

民法債編總論（二） 授課大綱（3）

（高雄市立空中大學）（為環保考量，請自行列印）

主講教師：陳昱沂-律師
日期：109年3月26日
佳合律師聯合事務所
TEL：(07) 215-6256
e-mail：ice59@seed.net.tw

定金

一、 民§248：

訂約當事人之一方，由他方受有定金時，推定其契約成立。

【比較】：

推定：先醬，可以舉反證推翻

視為：就醬，不要再吵了！

二、 民§249：

定金，除當事人另有訂定外，適用左列之規定：

一、契約履行時，定金應返還或作為給付之一部。

二、契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。

三、契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。

四、契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，定金應返還之。

違約金

一、 違約金

（一）約定若一方違約，則須賠償他方：

下列之約定，有何不同？

1. 願意賠償一切損失
2. 願意賠償違約金 50 萬元
3. 願意處以懲罰性違約金 50 萬元

(二) 提示：民法§250（違約金之性質）：

當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。

違約金，除當事人另有訂定外，**視為**因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。

1. 原則：視為損害賠償之總額

（不必舉證損害之金額及單據，就可請求。反之，縱使舉證，也不能增加金額）

2. 例外：特別約定為「懲罰性」違約金

（若有損害，可以另外請求，但要舉證）

(三) 違約金 50 萬元可否打個折？

1. 民法§252：約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。

2. 最高法院 79 年台上字第 1612 號判決：

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。**

【案例討論】

A 於 3 月 1 日與 B 約定，由 A 出售原料一批予 B，並應於 4 月 1 日交貨，否則應處違約金 50 萬元。嗣後，B 於 3 月 10 日與 C 約定，由 B 出售成品一批（註：將 A 的原料製作成品）予 C，並應於 5 月 1 日交貨，否則應處違約金 100 萬元。

假設 A 延遲交貨，致 B 亦延遲交貨，因而賠付 C 100 萬元，則 B 轉而向 A 請求賠償 100 萬元，是否有理？

二、 勞動契約之違約金

(一) 勞動基準法§9-1：

未符合下列規定者，雇主不得與勞工為離職後競業禁止之約定：

- 一、雇主有應受保護之正當營業利益。
- 二、勞工擔任之職位或職務，能接觸或使用雇主之營業秘密。
- 三、競業禁止之期間、區域、職業活動之範圍及就業對象，未逾合理範疇。
- 四、雇主對勞工因不從事競業行為所受損失有合理補償。

前項第四款所定合理補償，不包括勞工於工作期間所受領之給付。

違反第一項各款規定之一者，其約定無效。

離職後競業禁止之期間，最長不得逾二年。逾二年者，縮短為二年。

(二) 勞動基準法§15-1：

未符合下列規定之一，雇主不得與勞工為最低服務年限之約定：

- 一、雇主為勞工進行專業技術培訓，並提供該項培訓費用者。
 - 二、雇主為使勞工遵守最低服務年限之約定，提供其合理補償者。
- 前項最低服務年限之約定，應就下列事項綜合考量，不得逾合理範圍：

- 一、雇主為勞工進行專業技術培訓之期間及成本。
- 二、從事相同或類似職務之勞工，其人力替補可能性。
- 三、雇主提供勞工補償之額度及範圍。
- 四、其他影響最低服務年限合理性之事項。

