違反流抵契約清算義務之法律效果
——評臺灣高等法院103年度重上字第325號判決

陳炫宇*

壹、問題之提出

我國在民國96年增訂民法第873條之1規定，宣示在法律上明文承認流抵契約之存在，亦解決過去流抵契約是否有效的爭議。且立法者為保障流抵契約之抵押人，要求流抵契約之抵押權人須盡清算義務。然流抵契約雖已規範於民法，但民法僅有1個條文為規範。流抵契約當事人間的法律關係，勢必須透過民法債權編相關規定加以補充。在民法增訂多年後，我國法院首度就流抵契約清算義務的法律效果發表意見。臺灣高等法院103年度重上字第325號判決認為，抵押權人若未履行清算義務，抵押人得主張民法第264條同時履行抗辯權，拒絕移轉登記抵押物所有權與抵押權人。因此本文透過該判決案例事實的分析，藉此機會就流抵契約之清算義務為一釐清。

貳、案例事實與判決要旨

一、案例事實

江○藏（下稱甲）與訴外人劉○賓（下稱乙）於民國102 年3月1日連帶向竹家有限公司（下稱丙）借款新臺幣（下同）1億2千萬元（下稱系爭借款），約定借款期限至同年5月31日止，並提供甲乙共有房地（下稱A房地）予丙設定第一順位擔保債權額1億8千萬元之最高限額抵押權，且附有流抵之約定。甲乙同時將系爭抵押物移轉登記所需印鑑交予丙，並簽署同意書予丙，表明針對系爭借款，其等所提供之A房地於設定抵押權後辦理信託移轉登記予丙指定之第三人。於民國102年3月13日以信託為原因，移轉登記予訴外人巨盟資產管理有限公司（下稱丁公司），嗣於同年6月11日塗銷信託，在借款清償其屆至後，將系爭抵押物所有權於同年6月19日以買賣為原因，移轉登記於丙。而系爭抵押物現由甲出租於戊，丙既為系爭抵押物所有權人，起訴請求甲返還系爭抵押物。

甲在一審程序中未出庭抗辯，因此一審臺北地方法院為一造辯論判決，判決丙勝訴，丙得請求甲返還系爭抵押物。甲向二審臺灣高等法院提起上訴，主張丙未盡民法第873條之1第2項清算義務，其得行使民法第264條同時履行抗辯權拒絕返還系爭抵押物。

*本文作者係臺灣大學法律系博士生、政治大學風險管理與保險學研究所法律組博士生、執業律師

二、判決要旨

由於訴訟雙方在一審程序未提出實質的攻擊防禦方法，僅就二審法院理由為分段敘述：

（一）流抵契約所約定之清償期屆至，系爭抵押物所有權即歸抵押權人所有

「上訴人（甲）及劉○賓（乙）向被上訴人（丙）借用系爭借款，除提供系爭抵押物予被上訴人設定最高限額抵押權外，雙方另為流抵之約定，即上訴人與劉○賓如屆期未清償該筆借款債務，系爭抵押物之所有權即移屬被上訴人，此項流抵契約並經辦妥登記，此觀諸系爭房地之登記謄本即明。」

（二）於本案情形，抵押人無法及時主張同時履行抗辯權

「兩造係在借款當時，即一併在辦理信託、塗銷信託、因流抵而移轉登記系爭抵押物所有權之相關過戶契據上用印，並由被上訴人保管相關文件，嗣於上訴人及劉峰賓在系爭借款之清償期屆至而未依約還款時，由被上訴人自行持已用印完成之相關契據辦理所有權移轉登記手續，是上訴人顯然無法在被上訴人盡清算義務前，及時主張同時履行抗辯權以阻止被上訴人取得系爭抵押物之所有權。」

（三）抵押人得以抵押權人未盡清算義務為由，行使同時履行抗辯權

「被上訴人自行將系爭抵押物之所有權移轉登記至其名下時，確實未就系爭抵押物之價值與其債權數額進行清算，以確認抵押物之價值究竟高於或低於抵押債權額，及兩造有無另行找補之必要。而細觀上訴人及劉○賓針對流抵契約出具之同意書中，並未言及被上訴人在進行流抵時，得不盡清算義務，益證被上訴人未經清算即自行將系爭抵押物所有權移轉登記於己名下，**顯有可能致上訴人之權益受損，是被上訴人之作法實屬可議**。流抵契約之實行，本質上為抵押人以將抵押物所有權移屬於抵押權人之方式，作為清償抵押債務之方法，抵押人除負使抵押權人取得抵押物所有權之義務外，自亦負有將抵押物交付予抵押權人之責，俾抵押權人得取得抵押物完整之使用收益處分權限。**是抵押人所負移轉抵押物所有權及交付抵押物之義務，均與抵押權人應負之清算義務，立於對待給付關係**。本件被上訴人在實行流抵契約前並未盡清算義務，已如前述，雖系爭抵押物之所有權已移轉登記於被上訴人名下，依上說明，在上訴人交付系爭抵押物中之系爭房地予被上訴人前，仍應容許上訴人主張同時履行抗辯權，以維權益。是上訴人以被上訴人未盡清算義務為由，主張同時履行抗辯權拒絕點交系爭房地，核屬有據。」

（四）抵押人可行使同時履行抗辯權，其占有系爭抵押物非無權占有，不得依民法第767條請求返還

「按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之，民法第767項第1項定有明文。查被上訴人雖已依系爭流抵契約取得系爭抵押物之所有權，但因其未盡清算義務，上訴人得主張同時履行抗辯權，拒絕點交系爭抵押物，前已詳論，是上訴人繼續占有使用系爭房地，即非無權占有，則被上訴人依前開規定請求上訴人騰空遷讓並交付系爭房地，

要非有理。」

參、流抵契約沿革與內容

流抵契約又稱流押契約[1]、流質契約[2]或絕押契約[3]，在民國96年增訂民法第873條之1時，立法理由採用流抵契約用語，因此本文以下皆以流抵契約指稱民法873條之1所規範之契約類型。而流抵契約之型態，在民國96年增訂民法第873條之1前，於擔保實務上即已存在，只不過民法未承認其合法性。為何民國18年的民法立法者否認流抵契約之合法性？而民國96年的民法立法者承認其合法性？因此有必要從流抵契約存廢論開始談起。又我國立法者在民國96年增訂民法第873條之1規定後，流抵契約應如何解釋？此亦與流抵契約存廢論關係頗深。故本文以下就流抵契約存廢論、性質及清算義務等依序為說明。

一、流抵契約存廢論

我國修正前民法第873條第2項規定：「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，其約定為無效。」其明文禁止流抵契約之存在，然當時學說對於流抵契約之存否有不同見解：

