

擔保物權法

楊山秀之著
大正七年東京大學出版部發行

14
731



始



鳩山博士述

(非賣品)

擔保物權法

完

大正十三年東京帝國大學講義



鳩山博士述 (非賣品)

擔保物權法 完

大正十三年度 東京帝國大學 講義



鳩山博士述 (非賣品)



Faint vertical text impression, likely bleed-through from the reverse side.

Faint vertical text impression, likely bleed-through from the reverse side.



14-731

擔保物權法 目次

第一章	擔保物權之概論	一
第一節	擔保物權之概念	一
第二節	擔保物權之種類	一
第三節	擔保物權之通有性	一
第二章	留置權	一
第一節	留置權之性質	一
第二節	留置權之效力	二
第一項	留置權者之權利	二
第二項	留置權者之義務	二
第三節	留置權之消滅	三
第三章	先取特權	四
第一節	先取特權之性質	四
第二節	先取特權之客體	五

五 四 四 三 二 二 一 一 一 一 一



第三節	先取特權，種類	六五
第一款	一般，先取特權	六五
第二款	共益費用，先取特權	六六
第三款	葬式費用，先取特權	六七
第四款	雇人給料，先取特權	六八
第五款	日用品，供給，先取特權	七〇
第六款	動產，先取特權	七〇
第七款	不動產貸貸，先取特權	七一
第八款	旅店宿泊，先取特權	七二
第九款	運輸，先取特權	八六
第十款	公吏，職務上，先取特權	八七
第十一款	動產保存，先取特權	八八
第十二款	動產賣買，先取特權	九一
第十三款	種苗又、肥料供給，先取特權	九三
第十四款	農工業勞役，先取特權	九四

第三款	不動產，先取特權	九五
第四節	先取特權，順位	九六
第一款	一般先取特權，競合	一〇〇
第二款	一般先取特權，特別，先取特權，競合	一〇一
第三款	動產，先取特權，競合	一〇一
第四款	不動產，先取特權，競合	一〇四
第五節	先取特權，效力	一〇五
第一款	第三取得者，対スル關係	一〇六
第二款	他，擔保物權，対スル關係	一〇九
第三款	先取特權行使，要件	一一二
第六節	先取特權，消滅	一一〇
第四章	質權	一一一
第一節	小泊單	一一一
第二節	質權，本質	一二六

第三節	質權設定	一三九
第四節	質權ノ目的物	一三一
第五節	擔保セラルヘキ質權	一三四
第六節	質權ノ效力	一四六
第一款	質權者ノ權利	一四六
第二款	質權者ノ義務	一七六
第三款	債務者ト物上保証人トノ關係	一七八
第七節	質權ノ消滅	一七九
第八節	動産質	一八一
第九節	不動産質	一八七
第十節	權利質	一九二
第一項	性 質	一九二
第二項	權利質ノ目的	二〇二
第三項	權利質ノ設定	二〇七
第四項	權利質ノ效力	二一三

第五項	權利質ノ消滅	二二三
第五章	抵 當 權	二二四
第一節	抵當權ノ性質	二二五
第二節	抵當權ノ設定	二二九
第三節	抵當權ノ目的ノ範圍	二三二
第四節	擔保セラルヘキ債權	二四二
第五節	抵當權ノ效力	二四六
第一款	總 說	二四六
第二款	他ノ擔保物權者ニ對スル效力	二四七
第三款	第三取得者及賃借人ニ對スル效力	二四八
第四款	抵當權ノ實行	二六六
第五款	抵當權ノ如分	二八一
第六節	抵當權ノ消滅	二九二

擔保物權法 目次終

擔保物權法

第一章 擔保物權論

第一節 担保物權ノ概念

鳩山博士述



担保物權ノ意義 *Droit de garantie.*
 担保物權トハ債權担保ヲ目的トスル制限物權ヲ云フ
 担保物權ハ債權ノ担保ヲ目的トス。夫レ自身独立ノ目的ヲ有
 権利ニハアラスシテ他ノ權利即チ債權ヲ確保スルコトヲ目的
 権利ナリ蓋シ債權者ハ債權ノ効カトシテ債權ノ目的ヲ達ス
 爲ニ實體法上及ヒ手続法上諸種ノ機能ヲ有スル「既述」ノ如シ
 之等ノ機能ハ未ダ債權ノ目的ヲ達スルニ充分ナリト云フ
 得ス。殊ニ債務者ハ公時ニ公一ノ内容ヲ有スル數個ノ債務ヲ數人

ノ債権者ニ対シテ負担スルコトヲ得ヘク又ソノ財産ニ
シタル債務ヲ負担スルコトヲ妨ケサルノミナラス、債権成立後ニ
於テモ所云共同担保ノ用ヲナスヘキ債務者ノ財産ハ第四ニ四條ノ
制限以外ニ於テハ債務者ノ有效ニ処分シ得ヘキモノナル故、債権
ソノモノ、效力ハ債務者ソノ人ノ人的信用ニヨリテ制限セラルバ
從ツテ比較的強弱ナルモノト云ハサルヘカラス、然ルニ債権ノ効
力ヲ確保スルコトハ實際上スコフル必要ナルカ故ニソノ目的ノ為
ニ種々ノ法律制度ヲ設クルコトハ何レノ法制ニ於テモ比較的早ク
認めラレタル所ナリ、担保権ハ保証ト相並ンテ此ノ目的ノためニ
認めラレタル特殊ノ権利ナリ、保証ヲ人的担保ト云フニ対シ或ハ
之レヲ物上担保ト云フ、

(2) 担保物権ハ上述ノ如キ目的ヲ有スルカ故ニ法律上債権ニ從タル
権利ナリ、之ヲ担保物権ノ附從性ト云フ、
担保物件ノ附從性ハ保証債務ノ附從性ト類似ノ内容ヲ有ス之ヲ
總説七八次ノ如シ、

(1) 債権ノ存在セザレバ担保物権ハ存在スル事ヲ得ス、債権ノ
消滅シタル時ハ担保物権亦當然消滅ス、

(2) 債権ノ内容ハ之ヲ向ハサルノ原則トス、
保証債務ノ如ク全一ノ給付ヲ目的トスル他ノ債務ヲ成立セシ
ムル物ニアラザレバ以テ債権ノ内容ハ種々の(代償的)給付ヲ
ルコトヲ要セズ、

(3) 債権カ条件付又ハ制限付ナラハ担保物権モ亦全一ノ態様ヲ有
スル純然タル將來ノ債権ヲ担保トスル時ハ担保契約ハ直ニ有效
ニ成立スルモ担保物権ソノ物ハ債権成立ノトキニ初メテ成立ス
ヘキモノナリ、

(4) 債権ノ移転セラレタル時ハ担保物権亦當然移転セラル、之ヲ
或ハ担保物権ノ連帶性ト云フ、担保物権カ此ノ性質ヲ有スル事
ハ通説ノ認ムル所ナルモ及対説ナキニアラス、(三) 擔保物権法
全法註一ニノハ、法三一ノ八一
及対説ニヨレハ担保物権ノ附隨性ハ(1)、地役権ノ附隨性ト其

ノ性質ヲ異ニシ、單ニ債權担保ノ目的ヲ有スルト云フニスキナル
ヲ以テ未タ債權ノ現存スル事ナキモ尙ホ担保物權ノ成立ヲ妨ケス
(2) 又債權移轉セラル、モ必ズシテ之ニ隨伴シテ担保權ノ移轉セラ
ル、事ナク、之ヲ移轉スルカタメニハ担保權ノ移轉ニツキ特ニ合
意ヲ要スルモノトス。

其ノ第一ノ英ニ付テハ所云根抵當ノ問題ニ付テ後ニ詳シク述
ル故ニ此所ニ述ヘス、其ノ第二ノ英ニ付テハ債權讓渡ノ性質ニ反
スルノミナラス又担保物權ノ性質ニ及スルト考フルカ故ニ余ハ之
ニ從ハス。

(2) 債權ノ讓渡ハ已述ノ如ク全一債權ノ存続ヲ内容トスル契約ニ
シテソノ他ノ債權ノ移轉ニ付テモ亦全一債權ノ存続スルモノト
解スル事ハ我が民法上疑問ヲ容ル、ノ余地ナシ故ニ債權移轉ノ
結果從タル權利及擔保權ノ共ニ存スヘキコトハ寧ろ當然ト云ハ
サルヘカラス、若シモ債權ノ移轉ニ付キテ此ノ當然ノ結果ヲ必
生セシメザラントセハ特ニ法律ノ規定ヲ要ス、然レニ担保權ニ

付キテハ斯ノ如キ特則ナキカ故ニ隨伴性アルモノト解セザルヘ
カラス

(1) 担保物權ハ一定ノ債權ヲ担保スルコトヲ目的トセルモノナリ
特定ノ債權者ノ有スル債權ヲ担保スルコトヲ目的トスルモノニ
アラス、故ニ債權者タルスニ變更アルモノ苟モ全一債權ノ存続ス
ルトキハ又担保權ノ存続ヲ認ムヘキナリ。

(3) 担保物權ハ制限物權ナリ、
所有權ト担保物權ト、差異ハ再ヒ之ヲ述ヘス、担保物權ハ只一定
ノ限ラレタル方面ニ於テノミ物ヲ支配スルコトヲ内容トスル權ナ
レハ制限物權ニ屬スル事明ナリ、從テ又担保物權ノ目的ハ常ニ他
人ノ所有ニ屬スル物タル事ヲ必要トス即チ所云他物權ノ一ナリ、
制限物權ハ其ノ目的ニ從ツテ之ヲ二種ニ分ツテ常トス、地上權
永小作權ノ如キハ物ヲ使用スル事ヲ目的トシテ經濟的ニ云フナラ
ハ物ノ使用價格ヲ内容トスルモノナリ、及之担保物權ハ物ヲ使用
スル事ヲ目的トスルニ付テテ物ヲ以テ債權担保ノ用ニ供スル

ヲ以テ内容トスルモノナリ、而シテ其ノ債権確保ノ用ニ供スル事
タルヲ主トシテ物ヲ換價シテ其ノ売得金ヲ以テ債務兼済ノ用ニ充
テントスルコトニ存スルカ故ニ担保物権ハ交換價格ヲ以テ其ノ内
容トスルモノナリト説明サル、華常ナリ、然レトモ我カ民法上ニ
於テハ留置權ヲモ尚ホ担保物権ノ一ニ數フルヲ以テ担保物権ノ全
部カ交換價格ヲ内容トスルモノト説明スルハ稍正確ヲ欠クト云ハ
サルヘカラス、

二、担保物権ノ經濟的效用（作用）

担保物権ノ主要ナル效用ハ債権ノ実行ヲ担保スルニ存スルハ勿論
ナリ、コノ其ニ於テ担保物権ハ保證ト全一ノ目的ヲ有シ而シテ物ノ
經濟的價格ハ入ノ經濟的信用ニ比シテ移動少ナク且ツ外部ヨリ之ヲ
認識スルコト容易ナルヲ以テ担保ノ目的ヲ達スル方法トシテハ保證
ニ比シテ便宜ナルコト少カラス、
担保物権ノ效用ハ以上ニツグレテ不動産ノ價格ヲ融通化
スル（流通化スル *mobiliarisierung des Realvermögens*）ノ
点ニ於テモ亦看過スヘカラサル效用ヲ有ス、我カ民法ニ於テハ

本々此ノ目的、タメニ担保物権ノ制度ヲ使用スル事ナシト雖モ故ニ
ノ *Grundschuld*（土地負擔一八九一、一一九九条）

スイス民法（四四二条）ノ *gült Schuldbrief*、仏國民法ノ
lettre de nante、如キハ主トシテコノ目的ノタメニ認め

ラレタル要担保物権ナリ、土地ノ價格ヲ流通化スルトハ一面ニ於テハ
土地以外ニハ財産ヲ有セザル農民マシテソノ土地ノ大規模ナル利用
又ハ改良費用ヲ融通スルカタメニ必要若シテハ有益ナリ、
又他ノ一面ニ於テハ投資セントスルモノヲシテ土地トノ間ニ密接
ナル關係ヲ作り安全ナル貸付（投資ヲナサシムルカ故ニ便利ナリ、
而シテ此ノ二個ノ目的ノタメニ根担保ノ制度ヲ利用セントセハ担保
権ソノモノヲ法律ニ極メテ安全ナルモノトセサルヘカラス、
蓋シ担保権ノ安全ト金利ノ高低ハ常ニ反比例ヲナスコトハ極メテ
見易キ事ナル故ナリ、
然ラハ担保権ノ安全如何ニシテコレヲ達スルヲ得ヘキカ、抑々
担保権其ノ他ノ担保権ヲ取得スルニ對シテ取得者ノ有スヘキ危險ハ

コトヲ以テハ、留置権其ノ物ヲ失フノ結果トナリ、使ウテ物ノ
 返還請求有セザルモノト辨セザルハカラズ、但シ占有權者
 ノ場合ニ於テハ留置権者ハ加ヘテ、未ニヨリ占有ノ回復シテ
 コリテ留置権ヲ保存シ得ル事勿論ナリ、然レドモ此ノ場合ニ
 於テモ留置権者ハ留置権ノ効果トシテ、物上請求権ヲ有スルニ
 ハ非スシテ占有者其ノ物ノ効果トシテ、以テ私利ヲ有スルモノ
 本條ニ於テハカラズ

(10) 留置権ハ物ニ付テ存スル権利ナリ

其ノ物ニ付テハ何種ノ制限ナキ以テ、スレバ民法ノ如ク動
 産ノ限ニ於テハ不動産ノ付テモ又留置権存在ス得、而シテ不動産
 留置権ニ付テハ不動産登記法ニ登記手續ヲ履行スルハ其ノ改
 登記手續ヲ其ノ改出、移転、変更ノ對抗要件トナシ得ルモノ
 ナリ

留置権ニ付テハ留置権ノ存在スルモノ得テ然レドモ無効債
 權ハ留置権ト見做サレ、故ニ之ニ付テハ留置権ヲ成立スル

コトハ勿論ナリ、商法ニ於テ有価証券ニ付テハ成立スルモノ
 留置権ノ内容ハ債権ノ実質ヲ及クル迄物ヲ留置スルニヨリ

留置権者ハ物ヲ占有スル事ナリ、之レ留置権ノ主要ナル内容
 ナリ、其ノ引渡請求が裁判上ニ於テ行ハル、ト否トハ其ノ
 又債権者自身ノ請求スル場合タルハ他ノ債権者ハ担保権者ノ申
 請ムヨリテ競売ノナシタルトテ同ハス、(破産ノ場合ニ付テハ
 ハ異ナリ)

即ち留置権ノ目的物ヲ競売セラレタル場合ハ、故ニモ、留置権ハ尚
 本其ノ物ヲ他人ニ引渡スル要セザルモノナリ、競売人ハ留置権者
 ハ未ダ引渡スルニ非レバ、競売ノ目的物ヲ受テ取ル事ヲ得ルナ
 リ (競売法ニ依ル)

此ノ如ク留置権者ハ留置物ノ競売ノ場合ニ於テ事實上優先的
 権利ヲ受ルノ結果トナルモノナリ、是レ留置権ノ占有者ヲ特
 スル事ヲ要セザルノ結果トナシ、留置権者自身ノ優先的権利ヲ得

シムルノ取柄ヲ有スルハ結果ニ非ラス

四、出置取者ハ出置物ノ競売ヲナシテ得ルモノ也
民法ハ此ノ莫クソキ何算ノ現状ヲ数ケズトモ、競売法ハ此ノ
競売委託ヲナス事ヲ得ル者ノ中ハ出置取ヲ包含セシメタルヨリ
出置取者カ此ノ所云競却取ヲ有スルコト疑ナシ、ハ競売法
ハハ未(一)又并説(川石)可説當升(三端)

此ノ場合ニ於テ出置取者カ其ノ競売代金、上ハ優先取ヲ有ス
ルモノ也、多少幾何ナリトモ、自ラ競売ヲ申請セタル出置取
者ハ競売人ニ、其ノ出置物ノ競売ヲ承認爲スベキトテ解セザレ
トナラズ、故ニ此ノ場合ニ於テハ競売法ニ榮ス項ノ適用ナリ
若シ他ノ優先取者カ配当加入ノ申出ヲナストモハ、之ヲ許可セ
ザルコト得ヤルモノトス

四、出置取ノ成立要件

出置取ノ成立要件ハ如シ
出置取者ハ優先取者ナルコトヲ要ス

優先取ノ権利原因ハ法律ナリハ特種ノ制限ナシトモ、出置取ノ日
納タル物ヲナシシモ出置取ナルモノナラズ(九三九条)
之ヲ優先取ト物トシテ、存スル債權又ハ原因「Konvexitate」
Konvexite)トス

優先取者カ其ノ債權ナルモノニ付テ出置取ヲ有スルハ、其ノ債
權ト物トノ間ハ此期間マシカダナラズ以テ、期間ノ問題ハ出
置取ニ付テハ其ノ重要ナル問題ナリ

民法上ハ出置ニ付テハ、期間ヲ必要トスル事該口立法
ノ一致スル限ナリ、附ミテ其ノ期間ノ内容ハ(意義)ハ
付テハ立法例ハナラズ

民法上ハ其ノ間ハ、法律ノ條が公一ノ法律的事由ヨリ生シタ
ルコトヲ必要トス(九三七条)故ニ其ノ期間ハ優先取ト物ト
ノ間ニ存スルモノナラズ、優先取ト物トノ間ニ存スルモノ
ナリ又ソノ期間ノ程度ハ、發生原因ヨリ、之ハスルニ在リテ
見レヤシ

我民法ハ之ト異リ、應酬ノ債權ト物トノ間ニ存スルモノト
 シ、而シテ應酬ノ債權ハ付キテハ、單ニ物ニ付シテ出ダリト
 云フ外、特殊ノ制限ヲ設ケルコトナシ
 南法上ノ出置取付キテハ、應酬ノ債權トセザレバ、消トス
 我民法亦然リ、一商法初ハ八四條、他商法ハ六七條、三七條、
 我民法上出置物ト債權トノ間ニ存スルコトヲ要スル、應酬ノ
 債權ニ付キテハ、併取上、多少ノ議論ナキニテ、
 占有者ノ有スル債權ハ、物自身ヨリ生ジタル場合ニ於テ、應酬ノ
 債權ノ瑕疵ニヨリテ被リタル損害ニ付キテハ、之ニ因リ損害賠償
 請求權ニ付キテ、其ノ占有者トシテ、出置取付有スルハ、疑ナシ
 占有者ハ、物ノ加、付キタル條、應酬債權、運送費等ニ付キテハ、債權ヲ
 有スル場合ニ付キテ亦全シ
 占有者ノ有スル債權ト其ノ物ノ區置取付ト、今一ト生テ、
 債權ノ生ジタル場合ニ於テモ、亦其ノ物ト債權トノ間ニ應酬ノ

存スルモノトナリ、例ハ、物ノ應買ニ付キテハ、
 存スル代金債權ハ、其ノ物ニ付シテ、生ジタルモノトナリ、
 例ハ、物ノ應買ニ付キテハ、然レドモ、例ハ、甲ト乙トガリ
 物ヲ取付、運送取付、場合ニ於テハ、其ノ商者ノ有スル、區置請求
 權ハ、應買ノ有スルモノトシテ、此ノ場合ニ於テハ、一法律
 上、債權トモト解テ可ナリ
 又例ハ、甲ハ乙ニ、A、B、Cノ物ノ買入ヲ委託シ、A、Bハ己ニ、乙
 引渡シ、Cノ米袋ニ付テ、引渡サレタルハ、乙ハ全部ノ報酬ニ付
 シテ、乙ハ出置取付キテ、甲ハ、或ハ己ニ、米袋ノ報酬ノミニ付キ
 乙ハ出置取付キテ、甲ハ、米袋ノ報酬ノミニ付キ、乙ハ全部ノ報酬
 Cノ出置取付キテ、甲ハ、米袋ノ報酬ノミニ付キ、乙ハ全部ノ報酬
 有ナリ、或ハ、甲ハ、米袋ノ報酬ノミニ付キ、乙ハ全部ノ報酬
 別ス、乙ハ、米袋ノ報酬ノミニ付キ、乙ハ全部ノ報酬
 乙ハ、債權ヲ去後、乙ハ、米袋ノ報酬ノミニ付キ、乙ハ全部ノ報酬

欠分モノトナシ、出置取の連則ヲ必取トシタル所以ノ意ハ適否
スルヲ以テナリ（富井三七一） 三浦三四

(1) 以上ノ意義ハ其ノ連則ハ占有中ニ生シタルコトヲ要スルヤ
否ヤ、是レ又多少ノ議論アリ

例ハ他人ノ物ヲ修繕シタルモノハ、後口ソノ物ノ占有ヲ取得
シタルモノハ、出置取ヲ有スベキカ否ヤ、又対抗ノ横印五七ハ）

無キニアラズト被モ、之ヲ必取トセザルモノト解ス（富井三
一八、三三、四四） 蓋シ現行民法ノ要求スル如ク田民法担保

篇、スニ条ト異リ、占有ノ債權トノ間ニ存スル連則ハ非スニ
テ、占有物ノ債權トノ間ニ存スル連則ニスギザルヲ以テナ
ルナリ

(2) 出置取者取カハ且其ノ物ヲ返還シタル後、更ニ其ノ占有ヲ取
得シタル場合ニ於テハ、出置取者ハ一旦出置取ヲ決テ了明ナリト
被モ、更ニ新ニ占有ヲ取得シタルニヨリテ、新ニ出置取ヲ取得
ス得ル也（下ノ條）（富井三七一）（富井三七一）

本ノ連則ヲ原ノ物何ニヨリテ西制スベキモノト考テ、債權ト出
置取連則ニ於テハ、公一ノ生等ノ債權ニ基キタルニヨリテ、連則
ノ原ノ物ニ生シタルモノハ、同一ノ法理ヲ採ルハ存スル也
一ナルガ故ニ連則ヲ採ナシ、之ニ返シテ上述ノ連則ノ場合ハ人尚
本連則ヲ採ナリト考テ

(3) 債權ノ終期ニアル事ヲ要ス（和九五、一、但書）
所有権ノ有スル債權者ハ履行期ニ達セズ、其ノ債權セシ債權ハ
履行期ニ達スルハ、出置取ヲ認ムハ可カラザル事當然明ナリ
リ、蓋シ出置取ハ公平ヲ目的トスル制度ナリ、此ノ場合ニ若
シ之ヲ認ムル時ハ、却ツテ大ニ公平ニ反スルヲ故ナリ

(3) 出置取者ハ物ノ占有者ナル事ヲ要ス
出置取者ノ占有者ナルコトヲ要スルニハ和九五条又八和三五
ニ条ニヨリテ明カナリ、然レドモ其ノ占有ハ撒捨タル意義ニ於テ
ル占有ナル事ヲ要スルヤ、或ハ所持ヲ以テ足ルベキ付キテハ、
所持ノ多少幾キハ非ス、所持ヲ以テ足リトスル通説ヲ異認ス
三五

(梅原) 川名八五、云云(八)蓋シ我民法ハ帝ニダシシモ
 百有十ニ文字ヲ添格トシ占有ノ意義ハ明セラルノミナラスハ
 七七条参照) 若シ所持ヲ包舎セザルモノト解スルハ受寄者
 原指者ノ如キハ留置権ヲ有セザル事トナリ 其ノ結果變換本出
 ナルヲ以テナリ、然レトモ備ニ必クモ所持ノ繼續ヲ要スルニ
 ハアラズ 占有者ガ一時所持ヲ失フモ、占有回復ノ訴ニヨリテ
 占有ヲ回復シタル場合ハ、尚ホ留置権ノ存続ヲ認ムベキ
 モトト解ス

(4) 留置権ノ百有八不実行爲ニヨリテ始メリタルモノハ非ナリ
 コトヲ再入(八九五五)

蓋シ留置権ハ公平ノメテ認メテレタル権利ナルガ故ナリ、且
 シ不実行爲ノ債權者ハ、相殺権ヲ有セザルト左ノ主旨ハ甚ク
 モトナリ

(5) 留置権ト他ノ留置権トノ差異
 (6) 留置権ト他ノ担保権トノ差異

留置権ト他ノ担保権トハ、其ノ権利ノ内容ニ於テ大ニ異ル
 他ノ担保権ハ、總テ留置権ノ所及セザル権利ヲ包舎スル
 トモ留置権ハ、之ヲ有セズ又留置権ハ不可分性ヲ有スルトモ
 物上代位性ヲ有セズ



留置権ト同時履行ノ抗弁権トノ差異
 兩者ハ其ノ当事者間ノ保護ノ公平ヲ目的トスルモノニシテ其
 ノ目的ニ於テ相類似セルノミナラズ、又兩者相併存シテ出資
 者ハ其ノ何レヲモ優先シテ、之ヲ使用シ得ル場合ナラズ
 又然シテ亦兩者間ニハ、如キ重要ナル差異アリ

留置権ハ物権ナルモ同時履行ノ抗弁権ハ債權者ノミナシテ
 此抗弁権ハシテ物権ニマラス、留置権者ハ三者ヨリ留置
 権ノ行使ヲ請求セザレバ、尚ホ物ヲ留置スル
 事ヲ得レシモ同時履行ノ抗弁権ハ亦三者ヨリ請求ヲ拒絶
 スルノ権利ヲ有ス

同時履行ノ抗弁権ハ双務契約ヨリ生ズルモノニシテ、留置
 二七

置業者ノ利益ニ帰スルニハ非スシテ、其ノ債権ヲ減少セシムル
モノナリガ故ナリ

口、有価証券ニ付キテハ一八九六条ノ場合ト同シク、其ノ価格ノ増
加ノ現存スル場合ニ限リ、所有権者ノ選任ニ從ヒ其ノ支配シタ
ル金額又ハ増加格ナク償還セシムル旨ヲ得ルモノトス

所ハ所有権者ノ請求ニヨリ之ニ相当ナル期限ヲ許サスルコトヲ得
ルモノトス（一八九九条ノ項但各）此ノ旨置業者ノ原則トシテ

ハ債ノ償還請求権ノ一タメハ出置物ヲ出置スルコトヲ得ズ、只
此ノ請求権ノ履行期ニ直シタルトキ、尚ホ出置物ヲ占有スル場
合ニ限リ出置業者ヲ行フコトヲ得

ハ、普通債権ニ付キテハ債權請求権ヲ有セズ
出置業者ノ債権ト共ニ出置業者ノ種類シ得ルニ至ルニ付キテ該債
ノ有ルコトハ担保物権ノ一類ニ付キテ上置セルガ如シ

三、地價士ノ特ニ出置業者ノ債権ニ付キテ種類債権ヲ否認セントスル理由！

取テルモノハ次ノ三ナリ

一、出置業者ノ債権、抵当権ト異リ、附ニ法外ノ原因ノ一ニヨリテ
失ズルモノナリトシテ、之ヲ他ノ担保物権ト云ヘ列ス見ルコト
ヲ得ズ、民法ノ更改出置業者ノ合意ヲ以テスルモノ、出置業者、先
取特権ヲ新債權ニ認スコトヲ許サザルハ（五五八条）此ノ性質

