

教學觀摩

民事實務見解回顧（三十三）
保證契約（下）

編目：民事法

主筆人：游律師

【案例 1】

X 主張，其以所有系爭不動產，設定最高限額新台幣（下同）120 萬元之抵押權予 Z 銀行，擔保 Y 公司對 Z 銀行之借款債務。Y 公司向 Z 銀行借款 100 萬元，並由 X 及 A、B、C、D 擔任連帶保證人。嗣 Y 公司積欠本息未償，X 為免系爭不動產遭拍賣，以連帶保證人身分，代償新臺幣 100 萬元（下稱系爭代償款）。X 自得向 A、B、C、D 各請求系爭代償款 1/5。A、B、C、D 主張，X 就物上保證之分擔額為 50%，就連帶保證之人保部分每人分擔額為 10%，故 A、B、C、D 每人僅須於該範圍內分擔。試問：若您是承審法官，應為如何之判斷？

【案例 2】

X 主張，其以所有系爭不動產，設定最高限額新台幣（下同）120 萬元之抵押權予 Z 銀行，擔保 Y 對 Z 銀行之借款債務。Y 向 Z 銀行借款 100 萬元，並由 X 及 A、B、C、D 擔任連帶保證人。嗣 Y 積欠本息未償，X 以連帶保證人身分，代償新臺幣 100 萬元（下稱系爭代償款）。X 自得向 A、B、C、D 各請求系爭代償款 1/5。A、B、C、D 主張，X 係承受 Z 對 Y 之債權，Z 銀行借款與 Y 銀行違反銀行法第 12 條之 1 之限制，該筆債權無效，Z 不得請求分擔；縱法院認有應分擔額，X 應先就抵押權部分承擔 50% 之分擔額，其餘保證人再就餘額進行分擔。試問：若您是承審法官，應為如何之判斷？

壹、證券詐欺之民事責任

在前文民事實務見解回顧（三十一）和（三十二）中，筆者已為讀者簡介保證契約和擔保契約兩種人保類型的債權確保工具，並從契約成立到履行均已有所著墨。從經濟目的來看，保證或擔保契約在保證或擔保人向債權人為給付時，就已經達成債權確保目的。但在法律議題的研究上，問題才正要開始。

在這回的分析中，筆者將為讀者分析保證契約中複雜的多方關係，也就是保證人間的法律關係，和保證人與主債務人間的法律關係；至於擔保法律關係，筆者則側重國際規範文件的引介。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

在正式進入本文主要內容前，筆者還是不厭其煩提醒讀者，要正視保證擔保法律關係的多樣性。在此一法律關係中，保證或擔保人未必就是經濟弱勢，保證或擔保人經常是受有相當利益之自然人或法人，且保證及擔保是國際經貿活動的重要工具，除了如前述銀行法保障弱勢的規定外，法院應相當程度尊重當事人的契約自主，以回應國際經貿活動的需要。

貳、保證人與主債務人間法律關係

一、基本分析：代償後法定債權移轉

保證人在代替主債務人清償後，依據民法第 749 條本文規定，在清償金額的限度內承受債權人對於主債務人的債權；保證人除得向主債務人請求償還代為清償的款項外，另得請求自支出時起的利息^{註1}。

例如：X 為 Y 向 Z 之借款提供保證，則在 X 代 Y 向 Z 清償後，X 承受 Z 對 Y 的債權，可回頭基於債權人地位向 Y 請求清償，並得請求自代償時起計算的利息。藉由此一設計，保證契約的存在，將 Z 於借款時承擔 Y 清償不能的信用風險，轉移由 X 承擔。

同樣的規定，不僅在人保有所規定，在物保，典型如抵押權，也有類似規定，此即民法第 879 條第 1 項本文規定，第三人為債務人設定抵押權，其後代為清償債務或因抵押權人實行抵押權致失抵押物所有權時，該第三人於其清償金額的限度內，承受債權人對於債務人的債權。

事實上，在 96 年民法物權編修正前，本條條文文義即是「依關於保證之規定，對於債務人有求償權」。足見人保制度和物保制度雖然看似不同，但在制度基本設計上仍有許多相似之處。在解決相關法律爭議時，其法理或可相互參照，例如：稍後將為讀者簡介的人保及物保平等原則也是類似思路。

