

www.doceriver.com  
搜索海量电子图书



任何一个法律领域都需要一个学者专家群体承担研究、维护、推进该法律领域的职责，担保物权法尤其如此。

第一辑

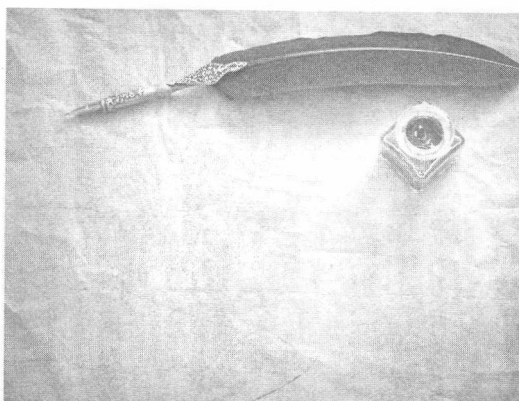
VOL.1

# 担保法 理论与实践

主编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



第  
一  
辑

VOL.1

# 担保法 理论与实践

主 编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与实践. 第1辑 / 董学立主编. —北京:  
中国法制出版社, 2015. 9  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6725 - 4

I. ①担… II. ①董… III. ①担保法 - 中国 - 文集  
IV. ①D923. 24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 224746 号

责任编辑 任乐乐

封面设计 李宁

---

## 担保法理论与实践 (第1辑)

DANBAOFA LILUN YU SHIJIAN (DIYIJI)

主编/董学立

经销/新华书店

印刷/人民日报印刷厂

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16

版次/2015 年 12 月第 1 版

印张/24 字数/338 千

2015 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6725 - 4

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

# 序 一

我国在改革开放前实行单一公有制基础上的计划经济体制，不存在包括担保物权制度在内的物权法。20世纪80年代初改革资金使用体制，由“无偿拨款”改为采取“融资方式”，因缺乏有效担保手段而发生严重的“三角债”和巨额不良债权问题。于是在制定物权法之前，于1995年先制定担保法。担保法包括物的担保（担保物权）和人的担保（保证合同）。虽属于“亡羊补牢”，且受到不动产登记制度和登记机构不统一的制约，却仍然对于此后减少和避免“三角债”和不良债权发挥了重要作用。时隔12年之后，被称为在社会主义法律体系中“起支架性作用”的物权法终于颁布施行。为了保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障社会主义市场经济持续稳定的发展，物权法在总结担保法实施以来的实践经验基础上，参考发达国家和地区的经验，规定了较为完善的担保物权制度。

担保物权，属于物的担保。俗话说“跑得了和尚跑不了庙”，相对于人的担保即保证合同，物的担保更为切实可靠。金融机构发放贷款，采用担保物权予以担保，最方便、最有效。担保物权，是确保金融机构债权清偿和化解金融风险最有效的法律手段。物权法施行以来的经验表明，物权法所规定的较为完善的担保物权制度，对于保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障企业及时获得融资，满足经济发展对资金的需求，保障社会主义市场经济持续稳定发展，已经和正在发挥极其重大的作用。

任何一个法律领域都需要有一个学者专家群体承担研究、维护、推进该



法律领域的职责。担保物权法尤其如此。我国物权法所规定的不动产抵押、最高额抵押、动产抵押、动产不动产集合抵押、特别动产集合抵押，及动产质押、权利质押、应收款质押，等等，都是服务于融资的。历史上的担保，以保全债权为目的，叫做保全型担保；现在人们设立各种担保权已经不是为了保全债权，而是为了融资，称为融资型担保，属于商行为。更不用说实践中已经存在，并且还将不断产生的法律没有明文规定的各种非典型担保。可以说，在整个物权法乃至整个民法领域，担保物权法是与实践结合最为紧密、最为变动不居的法律领域。研究担保物权法，如果不了解实践、掌握实践、理论与实践密切结合，单靠文本研究是不行的。

南京财经大学法学院院长董学立教授长期致力于担保物权法的研究，最近发起创办名为“担保法理论与实践研讨会”的学术论坛，每年举行一次，邀请国内研究担保物权法理论和实践的学者专家，研讨有关担保物权法的立法、理论、实务与教学问题，并编辑出版《担保法理论与实践》连续性出版物，旨在推进担保物权法理论和实践的研究。笔者对此极表赞成。

是为序。

2015年7月21日于昆明退庐

## 序 二

由于国际贸易的兴盛、财产类型的不断增加及其蕴含价值的衍生变化、各行各业创业筹资或营运融资不同的需求等因素，担保物权制度的发展已迈入迥异于往昔的阶段，展现多元的面貌和积极的社会功能。此时此刻，聚集两岸担保法学者和实务专家，举办担保法理论与实践研讨会，实具有检讨过去、针对现在、策励未来、承先启后的重大意义。对于主办、承办各单位的高瞻远瞩，掌握时代脉动，应给予热烈的掌声，并致上由衷的赞佩。

综观本次研讨会，充分反映下列特色：一、参与者踊跃，不但有研究担保制度声誉卓著的学者，而且有各级法院的庭长、法官，更有金融实务的专家，发表论文共四十余篇，从不同方面相互沟通，理论与实务水乳交融，学者遂得确实意识实际问题所在，不流于空谈，而审判者于实务运作，解决个案，呼应社会需求时，仍能遵循担保法之规矩方圆，经由裁判表彰法律的规范价值，更能扮演法律续造的角色，理论与实务互动，激荡中蹦出火花，法律因此有了丰富的生命力。庭长、法官报告论文，热烈参与，足为台湾地区法院同仁的楷模。二、研讨会超过半数的论文都聚焦于实务，意味中国担保法实施近二十年，物权法施行快十年后，随着社会工商的繁荣，担保法制已于社会中落地生根，如雨后春笋，生机盎然。担保法深入民间，成为推动市场经济发展不可或缺的一只手，发挥促进金融流动的重要机能，朝着务实化、国际化发展。三、两岸法学沟通交流，充分发挥他山之石，可以攻玉的效果。让与担保的定位、流抵约款的效力或物上保证人与保证人间的求偿权

及承受权（追偿权及代位权），台湾地区过去曾经过激烈的探讨、摸索，后两者业于民法物权编2007年修正时，完成立法；让与担保虽未法制化，但其运用，于学说或实务大抵已建立常轨，且因物权编修正，2009年导入习惯法得为创设物权之法源，让与担保之担保权地位露出曙光。如今，在中国大陆地区，让与担保的盛行、流抵约款则在以物抵债中窜出，物保、人保间的关系以混合共同担保问题呈现，台湾地区的民法及其实践大抵可引为借镜，找到处理此类问题的一些方法。以上所述不过是荦荦大者，其他诸多正面效应，不胜枚举。可知，本次研讨会成果丰硕，绩效斐然。

物权法有故乡法之称，原来最具有本国色彩，但因为担保物权是以支配担保物的交换价值发挥其担保功能，和物的利用常受国土风情的影响不同，加上国际贸易发达，信用的授予，需以担保为后盾，担保法国际化的趋势遂方兴未艾。欧洲民法典示范草案（第九卷）的问世，以及联合国国际贸易委员会于完成担保交易法指南及知识产权补编之后，已于今年四月间推出担保交易示范法草案均为例，对于担保法的未来，必有立竿见影的作用。面对两岸的华人领域，从速推动担保法的统一化，应是开展担保法理论与实践系列研讨之际，必须努力以赴的目标。本次研讨会承办单位之一的南京财经大学，其法学院董学立院长对担保法夙有专攻，就此任务负起领头角色，必是有识者共同的期盼，且拭目以待。

谢在立

2015年10月28日

## 目 录

## 【担保法理论】

让与担保概说 .....	谢在全/3
抵押权之侵害及保护 .....	郑冠宇/38
我国特别法上的担保物权之规范梳理与立法改进 .....	刘保玉/56
担保物权司法解释起草中的若干争议问题 .....	高圣平/74
浮动抵押的财产变动与效力限制 .....	董学立/105
我国《物权法》上权利质权公示方法之检讨 .....	陈本寒/123
让与担保的概念与原理	
——以日本的学说为中心 .....	申政武/142
法国保全性裁判抵押权制度研究	
——兼论我国不动产查封制度的完善 .....	于海涌/158
担保物权实现之非讼程序探讨 .....	叶知年 余秋萍/169
以物抵债之处分行为论 .....	陈永强/181
股权让与担保法律保护模式及其制度构建 .....	张卫英 冯艺/198
林业碳汇权融资担保的法律思考 .....	张冬梅/208
韩国的动产、债权担保法制	
——以动产规制为中心 .....	金路伦/223
衍生品履约保障制度：立法冲突与实践困境 .....	鲍晓晔/234
土地经营权担保法律问题研究 .....	申惠文 杜志勇/243





