



法學啟蒙叢書

民法系列——

保 證

■ 林廷機 著

Surety
Surety
Surety

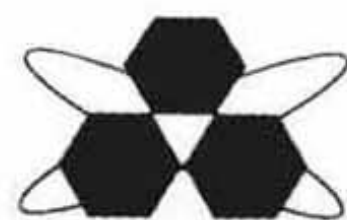
Surety

Surety
Surety

Civil Law

 三民書局

中青院
2014
中青院



法學啟蒙叢書

民法系列

保 證

林廷機 著

Civil Law

三民書局

Surety
Surety
Surety

國家圖書館出版品預行編目資料

保證 / 林廷機著. -- 初版一刷. -- 臺北市: 三民, 2010

面; 公分. -- (法學啟蒙叢書)

參考書目: 面

ISBN 978-957-14-5359-0 (平裝)

1. 保證

584.399

99013138

◎ 保 證

著作人 林廷機
責任編輯 陳亞旋
美術設計 陳健茹

發行人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
發行所 三民書局股份有限公司
地址 臺北市復興北路386號
電話 (02)25006600
郵撥帳號 0009998-5
門市部 (復北店) 臺北市復興北路386號
(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2010年9月

編號 S 585940

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權・不准侵害

ISBN 978-957-14-5359-0 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

記得小時候母親即教與立身庭訓：「三代好，唔給人作保。」實務上，迭有所見子女不知父母生前為人作保，直至父母過世後，銀行及債權人登門討債，甚或已接到法院查封財產通知，又不及辦理拋棄繼承或限定繼承因而背上巨額債務之案例，屢經媒體報導，引發社會關注。2008年初新修正之繼承法，針對在繼承開始後始發生之保證債務，已改採全面法定限定繼承，此制度無疑將大量減少背債兒女之產生，實為人民有幸。

從前述繼承法修訂之立法背景，不難看出「保證」在臺灣社會中實施之普及與其影響層面之寬廣。有趣而又諷刺者，雖多數民眾對為他人作保一事避之唯恐不及，但自己生活中卻不乏需要他人為自己作保之情形。蓋任何交易制度之產生必定有其現實上需求；在商業社會中，「保證」對於活絡資金流動、促進產業多元至均衡社會財富，可謂不可或缺之重要推手。設若市場上沒有「保證」制度作為輔助，金融機構或有資力之個人可能因擔憂所貸予他人的款項無法順利回收而不願將其資金釋出；企業與企業間進行鉅額交易、營造公司承接大型工程時，亦可能考慮到貨款、報酬不受清償之風險，在選擇交易對象時只願與少數已建立信譽或有長期合作經驗者訂定契約。如此一來，其餘有創業計畫及經營熱忱但相對資力較低之個人或企業，除非能提出動產或不動產作為擔保，勢必無法取得所需融資，則社會中交易機會與資金流通恐侷限於少部分人之間，長遠以觀，國家經濟發展不免緩慢而貧富差距不免擴大。

保證制度對於經濟、商業之助益層面極廣，不勝枚舉。惟如刀有雙刃，保證制度於社會上普遍實施以來，每每有債務人無法如期償還債務，致保證人成為債權人追討對象，被迫代為履行債務，苦不堪言。然吾人並不可謂其為保證制度下之遺害，蓋保證人於債務人無法履行債務時代負責任，實為「保證」之核心價值，為整體交易安全所仰賴；若廢棄之，對於民生所造成負面影響之巨，恐非三言兩語可道盡。

綜上所言，有鑑於保證在我國社會之普及，立法者於制定民法法典時，即將保證制度納入成為債各章節中有名契約之一種，並詳定保證契約裡有關保證人、被保證人與債務人三方間之權利義務，讓實務上保證之操作發生爭議時不會無所依據。本書作者擬在有限之篇幅中，帶領諸位讀者導覽我國民法對於保證契約之整體規範，配合深入淺出之案例說明，期望能幫助閱讀本書之人迅速擷取保證制度中之核心精華。又保證制度發展至今，民法上就保證契約所規範之基本架構已逐漸無法應付突飛猛進之商業規模及日益複雜之交易態樣，實務上故產生所謂「最高限額保證」、「工程保證」、「履約保證」等擔保工具，作者亦不忘將之納入介紹說明，希冀此可成為實務工作者之參考。

序末，特別感謝三民書局給予敝人此榮幸參與本法學啟蒙叢書之撰寫。本書之成，只要能為任何一讀者解答到其自身對於保證制度之疑惑，可謂敝人最大欣慰。撰寫過程中，不乏銀行界、金融界朋友給予許多意見及題材，使本書內容更趨豐富完善，還有逢甲大學財經法律研究所畢業生陳奕勳、林咏芬參與討論並協助編輯與校對，使本書在陳述與思考上更趨詳實正確，特表感謝。最後，為免本書在探討中仍有疏漏，謹盼閱讀此書之各界先進不吝給予指正，以期能精益求精，續為學界及實務界貢獻一己之力。

林廷機

2009年2月於臺中



保證

contents

序

chapter **01**

導論

001

第一節

保證之意義

002

第二節

保證之性質

004

壹、有名契約

004

貳、諾成契約、不要式契約

005

參、從契約

005

第三節

與保證類似之法律制度

006

壹、債務承擔

006

貳、損害擔保契約

007

參、保證保險

009

肆、票據保證

009

伍、訴訟費用擔保之保證

011

陸、履約保證金

012

柒、物上保證

013

chapter **02**

保證之成立

015

第一節

保證下之法律關係之釐清

016

第二節

當事人

017

第三節

雙方意思表示一致

018

壹、雙方為相一致內容之意思表示

018

貳、有無「對保」不影響保證之成立與否

021

第四節

被擔保之主債務須存在

022

第五節

定型化保證條款之效力

023

壹、定型化契約條款	023
貳、拋棄先訴抗辯權條款之效力	025
參、保證人債權受償順序居次條款之效力	025
肆、被法院認定為無效之約款	026

chapter 03

保證下之權利義務關係 029

第一節 保證人與債權人間之關係	030
壹、保證人之保證債務	030
貳、保證人之權利	042
第二節 保證人與主債務人間之關係	049
壹、保證人之求償權	049
貳、保證人承受債權	051
參、保證人之保證責任除去請求權	055
第三節 保證人與物上保證人間之關係	056
壹、物上保證人	056
貳、一債權同時存有人之擔保與物的擔保	056
參、保證人與物上保證人平等原則——向主債務人求償 不能的風險分擔	057
肆、保證人與物上保證人非連帶債務人	058
伍、雙重保證之問題	059

chapter 04

保證之消滅 061

第一節 消滅之原因	062
壹、債權人拋棄擔保物權	062
貳、定期保證逾期而不請求	065
參、未定期間保證經催告而不請求	065
肆、連續債務保證之終止	066
伍、主債務延期之允許	067
陸、主債務之承擔	068
柒、當事人死亡	069
捌、董、監事離職	071
第二節 消滅之效果	076

chapter	05	特殊保證	077
	第一節	連帶保證	078
	第二節	共同保證	080
		壹、共同保證的意義	080
		貳、連帶債務之內、外部法律關係	082
	第三節	信用委任	087
	第四節	信用卡保證	089
	第五節	再保證、求償保證	091
		壹、再保證	091
		貳、求償保證	093
	第六節	最高限額保證	094
		壹、擔保一定範圍下之不特定債務	095
		貳、最高限額之約定	095
		參、最高限額保證是否有確定事由	096
		肆、最高限額保證之從屬性	099
chapter	06	人事保證	101
	第一節	人事保證之意義與保證責任之成立要件	102
		壹、人事保證之意義	102
		貳、人事保證責任之成立要件	102
	第二節	人事保證之性質	107
		壹、人事保證之從屬性	107
		貳、人事保證為要式契約	109
		參、人事保證為片務、無償之契約	109
		肆、人事保證與誠實保險	110
	第三節	人事保證期間之強行規定	110
		壹、人事保證期間之規定	110
		貳、債編新修條文之溯及適用	112
	第四節	人事保證之效力	113
		壹、準用保證之規定	114
		貳、人事保證之特殊規定	115

第五節	人事保證之消滅	121
	壹、保證人之法定終止權	121
	貳、法定消滅事由	121
	參、保證規定之準用	122

chapter **07** 其他實務上常見之債權擔保 125

第一節	工程保證	126
	壹、工程保證之意義	126
	貳、工程保證與工程履約保證金	127
	參、工程保證與工程保證里程碑	130
	肆、工程保證與工程保證保險	131
	伍、工程保證易生之問題	133
第二節	銀行履約保證	136
	壹、銀行履約保證之意義	136
	貳、銀行履約保證之性質	138
	參、銀行履約保證條款之效力	144

chapter **08** 實例演練 149

附 件	158
參考文獻	172

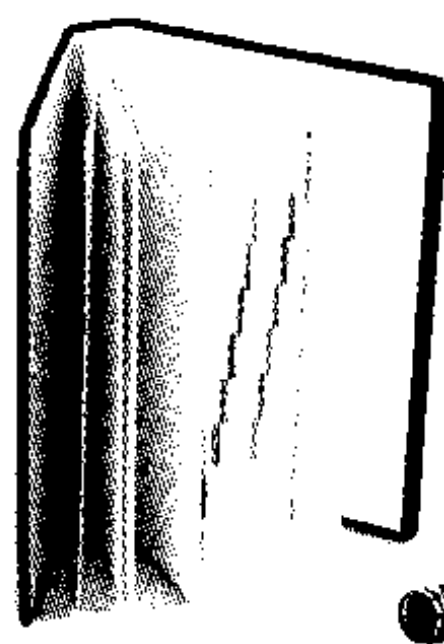
chapter **01**

導 論

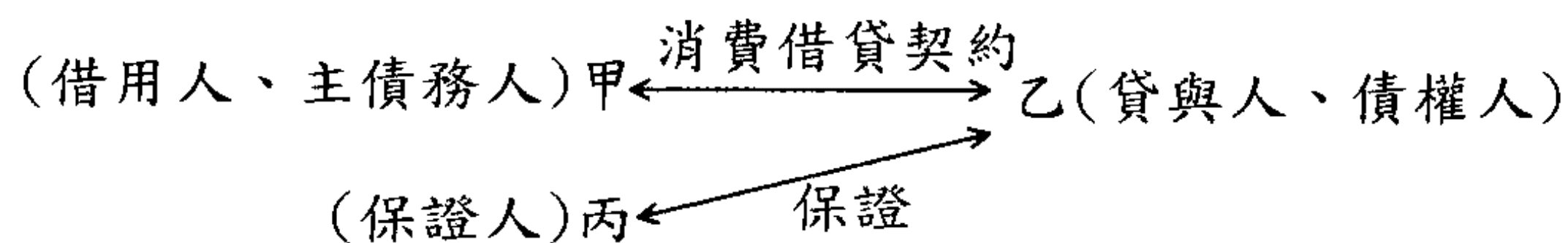


「債權之擔保」是指用以使債權人之債權較易獲得滿足之法律制度，降低債權無法受滿足之風險。在法律上，債務人雖然有義務履行債務，但就實際情形，債務人仍可能無能力或故意不履行債務。例如，甲向乙銀行借錢投資卻投資失利，名下無足夠的財產清償該筆借款債務，此時，債權人之債權即無法獲得滿足，在經濟上受有損失。以銀行之放款而言，銀行雖然得將資金貸與他人賺取利息並加以投資運用而獲利，同時亦面臨將來貸款無法取回之風險。若債權不能滿足之風險能降低，銀行放款的意願與額度將會提高，借用人得運用所取得之資金，銀行亦得從放款中獲利。因此，具有降低風險功能之債權擔保制度因而被廣泛的運用。

債權擔保制度有許多類型，例如物上擔保、保證金，係債務人提供特定之財產作為將來清償債務之用；又例如保證，係債務人以外之第三人以自己之財產作為將來清償債務之用。本書主要內容即在於探討債權擔保中之保證制度，同時就其他擔保制度併做介紹、比較，透過案例式之說明，期讀者能透過本書對現行法中保證制度建構起通盤的概念與認識。



第一節 | 保證之意義



▲圖 1-1

保證為交易實務上常被運用之債權擔保制度之一。例如某甲欲向某乙借用新臺幣一百萬元以為投資，為期半年。乙考量甲的投資計畫及清償能力，認為甲無法在半年後償還所借用之一百萬元及利息，而不願將錢貸與某甲。甲進而向乙商討，甲之兄丙為知名企業董事長，若乙願意將一百萬

