臺灣高等法院花蓮分院民事判決

108年度重上更一字第6號

上　訴　人　林志峰
訴訟代理人　吳漢成律師
被上訴人　　彭權英
訴訟代理人　傅爾洵律師

上列當事人間請求清償借款事件，上訴人對於中華民國104年4月8日臺灣臺東地方法院103年度訴字第91號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於108年9月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決主文第二項命上訴人林志峰於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償應給付被上訴人彭權英超逾新臺幣貳佰柒拾壹萬柒仟元部分，及該部分自民國一百零三年六月二十七日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息時，應就不足額與烤之鄉小吃店負連帶給付責任，暨訴訟費用(除確定部分外)之負擔均廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人彭權英於第一審之訴駁回。

三、上訴人其餘上訴駁回。

四、第一審(除確定部分外)、第二審及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔。

事實與理由

壹、程序事項：

一、本院審理範圍：

被上訴人於原審主張烤之鄉小吃店及歐睿祥(原名歐陽興，嗣改名歐睿祥，又再改名為歐陽興)為共同向其借貸金錢，依消費借貸契約，請求烤之鄉小吃店及歐睿祥應給付被上訴人新台幣（下同）550萬元本息(下稱前訴)；另依民法第681條規定，請求烤之鄉小吃店原登記之負責人歐睿祥及合夥人即上訴人林志峰負連帶補充責任(下稱後訴)。前訴經原審判命烤之鄉小吃店、歐睿祥應給付被上訴人543萬4,000元本息後，未據被上訴人、烤之鄉小吃店提起上訴；另歐睿祥雖提

起上訴，惟未繳納此部分裁判費，經本院前審裁定駁回上訴後（本院前審卷第38頁），歐睿祥未提起抗告，是此部分之訴已確定。又後訴部分，原判決命歐睿祥與上訴人對烤之鄉小吃店合夥財產不足清償債務時應就不足額部分負連帶給付責任，歐睿祥及上訴人提起上訴，於本院前審審理中，合意自民國105年4月19日停止訴訟程序（本院前審卷第110、112頁），歐睿祥於合意停止訴訟4個月期滿前未聲請續行訴訟，依民事訴訟法第190條之規定，視為其撤回上訴。而本案前審判決後，上訴人提起上訴，經最高法院發回於本院，故本案審理範圍僅為上訴人對烤之鄉小吃店合夥財產不足清償被上訴人債務部分，應否負補充責任。是兩造關於烤之鄉小吃店、歐睿祥與被上訴人間存在消費借貸契約所為之論述及舉證，因此部分訴訟已確定，爰不再詳述。

二、關於上訴人於本院提出其於原審未曾委任簡燦賢律師為訴訟代理人及遭冒名登記為烤之鄉小吃店合夥人之抗辯，是否准許提出一節：

(一)按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者；二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者；三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者；四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者；五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者；六、如不許其提出顯失公平者，民事訴訟法第447條第1項定有明文。當事人於訴訟中未經合法代理者，其判決當然為違背法令，民事訴訟法第469條第4款定有明文。而當事人於訴訟有無經合法代理，不問訴訟程度為何，法院應隨時依職權調查之(最高法院71年度台上字第4547號判決意旨參照)。

(二)上訴人於原審及本院前審均未否認有委任簡燦賢律師為原審之訴訟代理人，嗣於本院抗辯其於原審未合法委任簡燦賢律師為訴訟代理人，簡燦賢律師於原審所為之「自認」對其並不生訴訟法上之效力等語，核屬新防禦方法之提出。惟依前

揭實務見解可知關於訴訟代理權之有無屬於法院職權調查事項，應准許其提出。

(三)兩造對於烤之鄉小吃店原由上訴人與歐睿祥合夥經營之事實，於原審並不爭執(見原審卷第156頁)，惟上訴人曾於原審抗辯：伊只是單純出資的合夥人，未參與烤之鄉小吃店之營運或分得任何紅利，對於烤之鄉小吃店向被上訴人借款一事毫無所知，無須依民法第681條規定負補充性之給付義務等語(原審卷第29、34頁)，於本院前審並抗辯「遭冒名登記為該小吃店合夥人」等語(本院前審卷第11、65、86、87、88頁)，核屬於對於在第一審已提出之防禦方法為補充，依前揭民事訴訟法第447條第1項第3款規定，應予准許。

貳、實體事項：

甲、被上訴人部分：

一、被上訴人起訴主張：

緣烤之鄉小吃店及其負責人即歐睿祥為經營烤之鄉小吃店之生意，自102年7月15日起至102年9月27日止，陸續向伊借款共計550萬元，因而分別開立面額均為50萬元之本票共計11張予伊以供擔保，並於102年9月30日簽立借據及借貸合約書。又依該借貸合約書第2點之約定，烤之鄉小吃店及其負責人歐睿祥按月至少應給付伊10萬元之利息，並由伊代收代管烤之鄉小吃店之營收，以確保伊得按月收取利息，然烤之鄉小吃店卻於103年1月間藉故拒絕伊繼續管理營收，並要求自同年2月起改以開立支票之方式按月給付利息，惟此後即推諉而迄未依約按期給付。另依前開借貸合約書第5點約定，烤之鄉小吃店若經頂讓他人時，債務人需優先償還債權人之全部借款，而烤之鄉小吃店原負責人為歐睿祥、合夥人則為上訴人林志峰，然卻於103年2月17日擅自變更負責人為訴外人張耿銘、合夥人為呂學坤，則依前開約定，烤之鄉小吃店及歐睿祥自應優先償還對伊之550萬元欠款，詎其等卻隱瞞此變更登記之事實，顯已違反前開約定。再者，張耿銘、呂學坤2人原均為烤之鄉小吃店之員工，任職期間均不長，衡

情應僅係掛名之人頭，顯見烤之鄉小吃店及歐睿祥已有倒債之虞及隱匿脫產之實。爰依消費借貸之法律關係請求烤之鄉小吃店及歐睿祥清償借款；而歐睿祥與上訴人林志峰為烤之鄉小吃店之原合夥人，爰依民法第681條之規定，請求歐睿祥、林志峰對於其等退夥前之合夥債務，負補充的連帶清償責任等語。並聲明：(一)烤之鄉小吃店及歐睿祥應共同給付被上訴人550萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)歐睿祥、上訴人林志峰於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償前項金額時，應就不足額部分與烤之鄉小吃店負連帶給付責任。(三)願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人於本院之陳述除與原審相同者予以引用外，補充略以：

(一)上訴人主張第一審未受合法代理，其未委任簡燦賢律師為訴訟代理人，委任狀上印章非其所有，並不可採：

1.上訴人於原審委任之簡燦賢律師於本院證稱：「當時所見的人是烤之鄉小吃店的負責人歐睿祥及代書林黃好，林黃好自稱是林志峰的母親，所有林志峰的股份都是林黃好出資，所以她可以代替林志峰來委任律師，她是實質上的合夥人，...」、「林黃好告訴我，當時已經有債權人彭權英假扣押烤之鄉小吃店、林志峰的財產，並且把當時所有有關假扣押、扣押命令、支付命令以及請求依通常程序審理、催告、起訴的相關資料都有給我過目」、「因為當時扣押林志峰的財產最主要就是林志峰的薪水，所以從相關資料我當時認為林志峰應該知情，而且既然林志峰的母親，能夠取得所有資料，所以我信任林黃好是可以代理林志峰來委任律師的」，關於林黃好確為上訴人母親乙節，為上訴人歷審所不爭執，因此，當初林黃好代理上訴人於原審委任證人簡燦賢律師，並稱係上訴人之母親，並無欺騙或隱瞞之情事；且在當初林黃好代理委任之過程，有交付上訴人被假扣押執行之相關文件予證人簡燦賢律師過目，又在上開假扣押執行程序中，其中執

