

教學觀摩

民事實務見解回顧（三十）
保證契約（上）

編目：民事法

主筆人：游律師

【案例1】

A欲購入土地一筆價值新台幣（下同）300萬元，因資金不足，擬向X銀行貸款100萬元。若A決定該筆土地以子B名義購置，A應X銀行要求以B名義簽署保證契約，明確保證範圍為該筆借款。嗣B成年後，因A經商失敗，無力償還，該筆債務現存餘額新台幣20萬元。X銀行洽B協商未果後，起訴請求B償還該筆債務，B則抗辯該保證契約簽署時自己尚未成年，內容不利於己，違反民法第1088條規定，應屬無效。試問：若您是承審法官，應為如何之判斷？

【案例2】

A欲購入土地一筆價值新台幣（下同）300萬元，因資金不足，擬向X銀行貸款100萬元。A應X銀行要求徵提保證人一名，商請兄長C擔任保證人。嗣A經商失敗後，無力償還，該筆債務現存餘額新台幣20萬元。X銀行洽C協商未果後，起訴請求C償還該筆債務。試問於下列情境：若您是承審法官，應為如何之判斷？

《情境1》

C抗辯，C接獲A電話當日，因臨時有事當天下午要出國一陣子，A需錢孔急無法等C回國，且X銀行因保證契約書紙本用罄，隔天才能補充，故其情急下先於借款契約紙本上載明「A的債務我負責」並簽名，但這不是X銀行的保證契約書，也沒有載明保證字樣，其不負保證責任。

《情境》

C抗辯，C原本和X銀行專員約好，在A與買家簽約買賣當日下午，其至銀行簽訂保證契約。但A賣家臨時有事商議延後一個月簽署買賣契約，C不知情下先至X銀行簽署保證契約，該保證責任違反發生的從屬性，無效。

《情境》

C抗辯，C原本和X銀行專員約好，在A與買家簽約買賣當日下午，其至銀行簽訂保證契約。但A賣家臨時有事商議延後一個月簽署買賣契約，C不知情下先至X銀行簽署保證契約，該保證責任違反發生的從屬性，無效。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

壹、概說

本文即民事實務見解回顧第30回及後續系列第31回及第32回，將共同梳理並呈現「人保」制度的全貌。

傳統而言，論及人保，讀者眼光很容易自限於債務人向銀行借款而徵提保證人、簽訂「保證契約」的案例。此固然是重要的人保類型，但若僅想像此類案例將如同立於井底窺天。想要透徹瞭解人保制度，得突破過於狹隘的想像（貳）。

在此基本介紹過後，本文聚焦於人保制度最基礎類型，也就是民法典中所訂之保證契約，從保證契約的成立談起（參），繼而介紹保證責任的內容（肆），最後則一貫以案例演練替代結論（伍）。

換言之，除總論性介紹外，本文聚焦借款人及債權人間的保證契約法律關係本身，至於第31回及第32回，將接續探討保證契約所屬的多方法律關係架構，以及保證契約以外的人保制度。

貳、避免過於狹隘的想像

一、人保制度的多樣性

當代經濟社會是由一連串交易所組成。所謂交易，就是財產價值的交換。買賣契約是以財產的所有權交換金錢，租賃契約是以財產的使用權交換金錢，僱傭、委任和承攬契約是以勞務交換金錢，只是勞務的內容特性和類型不同。

而借款，也就是民法定性的消費借貸契約，雖然因為要物契約特性，使得契約成立後，看似只有借款人單方負有返還金錢和約定利息義務，但從自然社會的生活事實來看，消費借貸就是債權人提供金錢讓借款人自行運用，而在約定時期償還本金並支付利息作為使用金錢對價的交易。

從這個角度來看，借款和其他契約一樣，都是交易，都有風險。換個角度來看，其他契約也和借款契約一樣，需要人保制度（包括：保證契約）抵減信用風險，增強商業信心以活絡交易，故人保制度本質並非許多讀者心想的邪惡不堪。

