

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

不同類型之擔保權利與主債權之關係 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 95-2414-H-004-019-
執行期間：95年08月01日至96年10月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：曾婉雯、余銘軒

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 97年02月02日

壹、擔保之概念

「擔保」(Sicherheitsleistung)，在我國法律中並未被直接予以定義，但依一般文獻上之說明，所謂之「擔保」，係指被用以填補債權人因債務人將來不履行債務所受之損害的救濟工具¹。由此定義可知，擔保制度之存在，係嘗試在經濟上填補債權人因債務人違約時可能受有損害之風險²。故可以理解的是，債權人之所以有要求債務人提供擔保之需求，其背後所傳達者，乃係債權人對於債務人可能不履行契約義務之憂慮，相反地，如果債務人均能依約履行契約，則一般社會交易上，即殆無擔保制度發展之餘地³。

至於，擔保制度之分類，有從擔保之提出到底是源於實體法上之原因，還是程序法上之原因，而將擔保制度區分成「實體法上之擔保」及「程序法上之擔保」⁴。亦有從擔保提出之過程到底是基於當事人之約定，抑或是法律之規定，乃將擔保區分成「約定之擔保」及「法定之擔保」⁵。惟亦有從擔保制度是否已為法律所明定，而區分成「典型之擔保」及「非典型之擔保」⁶。然而，最為一般人所熟知之分

類，則係「物之擔保」(即以特定財產擔保債務之履行)與「人之擔保」(即以特定人之責任財產擔保債務之履行)⁷。

然而，無論如何分類，應再次強調的是，擔保之概念，乃係債權人為填補債務人將來違約行為所致生之損害，而由債權人要求債務人提出之救濟工具，而此一「救濟功能」(Hilfsfunktion)，基本上即係擔保制度與其他制度間，最重要的區別所在。至於，那些法律制度，可能與擔保之概念產生混淆，本文以下即以「拒絕給付之抗辯」、「違約金之約定」、「抵銷」等概念，提供比較性之說明，以期有助於擔保概念之進一步地理解。

貳、傳統類型之擔保權利

一、擔保物權—以抵押權為例

(一) 擔保物權之從屬性

擔保物權需從屬於債權而存在，其成立以債權成立為前提，並因債權之移轉而移轉，因債權之消滅而消滅，是為擔保物權之從屬性。有特將成立上與消滅上之從屬性稱為擔保物權之附從性。移轉上之從屬性則稱為擔保物權之隨伴性，以示其區分。蓋擔保物權係以擔保債權為目的而建構的物權，故其成立、內容及存續等均系依存所擔保之債權也。

擔保物權從屬性表現之強弱並非完全一致，留置權等法定擔保物權，法律上因係為保護特定債權而發生，故其

¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B §17, 2. Auflage, 2007, Rn. 1.; Nicklisch/Weick, VOB Teil B §17, 3. Auflage, 2001, Rn. 1.; Weise, Sicherheiten im Baurecht (Praxishandbuch), 1. Auflage, 1999, Rn. 1.。

² Vgl. Weise, Sicherheiten im Baurecht (Praxishandbuch), 1. Auflage, 1999, Rn. 1.。

³ Vgl. Weise, Sicherheiten im Baurecht (Praxishandbuch), 1. Auflage, 1999, Rn. 1.。

⁴ Vgl. Nicklisch/Weick, VOB Teil B §17, 3. Auflage, 2001, Rn. 2.。

⁵ Vgl. Nicklisch/Weick, VOB Teil B §17, 3. Auflage, 2001, Rn. 2.。

⁶ 參閱蔡明誠，讓與擔保，物權法研究，2000年11月，頁323以下(329)；陳榮隆，非典型擔保物權對典型擔保物權之突破—以讓與擔保之取得為中心，黃

宗樂教授六秩祝賀，財產法學篇(一)，2002年5月，頁1以下(3)；謝在全，民法物權論(中)，2003年7月，頁351-352。

⁷ 參閱陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，2004年9月，頁31-33。

從屬性特別顯著與強烈。至於為融資媒介方法之抵押權、質權等，其適用則較緩和，以免造成社會金融之不使，故抵押權、質權均得為將來債權而成立，蓋兩者存在目的既異，從屬性之強弱自宜各有不同也。按我國民法上之擔保物權與日本民法同，乃係以確保已存在債務之履行為目的，性質上係保全擔保（保全抵押），故係建立在支配標的物之交換價值，以擔保特定債權為中心之構造上，擔保物權與債權之依存關係亦因之特別濃厚，明顯的表現其間結合之必然性。惟近代擔保制度隨著經濟發展之需求，作為媒介融資手段之抵押權，其從屬性有弱化至僅需實行時有擔保債權存在即可之趨勢，最高限額抵押權之出現即為一例。應注意者，從屬性之弱化亦應以不得有害擔保物權係在作為債權擔保之法律性質為最低限度，否則將失其擔保物權之性質，進入其有獨立性之物權領域，例如德國法上之土地債務⁸。

（二）抵押權之從屬性

抵押權之目的為確保某特定債權之滿足與實現，自須從屬於所擔保債權上，故成立時，以所擔保債權有效存在為前提，且於該擔保債權移轉時，隨著移轉，如所擔保債權消滅時，亦隨之消滅。最高法院 46 台上 1098 號判判即謂：抵押權之性質既係從屬於債權而存在云云，已充分表現出此項意旨⁹。

抵押權之從屬性，又可分為成立上之從屬性、移轉上之從屬性與消滅上之

從屬性。茲分項詳述如下：

1、成立上從屬性

（1）意義

抵押權之成立以債權之存在為前提，債權若不存在，抵押權亦不成立，抵押權全為債權之存在而成立，是為抵押權成立上（發生上）之從屬性。我國雖無明文規定，然通說與實務上均認抵押權有此種特性¹⁰。

例如 86 台上 2329：「抵押權，不得由債權分離而讓與，或為其他債權之擔保，民法第八百七十條定有明文，且抵押權係從屬於所擔保之債權而存在。系爭貸款既係由蘇昌盛交付予被上訴人，上訴人僅被登記為抵押權人，事實上並未貸予被上訴人二百六十萬元，亦未受讓蘇昌盛之債權，系爭抵押權所擔保之債權自不存在。被上訴人訴請確認系爭抵押債權不存在，並請求上訴人塗銷系爭抵押權登記，均無不合。」

九十五年度台上字第四四〇號：「又一般抵押權具有從屬性，必先有被擔保之債權存在，而後抵押權始得成立。本件系爭抵押權屬一般抵押權，債權人登記為上訴人，債務人及義務人登記為訴外人鮮于俊，則系爭抵押權所擔保之債權應以上訴人對於鮮于俊之債權為限。而上訴人對於鮮于俊並無抵押債權，為原審確定之事實，則上訴人所登記之系爭抵押權即欠缺從屬性而不生效力。」

九十四年度台上字第一九九號：「按提供不動產為債權之擔保而設定抵押權

⁸ 參閱謝在全，民法物權論（中）修訂三版，三民，2004年8月，P358-359。

⁹ 參閱鄭玉波，論抵押權與其所擔保之債權之關係，民商法問題研究（二），P107。

¹⁰ 參閱謝在全，民法物權論（中）修訂三版，三民，2004年8月，P381。實務上見解如，89年台上字第562號判決、89年台上字第1086號判決。

者，所擔保者究為抵押物提供人抑為第三人之債務，固非所問；惟抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使其權利。故以抵押物提供人為債務人而為抵押權登記者，所擔保之範圍即以抵押物提供人之債務為限。系爭抵押權登記之債務人及義務人既均為被上訴人名義，則訴外人李謀盛縱對上訴人負有債務，自非屬系爭抵押權擔保之債務，上訴人不得據以主張系爭抵押權存在及實行抵押權。原審本於上開見解，而為上訴人敗訴之判決，自無不合。」

九十四年度台上字第一一二號：「按抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，契約當事人間除以債權之發生為停止條件，或約定就將來應發生之債權而設定外，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之設定登記，仍難認其抵押權業已成立，乃抵押權成立上（發生上）之從屬性，固與民法第八百七十條規定之移轉上從屬性有別，惟兩者關於抵押權與主債權不可分之從屬特性，則無二致。查兩造對於系爭抵押權係一般抵押權，登記上訴人為權利人，被上訴人為義務人及債務人一節，並不爭執。而兩造間無借款或保證等債權債務關係存在，既為原判決確定之事實。則原審依前開抵押權之從屬性，維持第一審所為被上訴人訴請塗銷系爭抵押權設定登記暨撤銷強制執行程序之勝訴判決，於法並無不合。」

九十一年度台上字第一九六二號：「按抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使其權利，是抵押債權人究為何人，應以設定登記之內容為準。系爭

抵押權登記債權人為上訴人，黃童西為抵押人及債務人，自應以彼間所存債權為系爭抵押權擔保範圍。而系爭抵押權設定登記後，上訴人與黃童西間未有債權存在，此為原審合法確定之事實，則原審認系爭抵押權並無擔保債權存在，自無不合。」

九十四年度台上字第九三二號：「按抵押權原得由契約當事人訂定以將來可發生之債權為被擔保債權（本院四十七年台上字第五三五號判例意旨參照），且抵押權係以擔保債權之清償為目的，本於抵押權成立之從屬性，應以抵押權實行時，有抵押權擔保之債權存在為已足，並不限於抵押權存續期間發生之債權，始為抵押權擔保之範圍。苟抵押權所擔保之債權不存在，該抵押權即因違反成立上之從屬性，而不生效力。原審徒以丙○○所提出之一百七十四張支票及匯款證明，其債權發生之日期不在系爭抵押權存續期間內為由，未就雙方所成立之「普通抵押權」所擔保之債權究作何約定為審酌，遽認各該債權均非系爭抵押權擔保之範圍，進而為丙○○不利之判決，自有違誤。次查系爭借貸關係之債權人為丙○○，而非徐敏豪，為丙○○所是認，則系爭抵押權設定時之抵押權人徐敏豪既非債權人，亦未曾由丙○○受讓系爭債權，系爭抵押權是否因違反成立時之從屬性而不生效力？殊非無疑。若不生效力，丙○○又如何自徐敏豪受讓不生效力之抵押權？即攸關丙○○得否行使抵押權人之權利，自應先予釐清。又丙○○所稱：系爭借貸關係分別由黃廷義、乙○○、甲○○及其他親屬提供至少五、六筆之不動產設定抵押，各抵押物所擔保之債權額無從區

分，以及丙○○已因部分抵押權之行使獲償等情，如屬不虛，基於債權已獲清償，抵押權因之消滅之抵押權從屬性，於未詳查何筆債權已因抵押權之實行而獲償之前，能否認為甲○○辯稱：系爭十紙支票債權二百六十萬二千三百九十元已因清償而消滅云云，為不足採？原審未遑進一步研酌，所為不利於甲○○之判決，亦屬難昭折服。」

九十五年度台上字第一一五四號涉及抵押權所擔保之債權部份不存在：「未按抵押權為擔保物權，具有從屬性，倘無所擔保之債權存在，抵押權即無由成立，自應許抵押人請求塗銷該抵押權之設定登記。查系爭抵押權為普通抵押權而非最高限額抵押權，所登記之「權利價值」為四百萬元，如無該擔保之債權存在，縱其擔保之債權並非全部不存在，亦無不許抵押人請求為部分塗銷之理。」惟如上所述，此種從屬性於實務上與理論上均已從寬解釋，認為抵押權既係在擔保債權之清償，故只須實行抵押權，拍賣抵押物時，有被擔保之債權存在，即為已足，於抵押權成立時有無債權之存在，已非所問。最高法院四七年臺上字第五三五號判例謂：抵押權得以將來可發生之債權為擔保債權，應係本此意旨而發。易言之，抵押權成立從屬性係指抵押權實行時（即就標的物之交換價值將予以變價，以優先清償其擔保債權時），抵押權須有擔保債權存在。準此以觀，抵押權惟有依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷或依其他情形無發生可能性時，始可謂違反成立上之從屬性

11。

(2) 違反之效果

抵押權之成立，違反成立上之從屬性者，應屬無效¹²，故縱有抵押權登記，該抵押權亦屬無效。就債權人言，固未取得抵押權，就抵押人言，自得本於所有權妨害除去請求權請求塗銷該抵押權登記，就第三人言，因債權人無債權可資讓與，第三人亦無從依信賴抵押權登記（土地法第43條）而主張受讓債權以取得該形式上存在之抵押權，此為抵押權從屬性之當然結果。例如：

九十四年度台上字第一六五五號：

¹¹ 九十一年度台上字第一九五五號：「按抵押權係支配標的物交換價值之價值權，與用益物權係支配標的物用益價值之用益權，係立於同等之地位。用益物權既為獨立物權，為使抵押權能發揮媒介投資手段之社會作用，已無斷然否認其亦具有獨立性之必要，是以對抵押權從屬性之解釋不妨從寬。蓋設定抵押權之目的係在擔保債權之清償，則只須將來實行抵押權時有被擔保之債權存在即為已足，故契約當事人如訂立以將來可發生之債權為被擔保債權，亦即其債權之發生雖屬於將來，但其數額已經預定者，此種抵押權在債權發生前亦得有效設立及登記。易言之，抵押權惟有在依當事人合意之內容及登記上之記載無從特定其擔保債權之範圍，或其所擔保之債權有無效、不成立、被撤銷或依其情形無發生可能時，始得謂違反抵押權設定之從屬性。查上訴人在事實審辯稱：系爭抵押權為普通抵押權，而非最高限額抵押權，抵押權設定時，被上訴人雖僅取得六百萬元及二百萬元，但因被上訴人還要繼續借款，所以設定時，講好多設定一些，以備將來借款擔保用，雙方就抵押債權之金額為七百二十萬元及四百萬元已經達成合意，並非只借六百萬元及二百萬元云云（見一審卷二六頁、六三頁）。證人湯素足亦證稱：被上訴人拿票向伊借款時說其已用土地向上訴人借七百二十萬元及四百萬元云云（見二審上字卷三八頁）。且系爭抵押權之權利價值亦登記為七百二十萬元及四百萬元（見一審卷九頁）。綜上以觀，上訴人所辯，似非全然無據。況兩造於設定系爭抵押權時，倘若僅同意以六百萬元及二百萬元為擔保債權之範圍，將抵押權之權利價值登記為七百二十萬元及四百萬元之原因何在，亦待查明。原審未遑注意及此，遽以系爭抵押權於設定時之債權僅為六百萬元及二百萬元，被上訴人於抵押權設定後陸續所借者均非抵押債權為由，即為上訴人敗訴之判決，顯然速斷。」

¹² 70年台上字第1488號判決

高等法院見解：『按抵押權為擔保物權，具有從屬性，在一般抵押權，必先有擔保之債權存在，而後抵押權始得成立。又抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使權利，是抵押債務人究為何人，應以設定登記之內容為準。查鄭永鑽設定登記之抵押權，係以被上訴人為債務人，該抵押權自係擔保鄭永鑽對被上訴人之債權。被上訴人與鄭永鑽間既無七百萬元之債務存在，上訴人即無從自鄭永鑽受讓該債權。至於被上訴人違反與林正國間之信託契約出售系爭土地予游耀長，林正國因向鄭永鑽借款七百萬元買受游耀長向被上訴人購買系爭土地之權利乙節，因被上訴人未同意承擔該七百萬元之債務，該七百萬元之債權債務關係仍存在於鄭永鑽與林正國間。此外上訴人復未舉證證明鄭永鑽對被上訴人有何其他債權存在。從而，被上訴人請求確認上訴人對被上訴人所有系爭土地設定之抵押權所擔保債權七百萬元（即已判決確定之一千三百萬元以外之部分）之債權不存在，上訴人應再將系爭土地所設定權利價值八千萬元，權利範圍八分之二之抵押權，於權利範圍八十分之七部分（即已判決確定之八十分之十三以外之部分）之抵押權設定登記塗銷，為有理由，應予准許。爰將第一審所為被上訴人此部分敗訴之判決廢棄，改判如其此部分之聲明，經核於法並無違背。』

最高法院見解：『按抵押權之成立，以有擔保之債權存在為前提。債權若不存在，抵押權亦不成立，縱有抵押權登記，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷該抵押權設定登

記。又因債權人無債權可資讓與，第三人亦無從依土地法第四十三條規定因信賴抵押權登記而主張受讓債權以取得該形式上存在之抵押權。原判決就此部分理由說明雖有不足，惟不影響本件判決之結果。』

又若抵押權所擔保之債權嗣後確定不存在時，抵押權即失從屬而無效，抵押物所有權人可行使民法第 767 條規定，請求塗銷登記。例如 94 台上 112：「抵押權為從物權，以其擔保之債權存在為發生之要件，契約當事人間除以債權之發生為停止條件，或約定就將來應發生之債權而設定外，若所擔保之債權不存在，縱為抵押權之設定登記，仍難認其抵押權業已成立，乃抵押權成立上（發生上）之從屬性，固與民法第八百七十條規定之移轉上從屬性有別，惟兩者關於抵押權與主債權不可分之從屬特性，則無二致。」

(3) 相關問題

某甲主張以己有之土地一宗向某丙設定 200 萬元之抵押權。惟經法院調查結果，雖登記某甲為債務人，然實系某甲為擔保某乙借款而向某丙設定抵押權，某甲歲以某丙未將該款待與給己（實係由某丙交由某乙），認某丙之抵押權並不存在而訴請塗銷抵押權之登記，是否有理？

甲說認為抵押權為不動產物權，非經登記不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使權利，是抵押債務人究為何人，應以設立登記之內容為準。本件抵押權既登記為某甲本人債務之擔保，而不及其他，自應審究某甲對某丙是否負有債務，而為應否准許塗銷登記之裁判。

乙說認為所謂抵押權僅能依設定

內容行使權利，係指設定屬於物權之抵押權本身內容而苦，所擔保之債權，其債務人究為本人，抑為第三人在所不問。蓋屬於債權債務關係，應非抵押權登記效力所及，如該抵押物確為提供第三人擔保，即不因與本人無債務存在，而認抵押權有無效之原因。

實務上最高法院七十年度第十八次民事庭會議決議、七二臺上二四三二判例採甲說之見解¹³，即認某甲之請求應屬有理由。按諸抵押權成立上之從屬性而言，此項見解應可支持。

2、移轉（處分）上從屬性：

「移轉從屬性」係指抵押權僅擔保特定的債權，須隨著所擔保之債權移轉而移轉，第 870 條即此意旨。

八十七年度台上字第五七六號：「再按讓與債權時該債權之擔保及其他從屬之權利，除與讓與人不可分離之關係者外，隨同移轉於受讓人，為民法第二百九十五條第一項所明定。該條所謂「隨同移轉」，係屬法定移轉，無待登記即發生移轉之效力，與意定移轉須經登記始發生移轉效力者有異。又抵押權從屬於主債權，觀之民法第八百七十條規定自明。則主債權

之讓與，依前開說明，該抵押權自應隨同移轉，此與抵押權係依法律行為而為讓與須經登記始發生移轉效力之情形不同。本件統合營造公司係主張受讓統合工程公司對朱泰博之承攬報酬請求權，統合工程公司似未處分其因承攬關係取得之「法定抵押權」，果爾，該抵押權之移轉當無民法第七百五十八條之適用」

3、消滅上從屬性

(1) 意義及效果

「消滅上從屬性」係指抵押權之權利內容為確保債權滿足，於債權全部滿足時，其權利內容已無實現可能，依民法第307條規定，債之關係消滅時，其債權之擔保及其他從屬之權利亦隨同消滅，則所擔保之債權消滅後，擔保物權當隨同消滅。且此係因法律規定而消滅，無須踐行民法第 758 條規定，以登記作為物權變動之生效要件。例如 85 年台上字第 227 號：「抵押權為從物權，以主債權之存在為其存在之前提，故如主債權因清償、免除、抵銷或其他原因而消滅時，則抵押權自亦當然隨之消滅。惟如主債權一部消滅時，則否。此乃基於抵押權不可分性所使然。而抵押權所擔保之主債權未全部消滅前，抵押人尚不得請求塗銷該抵押權設定登記。」

準此，可得說明者有二：(1) 擔保債權未消滅時，抵押權為其擔保債權而存在原則上不消滅，故抵押權登記實務上雖常有存續期間之登記，然在其擔保債權未消滅前，其抵押權自不因存續期間屆滿而當然消滅。易言之，抵押權存續期間之約定及登記，於法

¹³ 72 年台上字第 2432 號判例：「抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利，是抵押債務人究為何人，應以設定登記之內容為準。」因而認定抵押權所擔保債權係以設定登記內容作為基準，若登記名義內容所載之債務人實際對抵押權人並無債務存在，該抵押權即無所附麗，失其效力。最高法院 70 年第 18 次民事庭決議：「抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。本件抵押權既登記為某甲本人債務之擔保，而不及其他，自應審就某甲對某丙是否負有債務，而為應否准許塗銷登記之判斷。」其他相同實務見解如：85 年台上字第 2176 號判決、85 年台上字第 3105 號判決、86 年台上字第 2826 號判決、88 年台上字第 653 號判決

律上不具任何意義¹⁴。(2) 基於消滅上之從屬性，抵押權全部消滅時，抵押權人即負有塗銷抵押權登記之義務，故不僅抵押人有塗銷登記請求權(其請求權基礎包括所有人之所有權除去侵害請求權、抵押權關係之請求權，約定設定抵押權契約之債之關係上之請求權)，債務人(即由第三人提供抵押物時)亦有塗銷登記請求權¹⁵，均得

¹⁴ 87 年台上字第 727 號判決：「次按一般抵押權登記實務上固常有存續期間一項，但實則抵押權係以擔保債務之清償為目的，從屬於擔保債權而存在，在該債權未消滅前為擔保之抵押權並不因抵押權存續期間屆滿而當然消滅，故抵押權存續期間之約定與登記，在法律上原不具任何意義。」

¹⁵ 會議次別：最高法院 77 年度第 6 次民事庭會議決議(二)

提 案：民四庭提議：債務人以第三人所有之不動產供擔保為債權人設定之抵押權登記，於債之關係消滅後，債務人是否得請求抵押權人塗銷抵押權設定登記？有甲、乙兩說：

討論意見：甲說：不動產抵押關係之主體，一為抵押義務人(設定人)，一為抵押權人(抵押債權人)。抵押權之設定契約，依法僅存在於抵押權人與抵押物提供者(抵押人)之間，與抵押債務人無涉，債務人既非抵押權登記之當事人，即不得本於抵押權之法律關係，訴請抵押權人塗銷抵押權設定登記。應認其訴為無理由予以駁回。(本院七十六年度台上字第二七三七號判決參照)

乙說：抵押權之性質，係從屬於所擔保之債權而存在。「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」(民法第三百零七條)。債務人自非不得本於債之關係請求抵押權人塗銷供債權擔保之抵押權設定登記(參酌動產擔保交易法第十條第一項規定，擔保債權受清償後，債權人經債務人或利害關係人之請求出具證明書，由債務人或利害關係人憑證明書向登記機關註銷登記之法理而言，無論擔保物是否債務人所有，均得由債務人或利害關係人一擔保物提供者聲請塗銷債權擔保之登記)。又依「抵押權設定登記聲請書」，及登記所需之「抵押權設定契約書」之記載，抵押權設定登記之「聲請人」及設定契約之「訂立契約人」，除權利人及義務人外，如抵押物為第三人(抵押人)所有者，並列載債務人為共同聲請人及訂立契約之人，足見債務人亦為利害關係人(土地登記規則第一百三十一條、第一百零七條參照)，應許其於債之關係消滅後提起塗銷登記之訴。

以上二說，應以何說為當，

請公決

決 議：採乙說。

請求抵押權人塗銷登記。惟學者¹⁶以為債務能否訴請塗銷抵押權登記，應以債務人是否具有抵押權塗銷登記請求權以為斷，最高法院 77 年度第 6 次民事庭會議決議所設案之債務人因非抵押權之當事人，故無物權關係上之請求權，甚為顯然，至於有無債之關係請求權，應分別就個案認定。

(2) 相關問題

I、擔保債權一部消滅，抵押權亦僅一部消滅，惟抵押物之全部仍需擔保剩餘之債權，自不待言，蓋後者已涉及抵押權不可分性之問題。抵押權一部消滅時，得請求就消滅部分為抵押權變更登記。縱未變更，抵押權效力亦當然縮減至該餘存債權範圍內¹⁷。

II、抵押權因擔保債權之消滅而消滅後，雖未辦理塗銷登記亦不過形式上存在，已無登記之效力¹⁸，此際倘抵押權人將之讓與第三人時，第三人當無受土地法第四十三條保護之餘地，蓋債權已消滅，抵押權已無存在之可能¹⁹。此與債權未消滅，抵押權有消滅原因(例如抵押權之拋棄)而未塗銷登記前，第三人受讓債權與抵押權時得主張受公信力之保護者不同。準此可知，本於抵押權之從屬性，擔保債權是否存在，乃受讓抵押權之第三人能否受公信力保護之另一前提。

二、擔保債權一以保證為例

保證契約係為單務及無償之契約，故

¹⁶ 參閱謝在全，民法物權論(中)修訂三版，三民，2004年8月，P398，註14。

¹⁷ 84 年台上字第 167 號判決、89 年台上字第 562 號判決

¹⁸ 26 年台上字第 759 號判決

¹⁹ 司法院七四、二、七(七四)院臺廳一字第 0 一六一八 0 號函

民法保證章特別就保證契約之無償特性而為保護保證人權利之規定，此民法上之規範內容即可得知保證契約之性質係為從屬性及補充性。保證契約之從屬性係指保證債務原則上，與其所擔保之主債務同其命運，可以分為成立上、範圍上、變更上、移轉上、及消滅上之從屬性(民法第七百四十一條至七百四十四條)。而補充性係指保證人先訴抗辯權(民法第七百四十五條)，即保證人之擔保地位為備位之補充性質，於主債務人仍有清償可能時，債權人應先向主債務人求償。詳細內容說明如下。

