

支持函之研究*

呂彥彬**

<摘要>

本文以支持函為研究主題，首先介紹支持函的發展歷史、使用誘因與時機，再透過蒐集國內、外常見的支持函，將其予以歸納類型化，進而將其分為強、弱支持函之類型而展開討論。

關於強支持函，本文透過分析給付義務之內涵，以及比較其與傳統人保間之異同，將其定性成純粹的無名契約。至於當事人之權利義務關係，收受人之契約履行請求權，清償期應與主債務一致，若出具人未盡其補充義務，其應負債務不履行之違約賠償責任。另，面對收受人之權利主張，出具人不僅可以提出源於強支持函契約本身之抗辯（權），基於強支持函之從屬性格，其尚能提出與主債務相關之抗辯（權），以資防禦。

至於弱支持函，因其種類繁多，故本文按內容將其分為：確認一定事實之支持函、承諾不為一定行為之支持函，以及承諾應為一定行為之支持函。就後兩類之支持函，由於該應為或不為一定行為之承諾，已具有法律上之拘束力而得評價為契約，故若出具人有義務違反情事，其可能因此須負違約賠償責任。另就確認一定事實之支持函，其雖然無法被評價為契約，但在誠信

* 本文之完成，作者衷心感謝兩位匿名審查人之細心審查及建議，使本文能就疏漏之處加以補充與修正。此論文為科技部補助研究計畫「支持函之研究」（計畫編號：111-2410-H-004 -087 -MY2）之部分研究成果。

** 國立政治大學法律系助理教授，德國Passau大學法學博士。

E-mail: luy0319@nccu.edu.tw

• 投稿日：09/05/2022；接受刊登日：03/29/2023。

• 責任校對：高映容、李樂怡、辛珮群。

• DOI:10.6199/NTULJ.202312_52(4).0003

原則的要求下，出具有義務確保其所提供之資訊的正確與完整，如有違反，其應對於信賴該資訊而為交易之收受人，負信賴利益之賠償責任。

關鍵詞：支持函、有拘束力之支持函、從屬性人保、強支持函、弱支持函、第三人締約上過失責任、信賴原則

◆目次◆

壹、前言

- 一、研究緣起
- 二、研究範圍與論述脈絡

貳、支持函概說

- 一、歷史發展
- 二、使用誘因與範圍
- 三、常見的內容
- 四、類型歸納

參、強支持函

- 一、給付義務之內涵
- 二、契約定性
- 三、制度承認之空間
- 四、收受人（債權人）之權利
- 五、出具人之防禦方法
- 六、求償問題

肆、弱支持函

- 一、承諾不為一定行為之支持函
- 二、承諾應為一定行為之支持函
- 三、確認具有法律上重要性事實之支持函

伍、結論

壹、前言

一、研究緣起

所謂「支持函」（英語 Letter of Comfort¹；法語 lettre de patronage²；德語 Patronatserklärung³），係指一方當事人（**出具人**）向他方（**收受人**）表示**支持第三人之函件**。在用語的使用上，我國銀行實務有稱為安慰函，亦有使用（支持）承諾函之用語⁴。實務上最常見的例子，係關係企業母公司為協助子公司獲得銀行融資，乃開立支持函向銀行表示對其子公司之支持。如銀行因此貸款與子公司，則形成**母公司（出具人、提供支持之人）、銀行（收受人、債權人）與子公司（受支持之人、主債務人）**之三方當事人關係。

「支持函」一詞，並非法律概念，而只是此一制度的統稱（Sammelbegriff）⁵，按其內容之不同，其涵蓋之類型光譜，可以從完全不具法律效果之善意表示（good-will-Erklärung），一路涵蓋到使出具人承擔類似保證或擔保責任之契約⁶。

¹ 英語有使用 letter of awareness、letter of intent、letter of responsibility。

² 法語有使用 lettre de patronage; lettre d'intention; lettre de confort，參見 Grimm, Die Patronatserklärung, 2019, S. 41 (Fn. 108); Reuter, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Patronatserklärungen, RIW 2018, 339, 342.

³ 在德語系國家，主要使用 Patronatserklärung 一詞，字面意思為支持表示。此一詞彙源於法語動詞 patronner，有支持（eintreten für）之意。德語之所以使用「支持表示」一詞，主要著眼於其不一定必然以書面形式為之，而容有以口頭方式表示之可能。除此之外，文獻上亦有稱之為「支持契約」（Patronatsvertrag）或「支持約定」（Patronatsvereinbarung），此等用語則具有法律上之評價，相關說明參見 Grimm, (Fn. 2), S. 41 (Fn. 108).

⁴ 最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定之用語。

⁵ Grimm, (Fn. 2), S. 41; Hoffmann, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht, 1989, S. 6; Koch, Die Patronatserklärung, 2005, S. 5; Rüßmann, Harte Patronatserklärung und Liquiditätszusagen, 2006, S. 22.

⁶ BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298; Grimm, (Fn. 2), S. 41; OGH, Urteil v. 11. 07. 1985 – 7 Ob 572/85, SZ 58/127; Honsell, OR BT, 10. Aufl., 2017, S. 432 f.; P. Bydlinski, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB

為突顯支持函涉及之法律問題，本文擬藉由以下兩則最高法院裁判，凝聚問題意識：

（一）最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決

在最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決，訴外人亞洲農牧公司是被告上訴人台糖公司與中華開發公司百分之百轉投資之 CDIB 公司分別持股 45% 與 55% 的子公司，其透過台糖公司與中華開發公司共同出具之支持函，從上訴人永豐銀行取得半年短期融資貸款 700 萬美元，該支持函記載如下內容：「鑒於貴公司同意貸放融資予亞洲農牧公司，我們個別確認：於融資期間，中華開發將會盡最大努力使 ASIA（即 CDIB 公司）維持其對亞洲農牧公司之持股；**台糖將繼續維持與 ASIA（即 CDIB 公司）共同持有亞洲農牧公司百分之百股份之地位；我們對於亞洲農牧公司的財務與營運關係，亦將繼續維持。**我們進一步確認，我們會依相關中華民國法律，**盡最大之努力去採取一切合理的行動，以使亞洲農牧公司隨時如期償付其財務上的義務。**」

亞洲農牧公司在償還 300 萬美元後陷入財務困難進入清算程序，最終未能償還剩餘借款。為此，永豐銀行以台糖公司為被告，起訴請求其應依支持函法律關係承擔類似保證或債務承擔之責任⁷；台糖公司則以該支持函並非契約而僅係雙方應依誠實信用原則履行之協議為抗辯，主張其無庸承擔任何責任。

就此爭議，**臺灣臺北地方法院**認為，支持函欠缺民法保證之內容，被告台糖公司開立支持函僅原告永豐銀行是否放貸於亞洲農牧公司之「動機」，雙方並未達成債務承擔或保證契約之一致意思表示，故駁回原告訴訟上之請求⁸。

Kurzkommentar, 5. Aufl., 2017, § 1344 Rz 3; Pestalozzi, in: Widmer Lüchinger/Oser, Basler Kommentar Obligationenrecht, Bd. 1, 7. Aufl., 2020, Art. 111 N 35.

⁷ 最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決。

⁸ 臺灣臺北地方法院 95 年度重訴字第 861 號民事判決。

本案上訴二審，**臺灣高等法院**駁回永豐銀行之上訴，其重申台糖公司應永豐銀行要求而出具之支持函「……表示將盡最大之努力，採取合理舉動，使亞洲農牧公司得以如期償還本件債務，並感謝上訴人貸款予亞洲農牧公司週轉之意，並無表示願擔任保證人或類似保證人或承擔債務之意思。從而上訴人依系爭文書所載內容，本於保證及債務不履行之法律關係，請求被上訴人如數給付上開款項，即無理由……」⁹。

案件經上訴三審，**最高法院**以原審法院就上訴人主張被上訴人未履行支持函約定義務致其受損害之主張「未於判決理由項下說明其取捨之意見，逕為上訴人不利之認定，有判決不備理由之違誤。其次，原判決論斷被上訴人係應上訴人之要求而與中華開發公司共同出具系爭文書予上訴人，**惟未敘明有何積極證據證明其事，尚嫌疏略。且對於系爭文書具有何種意涵及法律效力，原審均恕置不論，亦有可議。**¹⁰」從而廢棄原判決，並發回原審法院。

更審法院依舊認為系爭支持函並無台糖公司願為保證人之文義，故其無庸承擔保證人責任。判決理由另強調「矧兩造皆為本國公司，於為本件授信核貸時，非不得與被上訴人依本國民法有關連帶保證之規定明確約定，卻捨此不為，竟以迂迴方法使被上訴人出具並無連帶保證或保證關係文義之系爭文書，再將系爭文書予以曲解具有連帶保證之文義，上訴人之主張，自無可採。¹¹」

（二）最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定

最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定，其案例事實略為：福聚公司係被上訴人李長榮化學工業股份有限公司轉投資之子公司（持有福聚公司已發行有表決權之股份總數達 64.87%，迄至民國（以下同）102 年 6 月 17 日止已逾福聚公司已發行有表決權之股份總數二分之一），其因有融資需求向上訴人富邦銀行與安泰銀行申請融資借款。

⁹ 最高法院97年度台上字第419號民事判決。

¹⁰ 最高法院97年度台上字第419號民事判決。

¹¹ 臺灣高等法院97年度重上更（一）字第56號民事判決。

以富邦銀行授信部分為例¹²，為支持福聚公司，被上訴人應上訴人富邦銀行要求，經其董事會決議，於 102 年 6 月 25 日開立系爭支持（承諾）函，富邦銀行於收受後，於 102 年 7 月 1 日同意動撥新臺幣（下同）2 億 5,000 萬元於福聚公司。系爭支持函第 3、4、5、7 條約定：「提供福聚公司必要之管理，並全力協助及督促福聚公司維持營運正常及履行所有債務。」、「於福聚公司無法履行其對本授信額度之還款或付息義務時，**立承諾函人將基於主要股東的立場，並盡合理之努力，以包括但不限於現金增資或其他可行之方案，協助福聚公司履行其債務責任。**」、「維持對福聚公司之經營控制權……」、「本承諾函之簽署不得視為立承諾函人對福聚公司於授信合約下之債務負擔保證或責任。」福聚公司為借新還舊，曾於 103 年 3 月 31 日申請動撥 2 億 5,000 萬元，借款期限 103 年 3 月 31 日至 103 年 6 月 29 日，惟福聚公司於借款期間屆至後無法依約清償。其後，福聚公司發生財務問題，歷經債權人債務協商會議、申請重整及破產，最終臺灣臺北地方法院於 104 年 6 月 24 日宣告福聚公司破產。富邦銀行之破產債權額為 2 億 5,577 萬 4,183 元，扣除依分配表可得分配金額後，其債權受償不足額為 2 億 5,192 萬 6,928 元。

為此，富邦銀行起訴主張：其基於被上訴人出具系爭支持函後，始同意福聚公司動撥 2 億 5,000 萬元。其借款債權因福聚公司破產而受償不足所受之損害，乃因「被上訴人竟違反其於系爭承諾函中之承諾事項，於福聚公司營運與財務初陷困境時，未基於控制公司與主要股東立場，全力協助及監督福聚公司維持正常營運，及改善與強化福聚公司財務能力以履行債務責任……致使上訴人之債權未足額受償，而受有重大損害。爰依系爭致富邦承諾函第 3、4、5 條……及依民法第 231 條、第 226 條之規定」，請求被上訴人應給付上訴人 5,000 萬元本息。

李長榮化工公司則抗辯：富邦銀行係本於自身商業評估、判斷與決定而核准福聚公司動撥授信額度，與系爭支持函並無關連，並以「系爭承諾函明

¹² 為節省篇幅，安泰銀行之授信過程及其收受（內容類似）之支持函，請參照臺灣高等法院 108 年度重上字第 683 號民事判決。

文記載不得因簽署系爭承諾函視為被上訴人對福聚公司於授信合約下之債務負擔保證或任何責任，上訴人請求被上訴人就福聚公司未清償之債務本金及利息負損害賠償責任，顯無理由」。

本案經臺灣臺北地方法院審理駁回富邦銀行之訴後¹³，案經上訴臺灣高等法院，其基於以下理由，認為上訴無理由駁回上訴¹⁴：

第一，高院以被上訴人曾在董事會將出具支持函（支持福聚公司向銀行聯合貸款）一事列為決議事項為由，認定系爭支持函具有法律上拘束力。

第二，高院以系爭支持函載明「本承諾函之簽署不得視為立承諾函人對福聚公司於授信合約下之債務負擔保證或責任」，故被上訴人「係於不代為履行債務及不負擔福聚公司違約責任下，在客觀上以合理、盡力之方式協助福聚公司勞運維持及還款之履行」。

第三，「系爭承諾函僅記載被上訴人以提供『合理之努力』、『合理的作為』為其所承諾履行之義務，足見系爭承諾函並無承擔及保證福聚公司之借款債務之約定……故兩造間之系爭承諾並無從作為被上訴人就福聚公司與上訴人間借款之清償乙事，成立債務拘束契約之意。」

第四，就上訴人主張「被上訴人尚須就福聚公司之借款債務無限制的對福聚公司挹注及提供資金，以履行福聚公司對上訴人之還款義務」，高院認為如此主張將使「本件被上訴人應負擔之義務，猶甚於福聚公司，形同無限保證責任，上訴人請求被上訴人賠償之損害，更係其等因福聚公司破產而未能受償之福聚公司借款本息及違約金，已超越控制公司應負擔義務範圍，及系爭承諾函約定不代為履行債務及不負擔福聚公司違約責任之範圍，故上訴人此部分請求，尚非有據。」

第五，「兩造僅約明被上訴人應盡合理之努力，以提現金增資、股東墊款或保證方式協助福聚公司取得資金。而被上訴人已依系爭致富邦承諾函第1、2條約定對福聚公司提供15億元資金、出具股東債權居次同意書，並接受福聚公司調派之間置人力並支付費用，以協助福聚公司營運及提供相當之

¹³ 臺灣臺北地方法院107年度重訴字第144號民事判決。

¹⁴ 參見臺灣高等法院108年度重上字第683號民事判決。

協助等情，業如上述，應認被上訴人盡合理努力及履行義務，上訴人所生損害與被上訴人之行為無因果關係。」

本案經上訴三審，最高法院認為上訴人「未表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。¹⁵」

（三）問題的提出

綜觀此二案件，可以發現，當事人在訴訟上爭執的焦點始終在於：母公司是否因出具支持函，須對於貸款給自己子公司的銀行承擔一定責任？核心的攻防則在於支持函究竟是否係民法上之保證或債務承擔？對此問題，我國法院基本上都持否定看法。在此產生的疑問是：縱使個案中之支持函無法被評價為保證契約或債務承擔，但此是否可以完全排除支持函有成立其他契約型態之可能？退步言之，縱認為系爭支持函欠缺契約上之拘束力，但支持函之出具人是否完全無庸承擔任何責任？在回答此二關鍵問題前，有必要確定的是，所謂「支持函」，是否係一確定的概念，抑或其有諸多類型態樣？蓋若支持函本身就有諸多型態，則單以「支持函」一詞即認定其有無或有何效力，未免武斷，事實上，前開兩案所涉及的支持函，其內容就有明顯差異。

為妥適處理以上問題，筆者認為應依序釐清以下問題：首先，到底何謂「支持函」？又此制度之發展歷史，以及其被廣泛使用的原因，均有說明必要。其次，國內外常見的支持函，究竟記載了哪些內容？不同內容之支持函，究應如何理解？如認為部分類型之支持函具有法律上之拘束力，則有待深究的是，此等支持函之出具人究竟負有何等（契約）義務？又，如有義務違反情事，其應負何等違約責任？相反地，縱認為部分類型之支持函的當事人並無締約之意思，出具人是否無庸承擔任何責任？亦有討論必要。

¹⁵ 最高法院111年度台上字第96號民事裁定。

二、研究範圍與論述脈絡

(一) 研究範圍

關於支持函制度，前開國內裁判所涉及者，僅支持函的一種型態。如按支持之表示究係向何人為之而為分類，前開支持函在國外文獻上被稱為「外部支持函」(externe Patronatserklärung)，其特徵乃該支持之表示係向債權人(如放款於子公司之銀行)所為。如支持之表示係向尋求支持之人(如子公司)所為，一般稱為「內部支持函」(interne Patronatserklärung)¹⁶。另外，還有一種向不特定多數人表達支持特定人的類型(Patronatserklärung ad incertas personas)¹⁷，此類支持之表示經常出現於關係企業母公司以召開記者會的方式向大眾表達對於其子公司財務之支持。雖然支持函(或稱支持表示)有以上不同之類型，但礙於篇幅，本文擬先將研究重心置於前開國內法院曾處理之「外部支持函」，至於另外兩種支持函，筆者將另為文討論。以下所稱之「支持函」，專指外部支持函，合先敘明。

(二) 論述脈絡

為完整處理(外部)支持函涉及之法律問題，本文先從支持函的發展歷史談起(貳、一)，兼而分析其使用誘因及範圍(貳、二)，並歸納國內外常見之支持函(貳、三)，將其予以類型化(貳、四)。其後再參考比較法上之分類，將支持函分成強、弱支持函兩種型態，以利後續之討論。

關於**強支持函**，有鑑於其濃厚的擔保性格，故本文先透過觀察其給付義務之內涵，分析其與傳統人保間之異同，並輔以比較法上之發展，嘗試對強支持函為契約定性(參、一及二)。其次，強支持函制度是否在我國法律體系有承認之空間？尤其公司不得擔任保證人之規定(公司法第16條第1項

¹⁶ 德國討論「內部支持函」之專門著作，參見 Junggeburth, *Interne harte Patronatserklärungen als Mittel zur Insolvenzabwehr*, 2009.

¹⁷ E. Wagner, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *HGB*, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, *Bank- und Börsenrecht IV* Rn. 661 ff. 德國專門著作，參見 Thiekötter, *Die Patronatserklärung ad incertas personas*, 1999; Koch, (Fn. 5), S. 534 ff.

規定參照），是否可能阻礙我國承認此一制度？（參、三）。如認為強支持函在我國有承認空間，支持函之收受人究竟有哪些權利可以主張？出具人面對此等權利之主張，又得提出何等防禦？此涉及強支持函當事人間之權利義務，屬於核心討論重點（參、四及五）。最後，出具人在給付後之求償問題，本文亦將一併討論之（參、六）。

至於**弱支持函**，本文將按不同類型之弱支持函分別探討其內涵與效力，納入討論的型態包括：承諾不為一定行為之支持函（肆、一）、承諾應為一定行為之支持函（肆、二），以及確認具有法律上重要性事實之支持函（肆、三）。

在結論部分，本文將總結研究成果（下述伍）。

貳、支持函概說

一、歷史發展

支持函在歷史上的發展，依據普遍的看法，其約莫在二十世紀中葉發源自美國銀行實務，並且被認為是一種新興的擔保工具¹⁸。不久之後，歐陸各國也開始接觸到此一制度，德國實務大約在 1960 年代開始使用支持函¹⁹，義大利、法國、比利時，以及奧地利等國，則大約在 1970 年代開始認識支持函制度²⁰。

在早期，支持函具有濃厚規避法律的色彩，其最初旨在迴避那些用以規制典型擔保之相關法規。以德國為例，最具代表性的例子²¹，乃規避資產負

¹⁸ 有文獻考據，持股與控制之支持函，早在1924年即曾出現在美國裁判實務，不過也有認為英美法直到1980年代才對支持函有類型化的研究，相關介紹，參見Wolf, Die Patronatserklärung, 2005, S. 38.

¹⁹ Grimm, (Fn. 2), S. 37; Koch, (Fn. 5), S. 3; Wolf, (Fn. 18), S. 39.

²⁰ 相關介紹參見Wolf, (Fn. 18), S. 39.

²¹ 其他如規避稅務或外匯法規，或是銀行作為開立支持函之人所涉及的銀行監管規定等，詳可參閱Koch, (Fn. 5), S. 39 ff., 46 f., 50 ff.; auch Grimm, (Fn. 2), S. 37-39.

債表之「附註義務」(Vermerkplicht)²²。蓋依 1965 年生效之股份法 (Aktengesetz, AktG) 第 151 條第 5 項第 1 句規定²³，股份有限公司須於資產負債表附註以下事項：1. 發行與轉讓匯票之債務；2. 承擔保證、匯票與支票保證之債務；3. 源於擔保契約之債務；4. 為他人債務設定擔保之責任。此一規定旨在揭露股份有限公司之潛在債務。因為此等關於提供擔保之附註不利於財報，而有影響公司取得融資之可能，故公司開始使用支持函取代典型之擔保，以迴避此一附註義務。在當時，的確曾有一段期間，支持函取得規避法律的「成效」，但隨著支持函之非典型人保地位的確立，德國通說大約在 1970 年代即認為股份有限公司開立支持函時，亦應將其附註於資產負債表²⁴。就在支持函逐漸失去規避法律的使用誘因後，眾人本以為其將猶如曇花一現，但實務的回應卻出乎意料之外，實務上反而開發出各式各樣效力較弱的支持函以資回應，由於這類型之弱支持函，並非嚴格意義之擔保，故其不受那些規範擔保權利之法規的限制。自此，支持函在褪去規避法律的外衣之後，強支持函便被納入人保體系，取得與傳統人保相提並論的地位，弱支持函則成為關係企業母公司以其經濟實力與聲譽支持子公司的軟性擔保。

回頭觀察我國實務，支持函雖然也在銀行實務被廣為熟知，甚至銀行多有制式之支持函，但迄今進入法院的案例，屈指可數。推究其原因，一方面，因支持函而涉訟者，以關係企業間之支持關係為例，一般都是子公司已受破產宣告的情形，若集團母公司提前介入，子公司或許不至於淪落於此，故非不得已，債權銀行不致於以支持函作為實現債權的手段。另一方面，或也是

²² Koch, (Fn. 5), S. 35 ff.