詳言之，在交易過程中，出賣人可能無法如期供貨導致買受人對第三買方違約，出賣人也可能因為買受人未支付價金而對原料商違約，租賃、僱傭、委任、承攬無一不是如此。除要求契約他方當事人提供物保外，人保是最被普遍使用的制度類型。換言之，除銀行作為債權人要求保證人提供在借款人無力清償時的代償承諾外，更多時候銀行本身就為借款人擔任保證人

註1。

以政府採購為例，不論是工程定作或是財物買受、定製、承租，投標及得標廠商在押標金或保證金外，最常見的擔保就是由以銀行開發或保兌之不可撤銷擔保信用狀或銀行之書面連帶保證等人保工具^{註2}。也就是說，人保提供者不必然想像中的弱勢，更多時候保證人是具有相當資力之人，其保證效果未必遜色於物保。

又例如：國際貿易中的信用狀也是由銀行提供的人保制度，使得陌生的跨國交易對手間能夠產生信賴交易履行的基礎。再例如：中小企業信用保證基金為新創事業提供的保證，使得創新創業者得獲得銀行融資，開創新局。即使不提金融機構或者特殊財團法人的保證，母公司為子公司保證，或反向由子公司為母公司為之，或公司的董事為公司保證，也都是商業實務再常見不過的日常，甚至，這類保證可避免特定人如董事或法人如母公司濫用子公司公司的人格獨立性，脫免責任。

凡此種種，均可見人保制度遠不只有債務人向銀行借款而徵提保證人、簽訂「保證契約」的案例。

二、管制外應給予自由

以上分析可知，人保制度的法律關係中，同一法律地位的當事人屬性可能存在極大差異，運用領域極為廣泛，讀者在學習理解時應避免過於狹隘的想像，日後執業或充座判席時也應避免對於人保法律關係的偏見。

本文不是說人保制度可以逃脫管制，只是強調應該給予人保制度彈性運用空間，尊重當事人間的私法自治及契約自由。至於人保制度的管制應透過明確立法行為為之，而非動輒訴諸司法裁判。

這不是為司法卸責，而是打造符合國際貿易及投資活動所期待法律安定性的必要手段。亦即，所有管制都應是明確可預見的立法安排，在不違反明文管制基礎下，司法活動不應該動輒介入影響當事人間合意。

參、保證契約成立

一、當事人

(一)概說

在保證契約的法律關係中，契約一方當事人是「保證人」，他方也就是接受保證之人，為便於理解，本文以下從民法用語均稱為「債權人」。

註1 政府採購法第30條及押標金保證金暨其他擔保作業辦法參照。

註2 銀行法第3條第13款參照。

債權人作為在保證法律關係中獲得利益的一方，自然不是爭議所在。至於保證人，民法債編保證章節的規定，看似並未對保證人資格為一般性限制，但有兩種情形值得特別注意。

(二) 未成年人

首先，是關於未成年人。未成年人本身沒有完全行為能力，而保證也不是純獲法律上利益行為，通常也難被認為是日常生活所必需，因此，原則上，保證契約須由法定代理人代理，才能確保主體面的行為能力沒有欠缺。

在法定代理人是父母的情形，最高法院早年曾有判例認為，父母為其未成年子女之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為，保證行為，法律並未禁止法定代理人為之，則法定代理人代未成年之子女為保證行為，自難依民法第1088條第2項但書之規定，認為無效^{註3}。

在最高法院判例之後，臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會曾探討此一問題，並且會議初步研究結論認為，主張保證契約無效的甲說有其理論依據，但最終仍認為，在最高法院判例變更前仍應遵循最高法院見解^{註4}。嗣後，該則判例經最高法院決議廢止^{註5}。但目前最高法院，與判例廢止前的法律座談會初步研究結論不同，並未一律否定該行為的效力，而是個案判斷該行為是否符合子女利益。

在多數情形，的確很難認定父母以未成年子女名義為保證是有利於子女。最高法院的考慮是存在特定例外之上，此類例外肇因於我國資金充足之父母常以子女名義購置不動產的現實民情。