## 【担保法实践】

动产融资登记面临的法律问题 .....	徐欣彦	高翔	刘亚妮/255
论以物抵债的性质及法律规制			
——兼论虚假诉讼的防范 .....	夏正芳	潘军锋	263
融资类信托中的增信措施研究 .....	马荣伟		282
不动产最高额抵押担保的债权种类变更须登记 .....	李道丽		293
不动产抵押担保范围的登记司法适用 .....	孙天	彭晓莉	306
预购商品房抵押权预告登记效力探析 .....	王瑞煊		313
刍议公司对外担保规范之适用 .....	蒋伟		325
保证与物的担保并存时的责任承担			
——浅析《物权法》第176条 .....	王存	吴劲松	334
混合共同担保中担保人之间的追偿权初探 .....	程俊杰		342
抵押权之外的抵押人责任探讨			
——从某小贷公司诉范某抵押合同纠纷一案			
说起 .....	王方方	夏奇海	352
父母对其出资购买但登记在未成年子女名下			
的房产进行处置行为的效力认定 .....	夏雷	徐岩岩	359
走出物权法定原则的窠臼			
——股权转让与担保方式之司法应对 .....	滕威		364

# 担保法理论

担保法理论与实践

让与担保概说

抵押权之侵害及保护

我国特别法上的担保物权之规范梳理与立法改进

担保物权司法解释起草中的若干争议问题

浮动抵押的财产变动与效力限制

我国《物权法》上权利质权公示方法之检讨

让与担保的概念与原理

法国保全性裁判抵押权制度研究

担保物权实现之非讼程序探讨

以物抵债之处分行为论

股权让与担保法律保护模式及其制度构建

林业碳汇权融资担保的法律思考

韩国的动产、债权担保法制

衍生品履约保障制度：立法冲突与实践困境

土地经营权担保法律问题研究

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书





# 让与担保概说<sup>①</sup>

谢在全\*

## 第一节 序 说

### 一、意义

让与担保者系指债务人或第三人为担保债务人之债务，将担保标的物之财产权移转于担保权人，担保权人仅于担保之目的范围内，取得担保标的物之财产权，于债务清偿后，标的物应返还于债务人或第三人，债务不履行时，担保权人得就该标的物受偿之非典型担保（参照“七十台上一〇四”）。例如甲积欠乙新台币三百万元，为担保其清偿亦即以担保债务之清偿为目的，甲将已有之土地一宗移转于乙，届期甲如清偿债务，乙应将土地所有权返还甲，如未能清偿债务，则乙得将该土地变卖，就其卖得价金以受清

---

\* 谢在全，著名法学家。台湾地区前“司法院”副院长、大法官。

① 本文所引用之条文如台湾地区“民法”，均省略“民法”或“民”，例如第873条之一即指“民法第873条之一”，又（757）即指“民法”第757条。本文简略用语及参考书，请见拙著：《民法物权论（下册）》，中国政法大学出版社2011年版，第1456、1458页；本文系作者《民法物权论（下册）》第十一章内容（新学林出版股份有限公司2014年修订第六版），因“让与担保”目前在大陆地区盛行，故商其同意，予以转载。



偿是<sup>①</sup>。据上可知让与担保具有下列特征：

（一）让与担保为担保债务之清偿系以移转标的物所有权之方式为之，此与典型之物的担保系以标的物设定定限物权为之，无须移转标的物之所有权者不同。按物的担保有典型担保与非典型担保之分，民法上所规定之抵押权、质权与留置权即为典型担保，系以标的物设定具有担保作用之定限物权为其构造型态。而非典型担保则为非民法上所规定之物的担保，而系社会交易上所发展出来之新担保型态，其主要特色在于其权利构造系以所有权与占有分离，而债权人则控制担保物之所有权方式（即担保物系债权人所有）以实现担保债务之目的。让与担保并非民法上所规定之担保物权，而系以移转标的物所有权于担保权人之方式，实现债务担保之目的，故系非典型担保，在非典型担保占有重要地位。

（二）移转标的物所有权系以担保债务之清偿为目的。让与担保之成立系为担保债务人之债务，此即为让与担保成立之经济目的。准此，担保权人虽取得标的物之所有权，然担保权人仅得于此目的范围内行使其所有权，是以：1. 于债务清偿时，标的物所有权应返还于让与担保之设定人；于债务不履行时，担保权人始得就标的物受偿，故担保权人取得标的物所有权系暂时性<sup>②</sup>。2. 让与担保之设定人所授与担保权人者乃超过其经济目的之权利。担

① 按以移转担保标的物所有权方式之非典型担保，虽有信托让与担保与买卖式让与担保之分，本文所述乃为前者。买卖式担保（又称为卖与担保、买卖的担保、卖渡担保、卖渡抵当），系以买卖方式移转标的物之所有权，而以价金名义通融金钱，并约定日后得将该标的物买回之制度（两者主要之不同，见拙著物权下册第401页注一，修订五版）。惟上述分类仅为理论上之区别，商场实际上之运用非泾渭分明，混用亦所在多有。因之，日本最近实务判断究为何种担保时，认为纵使当事人使用买卖式担保之文意，但若是未伴随移转标的物占有之契约，除有特殊情事为限，应推认系缔结以债权担保为目的之让与担保（日最判平一八、二、七民集六〇、二、四八〇，最判平一八、七、二〇民集六〇、六、二四九九）。易言之，学说、判例以买卖式担保与让与担保，虽在法形式上不同，但以担保债权而移转担保物所有权之趣旨则属相同，故均应以内容较合理之让与担保处理之（安永正昭物权第388页，道垣内担保物权第291页，小山泰史著，“让渡担保の认定”，《民法判例百选I》第192页，有斐阁平成21年第六版发行；池田雅明著，“集合动产の让与担保”，前掲判例百选I第198页。其余早期见解见刘春堂著，“动产让与担保之研究”，同氏著，《民商法论集（一）》第303页；陈荣隆著，“让与担保之研究”，辅仁大学法律学系博士论文，1999年7月，同氏著，《让与担保之法律构造（上、下）》，月旦法学九六、二〇〇，月旦法学九七、一八九；田高宽贵著，《担保法体系の新たな展开》，劲草书房1996年第一版发行）。

② 陈荣隆前掲《让与担保之法律构造（上）》第204页。

保权人就其与设定人之内部分关系言，应仅于担保债务清偿之经济目的范围内取得受让之所有权。3. 目的因系在担保债务之清偿，担保权人自不能取得受债权清偿以外之利益，易言之，于债务不履行时，担保权人就标的物取偿，或由担保权人取得标的物所有权，以抵偿债务，但无论何者，担保权人均负清算义务。因之，若担保物价值超过担保债权额时，担保权人就超过部分有返还之义务，此与第 873 条之一规定，已趋一致。

(三) 担保权人对债务人有担保债权存在，故担保权人对债务人有债务清偿之请求权，此与非典型担保之买回，出卖人仅有买回标的物之权，而无应清偿之债务者有别。又让与担保之设定人固以债务人为常，但第三人亦得为之，此与民法上之典型担保同。至标的物通常以动产或不动产所有权为最多，惟不以此为限，凡具有让与性之财产权或其他未定型化之财产权均得为让与担保之标的物，故其标的物之范围较诸民法上之典型担保者，广泛多矣。

## 二、沿革与社会作用

让与担保起源甚古，最早应可溯源至罗马法上之信托 (fiducia)<sup>①</sup>。而考诸担保物权之发展，其轨迹应是自移转标的物所有权为担保，演变至仅移转标的物之占有，但不移转所有权为担保之占有质，再进化为标的物所有权与占有均不移转，而仅取得具有担保作用之权利为担保之不占有质。让与担保以移转标的物所有权，实现其担保之经济目的，可见其实为物的担保之最早型态。如今，让与担保在德日民法上虽未规定，但在破产法等个别规定中出现，法学说与实务上均承认之，且在社会上甚为盛行<sup>②</sup>。在台湾地区亦有此

① 日《注释民法旧版(9)》第318页，柚木担保物权第546页，陈荣隆前揭博士论文第31页。

② 吴光明著，“动产让与担保制度之研究”（台大法律研究所博士论文，1992年9月），陈荣隆前揭博士论文，鸟谷部茂著，“担保法制の现在と将来”（ジュリスト第875期第60页）。德国于1999年破产法第51条第1款，明订动产及债权让与担保权人，具有担保物权人相同之别除权。日本1959年之国税征收法第24条规定，让与担保设定人积欠租税时，得就让与担保之财产，征收其国税。亦即将让与担保与抵押权、质权同视。日、德两国就让与担保虽未立法，但其物权地位已获法律明文承认。又法国2006年修订之民法，已于第四卷第二编第四章第二节（2372之一至2372之五）及第八章（2488之一至2488之五）分别规定动产及其他财产权、不动产让与担保。



