

民事實務見解回顧（三十一） 擔保契約

編目：民事法

主筆人：游律師

甲公司為承攬乙公司之工程，需繳付履約保證金新臺幣 1000 萬元，以保證工程契約之履行，但因現金流量不足，在得乙公司同意的前提下，尋得丙銀行出具新臺幣 1000 萬元額度的保證書代替保證金之繳付。後因可歸責於甲公司之事由，甲公司未能完全履行契約，乙公司遂依保證書的約定，請求丙銀行支付全數保證款項新臺幣 1000 萬元。經查，甲公司僅部分違約，乙公司僅能向甲公司請求新臺幣 500 萬元違約責任。試問，若保證書有以下情事，丙銀行得否主張僅需負擔新臺幣 500 萬元之保證責任？

【情境 01】

若該保證書約定，丙銀行同意在新臺幣 1000 萬元額度內，保證甲公司對乙公司之履約責任，若甲公司違約，由丙銀行代負履行之責。

【情境 02】

若該保證書約定，若甲公司與乙公司簽訂工程合約後，如甲公司未依工程合約書之規定履行合約時，一經乙公司書面通知到達 5 日內，丙銀行當即給付保證金額全額予乙公司，絕不推諉拖延，乙公司得自行處理該款，無需經過任何法律或行政程序，丙銀行絕無異議且願放棄民法第 745 條之先訴抗辯權。

【情境 03】

若該保證書改名為擔保函，丙銀行同意在新臺幣 1000 萬元額度內，擔保甲公司對乙公司之履約責任，若甲公司違約，由丙銀行代負履行之責。

【情境 04】

若該保證書改名為擔保函，若甲公司與乙公司簽訂工程合約後，如甲公司未依工程合約書之規定履行合約時，一經乙公司書面通知到達 5 日內，丙銀行當即於擔保金額內撥交乙公司，絕不推諉拖延，乙公司得自行處理該款，無需經過任何法律或行政程序，丙銀行絕無異議。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

壹、概說

本文系列作前一回即民事實務見解回顧第 30 回，已經就民法典於民法第 739 條以下所定「保證契約」原形予以介紹。在正式進入保證契約的法律效果分析（民事實務見解回顧第 33 回）前，本文民事實務見解回顧第 31 回將介紹「擔保契約」的概念。

「擔保契約」的概念並不限於契約名為「擔保契約」的法律關係，如下所述，許多最高法院認定為「擔保契約」的契約書文件，多名為「保證書」，甚至可能名為「保證契約」。為使讀者能有明確的問題意識，本文首先將闡明擔保契約爭議的共通本質問題，也就是法律用語及生活用語的差異，以及最高法院對於契約解釋的態度轉變；其次，本文才正式進入最高法院闡述的擔保契約概念，整理分析擔保契約及保證契約的差異；最後，一貫以案例演練代替結論。坦言之，本回內容勢必將超出準備國家考試的正常需求，但相關議題對於讀者日後從事民商事法律工作卻具有無法忽視的重要性，透過對照「擔保契約」的概念，讀者將能更好的掌握「保證契約」的概念。是以，筆者仍盡可能在貼近最高法院闡述見解範疇內開展擔保契約概念，並未擴張及於其他許多不同類型之法律關係。從而，本篇雖然篇幅較以往少，此種安排主要是希望能平衡讀者準備考試及提升實力的雙重目標。

貳、爭議背後共通本質

一、法律及日常用語歧異

在契約法領域中，最常導致當事人及法院三方對於法律關係產生認定歧異的根源，往往來自於法律及日常用語的歧異性。也就是說，一個或多個法律用語，同時，也可能是日常生活用語。不諳法律的當事人常會以（對）自己（有利的）日常生活習慣，加以付度或解釋該法律用語，進而為法律主張並引發糾紛。此種現象，在受限成文法傳統且法院造法相對保守的台灣，成因往往是立法技術和效能的落後，使民法典用語無法貼合日常生活的需要。特別是，若特定用語並沒有法典位階定義時，法院間見解尚可能存有差異，後續案件的法官或律師若未能妥適梳理用語的真正內涵，就會導致無止盡的爭議歧見。