二、特殊問題：回歸從屬性本質

此項保證人代償後的求償權，性質屬於法定的債權移轉，看似簡單明確，實務上卻有不少問題。但這些問題的解答，歸根究柢都還是回歸緊扣保證契約的從屬性。

首先，參照民法第 295 條第 1 項本文規定，讓與債權時，該債權的擔保及其他從屬權利，隨同移轉於受讓人。同理，保證人代主債務人清償後，於

^{註1}最高法院 18 年上字第 1561 號民事判例參照。

其清償限度內，承受債權人對於主債務人之債權，也應作相同解釋。故實務見解明確指出，保證人除承受債權人對於主債務人的債權，取代債權人的地位外，尚代位取得債權人對主債務人的債權及該債權的擔保與其他從屬權利^{註2}。所謂從屬權利，最為典型的的就是各類人保（如：保證）及物保（如：抵押權）。

例如：X 為 Y 向 Z 之借款提供保證，在 X 代 Y 向 Z 清償後，如果 Z 尚對 Y 徵提 Y 自有的財產設定物保，則 X 除繼受 Z 對外的債權外，也取代 Z 成為 Y 設定抵押權的抵押權人。在一併取得物保的情形，如需實施抵押權，保證人自應承擔實施抵押權之執行費用。也就是說，倘 X 取得債權及抵押權後，如欲行使抵押權，其自應承擔基於債權人地位所應負擔的執行費。最高法院曾在抵押人代償後行使抵押權的案例中採此一見解^{註3}，相同原則在保證人代償後行使抵押權亦應有所適用^{註4}。

第二，因為保證債務是從屬於主債務，基於保證關係而代為清償所能承受的債權，亦僅限於主債務範圍內。若保證人於主債務人所負債務範圍以外向債權人為清償，則除主債務人不將其事通知保證人，而保證人為清償時確不知悉外，保證人皆不得向主債務人行使求償權^{註5}。

然而，讀者應該一併注意，實務見解僅認為保證人不能依民法第 749 條承受債權而已，並非認為保證人沒有任何權利可以主張。此時，保證人的清償，依據實務見解，屬於當事人間之財產損益變動，如一方受財產上利益致他方受損害，係無法律上原因，應成立不當得利。最高法院即指出，如因保證契約無效，保證人仍以一般第三人之地位向債權人提出給付，致債務人債務因保證人清償而消滅，自得向無法律上原因而受利益的人，主張不當得利返還請求權^{註6}。

^{註2}最高法院 95 年度台上字第 352 號民事判決參照。

^{註3}最高法院 100 年度台上字第 602 號民事判決參照。

^{註4}但此種情形發生機率較低。原因為何？因為當 Z 同時有 X 的人保和 Y 所有財產的物保時，如 Y 不履行債務，Z 通常會選擇執行物保，除非 X 是有相當資力且願意積極履行保證責任之人，或該擔保標的物之執行時間勞費所費甚鉅。

^{註5}最高法院 18 年上字第 1086 號民事判例參照。

^{註6}最高法院 102 年度台上字第 1478 號民事判決參照。

參、保證人間法律關係

一、多數保證人間

(一)基本設計：共同保證

就數保證人為同一主債務人之特定債務為保證的情形，法律上稱為「共同保證」^{註7}。具體舉例而言，相當於前述「單獨保證」，即 X 為 Y 向 Z 之借款提供保證；共同保證的情形是 X2 及 X3 共同為 Y 向 Z 之借款提供保證。

此種共同保證人間的權利義務，在民法債編施行前，除契約另有訂定或數人先後各就主債務全額保證者外，其保證債務由數人各自平均分擔，並不連帶負保證責任^{註8}。在民法債編施行後，依據民法第 748 條規定，除契約另有訂定外，應負「連帶保證責任」。

既為連帶責任，則共同保證人間權利義務，依據民法第 280 條規定，連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。又依民法第 281 條規定，共同保證人中之一人，因清償致其他共同保證人同免責任者，得向其他共同保證人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息；換言之，如一保證人清償債務後，就超過其分擔額之部分，可請求其他債務人償還分擔額^{註9}。

(二)概念辨析

1.與連帶保證之辨異

雖然條文規範看似明確，此一規定還是造成不少法律適用疑義。首先，是「連帶保證」的概念辨異。

問題根源在於，「連帶保證」一語除用於表述共同保證人間負擔責任型態之外，「連帶保證」一語可用於另一脈絡，也就是實務見解向來認為，保證債務之所謂連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付責任^{註10}。這也是連帶責任，但此一脈絡的「連帶保證」是在處理主債務人與保證人間關係，此「連帶保證」使得債權人無須先向主債務人追索，即可逕向連帶保證人請求代償。因此，讀者需要注意的是，「連帶保證」的用語可能指涉不同層次的

