规定，合伙得适用之，惟因其具有团体性，故其适用必须受到限制。兹就同时履行抗辩权与危险负担分述之：

（一）同时履行抗辩权

同时履行抗辩权规定于“民法”第二百六十四条，合伙契约因具有双务契约之性质，故有其适用。当甲、乙二人合伙，甲未出资而要求乙出资时，通说认为乙可行使同时履行抗辩权。¹¹ 设甲、乙、丙三人合伙，已出资之甲向乙请求出资时，乙可否以丙尚未出资为由而行使同时履行抗辩权？愚意以为，合伙人系各自独立之当事人，“民法”第二百六十四条所指之“他方当事人”系指为请求之一方而言，故不能以第三人之为未给付，而向该请求之当事人主张同时履行抗辩权。更进一步言，请求之一方如为执行业务之合伙人者，被请求之合伙人亦不得以他合伙人未出资为理由主张同时履行抗辩权，纵使该请求之执行业务之合伙人未出资者亦同，此系因合伙具有团体性（详后述），而出资请求权系合伙财产之一，执行业务之合伙人系基于合伙团体之地位而请求，并非基于其个人之地位而请求。¹² 因此，愚以为上述甲乙二人合伙之例中，如甲系执行业务之合伙人，而未出资之甲请求乙出资时，乙亦不能行使同时履行抗辩权。虽然此一合伙仅有二合伙人，但仍具有团体性，盖此团体性之概念并非以合伙人之多寡做区分，系因合伙之本质而来。

（二）危险负担

按“民法”第二百二十五条及第二百六十六条危险负担之规定，于合伙有其适用。设甲、乙二人合伙，而乙之出资义务因不可归责于己之事由而无法履行（例如劳务出资而身体因车祸导致肢障、或现物出资而房屋、汽车因天灾而灭失等等）。此时乙之出资义务因此而免除，甲之出资义务同时免除，因乙免出资义务后，仅余甲一人而失其团体性本质，合伙关系不必存在而消灭，其合伙关系消灭；但如已出

11 郑玉波，前掲书，同注2，第六四〇页。史尚宽，债法各论，作者自刊，1986年11月台北六刷，第六四八页。王泽鉴，同时履行抗辩：“民法”第二六四条规定之适用、准用与类推适用，收录于氏著民法学说与判例研究，第六册，作者自刊，1994年8月八版，第一四八页。

12 郑玉波，前掲书，同注2，第六四〇页。

资后始灭失者，则为合伙财产本身损益之计算问题，非危险负担问题。设甲、乙、丙三人合伙时，而甲因不可归责于己之事由而免除其出资义务时，乙、丙是否均免除其责任？解释上因合伙具有团体性，此时应认为其无“民法”第二百六十六条规定之适用，乙、丙仍应负出资义务，仅由甲退伙，合伙关系不因此而消灭¹³，惟若乙、丙认为欠缺甲之出资后即不愿使合伙继续存在者，仍可依“民法”第六百九十二条第二款之规定，经全体同意而解散之。须注意的是，出资系代替物（例如金钱）者，具种类之债之性质，无“民法”第二百二十五条给付不能之问题，遑论危险负担。

三、有偿契约

合伙人之出资，系互负对价之给付，属有偿契约，因此可准用买卖之规定（“民法”第三百四十七条参照），但必须限于性质上可以准用者，例如现物出资之财产有效用上之瑕疵，得准用“民法”第三百五十四条至第三百六十六条有关物之瑕疵担保责任之规定。

四、债权契约

合伙契约仅生债之效力，不生物权法上之效力，属于债权契约。因此，合伙契约成立生效后，所约定之出资（金钱、动产、不动产、有价证券等等），仅成为合伙财产之出资请求权（债权请求权）而已，尚须合伙人依合伙契约履行出资义务而移转其财产权之物权行为，其出资始成为合伙人全体之公同共有。此概念有助于厘清“民法”第六百六十八条之适用，盖各合伙人之出资与合伙财产虽为合伙人全体之公同共有，该出资概念上亦包括尚未履行之出资¹⁴，故其公同共有者为合伙之出资请求权，而非约定出资之财产权本身。因此，财产权不因合伙契约之成立生效而生移转之效果。¹⁵

五、不要式契约

合伙契约不以书面为成立要件或生效要件，仅以当事人意思表示合

13 郑玉波，前掲书，同注2，第六四一页。史尚宽，前掲书，同注11，第六四九页。

14 郑玉波，前掲书，同注2，第六五四页。

15 拙著，前掲书，同注1，第五四页。王泽鉴，民法债编总论，第一册，基本理论债之发生，作者自刊，1994年10月出版，第八九页。

致为已足，契约即可成立¹⁶（“民法”第一百五十三条参照）。惟因合伙人间权义关系颇为复杂，为避免日后举证困难，自以书面订立合伙契约为佳。

六、诺成契约

合伙契约不以出资之履行为其成立或生效要件，合伙契约于当事人意思表示合致时，即为成立，并对各合伙人有出资请求权。

七、继续性契约

合伙契约系以经营共同事业为目的，非一时性契约，系继续性契约¹⁷，且从“民法”第六百九十二条及第六百九十三条之规定以观，亦可得知其性质为继续性契约。

八、团体性契约

民法赋予合伙具有团体性，包括：（1）各合伙人之出资，构成合伙财产，而存在于合伙人个人财产以外（“民法”第六百六十八条参照）；（2）对于合伙之债权与对于合伙人个人之债权，应予以分别（“民法”第六百八十二条第二项）；（3）关于合伙事务之执行，采取多数表决之方法（“民法”第六百七十三条参照）；（4）设有入伙、退伙、解散及清算之规定（“民法”第六百八十七条、第六百九十一条、第六百九十二条及第六百九十四条参照）。故合伙具有团体性，已无可议。

