保證人兼物上保證人之內部分擔責任（上）

文／張劍男

壹 前言

主債務人不能清償債務而由保證人（人保）或物上保證人（物保，以抵押人為例，下同）代為清償後，保證人依民法（以下省略）債編第749條本文規定，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權；物上保證人依物權編第879條第1項本文規定，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權，故保證人或物上保證人均得向主債務人求償。

上開情形，如有多數保證人或（及、兼）物上保證人，而由其中任一保人主動代為清償或受執行而清償完畢後，得依相關規定向其他保人請求償還各該保人應分擔之部分。實務上可分為多種類型：（1）有多數保證人者。（2）有多數物上保證人者。（3）有單一保證人及單一物上保證人者。（4）有單一保證人及多數物上保證人者。（5）有多數保證人及單一物上保證人者（6）有多數保證人及多數物上保證人者。（7）有單一保證人兼物上保證人外，另有保證人者。（8）有單一保證人兼物上保證人外，另有物上保證人者。（9）有單一保證人兼物上保證人外，另有保證人及物上保證人者。（10）有多數保證人兼物上保證人者。（11）有多數保證人兼物上保證人外，另有保證人者。（12）有多數保證人兼物上保證人外，另有物上保證人者。（13）有多數保證人兼物上保證人外，另有保證人及物上保證人者。

貳 數人保間之內部分擔

第749條本文規定，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。在單一保證人之情形下，該保證人得於清償之限度內直接向債務人求償，較為單純；若有多數保證人時，其中任一保證人代為清償債務後，除得向主債務人求償外，另涉及該保證人得如何向其他保證人請求償還各自之應分擔額，亦即數保證人（人保）間之內部應如何分擔之問題。

按數人保證同一債務者（共同保證），應連帶負保證責任，而成立連帶債務（法定連帶債務）。至連帶債務人相互間，原則上應平均分擔義務，此觀第748條及第280條本文規定自明。準此可知，共同保證之數保證人間之內部關係是平等的（但法律另有規定或契約另有訂定者，除外），應平均分擔義務。又連帶債務人中之一人，因清償、代物清償、提存、抵銷或混同，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息（第281條）。從而，共同保證中之一人於代為清償主債務後，自得依上開規定分別向其他保證人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息（司法周刊第1509期拙文「保證人、物上保證人內部分擔初探」所舉之例）。

參 數物保間之內部分擔

第875條規定：「為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得之價金，受債權全部或一部之清償。」故共同抵押權人（即債權人）得先後或同時就部分或全部抵押物拍賣，以賣得之價金清償擔保債務之一部或全部。準此可知，我國民法關於共同抵押係採「抵押權人自由選擇權保障主義」，96年物權編修法前後並無不同。

「抵押權人自由選擇權保障主義」對於抵押權人之權利保障，固甚為有利。然96年物權編修正前，對於各抵押物間應如何分擔義務，並無任何規定，勢必影響各該抵押物後次序抵押權人權益；倘若各該抵押物分屬不同人所有時，各物上保證人之權益更是影響殊甚。故96年民法物權編修正時，為期兼顧各物上保證人與抵押物後次序抵押權人權益之平衡，並利求償權或承受權之行使，特增訂第875條之2規定，作為數物上保證人（物保）間內部分擔之計算基準。分述如下：（一）數物保均未限定各個不動產所負擔之金額時，依各抵押物價值之比例計算。（二）數物保均已限定各個不動產所負擔之金額時，依各抵押物所限定負擔金額之比例計算。（三）數物保僅限定部分不動產所負擔之金額時，依各抵押物所限定負擔金額與未限定負擔金額之各抵押物價值之比例計算。又計算上開（二）（三）情形之分擔金額時，如各抵押物所限定負擔金額較抵押物價值為高者，以抵押物之價值為準。再者，同時修正增訂第875條之3規定，在抵押物全部或部分同時拍賣，而其賣得價金超過所擔保之債權額時，經拍賣之各抵押物對債權分擔金額之計算，準用第875條之2之規定。（見同上拙文所舉之例）。

肆 人保與物保間之內部分擔

一、內部分擔平等主義

於96年民法物權編修正前，第879條規定為：「為債務人設定抵押權之第三人，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，依關於保證之規定，對於債務人有求償權」，僅規定物上保證人（為債務人設定抵押權之第三人即抵押人）對債務人有求償權，並未明白規定對於該債務之其他「保證人」亦有求償權，致理論及實務均有不同之見解，有採物保劣位說者、有採平等說者，頗為分歧。惟96年修正物權編第879條第1項並增訂第2、3項，同時於施行法第15條為溯及適用之規定，已明白確定採取「平等說」，應不再生任何爭議。

