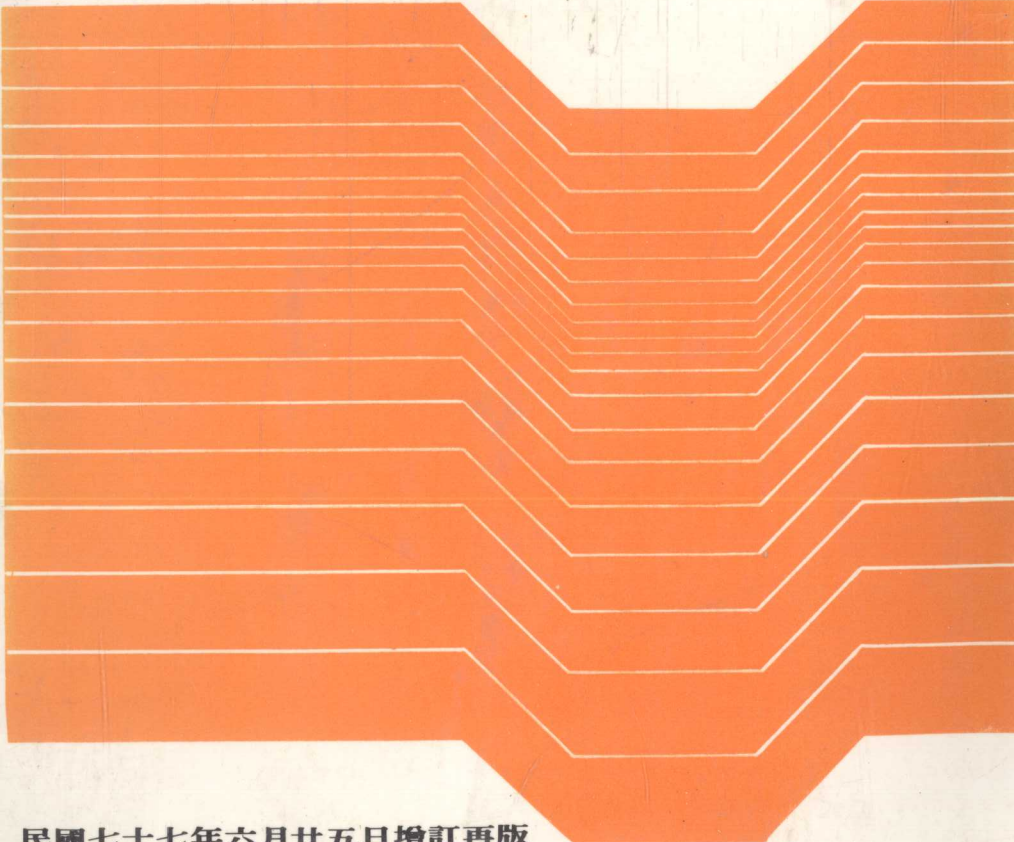


金融法務系列②

確定債權與實現債權

《第一輯》

徐壯圖著



民國七十七年六月廿五日增訂再版

金融法務系列 2

確定債權與實現債權

《第一輯》

徐 壯 圖 著

民國七十七年六月廿五日增訂再版

* 版權所有・翻印必究 *

金融法務系列叢書：

- ①不動產抵押實務之研究 第一輯
定價新台幣貳佰元
- ②確定債權與實現債權 第一輯
定價新台幣參佰伍拾元
- ③票據及其衍生問題之探討 第一輯
定價新台幣貳佰伍拾元
- ④不動產抵押實務之研究 第二輯
定價新台幣參佰伍拾元正
- ⑤確定債權與實現債權 第二輯
定價新台幣參佰伍拾元正

以上各書直接函購均八折優待將價款存入當地郵局
劃撥儲金 0 5 7 8 5 9 5 ~ 4 號徐壯圖戶當即寄書

著作人：徐 壯 圖
兼發行人
總經銷：三民書局有限公司
地址：臺北市重慶南路一段六一號
印刷者：有盈印刷打字有限公司
台北市懷寧街一七號
電話：三七一三八二六・三三一八四三一