(一)從屬性

1、內容

保證債務以主債務之存在或將來可能存在為前提，故保證債務從屬於主債務，保證債務因主債務消滅而消滅。保證債務之範圍及強度，不能超過主債務之範圍，且保證債務不能與主債務分離而移轉。此從屬之關係，有如其他之從權利²⁰。我國民法為貫徹保證契約之擔保目的，立法者規定保證契約之成立、範圍、移轉、消滅及抗辯之行使均從屬於主債務(參照民法第七百四十條至七百四十四條)。

因保證契約之從屬性係為債權相對性之例外，係為契約法上特殊之性質，原則上應以法律明文規定。債之關係相對性之基本原則，主債務與保證債務係基於不同之法律關係而生者，證人本不得援引他法律關係(主債關係)所生之抗辯，對抗保證債務關係之相對人(債權人)，因此為例外地使保證債務之命運從屬於主債務，克服債之

關係之相對性，因此民法第七百四十一條至七百四十四條即為此之特別規定。因此，從屬性原則，係為法律技術之簡化技巧，基於法律所規定之從屬性原則，當事人僅需規範其主債務關係，其規範自動於保證契約關係有效²¹。

從屬性係多數具有同一目的權利間之關連性，而此從屬性有雙面之關連性者如連帶債務，有單面之關連性者即為保證契約，故保證契約之多數權利間之從屬性僅存在於單面，而非存在於多數權利相互之間。亦即主債務與保證債務之關係，僅主權利決定從權利之命運，反之則不然。主債權(主權利)成立、範圍、移轉、消滅等對保證債權(從權利)亦發生同樣之效力，惟保證債權之命運，並不當然影響主債權效力之變動。而主從關係亦與權利之價值或經濟上之意義無關，因而保證債權與主債權何者較具有經濟上之意義，則應視保證人或主債務人本身之清償能力而定²²。

實際上，多數權利之主從關係，係因主權利與從權利具有同一之目的，因而債權人僅有受領一次之給付。惟權利人在何種關係之下得以受清償，立法者僅就主權利予以規定，而經由「從屬性」之規定擴展及於從權利。簡言之，從屬性為立法技術之簡化，原始關係之經濟目的所需考量之因素僅就原始關係而為規定，再利用從屬性之規定使補充之法律關係亦發生相同之內容。²³又保證契約之從屬性，係立法

²⁰ 參閱史尚寬，債法各論，民國 62 年 10 月，四版，頁 832。

²¹ 參閱陳自強，無因債權契約論，國立政治大學法律學系法學叢書(44)，1998 年 8 月，一版，頁 62。

²² 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 19。

²³ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土

者基於擔保目的之考量所為之技術上之簡化，因而僅有保證債務單面、片面從屬於主債務，而主債務並不從屬於保證債務²⁴。

因此，保證人基於保證契約之從屬性規定所得主張抗辯權，僅保證人單面可以援引之抗辯，主債務人並無法援引保證人之抗辯，此係基於保證契約之契約本質（從屬性）而來，而保證債務之從屬性為保證債務之特色，使保證債務單面、片面從屬於主債務，主債務並不從屬於保證債務。因此，有關保證契約之從屬性之規定不能以定型化契約條款予以排除。

保證契約之從屬性之具體內容：

(1) 成立上之從屬性

保證債務以主債務之成立為前提，惟保證亦得就將來或附條件之債務為擔保。而主債務確定不存在時，則保證契約因無擔保之對象，故保證契約自歸於消滅，保證人即得依民法第七百四十二條之規定拒絕給付。

民法第七百四十三條係規定，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。是以，主債務之契約因欠缺行為能力而不生效力，則保證人原得援用成立之從屬性以拒絕代為履行，惟若保證人明知該行為能力欠缺之情事時，該契約依民法第七百四十三條之特別規定而仍為有效，惟此時該契約之性質係為保證契約或擔保契約，則有爭議。有學者認為因保證人明知其為行為能力欠缺仍為保證，有獨立負債之意思，故為獨立債務，而

非代主債務人履行其債務，不生向主債人求償之問題²⁵。亦即此時保證人必須獨立承擔債權人因此所生之損害，於債權人因而受到一定損害時，保證人即應擔保該損害之填補。亦有學者認為應考量保證人之意思而定之，保證人此時僅有承擔主債務人基於無效契約所獲得應返還於債權人之不當得利之債務部分，故保證人仍擔保其不當得利債務之滿足，故應解釋民法七百四十三條之契約仍為保證契約之類型而非獨立擔保契約，以避免保證人承擔過大責任與範圍²⁶。

就無效債務而為保證（民法七百四十三條）之情形，一般保證人仍係就他人之債務而為保證之意思表示，保證人並非以擔保一定之風險之不發生為意思表示，故無效債務之保證仍為保證契約而非擔保契約（因保證人並無獨立負擔債務之意思）。且因契約之擔保目的，民法第七百四十三條之其實係要擔保主債務之履行，主債務雖有無效或不存在之情形，債權人對主債務人仍有不當得利返還請求權，如消費借貸契約因借款人係為無行為能力者，則債權人對借款人依不當得利之規定請求返還已交付之給付，「以不當得利請求返還已交付之給付」，仍為保證債務擔保主債務之履行。再則，一般人作為擔保人之情形，一般人不具有銀行業者可以擔保一定情形之不發生的風險，因此應解釋民法第七百四十三條僅指保證人擔保債務人基於不當得利而應返還之部分，而非擔保一定風險不發生之擔保契約，將民法第

法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 19。

²⁴ 參閱拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999 年出版，頁 149。

²⁵ 參閱鄭玉波，民法債編各論（下冊），三民書局出版，民國 87 年 8 月 17 版，頁 831。

²⁶ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 21。

七百四十三條解釋為具有強大擔保目的之擔保契約並無必要。

是以，如消費借貸契約之主債務人係未成年人，而法定代理人事後不承認此法律行為，保證人亦明知主債務人係未成年人仍與債權人訂立保證契約，此時應探求保證人之意思係為擔保該主債務，保證人並不具有負擔獨立債務之意思，保證人係以主債務人對債權人之不當得利債務為擔保範圍，保證人並非負「擔保契約」之責任，此時仍應解釋保證人係就債務人依不當得利應反還之範圍負保證責任。

(2) 範圍上之從屬性

民法第七百四十條規定「保證債務，除契約另有訂定外，包含主債務之利息、違約金、損害賠償及他從屬於主債務之負擔。」因此保證人所須負擔代為給付範圍，除保證契約另有約定外，應包含利息、違約金、損害賠償及其他因該主債務所延伸之債務²⁷。且依民法第七百四十一條之規定「保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度」，因此保證人之擔保範圍僅以主債務人所負擔範圍為限，是以，若主債務人所負擔債務低於最高限額之額度時，保證人亦以較低之債務範圍負擔保責任。惟現今之定型化保證契約多有約定「最高限額保證之條款」，此時保證人之擔保責任範圍係為多少，是否以最高限額之額

度為擔保之上限，於後說明之。

(3) 行使上之從屬性

I、主債務人之抗辯權

依民法第七百四十二條第一項「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。」第二項「主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之。」保證債務具有從屬性，故主債務人對於債權人所有之抗辯，保證人均得主張。亦即於債權人向保證人請求代負履行責任，保證人得以援用主債務人對於債權人之抗辯權，且無論主債務人有無拋棄其抗辯權。

主債務人所得主張之抗辯，包括權利妨礙抗辯、權利消滅抗辯等，一時抗辯（同時履行之抗辯、拒絕支付價金之抗辯）與永久抗辯（時效完成之抗辯）等，保證人均得主張以對抗債權人之請求²⁸。權利妨礙之抗辯，係指當主債務之契約有不成立、不生效力、無效（違反公序良俗）或被撤銷（通謀虛偽意思表示）之情形，當債權人向保證人請求履行保證債務時，保證人即得以權利妨礙之抗辯，以否認保

²⁷ 55 年台上字第 2526 號判例：「營利事業必須覓具納稅保證書，乃基於營利事業登記規則之規定（同規則第四條參照），故納稅保證範圍，當以被保商號因營利事業所生或營利事業有關之納稅義務為限。」18 年上字第 824 號判例：「保證範圍既未約定，則關於主債務之元本、利息及因主債務人不履行債務所生之損害，與夫附屬於主債務之負擔，均負有保證償還之責任。」

²⁸ 89 年台上字 2786 號判決：「按保證債務為從債務，如主債務不存在，保證債務自無從發生；又主債務人所有之抗辯，保證人均得主張之，主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之。則主債務之請求權因時效之完成而消滅，其效力亦及保證債務；保證人得主張時效之利益，縱主債務人拋棄其利益，保證人仍得主張之。上訴人抗辯，系爭借款人未按期清償，已喪失期限利益，被上訴人自七十一年十二月應向姜旻昊追償，行使請求權，惟被上訴人迄未行使，已逾十五年之消滅時效，依民法第七百四十二條之規定，伊可執此抗辯，拒絕清償云云，是否全無可採。」、68 年台上字第 1813 號判例：「依民法第七百四十七條規定，向主債務人請求履行及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力者，僅以債權人向主債務人所為請求、起訴或與起訴有同一效力之事項為限，若同法第一百二十九條第一項第二款規定之承認，性質上乃主債務人向債權人所為之行為，既非民法第七百四十七條所指債權人向主債務人所為中斷時效之行為，對於保證人自不生效力。」

證債務之存在。又權利消滅之抗辯，係指主債務人已清償、代物清償、提存、混同、抵銷或免除而消滅主債務，此時保證債務亦隨同消滅，若債權人仍向保證人請求給付保證債務，保證人則得以主債務已消滅而為抗辯²⁹。

此外，保證人於債權人對其求償時，本得以對債權人主張債務人之抗辯權或抗辯事由(民法第七百四十二條)，而保證人怠為主張主債務人之權利而清償保證債務，嗣後保證人向主債務人求償時，主債務人可以主張其對原債權人得主張之抗辯事由向保證人為抗辯(如債務已因清償而消滅)，此乃基於保證人清償保證債務係依民法第七百四十九條及第二百九十五條之規定取得法定債權讓與，因此保證人於清償之限度內係取得原債權人之地位，故主債務人亦可對保證人主張其本得對原債權人主張之抗辯。因此，保證人得以對債權人主張債務人之抗辯權或抗辯事由，不僅為保證人「得」主張之權利，更為「應」主張債務人之抗辯，若保證人不主張主債務人之權利，嗣後主債務人即得以對原債權人所得之抗辯，以對抗保證人。

II、主債務人之形成權

(I) 撤銷權

依民法第七百四十四條之規定「主債務人就其債之發生原因之法律行為有撤銷權者，保證人於債權人，得拒絕清償。」即主債務人就其之發生原因之法律行為有撤銷權，保證人亦得主張主債務之契約因撤銷權之行使而歸於消滅，則債權已不存在，保證人即無須代為履行。例如主債務人基

於契約對債權人負有債務，該契約之訂立，主債務人之意思保表示係錯誤、被詐欺或被脅迫，主債務人確有撤銷意思表示，主債務因主債務人撤銷意思表示而視為自始無效(民法第一百十四條第一項)，保證人即得主張主債務不存在之抗辯(民法第七百四十二條)。反之，若主債務人並未行使撤銷權者，保證人雖然不得行使撤銷權，但保證人得以援引民法第七百四十四條而主張拒絕清償，因此本條之性質係屬於暫時性之抗辯權，如主債務人之撤銷權因除斥期間經過而消滅，保證人即不得再援引本條之拒絕給付³⁰。因而，民法第七百四十四條係為保護保證人之地位，而允許保證人於主債務人得行使撤銷權時主張拒絕給付，但保證人仍不得代為行使該撤銷權。

(II) 抵銷權

依民法第七百四十二條之規定「保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷。」此條係允許保證人得代主債務人行使債權之抵銷權。學者認為此條超過主債務人之權利之範圍，有所不妥，應改為保證人得就該可抵銷之額度內主張拒絕給付，即足以保障保證人地位，亦不會過度限制主債務人之權利³¹。

III、解除權

學者認為於主債務人對主債務之契約有一解除權時，因考量解除行使後，該債權即不負存在，保證人亦無

²⁹ 參閱林誠二，民債編總論體系化解說(下)，瑞興出書局，2000年9月，頁295-296。

³⁰ 參閱林誠二，民債編總論體系化解說(下)，瑞興出書局，2000年9月，頁297。

³¹ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁23。

代負履行義務，則應得類推適用民法第七百四十四條規定，保證人於此情形得拒絕給付³²。

(4) 變更或消滅上之從屬性

主債務之標的有所變更時，保證債務亦隨同變更，例如主債務變為損害賠償債務時，保證債務亦變為就損害賠償債務為擔保。主債務消滅，保證債務亦隨同消滅，但保證債務亦不妨早於主債務而消滅，例如約定自主債務清償期屆至經過一定時間之後，保證債務即行消滅³³。

至於主債務因解除而消滅，則因主債務之契約解除後，係為無效或回復原狀之關係，仍有爭議，此保證債務是否因主契約解除而消滅？

就此問題，實務見解有認為解除契約會使契約溯及既往無效，而基從屬性而來，故從屬於主債務之保證契約將無所附麗，主債務之契約解除則保證契約自不生效力³⁴。亦有實務見解認為依民法第二百六十條之規定，解除前已取得損害賠償不受影響，則保證契約依民法第七百四十條之規定仍須擔保解除前已生之損害賠償責任之滿足，並認為保證契約擔保之範圍包括回復原狀義務部分³⁵。惟多數學

者則係認為契約解除時，契約仍有效存在而僅因解除契約而使契約朝向清算關係，則所擔保之主契約之當事人間仍負有互負回復原狀之義務，因此保證契約應轉為擔保債務人對於債權人之回復原狀義務以及債務不履行之損害賠償義務³⁶。

本文以為因債之關係在其過程中得產生各種義務，個別之給付義務得因清償而消滅，債之客體得因當事人之約定或法律之規定而變更，債之主體亦得因法律行為或法律規定而更易，整個債之關係更可因契約承擔而移轉，於此種情形，債之關係之要素雖有變更，但債之關係仍繼續存在，不失其同一性，故債之關係係為一有機體。而所謂債之關係不失其同一性，係指債之效力依舊不變，不僅其原有之利

自版，2003年7月，初版第1刷，頁528。91年度台上字第841號判決：「保證範圍未經約定者，則關於主債務之原本、利息及因主債務人不履行債務所生之損害，與其附屬於主債務之負擔，均負有保證責任。又契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。再者，民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。其所規定損害賠償之請求，係專指因債務不履行所生之損害賠償請求權，至因契約消滅所生之損害，並不包含在內。」、46年度台上字第1252號判決：「因主債務人不盡履行義務，致債權人解除契約時，其原狀回復之義務，固得視為包含於民法第七百四十條所定保證範圍之內。若其契約係基於當事人之意思而解除，則無論在解除前或後，均應認為保證債務已因契約解除隨主債務而消滅，其後雙方所為約定返還價金等之債務，乃屬新發生之債務，與業已消滅之原保證債務，已無關係。」

³⁶ 參閱王澤鑑，法律思維與民法實例，一九九六年六月二刷，頁122；黃立，民法債篇總論，自刊，1999年10月，二版一刷，頁516-520。若當事人間合意解除契約，依76年度台上字第209號判決：「查契約之合意解除與法定解除權之行使而解除者不同，效果亦異，契約之合意解除乃契約行為，即以第二次契約解除第一次契約，其契約已全部或一部履行者，除有特別約定外，並不當然適用或準用民法關於契約解除之規定（例如民法第二百五十九條、第二百六十條），故合意解除後應負之義務，乃係另一法律關係，既非主債務之變形，亦非主債務之從債務，故除保證契約另有訂定外，應不在保證債務範圍之內。」

³² 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁23。

³³ 參閱史尚寬，債法各論，民國62年10月，四版，頁831。

³⁴ 83年度台上字第411號判決：「六十一年二月一日兩造所訂之土地改良合作契約及六十七年四月十六日被上訴人與陳○○之土地買賣契約，均已解除，為兩造所不爭執，依最高法院二十三年度上字第三九六八號判例，該二契約均溯及訂約時失其效力，與自始未訂約同。上訴人在土地買賣契約中係保證人，依保證契約之從屬性，主債務既因解除而消滅，保證債務亦無由存在。」

³⁵ 參閱邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（下），

益及各種抗辯不因此而受影響，其從屬之權利原則上仍繼續存在³⁷。

主債務變更而保證債務是否隨主債務變更之問題，若主債務係基於法定事由而變更，如主債務之契約發生法定解除權之事由，則主債務之內容從原來之給付義務變形為損害賠償之債務、或不當得利之債務，主債務變更後之損害賠償債務等與原來債之關係仍具有同一性。保證債務在此亦應隨之變更，且因保證債務從屬於主債務之性質，保證債務仍須擔保此一主債務變更之範圍。此外，主債務之標的或性質發生變更，應以具有可歸責於主債務人之事由而為給付不能時，保證人應擔保主債務人不履行債務所生之損害賠償。若因不可歸責於債務人之事由而給付不能，因而形成主債務消滅，則保證債務亦因而消滅³⁸。

惟若主債務人與債權人約定變更主債務之內（如主債務人與債權人約定借款由二百萬元變更三百萬元），則此主債務之變更並非因法律規定而變更，此種約定變更主債務之範圍並非原債之關係之變形，而係當事人約定變更契約內容，除保證人與債權人從新約定保證契約之內容，否則債權人與主債務人之合意，不得使保證債務就新債務仍為存在³⁹，故保證債務擔保之範圍原則上不包括主債務合意變更之範圍。

因保證債務係為從債務，必須以主債務存在為前提，保證契約之成立以主債務有效存在為前提，若主債務無

效，除特殊情形之外（如民法第七百四十三條等），保證契約原則上亦屬無效。民法第七百四十三條係規定，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。亦即保證人明知主債務因行為人行為能力之欠缺而無效時（不包括違反民法第七十一條、第七十二條或第二百四十六條等其他無效原因之情形），保證人如明知其無效情事，仍願意負擔保證責任，則保證契約仍為有效，此為從屬性之例外。惟保證人依民法第七百四十三條負保證責任，保證人所負擔之責任，有學者認為此時保證人具有獨立負債之意思，此保證債務係為獨立債務⁴⁰（參照前述（一）成立上之從屬性）。因此，保證契約基於從屬於主債務之性質，主債務無效或不存在，除有民法第七百四十三條、主債務人對債權人負有不當得利返還請求權或當事人有特別約定者外，原則上保證債務亦為無效或不存在。

（5）移轉之從屬性

保證契約係為擔保主債務而存在，若債權人將債權讓與第三人時，保證契約之債權人地位亦隨之由第三人承受依（民法第二百九十五條第一項）。

依民法第七百四十九條之規定「保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。」保證人清償保證債務後，保證人直接依民法第七百四十九條之規定取得債權人對於債務人之債權，係為「法

³⁷ 參閱王澤鑑，民法債編總論第一冊，基本理論債之發生，民國八十三年十月出版，頁 52。

³⁸ 參閱史尚寬，債法各論，民國 62 年 10 月，四版，頁 849。

³⁹ 參閱史尚寬，債法各論，民國 62 年 10 月，四版，頁 830。

⁴⁰ 參閱林誠二，民債編總論體系化解說（下），瑞興出書局，2000 年 9 月，頁 280-283。

定債權讓與」之性質，且依民法第二百九十五條之規定從屬於該債權之權利亦隨同移轉⁴¹。因此，保證人清償保證債務後，除得向主債務人行使求償權外，亦依民法第二百九十五條及第七百四十九條之規定，於其清償之限度內，代位取得債權人對主債務人之債權、擔保物權，及其他從屬之權利。是以，保證人取得抵押權之移轉係本於法律之規定，而非基於法律行為而取得，故關於擔保物權之取得不受民法第七百五十八條所定須經登記始生效力之限制⁴²。亦即只要保證人代為清償債務，依第七百四十九條及民法第二百九十五條之規定即取得抵押權，縱使債權人未為變更抵押權登記，保證人仍會取得抵押權，此係本於法律之規定而取得之權利。

惟保證人求償權之效力會因保證人與主債務人間之法律關係為委任契約或無因管理而有不同⁴³，說明如下。

⁴¹ 89年台上字2931號判決：「查保證人代為清償後，除得向主債務人行使求償權外，依民法第二百九十五條及第七百四十九條規定，於其清償之限度內，尚代位取得債權人對主債務人之債權、擔保物權，及其他從屬之權利。且此項權利之移轉，係本於法律之規定，而非由於法律行為，故關於擔保物權之取得，不受民法第七百五十八條所定須經登記始生效力之限制。原法院就此持相反之見解，認林元生代償後，系爭抵押權於其清償限度內，並未隨同移轉與林元生，進而認上訴人仍應塗銷系爭抵押權，不無可議。」

⁴² 83年度台上字第3170號判決：「按保證人之代位權、無因管理之管理人支出必要費用償還請求權及不當得利之返還利益請求權，三者之要件及效果並不相同，倘被上訴人所稱以保證人身分代繳租金，即無成立無因管理或不當得利之餘地。原審未就被上訴人主張之法律關係行使闡明權使之明確，並就被上訴人是否以保證人身分代繳租金詳予查明審認，已有未合，竟對上訴人所聲請傳訊之出租人即證人，認無訊問必要，及謂被上訴人雖不能依保證人之代位權法律關係請求，惟得依無因管理及不當得利法律關係請求，而為上訴人敗訴之判決，尚嫌率斷。」

⁴³ 參閱林誠二，民債編總論體系化解說（下），瑞興出書局，2000年9月，頁307。

一、保證人與主債務人間係為無因管理。即保證人並未受債務人之委任亦無義務，而為主債務人管理事務之意思與債權人訂立保證契約，此時即構成無因管理（民法第一百七十二條），而得適用無因管理之相關規定，於保證人代為履行後，依民法第一百七十六條之規定，請求主債務人償還保證人所支出費用。

二、保證人與主債務人間具有委任契約。即主債務人委任保證人處理其債務，保證人與主債務人以意思表示合致而成立委任契約，而由保證人取得擔保之地位，故保證人代為履行保證債務後，保證人得依民法第五百四十六條之規定，向主債務人請求償還必要費用⁴⁴。

2、從屬性與獨立性之區別

擔保契約與保證契約皆係以擔保為目的，損害擔保契約與保證契約皆具有擔保之功能，而具有相似性，惟擔保契約之目的亦在擔保債權人各種不可預估之風險，其擔保特性更強於保證契約，擔保義務人之給付義務與所承擔之風險亦較保證契約更大。

此外，保證契約之從屬性與擔保契約之獨立性，仍具有本質上之差異，而有區別之必要。所謂擔保契約（或稱損害擔保契約）係當事人約定一方之當事人於一定條件或結果發生時負特定之給付義務，擔保契約並不以主債務之成立為其前提，擔保契約係以

⁴⁴ 18年上字第1561號判決：「（一）保證人向債權人代償後，債權人對於主債務人之債權即移轉於保證人，因之保證人得就實際代償之數額，向主債務人求償。（二）保證人受主債務人之委任而為保證者，對於主債務人即有受任人之權利，除依一般委任法則，保證人因受任保證而代償之數額，應由委任之主債務人償還外，並應償還自支出時起之利息。」

擔保一定結果之發生為前提要件，並不具有從屬於主債務之特性⁴⁵。因此，回歸於債之相對性原則而言，擔保契約所生之債務係獨立於與其所擔保之債務，擔保債務並不依存於被擔保債務，因此被擔保債務之抗辯或抗辯權，依債之相對性，擔保人既非債權人與債務人之對價關係之當事人，故擔保人不得以他人之法律關係所生之抗辯對抗其債權人，此即為擔保契約之獨立性。因而，擔保契約與主債務間係為相互獨立之債務，欠約保證債務之從屬性，此從屬性之欠缺係擔保契約與保證契約最重要之區別⁴⁶。

(二) 補充性

民法第七百四十五條規定「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。」此項規定即為保證契約行使之補充性，或保證人之先訴抗辯權。其立法意旨在於主債務人仍有清償可能時，債權人應先向主債務人求償，因保證人之擔保地位僅為備位之性質，故賦予保證人有先訴抗辯之權利（檢索抗辯權），即保證人得以向債權人主張其應先向主債務人為請求，於主債務人確定無法給付時，始得向保證人請求代負履行之責。

所謂之補充性係指在數權利間，一權利之發生或行使以其他無法受償之前提。而保證契約之補充性，是指債權人在行使權利時，應儘先向主債務人請求，其立法理由係基於保證契約

之擔保目的與功能，如主債務人有清償之可能，擔保之功能即不需要。亦即保證債務與主債務相較，係屬於候補之地位而具有補充性。而保證契約債權人之補充性，是指在行使權利時，應儘先向主債務人請求，其立法理由係基於保證契約之擔保目的與功能，如主債務人有清償之可能，擔保之功能即不需要。亦即保證債務與主債務相較，係屬於候補之地位而具有補充性⁴⁷。

(三) 定型化保證契約與消費關係

關於「非消費關係」之定型化契約得否適用消保法有關定型化契約之規範，一直是學說實務間爭論之重點，以定型化保證契約為例，最高法院認為保證關係非消費之法律關係，根本否認定型化保證契約適用消保法之定型化契約條款之審查標準。惟保證人是否為消費者保護法上之消費者、保證關係是否為消費之法律關係、定型化保證契約得否適用消保法之定型化契約條款規範之問題，影響定型化保證契約條款之審查與規範，故說明之必要。

1、消費者

(1) 我國法

消費者之定義，依消保法第二條第一款係規定為「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，惟消保法並未說明「以消費為目的」之概念，又消保法第一條第一項說明消保法之目的，係以「保護消費者權益，

⁴⁵ 參閱拙著，論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務-兼評民法債編關於「人事保證」之增定條文，臺灣本土法學雜誌第29期，2001年12月，頁4。