²³ § 151 Abs. 5 S. 1 AktG: „In der Jahresbilanz sind, sofern sie nicht auf der Passivseite auszuweisen sind, in voller Höhe gesondert zu vermerken 1. Verbindlichkeiten aus der Begebung und Übertragung von Wechsel; 2. Verbindlichkeiten aus Bürgschaften, Wechsel- und Scheckbürgschaften; 3. Verbindlichkeiten aus Gewährleistungsverträgen; 4. Haftung aus der Bestellung von Sicherheiten für fremde Verbindlichkeiten. ...“ 此一規定其後雖被刪除，但此附註義務之規定，被移到德國商法典 (HGB) 第 251 條第 1 句，並普遍性地適用於商人。

²⁴ 相關說明，參見 Koch, (Fn. 5), S. 36.

對於此一制度的不瞭解，蓋相較於國外討論支持函的文獻汗牛充棟，我國至今仍未有專門討論支持函之文獻。

另觀察我國法院對於支持函制度的瞭解，最高法院首次針對支持函而為裁判者，乃前引 97 年度台上字第 419 號民事判決，若從最高法院指摘「原審對於系爭文書有何種意涵及法律效力，恣置不論，亦有可議等理由」，最高法院似乎也不甚瞭解系爭支持函有何效力，甚至更審法院還指責兩造當事人本得「依本國民法有關連帶保證之規定明確約定，卻捨此不為，竟以迂迴方法使被上訴人出具並無連帶保證或保證關係文義之系爭文書，再將系爭文書予以曲解具有連帶保證之文義」，此更忽視支持函普遍使用之國際擔保實務的現實（尤其本案涉及之支持函原本係以英文書面呈現）。相較於此，在最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定一案，原審法院積極肯定系爭支持函之法律上拘束力，並且詳論其（契約）義務內涵，暫且不論其見解的妥適性，對於我國承認支持函制度之歷史進程，可謂向前邁進了一大步。

近來國內還有一件值得關注的案例，即英穩達公司在 2021 年 12 月 1 日經法院宣告破產，據報載有 7 家銀行一共貸款英穩達 18.7 億元，當初貸款時，英穩達便是憑藉母公司英業達（持股英穩達 47% 股份）之信譽，在未提供任何擔保情況下取得貸款，如今業界也開始討論系爭支持函能否成為銀行降低損失的最後浮木²⁵。目前雖無法知悉系爭支持函之內容，但若此案最後進入法院，可以預期支持函的效力問題，勢將成為當事人訴訟攻防的焦點，甚至可能開啟支持函制度的討論契機。

²⁵ 黃亦筠、盧沛樺（12/09/2021），〈子公司破產，英業達、經濟部甩鍋 銀行苦吞 18 億，其實是自找的？〉，《天下雜誌》，https://www.cw.com.tw/article/5119241?utm_source=fb_cw&utm_medium=social&utm_campaign=fb_cw-social-daily-211210-5119241&fbclid=IwAR3zzU6mnyzQqQYd0_9kQj5D3DBdoM17EnPjDj2f4YT96kIoIoQBcA4POd4（最後瀏覽日：08/24/2022）。

二、使用誘因與範圍

(一) 使用誘因

關於實務上使用支持函的動機，可從支持函之三方當事人利害關係而為分析。以下以母公司使用支持函協助子公司獲得銀行融資的情況為說明：

首先，對於**受支持函支持的子公司**而言，其乃支持函使用關係中直接獲益之人，蓋其可以藉由支持函，獲得母公司經濟實力的加持，在未提出足夠之擔保的情況下獲得銀行融資²⁶。

對於**使用支持函之母公司**而言，若從宏觀企業經營的角度，其可透過支持函讓旗下子公司易於獲得銀行融資，而有助於整個關係企業(或集團企業)的發展與佈局。另從微觀的角度，支持函在早期固然被認為具有規避法規的功能，但隨著其被更細緻地分類與研究，其不僅在擔保實務已佔有一席之地，而且提供擔保義務人諸多的彈性。基於支持函內容的多樣性，母公司可以評估子公司欠缺擔保的情況，以及自身擬介入子公司未來履約爭議的程度，使用不同類型的支持函。若母公司有意擔保子公司債務之履行，其得選用強支持函，而不同於傳統人保之擔保義務人(如保證人)須對擔保權利人(債權人)負直接給付責任，強支持函出具人(母公司)之義務僅在於補充主債務人(子公司)之財務，且擁有補充方式的選擇自由²⁷，其得以自身資金挹注子公司財務，也可以引介第三人對於子公司提供經濟援助，從而美化財報²⁸。另外，對於母公司更有吸引力者，乃弱支持函的使用，蓋若母公司藉由其實力與信譽而以弱支持函協助子公司取得銀行融資，由於弱支持函並非嚴格意義之擔保，故母公司不僅無須遵守那些專用以規制傳統人保之規定，而且更不因弱支持函的使用而承擔過重的責任，因此對於母公司極其有利。

相較於關係企業的母、子公司，**銀行**一般較無接受支持函之誘因，蓋於子公司順利還款時，此固然眾人稱幸；但若不幸子公司無力償還債務，銀行

²⁶ Grimm, (Fn. 2), S. 46.

²⁷ Koch, (Fn. 5), S. 56.

²⁸ Koch, (Fn. 5), S. 56.

將承受極大的風險。此一風險主要肇因於法院裁判的不確定性，其主要源於兩個面向：一來，各國法院在剛開始接觸支持函爭議時，經常因為對於制度的不熟悉，而有質疑甚至全盤否定其效力的情況²⁹，然此等根本性否定支持函擔保效用的看法，等於直接宣告銀行須承受債權無法實現的風險。二來，縱使法院開始接受此一普及於國際擔保實務的制度，甚至針對各類支持函之效力已有穩定見解，但因支持函內容不盡相同，而且使用的文字經常抽象且概括，故法院在確定個案中之支持函的類型，以及解釋其內容及效力的過程，時常存在著高度的不可預測性³⁰，典型的爭議，即銀行以為自己拿到的是強支持函，但法院卻認定其為弱支持函。除此之外，縱使銀行取得的是強支持函，但強支持函並未賦予銀行可以直接請求母公司給付之權利，故銀行一般仍偏愛傳統人保而非強支持函³¹。

儘管有以上的風險與不便，但銀行為了維持（或競爭）其與關係企業（集團企業）間之業務往來，有時不得不「妥協地」接受支持函³²，特別是當母公司是享譽盛名或資力雄厚的企業，銀行多半評估母公司不致於放任子公司違約或破產而自毀聲譽，故較能安心接受支持函而放款於子公司³³。由此可知，支持函出具人之經濟實力的強弱，也會影響支持函使用之型態，蓋面對經濟實力強大的母公司，銀行一般僅能妥協接受風險性較高的弱支持函，而經濟實力較弱的母公司（或一般私人）則較容易在銀行的要求下提供強支持函以供擔保。

²⁹ 如前引最高法院97年度台上字第419號民事判決一案之歷審法院見解。德國法院早期明確否定支持函效力之判決，參見LG München I, Urteil v. 02. 03. 1998 – 11 HKO 20623/97, WM 1998, 1285.

³⁰ Grimm, (Fn. 2), S. 45; Saenger, Patronatserklärungen – Bindung und Lösungsmöglichkeiten, in: FS Eisenhardt, 2007, S. 491.

³¹ Koch, (Fn. 5), S. 56.

³² 文獻上有稱（強）支持函是一種妥協的擔保（Kompromissicherheit），參見Grimm, (Fn. 2), S. 47; Koch, (Fn. 5), S. 56 (Fn. 223).

³³ Saenger, (Fn. 30), S. 491.

（二）使用範圍

支持函雖然經常被使用於**關係企業母公司協助子公司貸款**的情況，但觀察國外實務的發展，支持函的使用範圍，並不以此為限³⁴。例如，在德國聯邦法院（Bundesgerichtshof, BGH）2017年1月12日的一則裁定³⁵，其涉及之支持函，即母公司為擔保子公司對於瓦斯供應業者所負之支付義務所開立。又，母公司以支持函擔保子公司承租營業場所之租金給付義務，在德國租賃實務亦屬常見³⁶，近年來 Covid-19 疫情肆虐下，德國不少承租人因收入銳減而無力支付租金，而當初母公司為子公司出具之支持函，近期也成為出租人確保其租金債權實現的重要工具³⁷。

再者，德國 Düsseldorf 高等法院（OLG Düsseldorf）在 2002 年 11 月 14 日作成的一則判決³⁸，原、被告間甚至沒有任何書面函件，僅有被告口頭之支持表示，原告便是基於該支持表示而承接訴外人之工程。由此案事實可獲得兩項啟示：1. 支持函具有一般性增加他人締約意願的功能。2. 支持「函」雖以書面形式為大宗，但不排除以口頭方式為之。

另於德國 Rostock 高等法院（OLG Rostock）2004 年 12 月 16 日作成的判決³⁹，其案例事實甚至涉及一名父親為使其兒子能獲得他人借款，於是開立支持函作為借款之擔保。由此可知，支持函亦可作為**一般私人提供之擔保工具**。

值得一提的是，奧地利最高法院（Oberster Gerichtshof, OGH）在 2000 年 2 月 23 日作成的一則判決⁴⁰，其事實涉及被告為使訴外人等取得前往奧地利之簽證，乃向原告（奧地利共和國）出具一紙書面聲明，表示願負責訴

³⁴ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 10. Aufl., 2021, Rn. 1751.

³⁵ BGH, *Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16*, NJW-RR 2017, 298.

³⁶ OLG Brandenburg, *Urteil v. 19. 09. 2007 – 3 U 129/06*, BeckRS 2008, 00837.

³⁷ R. Schultz, in: *Schach/Schultz/Schüller*, BeckOK Mietrecht, 28. Edition, 2022, § 535 Rn. 5339 ff.

³⁸ OLG Düsseldorf, *Urteil v. 14. 11. 2002 – 12 U 47/02*, BeckRS 2002, 12549.

³⁹ OLG Rostock, *Urteil v. 16. 12. 2004 – 1 U 28/04*, BeckRS 2004, 30347843.

⁴⁰ OGH, *Urteil v. 23. 02. 2000 – 7 Ob 323/99x*.

外人等之旅遊期間所生費用，並承諾就訴外人等因入境、停留、出境之相關費用（包括照護醫療費用）對於奧地利共和國、各邦、縣市或其他公法人負起責任。這類為符合當時外國人法（Fremdengesetz, FrG）第 10 條第 3 項第 2 句規定⁴¹要求之義務承諾，奧地利最高法院認定其性質上並非其民法第 880a 條所定之擔保契約，而是性質上具有從屬性格之支持函⁴²。由此判決可知，支持函的使用範圍，還可能包括**對於公權力主體的承諾**。

三、常見的內容

筆者蒐集國內、外裁判實務及文獻提及之支持函，按其內容態樣，羅列如下：

【表一】

編號	內容
1	我們願隨時作為子公司的後盾 ⁴³ 。
2	我們知悉子公司向您貸款，且敬表同意 ⁴⁴ 。
3	我們信賴子公司的經營管理 ⁴⁵ 。

⁴¹ § 10 Abs. 3 Z 2 FrG 1992: „Die Behörde kann einem Fremden trotz Vorliegens eines Sichtvermerksversagungsgrundes gemäß Abs. 1 Z 2 oder 3 oder gemäß Abs. 2 einen Sichtvermerk erteilen, ... 2. wenn auf Grund der Verpflichtungserklärung einer Person mit ordentlichem Wohnsitz oder Sitz im Bundesgebiet die Tragung aller Kosten, die öffentlichen Rechtsträgern durch den Aufenthalt des Fremden entstehen können, gesichert erscheint.“

⁴² OGH, Urteil v. 23. 02. 2000 – 7 Ob 323/99x.

⁴³ Filz, in: Gehrlein/Graewe/Wittig, Das Recht der Kreditsicherung, 11. Aufl., 2023, § 9 Rn. 240; auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 07. 08. 1992 – 15 U 123/91, WM 1992, 486, 487: „... übergeben wir Ihnen die gewünschte Loyalitätserklärung, aus der hervorgeht, daß unsere Gesellschaft voll und ganz hinter dem Engagement der neu zu gründenden C-GmbH ... steht.“

⁴⁴ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 240; Fried, Die weiche Patronatserklärung, 1998, S. 28.

⁴⁵ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 240: „Die Geschäftsleitung genießt unser vollstes Vertrauen.“

4	我們現在對於子公司持股計……% ⁴⁶ 。
5	我們對於子公司各項事務具有控制力 ⁴⁷ 。
6	依子公司之財務狀況，應有能力償還對您所負之借款 ⁴⁸ 。
7	在子公司貸款期間，我們不打算變更或減少對子公司之持股 ⁴⁹ 。
8	維持子公司信用，符合我們的商業策略 ⁵⁰ 。
9	為維持我們的聲譽，我們將視子公司之事務，如同自身事務 ⁵¹ 。
10	在子公司貸款期間，我們將 不改變或減少 對於子公司之持股比例 ⁵² 。
11	我們將 不會減損 子公司對您償還借款之能力 ⁵³ 。
12	若我們打算改變對於子公司之持股比例，我們將 立即通知 您 ⁵⁴ 。
13	若子公司之財務狀況有所改變，我們將通知您 ⁵⁵ 。
14	我們願 發揮 對於子公司之影響力，使其履行對您所負之債務 ⁵⁶ 。
15	我們將 關注 子公司隨時能夠償還對您所負之債務，並 監督 其對於您所負債務之履行 ⁵⁷ 。

⁴⁶ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 242; Fried, (Fn. 44), S. 118.

⁴⁷ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 242; Grimm, (Fn. 2), S. 93.

⁴⁸ OLG Düsseldorf, Urteil v. 14. 11. 2002 – 12 U 47/02, BeckRS 2002, 12549.

⁴⁹ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 247.

⁵⁰ OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 19. 09. 2007 – 4 U 22/07, BeckRS 2007, 15775: „Die A ... als Mitglied des B-Konzerns und mittelbar verbundenes Unternehmen der C GmbH bestätigt, dass es der Geschäftspolitik der A entspricht, die Kreditwürdigkeit der C GmbH zu aufrechtzuerhalten.“

⁵¹ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 242; Grimm, (Fn. 2), S. 95.

⁵² Grimm, (Fn. 2), S. 84: „Wir werden das zwischen uns und unserer Tochtergesellschaft bestehende Beteiligungsverhältnis während der Kreditlaufzeit nicht (bzw. nur mit Ihrer Zustimmung) ändern.“

⁵³ Grimm, (Fn. 2), S. 88.

⁵⁴ Grimm, (Fn. 2), S. 84; Koch, (Fn. 5), S. 350.

⁵⁵ Fried, (Fn. 44), S. 28; Mosch, Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung, 1978, S. 68.

⁵⁶ OGH, Urteil v. 11. 07. 1985 – 7 Ob 52/85.

⁵⁷ OLG Brandenburg III, Urteil v. 19. 09. 2007 – 3 U 129/06, BeckRS 2008, 837 (Rn. 12):

16	我們將在子公司完全償還對您的借款前，負責 補充子公司之財務 ，使其隨時能夠履行對您所負之債務 ⁵⁸ 。
17	我們有義務 補充我們子公司之財務 ，使其能夠如期清償對您所負現在及將來所有之債務 ⁵⁹ 。
18	我們是 S 有限公司唯一的股東。 我們有義務對於 S 公司提供必要之資金，使其能夠遵守對您所負契約義務之履行 。此支持表示有效期限到…… ⁶⁰ 。
19	「……一、本公司承諾於本授信案存續期間內，本公司（含關係企業）應隨時持有合計達借款人全部已發行股份總數至少……%之股份，並維持對借款人之經營控制權。二、本公司承諾確保借款人隨時維持良好之經營狀況；若 借款人無法履行其就本授信案

„... dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschaft ihre Mietzinsverpflichtungen gegenüber dem Verkäufer erfüllt...“.

⁵⁸ BGH, Urteil v. 22. 09. 2009 – XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 (Rn. 14): „die Erklärung vom 20. 3. 2000, mit der die Bekl. die uneingeschränkte Verpflichtung übernommen hat, dafür Sorge zu tragen, dass die W finanziell so ausgestattet wird, dass sie ihren Verpflichtungen gegenüber der Kl. fristgemäß nachkommen kann...“; BGH, Urteil v. 30. 01. 1992 – IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127: „Im übrigen übernehmen wir hiermit Ihnen gegenüber unwiderruflich die uneingeschränkte Verpflichtung, auf unsere Tochtergesellschaft in der Zeit, in der sie den bei Ihnen in Anspruch genommenen Kredit nicht vollständig zurückgezahlt hat, in der Weise Einfluß zu nehmen und sie finanziell so auszustatten, daß sie stets in der Lage ist, ihren gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber fristgemäß nachzukommen. Diese Erklärung unterliegt österreichischem Recht.“

⁵⁹ Kulke, in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2009, § 31 Rn. 97: „Wir verpflichten uns, unsere Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber fristgemäß nachzukommen.“

⁶⁰ BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298: „Wir, die alleinige Gesellschafterin der S-GmbH, verpflichten uns hiermit, der S-GmbH die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen, dass sie ihrerseits den vertraglichen Verpflichtungen gem. mit ihrem Haus vereinbarten Zahlungsplan einhalten kann. Die vorliegende Patronatserklärung ist zeitlich bis zum 15.8.2007 befristet.“

	下之還本付息或其它任何支付義務時，本公司應採行必要之行為，使借款人取得必要之資金以如期履行其就本授信案下清償義務。 ⁶¹ 」
20	「……須隨時維持對借款人（即福聚公司）半數（含）以上之合計董監事席次及對借款人之經營控制權」、「……若借款人無法履行其對貴行還款付息之義務，本公司將基於股東的立場盡合理之努力，包括但不限於提供現金增資、股東墊款或保證方式，協助借款人取得必要之資金以履行其對貴行還款付息之義務。」、「本支持函之簽署不得視為立書人對借款人於本授信案及其相關文件之債務負擔任何保證責任。 ⁶² 」

※ 資料來源：作者自行製作。

四、類型歸納

觀察以上支持函內容，本文將其歸納為以下幾種類型：第一類支持函，涉及**不具法律上重要性之通知**（編號 1-3），常見的記載，例如母公司以支持函表示願作子公司後盾（編號 1），或知悉（或同意）子公司向銀行貸款（編號 2），或信賴子公司之經營管理（編號 3）。

第二類支持函則**提供具有法律上重要性之事實資訊**。此等事實，有涉及出具人與被支持者間之關係者，例如確認母公司對於子公司之持股比例（編號 4），或母公司對於子公司之影響力（編號 5）；有確認被支持者之財務狀況，例如表明子公司之財務有能力償還所負之債務（編號 6）；亦有聲明出具人之商業策略，例如表明在子公司貸款期間，不打算改變或減少對於子公司之持股（編號 7）、維持子公司信用符合自身商業策略（編號 8），或為維護自己聲譽，將視子公司之事務為自身事務（編號 9）等。

⁶¹ 國內某銀行之制式支持函。

⁶² 臺灣高等法院108年度重上字第683號民事判決一案被上訴人致安泰銀行之支持函。

第三類支持函，涉及**將來應為一定行為或不為一定行為之承諾**。其中，**承諾不為一定行為者**，例如承諾子公司貸款期間，不改變或減少對於子公司之持股（編號 10），或不損及子公司償還主債務之能力（編號 11）。**承諾應為一定行為者**，例如承諾於一定事實變化時（如將改變對於子公司之持股，或子公司財務狀況有惡化等），應立即通知支持函之收受人（編號 12-13）；另於實務上亦屬常見者，例如承諾發揮對於子公司之影響力（編號 14）或持續關注子公司（編號 15），以敦促其履行債務。

至於第四類支持函，雖也涉及應為一定行為之承諾，但其與第三類支持函不同之處在於，**出具人進一步承諾負有補充（支持）主債務人財務之義務，並使其能順利履行對支持函收受人所負之債務**（編號 16-20）。

由以上觀察可知，支持函之內容五花八門，其有明顯欠缺法律效力而僅為善意之表示者（編號 1-3），但更多的情況，支持函則是具有一定法律效力之函件，其有時用以確認交易上具有重要性之事實（編號 4-9）；有時係有法律上拘束力之承諾，並有將其評價為契約之空間（編號 10-20），而其中部分支持函所涉及之承諾，更具有擔保他人債務履行之功能，得與傳統人保相提並論。

由此可知，**討論支持函之性質與效力時，不應單以「支持函」（Letter of Comfort）一詞，即逕認其有（或無）特定效力，而應詳究個案支持函之內容**。至於如何確定個案支持函之內涵，此涉及**意思表示（契約）之解釋問題**。

關於此一解釋問題，由於支持函的使用，本有透過創造性的模糊來迴避責任或取代傳統人保之意圖⁶³，故支持函內出現「不減損主債務人償債能力」、「發揮影響力」、「關切監督主債務之履行」、「補充我們子公司之財務狀況」、「提供必要的經濟手段」等抽象文字，自然不足為奇。因此，如何確定個案中支持函之內涵與效力，經常困擾著各國法院實務。

此一解釋困難的現象，在我國或許更為嚴重，蓋實務上使用之支持函，經常取材翻譯國外契約函件，故縱使內容看似雷同，但翻譯過程，難免存在

⁶³ Grimm, (Fn. 2), S. 45; Saenger, (Fn. 30), S. 491; auch Pestalozzi, (Fn. 6), Art. 111 N 35.