自序

本書取材於「法務通訊」及「A 銀行月刊」上所發表之一系列「金融法務實例試析」。作者因身兼 A 銀行催收人員訓練班講師，主講：「確定債權與實現債權」，因以之為本書之書名。

許多同事視擔任授信債權的催收工作為畏途，且時以催收過程中遭遇的法律問題求教無門而深以為苦，本書之問世，但願能助以一臂之力！

與抵押權有關的案例，已另行收集於「不動產抵押實務之研究」一書中，讀者請相互參照，期能使授信債權（金錢債權）的確保益臻確實。

感謝並肩作戰的伙伴—李松德先生，我們常藉助於彼此的切磋，辯難與質疑，找出了解題的方向！也感謝植根法律研究中心的朋友在我充實自己的過程中所提供的協助！

徐 壯 圖

七十七年六月二十日

增訂再版序

初版售罄後的一年間，有些涉訟的案例事實，都經由上級法院（二審或三審）表示了新的法律見解，作者原先的法律意見能被肯定的也因而有了更深一層次的發展，例如：①限額保證，是否如同限額抵押一般，為因應繼續性的法律關係（債權、債務關係）而存在？②限額保證，是否因額度用罄而消滅（契約終止）？③開發信用狀的銀行，在預先或可得獲悉進口商被國外買主詐騙的情況下，是否可無條件求償墊款？④董、監事連保，是否因複數保證書的出現而致「無效」或「終止」？⑤無償詐害行為有害及債權的事實如何認定？⑥保全證據的重要性如何？⑦……。作者的法律意見迄未能獲得肯定的，也再三地加以探討，希望能有所突破，例如：①公司所為的「隱藏的背書保證」，是否牴觸公司法第 16 條？②基金保證如何定性？③以金錢債權為標的的質權，是否無法對抗第三債務人所行使的抵銷權？④……。

邱聯恭教授在民訴法研究會第一次研討時，曾說過一句名言：「提出問題，不管有沒有解決，對社會是一貢獻。」也鑑於「金融法務」資料的「取得」及「保存」俱屬不易，因而將本輯各例題所應增訂的資料稍事整理後再次問世。

從初版到增訂再版，將近三年，作者受知於許士宦律師之處罄竹難書，特此誌謝。希望他每天固定的研究工作，永不會有鬆懈的時候，更希望他的「程序法專論」能夠早日付梓，讓法律人能一窺程序法領域的新貌！

（註：許律師的台大法研所碩士論文是：「民事訴訟上事實資料之提出與蒐集」）。

徐 壯 圖

七十七年六月二十日

目 錄

例題 1.	求償遠期信用狀墊款	1
例題 2.	即期信用狀墊款之求償及連保人之抗辯	13
例題 3.	支付命令	42
例題 4.	本票之強制執行	48
例題 5.	定期存款之查封及抵銷	56
例題 6.	抵銷函之撰擬(一)	60
例題 7.	抵銷函之撰擬(二)	68
例題 8.	定存設質後之抵銷問題	71
例題 9.	新台幣放款之求償—被告答辯之防禦	83
例題 10.	信保基金理賠前後之法律關係	101
例題 11.	委任保證之研究	109
例題 12.	特定保證之抗辯	118
例題 13.	信託占有之保全程序	146
例題 14.	求償國內信用狀墊款	148
例題 15.	起訴狀之撰擬—限額保證與特定保證	154
例題 16.	假扣押執行之撤銷	159
例題 17.	強制執行之障礙—「軍人及其家屬優待條例」第十條適用 範圍	164
例題 18.	票款之保全暨追索	170
例題 19.	已假扣押存款之收取	179
例題 20.	債權憑證之發給	182
例題 21.	國際私法案例→出國觀光結匯衍生之訴訟	185
例題 22.	清償期前之保全執行	211
例題 23.	毀損債權罪	216
例題 24.	實施查封後之所有權移轉	222

