

代物清偿之法律性质，通说判例认系有偿契约说与要物契约，史尚宽更认为代物清偿为准物权契约之一种。^{〔56〕} 观诸罗马法以来学说之生成发展，更有清偿说、类似买卖说、双务契约说、^{〔57〕} 和解契约说等，众说纷纭。^{〔58〕} 如前所述（一、C），学说类皆针对其本欲解决问题而提出，且有其射程距离，以上诸说，是否皆适于处理他种给付有瑕疵之问题，为学说检讨之际，首须确定者。要物契约说主要在说明何以债之关系消灭法律效果之发生，须现实为给付，参酌 1976 台上字第 1300 号判例之见解，更有与其他类似制度区别之功能，然其无法解决他种给付有瑕疵之问题，应可断言。准物权契约说，似无不同。因而，就解决他种给付有瑕疵之问题，充其量，仅需检讨其他有解决可能性之学说。其中，最值得注目而有待详加审酌者，毋庸置疑，在现行法上，乃有偿契约说，然若从法制史演变过程以观，有偿契约说应系从罗马法类似买卖说，脱胎换骨而来。故而，以下，拟先检讨以类似买卖契约说为首之相关诸说。

A. 有偿契约说之检讨

1. 有偿契约说发生之背景

如前所述（一、A、3），通说及实务见解。认定代物清偿为有偿契约。如孙森焱教授谓：“此其间债务人所为他种之给付与债权人免除债务人之原定给付，使其债之关系消灭，有对

〔56〕 史尚宽，债总，第 774 页。

〔57〕 日本学者亦有采斯说者，参照，林良平、石田喜久夫、高木多喜男、逸见俊吾共著，债权总论，现代法律学全集 8，1990 年改订版第 8 刷，第 279 页。

〔58〕 Harder, S. 63 ff.

效果为目的之法律行为，不属传统民法研究之领域，〔2〕故物权行为几乎成为民法中无因行为之代名词，凡言无因性原则者，究其实，多指称物权行为所具有之无因性。财产法虽基于物权行为独立性原则，将债权行为与物权行为所生之法律效果，债权与物权，分别规定于债法与物权法，〔3〕然而，物权行为及其无因性之概念，非仅关乎物权法之解释与适用。盖无因行为仅不以其原因为要素，而非原因根本不存在，无法律上原因而成立物权行为者，发生债法上之不当得利请求权（第179条*以下）。物权行为无因性原则虽已公认为“现行民法”重要之原则，〔4〕然而，诚如王泽鉴教授所言：“负担行为、处分行为及无因性理论，系民法三个最基本概念及最具争议问题，初学民法之人对此恒感困惑，不易理解，有经验舵手，亦难免触礁”，〔5〕无怪乎就出卖他人之物与无权处分“最高法院”之判决，王泽鉴教授即撰文四篇，详加检讨。〔6〕

〔2〕然而，票据法与民法债编有特别密切之关联，固无待喋喋；关此，详参，本书，第二章，票据之无因性及其基础关系。

〔3〕参照，谢在全，民法物权论，上册，1992年修订版，第69页；Schwab/Prütting, Sachenrecht, 24. Aufl., 1993, § 4 II 1, S. 10；谢哲胜，物权行为独立性之检讨，政大法学评论，1994年12月，第52期，第345页以下，则完全否定现行法上有所谓物权行为独立性之存在。

〔4〕王泽鉴，民法物权，第1册，通则、所有权，1992年版，第72页；谢在全，民法物权论，上册，第70页；郑玉波，民法物权，第37页；史尚宽，物权法论，1971年版，第26页。

〔5〕民法实例研习丛书第2册，民法总则，1983年版，第197页。

〔6〕出卖他人之物与无权处分，民法学说与判例研究，第4册，第129页以下；再论“出卖他人之物与无权处分”，民法学说与判例研究，第4册，第141页以下；三论“出卖他人之物与无权处分”，民法学说与判例研究，第5册，第77页以下；私卖共有物、无权处分与“最高法院”，民法学说与判例研究，第8册，第147页以下。