^{註7}臺灣高等法院暨所屬法院 63 年度法律座談會民事類第 17 號參照。

^{註8}最高法院 28 年上字第 1742 號民事判例參照。

^{註9}最高法院 105 年度台上字第 1034 號民事判決參照。

^{註10}最高法院 45 年台上字第 1426 號民事判例參照。學說有認為，連帶保證僅係拋棄先訴抗辯權之保證，並非承擔連帶債務。

法律關係，保證人與主債務人間的連帶，與保證人間的連帶是不同概念。區別不同層次的連帶保證責任，其區別實益在於，若是主債務人與保證人間的連帶保證，實務見解認為，主債務人及保證人間沒有債務分擔額^{註11}，但若是共同保證人間連帶保證責任，實務見解則認為共同保證人間有債務分擔額^{註12}。

為避免混淆，筆者建議共同保證人間的法律關係，如果可以，讀者可以連帶責任稱之，而將「連帶保證」連給主債務人與保證人間關係層次，描述相對於普通保證之情形。此一區別讀者需要從幾個案例加以辨析，相關排列組合可開展如下：

情境排列組合	單獨保證	共同保證
普通保證	X1(情境 1)	X2+X3(情境 3)
連帶保證	X1(情境 2)	X2+X3(情境 4)

第一，情境 1，若 X1 為 Y 向 Z 借款為單獨且普通保證，這是原則中的原則，無須列舉具體實務案例，讀者應該可以回答：Z 須先 Y 追索未果後才能向 X1 請求；X1 代償後，承受 Z 對 Y 之債權。

第二，情境 2，若 X1 為 Y 向 Z 借款為單獨且連帶保證，當事人間法律關係為：Z 無須先向 Y 追索未果，即可逕向 X1 請求；換言之，連帶保證人 X1 既須與主債務人 Y 對債權人 Z 各負全部給付之責，二者之地位即屬無異，債權人 Z 即得對連帶保證人 X1 或債務人 Y 之一人或全體，同時或先後請求全部或一部之給付^{註13}。X1 代償後，承受 Z 對 Y 之債權。答案也是顯而易見。

第三，情境 3，若 X2 及 X3 共同為 Y 向 Z 借款為共同且普通保證。這是最主要的辨異點所在，因在此的連帶責任是存在共同保證人間，故主債務人向 X2 及 X3 之求償可自由選擇，沒有先後或分擔額。但因為本件在主債務人與保證人間層次仍然是普通保證，X2 及 X3 並未喪失先訴抗辯權，Z 不論是向 X2 或 X3 或同時向 X2 及 X3 主張權利，均須是向 Y 追索未果後，始能為之。在這個情境中，就可以看到共同保證雖然使保證人彼此間承擔連帶責任，但並非使保證人與主債務人承擔連帶責任。

註11 最高法院 101 年度台抗字第 601 號民事裁定參照。

註12 最高法院 105 年度台上字第 1034 號民事判決參照。

註13 臺灣高等法院 100 年度上字第 376 號民事判決參照。

最後，情境 4，若 X2 及 X3 共同為 Y 向 Z 借款為共同且連帶保證，此時不論是主債務人與保證人間，或保證人彼此間均是負擔連帶責任，從而，主債務人得自由同時獲先後向 X2 或 X3 或 Y 請求，而 X2 或 X3 在清償後，將承受 Z 對 Y 之債權。

上述四種情境，請讀者務必清楚分辨。

2. 保證人間分擔求償權與保證人承受對主債務人債權之辨異

其次，第二組容易混淆的概念是，保證人間的分擔求償權，此與保證人清償後承受債權，而基於債權向主債務人請求清償的情形有別。以 X2 及 X3 共同為 Y 向 Z 借款為共同且普通保證為例。倘主債務是新臺幣（下同）100 萬元，倘因 Z 向 Y 請求清償未果，轉向 X2 請求，而 X2 清償全額後，X2 有兩個選擇。選擇 1，向 Y 依據民法第 749 條，行使承受後之主債權，請求給付；但 Z 既是因為 Y 無資力才向 X2 求償，X2 再向 Y 求償的實現可能性幾乎是零。於是，X2 的第 2 個選擇，便是依據民法第 281 條請求 X3 分擔 50 萬元。最終，Z 借款與 Y 之信用風險，藉由保證機制，轉由 X2 及 X3 承擔。故司法實務上，有不少判決反覆強調，保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權；保證人向債權人為清償或其他消滅債務之行為後，於清償之限度內，當然取代債權人之地位，而得行使原債權之權利；此與數人保證同一債務，應負連帶保證責任，一保證人基於連帶保證之規定對其他保證人所生之求償權，係不同之權利。^{註14}