种担保型态，复为实务上与学说所承认。况让与担保确有其积极之社会作用，为促使金融流通，经济发达与升级，自无任意否定其存在之理由<sup>①</sup>，惟应强化其理论构造，俾使其合理化，更能符合社会之需要。让与担保今仍能复苏并盛行，实因其具有下列社会作用，足以弥补典型担保之不足使然<sup>②</sup>。

### （一）运用非占有之动产担保物权，因应商业需要

动产之担保虽有民法上之动产质权与动产担保交易法之动产抵押权等提供为担保之手段，然动产质权须移转标的物之占有，且不得以占有改定为之（885 II），有碍动产之利用，不适于企业之融资。至动产担保交易法上所规定之担保方法，其标的物有一定之限制（动4 II），故亦无从满足商业之需求。而让与担保之动产标的物仅以具有让与性为已足，范围甚广，且于设定让与担保后，通常仍由设定人占有，保留其用益权，故正可弥补典型担保制度之上述缺失，适应现代商业活动之需要。

### （二）担保标的物多样化，促进担保价值之发挥

让与担保之标的物，不动产、动产、有价证券、债权及其他具有让与性之财产权均足当之，且对于各种新形成或尚在形成中之财产权亦可成立让与担保。再者，基于一物一权与物权之特定原则，典型担保物权仅能就各个独立物分别设定之。然企业经营上，商人就其流动中之多数商品，例如仓库中之商品、工厂之机器、厂房与其他设备，或者其他一定之集合财产，甚或企业一定期间之多数流动债权，须以一个担保物，整体提供担保，方能发挥其有机之交换价值，让与担保恰能实现此种机能，符合工商脉动迅速之需求。

### （三）实行程序便捷，提高担保物之价值

典型担保物权之公实行程序，耗时费钱，且在强制执行之拍卖，标的物

① 刘春堂前揭文，“论让与担保在台湾地区无存在之必要”。票据之让与担保于金融实务中之功能、实益及有关问题，请见黄献全著，“再论票据担保”（《法学丛刊》一四〇、五八）。

② 德国之动产质权已相当程度为让与担保所取代（德国物权法下册第7页）。惟有认为让与担保之盛行，乃因让与担保具有“暴利性”，亦即债权人利用让与担保得取得标的物受偿，以获得较多之财产利益。其次，则为让与担保具有“独占性”，亦即因标的物财产权移转于担保权人，担保权设定人不仅无从设定后次序之担保物权，且亦无从自由设定用益物权，致可能妨害其交换价值，故取得近乎全部之担保利益（近江幸治著，“不动产让与担保”，《法律时报》73卷11期第7页）。此项见解，观诸台湾地区亦具有相当之真实性。



拍定之价值常与市价有相当之差距，此对设定人、担保权，亦属不利。而让与担保之换价程序，可依私实程序为之，较为便捷，变卖与估定之价值较高，是让与担保之实行可节省劳费，促进担保物价值之极大化，弥补典型担保之上述缺憾。

让与担保具有正面之社会作用，但因属民法上所未规定之非典型担保，故仍有隐存之危险。自债权人言，标的物由债务人占有乃让与担保之常态，倘债务人擅自处分标的物时，担保权人即有丧失其担保之危险。又自设定人言，担保权人若擅自违约处分标的物时，设定人将丧失其标的物之权利，殆属必然。且标的物权利在担保权人手中，担保权人极易迫使债务人就本利之偿还方式订定苛刻之条款，凡此对债务人自属不利。再者，让与担保之公示方法尚未周全建立，且在当事人间极易就其债权额或标的物之估价造假，故对第三人即设定人之一般债权人极易受不测之损害。故实务上运用之际，自应本于让与担保之担保本质，谋求避免上述弊害，而最佳解决之道，当属尽早立法规范。

### 三、有效性与法律构造

让与担保是否有效于发展过程中，曾有不同争议，例如：1. 让与担保系通谋虚伪意思表示，依第 87 条第 1 项规定应属无效<sup>①</sup>。按当事人就让与担保之约定，乃出于真正之效果意思而为表示，与通谋虚伪意思表示，双方当事人间故意为不符真意之表示，欠缺效果意思者不同，故让与担保非通谋虚伪意思表示<sup>②</sup>。2. 让与担保标的物之所有权已移转于担保权人，担保标的物无论动产与否通常均依订立租赁契约等方式，使设定人仍得继续占有标的物，此显系以迂回手段，达到法律所欲禁止之行为（885，修正前 873 II、893 II），自属脱法行为<sup>③</sup>，故属无效。惟动产质权之设定不得以占有改定为之，

① “最高法院一九七零度台上字第三九一七号判决”；四官和夫著，“让渡担保”（《总合判例研究丛书·民法（17）》第 24 页，有斐阁昭和 44 年发行）。

② “七台上—〇四”（判例之基本事实，司二三、五、三六），“七四台上二三〇七”（司二八、二、四六），“七四台上二七二”（司二七、五、十六）。许惠佑著，“不动产让与担保与买卖合同”（台大法学论丛，《1985 年度民商事裁判研究专集》第 127 页），系对后一判决之评释。

③ 德国普通法时代之判例，最初即采此项见解（见四官和夫前揭书第 33 页）。



乃为贯彻质权之留置效力担保作用，而让与担保之担保作用非在留置效力，而系在取得标的物之受偿权，故第 885 条第 2 项之禁止规定与动产让与担保无关，不生脱法行为之问题。其次，让与担保标的物之所有权虽已移转于担保权人，然于债务人不履行债务时，担保权人仍有清算义务，此与第 873 条之一、第 893 条第 2 项规定意旨相符<sup>①</sup>，自非脱法行为。3. 让与担保非法律所规定之担保物权，其设定违反物权法定主义（757），应属无效。惟让与担保原有之基本法律构造乃标的物财产权之移转加上信托行为的债之关系。故非创设法律所无之担保物权，况民法已许习惯形成新物权，自无违反物权法定主义可言<sup>②</sup>。

让与担保之有效与否，与其法律构造有关，实务一向认为让与担保系当事人达到担保债务清偿之经济目的，依信托约款（让与担保契约），将标的物之财产权移转于债权人之非典型担保。故其基本构造系信托行为的债之关系加上财产权（例如所有权）之移转，为非典型担保之一种<sup>③</sup>，并非创设

① “七一台上二〇四三”（选辑三、二、二〇六），“七一台上二九三四”（选辑三、二、二一〇）。让与担保依担保权人就标的物受偿之方法为区分，有流质型与清算型之别。然无论何者，基于第 873 条之一、第 893 条第 2 项规定，流质约款有效，然担保权人均有清算义务，是让与担保应不生无效之问题。此系第 873 条之一、第 893 条第 2 项规定前之争议。

② 山崎邦彦著，“让与担保的法律构成”（《不动产法大系Ⅱ》第 540 页，青林书院新社昭和 48 年发行）。然吴明轩著，“试论法律行为之无效”（《法律评论》第 53 卷第 3 期第 23 页），认为让与担保违反物权法定主义应属无效。此说于第 757 条修正后，有斟酌余地。

③ 学说上，大别之有下列三说（山野目物权第 358 页）：

一、所有权构造说：认为让与担保系以信托行为及财产权移转契约之方式为之，当事人间之权利义务关系如何，应依其契约内容定之（船越担保物权第 363 页）。惟日本实务与学说，于当事人间意思不明时，为确定让与担保之内容，乃依标的物所有权归属型态之不同，就让与担保之法律构造作不同之区分：1. 外部移转型，系指让与担保之标的物之所有权仅于对第三人之外部关系上，移转于担保权人，至当事人间之内部关系上，所有权仍属于设定人而言。2. 内外部同时移转型，即指让与担保标的物之所有权，于对第三人之外部关系及当事人间之内部关系上，均移转于担保权人而言。实务最初系以“外部移转型”之法律构造来处理当事人间之法律关系，继则内外部同时移转型之判例出现，其后则认为当事人意思不明时，原则上推定为内外部同时移转型（陈荣隆前揭博士论文第 67 页，曾田物权第 275 页，前揭《不动产法大系Ⅱ》第 541 页，四宫和夫前揭书第 58 页，刘春堂前揭文参照）。

二、设定者保留权说（物权期待权说）：让与担保标的物之所有权虽经由让与担保之设定而移转于债权人，但该所有权伴有于债务清偿完毕时，需返还债务人之负担，故于设定人言，具有得请求返还该所有权之设定人保留权（物权期待权）。简言之，设定人所保有者为让与标的物之所有权减去担保权之物权（我妻担保物权第 599 页，内田担保物权第 523 页，铃木物权第 258 页，注释民法（9）第 846 页，川井担保物权第 12 页，道垣内担保物权第 294 页）。

