

民法財產編第三章擔保目次

總論

第一 各種擔保之意義	一
第二 對人擔保及對物擔保	三
第三 法定擔保及人爲擔保	四
第一節 留置權	五
第一款 總論	五
第二款 留置權之效力	七
第三款 留置權之消滅	一
第二節 先取特權	一
第一款 總論	一
第二款 先取特權之種類	四

第三款	先取特權之順位	一八
第四款	先取特權之效力	一九
第三節	質權	二四
第一款	總論	二五
第二款	動產質	二九
第三款	不動產質	三一
第四款	權利質	三四
第四節	抵當權	四一
第一款	總則	四一
第二款	抵當權之效力	四三
第一項	總則	四四
第二項	優先權	五〇
第三項	追及權	五一

第三款	抵當權之消滅	五八
第一項	時效	五九
第二項	地上權永小作權之拋棄	六〇

目次

民法 (財產編)

麻城 彭樹棠 編輯

第三章 擔保

擔保者所以鞏債權者之信用而使財產流通者也。其助長社會經濟之發達爲用途甚廣爲用至便故各國法律皆於擔保有規定。日本民法亦於物權中規定之。即法典留置權先取特權質權抵當權四章是也。但擔保雖規定於物權中而實與物權有異蓋物權行於物上之權利不必別爲擔保而擔保雖亦物上之權利要必附於債權而始有者故學者講述嘗將擔保之規定另爲提出而不并入物權中。梅博士講授物權亦別分擔保法另爲敘述。但以時間倉促不暇詳語約略述者不過十之一二因不揣冒昧乃取法政大學本科講義。梅博士及富井博士所講者撰要補詳而闕漏者仍存強半亦時迫而不獲已也閱者諒之。

編者謹識

總論

第一 各種擔保之意義

凡擔保債權之物權通謂之擔保而惟擔保之種類不一故其意義亦各殊今分揭之

民法 擔保

如左。

甲 對於法律上之事實負責任 如買賣爲法律行爲。設賣時計即錢者。對於其買主表示云。此乃眞金。非鍍金。而買主因而買之。其後果爲眞金。則已否。則當負責任。其見爲鍍金。即事實所在。其對於鍍金負責任。則法律實使之。蓋其表示時。已爲法律上之擔保也。

乙 對於爲契約目的之權利及瑕疵負責任 此有二例。即一曰追奪擔保。謂所賣之物。若爲第三者所奪。則賣主當負責任。例如賣物於人。其所賣者。爲他人之物。或其一部。爲他人之物。則既賣之後。被物之原主取還。而買主受損。害矣。故賣主必負責任。此權利之擔保也。二曰瑕疵擔保。即所賣之物。有不完善。則賣主當負責任。例如賣牛者。其結約時。認定其牛。無病。且表示。如有病。則退還。至引渡後。察知牛在賣主時。已負病。則賣主。即當負責任。此瑕疵之擔保也。以上詳債權買賣契約諸條。

丙 可以供債權者將來辨濟之用之財產 即以債務者所有之財產。供債權者將來辨濟之用。是故有謂此爲共同擔保者。例如債務者與債權者約云。如將來不能

還債。即以此時計爲給付。則此時計。即可以供債權者將來辨濟之用之財產也。

丁 爲一定之債權者確實得辨濟所有之權利。例如有質權之債權。或抵當權之債權。其債務者將來不履行債務。則債權者可處分其質物。或抵當物。是即確實得辨濟之權利也。此與前論公同擔保不同。蓋彼於其物上無一定之債權者。不過謂某物可供辨濟之用。而債權者於其物尚不能處分之。此於其物上有一定之債權者。已設定確實之權利。而他日可得處分之。此其異點也。故彼可謂之公同擔保。而此則謂之特別擔保。本章所論者。即此特別擔保也。見後各條文所舉。

第二 對人擔保及對物擔保 分二說

甲 對人擔保 謂一定之債權者爲確實得辨濟對於一定之人所有之權利也。分二種。

天 保證 即立有保證人而爲之擔保也。其保證只憑其人之信用。故謂之對人地。連帶 謂有數債務者。時使各債務者連帶負責。而得對於各債務者之一人請求全部也。其規定詳債權章連帶債務中。蓋數人共一債務。若不使其連帶。

而第○向○各○債○務○者○請○求○其○持○分○則○其○中○有○無○資○力○者○即○其○持○分○不○能○辨○濟○而○債○權○者○不○免○受○損○惟○用○連○帶○之○規○定○使○無○論○對○於○何○人○皆○得○請○求○全○部○則○無○異○互○為○擔○保○矣○但○其○所○信○者○仍○為○連○帶○之○人○故○亦○以○對○人○言○之

日本舊民法原列連帶債務於擔保中是直認為擔保新民法以為連帶債務非完全獨立之擔保故不統作擔保解釋如第三百一條所云「供相當之擔保」乃專指保證人及他物上擔保言而連帶債務不在其內也餘可推知

乙

對物擔保 謂一定之債權者為確定得辨濟對於一定之財產所有之權利也

此分四種。(一)留置權。(二)先取持權。(三)質權。(四)抵當權。蓋此等權皆為債權者確實得辨濟之權利試即質權舉例以明之。如甲借乙債。以其時計為質。將來甲不還債。乙可以其時計變賣抵填之。是此時計即乙確實得辨濟之財產也。

第三 法定擔保及人為擔保 分二說

甲

法定擔保 謂保護一定種類之債權所有之擔保也。即上所舉留置權與先取

特權。是蓋凡債權中某種有留置權之權利。某種有先取特權之權利。法律各已明

定之。但須事實與法律相合。即可依此權利行使之。無須特約爲也。

乙 人爲擔保。謂不問債權之種類如何。而爲確實得辨濟起見。對於一定財產權之主體所有之擔保也。如上所舉質權與抵當權。是此與法定擔保異者。即在不問債權之種類如何。試以質權言之。債務者不問何種債權。皆任自己之意。與債權者約以某物爲質。若將來不能辨濟。則其物即當任債權者處分之。即人爲之謂也。

第一節 留置權

第一款 總論

一 留置權之定義。留置權者。即他人之物之占有者。至受關於其物所生債務之辨濟。止得留置其物之權利也。(詳第二九五條一項前段)依此定義。可得二要素。

- (一) 必爲他人之物之占有者
- (二) 必關於其物所生之債權

試合此二要素。舉例以明之。如甲之時計壞損。送乙時計店修理。其一切修理費。皆甲任之。若甲未交清此費。則乙店可留其時計。而不與是爲留置權。夫甲之時計。而

乙店占有之（占有普通以執有其物言之，非盡爲強占，但亦有惡意者，此非其類）是即爲他人之物之占有者，其修理費皆關於甲之時計所生，是即關於其所生之債權。若甲未交清修理費，則可留置其時計，是即於辨濟前有留置其物之權利。觀此而定義可明矣。

