

不占有動產擔保之研究

吳 光 明*

目 次

- 壹、前言
- 貳、我國「不」占有動產擔保
 - 一、動產擔保交易法規定
 - 二、「不」占有動產擔保之種類
- 參、動產讓與擔保
 - 一、讓與擔保之概念
 - 二、讓與擔保之有效性分析
 - 三、公示性問題
 - 四、讓與擔保與類似概念之比較
- 肆、不占有動產擔保之比較法觀察
 - 一、英國法之「浮動抵押」(floating charge)
 - 二、美國統一商法典第九章之「擔保交易」(Secured Transactions)
 - 三、德國之讓與擔保
- 伍、我國不占有動產擔保之省思
 - 一、引入英國浮動抵押之可能性
 - 二、引入美國「統一商法典」第九章之可能性
 - 三、讓與擔保之發展空間
- 陸、結論

關鍵字：浮動抵押、統一商法典、擔保交易、讓與擔保。

Keywords：Floating Charge, Uniform Commercial Code, Secured Transactions, 'Sicherungsübereignung'.

* 吳光明，國立臺灣大學法學博士，國立臺北大學法律學系專任教授、國立臺北大學財經法研究中心主任，臺灣財產法暨經濟法研究協會副理事長，執業律師 18 年（民國 64 年至 82 年）。奧地利維也納大學、德國慕尼黑大學、美國喬治城大學、Widener 大學、加拿大卡加利大學、多倫多大學訪問學者，法務部「物權編」、「仲裁法」修正委員。

摘要

我國「不」占有動產擔保制度沿襲美國，1963 年制訂動產擔保交易法，2007 年 7 月 11 日曾作修正。依該法規定，有動產抵押、附條件買賣與信託占有三種。

在不占有動產擔保之比較法觀察方面，則又有英國法之「浮動抵押」（floating charge）、美國統一商法典第九章之「擔保交易」（Secured Transactions）以及德國法之讓與擔保等相類似不占有動產擔保制度。是否因國情不同而能全盤抄襲，值得深入以及有系統之研究與分析。

Research on Unoccupied Personal Property Secured

Wu, Kuang-Ming

Abstract

Taiwanese policy for unoccupied Personal Property secured follows the United States of America. In 1963, The Law of Personal Property Transaction Secured was made in Taiwan. Lately, there were some changes in the law on July 11, 2007. According to the law, there were three kinds of rules such as Personal Property mortgaged, Conditional Sale, and Trust Receipt.

About the observation for comparing the different types of unoccupied Personal Property secured with different countries, there are England's Law of Floating Charge, Secured Transaction, Chapter 9, US Uniform Commercial Law, and German Law of 'Sicherungsübereignung' all similar to the Taiwanese Law of Personal Property Transaction Secured. Whether above three kinds of policies for unoccupied Personal Property secured can be completely copied with each other because of different national conditions is systematically researchable and deeply analyzable.

壹、前言

傳統動產擔保物權制度，因債權人直接占有擔保標的物，而獲得法律上之保障，故動產僅能設定質權擔保。然而，因經濟快速發展，動產價值不斷增加，動產之使用範圍，亦不斷擴大，如車輛等交通工具、生產設備、機器、原料、半成品等，均與一般日常消費品不同。因此，新型「不」占有動產擔保方式，乃因應而生，最具代表性者，例如我國之動產擔保交易法¹。

此時又有所謂風險理論與擔保法律制度之創設，其中之信用風險，即債權風險，亦即債務人不履行債務之違約風險。在不占有動產擔保之比較法觀察方面，則又有英國法之「浮動抵押」(floating charge)，以及美國統一商法典第九章之「擔保交易」(Secured Transactions)、德國之讓與擔保(Sicherungsübereignung)等相類似不占有動產擔保制度。雖然由於大陸法系與英美法系法律文化之不同，學者間對於此種新型「不」占有動產擔保制度，各有不同解讀。因此，是否因國情、法律文化之不同²，而能全盤抄襲，值得深入以及有系統之研究與分析。

此外，讓與擔保係民法所未規定之擔保方式，其移轉標的物財產之法律外觀，易發生債權人之暴利行為，故在發展讓與擔保過程中，被冠以「通謀虛偽意思表示」、「違

反物權法定主義」、「規避流質契約禁止之規定」，甚至被學者稱為「私法交易上之私生子」³。然而，我國實務上讓與擔保有其階段性之發展⁴，即抵押權說、買賣說、變相擔保說、信託的讓與擔保說，此種階段性發展史迄今，已被德國實務上利用為最方便之擔保方式⁵。凡此種種，均有待更深入研究。

基此，本文首先擬探討我國「不」占有動產擔保，包括動產擔保交易法規定、「不」占有動產擔保之種類。其次，擬探討動產讓與擔保，包括讓與擔保之概念、讓與擔保之有效性分析、公示性問題、讓與擔保與類似概念之比較。再次，擬探討不占有動產擔保之比較法觀察，包括英國法之「浮動抵押」、美國統一商法典第九章之「擔保交易」(Secured Transactions)、德國之讓與擔保。復次，擬探討我國不占有動產擔保之省思，包括我國動產擔保交易引入浮動抵押之可能性、讓與擔保之發展空間。最後提出檢討與建議，以作為本文結論。

貳、我國「不」占有動產擔保

一、動產擔保交易法規定

(一)起源

我國「不」占有動產擔保制度沿襲美國，1963年制訂動產擔保交易法，2007年7月11日曾大修⁶。依該法規定，有動產抵押、附條

¹ 我國動產擔保交易法制訂於1963年9月，歷經多次修正，最近一次修正於2007年7月。

² 有關法律文化進一步之討論，請參閱吳光明，〈多元文化與訴訟外解決糾紛機制〉，《仲裁理論與判決研究》，翰蘆圖書出版，2004年11月，頁1-27。

³ 參閱1976年德國法學會會議中，德國學者Joachim Kilger之發言；轉引自吳光明，〈動產讓與擔保制度之研究—美德兩國與我國現行制度之探討〉，《臺灣大學法學博士論文》，1992年9月，頁204。

⁴ 呂榮海、楊盤江合著，《契約類型、信託行為》，蔚理法律，1989年，2版，頁168。

⁵ 吳光明，〈動產讓與擔保制度之研究—德國與我國現行制度之探討〉，《月旦法學雜誌》，95期，2003年4月，頁133。

⁶ 法源法學資料查詢系統，2007年7月11日修正法條。

件買賣與信託占有三種。

(二)修正重點

2007 年之修正，除一些文字修正，並刪除罰則外，其修正重點如下：

1. 動產擔保交易之登記機關，由行政院定之（第 6 條）。

2. 申請動產擔保交易登記有不合規定者，登記機關應敘明理由限期命其補正（第 7 條之 1）。

3. 登記機關應將契約當事人之姓名或名稱、標的物說明、擔保債權額、訂立契約日期、終止日期及其他必要事項，公開於網站或以其他適當方法公告之（第 8 條）。

4. 動產擔保交易之登記，其有效期間從契約之約定，契約無約定者，自登記之日起有效期間為一年，期滿前三十日內，債權人得申請延長期限，其效力自原登記期滿之次日開始（第 9 條）。

5. 擔保債權受清償後，債權人經債務人或利害關係人之書面請求，應即出具證明文件。債務人或利害關係人得憑證明文件，向登記機關註銷登記（第 10 條）。

6. 動產擔保交易之登記機關，辦理各項登記、閱覽、抄錄、出具證明書，應收取規費；其標準，由行政院定之（第 11 條）。

7. 第 15 條、第 18 條及第 19 條規定抵押權人對抵押物所為之出賣或拍賣，除依本法規定程序外，並應依民法債編施行法第 28 條規定辦理（第 21 條）。

