

102_2 法 3C 債各期末考試題 (林信和)

註一：不參看法典，不作弊，憑自己的實力作答，字體端正適中、附法條、判決判例及理由。

註二：請按考題所示題序號碼逐一作答以利得分！請善用暑期進補厚植根基，“因為你值得”！

一、請教幾個法律概念：20%(分數與時間有限，勿在此大作文章，顧此失彼！)

(一) 受任人與受寄人間責任與勞務有償性之異同。

擬答：

1、受任人與受寄人之注意義務程度，因契約之有償或無償而不同：按民法第 535 條：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意義務。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」，復按民法第 590 條：「受寄人保管寄託物，應與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」，由上開規定可知，委任及寄託契約均因有償或無償，而對受任人與受寄人注意義務程度之要求有不同要求。無償委任之受任人及受寄人，其注意義務程度為「與處理自己事務為同一之注意義務」，僅就具體過失負責，責任較輕；而有償委任之受任人及受寄人，則應負較高之「善良管理人之注意義務」，其責任係從重酌定之，應就抽象輕過失負責。

2. 惟查，受任人以有償為原則，受寄人以無償為原則，勞務有償性原則顯有差異

§483 I：「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬。」立法理由：報酬為僱傭之一要件...仍應視為僱用人允給報酬...。

§589 II：「受寄人除契約另有訂定或依情形非受報酬即不為保管者外，不得請求報酬。」立法理由：本法則以無報酬為原則...。

(二) 場所主人(法定寄託)、物品運送人、旅客運送人及承攬運送人責任之異同。

擬答：

1. 場所主人(法定寄託)、物品運送人負普通事變責任、旅客運送人負普通事變及有限之不可抗力責任(原擬答答錯了!)，而承攬運送人負抽象輕過失責任

(1) 場所主人(法定寄託)負普通事變責任

所謂法定寄託，係指依法律規定而成立之寄託關係。依民法第 606 條規定：「旅店或其他供客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性質或因客人自己或其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」，此種寄託之特色有四：(1)、此種寄託之成立，係於具備法律所規定之要件時，當事人之一方即須負受寄人之責任，並非依當事人之意思表示，亦無須待標的物之交付。(2)、當事人之一方須為旅店、飲食店、浴室等場所之主人（居於受寄人之地位），他方須為客人（居於寄託人之地位），故有稱為場所主人責任。(3)、此種寄託之受寄人係負普通事變責任，屬於無過失責任之一種，較一般寄託之受寄人僅負過失責任者，其責任為重。(4)、此種法定寄託之標的物，以客人所攜帶之特定物品為限。

(2) 物品運送人負普通事變責任

1. 關於物品運送契約，因運送係為託運人之利益，關於運送事項，自應依託運人之指示為主，依民法第 633 條之規定：「運送人非有急迫之情事，並可推定託運人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更託運人之指示。」從而運送人負有遵守指示之義務，原則上不得變更託運人之指示。又民法第 643 條之規定：「運送人於運送物達到目的地時，應即通知受貨人。」故運送人對受貨人負有運到之通知義務，以便受貨人請求交付運送物。民法第 634 條規定：「運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致者，不在此限。」，由此可知，民法第 634 條之規定並未以運送人之故意或過失為其責任成立要件，性質為無過失責任。又無過失責任通常可分為「普通事變責任」與「不可抗力責任」（特別事變責任），依民法第 634 條但書規定，運送人能證明不可抗力所致之運送物喪失、毀損或遲到者，運送人不負責任，故本條為普通事變責任，亦稱為有限制的無過失責任。

2. 至於民法第 645 條規定：「運送物於運送中，因不可抗力而喪失者，運送人不得請求運費，其因運送而已受領之數額，應返還之。」使運送人於不可抗力喪失運送物時一併喪失運費請求權，此乃危險之分擔規定，非可謂運送人負不可抗力之無過失責任！
3. 至於物品運送契約於其他情況之債務不履行，例如：提單之遲發、誤發或誤記而致生損害，仍依一般債務不履行之規定負過失責任，此揆諸第 634 條之規定，至為明顯。