二 留質權之要件 分二說

甲 要占有非出於不法行爲。如前例，甲之時計，乃乙店詐欺取來，此雖爲之。修理亦不能留置。蓋詐欺取來與竊盜無異。若許留置，是獎勵竊盜也。故第一九五條二項云：「前項之規定（即留置權之規定）於占有因不法始有者不適用之。」

乙 要債權在辨濟期。此於第二九五條但書規定之。如前例，甲以時計送乙店修理，與乙店約云：「余明日至某處旅行，須六個月方歸，歸後半月，即交還修理料，是六個半月爲債務辨濟之期也。」既而未及三月，甲即歸來，此時在甲固應償還其修理料，而設或未償在乙店，亦不得有留置之權。以辨濟之期尙未到也。但甲取去時計之後，竟不辨濟，又當以他法救濟之。惟此爲別段之問題也。

法律所以認留置權者爲保護公平起見。蓋占有他人之物而發生債權者其債權必非獨立發生而一切之證據多不完備。若不許留置其物設債務者薄於德義而不辨濟則債權者受損矣。故一此方有反物之義務即彼一方有償金之義務如此而後可保公平也。民法上如此用意者頗多如第五三三條雙方債務須同時履行之規定第五四一條一方不履行則解除契約之規定皆與此同一精神。

第二款 留置權之効力

一 留置權者之權利 凡關於留置物所生之債務未受辨濟時則債權者得留置其物且得將其物請求競賣此即留置權者之權利也更分三說

甲 優先權 凡留置物之所有者對於其留置物亦得行讓渡或競賣之事然必讓受人或競買人償還留置權者所有對於其留置物之債權而後可使之交付其留置物（詳競賣法第三條）其必償還其債權而後可交付者即留置權者之優先權也。但此乃對於讓受人或競買人於留置物之占有上有優先權非對於其物之所有者於留置物之代價上有優先權。故富井氏謂此爲廣義之優先權。

也。

乙

追及權 謂追及於第三者之權也。夫留置權以占有爲要素。未受債務者之辨濟則其物必仍占有無俟追及。既受辨濟則占有權消滅不得再爲留置。即不得追及。故普通之追及權似非留置權者。所有然一般學說謂其有追及權者。乃存於特別之場合。例於甲之留置物誤爲乙占有。則甲可追及於乙。而保其留置之權利。是也。

丙

不可分權 凡留置物於未受辨濟以前不得於留置物之全部交付。其一部即不可分之謂也。第二九六條云。『留置權者至受債權全部之辨濟止得於留置物之全部行使其權利。』

以上所述乃留置權者對於人之權利也。此外尙有直接對於其物之權利。試分二說。

天

有取得自留置物所生果實之權利。此所取得之果實必以之充當債務之辨濟。而不可以無償取得。其規定見第二九七條。條文云。『留置權者收取自留

置物所生之果實得先他之債權者而以之充當其債權之辨濟」又二項云「前項之果實先以之充債權之利息尙有剩餘時則以之充當元本」

地

有受因留置物付出費用之權利

因留置物所生之費用有三種。(一)必要費

(二)有用(即有益)費(三)奢侈費例如留置物爲馬則馬之食料乃必要費也爲之置鞍轡等件則有用費也或繫以金鈴飾以文物以壯觀瞻則奢侈費也留置權者於奢侈費不得求償於物之所有者至必要費與有用費則均可請求所有者償還但其償還亦有區別第二九九條云「留置權者付於留置物出必要費用時則得令所有者爲其償還」此必要費償還之規定也其二項云「留置權者付於留置物出有益費時限於其價格增加之現在情形得使所有者從其選擇或償還其所費金額或僅償還其增價額但裁判所因所有者之請求得於此許與相當之期限」此即有用費償還之規定也本項所謂限於價格增加之現在情形者即如上例爲馬所置之鞍轡必須現存者而後可求償若已消毀者則不得索其償還是也其曰所費金額者即置鞍轡時所須之價也曰增價額者如未

有鞍轡時馬僅值五十元。已有鞍轡時可值七十元。其加多之二十元。即增價額也。曰許與相當之期限者。即許所有者以猶豫期間使其準備償還也。蓋有用費之求償權較之必要費之求償權稍弱。故其規定亦異也。

二 留置權者之義務 分二說

甲 要以善良注意保管留置物。蓋留置權者於其留置之物。不過暫時占有。而實無其物之所有權。故一旦受領債務之辨濟。即當返還。其留置物若不注意。保管則恐物被毀滅。致不能返還。而生他種之問題矣。故法律規定以善良管理者之注意。占有留置物。(見一九八條)

乙 非經承諾不得動用其留置物。法律許有留置權者。乃許於其物有占有權。而間接以促其債務之償還。非許於其物有所有權。而直接以當債務之償還也。故留置權者。非得債務者之承諾。不得自由處分。第二九八條二項云。『留置權者無債務者之承諾。不得將其留置物任意使用。及為質貸或供擔保等事。但因其物之保存。有必須使用時。不在此限。』其但書謂保存必須使用者。例如留置

物爲馬。則須時常乘之。使其運動是也。又付於不動產之留置權。亦間有之。例如留置物爲家屋。而以短期貸人居住。使不至頹敗。亦保存必要之使用也。

三 不妨債權之消滅時效 謂留置權者。雖占有留置物。而債權之消滅時效。不因之中斷也。(見第三〇〇條)蓋留置權者。不過債權之擔保。而間接以促其辨濟者。既僅爲留置權之擔保。則擔保爲從債權。爲主主若消滅。從豈得使之存在乎。故債權之消滅時效。留置權不得妨礙之也。

第三款 留置權之消滅

留置權亦物權也。故其消滅之原因。有與他之物權同者。如因目的物之滅失。或權利之拋棄。而消滅是也。又留置權亦擔保權也。故其消滅之原因。有與他之擔保權同者。如因爲主債權之消滅(如辨濟之類)而消滅是也。此外。付於留置權之消滅。尙有特別之原因。三。

一 占有之喪失 謂拋棄占有之意思。又失其所持物也。蓋留置權以占有爲要素。而占有者。必有占有之意思。及占有之所持物。則得謂之完全占有。若拋棄占有之

意思或失其所持物則占有權消滅即留置權亦消滅（見第三〇二條前段）雖然此原則也有二例外。

甲 債務者以外之代理占有 謂留置權者得債務者之承諾而以其留置物質貸於人或質入於人則其留置物即歸質借者及質權者占有也此疑於喪失而實非喪失何也質借人或質權者之得占有此物乃留置權者使之而非留置權者有拋棄其物之意思也故質借人或質權者可作留置權者之代理占有者看待既為代理占有則其占有權未消滅即其留置權亦不消滅蓋此不得與原則之喪失一律論之故為例外。

