

## 「一身專屬性」之理論建構\*

### ——以保證契約之繼承為重心

黃詩淳\*\*、張永健\*\*\*

#### 摘要

保證人死亡後，保證契約能否繼承，民法債編保證節僅於人事保證設有明文。最高法院向來為了保護繼承人，逐漸擴張保證契約具有一身專屬性的範圍，使保證契約不被繼承。然而，2009年民法繼承編修法後改採概括繼承有限責任，保證契約為繼承之標的，惟繼承人僅在所得遺產內負有限責任。因此，本文重新檢討為了保護繼承人所形成的複雜法院見解。

\* 投稿日：2018年8月2日；接受刊登日：2019年5月9日。〔責任校對：賴奕霖〕。

作者感謝匿名審查人、孫森焱、劉春堂、詹森林、許士宦、沈冠伶、陳瑋佑、吳英傑、戴瑀如、鄧學仁、陳明楷、陳重陽、黃淨愉、汪洋、龍俊、崔國彬、聶衛鋒等教授、陳志雄、賴建樺律師的寶貴意見。感謝范皓柔、曾鈺珺、王天心、陳憶馨、陳翰傑、戴旻諺、朱一宸、張凱評、朱明希、蔡孟昕的研究協助。本文曾發表於2016/4/27臺灣大學法律學院民商法裁判研討會、2016/6/4臺灣家事裁判研究會第十三次例會、2017/4/1中國清華大學法學院水木青年工作坊、2017/11/4民法研究會，感謝與會者的寶貴建議。本文為科技部計畫「獨立財產與資產分割：理論基礎與應用」（張永健，主持人；黃詩淳，偕同主持人）104-2628-H-001-001-MY3之部分研究成果，感謝科技部之經費補助。本文作者之一（張永健），為執行前述科技部計畫，引用本文理論以分析中國民法中的相關規範，另撰一文〈繼承標的之一般理論——中國民法總則第124條未回答的問題〉，即將於《清華法律評論》刊登；該文篇幅僅本文之1/5，且論及保證契約處不到400字。本文兩位作者貢獻比率相同。

\*\* 國立臺灣大學法律學院副教授。schuang@ntu.edu.tw。第一作者。

\*\*\* 中央研究院法律學研究所研究員、法實證研究資料中心執行長；國立政治大學法學院合聘教授。kleiber@sinica.edu.tw。通訊作者。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/11517091.pdf>。



本文提出民法第1148條「專屬於被繼承人」之一般理論，指出信任、能力、技術是專屬性來源。意定法律關係的一身專屬性理論奠基在法經濟學的「多數的預設任意規定」理論上。依此理論，保證人與債權人間的保證契約，因為給付內容是（可轉化為）金錢給付債務，乃典型不具專屬性的法律關係，不分保證類型應該預設為一律繼承。若強制保證契約不得繼承，將使人保對債權人之價值下降；交易者找尋人保之替代品，使交易成本上升，造成無效率。

關鍵詞：財產獨立、遺產、專屬性、交易成本、普通保證、人事保證。

## 目次

壹、導論	一、1999年債編修正前
貳、一身專屬性理論	二、1999年債編保證章修正後
一、一身專屬性之學說見解與 問題所在	三、2008與2009年繼承編修法後
二、信任、能力、技術：專屬 性之具體化	四、檢討與分析：保證契約之 非專屬性
參、保證繼承性之規範演變與實 務見解檢討	五、小結
	肆、結論

## 壹、導論

民法第1148條第1項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限」。那麼，何種權利、義務具有此種性質，不被繼承？過去學說雖有若干討論與歸類，但欠缺完整的理論。其中最有爭議且實務見解最豐富的議題，非保證契約莫屬。本文將奠基於既有學說，先提出繼承之「一身專屬性」理論，再以

此為基礎，詳細探討保證契約能否繼承。以下為了行文方便，茲將「不具有一身專屬性而得被繼承」之狀態簡稱「可繼承性」。

本文提出的是一身專屬性的理論，因而與過去文獻不同。過去文獻是在法條明文規定特定的權利、義務不被繼承時，以「此權利具備一身專屬性」說明之，或者針對法無明文規範可繼承性的權利、義務，提出應然面的分析結論；但缺乏一套完整的說理，以解釋為何這些權利、義務不被繼承。本文提出的一身專屬性理論，則抽象廣泛地解釋所有法律中規範的法律關係、權利、義務之繼承，包括但不限於民法債編、物權編、繼承編，刑事訴訟法，行政執行法的相關繼承規定。

本文的一身專屬性理論，是兩個理論的統稱；兩個理論均在回答可繼承性問題，但證立基礎不完全重疊。其中一個理論，適用在約定法律關係；另一個理論，適用在法定法律關係（如侵權賠償）。約定法律關係的一身專屬性理論搭建在「多數的預設任意規定」（majoritarian default rule）理論<sup>1</sup>上，是以實然面的觀察與推論為基礎的應然理論。簡言之，多數的預設任意規定理論的應然主張是：若無特殊情形，多數交易雙方所偏好的交易條件<sup>2</sup>，應該被法

---

1 關於契約法中多數的預設任意規定理論，參見，例如Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian v. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999). 中文文獻，參見王文宇，契約法任意規定面面觀——Ayres教授的演講與評論，台灣法學雜誌，345期，頁24-29（2018年）；王文宇，論契約法預設規定的功能——以衍生損害的賠償規定為例，收於：民商法理論與經濟分析（二），頁170-174（2003年）；張永健，自始客觀不能之經濟分析，月旦法學雜誌，86期，頁156-163（2002年）；張永健，給付不能的分類與歸責問題，法令月刊，54卷6期，頁104-105（2003年）。Ayres & Gertner提出的多數的預設任意規定理論，甚有影響力，在Google Scholar上已經被引用超過2,200次。

2 此處所謂之多數，自然是指法律所影響之法域內的多數締約人。在參考外國立法例作為制訂契約法預設任意規定時，必須注意他國的商業習慣等與本國不同，兩個法域中各自的多數締約人可能採取不同的合約安排。

律設定為「預設任意規定」(default rules)<sup>3</sup>；預設任意規定容許兩造合意排除，因為少數交易雙方所偏好的交易條件仍應尊重。此應然理論以實然面的觀察與推論為基礎<sup>4</sup>，是因為同意此理論的立法者與學者，最好能以問卷、訪談、分析契約等等法實證研究的方法，確定多數交易者之偏好。若因為交易者的身分難以確定，或交易者數量過於龐大，也無法獲得有代表性的樣本，導致可靠的法實證研究無法進行，立法者與學者則至少要以實然理論(positive theories)推論多數交易者之偏好。本文尚未想出能以法實證研究方法探知多數保證契約當事人偏好之方法，故仰賴法經濟分析此種實然理論，推論出多數交易者之偏好<sup>5</sup>。

本文主張：多數的預設任意規定理論為私法中的一個重要應然理論。關鍵在於多數交易者偏好什麼交易條件。如果之後的法實證研究發現，多數交易者其實偏好保證契約不繼承，則本文會依據此理論而改變結論。但在此種法實證研究出現之前，在可繼承性問題，本文依據法經濟學理論之實然推論是：當交易以對特定人之信任或其人之特殊能力或技術為前提時，多數交易雙方會偏好使其法律關係隨該方死亡而終止<sup>6</sup>。因此，關於意定法律關係的「一身專屬性理論」，其主張是：法律的預設任意規定應該是，涉及信任、

---

3 國內文獻對此概念稱為「任意規定」，但英文default rule更適合翻譯為預設規定。為求與既有用語接軌，翻譯為「預設任意規定」。加入「預設」二字的重要性在於提醒分析者，在契約兩造未有明確約定時，契約法之任意規定即為契約之預設規定。

4 實然面的觀察與推論，是法學研究的經驗面向。關於經驗面向如何幫助法律適用者作出規範論證，參見王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁232-264(2015年)。

5 關於經濟分析與法釋義學的結合方式，參見王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48卷3期(2019年)(即將出版)。

6 法經濟學理論做實然推論，是奠基在一些人的行為假設上，推論出人在各種(交易、法律)情境中，會採取何種行為。此種實然的法經濟學理論，關心的是人會做什麼行為，而不是人應該做什麼行為。使用法經濟學理論會推導出正文所言之結論，並不排斥其他理論會推導出類似之結論。

能力、技術者，有專屬性，不可繼承；反之，無專屬性，可繼承。詳細分析，參見本文第貳部分。

意定法律關係的「一身專屬性理論」之應然證立基礎，和其從出之「多數的預設任意規定」理論一樣，都是尊重私法自治並節省交易成本<sup>7</sup>。如果多數交易雙方所要的交易條件，不是預設任意規定，則兩造必須多花交易成本，特約推翻預設任意規定。假設某情境中沒有特殊規範目的，立法者選擇小眾、甚至沒人要用的預設任意規定，會比選擇多數交易者要用的預設任意規定，增加更多交易成本。而既然沒有特殊規範目的，增加交易成本有害無利，依據應然的法經濟學理論，要給予負面評價；而依據其他的應然理論，也沒有給予正面評價的理由<sup>8</sup>。

當然，意定法律關係的一身專屬性理論，和其從出之「多數的預設任意規定」理論，並不否定強制規定的必要性。當立法者具備特殊規範目的（例如防堵租賃期間過長導致的無效率），可以使用比降低交易成本更重要的規範理由，改採強制規定。但無論是立法者在抉擇政策方向，或者是學者在分析法律結構，都應該區分（一般性的）信任、能力、技術導致的不可繼承性，以及特殊理由導致的不可繼承性。多數時候使用一般理論，可以降低思維負擔，並有效掌握各種法律規範背後的共通性；少數時候使用特設理由，有助於衡量潛在衝突之立法目的。

現行繼承法以概括繼承有限責任為原則，更支持本文之理論論

---

7 參見註1所引文獻。

8 本文一身專屬性理論所指之交易者，僅包括實際締結契約者。第三人，以及契約一造之繼承人，均不包括在內。亦即，所謂交易者偏好之條款，並不考慮繼承人意願。基此，在本文第參部分討論保證契約時，所謂多數交易者偏好之條款，是指締結保證契約之保證人與債權人所共同偏好之條款。契約一造之繼承人，固然會繼承當事人之地位，而享受權利、負擔義務，但因為繼承法允許繼承人拋棄繼承，或至少享受有限責任之保護，所以不需要在解釋契約時，納入考量繼承人之利益。

據。但有限責任並非獨立的論據，而是與一身專屬性理論所從出之多數的預設任意規定理論，緊密結合爾。意定法律關係的一身專屬性理論認為：多數的理性交易者會約定，涉及信任、能力、技術者不繼承；而純涉及金錢給付者，因為不涉及信任、能力、技術，要繼承（詳下論）。而有限責任原則，相對於修法前的無限責任原則，使得更多數的金錢給付關係雙方，在實然面上，更可能偏好可繼承。以保證契約（一種意定法律關係）為例，繼承編修法前，保證人會擔憂禍延子孫，或許有許多保證人因此不偏好保證契約之繼承。最高法院在繼承編修法前，透過判決限縮保證契約可繼承之種類，可能正反應了法院觀察到的當時的多數保證契約當事人之偏好。繼承編修法後，保證人之繼承人最多是無法獲得遺產，但自己的固有財產無虞。因此，保證人應會比修法前更傾向於接受保證契約可繼承。

多數的預設任意規定理論，仍容許其他政策考量。若立法者或法院考量繼承人要擔心承受不測的風險，而強制某些契約或其所生之權利、義務具備一身專屬性而不得繼承，也非無見。在過去概括繼承、無限責任的制度下，繼承人誤以為被繼承人沒有債務而未作限定或拋棄繼承之程序，之後才赫然發現背上幾億元的債務，無論在效率或公平的觀點下，都有可爭議處。但現行繼承制度下繼承人無論承受了多少契約、權利、義務，都只以繼承遺產的範圍內負責，防止意外措債的政策考量不存在。也因此，本文一身專屬性理論可以放心地關注於降低交易成本，並將可繼承性定位為交易雙方可以約定之事項。

特定的權利、義務能否被繼承的問題，一般而言在繼承法領域被稱為「繼承之標的」<sup>9</sup>，本文探討之繼承標的有兩個不同層次：

---

<sup>9</sup> 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，繼承法，17版，頁122-124（2013年）；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，10版，頁106（2016年）；林秀雄，繼承法講

第一層次是法律關係，例如委任契約、地上權、父母子女關係；第二層次是法律關係所生之個別權利、義務，例如慰撫金請求權、受人報告顛末義務、贍養費請求權<sup>10</sup>。本文之一身專屬性理論將同時檢討兩者的可繼承性。

以下第貳部分開展「一身專屬性理論」，主張：基礎意定法律關係若具有信任、能力或技術屬性，則不繼承；反之則繼承（這是第一層次）。以金錢給付為內容之權利和義務，一律都可以繼承；可以轉化為金錢給付之權利和義務，也應該容許繼承（這是第二層次）。此處應特別注意，以金錢給付為內容之權利和義務，並非全部由意定法律關係產生。依合意而產生或嗣後轉為金錢給付之權利和義務，當事人應該會偏好可繼承，因此其可繼承性由多數的預設任意規定理論證立。非依合意而產生者（如侵權行為損害賠償、不當得利），無法適用多數的預設任意規定理論，因為若無事前交易的機會，事後成為金錢給付義務人者一定偏好不繼承，而成為金錢給付權利人者一定偏好繼承。因此，必須有額外政策理由，要求金錢給付權利與義務之繼承，亦即：如果金錢給付義務在原始義務人過世後，不但繼承人不需要以固有財產償還（概括繼承有限責任之結果），連原始義務人留下的遺產都毋須用以償還，則原始義務人

---

義，7版，頁81（2017年）。亦有稱「繼承之客體」，史尚寬，繼承法論，頁145（1966年）。

10 一般繼承法的論著也有區分這此二層次的概念，分別討論其可繼承性，參見：史尚寬（註9），頁140-146，惟稱「法律關係」為「法律上或契約上之地位」；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁103-115，雖頁114之標題是「法律關係之繼承與訴訟之承受」，但行文中也不乏使用「地位」二字，例如「因買賣契約而發生之出賣人地位」、「僱傭契約上之僱用人地位」。亦即過去學說有時使用「地位」一詞來代替權利、義務之傾向。但本文為了避免與（現行法已不採之）身分繼承的概念混淆，儘量避免使用「地位」一詞，但引用文獻及裁判時則維持原用語。以Hohfeld的分析法理學概念框架，進一步釐清買賣契約之法律結構，參見張永健、吳從周，逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題，臺大法學論叢，48卷4期（2019年）（即將出版）。

就有誘因儘量拖延清償<sup>11</sup>。權利人晚拿到清償，或根本拿不到清償，將降低侵權法的嚇阻效果和填補效果。

本文提出的意定法律關係的一身專屬性理論，可用以檢討所有合意產生之法律關係、權利、義務之可繼承性規範，其正當性基礎並不在於現行法，而在於尊重私法自治下多數交易者偏好之條款，並制定為預設任意規定之方式，節省多數交易者之交易成本。至於法定法律關係的一身專屬性理論，正當性基礎在於維持當事人適當誘因，達成侵權法、不當得利法等之規範目標。第貳部分嘗試以廣泛觸及各種情境的方式，展現此「二合一」一身專屬性理論的廣度和解釋力。其中有部分情境，如關於勞務契約和用益物權者，應該爭議不大。其他情境，如非金錢給付的權利與義務，則須深入探究，才能更明瞭本文一身專屬性理論的解釋力與應然面可欲程度。由於一身專屬性理論並不預測立法者的實際行為；因此，部分現行法的規定，可能會和本文一身專屬性理論不同。或許立法者忽略了或誤會了多數交易者的需求，或忽略了當事人的不良誘因，或立法者權衡之後選擇其他政策目標。本文並非專書，自然不可能針對所有一身專屬性之規定，一一深入考究。

不過，保證契約得否被繼承的問題，最高法院屢次發表並變更見解，相關法條也幾經修改，可見其重要性。本文的第參部分因此以保證為對象，先回顧民法保證契約與繼承編相關部分之修法歷程，梳理過去半世紀以來最高法院對保證契約可繼承性之看法，並指出解釋疑義。此部分指出了最高法院見解和現行法的斷裂，也就是前者所仰賴之舊法以及舊法時代多數保證契約交易者的偏好，已經消逝，但最高法院並未依據新法提出新見解。此外，民法債編人事保證之規範，也和民法繼承編的概括繼承有限責任規範不同調。

---

<sup>11</sup> 請注意，此種策略行為的可能性，使意定法律關係的當事人也會偏好使法律關係可繼承。詳下討論。



當繼承編的預設已經轉為有限責任之現在，人事保證章的不繼承規定，以及最高法院對保證契約繼承的各種限縮，就必須奠基在新的論據上重新檢討。第參部分後半，使用第貳部分的一身專屬性理論，對保證契約的可繼承性提出不同於最高法院與民法債編人事保證節的看法。本文主張，保證人與被保證人（即債權人）間之法律關係並不具備信任、能力或技術屬性，因此應該尊重其偏好而繼承（第一層次之繼承標的），而本部分也會進一步分析此種解釋的後果。若讀者接受第貳部分的一身專屬性理論，則得出保證契約與所生之權利、義務應該繼承之結論，毋寧是水到渠成。第肆部分作結。

