

## 貳、 特定領域專題報告

### 一、 研究動機

按讓與擔保，係指「債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保標的之財產權移轉於擔保權人，擔保權人僅於擔保之目的範圍內，取得擔保標的之財產權，於債務清償後，擔保標的應返還於債務人或第三人，債務不履行時，擔保權人得就該擔保標的變賣或估價而受清償之擔保」<sup>1</sup>。其發展歷程，係由作為我國法制的重要參考對象之德、日兩國，為因應工商社會之需求，所創設的一種非典型擔保制度<sup>2</sup>。後經由我國學者長期介紹此一非典型擔保方法，並逐漸影響法院判決，最終最高法院於 2020 年繼往開來，集四十年（1981-2020）來判例學說之大成<sup>3</sup>，在民法第 757 條之規定，修正為除得依法律之外，亦得依習慣創設物權後，所創設之第一個習慣物權（讓與擔保）<sup>4</sup>，因此於文獻上興起另一波討論熱潮，其中不乏民法大師王澤鑑老師<sup>5</sup>，以及物權法之權威謝在全老師皆撰文加以評析<sup>6</sup>。從而，引起本文對於讓與擔保此一擔保制度之研究興趣。此外，也因為讓與擔保性質上屬於非典型擔保物權，所以不但當事人間之權利義務內容，法無明文，諸如實行方式、公示方法等等，亦無實定法之規範得以遵循，從而有賴學說實務持續發展，並參酌比較法上之討論，始能建構出讓與擔保之體系架構和法學理論，俾令當事人締約時得以周全衡量，以及供法院裁判時得以參考。由上可知，讓與擔保之研究實具有必要性，亦為本文之研究動機，合先敘明。

### 二、 研究目的

如前所述，囿因於讓與擔保屬於非典型擔保物權之性質所使然，諸如當事人間之權利義務、契約內容之公示方法以及擔保權之實行方式等等，目前法無明文，法院實務之見解亦未臻周全，從而有必要持續進行理論上之研究討論，並適時參酌外國立法例，以期建構出較為完備之理論基礎。從而，本文之研究目的，在於希望能為讓與擔保制度之體系化、完善化盡綿薄之力，期盼透過文獻理論之研究，發展出符合工商社會需求之擔保手段，進而促進我國經濟發展之活絡。

1 謝在全，民法物權論（下），頁 575，自版，2020 年 9 月七版；謝在全，判例法之進程——以讓與擔保為例，月旦法學雜誌，第 310 期，頁 185，2021 年 3 月。

2 劉春堂，動產讓與擔保之研究，民商法論集（一），頁 331，輔仁大學法學叢書，1985 年 8 月。

3 王澤鑑，不動產讓與擔保——第一個習慣物權的創設，台灣法律人，第 11 期，頁 95-96，2022 年 5 月。

4 最高法院 109 年度台上字第 3214 號民事判決參照。該則最高法院民事判決，亦經司法院選編為最高法院民事具有參考價值之裁判，<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-15314-b5e5b7cc59a54bb9953ce163b49dd627.html>（最後瀏覽日：2022 年 6 月 23 日）。

5 王澤鑑，同註 3。

6 謝在全，同註 1；謝在全，同註 1。

### 三、 研究方法與過程

本文所採取之研究方法大致包括國內既有文獻分析、我國實務判決整理以及國外學說判決比較三種方式。首先，本文爬梳我國既有文獻之討論，發現早期文獻之討論，大都集中於讓與擔保此種非典型擔保制度之有效性，蓋眾所皆知，物權法定主義乃物權法之基本原則，惟讓與擔保既然非屬法律所規定之擔保物權，即有違反物權法定主義之虞，其設定可能為無效<sup>7</sup>。此外，文獻上過去尚有認為，讓與擔保可能屬於通謀虛偽意思表示<sup>8</sup>，亦有規避占有改定禁止<sup>9</sup>，以及規避流質禁止規定之嫌<sup>10</sup>。然而，經過長時間的辯證與討論，如今不論是在德、日或是我國，實務、學說皆已承認讓與擔保之有效性<sup>11</sup>，因此，目前文獻上之討論已朝向讓與擔保之法律構造邁進，甚至開始嘗試具體化當事人間之權利義務關係，例如界定擔保債權和擔保標之物之範圍、當事人違約處分擔保標之物之效力，以及第三人侵害擔保標之物時當事人之救濟手段等等實體契約內容。從而，本文亦立基於過去文獻上之討論，接續朝讓與擔保契約之法律構造以及契約內涵進一步研究。其次，我國實務判決對於讓與擔保之認定，亦多涉及讓與擔保之有效性，例如，早期實務上有認為，當事人形式上雖成立房屋買賣契約暨租賃契約，然其立約之動機，實際上係以系爭房屋作為借貸之擔保，從而，法院認定當事人間「買賣+租賃」屬於通謀虛偽意思表示，其真意乃借貸之擔保，故應適用該項法律行為之規定<sup>12</sup>。然而，以前述最高法院109年度台上字第3214號民事判決為首，如今實務上皆已肯認讓與擔保之有效性，然而，關於當事人間之權利義務關係，最高法院亦尚未揭示較為周全之法律見解，從而有賴學理上進一步研究，以供法院裁判時參考。最後，如前所述，讓與擔保乃源自於德、日二國之非典型擔保制度，而我國擔保法制之制定，亦多參酌該二國之規定為之，因此關於讓與擔保在德、日二國之發展，對於我國讓與擔保之研究即具重要性。而相較於德國和我國間之距離較遠，鄰近之日本不論在於歷史淵源或風土民情皆與我國較為相近，從而，於比較法之研究上，本