乙 債務者之代理占有 凡留置物必存於債權者之手似無債務者代理占有之理然或留置權者因債務者之請求暫以留置物與之而約以期日不履行債務則仍由留置權者請求處分其物是即留置物歸債務者占有之理由也然留置物雖歸債務者占有而留置權者究有請求處分之權是債務者之占有亦可作代理占有者看待既為代理占有則不得謂留置權者之占有權消滅即不得

謂其留置權消滅也。但此說日本民法未爲規定。惟梅博士主張之而已。

二 擔保之供與 謂債務者提供相當之擔保而請求留置權之消滅也。（見第三

○一條）此爲留置權之變例。法律之設此規定。頗有理由。蓋留置權者於債權債務之雙方均感其不便。其在債權者僅有占有其物之權利而不能爲使用及收益等事。且須注意保管。不免煩累。至債務者則以未占有其物之故而自己不能使用。又不得借與他人使用。而收其益。是於財產之流通利用上大有妨碍。非所以發達經濟之妙法也。故法律許其別供相當之擔保。而得請求留置權之消滅。按相當之擔保。如設定質權。或抵當權等。及有資力之保證人。皆得有效。惟德國民法。必須物上擔保。

三 義務之違反 即違反第二九八條所規定之義務也。如留置權者於其留置之物。不爲注意之保管。又或未經債務者之承諾而任意使用其物。或借貸於他人。或供擔保之用。皆謂之違反義務也。如此則債務者得請求留置權之消滅。（見第二

九八條三項）

第二節 先取特權

第一款 總論

先取特權者謂債權者從法律之直接規定對於其債務者之財產有先於他之債權者而受自己辦濟之權利也（詳第三〇三條）依此分之可得二要素如左。

(一) 必限於法定者

(二) 必有優先權

試合此二要素舉例以明之。如甲以房屋貸乙。乙不納賃金。則甲於其房屋內之動產可處分之。雖其動產上或存丙之債權。然其力不若甲之強。而甲可先丙而取之。是也。夫以不動產質貸人。即於其不動產內之動產有先取特權。此法律所規定者（詳第三一二條）。其動產上雖有他債權者之權利。然不敵其質貸人之強。是即優先權也。觀此而定義可明矣。

第二款 先取特權之種類

先取特權之種類。散見於各法者甚多。茲專就民法所定者分二說。

一 一般之先取特權 一般先取特權者即對於債務者之一切財產皆有之也。第三〇六條云：『有自揭於左之原因發生之債權者於債務者之總財產上有先取特權』試述其原因於下。

(一) 共益之費用 謂為各債權者共同之利益起見而保存債務者之財產所生一切之費用也（如關於財產之保存及清算或改良之費用皆是如此者對於債務者之財產有先取特權（見第三〇七條）但所用之費用中有非為總債權者之利益者則其費用之先取特權僅對於受其利益者有之不得使未受利益之債權者亦退處於後也（見第三〇七條二項）

(二) 葬式之費用 謂為他人死葬之費用而貸以資財也如此者對於其死者之財產及其應扶養之親族之財產有先取特權（詳第三〇八條）

(三) 雇人之給料 謂一切被用者（如婢僕及商業使用人等）包圍甚廣所應受之給料也如此者對於使用者之財產有先取特權但此僅限於最後之六個月且金額不能出五十圓以上者（詳第三〇九條）

（四）日用品之供給 謂供他人之飲食品及薪油等而應受之辨濟也。此對於被供給者之財產亦有先取特權。但此亦限於最後之六個月間者。（詳第三一〇條）

二 特別之先取特權 分二種

甲 動產之先取特權 此於第三一一條規定之。條文云：有「自擲於左之原因發生之債權者於債務者之特定動產上有先取特權」。試舉其原因如下。

（一）不動產之貸借 謂以不動產貸於人。若其賃借人不納賃金。則賃借人對於不動產中之動產（如房屋內之用具、土地上之果實等）有先取特權。（詳第三一二條以下）

（二）旅店之宿泊 謂旅店主人於其客之宿泊料不支付時。則對於其客之手荷物（如行囊之類）有先取特權。（詳第三一七條）

（三）旅客及荷物之運輸 謂運送人於旅客之運送賃不支付時。則對於其荷物。有先取特權。（詳第三一八條）

- (四) 公吏職務上之過失 謂賴依人(託人作事者)請公吏作事而供其保證金若因公吏有過失而致受損時則對於其保證金有先取特權(詳第三二〇條)
- (五) 動產之保存 謂保存他人之動產者於被保存者不支付其費用時則對於所保存之動產有先取特權(詳第三二一條)
- (六) 動產之賣買 謂賣動產者於買主不付代價及利息時對於所買之動產有先取特權(詳第三二二條)
- (七) 種苗或肥料之供給 謂供給種苗(即種子)或肥料者於被供給者不付代價及利息時對於其用種苗肥料之土地上後一年所生之果實有先取特權(詳第三二三條)
- (八) 農工業之勞役 謂農業之勞役者及最後一年間工業之勞役者於其使用者不付賃金時對於因勞役所生之果實與製作物有先取特權但必於其最後之三個月者(詳第三二四條)

乙 不動產之先取特權 此於第三二五條規定之條文云有「揭於左之原因

發生之債權於債務者之特定不動產上有先取特權」試舉其原因如下。

(一) 不動產之保存 謂保存他人之不動產者(如修理房屋之類)於被保存者不支付其費用時則對於其所代為保存之不動產有先取特權(詳第三二六條)

(二) 不動產之工事 謂工匠技師請負人等於為工事於他人之不動產上而債務者不付其費用時對於其所施工事之不動產有先取特權(詳第三二七條)

(三) 不動產之賣買 謂賣不動產者於其買主不付代價及利息時對於所賣之不動產有先取特權(詳第三二八條)

第三款 先取特權之順位

先取特權之最要者即順位之問題如同一財產上有二個先取特權其財產不足以辦濟債務此則如何分償乎解此問題當分五說

(一) 即一般之先取特權互競時也此以揭於第三百六條之順序為其順序先償公益費用次葬式費用次雇人給料次日用品給料(詳第三一九條)

(二) 即一般之先取特權與特別之先取特權互競時也。此除其益費用外則特別之先取特權先於一般之先取特權。(詳第三一九條二項)

(三) 即於同一之動產上而特別之先取特權互競時也。此分三等。即按其等次而爲權利之先後。試舉之如左。

第一 不動產質貸者與旅店宿泊及運輸者之先取特權。

第二 動產保存者之先取特權。但有數人保存時則其最後者先於前之保存者。

第三 動產買賣者與種苗肥料供給者及農工業勞役者之先取特權。(以上詳

第三三〇條

(四) 即於同一不動產上特別先取特權互競時也。此以揭於第三二五條之順序爲其順序。先不動產之保存者次爲有工事者次爲買賣者。(詳第三三一條)

(五) 即於同一之目的物上而同一順位之先取特權者有數人時也。此則應其各價之額分配辨濟而無復先後之區別。(詳第三三二條)