法律所无之担保物权，以避免违反物权法定主义。然民法已许习惯法形成新物权（757），而让与担保不但为社会所需要及习用<sup>①</sup>，且法院亦承认其效力及担保功能，足认有此项习惯存在，而其内容有担保物权法之原则、法理可资遵循，尚属明确合理，又未破坏物权之体系，无违物权法定主义存立之旨

（接上页注③）

三、抵押权或定限物权说（担保权说）：让与担保设定后，标的物所有权未移转于债权人，债权人取得者乃标的物所有权中担保价值之支配权能（米仓明著，“特定动产让渡担保法的构成”，《民法学》3第184页，有斐阁昭和51年4月发行，高木担保物权第334页）。或谓：让与担保系担保物权，故无须解为抵押权，仅于个别问题，依担保法构造处理之（近江担保物权第295页）。

日本实务最先采第一说，其后或谓“让与担保乃系以债权担保为目的，移转标的物所有权”，是倾向于第三说；或谓“所有权移转之效力仅在于达到担保债权为目的之必要范围内”（日最判昭五七、九、二八判时一〇六二、八一），系采第二说之立场。可见其实务努力调和让与担保之形式与实质面，昭和42年，假登记担保法（似可译为暂行登记担保法）实施以后，一方面仍系以所有权归属构造为基本（古积健担保物权第222页），然对其所有权效力，于内容上尽可能反映担保目的之限制，在个案上力谋客观之妥当性（学说上有认为判例法理系处于自所有权构成走向担保权构成之过渡期，道垣内弘人著，“日本民法の展开判例法の形成——让渡担保”，《民法典百年I》第311页，有斐阁1998年初版第一刷发行），例如上揭最判昭五七判例认为设定人对于侵夺让与担保标的物之第三人，原则上具有返还请求权，或设定人对于让与担保标的物之不动产，仍具有保险利益（最判平五、二、二六民集四七、二、一六五三）。日本国税征收法于1959年公布，该法第24条规定，更赋予担保权构造之法律根据（日《注释民法（9）》第839页）。或谓：所有权构造说或担保权构造说，实际上仅系语意之微妙差别（安永正昭物权第386页）。一般而言，第三说居于多数地位（以上日本各说，及较详细之区分，请参考陈荣隆前揭博士论文第64页，日注释民法（9）第842页，竹内俊雄著，“让渡担保の法的构成と效力”，《民法の争点I》第180页，有斐阁昭和60年发行；浜上则雄著，“让渡担保の法的性质”，《阪大法学》20号第64页，拙著物权下册第404页注十六，修订五版）。然台湾地区实务目前仍采所有权构造说（见前开各注所引之判决及八四台上二五三，汇编十九、七，八六台上七九六，汇编二七、一，关于让与担保之实务发展，请参考许惠佑前揭文，吕荣海、杨盛江著，从社会变迁的角度来探讨契约类型，信托行为第168页，陈荣隆前揭《让与担保之法律构造（下）》第192页）。而上文所引最高法院判决，均使用“使债权人在不超过担保之目的范围内取得担保物所有权”云云之文字，是否意味担保权人所得者乃具有物权拘束之所有权。果尔，实务上是否已在探索采取担保权之构造理论颇值研究，又郑著物权第236页，史著物权第277页，陈荣隆前揭博士论文第82页，陈荣隆前揭《让与担保之法律构造（下）》第198页；蔡明诚著，“让与担保”（台湾法学八、五五）；吴光明著，“动产让与担保法律制度之研究”（月旦法学九五、九九）均采担保物权说。让与担保权以担保物权构成，在台湾地区物权法制较为相容，且易于理解，故于习惯法得创设物权（757）后，让与担保成为习惯法上之担保权已有存在之余地（吴光明著，“不占有动产担保之研究”，《军法专刊》第56卷第2期第32页；日本注释民法（9）第845页；蔡兼儒著，“物权法定主义与习惯法”第78页，东吴大学法律学系专业硕士班论文，2012年7月）。准此，应采担保物权说为愈。

① 实务承认让与担保制度，见前开各注所引之判例及判决。



趣，且不动产让与担保得以登记公示之（土登4I⑨参照），动产让与担保以占有公示之，债权让与担保之公示方法，国际流行之控制，应可援用，让与担保能依一定公示方法予以公示，于社会具有促进担保物价值极大化、融资工具多样化及灵活化之实益，故让与担保应系习惯法所生之非典型担保物权。要言之，让与担保移转担保物所有权于担保权人，系以担保债权为目的，担保人（设定人）仍占有担保物，于债务清偿后，具有返还请求权，而不能清偿债务时，担保权人负有清算义务<sup>①</sup>，故在具体个案之处理上，除应斟酌担保权人之所有人地位外，并应妥适反映担保债权之经济目的，于性质

① 担保权人就标的物取偿之方法，大抵有如下之分类：处分权取得型（处分型）与归属型，前者是处分标的物，以其价金供担保债权之清偿，后者是取得标的物之所有权，以抵偿担保债权。而归属型又可分为二种：1. 当然归属型（当然实行型），即于债务人不履行债务时，标的物即当然确定的归属于担保权人。2. 请求归属型（实行必要型），即于债务人不履行债务时，担保权人须请求交付标的物（此系指设定人占有标的物之情形），或就标的物为充当清偿之意思表示后，该标的物或其价额，始确定的归属于担保权人。再者，以担保权人是否有清算义务为准，另可分为1. 流质型（流担保型），是指担保权人于实行让与担保时，就标的物价额与债权额间之差额不负清算义务，亦即标的物之价额逾担保债权额时，无需将其差额返还于设定人。2. 清算型（精算型），是指担保权人于实行让与担保时，就标的物之价额与债权额间之差额负有清算义务，亦即标的物应以估价或变卖方式受偿，于标的物价额逾担保债权额时，就其差额应返还于设定人，当然如不足清偿债权，担保权人自仍得请求债务人偿还。前述1.2类区别之实益在于决定设定人于何时得清偿债务，以请求返还标的物。后述1.2类型区别实益，则甚为明显，不另赘言。依此项四类型在理论上可组合为1. 当然归属型与清算型，2. 当然归属型与流质型，3. 请求归属型与清算型，4. 请求归属型与流质型。因第三类型较为合理，故应以此为基本型态（刘春堂前揭文，我妻担保物权第598页，《注释民法旧版（9）》第328页，前揭不动产法大系II第546页，四官和夫前揭书第67页；陈荣隆着，“让与担保之实行”，法令月刊五一、十、三八八）。惟近代学说认为于债务清偿期届至后，设定人于一定时期内仍有清偿债务，使让与担保消灭，以请求返还标的物之权。此时期在处分型系变价处分前，在归属型系在估价清算前。因之，请求归属与当然归属之分类已无重大实益（柚木担保物权第569页）。进而确立担保债权额与标的物之适正评价额应有清算之必要，后者之价额超过前者时，其剩余额应返还设定人之清算原则。在台湾地区处分清算型与归属清算型两者，与流质约款规定之意旨相符，应较为可取。实务之运作大抵亦系本此意旨（见第8页注①，第9页注②所引判决）。实务谓：本件上诉人于被上诉人得自行出售该不动产之期限经过后，依前述不争执之事实（信托的让与担保），其亦唯取得依行情市价出售，以所得价金受偿之权利。对于被上诉人之债权，就令如其主张，包括讼争房地担保之债权，以及另代清偿其他之债务在内，合计已逾前述买卖合同书内载所谓之买卖总价额。惟未另订买卖合同而以上开债权额抵充价金，仍难谓两造间已因而发生买卖关系（“七四台上二二〇七、司二八、二、四六”）亦足参考。

许可范围内，类推适用抵押权规定<sup>①</sup>，以维当事人与其他利害关系人间权利义务关系之公平。准此，让与担保亦具有：1. 从属性，于担保债权不存在、让与或消灭时，让与担保亦无效、移转或消灭；2. 不可分性；3. 物上代位性<sup>②</sup>。本文原采所有权构造说及基此所述之见解均应变更。

## 第二节 不动产让与担保

### 第一项 让与担保之取得

让与担保之取得与其他权利同，可分为依法律行为与非依法律行为两种，后者如继承即然。惟让与担保依法律行为所取得者为常，故仅就此部分予以探讨，主要即为让与担保之设定问题。按让与担保系由让与担保设定人与担保权人，经由契约之订立而设定。该项契约系以约明为担保债权之清偿，由设定人将财产权移转于担保权人之意旨为其主要内容，以下就设定所涉及之当事人、担保债权、担保标的物与其他有关问题，分别予以探讨。