（一）否定說

否定說見解主要從立法理由、抵押權性質與外國立法例出發，肯定當時我國民法禁止流抵契約之存在。

1.立法理由

修正前民法第873條第2項立法理由為：「謹按約定債權已屆清償期，而債務人不為清償時，以抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，則為法所不許，縱有約定，亦屬無效。故設本條以明示其旨。」其未說明為何禁止流抵契約[4]，而最高法院40年台上字第766號判例則說明其立法意旨係在保護債務人，避免其因一時之急迫而蒙重大之不利。至於流抵契約如何使債務人陷於不利狀態？有謂若抵押物價值高於擔保債權金額時，允許抵押權人取得抵押物所有權，將使債務人支付重利[5]。或有謂若允許訂立借貸契約時，抵押權人得約定清償期屆至，抵押物歸其所有，將使金融機構爭相仿效此一約定[6]，對於債務人頗為不利。

註1：採流押契約用語者，如謝哲勝教授，參見謝哲勝，〈流質（押）契約自由與限制〉，《臺灣本土法學雜誌》，73期，2005年8月，頁76。

註2：採流質契約用語者，如陳榮隆教授，參見陳榮隆，〈讓與擔保之法律構造—最高法院九十一年度台上字第一一八〇號判例評析〉，《月旦法學雜誌》，96期，2003年5月，頁214。

註3：採絕押契約用語者，如蔡明誠教授，參見蔡明誠，〈絕押契約禁止之問題〉，《臺灣本土法學雜誌》，21期，2001年4月，頁146。

註4：程才芳，〈流抵及流質契約之解禁－九六年三月五日民法修正第八七三條之一及第八九三條第二項規定之評析〉，《臺灣法學雜誌》，134期，2009年8月，頁3。

註5：黃右昌，《民法詮解物權編（下）》，1977年1月，頁57。

註6：蔡明誠，同註3，頁147。在日本擔保實務上，銀行借款契約不會附有流抵條款，而係一般民間借貸業者於借貸時附有流抵條款情形較為普遍。參見米倉明，〈抵当不動産における代物弁済の予約—

2.與抵押權之性質不符

有認為抵押權係價值權，基於其價值權的特性，抵押權不占有標的物所有權，而係以標的物之交換價值擔保債權之實現。而流抵契約既未經法院拍賣程序，亦未在清償期屆至後，由抵押權人與債務人訂立抵押物買賣契約以實現債權。於清償期屆至，即將抵押物所有權自動移轉於抵押權人，有違抵押權屬於價值權之本質[7]。因此流抵契約非屬抵押權，卻發生物權變動之效力，違反物權法定主義，不應予以承認之。

3.外國立法例

有認修正前民法第873條第2項規定係仿照德國民法第1149條所制定[8]，德國民法第1149條規定：「債權清償期屆至前，所有人不能為清償債務，而允予債權人請求移轉土地所有權之權利，或以強制執行之方法變賣土地。」[9]其民法禁止流抵契約，同時禁止私人執行抵押物以實現其債權。此觀德國民法第1147條規定：「債權人應經由強制執行，從土地及抵押權效力所及之標的物受清償。」[10]然而我國最高法院59年台上字第2353號判例[11]卻認為，債務人與抵押權人在清償期屆至後訂立抵押物買賣契約，並不違反修正前民法第873條第2項禁止流抵契約規定，明確承認債權人得私人執行抵押物以實現其債權，顯然與德國民法規定不同。因此其建議保留禁止流抵契約規定，並更完善保護債務人，仿照德國民法第1147條規定，增訂禁止私人執行[12]。

（二）肯定說

修正前民法第873條第2項規定雖禁止流抵契約存在，但當時民法物權編修正草案與學說皆肯定流抵契約之合法性，惟其方向略有不同，以下分為部分肯定說與全面肯定說為介紹：

1.部分肯定說

此說認為修正前民法第873條第2項規定禁止流抵契約之理由，確實有值得深思之處，因此係有前提的肯定流抵契約存在。民法物

代物弁済の予約と抵当権実行及び債務者による物件保留の可能性〉，《担保法の研究》，1997年1月，頁258。

註7：姚瑞光，《民法物權》，1999年10月，頁258。

註8：黃鈺惠，〈流抵契約登記必要性之探討〉，《全國律師》，17卷6期，2013年6月，頁88。

註9：原文為Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken. 翻譯自黃鈺惠，同註8，頁88。

註10：原文為Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung.翻譯自黃鈺惠，同註8，頁88。

註11：最高法院59年台上字第2353號判例：「兩造所訂擔保借款契約，倘係設定抵押權性質，則抵押權人為受清償，亦僅得於債權清償期屆滿後，與抵押人訂立取得抵押物所有權之契約。茲兩造在清償期未屆滿前，預為債務人如屆期未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人之約定，難謂非民法第八百七十三條第二項所規定之流質契約。」

註12：蔡明誠，同註3，頁147。

權編第二次修正草案第873條之1第1項規定，即體現部分肯定說之想法。該條第1項規定：「約定於債權已屆清償期。而未清償時，抵押物之所有權，移轉於抵押權人者，其約定無效。但約定抵押權人負有清算義務者，不在此限。」其原則上否定流抵契約之合法性，但若流抵契約附有抵押權人清算義務者，例外有效。此從該項修正說明，更能觀察其端倪，其謂：「本條為配合條文內容有關流抵條款之相對禁止規定，……謹按約定債權已屆清償期，而債務人不為清償時，以抵押物之所有權，移屬於抵押權人者，則為法所不許，惟該流抵約款訂有清算之約定者，該約款則例外為有效。此乃因本項約定，僅放寬流抵約款之限制，故約定抵押權人負有清算義務時，應計算抵押物之價值，使流抵約款不致對債務人不利或使其陷於困窘之情形，故上開約款在抵押權人附有清算義務時，始為有效……」[13]

2.全面肯定說

此說認為修正前民法第873條第2項規定並無存在之必要，刪除該項規定，回歸契約自由即可[14]。其提出否定流抵契約之理由，不外乎該約定不利於債務人、流抵契約與抵押權屬於價值權之性質不符。首先就流抵約定是否不利於債務人，並非民法上所有的債務人均屬經濟上之弱者，且禁止流抵契約，是否真能保障債務人仍不得而知。其次就流抵契約與抵押權之價值權性質不合，係屬新物權，在法律未加以承認前將有違物權法定主義。蓋抵押權有價值權的性質，並非恆然不變，況且流抵契約與抵押權之性質不合，並不等同流抵契約無效[15]。

該說認為妥善立法方式並非以抵押權人清算義務為前提，而肯定流抵契約之合法性。應係以債務人之有限責任[16]，配合民法第74條暴利行為規範，控制流抵契約當事人間關係。若按此一見解，當抵押物歸於抵押權人所有，不論抵押物價值高於或低於擔保債權金額，債務人均免除債務。

綜上所述，民法在民國96年增訂第873條之1規定，雖結論上明確採取肯定說之結論。但從現行條文及立法理由觀之，無法確認其究採部分肯定說抑或全面肯定說。此兩說最大之差別在於清算義務，部分肯定說要求流抵契約必須同時有清算義務的存在，而全面肯定說則否定清算義務與流抵契約必須同時存在，此兩說見解將影響對於清算義務規定性質認定。