為債務人設定抵押權之第三人，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，而債務人如有保證人時，依第879條第2項規定，保證人應分擔之部分，依保證人應負擔之履行責任與抵押物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之價值者，以該擔保債權額為準）。此乃有關保證人與物上保證人間應如何比例分擔之規定，在保證人方面，係以其應負之「履行責任」為計算應分擔比例之基準；在物上保證人方面，則係以抵押人提供擔保之「抵押物之價值」或「限定之金額」為計算應分擔比例之基準（抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，以該擔保債權額為準）。故，無論係保證人方面或物上保證人方面，均非以「人數」為計算應分擔比例之基準，法條文義至為明確。準此，在保證人方面，無論係普通保證或連帶保證、一人保證或共同保證，均應以保證人一方應負之「履行責任」為計算應分擔比例之基準；在物上保證人方面，無論係普通抵押權、共同抵押權或最高限額抵押權，亦均以抵押人一方所提供擔保之「抵押物之價值」或「限定之金額」為計算應分擔比例之基準（抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，以該擔保債權額為準）。雙方則依上開計算基準計算出彼此應分擔之比例，以之定出各方之分擔額。

二、保證人應負之履行責任

依上所述，計算保證人應分擔之比例，係以保證人一方應負之「履行責任」為計算基準。惟於96年修正第879條增訂第2項之立法理由中，並未就何謂「保證人應負之履行責任」予以說明或舉例，則於計算保證人與物上保證人間應如何比例分擔負其責任時，自應先行探究保證人應負之責任及其應負之「履行責任」之意義為何。

保證契約之成立，通常情形係債務人應債權人之要求，找尋自己之親朋好友擔任保證人，而由保證人與債權人簽訂契約（雖為諾成契約，但實務上通常均訂立書面），以保證債務人不履行（主）債務時，由其代負履行責任。故，保證契約乃保證人與債權人間之契約，依附於主債務而存在之從契約，依此保證契約所發生之債務謂之保證債務，乃從債務，保證人則為保證契約之債務人。

按民法上債務人應負之責任，可分為返還責任、賠償責任及履行責任[1]，保證人所應負之責任既非返還責任、亦非賠償責任，而係代負履行責任，此觀第739條規定：「稱保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約」益明。又上開法條所謂「履行責任」指主債務人履行債務之責任，至保證人應代負之履行責任，通說及實務均認為係就主債務人債務之履行代負其責任（或：就主債務人之履行責任代負之）。因之，主債務得由第三人代替履行者（如金錢債務），固得為保證，主債務不得由第三人代替履行，而於主債務人不履行債務致應負賠償責任者，亦得為保證。質言之，主債務不論係非專屬性之債務或專屬性之債務，均得為保證之標的[2]。又保證人應負之「履行責任」，其範圍限於主債務之範圍內，不得逾越主債務之範圍，此觀第741條規定：「保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度。」自明。

數人保證同一債務者，謂之共同保證，又稱保證連帶，依第748條規定：「數人保證同一債務者，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任。」故共同保證之各保證人對於債權人，除契約另有訂定外，應連帶負保證責任。此之「連帶」係指各個保證人彼此間之連帶，與「連帶保證」係保證人與主債務人間之連帶不同。又共同保證之各保證人對於債權人均有先訴抗辯權，惟當共同保證人必須負保證責任時，依債編總論關於連帶債務之規定，各保證人均須對於債權人負全部給付責任，但因主債務人之履行責任（清償主債務之責任）只有一個，故債權人最多只能請求清償「一個」債權額，無論對主債務人求償或對任一保證人求償或向全體保證人求償均同，不能逾越。準此，債權人於主債務人不能清償其債務時，固得對於共同保證人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求清償主債務，但請求清償之金額不得超過主債務之債權額，亦即共同保證之數保證人只連帶負一個「履行責任」（清償主債務之責任）。