二、「不」占有動產擔保之種類

1. 動產抵押

(1)意義

依動產擔保交易法第 15 條規定：「稱動產抵押者，謂抵押權人對債務人或第三人不移轉占有而就供擔保債權人之動產設定動產

抵押權，於債務人不履行契約時，抵押權人得占有抵押物，並得出賣，就其賣得價金優先於其他債權而受清償之交易」。

(2)特色

我國動產抵押，有如下之特色：

a. 適用法律

我國動產抵押原則上適用動產擔保交易法，依動產擔保交易法第 3 條規定，動產擔保交易法無規定者，適用民法及其他法律之規定。

b. 標的物

動產抵押之標的物固為民法第 67 條之動產，依動產擔保交易法第 4 條第 1 項規定，原則上限於「機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品、牲畜及總噸位未滿二十噸之動力船舶或未滿五十噸之非動力船舶」以及動產擔保交易法第 4 條之 1 規定之「加工物、附合物或混合物」，均得為動產擔保交易之標的物。其詳細各類標的物之品名，第 4 條第 2 項規定由行政院視事實需要及交易性質以命令定之。動產擔保交易法施行細則第 2 條乃規定：「凡得為動產擔保交易標的物之品名，規定如附表。」因此，各類標的物以行政院依該條訂定公布之「動產擔保交易標的物品類表」所列之動產為限。

蓋標的物經加工、附合或混合後，擔保債權效力所及之範圍如何，宜作原則性規定，乃參照民法第 812 條、第 813 條及第 814 條暨美國動產擔保交易法等修正例，增訂動產擔保交易法第 4 條之 1：「動產擔保交易之標的物，有加工、附合或混合之情形者，其擔保債權之效力，及於加工物、附合物或混合物但以原有價值為限。」以使經設定擔保之動產，其債務人仍得充分享有使用收益之權，以增加擔保交易標的物之價值，兼謀有

效確保債權人之債權⁷，又供擔保之加工物、附合物或混合物以原有價值為限，可兼顧債務人之權益。

c. 交易方式

依動產擔保交易法成立之交易，依該法第 5 條規定：「應以書面訂立契約。非經登記，不得對抗善意第三人。」因此，屬要式行為，應以書面訂立契約，並視其為動產抵押、附條件買賣或信託占有，分別依該法第 16 條、第 27 條、第 33 條規定載明其應記載之事項；惟該動產擔保交易之「登記」，既係採登記對抗要件，則其未為登記者，僅不得對抗善意第三人⁸。

d. 要式契約

動產抵押之債權與物權擔保契約，即主契約與從契約必須同時訂定，為複合契約，且均需以書面訂定，即依動產擔保交易法第 16 條有關「契約應載事項」之規定，均為要式契約。

e. 先出租後抵押

動產先行出租後再依動產擔保交易法辦理動產抵押登記時，則其出租之法律關係成立於設定動產抵押權之前，與動產擔保交易法第 17 條第 1 項規定無涉，不發生抵觸與否問題，且亦非屬動產擔保交易法施行細則第 11 條第 4 項所規定之情形。依動產擔保交易法第 3 條「動產擔保交易，依本法之規定，本法無規定者，適用民法及其他法律之規定」

意旨，租賃權與動產抵押權可並存而不悖，承租人並仍受民法第 426 條之保障，抵押權人得依間接占有或聲請法院扣押後拍賣之方式行使權利⁹。

f. 追及效力

在抵押中讓與抵押物，即所謂抵押權之追及效力問題，依動產擔保交易法第 5 條、第 17 條第 1 項之「抵押物被出賣，致有害於抵押權之行使者，抵押權人得占有抵押物。」及第 2 項之「前項之債務人或第三人拒絕交付抵押物時，抵押權人得聲請法院假扣押，如經登記之契約載明應逕受強制執行者，得依該契約聲請法院強制執行之。」等規定，動產抵押雖亦有追及效力，惟依動產擔保交易法第 25 條規定，如未經登記，則不得對抗依法留置標之物之善意留置權人。然而，涉及動產抵押與留置權優先原則問題，學者認為有再檢討之必要¹⁰，本文亦贊同。

2007 年新修正動產擔保交易法認為，該動產如為動產擔保交易標之物，債權人為修繕、加工致其價值增加且為善意者，其所支出之費用應優先於成立在前之融資性擔保物權所擔保之債權受償，但應以其所增加之價值範圍內為限¹¹。新動產擔保交易法乃參考民法第 513 條，並為兼及擔保交易一體適用，爰刪除第 25 條規定，並於第 5 條增訂第 2 項規定：「債權人依本法規定實行占有或取回動產擔保交易標之物時，善意留置權人就動

⁷ 增訂動產擔保交易法第 4 條之 1 立法理由，1976 年 1 月 28 日。

⁸ 臺灣桃園地方法院 87 年度壟簡字第 488 號，1999 年 1 月 25 日，《臺灣桃園地方法院刑事裁判書彙編（第一冊）》，1999 年版，頁 407-411。

⁹ 財政部臺財錢字第 20594 號，1975 年 10 月 17 日，《金融業務法規輯要（下冊）》，1990 年 3 月版，頁 1245。

¹⁰ 李佳玲，〈動產擔保交易法施行四十年之檢證—兼論車輛擔保實務〉，《臺大法學碩士論文》，2004 年 1 月，頁 56。

¹¹ 動產擔保交易法第 5 條第 2 項修正理由，2007 年 7 月 11 日。

產擔保交易標的物有修繕、加工致其價值增加所支出之費用，於所增加之價值範圍內，優先於依本法成立在先之動產擔保權利受償」。

g. 動產抵押之實行

抵押之實行，依動產擔保交易法第 17 條至第 22 條之規定，可自行為之。實務上，亦可聲請法院執行。換言之，動產抵押權實帶所有權作用之擔保物權。

2. 實務上

動產擔保交易法第 15 條規定之動產抵押，係以「不移轉占有」之方式所設定之抵押權，則不以「移轉占有」為其特徵。依動產擔保交易法第 5 條規定，動產擔保交易應以書面訂立契約，非經登記不得對抗善意第三人。正因為不移轉占有，故法律創設以登記為對抗效力，足見動產抵押與民法質權之要件並不相同，自不能類推民法第 886 條規定之適用。又參照海商法創設船舶抵押，通說即謂不得再適用民法有關動產質權之規定，亦可參佐。另動產擔保交易法施行細則第 6 條規定，登記時，應具備之證件包括標的物之所有權證明文件或使用執照者，其文件或執照並應由債務人出具切結書擔保標的物具有完整之所有權。足見設定動產抵押並非以占有動產為表徵，第三人僅憑債務人之切結書等文件設定動產抵押，如有違約情事，自應依切結書所載向債務人請求損害賠償，而不應類推適用而使第三人善意取得動產抵押權。系爭車輛既係他人偽造證件資料冒名移轉登記及設定抵押貸款，且某甲及臺北銀行就系爭車輛並未曾占有，依前揭說明，自無第三人善意取得動產抵押權之適用。按土地

法所為之登記，有絕對效力，固為土地法第 43 條所明定，然其適用者僅為不動產，不及動產。而汽車為動產，其過戶登記及抵押設定登記所依據之法源道路交通規則及動產擔保交易法，並無如土地法第 43 條之規定¹²。

又實務上認為，按動產抵押之抵押權人對債務人或第三人不移轉占有而就供擔保債權人之動產設定動產抵押權，於債務人不履行契約時，抵押權人得占有抵押物，並得出賣，就其賣得價金優先於其他債權而受清償；債務人不履行契約或抵押物被遷移、出賣、出質、移轉或受其他處分，致有害於抵押權之行使者，抵押權人得占有抵押物。前項之債務人或第三人拒絕交付抵押物時，抵押權人得聲請法院假扣押。如經登記之契約載明應受強制執行者，得依該契約聲請法院強制執行之。此為動產擔保交易法第 15 條及第 17 條之所明定。另又動產抵押契約倘依法登記後，依該法第 5 條之規定，具有對抗善意第三人之效力，第三人縱善意受讓抵押物，抵押權人亦得追及抵押物之所在而取回占有抵押物¹³。

3. 附條件買賣

(1) 意義

動產擔保交易法之附條件買賣（Conditional Sale）亦係參酌美國過去之統一附條件買賣法（Uniform Conditional Sale）而定。依動產擔保交易法第 26 條規定：「稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易」。按我國民法屬大陸法系，對於債權行為與物權行為具有明顯之區別，其成立彼此非必一致。

