

# 行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告 期末報告

## 擔保權利之確保與快速實現之合理性(第3年)

計畫類別：個別型計畫  
計畫編號：NSC 99-2410-H-004-179-MY3  
執行期間：101年08月01日至102年11月30日  
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

處理方式：

1. 公開資訊：本計畫可公開查詢
2. 「本研究」是否已有嚴重損及公共利益之發現：否
3. 「本報告」是否建議提供政府單位施政參考：否

中華民國 103 年 02 月 28 日

中文摘要： 工程契約中承包商若因施工不良經業主限期改善而未為改善，致無法履行合約時，由保證廠商進場接續施作完工，或由保證廠商對於業主損害負連帶賠償責任。實有必要探討此新型態擔保契約類型，以確保契約法中擔保權利合理發展。

本成果報告首要擬探討連帶保證廠商係指係於原工程契約之連帶保證廠商進場施作之法律性質，續而探討保證廠商對業主權利義務之重大爭議，並探討民法第 751 條所稱「為其債權擔保之物權」，是否僅指涉民法物權編所規範之擔保物權或亦包含新型之非典型擔保？此外，若保證人除簽訂保證契約外，對於同一主債務亦提供自身之不動產供債權人設定抵押權時，該保證人與同一主債務之他擔保人之內部分擔額應如何計算，向有爭議。本成果報告擬分析「雙重責任說」與「單一責任說」之差異，並提出採取單一責任說之理由。最後，本成果報告亦針對保固金條款法律性質提出見解。期得釐清擔保權利之確保與快速實現合理性之議題。

中文關鍵詞： 承包商，連帶保證廠商，保證契約，保固金條款

英文摘要： Where circumstances exist for the contractor constructing jerry-built projects in construction contract, the owner may notify the contractor to carry out improvements within a time-limit. While the contractor can't performance the contract, the joint-and-several guarantee supplier shall carry out pending work and shall be jointly liable for the damage borne by the contractor. It's necessary to demonstrate the new category of guaranty to ensure the reasonable development of Contract Law.

First, the report makes a qualitative analysis on joint-and-several guarantee supplier. And also, analyzing the rights and obligations between the contractor and the owner is significant distribute to solve. Second, the report mentions the scope of Article 751 in Civil Code mentioned that 'the rights in rem on which his claim is secured'. Moreover, when the debtor has a guarantor and a third party who offers mortgage as insurance, it's vital to determine who is obligated the portion of the debt. The report tells the differences between dual responsibility and single responsibility and demonstrates the statements. Lastly, the report also discusses the issue on Warranty Bond.

To sum up, we try to encounter the solutions to the ensuring of security rights and the rationality of rapidly realization.

英文關鍵詞： contractor, joint-and-several guarantee supplier, guaranty, Warranty Bond

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

(期中進度報告/期末報告)

擔保權利之確保與快速實現之合理性

計畫類別：個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC 99-2410-H-004-179-MY3

執行期間：99年8月1日至102年11月30日

執行機構及系所：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

計畫參與人員：碩士班畢業生—陳思荔

碩士班研究生—蔡佳蓓、黃德聖、許凱翔、盧祐涵、  
呂婉琦

期末報告處理方式：

1. 公開方式：

非列管計畫亦不具下列情形，立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

2. 「本研究」是否已有嚴重損及公共利益之發現：否 是

3. 「本報告」是否建議提供政府單位施政參考 否 是， (請  
列舉提供之單位；本會不經審議，依勾選逕予轉送)

中 華 民 國 一 零 二 年 二 月 二 十 八 日

## 目錄

目錄.....	II
壹、中文摘要.....	IV
貳、英文摘要.....	V
參、報告內容.....	1
一、前言.....	1
二、研究目的.....	2
三、文獻探討.....	2
四、研究方法.....	3
1. 文獻探討法.....	3
2. 比較研究法.....	3
3. 實務分析法.....	3
五、結果與討論.....	4
(一)連帶保證廠商之施作.....	4
1. 連帶保廠商代履行契約之法律性質.....	4
(1)民法上保證.....	4
(2)契約承擔.....	5
(3)債權讓與與債務承擔.....	6
(4)立即照付、擔保付款.....	6
(5)依契約約定.....	7
(6)本文見解.....	7
2. 連帶保證廠商與業主間權利義務關係.....	11
(1)保證廠商對業主之義務.....	11
(2)工程保證金之歸屬.....	14
(二)民法第七百五十一條與保證之關聯.....	15
1. 實務見解.....	16
2. 本文見解.....	16
(1)為其債權擔保之物權.....	16
(2)債權人故意所為.....	17
(三)雙重擔保義務人之責任分擔.....	18
1. 實務見解.....	18
(1)雙重責任說.....	18

(2)單一責任說.....	19
2. 學說見解.....	19
(1)雙重責任說.....	20
(2)單一責任說.....	20
3. 本文見解.....	21
<b>(四)保固金條款.....</b>	<b>21</b>
1. 實務見解.....	22
(1)保固責任與承攬人之物之瑕疵擔保責任不同.....	22
(2)保固責任即承攬人之物之瑕疵擔保責任.....	23
2. 學說見解.....	23
(1)單純之品質約定.....	24
(2)獨立之擔保(selbständiges Garantieverprechen)...	24
(3)當事人特別約定之瑕疵擔保責任(從屬之擔保 (unselständiges Garantieverprechen)).....	25
3. 本文見解.....	25
<b>肆、結論與建議.....</b>	<b>28</b>

## 壹、中文摘要

工程契約中承包商若因施工不良經業主限期改善而未為改善，致無法履行合約時，由保證廠商進場接續施作完工，或由保證廠商對於業主損害負連帶賠償責任。實有必要探討此新型態擔保契約類型，以確保契約法中擔保權利合理發展。

本成果報告首要擬探討連帶保證廠商係指係於原工程契約之連帶保證廠商進場施作之法律性質，續而探討保證廠商對業主權利義務之重大爭議，並探討民法第 751 條所稱「為其債權擔保之物權」，是否僅指涉民法物權編所規範之擔保物權或亦包含新型之非典型擔保？此外，若保證人除簽訂保證契約外，對於同一主債務亦提供自身之不動產供債權人設定抵押權時，該保證人與同一主債務之他擔保人之內部分擔額應如何計算，向有爭議。本成果報告擬分析「雙重責任說」與「單一責任說」之差異，並提出採取單一責任說之理由。最後，本成果報告亦針對保固金條款法律性質提出見解。期得釐清擔保權利之確保與快速實現合理性之議題。

**關鍵字：**承包商，連帶保證廠商，保證契約，保固金條款

## 貳、英文摘要

Where circumstances exist for the contractor constructing jerry-built projects in construction contract, the owner may notify the contractor to carry out improvements within a time-limit. While the contractor can't performance the contract, the joint-and-several guarantee supplier shall carry out pending work and shall be jointly liable for the damage borne by the contractor. It's necessary to demonstrate the new category of guaranty to ensure the reasonable development of Contract Law.

First, the report makes a qualitative analysis on joint-and-several guarantee supplier. And also, analyzing the rights and obligations between the contractor and the owner is significant distribute to solve. Second, the report mentions the scope of Article 751 in Civil Code so-called "the rights in rem on which his claim is secured" . Moreover, when the debtor has a guarantor and a third party who offers mortgage as insurance, it's vital to determine who is obligated the portion of the debt. The report tells the differences between dual responsibility and single responsibility and demonstrates the statements. Lastly, the report also discusses the issue on Warranty Bond.

To sum up, we try to encounter the solutions to the ensuring of security rights and the rationality of rapidly realization

**Key words: contractor, joint-and-several guarantee supplier, guaranty, Warranty Bond**



## 參、報告內容

### 一、前言

本成果報告首要擬探討連帶保證廠商係指係於原工程契約之連帶保證廠商進場施作之法律性質，學說及實務就此素有歧異見解，本文認為應考量具體契約條款而決定之。除工程契約中約定「保證廠商概括承受有關廠商之一切權利」外，於工程契約中約定「保證廠商負連賠償義務及續負履行義務」，均屬民法上保證。連帶保證廠商與業主間權利義務關係。再者，續而探討保證廠商對業主之權利義務關係，其一，探討勞務給付義務、時間義務與瑕疵擔保義務，其二，探討保證責任與保證範圍，並區分為三種情形分析之，亦即延長工程完工期限、工期展延與保證責任、變更設計與保證範圍擴大之情形而言。其三，工程保證金之歸屬亦為重要爭議，蓋原得由承包商受領之款項，究應由承包商或保證廠商受領多生疑義。

承上可知，連帶保證廠商之施作原則上為保證之性質，惟有疑義者係，民法第 751 條所稱「為其債權擔保之物權」，是否僅指涉民法物權編所規範之擔保物權，亦即僅以抵押權、質權、留置權為限？擔保物權廣義而言，亦包含動產擔保交易法上所規定的動產抵押權、所有權之保留，或是早期由法院裁判實務所肯認之讓與擔保。而現今不斷推陳出新之非典型擔保，例如工程保證金，既係因債權人取得一定之現金給付，如債權人將之返還予債務人，是否即屬不欲就保證金實現債權之意思表示，等同於拋棄物權，而亦應有本條規定之適用？又如認無本條規定之直接適用，此種新型之非典型擔保，是否亦應有依民法第 1 條之法理適用民法第 751 條之餘地？本成果報告將就此為深入分析。

此外，若保證人除簽訂保證契約外，對於同一主債務亦提供自身之不動產供債權人設定抵押權時，該保證人與同一主債務之他擔保人之內部分擔額應如何計算，向有爭議。本成果報告擬分析「雙重責任說」與「單一責任說」之差異，並提出採取單一責任說之理由。

最後，本成果報告亦針對保固金條款法律性質提出見解。蓋系爭保固擔保約款通常係用以確保承包商之保固責任之履行，內容包含廠商於保固期內負責修復包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等瑕疵。惟此一保固約款之性質到底為何？由於承包商因此一約款所承擔之保固責任，與其依工程契約所負之瑕疵擔保責任，不僅在內容上可能產生一定之重疊，而且在其權利行使期間之