## 貳、一身專屬性理論

本部分第一節回顧目前學說對民法第1148條之見解，並指出問題所在。第二節則提出既有實然面、也有應然面的一身專屬性理論。

### 一、一身專屬性之學說見解與問題所在

關於「一身專屬性」，通說認為，應區別為「行使上的一身專屬」與「歸屬上的一身專屬」。以權利為例，「行使上的一身專屬權」，係指民法第242條規定「專屬於債務人本身」之權利，無從被代位者；而「歸屬上的一身專屬權」，則係第1148條第1項但書規定，「專屬於被繼承人本身者」之權利，無從被繼承。二者範圍有所不同。例如：民法第1116條受扶養之權利，不能代位，亦不能為讓與或繼承之標的，既是「行使上的一身專屬權」又是「歸屬上的一身專屬權」。強制執行法第122條第2項規定，「債務人依法領取之社會保險給付或其對於第三人之債權，係維持債務人及其共同生活之親屬生活所必需者」，不得強制執行，則屬於不得代位行使但可

以繼承者，是「行使上的一身專屬權」。民法第482條以下因僱傭而發生之權利、第528條以下因委任而發生之權利，則是得被代位行使但不得繼承的「歸屬上的一身專屬權」<sup>12</sup>。本文欲探討的是第1148條第1項但書，亦即「歸屬上的一身專屬權」(或義務、法律關係)，合先敘明。

### (一) 具歸屬上一身專屬性之權利、義務及法律關係

那麼，何種權利、義務及法律關係具有「歸屬上的一身專屬性」？第一，關於權利，學說認為：1. 身分權、人格權等非財產權；2. 雖為財產權，但與被繼承人之人格或身分有密切關係者，例如扶養請求權、贍養費請求權等；3. 以特別信任關係為前提之權利，例如依僱傭或委任契約而生之權利，不能被繼承。第二，關於義務，則包括：1. 以被繼承人身分為基礎之債務，例如扶養義務；2. 債務之履行與被繼承人之特定知識技術(或人格<sup>13</sup>)相結合者，例如作曲家之作為義務；3. 以被繼承人之特別信任關係為基礎之債務，例如職務保證、信用保證，不能被繼承<sup>14</sup>。第三，關於法律關係，只要是不以被繼承人之地位、身分、人格為基礎者，皆移轉於繼承人，例如因租賃而發生之租賃關係<sup>15</sup>、因買賣而發生之出賣人地位、僱傭契約上之僱用人地位等，皆可被繼承<sup>16</sup>。不過，若法律

12 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如(註9)，頁121-122。

13 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如(註9)，頁123，稱此為「與被繼承人之人格相結合者」。

14 此處所謂「以被繼承人(保證人)之特別信任關係為基礎」，通說指的是「以被繼承人與主債務人間的特別信任關係為基礎」。此與本文的一身專屬性理論係以「契約雙方當事人間的信任、技術、能力」為基礎有所不同，故本文不認為職務保證、信用保證有一身專屬性，後述第參節將詳細論證。

15 民法第452條本文規定：「承租人死亡者，租賃契約雖定期限，其繼承人仍得終止契約。」此旨在使承租人之繼承人於無須繼續租賃契約者，得終止租賃，解釋上係以租賃契約本身被繼承為前提。劉春堂，民法債編各論(上冊)，頁326(2003年)；林誠二，民法債編各論新解：體系化解說(中冊)，3版，頁327、485(2015年)。

16 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如(註9)，頁121-125；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭(註

關係以對被繼承人之信任關係為基礎，則因被繼承人死亡而消滅。契約上之地位，信任關係最強的委任契約，原則上不許其地位之繼承（民法第550條）。在僱傭，僱用人之地位得為繼承，但受僱人之地位不得繼承<sup>17</sup>。

## （二）民法第1148條文義不明確之處

由此可知，在檢討繼承標的時，學說皆提及法律關係（如：保證契約），但民法第1148條第1項但書卻僅規範了「權利、義務」，似過於狹窄。現行法下，法律關係之繼承性，似應類推適用民法第1148條第1項之規定，判斷其是否具有歸屬上的一身專屬性及得否被繼承。而本文之一身專屬性理論，會併同處理法律關係及所生權利、義務之繼承問題。

民法第1148條第1項是強制規定還是預設任意規定？本文認為，該項但書應該解釋為強制規定，使基於人倫或其他政策目的不應該繼承的法律關係與權利、義務，即使有當事人特約都不得繼承。例如，若甲乙兩人訂立婚前協議，約定配偶關係在一方死後由該方之繼承人繼承，會因為民法第1148條第1項但書而無效。第1項本文之「除本法另有規定外」，使契約、物權、信託等之繼承問題，至少在有明文時，交由其他條文規範<sup>18</sup>。而民法第1148條第1項指涉之「另有規定」，通常是預設任意規定，使當事人可以針對一般人認為有專屬性的事項，約定不繼承，也可以約定繼承。

---

9)，頁113-115；林秀雄（註9），頁82-83。

17 史尚寬（註9），頁145。

18 換言之，民法第1148條僅有補充性質，原因是民法或其他法律，若有明確規定何種法律關係、權利、義務應該或不應該繼承，則應以各該條文的具體規範為準；此為特別法優先於普通法之法理，而其背後蘊含之道理，則是越具體、適用範圍越窄的法律規範，越可能考慮具體情境中的利害關係與當事人偏好，作出最適合之規則。換言之，民法第1148條是「概括」條款，用最抽象的方式，規定有專屬性者沒有可繼承性。

若部門法沒有預設任意規定，當事人也無特約，關於具體的法律關係、權利、義務可否被繼承，最後仍要回到第1148條第1項但書之解釋，由法院判斷其是否「專屬於被繼承人」。本文主張，法院應該使用第壹部分提出之論據，探求法律關係之情境、利害關係、當事人意思等，做實然面的觀察與推論。所謂觀察，例如要求當事人舉證同產業的交易是否都有可繼承性條款，而其約定為何。所謂推論，例如站在雙方當事人的立場想，若當初雙方有意識到繼承問題，可能會達成何種協議。法院可以思考當事人會覺得何種條款較為公平，也可以使用經濟分析思維，推斷繼承與否對雙方的成本、效益之差異。

另，第1148條第2項規定：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」令人費解的是，此處的「債務」與第1項的「義務」有何不同？學說對此並無特別討論，僅謂：「依新法，於第1148條第2項明定……即繼承開始時，繼承人當然繼承被繼承人非專屬性之權利義務，但僅以遺產為限對繼承債權人負責，其固有財產不因繼承影響<sup>19</sup>」，看似將「債務」與第1項的「義務」作同解。不過，嚴格而論，非專屬於被繼承人的財產上之義務，未必均是「債務」，有可能是例如定限物權所生之義務（物務<sup>20</sup>）。立法者顯然不會認為繼承人對債務負有限責任，但應對物務負完全責任。換言之，「債務」一詞文義似乎過於狹窄，在進一步修法使規定完備之前，解釋上「債務」也應該包含債法以外義務。再者，無論是債務或更廣義的義務，都不當然是以金錢給付為內容；遺產也不會都是現金或可輕易換成現金者。因此，民法第1148條第2項的實際操作中，如何認定是否在繼承遺產範圍內負

19 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁182。

20 關於物務的內涵與概念必要性，參見蘇永欽，可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線，南京大學法學評論，秋季期，頁19-21（2010年）。

責，會產生不少爭議，在此不贅。

### （三）有爭議之繼承標的

民法學者多認為，公法上之義務（例如稅捐義務或去除污染之行為義務等），若不具一身專屬性，則可作為繼承之標的<sup>21</sup>。不過，亦有學者採反對看法，以稅捐稽徵法第14條第1項之規定為根據，認為既然繳納稅捐之義務以遺產為限，而無遺產之情形繼承人則無義務繳納稅捐，故認為公法上之義務不為繼承之標的<sup>22</sup>。另外，關於刑法上的義務，也有學者認為，罰金之執行，雖得就受刑人之遺產為之，但罰金不是繼承之標的<sup>23</sup>。

由此可見，公法或刑法的義務，於義務人死後，仍得就遺產為執行，亦即此種義務不因義務人死亡而消滅，於遺產範圍內仍持續存在；惟此現象是否能以「繼承」稱之，則有不同看法<sup>24</sup>。下文將更進一步討論後主張：此種規定完全符合繼承的法律結構。

### （四）同一法律關係所生之權利、義務之一身專屬性或有不同

依照上述學說見解，一個法律關係的雙方當事人地位（或權利義務），可能有一方得被繼承，另一方卻不被繼承的情形，例如僱傭關係上之僱用人地位得被繼承，亦即僱用人的死亡，並不導致僱傭關係的終止，此契約關係被僱用人之繼承人所繼承；相對地，受僱人之地位不得繼承，受僱人一旦死亡，僱傭關係即消滅。委任作曲家創作歌曲的委任關係亦同，作曲家（受任人）的義務不被繼承，但委任人的權利得被繼承。但也有些法律關係，是雙方的地位

21 參見史尚寬（註9），頁145；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（註9），頁122-123；林秀雄（註9），頁1453。

22 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁106註6。

23 林秀雄（註9），頁83。

24 關於刑罰及公法上的義務，是否因死亡而消滅，抑或繼續存在，本文在後述參之三之（五）再詳細檢討。

(或權利義務)均具有一身專屬性而不被繼承者，例如受扶養的權利隨權利人死亡而消滅，扶養他人之義務亦隨著義務人死亡而消滅。這樣區分的道理何在？是否有更明確而一以貫之的理論？本部分第二節提出本文看法。

## 二、信任、能力、技術：專屬性之具體化

2009年6月10日民法修正公布之後，繼承的型態改採「概括繼承有限責任」為原則，與以往的「無限責任」不同。被繼承人留下的責任、債務、義務至多是讓遺產歸零，但不會影響繼承人自身的固有財產。從而，以往一身專屬性的某些目的是為了保護繼承人，即有必要重新檢討其必要性與妥當性。之所以要全面檢討法律關係的一身專屬性，並建構更清楚的一身專屬性理論，一言以蔽之，是因本文認為，思考的方向是，基礎法律關係若具有信任、能力、技術屬性三者至少其一，則不繼承；反之則繼承（這是第一層次）。以金錢給付為內容之權利和義務，一律都可以繼承；可以轉化為金錢給付之權利和義務，也應該容許繼承（這是第二層次）。何種權利、義務可以轉化為金錢給付，參見本節第（六）小節之探討。

所謂信任，是指一造「信得過」另一造，或兩造對彼此「信得過」。委任人只願意委請自己的心腹（可能不具備特殊能力或技術）為其奔走，即為適例。能力與技術<sup>25</sup>是指一造能作到大多數人做不到的事，例如米其林三星餐廳的主廚、登台演唱華格納聯篇歌劇《指環》女主角Brünhilde的女高音、奧運金牌的桌球選手等等，都是例子。一造與此種人締約，是著眼於其出類拔萃的長才。具備信任、能力、技術屬性的法律關係，往往是因為義務存在於

---

<sup>25</sup> 能力與技術，概念重疊之處甚多，重疊多少也可能跟中文使用者的認知與語言習慣不同而異。因此，本文不強作區分。若嫌累贅，能力與技術取其一作為理論的關鍵概念亦可，但可能不免需在某些情境牽強地「目的性擴張」詞語的內涵（intension）。

「人」。與此相對的是義務存在於「財產」上的法律關係，例如不動產役權和抵押權。需役地所有人並不在乎誰擁有供役地（只要其所有人不要干涉供役設施即可），抵押權人也不在乎誰擁有抵押物（只要其所有人不要降低抵押物價值即可）。需役地所有人和抵押權人之受益於物權關係，和物權關係的另一造是否具備某種能力和技術，或前者是否信任後者，都沒有關係。相對地，最典型存在於人上的法律關係，是勞務契約。對出資購買勞務者，誰是受託人、承攬人、受僱人，差異很大。尤其在克紹箕裘是例外的現代，資方當然希望勞務契約因為勞方死亡而終止，勞方也通常沒有需要爭取子女繼承衣鉢的動機。

以下從勞務契約起筆，逐一探討物權、信託、人格、身分關係，與其所生之權利、義務有無專屬性。

### （一）具雙面專屬性的勞務契約

以勞務給付為標的之契約，可能具備技術、能力、信任三者，或其中之一、二<sup>26</sup>。勞務給付債務人具備特定技術，其繼承人不一定擁有相同的技術。即使繼承人是勞務給付債務人的同行，其技術

---

26 或有認為，勞務契約具有專屬性的理論基礎應該是「不使締約者以外之人（繼承人）負擔勞務」。然而，所有的契約類型，包括還沒有依債之本旨而為給付之買賣契約，都會讓繼承人負擔某程度的勞務，像是交付標的物、移轉登記名義等；吾人卻不會認為，履行買賣契約的義務，不應被繼承。再者，繼承人雖非締約人，但並不會因為契約繼承而當然受到拘束導致必須履行勞務。繼承人既可以拋棄繼承，也可以選擇不配合給付勞務（例如不為特定僱主工作、不將買賣標的物交付給買受人），而以遺產清償所生債務。因此，「契約之給付是否為勞務」，並非必然決定此契約能否被繼承的標準；否則，若此論據成立，則勞務契約之專屬性會成為強制規定，當事人不得以特約推翻。此種強硬的解釋又可能干涉了少數有特殊需求的當事人，並無必要。本文的一身專屬性理論，依據技術、能力、信任為判準，推斷多數同類交易之當事人，是否偏好法律關係繼承，才是良好的預設任意規定理論。尚未履行的買賣契約，是出賣人之繼承人負擔配合辦理移轉登記的勞務，但卻沒有信任、能力、技術的元素，所以多數當事人應該會偏好可繼承。而尚未辦理竣事的委任契約，卻多有這三種元素，所以多數當事人應該會偏好不繼承。

也不一定能青出於藍而勝於藍，達到與勞務給付債務人相同高端的程度。而且勞務給付之履程度往往是「良心事業」，取決於債務人能否在債權人難以監管之處，務求使命必達，勞務契約之債權人願意信任債務人，不表示當然信任債務人之子女。另一方面，勞務給付債務人也可能是著眼於債權人的特質，在約定的報酬條件下，僅願意向特定的債權人提供勞務，而非向債權人之繼承人提供勞務，亦即此種契約中的債務人也對債權人有特殊之信任關係。將此等契約解釋為在債務人死亡時終止——也就是此等契約關係不繼承——對雙方當事人通常都是最合理的安排<sup>27</sup>。

民法之立法者很多時候都仿若理解並採用多數的預設任意規定理論，例如民法第550條規定，委任關係因當事人一方死亡而消滅<sup>28</sup>。這是因為，委任人只願意敦請特定受任人工作，而受任人也只願意以約定之報酬、方式為特定委任人工作。委任人和受任人彼此相互信任，換了一個委任人，受任人不賣命；換了一個受任人，委任人不放心<sup>29</sup>。有些委任關係中，受任人的能力和技術也是委任契約的基礎（例如球探聘用合約），故一方過世時，基於信任之法律關係應該終止，通常是最好的安排。行紀、居間、承攬運送，也以當事人死亡為契約終止事由<sup>30</sup>。

27 當事人當然也可以約定勞務契約不因死亡而終止，但在多數情形，無論是事前為此種換人服勞務的契約定價，或者事後執行，都弊大於利，因此多數勞務契約當事人應該不會選擇「不終止，而換人服勞務，或轉成損害賠償」。

28 日本與我國相同，規定委任因委任人或受任人之死亡而終止（日本民法第653條）。不過，德國則不然，委任雖因受任人之死亡而消滅（德國民法第673條），但不因委任人之死亡而消滅（德國民法第672條）。德國、日本、臺灣的立法例不同，是否確實為考量各自多數締約人不同作法後之結果，為有趣議題，需要比較的實證研究，但非本文所能處理的範圍。

29 此種信任屬性不僅展現在繼承時，也展現在未有繼承時。若心腹失寵、失去了委任人的信任，即使委任人沒有死亡，委任人原則上都可以終止委任契約。這也是委任契約雙方當事人間存在著「信任」之例證。

30 參見鄭玉波，民法債編各論（上冊），2版，頁346（1971年）；邱聰智，新訂債法各論（中冊），頁314、374、591（2008年）；姚志明，行紀，收於：黃立編，民法債編各論（下冊），頁211（2002年）；林誠二（註15），頁313、340、



但如果將此論理推得太過，將給付勞務之債務人死亡時終止的預設任意規定，解釋為強制規定，則有不當。畢竟當事人以特約約定債務人死亡時契約不終止（民法第550條但書參照<sup>31</sup>），讓債務人之繼承人續完債務人未竟之業，通常對雙方有利<sup>32</sup>。誠然，繼承人當初未參與契約制訂，債務人與其繼承人間之利益不一定一致（債務人可能必須要藉由把繼承人拖下水，才能談成這筆生意，沒料到自己會壯志未酬身先死）。不過，繼承人永遠有拋棄繼承、撒手不管的選項。即使未及拋棄，也頂多在遺產範圍內負損害賠償責任，或用以支付第三人代為履行之費用（強制執行法第127條參照）<sup>33</sup>。因此，容許法律關係在合意的情況下得被繼承，不會剝奪繼承人之固有財產（更精確言之為其「主財產」）。