⁴⁶ 參閱陳自強，無因債權契約論，國立政治大學法律學系法學叢書(44)，1998年8月，一版，頁66。

⁴⁷ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁24；拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書(45)，自刊，1999年出版，頁150。

促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質」。

實務上對消保法之「消費」首先加以解釋者，係台 84 消保法字第 00531 號函釋⁴⁸，所謂『消費』，則係以直接使用商品或接受服務之行為，概消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之名詞，從而生產即非消費，故消保法所稱之消費，係指不再用於生產之情形下所為之最終消費。是以，消保會於做成該解釋後，即認為消保法上之「消費」，原則上係指「不再用於生產之情形下所為之最終消費」而言。且就接受金融機關所提供之服務者，是否屬於消保法第二條第一款之消費者，仍應視有無符合「不再用於生產情形下之最終消費」定義為斷⁴⁹。有學者認為「消費」係相對於生產的一個概念，指以維持生活而享受物品或勞務的行為，其行為包括積極的作為或消極的不作為⁵⁰。消費行為係指人類在生活過程中消耗財物或利用服務之行為；而所謂之消費者，乃是基於消費生活而購入、使用或接受由事業者所提供商品或服務之人⁵¹。而就此定義於之下，幾乎所有人類之行為本於生存慾望所為的交易，皆屬於消費行為。

有學者批評在此概念下之消費概念似乎有空洞化的危險，且消費者保護法以消費目的界定「消費者」一詞有

其不確定性。且前揭之消費概念，係為經濟學上「終局消費」(Consummation finale)的觀念，而終局消費乃指非用於生產財貨或服務用途之消費行為。而直接援引經濟學上之「消費」概念，作為法律概念之解釋準據，仍有疑問。法學並不排斥其他學科之概念，惟直接援引而未經過法律概念化及法學內部化，則可能使經濟學上之技術觀點主導或替代法律概念，而稀釋法規範操作倫理性格，甚至產生逾越立法意旨之情形。其次，終局消費之技術性觀念，對於法學而言，仍嫌模糊籠統，欠缺法律概念的精確性與嚴謹度⁵²。而該主張應以「基於個人或家庭需要之非營業性目的」的標準，作為解釋消費者保護法第二條第一項「以消費為目的」之參考⁵³。

另有學者批評消保法第二條第一項之立法方式，固有構成要件明確性之優點，然以消費目的界定「消費者」一詞有其不確定性，其缺點亦由此而生，蓋法院於具體個案為裁判時，必須檢驗當事人是否為第二條各款所定義之「消費者」、「企業經營者」，雙方所生之法律關係是否為「消費關係」等而加以適用，由於我國相關名詞定義並不完善，即使在可能的文意範圍內做最寬鬆之解釋，亦無法適用消費者保護法，而欲類推適用但又礙於特別法之立法模式，若過份類推適用將導致特別法變成非特別法而是

⁴⁸ 消費者保護判決函示彙編(一)，行政院消費者保護委員會編印，1988年12月，頁304。

⁴⁹ 參閱詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義，月旦法學雜誌，2005年7月，第122期，頁244以下。

⁵⁰ 參閱朱柏松，論消費者保護法服務者之責任(上)，律師通訊四月號，第199期，頁47。

⁵¹ 參閱朱柏松，適用消保法論斷醫師之責任，收錄於「消費者權利之保護」的大會論文集，第五頁以下。曾品傑，「論消費者之概念」，台灣本土法學雜誌 49期，頁155。

⁵² 參閱曾品傑，「論消費者之概念」，台灣本土法學雜誌 49期，頁155。

⁵³ 此係法國法之學說，以基於非營業之目的，亦即本於個人或家庭需要的這個交易目的，來描繪經濟學上終局消費者的觀念，而認為此項經過法律概念化的界定標準，簡單清楚，似值得我國審判實務借鏡。參閱曾品傑，「論消費者之概念」，台灣本土法學雜誌 49期，頁155-157。

普通法，且明顯違背法律明定之定義，於實務上嚴格採行以法論法之精神下難獲得支持。相當諷刺的是，本為保障消費者權益而制定之消費者保護法，於有缺陷立法定義下，反而讓人民遭受到企業主的侵害⁵⁴。

(2) 德國法

德國民法在 2000 年 6 月制定遠距交易法時，同時將「消費者」與「企業經營者」之定義訂納入德國民法第十三條、第十四條之中。因此，德國法上之消費者契約即指消費者與企業經營者所訂立之契約，不包括消費者與消費者所訂立之契約，亦不包括企業經營者與企業經營者所訂立之契約。在此定義之下，現今債編中之契約法大都為消費者契約，因為債編契約法之相關規定最主要之適用情況，大都為消費者與企業經營者之間。換言之，每位國民原則上均為消費者，而消費者法即係關於全體自然人之法律關係，因此，其本質上即具有「國民的」之法律屬性⁵⁵。

德國民法第十三條所規定之消費者係指非基於營業行為，亦非基於獨立之職業行為之目的而為法律行為之自然人。亦即德國民法第十三條的消費者之定義，係採消極性之規定，只要屬於自然人所締結之法律行為，不具有營利目的，或獨立執行業務之性質，即為此之消費者⁵⁶。此項消費者之法律概念之定義，即繼受歐盟國家

消費者保護之相關指令⁵⁷而來。此外，德國民法第十三條之定義亦適用於其他對消費者未為定義之消費者保護之特別法。因此，在遠距交易法立法同時，立法者同時將「消費者」之定義納入德國民法總則編第一章「人」第一節「自然人」中予以明文規定，而「消費者」概念既經定義後，即形成「關鍵概念」，毋須有指示性規定，即可直接適用於其他法律規定所指之「消費者」，如第三百十二條特殊行銷模式（德國民法第三百十二條、第三百十二條 b）、第四百八十一條、第四百九十一條。

因此，德國民法已不考慮特殊之契約締結情況，亦不區分契約當事人係屬何者之一般性契約法規定，與考量消費者地位而特別制定之消費者契約特別規定，二者看似具有普通法與特別法之關係，實則為連體嬰。因為，必須先從消費者契約法之特別規定才能推斷出有無一般民法規定之適用，而特別規定則需回溯至民法規定才得以瞭解其內涵。因此，保護消費者之相關規定，如締約前資訊告知義務、消費者不附理由之解約權、消費性定型化契約之無效條款與概括無效條款之管制，於債法一般契約法之

⁵⁴ 參閱拙著，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，德國民法債編修正研討會，頁 11。

⁵⁵ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-26。

⁵⁶ 參閱黃立、楊淑文、杜怡靜，定型化契約條款研修-套書百科全書、語音教育暨套書商品定型化契約範本修正草案，應記載事項及不得記載事項草案，行政院經濟部委託，頁 29。

⁵⁷ 歐盟關於「消費者」定義之歷年法案：「1985 年 12 月 20 日通過之歐盟 85/577 號關於訪問交易指令第二條、1986 年 12 月 22 日通過之歐盟 87/102 號關於消費者借貸之指令第一條第二項，以及 1997 年 5 月 20 日通過之歐盟 97/7 號關於遠距交易之指令第二條第二項之規定。上開指令並未針對不同契約之當事人不同保護目的，反而係針對契約之目的（以消費為目的）而為之消費者之定義。第十三條之消費者定義適用於所有消費者保護之特別法，例外情形不適用者，則有遠距函授保護法（das Fernunterrichterschutzgesetz），其中之當事人為「參加者」與「函授業者」，因僱用人亦可能為受雇人訂立函授契約，故一方當事人非必為消費者」參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-26。拙著，91 年國會研究結案報告，頁 10。

規定，以例外規定方式限制當事人之契約自由權，係屬較佳之立法模式⁵⁸。

2、消費關係

(1) 學說見解

有學者認為因保證契約為單方行為，保證乃保證人向債權人所負之擔保，是保證人向債權人提供給付之行為，而與消費者保護法第二條第二款之消費概念不同，保證人不該當消費者之概念，而無消費者保護法之適用。而應先考量主債務人之借貸性質，究竟是主債務人基於個人或基於家庭日常生活需要而締結，或是主債務人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而定立。惟採此說之學者亦認為不應停留在保證人非消費者，無消保法之概念法學的定義上，毋寧是在利益衡量上，如何以類推適用消保法為手段，彰顯法律上對保證人的優遇程度超過或等於主債務人的保護取向，而進入到規範法學之價值判斷的考量層次。乃以主債務人為消費者時，針對該債務為保證之人，始得就定型化契約，主張類推適用消費者保護法之相關規定⁵⁹。若主債務

人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而訂立之保證契約，因主債務人非消費者，故保證行為基於擔保主債務而存在之附從性格，在非消費性借貸（或商業性貸款）的情形，保證人就定型化保證契約，似無主張類推適用消費者保護法之餘地⁶⁰。

此外，另有學者從銀行對保證人之附隨義務；單務契約債務人之責任；保證人與主債務人責任之比較，三方面說明保證契約亦應有消保法之適用餘地。認為債權人對保證故無主給付義務，然債權人對保證人仍負有附隨義務。其次，單務無償的保證契約，基於民事法律關係上之基本原則，無償行為債務人之過失責任應從輕酌定（民法第二二〇條第二項），例如贈與人注意義務及履約責任應予減輕，正因如此，尤其應使保證人受消保法關於定型化契約規定之保護，以減輕其責任，俾符合前述民法之基本原則。最後，認為從銀行、債務人、保證人之三角關係觀察，主債務人尚有從銀行取得借款，而保證人並無任何收穫，純粹負有保證義務。因此，在對於債權人所負之責任上，法律對保證人之保護，應優於或等於對主債務人所提供者。且主債務契約（主債務人與銀行之定型化借款契約）應適用消保法，實務及學者並無異論，基於上述保證人應優於或等於對主債務人所提供之保護，何以保證人與銀行間之定型化保證契約卻無法適用消保法之規範？認為最高法院之見解，似有利益衡量顛倒，價值判斷錯誤。因而，學者認為債權人（銀行）

⁵⁸ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-26。

⁵⁹ 臺灣高等法院臺中分院八十八年度重上字第一〇九號判決，肯定銀行定型化保證契約得類推適用消保法第十二條，惟最高法院廢棄此判決（九十年度台上字最高法院第二〇一一號判決）。臺灣高等法院臺中分院八十八年度重上字第一〇九號判決內容如下「...被上訴人甲既係基於金融機構之經濟強勢地位，要求上訴人乙與原審被告丙、丁、戊等簽立本件顯失公平，有違誠信原則之連帶保證書，嗣後於原審被告已公司正式借貸時，復分別要求原審被告丙、丁、戊等於借據連帶保證人欄簽名或提供抵押物擔保。從而，上訴人依民法第一百四十八條第二項，類推適用消費者保護法第十二條規定，主張本件連帶保證契約應屬無效，自有理由。系爭〇百萬元借款，尚未清償部分及其利息違約金等，均均僅應由主債務人已公司及借據上所載之連帶保證人即原審被告丙、丁、戊清償，上訴人乙等勿庸附連帶保證之責，原審就此部分為上訴人敗

訴之判決，尚有未當，上訴人求予廢棄改判，應有理由，爰改判如主文所示。...」

⁶⁰ 參閱曾品傑，「論消費者之概念」，台灣本土法學雜誌 49 期，頁 163-164。

以定型化條款與保證人締約，亦應有消保法之適用⁶¹。

再則，亦有學者認為一般之銀行消費性貸款，其保證人究近竟是否為消保法第二條第一款之消費者，固不無有疑，但是其所擔保之債務，係消費者因以消費為目的而為之交易所生者，故宜認為提供擔保之人亦係消費者，而受消保法之保護⁶²。

(2) 實務見解

台灣高等法院八十四年度法律座談會民事類第六號：「

法律問題：甲銀行與連帶保證人乙於民國八十三年二月間就丙與甲銀行間定有清償期限之金錢借貸訂立定型化之保證契約，該契約條款訂明：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，此條款是否有效？

討論意見：

甲說：…今甲銀行與連帶保證人乙所訂立保證之定型化契約中記載：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，該條款排除民法第七百五十五條保護保證人任意規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，符合消費者保護法第十二條第二項第二款之要件，應推定此約定條款顯失公平，故依同法條第一項之規定，該條款即屬無效。

乙說：銀行與連帶保證人間之保證契約，其性質並非屬消費關係，保證人

亦非消費者，故無消費者保護法之適用，惟為維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上或其他與締約基礎有關之優勢，而侵害契約相對人之利益，即應以民法第二百十九條誠信原則審查定型化契約條款之效力。今雙方之定型化契約雖因非消費關係而無消費者保護法之適用，惟消費者保護法第十二條已揭禁一般定型化契約條款無效之判斷標準，非消費關係之定型化契約，若有該條第二項之情形，亦應認係違反誠信原則而無效。民法第七百五十五條之立法意旨乃在保護保證人，以免主債務人自己拋棄期限利益，致使保證人遭受不利。今甲銀行片面考慮自己求償之方便，而以定型化契約排除民法第七百五十五條保護保證人規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，有違誠信原則，故該條款應為無效。

丙說：甲說有混淆保證人為借款人之嫌，按銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又所謂定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利利益，此際，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之「單方利益條款」，蓋此情形，倘貫徹「締約自由原則」將使居於經濟上弱者之一方，無締約之可能，而忍受不締約之不利利益，故縱他方接受該條款而締約，該條款亦應認違反衡平原則而無效，以

⁶¹ 參閱詹森林，「定型化約款之基本概念及其效力之規範」，民事法理與判決研究(三)消費者保護法專論，國立台灣大學法學叢書(141)，自刊，2003年8月，頁46-47。

⁶² 參閱陳自強，無因債權契約論，國立政治大學法律學系法學叢書(44)，1998年8月，一版，頁77。

符平等互惠原則。雖保證人通常係礙於職務從屬或情誼原因，而由借款人覓為其與銀行間債務之連帶保證人，惟就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不會因未成為保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證人之情形。從而，保證人如已同意該條款，而訂定保證契約，該條款依民法第七百五十五條之規定，又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得主張該條款為無效。

初步研討結果：多數採乙說。

審查意見：採丙說（參照最高法院五十一年度台上字第二三五六號判決要旨）。

研討結果：照審查意見通過。」

最高法院八十八年台上字第一〇八四號判決：「消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言，此觀同法第二條第一款規定自明。本件甲公司先後向被上訴人乙借款八筆，共計〇萬元，係屬融資借貸關係，而保證人丙即上訴人乙等與借款人甲公司之關係，除第一審共同被告丁連係甲公司之關係企業戊建設公司之負責人外，餘均為甲公司之股東或股東之至親，有關融資借貸之保證契約，具有活絡甲公司資金週轉之效果，為原審合法確定之事實。則本件借貸係以甲公司之資金週轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，此觀上訴人簽訂之保證書第六條記載，本條約定僅適用於非

屬消費者貸款之保證，由保證人丙於本條文末簽章後生效，並由上訴人於該條文末簽章，益為明顯。」

最高法院 88 年台上字第 2053 號判決：「本件定型化契約之條款中，已將保證人為同意表示之權利預先予排除不予適用，自係不利於為保證人之上訴人等五人而顯失公平，就本件於消費者保護法實施後之案件，該定型化條款之約定，應屬無效云云。惟查，所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。」

最高法院八十八年上字第五十六號判決：「被上訴人係金融機構，為追求合理利潤、避免風險，乃以要求主債務人邀同連帶保證人，立具保證書，期能收回借款為經營方式。而主債務人〇〇公司為進行生產、經銷之商業活動而為借款行為，其非為滿足生活欲望之消費，並非消費者保護法所謂之消費行為，故無消費者保護法適用之餘地。再本件保證契約性質上為單務、無償契約，並不具「交易」之對價關係，非屬消費關係，保證人非消費者，故無消費者保護法之適用。」

最高法院九十年台上字第一四一四號判決：「銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並

不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。」

最高法院九十一年台上字第七四〇號判決：「銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。」

最高法院九十二年台上字第二三三二號判決：「銀行與上訴人間所訂定之保證契約，性質上屬單務、無償契約，銀行對上訴人並未提供任何商品或服務，雙方非屬消費之法律關係，上訴人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。至所謂定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利益，始有其適用。上訴人如認系爭保證契約之內容違法，原可不訂定該保證契約，即不會因而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證人，亦無消費者保護法第十二條規定之問題。」

(3) 評析

銀行定型化保證契約得否適用消保法之爭議，依上述實務之判決係一致認為保證契約不適用消保法之規定。其中有實務見解係認為銀行與上訴人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲

取報償，性質上屬單務、無償契約，銀行對上訴人並未提供任何商品或服務，雙方非屬消費之法律關係，而無消費者保護法之適用。惟實務上認為定型化保證契約不適用消保法之見解，仍有待商榷。

消費者為購屋、購車或融資之需，而無一次付清款項之能力，故向銀行借款並約定分期償還款項。因此，消費借貸契約係主債務人為滿足其生存、便利、或舒適之生活目的，而與銀行訂立者，故消費借貸契約係以消費為目的之消費行為。又現今銀行貸款與借款人幾乎都會要求借款人提供擔保，是以保證契約（或抵押權設定契約）幾乎已為主債務人取得銀行借款之條件之一，因此保證契約亦具有滿足主債務人之生存、便利、或舒適之生活目的。

其次，保證契約從屬於主債務，保證契約之成立、消滅、移轉等皆從屬於消費借貸契約，保證契約係為消費借貸契約之從契約。因此，無消費借貸契約之主債務存在，亦無保證債務之存在可能，擔保債務與主債務息息相關，豈可將保證契約與消費借貸契約割裂，而認為僅消費借貸契約適用消費者保護法，保證契約不適用消費者保護法。且行政院消費者保護委員會九十三年五月三十一日消保法字第九三〇〇〇一三五三號函「銀行使用之定型化保證契約，是否有消費者保護法之適用？第四十八次消費者保護專案研究小組討論，已認為保證契約應有消保法之適用。」

再則，參照新修正之德國民法第十三條規定「消費者係指自然人中，非出於營業行為之目的，亦非出於獨立之職業行為之目的，而締結法律行為

者。⁶³」，及德國民法第三一〇條第一項之規定「前項情形以有第三〇七條第一項及第二項之適用，構成第三〇八條及第三零九條之一般交易條款無效為限，亦應適用第三〇七條第一項及第二項之規定；適用於商業契約者，應考量商業之習慣及常規。⁶⁴」德國民法已明文規定商業契約之契約當事人皆為企業經營者時，依德國民法第三百十第一項之規定，仍可適用德國民法關於一般交易條款無效之規定，換言之，商業契約僅適用定型化契約條款之內容判斷（以有第三零七條第一項及第二項之適用，構成第三零八及第三零九條之一般交易條款無效為限，亦應適用第三百零七條第一項及第二項之規定；適用於商業契約者，應考量商業之習慣與常規。），而非全然適用本章之規定。是以，本文認為德國民法之修正內容，已提供從新思考民法與特別法二者關係之方向，德國民法將特別法之重要條文納入民法中。故有關於定型化契約之相對人為法人，亦應認為得以適用消費者保護法第十一條第二項、第十二條、第十四條、第十五條、第十六條規定⁶⁵。因此，消保法關於締約前資訊告知義務、消費性定型化契約之無效條款與概括無效條款之

管制等規定，係為保障約款相對人之契約形成之自由權而設，此消保法之規定於債法之一般定型化契約（非消費性定型化契約）亦應有適用之餘地。

我國法上有關消費者權益保護事項，係特別制訂消費者保護法予以規範之，此種規範方式，已使民法不再是規範私法關係的核心法典，且消保法所規範者皆屬私法交易關係之核心規定，已然和民法債編立於相同重要之地位。再者，隨著時代進步，諸如分時享有、電子商務等新型態交易類型所生之私法關係問題逐一發生，立法者必須以修訂消費者保護法，或者另行制定特別法解決這些新型態之私法關係問題。然而隨著法學發展之細緻化，愈來愈精細地對案例為區別適用之結果，將使個別法規適用範疇愈來愈狹隘，此種現象則對法律體系非常危險，使得法條適用範圍愈狹隘，且愈個別獨立之發展，而將愈無法掌握其法規之整體性。如此，除了破壞民法中對於私法規範所創設之完整體系，造成法律適用更趨複雜與困難，並且使作為私法基礎規範之民法典之適用愈來愈趨邊緣化。因此，惟有將關於規範私法關係之規定，尤其係消費者保護之相關規定置於民法典之中，始得於解釋與適用上求其一致性而避免歧異之結果⁶⁶。因此，我國民法將定型化契約條款之規範，區分為消費性定型化契約適用消保法，非消費性定型化契約則回歸適用民法之規定，因而有關定型化契約之規範，分別規定於消保法與民法之中，此種雙軌制立法方式，已形成消保法與民法之緊張關係，而使基礎私

⁶³ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25。

⁶⁴ § 310 : 「(1) § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlichrechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt, auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.」

⁶⁵ 參閱詹森林，消費者保護法對於法人之適用，民事法理與判決研究(三)-消費者保護法專論，自版，2003年8月，初版第一刷，頁 246-259。

⁶⁶ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-27。

法規範的不具預見性⁶⁷。

就此立法上之缺失，德國已於 2000 年 6 月修正民法時加以修正，修法後之德國民法不考慮特殊之契約締結情況，亦不區分契約當事人係屬何者之一般性契約法（消費性定型化契約與非消費性定型化契約），而係考量消費者地位，特別制定之消費者契約特別規定，二者看似具有普通法與特別法之關係，實則為連體嬰。因為，必須先從消費者契約法之特別規定才能推斷出有無一般民法規定之適用，而特別規定須則回溯至民法規定才得以瞭解其內涵⁶⁸。

定型化契約為現代契約法之一般問題，本應規定於私法基礎法之民法之中。惟如前所述，民法關於「附合契約」之規定較為簡陋，並不足以作為規範定型化契約法律關係之基礎。因此，縱使認為消保法僅適用於「消費關係」，非消費關係之定型化契約必須適用民法之相關規定。然在解釋適用民法相關規定時，似仍應參考消保法之相關規定，以法理補充民法之不足。例如第二百四十七條之一規定在解釋適用時，應參考消保法第十二條第二項及消保法施行細則第十四條之規定。至於定型化契約條款是否訂入契約，於解釋民法第一百五十三條之同時，亦應參考消保法第十三條至第十五條之規定。定型化契約條款之解釋，於適用民法第九十八條規定之同時，亦應參酌誠信原則，為有利於相對人之解釋。如此，就「非消費關係」之定型化契約條款，於處理結果上和消保法並無太大差異，消保法和民法規定之適用範圍，即無如此的重

要。不過根本解決問題之方式，應將消保法之相關規定，移置於民法之中，始能符合其一般規定之性質⁶⁹。

綜上所述，本文以為不論銀行定型化保證契約是否為消保法上所稱之消費關係，亦不論保證契約所擔保之消費性借貸契約之當事人係為一般消費者或法人，消保法中有關定型化契約條款之規範，如締約前資訊告知義務、審閱期間、定型化契約之無效條款與概括無效條款之管制等，於定型化保證契約皆有適用之。且銀行定型化保證契約適用消保法之規定，並非使企業經營者負消保法第七條之無過失服務責任，而是在透過消保法之規定，保障契約形成之自由權，降低約款使用者濫用契約形成自由權之情形⁷⁰。至於銀行（企業經營者）對保證人是否須負消保法第七條之服務無過失責任，則必須銀行所提供之服務構成消保法第七條之要件，銀行始須無過失責任，惟此問題乃與銀行定型化保證契約是否適用消保法之問題不相干。

最高法院認為保證人不一定屬經濟上之弱者而毋庸特別保護，本文以為銀行債權因擔保而優先受償卻轉嫁所有經營風險予無對價關係之保證人，基於保證人無獲對待給付，保證契約為無償契約之特性，保證人即有特別保護之必要。故有學者指出定型化保證契約條款是否已逾越誠信原則所容許之必要性與比例原則，最高

⁶⁷ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-27。

⁶⁸ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 25-27。

⁶⁹ 參閱拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 38-39。

⁷⁰ 關於定型化契約條款之內容之審查，乃因約款擬定人係單方利用其契約形成之自由權而擬定定型化約款，係屬形成自由權之濫用，而並非在保護現行產業結構下與企業經營者不對等地位的消費者。拙著，民法與社會交易型態之變遷，頁 13。

法院宜再予深思之處⁷¹。

三、擔保給付—以工程保證金為例

(一)法院裁判之觀察

關於工程保證金之法律性質，早期最高法院在 69 年台上字第 2915 號判決中，即曾經表示如下見解，其謂：「工程保證金，如其性質為一質權，即不失為擔保物權，依民法第八百七十九條第一項規定，被上訴人應穎興公司之請求返還保證金，即喪失其擔保物權」。而由此一判決要旨觀之，最高法院似乎傾向將工程保證金，定性成民法上之質權。然而，如果再仔細觀察本件判決所使用之文字（即判決要旨中的「如」），亦不難查知最高法院似乎在採取此一見解的過程，仍略帶有保留之意。

不過，這樣一個將保證金定性為質權的看法，近來最高法院則明確採取一個否定的見解，此見最高法院 90 年台上字第 1039 號判決所云：「正隆公司承攬系爭工程時，因擔保工程完工，固由正隆公司交付新工處履約保證金或由高雄市銀行出具履約保證書。惟新工處與正隆公司就此履約保證金或履約保證書之交付，並無設定質權之合意」，即可知之。

雖然，最高法院近來已明確否定工程保證金之交付，係一「質權」的設定，不過，此種以交付一定現金為擔保之擔保態樣，到底其法律性質為何？此於國內法院裁判上，仍存在不少歧見：有裁判認為保證金係所謂的違約定金，也有裁判認為保證金係一違約金，亦有裁判以一個信託之讓與擔保