規範意義上亦存在適用結果的重大差異，是有必要就此約款性質，為一詳細的說明，以期有助於對「保固之擔保」所欲擔保之對象的確認。

## 二、研究目的

本計畫第一年試圖探討工程契約中連帶保證「擔保給付」之法律性質，藉由蒐集實務判決與學者論述，加以分析實務與學說對其之定性，並提出本文之主張。第二年則擬研究民法第 751 條所稱「為其債權擔保之物權」，所指涉之對象究竟為何，並討論如工程保證金此類之非典型擔保，是否亦得適用該條。此外，於第二年亦擬一併討論，在保證人亦具備物上保證人之身分時，其與其他擔保人之內部分擔額應如何計算。於此，希冀先觀察實務與學說之立場，再嘗試提出結論。最後，於第三年，聚焦於「保固金條款」之議題。由於承包商就該約款所承擔之責任，與其所承擔之瑕疵擔保責任間，內容上可能重疊，但在權利行使期間確存有重大差異，因此，欲先釐清保固金條款之法律性質，再就「保固之擔保」所欲擔保之對象，加以確認。

## 三、文獻探討

我國關於工程契約中擔保工程施作之保證書與保證金條款已有若干學者提出討論，如王伯儉於其「工程契約法律實務」一書中對於保證廠商與業主間之保證金條款效力提出探討，另外就連帶保證廠商之連帶責任態樣，亦有劉志鵬所著之「工程法律實務研析」一書，針對連帶債務之性質，說明目前我國多數學說認為自我國民法第 279 條之規定來看，乃屬於多數個別獨立債之關係為前提之「債務複數說」，亦即債權人和多數債務人成立複數債之關係。然就施作廠商與保證廠商間是否成立連帶債務，部分學說和實務見解嚴守民法第 272 條限於當事人明示以及法律規定者之規定，亦即若無當事人明示及法律規定時即非連帶債務。對此議題，國內學者如黃立、孫森焱、鄭玉波等，於其教科書中亦有詳細之論述。

此外，承包商於工程履約期間發生違約之情事，業主在向連帶保證人求償前即逕行發還承包商所交付之保證金，此時連帶保證人得否援引民法第 751 條，抗辯其所負之保證責任於業主發還保證金之限度範圍內受到免除，關於此問題國內相關研究則較少提及，實務對此雖有表示保證人仍不得因此而於其限度內免除保證責任，但該等見解對於保證人而言是否過於苛刻，則仍有進一步探討之必要。

另就工程契約實務中常見之保固條款性質，國內如詹森林，於「承攬瑕疵擔保責任重要實務問題」一文中，有詳盡剖析外，對於保固責任與物之瑕疵擔保責任之關係，如保固責任是否排除物之瑕疵擔保責任、擔保時效之起算、保固金之返還等問題，我國實務針對諸多事項亦有不同看法。而德國對前揭問題之探討，於其判決實務中已累積相當多之見解，應得作為我國解釋適用時之參考。

#### 四、研究方法

本計畫為探討擔保權利之確保與快速實現之合理性，分別採取下列研究方法：

##### 1. 文獻探討法

本計畫將就與研究議題相關之書籍以及學者評釋之文章等為資料蒐集，並整理相關理論，以進一步予以分析學說理論間之不同。由於整理、分析文獻有助於歸納、演繹出本國相關法制之內涵，故蒐集之具體方向包括與本文相關內容之學術教科書、學術論文、研究計畫、學位論文、政府出版品、學術研討會記錄以及期刊文章等。

##### 2. 比較研究法

我國民法之制定，係參考德國立法而來，擔保權利之確保與實現之相關法制，亦不例外。由於德國法制在過去早已累積相關且內容豐富之學說與實務見解，對於該議題之研究與分析，甚有幫助。再者，關於民法第 751 條與非典型擔保之關聯，德國法制上有民法第 776 條與實務及學說見解可供參照。故對於德國法制予以比較法之分析，期能有助於該議題之研究。

##### 3. 實務分析法

即便已採取文獻探討法與比較研究法，然而就理論之探討仍應回歸於實際之案例分析，始有實益。是以本計畫將先由助理蒐集、整理國內關於擔保權利之確

保與實現之學說見解與各級法院之判決，並將實務上所見之案例予以類型化，加以分析，並整合相關見解。而後，再進一步探討於實際爭議發生時，是否有合理實現擔保權利之可能，或仍存在特定障礙而有再予檢討之必要。最後，提出建議，期能對此一議題未來之研究與發展有所助益。

## 五、結果與討論

### (一)連帶保證廠商之施作

連帶保證廠商係指係於原工程契約之承包商若因施工不良經業主限期改善而未為改善、或承包廠商財務發生困難，致無法履行合約時，由保證廠商進場接續施作完工，或由保證廠商對於業主損害負連帶賠償責任。

#### 1. 連帶保廠商代履行契約之法律性質

連帶保證廠商進場施作之法律性質，涉及連帶保證廠商之法律地位及工程款、保留款等相關款項應支付予何人等重大爭議，惟學說及實務就此見解分歧，以下分述連帶保證廠商代履行契約法律性質，並提出本文見解。

##### (1)民法上保證

實務有採民法保證之見解者，最高法院 90 年度台上字第 2138 號判決認為：「…且被上訴人並直接向上訴人領取後承作之工程款，為兩造所不爭執，足見被上訴人係以保證人之地位代替四海公司完成未竣系爭工程，被上訴人仍具有保證人之身份，上訴人亦未免除被上訴人保證人之責任，上訴人辯稱被上訴人已變為主債務人，其保證人之身分已因混同而消滅云云，自無可採。按保證人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉與保證人，民法第七百四十九條定有明文。故保證人向債權人為清償或其他消滅債務之行為後，當然取代債權人之地位，得於清償之限度內，行使原債權之權利。保證人既得代位行使該原債權，解釋上包括原債權之擔保及其他從屬權利，即應一併移轉於保證人，不因債權人於該受償限度內，對主債務人已喪失其債權之請求權而影響該代

位權之存在。」台灣花蓮地院 93 年建字第 4 號民事判決亦認為：「…六、系爭工程，原告國煌公司與被告間屬於保證契約，原告國煌公司僅為被告與展成公司工程契約之連帶保證人，原告並未取代或繼承展成公司之契約承包商地位，展成公司亦未脫離其工程契約應負之權利義務。展成公司對被告有承攬系爭工程合約之權利義務，原告國煌公司與被告間有保證契約之權利義務，二者為分別獨立之契約，原告國煌公司與展成公司係負連帶保證履約責任，但對於工程款之請求，則未與展成公司存在有連帶債權之關係，亦即並非被告對展成或國煌任一方給付即可免除對另一方之給付責任。」

學說有同此見解者<sup>1</sup>，王伯琦先生認為：「保證廠商與業主之間的『保證契約』，亦即保證廠商依工程契約之保證條款向業主保證於承包商無法履約時由其負代為履行之責任。」承包商與保證人間關係依保證契約而定，承包商與業主間之關係以工程契約而定，實務運作上由承包商繳交保費給保證廠商，而保證廠商針對未來承包商無法履行工程契約時，擔負代為完工及賠償業主損失之責任<sup>2</sup>。另有論者指出<sup>3</sup>，除業主、承包商與保證廠商已達成三方協議外，保證廠商所負責任通常早在保證廠商應承包商委託與業主簽署保證條款時即告確定，故亦認為保證廠商法律地位應為民法之保證人。

## (2) 契約承擔

實務有採契約承擔之見解者，最高法院 94 年度台上字第 308 號民事判決認為：「兩造於 85 年 7 月 3 日協調會作成決議，嗣並依之訂立附約。於第一項記載：「本建築工程除已估驗部份，其餘**權利、義務均由萬有營造有限公司概括承受。**」第五項記載：「請萬有營造有限公司依據原有建築工程契約補立接續工程契約(附加契約)」，及兩造所簽訂之前揭附約第五條約定：有關本建築工程除已估驗之部分外，其餘之權利與義務均由萬有公司概括承受。……原工程契約及兩造所訂未經終止之附約內容以觀，被上訴人係以連帶保證人之身分繼續系爭工程，並透過附約之簽訂，除承認原契約之權利義務關係，兩造均應受其拘束外，並據以排除海記公司在原契約關係中之承攬人地位，由被上訴人取而代之，即由被上訴人行使原由海記公司行使之權利義務關係，並協議由慶豐銀行續行保證，慶豐銀行未於被上訴人概括承受後另行提出更新之保證函。系爭工程嗣既經竣工驗收合格，

<sup>1</sup> 王伯儉，保證廠商如何接手？，工程契約法律實務，2008 年 10 月，頁 256。

<sup>2</sup> 參吳憲彰，工程合約實務問題泛論(四)—營繕工程保證制度之探討，營造天下，頁 37-38；謝哲勝、林金松，工程契約理論與實務(下冊)，台灣財產法暨經濟法研究協會出版，2010 年 2 月，頁 649 以下。

<sup>3</sup> 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，2010 年 3 月，頁 208。

上訴人即應依約無息將系爭履約保證金發還被上訴人。」台北地方法院 88 年度重訴字第 2093 號民事判決亦認為：「驗收證明書上被告亦直接記載承攬廠商為原告，被告亦直認原告係契約之當事人，是足認原告管理之事務即接續完成系爭工程係基於承擔上開契約義務，原告就其所完成之工程，尚難認為『無義務』，…被告就嘉連公司所完成之工程部分，係基於與嘉連公司之工程契約；至於就原告所完成之工程部分，則係基於契約承擔，已如前述，是被告所受利益均有其法律上之原因，原告主張依不當得利請求返還被告所受利益，亦屬無據。」

學說上有認為<sup>4</sup>，大型 BOT 投資契約由第三人負由第三人負履約責任之保證，即第三人在特許營運合約主體(特許營運公司)不能依約履行時，介入成為契約主體，負起履約責任，此為承擔契約責任成為契約主體。