(3) 旅客運送人負普通事變責任及有限之不可抗力責任(原擬答案錯了！)

旅客運送契約，係指以運送自然人為標的之契約。民法第 654 條第 1 項規定：「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。但因旅客之過失，或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限。」，第 2 項接著規定：「運送之遲到係因不可抗力所致者，旅客運送人之責任，除另有交易習慣者外，以旅客因遲到而增加支出之必要費用為限。」，可知旅客運送人：

- a. 就旅客因運送所受之傷害復普通事變之無過失責任。
- b. 就旅客因運送之遲到負不可抗力之無過失責任。但其因不可抗力所致之賠償責任，原則上限為「以旅客因遲到而增加支出之必要費用為限」，故為有限之不可抗力責任。
- c. 請注意：無過失責任分為兩級，即為普通事變之無過失責任，以及不可抗力之無過失責任。法律上規定無需就不可抗力負責者，即在表明需就普通事變負其責任(§634)；法律上規定需就不可抗力負責者(§§231 II、654 II)，或需負無過失責任者(§174 I)，即在表明需就普通事變及不可抗力之特別事變負其責任，也就是負全部的無過失責任！

(4) 承攬運送人負抽象輕過失責任

- a. 關於承攬運送人之責任，依民法第 661 條：「承攬運送人，對於託運物品之喪失、毀損或遲到，應負責任。但能證明其於物品

之接收保管、運送人之選定、在目的地之交付，及其他與承攬運送有關之事項，未怠於注意者，不在此限。」，可知，承攬運送人對於託運物之喪失、毀損或遲到，係負過失責任。

b. 次按「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」民法債之通則定有明文(§220)，經查承攬運送為法定有償之契約，且為商業上之行為(§660)，故依其事件之特性，自應認承攬運送人應以善良管理人之注意義務履行債務，而負抽象輕過失責任。(最高法院 89 年度台上字第 1903 號判決參照)。

c. 請注意，過失責任、無過失責任與舉證責任之轉換係兩碼事，不可混為一談。過失責任係因欠缺「法律上應盡之注意義務」而有過失：

(a) 欠缺善良管理人之注意義務而有過失者，因其過失既抽象(以一個抽象的善良管理人之注意義務為衡量標準)且輕微(相對於重大過失)，故稱為抽象之輕過失；

(b) 欠缺與處理自己(指債務人)同一注意義務而有過失者，因其過失既具體(以債務人本人之注意義務為衡量標準)且輕微(相對於重大過失)，故稱為具體之輕過失；

(c) 欠缺一般人之注意義務而有過失者，因其過失甚重大(連一般人之注意義務也欠缺!)，故稱為重大過失。(重大過失也是以抽象的一般人之注意義務為衡量標準，可稱之為「抽象之重大過失」，但法學理論上只有一個重大過失，故省略之)

(5)小結

如上所述，場所主人(法定寄託)、物品運送人之責任均屬普通事變責任；旅客運送人負普通事變責任及有限之不可抗力責任(原擬答答錯了!)；至於承攬運送人則抽象輕過失責任。