第四款 先取特權之効力

一 對於第三取得者之効力 先取特權亦一物權也其効力之原則與物權同故對於第三取得者似不得謂無追及之効力雖然若絕對有此効力則又大害取引之安全故法律不得不設法以限制之第三三三條云「先取特權者於債務者引渡其動產於第三取得者之後則付於其動產不得行使之」蓋先取特權者其權利之目的只在先獲辨濟而不在占有動產故債務者一移其占有於第三取得者則先取特權者自無追及之權不然則第三取得者將被不測之損失或謂此時之移轉若出於第三取得者之惡意猶將受法律上之保護乎曰善意惡意之別乃事實上之問題立法者不能爲之區別惟據物權法之通則（詳一七七條及一七八條）以規定之而已

二 對於他種權之効力 分二說

甲 先取特權對於動產質權者之効力 法國民法以動產質權視爲先取特權之一種故動產質權與先取特權互競時二種權利存於一物上謂之互競不過有順位之問題而不得有對等之權利日本民法則以此二者分爲二個之物

權。無。論。先。取。特。權。者。對。於。動。產。質。者。動。質。權。者。對。於。先。取。特。權。者。皆。視。其。効。力。爲。對。於。第。三。取。得。者。之。物。權。之。効。力。故。于。一。物。上。有。此。二。權。時。則。動。產。質。權。者。與。先。取。特。權。者。得。享。同。一。之。權。利。也。（見第三三四條）

乙 一般之先取特權對於登記債權者之効力 凡一般之先取特權欲對抗於第三者似亦非登記不可然此種之先取特種而欲爲登記又甚困難何者付於一般動產之登記既無公示方法之可言付於各不動產而欲一一登記則又不堪其煩雜而其結果幾使此種之先取特權至不能達其目的故法律設一折衷之法使一般之先取特權雖未爲登記而對於未有特別擔保之債權者亦得對抗之而有其効力特對於登記之第三者則仍不得有効蓋所以維持取引上之安全也（見第三三六條）

丙 不動產保存及工事之先取特權對於抵當權之効力 凡因保存不動產而出費用或爲工事於不動產上而增其價額因此取得其不動產之先取特權而爲之登記者則其不動產上雖設定有抵當權並其抵當權先於先取特權者而

登記而先取特權者仍可先於抵當權者而行使之蓋既爲登記則先取特權之性質有足以凌抵當權之効力也（見第三三九條）

三 行使先取特權之條件之効力 分四說

甲 行使一般先取特權之條件 行使一般之先取特權者對於動產不動產均可受辨濟但其先受辨濟時只可於不動產以外之財產必其尙不足時然後可於不動產上受領辨濟（見第三三五條）蓋先取特權者既於其財產有優先之權利而又準其於不動產上先爲受領則權利過強難免不害及他之債權者故法律爲此規定以保護之。

且受辨濟於不動產時猶有一注意之點即不動產已爲特別擔保之目的者則不可先向之受辨濟也（見第三三五條二項）蓋亦恐害他人之債權與前項同一理由。

至一般先取特權之行使必先加入於債務者之財團分配內若先取特權者意於加入則雖爲當受之辨濟而對於爲登記之第三者仍不得行先取特權（見

第三三五條三項) 蓋先取特權者既未以其特權加入則他之債務者方於債務者之財產信其權利之平均况既爲登記之第三者其對於此登記之財產尤強而有力若忽對之行先取特權不獨使之被不測之損失且亦大失登記法之勢力矣故法律寧保護登記者而不保護先取特權者且先取特權者之未得加入由於自怠其被損失亦其宜也

乙 行使不動產保存之先取特權之條件 不動產保存之先取特權當保存行爲已畢時即宜爲登記(見第三三七條)蓋依登記法之前後保存行爲之登記不能凌保存行爲以前之登記者若不早爲登記則其結果必至無此先取特權之實故欲對抗第三者則於保存行爲已畢時不可不即時登記也

丙 行使不動產工事之先取特權之條件 不動產工事之先取特權若於其登記時有先爲之登記者則先登記有效而後登記者無效故非於工事將起時早爲登記則不得保存其效力然工事將起時其所需費用尙未確知其若干故只可登記其費用之豫算額使有先取特權之效力至實際之費用有超過豫算額

時則於其超過之額不得有先取特權何者既登記豫算額則人方確信此不動產上僅有若干價額之先取特權而得計其不動產之價值更於其上設他種之權利若於超過豫算之額亦得有先取特權之效則設他種權利之第三者不免被意外之損失也故法律爲保護兩方之計而爲之規定第三三八條云「不動產工事之先取特權於始爲工事前因登記其費用之豫算額而保存其效力但工事之費用超過豫算額時則先取特權付於其超過額不存在」

丁 行使不動產賣買之先取特權之條件 第三四〇條云「不動產賣買之先取特權與賣買契約同時因登記其未辨濟代價或利息之旨而保存其效力」其曰與賣買契約同時者此爲最要之條件蓋登記於賣買契約之後則爲契約與登記之間而第三者或不知賣主之有先取特權因於其同一不動產上取得他種之權利則其結果未有不使第三者被損失也故賣主先取特權之登記必與賣買契約同時

第三節 質權

收益之事

乙 有費用負擔之義務 第三五七條云。『不動產質權任拂管理之費用及其他不動產之負擔』其曰管理之費用者如修繕費等類是也。其曰不動產之負擔者如租稅等類是也。蓋不動產質權者於其不動產上既有使用及收益之權利則亦必負此等之義務而後爲公平也。

丙 無請求利息之權 不動產質權者既於其不動產上因使用收益而取得果實則其果實之價值必除去前條所言之一切費用之外尙足與利息相抵故法律不許質權者再請求利息蓋爲便利起見而亦以保護債務者也（見第三五條）。

丁 準用抵當權之規定 蓋不動產質權雖不能包含純然之抵當權而其結果亦與抵當權相近故於抵當權之規定雖非適用而亦有時準用之其準用之要點有二即（一）曰實行方法（二）曰順位方法是也（均詳第四節）。

三 設定之期間 此於第三六〇條規定之。其一項云。『不動產質之存續期間不得超過十年若以比十年更長之期間設定不動產質時當縮短爲十年』此之規

定。蓋以不動產爲質於人倫時經久遠則必至減少其不動產之價格何也。其實權者雖於其不動產上有使用及收益之權利而究以其物之所有權尙屬他人故於其物之損壞時不願多出費用以謀修繕而物遂漸不能存其原狀即其價格亦因之漸低故期間太長則不動產之所有者其結果至大被損失此法律所爲規定以保護之也。

雖然、不動產質權原則固以十年爲限。設當此十年之時而債務者尙不能償清債務以消滅其實權此則如何處置乎。曰此當使先之質權作爲消滅而更於其不動產上新爲設定之。惟其設定之期間自更新時起算仍不得超過十年（見第三六〇條二項）此例外之規定也。

