

383  
19

西川一男述

昭和十三年度

物權法第二部講義案全

中央大學教務課

6 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25

始



# 物權法第二部

西川 一男 述

## 總論

### 第一章 擔保物權ノ意義

擔保物權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ存立スル制限物權テアル  
之ヲ分析シテ其ノ要領ヲ説明スレハ次ノ通テアル

一、擔保物權ハ債權ヲ擔保スル目的ヲ以テ存立スル權利テアル  
債權ヲ擔保スルトハ債權ヲ確保スルト云フ意テアツテ債權ヲ確保スルトハ債權ノ辨濟ヲ確實ニ且容  
易ナラシムルト云フ義テアル

擔保物權ハ此ノ目的ヲ以テ存立スルノテアル此ノ故ニ民法ノ認ムル擔保物權ハ留置權ヲ除キ擔保權



者ハ何レモ皆其ノ目的物ノ上ニ賣却權ヲ有シ其ノ權利ノ行使トシテ目的物ヲ換價シ其ノ賣得金ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトカ出來ルノテアル留置權ニ在リテハ債權ノ辨濟ヲ受クル迄目的物ヲ留置シテ心裡のニ債務者ヲ壓迫シ自ラ債權ノ辨濟ヲ強制スルノ效用カアル、斯様ナ次第テ債權ハ確實ニ且容易ニ其ノ内容ヲ充實シテ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルノテアル

二、擔保物權ノ目的物ハ原則トシテ有體物テアル

物權ハ直接ニ特定ノ有體物ヲ支配スル權利テアル擔保物權モ亦物權ノ一種テアルカラ有體物ヲ目的トシテ存立スヘキ權利テアルコト勿論テアル然レトモ法律ハ所謂權利ノ上ノ物權ヲ認め、擔保物權ニ在リテハ財産權ヲ以テ其ノ目的ト爲スモノカアルノテアル即チ一般ノ先取特權(三〇六)權利質(三六二)及權利抵當(三六九、第二項)等カ之ニ該當スル

三、擔保物權ハ他物權ノ一種テアル

物上擔保權ハ擔保權者ニ於テ其ノ目的物ヲ留置シ又ハ其ノ目的物ニ付換價權ヲ有シ債務者其ノ他ノ者ノ協力ヲ俟タナイテ其ノ權利ヲ行フコトカ出來ルノテアルカラ直接ニ目的物ノ上ニ支配力ヲ有シ物權トシテノ本質ヲ具備スルモノト云フコトヲ得ヘキカ故ニ物上擔保權ハ物權ニ屬スルモノト稱シテ可カロウ然リ而シテ擔保物權ハ債權ヲ擔保スル目的ヲ以テ存立スル權利テアルカラ必ス他人ノ物

ノ上ニ存在スルコトヲ要シ自己ノ物ノ上ニ成立スルコトヲ得ナイノテアル、左レハ擔保物權ハ他物權ノ一種ニ屬スルコト極メテ明白テアル

四、擔保物權ハ債權ニ從タル權利テアル

擔保物權ハ前ニ述ヘタ通債權ノ辨濟ヲ確保スルカ爲ニ存立スル權利テアルカラ債權ナクシテ擔保物權ノミ單獨ニ存在スルコトヲ得ナイ必ス債權ニ從屬シテ存在スルコトヲ要スル即チ擔保物權ハ債權ノ存在ヲ前提トシテ之ト運命ヲ伴ニスル性質ヲ有スルノテアル、之ヲ擔保物權ノ附隨性ト稱スル、此ノ性質ハ之ヲ附從性ト隨伴性トノ二ツニ別チテ看ルコトカ出來ル

甲、擔保物權ノ附從性 トハ擔保物權ハ常ニ必ス債權ノ存在ヲ前提トシテ之ニ從屬シテ存在スルモノナルコトヲ云フノテアツテ此ノ附從性ヨリ來ル效果ハ次ノ通テアル

(イ) 債權カ存在セサルトキハ擔保物權ハ存立シナイ

主タル債權カ無効又ハ取消スコトヲ得ヘキ原因アリテ初ヨリ效力ヲ生セス又ハ取消サレタルトキハ擔保物權ハ存在シナイ、債權カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ擔保物權ハ自ラ其ノ存在ヲ失フヘキテアル

(ロ) 債權カ期限附又ハ條件附ナルトキハ擔保物權モ亦之ト態様ヲ同シクスル且被擔保債權ニ附著

スル各種ノ抗辯權ハ擔保物權ノ行使ニ際シテモ亦之ヲ援用スルコトカ出來ル

乙、擔保物權ノ隨伴性 トハ擔保物權ハ債權ニ伴ヒテ移轉スルコトヲ云フノテアツテ此ノ隨伴性ヨリ來ル效果ハ次ノ通テアル

債權カ移轉シタルトキハ別段ノ意思表示ナキ限り擔保物權モ亦債權ニ隨伴シテ當然移轉スルノテアル、擔保物權ニ此ノ性質具ハルヲ原則トスルモ或種ノ擔保物權(留置權及先取特權)ニ付テハ反對ノ學說アルコトヲ注意スヘキテアル

五、擔保物權ハ制限物權ノ一種ナリ

擔保物權ハ債權確保ノ目的ヲ以テ存立スル權利テアツテ唯限定セラレタル方面ニ於テノミ目的物ヲ支配スルコトヲ内容トシ所有權ノ作用ヲ制限スルモノテアルカラ制限物權ニ屬スルコト自ラ明テアル

## 第二章 法律力擔保物權ヲ認メタル理由

債權ハ特定人ニ對シテ一定ノ給付ヲ要求スル權利テアルカラ債權者ハ債務者ニ對シテ一定ノ給付ヲ要求スル權利ヲ有シ又其ノ債權ノ效力トシテ債務者ノ總財產カラ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得即チ債務者ハ自己ノ總財產ヲ以テ其ノ債務ヲ辨濟スヘキ責務ヲ負擔スルノテアル夫レ故債務者ノ總財產即チ一般財產ハ其ノ債權者ノ共同擔保ヲ成スモノト稱セラルルノテアル(舊、民、擔、一、第一項)債務者カ信義ヲ重ンシテ任意ニ給付ヲ爲スニ於テハ債權者ハ之ヲ受領シテ債權ノ辨濟ニ充テ以テ債權ノ目的ヲ達スルコトカ出來ルケレトモ債務者カ任意ニ債務ヲ履行セサル場合ニハ債權者ハ債務者ノ一般財產カラ債權ノ辨濟ヲ受クルヨリ外ニ方法カナイ即チ債權者ハ最後ノ手段トシテ債務者ノ一般財產ニ付強制執行ヲ爲シ之ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルニ過キナイノテアル、故ニ債權者カ完全ニ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ否ハ專ラ債務者ノ一般財產ノ多寡ニ繫ルモノト云ハネハナラヌ、然リ而シテ債務者ハ債務ヲ負擔シタル後ト雖自由ニ自己ノ財產ヲ處分スルコトヲ得ル而已ナラス債權ニハ其ノ效力トシテ物權ニ於ケルカ如キ追及權カ存シナイノテアルカラ債務者カ一旦其ノ財產ヲ處分シタル以上ハ最早其ノ財產ニ追隨シテ債權ノ辨濟ヲ受クルコトカ出來ナクナル、且又債

務者ハ隨時新ナル債務ヲ負擔スルコトモ在リ得ルノテアルカラ債務者ノ資産状態ハ常ニ浮動的デアツテ債權ノ安固ヲ期スルコト難シ、若シ夫レ債務者カ自己ノ權利ヲ行ハサルカ若ハ債權者ヲ害スルコトヲ知テ爲シタル法律行爲ノ如キニ在リテハ民法ハ債權者ニ代位權(四二三)及取消權(四二四)ヲ認メ債務者ノ一般財産ノ不當ニ減少スルコトヲ防止シ債權保全ノ途ヲ講シテ居ルケレトモ各債權者ハ何レモ債務者ノ一般財産ニ付辨濟ヲ受クヘキコトヲ終局ノ目的トシテ居ルノテアツテ而モ債務者ノ一般財産ニ對スル債權ノ效力ハ平等ニシテ債權ノ目的、原因又ハ種類ノ如何ヲ論セス又其ノ成立ノ時ノ前後ニ拘ラス其ノ間優劣ノ差ナキヲ原則トスルノテアルカラ債務者ノ一般財産ヲ以テ總テノ債權ヲ完済スルニ足ルトキハ格別否ラサル場合ニ在テハ債務者ノ總財産ヲ換價シ其ノ賣得金ヲ債權額ノ割合ニ應シテ各債權者ニ分配スルヨリ外ナキヲ以テ債權者ハ結局損失ヲ免レナイコトト爲リ債權ノ經濟的價値ヲ保ツコトカ出來ナクナル虞カアル