二、下列人之行為，究竟發生如何之法律效果，願聞其詳。20%

(一) 甲為居間人，竟然不將當事人一方乙之姓名或商號告知相對人丙。

擬答：

1. 按民法第 575 條第 2 項：「居間人不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，應就該方當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並得為其受領給付。」此即為所謂之「隱名居間」。
2. 於隱名居間之情形，當事人之一方或雙方既隱而不明，自無從直接請求相對人履行契約或由相對人受領給付，從而一方當事人所應為之給付，不得不由居間人負履行之責，故上開規定乃為保護當事人，使居間人代該隱名之當事人履行由契約所生之義務，並得為該當事人受領給付，並非如行紀人有自為當事人之權利。(參§§587、588)
3. 而於本例中，甲為居間人，卻不將當事人一方乙之姓名或商號告知相對人丙，則乙丙於締約後，甲應履行原本乙由契約所生之義務，並得為乙受領給付，惟契約當事人仍為不知名之乙與丙。
4. 於此值得注意的是，甲為居間人，卻不將當事人一方乙之姓名或商號告知相對人丙，固有可能因「當事人之一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務。」 (§ 575 I) 而履行其不告知之義務 (§199 III:「不作為亦得為給付。」)，或居間人片面不告知相對人於委託人，但仍不排除居間人事實上自為當事人而以隱名居間名義報告於委託人。
5. 準此，法律上雖未明文規定居間人有自為當事人之權利，但§575 II 規定之結果，無異乎事實上承認其存在可能性也！不過，此一事實存在之「居間人有自為當事人」對於委託人並無負面效果。因§575 係接續§574：「居間人就其媒介所成立之契約，無為當事人給付或受領給付之權。」，所以此處之居間當限於「一方為他方為訂約之媒介」之契約，不可能為「一方為他方報告訂約之機會」之契約 (§565 參照)，固其契約條件必經委託人之同意且委託人當不介意何人為相對人始會與之同意，故事實上有可能存在「居間人有自為當事人」對於委託人並無不利之處，自無妨容許之也！

稱行紀者，謂以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業。

(二) 乙為行紀人，竟然不將他方當事人之姓名告知委託人丙而僅通知訂立契約之情事。

擬答：

1. 首按，民法第 587 條規定：「行紀人受託出賣或買入貨幣、股票或其他市場定有市價之物者，除有反對之約定外，行紀人得自為買受人或出賣人，其價值以依委託人指示而為出賣或買入時市場之市價定之。前項情形，行紀人仍得行使第五百八十二條所定之請求權。」此為行紀人「自為買賣權」，即為行紀人之介入權。
2. 前揭行紀人之「自為買賣權」，並無需行紀人真有買賣之法律行為，蓋行紀人依民法第 576 條之規定，係「以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣或其他商業上之交易」，故不可能代理委託人而與自己進行買賣行為(§106 自己代理)，故民法第 576 條所稱「行紀人得自為買受人或出賣人」，乃係行紀人行使介入權(自為買受人或出賣人)之意思表示，一旦意思表示即生「以依委託人指示而為出賣或買入時市場之市價定其價值之」行紀關係，故其介入權顯為形成權，無待委託人之同意即生行紀關係之效力！(但因無相對人，故法律上不可能適用行紀關於相對人關係之規定§§ 578~581！)
3. 次按民法第 588 條規定：「行紀人得自為買受人或出賣人時，如僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知者，視為自己負擔該方當事人之義務。」此即為「行紀人介入之擬制」，蓋因行紀人於具備民法第 587 條介入權之要件，而得自為買受人或出賣人時，雖未向委託人表示行使介入權，而僅將訂立契約之情事通知委託人，而不以他方當事人之姓名告知委託人者，因委託人無從知道該契約究竟係與第三人訂立，抑或係行紀人自己介入而為出賣人或買受人，民法為實際之便利，並保護委託人之利益，故於此情形，乃視為行紀人自己介入，須自己負擔(所稱)該方當事人之義務。
4. 本例中，乙為行紀人，於得自為買受人或出賣人之情形下，不將