<sup>7</sup> 陳榮隆，讓與擔保之借殼信託契約，月旦法學雜誌，第27期，頁49，1997年8月；陳榮隆，讓與擔保之研究，私立天主教輔仁大學法律學研究所博士論文，頁56，1999年；謝在全，同註1，頁580。

<sup>8</sup> 吳光明，動產讓與擔保法律制度之研究—德國與我國現行制度之探討，月旦法學雜誌，第95期，頁98，2003年4月；吳光明，不占有動產擔保之研究，軍法專刊，第56卷第2期，頁134，2010年4月；吳從周，讓與擔保制度在臺灣之發展現況—兼評中國大陸最高人民法院（2011）民提字第344號民事判決，法官協會雜誌，第17卷，頁171-172，2015年12月；黃麟倫，讓與擔保與公示，台灣法學雜誌，第400期，頁116，2020年9月；劉春堂，同註2，頁309；陳榮隆，同註7，頁49；陳榮隆，同註7，頁55；陳榮隆，讓與擔保之法律構造（上）—最高法院九十一年台上字第一一八〇號判例評析，月旦法學雜誌，第96期，頁214，2003年4月；謝在全，同註1，頁579。

<sup>9</sup> 吳光明，同註8，頁98；吳光明，同註8，頁135；劉春堂，同註2，頁309-310；陳榮隆，同註7，頁48；陳榮隆，同註7，頁54；謝在全，同註1，頁579。

<sup>10</sup> 吳光明，同註8，頁98-99；吳光明，同註8，頁135；劉春堂，同註2，頁309-310；陳榮隆，同註7，頁48-49；陳榮隆，同註7，頁54-55；陳榮隆，同註8，頁214-215；謝在全，同註1，頁579；謝在全，同註1，頁191。

<sup>11</sup> 陳榮隆，同註7，頁50。

<sup>12</sup> 最高法院59年度台上字第3917號民事判決參照。吳從周，同註8，頁172；陳榮隆，同註7，頁49；陳榮隆，同註7，頁55-56。

文即以日本法之發展為主要參考對象。

由上可知，本文之研究方法主要是立足於過去文獻和實務上之討論，並在參考日本法上之發展後，進一步朝讓與擔保契約之實際內涵進行研究。而在研究過程中，發現過去的討論主要集中於讓與擔保有效性之辯證，但如今讓與擔保之有效性已無爭議，從而有必要接續研究讓與擔保之法律構造以及當事人間之權利義務關係。

#### 四、 研究結果

##### (一) 讓與擔保之意義

按讓與擔保之意義，學說上過去有廣狹兩義之分，廣義之讓與擔保，係指以移轉供擔保之財產而達成信用授受目的之制度，包括所謂賣與擔保<sup>13</sup>和狹義之讓與擔保。然而，現今文獻上所討論之讓與擔保，並不包含賣與擔保，專指上述狹義之讓與擔保<sup>14</sup>。本文以下所稱之讓與擔保亦係以狹義之讓與擔保為討論之對象，合先敘明。

次按讓與擔保之意義，學說上之定義不盡相同。有認為，「讓與擔保者係指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保標的之財產權移轉於擔保權人，擔保權人僅於擔保之目的範圍內，取得擔保標的之財產權，於債務清償後，擔保標的應返還於債務人或第三人，債務不履行時，擔保權人得就該擔保標的變賣或估價而受清償之擔保」<sup>15</sup>。有認為，「讓與擔保係非典型的擔保物權，即設定人（讓與人）為擔保債務人債務的清償，依擔保讓與契約，將財產權移轉於擔保權人（債權人、受讓人），使擔保權人在不超過擔保目的範圍內，於債務人屆期未清償債務時，得將擔保的財產變價或估價，而就其價金受清償」<sup>16</sup>。有認為，「所謂讓與擔保，係權利移轉型之擔保物權，即設定人（讓與人）為擔保債務人債務之清償，將擔保物所有權移轉於擔保權人（債權人、受讓人），使得擔保權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物所有權，且於清償期屆至債務人未依讓與擔保契約清償債務時，擔保權人得依約定方法就擔保物取償，無約定時亦得逕將擔保物變價或估價，而就該價金受償」<sup>17</sup>。有認為，「狹義之讓與擔保則僅指讓與式擔保，是指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保標的物之所有權移轉於擔保債權人，於債務清償後，標的物應返還債務人或第三人，債務不履行時，擔保債權

<sup>13</sup> 至於「賣與擔保」與「狹義之讓與擔保」之不同，詳參陳榮隆，同註7，頁21；陳榮隆，同註8，頁205。然而，亦有以融資者對於融通之資金有無償還請求權為區別標準，劉春堂，同註2，頁305-306。

<sup>14</sup> 吳光明，信託讓與擔保可否片面終止？／最高院九二台上二三八，台灣法學雜誌，第140期，頁170，2009年11月；劉春堂，同註2，頁304；陳榮隆，同註7，頁18-19；陳榮隆，同註8，頁205；蔡明誠，讓與擔保——最高法院八十八年台上字第一三四號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第8期，頁48，2000年3月。