## （二）具單面專屬性的勞務契約

也有些勞務契約的專屬性是單面的，勞務給付義務人之死亡，契約會終止而不被繼承，報酬給付義務人之死亡，則不影響契約，仍得被繼承。承攬是最好的例子，民法第512條規定，以承攬人個人之技能為契約之要素者，承攬人死亡，契約即終止。所謂「個人之技能為要素」，考量的是承攬人之繼承人的履行能力，絕大多數時候不如承攬人。民法第527條第1項也規定，著作未完成前，如著作人死亡，其出版契約關係消滅。例如出版商與著作人的出版合約，出版商只想為簽約的著作人出書，但若著作人出書未捷身先死，出版社並不希望印行繼承人狗尾續貂之作。反過來，若出版商

---

494；劉春堂，民法債編各論（中冊），頁20（2004年）。

31 民法第550條但書另外規定，依據委任事務之性質，可以不因當事人死亡而當然消滅。依據本文一身專屬性理論，法院應該在系爭委任契約不具備信任、能力、技術要素時，才認定委任契約不因死亡而消滅。

32 參見史尚寬，債法各論（上冊），3版，頁300（1967年），亦認為原則上受僱人死亡，僱傭關係終了，但如受僱人得僱用人承諾，使他人代服勞務或由任何人為之並無差異時，不當然終了。

33 當債務人之繼承人繼承勞務契約時，除非有非常特殊之情形，否則執行法院不應該輕易認定有強制執行法第128條之適用，而強迫債務人之繼承人履行。

死亡，而其子繼承出版商號，著作人可能仍然希望由該出版商出版。換言之，著作人死亡時，法律關係有專屬性，不由著作人之繼承人繼承；出版商死亡時，法律關係沒有專屬性，由出版商之繼承人繼承。至於僱傭契約，民法雖無明文認為受僱人死亡為契約終止事由，但學者均認為，僱傭以受僱人服勞務為要素，受僱人死亡使得勞務之供給不可能，故應解釋為僱傭關係因而消滅<sup>34</sup>。

當然，以契約為出版或者委任就一概認定是否契約關係有信任屬性，有過度概化之弊，仍應由法院在具體個案解釋契約，或者在委任、出版、承攬等勞務契約案件中，各自發展出子類型，判斷系爭類型的契約關係是否有單面或雙面之專屬性。

### (三) 原則上無專屬性之物之關係

民法物權編之各種物權，都被規定為可以自由讓與，其可繼承性似乎也被認為是不證自明。但難道物之關係（存在於例如所有人與定限物權人間）絕對沒有專屬性？如上文對契約之探討可知，專屬性之認定往往要看情境。而契約只有對人效力（*in personam effect*），不拘束第三人，契約雙方花費自己的精神時間把兩造特殊考量規範於契約，他人無庸置喙。但如學者所強調，物權具有強大的對世效力（*in rem effect*），拘束第三人<sup>35</sup>；如果物權法之規範要視情境而定，則增加第三人防止侵害他人物權之成本，也增加潛在交易者確定物權內涵的資訊成本。因此，物權法除了依靠物權法定

34 參見邱聰智（註30），頁33；郭玲惠，僱傭，收於：黃立編，民法債編各論（上冊），頁568（2004年）；林誠二（註15），頁41-42。

35 See, e.g., Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000); Henry E. Smith, *Community and Custom in Property*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 5 (2009); Henry E. Smith, *Standardization in Property Law*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF PROPERTY LAW 148 (Kenneth Ayotte & Henry E. Smith eds., 2011). 中文文獻中之一般性探討，參見張永健，物權法之經濟分析——所有權，頁113-182（2015年）。

原則以簡化、固化物權類型，也減少在物權法規範中容許納入「在地資訊」（如地方習慣）。也因此，民法物權編甚少容許當事人特約之處。

然而，少數例外允許特約處，就有信任、能力之考量。定限物權中，人役權如地上權與農育權，信任屬性較強，因為所有人擔心有占有權能的用益物權人耗竭地力或製造污染；所以，地上權與農育權的專屬性不像前述的不動產役權和抵押權，而有點類似委任。民法雖規定此種用益物權人有保持永續利用之義務（民法第836條之2、第850條之6參照），但用益權人是否盡心盡力，土地所有人難以監管。因此，地上權與農育權雖原則上得讓與，但民法第838條第1項但書和第850條之3第1項但書，容許當事人以特約排除地上權與農育權人讓與之權。此外，特別法上與農耕相關的權利，例如土地法第133條的荒地耕作權，則不得轉讓，但得被繼承或贈與得為繼承之人（同條第2項）<sup>36</sup>。

以上討論了「定限物權」的專屬性，亦即定限物權人的權利得否被繼承或讓與的問題。相對地，在定限物權存在的情況下，所有權人方面則有忍受的義務，此種義務當然會隨著所有權，繼續拘束新的所有人。或許有些定限物權人不希望所有權人發生變動，但民法不允許土地所有權人與定限物權人訂立特約，排除土地所有權人

36 在用益物權的可轉讓性方面，比較法上，日本法也承認地上權、永小作權的自由讓與性，惟與臺灣法的差異在於，日本的地上權之自由讓與並無法律明文規定，永小作權的自由讓與則規定在民法第272條：「永小作人得將其權利讓與他人，或在權利存續期間內，以耕作或畜牧之目的出租土地。但以設定行為禁止時，不在此限。」由此可知，永小作權的禁止讓與特約藉由登記，發生對抗第三人效力（日本之不動產登記僅有對抗效，而無公信力）；地上權的禁止讓與特約，或者其他限制用益物權之讓與性的特約（例如排除地役權的隨伴性之特約，規定需役地所有權之移轉的同時，地役權即消滅）等，則因法律無明文承認，從而無法登記，而只有契約的相對效。參見高橋壽一，第5章、永小作權，收於：川島武宜、川井健編，新版注釈民法（7）物權（2），頁920（2007年）；中尾英俊，第6章、地役權，收於：川島武宜、川井健編，新版注釈民法（7）物權（2），頁951（2007年）。

自由轉讓所有權之權。原因在於，所有權人作為土地「剩餘價值」(residual value)的保有者，要承擔用益物權人善用與濫用的成本與效益，所以所有權人有誘因慎選定限物權人，並可能希望排除定限物權人轉讓之權，以免後者所託非人，傷害到所有權人利益。反之，用益物權人保護自己利益之方式，是訂立協議並加以登記，使之拘束後所有人即可。尤其使用土地不比使用房屋，沒有修繕等需要所有權人配合之事，所以對土地之用益物權人而言，誰當所有權人都一樣！即使誰當所有權人有些微差異，但此種考量不足以證立限制不動產所有權自由流通所降低的配置效率(allocative efficiency)<sup>37</sup>。

而若上述條文容許物之關係兩造限制物權讓與，其實同樣也可以容許兩造以特約限制定限物權繼承，亦即定限物權人死亡時，定限物權即歸終止。但為何民法物權編沒有明白容許特約排除繼承？在地上權，原因很單純——當工作物建造完成後，工作物和土地的關係比較適合用不動產役權來安排，以免工作物所有權與地上權沒有併同移轉，導致必須拆屋還地的無效率後果。民法第838條第3項把工作物所有權和地上權網綁移轉的規定，避免了此種後果；也使得以地上權處理在土地上興建之工作物與土地之關係，仍屬合理。而當地上權人死亡時，若不許地上權連同地上物所有權一併繼承，則仍會導致拆屋還地。換言之，不許地上權繼承的後果過於負面，對地上權人只有壞處，對土地所有人也不一定有好處，使得立法者甚至不覺得有任何理性交易者會以特約排除地上權繼承，而特約規定只可能成為有資訊、法律知識者（或許是土地所有人）佔無資訊、知識者便宜的策略手段，因此未規定特約。

---

37 關於配置效率作為物權法經濟分析中最重要兩個目標之一，參見張永健（註35），頁47-52；張永健，動產所有權善意取得之經濟分析，中研院法學期刊，21期，頁84（2017年）。

農育權相關條文未納入特約不繼承的規定，則可能是立法者利益權衡的結果。對農育權人與土地所有人雙方而言，容許繼承一般都能增加物權的總價值。生死畢竟不由人。若農育權人付出大量投資，但若不幸中道崩殂，就不得遺愛子孫，就會怯於投資。而定限物權人事後不敢投資，事前就不會願意付較高價格取得土地使用權利，土地所有人之收益就減少。因此，或許不少農育權人與土地所有人因此願意讓農育權繼承。然而，前述由土地所有人未信任者（即繼承人）直接成為用益物權人，並耗竭地力的風險仍然存在，所以應該有當事人需要以特約限制繼承。現行法沒有明確給予此種選項，或許是考量了上述投資意願。再者，在物權法的架構之上，所有權人仍可以和農育權人訂立一般契約，更細緻地規範其行為，降低後者耗竭地力的機會。此種契約若未經登記或不能登記而不能拘束交易後手，應該有解釋為不具專屬性而拘束繼承人之空間，從而使所有權人維持地力的設計更為有效。

#### （四）性質特殊之信託關係

信託在我國法下為契約關係，在英美法制中則為財產關係（或曰物之關係）；但信託之專屬與否，卻有與前述契約、物之關係都不同之考量。信託涉及委託人、受託人、受益人三方，且信託乃為受益人之利益而存續。信託的委託人和受託人間有信任關係，受託人也往往有專業投資能力，故受託人之繼承人不會在受託人死後成為新的受託人。但不同於一般的委任契約，在受託人死亡時，信託法第8條規定信託關係不因此消滅；信託關係由新受託人接手（信託法第45條第3項）；信託財產也不是遺產的一環（信託法第10條參照）。一般處理專屬性的法律手段——法律關係消滅——並不適用於信託，因為信託乃為了受益人而存在，故法律關係消滅並非最佳選項。

此外，信託關係的信任，尤其在非商事信託，應該是雙面的。

所以委託人死亡後，信託關係雖然不因委託人死亡而消滅，委託人之繼承人不會繼受委託人之地位（信託法第8條）——這和其他契約關係不是有人繼承、就是契約消滅，並不相同。當然，委託人之繼承人不成為新的委託人，也在於防止繼承人修改信託之內容。信託財產為受託人所有，為了受益人存在，而委託人設立信託之目的，也往往在使信託財產脫離其固有財產，從而排除繼承人之控制，故信託法的設計在功能上有道理。然而，委託人已經死亡，繼承人不能繼承，信託契約又繼續存在，這等於是契約只剩一造而繼續存在，是否違反契約本質<sup>38</sup>？或許這就是大陸法系引進信託時，將信託定性為契約、而非物權，所必須承擔的難題。

#### （五）金錢給付義務原則上無專屬性

上述（一）至（四）探討了意定的契約關係是否因當事人死亡而被繼承，亦即第一層次的可繼承性的問題。此處（五）與下段（六），則討論第二層次亦即從基礎法律關係（不限於意定之債）發生之「金錢給付義務」以及「行為義務」是否被繼承。最後（七）與（八）則探討因人格權及身分關係所發生之「金錢給付義務」是否可被繼承，此二部分可看作是（五）的特殊例外狀況。

金錢之給付不涉及信任、能力、技術，因此，除非有特殊理由，依據任何意定法律關係，在被繼承人生前發生之金錢給付請求權或義務，均無專屬性，此乃基於本文一身專屬性理論推導之結論<sup>39</sup>。至於法定產生的金錢給付義務（例如罰金、罰鍰、慰撫金，

38 而當信託關係發生變化，需要受託人時，信託法就必須另闢蹊徑，例如信託法第36條第3項規定由法院選任受託人。

39 請注意，意定法律關係中的當事人，會偏好金錢給付義務可以繼承，同樣也和給予給付義務人好的清償誘因有關。試想以下談判場景，金錢給付債權人會擔心，如果金錢給付義務或會產生金錢給付義務的法律關係不會繼承，債務人知道自己大限將至時，就會停止給付，以便將金錢留給子孫。當債權人事後發現債務人大限將至而停止給付時，就必須立刻提出訴訟、使用保全程序，或者聘用討債公司。此種策略行為的存在可能性，增加了事後的交易成本，也因此增

詳下討論)，則是基於給予金錢債務人恰當誘因，而無專屬性（參見本文第壹部分）。換言之，債權人之繼承人可以行使金錢給付請求權，要求債務人償還。債務人的金錢給付債務，也繼續存在遺產上；債權人可自遺產受償。更精確言之，給付金錢之權利、義務，都會由繼承人繼承，但此種來自遺產的權利、義務，歸屬於繼承人之特別財產，而非逕自歸入其固有之主財產。所謂繼承人僅就遺產範圍內負責，是指繼承人對金錢給付義務僅在遺產（作為其獨立之特別財產）範圍內負責。

目前的實定法，也強烈支持此種立場，先以罰金為例：刑事訴訟法第470條第3項規定，罰金可以就受刑人之遺產執行。罰金此種金錢給付義務，雖與行為人個人人格緊密相關，仍可以就遺產執行。

此外，司法院大法官解釋也肯認就遺產執行罰鍰之合憲性。司法院釋字第621號，探討行政執行法第15條「義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行」之規定，是否合憲。解釋理由書探討一身專屬性與繼承之關係：

罰鍰處分後，義務人未繳納前死亡者，其罰鍰繳納義務具有一身專屬性，至是否得對遺產執行，於法律有特別規定者，從其規定。蓋國家以公權力對於人民違反行政法規義務者科處罰鍰，其處罰事由必然與公共事務有關。而處罰事由之公共事務性，使罰鍰本質上不再僅限於報應或矯正違規人民個人之行為，而同時兼具制裁違規行為對國家

---

加了事前談判時的交易成本（例如債權人要求債務人提供更多擔保）。一個低成本處理此種策略行為的方式，就是債務人同意金錢給付義務和會產生金錢給付義務的法律關係會繼承。如此，債務人事後就沒有拖延的誘因，因為拖到他上西天，遺產仍要用以清償。少了策略行為，也會讓事前的交易成本降低，雙方能互蒙其利。因此，雙方當事人都會偏好金錢給付義務與會產生金錢給付義務的法律關係之可繼承性。

機能、行政效益及社會大眾所造成不利益之結果，以建立法治秩序與促進公共利益。行為人受行政罰鍰之處分後，於執行前死亡者，究應優先考量罰鍰報應或矯正違規人民個人行為之本質，而認罰鍰之警惕作用已喪失，故不應執行；或應優先考量罰鍰制裁違規行為外部結果之本質，而認罰鍰用以建立法治秩序與促進公共利益之作用，不因義務人死亡而喪失，故應繼續執行，立法者就以上二種考量，有其形成之空間。……揆諸公法上金錢給付之能否實現，攸關行政目的之貫徹與迅速執行。是義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行，尚屬合理必要。……其執行標的僅以義務人死亡時所留遺產為限<sup>40</sup>。

是以，大法官於2006年，即繼承編轉為以「概括繼承有限責任」為預設任意規定前，就已經有以遺產作為獨立財產之概念，且認為罰鍰可以自遺產中取償。不過，大法官解釋之用語，打亂了「專屬性＝不能繼承；無專屬性＝可以繼承」的方程式，本文不採。不過，此處之重點是，大法官的釋憲結論是，罰鍰此種與個人人格緊密相關的金錢給付義務，仍可針對遺產執行，因此實質上不具民法第1148條第1項但書之「專屬性」。其關鍵原因，如第壹部分所論，是為了賦予適時給付罰鍰之誘因。

最後，如本小節標題所強調，本文主張是金錢給付義務和請求權原則上沒有專屬性。上文已討論契約、物權所衍生的金錢給付義

---

40 另外，李建良，行政法上義務繼受問題探討——兼評高雄高等行政法院92年度訴字第806號暨最高行政法院94年度判字第622號判決，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁121（2006年），進一步主張，公法上的義務是否能被繼受，除了要考量義務本身的性質（屬物性、具財產價值、可替代性），還應考量此義務是否與義務人緊密聯結，以致於義務人轉換時，原本之法律目的無法達成。若然，則有高度屬人性而不應被繼受。即使不具備高度的屬人性，可能被繼受，但在繼承的情形，仍應有法律保留原則之適用；亦即公法的明文規定，始得為之（義務存續在遺產上），而不得逕以民法第1148條為據肯定公法上義務之繼受。



務和請求權，下面的（七）（八）兩小節則要探討人格權、身分權所衍生之金錢給付義務、請求權應否繼承之問題。

#### （六）能轉化為金錢給付之行為義務亦無專屬性

當第二層次的權利、義務之內容並非金錢給付，而是行為義務時，如何劃定專屬與否之界線，是甚為困難的問題，本文初步思考結論是，若行為義務不履行之責任，可轉化為金錢給付之義務，則應該容許繼承。主要的論述基礎有二：