違反前二項規定者，其約定無效。

勞動契約因不可歸責於勞工之事由而於最低服務年限屆滿前終止者，勞工不負違反最低服務年限約定或返還訓練費用之責任。

(三) 保密條款：

經濟活動之風險與擔保

一、擔保：

經濟活動不可缺少的防身術（降低風險）。

借錢、買賣、長期供應、經銷商等經濟活動，甚至發生家庭、車禍…等民事糾紛而須以分期付款之方式償還債務時，常用到。

二、種類：

(一) 人保

- 一般保證
- 連帶保證
- 人事保證（3年為限）（民法§765之1至之9）

(二) 物保

- 動產：質權（須占有，不用登記）
- 不動產：抵押權（不占有，但須登記）
- 例外：動產擔保交易法→動產抵押

(三) 本票作為擔保：

(四) 銀行出具保證書（常見於：承攬公共工程……）

(五) 契約約定定金：促使履行契約

(六) 契約約定違約金：促使履行契約

三、一般保證與連帶保證

(一) 效力有何不同？

民法§271：數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給付本不可分而變為可分者亦同。

民法§272：數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。

無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。

民法§273：連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。

連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。

（注意：債權人有選擇權）

民法§739：稱保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。

民法§745：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。**【先訴抗辯權】**

民法§746：有下列各款情形之一者，保證人不得主張前條之權利：

- 一、保證人拋棄前條之權利**【註：拋棄先訴抗辯權】**。
- 二、主債務人受破產宣告。
- 三、主債務人之財產不足清償其債務。

民法§748：數人保證同一債務者，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任。

【註：法律並沒有規定連帶保證，而是結合以上的條文】

(二) 從約定條款中，如何區分是屬於哪一種保證？

【案例比較】：

一、 AB 共同向 C 借款 60 萬元，則 C 可否向 A 請求還款 60 萬元？

二、 AB 向 C 借款 60 萬元，約定負連帶清償責任，則 C 可否向 A 請求還款 60 萬元？

(三) 連帶債務之規定或約定，對於債權人而言，可以省去「一一找債務人之麻煩」，並避免「其中一個債務人無力還款」之風險。

→因此法律規定應負連帶債務之情況，通常是在保護較弱勢之債權人

(受害者)。

(四) 債務人之間內部的分擔義務：民法§280

連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔。

【問題】：

一、AB 連帶向 C 借款 100 萬元，當 C 向 A 請求還款 100 萬元時，A 可否抗辯只須還款 50 萬元即可？

二、承上題，當 A 還 C 100 萬元後，可否轉向 B 請求還款 50 萬元？

【案例討論】

A 借款 100 萬元給 B，由 C 擔任 B 的保證人，則當 B 無力還款時，C 可否行使先訴抗辯權？若 C 是連帶保證人，則答案是否不同？

【案例討論】

A 借款 150 萬元給 B，由 C、D 2 人擔任 B 的保證人，則當 B 無力還款時，A 要求 C 付清 150 萬元，是否有理？

(五) 父債，子要還？

夫債，妻要還？

離婚（或假離婚），就不用措夫債？

(六) 公司欠錢，董事長、總經理、董事、股東，是否須負連帶清償責任？

(七) 銀行法§12之1：例外規定

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**。

銀行辦理授信徵取**保證人**時，除前項規定外，應以一定金額為限。

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。但為取得執行名義或保全程序者，不在此限。

【注意】：僅限於上述二種放款而已？如果是經營商業活動為取得資金週轉之貸款，是否有適用？

四、質權：須占有，不登記

(一) 動產質權，民法§884：

稱動產質權者，謂債權人對於債務人或第三人移轉占有而供其債權擔保之動產，得就該動產賣得價金**優先受償**之權。

(二) 權利質權，民法§900：

稱權利質權者，謂以可讓與之債權或其他權利為標的物之質權。

例如：以定期存款單設質

五、抵押權：不占有，須登記

(一) 種類：

普通抵押權

最高限額抵押權

(二) 意義：

1. 民法§860：稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金**優先受償**之權。
2. 民法§873：抵押權人，於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。
3. 注意：非債務人之第三人，也可以提供不動產設定抵押，但他不是欠錢的人，所以不能就「餘額」部分向他催討。
A 銀行借 500 萬元給 B，由 C 提供不動產設定抵押以供擔保。
後來 B 無力還款，A 銀行聲請法院拍賣後，尚欠 100 萬元，則可否向 C 請求？

4. 要登記，但不占有（比較：動產質權→占有
動產抵押→不占有）

民法§758：

不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。

前項行為，應以書面為之。

【問題】：A 向 B 借錢，以房屋作為還錢的擔保。則於下列情形，是否已發生擔保（比其他債權人優先受清償）的效力？

(1) 書面約定？

(2) A 將所有權狀交給 B？

(3)A 將房屋交給 B？

(4)至地政事務所辦妥「抵押權設定登記」？

5. 債權人得就債務人該不動產賣得價金「優先受償」之權。

【案例】：A 向 C 借款 300 萬元，沒有任何擔保。

嗣後，A 以土地房屋為擔保，而向 B 銀行借款 500 萬元，並辦妥抵押權設定登記。

後來，A 又向 D 借款 200 萬元，A 交付上開土地房屋之所有權狀給 D 收執，作為擔保。

再後來，A 駕車不慎撞傷 E，經法院判決應賠償 100 萬元並告確定。E 乃聲請法院拍賣上開土地房屋，經扣除強制執行費用及土地增值稅後，尚有 800 萬元可供分配。(以上債務合計為 1100 萬元)