三、物上保證人之分擔責任

稱抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權（第860條），抵押權人（即債權人）所得優先受償者，以抵押物賣得之價金為限。第三人提供抵押物為債務人或設定抵押權予債權人者，該第三人即抵押人（物上保證人）對債權人所負之責任，以該供擔保之抵押物為限，債權人於債務人不履行債務時，雖得就供擔保之抵押物拍賣取償，但對於抵押人則無請求其代為履行債務之權利，縱供擔

（文轉三版）

註釋

1. 鄭玉波著債法各論下冊（80年10月版）819頁。
2. 同註1，819頁及820頁；史尚寬著債法各論下冊（75年11月版）827、828頁；林誠二著民法債編各論下冊（91年3月版）270頁。

JUDICIAL 司法 復刊 稱 啓 事
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，不願接受刪改者，請加註說明。
六、來稿請寫明作者姓名、服務機關、現職、通訊處、聯絡電話及金融機構帳戶（匯撥稿費用）。
七、請勿一稿多投或抄襲，如有侵害他人著作權情事，由作者自負法律責任。
八、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。來稿一律不退件，請自留底稿。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

保之抵押物拍賣（變價）所得之金額，不能完全清償債務時，亦同。質言之，抵押人所負之擔保責任，以該供擔保之抵押物為限（依第862條規定，亦僅擴及該抵押物之從物及從權利），抵押權人與抵押人間僅有物權關係，並無債權關係存在。

為擔保同一債權，就數標的物設定抵押權予債權人，謂之共同抵押權，例如：為擔保債務人甲向債權人乙借款60萬元之債務，由丙提供其所有A、B二筆土地設定抵押權予乙；或由丙、丁、戊分別提供各自所有A、C、D地設定抵押權予乙等是。倘未限定各個抵押物所負擔之金額時，抵押權人可就各個抵押物賣得之價金，受債權全部或一部之清償（第875條），抵押權人自得先後或同時就部分或全部抵押物拍賣，以賣得價金清償擔保債務之一部或全部。易言之，共同抵押之數抵押物，對於所擔保之債務，各負全部之擔保責任，然其性質則酷似連帶債務，有稱之連帶抵押或物上連帶擔保者[3]，數抵押物最多僅共同負清償一個債權額之責任。惟共同抵押之抵押人僅負物的有限責任，無論共同抵押之抵押人之「人數」若干，或共同抵押供擔保之「抵押物」若干，債權人均只能依物權關係拍賣（變價）抵押物取償，不能對任何一位抵押人依債權關係求償，亦即僅與「抵押物」有關，與「人」無直接關係（僅有間接關係），更與「人數」之多寡無涉。至共同抵押之各抵押物對債權分擔金額之計算，依第875條之2規定定之，其詳如前「參、數物保間之內部分擔」所載。

物上保證人與保證人間之分擔責任，依第879條第2項規定，係以抵押物之價值或限定之金額與保證人應負之履行責任比例定之，抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。此一規定符合抵押權係就供擔保之不動產所賣得之價金優先受償之性質（第860條）。故，不但在一人提供一抵押物之普通抵押權，係以抵押物之價值或限定之金額為計算應分擔比例之基準，即便是一人提供數物或數人分別提供數物之共同抵押權，亦係以數抵押物之價值或限定之金額為計算應分擔比例之基準，但各個抵押物合計之價值高於（或等於）擔保債權額，或各該抵押物限定之金額合計高於（或等於）擔保債權額者，均以擔保債權額為準。換言之，並非以「抵押人之人數」或「抵押物之個數」為計算應分擔比例之基準。

四、實例說明

子對丑負有300萬元債務，由甲、乙分別提供各自所有之A、B地設定抵押權（擔保債權額均為300萬元）予丑，共同擔保上開債權，而均未限定各個不動產所負擔之金額；並由丙、丁、戊為連帶保證人。嗣子逾期未能清償債務，丑無論向丙、丁、戊中之任一人全額求償，或聲請拍賣甲、乙分別所有之A、B地（設A地之價值為240萬元，B地之價值為120萬元）而全額受償完畢後，物上保證人甲、乙與連帶保證人丙、丁、戊五人間應如何分擔該300萬元債務。