ノ差異ヲ認メタルモノト云フヤシ
然レドモ債權譲渡ハ債権ノ交換ノ性質ヲ失ハシムルモノニ非ラ
ルガ故ニ、譲渡人ノ持ッ債権ハ譲渡人ノ有シタル債権ト云シテ

占有物ト變換ノ係ヲ有スルモノト云ハザルハカラス、第五一八
条ニ於テ出置業者、先取特権ヲ得ルモノハ債権ノ更新ナルガタ
メニシテ、且ツ出置業者、先取特権ハ、出置業者ノ意思ニ基キテ成

スルモノニ非ラズガ故ナリ
然レドモ債權譲渡ノ場合ニ於テハ、新債權ハ出置業者ハ先取
特権ヲ得ルモノトスルニ非ラズ、全一債権ノ存続スル結果出置
業者先取特権ノ成立原因タル法律上ノ原因ニ亦存続スルモノナリ

三五

口、^{三六} 出置権者ハ占有物区遷ノ義務ヲ有ス、故ニ強クニ其ノ占有物
ヲ他人ノ移シテ其ノ区遷義務ヲ免ル、コトヲ得ス、^{三七} 債権者モ亦
占有物区遷ノ義務ヲ有スト其モ、債権者ニ付シテハ特ニ四八条ノ
如キ規定アリテ債権者ノ責任ヲ定ム、然ルニ出置権者ニ付キテ
ハ斯クノ如キ規定ナキ故ニ、移転ヲ認メザルモノト解スルヲ
得ヤシ

或ハ此ノ見解ニ付シテ債権ノ例ヲ引キテ之ヲ反駁スルモノ
レトモ(密井三二)余ハ債権ノ場合ト比較スレバ寧ロ又對說
ニ據アルモノト信ス
余ト考フルルニヨレバ出置権者ノ有スル出置権ト物ノ区遷義務
ハ不可分ノ關係ヲ有スルモノニアラズ、出置権者ノ任意ニ其ノ
義務ヲ免ル、コトヲ得ザルハ債権法ノ原則ト當然言フ得ザル
所ナレトモ、之カタタニ、其ノ債権ノ目的タルモノトシテハ存ス
ル物權ヲ讓渡スルコトヲ得ザルモノト解スルハ不協ナリ

出置権ヲ讓渡シタルタメニ目的物区遷ノ義務ヲ履行スルコト能
ハザルトモ、債権者履行ノ責ニ任スベキノミ、
之ヲ要スルニ出置権ニ付キテモ亦他ノ担保物權ト公シテ、其
ノ移転性及随伴性ヲ否認スベキ理由ナリ、債権ニ從タル物權ナ
ルヲ以テ債権ト同時ニ之ヲ移轉シ得ヤリ、又債権ヲ移轉シタル
場合ニハ之ニ從ッテ移轉スベキモノトス、又出置権ハ隨時ニ
有ト消ルト得ザルガ故ニ債権ノ移轉セザレ、占有ノ移轉セザ
レザル時ハ、出置権ノ消滅ヲ来スベキノミ、

第二項 留置権者ノ義務

一、出置権者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ、出置物ヲ占有スル義
務ヲ負フ(二九八条一項)
出置権者ハ特定物ヲ讓リ義務ヲ負フ者ナルガ故ニ四四〇条ニ
於テモ、其ノ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ、物ヲ保管スルコトヲ
要スルハ明ナリ

780
865
865

故一ツノ問題ナリ、無償ノ受贈者ハ其ノ目的物ニ付キハ、
自己ノ物ニ付スルト全一程度ノ去意ヲ以テ、物ヲ保管スルコトヲ
要スルノミ、然ルニ若シ其ノ物ヲ修繕セシムルノ必要ヲ生シテ、
其ノ修繕費ヲ償還セシムル債権ヲ善後者ニ付シテ有スルニ至レル
場合ニ於テ、受贈者ハ公時ニ出置故者タル資格ヲ有ス、而シテ出
置故者ハ出置物ニ付テ善後法意ヲ以テ之ヲ保管セラルベカラズ
然ラバ此ノ場合其ノモノハ善後法意ヲ要セザルニ至、或ハ主觀
的注意ヲ以テ及レリトスルマ、問題生ス
余ハ此ノ問題ヲ決スルニハ二ツノ注意點ヲ一時的ナルカ例外
的ナルカニヨリテ決セントス、即チ善後法ノ注意ハ一時的ニ要
スルモノナリト解ス、此ノ場合ニモ此ノ注意ノ注意ヲ必要ト
出置故者ハ此ノ義務ニ及ラザルトハ債権者ハ出置故ノ消滅
ヲ請求スルコトヲ得（二九八条ノ一）
此ノ請求ハ地上権ノ消滅請求トシテ（二九八条ノ一）

致す出置故者ノ承諾ヲ要セス、債権者ノ一方的意見ヲ承テヨリテ
出置故消滅ノ結果ヲ發出セシムルコトヲ得ザルモノトス、從テ消
滅ヲササムル権利ハ性質上形成権ニシテ、請求権ニテササムルモノ
ト云ハサルベカラズ
二、出置故者ハ物ノ保存ニ必要ナル場合ノ外債権者ノ承諾ヲクシテ
出置故ノ使用ヲササムルノ義務、償還ヲササムルノ義務、及ビ担
保ニ供セザルノ義務ヲ負フ（二九八条ノ一）
若シ出置故者ハ此ノ義務ニ違反セザル場合ニ於テハ、債権者ハ出
置故ノ消滅ヲ請求シ得ルノミナラス（二九八条ノ二）尙本條旨
若シ債権者ハ此ノ義務ヲ得ルコトナリ
出置故者ハ債権者ノ公意ヲ得テ大シク善シタル債権借契約及ビ根
保契約ハ一般ニ無効ナリト解スルコト通説ナリ（三三四条ノ一）川島
（九）ハ、出置故者ハ三三三、三三三（九）然レトモ善シキ契約ナリト論スル
六、正確ヲ以テ、先以償還債ニ付テテ論スレバ、債権借ノ目的物ハ
債権人ノ所有ナルコトヲ要セザルヲ以テ、当然最初ナルノ限ナリ
三九

只留置取者タル債權人ハ債權者ノ義務ナリシテ債權ヲナスコトヲ
得ルハ故ニ債權人ニ對シテ債權不履行ノ責ヲ負フベキノミ、
又担保物取ノ放棄ハ原則トシテ無効ナレドモ、新債ニ付キテハ
九二条ノ適用ニヨリテ有知ノ債權ノ放棄スルコトナキニ非ス
三、留置取者ハ留置物ヲ取テ取付テ可ク

第三節 留置ノ消滅

一、留置取消滅ノ原因トシテ法律ニ規定セラルモノニテアリ
ノ、占有ノ喪失(五〇、五二条)
留置取ハ占有ヲ以テ其ノ成立要件トナスガ故ニ、占有ノ喪失ニ
ヨリテ留置取ノ消滅スルコト當テリ、法律ノ特ニ之レ
ヲ規定セラル八個條ノタメニ注意シテ之ヲ指シテモナレバシ、
留置取消滅ノ要件トシテハ所持ヲ以テ足リ、取テ占有ヲ有ス
ルコトナク、取テ取付テ如キ、然レテ亦留置取消滅ニ後

ニ於テハ留置取者ハ自己ノタメニ亦留置物ヲ所持スルモノナ
ルヲ以テ、留置取者ハ留置取消滅ニ後ハ其ノ八條ニ占有ヲ有スル
モノトス、從テ所持ノ侵奪ニヨリテ占有ヲ失ヒタルトキハ占
有回復ノ訴取ヲ有スベキ此ノ訴取ノ行使ニヨリ所持ヲ回復セル
トキハ占有ハ中新セラルモノト見做サル故ニ留置取消滅コト
ナキモノトス(九二条ノ九、九三、九四、九五、九六、九七、
九八、九九、一〇〇、一〇一、一〇二、一〇三、一〇四、一〇五、
留置取者ハ占有ヲ侵奪セラレタル場合ニ於テ、訴ノ方法ニヨ
ラズテ占有物ヲ回復シタルトキハ尚ホ留置取ノ存続スルモノ
ト解スルヲ得ベキ、此ノ向題ハ所謂占有訴取ノ性質ニヨリテ
解決セラルベキモノナリ
余ハ二〇〇。条ヲ以テ占有回復ノ物取時請求取ヲ規定セルモノ
ト解スルガ故ニ、苟モ侵奪ニヨリテ生シタル物取時請求取ヲ行
使シ、所持ヲ回復セルトキハ、訴ノ方法ニヨリタルト、否ト
可回入ス、亦二〇三。条但各ノ適用ナリ、從テ留置取存続スルモ
ノト考フ。

出置業者が出置物ノ直接占有ヲ改メテ間接占有トスルモ、尚木
 占有ヲ保持スルモノナル故ニ、出置物ノ消滅ヲ要スコトナシ、
 民法廿二ノ二條但書ハ出置業者ハ債權者ノ承諾ヲ得テ、債權者
 ハ債入ヲナシタル場合ニツキ、特ニ之ヲ規定ストシテ又特ニ否
 可性ヲザル所ナリトス、從ツテ債權者ノ債權者ノ以外ノ方法ニテ直接白
 有ヲ間接占有ニ変更セル場合ニモ亦之ニ解セザルベカラズ
 出置業者ノ承諾及ビヨル出置物消滅ノ請求
 出置業者が善信法意ヲ以テ物ヲ占有スル債權者（凡ニ凡ハ業工）
 又ハ物ノ保存ニ必數ナル場合ノ外債權者ノ承諾ナクシテ、出置
 物ヲ使用セザル義務（二九八條二項）ニ違反セルトキハ、債權
 者ハ出置物ノ消滅ヲ請求シ得（三〇三條）之レ義務違反ニ對ス
 ル例示トシテ法律ガ出置物ヲ消滅セシムル權利ヲ債權者ニ與ス
 ギルモノナルガ故ニ、債權者ノ一方の意思表示ニヨリテ、消滅
 ノ結果ヲ發生セシメ得ルコト本條ノ疑ハザル所ナリ（留置三三
 七、三三九ノ一。二、中島大八）從テ其ノ權利ノ本質ハ請求權

六、出置業者が物或チナリト云ハザルハカラス
 又此ノ權利ヲ有スルモノニツキテ法律ハ債權者ノミヲ指シタル
 モ之レ債權者ト出置物ノ所有者トノ公（ナル出置ノ場合ヲ平權
 ニテ規定ヲ欲ケザルモノナリ、其ノ偶々異ナル場合ニ於テ所有
 者ノ此ノ權利ヲ有スルコトヲ否認スルノ至當ニテラス（三〇三條、
 中島大八）

三、担当ノ担保ヲ供スルコト
 債權者ハ何時ニテモ担当ノ担保ヲ供シテ出置物ノ消滅ヲ請求シ
 得（三〇一條）、之レ出置物ハ該債權者ノ担保ナルニ拘ハラズ
 債權者其ノ他所有者トナリテ人極メテ不利益ナルコトヲカラス
 殊ニ担保物不可分ノ原則上出置業者ハ其ノ債權額ノ如何ニ拘
 ハラズ、偶々其ノ所持ニ屬スルモノノ全部ヲ出置シ得ベキガ故
 ニ債權額ト出置物ノ価格ノ均衡ヲ保ツ事ナク、タムニ債權者又
 ハ所有者ハ不利益ヲ蒙ルコトヲカサザルヘシ
 債權者比ノ現業ニヨリテ出置物ヲ消滅セシムルベカラズ

ハ相当ノ代リ担保ヲ供スルコトヲ要ス、担保ノ種類ニ付キテ
ハ民法上制限ナキガ故ニ、假令民法ノ如クハ三七三條参照
物上担保ニ限ルコトナク、或ハ相当ノ保証人ヲ立テ、或ハ履
取ノ担保ノ代リ担保ヲ消滅ヲ請求シ得ベシト欲モ、
先取特取又ハ留置取ヲ以テ代担保トナスコトヲ得ス、蓋シ之
等ハ担保物取ハ法律ノ規定ノミニヨリテ生スルモノニシテ、
當事者ノ合意ニヨリテ生スルモノニ非カレハナリ
代担保ノ担保ハ相当ナルヲ要ス、其ノ相当ナルト云フハ何
ニ比較テ相当ナルト云フヲ法文上明カナラズ
又序説上諸論ヲ開カサルモ、債権額ニ比シ相当ナルヲ以テ必
要且ツ意分トモ、必スシモ留置物ノ担保ニ比シテ、相当ナル
コトヲ要セサルモノト解セサルハカラズ、此ノ制度ヲ設ケル
理由及ビ保証人ヲ立ツル場合ヲ考フレハ、斯クノ如ク解スル
コト明カナラン
担保ヲ供スルト云フハ担保物取取契約ノ申込ヲナシ、又

ハ保証人ナルガモ、テモ担保契約ノ申込ヲナサシムルコ
トナラズ、單ニ担保契約ヲ設定スバヤコト、又ハ保証人ヲ立ツ
ヤコトトテ解スルヲ以テ足レリトモ、而シテ之等ノ契約ノ
申込ハ其ノ留置取消滅ノ請求ト同時ニナスハキコト、法文ニ
担保ヲ供スルガモ、テモ担保契約ノ申込ヲナシ、又
口ハ此ノ場合ニ於ケル留置取消滅ノ請求ハ一方ノ意ヲ表示スル
コトニ由リテ消滅セシムルガモ、物取取ハ非スシテ、留置取消
滅ノ契約ニ對シテ承諾ヲナスコトヲ要求スル請求ナリト解
スルコト應認ナリ（留置三四一、三三九ハノス）、又之ヲ留置
取ハ一方ノ意ヲ表示スルモノトテ留置取消滅ノ通告ヲナシ得ハヤ
モノト解ス（大ニス）、多少疑問ノ余地アレドモ、余ハ所説
ニ從ヒ留置取者承諾又ハ承諾ニ代ルバヤ判決ヲ要スレモノト
解ス、蓋シ本條ハ上述ノ場合ト異ナリ、留置取者ノ義務及ビ
對スル、制裁ニアラズシテ、留置取者ノ公平ヲ保ツタメニ便宜
大數ナル理想ナリト云フ、特ニ一方ノ意ヲ表示スルモノトテ、

出置物ノ消滅セシムルノ権利ヲ債権者ニ與テルノ理由ナリ
口公債ノ理由ニ基クテ大凡第一項但書ノ場合トモシテ、其
諾ノ義務ヲ規定シタルモノト解スルハ正當ト信スルガ故ナリ
然レ一子ノ意亦來スニヨリ消滅ヲ認ムルトモハ、代担保ノ成
立ノ時期ト出置物消滅ノ時期ト一致セザルニ至リ、出置物者
ノ保護或謂ヘシテ、本条ノ趣旨ニ及スルニ至ルベシ、此ノ解
釈ヲ天旨トスルトモハ、本条ニヨリテ債権者ノ有スル権利ハ
消滅ノ一マラスニテ、請求權ヲラツルベカラズ
出置物消滅ノ請求權ヲ有スルモノトシテ、法律ハ債権者ノ
ミテ舉ク、然レトモ債権者ニテアツル出置物ノ所有者モ又此
ノ権利ヲ有スルモノト解ス可ナリ
六、出置物ハ担保物トシテ消滅事由ニヨリテ消滅スヘキコト
明ナリ、即チ出置物ノ担保スル債權消滅スルトモハ、其ノ消滅
如何ヲ問ハズ出置物ノ消滅ス、債權消滅時如クモリテ消滅
セシムルモ、此ノ莫ニ以テ及ズハ特ニ規定ヲ得ケ、出置物ノ行

四六

便ハ債權ノ消滅時効ノ進行ヲ妨ケザルモノトスルニテ、即
チ出置物ノ占有ノ債權ノ消滅時効ヲ妨ケザルハ勿論、出置物者ガ
出置物ノ返還ヲ請求セザレバ、其ノ出置物ニテモ債權
ヲ有スルコトヲ理由トシテ出置物ヲ行使シ、物ノ返還ヲ拒絶スレ
モ、消滅事由ノ消滅時効ヲ中斷スルニ足ラザルナリ、蓋シ債權ノ存
在ノ理由トシテ出置物ヲ行使スルハ、債權ノ行使ヲ中斷セシメ
ル行為ニ非ズ、從テ之ヲ以テ債權ノ行使トスエトテ得ザルガ
故ナリ、曰民法ハ又者ノ見解ヲ採リシ（九六、一四四條）ガ故ニ
之ヲ規定セシメナリ
三、出置物ハ物トシテ共同ノ消滅事由ニヨリテ消滅ス
曰物ノ損失ノ公用徵收、没収、抛棄等消滅事由ハ以テ適用ナリ
但シ出置物ノ消滅時効ニヨリ消滅スルコトナシト解スルモノト、連
帯ナリ、然レトモ其ノ理由ニ至リテハ本條一ナラス、多數ノ債權
ハ出置物ノ占有ヲ以テ出置物ノ行使ト解シ、而シテ出置物者ハ
出置物ヲ占有スルコトヲ專スルガ故ニ、權利不行ノ状態ヲ生

四七

スルコトナシト云フ理由トス（第廿三三三、三指ノ〇ス）
 又之中島博士ハ留置権ノ本体ヲ以テ抗弁権ナリト解スルカ故ニ
 抗弁権ガ消滅時初ニカ、ラスト云フ理由ヲ以テ、之ヲ說明セント
 ス（大〇一茶）

余ハ我が民法上留置権ノ本体ヲ以テ抗弁権即チ請求拒絶権ニ以
 ツケルモノトスルニ非スニテ、物ヲ占有スルコトヲ正当トスル権
 能ニ付キテハ留置権ノ性質ニ當ラズ之ヲ行使スルコトヲ要スルモノ
 ナルカ故ニ留置権者ハ其ノ留置物ヲ占有スルコトニヨリテ、取
 ノ行使ヲ可能トスル範圍内ニ於テ、之ヲ行使シ、アルモノナリ
 ト云ハサルコトナラズ、此ノ故ヲ以テ留置ニ付キテハ、消滅時初
 適用ナクモト信ス
 留置権ハ又取得時初ニヨリテ消滅スルコトナシ、留置権者ハ留
 置物ノ占有ヲナスモノナルガ故ニ、他人ガ之ヲ占有シ取得時
 初ニ消滅セシムルコト不能ナレハナリ

第三章 先取特権

Verzugsrecht, Privilegium exigendi

第一節 先取特権ノ性質

先取特権トハ法律ニ規定シタル債権者ガ、其ノ債權者ノ請求ニ付キ、
 他ノ債権者ニ優先シテ自己ノ債權ノ全部ヲ受クル権利ヲ云フ、我が民法
 上債權ニ從タル担保物権ノ一ナリ
 先取特権ノ制度ハ其ノ源ハローマ法ニ在リ、然レドモ同法ニ關トサル
 範圍ハ今日ノ如ク広カラザリ也、又其ノ性質ニ至リテモ必スシモ今日ニ
 在ケル先取特権ト全一ノモノニアラザリ也、仏國ニ於テハ早クヨリ、
 ローマ法ニ據リテ、且ツ先取特権ヲ認ムル範圍ヲ擴張シテ民法第百〇
 九五条以下ノ之ヲ規定ス

10/2/12

或ハ物ノナリト云フハ不可ナリシ、
先取特権ハ特種ノ債權ニ法律ノ附隨セシメタル特権ナリ
(1) 此ノ特権ハ法律ノ規定ノミニ基ク(カニシテ)

先取特権ナリ有スル債權ハ民法之ヲ列挙セリ、民法以外ノ法律ノ認ムル
先取特権ハ国税(国税徴收法ニテ)府縣稅(府縣制ナリ)市
稅(市制ニテ)町村稅(町村制ニテ)郡ノ使用料、手数料
過料(即制ニテ)船舶債權(商海大入ノ條)破産管財人ノ報酬
金(田舎一〇九條)等ニ付テ之ヲ見ル、法律ノ特種ノ債權ニシテ
先取特権ヲ認ムル理由ハ、主トシテ公益、及シテ、特種ノ債權ヲ特ニ
保護スルノ主旨ニ出ヅルモノナリ、而シテ、公益ノ公平ノ觀念ニ基クモノ
ナリ、ナラス(一)電氣ノ引取シタルトキ電氣代金ニテ先取特
権者ハ先取特権ヲ有ス(其ノ理由ハ、基クテ同ハス、債權者等ハ
去テ債權者ノ權利ニ及スルモノナリ故ニ、輕クシテ認ムルハ公益ヲ
トモナハズ當テラス、又、去テ先取特権者ノ利益ヲ損フ、之ヲ救フルコト
ヲ許スルナリ)

(四)

先取特権ハ特種ノ債權ニ附隨セラレタルモノナリ、
他ノ法律則チ去テ先取特権者タル債權者ノ人ヲ保護スルガため、先取特
権ヲ認ムルモノナリ、我民法ハ之ヲ認ムル、然レテ債權者タル特種
ノ人ノ相續又ハ讓渡ニヨリ變更スルコトヲ許サレハ、去テ先取特権、又
債權者タル人ニ變更ヲ出シサルモノ、之ヲ一債權者ヨリ他ノ債權者ニ移
トシ得ヌ一人ハ變リテモヨク先取特権ハ不可
四、先取特権ガ供タル債權者ニテ先取特権者ナルコト、去テ先取特権
ニ及ビ、供タル債權者ナル故ニ債權者ナクシテ存ス、又債權者ノ存
ニ附隨シテ存スル制限物ナリ故ニ、自己ノ財產ニシテ存ス

五、先取特権ハ債權者ノ財產上ニシテ存スル權利ナリ、留置權、廢債、
擔保權ト異ナリ、債權者以外ノ者ノ財產上ニ存スレトナシ、又其ノ債
權ノ目的物ハ債權者ノ財產ニシテ存スルモノ有物タルコトヲ認ムルハ
先取特権ハ債權者ノ一財產上ニ存スル故、其ノ財產上ハ債權者作
成、特許權、株式等ノ權利ニ包含スレトナリ

第三節 先取特権ノ客體

一、先取特権ノ客體ハ債權者ノ一或又ハ特定ノ債權ナリ、而シテ如何ナル先取特権ガハ債權者ノ上ニ存スルシ、如何ナル先取特権カ特定ノ債權ノ上ニ存スルカハ、債權ノ種類ニヨリ異ナリ、若シテ先取特権ノ規定スルコトヨリ、此ノ點ニテハ之ヲ水野ニ譲リテ、此ノ點ニハ九ノ先取特権ニテスル原則トシテ民法ニ規定スル、不可分及レレハ代位ノ原則ヲ說明スル先取特権ノ客體ニ付テハ不可分ノ原則行ハル（初三。五條）、即チ先取特権ハ其ノ担保スル債權ノ全部ニツキテ、先取特権ノ客體ノ全部ノ上ニ先取特権ヲ有ス、此ノ點ハ担保物取ノ趣旨ニ合フコトト云述レ如シ、即チ先取特権ノ客體タル財產ニツキテハ單獨又ハ法律上ノ原因ニヨリ先取特権ノ客體タル場合ニハ、其ノ變動ニヨリテ生シタル財產人從來ノ先取特権ノ目的タリシ如ク財產上代位シテ先取特権ハ此ノ新ナル財產ニ

(1) 上ニ存スルモノトス
先取特権ノ客體ニツキテ、變動ヲ生スルキ原因トシテ、民法八目ノ物ノ遺失、毀滅、滅失及ヒ毀損ヲ指ケタリ

(2) 目的物ノ売却
債權者ノ目的物ヲ他人ニ売却シタル場合ニハ、債權者ノ既ニ其ノ日

目的物ノ上ニ有スル所有權ヲ譲渡シタルト否トテ何人ノ先取特権者ハ其ノ代金債權（請求權）ノ上ニ先取特権ヲ有スルナリ、蓋シ代金債權人日目的物ノ價格ニ代ルヤキモノニシテ且ツ先取特権者ハ日目的物ノ売却ノ結果スルコトヲ得ヤルハ勿論、其ノ売却セラレタル場合ニ於テ、所有權ノ譲渡ノ所及スルコトヲ得ヤルが故ナリ、売却セラレタル日目的物ハ新債權ナルト不動産ナルトテ別ハス、其ノ不動産ナル場合ニ於テ先取特権ノ登記アル場合ハ、先取特権者ハ其ノ先取特権ヲ以テ先取特権者ニ對抗シ得バシト然レ、之ヲ不仁者ニ對シテ行使スルハ不仁ナルコトナキニ非ザルヲ以テ、法律人此ノ場合ニ於テ是尚本物上代位ノ趣ミナリ

(b) 目的物ノ償還

債権者其目的物ヲ償還スルニキハ、其ノ償還料ハ物ノ価格ノ一部ヲナスモノト解スルコト出トスルコト故ニ、之ニ付キテ物上代位ヲ認メタリ

而シテ法律ハ優償権ノミヲ認メルモ、今一ト理由存スルコト故ニ債権者其目的物ノ上ニ地上権、永小作權、人地收買權等設キタル場合ニ於テ、其ノ特權ノ上ニ先取特權ノ存続スルモノト解スルモノナリハ當テ全說ニ、地上権ニ付キテハ優償権ニ付スル現狀ノ理用アルコト故ニ、(c)ニ大夫業ニ直轄ニ法律ハ根拠ヲ以テ、如ク優スルコト得ヘシ

(c) 目的物ニ毀失スル數據

物上代位ニ關スル原則トシテ、物ノ毀失ハヨリテ物上代位ハ消滅ス、從テ担保物權ニ付キテ物上代位制ヲ認メ居ルハ原則ニ於テ、例外トシテハ、(1)担保物權ノ物ノ支配ハ普通ノ物權ト異リ、物ノ價格ヲ目録トスルモノナリ、故ニ其ノ物ノ價格ニシテ存在スルコト以テ、其ノ物ノ形態ハ變リテモ担保物權ハ之ヲ維持セシメテ不可ナキナリ