### (3) 債權讓與與債務承擔

實務上採債權讓與與債務承擔見解者，台灣高等法院台中分院 96 年建上字第 24 號民事判決認為：「本件被上訴人等『接辦』(見協議書第 5 行)訴外人大裕公司承攬人之工作，所謂『接辦』，應解為繼續原承攬契約，原承攬契約仍然存在，被上訴人並未與上訴人另訂新承攬契約。然依協議書及併存債務承擔之法律概念觀之，被上訴人接辦工程後，有完成承攬工作之義務，並承擔訴外人大裕公司就此項工程於「接辦前」之債務，其他無關本件工程之債務，概與被上訴人無關。且承擔契約訂立時，大裕公司已將已施作但尚未請領之工程款，全部同意轉讓與被上訴人。該讓與為債權讓與之性質，於讓與發生效力時，大裕公司對上訴人所有未請領之工程款亦已移轉於被上訴人…」

### (4) 立即照付、擔保付款

近來法院有提出立即照付、擔保付款之見解者，最高法院 102 年度台上字第 1026 號判決認為：「系爭保證書第二條約定，上訴人依契約規定認定有不發還得標廠商履約保證金之情形者，一經其書面通知被上訴人後，被上訴人當即依押標金保證金暨其他擔保作業辦法第三十三條之二第二項辦理補繳，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序，被上訴人亦絕不提出任何異議，並無民法第七百四十五條之權利等語)。……果爾，能否謂系爭保證書第二條約定，不具備銀

<sup>4</sup> 顧立雄、林發立，BOT 相關法律問題探討—以高鐵為例，月旦法學雜誌第 33 期，1998 年 2 月，頁 49。

行出具保證書之立即照付、擔保付款之性質？自滋疑義。原審認置不論上開保證書之約定，逕以被上訴人為履約之連帶保證廠商，就履約保證金與上訴人間係民法連帶保證之性質，遽謂被上訴人得以明雄公司對於上訴人之債權主張抵銷，而為不利上訴人之判決，自有可議。上訴論旨，指摘原判決為其敗訴部分違背法令，求予廢棄，非無理由。」

### (5)依契約約定

學說上亦有採取依契約約定而定訂其性質之見解者，劉志鵬律師認為<sup>5</sup>：「業主於承商違約時，可能採取兩種處理方式：(一)將承商驅離出場，通知保證人進場施作。(二)終止與承商間之契約，通知保證人進場施作時另訂新契約，新契約中同時要求保證人須再找兩名連帶保證人，此際，連帶保證人已轉變成承商。」另外，馮馨儀律師亦同此見解，其認為<sup>6</sup>：「保證廠商之法律性質，應視契約條款內容而定。在業主未與履約廠商另訂新約之情形，保證廠商係依據保證契約代原承包商履行債務，契約當事人為承包商與業主；若於工程契約中約定，承包商無法繼續履約而由保證廠商接替履行時，所有未領款項均由保證廠商領取者，此時為原承包商拋棄所有權項請求權利，當事人以特約由保證廠商取得直接向業主請求款項之權利；業主與原承包商若終止契約後與保證廠商或其他廠商簽訂新約，原契約業已終止，業主與保證廠商間之關係係以新成立之契約約定雙方權利義務。」

### (6)本文見解

連帶保證廠商接續工程施作之法律性質為何，本文認為，應考量具體契約條款而決定之。除工程契約中約定「保證廠商概括承受有關廠商之一切權利」外，於工程契約中約定「保證廠商負連賠償義務及續負履行義務」，均屬民法上保證。

<sup>5</sup> 劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，工程法律實務研析，寰瀛法律叢書系列，2008年1月，頁48。

<sup>6</sup> 參馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院九十三年度台上字第一九五〇號判決，月旦法學雜誌第140期，2007年1月，頁131。

## A. 工程契約附「概括承受承攬廠商權利」約款型

最高法院 93 年度台上字第 1431 號判決提及：「陸發公司對系爭工程之所有權利即視為放棄，其尚未領取之工程估驗款、全部工程保留款、履約保證金包括轉為履約保證金之押標金、保證人代辦未完工程之工程款債權以及各項扣罰款，均轉讓與保證人承受。」此即屬工程契約附「概括承受承攬廠商權利」約款型。

系爭約款性質應屬債權讓與，約定「權利義務由保證廠商概括承受」，係立基於承攬契約保證人「代負履行責任」由保證人接續後續工程之特殊性，考量保證人向承包商請求款項之困難度，為避免保證人因而拖延、拒絕接續完工，故針對其中數個個別之債權（承包商完工後得向業主請求之工程款），由債權人（承包商）、承受人（保證廠商）<sup>7</sup>與債務人（業主）所約定之「附條件之債權讓與」，原則上於保證廠商受業主通知進場接續工程作為停止條件，發生債權讓與之效力。惟承包商將系爭債權讓與保證廠商之目的，主要目的乃擔保保證廠商求償權之實現，若於業主通知保證廠商進場之前，承包商基於施作工程之目的借貸而將債權轉讓他人，則預為轉讓債權予保證廠商之約款目的恐難達成。惟若約款載明「如工程因承商之事由致未能如期完工，業主得通知保證人進場代為完成；保證人代為完成部分之工程估驗款及全部工程所保留之工程款，均由保證人代為領取，承商不得異議」，則難認定此係工程款債權之讓與，僅得認為保證廠商為承包商之代理人<sup>8</sup>，保證廠商仍非工程款債權人，保證廠商因進場施作而發生之費用，僅得向承包商請求償還<sup>9</sup>。

值得注意者係，系爭約款非屬契約承擔。蓋契約承擔係整個的債之關係移轉為目的，是單一的法律行為，須契約當事人間就契約「整體」所為之處分<sup>10</sup>。反觀工程契約之約定，保證廠商係因為保證契約而負擔續負履行義務之保證債務；另外基於保證廠商對原承包商委任費用之確保，所為之債權讓與約定，而巧合地塑造出保證廠商同時負擔承包商權利及義務之狀態。若單純就當事人之真意觀之，保證廠商並未因而取代原承包商之法律地位，而成為「承包廠商」之契約當事人地位。

<sup>7</sup> 雖然工程契約係由業主與承包商共同簽訂，而債權讓與之約定應由讓與人與受讓人間訂立，惟關於承包商原權利之概括讓與，係應保證廠商之要求而生，此部分應不生問題。

<sup>8</sup> 最高法院 93 年度台上字第 1141 號民事判決：「債權讓與以移轉特定債權為標的，於讓與契約發生效力時，債權即移轉於相對人，倘若僅賦予相對人收取債權的權利，而非移轉債權為標的，係代理權之授予，非債權讓與。」

<sup>9</sup> 楊淑文，司法院智識庫-保證、人事保證，頁 67。

<sup>10</sup> 黃立，民法債編總論，2006 年 11 月，頁 666。



## B. 工程契約附保證廠商負「連帶賠償義務」以及「續負履行義務」

工程契約中約定「履約及賠償連帶保證廠商應保證承包商依契約履行義務，如有不能履約情事，即續負履行義務，並就機關因此所生損害，負連帶賠償責任。」

本文認為應屬民法上之保證。首先，系爭約款非屬免責之債務承擔，蓋工程契約約定「保證廠商續負履行義務」，未將原承包商排除於原工程契約法律關係之外，而係將保證廠商加入於原本之法律關係中，與免責債務承擔之原債務人由債之關係脫退相異。且該約款亦不屬併存債務承擔，蓋併存債務承擔並無先訴抗辯權得行使。惟觀察工程契約範本常見條款所述<sup>11</sup>，「連帶保證廠商亦絕不提出任何異議，並無民法第 745 條之權利。」乃於契約條款中排除民法第 745 條先訴抗辯權之適用，探求當事人之真意，保證廠商應屬民法上之保證人。

再者，民法第 739 條就保證所擔保之債權的種類及內容並未明文限制，保證契約所擔保之主債權，雖然通常為基於金錢、有價證券或其他代替物所生之債權，惟保證契約亦有可能就特定物之交付或勞務之給付所生之債權（例如承攬契約完成一定工作之給付義務），故該條文係指「代為履行債務<sup>12</sup>」，或「代負履行責任<sup>13</sup>」本文贊同多數學說見解所採「代負履行責任」，工程契約之承攬完工給付義務得作為保證之標的。此種情形，保證人所負之保證責任通常係填補債權人對債務人因債務不履行而致之損害<sup>14</sup>。亦即，保證所擔保之債務以勞務或不作為為其標的，則結果上其所擔保者為債權人之損害賠償的利益。然而不論其保證之債務的標的為何，因為保證人僅於債務人不履行債務時，由其代負履行責任，故其給付之內

<sup>11</sup> 參見行政院公共工程委員會「廠商履約及賠償連帶保證書」範本(台中市政府交通局廠商履約及賠償連帶保證書範本)第二條、最高法院 100 年度台上字第 677 號民事判決。

<sup>12</sup> 此說認為保證人所負保證債務，係保證人「負有履行債務之義務」。**主債務之性質必須具有可替代性，得由他人代替履行，例如金錢債務；若為專屬性之債務者，例如民法第 488 條之給付勞務債務，非保證之對象。**主要乃依法日民法，解釋為保證債務之標的與主債務之標的須屬同一，則主債務限於得由他人履行之債務。(參考薛祀光，民法債編各論，頁 378；蔡章麟，民法債編各論，下冊，1989 年，頁 183。)

<sup>13</sup> 此說認為保證人所負保證債務，係保證人「未擔保他人之債務，而係擔保債權人之主債務履行或不履行之損害得以填補」。保證人不僅得代為履行，當債務人不履行債務時所應負之賠償責任，保證人亦應負責，不論主債務是否具有專屬性，均得為保證之對象。為我國多數見解所採，主要理由乃我國法條文義與德國民法及瑞士債法較為相近，又依我國民法第 740 條明定保證債務包括主債務不履行之損害賠償在內，且一般保證契約當事人意思，目的在於使保證人負擔主債務不履行之損害賠償。更有論者認為，主債務以具有替代性為限之說法，已顯然與社會實情不符，故具專屬性之債務亦得為保證之主債務(參考史尚寬，債法各論下冊，民國 1978 年 10 月，頁 828；戴修瓚，民法債編各論下冊，三民書局，民國 1964 年 10 月，頁 384；鄭玉波，民法債編各論下冊，1972 年 9 月，頁 819；劉春堂，民法債編各論(下)，2005 年 7 月，頁 332。林誠二，民法債編各論(下)，瑞興圖書股份有限公司，2002 年 3 月初版，頁 270。)。最高法院 20 年上字第 1197 號判例：「保證債務契約，係保證人與債權人約明於主債務人有不履行或不能履行時，代負償還責任之契約。」亦採此說。