- ① 中舍宽树著，“让与担保の既成法规——类推适用の可否を中心として—”（《法律时报》1994年2月号第48页）对抵押权等现行法律之规定，于让与担保有无类推适用之余地，有详细之分析。又让与担保与信托法规定之信托，自当事人间形式上之财产权变动应受契约之实质性、内部性之限制以观，两者确有共通之处，然让与担保之担保权人系为自己之利益而受让标的物之财产权，与信托之受托人系为他人之利益管理或处分信托财产者，显属异趣，故让与担保不属信托法规定之信托，并无异论。然认为：信托法上有关信托财产之物上代位性与独立性、受托人之权限与义务及受益人之权限等规定，是否可类推适用于让与担保，应视个案之具体情事而为判断（王志诚著，“信托：私法体系之水上浮油？”台湾法学四七、二四）。陈春山著，“我国信托法制之发展”（《律师通讯》第204期第15页）；陈荣隆前揭博士论文第190页；连雅婷著，“让与担保制度之研究——兼论与信托制度之关连”第150页（东吴大学法学院法律系硕士班硕士论文，2001年年9月）亦认让与担保得类推适用信托法之规定。“最高法院一九九九年台上字第一三三四号民事判决”谓：“原判决认两造间就系争房地所定协议书属信托的让与担保性质，与信托法尚无抵触；至信托关系终止，受托人并不当然取得受托物之所有权。”（蔡明诚前揭文），是否亦认信托法于让与担保亦可类推适用？似非无疑。
- ② 船越担保物权第369页。惟于信托让与构造下，德国通说不认让与担保有从属性（吴光明著，“德国法让与担保从属性之研究”，中兴法学第33期第338页），其实务则承认让与担保应随担保债权之移转而移转（参照陈荣隆前揭博士论文第94页）。采担保物权构造说者，认让与担保具有担保物权之共通特性，更属当然（参照陈荣隆前揭博士论文第91页、第131页）。日本实务认让与担保具有物上代位性（最判平十一、五、十七民集五三、五、八六三，最判平二二、一二、二判时二一〇二、八）。



## （一）当事人

让与担保设定契约之当事人，一方为标的物之提供人，学说上称为设定人，通常为债务人，但债务人以外之第三人亦可。该第三人与物上保证人地位同，故于其代为清偿债务或因债权人实行让与担保而丧失标的物之财产权时，可类推适用第 879 条规定，行使承受权<sup>①</sup>。

设定契约之他方当事人为让与担保标的物财产权之取得人，通常为债权人，盖让与担保之设定乃在担保债权人之债权。惟标的物财产权之取得人亦得为第三人，例如在债权人、债务人及第三人三方合意下，债务人将不动产信托让与于第三人，于债务人不履行债务时，第三人自不动产价金中扣除债务人积欠债权人之债权额后，余额返还于债务人，债权人之债权于此范围内消灭是<sup>②</sup>。

## （二）担保债权

让与担保系以担保债务之清偿为目的，故让与担保之设定亦须有担保债权。担保债权固以金钱债权或已存在之债权为常，但非以此为限，就将来之债权、非金钱债权亦足当之。且在理论上言，就将来变动中之不特定之债权，亦得为担保债权而设定有类于最高限额抵押权之让与担保<sup>③</sup>。又依让与担保之从属性，则于让与担保设定后，倘担保债权成立之法律行为归于无

① 不动产法大系Ⅱ第 549 页（青林书院新社昭和 48 年 7 月发行）；四宫和夫著，“让渡担保”（《总合判例研究丛书·民法（17）》第 83 页，有斐阁昭和 44 年 7 月发行），日《注释民法》⑨第 849 页。

② 史著物权第 384 页；郑玉波著，《金钱借贷》第 112 页（正中书局 1977 年 5 月初版）；刘春堂前掲文；林咏荣著，“当前抵押权实际问题及其立法新例”第 72 页，前掲不动产法大系Ⅱ第 549 页；我妻担保物权第 609 页，日《注释民法（9）》第 849 页，四宫和夫前掲书第 85 页，铃木录弥著，《物的担保制度の分化》第 359 页（创文社 1993 年六月发行），大判大七、十一、五录民二四、二一、二二、大判昭九、九、十四新开三七八一、一六。按民法上之抵押权与质权等典型担保物权，其担保人以被担保债权之债权人为限，此即为担保物权从属性之一项表现，依让与担保之目的在担保债权而言，似应作相同之解释。然因让与担保并非民法上之担保物权，而系依契约自由原则，以财产权移转之方式作为担保之手段，此与担保物权有异，而不必受其从属性原则之严格拘束，为达成担保债权之目的，以债权人以外之第三人为财产权之取得人亦属无妨（见上引刘春堂，林咏荣文与日文著作）。况自债务人不履行债务时，第三人可实行其让与担保，而债权人之债权于满足范围内消灭言，此项让与担保实仍从属于一定之债权。台湾地区实务上似亦承认此种担保形态（“最高法院九十一年度台上字第一一八〇号”民事判决，陈荣隆前掲让与担保之法律构造对此判决有详细之评释，八六台上二九三，见蔡明诚前掲让与担保）。为简便起见，本书乃以担保权人一词涵盖债权人与此种第三人。又以第三人为担保权人时，本质上仍属信托行为，于第三人违反信托时，债权人对债务人亦应负损害赔偿之责，盖债权人亦为此项契约当事人之一，且与第三人有特殊关系，故就该第三人之行为负补充责任，当可认为系债权人默示同意之范围（见注释民法（9）第 849 页）。至此种当事人间之法律关系，请参考四宫和夫、铃木录弥前掲书。

③ 我妻担保物权第 619 页，船越担保物权第 367 页，刘春堂前掲文，林咏荣前掲文。

效、担保债权未发生或其他不存在时，让与担保应归于无效<sup>①</sup>。是设定人自得依其所有权请求返还标的物与涂销登记<sup>②</sup>。

### （三）标的物

不动产所有权、其他不动产物权具有让与性者，例如地上权、典权均得为让与担保之标的物，但以所有权为常而已。让与担保系以担保债务之清偿为目的，且须将标的物权利移转于担保权人，故其标的物须以具有让与性之财产权始足当之。

### （四）设定行为

让与担保以法律行为取得者，须由当事人以设定行为成立之。此项设定行为通常系由设定人即标的物所有人，与担保权人订立让与担保契约。让与担保契约应系约明为担保债务之清偿（前述之担保债权、最高限额让与担保之最高限额等），并依第 758 条规定为之<sup>③</sup>。详言之，让与担保为习惯法形成之物权，不动产让与担保自得办理登记（土登 4 I <sup>④</sup>），亦即为标的物不动产之所有权移转登记，登记原因注明为“让与担保”或其他相当意旨之文句，此不但足以表彰让与担保之实质，更不致以其所有权让与系属通谋意思表示而无效。

## 第二项 让与担保之效力

### 一、对内效力

让与担保之对内效力系指让与担保当事人即设定人与担保权人之间之权利

<sup>①</sup> 刘春堂前揭文。此系自让与担保之从属性上所衍生之当然结论。

<sup>②</sup> 惟有认为担保债权成立之行为（例如消费借贷）与让与担保之设定如同时为之时，前者无效致担保债权不存在时，原则上后者亦不生权利移转之效力。反之，如为现存之债务设定让与担保，债务其后不存在时，原则上，权利移转之效果仍然发生，不过得依不当得利规定请求返还而已，此为物权变动理论上所当然（我妻担保物权第 616 页，前揭《不动产法大系 II》第 553 页）。又史著物权第 385 页则认为债权不成立时，则欠缺权利移转之法律上原因，应依不当得利之原则返还之。惟让与担保既须有担保债权之存在，则于债权不存在时，无论是否于让与担保设定后始不存在，基于从属性原则，让与担保均归于消灭。此与让与担保标的物权利移转之原因行为（买卖或其隐藏之让与担保契约）无关，似不可混为一谈。陈荣隆前揭博士论文第 95 页采相同结论。

<sup>③</sup> 不动产让与担保，应办理所有权移转登记，始生效力（参照“八九台上—六七判决”所涉事实）。



义务而言。此项当事人间之内部关系，应受契约自由原则及让与担保之经济目的即债务担保之规范。详言之，担保债权之范围、标的物之范围、标的物之利用关系、让与担保之实行方式，以及标的物之保管责任等，当事人均得自由约定之。此项约定仅须不违反公序良俗，法律之强制规定或诚信原则（148），均属有效。关于让与担保之对内效力，除其实行与设定人之标的物返还请求权于三、四点说明外，余分述如下：

### （一）担保效力之范围

1. 担保债权之范围。担保债权之范围当事人得依合同约定之。惟于当事人未约定时，依让与担保之目的系在担保债务之清偿而言，其担保范围解释上不仅及于原债权、利息、迟延利息、违约金（参照 861），且应由设定人负担而由担保权人支出之费用，亦包括之<sup>①</sup>。至第 861 条第 2 项规定系在保护抵押物之后次序抵押权人及抵押人之普通债权人利益而设，但于让与担保，其担保物所有权已移转于担保权人，已难以考虑彼等之利益，是第 861 条第 2 项无类推适用之余地<sup>②</sup>。