二、流抵契約之性質

民法第873條之1規範流抵契約，其條文置於民法物權編，因此得否認流抵契約屬於物權契約？抑或是債權契約？此一問題涉及流抵契約之性質。在民法明文承認流抵契約前，附絕賣條款的典權與流抵契約頗為類

註13：引自黃健彰，〈流擔保契約應否禁止—兼評民法物權編第二次修正草案〉，《臺灣法學雜誌》，83期，2006年6月，頁34。
註14：謝哲勝，同註1，頁82。
註15：謝哲勝，同註1，頁78。
註16：謝哲勝，同註1，頁83。

似，均是以條件成就後，取得標的物所有權之型態。因此本文先就附絕賣條款的典權性質為說明，再就流抵契約性質為論述：

（一）附絕賣條款的典權

典權乃我國特有之物權類型，其性質與日本不動產質權頗為類似。修正前民法第913條規定：「典權之約定期限不滿15年者，不得附有到期不贖即作絕賣之條款。」其與流抵契約當事人約定，條件成就後，抵押權人取得抵押物所有權之情形頗為類似。但當時對附有絕賣條款之典權，在15年或超過15年典期屆滿後，典權人得否不待登記，即取得典物所有權則有所爭議。學說上有肯否兩說：

1.肯定說

此說認為附有絕賣條款之典權，若典期超過15年，該絕賣條款為有效。依該絕賣條款之意旨，典物所有權即歸典權人所有。因典物之移轉並非以法律行為移轉之，而係因法律規定移轉之，適用修正前民法第759條規定[17]，欲處分該典物所有權，仍須登記始得為之。

2.否定說

此說認為我國不動產物權之移轉乃採登記生效主義，不經登記而取得不動產所有權者實屬例外。因此反面解釋修正前民法第913條規定，附有絕賣條款之典權，若典期超過15年，該絕賣條款為有效。但此絕賣條款之效力，僅是使典權人於出典人到期不回贖時，得請求出典人辦理典物所有權移轉登記[18]。

在民國99年修正民法物權編時，立法者為解決此一爭議，增訂民法第913條第2項及第3項規定。其規定：「典權附有絕賣條款者，出典人於典期屆滿不以原典價回贖時，典權人即取得典物所有權。絕賣條款非經登記，不得對抗第三人。」立法者透過絕賣條款有無登記，區別絕賣條款有效時，典權人是否立即取得所有權。若絕賣條款有登記，典權人法定繼受取得典物所有權；若絕賣條款未經登記，典權人僅取得所有權登記請求權。

（二）現行流抵契約性質的討論

從上述典權之性質討論可得知，典權附有絕賣條款者，在增訂民法第913條第2項規定前，產生典物是否自動移轉於典權人之爭議；在增訂民法第913條第2項規定後，須登記絕賣條款，典物所有權始自動移轉於典權人。而流抵契約雖在增訂民法第873條之1規定前，不承認其合法性。然對於流抵契約理解，皆為流抵契約條件成立後，抵押物自動歸於抵押權人所有。在增訂民法第873條之1規定後，該條要求流抵契約如同典權絕賣條款為登記，該登記是否發生物權變動效力？多數說認為該登記不應與民法第913條第2項登記效力相同，不發生物權變動之效力[19]，僅是債權物權化的對抗登記[20]。而多數說亦

註17：朱柏松，〈典權關係中之回贖、別賣與留買權〉，《月旦法學雜誌》，108期，2004年5月，頁178。

註18：謝在全，《民法物權論（中）》，4版，2009年6月，頁259。

註19：陳自強，〈登記生效與登記對抗之間〉，《月旦法學雜誌》，227期，2014年4月，頁55。

註20：朱柏松，〈民法登記對抗效力規定適用疑義解析—以流抵契約登記之對抗效力為討論中心〉，《世新法學》，4卷1期，2010年12月，頁19。陳明燦；何彥陞，〈我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討〉，《臺北大學法學論叢》，74期，2010年6月，頁48-49。黃鈺惠，同註8，頁96。

認流抵契約為債權契約[21]，儘管流抵契約規範在民法物權編，屬物權法的「法定債之關係」[22]。然並非流抵契約無適用民法債權編規定之餘地，因此流抵契約仍可討論其究屬民法債權編何種契約類型？有下列兩說：

1.附停止條件的代物清償說

此說認為流抵契約係屬附停止條件的代物清償契約，抵押人債務不履行時，停止條件生效，抵押物所有權自動歸抵押權人所有，同時抵押物清償流抵契約之債務。縱使抵押物價值高於或低於債務者，該債務於停止條件生效後，即隨同消滅。從而依此說見解，根本無須在停止條件成就後，實行抵押權以供清償[23]。我國有學說採此見解者，其認為民法第873條之1第1項與第893條第2項皆採用「移屬」，而非「移轉」，顯然係為區分第873條之1第2項及第3項所採之「移轉」用語。因此從民法第873條之1第1項文義觀之，流抵契約條件成就（清償期屆至），抵押物即歸抵押權人所有。再者，從民法增訂第873條之1的立法意旨，本係為減少抵押權實行成本，若抵押權人向抵押物所有人請求登記，則有違流抵自由的立法意旨[24]。由於流抵契約在清償期屆至時，抵押物所有權即歸屬抵押權人，因此抵押權人自應負擔抵押物價值低於所擔保債務金額之可能性[25]，不論抵押物價值低於擔保債務金額，抵押權人均不得再行請求返還其債務。

若按此一見解，民法第873條之1第3項規定，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，即無清償實益，蓋抵押物所有權在流抵契約清償期屆至即已移轉，如何清償之？該說認為在債權未清償前，流抵權與所有權為一體兩面，如清償抵押權擔保的債權，則消滅該抵押權，進而消滅抵押權所轉換之所有權[26]。我國司法實務有採取類似附停止條件的代物清償說者，如臺灣臺北地方法院98年重訴字312號判決謂：「抵押權人和抵押人如有約定『於債權已屆清償期而為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人』，於該條件成就時，抵押物所有權即歸抵押權人所有。」

2.代物清償預約[27]說

此說認為流抵契約為代物清償的預約，抵押人為債務不履行時，預約已結束，抵押權人須向抵押人請求履行代物清償的本約[28]。

註21：陳自強，〈無因債權契約論〉，1998年8月，頁361。謝在全，同註18，頁582。劉春堂，《判解民法物權》，7版，2010年10月，頁477。黃鈺惠，同註8，頁87。

註22：Karl Larenz 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，2013年8月，頁231。

註23：米倉明，同註6，頁256-257。

註24：謝哲勝，〈請求塗銷後順位附有流押條款的抵押權設定登記〉，《臺灣法學雜誌》，182期，2011年8月，頁99。

註25：有認為流抵契約通常約定債務人的有限責任，抵押物價值若低於擔保債權，在抵押物歸於抵押權人所有時，債務人不負返還剩餘債務之責任，因此流抵契約不須規範清算義務。參見謝哲勝，同註1，頁82。