之概念來予以理解，以下本文茲列幾個較具代表性之裁判以為觀察：

1、違約定金

例如，在最高法院 90 年台上第 1136 號判決一案中，最高法院即清楚指出工程保證金之性質，應屬「違約定金」，而且即便當事人未於契約中有加倍返還定金之約定，但只要因可歸責於受領定金之人的事由以致契約不能履行，則仍有民法第 249 條第 3 款規定的適用，此可參見判決理由有關：「保證金之退還：三、地下室完成時退三百萬元正……及第二十一條約定：「本約簽訂後，甲乙雙方均應切實履行，如乙方違約及無力完工時，甲方得沒收乙方已付之保證金……」等內容，衡之契約中約定被上訴人應交付上訴人保證金，目的在於確保契約之履行，於契約順利履行時，上訴人應將保證金退還，於被上訴人違約及無力完工不能履約時，上訴人得沒收保證金，可見係以該保證金作為契約不履行之損害賠償擔保，應屬「違約定金」之性質。故契約中雖未有上訴人加倍返還之約定，惟如因可歸責上訴人之事由致契約不能履行時，被上訴人自得依民法第二百四十九條第三款之規定請求其加倍返還。本件之合建契約不能履行，既係因上訴人不能依約提出合法之通路使用權同意書使被上訴人申請建造執照，即係可歸責上訴人之事由，被上訴人依上開規定請求上訴人加倍返還所受領之保證金，尚屬有據。該違約定金與違約金之性質不同，民法又無法院得就過高之違約定金減至相當數額之規定，上訴人請求核減，並無可取。再者，民法第二百四十九條第三款所定之加倍返還定

⁷¹ 參閱拙著，主債務範圍擴張條款之無效與異常-最高法院九十一年台上字第二三三六號判決評析，頁 239。

金係損害賠償性質，兩造之合建契約縱已解除，依民法第二百六十條規定，被上訴人仍得請求加倍返還定金」之論述⁷²。

2、違約金

反之，亦有若干最高法院似乎傾向認為工程契約中之保證金，性質上應係一般所認識之「違約金」，像是最高法院94年台上字第1462號判決一案中，最高法院即曾明確指出：「再依工程契約投標須知第十四條、第二十一條、第二十三條、及第二十九條約定，及八十三年一月六日復工協議以觀，足見系爭履約保證金係源發公司提出予台中榮總，除充作工程完工之比例分四期領回之履約保證外，尚兼具於工程進度落後不能如期竣工及源發公司將工程轉讓予他人承包時，作為不依約履行之違約金，因之依兩造所簽訂系爭工程合約之內容，上開履約保證金之性質，實具有違約金之性質，台中榮總自得以源發公司有上開違約情事，而主張依約沒收履約保證金」，而且本件原審法院

進行之違約金酌減，亦為最高法院所贊同⁷³。

3、信託之讓與擔保

亦有最高法院裁判認為，工程保證金之性質，係所謂「信託之讓與擔保」，此見最高法院94年台上字第1209號判決所云：「按承攬契約之承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之履行為目的，信託的讓與其所有權予定作人。此項保證金之返還請求權，附有於約定返還期限屆至時，無應由承攬人負擔保責任之事由發生，或縱有應由承攬人負擔保責任之事由發生，惟於扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額後猶有餘額之停止條件。上訴人係以低於被上訴人所定底價之總價標得系爭工程，因而繳付系爭差額保證金予被上訴人作為履約之擔保，依台灣省各機關營繕工程投標須知第二十三條第一項規定，該保證金應按工程施工進度及於驗收合格後分期退還，係以不確定事實之發生為分期退還之期限，如該事實已確定不能發生，即應認期限業已

⁷² 又台灣高雄地方法院90年重訴字第584號判決，亦認為工程保證金之性質，係所謂之「違約定金」，此可參照本件判決其謂：「依卷存被告營繕工程投標須知第六條第一項、第七條第二項、第十三條第五款約定：『證件封套（甲封套）封入下列各項證件：（1）押標金票據……』、『押標金新台幣九百萬元。開標後，得標者押標金移作履約保證金。工程進度分四階段（工程預定進度二五%、五〇%、七五%、工程全部完工並經驗收合格）完成且無落後時，依比例（第一階段：履約保證金二〇%，第二階段：履約保證金二〇%，第三階段：履約保證金二〇%，第四階段：履約保證金四〇%）無息退還履約保證金』、『得標廠商（即訴外人裕原公司）如不履行合約，除保證金不予退還外，並應負責賠償本公司一切損失』等語，可知訴外人裕原公司交付被告之履約保證金，目的在於確保契約之履行，於契約順利履行時，被告應逐次將履約保證金退還，於訴外人裕原公司不履行契約時，被告得沒收該履約保證金，可見係以該履約保證金作為契約不履行之損害賠償擔保，屬違約定金之性質」。

⁷³ 此見原審法院有謂：「系爭工程約定應於六百六十日曆天內全部完成，第一階段於八十一年十月六日開工至台中榮總終止合約之前日即八十二年十二月十三日（開工後四百十八天），源發公司完成百分之二六·一〇工程，第二階段即復工後之完成工程比例為百分之九十二·三六，台中榮總沒收之上開履約保證金宜依各該完工比例酌減之，經酌減結果分別為五百三十四萬一千八百八十七元（計算方式：20,467,000×26.10%=5,341,887）、及一百七十三萬六千元（計算方式：2,500,000×69.44%=1,736,000），則源發公司主張台中榮總上開沒收履約保證金均顯屬過高，應予酌減，為有理由，自應酌減如上，合計為七百零七萬七千八百八十七元」，而最高法院則以：「兩造上訴論旨，就原審認定事實、取捨證據及解釋契約之職權行使，各自指摘原判決關於不利於己部分為違背法令，求予廢棄，均非有理由」駁回兩造之上訴，即可知之。又採取類似見解之最高法院裁判，則例如：最高法院93年台上字第2226號、最高法院92年台上字第2916號（與最高法院94年台上字第1462號判決係同一事件）等裁判。

屆至。系爭工程既經被上訴人另交由他人施工完成，上訴人已確定不能繼續施工，自應認該期限已屆至。系爭保證金果無應由上訴人負擔保責任之事由發生，或扣除應由上訴人負擔保責任之賠償金額後猶有餘額，上訴人非不得請求被上訴人返還系爭保證金或其餘額」，即可知之。

(二) 評析

1、爭議所在

關於保證金之法律性質的爭議，國內法院裁判之所以呈現如此紊亂分歧的現象，依本文之觀察，這應是肇因於一般擔保約定中之「沒收約款」的詮釋問題。

所謂的「沒收約款」，係指當事人在擔保約定中訂明保證金在一定情況下不予返還之約定。實務上常見的例子，例如，約定業主在承包商違法轉包時，可以沒收全部保證金之條款，又如，約定業主可以在可歸責於承包商之事由而全部終止或解除契約之情形，即可全數沒收保證金之條款⁷⁴，亦屬適例。

相對於「沒收約款」，擔保約定中之「抵充約款」，則是約定業主僅得以其因承包商之違約情事所致之損害數額範圍內，動用保證金以抵償債務的約款。常見的例子，例如，約定業主可以不返還相當於承包商擅自減

省工料，其減省工料及所造成損失之金額範圍內之保證金。又如，約定業主不返還相當於承包商所完成之工程，查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額範圍內之保證金。再如，約定業主可以不返還相當於因可歸責於承包商之事由，致機關遭受損害，而應由承包商賠償而未賠償之數額範圍內之保證金⁷⁵。

值得注意的是，在一般法院裁判及學說文獻的討論中，如果業主係以保證金按所受損害之數額而為債務之抵充（亦即承包商發生「抵充約款」所載之違約情事），則保證金之法律性質，一般均被認定成「信託之讓與擔保」，這較無疑問。惟若業主係就保證金為全部之沒收（亦即承包商發生「沒收條款」所載之違約情事），則保證金之法律性質的認定，即容有爭議。

⁷⁴ 參見保證金押標金暨其他擔保作業辦法第20條第2項第2款及第4款之規定：「機關得於招標文件中規定，廠商所繳納之履約保證金（含其孳息，本項以下同），得部分或全部不發還之情形如下：……二 違反本法第六十五條規定轉包者，全部保證金。……四 因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金」。另外，工程採購契約範本第14條第3項第2款及第4款亦有類似之規定。

⁷⁵ 參見保證金押標金暨其他擔保作業辦法第20條第2項第1款、第3款、第5至9款等規定：「機關得於招標文件中規定，廠商所繳納之履約保證金（含其孳息，本項以下同），得部分或全部不發還之情形如下：一 有本法第五十條第一項第三款至第五款情形之一，依同條第二項前段得追償損失者，與追償金額相等之保證金。……三 擅自減省工料，其減省工料及所造成損失之金額，自待付契約價金抵扣仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。……五 查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。六 未依契約規定期限或機關同意之延長期限履行契約之一部或全部，其逾期違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。七 須返還已支領之契約價金而未返還者，與未返還金額相等之保證金。八 未依契約規定延長保證金之有效期者，其應延長之保證金。九 其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金」。另外，工程採購契約範本第14條第3項第1款、第3款及第5至9款亦有類似之規定。

例如，在前揭最高法院 90 年台上字第 1136 號判決中，最高法院之所以將工程保證金之法律性質定性成「違約定金」，其主因係慮及存在於當事人間之「沒收約款」（亦即系爭契約條款第二十一條約定：「本約簽訂後，甲乙雙方均應切實履行，如乙方違約及無力完工時，甲方得沒收乙方已付之保證金.....」）。又如，最高法院 94 年台上字第 1462 號判決，最高法院之所以將保證金定性成「違約金」，主要是考慮到當事人間關於業主在承包商發生一定違約情事時，即可全數沒收保證金之「沒收條款」的存在，此見本件判決理由：「系爭履約保證金係源發公司提出予台中榮總，除充作工程完工之比例分期領回之履約保證外，尚兼具於工程進度落後不能如期竣工及源發公司將工程轉讓予他人承包時，作為不依約履行之違約金，因之依兩造所簽訂系爭工程合約之內容，上開履約保證金之性質，實具有違約金之性質」之說明，即可知之。

反之，對於保證金之法律性質，僅為一般性之論述，而未特別提及「沒收約款」者，則著眼於保證金主要係用以抵充業主因承包商違約所受之實際損害的觀點，乃一般性地將保證金定性成「信託之讓與擔保」，並且時常可見類似「承攬契約之承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之履行為目的，信託的讓與其所有權予定作人。此項保證金之返還請求權，附有於約定返還期限屆至時，無應由承攬人負擔保責任之事由發生，或縱有應由承攬人負擔保責任之事由發生，惟於扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額後猶有餘額之停止

條件」之說明（參見最高法院 94 年台上字第 1209 號判決）。

在此，須進一步釐清者為：一個「沒收條款」的存在，果真會造成工程保證金之法律性質的改變？為何在未涉及「沒收條款」的個案，最高法院及學者之間，多傾向認為保證金之性質，係所謂「信託之讓與擔保」？但只要個案中涉及「沒收條款」，最高法院即傾向認為保證金係所謂的「違約金」？依此，不僅工程保證金之法律性質，有必要予以釐清，導致保證金之定性發生爭議的「沒收條款」之性質為何？究竟應該如何予以評價？這基本上亦是處理保證金定性問題時，所應一併處理之問題。

2、沒收約款之內涵

關於以上問題，本文認為，在當事人之擔保約定中，無論是前邊提及之「沒收約款」，或是單純之「抵充約款」，此二者基本上均係當事人對於保證金之利用所為之約定，其主要之用意，乃欲界定保證金所得擔保之範圍。惟此二約款間最顯著的差異則在於，後者僅單純針對業主得以保證金抵償債務之情形而為界定，至於前者則更兼具有債之約定的性質。何以言之？

(1) 抵充約款之意義

首先，於「抵充約款」中，其僅載明業主因承包商之違約情事所受之損失可以透過保證金之抵充而獲得損害之填補，但如果要謂業主尚得依據此一約款的本身，而得對於承包商取得任何之請求權，這或許即言過其實。舉例來說：

在押標金保證金暨其他擔保作業辦

法第 20 條第 2 項第 1 款之規定中，其雖規定承包商「有本法第五十條第一項第三款至第五款之一，依同條第二項前段得追償損失者」，業主得不予發還「自待價金扣抵仍有不足者，與追償金額相等之保證金」（當然，此一規定內容之適用前提，須以當事人將本款規定納入契約內容，始有適用餘地），而由此規定可知，業主雖得依此規定主張以保證金抵充其依政府採購法第 50 條第 2 項所得追償之請求，而得不發還該數額範圍內之保證金，惟業主得請求追償損失之依據，顯然與此一約款的本身無關，而毋寧係以該法第 50 條第 2 項之規定為其法律依據。

又如，同條項第 3 款之規定，其雖亦規定業主可以就承包商「擅自減省工料，其減省工料及所造成損失之金額」範圍內，不發還「自待價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金」，惟承上之理解，業主因承包商擅自減省工料所得主張之損害賠償的法律上依據，乃源於承包商違反契約上之給付義務所得主張之債務不履行損害賠償，而與此一約款之本身毫無相涉。

再如，同條項第 5 款之規定，其雖亦明定業主可以於承包商「查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額」範圍內，不發還「自待價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金」，但如同前述之理解，業主之所以可以請求不合格部分及所受損失及額外費用，甚至是懲罰性違約金，其法律依據應係業主依民法第 495 條第 1 項所得主張之損害賠償（不合格部分

及所造成損失、額外費用的部分），及當事人間之違約金約定（給付違約金之部分），而非以此一約款為依據。

由上之分析，凡是本文所界定之「抵充約款」，其基本上僅具有「宣示」業主在何等情況下，或是業主之何等請求，可以為保證金所涵蓋，至於此一約款的本身，則非業主向承包商請求損害賠償之依據，亦即其僅具有「宣示」保證金之擔保目的及擔保範圍之意義。故本文認為，即使當事人於擔保約定中未將諸如此類之約款訂入契約之內容，單從被提供之保證金的擔保目的，亦可直接推導出這類約款所欲傳達或宣示之效果。

（2）沒收約款之意義

至於所謂之「沒收約款」，其在法律上之意義，則不似「抵充約款」如此簡單，蓋一般之「沒收條款」，其除了具有宣示業主在什麼情況下可為保證金之利用，其更具意義者，則係其尚兼具賦予業主在承包商發生一定違約情事時即可請求承包商為一定給付之權利。舉例來說：

典型的「沒收約款」，例如，押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 20 條第 2 項第 2 款之規定，其即清楚明定業主在承包商違反政府採購法第 65 條轉包之規定時，即可沒收全部保證金。又稽諸政府採購法第 66 條第 1 項「得標廠商違反前條規定轉包其他廠商時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償」之規定，由於業主得沒收保證金及請求損害賠償之權利乃屬併存，故此「沒收約款」，基本上即與業主實際上所受損害之填補較無直接的關

連，而傾向具有督促履約之功能，且更重要的是，類似押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 20 條第 2 項第 2 款明定業主可以沒收保證金之約定，其基本上即可被認為係當事人約定承包商在一定違約情事發生時，即應為一定金錢給付之違約金約定，而且係一般俗稱之「懲罰性違約金之約定」，至於業主沒收保證金之行為，則應被評價成係以保證金抵充此一違約金約定所生債務之過程。

類似的情形，亦常見於另一實務上亦為常見的「沒收約款」，亦即押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 20 條第 2 項第 4 款所規定，業主可以在「因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約」或「全部終止或解除契約」時，依解除或終止契約金額比率計算得部分沒收之保證金，或沒收全部之保證金的情況。而稍有不同的是，在此一情形，由於未有類似前揭政府採購法第 66 條明定業主可以在沒收保證金之餘，還能請求損害賠償，故若當事人在擔保約定中約定類似押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 20 條第 2 項第 4 款之規定，則此一約定，理論上即應被認為係當事人就業主解除或終止契約時所得主張之損害賠償數額之預定，亦即應將其評價為「損害賠償總額預定之違約金約定」，至於業主沒收保證金之行為，則係以保證金抵充此一違約金約定所生債務之過程。

據上分析，本文所界定之「沒收約款」，基本上應該屬於當事人約定業主可以在承包商發生一定違約情事時，即得請求承包商給付一定違約金之約定，只是此一違約金約定所約定給付之違約金數額，係以被提供之保

證金的數額為計算⁷⁶。至於，此一違約金之約定，其性質上究係減輕損害數額證明之損害賠償總額預定之性質（或係一般俗稱之「損害賠償預定之違約金約定」），抑或具有督促履約之性質（或係一般俗稱之「懲罰性違約金之約定」），基本上則取決於當事人間之契約內容。如果當事人之擔保約定，於規定業主得按「沒收約款」沒收保證金之餘，尚明定業主仍得另外請求損害賠償（例如，當事人在擔保約定中，載明類似於政府採購法第 66 條第 1 項規定之內容），則此時之「沒收約款」由於不涉及損害之填補，而較傾向具有督促履約之性格，故應可傾向將其評價為當事人約定給付懲罰性違約金之約定。反之，如果當事人在擔保約定僅載明業主在承包商有一定違約之情事時，即得沒收全部之保證金（例如，最高法院 90 年台上字第 1136 號判決一案中，系爭條款第二十一條：「本約簽訂後，甲乙雙方均應切實履行，如乙方違約及無力完工時，甲方得沒收乙方已付之保證金.....」之約定，即屬之），此時「沒收約款」之性質即應被認為係單純預定損害賠償總額之違約金約定。惟無論「沒收約款」之性質究為二者中之何者，業主沒收保證金之行為，均應認為係業主以保證金抵充承包商因「沒收約款」所負違約金債務之過程。

由上可知，無論當事人間之擔保約定是否附有「沒收約款」，亦無論承包商在實際上是否發生「沒收約款」所

⁷⁶ 在此，應說明的是，「違約金之約定」與「違約金」乃不同之概念，前者，乃契約當事人約定債務人有債務不履行之情形，即應給付一定金錢之「約定」，至於後者，則係債務人為清償違約金債務所給付「一定金錢的本身」，此二概念應嚴格辨明，不容混淆。

載之違約事由，這均與保證金之法律性質的定性毫無關係，真正足以左右保證金之法律性質定性者，則應著眼於保證金之擔保構造。至於，國內法院裁判實務上經常囿於「沒收約款」之存在，遂將保證金作不同法律性質之定性，此即有檢討之必要。

參、新型態之擔保權利

一、最高限額抵押權

最高限額抵押權既屬抵押權之一種，當然有從屬之特性，但因其之特殊性故多有修正，以下將列出近年來實務之相關判決

(一) 實務見解

1、九十一年度台上字第一九六二號：「系爭最高限額抵押權未定期限，其抵押債權之範圍，應於最高限額抵押權確定時為計算。上訴人既於八十三年八月三十一日向台灣南投地方法院聲請拍賣系爭抵押物，並於八十四年十月十三日聲請法院強制執行，則系爭抵押權所擔保之債權範圍，依前開之說明，應於上訴人聲請拍賣抵押物時確定，上訴人受讓王淑美債權，其日期在本件最高限額抵押權確定後，自非該抵押權擔保之範圍，依抵押權之從屬性，應許被上訴人請求塗銷抵押權設定登記。綜上所述，被上訴人請求確認系爭抵押權擔保之債權不存在，並請求上訴人塗銷抵押權登記，為有理由，應予准許，為其心證之所由得。因而維持第一審所為此部分上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法並無違誤。按抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記之內容行使權利，是抵押債權人究為何人，應以設定登記之內容為準。系爭抵押權登記債權人為上訴人，黃童西為抵

押人及債務人，自應以彼間所存債權為系爭抵押權擔保範圍。而系爭抵押權設定登記後，上訴人與黃童西間未有債權存在，此為原審合法確定之事實，則原審認系爭抵押權並無擔保債權存在，自無不合。」

2、九十五年度台上字第二七〇七號則涉及最高限額抵押權原所擔保之借款債權是否存在：

高等法院見解：『原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決予以廢棄，改依其聲明所為之請求，並依被上訴人追加聲明命上訴人王敏浩、陳伯怡分別塗銷上開抵押權設定登記，係以：按金錢借貸契約為要物契約，以金錢之交付為生效要件，且本票為無因證券，持有本票並無從確定其原因關係為何，另消極確認之訴應由被告負舉證責任。查系爭登記次序三一八之原抵押權人林樹旺雖曾於台灣花蓮地方法院八十一年度執字第四二三號強制執行事件（系爭執行事件）中，提出由泰和公司所簽發之本票六紙作為債權證明文件，然簽發本票之原因，非止一端，或為買賣、借款、贈與，或為製造虛偽債權，王敏浩及泰和公司迄未能舉證證明原抵押權人林樹旺確實曾經交付借款予泰和公司，且上開六紙本票復係泰和公司出於清償其對林樹旺之借款債務而簽發交付，則僅憑該六紙本票尚不足以證明系爭登記次序三一八之最高限額抵押權原所擔保之借款債權確實存在。又原抵押權人林樹旺等人於系爭執行事件僅表示與泰和公司達成和解而撤回執行，至於是否因債權獲得林平祝等人之資金挹注而清償，抑或其他原因而撤回執行，並不能由上述調查筆錄得知，且因林樹旺所持有

之上開六紙本票並無從證明其確有債權存在，縱使林平祝等人曾有挹注資金，亦不能據此推定有債權存在，王敏浩自不可能由林樹旺受讓其對泰和公司之借款債權。而王敏浩復未能證明其於受讓上開抵押權後，確實已經與抵押人泰和公司另行成立金錢消費借貸法律關係並已實際交付借款，則系爭登記次序三一八之本金最高限額抵押權所擔保之借款債權六千五百萬元，顯然並不存在。次查，陳伯怡及泰和公司並未能舉證證明系爭登記次序四一〇之抵押權所擔保之債權（基礎法律關係）確實存在。陳伯怡與訴外人黃明美及林平祝究竟有無共同出資？係出資一億八千萬元或一億一千萬元？或出資之一億八千萬元，其中一億元係供泰和公司處理強制執行之債權人、承買採礦權、工廠證照等費用，另八千萬元則交付給第一、二、三順位抵押權人，抑或出資一億一千萬元，其中八千萬元交給第一、二、三順位抵押權人，剩餘款項匯入以王壯臺名義所設立之花蓮市第二信用合作社（下稱花蓮二信）帳戶內等交付出資之方法等，所述前後不一，顯已違背一般人就鉅額資金往來，應保留相關資金往來明細資料表以供查核之經驗法則。況陳伯怡於第一審所提訴外人王壯臺設於花蓮二信之帳戶內之存款餘額僅有二千二百五十萬三千元，與彼等所主張匯入之金額二千五百萬元亦不相同，且該帳戶尚有與泰和公司無關之第三人之支付款，自不能單憑該帳戶內有二千餘萬元之款項，遽認該款項即為陳伯怡等三人提供予泰和公司使用之資金。陳伯怡雖辯稱，所提供八千萬元（或一億一千萬元）「等同」泰和公司向陳伯怡等三

人「借貸」，用以清償第一、二、三順位抵押權之債權等語，惟與協議書第一條所載陳伯怡等三人係集資向林樹旺等三人承買抵押權之記載不符，且縱認前開金額等同陳伯怡等三人借予泰和公司用以清償其對原抵押債權人林樹旺等三人之債務，則陳伯怡等三人既已受讓取得系爭第一、二、三順位抵押權及所擔保債權之半數七千五百萬元，僅憑五百萬元（或二千六百萬元）之債權未獲擔保，何以泰和公司猶須另行設定系爭登記次序四一〇之本金最高限額一億六千萬元抵押權予陳伯怡？雖依系爭協議書第二條所載，最高限額一億六千萬元之抵押權所擔保之債權即為陳伯怡等三人交付予林樹旺等三人五百萬元（或二千六百萬元）之本金、利息及「酬謝金」，惟何以僅有五百萬元（或二千六百萬元）債權，竟需設定一億六千萬元之擔保，該債權之利息及酬謝金，究係以何種利率計算、期間為何及酬謝金以何種方式計算而得，悉付諸闕如，顯與經驗法則有違。何況，系爭登記次序四一〇之抵押權登記存續期間，係自八十二年六月十五日起至同年七月十四日止，僅一個月，按最高限額抵押契約定有存續期間者，於存續期間屆滿之日為所擔保之債權確定之時，故系爭抵押權之擔保債權於八十二年七月十四日即告確定，五百萬元（或二千六百萬元）何能累積高達一億六千萬元之「利息」及「酬謝金」？綜上，系爭登記次序三一八之抵押權已然違反抵押權成立之從屬性，應屬無效。而系爭登記次序四一〇之抵押權，不能僅憑前開協議書之內容遽認確有擔保債權存在，亦應歸屬無效。從而，被上訴人請求確認系爭抵押債

權不存在，及追加請求命王敏浩、陳伯怡分別塗銷各該抵押權設定登記，均無不合，應與准許等詞，為其判斷之基礎。』

最高法院見解：『查泰和公司將系爭土地設定第三順位本金最高限額六千五百萬元抵押權予林樹旺之抵押權設定契約書已約明：「本契約擔保債權範圍包括過去、現在、將來所發生之一切債務」（見一審卷(二)第五四一頁），並未限於借款債務，原審一方面以上訴人王敏浩及泰和公司迄未能舉證證明原抵押權人林樹旺確曾交付「借款」予泰和公司，竟另一方面又認林樹旺於系爭執行事件提出之泰和公司簽發之前述六紙本票係該公司清償對林樹旺之「借款」債務而交付，非無理由前後矛盾之違誤。其次，王敏浩取得系爭登記次序三一八之抵押權及所擔保之債權，係受讓自林平祝而來，而林平祝則自林樹旺受讓而來，為原審所認定，而依陳伯怡等三人（下稱甲方）與邱文彬（第一順位抵押權）、陳財明（第二順位抵押權）、林樹旺（第三順位抵押權）（下稱乙方）及泰和公司（下稱丙方）三方所簽立之系爭協議書第一條載明：「甲方集資壹億捌仟萬元正為承買乙方原所有之抵押權……而乙方同丙方結算清楚」（見一審卷(一)第一〇九頁），並經證人陳財明證實確有結算債權之事實（見一審卷(二)第三一二頁），且王敏浩提出林平祝與泰和公司在花蓮縣花蓮市調解委員會八十九年民調字第二九號調解成立之調解書亦載系爭土地「於……借貸設定抵押權（即上開受讓之抵押權）予聲請人（林平祝）……」等語（見一審卷(二)第二六三），則王敏浩主張泰和公司已承