* 文中法条如无特别说明，均为台湾地区“现行民法”规定——编者注。

民法中具有无因性之法律行为，事实上，并不以物权行为为限。民法债编总论教科书于契约总论中，就债权契约之种类，无不论列要因契约（有因契约）、无因契约（不要因契约）二相对之概念，认为民法上典型债权契约均属要因契约，惟基于契约自由原则，当事人于不背于法律强行规定及公序良俗之范围内，得订定无因债权契约。^{〔7〕}就其概念之生成发展及体用。学说论述，则多言简意赅，相关专论，亦付之阙如。在无因行为之体系中，^{〔8〕}相较于物权行为，无因债权契约之地位，不啻如螟蛉子，其重要性，实用上，似与物权行为亦不可同日而语；理论上，更无可观者焉。

II

物权行为与无因债权契约虽皆具有无因性，一以贯之以无因性原则。然前者之无因性，乃物权行为与债权行为之关系，而后者之无因性，则多涉及二债权行为。物权行为与无因债权契约之间，概念构成上，似已无法相提并论，法律适用上，纵非霄壤有别，亦有相当重要之差距。若物权行为无因性原则，

〔7〕 王泽鉴，民法实例研习丛书，第3册，债编总论第1卷，1988年版，第104页；孙森焱，民法债编总论，1980年3版，第29页；邱聪智，民法债编通则，1993年修订第6版，第31页；黄立，民法债编总论，1996年版，第34页；曾隆兴，民法债编总论，1991年版，第18页；郑玉波，民法债编总论，1978年第7版，第32页；史尚宽，债法总论，1972年第3版，第9页；王伯琦，民法债编总论，1979年版，第12页；胡长清，民法债编总论，1964年台第1版，第26页；何孝元，民法债编总论，1963年版，第11页。

〔8〕 关于无因行为之体系，本书，无因债权契约体系之构成，二、C。

常被疵议为与生活现实不符，背离常情，难以理解，〔9〕则无因债权契约之无因性，当更难令人索解。无庸讳言，无因债权契约与物权行为之概念，皆为舶来品，且为德国民法法律概念高度抽象化之产物。台湾地区虽大致继受德国民法，然不因此法系之类似性，无因性原则遂有继受之必要。

法律政策上，物权行为无因性原则是否有继受之必要，〔10〕甚至，法解释上，是否根本为“现行法”之基本原则，迄今仍有质疑者。〔11〕无因性原则因系德国法系之特色，其理解与运用，无庸讳言，相当程度亦显现德国法系特有之思维模式。〔12〕对于不熟悉德国法学概念操作与法学方法者，无因性原则不仅理解困难，甚至犹如芒刺在背，不若去之而后快。反之，德国法系之忠实信徒则认为无因性原则系足以傲视群伦，俾倪寰宇之伟大建构，视不采无因性原则之法制，为法学落后之象征。在法制近代化过程中，早期虽大量撷取欧陆当时最新之立法例，而继受以德国法为主之大陆法系，然而，随着经济上、社会上、政治上，与美国之关系日益密切，“现行法律体系”之续造，受到英美法之影响者，与日俱增，赴英美留学者，更是

〔9〕 王泽鉴，物权行为无因性理论之检讨，民法学说与判例研究，1980年版，第1册，第286页；谢在全，物权上册，第70页以下。

〔10〕 关于物权行为无因性原则法政策之检讨，详参，苏永钦，物权行为的独立性与无因性，固有法制与当代民事法学，戴东雄教授六秩华诞祝寿论文集，1997年，第279页以下。

〔11〕 参照，谢哲胜，物权行为独立性之检讨，政大法学评论，1994年12月，第52期，第345页以下。

〔12〕 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, 1. Aufl., 1971, § 15 II.

