

契約之擔保—以買賣契約為例

步驟3 保證契約

民法第739條以下所定「保證契約」，是最常見的用以擔保債務履行的方法。這就來看看「保證契約」有何需要注意的重點。

步驟3.1 成立與生效要件

「保證契約」是個成立於「債權人」與「保證人」間之債權契約，所以，本書【第一部】所述之成立與生效要件，像是：須經雙方當事人意思表示合致等，於保證契約均有適用。

除此而外，保證契約有著其他債權契約所沒有的特性，也因為這些特性而發展出與眾不同的成立與生效要件。

步驟3.1.1 從屬性

既然「保證契約」是為了擔保債務的履行，自然和被擔保債務有著密不可分的關係。於是，和抵押權相同的是～保證契約也具有從屬性。

(一)成立的從屬性

既然保證契約係為了擔保債務的實行而訂立，那麼，於保證契約成立之前或同時，被擔保債務即應已經成立了，此即「成立的從屬性」。又，雖然保證契約的必要之點，不包括擔保範圍，也就是債權人和保證人不需要就被擔保債務的數額、範圍等予以約定；然而，如果債權人與保證人就擔保範圍有所約定，惟約定內容卻比被擔保債務為重，即與「從屬性」有違。因此，民法第741條乃規定：「保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度。」

(二)移轉的從屬性

當債權人將債權讓與他人時，為擔保該債權而成立的保證契約，也會隨之移轉，民法第295條第1項前段定有明文：「讓與債權時該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。」本條項所定「債權之擔保」，包括保證契約在內。於是，債權的

【高點法律專班】

21
版權所有，重製必究！

受讓人同時取得了被擔保債權與保證契約之債權。

(三)消滅的從屬性

不論被擔保債權是因為清償或抵銷等原因而消滅，保證債權即無繼續存在之必要，亦會因而歸於消滅，民法第307條就此定有明文：「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」。

步驟3.1.2 特定性

於設定普通抵押權時，被擔保債權的範圍為何，非常重要，不但一定要登記，而且範圍一定要特定，也就是被擔保債權的項目、數額為何，一定要清楚明確；如果債權人希望可以擔保將來繼續不斷發生的不特定債權，則須設定最高限額抵押權。理由無它，為了符合公示原則的要求，還有保護後順位抵押權人的權利而已。詳細的說明，請參見拙著，財產法（II）【第二樂章 第四部】。

同樣的考量應該也適用於保證契約。雖然民法未就此設有規範，但若不如此解釋而允許債權人與保證人約定：凡是現在及將來於債權人與債務人間所生之一切債權債務關係，均為保證契約所擔保，保證人的責任完全沒有上限，等同於要求保證人負無限責任，實有違誠信。因此，最高法院107年台上字第875號判決指出：於訂立保證契約時已經發生的債務，固為保證契約所擔保；至於將來尚未發生的債務部分，因未能確定其數額，不符特定性要求，應認不在保證範圍內。

【最高法院107年台上字第875號判決】

按保證契約之成立，祇須有主債務存在，保證人對債權人表示為保證之意旨即足，至於保證責任之範圍如何、期限若干，則非契約之要素。次按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之保證契約，約定保證人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為保證者，其保證之範圍，除訂約時已發生之債務外，尚包含將來發生之債務；倘未定有限額，就訂約時已發生之主債務部分，其數額及範圍已現實具體確定，固為該保證契約效力所及，但就將來發生之債務部分，除人事保證或有反對之特約外，因完全不能預先確定其數額，卻由保證人對之負無限度之保證責任，無異加重其責任，按其情形顯失公平，僅該部分約定無效，並非契約全歸無效，此觀民法第111條但書、第247條之1、民法債編施行法第17條之規定自明。

步驟3.2 一般保證vs.人事保證

在民法第756條之1以下增訂了「人事保證」之後，有學者將民法第739～756條所定之「保證契約」，稱之為「一般保證」或「普通保證」以示區別。

所謂「人事保證」，其目的係用以擔保受僱人（債務人）於僱傭關係存續期間，因其職務行為而對僱用人（債權人）負有損害賠償責任，人事保證人於受僱人（債務人）不負賠償責任時，代負賠償之責。