行標的之一即為上訴人所任職之○○國小之薪資債權，此部分與上訴人之財產有切身關係，而假扣押程序所通知之對象皆為上訴人本人，足證原審雖非上訴人親自委任證人簡燦賢律師，然透過交付遭假扣押執行及被訴之相關之文件，由上訴人之至親即母親林黃好代理前往委任，與常情並無不符，難認委任不合法。

2.按「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。」民法第169段前段有明文規定。上訴人於本院前審雖改委任陳信伍律師、吳漢成律師為訴訟代理人，並曾於104年11月16日、105年4月19日、105年10月17日及106年2月21日本院準備或審理期日時親自到庭出席，有卷附民事報到單可查，然上訴人及所委任之訴訟代理人，於本院前審言詞辯論終結前，皆未曾主張「原審未委任證人簡燦賢為訴訟代理人」，或「未授權母親林黃好代理委任證人簡燦賢律師」，則上訴人自應對證人簡燦賢律師負授權人之責任，亦即不得再主張未委任證人簡燦賢律師為原審之訴訟代理人。

3.證人簡燦賢律師雖證稱：「我沒有印象見過今天在庭的林志峰」，然另證稱：「由於問題所問的案件訴訟期間，之前我就跟林黃好有相當程度的接觸，也跟鍾孟康、歐睿祥共同討論過多次，其中大部分是在烤之鄉小吃店共同吃飯，林志峰的父親也曾參加多次，吃飯的時候討論都是林黃好、鍾孟康、歐睿祥跟我進行訴訟內容的討論，記憶中，曾經有林黃好和林志峰的父親一起來吃飯的時候，曾經有帶過他們的孩子一起來吃飯，只有一次，但是我忘記了，沒有辦法肯定是不是林志峰本人」，顯見包括上訴人之母親林黃好以及父親等人，於原審訴訟期間曾多次與證人簡燦賢律師見面討論本件案情，且大部分是在烤之鄉小吃店共同吃飯時討論，林黃好曾帶過他們的孩子一起過來吃飯，雖然證人簡燦賢律師因時間久遠且處理眾多案件，對於討論案情時共同吃飯者，是否為上訴人林志峰乙節無法肯定，然足證關於上訴人被假扣押

執行及為本案被告之情形，對林黃好而言，並非不能讓家人知道之秘密，因此，在烤之鄉小吃店與律師吃飯討論案情時，林黃好並不避諱讓其先生以及小孩共同參與，若果真如此，林黃好之家庭成員都知悉本件被訴之事實，而身為本案直接利害關係之上訴人，豈有可能完全不知而置身事外之理？若謂於本案發生後，上訴人將相關訴訟事宜全權交由實際參與經營烤之鄉小吃店之母親林黃好代為處理，尚有可能，然謂上訴人完全不知本案原審訴訟之存在及進行，則亦顯與常情有違而難以採信。

4.復依據證人簡燦賢律師表示：「我從剛開始討論案件到最後判決結果，都沒有用電話或跟林志峰討論過」，但亦證稱：「但是有把判決書寄給歐睿祥代為轉交，我也有把判決書正本另外再寄一份給林志峰，地址是臺東市○○路○○○號，用限時雙掛號，在104年4月15日寄出的，4月22日取得回執。」，至於為何要寄臺東市○○路○○○號，依據證人簡燦賢律師所述:「歐睿祥告訴我的，當時告訴我的時候好像記得是林黃好也同意」、「應該是歐睿祥，可是我剛剛有提到，林黃好也說是這個地址」，足證證人簡燦賢律師在收到原審判決書後，有將判決書正本寄往林黃好所代理同意之地址即臺東市○○路○○○號，而歐睿祥雖為臺東市○○路○○○號之共有人之一，然當時林黃好代書事務所亦設址於該地址，有Google網路查詢資料可稽，因此，林黃好同意將判決書寄至該地址，再由林黃好將判決書轉交或通知上訴人，實屬合情合理，且若上訴人不知有原審判決書之存在，又如何提起上訴審之上訴？皆足認上訴人所辯不可採。

5.另被上訴人於提起本件訴訟前，先對上訴人名下之財產進行假扣押之執行，經原審法院於103年4月22日分別發文就不動產部分定103年5月7日上午9時30分赴現場執行，及上訴人對第三人臺東縣○○鎮○○國民小學(下稱○○國小)之每月應領薪資債權予以扣押在案，然上訴人旋於原審法院於103年4月22日核發執行命令後，尚未至現場執行前之103年4月27日

，即向原審法院對被上訴人聲請限期起訴，而上訴人之服務單位即○○國小於收受前開執行命令後，同於103年4月28日提出第三人陳報扣押薪資債權或聲明異議狀，且上訴人之母林黃好於被上訴人103年5月15日向原審法院提起本件訴訟後之103年6月4日，尚以林黃好為上訴人全權代理人之身分具狀聲請本件改用通常程序審理，衡諸前述之事實，再參酌上訴人於本院108年8月21日準備程序時表示：「我信任我母親去處理這些事情」及原審法院106年度訴字第136號被告歐陽興、林黃好偽造文書刑事案件中(下稱另案刑事案件)，於107年10月16日行準備程序時，法官問:「假扣押的信有寄到家裡嗎？」，上訴人以證人身份證稱：「我所知道的假扣押的部分是一開始就寄到學校去說要扣我薪資的三分之一，這時我才了解到有這件事。」等語，益證上訴人因信任其母林黃好而授權其母代為處理包含本件訴訟在內之相關事宜甚明，顯然於斯時即對被上訴人提起本件訴訟有所預見，復於被上訴人提起本件訴訟後，尚具狀聲請本件改用通常程序審理，該書狀雖係由上訴人之母林黃好代為具狀，然由被上訴人於進行保全程序(假扣押)階段，上訴人即已積極保障己身權益之行為，皆足彰顯上訴人知悉被上訴人對其提起本件請求清償借款事件之訴訟，上訴人稱簡燦賢律師於第一審程序中未經合法代理乙節，顯與常情不符，難以採信。

6.再者，上訴人雖稱：「本件上訴人於經二審審理程序並聲請閱卷後，始發現上訴人於一審竟遭訴外人歐睿祥偽刻私章且用印於『一審民事委任書』狀上，委由簡燦賢律師為上訴人之訴訟代理人，而上訴人從未曾授權訴外人歐睿祥代其委任簡燦賢律師為本件上訴人一審之訴訟代理人，...」云云，然查，上訴人於本院前審中，分別委任陳信伍律師及吳漢成律師，倘上訴人於本案第一審程序中確實未委任律師代理訴訟，且於本院前審即已知悉上情，何以上訴人或其於上訴審委任之二位律師，均未於前審程序進行中，或以書狀、或開庭時，就該部分提出爭執(書狀或開庭筆錄均未見)，猶見上