¹² 請參閱《臺灣高等法院民事裁判書彙編》，92 年版，2003 年 12 月 16 日，頁 1098-1114。

¹³ 最高法院 94 年度臺上字第 1393 號民事判決。

(2)特色

我國附條件買賣，有如下之特色¹⁴：

a.適用法律

附條件買賣原則上適用動產擔保交易法，依動產擔保交易法第3條規定，動產擔保交易法無規定者，適用民法及其他法律之規定。

b.標的物

附條件買賣之標的物亦以動產擔保交易法第4條第1項規定，第4條之1以及行政院依動產擔保交易法施行細則第2條訂定公布之「動產擔保交易標的物品類表」所列之動產為限。

c.要物及要式契約

附條件買賣為要物及要式契約，且契約內容，依動產擔保交易法第5條後段、第26條、第27條規定，應以書面訂立契約，且非經登記者，不得對抗善意第三人。

d.複合契約

附條件買賣為買賣與擔保複合之契約，附條件買賣出賣人所保留之所有權，與一般所有權有別，乃具有所有權與擔保權雙重性質之功能，於債務人違反契約時，出賣人得依所有權之作用取回標的物，但必須實行擔保程序，予以拍賣或變賣，優先清償債權，如有剩餘，依動產擔保交易法第28條、第29條、第30條、第17至22條等規定，應返還於債務人。

e.條件成就為停止條件

附條件買賣，出賣人交付標的物，買受人僅得先為占有、使用、收益，尚不得取得所有權。換言之，附條件買賣，係以一定條

件之成就，為其取得標的物所有權之停止條件。

f.排除第三人之善意取得

附條件買賣契約如經登記，其所保留之所有權，依動產擔保交易法第5條之規定，得排除第三人之善意取得，用以加強動產擔保之功能。蓋以出賣人所保留之所有權，實係帶有擔保作用之所有權，規定其排除善意取得，俾能具有追及效力，為以其經登記者為限，以求平衡。

g.刑罰處罰之問題

附條件買賣之推行，使廣大民眾能先消費，後付款，生活獲得改善，並可促進工商業繁榮，惟其發展則有賴於買受人之信用。故對於買受人之違約情節較重者，課以刑責，以保障出賣人之權益，並依舊動產擔保交易法第38條、第39條之規定，維護附條件買賣制度之運行。惟為促使債權人於放款或買賣物品之前，確實評估債務人之信用及還款能力，及避免訴訟資源之浪費，新法2007年修正時將本章罰則條文刪除¹⁵。

4.信託占有

(1)定義

所謂信託占有（Possession in Trust），係起源於商業習慣，尤其其盛行於國際貿易上。我國信託占有亦係仿自美國法之統一信託收據法（Uniform Trust Receipt Act）¹⁶之意義，依動產擔保交易法第32條規定：「稱信託占有者，謂信託人供給受託人資金或信用，並以原供信託之動產標的物所有權為債權之擔保，而受託人依信託收據占有處分標的物

¹⁴ 王廷懋，《動產擔保交易法實務問題研究》，金融人員研究訓練中心，1991年8月，初版，頁14、15。

¹⁵ 動產擔保交易法第38條、第39條修正理由，2007年7月11日。

¹⁶ 王廷懋，《動產擔保交易法裁判解釋法令規章彙編》，財團法人金融人員研究訓練中心，1991年元月，4版，頁93。

之交易」。

(2)特色

我國信託占有，有如下之特色：

a.適用法律

信託占有，亦原則上適用動產擔保交易法，依動產擔保交易法第3條規定，動產擔保交易法無規定者，適用民法及其他法律之規定。

b.標的物

信託占有之標的物，亦以動產擔保交易法第4條第1項規定，第4條之1以及行政院依動產擔保交易法施行細則第2條訂定公布之「動產擔保交易標的物品類表」所列之動產為限。

c.要物及要式契約

信託占有，亦為要物及要式契約，必須交付標的物，並依動產擔保交易法第5條規定，應以書面訂立契約，始能成立，且非經為登記者，不得對抗善意第三人，排除民法上「動產善意取得」之適用。

d.複合契約

信託占有係債權與擔保物權同時成立之複合契約，其所保留之所有權，具有所有權與擔保物權之雙重性質與功能，於債務人違約時，信託人得依所有權之作用，逕取回標的物，然必須依動產擔保交易法第34條、第37條之規定，實行擔保程序，予以拍賣，清償債權，如有剩餘，應返還於受託人。

e.登記問題

信託占有之信託人為債權人，受託人為債務人。信託人保留以標的物之所有權作為擔保，而標的物為受託人所占有，如經登記，可排除第三人之善意取得。

f.刑罰處罰之問題

在信託占有，法律對於受託人違約時，依動產擔保交易法第38條、第39條之規定，有刑罰之處罰。惟新法2007年修正時，已將本章罰則條文刪除。

5.實務上

信託占有之效用，在以原供信託之動產標的物所有權為信託人債權之擔保，而受託人則依信託收據而占有處分標的物，此觀動產擔保交易法第32條之規定自明。則信託占有之擔保效力，當係源於信託標的物之所有權而發生，該標的物如有加工、附合或混合之情形，其擔保效力依同法第4條之1規定，既及於加工物、附合物或混合物，該等動產之所有權即仍為信託人所有¹⁷，又依該第4條之1但書規定，以原有價值為限。

又實務上認為，信託占有之效力，在於以動產所有權為信託人債權之擔保，而受託人則依信託收據而占有處分該動產。故某甲倘不能證明某乙已依信託收據之約定取回占有信託標的物，或該標的物之滅失應歸責於某乙，某乙請求某甲連帶清償系爭債務，是否不應准許，即非無研求之餘地¹⁸。

參、動產讓與擔保

一、讓與擔保之概念

(一)讓與擔保之起源

讓與擔保是大陸法系德日等國沿襲古羅馬法上之信託行為（Fiducia）理論並吸收日耳曼法之信託（Treuhand）成分，經由判例學說之百年歷練，而逐漸發展出來之非典型擔保制度。

¹⁷ 最高法院76年度臺上字第1230號判決。

¹⁸ 最高法院85年度臺上字第2230號判決。

我國理論學說與判例實務對於讓與擔保之立場係沿襲德國通說之見解而採納所有權構成理論，亦即其以移轉標的物之所有權，實現擔保為目的，屬於物的擔保之最早型態。由於我國之判例學說，承認讓與擔保制度之存在。本文即以此種讓與式擔保為研究對象¹⁹。

(一)讓與擔保之意義

廣義之讓與擔保係指當事人經由轉讓供作擔保之財產，以達成信用授受之目的之擔保制度。此種擔保包括讓與式擔保，以及買賣式擔保。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，擔保債權人可就該標的物受清償之一種擔保方式²⁰。

從經濟學角度分析，讓與擔保作為一種新擔保方法，其雖非典型擔保制度，但該制度仍有其存在之經濟機能，最重要者為擴大擔保融資²¹，而其最顯著之特徵，應當是擔保物所有權與使用權適當分離；一方面，債務人將擔保標的物所有權移轉於債權人，而債務人繼續使用收益標的物；另一方面，擔保物所有權與使用權適當分離，並未降低債權救濟效率。

另一方面，法典法與判例法，係當今世

界上最具影響力之兩種法律制度，迄今其仍為大陸法系與普通法系最主要之區別標誌。有趣者，有關「不」占有之動產擔保，美國採「統一商法典」(U.C.C.)之法典化方式，而德國卻為保持彈性，一百多年來仍採判例方式解決問題²²，此應歸功於法律實務人員在發展新之不占有擔保方式上巧妙策劃，以及法院所給予之支持。

二、讓與擔保之有效性分析

(一)讓與擔保受質疑焦點及其克服

讓與擔保為非典型擔保物權，其是否有效，在我國及外國之學說及實務，均曾受到質疑，其主要質疑焦點如下：

1. 通謀虛偽意思表示論及其克服

有認為讓與擔保債務人形式上將標的物所有權移轉於債權人，而實質上並無移轉標的物所有權之意思表示，故屬雙方通謀虛偽意思表示，依民法第87條第1項規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效」。

