

# 民法第 742 條保證人主張抗辯 之種類研析

■ 第 59 期學習司法官 崔恩寧

## ■ ■ ■ 目 次 ■ ■ ■

壹、前言	三、消保法之抗辯
貳、傳統之抗辯種類	肆、爭議之抗辯種類
一、權利未發生之抗辯	一、法律解釋
二、權利消滅之抗辯	二、利益衡量
三、拒絕給付之抗辯	三、實務轉變
參、新型之抗辯種類	伍、結論
一、抵銷權之援用	陸、參考文獻
二、違約金酌減	

## 壹、前言

民法保證契約為單務且無償契約，保證人對於債權人所負的責任相當沉重，因此在我國民法基於衡平維護保證人權利的考量，於保證人的權利關係上設有強化保護的規範。其中民法典上設有保證人得主張債權人抗辯的權利（民法第 742 條），目的即是為了保護保證人免於受到不測的不利益。

民法第 742 條規定主債務人所有

之抗辯，保證人得主張之。其立法理由在於「保證債務為從債務，故主債務人所有之抗辯，如留置權之抗辯，延期之抗辯等，保證人皆得主張之。至保證人於訂立保證契約時，將可主張主債務人所有抗辯之權利拋棄者，其契約應為負擔債務契約，不得為保證契約，此當然之理，無須另行規定。」又主債務人雖拋棄其抗辯權，而不得因此害及保證人之利益，否則保證人將蒙不測之損害也。即是基保證人將個人信用與全部資



力作為擔保，為免其遭受不利，使其得主張主債務人之抗辯對抗債權人。並且從民法第 742 條第 2 項規定主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之。例如：主債務人於消滅時效完成後，以契約承認履行債務者，其效力不及於保證人，亦即保證人仍得主張債務人原已取得之拒絕給付抗辯權<sup>1</sup>。足徵保證人係基於保證人之獨立地位，而非代主債務人為主張。

惟民法第 742 條規範保證人得主張抗辯的種類為何，卻鮮少受到重視，如未能明確確立保證人得主張抗辯的種類範圍，無疑陷保證人與債權人權益於不確定。因此本文將針對民法第 742 條保證人得主張的抗辯種類研析，討論傳統上肯認的抗辯種類，以及其他抗辯是否得依照民法第 742 條援用。

## 貳、傳統之抗辯種類

何種抗辯為保證人所得主張者？即為本文所要研討的核心問題。日本法上並無如我國民法第 742 條的規定，但

在日本學界上亦同樣肯認保證人得援用主債務人的抗辯權。因保證債務雖是個別契約，但其目的是為擔保主債務的履行，故限制主債務效力的抗辯權，如不允許保證人主張，將違反保證債務的附隨性<sup>2</sup>。在此基礎下，不論有無立法明文規定「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之」，皆須面臨到探討「保證人得主張抗辯權的種類」為何的問題。

惟我國學說上多認為所謂主債務人所有之抗辯，係指主債務人所得對抗債權人之事由，舉凡主債務人所有，而與主債務自身之發生、消滅或履行有牽連關係之一切抗辯，例如：主債務已清償或請求權已罹於時效等，均包括在內，但不包括主債務發生、變更或消滅以外獨立原因事由所生之抗辯<sup>3</sup>。學說上對於保證人得主張的抗辯，似較我國法條文義「主債務人所有之抗辯」限縮，限於與主債務相牽連的抗辯，且過去實務上判例亦認為必須侷限於主債務有牽連關係之抗辯<sup>4</sup>。

對於保證人所得主張的抗辯事由，鮮少見為文探討適用的種類為何，

<sup>1</sup> 邱聰智（著）、姚志明（校訂），《新訂債法各論（下）》，元照，2008年3月，541頁。

<sup>2</sup> 我妻榮，《新訂債權總論》，岩波書局，1964年，481頁

<sup>3</sup> 邱聰智（著）、姚志明（校訂），同註1，538頁；林誠二，保證責任與有限責任繼承之關連性，《台灣法學雜誌》，2016年8月，301期，173頁。

<sup>4</sup> 最高法院42年台上字第1060號民事判例。該判例因增訂民法第742條之1及民法債編施行法第二1條於民國89年5月5日公布施行，已無援用之餘地，而受最高法院90年度第3次民事庭會議決議不再援用。

惟在我國實務上保證人主張的抗辯是否應肯認主債務人「所有」之抗辯保證人皆可主張？不無疑問。故本文將針對民法第 742 條保證人得主張的抗辯種類為說明，從學說與實務見解著手研析。首要在保證人所得援用債務人之抗辯，因其性質不同，學說上多認為大致上可分為三類，分述如下。

