

民事實體法



◆ 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—

◆ 分時享有契約（渡假村或會員權）之法律性質與相關爭議問題

◆ 融資貸款與消費者保護

◆ 論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務

—兼評民法債編關於「人事保證」之增訂條文—

論連帶保證與連帶債務*

一最高法院八十八年度台上字第一八一五號
民事判決評釋一

目次

壹、法律問題	二、本文見解
一、問題之說明	(一) 連帶債務之性質及效力
二、案例事實	1. 連帶債務之意義
三、原審法院見解	2. 連帶債務成立之原因
四、最高法院見解	3. 小結
五、爭議問題	(二) 連帶債務之同一性
貳、保證契約之性質	1. 同一法律上原因
一、保證契約之擔保功能	2. 共同目的說
二、被擔保之主債權	(zweckgemeinschaft)
三、保證契約之從屬性	3. 履行共同說
(一) 從屬性之意義與功能	(Erfüllungsgemeinschaft)
(二) 從屬性之規定	4. 同一階層理論
1. 成立上之從屬	(Stufentheorie)
2. 無效債務之保證	(三) 連帶保證非連帶債務
3. 範圍上之從屬性	1. 非同一之給付
4. 變更或消滅上之從屬性	2. 免除債務之效力
5. 移轉上之從屬性	3. 求償之依據
6. 權利行使上之從屬性	(四) 連帶保證與併存之債務承擔
7. 保證人本身之抗辯	1. 併存之債務承擔之性質
四、保證契約之補充性	2. 保證與併存債務承擔之區別—債務人本身固有之利益
參、連帶保證之性質	肆、結論
一、學說及實務之爭議	
(一) 學說理論	
(二) 實務見解	

* 原刊載於台灣本土法學雜誌第二十五期（民國九十年八月），第一四頁至第三六頁。

摘要

連帶保證究係指保證人拋棄民法第七百四十五條之先訴抗辯權之情形，抑或指保證人與主債務人連帶對債權人負全部給付義務之情形，於學說及實務上聚訟頗眾。按保證契約具有從屬性，主債務消滅時，保證人依照民法第七百四十二條規定，主債務人之抗辯保證人得援引主張之。此外，保證契約亦具補充性，於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償，惟保證人拋棄先訴抗辯權時，債權人即得同時對債務人與保證人請求給付。而連帶債務依照民法第二百七十二條以下之規定，係指數債務人對同一債權人就同一債務負全部給付之義務，且債權人得同時或先後，對於債務人中之一人或數人，請求全部或一部之給付，此項情形與連帶保證頗有類似之處。而連帶債務之所謂「同一債務」究何所指，亦涉及連帶債務區分為「真正連帶債務」、「不真正連帶債務」是否仍有存在之必要，不真正連帶債務之債務人於清償後，對其他債務人有無內部求償關係。民法第二百七十二條之規定，是否足以區別連帶債務與讓與請求權、保證或併存之債務承擔之不同，上述多數債務人案例應如何解釋適用之爭議問題，均有詳加探討予以釐清之必要。

其次，連帶債務是否限於當事人有明示約定或法律規定「債務人應連帶負責」之情形，始有成立之可能，如不成立連帶債務，先為給付之債務人是否將發生終局單獨負責之不公平結果，於探討本件最高法院之判決意旨時，亦將一併討論之，以供實務參考。

關鍵詞：連帶保證、保證契約之從屬性、保證契約之補充性、保證人之先訴抗辯權、連帶債務、併存之債務承擔、讓與請求權、不真正連帶債務、連帶債務之同一性。

壹、法律問題

一、問題之說明

保證契約之保證人依民法第七百四十五條之規定，於債權人未就主債務人之財產強制執行無效果前，得對債權人主張檢索抗辯，而拒絕清償。惟債權人（例如銀行）常於保證契約簽訂時，要求保證人應與債務人連帶負責，甚或於債權人預先擬定之保證定型化契約中，載明保證人應拋棄先訴抗辯權。上開情形中，連帶保證人與主債務人應否連帶負責，是否有連帶債務相關規定之適用，爭議頗多。最高法院八十八年台上字第一八一五號民事判決雖就上開問題明確表示見解，惟解釋適用上仍有疑義，實有詳加探討予以釐清之必要。