<sup>15</sup> 謝在全，同註1，頁575；謝在全，同註1，頁185。

<sup>16</sup> 王澤鑑，同註3，頁94。

<sup>17</sup> 鄭冠宇，民法物權，頁629，新學林出版股份有限公司，2021年7月十一版。

人可就該標的物受清償之一種擔保方式」<sup>18</sup>。有認為，「讓與擔保，係指依移轉可以作為擔保標的物之財產權，而達成信用授受目的之制度中，融資者（債權人、擔保權人）有請求返還融資資本之權利，於接受融資者（債務人、設定人）未能返還時，則就該標的物而得到清償之一種特殊的物的擔保制度」<sup>19</sup>。亦有認為，「稱讓與擔保者，謂債權人對於債務人或第三人，以移轉權利之方式，而供其債權擔保之財產權，得依約定之方式，就該財產權受清償之權。」<sup>20</sup>。

實務上，早期最高法院認為，「債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉與債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物所有權之信託的讓與擔保，並非雙方通謀而為之虛偽意思表示，不能認其為無效。……又在信託的讓與擔保，債務人如不依約清償債務，債權人得將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償。」<sup>21</sup>該則最高法院裁判先例開讓與擔保概念之濫觴，首次揭櫫讓與擔保之意義<sup>22</sup>，並釐清讓與擔保制度與通謀虛偽意思表示不同，承認其有效性<sup>23</sup>。此後，實務上大多遵循上開裁判先例之見解，認為所謂讓與擔保係指「債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉登記與債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內取得擔保物所有權者」<sup>24</sup>。而後最高法院於2020年繼往開來，集四十年（1981-2020）來判例學說之大成<sup>25</sup>，明確揭示「98年修正民法第757條規定，物權除依法律或習慣外，不得創設。亦即，物權得依習慣而創設。於我國工商社會與一般民間習慣，常見債務人因擔保自己債務之未來之履行，與債權人約定將自己財產所有權移轉於債權人（受讓人），債務履行期屆至，如有不履行該擔保目的之債務時，經債權人實行清算後，除債務人清償該債務得向受讓人請求返還擔保物外，受讓人即確定取得擔保物之所有權。惟該擔保物價值高於應履行債務之價額者，債務人得向受讓人請求償還其差額。此類以擔保為目的而移轉擔保物所有權予債權人之擔保物權設定，即為學理所稱『讓與擔保』（下稱讓與擔保）。民間慣行之讓與擔保制度，物權法固無明文，惟我國判決先例已承認其有效性，復不違背公序良俗，於讓與人與受讓人內部間，本於契約自由，及物權法已有習慣物權不違背物權法定主義法文，執法者自無否定其有效性之正當事由。讓與擔保之標的以物供擔保者，包括不動產與動產，因讓與擔保具物權效，為保障第三人

<sup>18</sup> 吳光明，同註14，頁170。

<sup>19</sup> 劉春堂，同註2，頁305。

<sup>20</sup> 陳榮隆，同註7，頁19；陳榮隆，同註8，頁204。

<sup>21</sup> 最高法院70年台上字第104號裁判先例參照。

<sup>22</sup> 吳從周，同註8，頁169；曾品傑，臺灣的非典型擔保物權，月旦法學雜誌，第241期，頁32，2015年6月；曾品傑，我國習慣法上之讓與擔保，月旦法學雜誌，第311期，頁156-157，2021年4月。

<sup>23</sup> 蔡明誠，同註14，頁50。

<sup>24</sup> 最高法院71年度台上字第2043號、71年度台上字第2934號、74年度台上字第2307號、74年度台上字第272號、79年度台上字第1085號、80年度台上字第1813號、80年度台上字第2565號、84年度台上字第253號、84年度台上字第808號、85年度台上字第357號、86年度台上字第1224號、87年度台上字第1657號、92年度台上字第777號、93年度台上字第291號、94年度台上字第1274號、94年度台上字第1503號、95年度台上字第869號、95年度台上字第2101號、98年度台上字第544號、100年度台上字第2221號、103年度台上字第1304號、104年度台上字第124號、105年度台上字第1122號、105年度台上字第2317號、106年度台上字第2759號、107年度台上字第474號、108年度台上字第1873號、108年度台上字第2214號、108年度台上字第2447號、108年度台上字第2675號、109年度台上字第1083號民事判決、司法院第11期公證實務研究會研究專輯第30則參照。

<sup>25</sup> 王澤鑑，同註3，頁95-96。

交易安全，與一般物權之取得、設定、喪失及變更同，應有公示方法，不動產以登記、動產以占有為之，但非不得依一般慣行之公示方法為之。以票據權利為標的者，其外觀公示方法，因背書交付移轉「占有」而有公示作用。」<sup>26</sup>學者評釋該則最高法院判決，創設了民法第 757 條肯定除依法律外，亦得依習慣創設物權之規定後，第一個習慣物權（讓與擔保），故為我國物權法發展上深具創造性之判決<sup>27</sup>。

