

國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文

指導教授：陳沈岳 博士

最高限額保證之確定

與

保證責任之消滅

—以適用於民法第七五三條之一的問題為中心—

研究生：鄞煌倚

中華民國一〇二年六月

國立政治大學法學院碩士在職專班
碩士論文學位考試

論文題目：最高限額保證之確定與保證責任之消滅—以適用於
民法第七五三條之一的問題為中心—

指導教授：陳洸岳博士

研究生：鄞煌倚

口試地點：綜合院館北棟14樓第三研討室

考試委員

王千維

考試委員

莊怡靜

考試委員

陳浩長

中華民國 102 年 06 月 05 日

誌謝

此篇論文的完成，也意味著結束三年政大法學院碩士在職專班的學術饗宴。在專班執行長王文杰教授的苦心擘劃之下，三年來，不論是在課程或師資的安排上，愈趨多元與豐富，成果明顯可鑑。本人能夠在離開校園十六年後重拾書本，並成爲專班的一員，何其有幸！

在專班的學習過程中，得遇許多國內頂尖學者的教導，令我如沐春風，獲益匪淺。此外，專班同學的組成，匯聚了社會不同領域、學有專精的各路英雄好漢，同學間相互學習、相互交流、相互鼓勵與提攜，甚至彼此「掩護」，陪養出難得的革命情感，正是在學術之外的寶貴收穫。

三年來，在工作、家庭與學業三方面的煎熬下能夠順利完成學業，需要感謝的人很多。首先，是我的指導恩師陳沈岳教授。其學養豐富、有問必答、不拘一格的教學態度，頗有謙謙君子的學者風範，對我不成熟的論文仍能不厭其煩地詳細批閱與指導，始能讓此篇論文得以順利問世。還要感謝口試委員王千維教授與台北大學杜怡靜教授，在口試過程中給與許多寶貴建議與指正，使得本論文得以益臻完善。此外，也感謝修習課程中許多專業且盡心教學的王文杰教授、陳志輝教授、李聖傑教授、王海南教授、吳瑾瑜教授、廖元豪教授、陳貞如教授、林國全教授以及朱德芳教授等，是他們讓我得以擴展法學視野，讓我能立於不同角度思考與解決問題。沒有諸位老師的教導，就不會有現在的我；也相信有了他們，專班得以更添價值。

最後，要感謝的是對我最重要的家人——從大一開始便相知、相守至今二十餘年的內人令戎，以及乖巧的兒子翊倫。在我就學期間，平日晚上及星期六要忙著上課，沒課的日子與假日也要忙於苦讀及準備報告。內人爲讓我能專心於課業，一手負起操持家務、陪伴並教養孩子的責任。她的支持與體諒，是我能完成學業的重要支柱。回想剛入學時，正值翊倫剛上小學一年級，放學回到家，經常見不到從小陪他玩鬧的爸爸，假日也要忍耐著不吵爸爸準備課業。平日晚上我下課後，拖著疲憊的身心回到家已是深夜十一點多，看著早已熟睡的兒子，只能歉疚地在他的臉頰上輕輕一吻。現在孩子要升上四年級了，我還有機會盡全力陪伴他度過剩餘的小學生涯，那段人生最無憂無慮的童年時光。

今後，我將會善用所學於工作上，繼續發掘實務應用與學術理論的扞格，適時提出建議，以供各界參酌，並企盼無忝政大師長們的諄諄教導，與法學院的名聲。今後的人生，也將抱持著更加謙卑、更加惜福的態度去面對所遭遇的人、事、物。總之，除了感恩還是感恩，一切皆要歸功於天恩師德與諸位菩薩在天之靈的庇祐。

中文摘要

最高限額保證已長期且普遍地為我國民間經濟活動所運用，並經最高法院以 77 年台上字第 943 號民事判例確立其實務地位，惟攸關債權人、債務人及保證人權益至鉅的最高限額保證之確定與保證責任之消滅等議題，國內相關研究卻寥寥可數。本文以最高限額保證之確定與保證責任之消滅為研究為主軸，並藉由與最高限額保證運作概念極為類似的最高限額抵押權之法理，以及主要參酌日本民法最高限額保證之規定，就最高限額保證之特殊確定事由與消滅事由逐一剖析，並以最高限額保證適用在民法第 753 條之 1 的諸多疑點加以探討。

依據本文研究結果，最高限額保證之確定事由，包括保證人行使任意終止權、定有期間之最高限額保證其存續期間屆至、最高限額保證所擔保之不特定債務不繼續發生、債務人或債權人為法人有合併或分割且保證人不願續保、保證人死亡、主債務人死亡，以及民法第 753 條之 1 基於職務關係而為法人保證之保證人卸任其職務等；最高限額保證之消滅事由，包括人保、物保併存時債權人拋棄擔保物權、債權人片面允許主債務延期清償、債權人逾期未對主債務人為審判上請求、主債務經第三人承擔、債權人免除其他共同保證人之責任、最高限額保證確定後主債務喪失同一性等。

實質上具備最高限額保證法定確定事由地位的民法第 753 條之 1，係以未定期間之最高限額保證為其適用客體、以具備該條所定職務身分之自然人保證人為其適用主體，且最高限額保證契約當事人不得事先以個別商議方式，約定排除此項確定事由之適用。由於法人之董、監事或經理人等卸任事實與債權人知悉該事實之時間，極可能產生落差，導致債權人於該資訊落差期間內仍與法人發生債權債務關係，此時原則上應由保證人負擔債權人知悉其事之舉證責任，例外當債權人係銀行等金融機構時，則應將舉證責任倒置，方能合理衡平債權人與保證人之間的權益保護。

關鍵詞：最高限額保證、最高限額保證之確定事由、最高限額保證責任之消滅事由、董監連保、其他有代表權之人

Abstract

“Line of Credit Guaranty” has been long and generally for the use of economic activities in our country, and been firmly established the practical position with Case No.: Taishentzu 943, 77adjusted by the Supreme Court. However, the relevant issues of the rights and interests, which is significantly effective for the creditor, the debtor and the guarantor in relation to the determination of “Line of Credit Guaranty” and the extinguishment of “Guarantee Liabilities”, is still rare in the domestic relevant research. Hence, in this thesis, the main scheme of the research, which is based on the determination of “Line of Credit Guaranty” and the extinguishment of “Guarantee Liabilities” by means of the similar legal concept of “Line of Credit Mortgage” as well as the same legal concept in Civil Code of Japan, analyze detailed the specific events in relation to the determination and the extinguishment of “Line of Credit Guaranty”, and discuss several issues on “Line of Credit Guaranty” applied in Section 753 of Civil Code in R.O.C.

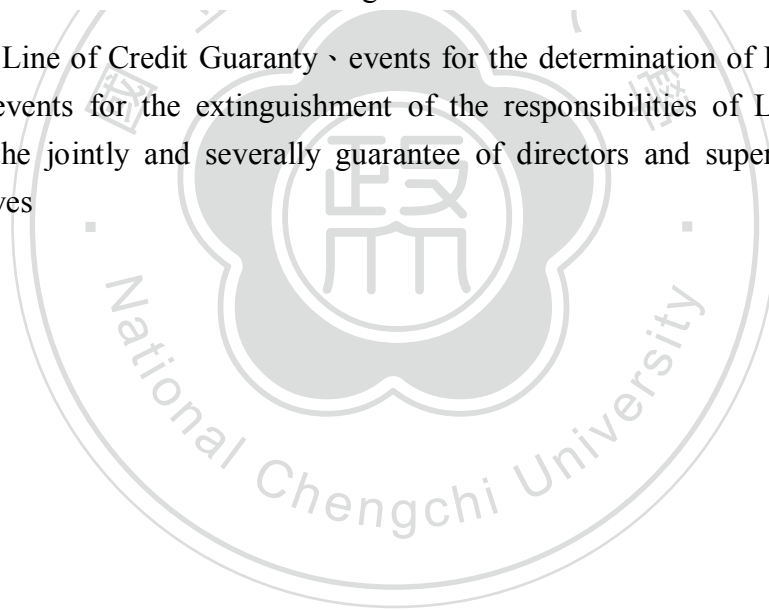
Based on the results of this study, the events on the determination of “Line of Credit Guaranty”, are including the right of termination which is exercised at will by the guarantor, the duration of “Line of Credit Guaranty” which is stipulated with the certain period is at maturity, non-occurrence in relation to the non-specific debt which is guaranteed by “Line of Credit Guaranty”, the merger or the split of the debtor or the creditor, as the corporate body, with the condition of the facet that the guarantee is unwilling to provide the guarantee, the death of the guarantor, the death of the principal creditor, and the relief of the tenure of office for the guarantor who is guaranteed for the debt incurred by the corporate and based on the relationship of the tenure of office which is stipulated in Section 753 of Civil Code, etc. The events on the extinguishment of “Guarantee Liabilities”, is including of the disclaimer for the creditor to the right in rem on which the real right is secured in the condition of the coexistence of personal guarantee and real security, the unilaterally grant from the creditor for the principal debt to be discharged with an extension of time, the waiver for the creditor to enter judicial proceedings against the principal debtor within the specific period, the principal debt is transferred to the third party, the discharge of other co-guarantors’ liabilities by the creditor, and the forfeit of the identity for the principal debit after the determination of “Line of Credit Guaranty”, and so on.

Essentially with the legal status which is provided with the legal events for the determination of “Line of Credit Guaranty”, Section 753-1 of Civil code is

stipulated with the applicable object of “Line of Credit Guaranty” with non-specific period of time ,and the applicable subject of the nature person with the appointment which is stipulated in this section , and that the exclusive of the applicability of events for the determination on this Section with the pre-commitment in advance for the counter parties of “Line of Credit Guaranty” is not allowable.

As the time between the resignation of the directors, supervisors or other representatives of the corporate body and the acknowledgement of the fact as aforesaid for the creditor is most likely to incur the difference, which would results in the legal relationship of rights and obligations between the creditor and the debtor during the time of the gap for information. At this time, in general, the guarantor shall be responsible for the burden of proof for the acknowledgement the fact, exceptionally in the condition of the fact that the creditors, which are banks and other financial institutions, should be reversed the burden of proof, in order to be reasonably equitable on the protection of the rights and obligations between the creditor and the guarantor.

Key words: Line of Credit Guaranty 、 events for the determination of Line of Credit Guaranty 、 events for the extinguishment of the responsibilities of Line of Credit Guaranty 、 the jointly and severally guarantee of directors and supervisors 、 other representatives



目 次

| | | |
|-----|--------------------------|----|
| 第一章 | 緒論 | 1 |
| 第一節 | 問題提起 | 1 |
| 第二節 | 研究範圍、研究方法與架構 | 2 |
| 一、 | 研究範圍 | 2 |
| 二、 | 研究方法與架構 | 3 |
| 第二章 | 最高限額保證的意義與性質 | 5 |
| 第一節 | 實務見解 | 5 |
| 第二節 | 最高限額保證之類型 | 6 |
| 一、 | 概括最高限額保證 | 6 |
| 二、 | 未定期間與定有期間之最高限額保證 | 8 |
| 三、 | 連帶最高限額保證 | 9 |
| 第三節 | 最高限額保證之性質 | 10 |
| 一、 | 不要式及諾成契約 | 10 |
| 二、 | 從契約 | 10 |
| 三、 | 單務及無償契約 | 11 |
| 四、 | 繼續性契約 | 11 |
| 五、 | 其他與一般保證相同之特性 | 11 |
| 第四節 | 最高限額保證之特性 | 12 |
| 一、 | 擔保不特定債權 | 12 |
| 二、 | 以「確定」為結算方法 | 13 |
| 三、 | 從屬性之緩和 | 13 |
| 四、 | 最高限額概念之明確化 | 14 |
| 第五節 | 最高限額保證之確定與民法第七五三條之一的適用關係 | 16 |
| 一、 | 確定之效力 | 16 |
| 二、 | 民法第七五三條之一的立法過程與問題意識 | 16 |
| 第三章 | 最高限額保證之確定事由 | 19 |
| 第一節 | 行使任意終止權與存續期間屆至 | 19 |
| 一、 | 行使任意終止權 | 19 |
| 二、 | 存續期間屆至 | 23 |
| 第二節 | 擔保之不特定債務不繼續發生 | 23 |
| 一、 | 一方當事人拒絕繼續發生債務且保證人提前終止 | 24 |
| 二、 | 其他不特定債務不繼續發生之情形 | 25 |
| 第三節 | 當事人為法人有合併或分割且保證人不願續保 | 27 |

| | | |
|------------|------------------------|-----------|
| 第四節 | 最高限額保證人死亡 | 28 |
| 第五節 | 主債務人死亡 | 31 |
| 第六節 | 基於職務關係而為法人保證者卸任其職務 | 32 |
| 第四章 | 最高限額保證責任之消滅事由 | 33 |
| 第一節 | 債權人拋棄擔保物權對人保之影響 | 33 |
| 一、 | 拋棄擔保物權之意義與類型 | 34 |
| 二、 | 擔保物之提供人對人保免責範圍的影響 | 35 |
| 三、 | 債權人拋棄票據權利質權 | 36 |
| 第二節 | 債權人片面允許主債務延期清償 | 37 |
| 一、 | 學說與實務見解 | 37 |
| 二、 | 最高限額保證之「期間」的意義 | 40 |
| 三、 | 本文見解 | 42 |
| 四、 | 小結 | 43 |
| 第三節 | 其他事由 | 44 |
| 一、 | 債權人逾期未對主債務人為審判上請求 | 44 |
| 二、 | 主債務經第三人承擔 | 44 |
| 三、 | 債權人免除其他共同保證人之責任 | 45 |
| 四、 | 主債務喪失同一性 | 45 |
| 第四節 | 小結 | 46 |
| 第五章 | 與民法第七五三條之一的適用關係 | 48 |
| 第一節 | 案例與問題說明 | 48 |
| 第二節 | 適用之保證契約類型與主體 | 49 |
| 一、 | 適用之保證契約類型 | 49 |
| 二、 | 適用主體 | 51 |
| 第三節 | 任職期間終期之認定(卸任事由) | 56 |
| 一、 | 任意終止 | 56 |
| 二、 | 當然解任 | 57 |
| 三、 | 裁判解任 | 58 |
| 四、 | 選任決議被撤銷之解任 | 58 |
| 第四節 | 保證債務範圍 | 58 |
| 一、 | 不得事先約定事項 | 59 |
| 二、 | 得約定事項 | 59 |
| 第五節 | 適用上的調和 | 60 |
| 一、 | 緣由—保障善意債權人 | 60 |
| 二、 | 方法 | 61 |
| 第六節 | 小結 | 63 |

| | | |
|-------------|--------------------|-------------|
| 一、 | 適用問題之結論 | 63 - |
| 二、 | 前舉案例檢討 | 65 - |
| 第六章 | 結論 | 66 - |
| 第一節 | 研究成果 | 66 - |
| 一、 | 最高限額保證確定事由 | 66 - |
| 二、 | 最高限額保證責任消滅事由 | 68 - |
| 三、 | 民法第七五三條之一適用疑義 | 69 - |
| 第二節 | 建議與展望 | 70 - |
| 一、 | 對於現行民法保證規定的建議 | 71 - |
| 二、 | 對於最高限額保證的建議 | 71 - |
| 三、 | 對於民法第 753 條之 1 的建議 | 71 - |
| 參考文獻 | | 73 - |



第一章 緒論

第一節 問題提起

謝在全教授對最高限額抵押權存在價值曾論述：「現代工商之經營通常均需一定循環周轉之資金，銀行與客戶間之信用授受，經銷商與製造商等間之交易往來，亦大抵以接連反覆繼續為常。資金即有不斷之需求，繼續性交易所生之債權自屬不斷發生，增減不已。若欲就此種變動不停之多數個別債權或融資，設定抵押權為擔保，由於普通抵押權之從屬性必須逐筆為之，與擔保物權之設定應講求高效率，以降低其融資成本之近代理念顯有不符。準此，社會上實需有一次設定即可涵蓋擔保現在或將來發生之不特定債權之抵押權制度。最高限額抵押權制度遂應運而生。」¹最高限額抵押權於歷經長期為我國社會所應用之後，經最高法院以 62 年台上字第 776 號民事判例確立其實務地位，更於 96 年間民法增訂第 881 條之 1 至第 881 條之 17 正式成為法定物權之一。

與最高限額抵押權之作用極為類似的最高限額保證，亦係基於相同理由而生，且已長期普遍地被運用在企業與企業間之交易(例如擔保貨物供給契約之履行)、以及企業與金融機構間之授信(例如擔保營運周轉金融資契約之履行)，甚至個人因投資理財需要與金融機構間之授信，亦常由保證人與金融機構簽訂最高限額保證契約，以便能靈活運用融資額度，以快速因應瞬息萬變的市場動態，進而掌握商業契機與投資機會。最高限額保證循著最高限額抵押權的腳步，亦經最高法院以 77 年台上字第 943 號民事判例確立其實務地位，惟至今卻無任何明文化的芻議。由於最高限額保證擔保不特定債權的特性與最高限額抵押權相同，故過去最高限額抵押權所產生的諸多爭議，例如擔保債權範圍過度膨脹、最高限額為本金最高限額或債權最高限額、擔保債權範圍如何確定與擔保責任如何消滅等，亦存在於最高限額保證。然而，學者與實務就此深入論述者卻不多見²，學位論

¹ 謝在全，民法物權論(下)，自版，2010年9月5版，頁8。

² 有關擔保債權範圍過度膨脹及本金最高限額或債權最高限額等議題，國內學者深入著述者有：詹森林，最高法院與定型化契約法之發展—民法第二四七條之一裁判之研究，政大法學評論，94期，2006年12月，頁143~145；楊淑文，主債權範圍擴充條款之無效與異常—最高法院九十一年台上字第二三三六號判決評析，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，頁233~238；楊淑文，消費者保護法關於定型化契約在實務上之適用與評析，政大法學評論，60期，1998年12月，頁240~241；黃宏全，定型化契約條款顯失公平之再探討—最高法院97年度台上字第1680號最高限額保證契約判決解析，法學叢刊，225期，2012年1月，頁116~121。實務除未

文亦鮮有相關研究³。對照日本民法早已於 2004 年將最高限額保證增列為第 465 條之 2 至第 465 條之 5 的明文文化進展，我國顯然必須加速迎頭趕上。

本人有感於最高限額保證所生問題對於三方當事人權義至關重要，惟當事人甚至對於問題何在仍欠缺認識，以致未能據以捍衛自身權益，爰不揣淺陋，擬以最高限額保證之確定與保證責任之消滅為研究為主軸，並結合與最高限額保證之運用極為相關的民法第 753 條之 1 在適用上尚待釐清的諸多疑問的探討，期望藉由本文之研究成果，對最高限額保證的主要問題有一相對完整的論述，並盼能作為將來明文化前的試金石。更重要者，係希冀當事人得以在個案爭訟中，據以為攻防之論據，以爭取合理利益，期能定紛止爭，方為法律理論之最終目的。

第二節 研究範圍、研究方法與架構

一、研究範圍

最高限額保證基於其擔保不特定債權的特性，保證人所負保證責任之大小係處於變動狀態，於債權人請求履行保證責任之前，仍須先將得向保證人請求代負履行責任之債務範圍予以具體特定，是為保證人責任的結算或確定機制，且該項結算攸關三方當事人的權利義務，故就啟動確定機制之事由以及學說與實務曾經處理過的相關問題之研究，即屬重要。特別是民國 99 年增訂，堪稱是最高限額保證「法定確定事由」的民法第 753 條之 1，由於立法之初未先形成共識，致其構成要件在解釋上產生諸多難題而難以適用，此亦為本文擬探討的議題。

有對於本金最高限額或債權最高限額及擔保債權範圍過度膨脹之見解外，反而一概肯認概括性保證範圍約定之有效性(詳本文第二章第二節之一)。至於確定事由與消滅事由，國內學者有相對整體性論述者僅有林誠二，民法債編各論(下)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 361~365；林誠二，最高限額保證，台灣本土法學雜誌，25 期，2001 年 8 月，頁 94~99。

³ 本文以「最高限額保證」為關鍵詞搜尋「臺灣博碩士論文知識加值系統」<http://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gsweb.cgi/ccd=bC7i36/search#result>(最後瀏覽日期 2013 年 4 月 22 日)，僅出現 5 筆相關之學位論文，且未有以最高限額保證為題目者。其中設有專節就最高限額保證為論述者有陳家暄，銀行定型化保證契約條款與相關判決之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，指導教授楊淑文，2005 年，惟其研究重點除保證債務之範圍(頁 176~178)涉及本文所指應採本金最高限額或債權最高限額之議題外，其餘係有關危險擴張約款及事前允許延期清償條款之有效性問題；另外，絲鈺雲，銀行定型化保證契約之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，指導教授詹森林，2002 年，則著重在定型化最高限額保證條款之有效性以及事前約定排除保證人抗辯權之效力等定型化契約條款效力之分析，兩者皆非以「確定」或保證責任之「消滅」之論述為重心。僅張進鈺，董監連保相關法律問題之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，指導教授林誠二，2003 年，設有乙款共 1 頁就「董監最高限額保證所擔保債權之確定」、乙款供 1 頁餘就「董監最高限額保證之消滅」略有論述。

其次，最高限額保證人所負保證責任，於確定之前或確定之後，亦可能因某些事件之發生，致使其免負保證之責，並涉及三方當事人權利義務，故使該保證責任消滅之事由為何、學說與實務主要爭執為何、應該如何解釋與適用等議題亦有探討的必要。

應說明者，係最高限額保證契約常以定型化契約條款呈現，且定型化契約往往發生就保證債務範圍的約定並不明確，而出現超乎保證人預期範圍的「危險擴張條款」，令債權人得以概括地把其與債務人間交易所生風險，全然歸由保證人承擔，而有構成民法第 247 條之 1 第 4 款無效情形之虞，以及定型化保證契約是否適用或類推適用消費者保護法規定，而產生效力上爭執。諸如此類爭議，國內不乏精闢論著⁴。本文囿於篇幅及有限學養，行文中儘量不加入定型化契約條款的討論，除避免濫竽充數外，並擬以最高限額保證契約有效存在為前提，將研究精力集中在少有論述的最高限額保證的確定與消滅事由的探討。

二、研究方法與架構

雖然最高限額保證與最高限額抵押權分屬債權契約與物權契約，其契約本質並不相同，故無論在擔保人(保證人、抵押人)的責任範圍、抗辯權之援用等面向均有差別⁵，惟在以高效率之操作方式擔保繼續性交易所生債權的作用上，以及人保、物保與債權人及債務人構成權利義務之三面關係狀態上，與最高限額抵押權並無二致，故而基於其相似性，學說有主張最高限額保證得類推適用最高限額抵押權規定者⁶；亦有主張或部分的保證規定與部分的擔保物權規定，倘當事人利益狀態相同者，得以類推適用之主張⁷。

⁴ 國內關於此諸議題的論述可參見詹森林，同註 2 文，頁 83~172；楊淑文，同註前 2 文，頁 226~239；楊淑文，同註 2 後文，頁 231~270；劉昭辰，銀行定型化保證契約類推適用消費者保護法—最高法院九八年度台上字第一六五二號判決，台灣法學雜誌，151 期，2010 年 5 月，頁 197~202。

⁵ 有關人保與物保的差異，可參考謝在全，同註 1 書，頁 330、338 註 13；邱聰智，新訂債法各論(下)，自版，2008 年 3 月再版，頁 489。楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋，載：民事實體法與程序法爭議問題，2006 年 6 月初版，頁 8~9。