第一是由來於契約之性質所導致之當事人不同偏好。例如一般保證契約的保證人之義務為代負履行責任，通常為代為清償金錢債務。但當保證人之義務約定為履約保證，例如代替主債務人完成承攬之工藝品，而保證人之繼承人因為沒有能力、技術接手，無法以「行為」完成保證義務；如果多數此種保證契約之當事人，也明示或默示由保證人填補債權人之損失，則履約保證的履行責任，轉化為對債權人的損害賠償責任。故此種代負履約責任的保證契約所發生之行為義務，得被繼承。當然，如果履約保證契約明白約定保證人沒有填補損失之義務，則無論是契約明示，或者探求當事人真意，都會得出如下結論：多數此種保證契約沒有期待保證人之繼承人要繼承履約保證義務。

又以委任為例，受任人報告顛末之行為義務，會因為涉及信任、能力、技術，此義務本身之市場價值難以量化，多數交易者會認為不用繼承而逕行終止契約，是比較符合其利益的交易條款。

但若受任人之義務是依照委任契約將受任人購買之土地所有權移轉給委任人，則此行為義務由受讓人之遺族繼承，難謂不妥，因為將土地所有權移轉給委任人的義務不一定要由繼承人身體力行，權利人可以在獲得確定判決後，持判決至地政事務所要求辦理移轉登記；在繼承人並未取得土地所有權的情形，此義務也可以轉化為

金錢的損害賠償義務，從而，此義務故不具一身專屬性，得被繼承。這和買賣不動產契約，於締約後不動產所有權人死亡，買受人得以要求繼承人辦理移轉登記，並無二致。

行為義務若無法轉化為金錢給付義務，則不應該繼承之第二個理由，是由概括繼承有限責任之規定而來。假設某個委任契約約定契約（包括報告顛末義務）在受任人死亡後不中止，這是當事人明白約定契約並無專屬性，應該予以尊重。此時，受任人之繼承人，能否依據民法第1148條第2項「因繼承所得遺產為限，負清償責任」之規範，主張若其須負擔行為義務（且事後又難以轉換為金錢補償），就違反「概括繼承有限責任」之本質？確實，繼承人之個人勞務當然落在遺產定義之外。如果對民法第1148條第2項之「遺產」採取物之有限責任說，亦即限縮在以被繼承人原本留下來的財產負清償責任，則繼承人之主張有理，其毋須報告顛末。但如果採取價值之有限責任說（即以遺產價值計算責任範圍），而且採用某種換算繼承人個人氣力為遺產價值的公式，則當行為義務因契約明文約定而繼承時，有限責任的繼承人可能還是在勞務契約終止前，有行為義務。進一步言，如果法院因為個人氣力難以量化而認為價值相當於0，則繼承人怎麼報告顛末，都不違反「概括繼承有限責任」。如果法院因此認為行為自由無價，則再芝麻綠豆的報告顛末，都違反「概括繼承有限責任」。如果法院因此以某種方式估價，則取決於估價結果與遺產價值，報告顛末有可能違反「概括繼承有限責任」，也可能不違反。此處之難題，是否確實有實際案例，尚未可知，故本文不再繼續申論。

#### （七）人格權及以此為基礎之權利義務

以下檢討「金錢給付義務原則上得被繼承」的兩個可能例外，亦即因人格權及身分關係而發生之金錢給付義務的可繼承性問題。

首先，因人格所生之法律關係，因人格不存在而消滅。民法第195條所規範，每個人各自擁有的身體、健康、名譽、貞操等權利，都有「對世效力」(*in rem effect*)，和物權一樣，都是因為法律規定而使權利人「自動」和世界上所有人都產生法律關係<sup>41</sup>，而絕大多數<sup>42</sup>這一對一對的法律關係，其本質都是「不得侵害」。此種不得侵害之法律關係，因死亡而中止，蓋人格消滅後，無繼續侵害之可能。

至於人格權被侵害而發生的慰撫金請求權，如受害人未行使權利而死亡者，此權利無法被繼承，但若受害人已起訴或依契約承諾者，因已變為金錢債權，故得被繼承（民法第195條第2項）。本文認為，原則上在被繼承人生前發生之金錢給付請求權或義務，不具信任、能力、技術屬性，因此均無專屬性，從而此規定係基於特殊理由而作之例外。例如若某甲已經侵害某乙身體健康，造成某乙之痛苦，若某乙因其他原因而死亡，其繼承人某丙無由繼承某乙基於其人格與他人發生之法律關係。某乙生前基於其人格關係產生之慰撫金請求權，因為是金錢給付之請求權，一般而言無專屬性。由此觀之，第195條第2項雖然容許在慰撫金之請求權已經依契約承諾或已經起訴者，構成非專屬的、可繼承的權利，但其實是限縮可繼承權利之範圍——因為慰撫金請求權本來在身體健康侵害發生之一剎那就已經存在，而此種金錢損害賠償請求權，已經獨立於人格法律關係之外，原則應該容許繼承。所以第195條第2項應該被看成是「限縮」可繼承之權利，而非「例外擴張」可繼承之權利。

如上所論，若慰撫金請求權反於一身專屬性理論之建議，一律不准繼承，則侵權行為人有誘因拖延時日，藉此完全脫免責任。但

---

41 關於對世效力是自動產生法律關係，參見張永健（註35），頁87。

42 其例外有時以契約為之，如為治療疾病而允許醫生開刀，「傷害」身體。有時為法律規定，例如因違反刑法被處自由刑，執法人員即可限制其自由。

若慰撫金請求權如其他金錢給付請求權，一律可以繼承，則可能面臨請求權內容額度不明的問題。慰撫金照多數說之見解，功能在於填補當事人之精神痛苦；其受折磨之程度，確實難以為外人道。被繼承人若在未有明確表示前撒手人寰，繼承人主張任何金額的慰撫金，侵權人都難以作有效抗辯、請求詰問被害人。此種金錢給付數額難以客觀、事後難由他人計算的特點，使慰撫金請求權與其他金錢給付請求權不同。準此，民法第195條第2項規定兩造若約定慰撫金就可以繼承，十分合理，因為上述問題都不存在。至於起訴就可以繼承，也有幾分道理（但不到十分）。在民事訴訟法制下，被害人在起訴時就必須具體主張慰撫金之數額。當然，若還未進行言詞辯論，被害人就駕鶴西歸，侵權行為人也仍然無法詰問。不過，目前實務上的大量慰撫金判決，從當事人雙方到法官自身，幾乎從未論述慰撫金數額如何反映當事人痛苦。原告有時「漫天喊價」，被告「就地還錢」，而法官也只是決定一個數額。因此，一旦被害人有起訴，具體化其請求金額，實務上被告是否能詰問當事人就不重要了。另請注意，受害者已經死亡而不需要金錢的慰撫，並非解釋現行規定之充分論據；若係如此，則「已起訴請求」之慰撫金訴訟，也一定被法院駁回才是。總之，本文傾向認為，在現在的訴訟實務下，修正民法第195條第2項，使慰撫金請求權如同其他金錢給付請求權，一律可以繼承；此作法之好處是提高侵權法的一般嚇阻（無論被害人有無死亡，加害人都要支付慰撫金）以及填補功能；似為更佳。若日後慰撫金改為定額<sup>43</sup>，則慰撫金請求權可繼承的論據更堅強，因為慰撫金數額不再和當事人實際痛苦程度連結。

自比較法的角度觀之，慰撫金請求權如一身專屬性理論所建

---

43 關於我國法官酌定慰撫金之考量因素，以及慰撫金定額化之倡議，參見張永健、李宗憲，*身體健康侵害慰撫金之實證研究——2008年至2012年地方法院醫療糾紛與車禍案件*，*臺大法學論叢*，44卷4期，頁1785-1843（2015年）；張永健、何漢葳、李宗憲，*或重於泰山、或輕於鴻毛——地方法院車禍致死案件慰撫金之實證研究*，*政大法學評論*，149期，頁139-219（2017年）。

議，可以被繼承，亦不乏其例，例如日本。當人格權受侵害之被害人死亡時，其慰撫金請求權是否被繼承，日本民法並無明文規定。戰前早期多數實務見解採否定說，因慰撫金請求權是以本人感受到的痛苦、悔恨、悲傷為依據，屬於一身專屬權，故非繼承之標的<sup>44</sup>。到了1927年的大審院判決（大判昭2.5.30新聞2702-5），即著名的「殘念事件」，被害人在事故發生時喊了「殘念殘念」一語，翌日死亡，原審判決認為被害人不須特別之意思表示，其慰撫金請求權亦得被繼承；大審院則認定，慰撫金請求權若要被繼承，須有被害人之意思表示，而「殘念殘念」一語應該當此意思表示，故廢棄原判決，發回原審。此見解被稱為「意思表示繼承說」，但此說一出，被害人死亡前所說的話究竟是否該當「請求慰撫金的意思表示」，便成為爭執的焦點，包括東京控判昭8.5.6新聞3568-5（沉船前快溺死的被害人從海中伸出手喊著「救命」，法院認為不該當「請求慰撫金的意思表示」）、大阪地判昭9.6.18新聞3717-5（被害人說了「悔恨不已」，該當「請求慰撫金的意思表示」）、大判昭12.8.6判決全集4-15-10（被害人說「對方有錯」，該當「請求慰撫金的意思表示」）。如此區分的荒謬性不言而喻<sup>45</sup>。到了1967年，最高裁判所的判決（最大判昭42.11.1民集21-9-2249）改變了以往見解，認為被害人在損害發生時即取得慰撫金請求權，且無庸表明請求損害賠償之意思，當然得行使此權利，當被害人死亡時，其繼承人當然繼承慰撫金請求權。雖然有學說對最高裁之觀點採批判態度<sup>46</sup>，但至

44 例如大判大8.6.5民錄25-962、大判昭8.5.17新聞3561-13。

45 多數學說都認為，不論被害人有无請求慰撫金之意思表示，原則上此權利應被繼承，例如：加藤正治，旅客死傷ノ損害賠償，法學協會雜誌，34卷6号，頁1（1916年）；末弘嚴太郎，債權各論，頁1113（1918年）；岡村玄治，債權法各論，頁738（1929年）；穗積重遠，相続は權利の承継か地位の承継か，法學協會雜誌，48卷1号，頁24（1930年）；我妻榮，事務管理・不當利得・不法行為，頁213（1937年）；中川善之助，民法大要，頁208（1953年）。

46 好美清光，生命侵害の損害賠償請求權とその相続性について，收於：田中誠二先生記念事業會編，現代商法學の諸問題：田中誠二先生古稀記念，頁708（1967年）；五十嵐清，慰謝料請求權は相続の對象となるか，判例タイムズ，

少目前在日本，不論被害人生前是否有所表示、或起訴、或依約承諾，慰撫金請求權的可繼承性在日本裁判實務上普遍受肯定。相較之下，我國則限於「受害人已起訴或依契約承諾」，始得被繼承。從而，本文認為臺灣民法第195條第2項的規定，應理解為限制慰撫金請求權之繼承才是。

#### (八) 身分關係及以此為基礎之權利義務

身分關係，和人格關係一樣，因為人之死亡而消滅。A與B之配偶關係，或A與C之親子關係，在A死亡時，當然不可能由A之繼承人承繼。這可能是因為絕大多數的人在進入婚姻關係時，都會偏好婚姻關係不繼承，又有倫理考量，以致於配偶關係不繼承成為強制規定，生存配偶可以自由再婚。其次，父母子女關係無法事先約定，所以多數的預設任意規定理論本來就不適用；而親屬法規定了一整套基於人倫秩序產生的法律關係，因此不需要藉由「親子關係的繼承」這樣的法律構成來處理被繼承人未完成的扶養或贍養義務。就此而言，此種基於人倫所形成的第一層次法律關係不繼承，是本文的一身專屬性理論之外，可以證立不可繼承性之理由。基於人倫的第一層次的身分關係之不繼承性，目前學說似無不同意見，但第二層次亦即身分關係所生之權利、義務是否一律不得繼承，則有商榷餘地。

換言之，由身分關係衍生出的其他權利義務（第二層次），在請求權、義務已經發生後，是否被繼承？第一，因身分法益受侵害之慰撫金請求權，同前述人格權之狀況，不得讓與或繼承，除非已起訴或已依契約承諾（民法第195條第3項），論理相同；惟本文亦

---

221号，頁63（1968年）；星野英一，慰藉料請求權の相続性を認めた事例一兄（七一歳）が受傷後意識不明のまま死亡した場合の妹からの請求，法学協會雜誌，85卷11号，頁71（1968年）；加藤一郎，不法行為，增補版，頁42（1974年）。

已提出異議，此處不再贅述。

第二，若權利義務並非以金錢給付為內容，例如：基於父母子女關係而發生的「對未成年子女保護教養之權利義務」、或者基於配偶關係而發生的同居請求權、離婚請求權等，理當不能被繼承。此種請求權的行使條件包括請求時的身分關係存在；基於人倫考量而身分關係消滅時，此種非金錢給付為內容的身分上請求權也隨之消滅。

第三，當請求權、義務的內容是金錢給付時，例如因身分關係而衍生並已發生的受扶養之權利及扶養義務、受贍養之權利及贍養義務、剩餘財產差額分配之權利及義務，不涉及信任、能力、技術，原則上應該要繼承。以下進一步探討扶養、贍養、剩餘財產差額分配之可繼承性。

扶養權利人對扶養義務人有扶養費（金錢給付）請求權，後者對前者則有給付義務。本文認為，涉及金錢給付者，原則無專屬性。應付而未付的扶養費，與罰金、罰鍰在死後執行的情形頗有類似：從事後來看，罰鍰、罰金都只是只處罰某個個人，在其死後對遺產執行，對死者已經不痛不癢，無法起到特別預防、應報之作用；扶養是義務人必須給予權利人金錢以支持其生活，在權利人死後，也無福消受。然而，從事前觀點，應該傾向認為此種「已經發生但尚未給付的」扶養費請求權可以繼承，原因在於：如果某人知道其受之罰金或罰鍰在死後就不追繳，當其知道大限將至，就有誘因拖延時日，讓自己遺產變多，留給自己人；如果扶養義務人知道扶養權利人死後，後者之繼承人不能追討積欠的扶養費用，不肖之扶養義務人就可能在扶養權利人日薄西山之時，盡力拖欠，而這更可能加速扶養權利人駕返瑤池的速度。因此，讓已經發生的扶養費給付義務得被繼承，但讓基於身分關係的扶養義務向未來不繼續發

生，似乎是比較穩妥的見解<sup>47</sup>。前者和一身專屬性理論一致，後者和上述額外的人倫考量相同。

夫妻離婚後，依據民法第1057條，當無過失的一方<sup>48</sup>陷於生活困難時，由他方給付贍養費，性質類似法定的終身定期金契約。從民法第732條到第734條之規定以觀，終身定期金契約並未當然在死亡時終止，而有契約另定可繼承之空間。因此，贍養費雖然規定於親屬篇，且根源於夫妻身分關係，但贍養關係本身是身分關係消滅而法定產生的定期金契約；此與親子關係、配偶關係之不繼承有間。不過，當贍養義務人過世，第一層次的贍養關係不由義務人之繼承人繼承，結論仍可贊同，原因是兩個替代制度存在：其一是贍養權利人可能可以改由扶養制度由其他人承擔扶養義務；其二是贍養權利人可以改依民法第1149條的遺產酌給請求權來保障其生活。遺產酌給請求權，其實是以因死亡而新生對「特別財產/遺產」的一次性部分遺產給付請求權，取代了因死亡而消滅的對「特別財產/遺產」贍養定期金給付請求權。以彼代此的合理性在於，前者可以使遺產可以立刻開始清算。

至於已發生的贍養費給付義務是否應繼承，其論證則與前述扶

---

47 不過，從第二層次的扶養金請求權可繼承性，再回頭檢視通說的扶養關係不可繼承性，可能有不同想法。扶養關係乃根基於特定身分關係，而身分關係隨其中一人逝去而消滅。不過，扶養義務民法列有順位；第一層次的扶養關係不繼承，扶養義務人的繼承人不用負責扶養，並不會當然讓扶養權利人生活陷於困難，因為有後順位的扶養義務人接棒。參見司法行政部民法研究修正委員會，中華民國民法制定史料彙編（下冊），頁940（1976年）。不過，在少子化的高齡社會，扶養義務順位似乎可能很快耗盡而找不到新的扶養義務人。此時，若扶養權利人還健在，而扶養義務人留下大筆遺產，是否還應該參照過往通說見解，採取扶養義務有專屬性不得繼承之立場，應該有再思考之處。

48 惟法務部於2018年4月25日公告即將修正贍養費制度（行政院秘書長105年9月5日院臺規字第1050175399號函），修正草案參見：法務部預告修正「民法親屬編」，中華民國法務部，<https://mojlaw.moj.gov.tw/DraftOpinion.aspx?id=7322>（最後瀏覽日：2018年5月6日）。此次修正認為，贍養費的意義不僅是扶養的延長，且在補償權利人對婚姻之貢獻，故與主觀之責任因素無涉，將刪除權利人須為無過失之規定。



養費給付義務相同，從事前觀點，容許繼承才不會給贍養費給付義務人拖延的誘因。

另一個看似基於身分關係而發生的金錢給付之權利義務，乃是配偶之法定財產制關係消滅而發生的剩餘財產差額分配請求權（此為第二層次之問題；沒有第一層次法律關係可以繼承）。在現行法下，其權利不得讓與或繼承（民法第1030條之1第3項），但有許多學者批評此乃立法錯誤<sup>49</sup>；就義務來看，則一般咸認不因死亡而消滅<sup>50</sup>。蓋剩餘財產差額分配，是採用法定財產制的配偶因婚姻關係消滅而發生之效果。制度目的既在清算財產，給付方式是金錢，且不涉及雙方的信任、能力、技術；分配請求權不得繼承之解釋又可能誘使剩餘財產給付義務方拖延時日。因此，本文認為，不論權利或義務均無一身專屬性可言。