<sup>14</sup> Esser/Weyers, SchuldR. Bd. II, B.T.S. 342.，轉引自楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 18。

容仍為金錢，而非債務人原來所負之給付內容<sup>15</sup>。

綜上可知，保證契約並非限於不具專屬性之債務；若當事人間以勞務等具專屬性之債務者作為擔保之標的，當事人可依照其契約目的透過特約約定保證人代為原來約定之給付，保證人之給付內容不限於損害賠償責任計算出之金錢數額。工程契約業主為確保契約債務之履行，並避免重新發包時間、金錢之額外耗費，特約約定由保證廠商「續負履行義務」，**乃保證廠商基於民法上保證人之地位於主債務人(承包商)不履行主債務(工程契約之完工義務)時，由保證廠商代負履行責任(續負履行義務)，其法律性質應為民法之保證契約。**

值得注意者係，履約及賠償連帶保證廠商雖屬民法上連帶保證人，但不屬連帶債務。雖有論者認為<sup>16</sup>，連帶保證係由保證人與主債務人就主債務負連帶履行責任之保證，即指由保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付責任之保證。**惟本文認為，保證人於訂立保證契約時，如載明「願與債務人連帶負責」此連帶保證之情形並非連帶債務。**蓋保證人與債權人所訂立者係民法第 739 條之保證契約，保證人於主債務人不履行債務時，係代負履行責任。保證債務僅具擔保債權人對主債務人之債權的實現，保證債務之清償具有「預付」之性質，保證人清償後依民法第 749 條規定，承受債權人對於主債務人之債權，為法定債之移轉，保證人向債權人清償保證債務時，主債務人無法援引民法第 742 條規定主張主債務之消滅，此為保證契約之單面從屬性。綜上所述，**保證債務之清償不使主債務歸於消滅，此時保證人所負之保證債務與主債務人之主債務並非同一階層之債務**<sup>17</sup>，因之不適用民法第 274 條規定，不屬於連帶債務之性質<sup>18</sup>。

<sup>15</sup> Esser/Weyers,aaO.(FN4),S.348.，轉引自黃茂榮，債各，頁 739。

<sup>16</sup> 參史尚寬，債法各論(下)，頁 874；劉春堂，民法債編各論(下)，三民書局有限公司，民國九十四年七月初版，頁 385-388；林誠二，民法債編各論(下)，瑞興圖書股份有限公司，2002 年 3 月初版，頁 335-350。

<sup>17</sup> 民法第 272 條第 1 項規定：「數人負同一債務，明示對債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。」，故連帶債務須每一連帶債務人之債務為「同一之債務」。連帶債務之同一性，現今德國通說以同一階層理論判斷，如果述債務人屬於同一階層，則為連帶債務，否則則不屬之。不同階層之債務，必有一債務人必須終局負責，此需終局負責之人為真正之第一債務人，第一債務人之給付始其他次要債務人之給付義務歸於消滅，惟其他次要債務人對債權人之給付，並不免除第一債務人之給付義務。次要債務人之給付義務，其目的乃在擔保債權人對於第一債務人之債權之實現，其給付亦具有預付之性質，因此其他次要給付義務人透過法律規定取得債權人對於第一債務人之債權，或者次要給付義務人可基於讓與請求權之規定，請求債權人讓與其對第一債務人之債權(楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 31-32)。

<sup>18</sup> 參見楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌第 25 期，2001 年 8 月，頁 24-36。

## 2. 連帶保證廠商與業主間權利義務關係

### (1) 保證廠商對業主之義務

#### A. 勞務給付義務、時間義務與瑕疵擔保義務

承攬契約承包商之義務，包括於契約成立前準備、商議合理努力之先契約義務、完成並交付工作之義務、確保施工品質之義務以及於一定期間內完成工作並交付業主之時間義務。保證廠商於承包商不履行契約之時，代負履行責任，由於其所接續義務為工程進行後始發生，故而保證廠商所負擔之義務不包含先契約義務，主要為工程完工之勞務給付義務、確保施工品質之瑕疵擔保義務(包括因此所衍生之保固責任)以及時間義務。關於時間義務之部分，於保證廠商進場施作時，若認為原訂工期顯然無法完成，得重新核定工期<sup>19</sup>。瑕疵擔保責任是否由工程完成保證人負擔，於日本學說上有爭議，肯定說見解認為，瑕疵擔保責任為承攬人承攬契約的義務，因此工程完成保證人亦應負擔；否定見解則認為，權利義務之承繼應限於工程完成必要之內，僅保證殘餘工程之完成，而且剩餘工程之完成此本來義務之履行已屬困難，因此要求工程完成保證人負擔工程瑕疵之責任係不合理的<sup>20</sup>。本文認為基於確保施工品質義務乃承包商之契約義務，保證廠商應負擔工程瑕疵擔保之義務以及保固義務，雖有論者認為如此對於保證廠商似乎過苛，然而保證廠商履行保證責任後可取得工程保留款以及保證金，並不會有對保證廠商不公平之情事。

#### B. 保證責任與保證範圍

依民法第 740 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」，保證債務之範圍係以主債務之範圍為範圍，故民法第 741 條規定，保證人負擔較主債務人為重者，應縮減至主

<sup>19</sup> 參見行政院公共工程委員會統包工程採購契約範本、交通部公路總局工程採購契約範本第 20(二)條、行政院公共工程委員會災害搶險搶修開口契約範本第 19(一)條、公共工程延誤履約進度處理要點第 8 點；吉井直昭、高木多喜男編著，新版擔保・保証の基礎，1986 年 5 月，頁 367。

<sup>20</sup> 吉井直昭、高木多喜男編著，新版擔保・保証の基礎，1986 年 5 月，頁 367。

債務之限度。常見者如完工期限展延、工程項目增加、契約變更等情形，保證廠商所保證之主債務常發生變動，若訂定「連帶保證人之保證責任為得標廠商之全部責任；連帶保證人應俟得標廠商履行契約完成時，始能解除保證責任，如契約發生工期展延、工程數量變更追加、契約條款修正時，無庸另行通知，連帶保證人之保證責任亦隨之增加<sup>21</sup>」該條款之效力為何？是否影響保證廠商之保證責任與保證範圍？

首先就延長工程完工期限而言，連帶保證廠商應屬定期債務之保證。依民法第 752 條規定，係指約定保證人僅於一定期間內為保證，乃指就已確定債務為保證，債務本身定有存續期間，約定債權人應於保證債務存續期間內向保證人為請求，期間經過保證債務當然消滅，逾期保證人即不負保證責任<sup>22</sup>。定期保證所約定之期間，為保證債務本身之存續期間，並非主債務之清償期限<sup>23</sup>。不同於定期保證之規定，為定期債務之保證，主債務必須定有期限，而保證本身是否定有期限，則非所問<sup>24</sup>。就營建工程契約之承攬人而言，應負擔「應遵守契約所訂時間完成工作」之義務，並參酌前揭工程契約範本，「賠償連帶保證廠商應保證得標廠商依契約履行義務，如有不能履約情事，即續負履行義務，並就機關因此所生損害，負連帶賠償責任」，並約定僅於一定期間內負保證責任，而係就該定有履約期限之工程契約此主債務為保證，應屬定期債務之保證。然而工程往往會因諸多因素而延長工期，此時延長主債務履約期限，對於連帶保證廠商而言所負之保證責任是否亦隨之延長，即生民法第 755 條規定適用之問題<sup>25</sup>。

再者，就工期展延與保證責任而言，若係工期遲延不可歸責於承包商之情形，依民法第 230 條規定，債務人有給付遲延之事實，必須具備可歸責於債務人之事

<sup>21</sup> 劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，工程法律實務研析，寰瀛法律叢書系列，2008 年 1 月，頁 43。

<sup>22</sup> 參鄭玉波，民法債編各論(下)，頁 861；劉春堂，民法債編各論(下)，頁 377。

<sup>23</sup> 最高法院 43 年台上字第 275 號判例：「借用證所謂清償期限，係債務之清償期限，而非保證人負保證責任之期限。被上訴人是否於此項期限請求清償，於上訴人之保證責任不生影響。」。如最高法院 77 年台上字第 1207 號民事判決：「民法第七百五十二條所謂：約定保證人僅於一定期間內為保證者，係指保證人就已確定之債務為保證，而約定一定之保證期間，債權人應於該期間內向保證人為請求者而言。至約定就一定期間內所生之債務為保證者，其期間僅係決定保證債務之範圍，與上述所指情形有間，自無該條之適用。」；亦可參臺灣臺北地方法院 101 年簡上字第 235 號民事判決：「按約定保證人僅於一定期間內為保證者，如債權人於其期間內，對於保證人不為審判上之請求，保證人免其責任，民法第 752 條固有規定。惟按前開法條所謂約定保證人僅於一定期間為保證者，係指保證人就已確定之債務為保證，並約定一定之保證期間，債務人應於該期間內向保證人為請求者而言。另就定有期限之債務為保證，與約定保證人於一定期間內為保證之情形不同，此項保證未定期間，而定有清償期限之債務，在主債務清償期屆滿後，除保證人已定期催告債權人向主債務人為審判上之請求者外，保證人不得以債權人遲遲不為審判上之請求，為免其保證責任之論據。」

<sup>24</sup> 劉春堂，民法債編各論(下)，頁 383。

<sup>25</sup> 學者認為連帶保證仍有民法第 755 條之適用，蓋債權人雖得自由決定先向連帶保證人或債務人請求給付，惟連帶保證仍不失其從屬性，故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，民法第 755 條關於保證人除對於延期已為同意外，不負保證責任之規定，對於連帶保證人亦有其適用。(黃茂榮，保證，債法各論，頁 760-761)。