保證人一方雖有丙、丁、戊三人，但其等三人（一方）只共同負一個「履行責任」（清償主債務300萬元之責任），另一方物上保證人甲、乙二人，因A地值240萬元，B地值120萬元，抵押物之擔保債權額300萬元少於抵押物之價值360萬元（＝240＋120），故應以擔保債權額300萬元為計算應分擔比例之基準。準此，保證人（丙、丁、戊三人）一方與另一方物上保證人甲、乙二人間之分擔比例為1比1（300萬比300萬），各方均應負擔150萬元（＝300萬÷2）。保證人一方丙、丁、戊三人間再依前開「貳、數人保間之內部分擔」所述，每人各負擔50萬元（＝150÷3）。另一方物上保證人甲、乙二人間則依前開「參、數物保間之內部分擔」之說明，甲負擔100萬元（＝150×｛240÷（240＋120）｝）乙負擔50萬元（＝150×｛120÷（240＋120）｝）。

上例，如保證人一方只有丙一人，則丙應分擔150萬元，甲、乙之分擔額不變；如保證人一方有丙、丁二人，則丙、丁各分擔75萬元（＝150÷2），甲、乙之分擔額不變。如A、B二地均因增值而分別提高至480萬元及240萬元，仍不影響雙方之應分擔額（蓋A、B二地仍以擔保債權額300萬元為計算應分擔比例之基準）；但若A、B二地均因貶值而分別減至120萬元及60萬元，則因抵押物之價值僅有180萬元（＝120＋60），少於擔保債權額300萬元，應以抵押物之價值180萬元與保證人一方應負之「履行責任」300萬元比例定雙方之分擔額，故保證人一方應分擔187 萬5千元（＝300×｛300÷（300＋180）｝），物上保證人一方應分擔112萬5千 元（ ＝300×｛180÷（300＋180）｝），保證人一方丙、丁、戊三人間再依前開「貳、數人保間之內部分擔」所述，每人各負擔62萬5千元（＝187萬5千元÷3）。另一方物上保證人甲、乙二人間則依前開「參、數物保間之內部分擔」之說明，甲負擔75萬元（＝112.5×｛120÷（120＋60）｝）乙負擔37萬5千元（＝112.5×｛60÷（120＋60）｝）。

伍 人保兼物保與其他保人間之關係

物上保證人兼為保證人或保證人兼為物上保證人，一人同時兼具雙重身分者，其於主債務人不能清償其債務而由保證人或物上保證人或兼具雙重身分者代為清償後，與其他保證人或物上保證人間，應如何分擔責任，究應以單一資格（身分）為一人計算，或應按其資格（身分）為二人計算，在96年修正民法物權編之前，學者見解甚為分歧，有採一人說者[4]，有採二人說者[5]。本文認為，96年修正民法物權編增訂第879條第2、3項及第875條之2、之3等規定後，一人說已無適用之餘地（理由詳後述及所舉之例）。

一、人保兼物保之形成原因及態樣

就同一債務存有多數保證人及多數物上保證人，而其中又有保證人兼為物上保證人者，各該債權關係之保證債務或物權關係之抵押權債務，發生之原因各不相同，發生之時點亦非一致，故所生之法律效果及衍生之各種狀況自亦有別。其發生之原因及態樣大致如下：

（一）第三人於擔任保證人之同時，提供自己所有之不動產設定抵押權予債權人，而成為保證人兼物上保證人雙重身分者。

（二）第三人先僅擔任保證人，其後又因各種原因提供自己所有之不動產設定抵押權予債權人，而變成保證人兼為物上保證人雙重身分者。

（三）第三人先僅提供自己所有之不動產設定抵押權予債權人，其後又與債權人書立保證書，擔任同一債務之保證人，而變成物上保證人兼為保證人而具雙重身分者。

（四）第三人先僅擔任保證人，其後因承受（購買）他人之不動產，而該不動產原本即就同一債務設定抵押權予債權人，致變成保證人兼為物上保證人而具雙重身分者。（該第三人為何願意購買已設定抵押權予債權人之不動產，原因不一，或因買賣價金已經扣除抵押債權額之一部或全部而較便宜，或因與該不動產所有權人有特殊之親朋、商業或其他利害關係；或因其他各種原因而受讓，……態樣甚多，惟均不足以影響受讓後之法律效果）。