叁、合伙与其他类似概念

一、合伙与有限公司

所谓有限公司，系指二人以上之股东所组织，对于公司债务负连带无限清偿责任之公司（“公司法”第二条第一款参照）。此连带清偿责任，

16 最高法院 1929 年度上字第 1675 号判例：“订立合同文据，并非合伙契约成立之要件，故合伙人虽未订立合同文据，或其合同文据未经合伙人签名画押，如依其他证凭足以证明其合伙者，亦应认其合伙契约为有效成立。”

同院 1933 年度上字第 1442 号判例：“合伙非要式行为，除当事人间有以作成书面为成立要件之约定外，苟二人以上已为互相出资以经营共同事业之约定，虽未订立书据，其合伙亦属成立。”

17 邱聪智，民法债编通则，作者自刊，1993 年 9 月修订六版，第三三页。

须于公司财产不足清偿公司债务时始负之（“公司法”第六十条参照）。合伙人对于合伙之债务于合伙财产不足以清偿合伙之债务时，负连带清偿责任（“民法”第六百八十一条参照）。此部分无限公司与合伙颇为相似，但其二者间仍有不同：

（一）权利能力之有无不同

无限公司具有法人人格，有权利能力；合伙则无。

（二）设立登记之必要性

无限公司系公司之一种，以设立登记为成立要件（“公司法”第六条参照）；合伙原则上不须登记。

（三）目的不同

无限公司系营利法人，必以营利为目的；合伙无此限制，得以祭祀、宗教、慈善、学术、技术及其他各种事业为目的。¹⁸

（四）财产归属不同

无限公司之财产，属于公司本身之单独所有；合伙团体无权利能力，故合伙财产为合伙人全体公同共有。

二、合伙与隐名合伙

所谓隐名合伙，系指当事人约定，一方对于他方所经营之事业出资，而分受其营业所生利益及分担其所受损失之契约（“民法”第七百条参照）。“民法”第七百零一条规定：“隐名合伙除本节有规定外，准用关于合伙之规定。”此条规定易使人认为合伙与隐名合伙系相同概念。¹⁹兹分述二者差异如下：

（一）团体性之有无

合伙系团体性之契约；隐名合伙属一般契约，不具团体性。故合伙有解散之规定；隐名合伙有终止契约（“民法”第七百零九条参照）之规定。

（二）出资与否不同

合伙必须各合伙人互约出资（“民法”第六百六十七条第一项参照）；隐名合伙仅由隐名合伙人出资（“民法”第七百条参照），至于出名营业

18 史尚宽，前掲书，同注 11，第六五〇页。

19 “最高法院”1937 年度上字第 971 号判例：“合伙为二人以上互约出资以经营共同事业之契约，隐名合伙则为当事人约定一方对于他人所经营之事业出资，而分取其营业所生之利益及分担其所生损失之契约，故合伙所经营之事业系合伙人全体共同之事业，隐名合伙所经营之事业则系出名营业人一人之事业，非与隐名合伙人共同之事业，苟其契约系互约出资以经营共同之事业，则虽约定由出资人中一人执行合伙之事务，其他不执行合伙事务之合伙人仅于其出资之限度内，负分担损失之责任，亦属合伙，而非隐名合伙。”

人之出资与否，并非隐名合伙契约之成立要件。

（三）财产所有权谁属不同

合伙财产为各合伙人所公同共有（“民法”第六百六十八条参照）；隐名合伙之财产，属于出名营业人之单独所有（“民法”第七百零二条参照），隐名合伙人仅有出资返还请求权（“民法”第七百零九条参照），并无隐名合伙财产所有权。

（四）责任性质不同

合伙人财产不足清偿合伙债务时，各合伙人对于不足之额连带负其责任（“民法”第六百八十一条参照）；隐名合伙人仅于其出资限度内，负担损失之责任，对外并不负责（“民法”第七百零三条参照）。

（五）事务执行不同

合伙之事务，原则上由合伙人全体共同执行（“民法”第六百七十一条参照）；隐名合伙之事务，原则上专由出名营业人执行之（“民法”第七百零四条参照）。

三、合伙与合会

“民法”第七百零九条之一第一项规定：“称合会者，谓由会首邀集二人以上会员，互约交付会款及标取合会金之契约。其仅由会首与会员为约定者，亦成立合会。”故多数人定期集会，缴纳会款，而轮流借用之一种互助组织。其轮流次序之决定，依抽签、出标或其他方法行之，未得标之会员，须缴纳一定之会款，凑齐后借与得标者使用，于以后各会期偿还一定数额，直至合会中每一会员均得标为止，所借数额已各自还清，而归于解散。因此，合会具有储蓄与融通资金之作用。民法尚未规定合会契约前，因其未违背公共秩序与善良风俗，非法所不许，惟因其为台湾民间常见私人间小额资金融通之金融制度，为使其权利义务关系更加明确，故“民法”债编增订第十九节之一合会乙节。²⁰

合会一般可分为二类：一为营业性之合会，例如台湾社会早期之合会储蓄股份有限公司，但现已改为地区性中小企业银行。另一为非营业性之合会，即一般人所举办之合会。一般情形皆有一人为会首，其他人为会员，会首不但负召集责任，对会员不缴之会款，即得标会员不还之借款，

20 曹竞辉，合会制度之研究，联经出版社，1986年6月，第七页。陈玫瑰，民间合会法律关系之研究——兼评民法债编各种之债第十九节之一修正草案，私立东吴大学法律学研究所硕士论文，1997年6月，第三页。