



法學啟蒙叢書

民法系列——

保 證

■ 林廷機 著

Civil Law

三民書局

Surety
Surety
Surety

Surety

Surety
Surety



法學啟蒙叢書

中育院

中育院

民法系列——

保 證

■ 林廷機 著

Civil Law

三民書局

Surety
Surety
Surety

國家圖書館出版品預行編目資料

保證 / 林廷機著. -- 初版一刷. -- 臺北市: 三民,
2010

面; 公分. -- (法學啟蒙叢書)

參考書目: 面

ISBN 978-957-14-5359-0 (平裝)

1. 保證

584.399

99013138

◎ 保 證

著 作 人 林廷機
責任編輯 陳亞旋
美術設計 陳健茹

發 行 人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
發 行 所 三民書局股份有限公司
地址 臺北市復興北路386號
電話 (02)25006600
郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號
(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2010年9月

編 號 S 585940

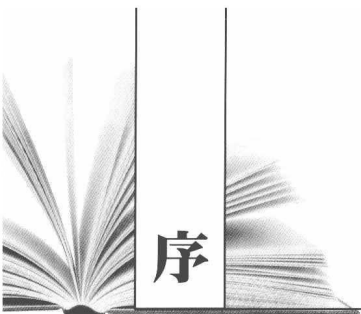
行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權・不准侵害

ISBN 978-957-14-5359-0 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。



序

preface

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

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

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

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

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

林廷機

2009年2月於臺中



保證

contents

序

chapter 01

導 論

001

- | | | |
|-----|--------------|-----|
| 第一節 | 保證之意義 | 002 |
| 第二節 | 保證之性質 | 004 |
| | 壹、有名契約 | 004 |
| | 貳、諾成契約、不要式契約 | 005 |
| | 參、從契約 | 005 |
| 第三節 | 與保證類似之法律制度 | 006 |
| | 壹、債務承擔 | 006 |
| | 貳、損害擔保契約 | 007 |
| | 參、保證保險 | 009 |
| | 肆、票據保證 | 009 |
| | 伍、訴訟費用擔保之保證 | 011 |
| | 陸、履約保證金 | 012 |
| | 柒、物上保證 | 013 |

chapter 02

保證之成立

015

- | | | |
|-----|--------------------|-----|
| 第一節 | 保證下之法律關係之釐清 | 016 |
| 第二節 | 當事人 | 017 |
| 第三節 | 雙方意思表示一致 | 018 |
| | 壹、雙方為相一致內容之意思表示 | 018 |
| | 貳、有無「對保」不影響保證之成立與否 | 021 |
| 第四節 | 被擔保之主債務須存在 | 022 |
| 第五節 | 定型化保證條款之效力 | 023 |

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

chapter 03

保證下之權利義務關係 029

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

chapter 04

保證之消滅 061

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

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

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

chapter **07** 其他實務上常見之債權擔保 125

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

chapter **08** 實例演練 149

附 件	158
參考文獻	172

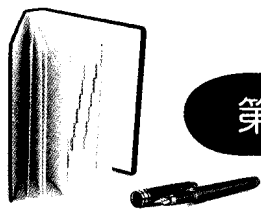
chapter 01

導 論

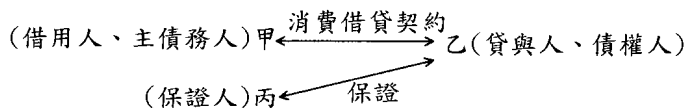


「債權之擔保」是指用以使債權人之債權較易獲得滿足之法律制度，降低債權無法受滿足之風險。在法律上，債務人雖然有義務履行債務，但就實際情形，債務人仍可能無能力或故意不履行債務。例如，甲向乙銀行借錢投資卻投資失利，名下無足夠的財產清償該筆借款債務，此時，債權人之債權即無法獲得滿足，在經濟上受有損失。以銀行之放款而言，銀行雖然得將資金貸與他人賺取利息並加以投資運用而獲利，同時亦面臨將來貸款無法取回之風險。若債權不能滿足之風險能降低，銀行放款的意願與額度將會提高，借用人得運用所取得之資金，銀行亦得從放款中獲利。因此，具有降低風險功能之債權擔保制度因而被廣泛的運用。

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



第一節 | 保證之意義



▲圖 1-1

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

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

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

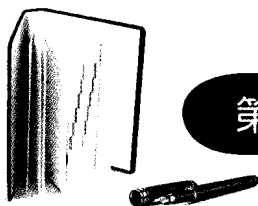
保證（契約）是指民法第 739 條所稱，當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。此處所指之當事人為丙、乙而非甲、乙。丙與乙約定，當事人乙之債務人甲債務不履行時（未在半年後償還一百萬元及利息），由丙代負履行責任，丙、乙間即成立保證契約。將來甲未依約償還本金及利息時，乙可先後向甲與丙請求償還一百萬元及利息。惟在法律上，乙向甲與丙請求償還之法律依據不同：乙得依甲、乙間之消費借貸契約請求甲清償，依丙、乙間之保證契約請求丙清償。將來

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

乙須向法院清楚表明，究竟是依何契約向何人求償。

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

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



第二節 | 保證之性質

◎ 壹、有名契約

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

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

◎ 貳、諾成契約、不要式契約

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

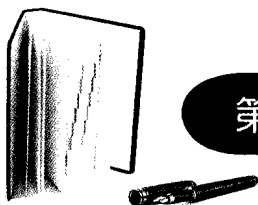
雙方以口頭方式達成成立保證之合意，保證固然成立，惟將來債權人向法院起訴請求保證人履行保證責任時，須向法院證明雙方曾有成立保證之事實，始有獲得勝訴判決之可能。僅以口頭方式成立保證，相較以作成書面契約之方式，較不易證明雙方有成立保證。故建議欲成立保證關係之當事人應作成書面契約，並留有雙方之簽名或印鑑，將來較易證明，對債權人而言亦較有保障。

◎ 參、從契約

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

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

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



第三節 | 與保證類似之法律制度

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

① 壹、債務承擔

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

③ 此種契約稱為債務承擔契約，為無名契約。

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

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

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

① 貳、損害擔保契約

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

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

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

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

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