二、保證人與物上保證人間

(一) 平等主義的確立

至於保證人與物上保證人間的法律關係，在民法物權編修正前，一直有是否採取平等主義之爭，但在修法後已經明確採取平等主義。這也是民法物權編 96 年修正時第 879 條修正理由揭示：債務人如有保證人時，物上保證人與保證人實質上均係以自己之財產擔保他人之債務，晚近各立法例對普通保證自由主義色彩之干涉漸增，此亦包括保證人範圍之干預及管制，使物上保證與普通保證不應有不同責任範圍。因之，物上保證人於代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，自得就超過其應分擔額之範圍內對保證人具有求償權

^{註14}如：最高法院 105 年度台上字第 333 號民事判決參照。

與承受權，即採物上保證人與保證人平等說。

既然決定物上保證人和保證人的地位平等，則參照前述內容，共同保證人間所有之分擔額概念，也應該適用於物上保證人及保證人之間。有別於物上保證人的責任額度是其抵押權設定的擔保金額，保證人則是對主債務人所有債務負責，因此，96年修正民法物權編時明訂，有關保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物拍賣時之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物拍賣時之價值者，應以該債權額為準，始為平允。

立法理由並有相當清楚的舉例，例如：甲對乙負有60萬元之債務，由丙為全額清償之保證人，丁則提供其所有價值30萬元之土地一筆設定抵押權予乙。嗣甲逾期未能清償，乙遂聲請拍賣丁之土地而受償30萬元。依本條規定，乙對甲之原有債權中之30萬元部分，由丁承受；保證人丙就全部債務之應分擔部分為40萬元，丁就全部債務之應分擔部分則為20萬元，丁已清償30萬元，故僅得就超過自己分擔部分對丙求償10萬元。反之，如丁係以其所有價值70萬元之土地設定抵押權予乙，嗣乙聲請拍賣該土地而其60萬元債權全額受清償時，保證人丙之分擔額則為30萬元，丁得向丙求償30萬元。

就求償關係的具體內容，立法理由並再度區分普通保證與連帶保證之性質指出：如物上保證人向保證人求償時，應視該保證之性質定之；如為連帶保證或拋棄先訴抗辯權之保證人時，該物上保證人得直接向保證人求償；如為普通保證人，因其有先訴抗辯權，如其主張先訴抗辯權時，該物上保證人則應先向債務人求償，於債務人不能償還時，始得向保證人求償，此乃當然法理。

因此，保證人和物上保證人，雖是兩個獨立制度，兩個不同法律行為，但其經濟功能十分相似，至少從債權人的角度來看是如此。從而，X4為Y向Z之借款提供人保，X5為Y向Z之借款提供物保之案例中，如其中一人先行代償債務後，否向另外一人請求分擔，應依前開規定及立法理由釋例處理。

(二) 平等主義的運作

在修法正式確立平等主義後，司法實務也不少見解涉及此一原則之操作。其中一則有趣的問題是，如果物上保證人也兼為人保人，其分擔額如何計算？最高法院在一則判決中認為，抵押人兼為連帶保證人者，因連帶保證人係以其全部財產對債權人負人的無限責任，已包含

為同一債務設定抵押權之抵押物，故僅須負單一之分擔責任，始為公平。^{註15}此一見解，可供讀者參考。

肆、擔保契約中的多方關係

一、簡介

擔保契約有別於保證契約，在商業實務上，擔保契約主要可分兩大板塊，一大板塊適用國際慣例，一大板塊則是其他重要規範文件，在台灣，當屬政府採購中之保證函。前者，相關國際規範完整的擔保函的三角關係，在台灣，政府採購之保證函如行政院公共工程委員會 96 年修正之履約保證金／保固保證金連帶保證書格式，僅規範保證人與採購機關間之關係，對擔保關係中更容易引起爭執的求償關係，並未觸及。相關內容，則回歸至金融機構，也就是擔保提供人的相關契約處理。筆者一再強調，提供擔保或保證的一方，未必是經濟弱勢，不言自明。但此部分之內容，因各金融機構之授信條件不同而有差異，並無原則通用之內容可供參考。