隨著學說對讓與擔保法律構成理論之確立，學說上認為，債權人與債務人有關擔保之約定，乃出於效果意思而為表示，其內容應就契約之全部內容決定之，其行為有效²³。實務上亦一致認為，讓與擔保當事人以真意進行信託讓與行為，應屬有效之法律行為²⁴。

¹⁹ 吳光明，〈第30章動產讓與擔保〉，《新物權法論》，三民書局，2009年9月，頁645-664。

²⁰ 動產讓與擔保之理論在德國學說判例之發展，已一百多年；參閱吳光明，前揭（註2）博士論文，1992年9月。

²¹ 吳光明，前揭（註3）文，第三章第二節「讓與擔保之經濟分析」，頁40；周林彬，〈物權法新論——從法律經濟分析的觀點〉，北京大學出版社，2版，2002年3月，頁726。

²² 吳光明，前揭（註3）文，頁50。

²³ 楊盤江，〈簡述最高法院有關「信託的讓與擔保」之見解（一）〉，《萬國雜誌》，頁16。陳榮隆，〈讓與擔保之借殼信託契約〉，《月旦法學》，第27期，1997，頁48。

²⁴ 陳聰富，〈虛偽意思表示隱藏讓與擔保〉，《月旦法學》，第77期，2001，頁10。

2. 法律規避行為論及其克服

(1) 占有改定違反論之否定

有認為依民法第 885 條規定：「質權之設定，因移轉占有而生效力。質權人不得使出質人代自己占有質物」。因此，法律嚴格要求以交付占有作為質權生效之要件，而禁止以占有改定方式設定動產質權。

然而，動產質權與讓與擔保之擔保作用不同，動產質權之擔保作用在留置效力，故禁止以占有改定方法為之；惟讓與擔保之擔保作用在取得標之物之受償權，非在留置作用，自無禁止占有改定之必要²⁵；再者，所有權在法律上容許因「觀念交付」所產生之間接占有，如在讓與擔保中禁止，則在價值衡量上，將失去均衡。因此，難謂讓與擔保違反「不占有質」之禁止規定。

(2) 流質禁止規避論之否定

有認為依舊民法第 893 條第 2 項規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定為無效」。此即流質契約之禁止規定，目的在保護債務人。不過應注意，新民法第 893 條第 2 項已改為：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，準用第八百七十三條之一之規定。」而民法第 873 條之 1 第 1 項係規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人（第 1 項）。抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保債權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償（第 2 項）。抵

押人在抵押物所有權移轉於抵押權人前，得清償抵押權擔保之債權，以消滅該抵押權（第 3 項）。」換言之，流質契約禁止之概念已轉為流質契約自由原則。

然而，在讓與擔保，標之物之所有權雖已移轉於債權人，但該債權人並未確定地取得標之物之所有權，如債務人於清償期屆滿仍未清償債務時，債權人仍須履行變賣標之物受償或協議以標之物取償之程序。因此，與質權之流質契約之禁止規定不同。

3. 物權法定主義違反論及其克服

有認為依舊民法第 757 條規定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」，此即為物權法定主義，其目的除在防止舊社會封建制度物權關係復活外，更要藉此達到物權公示之機能。不過應注意，新民法第 757 條已改為：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」換言之，物權法定主義已經淡化²⁶。

然而，讓與擔保之法律構造為當事人信託行為之債之關係，加上擔保標的物權利移轉之物權關係，其並非創設法律所未規定之新型擔保物權，故為判例法所創設之一種非典型之物的擔保制度，是一種習慣法上之擔保物權。因此，只要有救濟途徑以保護善意第三人，即使無公示方法存在，亦應承認其物權性。

(二) 判例或裁判承認讓與擔保之適法性

我國判例或裁判承認讓與擔保之適法性，但僅適用於不動產，茲分述如下：

1. 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，取得擔保物所有權者，為信

²⁵ 陳榮隆，前揭（註 23）文，頁 49。

²⁶ 蘇永欽，〈為什麼通則不通？—從民法典角度看物權編通則之修訂〉，法務部，新物權法的解釋與適用研討會，2009 年 5 月，頁 7。

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²⁷。

上開判例，係針對遷讓房屋之案例，該判例明白表示，並非通謀而為之虛偽意思表示。

2. 按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，為信託讓與擔保。債務人在未清償其債務前，不得片面終止信託讓與擔保關係，請求債權人返還擔保物²⁸。

上開裁判，係針對所有權移轉登記之案例。

3. 信託的讓與擔保，乃屬權利移轉型之擔保物權，即債務人為擔保其債務之清償，將擔保物所有權移轉登記於債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物之所有權，債務人如不依約清償債務時，債權人得依約定方法取償，無約定時亦得逕將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償²⁹。

上開裁判，亦係針對請求所有權移轉登記之案例。

4. 小結

我國判例或學說承認讓與擔保之適法性，關於動產，既已認可該不移轉占有之擔保，對此，民法存有漏洞。因此，不能因法律無規定，即不予保護。同樣應認為存在著法律空白，而應採取妥當之形式，以適應社會之需求。

讓與擔保流質之禁止，在於防止債權人違背利息限制之規定，如當事人本於誠實信

用訂立流質條款，達到取得擔保物所有權之相同效果，並非一概不許依其他擔保方法發生取得擔保物所有權之相同效果，讓與擔保即為此適例，當然有效。至於其他通謀虛偽意思表示論、法律規避行為論，在讓與擔保，並不違背債務人利益之保護，自無必要加以禁止。

以現階段而言，再也無人懷疑讓與擔保之有效性。如採形式論，將是一個難以解決之問題。認可讓與擔保之有效性，的確係進行實質之判斷，進行利益衡量之結果。

(三)讓與擔保之社會機能

由於傳統動產擔保物權制度，因債權人直接占有擔保標的物，而獲得法律上之保障，然因經濟快速發展，新型「不」占有動產擔保標的物方式，乃因應而生。此時又有些國家有所謂風險理論與擔保法律制度之創設，其中之信用風險，即債權風險，亦即債務人不履行債務之違約風險；讓與擔保即為最明顯之例子。在此情況下，如欲探討讓與擔保時，當然必須將「動產讓與擔保」與「不動產讓與擔保」，分開討論，尤其是我國已有動產擔保交易法時，如何看待並適用「動產讓與擔保」問題。

一般而言，讓與擔保係民法所未規定之擔保方式，其移轉標的物財產之法律外觀，易發生債權人之暴利行為，故在發展讓與擔保過程中，被冠以「通謀虛偽意思表示」、「違反物權法定主義」、「規避流質契約禁止之規定」，甚至被學者稱為「私法交易上之私生子」。

至於讓與擔保標的物，除機械器具、買

²⁷ 最高法院 70 年臺上字第 104 號判例。

²⁸ 最高法院 84 年臺上字第 808 號判決。

²⁹ 最高法院 80 年臺上字第 1813 號判決。

賣之商品、集合物等外，尚包括土地建築物等不動產以及其他各項權利、支票、股票等證券，均可為讓與標的。

然而，我國實務上讓與擔保有其階段性之發展³⁰，即抵押權說、買賣說、變相擔保說、信託的讓與擔保說，此種階段性發展史迄今，已被利用為最方便之擔保方式。

三、公示性問題

原則上，物權公示係指以一定方式確認與表現物權歸屬狀況。然而，讓與擔保是一種隱密之擔保行為，其設定不需公示，故對於相信債務人財產狀況之外觀而認為債務人有支付能力之債權人即存在著一種危險。因此，有探討讓與擔保公示性問題之必要。以下僅就讓與擔保標的之動產、不動產之公示性問題，分述如下：