語意落差，若再加上譯者未必具有法律專業背景，則其是否意識到原件使用之文字或其翻譯選用之詞彙在法律上之意義，更有疑問。另一方面，即使翻譯內容忠於原件，但此一源於美國銀行實務的「舶來品」，究竟如何在繼受大陸法系的我國法律體系被理解，更是一大難題。因此，借鏡我國民法主要繼受的幾個國家（如德、奧、瑞等）對於支持函制度的詮釋，或可得到事半功倍之效。

關於此一解釋難題，在不同類型的支持函，存在著不同的關注重點。例如，提供一定事實資訊的支持函，其涉及者乃當事人間是否有締結契約之意思。承諾不為一定行為（不作為義務）或於有一定情事即應通知收受人（通知義務）之支持函，其解釋重點在於義務內涵之具體化（例如何謂「不減損子公司償還借款之能力」）。相較於此，承諾負有一定行為義務（通知義務以外）之支持函（編號 14-20），其在解釋問題上，更為棘手，蓋其內容皆以協助主債務人履行債務為目的，只不過在承諾採取的手段，有所不同，而探求出具人是否有補充主債務人財務之意思，至關重要，蓋其事關個案支持函，究竟僅係承諾發揮影響力的「弱」支持函，抑或應評價為「強」支持函。此一認定結果的不同，對於當事人而言，猶如天堂與地獄之別（詳如後述），也因此，支持函的使用向來被認為具有一定的射倖性⁶⁴。

在解釋支持函的內容時，應依一般意思表示（契約）之解釋原則，從而應按求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句（民法第 98 條規定參照）。所謂當事人之真意，並非當事人之內心主觀意思，而應居於意思表示受領人之地位（Empfängerhorizont）探求該客觀表示之價值⁶⁵。在個案中，支持函內使用之文字，乃意思表示（契約）解釋的起點⁶⁶，但其他像是公司內部決策開立支持函的過程，或當事人在開立支持函過程的磋商往來，亦屬解釋時應綜合考慮之事項。

⁶⁴ Grimm, (Fn. 2), S. 45.

⁶⁵ Wolf, (Fn. 18), S. 103. 王澤鑑（2022），《債法原理（一）：基本理論債之發生》，頁243，自刊。

⁶⁶ Merkel/Richrath, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, Bd. 2, 6. Aufl., 2022, § 77 Rn. 9.

以最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定中李長榮化工公司致富邦銀行之支持函為例，其關於「立承諾函人將基於主要股東的立場，並盡合理之努力，以**包括但不限於現金增資**或其他可行之方案，協助福聚公司履行其債務責任」之記載，其所例示協助福聚公司履行債務的手段，乃出具人以股東立場而為現金增資，此等內容似已得認為出具人有以自身資金補充福聚公司財務之承諾；另致安泰銀行之支持函「本公司將基於股東的立場盡合理之努力，**包括但不限於提供現金增資、股東墊款或保證方式**，協助借款人取得必要之資金以履行其對貴行還款付息之義務」，其例示手段，還包括股東墊款，甚至是由出具人擔任保證人（協助融資）等，此益證系爭支持函之強支持函性格。值得一提的是，原審法院在認定系爭支持函是否具有法律上拘束力時，仔細審酌李長榮化工公司曾在董事會將開立系爭支持函一事列為決議事項，從而認定其亦知悉支持函之具有法律上之拘束力，實值贊同。

相較之下，最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決之支持函，其關於「我們會……盡最大之努力去採取一切合理的行動，以使亞洲農牧公司隨時如期償付其財務上的義務」之內容，若單由其文義，尚難認為出具人有提供必要資金協助主債務人之意思，故除非開立支持函的磋商過程還有其他決定性的事實基礎，否則系爭支持函似僅能評價為承諾發揮影響力的弱支持函。

值得注意的是，以上歸納之支持函類型，在實務上經常有合併使用的情況，例如最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決涉及之支持函，即包括**維持（不改變）持股與發揮影響力**兩種「弱」支持函之內容；又如編號 19 及 20 的支持函，則兼具**維持（不改變）持股**之「弱」支持函與**盡力使借款人取得資金**之「強」支持函。在探求個案支持函之效力時，若其內容兼具強、弱支持函之內容，由於該補充主債務人財務之承諾，已提供收受人最直接之擔保效用，故其他弱支持函之記載，不具實質意義。相反地，只要個案支持函欠缺補充主債務人財務之內涵，該支持函僅能評價為弱支持函，而且縱使其集結所有類型之弱支持函內容於一身，亦無從使其「升級」為強支持函，至於其效力，則有必要探究其究竟包括哪些類型之弱支持函方能確定。

參、強支持函

若經意思表示之解釋，可以確認支持函的**出具有承諾補充（支持）主債務人財務，使其能履行主債務之意思**，本文將此類支持函稱為「強支持函」（harte Patronatserklärung）。關於強支持函，本文以下先觀察其**補充義務**（Ausstattungspflicht）之內涵（下述一），並在此基礎之上，探討強支持函之契約定性問題（下述二），兼而探討其於我國法制承認的可能性（下述三）。其後則將側重當事人間法律關係之討論，除了支持函收受人得主張之權利，出具有人面對收受人之權利主張得提出之防禦方法（下述四與五），本文亦將一併討論之。至於出具有人給付後之求償問題，將置於最後討論（下述六）。

一、給付義務之內涵

觀察強支持函之內容（編號 16-20），其乃**當事人約定由一方（出具有人）承諾補充第三人（主債務人）財務，使其能履行對他方（收受人）所負債務之契約**。分析此一給付義務之內涵，具有以下特殊之處：

1.就**給付之目的**，出具有人雖負有補充主債務人財務之義務，但其僅係確保主債務獲得清償之手段，主債務之完全受償才是最終目的⁶⁷，故此義務性質上屬於以發生一定結果為內容之債務，只要主債務未完全受清償，出具有人即難謂已履行其契約義務。相反地，若主債務自始未有效成立，或有嗣後消滅的情況，出具有人（不再）負有補充之義務，單由此點觀之，強支持函之補充義務乃片面依附於主債務而存在，具有類似於保證之從屬性格⁶⁸。

⁶⁷ Koch, (Fn. 5), S. 79; Rüßmann, (Fn. 5), S. 56 f.

⁶⁸ Habersack, in: Säcker/Rixecker/Oetker, MünchKomm BGB, Bd. 7, 8. Aufl., 2020, vor § 765 Rn. 53; Hoffmann, (Fn. 5), S. 28; OLG München, Urteil v. 24. 01. 2003 – 23 U 4026/02, BeckRS 2003, 1689 (II. 2.); a. A. OLG Nürnberg, Urteil v. 09. 12. 1998 – 12 U 2626/98, BeckRS 1998, 13415 (II. 2. a)); LG München I, Urteil v. 02. 03. 1998 – 11 HKO 20623/97, WM 1998, 1285; offengelassen von BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298 (Rn. 10 ff.).

2.就**給付之內容**而言，由於強支持函一般僅要求出具人補充主債務人之財務，而不會限定補充方式（例如「本公司應採行必要之行為，使借款人取得必要之資金……」（編號 19）或「本公司基於股東的立場盡合理之努力，包括但不限於提供現金增資、股東墊款或保證方式，協助借款人取得必要之資金……」（編號 20），故補充義務之履行，出具人擁有手段選擇之自由。常見的方式，例如直接借款給主債務人、為主債務人覓得融資機會、允許主債務人延期清償債務，或甚至免除其債務等；其他像是提供優惠價格之商品或交付生產設備增加主債務人之收益能力，亦屬可採取的手段。若主債務人是出具人之從屬公司，出具人亦得以增資方式挹注其財務。以上眾多可供採取的手段，出具人究竟採取其一，抑或併行採取，悉依其決定，收受人並無置喙餘地。

3.關於**給付對象**，雖然出具人對於收受人負有契約上之給付義務，但由於此義務涉及主債務人財務之補充，故實際給付對象為主債務人⁶⁹。另因強支持函之內容，一般不會約定主債務人有直接請求給付之權利⁷⁰，故主債務人從出具人獲得之給付（如取得借款），僅間接源於強支持函而生之利益⁷¹，因此，強支持函在性質上屬於不真正第三人利益契約⁷²。

4.就**給付之範圍**，鑑於出具人之給付義務，旨在補充主債務人之財務，並使其能履行對價關係之債務，故只要主債務未完全受清償，出具人之補充義務將持續到主債務完全受償為止。因此，縱出具人曾向主債務人提供資金，但若主債務人未以該資金清償主債務而挪作他用，例如向其他債權人清償

⁶⁹ Koch, (Fn. 5), S. 92 ff., 107.

⁷⁰ 強支持函當事人不約定主債務人有直接請求給付之權利，主要係為避免主債務人之債權人有對此權利強制執行之可能。

⁷¹ Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 21 (reflexartig); Nobbe, in: Nobbe, Kommentar zum Kreditrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 2018, Vor §§ 765 ff. Rn. 164; Rüßmann, (Fn. 5), S. 57 (als reiner Reflex).

⁷² Grimm, (Fn. 2), S. 112; Mosch, (Fn. 55), S. 133; Rüßmann, (Fn. 5), S. 57.

⁷³，或遭主債務人之其他債權人以強制執行程序扣押而無法清償主債務⁷⁴，出具人之補充義務仍不消滅。由此觀之，出具人之責任範圍，有可能超過主債務之數額，也因此，有文獻將此一補充義務形容成「無底洞」（Fass ohne Boden）⁷⁵或「無邊際」（uferlos）⁷⁶之責任⁷⁷。

5.最後，由於強支持函之補充義務，係為確保主債務人履行對於收受人所負之債務，故其具有擔保債務履行之功能。此一補充義務，也是讓強支持函得與傳統人保相提並論的關鍵。

二、契約定性

在確認強支持函之給付義務的內涵後，有必要進一步審視強支持函究竟應如何予以定性？由於此一問題事涉出具人應否承擔（或應負何等）責任，故經常成為當事人訴訟上攻防的焦點。以國內、外訴訟實務為例，收受人一般會主張支持函係民法保證或債務承擔而要求出具人應負相關責任。因此，比較分析強支持函與傳統人保間之異同，不僅有實際上之必要性，更有助於吾人思考其應如何定性的問題。為此，本文以下先分析強支持函與其他入保制度間之異同，再對其定性提出說明。

（一）非民法上之保證

強支持函乍看之下與民法保證有幾分神似，蓋由形式觀之，其與保證契約同屬由一方負擔給付義務之單務契約，且涉及三方當事人關係（出具人—收受人—主債務人）；另於實質面向，兩者皆具有確保他人債務履行之擔保

⁷³ 文獻將此風險稱為「轉遞風險」（Weiterleitungsrisiko）（暫譯），參見Grimm, (Fn. 2), S. 153.

⁷⁴ 其他可想像的情況，例如主債務人雖曾以該資金清償主債務，但其清償嗣後經主債務人之破產管理人撤銷（破產法第78、79條等規定參照）。德國案例參見BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298.

⁷⁵ Rummel, in: FS Doralt, 2004, 493, 503轉引自Grimm, (Fn. 2), S. 116.

⁷⁶ Tetzlaff, Patronatserklärungen – ein unkalkulierbares Haftungsrisiko für den Patron, ZinsO 2008, 337, 342.

⁷⁷ Koch, (Fn. 5), S. 116.

目的。惟若比較強支持函出具人與保證人之給付義務，仍可輕易發現兩者有以下不同之處：

1. 就給付之內容，保證人係於主債務人不履行債務時，由其代負履行責任，所謂「代負履行責任」，依國內多數見解，並非代負應履行之債務，而應解釋為保證人應就主債務之履行負其責任⁷⁸，故其給付內容一般涉及支付義務。至於強支持函出具人則須補充主債務人財務而使其能完全清償主債務，其性質上係以一定結果之發生為目的之行為義務，故二者有明顯不同。

2. 就給付對象，在強支持函的法律關係中，出具人雖然對於收受人（債權人）負有契約給付義務，但由於其實際給付之對象為主債務人，此與保證人須直接向債權人給付之情況，顯有不同。

3. 關於責任範圍，保證債務由於嚴格從屬於主債務，故保證人之責任範圍僅以主債務之數額為限。相對於此，強支持函契約之補充義務，固然也係為確保主債務之履行，但因補充義務僅於主債務完全受清償始告消滅，故不排除出具人最終所承擔之責任有超出主債務數額之可能。

由以上分析可知，強支持函之補充義務，無論是在給付之內容、對象，乃至於責任範圍，均與保證債務有所不同，故尚難將強支持函定性為民法保證。單就此點而論，我國法院認為支持函並非民法上之保證，洵屬的論。

（二）非擔保契約

若強支持函並非民法上之保證，那麼其能否定性為擔保契約？所謂「擔保契約」（*Garantievertrag*），係指一方對於他方於約定之擔保情事發生時應為一定給付之契約⁷⁹。一般認為，擔保契約乃「純粹之無名契約」（*Vertrag sui generis*），其與民法保證同屬確保他人債務履行之契約型態，兩者間之差別僅在於從屬性之有無。簡言之，保證契約只要褪去立法者有意附加的從屬性外衣（民法第 307、741、742、744 條規定參照），即為民法所未規定之擔保契約。在擔保契約的法律關係，其給付之內容與對象，皆與民法保證

⁷⁸ 史尚寬（2000），《債法各論》，頁876-877，中國政法大學出版社（簡體字版）。

⁷⁹ 最高法院94年度台上字第1134號民事判決。

無不同之處，亦即給付內容同樣涉及支付義務，給付對象則為債權人，此與強支持函之給付義務係一行為義務，實際給付對象乃主債務人之情況迥然不同。

另鑑於擔保契約之無因性格，擔保義務人之給付義務的發生，單純取決於約定擔保情事之發生，而與主債務之存否無涉。相對於此，強支持函之給付義務，雖然在責任的範圍上並未嚴格從屬於主債務，但基本上仍與主債務存在一定依存關係，如主債務自始不存在或嗣後消滅，出具人自不（再）負給付義務，若單純以此從屬性格之有無而論，強支持函在性質上毋寧更接近於民法保證，而與擔保契約相距更遠，故更難定性為擔保契約。

（三）非債務承擔

除了民法保證，在訴訟實務上，支持函之收受人通常還會主張支持函乃出具人承擔債務之表示，故二者應成立債務承擔契約。就債務承擔之定性，首先可以確認的是，縱個案中之支持函足以評價為強支持函，但由於強支持函並不使主債務人脫離其債務人地位，故強支持函並非免責債務承擔。

有疑問的是，強支持函能否定性為併存之債務承擔？所謂「併存債務承擔」，係指第三人加入既存之債務關係而與原債務人併負同一債務，而原債務人與債權人仍繼續維持原有債之關係而言⁸⁰。我國民法除了第 305 條規定就他人財產或營業，概括承受債務人之資產及負債者，債務人與承擔人應負連帶責任外，並未就併存債務承擔設有一般性規定，惟國內通說普遍肯認之⁸¹，且依實務見解，併存債務承擔之承擔人與債務人須就同一債務負連帶責任⁸²。若仔細觀察強支持函涉及之三方當事人關係，其固然也讓收受人在主

⁸⁰ 最高法院49年台上字第2090號、23年上字第1377號民事裁判先例。

⁸¹ 國內實務見解，最高法院23年台上字第1377號、49年台上字第2090號民事裁判先例、107年度台上字第2317號民事判決、109年度台上字第1908號民事判決。國內學說見解，參見史尚寬（1990），《債法總論》，頁716，自刊；孫森焱（2020），《民法債編總論（下）》，頁980，自刊；楊淑文（2006），〈論連帶保證與連帶債務：最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋〉，氏著，《民事實體法與程序法爭議問題》，頁41，元照。

⁸² 最高法院23年台上字第1377號民事裁判先例，學說持相同見解者，參見楊淑文，

債務人之外多了一位可以確保債權實現之人，但相較於併存債務承擔之債權人得請求承擔人向自己為給付，強支持函之收受人僅得請求出具人補充主債務人之財務，故二者在實際給付對象顯有差異⁸³。

另依國內實務及部分文獻的看法，併存債務承擔之承擔人與債務人應成立連帶債務關係，但在強支持函的法律關係中，出具人所負之補充義務，性質上係一行為義務，其是否適於與主債務（例如子公司對銀行所負之借款返還義務）構成同一債務而成立連帶債務，甚有疑問。又如前所述，因強支持函之補充義務僅於主債務完全受償時始歸於消滅，故可能發生出具人為履行債務而向主債務人給付（如提供融資貸款），但主債務人卻未以所受給付清償主債務，以致於出具人之補充義務仍未消滅，此一狀況與連帶債務人一人清償，則他連帶債務人同免其責任之效果，顯有不同⁸⁴。故將強支持函定性為併存之債務承擔，亦非妥適。

（四）非銀行擔保函

值得一提的是，在最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決一案中，一審法院曾依職權向行政院金融監督管理委員會銀行局函詢「支持函」（Letter of Comfort）與「銀行擔保函」（Letter of Guarantee）之異同⁸⁵，並參酌其回覆而確認支持函與銀行擔保函性質並不相同。此一見解，在結論上應可贊同，但有以下幾點應予補充：

前揭註81，頁41。國內學說亦有持不同見解者，有認為因承擔人與原債務人係基於各別原因負擔同一內容之債務，故應解為不真正連帶債務（孫森焱，前揭註81，頁980）；另有認為其因欠缺當事人之明示或法律規定，故應解為不可分債務（楊芳賢（2021），《民法債編總論（下）》，修訂2版，頁419，三民）。

⁸³ E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 630, 685; Grimm, (Fn. 2), S. 157; Looschelders, in: Löwisch, Staudinger BGB, Neubearbeitung 2017, § 427 Rn. 26 f.; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 25.

⁸⁴ E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht Rn. 630, 685; Grimm, (Fn. 2), S. 157 f.; Koch, (Fn. 5), S. 123, 323; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 25.

⁸⁵ 參見臺灣臺北地方法院95年度重訴字第861號民事判決。

所謂銀行擔保函（或稱銀行擔保），一般係由銀行（或保險公司）開立用以擔保他人（債務人）對於收受人（受益人）所負債務之履行的書面，在此書面中，普遍記載所謂之「立即照付約款」（Zahlung auf erstes Anfordern），依此約款，一經收受人主張債務人有違約情事（形式擔保情事），擔保銀行即負有立即付款之義務，至於債務人是否確有違約情事（實質擔保情事），銀行僅能在給付之後始得循著後爭議程序處理之。

銀行擔保函最早發展於國際貿易之擔保實務，而使其發揮極大擔保效用之立即照付約款，其後也被運用到國內工程實務上廣泛使用的保證書。我國法院實務約莫從九十年代末開始接觸工程保證書，並嘗試定性其法律性質，經過十餘年的摸索⁸⁶，最高法院目前穩定地將保證書理解成附有立即照付約款的擔保契約⁸⁷。如仔細觀察此一契約定性，無論是國際貿易上之銀行擔保函，抑或國內工程實務使用之保證書，其性質均屬於確保他人債務履行之契約類型的下位型態，其與民法保證與擔保契約不同之處，僅在於其透過立即照付約款排除契約可能殘存的從屬性格。在此理解下，前開所提到否定強支持函為民法保證或擔保契約的理由，皆足以否定強支持函被理解成銀行擔保函。舉例而言，銀行擔保函之給付內容乃支付義務，給付對象是收受擔保函之受益人，這與強支持函契約之給付義務涉及行為義務，以及實際給付對象為主債務人的情況，明顯不同。由此可知，強支持函與銀行擔保函，亦存在本質上之差異。

⁸⁶ 在這十餘年間，最高法院對於工程保證書之定性問題，見解幾經遞嬗，包括第三人利益契約、一般保證、連帶保證、付款承諾、擔保契約、無因債務拘束、立即照付之擔保契約等，就此等見解之分析與檢討，參見呂彥彬（2020），〈再談工程保證書的幾個問題：評析最高法院107年度台上字第585號判決〉，《月旦法學雜誌》，298期，頁148-150；呂彥彬（2010），《工程契約履約擔保制度之研究》，頁242-253、300-312，元照。

⁸⁷ 此一見解首見於最高法院102年度台上字第584號民事判決，其後同院106年度台上字第471號、106年度台上字第2661號、106年度台上第1678號、107年度台上字第284號、107年度台上字第585號等判決亦採相同見解。

（五）本文淺見

綜合以上分析可知，強支持函之補充義務，其內容明顯與民法上之保證人、擔保契約之義務人、併存債務承擔之承擔人，以及銀行擔保函之出具人所負之義務不同，故在契約定性上尚難以此等人保制度理解之。不過，此並不意味無承認強支持函制度之空間，蓋於契約自由原則下，當事人在不違反法律強制規定或公序良俗的範圍內，本得依其交易需求創設法律所未規定之契約類型，故將強支持函理解為無名契約，不僅滿足交易實務之需求，更體現承認契約類型自由之真諦。

另觀察比較法之發展，承認強支持函契約，乃至於定性其為無名契約的看法，亦符合國際擔保實務的發展。以我國民法主要繼受的幾個國家為例。德國文獻約莫從二十世紀的七十年代開始密集討論支持函制度⁸⁸，實務則從八十年代起開始有下級審法院明確區分強、弱支持函⁸⁹，聯邦法院則於 1992 年一則適用奧地利法而為裁判之判決，明確指出強支持函是一種類似於保證或擔保契約之非典型擔保制度⁹⁰，如果主債務人受破產宣告，債權人（收受人）因此受有債權未能受償之損害，出具人應就其未盡補充義務所致生之損害負賠償責任。學界通說則進一步將強支持函定性成「純粹的無名契約」（Vertrag sui generis）⁹¹。

⁸⁸ Mosch, (Fn. 55), S. 1 ff.

⁸⁹ OLG Stuttgart, Urteil v. 21. 02. 1985 – 7 U 202/84, FHZivR 31 Nr. 1997; OLG Düsseldorf, Urteil v. 26. 01. 1989 – 6 U 23/88, NJW-RR 1989, 1116.

⁹⁰ BGH, Urteil v. 30. 01. 1992 – IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127. 晚近重要裁判參見 BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298 (Rn. 10 ff.); OLG Rostock, Urteil v. 16. 12. 2004 – 1 U 28/04, BeckRS 2004, 30347843.

⁹¹ Bülow, (Fn. 34), Rn. 1753; E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 627; Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 255; Grimm, (Fn. 2), S. 111; Koch, (Fn. 5), S. 128 ff., 133; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 21; Mosch, (Fn. 55), S. 133; Rüßmann, (Fn. 5), S. 79; Saenger, (Fn. 30), S. 492; Verenkotte, Patronatserklärungen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung, 2014, S. 44.