訴人抗辯第一審訴訟代理人簡燦賢律師因無合法代理上訴人為訴訟行為之權限，故其於一審代上訴人所為之任何訴訟行為，不生訴訟法上效力云云，顯有違常情，且與一般生活經驗法則相悖，衡情，案件進行中，當事人究有無委任律師代理訴訟程序之進行，攸關各該當事人己身權益其鉅，此乃一般常人皆知之理，倘若上訴人於第一審程序中確實未委任律師代理訴訟，並於上訴審程序時，經由委任之2位律師閱卷後已發現，且知悉第一審程序中上訴人所泛稱「無合法代理」之律師代為自認之部分係上訴人爭執之爭項，此攸關上訴人己身重大權益之事實，上訴人本人及其訴訟代理人，於上訴審程序進行中，竟隻字未提，在在皆足以反證上訴人稱「於一審竟遭訴外人歐睿祥偽刻私章且用印於『一審民事委任書』狀上」、簡燦賢律師於本案第一審程序中之代理行為不合法云云，無可採信。

(二)上訴人於第一審係合法委任訴訟代理人，上訴人主張於第一審並未自認(如認屬自認，則主張撤銷自認)為烤之鄉小吃店之合夥人，並不可採：

1.簡燦賢律師於一審代理上訴人之訴訟行為既係合法代理(詳如前述)，而合法代理人在訴訟上代為自認，亦與該當事人自身所為者同，則簡燦賢律師代理上訴人於一審時就「烤之鄉小吃店原係由歐睿祥、林志峰合夥經營之商號，並以歐睿祥為負責人。訴外人張耿銘、呂學坤嗣於103年2月17日加入合夥，歐睿祥、林志峰則於同日退夥，烤之鄉小吃店之登記負責人遂變更為訴外人張耿銘，惟烤之鄉小吃店之實際經營者仍為被告歐睿祥。」部分，已列為兩造不爭執事項，上訴人林志峰自不得就此部分再為爭執。

2.上訴人第一審之訴訟代理人於103年7月4日之準備程序筆錄所載，雖抗辯「並未參與實際烤之鄉的經營管理，亦未從烤之鄉分得任何紅利」，然並未否認上訴人係烤之鄉小吃店之合夥人，此由同日筆錄所載：「林志峰只是單純出資的合夥人」，以及針對第一審法官詢問:「烤之鄉小吃店原先之合

夥人為歐睿祥及林志峰，並以歐睿祥為負責人，有何意見？」，上訴人之訴訟代理人亦明確表示：「不爭執此部分」，足證上訴人在第一審理中，並不爭執其係烤之鄉小吃店之合夥人，所爭執者僅為「並未參與實際烤之鄉的經營管理」、「未從烤之鄉分得任何紅利」以及「對於被上訴人主張烤之鄉向其借款之情毫無所知」。

3.參照上訴人於103年7月14日在第一審所提出之民事答辯狀所載：「關於林志峰部分：台東縣政府商業登記：烤之鄉小吃店，資本額150萬，林志峰合夥百分之二十股權，即30萬元，自83年6月24日設立登記至103年2月17日止，合夥人林志峰變更為呂學坤，於上開登記合夥期間，乃因林志峰職業是國小代理教員，商業外行，從未過問參與烤之鄉小吃店營運，更未收到紅利分配」，顯見上訴人於第一審亦未否認或爭執其係烤之鄉小吃店之合夥人，上訴人僅表示其「商業外行，從未過問參與烤之鄉小吃店營運」、「未收到紅利分配」而已；上訴人僅爭執「不知被上訴人中途投資合夥烤之鄉小吃店」、「不知被上訴人授權其夫楊朝興，於102年7月即日至102年9月30日，接管經營烤之鄉小吃店」以及「並未在系爭本票11紙及借據及借貸合約書簽名蓋章」等事。

4.綜上，依據上開上訴人第一審之訴訟代理人於103年7月14日之準備程序筆錄所為之陳述，以及上訴人於103年7月14日在第一審所提出之民事答辯狀所載，上訴人於第一審並不否認亦未爭執渠係烤之鄉小吃店之合夥人乙節，應堪認定。

(三)上訴人主張其非烤之鄉小吃店之合夥人，係遭冒名登記為烤之鄉小吃店之合夥人，合夥契約不成立並不可採：

1.歐睿祥於104年11月16日在本院前審準備程序雖稱：「(問：為何會登記合夥人林志峰？)林志峰完全不知道，...」等語；然另案刑事案件中，於106年11月28日行準備程序時稱：(問：林志峰是否知悉入夥烤之鄉小吃店？)林志峰是開幕後才知道的，開幕時的邀請卡尊重林黃好的意思有寫林志峰的名字等語，上訴人稱：當初有問過歐陽興為什麼要印我的名

字等語，歐睿祥復於107年3月15日該案準備程序時表示：「(問:為何於另案民事訴訟之上訴理由中自承告訴人對於入夥一事毫不知情？)林黃好是我的金主，我必須聽她的話。我們開幕時林志峰也有去，有邀請卡，...，房屋登記名義部分在開幕前就已經登記為林志峰名下。在開幕時，...，林志峰還不是合夥人，...，林黃好希望我盡量把她兒子撇清，...，上訴理由這樣寫完全是林黃好要求的，因為她說林志峰是國小的代課老師」等語，顯見歐睿祥雖曾表示上訴人不知入夥烤之鄉小吃店乙節，乃因林黃好為維護其子所提出之要求。

2.上訴人於另案刑事案件107年10月16日之審判程序中稱:「(歐陽興問:開幕時，你媽媽是否有叫你過去？)是」、「(歐陽興問:後來你媽媽要求我把烤之鄉交給她經營，而我也退出，經營權、管理權都交給她，後來你還是有到裡面去經營？)為人子女不可能讓媽媽忙得半死而不去幫忙，我們非常地不情願，但不得已，包括我的弟弟和媳婦和兒子都從台北回來一起幫忙...」；另歐陽興復於107年12月6日審判程序中表示：「林黃好有告訴林志峰房子登記在他名下，他有加入股東，到103年林黃好要求我將經營權交給他，我也無條件交給他，林志峰也知情，有繼續經營下去。」等語，顯見烤之鄉於101年3月18日開幕當天，上訴人本人在場，並知悉邀請卡印有上訴人之名字而詢問歐陽興，上訴人嗣後並參與烤之鄉之實際經營、管理等情觀之，足認歐睿祥所稱「林黃好有告訴林志峰房子登記在他名下，他有加入股東，到103年林黃好要求我將經營權交給他，我也無條件交給他，林志峰也知情，有繼續經營下去」非虛。

3.又被上訴人向原審法院聲請核發假扣押裁定，並提出假扣押強制執行，在前開保全執行程序中，債權人即被上訴人有聲請查封債務人即上訴人對第三人○○國小之每月應領薪資債權，有原審法院執行命令可稽，因此，上訴人早於103年4月間保全執行程序中，以及本案第一審103年6月24日案件繫屬