(一)動產

1. 採書面成立主義：

在讓與擔保中，占有意思僅存在於雙方當事人之心，無須公示。換言之，雙方當事人經由占有改定方式取得所有權，而放棄「物權公示」。

由於讓與擔保並無如動產擔保交易法第5條：「動產擔保交易，應以書面訂立契約。非經登記，不得對抗善意第三人」之規定，在我國僅能依判例採書面成立主義。

2. 登記對抗

為使讓與擔保發揮應有之擔保功能，讓與擔保之公式方法還是登記。

我國法院實務上，雖已承認讓與擔保為

有效，但僅將讓與擔保適用於不動產。貸款者不使用動產讓與擔保，主要理由是動產讓與擔保欠缺公示方法，屬於一種隱密性之擔保權；如債務人將其占有之標的物，讓與善意第三人時，債權人無從對抗，欠缺保障。當年另外之理由為，銀行多屬公營，在某種意義上具有獨占地位，缺少競爭，由於公營之保守心態不願使用法律未明定之擔保制度，而承擔風險。迄今銀行競爭激烈，似乎仍無改變經營觀念。

多年來，街頭林立之汽車貸款當舖，標明「汽車貸款，車可使用」式之借款行為，從該「契約書」或所謂「切結書」之內容分析，再加上，債務人借款時須繳交汽車牌照等文件，以取代公示方式，可以看出具有「讓與擔保」性質。

無登記公示程序在一方面帶給讓與擔保當事人極大之便利與低成本之交易，但另一方面亦使第三人難以辨識標的物上是否存有讓與擔保，因而容易損害第三人之利益。因此，法律需要「善意取得」制度，作為平衡利益以及保障安全之手段。

(二)不動產

1. 無法為「讓與擔保」登記或「信託登記」

不動產讓與擔保，在我國，信託法³¹於1996年公布實施前，地政登記實務上並不受理以信託原因所為之權利移轉登記，而均以買賣為原因予以登記，既無法為「讓與擔保」登記，亦無法為「信託登記」，致使登記之公示與事實不符，債務人稅捐負擔沉重且設

³⁰ 同前註4。

³¹ 信託法規定於1996年1月26日。信託法第1條規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」足見信託法之信託為管理信託，而讓與擔保之信託為擔保信託，二者不同。

定風險增加，是為其弊端³²。

2. 變通方式

雖讓與擔保採取移轉所有權之外觀形式，但由於其並非真正地移轉標的物之完全所有權，亦就無必要將其做為所有權人之權利來對待，而應將讓與擔保權限制物權化，以完成其法律構成，亦即直接將讓與擔保確定為擔保物權制度之一種，而無必要將其視為一種質權或抵押權，經由其「限制物權化」之法律構成，例如清算義務，以消除當事人間之暴利行為，並保障讓與擔保當事人在內部關係中之權益平衡。同時，藉助「擔保權說」所主張之讓與擔保公示方法，再結合美國「統一商法典」（U.C.C.）之登記制度，此既可實現公示機能，又能滿足當事人之要求。讓與擔保之法律構造，學說主要有二說，即所有權之法律構成理論與擔保權之法律構成理論。

在讓與擔保之實行方面，如擔保債權已屆清償期，而債務人仍未清償債務時，擔保債權人自得實行讓與擔保，以清償債權³³。惟讓與擔保係一種物之擔保制度，擔保標的物既係由債務人直接占有，僅發生優先受償問題，已如前述，而與留置效力無關³⁴。

3. 學者見解

學者認為，因在物權法定原則之下，要「依一定方法予以公示，並經久常行而形成

習慣」，還有多少空間實不能無疑³⁵。

本文亦認為，大陸法體系並非不可容忍「物權公示原則」之例外，畢竟此種新型擔保方式本身之權利性質不會損害到原有之大陸法體系，為維護交易安全，並保護第三人權益，我國民法設有動產善意取得制度。因此，我國似乎可借鏡美國統一商法典（U.C.C.）上述之「通知登記」與「擔保物清單」做為動產讓與擔保之公示制度。

四、讓與擔保與類似概念之比較

（一）讓與擔保與信託之比較

讓與擔保之設定與信託皆須將財產進行所有權之移轉，然而，該二者仍有以下之差異：

1. 信託乃依信託之本質而設定，而讓與擔保僅限於擔保債權而設定。

2. 信託乃為委託人之利益而為管理或處分信託財產，其受託人負有濃厚之積極管理任務，相對而言，讓與擔保僅限於本人之利益而行使權利，其管理之色彩並不明顯。換言之，信託乃管理信託，而讓與擔保為擔保信託。因此，有學者認為將讓與擔保披上信託之外殼，內含擔保之血肉，而側身於非典型擔保之列，有利亦有弊³⁶，本文亦認同。

（二）讓與擔保與信託占有之比較

1. 信託占有與讓與擔保之相同點

³² 陳榮隆，前揭（註23）文，頁51。依土地登記規則第124條規定，本規則所稱土地權利信託登記（以下簡稱信託登記），係指土地權利依信託法辦理信託而為變更之登記。按土地登記規則訂於1946年10月2日，歷經多次修正，最後一次修正於2009年7月6日。實務上，我國在不動產讓與擔保仍以「預告登記」方式登記。

³³ 謝在全，《民法物權論（下冊）》，增訂2版，2003年12月，頁457。

³⁴ 劉春堂，〈動產讓與擔保之研究〉，《民商法論文集（一）》，輔大法學叢書，頁324。陳榮隆，〈讓與擔保之實行〉，《法令月刊》，51卷10期，2000年10月1日，頁381。

³⁵ 蘇永欽，〈為什麼通則不通？—從民法典角度看物權編通則之修訂〉，法務部，新物權法的解釋與適用研討會，2009年5月，頁6。

³⁶ 陳榮隆，前揭（註23）文，頁50。

我國動產擔保交易法規定，以上三種，附條件買賣與德國所有權保留類似，至於信託占有與讓與擔保較為類似³⁷。

茲比較信託占有與讓與擔保之異同如下：

信託占有既可提供標之物之所有權，作為債權之擔保³⁸，亦可依信託收據處分標之物，或將之高價出售，以便清償借款，此點剛好與讓與擔保之社會作用相符³⁹。蓋在讓與擔保，當事人間約定一種占有媒介關係（*Besitzmittlungsverhältnis*），提供擔保債務人占有並使用標之物，其在構成要件方面與信託占有有相同之處為以下幾點：

(1)均須有擔保債權之存在：

為擔保債權包括現在及將來之債權，至於債權發生之原因或種類，在所不問。

(2)均須有擔保約定之存在：

在信託占有係以「信託收據」之方式為擔保約定；此之擔保約定尚包括當事人之權利義務。

(3)均須將擔保標之物之財產移轉於債權人：

此種移轉方式，原則上以占有改定（*Besitzkonstitut*）方式移轉所有權。至於在信託占有標之物之占有移轉於信託人（即債權人），但受託人（即債務人），取得占有使用權，雙方當事人亦以「占有改定」取代交付方式，此種移轉之物權行為與債權行為互

相獨立。

(4)擔保債權人對標之物均有優先受償權：

讓與擔保係一種擔保權，如債務人到期不清償債務時，擔保債權人可終止擔保約定，就該標之物拍賣，於賣得價金優先於一般債權人而受償⁴⁰。在信託占有對於標之物亦有優先受償權。

(5)提供擔保債務人均得就標之物使用收益：

如提供擔保債務人不須使用收益標之物，則大可不必設定「讓與擔保」，僅設定動產質權擔保即可，債務人使用收益之法律關係，是為租賃，或為使用借貸均無不可。此種擔保債務人之占有使用收益擔保標之物為讓與擔保之一般要件，而非特別要件（*westliche Bestandteil*）⁴¹。

大體言之，信託收據法律關係之要件已具備讓與擔保法律關係之要件，兩者之構成要件大致相當，惟信託占有有於信託收據之簽訂，受託人不但占有標之物，甚至可處分標之物；而讓與擔保在其延長型之發展，常與所有權保留與債權讓與擔保緊密連在一起⁴²。因此，信託占有與讓與擔保二者之法律結構雖很相似，但信託占有之功能較窄，絕非可替代讓與擔保所擔保之債權。