(A) 目的物ノ消滅スル數據ニヨリ債権者ハ何ニ當テシテ不該行法

大代位ヲ生スルコト何ヲ認メタリ

然レトモ債権者ハ担保契約ニヨリテ保險金額請求權ヲ有スル場合ニハ、幾少キ一アラス、民法ニ付キテハ一八八九年二月十九日ノ特別法アルヲ以テ、之ニヨリテ保險金ハ担保物ヲ以テ償スルモノトスルモノ、之ノ法律及此ノ法律ノ先驅タル一八七四年十月十日ノ油物抵出法ニ付スル法律ノ施行セラレタル以後ニ於テハ消滅說一說ニ行ハレタリ、然レニ於テハ一說ニ保險金ニ付キテ物上代位ヲ認メズ

或ハ民法及商法ニ付シテ洋說ハ一說ニ保險金ニ付キテ物上代位ヲ認メ、積存說者キニ云ハ、民法第一〇一六條三〇四、三〇五、三〇六、三〇七、中島本五五、加藤新四一四、松本滋前二七、今保限法一三二、民法新四一、及對說松本前新法五八三

借者が積立金請求権を有する場合は、尚本所長代位を生ずる事

り（土地収用法五八、耕地整理法五八、鉱業法六七）

物上代位ノ原則ハ一般先取特権ノハ之ヨリ重要スルノ必要ナシ、

之レ一般先取特権ノ優越性ノ總論者ノ上ニ及ブモノニシテ、以上述

ベタル諸種ノ請求権モ又其ノ目的トシテ明ナラザルガ故ナリ、惟ツテ

又一般先取特権ハ三〇四条所定ノ条件即チ先取特権ヲ付スルコトナリ

尚本此レ并ノ請求権ニ付テ先取特権ヲ行ヒ得ルモノト解ス（一六七

一三三、中島大五九等参照）

(3) 物上代位ノ要件トシテ、債権者ノ代金、借債、賠償金ノ払戻、又

ハ引渡シテ段ケルニ先テテ、先取特権ガ、先取特権ヲ付シタルコトヲ

要ス（三〇四条参照）

之レ其ノ又ハ引渡後ニ於テハ、所謂代金物人、莫レ特異性ナシ

小故ニ、従フテ又其ノ物トシテ先取特権ノ存続ヲ、認めルコトナリ

先取特権ノ手續ハ民法五九四条以下ノ債権先取特権ノ手續ニヨリ、而シテ

ノ民法八七九条ノ以テ要件トスルモノ、先取特権者ノ債権ガ未ダ

確定期ニ至ルコトナラズニテハ、先取特権ヲ付スルコト不能ナル事ナリ、

此ノ場合ハ先取特権ヲ付スルコト以テ是レモノト解ス（一六七）

官報二五五、中島大五七、三階一八、如中法學論文）

之レ先取特権ニヨリテ、尚代金物ノ特異性ヲ保存スルコトヲ得ルカ

故ナリ、先取特権ノ目的物ニ付テテ、他ノ物上代位権ヲ包含スル担

保物権ヲ有スルモノナルハ、莫レ一人ノナシタル先取特権ハ他ノ担保

物権者ニ對シテモ、亦々其ノ初メテ有スルモノナリ、此ノ莫レニヨリ

ハ先取特権ナリ

特權（三〇四条）ハ先取特権者ハ、先取特権ヲ付スルコトヲ要スルモノ

ト規定スルガ故ニ、当然担保物権者ノ行為ヲ必要トスルモノト解スル

コト正当トスルモノ、（又同大正四年六月三十日ノ判例ニヨリ、報二二卷一八

三、一頁）莫レ他担保物権者ノ行為ニヨリテ、尚不特異性ヲ保存ス

ルコトヲ得ルガ故ニ、解法上疑回アルハ、先取特権ハ、先取特権者ノ

以テ要件トシ、殊ニ先取特権者ノ先取特権ノ行使トシタルハ、特異性ノ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

行使ニヨリ

原存ノミヨ条件トスルニイラス、担保物取者ガ物上代位ヲ行使シト
レガリトハ、自ラ権利ヲ行使シタルコトヲ要スルモノトシテカ故ニ、
当該担保物取者ノ行使ヲ要スルモノト云ハサルベカラス
4. 物上代位ノ結果ソノ債権ハソノ法定債権 (gesetzlich) 然レトセ

Pfandrecht) ノ説出スルモノナリトスル説アリ、然レトセ
我民法ハ法定債権ナレ親命ヲ採用セズ、原取ハ債権ノ当取者ノ意表
示ニヨリテ成立スルモノナリトスルノミナラス、假民法ノ如ク、
先押ノニヨリテ原取ヲ成立セシムルモノナリトシテ見解ヲ採ワサルイ
以テ、此ノ説ハ從フ事ヲ得ス、殊ニ第三〇四條ハ明ニ代取知ノ上ニ
先取特権ヲ行フ事ヲ得スト規定スルヲ以テ、代取知ノ上ニ先取特権
ノ再設スレコトヲ認トタルモノナリ、別取ノ権利ノ成立ヲ認メタル
モノト解スヤ何者ノ根拠ナシ、從テ又本條ニ所云先押トハ原取
假存ノ上ニスル先押ナリト解スルヲ得ス、而シテ先押ノ結果ナシ
債権者ガ債権者ニ対シテ有知ノ条項ナクコトヲ得タルニヨリ債権者
ナシタル所ハ、先取特権ハ其ノ供託金ノ上ニ存スルモノナリ、

第三章 先取特権ノ種類

- (1) 先取特権ハ其ノ客体ノ如何ニ依リ、次ノ如ク分カセラル
- (2) 一般先取特権
- (3) 特別先取特権
- (4) 動産ノ先取特権
- (5) 不動産ノ先取特権

第一節 一般先取特権

一般先取特権ハ法律上担保ニ供スルコトヲ許サレ、モノヲ陳キ債権者
ノ權利財產ノ全部ヲ以テ、客体トスル先取特権ヲ云フ
是ノ有スル債権ハ次ノ四種ニ限ル(三〇六條)

第一項 共益費用ノ先取特権

一、債権者共同ノ利益トナルベキ費用ハ債権者共同ノ担保ヲ保存シタルモノニシテ、総債権者ノ利益ニ帰シタルモノナリ、故ニ此ノ費用ハソノ債権者ニ先立ツテ、其ノ費用ノ弁済ヲ受ケルコトヲ得シトナリ、然レモ、債権者ニ先立ツテ、其ノ費用ノ弁済ヲ受ケルコトヲ得シトナリ、然レモ、裁判上支出セラルタルヲ要セス、

(一) 債権者ノ財産ノ保存、清算スルニ要スル費用ヲ、支出シタル口

ト(三。七条一項)

(2) 費用ハ各債権者ノ利益トナリタルコトヲ要ス

一、費用が一部ノ債権者ニハ利益トナリ、他ノ債権者ニハ利益トナラズルハ、其ノ利益トナリタル債権者ニ歸シテ、他取特権ヲ在スルモノトス(三。七条二項)

例ハ債権者ノ財産中時價ノ不動産ニ付テ甲乙ノ者が抵当権ヲ有シ、又丁ハ甲ノ債権者ヲ有スルニ由リ、此ノ不動産ニ付テ甲ノ抵当権者ナラズトスルハ、此ノ抵当不動産ノ保存費用ハ、甲乙ノハ利益トナリ、丁ニハ利益トナラズ、故ニ先取特権ハ、甲乙ニ對シテノミニ存在ス、

(四) 費用が他ノ債権者ニ何等ノ利益ヲモ與ヘザリシハ、例ハ訴訟費用ノ取消ノ訴訟ニ於テ敗訴セシガ如キハ先取特権ハ成立スル事ヲ得ズ、此ノ點ニ於テ甲乙ノ共同文ナキモ此ノ先取特権ヲ設ケシ理由及ビ云々ニ依リテ旨ヨリ云ハハ共同利益ノ大ニナリシハ、保存費ノ費用ト云フハ主觀的ニ共同利益ヲ目的トシテ支出サレタルノミナラス、亦客觀的ニ共同利益トナリタル事ヲ要スト云ハザルベカラズ、

第二項 葬式費用ノ先取特権

一、葬式費用ノ支出者ニハ先取特権ヲ與ヘタルハ、死体ノ埋葬ノ衛生上及ビ社會道徳上善美ニ且以迅速ニナスコトヲ得シムルヲ以テ必要トスル

第四項 日用品供給ノ先取特権

ハ、日用品供給ニヨリテ生シタル債権ニツイテ、一般先取特権ヲ認ムルハ、日用品必需品ノ供給ヲ容易ナラシムト、債権者ノ生活ヲ容易ナラシムルガ爲メナリ

ニ、此ノ先取特権ノ成立要件ハ如シ

(一)、飲食品及薪炭、油ノ供給ニ付キテ生シタル債権ナルコト

(二)、債権者本人又ハ其ノ扶養スヘキ同居ノ親族並ニ縁族及ビ奴婢ノ生活ニ必要ナルコトヲ要ス

故ニ同居者ナルモ奴婢ニテラサル全果人ノ如キハ之レヲ包含セズ

又必需品ニ限ルコト以テ酒、煙草等ノ奢侈品ハ之レヲ包含セズ

ウ、最後ノ大々月間ニ供給シタルモノナル事(権利行使ノ時ヨリ)

第二款 動産ノ先取特権

動産ノ先取特権トハ債権者ノ動産中特異動産ノミヲ客体トスル先取特権ニシテ、之ヲ有スル債権ハ三一八條ニ之ヲ列挙ス、而シテ之ノ先取特権ヲ與テラレタル理由ハ必スモ全一ナラス、其ノ和(一)号乃至四号ハ當業者間ノ手保及物ノ性質上其ノ動産ヲ以テ担保ニ供スルノ點ヲ契機トシテ認めルコトヲ得ル故ニ、即チ担保ノ推測ニ根拠シテ之レヲ認ムルモノニシテ、假乙民法上法定債権ヲ認ムルモノニ当ル、及ビ五号乃至八号ハ、其ノ債権ノ成立原因タル行為ニヨリテ債権者ノ動産ヲ増加シ、共同担保ヲ増加セシモノナルニヨル、從ツテ先取特権ノ順位ニツキテ兩者間ニ差限ナリ

第一項 不動産質貸ノ先取特権

一、不動産ノ質貸借ヨリ生スル債権人ノ権利ニ付キ、質貸人ハ其ノ不動産ノ備付タル動産及ビ其ノ他ノ動産ノ上ニ先取特権ヲ有ス(三三ノニ條以下)

之レ並ニ三ノ担保ノ推測ニ基クモノニシテ(依民法五五九、五九〇條、西民法一七條)、又不動産ノ質貸借ハ日常生活上及ビ土地建物利用ノため

一、先取特権ノ一柱ニ置ケリ、而シテ此ノ先取特権ニテスル現業ヲ、地上
 権、永小作権ニ非用セラルベキコトハ前述セリ、
 二、此ノ先取特権ヲ有スル債権ハ債権者ノ保護ニヨリ生シタル債権ナレバト
 三、思ス、故ニ債権請求権、債権物ノ滅失又ハ毀損ノ場合ニ於ケル損害賠
 償請求権及ビ債権人ノ特ニ修繕費用ヲ負擔セル場合ニ於テハ修繕費用ノ
 償還請求権ヲ包含スルモ、債権人ハ債権人ニ貸シ付ケタル金銭其ノ他ノ
 物ノ返還請求権ノ如キ人ニテ包含セズ
 四、此ノ先取特権ノ要件ニツキテハ三ノ四條ノ特別イリ
 五、土地ノ賃借ノ場合ニ於テハ、九條ノ前項ヲ以テ其ノ要件トナス、
 (イ) 賃借地ニ備付ケタル動産
 備付ト云フノハ一時ノ借用ノタメニ其ノ土地ノ上ニ置キタルモノ
 ニアラスシテ、借主トシテ置キタルモノニオユフ、然レトモ動産ナ
 ル故ニ、土地ト一体トナスモノニアラス、又定着物ニアラス、例ハ
 新作用ニ供セラルベキ器具、前物ノ如キ人、備付ケテ置ケタル動産ナ
 り

七三、測量者、測量者ノ如キハ之ヲ包含セズ、賃借地トニ存スル建
 物ニ備付ケタル動産又ハ賃借地ニ備付ケラレタル動産ナリ、
 四、賃借地ノ利用ノタメニスル建物ニ備付ケタル動産
 賃借地ノ利用ノタメニスル建物トハ賃借地トニ存スルモノニ非ス、
 賃借地トニアルモノ其ノ賃借地利用ノタメニ賃借者ノ使用スル建物ナ
 り

五、土地ノ利用ニ供シタル動産
 上述ノイ、ロニ該当セザルモ土地利用ノタメニスル農具、牛馬等ヲ
 云フ

六、賃借人ノ占有ニ在ル賃借地ノ毀滅
 此ノ毀滅トハ先取特権ヲ設メシハ、担保ノ推測ニ基クニアラスシ
 下賃借得契約ノ此ノ毀滅ノ原因ヲ示シタルニヨリ、然レテ
 前記賃借人ノ占有スル所ハ、賃借地トニ存スルト否トヲ問ハズ

七、賃借人ノ先取特権ハ賃借人ノ其ノ建物ニ備へ付ケタル動産ノ
 上ニ存ス、備付ケノ意義ハ上述ノ如シ、供付ノ水取、損害、金銭ノ如

ク、債借人ノ地位ニ用テモ、ニシテ、其物以ニ存置シテ使用セザル
モ、ハ、シテ、其物ヲ

(3) 債借権ノ譲渡又ハ取償ノ場合ニ於テハ、債借人ノ先取特権ハ譲渡人

又ハ取償人ノ動産及ビ譲渡人又ハ取償人ガ受テヤク在籍可ク、其ノ
各件トス(三、四、五)

イ、債借人ハ債借人ノ承諾ヲ得ルニ非ザレバ、債借権ノ譲渡又ハ取償
ナスコトヲ得ス、然レトモ其ノ承諾ヲ得テ譲渡ナシタルトキハ、

譲渡人、債借人同ニ於テ債借権ヲ保存シ、又承諾ヲ得テ取償
ナシタルトキハ、取償人ハ債借人ニ対シテ直接ニ債借権上ノ取償
得テ(三、五、六)、故ニ此レ其ノ場合ニ於テ譲渡又ハ取償以後ニ於

テ生ジタル債借人ノ債権ニ付テ譲渡人又ハ取償人ノ動産ノ上ニ先取
特権ノ成立スヤキハ、法文ヲ換テスニテ明ナリ、三、四、五ハ此ノ明

白ノ理ヲ理ルニシテモ、非ズ、譲渡又ハ取償以前ニ債借人ニ付テ
テ成立シタル債借権ニ付テモ、譲渡人又ハ取償人ノ動産ノ上ニ先取特

権ノ成立スルヲ理ルニシテ、此ノ債借権ノ譲渡又ハ取償ノ場合ニ

ハ先取特権ノ要件タリシ動産ハ譲渡人又ハ取償人ノ譲渡セザルニテ
得トスル故、債借人ヲテ、其物其ノ動産ノ上ニ先取特権ヲ有セシム
ルニ正當ト認メタルモ、ナリ

(4) 債借権譲渡ノ対価又ハ取償人ガ取償人ヨリ受テヤク金額又ハ先
取特権ノ要件トナリ、

之等ノ金額ハ債借権ノ法律上ノ処分ノためニ生ジタル財産ニテ、
債借人ノ動産ノ地位ノ主旨ニ基キテ之ヲ以テ先取特権ノ要件

トセシナリ、然レトモ三、四、五ノ各件ニテ、予テ先取特権ヲ有セトテ
要セズ、

先取特権ノ要件ハ何レノ場合ニ於テモ債借権ノ譲渡、即チ債借者ノ
所屬ニ屬スルコトヲ原則トス、民法ハ此ノ原則ニ対シテ例外ヲ設ケテ

一ルニ、条力及一ルニ、条力此ノ場合ニ適用ス、(三、五、六) 即チ債借人
大地又ハ家屋ニ備付ケタル動産等ガ三者ノ所有物ナル場合ニ於テモ

債借人ガ動産等ニ於テハ、之レ等ノ動産ノ上ニ先取特権ヲ取得ス
ルニナリ

七五

是レ之等ノ動産ハ債權人ノ占有又ハ所持スルモノニシテ、債權人ハ其レ占有又ハ所持ニ基キテ備付其ノ他ノ利用行為ト相俟ツテ、先取特權ヲ取得セリト信スルモノ故、善意取得ニ才スル規定ヲ適用セルナリ、但シ債權人ガ之等ノ動産ノ上ニ占有ヲ取得セルモノニ非サルガ故ニ、準用ト云ヒ適用ト云ハス、

四、此ノ先取特權才有スル債權ノ範圍ニツキテハ、以テ特別ナリ

以、債權人ノ動産ノ總清算ノ場合ニハ、債權人ノ先取特權ハ前期当期並ニ次期ノ債權共ニ他ノ債權及ビ前期及ビ当期ニ於テ生シタル、損害ノ賠償ニ付キテ人定ス、

五、總清算トハ債權者ノ總財産ヲ以テ、其ノ總債權者ニ分配センヤク

ニ差テ計算ヲ云フ、破産法人ノ清算、相続ノ限定承認ノ場合ハ之レニ偏ス、(三三五条)

四、当期トハ總清算ノ當時ヲ指シタル期間ヲ云フ、而シテ期間ノ長短ニ付テハ特別ノアルトキハ之レニ從フ、(特別ノナリ人)

債權人ガ動産ヲ取テ取リタル場合ニ於テハ、其ノ動産ヲ以テ其等ノ債權者ノ一部ノツキテノミ、先取特權存在スルモノトス、(三三六条)

動産ハ保証金ノ一種ナリ、前記保証金其ノ他ノ契約保証金ト其ノ性質ヲ一ニス、契約當事者又ハ其ノ者ガ契約上ノ債權履行ヲ担保スル目的ヲ以テ予人其ノ債務ノ履行ニ充ツルナリトス、現取スル動産ヲ以テ只債權契約ノ一柱ヲ債權人ノ債務ヲ担保スルカダトニ投段セラレ、其レ金銀ヲ習慣上特ニ動産ト云フ、動産ノ投段即チ動産契約ハ債權者契約ニ從タル諾成契約ニシテ、通常ハ封金ニアラサルハ、其ノ在野ノ投段シテ債權人ハ其ノ金銀ヲ知命スルコトヲ得ルモノナリトシテ故ニ、債權人ハ其ノ動産ノ所有權ヲ取得スルモノト云ハサルベカラズ、而シテ債權契約解除シテ、且シ債權人ニ債權不履行ノ際ナキトキハ、其ノ在野ノ金銀ヲ返還スルコトヲ要スルモ、債權契約ノ繼續中人之ヲ返還スルコトヲ要スルハ、又契約終了後債權人ノ債權不履行ノ際金銀ヲ以テ債權人ノ清算ノ際チ清算ノトシテ、之ヲ返還スル事ヲ要スルモノトス、

債權人ハ其ノ動産ノ所有權ヲ取得スルモノト云ハサルベカラズ、而シテ債權契約解除シテ、且シ債權人ニ債權不履行ノ際ナキトキハ、其ノ在野ノ金銀ヲ返還スルコトヲ要スルモ、債權契約ノ繼續中人之ヲ返還スルコトヲ要スルハ、又契約終了後債權人ノ債權不履行ノ際金銀ヲ以テ債權人ノ清算ノ際チ清算ノトシテ、之ヲ返還スル事ヲ要スルモノトス、

數金契約ハ以上ノ如クテモ法律上ノ新果ヲ生スルコト、然レトモ債ヲ
入レストモ債モ、其ノ法律上ノ性質ニツキテハ、從來法律上類レテ論テ
ル如クナリ

④ 債権説

債権説ハ然ラズルニシテ多數説ト認ムルコトヲ得ヘシト云フ、其ノ内
容ニ至リテハ、此ノ説ヲ採ル者中ニモ議論アリ、

⑤ 不規則債権

此ノ説ハ數金取納ヲ以テ出カ物ヲ目的トスル債権ヲ放棄スルモノ
ト認ム、但シ其ノ物ハ普通ノ債権ニ在ケルガ如ク、特定物ニテ
スシテハ、代替物ナルガ故ニ之ヲ不規則債権トス、

⑥ 債権廢絶

數金契約金トシテ授受セラル、場合ヲ除キ、普通ノ場合ニ在テハ
金銀ノ所有權人債権者ニ移転スルヲ以テ、債権者ハ自己ノ所有物
ノ上ニ債権ヲ有スルコトヲ得ス、然レドモ債権者ガ債権者ニ對
シテ、一定ノ金額ノ返還ヲ請求スル債権ヲ有スルヲ以テ、債権者

④ 相殺ノ説

債権者ハ數金返還ノ債権ヲ有シ、且ツ貸借契約ヲ生スル債権
ヲ有ス數金授受ハ予ハ此ノ債権ト相殺スヘキ旨ノ契約ナリ
トス、少數説ナリ

⑤ 無名契約説

解除条件付消費寄託契約ト債権契約ヲ混同シタルガ如キ性質ヲ有
スル一種ノ無名契約ナリトスル説ナリ(第廿三三四ノ
即チ普通ノ消費寄託ト異ナリ債権人ノタメニ其ノ目的物ヲ保管ス
ルコトヲ目的トセス、債権人ノ債権ヲ担保スル目的ヲ有スルガ故ニ
債権ト其ノ効用ヲ合クシ、債権人ノ數金ニ付キ、優先集済ヲ受ケル
コトヲ得、債権人ノハ被債権者ハ之ニ對シ其ノ返還ヲ求ムル債
権ヲ差押フルヲ得ナルモノトス、

⑥ 擔保契約説

(Belehungsgeiges schift)

附家ノ債権弁済ニ充ツルカタク予々金銭ノ弁済ヲ行爲、即チ予々
ノ弁済ヲナシ、又ハ神儀ヲナシ行爲ナリトスルモノ之レナリ（神
氏権利論五〇〇頁）

我が民法ノ解説上何レノ説ヲ採ルヤキ、順序トシテ上述ノ諸説ニ對シ
簡評ヲ試ミントス

所云不規則債権ハ我が民法ノ解説上採ルヤカラサルヤ明ナリ、我民法上
物ノ上ニ存スル債権ハ特定物ヲ以テ目的トシ、又他人ノ所有物ヲ以テ目的
トス（二四ニ以下）、數金ノ所有權ハ債權人ニ移轉スルカ故ニ、債權人ハ
自己ノ所有物ノ上ニ他物權ノ一種タル債權ヲ有スルコトヲ得ス、又之ヲ不
規則ト稱シ、民法ノ云フ如ク異ナリタル一種ノ物權トスルハ、物權ノ種類
ヲ限定シタル一七五條ニ反ス、債權質權ハ不規則債權ノ如キ欠債ヲ有セザル
モ出ホム如ク、債權ノ授受ヲナス當事者ハ、數金區置請求權ノ上ニ債權ヲ授
ルコトナリ、數金ノ授受ヲナス當事者ハ、數金區置請求權ノ上ニ債權ヲ授
受スルト云フカ如キ微妙ナル意ヲ有スルコトナリトナリ、
或ハ此ノ此難一ヲシテ數金區置請求權ヲ以テ當事者ノ數金ヲ以テ弁済ノ免ナシ

トスル意カチ根本的ニ解決スレハ、債權質ト年スルノ外ナシト采スルモ
（三三）債權質ノ設立スレハ、債權ノ上ニ數金ヲ授受セシトスル物權
的要素表ナリ必要トス、然レニ數金ノ授受ヲ以テ當事者ハ、物ニツキテ
処分權ヲ得スルノ意ヲ有セザルニシテ債權ニツキテ斯クノ如キ意思
ヲ有スルコトナリカ故ニ、故令當事者ノ意思ヲ法律的ニ解決スルコトカ、法
律的構成或請ノ本旨ナリトスルモ、論者ノ此ノ解説ノ如キハ意思表不解決ノ
原則ニ適合スルモノト云フコトヲ得ス、第二ノ此難ハ我民法ニ於ケル債權
質設立ノ要件ニ反シ、從テ此ノ論者ノ目的トスル結果ヲ收メサル莫クナリ
（三六）數金ニヨリバ債權ヲ以テ債權ノ目的トナス場合ニ於テ債權質設立
トキハ債權ノ設立ハ其ノ証存ノ交付ヲナスニヨリテ其ノ初カチ生スルモノ
トス、然レニ數金ノ授受ニ當リテ數金區置証ヲ有スル場合ニ之ヲ債權人ニ
交付スルコトナリ、又之ヲ交付スルハ債權人ニトリテ幾ル危險ナルカ故ニ
其ノ交付ヲ強制スルカラザルハ明ナリ、又債權質設立ノ際ハ債權人ハ
數金ニ對シテ有スル權利ニ物權的効力ヲ與テ債權人ノ一取債權者ハ數金
區置請求權ヲ兼得ル事ナルモ債權人ヲシテ此ノ優先弁済ヲ受クルコトナリ、

得セシトスルモノナリ、然ルニ此ノ目的ヲ達セントスルガため、
所云債権届が三者ニ対抗スル要件ヲ具備スルコトヲ要スルハ勿論ナリ、
三者ニ対抗スル要件ヲ備フルガためハ、亦三六四条ニ依リテ、債権者
ニ対スル通知ハ兼請ヲ要ス、而シテ亦三六四条ニ依リテ八債權者以下ノ者
三者ニ対抗スル要件トシテ、明ニ確定日付ナル証書ヲ必要トスルコトナリ
下條七、四六七条ノ規定ニ從テ下カ故ニ、之ニ依リテ尚ホ確定日付ナ
ル証書ヲ必要トスルハ明ナリ、故ニ論者ハ、債権届ヲ採ル目的ヲ達スル
ガためニハ、敷金取扱ニ際シ債権届ヲ改定セザル者ノ貸借人ニ対スル通知
又ハ其ノ承諾ヲ要シ、且ツ確定日付ナル証書ヲ以テ、之等ノ通知スル兼請
ヲ又ハ明ナルヲ以テ論者ノ目的ハ債権届ヲ採ルニ依リテ、之ヲ達スル
コトヲ得ルモノト云ハサルベカラズ、
或ハ比ノ批准ニ對シテ敷金契約ナル債権届ニ於テハ、債権届届交付ナ
ザル慣習アリ、而モ其ノ慣習人一七五条ニ依リテ、新ナル物権ヲ認ムル
ニ非ザルハ有初ナリト論スルモノナキニアラス、(三)箱、(一五三)然レトモ
仮令カ、上欄届が新與大存托スルコトヲ是認スルモ、斯ル慣習ハ強行法ニ