認原押權人林樹旺已交付款項而確有該抵押債權存在乙節，是否全無可採？攸關其是否有效取得系爭登記次序三一八之抵押權及所擔保之債權，非無推求之餘地。次按，解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解（本院十七年上字第一一一八號判例參照）。查前開協議書第二條載明：「甲丙方協議丙方向甲方之借款于本協議書成立起半年內即中華民國八十一年十二月十四日以前丙方須償還甲方新台幣壹億捌仟萬元正，並於民國八十二年六月十四日以前償還壹億仟萬元正交付甲方作為償還甲方之本金、利息及酬謝金，方債權債務終止，甲方並塗銷全部之抵押權。另丙方同意追加設定新台幣壹億陸仟萬元正，以擔保償還向甲方之借款及酬謝金」等語，依此約定內容，並對照前述第一條之約定及證人陳財明之證詞，是否不足認系爭登記次序四一〇之抵押權已有所擔保之債權存在？而陳伯怡主張除逕交付八千萬元給第一、二、三位抵押權人外，剩餘款項均匯入指定以王壯臺名義在花蓮二信帳戶，供泰和公司使用，並有存款帳戶明細、花蓮二信檢送之存入憑條、取款憑條可證，復經證人陳財明、黃水秀、王英治、王壯臺結證明確各情，倘非虛妄，是否仍不足認該抵押權有所擔保之債權存在？亦非無詳為審認之必要。原審就上開有利於上訴人之證據未遑詳予勾稽推求，並捨系爭協議書前述明確之文義，遽以上述理由為不利於上訴人之論斷，尚嫌率斷。』

3、九十四年度台上字第二二一七號

則涉及某特定債權是否得認係最高限額抵押權所擔保之基礎關係債權？

高等法院見解：『被上訴人係於上訴人遲延給付後，經數次定期催告，而解除系爭買賣契約，核無不合，應認被上訴人主張系爭買賣契約，業經其合法解除者為可採。而系爭買賣契約既經合法解除，則系爭抵押權所欲擔保被上訴人分割過戶系爭土地予上訴人之義務，即不再存在，基於抵押權從屬性，被上訴人訴請上訴人塗銷系爭抵押權登記，即屬有據。』

最高法院見解：『按最高限額抵押權係指債務人或第三人提供其所有之不動產，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在一定金額限度內為擔保之特殊抵押權。是以最高限額抵押權所擔保者，係在一定範圍內之法律關係（即基礎關係）所不斷發生之債權。查本件兩造所設定最高限額抵押權，存續期間自八十八年三月十日至九十八年三月九日，所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容並未經記載於土地登記簿，於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，亦未有債權種類之詳細記載，有土地登記簿謄本、土地申請書及抵押權設定契約書附於原審卷可稽，則系爭最高限額抵押權所擔保之範圍是否僅限於被上訴人所主張其依約移轉系爭土地所有權義務？兩造既係因買賣系爭土地，上訴人已給付四百六十萬元，並依約為之代償尚餘四百四十萬元銀行貸款，被上訴人卻因法令規定，未能將系爭土地所有權移轉登記與上訴人，而設定系爭抵押權，為原審所確定之事實，則契約解除後，兩造互負回復原狀義務，被

上訴人須返還上訴人所給付之價金，既係因系爭買賣契約所生，此項債權是否不得認係抵押權所擔保之基礎關係債權，而為系爭抵押權擔保之範圍？非無推求餘地，原審竟率為認定，被上訴人主張系爭買賣契約既經合法解除，則系爭抵押權所欲擔保被上訴人分割過戶系爭土地予上訴人之義務，即不再存在，基於抵押權從屬性，而為上訴人不利之判決，顯有判決理由不備之違法。』

隨著社會交易制度之變動，成立從屬性開始鬆動，如對最高限額抵押權之承認，即允許以一定法律關係所產生之將來債權作為擔保物權之客體。

1、九十四年度台上字第二二一七號：「按最高限額抵押權係指債務人或第三人提供其所有之不動產，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在一定金額限度內為擔保之特殊抵押權。是以最高限額抵押權所擔保者，係在一定範圍內之法律關係（即基礎關係）所不斷發生之債權。查本件兩造所設定最高限額抵押權，存續期間自八十八年三月十日至九十八年三月九日，所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容並未經記載於土地登記簿，於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，亦未有債權種類之詳細記載，有土地登記簿謄本、土地申請書及抵押權設定契約書附於原審卷可稽，則系爭最高限額抵押權所擔保之範圍是否僅限於被上訴人所主張其依約移轉系爭土地所有權義務？兩造既係因買賣系爭土地，上訴人已給付四百六十萬元，並依約為之代償尚餘四百四十萬元銀行貸款，被上訴人卻因法令規定，未能將系爭土地所有權移轉

登記與上訴人，而設定系爭抵押權，為原審所確定之事實，則契約解除後，兩造互負回復原狀義務，被上訴人須返還上訴人所給付之價金，既係因系爭買賣契約所生，此項債權是否不得認係抵押權所擔保之基礎關係債權，而為系爭抵押權擔保之範圍？非無推求餘地，原審竟率為認定，被上訴人主張系爭買賣契約既經合法解除，則系爭抵押權所欲擔保被上訴人分割過戶系爭土地予上訴人之義務，即不再存在，基於抵押權從屬性，而為上訴人不利之判決，顯有判決理由不備之違法。」

另就最高限額抵押權而言，係擔保一定法律關係所產生之債權，就個別債權移轉而言，該最高限額抵押權並不隨同移轉，僅於該一定法律關係移轉時，最高限額抵押權始隨同移轉，此亦為對於移轉從屬性之調整。

1、九十一年度台上字第六四一號：「又最高限額抵押權確定後，即成為普通抵押權，其從屬性因而回復，其所擔保之債權即為確定時存在且於不逾最高限額之擔保範圍內為特定債權。此項特定債權之讓與關於擔保該特定債權之抵押權應從屬於特定債權一併隨同移轉，與普通抵押權並無不同。本件被上訴人以其所有之系爭房地及甲○○所有之新田路房屋，分別為上訴人及柯榮堂設定一百八十萬元及三百萬元之最高限額抵押權，而向該二人各借款一百五十萬元，抵押權存續期間均自八十三年十一月十七日至八十四年二月十七日，則期間屆滿之八十四年二月十七日，前開最高限額抵押權即已確定而轉為普通抵押權，應從屬於特定債權一併隨同移轉。」

2、八十八年度台上字第四四四號：「再所謂最高限額抵押權，係指在抵押存續期間內，發生之債務，於最後決算時，在最高限額內有擔保效力而言。此種抵押權所擔保之債務，除訂約時已發生者外，即將來發生之債務在約定限額之範圍內，亦為抵押權效力所及。此與一般抵押權，為專就現存特定之債務為擔保者，有所不同。如最高限額抵押之抵押物所有權，由原抵押人移轉於現所有人，抵押權人與現所有人約定抵押權義務人及債務人變更為現所有人並辦理登記，此後現所有人對抵押權人之債務，固依其間之約定，為該最高限額抵押所擔保；至於其原來擔保之原債務亦因之確定，依民法第八百六十七條規定，其抵押權擔保法效並不因此而受影響，然抵押權所擔保之原債務，並不當然隨同移轉於不動產之現所有人，應視現所有人是否承擔該原債務而定；倘現所有人未承擔原債務，該債務仍由原債務人負擔，抵押權人僅可就抵押物追及行使抵押權而已，難謂現所有人為該原債務之債務人。原審竟謂上訴人於借據辦妥對保核章，並以徐貴德確認按期償付本息，及辦理抵押權債務人兼義務人變更登記，為認定徐貴德已對系爭貸款為免責之債務承擔之張本，不惟與卷存資料不符，更與證據及論理法則有悖。」

「最高限額抵押權」，其存在係為擔保「一定法律關係所產生之債權」，因而就個別債權之消滅，並不會影響「最高限額抵押權」之效力。九十五年度台上字第二五九號：「末按最高限額抵押契約定有存續期間者，其期間雖未屆滿，然若其擔保之債權所由生之契約已合法終止或因其他事由

而消滅，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記。系爭抵押權所約定之存續期間雖為「不定期」，惟當年訂約之上訴人董事長林朝庚與被上訴人董事長謝國勢均因本案涉嫌經濟犯罪，於案發後不久出境，迄今人事全非，而上訴人所稱之前述八千五百萬元抵押債權並不存在，其亦未再主張有其他抵押債權存在，堪認兩造無意續為往來而有新債權發生，則被上訴人請求塗銷系爭抵押權登記，亦無不合，應予准許。」

實務上認為最高限額抵押權之存續期間雖未屆滿，然其擔保之債權所由生之一定法律關係消滅。

1、九十六年度台上字第四一九號：「就原審所論斷：上訴人與訴外人邱慶松間以被上訴人所有如原判決附表所示之不動產所設定之本件最高限額抵押權，除票據、借款、墊款、保證等債權以外之「其他債務」，因無基本法律關係，為屬無效，其餘有效部分，兩造不爭執無其他債權存在，上訴人主張之系爭損害賠償債權，復非本件抵押權所擔保之範圍。則被上訴人據以請求確認上訴人與邱慶松間對上開不動產於民國八十七年九月十六日登記之抵押權所擔保之本金最高限額新台幣五百八十萬元內之票據、借款、墊款、保證債權均不存在，應予准許。又該最高限額抵押權之存續期間雖未屆滿，然其擔保之債權所由生之週轉金貸款已因清償而消滅，該週轉金貸款契約並因借款動用期間屆滿，將來確定不再

發生債權，依抵押權之從屬性，被上訴人自得依所有物妨害請求權之規定，請求上訴人塗銷該抵押權登記。」

2、九十二年度台上字第一四〇一號：「按最高限額抵押契約定有存續期間者，其期間雖未屆滿，然若其擔保之債權所由生之契約已合法終止或因其他事由而消滅，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，應許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記。本院著有八十三年台上字第一〇五五號判例可循。查系爭最高限額抵押權契約雖然定有存續期間，且期間尚未屆滿，然其擔保之貸款債權所由生之消費借貸契約，業於八十二年十一月十七日因清償完畢而消滅，已無既存之債權，兩造間就同一房地將來亦確定不再發生貸款債權，其擔保之存續期間內所發生之債權，已確定不存在，依抵押權之從屬性，自應許抵押物所有人即被上訴人塗銷抵押權設定登記，方符衡平法則等語。因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回上訴人之上訴，經核於法並無違誤。」

抵押人於最高限額抵押權存續期間屆滿前，可否任意終止此種契約？九十五年度台上字第三五三號：「再所謂最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。抵押權存續期間內已發生之債權，雖因清償或其他事由而減少或消滅，原訂立之抵押契約依然有效，嗣後在存續期間內陸續發生之債權，債權人仍得對抵押物行使權利。故於存

續期間屆滿前，除其擔保之債權所由生之契約已合法終止或因其他事由而消滅，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，依抵押權之從屬性，可許抵押人請求抵押權人塗銷抵押權設定登記外，尚不許抵押人於抵押權存續期間屆滿前，任意終止此種契約，請求抵押權人塗銷抵押權設定登記。本件系爭抵押權屬最高限額抵押權，其存續期間似自八十六年五月三日起至一一六年五月二日止（見一審卷六二頁反面），倘其設定合法有效，則於存續期間屆滿前，原擔保之五十萬元債務縱經清償，系爭約定事項第一項關於抵押權擔保範圍包括陳彥銘所負保證債務之約定，縱可認係無效，依上說明，系爭抵押權亦不當然消滅。原審以上述約定事項無效及五十萬元借款業已清償完畢為由，認系爭抵押權不存在，被上訴人得訴請塗銷該抵押權登記，於法亦有可議。」

抵押權之從屬性，雖為擔保物權之基本原則，惟隨著時代變動，逐漸有將抵押權從屬性之概念予以修正，如上述，目前現行實務處理，最高限額抵押權定位從屬於一定法律關係而非從屬於特定債權，仍保有從屬性之特性。九十五年台上二三四〇號：「（一）最高限額抵押權係指債務人或第三人提供其所有之不動產，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在一定金額限度內為擔保之特殊抵押權。是以最高限額抵押權所擔保者，係在一定範圍內之法律關係（即基礎關係）所不斷發生之債權，故抵押權存續期間內已發生之債權，雖因清償或其他事由而消滅，原訂之抵押權契約依然有效。嗣後在存續期間內陸續發生之債權，債權人仍得對抵押物行

使權利。（二）最高限額抵押契約定有存續期間者，其訂約之目的顯在擔保存續期間內所發生之債權，亦即凡在存續期間內所發生之債權皆為抵押權效力所及，除債權人拋棄其權利外，自不許抵押人於抵押權存續期間屆滿前任意終止契約。縱令嗣後所擔保之債權並未發生，僅債權人不得就未發生之債權實行抵押權而已，非謂抵押人得於存續期間屆滿前任意終止契約而享有請求塗銷抵押權設定登記之權利。故定有存續期間之最高限額抵押契約，未定有決算期者，在期間未屆滿前，須其擔保之債權所由生之契約已合法終止，或因其他事由而消滅，且無既存之債權，而將來亦確定不再發生債權，其原擔保之存續期間內所可發生之債權已確定不存在，依抵押權之從屬性，方許抵押人請求塗銷抵押權設定登記，此為本院八十三年台上字第一〇五五號判例意旨所在。」

實務上認為最高限額抵押權係就將來應發生之債權所設定之抵押權（六二台上七七六），其性質仍與一般（普通）抵押權之設定無異（最高法院五一年一月十二日五一台文字第 00 三五號函），故認為最高限額抵押權所從屬者乃將來應發生之債權。然則普通抵押權固得擔保將來債權，而該債權已屬特定，此與最高限額抵押權實係擔保自一定範圍內所生之不特定債權，而非特定之各個債權，有其根本之不同。基於此項認識，上述從屬性之說法乃逐漸發生改變。其後遂認為最高限額抵押權乃係以當事人問具有將來應為信用授受之基本契約存在為其前提，故係為擔保此項基本契約所生之債權而設定，最高限額抵押權所從屬者即為此項基本契約，或

一定範圍之法律關係，而非各個債權⁷⁷。但最高限額抵押權之特性在擔保不特定債權，並非將來債權已如前述，且普通抵押權之從屬性係指從屬於擔保債權，並非從屬於該債權所由生之基本契約或法律關係，可見上述見解於有最高限額抵押權之立法通過施行後，應無適用之餘地。至最高限額抵押權擔保之不特定債權須限於一定範圍內，且由債權人與債務人間一定法律關係所生之債權，或基於票據所生之權利為限(八八一之一I、II)，乃在立法政策上否定概括最高限額抵押權之效力，而非謂最高限額抵押權之設定，須有上述一定範圍內之法律關係以為從屬，此觀該條之立法說明三謂：最高限額抵押權之設定，其被擔保債權之資格有無限制？向有限制說與無限制二說，於無限制說有礙於交易之安全，採限制說，除於第一項規定對於債務人一定範圍內之不特定債權為擔保外，並增訂第

二項限制規定」等語即明。因之不得謂最高限額抵押權係從屬於該一定法律關係，不可不辨。

最高限額抵押權不僅係擔保不特定債權，且於設定時尚無債權存在更屬常事，可見於設定後確定前並無特定債權可資從屬。最高限額抵押權成立之從屬性遂推移至確定後，權利實現時有無擔保債權以為斷。據此而言，最高限額抵押權即仍有一定之成立上從屬性。最高限額抵押權於確定前。擔保債權如有讓與他人者，最高限額抵押權並不隨同移轉，如擔保債權有由第三人為債務人免責之承擔者，抵押權人就該承擔之部分亦不得行使最高限額抵押權(八八一之六、八八一之十七、八六九I)，亦即此部分債權亦脫離擔保債權範圍。準此以觀，最高限額抵押權移轉上之從屬性已有別於普通抵押權。最高限額抵押權係擔保生生不息之不特定債權，於確定前，擔保債權縱因清償、抵銷等原因，歸於消滅，實際債權額為零時，抵押權仍為擔保將來可能發生之不特定債權而繼續存在，並不消滅(六〇台上一〇九七參照)，是最高限額抵押權無消滅上之從屬性，亦甚為明顯。此外，最高限額抵押權更得與擔保債權分離而為讓與(八八一之八參照)。綜上以觀，最高限額抵押權之從屬性與普通抵押權者相較，可調係最大之緩和化。

由於民法已否定概括最高限額抵押權之效力，最高限額抵押權必須是擔保一定範圍內之不特定債權，該一定範圍又以一定法律關係或基於票據所生之權利為限，是尚無法完全脫離擔保債權之影響，且一定法律關係一旦結束，或因其他事由。不特定債權

⁷⁷ 86 台上 3114：「查上訴人與債務人陳劉石妹於八十三年八月十五日設定之最高限額抵押權所擔保之債權範圍，係擔保債務人陳劉石妹在存續期間即八十三年八月十五日起至一一三年八月十四日止，及最高限額範圍即五百八十八萬元內，現在（包括過去已發生尚未清償者）及將來票據、借款、墊款、保證以及其他一切債務及其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用，以及有關履行上開債務所需之一切費用，有抵押權設定契約書暨其他特約事項書在卷可稽。該約定雖泛言「一切債務」均在擔保範圍，惟揆諸前揭說明，此部分因欠缺基礎關係要難認屬有效。是本件最高限額抵押權擔保之債權範圍應限於設定當時即八十三年八月十五日債務人對上訴人所負債務，及於存續期間內，債務人因票據、借款、墊款、保證之法律關係對上訴人所負之債務。因債務人陳劉石妹僅於八十三年八月二十日向上訴人借款合計四百九十萬元，此部分借款債權固為系爭最高限額抵押權所擔保，然債務人陳劉石妹之被繼承人陳日現於八十四年三月十六日擔任訴外人陳明吉向上訴人借款總計一千六百三十萬元之連帶保證人，則非債務人與上訴人因「票據、借款、墊款、保證」之法律關係所負之債務，而係債務人基於「繼承」之法律關係而對上訴人負有清償責任，債務人繼承之保證債務應非系爭抵押權擔保效力所及。」

不再發生時，最高限額抵押權即歸於確定，而轉變其性質，尤見其仍受擔保債權之影響，故尚難認最高限額抵押權已具獨立性⁷⁸。

另需注意，實務上認為最高限額抵押權確定後之從屬性同一般抵押權，九十五年度台上字第五九六號謂：「未按最高限額抵押權人既聲請裁定拍賣抵押物，足見其已有終止與債務人間往來交易之意思，最高限額抵押權所擔保之債權，其流動性隨之喪失，亦即該抵押權所擔保者，由不特定債權變為特定債權，該抵押權與擔保債權之結合狀態隨之確定，此時該最高限額抵押權之從屬性即與普通抵押權相同。原審以系爭最高限額抵押權所擔保之債權，包括設定當時債務人廖學如就訴外人秘魯商福爾摩沙公司積欠之貨款保證債務，及訂約後廖學如就該公司新發生之貨款保證債務。系爭最高限額抵押權確定時，廖學如尚欠有超過系爭最高限額抵押權擔保金額之貨款保證債務，而為上訴人敗訴之判決，並不違背法令，併此敘明。」

二、連帶保證條款

（一）連帶負責條款

保證契約具有從屬於主債務之特性，且僅保證債務單面、片面從屬於主債務，而主債務並不從屬於保證債務。惟銀行定型化保證契約常有「願與債務人連帶負責」、「願負連帶清償責任」等之條款，則此連帶負責條款係指保證人負擔連帶保證人之責任或負擔連帶債務人之責任，抑或保證人成為併存債務承擔之承擔人？此問題於實務及學說上，素有爭論，說

明如下。

1、學說見解

（1）連帶保證是否為連帶債務？

連帶保證是否為連帶債務，而有連帶債務相關規定之適用？學者間有認為連帶保證具有為連帶債務之性質，亦有認為連帶保證並不具有連帶債務之性質，分述如下。

I、連帶保證具有連帶債務之性質

主張此見解之學者認為依民法第二百七十二條之規定，連帶債務係指數人負同一債務，數債務人對債權人各負全部給付之責任，且連帶債務以當事人明示或法律規定者為限。因此，連帶債務之債權人得以同時或先後向債務人中之一人或數人或全體，請求全部或一部之給付，如一債務人履行債務後，其他債務人亦同免其責任。而連帶保證係指保證人與債權人約定就主債務負連帶債務履行之責任，有此約定者，則保證人與主債務人負同一債務，對於債權人均負全部給付之責任。因此，有學者認為連帶保證具有連帶債務之性質⁷⁹。多數實務見解亦採此見解，如最高法院四十五年台上字一四二六號判例、最高法院四十六年台上字三八六號判決、最高法院五十五年第七次決議民、刑庭總會決議等、台灣高等法院六十年座談會、最高法院七十四年廳民一二四號函覆台灣高等法院、七十六年台上字二三八一號判決⁸⁰。

⁷⁸ 參閱謝在全，民法物權論（下）修訂四版，新學林出版，2007年6月，P20-23。

⁷⁹ 參閱邱聰智，姚志明校訂，新訂債法各論（下），自版，2003年7月，初版第1刷，頁600；鄭玉波，民法債編各論（下冊），三民書局出版，民國87年8月17版，頁872。

⁸⁰ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁24-25頁。

惟亦有學者認為連帶保證雖具有連帶債務之性質，但連帶保證仍屬於保證類型之一，故連帶保證雖不具備保證契約之補充性，但其從屬性仍不受影響，因而認為民法上保證之「補充性」規定於連帶保證並無適用，但有關保證從屬性之規定於連帶保證仍適用之⁸¹。

II、連帶保證不具有連帶債務之性質

採此見解之學者認為連帶保證不具有連帶債務之性質，且連帶保證人亦非負擔「併存之債務承擔」之責任⁸²，其主要理由有⁸³：

(I) 非同一給付

保證契約具有從屬性，係以主債務之成立為其前提，保證契約成立後，即債權人享有對主債務人之主債權，及對保證人之保證債權。只要主債務人或保證人中之一人向債權人為清償後，債權人之債權即獲實現，而債權人不得再向另一未給付之人請求給付。此項情形即屬於債務人為複數，而債權人僅得受領一次給付之多數債務人之案例。即連帶保證之情形非屬同一債務，連帶保證仍屬保證契約，主債務人向債權人清償時，保證債務依從屬性，保證債務將消滅，保證人得援引民法第七百四十二條之規定，主債務發生權利消滅之抗辯事

由，保證人得主張之，此種情形與民法第二百七十四條之情形相同。惟保證人向債權人清償保證債務時，保證債務所生之權利抗辯事由，主債務人無法援引主張之。保證人清償保證債務時，主債務人並無法援引民法第七百四十二條之規定主張主債務消滅，因此保證債務與民法第二百七十四條之情形不同，主債務人與保證人並非履行共同體，亦非同一階層之債務。蓋因保證債務僅為擔保主債務之實現，保證人清償具有「預付」性質，保證人清償債務後，依民法第七百四十九條規定，承受債權人對主債務人之債權，係為法定債之移轉。

(II) 免除債務之效力

債權人如向保證人表示免除保證債務，或保證契約因錯誤或保證人被詐欺而經保證人撤銷保證契約後，主債務仍然存在，主債務人無法援引民法第七百四十二條之規定，拒絕向債權人為給付。亦即保證債務從屬於主債務，反之，主債務之存在與消滅不受保證債務之影響。因而，若保證人經債權人免除保證債務，主債務人不得援引民法第二百七十六條有關連帶債務免除所生限制絕對效力之規定。

(III) 求償之依據

保證人與主債務人之間，於保證人向債權人清償後，保證人係依民法第七百四十九條之規定向主債務人求償，保證人即承受債權人對主債務人之債權，而得向主債務人全部求償。此時，並無民法第二百八十條及第二百八十一條之適用餘地，故連帶保證與連帶債務不同。

(2) 連帶保證是否為併存之債務承擔？

⁸¹ 參閱邱聰智，姚志明校訂，新訂債法各論（下），自版，2003年7月，初版第1刷，頁601-602；鄭玉波，論連帶保證，輔仁學誌，法學院支部，1970年12月，頁32。

⁸² 實務見解採此說如最高法院六十九年台上字二四八五號判決、司法院七十六年台廳一字0五三四0號函、司法院七十五年台廳一字第0七三三九號函、七十六年台上字第九六三號判決、八十八年台上字一一六九號判決等。拙著，同前註1，頁26-27頁。

⁸³ 以下內容整理自拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁33-36。

其次，保證人是否因保證契約記載「願與債務人連帶負責」而加入他人已成立之債之關係，成為併存之債務承擔人？

有學者認併存債務承擔，係以成立時以有他債務之存在為前提，因此併存債務承擔亦具有附從性，但是併存之債務承擔一旦成立後關於其繼續及範圍，則不必有附從性。而保證債務並非加入他人之債務，保證債務僅在擔保主債務之履行，此併存債務承擔係為他人債務本身之加入，承擔人之義務與原債務具有同一之內容、原因及同一次序。而保證因具有附從性，且保證人得以主張主債務人之所有抗辯（民法第七百四十二條），因此保證債務與併存債務承擔不同。再則，縱為連帶保證亦有附從性，而與併存債務承擔不同。⁸⁴

另有學者認為保證債務與併存之債務承擔之不同，在於保證契約係對他人已經成立之債務，負擔從屬之履行義務；而併存之債務承擔則是由承擔人加入他人間已成立之債務，負同一之給付義務。惟學者認為在實際案例中，當事人所約定者係屬於保證或債務承擔，在區分上有其模糊地帶，因而區分上頗有爭議。因併存債務承擔之承擔人於清償後並不享有民法七百四十九條之保證人承受債權人之權利，且承擔人亦無民法保證一節之先訴抗辯權等等權利，故承擔人無法享受法律賦予保證人之保護。且債權人（通常為銀行）往往以其經濟上之優勢地位，以定型化契約之方式，約定義務人債務承擔之方式，加入原來之消費借貸關係。⁸⁵因此學者認為在