⁶ 林誠二，同註 2 書，頁 361。

⁷ 陳沈岳，保證之規定對物上保證人之類推適用—以時效之相關問題與抵銷為例，月旦法學教室，52 期，2007 年 2 月，頁 15；黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，載：法學方法與現代民法，自版，1987 年 9 月增訂再版，頁 343；陳聰富，最高限額保證人之權利，月旦法學雜誌，74 期，2001 年 7 月，頁 11；最高法院 66 年台上字第 1097 號民事判例、98 年度台上字第 1044 號民事判決。有力的反對論者，例如朱柏松，論不同抵押權之效力，載：民事法問題研究—物

準此，本文除了參考國內學者對於最高限額保證數量有限的論述、實務見解，以及比較日本民法、中華人民共和國擔保法有關最高限額保證之規定外，亦以最高限額抵押權之民法規定，以及相關學說與實務見解，作為論證與對照之參考素材。

以下研究將先從最高限額保證的意義開始，說明其類型、特性與確定之效力(第二章)，再就多項確定事由(第三章)與消滅事由(第四章)逐一探討。最後，再以探討所得成果檢討適用於民法第 753 條之 1 時，該規定在構成要件的解釋適用之問題(第五章)。



第二章 最高限額保證的意義與性質

第一節 實務見解

最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例以「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第 754 條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。」為我國最高限額保證制度奠定了實務運作依據。

上開判例就最高限額保證揭示了多項重要意義⁸：

- 第一， 在擔保債務資格上，不僅以「最高限額」為最高限額保證人責任範圍建立了「量」的限制，亦以「一定債之關係」建立了擔保債務在「質」方面的限制；
- 第二， 最高限額保證契約之有效期間，以該保證契約是否定有期間為基準，區分為「定有期間之最高限額保證」與「未定期間之最高限額保證」，定有期間者，以該期間之屆至；未定期間者，以第 754 條終止權之行使，作為最高限額保證人責任範圍在「時」方面的限制；
- 第三， 就「在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及」觀之，最高限額保證主要係擔保最高限額保證契約「成立後」始發生之債權，一般稱為「將來債權」；
- 第四， 最高限額保證之契約性質屬「繼續性契約」，從而始有「終止」或「消滅」可言；

⁸ 因本文論述著重在最高限額保證所擔保債務範圍之確定，爰僅列示有關部分。

第五，最高限額保證於確定前不隨主債務消滅而消滅，其「從屬性」較民法第 739 條以下所定之一般保證明顯弱化，似有違保證之從屬性的性質，但基於契約自由及社會經濟實際需要，學者通說與實務均肯認於訂約時只須存在一定的法律關係作為將來債務發生的基礎即為已足⁹。

第二節 最高限額保證之類型

前開判例雖揭櫫了最高限額保證的重要意義與特性，惟由於最高限額保證係源於社會經濟需要在先，最高法院形成定義性判例在後，且該定義並非具體明確(例如『一定法律關係』之意義)，從而，最高限額保證在實務運作中生成的類型，除了前開判例所示的定有期限與未定期限者外，尚存在所謂「概括最高限額保證」。然而，最高限額保證之所謂定有期限與未定期限之意義為何？概括最高限額保證是否符合公平正義的要求？關乎當事人權益甚鉅，亦涉及界定最高限額保證責任之範圍，宜予釐清。

一、概括最高限額保證

(一) 肯認概括最高限額保證之實務見解

概括最高限額保證之特徵，係對於主債務所由生之法律關係，不以保證契約所列舉者為限。凡主債務人與債權人間所生之「一切債務」，均在最高限額保證契約約定擔保範圍之內。例如，保證書載明「保證債務人於將來所負之借款、票據、保證、損害賠償等及『其他一切債務』，以本金壹億元為限額，願與債務人連帶負全部償付之責任」。

就概括最高限額保證，我國民法並未有如最高限額抵押權明確否認概括最高限額抵押權之立法(民法第 881 條之 1)，實務向來更以保證人僅「在一定限額之範圍內負保證責任，並非漫無限制」為由，一致承認其效力¹⁰。

⁹ 黃宏全，同註 2 文，頁 109。

¹⁰ 例如最高法院 101 年度台上字第 276 號民事裁定、100 年度台上字第 1387 號民事判決、92 年度台上字第 2110 號民事判決、92 年度台上字第 724 號民事裁定、89 年度台上字第 2304 號民事判決、88 年度台上字第 1084 號民事判決、84 年台上字第 2974 號民事判決。

(二) 檢討

學者有認為，雖然最高限額保證已有一定金額的門檻限制，但本諸何種法律關係所生之債權，涉及到保證人是否負責、以及承擔保證責任的機率高低的問題、保證人所得主張主債務人對於債權人之抗辯權(時效抗辯、同時履行抗辯等)，以及第三人對於系爭保證風險發生之可能性的評估控管等因素，影響保證人之擔保意願與自身權益甚鉅¹¹。故從明確化當事人權利義務關係、維護保證人之正當信賴、保障與系爭擔保事件有關之利害關係人的交易安全之立場考量，應透明化其擔保對象，而否定概括最高限額保證之適法性¹²。倘最高限額保證係以定型化契約條款為之時，學者更有認為，應賦予相對人較一般法律行為理論更充足之保護，故依其通常情形，相對人毋庸或不可能預見或預期其責任之存在者，是為異常條款，而不構成契約內容。例如主債務人向銀行貸款，銀行之定型化保證契約條款將主債務之範圍及於「主債務人與銀行間所有之債務」，此種危險擴展條款係屬通常情形相對人所無須預見，除應認為顯失公平而無效，同時亦屬異常條款，故不構成保證債務所擔保之主債務範圍¹³。以上見解均值贊同。

除前述理由外，本文以為，就法律行為成立要件而言，所謂「一切債務」係一毫無界限可言之不確定法律概念，等同保證人與債權人約定就「一切法律關係」所生之債務，均為保證範圍所及，除未符合法律行為之標的必須「確定」或「可得確定」的成立要件要求外，即使從前開判例之文義而論，亦無法通過檢驗。蓋前開判例既然認為最高限額保證，係保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生「一定債之關係」範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，故倘容許該「一定債之關係」除了已明確限定之基礎關係之外，另得包括「其他一切債務」，不僅無法通過純粹文義解釋的檢驗，亦因違反該判例，而構成得上訴第三審，甚至提出再審之事由¹⁴。

再者，參酌民法第 881 條之 1 第 1 項以「由一定法律關係所生之債權」作為

¹¹ 例如因侵權行為或不當得利所生之偶發債務均列入擔保範圍之內，致使保證人負擔不可預期之負擔。又債權人得以不當方法蒐集無擔保債權、票據債權列入擔保範圍，使保證人就其應負擔之擔保程度陷於無從預測之窘境。

¹² 曾品傑，連帶保證人為被保證人對第三人之保證債務負責—九十八年台上字第一六五二號民事判決評釋，月旦裁判時報，9期，2011年6月，頁21。

¹³ 楊淑文，同註2前文，頁236~237。所謂條款之異常，非相對人通常情形可預見，所謂之通常情形則包括契約之外觀、締約之動機或原因，均為斟酌相對人可否預見之判斷標準(參照同文)。

¹⁴ 民事訴訟法第467條、第468條、最高法院71年台上字第314號民事判例、第496條第1項第1款、最高法院71年台再字第210號民事判例參照。

否認概括最高限額抵押權之依據¹⁵，且最高法院前開判例亦以「一定債之關係範圍」作為保證債務範圍之限制，兩者所表彰之意涵相同，解釋上應同採否認概括性擔保條款之見解，或者應基於最高限額抵押權與最高限額保證性質之相似性，認為最高限額保證得援引該條規定之法理而類推適用，以否定概括最高限額保證之效力。

二、未定期間與定有期間之最高限額保證

雖然最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例已明白肯認最高限額保證契約得由當事人決定是否約定一個特定期間，以作為保證債務所由生之時間範圍，因而容認「定有期間之最高限額保證」與「未定期間之最高限額保證」兩種類型，前者以期間之屆至，後者以任意終止權之行使，作為最高限額保證人所擔保之債務在時間範圍上的界限。

所稱「定有期間」或「未定期間」，並非指最高限額保證責任是否定有期間，而係指就一定關係之特定債務是否加上期限之限制而言，故不問所謂定有期間或未定期間之最高限額保證契約，保證人所負之保證責任本身並無期限之問題，只問該債務是否在期限內發生，與約定保證人僅於一定期間內為保證之定期保證(民法第 752 條)不同¹⁶，應嚴予區分。

我國實務向來肯認未定期間之最高限額保證契約之效力¹⁷，亦以保證人得依民法第 754 條隨時行使任意終止權為由，而不認為此類最高限額保證有違反契約衡平原則而無效之疑義¹⁸。然而，未定期間之最高限額保證之保證人往往因不知行使任意終止權而受累。至於為法人債務保證之董、監事等保證人常因以為其一旦卸任，對主債務人嗣後所生之債務即不再負擔保證責任，不料多年以後卻仍遭債權人訴追，因此常常成為訟爭之根源¹⁹，亦因而促成民法第 753 條之 1 的立法²⁰；以該等基於董、監事等職務關係而為法人債務保證者卸任該職務事實之發

¹⁵ 本條立法理由參照。

¹⁶ 林誠二，同註 2 書，頁 360~361。

¹⁷ 例如：最高法院 101 年度台上字第 1387 號民事判決、91 年度台上字第 1999 號民事判決、91 年度台上字第 1039 號民事判決、86 年度台上字第 2691 號民事判決。

¹⁸ 例如：最高法院 98 年度台上字第 1034 號民事判決、95 年度台上字第 87 號民事判決、93 年度台上字第 1762 號民事判決、89 年度台上字第 2304 號民事判決。

¹⁹ 例如：最高法院 79 年度台上字第 1808 號民事判決、77 年度台上字第 367 號民事判決、76 年度台上字第 755 號民事判決。

²⁰ 立法院第 7 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書，98 年 10 月 28 日印發，院總第 1150 號，委

生，作為劃分其應擔保的主債務之基準，以解決此類職務保證人保證責任範圍不明之紛爭²¹。

至於定有期間之最高限額保證，似已能適當保障保證人免於負擔過重之保證責任。惟對照民法第 754 條第 1 項任意終止權的規定，定有期間之保證人不得隨時終止保證契約，對於保證人免於負擔過重之保障是否已足，仍不無疑問，特別是在期限過長之情形，尤為顯然。本文後續將有相關評論。

三、連帶最高限額保證

相對於我國民法典規定的一般保證，「連帶保證」雖非有名契約，但卻早已廣為我國社會經濟活動所運用，甚至因為金融機構的過度運用而生民怨，遂引發金融行政機關進行行政規制，進而促成銀行法第 12 條之 1 的增訂²²，限制銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，不得要求借款人提供連帶保證人。

一般以為，一般保證與連帶保證之差異在於保證之補充性，亦即，前者得向債權人主張民法第 745 條之先訴抗辯權，後者則否²³。其餘一般保證的從屬性、獨立性等，於連帶保證尚無不同。詳言之，一般保證人於債權人未就主債務人之財產聲請強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償；而縱使債權人未先就主債務人之財產聲請強制執行，連帶保證人仍不得對於債權人拒絕清償，甚至不問擔保物是否由主債務人提供，債權人未先實行擔保物權受清償前，仍得起訴請求連帶保證人負清償之責²⁴。至於連帶保證是否屬我國民法規定的「連帶債務」？不僅實務見解不一，學者間亦有分歧，惟此爭點非本文要旨，爰不另論述²⁵。

員提案第 9301 號，由賴士葆等 30 人提案。

²¹ 民法第 753 條之 1 存在諸多適用上的難題，本文第五章有詳細論述。

²² 銀行法第 12 條之 1 於民國 89 年之增訂理由為：「為長期存在的銀行連帶保證人制度，嚴重違反公平交易原則，侵犯消費者權益，破壞銀行風險管理及內部控管功能，扭曲金融市場應有機制。」

²³ 最高法院 44 年台上字第 1182 號民事判例、45 年台上字第 1426 號民事判例、黃茂榮，保證，植根雜誌，20 卷 8 期，2004 年 8 月，頁 30、林誠二，同註 2 書，頁 339。

²⁴ 最高法院 69 年台上字第 1924 號民事判例參照。

²⁵ 認為連帶保證屬連帶債務之一種者，例如最高法院 45 年台上字第 1426 號民事判例、55 年度第 7 次民、刑庭總會會議決議（二）、69 年台上字第 1924 號民事判例、88 年度台上字第 1815 號民事判決、93 年台上字第 1710 號民事裁定、98 年台上字第 2372 號民事判決、林誠二（參見氏著，同註 2 書，頁 339）、邱聰智（參見氏著，同註 5 書，頁 601~602）；反對者，例如最高法院 69 年度台上字第 2485 號民事判決、76 年度台上字第 963 號民事判決、99 年度台抗字第 113 號民事裁定、楊淑文（參見氏著，同註 5 書，頁 37~39）。其中，楊淑文教授基於連帶保證債務與主債務非處於同一階層債務，連帶保證人與主債務人非履行共同體，與連帶債務對債

連帶保證進一步與最高限額保證相結合，形成所謂的「連帶最高限額保證」²⁶，亦普遍被我國金融實務所運用。連帶最高限額保證具有最高限額保證的所有特性，與擔保將來陸續發生之債務的功能，兩者之差異亦僅在於先訴抗辯權之有無而已。

第三節 最高限額保證之性質

一、不要式及諾成契約

最高限額保證亦為保證契約之一種，祇需保證契約當事人(債權人與保證人)意思表示一致，保證契約即為成立，且不以踐行一定法定方式(例如書面或公證)為必要(民法第 739 條參照)，故屬無需一定方式即可成立之諾成、不要式契約。

倘當事人間另行約定最高限額保證契約必須以一定方式作成，自非不可，惟於當事人未踐行該約定方式時，推定最高限額保證契約不成立(民法第 166 條參照)，當事人如果能提出反證證明該約定方式僅係作為保全契約的證據方法，則最高限額保證契約仍為成立²⁷。

二、從契約

最高限額保證與一般保證之目的皆係為擔保主契約之履行，兩者均以主債務存在為前提，故皆係從屬於主契約之從契約，亦可稱係從屬於主債務之從債務²⁸。惟由於一般保證係擔保自始即已特定之主債務，保證債務於一般保證契約成立同時即發生；而最高限額保證得擔保保證契約成立時已存在之特定主債務及將來發生之主債務，故就已存在之主債務而言，保證債務於最高限額保證成立之際同時發生(與一般保證相同外)；就將來始發生之主債務而言，保證債務則於主債務實際產生後始發生²⁹。比較法上，中國大陸《擔保法》第 5 條第 1 項及第 14

權人所負債務為「同一給付」或「同一債務」不同；且因連帶保證仍具從屬性，債權人縱使免除連帶保證債務，主債務人並不得援引民法第 276 條有關連帶債務免除所生免責抗辯，甚至連帶保證人於向債權人清償後得依民法第 749 條向主債務人全額求償，兩者間並無各自分擔部分，故亦無同法第 280 條及第 281 條規定適用餘地等理由，認為連帶保證並非連帶債務之見解，殊值參考。

²⁶ 此名詞參見林誠二，同註 2 書，頁 365。

²⁷ 王澤鑑，債法原理(第一冊)，自版，2001 年 3 月增訂版，頁 128~129。

²⁸ 杜怡靜，(黃立主編)民法債編各論(下)，元照，2002 年 7 月初版，頁 582。

²⁹ 保證契約與保證債務之異同，本文第三章第四節有詳盡論述。

條即明文規定「最高額保證」係從屬於主契約之從契約，可資參照。

三、單務及無償契約

最高限額保證與一般保證均係存在保證人與債權人間之契約。一般以為，保證契約僅保證人對債權人負有擔保之責，僅於債務人不清償債務時，有代為履行之義務，債權人對保證人並不負擔任何債務³⁰，故屬單務契約。再者，最高限額保證與一般保證之債權人均無給與保證人報酬作為對價，故屬無償契約。縱使主債務人基於與保證人之間的委任關係而給與報酬，亦係保證契約以外之另一契約，與保證契約無關，保證契約不因此而成為有償契約。

四、繼續性契約

一般保證係擔保自始即已特定之主債務，故屬一時性契約；而由於最高限額保證亦得擔保將來陸續發生之主債務，故屬繼續性契約³¹，亦始有最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例所稱之「終止」可言。

五、其他與一般保證相同之特性

保證之性質，於其成立、範圍、履行、移轉、消滅均從屬於主債務，此謂之為保證之從屬性。由於最高限額保證亦為保證之一種，除成立上的從屬性、移轉上的從屬性與消滅上的從屬性較一般保證的要求寬鬆(本章第四節將有詳述)外，其他諸如範圍上的從屬性與履行上的從屬性，以及補充性及獨立性等，與一般保證均無不同。

範圍上的從屬性，例如保證債務之範圍，以主債務之限度為其範圍(民法第 740、741 條)；履行上的從屬性，例如主債務人所有之抗辯，保證人得主張之，縱使主債務人拋棄其抗辯，亦然(同法第 742 條)、保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷(同法第 742 條之 1)、主債務人就其債之發生原因之法律行為有撤銷權者，保證人對於債權人，得拒絕清償(同法第 744 條)³²；甚至保證債

³⁰ 係指債權人不負擔任何「主給付義務」而言，惟債權人仍須負擔保證契約之從給付義務或附隨義務。有關契約之主給付義務、從給付義務與附隨義務，可參見王澤鑑，債之關係的結構分析，載：民法學說與判例研究(第四冊)，自版，1994 年 10 月版，頁 92~97。

³¹ 吳啟賓，保證之特性與種類，法令月刊，40 卷 2 期，1989 年 2 月，頁 9。

³² 黃茂榮，保證契約之成立上的獨立性與保證債務之履行上的從屬性及候補性，植根雜誌，21

務之態樣，因法律規定而變更時，保證債務亦因其從屬性而隨之變更。例如主債務因給付遲延或給付不能而依法變更為損害賠償請求權時，保證債務亦隨之變更為損害賠償債務之保證是³³。

補充性係指一權利之發生或行使以其他權利無法受償為前提。最高限額保證係為擔保主債務之清償，故亦具有補充性，而得對債權人主張應儘先就主債務人主張權利之先訴抗辯權(民法第 745 條)。惟由於補充性並非保證契約必要之本質，於債權人之債權快速受償亦有不利，故得預先拋棄(同法第 746 條第 1 款)³⁴，且一經拋棄，即成為前述所謂連帶最高限額保證。

一般保證係債權人與保證人間之契約，故仍具有一定程度之獨立性，例如：保證人對於因行為能力之欠缺而無效之債務，如知其情事而為保證者，其保證仍為有效(民法第 743 條)、公司重整後債務之保證，保證人不得以主債務請求權消滅為由，主張民法第 742 條第 1 項之抗辯權(公司法 311 條第 2 項)、債權人對於債務人之保證人所有之權利，不因破產法上和解之消滅而受影響(破產法第 38 條)³⁵。最高限額保證之契約當事人與一般保證相同，且於進入前述公司重整或破產程序後，均已因「確定」而與一般保證無異，故仍具有一般保證之獨立性。

第四節 最高限額保證之特性

一、擔保不特定債權

最高限額保證，係擔保債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之「不特定債務(權)」，與最高限額抵押權相仿。所謂不特定債務，參考學者就最高限額抵押權不特定債務所設定義，係指所擔保之債務具有變動性、代替性，各債務於最高限額保證成立時起至確定時止之期間內，因不斷發生或消滅而言，與一般保證所擔保者乃特定之債務不同³⁶。亦即最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例所言：「在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不

卷 4 期，2005 年 4 月，頁 37、林誠二，同註 2 書，頁 280、287~288。

³³ 楊淑文，同註 5 書，頁 17~18。

³⁴ 楊淑文，同註 5 書，頁 7、21。

³⁵ 林誠二，同註 2 書，頁 282~285。

³⁶ 謝在全，同註 1 書，頁 2~3。

逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。」再者，該不特定債務無須為現實的發生，以已有發生之基礎，而將來可發生者為已足，是將來可發生之債務，亦可作為保證之主債務，此與保證債務之從屬性原則尚屬無違，為實務所承認³⁷。

二、以「確定」為結算方法

由於最高限額保證係擔保不斷發生與不斷消滅之不特定債務，則究竟保證人應負保證責任之債務為何、其數額多寡，均須經過結算始得確定。經由此項結算，一方面終結最高限額保證之不穩定法律狀態，另一方面債權人始得根據結算結果向保證人追償，保證人亦始得據以擬定防禦方法(例如擔保債權金額已逾最高限額之抗辯)。比較法上，中華人民共和國最高人民法院關於適用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋(2000年12月8日法釋〔2000〕44號)第23條³⁸，亦明定保證人係就最高額保證合同的不特定債權確定後的債權餘額承擔保證責任，可資參照。

易言之，最高限額保證所擔保債權之確定，非但係最高限額保證必經的結算過程，同時也是對於債務人、保證人減輕風險，避免無謂損失之必要設計與規範³⁹。

三、從屬性之緩和

一般保證之成立，以主債務之有效存在為前提，若無有效之主債務存在，除法律有特別規定外(如民法第743條)外，保證契約原則上亦屬無效；一般保證亦隨同主債權之讓與而移轉(民法第295條第1項)，或隨主債務因清償等債之消滅原因而消滅、隨主契約因解除、撤銷等原因而消滅，是為一般保證在成立上、移

³⁷ 最高法院 79 年度台上字第 505 號民事判決參照。

³⁸ 本條原文為：「最高額保證合同的不特定債權確定後，保證人應當對在最高債權額限度內就一定期間連續發生的債權餘額承擔保證責任。」有學者進一步指出，最高額保證的決算期是指保證人與債權人約定的被保證債務發生的期間。最高額保證的保證範圍以決算期確定，在決算期內發生的債務，其餘額為最高額保證的保證範圍，最高額保證人以約定的最高額為限，承擔對債務餘額的清償責任。參見王水雲，最高額保證研究，重慶大學學報(社會科學版)，2004 年 10 卷 6 期，頁 141。

³⁹ 參考朱柏松教授對最高限額抵押權確定功能之評論。參見朱柏松，論最高限額抵押權之確定，同註 7 書，頁 329~330。

轉上與消滅上的從屬性⁴⁰。其他如保證債務負擔之從屬性(民法第 741 條)、保證人得主張主債務人所有之抗辯(民法第 742 條)、抵銷權(民法第 742 條之 1)等,亦為一般保證從屬性的表現,已如前述。

最高限額保證,基於其擔保不特定債務的本質,其成立上與移轉上的從屬性與一般保證並不相同。有學者參考最高限額抵押權明文化之前,實務對最高限額抵押權從屬性之見解認為,最高限額保證所從屬者,並非一確定之主債務,而係債權人與主債務人間之「基礎關係」或謂「一定債之關係」⁴¹。從而,最高限額保證契約即係民法第 295 條第 1 項但書所稱讓與債權之擔保中「與讓與人有不可分離之關係」,故不隨同已發生特定債權移轉於受讓人。準此,於最高限額保證未確定前,如擬讓與最高限額保證,僅得與其擔保債權所由生之基礎法律關係一併為之,否則不生讓與最高限額保證契約之效力。