多數契約糾紛涉及「保證契約」和「擔保契約」的本質差異，經常來自於此種現象。民法典雖然對於「保證契約」已有定義，但「保證」一語在日常生活中廣被使用，因此民眾理解「保證」的定義已與法律定義存在落差。更遑論，民法典中並無「擔保契約」的概念，但「擔保」一詞也是民眾日

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

常慣用語彙，從而，若民眾締約前未能諮詢法律專業服務，將無可避免埋下契約糾紛的導火線。

平心而論，「保證契約」及「擔保契約」間分野確實不易，過去鮮少開庭的最高法院民事庭曾經為一造為政府機關、另一造為金融機構的案件召開言詞辯論，足見此一問題的複雜性，連相對具有能力提前諮詢專業服務機構的政府機關及金融機構都尚且混淆，更遑論一般民眾。

二、契約解釋的理論轉變

如果當事人締約前即能妥適諮詢法律專業服務提供者，並且能得到完善成熟的法律服務，理論上，此種涉及「保證契約」和「擔保契約」本質差異的契約糾紛應該不會發生，但現實事與願違。在此類案件中，契約解釋及定性往往就會成為解決法律問題的關鍵。

雖然在理論上，契約定性、契約解釋和漏洞補充屬於不同概念，但在司法實務中，這些概念通常都有可能被納入廣義契約解釋範疇之內。因此，在處理「保證契約」和「擔保契約」的相關爭議中，契約解釋法則也會一再被援用。

關於契約解釋法則，除少數特別法如消費者保護法第 11 條第 2 項規定，定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋，民法典本身並無明確指示。一般實務及學說都援用意思表示解釋的法則作為契約解釋的判準，亦即，民法第 98 條規定，解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。

而對於民法第 98 條如何具體應用於探求當事人之真意，最高法院一方面一再闡釋不得拘泥文義^{註1}，但也強調若文義足夠明確而為判斷時，不得捨棄文義別為探求或曲解^{註2}。這兩類看似衝突的見解，其實並不是文義優先或是真意優先的爭論，相反地，真正的爭點應該是：**對於當事人不夠明確的真意，法院事後應該要用什麼標準來確認？**

對此值得注意的是，早期的法院見解多強調確認當事人真意，應參考訴訟資料和締約當時的一切事實加以判斷^{註3}，但隨著時間推移，司法實務逐漸增加考量要素，在經驗法則、契約目的、經濟價值（目的）、交易習慣等

^{註1}如：最高法院 19 年上字第 28 號、19 年上字第 453 號、19 年上字第 58 號及 39 年台上字第 1053 號民事判例。

^{註2}如：最高法院 17 年上字第 1118 號民事判例。

^{註3}如：最高法院 18 年上字第 1727 號、19 年上字第 28 號、19 年上字第 453 號及 39 年台上字第 1053 號民事判例。

之外，法院也逐漸承認誠信原則及公平原則得做為判斷標準^{註4}。當誠信及公平原則得介入用以作為審查標準，契約解釋就不再是單純的探求真意而已。因此，雖然最高法院仍引用民法第 98 條作為契約解釋的主要法則，但實質上已經產生質變。

在處理「保證契約」和「擔保契約」的相關爭議中，法院在具體個案中採擇何種標準也會影響最終判決結論。事實上，在最近值得矚目的爭議案例中，當事人間契約紙本明明寫下引用「保證契約」規定的條款，但最終法院仍將該契約認定為「擔保契約」。足見就算不認為法院在契約解釋的糾紛中，已經廢棄探求真意標準，所謂當事人真意也早由當事人的主觀面向，轉換為法院立於社會第三人的客觀標準。這個本質的改變是讀者最應掌握的背景知識。

參、最高法院認定的擔保契約

一、歷來見解

(一)基本性質

若以「擔保契約」為關鍵字搜尋，主要可尋得三類案件，本文探討標的乃最高法院認定為「(獨立)擔保契約」的案件，至於信託讓與擔保契約^{註5}及損害擔保契約^{註6}等，非在本文探討範圍之內，合先敘明。