元借與甲半年，半年後清償期屆滿而甲仍未清償本金及利息，丙願代甲償還。乙考量丙財力雄厚，將來就算甲沒有能力償還，也能向擔任企業董事長的丙追討，而願意將一百萬元貸與甲半年，並且與丙成立保證契約。

該案例存有兩個法律關係^❶，一為甲、乙間消費借貸契約法律關係，一為丙、乙間保證契約法律關係，二者並不相同。消費借貸契約是指民法第 474 條所稱，當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。此處所指之當事人為甲、乙二人，甲向乙提出借用一百萬元之要約意思表示，乙承諾願意將一百萬元金錢所有權移轉於甲，半年後甲須返還相同數量之金錢，雙方成立消費借貸契約，而非保證。清償期屆滿後，乙得依消費借貸契約請求甲返還一百萬元及利息，此時若甲不能或故意不返還借款及利息，乙即得依據「乙、丙間之保證（契約）」請求丙負保證責任，而非以消費借貸契約為依據請求丙負保證責任。

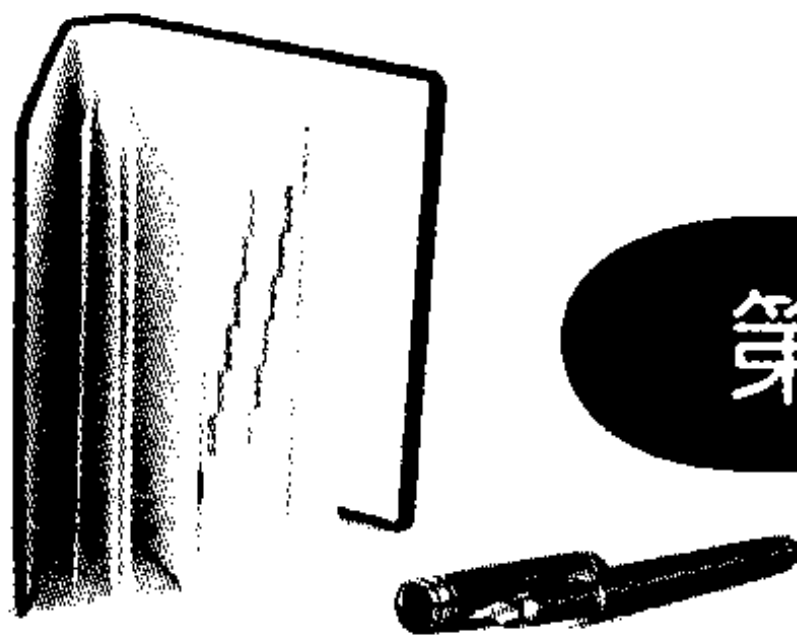
保證（契約）是指民法第 739 條所稱，當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。此處所指之當事人為丙、乙而非甲、乙。丙與乙約定，當事人乙之債務人甲債務不履行時（未在半年後償還一百萬元及利息），由丙代負履行責任，丙、乙間即成立保證契約。將來甲未依約償還本金及利息時，乙可先後向甲與丙請求償還一百萬元及利息。惟在法律上，乙向甲與丙請求償還之法律依據不同：乙得依甲、乙間之消費借貸契約請求甲清償，依丙、乙間之保證契約請求丙清償。將來

❶ 在法律上，契約僅存在於當事人之間，僅對當事人生拘束力，自己不受他人間之契約所拘束，僅契約當事人對他當事人負有履行債務之義務。在一個牽涉數人的多邊交易下，應先尋找可能存在之契約，再釐清各個契約之當事人為何，始能進一步探討何人對何人負有履行債務之義務。而契約當事人之「法律關係」就是說某個契約下的當事人，因為契約所產生之「權利義務關係」，亦即當事人一方得對他方主張之權利與應履行之債務內容。原則上，契約法律關係內容依據當事人之契約內容而定，若當事人未約定之事項產生爭執時，將依民法既有之相關規定解決。若法律未有規定，依照交易習慣而定。若無交易習慣，依法理而定。

乙須向法院清楚表明，究竟是依何契約向何人求償。

而在這個案例中我們可以說，乙、丙間成立之保證契約是為了擔保乙之債權能獲得滿足之用。將來甲不履行借款返還債務，例如甲無足夠財產清償一百萬元及利息，或者甲有故意隱匿財產、脫產等不法行為，乙尚得依保證契約請求丙代負履行責任，請求丙代替甲返還一百萬元及利息。雖然保證人丙亦可能不履行保證債務，與債權人甲一同隱匿財產或脫產，但相較完全無保證人作保之情形，乙僅能請求甲返還借款，乙之債權無法獲得滿足之風險仍然較高。

此外，為論述之便，在探討保證法律關係時，學說上將甲、乙間之消費借貸契約稱為主債務契約，乙、丙間之保證契約是為擔保主債務之履行的契約。



第二節 | 保證之性質

◎ 壹、有名契約

民法債編第二章「各種之債」（債編各論）中所列舉規定之各種契約類型，例如買賣、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、旅遊、出版、委任等等，在學說上稱為有名契約。有名契約當事人間產生爭執之事項為契約未有約定之事項，將依民法之規定（總則編、債編總則及各種之債之規定）解決。例如買賣契約中未針對運費應由何人負擔為約定，契約成立後雙方就運費負擔之問題產生爭執，將適用民法第 378 條第 2 款之規定，由出賣人負擔運費。至於無名契約則是民法債編各論列舉之契約類型以外之契約之統稱。無名契約當事人針對契約未約定之事項產生爭執，僅依民法總則編及債編總則之規定，若未有相關規定，除得類推適用各種之債之情形外，依民法第 1 條解決。

保證規定於民法第 739 條以下，為債編列舉之契約類型，為一有名契約。因此，保證雙方當事人之法律關係依雙方契約內容而定，未有約定者，適用民法第 739 條以下之規定以及其他相關規定。

① 貳、諾成契約、不要式契約

保證雙方當事人互為要約及承諾之意思表示合致，保證即成立，不以雙方作成契約書證明意思表示之合致為要件。也就是說，雙方只要口頭上互相表達成立保證之意思，雙方間即成立保證。法律規定某類型之契約之成立須以書面為之者，該類契約於學說上稱為要式契約，例如民法第 756 條之 1 以下之人事保證契約。要式契約未以書面方式為之，依民法第 73 條規定，契約原則上不成立，雙方當事人即無契約上法律關係。保證則為一不要式契約，蓋民法並未規定保證須以書面為之。當事人僅以口頭互為保證之要約與承諾，未作成書面契約，保證仍成立^②。

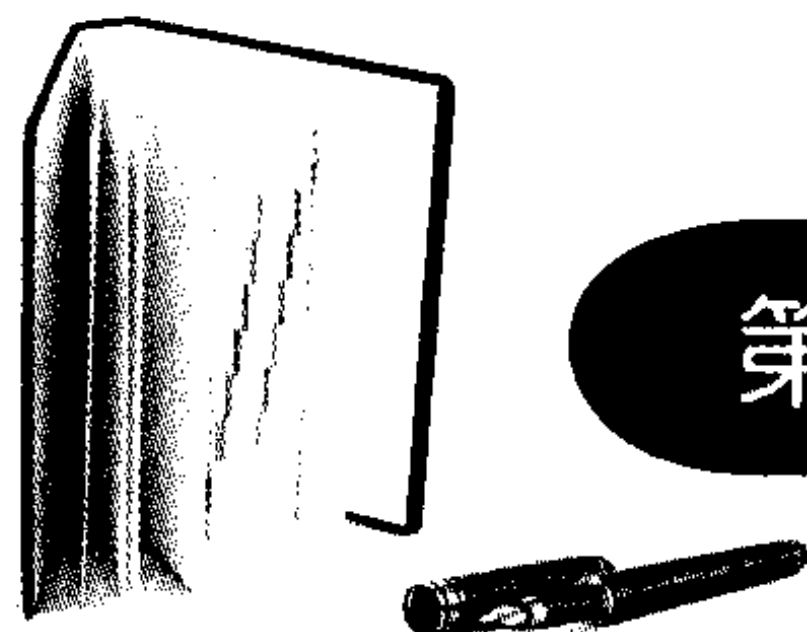
雙方以口頭方式達成成立保證之合意，保證固然成立，惟將來債權人向法院起訴請求保證人履行保證責任時，須向法院證明雙方曾有成立保證之事實，始有獲得勝訴判決之可能。僅以口頭方式成立保證，相較以作成書面契約之方式，較不易證明雙方有成立保證。故建議欲成立保證關係之當事人應作成書面契約，並留有雙方之簽名或印鑑，將來較易證明，對債權人而言亦較有保障。

① 參、從契約

保證及其所擔保之主契約為互相獨立之契約，但保證之成立從屬於所擔保之主契約，主契約若不成立，保證亦不成立。學說上稱此種以他契約之成立為成立要件之契約為從契約。蓋保證是為了擔保主契約之履行而存在，若主契約根本不成立，就沒有主契約債務不履行之問題，保證亦失去

^② 另參見最高法院 95 年臺上字第 1242 號判決之判決要旨「稱保證者，謂當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約，既不以書面、更不以使用印鑑章為必要。」

其擔保之標的。也就是說，保證是一種輔助性質的契約，用來降低債權人之債權未能滿足之風險，輔助主契約債務之履行。若根本就沒有主契約債務的存在，保證無存在的意義，若仍強令保證人負保證責任，如同保證人從輔助履行債務的地位變成主要債務人，此結果明顯與當初保證人僅輔助性地履行債務之意願不符。因此，當主契約不存在，保證亦不存在。



第三節 | 與保證類似之法律制度

本節以下探討之法律制度，包括債務承擔、損害擔保契約、保證保險、票據保證、訴訟費用擔保之保證、履約保證金及物上保證。其中債務承擔並非債權擔保之法律制度，其他則為具有擔保功能之法律制度，或多或少均與保證有類似之處，但本質上與保證完全不同。讀者於較熟稔保證之性質及法律關係後，得藉著閱讀本節法律制度之比較，更進一步了解「債權之擔保」制度。

◎ 壹、債務承擔

保證法律關係中，主債務人不履行債務時，保證人代負履行之責任。而債務承擔中，承擔人自己承擔債務後即為主債務人，在法律上，承擔人並非從屬性地代原債務人負履行責任。債務承擔可分為免責的債務承擔（民法第 300 條及第 301 條）及併存的債務承擔（民法第 305 條及第 306 條）。免責的債務承擔是指第三人與債權人訂立契約承擔債務人之債務^③，或者第三人與債務人訂立契約承擔債務，並經債權人承認，第三人完全承擔原債務人之債務，債務人因而脫離債之關係。此時債權人僅得請求承受人履行債務，不得請求原債務人履行債務，因此學理上稱此為「免責」之債務承擔；也就是說，原本的債務人脫離債務，轉由他人完全承擔債務，由承

^③ 此種契約稱為債務承擔契約，為無名契約。

擔債務的人繼續負擔債務。例如甲積欠乙銀行一百萬元，丙則積欠甲一百萬零五千元。甲、丙約定，若丙願意承擔甲對乙之一百萬元債務，即免除丙對甲之債務。丙欣然允諾，甲並將丙願意承擔債務之情事通知乙銀行。乙銀行考量丙之財務狀況與資力後，願意由丙承擔甲之債務，承認甲、丙間之債務承擔契約。此時依民法第 302 條規定，丙即承擔甲對乙之一百萬元債務，甲不再對乙負有清償一百萬元之債務，改由丙對乙負有一百萬元債務。將來丙清償一百萬元後，不得向原債務人甲進行求償，債務承擔人自己負終局責任。

除了承擔人之債務性質與保證債務性質不同外，免責債務承擔與保證之不同在於，主債務人不因保證人代負履行責任而完全免去法律上責任。保證人代債務人清償債務後，除對債務人取得求償權外，更承受原債權人對債務人之債權，債務人不因保證而免除債務，仍應對保證人補償，負終局之法律上責任。而免責債務承擔中，承擔人清償自己之債務後，不得向原債務人進行求償。

併存的債務承擔是指第三人加入原法律關係而成為債務人之一，原債務人並未因而脫離原債之關係，與第三人（承受人）負連帶債務責任，故學理上稱為「併存」之債務承擔。此時債權人得選擇向債務人或第三人（承受人）請求為一部或全部之給付。也就是說，第三人加入原本的債務，成為債務人之一，與原債務人共同負連帶責任。併存債務承擔與保證法律關係不同在於，保證債務僅為從屬性債務，保證人僅是代債務人負履行責任；而併存債務承擔中，承擔人之債務非為從屬性債務，並非代替原債務人履行債務，是自己對債權人之債務。併存之債務承擔人是履行自己之主債務，與保證債務不同。