抑々信用ハ日常ノ取引ニ於テ必要缺クヘカラサルモノテアツテ債務者カ辨濟能力ヲ有シ且誠實ニ信義ヲ守ルニ於テハ債權者ハ單ニ對人信用ノミヲ基礎トシテ取引ヲ爲シ不利益ヲ被ムル惧カナイテアラウケレトモ一般取引ハ爾カク對人信用ノミニ依ルコト能ハスシテ債權ノ不安ナルコト前述ノ如キ状態ナルニ於テハ債權取引ノ安全ヲ阻害シ管ニ一個人ノ不利益デアアルニ止ラス一般經濟上ノ機能ヲ

萎縮セシメ公益上看過スヘカラサル事ニ屬スルヤ明テアル、此ノ債權ノ不安ナル状態ヲ除キ債權取引ヲ安全ニシ據テ以テ一般經濟界ヲ振起セシメ國家社會ノ需要ニ應センカ爲ニハ債權ノ鞏固ヲ圖ルニ如クハナイ債權ヲ鞏固ナラシムルニハ債權ヲ確保スルコトニ存スルノテアツテ畢竟債務者ノ總財産即チ一般財産ヲ以テスル共同擔保ノ外ニ特ニ債權ヲ確保スル方法ヲ確立スルニ在ルコト蓋シ自明ノ理デアアル、之レ現時債權確保ノ方法トシテ特別擔保ノ制行ハルル所以デアツテ之ニ依リ債權ノ辨濟ハ確實ニ且容易ニ行ハレ債權ノ鞏固ヲ保チ債權ノ經濟的價値ヲ維持スルノ效用ヲ爲スノデアアル特別擔保ニ二種アリ一ハ對人擔保ト云ヒ他ハ物上擔保ト稱ス(舊民、擔二)對人擔保ハ債務者以外ノ者カ債權ヲ擔保スルノテアツテ畢竟債務者以外ノ者ノ一般財産ヲ以テ債權ヲ擔保スル制度デアツテ保證(四四六以下)ト連帶(四三二以下)トカ其ノ主要ナルモノデアアル

物上擔保ハ債務者ノ一般(一般財産ニ付優先辨濟ヲ受クルノ特權ヲ認ム)又ハ特定ノ財産又ハ第三者ノ一定ノ財産ヲ以テ債權ヲ擔保スル制度ヲ云フノテアツテ債權者カ目的物ノ占有ヲ繼續シテ債務者ニ心裡の壓迫ヲ加ヘテ債權ノ辨濟ヲ強制スルカ若ハ債務者カ任意ニ其ノ債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ目的物ニ付其ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノデアツテ民法ノ認ムル擔保物權カ即チ其レデアアル、然ラハ對人擔保ト物上擔保トノ間ニ優劣カアルカ否ヲ案スルニ對人擔保ハ結局人ノ一般

財産ニ信用ヲ置キ物上擔保ハ其ノ目的物ノ占有ヲ繼續スルコトニ依リテ債權確保ノ效用ヲ爲スモノヲ除キ其ノ他ハ皆其ノ目的物ノ價值ニ信用ヲ置クモノテアツテ何レモ債權確保ノ效用アルコト勿論テアルカ併シ對人擔保ニ在テハ畢竟其ノ目的タル一般財産カ債權確保ノ效用ヲ爲スニ外ナラサルモノテアツテ人生ノ榮枯盛衰ハ豫メ計リ難ク其ノ資産狀態タルヤ債務者ノ場合ニ於ケルト同シク常ニ浮動的タルヲ免レナイノテアルカラ債權擔保ノ目的カ達セラルルカ否ハ一ニ繫テ其ノ債務ノ履行時期ニ於ケル其ノ一般財産ノ多寡ニ存スルモノト云フヘキテアル、從テ此ノ種ノ特別擔保ノ效用ハ時ニ消長アルモノト云ハサルヲ得ナイ

物上擔保ニ在テハ恰モ物カ債權ヲ確保スル狀態ニ在ルノテアツテ人生ノ浮沈常ナラサルカ如ク物ノ價值モ亦時ニ應シテ變動シ高低一ナラサル而已ナラス物ハ天災事變其ノ他ノ事由ニ因リテ滅失毀損スルコトナキニシモ非ステアルカラ物上擔保ノ效用亦時ニ消長アルヲ免レ難イ

此ノ如ク論シ來レハ兩者ノ間殆ト優劣カ無イ様ニ見ユルケレトモ併シ物上擔保ニ在テハ擔保權者ハ其ノ目的物ニ付自己ノ權利ヲ行フコトヲ得ル而已ナラス擔保物ノ存スル限り債權ハ常ニ確保セラレテ居リ而モ其ノ物ノ價值ノ變動若ハ滅失毀失ニ因ル危險ハ對人擔保ニ於ケル保證人又ハ連帶者ノ無資力ニ陷ル危險ニ比シ遙ニ少キコト世上ノ常態テアルカラ物上擔保ハ對人擔保ニ比シ其ノ效用優レ

ルモノト斷言スルニ憚ラナイノテアル、今日對人擔保ノ外ニ物上擔保ノ制行ハレ一般經濟上ニ重キヲ爲ス所以ハ實ニ茲ニ存スルノテアル

### 第三章 擔保物權ノ種類

一、民法ノ認ムル擔保物權ハ左ノ四種テアル  
留置權、先取特權、質權、抵當權

前ノ二者ハ法律ノ直接規定ニ依リ成立スルモノテアツテ所謂法定擔保物權ニ屬シ後ノ二者ハ當事者ノ意思ニ基キテ設定セラルヘキモノテアツテ約定擔保物權ト稱セラル

一、商法ニ於ケル擔保物權ハ商事留置權(商、四一、二八四、三一九) 商事質權(商、二七七) 海難救助者ノ先取特權(商、六五二ノ十二) 船舶債權者ノ先取特權(商、六八〇) 船舶抵當權(商、六八六) 等テアル

一、民法及商法以外ノ法律ニ於テ認ムル擔保物權ハ其ノ數頗ル多ク之ヲ列舉スルコト困難テアル其ノ主ナルモノハ例ハ

國稅及公共團體ノ租稅其ノ他徵收金ノ先取特權(國稅徵收法二、府縣制一一六第五項、市制一三二第五項、町村制一一一第五項) 質屋取締法ニ依ル質權、公益質屋法ニ依ル質權、鐵道財團(鐵道抵當法) 工場財團(工場抵當法) 鑛業財團(鑛業抵當法) 軌道財團(軌道ノ抵當ニ關スル法律) 漁

業財團(漁業財團抵當法) 等ヲ目的トスル抵當權、探掘權ヲ目的トスル抵當權(鑛業法十七) 砂鑛權ヲ目的トスル抵當權、探掘權ヲ目的トスル抵當權(鑛業法十七) 砂鑛權ヲ目的トスル抵當權(砂鑛法七) 漁業權ヲ目的トスル抵當權(漁業法七) 立木ノ抵當權(立木ニ關スル法律二) 立木ニ對スル地代ノ先取特權(立木ノ先取特權ニ關スル法律) 借地法ニ依ル地代又ハ借賃ノ先取特權(借地法一三) 農業用動產上ノ先取特權及抵當權(農業信用動產法四、一二) 等ノ如キテアル

