

論我國產物保險業經營保證保險業務 適當性之探討

論文摘要

保證保險是保證還是保險，一直是產物保險業界爭議不斷的議題。本文透過保證制度歷史發展軌跡、現代法律規定，以及實務操作的分析，歸結我國產物業界所謂保證保險事實上就是英美國家的商業保證制度，同時商業保證制度在運作上確實有與保險制度共通之處，惟其相異處更多，保證制度如予以保險化，將可能使保險人遭致重大損失。

關鍵詞：保證保險、個人保證、商業保證、信用保險

壹、前言

所謂保證保險者，在我國保險法裡有明文規定，規範於法規內第四節之一內，其中第九十五條之一規定謂：「保證保險人於被保險人因其受雇人之不誠實行為或其債務人之不履行債務所致損失，負賠償之責。」其中，針對被保險人因其受雇人之不誠實行為所致損失而發展出來的保險種類，一般保險業界稱之為員工忠誠保證保險；針對被保險人因其債務人之不履行債務所致損失而發展出來的保險種類，稱之為確實保證保險，惟依該條文之意涵推斷，後者應該就是英美國家所稱之信用保險(credit insurance)才對。此外，針對此兩種「保險」契約，英美國家稱前者為員工忠誠保證(fidelity bond)，稱後者為確實保證(surety bond)，似乎這兩類型之契約就是保證契約，結果一時之間讓人無法理解，究竟保證保險是保險還是保證？是本文要探究的首要重點。其次，此兩類型契約型態所以會令人混淆不清，本文推測，保證與保險應該在性質上有一些關聯，是本文進一步欲探究者。最後，倘若保險與保證在性質上若有一些共同特性，或許我們可以考慮保證可以保險制度化的可能性。

貳、保證制度的源起及其意義

為了澄清保證與保險之間牽扯不清現象，我們首先得分別就保證(surety, guaranty)與保險(insurance)制度的起源與發展有所了解，尤其是前者，幾乎可溯自人類文明開始不久。

為他人作保的行為自古以來就不曾少聞。舊約聖經裡《創世記》篇有記載：「Judah 為其兄弟 Benjamin 向其父親作保」¹。古代中國亦有類似情況，三國演義第二十回有如此敘述：「話說曹操舉劍欲殺張遼，玄德攀住臂膊，雲長跪於面前。…雲長曰：關某素知文遠（張遼）忠義之士，願以性命保之。」在這兩例裡，所謂作保者就是擔保或保證的意思，或許這只是民間人士往來的約定，流傳已久遠，致於訴諸於律法者，在西方世界最少可溯至羅馬時代，同時隨著文明的進步，這種以人身作保的型式也漸漸為以錢財作保所取代。例如，羅馬法典之民法第四章、第十節有如下記載：「你若依我的指示借給 Titius 十個羅馬幣，則依法對我有約束力，Titius 有返還之責，…。如果(Titius)不還錢，你可以對 Titius 主張權利，而我也連帶責任，但不能超過他欠你錢的額度，…」²。此一敘述顯然是一段保證關係的規定，其中第一人稱者，就是所謂保證人。在中國古代律令也有類似擔保的規定，如《宋刑統》卷二十六引唐開元二十五年《雜令》稱，「負債者

¹ JULES BACKMAN, SURETY RATE-MAKING, 1(1948).

² AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE, CO., LTD., SURETY AND BONDS, 1(1967).

逃，保人代償」³，所謂保人者，就是現今所稱的保證人；唐代文宗太和八年所頒布的《疾愈德音》律令記載：「在京諸司諸使，食利錢，其元舉人，已納利，計數五倍以上，本利並放。其有人戶逃亡死，攤徵保人。其保人納利，計兩倍以上者，其本利並放免。…」⁴，不但記載有保證人一事，也說明保證人所擔負的風險。

由以上保證制度發展的內容來看，東西方世界對保證制度的認知大體上是一致的，保證制度會涉及到三方關係人：其一，稱被保證人(principal)者，為依照法令規定或契約被要求承諾履行一定義務或責任者；其二，稱權利人(obligee)者，為與被保證人定訂契約或依法可要求被保證人履行一定義務或責任者；其三，稱保證人(surety)者，為當被保證人不履行承諾時，代替被保證人向權利人履行承諾者。保證的意義就顯現在以上所述的三方關係人的定義裡，基於公平正義，現代法律有如下更周延的規範，也是保證制度的特性所在：(1)保證契約嚴重涉及三方關係人之權益，為避免空口無憑，以致於三方關係人之間發生糾紛，保證契約一定是以書面為之；(2)保證契約具從屬性，依附於主契約而存在，如主契約消滅，保證契約亦隨之失效；(3)一旦被保證人不履行債務或契約承諾，在英美法系規定裡，稱“surety”保證者，權利人可向保證人或向被保證人求償；稱“guaranty”保證者，權利人在未向被保證人求償前不得先向保證人求償⁵。在大陸法系規定裡，稱保證者，權利人之求償同“guaranty”保證。例如，我國民法第七百四十五條規定（先訴抗辯權）：「保證人於債權人（即權利人）未就主債務人（即被保證人）之財產強制執行而無效果之前，對於債權人得拒絕清償」是；(4)同樣地，當被保證人不履行債務或契約承諾，而保證人向權利人為賠付之後，即取得原權利人對被保證人可主張債權或契約承諾之權利，即所謂保證人之代位權。例如，我國民法第七百四十九條規定：「保證人向債權人為清償後，於其清償限度內，承受債權人對主債務人之債權。…」是。