他方當事人之姓名告知委託人丙，而僅通知委託人丙訂立契約之情事，依民法第 588 條之規定，視為行紀人乙自己負擔(所稱)該方當事人之義務。

(三) 丙為承攬運送人，竟然不告而自行運送委託人之物品。

擬答：

1. 按民法第 663 條：「承攬運送人，除契約另有訂定外，得自行運送物品。如自行運送，其權利義務，與運送人同。」，由此可知，除契約有禁止介入之約定者外，承攬運送人本有介入權，即自行運送權。
2. 然而，承攬運送人一旦自行運送物品，依第 663 條後段「其權利義務，與運送人同」之規定，原本負過失責任之承攬運送人(§ 661)，瞬即改負普通事變之無過失責任(§634)，且改依運送契約之規定而有運費請求權(§622)，而不復依承攬運送之契約關係請求報酬(§660)。立法理由：其與委託人相互間之權利義務，應與運送人對於託運人之權利義務完全相同...
3. 本例中契約並未約定禁止介入，故丙承攬運送人不告而自行運送委託人之物品，按民法第 663 條之規定，丙之權利義務即與運送人相同，如前所述。

(四) 丁為隱名合夥人(俗稱插暗股)，竟然不甘寂寞參與了合夥事務之執行。

擬答：

1. 民法第 704 條第 2 項：「隱名合夥人就出名營業人所為之行為，對於第三人不生權利義務之關係。」，因此隱名合夥人僅於內部關係上以出資額為限負其責任，對外無任何責任可言，故「隱名」係表示隱名合夥人對外隱其名，不負任何責任而言。
2. 惟於例外情形，隱名合夥人仍應負出資營業人之責任，依民法第 705 條：「隱名合夥人如參與合夥事務之執行，或為參與執行之表示，或知他人表示其參與執行而不否認者，縱有反對之約定，對於第三人，仍應負出名營業人之責任。」

3. 民法第 705 條所稱「對於第三人，仍應負出名營業人之責任」，應為如下之理解：

- (1) 只要具備§705 條之要件，即生「對於第三人，仍應負出名營業人之責任」，完全不論第三人知或不知其為隱名合夥人，均不得與之對抗！
- (2) 故§705 之「表見出名營業人」規定，與表見代理(§§107、169)限於不得對抗善意(並無過失)之第三人，大異其趣！
- (3) 而所謂「對於第三人，仍應負出名營業人之責任」，間接昭示隱名合夥人與出名營業人間之隱名合夥關係並不受影響，此項認知，至關重要！

4. 於本例中，丁為隱名合夥人，仍參與合夥事務之執行，則依民法第 705 條之規定，對於第三人仍應負出名營業人之責任。

三、甲不甚用功，法律系畢業後求職困難，民國 88 年經乙提供人事保證後始獲 A 公司以 22K 月薪僱用之，詎料甲對人生態度並未因就業而改善，任職第一年就發生違約致公司受損 100 萬元、第二年更發生職務上背信使公司受損 100 萬元，第三年經調任偏遠檔案室管理員仍怠職致公司受損 100 萬元。A 公司礙於情面隱忍不發，直到第五年才解僱甲並向乙求償 300 萬元。問當事人間法律關係如何？20%

擬答：

(一) A 乙之間成立人事保證契約，保證期間應為 3 年：

- 1、所謂「人事保證」，依民法第 756 條之 1 第 1 項：「稱人事保證者，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約。」，性質上，人事保證人是獨立地負損害賠償責任，其債務並不具有從屬性(增訂理由參照)。本例中，乙與 A 成立民法 756 條之 1 人事保證契約，約定如將來甲因職務上之行為而造成 A 公司損害時，應由人事保證人乙代受僱人甲負賠償責任。