原審法院後，即可知悉其係烤之鄉小吃店之合夥人，然上訴人於第一審並不否認亦未爭執渠係烤之鄉小吃店之合夥人，嗣於原審判決後，始就此為爭執，實無法排除上訴人係因本案訴訟，名下財產已遭查封，為避免將來本案敗訴而有遭拍賣之風險而提出前開告訴，而訴外人林黃好則配合上訴人之告訴，於刑事偵審中認罪，並取得上訴人之原諒，以換取緩刑之機會。事實上依據另案刑事判決主文所載，林黃好因犯行使偽造私文書罪，亦僅判處有期徒刑4月，並緩刑2年，林黃好雖獲判刑事有罪判決，然因緩刑二年而無庸執行，然卻可能換得上訴人免除543萬4000元之連帶給付責任，因此，上訴人於刑事告訴之內容是否屬實，以及林黃好於該刑事案件偵審中之自白，無法排除係為上開目的而為虛偽陳述之可能性。

(四)烤之鄉小吃店之合夥財產已顯不足清償合夥債務，本院前審卷內附表所列之生財器具，已非烤之鄉小吃店所有之生財器具：

1.被上訴人於提起本件請求清償借款事件起訴前，先向原審法院聲請假扣押獲准後，另向財政部南區國稅局臺東分局聲請烤之鄉小吃之全國財產稅總歸戶財產查詢清單、101年度各類所得資料清單所載，烤之鄉小吃部名下僅有「1993年份之中華汽車」乙輛及臺灣銀行給付之利息所得「7元」，顯不足清償被上訴人之全部債權。

2.被上訴人業已執原審判決(關於烤之鄉小吃店部分已先行確定)及關於確定部分之判決確定證明，向原審法院聲請強制執行(105年度執字第14286號強制執行案件，下稱系爭強制執行事件)，針對上訴人所抗辯烤之鄉小吃店仍有留存於台東市○○路○段○○○號處所之生財器具等動產，聲請強制執行。

3.系爭強制執行事件定106年2月8日上午10點，於「烤之鄉小吃店」原營業地點台東市○○路○段○○○號處所，進行現場查封執行，惟在場人即第三人林黃好，當場向執行法院表示

，依債權人即被上訴人所提出之「民事強制執行聲請狀」附表所示之動產，皆非合夥團體「烤之鄉小吃店」所有，而係渠所有，並由在場人即第三人林黃好於執行筆錄上簽名確認，而當時債務人烤之鄉小吃店及其負責人皆無異議，故該次強制執行程序因執行無結果，換發債權憑證結案，以上皆已足證合夥團體「烤之鄉小吃店」之合夥財產已不足清償合夥債務之事實。

4.歐睿祥固曾於105年4月19日本院前審準備程序筆錄中陳稱：「(法官問:烤之鄉小吃店財產已於104年11月16日廢止，應收債權及生財器具價額？)沒有應收債權，生財器具在店裡面，店已經沒有在經營了」、「(法官問:餘存的生財器具有超過新臺幣543萬4000元之價值嗎？)沒有鑑價且我也沒有找後手去估價來接手，所以我並不清楚生財器具之價額，但我認為有超過543萬4000元」云云，惟後經法官當庭諭知「歐睿祥是否庭後皆同被上訴人訴代至烤之鄉小吃店內查看生財器具之品項，並將有價值之生財器具向本院陳報」，惟迄本院前審審理終結時為止，皆未見烤之鄉小吃店及其負責人歐睿祥陳報。烤之鄉小吃店及負責人歐睿祥既未陳報及舉證證明確有所謂「生財器具」之存在，其後於系爭強制執行程序中，對於在場人即第三人林黃好當場向執行法院表示，「生財器具」皆非烤之鄉小吃店所有，而係渠所有乙節，亦無異議，則當已無鑑價之必要，最高法院發回意旨認原審就此部分未詳為調查審認，恐亦有誤會之處。

(五)並聲明：

1.上訴駁回。

2.第二審及發回前三審訴訟費用由上訴人負擔。

乙、上訴人部分：

一、上訴人答辯則以：

(一)歐睿祥在臺東市所經營烤之鄉小吃店(下稱臺東店)之生意鼎盛，因而於102年6月11日在高雄市開設分店(下稱高雄店)，被上訴人見歐睿祥高雄、臺東二地奔波，無暇全心照顧臺東

店，認有利可圖而對歐睿祥佯稱：為使歐睿祥得全心經營高雄之店面，願以最高限額550萬元合夥投資臺東店，條件為臺東店交由被上訴人之丈夫即訴外人楊朝興管理經營等語，並約定被上訴人應自102年7月15日起至103年9月27日止，陸續出資共計550萬元，歐睿祥遂應被上訴人之要求，預先按照約定出資日期簽發面額均為50萬元之本票11紙，以做為被上訴人出資之憑據。然被上訴人實際僅於102年7月15日、102年7月20日各出資50萬元予歐睿祥，嗣因被上訴人之夫楊朝興已於102年7月20日取得臺東店管理經營權，被上訴人遂於102年7月25日應給付第3次出資款50萬元時，對歐睿祥佯稱手頭不便，待資金寬鬆時逕自匯入歐睿祥於○○○○銀行○○分行及烤之鄉小吃店於○○銀行○○分行之帳戶，然被上訴人嗣後僅匯入1,195,000元，是被上訴人實際出資額共計僅2,195,000元。又被上訴人之夫楊朝興自102年7月20日起至102年9月30日止之管理經營臺東店期間，將每日營收現金合計1,835,489元、客戶刷卡付費之收入金額共計687,113元，及自102年10月1日起至103年2月28日止之客戶刷卡付費收入共計847,413元等金額均據為己有，是被上訴人之出資額尚少於其所收取之款項【計算式：2,195,000元－1,835,489元－687,113元－847,413元＝-1,175,015元】，而其嗣因其夫楊朝興年歲已大、不勝經營，且所投資之款項業已收回、溢收而萌生退股之意，遂於102年9月30日持已擬好內容之借據及借貸合約書，以不簽署即拒絕返還臺東店之管理經營權為由，要求歐睿祥簽名蓋章，歐睿祥因繁忙而未計算被上訴人匯款之金額、楊朝興已收取之金額，為免臺東店關閉，未經思索即簽名蓋章，以取回臺東店之經營權，然若單純借款，衡情不會介入經營，是歐睿祥與被上訴人間之法律關係實係合夥，與借據及借貸合約書之內容不符，不應從該契約書之形式觀察。據此，被上訴人自不得以消費借貸之法律關係請求歐睿祥清償借款。

(二)上訴人僅係烤之鄉小吃店單純出資之合夥人，從未參與營運

或紅利分配，亦不知被上訴人投資合夥烤之鄉小吃店及其夫楊朝興接管經營之情事，復未在本票、借據及借貸合約書上簽名蓋章，是本件爭議應為被上訴人與歐睿祥間因出資合夥所生財務糾葛，不得依民法第681條之規定要求上訴人負補充連帶清償責任等語置辯。並答辯聲明：1.被上訴人之訴駁回。2.如受不利益判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

