

# 「保證」，保什麼？

文 / 陳貴雄 道明社

## 事實經過

小郭平時為人四海，個性豪爽，講義氣，所以朋友們都喜歡找小郭幫忙解決事情，小郭也因此益發有成就感，從不會拒絕朋友的請求。阿源是小郭的兒時玩伴，二人情同兄弟，阿源退伍後，想要自行創業，打算向銀行貸款200萬，但銀行要求阿源必須找一位保證人，才同意貸款。

阿源就來找小郭商量能否當他的保證人，小郭也不考慮自己有老婆小孩要照顧，二話不說，一口就答應。小郭於是和阿源到銀行簽保證契約，銀行的契約內有特別載明保證人必須放棄「先訴抗辯權」，小郭當時也沒有留意，就在保證契約上大名一簽。三年後，阿源經營不善，公司倒閉，無法清償貸款，銀行就去查封小郭的房子，並起訴請求小郭清償貸款。小郭向法院表示，法律規定保證人的權利不能預先拋棄，所以保證契約內關於「先訴抗辯權」的拋棄無效，銀行應先向阿源起訴請求才對。請問小郭的主張有道理嗎？



## 問題

1. 保證是在保什麼？
2. 保證種類有哪些？
3. 保證責任從屬性是什麼？



## 1. 保證是保什麼？

## 2. 保證種類有哪些？

## 3. 保證責任從屬性是什麼？

## 說明

為加強債權收回之可能性，往往要求債務人提供一定之擔保。債之擔保，可分為物上擔保（物保）及人之擔保（人保），就前者而言，係指由債務人或第三人提供擔保物品，以確保債務之履行，如抵押權、質權等；就後者而言，係指由第三人以其資力擔保債務之履行，如保證。

### 一般於經濟社會生活中所常見之保證態樣，如：

（一）借款保證—如甲向乙銀行借款而約定由丙作甲之保證人，於甲不履行其債務時，則丙應代負履行責任。

（二）人事保證—亦稱職務保證，即保證人就僱傭或其他職務關係，因可歸責於受雇人之事由，致發生損害於僱用人時，應負損害責任之保證。民法債編規定於八十九年五月五日修正實施後，人事保證方有明確之規範。即事人約定，一方於他方之受雇人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償，由其代負損害賠償責任之契約（民法第七五六條之一）。如丁任職於戊公司而由己為丁之職務保證人，丁因職務上之行為持有公司之款項而卻捲款潛逃，則己自應對戊公司所受損害負賠償責任。

（三）人格保證—社會生活上亦有所謂之「人格保證」。惟人格保證非法定保證，不生法律上保證之效力。



## 保證種類

### （一）一般保證

依民法第七百三十九條規定：「稱保證者，謂當事人約定，一方於他人之債務之不履約債務時，由其代負履行責任之契約」。因此，由民法之規定可知保證係：

#### 1. 一種契約

即當事人約定，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。保證係指保證人與債權人間之一種契約行為。例如甲向乙銀行借款而由丙保證，此時甲（借款人）即為主債務人；乙銀行為債權人；丙為保證人。保證只須保證人與債權人就保證之事項，雙方意思表示合致即可成立，不須具備何種方式，故為諾成契約及不要式契約。惟一般行庫於授信時多與保證人簽訂書面之保證契約，就其實質意義而言，應係為日後保證人就保證行為之有無及其範圍有爭執時，便於舉證證明而已。僅於當事人約定應以書面訂立保證約時，於該要式未具備前，推定契約不成立。

#### 2. 一方（保證人）於他方（債權人）之債務人不履行債務時，由其（保證人）代負履行責任之契約。

由此可知，保證債務具有補充性，保證人具有「先訴抗辯權」。主債務人對債權人所負之債務，謂之主債務；保證債務係為主債

務之擔保。保證人因保證契約之訂定，另對債務人發生債務，即保證債務（從債務）。即主債務不履行時，保證人始代負履行責任。

### （二）連帶保證

所謂連帶保證，即保證人與主債務人連帶負責清償責任的一種契約，因連帶保證人既與主債務人負連帶責任，所以當主債務人不依約履行債務時，債權人得無須先對主債務人訴追，即可直接向連帶保證人請求履行債務，因此，連帶保證人沒有「先訴抗辯權」。