2. 信託占有與讓與擔保相異點

(1) 法律之適用

³⁷ 吳光明，前揭（註2）文，第二章讓與擔保與信託占有之區別，頁7-28。

³⁸ 吳光明，〈第十章不占有之動產擔保〉，《民法系列—動產所有權》，三民書局，頁121、122。

³⁹ 史尚寬，《民法物權》，自版，1979年5月，頁383。

⁴⁰ 此點即為讓與擔保之經濟目的，已如前述。參閱王廷懋，《動產擔保交易法實務問題研究》，金融人員研究中心，1991年8月，頁23、24。

⁴¹ 王輔仁，《信託占有之研究》，嘉新水泥，1975年8月，頁151。

⁴² 吳光明，前揭（註2）文，第三章第四節第三項有關「新概念體系之構成」之見解；另參閱吳光明，《德國法上讓與擔保與所有權保留之研究》，專上圖書，1990年12月，頁129。

信託占有原則上適用動產擔保交易法之規定，如該法無規定，適用民法及其他法律之規定（參閱動產擔保交易法第 32 條規定）。讓與擔保為法律尚未規定之擔保物權，依民法第 1 條之規定。

(2) 標的物

信託占有之標的物，限於行政院依動產擔保交易法第 4 條與動產擔保交易法施行細則第 2 條所規定之動產。讓與擔保之標的物，通常包括動產不動產，並無如信託占有之特別限制。

(3) 形式要件

信託占有須依規定訂立書面之信託收據，始能成立，且經登記者，得對抗善意第三人，排除民法上動產善意取得之適用。讓與擔保並無訂立書面契約，始能成立問題，亦無登記得對抗善意第三人問題。換言之，其不做成書面之形式，仍然有效⁴³。

(4) 契約性質

信託占有係債權與擔保物權同時成立之複合契約⁴⁴，信託占有有所保留之所有權，具有所有權及擔保權之雙重性質與功能，於債務人違約時，信託人得依所有權之作用，逕取回標的物，然必須實行擔保程序，予以拍賣，清償債權。讓與擔保係單純之物權擔保契約，於債務人逾期未清償債務時，債權人雖為名義上之擔保物所有權人，仍應實行擔保程序，出賣擔保物，優先清償。

(5) 債權之實行

在信託占有，於受託人不照約定清償債

務或為其他違反義務之行為時，信託人得依動產交易法第 34 條之規定取回占有標的物，此種「取回權」可以占有改定之讓與擔保下，實行擔保物所有權之程序來解釋。然此種逕行取回標的物之行為，仍必須依擔保程序，予以拍賣，清償債權後，如有剩餘，應返還債務人。

在讓與擔保中，擔保債權人對標的物可依「擔保約定」有自行拍賣權（*Verwertungsrecht*）實行擔保物所有權之程序；如無「擔保約定」時，可適用動產質權有關之規定。

(6) 擔保標的物所有權之返還

由於信託收據通常會約定：「茲確認在未依該約定清償前項債務或依本信託收據約定條款處分標的物，而以價款交付實行前，該項標的物之所有權仍屬貴行所有」⁴⁵，其反面解釋即係約定以「清償債務」為信託收據之解除條件，故條件成就時，該法律行為即失其效力，則其標的物所有權自動地返還於受託人。

在讓與擔保中，擔保債權人於債權受清償時，必須再度將標的物轉讓，以返還所有權，此亦即擔保債務人之債法上回復移轉請求權（*Rückübertragungsanspruch*）⁴⁶，在解除條件時，其條件成就前，擔保債權人仍應視為自主占有人⁴⁷，惟讓與擔保中亦有例外情形，當事人事先約定，債權之存續為所有權讓與之解除條件，則債權消滅時，所有權可自動返還於擔保債務人。

(7) 擔保債權人對標的物之處分：

⁴³ 吳光明，前揭（註 2）文，第八章有關「立法政策之檢討—改革之考慮」之見解。

⁴⁴ 謝哲勝，〈第五章特殊擔保物權〉，《民法物權》，三民書局，2007 年 9 月，頁 387。

⁴⁵ 吳光明，前揭（註 2）文，第二章有關「彰化銀行所印妥之信託收據條文」，頁 17。

⁴⁶ Pottschmidt/Rohr, *Kreditcherungsrecht* 3.S.186. 轉引自吳光明，前揭（註 2）文，頁 204。

⁴⁷ Rolf Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band II, S.137. 轉引自吳光明，前揭（註 2）文，頁 24。

在信託占有信託人僅可轉讓其債權於第三人，而須保有擔保標的物之所有權。在讓與擔保，因為擔保債權人已取得標的物之所有權，當然可對擔保權有效處分，故不適用民法一般擔保權之「不可分性」與「從屬性」⁴⁸。

(8)是否刑罰之規定

我國舊動產擔保交易法第 38、39 條規定，債務人意圖不法之利益，或故意損害債權時，處以刑法，信託占有亦適用之；不過新動產擔保交易法已刪除第 38 條至 41 條條文及第五章章名等。而讓與擔保則自始至終均無刑罰之規定。

肆、不占有動產擔保比較法之觀察

一、英國之「浮動抵押」

(一)「浮動抵押」之意義、註冊制度與優先權問題

1. 意義

英國之「浮動抵押」為英國衡平法所認之制度⁴⁹。「浮動抵押」主要是一種以債務人現有及將來可取得之整體財產或某一類財產，為債務人設定物權擔保，作為最終之還款保證。此種擔保物之資產可包括：存貨、應收帳款、投資證券、未來資產以及其他類似之資產。

「浮動抵押」之特色係債務人違約時，債權人可經由接管人（Receiver）之介入，為債權人本身之利益繼續經營整個業務。

2. 註冊制度

英國適用於「浮動抵押」之註冊制度，係由政府部門之「公司註冊處（Companies Registry）」所設定之全國性中央註冊系統依

英國 1985 年公司法（Companies Act）加以運作。

3. 優先權問題

「浮動抵押」之特殊性質係在其被固定而變成固定抵押前，其浮動在債務人現在及將來所抵押之財產上，而債務人可照常營業，並在經常營業情況下，隨意處置浮動抵押下之抵押物。

「浮動抵押」相對其他擔保權益之優先權問題，係取決於下列二個因素：1. 其他擔保權之類別；2. 其他擔保權益人對浮動抵押之限制是否知情。因此，如第三人並非在債務人正常營業下，取得浮動抵押之財產所有權或擔保權益，則浮動抵押權人之擔保權益比第三人優先。

(二)我國對「浮動抵押」之移植問題

「浮動抵押」本是英國衡平法之產物，為適用現代工商強便捷之融資需要，充分發揮衡平法權利之柔性，故其權利客體可不受限制地變換，直至確定為止，但大陸法系不具如此柔性之權利。

此外，「浮動抵押」具有不確定性與相對性，絕不見容於大陸法系之債權與物權兩分之權利體系。而我國舊動產擔保交易法第 41 條原規定：「本法施行前已依工礦抵押法設立之工礦財團抵押權，於本法施行後，其不動產部份，依民法不動產抵押權之規定；其動產部份，依本法動產抵押權之規定。」由於自 1965 年施行迄今，已四十年，而本法施行前依工礦抵押法設立之工礦財團抵押權，現今已不再存續，爰予刪除，以符實際⁵⁰。因此，在此「浮動抵押」制度移植於我國之

⁴⁸ 吳光明，〈德國法讓與擔保從屬性替代之研究〉，《中興法學》，33 期，頁 333-343。

⁴⁹ 史尚寬，前揭（註 30）書，頁 298。

⁵⁰ 2007 年 7 月 11 日動產擔保交易法第 41 條刪除理由。

前，應先有充分之理論準備，通盤考慮與完整規劃。

二、美國統一商法典第九章之「擔保交易」(Secured Transactions)

(一)沿革、特色與適用範圍

1. 沿革

美國在 1952 年之前分別規定之「統一動產抵押法」、「統一附條件買賣法」、「統一信託收據法」後，逾 1998 年制訂有「統一商法典」(Uniform Commercial Code, 簡稱 U.C.C.)⁵¹，在第九章以統一之「擔保利益」代替上述三個單行法⁵²。