## 第四章 擔保物權ノ共通性

擔保物權ノ特性ニ付テハ各種ノ擔保物權ヲ論スル際ニ説明スルノカ便宜テアルカラ爰ニハ擔保物權ノ共通性ヲ述フルコトトスル

一、擔保物權ノ不可分性 擔保物權ハ擔保物ノ全部ヲ以テ債權全部ヲ擔保スルモノテアル即チ擔保權者ハ被擔保債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄ハ擔保物ノ全部ニ付其ノ權利ヲ行フコトカ出來ルノテアル之ヲ擔保物權ノ不可分性ト謂フ尙詳シク云ハハ擔保物ノ各部ヲ以テ債權ノ全部ヲ擔保シ又擔保物ノ全部ヲ以テ債權ノ各部ヲ擔保スルト云フ意味テアル、此ノ不可分性ヲ認ムル規定ハ留置權ニ關シテ第二百九十六條ニ設ケ該規定ハ第三百五條ニ依リ之ヲ先取特權ニ第三百五十條ニ依リ之ヲ質權ニ第三百七十二條ニ依リ之ヲ抵當權ニ夫レ夫レ準用シテ居ル此ノ故ニ(イ)債權ノ一部カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅スルモ擔保物權ハ債權ノ消滅シタル割合ニ應シテ消滅スルコトナク(ロ)擔保物ノ一部カ滅失スルモ其ノ殘存部分ヲ以テ債權ノ全部ヲ擔保スルコトトナル、擔保物權ニ不可分性ノ存スルノハ擔保ノ效用ヲ強大ナラシムルカ爲法律ノ付與シタル効力的性質テアツテ擔保物權ノ本來ノ性質テハナイ、故ニ當事者間ノ特約ヲ以テ之ヲ排除スルコトヲ妨ケナイ

二、擔保物權ノ物上代位性 擔保物權ハ其ノ目的物カ變形シタルトキハ其ノ變形物(又代表物トモ云フ)即チ原物ニ代ル物ノ上ニ存續スルノテアル之ヲ擔保物權ノ物上代位性ト稱ス元來擔保物權ハ物ヲ基礎トシテ存立スル權利テアルカラ縱令其ノ目的物ノ賣却、滅失又ハ毀損等ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢其ノ他ノ物アリトスルモ擔保ノ效力ハ之ニ及ハサルコト理論上當然テアル、然リト雖單タ純理ニノミ捉ハルルトキハ擔保ノ效用ハ不確實且薄弱タルヲ免レナイコトニナルカラ法律ハ其ノ效用ヲ一層強大ナラシムルカ爲ニ物上代位性ヲ認ムルニ至リタルモノト謂フヘキテアル即チ此ノ物上代位性モ亦不可分性ト同シク法律ノ付與シタル効力的性質テアツテ擔保物權本來ノ性質テハナイ從テ當事者カ之ヲ排除スヘキ特約ヲ爲シタルトキハ該特約ハ有效ト云ハネハナラヌ、我民法ハ先取特權ニ關シテ物上代位性ヲ認ムル規定(三〇四)ヲ設ケ之ヲ質權(三五〇)及抵當權(三七二)ニ準用シテ居ル、此ノ三四四條ノ規定ハ留置權ニ之ヲ準用セラレナイカラ留置權ニハ物上代位性ヲ具ヘサルモノト解釋セサルヲ得ナイ蓋シ留置權ニハ目的物ニ付債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ包含セサルノミナラス現實ニ其ノ物ヲ所持スルニ依リテ擔保ノ效用ヲ完フスルカラテアル

三、擔保物權ノ附隨性 擔保物權ニ附隨性ノ存スルコトハ前ニ擔保物權ノ意義ヲ説明スル際述ヘタ



通テアル(第一章「四」ノ部參照)此ノ附隨性ハ孰レノ擔保物權ニモ具ハル共通性ト稱シテ宜シイ尤モ根抵當權其ノ他一般的ニ將來ノ債權ヲ擔保スル目的ヲ以テ存在スル擔保權ノ存スルコトハ想像スルニ難クナイケレトモ是レ又債權ノ存在ヲ前提トシテ其ノ存在ヲ肯定スルコトヲ得ヘキテアツテ全然債權ノ存在ヲ豫想セスシテ擔保權ノミ單獨ニ存在スルコトヲ考ヘ得ヘキテナイ又抵當權ハ被擔保債權ト分離シテ單獨ニ讓渡又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモ(三七五)之レ唯法律カ或限局セラレタル範圍内ニ於テノミ認メタル例外的規定ノ效果ニ外ナラスシテ抵當權ノ本質ヨリ來リタルモノト云フヘキテナイ、之ヲ要スルニ債權ハ擔保物權ノ成立及存續要件ヲ成スモノト理解スヘキテアル

## 本論

### 第一章 留置權

#### 第一節 留置權ノ性質

我民法ノ認ムル留置權ハ他人ノ物ノ占有者カ、其ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキ其ノ債權ノ辨濟ヲ受クル迄其ノ物ヲ留置スルコトヲ得ル法定擔保物權テアル(二九五)以下其ノ性質ヲ分説スル

第一、留置權ハ法律上當然發生スル擔保權テアル  
留置權ハ法律上當然發生スル擔保權テアツテ質權、抵當權ノ如ク當事者ノ契約ヲ以テ設定スルコトヲ得ヘキモノテハナイ法定要件カ具ハルト留置權ハ當然成立スルノテアル(二九五)故ニ留置權ハ法定擔保物權ノ一種ニ屬ス然ラハ法律ハ何故ニ斯カル權利ヲ認メタルカト云フニ他人ノ物ノ占有者カ其ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スル場合ニ於テ債權者ハ本來其ノ物ヲ返還スヘキ義務ヲ負フト共

ニ債務者ハ其ノ物ノ返還請求權ヲ有シ同時ニ其ノ債務ヲ辨済スヘキ義務ヲ負フ者テアル然ルニ其ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スル者カ未タ債務ノ辨済ヲ受ケサルニ拘ラス先ツ其ノ物ヲ返還セサルヘカラサルモノトセンカ相手方ハ本來ノ債務ヲ履行スルコトナクシテ獨リ自ラ満足ヲ受クルコトトナリ公平ノ觀念ニ適ササルコト明テアル此ノ故ニ法律ハ債權者カ其ノ債權ノ満足ヲ受クル迄ハ其ノ物ノ返還請求ヲ拒絶シ之ヲ抑留スルノ權利ヲ認ムルニ至リタルモノニシテ留置權存立ノ基礎ハ全ク公平ノ觀念ニ在リト謂フヘキテアル此ノ如ク留置權者ニ對シ債權ノ辨済ヲ爲スニ非サレハ其ノ物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ナイノテアルカラ留置權ハ債務者ノ心裡ニ壓迫ヲ加ヘルコトト爲リ自ラ債權ノ辨済ヲ促シ之ヲ強制スルノ作用ヲ有シ債權擔保ノ效用ヲ爲スモノト云フコトカ出來ルノテアル此ノ如ク留置權ハ法律ノ直接規定ニ依リ當然發生スル擔保權テアルケレトモ元來公平ノ觀念ニ基キ債權者ノ利益ノ爲ニ法律上認メラレタル權利テアルカラ當事者ノ特約ヲ以テ豫メ留置權ノ發生ヲ排除スルコトヲ得ルモノト解シテ可カラウ

第二、留置權ハ他人ノ物ノ上ニ存スル權利テアル

(一) 留置權ノ目的物ハ他人ノ物テアル

留置權ハ債權者自己ノ所有物ノ上ニ存立スルコトヲ得サルハ制限物權ノ性質上又民法第二百九十五

條ノ規定ニ照シテ明ナリ

留置權ノ目的物ハ他人ノ物ナルヲ以テ足レリトシ必スシモ債務者ノ所有物ナルコトヲ要シナイ我舊民法ハ留置權ハ債務者所有ノ動産又ハ不動産ノ上ニ存スルモノト爲シ(舊民、擔、九二第一項)商法第二百八十四條ノ認ムル留置權ノ目的物ハ債務者所有ノ物ナルコトヲ要スルノテアルカ第二百九十五條ハ廣ク他人ノ物云々ト規定シ何等制限的文詞ナキノミナラス債務者ノ所有物ニ限定スヘキ特殊ノ理據ナキカ故苟モ債權者以外ノ人ニ屬スル物ナル以上ハ其ノ所有者ノ債務者ナルト將タ第三者ナルトヲ問ハス留置權ノ目的物タルニ適スルモノト解スルヲ相當トスル蓋シ留置權ハ單タ其ノ目的物ノ利用權ヲ取上ケ債權ノ辨済ヲ間接ニ強制スル效用アルニ過キスシテ目的物ニ付換價權ヲ有スルモノテナイノテアルカラ其ノ物ノ所有權カ債務者ニ屬スルト將タ第三者ニ屬スルトヲ問フノ要ナケレハナリ