註26：謝哲勝，同註24，頁100。

註27：我國民法雖未規定預約，但在最高法院70年台上字第1474號判例中，早已承認預約之存在。

註28：米倉明，同註6，頁256-257。

因此抵押物所有權不因債務清償期屆至，而自動移轉至抵押權人。抵押權人除請求履行本約的意思表示外，尚須向抵押人請求抵押物所有權登記，在抵押物登記完成前，代物清償契約則未成立，蓋代物清償契約為要物契約[29]，必須抵押人移轉登記抵押物時，代物清償契約成立，債務隨同消滅。

我國有採取類似見解者，認為流抵契約條件成立後，抵押權人並非立即取得抵押物所有權，僅是取得向抵押物所有權人請求移轉登記的權利[30]。即使抵押物所有權移轉至抵押權人，並不代表流抵契約所擔保之債務完全消滅，若抵押物在移轉時之價值低於擔保債務金額時，該剩餘債務則不具有優先清償權，而轉化為一般債務。此觀民法第873條之1第2項規定：「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。」該項規定即表明流抵契約與一般擔保物權無異。而我國司法實務有採代物清償預約說者，如臺灣高等法院102年度上易字第1094號判決謂：「民法修正前關於流抵約款禁止之規定，雖已於96年修正為流抵約款有效，惟係採登記對抗主義，且於當事人間僅有債權效力，即於擔保債權清償期屆至後，債權果未受清償時，依流抵約款抵押物亦非當然移轉抵押權人所有，僅係由抵押權人取得抵押物所有權之移轉登記請求權。易言之，依現行民法第873條之1規定，流抵約款固屬有效，惟仍須以債權已屆清償期而未為清償時，始得由債權人取得抵押物之所有權為要件，且僅具債權效力之性質，債權人並非即逕自取得抵押物之所有權。」

3.學說分析

本文從下列兩面向，認為採取代物清償預約說之見解，較為妥適：

⑴從不動產移轉法制觀察

從流抵契約原始的設計目的，其應係使抵押權人在流抵契約清償期屆至時，立即取得抵押物所有權。但此種設計與我國民法不動產移轉制度有極大不同，蓋我國民法第758條就不動產移轉採取登記生效主義。相對於此，承認流抵契約的日本，其不動產移轉雖採登記對抗主義[31]，不動產移轉僅須雙方意思合致即生效[32]。但在解釋上，日本通說不認為流抵契約條件成就（清償期屆至），抵押物即隨同移轉於抵押權人[33]。因此附停止條件的代物清償說之前提，係以我國不動產物權移轉係採意思主義，而非採登記生效主

註29：最高法院65年台上字第1300號判例：「代物清償為要物契約，其成立僅當事人之合意尚有未足，必須現實為他種給付，他種給付為不動產物權之設定或轉移時，非經登記不得成立代物清償。如僅約定將來應為某他種給付以代原定給付時，則屬債之標的之變更，而非代物清償。」

註30：黃鈺惠，同註8，頁91。

註31：有認為民法第873條之1的登記係採登記對抗制，按此理解，則流抵契約條件成就（清償期屆至）時，抵押物所有權即自動移轉與抵押權人。參見蔡明誠，〈民法擔保物權修正對於未來理論及實務的影響及再思考〉，《月旦法學雜誌》，146期，2007年7月，頁12。

註32：陳自強，同註19，頁49。

註33：米倉明，同註6，頁263。

義，此顯與我國民法第758條規定有所不符。

⑵從「移屬」文義觀察

附停止條件的代物清償說認為民法第873條之1第1項規定：「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。」該項不採用「移轉」而係「移屬」，顯然不同於民法第758條不動產登記生效規定。縱使認為立法者特別在民法第873條之1規範流抵契約的物權變動效力，為何在同條第2項及第3項使用「移轉」之用語？因此「移屬」應解釋為「移轉歸屬」之略稱，否則將造成同條第1項採不動產移轉意思主義，同條第2項及第3項採不動產移轉登記生效主義，前後即產生矛盾。

三、流抵契約清算義務

民法第873條之1第2項規定：「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。」我國學說多將此項規定理解為抵押權人清算義務，然為何抵押權人須負清算義務，其理論基礎為何？

（一）清算義務的理論基礎

流抵契約規範於民法物權編抵押權章，此乃立法者有意表彰其擔保物權的機能。因此從擔保物權的機能，似可推論出流抵契約須有清算義務之存在，以下分就抵押權的價值權性及次序升進原則為說明：

1. 抵押權的價值權性

流抵契約之構成乃債務人先設定自己或他人之抵押物與債權人，用以擔保債權之實行。在設定抵押權後，抵押人與抵押權人雙方間訂立流抵契約，該契約之性質屬代物清償預約。因此清償期屆至後，若無清算義務，抵押權人為抵押物登記後，則可視為以代物清償方式使擔保債權消滅。縱使抵押物價值高於擔保債權金額，依最高法院52年臺上字第3696號判例[34]見解，不論抵押物價值與擔保債權金額是否相當，其債權當然消滅。擔保債權消滅，依民法第307條規定，其抵押權亦隨同消滅。然抵押權具有價值權之特性，流抵契約如此操作使得抵押權歸於消滅，手段與目的間有所失衡，將有違抵押權具有價值權之特性[35]。蓋價值權所表彰者乃抵押物的交換價值，實行抵押權而剝奪抵押人的抵押物所有權，目的是為實現交換價值[36]，並非支配抵押物所有權。因此流抵契約要求抵押權人有清算義務，使抵押物的交換價值獲得展現。

2.抵押權次序升進原則

我國通說認為民法應係採次序升進原則，其主要理由有三：一為抵押權消滅從屬性觀

註34：最高法院52年台上字第3696號判例：「代物清償係一種消滅債之方法，故債權人與債務人間授受他種給付時，均須有以他種給付代原定給付之合意，代物清償始能認為成立。代物清償經成立者，無論他種給付與原定之給付其價值是否相當，債之關係均歸消滅。」

註35：日本民法學者我妻栄甚早提出流抵契約違反價值權之特性。參見我妻栄，《新訂担保物権法》，1968年11月，頁298。

註36：謝在全，同註18，頁336。

之，債權消滅，抵押權隨之消滅。先次序抵押權消滅者，若仍有後次序抵押，其次序為當然升進。二為從民法立法沿革觀之，大清民律草案物權編採次序固定原則。現行民法卻無此規定，反面推論民法立法者採取次序升進原則[37]。三為從我國金融交易早已習慣抵押權次序升進原則[38]，並無將次序升進原則改變為次序固定原則之必要。而此次民法物權編修正，亦未採納抵押權次序固定原則。

於流抵契約中，假設同一抵押物設定第一順位與第二順位抵押權，第一順位抵押權人與抵押人成立流抵契約，若第一順位抵押人未有清算義務，即使其抵押物價值高於第一順位抵押權所擔保的債權，亦無須向抵押人返還其差額，此將損及第二順位抵押權人的利益[39]，亦與抵押權次序升進原則有所不符。因此從抵押權次序升進原則觀之，流抵契約有存在清算義務之必要。