若父母以該子女名義為購置不動產債務之保證，且保證明顯債務小於不動產價值時，似乎難以認為此種行為不利子女^{註6}。而金融業主管機關也並不認為此類業務應一律禁止、只是原則「不宜」，但「未成年人基於自身利益」時仍可承作，只是應確保內部控制制度落實運作^{註7}。

^{註3}最高法院53年台上字第2611號民事判例參照。

^{註4}臺灣高等法院暨所屬法院86年法律座談會民事類提案第12號參照。

^{註5}最高法院91年度第13次民事庭會議參照。

^{註6}最高法院104年度台上字第839號民事判決參照。另在103年度台上字第908號民事判決中，最高法院也是將原判廢棄發回，要求調查是否使未成年子女負擔法律上之義務，且未享有相當之法律上權利？

^{註7}金融監督管理委員會金管銀法字第10410006580號函。

此一限制將影響保證契約的當事人得否為未成年人。

(三)公司

其次，公司作為法律上擬制存在的實體，本身並無法直接為任何行為，而須由代表人代為行為。但為保障公司資本充實，公司代表人行為也非完全沒有限制，公司法第16條第1項即明文規定，公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。此一規定將影響公司得否作為保證人之判斷。至於違反的效果，同條第2項也有明文，即公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。

二、標的

(一)定型化契約管制？

保證契約的標的，如同民法第739條指出，就是保證人於債務人不履行債務時，由自己代負履行責任。這項標的自應遵守民法揭槩的可能、確定、適法及妥當性要求，除民法總則和民法債編總論的一般規定外，最值得一提的是，保證契約得否適用民法及消費者保護法關於定型化契約的管制？

首先關於消費者保護法管制，由於消費者保護法是以消費關係為規制對象，不涉及消費關係者，自然不能適用消費者保護法。從狹義的契約關係來看，保證契約的確不是消費關係，而這也是最高法院歷來的見解^{註8}。

其次，關於民法管制，最高法院早期曾一概否認民法第247條之1規定適用^{註9}，但該號判決論理讓人費解，特別是判決理由指出，保證非消費關係無消費者保護法適用，自亦無民法第247條之1規定適用，顯然混淆消費者保護法及民法要件。若欲排除民法第247條之1規定適用，同一判決述及「保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟之弱者」可能勉強算是理由。但如本文前述，保證人是否是經濟弱者而有保護必要，在交易實務上不宜一概而論。若最高法院仍堅持採取此一標準，宜闡明保證人資力情形為妥。

近年來，最高法院整體結論並未改變^{註10}，但立場似乎稍有鬆動，部分

^{註8}早期見解如最高法院90年度台上字第2011號判決，最近則如101年台上字第377號民事判決。

^{註9}最高法院96年度台上字第1246號民事判決參照。

^{註10}最高法院101年度台上字第377號民事判決參照。

判決修正理由認定保證契約條款責任範圍並非漫無限制，且保證人可以隨時終止，從而認定未顯失公平^{註11}。雖然結論相同，但此一論述方式似乎較為可採。

(二)徵提保證人之限制

雖然最高法院並不支持保證契約適用民法及消費者保護法得定型化契約管制，但保證契約也不是漫無限制。最重要的限制，當屬銀行法第12條之1第1項及第2項的限制，亦即，銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，**不得要求借款人提供連帶保證人**；銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，**已取得前條所定之足額擔保時，不得要求借款人提供保證人**。

89年增訂本條規定時，立法理由即指出，此項規定係因長期存在的銀行連帶保證人制度，嚴重違反公平交易原則，侵犯消費者權益，破壞銀行風險管理及內部控管功能，扭曲金融市場應有機制。換言之，在此之外的保證契約已經立法審酌，原則應予尊重。