請問：

(一) B 有設定抵押，有無優先分配之權？

(二) C 是先借款之人，有無優先權？

(三) D 持有所有權狀作為擔保的證明，有無優先權？

(四) E 是受害者 (有悲情)，且是聲請強制執行之人 (有苦勞)，有無優先權？

(五) 如果 A 寫一張切結書給 C，表示「非常感謝 C 的救急幫忙，將來一定優先償還欠 C 的錢」，則 C 有無優先權？

(六) 800 萬元如何分配？

(三) 追及性：

1. 民§867：不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。
2. 縱使不動產已設定抵押，債務人仍可將不動產移轉登記給第三人。但若債務人不清償（或第三人不跳出來代為清償），則債權人仍可行使抵押權而聲請法院拍賣房屋並優先受償。

【案例】：A 向 B 借款 500 萬元，B 認為 A 還有房子，有資力還款，便借了 500 萬元給 A。嗣 A 將屋賣給 C，並辦妥登記。再後來，A 無力還款，則 B 可否聲請拍賣該已登記在 C 名下的房屋？

【案例】：A 向 B 借款 500 萬元，並將房屋設定抵押給 B。嗣 A 將屋賣給 C，並辦妥登記。再後來，A 無力還款。

(一) B 可否聲請拍賣該已登記在 C 名下的房屋？

(二) 若拍賣該屋後，B 僅受償 400 萬元，則 B 可否對 A、C 請求償還其餘之 100 萬元？

【案例】：A 因購買 800 萬元之房屋而向 B 銀行貸款 500 萬元，並以房屋土地設定抵押予 B 銀行。

嗣後 A 雖有清償部分債務，但因資力仍有不足，乃以 700 萬元之價格轉賣予 C，並與 C 約定：「由 C 給付 A 現金 250 萬元，其餘目前尚欠銀行 450 萬元之貸款全部由 C 負責清償，與 A 無關」。A C 並辦妥房地之所有權移轉登記。

後來，C 只繳了幾期貸款就無力繳交。

請問：

(一) B 銀行可否拍賣上開已登記在 C 名下之房地？

(二) 假設可以拍賣，且拍賣、分配之結果，B 銀行尚有 100 萬元之債權未獲清償，則 B 銀行應對 A 或 C 之其他財產求償？

(三) 由這個案例學到什麼應注意事項？

(四) 從屬性：

1. 民法§870：抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。
2. 債權不存在，抵押權就不存在。
3. 但就長期之契約關係而言（例如：銀行貸款、經銷合約…等），若每一次清償債務就塗銷一次，再發生債權時，又再設定一次，則太麻煩了，因此衍生出「最高限額抵押權」之型態。

(五) 最高限額抵押權：

1. 意義：

民§881 之 1：稱最高限額抵押權者，謂債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最

高限額內設定之抵押權。

2. 擔保「一定範圍內之不特定債權」

例如：在 10 年期間內，擔保最高金額 500 萬元。

⇒ 在 10 年期間內，都可借借還還，縱使某一段期間債權額為 0，但抵押權仍不必塗銷，省去一再辦理「設定」、「塗銷」登記之麻煩和費用。

⇒ 若後來結算，債權金額為 600 萬元，則只有 500 萬元有「優先受償」之權，其餘 100 萬元則屬一般債權，與其他債權人依債權金額比例分配受償（有可能無法完全受償）

3. 特別注意：可能擔保「過去」、「現在」及「未來」之債權！

⇒ 尤其是擔任銀行貸款時之連帶保證人及擔保品提供者時，不合理，值得檢討！

例如：

A 銀行貸款 500 萬元給 B，由 C 擔任連帶保證人（或提供土地設定抵押），嗣後 B 又擔任 D 向 A 銀行借款時之連帶保證人，則當 D 無力還款時，C 也應負責！

本票

一、本票有何擔保作用？為什麼不用支票、保證書或切結書作為擔保？

二、票據法§123：執票人向本票發票人行使追索權時，得聲請法院裁定後強制執行。

三、取得執行名義→強制執行

（確認債權） （落實債權）

四、本票裁定可省掉訴訟之風險和麻煩，進入強制執行之程序。