络绎不绝，将英美法系之思维模式、法律原则、法学研究方法，^{〔13〕}运用到具体研究上，为法学灌注新血轮，法学研究于焉气象万千。近年来，法学之发展，相当程度面临大陆法系与英美法系间，因法律体系不同所引发之交相激荡。物权行为无因性原则在“现行法律体系”之处境，适正显现二大法系势力之消长；无因性原则在债权契约领域之发展，犹处于方兴未艾之阶段，或亦为德国法系影响力式微之征兆也。

无因性原则是否可采，若不仅局限于物权行为，则应如何展开，其具体适用如何，无论如何，并非单纯大陆法系与英美法系二法系间之对决，成者为王，败者为寇，二者择一之问题，毋宁应属于法律本土化之工作。法律本土化之要求，近年来，甚嚣尘上。个人认为法律之本土化，实际上，意味固有法律体系之建构。构筑法律体系，概念之确立为其始业。然而，无论概念之建立、体系之构筑，抑或实际问题之解决，外国法律及其学说判例之研究，相当程度，仍为不可或缺，此尤于具有国际性之债法领域为然，但为使其得以融入于“现行法律体系”中，应从学说继受之角度理解之。^{〔14〕}此种法学研究，所运用之方法，并非法律之比较，毋宁仍为一般的法学方法。就学说继受^{〔15〕}之观点而言，外国之法律原则，诸如无因性原则，对“现行之法律体系”而言，为法学理论。

一般而言，法学理论之价值有二：其一，乃其理论认识之

〔13〕 法学方法论上，盛行于美国之法律经济分析，近年来在台湾地区亦兴起一股研究之热潮，学者趋之若鹜，在民法领域，似更已凌驾传统之法学方法，而成为法律制定，甚至法律发现不可或缺者。

〔14〕 从而，本论文虽于外国学说判例有所参酌，然非以外国法认识为主要目的之比较法研究。

〔15〕 关于学说继受，本书，论代物清偿，一、C。

价值；其二，为其实际问题解决之机能。^{〔16〕}若无论实际运用上，抑或法律问题之解决，无因债权契约之理论皆非不可或缺，则针对此困难棘手之制度，穷源竟委，探究其来龙去脉，纵有理论认识之价值，亦不足以偿其劳。苟吾人置重学说解决问题之机能，则无因债权契约之研究，决不可流于抽象之理论，偏离法律生活之现实。无因债权契约概念与体系之建立，并非自我目的，而在为实际问题之解决提供理论之基础。

从而，本论文之首要目的，虽旨在于现行法之体系中，为无因债权契约探寻其安身立命之所。然而，研究方法上，不应先抽象确定其概念，进而判断具体之个别问题。盖无因债权契约并非为先验性之概念，毋宁为法学理论发展之结果，易言之，乃 19 世纪德国民法学者于研究具体案例后，辨其异同，归纳其共通之特征所得而者。^{〔17〕}如无因债权契约于“现行民法”无继受之必然性，则其研究，应以“现行民法”之发展状况为基础，探究无因债权契约之基本理论，是否已成为解决“现行民法”个别问题所不可或缺。如然，则无因债权契约之概念方有确立之实益，体系之奠基工程，方有其价值。基此认识，本论文拟先探究若干与无因债权契约有关之制度，于“现行民法”具体运用之情形，再归纳出其概念，确立其体系。