### 一、權利未發生之抗辯

所謂權利未發生的抗辯，指主債務所據以發生之原因契約或其他法律事實，因法律規定有不成立、未發生或無效之原因，使債權人之權利未發生者而言<sup>5</sup>。因此乃主債務基礎關係之權利未發生抗辯，故保證人自亦得主張之。權

利未發生的抗辯，例如：債權人欠缺當事人行為能力、或主債務有超過法定最高利率 20% 限制之利息，依民法第 205 條債權人對於超過部分之利息無請求權、或主債務之利息債權因巧取利息，依民法第 206 條利息債權不發生者，皆屬於權利未發生抗辯的類型，並且多受學說上肯認保證人得以此向債權人主張抗辯<sup>6</sup>。

保證人主張權利未發生抗辯者較無太大爭議，實務上主張權利未發生抗辯的裁判事例多以保證人主張民法第 205 條超越法定利息<sup>7</sup>，或民法第 206 條巧取利息<sup>8</sup>為主。因超越法定利率或巧取利息的利息依法無請求權，係對

<sup>5</sup> 邱聰智（著）、姚志明（校訂），同註 1，539 頁。

<sup>6</sup> 劉春堂，《民法債編各論（下）》，三民，2008 年 1 月，356 頁。

<sup>7</sup> 例如：臺灣臺北地方法院 105 年度重訴字第 1200 號民事判決：「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之，民法第七百四十二條第一項已有明定。被告另辯稱原告與陳歆間金錢借貸約定利息利率逾週年利率百分之 20 部分無請求權，經查：約定利率，超過週年百分之 20 者，債權人對於超過部分之利息，無請求權，民法第二百零五條固有明文……而編號借款係於 104 年 8 月 25 日貸與 280 萬元，約定於同年 9 月 14 日返還 300 萬元，借款期間為 20 日、利息為 20 萬元，折合利息利率約週年利率百分之 130，遠逾法定利率之上限，是該筆利息未經抵充部分原告對陳歆或債務承擔人方向均無請求權，自亦不得請求連帶保證人被告負返還之責。」

<sup>8</sup> 例如：臺灣高雄地方法院 103 年度鳳簡字第 160 號民事判決：「原告所交付之借款皆已預扣百分之 10 之利息，則其實際交付之金錢為附表實際交付金額欄所載數額，合計共為 108,000 元，原告與被告葛○彰約定之還款期限均為借款日後 1 個月，則依原告預扣之金額計算，其利息高達週年利率百分之 120，則原告預扣利息自係民法第 206 條所謂以折扣方法巧取利益，關於其預扣部分，原告既未實行交付，即不發生返還請求權……被告林○庭係擔任該債務之連帶保證人，依民法第 742 條第 1 項之規定，主債務人得主張之所有抗辯，保證人亦得主張之，故被告林○庭僅就原告實際交付之借款 27,000 元部分，負連帶償還責任。從而，原告依票據及連帶保證之法律關係請求被告林○庭給付 117,000 元及自 102 年 10 月 7 日起至清償日止，按週年利率百分之 5 計算之利息，自屬有據，應予准許，逾此範圍之請求，並無理由。」



主債務的利息範圍界定的問題，依法超越法定利率的部分利息無請求權是屬於主債務發生的抗辯事由，仍符合學說見解認為限縮於與主債務有牽連關係之抗辯，故較無疑義。

## 二、權利消滅之抗辯

保證人主張抗辯的第二類型為權利消滅之抗辯。係指債權人對主債務的權利，過去曾有效成立發生，但嗣後因法定事由消滅者。因主債務消滅，基於保證債契約的從屬性，保證債務亦隨同消滅，保證人自得援用主債務人權利消滅之抗辯。此種抗辯與權利未發生之抗辯相同，雖為主債務人所有，但因保證人係據以主張保證債務不存在。故嚴格言之，實為保證人自有之抗辯，縱使無民法第 742 條第 2 項的規定，自不因主債務人拋棄此等抗辯而影響保證人對此等抗辯的主張<sup>9</sup>。

保證人典型之權利消滅抗辯，例如：主債務因清償、代物清償、債務更新、提存、抵銷等原因而使主債務消滅者，或主債務因不可歸責於主債務人之

事由，致主債務人給付不能，依民法第 225 條主債務消滅者<sup>10</sup>，均屬保證人得主張的權利消滅抗辯。

## 三、拒絕給付之抗辯

第三種類的保證人主張抗辯為拒絕給付之抗辯。此種抗辯屬於狹義的抗辯，亦即債務人基於法律規定而得拒絕給付之權利。屬於保證人所主張的抗辯中範圍最為廣泛的類型，無論是滅卻性的抗辯，例如：消滅時效抗辯（民法第 144 條）、惡意抗辯（民法第 198 條）或延期性的抗辯，例如：同時履行抗辯（民法第 264 條）、拒絕支付價金抗辯（民法第 368 條），均包括在內。