### （九）小結

上述第貳部分提出了本文對一身專屬性的主張：基礎法律關係若具有信任、能力或技術屬性，則不繼承（第一層次）。以金錢給付為內容之權利和義務，均得繼承；可以轉化為金錢給付之權利和

---

49 關於剩餘財產差額分配請求權的一身專屬性的修法歷程及學說爭議之整理，參見黃詩淳，身分法發展回顧：2010-2014年之實務發展分析，臺大法學論叢，44卷特刊，頁1602-1604（2015年）。

50 多數學說承認夫或妻之一方死亡係剩餘財產分配之原因，例如戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，修訂版，頁174（2009年）；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（註9），頁171。最高行政法院針對遺產稅的爭訟，也多肯定死亡時配偶間有剩餘財產分配請求權，例如最高行政法院86年度判字第628號、86年度判字第2461號、91年度判字第1948號、95年度判字第319號判決。最高行政法院91年3月26日91年3月份庭長法官聯席會議決議、司法院釋字第620號解釋亦同。以上都是「剩餘少的生存配偶，向剩餘多的死亡配偶請求分配」之案例，換言之，剩餘多的死亡配偶所負擔的分配義務，必定被繼承（或本文的說法是「繼續存在遺產上」），始可能達成公平清算夫妻財產並保障生存配偶生活的目的。雖然2012年民法修正時，將分配請求權改為「一身專屬權」，但立法目的是要避免夫妻一方之債權人代位行使剩餘財產分配請求權，介入夫妻生活，而不是要剝奪原本對婚姻關係消滅後的配偶生活之保障，從而，雖以往學說並無特別提及「剩餘財產分配之義務」的可繼承性，但本文認為應作肯定見解。

義務，也應該容許繼承（這是第二層次）。為便於理解，茲將上述檢討過的法律關係與權利、義務得否被繼承，及其立論根據，整理如下【表1】。

值得注意者，本文的一身專屬性理論，不僅可用於繼承的問題，也可用於解釋何種法律關係所生之權利，可以作為買賣、抵押、質權之標的。例如民法第294條「依債權之性質，不得讓與者」、第900條「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」，所謂「債權之性質」、「可讓與」都可以由一身專屬性理論出發思考。由於擔保的可能後果是權利易手，買賣的結果是權利必定易手，與繼承情形相似。不過，繼承人與被繼承人畢竟有血緣關係，與買賣雙方不同，而擔保物權實施後的拍定人可能與擔保人與擔保權人都素不相識，所以，可以想見，如果繼承、買賣、擔保之標的範圍有所不同，可能繼承標的最廣泛，擔保標的最窄。但限於篇幅，必須以另文探討此問題。

表1 法律關係與權利、義務之可繼承性一覽表

本部分第二節探討之小節	標的	得否被繼承	理論依據
(一)	委任、行紀、居間、承攬運送等契約關係	否	多數的預設任意規定理論（涉及雙方的技術、能力、信任之故）
(二)	僱傭、承攬、出版等契約關係	勞務提供者死亡，契約關係不繼承；他方死亡，契約得被繼承	多數的預設任意規定理論（涉及勞務提供者的技術、能力、信任之故）
(三)	地上權、農育權、荒地耕作權	得繼承，且不得特約排除。但當事人可特約限制轉讓	多數的預設任意規定理論（雖涉及技術、能力、信任，但因為其他效率考量而容許繼承）

本部分第二節探討之小節	標的	得否被繼承	理論依據
(四)	信託關係	否	多數的預設任意規定理論（涉及受託人的技術、能力、信任以及制度目的）
(五)	意定的法律關係所發生之金錢給付義務	得繼承	多數的預設任意規定理論（不涉及技術、能力、信任之故）
(五)	法定的金錢給付義務（例如罰金、罰鍰）	得繼承	基於給予金錢債務人恰當誘因
(六)	履約保證義務、移轉不動產所有權義務	得繼承	得轉化為金錢給付，同（五）之意定的金錢給付義務；或者可以毋須當事人親自配合而獲得實現
(六)	事務處理顛末報告義務	否	無法轉化為金錢給付義務，且有信任、能力、技術考量
(七)	慰撫金請求權	若被害人死亡前未起訴或未依契約獲得加害人承諾，現行法否定其可繼承性。本文肯定其應得被繼承	基於給予金錢債務人恰當誘因
(八)	同居請求權、離婚請求權	否	基於人倫考量，身分關係消滅時，此種身分上請求權也隨之消滅
(八)	扶養費請求權、贍養費請求權、剩餘財產差額分配請求權	已經發生者得被繼承	基於給予金錢債務人恰當誘因

資料來源：作者自製。

本文並不反對在涉及特殊情境的金錢給付義務、請求權時，因為額外考量而使不具備信任、能力、技術者例外具有專屬性而不得繼承。允許例外不會使理論因此無用。無論是規範的或實然的理論，其解釋、預測能力必須比丟銅板好，但也不可能追求100%的適用性，尤其在涉及人類行為的社會科學理論是如此。即使是再博大精深、考慮周詳的民法體系，也必須有帝王條款來處理例外情形。本文提出的專屬性理論，一方面有經濟理性的理論基礎，另一方面又能解釋大多數的條文，並指出規範方式不妥當的條文，允稱達到了好的法與社會科學理論的門檻。有了可以解釋95%情形的理論，再來談5%的例外情形，反而更能讓法律適用者深思此種例外的正當性基礎——此種情形，何以要偏離一般軌道？以特別規定或帝王條款創造例外的必要真的存在嗎？如此更能提升法學思維的精確程度。如果沒有專屬性理論，而是將民法典裡所有法律關係或請求權、義務是否繼承的問題當作彼此關連薄弱、沒有共通理論基礎的個別問題，就不容易看出一般與特殊、原則與例外，也就不會在例外、特殊規範出現時，特別著力深思。

保證契約與其所生之義務，是金錢給付，或者已轉化為金錢給付，原則上可以繼承。但保證是否有其他考量，使得多數交易者可能偏好不繼承？或者，立法者是否應該因為其他政策考量，將保證契約認定為不應該繼承？以下第參部分將以一身專屬性理論，分析保證契約繼承問題。

### 參、保證繼承性之規範演變與實務見解檢討

本部分先梳理民法債編關於保證的條文及繼承編相關條文之演變，以及歷年來最高法院對此問題之看法。扼要言之，1999年民法債編修法前，保證契約是否因保證人死亡而消滅，亦即保證契約是

否被繼承，最高法院數則判例與判決，形成了安定的見解：一般保證契約不因死亡而受影響；最高限額保證、人事保證、公司董事之職務保證，則因保證人死亡而消滅。其中，人事保證的部分在1999年修法時被明文化成條文。不過，2008及2009年兩次繼承編相關修法，明白肯認保證契約可以被繼承，此修正應該影響，卻未影響最高法院的後續判決。以下前三節先詳述過去一甲子的法律與判決演進，第四節則提出基於本文一身專屬性理論對法律與判決之反省批評。

### 一、1999年債編修正前

民法債編關於保證契約之規定，自1930年施行至今，共經歷二次修正。第一次係1999年的債編全面修正（於2000年5月5日生效），保證契約主要變動係增訂「人事保證」一節<sup>51</sup>。第二次則為2010年修正民法第746條並增訂第753條之1。以下將循時間順序，整理修法前後的法律相關規定以及最高法院關於「保證契約能否繼承」之見解。

#### （一）一般保證

在1999年修法前，民法並無明文規定保證契約是否受死亡影響，但最高法院超過半世紀前即已開始發展其見解。關於一般保證（特定債務之保證），最高法院48年台上字第557號民事判例謂：「保證契約係保證人與債權人間成立之契約，不因主債務人之死亡而歸於消滅。」惟本件的事實關係是，債務（借款）已屆至清償期而尚未清償時，主債務人便死亡，其繼承人均拋棄繼承，債權人只得對連帶保證人請求清償。此判例要強調的是，不能因主債務人死亡，保證人即可免除責任，亦即肯定「已發生的代負履行責任」不因

---

<sup>51</sup> 參見詹森林，民法債編及民法債編施行法修正內容概述，台灣本土法學雜誌，2期，頁181（1999年）。

「主債務人」死亡而受影響（即第二層次的問題），實與保證契約本身是否存續或消滅（第一層次的問題）或保證人是否死亡無關。

早期法院裁判常混用「保證契約」與「保證債務」，在分析裁判意義時，必須對照事實關係，始能明瞭其真義與射程，而不能僅看抽象的法律論述部分<sup>52</sup>。如上述，對照了本判例的事實關係後，本文認為此判例僅肯認了「保證債務不因主債務人死亡而消滅」，而與保證契約本身是否存續或消滅無關。有些學說採取類似本文的看法，但比本文更進一步，認為最高法院既然只肯定了主債務人死亡前已發生之具體而確定之「保證債務」應被繼承，則反面解釋的結果，保證人死亡時，基於保證人與主債務人之間之信任，「保證契約」隨保證人死亡而消滅<sup>53</sup>。但也有學說採取完全不同的見解，認為此則判例的射程及於「保證契約」，因契約並無一身專屬性，不因「保證人」死亡而消滅<sup>54</sup>，亦即肯定保證契約在保證人死亡後，得由其繼承人繼承<sup>55</sup>而存續。

## （二）職務、人事保證

不過，最高法院對於某些特殊類型的保證，因訂約時保證人無

---

52 不僅法院裁判如此，學說的論述也不特別區分「保證契約」與「保證債務」，閱讀時必須仔細從整體文脈判斷其真義。或許這是因為，保證契約對保證人的效果幾乎是有害無益，保證人會因契約而負擔債務，卻不會獲得任何好處之故。關於此點，吳瑾瑜，保證債權消滅時效之中斷——保證債務之繼承人是否為民法第747條所稱之保證人？/最高院99台上2292判決，台灣法學雜誌，240期，頁165-166（2014年），也明確指出，保證契約是否因保證人死亡而消滅（亦即保證人地位得否為繼承客體），與已發生之保證債務得否為繼承客體，乃兩個不同的問題，應清楚區別，但學界或最高法院過去均有將「保證契約能否被繼承」之問題皆解讀為「保證責任是否被繼承」之嫌。為了避免混淆，本文將保證債務所由生之法律關係稱「保證契約」（即第一層次之概念），因保證契約而生之代負履行責任之義務稱「保證債務」（即第二層次之概念）；引用裁判時，將遵照原文，但在敘述本文見解時，均嚴格區分二者。

53 林誠二，民法債編各論新解：體系化解說（下冊），3版，頁354（2015年）。

54 邱聰智，新訂債法各論（下冊），2版，頁578（2008年）。

55 邱聰智（註54），頁631。

從預見未來應負責任之債權是否發生，或無從預見其具體數額，故給予特別之保護。詳言之，在民法沒有明文規定人事保證（又稱職務保證、身元保證）前，最高法院51年台上字第2789號民事判例謂：「職務保證原有專屬性，除有特約或特殊情形外，保證人之責任因其死亡而消滅，蓋此種保證於保證契約成立時，被保人尚未有具體的賠償之債務，必待被保人發生虧損情事後，其賠償之責任始能具體確定，而遺產繼承，應以繼承開始時被繼承人之權利義務狀態為準，倘繼承開始時，被保人尚未發生具體而確定之賠償義務，則此種保證契約自不在其繼承人繼承範圍之內。」本判例雖同時提及了「責任」與「保證契約」，但法院較詳細地闡述了契約的部分，也說明此情況尚未發生代負履行責任（保證債務），故應可確定此判例係在肯定人事保證「契約」的專屬性，亦即契約不被繼承（契約在保證人死亡時消滅），而與保證債務無關。

### （三）最高限額保證

關於最高限額保證，民法亦無明文，最高法院81年度台上字第1011號民事判決認為：「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為保證契約效力所及。而保證人死亡後，已不得再為權利義務之主體。保證人死亡前已發生之債務，在約定限度之範圍內，固應由其繼承人承受，負連帶償還責任；惟保證人死亡後始發生之債務，則不在其繼承人繼承之範圍。」

本判決僅肯定「死亡後始發生之債務不被繼承」，但並未明白指出「保證契約」本身是否消滅或被繼承。不過，保證人死亡後，始發生主債務的情形，保證人之繼承人之所以無庸代負履行責任（不用繼承死亡後始發生的保證債務），其最具說服力的理由是基礎

關係（即保證契約）終止。因此學說認為，此判決之意義係在否定最高限額保證「契約」得被繼承<sup>56</sup>，換言之，最高限額保證契約因保證人死亡而終止<sup>57</sup>；本文贊同此學說對判決之解讀。不過，有論者認為此判決的射程僅及於「保證債務」，基此，該學說反對判決的結論，認為保證「債務」本無專屬性，而應肯認繼承人仍應對保證人死亡後陸續發生之主債務負代為清償之責<sup>58</sup>。

#### （四）以保證人具有一定資格為前提之保證契約

其後，最高法院86年度台上字第3765號民事判決（下稱86年判決）則認為，保證契約是否得為繼承的標的，應視其是否具備一身專屬性，並進一步指出如何判斷專屬性的方式：「按一般保證債務並非專屬於保證人本身之債務，除有特殊情形，即以保證人具有一定資格為前提而成立之保證債務，例如以保證人為具有公司之董事身分為前提而成立之保證；或保證人應負保證責任之限度不明確而無法預測者，例如為將來債務所負之保證，其將來債務發生之次數及數額不確定，使得附隨之保證責任亦不確定；或以保證人與第三人之特別信任關係為前提而成立之保證契約，例如職務保證、信用保證者外，縱保證人死亡，其繼承人仍得繼承其保證債務」，而指摘原審並未詳查本件保證契約是否屬於前述任何一種，一概認為保證人死亡後保證契約即消滅，已嫌速斷，故將原判決撤銷發回。

依照86年判決之意旨，下列三種保證契約不被繼承：（1）以保證人具有一定資格（例如公司之董事身分）為前提而成立之保證；

---

56 參見邱聰智（註54），頁523。

57 而最高法院92年度台上字第780號民事判決，判決要旨跟最高法院81年度台上字第1011號民事判決幾乎一樣，但多了一段「參照本院五十一年台上字第二七八九號判例之同一法理，應認最高限額保證契約因保證人之死亡而歸於消滅」。由此可知，至少在2003年時，最高法院認為最高限額保證契約會因保證人死亡而消滅。

58 參見劉春堂，債法各論（一），頁123（2002年）。



(2) 保證人應負保證責任之限度不明確而無法預測者；(3) 以保證人與第三人之特別信任關係為前提而成立之保證契約，例如職務保證、信用保證。過去最高法院僅指出「人事保證及最高限額保證不被繼承」，相當於86年判決的(2)(3)，此外86年判決又擴張了其範圍，即(1)「以保證人具有一定資格為前提之保證契約」亦因保證人死亡而消滅，不被繼承<sup>59</sup>。

針對86年判決，本文提出二點反省。

第一，86年判決以「資格」作為保證契約能否被繼承的判準，亦即「以保證人具有一定資格為前提而成立之保證債務不應被繼承」的看法，值得商榷。蓋具體事件之中，保證人是否因為「資格」而為保證，還是因其「資力」而為保證，恐難認定，也正是86年判決的歷審高等法院與最高法院之意見分歧處。且很多場合此二者無法截然劃分，例如：某甲之所以能擔任公司董事，或許正是因為其具有某種「資力」，也才會成為公司的保證人<sup>60</sup>。此外，「資格」的意義亦有不明瞭之處，「身分關係」是否為資格？例如：某乙因為是主債務人之配偶，而成為保證人，某乙並不特別有「資力」，「配偶」的身分是否是一種「資格」？若是<sup>61</sup>，則該保證契約在某乙死亡後，就會當然消滅而不被繼承？然而迄今為止幾乎沒有

---

59 林大洋，人保與物保之法律適用——以保證及抵押權為中心，中律會訊，18卷1期，頁4-5（2015年），亦認為本判決採折衷說，亦即保證契約原則上得為繼承，但在本判決所提之特殊情形時，因保證人死亡而消滅。

60 關於「以董監事之身分所為之保證」，若像上述86年判決定義為「以保證人具有一定資格為前提」而成立，由於「資格」的意義不明，易起爭執。林誠二，董監職務所生保證契約之適用問題，月旦法學教室，124期，頁13（2013年），提出了另一種解釋，亦即董監事是因為特定的「職務」而為保證，因此對於離職後所生之債務不負保證之責。以「職務」來劃分的方法顯然較86年判決的「資格」來得更為明確。

61 吳瑾瑜，保證契約與善良風俗：以債務人之無資力父母、配偶或子女為保證人之契約為例，臺北大學法學論叢，68期，頁47（2008年），認為以債務人之父母、配偶或子女擔任保證人，是一種以特定「資格」而為之保證。