（二）民法第873條之1第2項之性質

從上述推論可知，流抵契約的清算義務得從抵押權的性質與次序升進原則而來。現行民法第873條之1第2項規範抵押權人有清算義務，當事人得否另行合意免除之，有下列兩說：

1.強行規定說

流押契約之所以禁止，乃目的為防止債務人有可能一時急迫，以高價房地產供小額債權之擔保，對於債務人甚為不利，加上透過民法第74條暴利行為管控流押契約有所不足，故以清算義務之手段避免弊端之發生[40]。又從民法第873條之1第2項立法理由謂：「因抵押權旨在擔保債權之優先受償，非使抵押權人因此獲得債權清償以外之利益，故為第一項之流抵約款約定時，抵押權人自負有清算義務，抵押物之價值如有超過債權額者，自應返還抵押人，爰增訂第二項規定。」顯然立法者在有限度容許流抵契約之前提，乃契約當事人間有清算義務存在 ，因此應將民法第873條之1第2項解為強行規定。我國司法實務見解有從民法第74條暴利行為出發，認約定免除流抵契約清算義務，有違民法第74條暴利行為此一強行規定[41]。亦有從違反民法第71條強制規定，而宣告免除清算義務條款無效[42]。

註37：謝在全，同註18，頁476。

註38：謝在全，〈抵押權次序升進原則與次序固定原則〉，《臺灣本土法學雜誌》，7期，2000年2月，頁10。

註39：玉田弘毅，〈代物弁済と清算義務〉，《判例百選 民法の判例[第二版]》，1971年12月，頁95。

註40：陳榮隆，〈新普通抵押權法之評析（下）〉，《月旦法學雜誌》，146期，2007年7月，頁196。

註41：臺灣桃園地方法院101年度訴字第2308號判決：「換言之，民法第873 條之1 第2 項之『清算義務』，立法目的在於保護債務人，免其一時之急迫而蒙重大之不利，達成禁止暴利行為之旨趣，即使流抵約款在96年03月28日修正後之物權法認為有效，亦應認為此乃為促進抵押物價值之極大化所為之修法，但立法者對於禁止暴利行為以保護債務人之基本立場並未改變，此清算義務應不容當事人約定任意免除之。」

註42：臺灣桃園地方法院103年度訴字第98號判決：「再觀系爭契約第1 條第2 項逕行約定流抵買賣總價為40萬元，顯已免除原告之事後清算義務，違反法定之清算義務，依民法第71條規定應屬無效。」

2.任意規定說

此說認為清算義務未必對債務人有利，再者增訂清算義務所要達成之目的，本身即有疑義。蓋民法在民國96年前，之所以禁止流押契約，是為避免債務人因一時急迫，以高價之物供小額債權擔保，造成債務人忍受喪失所有權之利益[43]。然而有學說認為，抵押物於抵押權存續期間，價值可能有所波動，流押契約之抵押權人承擔存續期間抵押物可能價值波動之風險，堪稱合理[44]。強行規定說所假設之弊端，基本上存在於抵押物價值不變之情形下，債務人被迫將高價值不動產提供小額債權擔保。然而不動產價值豈可能不變？縱使不動產價值不變，債務人仍可依民法第74條請求法院介入，故強行規定說之想法仍停留在流押契約原則上禁止之基點出發。

設若無清算義務，債務人是否居於一不利地位，尚難論斷。然而法律若規定抵押權人有清算義務，可能會打消債權人訂立流押契約之想法。蓋當事人無法彈性創設適於彼此之契約，債務人無法以無清算義務之流押契約為換取貸款低利率之籌碼，對債務人仍不利[45]。因此有建議將民法第873條之1第2項解釋為任意規定，流押契約雙方當事人可約定排除清算義務[46]。我國有司法實務見解提出流抵物所有權人已將登記所需文件交付與抵押權人，可認流抵契約當事人間有排除清算義務之合意，其默示約定為有效[47]。甚至流質契約亦可約定排除清算義務[48]

3. 本文見解—強行規定說

本文以為將清算義務解為任意規定，並透過民法第74條暴利行為規定取代清算義務之功能頗為有限。從日本司法實務過去經驗可得知，依暴利行為宣告流抵契約無效情形者，其標準頗不一致。日本最高法院曾認為在無特別情事下，流抵物價值超過抵押債務8倍，訂立流抵契約行為構成暴利行為而無效。但抵押物價值為抵押債務3到4倍，流抵契約則有效。由於認定暴利行為的標準不一，日本最高法院再提出抵押物與抵押債務間，若不失合理

註43：蔡明誠，同註3，頁148。

註44：謝哲勝，同註1，頁84。

註45：黃健彰，同註13，頁40。

註46：謝哲勝，〈流押契約〉，《月旦法學教室》，98期，2010年12月，頁12。

註47：臺灣臺中地方法院99年度訴字第2660號判決：「兩造既書立協議書約定如原告無力清償時，被告林○賢即得將系爭房地移轉登記為己所有；且因原告已事先將過戶所需文件交付被告林○賢，足認雙方有免除被告林○賢依民法第873條之1第2項履行清算義務之約定，亦即被告林○賢將系爭房地移轉登記為己所有時，其對原告所得主張之系爭借款債權因而全部受清償，原告對被告林○賢之系爭借款債務因而全部消滅。依此，被告林○賢移轉系爭房地之行為對原告而言，原告之總財產並未因此減少，亦難認為原告實際上受有何種損害。至於系爭房地價值超過擔保債權致被告林○賢超額受償，或系爭房地價值低於擔保債權致被告林○賢不足額受償，應屬雙方依協議書約定各自應承擔之風險，附此敘明。」

註48：臺灣臺中地方法院100年度訴字第2979號判決：「質權需要迅速可行的實行制度，清算義務可以約定排除。因此，質權人和出質人如有約定「於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權屬於抵押權人」，於該條件成就，質物所有權即歸質權人所有。如無流質約款，清償期屆至後，質權人也可以與出質人訂立契約，取得質物所有權以代清償。」

的均衡，流抵契約則有效[49]。當時日本學說即認為應朝向清算義務出發[50]，因此有建議若無清算義務的流抵契約即無效，有清算義務的流抵契約始有效[51]，從而清算義務應解釋為強行規定。此一理由類似我國先前修正草案條文之立法理由（部分肯定說）。且現行民法第873條之1第2項立法理由文字觀察，其謂：「抵押物之價值如有超過債權額者，自應返還抵押人。」說明返還抵押物價值與擔保債權差額予抵押人，乃是抵押權人義務，從而甚難解釋民法第873條之1第2項為任意規定。

（三）流抵契約清算義務的類推適用

既流抵契約清算義務係屬強行規定，當事人不得任意變更。該清算義務是否在與流抵契約類似的讓與擔保中，有所適用？在民國96年增訂民法第873條之1第2項規定後，僅臺灣高雄地方法院101年度訴字第1277號判決討論該項規定得否類推適用至讓與擔保契約，以下主要就臺灣高雄地方法院101年度訴字第1277號判決為介紹，並說明其類推適用的基礎。

