

# 保證契約之實務問題研究

計畫編號：NSC90-2414-H002-028

計畫主持人：詹森林

## 一、中文摘要

本計畫以最高法院之保證判決為核心，探討保證契約在實務上之重要問題。基於本計畫之通常篇幅，在此僅就實務案例最豐富之最高限額保證及保證契約與消保法適用問題，加以說明。至於保證契約之全盤檢討，則留待他文。

關鍵詞：

保證契約、最高限額保證、連帶保證、定型化契約、消費者保護法

Abstract:

This project intends to research the practical problems in connection with the contract of guarantee. Analyzed and commented are especially the decisions of the Supreme Court.

## 二、緣由與目的

保證契約，自古有之，在融資頻繁的現代交易社

會，實務上更為常見。保證契約，係由債權人與保證人簽訂，但保證人通常係基於與主債務人有父母、子女、兄弟姊妹、配偶等親密身份關係，或公司董監事、大股東等親密財產關係，而某程度不得不與債權人締約，故一旦發生主債務人不能清償債務時，如何平衡債權人與保證人彼此間之權利義務，成為保證實務最重要之問題。有鑑於此，本計畫特就最高法院所作關於保證之判決，予以整理、分析，希望釐清案例類型、爭議問題、法院見解，並藉此加強實務與學術之溝通，以提昇我國民法研究水準與裁判品質。

# 壹、最高限額保證

## 一、最高法院判決

所謂最高限額保證，係指基於銀行實務上所用之下列條款與訂立之保證契約：「保證人就主債務人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之借款、票款、墊款、承兌、貼現、保證、委任保證、開發信用狀等債務，及其他一切債務，以本金（金額數字由當事人於個案中約定）為限額，暨其利息、遲延利息、違約金、損害賠償及其他費用，暨其他從屬於主債務之負擔，願負連帶保證責任」。

最高法院基本上認為，最高限額保證契約係屬有效。下列判決<sup>1</sup>可資參照：

### 1. 八十五年台上字第二九一六號判決：

「依保證書記載，保證範圍包括畢佳碩公司對被上訴人現在及將來所負之借款、票款、透支、墊款、保證、損害賠償等及其他一切債務以一億元為限額，含本金及其利息、遲延利息、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。前者之損害賠償，既與借款、票款、墊款等併列，應解為係與借款、票

款、墊款等性質相同獨立發生之債務，亦即應屬侵權行為損害賠償之債務；後者之損害賠償與利息、違約金、遲延利息等併列，應解為係與利息、違約金、遲延利息等同性質，不能獨立發生而須依附於已存在之債務而發生之債務，亦即債務不履行之損害賠償。故縱認畢佳碩公司就該等借款係屬冒貸之侵權行為，被上訴人如以侵權行為損害賠償之法律關係請求該公司賠償該等款項之損害時，因上訴人所負之保證範圍包括侵權行為損害賠償，自仍不能解免其連帶清償之責任。」

### 2. 八十六年台上字第一五六七號判決：

「兩造約定就被上訴人與主債務人晏忠公司間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額二千萬元，由上訴人連帶保證之前開契約，乃學說上所謂「最高限額保證」，既未定期間，則該保證契約在未經上訴人依民法第七百五十四條規定終止或其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，均為保證契約效力所及（最高法院七十七年臺上字第九四三號判例參照），此乃契約性質使然，難認有何不公平、不合理或違反誠信原則、公序良俗情事，是上訴人抗辯前開保證契約違反消費者保護法第十一條、第十二條、民法第七十二條之規定，應屬無效云云，均無

<sup>1</sup> 請再參閱八十七年台上字第八七九號、八十八年台上字第一〇八四、八十九年台上字第二三〇四號、九十年台上字第二〇一一號等判決。

可取。前開晏忠公司對被上訴人所負債務，既在兩造約定連帶保證範圍內，則被上訴人據以請求上訴人履行連帶保證人責任，自屬權利之正當行使，難認有濫用權利或違反誠信原則，上訴人抗辯被上訴人行使債權違反誠信原則云云，亦無可採。至兩造所訂保證契約第三條約定：保證人不得隨意終止保證契約，雖排除民法第七百五十四條保護保證人規定之適用，有失公平，然僅該條款之效力受影響，不能因此而謂其他約定亦均無效，是上訴人仍應負連帶保證人責任。從而，上訴人本諸連帶保證契約之法律關係，請求上訴人給付前開晏忠公司所欠之借貸款、本票代墊款共捌佰萬元、及其約定利息與違約金，為有理由，應予准許。爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法並無不合」。