由始應負責、工程採購契約範本第 7 條第(三)項第 1 目：「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度綱圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後\_\_日內通知機關，並於\_\_日內檢具事證，以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾期違約金。」故機關同意工程展延工期之理由，限於該工期延長之原因為不可歸責於承包商。若承包商依工程採購契約範本第 7 條第(三)項之程序向業主辦理工期展延，而業主亦同意展延工期，係該當「如債權人允許債務人延期清償」之規定。因此除非保證廠商就此展延工期為同意，否則依照民法第 755 條規定，保證廠商不負保證責任<sup>26</sup>。反之，**若係工期遲延可歸責於承包商**之情形，工期遲延可歸責於承包商時，承包商應負遲延責任，常見之情形如承商本身之財務困難致工程無法順利進行，或承包商之下包違約導致工期遲誤，或承包商本身施工能力薄弱或錯誤所造成之遲延等，在此種情形承包商非但不能或得工期之展延，且須面臨逾期罰款之處罰<sup>27</sup>。實務上最高法院 48 年台上字第 260 號民事判例認為<sup>28</sup>：「民法第七百五十五條之規定，以債務人延期清償係出自債權人之允許，並未得保證人之同意者，始有其適用。**若債務人任意不履行債務，致有延期，而保證人又不能確實證明延期係出自債權人之允許時，自無許其免除保證責任之理。**」、故原則上除非保證廠商能證明業主同意延期清償<sup>29</sup>，否則就超出原定保證其間之承包商的債務，保證廠商仍應負保證責任<sup>30</sup>。

最後，就變更設計與保證範圍擴大之情形而言，因工程的高風險性及不確定性，常約定契約變更條款，當契約訂定後遭遇不可預測的情事時，業主可採取契約變更命令，而承包商則可以據以請求展延工期即請求調整契約價格。惟有疑義者係變更設計將加重承包商之負擔，亦會加重保證廠商之責任，保證廠商得否拒絕就變更設計所增加之責任承擔保證責任？此問題之關鍵在於變更設計究屬新契約或原契約之延長，若解釋為新契約，則新契約並非在保證廠商原先之保證範圍，若解釋為原契約之延長時，保證廠商應就此部分負保證責任。新契約說認為變更設計契約係以新的工程項目為其標的，業主與承商須重新議價，標的與金額

<sup>26</sup> 劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，工程法律實務研析，寰瀛法律叢書系列，2008 年 1 月，頁 44。

<sup>27</sup> 王伯儉，工程中之各項時間問題，工程契約法律實務，2008 年 10 月，頁 167-168。

<sup>28</sup> 最高法院 50 年度台上字第 807 號判決亦採相同見解。

<sup>29</sup> 不得以業主向承商請求給付遲延利息，遂謂業主已同意承商延期履行。可參見最高法院 50 年台上字第 182 號民事判例：「民法第七百五十五條固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，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證之責任。然同法第二十三條第一項又規定，遲延債務以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，但約定利率較高者仍從其約定利率。**故債務人遲延後，債權人一面得請其履行債務，一面仍有權收取遲延利息，換言之，收取遲延利息者，不得謂其必未請求履行債務，而准許債務人延期履行。**」。

<sup>30</sup> 相同見解可參見劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，工程法律實務研析，寰瀛法律叢書系列，2008 年 1 月，頁 45。

均與原契約不同，解釋上應係業主與承包商另訂之新契約，況複雜之工程契約中，有時變更設計件數多達數十件，變更設計金額甚或與原契約金額相當，若由保證廠商當然負保證責任，對保證人不公平。原契約說則認為工程實務上變更設計乃常態，工程契約中亦常將變更設計條款直接納入，承包商均認知變更設計發生時，有承作之義務，故變更設計時雖承包商會與業主重新議價，但就變更設計之工作不具獨立性，變更設計部分之工作通常繼續援用原契約之規定，鮮少另訂新的契約條款，故解釋為原契約之一部分，較符合當事人之真意，此亦為同屬營造業者之保證廠商所明知，從而保證廠商應就變更設計工作負保證責任<sup>31</sup>。

## (2) 工程保證金之歸屬

保留款或保證金係業主在工程施作期間內所取得擔保，屬於承包商在完成約定工作後始得請求業主返還之保留款或保證金之債權。因此，若工程係由保證廠商接續完成時，該原得由承包商受領之款項，究應由承包商或保證廠商受領將生疑義。

保留款或保證金此二款項係承包商提供與業主之現金擔保，與一般承攬報酬有別，故當保證廠商以保證人身分完成剩餘工作時，業主對於承包商之依約履行契約，擔保目的即歸於消滅，此時如有約定該保留款或保證金由保證廠商取得，應認保證廠商於擔保目的消滅時亦取得該款項餘款請求權。惟如約款並未明文約定時，尚難認保證廠商享有對業主之餘款請求權，故承包商之債權人仍有對此款項主張權利之可能。

惟值得注意者係，若承包商在親自施作期間已將其將來所得請求給付之款項讓與銀行以取得融資時，保證廠商之地位為何，則有疑義。本文認為，承包商所讓與融資銀行之標的如係保留款或保證金，此時，承包商並無任何債權可資讓與銀行，因此保證廠商接續施作並完工之情形，此二擔保返還請求權即會依民法第 749 條及類推適用第 295 條之規定，與主債權同由保證廠商所承受。另本文亦認為原承包商對於業主之保留款餘額返還請求權係一附停止條件之債權，在條件未成就前，該債權並不發生，此保證、人事保證時原承包商可否將該附條件之債權讓與保證廠商，應分別就該債權讓與之負擔行為與準物權行為作討論。於原承包商與保證廠商間約定讓與該債權之負擔行為，此時由於民法第 350 條之規定，縱然該債權因條件未成就而尚未發生亦不適用民法第 246 條第 1 項自始客觀不能

---

<sup>31</sup> 劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，工程法律實務研析，寰瀛法律叢書系列，2008 年 1 月，頁 47。

之規定，故該約定讓與之契約仍然有效，若爾後條件不成就致債權確定不發生，則僅係保證廠商得向原承包商主張權利瑕疵擔保責任之問題。惟當事人間債權讓與之準物權行為，因停止條件未成就前債權尚不發生，因此保證廠商並不能因原承包商之讓與即時取得該債權，而須至停止條件成就致債權發生時，保證廠商始能取得該被讓與之債權。

## (二)民法第七百五十一條與保證之關聯

隨著債權人更強之擔保目的之需求，擔保制度於實務上亦發展出另一法律未規定之類型，即擔保給付。債權人為擔保其債權快速實現，要求債務人預先給付一定金錢，於債務人債務不履行時，直接由該筆金錢抵充債務。此種擔保方式之優點在於，債權人無庸藉由強制執程序，而逕行以預付之金錢抵充債務，不但可以使債權可以立即滿足，亦可節省實現債權之費用。由於此種擔保對於債權人非常有利，故在實務上居於優勢債權人往往可以以定型化契約條款之方式要求債務人為擔保給付，小從數千元至數萬元之租賃契約押租金，大至數億元以上之工程契約履約保證金，比比皆是。

惟法律對於此種型態之擔保，僅於少數特別法規中設有管制規定，並未對其法律關係做詳細之規定，故屬於非典型之擔保權利類型。此種新型態之擔保權利類型，債權人之目的重在預先取得擔保給付，有時並未特別明確約定擔保目的消滅時，債務人得向債權人請求返還，亦未約定如有數擔保義務人時，擔保義務人可如何求償。因為擔保義務人求償並不涉及債權人利益，通常並未以定型化契約條款約定。此時法定擔保權利之相關求償是否有類推適用之可能性，亦衍生相關爭議。

國內工程實務上，雖向來多以交付保證金、保留工程款及出具保證書等三種方式作為主要的擔保方式，但亦時常可見承包商在交付保證金或委由銀行出具保證書同時，尚覓得一般民法上之保證人以為多重之擔保。此時，如果承包商於工程履約期間有違約之情事，工程契約之業主固然可選擇以承包商所交付之保證金為損害之抵充，或依銀行所出具之保證書而為立即照付之請求，或要求一般連帶保證人承擔保證責任。不過，如果業主在選擇向一般連帶保證人請求履行保證責任之前，即逕行發還承包商所交付之保證金，此時連帶保證人可否援引民法第751條規定，抗辯其所負之保證責任，可以在業主發還保證金之限度範圍內受到免除？關鍵即在於該條文所稱「為其債權擔保之物權」，是否僅指涉民法物權編所規範之擔保物權，亦即僅以抵押權、質權、留置權為限？擔保物權廣義而言，亦包含動產擔保交易法上所規定的動產抵押權、所有權之保留，或是早期由法院裁

判實務所肯認之讓與擔保。而現今不斷推陳出新之非典型擔保，例如工程保證金，既係因債權人取得一定之現金給付，如債權人將之返還予債務人，是否即屬不欲就保證金實現債權之意思表示，等同於拋棄物權，而亦應有本條規定之適用？又如認無本條規定之直接適用，此種新型之非典型擔保，是否亦應有依民法第 1 條之法理適用民法第 751 條之餘地？

## 1. 實務見解

最高法院 42 年台上字第 416 號判例：「民法第七百五十一條關於債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內免其責任之規定，所謂為其債權擔保之物權，係指已具備物權之生效要件者而言，若欠缺物權之生效要件者，在物權法上既不得稱之為其債權擔保之物權，縱使債權人有不為主張或怠於行使之情形，亦無拋棄之可言，保證人仍不得因此而於其限度內免除保證責任。」最高法院九十年度台上字第一〇三九號判決：「按民法第七百五十一條關於債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內免其責任之規定，所謂為其債權擔保之物權，係指已具備物權之生效要件者而言，若欠缺物權之生效要件者，在物權法上既不得稱之為其債權擔保之物權，縱使債權人有不為主張或怠於行使之情形，亦無拋棄之可言，保證人仍不得因此而於其限度內免除保證責任。（本院四十二年台上字第四一六號判例意旨參照）；又所謂拋棄債權擔保之物權，係指債權人故意所為者而言。若債權人就所擔保之物權無故意或過失而不為主張或怠於行使之情形，亦無該條規定之適用。」