參、商業保證制度的興起

以現代人的觀點來看以上保證制度的發展，似乎保證(surety)制度的意義與架構是很明確的，但怎麼會與保險糾纏不清？首先，顯然地，因為現代保險制度的興起在工業革命之後，迄今不過三百餘年，保險與保證被相提並論也是在有保險制度之後，不過也不足以說明兩制度有相混原因，從各種已知的文獻來推敲，似乎與保證制度在工業革命之後的商業化有關。原來以上所提保證制度都是個人之間的行為，現代人稱之為個人保證(personal suretyship)。在個人保證制度下，一旦被保證人不履行承諾，其產生的後果，有時候不是契約關係人事先所能預料與事後所能承擔者。保證契約的成立多半起於親戚

³ 薛梅卿及趙曉耕，兩宋通論，法律出版社，北京，頁 296(2002)。

⁴ 鄭顯文，唐代律令制研究，北京大學出版社，北京，頁 212(2004)。

⁵ FRANK HALL CHILDS, HANDBOOK OF THE LAW OF SURETYSHIP AND GUARANTY, 17(1907).

與熟識朋友之間的信任與人情世故，保證人在作保之前可能不太會考慮財務的負擔能力，也不會設想被保證人不履約對其本身造成的衝擊有多大，果真有不履約情事發生，嚴重者有可能造成保證人破產，或雖不致於破產，也會造成相當損失，朋友與親戚的情感一夕破，甚至於化為仇敵關係。另一方面，如果保證人不願意代被保證人負賠償債務責任，則權利人為維護其本債權，勢必採取法律行動向保證人追討，對權利人而言也是一種沉重的負擔。因為保證制度會有如上的問題產生，故自古以來，多半在保證人有相當財力的情況下，保證契約才得以成立，而窮人家很少交得起有錢朋友，有錢的親戚也通常不與窮親戚往來，結果使得窮人家遇有找保需求時，陷入求助無門的窘境。因此，如果有找保者願意付出一些代價給願意承擔保證責任者，則這樣的保證制度就可以幫助許多人解決找保求助無門的困境，而就在工業革命之後，許多窮人家離開了鄉村，離開了農地，去人口集中的城市尋找受雇或工作機會，使得找保需求大增；另一方面，工業革命也促使商業活動開始從來未有的蓬勃發展，這促成了許多資本的累積，使擁有相當財力的公司組織不斷冒出，為了商業利潤，很自然地一些有財力、也有意願的公司組織開始願意收取費用作為保證人，所謂公司保證(corporate suretyship)制度於是就這樣形成，這種以商業機構為保證人與被保證人之間所訂定的契約，人們也給它一個稱呼，稱確實保證(surety bond)，注意“bond”在字義上有奴隸、農奴的意思在內，這恰足以說明公司保證制度興起原因誠如以上所述。值得特別注意的是，保證制度在商業化以後，已局部改變了原來契約性質：(1)個人保證究竟是屬於保證人、被保證人及權利人等三人之間的契約行為，或僅是上述三關係人之間其中兩人之間的契約行為，法界從來就有爭議，保證契約在商業化以後，很明確地成為保證人與被保證人之間的契約行為，質言之，確實保證(surety bond)係在原來具有三關係人保證(surety)制度基礎上，進一步衍生的另一個兩人間的契約關係⁶，權利人僅是屬於這契約裡的關係人而已（參見附件一）；(2)對保證人而言，原來個人保證契約僅是一種單務契約，保證人僅應被保證人的請求，單純為被保證人作保，並沒有要求任何回饋；然而在商業保證的情況下，保證人在作保之同時也收受了被保證人所交付的保證代價，因此公司保證契約是一種有對價的雙務契約。由以上兩點可知，公司保證與純粹的個人保證不宜相提並論。