二、上訴人不服原審判決提起上訴，其陳述除與原審相同者予以引用外，補充略以：

(一)本院前審判決有「當事人於訴訟未經合法代理」、「判決不備理由」之判決違背法令之處：

1.上訴人於本院前審聲請閱卷後，始發現上訴人於一審竟遭歐睿祥偽刻私章且用印於「一審民事委任書」狀上，委由簡燦賢律師為上訴人之訴訟代理人，而上訴人從未曾授權歐睿祥代其委任簡燦賢律師為上訴人一審之訴訟代理人，亦從未與簡燦賢律師有所接觸，此亦據簡燦賢律師證述明確。且因一審委任書狀記載上訴人之住居所地皆非真實(歐睿祥故意留下自己的住址給簡律師，致簡律師誤為上訴人之住址)，致使法院送達之開庭通知或公函，皆係由歐睿祥收受簽名，上訴人當無從知悉本件一審之審理程序及訴訟進行過程，更從未於一審親自到庭為任何訴訟行為，是本件一審訴訟代理人簡燦賢律師因無合法代理上訴人為訴訟行為之權限，故其於一審代上訴人所為之任何訴訟行為，不生訴訟法上之效力，自不待言。

2.上情已由上訴人在本院前審之訴訟代理人於105年10月17日準備程序中陳明：法官問：「是否撤銷自認？(提示原二審卷第156-171頁反面)」上訴人訴訟代理人吳漢成律師：「林志峰於原審從未到庭過，原審均是由歐睿祥所委任的簡燦賢律師表示意見，所以林志峰於原審從未到庭表示自認為合夥人，就原審的訴訟代理人為此表示，我們撤銷原審訴訟代理人於此部分之自認。」

3.上訴人於一審並未受合法之代理，故原審訴訟代理人簡燦賢

律師代上訴人自認「上訴人為烤之鄉小吃店合夥人」之事實，自不生訴訟法上之效力，惟鈞院前審判決竟誤認不生效力之自認為合法，並作為本件認事用法之重要依據，自有判決當然違背法令之違誤。

(二)原判決就歐睿祥之陳述，全未審酌，自有採證違背法令：

歐睿祥於104年11月16日本院前審準備程序，針對上訴人全然不知其為烤之鄉小吃店之出名合夥人，遭冒名登記合夥之事實，業已證述：「林志峰峰完全不知道，是我跟林黃好借款，可能我乾媽(指林黃好)是做代書，才會用林志峰的名義去辦理登記。」對上訴人確實非為合夥人，係遭冒名登記之事實，陳述甚明，為對上訴人有利之證述。

(三)並聲明：

1.原判決除確定部分外，不利於上訴人林志峰部分廢棄。

2.廢棄部分，被上訴人於原審之訴駁回。

3.第一審、第二審及發回前第三審訴訟費用(除確定部分外)由被上訴人負擔。

丙、兩造不爭執事項(本院卷第116-118、155頁)：

一、烤之鄉小吃店於83年6月24日經核准設立，原係由歐睿祥獨資經營之商號，嗣於101年4月19日登記上訴人入股合夥經營烤之鄉小吃店，為合夥人，並仍以歐睿祥為負責人。嗣訴外人張耿銘、呂學坤於103年2月17日加入合夥，歐睿祥、上訴人則於同日退夥，烤之鄉小吃店之登記負責人遂變更為訴外人張耿銘，惟烤之鄉小吃店之實際經營者仍為歐睿祥。

二、烤之鄉小吃店於104年11月16日已為廢止登記。

三、臺東縣政府000年0月00日○○○字第0000000000號函文已撤銷烤之鄉小吃店000年0月00日商業登記事項中有關組織變更及合夥人(即林志峰)登記事項。

四、歐睿祥、上訴人及張耿銘、呂學坤所為前述退夥及加入合夥之事宜，均未告知被上訴人並得被上訴人同意。

五、被上訴人所提出之原審卷第7-10頁本票11紙(均影本，票面金額均為50萬元，總額共計550萬元)，確為歐睿祥所簽發交

付被上訴人；原審卷第11、12頁之借據、借貸合約書確為歐睿祥所簽立，並蓋印歐睿祥及烤之鄉小吃店之印章。

六、上開550萬元屬消費借貸性質之借款，被上訴人已經交付歐睿祥及烤之鄉小吃店共5,434,000元(即如被上訴人原審卷第158頁附表所示之款項)。

七、被上訴人之夫楊朝興確有於102年8月15日起至102年12月20日之期間，代收代管烤之鄉小吃店之營收；並於102年8月25日自歐睿祥處取得烤之鄉小吃店、歐睿祥分別於○○○○銀行○○○分行之存款帳戶存摺、提款卡及印鑑章(戶名：歐睿祥，帳號：0000-0000-0000-0；戶名：烤之鄉小吃店，帳號：0000-0000-0000-0)。楊朝興另曾於103年11月初至烤之鄉小吃店代收當日之營收。

八、烤之鄉小吃店所在之臺東市○○路○段○○○號之建物登記為上訴人所有，兩造均不爭執建物非烤之鄉小吃店之財產。

九、烤之鄉小吃店之合夥財產有1993年份之中華汽車一輛、臺灣銀行101年度利息所得7元。

十、被上訴人以原審確定判決對歐睿祥、烤之鄉小吃店向原審法院聲請強制執行，經原審法院104年度司執字第8520號併案執行並無結果，有原審法院核發之債權憑證可按。

十一、上訴人之母林黃好因偽造上訴人名義之私文書(含烤之鄉小吃店之合夥同意書及合夥契約書等)，經原審法院於108年1月10日以106年度訴字第136號刑事判決林黃好行偽造私文書罪，處有期徒刑4月，如易科罰金，以1千元折算1日，緩刑2年，並應於確定之日起1年內向公庫支付10萬元確定。(兩造對判決上形式上的真正不爭執)。

十二、原審法院103年度執全字第28號執行事件於103年4月24日對上訴人之扣薪函送達○○國小 ，○○國小並於103年4月28日聲明異議，另103年5月12日送達禁止處分函、假扣押裁定各乙件、聲請假扣押執行狀繕本乙件，由林松澤簽名收受。

丁、本件爭執之重點(本院卷第117頁)：

一、上訴人主張第一審未受合法代理，其未委任簡燦賢律師為訴訟代理人，委任狀上之印章非其所有，是否可採？

二、如上訴人於第一審有合法委任訴訟代理人，上訴人主張於第一審並未自認(如認屬自認，則主張撤銷自認)為烤之鄉小吃店之合夥人，是否可採？

三、上訴人主張其非烤之鄉小吃店之合夥人，係遭冒名登記為烤之鄉小吃店之合夥人，合夥契約不成立是否可採？

四、被上訴人主張烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償合夥債務，是否可採？

五、本院前審104年度上字第28號卷第173頁附表所列之生財器具是否為烤之鄉小吃店所有之生財器具？

六、上訴人是否應於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償債務時，就不足額部分(即被上訴人主張之5,434,000元或最高法院判決意旨所指之2,717,000元)與烤之鄉小吃店負連帶給付責任？