(二) 留置權ハ物權テアル

民法ニ於ケル留置權ハ羅馬法ニ所謂惡意ノ抗辯(Exceptio doli)ニ其ノ源ヲ發スト稱セラル、即チ羅馬法ニ於ケル惡意ノ抗辯トハ自己ノ債權ノ辨済又ハ辨済ノ提供ヲ爲サスシテ物ヲ引取ル權利ノミヲ主張スル債權者ニ對シ債務者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ル抗辯權ヲ謂フノテアツテ

此ノ時代ニ在テハ留置權ト稱スル獨立ノ物權ヲ認メタモノテハナイ佛蘭西民法ニ於テハ留置權ノ性質ヲ定メタル明文カナイ爲留置權ハ物權ナルカ否ニ付議論カ存スル併シ留置權者ハ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルハ勿論其ノ目的物ノ第三取得者又ハ其ノ他ノ物權取得者ニモ對抗スルコトヲ得ルヲ以テ物權ナリト解スルノカ通説テアル

獨逸民法ニ於ケル留置權ハ之ト異リ債權ノ特別效力ト爲シ唯債務者ニ對スル關係ニ於テノミ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スル權利ト認メラルルニ過キナイ(獨、民、二七三)

我民法ハ舊民法ト同シク留置權ヲ以テ物權ノ一種ト認メテ居ル蓋シ留置權ハ他人ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルモ他人ノ物ヲ所持スル者テアルカラ本來其ノ物ノ返還義務ヲ負フ者テアルト同時ニ債權ノ辨濟ヲ受クル迄ハ其ノ物ノ返還請求ヲ拒絶シ之ヲ抑留スル權利ヲ有スルノテアル此ノ物ノ返還請求ヲ拒絶スル權利ヲ有スル點ニ着眼シテ觀察スルトキハ對人關係ニ在ルモノト謂フコトカ出來ル之ニ反シ物ヲ抑留スル權利即チ物ノ實力支配ヲ繼續スル權利ヲ有スル點ニ立脚シテ論スルトキハ對物關係ニ在リト謂フコトカ出來ルノテアル此ノ如ク觀察ノ仕方ニ依リテ議論ノ餘地アルトコロテアルカ我民法ノ認ムル留置權ハ當ニ物ノ返還請求ヲ拒絶スルノミノ權能ニ止ラス債權ノ完済セララル迄ハ目的物ヲ抑留スルノ權能ヲ以テ其ノ内容ト爲スモノテアツテ物ノ返還請求ノ拒絶ト物ノ抑

留トハ分離シテ觀察スヘキニ非サレハ物ノ返還請求ヲ爲ス者ノ債務者タルト否トヲ問ハス留置權ヲ以テ對抗スルコトカ出來ルモノト謂ハナケレハナラナイ即チ留置權ハ他ノ一般物權ト同シク直接ニ目的物ヲ支配スル力ヲ有スルト共ニ排他的效力ヲ有スルノテアツテ物權ノ性質ヲ具有スルコト極メテ明テアル

(三) 留置權ノ目的物ハ有體物テアル

瑞西民法ニ於テハ留置スヘキ目的物ハ動産又ハ有價證券ト規定シ(瑞民法八九五第一項)我商法ノ認ムル留置權ノ目的物ハ有體物ニ限ラス有價證券ヲモ包含スレトモ(商二八四)民法第二百九十五條ハ單ニ他人ノ物ト規定スルヲ以テ唯體物ニ限リ留置權ノ目的物ト爲ルコトヲ得ヘキモノト解釋セサルヲ得ナイ尙具體的ニ云ハハ留置權ノ目的物ハ結局動産又ハ不動産ノ二種ニ歸着スルノテアル(舊民、擔、九二第一項)

(四) 留置權ノ目的物ハ讓渡性ヲ具フルコトヲ要シナイ

質權ノ目的物ハ讓渡性ヲ具フルコトヲ要シ(三四三)抵當權ノ目的物モ亦法律上明文コソナケレ讓渡スコトヲ得ヘキ物テナケレハナラナイ蓋シ質權抵當權ハ何レモ質物又ハ抵當物ヲ換價シテ其ノ賣得金ニ付債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ以テ結局ノ目的ト爲スカラテアル之ニ反シ留置權ニ在テハ本來目

的物ニ付債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ以テ目的ト爲サス單ニ債權ノ辨濟ヲ受クル迄目的物ヲ抑留シテ其ノ利用權ヲ取上ケ心裡のニ債權ノ辨濟ヲ強制スルニ過キナイノテアルカラ其ノ物タルヤ敢テ讓渡性ヲ具フルコトヲ必要トシナイ瑞西民法ニ在テハ性質上換價スルコトヲ得サル物ニ對シテハ留置權ヲ行使スルコトヲ得サル旨規定スレトモ（瑞民法八九六第一項）之レ同法ニ於テハ債務者カ其ノ義務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ留置權ヲ換價スル權利ヲ有スルカ故ニシテ（瑞民法八九八第一項）我民法ト自ラ其ノ規定ノ趣旨ヲ異ニシテ居ルノテ彼レ此レ結論ヲ同シクシナイノハ當然ト云フヘキテアル、我カ國ニ於テモ留置權ノ目的物ハ讓渡スコトヲ得ヘキ物タルコトヲ要スト爲ス學說アルコトヲ注意スヘキテアル

此ノ如ク留置權ノ目的物ハ讓渡性アルコトヲ必要トシナイノテアルカラ從テ又必スシモ經濟的價值アルコトヲ要シナイ、債務者ニ取リテ特ニ貴重ナルカ若ハ値打アル物ナルトキハ留置權ノ效用ハ一層效果的テアル何トナレハ此ノ種ノ物ハ債務者ニ於テ出來ル丈ケ速ニ返還ヲ求ムルノカ人情ノ常テアルカラテアル

(五) 留置權ハ目的物ノ占有者ニ屬スル權利テアル

留置權ハ債權ノ辨濟ヲ受クル迄留置權ノ所持ヲ繼續スルコトヲ得ル權利ニシテ其ノ物カ債權者ノ實

力支配内ニ在ルニ依リテ其ノ權利ノ内容ヲ充實スルコトヲ得ルノテアルカラ則チ留置權ハ目的物ノ所持ヲ繼續スルニ依リテ存立シ其ノ物ノ所持ヲ離レテ存在スルコトヲ得ナイ故ニ留置權ハ目的物ノ占有者ニ屬スル權利ナルコト自ラ明テアル法文ニ所謂占有者トハ物ニ對スル事實的支配ヲ爲ス者即チ單純ナル所持者ノ意義ニ解スヘク占有權成立ノ場合ニ於ケル占有ト同一ニ論スルコトヲ要シナイ何トナレハ苟モ目的物ノ上ニ事實的支配ノ存スル以上ハ自己ノ爲ニスル意思ヲ以テスルト否トヲ論セス其ノ物ニ關シテ生シタル債權ノ辨濟ヲ受クル迄其ノ所持ヲ繼續スルコトニ因リテ留置權本來ノ目的ヲ達スルコトカ出來ルカラテアル但シ一旦留置權成立シタル以上ハ留置權者ハ自己ノ爲ニ其ノ權利行使ノ意思ヲ以テ目的物ヲ所持スルニ至ルヘキカ故ニ此ノ場合ニ於ケル占有ハ單純ナル所持テハナイ以上ノ次第テアルカラ留置權存立ノ要件タル目的物ノ占有ハ單純ナル所持ヲ以テ足レリト解スヘキテアル留置權カ留置物ノ占有ヲ喪失スルニ因テ消滅スルハ實ニ此ノ理ニ基クノテアル（三〇二）