◎ 貳、損害擔保契約

損害擔保契約，是指雙方約定，一方就他方因一定危險而受有之損害負賠償責任之契約。例如甲向乙銀行借款一百萬元，乙與丙約定，將來甲未按時返還借款所遭受之損失，由丙負損害賠償責任，該約定即為損害擔

保契約，其中丙為擔保人而乙為被擔保人。損害擔保契約為一無名契約，在司法實務上亦未見相關討論，然基於私法自治原則，只要不違反法律強行規定或公序良俗，損害擔保契約在法律上仍具有效力^④。

損害擔保契約所擔保之危險，包括被擔保人自己債務不履行而對他人之損害賠償責任，以及被擔保人之債務人不履行債務而使被擔保人遭受損害。後者情形與保證相類似，但實質上不相同。保證債務是從屬於主債務，保證人僅於債務人不履行債務時，代為履行債務；而損害擔保契約中，擔保人之損害賠償義務不具從屬性，對被擔保人遭受之損害所負之損害賠償責任，是自己之責任，非代替引起該損害之債務人負賠償責任。簡單的說，損害擔保契約中，債務人不是在代替他人履行債務，而是在履行自己的債務。只要他人的行為造成契約他方的損害，債務人就要負損害賠償責任，他人是否對他方負損害賠償責任，並非所問；而保證人是在代替主債務人履行債務，若主債務人對債權人沒有損害賠償責任或履行債務之責任存在，保證人自無保證責任可言。

此外，損害擔保契約亦得約定在債之關係不成立而使被擔保人受有損害時，由擔保人負損害賠償責任。例如甲欲向乙購買一批貨物而簽訂買賣契約，甲另與丙約定若甲、乙間之買賣不成立導致甲受損害時，由丙賠償甲所受損害。不料乙疏失未察，該批貨物於訂約前在運送過程中滅失，依民法第 246 條規定，甲、乙間之契約自始無效。依據甲、丙間之損害擔保契約，甲因而遭受之信賴利益損失（例如支出締約費用），得向擔保人丙請求損害賠償。相對而言，由於保證之成立是以主債務有效成立為前提，在上述案例中，若甲、丙成立保證以擔保乙履行交付貨物之義務，該保證將因甲、乙間契約自始客觀不能而隨之無效。也就是說，甲雖然得請求乙賠償信賴利益損失，但不得請求保證人就該損失代負損害賠償責任。

^④ 陳怡林，〈「民法」債編修訂對銀行保證契約之影響〉，《金融財務》，第 5 期，2000 年 1 月，頁 97。

◎ 參、保證保險

依保險法第 1 條規定，保險契約是約定一方於他方遭受不可抗力、不可預料之損失時，負賠償責任之契約。若以被保險人之債務人不履行債務之危險作為保險標的，該類型保險稱為保證保險。保險法第 95 條之 1 規定：「保證保險人於被保險人因其受僱人之不誠實行為或其債務人之不履行債務所致損失，負賠償之責。」為保證保險之定義。保證保險亦為一種擔保債權獲得滿足之制度，被保險人（債權人）之債務人不履行債務時，得請求保險人以自己之一般財產負損害賠償責任，以填補債務不履行對被保險人之損害。惟保證保險與保證仍屬不同之制度。

保險與保證之不同處，如同損害擔保契約與保證之不同，亦即保險人之損害賠償責任為獨立之主契約義務，非從屬於他債務；而保證債務則是從屬於主契約債務。例如要保人甲與保險人乙約定，甲因其債務人不履行債務所受之損害，由乙負賠償責任。乙是負自己之賠償責任，非代甲之債務人負賠償責任。又，保險法第 53 條設有保險代位制度，保險人乙對被保險人甲負賠償責任後，依該條規定取得甲對其債務人之損害賠償請求權，是為避免被保險人獲雙重賠償，因損害而得利之結果。且保證保險僅為了擔保被保險人之債權獲得滿足，並非使債權人藉而獲得較原債權範圍要大之利益。

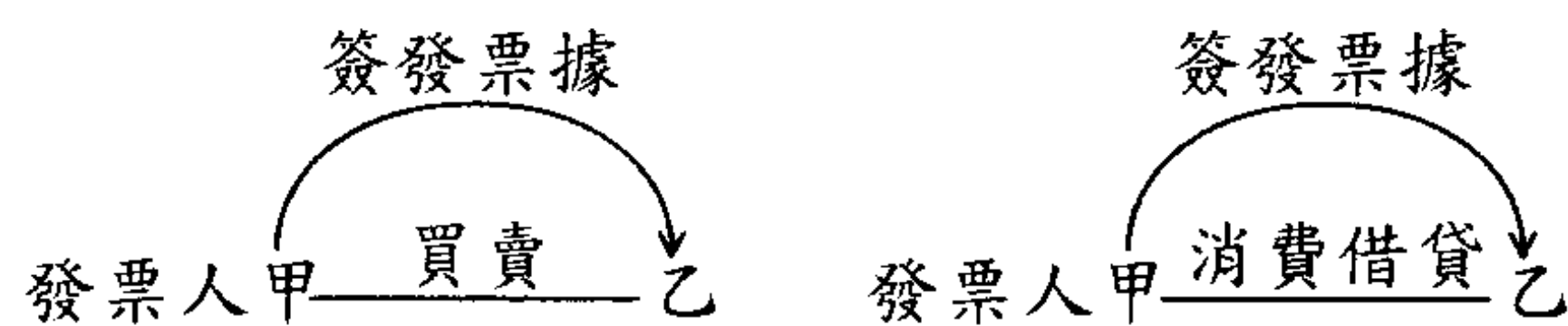
而保證人代主債務人負履行責任後，依民法第 749 條承受原債權，在結果上，與保險人代位取得被保險人（債權人）之債權相同，但第 749 條是為保護無償負擔債務的保證人之求償權而設，與保險法第 53 條之立法目的有所不同，應予釐清。

◎ 肆、票據保證

票據是一種支付對價的工具，例如甲建築公司欲向乙購買一批價值一千萬元之檜木作為建材使用，但臨時沒有可周轉之現金，因而向乙商量，由甲先簽發一張一千萬元的匯票，約定十日後乙可到甲指定的銀行兌現該

匯票。乙考量甲之信用紀錄後，認為甲將來真有能力且有誠意支付一千萬元，同意甲以匯票之方式付款，而與甲作成該筆買賣。此外，票據亦可能用來擔保將來借款之返還。例如甲向乙借款一百萬元，乙要求甲簽發一百萬元本票以為擔保，將來甲未返還借款，乙得向法院聲請本票裁定，直接以該裁定為執行名義，強制執行甲之財產，而無須另行透過冗長之訴訟程序取得確定判決作為執行名義^⑤。

詳區分下列兩種法律關係：A.票據作為支付工具 v. B.票據作為擔保工具。



▲圖 1-2

發票人簽發票據後，即對執票人負有履行票據債務之義務，但實際上執票人仍有票據債權無法獲得滿足的風險。為降低將來執票人求償不能之風險，使執票人較願意接受票據，可藉由保證或票據保證，提高票據的信用。一張票據上有越多人作保，越多人加入票據債務人之列，將來執票人得選擇請求付款的對象就越多，執票人的票據債權無法獲得滿足的風險就越低，執票人也就更願意接受這張票據。

票據保證雖名為「保證」，與民法所稱之保證，本質上完全不同。就法律性質而言，票據保證為一獨立票據行為，且為一單獨行為^⑥，票據保證人單獨意思表示即發生債之關係，不待債權人承諾之意思表示。而保證則為契

⑤ 票據法第 123 條規定，執票人向本票發行人行使追索權時，得聲請法院裁定後強制執行。

⑥ 關於票據行為之性質，有學說認為係一單獨行為，亦有學說認為係一契約行為。若認為係契約行為，必須發票人、背書人或票據保證人與執票人間互為有效且相一致之意思表示始得成立票據行為。若認為係單獨行為，僅需發票人、背書人或票據保證人單獨作成意思表示且將該意思表示送達至執票人可支配之範圍下，票據行為即成立。將票據行為歸類為單獨行為，相較容易使票據行為生效，較符合票據法之促進票據流通性之立法目的。

約行為，須保證人與債權人互為內容相一致之意思表示，保證始告成立。此外，票據保證人之債務，為自己之票據債務，非代替被保證人履行票據債務，不得主張民法第 745 條之先訴抗辯權。將來執票人行使追索權時，得直接向票據保證人求償，不須待被保證人未履行債務時始得為之。而保證債務是一從屬性債務，保證人是代替債務人負履行責任，原則上得主張先訴抗辯權。因此，就求償程序上，執票人對票據保證人求償較為容易。

又票據保證人與被保證人負同一責任，若被保證人之債務消滅，則票據保證債務亦隨同消滅，自屬當然。至於被保證人對執票人得主張之抗辯事由，票據保證人得否持以對抗執票人，則有肯否二說。否定論者以為，票據保證與民法之保證不同，不得適用民法之規定。民法第 742 條第 1 項規定，主債務人所有之抗辯，保證人得主張之，非適用於票據保證。故票據保證人僅得以自己對執票人之抗辯事由，對抗執票人。本文則以為，票據保證不適用民法保證之規定自屬當然，惟不得因而推論出，票據保證人不得以被保證人對執票人之抗辯事由主張抗辯之結論。自票據法第 61 條第 1 項文義解釋，保證人僅與被保證人負同一責任。所以，假若被保證人得對執票人主張抗辯而不負票據責任，保證人亦得因該抗辯事由不負票據責任。

◎ 伍、訴訟費用擔保之保證

訴訟費用之負擔規定於民事訴訟法第 78 條以下，原則上由敗訴之當事人負擔訴訟費用。例如被告為舉反證推翻原告之主張，而先支出之三千元，將來原告敗訴，應由原告負擔（民事訴訟法第 78 條），被告得請求原告償還該三千元之費用支出。訴訟費用擔保之規定，即為避免將來原告不返還被告已先墊付之訴訟費用，賦予被告得就所提出之擔保取償之權利。訴訟費用之擔保規定於民事訴訟法第 96 條以下，當原告於我國無住所、事業所及營業所時，被告得聲請法院裁定原告提供訴訟費用之擔保。

至於供擔保之方法，民事訴訟法第 102 條規定，供擔保應提存現金或法院認為相當之有價證券。但當事人別有約定者，不在此限。前項擔保，得由保險人或經營保證業務之銀行出具保證書代之。應供擔保之原告，不

能依前二項規定供擔保者，法院得許由該管區域內有資產之人具保證書代之。本條所稱之「保證書」，應是指保險人、銀行或轄區內有資產之人，願代替原告履行支付訴訟費用債務之書面意思表示，經被告同意後，與被告成立保證。

若訴訟費用應由原告負擔，而原告又未履行償還訴訟費用之債務時，被告得依保證契約，請求出具保證書之人代為償還所支出之費用。同法第103條第2項規定：「前條具保證書人，於原告不履行其所負義務時，有就保證金額履行之責任。法院得因被告之聲請，逕向具保證書人為強制執行。」本項之規定應為民法第745條保證人先訴抗辯權之特別規定。故，民事訴訟法第103條第2項但書優先適用之結果，被告無須先就原告之財產聲請強制執行，即得逕向法院聲請強制執行保證人之財產以清償訴訟費用。

▶ 陸、履約保證金

契約中之履約保證金條款，由契約一方當事人提供他方一定數額之金錢，用以擔保自己將依債之本旨履行契約。履約保證金條款之性質為何，應視契約具體內容而定，不能一概而論。目前實務上常見之履約保證金條款有如下三種^⑦：第一種是將履約保證金作為擔保損害賠償責任之履行，例如雙方約定「工程招標決標後，若得標承包商未簽約，或有任何缺失、違約情事、工程不能如期完成、未履行保固責任時，除依合約辦理外，業主得採取必要措施改善及完成或保固工程，並動用各項保證金支付一切費用，以及抵充應繳業主之罰款與賠償業主之損失。俟結算後如有餘款，再憑據無息退還，如各項保證金不足支付上開費用、罰款及損害賠償時，仍應由承包商負責給付」。此種履約保證金是一方當事人預先提供一定之金錢，擔保將來自己依債之本旨履行債務，若債務不履行而對他方負損害賠償責任時，他方得直接自履約保證金受償，具有擔保之性質。第二種是將履約保證金作為懲罰性違約金^⑧，例如雙方約定「乙方違反本合約任何條