二、案例事實

本件被上訴人（債權人）起訴主張，訴外人（主債務人）以上訴人為連帶保證人，向其借款新台幣六十萬元。主債務人於債務屆期時，僅償還本金二萬多元，其餘本息均未清償。被上訴人乃起訴請求主債務人與上訴人（保證人）連帶給付貸款。

上訴人則以伊僅為普通保證人，被上訴人銀行行員曾口頭答應應優先執行主債務人之財產，詎被上訴人竟未先強制執行主債務人之財產，即查封伊之不動產，被上訴人不得向伊求償等資為抗辯。

三、原審法院見解

原審法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以被上訴人之主張有借據、存款憑條為證。又據證人即被上訴人銀行行員證稱：該銀行並無區分一般保證人或連帶保證人，保證人均為連帶保證

人，須負連帶保證責任；且伊並未向上訴人表明保證手續只是例行公事。此外，被上訴人銀行採取假扣押程序後，上訴人到銀行質問為何只查封其財產時，伊並未告知上訴人可以免除連帶保證人責任及同意優先處理債務人之財產。至證人黃○○律師雖證稱，伊曾與上訴人前往被上訴人銀行協商借款事宜，當時被上訴人之襄理承諾以債務人之財產優先處理，當時並未以書面處理，而上訴人之夫證稱：上訴人為保證時，伊在場，被上訴人銀行主管曾對上訴人表示會對債務人之財產優先求償，銀行小姐亦表示僅是例行公事，上訴人不須負連帶保證人責任等語。惟為證人黃○○等所否認，且張係上訴人之夫，自難期其為不利於上訴人之證詞，且被上訴人銀行倘有免除上訴人連帶保證責任之表示，上訴人及其夫張○○、證人黃○○律師豈有未要求被上訴人將之形諸文字，以杜爭議之理？是上訴人所辯稱：伊係普通保證人，於被上訴人證明已對債務人之財產執行無效果前，不得執行伊之財產云云，即無可採。……上訴人既係黃○○向被上訴人貸款之連帶保證人，並已拋棄先訴抗辯權，則被上訴人本於連帶保證契約，請求上訴人與主債務人黃○○連帶給付欠款及約定利息、違約金，於法即屬有據，應予准許。因而維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴。

四、最高法院見解

最高法院則以連帶債務人之債權人，得對債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付；連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任，民法第二百七十三條第一項、第二項訂有明文；又保證債務之連帶，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之責任者而言，觀之民法第二百七十二條第一項規定連帶債務之文義甚明，故連帶保證縱無民法第七百四十六條所揭之情形，亦不得主張同法第七百

四十五條檢索抗辯權。故上訴人就原審取捨證據，認定事實之職權行使，指摘原判決不當，不能認為有理由。

五、爭議問題

綜據上述案例事實及法院判決意旨，本件訴訟係債權人以債務人屆期未清償消費借貸債務，依保證契約之約定向保證人及主債務人請求連帶給付消費借貸之借款。保證人則抗辯，債權人同意優先執行主債務人之財產，並舉出證人為證。原審法院就事實部分則認定保證人所舉之證人證詞不足採信，保證人與債權人間並無應優先執行債務人財產之協議，否則保證人應要求將此協議形諸文字。故保證人不得主張先訴抗辯權，應與主債務人對債權人連帶負給付貸款之責任。最高法院則更進一步指出，連帶保證人係指主債務人與保證人成立連帶債務，縱使連帶保證人未拋棄先訴抗辯權，亦不得本於民法第七百四十五條之規定，主張先訴或檢索抗辯權，要求債權人應優先就債務人之財產主張權利。