- 2、惟人事保證未定期間者，按民法第 756 條之 3 第 3 項規定：「人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。」本例中，人事保證契約之成立時間為民國 88 年，**題旨並未說明其為定有期限之人事保證，依常態應認其為未定期限之人事保證契約。**而民法債編人事保證契約**雖係**於民國 88 年 4 月 21 日增訂公布、89 年 5 月 5 日施行。但民法債編施行法第 35 條有溯及適用之規定：「新增第二十四節之一之規定，除第七百五十六條之二第二項外，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。」從而，第 756 條之 3 於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。
- 3、本例中，A 公司與保證人乙於民國 88 年時成立人事保證契約，依民法債編施行法第 35 條規定，仍有民法第 756 條之 3 第 3 項之適用，故 A 公司與保證人乙間未定期限之人事保證契約之有效期間為三年，**本無疑義。惟按：「人事保證約定之期間，不得逾三年，逾三年者，縮短為三年。人事保證未定期間者，自成立之日起有效期間為三年。上開規定於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。八十八年四月二十一日修正公布，八十九年五月五日施行之民法第七百五十六條之三第一項、第三項及民法債編施行法第三十五條固分別定有明文。惟於民法債編修正施行前成立之人事保證，其約定之保證期間逾三年或未定期間者，當事人依原來法律之規定，正當信賴其約定為有效而生之利益，應予以適當之保障；在修正施行前如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。是民法債編修正施行前成立之人事保證，應解為定有期間而於修正施行後殘餘期間未逾三年者，依其約定，逾三年者，縮短為三年；至未定期間者，則自修正施行之日起，其有效期間為三年，始符信賴保護原則，並維法秩序之安定。」**最高法院 93 年度台上字第 6 號及 100 年度台上字第 1671 號分別著有判決可供參考。

(二) A 向乙求償 300 萬元 **僅部分有理由，且乙可為消滅時效已完成而為絕給付之抗辯：**

- 1、按民法第 756 條之 2：「人事保證之保證人，以僱用人不能依他項方法受賠償者為限，負其責任。(第 1 項)保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限。(第 2 項)」，故若本例中之僱用人 A 不能依他項方法受賠償，依民法第 756 條之 2，人事保證人乙賠償之金額，以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限。受僱人甲之年所得為 264,000 元(暫不考慮其他福利)，故人事保證人乙之賠償金額乃以受僱人甲之年所得 264,000 元為限。
- 2、**但按**民法債編施行法第 35 條規定：「除第 756 條之 2 第 2 項外，於民法債編修正施行前成立之人事保證，亦適用之。」本例中，人事保證契約之成立時間為 88 年，而民法第 756 條之 3 第 2 項，於民國 88 年 4 月 21 日修正公布，89 年 5 月 5 日施行，故受僱人甲第一年違約致公司受損 100 萬元之部分，並不**適用受**民法第 756 條之 3 第 2 項之**限制規定**。依此，人事保證人乙須因甲第一年違約而**代負**賠償之金額仍為 100 萬元，**固無疑義**。
- 3、至於甲第二年及第三年分別造成公司各受損 100 萬元部分，假設均發生於 89 年 5 月 5 日即民法第 756 條之 3 第 2 項開始施行之後，即發生此一疑義：民法第 756 條之 3 第 2 項關於年度賠償限額之規定，是否於民法債編修正施行前成立之人事保證，全無適用之餘地？倘全無適用餘地，則人事保證人乙對於甲於第二年及第三年造成公司各 100 萬元之損害，照額代負賠償責任；倘自 89 年 5 月 5 日即民法第 756 條之 3 第 2 項開始施行之日起即有適用(儘管其為民法債編修正施行前成立之人事保證)，則乙之代負賠償額即分別以受僱人甲之第二年及第三年之所得各 264,000 元為限。
- 4、茲為貫徹新民法限制人事保證人責任之良法美制，似應認為民法債編修正施行前成立之人事保證，於施行前已經發生之

損害賠償責任不受民法第 756 條之 3 第 2 項之溯及限制，但自修正施行後即應有其適用。最高法院 95 年度台上字第 227 號判決要旨可供參考：「...故在修正施行前，如已有保證人應負保證責任之事由發生，保證人之賠償責任即告確定，不能因上開修正規定之施行，而使其溯及的歸於消滅。」