依此定義，「人事保證」和「一般保證」間之區辨，應該是清清楚楚的，但因為有了以下這個案例，這才赫然發現二者間實存在著模糊地帶。請見【民法小學堂】的說明。



民法小學堂

◆一般保證vs.人事保證

1. 案例研究：甲機師與乙航空公司簽訂聘僱契約，約定最低服務年限為15年，若甲違約離職，應賠償訓練費用及相當於離職前正常工作6個月薪資總額之違約金，並由丙擔任連帶保證人。結果甲於任職後第10年，因為另一家航空公司高薪挖角而跳槽，乙乃向甲、丙請求賠償違約金300萬元。丙則抗辯：依民法第756條之3規定：人事保證契約不得逾3年。故乙、丙間之人事保證契約已失其效力，丙不負保證人責任。乙則主張系爭保證契約乃一般保證。試問：孰的主張有理？

2. 焦點直擊：本案的爭點很單純～乙、丙間所訂立的「保證契約」，究竟是「一般保證」還是「人事保證」？而之所以要爭執這個問題，目的也很清楚：為了不使人事保證人負有過重的責任，民法第756條之3乃將人事保證契約設定為定期契約，如果超過3年者，3年的期限一屆至，人事保證契約即失其效力。反之，若是一般保證則無此限制。

那麼，該如何區辨「一般保證」和「人事保證」呢？以下幾個思考方向，敬供參考。

(1) 從屬性與特定性：承前所述，一般保證具有從屬性及特定性，亦即在契約成立時，被擔保債務的範圍必須已經特定。可是，人事保證不具有這樣的特性！由民法第756條之1規定可知，人事保證契約所擔保者乃是受僱人「將來」因職務上之行為而應負之賠償責任，可見於人事保證契約成立時，被擔保債務還不存在、範圍亦不特定。

(2) 被擔保債務：一般保證所擔保的乃是某個「債務」之履行，而人事保證所擔保的則是「因職務上之行為」而應對僱用人負賠償責任。

3. 本案分析：依照上述兩個思考方向，乙、丙間之契約究屬一般保證還是人事保證？實是再清楚不過了。

(1) 從屬性與特定性：乙、丙間之契約成立時，被擔保債權已經特定，即是若甲提前離職而須支付的「訓練費用及相當於離職前正常工作6個月薪資總額之違約

【高點法律專班】

金」。

(2)被擔保債務：乙、丙之保證契約所擔保者，不是甲於工作期間，因其「職務上之行為」而應負之賠償責任，而是甲因違約而應負之「違約金」債務。

綜上可知，乙、丙間之保證契約應屬一般保證，自不適用民法第756條之3規定，也就是不會因為存續期間已逾3年而影響其效力。

4. 實務綜覽：

【最高法院108年4月2日第4次民事庭決議】

院長提議：機師甲與航空公司簽訂聘僱契約，約定最低服務年限為15年，若甲違約離職，應賠償訓練費用及相當於離職前正常工作6個月薪資總額之違約金，並由乙擔任連帶保證人，乙所負保證人責任之法律性質為何？

甲說：一般保證。

(一)按職務保證性質，與一般之金錢債務保證不同，其保證書所載「保證擔任職務期間操行廉潔，恪遵法令暨貴公司各種規章，倘有違背情事或侵蝕公款、財物及其他危害公司行為」，保證人願放棄先訴抗辯權，並負責指交被保人及照數賠償之責」字樣，如係對於被保證人職務行為致損害於被上訴人時，負賠償責任之意思，即為獨立負擔之損害賠償義務。

(二)民法第756條之1規定，稱人事保證者，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來「因職務上之行為」而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約。是人事保證人乃係依契約以第三人之資格為受僱人代負損害賠償責任。如當事人約定，一方於他方之債務人「不履行債務」時，由其代負履行責任時，此應屬民法第739條規定之一般金錢債務保證。

乙說：人事保證。

民法第756條之1規定稱人事保證者，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約，係為填補雇主因受僱人依契約所賦予職務有應為而不為或不應為而為之，及受僱人於履行職務之際之不法行為，致生雇主之損害。所稱受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償，包括因僱傭契約終止，而受僱人應對僱用人負債務不履行損害賠償責任之情形在內。