從條文文義顯而易見的是，本條適用關鍵在於，何謂「自用住宅放款及消費性放款」？何謂「足額擔保」？

對此，主管機關已明確釋示，「自用住宅放款」，係指具有完全行為能力之中華民國國民，目前確無自用住宅，為購置自住使用之住宅所為之金融機構貸款；「消費性放款」係指對於房屋修繕、耐久性消費財產（包括：汽車）、支付學費及其他個人之小額貸款，及信用卡循環信用等，但銀行依據教育部「高級中等以上學校學生就學貸款辦法」及「教育部補助留學生就學貸款辦法」辦理之貸款不在此限；「足額擔保」，係指銀行對於授信戶之授信餘額，應不高於授信當時對其提出之擔保品經依同法第37條規定覈實鑑估後所估價值，一旦擔保品價值貶落時，銀行得要求客戶補提擔保品，或徵提保證人^{註12}。

三、意思表示

保證契約也是一法律行為，同樣需要具備意思表示要素。此項屬契約行為，意思表示需要要約承諾一致，在實務上，即便是沒有銀行借入的保證契約，也甚少空口白話，通常都有書面記載。

因此，實務上比較爭議的情形是，意思表示不明確時，法院該如何認定有

^{註11}最高法院101年度台上字第276號民事裁定參照。

^{註12}金融監督管理委員會金管銀法字第10010008650號函。

無保證契約之存在？對此，最高法院採取與向來一致的解釋途徑，不堅守文義字面，即便是在借據書面上額外記載而非單獨另立保證契約書紙本，且並未明確使用「保證」字樣，仍有可能成立保證契約^{註13}。此外，意思表示本身也必須要健全無瑕疵，如有錯誤、詐欺及脅迫等情形，可以民法總則及債編總論有關規定處理，本文在此不贅。

肆、保證責任內容及履行：從屬性

保證契約的責任內容和履行上，不少效果仰賴民法規定，但一個共通而明確的特徵就是責任的「從屬性」。

第一個面向是責任發生的從屬性。最高法院不只一次提及，保證責任的發生以主債務存在為前提，在此前提下，最高法院強調二點，首先，雖然有此責任成立的從屬性，但保證債務和主債務的法律關係仍是獨立的法律關係^{註14}；其次，此種發生層面的從屬性，最高法院似乎略有緩和，即被保證之主債務，固應於保證成立之前發生，但無須為現實的發生，以已有發生之基礎，而將來可發生者為已足，是將來可發生之債務，亦可作為保證之主債務^{註15}。

第二則是內容上的從屬性。民法第740條及第741條規定，保證債務，除契約另有訂定外，包含：主債務之利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔，且保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度，就是最典型的案例。這種責任內容的從屬性，最高法院最早曾指出，債務人與債權人間另成立之借貸契約，若不能證明保證債務人已經承諾願負保證之責，縱係因原契約而發生，亦不得謂為保證債務人當然應負保證責任^{註16}。值得探討的是，主債務之契約如經解除，回復原狀的義務是否含括在內？從條文字義上來看，不甚明確，但最高法院向來認為，如契約是因違約行使解除權的結果而歸於消滅，此時的回復原狀責任仍在保證責任範圍，反之，若是雙方合意解除，則不在保證責任範圍內^{註17}。最高法院此種解釋傾向，或許來自於對主債務人與債權人合意可能擴大保證人責任範疇的憂慮。類似的思考展現民法第755條規定，就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對

^{註13}如最高法院84年台上字第2684號判決。記載：我們兄弟負責償還。

^{註14}最高法院85年台上字第2448號民事判決參照。

^{註15}最高法院79年台上字第505號民事判決參照。

^{註16}最高法院40年台上字第1098號民事裁判要旨參照。

^{註17}最高法院44年台上字第323號民事裁判要旨、46年台上字第1252號民事裁判要旨、76年台上字第209號判決參照。

於其延期已為同意外，不負保證責任。也就是說，在主債務人如與債權人延長清償期，若無保證人同意，保證人對於超出清償期的主債務是無需負擔保證責任。

第三，移轉上的從屬性。民法第295條第1項本文定有明文，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，立法理由即已闡明，如保證以無反對之特約為限，當然隨債權移轉於受讓人。最高法院並闡明，此種移轉並無須得保證人同意^{註18}。