第三、留置權ハ債權ノ完済セラルル迄目的物ヲ留置スル權利テアル

留置權ハ債權ノ完済セラルル迄其ノ目的物ヲ留置スルコトヲ以テ内容トス物ヲ留置スルトハ物ノ返還請求ヲ拒絶シ物ノ所持ヲ繼續スルコトヲ謂フノテアル故ニ債務者カ物ノ返還請求ヲ爲シタルトキ

ハ勿論債務者ト物ノ所有者トカ異ナルトキ其ノ物ノ所有者ノ返還請求ニ對シテモ亦其ノ返還請求ヲ拒絶シ引續キ物ヲ所持スルコトヲ得ルノテアル留置權カ競賣セラレタル場合ト雖競買人ハ留置權者ニ債權ノ辨濟ヲ爲スニ非サレハ其ノ物ヲ受取ルコトヲ得サルカ故ニ(競賣法二)留置權者ハ競買人ニ對シテモ亦債權ノ辨濟セラルル迄ハ其ノ物ノ引渡ヲ拒絶スルノ權能ヲ有スト云フヘキテアル

第四、留置權ハ債權ニ從タル物權テアル

留置權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ存立スル物權ナレハ主タル債權ニ從屬シテ存在シ債權ヲ離レテ單獨ニ存在スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タスシテ明テアル

夫レ此ノ如ク留置權ハ債權ノ存在ヲ前提トシテ存立スル物權ナリト雖既モ成立シタル留置權ハ債權ノ存在ト共ニ別個ノ權利トシテ特別ノ效用ヲ爲スノテアル即チ留置權ハ屢々説述シタルカ如ク債權ノ辨濟アル迄ハ目的物ノ返還請求ニ對シテ之カ引渡ヲ拒絶シ引續キ其ノ物ヲ所持スルコトヲ得ルモノニシテ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ抗辯權(五三三)ト其ノ作用ニ於テ相類似スル加之留置權ト同時履行ノ抗辯權トハ竝存スル場合モアリ得ルノテアルカラ留置權ト同時履行ノ抗辯權トノ間ニ差異ノ存スルカ否ヲ攻究スルハ自ラ留置權ノ性質ヲ明ニスル所以テアルカラ爰ニ兩者間ニ存スル差異ノ主要ナルモノヲ舉ルコトトスル即チ次ノ通テアル

(イ) 雙務契約ニ於ケル同時履行ノ抗辯權ハ本來雙方ノ債務カ交換的ニ存在スル契約ノ效力トシテ其ノ存在ヲ認メラルルモノテアルカラ其ノ發生原因ハ雙務契約ノミニ限定セラル、留置權ハ物ニ關聯シテ生シタル債權ニ伴ヒテ存立スルノテアツテ債務ト債務トノ關聯關係ニ基クモノテナイコトハ勿論雙務契約ノミニ付適用アルモノテナナイ

(ロ) 留置權ハ物權テアル故ニ之ヲ以テ何人ニモ對抗スルコトヲ得ルノニ反シ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ抗辯權ハ雙務契約ヨリ生シ獨リ債務者ニ對シテノミ主張スルコトヲ得ルモノニシテ對人的效力ヲ有スルニ過キナイノテアル

(ハ) 留置權ハ物ニ關シテノミ存在スレトモ同時履行ノ抗辯權ハ雙務契約ヨリ生スル一切ノ給付ニ付存在シ必スシモ物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ限定セラルルコトカナイノテアル

(ニ) 留置權ハ相當ノ擔保ヲ供シテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得レトモ(三〇一)同時履行ノ抗辯權ニ在テハ此ノ如キコトヲ許サナイ蓋シ雙務契約ニ在テハ給付ノ交換ハ其ノ性質上當然ノ結果ト爲スカ故テアル

次ニ留置權ハ移轉性ヲ有スルカ否就中留置權ハ特定承繼ヲ許スカ否ニ付案スルニ留置權ハ從タル物權ナルノミナラス法律ノ直接規定ニ基キテ發生スル權利ナルカ故ニ移轉性ヲ有セスト消極ニ解スル

說モアルノテアル、併シ留置權ハ法定要件ヲ具フレハ當然發生スル權利テアルカ一身ニ專屬スルモノテナイコトハ其ノ性質上明白ナルト共ニ法律上其ノ移轉ヲ禁止シタル特別規定モ亦存在シナイ加之留置權ノ成立ニハ單タ債權ト物トノ間ニ關聯關係アルヲ以テ足レリトスルノテ債權ト占有トノ間ニ關聯ノ存スルコトヲ要スルモノテナイノテアルカラ留置權ハ被擔保債權ト共ニ一般承繼人ニ移轉スヘキハ勿論債權ノ讓渡ハ債權ノ同一性ヲ保チツツ唯權利主體ニ異動ヲ來スニ外ナラナイノテアルカラ留置權ニ依テ擔保セラルル債權ノ讓渡ト共ニ留置物ノ占有ヲ移轉スルニ於テハ留置權ハ債權ト共ニ讓受人即チ特定承繼人ニ移轉スルモノト解スルヲ正當ト認ムルノテアル

第五、留置權ハ不可分性ヲ有ス

留置權者ハ債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄ハ留置物ノ全部ニ付其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノテアツテ(二九六)即チ留置權ハ債權ノ全部ニ付其ノ目的物ノ全部及各部ノ上ニ存シ又ハ其ノ物ノ各部ヲ以テ債權ノ全部ヲ擔保スルノテアル

## 第二節 留置權ノ成立要件

留置權ハ法律上當然成立スル擔保權テアツテ其ノ要件ハ次ノ通テアル

### 第一、債權ノ存在スルコト

留置權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ存在スルノテアルカラ債權カナケレハ成立スルコトヲ得ナイ即チ留置權ハ債權ノ存在ヲ前提トシテ成立スルノテアツテ單獨ニ成立スルコトハ在リ得ナイノテアル、而シテ債權ノ種類及發生原因ニ付テハ法律上別段ノ制限カナイノテアルカラ金錢債權ナルヲ通常トスルテアラウケレトモ必スシモ金錢債權タルコトヲ要セサル而已ナラス如何ナル原因ヨリ生シタルカヲ問フノ要カナイ約言スレハ債權ノ存在ハ留置權ノ成立ニ缺クヘカラサル要件テアルカ其ノ種類及發生原因ハ其ノ成立要件ヲ爲スモノテナイ

### 第二、債權ハ物ニ關シテ生シタルモノナルコト

留置權ノ成立ニハ債權ノ種類及發生原因ノ如何ヲ問フノ要ナキコト前述ノ通テアルカ其ノ前提要件タル債權ハ常ニ必ス物ニ關シテ生シタルモノナルコトヲ要スル、即チ留置權ノ成立ニハ債權ト物トノ間ニ關聯アルコトヲ必要トスルノテアツテ債權者カ占有物ニ付留置權ヲ有スルノハ實ニ此ノ關聯ノ關係存スルカ爲テアツテ留置權ノ成立上最モ重大ナル要件テアル

獨逸民法ニ於テハ二ツノ債權カ同一ノ法律上ノ關係ニ基キテ生シタルコトヲ必要トスルモノニシテ(獨民、二七三)其ノ關聯ハ債權ト物トノ間ニ存スルコトヲ要スルモノテナイ債權相互ノ間ニ存ス

ルヲ以テ足レリトスルノテアル瑞民法ニ於ケル留置權ハ債權ト物トノ間ニ關聯ヲ有スルコトヲ必要トシ(瑞民法八九五)我民法亦此ノ關聯關係ハ債權ト物トノ間ニ存スルヲ要スルノテアル  
商法上ノ留置權ニ付テハ債權ト物トノ間ニ關聯ヲ要セサルモノト爲スヲ常トス我商法ノ留置權ノ成立ニハ商人間ニ於テ其ノ雙方ノ爲ニ商行爲タル行爲ニ因リテ生シタル債權アルヲ以テ足レリトシ債權ト物トノ間ニ關聯スルコトヲ必要トシナイ(商、二八四、獨商三六九乃至三七二)