其中拒絕給付抗辯的主張，以「時效抗辯」佔最大比例。本文檢索涉及「民法第 742 條」相關的全部民事判決有 678 筆；而以「民法第 742 條」加上「時效抗辯」檢索全部民事判決就有 313 筆<sup>11</sup>討論保證人依照民法第 742 條主張時效抗辯<sup>12</sup>，顯見時效抗辯在保證人主張之抗辯上近乎佔了一半。

<sup>9</sup> 劉春堂，同註 6，357 頁

<sup>10</sup> 邱聰智（著）、姚志明（校訂），同註 1，540 頁。

<sup>11</sup> 搜尋日期：107 年 12 月 19 日

<sup>12</sup> 例如：臺灣高等法院 103 年度重上字第 144 號民事判決：「查被上訴人於原審依其與丁○德間之消費借貸契約，請求丁○德返還前開借款本息、違約金，惟其請求權因罹於時效消滅，經丁○德主張時效抗辯拒絕給付，而獲敗訴確定判決，此觀原審之判決書即明。是丁○德對被上訴人所負返還系爭借款之債務，消滅時效已完成，揆諸前開說明，為此借款債務連帶保證人之上訴人，依民法第 742 條第 1 項規定，主張丁○德之時效抗辯拒絕給付，核屬有據。」

## 參、新型之抗辯種類

前述說明了保證人主張的抗辯種類，為一般學說上肯認的三大類型抗辯。惟隨著實務發展，保證人向債權人主張的抗辯亦愈發多元，已逐漸超脫過去傳統的三大分類，故本文乃針對實務上新型態保證人主張之抗辯說明是否亦得援用。

### 一、抵銷權之援用

在民法債編修正以前，如主債務人對債權人有債權得以行使抵銷權者，保證人得否行使主債務人的抵銷權，在過去民法未設有明文規定時，多有爭議。且我國實務過去採取否定的見解，最高法院 42 年台上字第 1060 號民事判例：「保證人於其保證之債務，除有民法第 744 條及第 745 條所定事由，對於債權人得為拒絕清償之抗辯外，就主債務人所有之抗辯，亦得主張之，固為同法第 742 條所明定。惟該條所謂保證人得主張主債務人所有之抗辯，係僅指主債務人所有與主債務自身之發生、消滅或履行有牽連關係之抗辯（如主債務有不法事由，或當事人無行為能力等原因而發生，或因清償及其他原因而消滅，或由契約互負債務，他方未為對待

給付前，得拒絕自己給付等抗辯），因其效力當然及於有從屬性之保證債務，故亦得由保證人主張之者而言。若主債務人與債權人互負給付種類相同之債務，關於主債務人所有之抵銷抗辯，係本於主債務以外之獨立原因所生，而與主債務之發生、消滅或履行並無牽連關係，則除保證契約另有訂定外，自不在保證人得為主張之列。」

乃是立於保證人所主張的抗辯必須基於「與主債務自身之發生、消滅或履行有牽連關係」的立場，而認為主債務人之抵銷抗辯不屬於與主債務相牽連，為獨立原因所生者，進而否定主債務人的抵銷權得列為保證人可主張之列。惟這樣的否定見解，事實上對保證人的利益保護未盡周全，因保證人向債權人清償後，承受債權人對於主債務人之債權（民法第 749 條），保證人對原債權上的權利義務一併承受，如此保證人於清償後恐有向主債務人求償困難的弊端。因此在民法債編修正上，即參考日本民法第 457 條第 2 項規定<sup>13</sup>增訂民法第 742 條之 1：「保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷。」

值得注意者係，日本民法有規定保證人得以主債務人的債權主張抵銷，

<sup>13</sup> 日本民法第 457 條第 2 項：「保証人は、主たる債務者の債権による相殺をもって債権者に對抗することができる。」



但卻無類同我國民法第 742 條保證人得主張主債務人所有抗辯的規定，其中差異尚待研析<sup>14</sup>。因民法第 742 條之 1 的增訂，最高法院 42 年台上字第 1060 號判例嗣後經決議不再援用，確立了保證人得以主債務人之債權主張抵銷的權利。故於主債務人對債權人有抵銷權，其自己未主張抵銷時，保證人亦得行使主債務人之抵銷權，惟若主債務人自己已為抵銷，則主債務消滅，保證人自得據以拒絕清償，此係屬於前述抗辯種類中的「權利消滅之抗辯」<sup>15</sup>。

## 二、違約金酌減

依照民法第 252 條規定「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」，如約定之違約金額過高者，得向法院聲請酌減至相當數額。因違約金之數額，雖允許當事人自由約定，惟如當事人約定之違約金額過高，有顯失公平之情形時，依法得由法院減至相當額