惟自從民法第 881 條之 8 明文規定最高限額抵押權於確定前,得全部或一部讓與他人之後,即已明確否定了最高限額抵押權於確定前係從屬於基本契約或一定範圍之法律關係之說⁴²。權威學者並認為,最高限額抵押權於確定前,其成立上、移轉上、與消滅上之從屬性均未顯現,須推移至確定後、權利實現時始從屬於已存在之特定債權。亦即最高限額抵押權成立之從屬性係指抵押權實行時,抵押權須有擔保債權存在,故係將其成立之從屬性及權利實現之從屬性合而為一予以觀察,是為從屬性之最大緩和化⁴³。準此,前開參採最高限額抵押權從屬性舊說而推論最高限額保證從屬性之說,已失所附麗。從而,本文以為,最高限額保證之從屬性,似宜比照最高限額抵押權從屬性之法理,而認為其成立上、移轉上、與消滅上之從屬性均待確定後,始從屬於已存在之特定債權。

四、最高限額概念之明確化

在我國民法第 881 條之 2 明定最高限額抵押權係採「債權最高限額」之前,實務上最高法院 75 年度第 10 次民事庭會議決議及 75 年度第 22 次民事庭會議決議即以土地登記具有公信力,為免信賴登記之第三人蒙受不測之損害,以保護交

⁴⁰ 林誠二,同註 2 書,頁 268、280~281、362~363。

⁴¹ 林誠二,同註 2 文,頁 93~94。

⁴² 從我國民法第 881 條之 1 規定最高限額抵押權所擔保之債權得基於票據所生之權利觀之,即不以須有直接之法律關係為必要,例如債務人簽發或背書之票據輾轉流通,而由抵押權人取得即是。參見謝在全,同註 1 書,頁 12 註 12。

⁴³ 謝在全,同註 1 書,頁 6~8。

易安全為由，確立「債權最高限額」原則。亦即利息、遲延利息、違約金連同本金合併計算，如超過該限額者，其超過部分，即無優先受償之權。從而，實務運作上，債權人為確保本金以外之債權得受到最高限額抵押權所擔保，通常會以約定債權原本金額加計二成為最高限額，以設定最高限額抵押權。

與最高限額抵押權性質相似之最高限額保證，究應採「債權最高限額」或「本金最高限額」，不無疑問。依筆者於金融界任職近二十年的經驗，實務運作上，金融機構與保證人所訂立之最高限額保證契約，大抵約定為「保證人……以本金○○○為限額，暨其利息、遲延利息、違約金、損害賠償、其他有關費用及其他從屬於主債務之負擔，願負連帶清償責任。」該限額即以約定之主債權原本金額填列，尚未見類似最高限額抵押權以約定債權原本金額加計二成作為最高限額者，且遍查各級法院判決，均未見訴訟當事人有就此爭點為爭執者。

比較法上，日本民法第 465 條之 2，明定保證人就主債務之原本及其利息、違約金、損害賠償、其他從屬債務以及就保證債務約定之違約金、損害賠償額等，以其相關全部之最高額度為限，負有履行之責，且該最高額度未經書面約定者，最高限額保證不生效力⁴⁴。可知日本立法例係採「債權最高限額」之說。

本文以為，最高限額保證雖無如最高限額抵押權有所謂登記的公信力與交易安全等問題，惟「最高限額」之用詞，基於一般人之通常理解，應係全部保證責任之上限⁴⁵。如定型化契約封面載明「最高限額保證」，但條款載明「保證人應負擔最高限額本金以外之利息、違約金」，似已構成逾越相對人預期而無效之異常條款⁴⁶。從而，不論就保證人訂約自由之保護或比較法而論，最高限額保證之最高限額，解釋上以採「債權最高限額」為當，且與最高限額抵押權為同一解釋，亦得以避免同一名詞卻有兩種解釋之分歧，造成一般民眾混淆而難以適用。

⁴⁴ 渠濤，最新日本民法(簡體書)，法律出版社(中國)，2006年2月初版，頁103。

⁴⁵ 相同見解：詹森林教授認為：「主債務人未清償該特定債務時，保證人或抵押物固然應該代為清償，但僅在約定之最高限額內；逾此限額者，保證人或抵押物即無須負責。」參見氏著，同註2文，頁143~144；陳家暄，同註3文，頁177~178。

⁴⁶ 參見楊淑文，同註2前文，頁236~237。

第五節 最高限額保證之確定與民法第七五三條之一的適用關係

一、確定之效力

最高限額保證所擔保債權額之確定，參照最高限額抵押權確定之意義⁴⁷，係指最高限額保證契約所擔保之一定債之關係範圍內之不特定債權，因「某一事由」之發生，歸於具體特定而言。此時，最高限額保證擔保之債務由不特定轉變為特定，最高限額保證在性質與功能上乃發生變更。詳言之，於確定事由發生後，最高限額保證已變成為僅就確定時存在之原債權、利息、遲延利息、違約金與其後所生之利息、遲延利息、違約金等債權，於最高限額內予以擔保之保證。

比較法上，中國學者有認為，《擔保法》所定「最高額保證」不論是經當事人雙方協商終止最高額保證合同，或最高額保證期間因約定的存續期間屆滿而確定，均於最高限額內使最高額保證變為一般保證⁴⁸。

我國民法第 753 條之 1 規定：「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人者，僅就任職期間法人所生之債務負保證責任。」其任職期間「屆滿」或「卸任」事實，正是前述「某一事由」之具體規定。

二、民法第七五三條之一的立法過程與問題意識

(一) 立法背景與立法目的

現行民法第 753 條之 1(以下簡稱本條規定)原提案條文為：「因擔任公司董事、監察人或因其他職務關係而無償為該公司擔任保證人，於其任期屆滿或離職後三年內，債權人未向該公司為審判上之請求者，保證人免其責任。」旨在就已卸任之企業董、監事等之連帶保證人，明文規定其保證責任之解除條件⁴⁹，以保障不知法律而未能行使權利(本文按：應係指民法第 753 及 754 條)之非主動者之

⁴⁷ 最高限額抵押權之確定，指最高限額抵押權所擔保之一定範圍內不特定債權，因一定事由之發生，歸於具體特定而言。詳言之，於確定事由發生後，最高限額抵押權已變成為僅就確定時存在之原債權、利息、遲延利息、違約金與其後所生之利息、遲延利息、違約金等債權，於最高限額內予以擔保之抵押權。參見謝在全，同註 1 書，頁 82-83。

⁴⁸ 王水雲，同註 38 文，頁 142；孫鵬，擔保法精要與依據指引(簡體書)，北大，2011 年 1 月 2 版，頁 133。

⁴⁹ 立法院第 7 屆第 4 會期第 7 次會議議案關係文書，98 年 10 月 28 日印發，院總第 1150 號，委員提案第 9301 號，由賴士葆等 30 人提案，最初提案時列為第 753 條之 2。

權利⁵⁰。

就前述立委提案，法務部以董監改選後保證責任是否消滅，應視當事人真意而定，倘係以董、監事或其他重要職務關係而為保證者，當該身分或職務有所變動時，即應免除其保證責任⁵¹、現行民法第 753 條及第 754 條已足以保障離職董、監事之權益等兩項理由，建議不予增訂。嗣後在委員會審查中經過協商，爰將提案條文修正為：「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人者，僅就任職期間法人所生之債務負保證責任。」即現行條文，其已與原提案條文大相逕庭。惟因協商過程及修正理由未揭諸立法院公報，致無從獲知條文形成之緣由⁵²。

本條規定於民國 99 年 5 月 26 日正式公布施行，其立法理由謂：「明訂法人擔任保證人之董事、監察人或其他有代表權之人，如已卸任，則其保證人之身分與義務自應隨之終止。」僅係重複法條文義，仍無從窺知實質立法意旨。

法務部於本條規定施行前發布之新聞稿就立法理由則有較為詳細之說明：「民間交易實務上，公司等法人向銀行借款時，銀行多要求法人之董事、監事或經理人擔任保證人，以強化其借款債權之確保。董事、監事或經理人卸職後，雖可依現行民法第 753 條或第 754 條規定主張免責或終止保證契約。惟因多數董監事或經理人不知自身之權利，致其是否仍須就離職後法人與銀行等債權人間新發生之債務負保證責任，不無爭議而遭纏訟。此等保證契約既係因保證人本於職務而為之保證，於卸職後仍須負保證責任，實屬不公平之現象。本次修法爰參考最高法院 77 年度台上字第 367 號民事判決及 79 年度台上字第 1808 號等判決意旨，增訂民法第 753 條之 1 規定，明定『因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人者，僅就任職期間法人所生之債務負保證責任。』使保證人僅就其於法人任職期間，該法人對債權人應負之債務承擔保證責任，始屬事

⁵⁰ 提案立委賴士葆於司法及法治委員會之發言：「……本席的一位學生到某企業擔任總經理，年薪一百多萬元，但因擔任連帶保證人，要負起 10 億元的債務，結果他哭到要自殺。法務部偉大的長官寫出的理由是：他們可以解除保證。問題在於沒有人知道，有幾人懂得法律？……不知有多少人因為不懂得法律而背負一身債務，導致一輩子都還不起。……我們為何不能多幫他們一點，修正法律條文，讓非主動者的權利受到保障……」參見立法院公報，98 卷 72 期，頁 66~67。

⁵¹ 法務部此所謂「免除」，應係「終止」之誤。蓋即使係基於董、監事等職務關係而為保證，於卸任後，除業經債權人明示或默示同意(例如債權人與新任董監事另外成立最高限額保證契約)免除就卸任前法人所生之未償債務之保證責任外，否則對於該未償債務仍不得免責，而僅能就卸任後始新生債務不負保證責任而已，故應為「終止」。

⁵² 立法院公報，99 卷 33 期，頁 71~72、245。

理之平。」⁵³。

歸納前開法務部立法說明，本條規定係為解決長久以來「董監事連保」在實務上所造成的爭議，包括最高限額保證契約當事人之真意是否僅就擔任董、監事期間所成立之債務為保證，以及保證人未明示終止保證契約，致長期背負保證責任等，遂於原本民法第 754 條任意終止保證契約規定外，再增設本條「法定終止」事由，亦即成為我國最高限額保證尚未明文化之前，唯一的法定確定事由。

(二) 問題所在

從前揭立法說明所參考之最高法院兩則判決，可知兩案事實皆為債權人另與新任董、監事訂立最高限額保證書，因而存在新、舊兩份以上保證書，並且以保證契約當事人之合意是否基於保證人的董、監事身分而為，亦即以「當事人真意」之探求結果為其判決基礎，並非有意對於董、監事等職務保證類型，建立董、監事一旦卸任，最高限額保證契約隨即終止之純粹客觀的操作標準，故仍未逸脫契約行為重視當事人意思之本質。

相反地，本條規定則係以保證人「卸任」特定職務之身分要件具備時，即發生最高限額保證確定之法效，實已跳脫當事人意思，擬制繼續性契約在當事人間之效力。倘類此由於保證人不知法律而未能行使終止權，致其終身背負保證責任之情形層出不窮，為符公平正義理念，非不得以立法手段介入干預契約之效力。

董監事連保所生問題雖多源自最高限額保證契約，而最高限額保證契約又多以定型化契約條款呈現，惟本文限於篇幅及有限學養，擬將探討範圍聚焦在本條立法過程中立法者關注的「如何強制終止董監事等保證人之保證責任」，亦可謂係對最高限額保證契約之「法定終止事由」在適用上問題的探討。

⁵³ 法務部新聞稿，發稿日期：99 年 5 月 7 日，來源網址：<http://www.moj.gov.tw/public/data/05718144984.pdf>，最後瀏覽日期 101/12/9。

第三章 最高限額保證之確定事由

最高限額保證之「確定」事由，即為使最高限額保證所擔保之債務由不特定變為特定之原因。以下將就我國民法既有規定或者其所蘊含之法理，並參考日本民法就最高限額保證之規定，以及基於最高限額保證與最高限額抵押權性質之相似性，參照我國民法關於最高限額抵押權之確定事由中性質相容之規範，說明關於「確定」之相關事項⁵⁴。

第一節 行使任意終止權與存續期間屆至

一、行使任意終止權

(一) 效力

民法第 754 條規定：「就連續發生之債務為保證而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約。(第 1 項)前項情形，保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任。(第 2 項)」本條係為保證人就連續發生之債務為保證，難以估定其保證責任之確定範圍，保證人所負責任奇重，為使保證人不致永負無限責任，以維護保證人利益而設。再者，債權人對於通知後所生的債權可以停止給付，亦無損債權人之利益，爰賦予保證人任意終止權。最高限額保證契約所保證者，即係「一定債之關係範圍內之不特定債務」，故其性質上與民法第 754 條所稱之「連續發生之債務」相符，自有本條規定之適用或類推適用⁵⁵。

從本條第 2 項「保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任」之效力可知，最高限額保證契約一經終止，契約關係隨之消滅，倘終止時無擔保債權存在，保證人之保證責任消滅；倘有擔保債權存在，則於最高限額內，將使最高限額保證由擔保不特定債權轉變為擔保該已發生之債權，且因其

⁵⁴ 基於最高限額保證與最高限額抵押權性質之相似性而參採我國民法關於最高限額抵押權之確定事由。林誠二教授同意此原則，參見氏著，同註 2 書，頁 361。學位論文方面則有，張進鈺，同註 3 文，頁 54~55。

⁵⁵ 林誠二及邱聰智教授認為係直接適用(參見林誠二，同註 2 書，頁 364、邱聰智，同註 5 書，頁 589~590、592~593)，惟陳聰富教授則認為應為類推適用(參見氏著，同註 7 文，頁 11)。

所擔保之債權歸於特定，故屬確定事由。

此項終止權之行使，需保證人向債權人通知，並須以意思表示為之，不得僅以登報公告代替⁵⁶，且於通知到達債權人後，對最高限額保證產生截斷效力，其所擔保之債權即告確定。

(二) 性質

實務有認為，定型化保證契約約定保證人拋棄保證人之權利及限制其自行退保之條款，該條款因顯失公平而無效⁵⁷。惟即使在非定型化契約條款，本條保證人之任意終止權，亦不得在簽訂保證契約時令保證人「預先」拋棄(民法第 739 條之 1)。至於在保證契約簽訂後，保證人始為拋棄之意思表示是否適法？本文以為，參酌學者就同法第 881 條之 5 有關原債權確定請求權之見解⁵⁸，應認為本條任意終止權之規定，係屬強制規定，凡有拋棄或不行使之特約，均為無效，預先與否在所不問，方能使保證人免受最高限額保證之長期負擔，以保障保證人權利。再者，本條規定「保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任」，無待債權人之同意，故屬形成權。

(三) 行使之要件

1. 主債務所由生之法律關係不以未定期間者為限

學說上有認為，保證人任意終止權之取得，不僅須保證未定有保證期間(存續期間)，即其主債務亦需限於未定有期限而連續發生之債務。詳言之，除最高限額保證須未定有期間外，債權人與主債務人之間連續債務所由生之法律關係亦必須未定有一定期間⁵⁹。此項見解應值商榷。

蓋目前實務上就連續債務之保證主要以最高限額保證呈現，最高限額保證所擔保者，係債權人與主債務人間所生「一定債之關係範圍內之不特定債務」⁶⁰，其重點應在足以突顯與一般保證所擔保者不同之「不特定債務」，至於「一定債

⁵⁶ 最高法院 29 年上字第 430 號民事判例、64 年台上字第 2294 號民事判例參照。

⁵⁷ 最高法院 91 年度台上字第 1999 號民事判決參照。

⁵⁸ 最高限額抵押權未約定確定期日者，將使抵押人受到長期負擔，對抵押人甚為不利，故本條確定請求權之規定應屬強制規定，拋棄或不行使之特約均屬無效。參照謝在全，同註 1 書，頁 41。

⁵⁹ 邱聰智，同註 5 書，頁 590；林誠二，同註 2 書，頁 324~325。

⁶⁰ 最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例參照。

之關係」乃獨立於最高限額保證契約以外之契約，該契約是否定有期間，應不影響最高限額保證契約屬於未定期限之繼續性契約，而得由當事人任意終止之原則。況且依條文文義，所稱「未定有期間」係指保證契約本身而言(本條立法理由參照)⁶¹，連續債務所由生之法律關係是否定有期間，並非所問。其次，參酌民法第 881 條之 1 有關最高限額抵押權規定之立法理由，其以「買賣」與「侵權行為」作為「一定法律關係」之例示，而該兩種債之發生原因類型可能定有期間，亦可能未定有期間，並未另外強調該一定法律關係必以未設有一定期間者為限，祇需未約定擔保原債權之確定期日，抵押人均可行使原債權確定請求權，以終止最高限額抵押權之效力(第 881 條之 5 第 1 項)，與之性質與功能相當之最高限額保證，應為相同解釋。易言之，連續債務所由生之「一定債之關係」是否設有期間，應非所問。否則，金融機構與保證人簽訂之最高限額保證，皆將因為金融機構與主債務人間之消費借貸關係的預約恆有一定期間之約定，而令保證人無從行使任意終止權，此不利保證人之結果應非吾人所樂見。

2. 限定保證契約須未定期間要件之檢討

自本條第 1 項規定之反面解釋觀之，如係定有期間之最高限額保證，保證人不得行使任意終止權。惟有學者認為，「在保證人與債權人間，從保證係單純利益債權人之契約觀之，應容許保證人得隨時終止最高限額保證契約，通知債權人停止繼續對於債務人融資，方與民法在贈與、使用借貸、消費借貸等無償契約所示之一貫的規範立場相符」⁶²。

前開見解固非無見，惟本文以為，本條規範意旨一方面為避免未定期間之最高限額保證之保證人就連續發生之債務負保證責任，而有責任過重之虞，故賦予保證人終止權；另一方面以終止之意思表示到達債權人之時，作為免負保證責任之基準點，使債權人亦得據以停止債權關係的發生，以免善意債權人受不測之害，故仍應以「保證人有責任過重之虞」且「債權人得及時停止債權關係的發生」為要件，始容許定有期間之最高限額保證人得隨時行使任意終止權，以免過度背離契約嚴守原則。再者，若採總體類推之方法，可從我國民法有關僱傭(第 489 條第 1 項)、委任(第 549 條第 1 項)、寄託(第 598 第 2 項)及合夥(第 686 第 3 項)

⁶¹ 中華人民共和國《擔保法》第 27 條亦為相同規定：「保證人依照本法第 14 條規定就連續發生的債權作保證，未約定保證期間的，保證人可以隨時書面通知債權人終止保證合同，但保證人對於通知到債權人前所發生的債權，承擔保證責任。」

⁶² 黃茂榮，同註 23 文，頁 5 註 13。

等具繼續性法律關係性質之規定中，抽離出一項法律原則，即繼續性債之關係之一方當事人，得以重大事由而主張隨時終止該契約，此項原則得以類推適用於具備繼續性債之關係的最高限額保證契約⁶³。此之所謂重大事由，指在具體情形下經權衡雙方的利益狀態後，要求終止之一方必須將契約關係繼續到約定的終止時間或者繼續到終止期間屆滿，欠缺合理性而言⁶⁴，故縱使當事人已事先約定最高限額者，亦然。此項原則亦具體表現在我國民法人人事保證契約，即如有因可歸責於受僱人之事由發生，為免加重保證人之責任，縱使該人事保證契約定有期間，保證人仍得終止該契約⁶⁵。

至於定有期間之最高限額保證之責任是否可能因負擔保證債務欠缺合理性而有過重之虞？由於最高限額保證契約之期間的作用，僅係界定擔保債權範圍之期間，且法無明文就該期間設有上限，故可能因所定期間過長(例如 20 年)，以致於與未定期間無殊；甚至可能因債務人不可預期或不合理之特殊行徑，而使保證人之負擔較未定期間者為重，故相較於未定期間者擁有任意終止權可資行使，就定有期間者之利益的保護尚難認周全。茲舉例說明之：

甲、乙為 A 向 B 進貨之保證人，且甲與 B 訂立未定期間之最高限額保證契約，乙與 B 訂立期間一年之最高限額保證契約，均以 1,000 萬元為最高限額。據甲、乙之瞭解，A 平均一個月進貨金額約 200 萬元，並應自進貨後 5 個月內對 B 清償貨款。詎料 A 因週轉困難，於第一個月內即連續向 B 進貨數次，金額共 600 萬元，甲、乙察覺後，甲隨即通知 B 終止保證契約，使其負擔之保證債務限於 600 萬元，而乙卻因所簽訂者係有一定期間之最高限額保證，礙於法定要件之限制，只得坐視 A 繼續進貨累積至 1,000 萬元，致使乙除了就 600 萬元部分須與甲負共同保證之責外，就逾 600 萬元部分(即 400 萬元)則須單獨負擔保證責任。因此，於定有期間之最高限額保證，保證人保證責任仍可能有過重之虞。

準此，凡就連續發生之債務負保證責任之定有期間之最高限額保證，倘保證人必須負擔超乎合理性之保證債務而有責任過重之虞時，且因保證人僅就終止之意思表示到達債權人後所生主債務不負保證責任，已足以兼顧債權人利益者，應

⁶³ 王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，載：民法學說與判例研究(第八冊)，自版，1996 年 10 月，頁 71~72。德國民法第 314 條第 1 項亦明定此項原則。

⁶⁴ 杜景林、盧謙譯，德國民法典評注：總則·債法·物權(簡體書)，(中國)法律出版社，2011 年 8 月初版，頁 153~154。

⁶⁵ 參照民法第 756 條之 5 暨其立法理由。

認為足以構成終止繼續性契約之重大事由，而例外允許保證人得終止該最高限額保證契約。惟囿於法條文義，無法以解釋論使定有期間之最高限額保證契約之保證人亦得行使任意終止權，需待修法解決。

二、存續期間屆至

最高限額保證契約定有期間者，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及⁶⁶。該期間又可稱為最高限額保證之存續期間。最高限額保證契約之存續期間一旦屆滿，最高限額保證即因而歸於確定，僅在存續期間屆至前所發生之債權，始為最高限額保證契約效力所及。

值得討論者，係該存續期間是否應有一定限制？日本民法第 465 條之 3 就最高限額保證規定，已約定原本確定日期者，自最高限額保證契約締約日起最長不得超過 5 年，原本確定日期超過 5 年之約定不生效力，原本確定日期屆至前並得約定更新之，惟更新後之日期距離更新前之日期仍不得逾 5 年。未約定原本確定日期者，其原本確定日期為自最高限額保證契約締約日起滿 3 年之日⁶⁷。我國民法第 756 條之 3 亦規定人事保證約定之期間最長三年，未定期間者，自成立之日起有效期間為三年，可資參照。

本文以為，由於本條保證人之任意終止權，僅適用於未定期間之最高限額保證，使得債權人得以挾其優勢地位強使保證人約定例如 10 年、20 年之存續期間，實與未約定存續期間相去無幾，更因不得行使前開任意終止權，導致其處於較未約定存續期間之保證人更加不利之地位。因此，除非採取本文前述有條件容許定有期間之最高限額保證契約之保證人得以行使任意終止權之見解，否則應參考日本法或我國人事保證之規定，就存續期間設定一定長度之限制，方能實質保護最高限額保證人之利益。

第二節 擔保之不特定債務不繼續發生

最高限額保證本係擔保一定債之關係範圍內不斷發生之不特定債務，如因某一事件發生，足致原來所擔保之不特定債務確定的不繼續發生時，最高限額保證

⁶⁶ 最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例參照。

⁶⁷ 渠濤，同註 44 書，頁 104。

擔保債務之流動性之功能隨即消失，自當歸於確定⁶⁸。茲分述其具體原因於后。

一、一方當事人拒絕繼續發生債務且保證人提前終止

不特定債務所由生之法律關係(或稱基礎法律關係)在經當事人終止以前，最高限額保證契約之效力持續進行。當基礎法律關係一方當事人拒絕繼續發生債權債務，於未定期間之最高限額保證，保證人固得行使任意終止權，使最高限額保證歸於確定，惟於定有期間之最高限額保證契約，在期限屆至前，是否只能任由其擔保不特定債務之效力持續而不歸於確定？