依據最高法院見解，所謂擔保契約，是指當事人間約定一方對於他方於一定「擔保事故」發生時應為一定給付之契約^{註7}。此項擔保契約具有獨立性^{註8}。基於此種特性，「擔保契約」有別於「保證契約」的特徵如下：

1. 首先，當事人間約定的「擔保事故」發生時，擔保人即負有為給付

^{註4}如：最高法院 106 年台上字第 1648 號、106 年台上字第 254 號、106 年台上字第 205 號、105 年台上字第 2240 號及 105 年台上字第 2070 號民事判決。

^{註5}如：最高法院 94 年度台上字第 1503 號、96 年度台上字第 2559 號及 104 年度台上字第 479 號民事判決。

^{註6}如：最高法 92 年度台上字第 2673 號、92 年度台上字第 1675 號及 92 年度台上字第 360 號民事判決。

^{註7}如：最高法院 94 年度台上字第 1134 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字第 23 號民事判決（業經最高法院 96 年台上字第 2751 號民事裁定駁回上訴確認）、最高法院 97 年度台上字第 838 號及 99 年度台上字第 1481 號民事判決。

^{註8}如：最高法院 94 年度台上字第 1134 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字第 23 號民事判決（業經最高法院 96 年台上字第 2751 號民事裁定駁回上訴確認）、最高法院 97 年度台上字第 838 號及 99 年度台上字第 1481 號民事判決。

之義務，不以主債務有效成立為必要，擔保人不得主張主債務人所有之抗辯，與民法上之保證契約具有從屬性或補充性不同^{註9}；換言之，主債務人所有之抗辯，不論主債務人是否主張或拋棄，保證人均得主張的民法第 742 條規定，擔保契約的擔保人並無從比照主張；

2.其次，實務見解有更進一步闡釋，此種性質的擔保契約可作為現金替代以保護交易安全^{註10}。

又在 105 年度以前，最高法院民事庭基於法律審的性質幾乎不行言詞辯論，在 102 年 3 月 26 日，最高法院罕見針對一件臺北市政府工務局水利工程處及日盛國際商業銀行間請求履約保證金事件^{註11}，公開行言詞辯論程序，引起各方注目。

在這則判決裡，最高法院再度確認傳統見解對於擔保契約性質的闡述，但更精細化其描述，特別是就擔保目的和立即照付條件的區別予以說明：「擔保契約係指當事人約定於約定擔保事項發生或不發生時，一方對於他方為一定給付之契約，其性質及效力依當事人約定之內容定之。倘當事人於擔保契約為立即照付之約款，擔保立即照付之義務時，擔保權利人當可依立即照付之形式要件行使權利，無庸對於擔保事項為實質之舉證；且立即照付擔保契約關於擔保目的之文字記載，僅係擔保目的之宣示，並非付款條件之設定，此為立即照付擔保制度設計功能所使然，並確保立即照付擔保契約之獨立性。^{註12}」此一見解不但重申最高法院向來關於擔保契約的闡述，更點出藉由免除擔保權利人舉證責任即可行使權利的特性，凸顯立即照付的擔保可保障交易安全的特性。

(二)經濟背景

在這則代表性的判決中，最高法院難得的就擔保契約在交易市場中的整體經濟活動面貌詳加闡述，並作為後續辨析「擔保契約」有別於「保證契約」的基礎，相對於傳統判決僅引用裁判先例的抽象要旨，最高法院在本則判決的表現值得認同。

^{註9}如：最高法院 94 年度台上字第 1134 號、97 年度台上字第 838 號及 99 年度台上字第 1481 號民事判決。

^{註10}如：臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字第 23 號民事判決（業經最高法院 96 年台上字第 2751 號民事裁定駁回上訴確認）。

^{註11}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

^{註12}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

事實上，過去最高法院涉及擔保契約概念的判決，的確多是基於工程契約糾紛所生^{註13}。基於此種認識及本件的原因事實背景，最高法院首先指出，國內工程實務界之擔保制度，除保證金之實際交付外，常由銀行金融機構出具保證書，以疏解承包商之籌資壓力；並於保證書上記載立即照付約款，以滿足業主快速實現權利之需求。該保證書雖為承包商繳交保證金之替代，惟其性質及法律效力究與承包商原應繳付之保證金不同，不宜混淆^{註14}。