學說或實務裁判認為應予近親保證特別對待之必要<sup>62</sup>。

在繼承編已經改為有限責任的現在，回頭檢視本判決的現代意義，要下級法院事後以「資格」判斷保證契約是否繼承，通常會大大增加訴訟成本，因為當事人必定各執一詞。一種可行的解釋取徑是：若保證契約中明確約定以某種特定資格作為保證契約的存續要件，法院自應尊重；若未明確約定，則視為此種存續要件不存在。明確的規則會使得日後的保證契約更可能明確約定特定資格作為存續要件；保證契約即使因而不因被繼承人/保證人死亡而消滅，繼承人也不用以自己的固有財產付清償責任。

另一種解釋取徑是，法院依據不同的保證契約事實類型，依據多數的預設任意規定理論，探究該種類型中多數交易者偏好之可繼承性（無論是因為資格或因為與第三人的信任關係），並宣示其預設解釋立場。例如，法院可以宣示，凡是保證人具有董事資格者，若保證契約無特別約定，在卸下董事工作之時起，其保證契約終止。當然，這樣的工作需要法院體察大量的交易，並不當然是法院的強項，而是立法者的工作。但法院如果認為司法部門無法觀察到足夠多具有代表性的交易（進入訴訟的交易，並非有代表性的交易<sup>63</sup>），則應固守個案當事人真意探求的工作，避免（過早）宣示一般性的規則。然而，個案當事人真意往往只有雙方各執之一詞可憑，法院還是必須探究當事人所處之產業之交易習慣，才能推敲出孰為有理。

第二，86年判決的歷審判決不斷使用「一身專屬性」之詞彙，觀其涵攝過程，系爭保證契約能否被繼承，實仰賴其是否該當本判

---

62 更正確地說，僅有吳瑾瑜（註61），頁41-93，以德國法為對照，對近親保證之效力提出質疑，此文亦指出：「（關於近親保證）在我國學界向來乏人聞問，未被意識為可供研究的課題」。

63 See George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984).

決所舉出的(1)-(3)的三種契約類型而為判斷。若該當，法院便稱「此契約有一身專屬性」故不被繼承；若不該當，則「此契約無一身專屬性」故應被繼承。因此，「一身專屬性」並非判斷的指標，只不過是某些保證契約類型的特性的總稱，重點是個案中的保證契約是否符合上述類型，「一身專屬性」實為不具指引力的概念。且為何特定類型的保證契約具備「一身專屬性」，一般的保證契約則無「一身專屬性」，裁判中缺乏讓人信服的說明。總之，最高法院劃分出的原則（一般保證契約得被繼承）與例外（(1)-(3)保證契約不被繼承），標準為何、正當性為何，均須進一步檢討。本文第貳部分提出之一般理論與保證契約繼承性之見解，似可供參考。

## 二、1999年債編保證章修正後

1999年的債編全面修正，增訂了「人事保證」一節<sup>64</sup>。其中與本文的問題最相關者莫過民法第756條之7，規定了人事保證契約關係之消滅事由，包括保證人死亡、破產或喪失行為能力（第2款）及受僱人死亡、破產或喪失行為能力（第3款）。前者可謂是最高法院51年台上字第2789號民事判例見解的明文化。本條之立法理由為：「人事保證以保證人之信用為基礎，且以受僱人有能力及其與僱用人之僱傭關係存在為前提。因此，保證之期間屆滿、保證人或受僱人死亡、破產或喪失行為能力、或受僱人與僱傭人之僱傭關係消滅時，其人事保證關係均應消滅。……」換言之，保證人的「信用」似乎具有極高的屬人性，保證人一旦死亡，「信用」不存，契約基礎喪失故應消滅。然而，「信用」的意義為何？人死亡後是否

64 參照民法債編修正人事保證乙節修正理由：「按人事保證者為謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約。人事保證在我國社會上已行之有年，自民國五年大理院上字第一三二號判決以來，實務上迭見相關案例，惟現行民法尚無任何規定，為使當事人間權利與義務臻於明確，爰增訂本節規定。」

就不再有存有「信用」，而應使所有立基於「信用」的契約關係消滅？本文認為，人事保證之信用，就是當受僱人造成僱用人損失時，人事保證人有資力彌補僱用人之損失。因此，此種信用並無屬人性。以下第四部分將更進一步檢討。

2010年保證契約條文又微幅修正，與本文稍有關聯者，係民法增訂第753條之1：「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人者，僅就任職期間法人所生之債務負保證責任。」此條文乃是過去最高法院77年度台上字第367號民事判決及同院79年度台上字第1808號民事判決見解之明文化<sup>65</sup>。亦即為了保護董監事，規定其保證契約關係因卸任而消滅，就卸任後始發生之債務不負保證責任。為惟應注意者，此77年、79年判決及本條之規定，係讓董監事的保證責任隨著「卸任」而終止，但前述最高法院86年度台上字第3765號民事判決，則是認為董事的保證責任隨著「死亡」而終止，二者仍有不同。

### 三、2008與2009年繼承編修法後

#### (一) 繼承編幾度修正均肯認保證契約繼承性

自1931年民法繼承編施行以來，係以概括繼承無限責任為原則，若繼承人沒有向法院為限定繼承或拋棄繼承的聲請<sup>66</sup>，原則上即須概括承受被繼承人一切權利義務關係，對繼承債務不僅須以遺產、且須以自己財產負清償之責<sup>67</sup>。

65 參見新聞稿，立法院三讀通過立法委員提案之民法第746條及第753條之1修正草案——保證人喪失先訴抗辯權事由及董監連保責任範圍，頁2，法務部，2010年5月7日，<https://www.moj.gov.tw/HitCounter.asp?xItem=193192>（最後瀏覽日：2017年3月6日）。

66 須留意者，依據1985年民法修正前的第1174條第2項，拋棄繼承除了向法院外，亦得向親屬會議或其他繼承人為之。

67 2008年1月2日修正前的民法第1148條：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」

2008年1月2日，有鑑於被繼承人死亡後始發生的保證債務，多半為繼承人繼承時所不能預知，因此立法者認為不宜由繼承人負擔無限責任，故新增民法第1148條第2項：「繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，以因繼承所得之遺產為限，負清償責任。<sup>68</sup>」換言之，保證契約必然可以繼承，否則不可能有繼承開始後「始」發生代負履行責任的保證債務<sup>69</sup>。

2008年5月7日，有鑑於民法第1148條涵蓋範圍僅限2008年1月4日以後發生的繼承，故新增民法繼承編施行法第1條之2規定<sup>70</sup>，使2008年1月4日以前發生的繼承關係，就繼承開始後發生的保證債務責任之履行「顯失公平」者，亦可適用有限責任的規定。

2009年6月10日，立法者認為概括繼承原則使繼承人對繼承之債務負無限責任，衍生社會問題例如背債兒事件；為了導正此種「父債子還」的不正義結果，改採概括繼承有限責任原則<sup>71</sup>。如

68 2008年1月2日修正公布之民法第1148條立法理由：「被繼承人之保證契約債務，與被繼承人之一般債務相同，均為繼承之標的，其保證債務如於被繼承人生前即已發生代負履行責任，則被繼承人死亡時，其繼承人除主張限定繼承或拋棄繼承外，應依第一項規定概括承受；至於被繼承人死亡後始發生代負履行之保證契約債務，雖亦為繼承之標的，惟因係於被繼承人死亡後始發生，繼承人於繼承時無法預知，以致不能確實主張權益，故不宜由繼承人負無限制的清償責任，爰增訂第二項規定，明定繼承人對於繼承開始後始發生代負履行責任之保證契約債務，僅以所得遺產為限，負清償責任。……」（粗楷體為本文所加）。此外，本次修正尚包含第1153條第2項，當繼承人為無行為能力人或限制行為能力人時，對被繼承人之債務，以所得遺產為限，負清償責任，由於此規定與本文欲探討的保證契約無關，故省略之。

69 類似觀點，參見林大洋（註59），頁5，指出2008年5月7日公布之民法繼承編施行法第1條之2的規定可看出，「保證契約不具專屬性，自可作為繼承之客體」。

70 2008年5月7日民法繼承編施行法第1條之2：「（第1項）繼承在民法繼承編中華民國九十七年一月四日前開始，繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，由其繼續履行債務顯失公平者，得以所得遺產為限，負清償責任。（第2項）前項繼承人依中華民國九十七年四月二十二日修正施行前之規定已清償之保證契約債務，不得請求返還。」

71 2009年6月10日民法第1148條立法理由：「二、現行民法繼承編係以概括繼承為原則，並另設限定繼承及拋棄繼承制度。九十七年一月二日修正公布之第一千一百十三條第二項復增訂法定限定責任之規定，惟僅適用於繼承人為無行為能

此，新法生效後始發生的繼承關係，不須為拋棄或限定繼承的聲請，即就被繼承人的債務僅就遺產負擔有限責任。因此，就保證債務而言，新法施行後發生的繼承關係，不論其保證債務發生於被繼承人死亡前或後，繼承人皆可依此主張有限責任。也因此，2008年修正的第1148條第2項關於保證債務的特別規定不再需要存在，在本次修正中被刪除。條文被刪除並不是為了改變保證契約能否繼承之規範，而是要擴大對繼承人的保護範圍，使有完全行為能力之繼承人得與限制行為能力或無行為能力之繼承人同享有限責任之利益。

在2009年6月12日以前所發生之繼承事件，因新法不溯及既往，凡在繼承開始前已發生代負履行責任之保證債務，繼承人本應負無限清償之責。然而，立法者認為此結果有所不當，故於2009年6月10日修正民法的同時，亦增訂繼承編施行法第1條之3<sup>72</sup>，使修法前發生的繼承，就繼承開始前已發生代負履行責任之保證債務，由繼承人履行顯失公平者，繼承人得僅就遺產為限，負擔有限清償責任。

綜上所述，自2008年1月2日公布的民法第1148條第2項及同年5月7日公布繼承編施行法第1條之2第1項之規定可知，保證契約會在

---

力人或限制行為能力人之情形，故繼承人如為完全行為能力人，若不清楚被繼承人生前之債權債務情形，或不欲繼承時，必須於知悉得繼承之時起三個月內向法院辦理限定繼承或拋棄繼承，否則將概括承受被繼承人之財產上一切權利、義務。鑑於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，為解決此種不合理之現象，爰增訂第二項規定，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。」(粗楷體為本文所加)

<sup>72</sup> 2009年6月10日民法繼承編施行法第1條之3第2項：「繼承在民法繼承編中華民國九十八年五月二十二日修正施行前開始，繼承人對於繼承開始以前已發生代負履行責任之保證契約債務，由其繼續履行債務顯失公平者，以所得遺產為限，負清償責任。」

繼承開始後「始」發生代負履行責任，亦即立法者明確肯定，保證契約不會因保證人死亡而消滅，否則無從在繼承開始後發生「代負履行責任」；而且立法者並未進一步對保證契約的種類設限。惟繼承編修法之後，最高法院對保證契約是否得以繼承，則尚無明確之看法，詳述如下。

## (二) 最高法院相關裁判

2008年繼承編修正後，未見最高法院正面對保證契約能否繼承發表見解<sup>73</sup>。有學者認為最高法院102年度台上字第2242號民事判決（下稱2013年判決，涉及最高限額保證）似採得繼承說<sup>74</sup>，但本文則持保留態度，詳述如下。2013年判決謂：

按未定期間之最高限額保證契約，在保證人依民法第七百五十四條第一項規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，固均為保證契約效力所及；惟債權人若於保證人死亡後始允許主債務人延期清償，而未事先通知保證人之繼承人並得其同意時，縱其延展之清償期尚在是項保證契約未經終止之有效期間內，為

73 吳瑾瑜（註52），頁166，認為最高法院99年度台上字第2292號民事判決，肯定了最高限額保證等有專屬性的保證契約，於保證人死亡時失其效力，不被繼承。然而，該判決全面引用原審即臺灣高等法院99年度上字第94號民事判決之見解，最高法院並未提出自己之觀點。從而，本文認為似無法據此謂最高法院維持向來的看法（具一身專屬性之保證契約不被繼承），故此處不再舉出此判決並檢討之。

此外，最高法院106年度台上字第2558號民事裁定駁回上訴，而該案二審法院判決（臺灣高等法院105年度上易字第862號民事判決）認為：「惟保證人死亡時，基於保證人與主債務人間之信任，保證契約隨保證人死亡而消滅。是保證契約既隨保證人死亡而消滅，則保證人之繼承人僅繼承其保證債務，而非繼承已消滅之保證契約當事人地位。」最高法院支持二審見解（判決謂：「被上訴人僅係繼承……保證債務而非繼承保證契約之保證人地位」），顯示了至少最高法院民事第八庭仍依循舊時代的最高法院見解。但本判決僅係裁定，而非判決，是否真正代表最高法院的一致見解，本文仍抱持疑問。

74 參見杜怡靜，從資訊弱勢者的觀點檢討我國法對於個人保證之保護——日本法之啟示，臺北大學法學論叢，94期，頁135（2015年）；林大洋（註59），頁6。

貫徹同法第七百五十四條本在避免保證人責任過重之規範目的，使保證人之繼承人有隨時通知債權人終止該保證契約之權，及參照同法第七百五十五條之規定，側重明示債權人如允許主債務人延期清償，應視保證人或其繼承人有無同意之意思為準，以定其保證責任；並期債權人事先將延期清償之事實通知保證人之繼承人，以善盡保證契約因基於誠信原則而生之附隨義務，亦應認保證人之繼承人得依同法第七百五十五條規定，對未經其同意延期之債務主張不負保證責任，俾合理兼顧債權人與保證人之繼承人權益，此與一般保證人未死亡，債權人未經保證人同意，允許主債務人延期清償，而其延展之清償期在保證契約有效期間內，保證人仍應負保證責任之情形未盡相同。

最高法院認為系爭契約為未定期間之最高限額保證契約，原則上，保證人依民法第754條第1項規定終止，或有其他消滅原因以前，保證契約約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及。但為避免保證人責任過重，仍須參照民法第755條之規定。換言之，債權人若於保證人死亡後始允許主債務人延期清償，而未事先通知保證人之繼承人並得其同意，縱其延展之清償期尚在是項保證契約未經終止之有效期間內，保證人之繼承人對未經其同意延期之債務仍無須負保證責任。此一見解將可促使債權人事先將延期清償之事實通知保證人之繼承人，以善盡保證契約因基於誠信原則而生之附隨義務。

有學說認為此判決肯定了最高限額保證契約不因保證人死亡而消滅<sup>75</sup>。不過，本文看法不同，蓋此判決的事實關係是主債務發生於1999年，經債權人多次允許延期清償，保證人於2005年死亡，主債務於2006年最近一次延展清償期限。此件的爭點是保證人生前即

---

75 參見註74所引文獻。



已發生的主債務，在保證人死亡後獲延展清償期限時，保證人之繼承人能否免責的問題。原本系爭契約乃未定期間的最高限額保證契約，然法院認為應該參照民法第755條的規定，也就是適用了「定有期限」的契約的效果：未經保證人（本件是保證人之繼承人）之同意，對超過期限之債務毋庸負責，而本件彷彿就把保證人的死亡當作是「期限」。因此，究竟最高限額保證契約是否因保證人死亡即消滅抑或存續，似乎無從由此判決得知。本件判決僅涉及「保證債務」能否免責，與「保證契約」的可繼承性無涉。

### （三）分析

如上述，2013年判決看不出最高法院對最高限額保證契約是否因死亡而消滅之明確立場。最高法院是否有意變更過去（最高法院81年度台上字第1011號民事判決）採取的不繼承說，外界尚無從得知。此外，最高法院也並未對一般保證、人事保證之可繼承性發表新的看法。

有學者認為，個人所為之一般保證、連帶保證、最高限額保證，均有「抗拒困難性」，此與人事保證類似。故在立法論上，其契約之消滅，亦應與人事保證（民法第756條之7第1款及第2款）為相同規定，以保證期間屆滿及保證人死亡、破產或喪失行為能力為消滅之原因<sup>76</sup>；亦即全面否認保證契約之可繼承性。另有學者認為，繼承法的修正強化繼承人權益維護，顯示社會共同價值不認同先人債務對繼承人的「命運挾持效果」及「可預見的毀滅性後果」，且繼承人對保證人是否生前有無替人保證難以知悉，因此認為在最高限額保證之情形時，保證人死亡其保證責任應消滅<sup>77</sup>。

本文認為，2009年繼承編修法改採概括繼承有限責任後，即使

---

<sup>76</sup> 杜怡靜（註74），頁151-152。

<sup>77</sup> 吳瑾瑜（註61），頁89；吳瑾瑜（註52），頁165-166。

保證契約被繼承而不消滅，繼承人僅在所得遺產範圍內負清償之責。因此，保證契約可繼承並不會禍延子孫。從而，最高法院似應告別過去樹立的複雜標準，不需在法條之外，再透過裁判或解釋創造「例外不被繼承（具一身專屬性）」的保證契約種類，以下第四節將詳細論證：所有種類的保證契約，除非法律另有除外規定，均不因保證人之死亡而消滅，皆得被繼承。惟請讀者留意，本文並非否定保護保證人的必要性。既有學說指出的保證人的「抗拒困難」（基於血緣或情感上的親密關係而難以拒絕作保性）、「資訊弱勢」等特性，本文均表贊同，但此問題乃是保證人所訂立的保證契約本身的效力如何（是否違反消保法規定或公序良俗），而與保證契約能否繼承係不同層次。要保護保證人、拒絕一個不妥當的保證契約，應使用消費者保護或公序良俗等契約法上的解釋方式，徹底否定保證契約之效力，而不是僅在保證人恰好死亡時，搬出「一身專屬性」的繼承法理否定其可繼承性，造成某些保證契約可以被繼承、某些卻又是一身專屬的混亂現象。