- 5、關於「人事保證契約」之損害賠償請求權之消滅時效，依民法第 756 條之 3：「僱用人對保證人之請求權，二年間不行使而消滅。」，蓋人事保證人係基於人情信任關係而為受僱人做職務保證，故人事保證人負擔責任之期間，不宜持續過長，懸而未決，否則對人事保證人至為不利。
- 6、本例中，A 公司對於受僱人甲所造成之損害，於第五年才向人事保證人乙求償，其於第一年、第二年所造成之公司損害明顯已逾兩年而罹於時效，假設其第三年之損害亦逾兩年而罹於時效，則 A 公司向人事保證乙所為之請求即可能因乙主張之時效抗辯而成為無理由。
- 7、前述民法第 756 條之 3 短期消滅時效之溯及適用，對於僱用人不甚公平，但時效期間涉及公益而不得任意加長或減短，民法第 147 條定有明文，在施行法未為例外之規定，以及最高法院未作成例外之判決(如前述最高法院 93 年度台上字第 6 號及 100 年度台上字第 1671 號判決之法官造法)之情形下，似僅得為前述無例外溯及適用之見解。
- 8、故 A 向乙求償 300 萬元僅部分有理由，且乙可為消滅時效已完成而為絕給付之抗辯。

四、乙向甲借貸 1000 萬元，由丙、丁擔任保證人，並由戊提供價值 1500 萬元之不動產設定抵押擔保後撥款(取得貸款)，詎料乙屆期未償分文，甲乃就抵押物拍賣得款 800 萬元(房地產跌價了)，並向乙追償 400 萬元獲償全部本金、利息與費用。問各當事人間法律關係如何？40%

擬答：

以下就甲乙丙丁戊間之法律關係分組為說明：

(一) 甲乙間成立消費借貸契約：

按民法第 474 條：「稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」本例中，乙向甲借貸新台幣(下同)1000 萬元，甲乙間成立以 1000 萬元為標的之消費借貸契約。

(二) 丙丁對甲成立共同保證契約，依法「連帶負保證責任」(不是「負連帶保證責任」！)

1. 按民法第 739 條：「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。」次按，民法第 748 條：「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。」準此，共同保證人係連帶負「代負履行責任之保證責任」，所以共同保證人對於債權人仍有民法第 745 條之先訴抗辯權可茲適用；民法第 748 條非謂共同保證人「負連帶保證責任」，使成為「連帶保證人」而使之喪失民法第 745 條之先訴抗辯權。(最高法院 45 年度台上字第 1426 號判決參照)

2. 本例中，甲與丙丁二人約定，於債務人乙無法清償借款債務時，將由丙丁二人代為清償，丙丁與甲間成立民法第 748 條之共同保證。如前所述，丙丁二人共同保證人雖依民法第 748 條之規定連帶負保證責任，惟既未拋棄先訴抗辯權(§746 一)，自仍享有民法第 745 條之先訴抗辯權無疑。

(三) 戊為甲之物上保證人，~~戊於清償範圍承受甲對乙之請求~~、~~戊因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權而於甲受清償範圍承受甲對乙之債權~~。但不得有害於債權人之利益。

1. 按民法第 879 條第 1 項規定：「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，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。但不得有害於債權人之利益。」此為法定之債權移轉，無需§294 之債權讓與合意(準物權契約)

2. 本例中，戊為乙之借款債務提供其不動產設定抵押權，並以甲為抵押權人，故戊為甲乙間債務之物上保證人。依題意所示，甲依民法第 873 條聲請並取得抵押物拍賣裁定，其後實行抵押權，並自拍得價金 800 萬元中受償，依民法第 879 條第 1 項之規定，戊於甲因抵押物被拍賣而受償 800 萬元之限度內，承受了債權人甲對債務人乙之債權，債權之擔保及其他從屬權利隨同移轉 (§295 參照)，丙、丁之保證責任仍然存在。