肆、保證與保險合併經營的現象

現代保險制度的興起形式本來就是一種商業模式，而保證制度商業化以後，使得兩

⁶ A surety bond is a written instrument between two parties. One of these — the surety — becomes obligated to a third party — the obligee — for the payment of money, the sum not to exceed the bond amount, if the obligation set forth therein is not fulfilled by the bond amount by the principal — the other party signing the bond. ALBERT REMMEN, THE CONTRACT BOND, 5(1978).. See also EDWARD J. MACKENNA, SURETY UNDERWRITING MANUAL, 16(3rd., 1972)

者之間有了起碼的共同點—都是商業制度，當然這仍不足以說明二者被混在一起的原因，真正有影響的乃在於當時何種類型的公司可以經營那一些業務，一般推測並沒有明顯法令規定或無規定可遵循，而就在公司保證制度萌芽之初或稍早一點，一種近似於保險制度—專門承受雇主遭受其受雇人搶劫或偷竊所致損失的賠償業務，也就是後來稱誠實保證(fidelity bond)業務者（注意：fidelity bond 也是以 bond 來稱呼，彰顯其具公司保證之特性），已先在確實保證制度之前問世，大約在 1720 年英國倫敦就有人有類似提議，不過並未具體成形⁷。真正有具體行動者，在一百年之後，1840 年於英國倫敦，有一家稱之為“倫敦保證學會(Guarantee Society of London)”成立，其目的就在經營誠實保證業務，隔兩年以後獲得英國國會核准經營⁸。注意，直觀地從這一家學會名稱的業務專屬性來看，應該是經營確實保證業務的，但實質上卻是做誠實保證業務者，可見當時法令規定或監理規範並不是很嚴謹。類似的情況也在美國發生，這顯然是受到早期英國殖民北美影響的結果，而即便因襲英國法規與制度。

1880 年美國紐約市有一家稱之為“紐約誠實意外公司(Fidelity and Casualty Company of New York)”（屬保險公司性質）開始在承做誠實保證業務，隔年又全面跨足確實保證業務⁹，誠實保證業務與確實保證業務從此就被相提並論，有謂這可能是早期人們認為，這兩種所謂公司保證制度的作用都在保護購買保證者利益的關係¹⁰。從購買者發生事故所致的損害觀點來看，誠實保證業務的性質更接近保險業務，以致於使得其他保險公司也開始跨足這兩種公司保證業務，雖然在人們感覺上有一些怪異，但業務量實際上僅占保險業務總量相當小的一部分，誠如 G. W. Crist 所指出：「當時公司保證業務像個奇怪、不討人喜歡的小孩，沒有人認領，又無家可歸。或許是基於善意之舉，也可能是沒有人知道怎麼經營，最後才由保險友愛組織領養，並納入各州保險監理範圍內。…」¹¹。從此，保險與公司保證業務被併在一起由保險公司經營，不過一直以來都普遍存在公司保證是否為保險的爭議，特別是保證的專家堅持，公司保證一點也不像保險¹²。美國知名保險學者 C. A. Kulp 也感嘆道，把公司保證納入保險公司的經營範圍是一樁歷史的意外¹³，言下之意，非常不認同保險公司經營公司保證業務。從歷史演進來看，或許是如此，不過若單純就經營角度來看，此後保險與公司保證業務被併在一起經營並不是沒有原因的，因為從經營的角度來看，公司保證像極了保險（詳後文比較說明），同時公司保證的機制在運作上不若保險複雜，且業務量也遠遜於保險，這使得公司保證從此一直與保險

⁷ Supra note 2, at 2.

⁸ Supra note 1, at 2.

⁹ JOHN B. FITZGERALD; RAY H. BRITT; DANIEL D. WALDORF AND LOWELL S. YOUNG, PRINCIPLES OF SURETYSHIP, 7(1st ed., 1991).

¹⁰ Supra note 2, at 1.

¹¹ Supra note 1, at 25.

¹² C.A. KULP AND JOHN HALL, CASUALTY INSURANCE, 18(4th ed., 1968).

¹³ Id., at 17,18.

被納入同樣保險監理體制內，接受政府的監理。由於從制度面來看，公司保證與保險有如此差異，這使得保險監理機關雖容許保險公司同時經營公司保證與保險業務，但要求保險公司在實際運作上，兩類業務要如同處於兩種不同保險公司經營一樣¹⁴，同時公司保證就是公司保證，一律稱之為“bond”，不會與保險相混淆（此處為了讓讀者更清楚公司保證之特質，本文以下分析與說明，凡強調有“bond”稱呼的一般化公司保證（誠實保證除外）時，我們一律以中文“商業保證”稱之）。由於單純僅允許保險公司兼營商業保證業務容易予人抗議，有不公平經營對待之嫌，如今在美國，財產與責任保險人得經營商業保證業務，誠實與確實保證人也得以被（保險監理機關）允許經營財產與責任保險業務¹⁵，不但如此，保證商業化的結果，可以作為保證目標的類型也不斷地擴大，從原來以債務不履行責任為目標之確實保證及以員工誠信為目標之誠實保證，進而擴及承諾履行契約義務（或稱契約責任）之保證(contract bond)，如工程履約保證等，以及因違法而喪失權益之保證(forfeiture bond)¹⁶，如法院要求具保之保釋金保證(bail bond)等。