「統一商法典」必須由各州分別經過立法程序來接納該法典成為當地法律。該法典公布後，於 1999 年及 2000 年分別小幅修改。

2. 特色

美國「統一商法典」第九章最大特點之一係其創設「擔保利益」(Security Interest)之概念，並將擔保權益作為一個整體進行規範。根據美國「統一商法典」，「擔保利益」係指存於動產或不動產附屬物上之擔保清償款項或履行某種義務之利益。

至於「擔保利益」有以下二種特色：

第一、除非債務人違約，否則擔保權人無權處分相關擔保物。

第二、儘管債務人違約不履行債務，受擔保權人處分擔保物之目的僅能作為清償債務人所欠款項，債權人不能在變賣擔保物所

得清償債務人款項後，將剩餘財產歸於己有，而必須將這些剩餘款項交還債務人。

此外，該法被重新修訂，只有占有或登記(filing)才算完成(perfect)，從而具有對抗效力。而登記，既可登記擔保協議，亦可登記金融報告。

3. 適用範圍

美國統一商法典第九章之適用範圍包括：

(1)任何經由契約在動產或不動產附屬物設定擔保利益之任何形式交易。

(2)債務之帳單、動產契據、無形資產或承兌票據之買賣，包括這些動產契據等買賣而設定之擔保交易。

(3)寄賣及其他等。

(二)我國對「統一商法典」之移植問題

美國「統一商法典」第九章是一套非常出色與詳細之動產擔保之成文法律，對於英美法系與大陸法系國家產生非常廣泛與深刻之影響。然而，該法律之先進與複雜，仍須其他更加完善之配套制度，以資配合。

三、德國之動產讓與擔保

德國法院對於讓與擔保之態度，經歷了否定、萌芽以及認可階段等歷程。在德國，讓與擔保(Sicherungsübereignung)主要是動產，此與德國整個擔保制度體系有關⁵³。

在動產讓與擔保中，分為兩大類：亦即固定之動產與流動之動產。動產應以占有改定方式移轉標的物所有權，否則在「不」占

⁵¹ 吳光明，〈從美國 U.C.C. 第九章之 Secured Transactions 看讓與擔保〉，《中興法學》，第 33 期，1992 年 4 月，頁 343。

⁵² 吳光明，前揭（註 2）文，我國動產讓與擔保制度之研究，美德兩國與我國現行制度之探討，1992 年，頁 209。

⁵³ 蓋德國不動產讓與擔保中已有抵押權擔保、土地債務擔保、定期金擔保等擔保方式，而上述各種擔保方式均可滿足債務人對不動產擔保物之使用收益權；而且不動產讓與擔保之設定必須經過公示，並繳納不動產取得稅等，故德國實務上並無不動產讓與擔保之需求。

有動產擔保中，讓與擔保將無法生效。

有關動產讓與擔保，較為複雜，其實，外國人對於德國動產讓與擔保，並無公示制度，但允許對抗第三人感到奇怪。然而，德國理論實務界很能適應設定動產讓與擔保之不公開發性，已如前述。

至於集合物之讓與擔保中之集合動產包括庫存商品與企業財產，如工廠中之機器、設備等，其特色是流動性大，不易固定其價值。德國法規定集合動產可成為讓與擔保之標的物，明顯是突破傳統擔保法中之「一物一權」之規定⁵⁴，有利於企業之經營活動。

由於集合物之讓與擔保牽涉更廣⁵⁵，限於篇幅，茲不贅述⁵⁶。至於其是否適宜移植至我國問題，仍有待觀察。

伍、我國不占有動產擔保之省思

一、引入英國浮動抵押之可能性

在傳統之物權理論上，為確定物權客體範圍，易於公示，保障交易安全，而訂立「一物一權原則」。當債務人為辦理融資而以其財產作為抵押時，必須將其財產分別列出，就單獨之各個財產逐一成立一擔保權。

由於我國民法以大陸法系為本，而動產擔保交易法卻繼受美國法之若干法律概念，例如有關「動產物權變動之公示原則」、「所有權分為形式所有權與實質所有權」、「擔保權為從權利原則」、「所有權與擔保權內涵劃分」等概念，導致發生解釋適用上之困

難或混亂。因此，我國動產擔保交易法引入浮動抵押，並非妥適。

二、引入美國「統一商法典」第九章之可能性

美國「統一商法典」第九章對世界各國影響深遠，但我國動產擔保交易法中，有動產抵押、附條件買賣，信託占有等，對不占有動產擔保而言，仍保持相當之靈活性。因此，現階段不可能將美國「統一商法典」第九章之繁複法律直接移植過來，但可將之作為補充我國實務上判決仿照讓與擔保之不足與漏洞，使我國不占有動產擔保更加完善。

三、讓與擔保之發展空間

由於讓與擔保之特色，在某種程度上彌補傳統質權與抵押權一些不足之處，適應市場經濟對擔保方式之新需求。然而，讓與擔保本身亦有一些弊端存在。以德國市場條件與法律架構下，讓與擔保制度之優勢非常明顯，且德國不斷地以法律技術發展並建立完善之讓與擔保制度，並克服其自身之弊端。

以我國而言，在不動產讓與擔保，無法登記「讓與擔保」；在動產讓與擔保，又沿襲美國，於1963年制訂動產擔保交易法，則除調和該法與讓與擔保二者間之法律關係外，更應注意保護當事人之契約自由、保障讓與擔保契約當事人之權益均衡，包括擔保標的物毀損或滅失之責任承擔、期限利益喪失約款問題、讓與擔保實行之方式等問題。

⁵⁴ 有關一物一權之相關討論，請參閱吳光明，〈第1章物權概論〉，《新物權法論》，三民書局，2009年9月，頁14-17。

⁵⁵ 吳光明，前揭（註43）書，頁70；另請參閱吳光明，〈德國法上讓與擔保晚近發展之借鏡與省思〉，99年度國科會研究計畫，NSC 98-2410-H-030-040。

⁵⁶ 有關德國法上集合動產之讓與擔保之進一步討論，請參閱 Rolf. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II, Heidelberg, 1965, s 151-153.

總之，讓與擔保制度係為因應社會制度需求而為判例與學說所發展出一種非典型擔保制度，其理論迄今仍在德日等國繼續發展。此制度之創設，欲達盡善盡美，並為實務所利用，首先必須建立完整之理論基礎。因此，讓與擔保法律構成，有效性之承認，讓與擔保之設定，法律性質之定位，讓與擔保公示性問題，當事人間內外部法律關係之理論，即為大陸法系國家判例與學說所爭論之重點。我國未來讓與擔保制度，在抽象概念或具體制度方面，均有相當廣闊之發展空間。

回顧臺灣動產讓與擔保制度變遷之五個階段⁵⁷，茲分述如下：

第一階段，繼受歐陸法前固有之動產擔保。

第二階段，因應我國社會激變而全面繼受歐陸法制，產生之民法上之占有質權。

第三階段，由於工商社會發達經濟生活之進步，使占有質權制度顯現缺陷，而由特殊抵押及從物抵押之構想已部分地解決占有質權之缺陷時期。

第四階段，仿照美國法制，施行動產擔保交易法，並採用動產抵押、附條件買賣與信託占有，以「全面」解決占有質權之缺陷時期。

第五階段，因社會情勢再度變遷，經濟生活進步神速，產生大陸法係之讓與擔保。

前三階段，顯示法律對社會變遷之因應，後二階段，除促進社會繁榮外，亦造成法律之混淆。

陸、結 論

在多數大陸法系國家，新型「不」占有

動產擔保均在「民法典」之外，以特別法方式規定。我國動產擔保交易法沿襲於美國1952年之前所定之「美國統一動產抵押法」、「美國統一附條件買賣法」、「美國統一信託收據法」。此後，美國制訂「統一商法典」，其中第九章之「擔保交易」取代上述三個單行法。

至於我國「不」占有動產擔保，除在不同法系制度理念之間發生衝突外，必須更多考慮利益平衡關係，動產擔保交易法實施迄今，在行政機關大力配合下，並無困難。然而，要進一步移植英國之「浮動抵押」，或美國統一商法典第九章之「擔保交易」，尚有諸多困難待克服。