^⑦ 參見洪羽柔，〈工程履約保證金性質之初步檢討〉，《萬國法律》，第127期，2003年2月，頁11。

款時，甲方得不經預告終止本合約，並沒收履約保證金」。第三種是將履約保證金同時作為擔保損害賠償責任之履行以及懲罰性違約金，例如雙方約定「乙方如有其他不履行本合約約定之行為，其所發生之一切費用或甲方遭受之損害，甲方得在履約保證金內扣除。如有不足，得向乙方追繳之。若經書面限期改善仍拒絕接受或不履行，甲方得終止合約，履約保證金不予發還」。

契約一方提供他方履約保證金作為懲罰性違約金之用時，性質上與保證人以自己之財產擔保主債務人履行債務完全不同，蓋前者是視為不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額；至於擔保性履約保證金，雖與保證同為擔保主債務之履行，性質上二者亦有不同。擔保性履約保證金是債務人自己先提供一定之金錢予他方，當債務人不履行債務時，他方得直接以該金錢部分或全部受償因不履行所生之損害。而保證是主契約以外之第三人，未事先給付一定金錢予債權人，僅與債權人成立一契約，使債權人於主債務不履行時，取得對保證人之債權請求權，請求以其一般財產代負履行責任。

◎ 柒、物上保證

擔保性質之履約保證金是債務人自己提供一定金錢予債權人，以該金錢擔保自己債務之履行。而物上保證則是債務人或第三人設定擔保物權予債權人，若債務人不履行債務，債權人得聲請拍賣擔保物，就拍賣所得價金受償。換言之，物上保證是設定一擔保物權^⑧作為擔保，而擔保性履約保證金是以一定金錢提供擔保，並透過契約使債權人得以該擔保金受償。

- ⑧ 懲罰性違約金係指民法第 250 條第 2 項後段，違約金之約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。
- ⑨ 擔保物權包括民法第 860 條以下之抵押權、第 884 條以下之質權及第 928 條以下之留置權。債務人或第三人提供特定之物，透過登記或設定物權之合意使債權人取得以該特定物為標的之擔保物權，擔保特定債務之履行。將來債務若不履行時，擔保物權人得就該特定物受償。

物上保證與保證亦有不同。在物上保證之情形，債權人是取得一擔保物權擔保自己之債權將被履行；而在保證之情形，債權人是取得一保證債權擔保自己之債權將被履行。就取得執行名義之效率而言，擔保物權人相較容易取得執行名義。例如第三人設定其所有之 A 屋抵押權予債權人，得直接向法院聲請拍賣 A 屋，以法院所為之拍賣許可裁定為執行名義¹⁰，就拍賣所得價金受償，無須再經過冗長之訴訟程序。若債權人僅取得保證債權，須透過訴訟程序取得一確定之終局判決，以為執行名義，就保證人之財產受償。

此外，擔保物權人得主張優先就擔保物權標的物受償。例如第三人丁（抵押人）設定 A 屋（市值四百萬元）抵押權與債權人乙，擔保三百萬元債權額。丁另有對其他債權人戊二百萬元之借款未返還。將來強制執行 A 屋時，乙得主張優先就拍賣 A 屋所得四百萬元優先受償，戊僅得於乙之三百萬元債權滿足後，就剩餘之拍賣所得價金（一百萬元）受償。然而，在保證之情形，保證債權人不得主張優先就保證人之財產受償，僅得依強制執行法第 31 條以下，與保證人之其他債權人參與分配執行所得。例如保證人丙名下僅有 B 屋（市值四百萬元），與甲之債權人乙成立保證以擔保甲乙間三百萬元借款之返還。此外，丙本身又對其債權人己有二百萬元借款未返還。將來強制執行 B 屋時，乙須與己依債權比例（本案例中乙與己之債權比例為 300 萬 : 200 萬 = 3:2）就拍賣所得四百萬元價金受償，由乙就其中二百四十萬元受償（400 萬 × 3/5），乙就其中一百六十萬元受償（400 萬 × 2/5）。

享有擔保物權之債權人相較於保證下之債權人更容易取得執行名義，又得主張優先受償，但僅限於擔保物權之標的範圍內。以抵押權為例，擔保物權人取得許可拍賣裁定以為執行名義，僅得就抵押物強制執行，執行名義效力不及於抵押人之其他財產。而抵押權人亦得僅就抵押物拍賣所得主張優先受償，不得就抵押人之其他財產優先受償。實行抵押權後擔保債權仍未滿足，抵押權人仍須另行對債務人取得執行名義，就債務人之一般財產強制執行，並與其他債權人共同分配。

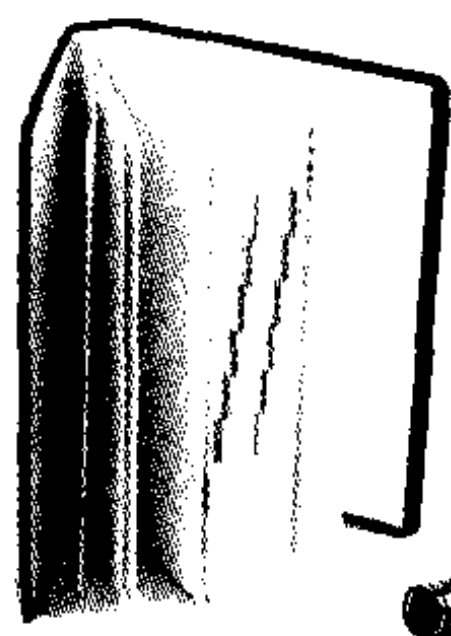
¹⁰ 強制執行法第 4 條第 1 項第 5 款。

chapter **02**

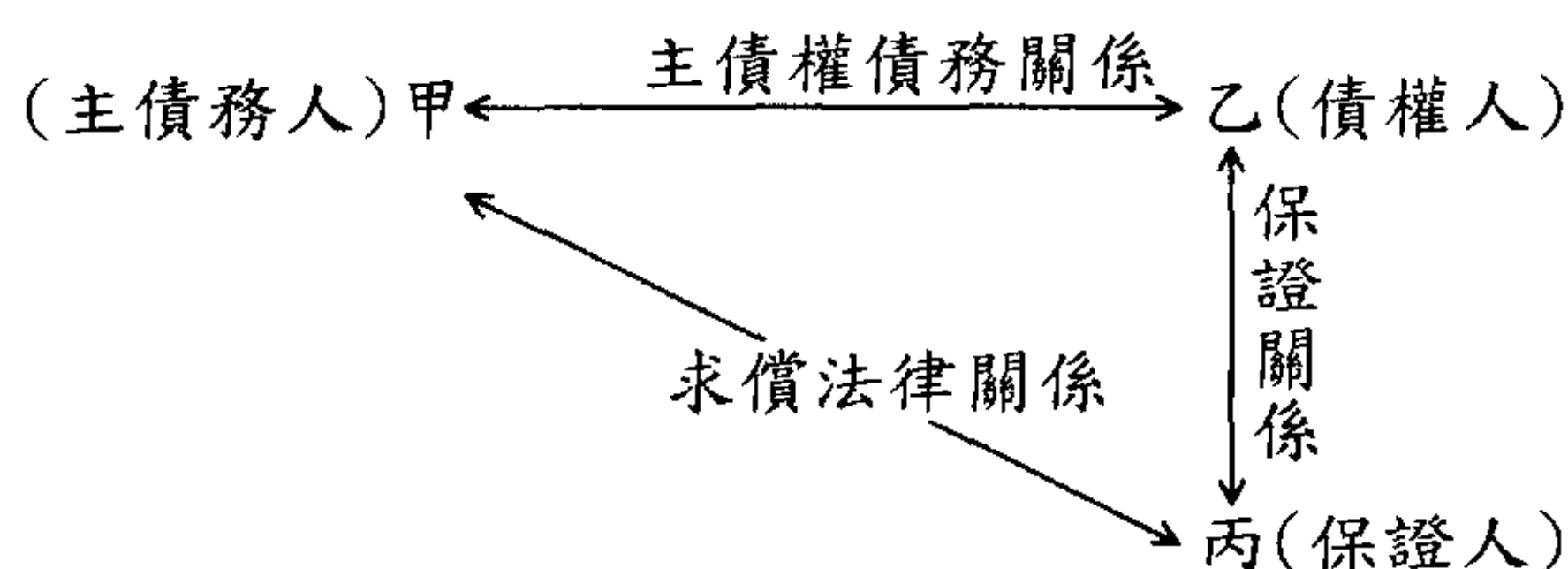


保證之成立

保證是一種契約，而契約成立之三要素，包括(1)當事人須具有權利能力，(2)當事人所為相一致之意思表示在法律上須為有效，且(3)契約之標的須為合法正當，不得違反公序良俗或法律強行規定。本章就保證契約之成立加以探討，而在探討此問題前，應先就保證下發生之法律關係中釐清究竟何契約始為保證，以及該契約成立於何人之間。



第一節 | 保證下之法律關係之釐清



▲圖 2-1

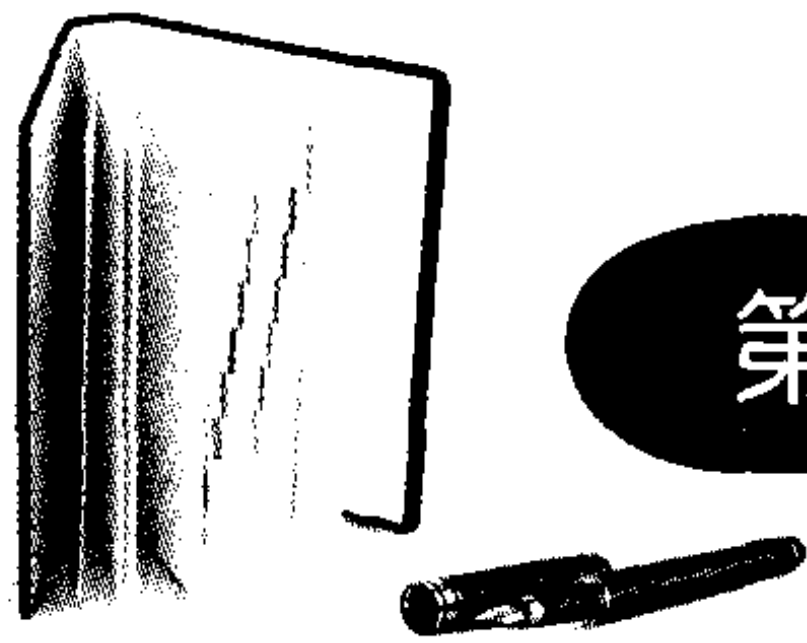
保證通常伴隨著三方法律關係，包括：主債務人與債權人間之法律關係，稱為主債權債務關係；保證人與債權人之法律關係，稱為保證關係；保證人與債務人之間法律關係，稱為求償法律關係。本章探討保證之成立，專就保證關係而言。主債權債務關係之成立為保證之成立要件，非保證關係本身。至於求償法律關係，為保證人履行保證債務後，對債務人之債權債務關係，亦非保證關係本身。

保證是基於保證人與債權人之意思表示一致而成立^❶，契約當事人僅

❶ 但是在某些少數情形中，保證是因為法律規定而發生，而非因為雙方法律行為產生者，稱為法定保證。例如海商法第 74 條第 1 項規定「載貨證券之發給人，對於依載貨證券所記載應為之行為，均應負責」。第 2 項規定「前項發給人，對於貨物之各連續運送人之行為，應負保證之責。但各連續運送人，僅對於自己航程中所生之毀損滅失及遲到負其責任。」民法第 756 條之信用委任亦是一

保證人與債權人，主債務人非為當事人。實務上常見之方式為，債務人向債權人提出保證書，債權人始願意與債務人成立契約，並與保證人成立保證。例如甲欲向乙銀行借款一百萬元，乙要求甲自行尋找保證人，並提出保證書，乙始願意將錢借予甲。甲與其父丙商量，請求丙擔任保證人，丙考慮後願意與乙成立保證，先在保證書面契約上簽名並交予甲，甲再持該保證書向乙借款。此例中，保證仍然是成立於乙銀行與丙父間，並非成立於甲、乙間；甲出示保證書給乙，僅代替丙傳達願意與銀行成立保證之要約意思。