數，保護債務人之利益。故主債務約定之違約金過高時，主債務人得依法向法院聲請酌減違約金無疑，惟保證人是否得向債權人主張「酌減主債務違約金」之抗辯？對此鮮少見學說上討論，惟保證人對債權人主張違約金酌減的抗辯，在實務上已逐漸受到重視。

違約金酌減須當事人提出聲請，或由法院依職權審酌違約金數額是否過高，此為法院職權事項<sup>16</sup>，則違約金酌減似不屬於狹義之抗辯，果爾，保證人是否仍得主張不無疑問。然而對保證人主張之抗辯種類上，並不限於狹義之抗辯，學說上亦有肯認從廣義抗辯的角度寬認違約金酌減、情事變更原則、誠實信用原則等援用亦有民法第 742 條的援用<sup>17</sup>。況且因保證債務的範圍，依民法第 740 條包含主債務之利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。保證人亦對主債務的違約金負擔保

<sup>14</sup> 日本學界對日本債權法改正的研析上，有認為應導入我國民法第 742 條「使保證人得對債權人主張主債務人抗辯」的新規定，將抵銷權、解除權等擴張至抗辯權中。參見：潮見佳男，民法（債權關係）の改正に関する要綱仮案の概要—消滅時効・法定利率・保証・債權讓渡ほか—，金融法務事情，2003 号，2014 年 10 月，15 頁；但亦有認為該原則規定本身無異議，但仍無法解決「抗辯權」為何的問題，因此明文化的必要性與意義不大。參見：平野裕之，保証——個人保証を中心に，《法律時報》，86 卷 12 号，72 頁。

<sup>15</sup> 劉春堂，同註 6，358 頁。

<sup>16</sup> 林誠二，違約金酌減之法律問題，《台灣法學雜誌》，2010 年 8 月，157 期，116-121 頁；邱聰智，《新訂民法債編通則（下）》，2003 年 3 月，頁 557；最高法院 79 年度台上字第 1612 號：「民法第二百五十二條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。」

<sup>17</sup> 邱聰智（著）、姚志明（校訂），同註 1，540 頁。

責任，故若主債務的違約金額過鉅，將會加重保證人的負擔，對保證人而言得否對債權人主張「酌減主債務違約金」之抗辯，影響保證人的權益。

保證人之違約金酌減抗辯在實務上多受肯認，例如：

- (一) 最高法院 89 年度台上字第 337 號民事判決：「惟依民法第 742 條第 1 項主債務人所有之抗辯，保證人得主張之規定，上訴人備位聲明訴請法院酌減被上訴人與主債務人柳○芝間有關違約金之約定金額，於法尚無不合。查違約金之約定過高者，依民法第 252 條規定，法院得減至相當數額。」
- (二) 臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上字第 107 號民事判決<sup>18</sup>：「又按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條亦有明定。而上訴人雖非系爭消費借貸契約之債務人，但其以所有之不動產擔保主債務人債務之履行（即所謂物上擔保人），與保證人係以其財產全部以擔保主債務人債務之履行，雖

一為物權、一為債權，且提供擔保之標的有所不同，但均為對債權履行之擔保，其性質上應為同一，故應可類推適用民法第 742 條第 1 項『主債務人所有之抗辯，保證人得主張之』之規定。從而上訴人抗辯系爭消費借貸契約違約金之約定過高，應予酌減，核無不可。」

- (三) 臺灣高等法院 101 年度重上字第 50 號民事判決<sup>19</sup>：「然物上擔保人以自己之所有物，為債務人設定擔保，其法律上地位與保證人無異，對債務擔保之履行而言，均係以自己之財產清償債務人債務，並無二致。以故，民法第 742 條第 1 項『主債務人所有之抗辯，保證人得主張之』之規定，於物上擔保人之情形，應可類推適用。而約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。民法第 252 條定有明文。又當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第 252 條以職權減至相當之數額……據此，上訴人為物上擔保人，自得類推

<sup>18</sup> 本件雖係研討物上擔保人得否類推適用民法第 742 條，惟該判決亦言及物上擔保人得類推適用民法第 742 條主張違約金酌減之抗辯，該判決經最高法院 98 年度台上字第 1044 號判決維持確定。

<sup>19</sup> 該判決後經最高法院 102 年度台上字第 1512 號判決維持確定。



適用民法第 742 條第 1 項規定，就系爭違約金過高酌減為主張。……。尤以，系爭違約金若有過高情事，法院得依職權為酌減，自無吳 O 億始得聲請酌減而限制上訴人聲請之必要。從而，上訴人得請求酌減系爭違約金債權，堪予確定。」顯見在實務上係多受肯認的抗辯種類，且若主債務之違約金約定過高，對於將自身信用、財力作為擔保，單純負擔債務的保證人而言實屬不利，故本文認為應當肯認違約金酌減的抗辯包括在保證人得主張的抗辯種類中。