1.臺灣高雄地方法院101年度訴字第1277號判決

該案事實為債權人以投資為目的借款1200萬與債務人松鶴公司、乙及丙，松鶴公司為擔保其債務將名下土地及其上建物所有權移轉登記與債權人，且松鶴公司持續使用該土地並興建工作物（工作物屬乙所有）。後松鶴公司遲延還款，視為清償期屆至，債權人（原告）依民法第767條起訴請求乙拆除工作物。

高雄地方法院認為：「雖因原告與被告松鶴公司、乙○○間，約定以直接將供擔保之不動產、動產，逕以移轉所有權之方式為本件之擔保，無上開民法第873-1條第2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」規定之直接適用，但類推適用該條第2項、第3項之規定，應解為原告在結算上開供擔保資產與被告松鶴公司應返還投資款，確定已返還超過擔保投資款之金額前，原告不得向被告松鶴公司、乙○○主張其為該供擔保資產之所有人，亦不得以該資產所有人之地位，向被告松鶴公司、乙○○訴請依所有權法律關係所得請求之事項，且被告松鶴公司、乙○○在原告為上開結算及返還前，隨時可提出清償而請求返還該供擔保之資產（即移轉該資產之所有權）。」因此高雄地方法院透過類推適用流抵契約清算義務的規定，在讓與擔保權人未履行清算義務前，拒絕其得依據民法第767條第1項中段請求拆除工作物。

2.類推適用的基礎

高雄地方法院認為流抵契約清算義務是以保障弱勢債務人為目的，流抵契約在民法承認前，被視為讓與擔保類型之一，因此得類

註49：陳榮隆，同註2，頁215。

註50：椿寿夫，〈代物弁済予約（二）〉，《金融法務事情》，541号，1969年4月，頁12-13。

註51：船越隆司，〈代物弁済予約の法理―その担保機能と所有権取得機能およびその非抵当権性について〉，《判例タイムズ》，291号，1973年6月，頁14。

推適用。此觀最高法院71年度台上字第2794號判決謂：「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，而約定債務清還期間者，雖不能認其為無效，**但擔保物所有權之移轉，既僅以擔保債務清還為目的，即不能祇以債務人逾期未曾清還所負債務，債權人即取得擔保物之所有權，仍應履行變賣擔保物或協議估價，債權人就其價金受償或承受之程序，庶免其迴避（修正前）民法第873條第2項禁止之規定**。」

在修正前民法第873條第2項刪除，並增訂民法第873條之1規定後，按此最高法院判決意旨，似可透過類推適用民法第873條之1第2項規定，使讓與擔保權人負有清算義務。惟讓與擔保與流抵契約是否屬類似情形，得為相同處理，本文認為尚有疑義存在。蓋讓與擔保屬於立法者「有意的沉默」[52]，民法物權編之所以未增訂讓與擔保物權，乃由於德日民法皆未將讓與擔保物權明文化，因此留待判例之發展。再者，流抵契約並未使擔保物移轉至債權人，而讓與擔保契約則使擔保物移轉至債權人，其情形並不類似。源自抵押權的清算義務，類推適用至讓與擔保，可能有所不妥。有學說似不贊同類推適用流抵契約清算義務規定，其認為讓與擔保契約可參酌流抵契約清算義務規範精神[53]，在履行清算義務後，讓與擔保權人始能終局取得擔保物所有權。而未履行清算義務，讓與擔保權人就擔保物之權能究竟受何限制？從臺灣高雄地方法院101年度訴字第1277號判決理由觀之，似是所有物妨害除去請求權不得行使之。

四、小結

民國96年增訂民法第873條之1規定，其目的乃係希冀流抵契約在法律承認後，得以在交易上常被利用。因此為使流抵契約得以常被使用，在解釋上就有以附停止條件的代物清償說，試圖排除抵押權人的清算義務，使抵押權人（債權人）可更簡便獲得債權上滿足。此說或許擔憂流抵契約合法化後，如同日本針對流抵契約制定假登記擔保法（仮登記担保契約に関する法律），在實務上對於抵押權人清算義務的要求，反而使設定流抵契約之案件不增反減[54]。而本文以為流抵契約解釋上應採代物清償預約說，如此方不致在現行民法不動產移轉規定上，產生劇烈之變動。確實流抵契約原始設計係採附停止條件的代物清償說出發，但流抵契約與抵押權制度息息相關，為避免流抵契約本質與抵押權有所衝突，清算義務乃應運而生。從而不應走解釋上的回頭路，採取附停止條件的代物清償說。反而應著重在增訂的民法第873條之1第2項規定之適用。何況與流抵契約不同性質的讓與擔保契約，出於保障擔保物權的債務人之目的，欲採用流抵契約清算義務精

註52：Karl Larenz 著，陳愛娥譯，同註22，頁281。

註53：曾品傑，〈臺灣的非典型擔保物權〉，《月旦法學雜誌》，241期，2015年6月，頁37。

註54：生熊長幸，〈仮登記担保〉，《星野英一ほか編・民法講座(3)》，1984年，頁289。山川陽一，《担保物権法》，1997年2月，頁262。

神，平衡擔保物權法律關係人間之利益。顯見流抵契約清算義務實係不可或缺，不能以約定排除之。

肆、判決評釋

本文以下所評釋的臺灣高等法院103年度重上字第325號判決，是目前唯一承認流抵契約清算義務有同時履行抗辯權適用的案例。雖在此之前相關法院判決理由有所承認清算義務有同時履行抗辯權適用之餘地，惟當事人主張皆不成立同時履行抗辯。因此本案例之探討，可更加瞭解流抵契約清算義務之實際適用情狀。另本案例較為特殊點在於當事人訂立流抵契約時，同時訂立信託契約，該信託契約是否影響流抵契約，頗值得探討。以下分就流抵契約類型之認定及清算義務與同時履行抗辯權兩部分為討論：

一、流抵契約類型之認定

本案甲、乙向丙借款1億2千萬元，約定借款期間為2個月，將甲乙共有之A房地設定抵押權予丙，且為流抵約定並依法登記。同時甲、乙與丙簽署同意書，同意將A房地以信託登記方式，登記於丙指定的丁公司名下。上述法律關係究應如何評價？按民法第873條之1第1項就流抵契約的定義，乃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。本案甲、乙與丙簽訂流抵契約，確實約定清償其屆至A房地將來歸丙所有。但甲、乙與丙又約定，清償期未屆至前，抵押物以信託方式登記於第三人所有。此是否有牴觸民法第873條之1第1項關於流抵契約之定義？本案法院刻意省略信託關係與流抵契約關係兩者可能產生競合之情形，僅就流抵契約關係為論述，未合併觀察此二法律關係。本文嘗試就此二法律關係為合併觀察，區分為內部關係與外部關係為說明：