民法學說上有所謂「預示拒絕給付」類型之論，即債務人能給付，卻在清償期屆至前，無正當理由且斷然、毫無挽回地向債權人表示不願依債務本旨為給付，並認為債務人於債務履行期限屆至前，已向債權人預示拒絕屆期之給付者，應允許債權人先行解除契約，無待期限屆至債務人發生給付遲延或給付不能時，始得行使解約權，使債權人得以及時尋求補救機會，以避免坐視債權人之損害發生或擴大，或使債權人在另一法律關係中陷於債務不履行之窘境，並為德國學說與實務所認同⁶⁹。惟我國多數實務見解仍認為預示拒絕給付尚不構成債務不履行而得解除或終止契約之理由⁷⁰。

在最高限額保證契約中，擔保不特定債務所由生之法律關係通常為繼續性交易契約，倘該契約之買方地位較賣方強勢，則由買方要求賣方提供保證人，擔保賣方不依約供貨致買方因此所生損害之賠償請求權；或者賣方地位較買方強勢，則由賣方要求買方提供保證人，擔保買方價金給付義務之履行。從而，在不同情形下，繼續性交易契約之買方或賣方均可能成為最高限額保證契約之債權人或主債務人。不論如何，當賣方明示不再繼續供應貨物或買方明示拒絕支付價金，均構成預示拒絕給付，此時宜援用德國法預示拒絕給付得解除契約之法理，且考量繼續性契約之特性，宜允許他方得終止契約。

其他拒絕繼續發生債權(務)之情形，例如不再繼續貸款；於債務人簽發之支

⁶⁸ 參採民法第 881 條之 12 立法理由。

⁶⁹ 參見邱聰智，新訂民法債編通論(下)，自版，2003 年 3 月新版，頁 222~225、詹森林，不完全給付—最高法院決議與判決之發展，台灣本土法學雜誌，34 期，2002 年 5 月，頁 33~36 頁。

⁷⁰ 例如最高法院 96 年度台上字第 153 號民事判決、93 年度台上字第 2497 號民事判決、93 年度台上字第 42 號民事判決、89 年度台上字第 1871 號民事判決、84 年度台上字第 6 號民事判決，認為構成債務不履行事由而得解除契約者：最高法院 91 年度台上字第 841 號民事判決。

票退票後，債權人依約定通知債務人喪失期限利益，應即清償所有借款，或者債權人對債務人借款之請求均拖延置之不理等是⁷¹。

針對上述情形，本文以為，最高限額保證係因應現代經濟活動頻繁，講求快速、便利之需求而生，具有以保證人之信用擴張債務人信用，進而促進資金融通、提高整體社會交易規模之功能。倘不特定債務所由生之法律關係當事人一方已明示拒絕繼續發生債權或債務，且他方怠於終止契約或依我國實務見解而無法終止契約時，而保證人又因最高限額保證契約定有期限而不得提前終止，將使保證人信用之利用空間處於閒置狀態，於整體社會利益殊為不利。準此，應認為此情形構成「重大事由」，保證人得提前終止定有期間之最高限額保證契約，進而使最高限額保證發生確定之效果。

另一提前終止定有期間之最高限額保證之途徑，或許可考慮類推適用民法第 881 條之 12 第 1 項第 4 款規定，於債權人拒絕繼續發生債權時，由債務人請求確定原債權，以使最高限額保證歸於確定。惟行使本項確定請求權，原則上須其自請求之日起，經十五日始為確定(同法第 881 條之 12 第 2 項準用第 881 條之 5 第 2 項)，時間效率上不若直接賦予保證人終止權。

應附言者，係民法第 881 條之 12 第 1 項第 4 款未賦予抵押人請求確定之權，誠屬可議。蓋最高限額抵押權係抵押人與債權人間之契約關係，且擔保債權確定與否，直接攸關抵押人利益，僅間接關係到債務人利益；況且債務人本得藉由約定終止權終止自己與債權人間之繼續性契約關係，以使最高限額抵押權歸於確定，反觀直接攸關利害之抵押人卻無權可行，似有權利保護失衡之嫌。

二、其他不特定債務不繼續發生之情形

(一) 擔保債務範圍之變更

最高限額保證擔保之債務固以將來發生者為常，惟約定擔保範圍及於最高限額保證訂約時已存在之特定債務亦無不可，並為實務所肯認⁷²。惟最高限額保證契約成立後，債權人與保證人如約定變更擔保債務範圍僅限於特定債務時，因日後不特定債務已無繼續發生之可能，應即構成確定事由；又倘於最高限額保證訂

⁷¹ 謝在全，同註 1 書，頁 87。

⁷² 最高法院 81 年台上字第 1011 號民事判決參照。

約時即約定僅擔保已存在之特定債務，則該最高限額保證一經成立即歸於確定，與一般保證並無不同。

(二) 當事人間法律關係之終止或消滅

最高限額保證不論是否定有存續期間，若其擔保之債務所由生之契約或其他法律關係已合法終止、解除條件成就或因其他事由而消滅⁷³，因而確定不再發生債務，最高限額保證擔保繼續發生之不特定債務之目的隨之消失，自應使其歸於確定。

至於所謂其他事由，例如債務人為法人經解散或清算完結；最高限額保證約定以因債務人工廠水污染導致債權人農業損害之賠償為擔保範圍，其後因該工廠遷移他處，原擔保侵權行為所生損害之債務，自不可能繼續發生等，均為適例。

(三) 債權人之強制執行

最高限額保證存續中，倘債權人已就主債務人或保證人之財產或擔保物權聲請強制執行，債權人終止與債務人間往來交易之意思已客觀顯現，足已作為未來不再繼續發生債權之明證，故即使擔保債務所由生之法律關係尚未消滅，仍應認為最高限額保證擔保不特定債務之流動性隨之喪失，應使其歸於確定。惟倘該聲請經法院裁定駁回確定者，最高限額保證仍不確定⁷⁴。日本民法第 465 條之 4 亦有相同規定，可資參照⁷⁵。

(四) 債務人或保證人之破產宣告

破產制度之目的在於依破產程序清理債務，使多數債權人得以公平受償，乃係為全體債權人之利益而設⁷⁶，故倘債務人或保證人經宣告破產後，最高限額保證未歸於確定，尚得以擔保不特定債權，則債務人或保證人之總財產仍處於變動狀態，當無以達成破產程序存在之目的。準此，債務人或保證人不能清償債務，

⁷³ 此處之消滅不包括解除或被撤銷之情形，蓋解除或被撤銷係使擔保債務所由發生之法律關係自始不生效力，此時最高限額保證契約因欠缺擔保標的，亦即欠缺法律行為成立要件而自始無效。但最高限額保證之確定，係以最高限額保證契約有效成立為前提，兩者並不相同。

⁷⁴ 參採謝在全教授對最高限額抵押權確定之見解。參見謝在全，同註 1 書，頁 92。

⁷⁵ 日本民法第 465 條之 4 第 1 款：「債權人已就主債務人或保證人之財產聲請對以金錢為標的之債權的強制執行或擔保權的實行。但僅限於強制執行或擔保權實程序已經開始。」參見渠濤，同註 44 書，頁 104。

⁷⁶ 最高法院 95 年度台抗字第 795 號民事裁定參照。

經法院裁定宣告破產者⁷⁷，應即清理其債務，故最高限額保證自有確定之必要。但其裁定經廢棄確定時，即與未宣告破產同，最高限額保證即未確定⁷⁸。日本民法第 465 條之 4 亦有相同規定，可資參照⁷⁹。

第三節 當事人為法人有合併或分割且保證人不願續保

法人之合併，以公司之合併為例，可分為新設合併及吸收合併兩種態樣，不論是新設合併或吸收合併，必有一個或一個以上之當事公司歸於消滅，該消滅公司之權利義務由另立或存續之公司概括承受(公司法第 75 條、第 113 條、第 115 條、第 319 條)。法人之分割，我國公司法僅限股份有限公司始得為之，可分為新設分割及吸收分割兩種態樣，而分割後消滅之公司，其權利義務由承受營業之既存公司或新設公司概括承受(公司法第 319 條準用第 75 條)⁸⁰。

準此，最高限額保證確定之前，不論是債務人或債權人為法人而有合併或分割之情形，原應由承受權利義務之法人承受最高限額保證契約之權義，使其繼續發生原定效力。從而，債權人合併或分割後，最高限額保證之擔保債務範圍，除合併或分割前已存在之債權外，亦應及於合併或分割後存續或另立之法人嗣後所取得之債權。同理，債務人合併或分割後，最高限額保證之擔保債務範圍，除合併或分割前已存在之債務外，亦應及於合併或分割後存續或另立之法人嗣後所生之債務。

惟應注意者，係保證之目的乃在於擔保特定債務人對特定債權人之債務之清償，在其本質上即具有某程度的專屬性及信賴關係，故一旦債務人為法人而有合併或分割之情形時，由於權利義務均已由具有不同法人格內涵之其他法人概括承

⁷⁷ 所謂「裁定宣告破產」，應係指裁定後抗告期間屆滿而言(非訟事件法第 41 條第 1 項、第 42 條)，參見朱柏松，論最高限額抵押權之確定，同註 7 書，頁 317。

⁷⁸ 參採 881 條 12 第 1 項第 7 款立法理由。

⁷⁹ 日本民法第 465 條之 4 第 2 款：「主債務人或保證人已接到破產程序開始的決定。」參見渠濤，同註 44 書，頁 104。

⁸⁰ 新設合併，又稱創設合併，指兩個以上之公司合併後，參與合併之各公司全部消滅，另行成立一個新設公司而言；吸收合併，又稱存續合併，指兩個以上之公司合併後，其中一公司存續，其餘公司歸於消滅而言。新設分割，指被分割公司以其部分營業部門之財產(含資產及負債)，出資成立一個或二個以上新設之公司，而不另與其他公司合併，其中，被分割公司仍存續者，稱為存續分割，被分割公司消滅者，稱為消滅分割；吸收分割，指將分割公司為營業分割之同時，將被分割公司之一部分營業，由其他公司吸收而言，其中以被分割公司於吸收後依然存續或消滅，又可分为存續吸收分割及或消滅吸收分割。參見王文宇，公司法論，元照，2005 年 8 月 2 版，頁 157~158、162~163、頁 501~502、507。

受，而實質上發生債務人變更之結果，且保證人係處於被動，故宜援引民法第 304 條第 2 項債務人變更須經保證人同意之法理，除經保證人於合併或分割後另為同意繼續保證之表示外，否則最高限額保證即告終止，並溯自合併或分割時歸於確定。此於定有期間及未定期間之最高限額保證，均有其適用。

其次，債權人為法人而有合併之情形時，保證人所負保證責任可能因此加重。例如，甲為最高限額保證人，擔保乙對丙在 1,000 萬元限度內因連續發生之借款之清償，惟因利率過高，乙未曾向丙借款。於此同時，丁亦授與乙 2,000 萬元的免保人信用額度，供乙得隨時向丁借款，利率較低，乙頗為心動，正擬向丁借款。適於此時丙、丁合併，丙為消滅公司，丁為存續公司，丁除概括承受該最高限額保證契約之權利義務外，亦該括承受原本丙對乙約定之信用額度。此際，因甲之最高限額保證約定擔保債務所由生之法律關係為消費借貸，符合最高限額保證對「一定法律關係」須具備客觀限定性之要求⁸¹，乙向丁之借款仍在甲應負的最高限額保證擔保範圍內。表面上甲所負之保證責任上限仍為 1,000 萬元並未增加，惟乙因低利率的誘因而積極向丁借款，與合併前乙消極不願意借款相較，實質上已加重保證人甲之負擔。從而，應類推適用民法第 881 條之 7，賦予其向債權人請求確定最高限額保證之權，並溯自合併或分割時歸於確定，方足以保障保證人之權益。

至於營業合併，係由合併後存續之營業或創設之新營業，合併各舊營業包括債權、物權在內之資產及負債，各舊營業在合併前所享一切債權及所負一切債務，均移轉由合併後存續之營業或創設之新營業承受(例如獨資經營之商號)，是其結果與法人之合併並無不同⁸²，故亦應賦予保證人確定請求權。

第四節 最高限額保證人死亡

一般債務之保證，具有繼承性，但僅限於保證人死亡前已發生之保證債務，如保證人死亡後所生之主債務並不在保證人之繼承人所負保證之範圍。惟最高限額保證屬繼續性契約，並以繼續發生之將來債務為擔保範圍之一，其保證債務的

⁸¹ 謝在全教授對於最高限額抵押權所要求之「一定法律關係」之見解，可資參照。其表示，抽象約定債權人與債務人間一定種類交易之法律關係，且此項約定已足生限定擔保債權所由生之範圍，或依其約定之交易種類，足使最高限額抵押權擔保債權之範圍，在客觀上與其他之一般債權具有可資區別之界限者，即足當之。並舉例約定消費借貸交易、票據放款交易等，均屬適例。參見謝在全，同註 1 書，頁 27。

⁸² 謝在全，同註 1 書，頁 68~69。

範圍是否計算至保證人死亡時為止？亦即最高限額保證人之死亡，是否構成最高限額保證之確定事由？向有肯、否兩說。

實務通說與多數學者採肯定說，其認為，最高限額保證人死亡者，既失其權利能力，已非權利義務主體，故不論是否定有期限之最高限額保證均告消滅，惟最高限額保證人死亡以前已發生之債務，在約定限度範圍內，其繼承人仍應負責（繼承人拋棄繼承或限定繼承之權利不受影響），但死亡後始發生之債務不在繼承範圍內⁸³。蓋以繼承人僅繼受權利義務，尚不因之繼承保證人之契約上地位，亦即繼承人並不繼承契約而成為保證之當事人⁸⁴。從而，最高限額保證契約因保證人死亡而失其效力，其所擔保之債務並於其時歸於確定。就比較法而言，日本民法第 465 條之 4 第 3 款規定，主債務人或保證人死亡為最高限額保證擔保債權範圍的確定事由⁸⁵，可資參照。

否定說論者則基於最高限額保證下之保證債務無專屬性⁸⁶，或以最高限額保證人已受到限額之保護，其責任範圍已不具廣泛性，其繼承性殊無予否定之理為由⁸⁷，而認為保證人死亡後始發生之債務，其繼承人仍應繼承其保證債務而由繼承人承受。

欲釐清此問題，首須分辨「保證契約」與「保證債務」兩者之差異⁸⁸，並究明最高限額保證人之繼承人所繼承者究為「保證契約」或「保證債務」。

於一般保證，保證人基於其與債權人所訂定保證契約，對於債權人負有保證債務。保證債務之發生，必須以主債務之有效存在為前提，理論上必須先有主債務之存在，始有保證債務之發生，此為保證在發生上的從屬性的要求⁸⁹，且保證債務原則上無專屬性，可為繼承之標的，與一般債務並無不同⁹⁰。準此，保證契約與保證債務係於同一時間發生，即保證契約一但有效成立，保證債務隨即發

⁸³ 最高法院 99 年度台上字第 1583 號民事判決；93 年台上字第 1113 號民事判決；92 年台上字第 780 號民事判決；86 年台上字第 3765 號民事判決；81 年台上字第 1011 號民事判決；林誠二，同註 2 書，頁 363；黃茂榮，同註 23 文，頁 31。

⁸⁴ 邱聰智，同註 5 書，頁 523。

⁸⁵ 渠濤，同註 44 書，頁 104。

⁸⁶ 劉春堂，民法債編各論(下)，自版，2005 年 7 月初版，頁 336~337。

⁸⁷ 吳啟賓，同註 31 文，頁 11。

⁸⁸ 林誠二即將保證契約與保證債務嚴予區分：「普通保證之保證人死亡時，基於保證人與主債務人間之信任，『保證契約』隨保證人死亡而消滅。『保證債務』之繼承問題，須區分一般保證與特殊保證。」參見林誠二，同註 2 書，頁 331。

⁸⁹ 最高法院 83 年度台上字第 2143 號民事判決參照。

⁹⁰ 林誠二，同註 2 書，頁 268~269、279、286。

生。故於普通保證，雖常有將保證契約與保證債務混淆使用之情形，惟因兩者係同時發生，尚無礙吾人對於行文之理解。

惟於最高限額保證，因其所擔保債務範圍除訂約時已存在之主債務外，亦包括將來可能陸續發生之主債務，故「保證契約」與「保證債務」兩者之區別即屬重要。倘最高限額保證契約成立時尚無主債務存在，則在將來之主債務發生以前，並不負擔任何保證債務。易言之，最高限額保證契約雖已成立，惟保證人所負擔者，僅係該契約之從給付義務或附隨義務而已，保證債務須至主債務發生始告存在，故於最高限額保證，保證契約與保證債務必須嚴以區別。

準此，否定說論者以最高限額保證下之保證債務不具一身專屬性，進而推導出繼承人仍應就保證人死亡後始發生之債務負保證之責，顯然係以「保證契約」等於「保證債務」為前提所為之推論，則保證人之繼承人所繼承者為保證契約之當事人地位，而非保證債務。其若能正確認識保證債務係指「對已發生之主債務所負擔之保證責任」，而非保證契約本身，應不致於得出否定結論。

其次，就保證契約之法理基礎而論，保證人與主債務人間之保證原因關係，不論是基於贈與、委任或無因管理，均係以對於主債務人人格之信賴為基礎，於贈與及無因管理之情形，尤為顯然。最高限額保證人死亡時，其繼承人對於主債務人人格的信賴程度未必與原保證人相同⁹¹，故若認為保證人死亡後，其繼承人所繼承之保證債務仍未歸於確定，使該繼承人對於原保證人死亡後始發生之債務仍應負責，形同繼承最高限額保證契約之當事人地位，不僅剝奪了繼承人對於主債務人之的人格信賴與否的自主權，亦使繼承人於繼承時因無從預期將來可能承擔之保證債務範圍及其數額，而無法有效地運用所繼承的遺產，除不利於繼承人利益外，亦妨礙社會經濟之活絡。

再者，就繼承人利益之保護而論，自民法第 1148 條第 2 項修訂後，保證人之繼承人僅以因繼承所得遺產為限，對於保證人之保證債務負清償責任，故倘認為保證人死亡後，最高限額保證契約仍應由其繼承人承受而繼續存在，無疑將使前開規定避免繼承人因概括承受被繼承人生前債務而桎梏終生之立法目的無法達成。

最後，就債權人之預期利益而論，以消費借貸為例，債權人在契約成立前，

⁹¹ 吳煜宗，遺產中保證契約債務的地位，月旦法學教室，80 期，2009 年 6 月，頁 11。

均會就債務人及保證人之履約能力進行評估，評估的範圍不外乎其職業、收入、財產及債務多寡，以及過去的履約情形等，尤其金融機構的評估程序更是積密、嚴謹，前述各要項無不包含在內。惟無論如何，保證人將來之繼承人的履約能力並未在評估之列，保證人之繼承人的履約能力自非債權人於消費借貸關係信賴之基礎。從而，保證人之繼承人縱使無須繼承最高限額保證契約，於債權人之預期利益亦無影響。

綜上，不論從保證契約與保證債務之區別、保證契約之法理基礎、繼承人利益之保護以及債權人預期利益不受影響等構面而論，認為保證人死亡後始發生之債務，其繼承人仍應繼承其保證債務之見解，應不可採。

第五節 主債務人死亡

我國實務認為，保證契約係保證人與債權人間成立之契約，固不因主債務人之死亡而歸於消滅⁹²。惟保證契約係基於保證人與主債務人間之信任，若主債務人有所變更，除已得保證人同意外，尚難謂其仍負保證之責⁹³。其次，從民法第 304 條第 2 項所揭示的一般性保護原則而論，因第三人就債權提供擔保，恆係基於其與主債務人間之「信賴」，已如前述，故倘債務由他人承擔，原債務人脫離債之關係時，自不能強求該第三人對於承擔人續負擔保責任，此即前開規定「除該第三人對於債務承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅」之所由設⁹⁴。

從而，主債務人死亡，倘未經最高限額保證人同意變更所擔保之債務人，最高限額保證所擔保之債權應即告確定。此項結論亦與日本民法第 465 條之 4 第 3 款規定相同，已如前述。

需附言者，係與最高限額保證性質相當的最高限額抵押權，倘主債務人死亡，是否為最高限額抵押權的確定事由？我國民法第 881 條之 11 採取「原則不確定，例外確定」之立法，即當事人倘未將主債務人死亡約定為確定事由，最高限額抵押權之效力並不受影響。相反地，日本民法第 398 條之 8 規定⁹⁵，一旦發

⁹² 最高法院 48 年台上字第 557 號民事判例參照。

⁹³ 最高法院 49 年台上字第 1709 號民事判例參照。

⁹⁴ 最高法院 93 年度台上字第 364 號民事判決參照。

⁹⁵ 日本民法第 398 條之 8 規定：「在債權確定前，抵押權人發生繼承之事實者，最高限額抵押權除擔保繼承開始時所存在之債權外，尚擔保本於繼承人與抵押人之合意所定，繼承人於繼承開始後所取得之債權。(第 1 項)在債權確定前，債務人發生繼承之事實者，最高限額抵押權除擔保繼承開始時所存在之債權外，尚擔保抵押權人與抵押人之合意所定，繼承人於繼承開始

生抵押權人或債務人死亡事實，除非另有合意且加以登記，否則擔保債權即於繼承事實發生時當然確定，即採取「原則確定，例外不確定」之立法。

本文以為，民法第 881 條之 11 立法理由以最高限額抵押權當事人之繼承人依法承受被繼承人財產上之一切權利義務，作為否定以當事人死亡作為最高限額抵押權確定之理由，顯然欠缺說服力。蓋最高限額抵押權之主債務人死亡時，其繼承人雖概括繼承債務人之權利義務，惟並不因此使得繼承人與被繼承人具有相同之債務履行能力，第三擔保人對繼承人之信任亦不相同，故此情形實與債務人變更無異。既然民法第 304 條第 2 項已將保證人與物上保證人立於相同地位，以保護第三擔保人對於新主債務人信賴與否之自主權，基於民法體系內部規範原則一致性的要求，最高限額抵押權之抵押人仍應受到相同保護，亦即，當主債務人死亡時，原則上最高限額抵押權應歸於確定。倘再參酌第 881 條之 3 第 1 項債務人變更須經抵押人同意之立法意旨，益證於此情形，最高限額抵押權應歸於確定之適法性。現行民法第 881 條之 11 規定與民法體系規範原則已相矛盾，應予修法為是。

第六節 基於職務關係而為法人保證者卸任其職務

此項確定事由即我國民法第 753 條之 1 規定，請詳見本文第五章，故不先贅述。

後所取得之債權。(第 2 項)(第 3 項略)第一項及第二項之合意，未於繼承後六個月內登記者，最高限額抵押權之擔保債權，於繼承開始時確定。(第 4 項)」參見朱柏松，論最高限額抵押權之確定，同註 7 書，頁 320 註 68。

第四章 最高限額保證責任之消滅事由

學說上常見「最高限額保證消滅」之用語，該「消滅」用語存在兩種解釋。其一為最高限額保證之保證人之保證責任，因某事由之發生而溯及自始或向後不存在而言。例如確定事由發生前，最高限額保證人撤銷其受脅迫而為保證之意思表示、因法定或約定解除事由成就而解除最高限額保證契約、最高限額保證在確定後，基於保證之從屬性，保證責任隨主債務之清償、提存、抵銷、被免除、混同⁹⁶等一般債之消滅原因而向後不存在；其二為最高限額保證存續期間中，因某事由之發生，使得原擔保不特定債權之繼續性效力消失，保證人僅就該繼續性效力消失前已存在之債務對債權人負保證責任。例如，最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例所言「保證契約在未經保證人依民法第 754 條規定終止或有其他『消滅』原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。」易言之，第二種解釋所稱消滅，使得最高限額保證轉變為擔保特定債權，回復其從屬性，故實際上應屬本文前述之「最高限額保證擔保債權範圍之確定」，或簡稱「最高限額保證之確定」。