## 2. 本文見解

### (1) 為其債權擔保之物權

保證金之交付雖非民法物權編或動產擔保交易法中所定法定擔保物權之類型，惟民法第 751 條之規範目的，主要乃欲維護保證人於履行保證債務後之求償權的行使，故如保證契約之債權人有拋棄附於主債權之擔保物權，則應認債權人此部分之擔保需求已不再存在，保證、人事保證 31 因此應令保證人亦同免其保證責任。況且觀之民法第 751 條所使用之文義，本條規定所使用之文字，係「為其債權擔保之物權」，而非「為其債權擔保之擔保物權」，故即使認為本條所稱之物權，僅限於民法物權編所定之幾種物權，但由於所有權之本身，亦可以其價值而供作擔保，例如，法制化之前的「所有權保留」，或是已為國內法院實務所承



認之「讓與擔保」，甚至是融資租賃法律關係，該確保承租人給付租金之租賃物所有權，這些擔保制度，基本上均是透過所有權之價值所建構之非典型擔保，因此保證金此類現金之擔保，應可認為債權人所取得之擔保金應可透過所有權概念之理解，而被該條所定「為其債權擔保之物權」的概念所涵蓋<sup>32</sup>。此外，在工程實務上亦常見承包商對業主提出定存單或銀行保證書以供擔保其工程契約義務之履行。值得注意者係，定存單乃是承包商對於銀行享有之消費借貸債權，定存單之持有人並非僅以該定存單即得向銀行主張借款返還請求權，是以，業主即使因承包商提供定存單以供擔保，亦不因占有該定存單而變成銀行之債權人。定存單之提供乃是承包商用以證明其具一定之債信，若業主與承包商未以書面約定就該定存單所表彰之權利設定權利質權，則此亦非第三人(即銀行)對債權人(即業主)就債務人(即承包商)債務之履行提供擔保物權之情形，故金錢所有權亦未移轉。倘若承包商違約，業主僅可就定存單所表彰之承包商財產透過強制執行予以追償。而由債信良好之銀行出具保證書予業主以代替廠商直接繳交保證金之情形，此時該保證書之交付並未發生金錢所有權之移轉，僅用以表明銀行對承包商契約義務之履行負擔保證責任，是以即便業主返還該保證書予銀行，亦不表示免除銀行所負之保證責任。

如以比較法之觀點觀之，德國法制上對其民法第 776 條之規定，係就債權人所拋棄之擔保，以列舉之方式而為規定，相較於我國民法所使用概括式之立法，即可能發生規範不足之情形，惟無論依德國學說見解，或是法院裁判實務之看法，均能不囿於條文所列舉之擔保權利，而認為立法時未將新發展之非典型擔保納入該條之規定，屬於立法者之疏漏，故應透過漏洞補充之方式，使本條之規定亦可擴張及於其他新型約定之擔保權利類型<sup>33</sup>。

## (2) 債權人故意所為

究竟債權人拋棄擔保之行為是否應具備故意、過失之要件，學者見解亦有肯定本件判決之見解者(可參照邱聰智，新訂債法各論(下)，2003 年 7 月，頁 581。)

<sup>32</sup> 關於融資租賃概念之說明，可參考謝在全，民法物權編(中)，2003 年 7 月，頁 354-355；楊淑文，融資性租賃之法律關係與定型化約款，新型契約與消費者保護法，2002 年 7 月，頁 281-282。

<sup>33</sup> Vgl. Staudinger/Horn, §776 BGB, 12. Auflage, 1997, Rn.10. 德國實務認為，就「讓與擔保」(Sicherungsübereignung)，可參見 BGH WM 1960 371；就「債權之讓與擔保」(Sicherungsabtretung)，可參見 OLG München BB 1957 594。此等擔保均屬新型非法定擔保物權之類型，亦應有德國民法第 776 條之適用。由上可知，我國民法第 751 條之規定雖僅就債權人拋棄擔保物權之情形有所規範，但此規範目的應及於立法者立法時所無法歸範之現代新型法定擔保之保證金給付之類型，亦即應將民法第 751 條規定類推適用於定作人返還履約保證金之情形。相關德文資料可參閱呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，2010 年 3 月，頁 136-139。

惟本文認為，一般故意或過失之概念，乃係針對一定義務違反之主觀可歸責性而言，而「拋棄」此一意思表示之作成本身，基本上與故意或過失無關。因此，提前返還保證金之行為，使債權人終局地無法就保證金為任何被擔保債權之抵充，應認為係屬不再欲就保證金行使擔保權利之法律效果，符合本條所稱「拋棄」擔保之行為。蓋保證金此一現金擔保之存立，主要係透過一定金錢所有權之移轉而為債務之擔保，故只要業主基於返還擔保之意思而有積極返還一定金錢之行為，則此一舉動，基本上即應被評價係「拋棄」擔保之行為，並造成民法第 751 條所課予債權人之特別注意義務的直接違反。

### (三) 雙重擔保義務人之責任分擔

同一債務由數保證人共同擔保時，依民法第 748 條，除契約另有約定，應連帶負保證責任，依民法第 280 條，其內部分擔額除法律另有規定或契約另有訂定外，應為均分。同一債務有保證人及物上保證人時，保證人和物上保證人之內部分擔額，係依民法第 879 條第 2 項計算，即保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。

多數保證人中之一人對於同一主債務除提供人保，亦提供自身之不動產讓債權人設定抵押權，即同時具有保證人及物上保證人之身分，學說上稱此種情形為「雙重擔保」或「多重擔保」。此時，債權人如向多數保證人請求代償債務，該名雙重擔保義務人所應分擔之額度，究應如何計算，無論係在 96 年物權編修正前後，民法均無明文規定，實值吾人探討。

## 1. 實務見解

### (1) 雙重責任說

台灣高等法院 98 年上字第 331 號判決指出：「就一人兼具物保及人保身分者，究係認為應以雙重身分，分別負物保、人保之應分擔義務，或認為應選擇其中一身分，而僅負物保或人保之責任，法律雖無明文規範，惟審酌物保兼人保者既已提供己物設定抵押權登記(物權契約)與債權人，復又另行訂立保證之債權契約，顯係同意負擔雙重保證責任，故由其負較重之分擔義務，應屬公平，亦未超乎其預期範圍，況在多數人保、物保互相混雜之情形下，更應如此，否則，對於其他

單純人保、物保之分擔義務，會因物保兼人保者僅負其中單一保證責任，而異其結果，產生不公平之現象等情，本院認為物保兼人保者，應以雙重身分，分別負物保、人保之應分擔義務。申言之，於多數人擔保同一債務時，1.如均為人保，則適用債編有關保證及連帶債務人之規定定相互間之分擔義務；2.如均為物保，則適用民法第 875 條之 2 至 4 計算各別應分擔之債權金額，3.如其中有人保兼物保者，則先適用民法第 879 條第 2 項定人保、物保之分擔部分，全體人保再適用債編有關保證及連帶債務人之規定定相互間之分擔義務，全體物保則適用民法第 875 條之 2 至 4 計算各別應分擔之債權金額。」

## (2) 單一責任說

最高法院 99 年台上字第 1204 號判決指出：「為債務人設定抵押權之第三人代為清償債務時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權。此觀民法第 879 條第 1 前段規定即明。而就上開第三人即抵押人代為清償之同一債務另有人之保證且為多數時，該代為清償之抵押人依同條第 3 項所得請求多數保證人各償還其應分擔部分金額之計算，依同條第 2 項規定，係依保證人應負之履行責任與不逾債權額之抵押物價值或限定金額比例定之。準此，於抵押物之價值超過抵押權所擔保之債權額，且多數保證人各應負連帶保證責任時，因各保證人應負之履行責任與抵押人所應負之物上擔保責任，均為該主債務之全額，依該條增訂第 2 項規定所揭禁之『物上保證人與保證人平等』原則，自應按抵押人及保證人之人數平均分擔主債務。至抵押人兼為連帶保證人者，因連帶保證人係以其全部財產對債權人負人的無限責任，已包含為同一債務設定抵押權之抵押物，故僅須負單一之分擔責任，始為公平。」台灣高等法院 102 年上易字第 604 號判決同其意旨。

## 2. 學說見解

民國 96 年民法第 879 條修正之後，對於數物保之間及人保與物保之間的內部分擔額定有更明確的計算方式。惟對於兼具人保與物保雙重身分者，應如何負各該保證或擔保責任，仍無明文。學說上對於保證人兼任物上保證人的情況，有稱為「雙重保證」或「多重保證」。民國 96 年民法修正，第 879 條第 2 項明文規定：「債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應

以該債權額為準。」雙重擔保義務人之責任漸趨於兩說：

### (1) 雙重責任說

此說以為當多數擔保義務人中之一人具有雙重保證身分時，應先分別計算物上保證人與保證人之分擔額，再計算保證人內部之分擔額。若從保護雙重擔保責任之義務人，避免銀行有過度擔保之情事，警惕金融機構進行不合比例原則的擔保等視角來看，對於雙重保證人採單一責任說固然不無道理。然而，倘自抵押人兼為連帶保證人的預見可能性來看，其既然願意提供不動產設定抵押權登記，又與債權人另行訂立保證契約、完成對保手續，應當有同意承擔雙重保證責任之合理預期，因此一旦發生主債務人有未能如期清償之情事，由其代償或先行給付後，令其分別負物保和人保之內部分擔額，難謂有何不公平。採此說者並認為，若採單一責任說，從其他未擔任抵押人之連帶保證人之正當信賴來看，顯有使其遭受突襲之虞，蓋抵押人之物上擔保責任歸零，少掉一部分原本預期應由抵押權負擔之分擔額，這個分擔額將轉嫁於其他連帶保證人來承擔，不但有損於其他連帶保證人之財產權益，更是有害於渠等對於民法第879條第2項規定的合理信賴<sup>34</sup>。因此，論者以為，對於兼具人保與物保雙重身分者，應分別負其責任，並分別計算其分擔額後，再予以合併計算，才可使全體保人間之責任分明，公平合理，並且對於各該抵押物後次序抵押權之設定或權益，較有保障<sup>35</sup>。