決議：

一、採甲說。

二、雇主與勞工訂立之勞動契約，如有勞工違反最低服務年限，應賠償訓練費用等及相當違約金之約定，並由保證人就該部分負連帶保證責任者，此保證之性質為一般保證。惟法院受理具體個案時，應併注意民國104年12月16日公布施行之勞動基準法第15條之1之規定。

【高點法律專班】

24
版權所有，重製必究！

步驟4 讓與擔保

讓與擔保（或稱「信託讓與擔保」、「擔保信託」），雖然民法未設明文規定，但早已行之有年，而且就確保債權實現的目的來說，效果更為顯著！

步驟4.1 讓與擔保－法律性質

(一)何謂「讓與擔保」？

何謂「讓與擔保」？學者謝在全老師為它所下的定義，相當清楚地描述其內容與法律構造，值得參考：「讓與擔保係指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保標之物之財產權移轉於擔保權人，而使擔保權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保標之物之財產權，於債務清償後，標之物應返還於債務人或第三人，債務不履行時，擔保權人得就該標之物受償之非典型擔保。」¹之所以稱讓與擔保為「非典型擔保」，實因其並未遵守民法物權編就擔保物權所設定的要件，而且當事人表面上所進行的法律行為—移轉標之物之財產權，與當事人間的真意—擔保債權的實現（而非財產權之取得），並不一致，因此這樣的法律行為是否有效？曾經一度是實務與學說爭論的焦點；不過讓與擔保發展至今，尤其是在信託行為之概念逐漸成型之後，其有效性似乎已成共識，容後(二)詳述之。

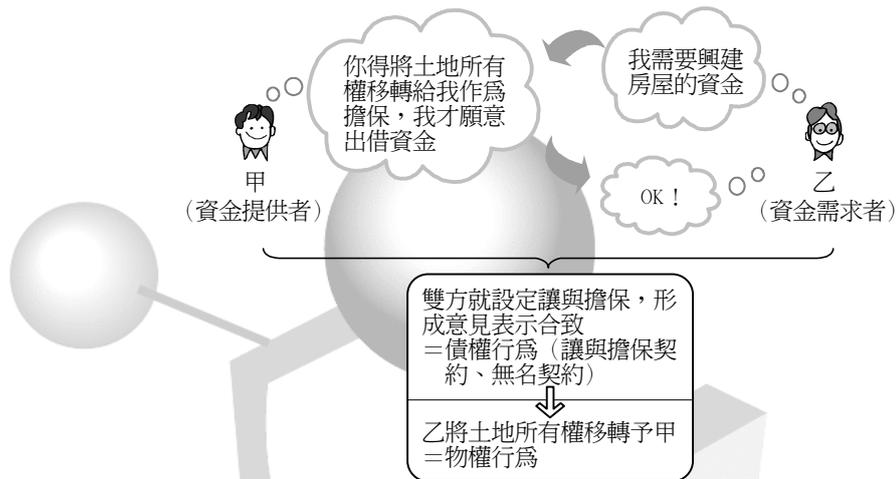
由上述定義可知，為了擔保債權的實現，債務人將擔保標之物之財產權（雖以所有權為常見，但不以此為限）移轉予債權人，以確保將來債務之履行。將來如債務依約履行完畢，債權人應將標之物所有權返還予債務人或第三人（當標之物係由第三人提供時）；倘若有債務不履行之情事發生，則債權人得以變賣或經過估價等程序，就賣得的價金取償或以估價的價值抵充債務的方式取償。

讓與擔保和擔保物權最大的差異在於：以抵押權為例，抵押權人並未取得抵押物之所有權；但就經濟價值支配權來說，二者則無重大不同，均是於債務人有不履行債務之情事發生時，債權人得直接支配標之物之經濟價值以取償。

(二)債權行為乎？物權行為乎？

此種非典型擔保的法律性質，究竟和抵押權的設定一樣係屬物權行為？還是債權行為？或者兼具二者？實有釐清的必要，蓋因這個根本性的問題會直接影響到讓與擔保之成立與生效要件的認定，相當重要。