本章論述係指前段第一種解釋下最高限額保證之消滅，且係著重在特殊消滅事由之論述。惟為避免消滅一詞之雙意性造成文義理解上與「確定」產生混淆，本文以「最高限額保證責任之消滅」取代「最高限額保證之消滅」行文。

第一節 債權人拋棄擔保物權對人保之影響

我國民法第 751 條規定：「債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。」其立法目的係在保障保證人苟為清償後得代位行使債權人之權利(民法第 749 條)。蓋其債權附有擔保物權者，應隨同移轉於保證人(民法第 295 條)。故債權人若任意拋棄為其債權擔保之物權者，即不啻加重保證人之負擔，自應認保證人就債權人所拋棄權利之限度內免其責任⁹⁷。再者，本條所稱擔保物權係指已具備物權之生效要件者而言⁹⁸，且與最高限額保

⁹⁶ 混同的態樣，除債權人繼承債務人，或債務人繼承債權人，以及其相互間之債的移轉情形外，還有因債權人繼承或合併保證人而承擔保證債務，或保證人因繼承、合併債權人或受讓債權而繼受債權等情形。參見黃茂榮，同註 23 文，頁 31。

⁹⁷ 最高法院 52 年度台上字第 2051 號民事判決參照。

⁹⁸ 最高法院 42 年台上字第 416 號民事判例參照。惟黃茂榮教授認為，除物權法及其他法律明文規定之擔保物權外，並應包含實務上發展出來的擔保物權，不受物權法定主義的限制，例如讓與擔保。參見黃茂榮，同註 23 文，頁 31 註 92；邱聰智，同註 5 書，頁 582~583。

證契約之性質並無衝突，故有其適用。從而，最高限額保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任⁹⁹。

然而，不論在最高限額保證或一般保證，本條規定仍存有諸多解釋適用上的疑義，茲分述於下。

一、拋棄擔保物權之意義與類型

所謂拋棄擔保債權之物權，主要在於債權人於債權未能獲得滿足情形下，猶同意塗銷該物權¹⁰⁰，此種債權人以自己之單獨行為，積極地使其擔保物權絕對歸於消滅（民法第 764 條）之情形固屬之，惟應不以此為限。

例如債權人在得為實行擔保物權時，卻消極地未為實行之情形，實務見解認為，債權人於其債權已屆清償期後，未即行使擔保物權，嗣後該擔保物價格低落者，不得即謂為拋棄擔保物權¹⁰¹，明顯以債權人積極的拋棄行為為限。惟本文以為，應視債權人之不作為是否可歸責，並且損及保證人之求償權（民法第 749 條）而定，不可一概而論。故倘債權人因過失而未行使，並已影響保證人求償權之實現，雖非以積極行為使擔保物權消滅，解釋上仍應與拋棄擔保物權同視，以貫徹民法第 751 條立法意旨。其他情形，如債權人因過失致擔保物權消滅；或積極弱化擔保物權之優先性，例如拋棄、退讓抵押權次序等¹⁰²，均係基於同一原則而應包括在拋棄擔保物權的意義之內。

值得探討者，係實務向來認為，調換擔保物，因使原來之擔保物權消滅，所以不論調換後之擔保物的價值是否高於原來之擔保物，一概論為拋棄原來之擔保物權¹⁰³。例如：最高法院 44 年台上字第 659 號民事判例：「上訴人將擔保物電瓶全部返還於主債務人，無論其所調換之擔保物價值究為若干，既係拋棄為其債權擔保之物權，依民法第七百五十一條之規定，被上訴人即保證人自應就上訴人所拋棄權利之限度內，免其責任。」

本文以為，「拋棄」與「更換」，為社會生活中常用語，而非僅存在於法律中

⁹⁹ 林誠二，同註 2 書，頁 363~365。

¹⁰⁰ 最高法院 100 年度台上字第 2079 號民事判決參照。

¹⁰¹ 最高法院 21 年上字第 1015 號民事判例參照。

¹⁰² 大理院 11 年上字第 9 號民事判例參照。

¹⁰³ 學者對此見解尚未有反對者，可參考黃茂榮，同註 23 文，頁 32~33；邱聰智，同註 5 書，頁 582~583。

的專屬用語，以一般人對於該兩用語的理解，兩種行為應該產生不同的效果。「更換」在概念上固屬「先一減，再加」，若將「減」與「加」分開觀察，僅個別就「減」而論，必然陷入如實務前述對拋棄擔保物權過度僵化，顯然與一般人社會生活經驗有違，且未見論據的解釋結果。正確之道，應係將「減」與「加」視為一個整體合併觀察，則當更換後之擔保物價值大於或等於原擔保物價值時，解釋上即非屬拋棄擔保物權；當更換後之擔保物價值小於原擔保物價值時，解釋上於該價值減少之範圍內即屬拋棄擔保物權。若然，不僅無損及任何人之利益，又可增進擔保物權利用上的靈活性，間接促進社會交易活動之活絡，故實務純粹機械式的概念推導方式，應予揚棄。

二、擔保物之提供人對人保免責範圍的影響

一般以為，民法第 751 條所指擔保物權不論係設定在保證契約成立之前或之後，亦不論係債務人自己或第三人設定，均有本條適用¹⁰⁴。惟本文以為，本條立法旨在避免因為債權人片面拋棄債權之擔保，而加重保證人責任，以保障保證人之利益。因此，保證人得主張解免責任之範圍，應視其所受不利益之大小而定，且其所受不利益之大小，又因擔保物權係由債務人自己設定或第三人設定而異。

詳言之，從與本條規定相對應之第 879 條之 1，有關物上保證人之免除責任之規定觀之，其立法理由係考量債權人免除保證人之保證責任時，將影響該物上保證人原得向保證人求償之權利，故於保證人應分擔部分之限度內，該部分抵押權消滅，以免因債權人單方免除保證責任之行為造成物上保證人之損害。同理，債權人拋棄擔保物權時，將影響該保證人原得向物上保證人求償之權利，故應於物上保證人應負擔部分之限度內，免除保證責任。此觀德國民法第 776 條就債權人拋棄其他擔保時，以「有損於保證人求償權」為保證人免予承擔責任之要件¹⁰⁵，亦為相同意旨。

準此，在擔保物權係主債務人自己設定之情形，因主債務人原本即應負擔最終全額清償責任，與保證人之間無責任分擔可言，保證人所受之不利益，端視債

¹⁰⁴ 林誠二，同註 2 書，頁 363~365；邱聰智，同註 5 書，頁 580；杜怡靜，同註 28 書，頁 602~603。

¹⁰⁵ 杜景林、盧湛譯，德國債法分論(簡體書)，(中國)法律出版社，2007 年 7 月初版，頁 425。原著作者 Dieter Medicus。第 776 條之中文翻譯為：「債權人拋棄與債權有關的優先權、為債權存在的抵押權、或者船舶抵押權、為債權存在的質權或者對共同保證人的權利的、保證人在自己因拋棄的權利而依第 774 條將可以取得償還的限度之內，免除責任。即使拋棄的權利是在保證承擔後始發生的，仍然適用此種規定。」(參見杜景林、盧湛譯，同註 64 書，頁 439。)

權人所拋棄之價值而定，故保證人就該拋棄權利限度內免其責任，固無問題；惟倘係由第三人設定時，依民法第 879 條第 2 項所揭櫫之「人保物保平等原則」，以及第 879 條之 1 所定之擔保責任免除之規定，主債務同時有保證人及物上保證人時，保證人及物上保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之，故債權人拋棄擔保物權時，保證人所遭受之不利益並非該擔保物權價值之全部，而僅係物上保證人原本應分擔之部分，從而，保證人僅得在物上保證人原本應分擔部分之範圍內減免保證責任，始與平等原則之立法趨勢相符。

綜上，本文以為，我國民法第 751 條應修法明定區分主債務人或第三人設定擔保物權之情形而異其效力，否則將產生民法體系本身價值判斷的矛盾。

三、債權人拋棄票據權利質權

主債務人提供票據設定權利質權予債權人，以擔保自己債務之履行，而其後債權人拋棄該質權時，保證人是否一概得以主張本條規定以消滅其保證責任？

有學者主張，債權人如未經該債務之保證人的同意，而將該票據返還主債務人或背書於第三人，則在此限度，因皆會影響保證人之求償權的保障，自當亦構成本條所定之免責事由¹⁰⁶。惟本文以為，應區分該票據是否有其他債務人而定，茲分述如下：

(一) 僅主債務人為票據債務人

民法第 751 條立法目的既在保障保證人苟為清償後得代位行使債權人之權利，已如前述。從而，保證人於代償後，繼受取得對主債務人之債權及其附隨之票據權利質權，惟由於該主債務之履行以及票據債務之履行，均繫於主債務人之債務履行能力，該權利質權對於保證人行使求償權並無助益，可謂形同虛設。易言之，縱使債權人拋棄該票據之權利質權，亦無損於保證人將來對主債務人之求償權，故應認為此種情形不符民法第 751 條之規範目的¹⁰⁷，有必要將本條規定以

¹⁰⁶ 黃茂榮，同註 23 文，頁 31 註 92。

¹⁰⁷ 民法第 751 條規範意旨除該條立法理由外，邱聰智教授學者有更具體說明，認為擔保物權易於實行而有助債權之實現，且該擔保物權如由主債務人提供者，債權人予以拋棄，其法律上評價猶如拋棄債權，其結果勢必有損保證人之利益，故民法特設本條，以維保證人利益。（參見邱聰智，同註 5 書，頁 579。）

目的性限縮¹⁰⁸，排除適用於此等票據債務之履行與主債務之履行均繫於主債務人之案型，抑或修法明示排除。

(二) 第三人為票據債務人

倘該票據除主債務人外另有第三人為票據債務人，則保證人於代償後，所繼受取得對主債務人之債權及其附隨之票據權利質權之清償，分別繫於主債務人及第三票據債務人，債權人拋棄該票據之權利質權，將損及保證人對票據第三債務人之追索權(民法第 909 條第 1 項前段、票據法第 96 條第 1 項至第 3 項)，故應認為於此種情形，保證人於債權人退還票據金額範圍內，其保證債務消滅。

第二節 債權人片面允許主債務延期清償

我國民法第 755 條規定：「就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任。」其立法目的，在避免保證人遭受超乎預期期限範圍之不利益。最高限額保證亦屬保證之一種，民法就最高限額保證之保證人的此項權益之保護應無不同，故有本條規定之適用。

惟值得探討者，係本條規定適用於最高限額保證時，是否為當然適用，而無需考量延期後之清償期是否仍在最高限額保證契約的有效期間內？易言之，倘債權人允許主債務人延期清償，所延展之清償期仍在此最高限額保證契約的有效期間內，保證人得否援引民法第 755 條規定，主張不負保證責任？

一、學說與實務見解

(一) 否定說

實務通說與部分學者認為，本條規定適用於最高限額保證時，不論是定有期間之最高限額保證，或未定期間之最高限額保證，凡在保證契約有效期間內所發生之債務，如債權人允許主債務人延期清償，所延展之清償期仍在此保證契約有

¹⁰⁸ 有關「目的性限縮」請參見王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，自版，2003 年 10 月版，頁 320~321。

效期間內，保證人不得援引民法第 755 條規定，主張不負保證責任¹⁰⁹。此說大多數並未論述所持理由，茲列舉少數有論述理由之實務見解於下：

1.以最高限額保證與一般保證性質不同為由

最高法院 93 年度台上字第 696 號民事判決：「所謂最高限額保證契約，所擔保之對象為現在已存在及將來連續發生之『不特定債務』，故在該保證契約有效期間內，所生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定之債務，於不逾最高限額範圍內，債權人仍得請求保證人履行保證責任，此與就定有期限之債務為保證所擔保之對象為『特定債務』，如該主債務消滅或債權人允許主債務延期清償，保證人未表同意時，保證人之保證責任即隨同消滅或免除者，性質上已有不同；且此一未定期限最高限額保證契約，因未約定保證期間，於保證人依民法第 754 條規定終止或有其他消滅原因之前，所生約定之債務，在不逾最高限額範圍內，即均為保證契約效力所及，不論該約定範圍內之債務於期限屆滿後，債權人是否允許主債務人延期清償，保證人亦不得援引民法第 755 條之規定，主張不負保證責任。」

2.直接以保證未定有期限為由

最高法院 100 年度台上字第 382 民事號裁定：「未定期間之最高限額保證……保證未定有期限，無民法第 755 條規定之適用。」

3.以主債務雖經延期清償，但仍在最高限額內為由

最高法院 101 年台上字第 276 號裁定：「未定期限之最高限額保證……又被上訴人就上開二百萬元債務，雖未經上訴人同意，即允許聯逢興公司延期清償，惟因經延期後之主債務，仍在約定之最高限額內，自為該保證契約效力所及，上訴人亦不得依民法第 755 條規定主張免責。」

最高法院 100 年台上字第 1509 號民事判決：「又丞大公司對被上訴人所積欠之系爭債務，係在系爭保證契約有效期間內所發生，嗣被上訴人同意丞大公司延

¹⁰⁹ 例如：黃茂榮教授，參見黃茂榮，同註 23 文，頁 34、邱聰智教授，參見邱聰智，同註 5 書，頁 594、最高法院 43 年台上字第 192 號民事判例、95 年度台上字第 1521 號民事判決、95 年度台再字第 8 號民事判決、94 年度台上字第 1932 號民事判決、93 年度台上字第 717 號民事判決、93 年度台上字第 696 號民事判決、92 年度台上字第 1472 號民事判決、91 年台上字第 1585 號民事判決。

展清償期限，雖未據徐德祿在展期約定書內簽章同意，惟既未逾徐德祿保證之一千萬元最高限額，仍為系爭保證契約效力所及，徐德祿尚不得卸免其保證責任。」

99 年台上字第 1127 號民事判決：「債權人允許債務人延期清償，倘仍在約定之最高限額內者，保證人仍應負保證責任，而無民法第 755 條規定之適用。」

96 年台上字第 232 號民事判決：「債權人就特定債務允許債務人延期清償，倘仍在約定之最高限額內者，因仍屬保證人簽訂該保證契約預期承擔風險之範疇，與民法第 755 條規範目的不符，自無該條規定之適用。」

91 年台上字第 1912 號民事判決：「未定有期間之最高限額保證契約，在未經保證人依民法第 754 條規定終止前，於約定範圍內所生之債務均為該保證契約效力所及，故已發生之債務縱因清償或其他事由而消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生之債務，於不逾最高限額範圍內，保證人仍應負保證責任，是以債權人約定有期間之主債務，未經保證人同意，即允許主債務人延期清償時，因經延期後之主債務，在約定之最高限額內仍為該保證契約效力所及，保證人自不得依民法第 755 條規定免負保證責任。」

綜上，否定論者似乎認為，最高限額保證既然係就保證契約有效期間內連續發生之債務為保證，則縱使發生其中某筆債務經債權人片面允許延期清償之情事，因嗣後祇要該保證契約仍為有效，保證人仍須就繼續發生之債務負擔保證責任，故保證人自不得就該項經延期之債務主張免負保證之責，因而將民法第 755 條之適用範圍侷限在「一般保證」類型。至於前述所列以「保證未定有期限」以及「仍在最高限額內」等作為排除最高限額保證適用之論據，實則令人費解。

(二) 肯定說

採取不同見解之學者則認為，債權人對主債務人之債務允許延期清償時，除經保證人同意外，保證人得依本條規定，主張不負保證責任¹¹⁰，甚至更進一步說明因為最高限額保證人所負之保證責任本身並無期限之問題，自不生所謂「保證本身之期限較主債務期限為長者，當債權人允許主債務人延期清償，而所延之清償期仍在保證期間之內者，保證人即不得據此主張免責之問題¹¹¹。

¹¹⁰ 陳聰富，同註 7 文，頁 11。

¹¹¹ 林誠二，同註 2 文，頁 98；林誠二，同註 2 書，頁 365。

依本文所見，造成以上肯、否之論的原因，在於就最高限額保證之「期間」所代表的意義於認知上的差異所致。因此，欲正確回應本款問題，必須先就該期間之意涵予以釐清。

二、最高限額保證之「期間」的意義

(一) 「期間」係決定保證債務範圍的期間

最高限額保證未定期間者，保證人得依第 754 條第 1 項規定終止最高限額保證契約，而終止後之效力，規定於同條第 2 項，即「保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任」。可知係賦予保證人對其所負保證債務之截斷效果，亦即「確定」保證債務之範圍，使之不再擴大，實與定有期間之最高限額保證契約期間屆至的效果相當。從而，由前開條文第 2 項之效力規定可知，第 1 項所指「終止保證契約」並非自通知到達債權人起向後使「保證本身」失其效力(否則將與定期保證屆期之效力相當)，而係劃分最高限額保證所擔保債權範圍之分水嶺。準此，定有期間之最高限額保證，其期間之作用，與未定期間之最高限額保證之終止相同，係作為「確定」最高限額保證所擔保之債權之範圍¹¹²。

再者，從類推適用民法第 881 條之 4 有關最高限額抵押權確定期日之規定以觀，最高限額保證契約之期間亦應解為係決定保證債務範圍之期限，而非保證本身之期限，與同法第 752 條定期保證之期間的意義有間。

另從日本民法最高限額保證關於「原本確定期日」的規定亦可得出相同結論。該國民法 2004 年增訂第 465 條之 2 至 465 條之 5 有關貸款等最高限額保證之規定，其中，第 465 條之 3 雖規定為「原本確定日期」，惟若將締約日期與確定日期合併觀察，兩者實際上構成了「決定保證債務範圍之期間」。就此，2004 年 5 月 24 日法制審議會保證部會決定的「關於保證制度修改綱要之中間方案」第一之三，即以「保證期間」稱之。其後同年 6 月 1 日法務省民事局參事官室「關於貸款債務最高限額保證中的個人保證人的保護方策」第三中，明確指出「保證期間」並非是該期間經過後保證債務消滅，保證人不再負任何責任，而是專指僅

¹¹² 最高法院 77 年度台上字第 1207 號民事判決已明確表示此一見解，謂：「定有期間之最高限額保證，即係約定就一定期間內所生之債務為保證，其期間僅係決定保證債務之範圍…」。

限於在該期間內就主債務原本發生的債務負擔保責任(在保證期間經過後，僅對已確定的原本和與之相對的利息和損害金負保證責任)，與「最高限額保證契約締結之日起至原本應確定的日期止的期間」同義，亦即保證期間的末日為應確定原本的日期¹¹³。

(二) 不同於定期保證之「期間」

在我國民法體系下，除了定期保證外，一般保證本身沒有期限的問題¹¹⁴，而是隨主債務而生滅。最高限額保證係就保證契約存續期間內所生之主債務為保證，須至該主債務因清償等原因消滅後，保證人始得免責，故最高限額保證人所負之保證責任本身亦無期限之問題，自不生所謂「保證本身之期限較主債務期限為長者，當債權人允許主債務人延期清償，而所延之清償期仍在保證期間之內者，保證人即不得據此主張免責」之結論¹¹⁵。

依本文觀察，造成實務通說採取否定說的原因，主要是將「最高限額保證契約之期間」與「定期保證之期間」兩個不同的概念相互混淆，且混淆之濫觴可追溯至最高法院 43 年台上字第 192 號民事判例，其謂：「保證契約既載明自某日起至某日止一年期間內負保證責任，即屬概括保證之性質，在此一年期間內所發生之債務，不問次數若干，均應負保證責任。縱使債權人同意主債務人某一次借貸延期清償，而該一次借貸所延展之期間，既在原約定一年期間之內，自不得藉此主張不負保證之責任。」本案事實係「定有期限之最高限額保證」，而非「定期保證」¹¹⁶，本判例卻以定期保證的法理加以解釋¹¹⁷，其後所有民事判決及部分學者紛紛引用，爰形成實務通說，即本文所指之否定說。

¹¹³ 渠濤，同註 44 書，頁 262、275。

¹¹⁴ 最高法院 49 年台上字第 1756 號民事判例參照。

¹¹⁵ 林誠二，同註 2 文，頁 98、林誠二，同註 2 書，頁 365。

¹¹⁶ 摘錄本民事判例之判決理由如后：「惟查被上訴人與大盛貿易行於借用系爭款項前之四十年十二月二十九日，先與上訴人訂立借款契約，載明『借款以新台幣二萬三千元為最多限度，借款期限自民國四十年十二月二十九日起至四十一年十二月二十八日止，根據本契約使用款項時，每次均應開具票據，保證人之責任，非至主債務完全消滅時，不歸消滅』等字樣。此種契約，明係概括保證之性質，即自四十年十二月二十九日起至四十一年十二月二十八日止，一年期限內所發生之債務，不問次數，均應負保證責任。至大盛貿易行開發系爭本票借款二萬三千元，僅係其中一次借貸行為，其本票內所定二十日之期限，雖經上訴人同意展至四十一年三月四日，究在概括契約原定一年期間之內，自難以此遽謂上訴人未得被上訴人同意，允許主債務人延期清償，依民法第七百五十五條之規定，被上訴人不負保證責任。」

¹¹⁷ 將本判例與最高法院 50 年台上字第 1470 號民事判例(如後註 119)針對定期保證表示之見解兩相對照，即可知其間之相似性。

三、本文見解

本文以為，最高限額保證所擔保之債務，祇要債權人片面同意債務人延期清償，保證人即得主張民法第 755 條所定免責抗辯，不受該延期後之清償期是否仍在最高限額保證契約有效期間內的影響。理由除了該「期間」係決定保證債務範圍的期間，而非保證責任本身之存續期間，已如前述外，尚有下列數端：

(一) 民法第 755 條之適用要件

就民法第 755 條之適用要件而言，該條所謂就「定有期限之債務」為保證者，係指主債務係定有清償期之情形，保證契約本身是否定有期限，原應與本條規定無涉，僅在定期保證之情形，倘主債務延期後之清償期仍在原定之保證期限之內者，保證人仍應負保證責任而已¹¹⁸。其理由在於，定期保證本身的存續期間已在保證人預見且經事先評估之範圍內，故倘其延展之清償期仍在定期保證之有效期間內，依實務判例之見解¹¹⁹，保證人仍不得援用第 755 條規定解免保證責任。

除此之外，祇要保證人所保證者係定有清償期之債務，無論該保證係一般保證或最高限額保證，亦不論展延期限後之清償期是否仍在最高限額保證之有效期間內，保證人均得主張本條所定免責之抗辯。

(二) 民法第 755 條之立法目的

由於保證人多以對主債務人於清償期資產狀況之預期與評估而為保證，當債權人片面延展清償期，無異於變更原保證契約內容，加重保證人之保證責任，而延長後主債務人資產狀況之變化可能對保證人不利，自不應由保證人蒙受此項不利益，故有民法第 755 條之設¹²⁰，以避免保證人遭受超乎預期期限範圍之不利益。此項保護保證人之立意，於最高限額保證亦復如是。蓋最高限額保證雖係就

¹¹⁸ 朱柏松，論保證人預先拋棄權利之效力—評最高法院九十二年台上字第一三六八號民事判決，月旦法學雜誌，125 期，2005 年 10 月，頁 209。

¹¹⁹ 最高法院 50 年台上字第 1470 號民事判例：「就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於延期已為同意外，不負保證責任，因為民法第 755 條所明定。但約定保證人於一定期間內為保證者，則在此一定期間內所發生之債務，如債權人允許主債務人延期清償，而所延展之清償期仍在該一定期間內者，保證人自不得援引前開法條，而主張不負保證責任。」(本件案例事實為定期保證，但 95 年度台再字第 8 號民事判決卻誤解為屬「定有期間之最高限額保證」)