伍、保證保險稱呼的由來

台灣近代保險事業的發展始於二次大戰後政府撥遷來台，接受日本人留下來的保險會社業務之後，復以近代保險興起及其制度化均來自於英美國家，故在台灣無論是保險監理或經營很自然而然地也會因襲自日、美、英等保險先進國家制度，保險新險種及商品的產生也多半參考或直接由這些國家引進。目前國內保險業界所稱“保證保險”也是在這種背景之下引進台灣者。

1964年產險業首先自美引進員工誠實保證，當時稱員工信用保證保險，至1986年改稱為員工誠實保證保險，大約也在此時，以債務不履行責任及承諾履行契約義務之契約責任為目標的確實保證，也被陸續引進，其中最有名的類型要推工程類保證保險¹⁷。這裡特別值得說明的是，此處稱保證保險而不稱商業保證，產險業者並未著墨說明，然我們由當時產險業對保險業務監理性質的了解，及我國法令規定，可推知其中可能緣由。其一，如本文前已述及，在美國保險業是可以兼營商業保證業務的，如紐約州保險法第四十六條第十六項及第三百一十條的規定，惟在我國按保險法第一百三十八條規定：「…保險業不得兼營本法規定以外之業務…」，故若單純以保證名目呈現且販賣，明顯違反保險法規定而無法經營，然觀察保險法險種規定章節所謂財產保險、健康保險或年金保險等正常保險險種之陳述，均冠有保險之名稱，為此如欲比照美國保險業者經營商業保證

¹⁴ Supra note 12, at 17.

¹⁵ Supra note 9, at 7.

¹⁶ Supra note 6, at 17.

¹⁷ 楊誠對，意外保險，修訂七版，頁436。

業務，至少在名義上以保險稱之，才能符合保險險種起碼的條件，故由此我們合理推論在保證之後加上保險一辭，最可以規避商業保證是否為保險之質疑。其二，美國保險公司可經營保證業務之特殊案例其影響不只我國，稍早在我國保險業引進經營之前，日本即已仿效之，當時就以“保證保險”稱之，如前已述及，早期台灣保險制度與商品類型多因襲美、日保險先進國家，其時在日本保險業以保證保險稱呼保證已有一段期間¹⁸，應該是近水樓台的影響，正好給予我國產險業者很好得典範依據，故順理成章稱由美國引進之保證業務為保證保險業務。由以上兩點，保證保險的稱呼就這麼逐漸成形而為大家接受，其時保險監理機關亦未對此表示意見，保證保險業務於是從此流通於市場上，無奈終究仍有人質疑其適法性，這使得保險監理機關不得不修法來釐清爭議，爰於1992年修定保險法，增列保證保險乙節，惟針對債務人不履行債務部分，依據民法七百三十九條有關保證定義的規定，來界定商業保證，惟由本文開始所陳有關保險法第九十五條之一規定內容來看，恰與已在我國保險市場上行之有年，且符合保險特質的信用保險機制不謀而合，法界人士亦作如是觀¹⁹，保險監理機關修法辛苦了一圈，結果還是白忙一場，商業保證還是不能讓產險業者合法化經營，同時不免讓人更起疑惑—商業保證難道真的無法保險化嗎？

陸、保險之意義

從本文上一節分析可知，我國目前保險市場上稱“保證保險”者實際上就是英美國家所稱的商業保證，因此我們真正須要澄清的是，商業保證究竟與保險有何差異？要回答這問題很自然地，我們有必要進一步檢視保險之定義與目的（另外，保證與商業保證的意義及特性已於本文第貳、參節中介紹過），做為與商業保證比較其差異之用。

保險究竟是甚麼？學者專家之間各有不同解讀，我們摘取其中幾位較具有代表性者介紹如下。

Rejda 稱，「保險者，謂保險人承受被保險人所移轉而來的危險，透過協力分攤(pooling)手段，同意補償被保險人因意外事故所致之損失的一種制度。」²⁰

Mehr and Cammack 謂，「保險可以定義為集合足夠多數的危險單位，透過集體可預測的方法去減少危險，來填補這些危險單位中個別單位損失的一種手段。…，保險是一種一群人依據契約約定同意，集合大部分有幸不發生損失者所釀出的資金，去幫助或填補其中少數人發生不幸損失的制度，換言之，允許個別被保險單位，以付出很小但明確