### 三、消保法之抗辯

在其他種類的抗辯中，第三種值得進一步研討者為「消保法之抗辯」是否亦為保證人得向債權人主張的抗辯。如主債務的訂定為定型化契約時，則保證人得否主張條款違反誠信原則無效（消保法第 12 條）的抗辯？

因保證依民法第 739 條為當事人約定，由保證人於主債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。並且保證契約為單務契約，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，對於保證人而言幾乎是基於弱勢的地位。在民事法上當雙方地位顯有落差、雙方訂定條款顯失

公平時，對於弱勢當事人所負之責任，應予減輕或免除方符合公平正義，乃我國民事法、消保法之基本原則。則以此立論而言，在一般保證契約上保證人的地位已實屬不利，則在雙方地位有顯著落差的定型化契約上，基此保證人更應受消費者保護法有關定型化契約規定之保護，方符合上述民法基本原則。

臺灣新北地方法院 95 年度訴字第 1823 號民事判決：「又『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』、『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』，民法第 742 條、第 751 條分別定有明文。此均在表現保證人優於主債務人而受保護之立法意旨。是以，主債務人與銀行間之定型化條款契約，應適用消費者保護法之規範，則基於上述保證人應優於主債務人受保護之意旨，保證人與銀行間之定型化保證契約更應受消費者保護法之規範為是。」即認為雖保證人非消費者，但基於上述論點，保證人與企業經營者所訂定的定型化保證契約，亦可類推適用消保法第 12 條，顯示出保護保證人弱勢地位的看法。而本文認為，若僅有主債務係定型化契約，保證契約非定型化契約時，如主債務之定型化契約有違反消保法的規定時，亦應肯認保證人得向債權人主張消

保法上的抗辯。

## 肆、爭議之抗辯種類

最末，在研析傳統型與新型的抗辯種類後，本文將探討爭議型的抗辯種類是否得主張，對保證人是否得主張主債務人死亡後「限定繼承之抗辯」。如保證契約訂立並發生主債務後，債務人死亡並由債務人之繼承人依法繼承主債務人之債務，我國民法第 1148 條第 2 項於民國 98 年時，因「考量社會上時有繼承人因不知法律而未於法定期間內辦理限定繼承或拋棄繼承，以致背負繼承債務，影響其生計，增訂第 2 項規定，明定繼承人原則上依第一項規定承受被繼承人財產上之一切權利、義務，惟對於被繼承人之債務，僅須以因繼承所得遺產為限，負清償責任，以避免繼承人因概括承受被繼承人之生前債務而桎梏終生。」因此我國在採取限定繼承主義之下，繼承人得僅以所得財產負限度責任而已。

依民法第 1148 條第 2 項的規定，繼承人雖繼承被繼承人之「全部」債務，但其對於債務之清償，原則上負以遺產為限度之物的「有限」責任，因此

被繼承人之債權人固得對繼承人請求償還全部之債務，但繼承人得拒絕以自己之故有財產為清償，亦即，繼承人依法取得拒絕以自己固有財產清還被繼承人債務之抗辯權<sup>20</sup>。而在被繼承人主張限定繼承時，保證債務並不會因主債務人死亡而消滅（最高法院 48 年台上字第 557 號民事判例），保證人仍應負保證責任。惟在繼承人向債權人主張限定繼承有限責任抗辯後，對於不足清償額債權人向保證人請求履行保證責任時，保證人得否依民法第 742 條主張限定繼承的抗辯？

有認為民法第 742 條所允許保證人得主張之抗辯，應嚴守最高法院 42 年台上字第 1060 號民事判例所稱之基於債務人與債權人間基於主債務關係所生之抗辯。惟債務人之繼承人所得主張的有限責任抗辯，係基於其與債務人間之身分關係，與主債務和保證關係無涉，故保證人應不得主張<sup>21</sup>。日本學說上亦有認為主債務人死亡，但保證債務仍應繼承人繼承主債務存續，但即使繼承人主張限定繼承（日本民法第 922 條），亦不影響保證人的責任。因限定繼承僅是有限度的限制繼承財產責任，債務本身並無受到限制，保證債務的從屬性範

<sup>20</sup> 林秀雄，《繼承法講義》，元照，2014 年 10 月，148 頁。

<sup>21</sup> 林誠二，同註 3，174 頁。



圍不受影響，仍負擔無限責任<sup>22</sup>。

惟對此問題本文反而認為應採取肯定的見解，肯認保證人得向債權人主張限定繼承之抗辯，並以如下理由說明之：

### 一、法律解釋

從民法第 742 條規定主債務人「所有」之抗辯，保證人皆可主張。如從法律的解釋上以觀，此處之「所有」可能有兩種解釋意旨，一為意指「全部」的所有，二為意指「權利歸屬」的所有。在法律解釋上，因法律經常會利用與日常用語不同，毋寧是少具有彈性的表達方式，而可能有不同的意涵，因此針對一案例事實、一法條適用可能即會因解釋的不同產生相互排斥的法律效果，於此即產生解釋的必要性<sup>23</sup>。