由第三人代為傳達意思表示之情形於實務上常見。在通常情形下，第三人是受他人委託或被他人授與代理人地位而代為傳達、表達該他人之意思表示。然而實務上亦常發生未經他人同意私自以他人名義傳達意思表示之情形，例如上例中，丙無與乙成立保證之意思，甲仍偽造丙簽名，以丙名義與乙訂立保證契約。此時丙、乙間是否仍成立保證即有疑問。原則上，除有民法第 169 條表見代理之情形，或丙事後承認甲無權代理之行為外，丙、乙間自無成立保證。關於此問題，將於下節中詳細討論。



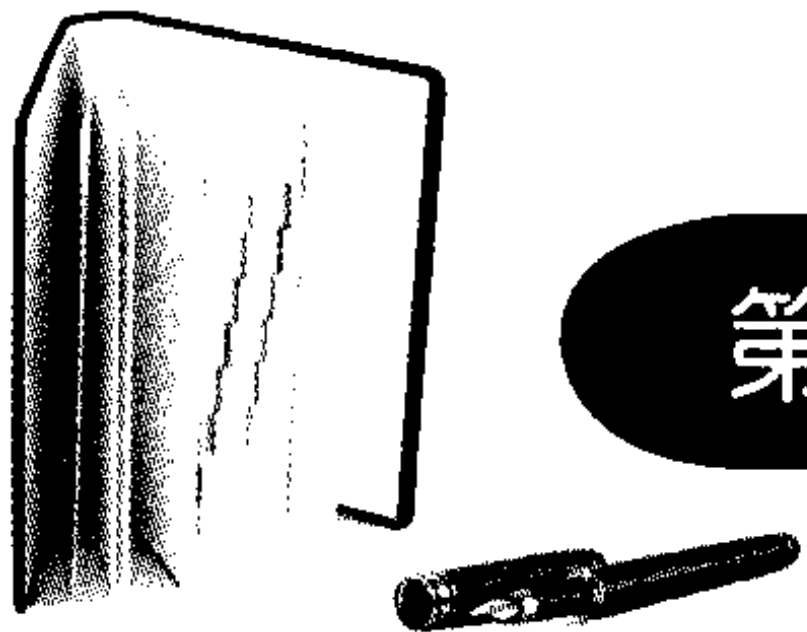
第二節 | 當事人

原則上具有權利能力之人即得成為契約之主體，成為契約之一方當事人。此外，民法對保證人之資格亦未設限制，任何人均得為保證人。惟以公司形式存在之法人，依公司法第 16 條第 1 項之規定，公司除依其他法律或公司章程規定得為保證外，不得為任何人之保證人。若公司違反該項規定而與他人成立保證，保證並非因而無效，依同條第 2 項規定，由公司負

種法定保證。此外，公司法第 16 條第 2 項規定「公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。」亦得解釋為是一種法定保證。

責人自負保證責任^②。

現行法律規定可為他人作保的公司包括銀行及信託投資公司。前者依銀行法第3條第13款之規定，後者是依銀行法第20條之規定。至於法律未規定得作保的公司，若公司股東會通過的章程中有記載公司得為他人擔任保證人的條款時，該公司亦得為保證人。惟應注意，公司章程若有限縮公司得為保證之範圍時，僅在章程規定之範圍內始得為保證人。例如章程記載「得為業務上有關之保證」或者「得為有關進出口業務之保證」，公司超出此範圍外為他人作保，依公司法第16條第2項規定，公司不負保證責任，由公司負責人自負保證責任^③。



第三節 | 雙方意思表示一致

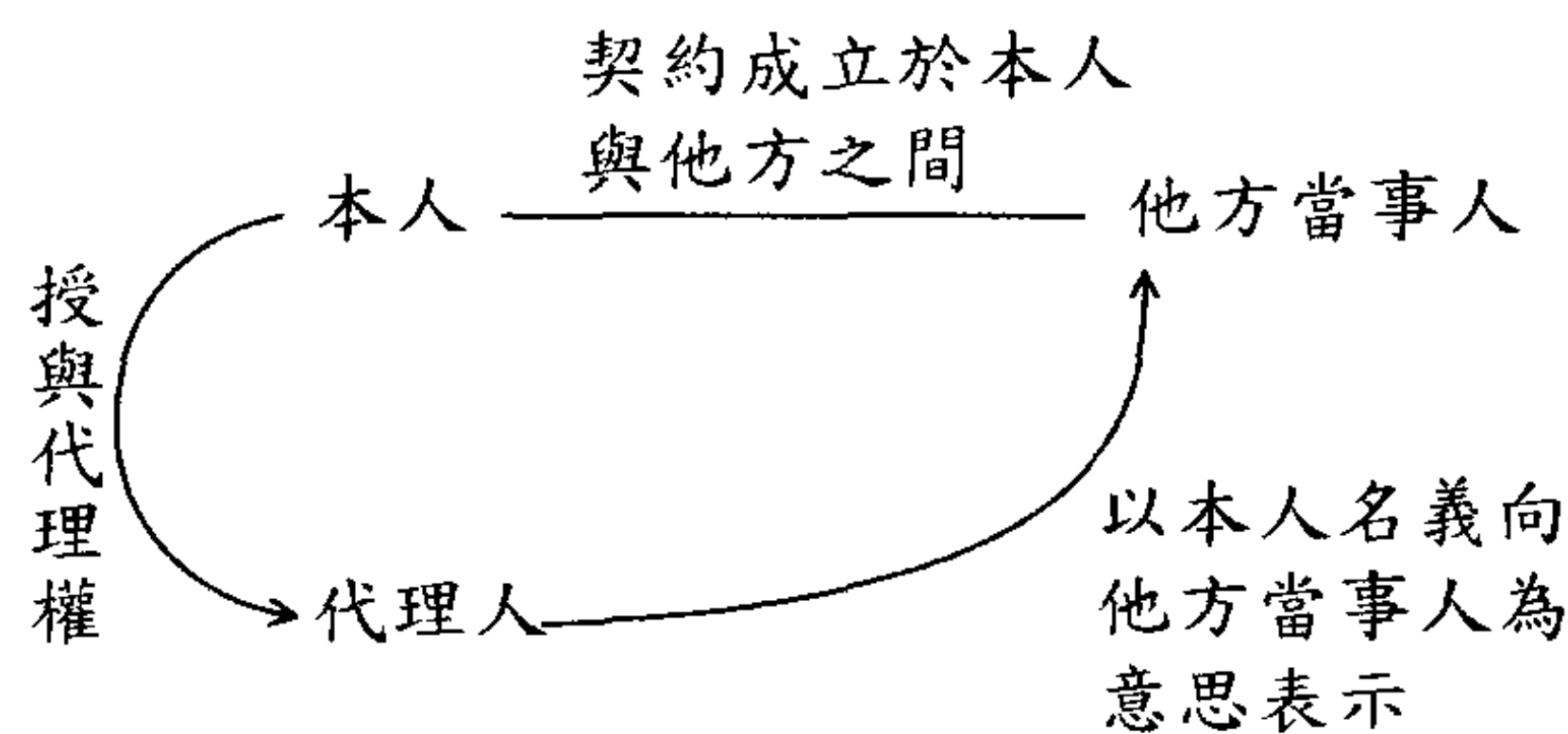
◎ 壹、雙方為相一致內容之意思表示

保證之當事人為保證人與債權人，雙方成立保證之意思表示一致時，保證即告成立。所謂成立保證之意思表示一致，是指保證人願意於特定債務人不履行債務時，對債權人代負履行責任，而債權人也願意於該特定債

- ② 雖然公司負責人沒有與債權人成立保證的意思表示，仍應對債權人負保證責任，這是基於公司法的特別規定而來。也就是說，此時公司負責人的保證責任是因為法律規定而產生。有學說認為這是一種法定的契約承擔，也有認為這是一種法定之免責的債務承擔，可參閱張嘉麟，〈論公司與他人所締結之保證契約的效力〉，《月旦法學雜誌》，第19期，1996年12月，頁72~73。
- ③ 有認為公司僅得在章程規定之範圍內為保證業務，而非謂凡章程中記載得為保證，其任何保證行為均屬有效，尚應合於公司法第16條之精神，公司所為之保證行為始生效力。至少該保證必須與公司之業務有關，且其應以利於公司之財務為目的。參閱陳長文，〈論公司保證〉，《法令月刊》，第32卷第4期，1981年4月，頁8。

務人不履行債務時，由保證人代履行債務。若保證人受脅迫而為意思表示，不論是債權人或債務人所脅迫，保證人依民法第 92 條第 1 項規定，得撤銷其意思表示。若保證人受詐欺而為意思表示，例如保證人被提供錯誤之資訊而誤認債務人之財務狀況或清償能力，是保證相對人所為，依同項規定得撤銷意思表示；若是第三人所為，例如債務人對保證人提供假造之繳稅單，使丙誤以為債務人有龐大資產，僅為臨時周轉現金需要有人作保，依同條第 1 項但書規定，以債權人明知或可得知該詐欺之事實為限，保證人始得撤銷意思表示。若債權人不知債務人提供錯誤訊息使保證人產生錯誤，保證人仍不得撤銷意思表示。

契約因雙方當事人意思表示合致而成立，是指當事人透過外在行為使他方當事人知悉自己內心的意思，而他方當事人亦透過外在行為使對方知悉自己內心的意思，而這兩個意思表示在內容上互相一致時，契約即成立。所謂透過外在行為，例如透過面談、電話、書面信函、電子郵件或透過第三人向他方當事人轉達自己內心之意思。此外，當事人亦得藉代理人^④與他方當事人成立保證。代理人以本人之名義為意思表示，且透過外在行為使他方當事人知悉該意思表示之內容，而他方亦為一個內容相呼應之意思表示，保證即成立於本人與他方之間。



▲圖 2-2

④ 當事人透過第三人傳達自己內心意思，該第三人僅為一單純傳達意思表示內容之機關，未決定意思表示之內容，學說上稱該第三人為「使者」。而代理人係自己決定意思表示之內容，以本人之名義為意思表示，與單純替本人傳達意思表示內容之使者不同。

而代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示始對本人發生效力^⑤。無代理權人以本人名義所為之意思表示，原則上依民法第 170 條第 1 項規定，非經本人承認，對本人不生效力。即便他方當事人亦為內容相呼應之意思表示，本人與他方仍不成立任何契約關係。例外之情形，例如符合民法第 169 條表見代理之情形時，無權代理人所為之意思表示亦對本人發生效力。所謂表見代理，是指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違反對之表示者，對該他人以自己之名義所為之意思表示，對自己仍生效力。此是為了保護善意信賴代理權限外觀之第三人而設之規定。

所謂「由自己之行為表示以代理權授與他人」，是指實際上雖未有授與代理權，但經由本人之一些外在行為，使外界誤認為有代理權之存在之情形^⑥。例如將自己之身分證、印章及房屋所有權狀交給朋友保管，朋友卻擅自利用這些東西，以自己之名義將自己之房屋賣給他人，他人看到印章、身分證及所有權狀，誤信朋友是具有代理權之代理人，而與之成立買賣契約。至於什麼樣的情形下會被認定為「由自己之行為表示以代理權授與他人」，須視具體情形而定。

我國實務上曾就無權代理保證是否構成表見代理作成判例。在 70 年臺上字第 657 號判例中，上訴人（被告之一）甲曾將印章交付與另一共同被告乙保管。不料被告乙持該印章，以上訴人甲之名義與原告（被上訴人）成立連帶保證，並與原告分別成立四十六萬餘元及十二萬餘元之消費借貸契約，均未清償。原告因而請求上訴人負保證責任。法院則以為，乙無權代理甲與原告成立保證，且甲將印章交付乙保管之行為，尚未達「由自己之行為表示以代理權授與他人」之程度，不構成表見代理，甲無須負授權

⑤ 民法第 103 條第 1 項規定，代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。

⑥ 最高法院 60 年臺上字第 2130 號判例「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之」。

人責任。換言之，乙代理甲所為之保證，對甲不生效力，原告與甲間自無保證，甲當然不負保證責任。蓋我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。

