

リ(二七二、二七七)

右違反セルトキハ地主ニ消滅請求權アリト考フ、規定ナケレトモ五九四條、六一六條等ヨリ推斷サル(同横田氏、中島氏)

八 權利消滅ノ際ニ於ケル權義(二七九、二六九)

九 其他貸貸借ノ準用(六一三乃至六一五、三一三乃至三一六)

第五 消滅

一 事由

(1) 地上權ノ場合ト別ニ異ルコトナシ只拋棄ニ付永小作權ハ常ニ小作料ヲ伴フ故合意ノ上ナラテハナシ得サルナリ、蓋シ拋棄ハ他人ノ權利ヲ害セサル範圍内ニテ有效ナレハナリ

(2) 又消滅ノ請求(二六六、二六七)トイフハ相手方ノ承諾ヲ要セス(判例、富井氏、三瀨氏)

二 效果

第四章 地役權

第一 定義及性質 設定行為ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ノ便益ニ供スル他

物權ナリ(二八〇)

一 他人ノ土地ノ利用ヲ目的トス：自己ノ土地ノ上ニ存セス

他人ヲシテ積極的ニアル行為ヲサシムルコトヲ内容トセス、唯權者カ直接ニ支配ス、本質：要之他人ノ土地ノ所有權ヲ制限スヘキ一ノ他物權ナリ

二 要役地ノ便益ノ爲ニ他人ノ土地ノ上ニ行ハル

(1) 人ノ便益ノ爲ニ存セス

(2) 地役權ハ地役ノ上ニ存スルコト能ハス常ニ土地ノ上ニ存セサルヘカラス、コレ地役權カ要役地ト分離シテ讓渡シ得サルヨリ明ナリ

三 内容ハ設定行為ニヨリ定マル、法定地役ナシ、但取得時効ニヨルモノハ別ナリ(二八三)

四 内容ハ適法ノモノタルヲ要ス(二八〇、但)、コレ當然ナレトモ民法ハ所有權ノ限界ノ規定ニ反スル事項ヲ内容トスルコトカ地役權ニ行ハルルヲ常トスルカ故ニ特ニ注意的ニ規定シタルナルヘシ

五 有償、無償、存続期間等ニ付如何ナル定チナスモ制限ナキコト

六 要役地所有權ニ從タル權利ナリ

(1) 要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的トナスコトヲ得ス(二八

一、二項

(2) 要役地ノ所有權ノ從トシテ之ト共ニ移轉シ又ハ要役地ノ上ニ存スル他ノ權利ノ目的タルコトヲ原則トス(二八一、一項)

イ (1)、(2)ハ共ニ地役權ノ本質ヲ明ニス

ロ 設定行為ニ別段ノ定アルトキハ此ノ限ニアラス

ハ 初メ地役權ナキ土地ニ地上權、永小作權ノ設定アリ該地役權設定セラレシ場合ニモ地役權ハ地上權、永小作權者ニ於テ目的トナシ得ルカ

ア 明文ナキコト、又ハ土地ヲ現ニ使用スル者ハ地上權者又ハ永小作權者ナルカ故ニ、又ハ禁止的法條ナシト、故ニコノ權能ヲ與フヘシトスルモノ…(中島氏、富井氏)

立言法上地役權ノ規定ハ土地ノ所有者ヲ眼中ニオキタルコト(横田氏)、相隣關係ノ規定ヲ地上權ニ準用スルコトスラ二六七條ヲ設ケタルニ地役權ニ關スル規定ヲ準用スル旨ノ規定ナキコト、消極論ヲトルヘシ…(三瀨氏)但立法上ハAノ如クスヘシ

八七 要役地ノ所有權ト伴フ不可分ナリ(二八二、二八四)

(1) 得喪ニ關スル不可分

イ 取得ニ關スル不可分

地役權ハ之ヲ部分的ニ取得スルコト能ハス、即權利ノ本體ヲ分割シ得ス
共有者ハ持分ニ付地役權ヲ取得シ得、二八四條一項ハ共有者ノ一人カ時効ニヨリ地役權ヲ得タルトキハ他ノ共有者モ之ヲ取得スト雖他ノ方法ニヨリ取得ニモ同様ナリ

二八二條一項ハ消滅ノ場合ヲ規定スレトモ取得ノ場合ニモ合理ナリ、承認地方共有ノ場合ニモ其持分ノ上ニノミ設定スルコトハ不可能ナリ、二八二條ノ趣旨ヨリ明ナリ(同中島氏)

喪失ニ關スル不可分

消滅ニ付テモ不可分性ヲ有ス、即一部拋棄、一部不行使ニヨリ消滅スルコトナシ、コレ性質上當然ナル故規定ナシ

二九三條カ「權者カ一部ヲ行使セサルトキハ其部分ノミ時効ニヨリ消滅ス」トハコノ原則ヲ否認スルニアラス地役權ノ本體ノ分割ヲ認メタルニアラス其ノ行使ノ範圍ノ減縮ヲ認メタルナリ

共有者ノ持分ニ付テハ二八二條一項アリ

(2) 共有地關係ニ於ケル不可分：已ニ地役權カ設定セラレタル後要役地、承役地カ共有トナリタル場合

イ 要役地カ共有トナリタル場合
何等ノ變動ヲ生セス

ロ 承役地カ共有トナリタル場合

(3) 土地ノ一部及ヒ數筆ノ土地ト地役權不可分トノ關係
イ 土地ノ一部ト地役權ノ不可分：土地ノ形體の一部ノ爲、又ハ上ニ地役權ノ存スルコトハ地役權ノ本體ノ一部トイフヘカラサルカ故ニ妨ナシ、故ニ又カカル一部ノ消滅スルコトハ妨ナシ、地役權行使範圍ノ減縮ナレハナリ

ロ 數筆ノ土地ト地役權ノ不可分

ア 數筆ノ土地ノ便益ノ爲ニ或土地ノ上ニ設定セラレタルトキハ其筆數タケノ地役權存ス、一筆ノ要役地カ後ニ分割サルルモ(又ハ一部讓渡)同一ナリ(二八二、二項)

B 承役地カ數筆ニテ要役地カ一筆ナル場合：反對ニ一地役權カ數個ノ目的物上ニ存スルナリ、後ニ分割一部讓渡アリシ場合モ同理ナリ

C 地役權カ性質上土地ノ一部ノミニ關スルトキハ此限ニアラス(二八二、二項但)

(4) 不可分性ヲ有スル根據

イ 所有權保護說：所有權ハ元來無制限ノモノ故之ヲ制限スル地役權ハナルヘク減縮スヘク即不可分トセルナリ、ローマ法ヨリ歴史的二唱ヘラル、サレト所有權ヲ制限スルモノハ地役權ノミニアラス、又可分トスルモ承役地ノ負擔ヲ加重ストイヒ得ス

ロ 地役權ノ性質上當然生スヘキモノトノ說：地役權ノ内容ヲナス行爲又ハ地役義務者ノ不行爲ハ一定ノ目的ヲ有スルカ故ニ之ヨリ生スル利益ハ分割ヲ許サスト(富井氏、横田氏、梅氏)

ハ 要役地、承役地ヲ以テ法人權ヲ有スルモノトナス說：從ツテ承役地ノ凡テノ部分ニ付テ存シ要役地ノ凡テノ部分ニ屬セサルヘカラストス

ニ 共有持分ノ場合ノ不可分ノ原因ハ共有關係ナル特別狀態ト地役權トノ關係ヨリ生ス、即各共有者ハ皆同一ノ權利ヲ有スルカ故ニ互ニコノ同一ノ地位ヲ害スヘキ行爲ヲナササル義務ヲ負フノミナラス共有關係ハ比較的短期間存續シ地役權ハ之ニ反ル性質アルカ故ニ各共有者ハ其持分ノ爲又ハ持分ノ上ニ地役權ヲ設定スルコト能ハストナス(緒方氏、中島氏)

ホ 三藩氏：元來一切ノ權利ハ其本體ヲ知ルコト能ハサルモノナル上ニ地役權

ハ人ノ便益ノ爲ニアラスシテ土地ソノモノノ便益ノ爲ニ存スルカ故ニ一層意味スルモノトス、共有ノ場合ノ説明ハ(二)ニ同シ

第二

地役權ノ種類

一 積極的地役權、消極的地役權

二 繼續、不繼續：權利行使ノ度毎ニ權利者ノ行爲ヲ要スルト否ト

三 表現、不表現

第三

地役權ノ取得

一 法律行爲ニヨル取得

(1) 設定的取得：契約、遺言：不動産物權ナル故登記ヲ要ス

(2) 移轉的取得：設定行爲ニ別段ノ定メナキ場合(二八二)

二 時効ニヨル取得

(1) 時効ニヨリ取得サルヘキ地役權：繼續且表現的ナルヲ要ス(二八三)

(2) 共有者ト時効取得トノ關係

A 共有者ノ一人カ時効ニヨリ地役權ヲ取得スルトキハ各共有モ亦之ヲ取得ス(二八四、一項)

B 共有者ニ對スル時効中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテナスニアラ

サレハ效力ヲ生セス(二八四、二項)、Aヨリモ當然生スルコトナリ、且一四八條ヨリ推セラル

本條ハ法定中斷ノミナラス(一四七)自然中斷(一六四、一六五)ニモ適用アリ

C 地役權行使者數人アル場合其一人ニ對シ時効停止原因生スルモ時効ヲ各共有者ノ爲進行ヲ妨ケラルルコトナシ(二八四、三項)

第四

地役權ノ效力

一 地役權者ノ權利義務

(1) 直接支配權及ヒ占有ノ效力、物權ナレハナリ、地役權者カ承役地ヲ占有セルトキハ占有ノ保護ヲ受ケ

(2) 讓渡其他ノ處分及ヒ相續：設定行爲ニ別段ノ定メナキ場合ハ地役權ハ要役地ノ所有權ト共ニ其權利ヲ讓渡シ又ハ要役地上ノ權利ノ目的トナシ得(二八一)

(4) 一定ノ目的ノ範圍内ニ於テ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スルコト(二八〇)、コノ目的ハ取得原因ニヨリ定マル

(3) 地役權ノ優先力：承役地ノ所有權ニ優先ス、承役地所有權ノ制限ナレハナリ但要役地ノ權利(地役權行使)ヲ妨ケサル限り承役地所有者ハ地役權ノ内容ト同一ノ行爲ヲナスコトヲ得(通行地役ノ如シ)コレ地上權、永小作權ト異ル所ナリ

例外アリ

イ 用水地役權ノ要役地、承役地間ノ用水順序(二八五、一項)

ロ 數個ノ用水地役權ノ行使ノ順序(二八五、二項)

(5) 工作物設置權ト承役地所有者ノ費用負擔義務

イ 地役權者ハ地役權行使ニ必要ナル設備ヲ承役地上ニ爲シ得ヘシ明文ナシ、二八八條ニヨリ之ハ承役地所有ニ使用セシム(一定條件ノ下ニ)

ロ 其費用ハ地役權者負擔、但特約アラハ之ニ從フ、コノ特約ハ登記セハ特定承繼人(承役地所有權ノ)ニモ對抗シ得(二八六、登一一三)

ハ 若承役地所有權ノ承繼人カ之ノ義務負擔ヲ欲セサルトキハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ負擔ヲ免ル(二八七)

(6) 地役權行使ノ程度：土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加ヘ得ス、要役地ノ便益ヲ越エテ權利ヲ行使シ得ス又承役地ノ爲ナルヘク損害少キ方法ニヨルヘシ
…明文ナシ、當然ナリ

設定行爲ニコノ行使力嚴密ニ定メラレサリシ場合要役地ノ需要増減ニヨリ行使範圍ニ變動ヲ生セサルカ
イ 設定當時ノ標準ニヨルヘク變動スヘカラス(川名氏)

ロ 原則トシテ變動ス、只需要増加ノ場合ニ當事者カ豫想シ得ヘキ自然的原因ニヨリタル場合ニ限り増加當時ヲ標準トスヘシ(富井氏)

ハ 設定ノ意思解釋ニヨルヘシ、ロハコノ一標準ナリトス(三濤氏)

(7) 工作物ヲ使用セシムル義務(二八八)

二 承役地所有者ノ權利義務

(1) 地役權ノ行使ヲ妨ケサル限リ地役權ト同一内容ノ行爲ヲナシ得

(2) 工作物使用權、地役權ノ行使ヲ妨ケサル限リ其地役權行使ノ爲ニ承役地ノ上ニ設ケタル工作物使用權アリ、コノ場合費用負擔義務アリ(割合的ニ)(二八八)

(3) 何時ニテモ承役地ヲ委棄シテ負擔ヲ免ルルヲ得(二八七)

(4) 有償地役ノ場合ノ對價請求權

(5) 忍容及ヒ不行爲義務アルノミ積極的義務ナシ

(6) 地役權行使ニ不利益ヲ與ヘサルコトノ義務、當然ナリコレヲ規定スル立法例アリ

第五 消滅

一 事由

(1) 土地ノ滅失 但不可分性ニ注意

- (2) 事實的不能
 - (3) 承役地ノ收用又ハ耕地整理
 - (4) 設定行為ヲ以テ定メタル事由ノ發生
 - (5) 拋棄 有償地役ノ場合ハ地上權、永小作權ノ場合ト同様ナリ
 - (6) 委棄 二八七條
 - (7) 混同 但共有者ノ一人ニ付生スルモ不可分原則ニヨリ地役權消滅セス
 - (8) 時効
- イ 第三者カ取得時効ニヨリ承役地ノ所有權ヲ取得タルトキ(二八九)、原始取得ナレハナリ、但二九〇條ニヨリ中斷方法アリ
- ロ 普通ノ消滅時効(二九一)
- A 不繼續地役ハ最後ノ行使ノ時ヨリ起算ス
 - B 繼續地役ハ行使ヲ妨ケラレタル時ヨリ起算ス
- ハ 要役地ノ共有ト時効ノ中斷(二九二)
- ニ 一部不行使ト時効(二九三)

二 效果

第五章 入會權

第六章 占有權

第一 (占有ノ定義及性質)

一 占有保護ノ理由

- (1) 意思ヲ尊重スルカ爲ナリトノ說
- (2) 人格ヲ保護スルカ爲ナリトノ說
- (3) 所有權ノ確實ヲ保護センカ爲ナリトノ說 サレト所有權ト占有權トハ分離セラルルコト屢ナリ
- (4) 安寧秩序維持ノ爲ナリ、即現實ニ物ニ對シテ力ヲ加ヘツツアル者ニ對シ一應ノ保護ヲ與フルコトニヨリテ之ヲナス

二 占有ノ要素(一八〇)

(1) 所持：體素

イ 所持トハ或人カ事實上物ヲ支配シ得ル可能狀態ナリ、コレアルヤ否ハ客觀的ニ定ムルナリ

A 繼續的ナルヲ要ストノ說ハ必要ナシ、支配ノ可能狀態ニアリシヤ及心素アリシヤニヨリ定マル、時間ノ長短ノ問題ハ要ナシ

- B 他人ノ干渉ヲ排斥シ得ヘキ状態ニ在ルコトヲ要件トストノ説、其意イニアレハ可ナルモカカルコトハアマリ考フルノ要ナシ
- ロ 占有補助者：即占有機關ニヨルモ可ナリ
- ハ 所持ノ目的物：一切ノ有體物但事實的支配ナルカ故ニ物ノ一部ニテモ可ナリ、例之建物中ノ一室
- ニ 目的物ニ付準占有アルコトニ注意(二〇五)：自己ノ爲ニスル意思ニテ財產權行使

(2) 占有ノ意思：心素：二大説アリ曰ク

イ 主觀説

- A 所有意思ヲ要ストナスモノ：コレ占有權ハ所有權ニ適應スル事實ナレハナリトス、コレニテハ盜賊力保護サレテ地上權者等カ保護サレズ
- B 支配意思説：一切ノ方向ニ於テ物ヲ支配スルノ意思、コレニテハコノ意思ハ所有權ノ内容ナルカ故ニAト同一トナル
- C 自己ノ爲ニスル意思：コノ説ハローマ法カ賃借人、使用借主ニ占有權ナシトセル理由ノ説明ニ苦ミコレ特例ナリトセリ、思フニローマ法ハ一貫ノ合理アルニアラスシテ便宜ニ基キシモノナルカ故ニコノ議論ハ争フノ餘地ナシ

ナシ

- D 單ニ他人ノ爲ニスル意思ニテセラルトナスモノ：獨法ハ單ニ物ノ上ニ事實上ノ力ヲ加フルニヨリ占有權ヲ有スト、學者コレヲ解シ本項ノ意思ナリトスルモノ、全然何等ノ意思ヲ要セサルノ意ナリトスルニ派アリ
 - ロ 客觀説：占有意思ノ要素ヲ排斥ス
 - A 準客觀説：所持アルハ已ニ占有意思ノ發現ナリ所持ト意思トハ各別個ノ要素トスルノ要ナシ(イエリング)
 - B 純客觀説：全然必素ヲ要セストス、故ニ意思無能力者、夜間投入サレタル書狀ニ付占有權アルノ理モ説明シ得、立法上ハ正當ナリ(同富井氏、石坂氏、三瀧氏)
 - ハ 我民法ノ主義：自己ノ爲ニスル意思(一八〇、二三〇、二〇四)
 - コノ意思ナキ財産管理人ノ如キ他人ノ爲ニナス者ニモ占有訴權ヲ認メテ保護セリ(一九七)
- 第二 占有状態ノ種類
- 一 自主占有、他主占有：所有ノ意思ノ有無ニヨル別ナリ
- 所有ノ意思ハ必スシモ所有權ヲ有シテ物ヲ所持スルコトヲ要セス、所有權アルノ