III

“无因债权契约”研究之动机，由来已久。犹忆初访博士

〔16〕 关于法学理论之功能，详参，本书，论代物清偿，一、C。

〔17〕 关于德国无因债权契约理论之发展，本书，无因债权契约体系之构成，二、A。

论文指导教师 Professor Dr. Dr. h. c. mult. C. - W. Canaris 时，先生曾提及德国非典型契约中，担保契约 *Garantievertrag* 在法律体系上具有相当特殊之地位。盖担保非惟得针对一定结果之发生或不发生为之，如担保标的物具有一定之品质；亦得针对一定之债务为之，后者之情形，则具有与民法保证契约相同之功能，如何建构担保契约之体系、确定其类型上之特征，在德国法上甚有研究之价值。基此启发，开始有关担保契约资料之搜集。阅读过程中，发现担保契约在国际贸易上运用极广，世界各国多承认国际贸易中之银行担保具有独立性或无因性。如欲穷源究本，无因债权契约之基础认识，不可或缺。

博士论文“国际贸易中之间接银行担保”撰写过程中，更对银行契约法体系之建立，发生浓厚兴趣。金融法之研究，在台湾多着重其金融管制之公法层面，少有针对银行契约实务所涉及之法律关系，进行有体系而完整之探讨。个人认为，在台湾如欲建构银行契约法之理论体系，有待诸多前导理论之建立。举其荦荦大者，如无因债权契约之确立、保护义务之认定、银行责任之依据、三角关系不当得利之运用^[18]等等。本论文研究动机之一，适在为银行契约法之研究，奠下理论之基础。

IV

本论文并非单纯的论文集，而系由四个首尾相接之部分所

[18] 关此，参照，陈自强，双务契约不当得利返还之请求，政大法学评论，第54期，1995年12月；委托银行付款三角关系不当得利，政大法学评论，第56期，1996年12月。

构成，此四者虽各有其重心，各自成一单元，可分而读之，然先前之研究，常为后者理论之前导。

第 1 章“民法上担保契约”系弥补留学德国期间研究上之缺憾，其目的虽着重于民法上担保契约概念之确立，并架构担保契约之体系，但亦寓有凸显无因债权契约理论必要性之企图。盖盛行于国际贸易之“请即付银行担保”（Guarantee on first demand），^[19]非惟于德国法系，其他国家，无论是否承认无因性原则，多肯定其具有独立性，即欠缺保证契约之从属性。^[20]准此以言，无因行为理论之提出，并非空穴来风，反之，相当程度具有促进国际贸易发达之机能。本论文以“民法上担保契约”为研究无因债权契约之始，当具有画龙点睛之妙也。

相较于担保契约，于无因债权契约中，票据行为当为吾人所耳熟能详者也。盖票据为无因证券，乃我学说判例之一贯见解。^[21]若票据行为之法律性质为契约，则票据行为当为债权契约。由于票据在实务上之地位，举足轻重，无因债权契约理论之确立，自非蛇足之举。为彰显票据行为具体之适用，研究上，不可局限于票据行为法律性质之抽象论，而应探究票据行为与其基础关系之间，二者之分合关系。事实上，无论何种无因行为，皆有其法律上原因，惟其不成为无因行为法律行为之内容。票据行为，乃至所有之无因行为，问题之关键，无不在于与其法律上原因相互间之关系。“票据之无因性及其基础

[19] 关于国际贸易中之银行担保，详参，陈自强，*Die indirekte Bankgarantie im außenwirtschaftsverkehr*, München 1993。

[20] 本书，民法上担保契约，三、B、2。

[21] 1960 年台上字第 334 号判例；文献，参照，本书，票据之无因性及其基础关系，注 4。

关系”，列诸本文第二章，盖此之由也。

“票据之无因性及其基础关系”之研究，事实上，于无因债权契约理论中，可谓居于承先启后之地位。票据行为虽为票据法最重要之法律行为，然因属无因债权契约之典型，为使票据行为不致离群索居，无法融入於民法之一般理论中，应进而论究其他可能被归类为无因债权契约之制度，如指示证券之承担、信用状之开发与保兑、交互计算之差额承认等，别其异同，分类整理，抽离出其共通之原理原则，尝试构筑无因债权契约之体系。本文第三章“无因债权契约体系之构成”，除集个人研究无因债权契约之大成外，更欲进而检讨无因债权契约理论之核心问题，亦即是否应如德国民法或我之通说，一般性承认无因债权契约（债务约束与债务承认）之适法性。如其不然，则无因债权契约承认之依据何在，如何界定其范围等问题，皆有待解决也。^[22]