及スルガ故ニ、無初ナリト云ハサルベカラズ、之レ一七五条ニ依ルコトナ
リト故ニ、物権ノ改定方法及其ノ對抗要件ニ于テモ現狀人又強行法ニ屬
スルコト明ナレバナリ、
無名契約說中敷金契約ヲ以テ、解除条件付消費寄託及原契約ヲ現存ナリ
ルモノトスル說モ亦採リ難シ、当業者が担保トシテ敷金ヲ取扱スルハ明ナ
レドモ、法律上原物ヲ改定スルコト能ハザルヲ以テ、原契約ヲ包含スルモ
トトナスコトヲ得ズ、而シテ原契約ヲ包含セストナストキハ、債権人カ如
何ナル権利ニ依リテ敷金ニ付テ優先的抹消ヲ要ケルコトヲ得ルモノナリカ
ヲ說明スルコトヲ得ズ、
押借契約說ハ大體ニ於テ正解ヲ得ナリ、敷金ノ取扱ヲナズ当業者ハ之ヲ
以テ將來生ズベキ債権ノ抹消ニ充ツルノ意思ヲ有スルヲ以テナリ、然レ
ドモ、此ノ說ニ對シテ又多少ノ批難ナキニアラス、比ノ論者ハ何人抹消ニ
留滞スルニ依リテ、將來ノ債権ノ抹消ニ充ツルガためニテ、一先期ノ金銭
ヲ有獲ス場合ト敷金其ノ他押借金ヲ扱フ場合ヲ同一ノ法律ヲ採ナリト
ス、然レトモ之レ明ニ當業者ノ意思ニ及スルモノナリ、前者ニアリテ人、
ハ三

一、理由ハ前者ニ全シ、(暗黙ニ担保ノ意アルモノト解ス)

二、之ヲ有スル債権

買取上ノ債権ノ他附随ノ債権、例ハ荷造費、明税立替費、保険料ニ于テ
ル債権ヲ也蓋ス、其ノ買取上ノ債権トシテ、為サレ、マ否ヤ可同ハス

三、客件

買取人ノ手ニ存スル荷物ニ限ル、手ニ存スルトハ其ノ所持所ニ取ルヲ以
テ取ル、然レドモ一旦買取人ノ所持ヲ商ル、トキ人、先取特権ハ消滅ス
ハルハ余乃其ヘハ五條ノ準用ナリ、

四、出置取ヲモ併存ス、

第四項 公取ノ職務上ノ先取特権

公取課課金ノ先取特権ハ保証金ヲ供セシ公取ノ職務上ノ過失ニヨリ生
シタル債権ニ付テ保証金ノ上ニ存スルモノナリ(五條ノ準)

一、買取上ノ債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

テ先取特権ヲ有スル債権ニヨリ生シタル債権ハ其ノ性質上ノ性質ト成シ、故ニ保証金ヲ供セシトキ
ル公取課課金ノ職務上ノ過失ニヨリ生シタル債権ニ付テ保証金ヲ以

必要トシト考テ、但シ政府ノ收入増大ニ付テハ、公引法ニ依リ、金
 計規則一。ニ依テ以下ニ特別規定下レハ、亦モ適用ノ余地ナシ、官公使中本
 条ノ適用下レハ、私人ノ委託ヲ受ケテ官公使上ノ事務ヲ取扱フモノニ限ル、
 之等ノ事務ヲ取扱フモノハ、私法ノ係ニ於テ私人ニ對シ、依テ私法上ノ
 損害賠償義務ヲ負擔スルコトナラバ、以テ、特ニ其ノ事務ノ執行ヲ丹
 精ナクシテ、公引法ニ依リテ先取特權ヲ認メタルモノナリ、
 二、此ノ先取特權ノ目的物ハ、法文上ニ於テハ、保証金ニ限リ、從
 三、テ法律ハ之ヲ以テ動産上ノ先取特權トス、然レモ保証金ナル特定ノ
 動産ナレバ、非サレバ、之ヲ動産上ノ先取特權トスルハ、誤ナリ、保証金返還
 請求權ト云フ債權ノ上ニ存スル先取特權ト解スヘキナリ、詳者スレバ、
 此ノ種ノ保証金ニ付テハ、公引法上ニ返還義務ヨリ私人ノ損害ヲ加フルト
 一、事莫ク又返還義務發生ノ条件ヲ示シ、從テ其ノ条件成就スルニ依リ、
 公共団体ハ公引法ニ對シテ無条件ナル返還義務ヲ負ヒ、其ノ返還債權ノ上
 二、被債權人先取特權ヲ有ス
 四、保証金ノ上ニ私人ノ有スル先取特權ト保証金ニ付テハ、公共団体ハ優先

約者ヲ受ケル權利トイフ保ニ付テハ、法律ニ何事モ規定ナシ、(甲島
 七七)

余ハ其ノ將來ノ債權ヲ担保スル目的ヲ有スルモノニシテ、而シテ公共
 団体ノ有スル權利ハ、所有權其ノモノナリ、私人ノ有スル權利ハ、其ノ所
 有權返還請求權ノ上ニ存スル先取特權ナルカ故ニ、返還請求權ヲ生スル
 コトナキ場合ニハ、先取特權モ又存在セザルモノト云ハザルベカラズ、
 例ハ公使ハ公金ヲ横領セシ後、私人ニ對シテモ損害賠償義務ヲ負擔スルニ
 至リタルトキハ、亦一ノ横領ニヨリテ停止条件付返還債權ノ停止条件ハ
 不成就ニ確立スルモノナル故、其ノ后返還請求權ヲ生スルコトナク、從
 テ后ニ債權ヲ取得セシ私人ハ先取特權ヲ有スルコトナシ、(若シ左時ニ
 取得セシトキニ於テハ各債權額ニ互シテ分配スルノ外ナラズ)

第五項 動産保存ノ先取特權

八、動産ヲ保存シ又ハ動産ニ付テシ權利ヲ保存追認又ハ実行セシムルハ、
 保証金ナル費用ニ付テ債權ヲ有スルモノハ、其ノ動産ノ上ニ先取特權ヲ有ス

(三二) 案)

此ノ事ノ費用ハ動産ノ価格ヲ維持セシメノナルハ故ニ、特ニ之ヲ保シ
セリナリ、前述セル共益費用ノ一先取特取トモ、正旨ヲ同クス、只彼
ハ各債権者共同ノ利益トナリタルコトヲ要スルノ要ニ於テ之レト異ル

(民法二一〇ニ、三三、旧民担一五五條)

二、此ノ先取特取ヲ有スル債権ハ動産其ノモノハ、保存費用又ハ新修コト
ル権利ノ保存(例ハ物権ノ返還請求取ノ保存、廢取ノ保存)、遺託(例
三者ノタメニ取得時初ノ完成スル場合ニ其ノ承諾ヲ得ルコト)又ハ契約
(債権ノ履行、物ノ引渡シヲナシタルコト)ニ付テテ、支出シタル費
用ナルコトヲ要ス、而シテ有益費用ヲ包含セサルハ云々ハ兼ト其ノ趣ヲ
異ニス

費用返還請求取ノ發生原因ハ之ヲ同ハス、故ニ契約上ノ債権ナルコト要
セス、事々管理、不守利得ノ原因トスル場合ニモ、債権者ハ此ノ先取特
取ヲ有ス
三、目的物ハ保存サレタル動産、

四、債権者ハ又留置取ヲ有スル場合モ

第六項 動産売買ノ先取特取

一、動産ノ売主ハ代金及ヒ其ノ利息ハ并キテ動産上ノ先取特取ヲ有ス (云
ニニ案)

蓋シテ売主ハ代金ト動産取トノ移転トヲ相交換セラルルヤキ債権ノモノト
ルガ故ニ代金ノ支払トキニ拘ハラス、已ニ動産ヲ移転セルトキニ代金
債権者即チ動主ハ不当ニ不利被テ受ケテ、且以債権者ノ財産ノ增加ハ
債権者ノ利益ニヨルモノナルヲ以テ、法律ハ他ノ一級債権者ニ比シテ、
売主ヲ保護スルコト正當ナリト認メタリ、然レドモ法律ハ凡ソノ債権者
納ニシキ此ノ先取特取ヲ認ムレト、一級債権者ヲ容スル限リヤリトシ、單
ニ取引上ノ取引重課ナル意義ヲ有スル動産ニ付テテ之ヲ認ケルノミ、故
ニ交換ノ場合ノ補足金ニ付テテハ明女上、之レニ準スバキモノナレドモ
(五又八)、其ノ他ノ有償契約ノ人ニ準用シ得ス(五五九)
六、此ノ先取特取ヲ有スル債権者ハ代金債権及ヒ其ノ利息ナリ、利息ハ約定

利息遲延利息ヲ包含スヘキモ、其ノ明者ヲ辨定スベキ特別ノ原因アルコトヲ以テ、代金債権ガ当然利息ヲ生スルトノ意ニテラサレナリ、
並主ノ有スルコトアルベキ其ノ他ノ債権、例ヘハ連納金債権、擔當特
權債権ハツキテハ業ヨリ此ノ先取特権ハ存存セズ

三、前主ガ此ノ先取特権ヲ有スル主觀ナル場合ハ代金支払ハ先主ツテ、已
ニ目的物ノ引渡シヲナセシ場合ナリ、未タ其ノ引渡ヲナサザルトキハ出
置取及ビ存貯履行ノ抗弁権ハヨリテ前主ヲ保護シ得ベシ、然レドモ其
スシモ引渡ヲナシタル場合ニ限ルニ非ス、引渡ヲナサル、モ已ニ其ノ所
有権ヲ譲ムル必要ナキニテラス、但シ未ダ所有権ヲ移轉セザル場合ハ
ハ前主ハ自己ノ所有物トシテ、先取特権ヲ有スルコト能ハス、

第七項 種苗又ハ肥料供給ノ先取特権

一、種苗又ハ肥料ノ供給者ハ、代價及利息ニ付キ其ノ種苗又ハ肥料ヲ用レ
タル年々収取ニ之ヲ用ヒタル土地ノ果實トシテ先取特権ヲ有ス（民法
一〇二条一号及ヒ旧民法一五三条）（三三三條）

二、上述ノ先取特権ハ蚕種又ハ其ノ飼養ニ供シタル葉葉ノ供給ニ付テ、其
ノ蚕種又ハ葉葉ヨリ生シタル物トシテ亦存在スルモノナリ、（三三三條
三條ニ項）

第八項 農工業前債ノ先取特権

農業者及ビ工業上ノ前債者ハ其ノ債権債権ニ付テ、前債ニヨリテ生シタル
果實又ハ製作物トシテ先取特権ヲ有ス（三三三條）
之レ一面ニハ前債トシテ生産物又ハ製作物ノ間ニ因果關係アルニヨリテ、
他ノ一面ニハ社会政策上通商ノ負担ナル前債者ヲ保護セントスル多量ニ故
ツルナリ、
特ニ前債ニヨリテト法文ニアル故ニ因果關係ヲ要スルハ明ナリ

第三款 不動産ノ先取特権

不動産ノ先取特権ノ債権者ノ財產中特異ノ不動産ノ一ノ目的トスル先取

特許ナリ

之レヲ有スル債権ハ次ノ五種ニ限ル

第一項 不動産保存ノ先取特許

不動産其ノモノノ保存費用、又ハ不動産上ノ権利ノ保存、追認又ハ実行ノ費用ヲ支出シタルモノハ其ノ費用償還債権ニ付テ其ノ保存ナレタル不動産ノ上ニ先取特許ヲ有ス (三二六条)

其ノ主旨及ビ意義ハ不動産保存ノ先取特許ニ云シ、又其ノ先取特許ノ効力ヲ保存スルタメニハ保存行爲完了後、直ニ登記ヲナスコトヲ要スル (三三七条)

第二項 不動産工事ノ先取特許

不動産ニ工事ヲ加工タル工匠、技師及ビ請受人ハ其ノ工事ノ費用ニツキ債権者ノ不動産ノ上ニ先取特許ヲ有ス

一、此ノ先取特許ハ不動産ニツキテ人存在セズ、之レ不動産ノ工事ハ不動産

ノ価格ヲ増シ、ハ増損保ヲ増加スルノミナラス、人ノ居住困難ト懸念ノ于候アレハナリ、故ニ一九〇九年一月一日ノ *Bauordnungs-*

*gesetz*ニ建築抵當 *Bauspfand* *Hypothek* ナレモナリ

二、此ノ先取特許ヲ有スル債権

工匠トハ大工九官等ヲ云ヒ自カラ不動産ニ工事ヲ加工タルモノナリ、技師ハ其ノ工事ニツキテ測量又ハ監督ヲナスモノナリ、請受人ハ迄又者ヨリ一業ノ報酬ヲ受ケテ工事ヲ完成スルモノニシテ、何レモ直接ニ不動産ノ所有者タル債権者ト契約ヲナシタルモノナルコトヲ要ス、所云下請受人ハ直接ニ不動産所有者ニ対シテ債権ヲ有セザレバ從テテ固ヨリ亦其ノ債権ニツキテ先取特許ヲ有スルコトナシ

三、目的物ハ不動産其ノ物ナリ

土地ニ付テテ工事ヲナシ時ハ其ノ土地ニシテ建築物ニツキテ工事ヲナシタル時ハ其ノ建築物ニツキテノ建築物以前ノ不動産ニ工事ヲナスコトナレズ、不動産上ノ工事ニ非ザルコトヲ以テ先取特許ナシ、建築物ノ解体上ノ費用ニツ

キテハ、或ハ建物ハ、或ハ土地ノ一部ヲナスモノ、或ハ新築費用ヲ以テ土地ニ加工スル費用ナリトシ、建期ノ價格ヲ以テ土地ノ増価額ナリトス、然レ建期ノ土地ノ一部ナリトシ、建物ノ價格ヲ以テ土地ノ價格ノ一部トスルハ、我國ノ慣習ニ反スルノミナラス、我民法ノ趣旨ニ反スルコト尙覺判例ノ説リ如ナリ、(中略) 當井ニルル
之ニヨリテ立法ノ旨或ハ法律ノ精神ニヨリ、工率ニヨリテ生シタル價格ニ付テ先取特權ヲ認ムルモノトス、余モ大體之レニ從フモ、若シ民法ノ規定ヲ準用スト、云々旨テラハ、或ハ増價ノ場合ニ先取特權ヲ認ムル故、新築ノ場合ニ付キテ三ヲ認ムルハ勿論辨解ニヨリテトセム可キナリ、
此ノ先取特權ハ不動産其ノ物ノ目録トシ、不動産全部ヲ總括シ附スル權利ヲ與フルモノナルカ、其ノ競売代金ヨリ優先受取ラセケルコトヲ得ルハ不動産工率ニヨリ増價額ニ限ル(三ニ七条ニ項)
故ニ増價額ナキトキハ此ノ先取特權ナキモノト解スベシ、而シテ其ノ増價額ノ認定方法ハ三三八条ノ規定ニ依リテヨリ、

第三項 不動産売買ノ先取特權

此ノ先取特權ハ不動産買賣ノ先取特權ニ在リ、(三三八条) 其ノ要ナルハ、第一、其ノ初メ保存ノ要件トシテ、此ノ先取特權ハ買賣契約ト同時ニ、未ダ代價又ハ利息ノ弁済ヲ了スル旨ヲ登記スルヲ要スル(第三四〇条)

第四節 先取特權ノ順位

一、余一ノ財產ニ對シテニ何以上ノ先取特權ヲ併存スル場合ハ其ノ優先的受取ラセケル權利ニツキテ、順序ヲ定メサルベカラズ、其ノ順序ノ順位ト稱ス、取テ順位ト云フハ概シテ權利ニマテテシテ各種業ノ担保權利相互ニ於テハ優先權ノ順序ナリ、他ノ種業ノ担保權利ニ對スルニ係リテハ、民法ハ初メト云ヒテ順位トハ云ハズ
又順位ノ範圍ハ、債權者及人無担保權利者ニ對スルニ係リテハ、存貯金、又、故ニ例ハ、後順位ヲ有スル担保物權者ガ其ノ物權ヲ実行セシトスル

二 當り應り者又ハ人無權保債者ハ此ニ先優先セラルル事ヲ理由トシテ、之ヲ妨ケルコトヲ得ス、

二 物取ノ優先ハ其ノ成立時期ノ前後ニヨリテ決定セラルルヲ以テ原則トス、然レドモ先取特権ニテシテハ民法ハ必ずモ此ノ原則ニ依ハズ、先取特権ヲ認メタリ理由ニ基キテ、其ノ保護ヲ與フルノ理由ノ強弱ニヨリテ優先位ヲ定ム、

三、左ノ目的物ニ付テ全一順位ノ先取特権者數人アルトキハ、各其ノ債權額ノ割合ニ基キテ弁済ヲ受ケルトス、(之ニモ未)債權額ノ如何ニ拘ハラズ平均セシムルヨリハ、債權額ノ割合ニ基キテ弁済セシムルノ公平ニ適スト認メシヤリ、

第一款 一般先取特権ノ競合

一般先取特権が競合スル場合ニ付テハ、其ノ順位ハ三〇六条ニ掲テラレタル順序ニ依テ、(和)ニ九条以下、民法二一〇一、二一〇五、日民法

(四四条)

第二款 一般先取特権ト特別先取特権トノ競合

同一ノ財産ニ付テ一般ノ先取特権ト一定ノ動産又ハ不動産ノ目的トスル特別ノ先取特権トノ競合スル場合ニハ、特別ノ先取特権ハ一般先取特権ニ優先スルヲ以テ原則トス、之レ一般ノ先取特権ハ債權者ノ總財産ノ上ニ存スルモノナル故ニ、特定ノ動産又ハ不動産ニ付テ優先的ノ順位ヲ有セザルニ、爲ニ大ナル不利益ヲ生スル虞テキカダメナリ、假シ此ノ原則ニ對シテ一ノ例外アリ、即チ公益債權ノ先取特権人其ノ利益ヲ受ケタル總債權者ハ對テ優先スルモノトス、(日民法、民法ノ規定ノ規程ハ我々民法ノ規程ト相ニ其ノ趣ヲ異ニス (之ニ九条五))

第三款 動産ノ先取特権ノ競合

一〇一

八、同一不動産上の特別ノ先取特権が競合スル場合ニ付テハ、原則トシテ
テ次ノ順位ヲ有スルモノトス（三ニシテ集工）

(1) 不動産賃貸、旅館宿舎及ビ運輸ノ先取特権ハ第一ノ順位ヲ有ス、
不動産保存ノ先取特権ハ第二ノ順位ヲ有ス

而シテ不動産ノ保存者數人ナルトキハ、后ノ保存者ハ先ノ保存者ニ先立
ツ、之レ後ノ保存行為ハ先ノ保存者ニモ利益ヲ与エタルモノト見タル
カドナリ、

(2) 不動産賃賃、種苗、肥料、牧畜及ビ農工業用牧ノ先取特権ハ第三ノ順
位ヲ有ス、

例ハ賃金甲ガ乙ヨリ不動産ヲ買シテ之ヲ莫ノ賃借家屋ニ備付セシトキ
ハ賃借人尙至其ノ先取特権ヲ有スヤキモ、右者ハ前者ガ賃借ヲ受ケタ
ル后、其ノ後額ニ付テテノ三優先的賃借ヲ受ケル権利ヲ有スルカ如シ、
而シテ不動産ノ先取特権相在回ニ斯クノ如キ順位ノ差異ヲ設ケタルハ
第一ノ順位ノ先取特権人ノ之ヲ時限ノ廢止約ニ基クモノト見ルコトヲ得ベ
ク、而シテ担保ノ原因ヲナセルモ、受心ノ同一ニ在リテハ保存費ノ支

出願ヲ以テ其ノ不動産ノ価格ヲ維持セシ理由ニヨリ時ニ保護スベキ也ノ
ト認メンガ故ナリ、

六、以上ノ原則ニ對シテ三ツノ例外ナリ

(1) 第一ノ順位ノ先取特権者ガ其ノ債権取得ノ當時テハ又ハ第二ノ順位ノ先
取特権者下リシコトヲ知りシ時ニハ、之ニ對シテ優先権ヲ行フコトヲ
得サルモノトス、（三三〇、三三）

例ハ甲ガ乙ヨリ買シテモノ取コシテ運搬セシムルニ當リ、因ガ其
ノ売買代金未済ナルコトヲ知レルトキニハ、乙ノ先取特権ハ例外トシ
テ取ノ先取特権ニ優先スルカ如シ、

(2) 第一ノ順位者ノタメニ物ヲ保存シタルモノハ、第二ノ順位ノ先取特権者ニ
優先ス、（三三〇、三三）

之レ其ノ保存行為ハ債権者ノタメノミナラス、第一ノ順位者ノタメニ
モ利益トナリタルモノナレバナリ、而シテ第一ノ順位者ノタメニ物ヲ保
存シタリト云フカドメニハ、敢テ其ノ利益ヲ受ケテ保存行為ヲナシタ
ルコトヲ要セス、保存行為ノ結果ガ第一ノ順位者ノ利益トナリタルコト

中身戻ルト辨スルコト通説ナリ、(一)當井ニルル、五編ノ九七、模因
六七四、及封帳ニルニ、坊文上、理論上委託ヲ要スルモノト辨スヘ
ク根拠ナキガ故ニ通説ニ依テ

従テテ初一順位ノ先取特権成立后ニ保存行為ヲラハ、保存費用ノ先
取特権優先ス、其ノ成立以前ニ保存行為ヲラハ、保存費用ノ先取特権
ノ原ニ從ヒ初ニ位ヲ有スルモノトス、

3、喫食ニテシテハ特別ナリ、農業前段ノ先取特権者ナ一位ヲ有シ、種
苗、肥料ノ供給者ナ一位ヲ有シ、土地ノ賃人ハ亦三順位ヲ有ス(三五
〇、五五)、之レ因果ノ際ノ強弱ト社会政策觀點トニ基クモノナリ、

第四款 不動産ノ先取特権ノ競合

一、全一ノ不動産上ニ特別ノ先取特権ノ競合セシトキハ不動産保存ノ先取
特権ハ亦一順位ヲ有シ、工事ノ先取特権ハ亦二順位ヲ有シ、地買ノ先取
特権ハ亦三順位ヲ有ス(三三一、三三二)(民法二一〇三、旧民法一八七、八八)

第五款 競合ノ要ル

一、同一ノ不動産ニ付テは既述ノ如ク、即チ甲ガ乙ニ、乙ガ丙ニ
全一ノ不動産ヲ順次ニ売却シ、乙取共ニ其ノ代金ヲ支払ハサリシトキハ、
甲乙各ニ其ノ代金債權ニ付テテ其ノ不動産ノ上ニ先取特権ヲ有スベシ、
乍併全一順位ニテ之ヲ有スルムアラズ、甲ノ先取特権ハ乙ノ先取特権ニ
優先ス、(一五三、一五四條)(民法二一〇三條)、之レ乙ガ甲ノ不
動產ヲ売却シテ、代金債權ヲ取得スルニ至リシハ甲ヨリ之ヲ買ヒ受ケタ
ルニヨルモノ故、自己ノ代金債權ニ附着セル先取特権ヲ以テ甲ノ官ス
ルトトテ認メガタレバナリ、
而シテ不動産買受ノ付テテハ斯カル規定ヲ設ケサレバ後述スル如ク動產
ノ先取特権ハ目的物ヲ亦三取得者ニ引渡サル、ニヨリテ消滅スルモノナ
レバナリ

第五節 先取特権ノ効力

先取特権ノ一般効力ハ其ノ性質ヲ述フニ付テハ略説セリ、即チ先取特
権ハ占有ヲナス権利ヲ包含セザルモ、債務不履行ノ場合ニ其ノ先取特権ノ
目的物タル財産ヲ競売シテ其ノ所得金ヨリ優先的返済ヲ受ケルノ権利ヲ債
権者ニ与ルモノナリ、而シテ先取特権ノ比トテ力ニテシテハ担保財産ノ
再三取得者ニ対スル干渉ハ他ノ種別ノ担保物権者ニ対スル干渉及ビ先取特
権行使ノ要件ヲ研究スルノ必要アリ

第一款 第三取得者ニ対スル干渉

一、先取特権ノ目的タル財産ヲ取得セシメテ三者アルトキハ、法律、不二者
ノ利益ヲ犧牲トシテ先取特権者ヲ保護スルコトヲ得ズ、若シ然ラズシ
テ若シテ取引ノ安全、又ハ動産安全ヲ害シテ法律ノ目的ニ反スルノ結果
トナレバシ、而シテ此ノ果ニテシテハ其ノ動産が先取特権ノ目的物タル
コトヲ公認スルノ方法アリヤ否ヤニヨリテ結果ヲ生セザルヲ得ズ、従テ
其ノ目的物が動産ナリヤ不動産ナリヤニヨリテ結果ヲ異ニセザルベカラズ

二、動産ヲ著作トスル先取特権ハ債権者ガ其ノ動産ヲ引渡シ
タルトキハ、其ノ動産ニツイテハ之ヲ行フコトヲ得ザルモノトス (三三
三條)

之レ動産ニテシテハ占有以外ニハ公認方法ナク、而シテ先取特権者ハ
占有ヲナス権利ヲ有スルモノニアラス、殊ニ債権者ガ其ノモノヲ占有シ、
之ヲ再三取得者ニ引渡セシ場合ニハ先取特権公認方法ノ存セザルハ明瞭
ナレハナリ

- (イ) 此ノ規定ノ適用アルハ動産ノ上ニ存スル特別ノ先取特権ニ限ラス、
一般先取特権ニ付テモ其ノ目的タル動産ニテハ又適用アリ、
- (ロ) 再三者ノ善意無意ヲ問ハズ
- (ハ) 再三取得者ニ限ル、故ニ債権者ヨリ所有権ヲ譲受ケタル者三者ノ
ニ適用アリ、債権者、履取者等ニ付テハ人適用ナシ
- (ニ) 権利ヲ行フコトヲ得ズト云フハ消滅スト云フコト一ハ異ナルモノト
解ス、以テ之者ニ対シテ追及権ヲ有セザルノ意ヲ示シ、故ニ債権者ガ
其ノ物ノ所有権ヲ取得セシトキハ、先取特権ヲ行使シ得ルニ止ルモノ

トス。

本、権利ヲ行使シ得サルニ至ルハ引渡以テナリ、故ニ所有権ヲ取得セシ
テ三者アルモ、未ダ引渡ナキトモハ此ノ結果ヲ生セス、但シ其ノ引渡
ハ現業ノ引渡ニ限ラス、

三、不動産上ノ先取特権ハ登記ニヨリテ之ヲ公示スルコトヲ得、故ニ登記
シタレ不動産上ノ先取特権ハ、不取得者ニ対シテモ亦之ヲ行使シ得ベ
キコト切論ナリ、民法人一收ノ先取特権ハ不動産ニツキ登記ヲナサル
モ之ヲ以テ特別担保ヲ有セザル債権者ニ対抗スルコトヲ得ケザルモノト
シ、且ツ登記ナシタル者ニ対シテハ此ノ限ニテアラザルモノトス、
然レトモ此ノ規定ハ不動産ヲモ目録トスル一收先取特権ト他ノ一收
債権者及ビ担保物権ヲ有スル債権者トノ千保ヲ規定セシムル止ル、不取
得者ト先取特権者トノ千保ヲ規定セシムルアラズ、此ノ後ノ千保ニ於テハ
物権通則ニ依リ登記ヲナスニ非ザレド、不動産上ノ先取特権ヲ以テ、
却テ三者ニ対抗スルコトヲ得以、又之ヲ登記セザルトキハ亦三者ニ対抗シ
得ザレトモト解セザルベカラズ、