信念ヲ要セス、事實上自己ト物トノ關係ニ於テ所有權の内容ニ相當スル地位ニアラシムルノ意思アレハ足ル、盜賊ノ如キモ亦可ナリ

二 自己占有ト代理占有(附、間接占有、直接占有ノ別)：自己カナス場合ト代理人ニヨリテナス場合ナリ

地上權者、永小作人等ハ自己占有ト代理占有トノ兩者ヲ兼ヌ(同富井氏)

獨法ノ直接、間接占有ノ別ト自己占有代理占有ノ別ト同一ナリトノ說(横田氏、中島氏、川名氏)、異レリトスルモノ(富井氏)、獨法ニテハ我占有者ト認メサル保管者ヲモ直接占有者トナセリ

代理占有ハ代理ノ規定準用サル(嚴格ナル意ノ代理人ニヨル占有ニアラサレハ也)

三 善意占有ト惡意 有

(1) 意義ニ付争アリ

イ 單ニ事實ヲ知ラサルノミナラス占有スヘキ確信アルコトヲ要ス：(通説)

ロ 消極的ニ其權利取得ヲ妨クヘキ事實ノ存在ヲ知サルヲ以テ足ル(同石坂氏)

A 通常コノコトアレハ確信イアルコトナルモ必スシモ然ラサルコト

B 我民法上善意ハ不知ヲ意味スルコト常ニシテ特ニコノ場合確信ノ要件ヲ加フルノ理由ヲ見ス

四 瑕疵アル占有、瑕疵ナキ占有：強暴又ハ隱秘ノ占有ト平穩公然占有

五 過失アル占有、無過失占有

六 正權原ノ占有ト無權原ノ占有

第三 占有權ノ取得

一 一般要件

(1) 主體：何人ニモ屬シ得ヘキ財産權ナリ、故ニ

イ 主體ハ意思能力ヲ要ス：心素ヲ要スレハナリ、例外アリ
相續、法定代理人ニヨル場合

ロ 法人モ其目的ノ範圍内ニ於テ代表機關ニヨリ之ヲナシ得

(2) 目的物：一般物權ニ同シ：注意ス可キ點

イ 基本權ノ目的タルニ適スヘキコト

ロ 占有權ハ物ノ一部ノ上ニ存シ得ルヤ

ハ 同一物上ニ數人カ一個ノ占有權ヲ有スルコトアリ(共同占有)、兩立シ得ヘキ權利ノ行使シタル數個ノ占有權ハ同一物上ニ存シ得(代理占有)

ニ 權利ヲ目的トシ得ルカ：(二〇五)

二 取得方法

(1) 原始的取得方法

イ 要件：心素ト體素ヲ有スルコト(一八〇)

ロ 性質

A 一方の行爲ナリ、但必スシモ占有者ノ行爲ヲ要セス、盜取セラレタル犬ノ歸還ノ如シ

B 常ニ非法律行爲ナリ、事實アリ不法行爲アリ

(2) 繼受的取得方法

イ 讓渡

A 意思表示：一方カ讓渡ノ意思、他方カ自己ノ爲ニ所持ヲ取得スルノ意思故ニ法律行爲一般及契約ノ原則ニヨル物權契約ナレハナリ

B 占有物ノ引渡

占有權カ體素ヲ要スル上ヨリ一七六條乃至一七八條ノ例外チナシ引渡ヲ要ス(一八三)、引渡ノ方法：權利ノ引渡ニアラス(所持ノ意義參照)

(a) 簡易ノ引渡(一八二、二項)

(b) 占有ノ改定(一八三)、コノ場合ハ代理人トシテ占有スルモノニシテ占有補助者(機關)トシテナス場合チ含マス機關ニヨルトキハ機關ハ占有ヲ

得サレハナリ

(c) 指圖引渡(一八四)

相續：之ヲ認メサリシカ近世法ハ之ヲ認ム、便ナレハナリ

(3) 代理取得(一八一)

イ 代理ノ意義

A 民法九〇條ノ代理說：占有權ノ原始取得ハ非法律行爲ナルカ故ニコノ場合ノ説明ツカス

B 漠然他人ノ義ナリトセハ：占有機關タルモノヲモ含ムコトトナルカ故ニ非ナリ

C 次ノ如ク解スヘシ：本條適用範圍

(a) 繼受的タルト原始的タルトナ間ハ他人チシテ代リテ占有ヲ取得セシムル場合ハ本條ノ適用アリ：コノ取得カ非法律行爲ノ場合ニテモ法律行爲ノ代理ヲ準用スヘシ

(b) 或人チ直接占有者トシテ本人カ間接占有チナス場合ニモ適用アリ

A 代理人カ目的物チ占有スルニ至レルコト

B 代理人カ本人ノ爲ニ占有權ヲ取得スル意思ヲ有スルコト

但シニ要素ヲ分割スルニアラス代理人モ本人モニ要素ヲ要ス

C 本人ニモ占有ノ意思アルコト：代理人ニヨリ取得スルノ意思

BトCトハ同時ニ存在スルヲ要セス、其ノ併存スルニ至リテ完成ス

三 占有移轉ノ效果(一八七)

(1) 占有ノ分割：占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ得

本條ノ承繼人ハ相續其ノ他ノ一般承繼人ヲ含ム(同富井氏、鳩山氏等)、反對(大判、横田氏)

(2) 占有ノ併合：選擇ニ從ヒ前主ノトヲ併合シ得、瑕疵ヲモ承繼ス

四 占有狀態ノ變更：善意カ惡意トナル等、自主カ他主ニ等(一八五條參照)

第四 占有ニ關スル事實ノ推定

一 自主的占有ノ推定：善意、平穩、且公然ニ所有ノ意思ヲ以テセルモノト、無過失ノ推定ヲナス(一八六)

二 繼續ノ推定：前後兩時ニ於テ占有ヲナシタル證據アルトキハ其間

第五 占有ノ效力

一 權利ノ推定：占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス

(一八八)

二 果實ノ取得(一八九、一九〇)

(1) 善意ノ占有者(果實カ元物ヨリ分離スルトキ)天然、法定ノ果實ヲ取得ス(一八九、一二項)

正權原ヲ條件中ニ加ヘサリシハ立法上不當ナリ(同中島氏)

果實ノ占有モ實ノ生スヘキ素因カ元物占有中ニアリシコトモ共ニ必要ナシ、訴訟ノアリシトキ

(2) 惡意ノ占有者：果實返還、消費、過失毀損、收得怠ノ代價ヲナスコト

強暴隱秘占有者ニ準用アルコト(一九〇)

三 權利ノ取得

取得時効ニヨル一六二條ハ占有ソノモノノ效力ニアラス

動産權ノ即時取得(一九二)

(1) 性質

イ 即時時効説

口 所有權ノ推定説：サレト譲渡人ノ無權利ニ付無過失善意等ナルカ故ニ取得スルナリ、未タ所有權アリト推定セラルルカ故ニアラス

- ハ 法律ノ規定ニヨルトノ説：コレ實際ノ結果ヲ示スノミ、權利取得ノ原因ヲ示サス、先占、添附等モ亦法律ノ規定ニヨルモノニシテ此等トノ分界不明ナリ
- ニ 占有ノ效力ニヨル權利取得ヲ定メタリトノ説：取引ノ安全ノ爲トノ説
- (2) 要件

イ 動産ナルコト、但盜品、遺失物、家畜外ノ動物等ニ特例アリ

ロ 無權利者ヨリ占有ヲ得タルコト

A 單ニ讓渡行爲ノ意思ニ欠缺アリシ場合ニハ適用ナシ、カクテハ無能力者保護、或ハ九六條等ノ趣旨ヲ没スレハナリ

又不動産ニツキ本條ヲ適用セサル理由モココニ存ス、即取引ノ安全ヲ計ルモノナレハナリ

B 即眞ノ占有者ナリシヤ否ヤヲ知ラサリシ者ノミヲ保護ス

ハ 平穩、公然、善意、無過失ノ占有ナルコト：初メニ備ハルコト

現實ノ占有ヲ要セス(簡易引渡占有有改定ノ如キ方法)(同富井氏)、制限法文ニナケレハナリ

(3) 效果及特例

イ 原始取得ナリ：故ニ新權利、無負擔ノ權利ヲ得

ロ 不當利得ノ適用ナシ：有償ナル場合ニモ無償ナル場合ニモ(同富井氏)

法律上ノ原因ナシトイフヘカラサレハナリ又法文ニナレハナリ

ハ 特例

A 盜品及遺失物

(a) 盜品：強竊盜ニヨルモノナリ詐僞、横領等ヲ含マス、但盜罪ノ成否ニ關セス、例之未成年者ノ行爲ニテモ可ナリ

(b) 回復權者

被害者又ハ遺失主：所有權者ノミニアラス其上ニ占有ヲナスヘキ基本權ヲ有セシ者(例賃借人)ヲモイフ(同富井氏)

賃借物ノ竊取セラレタルトキハ所有者借主共ニ之ノ權アリ
被害者遺失主カ實權者ナルトキハ本條ノ適用ナシ(三五三)

(c) 回復權行使ノ期間

(1) 盜難、遺失ノ時ヨリ二年：善意無過失占有者ノミニ適用

(2) 二年間ノ所有權者ハ何人ナルカ

從前ノ所有者ニ屬ス(富井氏)、正當ナルヘシ、一九二條ノ適用範圍外ナリトス

占有者ニアリ其ノ回復サレタルトキ遡及的ニ前所有ニ返ル、即一九二
條ノ例外ナリト(横田氏)

(d) 代價ノ辨償

1 無辨償ヲ原則トス

2 例外(一九四)：競賣、公ノ市場、同種物販賣商：善意

B 家畜外ノ動物(一九五)

立法上ノ非難、一九二條ノ例外トスヘカラサルコト、先占ニ近似スルコト、
故ニ何時無主物トナルカヲ定ムル方適當ナリ

C 右以外ノ特例

船舶ハ登記スルカ故ニ即時取得ノ目的トナラス
從物：(八七、二項)

定著物、不融通物

無記名債權：動産ト看做サルカ故ニ即時取得ノ適用アルモ無記名證券ハ民
施五七條、商二八一條アリ、又二八二條、手形ニ付四四一條

四 占有訴權

(1) 訴權ノ行使者：占有者、及他人ノ爲ニ占有ヲナスモノ(コノ主義ハ爭アリ曰ク)

他人ノ爲ニ占有ヲナス者トノ意義

イ 占有機關ヲ指ス説：(中島氏)

□ 代理占有者ヲ指スモノ者カ本人ノ名ヲ於テ訴ヲ起ストナス説(石坂氏、
横田氏)

本人ノ侵害ニ對シコノ者ニ訴ヲ起シ得サルニ至ルヘシ

ハ 代理占有者ナルモ自己ノ名ヲ於テ起ス者ナリトノ説(同富井氏)

民法ハ他人ノ爲ニ占有スル者ハ占有者ニアラス故ニ占有訴權ナキモノナレ
トモ急速ノ救済ヲ必要トスヘキ場合アル故特ニ之ヲ認ムルナリ故ニ自己ノ
名ニ於テ起シ得ルモノトセサルヘカラス

占有機關ハ本人ノ延長、手足ナリ、故ニ代理占有者ニアラス

(2) 占有訴權ノ種類

イ 占有保持ノ訴(一九八)

A 原因：占有ノ妨害

B 目的：妨害停止、妨害ニヨル損害賠償(停止ハ當初妨害ヲナシタル者ニ
アラス、第三者(例、妨害ノ原因タル工作物ノ讓受人)ニモ對シ得

C 提起期間

妨害ノ存スル間、又ハ止ミタル後一年間
工事ノトキハ著手ヨリ一年又ハ竣成後ハ不可ナリ (二〇一、一項)

占有保全ノ訴(一九九)

A 原因：占有妨害ノ虞アルトキ

B 目的：妨害豫防又ハ損害賠償(一九九)

C 期間：危険ノ存スル間工事ノトキハ(二〇一、二項)

占有回收ノ訴(二〇〇)

A 原因：占有ヲ奪ハレタルトキ(詐偽強迫錯誤過失等ヲ含マス、強竊盜其他不法暴力ニヨル場合ノミナリ)

B 目的：目的物ノ返還及損害賠償

C 訴權者ノ被告

(a) 侵奪者及其一般承繼人

(b) 悪意ノ特定承繼人：善意ノ特定承繼人ニハナシ得ス(二〇〇、二項)

二 附説 占有權ノ自力保護：コレヲ認メタル立法例(獨)

A 自力防衛權：急迫ナル侵害ニ對シ一定條件ノ下ニ

D 自力奪還權：一定條件ノ下ニ取戻ス權

我民法ハ佛法系ト同シク之ヲ認メス、七二〇條アリテ間接ニ認ムルカ如キモ一度奪ハレタルトキハ公力ニヨル外ナシ

(3) 占有訴權ノ獨立

イ 占有ノ訴ト本權ノ訴トハ互ニ妨グルコトナシ(二〇二、一項)

ロ 占有ノ訴ハ本權上ノ理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス(二〇二、二項)

ハ 占有ノ訴ト本權ノ訴トハ事物管轄ヲ異ニス、前者ハ區ノ專管ナリ後者ハ訴訟物ノ價格ニヨリテ區、地定マル

ニ 占有訴訟ノ本旨

五 回復者ト占有者トノ關係：廣クイヘハ果實取得ニ關スル規定モコレナリ、唯コ

コニハ占有物ソレ自身ニ直接關聯シテ生スル場合チカカク

(1) 占有者ノ賠償義務：占有物ニ關スル場合

イ 善意ノ占有者ノ義務

A 善意占有者トハ滅失、毀損ノ當時ノ狀態ニヨリ定ム(同富井氏)、無過失

E 故意、過失ニ出テタル滅失毀損ニ對シテモ現ニ利益ヲ受ク限度ニ於テノ

ミ賠償スレハ足ル、即コノ者ノ責任ハ不當利得アルモノノ責任ノミナリ
○ 所有ノ意思ナキモノハ惡意占有者ニ同シ(一九一、但、四〇〇)

□ 惡意占有者ノ義務

A 損害全部ニ對シ賠償義務アリ但シ其レカ其實ニ解スヘキ事由ニヨルコト
(一九一、七〇四)

B 但占有者カ占有物ノ返還遲滯シアルトキハ遲滯ノ效果トシ四一二條、四
一五條ニヨル

C 占有カ不法行爲ニ出テタルトキハ七〇九條ニヨル
滅失毀損ハ物質的ノミニ限ラス

果實ニ關シテハ一九〇條、一八九條

(2) 回復者ノ償還義務

イ 必要費

A 通常ノ必要費：果實ヲ收得セルトキハ占有者ニ求償權ナシ(一九六、一項)
臨時ノ必要費：常ニ占有者ニ求償權アリ

右何レモ必要ノ限度ニ限ラル

□ 有益費：不當利得ノ原則ニ從フ(一九六、二項)

A 其費用ニヨル増價カ求償當時現存スルヲ要ス

B 回復權者ハ其 擇ニ從ヒ、増價又ハ費用ヲ賠償スヘシ

C 惡意ノ占有者ナルトキハ回復權者ノ請求ニヨリ右ニ對シ裁判所ハ相當ノ
期限ヲ附與スルコトヲ得

ハ 奢侈費：義務ナシ、但占有者ハ原狀ニ復シテ附屬セシメタルモノヲ收去シ
得ヘシ

(3) 占有者ノ留置權(一九五)、次ノ條件ニヨリ之ヲ有ス

イ 不法行爲ニヨル占有者ニアラサルコト

ロ 必要費、有益費ノ償還遲滯ニアルコト

ハ 惡意占有者ノ場合ニ一九六條二項ニヨリ裁判所カ償還猶豫ヲ與ヘタルトキ
ハ遲滯ナキ故コノ權ナシ

第六 占有權ノ消滅

一 本人占有ノ場合(二〇三)

(1) 占有意思ノ拋棄

イ 特定人ニ對スル表示ヲ必要トセス

ロ 積極的且任意のニ表明サルコトヲ要ス、無意識ニヨル消極事實ハ未タ拋

棄トナラス

(2) 所持ノ喪失

イ 物ニ對スル實力支配ノ可能狀態カ確定的ニ存在セサルニ至ルコトヲ要シ一時不確定的ニ失ハルル場合ハ占有ヲ失ハス

ロ 喪失ハ自己ノ行爲ニヨルト否トヲ問ハス

但他人ヨリ奪ハレタルニヨリ占有回收ノ訴ニヨリ回收セハ占有權ハ消滅セス(二〇三、但)

二

侵奪者カ任意ニ返還シタルトキモ同様ナリト解ス(同富井氏、横田氏)
代理人ニヨル占有ノ場合(二〇四)