第四，實行上的從屬性。也就是保證人得主張主債務人的相關抗辯，例如：民法第742條規定，主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。又例如：民法第72條之1規定，保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷。再例如：民法第747條規定，向主債務人請求履行，及為其他中斷時效之行為，對於保證人亦生效力。

實行上的從屬性應予保證債務的補充性有所區別。學說上所稱的補充性，則是指民法第745條規定，保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償，此項權利又稱先訴抗辯權。民法第746條第1款規定本項權利得以放棄，保證人若放棄本項權利只是使保證債務喪失補充性，但保證債務仍具從屬性^{註19}。

此外，前述銀行法關於徵提保證人的特別規定，除規範保證人徵提的前提，也規範行使權利的限制，即銀行法第12條之1第4項規定，未來求償時，應先就借款人進行求償，其求償不足部分，如保證人有數人者，應先就各該保證人平均求償之。此一規定，亦須注意，違反者，保證人可循聲明異議程序撤銷執行程序^{註20}。

最後，消滅上的從屬性，民法第307條規定，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。最高法院即指出，民事保證債務不過為擔保主債務之從債務，故主債務消滅時，保證債務亦隨同消滅^{註21}。

應該要強調的是，從屬性不是人保制度的必然屬性，在人保制度的譜系中有許多不具從屬性的人保制度，甚至可以說，從屬性也不是整體擔保制度的必然屬性，即使是物保，也有不具從屬性的物保制度^{註22}。這些從屬性的例外，因為知

^{註18}最高法院86年台上字第2363號民事判決參照。

^{註19}陳自強，《違約責任與契約解消》，頁357。

^{註20}臺灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會民執類提案第4號。

^{註21}最高法院41年台上字第815號民事裁判要旨參照。

^{註22}陳自強，《違約責任與契約解消》，頁346-347。

識點特殊且有其商業實務需求，更具重要性，筆者系列作中將再行介紹，本文以上先謹就原則加以闡述。

伍、案例演練

在【案例 01】中，涉及未成年人法定代理人代為訂定保證契約的問題。如同前述分析，目前司法實務及行政實務都不採完全否認的見解，需要個案判斷。所以，筆者在題目當中設下相當嚴格的標準，除所有權登記給子女外，保證範圍明確且土地價值遠大於債務餘額。讀者解答時，原則上應該可以肯定該保證之效力。但若有其他情形或題幹並不明確，讀者或許可假設情形回答，或朝有利於未成年人之方項回答。

【案例 02】各種情況很難成為單一題目，較有可能是同一題目中一微小爭點，讀者最好都能有所把握。

《情境 1》涉及的是保證契約的成立和解釋，如前所述，保證契約的成立原則上並沒有形式要求，但通常都會有書面，爭點常來自於書面的記載不明確。《情境 1》是根據司法實務案例改編，原則上會成立保證契約沒有問題，但因為沒有另外簽訂特約，所以保證契約的效果都要依照民法的原則性規定，這還請讀者注意，所以《情境 1》如有相伴後續的爭點，都要依照民法的原則性規範答題。

《情境 2》則是涉及責任成立從屬性的問題，本文前也論及，最高法院寬認責任成立從屬性的規範解讀，在本題中，如果該保證契約已經足夠特定該不動產買賣契約，原則上不會被認為無效。

《情境 3》關於保證契約是否適用民法及消費者保護法定型化契約之有關規定，屬於相當重要爭點，讀者應該要能夠掌握最高法院目前見解。由於此一見解不少學者都有批評，建議讀者可以先引用較有爭議闡述，如：保證，性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，且保證人亦非消費者，自無消費者保護法適用；且保證人係擔保他人間之債務清償責任，非經濟弱者，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，其可不訂定保證契約之自由並未受剝奪，亦不因此而生不利益，保證人既同意該條款而訂定系爭連帶保證契約，即不得任指該契約條款為無效。再補充學者見解評析，但因目前實務已有部分見解回歸正常的民法第 247 條之 1 要件判斷，建議讀者仍應回歸條文要件判斷為妥。

【高點法律專班】

【未完，下期待續】

版權所有，重製必究！