¹²⁰ 林誠二，同註 2 書，頁 329；朱柏松，同註 119 文，頁 209。

約定期間與約定債之關係範圍，於最高限額內承擔保證責任，但保證人對於符合前開期間與範圍的某一個別債務，經評估後倘認為風險過高(例如借款之清償期限過長，超過其預期可接受的範圍)，仍得於該債務發生前向債權人為拒絕保證之意思表示，非當然必須就保證期間內所生主債務全盤接受而無拒保之餘地。從而，倘僅因展延期後之清償期仍在最高限額保證之有效期間內，甚至僅因仍在最高限額內，即令保證人不得主張本條權利，無異於坐視最高限額保證人遭受超乎其預期風險之不利益，而不加以保護。

(三) 否定說之檢討

倘如實務通說所言，在最高限額保證契約下，如債權人允許主債務人延期清償，而所延展之清償期仍在保證契約有效期間內者，保證人不得援引民法第 755 條規定主張不負保證責任，將產生不合理的結果。舉例而言，在未定期間最高限額保證契約未經終止前之民國(以下同)102 年 1 月 1 日，債權人片面允許主債務人延期清償至 102 年 7 月 1 日，此際，由於保證人具有任意行使民法第 754 條終止權之權利，保證人倘於 102 年 2 月 1 日行使終止權，則該筆債務所延展之清償期隨即超出保證契約有效期間之外，依實務通說之反面解釋，保證人得援引民法第 755 條規定主張不負保證責任；反之，保證人倘於 102 年 7 月 1 日之後始行使終止權，保證人即不得主張不負保證責任。若然，無異於變相賦予保證人擁有自由選擇是否負擔保證責任之權利，致使 102 年 1 月 1 日至 102 年 7 月 1 日期間內，債權人之該筆債權是否受到保證，係處於效力未定狀態，反使法律關係趨於複雜。實務倘預見於此，其見解或可能改弦更張。

四、小結

從最高法院 43 年台上字第 192 號民事判例開始，債權人允許主債務人延期清償，倘所延展之清償期仍在此最高限額保證契約的有效期間內，保證人不得主張民法第 755 條之抗辯權之見解，實務至今未有改變。究其原因，實係對最高限額保證期間之意義欠缺正確認識¹²¹，並且僅間接在最高限額保證與一般保證性質

¹²¹ 尤有甚者，竟有判決以民法第 753 條第 1 項之「保證未定期間者」，作為我國民法承認「未定期間之最高限額保證」之法律依據之一。參見臺灣臺中地方法院 90 年重訴字第 389 號民事判決，其謂：「……惟『未定期間之最高限額保證』既為法之所許（參照民法第七百五十三條、七百五十四條）……」。

上的「不同」論述，而未直接立於本條之適用要件與立法目的之「相同」上思考，使得在未定期間之最高限額保證下，片面延期後之債權是否受到保證，完全操於保證人之手，而債權人卻毫無把握。此項效果對照否定說所謂「所延展之清償期仍在此保證契約有效期間內，保證人不得援引民法第 755 條規定，主張不負保證責任」之論述，似顯得難以自圓其說。

本文以為，最高限額保證係為因應債權人與債務人間不斷發生之債務，省去保證人逐一同意保證的煩瑣，以增進經濟活動效率而生，超出此項目的範圍外，在無有力論據之前，不宜使最高限額保證人立於較一般保證之保證人更不利之地位準此，應認為最高限額保證之下，倘債權人片面允許債務人延期清償，均有民法第 755 條規定之適用，至於延期後之清償期是否仍在最高限額保證之有效期間內，均非所問，始與最高限額保證之存在目的與運作原理若合符節。

第三節 其他事由

一、債權人逾期末對主債務人為審判上請求

民法第 753 條規定：「保證未定期間者，保證人於主債務清償期屆滿後，得定一個月以上之相當期限，催告債權人於其期限內，向主債務人為審判上之請求。債權人不於前項期限內向主債務人為審判上之請求者，保證人免其責任。」本條成立要件有四：1.須為非定期保證，即指保證本身未定有期間，係相對於同法第 752 條之定期保證而言；2.須主債務已屆清償期；3.須定相當期限催告債權人；4.須債權人未如期向主債務人為審判上請求¹²²。爰祇要最高限額保證所擔保之主債務已屆清償期，不論斯時最高限額保證已否確定，保證人均得行使本條所定之催告權，並據以解免保證責任。

二、主債務經第三人承擔

即民法第 304 條第 2 項：「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。」蓋第三人為擔保債務人之債務，於自己之不動產上設定抵押權、質權、或為之保證者，於債務移轉於承擔人時，

¹²² 邱聰智，同註 5 書，頁 588~589。

除供擔保之第三人，對於債務之承擔已為承認者外，當視為債權人拋棄其擔保之利益，而消滅其權利¹²³。最高限額保證既為保證之一種，倘債權人終止與主債務人間之交易關係，並發生本條所定債務承擔之情形，保證人所處利益狀態與一般保證並無不同，故亦有本條規定之適用。

三、債權人免除其他共同保證人之責任

在共同保證下，如債權人僅免除其中一保證人之責任時，因共同保證人原則上應負連帶責任(學說稱為保證連帶，民法第 748 條)，其免除應適用連帶債務之規定，就該被免除債務之保證人所分擔之部分，他保證人亦同免責任(民法第 276 條第 1 項)¹²⁴。實務上，共同保證可能全部或部分由一般保證或最高限額保證組成，最高限額保證人於債權人免除其他一般保證人或最高限額保證人之責任時，因損及其責任分擔利益，故亦得援引本條規定，就該被免除債務之保證人所分擔之部分，同免保證責任。

四、主債務喪失同一性

債權人與債務人以法律行為變更主債務者，其變更如使先後之債務喪失其同一性，保證責任將因主債務之不存在而消滅。例如，主債務所由生之契約經合意解除時，雙方為其善後所定之新債務與原來之主債務不同一¹²⁵。同理，為「清償債務而對於債權人負擔新債務，有使舊債務消滅之意思表示者，該項意思表示，即為民法第 320 條中除外規定所謂之『當事人另有意思表示』，其因此而成立之契約，稱之為更改。又保證為從債務，主債務苟由於更改而消滅，其從屬之保證債務，應隨同消滅，自亦當然」¹²⁶。

最高限額保證於確定後，保證人所負之保證責任從屬於確定債權，自應隨主債務喪失同一性而消滅。惟於確定前，因從屬性尚未發生，倘更改後債務亦具備最高限額保證契約所定擔保債務之資格，則更改後債務，解釋上即屬持續發生之不特定債務，保證人不得主張主債務已因喪失同一性而得解免保證責任。

¹²³ 本條立法理由參照。

¹²⁴ 邱聰智，同註 5 書，頁 583。

¹²⁵ 最高法院 76 年度台上字第 209 號民事判決參照。

¹²⁶ 最高法院 75 年度台上字第 1107 號民事判決參照。

第四節 小結

本章列舉「債權人拋棄擔保物權對人保之影響」、「債權人片面允許主債務延期清償」、「債權人逾期末對主債務人為審判上請求」、「主債務經第三人承擔」、「債權人免除其他共同保證人之責任」以及「主債務喪失同一性」等最高限額保證責任之特殊消滅事由。

在人保物保併存時，實務將債權人「更換」與單純「拋棄」擔保物權兩者為相同處理之見解，雖對保證人有利，惟不僅流於僵化，且違於社會一般通念，更因遲滯財產交易價值之利用而不利於經濟之活絡。本文以為，應就更換後低於原擔保物價值之差額認定為拋棄即可，保證人於該差額範圍內始得援引民法第 751 條之抗辯。其次，倘拋棄之擔保物係由第三人設定時，應本於「人保物保平等原則」，使保證人僅得在物上保證人原本應分擔部分之範圍內減免保證責任。再者，擔保物權為票據權利質權之情形，倘僅主債務人為票據債務人，因債權人拋棄該權利質權並無損於保證人將來對主債務人之求償權，故應採目的性限縮，排除適用民法第 751 條，抑或修法明示排除。

在債權人片面允許主債務延期清償之情形，基於最高限額保證之「期間」僅係作為界定擔保債權在發生時間上的資格範圍，而非最高限額保證本身效力的存續期間，與定期保證之概念並不相同，故實務通說及部分學者由於未能釐清最高限額保證之期間的意義，進而主張「所延展之清償期仍在此最高限額保證契約的有效期間內，保證人不得主張民法第 755 條之抗辯權」之見解，應不可採，甚至在未定期間之最高限額保證之情形，將因保證人得行使任意終止權，而令此項見解難以自圓其說。除前述原因外，復因最高限額保證之期間係為因應債權人與債務人間不斷發生之債務，省去保證人逐一同意保證的煩瑣，以增進經濟活動效率而生，超出此項目的範圍外，不宜使最高限額保證人立於較一般保證之保證人更不利之地位。準此，應認為最高限額保證之下，倘債權人片面允許債務人延期清償，均有民法第 755 條規定之適用，至於延期後之清償期是否仍在最高限額保證之有效期間內，均非所問，始與最高限額保證之存在目的與運作原理若合符節。

其他如「債權人逾期末對主債務人為審判上請求」、「主債務經第三人承擔」、「債權人免除其他共同保證人之責任」以及「主債務喪失同一性」等情形，均為一般保證人得主張免責之事由，且因最高限額保證仍屬保證之一種，於該等情形

下之利益狀態與一般保證人相同，最高限額保證人不應處於較一般保證人不利之地位。準此，除了在主債務喪失同一性之情形，當最高限額保證未確定前，該更改後債務符合最高限額保證所約定之擔保債務資格，保證人不得主張解免保證責任外，前開一般保證人得主張之保證責任消滅事由，最高限額保證人均得主張之。



第五章 與民法第七五三條之一的適用關係

第一節 案例與問題說明

甲為 A 公司董事，為擔保 A 公司對 B 銀行周轉金借款之履行，以 1,000 萬元為限，與 B 銀行簽訂未定期間之最高限額保證，並於契約中聲明以個人身分作保。嗣後，甲因故卸任董事職務，甲或 A 皆未通知 B 銀行，甲亦未對 B 銀行為終止保證之意思表示，惟 A 公司於 20 日後辦妥董事異動之變更登記。A 公司於甲卸任後之兩年間仍陸續向 B 銀行循環借款，最後遺留 800 萬元借款未能清償，且該未償餘額中的 300 萬元係於甲卸任後至 A 公司辦妥變更登記前之期間內所借，其餘為辦妥變更登記後所借。則甲是否應就該 800 萬元負擔保證責任？倘 B 非屬銀行等金融機構，則甲應負之保證責任有無不同？

在金融實務上，法人之董監事與債權銀行成立未定期間之最高限額保證契約，以擔保法人之債務的情形(以下簡稱董監事連保)甚為普遍。惟因最高限額保證契約未定期間，保證人於卸任後，常遭債權人以該保證契約未經保證人通知終止故於其卸任後仍持續有效為由，訴請履行保證責任。保證人則以保證契約係基於其董監事職務身分而為，故應不必就其卸任後法人所生債務負擔保證責任。

就此類案件，在民法第 753 條之 1 增訂之前，當法人之董、監事職務有異動時，其保證責任是否免除，應區別情形而論。若依民法第 98 條規定解釋，保證人係因基於該等職務關係始為保證者，解釋上應有身分地位之牽連關係，當其卸任職務時，新任者與債權人重新成立保證契約後，舊任者之保證責任即告免除；反之，若保證人係因基於自己個人意願作保，基於債之相對性原則，其卸任職務後，在未得債權人同意辦理退保前，其保證關係仍然存在¹²⁷。

我國實務之處理方式大致可分為兩類。其一是以探求當事人是否本於保證人之職務身分始成立保證契約之真意為核心，且經法院肯認之個案，其事實通常是債權人另與其他新任董監事成立保證契約¹²⁸，故容易認定，而此類處理原則即與

¹²⁷ 林誠二，同註 2 書，頁 333~334。

¹²⁸ 例如最高法院 99 年度台上字第 1569 號民事判決：「倘系爭保證書仍有其效力，上訴人何須另行簽訂授信契約書，再令莊侑儒、林宏德重複為連帶保證人之簽署，是依誠實信用原則，應可認上訴人已有另與宏邦公司董事、股東另立保證契約，而免去被上訴人股東連帶保證之意。」

前開學說之主張相同；其二是本於契約嚴守原則，必須保證人行使任意終止權或約定以卸除職務為保證契約終止之條件，保證人始得就終止後新生債務不負保證之責¹²⁹，完全否定保證契約在身分地位上的牽連關係。前者，當事人攻防重點在於證據方法，故倘個案事實中未另外存在其他新任董監事簽訂之保證書，或保證人並非皆為董監事時，則對保證人易有不利之判定；後者則對於欠缺法律認識而不知有任意終止權可資行使之保證人至為不利。兩種處理方式也突顯出實務對於董監事連保案型的處理欠缺一致性的缺失。民法第 753 條之 1 的增訂，或許可為此類案件提供統一的處理標準。然而，本條規定之適用主體、客體、任職期間、保證債務範圍得否任意約定等構成要件要素，仍存在不少解釋空間，使得操作上頗為困難。本章將逐一探討其應如何解釋適用，始能在著重保證人權利之保護的目的外，亦能兼及調和與衡平當事人權益。

第二節 適用之保證契約類型與主體

一、適用之保證契約類型

(一) 未定期間之最高限額保證

筆者因職務之便獲悉票券公會內部會議曾認為，本條規定於民法第 752 條之定期保證類型仍有其適用，因此衍生出當卸任時點早於定期保證期間之末日時，保證人就其卸任後債務人所生主債務不負保證責任之芻議。惟本文以為，定期保證之下，保證人僅於已確定之期間內負保證責任，應足已保障職務保證人之利益。再者，從本條立法理由所參考之兩則實務判決均以最高限額保證為爭執之起點，以及條文列於第 753 條及第 754 條有關未定期間保證規定之間觀之，應可合理推斷，本條規定係以包括第 754 條之「就連續發生之債務為保證而未定有期間」之保證在內的繼續性保證契約為其適用客體，而非適用於第 752 條之「定期保證」類型。

就實務運作現況而言，本條規定可謂係適用於本文論述主軸的最高限額保證

其他案例尚有最高法院 90 年度台上字第 1472 號民事判決、87 年度台上字第 1747 號民事判決、86 年度台上字第 1958 號民事判決、79 年度台上字第 1808 號民事判決、77 年度台上字第 367 號民事判決及臺灣高等法院 88 年重上字第 228 號民事判決。

¹²⁹ 例如最高法院 93 年度台上字第 2530 號民事判決及臺灣高等法院 88 年上字第 56 號民事判決。

契約¹³⁰，並且是「未定期間」之最高限額保證始有其適用。蓋「定有期間」之最高限額保證已就保證人擔保的債務範圍，設定了債務資格在發生時間上的限制，依現行實務與通說見解，保證人於該期間屆至前，無終止權可資行使，自無立法說明所謂因「不知自身權利」而未行使權利可言，故定有期間之最高限額保證不在本條原定規範計畫之內。

(二) 新法施行前成立之未定期間之最高限額保證

本條規定於 99 年 5 月 26 日生效施行，相關實務判決至今僅約十餘件，且爭點皆集中於本條規定施行前即已成立之未定期最高限額保證契約是否有本條規定之適用。對此，各地方法院一致認為，民法債編施行法既未就本條之適用設有特別規定，故本條增訂施行前成立之保證契約，自不適用本條規定¹³¹。

惟臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上字第 34 號民事判決則更進一步指出，縱使未定期間之最高限額保證契約於本條規定施行前即已成立，在未經合法終止前本條繼續存在，故倘主債務發生時點在本條規定施行之後，則債權人訴請保證人負擔者非屬修法前已發生之保證債務，依其向後生效適用之結果，並無影響債權人信賴保護之既有權益，故仍有本條規定之適用。

又，除了本判決所述理由外，倘認為最高限額保證契約成立時點在新法施行後者始適用本條規定，將令現已存在之大量未定期最高限額保證契約之董、監事保證人，繼續因不知行使終止權而終生負無限保證責任，此結果應非亟欲為董、監事保證人尋求解套的立法者原意。故本判決之結論可資贊同。

¹³⁰ 最高法院 77 年台上字第 943 號民事判例：「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。」

¹³¹ 例如臺灣臺北地方法院 99 年度重訴字第 1287 號民事判決、99 年度重訴字第 309 號民事判決、99 年度北簡字第 10570 號民事判決；臺灣板橋地方法院 100 年度訴字第 89 號民事判決、99 年度訴字第 2029 號民事判決；臺灣新竹地方法院 100 年訴字第 456 號民事判決。

二、適用主體

(一) 主體資格

本條規定「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人」，其適用主體固為董事、監察人與其他有代表權之人，惟因尚規定「因……而」，遂產生保證人並非以其特定職務身分作為擔任保證人之動機時，是否具備主體資格的疑義。易言之，在認定本條適用之主體資格時，是否應以保證人係因擔任法人之董、監事或其他要職始為保證，作為資格要件之一？

有見解以本條立法說明指出「此等保證契約既係因保證人本於職務而為之保證，於卸職後仍須負保證責任，實屬不公平之現象」，而認為，立法者之原意僅需客觀上法人之董、監事於任職期間與債權人訂立保證契約，即足以符合，至於董、監事與債權人訂立保證契約之際，其主觀之動機為何，在所不問¹³²。此項見解之結論可資贊同，惟其理由尚值商榷。

蓋前開立法說明所述「本於職務而為之保證」恰恰是就保證動機的描述，故無法執該立法說明作為推論立法者原意之依據。真正的理由應該是，動機存於人之內心，若非保證人明示，實非契約相對人所能知悉，除有特殊情形外(例如民法第 88 條第 2 項之重大動機錯誤)，原則上不宜以之作為民事法律之構成要件要素，以避免危害交易安全¹³³。再者，倘須考量保證人主觀動機，債權人勢將採取變通作法，即要求董、監事等出具書面，聲明其係以「個人身分」，而非本條所定職務身分而擔任法人之保證人，倘未出具，即拒絕給予該法人貸款，若然，可預期債權人勢將透過法人施壓於董、監事，迫其出具違反本意之聲明書，無疑給予債權人藉以強令保證人出具聲明書以確保債權之機會，本條規定亦將因無適用主體而遭到架空，保護董、監事的保證人之努力亦將徒勞無功。

(二) 「其他有代表權之人」的意義

民法第 753 條之 1 就適用主體採取例示性規定，即先列舉董事及監察人兩種態樣，其後再以「其他有代表權之人」概括，此種模式於民法不乏其例。有疑問

¹³² 黃國偉，董監事連帶保證責任範圍增訂之評析(一)，法務通訊，2589 期，2012 年 4 月，第 4 版。

¹³³ 有關「動機之錯誤」可參考王澤鑑，民法總則，自版，2008 年 10 月修訂版，頁 399~406。

者，係「其他有代表權之人」應如何解釋？尤其是法人之經理人是否包括在內？

1. 與民法第二八條之關係

民法第 28 條規定：「法人對於其董事或『其他有代表權之人』因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」其中，「其他有代表權之人」於民國 71 年修法前，係規定為「職員」，且係指「與董事地位相當而有代表權」之職員¹³⁴，該條之修正理由並以清算人、公司之重整人為其例示，兩者在職務目的範圍內均以有「代表」¹³⁵法人之資格為其特徵，符合法條文義之要求。

惟應注意者，係民法第 28 條乃法人就自己行為負責¹³⁶之法人侵權行為之規定，故就其本身侵權行為損害賠償責任之成立，係以其董事或其他有代表權之人，因執行職務所加於他人之損害為限¹³⁷，從而，該條就法人侵權行為以「代表」為特徵之要求確有其必要，惟究與屬於契約法範疇且係有代表權之人就自己行為負責之第 753 條之 1 不同，兩者之適用領域及責任性質迥然有別，故兩條文雖均以「其他有代表權之人」表示，惟其解釋不以完全相同為必要，後者所指涉範圍亦不以前者所指範圍為限。

2. 經理人

經理人是否為「其他有代表權之人」？實涉及經理人在其執行職務及權限範圍內為法人所為之行為究為法人之「代表」或「代理」之釐清¹³⁸。就此，不論是實務或學說，至今見解仍未趨一致，惟多數採「代理」之見解¹³⁹。

¹³⁴ 本條立法理由參照。

¹³⁵ 公司法第 84 條第 2 項、第 334 條準用第 85 條、第 293 條第 1 項、78 年 7 月 15 日臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會司法院第一廳研究意見(民事法律問題研究彙編第 7 輯，頁 293)。

¹³⁶ 王澤鑑，同註 134 書，頁 188、191~192。

¹³⁷ 最高法院 100 年度台上字第 1594 號民事判決參照。

¹³⁸ 「代表」與「代理」之制度，其法律性質及效果均不同：「代表」在法人組織法上不可欠缺，代表與法人係一個權利主體間之關係，代表人所為之行為，不論為法律行為、事實行為或侵權行為，均為法人之行為；「代理」人與本人則係二權利主體間之關係，代理人之行為並非本人之行為，僅其效力歸屬於本人，且代理人僅得代為法律行為及準法律行為。參照最高法院 99 年度台上字第 1864 號民事判決或王澤鑑，同註 134 書，頁 475-476。

¹³⁹ 認為屬代表者，如最高法院 99 年度台上字第 781 號民事判決、98 年度台上字第 1401 號民事判決、91 年度台上字第 2221 號民事判決；黃立教授(參見黃立，民法總則，元照，1999 年 10 月 2 版，頁 378)。認為屬代理者，如最高法院 92 年台上字第 145 號民事判決、87 年台上字第 1915 號民事判決；王文字教授(參見王文字，公司經理人之代理權限與表見代理，臺灣本土法學雜誌，50 期，2003 年 9 月，頁 158)；梁宇賢教授(參見梁宇賢，公司法上公司經理人之職權，月旦法學教室，18 期，2004 年 4 月，頁 27)；劉連煜教授，(參見劉連煜，經理人之認定與經

本文以為，民法第 555 條之修正理由已明確表示，經理人為商號法定之委任代理人，其與商號間，無論民事上或訴訟上均為「代理」關係。復從公司法第 31 條第 2 項規定「經理人在公司章程或契約規定『授權』範圍內，有為公司管理事務及簽名之權」，亦已充分顯現代理權授與之意旨，故於我國民商法，經理人與法人之間應屬「代理」關係，從而應以多數說見解為當。故倘嚴守民法第 753 條之 1 所定「其他有代表權之人」的文義，本條適用主體應排除法人之經理人。

惟解釋法律，除文義外，仍應探求客觀化的法律意旨，而法律意旨的探求又應斟酌立法者具體的規範意思、價值判斷及利益衡量，做出全盤考量，始得以發揮法律解釋在實踐正義上的功能¹⁴⁰。本條規定雖載明為「代表」，且「代表」與「代理」在法律行為及效力歸屬的原理固有不同，但除此之外，例如就交易安全之保護而言，代表人與代理人在法律規範上並無區別¹⁴¹。從而，在契約法領域，過度強調「代表」與「代理」之區別似無實益¹⁴²，並且基於下述理由，本文以為，本條規定所謂「其他有代表權之人」，不以具有嚴格意義的「代表」法人之資格或地位之人為限，與法人間具有「代理」關係之經理人應包括在內：