2. 标的物范围。让与担保之标的物本身，固当然为标的物之范围，且于让与担保设定时存在之从物，于无特别约定时，亦为让与担保效力所及（参照 68）。至标的物设定让与担保后，标的物仍在设定人占有中，此后由设定人所取得具有“从物”性质之物，基于让与担保之担保物权性质，故亦为让与担保效力所及<sup>③</sup>。又标的物在设定人占有中，发生增建或添附者，第 862 条第 3 项及添附之规定有适用之余地。再者，让与担保标的物毁损、灭失后，有其他经济上之变形物或代替物发生时，该物即仍为标的物之范围，盖

① 前揭《不动产法大系Ⅱ》第 559 页，我妻担保物权第 619 页，刘春堂前揭文第 318 页。又让与担保权人就担保物之先次序担保权担保之债权，代为清偿所取得之求偿权，除有特别约定外，则不在担保范围（日最判昭六一、七、十五判时一二〇九、二三），盖让与担保权人之优先受偿额系扣除先次序担保权人优先受偿后之余额之故（高木担保物权第 344 页），然代为清偿之担保权人有第 312 条之适用，乃另一问题。

② 日本之通说，安永正昭物权第 392 页，高木担保物权第 344 页，船越担保物权第 372 页。

③ 高木担保物权第 343 页，曾田物权第 281 页，柚木担保物权第 561 页，此乃日本多数说，系以让与担保之担保物权构造为其基础之当然结论，本书见解应予变更。日本实务认为以建筑物为让与担保之标的物时，其基地之租赁权乃从权利，应为让与担保效力所及（最判昭五一、九、二一判时八三三、六九）。于台湾地区此应系类推适用第 877 条之一规定。



标的物之所有权即已移转于担保权人，该标的物灭失后所衍生之物或其他权利，自仍属于担保权人。况自让与担保之目的既系在担保债务，则就此意义言，本诸公平法理，以支配标的物之金钱价值为目的之物上代位制度，于让与担保自应类推适用<sup>①</sup>。

## （二）标的物之利用关系

让与担保物所有权虽已移转，但让与担保之目的在担保债权，故除当事人约定由担保权人占有外，标的物继续由设定人占有，其利用权限系由设定人保留，得为无偿之利用。当事人间纵或成立一定之法律关系（例如使用借贷或租赁），此不过系一种名义或形式，设定人占有及利用标的物乃其原有之权限，设定人就该标的物之用益，实无支付一定对价之理由。是以担保权人不得以设定人有迟延付租，据以终止租约，请求交还标的物<sup>②</sup>。惟当事人如约明利息不付，设定人占有型之让与担保将转换为由担保权人占有之让与担保者，则当别论<sup>③</sup>。

## （三）标的物之保管义务

设定人占有标的物时，负有以善良管理人之注意保管之义务，违反此项义务，而有处分标的物或使其毁损、灭失，甚或怠于管理，致标的物价值减少之情形时，设定人对担保权人应负侵权行为之损害赔偿赔偿责任。其损害赔偿额原则上以担保债权额为限度<sup>④</sup>。至税捐或修缮费用亦应由设定人负担<sup>⑤</sup>。又

① 此为通说（陈荣隆前揭博士论文第131页）。参照日最判平十一、五、十七民集五三、五、八六三，最判平二二、一二、二判时二一〇二、八。又担保人以自己为被保险人订立之保险契约，其保险金请求权应归属于担保权人，然依让与担保之清算法理，于担保债权额内取得为已足，保险金超过该数额部分，仍应返还设定人（高木担保物权第343页）。

② 高木担保物权第351页，柚木担保物权第563页，我妻担保物权第626页，曾田物权第282页，陈荣隆前揭博士论文第146页，刘春堂前揭文。台湾地区实务亦认原则上由设定人占有、利用标的物采此见解（“七四台上二二〇七、司二八、二、四六”），“八八台上三一三三四判决”，后一判决之评释，见蔡明诚著，“让与担保”（台湾法学八、四六）。

③ 因让与担保的约定担保物由担保权人占有、利用，则当事人应得约定于特定原因发生时，由非占有型（设定人占有）之担保转换为占有型（担保权人占有）之担保（道垣内担保物权第303页）。

④ 高木担保物权第352页，此系依担保物权说所得结论。于采取所有权构造说者，则认为系基于债务不履行负赔偿之责（曾田物权第283页）；或为债务不履行与侵权行为竞合者（我妻物权第637页）。其详细分析，见陈荣隆前揭博士论文第157页。

⑤ 惟有认为：费用之负担者应由当事人约定定之，若无约定，则收益权归属之人即为费用负担者，而收益权通常属于设定人，故费用通常由设定人负担（陈荣隆前揭博士论文第160页）。



标的物不动产之所有权既登记为担保权人，设定人自无从为处分之法律行为，例如让与所有权或设定限制物权。

让与担保之担保权人虽取得标的物之所有权，然仅得于担保目的范围内行使之。因之，担保权人无论保管标的物与否，于担保债权清偿期未届至前，不得处分标的物。倘有违反，将标的物让与第三人时，对设定人应负侵权行为之损害赔偿赔偿责任，其损害赔偿额，应为受侵害时标的物之价值。于担保权人违反保管义务，致标的物有毁损、灭失时亦同<sup>①</sup>。至担保债权清偿期届至后，如债务人已履行债务，担保权人趁标的物所有权尚未移转登记于设定人之机会，就标的物予以处分者，其责任与上述同。设若债务人届期未能清偿债务，担保权人对于标的物自有处分权，然担保权人仍有清算义务，其详待后述。

#### （四）标的物之保险利益

保险人或被保险人对于保险标的物须有保险利益（保17）。担保权人为让与担保标的物不动产之所有人，对该物具有保险利益（保十四参照），固无异论，至设定人虽已非标的物不动产之所有人，但于清偿债务后，对标的物不动产不仅有回复其所有权之期待权，且于标的物灭失时，债务人仍有债务之清偿义务，所有权原亦应回复，是仍有期待利益，此与单纯具有附条件之权利（期待权）有异，故对之具有保险利益<sup>②</sup>。

① 高木担保物权第352页，惟有认为侵权行为责任，与其债务不履行之损害赔偿赔偿责任有竞合之关系（陈荣隆前揭博士论文第153页）。至关于损害赔偿额之算定时间，应以标的物不当处分时为基准时（大判大十三、三、二六新闻二二五四、十八）。陈荣隆前揭博士论文第155页，则认为原则上应以清偿期为准，然在清偿期已确定不能返还时，则以不能返还时为准。

② 日本实务：设定人虽已将标的物不动产移转登记于担保权人，但对于该不动产仍具有保险利益（最判平五、二、二六民集四七、二、一六五三，其评释，见小野秀雄著，“让渡担保と保险金请求权，ジュリスト第1038期，建物の让渡担保设定者の火灾保険被保険利益の有無”，《担保法の判例Ⅱ》第19页，有斐阁1994年发行），此判例系一方面斟酌担保权人之所有人地位，他方面，依担保物权依构造说之立场，妥适反映设定人之利益。有关各种见解之分析，请参考刘春堂前揭文，曾田物权第281页，陈荣隆前揭博士论文第133页。刘春堂、陈荣隆前揭文均采与日本实务相同见解。又担保权人与设定人就同一担保标的物分别订立保险契约时，虽与复保险有异，但可能发生保险金额超过保险价值（标的物价值）之问题，日本实务认为此际应类推适用该国商法第633条规定（与台湾地区“保险法”第38条相当），由各保险人依各保险契约之保险金额比例分担其保险金（最判平五、二、二六民集七、二、一六五三）。

## 二、对外效力

让与担保之对外效力者，系指让与担保对当事人以外之第三人所生权利义务关系。分述如下：

### （一）清偿期届至前，标的物之处分与第三人之关系

1. 标的物系由担保权人处分时，担保权人登记上虽系所有人，但此系以担保债权之目的为范围，易言之，于担保物权构造下，非真正所有人，故第三人是善意时，应可受登记公信力之保护<sup>①</sup>，然所有权移转原因若已载明“让与担保或其他相类之文意”时，第三人似难认为系属善意。

2. 让与担保成立后，标的物所有权已移转于担保权人，设定人已无处分权，尤其是标的物为不动产时，因登记上之所有人为担保权人，故事实上不可能发生由设定人处分，而由第三人取得所有权或其他物权之问题。