例題25.	消費性貸款之起訴	242
例題26.	查封之效力	253
例題27.	聲明參與分配	268
例題28.	票據債務人之清償	273
例題29.	執行名義—假執行判決	276
例題30.	保證契約之終止	283
例題31.	執行名義—確定之終局判決	285
例題32.	起訴狀之撰擬	287
例題33.	法院之管轄	289
例題34.	聲請補充判決	290
例題35.	意思表示通知之公示送達	291
例題36.	見票即付本票之付款提示期限	295
例題37.	撤銷訴權之行使	297
例題38.	抵銷函之撰擬(三)	327
例題39.	被告之追加	328
例題40.	止付留存款涉訟	329
例題41.	遠期信用狀墊款與清償本票	336
例題42.	火災保險費之求償	337
例題43.	損害賠償之訴	338
例題44.	不真正連帶債務	340
例題45.	參與分配之聲明	342
例題46.	連帶保證債務之抗辯	343
例題47.	執行命令之競合	353
例題48.	債務不履行之損害賠償	356
例題49.	求償出口押匯款	369
例題50.	國內應收帳款週轉金貸款求償方式之探討	373

例題 1 求償遠期信用狀墊款

一、案例事實：

- (一)慶鴻公司於73.3.20向A銀行借款400萬元，由王四海、吳清華連帶保證，並約定於73.9.20清償，年息按年率10.25%計付，逾期違約金，凡逾期在六個月以內者，另按前項利率之一〇%計付，逾期超過六個月者，另按前項利率之二〇%計付，73.9.19部分清償後即未再履行。
- (二)慶鴻公司於73.3.5與A銀行訂立「委任開發遠期信用狀契約」後，旋於73.4.17申請開狀辦理結匯，嗣單據到達後僅於約定清償日償還部分墊款，其餘債務迄未履行。
- (三)試擬民事起訴狀。

二、研析：

- (一)民事訴訟法第二百四十四條（起訴之程序）：

起訴，應以訴狀表明左列各款事項，提出於法院為之：

一、當事人及法定代理人。

二、訴訟標的。

三、應受判決事項之聲明。

訴狀內宜記載因定法院管轄及其適用程序所必要之事項。

第二百六十五條所定準備言詞辯論之事項，宜於訴狀內記載之。

第二百六十五條（當事人準備書狀之記載及提出）：

當事人因準備言詞辯論之必要，應以書狀記載其所用之攻擊或防禦方法，及對於他造之聲明並攻擊或防禦方法之陳述，提出於法院，由法院送達於他造。

- (二)撰擬起訴狀時，應檢視各種憑證，例如借據、委任開發遠期信用狀契約、保證書等，將所有連帶債務人列為共同被告。慶鴻公司的負責人

如就公司的債務亦負連帶保證責任，起訴狀上的稱謂欄可寫為：「第二被告兼右法定代理人」。

(三)本件為給付訴訟，故訴訟標的（法律關係）為請求清償消費借貸債務，委任關係之墊款債務、保證債務，屬客觀合併之訴中「單純合併」之類型。

(四)應受判決事項之聲明，就是原告（A銀行）請求給付的內容，故請求之本金、利息、違約金應首先列出。民訴法第78條規定：「訴訟費用由敗訴之當事人負擔」，85條第2項規定：「共同訴訟人因連帶或不可分之債敗訴者，應連帶負擔訴訟費用」，故其次之聲明為：「訴訟費用由被告連帶負擔」。民訴法於第389條至395條就「應依職權宣告假執行」、「應依聲請宣告假執行」、「附條件之假執行宣告」三種情形定有明文；本件訴訟標的不合於民訴法第389條之規定，故只能依第390條第2項規定，於「應受判決事項之聲明」最後一項記明：「前○項聲明，請准原告提供現金或○○（有價證券之名稱）為擔保後宣告假執行。」