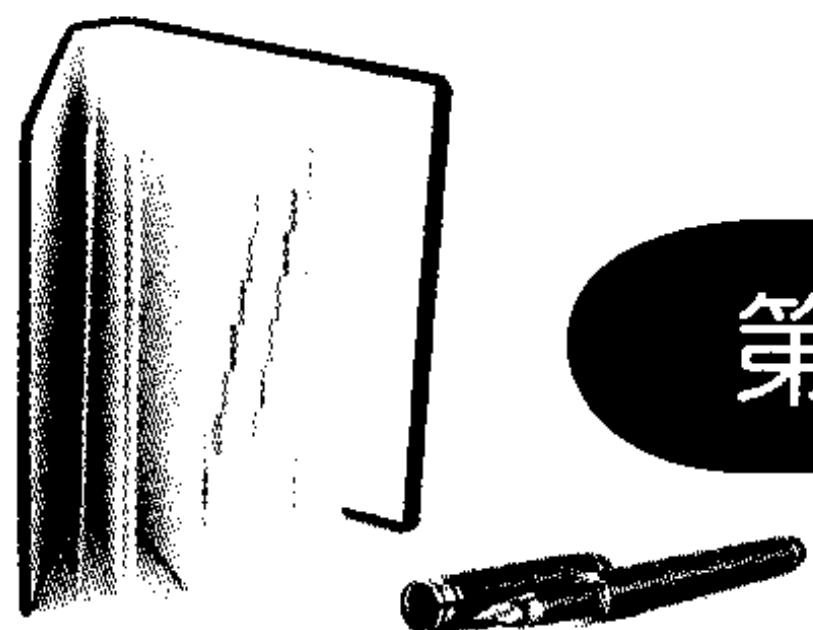
◎ 貳、有無「對保」不影響保證之成立與否

在交易實務上，銀行與他人合意成立保證後，通常會進行「對保程序」以確定他人的確有成立保證之意思，以求慎重。然而，即便銀行未進行對保程序，亦不影響既已成立之保證之效力。所謂「對保」是指債權人為確定保證人真有成立保證之意思，而向保證人進一步核對保證契約內容的一種行為。當債權人確定保證人真有成立保證之意思後，始願意、放心地將錢借與債務人使用。例如甲欲向乙銀行借款一百萬元，乙銀行要求甲需提供一保證人以為擔保，始願意將錢借與甲使用。甲因急需用錢，與其父丙商量後，丙同意擔任保證人，並將其身分證及印章交給甲，授與代理權與甲，以丙之名義與乙成立保證。甲持丙之身分證及印章向乙證明丙的確有授與代理權與甲，並代理丙與乙成立保證後，乙為求慎重，以電話通知丙，詢問丙是否真的同意擔任保證人。該通知之行為，即所謂之對保。此外，銀行與保證人成立最高限額保證⁷時，銀行亦常會進行「對保」的手續。例如乙銀行與丙成立最高限額五百萬元之保證，擔保甲將來對乙之借款返還債務之履行。爾後甲向乙借款時，乙銀行放款予甲之前，會先通知丙並要求丙在相關放款文件上簽名，以求慎重。

雖然銀行通常會進行對保之手續以求慎重，但不代表銀行未完成對保手續保證即不成立。契約是否成立端視當事人是否曾有相一致之意思表示，對保只是一種債權人為求慎重的自保行為，銀行未進行對保，對契約是否成立而言不生任何影響。最高法院 46 年臺上字第 163 號判例即謂「對保與否，並非保證契約之成立要件。上訴人不得以對保過遲，為免負保證責任

⁷ 關於最高限額保證之說明，可參閱本書第五章第六節「最高限額保證」。

之論據。」此外，最高法院 96 年臺上字第 2830 號判決亦謂「按對保與否，固非保證契約之成立要件，惟稱保證者，謂當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約，民法第七百三十九條定有明文。而連帶保證為保證契約之一種，自應由雙方當事人就保證人願與主債務人負同一清償責任有意思之合致，始足成立。」足資參照。



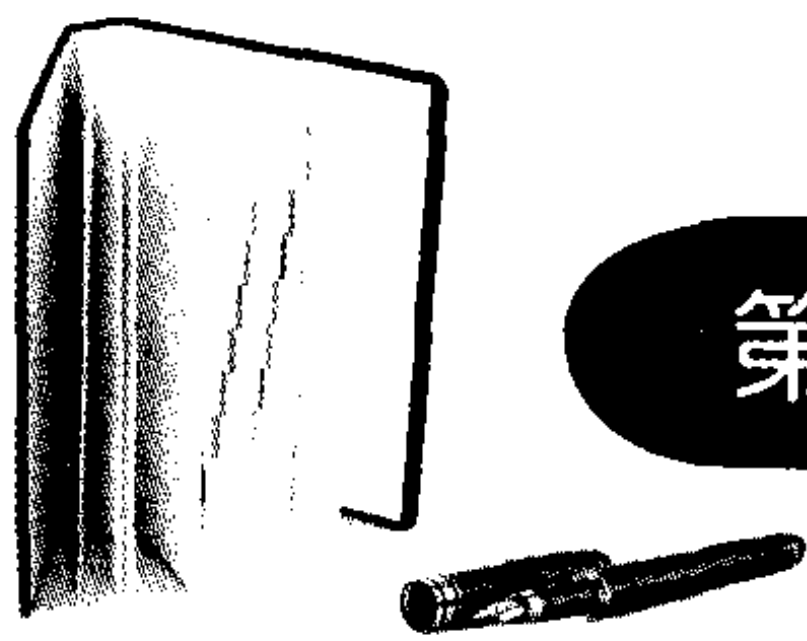
第四節 | 被擔保之主債務須存在

保證是一從契約，所擔保之主債務有效成立，保證始成立，已如前述。保證擔保之主債務，不以因契約而生者為限。基於事實行為或法律規定而生之債務，例如侵權行為債務、不當得利返還債務、無因管理費用償還債務等，均得為保證所擔保之主債務。又，某些情形下，債務人之債務雖然存在，但債權人請求權之行使受法律限制，例如消滅時效完成後之債務，學說稱此種債務為「自然債務」，性質上仍為法律上有效存在之債務。擔保此種債務之保證仍有效成立，保證人雖得依民法第 742 條對債權人主張抗辯，係屬二事。

然有疑者，得否以專屬性債務為主債務成立保證？專屬性債務是指僅有債務人個人始得履行之債務，無法由其他人代為履行之債務。例如歌手甲與乙公司成立委任契約，甲須在乙公司舉辦之募款活動上表演，乙則須給付報酬。甲之債務為「表演」，具有不可替代性，僅有甲自己始得履行債務。而為擔保甲將來履行債務，乙與保證人丙成立之保證是否有效？保證人固然不得代替歌手甲為表演，仍得於債務人不履行債務時，代負債務不履行責任。蓋債務不履行賠償義務為給付金錢，性質上非專屬性債務。且債務不履行損害賠償義務為原專屬性主給付義務之延伸，保證所擔保之債務從原本之專屬性債務轉為非專屬性債務。因此，擔保專屬性債務之保證，性質上並無不可成立。例如歌手甲事後未盡表演之義務，乙得主張甲給付

不能請求賠償五十萬元，亦得請求保證人代負該金錢賠償責任。

此外，成立保證時未有主債務存在，而是擔保將來發生之債務，該保證亦有效成立。主債務人與債權人間已存有基礎法律關係，但尚未現實發生債務，例如雙方成立經銷契約，約定債務人每月固定向債權人購買一定數量之加工車床。此時尚未有確定之債務（給付價金義務）發生，債權人仍得與保證人成立保證，擔保該經銷關係下，債務人之價金給付義務之履行。若某個月份債務人已向債權人訂購五臺加工車床，卻未按時交付價金，債權人即得依民法或契約規定向保證人請求代履行價金給付義務。又例如信用卡保證中，發卡銀行與保證人約定，保證人應就債務人將來積欠發卡銀行之信用卡債務，代負履行責任。雙方成立保證時，尚未有現實之信用卡債務存在，是以將來可能發生之債務為所擔保之主債務。



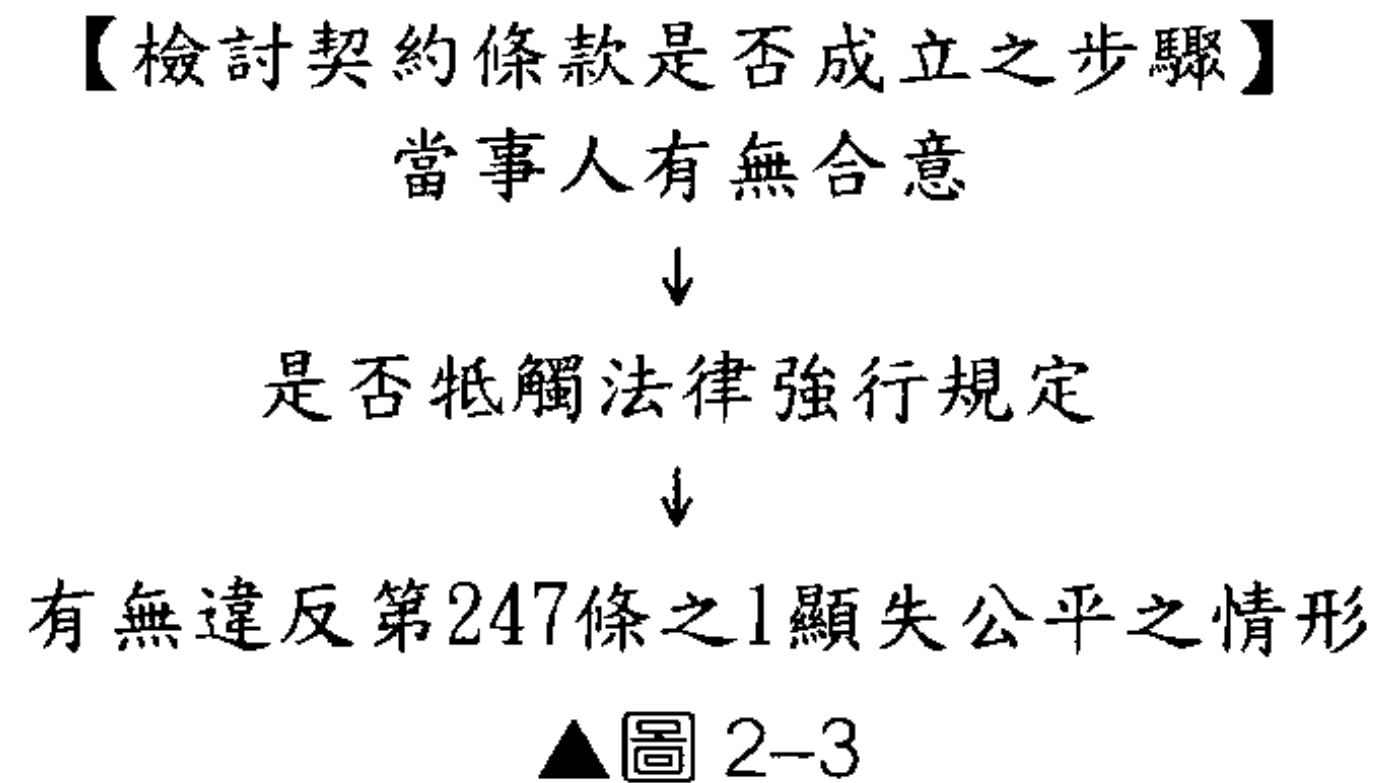
第五節 | 定型化保證條款之效力

◎ 壹、定型化契約條款

雙方當事人意思表示合致，原則上即受意思表示內容所拘束。惟當事人一方預先擬定用於同類契約之條款，即便經他方當事人同意，非當然生拘束雙方之效力。蓋定型化契約條款中，有違反法律強行規定者，依民法第 71 條規定，原則上即屬無效。例如定型化保證中有類如「保證人願拋棄民法債編保證一節中關於保證人之抗辯權及一切權利」之條款，應認為違反第 739 條之 1 之規定。保證人預先拋棄保證一節所規定之權利，依民法第 71 條規定，拋棄之約款應屬無效⁸。惟民法第 746 條第 1 款為第 739 條之 1 之例外規定，保證人預先拋棄先訴抗辯權⁹，並未違反第 739 條之 1

⁸ 若定型化契約約款已被認定為違反法律強行規定而無效時，無必要再探討有無違反第 247 條之 1 之顯失公平之規定。

與第 71 條之規定。保證中若有保證人願拋棄一切權利之約款，其中關於保證人願拋棄先訴抗辯權之部分，並非當然無效。惟以定型化約款之方式拋棄先訴抗辯權，仍應進而探討有無違反第 247 條之 1，顯失公平而無效。



民法第 247 條之 1 規定，當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為免除或減輕預定契約條款之當事人之責任、為加重他方當事人之責任、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利，或於他方當事人有重大不利益者，且按其情形顯失公平者，該部分約定無效。當事人一方預先擬定之定型化保證條款，內容上若有第 247 條之 1 各款之情形時，即便已經雙方合意，法律上仍不構成契約之一部分，不生拘束當事人之效力。也就是說締約雙方對定型化契約中某些條款雖已達成合意，但可能因為該條款顯然對一方產生極大不利益而有不公平之情形，違反第 247 條之 1 的規定，例外地使當事人不受該條款所拘束。當事人可以主張該條款不構成契約之內容，而回歸民法或其他法律之規定。