无因债权契约之体系纵已初具雏形，然欲参透其本质，则又不得不知其于法律生活所扮演之角色。若以契约于经济目的之达成所具有之功能为标准，无因债权契约可归类于以一定债之关系为客体之契约。^[23]盖债之关系发生后，当事人，甚至第三人就该债之关系有关之事项，缔结一定内容之契约，屡见不鲜。规范于民法债编各论者，有保证与和解；于债编通则者，则有债权让与、债务承担、代物清偿与间接给付等。此

[22] 本书，无因债权契约体系之构成，四、C。

[23] 此外，略有：（一）以财产权终局移转为目的者，如买卖、互易、赠与者是也；（二）以物让他人一定时间使用收益为目的者，如租赁、借贷是也；（三）劳务供给契约，如雇佣、承揽、委任及大多数之商事契约是也；（四）与团体有关之契约：如合伙、隐名合伙是也。

外，更改契约，法虽无明文，但为学说判例所共认者。^{〔24〕}此等契约应如何理解，其于法律体系之地位如何；是否皆具有无因性；如其得发生债之关系，则是否一律得为无因债权契约，凡此种种，皆非无因债权契约之研究所得而割舍，有待深论者也。本论文第四章：“代物清偿”，除以无因债权契约理论之研究为基础，究明第 319 条代物清偿之体用外，尚寓有以债务变更契约概念之确立，^{〔25〕}充实契约自由原则中，契约变更自由之意。

〔24〕 详参本书，论代物清偿，一、 B。

〔25〕 关于债务变更契约，本书，论代物清偿，二、 C、1。

第 1 章

民法上担保契约

一 问题之说明

“保证”或“担保”在生活中所扮演之角色，形形色色，不一而足：于人际交往，某人对某人表示愿对一定之结果之发生或不发生负“保证”或“担保”之责者，屡见不鲜，如夫对妻立悔过书，保证某事将来必不再犯；儿子对父母保证，今后必定改过迁善，用功读书；候选人对选民保证，绝不贿选、不恶意攻讦其他之候选人；“政府”对人民保证，某新建工程之总价款，必不超过一定之数额。法律生活中，类此之“保证”或“担保”，亦极为常见，如于买卖、承揽或工作物供给契约，^{〔1〕}出卖人、承揽人或供給人（甲），对买受人、定作人等他方当事人（乙），保证标的物品质可靠、品质优良、经有关

〔1〕 或称制作物供给契约、作成物供给契约 *Werklieferungsvertrag*，非民法债编各论所明文规定之有名契约，一般认为兼具有买卖契约及承揽契约之类型特征，而属所谓之类型结合契约 *Typenkombinationsverträge*，关此，参照，曾隆兴，现代非典型契约论，1992年修订第5版，第209页以下；郑玉波，民法债编各论上，1979年版，第350页；史尚宽，债法各论，1986年版，第340页。

单位检验及格、不漏水、绝对安全；商品制造人甲在保证书载明：“该产品自购买日起 1 年内，在正常使用情形下，如因产品瑕疵而致故障者，由本公司负责免费修复”；某房屋销售专案之出卖人甲，对买受人乙保证每月最低之租金收入；甲对乙女保证丙男与之离婚后 1 年内不再结婚；〔2〕借用人甲向贷与人乙保证自己必在约定之期限内返还借款或借用物；甲在乙丙之消费借贷契约中，对贷与人乙保证借用人丙之借款返还义务；甲为丙应征工作，对其雇用人乙为职务保证；支票之付款人甲于支票上记载照付或保付或其他同义字样并签名（“票据法”第 138 条第 1 项参照）；国际贸易中，银行甲为其客户丙，对丙之契约当事人乙出具履约保证函。其他“保证”或“担保”情形，实不胜数，其所具有之功能，千变万化，多采多姿。“保证”或“担保”殆已成为吾人日常生活之一部，可谓系先于法律而存在之概念。〔3〕