## 二、本文看法

最高限額保證，對於促進交易，活用融資，有其重要功能，無待贅言。然而，本文以為，最高限額保證之範圍，雖形式上有一金額上限，但依銀行常用之定型化契約條款，則其擔保範圍及於主債人之保證、委任保證、及其他一切債務，甚至包含主債務人對於債權人之侵權行為債務。從而，保證人可能必須負擔其於訂約時無法預見之保證債務。舉例言之，乙向甲銀行借款時，由其配偶丙與甲訂立最高限額保

證。嗣後，乙、丙因乙有婚姻暴力而由法院判決離婚。乙又與丁同居，並基於丁之要求，而為丁之父親戊與甲銀行間之借款契約擔任保證人。如此一來，戊不清償借款時，甲銀行得依從前與丙訂立之最高限額保證契約，請求丙代戊清償。試想，丙不但業已與乙離婚，且又與丁、戊素未謀面，更無任何信賴可言，卻僅因從前在和乙婚姻狀態存續中，與甲訂立之保證契約，即須為戊之債務負責，實在與保證人通常與主債務人間有信賴關係，從而願意承擔主債務人不能或不願清償風險之基本原理，大相逕庭。

因此，本文以為，最高限額保證契約條款，違反保證契約之本質者（例如前述保證債務及於主債務人對於債權人之保證債務或其他顯不合理之情形），依民法第二四七條之一第四款或依消保法第十二條二項規定，無效。

## 貳、保證定型化契約與消保法之適用問題

### 一、最高法院判決

消保法施行後，實務上一項值得特別注意之情形為：定型化保證契約有無消保法之適用。對此問題，最高法院逐漸明白採取否定見解。參看下述判決：

1. 八十八年台上字第五七號判決：

「連帶保證人與銀行所訂立之保證契約，乃其擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，性質上屬單務、無償契約，非屬消費之法律關係，保證人非消費者，自無消費者保護法之適用。故上訴人抗辯保證書第四項約定為被上訴人片面制定之定型化契約，保證行為亦屬消費行為，已抵觸民法第七百五十五條規定，且違反誠信原則，依民法第七十一條、消費者保護法第十二條規定，應屬無效，被上訴人既已與主債務人成立和解，同意延期清償，且未經上訴人同意，依民法第七百五十五條規定，上訴人自不負保證責任云云，並無足取。」

2. 八十八年台上字第一〇八四號判決：

「按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言，此觀同法第二條第一款規定自明。本件展○公司先後向被上訴人借款八筆，共計二千七百三十萬元，係屬融資借貸關係，而保證人即上訴人等與借款人展○公司之關係，除第一審共同被告葉○○係展○公司之關係企業總○建設公司之負責人外，餘均為展○公司

之股東或股東之至親，有關融資借貸之保證契約，具有活絡展○公司資金週轉之效果，為原審合法確定之事實。則本件借貸係以展○公司之資金週轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，此觀上訴人簽訂之保證書第六條記載，本條約定僅適用於非屬消費者貸款之保證，由保證人於本條文末簽章後生效，並由上訴人於該條文末簽章，益為明顯。是本件保證契約自無適用消費者保護法之餘地。」

3. 八十八年台上字第二〇五三號判決：

「所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。」

4. 九十年台上字第二〇一一號判決：

「所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀

行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。」

5. 九十一年台上字第七四〇號判決：

「銀行與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。原判決謂銀行與保證人間所訂立之保證契約，如在簽訂前未將雙方之權利、義務完全告知或給保證人相當之審閱期間，應可類推適用消費者保護法第十四條及施行細則第十一條第二項之規定，認定未經適當期間審閱之部分，並無拘束當事人之效力，而為上訴人不利之論斷，所持法律見解，尤有可議。」

## 二、本文看法

本文以為，最高法院根本否認消保法對於保證契約之適用，

尚有商榷餘地。分別從下述三點說明之：(一)銀行對保證人之附隨義務(二)單務契約債務人之責任(三)保證人與主債務人責任之比較。

### (一) 銀行對保證人之附隨義務

保證者，當事人約定，一方(保證人)於他方(債權人)之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約(民法第七三九條)。因此，債權人對於保證人並無主給付義務。然而，債權人對於保證人仍負有附隨義務。債權人尤其不得以違反誠實信用之方法，行使其對於保證人之權利(民法第一四八條第二項)<sup>2</sup>。

因此，銀行誘導主債務人無須清償者，即不得向連帶保證人主張保證責任。再者，債權人之行為有害保證人對於主債務人行使求償權(民法第七四九條)者，亦不得請求保證人履行保證責任，例如，債權人明知主債務人已經陷於財務困難，卻僅因有保證人擔保借款，遂仍在擔保範圍內，繼續對主債務人融資，則於主債務人無法清償時，債權人不得請求保證人代為清償。

此外，基於保證之目的在於

<sup>2</sup> Erman / Seiler, 10. Aufl, 2000, § 765, Rn 10; Larenz / Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, § 60 III 4 b, S. 14f.