1 謝在全著，民法物權論（下），頁393，自刊，2010年9月版。



由上開圖型可以看出：當事人間就財產權之移轉、移轉之目的（擔保某一特定債務），以及將來如何就標的物取償等事項有所約定；而這些約定的性質，不論當事人表面上是以什麼樣的法律行為加以包裝（通常以買賣契約為常，但並不以此為限），此乃**債權行為**，當無疑義。但單單有此債權行為，尚無法達成擔保的目的，還必須伴以移轉標的物財產權予債權人之**物權行為**，始得竟其功。是以，**讓與擔保乃是結合債權行為與物權行為之非典型擔保**。

(二)讓與擔保vs.通謀虛偽意思表示：

讓與擔保是否為通謀虛偽意思？之所以有這個疑義，實是因為直至今日為止，讓與擔保仍無明文規範，因此實務上不可能允許當事人在移轉標的物財產權時，以「讓與擔保」為原因而為登記，是故當事人多半以「買賣」為移轉登記之原因。然而，當事人間並無「買賣」之真意，因此這樣的意思表示是否應依民法第87條論以無效？確有疑義。

【最高法院94年台上字第1274號判決】

按信託的讓與擔保（擔保信託），其擔保物之讓與雖超過其經濟目的（擔保），但雙方當事人約定擔保信託，乃出於真正之效果意思而為表示，其讓與行為仍為有效，此與隱藏他項法律行為之通謀虛偽意思表示，因通謀虛偽意思表示部分欠缺效果意思，而為無效，雙方當事人僅得就隱藏之法律行為主張，迥不相同。

當然，這個問題隨著學界對「信託」的概念越來越清楚，爭議也越來越小，詳細的說明，請參見後述【民法小學堂】。簡言之，「讓與擔保」乃當事人間之真正意思表示，於此並無通謀虛偽意思表示存在；就算非常嚴謹地認定當事人確無買賣的真意，也應該認為在「買賣」此項虛偽意思表示背後有隱藏行為（讓與擔保契約）存在，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

並依民法第87條第2項規定承認該隱藏行為之效力。²



民法小學堂

◆讓與擔保vs.信託

1. 學力測驗題：何謂動產讓與擔保？動產讓與擔保與信託法上之「信託」有無關連性？試從自己之觀點論述動產讓與擔保有無立法之必要性。（92台北大）
2. 焦點直擊：「讓與擔保」與「信託行為」的法律構造十分相似。詳言之，
 - (1) 信託行為：當事人為達一定經濟上目的，在對外關係，將超過其目的之財產移轉於相對人，但於內部關係，則約束相對人，使其僅在該經濟目的範圍內，依據該行為之本旨，行使其權利之法律行為。³
 - (2) 比較—相同點：將上述「信託行為」的架構套用到讓與擔保，似乎是不謀而合的。讓與擔保之債務人（或第三人）將標的物財產權移轉予債權人之目的，並不在於使債權人終局、確定地取得該財產權，而是在擔保債權，亦即債權人取得該財產權僅是暫時的，債權人表面上取得超出其經濟目的之權利，但同時負有不得超過擔保目的以外行使權利之義務；同時，信託行為也是結合債權行為與物權行為之法律行為，難怪不少實務見解認為讓與擔保即為信託行為之一種，稱「讓與擔保」為「信託讓與擔保」或「擔保信託」。⁴
 - (3) 比較—相異點：惟有學者指出，讓與擔保與我國信託法中所規範的信託行為，仍有差異存在。按依信託法第34條規定：「受託人不得以任何名義，享有信託利益。但與他人為共同受益人時，不在此限。」換言之，受託人不得同時為受益人；然而在讓與擔保，通常受託人與受益人是為同一人，債權人除了受移轉而取得標的物財產權成為受託人外，更同時是受益人。除此之外，信託法尚有關於信託財產之獨立性（信託 § 10 ~ § 14）、事務處理之專屬性（信託 § 25）以及信託監察（信託 § 52以下）等規定，凡此不一定均適宜類推適用於讓與擔保。因而有學者認為，儘管讓與擔保帶有信託行為的色彩，但在信託法制定之後，不宜再繼續將讓與擔保解為信託行為。⁵