代理占有ノ要素ハ (1)本人ノ意思 (2)代理人ノ意思 (3)代理人ノ所持ナリ

(1) 本人ノ占有意思ノ拋棄…本人カ代理人ヲシテ占有ヲナサシムル意思ノ拋棄、法定代理ノ場合ニハ意思關係モ凡テ代理人ニ付テノミイフカ故ニコノ場合ハ本人ノ拋棄ハ占有消滅原因トナラス

(2) 代理人ノ意思變更…代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲ニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示シタルトキ

イ 其意思ヲ實行スルコトモ要件ニ加ヘサルヘカラス…法文ニナシ

ロ 自己又ハ第三者ノ爲トアルモ何人ノ爲ニモアラサル場合ヲモ包含スヘシ

ハ 法定代理人ニ適用ナシ、法定代理人ハ處分ノ權限ヲ有スルモノナルカ故

ニ唯何等カノ方法ニヨリ本人ノ爲ニ所持セサル意思ヲ表示スレハ足ル、本人ニ表示スルヲ要セス(同横田氏)

但法定代理人ノ責任問題ハ別ナリ

(2) 代理人カ所持ヲ失ヒタルトキ

但本人カ直ニ所持シ又ハ回收ニヨリ回收セハ失ハス

代理權ノ消滅ノミニヨリ占有ヲ失フコトナシ(二〇四、二項)

準占有

第七

一 意義及性質

(1) 意義 物ノ所持ヲ必要トセサル權利ノ行使ニ對シ占有保護ノ理由ト同一ナルニヨリ之ヲ保護スル權利ナリ

(2) 要件

自己ノ爲ニスル意思ヲ以テ(心素)物ノ所持ヲ必要トセサル財産權ヲ行使スルコト(體素)

- (3) 範圍：目的タリ得ヘキ財産權
 - イ 物權：地役、抵當、先取
 - ロ 債權……………
 - ハ 特別法上ノ專用權：著作特許
- 要件
- 1 公私ノ身分ニ基カサル財産權ナルコト
 - 2 繼續的ニ行使スルモノナルコト

二 效力

- (1) 時効ノ適用アリ(一六三)
- (2) 占有ノ效力ニ影響ヲ及ホス可キ占有狀態ノ變更、占有種類等一般占有ニ同シ
- (3) 一九二條乃至一九五條ハ性質上適用ナシ
- (4) 存續要件ハ一般占有ニ同シ

第三編 擔保物權法

第一 觀念

定義 債權擔保ノ爲メニ之ニ從タル他物權ナリ

- 一 債權擔保ノ目的トスル權利ナリ
- (1) 其實行ハ單ニ賣得金ニノミ存スルト爲スヘカラス
- (2) 債權ノ現存ヲ要セス、根抵當ノ問題然リ

二 債權ニ從タル權利ナリ

- (1) 從タル物權ニハ地役權ノ如キアレトモ債權ニ從タルコトナシ
- (2) 獨立性ナシトノ意義如何
 - イ 主タル債權トノ共同運命：(消滅、抗辯、條件、期限)：アルコトハ肯定シ得
 - ロ 移轉性ト隨伴性：主タル債權ト共ニ移轉スルヤ
 - 留置權ハ包括承繼ノ外合意ニヨ
 - ルモ移轉シ得ス、先取特權、質
 - 權、抵當權ハ合意ニヨリテ之ヲ
 - 移轉シ得……………
 - ハ 將來ノ債權擔保如何：從タル權利ナリトハ(イ)ノコトノミニ付テイフ、故ニ債權擔保ノ目的タニ存セハ可ナリ、債權ノ現存ヲ要セス

第三 擔保物權ノ特質

- 一 追及權、優先權
- 二 不可分性：物ノ各部分カ皆擔保ス、故ニ一部消滅スルモ殘部ノ上ニ存シ分割讓渡スルモ影響ナシ

- (1) 擔保物權ノ本質上當然ノコトニアラス、擔保ノ目的ヲ確實ニスル便宜規定ス
- (2) 故ニ非強行法ナリ
- 三 物上代位ノ特性：(三〇四)、目的物ノ賣却、質貸、滅失又ハ毀損ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノモノニ對シテモ之ヲ行ヒ得、留置權ニハコノコトナシ

第一章 留置權

第一 意義 他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權カ辨濟期ニアルコトヲ要ス(二九五、一項)、其債權ハ不法行爲ニ因リテ始マリタルモノニアラサルコトヲ要ス(二九五、二項)

- 一 他人ノ物ヲ占有セルコト
- (1) 自己ノ物ノ上ニ存セス、立法上不便ナリ、賣主カ所有權ヲ留保シテ賣買セル場合ノ如キニ於テ
- (2) 必スシモ債務者ノ物ニ限ラサルコト、又第三者ニ屬セル場合ニ留置權者カ善意ナルヲ要件トセス

- (3) 目的物ノ種類 一切ノ特定有體物ナリ
- (4) 目的物ノ占有ヲ要ス、債務者ノ承諾ナクシテ占有ヲ失ヘハ消滅ス(二九八、三〇三)

イ 占有ノ意義 一八〇條ト異リ單ナル占有ヲモ包含ス(民法占有ハ必スシモ一八〇條ノ意味ニ限ラス)

ロ 共同占有ノ場合ニ債權者カ所持スルトキ及債權者カ直接占有ヲ爲シ債務者カ間接占有ヲ爲ス場合ニモ可ナリ

二 占有カ不法行爲ニ因リテ始マリタルニ非サルコト 立證責任ハ攻撃者ニ存シ占有者ニ存セス

三 物ト債權トノ牽聯ヲ要ス

(1) 意義

イ 債權ト相手方カコノ者ニ對シテ有スル物ノ引渡ヲ目的トスル債權トノ牽聯ヲ要スト爲スモノ：ローマ法カ採リタル所ナリ、獨逸ニテハ留置スル權利ト見スシテ給付拒絶權ト見タルナリ

ロ 占有セル物ト其ノ者カ有スル債權トノ牽聯ヲ要スト爲ス主義(二九五、一項)、純然タル物權トシテ物ノ上ニ行ハルルモノトセル以上相當ナリ

② 牽聯ノ意義 占有ト債權トノ牽聯モ必要ナリヤ：債權ハ物ノ占有中又ハ占有ト同時ニ發生スルヲ要スルヤ、債權カ前ニ發生スルモ可ナリヤ

イ 甲説…(横田氏等)：民法修正案理由書ニヨルモ舊法ヲ大體ニトレルナリト、又占有前ニ取得セル債權ト物トニハ牽聯ナク各別ニ履行スヘキモノナリトシ、占有中又同時説

ロ 乙説…(富井氏)：甲ノ場合ハ通常ナルモ存立要件ニアラス、其物ノ引渡ヲ爲スヘキ時ニ占有セハ可ナリ、但一度占有ヲ失ヘハ留置權消滅スルカ故ニ再ヒ占有スルモ留置ヲ得ス

ハ 丙説…(三瀨氏)

A 修正理由書ハ本問ニ決定的力ヲ與ヘス、舊法ト字句ヲ異ニセルハ論者ト反對ノ説ヲ爲スモ敢テ不可ナシ

B 法文カ明白ニ示ス所ニ從ヒ若シ不明ナルトキ修正理由書ハ參考トナルノ

C 他ニ制限的規定ナク法文單ニ「物ニ關シテ生シタル債權」トナス以上ハ廣ク解スルモ可ナリ

D 故ニ物ト債權ト牽聯アル一切ノ場合ヲ指スモノトス、即チ

(a) 物自身カ債權發生ノ直因ヲ爲シタル場合、及ヒ

(b) 物ノ占有取得ト債權トカ同一ノ關係又ハ目的ニヨリ生シタルトキ：唯同一ノ取引關係又ハ同一ノ目的ニヨリ連結サルレハ足ル、同一ノ賣買トイフカ如クナラス

③ 占有チ一度失ヒタル場合如何

富井氏(乙)ハ留置權ハ絶對ニ消滅スト爲ス

三瀨氏ハ同一關係又ハ同一ノ目的ヨリ占有ト債權カ生スルニアラサルモ(二九五、一項)、物ト占有トカ：關シテ生シタル：ノ要件ヲ具フルカ故ニ留置權ヲ取得ス、但前ノ留置權ニハアラス新ナルモノナリト

被擔保債權ノ種類：不問

四 辨濟期ニ在ルコトヲ要ス、蓋シ本權ハ公平ノ觀念ニ基ケハナリ

五 債權ニ從タル他物權ナリ

六 他ノ擔保物權トノ異同

(1) イ 法定質權ナルコト

ロ 牽聯ノ要件、辨濟期ノ要件ハ質抵當ト異ル

ハ 優先辨濟ヲ受クルノ權ナキコト僅カニ二九七條ニヨリ果實ヲ收取シ辨濟ニ

充テ得ルコト、競賣法三條ニヨリ競賣請求權アルモ代金ニ付優先辨濟權ナシ
ニ 動産不動産ニ關ス、質權、抵當權ハ權利ニモ關ス
ホ 登記ヲ要セス

(2) 先取特權トノ差

イ 優先辨濟權ノ有無

ロ 先取特權ハ債務者ノ總財産即有體無體ノ上ニモ行ハルルコト
ハ 債權ノ發生原因カ列記的ナルコト

(3) 同時履行ノ抗辯トノ差異

相手方ノ履行マテ自己ノ履行ヲ拒ムコト、辨濟期ノ要件トハ同一ナリ
イ 效力上：絶對的效力ノ有無

ロ 被擔保債權カ雙務契約ニヨリ生シタルコトヲ要セサルト否ト

ハ 自己ノ債務ヲ拒ミ得ルモノニシテ有體物ヲノミ拒ミ得ルト異ル

ニ 留置權ハ代擔保ヲ供シテ消滅スルモ同時履行ハコノコトナシ

(4) 相殺トノ異同

イ 物權ト否ラサルト

ロ 成立要件カ對立スル同種ノ目的ヲ有スル債務アルコト、留置權ハ牽聯ト辨

濟期、但商法上ノ留置權ハ牽聯ノ要ナシ

ハ 相殺ハ自他ノ債權ノ消滅ヲ生シ、コレハ相手方ノ履行ヲ促スノ手段タルコト

七 占有物ヲ留置スル權利ナリ：辨濟ヲ促スノ手段ナリ

八 不可分ナリ：次ノ二方面ヨリ見ルヘシ

(1) 債權ノ全部及ヒ各部ニ付不可分のニ目的物全部ノ上ニ存ス：全部ノ辨濟ヲ受
ケル迄留置シ得

(2) 目的物ノ各部ヲ以テ債權ノ全部ヲ擔保ス：一部滅失スルモ殘部ノ上ニ存シ且
留置權者ハ補充擔保ノ請求權ナシ

九 法律ノ規定ニ因リテ生ス

第二 留置權ノ取得

一 法律ノ規定ニ因ルノミナリ

第二 登記ヲ要セス、先取特權ノ場合ニ之ヲ要スルト不權衡ナリトナス論アレトモ元
來占有ヲ要件トスルモノナルカ故ニ理論ニ合ス、且對世的關係狭キ故第三者ヲ害
スルコト少ナシ

第三 效力

一 留置権者ノ權利

(1) 債權全部ノ辨濟ヲ受クルマテ目的物ノ全部ヲ留置スルコトヲ得(二九五、二九六)

イ 優先辨濟權ナシ、果實ヲ收取シ辨濟ニ充當シ得(二九七)

ロ 競賣法ニヨリ競賣請求權ヲ有スルコト：競買人ハ債務ヲ辨濟セサレハ留置権者ヨリ留置物ヲ引渡請求シ得ス

(2) 優先權、追及權ハ物權トシテ之ヲ具フ

イ 物カ初ヨリ債務者以外ノ者ノ所有ナル場合ニモ留置權アリ、横田氏ハ反對ナリ、相手方ノ不履行ヲ要件トスル相對的權利ナレハナリト、コレ非ナリ、又同一物上ニ所有權カ先ニ生シ留置權後ニ生シタル故所有權カ優先ストナサハ非ナリ、擔保物件ハ制限物權ニシテ所有權ヲ制限スルモノナレハナリ

ロ 追及權トイフモ一旦占有ヲ失ヘハ追及シ得ス占有回收ノ訴ニヨリ外ナシ

(3) 占有權ヲ得 占有(二九五ノイフ)カ一八〇條ヲ占有ニアラサルモ可ナリトイフハ留置權ヲ得ルマテノ即チ成立要件タル占有ノコトナリ、成立後ハ占有(嚴格ナル意ノ)トナル

(4) 不可分性ヲ有ス

(5) 留置物ヨリ生スル果實ヲ收取シテ債權ノ辨濟ニ充當シ得

イ 善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルコト、債務者ニ不利ナキコト等ニヨリ公平上コレヲ認ム

ロ 占有者ナルカ故ニ一八九條ニヨリ當然ナルカ如キモ善意、惡意ノ問題起ル故明ニセルナリ

ハ 收取ノ方法分離ノ際當然ニ取得ス先占ノ行爲ヲ要セス(中島氏同説)、收取ノ權アルモ義務ハナシ(舊民法反對)

ニ 充當ノ順序

A 先ツ利息ニ充テ次ニ元本ニ充ツ果實收取ノ義務ナシ

B 既ニ發生シタル果實ノ收取ヲ怠ルハ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺ク事實問題ナリ

C 換價ノ方法ハ競賣法ニヨルモノトシ遲滯ニヨル損害アルトキハ直ニ換價スルハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スモノナリトス(横田氏同説)

(6) 保存上必要ナル使用ヲ爲スノ權利

(7) 留置物ニ關シテ出シタル費用ノ償還請求權

イ 必要費：所有者ヲシテ償還セシムルコトヲ得(二九九、一項)、一九六條ノ如

ク臨時ト通常トチ分タス

□ 有益費：増價ノ現存スル限リ所有者ノ選擇ニ從ヒ費用又ハ増價額償還（二九八、二項）、裁判所ハ請求ニヨリ相當ノ期限ヲ附スルコトヲ得ヘシ（同條二項後段）

(8) 移轉性及隨伴性ヲ有スルヤ：通説ハ積極ナリ

イ 包括承繼ニハ之ヲ認ム

□ 特定承繼ニハ認メス、其理由：（總論參照）：當事者ノ意思ニヨルモ然リ

A 留置權ヲ債權ノ一ト見ルトキハ兩性アリ、何トナレハ抗辯權ナルカ故ニ本權ト相伴フ

B 法定質權ナルカ故ニ質抵當ト異ルモノト見ルコト相當ナリ、五一八條ニ更改ニヨル合意ニヨルモ留置權、先取特權ノ二者ハ移轉シ得サルトスルハ元ヨリ債權讓渡ニアラサルモ質抵當ニ之ヲ認メタルト比シコノ間ノ消息ヲ知ルヘシ

C 辨濟アレハ物ノ返還義務ヲ負フカ故ニ他人ニ移シテ濫ニコノ義務ヲ免レ又ハ危フスルハ不可ナリ、他ノ擔保權ニテモコノ義務アレトモ條件付讓渡タル轉質ニハ責任ニ關スル規定アリ、而シテ留置權ニハコノコトナク況ヤ

轉質ヨリモ重キ責任ヲ有スヘキモノナルニ於テチヤ、コレ責任ノ規定ナキハ法カコノ移轉性ヲ認メサルモノトスヘシ、更ニ法定質ハ債務高ト物トノ權衡ヲ失スルコト多キ故更ニ責任上ノ規定ヲ要スルニ於テチヤ、殊ニ二九八條二項ノ如キアルチヤ

D 占有ハ留置權ノ成立及存續要件ナリ、占有權ハ留置權其ノモメニアラス

E 補助的理由：留置權者ハ通常ノ場合保管等ニ相當ノ注意方法ヲ爲シ得ル者多キ故法力之ヲ認ムルモノトモイヒ得ル故ニコノコトナキ第三者ニ移スハ債務者ニ苛酷ナリ、但我國ノ如ク債權ニ制限ナキ國ニテハ弱キ理由ナリ

F 富井氏ハ專屬權ニアラサレハ移轉性アリトイフモ專屬權ハ包括承繼モ許ササルモノチイフナリ、但余之ヲ認ムルコト（イ）ノ如シ

二 留置權者ノ義務

(1) 善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ占有スルコト：怠レハ債務者ハ留置權ノ消滅ヲ請求シ得（二九八、三項）

(2) 所有者ノ承諾ナクシテ使用、賃貸擔保ヲ爲スコトヲ得ス（二九八、二項）

イ 保存ノ爲メ必要ナル使用ハ可ナリ（同條但）

□ 法文ハ債務者ノ承諾ナクシテトアルモ第三者ノ所有ノトキハ所有者ノ承諾

ナリ

ハ 貸貸ノ外使用貸借モ加フヘシ、自ラ使用シ得サルニ無貸ニテ他人ニ使用セシメ得ルノ理ナケレハナリ

ニ 以上ニ違反スルトキハ債務者又ハ所有者ハ留置權ノ消滅ヲ請求シ得ヘシ

ホ 以上ニ違反シテ爲シタル貸貸等ハ無効ナリ(梅氏、富井氏、川名氏同説)
留置物返還ノ義務：辨濟又ハ代擔保等ニヨリ留置權消滅セルトキ

第四 留置權ノ消滅

一 消滅事由

(1) 一般ノ物權ニ共通ナル事由

イ 目的物ノ滅失不可分性ニ注意：即殘物アリシ場合

ロ 沒收及收用：法令又ハ裁判ノ結果ノ沒收

A 土地收用法ニヨルモノ(同法六三)、留置權者害ヲ受ケタルトキハ補償ヲ受クルヲ得レトモ他ノ擔保權者ノ如ク拂渡前ノ差押權ナシ(同法六五)