換言之，為了確保承包商能履行契約，業主通常要求承包商要繳交保證金，但基於承攬報酬後付原則^{註15}，承包商在完成工程前已需要自行承擔營運資金，若需在開工前額外繳付大筆保證金，現金流量可能不足以致影響正常營運，因此多由銀行出具保證書代替。當然銀行不會免費替承包商作保，此種基於銀行法所允許的保證業務，實務上銀行會與承包商簽訂委任保證契約，以臺灣銀行網站為例，其收費標準為按基準費率（年率 1%）加上基本點（依被保證人信用評分高低計算）後，並依實際保證金額及保證日數計收，最低收費新臺幣 1000 元^{註16}。此種保證書，依據最高法院闡釋，與承包商自行繳納之保證金性質有所不同，讀者應予區別。

而此種以工程實務界現象做為論述基礎的契約解釋及定性法則，似乎是更側重於商業慣例的要素。相對於過於抽象的誠信及公平原則要素，最高法院此種契約定性及解釋的操作值得贊同。

事實上，在商業經營的實務中，法律的安定性是非常重要的需求。在國際投資活動中，具有獨立性的擔保契約是交易活動中常使用的工具，雖然民法及銀行法並無此類預設的契約類型，但基於私法自治原則，最高法院在名為保證書的契約類型中開闢出擔保契約的空間，並未陷於字面文義的泥沼，值得嘉許。至於如何能使判準更為明確？如何能使法律見解更有安定性？則仰賴法院及律師作為事前法律顧問或事後訴訟代理人的共同協力。

^{註13}如：最高法院 94 年度台上字第 1134 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字第 23 號民事判決（業經最高法院 96 年台上字第 2751 號民事裁定駁回上訴確認）、最高法院 97 年度台上字第 838 號及 99 年度台上字第 1481 號民事判決。

^{註14}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

^{註15}民法第 490 條第 1 項規定參照。

^{註16}<http://www.bot.com.tw/business/loans/generalloan/pages/tb321d.aspx>。

(三)三角關係

接續經濟活動的闡述之後，最高法院則就此種經濟活動的三角法律關係予以闡釋：

1.首先，就擔保人（銀行）和擔保權利人（業主）間之法律關係，最高法院認為，其性質應屬立即照付之擔保，擔保銀行於業主行使請求付款之形式要件時，即有付款義務；**擔保銀行除得主張該擔保契約本身有效與否之抗辯或業主之請求付款明顯即知為權利濫用或有違反誠信原則外，均不得以源於承攬契約法律關係為抗辯**^{註17}。

2.其次，就擔保人（銀行）對擔保權利人（業主）付款後，對被擔保人（承包商）的權利行使，最高法院則認為應由擔保人（銀行）向被擔保人（承包商）行使。

特別值得研究的情形則是，如果業主未因承包商之違約受有損害或所受損害少於擔保金額，致業主不應終局保有全額或部分擔保金時，換言之，承包商在法律上可請求返還部分擔保金時，最高法院則指出：除有特別約定外，基於擔保金於擔保銀行給付後，即為承包商依承攬契約所應繳納保證金，依債之相對性原則，應由承包商依其與業主間之約定定之，擔保銀行不得逕向業主請求返還，僅能依補償關係向承包商求償^{註18}。當然，若承包商無力清償且怠於行使權利，符合民法第242條要件時，擔保銀行得依民法代位規定行使權利。

二、具體條款約定

前揭代表性判決後，最高法院基本都維持相同闡述^{註19}。雖然判決原理相同，但實務糾紛案件未曾減少，足見抽象法理如何運用在具體個案中，仍是爭議焦點所在。

在此類案件中，如前所述，由於若契約定性為「保證契約」，保證人（銀行）得主張主債務人之抗辯，反之，若契約定性為「擔保契約」，擔保人（銀行）無從主張被擔保人（承包商）之抗辯，只要符合立即照付之要件，即使擔保權利人（業主）無從保留所有之保證金，擔保人（銀行）亦無法直接主張免為給付，而原則需由求償關係向被擔保人（承包商）請求，承包商再向業主請求返還，或於符合民法代位權之要件時，代位被擔保人向