再觀察奧地利法之發展⁹²，其最高法院在 1985 年的一則判決首度對於支持函之概念提出說明，其指出支持函之種類繁多，按其內容之不同，其法律上之評價可以從完全不具法律上拘束力之表示，一路涵蓋到擔保契約之態樣，如有疑義，法院應依民法（Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB）第 914 條⁹³揭櫫之契約解釋原則確定之⁹⁴。在此一判決中，最高法院認為系爭支持函之內容，使出具人（被告）負有補充主債務人財務之**契約義務**，但因其未履行此義務，故應就收受人（原告）因主債務人受破產宣告所致債權未能受償之損害，負賠償責任⁹⁵。此一指標性判決，不僅宣示此類支持函之契約性格，其關於支持函概念的闡釋，其後也成為法院處理支持函爭議時經常援引之基本論述⁹⁶。另於 2011 年的一則判決，最高法院似受到德國實務與文獻的影響，**開始使用強、弱支持函之用語**，並清楚定義強支持函乃由出具人承擔補充主債務人財務之義務的契約⁹⁷。

類似於德、奧兩國，瑞士通說認為支持函的法律性質，依其內容之不同，可以僅係單純道德上之義務（君子協議），也可能涉及具有法律上拘束力之承諾，至於個案中之支持函究竟有何效力，須依一般解釋原則確定之，若當事人間有爭執，應依信賴原則確定系爭表示究該如何理解⁹⁸。若基於誠信原則可以認為支持函之收受人能信賴出具人有願受其表示拘束之意思，即應肯

⁹² P. Bydlinski, (Fn. 6), § 1344 Rz 3; Reuter, (Fn. 2), RIW 2018, 339, 342; auch Hoffmann, (Fn. 5), S. 54 ff.

⁹³ § 914 ABGB: „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.“

⁹⁴ OGH, Urteil v. 11. 07. 1985 – 7 Ob 572/85, SZ 58/127.

⁹⁵ OGH, Urteil v. 11. 07. 1985 – 7 Ob 572/85, SZ 58/127.

⁹⁶ OGH, Urteil v. 23. 03. 1988 – 2 Ob 520/87, SZ 61/73; OGH, Urteil v. 24. 02. 2000 – 6 Ob 334/99g; OGH, Urteil v. 23. 02. 2000 – 7 Ob 323/99x, SZ 73/36; OGH, Urteil v. 18. 01. 2011 – 4 Ob 151/10z; OGH, Urteil v. 25. 11. 2020 – 6 Ob 209/20h.

⁹⁷ OGH, Urteil v. 18. 01. 2011 – 4 Ob 151/10z.

⁹⁸ BGer, Urteil v. 28. 03. 2003 – 4C 4/2003; BGE 120 II 331 (E. 3.a)): „Vertrauensgrundsatz“; auch Pestalozzi, (Fn. 6), Art. 111 N 35.

認支持函之契約上拘束力⁹⁹。值得一提的是，瑞士文獻多認為承諾補充他人給付能力之支持函，乃類似於擔保契約之非典型擔保，且性質上屬於其債務法（Obligationenrecht, OR）第 112 條第 1 項規定之向第三人給付之契約¹⁰⁰。

另值得一提的是法國法的發展，法國向來也承認具有法律上拘束力之支持函，而且其於 2006 年全面改革擔保法時，更在人保章節納入兩種從實務發展而來的非典型人保：其一，民法第 2321 條明定「獨立擔保」（La garantie autonome），依其第 1 項規定，擔保義務人就他人之債務，負有依立即照付約款或其他約定支付一定款項之義務，而且不能提出保證人得主張之從屬性防禦方法；第 2 項則將擔保實務上向來肯認擔保義務人得例外提出之權利濫用抗辯予以明文化。其二，民法第 2322 條將**具有法律上拘束力之支持函**予以有名契約化，其將支持函定義成：為支持債務人履行債務，對於其債權人表達應為或不為一定行為之承諾¹⁰¹。由此一規定所描述之義務內涵觀之，其規範對象應可包括本文此處討論之強支持函，透過此次修法，支持函在法國法上正式取得法定擔保權利之地位¹⁰²。

除了以上各國法制之觀察，以歐洲民法典統合為目標而於 2009 年公布的「共同參考架構草案」（Draft of Common Frame of Reference, DCFR），其第四編第 G 章人保制度，亦將具有拘束力之支持函納入規範。本章第 1:101 條之評述清楚提到：人之擔保（personal security）制度主要包括兩種型態，其一乃溯源於羅馬法之從屬性人保，另一則是直到二十世紀才被廣泛使用之獨立性人保。除此之外，其他像是「有拘束力之支持函」（binding comfort letters）與「擔保信用狀」（stand-by letters of credit），則屬於現代意義之人保制度¹⁰³。再者，本章第 2:101 條第 2 項更將「有拘束力的支持函」納入規

⁹⁹ BGE 120 II 331 (E. 3.a).

¹⁰⁰ Pestalozzi, (Fn. 6), Art. 111 N 35.

¹⁰¹ Art. 2322 Code civil: „La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.“

¹⁰² 相關說明與介紹，參見 Klein/Tietz, Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht, RIW 2007, 101, 102.

¹⁰³ Art. IV.G.– 1:101 DCFR cmt. a.

範，並推定其為從屬性之人保¹⁰⁴。觀察此一條文之評述說明，其所稱有拘束力之支持函，係指承諾支持債務人財務之書面，若為此書面承諾之人未遵守此承諾，其須就債權人所受損害負責¹⁰⁵。由此觀之，共同參考架構草案不僅肯認「具有拘束力之支持函」的人保地位，且其內涵相當（或至少包括）本文討論之強支持函。

我國實務對於支持函的理解，受限於涉訟案件尚少，目前仍處於摸索階段，但無論如何，前開各國學說、實務及至立法趨勢的發展，對於我國理解支持函制度，應有啟示性意義。依本文所見，將強支持函定性為純粹之無名契約，不僅尊重當事人自由形塑契約類型之自由，更契合支持函乃國際銀行實務所普遍使用之擔保工具的現實¹⁰⁶。就此而論，前引最高法院 97 年度台上字第 419 號民事判決一案，縱不認為系爭支持函為強支持函，但更審法院自始否定（弱）支持函之使用，並指責「兩造皆為本國公司，於為本件授信核貸時，非不得與被上訴人依本國民法有關連帶保證之規定明確約定，卻捨此不為，竟以迂迴方法使被上訴人出具並無連帶保證或保證關係文義之系爭文書，再將系爭文書予以曲解具有連帶保證之文義，上訴人之主張，自無可採。」似有商榷餘地。另於最高法院 111 年度台上字第 96 號民事裁定一案，原審法院雖已正確指出系爭支持函並非民法保證或債務承擔，而且肯認其具有（契約）法律上之拘束力，但其謂「被上訴人應負擔之義務，由猶甚於福聚公司，形同負無限保證責任，上訴人請求被上訴人賠償之損害，……超越控制公司應負擔義務範圍，及系爭承諾函約定不代為履行債務及不負擔福聚公司違約責任之範圍，故上訴人此部分請求，尚非有據。」此明顯與強支持函之契約義務，乃以一定結果之發生（主債務受清償）為目的之行為義務本質有違，蓋出具人承擔超出主債務數額責任，本為強支持函之典型風險。由

¹⁰⁴ Art. IV.G.- 2:101 (2) DCFR: „A binding comfort letter is presumed to give rise to a dependent personal security.“

¹⁰⁵ Art. IV.G.- 2:101 (2) DCFR cmt. c.

¹⁰⁶ 各國對於支持函制度之承認概況，參見 Wolf, (Fn. 18), S. 295.

此二案例可知，國內法院對於支持函的認識尚有不足，未來有待學說與實務之持續對話與交流。

最後，應予強調的是，無名契約的定性，基本上僅能區隔強支持函與其他人保制度間之不同，而無法直接處理其所涉及的爭議問題，故如何合理詮釋當事人間之約定，尤其是確認該補充義務的內涵，甚至如何妥適援引符合其性質之任意規定，或透過補充契約解釋填補契約漏洞，毋寧更為重要。有鑑於本文前開對於強支持函補充義務之分析，其雖在給付目的、內容、對象，乃至於責任範圍，均與保證契約有所不同，但因其與主債務間仍存在一定之依存關係，故在不違反強支持函之特殊性的前提下，民法保證之從屬性規定，應有類推適用之餘地¹⁰⁷，更詳細的說明，容後再述。

三、制度承認之空間

在確認強支持函之非典型擔保的法律地位後，值得思考的是，我國公司法第 16 條第 1 項禁止公司擔任保證人之規定，能否作為否定強支持函制度之理由？

若由公司法第 16 條第 1 項規定旨在「穩定公司財務，用杜公司負責人以公司名義為他人作保之流弊」¹⁰⁸的角度觀之，不宜以此規定僅禁止「保證」，而否定其得（類推）適用於公司為他人提供其他擔保的情況。蓋此等行為對於公司財務之影響，與為他人作保並無差異，而且甚至讓公司負責人有機會以提出其他擔保方式（尤其是法律所未規定之非典型擔保），規避此一規定。事實上，國內實務向來也認為公司「提供財產為他人設定擔保物權」¹⁰⁹與「以

¹⁰⁷ Habersack, (Fn. 68), vor § 765 Rn. 53; Hoffmann, (Fn. 5), S. 28; Koch, (Fn. 5), S. 133; Larenz/Canaris, SchuldR BT II/2, Bd. 2, 13. Aufl., 1994, S. 83; Maier-Reimer/Etzbach, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110, 1113: „nicht streng akzessorisch“; OLG München, Urteil v. 24. 01. 2003 – 23 U 4026/02, BeckRS 2003, 1689 (II. 2.); a.A. OLG Nürnberg, Urteil v. 09. 12. 1998 – 12 U 2626/98, BeckRS 1998, 13415 (II. 2. a)); Renner, in: Grundmann, Bankvertragsrecht, Bd. 1, 2020, 4. Teil Rn. 1005.

¹⁰⁸ 最高法院74年台上字第703號民事裁判先例。

¹⁰⁹ 最高法院74年台上字第703號民事裁判先例、92年度台上字第914號民事判決。

債務承擔方式代他人清償債務」¹¹⁰，亦應為上開規定禁止之列。循此思考，強支持函作為得與傳統人保相提並論的非典型擔保，自應同受此規定之限制。若再考慮到支持函多使用於關係企業間之支持關係，而且一般認為違反公司法第 16 條第 1 項規定而為之保證（或提供其他擔保）為無效¹¹¹，則強支持函之發展空間似乎有受壓縮的可能。不過，本文認為，此一規定無論如何都不足以作為否定（強）支持函制度，理由如下：

首先，如果公司開立的是弱支持函，由於弱支持函根本非嚴格意義下之擔保，故根本不受此一規定之限制。再者，公司法第 16 條第 1 項禁止公司為他人作保之原則，並非毫無例外，蓋條文明定「依其他法律或公司章程規定得為保證者」，公司仍得為有效之保證。因此，若公司章程明定公司得開立強支持函，自無否定強支持函效力之理。另如前所述，支持函的使用雖然以關係企業為大宗，但其亦得由一般私人開立使用，而且若考慮到一般私人之經濟實力未若關係企業母公司雄厚，則其更容易應相對人（如銀行）之要求而提出強支持函，於此情形，更與公司法第 16 條第 1 項之限制無涉。退步言之，縱使公司開立的強支持函因違反上開規定而無效，但由於公司法第 16 條第 2 項規定公司負責人於此情形，應自負保證責任，因此，承認強支持函制度更有其必要，否則如何能確定違反規定之公司負責人究該承擔何等責任。

更值得思考的是，禁止公司擔任保證人之規定，固然係為穩定公司財務，避免公司負責人任意以公司名義作保而損及公司利益所由設，但其是否全然符合公司利益，不無疑問。國內文獻對此規定提出質疑者，不在少數：例如劉連煜教授早在二十餘年前即從英美法的實踐指出集團企業內之保證的合法與必要性¹¹²，並建議參考美國「企業集團法」之理論，從公司作保是否對

¹¹⁰ 最高法院92年度台上字第914號民事判決。

¹¹¹ 司法院釋字第59號解釋：「公司負責人如違反該條規定，以公司名義為人保證，既不能認為公司之行為，對於公司自不發生效力。」

¹¹² 劉連煜（1995），〈從英美法論公司保證之有效性：以「集團企業內之保證」的檢討為中心〉，《法商學報》，31期，頁37-46。

其有利益而判斷其效力¹¹³；近來，邵慶平教授亦撰文提及公司法第 16 條的存在與介入，不僅可能使交易相對人無從措其手足，更有忽視保證公司及其企業集團之資金周轉的必要¹¹⁴，故解釋論上不宜將「保證」範圍擴大解釋¹¹⁵，立法論上則建議刪除此規定，使公司得否保證之問題，回歸公司負責人權限範圍之討論¹¹⁶。

事實上，關係企業間之相互保證，便是典型有利於為保證之公司的情況，雖然單從承擔保證責任而言，其看似有「損及公司財務穩定」之疑慮，但若從宏觀集團利益觀之，此等保證其實有助於關係企業之整體經濟資源的有效安排，而為保證之公司亦蒙受其利。舉例而言，母公司製造商品所需之原料，向來由其子公司以略低於市場行情之價格供應，而當子公司有融資需求，母公司如能為其作保使其取得資金，此不僅有利於子公司，母公司實亦同受利益。在此種情形，禁止母公司為子公司作保，或要求母公司須先於章程規定始得為之，不僅毫無必要，反而徒增困擾。

有鑑於此，本文認為，公司法第 16 條第 1 項規定之適用，應作目的性限縮，亦即在其他法律或公司章程未規定公司得為保證時，公司為人作保之行為，**如在交易上合理，且為追求自身利益時**，應排除此規定之適用，其理由在於：立法者禁止公司為人作保，目的係為穩定公司財務，不讓其因承擔保證責任而受不利益，惟立法者並未意識到公司為人作保，不僅可能有利益於公司，甚至是公司營運所必要，此一禁止規定未設例外規定，使有利於公司之保證行為亦在禁止之列，顯有規範過廣之隱藏性漏洞，應以目的性限縮方式填補之。因此，唯有公司所為之保證，不利於公司時，始有適用此規定而禁止之必要，如此方符合立法者保護公司利益之意旨。

再者，公司法第 16 條第 1 項雖然僅限制公司為「保證」之行為，但其他擔保之提供（包括實務已承認之設定擔保物權與債務承擔，乃至於本文討

¹¹³ 劉連煜，前揭註 112，頁 46-50。

¹¹⁴ 邵慶平（2021），〈公司保證之禁止與隱存保證之票據行為：從最高法院 109 年度台上字第 2623 號民事判決談起〉，《台灣法律人》，1 期，頁 100-101。

¹¹⁵ 邵慶平，前揭註 114，頁 101-103。

¹¹⁶ 邵慶平，前揭註 114，頁 101-108。

論之強支持函），由於亦可能影響公司財務之穩定，故不應僅以「保證」之文義，排除（類推）適用之可能。不過，在（類推）適用時，仍須滿足前開經過目的性限縮後之構成要件。換言之，唯有擔保之提供，純粹不利於公司時，始有（類推）適用之基礎，反之，若擔保之提供乃公司合理之交易安排且有利於公司，則無（類推）適用之餘地。

最後，關於前開（類推）適用所應考慮之公司利益的判斷，應以提供擔保時作為判斷時點，不得以公司事後是否獲有利益而作判斷。在判斷提供擔保之行為是否有利於公司時，亦不宜過度嚴格，基本上只要屬於交易上合理之安排，即不應禁止之。關係企業間互為擔保之提供，應屬典型較可能被判斷為有利於提供擔保之公司的情況，如認為本文見解可採，此一情況，應可作為未來法院判斷此一不成文構成要件時之重要參考。

綜上所述，本文認為公司法第 16 條第 1 項規定，不僅不足以作為否定強支持函制度之理由，而且在母公司開立強支持函協助子公司融資的情況，由於其有助於關係企業整體利益之追求，且有利於母公司，在本文認為應對此一規定作目的性限縮的見解下，此等開立強支持函之行為，更不在公司法第 16 條第 1 項禁止之列。

四、收受人（債權人）之權利

（一）契約履行請求權

在強支持函的契約關係中，基於出具人之補充義務，收受人得向其請求以適當方式補充主債務人之財務，此權利主張之目的在於使主債務人能順利履行其對於收受人所負之債務。惟如前所述，補充主債務人財務之方式，出具人擁有選擇之自由，故收受人不得要求出具人採取特定之補充手段。另外，因為出具人僅負有補充主債務人財務之義務，故其實際給付之對象，並非契約相對人，而係主債務人，因此收受人不得請求出具人向自己為給付。

值得一提的是，以上說明並不排除出具人以第三人清償之方式代主債務人履行債務，出具人在強支持函的契約關係中雖然是債務人，但就主債務之履行，其乃有利害關係之第三人，因為其給付義務之發生與存續，完全取決

於主債務之清償與否，故縱使主債務人就此第三人清償提出異議，但支持函之收受人亦不得拒絕（民法第 311 條第 2 項但書規定參照）。更重要的是，此一第三人清償對於出具有時深具意義，蓋其得透過此一方式，避免因主債務人將所受給付挪作他用所衍生之轉遞風險，從而能盡速擺脫強支持函契約之桎梏，故無禁止必要¹¹⁷。

關於此一契約履行請求權，有兩個問題尚待研究：第一，收受人何時得請求出具有人履行其補充義務？第二，此一履行請求權能否以訴請求之？又其應受判決事項之聲明究應如何表明？

1. 補充義務之清償期

第一個問題涉及補充義務之清償期的確定。民法第 315 條規定：「清償期，除法律另有規定或契約另有訂定，或得依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。」在此，可以確定的是，由於強支持函本身就是法律未規定的契約，故不可能有法律明定其補充義務之清償期。另觀諸強支持函之內容，其通常也不會記載出具有人應於何時履行其補充義務，是有必要進一步從其目的及性質，探究其清償期。若分析強支持函之主給付義務，其雖要求出具有人應以適當方式補充主債務人之財務，但其僅係確保主債務履行之手段。所謂主債務之履行，自然須以主債務已屆清償期為前提，故出具有人補充主債務人財務之行為，至遲應於主債務屆清償期時為之。至於補充義務之清償期，有無可能一般性地前置於主債務清償期之前？鑑於補充義務之履行，一般還須確認主債務人是否確實有無力履行主債務之狀況，因為若主債務人並非「不能」履行債務，而僅是欠缺支付之意願（Zahlungswilligkeit），則出具有人根本就無補充主債務人財務之必要¹¹⁸。若

¹¹⁷ 此為德國多數見解，參見Bülow, (Fn. 34), Rn. 1755; E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 627, 685; Kulke, (Fn. 59), § 33 Rn. 96; Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1112; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 13; Mosch, (Fn. 55), S. 136 f.; Nobbe, (Fn. 71), Vor §§ 765 Rn. 164.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil v. 26. 01. 1989 – 6 U 23/88, NJW-RR 1989, 1116; Habersack, (Fn. 68), vor § 765 Rn. 52; Koch, (Fn. 5), S. 190; Rüßmann, (Fn. 5), S. 59.

再考慮到支付能力可能隨著時間變化之因素，則以主債務之清償期作為判斷主債務人有無履行主債務之能力的時間點，應屬合理，畢竟債務人一時的財務危機，不必然意味其無法於約定之清償期履行債務。由此分析可知，補充義務之清償期基本上不應先於主債務之清償期，否則恐有「預判」主債務人支付能力之不當。因此，唯有認為補充義務之清償期應與主債務之清償期一致，始符合強支持函之性質與目的¹¹⁹。在此理解下，收受人僅於**主債務已屆清償期，且能證明主債務人欠缺支付能力**，始得請求出具有人履行其補充義務。

另有疑問的是，若主債務人在主債務屆清償期前已陷於財務困難，甚至有破產之虞，收受人得否例外地提前請求出具有人履行其補充義務？就此問題，本文傾向採取保守看法，理由如下：

首先，允許收受人提前主張履行請求權之效果，或許能透過維持主債務人之支付能力，而有助於將來主債務之履行，但實際上，此一作法，卻可能僅嘉惠於主債務人之其他債權人，而未必有利於收受人，畢竟其僅得於主債務屆清償期之後，始得請求主債務人履行主債務。更重要的是，強支持函之目的旨在擔保「主債務」之履行，至於維持主債務人之支付能力，這基本上僅係使主債務能順利履行的手段。因此，若認為出具有人在「主債務屆清償期前」亦負有補充主債務人支付能力之義務，這等於是要求出具有人須對主債務人之支付能力負擔保責任，令其承擔避免主債務人破產之責任¹²⁰，然此一要求，明顯超出強支持函僅在擔保「特定債務」之契約目的，甚至有將契約計畫外之義務不當加諸於出具有人之疑慮¹²¹。

再者，強支持函被廣泛使用的理由之一，乃其賦予出具有人擁有選擇補充主債務人財務之手段的自由。由於各種補充財務的手段所需時間不盡相同，有極為耗時費日者，例如主導主債務人辦理增資程序，亦有在須與之間即可完成者，如提供融資借款，故於主債務屆清償期的那一刻前，出具有人始終擁

¹¹⁹ Koch, (Fn. 5), S. 154 f.

¹²⁰ 事實上，避免主債務人破產之工具，應係「內部支持函」（interne Patronatserklärung），關於此類支持函之概念與效力，筆者擬另為文討論之。

¹²¹ Koch, (Fn. 5), S. 155 ff.