¹⁸ 參見日本保證證券當務者協會所出版，保證證券之研究，昭和53年(1979)，頁99-106。

¹⁹ 林誠二，民法債篇各論(下)，頁276(2002)。

²⁰ GEORGE E. REJDA, PRINCIPLES OF RISK MANAGEMENT AND INSURANCE, 21(11th ed., 2011)

的成本(即保險費)，去換取相對大但不確定的損失。」²¹

Vaughan & Vaughan 闡述的相當細膩，Vaughan & Vaughan 從兩種不同觀點對保險下定義。從個人觀點，「保險係個人以很小但明確的成本支出（即保險費），去換取假設在沒有保險機制下（被保險人無法預測的）重大財物損失的一種經濟手段」；從社會觀點，「保險係一種透過集合足夠大數同質性危險單位的資金於一個團體裡，去攤平整個團體裡可預測損失，以減少危險的經濟手段」²²。

另外，我國保險法第一條規定也針對保險做了如下定義：「本法所稱保險，謂當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料，或不可抗力之事故所致之損害，負賠償財物之行為。」

從以上幾個專家學者及我國保險法規定對保險的定義可以看出，幾乎都是大同小異，歸結其中重大且共同部分，我們可以感覺到保險是一種分攤損失(sharing loss)的機制，是一種移轉危險(transferring risk)的機制，也是一種補償被保險人損失的機制²³，事實上補償被保險人損失也是保險的目的。從這些定義裡亦可知，在保險的制度裡有幾項關於損失的特性不能忽略：損失是一定要有的，而且是要保人或被保險人的損失；同時，損失發生與否是不確定的，事實上這就是危險(risk)的定義—損失的不確定(uncertainty of loss or uncertainty as to loss)，或者損失的發生必須是意外的。

柒、保證與保險之比較

有了本文第貳、參及陸節有關商業保證與保險定義，我們就可以從中比較兩者之差異。

由於商業保證與保險都具有提供需求者保障的機制，又是兩人之間的契約行為且具有對價關係，契約得以成立符合典型商業交易特質，這使我們可以藉經濟學供需的觀點，來檢視兩者之異同：從供給面來看，保證人的地位與保險人相當；從需求面來看，被保證人的地位與被保險人相當。

從提供保障的供給角度來看，如上述許多保險學者所主張之定義，保險人從許多被

²¹ ROBERT I. MEHR AND EMERSON CAMMACK, PRINCIPLES OF INSURANCE, 29,30(1980).

²² EMMETT J. VAUGHN AND THERESE VAUGHN, FUNDAMENTALS OF RISK AND INSURANCE, 34,39(9th ed., 2003).

²³ 有謂人壽保險、傷害保險及財產定值保險不是補償性保險，此一論述是基於生命或貴重物品的價值無法以金錢或財物為衡量基礎的考量，惟為促使保險制度的可行，人們不得已以金錢或財物衡量之，再回頭爭議生命或貴重物品的價值是否可以金錢或財物為衡量基礎已無意義。由於在實務上關於此類型保險損害的處理方式，係徑以保險金額為賠償金額者，而保險金額又取決於保險契約當事人雙方的協議，從保險人的觀點，必然應已考量到有多少額度才能滿足被保險人需求，同時不會引發道德危險，這事實上已經有「補償」被保險人的含意在內。從這樣的觀點切入分析，仍將人壽保險、傷害保險及財產定值保險視為補償性保險亦不為過，此事在學者專家間的看法雖仍有爭議，但無論如何，除了上述險種外，保險具補償性特質是沒有爭議的。

保險人手上收取了小額的保險費而形成龐大的基金，做為少部分被保險人發生事故導致重大損失時，賠付該被保險人之用。同樣地，由本文第參節有關商業保證制度興起所述可以推知，保證人從許多被保證人手上收取了小額的保險費而形成龐大的基金，做為少部分被保證人不履約時，賠付權利人之用。因此，保險與商業保證都是在從事協力分攤(pooling)的運作²⁴，對保險人與保證人而言，也都是在從事分攤“損失”的工作。很明顯地，當我們僅觀察經營者—即保險人與保證人運作的角色與機能時，確實保險與商業保證的機制沒有甚麼不同，不過若從尋求保障的需求面來看，兩制度不同之處就不少了：(1)從當事人或關係人的角色來看，在保險方面，繳交保險費者與接受損害賠償者原則上都是同一人—被保險人²⁵。然而在商業保證方面，繳交保證代價者為被保證人，但接受損害賠償者則一定是權利人而非被保證人。(2)從制度的目的面來看，在保險方面，保險制度對被保險人可能發生損失而給予補償；在商業保證制度方面，被保證人本來就沒有損失，被保證人不履行主債務或主契約承諾時，發生損失的是權利人，故商業保證制度僅在提供被保證人做為支持其所附帶的主契約得以成立之用而已。(3)另外，從功能面來看，在保險制度方面，被保險人可以將可能發生損失的危險移轉給保險人；在商業保證制度裡，因為有保證人得以代位權利人向被保證人行使債權或主契約權利的關係，故無論被保證人是否履行主債務或主契約承諾，都無法將不履行承諾的危險移轉出去給保證人。(4)最後，從事故的發生原因來看，在保險方面，發生於被保險人身上的事故原因是意外的，是不確定的；在商業保證方面，被保證人是否履行主債務或主契約承諾，由其本身決定或控制，事故當然不是出於意外而發生者。為顯示以上保證與保險性質上的差異，茲進一步以表列方式比較二者，如表 1 所示。