第四款 權利質 分二說

一 通則 凡動產、不動產之得爲質權者皆因直接以物爲其目的也。然彼之以物爲其目的者必因其物爲債務者之所有故得許之爲質。是雖直接以物爲其目的而實間接以物之所有權爲其目的也。夫既以物之所有權爲目的則凡一切所有

之權利即無不可爲質權之目的故近世文明諸國謀所以流通資本而助取引界之便利莫不有權利質之規定

所謂權利質者即謂一切所有之財產權皆得爲質權之目的也如地上權永小作權債權版權特許權商標權意匠權凡一切有形無形者皆是但日本法民於權利質只有關於債權之特別規定至地上權永小作權則準用關於不動產質之規定而版權特許權商標權意匠權及本款所未規定之債權則皆準本節第一款總論之規定焉(詳第三六一條)

二 債權質 分二說

甲 債權質之要件 又分三說

天 債權 蓋以債權爲質既與以地上權永小作權版權特許權商標權意匠權等之爲質有別則必確有其債權之要素(即債權者債務者目的三項)而後其質權得成立

地 引渡証書 債權爲無形財產非如有體物之可交付其物然亦須取債權

之證書交付於質權者此尤爲以有價証券爲質者所必具之要件。按有價証券在日本如指圖証券、株券、公債証券等皆是。

以上二說於第三六三條規定之條文云：「於債權爲質權之目的而其債權有証書時其質權之設定因其証書之交付而生效力」

人對抗第三者之要件 此分三種

子 指名債權 分二說

元 原則 又分二說

一 對抗第三者 凡以指名債權（詳債權法）爲質權之目的時非通知於第三債務者（即指名債權之債務者）而得其承諾則不足以對抗第三債務者例如乙對於丙有指名債權而乙又負甲債遂以其對於丙之質權爲質於甲而交付其証書此時甲若不通知於丙（即第三債務者）而得其承諾則丙仍可對乙履行而甲不得以質權對抗之故欲對抗第三債務者（即第三者）非具有通知承諾之要件不可

二 對抗其他之第三者 此第三者即第三債務者以外之第三者如上例。乙以對丙之債權爲質於甲。而又或讓渡於丁。則丁即其他之第三者。此時甲欲以其質權對抗於丁。則亦非通知於第三債務者（即丙）而得其承諾不可也。當丁受乙之讓渡時。必至丙家審察乙對於丙之債權是否存在。若甲取得此債權之質權時。而不通知於丙。則丙必不知乙以其債權爲質於甲。而第以存在告丁。丁遂信而受乙之讓渡。如是則不得謂丁之讓受無效。而與甲以大不利矣。故甲欲對抗其他之第三者。即丁亦須具通知承諾之條件也。

夫乙以對丙之債權先爲質於甲。而後讓渡於丁。則甲有通知承諾之條件。固可對抗丁矣。設乙丁通謀以讓渡於丁之日附移於質入於甲之前。則甲將何以對抗之乎。曰。此非有確定日附之証書不可。是又對抗其他之第三者之要件也。確定日附証書詳債權法第四六七條論文中。右二說之規定。見第三六四條一項。條文云。『以指名債權爲質權之日

的時非從第四百六十七條之規定以質入之設定通知於第三債務者而得其承諾不得以之對抗第三債務者(如第一說及其他之第三者) (如第一說)

享 例外 分二說

一 株式 凡以株式爲質權之目的時不必以其質權之設定通知於第三債務者(此通知債務者如以質權設定記載於株主名簿是而得其承諾即得對抗一切之第三者故同條二項云「前項之規定在記名之株式不適用之」)

但梅博士謂此項之規定不過仍舊時習慣非法理之正也何則株式之虛實以株主名簿爲憑若以株式爲質而不記載於株主名簿則第三者嘗有於已被質之株式仍誤信爲完全屬於株主者而交易上難免不生意外之損失非所以保護第三者也立法者當於此研究之

二 社債 株式會社中發行之一種信用証券日本謂之社債以社債

爲質之規定。見第三六五條。條文云。『以記名之社債爲質權之目的時。非依關於社債讓渡之規定而以質權之設定記入會社之帳簿。則不得以之對抗會社及其他之第三者。』此條所謂必以質權之設定記入會社之帳簿者。是即須通知於第三債務者而得其承諾之意。似對於前條第一項不得爲例外。然前條之所謂通知者。乃通知於自然人。此之所謂通知者。爲通知於法人。故得以例外視之也。

丑 指圖債權 凡以指圖債權爲質權之目的時。非以其質權之設定書明於証書之裏面。則不得以之對抗第三者（見第三六六條）。蓋指圖債權之性質。依裏書以爲憑。故也。

寅 無記名債權 日本法律認無記名債權爲動產（詳八六條三項）。則以此等債權爲質入時。必用動產質之規定。而以引渡爲要件。故必於其債權之証券交付於質權者而後。可以對抗第三者矣。

乙 債權質之効力 分二說

民法 擔保

天 原則 質權者於其爲質權之債權可直接收取之（見三六七條）但債權之目的物不同而規定亦因之稍異試分二說述之。

子 債權目的物爲金錢時 又分二說

一 金額之限度 謂質權者只得取自己應取之金額也如質權者之債權額爲百元其質入者之債權額亦爲百元或不及百元則質權者即可取其全部以充濟若質入者之債權超過百元則質權者亦只得取其百元而不得出自己債權額之限度也（見三六七條一項）

二 辨濟期 質權者之債權與質入者之債權其辨濟期常不能同一若質入者之債權其辨濟期已到而質權者之債權其辨濟期尙未到此時若使質權者竟受辨濟則尙無受辨濟之權若使第三債務者（即質入者之債務者）緩於償還則恐重遲滯之責故法律設一兩全之法惟使第三債務者供託其應辨濟之額而使質權者之權利存於供託金之上（見第三六七條三項）則質權者仍不失其權利而第三債務者亦可免其責任

實爲兩便也。

丑 債權之目的物非金錢時，凡以非金錢之債權爲質權之目的時，則質權者可受濟於其有質權之物之上（見三六七條四項）但不得直取其物以爲己有，惟可競賣其物以受領代價而已。

地 例外 即第三六八條所云質權者依前條之規定外更得依民事訴訟法所定之執行方法以實行其質權也。此執行方法見民事訴訟法第六百條、第六百二條、又六百十三條。其第六百條所規定者謂差押債權者得請求裁判所之命令使第三債務者以其金額轉付於己是也。其六百二條所規定者謂被差押之債權其金額超過於差押債權者之債權時則差押債權之債務者得請求裁判所處分其超過額也。其六百十三條所規定者謂差押債權者於其所差押之債權難於收取時得請求裁判所命令換價之方法也。

第四節 抵當權

第一款 總則

民法 擔保

一 抵當權之義定 抵當權者謂債權者對於債務者或第三者所指定供債務擔保之不動產或船舶所關之權利有先他之質權者而受自己債權之辨濟之權利也（見二六九條一項、船舶二字取自商法六八六條以補本條所不足依此分之二要素如左。