第二款 他ノ担保物権ニ対スル千保

先取特権ト他ノ担保物権ト競合スル場合ニ於テ何レノ物権ガ優先権ヲ有
スルカノ問題ハ或時之ヲ先取特権ノ初カノ問題トス、而シテ先取特権
カ他ノ担保物権ニ対抗クテ優先的効力ヲ有スルヤ否マハ、担保物権ノ種
類ニヨリテ異ル

一、出置物トノ千保

出置物ハ優先的効力ヲ受ケル権利ヲ包含セス、故ニ此ノ莫ニ於テ先取特
権トノ同ニ競合ヲ先スルノ余地ナシ、然レ乍ラ出置物者ハ先取特権者ガ
目的物ノ競売ヲナスモ、尚本出置物ヲ引渡スコトヲ要セス、競売人ハ出
置物者ニ於テ之ヲナスニ非ザレド、出置物ノ引渡ヲ受ケ得ザルヲ以テ、莫
際ニハ出置物者ハ他ノ担保物者ニ優先スルコトナリ、

二、質物トノ千保

(7) 不動産質物トノ千保ニ付キテハ三七条ノ規定アリ、不動産質物者ハ、

第一順位ノ動産上ノ先取特権ト云一ノ順位ヲ有ス、

從ツテ動産債權ハ其利益費用ノ先取特権ノ外一級先取特権ニ優先スベク、又動産上ノ先取特権ノ中第一順位ニアルモノトハ債權額ニ応ジテ抹消ヲ受ケベキ額ヲ介シテハリ不ノ順位以下ノ者ニ対シテハ原則トシテ優先ス、

而シテ動産債權者ハ三三〇條ニ掲ケタル第一順位ノ先取特権者ト云ハノ順位ヲ有スル故全條ニ項及ビ三項ニ掲ゲシ制限ニモ又服セザルベカラス

(2) 不動産債權トノ手保ニ付テハ特ニ規定ナキモ不動産債權ハ抵当債權ニ付テモ規定ヲ準用スルモノトシテ以テ(三六一條)、抵当債權ト云ハノ手保ヲ生スベシ

三 抵当債權トノ手保

不動産債權ノ目トスル先取特権ノ効力ニ付テハ、特別ノ規定ナキトモハ抵当債權トスル規定ヲ準用ス(三四一條)然レトモ先取特権ト抵当債權トノ優劣ノ問題ハ民法ニ特別ノカキサレ

ハ、此ノ原則ノ適用ヲ見ルコトハ審判口多カラス、

一級ノ先取特権ト抵当債權トハ競合セル場合ニ於テ、兩者共ニ登記ナキハ先取特権者ハ抵当債權者ニ対シテモ、其ノ権利ヲ行フコトヲ得、兩者共ニ登記アルハ一級原則ニ從ヒ、登記ノ前後ニヨリテ優劣ヲ又ス、一ノ方ノ登記アル場合ニ於テ登記セラレタル担保物權ノ優先スルハ否ヲ俟タス(三三三條)

二、不動産上ノ特別先取特権ノ抵当債權ト競合セル場合ニ付テハ、不動産保存及ビ不動産ノ準ノ先取特権ニ付テハ特別規定ナキ、即之禁ニ付テハ先取特権ノ後述スル方法及時期ニ於テ登記ヲナシタルハ、其ノ登記前ニ登記サレタル抵当債權ニ對シテ之ヲ行ヒ得サルモノトス、(三三九條)

之レトモ不動産保存ノ先取特権ハ不動産ノ價格ヲ維持セシモノニシテ、其ノ費用比較的少額ナルモノトナラズ、其ノ保存行為ニヨリテ抵当債權者ニモ亦權利ノ行使シモトナレバナリ、不動産ノ準ノ先取特権ニ於テハ理由ニ基キ

又之不動産債權ノ先取特権ニ付テハ何種特別規定ナケレバ一級ノ

原則ニヨリテ、登記ノ時期ノ後ニヨリ抵当权トノ優劣ヲ決スベシ。

第三款 先取特權行使ノ要件

第一項 共通ノ要件

- 一、各種ノ先取特權ニ共通ナル行使ノ要件ハ債ハ不履行ノ存スルコトナリ、債ハ未定期限ニ在リタル場合、其ノ担保ハ不履行ノ存セザルコトナリ、担保物ノ性質上先取特權ヲ行使シ得ルコトヲ切斷ナリ、然レドモ債ハ一部履行アルモ之レニヨリテ先取特權ノ行使ヲ妨クルコトヲ得ス、又々範圍ヲ限縮スルコトヲ得ス
- 二、他ノ特別担保ヲ有セザレハ先取特權者ハ強制執行ヲナシ、又ハ他ノ担保物取當ガ其ノ担保物ヲ実行スル場合ニハ、期限到来セザル債取ニ付テ債主者ノ財産上ニ先取特權ヲ有スルモノモ亦其ノ配當ニ加入スレコトヲ得ザルベカラズ、此ノ點ニ付テハ民法第百三十三條及百三十四條ニ何事モ定メテ民百一三七條ニ依リ債主者ノ期限ノ利益ヲ喪失スル場合ニ於テハ先取

特權者ハ直ニ先取特權ヲ行使シ得ルコトヲ得ヘリ又之ニ該当セザル場合ニ於テハ条件付債取ニ于テ先取特權ヲ行使スルニ準用シ配當及テ債主ハオモトト考テ(民法第百三十三條ノ項、同五十五條、民事執行法第百四十六條)

第二項 一般先取特權行使ノ要件

- (一) 一般先取特權ノ行使ニ付テハ債主者ノ餘財産ノ中先ツ何レノ財産ニ對シテ、先取特權ヲ行使シスルキハ其ノ法律上多少ノ制限ナリ、之レ一般先取特權者ノ權利ヲ密セザル範圍内ニ在リ、他ノ債權者殊ニ特別担保ヲ有スル債權者ヲ保護セザルコトナリ、
- (二) 一般先取特權者ハ先ツ不動産以外ノ財産ニ付テテ先取特權ヲ行使シ得ス、又アルニ非ナレバ不動産ニ付テテ先取特權ヲ行使シ得ス(三三五條五)
- (三) 不動産ニ付テテ先取特權ノ行使ノ目的ヲ得ザルモノニ付テテ先取特權ヲ行使スルコトヲ得ス(三三五條五)
- (四) 債權者ノ不動産以外ノ財産又ハ特別担保ノ目的ヲ得ザルモノニ付テテ先取特權者ハ強制執行ヲナシ得ル場合ニ一般先取特權者ハ其ノ配當

二加入スルコトヲ急リタル時ハ、其ノ配当ニヨリテ取テ可ナリシモノ
、限更ニ添テハ、登記ヲナシタル者ニ対シテ先取特権ヲ行フコト
ヲ得タルモノトス (企業三項)

(4) 不動産以外ノ財産ニ先出ツテ特別担保ノ目的タル不動産ノ代価ヲ配
当スヘキ場合ニハ、一先取特権者ハ以上ノ制限ニ服スルコトナシ、
此レコノ場合ニ於テモ尚ホ一先取特権ニ制限ヲ加フルトキハ、一先
先取特権者ヲシテ、其ノ取利ヲ行使スルノ機会ヲ失ハシムルニ多ク
故ナリ、

一先取特権者ハ不動産ニツイテ登記ヲナシタルモノ、之ヲ以テ特別担保ヲ
有セサル債権者ニ対抗スルコトヲ妨ケズ、但シ登記ヲナシタル者ニ
対シテハ此ノ限リニテナシ、一ニシテスル

(5) 一先取特権者ヨリ云エハ不動産上ニ存スル債権者ハ此レヲ登記スルモノ
ヲ以テ金ヲ有ス者ニ対抗シ得ルノ理ナリ、然レモ此ノ法律ハ此ノ原
則ニ對シテ例外ヲ設ケ一先取特権者ハ不動産ヲ客体トスル場合ニハ登
記ヲナシタルモノ、一先取特権者及ビ特別担保ヲ有スルモノ未ダ登記ヲナシ

ナル債権者ニ對シテ之ニ對抗シ得ルモノトナセリ、之レ一先取特権者
ヲ有スル各種ノ債権ハ、日當變換ニ生スル貸口少額ノ債権ナレバ故
之レハ何レモ一先取特権ノ登記ヲ強要スルハ煩ニ耐エザルモノナラズ
又其ノ額カ通常多數ヲラサル故、亦否者ニ對シテ、著シク損害ヲ加
フルハ悞ナキヲ以テナリ、

(6) 一先取特権者ハ不動産ヲ目的トスル場合ニハ、一先取ノ原則ニ從ヒ其
ノ登記ヲナシ得ベキモノト解スルコト通説ナリ、理論上多クノ疑ナキ
ニアラサレトモ、解釈上之レヲ正當トセシ、蓋シモ之ニ條ハ其ノ重
ニ於テ不動産登記ヲナスベキヲ推論セシムルニ足ルミナラズハ登記
ヲナサザルモノ若シ其ノ登記ヲ許サスト解スルトキハ、一先取特権
ノ新リノ種類ニ失スルハ故ナリ、
然レモ大抵ニ於テ一先取特権者ノ總財產ノ上ニ存スル
云フハ各別ノ財產ノ上ニ存在シ得ベキコトヲ妨クルモノニ非スト解ス
ルベキナリ、

第三項 動産先取特権行使ノ要件

動産先取特権トスル先取特権ニ付キテハ、其ノ一、或先取特権タルト、特別ノ先取特権タルトナリトシ、其ノ二、当該動産ヲ不三取得者ニ引渡サレザルヲ其ノ行使ノ要件トス

第四項 不動産・特別先取特権ノ効力
保存ノ要件

一、不動産ノ先取特権ニ付シテハ登記ヲ以テ不三者ニ対抗スル要件トナシ、
一、登記ノ一、或先取特権タルト、其ノ二、登記ノ時期
及ビ効力ニ付キテ特別ノ効力、之レ比、先取特権ヲ認ムルハ、特別ノ債権
ノ時ニ保護スルモノナリトシ、其ノ保護ノ手フベキ条件ヲ嚴格ナラシ
メ、不三者ヲ害スルコトヲ予期スルハ、審口当然ナレバナリ、殊ニ其ノ
時期ヲ限定スルハ、債権ノ存在及ビ範圍ヲ明確ナラシメ、債権者、債権者

間ノ通謀ニヨリテ不三者ニ債権譲渡ヲ爲シ、不三者ヲ害スルコトナラシメシ
カバ、不三者ノ利益ヲ得ルコトナリ、

二、不動産保存ノ先取特権ハ保存行為完了後、直ニ登記ヲナスコトヨリ、其
ノ効力ヲ保存ス (三三七条)

(1) 直ニト云フハ即時ニト云フト異ナリ、遷延ナクト云フ意ナリ、一、當
事同一トシ、梅、三編ニ一回、中論ニ三七条、七五、一頁、及対
中論氏ハ不三者ヲ指シ、不三者ノ不動産債権ヲ取得スル以前ナラバ何時
ニ付テモ可ナリト解スルカ如シ、然レドモ斯ク解スルハ、偶ニ何事
情ニヨリ期間ノ長短ヲ生スルノミナラス、法律ハ直ニ登記ヲナスコト
ヲ命スルハ、必スモ此ノ如キ不三者ノミヲ保護セシト、目的ニ出シ
モノニアラス、保存行為ノ存在、其ノ費用ノ範圍ヲ明確ナラシム、不
三者ヲシテ、果シテ保存行為ノアリタルマ、不三者ノ費用額ノ正當ナ
ルモノヲ調査スルニ付キ、時期ヲ遷延スルコトナラシメシメ、不三者ノ
不利益ノ不三者ノ保護ノミヲ目的トシタル規定ト解シ、其ノ法文ノ字
句ハ異ナレ解釈ナラスハ、正當ト云フベカラズ、

口、其ノ初カヲ保存スト云フノ意ハ、其ノモ本番少ノ疑アリ、保存行
 爲若直ニ登記ヲナシタルハ此ノ先取特權ハ此ノ登記以前ニ登記シ
 タレト雖當權ニ對シテモ初カヲ有スヤ人ニ三九條ニヨリテ明ナルカ故
 ニ、三三七條ニ依テ初カヲ保存スト想定スルハ、登記ハ此ノ初カヲ
 附與セントスル消極的の内容ヲ有スルモノニアラスシテ、直ニ登記ヲ
 スニアラズシハ先取特權ハ其ノ初カヲ失フベキ旨ヲ定メタル消極的
 内容ヲ有スル想定ト解セサルベカラズ、故ニ保存行爲後直ニ登記セズ
 ハ此ノ先取特權ハ全ク其ノ初カヲ失ヒ、不后其ノ登記ヲナスモ素ヨリ
 何ヲノ初カヲ生ゼス、其ノ登記前ニ登記シタル地當權者ニ對シテ先取特
 權ヲ行使シ得サルハ勿論、其ノ登記以後ニ登記セル地當權者及ヒ同業
 特別ノ担保ヲ有セサル一級債權者ニ對シテモ亦之ヲ行使シ得サルモノ
 ト解セザルベカラズ、此ノ意ニテスル從來ノ學說ヲ見レハ、直ニ登記
 ヲナスコトヲ以テ先取特權ヲ行使ノ絕對的條件トナスニ拘ハラズ、其ノ
 結果ニ若シハ不后登記ヲナシタル地當權者ニ對シテモ對抗特權ト認
 カニ止マリ特別担保ヲ有セサル一級債權者ニ對スルテ保存ニ依テモ、

明ヲ加ニタルモノト結ニトナシ、未ハ之ヲ以テ(直ニ登記スルヲ以テ)
 先取特權行使ノ要件タルニ止マラス、先取特權存続ノ要件ト解スルヲ
 以テ、若シ之ヲナサザルハ先取特權ハ全ク消滅スルモノトス
 三、不動産ニ先取特權ハ、工事ノ初ムル時ニ、其ノ費用ノ算額ヲ
 登記スルニヨリ、其ノ初カヲ保存ス、而シテ實際ノ費用カ算額ヲ起
 過スルモ、其ノ超過額ニ付テハ先取特權ナク(三三八條)又算額ニ
 及ハサル片ハ、實際ノ費用ノミニニ付テ先取特權存続ス、
 不動産工事ノ先取特權ヲ行使スルニ當リテ、他ニ相當ノ要求スル債
 權者アラバ、其ノ先取特權ノ範圍ヲ定ムルカタメニ、裁判所ニテ選任
 シタル鑑定人ヲシテ、工事ニヨル増價格ヲ評價セシムル事ヲ要ス、
 (三三八條五)

四、不動産買入先取特權人並買契約ト全時ニ、未だ代金亦ハ利息ノ糸
 海ナニ旨ヲ登記スルニヨリテ、其ノ初カヲ保存ス(三四〇條)、保存
 ノ義務初カハ部達セシ所ニ在リ、

第六節 先取特権ノ消滅

一、先取特権ハ物取共通ノ消滅原因タル目的物ノ滅失、改換、混同、又ハ
 放棄ニヨリテ消滅スベク、又担保物取共通ノ消滅原因タル債権ノ消滅ニ
 ヨリテ消滅スベキコト言フ候タス、先取特権ハ其ノ担保物取タル債権ハ
 先立リテ消滅時點ニカ、ラマルコト及ビ目的物取失ノ場合ニ於テ物上代
 位ノ原因ニヨリテ先取特権ノ存続スルモノト認ムベキ甲モ亦既述セリ、
 二、不動産ヲ目的トスル先取特権ニツキテハ抵当取ニ于スル規定ノ準用ア
 ルガ故ニ亦取得者ノ存続又ハ排除ニヨリテ消滅スベキモノトス（并齊
 除限ニ于シテハ後述ス）又不動産ヲ目的トスル特別ノ先取特権ハ保庫登
 記ヲ十カバニヨリテ消滅ス、
 三、動産ヲ目的トスル先取特権ハ其ノ引渡ヲ受ケタル取得者ニ対シテ
 之ヲ行フコト得ス、并併之ヲ以テ先取特権ノ消滅原因トナスベキヲス（已述）
 四、先取特権消滅ノ結果債権者ハ特別担保ヲ失フ、并併之ガ代メニ当然債
 権ヲ失フコト十キハ言フ候タス

第四章 債権

第一節 小沿革

一、一定ノ財産ヲ以テ負担ノ物取トナスコトニヨリテ債権ヲ確保スルノ制
 度ハ既に古代ヨリ存セシ起ナルモ、特殊ノ制限物取ヲ認ムルコトニヨリ
 テ以テ目的ヲ達スルニ至リシハ、比較的後ノコトニ屬ス
 のローマ法ノ古代ニ於テハ信託的所有權讓渡ノ方法ニヨリテ此ノ目的ヲ
 達シタリ、之ヲ *fiducia* 或ハ *factum fiduciae* ト云フ、即チ債
 権ヲ確保スル法上ノ目的ニ出デシモ之カタメ債権者ニ一定ノ動産又ハ
 不動産ヲ移転シ、債権者ハ債務ノ弁済アリシ場合ニ、其ノ所有權ヲ債務
 者ニ返還スルノ債務ヲ負担スルモノトス、此ノ方法ハ債権担保ノ目的ニ
 超越セル法律上ノ手段ヲトルモノナリ、故ニ債権者ニハ一般ニ有利ナル
 モ債務者ニ對シテハ殊ル不利ナルハ明ナリ、殊ニ債権者ガ他ノ信託ヲ達

背シテ所有權ヲ懸念スルノ危險ナルコト及ヒ、債權者ガ其物ノ擔持ノ如
何ニ拘ハラズ、更ニ之ヲ担保ニ供シ、又ハ其ノモノ、所有權ヲ移轉スル
コトヲ得ザルハ、政ノ制度ノ頗ル大ナル欠點ナリキ

於是政等ノ欠點ヲ匡正セシムルニシテ、*Pignus* 占有債ト云フモノ始マレリ
占有債ニ在リテハ債權者ニ物ノ占有ヲ移轉スルニ止リ、物ノ所有權ヲ移
轉スルコトナキヲ以テ、債權者ニ對スル上速ノ才一ノ危險ハ之ヲ防グコ
トヲ得タリト云ヒ、第二ノ不便ハ未タ之ヲ除去シ得ズ、特ニ當初ニアリ
テハ債權者ハ占有權ヲ有スルニ止リ、債物賣却權ヲ有セザリシヲ以テ、
債權者ノタメニ債權確保ノ手段ヲ齎スコト能ハザリキ、其ノ後漸ク賣却
權ヲ認ムル契約 *factum de distrahendo* 及流質契約 *lucrum*

lucrum ノ有效ナルコトヲ認ムルニ至リ、遂ニ *Pignus* ハ當然賣却權ヲ包
含スルモノトナスニ及ビテ、政制度ハ近世ニ於ケル動産賣却權トシテ公
一ノ性質ヲ帯フルニ至レリ、

Pignus ノ制度ニ右レテローマ法ニ認マラル、*hypotheca* 及 *antichresis* 制度ナリ、其ノ性質ハ近世法ノ擔當ニ類似シテ目的物言有テ

移轉スルコトナクシテ、債權者ニ優先的兼添テ受クル權利ヲ認メタルモ
ノ也、乍保其ノ客體ハ不動産ニ限ルコトナク動産及ヒ一般財産ニ付キテ
モ亦成立ヲ得ルコトヲ認メタリ、殊ニ國庫、妻、未成年者ノタメニハ、
法律上當然ニ債權者ノ一般財産ノ上一概賣却權ヲ認メタリ、政制度ニヨリ
債權者ハ占有ヲ失ハサル故、肉體ヲ利用シ得ヘク、又全一ノ目的物ヲ以
テ數個ノ債權ノ担保ニ供スルコトヲ得タリシヲ以テ、債權者ニ對シテハ
便利ナリシカ、物權存在ノ事實ヲ公示スルノ方法ヲ欠キシヲ以テ、第三
者ニ對シテハ危險甚タシク、取引ノ安全ヲ害セシコト少ナクナリキ
民法ニ於テハ蓋下シテローマ法ニ從ヒ、殊ニ尚國庫、妻、未成年者ノ
タメニ一更ノ緩合ニ一般酌法受格權ヲ認メ、且ツ其ノ登記ノ時期ノ如何
ヲ向ハザルモノトス（民法二一一、二一三、二一五等）一八五五年三月二十
三日ノ特別法ヨリテ登記ノ義務ニ付キ、稍之ヲ改正セシモ尚一般酌法受
格權ヲ認ム、之レ併ノ物權制度ニ對シテ頗ル困難ノ存スルト云フコトニシテ
擔當ノ付キテハ該法ノ如ク特更之義（*Special Acts Principle*）及ヒ公
示主義（*Publicity Principle*）ヲ採用セザルヘカラズ

二、 狭い法域に於てモ亦近代ニテハ所有権譲渡ノ方法ニヨリテ、債権確保ノ目的ヲ達シタリ、又民法ニテハ債権的契約ト共ニ所有権ヲ譲渡スルニ非ズシテ解除条件付キニ所有権ヲ譲渡スルナリ、然レドモ既ニ *Stamm* *form* 時代ニ於テハ、以ノ制度ハ廢テテ独立制限物権ヲ認ムル制度起レリ、之ヲ台有度 (*Realpfand alienation*) 後ニ準者ガ付ケシ名 (ト称スルモノニシテローマ法ノ *pignus* ニ相当ス、当初ニ於テハ債権者ハ債権者ヲ有セザリシモ、其ノ契約ニヨリテ流産特約ヲナスヲ許シ、更ニ細シク債権者ヲ認ムルニ至レリ、此点有度ハ動産ニ干シテハ中世ノ会社ヲ通シテ行ハレシモ、不動産ニ干シテハ既ニ中世ニ於テ占有ヲ移サシ、担保物権ヲ見タリ、ローマ法ノ *hypotheca* ニ當リ、之ヲ *pignus* *no pignus* ト称ス

而シテ民法ニテ特色トスマスハ此ノ抵当ニ付キテモ、殆ト例外ナク公示主義及ヒ特定主義ヲ貫徹セシトナリ、然ルニローマ法継承後ハ殆ト決然ニ主義ヲ顧ミサルニ至リ、不動産信用ニ干シテ厥ル危険ノ状態ヲ生ジタリシガ、漸次其ノ弊害ヲ認メ既ニ各因ノ聯邦法ニ於テ排逸主義ヲ復

活シ、現行民法ハ明ニ公示主義及ヒ特定主義ヲ採用セリ

三、 債及ヒ抵当ニ干シテハ我國ニ於テモ古來各種ノ文献 (法源) ニ之ヲ散見ス、而シテ債権担保ノタメ所有権ヲ譲渡スル方法ハ、徳川時代ニモ亦多ク行ハレタルが如シ、(宮崎論文 中田博士、徳川時代ノ文学ニ見ヘタル和法)

明治初年以後ニ於テハ債及ヒ入替入ノ區別明瞭トナリ、債物ヲ債権者ニ引渡ス場合ニハ債及ヒ去ヘ、單ニ証書ヲ引渡ス場合ニハ債及ヒ移セリ、而シテ入替入ニ付テハ両村役吏ノ裏書引ヲ必要トシ以テ公示方法トセリ、其後債及ヒ入替ノ規則少カラズ、現行法ニ及ヒ明ニ公示主義及ヒ特定主義ヲ採リ、近世法ノ原則ヲ採用セリ、

債ノ目的物ニ付キテモ亦沿革變遷ヲ見タリ、即チ初メニ在リテハ債ノ目的物タリ得ルモノハ有体物ニ限リシカ、近世ニ於テハ債權其他ノ權利ヲ目的トスル債ヲ認ムルニ至レリ

債權、假令債權ト債權トノ千原ニ付キテモ亦各國ノ立法例ニヨリ多少ノ差異アリ、即チローマ法、仏法、我民法ニ於ケル債權ハ常ニ必ズ債權

担保ノ目的ヲ有スルモノシテ、債權ナクシテ之等ノ權利ヲ認ムルコト
ナキモ、猶ヒ法ニハ不動産債權 (Grundschuld) ナルモノナリ、一受
ノ土地ヨリ一受ノ金額ヲ受領スル權利ヲ獨立ナル權利トシテ認ム

第二節 質權ノ本質

一、質權ハ債權ノ担保トシテ債權者又ハ第三者ヨリ受取りタルモノヲ占有
シ、且ツ其ノ物ニ付キテ他ノ債權者ニ先立チテ自己ノ債權ノ弁済ヲ受ク
ル權利ナリ (三四二条)

(1) 質權ハ担保物權ノ一ナリ
故ニ債權ナクシテ質權アルコトヲ得ス、又質權消滅セシトキハ債權
亦消滅ス、即チ質權ハ所謂附隨性ヲ有スル權利ナリ、然レドモ質權ヲ
以テ債權ノ特別ノ效力ト云フハ誤ナリ、法文ニ於テ質權者ガ質物ニ付
キテ債權ノ弁済ヲ受クルコトヲ規定スルハ決シテ質物賣却后ノ其ノ賣
得金ノ全部又ハ一部ヲ取得スル權利ヲ以テ、質權ノ效力トセンハ非

ス、質權者ハ質權ノ效力トシテ之ヲナスコトヲ得ルナリ、然シモ其ノ範
圍ハ債權ノ範圍ニ限ルベク、其ノ取得セシ範圍ニテハ債權ノ消滅ス
キコトヲ示シカタメニ「斯カル字句ヲ用キシニキス」(中島宗法一
卷九号三四頁、及ヒ民法解説七七六頁)

(2) 質權ハ當事者ノ意思表示ニヨリ發生スル担保物權ナリ、
此ノ意ニ於テ擔當權ト同ジク、留置權、先取特權ト異ル、民法ニテハ
法定質權ヲ認ム、從テ若シ諸國ノ法律ヲ通ジテ質權ノ觀念ヲ定ムレハ
此意ハ質權ノ本質ニ屬セズ

(3) 質權ノ内容タル物ノ支配ハ占有ヲナスコト、物ノ價格ノ全部又ハ一
部ヲ取得スルニ在ス

(4) 質權ハ占有ヲナス權利ヲ包含ス
我民法上質權ハ常ニ此ニシモ占有ト終始セズ、質權ノ設定ニハ常
ニ占有ノ移轉ヲ要スルモ、其ノ成立以後ニ於テハ占有ノ移轉ハ附
屬要件ナルニ止リ存續要件ニ非ス、乍然質權者ハ常ニ占有ヲテス
權利ヲ有シ、所有權者ニ對シテモ質物ヲ返還スルヲ要セズ