從本節以上分析可知，商業保證制度與保險制度，有其共通的特性，也有其完全不同之處，我們說兩者一半像一半不像也不為過，為何會有如此情況發生？從我國保險法於 1992 年增訂的第九十五條之一的規定，或許就可以窺得原因所在。茲重述該條文規定：「保證保險人於被保險人因其受雇人之不誠實或其債務人之不履行債務所致損失，負賠償之責。…」，其中被保險人與其債務人分列，顯然可看出債務人不可能是被保險人，依規定文義合理推斷，被保險人應該就是債權人，如果我們從保證制度三關係人的觀點來看，相當於保險人就是保證人，與保險人訂定保險契約的被保險人就是債權人，也就是原始保證關係中的權利人，然而如前本文前述提到，在商業保證制度下，保證人與保險人的地位相當，但於此與保證人訂定商業保證契約的被保證人卻是債務人，顯然保險與商業保證契約之締約當事人有重疊之處，也有不同之處，如圖 1 所示。其中相同之處者，即保證人與保險人的地位相當，故而導致使二者在運作上的機能一致；不同之處者，

²⁴ ALBERT REMMEN, *supra* note 6, at 17.

²⁵ 就一般險種而言，繳交保險費的要保人本身就是被保險人，例外的情況多半發生在人壽保險與傷害保險場合，繳交保險費者為要保人，被保險人則另有其人，則不一定非要保人不可。

表 1 保證與保險性質比較表

項 目	保 證	保 險
契約對價	交付保證代價與接受補償者為不同人	交付保證代價與接受補償者為同一人
契約需求者損失可能性	契約需求者，即被保證人不可能有損失	契約需求者，即被保險人可能有損失
契約需求者的危險移轉	契約需求者即被保證人沒有移轉危險出去	契約需求者即被保證人有移轉危險出去
事故原因	契約需求者可控制	意外

尋求保險或商業保證保障之另一契約當事人分別為債權人（即權利人）與債務人（即被保證人），其二者的利益正好有衝突，由此本文推斷如此才會造成商業保證與保險性質上的差異。此處另值得特別說明者為，保險法第九十五條之一規定內容另外涉及受雇人不誠實乙節，以此為事故，相關當事人因此而訂定的契約，如本文第參節所述，英美國家稱之為（員工）誠實保證，惟依本條文規定，推斷與保險人訂定保險契約的被保險人為雇主，其地位相當於前述提到保證契約中之債權人，如因其受雇人之不誠實而導致其遭受損失，就是被保險人的損失，這符合前述提到保險制度的特質，故所謂誠實保證者亦可以為保險，英美國家的保險專家學者經多年的爭議，目前一致同意改以犯罪保險(crime insurance)稱之，其來有致。