诸此之“保证”或“担保”，法律上所具有之意义可能极不相同，如政治人物所为之保证，是否具有一定之价值，其保证之事项无法兑现，是否须负法律责任，或仅须负政治或其他责任，或甚至仅具遮羞包丑之作用，此与情侣间之海誓山盟、夫对妻之指天发誓、子对父之信誓旦旦，是否具有法律上之价值，皆非本文所得而论者，固不待言。其他法律生活中所出现者，法律上，是否亦如镜花水月，华而不实、抑或具有法律上

〔2〕 案例事实系台湾高等法院台南分院座谈所提之法律问题，参照，“司法院”1986 年 3 月 28 日厅民一字 1139 号函，对此，詹森林，待婚期间之约定与善良风俗，台大法学论丛，第 23 卷第 1 期，第 359 页以下，有详细之检讨，该文亦系文献中关于担保契约之重要论著，有极高之参考价值。

〔3〕 Kleiner, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990, S. 3: “担保契约并非实定法所创造之概念，系先于法律而存在者。”

之意义？易言之，若所担保之结果，应发生而不发生，或不应发生而发生，被保证之对方，对为保证之一方究可为如何之请求，当事人间是否会发生一定之法律关系、其具体之内容如何？此等“保证”或“担保”之约定，是否为现行法所明文规定，而属民法之有名契约类型，若不全然属之，则其在契约法之体系地位如何，是否因其共同性，而得独立成为另外一个契约类型，其与类似契约之区别何在？凡此种种，理论上饶富讨论之价值。抑有进者，鉴于“保证”或“担保”在实务上具有举足轻重之地位，绝非毫无探讨之价值，完整详加检讨之，宁有其相当程度之必要性。本文之目的，除彰显“保证”或“担保”实务上之重要性，进而肯定本文之价值外，理论上，并在建立民法上担保契约之体系，确立其在“现行契约法”中之体系地位，探究与其他契约类型之关系。

为达成此目的，在研究之方法上，不应演绎地先抽象确定担保契约之概念，进而以之判断具体之契约，毋宁应取向于归纳之思考模式。推源其故，演绎之思考方式，因以概念 *Begriff* 理解法定有名契约之意义，于契约法之研究上，已为现今之学说所扬弃，通说咸认应以类型 *Typen* 取而代之。^{〔4〕} 其二，纵以概念理解法定有名契约为可采，若某交易上、实务上已类型化之契约，^{〔5〕} 与法定有名契约在重要之特征上，显有参商，若未先归纳其共通性，其概念本身，苟非杜撰，亦系建立在虚

〔4〕 关于概念与类型之差异对约定定性之影响，参照，黄茂荣，买卖法，1980年初版，第54页以下；Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, s. 122ff.

〔5〕 但未必系法律上所规定之有名契约。契约法之主要任务之一，在对此实证上真实之契约类型 *empirisch - reale Gestalttypen*，予以制度化，纳进契约法之规范体系之中。