戊、本院之判斷：

一、上訴人主張第一審未受合法代理，其未委任簡燦賢律師為訴訟代理人，委任狀上之印章非其所有，是否可採？

(一)上訴人於第一審委任簡燦賢律師為訴訟代理人，有103年7月18日民事委任狀在卷可稽(見原審卷第36頁）。證人簡燦賢律師於本院結證稱：本案是在103年4月間，經過花蓮的友人鍾孟康介紹，當時所見的人是烤之鄉小吃店負責人歐睿祥及代書林黃好，林黃好自稱是林志峰的母親，所有林志峰的股份都是林黃好出資，所以他可以代替林志峰來委任律師，他是實質上的合夥人，後來林黃好告訴我，當時已經有債權人彭權英假扣押烤之鄉小吃店、林志峰的財產，並且把當時所有有關假扣押、扣押命令、支付命令以及請求依通常程序審理、催告、起訴的相關資料都有給我過目，因為當時扣押林志峰的財產最主要就是林志峰的薪水，所以從相關資料我當時認為林志峰應該知情，而且既然是林志峰的母親，能夠取得所有資料，所以我信任林黃好是可以代理林志峰來委任律

師的；訴訟期間，我沒有印象見過在庭的林志峰，但是由於之前我就跟林黃好有相當程度的接觸，也跟鍾孟康、歐睿祥共同討論過多次，其中大部分是在烤之鄉小吃店共同吃飯，林志峰的父親也曾參加多次，吃飯的時候討論都是林黃好、鍾孟康、歐睿祥跟我進行訴訟內容的討論，記憶中，曾經有林黃好和林志峰的父親一起來吃飯的時候，曾經有帶過他們的1位小孩一起過來吃飯，只有一次，但是我忘記了，沒有辦法肯定是不是林志峰本人，而且來一起吃飯的孩子也都沒有參與討論案情，也沒有發表任何的意見；林黃好沒有提供過林志峰的身分證給我過目。本案是在103年6月9日，經過先前多次討論之後，林黃好透過歐睿祥將烤之鄉小吃店、林志峰、歐睿祥3人印章以郵寄的方式寄到事務所，由小姐收受，加蓋在委任狀上。我從剛開始討論案件到最後判決結果，都沒有用電話或跟林志峰討論過，但是有把判決書寄給歐睿祥代為轉交，我也有把判決書正本另外再寄一份給林志峰，地址是臺東市○○路○○○號，用限時雙掛號，在104年4月15日寄出的，4月22日取得回執；○○路000號的地址是歐睿祥告訴我的，當時告訴我的時候好像記得是林黃好也同意；歐睿祥我有另外寄，是寄到高雄市○○區○○路○○○號0樓，但是是退回的，判決書有兩份，我是希望他代為轉交林志峰，由於當時曾經留過林志峰的地址是○○路，所以我寄到寶桑路；林志峰○○路的地址，應該是歐睿祥留的，可是林黃好也說是這個地址等語(見本院更一卷第147-150頁)，參照原審法院103年度執全字第28號假扣押執行事件中，103年5月7日被上訴人指封之不動產台東市○○路○○○號房屋時，該屋為林黃好代書使用開設代書事務所等情，有假扣押執行筆錄在卷可按(見原審法院103年度執全字第28號卷第43頁背面)，可知上訴人於原審之訴訟代理人簡燦賢律師是因林黃好出面告知其可以代替上訴人委任律師，並透過歐睿祥郵寄上訴人之印章而由簡燦賢律師之職員加蓋在委任狀上，且林黃好亦同意判決可寄到○○路000號其開設之代書事務所等情

。

(二)被上訴人於提起本件訴訟前即於103年4月10日對烤之鄉小吃店、歐睿祥及上訴人名下財產聲請假扣押，經原審法院裁定准許後，被上訴人聲請執行假扣押，原審法院於103年4月22日發函查封歐睿祥所有不動產並通知最高限額抵押權人林黃好、禁止上訴人收取在○○國小每月三分之一之薪資，而三民國小於103年4月24日收受扣薪函之執行命令，並於103年4月28日以「本案所示牽涉當事人權益及法律程序相關層面，待詢問事件原委及法律專業相關意見後，再提內部行政會議討論後續學校妥適之辦理方式。」為由，向原審法院提出第三人陳報扣押薪資債權或聲明異議狀(原審法院收文日期為103年4月30日)；另於103年5月30日向原審法院提出民事答辯狀謂：「二、經林志峰之母親林黃好向本校陳述案情，略以：本件債務之發生是另債務人歐睿祥私人向債權人借款，林志峰並不知情，歐睿祥所簽發給債權人之本票及借據，林志峰並無簽名或蓋章，債權人對林志峰求償，難謂適法。三、又林志峰之母親林黃好向本校表示，債權人聲請假扣押，已查封林志峰多筆不動產，其價值遠超過債權人請求之金額550萬元...」等語，有原審法院103年度裁全字第36號、103年度執全字第28號假扣押事件卷宗影本及其卷內之假扣押裁定書、執行命令、○○國小前開書狀等在卷，可知原審法院對○○國小之扣薪執行命令於103年4月24日由○○國小收受後，○○國小即詢問上訴人有關扣薪一事之原委，上訴人乃詢問其母林黃好，再由林黃好向○○國小陳述經過情形；佐以上開證人簡燦賢律師所述林黃好告知所有林志峰的股份都是林黃好出資、在烤之鄉小吃店討論訴訟內容時，上訴人之父及其1位小孩一起過來吃飯等情，可知林黃好並無隱瞞上訴人實情之必要；而林黃好與上訴人為母子至親關係，上訴人於103年間已46歲，並在學校任職，非毫無社會經驗之人，且前開假扣押一事與其工作及薪資有重大利害關係，林黃好於上訴人詢問假扣押之事時，應無不告知上訴人有關上訴

人因擔任烤之鄉小吃店合夥人遭債權人追償一事，堪認上訴人於103年4月24日至30日間已知其因擔任烤之鄉小吃店之合夥人而遭債權人即被上訴人聲請假扣押一事，並由其母林黃好出面向學校說明假扣押一事之原由。

(三)上訴人於本院陳稱：假扣押的資料寄到學校之後，我被校長叫去問為什麼會有這個，我說我不清楚，要問母親，我問了之後，母親說這件事情跟我沒有關係，他會處理；這段時間媽媽都說他會處理，我平常都在上班，晚上還要上課、假日也有課程要上，而且那時候我父親快要往生了，非常忙，媽媽跟我說已經在處理了，我就沒有特別去注意到這些事情；(問：烤之鄉小吃店開幕時，你有去參加嗎？)有。(問：那你有收到寄給你的邀請卡嗎？)沒有，是媽媽叫我過去的，他叫我去充人氣。(問：你知道歐睿祥有寄印你名字的邀請卡？)不是印我名字，是在烤之鄉小吃店內的桌子上面有印歐陽興是「鄉長」，也有印我的名字，但我的稱謂我忘記了，我有問為什麼要印我的名字，他說是為了找我當擋箭牌，怕人家跟他要折扣。我問媽媽扣薪之事時，他認定是他們兩個人之間的事情，他只有說是歐陽興借貸的事情；他說他自己會去處理，他沒有跟我說是什麼原因；我也沒有出過庭，我信任我母親去處理這些事情等語(見本院更一卷第152-154頁)，可知上訴人於○○國小校長詢問假扣押一事時，上訴人即知與其母林黃好有關，於詢問林黃好後，林黃好亦告知是歐陽興借貸之事，其會處理等情，上訴人並充分信任其母親去處理這些事情，參酌林黃好於原審以上訴人「全權代理人」之身分表示上訴人及歐睿祥就假扣押一事已向原審法院聲請限期起訴等情(見原審卷第20頁103年6月4日民事聲請狀)，以及證人簡燦賢律師前述：林黃好把當時所有有關假扣押、扣押命令、支付命令以及請求依通常程序審理、催告、起訴的相關資料都有給我過目，因為當時扣押林志峰的財產最主要就是林志峰的薪水，所以從相關資料我當時認為林志峰應該知情，而且既然是林志峰的母親，能夠取得所有資料