以定型化契約方式成立之保證常見於社會。例如銀行預先擬定相同內容之保證書面契約，再分別交給保證人審閱後簽名，與各個保證人成立相同內容之保證，此即為一種定型化保證。透過定型化契約之方式，銀行可省卻每次重新與保證人磋商契約之成本，而保證人通常無磋商契約內容之能力，僅得選擇接受與否，可能發生對保證人不利益之結果。因此，民法第 247 條之 1 有特別規定，定型化契約條款若有顯失公平，該條款無效、自始不成立，不生拘束保證人之效力。

⑨ 關於保證人之先訴抗辯權，可參閱本書第三章第一節「貳、保證人之權利」。

① 貳、拋棄先訴抗辯權條款之效力

定型化保證中有保證人預先拋棄先訴抗辯權之約款，應認為未違反第 247 條之 1 之規定。也就是說，在定型化契約中可以約定債務人不履行債務時，債權人可直接請求保證人代負履行責任，取得勝訴判決或其他執行名義後，直接執行保證人之財產。蓋在實務交易上，保證人預先拋棄先訴抗辯權之情形十分普遍，尤其是發生在金融機構與一般民眾所成立之保證，可認為拋棄先訴抗辯權已成為一種交易習慣¹⁰。再者，保證人拋棄先訴抗辯權並未因而加重保證人之負擔。先訴抗辯權之權能，僅使保證人得向債權人抗辯應先就主債務人之財產強制執行，待執行未果始得向保證人請求履行保證責任。保證人拋棄先訴抗辯權，並未終局地加重其應負擔之保證責任，例如保證人原應負擔一百萬元保證責任，拋棄先訴抗辯權後，仍負擔一百萬元保證責任。因此，應認為以定型化約款使保證人預先拋棄先訴抗辯權，並未顯失公平，未有違反民法第 247 條之 1 之規定。

① 參、保證人債權受償順序居次條款之效力

若定型化保證中有「債權居次」條款之約定時，該條款效力為何？所謂債權居次條款是指類如「保證人同意於主債務人依本合約所負之債務未全部清償前，其因一部代償而對主債務人所取得之求償權及代位權，次於貴行（債權人）對主債務人所持有之剩餘債權而受償」之條款¹¹。例如甲向乙借款一百萬元，並委任丙在五十萬元範圍擔任甲之保證人，乙與丙成立五十萬元保證。今丙代主債務人甲清償五十萬元後，依民法第 546 條對甲取得求償權外，又依民法第 749 條承受乙對甲之五十萬債權¹²。這樣的

¹⁰ 詹森林，〈信用卡定型化保證條款之效力(-)〉，《月旦法學雜誌》，第 7 期，1995 年 11 月，頁 28。

¹¹ 陳秋華，〈試論民法債編修正對銀行定型化契約中「保證條款」之影響〉，《律師雜誌》10 月號，第 241 期，1999 年 10 月，頁 63。

¹² 關於保證人承受原債權的問題之更詳細說明，可參閱本書第三章第二節。

結果變成甲對乙負五十萬元債務，甲也對丙負五十萬元債務，將來乙、丙均可聲請強制執行甲的財產並從中受償。假設甲僅有八十萬元財產，乙、丙兩人的債權勢必無法獲得滿足。因此，若乙、丙雙方約定將來保證人因履行保證債務而取得對債務人之求償權及代位權之受償次序後於債權人對債務人之債權受償次序時，將來乙就可以主張優先於丙就甲之財產受償。

至於這種「債權居次」條款在法律上是否有效？從民法第 749 條但書規定「保證人承受原債權人之債權，其債權之行使不得有害於債權人之利益」之精神來看，約定將來債權人對債務人之債權優先於保證人對債務人之債權受清償，並未違反民法之精神，且基於私法自治之法理，債權居次條款原則上具有法律上效力。此外，該類條款亦未加重保證人之責任，亦未免除或減輕債權人之責任，亦未強使保證人拋棄法律上權利，只是使保證人受償順序後於債權人，何況保證人並不一定完全無法自債務人之財產獲得滿足，未對保證人生重大不利益。因此，債權居次條款應合於民法第 247 條之 1 規定，具有法律上效力，雙方當事人應受其拘束¹³。

◎ 肆、被法院認定為無效之約款

為連續發生之債務保證之未定期間保證中，類如「保證人不得終止契約」之約款，如同使保證人預先拋棄民法第 754 條所賦予之終止權；此外，保證中類如「債權人允許主債務人延期清償時，保證人仍應負保證責任」之約款，如同使保證人預先拋棄民法第 755 條之抗辯權；而保證中類如「保證人接獲債權人之書面通知後應立即付款，不得主張任何抗辯」之約款，如同使保證人預先拋棄民法所賦予之權利；這些約款顯然是違反民法第 739 條之 1 之強行規定，依同法第 71 條規定，應屬無效。而在信用卡保證

¹³ 亦有學者認為，若債權人與保證人事前經過合理磋商，且債權人並非以經濟上強勢迫使保證人同意該項條款時，該約定之內容尚未違反消費者保護法或民法有關定型化契約之規定。參見陳秋華，〈試論民法債編修正對銀行定型化契約中「保證條款」之影響〉，《律師雜誌》10 月號，第 241 期，1999 年 10 月，頁 63～64。

中，類如「保證人對超過額度使用之帳款仍應負保證之責」之約款應違反民法第 247 條之 1 之規定而無效。蓋此類約款如同使發卡銀行原本要承擔之風險（指持卡人超額使用信用卡之風險）轉嫁由無法控制該風險之保證人承擔，顯然違反平等互惠原則¹⁴，若有此類之定型化約款，雙方當事人不受該約款之拘束。

¹⁴ 相關之法院判決如：最高法院 87 年臺上字第 1535 號判決、臺北地方法院 84 年訴字第 1168 號判決。參見戴志傑，〈論消費者保護法之定型化契約——以保證契約為中心〉，《法律評論》，第 68 卷第 7~9 期合刊，2002 年 9 月，頁 48~50。

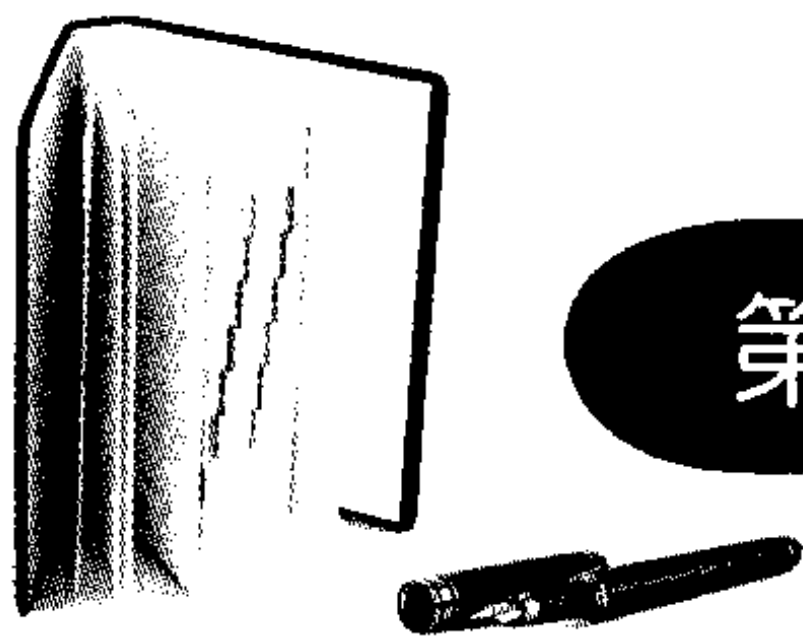
chapter

03



保證下之權利 義務關係

探討保證法律關係時，須從三方法律關係加以觀察，包括主契約之債務人與債權人間、保證之保證人與債權人間，以及保證人與主債務人間之法律關係。主契約債務人與債權人間法律關係，並非因保證之成立而生，亦非在保證效力之範圍內，本章未加以討論。保證人與債權人之法律關係，以及保證人與主債務人之求償法律關係，是基於保證之成立直接或間接所生，為本章保證效力所探討之範圍。



第一節 | 保證人與債權人間之關係

◎ 壹、保證人之保證債務

一、保證人對債權人負保證責任

保證成立後，保證人僅對債權人負保證責任，不對契約以外之人負責，為契約相對性原則。但是保證所擔保之債權移轉予他人時，保證債權亦隨同移轉於該他人，該他人雖非當初締結保證契約之人，因嗣後取得保證債權之故，保證人仍繼續對其負保證責任。民法第 295 條第 1 項本文規定，讓與債權時該債權之擔保隨同移轉於受讓人。亦即債權人將債權轉讓他人時，擔保該債權之保證債權亦隨同移轉，繼續擔保這個債權將來能獲滿足，受讓取得債權之人同時取得保證債權。例如甲向乙借款一百萬元，乙、丙成立保證以擔保甲之債務履行。基於契約相對性原則，原本丙僅對乙負履行保證債務之責任，不對保證當事人以外之人負責。但是假設乙將一百萬元借款債權以九十萬元賣予丁，並將債權移轉予丁，而將來甲未履行債務，丁雖非原本之保證當事人，亦得請求保證人丙負保證責任。在丁受讓取得債權時，同時取得這個債權上的保證債權。也就是說，債權之擔保在債權移轉之後，仍然為新債權人（受讓債權之人）繼續存在。

保證債權隨同所擔保之債權移轉而移轉，但他人承擔主債務時^❶，保

證人不再繼續為債權作擔保。也就是說，他人完全承擔債務人之債務，成為新債務人後，保證人不再繼續擔保這個債權的滿足。新債務人將來不履行債務，保證人無義務代其履行債務。這是因為保證人通常考量債務人個人事由而與債權人成立保證，若第三人承擔債務而保證人仍繼續為該第三人擔保，對保證人有所不公。基於這個理由，民法第 304 條第 2 項即規定，由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。例如甲向乙銀行借款一百萬元，乙銀行要求須有第三人作保，始願意將錢借予甲。甲之好友丙，認為以甲之財務狀況及經濟能力，不至於無能力返還借款及利息，因而同意與乙銀行成立保證。事後，乙同意由丁全部承擔甲之債務，丙拒絕承認丁之債務承擔。丁承擔甲債務之效力雖不因保證人丙拒絕承認而受影響，但依民法第 304 條第 2 項，丙保證人之保證債務即消滅，不隨同主債務之移轉而移轉。將來丁未返還借款，乙銀行不得請求保證人代負返還借款之責。也就是說，債權人同意由第三人承擔債務而原債務人因而脫離債務時，保證人就不再負保證責任，除非保證人有表示說願意為新債務人繼續作保，保證人才須要繼續負保證責任。

二、保證債務之特性

由於保證人的責任僅在代替主債務人履行主契約義務，學說上因而稱保證債務有以下之特性，以助於保證法律關係之理解：

(一)從屬性

保證債務在債務之成立上、債務範圍上及債之消滅上，均從屬於所擔保之主債務。亦即，主債務成立生效，保證債務始成立生效；保證債務之範圍從屬於主債務範圍，不得大於主債務；主債務消滅，保證債務亦隨同消滅。

保證債務之成立以主債務成立生效為要件，蓋保證是為擔保主契約之履行而存在，若主契約根本不成立，無主契約債務不履行之可能，保證亦

① 關於「債務承擔」更詳細的說明，可參閱本書第四章第一節「陸、主債務之承擔」。

無從擔保主契約之履行。故學說上稱保證為從契約。僅在民法第 743 條之例外情形，主契約雖不成立，保證仍繼續存在^②。此外，若主債務事後消滅，例如債務人已為清償，依民法第 307 條規定，保證債務亦隨同消滅，為消滅之從屬性。

保證債務之範圍亦從屬於主債務，蓋保證僅是代替債務人履行主契約義務，在邏輯上，保證人代負履行責任之範圍僅能小於或等於債務人應履行之責任範圍。故民法第 741 條規定，保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度。也就是說，保證人所負之責任額度頂多與主債務人所負之責任額度相同，不得要求從債務人（保證人）負較主債務人多之責任。

(二)補充性

保證人僅在債務人不履行債務時，始代替債務人負履行責任，若主債務人有能力履行債務，債權人應先向主債務人請求履行，不得直接請求保證人代負履行之責，稱為保證債務之補充性。民法第 745 條即規定，保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償。換言之，保證人僅在債務人之財產不足清償債務時，始須對債權人清償。