2 謝在全著，民法物權論（下），頁397、398，自刊，2010年9月版。

3 陳聰富著，脫法行為、消極信託及借名登記契約，月旦法學雜誌第123期，頁222，2005年8月。

4 參見最高法院97年台上字第549號裁定、96年台上字第2559號判決、94年台上字第1274號判決、93年台上字第394號判決。

5 賴源河、王志誠著，現代信託法論，頁34、35，五南，2003年11月版。陳榮隆著，讓與擔保之法律構造（下），頁200、201，月旦法學雜誌第97期，2003年6月。王志誠著，信託：私法體系之水上浮油？（下），台灣本土法學第47期，頁23以下，2003年6月。

3. 實務綜覽：

【最高法院70年台上字第104號判例】

擔保信託乃信託行為之一種，又稱信託的擔保讓與，係指債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉於債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物所有權，債權清償後，該擔保物即應返還於債務人，債務不履行時，債權人得將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償者而言。為免債權人逾越擔保之目的行使所有權，因此，當事人間通常均有信託約款，以限制彼此間權利義務。

4. 學力測驗題：於2006年5月12日，原告X以新臺幣（下同）1,050萬元從訴外人A處購進A所有之系爭土地及建築物，並於當天交付150萬元的保證金。嗣後於同年12月末及2007年2月11日，X分別向A支付了200萬元及60萬元。剩餘的640萬元之款項，X於2007年2月25日從被告Y處籌借後支付給A。關於640萬元的借款，X將上述購買的不動產以擔保形式讓與給Y，得到該土地名義人（即訴外人）A及建築物登記名義人（即訴外人）B之同意，省略中間登記之手續，當時便直接辦理從A及B處將系爭不動產以買賣擔保之形式轉讓給Y的所有權移轉登記手續。當時X及Y之間約定，X返還640萬元給Y時，Y必須將系爭不動產全部退還給X，並辦理所有權移轉手續，此間的利息每年為10%。系爭建築物共三套排房，因其中二套現租借中，Y可獲得每個月房租共10萬元作為其貸款利息，倘有剩餘，由Y代X支付各種稅費、登記稅、火災保險費等其他費用。到2009年7月，Y從2007年3月開始獲得的房租累計達到290萬元，另外Y為X繳納的費用合計達到2,857,200元。試問：
- (1) 倘若於2009年7月26日，Y的債權人C對系爭不動產進行強制執行，X得否對C提起異議之訴？試附理由說明之。
 - (2) 倘若於2009年8月9日，Y將系爭不動產出讓予D，則X對何人有何等救濟之權利？請試附理由說明之。（108高雄大）⁶

步驟4.2 讓與擔保—成立與生效要件

在了解讓與擔保的法律結構之後，其成立與生效要件就顯得相當容易理解了，茲分述如下。

(一) 標的物：

首先，讓與擔保之標的物，固然以不動產所有權最為常見，但並不以此為限，不論是動產所有權，甚至是其他財產權，均無不可。

6 詳細的解答，請參見拙著，財產法（含民事法綜合題）解題書，頁2-69以下，高點，2021年版。

(二)當事人：

讓與擔保之當事人，一方是擔保物的提供者，另一方則是擔保權人。擔保物之提供者固然以債務人為常，但也不乏由第三人提供，其概念與民法物權編所規範之「物上保證人」並無不同；不論是由債務人或第三人提供，通稱為「設定人」。至於擔保權人，通常是債權人，但理論上也不排除由第三人取得標的物財產權，亦即只要經過雙方當事人之合意，設定人也可以將標的物財產權移轉予第三人；惟此時三方當事人（設定人、債權人、擔保權人）間的法律關係實與信託法所規範者相去不遠了。

(三)債權行為：

「讓與擔保」實內含了債權行為與物權行為，已如上述，而在債權行為部分，其實就是當事人間有設定讓與擔保契約之合意，說得更仔細一點，意思表示合致的內容包括：一方當事人（擔保物之提供人）同意提供並移轉標的物財產權予擔保權人；同時，移轉該財產權之目的係為了擔保特定債權的實現。⁷