，所以我信任林黃好是可以代理林志峰來委任律師的等語，足認上訴人因信任其母林黃好，故事先概括授權林黃好全權代其處理有關假扣押事件相關之一切事宜，包括以上訴人名義或上訴人代理人之身分，為上訴人委任律師為訴訟代理人及提供訴訟需用之印章予律師等相關訴訟救濟事宜，則林黃好出面代上訴人與簡燦賢律師洽談並委任其擔任上訴人於原審之訴訟代理人，並提供上訴人之印章以蓋用委任狀，應是在上訴人授權林黃好處理之範圍內，故上訴人於原審應無未受合法代理之情事。

(四)從而，上訴人抗辯其於第一審未受合法代理，其未委任簡燦賢律師為訴訟代理人，委任狀上之印章非其所有等情，依前揭事證顯示所辯尚非可採，原審上訴人之訴訟代理人簡燦賢律師應已受合法委任，可以認定。

二、如上訴人於第一審有合法委任訴訟代理人，上訴人主張於第一審並未自認(如認屬自認，則主張撤銷自認)為烤之鄉小吃店之合夥人，是否可採？

(一)按當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之，民事訴訟法第279條第1項、第3項定有明文。按民事訴訟法第279條第1項所定自認，係指當事人對於他造主張之事實，積極的表示承認之情形而言，此與同法第280條第1項所定視同自認，乃當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時，消極的不表示意見，法律擬制其為自認有別，兩者在法律上之效果並不相同（參看最高法院71年台上字第3516號判例意旨）。又經法官整理並協議之不爭執事項，倘當事人積極而明確表示不爭執或沒有意見，性質上應屬民事訴訟法第279條第1項所規定之自認，除當事人能證明該不爭執事項與事實不符或經他造同意，法院得適用同條第3項規定，許其撤銷與該事實不符之不爭執事項外，在辯論主義之範圍內有拘束法院之效力，應以該自認之事實作為裁判之基

礎（參最高法院104年度台上字第1576號、第1561號、第207號判決意旨）。

(二)上訴人於原審既已合法委任簡燦賢律師為訴訟代理人，則上訴人原審之訴訟代理人就烤之鄉小吃店原係由歐睿祥、林志峰合夥經營之商號並以歐睿祥為負責人；訴外人張耿銘、呂學坤嗣於103年2月17日加入合夥，歐睿祥、上訴人則於同日退夥等事實，既於原審表示不爭執(見原審卷第156頁），並陳稱上訴人只是單純出資的合夥人，並未參與實際經營管理，亦未分得任何紅利等情(見原審卷第29頁背面），並就原審訊問：烤之鄉小吃店原先之合夥人為歐睿祥及上訴人，並以歐睿祥為負責人，有何意見？明確表示「不爭執此部分」(見原審卷第30頁），可認上訴人之訴訟代理人於原審已經自認為烤之鄉小吃店之出資合夥人之事實，上訴人抗辯其於原審並未自認云云，尚非可採。至於上訴人主張撤銷自認部分亦非可採，理由詳如下述。

三、上訴人主張其非烤之鄉小吃店之合夥人，係遭冒名登記為烤之鄉小吃店之合夥人，合夥契約不成立是否可採？

(一)本件被上訴人主張上訴人為烤之鄉小吃店之合夥人一節，既已經上訴人於原審自認，被上訴人就其上開主張即無須負舉證責任。而上訴人抗辯其非烤之鄉小吃店之合夥人，係遭冒名登記為烤之鄉小吃店之合夥人，合夥契約不成立，並撤銷前開自認等情，被上訴人不同意其撤銷自認（本院前審卷第156頁），依上開規定，上訴人應舉證證明其自認與事實不符。

(二)上訴人雖以歐睿祥於本院前審證稱：上訴人完全不知道其登記為合夥人，是我跟林黃好借款，可能我乾媽(指林黃好)是做代書，才會用上訴人的名義去辦理登記等語(見本院前審卷第65頁背面)，惟歐睿祥於另案刑事案件供稱：上訴人是開幕後才知道其入夥烤之鄉小吃店，開幕時的邀請卡尊重林黃好的意思，有寫上訴人的名字等語；上訴人則稱：當初我有問歐陽興(即歐睿祥)為什麼要我的名字，歐陽興說怕別人

找他要折扣，所以才掛我的名字，作作樣子，上面也有歐陽興的名字等語(見另案刑事案件原審卷第45頁)，足見歐睿祥所述開幕時的邀請卡有寫上訴人的名字等情，並非無稽；且上訴人於本院亦陳稱：(問：你知道歐睿祥有寄印你名字的邀請卡？)不是印我名字，是在烤之鄉小吃店內的桌子上面有印歐陽興是「鄉長」，也有印我的名字，但我的稱謂我忘記了，我有問為什麼要印我的名字，他說是為了找我當擋箭牌，怕人家跟他要折扣等語，可知烤之鄉小吃店開幕時，上訴人即知烤之鄉小吃店內之邀請卡或桌上印有上訴人及歐睿祥之名字，其可作為歐睿祥對外之擋箭牌；再參酌歐睿祥所稱：開幕時的邀請卡尊重林黃好的意思，有寫上訴人的名字等語，顯然烤之鄉小吃店開幕時對外已將上訴人列為共同出資合夥且與歐睿祥有相同權限之人，開幕時來店之上訴人及賓客均可得知。再者，烤之鄉小吃店是在101年3月18日開幕，已據歐睿祥供述明確(見另案刑事案件原審卷第112頁)，而烤之鄉小吃店是在101年4月18申請合夥設立登記，於同月19日設立登記，有烤之鄉小吃店相關登記資料可按(見另案刑事案件105年度核交字第79號卷第5-8頁、原審卷第15頁)，亦即在烤之鄉小吃店開幕後才辦理合夥登記，則上訴人倘若不同意擔任合夥人，開幕後即可向歐睿祥或林黃好明確表示拒絕為合夥人，足見歐睿祥於本院前審所述上訴人完全不知道其登記為合夥人等情，與事實不合，上訴人所辯其不知為烤之鄉小吃店之合夥人等情，尚非可採。

(三)又按刑事判決所為事實之認定，於獨立民事訴訟之裁判時，本不受其拘束，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證為與為刑事判決相異之認定，不得謂為違法（最高法院41年台上字第1307號判例參照）。查另案刑事案件雖依告訴人即上訴人之供述、被告林黃好之自白及同案被告歐睿祥即歐陽興之供述及相關登記資料，認林黃好未經上訴人同意，盜用上訴人印文偽造上訴人同意入股合夥烤之鄉小吃店之相關文書，判處林黃好犯行使偽造私文書罪，處有期徒刑