#### （一）文義解釋

因語言本身可能無法獲得清晰的字義，可能會有或多或少的意義可能性及意義變化可能性，因此必須依據言說的脈絡、其處理的事物本身或相關的情境，才能決定所指究竟為何<sup>24</sup>。與此第一種解釋係以文義的角度作解釋方法，

從法律本文的字、句意義推知。民法第 742 條規定主債務人「所有」之抗辯，保證人皆可主張。其「所有」的意旨從文義上，參考我國教育部國語辭典可知包含上述所述之二意涵，惟教育部國語辭典上對「所有」的第一個釋義係說明所有是一切、全部之意。且對「所有」的相似詞上認為係「全部」之意<sup>25</sup>。

由此可認為「所有」之文義在通常上主要多認為是「全部」之意。故如以此解釋立論，則不應對保證人主張主債務人的抗辯作額外限縮。無由限縮保證人抗辯的範圍是否合理不無疑問。

#### （二）體系解釋

當一種表達方式依語言用法有多種意義可能性時，可由其使用脈絡推知，具體情況下究竟應如何考量何種可能性，考量有助於維持該規定的其他規定，對事理上的一致性為「體系解釋」<sup>26</sup>。故如此體系解釋的方法為之，必須檢視「所有」的概念在民法上扮演何種意義。

在我國民法上，法規上「所有」

<sup>22</sup> 野澤正充，保證債務(2)——內容·効力(1)，《法學セミナー》，通卷 645 号，2008 年 9 月，111 頁；近江幸治，《民法講義 IV 債權總論》，成文堂，2009，238 頁。

<sup>23</sup> Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，《法學方法論》，頁 217-218。

<sup>24</sup> Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，同註 21，頁 226。

<sup>25</sup> 教育部重編國語辭典修訂本，<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=9HBK5G&o=e0&sec=sec1&op=v&view=0-1> (瀏覽日期：2018 年 12 月 19 日)

<sup>26</sup> Karl Larenz (著)，陳愛娥(譯)，同註 21，頁 229-230。

多係指「所有人」、「所有權」表達權利歸屬的意旨，例如：「同屬一人所有」（民法第 425 條之 1）、「以所有之意思」（民法第 768 條）等，皆為權利歸屬的意涵。在此解釋下，民法第 742 條主債務人所有之抗辯，其概念範圍就可能受到限縮，不一定是主債務人全部的抗辯皆可主張。

再者，民法修訂額外增訂民法第 742 條之 1，特別將主債務人對於債權人之債權規範得由保證人主張抵銷，似乎在體系上表達與主債務無牽連關係者，僅有「抵銷權」的抗辯可主張。否則民法第 742 條「所有」之抗辯，當可涵蓋「抵銷權」而無必要另外增訂民法第 742 條之 1，強調保證人可主張「抵銷」主債務人對於債權人之債權。

從法律解釋的歧異上，應如何適用法律解釋，在各種解釋標準的關係上，各種標準係可由解釋者任意選擇之，各有其重要性的觀點。故對於民法第 742 條規範的「所有」之抗辯，應解釋為「全部」或是「權利歸屬」，仍應就解釋的目的、立法的理由等綜合考量。

### （三）小結

對此本文認為，從民法第 742 條的立法理由明言保證債務為從債務，故主債務人所有之抗辯，如留置權之抗辯，延期之抗辯等，保證人皆得主張之。可知於民國 18 年立法時於立法理

由中列舉留置權與延期抗辯為例，但並非意味保證人得主張的抗辯僅限如此，且立法理由中亦無限制保證人的抗辯必須與主債務自身之發生、消滅或履行有牽連關係。再者本條訂立的目的即是為保護保證人的權益，使保證人、主債務人與債權人的三角關係達到平衡。如過度限縮保證人抗辯的權益是否反係違反立法本意？故本文認為綜合考量之下，解釋民法第 742 條意旨，應解釋為主債務人「全部」之抗辯，方符合立法所欲達到的目的。惟縱使認民法第 742 條應與我國民法典體系作一致解釋，解釋為主債務人權利歸屬之抗辯，亦可放寬民法第 742 條的適用範圍，不見得要對此抗辯限縮至與主債務相牽連者，以平衡法律解釋與保證人保護的關係。

其次以民法額外增訂民法第 742 條之 1，說明在體系解釋上，與主債務無牽連關係者僅有「抵銷權」的抗辯可主張，此解釋理由本文認為亦不可採。參酌日本民法規範與學說見解，如前所述日本無如我國民法第 742 條的規定，僅有規範保證人得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷（日本民法第 457 條第 2 項），惟此立法並無法說明在日本法上保證人僅得主張抵銷，不得對債權人主張其他主債務人之抗辯權。且縱使法未明文，日本學說上皆肯認保證人得援用主債務人