四、丙丁與戊之關係：

(一)人保與物保地位平等說

- 1、按民法第 751 條：「債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。」及民法第 879 條之 1：「第三人為債務人設定抵押權時，如債權人免除保證人之保證責任者，於前條第二項保證人應分擔部分之限度內，該部分抵押權消滅。」，由此二條文之規範可知立法者將人保與物保立於平等之地位，實同修法前「人保與物保地位平等說」之看法。
- 2、準此，本例中債權人甲得自由選擇向保證人丙丁(人保)請求其履行保證責任，或本於系爭不動產之抵押權人之身分，向法院聲請拍賣抵押物裁定以實行抵押權。
- 3、惟於此仍應說明者係，保證人與物上保證人之責任內容仍有差別。按民法第 745 條：「保證人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。」，此即保證人之先訴抗辯權，既稱先訴抗辯權，即應解為：債權人於未就主債務人之財產強制執行而無效果前，並非不得對於債務人請求「代負清償責任」，只是保證人此時得為先訴抗辯(一時之抗辯)而已！故債權人應先就主債務人之財產執行，執行無效果者，始得就不足部分向保證人請求履行保證責任；然而在抵押權之行使，則無類似之規定。故於本例中，甲欲向丙丁請求履行保證責任之前提，必須建立在債權

人甲已先就債權人乙之財產，聲請強制執行而無效果之前提下，方得為之；至於抵押權之行使則無此限制。

(二)丙丁及戊之內部分擔額計算

- 1、民法第 879 條第 2、3 項：「債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負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，應以該債權額為準。(第 2 項)前項情形，抵押人就超過其分擔額之範圍，得請求保證人償還其應分擔部分。(第 3 項)」、民法第 740 條：「保證債務，除契約另有訂定外，包含主債務之利息、違約金、損害賠償及其他從屬於主債務之負擔。」，由上可知，保證人所負之責任原則上以主債務及其利息、違約金或其他從屬於主債務之負擔為其範圍；而物上保證人則以抵押物之價值或限定擔保之債權額為其範圍。
- 1、次依民法第 879 條之立法理由得知，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。從而，於本例中，戊所提供之抵押物價值為 1500 萬元，惟於拍賣時跌價為 800 萬元，依上開立法理由之反面解釋，其所負責任範圍即應以抵押物拍賣時之價值 800 萬元計算較為合理；而保證人丙丁所負責任範圍依民法第 740 條之規定，以主債務 1000 萬元及其利息、費用或其他從屬於主債權之負擔亦即 1200 萬元為其範圍，故人保責任比例 $\frac{3}{5}$ 為；而物保責任比例為 $\frac{2}{5}$ 。而於本例中，扣掉債務人乙自行清償之 400 萬元後，由戊之抵押物取償部分為 800 萬元，此時，戊就債務應負擔之部分為 320 萬元(計算式： $800 * [\frac{800}{1200} + \frac{800}{800}] = 320$)，丙丁就全部債務之應分擔部分為 480 萬元($800 * [\frac{1200}{1200} + \frac{800}{800}] = 480$)

(三)戊得向丙丁**連帶**求償 480 萬元，**由丙丁連帶負清償責任**

債權人甲就抵押物實行並拍賣得款受償 800 萬元，而戊就此已代為清償 800 萬元。如上所述，依民法第 879 條第 2 項之規定，物上保證人戊之責任比例為 $2/5$ ；及共同保證人丙丁之比例 $3/5$ ，此時戊得依民法第 879 條第 3 項之規定，就超過其應分擔責任之範圍內，亦即 480 萬元之限度內（計算式為： $800 \text{ 萬} * 3/5 = 480 \text{ 萬}$ ），得任意向共同保證人丙或丁請求償還之，丙丁二人依保證連帶之法理，對戊所請求之 480 萬負連帶責任。

延伸問題：

本題如改為：

「乙向甲借貸 1000 萬元，由丙、丁擔任保證人，並由戊提供價值 1500 萬元之不動產設定抵押擔保後撥款（取得貸款），詎料乙屆期未償分文，甲乃就抵押物拍賣得款 800 萬元（房地產跌價了），並向丙追償 400 萬元獲償全部本金、利息與費用。問各當事人間法律關係如何？」

各位朋友會作成答案嗎？