具體個案中，當事人間之約定係保證契約或併存債務承擔，不應以當事人間所用之名稱為判斷標準，⁸⁶且債務人並未明示加入他人之債務而為債務人，且解釋時須判斷義務人本身是否有固有之經濟利益，或者僅係在擔保他人之債務，而異其結果。因此，不應認為定型化契約條款已載明為「願與債務人連帶負責」，即認為當事人應負較重之承擔責任⁸⁷。

2、評析

我國民法並未明文規定連帶保證之保證類型，但學說及實務⁸⁸均肯定有連帶保證之類型。所謂之連帶保證係指保證人與債權人約定，保證人須就主債務負連帶履行之保證責任，債權人並得以選擇對主債務人或保證人請求全部或部分之給付。就此而言，債權人得以選擇同時對主債務人或先向保證人請求全部或部分給付之性質，此即為連帶保證與連帶債務之相似處。因連帶債務之債權人得以選擇向主債務人或連帶債務人請求全部或部分之給付，且連帶債務之債務人一人清償債務而債務即因清償而消滅，因此連帶債務具有雙面之從屬性。故連帶債務係債權人得以選擇對全體債務人請求全部或部分之清償及雙面從屬性之特性。

八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 34。

⁸⁶ 參閱黃立，民法總則，自版，2005 年 9 月，修訂四版一刷，頁 621-622。

⁸⁷ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 35。

⁸⁸ 45 年台上字第 1426 號判例：「連帶保證債務，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言，此就民法第二百七十二條第一項規定之連帶債務文義參照觀之甚明。故連帶保證與普通保證不同，縱使無民法第七百四十六條所揭之情形，亦不得主張同法第七百四十五條關於檢索抗辯之權利」。

⁸⁴ 參閱史尚寬，債法各論，民國 62 年 10 月，四版，頁 837。

⁸⁵ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十

連帶保證之債權人得以選擇同時對主債務人或先向保證人請求全部或部分給付，惟連帶保證仍係擔保他人債務之清償，故保證人僅拋棄保證契約之補充性而未拋棄從屬性，連帶保證契約仍從屬於主債務。且保證人清償保證債務後，僅保證債務消滅，主債務並未消滅，保證人依民法第七百四十九條取得對主債務人之求償權惟主債務並不會消滅，主債務人不得主張債務人之清償使其債務人同免責任（民法第二百七十四條），保證人取得向主債務人求償之權利。其次，若債權人向保證人表示免除保證債務，或保證契約因錯誤或保證人被詐欺而經保證人撤銷保證契約後，主債務仍然存在，主債務人無法援引民法第七百四十二條之規定，拒絕向債權人為給付。亦即保證債務從屬於主債務，反之，主債務之存在與消滅不受保證債務之影響。因而，若保證人經債權人免除保證債務，主債務人不得援引民法第二百七十六條有關連帶債務免除所生限制絕對效力之規定。再則，保證人之保證債務與主債務人之主債務並非同一階層之債務，保證債務之清償亦不使主債務歸於消滅，故連帶保證不適用民法第二百七十四條之規定。保證人清償保證債務後，保證債務因而消滅，惟主債務並未隨之消滅，故主債務人不得主張民法第二百七十四條之規定，一債務人之清償使其債務人同免責任，保證人得主張民法第七百四十九條取得對主債務人之求償權⁸⁹。因此，本文以為連帶保證與連帶債務並不相同，連帶保證非連帶債務之性質。連

帶保證人與主債務人間並非連帶債務人之關係，連帶保證並無連帶債務規定之適用。

是以，債權人（銀行）預定之定型化契約之方式擬定條款，載明為「願與債務人連帶負責」之定型化條款⁹⁰，解釋上應依消費者保護法第十一條於有約款有疑義時，依誠信原則為有利於擔保義務人之解釋。保證人僅拋棄先訴抗辯權，僅拋棄保證契約之補充性而未拋棄從屬性，並不因此成為連帶債務。且保證人清償保證債務後，僅保證債務消滅，主債務並未消滅，保證人因清償而取得向主債務人求償之權利⁹¹。因此，定型化保證契約雖記載「保證人願與債務人連帶負責」之條款，保證人仍僅負連帶保證之責任。

其次，「保證人願與債務人連帶負責」之條款，除有保證人是否成為連帶債務人之爭議，亦有保證人是否加入主債務人之債務而負併存債務承擔責任之爭議。因併存之債務承擔係指原債務人未脫離債之關係，而由承擔人加入現有債之關係與原債務人負連帶債務之責任⁹²。因此，併存債務承擔之原債務人並未脫離債之關係，新債務人即與原債務人負擔同一內容之債務，惟因債權人僅得受領一次之給付，故新債務人並非真正承擔舊債務人之債務，而係以舊債務既存之狀

⁸⁹ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 36。

⁹⁰ 參見房屋抵押貸款契約書第十二條「...連保人願與借款人連帶負全部清償之責。」約定書第二十三點「...（一）保證人願拋棄先訴抗辯權，負連帶保證責任。」、房屋抵押借款借據暨借據約定書第九條第 4 點：「...與立約人負連帶清償/清償責任。」

⁹¹ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 35。

⁹² 參閱黃立，民法總則，自版，2005 年 9 月，修訂四版一刷，頁 620 以下。

態，擴張及於新債務人。而保證契約係保證人就他人已經成立之債務為擔保，保證人係負擔從屬之履行義務；而併存之債務承擔則是由承擔人加入他人間已成立之債務，負同一之給付義務。故保證債務與併存之債務承擔並不同。

其次，因併存債務承擔之承擔人係加入原債務人之債務，故債權人得以向承擔人與原債務人之一人求償，此點即與保證契約之債權人得以向主債務人或保證人之一人求償之情形相似。惟連帶保證係在擔保主債務人之履行債務，保證人並非加入主債務人之債務關係，且保證人清償保證債務後，保證人仍得依民法第七百四十九條承受債權人之權利。惟併存債務承擔之承擔人於清償債務後，並不享有保證人承受債權人之權利（民七百四十九條），且債務承擔人亦無民法保證章一節之權利，故承擔人無法享受法律賦予保證人之保護。因此，定型化保證契約雖有連帶清償條款之記載，保證契約仍非併存債務承擔之性質，因而「連帶清償條款」僅指保證人不具有補充主債務人之地位，並非指保證人加入他人之債務關係成為承擔人，故保證人仍僅負擔保證契約之擔保責任。

是以，「願與債務人連帶負責」之約款內容不清楚而有疑義，解釋上應依消費者保護法第十一條於約款有疑義時，亦即「願與債務人連帶負責」之約款內容，僅指保證人不得援引先訴抗辯權為抗辯，保證人並非負擔連帶債務人之責任，亦非負擔併存債務承擔之承擔人責任應為有利於擔保義務人之解釋。

(二)拋棄先訴抗辯權條款

保證人於主債務人不履行債務時，始負履行保證債務之責任，此保證債務係補充主債務，故原則上應以債權人先就主債務人之財產為執行而無法全部滿足時，債權人始得由保證人受滿足⁹³。惟因債權人為快速、簡便取得債權之清償，通常會先與保證人約定「保證人拋棄先訴抗辯權」。學者認為因民法第七百四十六條第一款已規定保證人得拋棄先訴抗辯權之權利，且保證契約之補充性，原則上仍得基於保證契約之擔保目的而排除之⁹⁴。其次，因保證人清償保證債務後，仍得向主債務人主張求償權，因而拋棄先訴抗辯權之條款並不違反誠信原則或平等互惠原則之。是以，先訴抗辯權並非民法第七百三十九條之一所禁止拋棄之權利。因此，債權人為降低債權回收之成本，以快速向保證人求償，而事先與保證人約定保證人拋棄先訴抗辯權之條款，係為有效之條款，合先敘明。

其次，保證人拋棄先訴抗辯權後，債權人得不先向主債務人追索，而得直接或同時向保證人及主債務人請求履行主債務及保證債務。因此，保證人拋棄先訴抗辯權後，此種情形與民法第二百七十三條規定之，連帶債務之債權人得同時或先後請求全部或一部之情形類似。故保證人拋棄先訴抗辯權後，保證人是否即成為連帶保證人之爭議，此亦與連帶保證契約有關，故與此說明之。

1、學說見解

保證人拋棄民法第七百四十五條之先訴抗辯權後，保證人是否即負擔連

⁹³ 參閱史尚寬，債法各論，民國62年10月，四版，頁859。

⁹⁴ 參閱拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999年出版，頁151。

帶保證人之責任？學者間有不同意見，分述如下：

(1) 肯定說

有學者認為保證人拋棄先抗辯權後，債權人依民法第二百七十三條之規定，得先向保證人為全部給付之請求，保證人不得拒絕。因此，債權人得先向保證人為全部給付之請求，縱使無民法第七百四十六條第一項各款之規定，保證人亦不得拒絕清償。且連帶保證人拋棄先訴抗辯權之權利，僅指連帶保證契約喪失補充性，惟連帶保證契約仍具有從屬性，因而有關保證契約之從屬性規定，於連帶保證仍有適用之⁹⁵。

(2) 否定說

有學者認為保證契約拋棄先訴抗辯權，不當然即屬於連帶保證之類型。其理由有三，其一為性質不同，不論係於保證債務成立之同時或事後拋棄先訴抗辯權，拋棄先訴抗辯權之行為均為單獨行為；而連帶保證除係因法律規定所生者外（例如票據法第六十一條第一項），必須以契約為之。其二為意思表示之限制，即拋棄先訴抗辯權得以默示之方式為之，例如在保證契約書中記載「主債務如不履行時，保證人應即履行」之字樣，即可解為默示拋棄先訴抗辯權；惟連帶債務依民法第二百七十二條規定，僅於法律有明文規定或當事人明示之意思表示，始得成立。其三有關連帶責任，保證人拋棄先訴抗辯權者，債權人即不以先向主債務人請求並強制執行為必要，債權人得自行決定向主債務人或保證人先行請求，保證人與

主債務人之間並未有連帶責任之性質；惟連帶保證之保證人與主債務人間除具有保證性質之外，尚有連帶責任之性質。因而，有學者認為拋棄先訴抗辯權之保證契約，並非當然屬於連帶保證之類型⁹⁶。

2、實務見解

(1) 74.02.27（七十四）廳民一字第一二四號函復臺高院

法律問題：甲以乙為保證人向丙借用新台幣（下同）十萬元，並約定乙不得主張先訴抗辯權。清償期屆至，甲未依約定償還，丙乃起訴請求甲、乙連帶清償借款十萬元，有無理由。

討論意見：甲肯定說，有二不同理由：

（一）保證人於保證契約中預先拋棄先訴抗辯權，即成立連帶保證契約（史尚寬著債法各論第八六一頁），丙請求甲、乙連帶清償借款並無不合。

（二）連帶保證具有連帶債務性質，而連帶債務依民法第二百七十二條規定，除法律有規定外，非有明示不得成立，故先訴抗辯權之拋棄，不當然即屬於連帶保證（鄭玉波著民法債編下冊第八七二—八七三頁）。惟此時甲乙就同一內容之給付，各負全部履行之義務，且因一人之履行，債權人之債權即獲滿足，他債務人之債務亦隨之而歸於消滅，甲、乙之間應構成不真正連帶債務關係（鄭健才著債法通則第二三〇頁），而不真正連帶債務之給付效果與連帶債務相同，故丙請求甲乙連帶清償借款並無不合，惟應於理由中敘明其為不真正連帶債務關係。

⁹⁵ 參閱邱聰智，姚志明校訂，新訂債法各論（下），自版，2003年7月，初版第1刷，頁600；鄭玉波，民法債編各論（下冊），三民書局出版，民國87年8月17版，頁872。

⁹⁶ 參閱林誠二，民債編總論體系化解說（下），瑞興出書局，2000年9月，頁336。

乙否定說，亦有二不同理由：

(一) 與肯定說 (二) 前段理由相同認甲、乙構成不真正連帶債務關係，惟不真正連帶債務就債務人對債權人所負之給付內容而言，雖與連帶債務相同，惟其究非民法規定之連帶債務，甲乙並非連帶債務人而命其連帶給付，即有未合，故丙應求為「被告應各給付原告新台幣壹拾萬元，如其中一人已為給付，則其餘被告就其給付數額範圍內免為給付義務」之判決。

(二) 與肯定說 (二) 前段理由部分相同，認乙並非連帶保證人，惟認甲、乙之間亦不構成不真正連帶債務關係，因甲、乙對丙所負之給付內容雖然相同，惟其法律關係並不相同，丙以一訴合併請求甲乙給付，僅係客觀訴之合併，其結果應與丙分別單獨對甲、乙起訴相同，不能因丙合併對甲乙起訴即認甲乙之間構成不真正連帶債務關係。至於丙取得對甲、乙之執行名義後，如甲已為給付即不得再請求乙給付，乃係執行名義成立後，有消滅或妨礙債權人請求事由發生之問題，與甲乙應負之給付義務無關，故丙請求甲之連帶清償借款並非正當，應請求甲、乙各給付十萬元方屬允當。

結論：多數贊成肯定說中之第二說。

司法院第一廳研究意見：

保證人拋棄先訴抗辯權，是否即為連帶保證，學者間固無定論，縱令認係連帶保證，其亦係保證之一種，仍不失其從屬性，應適用保證之有關規定，與一般連帶債務亦有不同。惟保證人既拋棄先訴抗辯權，其與主債務人對於債權人，就同一內容之給付，即應各負全部履行之責任，此二債務

具有同一經濟上之目的，倘其中一人為給付，他人就其給付範圍內，亦同免其責任，故應認保證人與主債務人對於債權人負有不真正連帶債務，債權人得請求保證人及主債務人連帶清償債務。研討結果採肯定說之第二說，核無不當。

(2) 最高法院九十三年台上字第一〇四八號判決

A (李○○) 於民國八十四年八月間與B儀器試藥股份有限公司訂定採購合約書，並以C儀器有限公司為連帶保證人，向B公司購買三度空間放射治療電腦斷層掃描X光模擬攝影機(CT-SIM)、電腦治療計劃系統、腦部立體定位放射治療系統各一台合成全套運用，約定總價款美金一百零三萬元，並應於八十五年七月二十日前完成安裝試車，每逾一日罰款總價款千分之五計算之違約金，如逾期三個月以上未試用合格完成驗收，伊得解除契約，B公司應賠償一切損失。

原審法院認為，採購合約書第十六條載明：「保證人：保證人應負賠償甲方(被上訴人)一切損失，並自願放棄民法第七百四十五條之先訴抗辯權」等語，具見兩造所約定之出賣人債務，應由上訴人C公司負連帶保證責任無疑。從而，A(李○○)訴請上B公司及C公司連帶返還受領之價款美金一百零三萬元及給付懲罰性違約金九十二萬元美金各本息，為有理由，為其判斷之基礎。

3. 評析

保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行無效果前，得對債權人主張拒絕清償之權利，即為先訴抗辯權(或檢索抗辯權)。惟保證人拋棄先訴抗辯權後，是否即成為連帶保證人

之問題？實務見解並不一致，有認為保證人拋棄先訴抗辯權，其與主債務人對於債權人，就同一內容之給付，即應各負全部履行之責任，此二債務具有同一經濟上之目的，倘其中一人為給付，他人就其給付範圍內，亦同免其責任，故認為保證人與主債務人對於債權人負有不真正連帶債務之責任（74.02.27（74）廳民一字第一二四號函復臺高院）。另有實務見解認為保證人放棄民法第七百四十五條之先訴抗辯權，則保證人應負連帶保證之責任（最高法院九十三年台上字第一〇四八號判決）。

因保證人拋棄先訴抗辯權後，債權人即得以同時或先後保證人及主債務人求償，因而與連帶債務之債權人得以同時或先後向連帶債務人之一人或全體求償相似。惟保證人拋棄先訴抗辯權，保證人僅拋棄保證契約之補充性而未拋棄保證契約之從屬性，故保證契約仍從屬於主債務。且保證人清償保證債務後，僅保證債務消滅，主債務並未消滅，保證人依民法第七百四十九條取得對主債務人之求償權惟主債務並不會消滅，主債務人不得主張債務人之清償使其債務人同免責任（民法第二百七十四條），保證人取得向主債務人求償之權利。且保證人之保證債務與主債務人之主債務並非同一階層之債務，保證債務之清償亦不使主債務歸於消滅，故保證契約不適用民法第二百七十四條之規定。保證人清償保證債務後，保證債務因而消滅，惟主債務並未隨之消滅，故主債務人不得主張民法第二百七十四條之規定，一債務人之清償使其債務人同免責任，保證人得主張民法第七百四十九條取得對主債務

人之求償權⁹⁷。因此，保證契約與連帶債務並不相同。

再則，連帶債務之成立僅限於以法律規定或當事人以明示約定之，而保證人除有拋棄先訴抗辯權之表示外，並無「明示」主張成為連帶債務人之意思，故不應以保證人有拋棄先訴抗辯權之明示或默示約定，進而推論出保證人有為連帶保證人或連帶債務人之意思。且拋棄先訴抗辯權條款之保證人是否有成為連帶債務人或連帶保證人之意思表示，係有疑義者，則應依定型化契約條款之解釋，於有疑義時，應為有利於消費者之解釋（消保法第十一條第二項），亦即保證人僅有拋棄先訴抗辯權之意思表示，並無成立連帶保證或連帶債務意思。是以，定型化保證契約之拋棄先訴抗辯權條款，保證人所拋棄者僅有民法第七百四十五條之先訴抗辯權，保證人保證人並無成為連帶債務人或連帶保證人之意思表示，故拋棄先訴抗辯權之保證人並不負連帶債務人之責任。

三、最高限額保證

銀行辦理放款業務，提徵保證人之方式通常有二種，其一為逐案提徵，其二以最高限額保證之提徵⁹⁸。而最高

⁹⁷ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第25期，2001年8月，頁36。

⁹⁸ 中華民國銀行商業同業公會全國聯合會八十八年七月三十日全授字第0九〇八號函釋：「銀行辦理授信業務，徵提保證人方式，通常約有二種，其一為逐案徵提，其二為最高限額保證方式辦理。而銀行與保證人簽訂之保證契約性質，若為最高限額保證，並辦妥對保及留存印鑑，則日後銀行對主債務人貸放每一筆借款時，均無需再通知並由保證人於往來之授信契據上簽名，無庸再辦理對保。至若為逐筆保證之方式，則銀行得經由核對其簽章是否與留存印鑑相符，以確認是否出自保證人本意。」即最高限額保證條款之保證契約，銀行日後對於主債務人之每一筆借款，不需要再通知保證人於往來之授信契約再簽名，無須再對

限額保證契約係指保證人於保證契約書上簽章，就銀行與借用人間所生一定範圍內的債務，預定一個最高額度，由保證人予以保證，即為「最高限額保證」。亦即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⁹⁹。

惟觀察各家銀行之定型化保證契約書，不論是個人小額貸款、房屋抵押貸款或循環借貸契約，銀行使用之定型化保證契約書普遍都有「最高限額保證條款」：「保證人就主債務人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之借款、票據、墊款、承兌、貼現、保證、委任保證、開發信用狀等債務及其他一切債務，以本金□□□為限額，暨其利息、遲延利息、違約金、損害賠償及他有關費用、及其他從屬於主債務之負擔，願負連帶清償責任」。且最高限額保證之約款，亦有可能載明「保證人就超過最高限額損害賠償、違約金、以外之利息亦負保證責任。」¹⁰⁰此最高限額保證條款是否一概有效，而有最高限額保證條款記載之保證契約，其保證人之擔保責任範圍又為多少？此等問題於

實務上產生重大爭議，說明如下。

（一）特定債務之保證

保證人若僅就特定之單筆債務為擔保，如就特定之汽車貸款、青年就業貸款、房屋貸款等等，而定型化保證契約卻載明「保證人就主債務人現在、過去及將來所負之借款、票據、墊款、承兌、貼現、保證、委任保證、開發信用狀等債務及其他一切債務…，願負連帶清償責任」，則該保證人之擔保範圍究為特定債務或為最高限額內發生之債務，該等條款是否為異常條款或危險擴張條款，仍有說明之必要。

1、學說見解

（1）外國學說

保證人係就特定單筆債務為保證，與債權人（銀行）訂立保證契約，而銀行提供之定型化保證契約卻載明「保證人就債務人現在及未來之債務負保證責任」之情形。德國法認為債權人固得就將來及現在所生之一定範圍內之主債務負保證責任，惟保證人如係基於特定債務為擔保之目的而與債權人訂立保證契約，事後保證人亦清償該筆債務，而債務人又再次向債權人借款，則他筆未清償之債務，債權人不得以保證契約中約款載明保證債務範圍及於『將來』成立之主債務，而主張保證人應負保證責任。否則即為危險擴張條款之一種，依德國學說及部份實務見解認為該條款不生效力。

亦有德國學說認為上開條款係保證人與債權人已「就特定債務為保證之合意」，此項應屬於「個別磋商條款」，其效力依德國民法第三百零五條 b 之規定，係為個別磋商條款優先

保，銀行免除通知義務。惟此前提必須確定保證人對於「最高限額保證條款」有所認識，保證人有與債權人訂立最高限額保證契約之合意，若保證人僅係為單筆債務為保證，而銀行卻以定型化條款之方式規定「最高限額保證」約款，此時保證人對於最高限額保證並無預見亦無訂立最高限額保證之合意。

⁹⁹ 參照 94 年 2 月 21 日行政院金融監督管理委員會銀行局網站

<http://www.boma.gov.tw/ct.asp?xItem=68542&ctNode=1740>，相關金融小百科，何謂「最高限額保證」？簽訂「最高限額保證」契約的保證人，如何終止保證契約？；七七年台上字第九四三號判例。

¹⁰⁰ 參閱拙著，論連帶保證與連帶債務--最高法院八十八年度臺上字第一八一五號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 18。

於一般交易條款之適用¹⁰¹。亦即保證人係就特定債務為擔保而與債權人訂立保證契約，保證人與債權人已就「特定債務為保證」之意思表示合意，此合意應屬於個別磋商條款（德國民法第三百零五條第一項後段）依德國民法第三百零五條b之規定個別商議條款優先於一般交易條款之適用。

德國學者更認為保證人於締約時，如依具體情況而無相反之情事，致保證人預期其僅就特定債務為擔保而負保證責任，而債權人（銀行）確約定「保證人應就債務人現在及未來所生之債務負保證責任」，此顯非保證人於正常情形所得預見之情形，係屬德國民法第三百零五條c之異常條款，該條款不構成契約之內容¹⁰²。因此，保證人係為單筆債務而同意為擔保，而定型化契約卻記載為「保證人應就債務人現在及未來所生之債務負保證責任」，此為保證人依締約之一般情形所無法預見者，此條款係為「危險擴張條款」。

（2）我國學說

有學者¹⁰³認為保證人於簽署保證契約時，如僅就特定債務之清償為保證，而約款載明「保證人之保證範圍及於現在及將來一定限額之債務」之情形。因消保法第十五條之「非一般條款」即為契約當事人個別商議之部分，個別商議條款不以當事人將定型化契約條款相關部分刪除或更改之記載為限，也包含明示或默示之合

意。同時當事人是否有默示之合意，則應視締約時之一切具體情事決定之，在保證契約中則應斟酌：（一）保證人在訂立保證契約之時點，是否在時間之緊密相關連之時點；（二）債權人與主債務人所訂立的是否為特定、單筆有特定清償期限之借貸契約；（三）保證人依債權人慣例是否通常須在借據上簽名，或債權人與主債務人間訂立者為循環透借貸契約等情形如債權人與主債務人間係為循環透支借貸契約，亦有最高限額之限制，如遠期信用狀借貸契約」，可以在一定額度循環借款供債務人使用，此時，基於保證契約之從屬性，自應擔保其將來一定額度內債權人對債務人之借款。

因此，如保證人簽訂保證書時，在時間密切相關連之時點，僅為債務人與債權人訂立之特定額度、特定借款清償期限，保證人亦在此借據上簽名，應認為保證人與債權人之個別商議約定。縱使時隔數年之後，債權人與主債務人議定不同額度、不同清償期，且債務人亦不得以定型化保證約款載明「保證人應就將來之債務負保證責任」，主張保證人應就上開債務負清償之責，蓋此定型化約款之與非一般條款（就特定債務為個別協議之部分）抵觸，依消保法第十五條，抵觸部分不生效力。

此外，保證人於短期單筆之借款契約訂立時，簽署保證契約，依正常情形，顯無法預見其應就將來或甚至十年後發生，且由其他保證人加入為新保證人，在借據上簽名，而原先保證人並未在（後）保證欄簽名之債務負保證責任。上開約款，縱記載定型化契約中，亦屬異常條款，依消保法第

¹⁰¹ 參閱拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999年出版，頁153-154。

¹⁰² 參閱拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999年出版，頁154。

¹⁰³ 以下內容整理自拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999年出版，頁158-160。

十四條不構成契約之內容。

2、實務見解

(1) 最高法院八十七年台上字第一四八九號判決

甲就 A 公司八十年八月向○銀行所為短期借貸之保證，A 公司已清償該借款，惟 B 銀行向甲保證人主張，其仍應對 A 公司於八十三年九月向銀行重新借貸亦應負保證責任。

最高法院認為保證書載明：「立連帶保證人等今向銀行連帶保證凡貴庫持有 A 公司於現在、及將來所簽…借款及其他一切債務，以三千萬元為限額，保證人願與債務人負連帶清償責任。…又如債務人所簽章之上項票據、借據及其他一切債務憑證，付款人有遲延付款或請求延期償還時，貴庫得酌情允諾，保證人仍願負連帶清償之責」。核諸該內容僅係約定保證人同意就 A 公司將來對銀行之借款等相關債務負連帶保證責任，所用文字淺顯易懂，且無違悖法律規定，更無與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾。