4月，如易科罰金以1千元折算1日，緩刑2年，有原審法院106年度訴字第136號刑事案卷可按。惟本院並不受上開刑事案件判決結果之拘束，且上訴人於另案刑事案件亦稱是要告歐睿祥(見另案刑事案件原審卷第201頁背面)，於原審亦自認為合夥人，本院自得為相異於刑事判決之認定。

四、被上訴人主張烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償合夥債務，是否可採？本院前審卷第173頁附表所列之生財器具是否為烤之鄉小吃店所有之生財器具？

(一)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，為民法第681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，即合夥人對合夥債務僅負補充性之連帶責任（參照最高法院28年上字第1864號判例、104年度台上字第2160號、103年度台上字第2033號、96年度台上字第1875號判決意旨）。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（參照最高法院29年上字第1400號、49年台上字第118號判例、99年度台上字第704號判決意旨）。

(二)本件烤之鄉小吃店之合夥財產是否不足清償合夥債務之要件，固應由被上訴人負舉證之責。惟依被上訴人所提證據顯示，烤之鄉小吃店已於104年11月16日廢止（本院前審卷第80頁），名下僅有1993年份之中華汽車一輛、臺灣銀行101年度利息所得7元，有烤之鄉小吃店商業登記資料查詢結果、全國財產稅總歸戶財產查詢清單及財政部南區國稅局101年度各類所得資料清單在卷可憑（本院前審卷第61-62頁）。

據原負責人歐睿祥陳稱烤之鄉小吃店財產僅存生財器具，其雖聲稱僅存生財器具之價值超逾543萬4,000元（本院前審卷第109頁），經本院前審命歐睿祥於庭後偕同被上訴人訴代至烤之鄉小吃店查看生財器具之品項，並將有價值之生財器具向本院陳報(見本院前審卷第109頁背面)，歐睿祥並未陳報；而上訴人陳稱烤之鄉小吃店內之生財器具除本院前審卷第173頁附表所示之生財器具外，並無其他生財器具(見本院卷第118頁)，經被上訴人向原審法院民事執行處聲請對烤之鄉小吃店坐落臺東市○○路○段○○○號之營業處所店內如前述附表所示之生財器具強制執行，因林黃好表示上開店內動產均為其所有，非烤之鄉小吃店所有，致強制執行無結果，有該執行處106年度司執天字第118號106年2月8日執行筆錄暨所載執行標的在卷可稽（本院前審卷第173-181、191-192頁），並為上訴人於本院所不爭執（本院前審卷第198頁），足認被上訴人就烤之鄉小吃店已無其他財產已盡相當舉證之責。

(三)況歐睿祥於另案刑事案件陳稱：其經營烤之鄉小吃店至103年9月16日；且烤之鄉小吃店已經全部交給上訴人；上訴人之母要求其全部退出給她等情，上訴人亦陳稱其母已接手餐廳經營，前員工都跑來跟上訴人要債，廠商跑來要貨款，其母可以付的都幫歐睿祥處理等語(另案刑事案件原審卷第202頁)；林黃好於本院前審亦稱：烤之鄉小吃店店內原留之生財器具我借給我朋友使用；因為歐睿祥欠我很多錢，那些生財器具價值多少我不清楚等語(見本院前審卷第155頁背面)，足見歐睿祥所述烤之鄉小吃店內之生財器具已全部給林黃好等情屬實；況上訴人對於其母於前述強制執行時所稱烤之鄉小吃店內之生財器具均為其母所有等情，亦表示不爭執(見本院卷第238頁)，足認烤之鄉小吃店內生財器具已非歐睿祥所有，無再就烤之鄉小吃店內生財器具為鑑價之必要。

(四)是烤之鄉小吃店所餘資產顯有不足清償對被上訴人之消費借貸債務之情形，原合夥人歐睿祥於本院前審所稱該店內尚有

價值逾543萬4,000元之生財器具乙情，及上訴人空言抗辯烤之鄉小吃店尚有合夥財產，並無不足清償合夥債務云云，均無法舉證以實其說，所辯尚不足採。

五、上訴人是否應於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償債務時，就不足額部分(即被上訴人主張之5,434,000元或最高法院判決意旨所指之2,717,000元)與烤之鄉小吃店負連帶給付責任？

(一)按合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責，民法第690條定有明文。又數人負同一債務，而其給付可分者，如未明示對於債權人各負全部給付之責任，應各平均分擔之，此觀民法第271條及第272條第1項規定自明。本件被上訴人於原審主張：歐睿祥等2人共同向其借款，契約書未記載連帶，請求其2人共同給付，上訴人與歐睿祥於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償時，應就不足額部分與該小吃店負連帶給付責任（見原審卷第29、30、167頁）。原審判命歐睿祥與烤之鄉小吃店2人應給付被上訴人543萬4,000元借款本息部分已經判決確定，則歐睿祥與烤之鄉小吃店就上開借款之給付，為可分之共同債務，烤之鄉小吃店應給付被上訴人之債務應為271萬7,000元本息。

(二)本件歐睿祥及上訴人原合夥經營之烤之鄉小吃店，現存合夥財產已不足清償烤之鄉小吃店向被上訴人借貸之合夥債務，已如前述，則彼等2人對於烤之鄉小吃店之合夥債務即271萬7,000元本息自應與烤之鄉小吃店連帶負責，且即使上訴人如其所述僅係登記形式上之出名合夥人（本院前審卷第65頁反面），亦係其與實際合夥人間內部關係，其既登記為出名合夥人，其對於退夥登記前之債務，仍應負責，自不得以此與對外之法律關係混為一談。從而，上訴人自應依民法第681條及第690條規定，就其退夥烤之鄉小吃店前之借貸合夥債務271萬7,000元本息負補充性之連帶責任，被上訴人主張上訴人應就543萬4,000元負補充性連帶責任一節，尚非可採。

六、綜上所述，被上訴人主張上訴人於烤之鄉小吃店之合夥財產

不足清償對被上訴人之債務271萬7千元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息時，應就不足額部分與烤之鄉小吃店負連帶給付責任，為有理由，應予准許。逾此範圍所為請求，為無理由，應予駁回。原判決主文第2項諭知上訴人於烤之鄉小吃店之合夥財產不足清償「前項金額」時，應就不足額部分與烤之鄉小吃店負連帶給付責任，而原判決主文第1項命給付之金額為543萬4千元本息，就超過上開應准許部分，上訴人是否亦負補充性連帶責任，顯有疑義，此部分原判決尚有未洽，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。又原判決第6項就超過上開應准許部分並未為假執行之宣告，此部分即無庸廢棄改判。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤，上訴意旨就此部分，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

七、又上訴人於本院前審及第三審均認依原審判決主文第二項其應負之補充性連帶責任金額為271萬7千元，並依此金額計算繳納裁判費(見本院前審卷第4頁背面、最高法院卷第105頁、第111頁)，爰依民事訴訟法第79條規定為訴訟費用之裁判，併此敘明。

據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　28　　日

民事庭審判長法　官　王紋瑩

法　官　李珮瑜

法　官　林碧玲

以上正本係照原本作成。

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（詳附註）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　　108　　年　　10　　月　　28　　日

書記官　徐珮綾

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。