然ラハ如何ナル場合ニ民法上留置權ノ成立ニ必要トスル債權ト物トノ間ニ關聯アリト云フヲ得ヘキカ頗ル困難ナル問題テアルカ結局各場合ニ於ケル解釋ニ歸着スルテアラウト思フ瑞西民法ニ於テハ債權カ其ノ性質上留置ノ目的物ト關聯ヲ有スル場合ニハ云々ト規定シ(瑞民法八九五)我舊民法擔保編第九十二條ニハ此ノ債權カ其ノ物ノ讓渡ニ因リ或ハ其ノ物ノ保存費用ニ因リ或ハ其ノ物ヨリ損害賠償ニ因リテ其ノ物ニ關シ又ハ其ノ占有ニ牽連シテ生シタルトキハ云々ト規定ス然リ而シテ我民法ニハ廣ク債權カ其ノ物ニ關シテ生シタルトキト規定スル外何等ノ制限カナイカラ(二九五)我民法上留置權ノ存立ニ必要ナル關聯ハ債權ト物トノ間ニ存スレハ則チ足レリト云フコトニナルノテアル從テ(イ)債權カ目的物自體ヨリ生シタル場合及(ロ)債權カ物ノ返還請求權ト同一法律關係又ハ同一ノ生活關係ヨリ生シタル場合ニ債權ト物トノ間ニ關聯アルモノト解スルノカ通説テアル(イ)債權カ目

的物自體ヨリ生シタル場合トハ例ハ物ノ瑕疵ヨリ生シタル損害賠償請求權、物ノ保存費又ハ有益費ノ返還請求權ノ如キヲ云ヒ(ロ)債權カ物ノ返還請求權ト同一法律關係ヨリ生シタル場合トハ例ハ運送契約ニ因リテ生シタル運賃債權、賣買契約ニ因リテ生シタル代金債權、製本ノ請負ヨリ生シタル製本業者ノ製本料債權ノ如キヲ云ヒ(ハ)債權カ物ノ返還請求權ト同一ノ生活關係ヨリ生シタル場合トハ例ハ二人互ニ下駄ヲ穿キ違ヒテ歸リタル爲ニ生シタル其ノ返還請求權ノ如キヲ云フノテアツテ何レモ債權ト目的物トノ間ニ關聯アリト爲スヘキテアルカラ占有物ニ關シ此等ノ債權生スルトキハ留置權カ當然成立スルモノト謂フヘキテアル

右ノ關聯ハ物ノ占有中ニ生シタルコトヲ要スルカ否換言スレハ占有者ノ債權ハ目的物ノ占有中ニ生スルカ又ハ占有ヲ始ムルト同時ニ生スルコトヲ要スルカ否議論ノ存スル所テアル例ハ他人ノ物ニ修繕ヲ加ヘタル者カ後日或機會ニ其ノ物ノ占有ヲ取得シタル場合ノ如キ留置權ヲ有スルカ否反對說ナキニ非スト雖積極ニ解スルヲ相當ト認ム蓋シ民法ノ認ムル留置權ノ成立ニハ債權ト物トノ間ニ關聯アルヲ以テ足レリトシ債權ト占有トノ間ニ關聯アルコトヲ必要トスルモノテナイカラテアル

### 第三 債權ハ辨濟期ニ在ルコト

占有者カ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルモ未タ辨濟期ニ在ラス却テ其ノ物ヲ返還スヘキ債務ノ履

行期カ既ニ到來シタルトキハ留置權存立ノ餘地ナキコト蓋シ理ノ當然テアル何トナレハ若シ此ノ場合ニ債權者ニ目的物ヲ留置スルコトヲ得ル權利ヲ認ムルニ於テハ反テ不公平ノ結果ヲ來シ公平ノ觀念ニ基キテ留置權ヲ認メタル立法ノ精神ヲ無視スルコトトナルカラテアル之レ法律カ第二百九十五條第一項但書ノ規定ヲ設ケタル所以テアル

第四 他人ノ物ノ占有者ナルコト

留置權ハ他人ノ物ノ占有者カ其ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキ其ノ債權ノ辨濟ヲ受クル迄其ノ物ノ占有即チ其ノ物ノ上ニ實力支配ヲ繼續スルニ因リテ權利ノ内容ヲ實現スルコトヲ得ルノテアルカラ留置權ハ物ノ占有ヲ離レテ成立スルコトヲ得ナイノテ物ノ占有ハ實ニ留置權成立ノ要件ヲナスモノト云ハネハナラヌ、而シテ其ノ目的物カ他人ノ物ナラサルヘカラサルコトハ留置權ノ性質上當然ノコトテアルカラ留置權ノ成立スルカ爲ニハ他人ノ物ノ占有者ナルコトヲ要スルヤ明白テアル(前節第二ノ(五)ノ部參照)

第五、占有ハ不法行爲ニ因リテ始マラサルコト

留置權ハ物ニ關聯スル雙方ノ債務ヲ同時ニ履行セシメテ公平ヲ保タンカ爲ニ認メラレタル權利テアルカラ正當ナル原因ニ基キテ物ノ占有ヲ爲シタル者コソ法律上保護スヘキ理由カ在ルケレトモ詐欺

脅迫又ハ強竊盜其ノ他不法行爲ニ因リテ他人ノ物ノ占有ヲ始メタル者カ縱令其ノ物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルニ至リタリトスルモ此ノ種ノ債權ハ特ニ其ノ辨濟ヲ確保セネハナラヌ理由毫モ存シナイ故ニ法律ハ斯ル債權者ニハ占有物ヲ留置スルノ權利ヲ認メナイノテアル(三九五第二項)

### 第三節 留置權ノ效力

留置權ノ效力ハ之ヲ留置權者ノ權利及義務ノ方面ニ別チテ説明スヘシ

#### 第一款 留置權者ノ權利

第一、留置權者ハ債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄ハ其ノ目的物全部ヲ留置スル權利ヲ有ス(二九六)  
留置權ハ物ニ關シテ生シタル債權ヲ擔保スル目的ヲ以テ存立スル權利テアルカラ債權カ完全ニ辨濟セラルル迄留置物全部ヲ留置スルコトカ出來ナケレハナラナイ留置權ノ效用ハ實ニ全ク此ノ點ニ存スルノテアツテ留置物ノ占有ヲ失ハサル限り常ニ擔保ノ效用ヲ完フスルコトヲ得ルノテアル即チ債權ノ一部カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因テ消滅シタルト否トニ拘ラス其ノ債權ノ完濟セラルル迄留置物全部ニ付其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノテアル、之レ即チ前ニ説明シタル擔保物權ノ不可分性ニ該當ス



ルノテアツテ法律ハ留置權ノ效力ヲ強大ナラシムルカ爲第二百九十六條ノ規定ヲ設ケ留置權ニ不可分性ノ具ルコトヲ明ニシタノテアル

(一) 夫レ此ノ如ク留置權ハ留置物ヲ抑留スル權利即チ留置物ノ所持ヲ繼續スルコトヲ得ル權利テテアツ留置權ノ本體ハ物ノ占有ニ在ルノテアル而シテ占有ノ事實ハ何人モ之ヲ認識スルコトヲ得ルノテアルカラ動産上ノ留置權ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルハ勿論不動産上ノ留置權ト雖登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアル之レ不動産登記法ニ於テ留置權ニ付登記ニ關スル規定ヲ設ケサル所以テアル