### （三）物上保證

物上保證係指以確保主債務之履行，於第三人所有之物或權利上設定一定之權利，以作為債權之擔保。如第三人提供其所有之不動產設定抵押權予債權人是；又動產質權、權利質權亦是。而提供擔保之第三人即所謂之物上保證人。另就抵押權而言，物上保證人與債權人間並應訂立物上保證契約並依法登記為前提，如普通抵押權及最高限額抵押權皆是。

### （四）最高限額保證

即保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務（例票據、墊款、借款等債務），預定最高限額，由保證人予以保證之契約。



## 保證之從屬性及其例外

### （一）從屬性

#### 1. 發生上之從屬

保證債務之發生須以主債務之有效存在為前提，惟依民法第七百四十三條規定：「保證人對於因行為能力之欠缺而無效之債務，如知其情事而為保證者，其保證仍為有效。」因此，明知主債務已歸無效而為保證，其保證仍為有效。另最高限額保證、人事保證之成立並不以主債務已發生為必要，即保證契約可先於主債務存在，而為從屬性之例外。

#### 2. 內容上之從屬

即保證債務之種類應與主債務相同，亦即保證人所負債務範圍，不得比主債務人大，又保證債務之範圍當事人得自由約定，但只能較主債務為輕。當事人未特別約定時，則以民法第七百四十條之規定為保證契約之範圍。

#### 3. 移轉上之從屬

債權人將其債權讓與他人時，則保證債權當然隨之移轉，惟如主債務由他人承擔除保證人就債務之承擔已為承認外，保證因主債務之承擔而消滅。

#### 4. 消滅上之從屬

主債務因清償、提存、抵銷、免除、混同而消滅者，保證債務亦同時消滅。例外如：公司法第三百十一條規定及破產法第三十八條規定是。

### （二）先訴抗辯權及延期清償之抗辯

「先訴抗辯權」，亦稱檢索抗辯權，即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。「延期清償之抗辯」，即指民法第七百五十五條規定：「就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任。」

另規行民法第七百三十九條之一規定：「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄」除先訴抗辯權預先拋棄外（參照民法第七百四十六條），其他保證人之權利不得預先拋棄。

### 保證與擔保物處分先後之問題

即主債務除保證之外尚有的擔保時，應先對保證人求償或先對擔保物強制執行？如擔保物係由主債務人所提供，基於保證契約之補充性，自應先就該擔保物強制執行；如擔保物係為第三人所提供者，實務上認為除當事人間有特別約定外，應儘先就擔保物拍賣充償，才合乎情理。

### 徵取保證人之限制

（一）銀行法十二條之一：銀行辦理自用住宅放款及消費性放款，已取得前條所定之足額擔保時，不得以任何理由要求借款人提供連帶保證人。所稱足額擔保，係指銀行對於授信戶之授信餘額，應不高於授信當時對其提出之擔保品經依同法三十七條規定覈實鑑估後所估價值，一旦擔保品價值貶落時，銀行得要求客戶補提擔保品，或徵提保證人。

（二）各金融機構之內部限制：各金融機構若對徵取保證人有一定之限制規定時，辦理時應受拘束，嗣後若因未依該內部規定辦理，致效力上發生爭議時，極易受到他造抗辯，惟是否影響保證效力，應視個

案而定。如社理事、監事或職員除擔任其配偶及三親等內血親、姻親之保證人外，不得為其他社員之連帶保證人。

### 實務上應注意之問題

（一）在借款人未簽名前，不宜由保證人先簽立借據，或連帶保證人簽立借據時，借據金額欄位空白，以免違反保證之從屬性原則。

（二）連帶保證人需具保證資力，原則上，得要求其提供財產資料及相關文件。

（三）非社員亦可當連帶保證人。

（四）連帶保證人本人需親自簽章，並需註明住址、電話，不宜委由他人辦理。

### 結論

為了避免債權人要求保證人預先拋棄一切權利，造成保證人責任過重的不公平現象，所以法律特別規定保證人的權利，除了有特別的規定外，這些權利是不能預先拋棄的。但是本件的「先訴抗辯權」在現行法中有明文規定，保證人可以預先拋棄，所以小郭不能在事後主張要享有「先訴抗辯權」，還是得乖乖的清償貸款。