由上可知，雖然文獻上對於讓與擔保之定義不盡相同，然可歸納出讓與擔保之特徵如下。首先，讓與擔保之成立要件有四<sup>28</sup>：（一）「以擔保為目的」。按讓與擔保之成立係為擔保債務人之債務，學者稱之為「讓與擔保成立之經濟目的」<sup>29</sup>，因此與買賣或贈與之財產權移轉，非以擔保為目的者不同<sup>30</sup>。學說上即有以此認為，讓與擔保之性質屬於信託行為之一種<sup>31</sup>。（二）「以移轉擔保標的物之財產權為手段」。按傳統之擔保物權（例如民法物權編規定之抵押權、質權以及留置權），係以在標的物設定定限物權之方式為之，不須移轉擔保標的之所有權。而相對於前述典型之擔保物權，讓與擔保此種社會交易上所發展出來之非典型擔保，係以移轉擔保標的物之所有權或其他權利之方式，擔保債務人債務之清償，換言之，係以擔保標的之權利移轉於債權人為其構造型態<sup>32</sup>。而因為讓與擔保具備此獨樹一格之特徵，所以對於讓與擔保之法律構造，有認為學說上多數採取權利移轉型說<sup>33</sup>。（三）「擔保標的物財產權之移轉具暫時性」。按讓與擔保標的物財產權之移轉，與買賣、贈與等終局性移轉財產權者不同，僅係基於擔保之目的，暫時地將擔保標的物財產權移轉予擔保權人<sup>34</sup>。而於被擔保債務受清償時，依據當事人間讓與擔保契約中關於擔保標的物返還之約定，其返還方式大致包含以下二種型態。一為當事人在擔保標的物財產權移轉之物權行為上，附以清償債務之解除條件，並約定條件成就時，亦即，當被擔保債務一經清償時，即發生擔保標的物財產權自動歸還予設定人之效果<sup>35</sup>；他為當事人約定擔保目的達成時，亦即，於被擔保債務經清償時，擔保權人即負有返還擔保標的物財產權予設定人之義務<sup>36</sup>。由此可知，上開二種返還方式之差異在於，前者不須再為一個移轉擔保標的物財產權之物權行為，而係於條件成就時，擔保標的物財產權即自動歸還予設定人；反之，後者則需再為一個移轉擔保標的物財產權之處份行為後，擔保標的物之財產權始返還予設定人。而綜觀現行實務上關於讓與擔保之判決，似乎皆僅止於前述第二

<sup>26</sup> 最高法院 109 年度台上字第 3214 號民事判決參照。

<sup>27</sup> 王澤鑑，同註 3，頁 96；謝在全，同註 1，頁 182-183。

<sup>28</sup> 劉春堂，同註 2，頁 305；陳榮隆，同註 7，頁 20-21；陳榮隆，同註 8，頁 204-205；謝在全，同註 1，頁 575-576。

<sup>29</sup> 謝在全，同註 1，頁 576。

<sup>30</sup> 陳榮隆，同註 7，頁 20。

<sup>31</sup> 劉春堂，同註 2，頁 305。

<sup>32</sup> 劉春堂，同註 2，頁 305；陳榮隆，同註 7，頁 20；謝在全，同註 1，頁 575-576。

<sup>33</sup> 王澤鑑，同註 3，頁 98。

<sup>34</sup> 陳榮隆，同註 7，頁 20-21；謝在全，同註 1，頁 576。

<sup>35</sup> 王澤鑑，同註 3，頁 99。

<sup>36</sup> 陳榮隆，同註 7，頁 20-21；謝在全，同註 1，頁 576。此外，文獻上有認為，「縱然當事人間並未有明確之約定，擔保物所有權亦不可解為如附解除條件般，一經清償債務即當然回復為設定人所有」，似即係指此種返還類型，敬請參閱鄭冠宇，同註 17，頁 635。

種返還方式，而未涵蓋在移轉標的物財產權之物權行為上，附以解除條件之第一種返還類型。然而，不論當事人間所約定之返還擔保標的物方式為何，設定讓與擔保時，擔保標的物財產權之移轉皆僅具暫時性。(四)「被擔保債權之存在」。學說多數認為，讓與擔保之設定，以當事人間有被擔保債權之存在為必要，蓋讓與擔保與賣與擔保間最大之差別，即在於當事人間有無應清償之債務<sup>37</sup>。然而，針對此一要件，有學者認為，徵諸交易之實情，極少有當事人在設定讓與擔保時會有此意思表示，且讓與擔保與賣與擔保間之意思不明時，原則上推定為讓與擔保，更何況晚近讓與擔保有吸收賣與擔保之趨勢，故認為當事人設定讓與擔保時，不以債權債務關係存續之意思表示為必要<sup>38</sup>。針對此一爭點，本文認為，既然讓與擔保之設定係以擔保債權為目的，通說亦咸認讓與擔保係由習慣法所發展出來之非典型擔保物權<sup>39</sup>，則既謂讓與擔保之目的在於擔保債權之實現，則必以當事人間存在被擔保債權為必要<sup>40</sup>，否則若當事人間不存在被擔保之債權，則讓與擔保亦失其存在之意義，故本文肯認讓與擔保之設定，以當事人間存在被擔保債權為要件。

## (二) 讓與擔保之社會作用

按文獻上咸認，讓與擔保淵遠流長，係源自羅馬法上之信託(fiducia)<sup>41</sup>。而其發展軌跡係從以移轉標的物之所有權為擔保之信託，演變為僅移轉標的物之占有，但不移轉標的物之所有權為擔保之占有質，最後進化成標的物之所有權與占有皆不移轉，而僅就標的物取得具有擔保效力之權利為擔保之不占有質<sup>42</sup>。時至今日，讓與擔保雖然不論在作為我國比較法上重要參考對象之德、日，抑或是我國的現行民法，皆未明文規定，然而，因其具有下列若干社會作用，從而，不但為諸國實務與學說所承認，在社會上亦蔚然成風<sup>43</sup>。試整理文獻上關於讓與擔保之社會作用如下<sup>44</sup>。