B 耕地整理ノ結果他ニ編入サレタルトキ(同法六六)、換地アレハソレニ存シ得(同法一七、一項)、コレ占有ヲ失フヲ要件トスル例外ナリ、補償金ノ上ニ權利ヲ行ヒ得ス

ハ 混同

ニ 消滅時效：債權ト離レテ完成スルコトナシ：債權ハ十年、留置權ハ二十年ナルコト、中斷ニ付テモ債權ニ中斷アレハ從タル留置權ニモ及フノ意思アルコト、但シ承認(一四七、三號)ハ然ラサルコトアリ、占有中ハ權利ノ行使ナル故時效進行セサルコト、第三者ノ取得時效ニヨリ消滅スルコトナシ

(2) 擔保物權ニ特有ナル事由

イ 主タル債權ノ消滅

ロ 主債權カ時效ニヨリ消滅スルヤノ問題アリ

舊民法ハ留置權ノ存スル間ハ債權ノ行使アリト見タリ：非ナリ：理由 留置セル間ハ永久ニ時效ニカカラサルコトナリ時效制度ニ合セサルコト、理論上積極的ニ一四七條ノ請求ナスヲ要スヘキモノナルコト

(3) 留置權ニ特有ナルモノ

イ 代理擔保ヲ供スルコト：(三〇一)、雙方ニ便宜ナレハナリ

A 法文債務者ハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ得トアルハ他ノ所有者ヲモ含ム

B 相當ノ擔保トハ物上タルト否トチ間ハス、單ニ擔保トアレハナリ

C 消滅ノ請求トハ相手方ノ承諾又ハコレニ代ル裁判ヲ要スルコトナリ、ニ

九八條ノ如ク制裁ニアラレルコトヨリモ推セラレ

□ 義務違反：(二九八)、コノ消滅請求ハ一方的意思表示ニテヨシ、制裁ナレハナリ

ハ 占有ノ喪失：自明ノ理ナリ：一年内ニ占有回收ノ訴ニヨリ回收セハ喪失セ
ス、第二項ノ爲ニ一項アリトスルモ本條無用ナリ、コノ場合代理占有アレハ
ナリ

二 消滅ノ結果：特別擔保ノ喪失、目的物ノ返還滅失ノ場合ノ責任問題アルノミ

第二章 先取特權

第一 意義 先取特權者ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ從ヒ其債務者ノ財産ニ付優先辨濟
權アリ(三〇三)

一 法律ノ規定ニ因リ生シ效力モ亦法律ノ規定ニヨリ定マル

二 目的物：債務者ノ總財産、特定財産又ハ變形物

金錢ニ見積リ得ヘキ有形、無形ノ財産ヲ目的トス、故ニ物權ニアラストイフ者ア
リ、相續權ハ相續人トナル地位ニ存スル權利ニシテ直接ニ財産ヲ目的トセス、故
ニコノ中ニ合マス

代表物ノ種類

(1) 賣却サレタルトキハ代金(條文參照)

(2) 賃貸シタルトキノ借貸

(3) 目的物上ニ設定サレタル物權ノ對價

(4) 目的物ノ滅失又ハ毀損ヨリ生スル賠償債權保險金如何：保險金ハ保險料ノ對
價ニシテ、同時ニ目的物ノ對價ナリ、反對說ハトラス、滅失ハ法律的タルト物
質的タルトヲ問ハス、拂渡又ハ引渡前ニ差押チナスヲ要ス：代位ノ行使方法、
代位ノ性質：拂渡又ハ引渡ノ債權ノ上ニ存ス、其ノ代位物ノ上ニ存スルニアラ
ス、何トナレハ差押チナスコトヲ規定セルナリ

三 目的物ノ占有ヲ要件トセス

四 優先辨濟權アルコト

五 債權ニ從タル擔保物權ナルコト

六 不可分性アルコト

第二 先取特權ノ取得

一 法定質權ナルコト：留置權ト異リ被擔保債權ノ列記的ナルコト
二 不動産質權ハ登記ヲ要スルコト、但三三六條ノ例外アリ

第二 先取特権ノ種類

一 一般ノ先取特権

(1) 共益費用ノ先取特権

イ 債務者ノ財産ノ保存清算又ハ配當ニ關スル費用ヲ支出シタルコト

ロ コノ費用ハ各債權者ノ共同利益ノ爲ニ要シタルコト

(2) 葬式費用ノ先取特権

イ 債務者又ハ其者ノ扶養スヘキ親族又ハ家族ノ葬式ニ基ク費用

ロ 費用ハ葬ラルヘキ者ノ身分相當ナルコト

(3) 雇人給料ノ先取特権

イ 受クヘキ最後ノ六ヶ月ノ給料ニ付テノミ有ス

ロ 金額五十圓以下

雇人トイフハ主従關係アル者ノミヲ指スヲ通説トスレトモ理由ナシ、勤勞ニ

ヨルモノナルコト、右制限アルコトニヨリ第三者ヲ害セサルコトアレハナリ

(4) 日用品供給ノ先取特権

イ 飲食品及ヒ薪炭油ノ供給ニヨリ生シタル債權

ロ 債務者本人又ハ其扶養スヘキ同居ノ親族及ヒ奴婢ノ生活上必要ナルコトヲ限度トス

ハ 最後ノ六ヶ月間ニ供シタルモノ

二 不動産ノ先取特権

(1) 不動産賃貸借ノ先取特権

イ 特権ヲ與ヘラルル債權ノ範圍

A 原則 借貸其他賃貸借關係ヨリ生シタル賃借人ノ債務ニ付賃借人ノ動産

上ニ(三二二)ニ

B 例外

(a) 賃借人ノ財産ノ總清算ノ場合：前、當、次期ノ借貸及ヒ其他ノ債務、及

ヒ前、當期ニ生シタル損害賠償ニ付存ス(三一五)

(b) 敷金アルトキハコレヲ以テ其辨濟ヲ受ケサル部分ニ付テノミ主特権ア

リ(三一六)

敷金ノ意義ニ付テ：(鳩山氏債權各論五〇六頁參照)

1 解除條件附消費寄託説：寄託ナラハ六五七條ニヨリ寄託者ノ爲ニ保管スヘキモノナレトモコレハ受寄者タル債權者ノ爲ニ債權擔保ノ爲ニ保管スレハナリ

2 相殺豫約説：敷金ノ上ニ優先權アルコトノ説明トナラス、又一般ノ保證金モ亦相殺豫約ナリトスルモ雙方ノ債務カ相殺ニ適セスシテ異種ナルトキ如何ノ問題ヲ生スヘシ

3 解除條件附債權説：敷金返還債務ヲ借貸辨濟債務ノ擔保ニスル爲ニ債權ヲ發生セシムルモノニシテ辨濟ヲ條件トスルモノナリトス

コノ説ニヨレハ一切ノ債權質ハ悉クコレナリトイフヘシ、然ラハ債權質ヲ物權トナセル民法ノ趣旨ニ合セス、當事者ノ意思ニ反ス、即チ敷金返還請求權ノ讓渡トイフカ如キハ

4 不規則質説：ローマ法ノ敷金契約ヲ代替的返還ヲ許ス質契約ナリト、我民法ハ質ハ常ニ特定物上ニノミ存ス

5 無名契約説ノ一：解除條件附消費寄託ト質契約トヲ混合セルモノニシテ將來ノ債務ニ付豫メ其辨濟ニ充ツヘキ金額ヲ供スル無名契約ナリト(富井氏)：然レトモ民法ハ合意等ニヨリ別ノ物權ヲ創設シ得サルコトヲ示スニアラスヤ

6 無名契約説ノ二：停止條件附返還債務ヲ伴フ所有權讓渡行爲ナリトス(鳩山氏)：コノ説ニヨレハ辨濟アルマテハ返還債務ナキ故他ノ債權

者ハ敷金上ニ權利ヲ行フコトヲ得ス、故ニ債權者(敷金ヲ有スル)ハ優先權ヲ行フニ差支ナシ、然レトモ條件付權利カ存スル以上ハ他ノ債權者モ之ニ對シ權利ヲ行ヒ得ヘク敷金ノ供與ハ假辨濟ト擇フ所ナキニ至リ擔保(將來ノ債權)ノ目的タル當事者ノ意思ニ反ス

7 債權質説(横田氏)：批難アリ

I 當事者ノ意思ハ敷金ソノモノヲ辨濟ニ充テントス、其返還請求權ヲ以テ質入スルニアラス：本問ハコノ關係ヲ法律的ニ解スルニアリ、故ニコレハ批難トナラス

II 預證ヲ預人カ占有スルコトナル(三六三)：コレヲ慣習ニ求メ證書ヲ占有セサル慣習アリ且一七五條ニ反セス、單ニ對抗要件ナレハナリト解ス

脱法行爲ニアラサルカノ問題アリ(脱法行爲ノ意義)

法文カ禁シタル法律行爲アル場合ニ之ヲ回避シテ他ノ方法ニヨリ同一ノ又ハ少ナクトモ殆ト同一ノ結果ヲ得ントスル眞意的行爲ナリ、形式ニノミ關スルトキハ行爲ノ效力ニ影響ナシ、實體ニ關スルトキハ影響入

□ 目的物ノ範圍：賃借人ノ動産ナリ(三一二)：土地ト建物トニ異ル
A 土地ノ場合：(a)借地ニ備付ノ動産、(b)借地利用ノ爲ニスル建物ニ備付スル動産、(c)土地利用ニ供シタル動産、(d)賃借人ノ占有ニアル其土地ノ果實(三二三、一項)

B 建物ノ場合：借人カ建物ニ備付ケタル動産(三二三、二項)
以上備付トハ常用ノコトナリ、常置ト異ル

C 例外：以上借人ノ動産ナルノ例外ナリ(三二四)

(a) 賃借權ノ讓受人又ハ轉借人ノ動産及讓渡人又ハ轉貸人カ受クヘキ金額ニ付テモ行フコトヲ得ヘシ：後段ハ未タ支拂ハレサルモノニ限ルト解ス
斯ク解スルトキハ三〇四條ト同一ノ方法ニヨルヘキナリ

(b) 賃借人カ占有又ハ所持スル第三者ノ動産(三一九、一九二條)ノ準用アリ

(2) 旅店宿泊ノ先取特權

イ 債權：旅客及ヒ其從者、牛馬ノ宿泊料及ヒ飲食料

□ 目的物：旅店ニ存スル手荷物、一九二條以下ノ準用アルコト
旅客又ハ荷物ノ運輸ノ先取特權

イ 債權：運賃及其附隨ノ費用)

□ 目的物：運送人ノ手ニ存スル荷物必スシモ占有ニアルコトヲ要セス(一九二準用)

(4) 公吏ノ職務上ノ過失ノ先取特權

イ 債權：職務上ノ過失ヨリ生シタル

□ 目的物：保證金

(5) 動産保存ノ先取特權

イ 債權：保存費及ヒ動産ニ關スル權利ヲ追認保存又ハ實行セシムル爲メニ要シタル費用

□ 目的物：保存サレタル動産、保存追認又ハ實行ニ付テ費用シタルニ關スル動産

(6) 動産賣買ノ先取物權

イ 債權：代價及其利息

□ 目的物：賣買ノ目的物、コレカ原形ヲ變シタルトキハ一般取引上別種ノモノトナラサル以上ハ行ヒ得ルモノト解ス

(7) 種苗又ハ肥料ノ供給ノ先取特權

イ 債權：代價及其利息

- 目的物：用ヒタルヨリ一年內ニ土地ヨリ生シタル果實ノ上ニ用ヒタルト因果關係ニヨリ生シタルヲ要ス：以上ハ蠶種又蠶ノ飼養ノ場合ニ準用
- ⑧ 農工勞役ノ先取特權：三〇九條ト併用サルルコトアルモ可ナリ、債權及ヒ目的物異レハナリ

イ 債權：農ハ最後ノ一ケ年、工ハ最後ノ三ケ月

- 目的物：勞役ニヨリ生シタル果實又ハ製作物上ニ存在ス

三 不動産保存ノ先取特權

(1) 不動産保存ノ先取特權

- イ 債權：保存費、不動産ニ關スル保存追認、實行ノ爲メノ費用
- 目的物：不動産

ハ 對抗要件：登記：又競賣法上競賣費用ハ先控除スヘキコト

(2) 不動産ノ先取特權

イ 債權：工匠、技師、請負人カ工事ノ費用ニ付

- 目的物：工事ヲ施シタル不動産：新作ト修繕トニ關セス

A 不動産ノ全部ナレトモ工事ニヨリ生シタル増價ノ現存スル場合ニ限り増

價額ニ付テノミ行ヒ得ヘキモノトス(三七二、二項)

B 他ノ土地上ニ建物ヲ作リタルトキ、建物ノミニ付存ス、土地ニモ同時ニ

工作セハ兩者ヲ合一シテ存ス、二個存スルニアラス

(3) 不動産賣買ノ先取特權

イ 債權：代金及ヒ其利息

- 目的物：其不動産

第四 先取特權ノ順位

一 一般ノ先取特權ノ競合：三〇六條ノ順序ナリ(三二九、一項)：共益費用―葬式費用―雇人ノ給料―日用品供給

二 一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トノ競合(三二九、二項)

(1) 特別ノ先取特權カ優先ス

(2) 例外：共益費用ノハ其利益ヲ受ケタル總債權者ニ對シ優先ス

三 動産ノ先取特權ノ競合

- (1) 不動産貸貸、旅店、宿泊、運輸……………
 - (2) 動産保存但數人アルトキハ後ノ者カ優先ス……………
 - (3) 動産賣買、種苗肥料、農工勞役……………
- 再競合ノトキハ各債權ニ應シ
分配(三三二)

例外

(1) 已ニ他ノ先取特權者アルコトヲ知リタルトキ之ニ對シ優先權ヲ行フコトヲ得ス(三三〇、二項)……前後順位者ト同列ニテ行ヒ得ルカハ爭アリ、第三項ノ立言法ト比シ上下ヲ定ムルモノトシ、コレヲ消極ニ決スヘシ(反對中島氏)

(2) 第一順位者ノ爲ニ物ヲ保存シタルモノアルトキ……第一順位者アルニ至リ保存行爲アリシコトヲ要スレハ明ナリ、第一順位者ノ依頼ニ應セシコトヲ要セス(通説)、法文上ノ根據ナク狭クスルノ要モナケレハナリ

(3) 果實……土地ノ果實ハ

イ 第一順位ハ農工勞役ニ……

ロ 第二ノ順位ハ種苗肥料……ノ特權者ニ屬スルモノトス(三三〇、三項)

ハ 第三ノ順位ハ土地ノ貸貸借

四 不動産ノ先取特權ノ競合

(1) 同一不動産上ニ特別ノ先取特權ノ競合……保存—工事—賣買……(三三一、一項、三二五)

(2) 逐次賣買ノ場合……時ノ前後ニヨル……一般物權ノ效力ト同一ナリ(三三一、二項)

五 同一順位ニアル先取特權ノ競合……各債權額ニ應シテ辨濟ヲ受ク(三三二)

第五 先取特權ノ效力

一 各種ノ先取特權ニ共通ナルモノ

(1) 目的財産ニ付テ又ハ其代位物ニ付テ普通債權者ニ對シ優先辨濟ヲ受ク

イ 留置權者ニ對スル地位……優先辨濟權ノ有無

ロ 動産質權者ニ對スル地位……コノ者ハ不動産貸貸、宿泊、運輸ノ先取特權者ト同一ノ權利ヲ有ス(三三四)

兩者競合スルトキハ三三二條ニヨリ割合的ニ配當スヘキモノトスルカ通説ナリ(富井氏、中島氏)、但三一九條ノ即時時効(一九二)ニ當ルトキハ然ラサルモノトスヘシ(梅氏)

ハ 不動産質權者ニ對スル地位、明文ナシ三六一條ニヨリ類推シテ可ナルヘシ

ニ 抵當權者ニ對スル地位……同上

(2) 優先權及追及權ヲ生ス……但制限アリ

イ 優先權ニ對スル制限……債權ニ對シテハ無制限、物權ニ對シテハ順位ニ從フ

ロ 追及權ニ對スル制限……不動産ニ對シテ登記ヲ要スルコト、動産ニ對シテハ第三者カ目的物ヲ讓受ク且已ニ引渡ヲ終レルトキハ之ヲ行フコトヲ得ス(三

三三)

三三三條ハ總則一九二條即時時效ト重複スルモノナリヤ、重複セストセハ本條ハ惡意者等ヲモ保護スルコトトナルヘシ(二上氏)

第三取得者トハ所有權取得者ノミナラス、質權取特權、留置權ノ取得者ヲモ指ス、但行使上所有者ニ對シテハ全然行ヒ得ス、其他ノモノニ對シテハ殘部ニ行ヒ得(二上氏)