(四) 賣權者ハ賣物ノ價格ノ全部又ハ一部ヲ取得スルノ權利ヲ有ス、之
 レ由置^レ買ル處ナリ、民法ニ於テハ所謂流賣契約ヲ認メス(二四
 九条)賣權者ハ必不適当ノ方法ニ依リ賣却ヲナシ、其ノ賣得金ノ
 全部又ハ一部ヲ取得スルヲ要ス、乍殊商法上ノ賣權(二七七)及
 上賣屋賣業法ニヨル(二一八年三月十二日法律第十四号)賣權ニ
 付キテハ流賣契約ヲ認ム、何レノ場合ニ於テモ竟單物ノ價格ノ全
 部又ハ一部ヲ取得スルコトヲ目的トシ、只其ノ方法ニ差異アルノ
 ミ、此ノ他不動産賣權ハ賣物ノ使用收益ヲナス權利ヲ包含スルモ
 之ハ金テノ賣權ニ通スル性質ニ非ザレバ賣權ノ本質ニハ屬セズ
 (四) 賣權ノ目的物ハ債務者ノ所有物タルコトヲ要セズ、亦三者モ亦債權
 者ノタメニ賣權ヲ設定シ得、之ヲ物上保証人ト云フ、(三五一条)其
 ノ對於中保ニ付キテハ保証ニ因スル規定ヲ準用ス
 賣權ハ賣物ノミヲ目的トセズ、我民法ハ並ニ法律ニ從ヒ所謂權利
 賣却認ム、其ノ準用ニ付キテハ、後ニ詳述セシム之ヲ以テ純粹ノ物件
 トスル説ハ(中島)余ノ贊成シ難キ所ナリ

第三節 賣權設定

賣權設定ノ意思表示ハ契約ナルヲ單シ、一方行為(遺言等)ニヨリ賣權
 ヲ設定スルコトヲ得ズトズルヲ通説トス、三四二条、三四四条ニヨルトキ
 ハ賣物ノ引渡ヲ以テ賣權設定ノ成立要件トスルカ故ニ通説ヲ以テ正当トセ
 シ、又實際ニ於テモ遺言ヲ以テ賣權ヲ設定スルカ如キエトハ並カレハク、
 若シ有リトセバ賣權設定ノ債務ヲ相續人ヲシテ負擔セシムルモノト解セサ
 ルヘカラス。

賣權設定契約ハ賣權設定ヲ目的トスル物權的^{物權的}意思表示ト占有ノ移轉トヲ
 要素トスル^{物權的}契約ナリ、
 (一) 物權契約(物權的^{物權的}意思表示)ノ當事者ハ賣權者タルヘキ債權者ト賣權
 設定者トナリ、其ノ契約ヲナス時期ハ必ラスシモ債權發生ト同時ナルコ
 トヲ要セズ、
 (二) 占有移轉ハ賣權設定ノ對抗要件ニ非ラズシテ成立要件ナリ、故ニ三四
 一二九

四條ハ一七六条、一七八条對シテ例外ヲナスモノナリト云ハサルヘカラス
、之實權ノ效力ハ才三者ニ對スル關係ニ於テ優先的ホ流ヲ受クルコトニ存
スルカ故ニ第三者ニ對抗シ得サル實權ヲ認ムルカ如キハ無意味ナルモノト
ナシタルモノナルヘシト云モ單ニ實權ノミニ付キテ之ヲ認メ撥當權ニ付キ
テハ登記ヲ以テ對抗要件トスルハ沿革上ノ理由ニ於ルニアラサレバ之ヲ説
明シ得ス。

占有移轉ノ方法ハ現実ノ移轉ナルヲ要セス、簡易ノ引渡(一八二条)及
一八四条ニヨル移轉ノ如キモ亦可ナリ、乍保實權設定者ヲシテ復權者ニ代
リテ後物ノ占有ヲサシムルコトヲ得サルヲ以テ(三四五)占有設定ノ方
法ニヨルヲ得ス、之レ實權設定者ヲシテ依然後物ノ占有ヲ繼續セシムルト
キハ全ク實權ヲ公示シ得サレハナリ、此ノ条文ノ解釈ニ付キテハ二說アリ
實權設定ノ當時ニ於テ占有改定ヲ許サレハコトニ付キテハ爭ナシト云モ
實權設定後後物者ノ後物ヲ復權設定者ニ返還シタルトキハ復權ハ當然消滅
スルカ或ハ對抗要件ヲ失フニ止ルカニ付キテハ議論アリ、余ハ後ノ見解ヲ
採ル(全說三篇二四四、反對川名二二九、中島八八八)、蓋シ三四五條ノ

規定スル如ク實權設定者ヲシテ實權者ノタメニ代理占有ヲナシムルモ之
レニヨリテ實權者カ占有ヲナシツ、アリト云フコトヲ得サル旨ヲ規定スル
ニ止リ、而シテ實權成立以後ニ於テハ後令實權者ガ全然占有ヲナサ、ルモ
單ニ對抗要件ヲ有セサルニ止リ絕對ニ消滅スルニ非ラザレハナリ。
後權ハ數次行為ニヨルノ以テ又相続、讓渡、取得時效、即時取得ニヨリテ
取得シ得ルコト勿論ナリ、此處ハ說明ヲ要セズ。

第四節 實權ノ目的物

一六 實權ノ目的物タルニ通スルモノハ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ(一三四
二条)

民法上ノ實權ハ買賣權ヲ包含スルヲ以テ讓渡スルコトヲ得ザルモノヲ
目的トスルコトヲ得サルハ明ナリ、又流質ヲ許ス實權ニ於テモ實權者ニ
於テ後物ノ所有權ヲ取得シ得ヘキコトヲ要スルヲ以テ其目的物ハ又讓渡
性ヲ備フルコトヲ要ス。

二、讓渡スルモノヲ得ナル物トハ法律上所有權ノ移轉ヲ禁セザレタル物
 多ク、法律上當然所有權ノ目的トナリ得ザルモノハ亦同ヨリ所有權ヲ
 移轉シ得ザルモノナルガ、此処ニ去ク讓渡スルコトヲ得ザル物ハ非ラ
 入、且シテ所有權ノ目的トナリ得ザルモノニ於テハ、其債權成立ノ要件
 ヲ及ケハナリ、所有權ノ移轉ヲ禁セザレタル物ハ其ノ數少カラス、
 一世襲財、特別保護建造物及凶器(古社寺保存法五)阿片煙及其吸食器
 (刑一四〇条)、猥褻ノ文書圖画(刑一七五)ノ如キハ其ノ重要ナルモ
 ナリ、民法上差押ヲ禁シタル物(民訴五七〇条)ハ必スシテ讓渡ヲ
 禁ジタル物ニ非ラス、差押ノ禁止ハ所有者ノ意思ヲ拘ハラス又債權者ニ
 於テ強制的ニ所有權ヲ移轉セシムルコトヲ禁スル物故、コレニヨリテ當
 然所有權ノ意思ニ基キテ之ヲ讓渡スルコトモ亦禁止サルト云フコト能
 ハス、強制執行ノタメニ差押又ハ仮差押ヲ受ケタル物ハ法律上讓渡ヲ禁
 セラレタルモノニ非ラス、假令差押債權者ハ其債權才力ヲ救フ差押債
 權者ノナシタル所有權讓渡ハ差押債權者、其他ノ配当要求者ナク又債權者
 一對スル關係ニ於テ無効ナリ、從テ此範圍内ニ於テハ債權ノ設定モ亦無

効ナリト云ハサル可カラス

三、權利質ニ關シテハ三四五條ノ規定準用セラル、從テ亦讓渡スルコトヲ
 得サル權利ヲ目的トスルコトヲ得ザルハ勿論ナリ、當事者ノ意思表示ニ
 エリテ讓渡ヲ禁シタル債權モ亦讓渡スルコトヲ得ザル債權ナリ、併シテ
 之讓渡禁止ハ善意ノ中ニ於テ對抗シ得ナレハ債權設定ノ當時債權者ガ善
 意ナレバ有效ニ債權成立スルモノト云フヘシ、

四、債權ノ目的物ハ設定者ノ所有物ナルコトヲ要ス(民一五條)從テ債
 權者ガ中三者ノ所有物ヲ以テ債權ノ目的物トセル場合ニハ一五條ノ要
 件ヲ備フルカ或ハ取得時効ノ要件ヲ備フルニテアサレバ債權ハ成立セズ
 、但シ債權者ガ中三者ノ承諾ヲ得テ其所有物ヲ質入シタル場合ニ於テハ
 債權成立スルモノト云ハサルヘカラス、權利質ニ付キテハ債權設定者ガ
 權利者ナルカ又ハ債權設定ヲ目的トスル必合權ヲ有スルコトヲ要ス、
 其債權ノ目的物ハ特定物ナルコトヲ要ス、集合物ヲ以テ債權ノ目的トナ
 シタル場合ニ於テハ債權者ガ債權成立スルモノト云フヘシ、
 物モ亦債權ノ目的タルコトヲ得ス、口トマテ法ニ於テハ所謂不規則債ヲ認

一三四
メシカ代替物ノ所有權ハ之ヲ債權者ニ引渡スニヨリテ移動スルモノナレ
才故ニ債權者ハ自己ノ所有物ノ上ニ債權ヲ有スルコトヲ得ス、從テ若シ
當事者ガ担保ノ目的ヲ以テ代替物ノ占有ヲ移轉セル場合ニハ先ニ敷金ニ
付テテ速ヘタルト同シク一ノ信託的無名契約ノ成立スルモノト解セザル
ヘカラス。

六、債權ノ目的物ニ關シテハ物上代位ノ原則適用セラルヘ三五。條三。四
系。

七、被物ハ主物ノ処分ニ從フ（八七系）、而シテ債權設定ハ一ノ処分ナレ
力故ニ主物ニ付キテ債權ヲ設定セルトキハ從物モ亦其債權ノ目的トナル。

第五節 擔保セラルヘク債權

一、債權ニヨリテ担保セラルヘク債權ニ付キテハ法律上何等ノ制限ナシ、
故ニ債權發生ノ原因ガ契約ナルト不法行爲ナルト又其他ノ法律上ノ原因
タルトヲ向ハス、又其債權ノ内容タル給付ノ種類ニ付キテモ何等ノ制限

ナキヲ以テ必ズシモ金銭的給付ヲ目的トスル債權ニ限ラス。

將受物ノ給付其他單純ナル作為不作爲ヲ目的トスル債權モ亦債權ニヨリ
テ担保セラル、コトヲ得、素ヨリ債權ノ実行ニヨリテ債權者ノ受クヘキ
利益ハ金銭ニ限レバ故ニ此等ノ債權ヲ債權ニヨリテ担保スレモ之ニヨリ
テ直接履行ヲナシメタルト同一ノ利益ヲ收ムルコトヲ得サレハ明ナリ、
作伴債權ハ凡テ債務不履行ノ場合ニ於テ賠償請求權ニ變ジ、而シテ賠償
請求權ハ金銭ノ支払ヲ目的トスルモノナルガ故ニ如何ナル給付ヲ目的ト
スル債權モ亦債權ニヨリテ担保セラル、コトヲ得。

金銭的債權ヲ有セサル給付ヲ目的トスル債權ニ付キテモ亦其理ヲ異ニ
セス（三三條ニニ七以下）、時効ニカ、リタル債權ハ己ニ消滅シタル債權
ナルガ故ニ之ヲ担保スルコトヲ得サルハ言ヲ俟タス、作伴民法上時効
ノ效果ハ絶對的ニ非ラザルガ故ニ時効ノ完成シタルコトヲ知リツ、尚ホ
担保權ヲ設定スル場合ニハ時効ノ利益ヲ拋棄セルモノナリト解セザルヘ
カラス。

二、條件付債權及ヒ期限付債權ヲ担保スルガタメニ債權ヲ設定シ得ルコト

キテハ學說上爭ナシ

(1)、條件付債權ニニ義アリ、或ハ條件付法律行為ヨリ直ニ生ズル期待債權ヲ云ヒ、或ハ條件成就ニヨリテ成立スヘキ債權ヲ云フ、

前者ハ条件ノ成否未定中ニ於テ當事者ノ有スル權利ナリ、之ヲ担保スルコトヲ得ヘキハ一ニ九条ノ規定スル如ナリ、反之、後者(条件成就ニヨリテ成立スベキ權利ハ未タ成立セサル權利ナリ、所謂將來ノ債權ノ一ナリ)。

(2)、期限付債權ニモ亦ニ種アリ、債權ノ履行ヲ停止スルニ止ル期限付法律行為ニ在リテハ債權ハ直ニ成立シ、單ニ履行ノミ期限ノ到来ニ羅ルナリ、故ニ此ノ期限付債權ニ對シテ債權ノ成立シ得ルハ勿論ナリ、法律行為ノ效力ノ發生ヲ停止スル期限付法律行為ニアリテハ期限到来迄ハ法律行為ハ其ノ効力ヲ生セズ、以テ債權的法律行為ニ在リテハ未タ債權成立セズ、故ノ如キ法律行為ヨリ生ズル權利ニ付キテ担保權ヲ設定シ得ルヤ否ヤノ問題ハ条件ニ付キテ決ヘタル如ト左ニ一ニ解説ス。

依託當ラ論ス

否ヤ問題ハ所謂根拠當又ハ据置擔當ノ問題トシテ近時大ニ議論セラルハ中島根拠擔當、法收三三卷ノ三号、石坂公三四卷一、四号、七号、一〇号、

(一)、將來ノ債權ノ意義

將來ノ債權トハ未タ成立セサル債權ヲ云フ、實際上最モ問題トナルハ信用開始契約(予借契約)ニ基キテ受信用者カ將來金銭借入ヲナシタル場合ヲ予想シ、其ノ負擔スルコトアルヘキ返還債務ヲ担保スルタメニ予メ債權ヲ設定スル場合ナリト云ヒ、此ノ如キ契約アル場合ニ限ラス、或ハ取消權、解除權等ノ行使アル場合ヲ予想シテ將來發生スヘキ債權ヲ担保スルコトアリ、或ハ諸種ノ原因ニヨリ損害賠償債務ヲ予メ担保スルコトアリ、要スルニ債權成立ノ原因タルヘキ法律關係ノ既ニ成立セルト否トニ拘ハラズ、苟クモ現在ニ於テ未タ債權ノ存在セザルトキハ凡テ皆將來ノ債權ナリ

(一) 設定契約ノ成立

債權設定契約ハ設定行為タル物權的行為ト占有ノ移転トヲ以テ成立ス、而シテ、設定行為ハ債權ヲ担保スルカタメニ債權ヲ設定スル債權ノ存在、債權設定ノ全意及ヒ占有ノ移転ヲ以テ其要件トスルト云ハザルハカラス、然ルニ將來ノ債權ヲ担保スルカタメニ債權ヲ設定スルニ當リテハ全意及ヒ占有ノ移転ノニ要件ヲ要スルモ債權ノ存在ト云フ者仲ハ之ヲ具ヘサルヲ以テ其ノ設定行為ガ有効ナリト云ヤノ向題ヲ生ス、古代ローマ法ニテハ法律行為ハ其ノ成立ト同時ニ效力ヲ生スルコトヲ必要トシタルヲ以テ法律行為ノ要件ハ全部同時ニ存在スルコトヲ必要トス

然レトモ己ニローマ法ニ於テモ債權ニハ既ノ原則ヲ以テ要スルモ又、法律行為ノ要件ハ漸次ニ成立スルコトヲ妨ケストモリ、近世法律ニ於テハ法律行為ハ其成立ト同時ニ其ノ效力ヲ發生スルヲ必要トセザルヲ以テ、法律行為ノ要件ノ内ニ付キテ其根本的成立要件ト效力發生要件ト

∨

ヲ分ツ、意思表示契約ニ於テハ在在意思ト其兩者ノ成立ニ必要ナル能力ヲ式トシテ其ノ法律行為成立ノ時ニ存在スルコトヲ要スルモ、意思表示以外ノ要件ハ必ラスシモ法律行為成立ノ時ニ存在スルコトヲ要セザルモノトス、故ニ所有權讓渡契約、債權讓渡契約ニ於テモ其ノ存在セザル權利ヲ目的トシタル場合ニ於テモ、法律行為其モノカ當然無効ナルニ非ラス、只權利成立シテ其メテ其効力ヲ生スルモノトス、將來ノ債權ノ担保ニ付キテモ亦其ノ理ヲ異ニセズ、設定契約其モノ、有效ナルコトハ疑ヲ容レズ。

故ニ担保權ヲ以テ當然無効トスル説(二十四年六月廿八日、東京控訴院ノ判決、但シ大審院ニテ破毀セラレタリ)、ノ條々ヘカテザルハ明ナリ(大審四年十二月三日ノ判例一七八五ヲ破毀セリ)。

(三) 設定契約ノ效力

將來ノ債權ヲ担保スルカタメニ債權、担保權ヲ設定スル契約ノ有效ナ

ルコトト述ノ如シト云モ未ク債權成立セサルカ故ニ担保權ノミ債權ニ
先立テ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤハ担保權ノ附隨性ノ關係上疑問ノ
存スル如ニ屬ス、然レモ債權成立後ニ始メテ担保權ノ成立スルモノト
ナストキハ其ノ担保權ハ債權成立以前ニ成立シタル地ノ担保權ニ優先
スルコトヲ得サレヘク、予メ債權發生ヲナシタル貸主ハ之ヲ收ムルコ
トヲ得サレニ至ルヘシ、於更債權發生以前ニ於テモ担保權契約ヨリ或
種ノ效力ヲ認メテ根拠當ヲナシタル當事者ノ意思ヲ貫徹セシメントス
ルナリ。

(4) 担保權ノ附從性ヲ否認シ債權存在セサルモ担保權ノミ存在スルコ
トヲ得ルモノト辨スル時ハ向題ハ頗ル簡單ナリ、獨ニ學者姓名々之レ
ヲ説クモ我民法上之ヲ據ルヘカラサレハ明ナリ(三四二、三六九条)
立法論トシテハ債權ヲ屬レテ物の責任ヲ認ムルコト或ハ可ナラン
(4) 附從性ノ意義ヲ広義ニ辨シ、債權存在セザルモ苟クモ債權ヲ担保
スルノ目的人存スルトキハ尚ホ附從性ノ存スルモノトシ、而シテ將
來ノ債權ニ付キテハ債權ノ發生ヲ誘起スヘキ^客親の事實例ハ信用契

約、後見、不存者ノ財産管理等ノ存スルハ之等ノ事實^客ノ生スヘキ
客觀的可能ノ存在スルモノナル故ニ等ノ債權ヲ担保スル目的モ亦華
實上存在スヘク、從テ現在ニ於テ担保權其ノモノ、成立シ得ヘキモ
ノト認ムル學說アリ(中島、三端)

此ノ説ヲ採ル論者ハ三四二条ニ於テ債權ト云フハ現在ノ債權ノミ
ナラズ將來ノ債權ヲモ包含ストナス、然レトモコノ據ルヘカラサレ
ハ明ナリ、法律ニ債權ト云ヒ債權者ト云フハ現在ノ債權、債權者ヲ
云フモノト解セサルヘカラス、又債權存在セサルモ債權ヲ担保スル
目的ノ存在スルコトヲ得ルモノトシ附隨性ノ内容ハ之ニ尽タレモノ
ト解スルモ亦誤ナリ、素ヨリ經濟上ノ牽連ハ亦發生ノ債權ト担保權
ノ間ニ成立スルコトヲ得ヘシト云モ法律上ノ牽連ハ存在スルコトヲ
得ス、而シテ担保權ニ付キテ法律ノ要求スル附從性ハ法律上ノ牽連
ナルトハ明ナリ

更ニ此説ニヨルトキハ債權發生以前ニ完全ナル担保權ノ成立スル
コトヲ認ムルモノナレバ故ニ何カ故ニ担保權者ガ直ニ此ノ担保權ヲ

実行スルコトヲ得サレカヲ説明スルコトヲ得ス
 (四) 借用契約ニ付キテハ受借者カ信用ヲ失ハラレバニヨリ直ニ信用使
 弊ヲ買担シテ之ヲ担保スルカクメニ債權ヲ設定スルコトヲ得ルモノト
 解スル説アリ、(横田)、其ノ誤レルコト定評アリ

(二) 條件附担保契約説

將來ノ債權ヲ担保スルタナニ担保權ヲ設定スル契約ハ債權ノ成立
 ヲ以テ停止條件トスル担保契約ナリ、條件成就ニヨリテ担保權其ノ
 モノカ成立スルモノナルカ、其ノ條件成就以前ニ在リテモ所謂期待
 權タル條件付担保權ヲ生スルカ故ニ、抵当權ニアリテハ其ノ登記
 ヲナスヲ得ヘク、又動産質權ニアリテモ占有ノ移轉ヲナシタルトキ
 ハ、期待權者ハ一ニ六条ノ規定ニヨリテ、完全ニ法律上ノ保護ヲ受ク
 ルコトヲ得ヘキモノトス(富井博士四六頁、岡松博士内外論叢)

(六) 法定條件説

債權ノ存在ハ担保權設定契約カ效力ヲ生スル法定要件ナリ
 (Causality thesis) 故ニ之ヲ真正ノ條件トナスコトヲ得ス、然レ
 トモ法定條件成否未定中ニ於テモ法律行為其ノモノハ己ニ成立シ而
 テ法定條件ノ成立ニヨリテ當事者カ權利ヲ取得スル希望ヲ有スルコ
 トハ條件付法律行為ニ於ケルト同シク同一ナル故期待權一箇スル民法
 一ニ八条、一ニ九条ノ規定ハ之ヲ法定條件ノ成否未定中ニ於ケル當時
 者向ノ法律關係ニ適用スルコトヲ要シ、從テ本文ノ場合ニ於テハ債
 權又ハ抵当權ノ取得ヲ目的トスル一種ノ期待權ヲ生ジ、此ノ期待權
 ハ一ニ九条ノ規定ニヨリテ本登記ヲナシ得ヘキモノトスル説アリ、
 (石坂)

以上數説中ニテ余ハ條件付設定契約説ヲ以テ最モ正確ヲ得タルモ
 ノト考フ、此ノ説ニ對スルニ三ツル非難ハ法定條件ヲ以テ條件トナス
 ヲ得ストコトヲ存スト虽モ(三浦、石坂、中島)、之法定條件中ニ

(四)、條件付債權ヲ担保スルカタニ担保權ヲ設定シタルトキハ其担保
設定契約ソノモノモ亦同一ノ條件ニ係ルモノト解スヘシ、將來ノ債權
ナル期限付債權ヲ担保シタルトキハ担保權設定契約モ亦期限ニカ、
ルモノト解セサルヘカラス

第六節 質權ノ效力

第一 款 質權者ノ權利

一、質權ノ担保スル債權ノ範圍
質權ハ設定行為ニ別段ノ定メアル場合ヲ除キテ元本、利息、違約金、
質權実行ノ費用、質物保管ノ費用及ヒ破弊不履行又ハ質物ノ隠レタル
瑕疵ニヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ担保スヘシ(三四五)
即チ主タル債權及ヒ之ニ從タル債權ノ外質物ト直接チル關係ヲ有スル
モノナリ。

(一)、元本ト云フハ債權設定契約ニヨリテ担保セントシタル債權其モノ
ヲ云フ、

而シテ其債權ハ必ラスシモ利息ヲ生スルモノニ限ラサルカ故、然ルニ
元本ト云フヲ民法ニ係ニ於ケルトモ之ニシテ果實ニ對スル關係ニ於テ之
使用シタルモノト解シ、金銭的物給付及ヒ代替物ヲ目的トスルモノ、
ミニ限ラントスルハ誤ナリ。

(二)、利息ト云フハ法定利息及ビ約定利息ヲ包含ス、素ヨリ質權法ノ原
則上利息ヲ附スヘキ場合ニ於テ其利息債權ハ元本債權ノ擴張トシテ
担保ノ目的トナルコトヲ云フニスキス

(三)、違約金ハ予定賠償額タル性質ヲ有スルト否トテ問ハス担保ノ目的
トナル

(四)、質權実行費用ハ主タル債權ノ擴張ニハ非ラサントモ之レト密接ナ
ル關係ヲ有シ、又質權ヲシテ此ノ費用請求權ヲモ担保セシムルニ非
ラサレハ質權ノ效力ヲ全フスルコトヲ得サルカ故、法律ハ特ニ之ヲ
担保ノ目的ノ中ニ加ヘタリ、而シテ質權実行ノ費用中ニハ質權費用

ノ外尚債權取立ノ費用、債物評價ノ費用等アモ包含スルカ故ニ競賣
法一五ノ外ニ特ニ此ノ規定ヲ掲クルノ要アレナリ。

(5) 債物保存ノ費用

債權者ハ保存費及ニ有益費ニツキテ債還請求權ヲ有ス(三五〇条
、二九九条)然レトモ債權ニヨリテ担保セラル、モノハ保存費用ニ
限レリ。

(6) 債務不履行ニヨリテ生シタル損害賠償

債務者ノ履行遲滞ニヨリテ生シタル損害賠償請求權ハ元本債
務ノ擴張ト見ルヘク、又債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ履行不
能ニ基テ損害賠償請求權ハ元本債權下全一ノ債權ト認ムヘキモノナ
ルカ故ニ兩者共ニ担保ノ目的ニ屬スルナリ。

(7) 質物ノ隠レタル瑕疵ニヨリテ生シタル損害賠償

此ノ請求權ハ元本債權ノ擴張トスヘキモノニ非ラサレトモ止ト處
掛ナル關係ヲ有スルカ故ニ亦担保ノ目的ニ屬ス。
以上述ヘシ原則ハ少シ者カ債權ヲ設定シタル場合ニ於テモ亦其適用

ヲ見ルコト勿論ナリ、然レトモ規定ハ勿論強行法ニ非ラサル故少シ者
ガ反對ノ特約ヲナシタル場合ニハ是レニ從ハサルヘカラス、而シテ債
權設定以後ノ契約ニヨリテ債權者及債務者ガ債權ノ態様ヲ變ジ、例ヘ
ハ無利息債權ヲ變シテ利息ヲ生スベキ債權トナシタルカ如キ場合ニ於
テハ少シ者ハ債權設定當時ニ於ケル債權ヲ標準トシテ債權ヲ設定スル
意思ヲ有シタルコト明ナルカ故ニ新ナル法律行為ニヨル債權ノ擴張ハ
少シ者(債權設定者タル)ニ對シテハ何等ノ影響ヲ生セサルモノト解
セサルヘカラス、之レ恰モ保証契約成立以後ニ於ケル當事者ノ契約ニ
ヨル債權ノ擴張ハ保証人ニ對シテ何等ノ影響ヲキトセ一ナリ。