上開各種情形，所提供之抵押物有價值高於債權額甚多者，亦有低於債權額甚多者，更有僅限定就債權額中之部分金額為擔保者；當然，依第867條規定「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」故，物上保證人（抵押人）將抵押物所有權移轉予第四人者，所在多有，上開兼具雙重身分者將設定抵押之不動產所有權移轉予第四人，即脫離雙重身分而僅負保證人之「履行責任」，該承受抵押物所有權之第四人，則應負物上保證人之擔保責任。準此以觀，保證人或物上保證人得因各種情況而變成兼具雙重身分者，而兼具雙重身分者亦可能因各種原因而變成單一身分者；嗣後，亦可能再變成兼具雙重身分者，然其物上保證人身分所提供之抵押標的物或所負之擔保債權額，可能與原先所提供或擔保者完全相同，亦可能部分或全部不同。凡此，實乃各種社會現象及其法律事實千變萬化所致，不克盡述。

二、人保兼物保者之分擔責任

保證，為保證人與債權人間所訂立之債權契約，雖為諾成契約，但實務上通常均簽訂書面之保證契約書，以為權利義務之規範並明責任。物上保證（抵押權設定），乃物上保證人提供所有之不動產，與債權人訂立抵押權設定契約書（第758條第2項），連同不動產所有權狀，憑以向該管地政機關辦妥抵押權設定登記，始生效力（第758條第1項）之物權契約。兩者契約之屬性不同，前者為債權契約，保證人負「人」的無限責任；後者為物權契約，物上保證人僅負「物」的有限責任，其所有之抵押物得轉讓與第四人，毋庸債權人之同意，該第四人因受讓而所有之抵押物仍擔保原債權，使該第四人成為物上保證人，而原物上保證人與債權人脫離物上保證關係，亦不負「人」的保證（無限）責任。從而，當事人於訂立上開各該契約時（包括第四人之受讓抵押物），必有其各自不同之原因及考量，自應分別依各該債權契約或物權契約之法律關係，負保證人之履行責任或物上保證人之擔保責任。

96年修正民法物權編增訂第879條第2、3項規定，於同一債務存有物上保證人（抵押人）及保證人時，就物上保證人與保證人對於主債務之內部分擔原則，係採平等說之共同比例分擔法[6]。在保證人方面係以「履行責任」為計算應分擔比例之基準，在物上保證人方面，則係以抵押人提供擔保之抵押物的「抵押物之價值」或「限定之金額」為計算應分擔比例之基準（抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，以該擔保債權額為準）。雙方再分別根據上開基準據以計算雙方應分擔之比例，定其各方之分擔額。準此，在保證人一方，無論係一人為普通保證（包括連帶保證），或數人一起為共同保證（包括共同連帶保證），均係以一個「履行責任」（清償主債務之責任）為計算應分擔比例之基準；在物上保證人一方，無論係單一抵押物之普通抵押或多數抵押物之共同抵押，均以全部抵押物之「抵押物之價值」或「限定之金額」為計算應分擔比例之基準，抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，以該擔保債權額為準，縱令抵押物之所有權移轉予第三人、第四人或由他人移轉而來，均無不同。是故，無論保證人或物上保證人，對於彼此之應分擔責任均能依上開客觀及透明之基準計算而清楚明白，各該抵押物第二順位以下抵押權之抵押權人（或欲設定第二順位以下抵押權之債權人），亦能明確算知第一順位抵押權應負擔之金額。

（下期待續）

（作者為前臺灣高等法院庭長）

註釋

3. 謝在全著民法物權論中冊(98年6月版)586頁。
4. 李彥文著，關於保證人、物上保證人及擔保物第三取得人清償代位之研究，台灣本土法學雜誌第30期（2002年1月版），50頁。陳洸岳著，「雙重保證」與「雙重抵押」，月旦法學雜誌第60期，18頁。陳重見著，共同抵押法制修正評析，月旦法學雜誌第95期（2003年4月版），25頁。謝在全著民法物權論中冊（98年6月版）617頁。
5. 史尚寬著債法總論（79年8月版）772頁。鄭健才著債法通論（80年9月版）349頁。
6. 最高法院99年台再字第59號判決意旨參照。

WEEKLY 周刊 徵 稿 啓 事
一、本刊為司法專業刊物，重視整體風格及一貫水準。
二、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法新制的法學佳作。為期一次完整刊出，增進閱讀效果，文長宜在八千字以內。文後並請加註，以利學術參考。
三、本刊並歡迎下列作品：（一）司法人、司法事、法院的故事（附照片）。（二）觀念與作法、經驗分享、他山之石。
四、各類文稿配合業務需要及版面篇幅刊出。惟文稿之見解，不代表本刊意見。
WEEKLY 周刊
週出刊 訂閱
定價400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