另外，在德國讓與擔保方面，十五年前，為期對動產讓與擔保制度之整體系有所助益，曾提出幾點淺見，包括：(1)社會經濟變遷影響法律發展。(2)法律發展引起新法律爭論。(3)將來讓與擔保概念體系構成之發展方向。(4)我國動產擔保制度之立法建議⁵⁸。

這十五年來，社會經濟變遷雖還是有一些微之變遷，而讓與擔保之判例學說，並未改變，其大致仍區分為所有權構成與擔保權構成，已如前述。

然而，如不遷就讓與擔保之讓與形式，而從讓與擔保之擔保實質而言，基於現實之需要，將讓與擔保轉化成擔保物權制度，係讓與擔保法律構成之未來發展趨勢。

另一方面，讓與擔保制度理論最重要者，包括讓與擔保之法律構成及保障該構成實現之清算制度理論、讓與擔保之公示方法理論以及讓與擔保權作為定限物權之內外部效力理論。

⁵⁷ 吳光明，前揭（註2）文，第九章有關「結論」之見解，頁203。

⁵⁸ 吳光明，前揭（註2）文，第九章有關「結論」之見解，頁207。

事實上，上述諸問題，正好是解決當事人間、當事人與一般第三人、當事人與各自之第三人債權人間之關係。一面保護當事人之契約自由之同時，更應顧及正確認定讓與擔保貸款契約之主體，並保障讓與擔保契約當事人之權益均衡。

德國法律實務人員利用其悠久之歷史傳統，援用作為擔保之所有權移轉。此種為擔保之所有權移轉，所產生之效益，亦不同於一般動產質權。此外，一般動產質權必然具有從屬性，此種缺點，在讓與擔保均無。

由於在研究德國讓與擔保制度下，再來檢視我國繼受美國而制定動產擔保交易法後，我國學者對此意見相當不一致，有認為動產讓與擔保正可彌補典型擔保制度之缺失，適應現代商業活動之需要，應儘早立法規範⁵⁹；有認為動產讓與擔保在我國並無存在價值⁶⁰；亦有主張增列「融租性租賃」⁶¹（financing lease）；還有，又有主張增列「浮動抵押」⁶²，然其是否適合我國現時之情況，引入此制度與我國現有動產擔保交易法是否有衝突，均值得進一步分析討論。

總之，制度移植之要求可能來自法律界之外，而可能有各式各樣之動機，但制度移植歸根究底是一個法律問題，制度移植能否成功取決於法律本身。任何人均可基於任何理由提出制度移植問題，但僅有法律學者與實務界人士，能加以理論之分析與考察，作

出是否必要與可行之回答。

因此，本文對於我國「不占有動產擔保」一如十五年前之觀點，還是認為，質權為民法典核心部分，如欲改革「不占有質權」時，仍應歸納於民法之內，一併制度化，如將質權抽出放在特別法典，亦太可惜。而在讓與擔保改革考慮中，除對「貸款保險」之建立詳加檢討外，如何從傳統物權類型主義，加上我國繼受美國之動產擔保交易法後，配合新登記制度之設計，以理論完整性為出發點，融合德國動產讓與擔保制度，在實務運用之際應避免其弊害，以求圓滿解決，並規劃完整之動產擔保制度。但如不能融合，則應繼續以判例與學說方式，解決其法律爭論，才能使讓與擔保繼續保持彈性運用。

⁵⁹ 謝在全，前揭（註33）書，頁455。

⁶⁰ 劉春堂，〈動產讓與擔保之研究〉，《民商法論集（一）》，頁303。

⁶¹ 呂榮海、楊盤江合著，前揭（註4）書，頁34；該書第五章，主張增列「融租性租賃，以救法制之窮」。然本文認為，融租性租賃是一種同時具備買賣、租賃、借貸三種契約特徵與各自部分之功能，但又與上述三者完全不同之獨立契約形式，係一種完全新型之法律關係，但並不列入動產擔保交易法。

⁶² 有認為應從浮動抵押的角度去解釋現行法；請參閱謝哲勝，〈採行浮動抵押的必要性與可行性〉，臺灣財產法暨經濟法研究協會，2009年6月，頁22。

參考文獻

一、書籍

1. 吳光明，〈多元文化與訴訟外解決糾紛機制〉，《仲裁理論與判決研究》，翰蘆圖書出版，2004 年 11 月。
2. 呂榮海、楊盤江合著，《契約類型·信託行為》，蔚理法律，1989 年，2 版。
3. 王廷懋，《動產擔保交易法實務問題研究》，金融人員研究訓練中心，1991 年 8 月，初版。
4. 王廷懋，《動產擔保交易法裁判解釋法令規章彙編》，財團法人金融人員研究訓練中心，1991 年元月，4 版。
5. 周林彬，《物權法新論—從法律經濟分析的觀點》，北京大學出版社，2 版，2002 年 3 月。
6. 謝在全，《民法物權論（下冊）》，增訂 2 版，2003 年 12 月。
7. 史尚寬，《民法物權》，自版，1979 年 5 月。
8. 王輔仁，《信託占有之研究》，嘉新水泥，1975 年 8 月。
9. 吳光明，《德國法上讓與擔保與所有權保留之研究》，專上圖書，1990 年 12 月。
10. 謝哲勝，《民法物權》，三民書局，2007 年 9 月。
11. 吳光明，《新物權法論》，三民書局，2009 年 9 月。
12. 《臺灣高等法院民事裁判書彙編》，92 年版，2003 年 12 月 16 日。
13. 劉春堂，〈動產讓與擔保之研究〉，《民商法論集（一）》。
14. 臺灣桃園地方法院 87 年度壢簡字第 488 號，1999 年 1 月 25 日，《臺灣桃園地方法院刑事裁判書彙編（第一冊）》，1999 年版。
15. 財政部臺財錢字第 20594 號，1975 年 10 月 17 日，《金融業務法規輯要（下冊）》，1990 年 3 月版。

二、期刊論文

1. 吳光明，〈第 30 章動產讓與擔保〉，《新物權法論》，三民書局，2009 年 9 月。
2. 吳光明，〈動產讓與擔保制度之研究—美德兩國與我國現行制度之探討〉，《臺灣大學法學博士論文》，1992 年 9 月。
3. 吳光明，〈動產讓與擔保制度之研究—德國與我國現行制度之探討〉，《月旦法學雜誌》，95 期，2003 年 4 月。
4. 李佳玲，〈動產擔保交易法施行四十年之檢證—兼論車輛擔保實務〉，《臺大法學碩士論文》，2004 年 1 月。
5. 陳榮隆，〈讓與擔保之借殼信託契約〉，《月旦法學》，第 27 期，1997。
6. 陳聰富，〈虛偽意思表示隱藏讓與擔保〉，《月旦法學》，第 77 期，2001。
7. 蘇永欽，〈為什麼通則不通？—從民法典角度看物權編通則之修訂〉，法務部，新物權法的解釋與適用研討會，2009 年 5 月。
8. 劉春堂，〈動產讓與擔保之研究〉，《民商法論文集（一）》，輔大法學叢書。
9. 陳榮隆，〈讓與擔保之實行〉，《法令月刊》，51 卷 10 期，2000 年 10 月 1 日。
10. 吳光明，〈第十章不占有之動產擔保〉，《民法系列—動產所有權》，三民書局。
11. 吳光明，〈德國法讓與擔保從屬性替代之研究〉，《中興法學》，33 期。
12. 吳光明，〈從美國 U.C.C. 第九意之 Secured Transactions 看讓與擔保〉，《中興法學》，第 33 期，1992 年 4 月。

三、判決（例）

1. 最高法院 85 年度臺上字第 2230 號判決。
2. 最高法院 70 年臺上字第 104 號判例。
3. 高法院 84 年臺上字第 808 號判決。
4. 最高法院 80 年臺上字第 1813 號判決。
5. 最高法院 76 年度臺上字第 1230 號判決。
6. 最高法院 94 年度臺上字第 1393 號判決。