(3) 占有權ヲ有セサルヲ常トス、有スルトキハ同時ニ留置權アルヲ常トス、不可分性アリ

(5) 移轉性隨伴性アリヤ…(前説參照)…移轉ノ意志表示アルトキハ移轉スヘク然ラサルトキハ移轉セスト解ス、包括承繼ニハ當然ナリ論ナシ、三四一條ニヨリ三七五、一項ノ規定ニヨリ特例アリ

(6) 抵當權ノ規定準用セラルル主ナルモノハ

イ 目的物ニ附加シテ一體ヲナセルモノニ及フ(三七〇)

ロ 利息其他ノ定期金ノ請求權アルトキハ滿期トナリタル最終ノ二年分ヲ原則トス(三七四)

ハ 先取特權ヲ擔保ニ供シ、順位ノ讓渡拋棄ヲ爲シ得ルコト(三七五)

ニ 滌除ノ規定(三七八乃至三八六)

二 一般ノ先取特權ノ特別效力

(1) 權利行使ノ制限

イ 先ツ不動産以外ノ財産ニ付テ辨濟ヲ受ケ次ニ不動産ニ及フコト(三三五、一項)

ロ 先ツ不動産中ニテモ特別擔保ノ目的タラサルモノニ付テ行フヘシ(三三五、二項)

ハ 不動産以外ノ財産ニ付配當アルニ際シテ之ニ加入スルコトヲ怠リタルトキ又ハ特別擔保ノ目的タラサル不動産ニ付配當アリタルトキニ加入スルコトヲ怠リタルトキハ其先取特權者ハ其配當加入ニ因リテ受クヘカリシ限度ニ於テハ登記シタル第三者ニ對シ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ス(同條三項)

右適用ナキ場合…不動産以外ノ財産其代價ニ先立チテ不動産ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動産ノ代價ニ先立チテ特別擔保ノ目的タル不動産ノ代價ヲ配當スヘキ場合之ナリ(三三五、四項)

(2) 一般ノ先取特權ハ不動産ニ付登記ヲ爲ササルモノヲ以テ特別擔保ヲ有セサル債權者ニ對抗シ得ルヲ以テ原則トス(三三六)…日用品供給等ノ少額ノ債權ニ付

一々登記スルヲ要スルハ不便ナレハナリ
⑤ 抵當權ニ關スル規定ノ準用：前述參照

三 動産ノ先取特權ノ特別效力

(1) 債務者カ其動産ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ之ヲ行フコトヲ得ス(三三三)
一般共通ノ效力ナルカ故ニ(一)ニモ掲ケタリ、ユコニハ多ク適用アル故掲ケ
イ 第三取得者トハ貸借人、質權者等ヲ包含セス、讓受人ヲ指ス(二上氏ハ反
對)

ロ 善意ト否トヲ問ハス：證明困難ナレハナリ(二上氏ノ說參照)
ハ 引渡タルトキ代位物アレハ三〇四條ニヨリ之ニ及フ

(2) 不動産賃貸、宿泊、運輸ノハ動産質權者ト同一ノ順位ナルコト(三三〇、三
三四)

四 不動産先取特權ノ特別效力

(1) 保存行爲完了後直ニ登記ヲ爲スニヨリテ其效力ヲ保存ス(三三七)、直ニトハ
完了後遲滞ナクノ意ナリ、後ルレハ無効ナリヤ、ソレ以前(登記)ノモノニ對抗
シ得サルノミナリヤ(二上氏ハ後者、三藩氏ハ前者ナリ)
(2) 工事ノハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スルニヨリテ效力ヲ保存ス

(三三八、一項)

イ 實費カ豫算ヨリ多キ場合ニモ豫算額以上ニ及ハス
ロ 右多キ部分ハ其不動産ノ増加額ニ付先取特權者カ債務者ノ財産配當ニ加入
ノ際裁判所ノ選任セル鑑定人ヲシテ評價セシム：公平保持(三三八、二項)
(3) 以上登記シタル(1)、(2)ハ抵當權ニ優先ス(三三九)
(4) 不動産賣買ノハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其利息ノ辨濟アラサル旨ヲ登
記スルニヨリテ其效力ヲ保存ス(三四〇)
(5) 其他抵當權ノ規定準用

第六 先取特權ノ消滅

一 消滅事由

- (1) 目的物ノ滅失：代位物アル場合ハ之ニ及フ(三〇四)
- (2) 沒收、收用
- (3) 添附：但所有者カ合成、混和、加工物ノ單獨所有者又ハ共有者トナリシトキハ
(二四七、二四八)
- (4) 混同
- (5) 拋棄

- (6) 時効：債權ト別ニ時効ニカカルコトナシ、目的物カ一九二條ニヨリ他ニ移轉セルトキ、又ハ主債務ノ消滅時効ニカカルトキニ於テ消滅ス
 - (7) 主債權ノ消滅
 - (8) 第三取得者ノ辨濟(三七七、三四一)
 - (9) 滌除
 - (10) 權利ノ實行
- 二 效果：特別擔保ヲ失フ、主債權消滅セス

第三章 質 權

第一 意義

債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付他ノ債權者ニ先立チテ自己ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス(三四二)

一 當事者ノ意思ニヨリテ設定セラル

二 他人ノ物又ハ權利ヲ占有スル權利ナリ

(1) 他人：債務者又ハ第三者

(2) 目的物：物及權利ナリ、コユニハ三四二條ニヨリ物ニ付テ説ク

イ 讓渡シ得ヘキ物タルコト、民訴ノ差押禁止物中讓渡禁止物ナリ(三四三)

保險金ニ付テハ疑ナシ但コレハ受取ノ權利質ナリト解スヘシ
當事者ノ意思ニヨル讓渡禁止ハ讓渡ヲ失ハス、何トナレハ對人的效力ノミナレハナリ

ロ 代替物ハ如何：ローマ法不規則質アリシモ我民法上意味ナキナリ

ハ 代位物ニ及フ：(三〇四、三五〇)

(3) 他人ノ物ノ占有トハ

イ 占有ハ成立要件ノミ、留置權ノ如ク存續要件ニアラス

動産質ニ付テハ繼續占有ハ對抗要件ノミ(三五二)

不動産質ニ付テハ登記ノ制度アル故コノコトモ必要ナシ

權利質ニ付テハ別ノ對抗方法アリ

占有ハ占有ノ改定等一般ノ方法ニヨリテ取得シテ可ナリ

ロ 質權者ハ又留置權ヲ有スルコトアリ(三四七)

ハ 設定者チシテ自己ニ代リテ占有セシムルコトヲ得ス、但成立要件ナリ、設定後ニハ可ナリ、サレト第三者對抗上不都合ナルノミ(三五二)

右但ノ部分ハ獨普通法ハ質權消滅ストナシ我國ニモコノ說アレトモ判例學說ハ本文ノ如クニ向ヒツツアリ、文理上理論上正當ナリ

三 實物ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權アリ(三四二)
債權擔保ノ爲ニ之ニ從タル他物權ナリ

- (1) 被擔保債權ハ制度ナキヲ原則トス但以下ノ研究ヲ要ス、抵當ニモ共通ナリ
(2) 金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ以テ目的トスル債權

イ 見積リ得ストハ不履行トナラサル以前ノ狀態ニ付テイフナリ、一度不履行
トナレハ常ニ金錢賠償トナルモノトス

ロ 評價ノ方法ハ明定ナシ、サレトコレヲ以テ直ニ其不履行ノ場合ニモ金錢賠
償ヲナシ得ストスヘカラス、不法行爲ニハ明定アリ、之ヲ不履行ト別ニスルノ
必要ナキヲ以テ裁判官ノ裁量ニ從フヘシ

ハ 本權ヲ擔保スルヤ、賠償請求權ヲ擔保スルヤハコノ救濟權カ原權ノ延長ナ
リヤニヨリテ定マル、コレハ原權ノ侵害ニヨリコレニ代ル性質アルカ故ニ原
權ノ變形物ナリ、從ツテ原權カ擔保セラレタル結果トシテコレニ代ル救濟權
モ擔保セラルルモノトス

- (3) 二上氏ハ賠償請求權トナリシトキニ擔保シ得ルニ至ルト爲ス
時効ニカカリタル債權如何

イ 我民法上權利ノ消滅原因ナルカ故ニ擔保シ得ス、抗辯權ナレハ可ナルヘシ

ロ 時効ニカカレルコトヲ知リツツ擔保シタルトキ如何：時効ノ利益拋棄ト見
ルヘシ

- (4) 所謂條件附債權如何

イ 期待權ノ場合ハ一二九條ニヨリ擔保シ得

ロ 條件成就ニヨリテ生スヘキ債權其他ノ權利(川名氏ハ一二九條ハコレヲ指
スト)モ亦擔保シ得、一二九條ノ問題ハ別トシテ即コノ時ヨリ擔保權モ亦條
件附ニ發生スルナリ

- (5) 將來生スヘキ債權：根抵當問題ハ將來發生スヘキ債權ヲ擔保スル爲ニ擔保權
ヲ設定シタルトキニ設定契約ノ時ニ於テ效力ヲ生スルヤ、債權發生ノトキナリ
ヤノ問題ナリ

割引据置保證ハ根抵當ニアラス一方ノ都合ニヨリ貸出サルルコトモアリトノ契
約ニシテ與信ノ事實ナケレハナリ

根抵當無效說ハ從タル性質ヲ有スルカ故ニ債權ナクシテ獨立ノ存在アルコトナ
シトス(仁井田氏)：有效說ハ定説ナリ

イ 信用債務擔保說：現在債權擔保說(横田氏)信用開始ニヨリ受信者ハ與信
者ノ危險ヲ防止スル義務アル故之ヲ擔保スルモノトナス：然レトモ與信者ノ

危険ヲ防止スル義務アル故之ヲ擔保スルモノトナス：然レトモ與信契約ニハ受信者ハ借出ノ義務ヲ負ハサルコトアリ、與信者ハ貸出義務ナキモ受信者ニ借出義務アルコトアリ、兩者義務ヲ負フコトアリテ一種ノ消費貸借ノ豫約ナリ：而シテ根抵當ハ第一ノ場合ニシテ貸出義務ノミアル場合ニシテ受信者ハ借受權ノミアリテ借受ケサル間ハ何等ノ義務ナシ、故ニ擔保ノ義務ヲ生スルトナシ得ス、且信用擔保ハ當事者ノ意思ニ合セス
コノ說ハ受信者カ一度借入レタル金ヲ支拂フモ與信契約存在セルヲ以テコノ一時的返濟ニヨリテ擔保消滅セスト云フモ次說ノ攻撃材料タルノミ

□ 條件附債務擔保説：(梅氏)

信用契約ニヨリテ借入ヲ爲シタラハトノ條件ヲ附シタル停止條件附債務ヲ擔保スルモノナリト爲ス

根抵當ハ期待權ソノモノヲ擔保スルニアラス之ヨリ生スル本來ノ債權ヲ擔保スルナリ又條件附法律行為ノ目的ト成就ニヨリテ成立スル法律行為ノ目的トハ同一ナルヲ要スヘキニ所說ノ場合ハ趣異リ與信契約ノ時ニハ金額限度カ定マレルノミ、實際成立スル債權額ハ不明ナルコトアリ又實際上零ナルコトアリ、故ニ本說ノ不備ナルコト明ナリ

ハ 條件附擔保設定説：(富井氏、二上氏、松岡氏)

將來借入タラハ效力ヲ發生スヘシトノ停止條件附ニ設定契約ヲナスモノニシテラ、コノ契約ノトキ動産ナラハ占有ヲ移シ、不動産ナラハ假登記ヲ爲スカ故ニ第三者ニ對シ不都合ナシト

コレハ法定條件ナリ、故ニ非ナリ(中島氏)

ニ 準條件附質契約説：(石坂氏)

質權設定ノ要件タル合意、物ノ引渡、債權ノ存在ハ時ヲ異ニシテ發生スルモ妨ナク其全部具備セル時ニ完成ス、而シテ合意ヨリ債權發生マテノ間ニ於テモ法定條件タル性質ヲ有シ、法定條件ハ眞ノ條件ニアラサルモ同様ノ保護ヲ受クルニ妨ナシ、故ニ假登記ニヨリ保存シ得ヘクコノ期待權ノ登記ハ債權成立ノ時更ニ登記ヲ要ス、コレ從屬性ト矛盾ナク説明スルノ道ナリト、法定條件カ眞ノ條件ト同一ノ保護ヲ受クルハ唯法ノ規定アルトキニ限ルヘシ、何トナレハ眞ノ條件ニアラサレハナリ、又期待權ヲ生スルコトハ疑アリ遺言ニ「余死セハ」トイフトキコレヨリ生スル期待權ヲ擔保シ得ルヤ、得トセハ何時ヨリ期待權ヲ生スルヤ

以上ハ皆現在ノ債權擔保説ナリ、以下ハ將來ノ債權擔保説ニシテコレヲ爲ス

モ現在ヨリ效力アリトスルナリ

ホ 判例要旨：(飯島氏、富井氏)

擔保セラルヘキ最高額ヲ登記シ其ノ日ヨリ順位ヲ與フルハ第三者ヲ害スルコトナク根抵當ヲ禁シタル規定モ存セサルカ故ニ有效ナリ

第三者ヲ害セサルコトハ本間ノ決定的理由トナラス補助的タルノミ、法律ニ規定ナシトイフハ亦然リ、(サレトモ)法例二條ノ法令ニ規定ナキ事項ニシテ法律ト同一ノ效力ヲ與ヘラルル慣習ナリトスルモ否ナリ、民法一七五條ニ本法其他ノ法律トアルカ故ニ慣習ニヨリ新種類ヲ認ムルハ許ササル所ナリ

ヘ シヨツト氏、デルンブルヒ氏等ノ説

シヨツトハ質權ハ債權ノ存在ニカカルモノニアラスシテ唯其實行ニカカルモノナリ、故ニ債權ナリトモ債權ノ目的ダニアラハ質權ヲ設定シ得ト

デルンブルヒハ債權發生ノ原因タルヘキ法律事實ハ未タ存在セサルモ債權力發生スヘキ原因カ(委任、雇傭等)客觀的ニ存在セル場合及其他單ニ債務ヲ負ヘハトイフ單ナル希望ヲ有スル場合ニテモ質權ヲ設定シ得ト
客觀的原因ノ存在セス單ナル希望ニテモ可トスルハ不可ナリ

ト 申島氏ノ説：(三濤氏)

法律事實ハ已ニ完成セルモコノ事實中ニ包含セラルル事實ニ因リテ債權ノ發生カ妨ケラルル場合(停止條件的、始期附法律行為ニ因ル債務)債權發生原因タルヘキ法律事實ハ未タ存在セサルモ其事實ヲ誘致スル力アル客觀的事實關係カ已ニ存在スル場合(不在者ノ管理人)ニ於テ根抵當ヲ認ム：而シテ三四二條ノ「債權」ナル語ヲ廣ク解シ當然「將來ノ債權」ヲ含ムモノトシテ之ヲ慣習ニ求メサルナリ

右ハ從屬性ノ意義ヲ「債權擔保ノ目的ナクシテ存在シ得ス、又之ト運命ヲ共ニス」トノ意義ニ解スルニヨリテ認メ得ラルヘシ、現在ニ債權ノ存在ヲ要ストノ意義ニアラサルナリ

補助的理由：公序良俗ニ反セス

五 不可分性：(三五〇、二九六)

第二 質權ノ取得

一 相續、讓渡、設定行為ナリ遺言ニ付テハ二上氏ハ權利質ノ如キ物ノ引渡ヲ要セサルコトアリ、故ニ可ナリト：三濤氏ハ三四二條及三四四條ニヨリ反對ス

取得時効、即時時効ノ結果タルコトハ稀有ニシテ且債權ト離レテ成立スルコトナシ
二 設定行為ノ性質：要物契約タルモノニシテ從タル法律行為ナリ

三 設定ノ豫約ト目的物ノ引渡：此引渡ハ債權關係ナリ、目的ノ物所有者ニアラサレハ設定シ得ス、目的物ニ付優先辨濟ヲ受クルモノナレハナリ、但轉賣ハ例外ナリ

第三 質權ノ一般の效力

一 質權者ノ權利

(1) 被擔保債權ノ範圍

イ 原則：當事者ノ合意ニヨル(三四六但)

ロ 例外：合意ノ表示ナケレハ(三四六)

Α 元本：本來質權ヲ以テ擔保セラルヘキ債權ノ目的タル給付ナリ：横田氏ハ債權ノ目的タル金錢其他ノ代替物ナリトス

B 利息

C 違約金四二〇條三項ニヨリ主タル給付ノ補充性アルカ故ニカク規定ス

D 質權實行ノ費用

E 質物保存ノ費用：三五〇條ニヨリ留置權ノ二九九條力準用セララルカ故ニ之ヲ要ス

F 債務不履行ニヨリ生シタル損害賠償

G 質物ノ隠レタル瑕疵ニヨリ生シタル損害賠償

第三者力質權ヲ設定シタル場合ニ設定後ノ當事者ノ行爲ニヨリ債權ノ擴張ヲ生シタル場合如何：獨法ハ明文アリ：質權ハ擴張セスト解スヘシ(富井氏)