幻之基础上。从而，本文拟先个别地对与“保证”或“担保”有关之实务上重要之契约，确定约定债之关系之内容。

为此，首应契约理释，认定当事人约定之内容、缔约目的，即探究契约之主观要素。盖契约系在实现双方当事人之意思自主，契约当事人具体约定之内容，经由实定法之肯定，在当事人间具有制定法之效力，〔6〕故具体契约内容之认定，恒优先于契约法律性质之认定（定性）。倘当事人于契约中所显现之规范计划有所不足，即对应规范之事项，当事人有意留诸制定法规范，或因未有预见而漏加规范，法律之任意规定方有其适用之余地，以补当事人意思之不足。而为确定各该契约是否仍在私法自治容许之界限之内（第 71 条、第 72 条、第 73 条参照），并确认立法者是否有基于法律之规整任务，如典型经济上弱者之保护，限制契约自由之范围，有必要判断是否有强行法规之适用。〔7〕此时，适用于各该具体契约之任意法规及强行法规，构成约定债之关系之客观要素，结合前揭主观要素，形成约定债之关系之整体。〔8〕鉴于大多数之任意规定及强行规定，存在于各种之债，即法定有名契约类型中，故关于契约之法律适用，传统上，大陆法系之思考习惯，系以契约之定性为问题解决之出发点，“现行法”上，亦复如是，甚且有

〔6〕 参照，法国民法第 1134 条之规定； dazu, vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7 Aufl. 1989, § 29 I .

〔7〕 法律强行规定对契约之意义，依本文之理解，一方面，可能系对逾越私法自治容许范围之契约，完全否定契约具有法律行为之效力，他方面，亦可能不否定契约之效力，但却强要契约应具有一定之内容，如土地法对不定期房屋租赁终止事由之规定（“土地法”第 100 条），大多数之强制规定属之，故“民法”第 71 条之得使契约无效之强行规定，当以禁止规定为最主要之情形。

〔8〕 关于主观要素与客观要素之关系，参照， Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14 Aufl., 1987, § 6 I, S. 76 ff. .

非先确定契约究属于何种法定有名契约类型，不足以解决法律适用之倾向，而忽略首应确认之当事人具体约定之内容，无视契约解释（乃至于契约补充解释）之重要性，使契约问题沦为类似法律概念之操作。^{〔9〕}事实上，在契约自由原则下，强行法规究属例外，而任意法规，多系针对法定有名契约而来，若具体契约当事人间主要之权利义务关系所显现之特征，与法定有名契约类型皆未尽相符，此时，任意规定之探求是否有其必要，不无斟酌余地，倘强加诸于彼，或不免凿枘之讥，甚而使契约之目的无法达成。

因而，在以契约解释确定当事人约定之内容、当事人之缔约目的，乃至于契约当事人之利益状态后，方有判断契约之法律性质之余地。此非惟于契约显然属法定有名契约类型为然，于契约相当程度与法定有名契约类型重要特征不符时，其法律适用之问题之解决，更应以当事人约定之内容为解决契约问题之基础。若当事人对契约所生之法律关系，已钜细靡遗以契约详加规范，或契约之履行并无若何之障碍或争执发生，且契约显然无抵触强行法规之虞，契约是否为某法定有名契约类型之判断，理论上，或有其认识之价值，但是否有其必要，不无斟酌余地。如此契约研究之基本态度，不仅于由美国契约实务所发展出来之融资性租赁契约 *Leasing*、加盟店契约 *Franchising*、应收账款买卖契约 *Factoring*、信用卡契约等等所谓现代典型契

〔9〕 兹举定金为例，教科书常先叙述定金之种类，再以之分别确定定金之效力（参照，史尚宽，债法总论，1972年版，第491页以下），依本文所见，此似为本末倒置，盖必先依契约解释之方法，确定当事人交付一定金额于他方之目的，若系为保留契约解除权而为之，交付之一方得抛弃其定金而解除契约，他方得加倍偿还而解除契约，则该定金，可归类为解约定金，并非因定金为解约定金而具有上述之效力。

约 *moderne Vertragstypen* 有其必要，^[10] 其以大陆法律体系为基础所孕育之非典型契约，^[11] 亦同。吾人若认民法上之担保契约属于非典型契约中之纯粹非典型契约，即所谓之无名契约（详后述四 A、2、a），则此种研究方法，更有其正当性。而本文之论述，适足为尝试具体运用非典型契约理论之表现。