### (2) 單一責任說

有學說認為，針對此問題，考慮當事人是否有背負雙重負擔之意思應為關鍵所在，而在一般情形，實難謂背負雙重責任符合當事人之意思；且只因雙重保證，即使該人須負擔較其他為同一目的而為保證之人更重的分擔額，亦不符合公平理念。雙重保證人之地位如何雖無明文規定，且前述理由亦非邏輯上之必然的結果，為確立一既符合公平性，又簡單明瞭之準則，在雙重保證之情形，應將雙重保證人以一人計算與其他連帶債務人平均負擔<sup>36</sup>。另有學者更認為，保證人係以其全部財產對債權人負人的無限責任，物上保證人則就擔保物負物的有限責任，相較而言，保證之責任重於物之擔保，如保證人係就全部債務為擔保，其保證責任已

<sup>34</sup> 曾品傑，我國擔保法之實務發展，發表於2011年7月民法研究基金會研討會，頁17。林廷磯，民法系列-保證，2010年9月，頁59。

<sup>35</sup> 張劍男，保證人、物上保證人內部分擔初探，2010年9月，司法周刊，第1509期，頁3。

<sup>36</sup> 陳洸岳，「雙重保證」與「共同保證」，2000年5月，月旦法學雜誌，第60期，頁18-19。

涵括物之保證責任，應以保證人之資格以一人計算其應分擔額；如保證人未就全部債務為擔保，即應視其應負之履行責任與擔保物之價值孰重，從其重者，以一人計算其應分擔之部分，依此方法解決，似較為公平且符合當事人之意思<sup>37</sup>。

### 3. 本文見解

上述兩說，各有其所依循之觀點，惟實務上往往基於多重擔保權利取得與實行之方便性，於第三人提供抵押物時亦往往要求抵押物提供人應負保證責任。此不僅逾越擔保目的之必要性，亦開啟物保與多數人保義務人間複雜的求償關係，是故銀行法第12條之1第1項乃規定：「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，不得以任何理由要求借款人提供連帶保證人。」上開規定應可遏阻銀行違反誠信原則，取得不必要之擔保權利之權利濫用行為。其次，如提供抵押物之第三人亦與債權人成立保證契約擔保同一筆主債務，此時保證人固具有雙重擔保之性質，惟就同一筆債務，雙重擔保之保證人仍僅負一次滿足實現主債權之義務，如其抵押物之拍賣已足實現主債權人之權利，則抵押人縱為保證人，亦無再次實現主債權之可能，亦即雙重擔保之義務人對於同一主債務，僅有一次實現主債權之擔保目的與擔保義務，並無雙重滿足主債權之擔保義務。就此觀之，雙重擔保之義務人與其他同一主債權之保證人之保證責任並無不同，因此，於多數保證人對同一債務保證時，自應以保證人之人數平均計算內部分擔額，不因其中有人提出不動產為抵押，而要求其承擔更多的責任。亦即，應採單一責任說較為妥當。

#### (四)保固金條款

工程實務上，保固擔保約款通常係用以確保承包商之保固責任之履行，內容包含廠商於保固期內負責修復包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等瑕疵。惟此一保固約款之性質到底為何？由於承包商因此一約款所承擔之保固責任，與其依工程契約所負之瑕疵擔保責任，不僅在內容上可能產生一定之重疊，而且在其權利行使期間之規範意義上(是否有消滅時效規定之適用)，亦存在適用結果的重大差異，是有必要就此一約款之性質，為一詳細的說明，以期有助

---

<sup>37</sup> 李彥文，關於保證人、物上保證人及擔保物第三取得人清償代位之研究，2002年1月，台灣本土法學雜誌第30期，頁50。

於對「保固之擔保」所欲擔保之對象的確認。

由於工程契約所約定之保固約款之用語常與我國民法承攬篇有關承攬人之瑕疵擔保責任相近，實務上或學說理論對於保固責任是否即為承攬人之物之瑕疵擔保責任，並無定論，茲說明如下：

## 1. 實務見解

### (1) 保固責任與承攬人之物之瑕疵擔保責任不同

#### A. 台灣高等法院 91 年度上字第 434 號判決(嗣經最高法院 92 年度台上字第 278 號判決以上訴不合法予以維持)

「兩造間訂立之保固切結書，請求賠償如因施工品質不良發生局部或全部損壞時之損害，該切結書性質上乃一賠償責任之特約，請求權之基礎既係本於兩造間之特約，自無民法第五百十四條第一項短期消滅時效之適用。」，最高法院84年度台上字第95號判決亦同此旨。由此可知，我國部分實務見解似乎傾向認為工程契約中之保固約款，係一獨立之擔保契約，故認為業主依保固約款所得主張之損害賠償請求，應無民法第514條第1項之短期時效規定的適用。

#### B. 台灣高等法院 96 年度上字第 904 號判決

「按承攬契約之「保固」之目的，在於使定作人即被上訴人取得較法定物之瑕疵擔保更為有利之地位。但因其仍為承攬契約之部分，不妨稱之為承攬契約中之擔保約款。故承攬人若對於保固期間內之瑕疵負修補義務，定作人不必證明擔保事故（即瑕疵）之發生，係基於危險移轉（即交付）時即已存在之物之瑕疵，且承攬人不得舉證證明危險移轉時無瑕疵而免責，蓋「保固」之目的既在「擔保」，則其意旨，不僅在使舉證責任倒置發生轉換之效果，更在確保保固期間內，標的物不發生應由承攬人負責之瑕疵。又保固責任之存在，並非排除定作人物之瑕疵擔保請求權之主張。」<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> 類似實務見解尚可參照屏東地方法院 93 年度建字第 17 號判決、台南地方法院 91 年度重訴字第 402 號判決及板橋地方法院 87 年度重訴字第 343 號判決。

## (2)保固責任即承攬人之物之瑕疵擔保責任

### A. 台南高分院 93 年度上易字第 117 號判決

「依系爭工程合約第三條第二款及第十九條約定，被上訴人應負之保固責任，屬承攬人依民法第四百九十二條、第四百九十三條規定應負之瑕疵擔保責任。故上訴人須以系爭工程存有瑕疵，且確係因被上訴人工作不良、材料不佳所致，並經定期催告而被上訴人不為修補，始得動用保固保證金，保固期滿，在保固期內如無被上訴人應負保固責任之情事發生，上訴人即應依約返還保固保證金予被上訴人。」。

### B. 台灣高等法院 97 年度上字第 447 號判決

「系爭保固書之法律性質為何？……再細究上訴人所負保固書責任，係就其交付系爭推土機時起至所載保固期間止，在被上訴人正常操作下有關結構、零組件之瑕疵負無償修繕義務，可見其不僅就法律所定交付系爭推土機時無瑕疵負物之瑕疵擔保責任外，尚擴及至保固期間內所生之瑕疵，使上訴人延長在保固期間內亦有維護系爭推土機具備通常效用之責任；除非上訴人舉證證明系爭推土機在保固期間內之瑕疵係因被上訴人非正常操作、未依原廠規定之保養維修、未使用原廠配件所致者，否則上訴人均擔保在保固期間內之結構、零組件之瑕疵負（無償）修復瑕疵之責任，而較民法針對出賣人應負物之瑕疵擔保責任時，買受人僅得依民法第 365 條規定之解除契約、減少價金之法律效果，依約定增加向出賣人請求無償修復瑕疵之法律效果。易言之，上訴人應負之保固書責任擴大及強化上訴人應負之物之瑕疵擔保責任，然其法律性質上仍屬物之瑕疵擔保責任，應無疑義。」由此可知，本件法院基本上除認保固責任性質屬物之瑕疵擔保責任外，亦將保固約款中有關保固期間之約定，認作係對民法上之瑕疵發現期間之延長。

## 2. 學說見解

一般常見於工程實務上之保固約款，關於其法律性質之討論，學說上認為可能有下述三種情形：

## (1)單純之品質約定

此見解是將保固約款，評價成契約當事人對於約定提出之工作給付所為的「單純之品質約定」。簡言之，即承包商透過此一約款，向業主承諾其所提出之工作，將具備雙方所約定之品質。在此一理解下，此一約款的功能，主要即在說明並判別承包商所提出之給付，是否已具備約定品質，而不具所謂的瑕疵。如果所提出之給付欠缺約款明載之品質，而被認為存在一定之瑕疵，則業主此時即可依據民法上有關瑕疵擔保之規定，請求修補瑕疵、請求減少報酬或解除契約，並得於此一品質欠缺係可歸責於承包商時請求損害賠償。<sup>39</sup>

## (2)獨立之擔保(selbständiges Garantieverprechen)

此見解是將保固約款，評價為一個「獨立之擔保」。此一情況，通常發生在保固約款之內容具有確保所完成之工作，具有超越於工程契約以外之功效。此時，業主在工作給付欠缺保固約款所明定之品質時，其所得主張之瑕疵擔保權利，嚴格言之，已非源於民法有關承攬契約之相關規定，而毋寧是直接來自於此一保固約款。由此可知，一個被評價為獨立擔保之保固約款，其基本上可以說是一個獨立於工程契約以外之擔保契約，故業主依據此一約款所得主張之權利，縱然在內容上與民法上之瑕疵擔保規定多為相同，但由於其性質上係透過約定之權利，因此不僅其瑕疵發現期間應以所約定之保固期間為憑，業主所得主張之損害賠償請求，其所適用之時效規定，即應為民法第125條之一般時效規定，而非民法第514條之短期時效規定。<sup>40</sup>

就此，亦有論者<sup>41</sup>持相同看法：「保固條款乃當事人特別約定之契約義務，其並不當然可視為民法所定之瑕疵擔保責任特約，換言之，定作人於保固條款所得行使之權利，應可與民法瑕疵擔保權利併同存在。蓋依目前工程契約實務一般所約定保固條款，常見有工程瑕疵及缺陷等情形因承商原因所致，承商方負有保固責任之約定，此與民法所規定瑕疵擔保為無過失責任之法理，並不相同；且以往

<sup>39</sup> 學說介紹與整理可參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁16；黃茂榮，承攬，債法各論第一冊，2006年9月，頁508