二、占有權

債權者ハ債物ノ所持ヲ有スルノミナラス自己ノためニ思フ以
テ之レヲ所持スルモノナルカ故ニ債物ノ占有權ヲ有スルコト明ナリ、
但シ債權者ハ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲナスモノニ非ラス、又畢竟債權

設定者ニ目的物ヲ返還スヘキ法律關係ニ於テ債物ヲ占有スルモノナリ、故ニ自己ノタメニ他主占有ヲナスト同時ニ債權設定者ノタメニ代理占有ヲナスモノト云ハサルヘラス。

三、留置權

債權者ハ債權ノ弁済ヲ受クル迄債物ヲ留置スル權利ヲ有ス（三四七条）
債權者ハ上述ノ如ク占有種ヲ有シ且ツ優先的弁済ヲ受クル權利ヲ有スルカ故ニ弁済ヲ受クル迄債物ノ占有ヲ繼續スル權利ヲ有スルコトハ殆ント言フ俟タザルカ如シトモ債權ノ弁済期以後ニ於テ債權者カ直ニ債權ヲ実行セサルトキハ尚ホ引継キ債物ヲ留置スル權利ヲ有スルヤ否ヤ多少疑問ナル故民法ハ殊ニ此ノ規定ヲ置ク而シテ此ノ規定アルノ結果トシテ債權者ハ弁済期以後ニ於テモ債權ヲ実行スルカ或ハ債物ヲ返還スルカニ途何レカヲ選フ必要ナク債權ヲ実行セサレモ尚ホ引継

キ債物ヲ留置スルコトヲ得ルモノトス、然シ債權者ノ留置權ハ一般ノ留置權ニ比スルトキハ稍弱ナリ、即チ自己ニ對シテ優先權ヲ有スル債權者ニハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス。

四、優先的弁済ヲ受クル權利

（一）債權ノ全部又ハ一部ノ履行セラレサル場合ニ於テ債權者ハ其目的物ニ付テ優先的弁済ヲ受クル權利ヲ有ス、之即チ債權ノ本体ヲナスモノニシテ已ニ述ヘタルカ如シ、其ノ要件トシテハ債權ノ全部又ハ一部ニ付テ債務不履行ノ存スルコトヲ要ス、從テ弁済期以前ニハ債權者ハ債權ヲ実行スルコトヲ得ス、又履行遑滞又履行不能ニ付テ債權者ニ過失ナキトキハ債權ヲ実行シ得サルモノト解セサルヘカラス、債權者受領遑滞ニ在ル場合ニ於テハ債務者ハ債務ノ不履行ヨリ生スヘキ一切ノ債務ヲ免ル、モノ故債權者ハ債權ヲ実行スルコトヲ得

四、優先的集済ヲ受クル方法ハ即チ債權実行ノ方法ナリ、而シテ各個ノ債權実行方法ニハ多少ノ差異アルモ競賣ノ方法ニヨルヲ以テ原則トス

(4)、債權者ハ民事ノ規定ニ從ヒ其債權ニ付キ給付ノ訴ヲ提起シ確定判決其他ノ債權者ニ基キテ債權者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲナスコトヲ得、而シテ其ノ強制執行ヲナスニ當リテハ素ヨリ債權者以外ノ財産ニ對シテ先ツ強制執行ヲナサントスルニ當リ債權者ハ先ツ債權ニ付キテ債權ノ満足ヲ受テヘキ旨ヲ理由トシテ抗弁ヲナシ得ヘキカ、外國ノ法例ニ於テハ或ハ此ノ如キ抗弁權ヲ認ムルコトナキニ非ス、然ルニ我法典ハ特ニ之ヲ規定スルコトナキヲ以テ合一ニ解スヘカラス、

債權者ハ債權者トシテ普通ニ有スル權利ノ外ニ特ニ債權者有スル者ニシテ債權者有スルガ故ニ其債權者トシテ普通ニ有スル權利ヲ制限セラルヘキモノニ非ラス、又立法論トシテモ債權設立契約

ヲ以テ一種ノ物的有限責任ヲ定ムルモノトシ或ハ強制執行ノ順序ニ付キテ一定ノ制限ヲ定ムルモノトナスハ債權ノ效力ヲ削弱ナラシムルモノニシテ正当ナルモノト云フヲ得ス、但シ債權營業法ニヨル債權ニ於テハ流債ヲ以テ本則トスルモノニシテ當事者ハ債權者ヲ以テ責任ノ限度トスル一種ノ物的有限責任ヲ定ムルヲ得ルノミナラス法律ニハ特ニ規定ナシトモ此ノ如ク認ムル慣習法ノ存在スルコト疑ナシヲ以テ債權營業者ハ債權者ノ他ノ財産ニ關シテハ強制執行ヲナスコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス

(4) 債權者ハ民事法ニヨル強制執行ノ手續ニ依ラス、直接債權者モノニ基キ債權ノ競賣ヲナサシメ賣得金ニツキ優先集済ヲ受クル權利ヲ有ス、之ヲ諸國立法ノ等シク認ムル純ニシテハ國民一ニニハ、佛ニ一ハナシ、我國ニテハ民法上直接ニ規定スルモ三三九三五四等ニヨリテ間接ニ其ノ主旨ヲ窺フコトヲ得ヘク又競賣法三三ニニ確等ニ徴スレハ我民法ハ亦債權者ノ競賣權ヲ認ムルコト疑フ容トス

債権者
債権者
債権者

債物競賣ノ方法ハ動産ト不動産トニヨリテ差異アリ、動産ニ
リテハ執達吏ニ委任シテ之ヲナサシメ不動産ニアリテハ債権者ノ
申立ニヨリ裁判所之ヲナス、然レノ場合ニ於テモ競賣ニ於テ
債主ノ地位ニ立ツモノハ債権者ナリ、執達吏及ヒ裁判所ハ債権者
ノ代理人トナルモノニシテ兼テ自ラ賣主タルノ權利ト義務トヲ
有スルモノニ非ラス又債権者ハ債務者又ハ債權設定者ノ名ニ於テ
競賣ヲナスモノニ非ス、自己ノ名ニ於テ他人ノ所有物ヲ賣却スル
モノナリ、或ハ代理人ニ非スシテ他人ノ所有物ヲ処分シ得ルモノ
疑ヲ抱クモノアルカ如シト屆モ債權設定契約ニ於テ所有者自ラ其
所有物ノ処分權ヲ債権者ニ付シ法律亦此ノ処分權ヲ認ムルモノナル
カ故ニ債権者カ自己ノ名ニ於テ他人ノ所有物ヲ賣却スル權利ヲ有
スルモ理論上怪ムニ足ラス。

債権者カ自己ノ名ニ於テ競賣ヲ爲スノ結果トシテ競賣ノ結果債
主タル權利義務ヲ有スルハ債権者自身ナリ、債権者ハ賣得金ヨリ
自己ノ債權額ニ相当スル金額ヲ受領スル權利ヲ有シ又買主ニ對シ

テ瑕疵担保及違棄担保ノ責ニ任ス、

(イ)、債権者ハ債務ノ并濟期以後債務者又ハ債權設定者トナシタル契
約ニ依リ、代物并濟トシテ賣物ノ所有權ヲ取得スル事ヲ妨ケス
然レ凡設実行爲又ハ并濟期以前ノ契約ニ依リ并濟トシテ債権者ニ賣
物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メサル方法ニヨリテ賣物ヲ処分
セシムルコトヲ約スル事ヲ得ス(三四九条)之即テ流質契約ヲ禁止ス
ルモノナリ、債権者カ債務者ノ窮境ヲ利用シテ不當ナル利益ヲ受クル
コトナカラシメントシタルナリ、然レシコノ規定ハ、前述ノ如ク商法及
債權營業法ニヨリテ著大ナル制限ヲ受テ其ノ效力極メテ少ナルノ
ミナラス立法論トシテハ、彼ノ利息制限法ト左シテ近時頗ル其ノ當否
ヲ疑ハル、モノナリ、ムシロ概括的ニ此ノ如キ契約ヲ無効トスルコト
ナク固々ノ契約ノ内容カ公序良俗ニ反スル場合ニ付キ之ヲ無効トスル
ヲ以テ是レリトスヘシ

漫然經濟上ノ弱者ヲ保護セントスル概括的規定ヲ設タルトキハ金銭
融通ノ方法ヲ困難ナラシメ法律ノ保護セント欲シタルモノヲ却テ困難

ヲ感セシムルコトナキニテス、
 三、流質契約ト牽連シテ研究ヲ要スルモノハ夫ノ賣渡極当ナリ、
 逆亦ノ法律ハ動産極当ヲ認メス、又動産ニ付キテ質權ヲ設定スルカ
 タメニハ動産ノ右有ヲ移転スルコトヲ要スルカ故ニ動産ノ性質上右
 ヲ移転スルコトニヨリテ財産的價値ヲ減少スルモノ又ハ債權者ノ専
 上ノ他ノ事情ニヨリテ占有ヲ移轉スルコトヲ使トセテモノニアリ
 アハ事實上質權ヲ設定スルコトヲ得ス、於是出賣者ハ一定ノ条件ノ下
 ニ動産ノ所有權ヲ移轉シ債權ノ系濟アツクハ債權者ハ終局ニソノ所
 有權ヲ取得スルモノトシテ經濟上担保ノ目的ヲ達セントスルコトハ
 際ノ必要ニ基キ極ニ於テ行ハル、所ニシテ後因ニテモ近時漸ク盛ニ
 行ハル、傾向アリ、然レトモソノ法律上ノ效力ニ關シテハ概ニアリテ
 毛之ニアリテモ般ニ議論ノ存スル所ナリ(橋本、賣渡極當、動産極當
 石坂、三瀧、担保極權法 二九七丁)

(10) 賣渡極當ノ方法

賣渡極當ノ方法ニハ數種アリ、或ハ買渡契約款付賣買ノ方法ヲ以テ
 行ハル、トアリ、即チ債權者ハ担保ノ目的ニ供スヘキモノヲ債權
 者ニ賣却シテソノ代金請求權ト債權トヲ相殺シ而シテ以テ買渡極當
 ニヨリテ爾後一定ノ期間内ニ代金ヲ依スルトキハソノ目的物ヲ買渡
 シ得ルモノトスルモノナリ、或ハ之ト類似スルモノ買渡契約款付賣買
 トナサズ普通ノ賣買ト同時ニ買渡極當ノ予約ヲナスコトアリ、
 前者ニアリテハ買渡極當ノ行使ニヨリテ当然所有物返還請求權ヲ成
 立セシムルカ故者ニアリテハ予約ニ基キ再賣買契約ノ締結ヲナスニ
 ヨリテソノ賣買契約ニヨリテ初メテ所有權移轉請求權ヲ生ズルモノ
 ナルカ故ニ兩者ノ間ニ多少差異アリ、先賣買ト云フ債權的契約ヲナシ
 之ニ基キテ債權者所有權ヲ移轉スルハ後述スル信託行為ト異ナリ所
 ナリ、而シテ出賣者力止等ノ方法ニヨル意思ヲ有スルトキハ經濟上

ニ於テハ担保ノ目的ニ出ルヤ否ヤヲ由ハス、法律上ニ於テハ法律ノ明カニ認メ居ル買戻約款付買戻又ハ旧買戻ノ予約ト何等異ル所ナキヲ以テソノ有效ナルロト殆ト疑ヲ容レズ、

賣渡担保ニ付キテ最モ辯論ノ存スルハ買戻ノ如キ債権的行動ヲナスコトナクシテ直接ニ債権ヲ担保スル目的ヲ以テ所有權ヲ讓渡スル場合トナリ、

而シテソノ方法ハ又二種ニ分ツコトヲ得ヘシ

一ノ方法ハ先済ヲナサ、レハト云フ停止条件又ハ先済ヲナサハト云フ解除条件ヲ附シテ所有權ヲ移転スルコトアリ得ヘシ然レトモユノ方法ハ實際上之ヲ行ハナルモノノ如ク未ダ判例ニ上リシコトナシ、

尤モノ方法ハ當時者相互間ニ於テハ所有權ヲ移転セス、只オモ者ニ對スル對外關係ニ於テノミ所有權ヲ移転スルモノトナリ之ヲ物件的信託行為ト云フコトヲ得ヘシ

オモノ方法ハ絕對ニ所有權ヲ移轉スルモノ内部關係ニ於テハ債權者

ハソノ所有權ヲ担保ノ目的ニ使用スルノ債權者及ヒ先済アラハ之ヲ債權者ニ返還スヘキ債權ヲ負擔スルモノトナリ、之ヲ債権的信託行為ト稱シテ可ナリ、

而シテユノ種ノ二者ハ夫ニ担保ノ目的ニ出テタルニ拘ラス、債權者ヲ信任シテ担保ノ目的ニ超過シタル法律上ノ手段即チ所有權移轉ノ方法ヲ採ルモノナルカ故ニ信託行為ニ屬スルモノトス、

(四) 賣渡担保ノ效力

買戻約款付買戻又ハ再買戻ノ予約ニヨリ賣渡担保カ有效ナルコトハ殆ト疑ヲ容レサルカ故ニ速ヘス、信託行為ノ方法ニヨリ賣渡担保ニ付キテハ頗ル議論ノ存スル所ナリ、

(a) 無効説

一六。
信託行為タル債權担保ヲ以テ無効ナリトスル説ニニ派アリ一ハ
凡テノ信託行為ヲ以テ虚偽表示ナリトスル學説ニシテ皆テ我大審
院モコノ説ヲ採リタルコトアルモ後ニ多數學者ノ所説ニ從ヒテ之
ヲ改メタリ

固ヨリ債權担保ノ效果意思ヲ有スルニ拘ラズ所有權移轉ノ表示
行為ヲチキストキハ心裡留保又ハ虚偽表示ナルコト疑ナシト雖モ經
済上債權担保ノ目的ヲ有スルコト、法律上担保權設定ノ意思ヲ有
スルコトハ明カニシテ區別スルコトヲ要スルコトニシテ經濟上担
保ノ目的ヲ有スル場合ニ於テモ法律上如何ナル、效果意思ヲ有ス
ルヤハ當事者カ如何ナル法律上ノ效果ヲ発生セシメントスルノ意
思ヲ有シタルカニヨリテ決定セラレザルヘカラス
而シテ信託行為ニアリテハ經濟上ノ目的ト全然一致スルコトナ
キ法律上ノ效果ヲ発生セシメントシテソノ一致セザル處ニ關シテハ
被信託者ノ信用ニ一任セントスルモノナルカ故ニ當事者ノ經濟上
ノ目的トソノ法律上ノ效果意思トノ全然一致スルコトナキハ固ヨ

リ当然ナリ、依テテ經濟上ノ目的ノミヲ觀察シテ法律上ノ效果意思ノ存否
ヲ決定スヘカラザルハ言フ俟ラス

無効説ノ筋ニハ賣渡担保ヲ以テ取付行為ナリトスルモノナリ、成固ニ於
テ松本、三橋氏之ヲ採ル、コノ論者ハ信託行為ヲ以テ常ニ無効ナリトスル
ニアラザレトモ信託行為ノ内容ヲ直接ニ禁止スルカ又ハ間接ニ禁
止スル未細クバヤトスル所諸説流行ナリトスルハ無効ナリトス、而シ
テ民法ハ動産担保ヲ禁止スルモノトシテ故賣買担保ハコノ禁止法ニ對スル既
法行為ナリ、又民法ハ拘束契約ヲ禁止スルヲ以テ賣渡担保ハコノ禁ニ於テ
別無法律行為ナリトスルモノナリ

コノ無効説ハ最も有力ナル説ナレトモ余ハコノ説ニ從ハズ素ヨリ民法ハ
動産担保ヲ禁止シテ賣買ノ設定ニハ所有ノ移轉ヲ必要トナシ居ルモ所賣渡
担保ハ担保ノ名ヲ有スルニ止マリ法律上所云担保ヲ設定セントスルハ
ヤラス、又素ヨリ賣買ノモノヲ設定セントスルモノニモアラザル故賣買
ニ關スル民法ハ發行規定ニ違反スルモノト云フコトヲ得ス、抑々所賣渡法
行為ノ無効ナリト解セザルハ直接ニ禁止法ニ違反スルモノト云フコトヲ得ス、抑々所賣渡法
行為ノ無効ナリト解セザルハ直接ニ禁止法ニ違反スルモノト云フコトヲ得ス、抑々所賣渡法

禁止セル事項ヲ明ニ法律ニ禁止スル終ニ異リタル方法ニヨリテ實現スル
コトヲ目的トスルガ故ナリ故ニ及テノ禁止法ニ對シテ無効ナル脱法行為ヲ
深ムルハ解款ノ當ラ得タルモノニアラス、禁止法ニハソノ當該ノ方法ニヨ
リテ當該ノ目的ヲ達スルコトヲ禁止スルモノアリ、又如何ナル方法ニヨル
ヲ向ハス一途ノ目的ヲ達スルコトヲ禁止スルモノアリ、而シテ法律ノ表面
上規定スル所ニヨレハ又一途ノ方法ニヨリテ一途ノ結果ヲ生スルコトヲ禁
止スルモ法律ノ精神ハソノ一途ノ方法ニ限ラズ如何ナル方法ニヨリテモソ
ノ結果ヲ生スルコトヲ禁止スルニ併スルトモハ但シ方法ニヨリテコソ結果
ヲ生セシメントスル法律行為也即チ無効ナル脱法行為トナルモノナリ。
今動産抵当ニ付テ之ヲ見ルニ民法ハ動産ニソシテ抵当欲ヲ禁止スルニ
止マリ又動産ニ付テ担保権ヲ設定セントセハ占有ヲ移転スルコトヲ要ス
ルモノトスルニ止マル、然レトモソノ主旨トスル所ハ單ニ抵当欲スル担保
物權ヲ設定スル場合ニ限ラス、廣ク占有ヲ移転セシメテ動産ヲ担保ノ目的
ニ供スルコトヲ禁止セントスルニ存スルナリ、賣渡抵当ヲ以テ脱法行為ト
スル論者ハ斯ノ如ク解スルナリ

設シテナカラ余ハ疑フノ當否ヲ疑フ、民法ハ動産抵当ヲ禁止シ又賣渡ノ
設定ニ際シテハ占有ノ移轉ヲ必要トシタルハ担保物權行為ノタメナリ、担保
物權ハ第三者ニ影響スルコト甚ク大ナル力故ニ斯ノ如ク嚴格ナル公示方
法ヲ必要トシタルナリ、故一コノ規定ヲ成ク解シテ動産ヲ担保ノ目的ニ供
スル一切ノ場合ニ適用セントスルハ民法ノ精神ニ及スルモノト考フ、担保
物權行使ノ目的ノタメニ設ケラレタル規則ニ對シテ担保物權ノ設定セラルハ
場合ニ適用アルヲ以テ担保ノ目的トスルモ担保權ノ存在セサルトモ之ヲ
適用スヘカラサルナリ、或ハ又ハソノ賣渡抵当ニ於テモ債權者ハ所有權ト
シテハ物權ヲ取得シ、而シテ賣渡抵当ニマリテハ占有ノ改定ヲナスモノナ
リ故債權者カ所有權ヲ取得シテリト云フ事實ハ所持ノ事實ニヨリテ公示セ
ラル、コトヲ得ス、然テ第三者ヲ害スル快レアリト

然シテ之亦誤レリ、所有權移轉ノ場合ニ於ケルカ如ク嚴格ナル公示主
款ヲ採ラス、一七八条ニ於テ引渡ヲ以テ對抗要件トナシタルカソノ引渡
ハ所持ノ移轉ナルコトヲ要セサルハ學者ノ疑ハサルトコロナリ、而シテ賣
渡抵当ノ場合ニ於ケル所有權讓渡カ普通ノ所有權讓渡ト異ナルハ之レニ附

隨セル債權契約即チ債權者、債務者相互間ノ對入的法律關係ニスキサルナリ、此ノ如ク債權關係ノ存在スルハ第三者ニ何等ノ影響ヲモ生セサルカ故ニコノ場合ニ付キテ占有ノ改定ヲ對抗要件トスルコトカ殊ニ第三者ヲ害スルノ虞アルモノト云フコトヲ得ス。

流渡擔當ハ流渡契約ノ禁止ニ對スル脱法行為ニアラス、流渡契約ノ禁止ハ上述ノ如ク理論上不当ナル規定ナル故之レヲ類推シテ之ニ對スル脱法行為ヲモ無効ナリトスルハ誤ナリ、又立法ノ主旨ヨリ考フルモ先ツ債權ヲ設定シテ後所有權ヲ移轉スル場合ト初メヨリ所有權移轉ノ契約ヲナス場合トハ債務者ニ其ノ危險ヲ予知セシムルノ契ニ於テ全一ナラサルカ故ニソノ一ノ場合ニ于スル禁止規定ヲ類推シテ當然他ヲ包含スルモノナリトスルハ非ナリ。

(4) 有效說

流渡擔當有效說ニモ亦二例ノ説アリ。

一ハ物權的信託行為ナリトシテ之ヲ有效トスルモノニシテ曾テ *Wesinger* ノ説ヲ岡松博士カ紹介セラレテヨリ大審院ハコノ説ヲ採ルモノ

多クノ學者ハ治ント皆之ヲ非難ス、コノ論者ハ流渡擔當ヲ以テ對外的關係ニ於テ所有權ヲ移轉スルモノニシテ債權者債務者ノ關係ニ於テハ依然債務者カ所有者ナリ、從テ債權者破産ノ場合ニハ債務者ノ所有權ニ基キテ取戻權ヲ有スルモノトスルカ相對的若ハ關係的所有權ナルモノヲ法律ノ規定ニ基カスシテ認メントスルハソノ誤レルコト明白ナリ、或ハ一七七條、一七八條ニ基キ我民法ハ之等ノ規定ニ於テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル所有權即チ一種ノ關係的所有權ヲ認ムルモノナルカ故ニ當事者ノ意思ニヨリテ關係的所有權ヲ認ムルモノ不正ニアラサルモノトス。(岡松博士)

然レトモ一七七條、一七八條ニ所有權カ對内關係ニ於テハ移轉シ對外關係ニ於テハ移轉セサルモノトナシタルニハアラス、又之等ノ規定カ広ク一般的所有權ノ所有權ヲ認メタルニアラサルハ明カナルヲ以テ當事者ノ意思ニヨリ此ノ如キ法律ノ認メサル新ナル物權ヲ設定シ得ルモノト解スルハ當ヲ得ス。

有效說ノ第一ハ債權的信託行為ノミヲ有效トスルモノナリ(中島、石)

故

余モ亦コノ説ヲ採ル、蓋シ巴ニ一言シタルカ如ク所有権譲渡ヲ終止
上担保ニ出シルノ旨ヲ債権ノ係トシテ実現セントセシトキハ此ノ如
キ信託的所有権譲渡ノ普通ノ所有権譲渡ト異ナリ所ハ附随セル債権
契約ノ一環ニ不キス、而シテ債権契約ノ内容ニ干シテハ契約自由ノ原
則行ハル、モノナルカ故ニ上述セル如ク脱法行為ニアラストセハソノ
有效ナルハ疑ヲ容レズ。

大審院ノ判例ハ当初無効説ヲ採リ久シク物权的信託行為説ヲ採リタ
ルモ最近ニ於テ稍々債権的信託行為説ノ影響ヲ受ケタルモノ、如ク先
渡抵当ハ当事者ノ種々ナル意思ヲ以テナスモノナル故ソノ内容及ヒ効
力ハ常ニ一定スルモノニアラス、当事者ノ契約ノ内容カ物权的信託行
為ナリトシテ之ヲ有效トスルヲ妨ケサレノミナラス、之ヲ債権的信託
行為ト解スルモ亦妨ケナキモノトス（大正五年七月十二日第三民事部
判決第一二輯第一二巻）、余ハコノ後説ニ対シテハ異論ナシトモ當
事者ノ意思即チ所謂事実上物权的信託行為ヲナサントスルニアル

トキハ無効トナスヘキモノト信ス。

五 轉

債

Subpignus, Pignus pignoris.
Abschaffung der Verdingung.