(五)民訴法第265條所謂之「攻擊或防禦方法」係記載於起訴狀上之「事實及理由」欄，原告應於本欄載明債權成立之經過，利息、違約金、清償期等之約定條款。此外，尚應注意下列各點：

- 1.原告主張之請求權基礎應求明確，否則被告如委由高明的律師代理訴訟，將因詰問訴訟標的的法律關係，讓原告狼狽不堪。訴訟代理人在起訴前，最好先瞭解全部案情，以免發生民訴法第255條第一項「訴之變更」的情形。
- 2.債權如有部份清償的情形，應參考民法第323條規定，先行抵充違約金、利息，再抵充本金；下面「清償明細」，請作為參考：

清 償 明 細

(利息按年率 %計付)

(遲延違約金按年率 %計付)

[illegible]

- 3.債權如未屆清償期，只能依民訴法第 246 條規定提起將來給付之訴，所以如曾引用「加速條款」，使被告喪失期限利益，應注意應否為「通知」？「通知」到達與否？
- 4.注意同一債務人是否有責任競合的情形，例如某一被告曾在借據上保證，但又在保證書上保證，前者為民法第 755 條所指稱的「定期債務保證」，後者為民法第 754 條所指稱的「連續發生債務保證」。原告應充分瞭解自己請求的依據。
- 5.對保與否雖非保證債務成立之要件，但如未對保，極易遭遇「簽章」非真正的抗辯。如果言詞辯論時遇有此種情形而無法依民訴法第 277 條規定舉證時，將遭敗訴之判決，故起訴前宜先檢討保證人在相關債權憑證上之簽章是否真正。

三起訴狀例稿：

民事起訴狀 新台幣伍佰柒拾貳萬玖千貳百叁十貳元捌角正

原告 A銀行

法定代理人 ○ ○ ○

第一被告 慶鴻飼料股份有限公司

第二被告 王 四 海
兼法定代理人

第三被告 吳 清 華

第四被告 吳 劉 葉

第五被告 黃 啓 川

第六被告 賴 坤 昌

第七被告 劉 騫

爲訴求清償消費借貸款等事：

訴之聲明

一、被告等應連帶給付原告新台幣貳佰貳拾萬元及自民國七十三年九月廿一日起至清償日止按年率一〇．二五％計算之利息及按年率二．〇五％計算之違約金。

二、被告應連帶給付原告美金肆萬貳仟貳佰柒拾元貳分及自民國七十四年二月九日起至清償日止按年率一四％計算之利息及按年率二．八％計算之違約金，並按外匯交易中心掛牌美金賣出匯率折算新台幣給付。

三、被告等應連帶給付原告美金肆萬伍仟玖佰陸拾元捌角及自民國七十三年十一月十三日起至清償日止按年率一四．二五％計算之利息及按年率二．八五％計算之違約金。並按外匯交易中心掛牌美金賣出匯率折算新台幣給付。

四、訴訟費用由被告等連帶負擔。

五、前四項聲明，請准原告提供擔保宣告假執行。

事實及理由

一、新台幣貸款部份：

第一被告於73.3.20向原告借款新台幣肆佰萬元，約定於73.9.20清償，利息按年率一〇．二五％計付，逾期六個月以上清償時，應另按前開利率二〇％計付違約金（原證一）。詎屆至清償期後，除清償本金壹佰捌拾萬元及至73.9.19止之利息外，其餘債務迄未清償。

二、美金墊款部分：

(一)第一被告又於72.12.13與原告簽訂「委任開發遠期信用狀契約」，（以下稱「契約」）（原證二），概括委請原告以美金肆拾萬元為墊款限額，循環開發遠期信用狀，並承諾遵守左列條款：

- 1.承認墊款限額內各筆遠期信用狀項下之未結匯金額為原告墊款之金額（契約第一條）。
- 2.以各筆遠期信用狀押匯日起算按開發信用狀申請書上列明之滙票期限計算各筆債務之清償日，利息自押匯日起算按原告指定利率計算（契約第三條）。
- 3.各筆債務應按原告指定滙率折算新台幣給付，遲延給付時應按外幣貸款利率支付利息，並另按中央銀行規定放款逾期違約金標準計付違約金。