一 不動產又船舶

一 優先權

試合此二要素舉例以明之如借債於人而指定不動產或船舶以爲擔保則將來債務者不能辨濟時其債權者得先他債權者處分此不動產或船舶而受其利益是也。

二 抵當權之目的 抵當權之目的即關於不動產之權利也可分二說。

甲 種類 抵當權之種類日本法典有已特別規定者有尙未特別規定者其已規定者三曰不動產所有權曰地上權曰永小作權是也其無規定者二曰鑛業權曰船舶所有權是也。

乙 範圍 抵當權之範圍於抵當地上除建物外有附加而成爲一體者則皆抵當權之權利所及（見第三七〇條前段）但此爲原則尙有四例外。

一 設定行爲之特別約定時 蓋抵當權者乃人民之私益非國家之公益故可依當事者之意思設定其範圍。

二 土地上築造建物時 抵當權之範圍不及於抵當地之建物者日本之習慣然也。

三 債務者知害他債權者而加工作於抵當地時 如甲以不動產抵當於乙而對於丙丁亦負有債務若甲之資力已不足償還各債而猶施工作於其不動產上以增加乙一人之特別擔保則丙丁所當受之辨濟必因之減少而受其害且此等事必甲乙通謀爲之故法律不許以其工作物爲抵當之目的也。

四 果實 抵當權與不動產質其根本不同故不動產質可以收取其不動產之果實而抵當權不能（見第三七一條前段）

第二款 抵當權之效力

第一項 總則 分三說

一、 抵當權之順位 此之順位以登記之前後爲準則也（見第三七三條）如丁之一不動產上甲乙丙同有抵當權而甲先登記乙次之丙又次之則破賣此土地必先以償還甲債再以其餘償還乙債漸及丙債是也。

二、 依於抵當權當被擔保之債權 即抵當權者於其債權原本外之利息及其他之定期金皆應受此抵當權之擔保也但限於其期限最後之二年（見第三七四條）若二年以前之利息及其他之定期金一切被其擔保則第二之抵當權者不免受損矣。

以上原則也亦有例外即於前所限二年前之定期金若於期滿後曾爲特別之登記則自其登記時起算亦得行使其抵當權是也（見第三七四條但書）

三 抵當權之處分 分二說

甲 處分之情事 又分五種

一 他之債權之擔保 凡抵當權者得以其抵當權爲他之債權之擔保如甲

負乙債。而以其不動產，設定抵當權。既而乙又負丙債。則乙可以對甲所有之抵當權，供擔保於丙。但此時丙若行使抵當權，則必俟乙之債權期限已到時，而後可受領辨濟。且丙對乙之債權額，若超過乙對甲之債權額時，亦只得依乙之債權額而受領辨濟也。

二 抵當權之讓渡 如乙丙二人，均對於甲有債權。惟乙之債權，有擔保。丙之債權，無擔保。而乙為丙之利益起見，可以己之抵當權讓渡於丙。使丙無擔保之債權變為有擔保而已。有擔保之債權變為無擔保。

三 抵當權之拋棄 如甲對於丁之債權，有抵當權。乙丙對於丁之債權，無抵當權。適丁之資力不足，償三人之債。而乙丙將受損失。此時甲為乙丙之利益起見，可拋棄自己之抵當權，使賣此抵當物之價，三人平等受其辨濟。又或甲乙均有抵當權。惟丙無之。甲為丙之利益起見，亦可拋棄其抵當權，使乙受辨濟之後，以其殘餘之額歸甲丙平分。蓋此等事，由皆個人之私益，其處分可聽其自由也。

四 順位之讓渡 謂第一抵當權者，將其第一之位，次讓渡於第二抵當權者。

或第三抵當權者也。此與抵當權之讓渡不同。抵當權之讓渡後，則對於抵當物之權利斷絕。順位之讓渡後，惟對於抵當物之權利減弱而已。

五 順位之拋棄 如甲乙丙三人，順次對於丁各有債權千元，而以丁之同一不動產爲抵當。設其不動物之價格僅值千五百元，以原則論，甲應取千元，乙只得取五百元，丙則毫無所取。然此時甲爲丙之利益起見，可拋棄其順位，使乙爲第一丙居第二，以受領。辨濟。惟甲之拋棄者，乃爲丙謀利益，非爲乙謀利益。故乙雖得居第一位，仍只得取五百元，而丙既居第二位，亦應取五百元。其餘五百元，則當歸甲有。蓋甲之順位雖被拋棄，而其抵當權則仍存在。故不得毫無所取也。順位之拋棄，與順位之讓渡不同。如前例，甲若讓渡其順位於丙，則丙居甲位，而取千元，乙仍取五百元。必至甲一無所得。若拋棄，則尙與丙有同等之權利，而得取五百元也。又順位之拋棄，與抵當權之拋棄不同。抵當權之拋棄時，其受利益者非抵當權者。順位之拋棄，則受利益者仍爲有抵當權者也。

以上五種之處分，皆於第三七五條規定之條文云：「抵當權者，得以其抵當權

爲他之債權之擔保又爲同一債務者之他之債權者之利益於抵當及順位等事得讓渡之或拋棄之。

乙 處分之効力 分二説

天 受益者間之効力 謂於數人受處分利益時之効力也。如甲以對於丁之抵當權供擔保於乙。又供擔保於丙。則乙丙均爲受處分利益者。其權利之強弱何由定乎。曰此仍以登記之前後爲準。第三七五條二項云。『於前項之事情。因數人爲其抵當權之處分時。其受處分利益者之權利之順位。依爲附記於抵當權登記之前後。』蓋抵當權原已登記。至其處分之後。則受處分利益者。必須附記於原登記之下。故其順位。即可以附記之前後爲準也。

地 對於他之第三者之効力 所謂他之第三者。即受益者間以外之第三者也。如債務者。保証人。及抵當權設定者。即擔保他人之債務而設定抵當權者。並其承繼人等皆是。而受處分利益者。欲對抗此等第三者。則非於受處分利益時。通知於主債務者。而得其承諾。不可也。若不通知主債務者。則主債務者不

知其債權者之抵當權已被處分而仍可對之償還債務。即其保證人等亦可對之償還債務而受處分利益者不得責其不當矣。故須有通知承諾之條件而後可對抗等。第三者其規定見第三七六條。又債權法第四六七條論文可參看。夫債務者已受通知而為承諾則即當以其債務償還於受處分利益者。若仍欲對於其債權者而為償還則必須得受處分利益者之承諾。不然則所已償還之額不得以之對抗受處分利益者（見本條二項）。

四 實行方法 分二說

甲 原則 有抵當權者於不能受債權之辨濟時可競賣其不動產而受其價金。

乙 例外 即可設免除抵當權者實行之方法也。如辨濟滄除等皆是。（詳後）此蓋為保護第三取得者起見而即以利用其抵當權使推廣其財產之流通也。但所設之方法須在不害抵當權者之範圍內而後可。