### （三）设定人与担保权人之债权人之关系

1. 担保权人之债权人对标的物声请强制执行时。担保权人之债权人对于标的物声请强制执行时，虽该标的物系担保权人所有，然仅以担保债权为范围，

<sup>①</sup> 高木担保物权第359页，山野物权第364页。再者，第三人若不符合登记公信力保护之要件时，担保权人之处分系属效力未定（参照118），然解为第三人取得有让与担保负担之不动产，对设定人亦无不利，有助交易秩序之安定，应属较佳之解决方法（高木担保物权第359页）。又清偿期届满，债务人清偿债务，而未及涂销让与担保登记时，因该让与担保依消灭之从属性，当然归于消灭，是担保权人若予以处分时，第三人受登记公信力之保护，更不待言。担保权人若就标的物设定抵押权于第三人者，日本学说认为：此系担保权人将其所支配之担保价值置于抵押权人支配之下，因之，抵押权人于让与担保所担保债权之范围内，较诸让与担保权人优先受偿（高木多喜男著，“让渡担保不动产への抵当权设定不动产への抵当权设定をめぐる诸问题，金融取引の法理诸问题”，《金融取引の法理第一卷》第79页，成文堂1996年发行）。然采所有权构造说时，担保权人有所有权，故第三人无论善、恶意均取得所有权（九四台上七四七，台湾法学七五、一九五）。



故依担保物权构造说，设定人可依第三人异议之诉（强 15），排除强制执行<sup>①</sup>。

2. 担保权人破产或担保权人为股份有限公司而经开始重整时。担保权人于破产时，其财产均构成破产财团（破 82），让与担保权人之让与担保及其担保债权，自无例外，是设定人之地位并无改变，得清偿债务，使让与担保消灭，而行使其取回权（破 110），此在担保权人为股份有限公司而经开始重整者，依“公司法”第 296 条第 2 项规定意旨，其结论亦相同<sup>②</sup>。

### （三）担保权人与设定人之债权人之关系

1. 设定人之债权人对标的物声请强制执行时。设定人之债权人对标的物之不动产声请强制执行时，依让与担保之担保物权构造，担保权人之让与担保得参加分配，就担保物卖得价金优先受偿（强三四之一），故不得提起第三人异议之诉<sup>③</sup>。然该债权人对担保物之声请强制执行，有违剩余主义（参照强 50 之一）者，担保权人得声明异议救济之。

2. 设定人破产或设定人为股份有限公司而经开始重整时。设定人破产时，倘标的物在其占有中，基于担保权构造理论之立场，解担保权人自得行使别除权（破 108）<sup>④</sup>。此在设定人为股份有限公司而经开始重整者，结论亦同（公 296 II，2190 II 参照）。

### （四）第三人侵害标的物

让与担保标的物被他人无权占有或其所有权受妨害时，担保权人本于其担

① 安永正昭物权第 396 页，日最判平十八、十、二〇民集六〇、十、三〇九八，刘春堂前揭文。惟有认为债权人为善意时，应受保护（高木担保物权第 361 页），然台湾地区登记原因载明：让与担保时，债权人无善意可言。至若于清偿期届满后，担保权人之债权人查封时，因设定人清偿债务后，具有标的物返还请求权，更得据以提起第三人异议之诉（安永正昭物权第 402 页），然日本首揭实务认为：担保权人于清偿期届满后，取得标的物处分权，设定人仅能忍受标的物之换价处分，对担保权人之债权人所为查封、强制执行之换价，同样应予忍受，故标的物经担保权人之债权人查封，并经登记后，设定人已无从主张清偿后之返还请求权（该判决之评释，生熊长幸著，让渡担保权者之债权人による目的物差押えと第三者异议，民商法杂志一三六、二、二〇一，未支持该判例此部分之见解）。至设定人得否向担保权人之债权人清偿，使债权人不得再就标的物继续强制执行，则系另一问题。

② 刘春堂前揭文，陈荣隆前揭博士论文第 209 页，高木担保物权第 362 页。惟有认为：担保权人受破产宣告时，设定人得以返还请求权，行使取回权（吕荣海，杨盘江前揭书第 259 页）。

③ 高木担保物权第 358 页。陈荣隆，“让与担保之外部关系”（《私法学之传统与现代中册》第 433 页，学林文化公司 2004 年第一版）原则采相同结论，然于对标的物一部（例如从物）之执行，损及整个标的物之担保价值者，例外有阻止执行之权。

④ 刘春堂前揭文，高木担保物权第 357 页，曾田物权第 286 页，山野目物权第 364 页。

保物权，自得对该他人行使物上请求权（767Ⅱ）。惟标的物系在设定人占有中被他人不法占有者，则担保权人仅得请求该他人向设定人返还。再者，标的物受他人不法侵害而有毁损、灭失之情形者，担保权人得基于侵权行为请求损害赔偿。上述情形，抵押权之妨害、侵权行为均有类推适用之余地。又标的物如在设定人占有中时，设定人除有第962条之物上请求权，亦有物权之物上请求权（767）<sup>①</sup>。至设定人之损害赔偿请求权，见标的物之保管义务部分所述。

### 三、让与担保之实行

#### （一）意义与要件

让与担保于担保债权清偿期届至，而债务人仍不清偿债务时，担保权人可取得标的物之一定价值，用以优先清偿担保债权，即为担保权人之实行权，而此实系以担保权人之处分权限、换价处分、优先受偿及清算义务为重心。让与担保之实行须以让与担保所担保之债权，于届清偿期后，债务人仍未为清偿为其要件。且此项债权通常是指原本债权，惟如特约于债务人未依约给付利息或有其他特别情形，担保权人得实行者，特约情事之发生亦可认为债务人未履行债务<sup>②</sup>。

#### （二）实行之方法

让与担保之实行方法通常有二：一是由担保权人变卖标的物，以卖得价金供债权之清偿。二是由担保权人将标的物公正估价，标的物估得之价额如

① 日本实务认为：让与担保乃为债务之担保，而移转标的物之所有权，此项所有权移转之效力仅于为达成债权担保目的之范围内承认之。担保权人于债务人迟延履行债务时，取得标的物之处分权能，基于此项权能，将标的物适正评价其价额，使之确定归自己所有，或经由出售第三人等之变价处分，使担保债权优先受偿而已。至他方之设定人，于担保权人上述换价处分完结时为止，得清偿债务，回复标的物之完全所有权。对于无正当权源而占有标的物者，除有特殊情事外，自让与担保之上述旨趣及效力观之，解为设定人对之得为返还之请求，应属相当（最判昭五七、九、二八判时一〇六二、八一，其评释，见小贺野晶一著，“让渡担保の设定者不法占有者に対する返还请求权”，判例タイムズ第505期第53页；高岛平藏著，“让渡担保设定者と不法占有者に対する目的对象の返还请求权”，判例时报第1079期14页；宇佐见大司著，“让渡担保设定者と不法占有者に対する返还请求の可否”，前掲《担保法判例》第35页）。是认定人亦有物权之请求权，学说上因此认为该判例于采担保物权构造下，设定人仍保有所有权之一定权能。

② 让与担保实行要件之详细分析，见陈荣隆著，“让与担保之实行”（法令月刊五一、十、三八一）。



超过担保债权额时，超过部分之价额应交还设定人，标的物之所有权则确定的由担保权人取得，以供作债权之清偿。学说上通常称变价受偿方法为处分清算型（变价清算型），估价受偿方法则称之为归属清算型<sup>①</sup>。当事人究宜采取何种实行方法自应依当事人之让与担保设定契约定之，而于当事人未约定或约定之意旨不明时，应认系采取估价受偿之方法，盖此种实行方法符合让与担保私实行程序之特质，旨在减少强制执行程序（公实行程序）之成本，及使标的物获得最适当之价额，当事人双方均属有益<sup>②</sup>。

### （三）清算义务

无论系采取何种实行方法，担保权人于实行时均负有清算义务。详言之，于采取变价受偿方法时，标的物变卖所得之价金如超过担保债权额者，担保权人就该超过部分之金额固应交还设定人，于采取估价受偿时，标的物估价所得之价额如逾担保债权额者，就该超过额，担保权人亦应负给付设定人之义务。估价基准时，系担保权人取得标的物所有权时（见次段四）。标的物若有先次序担保权时，计算标的物之价额，应扣除该担保债权之金额；该优先次序担保权如为最高限额抵押权时，则系扣除最高限额后，算定之。当事人特约清算义务者，乃系违反让与担保之基本趣旨，应属无效（参照 873 之一 II）<sup>③</sup>。

### （四）担保权人取得所有权之时期

在估价受偿之实行（归属清算型），担保权人非当然自动地取得标的物所有权，而需于 1. 无清算金发生者，经公正评价后，对设定人为无超过担保债权额之余额存在或相类意旨之通知时；2. 有清算金者，无论有为上开通