(二)第一被告分別於七十三年^四月^{十七}日申請開發信用狀並辦理結滙（原證三），有關信用狀號碼、金額、已結滙金額、墊款金額、押滙行、押滙金額、押滙日、約定清償日、履債情形及墊款餘額等俱如附表所示。

三、第二至第七被告於72.12.13出具保證書與原告（原證四），承諾於新台

幣伍仟萬元之範圍內願就第一被告所負之債務負連帶清償責任。
四前開被告既未依約清償債務，為此訴求賜判如原告「訴之聲明」。

謹 狀

台灣高雄地方法院民事庭 公鑒

證物名稱及件數：

證一：借據影本乙件。

證二：委任開發遠期信用狀契約影本乙件。

證三：開發信用狀申請書、押匯清單、到單通知書影本各貳件。

證四：保證書影本乙件。

中 華 民 國 年 月 日

具狀人：A 銀 行

法 定 代 理 人：○ ○ ○

附表：慶鴻飼料股份有限公司開發信用狀欠債務明細表

單位：美元

開 狀 日	73.	4.	17.	73.	5	10.
信用狀號碼		4PK9-00147-701		4PK9-00193-701		
信用狀金額 (押匯金額)		82,202.27		78,193.76		
已結匯金額		8,220.23		7,819.67		
墊款金額		73,982.04		70,377.05		
押匯行		SECURITY PACIFIC INTERNATIONAL BANK		UNION PLANTERS NATIONAL BANK		
押匯日		73. 5	8	73. 5	15	
約定清償日		73. 11	4.	73. 11	12	
履 債 情 形		已清償本金 31,712.02 美元及至 74.2.8 止之利息、違約金。				
墊款餘額		42,270.02		已清償本金 24,413.59 及至 73.11.12 止之利息。		
				45,960.80		

四增訂資料：

(一)慶鴻公司與 A 銀行訂立之委任開發遠期信用狀契約如下：

立約人慶鴻飼料股份有限公司為便於現在及將來在 貴行辦理遠期信用狀方式之進口，向國外採購物資，茲邀同連帶保證人（以下簡稱保證人）特立本契約，概括委請 貴行以美金肆拾萬元為墊款限額，循環開發遠期信用狀，並願遵守下列各條款：

- 1.立約人每次向 貴行申請開發遠期信用狀時，應送開發信用狀申請書，立約人及保證人均承認在上開墊款限額內各筆遠期信用狀項下之信用狀結匯證實書所載信用狀金額與已結匯金額之差額（即未結匯金額）及其利息為 貴行代立約人向國外保證付款或墊款之金額並同意以開發信用狀申請書或遠期信用狀項下之結匯證實書或滙票等有關文件為其憑證。立約人願依本契約之規定清償各筆債務。保證人並願依本契約之規定負擔保證責任，決不因立約人另立之開發信用狀申請書未經保證人簽章或其他原因而有所異議。
- 2.立約人採購物資之地區如非美元區域時，得以其他外幣申請開發遠期信用狀，但每筆遠期信用狀金額之合計依本行指定匯率折算為美元計算，應在本契約所訂之限額內週轉。
- 3.依本契約循環開發之各筆遠期信用狀除專案進口融資外，最高期限不得超過一八〇元，並以各筆遠期信用狀押匯日或裝運日起算按開發信用狀申請書上列明之滙票期限計算各筆債務之清償日。利息自押匯日起算（如擔保提貨時，本行擔保責任發生日早於押匯日，自本行擔保責任發生日起息），按 貴行指定利率計算。
- 4.立約人最遲應於各筆遠期信用狀項下之債務清償日，將該筆債務本息按 貴行指定匯率折算新台幣或以原幣交與 貴行（以原幣償還限於本金，利息部份必需以新台幣交付），以備結購外滙轉付 貴行