有採取適當手段及時履行其補充義務之可能。由此可知，除了手段選擇之自由，出具人其實還享有決定何時採取補充手段之自由。因此，若允許收受人得提前要求出具人履行補充義務，此勢必壓縮到出具人在時機選擇上之自由，從而間接抵觸強支持函賦予出具人手段選擇自由之意旨。

或有質疑以上見解，豈不是讓收受人只能眼睜睜地任由主債務人破產而須承受債權無法實現之風險？然不容忽視的是，縱使出具人自始至終皆未採取任何補充主債務人財務之手段，甚至有放任其破產之意思，但此不意味著收受人須結局承擔其債權無法實現之風險，因為出具人無論如何都須為其未適切補充主債務人財務一事，負違約之賠償責任（詳見後述（二））。而且，由於支持函之出具人（如母公司）之資力普遍優於主債務人（如子公司），故由出具人承擔違約之賠償責任，亦不致於侵害收受人之利益。

綜合以上理由，本文認為，收受人並無在主債務屆清償期前要求出具人履行其補充義務之權利。

2. 聲明之表明

主債務人於主債務屆清償期而欠缺支付能力時，支持函之收受人固然得請求出具人履行其補充義務，但由於補充主債務人財務的方式，出具人擁有手段選擇之自由，故收受人僅得請求以適當方式補充主債務人之財務，不得要求以特定方式作為補充手段。因此，若收受人起訴請求出具人應以「特定方式」履行其補充義務（如提供融資借款），法院應以訴無理由駁回原告之訴，此無疑問¹²²。

有疑義的是，若收受人僅於訴狀聲明請求出具人應補充主債務人之財務狀況，此等記載能否滿足聲明明確性之要求？此一問題，不僅事涉起訴程序之合法性，更關乎判決是否適於強制執行的問題。

相較於國內實務及文獻未曾就此問題提出看法，比較法上的討論，或許有供我國參考之價值。早期德國曾有下級法院以強支持函之補充義務欠缺給

¹²² Becker-Eberhard, in: Krüger/Rauscher, MünchKomm ZPO, 6. Aufl., 2020, § 253 Rn. 140; Rüßmann, (Fn. 5), S. 128; Stürner, in: Herrler/Stürner, Staudinger BGB, Neubearbeitung 2020, Vorbem 461a zu §§ 765 ff.

付之可確定性要求，從而否定其提起訴訟的可能性，甚至根本性地拒絕承認此制度¹²³。不過時至今日，幾乎少有再持否定見解者¹²⁴，依通說見解，由於出具人所負之補充義務，係以主債務人完全清償債務之結果的發生為內容，故無所謂給付內容無法確定的情況¹²⁵，而且縱使補充之手段因為出具人有選擇自由而在訴訟上有難以表明之困難，但此訴訟法上之問題，無論如何都不應成為阻礙當事人基於契約自由所形塑之權利，反倒是訴訟實務應嘗試尋求實現此一實體法上請求權之方式。為此，德國文獻建議收受人在為此權利主張時，除須表明出具人應補充主債務人財務之意旨，還須一併記載主債務之數額，如此即足以符合聲明明確性之要求，若以母公司出具支持函擔保子公司借款的情況為例，建議記載之聲明為：「**被告（出具人 / 母公司）應補充○○公司（被支持者 / 子公司）之財務，使其能履行對原告（收受人）所負數額為……歐元之債務。**¹²⁶」此外，法院依此聲明所為之原告（收受人）確定勝訴判決，因其性質屬於債務人應為一定行為之執行名義，且此行為得由他人代履行，故德國文獻普遍建議應依德國民事訴訟法（下稱德國民法）第 887 條第 1 項規定為強制執行¹²⁷。

¹²³ Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1114; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 21.

¹²⁴ LG München I, Urteil v. 02. 03. 1998 – 11 HKO 20623/97, WM 1998, 1285 (1286). 此一判決，其後遭二審法院廢棄（OLG München, Urteil v. 21. 10. 1998 – 7 U 3960/98, WM 1999, 686）。

¹²⁵ E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 682; Grimm, (Fn. 2), S. 136 f., 140; Koch, (Fn. 5), S. 247; Nobbe, (Fn. 71), Vor §§ 765 ff. Rn. 164; Rüßmann, (Fn. 5), S. 129; Stürner, (Fn. 122), Vorbem 461b zu §§ 765 ff.; auch OLG Schleswig, Urteil v. 10. 04. 2019 – 9 U 100/18, BeckRS 2019, 39036 (Rn. 42 f.). 關於給付內容確定與否之一般性討論，參見Becker-Eberhard, (Fn. 122), § 253 Rn. 140; OLG München, Urteil v. 22. 07. 2004 – 19 U 1867/04 (I. 2. a) bb)).

¹²⁶ E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 683: „Der Beklagte wird verurteilt, die X ... (Protegé) **finanziell so auszustatten**, dass sie ihre Verbindlichkeit gegenüber dem Kläger aus dem Vertrag vom ... in Höhe von ... EUR erfüllen kann“ oder „... von ihrer Verbindlichkeit ... [konkret zu bezeichnen, ggf. in Höhe von ... EUR] freizustellen.“

¹²⁷ E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 683; Grimm, (Fn. 2), S. 136 f.; Rüßmann, (Fn. 5), S. 129; Stürner, (Fn. 122), Vorbem 461c zu §§ 765 ff.

回到我國法，德國實務的操作，能否被我國實務所接受，以現階段來說，本文抱持較悲觀的看法，一來實務對於強支持函仍處於摸索階段，二來，按照實務採取傳統訴訟標的理論的見解，訴訟標的一般須有對應之實體法上請求權依據，然此一要求本就不利於純粹無名契約之權利的主張，更何況強支持函之補充義務，還「開放」債務人（出具人）有選擇補充主債務人財務之方法，這更加深此一履行請求權在訴訟上主張的困難度。不過，從前開德國法的討論，應可確定的是：訴訟上聲明表明之困難，絕不該成為阻礙當事人依其契約自由所形塑之權利的實現，反而法院實務應積極尋求此一權利實現的方式，方為妥適。至於未來如何尋得我國法院認可的方式，有賴訴訟案件之累積與法院見解的表明，前開德國實務的作法，或可作為處理此一問題的參考。

（二）次契約請求權

鑑於強支持函之履行請求權在訴訟上主張的不確定性，且其給付對象限於主債務人而非收受人，故國內、外實務因強支持函而涉訟者，主要集中在收受人以出具人違反契約義務而提起之損害賠償訴訟。

關於此一損害賠償，由於其肇因於契約一方當事人（出具人）未（適切）履行其契約給付義務（補充主債務人財務之義務），故性質上屬於違約之損害賠償¹²⁸。至於此一損害賠償請求權之依據及相關問題，本文以下區分主債務人是否已受破產宣告而為討論。

1. 主債務人受破產宣告

¹²⁸ BGH, Urteil v. 19. 05. 2011 – IX ZR 9/10, NZG 2011, 913 (Rn. 20); BGH, Beschluss v. 12. 01. 2017 – IX ZR 95/16, NJW-RR 2017, 298 (Rn. 7); BGH, Urteil v. 30. 01. 1992 – IX ZR 112/91, NJW 1992, 2093; OLG Karlsruhe, Urteil v. 07. 08. 1992 – 15 U 123/91, DStR 1993, 486; Beckmann, in: Dauner-Lieb/Langen, NomosKommentar BGB, Bd. 2/3, 4. Aufl., 2021, Vor §§ 765 ff. Rn. 27; Bülow, (Fn. 34), Rn. 1756; E. Wagner, (Fn. 17), Bank- und Börsenrecht IV Rn. 700; Hoffmann, (Fn. 5), S. 101 ff.; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 22; Mosch, (Fn. 55), S. 140; Renner, (Fn. 107), 4. Teil Rn. 1005; Stürner, (Fn. 122), Vorbem 463a zu §§ 765 ff.

在主債務人已受破產宣告的情況，由於破產程序的開啟，不僅代表主債務人欠缺支付能力，另一方面，也意味出具有人不再能履行其補充義務。蓋主債務人自破產宣告時起，即喪失對於破產財團之管理與處分權限（破產法第75條規定參照），縱使出具有人欲補充主債務人之財務，但因主債務人無論如何都無法自由「履行」主債務，故一般認為只要主債務人受破產宣告，出具有人即陷於給付不能¹²⁹。另因破產程序開啟後，收受人對於主債務人之債權，無論是否屆清償期，均僅能依破產程序按其順序與債權額之成數受分配，故就未能受償之部分，自屬其因給付不能所受之損害。基此，除非出具有人能證明不可歸責於己¹³⁰，否則應依民法第226條第1項規定負損害賠償責任。

2. 主債務人未受破產宣告

主債務人雖未受破產宣告，但若其於主債務屆清償期時因欠缺支付能力而無力履行債務，此時不僅主債務人陷入給付遲延，對其財務負有補充義務之出具有人，亦同時構成給付遲延。蓋於此情形，出具有人不僅仍有履行其補充義務的可能性，且主債務人於清償期欠缺支付能力一事，更足資證明出具有人並未適切（於其補充義務屆清償期時）履行其補充義務，否則當不致於發生主債務人欠缺支付能力之情事。只要出具有人無法證明給付遲延情事不可歸責於己（民法第230條規定參照），其即應對於收受人因遲延所受之損害，負賠償責任（民法第231條第1項規定參照）。除遲延損害之賠償，收受人尚能繼續請求出具有人履行其補充義務，俾利主債務人取得履行主債務之能力，自不待言。

¹²⁹ 德國實務見解傾向持此見解，參見BGH, Urteil v. 30. 01. 1992 – IX ZR 112/91, BGHZ 117, 127; OLG Düsseldorf, Urteil v. 26. 01. 1989 – 6 U 23/88, NJW-RR 1989, 1116. 德國文獻持相同見解者，參見Beckmann, (Fn. 128), Vor §§ 765 ff. Rn. 27; Mosch, (Fn. 55), S. 140; Verenkotte, (Fn. 91), S. 40 f.

¹³⁰ 雖然出具有人現實上甚難有舉證免責的空間，不過，從強支持函旨在「擔保」主債務人在主債務屆清償期時之支付能力的角度，直接認為在主債務人受破產宣告的情況，出具有人賠償責任之成立，不以其有可歸責事由為要件，或許更符合強支持函之本質，德國持相同見解者，參見Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 22; Verenkotte, (Fn. 91), S. 42.

有疑問的是，收受人得否不主張履行請求權，而請求替代給付之損害賠償（或稱不履行之損害賠償）？在我國，債權人因債務人遲延而得請求替代給付之損害賠償的依據，僅民法第 232 條訂有明文。此一規定的適用，債權人須證明債務人遲延後之給付對其無利益，始能拒絕債務人之給付，並請求賠償因不履行所生之損害。然此一規定，在強支持函之出具人遲延履行契約義務的情況，顯無適用餘地，蓋縱使出具人（債務人）陷於遲延，但只要其適切補充主債務人之財務，其給付仍有助於主債務之履行，從而無法該當於本條「對債權人無利益」之要件，故收受人根本無從依此規定請求損害賠償。若再考慮到強支持函單務契約之性格，收受人更不可能解除契約使出具人免其契約義務，則其唯有繼續請求出具人履行契約義務一途，惟若出具人對此請求置之不理，收受人將陷入一個極為不利的地位，因為其僅能坐等主債務人受破產宣告，始得請求替代給付之損害賠償¹³¹。如收受人不願等待，起訴請求法院命出具人履行補充義務，其將面臨此一履行請求權在訴訟上主張時的不確定性風險¹³²；縱使獲得勝訴判決，且依可代替之行為請求權之執行方式聲請強制執行，但基於補充方式並未特定（此原本出具人擁有選擇自由），故執行法院命第三人代履行時，尚須考慮究應指定何等補充方式之問題，可以想像且最簡便的方式，不外是命第三人給付金錢，綜觀此一繁複程序所獲得之成果，其實只要單純賦予收受人替代給付之損害賠償請求權，即足以獲致相同效果，甚至可以避免主債務人將所獲給付挪作他用的風險，由此益證我國給付遲延規定過度限縮債權人請求替代給付損害賠償之範圍，似有欠周延¹³³。

事實上，我國給付遲延之效果規定，主要繼受 1900 年生效之德國民法，第 232 條仿自其舊民法第 286 條第 2 項第 1 句規定¹³⁴。德國在 2002 年債法

¹³¹ 前述參、四、（二）、1。

¹³² 前述參、四、（一）、2。

¹³³ 國內文獻亦有批評此規定者，參見游進發（2017），〈替補賠償請求權之結構〉，《臺北大學法學論叢》，104期，頁53-58。

¹³⁴ 德國舊民法第286條規定：「債務人應賠償債權人因遲延而生之損害。（第一項）遲延後之給付，對債權人無利益，其得拒絕其給付，並請求不履行之損害賠

修正前，此一規定常被批評在實務上鮮少有成功主張的例子¹³⁵，且對於無法適用舊法第 326 條規定¹³⁶的情況（尤其是單務契約¹³⁷），甚至過度限制債權人請求替代給付之損害賠償的機會。為解決此問題，德國立法者在 2002 年修法時，於第 281 條第 1 項第 1 句規定：「**就已屆清償期之給付，債務人未提出或未依債之本旨提出，若債權人已定相當期限請求給付或補正而無效果，債權人於符合第 280 條第 1 項要件時，得請求替代給付之損害賠償。**」¹³⁸此一規定取代原舊民法第 286 條第 2 項規定，並放寬請求替代給付之損害賠償的要件，亦即只要債務人陷於遲延，債權人定相當期限請求履行無效果，即可請求替代給付之損害賠償，無須再以債務人遲延後之給付對於債權人無利益為要件。此一規定對於單務契約，格外有意義，以強支持函為例，出具人屆期未履行補充債務而陷於遲延，收受人只要定相當期限請求出具人履行而無效果，即得依德國民法第 280 條第 1 項及第 3 項連結第 281 條第 1 項規定請求替代給付之損害賠償¹³⁹。此一比較法上的發展，或可作為我國未來修正民法時之參考。

償。……（第二項）」（§ 286 BGB a.F.: „(1) Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. (2) Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. ...“）

¹³⁵ Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen, NomosKommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl., 2021, § 281 Rn. 6.

¹³⁶ § 326 Abs. 1 BGB a.F.: „**Ist bei einem gegenseitigen Verträge** der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. **Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen** oder von dem Verträge zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. ...“

¹³⁷ Dauner-Lieb, (Fn. 135), § 281 Rn. 6.

¹³⁸ § 281 Abs. 1 S. 1 BGB: „(1) **Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.**“

¹³⁹ Koch, (Fn. 5), S. 282 f.; auch Bülow, (Fn. 34), Rn. 1756; Verenkotte, (Fn. 91), S. 36;

五、出具人之防禦方法

在釐清強支持函收受人之相關權利後，有必要進一步研究的是：**面對收受人前開權利主張，出具人究竟有何防禦方法可資主張？**蓋如同其他擔保他人債務履行之契約，強支持函性質上亦屬由一方當事人負擔給付義務之契約，故如何保護該確保他人債務履行之擔保義務人，即屬重要課題。本文以下將按出具人得主張之防禦方法之不同而為討論。

（一）源於強支持函本身之防禦方法

關於出具人得主張之防禦方法，較無疑問的是，其得提出與強支持函契約本身相關之抗辯（權）¹⁴⁰，蓋其本身即契約之一方當事人，故自得以**契約之未成立，或遇有障礙事由**（如當事人欠缺行為能力），主張無庸承擔契約義務。

同樣地，縱使契約有效成立，但若契約**請求權其後消滅**，出具人亦得據此抗辯而不負契約責任。屬於此類權利消滅抗辯事由，例如強支持函契約因終期屆至而消滅¹⁴¹，或因出具人以其締結強支持函契約之締約表示陷於錯誤、受詐欺或脅迫為由而撤銷，或一方行使約定或源於繼續性債之關係而生之終止權¹⁴²等情形，均屬之。

（二）源於主債務之防禦方法

另基於強支持函之補充義務的從屬性¹⁴³，出具人原則上亦得如同保證人一般，提出與主債務相關的防禦方法。不過，基於強支持函之特殊性，出具人得提出之抗辯（權），與保證人有些許不同。以下按其類型分析之：

Wolf, (Fn. 18), S. 294 f.

¹⁴⁰ Hoffmann, (Fn. 5), S. 126; Koch, (Fn. 5), S. 249.

¹⁴¹ 參見前開編號18之支持函。

¹⁴² Grimm, (Fn. 2), S. 170 ff.

¹⁴³ 參見參、二、（四）。

首先，若發生主債務之法律行為因當事人欠缺行為能力、違反法律強行規定¹⁴⁴或公序良俗，強支持函出具人之契約給付義務自無從發生。蓋強支持函之補充義務旨在確保主債務之履行，故**若主債務自始不存在**，出具人自然不負補充主債務人財務之義務¹⁴⁵，依此，出具人得主張源於主債務之權利障礙抗辯，應無疑問。

其次，**主債務雖有效發生，但若其後發生消滅事由**，例如主債務因清償、抵銷、免除等原因而消滅，或因其所由發生之法律行為被撤銷而消滅，則於主債務歸於消滅時，出具人之補充義務亦同時消滅，此符合民法第 307 條規定債之關係消滅，其債權之擔保亦同時消滅之意旨。惟與保證契約不同的是，保證人所負債務，原則上嚴格從屬於主債務，故主債務之一部消滅，亦足以讓保證債務在主債務消滅之數額範圍內消滅；但在強支持函的法律關係，由於出具人之補充義務，係以主債務「完全」受償之結果為其目的，故主債務縱有一部消滅的情況，惟出具人之補充義務不因此發生部分消滅的效果，而是持續存在直到主債務「完全」受償為止。由此可知，強支持函出具人之補充義務，至少在責任範圍上，並未完全從屬於主債務¹⁴⁶，出具人僅得於主債務完全消滅時，始可主張補充義務歸於消滅，此與民法保證顯有不同。

再者，**縱主債務有效發生且未有前開消滅事由，但若主債務人擁有得拒絕履行主債務之抗辯權**（如時效抗辯權），為避免發生主債務人得一方面拒絕履行主債務，另一方面卻可以因出具人仍應履行其補充義務而繼續受領其所提出之給付，故應認為此時有民法第 742 條第 1 項規定類推適用之餘地，換言之，出具人得援引主債務人所擁有之抗辯權而拒絕履行其補充義務¹⁴⁷。另參酌同條第 2 項之立法意旨，縱使主債務人有拋棄其抗辯權之情況，但此

¹⁴⁴ 例如不採本文見解，而認為公司開立之強支持函將因違反公司法第 16 條第 1 項規定無效。

¹⁴⁵ Koch, (Fn. 5), S. 253; Stürmer, (Fn. 122), Vorbem 459 zu §§ 765 ff.

¹⁴⁶ Koch, (Fn. 5), S. 116.

¹⁴⁷ Grimm, (Fn. 2), S. 141; Hoffmann, (Fn. 5), S. 129 ff.; Koch, (Fn. 5), S. 257, 262; Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1113; Mosch, (Fn. 55), S. 156.

無礙於出具人得拒絕給付之權利¹⁴⁸。除此之外，**如果主債務人就發生主債務之法律行為有得消滅主債務之形成權（如撤銷權）**，亦應認為出具人得類推適用民法第 744 條規定而拒絕履行補充義務¹⁴⁹，否則勢將使出具人承受事後追償之風險。舉例而言，主債務人雖有撤銷發生主債務之法律行為的撤銷權，但其一直到出具人向其提供貸款而補充其財務後始行使撤銷權，於此情形，主債務因撤銷權之行使而消滅，而補充義務亦因此消滅，出具人雖得依不當得利規定請求主債務人返還借款，但不容忽視的是，其仍須承擔主債務人無力返還借款之破產風險，故允許出具人得類推適用民法第 744 條規定，使其面對收受人請求履行補充義務時得提出拒絕給付之抗辯權，甚有意義。

六、求償問題

除了契約當事人間之權利義務關係，有必要進一步釐清者，乃出具人給付後之求償問題。本文以下區分主債務之存在與否而作討論。

（一）主債務存在

若主債務確實存在，而主債務人也因強支持函出具人之給付而順利履行主債務，此時無論補償關係為何，出具人得否（或如何）向主債務人追償，取決於其履行補充義務之方式¹⁵⁰。例如，出具人若係向主債務人提供融資借款，或是允許延期清償債務，其僅得於清償期屆至時，始得請求返還借款或履行債務¹⁵¹。相對於此，若出具人以免除債務的方式補充主債務人財務，由於免除債務之表示，除非主債務人明確反對，否則應認為兩者間同時成立贈與契約¹⁵²，故應否定其求償可能。類似的情況，若出具人以對主債務人增資

¹⁴⁸ Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1113.

¹⁴⁹ Grimm, (Fn. 2), S. 141; Hoffmann, (Fn. 5), S. 132; Koch, (Fn. 5), S. 258 f., 262; Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1113; Mosch, (Fn. 55), S. 161.

¹⁵⁰ Rüßmann, (Fn. 5), S. 139.

¹⁵¹ Rüßmann, (Fn. 5), S. 139.

¹⁵² 陳自強（2022），《契約之內容與消滅》，5版，頁313，新學林。

的方式履行補充義務，其亦不得向主債務人追償，否則形同主債務人返還出資於股東，有違反公司法第 167 條股份回籠禁止規定之疑慮¹⁵³。

又，如果出具人因未履行補充義務而對收受人負損害賠償義務，在實際賠償前，出具人固得循補償關係（如委任或無因管理）請求主債務人代其清償債務（民法第 546 條第 2 項或第 176 條第 1 項規定參照），不過由於此一情況，主債務人已欠缺支付能力，故出具人基本上亦難脫免自身賠償責任。相反地，如果出具人已向收受人賠償其損害，出具人得依補償關係（如委任或無因管理）向主債務人請求必要費用之償還（民法第 546 條第 1 項或第 176 條第 1 項規定參照）；另外，不同於補充義務在責任範圍上欠缺從屬性，從補充義務衍生而生的損害賠償義務則從屬於主債務而存在，故出具人在賠償後，尚得類推適用民法第 749 條規定承受收受人對於主債務人之債權¹⁵⁴。值得一提的是，由於出具人之賠償義務的發生，係以主債務人欠缺支付能力為要件，故無論是源於補償關係之求償權，或是從收受人承受之債權，出具人最終都將承受此等權利有事實上難以實現的風險。

最後，如果出具人係以第三人清償方式代主債務人履行債務，其除了得依補償關係向主債務人求償，依民法第 312 條法定債權移轉之規定，出具人將在清償限度內承受收受人對主債務人之債權。惟如前所述，無論是求償權或依法承受之債權，出具人都須承擔主債務人無資力之風險。

（二）主債務不存在

在主債務不存在的情況（如主債務自始未發生，或有嗣後消滅之情況），若出具人以為主債務存在，且為履行其依強支持函所負之補充義務而向主債務人給付，由於主債務實際上並不存在，出具人因此不負補充義務，故主債務人從出具人所受領之利益，將欠缺法律上原因，應依不當得利規定返還予出具人。惟返還利益之方式，將因原給付方式之不同而有異。舉例而言，主債務人若係從出具人取得融資借款，其應立即返還借款；又如果主債務人受

¹⁵³ Rüßmann, (Fn. 5), S. 140.