（一）內部關係

甲、乙與丙訂立流抵契約，並約定將抵押物A房地信託登記於丁，若一併將信託登記行為作觀察，究成立讓與擔保契約抑或流抵契約？

1.讓與擔保契約

或有認為丙要求甲、乙將A房地所有權移轉於丁，可能成立讓與擔保契約。蓋讓與擔保係指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將標的物權利移轉於擔保權人。於債務清償後，擔保權人返還標的物於債務人或第三人；於債務不履行時，擔保人得就標的物受償[55]。本案丙要求甲、乙將A房地信託登記與丁，雖丙實際掌握A房地，但A房地所有權未移轉至擔保權人丙，不成立讓與擔保契約。縱甲、乙之所以未將A房地信託登記於丙，而信託登記與丁，係為規避信託法第34條規定受託人不得享有信託利益。蓋甲、乙與丙之間尚有流抵契約存在，若清償期屆至，A房地將可能歸丙所有。丙若為受託人，將有違信託法第34條規定。從而綜合甲、乙與丙訂立流抵契約，並約定將抵押物A房地信託登記於

註55：謝在全，〈讓與擔保之探討（上）〉，《軍法專刊》，36卷8期，1990年8月，頁2。陳榮隆，同註2，頁200-218。

丁之行為，可認甲、乙與丙雙方間以成立流抵契約為主。

2.流抵契約

若認甲、乙與丙之間係以成立流抵契約為主，而將A房地信託登記於丁，是否牴觸民法第873條之1第1項規定？民法第873條之1第1項規定：「約定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。」其所有權可解釋為實質所有權，並非形式所有權。按信託法理，委託人甲、乙將其A房地信託登記於丁，甲、乙所移轉乃形式所有權，並非實質所有權[56]。再者，流抵契約為債權契約，訂立流抵契約時，並不要求抵押人擁有抵押物所有權，重點在於清償期屆至後，抵押人須移轉抵押物所有權與抵押權人。故即使在訂立流抵契約同時，約定抵押物信託登記於抵押權人所指定之他人，仍不改變流抵契約之本質。

（二）外部關係

甲、乙與抵押權人丙訂立流抵契約，並同時訂立信託契約。但該信託契約當事人為甲、乙與丁，甲、乙為委託人，丁為受託人。其信託目的是為避免甲、乙在流抵契約（內部關係）清償期屆至前，移轉信託標的物A房地所有權於受託人以外之人。因此該信託契約期間何時終止？可解釋為流抵契約清償期屆滿時，符合信託法第62條所定信託目的已完成之信託關係消滅事由。本案在流抵契約清償期屆至時，委託人甲、乙與受託人丁已合意終止契約，信託標的物A房地所有權歸甲、乙所有，從而該信託契約（外部關係）不影響流抵契約之履行[57]。本案法院刻意不論及流抵契約與信託契約可能產生之競合，或許係認為信託契約不影響流抵契約之履行。

二、清算義務與同時履行抗辯權

在釐清本案僅就流抵契約為討論後，在本案中抵押權人丙未履行清算義務，抵押人甲得否依民法第264條為同時履行抗辯，其同時履行抗辯的對象為何？縱使承認抵押人甲得行使同時履行抗辯，在抵押權人丙未盡清算義務前，抵押物所有權歸屬為何？

（一）同時履行抗辯的對象認定

流抵契約為債權契約，抵押權人不履行民法第873條之1第2項的清算義務，我國學說認為清算義務與抵押物所有權移轉登記請求權間有同時履行抗辯權之適用[58]，但本案法院為何會認為係清算義務與所有物返還請求權間有同時履行抗辯權之適用？以下分就兩部分為說明：

1.清算義務與所有物返還請求權

註56：謝哲勝，《信託法》，4版，2014年8月，頁103。

註57：假設受託人丁在信託關係存續期間，移轉A房地所有權於善意第三人。在流抵契約清償期屆至後，是由抵押權人丙或善意第三人取得A房地所有權。國內有學說認為流抵契約之抵押權人，雖因流抵契約登記後，產生公示外觀，該抵押權人對抵押物有物權效力之優先購買權，但流抵契約登記仍非公信力保護範疇。因此按此推論，善意第三人優先於抵押權人可取得A房地所有權。參見黃鈺惠，同註8，頁98-99。

註58：朱柏松，同註20，頁31。黃鈺惠，同註8，頁91。

本案法院對於流抵契約性質之認定乃採附停止條件的代物清償說，即流抵契約清償期屆至，抵押物所有權即歸抵押權人所有，抵押權人辦理所有權移轉登記僅是對抗效力。此觀判決理由謂：「即上訴人（甲）與劉○賓（乙）如屆期未清償該筆借款債務，系爭抵押物之所有權即移屬被上訴人（丙）。」顯然本案法院已認抵押物A房地所有權歸屬於丙所有。但由於抵押權人丙未盡清算義務，抵押人甲、乙無機會清償債務，在抵押物所有權移轉於丙後，例外賦予甲、乙行使同時履行抗辯之權利。

從而本案法院認為抵押人所負「移轉抵押物所有權」及「交付抵押物之義務」，與抵押權人應負之清算義務，立於對待給付關係。事實上，依照本案法院所採取的附停止條件的代物清償說，清償期屆至抵押物所有權即移轉，未履行清算義務與移轉抵押物所有權義務不可能成立對待給付關係。僅有交付抵押物義務與未履行清算義務間，可能成立對待給付關係。若反面推論可得知，本案法院認為交付抵押物義務與履行清算義務皆屬主給付義務[59]。按本案法院見解，抵押權人丙尚未履行清算義務前，甲得拒絕履行交付不動產之主給付義務，抵押人甲出租抵押物A房地於他人，乃有權占有，抵押權人丙不得依民法第767條請求返還。

2.清算義務與所有物移轉登記請求權

若認流抵契約性質屬代物清償的預約，流抵契約清償期屆至時，並不代表抵押權人當然取得抵押物所有權，其僅是得請求抵押物為所有權移轉登記，因此流抵契約與抵押物所有權移轉登記請求權立於對待給付關係。按此推論，未履行清算義務，抵押權人不得就抵押物為登記。然抵押人已同意就抵押物為所有權登記，因清算義務為強行規定，可想見抵押權人已履行清算義務。從而抵押物已移轉抵押權人所有，抵押人即不得以未履行清算義務為由，主張同時履行抗辯。但在本案情形，抵押權人丙已取得抵押物A房地的所有權登記[60]。按此推論，抵押人甲、乙似不能以抵押權人丙未履行清算義務，主張同時履行抗辯，拒絕抵押物所有權移轉登記。而得否如同本案法院見解，將抵押物的交付義務與清算義務立於對待給付關係中？若如此擴充對待給付的範圍，將產生即使抵押權人已盡清算義務，抵押人並移轉抵押物所有權。抵押人事後可再以抵押權人未盡清算義務，主張同時履行抗辯，拒絕交付抵押物與抵押權人。此可能使債權人憂慮清算義務導致債權實現延滯，而有礙流抵契約制度之發展。故本文以為不宜擴張對待給付範圍擴張至抵押物交付義務，於本案情形中，可透過抵押所有權歸屬的認定，解決此一問題。

（二）抵押物所有權的歸屬

本案丙向地政機關登記為A房地所有人，然

註59：我國學說認為不動產出賣人義務非僅在交付其物，並在於移轉其所有權，因此不動產出賣人主給付義務包含移轉不動產所有權及交付不動產義務。參見王澤鑑，〈同時履行抗辯：民法第264條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究（六）》，1989年9月，頁152。