債権者ハソノ権利ノ存続期間内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ取戻ス
ルコトヲ得、（三四八条）

(一) 転賣者即チ債権者カソノ有スル質物ヲ以テ自ら第三者ニ対シテ負担
スル債務ノ担保ニ供スルコトハ、ローマ法以テ未結固ノ法律ノ認ムル所
ナレトモ、ソノ法律上ノ性質ニ干シテハ独ニ普通法上曠々議論アリシ
所ニシテ我民法ノ解釈上最モ議論ノ存スル問題ノ一ニ属ス。

質物質入説
転賣ヲ以テ質物ノ上ニ第一ノ質権ヲ設定スル行為トナスモノ之十
リ、即チ転賣者ノ有スル質権ノ目的ハ質物ソノモノニシテ債権又
ハ質権ニアラス、且ツコノ質権ハ第一質権者ノ有スル質権トハ異リ
第一質権者自ラ設定シタル新ナル質権ナリトス。

一六六

一六六

コノ説ハ極普通法ニハムシロ多数説ニシテ (Perrin's *Principles of the Law of Obligations*, *John F. Stille*) 我國ニ於テハ横田博士(物権法七二七条、法律評論三卷十七号)及七川名博士(要論二二〇頁)之ヲ採ル

我民法三四八条ニ於テハ債物ヲ以テ抵債トナスコトヲ得ト規定スルヲ故ニ一見コノ説ヲトルモノ、如シト云ク三五〇条ハ債権ニ干シテ第九八条ヲ準用シ從テ債物ノモノヲ以テ担保ノ用ニ供スルカタメニハ債権者ノ承諾ヲ要スルモノトナスカ故ニ法典ノ文字詳釈トシテモ三四八条ニ於テ之ニ對スル特別ヲ設ケ債権者ノ承諾ヲ要セズシテ債物ノ上ニ債権ヲ設定シ得ルモノトナシタルモノト解スルハ穩当ナラス、加之コノ説ハ諸種ノ理論上及ヒ實際上ノ欠点ヲ有スル故ニ之ニ贊成スルコトヲ得ス、即チ

第一、債物上ニ債権ヲ設定スルコトヲ得ルカタメニハ債権設定者カ処分権ヲ有スルコトヲ要ス、然ルニ債権者ハ自己ノ債権ニ付キ優先的弁済ヲ受クルカタメニ処分権ヲ有スルニ止マルカ故ニソノ範

固外ニ於テハ処分権ヲ有スルモノニテラス、而シテ債物ヲ以テ自己ノ債務ノ担保トナスハ自己ノ債権ノ実行ノためニ処分権ヲ行使スト云フコトヲ得ス、

第二、ニ抵債ヲ以テ第二債権ヲ設定スルモノトシテコノ第二債権ト第一債権トハ干渉ナキモノト解スルカ故ニ第一債権ハ第一債権ニ優先シ得サル結果トナリ抵債ヲナシタル目的ヲ達スルコトヲ得サルヘシ、又兩者併存スルモノト解スルカ故ニ理論上一方ノ消滅ノためニ他ノ一方ノ消滅スルコトナキノ結果トナリ債務者(第一債権設定者)ハ過重ノ責任ヲ負フニ至ルヘシ、

債権設定説

債権ノ上ニ債権ヲ設定スルモノナリ、一種ノ権利債ヲ設定スルモノト解スル説之ナリ、*Windelband* (*Lehrb. d. Pand. I* 323. P. *Arumad II*)ニシテ採リ仁井田博士ニシテ贊成ス、

コノ説ニ付キテハ第一説ニ違ヘシ如ク債権者カ債権設定ニ付シテ

処分権ヲ有セスト云フ非違ハナシ。然レ乍ラ債権ノ目的物ハ譲渡
シ得ルモノナルコトヲ要スルヲ以テ債権ヲ離レテ債権ヲ以テ債権
ノ目的物トナスコトハ不可能ナリト云ハサルヘカラス。即チ債権
上ノ債権者カソノ債権ヲ実行スルニ当リテハ債権売却ノ方法ニヨ
ルコトヲ要シ而シテ債権ハ債権ト離レテ之ヲ売却シ譲渡シ得サル
カ故ニ若シカ、ル債権者カ債権ト共ニソノ担保スル債権ノ上ニモ
亦債権ヲ有スルモノトナスニ非サレハ債権実行ノ方法ヲ次クニ至
ルヘシ。

(ハ) 解除条件付債権譲渡説

債権ハ債権ノ設定ニハアラス。債権者カソノ債権ヲ自己ノ債権
者ニ譲渡スルモノト解スル説之ナリ。而シテソノ譲渡ハ絶対的ニ
ハアラス。第三債権者ノ債権消滅セハ当然債権者ニ復返スヘキモ
ノトナルニヨリ解除条件付譲渡ト解スルナリ。
コノ説ハ我民法上富井氏(四七六以下法協ニ六卷ニ号) 梅氏

(四四四条)、三浦氏(三三三以下)ノ採ル所ニシテ松ニ於テハ

普通説ト認ムヘキモノ、如シ。

沿革上ノ理由ニヨリ余ハコノ説カ民法ノ解釈上極メテ有力ナリ
ト認ムルモ理論上及ヒ實際上ノ理由ニヨリ尚ホコノ説ニ左祖スル
ニ躊躇ス。

担保物権カ所云附随性ヲ有スレトハ我民法ノ解釈上疑ヲ容レ
サル所ナリ。素ヨリ担保物権ノ附随性ハ各種ノ担保物権ニ遍シテ
必スシモ一定セルモノニアラス。前置取及ヒ先取特権ニアリテハ
担保物権ハ特殊ノ債権ニ附随セルモノ故之ヲ他ノ債権ニ附着セシ
メ得サルハ言ヲ俟タス。之ニ反シテ担保権ニテリテハ三七五条ノ
規定ニヨリ附随性ノ内容カ他ノ担保物権ノ附随性ノ如ク嚴格ナラ
ス。廢債ニ付キテハ三四九条ノ外特殊ノ規定ナキモ担保権ニテス
ル三七五条ノ規定ハ担保権ニ融通性ヲ與フル實際上ノ必要ニ基ケ
ルモノナリ。素ヨリ担保権ニテスル特別ナレハ之ヲ廢止シテ債権
ノ附随性ヲ定ムヘキモノニアラス。又三四八条ハ八三三七五条ト

規定ヲ異ニスルモノナレハ法律ハ三四八条ニヨリ債権ノ附從性ヲ
 派生ニ定メテ角取ヲソノ当初担保セントシタル債権ヨリ分離シテ
 他ノ債権ニ附屬セシメ得ルコトヲ認メタルモノト解スヘカラス、
 又依令論者ノ説ニ從ヒテ債権ト共ニ債権ノ上ニ債権ヲ認ムレノ外
 債権ノ条件付譲渡ヲ認ムルト雖モ之ニヨリテ生スル取債権者ノ利
 利ハ債権者ノ設定ノ方法ニヨリ債権者ノ権利ニ比シテ違ニ薄弱
 ナルコト爭ナカ故ニカ、担保ノ方法ヲ認ムルモ之ニ債権ノ
 融通性ヲ認ムル結果トナルコトヲ得ス、如斯方法ヲ認ムルハ其際
 上ノ必要ハ絶無ト云フヘシ、要之債権タル物取トシテ單獨ニ之ヲ
 譲渡スルヲ許サ、ルモノナルニ故ニ三四八条ノミニヨリテソノ譲
 渡ヲ許シタルモノナリトスルハ解取ノ當ヲ得タルモノト云フヲ得
 ス、

(二) 債権譲渡

取債権ヲ以テ債権ト共ニ債権ヲ譲入スルモノトナスモノ之ナリ、

*Steinburg (Pant I 292)*ノ主唱スル所ニシテ我民法ニ
 テハ兩氏(民法理由)神戶氏(権利學論一〇三)及中島氏之ヲ
 採ル

債権ト共ニ債権ヲ譲入スルコトヲ得ルハ何レノ學說ヲ採ル者モ
 爭ハサル所ニシテ我民法ニ於テモ權利質殊ニ債権質ヲ認ムルカ故
 ニ如此意義ニ於ケル取債ノ有效ナルハ素ヨリ疑ヲ容レヌ、又向題
 トナルハ民法カ斯ル意義ノ取債ヲ有效トスルハ債権質ニ于スル規
 定ニヨリ当然云フヲ候タサル所ナレハ三四八条ハコノ自明ノ理ヲ
 規定セシモノト解スヘキカ、或ハコノ以外ニ於テ別種ノ取債ヲ認
 ムヘキヤコトアリ、前記ノ諸説ハ別種ノ取債ヲ認メントスルモノナ
 ルカ巴ニ述ヘシ如ク悉皆我民法ノ解釈上採リ得サレハ三四八条ハ
 債権質設定ノ方法ニヨリ取債ヲ担保ニ供スルコトハ三五〇条ニヨ
 ルニ尤ハ条ノ準用アルニ拘テス有效ナリト云フコトヲ説明的一規
 定セシモノト解スルハ外ナシ

(二) 転讓ノ要件

転讓ハ債権ヲ伴フ債権ノ上ニ債権ヲ設定スルモノナルカ故ニ債権質
設定ノ要件ノ外尚ホ次ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス。

(イ) 債権ノ存続期間内ニ於テ之ヲナスコト

即チ債権ニ存続期間アルトキハソノ満了ニヨリ転讓モ亦当然消滅
スヘク又債権カ債権ノ消滅ソノ他ノ事由ニヨリ消滅スルトキハ転讓
権モ亦消滅ス。

(ロ) 債権ノ範圍内ニ於テスルコト

転讓債権者ニ質物ノ占有ヲ移轉スルコト

之即チ法律カ質物ヲ転讓スルコトヲ得ト規定シタル所以ナレハシ
セサルヘキ不可抗力ニヨリ損失ニ付キテモ亦債権者ハソノ責任ニ任ス

(ニ) 債権者自身ノ責任ヲ以テスルコト、殊ニ転讓ヲナサ、ルトキハ生
之レ転讓ニヨリテ債権者ハ質物ヲ轉讓債権者ニ引渡スヘキモノナル
カ故ニ之ニヨリテ生シタル損害ニ付キテハ転讓債権者ニ過失ナクモ

損害賠償ノ義務ヲ負担セシメシナリ

(三) 転讓ノ效果

(イ) 転讓債権者ハ債権者ノ有スル債権ヲ取立ツルノ外尚ホソノ債権ヲモ
行使シ得、然レトモソノ要件トシテハ自己ノ債権カ弁済期ニアルノ

ミナラス債権者ノ債権モ亦弁済期ニアルヲ要ス、転讓ノ性質ニ付キ
条件附讓渡説ヲ採ル学者モ亦債権者ノ債権カ弁済期ニアルヲ要スレ

モノト解ス、然シ讓渡説ノ理論ヲ貫徹スルトキハ債権ハ原債権ヲ離
レテ新ナル債権ニ附屬セシモノ故原債権トハ何等ノ干渉ナク又新ナ

ル債権ノ弁済期ニアルヲ以テ足ルトスヘシ

(ロ) 債権者ノ債権カ履行不能等ニヨリテ消滅セシトキハ転讓債権者ノ債
権モ亦消滅セサルヲ得ス、然レトモ債権者既ニ消滅ニ於テハ債権者

ハソノ債権ノ処分権ヲ失フモノト解スルヲ正当トスルカ故ニ債権者
カ債務ノ免除ヲナシ又ハ債務ノ弁済ヲ受領シタルコトニヨリテ轉讓

債権者ノ権利ハ消滅スルコトナシ

讓渡説ヲ採ル論者ハ茲ニ云フ第一ノ結果ヲ認ムルモ第二ノ結果ヲ

認ムルモ

一七五

認ノス、然レトモ譲渡説ニコレハ質権ト第一ノ債權トハ絶縁スルモ
ノ故コノ一ノ結果ヲ認ムルヲ得サレヘシ、而シテ論者ハ債權者ノ保
護ノタメコノ結果ヲ認ムルヲ得サレハ譲渡説ノ欠点ヲ示ス、又第二
ノ結果ヲ認メサルタメ譲渡ノ效用ハ極メテ貧弱ナルハ論者モ亦之ヲ
美認ス

六、質権者ノ権利カ消滅セシトキハ第一ノ質権者ハ取戻権ニヨリテ
生シタル拘束ヲ免レテ自ラ完全ニ債權及ヒ質権ヲ行使シ得ルニ至ル
六、質権ニ付キテモ亦先取特権ニ於ケルト全シク物上代位及担保物権不可
分ノ原則行ハレ

七、質物ニ付シテ質権者カ保存費又ハ有益費ニ支出シタルトキハ其費用ノ
償還請求権ヲ有ス(三五〇、二九九条)

第二款 質権者ノ義務

一、質契約ノ結果、質権者ハ他人ノ所有物ヲ占有スルモノ故之ヲ保管シ且

ソ質権消滅ノ場合ニ之ヲ返還スルノ義務ヲ負フ、コノ義務ハ債權者ソノ
他債權設定者ニ対スル債務ニシテ質契約ニヨリ生ズル法律行為ノ結果ニ
外ナラス、故ニコノ債務ニ付スル法律ノ規定ハ普通ノ場合ニ於ケル契約
當時者ノ意思ヲ標準トシタル解款規定ナリ、當時者ハ特約ニヨリテ之ニ
変更ヲ加フルコトヲ妨ケス、質契約ハ原權ト故ニ云フ質権者ノ債務トヲ
成立セシムルモノナルカコノ兩者ハ対價的干渉ニ立ツモノニテラサレ故
質契約ヲ双務契約トナスヘカラサルハ論ヲ俟タズ、

二、質権者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ質物ヲ保管スル義務ヲ負フ(二
五〇、二九八条)

三、善良ナル管理者ノ注意ハ債權法ニ述ヘタルト全シ、民法ニ特ニコノ
注意義務ノ内容トシテ質権者カ質權設定者ノ公意ヲ得ルニテラサレト
キハ質物ヲ使用貸貸シ又ハ担保ニ供スルヲ得ルヲ規定ス、然シ使用
ノ果ニ付キテハ例外アリ、又取戻ヲ以テ質物ノ上ニ新ナル質権ヲ設定
スルモノトナス學說ニヨリハ不動産ニ付キテハ担保ノ果ニ付シテハ凡
テノ質物ニ通シクノ規定ノ適用ナキモノト云フヘシ、

(2) 債権者カコノ義務ニ違反セシトキハ債務者ハ債権ノ消滅ヲ請求シ得ルモノトス。

乍併義務違反ノ效果ハコノ点ニ止マラス債務者ノ他債権設定者ハ債務不履行ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲナスコトヲ妨ケサルモノトス。

(3) 債権者ハ債権消滅ノ場合ニ債権ヲ返還スル義務ヲ負フ。主タル債務ノ消滅シタル場合ニハ債権ハ当然消滅スル故債権者ハコノ義務ヲ負フコト勿論ナリ。乍併他ノ原因ニヨリテ債権ノ消滅セシ場合ニ於テモ若シモ債権者カ尚ホ債権ノ占有ヲ有スルトキハ又返還義務ヲ負フモノトス。

第三款 債務者ト物上保証人トノ関係

第三者カ債務者ノ債務ヲ担保センカタメ自己ノ所有物ニ付キ債権ヲ設定セントスルトキハソノ第三者ト債務者トノ間ニ保証人対債務者間ニ於ケル

ト類似ノ法律関係ヲ生ス。故ニ斯ル第三者ヲ或ハ物上保証人ト云フ。民法ハコノ法律干渉ニ付キ保証債務ニ付スル規定ヲ準用スヘキモノトシ從テ物上保証人カ債務者ノ債務ヲ免除シソノ他債務者ノ先責ヲ得シメタル場合ニハ四五九条以下ノ規定ニ從ヒテ先償権ヲ有スルモノトス。(第三五一条)

第七節 債権ノ消滅

一 債権ハ物権ニ共通ナル消滅原因ニヨリテ消滅ス。

(1) 目的物ノ滅失

目的物ノ滅失ニヨリテ債務者ソノ他債権設定者カ損害賠償請求権ヲ取得セシトキハ物上代位ノ原則ニヨリ債権ハソノ賠償請求権ノ上ニ存ス。

又目的物ノ一部カ滅失セシトキハ債権ハ不可分ノ原則ニヨリテ消滅セス。

(2) 目的物ノ没収又ハ收用

コノ場合ニモ亦物上代位ノ原則適用セラレ（收用法六五條）

13) 添付及取得時効

第三者カ之等ノ原因ニヨリ原始的ニ所有權ヲ取得セシトキハ債權モ亦消滅ス、但シ添付ノ場合ニ債權設定者カ共有者トナレトキハ債權ハソノ共有持分ノ上ニ存スヘク又賠償請求權ヲ取得セルトキハソノ請求權ノ上ニ存ス、

14) 拋棄

債權ハ財產權ナレニヨリ債權者ニ於テ任意ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得但シ之ニヨリテ第三者ノ權利ヲ侵害スヘキ場合ニハ拋棄ヲナシ得サルモノトス

15) 混同

債權ト質物ノ所有權トカ全一人ニ歸スルトキハ債權ハ混同ニヨリテ消滅スルヲ原則トス（一七九條I）、但シ債權又ハ質物カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ニハコノ限りニアラス（全條但書）
コノ外消滅時効モ亦債權ノ消滅原因ナルカ如シトモ債權及ヒ檢當

債權ハ債權ニ從タル權利ナレハ債權ト離レテ消滅時効ニカ、ルコトナシト解スルヲ正當トスヘシ（三九六條參照）、且ツ債權ノ時効期間ハ債權ニ適用サルヘキ消滅時効ノ期間ニ比シテ短オキ故債權ハ消滅時効ニヨリ消滅スルコトナキモノト云ハサレヘカラス

二、債權ハ担保物權ニ共通ナル消滅原因即チ債權ノ消滅ニヨリテ消滅ス、但シ更改ニヨリテ債權ノ消滅シタルトキハ當事者間ノ契約ニヨリテ債權ヲ新債權ニ移転シ得ヘク又第三者ノ兼得ニヨリテ債權ノ消滅セシトキハ代位ニヨリテ債權ノ存続スルコトアリ、債權者カ債權ヲ実行セシトキハソノ消滅スヘキコト勿論ナリ、

三、債權ニ特殊ナル消滅原因ハ各種ノ債權ニ特殊ナルモノナルニ止マリ債權全部ニ通スルモノナシ、
第三取得者ノ兼得及ヒ添付ハ不動産債權ニ特殊ナル消滅原因ナリ、

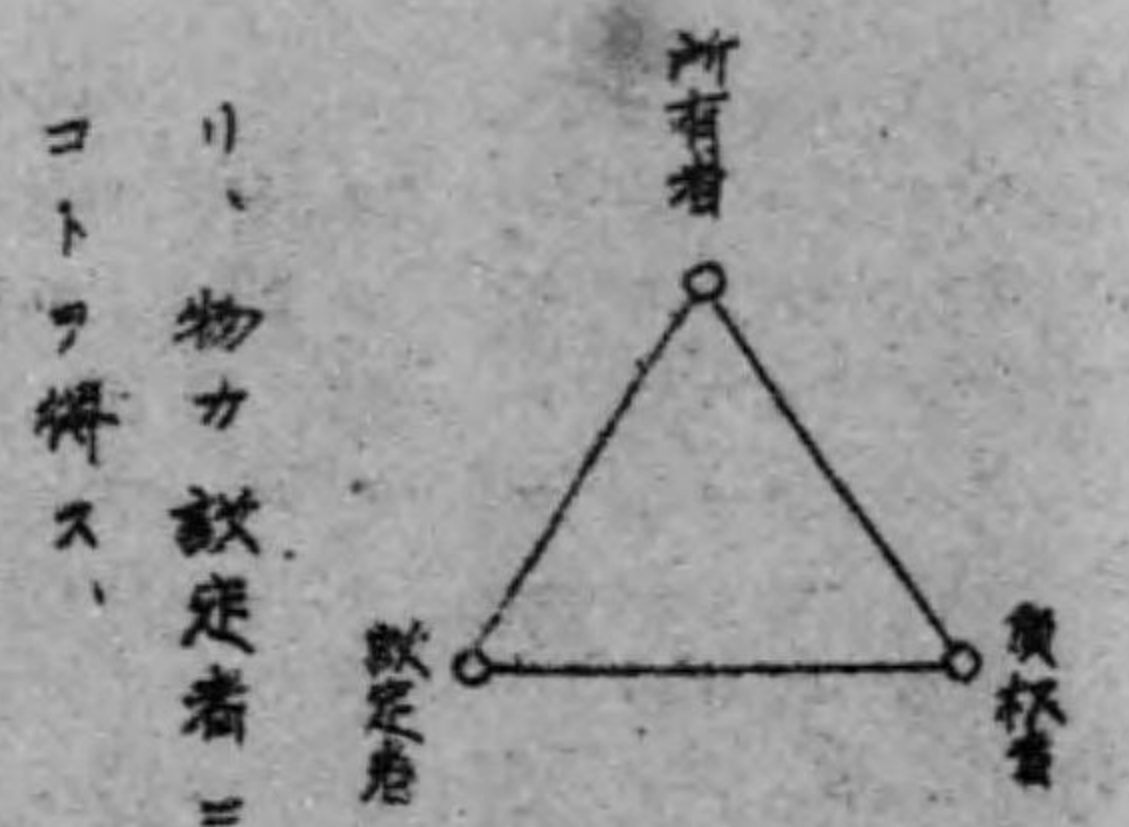
第八節 動産質

上述べシ所ハ債権一般ニ通スル原則ナリ、本節以下ニ於テハ各種ノ債権ニ特殊ナル法則ヲ述フヘシ。

第一項 動産質権ノ對抗要件

- 一、占有取得ヲ以テ質権ノ成立要件トナスコトハ動産債ニ于スル特別ニテラス、只動産債ニアリテハ債権者カ継続シテ質物ヲ占有スルニテラサレハソノ質権ヲ以テ第三者ニ対抗シ得サレトス。(五五ニ条)之レ動産債ニ付キテハ占有ヲ以テ公示方法トナサントスルノ趣旨ニ出テシモノニシテ動産債ニ于スル特別ナリ
- 二、動産質権者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回復ノ訴ニヨリテノミソノ質物ヲ回復スルコトヲ得。(三五三ニ条)コノ規定ニ于シテハ解散ノ上多少ノ疑問アリ
- (1) 債権者カ占有侵害ノ場合ニ於テ一年以内ニ占有回復ノ訴ヲ起シタル場合ニ付キテハ論ナシ、債権者カ権利ヲ有シ且ツ回復ノ結果占有ノ継続セルモノト見做スヘキハ疑ヲ容レズ(一年ヲ経過シテモ占有ノ回復ヲナサシムルヤ否ヤ向題ナリ、一年経テハ回復ノ訴権ハナクナルナリ、後述ス、裁判外ノ方法ニヨリテ回復スルモノナリ、敢テ訴ノ方法ニヨルコトヲ要セス)
- (2) 債権者カ侵害以外ノ方法ニヨリテ質物ノ占有ヲ失ヒタルトキ例ハハ詐欺ヲ受ケテ質物ヲ引渡シ又ハ質物ヲ遺失シタル場合ニ於テハ債権者ハ占有回復ノ訴権ヲ有セサルハ明ナリ、從テ債権者ハソノ質物ヲ回復シ得ルヤ否ヤハ本権ニ基キテ質物ノ返還ヲ請求シ得ルヤ否ヤニヨリテ決定セラレハナリ、而シテコノ失ニ于シテハ債権者又ハ債権設定者ニ于スル干係ト第三者ニ于スル干係トヲ區別セサルヘカラス、第三者ニ對スル干係ニ於テハ債権者ハ継続シテ質物ヲ占有スルモノニアラサレカ故ニソノ質権ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得ス、從テ占有物返還請求権ヲ有セサルモノトス、之レ三五ニ条ニヨリテ當然生スル結果ナリ、蓋シ三五ニ条ニヨレハ債権者カ占有ヲ失ヒタルトキハ常ニソノ質権ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得サレモノ、如ク解セラル、保レアルカ

一八四
 故ニ民法ハ次条(三五三系)ニ於テ占有侵奪ノ場合ニ占有回収ノ訴ヲ以テ廢物ノ返還ヲ得タルトキハ占有回収ノ訴ノ結果トシテ占有ハ繼續セルモノト見做サルハニヨリ尚ホソノ債權ヲ以テ第三者ニ対抗シ得ヘキコトヲ例外的ニ規定シタルナリ、故ニソレ以外ノ場合ニ於テハ第三者ニ対シテ占有物回収ノ請求權ヲ認メサルモノト解セサルヘカラス、債務者又ハ債權設定者ニ対スル干渉ニ於テハ債權者ハ尚ホソノ債權ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得、而シテ債權ハ占有ヲナス權利ヲ包含スルヲ以テ廢物カ債權者又ハ債權設定者ノ所持ニ存スルトキハ之カ引渡ヲ請求シ得ルコト疑ヲ容レズ、然レトモコノ請求權ノ行使ニヨリテ債權者ハ廢物ヲ回復スルモ占有回復ノ訴ニヨル場合ノ如ク占有繼續ノ真ニ付キテ法律ハ擬制ヲ設ケサルカ故ニ占有ハ繼續シタルモノト見做スコトヲ得ス、但シ事實上ソノ占有ヲ回復シタル時以後ニ對シテノミ対抗要件ヲ具フル債權者有スルニ止マルモノトス、
 債權設定者ハ所持者ニ對シテ占有回収ノ請求權ヲ有ス、四二三条ノ間接訴權ニヨリ債權設定者カ其ノ權利ヲ行使セサルトキハ債權者ハ該



定者ニ代リテ第三者ニ返還請求權ヲ行使シ得ルヤ否ヤ、債權者ハ物權ヲ取得スルモ債權ヲ取得スルコトナシ、故ニ物權設定者ノ手ニ入りタルトキニ此ノ請求權アルソレニシテ第三者ノ手ニ在ルトキハ返還請求權カ成立シ居ルヤ否ヤ不明ナリ、故ニ此場合ニ間接訴權アルコトハ疑問ナリ、
 リ、物カ設定者ニ入ルニ非ラサレハ債權者カ向テ第三者ニ請求ヲナスコトヲ得ス、

第二項 動産債權ノ実行方法

一、動産債權ニ付キテハ一般ノ債權ニツキテ存スル実行方法ノ外特殊ノ実行方法ヲ認ム、之レ動産債權ノ目的物ハ其ノ價格比較的大ナラサルヲ常トシ從テ普通ノ競売方法ニヨルコトヲ強要スルトキハ実行費用ト目的物ノ價格ト其ノ權衡ヲ失フニ至ルコトアリ、ソノ他不便少ナカラサルヲ以テ

法律ハ特ニ簡易ナル実行方法ヲ認メタルナリ、

二、動産ノ簡易ナル実行方法ハ鑑定人ノ評価シタル価格ニ於テ廢物其物ヲ以テ直ニ充済ニ充ツルコトナリ、而シテ此ノ如キ方法ニ依ルコトヲ得ルカ爲ニハ三要件ナカルヘカラス（三五四條）

(イ) 正当ノ理由存スルコト

(ロ) 裁判所ニ請求スルコト

正当ナル理由ノ存否、鑑定人ノ選定等ニ關シ裁判所ヲシテ公平ナル

判断ヲナサレムルノ必要アレハナリ

(ハ) 債務者ニ對シテ予メ其ノ請求ヲ通知スルコト

予メ請求ヲ通知スト云フハ請求ヲナスヘキコトヲ通知スルノ意味ナルヤ或ハ請求ヲ廢棄執行以前ニ通知スルヲ以テ足ルヤ解款上稍々疑問ナルヲ請求以前ニ通知ヲナスヲ要スト解スルヲ以テ正當トスヘシ、何人ニ對シテモ此ノ請求ノ通知ヲナスヘキカ債務者ト債權者ト異ナル場合ニ於テハ後者ニ通知ヲナスヘキモノト解スル說アルモ法文上及ヒ理論上前者ニ對スル通知ヲ以テ必要且ツ充分ナリト解スヘシ、蓋シ此ノ

通知ヲ必要トシタルハ債務者モ充済ヲナシ又ハ普通ノ実行方法ニ依ルヘキ理由アルコトヲ述フル機會ヲ與ヘテ簡易ノ実行方法ニヨルコトヲ得アルコトヲ得セシメンカタメナリ

第三項 動産債權ノ順位

數個ノ債權ヲ担保スルカタメニ同一目的物上ニ數個ノ債權ヲ設定シタルトキハソノ順位ハ設定ノ前後ニヨル、（三五五條）之レ等口物權ノ通則ニ從ヘルニスキス、而シテ債權ノ設定ニハ占有ノ移轉ヲ要シ動産債權ヲ以テ第三者ニ對抗セシメンカタメニハ占有ノ繼續ヲ要スルカ故ニ同一目的物ニ付キテ數人カ債權ヲ有スルハ代理占有ニヨリテ廢物ヲ有スル場合ニ於テノミ生シ得ヘキコト明カナリ、

第九節 不動産債