首先，因為讓與擔保之擔保標的物具備多樣性，因此得設定讓與擔保之標的

<sup>37</sup> 劉春堂，同註2，頁305；陳榮隆，同註7，頁21；謝在全，同註1，頁576。

<sup>38</sup> 陳榮隆，非典型擔保物權對典型擔保物權之突破—以讓與擔保之取得為中心，黃宗樂教授六秩華誕祝壽論文集，頁348，學林文化，2002年4月。

<sup>39</sup> 王澤鑑，同註3，頁102；吳光明，同註8，頁99；吳光明，同註8，頁135；吳從周，同註8，頁179；黃麟倫，同註8，頁115-116；曾品傑，同註22，頁34-35；曾品傑，同註22，頁166；廖蕙玟，新物權通則之適用與讓與擔保，法學叢刊，第219期，頁68，2010年7月；陳榮隆，同註7，頁52；陳榮隆，同註38，頁340；陳榮隆，同註8，頁212；蔡明誠，同註14，頁55；謝在全，同註1，頁581；謝在全，同註1，頁179；鄭冠宇，同註17，頁629。不同見解，王志誠，讓與擔保法制之建構及解釋爭議，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），頁287，承法出版文化，2013年7月；陳榮傳，讓與擔保與擔保物權的距離，月旦法學教室，第219期，頁7，2021年1月。

<sup>40</sup> 謝在全，同註1，頁584。

<sup>41</sup> 王澤鑑，同註3，頁95；吳光明，同註8，頁98；吳光明，同註14，頁170；吳光明，同註8，頁133；劉春堂，同註2，頁304；陳榮隆，同註7，頁31；謝在全，同註1，頁577；鄭冠宇，同註17，頁629。

<sup>42</sup> 陳榮隆，同註7，頁35；謝在全，同註1，頁577。

<sup>43</sup> 謝在全，同註1，頁577；謝在全，同註1，頁183。

<sup>44</sup> 吳光明，同註8，頁97-98；吳光明，同註14，頁170；吳光明，同註8，頁136-137；曾品傑，同註22，頁31-32；曾品傑，同註22，頁161-163；劉春堂，同註2，頁307-308；陳榮隆，同註7，頁50-51；陳榮隆，同註7，頁30、61-64；謝在全，同註1，頁577-579；謝在全，同註1，頁183-185。

物，其範圍甚廣，蓋不論是可移轉登記之不動產、未辦理保存登記之建物<sup>45</sup>、動產、債權，以及凡具有讓與性之財產權或尚未成為財產權之財產利益，均足當之<sup>46</sup>。甚至流動性集合財產與集合債權，亦得設定讓與擔保<sup>47</sup>。而正因為讓與擔保之擔保標的物具備如此多樣性，因此當事人得以任何具有讓與性之財產作為融資之擔保工具，從而得以滿足當事人融資之需要，並促進擔保標的物之擔保價值。

其次。因為讓與擔保，並無如同上述動產質權設定人不得占有標的物之限制，因此讓與擔保得以占有改定擔保標的物之方式設定之。更遑論在實務上，讓與擔保通常仍由設定人占有標的物，並得為使用收益<sup>48</sup>，從而較能物盡其用，故能提升擔保標的物之用益價值，而有利於整體社會之經濟利益。

最後，因為讓與擔保之實程序，並非一定要透過拍賣程序不可，而係依照當事人約定之方法為之，因此較為簡便迅速，而能夠為當事人節省許多勞費支出。同時，其變價或估價之價值通常較高<sup>49</sup>，因此能夠有效提高擔保標的之交換價值。更有甚者，相較於一般典型擔保制度，設定人得於擔保標的物上設定後次序擔保權，並於擔保權人選擇拍賣以外之方式實行擔保權時設有諸多限制，反觀在讓與擔保，因為係以移轉擔保標的物財產權予擔保權人之方式設定之，因此擔保標的物之財產權乃受制於擔保權人之手，從而設定人無法在擔保標的物上設定後次序之擔保權，同時，因為讓與擔保屬於非典型擔保物權，因此實行時未如典型擔保有諸多限制，而正因為在實行讓與擔保時不受嚴格之限制，且擔保標的物上無任何負擔存在，因此更能促進實程序之便捷，進而提升擔保標的物之擔保價值<sup>50</sup>。故不論對於設定人或擔保權人，乃至於債權人，以讓與擔保作為擔保工具，皆較選擇典型擔保為有利。

由上可知，文獻上普遍肯認讓與擔保具備三大社會作用，分別是：①擔保標的物之多樣化而促進擔保標的之擔保價值、②得以占有改定設定之而增加擔保標的之用益價值、以及③便捷之實程序而提高擔保標的之交換價值。

### (三) 讓與擔保之有效性

<sup>45</sup> 例如違章建築，雖然其建造人得原始取得該建物之所有權，然而，因違章建築無法為保存登記，從而不得以設定抵押權之方式擔保融資。但因我國最高法院承認違章建築具有事實上處分權，而該事實上處分權不但具有財產價值，亦具讓與性，故文獻上一般認為違章建築亦得作為讓與擔保之擔保標的物。參閱陳榮隆，同註 38，頁 341；陳榮隆，讓與擔保之擔保標的物範圍，輔仁法學，第 23 期，頁 124，2002 年 6 月；陳榮隆，同註 8，頁 212。茲有附言者，或許也是因為受到最高法院獨創之事實上處分權的影響，我國不動產讓與擔保始能進一步蓬勃發展。相對於我國，在德國法上，讓與擔保主要之討論對象，乃集中於動產之讓與擔保，蓋於不動產之擔保，不動產抵押權已提供足夠之擔保方式。從而，讓與擔保在德國，始於動產讓與擔保，並擴及於債權讓與擔保，而不包括不動產讓與擔保。參閱王澤鑑，同註 3，頁 94。