(二) 留置權ニハ留置物ノ競賣權ヲ包含スルカ否ノ問題アリ案スルニ民法上留置權者ノ留置物ヲ競賣スルノ權利ヲ認メタル規定ナク唯競賣法ニ於テ留置權者ニ留置物ノ競賣權アルカ如キ規定存スルノミテアル(競賣法三、二二)故ニ消極論者ハ競賣法ハ競賣ニ關スル手續ヲ規定シタモノテアルカラ實體法ニ於テ競賣權ヲ認メタル場合ニ限り競賣法ニ基キ目的物ヲ競賣ニ附スルコトヲ得ルニ過キナイ然ルニ實體法タル民法商法共留置權者ニ留置物ノ競賣權アルコトヲ認メタル規定カナイノミナラス元來留置權者ハ留置物ニ付債權ノ辨濟ヲ受クル權能ヲ有サナイノテアルカラ留置權者ハ留置物ヲ競賣スル權利ヲ有セサルモノト論定セサルヲ得スト主張スルノテアル、然レトモ民

法、商法ニハ何レモ留置權者ニ對シ留置物ノ競賣權ヲ認メタル規定ナキコト消極論者ノ云フ通テアルカ競賣法ニハ明ニ動産又ハ不動産ノ競賣ハ留置權者ノ委任又ハ申立ニ依リテ之ヲ爲ス旨(競、三、二二)ノ規定存在スルニ拘ラス消極論者ノ如ク解スルニ於テハ濫ニ右競賣法ノ規定ヲ抹殺スルコトトナルノテ解釋論トシテ其ノ當ヲ得タルモノテハナイ却テ右競賣法ノ規定ニ依リ留置權者ニ對シ留置物ヲ競賣スルノ權利ヲ付與シタルモノト解スルヲ相當ト認ム然ラハ競賣法ニ於テ留置權者ニ對シ斯ル權利ヲ認メタルハ如何ナル理由ニ基クカト云フニ蓋シ留置物ノ種類如何ニ依リ徒ニ永ク留置スルニ於テハ獨リ其ノ物ノ經濟的效用ヲ減却若ハ滅殺スル虞アルノミナラス時ニ或ハ其ノ物ノ保管上多大ノ手數ヲ要シ煩累ニ堪ヘサルコトモアルテアラウスル場合ニハ寧ロ留置物ヲ換價シ其ノ物ニ代リタル金錢ヲ留置セシムル方カ却テ適切ニシテ當事者相互ノ利益ヲ保護スルニ於テ缺クル所ナシト認メタルニ外ナラヌト解スヘキテアル

(三) 留置權ニ優先權存スルカ否 留置權者ハ留置物ニ付他ノ債權者ニ優先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有サヌコト勿論テアル故ニ此ノ意義ニ於ケル優先權ハ留置權ニ存在シナイ然レトモ同一物ノ上ニ同時ニ留置權ト其ノ他ノ物權トカ同時ニ存在スルトキ留置權ハ他ノ物權ニ優先スル權利カアルノテアル此ノ意義ニ於ケル優先權ハ留置權ニモ存スル

(四) 留置權ニ追及權存スルカ否 留置權ハ留置物ノ所在ニ追隨シテ之ヲ行フコトヲ得ナイ何トナレハ留置權ハ目的物ノ所持ヲ離レテ存在スルコトヲ得ナイカラテアル即チ留置權ニハ追及權存在シナイノテアル

第二、留置權者ハ留置物ノ上ニ占有權ヲ有ス

留置權者カ留置物ヲ所持スルハ自己ノ爲ニ留置權行使ノ意思ヲ以テスルコト明ナレハ則チ留置權者ハ留置物ノ上ニ占有權ヲ有スルモノト云フコトカ出來ル從テ留置權者ハ同時ニ占有者トシテ占有ニ關スル法律上一般ノ保護ヲ受クルコトトナルカラ若シ留置物ヲ侵奪セラレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リテ之ヲ回復シ留置權ノ消滅ヲ阻止スルコトヲ得ルノテアル

第三、留置權者ハ留置物ヨリ生スル果實ヲ收取シ他ノ債權者ニ先チテ之ヲ其ノ債權ノ辨濟ニ充當スル權利ヲ有ス(二九七)

(イ) 留置權者ハ留置物ヨリ生スル果實ヲ收取スルノ權即チ果實ノ所有權ヲ取得スルノ權利ヲ有ス(二九七第一項)故ニ果實ヲ取得スルト否トハ留置權者ノ自由權内ニ屬スルノテアツテ必スシモ果實ヲ取得シテ之ヲ其ノ債權ノ辨濟ニ充當セラルヘカラサル義務ヲ有スルモノテハナイ然レトモ留置權者カ苟モ果實ノ取得權ヲ行使セント欲スル以上果實ノ取得ト之ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當スル

コトトハ不可分離ノ關係ニ在ルノテアツテ單ナル果實ノ取得ハ法律ノ認ムル所テナイノテアルカラ留置權者ハ果實ヲ其ノ債權ノ辨濟ニ充ツルニ因リテ果實取得權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解スヘキテアル

(ロ) 果實ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當スル順序ニ付テハ第二百九十七條第二項ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケテ居ル即チ先ツ債權ノ利息ニ充當シ尙餘剩アルトキハ之ヲ元本ニ充當スルノテアル然リ而シテ充當ノ方法ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ハナイカ天然果實ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルニハ現物ノ儘ニスルカ或ハ換價シテ賣得金ヲ以テスルカ又其ノ換價方法ニ付テモ當事者ノ協定ニ俟ツコト最モ適當テアルカ若シ協議調ハサルトキハ競賣法ノ規定ニ依リテ之ヲ換價シ其ノ賣得金ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ至當ト認ムル

(ハ) 留置權者ハ他ノ債權者ニ先チテ收取果實ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當スル權利ヲ有ス即チ留置權者ハ收取果實ニ關スル限り自己ノ債權ニ優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルノテアル之レ固ヨリ留置權ノ本質ヨリ來ル當然ノ效果ニ非スシテ全ク法律上付與セラレタル特別效果ニ外ナラナイノテアル蓋シ留置權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ保管スル義務ヲ負フ者テアルカラ(二九八第一項)其ノ義務ヲ盡ス勤勞ト權衡ヲ得シムルカ爲ニ留置權者ニ留置物ヨリ生スル果實ノ

取得權ヲ認ムルヲ相當トスル併シ單純ニ之ヲ取得セシムヘキ理由カナイカラ必ス之ヲ以テ其ノ債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ要シ而シテ果實ハ巨額ニ上ラヌコトカ通例テアルカラ債權ノ一部ニ付優先辨濟ヲ受クル權利ヲ認ムルモ他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カナイト認メタカラテア

第四、留置權者ハ留置物ノ保存ニ必要ナル限度ニ於テ使用權ヲ有ス

留置權者ハ原則トシテ留置物ノ使用ヲ爲スノ權利ヲ有セス然レトモ留置權者ニ於テ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ノ保管ヲ爲ス義務ヲ負擔スル以上其ノ物ノ保存ニ必要ナル範圍ニ於テ使用權ヲ有スルハ其ノ義務ノ遂行上必然ノ結果ト云ハナケレハナラナイ(二九八第二項)例ハ留置ノ乘馬ヲ乘用ニ供シ機械類ヲ其ノ效用ヲ完フスル範圍ニ於テ使用スルノ類テアル

第五、留置權者ハ留置物ニ付支出シタル費用ニ付償還請求權ヲ有ス

留置權者カ留置物ニ付支出シタル費用ハ種々アルカ之ヲ大別スレハ必要費、有益費及奢侈費ノ三種ト爲スコトカ出來ル而シテ其ノ種類ニ依リテ留置權ノ存否及償還請求權ノ範圍ニ付差異カ存スルカラ、以下區別シテ其ノ大要ヲ説明スル

(一) 必要費 トハ留置物ノ保存及管理ニ必要缺クヘカラサル費用ヲ謂フ、留置權者ハ必要費ニ付全部ノ償還請求權ヲ有ス(二九九第一項)蓋シ此ノ種ノ費用ハ留置物カ其ノ所有者ノ手裡ニ在ルモ

必然支出ヲ要スヘキ性質ノモノテアルカラ苟モ留置權者カ留置物ニ付之ヲ支出シタル以上ハ全ク所有者ノ利益ニ歸スヘキモノナレハ所有者ヲシテ其ノ費用ノ全部ニ付償還ノ責ニ任セシムルコト事理ノ當然テアル