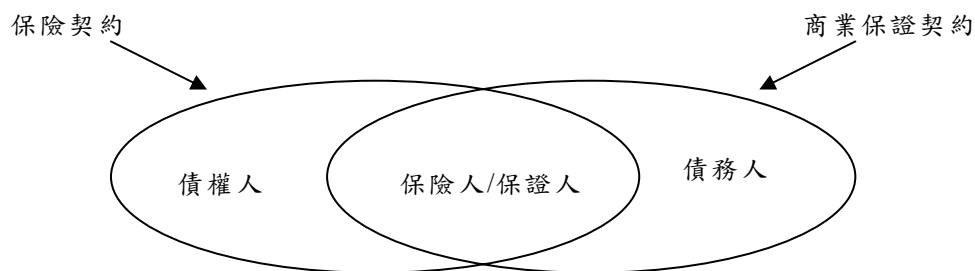


圖 1 商業保證契約與保險契約締約當事人比較圖

捌、我國產物保險業經營商業保證業務適當性分析

我國產物保險業自從 1980 年代引進商業保證業務，稱之為所謂保證保險業務，迄今已將近三十年，其合法與合理性一直遭受質疑，業者一直希望能夠擺脫這些質疑的糾纏，

因此才有促成保險法增訂保證保險乙節，無奈其中最重要的第九十五條之一有關（確實）保證保險定義之規定，係因依據民法七百三十九條保證定義的規定而訂定者²⁶，如本文前述分析提到，它本來就是在我國保險市場行之已久的信用保險，致使修法欲讓商業保證保險化的企圖仍無法達成，然如前一節本文分析結果可知，從經營面來看，商業保證與保險的運作方式，似乎沒有多大不同，按理產險業者來經營商業保證也應無不可，在實際上，素以保險制度與規模著名於世的美國，容許（意外）保險業經營商業保證迄今已超過一百二十年，亦未聞有評論不當或對社會產生不良影響情況，就是一個良好的例子，但為何在我國產險業經營商業保證業務就會有爭議？本文以為問題出在不同國家的法令規範的差異上，產險業是否得宜經營商業保證，至少應檢驗允許產險業經營，結果會不會對社會有不良影響為基準。為了探討問題癥結，最直接方式，就是將商業保證契約予以保險化，觀察如此一來是否會有與法律規範衝突之處，做為產險業是否得宜經營商業保證的判斷依據。

所謂將保證契約予以保險化，就是將保證契約的當事人地位與保險契約當事人地位相當者，一律以保險契約當事人對待之，即將保證人改以保險人稱之，被保證人改以被保險人（亦是要保人）稱之²⁷，同時將保證的特性納入保險契約中，事實上這正是現行我國所謂保證保險表現方式的寫照，只不過產險業為了至少讓實際經營之保證業務表面上符合法令規定，而刻意將權利人指定為被保險人（但前文已提到，如此一來此一契約就成了信用保險契約，而非保證契約！這樣的做法只是掩人耳目而已，仍改不了被保證人就是被保險人的本質），結果使得被保證人僅得為要保人地位。

現在讓我們把分析重點移到保證契約的特性表現上。就中最值得一提者為，保證人行使代位權求償對象的約定。如本文在第貳節所提，為維護社會公義，當被保證人不履行債務或契約承諾，而保證人向權利人為賠付之後，即代位權利人對被保證人主張原權利人應有債權或契約承諾之權利（民法第七百四十九條規定），此一代位權在商業保證予以保險化以後仍被保留，典型的保證保險契約中有如下條款規定：

「本公司於履行賠償義務後，向要保人追償時，被保險人對本公司為行使該項權利之必要行為，應予協助，所需費用由本公司負擔。」（旅行業履約保證保險）²⁸

我們由此可知，本契約保險人在賠償之後，並沒有放棄被保險人（權利人）的代位權，對要保人追償，這就是前述我們提到，要保人（被保證人）並沒有將危險移轉給保險人（保證人）的根源所在，然而此處規定更值得注意的是，依我國保險法的規定，保

²⁶ 依我國民法七百三十九條規定：「稱保證者，謂當事人約定，一方於他方債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。」由此推斷，依我國法令所定義之保證，係保證人與債權人之間所訂定的契約，明顯與英美國家商業保證契約當事人有所不同。

²⁷ 在正常情況下，被保證人應該是為自己的利益而向保險人要保，故於此處被保險人與要保人才合而為一。

²⁸ 見保險事業發展中心，保險商品查詢網站，[富邦產物旅行業履約保證保險單](#)，96.06.29 金管保二字第 09602069690 文號核准。

險人對要保人的追償權註定無法行使。因為依據該法第五十三條規定：「被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對第三人有損失賠償請求權者，保險人得於給付賠償金後，代位行使被保險人對於第三人之請求權；…」云者，估不論將保證關係之權利人設定為保險契約中之被保險人是否合理，被保證人身為保險契約之要保人，依保險法規定即是保險契約當事人之一，斷不可能成為此處規定所指之第三人，致使上述保證保險契約規定，因為依保險法無法約束要保人對保險人為賠付，導致保險契約約定的代位權無從發揮效果，如此一來，將使得身為保證關係人之被保證人，得透過保險契約之訂定，擺脫原先對權利人應負之債權或契約承諾，如前述第柒節提到，保證事故的發生，並不是意外，而是可以由被保證人控制的，故一旦有心人窺得此一適法之保證保險契約的漏洞，而刻意與保險人訂定保證保險契約，事後藉故不履行承諾，則保險人將因此而遭受重大損失！這裡要特別指出，無論是保證制度或者是保險制度，法律上有代位權之規定，無非在彰顯社會公平正義之理念，不可能將之剔除，故只要保險法有對第三人追償之代位權規定，保證就無保險化的可能。