② 辨濟ヲ受クルマテ質物ヲ留置スルコトヲ得：留置權ト異ル點ハ三四七條但書ナリ、即チ自己ニ優先スル債權者ニ對抗シ得サルコトナリ、例ヘン三三〇條、二項、三三四條、三三九條、三六一條、三七三條ノ者ノ如シ

③ 質物ニ付優先辨濟ヲ受クル權アリ(三四二)

イ 質權ノ優先順位

A 相互間ノ順位：動産ニ付テハ設定ノ前後(三五五)、不動産ハ登記ノ順位(三三九、三七三)、同時ハ平等

B 先取特權トノ關係：前述參照(三三四、三三九、三六一)

C 不動産質ト抵當：登記ノ前後(三六一、三七三)

果實ヲ收取シテ辨濟ニ充テ(三五〇、二九七)、不動産質權者ハ用法上ノ使用收益權アリ(三五六)

ロ 質物ノ處分方法

A 原則：競賣法ノ規定ニ從フヘシ
B 例 外

- (a) 動産質權者ハ正當ノ理由アルトキ鑑定人ノ評價ニ從ヒ質物ヲ直ニ辨濟ニ充ツルコトヲ裁判所ニ請求シ得(三五四)
- (b) 債權質ハ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得(三六七)
- (c) 質屋取締法二條、商法二七七條ハ流質契約ヲ認ム
- ハ 賣渡抵當ノ效力

A 賣渡抵當ノ方法

- (a) 買戻約款附賣買：判例ニハコレヲ信託的行爲ト混合セルモノアリ又ハ賣渡抵當トイフハコレナリト爲スモノアリ
- (b) 再賣買：買戻ニアラスシテ再賣買契約ヲ爲スヘキ豫約ヲ爲シテ以テ之ヲ行フモノナリ、判例ニハ賣渡抵當ハ(a)カナリトセルアリ
- (c) 信託的ニ所有權移轉ノ效力ヲ生セシムルモノ：獨逸及我國ニモ賣渡抵當ヲ以テ之ナリト説クニ至レリ

B 效力

- (a) 無效説ハ虚偽表示ナリトス：真意アルカ故ニカク解スルヲ得ス

(b) Aノ(a)(b)及條件的賣買ノ場合ハ有效ナルコト勿論ナリ、法ノ認ムルカ法ナレハナリ

(c) 信託的行爲ノ場合如何

- 1 關係的所有權説：民法一七七條一七八條カ第三者對抗要件ナキ場合ヲ規定シコレヲ爲ササレハ對外的ニ效力ナシトシ内外二面ノ效力ヲ分チタルニヨリテコレノ説ヲナスモ亦可ナリトス、然レトモ對抗要件ハ絶對ニ移轉ナシトイフニアラスシテ第三者ヨリ移轉アリシコトヲ主張スルモ亦可ナルヨリ見ルモ亦コレノ説非ナリ、若シコレノ説ヲ認ムルトキハ新種ノ物權ヲ認ムルコトナリ無効トナルヘシ

2 絶對的所有權説：(中島氏、石坂氏、鳩山氏)

内外共ニ移轉シ唯當事者間ニ取戻ノ債權契約成立スルモノトス、脱法行爲ニアラス：三四四條三四五條ハ脱法ニアラス、コレハ質權ノ成立及存續ヲ定メタルモノニシテ賣渡抵當ハ質權ノ設定ニアラス、唯一定ノ經濟上ノ目的ヲ達スル爲ノ所有權移轉ナレハナリ：(中島氏)

三四九條流質禁止ノ脱法ニアラス、コレハ抵當ノ規定ニ存セサルカ故ニ一般的规定ニアラス若シ亦之ヲ脱法行爲トセハ條件附賣買、買

戻賣買モ亦脱法行爲トセサルヘカラス…(石坂氏)

3 動産ニ付テハ脱法行爲ナリ、不動産ニ付テハ適法ナリ…(藤本氏)

脱法行爲トハ「類推ニヨリテ知ラルヘキ隠レタル禁止規定ノ違反」ナリ…(松本氏)

三瀨氏ハ違法ハ法ノ直接違反ニシテ脱法ハ回避ナリ、故ニ兩者異ルトス、即松本氏ハ兩者同一ナリトス…脱法行爲ノ效力

I 形式ノ回避ノ場合…行爲ノ形式名稱ノニミ著眼シテ規定シタル法規ノ回避ハ法カ其ノ無効ヲ明言セサル限り有效ナリ…故ニ不動産抵當ト同一ナル效果ヲ得ントシテ不動産ノ賣渡抵當ヲ爲スカ如シ

II 行爲ノ實質ニ關スル法ニ違反シタル場合ハ常ニ無効ナリ…利息制限法ヲ回避スルタメ天引ヲ爲スカ如シ、動産ニ付テハ抵當ヲ認メサルニ抵當ト同一ノ效力ヲ生スヘキ動産ノ賣渡抵當ヲ爲スト脱法行爲ナリ

論者ノ如ク所有權移轉カ唯擔保ノ目的ヲ有スルニ止マルモノニシテ擔保權設定ニアラス「②ノ説」ト爲スハ言ノ巧ヲ爲スモノナリ、問題ハ擔保ノ目的ヲ以テ爲ス所有權移轉行爲カ全體ヨリ見テ三四四條

三四九條等ニ反セサルヤナリ、論者ハ問ヲ以テ答フルノミ、賣渡抵當カ質權ノ設定ナリヤノ問題ニアラスシテ脱法行爲ナリヤノ問題ナリ

石坂氏ノ(2)ノ説ハ否ナリ、之レ法カ明ニ認メタル方法ナルカ故ニ素ヨリ脱法行爲ニアラサルナヤ

(4) 果實收取權コレヲ債權ノ辨濟ニ充ツ(三五〇、二九七)
固動産ニ付テハ三五六條以下ニヨリ保管費又ハ利息ト相殺セラレタルモノト見ル

- (5) 優先權追及權
- (6) 占有權
- (7) 不可分性

(8) 轉質權(三四八)
イ 轉質ノ性質

A 質權附債權質入説(共同質入説)…(岡松氏、神戸氏、中島氏)
質權ト共ニ其主タル債權ヲ質入スルモノナリトス、コレニヨレハ轉質權ノ實行上支障ヲ生セストナス、轉質權者ニ便ナリト、然レトモ債權ノ質入ハ

權利質アリ其ノ責任モ三四八條ハ不可抗力ヲモ責任アルコトアリテ轉質ハ必スシモ當事者ニ利益ナリトスヘカラス

B 質物再度質入説(新質權設定説)……(横田氏、川名氏、飯島氏)

理由 法文質物ノ質入トアルコト、其權利ノ存續期間内ニ於テトアルハ若質權讓渡ナレハ無用ノ言ナリ、何トナレハ何人モ自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ノ處分ヲ爲シ得サレハナリ……批難ニ曰ク

(a) 三五〇條、二九八條二項ニヨリ目的權ハ承諾ナケレハ擔保ニ供シ得ス、然ルニ三四八條ニヨリ之ナクシテ轉質ヲ爲シ得トスルハ矛盾ナリ、故ニ三四八條ヲ以テ目的物ノ質入ニアラスト解セサレハ矛盾ヲ解ク能ハサルナリ、準用ノ意義ニ付テ之ヲタメシトスルハ否ナリ

(b) 第一ノ質權ト第二ノ質權ト債權額、辨濟期等ニ差異アリシトキ如何ノ問題ヲ生スヘシ

C 質權質入説……(仁井田氏)

主タル債權ト分離シタル一ノ物利質ナリトス法文及其位置ノ上ニ於テ不當ナリ(債權ノ質トセハ)……又轉質權者ノ實行ニハ質權ノ競賣ヲナササルヘカラサルモ質權ハ債權ト獨立セス故ニ何人モ競賣ニヨリテ取得シ得ス(富井

D 條件附質權讓渡説……(富井氏、梅氏)

解除條件附讓渡ナリトス……自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ノ處分ヲ爲シ得サルノ理ニ合ス……立案理由ニモ合ス
法文質物ノ質入トアルハ權利成立ノ始メニハ目的物ノ占有移轉ヲ要スルコトヲ示サンカ爲ナリト解スヘシ

第一第二ノ兩債權ノ額等ノ差異アル場合ヲ矛盾ナク説明シ得、批難アリ條件成就前ニテハ第一質權者ハ全ク權利ヲ失フヘキモノナルニ轉質權者ヲ害セサル範圍内ニ於テ尙權利ヲ有スルニアラスヤ(中島氏)

□ 要件

A 權利ノ存續期間内ニ於テ之ヲ爲スコト……法文ニナケレトモ前D説ヲトルトキハ轉質ハ自己ノ債權等ヲ越エテ爲スヘカラス

B 自己ノ責任ヲ以テナスコト……轉質ヲナササレハ生セサル不可抗力ニ付テモ責任アリ

C 目的物ノ引渡ヲナスコトヲ成立要件トス……對抗ニハ動産ハ繼續占有、不動産ハ登記

權利質アリ其ノ責任モ三四八條ハ不可抗力ヲモ責任アルコトアリテ轉質ハ必スシモ當事者ニ利益ナリトスヘカラス

B 質物再度質入説(新質權設定説)……(横田氏、川名氏、中島氏)

理由 法文質物ノ質入トアルコト、其權ノ存續期間内ニ於テトアルハ若質權讓渡ナレハ無用ノ言ナリ、何トナレハ何人モ自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ノ處分ヲ爲シ得サレハナリ……批難ニ曰ク

(a) 三五〇條、二九八條二項ニヨリ目的權ハ承諾ナケレハ擔保ニ供シ得ス、然ルニ三四八條ニヨリ之ナクシテ轉質ヲ爲シ得トスルハ矛盾ナリ、故ニ三四八條ヲ以テ目的物ノ質入ニアラスト解セサレハ矛盾ヲ解ク能ハサルナリ、準用ノ意義ニ付テ之ヲタメシトスルハ否ナリ

(b) 第一ノ質權ト第二ノ質權ト債權額、辨濟期等ニ差異アリシトキ如何ノ問題ヲ生スヘシ

C 質權質入説……(仁井田氏)

主タル債權ト分離シタル一ノ物利質ナリトス法文及其位置ノ上ニ於テ不當ナリ(債權ノ質トセハ)……又轉質權者ノ實行ニハ質權ノ競賣ヲナササルヘカラサルモ質權ハ債權ト獨立セス故ニ何人モ競賣ニヨリテ取得シ得ス(富井氏)

D 條件附質權讓渡説……(富井氏、梅氏)

解除條件附讓渡ナリトス……自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ノ處分ヲ爲シ得サルノ理ニ合ス……立案理由ニモ合ス
法文質物ノ質入トアルハ權利成立ノ始メニハ目的物ノ占有移轉ヲ要スルコトヲ示サンカ爲ナリト解スヘシ

第一第二ノ兩債權ノ額等ノ差異アル場合ヲ矛盾ナク説明シ得、批難アリ條件成就前ニテハ第一質權者ハ全ク權利ヲ失フヘキモノナルニ轉質權者ヲ害セサル範圍内ニ於テ尙權利ヲ有スルニアラスヤ(中島氏)

要件

A 權利ノ存續期間内ニ於テ之ヲ爲スコト……法文ニナケレトモ前D説ヲトルトキハ轉質ハ自己ノ債權等ヲ越エテ爲スヘカラス

B 自己ノ責任ヲ以テナスコト……轉質ヲナササレハ生セサル不可抗力ニ付テモ責任アリ

C 目的物ノ引渡ヲナスコトヲ成立要件トス……對抗ニハ動産ハ繼續占有、不動産ハ登記

第一債務者ノ承諾ヲ要スト爲ス説アリ、三五〇條、二九八條トニヨリ、但前説Bヲトレハ然リDニヨルトキハコノ要ナシ、又責任ノ重キヲ規定シタルコト及存續期間内トセルコトヨリ推スモコノ要ナキコト明ナリ

ハ 效果：轉者ト第一者トノ關係：第一二者ノ關係ハ三四八條ナリ
A 轉者ハ第一者ノ負フ債權額ノ限度ニ於テノミ質ヲ實行シ得
B 辨濟期ノ制限モ同様ナリ

C 第一者ノ債務力辨濟等ニヨリ消滅セルトキハ第一者ハ轉者ニ對シ取戻請求權アリヤ

前ノ質物ノ質入説ナルトキハ新ナル質ノ設定ナル故第一ノカ消滅スルモ、コレハ消滅セサルコトナル、故ニ取戻權ナシ、唯我民法ハ「存續期間内ニ於テ」トアルカ故ニ第一質權ノ消滅ニヨリ轉者ノ質權モ消滅スヘシト(川名氏)

讓渡説ヲトルトキハ轉質者ノ質權ハ第一質權ト絶縁セス故ニ第一ノ消滅ニヨリ當然質權消滅ス(富井氏)

横田氏ハ第一者ハ先ツ轉者ニ辨濟シ殘アラハ第二者ニ辨濟スヘシトナスモ否ナリ：三四八條ハ其承諾ヲ要セサル故轉者ヲ知ルコト能ハサルコトアレ

ハナリ

D 轉者ノ債權力消滅セハ質權ハ第二者ニ復歸ス

立法上コノ難解ニシテ且實用上效力少ナキモノヲ認ムルハ非ナリ

(9) 代表物上ニ權利ヲ行フコトヲ得(三五〇、三〇四)

(10) 質物ニ關スル費用ノ償還請求權(三五〇、二九九)

(11) 讓渡、相續シ得

二 質權者ノ義務

(1) 質物ニ關シ返還義務ヲ有ス

(2) 質物保存ノ義務：善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ(三五〇、二九八)

(3) 質權設定者ノ請求權：保證ノ規定ニ從フ(三五二、四五九乃至四六三)

第四 動産質

一 第三者對抗要件

繼續占有ヲ爲スコト(三五二)、又三四五條ニ反セサル限ハ代理人ニヨル占有モ可ナリ

二 質權者ノ占有回收訴權(三五三)

(1) 法文ニ「占有回收ノ訴ニヨリテノミ」其質物ヲ回復スルコトヲ得トナス、其

他ノ方法ニヨルモ可ナリヤノ問題アリ前條ニ連リ法ハ所有者ト同一ノ權利ヲ與ヘサルモノト解シ一年内ニコレヲ爲スニヨリテノミ占有ノ繼續ヲ主張シ得ルモノトス：立法上ハ本條ハ不當ナリ

② 侵奪ノ場合ニ限レリ始期等ノ場合ヲ含マサルコトナリ

三 質權實行ノ特別方法

(1) 競賣法ニヨルモノ：辨濟期到來スルトキ

(2) 設定者ノ承諾アルトキハ

イ 質物ヲ直ニ辨濟ニ充ツルコト

ロ 賣却金代ヲ辨濟ニ充ツルコト 何レモ設定後ノ契約ナルコト

(3) 設定者ノ承諾ヲ要セサル場合(三五四)

イ 正當ノ理由アルトキ

ロ 裁判所ニ請求スルコト

ハ 鑑定人ノ評價ニ從フコト

ニ 質權者カ豫メ債務者 其請求ヲ通知スルコト：設定者ト債務者ト異ル場合如何：設定者ニ通知スヘシトナスモノ(馬場氏)：アレトモ通知ニヨリテ債務者カ本旨ニ從ヒタル履行ヲナスヤモ不知ナリトノ理由ニテ之ヲ規定セリトセ

ハ債務者ニ對スル通知ハ常ニ必要ナリ(富井氏)、文字ノ解釋上設定者ニ通知スルニ必要ナシ(川名氏)

通知ヲ怠リシ場合ハ無効ニアラス、但債務者ニ對シ損害賠償ノ責任ヲ負レス

順位：設定ノ前後ニ因ル

第五 不動産質

一 第三者便抗要件：登記ナリ、成立要件ハ占有ノ移轉ナリ

二 質權者ノ使用收益權

設定行爲ニ別段ノ定メナキトキハ用法ニ從ヒ使用收益ヲ爲シ得(三五六、三五九)

三 質權者ノ費用負擔義務

設定行爲ニ別段ノ定メナキトキハ管理ノ費用及其他不動産ノ負擔ニ任ス(三五七、三五九)

四 不動産質ト債權ノ利息

設定行爲ニ別段ノ定メナキトキハ利息ヲ請求スルコトヲ得ス、無利息ノトキニハ現行法上別段ノ變化ナシ立法上ハ問題ナリ(三五八、三五九)

五 存續期間

十年ナリ其ノ滿期ト共ニ當然質權消滅ス更新ヲ許ス、其時ヨリ十年限(三六〇)

六 抵當權ニ關スル規定ノ準用(三六一)
第六 權利質

一 性質

(1) 讓渡説：質權ノ目的ハ有體物ニ限ルトノ考ヨリ生ス、即權利質ハ權利ノ停止條件附讓渡ナリトス：即權利ノ上ニ權利ヲ生スルコトナケレハナリト

イ 制限讓渡説最有力ナリ：即コノ讓渡ハ擔保ノ目的ナルコトニヨリ制限ヲ受ケ質權者ハコノ目的ヲ達スルニ必要ナル限度ニ於テ設定者ノ權利ヲ取得スル

カ故ニ設定者モ亦全然權利ヲ失フトイフコトナシ：併存的讓渡説ナリ
□ 權利目的説：我通説

權利ノ上ニ權利ヲ生スルコトナシトハローマ法ノ解釋トシテノミ適シ今日ハ適セス、無形ノモノモ有形利益ト同様ノ地位ヲ有スルニ至レリ共有モコレニヨリテ説明シ得ヘク著作權、特許權等はナリ