上開最高法院見解，涉及保證債務與主債務之關係。保證債務之性質，於其成立、範圍、消滅均從屬於主債務，此謂之為保證債務之從屬性。此外，保證債務乃係為擔保主債務之清償，故於主債務有清償之可能時，保證債務之擔保目的即不存在，因此，保證債務亦具有補充性，而得對債權人主張盡量先就主債務主張權利之先訴抗辯權。惟保證人如與債權人約定拋棄先訴抗辯權時，是否即與主債務成立連帶債務？保證債務於成立、消滅上均從屬於主債務，是否即與連帶債務之性質相同？此外，保證契約之條款載明「保證人應與債務人連帶負責」時，保證人有無可能再與債權人約定得主張儘先就債務人之財產為查封拍賣？上開問題涉及連帶保證之性質為何？是否有連帶債務保證相關規定之適用等疑義，最高法院多年來亦有不同之見解，殊值探討。

其次，就同一債權人對同一債務人之同一消費借貸債權，亦

可能有多數保證人均負保證責任之情形，多數保證人亦可能與債權人簽訂最高限額保證契約，載明保證人僅就某一額度負保證債務。此時，不同保證人如就不同額度負保證責任，保證人間、保證人與債務人間是否仍為連帶債務人，此項問題亦饒富趣味。

另外，第三人亦可能經債權人同意，與債務人併存或免責之債務承擔。如為併存之債務承擔，則此時之第三人與連帶保證人，其地位有何異同，亦應一併討論。

綜言之，連帶保證人與主債務人間是否為連帶債務，不僅涉及保證契約之性質、連帶債務等相關規定之適用疑義。此外，亦須考量保證人為多數，保證人僅就一定之額度負保證責任，或另有提供擔保物之物上保證人等情形，而為解釋。

貳、保證契約之性質

一、保證契約之擔保功能

依民法第七百三十九條規定，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。依此而言，保證契約為「人保」種類之一，債權人於訂立保證契約後，除了其原有對於債務人之債權外，附加地取得對於第三人（保證人）之擔保權。所謂「人保（die Personalsicherheit）」之意義，則指債權人對於債務人之債權，附加地取得對於第三人之請求權。此第三人（例如基於保證、併存之債務承擔、擔保契約等）對於債權人之債權負責的方式，亦如同原債務人一般，係以第三人之全體財產為清償債務之擔保。惟債權人對於第三人所取得之債權，相較於第三人之其他債權人而言，並無優先受清償之權利。反之，在於物保之情形，例如抵押權或質權，抵押權人及質權人對於抵押物或質物享有之擔保物權，則優先於抵押物或質物所有人之其他債權人。綜言之，物保之擔保價值在於擔保物之市價；

人保之擔保價值則須視保證人、擔保義務人、債務承擔人個人之清償能力與清償意願而定之。

保證契約之目的雖係為擔保主債務之履行，保證人訂立保證契約通常係基於主債務人之請求，惟保證契約之法律關係仍存在於債權人與保證人之間，而非債務人與保證人之間。由民法第七百三十九條之規定可知，保證契約之性質，屬單務且無償之契約，僅保證人於債務人不清償債務時，有代為履行之義務，債權人並無任何主要給付義務，保證人履行保證債務，並無任何對於債權人請求對價之可能。此乃因保證契約之目的與功能，係為提供債權人一定之擔保，此種擔保或信用提供之目的，遂使保證契約有別於財產權交易契約（例如買賣、租賃）或勞務提供（例如委任、承攬）契約。因此，保證人就其保證契約之訂立，或保證責任之履行，縱有債務人約定得請求一定之對價，亦屬保證人與主債務人之間之約定。保證人不得執其與主債務人間之法律關係所生之權利義務或抗辯事由，對債權人而為主張。此外，保證人與主債務人之間之法律關係是否存在，均不影響保證契約之存在及其效力，在此情形下，保證契約具有抽象性¹。

二、被擔保之主債權—已成立或將來可確定之債權

保證契約所擔保之主債權，通常為基於金錢、有價證券或其他代替物所生之債權。惟保證契約亦有可能就特定物之交付或勞務之給付所生之債權（例如承攬契約完成一定工作之給付義務）而成立。此種情形下，保證人所負之保證責任通常係填補債權人對債務人因債務不履行而致之損害²。

保證契約如係就金錢債權而為保證，首先可能就已發生之債務人對債權人基於消費借貸所負特定款項之返還義務為之。其

¹ Hansjörg Weber, Die Bürgschaft, JuS 1971, 553, 556.