<sup>46</sup> 王志誠，同註 39，頁 278；吳光明，同註 14，頁 170；吳光明，同註 8，頁 136-137；曾品傑，同註 22，頁 31；曾品傑，同註 22，頁 174；劉春堂，同註 2，頁 308；陳榮隆，同註 7，頁 50；陳榮隆，同註 7，頁 61；蔡明誠，同註 14，頁 57；謝在全，同註 1，頁 576、578、584；謝在全，同註 1，頁 183；鄭冠宇，同註 17，頁 630。實務上持相同見解者，最高法院 100 年度台上字第 2221 號民事判決參照。

<sup>47</sup> 謝在全，同註 1，頁 578；謝在全，同註 1，頁 183。

<sup>48</sup> 曾品傑，同註 22，頁 32；曾品傑，同註 22，頁 162；劉春堂，同註 2，頁 309；陳榮隆，同註 7，頁 51；陳榮隆，同註 7，頁 62；謝在全，同註 1，頁 578。

<sup>49</sup> 王澤鑑，同註 3，頁 101；曾品傑，同註 22，頁 32；曾品傑，同註 22，頁 163；謝在全，同註 1，頁 578。

<sup>50</sup> 謝在全，同註 1，頁 184。

文獻上過去或認為讓與擔保違反物權法定主義，或認為讓與擔保屬於通謀虛偽意思表示或脫法行為，因而否認其有效性。然而，現今普遍認為，讓與擔保屬於民法第 757 條規定之習慣所創設之物權，故不違反物權法定主義；讓與擔保設定人移轉擔保標的物財產權予擔保權人，乃出於擔保其債務之真正效果意思，故非通謀虛偽意思表示；讓與擔保之擔保作用在於取得標的物之受償權，因此無占有改定禁止規定之適用，又民法已修正流質禁止之限制，且擔保權人負有清算義務，因此讓與擔保之設定非為規避流質禁止之規定，故非脫法行為。綜上所述，讓與擔保發展至今日，不論實務或是學說皆已肯認讓與擔保之有效性。而在確認讓與擔保在法律上具有有效性後，即有必要進一步檢視其法律構造，始能正確適用其法律效果<sup>51</sup>。

#### (四) 讓與擔保之法律構造

首先，實務上對於讓與擔保契約性質之認定，早期係從典型擔保契約中尋找類似之類型予以規範，因此認為讓與擔保形式上雖為買賣，然實際上係就原有債務設定抵押權，而採取所謂「抵押權說」<sup>52</sup>。嗣後，進一步發展出抵押權說之要件，而採取視個案情況分別規範之「分別適用說」<sup>53</sup>。然而，讓與擔保之所以長期為工商社會所習用，必有其不同於抵押權之功能與作用，從而，實務上由過去的典型擔保，開始朝向非典型擔保之類型摸索，其間或有認為屬於所謂「變相借款之擔保」<sup>54</sup>，或有認為屬於文獻上所謂「賣渡擔保」<sup>55</sup>，惟皆無法妥適說明讓與擔保獨特之法律構造。此後，經過長時間的探尋，總算建構出以信託約款的債權關係，加上移轉擔保標的物財產權之物權行為，所構築的「信託的讓與擔保說」<sup>56</sup>，並成為最高法院長期且穩定之見解，支配實務長達近 40 年之久。然而，因為讓與擔保與信託法上之信託實不相同，所以學說上屢有建議應刪除「信託」二字，於是最高法院近年來亦呼應潮流，融合長久以來，文獻上之研究與實務上之發展，最終採取所謂「讓與擔保說」<sup>57</sup>，將讓與擔保從側身於信託之偏室，扶正為民法第 757 條修正後，第一個習慣法上所創設之物權，實為我國擔保物權法乃至習慣法上之一大發展，從而別具意義<sup>58</sup>。

其次，文獻上對於讓與擔保之法律構造，有因較注重於讓與擔保之擔保目的，而採取擔保權構造說者，以及有因較重視讓與擔保之移轉標的物財產權行為，而

<sup>51</sup> 學者亦認為，讓與擔保之有效性及在當事人間之內部效力與對第三人之外部效力如何，凡此均與讓與擔保之法律構造有密切之關係，參閱陳榮隆，同註 7，頁 65-66；陳榮隆，同註 8，頁 216。

<sup>52</sup> 陳榮隆，讓與擔保之法律構造（下）—最高法院九十一年台上字第一一八〇號判例評析，月旦法學雜誌，第 97 期，頁 193，2003 年 6 月。

<sup>53</sup> 實務上採取相同見解者，最高法院 42 年度台上字第 1116 號、42 年度台上字第 247 號、42 年度台上字第 411 號民事判決參照。