¹⁵⁴ Grimm, (Fn. 2), S. 142; Rüßmann, (Fn. 5), S. 139 f.

出具有人允許延期清償債務，則其期限利益歸於消滅，應按原定清償期履行債務；若主債務人係獲取免除債務之利益，則返還利益之方式，應使原債權再度發生¹⁵⁵。

相對於此，若出具有人以為主債務存在，且其主觀上以為自己違反其補充義務而對收受人損害賠償，此時由於主債務事實上並不存在，出具有人不負賠償義務，故收受人從出具有人獲得之賠償，欠缺法律上之原因，應依不當得利規定返還之。

另外，如果出具有人以為主債務存在，且為避免前開提及之轉遞風險，於是以第三人清償方式代主債務人清償債務，此時應由出具有人向受領給付之收受人請求不當得利之返還，其理由在於：在此一情況，受有利益者，乃收受人而非主債務人，且出具有人所為之給付，係依其自身決定所提出，而非受主債務人之指示，故此一清償尚難評價為主債務人之給付，應屬出具有人之給付，故應肯認出具有人得向受有利益之收受人請求不當得利，方為妥適¹⁵⁶。

肆、弱支持函

如果支持函經過意思表示之解釋無法認定出具有人承諾補充（支持）主債務人財務之意思，此類支持函本文統稱為「弱支持函」（weiche Patronatserklärung）。雖然弱支持函種類眾多，但大致可歸納為兩種型態：
1. 確認過去或現在一定事實之支持函；2. 承諾將來不為或應為一定行為之支持函。本文以下逐一探討之。

¹⁵⁵ 欠缺法律上之原因之債務免除之不當得利返還方式，參見陳自強，前揭註152，頁313。

¹⁵⁶ Schwab, in: Säcker/Rixecker/Oetker, MünchKomm BGB, Bd. 7, 8. Aufl., 2020, § 812 Rn. 183 f.; v. Sachsen Gessaphe, in: Dauner-Lieb/Langen, NomosKommentar BGB, Bd. 2/3, 4. Aufl., 2021, § 812 Rn. 185. 國內文獻，參見王澤鑑（2015），《不當得利》，頁265，自刊。

一、承諾不為一定行為之支持函

若支持函之內容涉及不為一定行為之承諾，例如母公司向銀行承諾在子公司貸款期間，不改變或減少對於子公司之持股（編號 10），或不減損子公司履行主債務之能力（編號 11），由於其目的僅在禁止出具人為一定之行為，而不在於積極增加主債務人之履約能力，故其性質明顯與強支持函不同。不過，由於出具人以此類支持函所為之承諾，十分明確地表達其願受拘束之意思，故一般認為其已具有契約性格，且性質上屬於由一方當事人負擔給付（不作為）義務之契約¹⁵⁷。

（一）承諾不減少或改變持股比例之支持函

1. 義務內容

在實務上十分常見的弱支持函，乃出具人（母公司）承諾於主債務人（子公司）貸款期間，不改變或減少對於主債務人（子公司）之持股比例（編號 10）。此類支持函，旨在確保出具人維持其對於主債務人之影響力（經營控制權），避免因影響力（經營權）的改變而增加收受人債權未能實現之風險。依此約定，出具人不得在約定期間轉讓股份於他人。惟應注意的是，由於此一禁止轉讓持股之約定，性質上乃當事人間債之約定，故縱使出具人有違反約定而轉讓持股，收受人仍不得以此約定對抗受讓股份之第三人¹⁵⁸。

除了轉讓股份之情況，若從不改變持股比例的承諾觀之，出具人亦應避免主債務人辦理增資同時引進其他股東的情況，蓋於此情形，出具人之持股比例將被稀釋，從而減損其對於主債務人之影響力，故其亦為此類支持函所禁止之情況¹⁵⁹。相對於此，如果增資係以增加股份金額的方式為之，因為其不影響出具人之持股比例，且純粹有利於收受人，故不在禁止之列¹⁶⁰。

¹⁵⁷ Koch, (Fn. 5), S. 475 f.; Mosch, (Fn. 55), S. 95, 108; Verenkotte, (Fn. 91), S. 55 f.

¹⁵⁸ Mosch, (Fn. 55), S. 96.

¹⁵⁹ Fried, (Fn. 44), S. 160; Koch, (Fn. 5), S. 478 f.; Mosch, (Fn. 55), S. 95 f.; Verenkotte, (Fn. 91), S. 57.

¹⁶⁰ Fried, (Fn. 44), S. 161.

有疑問的是，主債務人辦理減資但未改變出具人持股比例的情況，是否亦在此類支持函所禁止之列？單從形式觀之，無論是減少每股金額，或減少股份總數（包括合併股份與銷除股份），出具人對於主債務人之持股比例並未改變，故似非此類支持函禁止之情況。不過，由於減資勢必造成公司章程所定之資本總額的減少，從而影響到公司債權人之利益¹⁶¹，故於解釋此一支持函之不作為義務時，自不應拘泥於持股「比例」之改變，應擴張解釋涵蓋股份所表彰之公司資本有所改變的情形，方符合保護債權人（支持函收受人）之意旨¹⁶²。如採取此一解釋，主債務人決議減資之情況，亦為此類支持函禁止之行為。

2. 違約賠償責任

如果出具人違反前開不作為義務（如於貸款期間轉讓股份），只要回復約定之持股比例已無意義（如主債務人已受破產宣告¹⁶³）或無可能（如受讓股份之人不願將取得之股份再讓與給出具人¹⁶⁴），此不作為義務即陷於給付不能¹⁶⁵。只要收受人因此受有損害（如無法收回債權），出具人即應依民法第 226 條第 1 項規定負賠償責任。至於損害賠償之方法，鑑於回復原狀已無可能，故收受人僅得請求以金錢賠償所受損害¹⁶⁶。

關於此一損害賠償責任，實務上面臨的難題，乃因果關係之證明。出具人違反約定而轉讓持股時，縱其後收受人確實因主債務人無力履行債務而受有損害，但此損害未必係該改變持股之義務違反行為所造成，例如主債務人之財務狀況早在出具人轉讓持股前已有惡化情事，或出具人轉讓股份並未改

¹⁶¹ 此由公司法第 281 條要求股份有限公司決議減資時，須準用無限公司合併時應踐行之保護公司債權人之規定（公司法第 73 條及第 74 條規定參照），可見一斑。

¹⁶² Fried, (Fn. 44), S. 162; Koch, (Fn. 5), S. 479 f.; Mosch, (Fn. 55), S. 96; Verenkotte, (Fn. 91), S. 57.

¹⁶³ Koch, (Fn. 5), S. 487.

¹⁶⁴ Fried, (Fn. 44), S. 217-219.

¹⁶⁵ Fried, (Fn. 44), S. 216-219; ähnlich Koch, (Fn. 5), S. 486 f. 關於不作為義務之違反所涉及之義務違反態樣，參見 Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 2022, § 4 Rn. 18.

¹⁶⁶ Mosch, (Fn. 55), S. 98 f.

變其對主債務人之經營控制權，又或是轉讓股份雖造成經營權易手，但縱使無此情事，仍無法避免主債務人之財務惡化等¹⁶⁷。在此等情況，由於損害與義務違反間欠缺因果關係，故無由成立損害賠償責任。

由以上分析可知，單純因轉讓持股而須負賠償責任的情況，實不多見。較可想像的情況，須出具人因轉讓持股而喪失其經營控制權，且主債務人之財務還須因經營權之易手而受影響（例如喪失原關係企業間之利益¹⁶⁸，或因新入主經營之母公司之經營策略而加重其財務負擔¹⁶⁹），以致於其無力償還主債務，始足當之¹⁷⁰。由此一因果關係的討論，可以發現，禁止出具人改變持股的支持函，其目的僅在避免收受人因主債務人經營權之改變所衍生的「額外」風險，至於主債務人原來資力欠缺之風險，則不得以出具人違反禁止轉讓持股之約定而託言轉嫁之。

最後，依一般舉證責任之分配原則，前開成立損害賠償責任之要件事實的存在，應由主張損害賠償之收受人負舉證責任，然由於此等事實（尤其是因果關係）之證明，誠非易事，故此類支持函在確保債權實現的效用並不高。

（二）承諾不減損主債務人履行主債務之能力之支持函

1. 義務內容

相較於前開不改變持股之支持函，承諾不減損主債務人履行主債務之能力的支持函，其義務內涵更加模糊。在探討此類支持函究竟禁止哪些行為前，有必要強調的是，由於此類支持函旨在避免主債務人無力履行主債務，故並非任何削弱主債務人償債能力之行為皆在禁止之列，而只有那些足以影響到主債務人履行主債務之能力的行為，始足當之。以下是幾個代表性的例子：

¹⁶⁷ Mosch, (Fn. 55), S. 99.

¹⁶⁸ 例如失去原由出具人所提供之經濟上援助，或喪失原關係企業間之折扣，參見 Maier-Reimer/Etzbach, (Fn. 107), 1111.

¹⁶⁹ 例如簽訂由主債務人以低價供應生產商品所需之原料，參見 Mosch, (Fn. 55), S. 99.

¹⁷⁰ Koch, (Fn. 5), S. 488, 491 f.

首先是母公司以其影響力而與子公司締結長期且片面有利於自己之契約，例如約定由子公司長期以低價供應其生產商品所需之原料，或由子公司長期承購其所生產之商品等¹⁷¹。此等契約雖然在垂直整合型的關係企業甚為常見，但因其直接影響子公司之收益，且長期下來勢必造成子公司之財務負擔，甚而損及債權人利益，故若母公司以開立此類支持函的方式來支持子公司，其即不得再與子公司締結此類契約。另因此類支持函僅在禁止出具人在**開立支持函後**有損及主債務人償債能力之行為，因此若前開契約係締結於支持函開立前，則其非此類支持函所限制之範圍，故收受人自不得要求出具人終止契約¹⁷²。

其他亦應禁止之行為，還包括母公司以其影響力而主導子公司分派盈餘的情形。蓋公司盈餘的分派，縱使合於法律規定，但因其無可避免地將影響到公司償還債務之能力，故若盈餘分派之規劃將影響到子公司債權人之利益時，其應為此類支持函所禁止之行為¹⁷³。此外，如母公司提取原本在關係企業內部可供子公司運用之資金，或是使子公司減資再取回資金等情況，只要其將影響到子公司履行主債務之能力，亦在禁止之列¹⁷⁴。

綜合以上討論，依此類支持函之約定，出具人負有不為前開行為之義務，如其準備為之，收受人得禁止之，此乃其依約得主張之不作為請求權。不過，由於此類支持函所支持之對象（主債務人，如子公司），通常比收受人（如貸款銀行）容易掌握出具人（母公司）有此等義務違反之消息，從而更能及時阻止此等行為。在此有必要深究的是：**受此類支持函支持之人是否因為此一支持函的開立，而得對於出具人取得不作為請求權？**就此問題，首先可以確定的是，由於受支持之人並非支持函契約之當事人，故其並無契約上之不作為請求權。因此，唯有此一支持函得被評價為真正之第三人利益契約時，其方能擁有此一權利。惟若觀察此類支持函的內容，當事人間明顯欠缺賦予

¹⁷¹ Mosch, (Fn. 55), S. 110; Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 249.

¹⁷² Mosch, (Fn. 55), S. 111.

¹⁷³ Mosch, (Fn. 55), S. 110; Verenkotte, (Fn. 91), S. 57.

¹⁷⁴ Mosch, (Fn. 55), S. 110.

第三人直接請求權之明示約定，且再由契約目的觀之，其主要係為確保收受人債權之實現，至於主債務人因此免於償債能力受侵害之效果，僅係此一支持函契約所生之間接利益，故尚難謂其為真正之第三人利益契約，從而主債務人也無從取得不作為之請求權。

2. 違約賠償責任

若出具人已為上開減損主債務人財務之行為，此時不僅收受人之不作為請求權已無用武之地，且出具人依約所負之不作為義務，亦陷於給付不能。若收受人其後因此受有債權未能受償之損害，出具人即應依民法第 226 條第 1 項規定，負賠償責任。

關於此一損害賠償請求權，收受人應證明上開義務違反與損害間之因果關係，此無疑問。有疑義的是，何時能肯定此一因果關係的存在？首先，如果出具人造成主債務人財務減損的數額，超過收受人因債權未能受償所受之損害，且主債務人又無其他債權人，則此一因果關係較有被肯認的可能¹⁷⁵。

相較之下，若出具人之義務違反行為肇致主債務人財務減損的數額，低於收受人債權未能受償的數額，除非收受人能證明主債務人正好因該義務違反行為而遭受營運上之重大損失，否則甚難證明此一因果關係的存在，因為該義務違反行為，可能僅係主債務人無力償還債務的眾多原因之一¹⁷⁶。

由以上說明可知，此一證明上的困難，勢必讓收受人透過損害賠償而尋求救濟的可能性，大打折扣。

二、承諾應為一定行為之支持函

在實務上亦屬為常見的支持函，乃承諾應為一定行為之支持函。若按所承諾應為之行為態樣而區分，其主要有兩種型態：其一，承諾於一定情事發生時，應將該情事通知收受人之支持函；其二，承諾發揮自身影響力以敦促主債務人履行債務之支持函。以下分述之。

¹⁷⁵ Mosch, (Fn. 55), S. 112.

¹⁷⁶ Mosch, (Fn. 55), S. 112.

(一) 承諾負有通知義務之支持函

關於以通知義務為內容之支持函，實務上常見的約定，例如出具人如打算改變對於主債務人之持股比例（編號 12），或主債務人之財務狀況有所改變（編號 13），其應將此等情事通知支持函之收受人。觀察此類支持函之內容，其涉及將來事實資訊之提供¹⁷⁷，其目的係**為使收受人能夠及時了解與主債務人履約能力相關之事實變化，讓其有機會及時採取必要的因應措施**¹⁷⁸以保全債權¹⁷⁹。另外，因為此一支持函僅要求出具人承擔一定通知之義務，不涉及主債務人財務之補充，故其性質上並非強支持函，惟其涉及具有法律上拘束力之承諾，故得評價為由一方負擔給付義務之契約¹⁸⁰。

1. 義務內容

關於此類型之支持函，應予釐清的是，出具人何時負有通知義務？又其應通知事項究竟範圍何在？

先就編號 12 之支持函而論，依其明確之文義，只要出具人有改變持股比例之意圖時，即應將此情事通知收受人，至於具體應為通知之時間點，應審酌個案確定之，無法一概而論，但至少也應在與潛在之交易對象洽談承購事宜前為之，如此方符合此類支持函擬給予收受人及時反應之契約目的。另外，就應予通知之事項，如參考本文前開關於改變持股比例之概念的說明¹⁸¹，其除了應包括典型轉讓持股的情形，其他像是主債務人增資而同時引進新股東，或是決議減資等，均屬應行通知之事項¹⁸²。

¹⁷⁷ Fried, (Fn. 44), S. 149, 155.

¹⁷⁸ 例如支持函之收受人(貸與人)依借貸契約所約定之終止事由而提前終止契約(或以此終止權之行使作為談判籌碼要求提出額外之擔保)、或依約定之期限利益喪失約款請求提前返還借款，或(如有事後擔保之約定)要求提出額外之擔保，參見Koch, (Fn. 5), S. 523.

¹⁷⁹ Fried, (Fn. 44), S. 150.

¹⁸⁰ Fried, (Fn. 44), S. 155; Koch, (Fn. 5), S. 523; Mosch, (Fn. 55), S. 72

¹⁸¹ 參見前述肆、一、(一)。

¹⁸² Koch, (Fn. 5), S. 523; Mosch, (Fn. 55), S. 75.

相較於此，編號 13 之支持函所約定「主債務人財務狀況有所改變」即應予以通知，其概念相對模糊。若從此類支持函旨在及時提供資訊以利收受人及時採取保全債權之措施的角度觀之，出具人應通知之事項，應包括所有影響主債務人償債能力與收益狀況之事實變化¹⁸³。舉例而言，如主債務人發生鉅額虧損，或出現資金周轉不靈（如有退票情事）等，出具人均應於知悉後立即通知之¹⁸⁴。至於對於主債務人收益可能造成負面影響之情形，如經營策略之調整、產品項目的增減、與其他關係企業間之供應契約之變更或終止等，亦屬重要且應予通知之事項¹⁸⁵。

2. 違約賠償責任

如果出具人就以上兩種支持函所約定應予通知之事項，**完全未為通知、遲為通知，或通知之事實有誤或不完全**，致令支持函之收受人未能（及時）採取適當之因應措施以保全債權，則其因債權未能（完全）受償所受之損害，得向出具人請求損害賠償¹⁸⁶。至於損害賠償之依據，依情形而有不同：

1. 在**完全未為通知**情況，由於此類支持函之契約目的，係為使收受人有機會及時採取保全債權之措施，故只要此通知義務之未履行，已使收受人完全喪失保全債權之機會（例如主債務人已受破產宣告），則此一通知義務再無履行之可能，構成給付不能，收受人得請求損害賠償之依據，應為民法第 226 條第 1 項規定。

2. 若出具人並非未為通知，而是**逾越應予通知之時點始為通知**（例如已與交易相對人達成轉讓股份的約定後始通知），並致使收受人喪失或減少保全債權之機會，收受人就其因此所受之損害，得依民法第 231 條第 1 項規定請求遲延之損害賠償。值得一提的是，由於此類支持函之通知義務的發生，繫於將來不確定是否發生之事實，其性質上屬於不確定期限之債務，若依民法第 229 條第 2 項規定，債務人（出具人）須經債權人（收受人）催告而未

¹⁸³ Mosch, (Fn. 55), S. 72.

¹⁸⁴ Mosch, (Fn. 55), S. 72; auch Fried, (Fn. 44), S. 149.

¹⁸⁵ Mosch, (Fn. 55), S. 72; auch Fried, (Fn. 44), S. 149 f.

¹⁸⁶ Koch, (Fn. 5), S. 526.

為給付，始自受催告時起構成給付遲延¹⁸⁷。不過，由於此等應為通知之事實，一般僅出具人所能知悉，故解釋上應認為只要出具人（債務人）未於應通知之時間點為通知時，其即陷於給付遲延，而無待收受人（債權人）之催告¹⁸⁸。

3. 出具人**雖及時為通知，但如果其告知之事實有誤或不完整**，使收受人無法充分評估風險以採取適當之因應措施，致令其受有債權未能（完全）受償之損害，則收受人得依不完全給付之規定向出具人請求損害賠償。

關於以上損害賠償責任，出具人雖然在「理論上」有可能透過證明各該義務之違反不可歸責於己而免責，但由於前開應予通知之事實，或為出具人所可察覺（如主債務人財務惡化），或甚至是由其所主導（如轉讓持股），故實際上能舉證免責之情況，殊難想像。

不過，若要謂此類支持函之收受人能輕易主張違約之損害賠償，此亦言過其實，蓋於主張此一損害賠償時，收受人尚須證明損害與前開義務違反間之因果關係。換言之，**收受人須證明如果出具人善盡通知義務時，其將能採取現實上所未採取之因應措施，或是能採取較現實上已採取者還更適於保全債權之措施，以及其得因此避免之損害數額等事實**。然而此等事實之證明，實際上並不容易，故法院應否（或如何）減輕支持函收受人之舉證負擔，乃此類支持函擁有多少擔保效力之關鍵。在此，本文認為，只要收受人能證明如出具人善盡通知義務，則其所受損害將有被避免或降低之可能時，法院即應善用民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，以降低證明損害數額之證明度的方式，依所得之心證定其損害數額，以緩和此舉證上之困難。

（二）承諾發揮影響力之支持函

關於承諾發揮自身影響力以敦促主債務人履行債務之支持函（編號 14-15），如前所述，由於其內容一般尚難認為出具人有補充主債務人財務之意

¹⁸⁷ 關於不確定期限債務之說明，參見史尚寬，前揭註81，頁382-383；孫森焱，前揭註81，頁532。

¹⁸⁸ 德國法的討論，參見Fried, (Fn. 44), S. 212 f.; Koch, (Fn. 5), S. 526.

思，故其尚難評價為強支持函¹⁸⁹。但由於出具人已承諾應以其影響力敦促主債務人履行債務，故其性質上應屬於由一當事人負擔給付義務之契約¹⁹⁰。

1. 義務內容

關於此一類型之支持函，最具爭議者，乃出具人究竟負有何等行為義務？單從「發揮影響力」或「監督」主債務履行之內容觀之，其概念並不明確。文獻上普遍認為，所謂「發揮影響力」（或監督）之行為，應理解成：**出具人在所擁有之影響力的範圍內，應積極敦促主債務人履行主債務之行為**¹⁹¹。換言之，行為義務的發生，須以出具人有影響主債務人之可能為前提，而其被要求之行為義務程度，則取決於影響力之高低，影響力愈大者，義務程度也愈高。不過，任何發揮影響力之行為，仍應在法律允許的範圍之內，因此縱使是持有子公司百分之百股份的母公司，其雖對於子公司擁有絕對的影響力，但仍不得為了使子公司依約清償支持函所擔保之債務，即讓子公司為不合營業常規或其他不利益之經營而籌措資金，蓋此乃公司法第 369 條之 4 第 1 項所明文禁止。

有爭議的是，此類支持函之出具人能否（或應否）以其影響力要求（或決定¹⁹²）主債務人應「**優先**」清償支持函所擔保之債務？單從形式觀之，其有助於主債務之履行，故似可認為係出具人應發揮影響力之行為。不過，由於此一要求「**優先**」清償的行為，**若主債務人已經欠缺支付能力**，其勢必侵害其他債權人利益，甚至可能構成以故意背於善良風俗之方式侵害他人債權之侵權責任¹⁹³；而且在出具人曾開立複數支持函的情況，其更將陷於「義務

¹⁸⁹ 前述貳、四。

¹⁹⁰ Fried, (Fn. 44), S. 165; Koch, (Fn. 5), S. 502, 504; Mosch, (Fn. 55), S. 113.