#### 四、檢討與分析：保證契約之非專屬性

依據第貳部分之一身專屬性理論，保證契約中保證人之義務乃意定法律關係產生之金錢給付義務，或由代負履行責任轉化成之金錢給付義務，原則上並無信任、能力、技術屬性。立法者制定預設任意規定時，應採行多數交易者偏好之條款。法院裁判當事人糾紛時，若無契約條款明白約定可繼承性，應探求當事人「立約之真意」（參照最高法院19年上字第58號民事判例、最高法院17年上字第1118號民事判例<sup>78</sup>）；其中一種（但非唯一一種）探求當事人真意的方式<sup>79</sup>，是從理論推斷多數交易者偏好的交易條款為何。

78 關於此兩判例及之後最高法院見解之「真意」，以及學理檢討，參見吳從周，法律行為解釋、契約解釋與法律解釋——以民法第98條之立法溯源與實務運用為中心，中研院法學期刊，23期，頁108-114（2018年）。

79 其他關於契約解釋方法之探討，參見王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規

過去支持（某些）保證契約不應被繼承者，有兩個重要論據：第一是為了避免保證契約繼承會禍延子孫。在繼承改採有責任原則後，一方面可推知更多保證人會更願意使保證契約可繼承，另一方面保護繼承人的立法與司法解釋考量已經不存在；因此，第一種論據已經失所附麗。

第二個論據則是，此種保證契約具有「信任」或「信用」之特質，例如最高法院86年度台上字第3765號民事判決，指出此種契約係以「保證人與第三人之特別信任關係為前提（例如職務保證、信用保證）」。此種關係，可能由來於保證人身為主債務人（公司）之董事，或者保證人身為主債務人（受僱人）之近親<sup>80</sup>。通說認為，保證人之繼承人與主債務人間，並無同樣的信任關係存在，故保證契約應在保證人死亡時消滅。

惟保證契約係存在於保證人與債權人之間，保證人究竟基於何種動機、考量願為主債務人作保，債權人未必知悉。一般而言，契約或意思表示的效力不因動機錯誤而受影響。以往的法院見解與通說允許保證人作保動機（與主債務人間的信任關係）之消滅影響保證契約本身，似有違契約法原則的解釋。此外，保證契約因保證人死亡而消滅一事，固然保障了保證人與主債務人間的「信任」，卻忽視了保證契約真正當事人之一（債權人）的真意：債權人之所以願意與某個保證人訂立保證契約，是因為保證人「有財產」，而且基於締約時各種情況判斷，不會脫產、跑路、或使財產不足以擔保債務。保證人與主債務人間的信任關係，並非保證契約締約基礎。

---

定：以一則工程契約終止的判決為例，臺大法學論叢，38卷2期，頁131-186（2009年）；王文宇，非典型（商業）契約的漏洞填補——論任意規定與補充解釋的適用，月旦法學雜誌，164期，頁111-138（2009年）；王文宇，商事契約的解釋——模擬推理與經濟分析，中外法學，26卷5期，頁1270-1289（2014年）。

<sup>80</sup> 學說對此有以「濃厚人情信任關係」以及「情義性」加以說明者，參見林誠二（註53），頁405；劉春堂，民法債編各論（下冊），頁415（2012年）。

保證人雖死亡，保證人與主債務人的信任關係雖解消，但此與保證人與債權人間的保證契約無關。若保證人認為其與主債務人的信任關係至關重要，則保證人可以將信任之內容，明確與債權人約定於保證契約（例如：保證契約因保證人或債務人或債權人死亡而中止）。但若保證契約未作此種約定，何以法律應該規定或法院應該解釋：保證契約會因為一造與第三人（債務人）內容不明的「信任」而提前中止？如果保證人是自願締結契約，談判力量也沒有太不對等，本文的解釋方式，才能促使真有具體明確信任關係者，將信任內容記載到保證契約中，而債權人也可以因此事前預作規劃。如果認為保證人都是被半強迫才作保，或者面對多是大型金融機構的債權人，無力變更定型化契約，那問題就不只是保證契約是否應該繼承而已，還包括保證人自己是否常常無奈必須接受過度嚴苛的條件，而應該整體考量。

再者，債權人只在乎債權獲得清償，並不在乎保證人是否真心誠意履行債務。因此，只要保證人的財產還在，因其死亡而變為遺產，債權人無論在締約前或締約後，都會偏好以之取償——保證人之繼承人是否無怨無悔地讓「煮熟的鴨子（遺產）飛了」，不在可繼承性問題的立法考量之內，更不會是債權人與保證人締約時關心的。總之，最高法院所言之信任、信用，與本文一身專屬性理論的信任，不是同一回事；而無論傳統的契約法解釋理論或本文的一身專屬性理論，都不支持最高法院見解。

綜上，過去將某種保證契約解為在保證人死亡時消滅，其真正理由並非因為「保證人與主債務人間具有信任關係」，而純粹是為了保護保證人之繼承人爾。在今日，已有概括繼承有限責任原則保護繼承人，過去最高法院為此目的而扭曲契約法原則的見解，應有重新檢討之必要。

以下進一步區分保證契約之類型，以多數的預設任意規定理論

為基礎之一身專屬理論討論之：

(一) 普通保證契約沒有專屬性

一般保證，要分兩者情形：金錢債務的保證、代負（不）行為責任的保證。

保證人向債權人擔保債務人對債權人之金錢債務，存在於債權人與保證人間的契約沒有信任、能力、技術屬性。保證人以主財產之總價值作為擔保，債權人看中的也是主財產的總價值，而非保證人個人的人格特質或技術能力。因此，多數債權人與保證人不會約定保證契約於保證人死亡時終止。保證人當然不希望平白賠錢，但既然自願擔任保證人，對於保證契約繼承一事，不會當然拒絕。至於債務人用何種方式彌補保證人，則可能有各色原因，也與本問題無關。在繼承編修法，使保證人之繼承人完全毋須以其主財產償還保證債務後，更多保證人會願意締結保證契約不因保證人死亡而終止的條款。這裡的推論，不當然要奠基在契約文字，而是根據各方成本效益，推求「多數」當事人可能之真意而知。如果契約文字明白顯示當事人約定保證契約因保證人死亡而終止，則當然尊重其約定。

如果保證人是擔保履約，例如像是為債務人完成承攬內容之工作，應認為，保證人之繼承人繼承代負之履行責任之保證契約，僅對保證義務所轉化成之損害賠償責任負責<sup>81</sup>。這也是推求「多數」當事人可能之真意而知。保證人之繼承人多半沒有代負履行責任之能力；若有，保證人與債權人本可用契約另有約定，並將保證人之繼承人納為契約一造，使後者代負履行責任。所以，多數此等保證

---

81 類似見解，參見邱聰智（註54），頁492-493。此外，林誠二（註53），頁282-283，亦認為當主債務不具有替代性時，保證人所負之責任係主債務之損害賠償責任。

契約，其當事人真意在於保障債權人可以實現其與債務人締結之契約之目標，而若目標不達，損失可獲得彌補。

準此，保證人之繼承人無庸代負履行責任本身。法院不應該使用強制執行法第128條之規定，以怠金或管收方式，強迫保證人之繼承人履行。法院應該使用強制執行法第127條之規定，命第三人代為履行，而由保證人之遺產取償費用。這是因為，履約保證事項，剛好是保證人之繼承人（非締約人）才能做，其他人都沒有能力代為履行者（強制執行法第128條之要件），應該絕無僅有。

至於保證人之繼承人仍需在遺產範圍內，承擔損害賠償責任，乃因民法第740條已經明確規定保證債務包含主債務之損害賠償。當然，民法第740條也有明確的特約除外規定。如果債權人只在乎保證人的代履行能力，而非其損害賠償能力，因而特約免除保證人之損害賠償義務，則保證人之繼承人自然也無庸在遺產限度內承擔損害賠償責任。

因此，按照第貳部分闡述的理論，普通保證契約（第一層次）無專屬性，除非契約另有約定，保證人之繼承人繼承普通保證契約<sup>82</sup>。保證契約所生之金錢給付義務，或者由其他代為履行義務轉化成之金錢給付義務（第二層次），也沒有專屬性。

## （二）人事保證契約沒有專屬性

人事保證契約在本文理論框架下，可繼承性問題與普通保證契

---

<sup>82</sup> 與本文結論相同者，參見林誠二，保證責任與有限責任繼承之關連性，台灣法學雜誌，301期，頁171（2016年）；劉春堂（註80），頁346、354；杜怡靜，保證，收於：黃立編，民法債編各論（下冊），頁587（2004年）。另外，邱聰智（註54），頁578，亦採此見解，但認為此見解對保證人不利，仍有疑義。然其所引用之實務見解為最高法院48年台上字第557號民事判例：「保證契約係保證人與債權人間成立之契約，不因主債務人之死亡而消滅」，似與保證人死亡之情形有間。不同見解，請比較參見林誠二（註53），頁331。

約，並無不同。保證人與債權人間的人事保證契約，沒有信任、能力、技術屬性<sup>83</sup>。債權人不在乎誰還錢，只要有人還就好；而人事保證人的責任是在債務人無力清償時，代負金錢之損害賠償（民法第756條之1參照），相當於普通保證的第一種，性質更為單純。人事保證人並沒有義務在受僱人寫不出長官交辦的電腦程式時，跳下去一起腦力激盪。如果人事保證人只是以自己的財產擔保雇主不會因為受僱人出包而蒙受損害，有何道理不在人事保證人死後用遺產繼續擔保？

1999年民法債編修正時，民法繼承編還是採概括繼承制，立法者擔憂人事保證人的繼承人可能要以自己的固有財產代負責任，不盡公允，故第756條之7第2款規定，保證人死亡，人事保證關係因而消滅，自非無見。但民法繼承編在2009年修法，在遺產和繼承人固有主財產間築上防火牆——亦即，採用完全主財產防禦（asset shielding）<sup>84</sup>，只有在繼承人不當清償或隱匿遺產情節重大等時（民法第1161條、第1162條之2、第1163條），才會取消主財產防禦——故無道理認為人事保證契約不能由人事保證人之繼承人繼承。

再者，民法第756條之3已經限定人事保證之期間以三年為限，所以人事保證對遺產產生之求償權，頂多在三年內就可以塵埃落

---

83 人事保證三角關係中，係保證人與債務人（保證契約以外的第三人）間有信任屬性。但此種信任屬性僅決定保證人與債務人間的契約是否繼承，此種考量若未載明於保證人與被保證人間之保證契約，而僅止於動機程度，則不影響保證契約是否繼承，已如上述。

84 主財產防禦（或稱「防衛型資產分割」）之概念，參見Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L.J. 387 (2000)。中文文獻：參見王文宇，信託法應如何定位三位一體之信託法律關係，收於：民商法理論與經濟分析（二），頁146-153（2003年）；張永健，財產獨立與資產分割之理論架構，月旦民商法雜誌，50期，頁99-100（2015年）；張永健，資產分割理論下的法人與非法人組織——《民法總則》欠缺的視角，中外法學，30卷1期，頁63-67（2018年）；張永健，大家的錢是誰的錢？——公寓大廈組織型態與公共基金所有權歸屬之立法論，月旦法學雜誌，269期，頁114（2017年）。

定，對繼承人運用遺產的規劃，沒有太嚴重的影響（參見下一小節）。故本文質疑民法第756條之7第1項第2款對保證人死亡而消滅保證契約之規定<sup>85</sup>，並非目前多數交易者所偏好。但民法第756條之7第1項第2款應該是預設任意規定，而允許當事人依據信任狀況之不同，自行調整其法律關係。

### （三）其他結果考量

上文反覆強調，一身專屬性理論容許具體法律關係類型中，和特定當事人間的特殊考量。本小節進一步探討保證契約繼承之後果<sup>86</sup>，以及是否因此調整保證契約繼承之結論。換言之，即使當事人約定保證契約要繼承，法院是否應該解釋民法第1148條第1項但書，認為此約定條款違反專屬性的強制規定而無效，使保證契約不用繼承？

若考量保證契約可否繼承將影響擔保價值高低，會使吾人更傾向於採取肯定說（可繼承）。詳言之，對市場上放貸或從事其他交易之債權人而言，保證的預期清償效果越好，越不用訴諸物保或其他債權擔保方式<sup>87</sup>。甚至，本文猜想，市場上多數採用人保的交

85 學者似未有質疑本條者，與本文見解不同。參見邱聰智（註54）；林誠二（註53），頁406-407；杜怡靜，人事保證，收於：黃立編，民法債編各論（下冊），頁623（2004年）。

86 關於以經濟分析探究法律解釋之後果，並由目的解釋使此等後果納為釋義學的一環，參見王鵬翔、張永健（註5）。

87 要保持人保的預期清償效果，還有其他幾種制度設計方式：一種是採用防止保證人脫產的機制，如民法第244條之撤銷權與信託法第6條之撤銷權。另一種是採用資產分割法定原則，使保證人或其他債務人能將資產分割放入債權人不能及之特別財產，受法定方式之拘束（完整之論述，參見張永健（註84）），使債務人不能自創資產分割方式而脫產。尚有一種是容許保證人事先拋棄先訴抗辯權（民法第745條、第746條參照）。1999年民法債編修正時，增訂民法第739條之1，禁止保證人預先拋棄先訴抗辯權等權利。此種修正，是否大大減少人保之使用，或使某些交易破局，是非常有趣、但難以實證的實然問題。民法第739條之1自然降低了人保預期清償效果，但其背後的價值考量（不要給保證人過重之優先清償責任——民法第739條之1修正理由參照），亦非無見。



易，是因為物保不可行或不夠用<sup>88</sup>。因此，若採取強制規定，使保證契約因保證人過世而當然終止，導致：第一，債權人必須額外評估保證人的死亡風險，進而增加徵信成本。第二，人保的預期清償效果降低，降低了保證契約的擔保價值，很可能債權人一開始就不願意放款<sup>89</sup>。成本增加，效益下降，使債務人、保證人所欲成就的交易破局<sup>90</sup>。因為自願交易一般而言增加社會福祉——這是法經濟學<sup>91</sup>的一個基本預設與宣稱——吾人不希望交易破局。

不過，另一面的後果考量，則又推向否定說——因為保證契約可以繼承，會額外增加遺產清算之程序成本<sup>92</sup>。訂有長期保證期間

---

88 與現代臺灣有趣的對照是古羅馬。古羅馬人偏好人保勝於物保，因為羅馬人非常重然諾，人保比任何其他諾言都有份量。而若使用物保，對當事人的名聲是很大的打擊，因為那表示債務人的承諾不被債權人信任，也表示債務人甚至沒有朋友願意為其作保。See Benito Arruñada, *How Rome Enabled Impersonal Markets*, 61 EXPLORATIONS IN ECON. HISTORY 68 (2016).

89 有在銀行擔任法務的實務界人士，告知筆者：放款銀行雖然常常要求董監連保，但即使沒有此種保證人，或保證人於簽訂保證契約時並無顯赫資力，對於放款銀行評估之風險係數並無太多影響；原因是，至少對於中小企業的放款，放款銀行仰賴的是中小企業信用保證基金在銀行取償無門時的「代墊」。銀行只要持續更新債權憑證並執行債務人、保證人財產未果，中小企業信用保證基金代墊的錢就一直在銀行處。參見張永健等，保證契約能否繼承？實務與理論——民法研討會第84次研討會會議紀錄，法學叢刊，253期，頁140-141（2019年）（蔡鴻燊律師發言）。

本文回應是：1. 中小企業信用保證基金製造了「道德風險」(moral hazard)，使銀行在人保價值很低時，仍然放出高風險的貸款，但結果是溢注中小企業信用保證基金的全體納稅人承擔。2. 即使中小企業與銀行的放款關係中，保證人清償的機率高低幾乎不影響放貸決定，但沒有中小企業信用保證基金擔保的其他情境，人保的價值高低，理論上仍會影響放款的成立與否（否則，很難想像為何債權人要無謂地要求人保）。

90 關於保證降低債信 (credit) 之成本，參見Ejan Mackaay & Alain Parent, *An Economic Analysis of Suretyship*, in POLISH YEARBOOK OF LAW & ECONOMICS 23, 26-29 (Jaroslaw Beldowski, Katarzyna Metelska-Szaniawska & Louis Visscher eds., 2013).