本文之研究对象为“民法上之担保契约”，故毫不发生法律上效力之担保或保证，不在本文讨论之列，固不待言，其不发生民法上效力者，亦同。然而，虽属民法上之担保契约，但不得不留待他日再论者，系国际贸易上之银行担保契约 *Bankgarantievertrag*。国际贸易中之银行担保契约，事实上，已成为担保契约最重要之契约形态，为国际贸易不可或缺之制度，^[12] 但因其契约含涉外因素，而有涉外民事法律适用法之适用问题，且应探讨之法律关系，非仅担保之银行与担保受益人之担保契约关系之一端，至少尚牵涉委托银行担保之委任人与银行之契约关系，及委任人与受益人之基础契约关系，此三角关系之研究，若非分别各该契约关系为之，必定治丝而棼，徒增理解上之困扰。倘能奠定担保契约理论之基础，对日后国际贸易中之银行担保之研究，当有裨益。

[10] 关其问题之提出，参照，Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band I, *Leasing und Factoring*, 1991, § 1f.；关其理论之展望，ders. Band III, 1993, § 29 f.。

[11] 关于大陆法传统之非典型契约理论，参照，王泽鉴，*民法实例研习丛书*，第3册，债编总论第1卷，1988年版，第94页以下；史尚宽，*债法各论*，1986年版，第905页以下；Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schul rechts*, Band II. Halbband 2. Besonderer Teil, 13 Aufl. 1994, § 63, S. 41ff.

[12] 大致而言，银行担保盛行于大陆法系国家，而英美法系之国家或受其影响之国家，多采用所谓之担保信用状，二者之功能相同，至于其差别及关系，参照，陈自强，*Die indirekte Bankgarantie im Außenwirtschaftsverkehr*, 1992, s. 22f.；文献，参照，aaO., 188 ff.。

以下，拟先大别担保契约为两大类，其一，与品质保证有关之担保契约（二）；其二，类似民法保证契约之担保契约（三），^[13] 分论其法律关系，个别探究其与法定有名契约之关系，而后归纳出担保契约之特征，进而建立担保契约之基础理论（四）。

二 与品质保证有关之担保契约

物之瑕疵担保，^[14] 无论在理论上、实务上，皆属民法上重要之核心问题，^[15] 其最详尽之规定，见诸于第 354 条以下，出卖人之物之瑕疵担保责任，及第 492 条以下，承揽人之物之瑕疵担保责任。除此之外，有关之规定，零星散见于第 411 条、第 424 条、第 466 条、第 476 条等等。物之瑕疵担保之共通问题中，^[16] 要件构成上，当以瑕疵之概念为其核心。瑕疵，

[13] 当然，此区别并无法囊括所有之担保契约，尚有界乎其间之混合类型，无论如何，一般公认该二者系担保契约之基本形态，vgl. Larenz/Canaris, SBT II, § 64 I 1, S. 66; Boetius, Der Garantievertrag, Diss. München, 1966, S. 2ff..

[14] 关于物之瑕疵担保与权利瑕疵担保之关系如何，是否有其上位之瑕疵担保制度，牵涉到后者之法律性质，参照本书，论代物清偿，二、A、3、a。

[15] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II. Halbband 1. Besonderer Teil, 13. Aufl. 1986, S. 37. 谓物之瑕疵担保责任，是债法中实务上最重要之问题之一，无论制度之整体或细节之理解，皆极具争议性。

[16] 其与其他制度，如不完全给付、缔约上过失、意思表示之错误、侵权行为等之关联，复杂万端，众说纷纭，莫衷一是，非本文所得而论者，关此，参照，1988 年第 7 次民庭总会决议；王泽鉴，物之瑕疵担保、不完全给付与同时履行抗辩权，民法学说与判例研究，第 6 册，第 115 页以下；陈自强，意思表示错误之基本问题，政大法学评论第 52 期，1994 年，第 339 页以下。