² Esser/Weyers, SchuldR. Bd. II, B. T., S. 342.

次，保證人亦有可能對債務人與債權人間因循環借貸契約所生，或基於一定業務往來所生之債權而為保證。此時，保證人係對將來陸續發生之債務而為保證，保證人通常無法預期其所應負之保證責任範圍為何。例如，在一般銀行所預先擬定之定型化保證契約，就保證人所擔保之主債務，縱係對特定款項借貸而為保證，亦均載明「保證人就債務人將來基於與銀行業務往來所發生之債務，包括票據貼現、信用狀之開立、信用卡使用或循環信用借款所生之債務，均負保證責任」。上開銀行之定型化保證契約亦有讓保證人僅就一定之限額負責者，稱之為「最高限額保證」。惟「最高限額保證」之定型化約款，亦可能載明「保證人就超過最高限額以外之利息、損害賠償、違約金亦負保證責任」。

前述約款，可能涉及如下疑義：一為最高限額保證之約款，令保證人就超過最高限額以外之利息、損害賠償、違約金負保證責任，是否為消費者保護法第十四條之「突襲性條款（die Überraschungsklausel）³」，保證人僅係就特定消費借貸為保證，定型化契約條款卻載明保證責任及於將來所發生之一切債務時，亦應考慮此時是否保證人與銀行所實際合意之主債務為「特定借款」，此部分為當事人間之「個別商議條款」，因此有消費者保護法第十五條⁴（九十二年一月二十二日修正前條文）：「一般條款（定型化契約條款）牴觸非一般條款（個別商議條款）之約定，牴觸

³ 消費者保護法有關定型化契約部分之效力，就保證契約有無適用之問題，實務上有採否定見解，例如最高法院八十八年台上字第二〇五三號民事判決略謂：「……銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。」惟定型化契約條款所生之相關爭議，並非僅消費關係有之，解釋論上就已有明文之消費者保護法有關定型化契約之規定，應有類推適用於其他財產關係之必要。

⁴ 現行消費者保護法第十五條：定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。

部分無效」規定之適用⁵。

三、保證契約之從屬性

（一）從屬性之意義與功能

債權人如對複數債務人享有複數債權，通常債權人得對每一債務人行使其權利，而不影響對其他債務人之債權，此即「債之相對性」原則。基於此原則，債權人基於每一債之關係得對一債務人請求為特定給付，第三人並無給付義務；債務人之清償僅對債權人發生效力，原則上不及於第三人。縱使數債權之間具有目的上之同一性，亦不影響其效力。蓋給付之目的原則上為債權人訂立契約之動機，與其效力並不相涉。

反之，亦有債權人對多數債務人享有多數債權，惟多數債權具有「法律上之關連性（*die rechtliche Verbindung*）」⁶，且多數債權具有同一之給付，債權人僅得受領一次之給付。此種情形可見諸如連帶債務之規定，依民法第二百七十三條規定，連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。而連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任（民法第二百七十四條）。在連帶債務人間所發生之法律上關連性為相互性的，即任何一債務人所發生之絕對效力事項，例如清償、抵銷、代物清償等，對其他債務人均發生效力。其理由在於，數債務人所負擔者為同一之債務⁷。

⁵ 參見：拙著，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，元照出版社，1999年5月，第一五七頁以下。此外，此種「主債權範圍擴展條款」亦同時構成「異常條款」及違反誠信原則之無效條款。參見：拙著，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌，第一百二十二期，2005年7月，第二百二十六頁以下。

⁶ 法律上之關連性，意謂著一債權之效力影響其他債權。

⁷ 至於同一之債如何判斷，我國學說有認各債務間須具有同一經濟上之目的，參見：孫森焱，民法債編總論，下冊，第八六九頁；德國法上則認為多數債