(2) 最高法院八十九年台上字第一六四〇號判決

A 公司以甲及乙、丙、丁等人為連帶保證人，擔保民國八十一年三月之新台幣二百萬元之票據貼現貸款，屆清償期後數度辦理展期，最後一次展期為八十五年四月起至八十六年四月止。法院認為經核兩造間所簽訂之保證書，開宗明義即以清晰字體表示：「連帶保證人今向○銀行連帶保證 A 公司對貴行現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之借款、票款、透支、墊款、保證、損害賠償等及其他一切債務以八百萬元為限額（含本金及其利息、遲延利息、違約金、損

害賠償及其他從屬於主債務之負擔），保證人負連帶清償之責任……」。…故本件無論係屬信用貸款或票貼貸款，均屬甲（上訴人）連帶保證之範圍，為原審所合法確定之事實，是縱 A 公司於八十一年三月向 B 銀行提出票據貼現授信申請，未經 B 銀行允准，亦不影響嗣後之授信申請，仍在上訴人之保證範圍。

(3) 台灣高等法院九十二年上字第一一〇號判決¹⁰⁴

甲、乙分別於八十四年四月十日，丙於同年月十一日，丁同年十二月二十九日為 A 公司向 B 銀行借款之連帶保證人。又 A 公司八十九年八月十五日，陸續向 B 銀行借款二百六十萬元，請求甲等保證人負擔保證責任。最高法院認為保證契約記載「連帶保證人願保證凡 A 公司於現在及將來對貴行所負之借款、合會金、票據、保證、損害賠償及其他一切債務以新台幣伍佰萬元整為限，保證人願與其餘債務人連帶負全部給付責任。」之內容以觀，則甲、乙、丙三人所簽訂系爭連帶保證契約，應為未定期限最高限額連帶保證契約至明。系爭保證契約既屬未定期限之最高限額保證，上訴人又未終止該保證契約，則甲就主債務人 A 公司所借現尚未清償之二百二十六萬二千二百零一元本息、違約金，訴請上訴人負連帶保證責任，自屬於法有據。此與一般保證係就主債務人之特定債務為保證，於該特定債務消滅時，保證契約即歸消滅者不同。甲於八十四年四月十日簽系爭保

¹⁰⁴ 最高法院九十二年度台上字第二三三〇號裁定、最高法院九十二年度台上字第二三三二號裁定、最高法院九十二年度台上字第七二四號裁定、最高法院九十一年度台上字第一九九九號判決、最高法院九十一年度台上字第二五號裁定。

證契約，但因甲並未終止雙方間之連帶保證契約，則該保證契約迄今仍為有效。參酌上揭說明，系爭三筆借款固為A公司於八十九年間向上訴人所借款項，但因A公司積欠借款金額並未逾系爭連帶保證擔保最高限額五百萬元，故系爭借款自仍為該連帶保證契約所擔保之範圍。是保證人主張本件三筆借款均發生在八十九年間，並非系爭連帶保證所擔保範圍內云云，亦屬無據。

3、評析

保證人係就特定債務為擔保，如就特定之汽車貸款、房屋貸款等，而定型化保證契約卻載明「保證人就主債務人現在、過去及將來所負之借款、票據、墊款、承兌、貼現、保證、委任保證、開發信用狀等債務及其他一切債務…，願負連帶清償責任」，則該保證人之擔保範圍究為特定債務或為最高限額內發生之債務？實務見解有認為保證人簽訂契約時係擔保主債務人之二百萬票據貼現貸款，惟因保證契約記載最高限額保證條款（八百萬元），無論嗣後發生之信用貸款或票貼貸款，均屬保證人擔保之範圍（最高法院八十九年台上字第一六四〇號判決）。實務見解認為保證契約有最高限額保證條款之記載，保證人即須就最高限額保證範圍內之主債務負擔保責任。換言之，實務之見解並未判斷保證人係為特定債務為保證，或係就最高限額內之將來債務為保證，一概認為只要保證人簽署之定型化保證契約有最高限額保證條款之記載，保證人一律必須負擔最高限額保證責任。是以，實務見解認為保證契約之擔保範圍除包括該特定債務外，於最高限額範圍內超出特

定債務之數額，不論該債務係主債務人之過去、現在或將來之債務，皆為保證人之擔保範圍。本文以為此實務見解，實有誤解。

保證人簽署保證契約時，如僅就特定債務之清償為保證，在時間密切關連之時點，保證人僅為債務人與債權人訂立之特定額度、特定借款清償期限，保證人亦在此借據上簽名，應認為保證人與債權人就特定債務之已為個別商議之約定。此時，仍應具體個案判斷保證人簽訂契約時，保證人是否僅為特定債務為保證。換言之，就特定債務為保證而定型化契約條款記載最高限額保證條款之爭議，在於如何解釋該定型化契約條款之內容，亦即契約當事人之真意究為簽約時擔保之特定債務或最高限額範圍內之債務。本文以為最高限額保證條款之解釋發生爭議時，條款之判斷應考量締約時之具體情況，應探求契約當事人意思（民法第九十八條），以當事人意思主義才是最能貫徹保障保證人之理論基礎，惟單以民法第九十八條並無法解釋定型化契約條款之疑義，故仍應依消保法第十一條第二項為有利於消費者之解釋。

再則，定型化契約條款概括約定保證人擔保主債務人之過去、現在及將來之一切債務，係超出保證人之預見範圍之外，使保證人之擔保責任因約款之記載無限擴張，故該條款係為危險擴張條款。換言之，保證人於短期單筆借款契約訂立時，簽署該保證契約，依正常情形，顯無法預見其應就將來或甚至十年後發生，且由其他保證人加入為新保證人，在他借據上簽名，而原先保證人並未在（後）保證欄簽名，保證人亦須就他筆債務負保

證責任。是以，上開約款，縱記載定型化契約中，仍屬異常條款，依消保法第十四條之規定，不構成契約之內容。

就特定債務為保證之契約，其主債務係為已具體、特定之債務，因此就特定債務為保證之契約，保證人並非就債權人與主債務人間所生一定債之關係之不特定債務為擔保，故就特定債務為擔保之保證契約即非最高限額保證契約之類型。且保證契約之擔保範圍僅及於特定債務，最高限額範圍內超出特定債務之數額，不論該債務係主債務人之過去、現在或將來之債務，皆不在保證契約之擔保範圍內。

四、董監連保

公司因融通資金之需，常須向銀行貸款，銀行為確保其貸款得以受清償，亦會要求會公司必須提供保證人或抵押物以擔保其債權受清償。且多數銀行更於其職員業務手冊中記載貸放程序及其手續，若借款人為公司，則應徵求董事監事私人之保證書¹⁰⁵。

¹⁰⁵ 台灣高等法院台中分院九十一年度重上字第八〇號判決：「依被上訴人所提工作手冊中關於貸放程序及其手續之規定為：(1)、客戶申請前晤談。(2)、受理借款書面申請。(3)、信用調查及擔保品鑑估。(4)、分析審核。(5)、核定准駁。(6)、通知客戶。(7)、簽約、對保及擔保權設定。其中簽約、對保及擔保權設定復規定核准貸放案件，由客戶及其保證人來行辦理簽約手續並填繳下列書據：(1)約定書：約定書為本行與借戶、保證人間之基本契約，應分別向借款人及保證人各徵取乙份，(2)印鑑卡，(3)保證書，如借款人為公司組織，應另徵求董事監事私人之保證書。」、臺灣高等法院九十年重上字第一三三號判決：「...依銀行之業務手冊「授信業務篇」「伍、授信業務一般規定」第十七條但書規定：『對公司之授信，應爭取其全部董(理)監事，以私人身份擔任連帶保證人。如無法爭取全體董(理)監事以私人身份連帶保證時，則應爭取其董(理)監事同意或授權借款之會議記錄，保證之徵取應以具代位清償債務能力者為原則，而非徒具形式之要件』；另於「第二節追蹤考核」四、債務人組織變更時之因應措

又我國中小企業之公司林立，公司常有週轉之需，而銀行業者又要求一般公司之借款必須要有董監事為保證人，是以董監連保之糾紛，屢屢發生。惟銀行一概要求公司之董事或監察人(以下稱董監事)須就公司之債務為保證人，則董監連保條款是否有破壞股東以出資或所認股份為限對公司負責之重要原則，而有違反公司法之疑慮。此外，公司之董監事就公司對銀行所負之債務擔任保證人，若該董監事卸任，而另由新任之董監事與銀行訂立新保證契約，而原董監事未終止保證契約，則原董監事(保證人)，是否應繼續負擔保證責任之爭議，於實務上屢屢發生爭議，故有說明之必要。

(一) 董監連保制度

公司係屬法人組織，公司係獨立於公司股東之權利主體。而有限公司及股份有限公司之股東，對於公司債務不負任何責任(公司法第九十九條、第一百五十四條)。而公司之董監事通常亦為公司之股東(公司法第一百九十二條第一項、第二百十六條第一項)，自有上述原則之適用。惟因董事係公司業務實際經營者，且實際上監察人又多為董事之親友，故欲以監察人制度善盡監督公司之責，實有困難。因此，在臺灣，凡對於公司貸款者，莫不要求該公司之董監事出任連帶保證人，俾債權之清償，能有較大

施」第(四)項亦強調：『股份有限公司之董事及監察人，公司法對之均有任期之限制，故授信對象若為股份有限公司，應注意其董監事之任期及其人員是否有變動，倘有變動時，除應重新檢討借保人資力以謀對策外，宜徵求新董監事以私人身分所為之保證書。原董監事所簽保證書如要求返還者，應於其任內該公司之所有對本行之債務還清後，始可退還之。』

之保障¹⁰⁶。

而公司為取得向銀行之借款資金，多數須配合銀行之要求以董事、監察人或總經理就公司之借款為保證人。而董事或監察人、總經理為公司擔任保證人之情形，可能如同一般保證責任契約基於情誼，亦可能基於職務關係。所謂董監事基於情義關係而訂立保證契約，係指董監與公司本身或其代表人之請求而擔任保證人，例如有限公司或一人公司時，董監與公司或其代表人或深厚信任關係。而董監事基於職務關係而訂立保證契約，係指董監事於執行公司職務期間為使財務困境獲得解決而擔任保證人，於公司向銀行貸款時擔任保證人¹⁰⁷。此外，董監事基於職務關係而為董監連保，有時係因董監事會議決議或股東會決議之事項，由公司要求董事及監察人應就公司之債務為擔保¹⁰⁸。

本文以為基於公司法之企業所有與企業經營分離原則，除無限公司及兩合公司之無限責任股東之外，有限公

司¹⁰⁹及股份有限公司之董監事對公司僅負擔「以出資額」或「所認股份」為限之責任。惟銀行以行之有年之董監連保，要求公司的董監事必須就公司之借款為保證人，而銀行又以未定期限最高限額保證條款之方式與保證人簽訂最高限額保證契約，因此董監事將因董監連保條款而須就公司之債務，負擔無限清償責任。因此，董監連保條款已破壞股東以出資或所認股份為限對公司負責之重要原則。

再則，董監事在其執行職務範圍內，固係屬於公司機關組織之一部份，而與公司互成一體，其行為即為公司之行為。惟依據公司法之規定，董監事應負責任之情形，以董事或監察人於執行職務範圍內違反法令致他人受有損害時（公司法第二十三條），或對他人應與公司負連帶賠償責任（公司法第八條）等情形為限。亦即董監事應負責任之事由，係以公司法明文規定者為限，除此之外，董監事無須就公司之債務負擔清償之責任。換言

¹⁰⁶ 參閱詹森林，民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，國立台灣大學法學叢書（141），自刊，2003年8月，頁233-234。

¹⁰⁷ 參閱張進鈺，董監連保相關法律問題之研究，私立東吳大學法律研究所碩士論文，民國92年6月，頁75。

¹⁰⁸ 參照七七年台上字第九四二號判決：「...甲公司之董事、監察人乃於六十九年立具保證書，約定：『茲依照甲公司六十九年度第三次董事監察人聯席會議決議：『如為公司業務上之需要，需向銀行借款或負其他一切債務，而銀行或關係者指定某董事、總經理、副總經理為保證責任，概由全體董監事連帶負責』』之意旨，凡公司對外一切之借款或負其他一切債務，敦請台端連帶保證，簽發票據承兌、背書及其他為達到融資而為之法律行為所負之責任，立保證書人願與台端共負連帶清償責任。』最高法院八十四年度台上字第二六四四號判決：「被上訴人（公司）以，公司因營運上之需要，須向銀行借款週轉，上訴人等均為公司之董監事，竟違反股東會所為應由全體董監事連保而向銀行借款之決議，拒絕作保，股東會乃決議將其解任，自有正當理由，伊無損害賠償責任可言等語，資為抗辯。」

¹⁰⁹ 最高法院80年台上字第161號判決：「有限公司依公司法規定變更組織為股份有限公司，其法人人格之存續不受影響，固經司法院大法官會議釋字第一六七號解釋有案。惟查有限公司並非如股份有限公司純為資合公司之性質，而兼有人合公司之色彩；且有限公司亦非如股份有限公司為大眾化之公司，通常係由少數親朋好友聚資所設立經營之小規模企業；又民法上所謂保證，雖為債權人與保證人間之契約，但保證契約係基於保證人與主債務人間之信任。是保證人所信任者如為具有人合公司色彩之小規模企業之有限公司，則有限公司變更組織為大眾化之股份有限公司後，是否仍受保證人之信任，而願為其保證，殊非無疑。保證人原為有限公司作保，該公司於七十七年五月改組為股份有限公司，改組後向銀行貸款時，係以改組後之新任股東、董監事為連帶保證人，另訂立保證契約，原有限公司之借貸已在改組前清償完畢，則改組後所為之借貸既不在伊保證範圍，自不能責令伊負保證責任云云，自屬重要防禦方法，參諸前開說明及誠實信用原則，上訴人既僅對規模小之有限公司負保證責任，則對其改組為股份有限公司後向銀行所為之借貸，是否仍在保證人信任而願為保證之範圍？」

之，董監事與銀行訂立董監連保之保證契約，則保證人即須就公司之債務負擔保責任，故董監連保證制度已使董監事就公司之債務，負擔「人之無限清償責任」。是以，董監連保條款已破壞股東以出資或所認股份為限對公司負責之重要原則、亦即董監事僅於違反公司法第二十三條等規定時使負賠償責任，故董監連保制度事實上已違反公司法之規定。

(二) 董監連保條款

董監連保制度除已違反公司法之規定外，其最大之爭議在於董監事擔保責任之範圍，亦即董監事就公司之債務負擔責任，若該董監事卸任，公司而另以新任之董監事（或其他保證人）與銀行訂立保證契約，則原董監事之保證責任是否董監事卸任而終止？關於董監事之保證責任，學說見解及實務判決意見分歧，有認為原董監事人並非終生負無限保證責任，故已卸任之董監事無須負保證責任（最高法院七十七年台上字第三六七號判決、最高法院七十九年台上字第一八〇八號判決）。另有認為「董監事所負之保證責任不因嗣後退職，而由新任董、監事之更新保證而解免（最高法院七十八年台上字第二五五七號判決、臺灣高等法院九十年重上字第一三三號判決、台灣高等法院臺中分院九十一年重上字第八十號判決）。此外，亦有實務見解認為原董監事責任之解免，需有接替新任之董事另出具保證書為公司任連帶保證人並經銀行及其他連帶保證人同意更替，則舊監董事之連帶保證責任，始能認歸於消滅（臺灣高等法院 90 年重上字第 528 號判決、最高法院 93

年台上字第 2530 號判決），分述如下。

1、學說見解

有學者認為董事或監察人於任期屆滿後，就公司之債務是否應負保證責任，係為定型化約款解釋之問題。即定型化約款係使用人於訂立契約前，不考慮訂約時之具體情況而預先擬定，且參照德國通說之見解認為，定型化約款之解釋應考慮訂約時之情況、客觀統一的予以解釋。故約款之相對人在締約時存在之具體情況，不應完全於解釋時不與考慮。其理由在於，約款相對人在契約一方當事人使用定型化約款締結契約時，不應立於較一般締約情況更不利之地位。因而，保證人係基於其董監事之地位而就公司之債務為保證，且董監事擔任保證人通常係基於債權人（銀行）之要求，故董監事卸職後公司新增加之貸款債務，衡量董監事訂約時之情況，應認為雙方之真意，係僅就擔任董監事期間所成立之債務為保證，而不應排除定約時雙方真意其他具體情況，就約款為統一客觀之解釋¹¹⁰。

2、實務見解

(1) 最高法院七十七年台上字第三六七號判決¹¹¹

上訴人（即原保證人）倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠實信用原則及兩造訂立保證契約之真意，似亦以原保證人仍擔任董監事期間內，甲公司向乙銀行借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，原

¹¹⁰ 參閱拙著，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），自刊，1999年出版，頁150。

¹¹¹ 台灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第八〇號民事判決亦採此見解。

保證人如已卸任董監事，而甲公司又另改選董監事，並重新出具保證書於乙銀行，則此後所借之款項，倘已卸任董監事之上訴人猶須負保證責任，則似失由董監事擔任連帶保證人之真諦，且無異使原任董監事之人終生負無限保證責任。

(2) 最高法院七十八年台上字第二五五七號判決

甲保證人於民國七十二年一月二十八日擔任乙公司董事期間與丙銀行簽訂保證書及約定書，嗣乙公司於七十二年八月及十二月改選董、監事，新任董、監事又與丙銀行簽訂以五千萬元為限額之連帶保證契約，已另立保證書交付丙銀行，伊未連任董事。

原審法院認為保證書約定保證人在丙公司未清償債務以前，不自行退保。可見未訂立保證期間，亦未特定所保證債務發生之期限，更未約定以上訴人擔任丙公司董、監事期間為保證期間。證人丁雖謂：銀行承辦人員於電話中陳稱新保證書提出，則舊保證書作廢云云。…丙銀行提出之限額五千萬元保證書，據丙銀行陳稱：係因乙公司為圖增加借款額而另行追加之保證契約，核與常情相符。此與上訴人所立保證書係併立之兩契約，丙銀行依兩造間所訂保證契約請求上訴人履行，洵屬正當，為其判斷之基礎。最高法院則認為查定型化契約係依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約。故於通常情形，就同類契約之訂立，固可收便捷、統合之效能，然就具體個案，如有特殊情形，仍應參酌訂約之內容，探求當事人之真意，解釋契約，不能專心定型化契約之條款為惟一憑據。原審認定保證人於七十二年一月擔任乙公司董事期

間與保證人簽訂保證書及約定書，同意就乙公司對丙銀行所負債務，於本金八百萬元範圍內概括保證與乙公司連帶負清償之責。嗣乙公司於七十二年八月改選董、監事，新任董、監事又與丙銀行簽訂以五千萬元為限額之連帶保證契約，果爾，甲保證人抗辯：依訂約意旨舊保證契約因新保證契約之訂立而歸於消滅，似非無據，原審雖謂：葉行員對表丁示相同意見，無非出於個人見解而不可採，惟葉行員為銀行承辦放款業務之職員，苟有同一見解，是否表示銀行對公司董、監事所負保證責任，在業務上即係如此辦理，亟待澄清。如依原審認定保證人所負八百萬元限額保證與甲公司新任董、監事所負五千萬元限額保證係併存，則銀行對甲公司放款限額是否在五千萬元至五千八百萬元之間？有詳查必要。原審未遑究明，即謂銀行所稱與常情無違，亦嫌速斷。況公司董、監事如一旦就公司所負一定限額之債務，為概括保證；則其所負保證責任不因嗣後退職經新任董、監事之更新保證而解免。如此解釋，與丙銀行要求公司董、監事就公司所負債務負保證責任之趣旨，是否相符，尤值推敲，原審未注意及此，僅依定型化契約所定條款，為上訴人不利之認定，難謂已盡審理能事。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

(3) 最高法院七十九年台上字第一八〇八號判決

新保證書之訂立，非單純為借款金額之提高，實係因董監事改選而為，且新保證書之保證人均為該公司之新任董監事，顯然係因董監事身分而擔任該公司之保證人。從而在新董監事

為該公司保證債務後，舊董監事所為保證之效力，應歸於消滅。

(4) 臺灣高等法院九十年重上字第 五二八號判決

茲參酌最高法院 77 年台上字第 367 號判決要旨、同院七十九年台上第一八〇八號判決要旨，以及兩造於授信約定書第十四條第(五)項「更換保證人時，經更換之原保證人之保證責任，於新保證人簽妥保證契約，並徵得其他未經更換之原保證人之同意，始免除其保證責任」及於授信保證書第三條第(六)項「貴行於申請或其具體事實而要求更換保證人時，經更換之原保證人，不論係一人或數人，其保證責任，於新保證人簽妥保證契約，並徵得其他未經更換之原保證人之同意，始免除其保證責任…」等約定，可知本件甲公司之借款既係發生於丙仍為該公司董事之際（並擔任連帶保證人），縱丙目前已經卸任該公司董事一職，此亦需接替新任之董事另出具保證書為甲公司任連帶保證人並經乙銀行及其他連帶保證人同意更替，甲公司之舊董事（丙）之連帶保證責任，始能認歸於消滅；要之，即丙（保證人）仍應對甲公司上開欠款，與該公司及其他連帶保證人負連帶清償責任，即甚明顯，因此丙（保證人）執此事由否認其連帶保證之存在，不足採信。

(5) 臺灣高等法院九十年重上字第一三三號判決¹¹²

¹¹² 以股東身份為保證人之案例，另有最高法院八十七年度台上字第三〇〇九號判決、最高法院九十一年度台上字第二六三號判決：「觀諸卷附借據、保證書、約定書、借款展期約定書似未載有保證人必具股東身份，及股東須為公司作保證，暨原股東退股後，其保證責任自動解免，逕由新股東負保證責任之明文，則雙方當事人之真意及締約實情若何？仍待釐清審認。又原審就何以堪認第一銀行於李長錦退股後，新股東加入

乙銀行主張「於七十七年七月與丙簽訂保證書時，丙根本不是董事，只是甲公司之股東，足見該保證契約絕無連保性質。」惟保證人（丙）主張自八十二年即辭任董事職務。

法院認為依銀行業務手冊「授信業務篇」¹¹³「伍、授信業務一般規定」第十七條但書規定：『對公司之授信，應爭取其全部董（理）監事，以私人身份擔任連帶保證人。如無法爭取全體董（理）監事以私人身份連帶保證時，則應爭取其董（理）監事同意或授權借款之會議記錄，保證之徵取應以具代位清償債務能力者為原則，而非徒具形式之要件』；另於「第二節追蹤考核」¹¹⁴「四、債務人組織變更時之措因應施」第(四)項亦強調：『股份有限公司之董事及監察人，公司法對之均有任期之限制，故授信對象若為股份有限公司，應注意其董監事之任期及其人員是否有變動，倘有變動時，除應重新檢討借保人資力以謀對策外，宜徵求新董監事以私人身份所為之保證書。原董監事所簽保證書如要求返還者，應於其任內該公司之所有對本行之債務還清後，始可退還之。』足見乙銀行於徵取連帶保證人時，係以具代位清償債務能力者為考量標準，即使董監事擔任連帶保證人，亦係以私人身份擔任連帶保證人，而非以其是否為公司之董監事為絕對考量標準。…綜上所述，銀行主張：系爭保證書並非董監連保，而係保證人（丙、丁、戊）以私人身份在保證書上簽名，且保證人（丙、丁、戊）自始未向伊表示終止保證責任，保證人（丙、丁、

為保證人時，即有默示同意原股東終止保證契約，不再負保證責任之事實？疏未說明其依據，亦有判決不備理由之違法。…上訴論旨，各自指摘原判決於其不利部分為不當，聲明廢棄，均非無理由。」

戊) 依約自應負擔連帶清償責任，為可採。保證人(丙、丁、戊)抗辯：系爭保證契約係屬董監連保性質，本件債務均發生於伊等辭任董、監事後，伊等自毋庸負擔連帶清償責任，為不可採。

(6) 台灣高等法院臺中分院九十一年重上字第八十號判決

八十一年年初，甲公司向乙銀行之台中分行提出授信申請，經乙銀行批准授信金額為五千萬元，當時甲公司之董事為丙簡、丁王、戊李，監事為訴外人己，由借款人甲公司簽立授信約定書，由丙簡、丁王、戊李、己擔任連帶保證人，並簽立授信約定書及保證書；八十七年二月，甲公司再向乙銀行提出授信申請，經乙銀行批准授信金額為五千萬元，當時甲公司之董事仍為丙簡、丁王、戊李，監事改為庚，故連帶保證人由丙簡、丁王、戊李及庚四人任之。八十九年二月間，甲公司再度改選董監事，由丙簡、辛王及丁和任董事，庚任監察人，任期原自八十九年二月日至九十二年二月，戊李不再任董事。嗣丁王因年老退休，向甲公司董事長丙簡圖告知不願再擔任董事，故甲公司於董事任期尚未屆滿之情況下，於八十九年九月間再改選董事，新任董事為丙簡、辛王、任郭，監察人為庚。甲公司於八十九年十月初再向乙銀行提出與本次有關之第三次之授信申請，由乙銀行負責承辦貸款之鄭行員，於九十年三月至甲公司，就甲公司新任董監事丙簡、辛王、任郭、庚辦理對保手續，並簽立就甲公司對乙銀行所負債務，在限額六千萬元內負連帶保證責任之保證書。

法院認為上訴人(保證人丁王、戊李)

倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠實信用原則及兩造訂立保證契約之真意，似亦以上訴人仍擔任董監事期間內，甲公司向被上訴人借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，如保證人(丁王、戊李)已卸任董監事，而甲公司又另改選董監事，並重新出具保證書於被上訴人，則此後所借之款項，倘已卸任董監事之上訴人猶須負保證責任，則失由董監事擔任連帶保證人之真諦，且無異使原任董監事之人終生負無限保證責任，實不符情理，亦有失公允。雖保證人與銀行所立授信約定書第二條約定：「立約人(保證人)因名稱、組織、章程內容、印鑑、代表人、代表人權限範圍或其他足以影響貴庫(即被上訴人)權益變更情事發生時，應即以書面將變更情事通知貴庫，並辦妥變更或註銷留存印鑑之手續，於未為通知及變更或註銷留存印鑑手續前，與貴庫所為之交易，立約人均願負其責任…」。

惟就其內容觀之，保證人之行為足以影響被上訴人之權益變更時，之所以應即以書面將變更情事通知銀行，其真意應僅在於保全權益變更之證據而已，並非權益變更之生效要件，否則何須要求保證人應另辦妥變更或註銷留存印鑑之手續(最高法院九十年度台上字第一四七二號判決參照)。是乙銀行主張此授信約定書之約定係為確認當事人之真意，須完成約定之方式始生效力，保證人(丁王、戊李)既未完成約定之變更手續，其保證契約仍屬有效之見解，即不可採。

(7) 最高法院九十三年台上字第二五三〇號判決¹¹³

¹¹³ 最高法院九十三年度台上字第二五三〇號判決，係

原審（二審）認為乙銀行所提工作手冊中關於貸放程序及其手續，倘借款人為公司組織，應徵求董事監事私人之保證書。…按契約當事人約定終止契約須用一定之方式，有以保全證據為目的者，亦有以契約須待方式完成始生終止之效力者。若當事人之意思係以保全證據為目的，而非生契約終止效力之要件，則當事人終止契約之意思表示達到相對人時，如依法已生終止契約之效力，尚不得因未以一定之方式為之，而否定其效力。系爭授信約定書第二條之約定，其真意應僅在保全權益變更之證據而已，並非權益生效要件。被上訴人（丁王、戊李保證人）於八十九年間卸任甲公司之董事職務後，甲公司財務經理王小姐口頭通知乙銀行終止保證契約後，雖未另以書面通知乙銀行，並辦妥變更或註銷留存印鑑之手續，亦不影響其終止保證契約之效力。…且被上訴人（丁王、戊李保證人）倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠實信用原則及兩造訂立保證契約之真意，亦以被上訴人仍擔任董監事期間內，甲公司向上訴人借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，如被上訴人已卸任董監事，而甲公司又另改選董監事，並重新出具保證書於乙銀行，此後所借之款項，倘已卸任董監事之被上訴人（丁王、戊李）猶須負保證責任，即失由董監事擔任連帶保證人之真諦，無異使原任董監事之人終生負無限保證責任，不符情理，有失公允。綜上，被上訴人抗辯其以係董事身分擔任甲公司之連帶保證人，八十九年間甲公司改組，伊未再續任董事，並已通知乙銀行終止保證

契約，為可採信。則被上訴人對其終止保證契約後，甲公司再向乙銀行所借之系爭借款，自不負連帶保證責任。

最高法院則認為保證契約乃保證人與債權人間之契約，就連續發生之債務為保證而未定期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約，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，固為民法第七百五十四條所明定，但終止權為形成權之一種，依民法第二百六十三條準用同法第二百五十八條之規定，須保證人向債權人為終止保證契約之意思表示到達債權人後，始對通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任。本件保證人（丁王、戊李）於原審僅抗辯：「甲公司於八十九年十月四日新的變更登記表下來後，財務經理王小姐即曾以電話通知銀行放款課長鄭行員，丁王、戊李均不再任連帶保證人，亦即不再就甲公司向乙銀行之借款為保證，要終止與華銀間保證契約意思。」，證人王小姐亦證稱：「本件六千萬的授信是在八十九年十月四日公司登記變更事項卡下來後，提出申請的，因為有變更董事，在提出申請之前，我先電話聯絡華南銀行的承辦人員鄭行員，丁王、戊李不再作保，改由新的董監事作保……對保的當天，我有再度提起丁王（保證人）年老退休，不再作保，鄭先生有回答對的、對的」是丁王、戊李（保證人）自己似未通知乙銀行終止系爭保證契約，而僅由甲公司職員王小姐通知債權人（乙銀行）不再作保，倘丁王、戊李（保證人）係就未定期間而連續發生之債務為保證，則丁王、戊李（保證人）既未通知乙銀行終止保證契約，原審並

未查明王小姐是否有受丁王、戊李（保證人）之委任，遽謂被上訴人已終止系爭保證契約？無庸負擔系爭借款之連帶保證責任，不免速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，為有理由。

3、評析

多數銀行則於其職員工作手冊中或內部文件中，規定若借款人為公司時，則應徵求董事監察私人之保證書（參照前述最高法院九十三年度台上字第二五三〇號判決、台灣高等法院台中分院九十一年度重上字第八〇號判決）。惟公司之董事或監察人係為任期制（公司法第一百九十五條第一項規定董事任期不得逾三年。但得連選連任。）因此，公司之董監事於任期內，應銀行之要求就公司之借款為擔保，董監事卸任後或另有他保證人擔保公司之他筆債務，則原董事或監察人是否仍應負擔保責任。惟實務之見解意見分歧。有實務見解認為若原董監事之保證責任責任之解免，則董事或監察人卸任後必須依民法第七百五十四條終止未定期限之最高限額保證契約，於終止保證契約之意思表示到達債權人後，董監事始對通知到達銀行後所發生之債務，不負保證責任（最高法院九十三年台上字第二五三〇號判決）。此外另須接替新任之董事另出具保證書為公司任連帶保證人並經銀行及其他連帶保證人同意更替，則舊監董事之連帶保證責任，始能認歸於消滅（台灣高等法院九十年重上字第五二八號判決）。是以，此實務見解係認為認為董監事卸任後，若未終止保證契約，則（卸任）董事或監察人之保證責任，仍繼續存在，實有疑問。

董監連保係指董事或監察人應公司或銀行之要求，就其執行董事或監察人階段之公司債務負擔保責任。因而，保證人係基於其董監事之地位而就其任期內之債務為保證，故董監事卸任後是否應就公司新增加之債務負擔保責任，應衡量董監事訂約時之情況，契約雙方當事人之真意在於董監事僅就擔任董監事期間所成立之債務為保證，亦即董監事已與銀行個別約定僅擔保「特定期間」公司所發生之債務，而非終生就該公司之一切債務為保證。亦即董監事以其身分充任連帶保證人，衡量誠實信用原則及當事人訂立保證契約之真意，保證人仍擔任董監事期間內，就公司向銀行借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，如認為保證人已卸任董監事，而公司又另改選董監事，並重新出具保證書於銀行，則此後所借之款項，再由已卸任董監事之負保證責任，則無異使原任董監事之人終生負無限保證責任，實不符情理，亦有失公允（最高法院七十七年台上字第三六七號判決及台灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第八〇號判決）。故董監事就其身份，而為其任期內之公司債務為保證，董監事就其卸任後增加之債務並不負保證責任。換言之，董監連保之爭議問題，在於保證人之真意究為僅於擔任董監事任期內為擔保，抑或概括擔保公司所有之債務。本文以為應考量締約時之具體情況並探求契約當事人意思（民法第九十八條），即此時當事人意思主義才是最能貫徹保障保證人之理論基礎。

此外，若銀行定型化保證契約記載「貴行於發生保證契約記載之具體事實，認為保證人信用欠佳而有追加

或更換保證人之必要，並經債務人照辦者，經更換之原保證人，不論係一人或數人，其保證責任於新保證人簽妥保證書，並徵得其他保證人之同意，應即由貴行通知免除，但新保證人對於換保前已發生之債務如約定不負保證責任，則該經更換之原保證人之保證責任，應俟換保前已發生之債務完全清償，且換保手續業已辦妥時，方得免除。」¹¹⁴「免除或替換任一或數連保人之保證責任，並仍就借款人之全部債務負連帶清償之責」，該等約款係涉及董監事卸任後由新任董事或監察人簽訂新保證契約，則原董事或監察人保證責任是否終止？及原董監事於其任期內已發生之保證債務，是否須經銀行免除始得消滅？本文以為董監事任期內已發生之主債務，於保證契約成立時，董監事之保證債務亦已成立，因此已成立之保證債務，則必須經債權人免除或經保證人清償保證債務，使得消滅該保證債務。承上述，董監事僅擔保其任期內之一定債務，董監事之保證責任因董監事卸任而終止。因此，銀行不得以此約款之記載而主張董監事卸任後，須經新任董事或監察人簽訂新保證契約，原董事或監察人之保證責任使得終止。

綜上所述，董監事連保之保證人基於其董監事之身份而就其任期內之公司債務為保證，且董監事擔保公司之債務，亦僅限於特定債務或基於公司與銀行間之基於一定業務關係於將來繼續發生之債務，而非擔保於其任期內之公司與銀行間所有業務往來之一切債務。因此，董監事連保之保證契約，固最高限額保證契約條款之記載「保證人須就主債務人之一切債務為擔保」，此仍應衡量董監事訂約

時之具體情況，並非基於定型化契約條款之記載為擔保亦一切債務，即認定董監事須擔保其任期內之所有公司債務。故董監事之擔保責任，僅就其任期內之特定債務或一定業務關係之債務，董監事卸任後就公司新增加之債務即不負擔保責任。是以，本文以為原董監事卸任，其保證契約即已終止，董事或監察人並不須依民法第七百五十四條終止未定期限之最高限額保證契約。此外，原董監事之責任，並非於新任董事另出具保證契約就公司債務任連帶保證人，並經銀行及其他連帶保證人同意更換，原董監事之保證責任，因卸任而歸於消滅。

五、立即照付約款

(一) 立即照付約款之功能

依一般文獻之說明，此一常見於國際貿易領域之約款，應有以下三項功能：

首先，是所謂「等同現金交付之功能」(Liquiditätsfunktion)¹¹⁴。這一功能，主要是著眼於擔保權利人在行使權利之過程的便捷性。而無論此一約款，係附加於一般認識之擔保契約(立即照付之擔保)，抑或是民法上所規定之保證(立即照付保證)，由於此一約款的附加，將直接使得擔保義務人或保證人所負之給付義務，單純取決於一紙請求支付的書面聲明，因此，一旦擔保權利人獲得一個附上立即照付約款之擔保，則擔保權利人在此時，即「形同」取得一個「已經實際取得現金支付」之擔保的有利

¹¹⁴ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 14f.; Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 126f.。

地位。若承諾承擔此一付款責任之擔保義務人，又係一個資力上較為穩固的銀行或保險公司，則其擔保上之效力，即非傳統民法上之保證，或是單純之擔保契約，甚至是民法上之擔保物權，所得望其項背。而此一項功能，其實也是為何國際貿易上之進口商，乃至於國內工程實務上之業主，願意接受此一僅具人保性質之擔保，來代替向來以現金之交付（即一般所稱之保證金）為其擔保方式的主要原因。惟相對於此一約款賦予擔保權利人此一強大的擔保上利益，承擔此一擔保責任之擔保義務人，則因為此一約款，而幾乎成為一個可供擔保權利人予取予求的「自動提款機」，而此一極其不利的地位¹¹⁵，也正是開啟一個如何防免制度濫用此一熱門議題的主要原因。

另一個立即照付約款所強調之功能，則是所謂「先付款，後爭議」(erst zahlen, dann prozessieren)之功能。此一功能之發展，最初是考慮到國際貿易上之往來，其所涉及之契約，往往具有金額龐大、手續繁雜、履約期間長、法律關係複雜等特性，有時甚至牽涉多國間之往來¹¹⁶，是如果國際貿易上之進口商或是定作人，其所取得之擔保權利，尚須透過一連串曠日費時的爭訟程序始足以實現，則此一擔保之類型，勢必不敷擔保權利人之擔保上之需求。面對此一困境，立即照付約款則透過其簡化

付款條件之特性，賦予擔保權利人一個可以完全不觸及原因關係所涉之爭議的前提下，預先獲得約定款項的支付，並將原因關係中之紛爭，置於嗣後的支付返還程序再來予以解決，此種安排除了便於擔保權利人之權利的行使，更促成一個「當事人地位置換」(erstrebte Umkehr der Parteirollen)的結果¹¹⁷。此一結果，不僅使得擔保權利人取得一個權利先占的地位，更將原本存在於自己的訴訟上之風險予以轉嫁，而居於一個以逸待勞的優勢地位。

至於，立即照付約款的最後一個功能，則是所謂「抗辯排除之功能」(Einwendungsausschluss)。此一功能則可能因立即照付約款所附基礎契約之定性上的不同（亦即可能是擔保契約，或是民法上之保證），而可能存在一定內涵上之差異。

第一種情形，是該附上立即照付約款之契約，在性質上被定性成「保證契約」之情況。而於此一情形之中，由於立即照付約款，所附加之基礎契約，係一從屬性的保證，則因為此一約款之主要作用，即在於暫時限制保證契約所固有之從屬性，並暫時限制保證人原來可以提出源於原因關係之抗辯的權利，因此可以理解的是，在此一情況之下，立即照付約款之「抗辯排除功能」所排除之抗辯，指的應該是保證人原來所可資主張的從屬性抗辯¹¹⁸。

¹¹⁵ 對於此一不利之地位，甚至有論者將附有此類約款之銀行擔保，以「自殺擔保函」戲謔之，此可參閱林玉惠／張錦源教授指導，國際貿易中所用銀行擔保函之研究，國立政治大學國際貿易研究所碩士論文，1995年7月，頁53。

¹¹⁶ Vgl. Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 126f.。

¹¹⁷ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 14f.; Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 126f.。

¹¹⁸ Vgl. Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 126f.; Eleftheriadis, Die

第二種情形，則是該附上立即照付約款之契約，在性質上被評價為一個「擔保契約」之情況，此亦即本文所曾提到的「立即照付之擔保」。而於此一情形，由於擔保契約在本質上，即不具所謂的從屬性，是以，擔保義務人之所以不得提出任何源於原因關係之抗辯，其最主要的原因，其實並非立即照付約款之附加，而是其本質所使然¹¹⁹。質言之，在立即照付之擔保的法律關係中，要謂立即照付約款具有一個所謂「抗辯排除之功能」，似乎尚言過其實之嫌，蓋擔保義務人之所以不得提出源於原因關係或補償關係之抗辯，基本上僅係債之相對性原則所由致，而與立即照付約款毫無相涉。

(二) 立即照付約款之從屬性

相對於德國法制已從其固有的法律體系中，將國際貿易上之「銀行擔保」，及作為其付款條件之「立即照付約款」，費了一番法律體系續造的工程。我國法院實務，則是在十餘年前，因為工程實務對於此一約款的援用，才面臨此一約款究應如何解釋適用的挑戰，並在這十餘年間逐漸統一法律見解，開始認為此一記載「一經請求即須立即照付」字樣之保證書，其性質並非民法上的保證，而屬於一種「付款承諾」。至其理由構成之重要原因即在於「系爭保證書具有其獨立性與無因性，被上訴人一經上訴人書面通知即有如數給付保證金之義

務」之理解¹²⁰，亦即保證書上關於「立即照付」之記載所表彰的「獨立性與無因性」，使其難以被評價為民法上的保證。

然有疑問的是，此一仿自國際貿易往來上之「立即照付約款」，究竟與民法上之保證存在何等本質上之差異，以致於即使保證書上滿是「保證人」、「連帶保證銀行」、「無民法第 745 條之權利」等用語，亦難被司法實務所評價為民法上之保證？

此或許可從「立即照付約款」的本身看出端倪。蓋保證書上有關「一經請求即須立即照付」之記載，相對於民法上之保證，一來，簡化了業主請求支付之前提要件（即「一經機關書面通知本行」）；二來，則更進一步揭棄了擔保銀行不得提出相關抗辯之原則（即「本行不得提出任何異議」）。故此一附上「立即照付約款」之保證書，實與民法上典型之保證，至少存在以下兩項之差異：

第一，民法上之保證，保證人對於債權人給付之前提，原則上係以主債務人之債務不履行作為要件，故債權人在請求支付時，必須就此一債務不履行情事之存在，亦即主債務之成立及其範圍，進行實質的舉證，保證人始有進行給付之義務。反之，工程實務上之保證書，在「立即照付約款」的作用下，擔保銀行原則上只要業主提出書面之聲明，即須予以給付。就此而言，工程實務上使用的保證書，確實與民法上之保證，存在顯著之差異。

再者，在民法的保證契約法律關係中，保證人面對債權人之請求，依據

Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 33f. ; Michalski, Bürgschaft auf erstes Anfordern, ZBB 1994 289 292. ; Horn, Bürgschaftrecht 2000-Entwicklungen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZIP 2001 93 96. °

¹¹⁹ Vgl. Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 126f. °

¹²⁰ 參見最高法院 95 年台上字第 517 號裁定。

民法第 742 條之規定，原則上可以主張主債務人基於原因關係所得提出之抗辯，依此，只要債權人沒有辦法確實證明主債務人有債務不履行之情事，或是其因主債務人之債務不履行所受之損害數額，則保證人基於從屬性原則，即可提出主債務不存在之抗辯，並拒絕給付。反之，依據「立即照付」的記載，擔保銀行則不得以承包商未有之違約情事作為抗辯以拒絕給付。因此可知，保證書上關於「一經請求即須立即照付」之記載，誠有限制民法上保證從屬性之作用。這也是何以國內法院裁判，認為工程實務上之保證書，並非民法上從屬性保證的主要原因。

然而，一個性質上為「確保他人債務履行」之概念所涵蓋，而有待定性之契約，是否只要當事人所約定之契約內容，有偏異於民法上之保證從屬性，即須排除其被定性為民法上保證契約之可能性？此一問題，直接涉及民法上保證之從屬性，是否具有「絕對不得」予以限制之本質的爭議？

首先，在我國法上，亦不乏由立法者直接限制保證從屬性的例子，例如公司法第 311 條第 2 項即規定，公司之債權人對於公司債務之保證人的權利，不因公司之重整而受影響。又如破產法第 38 條關於債權人對於債務人之保證人的權利，不因和解而受影響之規定，亦屬明顯之適例。

再者，於比較法制的觀察上，作為我國民法主要繼受對象之德國，其民法典對於保證從屬性之限制，則更顯多元，例如德國民法第 765 條第 2 項即清楚規定¹²¹，保證人可以就將來之債

務，或附條件之債務，而為保證。又如，該國民法第 767 條第 1 項第 3 款之規定¹²²，亦基於保證人利益之保護，而特別明文於擔任保證後，主債務人作成法律行為者，保證人之債務，不因之而擴張。另外，德國民法第 768 條第 1 項第 2 款之規定¹²³，則更明定主債務人死亡時，保證人不得以繼承人就其債務僅負有限之責任，而為自己有所主張。諸如此類之規定，其實在該國文獻的討論上，均被認為係該國民法典對於保證之從屬性所為之例外限制，而此一限制之規定，主要即慮及當事人締結保證契約時所擬追求之擔保目的之維持¹²⁴。

又於我國法院裁判實務中，亦不乏允許當事人透過約定，而對於保證契約之從屬性為一定程度之限制，最顯著的例子，即係早已為國內法院所共認之「最高限額保證」¹²⁵。雖然最高限額保證契約，保證人所擔保之主債

kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.」。

¹²² 關於本條項之規定，其原文如下：「Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.」。

¹²³ 關於本條之規定，其原文如下：「Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.」。

¹²⁴ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 58f.。

¹²⁵ 參見最高法院 77 年台上字第 943 號判決：「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」。

¹²¹ 關於本條項之規定，其原文如下：「Die Bürgschaft

務，乃係一定數額範圍內之將來債務，而與一般成立之從屬性一定之扞格，但鑑於金融秩序之維持與需要，我國法院裁判實務，亦多允許當事人締結此類之保證契約¹²⁶，而此亦為保證從屬性在基於特定擔保目的而被允許限制之典型適例。

由此可知，保證契約之從屬性格，雖然確實係保證契約締結時所不可或缺之要素，惟無論是立法者，或是國內法院裁判實務，時常亦基於一定擔保目的之維持，遂透過立法或裁判等方式，對於保證契約之從屬性進行一定程度之限制，以因應一般交易秩序之維持，這均顯示保證契約之從屬性，在理論上應無「絕對不得」限制之特性，所以，只要當事人未約定完全排除保證從屬性，在追求一定擔保目的之前提下，亦應允許當事人透過約定而對保證從屬性進程度不等之限制¹²⁷。

(三) 德國法制比較

1、聯邦法院之見解

關於保證契約被附上「立即照付之約款」時，究竟應該如何予以解釋與評價之問題，在早期的聯邦法院判決中（BGH WM 1966 122），是傾向將此一約款，評價為一個「獨立債務拘束」（selbständigen Schuldversprechen），至於採此見解之理由，則是為了避免保證人依從屬性原則所得提出之抗辯，有被予以排除架空之可能¹²⁸。

而這個「獨立債務拘束」的看法，最遲到1976年3月3日的一個聯邦法院判決裡（BGH WM 1976 422），仍舊被予以維持。而其主要理由，亦同樣是考慮到防止保證契約之從屬性原則，有被予以「迴避」（umgangen）的可能¹²⁹。

(1) BGH NJW 1979 1500

然值得注意的是，聯邦法院在1979年2月5日之判決中（BGH NJW 1979 1500），則一改向來所採取之「獨立債務拘束」的看法，而將所謂的「立即照付約款」，視為係一「保證契約的組成部分」（Bestandteil eines Bürgschaftsvertrages），並進而認為此一約款，應該被視為係一對保證契約從屬性所作的「暫時性限制」（vorläufige Beschränkung），而不是「全面性之排除」（vorständige Beseitigung），且更重要的是，聯邦法院在此一判決中，明確指出此一約款，原則上並不違背保證契約之從屬性本質¹³⁰。

在本件判決之案例事實中，係由訴外人（承包商）向被上訴人（業主）承攬其所發包之外牆施作工程，並約定了五年的保固期間，又為了確保此一保固責任之履行，原於工程契約中約定被上訴人（業主）可以保留工程總價百分之百的工程款以作為擔保，則由訴外人（承包商）委託上訴人（擔保銀行）與被上訴人（業主）締結一個「不定期限之保證契約」（unbefristete Bürgschaft）來代

¹²⁶ 參閱邱聰智，新訂債法各論（下），2003年7月，頁494-495。

¹²⁷ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 58f.; Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 153f.

¹²⁸ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes

Anfordern, 2001, 58-59f.。

¹²⁹ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 59f.。

¹³⁰ Vgl. Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, 59f.

替工程款之保留。而在保證契約的書面中，即附有「我們一經書面通知，即會立即支付予上開公司」（Wir werden auf erste schriftliche Anforderung hin an die obengenannte Firma Zahlung leisten.）之記載。嗣後，被上訴人（業主）發現訴外人（承包商）所施作之工程存在瑕疵，乃依據上開保證契約請求上訴人（擔保銀行）給付瑕疵排除之費用¹³¹。

本件被上訴人（業主）所提起之訴訟，在地方法院被予以駁回，惟在上訴法院則被予以容許。上訴法院明確指出，存在於被上訴人（業主）與上訴人（擔保銀行）之間的保證契約，雖不因「立即照付約款」之附加，而改變其「從屬於主債務的保證契約」（eine vom Bestehen der Hauptschuld abhängige Bürgschaft）之定性，但此一「立即照付約款」的存在，則使得上訴人（擔保銀行）負有一經被上訴人（業主）請求即須立即付款之義務，並只能在支付之後的返還訴訟中，才可以主張「主債務法律關係所生之抗辯」（Einwendungen aus dem Hauptschuldverhältnis）¹³²。

對於上訴法院所持之見解，聯邦法院不僅開創性地予以維持，並進一步補充到：雖然立即照付之約定，通常可以認為係當事人成立擔保契約之表徵，惟此一約款的利用，不必然使得契約在定性上，即應立即地被予以評價為具有獨立性之擔保契約，並直接排除從屬性保證成立之可能，特別是在契約內容所使用的文字已清楚表

達契約當事人所願意承擔之責任係民法上之保證時，即便契約上存在立即照付之約定，該契約亦應被定性為具有從屬性格之保證¹³³。

（2）BGH NJW 1984 923 /BGH DB 1987 732

在此之後，聯邦法院即開始普遍承認所謂「立即照付保證」（Bürgschaft auf erstes Anfordern）之概念。並在此一基礎上，進行持續性的發展。

首先，在BGH NJW 1984 923一案中，聯邦法院首先重申立即照付約款之附加，並不違背保證契約之從屬性原則，惟依照此一約款，保證人負有一經業主請求即須立即支付之義務，且暫時性地不得提出任何源於主債務之抗辯，而僅得於支付後的返還請求程序中，才可以再提出此一從屬性之抗辯。同時，聯邦法院更進一步指出，此一使保證人暫時放棄從屬性抗辯之「立即照付保證」，有鑒於其可能隱存之危險，因此原則上僅能由足以認識危險之銀行或保險公司來承擔此一保證責任¹³⁴。

此外，在一個主債務人為阻礙債權人對於保證人之支付請求，而訴請債權人解除保證人所負之責任的案例裡，聯邦法院則再次確認（BGH DB 1987 732），此一「立即照付約款」之作用僅在於暫時性地課予保證人一個獨立支付的義務，而非完全排除保證契約之從屬性，因此保證人所負之責任，仍舊係一從屬於主債務之責任，換言之，「立即照付約款」之附

¹³¹ BGH NJW 1979 1500.。

¹³² BGH NJW 1979 1500.。

¹³³ BGH NJW 1979 1500 1501.。

¹³⁴ Vgl. Yang Shwu-wen Jan, Die Akzessorietät der Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im taiwanesischen Recht, 1993, 135、136f.。

加，基本上與保證契約之從屬性原則
並無抵觸¹³⁵。

¹³⁵ Vgl. Yang Shwu-wen Jan , Die Akzessorietät der
Bürgschaft und das AGB-Gesetz im deutschen sowie im
taiwanesischen Recht, 1993, 136f. °