<sup>54</sup> 最高法院 59 年度台上字第 3917 號民事判決參照。

<sup>55</sup> 最高法院 57 年度台上字第 19 號民事判決參照。

<sup>56</sup> 本文以「信託的讓與擔保」或「信託之讓與擔保」或「信託讓與擔保」為關鍵字利用 Lawsnote 進行檢索，截至 2022 年 7 月 3 日，共 1359 件法院判決，其中共有 177 件最高法院判決，經篩選有關部分共 36 件最高法院判決。

<sup>57</sup> 最高法院 109 年度台上字第 3214 號民事判決參照。

<sup>58</sup> 王澤鑑，同註 3，頁 102-103；謝在全，同註 1，頁 182-183。



採取權利移轉構造說者。前者，權利移轉構造說之論理基礎略為，讓與擔保係由具物權性質之移轉標的物財產權行為，加上具債權性質之讓與擔保契約構成，因此在外關係上，因為設定人已將擔保標的物之財產權移轉予擔保權人，所以即便擔保權人任意處分標的物，例如於清償期前將標的物讓與第三人，不論第三人為善意或惡意，均屬有權處分，因此設定人不得主張擔保權人為無權處分而向該第三人請求返還標的物，僅得在內部關係上，依照讓與擔保契約向擔保權人請求損害賠償<sup>59</sup>。比較法上，此說又依照擔保標的物財產權之歸屬，可再進一步細分為「外部移轉型」與「內外部均移轉型」<sup>60</sup>。此外，關於權利移轉構造說之優點，採此說者認為，讓與擔保在比較法上，不論是德國判例學說，或是日本實務上，皆採取權利移轉構造說<sup>61</sup>。蓋雖然擔保權構造說認為，擔保權人並非取得擔保標的物之所有權，而僅為一種擔保權利，然而，所謂擔保權利究何所指並不明確，尤其讓與擔保尚乏明確之公示方法，因此難以公告周知，從而無法保障第三人之利益與確保交易安全。不如採取實務上慣行之權利移轉構造說，擔保權人取得擔保標的物之財產權，而為擔保標的物財產權之所有人，擔保權人若違背信託之約定，擅自處分擔保標的物之財產權予第三人，不論第三人為善意或惡意，皆為有權處分。至於讓與擔保之當事人間，則依契約內容定其責任。如此一來，不但當事人間之權利義務較為明確，且符合契約自由原則，亦能保障交易安全，且與實務上對於借名登記之處理方式一致，而能確保法之安定性與可預見性<sup>62</sup>。後者，擔保權構造說之論理基礎略為，當事人於擔保標的物設定讓與擔保之後，擔保權人所取得者，並非完全之所有權，而僅係一種擔保權，其權利內容則為清償期屆至債務人仍未清償債務時，擔保權人得就擔保標的物變價或估價而受償。而設定人則仍保有一種具物權性質之財產權<sup>63</sup>。比較法上為進一步細緻化其理論構成，文獻上尚陸續發展出授權說、二段物權變動說、期待權說以及抵押權說等等<sup>64</sup>。此外，關於擔保權構造說之優點，針對上述權利移轉構造說認為，不論第三人為善意或惡意，擔保權人任意處分擔保標的物皆為有權處分之見解，文獻上有指摘此舉不啻對於設定人相當不利。反觀若採取擔保權構造說，則擔保權人對於擔保標的物僅取得一種擔保權，而非完全之所有權，擔保權人若逾越擔保目的之範圍處分擔保標的物，即屬無權處分，應得設定人之承認，其處分始生效力（民法第118條第1項規定參照）。惟若第三人係善意信賴不動產之登記者，得主張善意取得，如此一來，不但能夠衡平第三人與設定人之利益，又可以維護交易安全，因此採取擔保權說較採取權利移轉說妥適<sup>65</sup>。

<sup>59</sup> 陳榮隆，同註7，頁66；陳榮隆，同註8，頁217；謝在全，同註1，頁185。

<sup>60</sup> 詳細介紹敬請參閱劉春堂，同註2，頁311；陳榮隆，同註7，頁66-70；陳榮隆，同註8，頁217-218。

<sup>61</sup> 王澤鑑，同註3，頁98。

<sup>62</sup> 姚瑞光，民法物權論，頁198，自版，1989年9月；黃麟倫，同註8，頁120；曾品傑，同註22，頁175-176月；謝在全，民法物權論（下），頁466，自版，1992年10月修訂版。

<sup>63</sup> 陳榮隆，同註7，頁73；陳榮隆，同註52，頁189；謝在全，同註1，頁185。

<sup>64</sup> 詳細介紹敬請參閱陳榮隆，同註7，頁73-76；陳榮隆，同註52，頁189-191。

<sup>65</sup> 吳光明，同註8，頁99；吳光明，同註8，頁138；曾品傑，同註22，頁39；曾品傑，同註22，頁194；陳榮隆，讓與擔保之外部關係，私法學之傳統與現代（中）—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，頁

由上可知，關於讓與擔保之法律構造，學說上雖有權利移轉構造說與擔保權構造說之區分，然其皆認為讓與擔保性質上屬於擔保物權之一種，僅係對於此種擔保物權究竟是擔保標之物之權利移轉，抑或是在擔保標之物上設定擔保權，產生不同意見<sup>66</sup>。換言之，對於讓與擔保之法律性質，文獻上並無爭議；而針對讓與擔保之法律構造，則因觀察角度之不同，產生擔保權人究竟是取得擔保標之物完整之財產權，抑或是受限制之擔保權，而有所爭議。