① 高木担保物权第 346 页，道垣内担保物权第 310 页，古积健担保物权第 228 页。详细类型，见陈荣隆前揭博士学位论文第 166 页、前揭让与担保之实行第 384 页及第 10 页注 3。

② 曾田物权第 289 页，古积健担保物权第 228 页，川井担保物权第 194 页，详细分析，见陈荣隆前揭博士学位论文第 172 页。然有认为除当事人事先合意外，担保权人于实行时有选择以何种方法实行之权（铃木物权第 373 页），近江则认为应以处分清算为优，盖处分系于交易市场为之，处分价格自然而然地是以市场价格客观形成，然因受该国假登记担保法系以归属清算为原则之影响，学说上遂以此为通说（近江担保物权第 300 页）。

③ 山野目物权第 361 页；山野目章夫著，“让渡担保权者の清算义务”（《民法判例百选 I》第 194 页，有斐阁平成 21 年第六版发行）。无清算义务之特约，原则上固为无效，然于一定特殊情形下，例如清算金仅有些许时（例如一百元许）、当事人间以外之对价关系等考虑，无须清算尚属合理时，仍有承认此种特约效力之余地（道垣内担保物权第 311 页）。

知，于清算金给付或清算金相当额提存时；3. 标的物业已处分（此项处分应解为包括订立买卖契约在内）于第三人后，始能发生此项效果<sup>①</sup>。于第3种情形，处分清算型之让与担保亦有适用。盖担保权人既有估价与清算之义务，上述情形作为估价（清算金计算）之基准时，以此时之价值判断担保权人之估价是否公正。倘有不公正之情形，设定人自得请求以该基准时为公正价额之清算。又担保权人不以实行之通知为之，而与设定人另订契约，约定以该标的物抵偿债务，自亦非法所不许<sup>②</sup>，盖此亦系估价受偿之方法，其估价系依双方协议之方式为之而已。

#### （五）与用益权之关系

担保物通常是设定人占有、利用，则担保物若有供他人利用，或担保物上有营造建筑物时，于让与担保实行，第866、877条规定应有类推适用之余地。第876条、第877条之一之规定，亦同。

#### （六）设定人之余额返还请求权

标的物如由设定人占有时，担保权人为实行其让与担保，自得请求设定人交付标的物。且在处分清算型之实行，设定人并有使标的物处于容易或其他适于处分状态之义务<sup>③</sup>。惟担保权人负有清算义务，就清算后之余额应返还设定人，已如上述，是设定人对担保权人即有给付余额之请求权，此项请求权与上开标的物之交付请求权间，因系基于同一双务契约所生，且立有对价关系，故于归属清算型之实行，双方当事人均得主张同时履行抗辩权<sup>④</sup>。倘担保权人系以变卖受偿方法实行其让与担保者，因设定人负处分协力之义

① 道垣内担保物权第316页，最判昭六二、二、十二民集四一、一、六七（此判例之评释，见平井一雄著，“归属清算型之让与担保の清算金确定时期”，《担保法の判例Ⅱ》第29页，有斐阁1994年发行；生熊长幸著，“归属清算型让与担保における受偿权”，《民商法杂志》第97卷4号557页），道垣内担保物权第312页，陈荣隆前掲博士论文第177页、前掲让与担保之实行第390页，另见第23页注1第二段。

② 陈荣隆前掲博士论文第178页。

③ 船越担保物权第378页。

④ 陈荣隆前掲博士论文第177页，日本最判昭四六、三、二五民集二五、二、二八（此判决之评释，见山野目章夫著，“让渡担保”，前掲《担保法の判例Ⅱ》第200页），日本通说均持相同之见解。盖如此方足以保护设定人之给付余额请求权。且该余额乃标的物交换价值之一部，此项价值之返还与标的物之交付解为互有对价关系，亦不为过。



务，而有交付标的物之先为给付义务，故就余额交付请求权无上述同时履行抗辩权<sup>①</sup>；其于标的物已处分于第三人后，由该第三人向设定人请求交付标的物时，设定人就其给付余额之请求权更无主张同时履行抗辩权之余地<sup>②</sup>，因该第三人已非设定契约之当事人也。至余额交付请求权性质上系不当得利返还请求权，亦有消灭时效之适用，其时效起算日期为清算之基准日<sup>③</sup>。

#### （七）债务不足额之清偿义务

担保权人实行让与担保后，如标的物之价值不足清偿担保债权时，就其不足额，债务人仍负清偿义务，担保权人（即债权人）得向其请求清偿，自属当然。

### 四、设定人之标的物返还请求权

设定人于债务已逾清偿期后，于一定之时间前，仍得清偿债务，请求返还标的物。盖让与担保之经济目的在担保债务之清偿，故只须债权确能受清偿，目的即已实现，自应许设定人有此项请求权（取回权、赎回权）<sup>④</sup>，如此，于当事人均属有利。此项一定之时间，因让与担保实行之方法而有不同：1. 于变价受偿之实行，是指担保权人与第三人订立标的物买卖契约之时而言。此际，该买受或受让标的物之第三人，是否有恶意情事，均非所问，

① 船越担保物权第378页，陈荣隆前揭博士论文第176页、前揭让与担保之实行第389页。

② 最判昭五〇、七、二五民集二九、六、一一四七，高木担保物权第348页，近江担保物权第303页，陈荣隆前揭让与担保之实行第389页。

③ 船越担保物权第376页。

④ 参照“七一台上二九三四”（选辑三、二、二一〇）。且基于清算金之给付乃让与担保之本质，故设定人不得以抛弃标的物返还请求权（赎回权），以换取清算金给付请求权（日最判平八、一一、二二民集五〇、一〇、二七〇二）。



盖基于确保法律关系安定性之需求<sup>①</sup>。2. 于估价受偿之实行方法，则系指担保权人经由估价清算，确定的取得标的物所有权时而言。此所谓确定的取得标的物所有权时，与清算金计算之基准时同<sup>②</sup>，可参照该部分之说明。逾该基准时点之后，设定人即无清偿债务，请求返还标的物之权。设定人之此项标的物返还请求权，应提出担保债权额（包括本利与设定人应负担之费用等），向担保权人以意思表示为之，故为要物行为，且具有形成权性质<sup>③</sup>。又债务人届期不能清偿担保债务时，担保权人具有请求清偿债权及担保权可实行状态之所有权两种并存之权利，行使何者，乃担保权人之自由，故设定人于担保权人未给付或提存清算金、无清算金意旨之通知前，尚不得抛弃标的物之返还请求权，而向担保权人请求给付清算金<sup>④</sup>。

① 日本实务谓：以不动产为标的物之让与担保契约，债务人于清偿期未清偿债务时，无论系归属清算型或处分清算型，债权人依让与担保契约，因已取得标的物之处分权能，债权人基于此项权能，将标的物让与第三人时，原则上，受让人确定取得所有权。债务人于有清算金者，仅取得对债权人请求给付之权，已不得清偿剩余债务，请求取回标的物。其理由在于，不因受让标的物之第三人是否背信恶意而受影响。盖若不如此解释，不仅使权利关系之不确定状态继续存在，且对受让人是否背信恶意，不以债权人得有确知为限时，债权人将因此受不测损害之虞（最判平六、二、二二民集四八、二、四一四，其评释，见汤浅道男著，“担保权者による弁済期後の目的不動産の让渡の受戻し”，《民法判例百选Ⅰ》第五版第204页，有斐阁平成13年发行；鸟股部茂著，“不动产让与担保の实行”，《民法判例百选Ⅰ》第六版第196页，有斐阁平成21年发行），船越担保物权第379页。

日本学说及实务就估价清算，设定人标的物返还请求权之基准时，均使用“处分”一词，果尔，标的物处分于第三人时，系于完成登记（物权行为）时。然担保权人为处分标的物，若与第三人已订立买卖合同时，应认定设定人已无标的物返还请求权（《欧洲示范民法典草案（DCFR）》第9之七：106条第2项a款参照），俾使担保权人不因给付不能而须负债务不履行责任，且避免买卖合同陷于不安定状态，有碍交易安全。

② 柚木担保物权第569页，高木担保物权第364页，曾田物权第290页及注十八。日本最近实务认为：不动产之让与担保，于担保债权清偿期届满后，让与担保权人之债权人声请查封该标的物之不动产，并已于查封之登记时，让与担保之设定人提起第三人异议之诉，请求不予强制执行，即非所许（前掲最判平十八、十、二十，见第17页注①）。准此，与声请查封该标的物不动产之让与担保权人之债权人关系言，于经查封登记后，设定人即无标的物返还请求权。

③ 高木担保物权第364页。

④ 船越担保物权第380页。此为日本实务之见解（最判平八、十一、二二判时一五九二、六一），其评释，见刚田隆重著，“让渡担保权设定者の受戻权放弃による清算金支付请求の可否”（判例タイムズ第940期第64页，1997年8月）。