二、國際擔保函

在銀行提供擔保的情形，實務上可能適用不同的國際慣例，目前主要的選項有三。

第一是統一信用狀慣例 (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits)，最新版本為 UCP 600；第二是國際擔保函慣例 (International Standby Practices)，最新版本是 ISP 98；第三是即付保證函統一規則 (Uniform Rules for Demand Guarantees)，最新版本是 URDG 758 (2010 revision)。UCP 600 下，信用狀也可為擔保信用狀，但 UCP 整體規範仍是為貿易支付設計，較無法通用於其他領域之擔保。因此，金融實務上，多以 ISP 98 及 URDG 758 為主要採納對象。在 ISP 98 中，在 8.01.a.i 規定，若保證人就該保證函已依據 ISP 98 對符合規範提示的債權人付款，申請人就必須向保證人償付該筆金額。在 URDG 758 中，在第 32 條則規範有保證人對指示其出具保證人之人的費用請求權。因此，雖然名詞用語不同，但基本設計框架均與前述內容無異。

^{註15}最高法院 99 年度台上字第 1204 號民事判決參照。

伍、案例演練

【案例 1】

涉及的是前述保證人與物上保證人之分擔關係，但在此是相當特殊的案例，也就是保證人兼物上保證人之情形，應該如何處理？在本件據以改編之原始案例中，原審法院認為保證人兼任物上保證人時，應該要負擔雙重責任，其分擔額應該分別計算，原審法院並認為該名保證人應該先就物上保證額自行分擔半數金額，再就剩餘半數金額與其他保證人分擔。換言之，X 須先自行負擔 50% 的物保責任，再就剩餘 50% 與其他 4 名保證人平分，故僅得各自向其他 4 名保證人請求每人各 10% 的分擔額。

案經上訴至最高法院^{註16}，最高法院則先是引用法規，說明保證人間的關係，即債務人設定抵押權之第三人代為清償債務時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權；而就上開第三人即抵押人代為清償之同一債務另有人之保證且為多數時，該代為清償之抵押人所得請求多數保證人各償還其應分擔部分金額之計算，係依保證人應負之履行責任與不逾債權額之抵押物價值或限定金額比例定之；於抵押物之價值超過抵押權所擔保之債權額，且多數保證人各應負連帶保證責任時，因各保證人應負之履行責任與抵押人所應負之物上擔保責任，均為該主債務之全額，依「物上保證人與保證人平等」原則，自應按抵押人及保證人之人數平均分擔主債務。其後則就抵押人兼為連帶保證人的情形指出，**因連帶保證人係以其全部財產對債權人負人的無限責任，已包含為同一債務設定抵押權之抵押物，故僅須負單一之分擔責任，始為公平。**換言之，最高法院認為人保的無限責任已經涵蓋物保的責任範圍，不負雙重責任。依據原審法院見解，X 需承擔 60% (50% 物保 + 10% 人保) 之責任，但依據最高法院見解，X 僅需承擔 20% ($100\% * 1/5$) 之責任，差距相當之大，讀者應與把握。

【案例 2】

【案例 2】係【案例 1】的變體，同時應用到先前系列文章所述之銀行法關於徵提保證之限制的相關概念，也是實務案例改編，相當值得讀者練習測試整體學習情形。關鍵的首要概念是，雖然保證人在代償後取得債權之地位，承受該債權，但銀行法第 12 條之 1 是保證人與債權人間之抗辯，並不適用於保證人之間，故本件案例據以改編的原始案例認為，銀行法第 12 條之 1 之規定，應係銀行業者依連帶保證之約定向連帶保證人請求給付時，連帶保證人始得援引

^{註16}最高法院 99 年度台上字第 1204 號民事判決參照。

該條為抗辯。

申言之，連帶保證契約是否無效，乃銀行與連帶保證人間之問題，於連帶保證人間內部求償時並無適用之餘地。¹⁷在確立此一抗辯後，剩餘之爭點即同【案例 1】。本文不再贅述。換言之，如果未能正確判斷銀行法的適用，將得出 X 無從求償的結論（也就是 X 負擔 100%，除非其能向債務人求償，但通常不可期待），但若依據實務見解，本件 X 僅需負責 20% 之數額，差距更大。從而，本題非常適合測試讀者對相關議題的瞭解。

¹⁷臺灣高等法院臺中分院 105 年度上字第 209 號民事判決參照。