(四)物權行為：

至於物權行為，則須分就標的物係屬動產或不動產而為討論。詳言之，當系爭標的物是動產時，為了使「財產權之移轉」得以有效成立而達到擔保的目的，非得遵守民法第761條之要件不可，亦即當事人間須有讓與合意（物權契約之意思表示）及交付行為存在，該動產讓與擔保行為始得有效成立。同理，當系爭標的物係屬不動產時，也必須踐行民法第758條之移轉登記與書面契約等要件，始能竟其功。⁸

步驟4.3 讓與擔保－法律效果

(一)所得擔保債權範圍、所及標的物之範圍：

關於讓與擔保之法律效果，包括：被擔保之債權有哪些？其效力所及之標的物範圍，又為何？依私法自治原則，當然應先依當事人之約定定之；如當事人未約定，或當事人之真意不明，因為讓與擔保尚無法律明文規定，此時只能參照民法類似規範，如民法第861、862條等，以茲補充。

(二)實行要件與方式：

同理，讓與擔保之實行要件與方式，亦應先委由當事人自行約定，且原則上應於被擔保債權已屆清償期而未受清償時，擔保權人即得行使權利以取償。至於行使權利及取償的方式，常見者有二：

1. 歸屬清算型：其一是擔保權人自己取得標的物財產權，並以該財產權之價值抵充其

7 陳榮隆著，讓與擔保之法律構造（上），月旦法學雜誌第96期，頁212，2003年5月。

8 謝在全著，民法物權論（下），頁412、433，自刊，2010年9月版。

債權，若有不足部分，債務人仍不免其責任；若財產權之價值高於債權者，則擔保權人應將差額返還予設定人。以此種方式實行讓與擔保者，擔保權人負有清算義務，擔保權人應於返還差額，若無差額者則於估價並通知設定人無差額存在之時，才能確定、終局地取得標的物財產權。

在96年民法物權編修正之前，這樣的實行方式是否會有牴觸民法禁止流押契約或流質契約的精神？經常是學說上討論的焦點；惟在96年民法物權編修正之後，民法對於流押或流質契約不再採取絕對禁止的態度，依民法第873條之1規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人（I）。抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保債權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償（II）。」本條規定並為民法第893條所準用。是以在現行民法架構下，已無讓與擔保是否有牴觸或規避民法規定的疑慮了。

2. 處分清算型：其二則是將標的物予變賣，以賣得價金供作清償，學說稱此為「處分清算型」（變價清算型）。

(三) 擔保權人 vs. 設定人 vs. 第三人：

比較饒富趣味的是擔保權人、設定人和第三人的法律關係。讓與擔保並非信託法所規範之信託行為，前已論及，因此在擔保權人取得標的物財產權之後，不論從形式上、名義上、法律上而言，擔保權人乃標的物之真正權利人。這樣的見解，尤其在最高法院作成106年2月14日第3次民事庭決議（詳細的分析請見【第一部 步驟2.2.1】）之後，應已成定論。

是以，一旦擔保權人違反讓與擔保契約而將標的物移轉予第三人時，不論該第三人是善意不知該標的物非登記名義人（即擔保權人）所有、或者因重大過失而不知，甚至是明知，第三人均可依合法有效的物權行為取得標的物所有權。

【高點法律專班】

30
版權所有，重製必究！

李淑明

讀一套搞定「財產法」！

「體系書+解題書」



律師
司法官
法研所
必備

(I) 定價650元

(II) 定價650元

- 學習民法的思考步驟，比背熟學說和實務見解還重要！
- 了解民法的邏輯架構，再難的實例題也可以輕鬆作答！
- 思考步驟和邏輯架構，本系列重點整理讓您一覽無遺！



定價650元

搭配「解題書」，
快速提升審題技巧&解題能力！

- 看到落落長的實例題就皺眉頭嗎？本書的審題技巧，一定要會！
- 看到實例題總不知道從何下筆嗎？本書的答題綱要，一定要懂！
- 看到這麼多爭點不知如何取捨嗎？本書的解題技巧，一定要學！

線上試讀、優惠購買，歡迎請至高點網路書店



高點文化事業

publish.get.com.tw