91 保證之經濟分析，see generally Avery Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract*, 66 U. CHI. L. REV. 47 (1999). 此文未觸及本文探討之保證契約繼承問題。

92 另外，雖然繼承人理論上毋須以自己之固有財產代負履行責任，但目前法院對於何謂民法第1162條之「剩餘遺產」，未有明確之見解。在舉證有成本、訴訟

的保證契約會拖延遺產清算的時間。當繼承標的為連續發生債務但又未定有期限的保證契約，保證人之繼承人應可隨時通知債權人終止保證契約（民法第754條參照）。但若保證契約定有長期期限，而保證契約又可以繼承，則因為遺產要代負的保證責任範圍不確定，將會無法適切清算。（此種情形下，無法依民法1159條將債權視為已到期，因為主債務人仍有自行清償之可能，保證人通常也不會願意主動負擔清償責任。）遺產無法清算，就無法開始由繼承人利用，自然不會是最有效率的狀態。此種結果究竟有多嚴重，要取決下列實證問題：有多少保證契約訂立長期期限？有多少保證契約在保證人過世後還長期存續？此種情形越多，負面的後果考量就應該給予越大權重。不過，此種負面作用，可透過新的立法設計，解決遺產長期不能清算的問題。例如規定保證契約在保證人死亡後仍持續三年以上者，保證人之遺產僅在三年內（或兩年、一年內）付清償責任。此種落日條款讓債權人不會措手不及，也不會羈絆遺產清算程序。但請注意，即使認為此種後果考量非常重要，也只會影響第一層次保證契約是否繼承，不會影響第二層次已經發生之保證債務是否繼承。

此外，也有人認為，如果保證契約的預設任意規定是可以繼承，則處於資訊弱勢、一次性為人作保者，可能會糊里糊塗留下爛攤子給子孫。此種看法會主張：即使保證契約沒有被禁止繼承，保證契約之預設任意規定也應改為保證契約不繼承，但完全容許當事人特約推翻。如果市場上的債權人與保證人都知法懂法，預設任意規定為何，幾乎不會影響保證關係最終的形貌，只有締約的交易成本有差異。但如果債權人都知法懂法，但保證人多半是「呆人作

---

有時錯的現實侷限下，或許繼承人仍會以部分自己固有財產，負清償責任。不過，如果繼承法能新增規範，容許繼承人踐行較嚴格的遺產清算程序，並在程序完畢後完全免除清償任何繼承人未竟債務之責任，可以減少此種風險。較嚴格的程序固然增加程序成本，但如果僅為當事人可以選擇的其中一種遺產清算程序，則應該僅有在嚴格程序的踐行利益高於成本時，繼承人才會選用。

保」，傻傻不清楚狀況，則契約法的預設任意規定應該要讓較能掌握法律規定的資訊優勢方不利——此稱為「懲罰式預設任意規定」(penalty default rule) 理論<sup>93</sup>。資訊優勢方仍然可以藉由特約規範，使保證契約得繼承。但特約條款，較可能引起保證人之注意，從而促使保證人意識到保證會「債留子孫」，以更進一步思考作保之利弊。當然，此種論據的隱然假設是，保證人會讀保證契約，而且看懂了。美國的實證研究者發現，消費者幾乎不讀線上交易的定型化契約<sup>94</sup>。為人作保茲事體大，保證人會讀契約嗎？看懂了嗎？契約法的實證研究，會是推進相關政策辯論的重要依據！

## 五、小結

本部分檢討了最高法院對保證契約是否繼承的實務見解變化之後，提出了本文之看法。茲將上述檢討過的保證契約（或保證債務）得否被繼承，及其立論根據，整理如下【表2】。

表2 保證之法律關係與權利、義務之可繼承性一覽表

主張者	對象	得否被繼承	理論依據
最高法院48年台上字第557號民事判例	一般保證在主債務人死亡前已發生的「保證債務」	得繼承	不明
最高法院51年台上字第2789號民事判例	人事（職務）保證契約	否	職務保證原有專屬性，保證人之責任因其死亡而消滅

<sup>93</sup> 其介紹參見註1所引之文獻。懲罰式預設任意規定理論主張，預設任意規定應該要讓較能掌握法律規定的資訊優勢方不利，而不是尊重多數資訊弱勢方與資訊強勢方的締約結果，目的在藉由採用對資訊強勢方不利的條款，促使其為了調整契約內容，而必須另定特約，而此特約可以提醒資訊弱勢方，此條款可能對其不利之處。

<sup>94</sup> See Yannis Bakos et al., *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 9 (2014).

主張者	對象	得否被繼承	理論依據
最高法院81年度台上字第1011號民事判決	最高限額保證契約	否	不明
最高法院86年度台上字第3765號民事判決	以保證人具有一定資格(例如公司之董事身分)為前提而成立之保證契約	否	一般保證契約無專屬性,但以保證人具有一定資格而成立之保證契約為特殊情形
1999年修正民法第756條之7第2款	人事保證契約	否	人事保證以保證人之信用為基礎
本文	所有種類的保證契約以及保證債務	得繼承	民法繼承編已改採有限責任原則,在多數的預設任意規定理論下,多數契約當事人會偏好保證契約得被繼承;保證契約不能繼承將影響擔保價值高低

資料來源：作者自製。

## 肆、結論

2009年繼承法修法後改採有限責任制，是重新檢討保證契約可繼承性的契機。若立法、學說、實務清楚掌握財產獨立性理論，就會明瞭：遺產在遺產處理程序完結後，是繼承人獨立於固有財產外之概括財產。被繼承人之債務與義務，繼承人僅在遺產之範圍內承擔。保證契約即使被繼承，只要不影響繼承人之固有財產，使其責任範圍限於遺產的話，就毋需從「無辜繼承人」的視角出發，而更應該考慮債權人與保證人當初締約的基礎，將多數保證人與債權人願意採取的「可繼承性」作為預設任意規定。亦即保證契約是否繼

承，應該與「保證人本人保護的必要與否」之問題分開思考。不當的保證契約，應使用契約法上的理論或帝王條款例如「消保契約違反平等互惠原則」或「違反誠信原則、公序良俗」等加以救濟，而與繼承法的一身專屬性無關。

奠基在多數預設任意規定理論之下提出的繼承之「一身專屬性」理論，可作為所有合意民事財產關係是否可以繼承之框架。身分關係往往有倫常考量；非合意之民事關係，則用給予不拖延給付之誘因證立。保證契約可繼承性問題，獲得最多最高法院判決關注。但從繼承編修法後，至目前為止，最高法院仍未明確表達立場。本文企盼一身專屬性理論可以協助最高法院作出符合實定法、學理、市場需求的新見解。依據此理論，多數的保證人與債權人在現行繼承法之下，應會偏好保證契約得被繼承，故除保證契約另有約定外，保證契約不因保證人死亡而消滅。然而，依據本文探討之後果考量，保證契約的預設任意規定若為「可以繼承」，則長期保證契約會造成遺產清算程序遲滯。處於資訊弱勢的保證人也可能無意間承諾太多。此種考量若經日後實證與規範研究認為應給予不少權重，則或許應將保證契約的預設任意規定改為「不得繼承」（當事人當然可以特約推翻），或者以保證人死亡後特定時間為保證契約終止日。個案或個別法律關係類型的特殊考量，並沒有違反一身專屬性理論的初衷，因為這些都奠基於當事人關注的成本與效益，再加上社會額外的成本效益考量。從一般理論出發思考問題本質，再以結果考量精緻化具體問題的處理，不但使學術界有能共同對話的基礎，也使立法者和法官思考更為周全。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- 王文字（2003），信託法應如何定位三位一體之信託法律關係，收於：民商法理論與經濟分析（二），頁119-162，臺北：元照。
- （2003），論契約法預設規定的功能——以衍生損害的賠償規定為例，收於：民商法理論與經濟分析（二），頁165-200，臺北：元照。
- （2009），非典型（商業）契約的漏洞填補——論任意規定與補充解釋的適用，月旦法學雜誌，164期，頁111-138。
- （2009），契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，臺大法學論叢，38卷2期，頁131-186。
- （2014），商事契約的解釋——模擬推理與經濟分析，中外法學，26卷5期，頁1270-1289。
- （2018），契約法任意規定面面觀——Ayres教授的演講與評論，台灣法學雜誌，345期，頁24-29。
- 王鵬翔、張永健（2015），經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294。
- （2019），論經濟分析在法學方法之運用，臺大法律論叢，48卷3期。（即將出版）
- 司法行政部民法研究修正委員會（1976），中華民國民法制定史料彙編（下冊），臺北：司法行政部總務司。
- 史尚寬（1966），繼承法論，臺北：自版。
- （1967），債法各論（上冊），3版，臺北：自版。
- 吳從周（2018），法律行為解釋、契約解釋與法律解釋——以民法第98條之立法溯源與實務運用為中心，中研院法學期刊，23期，頁81-169。

- 吳瑾瑜（2008），保證契約與善良風俗：以債務人之無資力父母、配偶或子女為保證人之契約為例，臺北大學法學論叢，68期，頁41-93。
- （2014），保證債權消滅時效之中斷——保證債務之繼承人是否為民法第747條所稱之保證人？/最高院99台上2292判決，台灣法學雜誌，240期，頁159-166。
- 杜怡靜（2004），保證，收於：黃立編，民法債編各論（下冊），頁581-612，臺北：元照。
- （2004），人事保證，收於：黃立編，民法債編各論（下冊），頁613-626，臺北：元照。
- （2015），從資訊弱勢者的觀點檢討我國法對於個人保證之保護——日本法之啟示，臺北大學法學論叢，94期，頁107-162。
- 李建良（2006），行政法上義務繼受問題探討——兼評高雄高等行政法院92年度訴字第806號暨最高行政法院94年度判字第622號判決，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁75-122，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 林大洋（2015），人保與物保之法律適用——以保證及抵押權為中心，中律會訊，18卷1期，頁1-13。
- 林秀雄（2017），繼承法講義，7版，臺北：元照。
- 林誠二（2013），董監職務所生保證契約之適用問題，月旦法學教室，124期，頁12-14。
- （2015），民法債編各論新解：體系化解說（中冊），3版，臺北：瑞興。
- （2015），民法債編各論新解：體系化解說（下冊），3版，臺北：瑞興。
- （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169-175。
- 邱聰智（2008），新訂債法各論（中冊），臺北：元照。

- (2008), 新訂債法各論(下冊), 2版, 臺北: 元照。
- 姚志明(2002), 行紀, 收於: 黃立編, 民法債編各論(下冊), 頁179-211, 臺北: 元照。
- 張永健(2002), 自始客觀不能之經濟分析, 月旦法學雜誌, 86期, 頁155-166。
- (2003), 給付不能的分類與歸責問題, 法令月刊, 54卷6期, 頁89-108。
- (2015), 物權法之經濟分析——所有權, 臺北: 元照。
- (2015), 財產獨立與資產分割之理論架構, 月旦民商法雜誌, 50期, 頁87-104。
- (2017), 大家的錢是誰的錢?——公寓大廈組織型態與公共基金所有權歸屬之立法論, 月旦法學雜誌, 269期, 頁105-116。
- (2017), 動產所有權善意取得之經濟分析, 中研院法學期刊, 21期, 頁81-153。
- (2018), 資產分割理論下的法人與非法人組織——《民法總則》欠缺的視角, 中外法學, 30卷1期, 頁59-83。
- 張永健、何漢葳、李宗憲(2017), 或重於泰山、或輕於鴻毛——地方法院車禍致死案件慰撫金之實證研究, 政大法學評論, 149期, 頁139-219。
- 張永健、吳從周(2019), 逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題, 臺大法學論叢, 48卷4期。(即將出版)
- 張永健、李宗憲(2015), 身體健康侵害慰撫金之實證研究——2008年至2012年地方法院醫療糾紛與車禍案件, 臺大法學論叢, 44卷4期, 頁1785-1843。
- 張永健、陳志雄、蘇瀚民、詹森林、黃和協、孫森焱、蔡鴻燊、傅文民(2019), 保證契約能否繼承? 實務與理論——民法研討會第84次研討會會議紀錄, 法學叢刊, 253期, 頁125-146。
- 郭玲惠(2004), 僱傭, 收於: 黃立編, 民法債編各論(上冊), 頁



551-572，臺北：元照。

陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2016），民法繼承新論，10版，臺北：三民。

黃詩淳（2015），身分法發展回顧：2010-2014年之實務發展分析，臺大法學論叢，44卷特刊，頁1597-1637。

詹森林（1999），民法債編及民法債編施行法修正內容概述，台灣本土法學雜誌，2期，頁180-196。

劉春堂（2002），債法各論（一），臺北：三民。

——（2003），民法債編各論（上冊），臺北：自版。

——（2004），民法債編各論（中冊），臺北：自版。

——（2012），民法債編各論（下冊），臺北：自版。

鄭玉波（1971），民法債編各論（上冊），2版，臺北：自版。

戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2009），親屬法，修訂版，臺北：自版。

——（2013），繼承法，17版，臺北：自版。

蘇永欽（2010），可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線，南京大學法學評論，秋季期，頁16-44。

## 2. 外文部分

### (1) 日文

我妻栄（1937），事務管理・不当利得・不法行為，東京：日本評論社。

五十嵐清（1968），慰謝料請求権は相続の対象となるか，判例タイムズ，221号，頁63-66。

岡村玄治（1929），債權法各論，東京：巖松堂書店。

加藤一郎（1974），不法行為，增補版，東京：有斐閣。

加藤正治（1916），旅客死傷ノ損害賠償，法学協會雜誌，34卷6号，

頁1-96。

末弘巖太郎(1918), 債權各論, 東京: 有斐閣。

高橋壽一(2007), 第5章、永小作權, 收於: 川島武宜、川井健編, 新版注釈民法(7)物權(2), 頁904-930, 東京: 有斐閣。

中尾英俊(2007), 第6章、地役權, 收於: 川島武宜、川井健編, 新版注釈民法(7)物權(2), 頁931-967, 東京: 有斐閣。

中川善之助(1953), 民法大要, 東京: 勁草書房。

星野英一(1968), 慰藉料請求權の相続性を認めた事例—兄(七一歳)が受傷後意識不明のまま死亡した場合の妹からの請求, 法学協会雑誌, 85卷11号, 頁71-81。

穂積重遠(1930), 相続は権利の承継か地位の承継か, 法学協会雑誌, 48卷1号, 頁1-34。

好美清光(1967), 生命侵害の損害賠償請求權とその相続性について, 收於: 田中誠二先生記念事業会編, 現代商法学の諸問題: 田中誠二先生古稀記念, 頁675-733, 東京: 千倉書房。

## (2)西文

Arruñada, Benito. 2016. How Rome Enabled Impersonal Markets. *Explorations in Economics History* 61:68-84.

Ayres, Ian, and Robert Gertner. 1989. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal* 99:87-130.

———. 1999. Majoritarian v. Minoritarian Defaults. *Stanford Law Review* 51:1591-1613.

Bakos, Yannis, Florencia Marotta-Wurgler, and David R. Trossen. 2014. Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts. *Journal of Legal Studies* 43:9-40.

Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. 2000. The Essential Role of

Organizational Law. *Yale Law Journal* 110:387-440.

Katz, Avery. 1999. An Economic Analysis of the Guaranty Contract. *The University of Chicago Law Review* 66:47-116.

Mackaay, Ejan, and Alain Parent. 2013. An Economic Analysis of Suretyship. Pp. 23-42 in *Polish Yearbook of Law & Economics*, edited by Jaroslaw Beldowski, Katarzyna Metelska-Szaniawska and Louis Visscher. München: C. H. Beck.

Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2000. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle. *Yale Law Journal* 110:1-70.

Priest, George L., and Benjamin Klein. 1984. The Selection of Disputes for Litigation. *Journal of Legal Studies* 13:1-55.

Smith, Henry E. 2009. Community and Custom in Property. *Theoretical Inquiries in Law* 10:5-41.

———. 2011. Standardization in Property Law. Pp. 148-173 in *Research Handbook on the Economics of Property Law*, edited by Kenneth Ayotte and Henry E. Smith. Northampton, MA: Edward Elgar.

## A General Theory of Inheritability: Guaranty Contract as a Prime Example

*Sieh-Chung Huang\* & Yun-Chien Chang\*\**

### Abstract

The Book of Obligation of the Taiwanese Civil Code does not clearly stipulate whether guaranty contracts can be or should be inherited by guarantors' heirs. The Taiwan Supreme Court over the years has expressed conflicting views on this issue, and its jurisprudence has not been settled yet.

This article advances a general theory of the exclusivity of inheritance. According to Article 1148 of the Taiwanese Civil Code, if an asset, obligation, or right is considered to exclusively belong to a deceased person, his/her heirs cannot inherit it; that is, it is not included in the estate. Trust, capability, and technique are the sources of exclusivity. Exclusivity can be unilateral or bilateral. Obligation to pay money and the right to receive money in principle are not exclusive. Accordingly, the guaranty contract is a typical non-exclusive legal relationship and should be inherited regardless of the guaranty types. The Taiwanese Civil Code as of now prescribes that employment guaranty contracts automatically terminate upon the death of the guarantor. It was a reasonable doctrine when it was stipulated, as at the time an heir had to pay back, from his/her own pocket, not just from the estate, inherited debt. With the new inheritance law that limits heir

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

\*\* Research Professor & Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Professor of Law, National Chengchi University College of Law (by joint appointment).

liability to (the value of) the estate, it is not unfair for the heir to use the estate to fulfill guaranty obligations. Moreover, the inheritability of guaranty contracts reduces the value of guaranty to creditors, who have to opt for other credit options, likely increasing transaction costs and reducing the number of voluntary transactions.

KEYWORDS: separate patrimony, estate, exclusivity, transaction costs, guaranty, employment guaranty.