擔保債務人之清償，故保證人原則上應自行充分瞭解甚至掌控主債務人之資力，而不得期待債權人告知關於主債務人之資力情形。可是，上述原則並非毫無例外。例如：債權人與保證人締結保證契約時，故意隱瞞或因重大過失未向保證人告知關於影響主債務人清償能力之重要資訊，致保證人就發生錯誤者，債權人應對保證人負締約上過失責任（民法第二四五條之一參照）。同理，保證人對於主債務人清償能力之認知顯有錯誤，並將影響保證人保證責任之履行或求償權之行使，而債權人知此情事者，債權人應向保證人說明，否則亦為違反附隨義務<sup>3</sup>。

準此，最高法院一再以銀行（債權人）對於保證人不負任何義務為由，而認為定型化保證契約無消保法之適用，尚有澄清必要。

## （二）單務契約債務人之責任

保證契約乃單務契約，僅保證人對於債權人負有主給付義務；債權人對於保證人則無主給付義務可言。惟單務契約之債務人所負之責任，應予減輕，乃民事法律關係上之基本原則，無償

行為債務人之過失責任應從輕酌定（民法第二二〇條第二項）、贈與人注意義務及履約責任應予減輕（第四一〇條、第四一一條、第四一三條、第四一四條、第四一八條）、使用借貸或無償消費借貸貸與人之撤銷權（第四六五條之一、第四七五條之一第二項）、無償債務人僅負具體輕過失責任（第五三五條、第五九〇條）等規定，均為其例。因此，最高法院所言：「銀行對保證人不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約」，固屬實情；但正因如此，尤其應使保證人受消保法關於定型化契約規定之保護，以盡量減輕其責任，俾符合前揭之民法基本原則。

## （三）保證人與主債務人責任之比較

從銀行借款予主債務人，並就該債務與保證人訂立保證契約之三角關係觀察，主債務人尚且從銀行取得給付（借款），而保證人則對債權人純粹負有保證債務。因此，在對於債權人所負之責任上，法律對保證人所提供之保護，應優於或至少等於對主債務人所提供者，要屬當然。民法第七四二條規定：「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之」、第七五一條規定：「債權人拋棄為其債權擔保之物

<sup>3</sup> Reinicke/ Tiedtke, Buergschaftsrecht, 2. Aufl., 2000, Rn 252ff.; dies., Kreditsicherung, 4. Aufl., 2000, Rn 231ff.

權者，保證人就債權人所拋棄之限度內，免其責任」，均在表現保證人優於主債務人而受保護之立法意旨。

主債務人與銀行間之定型化借款契約，應適用消保法，並無任何不同意見，則基於前述保證人應優於主債務人受保護之意旨，為何保證人與銀行間之定型化保證契約，卻無法受消保法之規範？準此，最高法院之見解，似嫌利益衡量顛倒，價值判斷錯誤。

#### （四）結論

綜上所述，本文認為，債權人以其定型化條款與保證人締約者，亦應有消保法之適用。最高法院於九十一年台上字第二六三號判決<sup>4</sup>指出：「徵諸系爭保證書約定保證範圍泛及於主債務人禾○公司於現在及將來，對第一銀行所負之借款、票據、保證、損害賠償等其他一切債務，李○○、李○○、李○○部分以本金三千萬元為限額，李○○、李○○部分以本金五百萬元為限額，且約定保證人預為拋棄民法規定保證人之權利（見一審卷第四六、四八頁）等情。所稱保證及於禾○公司所負「其他一切債務」，其保證債務之範圍是否可得確定？除保證「本金」限額以外之利息暨違約金是否亦屬保證

之債務範圍？同否受此最高限額之限制？概括約定預先拋棄民法規定保證人抗辯權利之效力如何？有否違背民法第七十二條規定？在在攸關李○○等上開防禦方法是否足採，及渠等應否負連帶保證責任之認定，原審未詳加審酌研求，遽以前揭情詞為李長錦等不利之判斷，即欠允洽」。

最高法院於該判決係以民法第七十二條為認定最高限額保證之定型化契約是否有無效之事由，或係在維持其一貫「保證契約無消保法適用」之見解，但亦可得知，最高法院似亦開始注意保證定型化契約對保證人之顯然不利情形。

<sup>4</sup> 全文可參看，台灣本土法學雜誌，37期（2002年8月），208頁。