<sup>40</sup> 學說介紹與整理可參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁17；黃茂榮，承攬，債法各論第一冊，2006年9月，頁508；陳秋華；保證、人事保證317 瑕疵與保固之爭議，工程爭議問題與實務(二)，中華民國仲裁協會出版，2010年12月，頁157-160。

<sup>41</sup> 蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任(下)，營建知訊第292期，2007年5月，頁68-69。



工程契約所約定之保固期間通常為一年或二年，此顯然較民法第499條有關瑕疵發見期間五年為短，是否將保固條款認為係瑕疵擔保責任之特約者，其須受民法第501條規定之限制，則該等保固期間豈非均應延長為五年，若此，則顯與目前工程契約實務之運作相悖；再者，保固期間之計算，絕大部分均自工程完工驗收合格後起算，其與瑕疵發見期間自『工作交付後』起算，兩者亦不相同；甚者，承商之保固責任範圍及權利種類，與民法承攬瑕疵擔保責任之規定，亦不盡相同。…工程契約保固條款之性質解釋，似應以『獨立的擔保』類型，較符合目前工程實務之運作。是此，保固條款之約定與民法承攬瑕疵擔保之規定，若遇有相同規範之事項發生時，則應可任其係屬請求權競合之關係，業主得擇對其有利者或併同行使其權利。」

此外，論者<sup>42</sup>尚有認為：「一般工程契約中有關保固責任之規定，與民法上承攬人之瑕疵擔保責任，並非全然相同，例如，在一般工程保固之規定裡，往往規定承攬人之保固責任僅係就瑕疵進行改善，而未規定定作人有減少報酬或解除契約之權利，是強將其與民法之瑕疵擔保責任相比擬，並無太大實益」。

### (3)當事人特別約定之瑕疵擔保責任(從屬之擔保(unselständiges Garantieverprechen))

此見解是將保固約款，評價為一個從屬於工程契約之「從屬性擔保」。此種保固約款之約定，基本上是從屬於兩造之承攬契約，依該約定，只要承包商所提出之工作給付，欠缺保固約款所約定之品質，此時，業主不僅可以依據原來瑕疵擔保之規定請求瑕疵之修補、請求減少報酬或解除契約，而且即便承包商對於該品質之欠缺，並無任何可歸責之事由，但工程契約之業主仍可就其所受之損害，請求賠償，而無須受民法第495條第1項可歸責要件之拘束。此一意義下之保固約款，不僅某種程度具有以約定變更業主依民法第495條第1項請求損害賠償之要件，在其所約定之保固期間較民法上所定之瑕疵發現期間為長的時候，則其更具有延長業主之權利行使期間之意義。<sup>43</sup>

## 3. 本文見解

本文認為基於契約自由原則，當事人本即可對其契約法律關係之內容，依當事人間之個別交易需求，就特定事項為約定。當事人約定之保固條款，如未違反

<sup>42</sup> 李家慶，工程承攬人之瑕疵擔保責任，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004年9月，頁99。

<sup>43</sup> 學說介紹與整理可參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁16；黃茂榮，承攬，債法各論第一冊，2006年9月，頁508，史尚寬，債法各論(簡體字版)，2000年1月，頁882。

誠信原則，原則上優先於法定瑕疵擔保責任相關任意性規定而適用。因此，工程契約中常見之保固約款，其性質究應評價為「單純之品質約定」、「從屬性之擔保」或是「獨立之擔保」，仍須視個案情形之條款具體認定之，依據誠實信用原則，斟酌交易習慣，而且尤應綜合約款之內容為判斷。<sup>44</sup>

工程實務上常見之保固約款，由於其原則上均存在所謂「保固期間」之約定，而此一當事人約定保固之期間，通常均較一般民法第498條及第499條所定之瑕疵發現期間長，此種情形應認當事人係就民法第501條所定延長瑕疵發現期間之特別約定，並非僅單純描述承包商所應提出之工作的品質。

以臺灣高等法院民事91重上482裁判為例，當事人於契約第19條約定：「本工程自全部竣工正式驗收合格之日起，由上訴人保固結構體伍年，裝修參年在保固期內。有工程一部或全部走動、裂損、坍塌或發生其他損壞時，經查明係由上訴人工作不良、材料不佳所致者，應由上訴人照圖樣負責於限期內無價修復。如延不照辦，被上訴人得動用保固金代為修復，並按民法第495條辦理」。由此可知，兩造約定上訴人自系爭工程驗收合格日起，就結構體在5年內、裝修在3年內，有負責修復工程一部或全部走動、裂損、坍塌或其他損壞等可歸責於上訴人事由所致瑕疵之保固責任，此並非僅針對施作工程之品質有所約定；再者，綜觀此工程契約中之保固約款，其所約定之保固事項大多仍侷限於一般工作品質之瑕疵，而無額外延伸至其他特別效用上之擔保，例如，承攬人擔保其所使用之材料，絕對可以承受一定程度以上之重量，或是所興建之房屋，絕對可以取得一定金額以上之租金等，故本件工程實務上之保固約款，尚難認係一獨立於工程契約之外的擔保契約。

本文認為，觀之本件判決中當事人所約定之保固約款內容，其基本上仍不脫於民法上瑕疵擔保之相關規定，如「上訴人保固結構體伍年，裝修參年在保固期內。有工程一部或全部走動、裂損、坍塌或發生其他損壞時，經查明係由上訴人工作不良、材料不佳所致者，應由上訴人照圖樣負責於限期內無價修復」，尤有甚者，在保固約款之內，亦經常可見有關民法上瑕疵擔保規定之援引，例如「如延不照辦，被上訴人得動用保固金代為修復，並按民法第495條辦理」，依此，本件判決雖未言明當事人所約定保固約款之法律性質，惟綜觀判決意旨及當事人之真意，將此保固約款，認定為一當事人間優先於法定瑕疵擔保責任適用之瑕疵擔保責任特別約定，或許較契合於一般保固約款之內容的詮釋，故保固約款之約定主要仍以補充民法上所規定承攬人之瑕疵擔保責任為其內涵，惟關於權利行使期間或消滅時效部分，如當事人約定之內容低於法律規定之適用標準時，仍應以

---

<sup>44</sup> 相同看法可參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁16。

法律所定之瑕疵擔保責任予以適用。

## 肆、結論與建議

連帶保證廠商係指係於原工程契約之承包商若因施工不良經業主限期改善而未為改善、或承包廠商財務發生困難，致無法履行合約時，由保證廠商進場接續施作完工，或由保證廠商對於業主損害負連帶賠償責任。而關於連帶保證廠商接續工程施作之法律性質為何，本文認為，應考量具體契約條款而決定之。除工程契約中約定「保證廠商概括承受有關廠商之一切權利」外，於工程契約中約定「保證廠商負連賠償義務及續負履行義務」，均屬民法上保證。

另外國內工程實務上，向來多以交付保證金、保留工程款及出具保證書等三種方式作為主要的擔保方式，然而如果業主在選擇向一般連帶保證人請求履行保證責任之前，即逕行發還承包商所交付之保證金，此時連帶保證人可否援引民法第 751 條規定，對此本文認為，民法第 751 條之規範目的，主要乃欲維護保證人於履行保證債務後之求償權的行使，故如保證契約之債權人有拋棄附於主債權之擔保物權，則應認債權人此部分之擔保需求已不再存在，因此應令保證人亦同免其保證責任。

惟在多數可供選擇的擔保方式中，不免會有多數保證人中之一人對於同一主債務除提供人保，亦提供自身之不動產讓債權人設定抵押權，即同時具有保證人及物上保證人之身分，學說上稱此種情形為「雙重擔保」或「多重擔保」。此時，債權人如向多數保證人請求代償債務，該名雙重擔保義務人所應分擔之額度，究應如何計算，本文認為，提供抵押物之第三人亦與債權人成立保證契約擔保同一筆主債務，此時保證人固具有雙重擔保之性質，惟就同一筆債務，雙重擔保之保證人仍僅負一次滿足實現主債權之義務，如其抵押物之拍賣已足實現主債權人之權利，則抵押人縱為保證人，亦無再次實現主債權之可能，亦即雙重擔保之義務人對於同一主債務，僅有一次實現主債權之擔保目的與擔保義務，並無雙重滿足主債權之擔保義務。就此觀之，雙重擔保之義務人與其他同一主債權之保證人之保證責任並無不同，因此，於多數保證人對同一債務保證時，自應以保證人之人數平均計算內部分擔額，不因其中有人提出不動產為抵押，而要求其承擔更多的責任。亦即，應採單一責任說較為妥當。

最後，在工程實務上，當事人間多半會約定保固擔保約款，而保固擔保約款通常係用以確保承包商之保固責任之履行，內容包含廠商於保固期內負責修復包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等瑕疵。惟此一保固約款之性質，本文認為基於契約自由原則，當事人本即可對其契約法律關係之內容，依當事人間之個別交易需求，就特定事項為約定。當事人約定之保固條款，如未違反

誠信原則，原則上優先於法定瑕疵擔保責任相關任意性規定而適用。因此，工程契約中常見之保固約款，其性質究應評價為「單純之品質約定」、「從屬性之擔保」或是「獨立之擔保」，仍須視個案情形之條款具體認定之，依據誠實信用原則，斟酌交易習慣，而且尤應綜合約款之內容為判斷。

# 國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2014/02/25

國科會補助計畫	計畫名稱: 擔保權利之確保與快速實現之合理性
	計畫主持人: 楊淑文
	計畫編號: 99-2410-H-004-179-MY3      學門領域: 民事法
無研發成果推廣資料	

99 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：楊淑文		計畫編號：99-2410-H-004-179-MY3					
計畫名稱：擔保權利之確保與快速實現之合理性							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%	章/本	
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>工程契約中承包商若因施工不良經業主限期改善而未為改善，致無法履行合約時，由保證廠商進場接續施作完工，或由保證廠商對於業主損害負連帶賠償責任。實有必要探討此新型態擔保契約類型，以確保契約法中擔保權利合理發展。本成果報告擬釐清擔保權利之確保與快速實現合理性之議題，對實務與學說研究應有效益。</p>
--	--

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科教處計畫加填項目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	



# 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表  未發表之文稿  撰寫中  無

專利： 已獲得  申請中  無

技轉： 已技轉  洽談中  無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）