學說上稱民法第 745 條為保證人之「先訴抗辯權」，亦即債權人未先向債務人請求履行債務且強制執行其財產無效果前，即向保證人請求代履行債務時，保證人得拒絕負保證債務之權利。惟保證人事先拋棄先訴抗辯權時，當債務人不履行債務，債權人即得直接請求保證人代負履行責任，為保證債務補充性之例外^③。

(三)獨立性

保證債務雖然在成立、消滅及範圍上均從屬於主債務，保證與所擔保之主契約仍各自獨立之契約，保證並非主契約之一部分，保證債務是基於保證而生，非基於主契約而生。主契約之成立須債權人與債務人之意思表

^② 關於保證債務成立從屬性之詳細說明，得參閱本書第一章第二節「參、從契約」。

^③ 關於先訴抗辯權更詳細之說明，可參閱本節貳「肆、保證人之先訴抗辯權」。

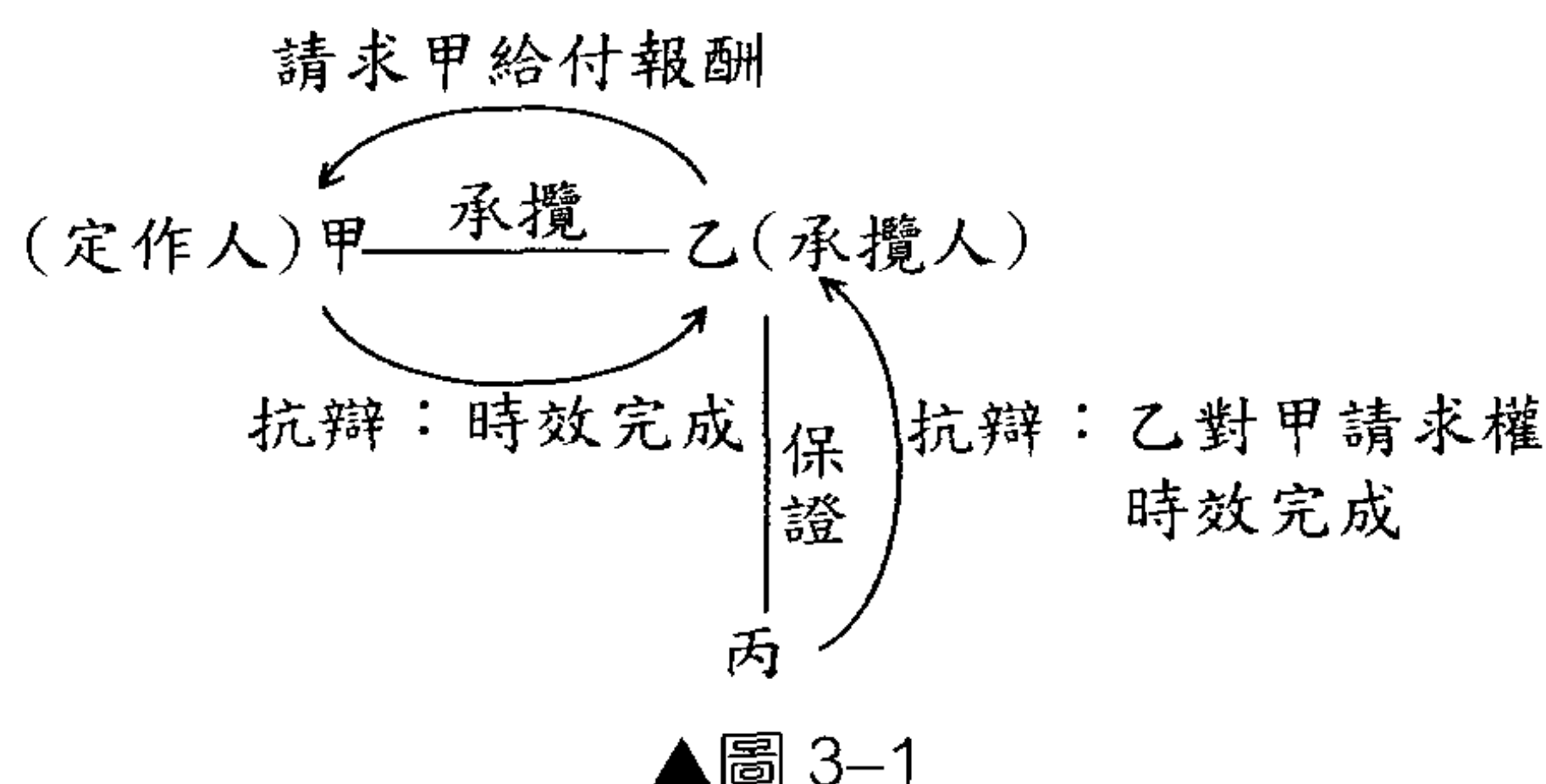
示合致，而保證之成立則須保證人與債權人雙方意思表示合致。債權人與債務人之意思表示合致，不足以使保證人負有保證債務；保證人與債權人成立保證意思表示合致，保證人始負有保證債務可言。

保證人與債權人成立保證之意思表示合致外，所擔保之主債務須為存在，保證債務始得成立。惟在概念上，此是保證債務之從屬性問題，與保證債務獨立性，為不同層次之概念，應加以區分。

三、保證債務與主債務之關係

(一)消滅時效之問題

主契約債權請求權之消滅時效完成後，債權人仍得請求債務人履行債務，但債務人得主張時效完成抗辯，拒絕履行債務。也就是說債權人在法律上的權利經過一段期間（法律規定的期間）不行使，債務人得拒絕對債權人履行債務，但是假若債務人自己不拒絕而仍履行債務，事後也不得再請求債權人返還自己所為之給付。而當主債權之消滅時效完成後，若債權人轉而向保證人請求代負清償責任，此時縱然保證債權之請求權時效（即債權人請求保證人代負履行責任之請求權時效）尚未完成，依據民法第 742 條第 1 項之規定，主債務人得主張時效抗辯者，保證人亦得對債權人主張時效抗辯。例如乙與保證人丙成立保證，擔保甲將按期給付某乙承攬報酬一百萬元。依民法第 127 條第 7 款規定，承攬報酬給付請求權於二年間不行使而消滅，若乙於承攬完成後二年間都未向甲請求支付承攬報酬，則二年過後，甲即得對乙主張時效抗辯，拒絕給付承攬報酬。設乙因向甲求償未果，轉而向保證人丙請求代負履行責任，此時丙則可依民法第 742 條第 1 項規定，以甲對乙之時效抗辯事由，對乙主張抗辯。應區別之情形為，若乙對丙之代負履行責任請求權本身之消滅時效已完成，則保證人無須透過上述規定即得主張自己之時效抗辯而拒負保證責任，固屬當然。



而在時效完成前，主契約債權人向債務人請求履行，或有其他中斷消滅時效之行為，依同法第 747 條，中斷時效之效力亦及於保證人，債權人對保證人之代履行債務請求權之時效亦隨之中斷。民法第 747 條「其他中斷消滅時效之行為」，應是指民法第 129 條規定，包括承認、起訴，以及與起訴具有同一效力之行為。實務曾有判例限縮解釋^④，其他中斷消滅時效之行為僅指起訴及與起訴具有同一效力之行為；債務人向債權人承認，時效中斷之效力不及於保證人。實務認為，第 747 條是指債權人主動向債務人所為之中斷時效行為，效力始及於保證人。而承認是債務人向債權人所為之中斷消滅時效行為，非第 747 條所指之中斷時效行為。

至於債權人向保證人請求、起訴或為與起訴具有同一效力之行為，債權人對保證人之代履行債務請求權時效中斷。該時效中斷之效力未及於主契約之債權請求權。也就是說，主債權請求權的消滅時效中斷，保證債權請求權消滅時效也隨之中斷，但是保證債權請求權的消滅時效中斷，主債權請求權的消滅時效並未隨之中斷。

(二) 債權消滅之問題

1. 主債務消滅，保證債務隨同消滅

保證是擔保主契約履行之契約，債務之成立與消滅均從屬於主契約。民法第 307 條規定，債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。因此，主契約債權因債務人為清償（民法第 309 條以下）、提存（民法第 326 條以下）而消滅，或者因債權人向債務人免除債務（民法

^④ 最高法院 68 年臺上字第 1813 號判例。

第 343 條) 而消滅，此時保證債務亦隨同消滅。

2. 保證債務消滅，主債務不隨同消滅

若保證人履行保證債務，向債權人為清償、提存而使保證債務消滅，主契約債務並未隨同消滅，而是由保證人承受原債權人之地位。民法第 749 條規定，保證人向債權人為清償後，於其清償限度內，承受債權人對於主債務人之債權。也就是說，保證人代債務人履行債務後，保證人依法律規定取得原本債權人對債務人的債權，變成由保證人繼位成為新債權人，債務人對該新債權人仍負有履行債務的義務。例如甲向乙銀行借款一百萬元，乙與丙成立保證乙擔保該消費借貸契約之履行。事後乙強制執行甲之財產未果，向丙請求代負返還借款之責。丙清償一百萬元借款及利息予乙後，保證債務即消滅，惟主契約債務仍存續並不隨之消滅。依民法第 749 條規定，丙取得乙對甲之借款返還請求權，甲對丙負有返還借款及利息之債務，而丙仍得請求甲返還借款及利息。也就是說，主債務人甲仍然要負起最終的責任，不能因為保證人代為履行債務後就免去自己的責任。此外，若保證債務消滅的原因是因為債權人向保證人為免除保證債務之意思表示時，該免除之效力不及於主契約債務。也就是說，主債務人仍然負有履行債務之責任。

主契約債務因債務人以自己對債權人之債權主張抵銷而消滅時，擔保該主契約之保證隨同消滅。但保證人以自己對債權人之債權，主張抵銷保證債務時，保證債務消滅，主債務未消滅，依民法第 749 條規定由保證人承受主債權，已如前述。此外，有一個比較進階之概念要釐清的是，當保證人依民法第 742 條之 1，以主債務人對債權人之債權主張抵銷時，主債務因抵銷而消滅，保證債務隨同消滅。也就是說，保證人依該條規定有權替債務人主張抵銷^⑤。保證人依該條所用以抵銷之債權，是主債務人對債權人之主債權，而非保證人對債權人之債權，因此主張該條抵銷的結果，

⑤ 在法律上，原則上只有自己得決定是不是要用自己對債權人的債權抵銷自己的債務，而民法第 742 條之 1 是一種例外規定，賦予保證人代替債務人行使抵銷權的權利。

是主債務人之債務因抵銷而消滅，保證債務則隨同消滅。

主契約債務因混同（民法第 344 條）而消滅，例如主債務人繼承債權人之債權，保證債務當然隨同消滅。但保證債務因混同而消滅時，例如保證人繼承債權人之債權，主債務並不隨同消滅，此時主債務人繼續對保證人（繼承債權之人）負債務履行之責。此處有一個概念應該要加以釐清：若是保證人繼承主債務人對債權人之債務時，並未發生混同之效果。也就是說，保證人的保證債務以及主債務人的主債務都繼續存在，只是保證債務人跟主債務人都是同一人。因為債權債務同歸一人時，債權始因混同而消滅，若不同債務同歸一人承擔時，並未發生混同之問題。例如父親甲向乙銀行借款一百萬元，兒子丙與乙成立保證。甲死後，丙概括繼承甲之權利與義務，對乙銀行負有一百萬元借款返還債務。而原先丙與乙成立之保證仍繼續存在，並未有保證債務與債權同歸一人而生混同消滅之情形。此時，兒子丙同時為債務人及保證人，學說上有認為丙之保證債務原則上因混同而消滅，若保證債務之存續於債權人有法律上利益時，保證債務始例外存續^⑥。例如甲之遺產總額僅剩五十萬元，小於甲對乙之債務總額一百萬元，而繼承人丙主張限定繼承時，乙僅得就遺產總額範圍內請求返還五十萬元。此時，乙銀行即有主張保證債務存續之利益，蓋乙得請求丙代負履行責任，請求丙清償剩餘五十萬元之借款返還債務。本文則以為，此處並無混同之情形發生，丙之保證債務並未消滅。將來乙銀行仍得依借款返還請求權，或代返還借款請求權，請求丙返還借款。

^⑥ 史尚寬，《債法各論（下）》，頁 865；鄭玉波，《民法債編各論（下）》，頁 835～836；劉春堂，〈論保證〉，《華信金融季刊》，第 14 期，2001 年 6 月，頁 81。