其一，本條規定係董事、監察人與其他有代表權之人本身與債權人之間保證責任之規定，非直接影響法人權益，故以「代表」為要件來限制本條就保證人權益之保護的射程範圍，缺乏意義與論據。

其二，從提案立委於立法院委員會發言：「本席的一位學生到某企業擔任『總經理』……擔任連帶保證人，要負起 10 億元的債務」，與最初提案條文「因擔任公司董事、監察人或因其他『職務關係』而無償為該公司擔任保證人」觀察，立法者原意應係包括經理人在內。

其三、法務部發布之立法說明包括經理人在內。

值得探討者，係我國公司法對於經理人之認定，不以職稱為斷，而採實質認

理人之職權，月旦法學教室，44 期，2006 年 6 月，頁 27)；王志誠教授，(參見王志誠，公司負責人之概念與地位，月旦法學教室，24 期，2004 年 10 月，頁 90)及陳自強教授(參見陳自強，代理權與經理權之間—民商合一與民商分立，元照，2006 年 5 月初版，頁 154)。

¹⁴⁰ 王澤鑑，同註 109 書，頁 263。

¹⁴¹ 民法第 27 條第 3 項、第 107 條、公司法第 36 條、第 58 條、第 86 條、第 108 條第 4 項準用第 58 條、第 208 條第 5 項準用第 58 條。

¹⁴² 相同見解參見陳自強，民法講義 I—契約之成立與生效，新學林，2002 年 3 月初版，頁 283。

定¹⁴³，但實質認定的標準為何，不僅實務與學說不同調，各學者見解亦多有分歧。有認為必須同時符合公司法第 29 條第 1 項所定程序委任，與同法第 31 條規定「有為公司管理事務及簽名之權」兩項要件者¹⁴⁴；有認為內部關係是否為委任並不重要，而應以是否具有對外之代理權為認定標準者¹⁴⁵；有認為僅以實質上有無經公司授權管理事務及簽名為認定標準者¹⁴⁶；亦有認為業經公司法第 29 條第 1 項所定程序委任，或已向經濟部為經理人登記滿足其中之一要件即是者¹⁴⁷。除以上公司法領域外，甚至不同法律領域之經理人亦有不同定義¹⁴⁸。

再者，公司對於高階管理者(如總經理)，多會慎重其事地以公司法第 29 條第 1 項第 3 款所定程序而後委任，甚至辦理經理人登記，故就其經理人身分的認定較無問題。認定困難的案例，可預期大抵發生在相對弱勢的中、低階層管理者身上。最後，由於我國實務運作中的未定期間最高限額保證，並未如日本民法設有自締約日起最長 3 年必須確定之限制¹⁴⁹，使不知行使任意終止權之保證人長期承擔責任，對保證人之保護已嫌不足，且不知該權利者理論上又多屬中低階經理人，故若僅承認單一種經理人認定標準，不僅有實際上困難，且有可能導致本條規定所保護的法益主體因而掛一漏萬，致多數實質上經理人因而不受本條規定之保護，法律正義的功能將因而喪失。

準此，對於本條適用主體經理人之認定，宜廣泛採納實務與學說之各種經理人認定標準見解，從寬認定經理人身分，使適用主體擴大，除能保障真正需受保護之中低階經理人外，亦能藉以衡平前述未就最長確定期限設限之憾，始能符合本條保護特定身分保證人之規範意旨。從寬認定經理人身分雖對債權人不利，惟債權人(特別是金融機構)可藉由交易前向債務人及該自然人保證人進行是否為經理人身分之調查，並於交易繼續進行期間，以合理的資訊蒐尋成本，持續查證自然人保證人之任職情形，以確保自身權益，而非逕行採取由保證人出具「以個人身分」保證之聲明書的取巧方式，即奢望以之作為將來獲致有利判決之依據。

¹⁴³ 民國 90 年公司法第 29 條修正理由參照。

¹⁴⁴ 經濟部 95 年 5 月 16 日經商字第 09502071130 號函、94 年 4 月 1 日經商字第 09402040120 號函；林國全，公司經理人之概念，臺灣本土法學雜誌，48 期，2003 年 7 月，頁 134~135。

¹⁴⁵ 王文宇，同註 140 文，頁 165；王文宇，同註 80 書，頁 123~124。

¹⁴⁶ 王志誠，同註 140 文，頁 89~90。

¹⁴⁷ 劉連煜，同註 140 文，頁 26。

¹⁴⁸ 除公司法及民法之經理人外，尚有證券交易法上之經理人(原財政部證券暨期貨管理委員會 92 年 3 月 27 日台財證三字第 0920001301 號函)、勞動基準法上之經理人(行政院勞工委員會 100 年 12 月 30 日勞資字第 1000126886 號函、83 年 7 月 6 日(83)台勞動一字第 45638 號函)。

¹⁴⁹ 同註 67。

(三) 法人董監事及影子董事

公司法第 16 條第 1 項規定：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。」故公司於依法律¹⁵⁰或章程規定為保證人時，民法有關保證之規定，於公司組織原則上即有其適用。惟同法第 27 條第 1 項又規定，法人股東有當選為董事或監察人之資格，從而，當法人之「法人董監事」為法人之債務保證時，法人董監事是否當然適用本條規定而受保護？容有疑義。

從法律的「解釋」層次而言，不論採何種解釋方法，基於本條規定之文義，其適用主體並無排除法人董監事之餘地，否則將逾越法律解釋之界線¹⁵¹。惟鑑於本條規定係以保障「不知法律而未能行使權利者」¹⁵²為目的、所參考之兩則最高法院判決之保證人均係自然人，且立法者亦以保障自然人保證人為提案動機，諸此立法過程中所呈現的，均係以自然人作為其內在目的與規範計畫所保護之對象；再者，法人內部通常由多數人各司其職、各有專精，且經常性參與社會經濟活動，要難以「不知法律」為由對抗債權人——特別是債權人為自然人時——而與自然人保證人同受本條規定之保護。準此，本文以為，本條規定適用之主體範圍，宜作目的性限縮，僅自然人董監事或其他有代表權之自然人擔任法人之最高限額保證人時，始有其適用，方能切合本條立法意旨。

此外，本條適用主體應不包括公司法第 8 條第 3 項之「影子董事」。蓋該條立法目的在使實際上行使董事職權，或對名義上董事下達指令之影子董事，亦須負公司負責人責任，使其權責相符，並藉以保障公司及投資人權益¹⁵³，故屬對於影子董事行為的規制，而非權利的給予或保障。並且，影子董事雖有董事的實質，卻無董事的外觀，更無民法第 753 條之 1 所謂「任職期間」，客觀上交易相對人無從辨識其董事身分。從而，不論從影子董事在公司法上係屬受到規制之定位或交易相對人之交易安全層面考量，影子董事均不宜作為本條適用主體。

¹⁵⁰ 例如銀行法第 3 條第 13 款與第 101 條第 1 項第 4 款之「辦理國內外保證業務」。

¹⁵¹ 王澤鑑，同註 109 書，頁 264~265。

¹⁵² 此處之「不知法律」係指對民法上權利之存在欠缺認識而言，與善意或惡意無關，亦非刑事實體法領域探討的「不法意識」之欠缺，我國民事法領域尚乏相關議題的論述。惟本文以為，僅有自然人始有所謂「不知法律」可言。

¹⁵³ 本條立法理由參照。

(四) 保證後取得董監職務者

如本文前述，本條關於主體資格並不考慮保證人主觀上之動機，僅需擔任保證人之時，客觀上已具有董、監事等特定身分，即符合本條之主體資格要件。準此，倘成立最高限額保證在先，取得董監事身分在後者，是否為本條之適用主體？

舉例而言：甲為 A 公司債務擔任最高限額保證人時尚不具董監事等身分，嗣後於 A 公司股東會中當選為董事，並參與董事會之運作。其後不久，甲因經營理念不和，於任期結束前即辭去董事職務。甲是否應就其卸任後 A 公司所生之主債務負保證責任？

本文以為，雖然最高限額保證於確定以前，保證責任隨著主債權之生滅而變動其範圍，且每一筆主債務之發生，即等於保證人逐次對該主債務負擔保證責任故從表面上觀察，在各筆主債務發生之際，甲似符合本條「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人」之要件，而成為本條之適用主體，從而甲就其卸任該特定身分後，A 公司始發生之主債務應依本條規定不負保證責任。惟應說明者，係甲既然自始依自由意願以個人身分擔任最高限額保證之保證人，該契約之效力即應持續至終止事由發生時為止，且本條並無排除意定擔保範圍之明文，故不得謂其間因甲擔任董事而即以本條規定排除原先已意定之契約效力，爰甲於卸任後，除有終止事由發生外，仍應就其後 A 公司發生之主債務負擔保證責任。

第三節 任職期間終期之認定(卸任事由)

一、任意終止

(一) 董事及監察人

公司與董事及監察人之關係，係適用民法關於委任之規定(公司法第 192 條第 4 項及第 216 條第 3 項參照)，至於有無依照公司法規定申請董監事變更登記，僅生可否對抗第三人之效力¹⁵⁴。

董、監事任期屆滿屬委任關係之(事前)意定終止，原則上因而喪失董、監事

¹⁵⁴ 經濟部 64 年 4 月 24 日經商字第 08973 號函參照。

身分，惟若公司不及改選時，其身分依法延長至改選董、監事就任時為止(公司法第 195 條第 1 項、第 2 項、第 217 條第 2 項參照)。

董、監事與公司間之委任關係，亦得隨時因任一方當事人終止契約之意思表示到達他方時，使委任契約終止(民法第 549 條第 1 項、第 94 條、第 95 條參照)，因而喪失董、監事之資格。倘由公司發動終止委任，董、監事應由股東會決議改選或解任，如未決議董、監事於任期屆滿始為解任，視為提前解任(公司法第 199 條之 1、第 227 條參照)。

(二) 經理人

如本文前述，在從寬認定經理人身分的前提下，公司與經理人任期期間的判斷不一而足。其經公司依公司法所定程序解任者(公司法第 29 條第 1 項)，或經理人主動辭職，以決議日或辭職之表示到達公司之日，作為認定經理人喪失身分之日。其他情形，例如經理人遭剝奪為公司管理事務之權(俗稱冰凍)，或除去對外代理公司或簽名之權，應以該實質經理權遭除去之日為喪失經理人身分之日。至於經理人身分喪失之事實倘無法令債權人從形式上(例如公司登記之公示資訊)得知，應考量債權人之不知悉是否可歸責，以兼顧善意債權人利益之保護。

二、當然解任

依法當然解任者，公司與董、監事及經理人間之委任關係隨即終止，無待一方以意思表示為之。茲彙整公司法與證券交易法有關當然解任規定如下：

| 解任事由 | 說 明 | 法律依據 |
|------|--|------------------------------|
| 資格不備 | 董、監事或經理人有公司法第 30 條各款所定消極資格時，當然解任。 | 公司法第 192 條第 5 項、第 216 條第 4 項 |
| 拖延改選 | 董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆滿時，當然解任，無須俟主管機關為解任之處分始生解任效力。 | 公司法第 195 條第 2 項 |

| | | |
|-----------|---|--------------------------|
| | 上市或上櫃公司未依法召開股東常會改選董事、監察人者，經主管機關限期召開而仍不召開者，自限期屆滿時，全體董事及監察人當然解任。 | 證券交易法第 36 條第 8 項 |
| 轉讓持股逾 1/2 | 董事經選任後，應向主管機關申報，其選任當時所持有之公司股份數額；公開發行股票之公司董事在任期中轉讓超過選任當時所持有之公司股份數額二分之一時，其董事當然解任。 | 公司法第 197 條第 1 項、第 227 條 |
| 家族董事會 | 公開發行公司之董事間、監察人間或監察人與董事間，超過半數之席次具有配偶或二親等以內之親屬關係時，已充任者當然解任。 | 證券交易法第 26 條之 3 第 3 至 6 項 |

三、裁判解任

董、監事執行業務，有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，股東會未為決議將其解任時，得由持有已發行股份總數 3% 以上股份之股東，於股東會後 30 日內，訴請法院裁判之(公司法第 200 條、第 227 條參照)。

四、選任決議被撤銷之解任

公司法第 189 條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得自決議之日起 30 日內訴請法院撤銷其決議」。基此，股東會決議事項經法院判決撤銷者，其決議應自判決確定時起，溯及於決議時無效，公司董事、監察人即應回復於改選前之狀態。惟此時原任董事、監察人之任期如已屆滿，可依公司法第 195 及第 217 條之規定，延長其執行職務至改選就任時為止¹⁵⁵。

第四節 保證債務範圍

本條規定雖明定「僅就任職期間法人所生之債務負保證責任」，惟保證人與債權人得否以個別商議方式，約定保證人於卸任後、最高限額保證契約意定終止

¹⁵⁵ 經濟部 94 年 10 月 27 日經商字第 09402162200 號函。

前，仍須就法人所生之債務負擔保證責任，亦即使最高限額保證仍不歸於確定？此外，當新任董、監事或其他有代表權之人，於他保證人之最高限額保證契約存續中，加入擔任最高限額保證人(共同保證人)，且保證契約經當事人以個別商議的方式，約定擔保債務範圍包括「現存債務」，該特約是否因違反本條規定而無效？

一、不得事先約定事項

倘容許債權人與保證人個別商議，事先約定保證人卸任後、最高限額保證契約終止前，仍須就法人所生之主債務負擔保證責任，等同於以特約排除法定確定事由，亦使當事人間之法律關係再回復到與本條未規定前相同。亦即祇要最高限額保證契約尚未終止，即使已卸任，保證人仍須就陸續產生之主債務繼續負擔保證責任，使不知行使終止權之保證人仍然未能行使權利，本條規定為保護因不知法律而長期背負保證債務者之目的，將無法達成。再者，此項約定與拋棄保證人權利無異，亦將因違反民法第 739 條之 1 之強行規定而無效。

保證人倘於卸任後另與債權人約定就其卸任後法人所生債務負保證責任，其情形實質上與成立另一個最高限額保證契約無殊，自非不可。

二、得約定事項

中途加入之新保證人，於訂立最高限額保證契約之際，因現存債務之數額已明確，且約定擔保債務範圍包括現存債務並未剝奪其就將來卸任後法人所生主債務免負保證責任之權利，故並無悖於本條規範目的。再者，倘採否定見解，則舊保證人將因而無法獲得債權人同意免除其對現存債務之保證責任，因而限制了保證制度的運用彈性¹⁵⁶，此應非吾人所樂見。準此，新保證人擔保債務範圍是否得包括現存債務，無需以法律強行介入，應回歸契約自由，容許當事人以個別商議決定之。

¹⁵⁶ 例如，原來由甲、乙董事擔任保證人，嗣後乙有意退保，由丙遞補擔任保證人，倘債權人與丙不得約定擔保現存之未償債務，則債權人為確保其債權著想，應難以同意乙退保。

第五節 適用上的調和

一、 緣由—保障善意債權人

本條之立法固以偏重保障具備特定職務身分之保證人利益為目的，惟應注意者，係保障保證人利益，必然以犧牲債權人利益為其代價，而法益保護之取捨，必須有其論理依據始具正當性。本條規定對於最高限額保證契約之債權人利益之影響在於，保證人卸除其特定職務身分後，最高限額保證歸於確定，故債權人倘不知保證人已卸任，仍然繼續與法人發生債務，則就該債務之不履行，將無法向保證人請求代負履行責任。惟從立法過程中，未見立法者有何法益權衡之論理依據與取捨過程，僅一面倒地為保證人抱屈，且未就「法律不保護睡眠於權利之上者」的原則，與善意債權人之利益稍加衡酌。

再者，從本文前述分析可知，董、監事及經理人之任職期間，一般情形固然係基於董、監事及經理人與法人間之意思而定，惟依法律或依法院裁判而結束任期，甚至溯及自始喪失身分之情形亦不可謂無。加以民法第 31 條及公司法第 12 條¹⁵⁷，就董、監事身分之認定係採登記對抗原則，而非登記生效，且條文規定係指「法人或公司」不得對抗第三人而言，故倘保證人以其董、監事身分業已消滅為由對抗債權人，債權人並無法援引該兩條規定，主張保證人不得以其事項對抗債權人。因此，當董、監事卸任後至公司公告或登記前，債權人將承擔「資訊落後風險」。甚至因為經理人卸任不以公告或登記為必要，故債權人所承擔經理人卸任資訊落後甚至欠缺的風險，遠較董、監事卸任資訊風險為高。

簡言之，債權人之債權是否受最高限額保證所擔保之資訊欠缺風險的高低，取決於債權人就該保證人卸任訊息掌握度的大小。從而，本條在解釋適用上，至少應以債權人就卸任訊息的掌握可能性之大小，作為本條規定解釋與適用時調和的基礎，以適度衡酌債權人利益。

¹⁵⁷ 該兩條文規定，公司設立登記後(或法人登記後)後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。

二、方法

(一)債務人或保證人之通知義務的非必要性

有見解認為，即使董、監事為法人擔任保證人有保護之必要，亦以「任職期間限定責任」為已足，故若認為董、監事無須負通知債權人之義務，即得依本條規定產生擬制終止保證契約之效力，實已過度保護，而應基於契約關係所衍生之附隨義務，使董、監事及法人均有通知債權人卸任事實之「義務」¹⁵⁸。

此見解以課董、監事等保證人通知義務，作為調整對債權人利益保護之手段，固非無見。惟課董、監事以通知義務，即意味債權人在未受通知前，最高限額保證契約仍未因終止而歸於確定。若然，實與董、監事等保證人未行使民法第 754 條任意終止權所形成之法律關係或權益狀態無殊，本條之增訂實益勢必蕩然無存。尤有甚者，本條規定對於特定職務身分者而言，係第 754 條之特別規定，應優先適用之結果¹⁵⁹，將使得保證人原本享有以第 754 條所定方式任意終止最高限額保證契約之「權利」，反遭貶抑為必須負擔本條所定的「義務」，甚至必須負擔因債務不履行所生之損害賠償責任(民法第 227 條第 1 項)，反較本條增訂前不利，將徹底架空本條規定存在的價值，故為本文所不採。

再者，課予法人(債務人)通知義務，以使債權人取得保證人卸任訊息，以免嗣後所生債權不獲保證，若法人違反該通知義務，須面臨負擔義務違反之損害賠償責任，固非無理由，實際上卻欠缺實益。蓋縱使法人不通知債權人，倘嗣後均能依約履行債務，則先前違反通知義務並不足道；惟倘嗣後不能履行債務，則法人必須就先前通知義務之違反，對債權人負損害賠償責任，但此時法人連自己之主債務都無法履行，實難以期待其履行因通知義務違反所生之賠償責任。況且，社會實際情形是，當法人面臨財務困境而即將無力履行債務前，通常已有預見，此時董、監事或經理人亦最容易辭任，法人為避免卸任事實遭受債權人質疑進而被「抽銀根」，往往不會主動通知債權人。從而，以實務經驗的立場，課予法人通知義務雖無不可，但難有實益。

¹⁵⁸ 黃國偉，同註 133 文，第 5 版；黃國偉，董監事連帶保證責任範圍增訂之評析(二)，法務通訊，2590 期，2012 年 4 月，第 3 版。

¹⁵⁹ 以董、監事等特定身分而為法人擔任保證人者，第 753 條之 1 係第 754 條之特別規定，應優先適用。

(二)查證義務與舉證責任

1. 公示資訊與查證義務

債權人就本條所定特定職務身分者卸任之事實，縱有資訊取得上的時間落差風險，但基於本條規定偏重保護保證人之目的，就債權人與最高限額保證人間的風險分配，應先思考責成債權人在合理的資訊取得成本下，藉由查詢「公示資訊」以善盡查證義務後，始得以善意不知情且未受保證人通知為由，使最高限額保證人繼續就其卸任後債務人所生之主債務負擔保證責任，而非在債權人未盡查證義務之前，即將資訊落差風險完全轉嫁由保證人或債務人負擔。至於查證之頻率為何，尚不可一概而論，惟至少應於每次主債務將發生之際，進行查證，始稱善盡查證義務。

以債務人係依我國公司法設立登記之「未公開發行」公司組織為例，債權人得查閱「經濟部商業司商工登記網站」¹⁶⁰，以取得經變更登記後最新董、監事或經理人名單。惟因公司之董、監事或經理人異動，至完成變更登記，通常存在時間落差¹⁶¹，且經理人登記資訊並不完整(有僅登記「總經理」或部分經理人者，亦有未登記任何經理人者)¹⁶²，故債權人仍無法完全依賴此項公示資訊，以獲知該等特定身分保證人是否已卸任。

就「上市、櫃」公司而言，因其受到證券交易法對於資訊公開的高度規制，凡是公司董、監事及總經理之異動，均屬應於二日內於「公開資訊觀測站」公告之重大訊息¹⁶³，從而債權人亦得藉由查閱該網站，以取得最新董、監事或經理人名單，且大幅縮短時間落差至一日。惟上市、櫃公司並未被強制須公告總經理以外之經理人異動資訊、「未上市、未上櫃之公開發行」公司甚至僅須公告董事長及總經理異動資訊，而不及於董、監事或其他經理人，故同樣存在資訊欠缺完整性的問題，但至少可以肯定在資訊揭露的即時性與完整性上，已較未公開發行公

¹⁶⁰ 經濟部商業司「全國商工行政服務入口網」可查得公司登記資料(網址：<http://gcis.nat.gov.tw/main/subclassAction.do?method=getFile&pk=19>)

¹⁶¹ 經濟部訂定之「公司之登記及認許辦法」第9條及第15條雖規定經理人或其他登記事項如有變更者，應於變更後十五日內，向主管機關申請為變更之登記。惟因無遲延或未為登記之罰責，實務上怠於登記之情形履見不鮮。

¹⁶² 王文字，揭開公司經理人規範的多層面紗，實用月刊，329期，2001年5月，頁71。

¹⁶³ 「臺灣證券交易所股份有限公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」第2條第6款、「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對有價證券上櫃公司資訊申報作業辦法」第3條第9款、「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商營業處所買賣興櫃股票審查準則」第34條第6款、「公開發行公司應公告或向本會申報事項一覽表」參照。

司之資訊相對完備。

2. 查證義務與舉證責任

本文以為，凡是本條所定特定職務身分者卸任事實業經公示登記或公告者，因債權人之資訊蒐尋成本¹⁶⁴極低，故債權人在與債務人為交易前，應負有查證該等公示資訊之義務，倘未盡查證義務，則債權人不得以善意不知情為由，主張保證人應繼續就其卸任後債務人所生主債務負擔保證責任。易言之，最高限額保證契約之效力於公示登記或公告時業已終止，最高限額保證已然歸於確定。

反之，卸任事實發生後、異動登記或公告前，或特定職務身分者異動事實未經登記或公告者，在此段資訊落差期間內，因債權人之資訊蒐尋成本較高，宜減輕債權人之查證義務負擔，故除保證人能證明債權人知悉該卸任事實外，最高限額保證在該落差期間內仍不歸確定。惟倘債權人係銀行等具有專業知識與優勢資訊取得地位之金融機構時，應將舉證責任倒置，亦即，除了金融機構能舉證已善盡查證義務而仍無從知悉該卸任事實外，最高限額保證應於卸任事實發生即歸確定。

第六節 小結

一、適用問題之結論

民法第 753 條之 1 之可謂係最高限額保證之法定確定事由，且鑑於該條之文義、於民法中所列位置、立法過程與商業上運作實況，本條規定係適用於未定期間之最高限額保證，而非同法第 752 條所定之定期保證，且新法施行前已成立之未定期間之最高限額保證契約，祇要主債務發生時點在新法施行之後，保證人仍得以該等債務係發生在其卸任之後，其時最高限額保證已歸於確定，而主張就該筆主債務不負保證責任。