的抗辯權<sup>27</sup>。故本文認為以民法額外增訂民法第 742 條之 1，推論其餘與主債務無牽連關係之抗辯不得主張，此種解釋方法亦不可採。

## 二、利益衡量

再者從利益衡量的角度出發，保證人在和主債務人與債權人的三方關係上，如前所述係僅對債權人負擔主給付義務的劣勢地位，因主債務人尚從債權人取得借款，惟保證人對債權人卻僅純粹負有保證債務。在如此不利之下，民法對保證人所提供之保護，如不能優於主債務人，則至少應等於對主債務人所提供者。而民法第 742 條規定使主債務人所有之抗辯，保證人皆得主張之。即是在保護保證人權益的考量下所制定者。

且正因保證人的劣勢，在現實社會上願擔任種種不利之保證人者，多為主債務人的親友，而有很大可能係由具備繼承資格的繼承人擔任保證人。如主債務人死亡後，保證人可能會具備繼承人的雙重身分，在主債務的繼承上得主張限定繼承的抗辯，卻在保證契約上無法主張限定繼承，無疑喪失了民法限定繼承有限責任的立法美意，顯不合理。

使同一人不同身分對同一債務上須負擔的責任產生落差，凸顯我國民法對保證人的保障不夠周延，更值得立法者再三省思。

從前述否定保證人主張限定繼承抗辯的我國、日本見解上，其論述基礎以「限定繼承抗辯，與主債務無牽連關係」<sup>28</sup>、「限定繼承僅限制責任，無限制債務」<sup>29</sup>等為由，卻未見否定見解以保證人的立場出發，詳細研討在保證人已承擔高度風險下，仍無法平衡其利益。如此發展，未來保證人除必須承擔主債務人無法還款之責任外，尚須擔憂主債務人死亡後產生的諸多不利益，此皆非吾等所樂見者！

其次我國學說上對保證人得主張的抗辯，加諸其他種限制例如：限定繼承係基於身分關係、保證人主張抗辯須與主債務相牽連等，係法條上所未明文增訂的限制。於此加諸法未明文的限制是否合理？雖日本法上無相同規定，但在日本學說上肯認保證人主張主債務人之抗辯，並且對主債務人所生之抗辯事由學說上亦認為原則上效力全部及於保證人<sup>30</sup>。本文認為參酌外國文獻，皆未對保證人所得主張之抗辯權增設他限

<sup>27</sup> 我妻榮，同前註 2，481 頁

<sup>28</sup> 林誠二，同註 3，175 頁。

<sup>29</sup> 近江幸治，同註 20，238 頁。

<sup>30</sup> 我妻榮，同註 2，483 頁

制，足以省思我國學說上對保證人抗辯權的主張增加要件限制是否合理。

最後雖日本學說上肯認原則上效力全部及於保證人，但多數仍否定限定繼承的主張。惟本文認為，諸多考量之下，本文仍採取肯定見解，並且認為原則上主債務人所生之抗辯事由原則上效力全部及於保證人，本文認為無他理由過度限制保證人的權益。

### 三、實務轉變

早期實務最高法院 42 年台上字第 1060 號民事判例提出保證人得主張之抗辯，係指主債務人所有與主債務有牽連關係之抗辯，限縮了民法第 742 條的適用，並否定了保證人行使主債務人的抵銷權，因主債務人對債權人之抵銷係本於主債務以外之獨立原因所生者。此種限縮民法第 742 條適用的見解深刻的影響的法律的適用，惟本文認為於民法第 742 條之 1 增訂，肯認保證人得以主債務人對於債權人之債權主張抵銷後，最高法院 42 年台上字第 1060 號判例已經決議不再援用，則此判例確立的限縮民法第 742 條要件是否仍合用？

首要者係最高法院 42 年台上字第 1060 號民事判例已不再援用，則其宣示的內容已不再具有影響力；再者，本文認為既我國民法已承認保證人得主張

主債務人對債權人之債權抵銷，業已明示了立法者肯認保證人得主張的抗辯已不限於與主債務有牽連關係之抗辯，可拓即於其他和主債務以外之獨立原因所生者才是。故本文認為對保證人得主張的抗辯，如仍嚴守最高法院 42 年台上字第 1060 號判例的見解，限縮民法第 742 條的適用恐已不合時宜。