國外代理銀行，決不延誤。如因遲延而由 貴行墊款時，應自遲延日起就墊款金額按 貴行新台幣放款最高利率（或以外幣貸款利率孰高為準）支付利息，並另按中央銀行規定放款逾期違約金標準計付違約金。

- 5.立約人應於每次申請開發遠期信用狀時，預先將各筆信用狀債務本金暫按 貴行指定匯率折算新台幣，開具免除作成拒絕證書且以金融業為擔當付款人之本票交與 貴行存執。如立約人未能履行上開條款時， 貴行得以該本票獨立行使票據法上之權利。如因外匯匯率變動致該本票票款不足清償債務本息金額或國外銀行請求之利息比較第三條計算之利息為多時，立約人願立即補足不足額。
- 6.立約人及保證人均承認立約人依第五條規定交付 貴行之新台幣本票係備償立約人依本契約所負債務之方法，即民法上所謂間接給付，與立約人及保證人依本契約應負之債務並存。
- 7.保證人願連帶保證立約人切實履行本契約所定各條款，如有不履行或 貴行認為有不履行之虞時， 貴行無需先盡擔保物受償，得逕向保證人求償，保證人均願立即如數清償，並願拋棄先訴抗辯權，在完全清償以前保證責任繼續有效。保證人並概括同意 貴行准主債務人延期清償或更換擔保品，無需再徵求保證人之同意，保證人仍願負擔主債務之連帶保證責任。
- 8.立約人及保證人均願遵守本契約所訂各條款及另立之約定書與開發信用狀申請書（即商業信用狀約定書）所列各條款。
- 9.立約人對於本契約之履行須在 貴行營業所所在地為之，因違背本契約經 貴行提起訴訟時，不論立約人或連帶保證人之住所有無變更，均自願受 貴行所在地之法院管轄。

(二)上開契約依民法第 528 條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委

託他方處理事務，他方允為處理之契約」，應被定性為委任契約無疑。A銀行依約應於美金肆拾萬元之限額內循環簽發遠期信用狀，並經由該信用狀之媒介，對國外出口商負責給付貨款（註一），亦即為慶鴻公司墊付貨款與該國外出口商。

(三) A銀行依委任契約對慶鴻公司陸續取得之墊款債權，保證人應依契約第七條負連帶清償責任。由於保證人係就連續發生之債務為保證而未定有期間，保證人自得依民法第 754 條規定，隨時通知 A 銀行終止保證契約，而僅就通知到達前之主債務負連帶清償責任。

(四) 契約第四條規定立約人遲延履行債務時，另按中央銀行規定放款逾期違約金標準計付違約金，依央行（53）央業字第一三四號函解釋以銀行業對放款逾期償還加收違約金之規定如下：

①銀行對逾期還款者（六個月內）照原貸利率百分之十加收違約金。②銀行對逾期六個月還款者，可照上項標準加倍計收各在案。由於各行局庫對上述規定解釋之不同，目前對放款逾期違約金之計算方式亦不完全相同。茲為免該項規定載於債權憑證上因解釋之不同而與債務人發生糾紛，及各銀行計算違約金一致起見，案經台北市銀行公會第三屆第三次理事會決議：「本案可解釋為：逾期在六個月以內者，加原放款利率之一成；逾期在六個月以上者，其超過六個月部份，原放款利率之二成。並報請央行備案。」（台北市銀行公會六十二年三月廿三日會業字第〇三六一號函）（註二）。

(五) 立約人依第五條規定交付 A 銀行之本票，係供清償各筆信用狀項下之墊款債務（特定債務），有民法第 320 條「新債清償」規定之適用，且依該條之反面解釋，A 銀行之墊款債務（舊債務）如經受償，或改貸新台幣放款（債之更改）（註三）而受償，本票債務即告消滅，A 銀行應將該本票返還立約人，不得以之流用於其他債務之