¹⁹¹ Fried, (Fn. 44), S. 174; Koch, (Fn. 5), S. 507 f.; Mosch, (Fn. 55), S. 114. 關於發揮影響力之支持函，德國Karlsruhe高等法院（OLG Karlsruhe）在1992年7月8日作成的一則判決（經聯邦法院維持）即指出，出具人僅在影響力範圍內承擔行為義務，參見OLG Karlsruhe, Urteil v. 07. 08. 1992 – 15 U 123/91, DStR 1993, 486.

¹⁹² 例如出具人係主債務人（有限公司）之唯一的董事，或出具人掌握大部分主債務人（股份有限公司）之董事席次。

¹⁹³ Mosch, (Fn. 55), S. 114 f.; auch Fried, (Fn. 44), S. 166.

衝突」的窘境，因為要求主債務人應優先向特定支持函之收受人清償債務，無可避免地會對於其他支持函之收受人構成義務之違反。職此之故，縱使此等要求乃出具有人影響力範圍所及，但仍應保守地否定其為此類支持函所要求發揮影響力之行為，似較妥適¹⁹⁴。

相較於此，**一般性地敦促主債務人履行債務，則屬於典型出具有人應發揮其影響力之行為**。舉例而言，如果出具有人係主債務人（有限公司）不執行業務的股東，則其可透過監察權的行使，適度關切、督促主債務人履行其債務。此外，如主債務人是股份有限公司，由於董事會才是公司業務執行機關，故出具有人僅能以股東地位（發揮事實上之影響力），敦促董事會留意公司債務履行之狀況，或敦請監察人在其權限範圍監督公司履行債務¹⁹⁵。

值得一提的是，雖然從發揮影響力之支持函的文義，無法直接推導出具有人不得轉讓持股之義務，但由於此類支持函之行為義務的發生，係以出具有人對於主債務人有實際上之影響力為前提，故解釋上應認為出具有人負有維持影響力之義務，否則其將可透過放棄（或降低）影響力的方式（如轉讓持股）而脫免行為義務。由此可知，從此類型之支持函的本質，亦得推得出具有人負有不得轉讓持股之義務（如編號 10）¹⁹⁶。再者，此類支持函旨在要求出具有人以其影響力敦促主債務人履行債務，故如果出具有人反而從事減損主債務人償債能力之行為，此自與此類支持函之目的未盡相符，故此類支持函亦寓有禁止減損主債務人償債能力之義務內涵（如編號 11）¹⁹⁷。以上額外承認之不作為義務，性質上雖非此類支持函契約之主給付義務，但由於其乃履行該發揮影響力之行為義務所不可或缺，故應可將其定性為從給付義務。

由以上分析可知，發揮影響力之支持函，出具有人承諾之行為義務，看似打擊面甚廣，但受限於法律限制，以及避免侵害其他債權人利益等考量，出

¹⁹⁴ Mosch, (Fn. 55), S. 115.

¹⁹⁵ Koch, (Fn. 5), S. 516; Hoffmann, (Fn. 5), S. 161; Mosch, (Fn. 55), S. 115;.

¹⁹⁶ 此一見解，最早係由奧地利最高法院在1985年的一則判決（OGH, Urteil v. 11. 07. 1985 – 7 Ob 572/85, SZ 58/127）提出，其後受到不少德國文獻採取（vgl. Fried, (Fn. 44), S. 182 f.; Koch, (Fn. 5), S. 516.）。

¹⁹⁷ Fried, (Fn. 44), S. 183 ff.

具人之行為義務範圍（或謂其行為空間）實不容高估。不過，若從約定發揮影響力之行為義務的前提與目的觀之，此類支持函其實隱含著前開禁止改變持股與減損主債務人償債能力之義務內涵。

2. 違約賠償責任

如果主債務人已受破產宣告，出具人因為無法再履行其發揮影響力的行為義務，故構成給付不能¹⁹⁸。相反地，只要主債務人未受破產宣告，而出具人未及時發揮影響力，以致主債務人屆期無力或拒絕履行債務，出具人將陷於給付遲延¹⁹⁹。另外，出具人影響力之發揮，除了應及時外，還應於影響力範圍內盡可能地敦促主債務人清償債務，故若出具人未盡全力，其將構成不完全給付²⁰⁰。

以上義務之違反，若導致收受人其後受有債權未能受償之損害，出具人應按其義務違反態樣負違約損害賠償（民法第 226 條第 1 項、第 231 條第 1 項或第 227 條第 1 項等）。然而，顯而易見的是，此一損害賠償的主張，同樣會遭遇到因果關係證明上之阻礙，蓋出具人未（及時或完全）發揮影響力的行為，通常不是主債務人無力清償債務的主因。從而，只有收受人能證明主債務人原本擁有足以清償主債務之資金，但其卻使用於他處，而出具人本有機會以其影響力阻止該資金之使用時，始足以認定因果關係的存在²⁰¹，惟此證明誠屬不易，故一般認為此類支持函之擔保效用並不高²⁰²。由此亦可得知，法院在認定以行為義務為內容之支持函的類型與效力時，該行為義務究竟僅止於要求出具人盡其所能地發揮影響力（此處討論之弱支持函），抑或由出具人承擔補充主債務人財務之義務（強支持函），法院解釋契約的結果，對於當事人影響甚鉅。

¹⁹⁸ Koch, (Fn. 5), S. 517.

¹⁹⁹ Fried, (Fn. 44), S. 227; Koch, (Fn. 5), S. 517.

²⁰⁰ Fried, (Fn. 44), S. 227 f.

²⁰¹ Koch, (Fn. 5), S. 521.

²⁰² Fried, (Fn. 44), S. 229; Hoffmann, (Fn. 5), S. 162; Koch, (Fn. 5), S. 521 f.

最後，為貫徹此類支持函之契約目的，解釋上應認為出具人尚負有不轉讓持股或不減損主債務人財務之從給付義務，因此，若出具人有此等義務之違反，並肇致收受人因債權未能受償而受有損害，出具人應負違約賠償責任，自不待言²⁰³。

三、確認具有法律上重要性事實之支持函

除了前開承諾應為或不為一定行為之支持函，以確認法律上重要性事實為內容之支持函，在實務上亦屬常見（編號 4-9）。由於此等事實資訊，經常影響到支持函收受人之交易決定，故其正確且完整的提供，對於收受人而言，深具重要性。

在此，有必要探討的是：若此類支持函所提供之事實資訊有誤或不完整（如高估子公司之財務狀況），而支持函之收受人（資訊接受者）基於此等資訊基礎而為交易行為（如未要求足夠擔保的情況下放款於子公司），則其因此所受之損害（如無法收回債權），得否向支持函之出具人（資訊提供者）請求損害賠償？

在回答此一問題時，有必要釐清的是：此類支持函之出具人是否負有確保該事實資訊的正確與完整之義務？如有，此義務來源為何？又如果出具人違反此義務，其法律效果為何？以上問題，國內迄今未有相關文獻討論，故本文以下擬先觀察比較法上的討論（下述（一）），再從我國法制尋求可能的處理方式（下述（二））。

（一）比較法之觀察：以德國法為中心

1. 資訊義務之基礎

在德國，當事人就其所提供之資訊，須確保其正確與完整之義務（資訊義務），一般認為可以源自於以下情況²⁰⁴：其一，當事人明示或默示締結資

²⁰³ 參見肆、一、（一）、2與（二）、2之說明。

²⁰⁴ Mosch, (Fn. 55), S. 53; auch Fried, (Fn. 44), S. 114 f.

訊契約 (Auskunftsvertrag)²⁰⁵；其二，基於特定契約關係所發生之附隨義務；其三，源於契約磋商階段之信賴關係而生之先契約義務。若觀察此類支持函之內容與開立過程，當事人間（母公司與貸款銀行間）明顯欠缺締結資訊契約的明示約定，且在出具此類支持函時，雙方亦不存在一個既存而足以發生附隨義務的契約關係²⁰⁶，故德國法上之討論，多從「默示締結資訊契約」與「當事人間之信賴關係」此二路徑來承認此類支持函之出具人須確保其提供之資訊之正確與完整之義務。

德國實務向來承認所謂「默示締結之資訊契約」(stillschweigend abgeschlossener Auskunftsvertrag)，亦即當事人間雖然欠缺明示締約之意思，但若資訊提供者已認識到提供之資訊對於資訊接受者有顯著之重要性，且該資訊也是資訊接受者決定是否從事交易行為（尤其涉及財產處分）之重要基礎時，即可認定當事人間有默示締結資訊契約之意思。一般認為足以符合此要件者，主要包括資訊提供者就其提供之資訊具有特別之專業認識，或是其就該資訊擁有自身經濟上之利益等情形²⁰⁷。在此實務見解的基礎上，德國不少學者認為此類之支持函也符合成立默示締結資訊契約之要件²⁰⁸，蓋其確認之資訊，例如母公司對於子公司之持股比例，或子公司之財務狀況，不僅是銀行決定是否放款於子公司的重要基礎，且從關係企業之集團利益，以及母公司乃子公司之股東的角度觀之，其對於子公司能否獲得銀行融資借款，亦具有自身經濟上利益，故可認為當事人間有默示締結資訊契約之意思，從而，出具人就其開立之支持函所確認之事實，自負有確保其正確且完整之義務。

不過，默示締結資訊契約之見解，在學說上遭受不少批評，最為人詬病者，乃其有過於擬制當事人意思之嫌²⁰⁹，蓋於支持函的使用實務上，出具人

²⁰⁵ 國內文獻有譯為告知契約，參見向明恩（2009），〈德國締約上過失理論之發展〉，《臺北大學法學論叢》，70期，頁55。

²⁰⁶ Mosch, (Fn. 55), S. 53.

²⁰⁷ BGH, Urteil v. 22. 03. 1979 – VII ZR 259/77, NJW 1979, 1449.

²⁰⁸ Larenz/Canaris, (Fn. 107), S. 84; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 40; Mosch, (Fn. 55), S. 52 ff.; Stürmer, (Fn. 122), Vorbem 462 zu §§ 765-778; Verenkotte, (Fn. 91), S. 48.

²⁰⁹ Fried, (Fn. 44), S. 116-118; Mosch, (Fn. 55), S. 54; Reuter, (Fn. 2), RIW 2018, 339,

與收受人間一般少有仔細磋商交流的過程，故如何單憑一次性之資訊提供即肯認當事人間有默示締約之意思，不無疑問²¹⁰，而且文獻上甚至批評此一見解恐有不當逾越法律續造界限之疑慮²¹¹。有鑑於此，不少學者乃另闢蹊徑，嘗試從當事人間之信賴關係肯認出具人負有提供正確且完整資訊之義務²¹²。

2. 義務違反之法律效果

無論採取前開何等路徑，其結論上均要求出具人應確保支持函所確認之事實的正確與完整。從而，只要提供之資訊有錯誤或不完整的情況，出具人即構成義務之違反。惟應注意的是，此類支持函所確認之事實乃開立支持函「當下」之事實狀態，故如果被確認之事實其後改變（例如子公司財務急遽惡化），此時不能認為出具人違反其義務。除此之外，出具人原則上亦不負有將此等情事通知收受人之義務，蓋若其擬要求出具人負此義務，其當初即應要求承諾負有一定通知義務之支持函。不同於此，若出具人在開立支持函時已可預見所確認之事實將有所改變（例如以支持函確認持股比例的當下已有於未來轉讓持股的打算），則縱使支持函所確認「當下」之事實並無不正確的情況，但由於其提供之資訊明顯不完整，故仍構成義務之違反。

若收受人基於錯誤（或不完整）之資訊而為交易行為，並因此受有損害，其得向出具人請求損害賠償，此無疑問。惟損害賠償之依據，將因前開採取見解之不同而有異：若採取**默示締結資訊契約**的看法，由於確保資訊之正確且完整之義務乃契約義務，故於出具人違反此義務時，收受人得依德國民法第 280 條第 1 項規定請求損害賠償²¹³。相反地，如認為此一義務源於**當事人間之信賴關係**，則損害賠償責任之性質將落入締約過失責任之範疇。對此，部分學者認為此類支持函之當事人間應屬德國民法第 311 條第 2 項第 3 款「類似交易上接觸關係」（ähnliche geschäftliche Kontakte），故收受人得援

341; auch Ebke, in: Ebke, MünchKomm HGB, Bd. 4, 4. Aufl., 2020, § 323 Rn. 126.

²¹⁰ Mosch, (Fn. 55), S. 54.

²¹¹ Ebke, (Fn. 209), § 323 Rn. 126.

²¹² Bülow, (Fn. 34), Rn. 1760; Hoffmann, (Fn. 5), S. 25; Koch, (Fn. 5), S. 386 ff.

²¹³ Stürmer, (Fn. 122), Vorbem 462 zu §§ 765-778.

引此一規定連結第 280 條第 1 項規定請求損害賠償²¹⁴；惟多數學者認為，出具人應係同條第 3 項第 2 句所稱重大影響他人契約磋商或締結之第三人，故其應負第三人締約上過失責任²¹⁵。

以上德國法之討論，涉及 2002 年債法現代化已將締約過失責任明文化後之討論。對我國法制更具參考價值者，應是德國實務在締約過失責任明文化前之處理方式。德國 Düsseldorf 高等法院（OLG Düsseldorf）在 2002 年 11 月 14 日作成的一則判決²¹⁶，為此類支持函之責任問題提出諸多重要指引，深具參考價值，故本文簡要介紹之。

本案事實略為：原告公司主張其承攬 A 有限責任公司（下稱 A 公司）的某項工程，當初其之所以願意承接此工程，實係因其與 A 公司締約磋商期間，被告公司之受僱人曾口頭向其表示，**被告公司作為 A 公司之股東，將作為 A 公司履約之後盾，並指出 A 公司財務狀況良好而無違約疑慮**。不料，A 公司其後陷入財務困難，無力給付承攬報酬。故原告公司乃以其報酬債權未能實現而受有損害為由，起訴請求被告公司應負賠償責任。

在本案中，Düsseldorf 高等法院明確肯認被告公司應負損害賠償責任，其判決理由有幾項重點²¹⁷：

1. 被告公司之受僱人雖曾以口頭表示對於 A 公司之支持，但此一支持表示無法認為其有願意承擔債務或擔任保證人之意思，故被告公司不負債務承擔或保證責任。

2. 被告公司之受僱人對於原告公司所為之支持表示，由於僅在確認被告公司與 A 公司間之關係（被告公司為 A 公司之股東，且願作為其後盾），

²¹⁴ Filz, (Fn. 43), § 9 Rn. 245.

²¹⁵ Beckmann, (Fn. 128), Vor §§ 765 Rn. 8; Bülow, (Fn. 34), Rn. 1760; E. Wagner, (Fn. 17), BankR IV Rn. 694, 697; Habersack, (Fn. 68), vor § 765 Rn. 57; Koch, (Fn. 5), S. 386 ff.; Merkel/Richrath, (Fn. 66), § 77 Rn. 41, 43; Renner, (Fn. 107), 4. Teil Rn. 1003; Verenkotte, (Fn. 91), S. 48 f. 德國第三人締約上過失責任，本文礙於篇幅無從詳論，國內文獻詳細之介紹，參見向明恩，前揭註205，頁41-65。

²¹⁶ OLG Düsseldorf, Urteil v. 14. 11. 2002 – 12 U 47/02, BeckRS 2002, 12549.

²¹⁷ OLG Düsseldorf, Urteil v. 14. 11. 2002 – 12 U 47/02, BeckRS 2002, 12549 (Rn. 10 ff.).

以及說明 A 公司履約之能力，故無法評價為強支持表示，因此被告公司不負補充 A 公司財務之義務。

3. 被告公司（由其受僱人所為）之支持表示對於 A 公司償債能力之描述顯有錯誤，且此一錯誤資訊的提供，一方面可歸責於被告公司（其須依德國民法第 278 條規定承擔其受僱人之過失行為）；另一方面，鑑於被告公司之經濟實力，以及其與 A 公司間之密切關係，原告公司應可特別信賴被告公司提供之資訊，故原告公司因該錯誤資訊而誤認 A 公司之履約能力，以致未於締約時積極要求足夠之擔保，或是及時中斷締約，被告公司應就原告公司因信賴該錯誤資訊所受之損害負賠償責任。

4. 原告公司雖然無法證明如果被告公司正確告知 A 公司之實際償債能力時，其將可以獲得何等擔保以避免損害，但就此一損害數額證明上之困難，本案法院依德國民法第 287 條規定，經審酌一切情事，依其心證確定損害賠償數額，最終判命被告公司應賠償 3 萬歐元並加計利息。

關於此一判決，本文認為有以下幾點值得觀察：第一，本案所涉及之「支持函」，係由被告公司之受僱人以口頭形式為之，由此可知，支持表示不必然須以書面形式為之。

第二，被告公司受僱人對於 A 公司償債能力的錯誤描述（過失行為），被告公司應依德國民法第 278 條規定（相當於我國民法第 224 條規定）負同一責任。

第三，本件爭議事實發生在德國 2002 年債法現代化前，故無新法第 311 條第 2 項及第 3 項締約上過失責任規定之適用，惟法院仍肯認被告公司須就其受僱人之過失行為負損害賠償責任。換言之，法院在無實定法依據的情況下，積極肯認此類支持表示於當事人間所形成之信賴關係，並認為被告公司應確保其所提供之資訊的正確與完整，否則應負信賴利益之損害賠償責任。

第四，本案法院認為原告公司之承攬報酬債權未能受償之損害，與被告公司（由其受僱人所為）過失提供之錯誤資訊間有因果關係，蓋原告公司正是因為該錯誤資訊，才在未要求任何擔保的情況下與 A 公司締約。

第五，本案法院特別提到原告公司就其所受損害數額有證明上之困難，故援引德國民訴法第 287 條規定，依其心證認定原告公司所受損害之數額，據以減輕其舉證責任。事實上，此一損害數額之舉證困難，普遍存在於弱支持函的案例，本案法院積極適用前開舉證責任減輕之規定，對於其他弱支持函之損害賠償問題，亦有啟示性意義。

（二）我國法上之理解

關於此類支持函涉及之責任問題，在我國法上的處理，更顯棘手，一方面，我國實務從未發展出類似德國實務所承認「默示締結資訊契約」的看法，且由於此一理論向來也遭德國學說批評有過度擬制當事人意思之嫌，故參考或引介此一理論，未必妥適。因此，此一責任問題，從當事人間之信賴關係，並取徑於締約上過失責任解決，或許是相對穩妥的看法。

不過，我國民法第 245 條之 1 締約過失責任規定，向來被批評在立法上有過度限縮之不當²¹⁸，縱使在解釋論上，可以認為本條適用範圍不限於「契約未成立」的情況²¹⁹，且其對於違反先契約義務所設下之嚴格要件²²⁰，亦得透過第 1 項第 3 款之概括規定而予以緩和²²¹，甚至認為此一概括條款具有重新塑造本條成為締約過失責任之一般性規定之再生功能²²²，但由於此規定

²¹⁸ 相關批評，參見王澤鑑，前揭註65，頁269-270, 282；向明恩，前揭註205，頁66-69；向明恩（2011），〈對我國民法第245條之1之反省與檢討〉，《臺北大學法學論叢》，79期，頁190-194；周伯峰（2018），〈論對「不受期待之契約」的法律上處理：以締約上過失為中心〉，《政大法學評論》，155期，頁253-279；陳忠五（2007），〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《臺大法學論叢》，36卷3期，頁201-211；陳聰富（2022），〈締約上過失的責任構成與救濟方法〉，《政大法學評論》，169期，頁240-245、281-283。

²¹⁹ 王澤鑑，前揭註65，頁272；向明恩，前揭註205，頁67。

²²⁰ 例如同條第1項第1款關於告知說明義務之違反，要求「**他方之詢問，惡意隱匿或為不實告知**」，而同項第2款之保密義務，則要求「**經他人明示應予保密，而故意或重大過失洩漏之**」。

²²¹ 參見王澤鑑，前揭註65，頁275-276。

²²² 向明恩，前揭註218，頁193-194。

所規範之責任主體，乃準備或商議訂立契約之「當事人」，而不包括「第三人」有違反先契約義務的情況，因此，縱使吾人能完美詮釋民法第 245 條之 1 之規定，但其依舊無法解決此類支持函衍生的責任問題。以前開 Düsseldorf 高等法院判決事實為例，原告錯估 A 公司財務狀況（在未要求足夠擔保的情況下）與其締結承攬契約，實肇因於被告（過失）提供之錯誤資訊，但因被告並非締約磋商之一方當事人，故無民法第 245 條之 1 之適用。在此應思考的是：**此類介入他人締約磋商，並對於他人之交易決定有高度影響力之人，難道無庸就其過失提供錯誤資訊之行為承擔任何責任？**

若本案原告輕信一般路人提供之資訊而決定與 A 公司交易，其應自行承擔 A 公司違約風險，此無疑問。但本案被告乃與 A 公司有密切關係之人（有限責任公司之股東），此一關係，不僅意味其對於 A 公司有一定的影響力，且對於 A 公司營運狀況之瞭解更居於優勢地位，若再加上被告主動表明此一關係，甚至積極表示其願作為 A 公司履約後盾等情事，應可肯定**被告已創造出一個足以讓原告相信其所提供之資訊為正確（且完整）之信賴基礎，故於誠信原則的要求下，應可認為其有確保該資訊之正確與完整之義務**。如其違反此等義務，並肇致信賴該資訊而從事交易之人受有損害，其自應負信賴利益之損害賠償責任。

至於損害賠償之依據，我國雖未有德國民法第 311 條第 3 項關於第三人締約過失責任之明文，但觀察德國法之發展，其裁判實務很早就欠缺實定法依據的情況下，承認第三人亦有成立締約過失責任的可能，並透過裁判的累積予以類型化，甚至持續擴大適用範圍²²³，前引 Düsseldorf 高等法院判決，基本上也是在相同的思考脈絡下，要求提供錯誤資訊之被告，承擔第三人締約上過失責任。

反觀，我國現行民法關於締約上過失責任之規範密度，相較於德國 2002 年修法前，實有過之而無不及，故無否定第三人締約過失責任理論於我國發展的可能性²²⁴，此處討論支持函之責任問題，或可作為我國發展此一理論的

²²³ 德國實務發展之詳細介紹，參見向明恩，前揭註 205，頁 43-52。

²²⁴ 相同見解，參見向明恩，前揭註 205，頁 69。

試金石。我國未來修正締約過失責任規定時，有無必要就第三人締約過失責任作一般性立法，或許容有討論空間，但在立法之前，面對此類支持函的責任問題，或可參考締約過失責任之信賴原則，積極肯定以此類支持函而主動提供錯誤（或不完整）資訊之出具人，應對於信賴該資訊而受有損害之收受人，負信賴賠償責任，理由分述如下：

在討論此類支持函的責任依據前，或有必要比較對照的是，締約準備或磋商之際，如一方「當事人」就訂約有重要關係之事項，「主動」提供錯誤資訊，致使他方締結不利於己之契約，其應承擔締約過失責任之依據何在？在我國現行法下，可能涉及的規定為民法第 245 條之 1 第 1 項第 1 款及第 3 款，但就前者而言，由於其適用前提，須「對他方之詢問，……為不實之說明」，故其能否適用於未經他方詢問而「主動」提供錯誤資訊的情況，不無疑問；更棘手的是，本條規定無論從條文「契約未成立時」與「對於非因過失而信契約能成立致受損害於他方當事人」之文義，或是立法過程之討論²²⁵，似難認為其得適用於其後契約有效成立的情況²²⁶。另就第 3 款規定，「主動」提供錯誤資訊或許足以該當於「顯然違反誠實及信用方法」，但因為此款規定依舊遭遇「契約未成立時」之要件的掣肘，故亦難有施展身手的空間²²⁷。

然而，若因此認為「主動」提供錯誤資訊之當事人，無庸為其「顯然違反誠實及信用方法」之行為負責，此似難合於事理之平，蓋對於他方當事人而言，錯誤資訊的告知，不該僅因詢問與否，作不同處理²²⁸，而且不利契約之締約所造成的危害，有時猶勝於契約未成立的情況；另外若該主動提供錯誤資訊之行為僅涉及「過失」²²⁹，該他方當事人不僅難以其意思表示受詐欺

²²⁵ 詳細分析可參見向明恩，前揭註218，頁163；周伯峰，前揭註218，頁272-276。

²²⁶ 本文傾向認為民法第245條之1規定，僅係規範「契約未成立時」之締約過失責任的個別規定。

²²⁷ 不同見解，參見王澤鑑，前揭註65，頁274，認為此時可類推適用同條第1款規定或適用第3款規定。

²²⁸ 參見王澤鑑，前揭註65，頁274。

²²⁹ 德國文獻有稱此類情形為「過失詐欺」（*fahrlässige Täuschung*），參見Emmerich, in: Krüger, MünchKomm BGB, Bd. 3, 9. Aufl., 2022, § 311 Rn. 79 f.