註60：本案抵押人是否同意抵押物為移轉登記，本文認為尚有疑問存在。關於此疑問，參見下述抵押物所有權得歸屬討論。

A房地由甲出租於戊。因此丙依民法第767第1項前段所有物返還請求權規定，可擇一向甲或戊請求返還A房地。而本案法院肯定甲、乙在丙未履行清算義務前，甲得行使同時履行抗辯權，拒絕交付A房地。惟此時尚須探討者，乃丙雖登記為A房地所有人，在丙未履行清算義務前，A房地所有權是否確實歸丙所有？以下從土地登記規則及民法第758條規定觀察之：

1.土地登記規則

我國實務上在設定流抵契約時，通常抵押人已將移轉抵押物所需文件及印鑑證明交付與抵押權人。按土地登記規則第117條之1第2項規定[61]，原則上流抵契約之抵押物辦理移轉登記，須備齊相關登記文件外，尚須抵押人與抵押權人親自到場辦理抵押物所有權移轉登記。但土地登記規則第41條第6款規定[62]，若登記義務人有向當地土地登記機關辦理土地印鑑登記者，不須親自到場。因此產生本案抵押權人丙未盡清算義務，但抵押權人甲、乙有為印鑑登記，即使甲、乙與丙間無移轉抵押物之合意下，抵押權人丙得持印鑑證明，逕自辦理抵押物A房地之所有權登記。從形式上觀之，丙確實為A房地所有權人。

2.民法第758條

丙雖依土地登記規則辦理A房地移轉登記，但該登記方式是否符合民法第758條規定？民法第758條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。前項行為，應以書面為之。」該項規定說明若不動產移轉須生效，應具備法律行為及登記要件，且該法律行為須以書面為之。本案抵押人甲、乙與抵押權人丙間成立流抵契約，因此抵押權人丙辦理抵押物A房地所有權移轉登記，該流抵契約書面是否為民法第758條規定的書面法律行為？本文以為流抵契約是債權契約，並非物權契約。該書面法律行為所指者，乃物權契約之書面。從而抵押權人丙辦理抵押物A房地之所有權移轉登記時，須甲、乙兩人書面移轉A房地之合意。本案丙辦理登記時，以甲、乙印鑑登記表示其雙方之合意，似有牴觸民法第758條規定之意旨。又印鑑登記乃土地登記規則所規範，土地登記規則為土地法第37條第2項授權制定，其位階屬於法規命令。民法第758條位階應高於法規命令，故本文認為抵押權人丙就抵押物A房地所為之移轉登記無效，A房地所有權仍歸屬於甲、乙所有。

本案抵押權人丙依民法第767條第1項規定向抵押人甲請求返還A房地，惟抵押權人丙無A地所有權，自無所有物返還請求權存在。本案法院或許顧慮土地印鑑登記在現行土地登記實務上的廣泛運用，不欲宣告A房地移轉登記無效。抑或其前提採取付停止條件的代物清償說，抵押物A房地所有權已歸於抵押權人丙所有，自不質疑抵押人甲、乙與抵押權人丙間就抵押物所有權移轉，是否有合意存在。反而係透過流抵契約的同時履行抗辯權，認抵押人甲間接占有A房地乃有權占有，

註61：土地登記規則第117條之1第2項規定：「抵押權人依前項約定申請抵押物所有權移轉登記時，應提出第34條及第40條規定之文件，並提出擔保債權已屆清償期之證明，會同抵押人申請之。」

註62：土地登記規則第41條第6款規定：「申請登記時，有下列情形之一者，當事人得免親自到場：登記義務人依土地登記印鑑設置及使用作業要點於土地所在地之登記機關設置土地登記印鑑。」

丙不得請求返還之。留待丙履行清算義務後，再行爭執抵押物A房地究屬何人所有。

三、小結

由於流抵契約之抵押權人為確保抵押人不任意處分抵押物，在清償期屆至時能取得抵押物所有權，以滿足其債權。透過土地登記規則的印鑑登記制度，事先要求抵押人填具辦理抵押物移轉登記的相關文件，並辦理信託登記將抵押物移轉與抵押權人所指定的第三人。如此形成流抵契約清償期屆至後，抵押權人不須履行清算義務，直接辦理抵押物所有權移轉登記，抵押人毫無可依民法第873條之1第3項規定清償債務之機會。此一狀況如同民法合法承認流抵契約前，按流抵契約運作下可能產生的弊端。只不過，本案抵押權人係透過土地登記規則的印鑑登記制度，使其外觀上有抵押人與抵押權人移轉抵押物之合意。本文認為不必透過抵押權人未履行清算義務，抵押人得行使同時履行抗辯權，拒絕交付抵押物。直接認定抵押物之移轉為無效，抵押物仍歸抵押人甲、乙所有。而抵押人在未履行清算義務前，抵押人甲、乙得拒絕協同辦理抵押物移轉登記。如此不致再擴張抵押人同時履行抗辯權適用之對象，使債權人無法便利取得抵押物所有權，進一步造成債權人怯於訂立流抵契約。

伍、結論

我國在民國96年增訂民法第873條之1時，承認流抵契約之合法性。其雖僅有1個條文規範流抵契約，但通說將流抵契約解釋為債權契約，民法債權編規定可適當補充流抵契約規範之不足。而流抵契約清算義務的增訂，是為緩和流抵契約違反抵押權具有價值權之性質，因此在解釋上應將民法第873條之1第2項清算義務規定解為強行規定。尤其是流抵契約抵押權人未履行清算義務，抵押人得主張民法第264條同時履行抗辯權。從立法者的角度，流抵契約清算義務應可保障抵押人之利益。但在不動產登記實務操作上，可以產生抵押權人可直接取得抵押物所有權並消滅抵押權，卻不問抵押物價值與擔保債權額差價。顯然迴避流抵契約清算義務，從而回歸適用民法第873條之1第2項規定，成為解釋首要目標。因此在抵押權人不履行清算義務，抵押物所有權卻已移轉於抵押權人時，抵押人得主張同時履行抗辯權，拒絕交付不動產。

惟產生此現象的爭議重點，應係抵押物所有權移轉時，抵押人與抵押權人有無移轉抵押物之合意。抵押權人可透過抵押人事先簽具的文件辦理抵押物移轉登記，即使雙方間無移轉之合意，抵押權人可取得抵押物所有權登記外觀。縱使事後認定雙方間無移轉抵押物合意，在抵押權人已取得抵押物所有權登記外觀下，若抵押物再移轉於善意第三人。依民法第759條之1規定，善意第三人取得抵押物所有權，此時抵押人僅得請求抵押權人返還抵押物價值與擔保債權額之差價。抵押人無法選擇清償債務並消滅抵押權，使其得自由處分抵押物。此顯示現行土地登記規則關於流抵契約抵押物之移轉登記規範，確實有缺漏之處。或許將土地印鑑登記適用範圍，排除於流抵契約抵押物之移轉登記，較為妥適。