## 五、 問題討論

綜上所述，讓與擔保此種非典型擔保制度，在我國經過漫長時間之發展，從一開始定義的模糊不清，歷經具有何種社會作用之討論、有效性之辯證，如今的爭議則聚焦於法律構造之認定，並因此影響（一）當事人之一方違約處分標之物時，對相對人是否有效、（二）當事人之一方的一般債權人對擔保標之物聲請強制執行時，他方當事人得否提起第三人異議之訴，以及（三）當事人之一方破產時，他方當事人是否有取回權<sup>67</sup>。由此可知，關於讓與擔保法律構造之認定，實具有相當程度之重要性，蓋其事實上涉及當事人乃至於第三人之間，權利義務之分配。而不僅我國文獻上對於讓與擔保之法律構造有所爭議，日本法上對於讓與擔保之法律構造亦眾說紛紜，從而有賴進一步研究該國文獻上之討論，始能研討出較為衡平各方當事人利益之結論。除此之外，關於讓與擔保當事人間之實體權利義務關係，包含讓與擔保之當事人、擔保債權之範圍、擔保債權之從屬性、擔保標之物之範圍、擔保標之物之管理義務等等，不論對於理論體系之建構，或是對於法院實務之裁判皆具重要性，因此亦屬將來之研究課題。然而，日本法相關之文獻資料，事實上難以在我國輕易取得。蓋在日本，文獻資料之電子化相當緩慢，許多書籍、期刊資料之內容，非實體書籍難以索取。尤有進者，即便是電子檔案，亦未如我國有法源、月旦等法學資料庫，能夠即時線上取得。以本校國立臺北大學為例，不但相關實體書籍的版次皆較為老舊、本校所訂購之TKC日大法學資料庫亦未授權完整權限，從而，許多資料之取得和研究皆窒礙難行。話雖如此，承蒙本校師長的指導，學生有幸於111-2學期，薦派日本一橋大學交換留學，因此，若能獲得貴獎學金之協助，相信必能使學生更加專注於文獻資料之搜尋整理，以及相關研究之進行，進而使本研究更為周全完善，從而懇請貴獎學金賜予寶貴之機會，讓本研究能為讓與擔保於我國學理之發展，盡綿薄之力。

## 六、 參考文獻

423，學林文化，2004年4月；蔡明誠，同註14，頁55；謝在全，民法物權論（下），頁604，自版，2014年9月六版。

<sup>66</sup> 謝在全，同註1，頁185。

<sup>67</sup> 陳榮隆，同註52，頁198。

### (一) 書籍

- 姚瑞光，民法物權論，自版，1989年9月。  
謝在全，民法物權論（下），自版，1992年10月修訂版。  
謝在全，民法物權論（下），自版，2014年9月六版。  
謝在全，民法物權論（下），自版，2020年9月七版。  
鄭冠宇，民法物權，新學林出版股份有限公司，2021年7月十一版。

### (二) 專書論文

- 王志誠，讓與擔保法制之建構及解釋爭議，法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊），承法出版文化，2013年7月。  
劉春堂，動產讓與擔保之研究，民商法論集（一），輔仁大學法學叢書，1985年8月。  
陳榮隆，非典型擔保物權對典型擔保物權之突破—以讓與擔保之取得為中心，黃宗樂教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，2002年4月。  
陳榮隆，讓與擔保之外部關係，私法學之傳統與現代（中）—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，2004年4月。

### (三) 期刊論文

- 王澤鑑，不動產讓與擔保—第一個習慣物權的創設，台灣法律人，第11期，2022年5月。  
吳光明，動產讓與擔保法律制度之研究—德國與我國現行制度之探討，月旦法學雜誌，第95期，2003年4月。  
吳光明，信託讓與擔保可否片面終止？／最高法院九二台上二三八，台灣法學雜誌，第140期，2009年11月。  
吳光明，不占有動產擔保之研究，軍法專刊，第56卷第2期，2010年4月。  
吳從周，讓與擔保制度在臺灣之發展現況—兼評中國大陸最高人民法院（2011）民提字第344號民事判決，法官協會雜誌，第17卷，2015年12月。  
黃麟倫，讓與擔保與公示，台灣法學雜誌，第400期，2020年9月。  
曾品傑，臺灣的非典型擔保物權，月旦法學雜誌，第241期，2015年6月。  
曾品傑，我國習慣法上之讓與擔保，月旦法學雜誌，第311期，2021年4月。  
廖蕙玟，新物權通則之適用與讓與擔保，法學叢刊，第219期，2010年7月。  
陳榮隆，讓與擔保之借殼信託契約，月旦法學雜誌，第27期，1997年8月。  
陳榮隆，讓與擔保之擔保標的物範圍，輔仁法學，第23期，2002年6月。  
陳榮隆，讓與擔保之法律構造（上）—最高法院九十一年台上字第一一八〇號判例評析，月旦法學雜誌，第96期，2003年4月。  
陳榮隆，讓與擔保之法律構造（下）—最高法院九十一年台上字第一一八〇號判例評析，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月。  
陳榮傳，讓與擔保與擔保物權的距離，月旦法學教室，第219期，2021年1月。  
蔡明誠，讓與擔保——最高法院八十八年台上字第一三三四號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第8期，2000年3月。

謝在全，判例法之進程——以讓與擔保為例，月旦法學雜誌，第 310 期，2021 年 3 月。

(四) 碩博士論文

陳榮隆，讓與擔保之研究，私立天主教輔仁大學法律學研究所博士論文，1999 年。