而已有實務見解對於保證人主張得限定繼承之抗辯採取肯定見解，例如：臺灣高等法院 102 年度再易字第 45 號民事判決：「從而原確定判決乃認林施○霞縱繼承林○之系爭房地及存款債權，然因贈與及殯葬費用、生活費用等，早已無得供再審原告行使權利之賸餘遺產，是再審原告對於該無法行使權利之繼承債務，其性質雖為自然債務，然原確定判決業已依民法第 742 條規定，認為主債務人所有之抗辯，保證人得主張之，即林施○霞得主張該遺產以外之繼承債務為自然債務而拒絕清償，保證人自亦得為此一主張。否則保證人依保證契約於清償系爭債務後，卻無法向主債務人林○之繼承人林施○霞請求清償，失去保障保證人代位清償後求償之權利，亦有失衡平原則，從而縱主債務變為自然債務，保證人仍得執此為其拒絕給付之抗辯事由。是故再審原告既不得基於系爭貸款契約，而對林○之繼



承人林施○霞請求清償系爭貸款，自亦不得基於系爭保證契約而請求再審被告負連帶保證責任。」已不再拘泥於保證人主張的抗辯是否須與主債務有牽連關係。

最末，過去對於保證人主張抗辯，因其係來自於保證債務的從屬性而當然賦予保證人主張抗辯的權利。故基於從屬性多限縮於與主債務關係有牽連之「權利未發生之抗辯」、「權利消滅之抗辯」、「拒絕給付之抗辯」。惟隨著「抵銷權之援用」明文化、「違約金酌減」受寬認，已可見實務與學界已逐步對保證人主張抗辯的種類放寬。雖限定繼承之抗辯與主債務關係無涉，但本文認為基於上述數點理由，足徵肯認保證人得主張主債務繼承人之限定繼承抗辯，不應對民法第 742 條作過度的限縮適用，以維護保證人的權益。

而在寬認的立場下，係在保證人與債權人的利益平衡下，選擇優先保護保證人，則在實務見解尚未形成共識前，本文認為寬認得主張限定繼承之抗辯者亦不宜過廣，應限於具繼承人身分之保證人方得主張。方不至於使民法限定繼承有限責任的立法產生疏漏，亦不至於對債權人權益維護上過度失衡影響交易安全。

## 伍、結論

對於保證人所得主張行使之抗辯種類、範圍為何，本文對民法第 742 條的適用詳細研擬。在早期實務見解中提出保證人主張的抗辯須與主債務有牽連關係，限縮民法第 742 條所指稱之「所有抗辯」。惟本文認為，自民法第 742 條之 1 增訂明文肯認保證人得援用主債務人之抵銷權後，早期實務見解業已經決議不再援用，保證人所主張的抗辯種類亦隨著實務發展，漸有別於過去傳統之三大抗辯種類，開始有其他抗辯的主張，如違約金酌減、消保法之抗辯等。故本文認為應重新檢視民法第 742 條的抗辯適用，逐步寬認保證人所得主張之抗辯。

其中最為值得研析者為保證人是否得主張主債務人死亡後之「限定繼承之抗辯」。因早期實務判例的見解，以及學說上排除身分關係的抗辯，使得限定繼承之抗辯排除於民法第 742 條的適用範圍上。惟本文對此提出三點理由，分別從文義、目的解釋上出發，認為應排除早期實務判例侷限保證人之抗辯須與主債務有牽連關係的看法。並且在實務見解尚未形成共識前，寬認具繼承人身分之保證人得主張限定繼承抗辯以保障其權利。

## 參考文獻

### 一、中文部分（按作者姓氏筆畫順序排列）

#### （一）專書

- Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2008）。《法學方法論》。臺北：五南。
- 林秀雄（2014）。《繼承法講義》，臺北：元照。
- 邱聰智（2003）。《新訂民法債編通則（下）》。臺北：華泰文化。
- 邱聰智（著）、姚志明（校訂）（2008）。《新訂債法各論（下）》。臺北：元照。
- 劉春堂（2008）。《民法債編各論（下）》。三民。

#### （二）期刊論文

- 林誠二（2016）。〈保證責任與有限責任繼承之關連性〉，《台灣法學雜誌》，301 期，頁 169-176。
- 林誠二（2010）。〈違約金酌減之法律問題〉，《台灣法學雜誌》，157 期，頁 116-121。

### 二、日文部分（按作者姓氏筆畫順序排列）

#### （一）專書

- 我妻榮（1965）。《新訂民法總則》。東京都：岩波書店。
- 近江幸治（2009）。《民法講義 IV 債權總論》。東京都：成文堂。

#### （二）期刊論文

- 平野裕之（2007）。〈保証——個人保証を中心に〉，《法律時報》，86 卷 12 号，頁 70-85。
- 野澤正充（2008）。〈保証債務(2)——内容・効力(1)〉，《法学セミナー》，通卷 645 号，頁 105-113。
- 潮見佳男（2014）。〈民法（債權關係）の改正に関する要綱仮案の概要——消滅時効・法定利率・保証・債權讓渡ほか——〉，《金融法務事情》，2003 号，頁 10-20。