為由而擺脫契約拘束，其因締結不利契約所受之不利益，更難依民法第 184 條第 1 項後段規定請求損害賠償，若再加上此項不利益僅涉及純粹經濟上損失，則其亦無由成立同條第 1 項前段之侵權責任。在此應可確認的是，我國民法未就此類情況設有規範，應存在顯而易見的法律漏洞，應有以法律續造填補漏洞之必要。於此，或可透過「**整體類推**」（Gesamtanalogie）的方式，積極肯認主動提供錯誤資訊之一方當事人，應負信賴賠償責任，蓋若觀察我國民法上涉及締約過失責任之個別規定（民法第 91 條、第 110 條、第 247 條第 1 項、第 245 條之 1、第 360 條、第 411 條但書、第 596 條等規定參照），其共通之規範基礎在於：基於當事人因締約準備或磋商所建立之信賴關係，從而應要求彼此負有一定先契約義務（告知、說明、保密、誠信磋商、照顧保護等義務），以避免損及他方權益；如有違反，該義務違反之當事人，即應對於因此受有損害之他方當事人，負損害賠償責任²³⁰。由此散落於民法各處之規定所抽取之保護當事人信賴之法律原則，應可整體類推適用於「**當事人**」一方「**主動**」提供錯誤資訊²³¹，甚至是其他法無明文的案例，以填補法律漏洞²³²。

²³⁰ 關於民法第 91 條、第 110 條、第 247 條第 1 項等規定，向來被認為是締約過失責任的原型，其旨在保護信賴意思表示或契約有效之當事人；而民法第 245 條之 1 規定，觀諸其立法理由「……為保障締約前雙方當事人間因準備或商議訂立契約已建立之特殊信賴關係，並維護交易安全，我國實有規定之必要，爰增設第一項規定。」其保護締約準備或磋商階段所建立起的當事人信賴關係，亦可確認。至於民法第 360 條、第 411 條但書、第 596 條等規定，其規定當事人之一方於締約磋商階段，因故意（或過失）未就物之瑕疵為必要之告知，致令他方當事人因此受有損害時，應負損害賠償責任，若從保護當事人權利的角度觀之，其亦著眼於當事人締約磋商階段之信賴關係，從而要求當事人應就物之瑕疵為必要之告知，而由於此等規定所規範者，皆涉及契約有效成立的情況，由此亦可窺見，締約過失責任所得涵蓋者，亦應包括契約有效成立的情況。

²³¹ 關於當事人因他方提供錯誤資訊而締結不利於己之契約的處理，國內深刻的討論可參見周伯峰，前揭註 218，頁 219-288。

²³² 事實上，德國在 2002 年增訂締約上過失責任之一般規定前，亦有認為得從諸多涉及締約上過失責任的相關規定，包括德國民法第 122 條、第 179 條、第 523 條第 1 項、第 524 條第 1 項、第 600 條、第 663 條，以及舊法第 307 條、第 309 條、第 463 條第 2 句等規定，提取一項保護因締約接觸、準備或磋商之當事人之信賴的法律原則（一

以上保護因締約準備或磋商所建立之信賴關係的思考，或亦有擴及「第三人」引起信賴的情況，蓋從保護信賴的角度觀之，若第三人已引起締約磋商之當事人之信賴，進而影響到其締約決定，其信賴應無不予保護之理，職此，將先契約義務擴及第三人，從而肯認第三人締約過失責任，絕非天馬行空的想像。不過，此第三人責任的承認，仍應有其界限，否則勢必不當加重一般人之義務，從而限制其行為自由。至於此處第三人之範圍究該如何界定？本文認為，此一問題仍應回歸締約過失責任之理論基礎，亦即信賴原則而為判斷，從而唯有該第三人之身分、地位或資格足以引起締約磋商之當事人之合理信賴時，始有承認第三人締約過失責任之空間；相反地，若主動提供資訊者僅係一般之第三人，縱其提供之資訊有誤，但仍難認為其應承擔前開責任，蓋其與締約磋商之當事人根本未建立起一定信賴關係，更重要的是，任何擬從事交易之人，本應負擔取得必要資訊之成本，不得將此成本（甚至是未支出成本而締結不利契約所受之損害）轉嫁他人，從信賴保護的角度，吝於支出交易成本而盲目輕信他人提供之資訊，此等信賴根本不值得保護。循此思考，若回到此處討論之支持函，之所以應肯認以支持函提供錯誤（或不完整）資訊之母公司，應對收受人負信賴賠償責任，最主要的理由乃在於，母公司基於其對於子公司之經營控制地位，其乃最瞭解子公司內部營運狀況之人，由此控制從屬關係，應可認為母公司的地位已足以引起收受人合理信賴其對於子公司財務或營運狀況之說明的真實性，在此信賴關係下，母公司自應確保其以支持函所提供之資訊的正確與完整，如其因可歸責於己之事由違反此一資訊義務，並肇致收受人在錯誤的資訊基礎之上與子公司交易，母公司應對於因此受有損害之收受人，負信賴賠償責任。

值得一提的是，如同其他弱支持函，此類支持函的收受人在主張損害賠償時，亦面臨舉證上的難題。蓋收受人於證明出具人違反前開義務與自身所受損害間之因果關係時，除了須證明其因該錯誤（或不完整）資訊而為交易行為外，還須證明其因此所遭受之損害數額，後者之證明尤其不容易，故如

一般的締約上過失責任原則），並將其整體類推於其他法律未規定的情況，詳細說明可參見Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., 2021, § 6 Rn. 151 (Fn. 287).

何減輕收受人之舉證負擔，亦是此類支持函之重要課題。本文認為，只要收受人可以證明其因該資訊而決定從事交易(如貸款於主債務人或與其締約)，法院即應善用民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，以降低證明損害數額之證明度的方式，依所得之心證定其損害數額，據以緩和此一舉證困難，前開 Düsseldorf 高等法院判決，應有參考價值。

伍、結 論

- 一、支持函作為國際擔保實務所發展的新興工具，其內容因當事人約定之不同，有諸多類型態樣，故「支持函」一詞僅係制度統稱，不具有法律上評價之意義。支持函的使用，雖然以關係企業母公司對於子公司融資（或取得締約機會）的支持為大宗，但觀諸國外實務的發展，實不以此為限（貳、二）。
- 二、按支持函之內容而為分類，其可以是純粹的善意表示（如表示知悉子公司之借款），但更多時候則涉及具有一定法律效力之函件。在類型上，部分支持函旨在提供過去或現在之事實資訊（如確認子公司的財務狀況）。部分則涉及將來一定行為之承諾，此等承諾，有不為一定行為者（如於子公司貸款期間，不轉讓持股），亦有承諾應為一定行為者，就後者而言，若出具人具有補充（支持）主債務人財務之意思，則其為本文所稱之強支持函，至於個案中當事人有無此等意思，應依意思表示之解釋原則探求之（貳、四）。
- 三、所謂強支持函，係指約定由一方（出具人）向他方（收受人）承諾以**補充（支持）第三人（主債務人）財務之方式使其能順利履行債務之契約**，性質上為單務契約。此一契約給付義務（補充義務），有幾項特點：1.給付目的，係為達到主債務清償之結果；2.給付內容，出具人具有選擇補充主債務人財務之手段的自由；3.給付對象，並非支持函之收受人，而係主債務人，唯其並無直接向出具人請求給付之權利；4.給付範圍，由於補充義務係確保主債務之履行，故只要主債務未完全受

償，出具人之補充義務繼續存在，因此出具人可能因此承擔超過主債務數額之責任（參、一）。在契約的定性上，強支持函並非民法保證、擔保契約、債務承擔或銀行擔保函，而屬於純粹的無名契約，並擁有得與傳統人保相提並論之法律地位（參、二）。另外，我國公司法第16條第1項規定公司不得擔任保證人之規定，無論從形式或實質的觀點，皆無法否定我國承認強支持函制度（參、三）。

- 四、在強支持函的契約關係中，補充義務之清償期，解釋上應與主債務之清償期一致，出具人應確保主債務人於清償期屆至時，擁有履行主債務之能力（參、四、（一））。如有欠缺，出具人應負遲延責任，如主債務人受破產宣告，其構成給付不能，須就收受人因債權未能（完全）受償所受之損害負賠償責任（參、四、（二））。另外，面對收受人之權利主張，出具人除了得提出源於強支持函本身之抗辯（權），基於強支持函之從屬性格，出具人亦得提出若干源於主債務之抗辯（權），以資防禦（參、五）。
- 五、關於弱支持函，由於其類型眾多，故其內涵與效力無法一概而論，而有類型化之必要。依本文分析，**承諾於將來不為或應為一定行為之弱支持函**，因其已具有一定法律上之拘束力，具有契約性格，故若出具人因可歸責於己而違反契約義務，並致收受人受有損害，其應負違約賠償責任。惟因義務違反與損害間之因果關係的證明，往往有其困難度，故此類支持函之效用，不容高估（肆、一及二）。
- 六、至於**確認具有法律上重要性事實之弱支持函**，由於其僅涉及一定事實資訊之提供，故尚難認為當事人間有締結契約之意思。但因為此一事實資訊之正確與完整性，乃支持函收受人決定是否從事交易行為之重要基礎，故從當事人間之信賴關係，應承認出具人負有確保該事實資訊之正確與完整之義務，如有違反，並致收受人受有損害，出具人應負信賴損害賠償責任（肆、三）。

參考文獻

一、中文部分

- 王澤鑑（2015），《不當得利》，自刊。
- （2022），《債法原理（一）：基本理論債之發生》，自刊。
- 史尚寬（1990），《債法總論》，自刊。
- （2000），《債法各論》，中國政法大學出版社（簡體字版）。
- 向明恩（2009），〈德國締約上過失理論之發展〉，《臺北大學法學論叢》，70 期，頁 1-79。https://doi.org/10.6774/TULR.200906.0001
- （2011），〈對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討〉，《臺北大學法學論叢》，79 期，頁 147-205。https://doi.org/10.6774/TULR.201109.0145
- 呂彥彬（2010），《工程契約履約擔保制度之研究》，元照。
- （2020），〈再談工程保證書的幾個問題：評析最高法院 107 年度台上字第 585 號判決〉，《月旦法學雜誌》，298 期，頁 143-159。https://doi.org/10.3966/102559312020030298010
- 邵慶平（2021），〈公司保證之禁止與隱存保證之票據行為：從最高法院 109 年度台上字第 2623 號民事判決談起〉，《台灣法律人》，1 期，頁 97-109。
- 周伯峰（2018），〈論對「不受期待之契約」的法律上處理：以締約上過失為中心〉，《政大法學評論》，155 期，頁 219-295。https://doi.org/10.3966/102398202018120155004
- 孫森焱（2020），《民法債編總論（下）》，自刊。
- 陳自強（2022），《契約之內容與消滅》，5 版，新學林。
- 陳忠五（2007），〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《臺大法學論叢》，36 卷 3 期，頁 51-254。https://doi.org/10.6199/NTULJ.2007.36.03.02

- 陳聰富(2022)，〈締約上過失的責任構成與救濟方法〉，《政大法學評論》，169期，頁215-290。<https://doi.org/10.53106/102398202022060169004>
- 游進發(2017)，〈替補賠償請求權之結構〉，《臺北大學法學論叢》，104期，頁1-72。
- 黃亦筠、盧沛樺(2021)，〈子公司破產，英業達、經濟部甩鍋 銀行苦吞 18 億，其實是自找的？〉，《天下雜誌》，載於：https://www.cw.com.tw/article/5119241?utm_source=fb_cw&utm_medium=social&utm_campaign=fb_cw-social-daily-211210-5119241&fbclid=IwAR3zzU6mnyzQqQYd0_9kQj5D3DBdoM17EnPjDj2f4YT96kIoIoQBcA4POd4。
- 楊芳賢(2021)，《民法債編總論(下)》，修訂2版，三民。
- 楊淑文(2006)，《民事實體法與程序法爭議問題》，元照。
- 劉連煜(1995)，〈從英美法論公司保證之有效性：以「集團企業內之保證」的檢討為中心〉，《法商學報》，31期，頁32-50。

二、德文部分

- Bülow, P. (2021), *Recht der Kreditsicherheiten* (10. Aufl.). C.F.Müller.
- Dauner-Lieb, B./Langen, W. (Hrsg.) (2021). *NomosKommentar BGB: Schuldrecht* (4. Aufl., Bd. 2/1: §§ 241-487). Nomos.
- (2021). *NomosKommentar BGB: Schuldrecht* (4. Aufl., Bd. 2/3: §§ 662-853). Nomos.
- Derleder, P./Knops, K.-O./Bamberger, H. G. (Hrsg.) (2009). *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht* (2. Aufl., Bd. 1). Springer.
- Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L. (Hrsg.) (2020). *Handelsgesetzbuch* (4. Aufl., Bd. 2: §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht). C.H.Beck.
- Ebke, W. F. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (4. Aufl., Bd. 4: Drittes Buch. Handelsbücher: §§ 238-342e). C.H.Beck.

- Ellenberger, J./Bunte, H.-J. (Hrsg.) (2022). *Bankrechts-Handbuch* (6. Aufl., Bd. 2). C.H.Beck.
- Fried, J. (1998). *Die weiche Patronatserklärung*. Duncker & Humblot.
- Gehrlein, M./Graewe, D./Wittig, J. (Hrsg.) (2023). *Das Recht der Kreditsicherung* (11. Aufl.). Erich Schmidt Verlag.
- Grimm, G. (2019). *Die Patronatserklärung: Kreditsicherung und Insolvenzabwehr*. Nomos.
- Grundmann, S. (2020). *Bankvertragsrecht* (Bd. 1: Grundlagen und Commercial Banking). de Gruyter.
- Herrler, S./Stürner, M. (Hrsg.) (2020). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 765-778). de Gruyter.
- Hoffmann, D. (1989). *Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht*. Peter Lang.
- Honsell, H. (2017). *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil* (10. Aufl.). Stämpfli Verlag.
- Junggeburth, T. (2009). *Interne harte Patronatserklärungen als Mittel zur Insolvenzabwehr*. Peter Lang.
- Klein, C./Tietz, S. (2007). Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, S. 101-107.
- Koch, J. (2005). *Die Patronatserklärung*. Mohr Siebeck.
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-157960-8>
- Koziol, H./Bydlinski, P./Bollenberger, R. (Hrsg.) (2017). *ABGB Kurzkommentar* (5. Aufl.). Verlag Österreich.
- Krüger, W. (Hrsg.) (2022). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (9. Aufl., Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil / Halbbd. 2., §§ 311-432). C.H.Beck.

- Krüger, W./Rauscher, T. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6. Aufl., Bd. 1: §§ 1-354). C.H.Beck.
- Larenz, K./Canaris, C.-W. (1994). *Lehrbuch des Schuldrecht Besonderer Teil II/2* (13. Aufl., Bd. 2, Halbbd. 2). C.H.Beck.
- Löwisch, M. (Hrsg.) (2017). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432). de Gruyter.
- Maier-Reimer, G./Etzbach, P. (2011). Die Patronatserklärung. *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 1110-1117.
- Möllers, T. (2021). *Juristische Methodenlehre* (4. Aufl.). C.H.Beck.
- Mosch, W. (1978). *Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung*. Giesecking.
- Nobbe, G. (Hrsg.) (2018). *Kommentar zum Kreditrecht* (3. Aufl., Bd. 2: §§ 765-1296 BGB). Finanz Colloquium Heidelberg.
- Reuter, S. (2018). Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Patronatserklärungen. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, S. 339-348.
- Rüßmann, M. (2006). *Harte Patronatserklärung und Liquiditätszusagen*. Nomos.
- Säcker F. J./Rixecker R./Oetker H. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd. 7: Schuldrecht – Besonderer Teil / Halbbd. 4., §§ 705-853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz). C.H.Beck.
- Saenger, I. (2007). Patronatserklärungen – Bindung und Lösungsmöglichkeiten. In U. Wackerbarth/T. Vormbaum/H.-P. Marutschke (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Eisenhardt zum 70. Geburtstag* (S. 489-503). C.H.Beck.
- Schach, K./Schultz, M./Schüller, P. (Hrsg.) (2022). *BeckOK Mietrecht* (28. Edition). C.H.Beck.

- Schwarze, R. (2022). *Das Recht der Leistungsstörungen* (3. Aufl.). de Gruyter.
<https://doi.org/10.1515/9783110599367>
- Tetzlaff, C. (2008). Patronatserklärungen – ein unkalkulierbares Haftungsrisiko für den Patron. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, S. 337-347.
- Thiekötter, S. (1999). *Die Patronatserklärung ad incertas personas: Eine Untersuchung der Patronatserklärung in den Geschäftsberichten der Großbanken*. Peter Lang.
- Verenkotte, P. (2014). *Patronatserklärungen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsfolgen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft sowie der Kündigungsmöglichkeiten für den Patron*. Peter Lang.
<https://doi.org/10.3726/978-3-653-04192-7>
- Widmer Lüchinger, C./Oser, D. (Hrsg.) (2020). *Basler Kommentar Obligationenrecht* (7. Aufl., Bd. 1: Art. 1-529 OR). Helbing Lichtenhahn.
- Wolf, C. U. (2005). *Die Patronatserklärung*. Nomos.

Study on Letter of Comfort

*Yen-Pin Lu**

Abstract

This research focuses on the letter of comfort. After introducing the development history, use incentives and timing of letters of comfort, this essay then summarizes and types them by collecting the content of common letters of comfort at home and abroad. The essay then refers to the classification of foreign literature to classify letters of comfort into 'hard letter of comfort (harte Patronatserklärung)' and 'soft letter of comfort (weiche Patronatserklärung)' with related discussions.

Regarding the hard letters of comfort, this essay characterizes it as a pure Innominate Contract by analyzing the connotation of its payment obligation, comparing its similarities and differences with traditional non-life insurance and insurance of the person. As for the rights and duties of the parties, the repayment period of the recipient of the letters of comfort for the request for performance of the contract shall be the same as that of the primary liability. In the face of the recipient's claim, the issuer can not only raise defenses (rights) originating from the hard letter of comfort itself, but also based on the subordinate character of the hard letter of comfort, it can also raise several defenses (rights) related to the primary liability for defense.

As for soft letters of comfort, because of the variety, this article divides them into: support letters that confirm certain factual information, support letters that promise not to do certain behaviours, and support letters that promise to do certain behaviours. With regard to the latter two types of soft letters of comfort, since the promises that should or should not be certain actions are already legally binding,

* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University; Ph.D. in Law (Dr. iur.), University of Passau, Germany.
E-mail: luyp0319@nccu.edu.tw

they can be evaluated as contracts. Therefore, if the issuer violates its obligations, it may be liable for breach of contract. As for the letters of comfort confirming certain factual information, although it cannot be evaluated as a contract, under the requirement of the principle of good faith, the issuer shall have the obligation to ensure the correctness and completeness of the provided information. The recipient of the transaction relying on the information shall be liable for damages due to the reliance interest.

Keywords: letter of comfort, binding comfort letters, dependent personal security, hard letter of comfort, soft letter of comfort, duty of culpa in contrahendo on third party, principle of reliance