在適用主體資格方面，本文主張，本條僅適用於自然人，且無庸考量保證人之動機是否係因其具有特定身分始為法人擔任保證人，否則將給與債權人迫使保證人出具以「個人身分」保證之聲明的契機，進而架空保護具備特定身分保證人

¹⁶⁴ 資訊蒐尋成本的概念，可參考：王文宇，公司保證之權限與規章之對世效力，臺灣本土法學雜誌，47 期，2003 年 6 月，頁 145~146。

之立法目的。其次，本文主張本條所指「其他有代表權之人」應包括經理人在內，且基於使本條規定之射程範圍得以包括法人或公司內真正需要受到保護且相對弱勢之中、低階管理階層之目的，主張應廣泛採納實務與學說之各種經理人認定標準見解，從寬認定經理人身分，使適用主體擴大，除能保障真正需受保護之中、低階經理人外，亦能藉以衡平前述未就最長確定期限設限之憾，始能符合本條保護特定身分保證人之規範意旨。

為避免本條規定成為贅文，即使最高限額保證契約當事人以個別商議方式，事先約定特定職務身分保證人不以卸任事實作為最高限額保證歸於確定之要件，該約定應解為違反法律強行規定而無效；又當新任特定職務身分保證人於最高限額保證契約存續中，中途加入保證人之列，就加入前已發生但尚未清償之現存債務，因其原債權數額已明確，且並未剝奪其卸任後保證契約隨即終止之權益，故應容許保證契約當事人以個別商議的方式，使其就加入之現存債務負擔保證責任。

公司董、監事或經理人等卸任事實發生後，倘該事實業經登記並公示，債權人不得就公示後法人所生主債務請求保證人負擔保證之責。債權人倘因資訊欠缺或者公示資訊無可避免的時間落差，而無法完全透過公示資訊獲知其事時，債權人之善意不知情仍應獲一定程度的保障，此時保證人應先負擔證明債權人知悉卸任事實之舉證責任，始得免責，亦始得以適度衡平本條規定過度保障特定身分保證人，而忽視債權人權益的立法缺失。惟倘債權人係銀行等金融機構時，應負擔較非金融機構為重之查證義務與舉證責任，亦即舉證責任倒置，故除非金融機構能證明其於資訊落差及資訊欠缺期間已善盡查證義務仍無從知悉外，否則最高限額保證仍應於卸任時歸於確定，保證人免就其卸任後法人所生主債務負擔保證責任。

最後，本章雖已就適用主體、客體、任職期間、保證債務範圍，以及查證義務與舉證責任等，基於衡平當事人利益、合於立法目的與立法功能之發揮等思維提出淺見，惟除此之外，尚有其他諸如票據保證、物上保證之擔保類型得否類推適用本條規定等疑義，仍待後續探討。容再附言者，係類似本條以短時間內「閉門協商」的方式形成條文的立法方式，不僅各項要件之解釋滋生許多疑義，更因不見條文產生過程，而難以推知立法意旨，如此粗糙之立法，未來應極力避免為是。

二、前舉案例檢討

回顧本章前舉之例，甲所簽訂者乃未定期間之最高限額保證契約，且於簽約時具有 A 公司董事身分，其雖然於契約中聲明以個人身分作保，惟因保證動機並非本條之構成要件要素，故甲具備適用本條規定之主體資格。甲卸任後雖未主動告知 B 銀行該事實，惟因 A 公司辦妥董事變更登記後，該訊息已為公示資訊，包括 B 銀行在內的任何債權人均有查證義務，倘未盡義務，均不得主張善意不知情，而使保證人就公示後債務人所生主債務負擔保證責任，故甲不必就公示後 A 公司所借之未償餘額 500 萬元負保證責任。至於甲卸任後至公示前的資訊落差期間 A 公司所借的未償餘額 300 萬元，應由 B 銀行就其已善盡查證義務仍無從知悉負擔舉證責任，倘未能舉證，則最高限額保證於甲卸任時即歸於確定，甲不必負擔保證責任；倘債權人 B 非屬金融機構，則應由保證人甲負擔債權人 B 知悉該事實之舉證責任，倘能舉證，則最高限額保證於甲卸任時即歸於確定，而免就該 300 萬元負擔保證責任。

第六章 結論

第一節 研究成果

一、最高限額保證確定事由

同樣是經由實務所發展、普遍作為經濟活動中提升交易當事人間的資金融通或信用授受效率，且於我國已行之有年的最高限額保證與最高限額抵押權，前者不論在學說與實務的研究或法制化的進程上，均遠不及後者。然而，由於最高限額保證的諸多特性均與最高限額抵押權極為類似，以往最高限額抵押權明文化之前所生的爭議，同樣亦可能在最高限額保證發生。例如使得保證人負擔不可預期風險的概括最高限額保證，本文即採取否定立場。尤其最高限額保證基於其擔保不特定債權的特性，必須經過結算程序，始能確定保證人應代負履行責任之債務範圍，並減輕債務人與保證人之風險，此即最高限額保證之確定，而使其發生確定效果的原因，則稱為最高限額保證之確定事由。

保證人行使民法第 754 條第 1 項之任意終止權為最高限額保證之確定事由之一，原則上係專就未定期間之最高限額保證而設，且僅以最高限額保證未定有期間為已足，債權人與主債務人之間連續債務所由生之法律關係是否定有期間，並非所問。惟本文以為，定有期間之最高限額保證，倘保證人責任有過重之虞，且債權人得及時停止債權關係的發生時，應認為足以構成終止繼續性契約之重大事由，應例外允許保證人得終止該最高限額保證契約，始符合該條立法意旨。惟囿於法條文義，無法以解釋論為之，仍需待修法解決。

最高限額保證契約定有期間者，該期間即為最高限額保證之存續期間，該期間之屆至，將使最高限額保證歸於確定。惟因定有期間之最高限額保證人不得行使任意終止權，債權人得以挾其優勢地位強使保證人約定與未定期間效果相當之長期間(例如 10 年、20 年)，使該保證人實質上處於較未約定存續期間之保證人更加不利之地位。因此，應參考日本民法及我國民法有關人事保證規定，就存續期間設定一定長度(例如 3 年)之限制，始足以保障保證人之權利。

最高限額保證擔保不特定債權的可能性一旦消失，即失其存在價值。故當不定期最高限額保證經保證人行使終止權之前，或定期保證期間屆至前，不特定債

權所由生之繼續性法律關係當事人之一方已然明確且斷然拒絕繼續發生債權或債務時，應依「預示拒絕給付」之法理，允許他方得終止該繼續性契約。惟倘該繼續性法律關係當事人怠於終止或依我國實務見解而無法終止時，應認為該預示拒絕給付足以構成重大事由，定有期間之最高限額保證人得據以提前終止保證契約，並於終止後使最高限額保證發生確定效果。其他造成不特定債務不繼續發生之情形，包括擔保債務範圍變更(例如約定變更擔保債務範圍僅限於特定債務)、擔保債務所由發生之法律關係經終止或因其他事由而消滅(例如債務人為法人經解散或清算完結)、債權人已就主債務人或保證人之財產或擔保物強制執行及債務人、債務人或保證人經法院裁定宣告破產等事由，均足使最高限額保證因擔保不特定債務之存在目的消失而歸於確定。

最高限額保證確定之前，於債務人為法人而有合併或分割之情形時，由於權利義務均已由具有不同法人格內涵之其他法人概括承受，進而實質上發生債務人變更之結果，且保證人係處於被動，故宜援引民法第 304 條第 2 項債務人變更須經保證人同意之法理，未經保證人同意者，最高限額保證即告終止，並溯自合併或分割時歸於確定，始無違保證契約之專屬性及信賴性；於債權人為法人而有合併之情形時，由於保證人所負保證責任可能因此加重，從而，應類推適用民法第 881 條之 7，賦予其向債權人請求確定最高限額保證之權，並溯自合併或分割時歸於確定，以保障保證人權益。

最高限額保證人死亡者，既失其權利能力，已非權利義務主體，故不論是否定有期限之最高限額保證均於最高限額保證人死亡之時即告消滅，其所擔保之債務並於其時歸於確定。此不論比較日本民法第 465 條之 4 第 3 款規定，或從保證契約係以保證人對於主債務人人格之信賴為基礎的法理，或是民法第 1148 條第 2 項之立法目的，均可得出相同結論。徒以保證債務無專屬性，或已受最高限額之保障，而認為最高限額保證人死亡後，最高限額保證仍未消滅，其後始發生之債務，其繼承人仍應繼承之部分學說見解，應不可採。

於主債務人死亡之情形，由於保證契約重視保證人與主債務人間之信任關係，且民法第 304 條第 2 項所揭示的一般性保護原則亦係基於第三擔保人與主債務人間之信賴而立論，從而，主債務人死亡，倘未經最高限額保證人同意變更所擔保之主債務人，最高限額保證所擔保之債權應即告確定。此項結論亦與日本民法第 465 條之 4 第 3 款規定相同。

二、最高限額保證責任消滅事由

於民法第 751 條之人保與物保併存情形，債權人倘拋棄擔保物權，最高限額保證人之責任雖應於一定限度內消滅。但本文以為，倘「更換」後之擔保物價值大於或等於原擔保物價值時，解釋上即非屬「拋棄」擔保物權，實務將「更換」與「拋棄」之法效同論之見解，應予揚棄。在保證人免責限度方面，倘擔保物權係主債務人自己設定，因該擔保物權價值之全部即為保證人代為清償後，對債權人之求償權受到侵害之範圍，從而保證人就該拋棄權利限度內免其責任，固無問題；惟倘係由第三人設定時，保證人代為清償後，因債權人拋棄擔保物權所遭受影響之求償權並非該擔保物權價值之全部，而僅係物上保證人依民法第 879 條第 2 項規定應分擔之部分，故保證人僅得在物上保證人原本應分擔部分之範圍內減免保證責任，始與民法揭櫫之「人保物保平等原則」相符。我國民法第 751 條應修法明定區分主債務人或第三人設定擔保物權之情形而異其效力，否則將產生民法體系本身價值判斷的矛盾。又，債權人拋棄票據權利質權時，倘該票據僅主債務人為票據債務人，因無損保證人將來代償後對主債務人之求償權，應認為此種情形不符本條規範目的，故應採取目的性限縮或修法，排除適用於此等票據債務之履行與主債務之履行均繫於主債務人之案型；倘該票據另有第三人為票據債務人，債權人拋棄該票據之權利質權，將損及保證人對票據第三債務人之追索權，故於此種情形，保證人於債權人退還票據金額範圍內，其保證債務消滅。

債權人片面允許主債務延期清償時，實務由於對最高限額保證「期間」之意義未能正確理解，甚至與定期保證之效力相混淆，故向來一致認為，債權人允許主債務人延期清償，倘所延展之清償期仍在此最高限額保證契約的有效期間內，保證人不得主張民法第 755 條之抗辯權。此項見解造成在未定期間之最高限額保證之情形下，片面延期後之債權是否受到保證，完全操於保證人之手，而使當事人間法律關係處於不確定狀態的不合理結果。復因最高限額保證係為因應債權人與債務人間不斷發生之債務，省去保證人逐一同意保證的煩瑣，以增進經濟活動效率而生，超出此項目的範圍之外，不宜使最高限額保證人立於較一般保證之保證人更不利之地位。準此，應認為最高限額保證之下，倘債權人片面允許債務人延期清償，亦有民法第 755 條規定之適用。至於延期後之清償期是否仍在最高限額保證之有效期間內，均非所問。若然，始與最高限額保證之存在目的與運作原理若合符節。

其他如「債權人逾期未對主債務人為審判上請求」、「主債務經第三人承擔」、「債權人免除其他共同保證人之責任」以及「主債務喪失同一性」等情形，均為一般保證人得主張免責之事由。又因最高限額保證仍屬保證之一種，於前開情形下，最高限額保證人之利益狀態與一般保證人相同，最高限額保證人不應處於較一般保證人不利之地位。從而，除了在最高限額保證未確定前，主債務雖喪失同一性但仍符合擔保債權資格之情形外，最高限額保證人均得主張以之為保證責任消滅之事由。

三、民法第七五三條之一適用疑義

民法第 753 條之 1 之可謂係最高限額保證未明文化之前的法定確定事由，且以未定期間之最高限額保證為其適用客體，以具備該條所定職務身分之自然人為其適用主體。至於「本於董、監事等職務身分而為保證」之動機，則非本條適用要件，否則債權人可能據以迫使保證人出具以「個人身分」作保之聲明，進而架空本條保護董、監事等職務保證人的立法目的。

其次，本文主張本條所指「其他有代表權之人」應包括經理人在內，且應廣泛採納實務與學說之各種經理人認定標準見解，從寬認定經理人身分，使適用主體擴大，除能保障真正需受保護之中、低階經理人外，亦能藉以在一定程度上衡平未定期間最高限額保證未就確定期限設置上限，致保證人需長期承擔保證責任的缺點，始能達成本條保障具備特定職務身分保證人之規範意旨。

再者，由於本條立法目的在於保障不知法律而未能行使民法第 754 條任意終止權之特定職務身分自然人，惟囿於法律解釋不得超逾文義可得理解之範圍，故本條適用主體宜作目的性限縮，排除法人董、監事，僅限於自然人。又，不論從影子董事在公司法上係受規制者之定位，或交易相對人之交易安全保障考量，影子董事均不宜作為本條適用主體。

最高限額保證契約當事人倘以個別商議方式，事先約定特定職務身分保證人放棄以卸任該職務作為最高限額保證歸於確定之事由，該約定應解為違反法律強行規定而無效，否則本條規定將因此而成為贅文；又當新任特定職務身分保證人於已存在的最高限額保證契約存續當中，中途加入為共同保證人之列，由於現存債務已具體明確，故應容許該保證人得以個別商議的方式，就加入前已發生但尚未清償之現存債務，負擔保證責任。

公司董、監事或經理人等卸任事實倘經登記並公示，基於公示資訊之公信力，債權人不得就公示後法人所生主債務請求具備該等身分之保證人負擔保證責任。債權人倘因資訊欠缺或公示時間落差，不知卸任事實已發生而仍續與法人發生債權債務關係時，基於保證人與善意債權人利益間衡平的考量，應先責成保證人證明債權人知悉卸任事實，若能舉證，則最高限額保證仍應於卸任時歸於確定，以適度保障善意債權人，並藉以將本條規定過度偏向保障特定身分保證人之重心稍加衡平。惟倘債權人係銀行等金融機構時，應將舉證責任倒置，亦即金融機構倘不能證明其於資訊落差及資訊欠缺期間已善盡查證義務仍無從知悉，則最高限額保證仍應於卸任時歸於確定，保證人就其卸任後法人所生主債務免負擔保證之責。

第二節 建議與展望

從本文的研究可知，已在我國經濟活動中受到普遍運用的最高限額保證，僅能透過實務個案判決的累積，以及依附民法一般保證之規定，作為適用上的依據，欠缺專就最高限額保證契約類型的結構性規定，從而存在不少適用上的扞格與亟待釐清之疑義。本文以為，唯有藉由明文化於民法典，並且藉由立法形成過程的研討，始可能徹底地就各項疑義逐一論證與釋明，最終增訂一個兼顧債權人、主債務人及最高限額保證人三方利益，並且公平合理的最高限額保證條款。

除本文提出的各項最高限額保證之確定事由與保證責任之消滅事由外，茲彙整本文其他研究成果，對於現行民法保證規定、將來最高限額保證之立法，與現行民法第 753 條之 1 的修正建議於后。

一、對於現行民法保證規定的建議

- (一)修正民法第 751 條有關債權人拋棄擔保物權保證人免責規定，明文排除「更換」擔保物權之情形於適用之列；明訂在人保與第三人提供物保併存之情形，保證人僅就物上保證人應分擔部分之限度內，免負保證責任。
- (二)修正民法第 754 條保證人終止權之行使要件，即凡是「保證人有責任過重之虞」且「債權人得及時停止債權關係的發生」，認為足以構成重大事由而例外允許保證人得終止保證契約，不以保證未定有期間為限。

二、對於最高限額保證的建議

- (一)最高限額保證應以書面為之。
- (二)最高限額保證所擔保債務之範圍應限於一定法律關係，並否定概括最高限額保證之效力。
- (三)未定期間之最高限額保證，保證人固得片面任意終止，縱屬定有期間者，倘有使最高限額保證契約持續其效力則對保證人欠缺合理性之重大事由發生時，保證人亦得終止之。
- (四)未定期間之最高限額保證應訂定最長確定期日之限制；定有期間者，亦應訂定最長期間之限制。
- (五)明文規定準用民法第 755 條有關債權人片面允許主債務延期清償，保證人免責規定，以正視聽。

三、對於民法第 753 條之 1 的建議

- (一)應明訂本條之適用客體係第 754 條所指未定期間之保證，或未定期間之最高限額保證。
- (二)明定以具備本條所定職務身分之自然人為適用主體，並將經理人與董事、監察人明文併列為適用主體之一。
- (三)應明文規定保證動機並非本條適用要件。
- (四)應就法人所生主債務之時間點落在保證人卸任事實發生後、債權人知悉其事前之情形，規定債權人之查證義務，以及債權人與保證人舉證責任之分配原則。亦即，主債務發生在公示之後，保證人一概免責；發生在公示之前或未經公示者，由保證人負擔債權人知悉該情事之舉證責任，惟倘債權人係銀行等金融機構，則由債權人負擔

已善盡查證義務仍未能知悉之舉證責任，以決定保證人應否就該主債務負擔保證責任。

最後，關於最高限額保證在確定前之讓與、應否區別最高限額保證人為自然人或法人，而有不同限制或不同效力等等，均係值得繼續研究的面向。更希冀最高限額保證能跟隨最高限額抵押權明文化的發展軌跡，建立明確的法律地位，並帶動實務見解的發展與學說論著的蓬勃，以促使最高限額保證的運用益臻健全，進而達到定紛止爭、增進經濟活動效率之目的。



參考文獻

壹、書籍

- 一、 王文宇，公司法論，2 版，2005。
- 二、 王澤鑑，民法學說與判例研究(第四冊)，修訂版，1994。
- 三、 王澤鑑，民法學說與判例研究(第八冊)，修訂版，1996。
- 四、 王澤鑑，民法總則，修訂版，2008。
- 五、 王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，修訂版，2003。
- 六、 王澤鑑，債法原理(第一冊)，增訂版，2001。
- 七、 朱柏松，論不同抵押權之效力，民事法問題研究—物權法論，初版，2010。
- 八、 朱柏松，民事法問題研究—物權法論，初版，2010。
- 九、 杜怡靜，(黃立主編)民法債編各論(下)，初版，2002
- 一〇、 杜景林、盧湛譯，德國民法典評注：總則·債法·物權(簡體書)，初版，2011。
- 一一、 杜景林、盧湛譯，德國債法分論(簡體書)，初版，2007。
- 一二、 林誠二，民法債編各論(下)，初版，2002。
- 一三、 邱聰智，新訂債法各論(下)，再版，2008。
- 一四、 孫鵬，擔保法精要與依據指引(簡體書)，2 版，2011。
- 一五、 陳自強，代理權與經理權之間—民商合一與民商分立，初版，2006。
- 一六、 陳自強，民法講義 I—契約之成立與生效，初版，2002。

- 一七、 渠濤，最新日本民法(簡體書)，初版，2006。
- 一八、 黃立，民法總則，2版，1999。
- 一九、 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂再版，1987。
- 二〇、 楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，初版，2006。
- 二一、 劉春堂，民法債編各論(下)，初版，2005。
- 二二、 謝在全，民法物權論(下)，5版，2010。

貳、期刊論文

- 一、 王文字，公司保證之權限與規章之對世效力，臺灣本土法學雜誌，47期，2003，頁144~148。
- 二、 王文字，公司經理人之代理權限與表見代理，臺灣本土法學雜誌，50期，2003，頁157~166。
- 三、 王文字，揭開公司經理人規範的多層面紗，實用月刊，329期，2001，頁69~73。
- 四、 王水雲，最高額保證研究，重慶大學學報(社會科學版)，2004年10卷6期，頁141~142。
- 五、 王志誠，公司負責人之概念與地位，月旦法學教室，24期，2004，頁82~94。
- 六、 朱柏松，論保證人預先拋棄權利之效力—評最高法院九十二年台上字第一三六八號民事判決，月旦法學雜誌，125期，2005年10月，頁202~213。
- 七、 吳啓賓，保證之特性與種類，法令月刊，40卷2期，1989年2月，頁9~13。
- 八、 吳焜宗，遺產中保證契約債務的地位，月旦法學教室，80期，2009年6月，頁10~11。

- 九、 林國全，公司經理人之概念，臺灣本土法學雜誌，48 期，2003，頁 131~135。
- 一〇、 林誠二，最高限額保證，台灣本土法學雜誌，25 期，2001 年 8 月，頁 93~100。
- 一一、 梁宇賢，公司法上公司經理人之職權，月旦法學教室，18 期，2004，頁 26~27。
- 一二、 陳沈岳，保證之規定對物上保證人之類推適用—以時效之相關問題與抵銷為例，月旦法學教室，52 期，2007 年 2 月，頁 14~15。
- 一三、 陳聰富，最高限額保證人之權利，月旦法學雜誌，74 期，2001 年 7 月，頁 10~11。
- 一四、 曾品傑，連帶保證人爲被保證人對第三人之保證債務負責—九十八年台上字第一六五二號民事判決評釋，月旦裁判時報，9 期，2011 年 6 月，頁 18~25。
- 一五、 黃宏全，定型化契約條款顯失公平之再探討—最高法院 97 年度台上字第 1680 號最高限額保證契約判決解析，法學叢刊，225 期，2012 年 1 月，頁 105~126。
- 一六、 黃茂榮，保證，植根雜誌，20 卷 8 期，2004 年 8 月，頁 1~40。
- 一七、 黃茂榮，保證契約之成立上的獨立性與保證債務之履行上的從屬性及候補性，植根雜誌，21 卷 4 期，2005 年 4 月，頁 36~40。
- 一八、 黃國偉，董監事連帶保證責任範圍增訂之評析(一)，法務通訊，2589 期，2012。
- 一九、 黃國偉，董監事連帶保證責任範圍增訂之評析(二)，法務通訊，2590 期，2012。
- 二〇、 楊淑文，主債權範圍擴充條款之無效與異常—最高法院九

十一年台上字第二三三六號判決評析，月旦法學雜誌，122期，2005年7月，頁226~239。

- 二一、 楊淑文，消費者保護法關於定型化契約在實務上之適用與評析，政大法學評論，60期，1998年12月，頁231~270。
- 二二、 詹森林，不完全給付—最高法院決議與判決之發展，台灣本土法學雜誌，34期，2002年5月，頁23-50頁。
- 二三、 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展—民法第二四七條之一裁判之研究，政大法學評論，94期，2006年12月，頁83~172。
- 二四、 劉昭辰，銀行定型化保證契約類推適用消費者保護法—最高法院九八年度台上字第一六五二號判決，台灣法學雜誌，151期，2010年5月，頁197~202。
- 二五、 劉連煜，經理人之認定與經理人之職權，月旦法學教室，44期，2006年6月，頁26~27。

參、學位論文

- 一、 陳家暄，銀行定型化保證契約條款與相關判決之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，指導教授楊淑文，2005年。
- 二、 張進鈺，董監連保相關法律問題之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，指導教授林誠二，2003年。

國立政治大學

碩士論文

法學院碩士在職專班

最高限額保證之確定與保證責任之消滅

—以適用於民法第七五三條之一之問題為中心—



101 研究生：鄞煌倚 撰