^{註17}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

^{註18}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

^{註19}如：最高法院 102 年度台上字第 626 號、106 年度台上字第 471 號及 106 年度台上字第 97 號民事判決。

擔保權利人請求。

此種擔保契約在實務上多名為「保證書」，的確是契約定性及解釋的糾紛起源，推究其因，是因為民法及銀行法皆使用「保證契約」的用語，但工程實務界卻有「擔保契約」的需求，最高法院雖然基於私法自治原則，承認具有獨立性的「擔保契約」以「保證書」為名，藉以滿足工程實務的需要，但在法律未能同步跟上發展時，勢必將引起無止盡的保證書定性的糾紛。為協助讀者瞭解實務，筆者特地摘選數則判決中的保證書條款供參，依據實務見解，這些條款都會被認為是具有獨立性的擔保。

- (一)條款範例一：「業主認定承包商未依約履行時，一經書面通知，銀行即應撥付系爭履約保證金，絕不推諉拖延或提出任何異議，並放棄民法第 745 條規定之先訴抗辯權^{註20}。」
- (二)條款範例二：「業主依招標文件/契約規定認有不發還承包商履約保證金/保固保證金之情形者，一經業主書面通知銀行後，銀行當即在前開保證總額內，依業主書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無須經過任何法律或行政程序。銀行亦絕不提出任何異議，並無民法第 745 條之權利^{註21}。」
- (三)條款範例三：「茲由銀行保證承包商為銷售業主工程所需之發電機設備，銀行同意在額度美金若干元整內負責保證。如承包商有違約情事，本行於接獲業主通知後即在額度內負責賠償，並自願拋棄先訴抗辯權，絕無異議，特立本保證書為憑。^{註22}」
- (四)條款範例四：「承包商與業主簽訂上項工程合約後，承包商如未依工程合約書之規定履行合約時，一經業主書面通知到達十日內，銀行當即於前項保證金額內全部或除已退尚餘部分，撥交業主絕不推諉拖延。業主得自行處理該款無需經過任何法律或行政程序，銀行絕無異議且願放棄民法第 745 條之先訴抗辯權。^{註23}」

^{註20}最高法院 94 年度台上字第 1134 號民事判決。

^{註21}臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字第 23 號民事判決(業經最高法院 96 年台上字第 2751 號民事裁定駁回上訴確認)及最高法院 97 年度台上字第 838 號民事判決。

^{註22}最高法院 99 年度台上字第 1481 號民事判決。

^{註23}最高法院 102 年度台上字第 584 號民事判決。

肆、案例演練

在解答案例時，作答者需先有問題意識，雖然上揭內容所引用法院判決的原因事實多是工程合約，不論主要契約標的事建造建物（工程合約）或者是採購設備（買賣合約），都可能會有銀行出具保證書的情形。

在本文所設案例中，契約的名稱究竟為保證契約或擔保契約並不重要，重要的是契約約定的內容，在目前的司法實務見解下究竟會被解讀為保證契約或擔保契約？因此，【情境 01】與【情境 03】的結論應該一致，【情境 02】與【情境 04】的結論應屬相同。而作為引言，讀者應該先點出本件的爭點在於保證契約及擔保契約的認定，並且闡明二者法律性質的差別及區別實益，也就是，銀行究竟能否主張承包商的抗辯，而拒絕給付全額的保證金？

其次，在進行具體認定時，讀者應先援用契約解釋法則以及實務見解相關原則。進而，具體針對個案判斷題目條款的屬性；若題目並未提供具體條款內容，讀者可參照前述條款，假設不同情形回答。在本文的設例中，【情境 01】與【情境 03】並無立即照付及放棄抗辯權的聲明，可能會被認為是民法中的保證契約性質；相反，【情境 02】與【情境 04】的立即無條件照付且不得異議抗辯，可能會被認為是擔保契約。

目前在實務中，除工程實務大量使用而累積相當可觀案例外，最高法院並未經常認定擔保契約的存在，因此，在本文民事實務見解回顧第 31 回簡單介紹擔保契約的內容過後，在後文民事實務見解回顧第 33 回中，預計將回歸介紹保證契約的法律效果面。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！