又此處必須要進一步地指出，商業保證就無保險化的可能並不意味者保險業者不能經營保證業務，如本文在分析中指出，商業保證與保險在經營運作上有若干共同之處，保險業運用已發展三百多年來相當成熟的保險經營模式經營商業保證，將有助於商業保證的蓬勃發展，如美國將商業保證制度納入保險監理體系，由意外保險（產物保險）公司經營，非但未發生不妥或不適應情事，但見商業保證商品不斷推陳出新，業務量也不斷提升。問題在於，於美國，在法律規範上，商業保證仍是商業保證，保險仍是保險，商業保證的經營方式也與保險有明顯區隔，故商業保證業務之於保險公司的經營不會與保險業務產生杆葛之處，而在我國卻以保險形式販賣，才會產生不利於保險業者的經營風險。因此，倘若保險業者若欲經營保證業務，美國的處理方式足堪借鏡，但除非有法令修正的配合，不然實不宜經營，以免遭來重大損失。

玖、結 論

保證保險究竟是保證還是保險，透過本文的分析可知，它就是英美國家所稱的商業保證，此一商業保證制度與保險制度有相當大的歧異，只因歷史的巧合，及實務操作的性質與保險制度相近，而納入保險公司的經營範圍裡，惟實際經營仍與保險制度分離，而我國產險業者不查不同國家法律規定與監理的差異，率爾將之引入台灣，並以保險形式販賣，本文透過保險與保證的特性及法律規範的分析可知，在現行保險法令規範下，經營此種保險商品將有可能導致產險業者發生重大經營損失，如欲正常經營商業保證業務，或可效法美國作法，但相關法令的修訂勢將不可免。

參考文獻

1. 林誠二，民法債篇各論(下)，頁 265-412，台北:瑞興圖書公司，2009 年。
2. 鄭顯文，唐代律令制研究，頁 205-213，北京:北京大學出版社，2004 年。
3. 薛梅卿與趙曉耕，兩宋通論，頁 294-296，北京:法律出版社，2002 年。
4. AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE, Co. Ltd., SURETY AND BONDS, 1-7 (AIA, New York, NY, 1967).
5. BACKMAN, JULES, SURETY RATE-MAKING, 1-59 (The Surety Association of America, New York, NY, 1948).
6. CHILDS, FRANK HALL, HANDBOOK OF THE LAW OF SURETYSHIP AND GUARANTY, 1-23 (West Publishing Co., St. Paul, MN, 1907).
7. FITZGERALD, JOHN B.; BRITT, RAY H.; WALDORF, DANIEL D. AND YOUNG, LOWELL S., PRINCIPLES OF SURETYSHIP, VOL. I, 1st ed., 1-10 (Insurance Institute of America, New York, NY, 1991).
8. KULP, C.A. AND HAL, JOHN L., CASUALTY INSURANCE, 4th ed., 7-19(Ronald Press Co., New York, NY, 1968).
9. MACKENNA, EDWARD J., SURETY UNDERWRITING MANUAL, 3rd ed., 1-20 (The Rough Notes Co., Indianapolis, ID, 1972)
10. ROBERT I. MEHR AND EMERSON CAMMACK, PRINCIPLES OF INSURANCE, 21-35 (Richard D. Irwin Inc., 1980)
11. GEORGE E. REJDA, PRINCIPLES OF RISK MANAGEMENT AND INSURANCE, 11th ed., 20-23 (Pearson Education Inc. New York, NY, 2011)
12. ALBERT REMMEN, THE CONTRACT BOND, 2nd ed., 3-8 (The National Underwriter Co., Cincinnati, OH, 1978).
13. VAUGHN, EMMETT J. AND VAUGHN, THERESE, FUNDAMENTALS OF RISK AND INSURANCE, 9th ed., 33-43 (John Wiley & Sons, Inc., Danvers, MA, 2003).

附件一

典型的確實保證契約（公司保證契約）範例如下，注意契約最後僅有即 Principal 與 Surety 簽字，並沒有 Obligee 簽字，顯示雙方確實保證契約當事人僅有二人而非三人(引述自 MACKENNA, EDWARD J., SURETY NDERWRITING MANUAL, 3rd ed., 16):

KNOW ALL MEN BY THESE PRESENTS that John Smith of _____, as Principal, and XYZ Surety Company, as Surety, are hold and firmly bound unto the County of Mason, State of Iowa, in the full and just sum of One hundred thousand dollars (\$ 100,000.00) to the payment of which the said Principal and the said Surety hereby bind themselves, their heirs, executors, administrators, successors, and assigns, jointly and severally, by these presents.

Signed, Sealed and dated the _____ day of _____ 19____

Whereas the said John Smith has been duly elected County Treasurer of the County of Mason, State of Iowa, and is required by law to give bond with surety for the faithful performance of his official duties.

Now therefore the condition of the forgoing obligation is such that if the said John Smith shall faithfully perform the duties of his office as prescribed by law, then the said obligation shall be void; otherwise it shall be and remain in full force and effect.

Principal

By: _____ John Smith _____ L/S _____

(Corporate Seal)

XYZ Surety Company

By: _____ Joe Jones _____ L/S _____

Attorney-in-Fact