五 分別土地與建物為抵當時 日本習慣常分土地與建物為二。故於其為抵當權之目的時亦然。今分二說。

甲 土地與建物非屬於同一所有者。如土地爲甲有，其上之建物爲乙有。此在土地爲抵當者，其關係不及於建物，以建物爲抵當者，其關係不及於土地，無甚困難問題。

乙 土地與建物屬於同一所有者。如土地及其上之建物，皆爲甲有，而僅以其土地或建物爲抵當，設甲專賣此土地，而尙存其建物，則當許建物所有者於其土地上之建物，作爲地上權看待。（見第三八八條）蓋不作爲地上權看待，則買有土地者，必欲廢去其建物，則不獨建物所有者直接受損，即抵當權者亦間接受損，故法律爲此規定，以保護之。

但土地上之建物，既作爲地上權看待，若不與土地所有者，以報酬是又使土地所有者受損，故建物所有者，不可不付以地代（即租金之類），惟其地代之多寡，當由裁判所定其額（見第三八八條但書）。

如上所論，乃設定抵當權之初，其建物即存在者，若由抵當權設定之後，而土地所有者，又加築建物，此則如何處置乎？曰：此在抵當權者，得以其建物與土地共

競賣之但抵當權者之優先權只存於土地之代價而不得存於建物之代價蓋此建物乃抵當時所無即不得爲抵當權之目的也（見第三八九條）

第二項 優先權 分四說

一 對於普通債權者之優先權 即抵當權者於競賣其抵當之不動產時得先他之債權者而受辨濟也（參看本節第一款）

二 抵當權者間之順位 此於第三七三條規定之條文云「因擔保數個之債權而付於同一不動產上設定抵當權其抵當權之順位依登記之前後」例如甲乙二人對於丙之一不動產上皆有抵當權而甲先設定乙次之然甲之設定雖先於乙而乙之登記實先於甲則競賣此抵當物時乙即爲第一順位而有優先權設此時抵當物之價值不足二人之債額則甲必待乙完全受取之後而已惟取其殘餘之額而已蓋此不以設定之前後爲準而惟以登記之前後爲準因登記之日附有憑而設定之日附易僞也

三 於數個不動產上設定抵當權時 分二說

甲 原則 如丙借甲金千元而以子丑兩不動產爲抵當。後又借乙金千元而僅以子不動產爲抵當。設當實行抵當權時。則甲於其子丑兩不動產上各得應其價額而分其債權之負擔。(見第三九二條)如兩不動產之價額各值千元。則甲可於其兩不動產上各取五百元而受領完全之辨濟。而乙祇可於子不動產上受領殘餘之五百元。夫甲得準其兩不動產之價額而分其債權之負擔。即所謂優先權也。

乙 例外 即如上例。競賣此兩不動產時。而甲亦得於其一不動產上受領千元之辨濟。惟甲既於一不動產上受領辨濟。則乙亦可於他之不動產上代居甲位而受取千元之債權。(見第三九二條二項)夫乙雖得受領千元。然必由甲受領全額後始得行使之。是亦甲有優先權也。

四 對於他之財產之權利 分二說

甲 原則 凡有抵當權者。只對於其所抵當之不動產上有優先權。而不能對於債務者之別種財產上有優先權。故只得於其不動產之代價受領辨濟。而不得

於別種之財產上受領辨濟也。見第三九四條一項。

乙 例外 即以抵當權之代價而配入別種財產之代價時則抵當權者可先與其他之各債權者同受別種財產之辨濟也。但抵當權配當之金額他之各債權者可請求抵當權者供託之（見前條二項）。

第三項 追及權

一 原則 分二說

甲 第三取得者任意辨濟時 如甲對乙有抵當權。乙以其抵當之不動產賣之於丙。則丙爲第三取得者。此時丙若代乙辨濟債務於甲。則甲於其所辨濟之部分作爲有效。而於所未辨濟者。則仍得行使其抵當權。所謂有追及權也。蓋謂以對於乙之抵當權追而及之於丙也。

乙 抵當權者請求辨濟時 謂抵當權者以其債權之額對於第三取得者請求其辨濟也。此在第三取得者必非爲債務者任意辨濟其一部。必實認爲抵當物之價格而支付之。如此則抵當權當因之消滅。即追及權亦不得存在。但此之規

定必其取得者爲取得其不動產之所有權或地上權而後可蓋所有權及地上權之權利均較抵當權爲強故得使抵當權消滅也若於其抵當之不動產上僅取得地役權永小作權等類則其取得者所出「對價」(即與所有者之利息之額)甚微雖抵當權者得對之請求地代或小作料而未必足以償清其不動產所負之債故有抵當權者仍不得拋棄其抵當權而可追及於其取得權利者也

(見第三七七條)

二 滌除 分三說

甲

滌除之定義 滌除者謂第三取得者交付其提供於抵當權者所承諾之一定金額而即使抵當權消滅也以純理而論於他人優先之抵當權而我以滌除使之消滅似非適當之規定然就實際論之則滌除之法有三便利(一)不失第三取得者之利益也蓋不許滌除則第三取得者不能得完全之所有權而不免失其利益(二)不害抵當權者之利益也蓋抵當權者既承諾其提供之金額則其金額雖未必足以償清債務然既承諾之則必其與競賣抵當物之價不甚差遠者

也故曰不失抵當權者之利益(三)使抵當之不動產有容易取引之利益也蓋不許滌除則非債務者已辨濟其債務則不得收回其抵當物而轉賣於人此於交易上大為不便故法律為公私之利益起見而為此規定第三七八條云「取得抵當不動產之所有權地上權永小作權之第三者從第三百八十二條乃至第三百八十四條之規定於其提供於抵當權者而得其承諾之金額為之拂渡或供託之而得滌除其抵當權」

乙

滌除權者 謂可行使滌除權之人也蓋滌除制度之設所以保護第三取得者故惟第三取得者有滌除權若主債務者或保證人及其承繼人均不得有滌除之權利(見第三七九條)何也債務者及保證人等皆有辨濟債權全額之義務若許其提供一定之金額而行滌除權則所提供之金額若不足於債權之全額則債權者受損矣故法律不許之

如右所論則行滌除權者惟第三取得者能之彰彰明矣雖然亦有例外即條件附第三取得者於其條件成否尚未確定之間不得行使滌除權也(見第三八

○條）但此所謂條件必專指停止條件而言。蓋於取得之不動產上附有停止條件則必於其條件成就時而後取得之效力始能發生。若條件之成否尚未確定即其取得之權利亦尚未確定故不得遽行滌除權。

丙 滌除之手續 分四說

天 抵當權者之通知 蓋抵當權者欲實行其抵當權時則當以需若干金額而後得行滌除之旨通知於第三取得者不然則第三取得者往往欲行滌除權而有所不及致有失其利益之虞也（見第三八一條）

