



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

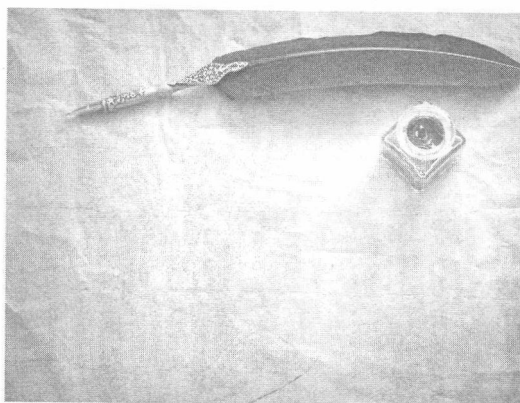
VOL.1

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.zgfzs.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，激荡中迸出火花，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

让与担保概说^①

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^①。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^②。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 陈荣隆前揭《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，而无需清偿之债务者有别。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）^①。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^②。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^①，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^②。

（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，可依私实行程序为之，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 with 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^①。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，双方当事人故意不符真意之表示，欠缺效果意思者不同，故让与担保非通谋虚伪意思表示^②。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^③，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 “七十四上一〇四”（判例之基本事实，司二三、五、三六），“七十四上二二〇七”（司二八、二、四六），“七十四上二七二”（司二七、五、十六）。许惠佑著，“不动产让与担保与买卖契约”（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（见四官和夫前掲书第 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^①，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^②。

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为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^③，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，当事人之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，至当事人之间之内部关系上，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之间之内部关系上，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之间之法律关系，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）。