純理ヨリセハ物上質物ノ所有權ナル權利ヲ目的トスルトイフヘシ、物權ハ物ヲ目的トストイフナラハ權利質ハ物權ニアラサルモ之ニ準スヘキモノトスヘク必スシモ權利質ヲ否定スルハ今日ノ法律生活ニ適セス、即チ物上質カ物ヲ目的トスルカ如ク權利質ハ權利ヲ目的トス

二 權利質ノ目的：讓渡性アル財産權ナルコトヲ要ス(三六一、一項)

(1) 債權：最モ普通ナルモノナリ、サレト次ノモノハ不可ナリ

イ 性質上讓渡ヲ許ササルモノ：請負委任不作爲債務等ノ多クノ場合(四六六、一項)

□ 當事者ノ特別ノ意思表示ニヨリ讓渡ヲ禁シタル債權：但善意ノ第三者ニ對抗シ得サルナリ(四六六、二項)

ハ 法律カ特ニ讓渡ヲ禁シタルモノ：(九六三)

(2) 物權：地上權及永小作權ノ二ナリ、所有權占有權、地役權ハ性質上目的トナリ得ス、留置權ハ主タル債權ト分離シ得ス、先取特權、抵當權ハ轉質(三七五)ニヨリテ權利質ト同様ノ結果ヲ得ラルルノミ

(3) 擔保物權ノ附著セル債權カ權利質ノ目的トナリシ場合：別段ノ意思表示ナキ以上ハ兩者共同ノ二目的物トナル：(通説)

三 權利質ノ設定：遺言ニモヨルコトヲ得

(1) 債權質ノ設定：意思表示ノミニヨリテ設定シ得、證書アルトキハ交付ヲ要シ物上質ノ規定準用ニヨリ設定者ヲシテ所持サスコトヲ得ス

(2) 右以外ノ權利質ノ設定

イ 物權：地上權、永小作權：三六二條二項ノ準用ニヨリ合意ト引渡ヲ要ス(三四四)：設定者ニ占有セシメ得ス(三四五)、但異説アリ對抗要件トシテ登記ヲ要スルトキハコノ規定ハ必要ナシト、然レトモ成立要件ト對抗要件トハ異ル、又(三五六乃至三五九)

四 對抗要件

(1) 債權質ノ場合：特別規定アリ但物上質ト同一ノ理由アリト考フ(三六四乃至三六六參考)

(2) 物權質ノ場合：登記スルコト(三六二、二項、三六一、三七三、一七七)

(3) 以外ノ場合：民法規定ナシ特別法ニアリ

五 效力：一般ノ質權ノ規定ニ從フ、故ニ前述參照、其他特別ナルモノハ

(1) 實行方法(三六七、三六八)

イ 債權ノ直接取立(三六七、一項)

A 債權ノ目的カ金錢ナル場合(三六七、二項)

(a) 自己ノ債權額ニ對スル部分ニ限り之ヲ取立ツルコトヲ得

(b) 株式ノ質入ノ場合配當金ノ取立ヲ許スカ、委任ニヨル外ナシ、何トナ

レハ株式配當金ハ直接取立ヲナシ得ヘキ元本債權ニアラス、株式ノ質入ハ社員權ノ質入ニシテ配當金請求權ハ其後總會ノ決議ヲ以テ發生スルモノナレハナリ、又法定果實ニアラサルカ故ニ二九七條ノ再準用モナシ

(c) 取立權ノ發生期：被擔保債權ノ辨濟期ニ達シタルコト及質入債權ノ辨濟期ニ達シタルコトヲ要ス：何トナレハ自己ノ有スル以上ノ權利ヲ質入シ得サレハナリ：被擔保債權ノ方先ツ期限到ルモ質入債權ノ方到ラサレハ取立得ス、被擔保方未タ到ラス質入ノ方先ツ到レルトキハ保護ノ規定ノリ即チ供託セシメテ爾後供託金ノ上ニ質權ヲ得セシム(三六七、三項)、コノトキ第三債務者へ設定者ニモ質權者ニモ辨濟シ得サル故四九四條ニヨリ自ラ進ンテ供託スルコト(富井氏、横田氏)

B 金錢以外ノ物ナルトキ：辨濟トシテ受ケタル物ノ上ニ質權存在ス(三六七、四項)

C 行爲不行爲ヲ以テ質ノ目的トスルトキ：三六七條ノ適用ナク民訴ニヨル外ナシトナスモノアリ、サレト三六七條一項カ一般ニ直接取立ヲ許シタルハ狭キ解スルノ要ナキカ故ニ直接ニ行爲不行爲ヲ求メ得トナスヘシ、コノ行爲不行爲ニヨリ物ノ給付アレハ三六七條四項ニヨルヘク、絶對的

第七 質權ノ消滅

一 事由

- (1) 目的物ノ滅失：不可分性、代位ノ規定ニ注意スヘシ
- (2) 收買、沒收
- (3) 添附其他原始的取得原因ニヨリ目的物上ノ權利カ消滅シタルトキ

ニコレヲ爲シ得サルトキハ民訴ノ方法ニヨルヘシ(四一四、民訴七三三)
 □ 民訴ニ定ムル執行方法(三六八、民訴五八一、六〇〇乃至六〇二、六一三)
 何レノ場合ニテモ執行力アル債務名義ニ依ルコトヲ必要トセスシテ單ニ其實
 權ヲ疏明スルコトニヨリテ執行ヲナスコトヲ得ヘキモノトス(横田氏)、：民
 法カコノ規定ヲ爲シタル理由ココニ存スヘケレハナリ

(2) 債權質以外ノ權利質實行方法
 效力ニ付テハ一般ノ質權ノ準用アレト實行方法ニハ直接規定ナシ故ニ三六八條
 ノ規定ヲ權利質一般ノ規定ナリト解シテ之ニ據ルヘシトスル外ナシ(川名氏)：
 位置上前條ヲ受ケ債權質ノミニ關スル如クナレトモ前條ト異リ「質權者」トノミ
 言ヘルニヨリ斯ク解シ得ヘシ
 三五四條モ準用アリト解スヘシ(同富井氏)

第四章 抵當權

第一 意義

債務者又ハ第三者ヨリ占有ヲ移サスシテ供シタル不動産ニ付他ノ債權者
 ニ先立チテ辨濟ヲ受クル物權ナリ(三六九)

一 當事者ノ意思ニ因リテ生ス：八〇三條、九三三條アルモ之レ裁判所ハ擔保權ヲ

二 結果 特別擔保ヲ失フ

- (4) 混同：但一七九條參照、債權質ノ場合ハ質權ト第三債務者ノ債務トカ混同ス
 ルトキハ自己ニ對スル債權ノ上ニ質權存スヘシ(同川名氏)
- (5) 拋棄
- (6) 時效：主タル債權ト離シテカカルコトナシ
- (7) 主タル債權ノ消滅
- (8) 權利ノ實行(三五〇、三〇〇)
- (9) 第三取得者ノ辨濟(三七七、三六一)
- (10) 滌除(三七八、三六一)
- (11) 存續期間ノ滿了
- (12) 消滅ノ請求(三五〇、二九八)

設定セシムルコトヲ得ルコトヲ規定セルノミ、未タ法定質ヲ認メス遺言ニヨル設定モ可ナリ

二 他人ノ特定不動産上ニ行ハル、例外アリ

(1) 樹木ノ集團：立木

(2) 船舶：商五四〇條、五四一條、六八六條一項等

(3) 地上權及永小作權(三六九、二項)

(4) 特別財團及漁業權：鐵道、工場、鑛業財團ハ不動産其他ノ權利ノ集合ナリ、特別法ニヨル

(5) 代表物：(三〇四、三七二)

目的物ノ賣却、賃貸、滅失、毀損ニヨリ設定者力受クヘキ金錢其他ノ物ニ及フ、目的物上ノ物權ノ代價、保險金

辨濟期前ニ設定者力他ニ賣却セルトキハ登記アルトキハ別ニ必要ナキモ之ナキトキハ代金ノ債權ニ對シ權利ヲ行フコトヲ得ト解スヘシ

(6) 不動産ハ讓渡性ヲ有スルコト、定著物ニモ及フコト

三 占有ヲ移サスシテ設定セラレ

質ト抵當ノ別ハ占有ノ移轉ノ有無ニヨルモ抵當ニハ之ヲ禁スルニアラス故ニ他ノ

原因ニヨリ占有ヲ移スモ可ナリ

四 目的物ニ付優先辨濟ヲ受ク

五 不可分性

六 債權擔保ノ爲ニ之ニ從タル他物權ナリ、被擔保債權ノ種類ハ質ノ場合參照、其範圍ハ三七四條ノ說明ニヨルヘシ

第二 抵當權ノ取得

一 相續、讓渡設定行爲：生前死後兩者共

二 設定當事者：債權者ト債務者又ハ第三者

三 所有權ヲ有セサル者ハ設定者トナリ得ス、之ヲ爲ストキハ設定ノ豫約ナリ

第三 目的物ノ範圍

一 設定當時ニ於ケル目的物ノ附加權及從物ト效力範圍

(1) 當時ニ附加シテ之ト一體ヲ爲ス物一切ニ及フ、注意三アリ

イ 意義 取引上ノ一般觀念ニヨリ附加シテ一體ヲ爲セルヤヲ定ム

ロ 別段ノ意思表示ヲナストキハ別ナリ

ハ 他人力權限ニヨリ附加セシメタル物ハ其不動産ヲ目的トスル抵當權ノ及フ所ニアラス、例、地上權者力土地ニ植エタル樹木ノ如シ

② 當時ノ從物ニ及フ

三七〇條ハ設定前ヨリ存在スル從物ニモ及フト爲スハ不可ナリ、又(1)モ設定前ニ附加シタルモノニモ及フト爲スハ不可ナリ、…コレ當然ノコトニシテ規定ノ要ナケレハナリ、三七〇條ハ設定後ノコトニ關スヘシ

二 設定後ニ於ケル目的物ノ増減變更ト效力範圍(三七〇)

(1) 増加…(三七〇)、附加シテ一體ヲ爲シタルモノニ及フト、故ニ從物ニハ及ハス、コノ増加ハ數的ノミナラス價格ノ増加ヲモ含ム

イ 土地ノ上ノ建物ニ及ハス(三七〇)

ロ 設定行爲ニ別段ノ定アル場合ニハ此ノ限ニアラス(三七〇)

ハ 廢罷訴權行使ノ條件カ具備セル場合ハ之ニ及ハス(三七〇)

果實ニ及ハス(三七一) 三七〇條ニ果實ヲ除外スルコトニ對シニ例外アリ
A 抵當不動産ノ差押アリタルトキハ原則ニ返リ抵當權及フ(三七一、一項)
B 第三取得者(所有權、地上權、永小作權ノ取得者)カ三八一條ニヨリ抵當權

實行ノ通知ヲ受ケタルトキハ亦設定者ヲシテ果實收取權ヲ失ハシム(三七

一、一項)
右ハ其後一年內ニ差押アリタル場合ニ限ルナリ

② 減少…毀損ノ場合ヲ含ム

天然果實ノミニ關ス、前條ヲ受ケタレハナリ

イ 不可分ノ原則アリテ殘存部分ニ及フ、但損害賠償ノ法則適用ハ勿論

ロ 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合如何、舊法ニ規定アリ…
現行法ハ之ヲ削ル

債務者ハ一三七條二項ニヨリ期限ノ利益ヲ失ヒ一般原則上ノ損害賠償ヲ生スヘシ、保證人ノ失格ノ場合ニ代保證人ヲ立ツル義務アルヲ移シテ擔保ノ補充義務アリトスル(横田氏)ハ非ナリ、準用スルノ條文ナク右舊法削除ノ理由上ニ於テ明ナリ

ハ 不可抗力、第三者ノ行爲ニ因ルトキハ設定者カ受クヘキ損害賠償金ノ上ニ及フモノトス、債務者ハ期限ノ利益ヲ失ハサルカ故ニ結局ハ權利者ノ不利益ニ歸ス

横田氏ハ補充スレハ格別、補充セサレハ期限ノ利益ヲ失フト、即チコノ際抵當セル債權關係上ノ信用減少スルカ故ニ補充義務アリ、故ニ之ヲナササレハ期限ノ利益ヲ失フト當事者ノ意思ニ合ス
物權ノ本質ニ反シ、設定者ニコノ責任ヲ負ハシムルハ過酷ニ失ス

③ 目的物ノ變更

- イ 三七二條、三〇四條ニヨリ賣却、賃貸、滅失、毀損ノ代價代償ニ及フ
- ロ 物權ノ對價ニモ及フ
- ハ 權者カ不動産ヲ差押ヘタル後ニ至リ滅失、毀損スルモ現ニ殘存物アレハ不動産ノ性質ナクトモ其上ニ及フ(判例)

第四

效力：不可分性、優先辨濟權、相續性、讓渡性、物權一般ノ效力ハ前述ノ如シ、コニハ民法ノ特ニ規定セル點及之ニ關スルモノニ及フ

一 設定者ト債務者トノ關係

保證債務ニ關スル規定ニ從フ(三七二、三五一)

- 二 順位 登記ノ前後ニヨル(三七三)、但先取特權ノ三三九條アルコトニ注意、又一人ノ債權者カ同一債權ノ擔保トシテ數個ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スル場合三九二條ニ注意

三 被擔保債權ノ範圍 種類ハ質權ノ條參照

- (1) 原則：當事者ノ意思表示ニヨリ定マル、制限アリ
- (2) 登記ノ特定主義：特定高チ登記スルヲ要ス、金錢給付外ノ債權ナルトキハ豫メ最高額チ登記シテコノ範圍内ニ於テ擔保セラレル外ナシ(同横田氏)

- (3) 抵當權實行ノ費用如何：其額一定スルモノナルカ故ニ登記セサルモ第三者ハ之ヲ豫期スルカ故ニ害セラレルコトナシ故ニ登記ヲ要セス(横田氏)、理論上明文ノ根據ナキ故疑アルモ斯ク解シテ差支ナシ

- (4) 利息其他ノ定期金ニ關スル制限(三七四)、條文參照ヲ要ス(特別登記ノコトアル故ニ)

滿期トナリタル最後ノ二年分ナリ、コノ意味ハ二曆年ニアラスシテ已ニ經過セル二週年(七三〇日)ナリトス、辨濟期ノ到來セル時ヨリ二年前ナルヲ要セス、蓋コレ等ハ時ノ經過ニヨリテ生スルモノナレハナリ

イ 本條ハ定期金又ハ利息ノ率ノミチ登記セルトキニ限ル、其總額チ豫メ登記セルトキハ適用ナク其登記額ニヨリ定マル(同横田氏)

ロ 本條ト遲滯利息：第一項ニ含マサルカ故ニ第二項アリ、即最後ノ二年分ニ付テ抵當權ヲ行フコトヲ得、但利息其他ノ定期金ト通シテ二年分チ越ユルコトヲ得ス

此項ニ「不履行ニヨリ生シタル損害賠償」トハ遲滯利息ノミチ指スモノトス、他ヲモ合ムトフル説(横田氏)ハ不可ナリ、即第一項チ受ケタルモノナルコト、及但書ノアルコトニヨリ明ナリ

ハ 重利ト本條…重利契約アルモ本條特別登記ヲ爲ササル限リハ登記セル元本及ヒ之ニ對スル利息及損害金ヲ合セテ最後ノ二年分ノ外抵當權ヲ行ヒ得ス
(法曹會決議)

ニ 本條二項損害賠償請求權(右ロ)ハ登記ヲ要スルヤ、債權額及利息ノ登記アル以上ハ遅延利息ハ一定スル故登記ノ要ナシ(同上決議)

ホ 不動産ノ第三取得者ト本條

四 抵當權ノ處分

(1) 他ノ債權ノ擔保ニ供スルコト(三七五、一項)

コノ行爲ノ性質轉質ノ如シ從テ性質ニ付争アリ、曰ク

イ 抵當權設定說…目的物上ニ新ナル抵當權ヲ設定シタルモノナリトス、サレト何人モ他人ノ物ニカカル負擔ヲ加フル處分ヲ爲シ得ス、又轉質ト異ナリ「抵當物チ」トイハサルナリ

ロ 抵當權ノ上ニ復抵當權ヲ設定シタリトノ說…我民法上抵當物ハ地上、永小作ノ外不動産ナレハナリ

ハ 債權的權利ノ創設ナリトスルモノ…抵當權ヲ擔保ニ取リタル者ハ抵當權者ニ代位シテ其抵當權ヲ實行シ得ヘキ債權ヲ創設スト、サレトコレ物權ノ處分

ノ結果トシテ債權ヲ得タルナリトイフニ同シ

ニ 權利質說…(横田氏、飯島氏) 抵當權ナル財産權ノ質入ナリト

ホ 抵當權ノ條件附讓渡ナリトスル者…(富井氏)

(2) 抵當權ノ讓渡

イ 主タル債權ノ移轉ト共ニ從トシテ移轉スルコトヲ得

ロ 同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ナラハ單獨ニ讓渡シ得(三七五、一項)、コレ設定者ノ責任ヲ加重スルコトナケレハナリ