地 滌除之時期 此有三：（一）第三取得者於未受抵當權者之通知時得隨時爲抵當權之滌除（見二八一條）（二）第三取得者於受前條之通知時必於一月以內送達第三、八、三條所揭之書面（詳下）而後得爲抵當權之滌除（見同條二項）（三）於抵當權者既通知後設有他之第三者又於此不動產上新取得權利則仍當於此通知後之一月內行使滌除權（見同條三項）

人 滌除權之通知 第三取得者欲滌除其抵當權則須送達左之書面於爲

登記之各債權者其書面有三種。

(一) 即於其取得之原因、年月日、讓渡人、及取得者之姓名、住所、並抵當不動產之性質、所在、代價、與其他取得者之負擔、而一、記載之、之書面。

(二) 即關於抵當不動產之登記簿之謄本、但、已、消滅之、登記、無庸、揭載、於、其、上、

(三) 即記載債權者於一月以內、不請求增價競賣、則第三取得者、從債權之順位、而辨濟、或供託、其、揭、於、第一、號、之、代、價、或、特、為、指、定、之、金、額、之、旨、之、書、面、

右之三種書面、既、送、達、於、為、登、記、之、各、債、權、者、而、後、第、三、取、得、者、始、得、行、使、其、滌、除、權、也、

物 增價競賣 謂債權者受滌除之通知而不承諾其提供之金額乃於此一月內請求競賣此不動產也其曰增價者謂其競賣之價必高出提供金額十分之一以上若如此而不能賣却則債權者自當以十分之一之高價買受之但此之請求競賣非請求於裁判所乃請求於第三取得者(見第三八四條二項)

三 競賣 分三說

甲 原則 競賣之性質大概與買賣同若無特別之規定時則無論何人得爲競買人。

乙 競落人 即與他人競買而已獨得勝因取得不動產之所有權者也凡競落人得許第三取得者爲之（見第三九〇條）蓋第三取得者必需要此不動產而後因而買得之且其買得之時並有於其上出費用者若不許其爲競落人則不獨令第三取得者失需要之利益即其所出之費用抵當權者必爲之償還是又增無用之煩勞也故使第三取得者亦得爲競落人誠有利而無害。

丙 費用償還 謂第三取得者未爲競落人時若對於其不動產曾出必要費用或有益費則抵當權者必償還之也蓋第三取得者既於其不動產曾出費用則必足以增長此不動產之價值則當競賣時抵當權者必因之受利益若不償還其費用則第三取得者既受損害而抵當權者即爲不當利得也故法律準其於不動產之代價中首先提出償還之（見第三九一條）

四 賃借者 謂於供抵當之不動產上有賃借權者也夫一不動產既抵當於此似

不可再質貸於彼。然竟不許質貸。則有妨於不動產之生殖而常至減少其價格。故法律於其短期之質借（即第六百二條所定三年或五年至多者亦不過十年之期限）大加保護之。使雖登記於抵當權登記之後亦得以之對抗於抵當權者也。（見第三九五條）

雖然以上原則也。亦有例外。即所爲之質貸借於抵當權者有損害時。則裁判所得因抵當權者之請求而命其解除也（見三九五條但書）。但此例外之規定。梅博士及富井博士均駁其非。何也。法律既欲保護質貸借而又使抵當權者請求解除則其保護之目的常不能達。且所謂有損害者不過自賣此不動產之未得善價時。藉曰於有質貸借之故而實則無有他之損害也。是此例外不得謂爲至善之規定矣。

第三款 抵當權之消滅

抵當權消滅之原因。有共同者。有特別者。共同者。即與一般權利之消滅。同如抵當權之拋棄。抵當物之消滅。及混同。是也。特別者。乃抵當權獨有之消滅。如前所論之辨濟。滌除。競賣。是也。至本款所言。則專因時效及地上權永小作權之拋棄而消滅者。今仍

分二項述之。

第一項 時效 分二說

一 取得時效 取得時効者謂平穩且公然占有他人之不動產又其占有係出於善意而無過失則於經過十年後即取得其不動產之所有權也夫有取得之一方亦即有消滅之一方故於抵當之不動產設有買取之者已經過十年而有抵當權者尙未加處分於其不動產則買主即有取得時効而其抵當權遂因之消滅也故取得時効爲抵當權消滅之一原因。

二 消滅時效 此分二說

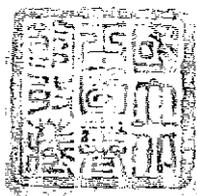
甲 對於債務者或抵當權設定者 凡債務者與抵當權設定者（即以自己之不動產爲他人設定抵當權者）皆有完全辨濟債額之義務若其債務不因時效消滅則抵當權雖罹時效亦不得消滅故其消滅必與所擔保之債權同時（見第三九六條）

乙 對於非債務者及非抵當權設定者 如第三取得者於取得時効之條件皆

已具備則抵當權當因之而消滅（見第三九七條）其曰取得時効之條件皆已具備者即一六二條所云以平穩且公然占有他人之不動產而其占有之始又爲善意且無過失是也。有如此之條件則抵當權者不得以不許消滅對抗之。

第二項 地上權永小作權之拋棄

凡以地上權或永小作權爲抵當者雖地上權者或永小作人拋棄其地上權或永小作權利之權而抵當權者之抵當權仍自不能消滅何也。地上權者或小作人既以其權利之部分爲抵當則此一部分之權利已爲抵當權者所有故雖拋棄其權利而亦不得對抗抵當權者也（見第三八九條）



法政叢編科目

法	國	行	民	民	民	商	商	刑	刑	裁
學	法	政	法	法	法	法	法	法	法	判
通	法	總	債	物	會	商	手	總	各	所
論	學	則	權	產	則	行	形	論	法	構
論	法	法	權	總	商	海	商	論	成	成
論	學	法	權	論	社	商	為	論	法	法
監	民	刑	平	戰	國	經	財	殖	政	西
獄	事	事	時	時	際	濟	政	民	治	洋
訴	訴	訴	國	國	私	政	政	政	地	歷
訟	訟	訟	公	公	法	學	學	策	理	史
學	法	法	法	法	法	學	學	學	學	史

以上各種定價銀捌圓

外政治學
羅馬法
定價各肆角

國立北平圖書館
NATIONAL LIBRARY OF PEIPING
PEIPING

登錄號 10268 分類號 508
Acc. No. Class No. $\frac{723}{.6}$

光緒卅一年十一月十七日發行
明治卅八年十二月十五日發行

法政體例第四種之下
民法債權擔保



不許
複製

編輯者 彭 樹 棠

印刷者 池 田 宗 平
日本東京淺草區黑船町廿八番地

印刷所 東京並木活版所
日本東京淺草區黑船町廿八番地

發行所

湖北法政編輯社

發賣所

內國各書肆
東京神田區駿河臺鈴木町
日本清國留學生會館