(3) 順位ノ讓渡

イ 同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ讓渡シ得(三七五、一項)

ロ 讓渡ハ債權全額ニ付テノ轉換ナリヤ…積極說ハ讓渡人ノ債權額ニ付テノミノ讓渡トスルトキハ順位カ抵當權ノ一部ニ付テ各異ルコトトナルトス、サレト自己ノ有スルヨリ以上ノ順位ヲ讓渡シ得サルカ故ニ讓渡人ノ債權額ニ付テノミ讓渡スルモノトスル說正シ

(4) 抵當權ノ拋棄(三七五、一項)

イ 相對的拋棄ハ他ノ債權者ニ對シテハ依然トシテ其地位ヲ保存シ讓渡カ當事者間ニ地位ノ轉換ヲ生スルト異ル

- 絶對的拋棄ハ總債權者ノ爲ニ無條件的ニテ抵當權ノ消滅ヲ來ス
- (5) 順位ノ拋棄(三七五、一項)……コレモ又他ノ順位者ニ對シテハ順位ヲ主張シ得ルナリ、抵當權ノ拋棄ト異ル所ハ抵當權者間ニノミ行ハルルト否トニアリ、即(4)ハ無抵當者トノ間ニモ行ハルルナリ
- (6) 抵當權處分ノ第三者ニ對スル效力

イ 處分ノ利益ヲ受クル者ニ對スル效力(三七五、二項)……以上カ數人ノ爲ニ其抵當權ノ登記ヲ爲シタルトキハ其處分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニヨル

□ 債務者、保證人、抵當權設定者及其ノ承繼人ニ對スル效力(三七六)

A 債權讓渡ト同一ノ對抗要件ヲ要ス、即コレナケレハ處分ハコレ等ノモノニ對抗シ得ス

B コノ手續後ハ主タル債務者ハ處分ノ受益者ノ承諾ナクシテ爲サレタル辨濟ハ之ヲ以テ受益者ニ對抗シ得ス(三七六、二項)

五 第三取得者ニ對スル抗力

抵當權ノ融通ヲ便ナラシムレ爲第三取得者ヲシテ抵當權ノ消滅ヲナサシムル制度ヲ認ム、佛法系ノ方法ハ次ノ如シ

- (1) 第三取得者カ債務ヲ完済スルコト
- (2) 抵當不動産ヲ委棄スルコト、但第三取得者ニ抵當ノ債權ヲ辨濟スルノ義務ナキ以上ハ之ヲ認ムルノ要ナシ
- (3) 檢索ノ抗辯ヲ爲スコト
- (4) 第三取得者ノ代價辨濟(三七七)、以下我民法上ノ方法

イ 所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ之ニ代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ第三者ノ爲メニ消滅ス(三七七)

第三取得者ハ辨濟ニ付正當ノ利益ヲ受得スル者ナルカ故ニ進ンテ辨濟スルトキハ五〇〇條、五〇一條ニヨリ代價權ヲ生スヘシ、民法カ他ノ立法例ニ認ムルコト稀ナル三七七條ヲ右ノ外ニ認メタルハ立法上當否ニ爭アリ

□ 本條ノ要件

A 所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者タルコト……永小作權ハ小作料ノ支拂ヲ伴フ故代價ヲ支拂フコト稀ナルヘク、之アルモ僅少ニシテ地上權ノ代價ノ如ク土地ノ價ニ比スヘキニアラサレハナリ、地役權ニ付テハ代價ノ僅少ナル理由ニヨルヘシ、不動産ノ買受人等ナルモ地上權永小作權ノ買受人三六九條二項ニヨリ準用アルヘシ

B 抵當權者ノ請求ニ應シテ其代價ヲ辨濟シタルコト：請求ナクシテ辨濟シタルトキハ第三者ハ只債務者ニ代リテ辨濟シタルノミニシテ其限度ニ於テ主タル債務ノ減少消滅ヲ來スノミ(四七四、五〇〇乃至五〇三等)
ハ 代價辨濟ノ效果：相對的ナリ：三七七條ニ「抵當權ハ第三者ノ爲ニ消滅ス」ト、分説セハ

A 所有權ノ買受人カ爲シタル場合：抵當權ハ買受人ノ爲ニ消滅ス、但買受前ヨリコノ上ニ地上權、永小作權カ存在スルトキハ抵當權ハ尙コレ等ノ上ニ存ス(同横田氏)、又コレカ債權ノ全額ニ充タサルトキハ殘額ヲ債務者ニ請求シ得

B 地上權ノ買受人カ爲シタル場合：此ノ地上權ハ抵當權ノ實行ヲ免ルト雖モコノ不動産ハ免ルルヲ得ス

C 辨濟シタル第三者ハ辨濟義務ハナキモ債務者ノ債務ヲ辨濟シタリトイフヲ得ルカ故ニ五〇〇條乃至五〇三條ニヨリ代位權ヲ得(同富井氏、梅氏、反對、中島氏)

⑤ 滌除

イ 意義 抵當不動産ノ取得者カ抵當權者ニ對シテ一定ノ金額ヲ拂渡シ又ハ之

ヲ供託シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトナリ(三七八)

ロ 立法上ノ理由 三七七條ト同様多少ノ批難アリ、已ニ登記シタル擔保物權ヲ無視シ其他増價競賣ナル煩雜ナル規定ヲ認ムルコト等コレナリ、但シコノ規定ハ第三取得者ニハ便利ナリ殊ニ代價ヨリ債權額大ナルトキハ債務ヲ辨濟シテ爲スコトハ不利ニシテ、又三七七條ハ請求アルコトヲ要件トスルカ故ニ勢ヒ滌除ニヨルナレハナリ、サレト抵當權者ニハ必スシモ便ナリトイヒ得サル故成ヘク早ク物上負擔ヲ去リ融通性ヲ増サントノ公益理由ニヨリ立法セラ

ハ 滌除

A 滌除權ヲ有スル者：抵當不動産ニ付所有權、地上權、永小作權ヲ取得シタル第三者(但登記シタルモノニ限ル)假登記ニテモ可(大控)

他ノ物權ノ取得者ニ與ヘサルハ特別理由ニ基ク抵當權消滅事由ヲ認ムルニハ必要已ムナキモノニ止ムヘク從ツテ絶大ナル物權ニ限レリ、有債取得者ニ限ラサルコト、第三者トハ設定者ヨリ見テイフナリ
滌除ハ之ヲ爲スノ義務ヲ有スルコトナシ(大控)
滌除權ナキ第三取得者

(a) 自ら債務ヲ負擔スル者：主タル債務者、保證人及其承繼人チイフ、コレ等ハ全額支拂義務アリ故ニ滌除ヲ認ムルトキハ一部辨濟權ヲ與フルコトトナレハナリ：第三者カ設定者ナルトキ起ル(三七九)

(b) 條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル停止條件付第三取得者(三八〇)：コノ者ハ三七八條ノ取得シタル者トモイフヘカラサレハナリ、始期付第三取得者モ同様ナリ(同富井氏、反對横田氏)、一三五條一項ニ履行ハ期限ノ到來スルマテトアルモ法律行為ハ債物二者ニ通スルカ故ニ始期付ノトキハ「履行」トイフコトハ物權ノ履行ニモカカリ物權ノ設定移轉ノ效力ハ未タ發生セサルモノナレハナリ、解除條件付第三取得者ハ未定ノ間ニモ權利ヲ有ス、故ニ滌除權アリ、之ヲ行ヒタル後成就セルトキ如何、條件成就ノ效果ハ邇及セヌ故抵當權ハ復活セス、而モ第三取得者ハ債務者又ハ設定者ニ對シ抵當權者ニ拂渡タルモノノ償還請求權アリ邇及チ特ニ定メタルトキ(一二七、二項)復活ス、而モ第三取得者ハ抵當權者ニ對シ取戻權ヲ行ヒ得以上ハ買戻約款付ノ場合ニ適用スルコトヲ得ヘシ(富井氏)

B 滌除ノ期間(三八二)

(a) 抵當權者カ抵當權實行ヲ爲サンニハ豫メ右ノ第三取得者ニ通知ヲ要シ

(三八一)コレヲ受ケル迄ハ何時ニテモ可ナリ(三八二、一項)

(b) 右通知ヲ受ケタル後ハ一个月内ニ滌除手續ヲ開始スヘシ：即三八三條ノ手續ヲ爲スヘシ(三八二、二項)、又右通知ハ第三取得者全員ニナスヘキニ付之ヲ受ケサル者ハ(a)ト同様ナリ

(c) 通知後更ニ第三取得者アリタルトキハ更ニ通知ヲ爲スノ要ナシ(同富井氏、川名氏)：コノ第三取得者ハ前ノ取得者カ滌除ヲ爲シ得タリシ期間内ニ於テノミ滌除手續ヲ爲シ得ルノミ(三八三、三項)、蓋コレニモ更ニ一ヶ月ノ期間ヲ與フルトキハ抵當權者ヲ不當ニ害スレハナリ、通知後ノ第三取得者トハ全員ニ通知シタル後ノ第三取得者ナリ而シテ「前ノ取得者カ滌除ヲ爲シ得ル期間内」トハ最後ニ通知ヲ受ケタル第三取得者カ爲シ得ル期間ヲ指ス(同梅氏)

C 滌除ノ手續ト債權者ノ地位

(a) 手續：登記セル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スヘシ(三八三)

- 1 權利取得ニ關スル書面
- 2 抵當不動産ニ關スル登記簿ノ謄本 但已ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲グルヲ要セス

3 滌除權行使ノ陳述書

以上三種ノ送達書ハ一切ノ登記債權者ニ送達スヘシ、三九三條、五〇一條ノ者モ然リ、之ヲ受ケサル者ハ他ノ者カ受ケタルニヨリ何等ノ影響ヲ受ケルコトナシ(同富井氏、横田氏)

(b) 滌除ノ承諾及増價競賣ノ請求

1 承諾：右ノ送達ヲ受ケタルヨリ一个月内ニ増價競賣ヲ請求セサルトキ

2 増價競賣ノ請求(三八四乃至三八七)

I 性質 第三取得者ノ提供ヲ拒絶シテ更ニ高價ニ賣却センコトヲ求ムル意思表示ナリ、請求トイフモ嚴格ナル意ニアラス

II 要件

甲 提供額ヨリ十分ノ一以上ノ高價ニテ賣ルコト能ハサルトキハ之ニテ自ラ買受クヘキコトノ附言

乙 代價及費用ニ付擔保ヲ供スルコト之ナケレハ請求ハ無効ナリ

丙 コノ請求ハ債務者及讓渡人(條文ハ不動産ノ讓渡人トアルモ地上權永小作權ノ讓渡人モ含ム)ニ對シ第三取得者ヨリ三八三條ノ

通知アリシヨリ一个月内ニ通知スルコト、但コレヲ爲ササルモ無効ニアラス責任問題ヲ生スルノミ(同富井氏、梅氏、横田氏)(三八五)

3 増價競賣ノ取消：他ノ登記セル債權者ノ承諾ヲ要ス(三八六)

(e) 滌除手續終了セハ抵當權ハ消滅ス

(6) 賃借人ト抵當權者トノ關係

イ 抵當ノ登記前ノ登記賃貸借

ロ 抵當ノ登記後ノ登記賃貸借：(三九五)、左ノ條件アレハ對抗シ得

A 六〇二條ニ定メタル期間ヲ越エサル賃貸借ナルコト：コレヲ越エタルモノニ付テハ賃貸借ノ附着セサルモノトシテ競賣スルコトヲ得(同富井氏、及判例)、又越エタルモノハ全然無効ナラス當事者間ニハ有効ナリ(法曹決議)
B 抵當權者ニ損害ヲ及ホササルコト：無効ナラス裁判所ハ抵當權者ノ請求ニヨリ之カ解除ヲ命スルコトヲ得(三九五)、但コレハ無用ノ規定ナリ抵當權ハ常ニ之ヲ口實トスルノ風ヲ生スヘク又四二四條アレハナリ

六 抵當權ノ實行

(1) 競賣ノ時期及方法(三八一)、滌除權者アルトキハ之ニ通知シ其ノ不行使ノト

キハ(辨濟又ハ滌除ノ)競賣ヲ請求シ得(三八七)、流抵富禁止ノ規定ナシ
競賣ノ目的物

イ 土地及其上ニ存スル建物カ同一人ニ存スル場合ニ其土地又ハ建物ノミチ抵
當ニ供シタルトキ(三八八)、本條ニ問題アリ

Α コノ法定地上權ハ登記ヲ要スルカ

Β コノ規定ニ反スル特約ノ效力如何

Γ 土地及建物兩者ヲ抵當トシ競賣ノトキノミ分離シタルトキ本條ノ適用ア
リヤ

□ 抵當權設定後其設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキ(三八九)、本條問
題三アリ

Α 建物ノ賣主ハ債權者ナルカ故ニ代金ノ受取權アリ、サレト之ハ設定者ニ
返還スル義務アリ(同川名氏)

Β 土地ト共ニスルニアラサレハ不可、分離スルトキハ所有權者ヲ異ニシ本
條ノ目的ハ達セラレス

Γ 土地ト共ニスルコトハ義務ニアラス土地ノミチ競賣スルモ亦可ナリ(横
田氏)

⑤ 競賣ト第三取得者トノ關係

イ 第三取得者ハ競買人トナルコトヲ得(三九〇)、蓋コノ者ハ競賣ニヨリ自己
ノ權利ヲ失フカ故ニ大ナル利害關係ヲ有スレハナリ

□ 第三取得者ノ費用償還請求權(三九一)
一九六條ノ區別ニ從ヒ不動産ノ代價ニ付最モ先ニ償還ヲ受クルコトヲ得自ラ
競落人トナリシトキニモコノ權アリ

(4) 競賣代金ノ配當: 競賣代金中ヨリ競賣費用、第三取得者ニ返還セル殘ニ付左
ノ規定アリ

イ 總括抵當權ノ場合: 一個ノ債權數個ノ不動産上ニ抵當設定セラレタルトキ
Α 同時ニ競賣シテ代價ヲ配當スキ場合: 各不動産ノ價格ニ準スルモノト
ス(三九二、一項)

Β 順次ニ配當スヘキ場合ト次位抵當權者ノ代價(三九二、二項)、即前位者ハ
全部ノ辨濟ヲ受ケ次位者ハ右Αニヨリテ前位者ニ受クヘカリシ額迄前位者
ニ代位シテ行フ、本條ハ先位者カ「全部ノ辨濟」ヲ受ケタルトキノミニ代位
ヲ許スカ(判例ハ積極、反對梅氏、富井氏、三瀨氏)、即本條ハ「受クルコト
ヲ得ル」モノニシテ其ノ次ノ「此場合」ハ受ケタルトキヲ指スニアラサル

ナリ

C 代價ノ附記登記(三九三)ヲ爲スコトヲ得

○ 除権者ヨリ通知ヲ受クル爲等ニ必要ナリ(三八三、一項)

□ 抵當不動産ノ代價ヲ以テ債權全部ノ辨濟ヲ受ケ得サリシ場合

A 抵當不動産ノ代價ニテ辨濟ヲ受ケ得サリシ債權ノ部分ニ付テ他ノ財産ニ付普通債權者ト競合的ニ辨濟ヲ受ク立法上批難アリ

B 他ノ財産ノ代價配當力先ナルトキハ抵當權者ハ全額ニ付配當ニ加入ス但後ニ競賣アルヘキ抵當不動産アル故Aノ爲抵當權者ヲシテ配當金ノ供託ヲ爲サシムルヲ得(三九四、二項)、而シテ後コレアルトキハAニヨルナリ、斯クテ公平ヲ保ツ

(5) 抵當權ノ實行ト債務名義ニ基ク強制執行

兩者何レヲ爲スモ任意ナリ、假差押ヲ許スカハ争アリ(積極說正シ)
第五 抵當權ノ消滅

一 事由

- (1) 目的物ノ滅失 地上權、永小作權カ目的ナルトキハ三九八條ノ制限アリ
- (2) 沒收、收用

(3) 混同

(4) 拋棄

(5) 時效(三九六、三九七) 主債務ノ時效中斷ハ擔保權ニ及フ、唯承認ハ必スシモ擔保權ノ承認ヲモ爲スモノトイフヲ得サルナリ

(6) 主債權ノ消滅 更改ノトキハ五一八條アルコトニ注意

(7) 權利ノ實行又ハ抵當權者以外ノ申立ニヨル競賣

(8) 第三取得者ノ代價辨濟(三七七)

(9) 滌除(三七八乃至三八六)

二 效果…(三五五、三七二)…特別擔保ヲ失フコト

物 權 法 終

大正十年十一月廿三日印刷
大正十年十一月廿七日發行

【國家試驗準備叢書】
『民法^{總則}物權』定價金七拾五錢

日本法政學會編纂

發行者 東京市神田區錦町一丁目十二番地
橫尾留治

印刷者 東京市本郷區眞砂町三十六番地
久松鐵次郎

印刷所 東京市本郷區眞砂町三十六番地
日東印刷會株式社

不許
複製

發行所

東京市神田區錦町
一丁目十二番地

松華堂

電話神田二六四三番 振替東京二一九四番

389
66

389
66

終