(二) 有益費 トハ留置物ニ改良ヲ加ヘ其ノ價格ヲ増加セシメタル費用ヲ謂フ、留置權者ハ有益費ニ付其ノ價格ノ増加カ現存スル場合ニ限り償還請求權ヲ有ス(二九九第二項)蓋シ此ノ種ノ費用ハ留置物カ其ノ所有者ノ手ニ在ルモ必ス支出ヲ要スヘキ性質ノモノテハナイ寧ロ留置權者カ任意ニ支出シタルモノト謂フヘキテアツテ若シ所有者ノ占有内ニ在リシナラハ或ハ投セサリシヤモ計ラレサルモノテアル從テ偶々留置權者カ此ノ種ノ費用ヲ支出シタリトスルモ所有者ヲシテ其ノ全部ニ付償還ノ責ニ任セシムルハ所有者ニ對シ聊カ酷ニ失スルモノト謂ハサルヲ得ナイ、去リトテ其ノ費用ヲ投シタルカ爲其ノ物ノ價格ノ増加カ現存スルニ拘ラス全然償還義務ナキモノトセハ所有者ヲシテ不當ニ利得セシムル結果ト爲リ公平ノ觀念ニ適シナイ仍テ法律ハ此ノ種ノ費用ヲ支出シタルカ爲苟モ留置物ノ價格ノ増加カ現存スル以上ハ所有者ヲシテ之カ償還ノ責ニ任セシムルヲ相當トスルカ併シ所有者ノ利益ヲ慮リ所有者ヲシテ其ノ費シタル金額カ又ハ増價額カ孰レカ其ノ一ヲ選擇シテ償還セシムルコトカ適當テアルト認メ第二百九十九條第二項本文ノ規定ヲ設ケタノ

テアル此ノ場合ニ於テ其ノ費用ノ償還ヲ爲スニ非サレハ留置物ノ回復ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲スハ之レ又所有者ニ對シ酷ニ失スルノ嫌カアルノテ法律ハ尙所有者保護ノ爲裁判所ハ所有者ノ請求ニ依リ其ノ償還義務ノ履行ニ付相當ノ期限ヲ許與スルコトカ出來ルト云フコトニ定メテ居ル(二九九第二項但書)從テ裁判所ヨリ許與セラレタル期限内ハ有益費ノ償還ヲ爲スニ及ハナイノテアルカラ所有者ハ其ノ費用ヲ償還スルニ先チ留置物ヲ回復スルコトヲ得ルノテアル換言スレハ此ノ場合ニ留置權者ハ右費用ノ償還請求ノ債權ノミヲ以テ留置物ヲ引續キ留置スルノ權ナキコトトナルノテアル

(三) 奢侈費 ハ元來徒冗費ニ屬シ留置物ニ付此ノ種ノ費用ヲ支出スルモ之レ單タ留置權者ノ嗜好ヲ充スニ止リ所有者ヲシテ何等利得セシムヘキ性質ノモノテナイカラ留置權者ハ此ノ種ノ費用ニ付テハ全然償還請求權ヲ有サナイノテアル

### 第二款 留置權者ノ義務

第一、留置權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ占有スル義務ヲ負フ  
留置權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ保管スル義務ヲ負フ(二九八第一項)善良ナル管

理者ノ注意トハ羅馬法ニ所謂善良ナル家父ノ注意ト云フ義ニシテ獨逸民法ノ所謂取引上必要ナル注意ニ該當ス(獨、民、二七六)即チ客觀的ニ取引ノ一般觀念ニ從テ相當ナル管理者ト認ムル者ノ注意ヲ云フノテアツテ尙詳言スレハ相當ナル知識經驗ヲ有シ且誠實勤勉ナリト認メラルル者カ同様ノ場合ニ通常用キヘキ程度ノ注意ト解シテ可カラウ

法律ハ何故ニ留置權者ニ對シ斯ル重キ注意義務ヲ課シタカト云フニ留置權者ハ他人ノ爲ニ目的物ヲ占有スルニ非スシテ自己ノ利益ノ爲ニ——債權ノ辨濟ヲ確保スル爲——他人ノ物ヲ占有スルノテアルカラ其ノ返還義務ヲ確實ニシテ所有者ノ利益ヲ保護センカ爲テアル故ニ留置權者ハ不可抗力ニ因ル場合ヲ除クノ外留置物ノ滅失毀損ニ付輕過失ニ因ルトキト雖其ノ責ヲ免ルルコトヲ得ナイコトニナル

第二、留置權者ハ留置物ノ保存ニ必要ナル使用ヲ爲スノ外留置物ヲ使用シ若ハ賃貸シ又ハ擔保ニ供スヘカラサル義務ヲ負フ

留置權者ハ留置物ノ使用收益又ハ處分ヲ爲スノ權能ヲ有セサルコト勿論ナレハ留置物ノ保存ニ必要ナル使用ヲ爲スノ外所有者ノ承諾ナクシテ留置物ノ使用ヲ爲ササルノ義務若ハ賃貸ヲ爲ササルノ義務又ハ擔保ニ供セサルノ義務ヲ負フコト疑ヲ容レナイトコロテアル

第二百九十八條第二項ニハ右ノ承諾ヲ與フル者トシテ債務者ヲ擧ケテ居ルカ之レ蓋シ債務者ハ同時ニ所有者ナルコトカ通例テアルカラ法律ハ其ノ普通ノ場合ヲ豫想シテ規定シタルニ過キナイノテ其ノ實所有者ヲ指稱スルモノト解スヘキテアル何トナレハ所有者ニ非サレハ物ノ使用、收益又ハ處分ヲ許容スルノ權能カナイカラテアル

留置權者カ前述第一、第二ノ義務ニ違反シタルトキハ債務者ハ留置權ヲ消滅セシムルコトヲ得（二九八第三項）

第三、留置權者ハ留置物返還ノ義務ヲ負フ

留置權者ハ他人ノ物ヲ占有スル者ナレハ本來留置物ヲ返還スヘキ義務ヲ負フコト明テアル故ニ被擔保債權カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅シ又ハ債權ハ消滅セサルモ留置權其レ自體カ消滅シタルトキハ直ニ留置物ヲ債務者又ハ所有者ニ返還シナケレハナラナイ

#### 第四節 留置權ノ消滅

留置權ハ一般物權ニ共通ナル消滅事由ニ因リテ消滅スルコト勿論テアル但シ時効ニ因リテ消滅セサルモノト爲スヲ通説トス蓋シ留置權ノ内容ハ抗辯權即チ留置物返還請求ノ拒否權ト物ヲ現實ニ支配

スル權利トカラ成立チ而シテ返還請求ノ拒否權ハ返還ノ請求アル迄之ヲ行使スルコト能ハサルモノテアルカラ返還ノ請求カナケレハ之ヲ行使セサルハ當然テアツテ固ヨリ權利不行使ト謂フヘキテナイ且又留置權者カ留置物ヲ占有シツツアル間ハ毎ニ其ノ支配權ヲ行使シツツアルモノテアルカラ消滅時効ノ進行スヘキ餘地カナイカラテアル

爰ニハ專ラ留置權ニ特別ナル消滅事由ヲ説明スル

第一、占有ノ喪失

留置權ハ物ノ占有即チ所持ヲ以テ其ノ成立及存續ノ要件トナスノテアル故ニ留置權者カ留置物ノ占有ヲ喪失スレハ則チ留置權存立ノ基礎ヲ缺クコトトナルカラ留置權ハ消滅セサルヲ得ナイ即チ留置權者ノ意思ニ出ツルト他人ノ暴力ニ因ルト將又正當ナル理由ニ基クト否トニ拘ラス苟モ占有喪失ノ事實發生シタル以上ハ留置權ハ消滅スルニ至ルノテアル（三〇二）留置權カ成立シタル以上ハ留置權者ハ占有權ヲ有スルニ至ルコト前ニ説明シタル通テアルカラ留置權者カ留置物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有權者タル資格ニ於テ占有回收ノ訴權發生スヘク此ノ訴權ノ行使ニ依リテ其ノ物ノ所持ヲ回復シタルトキハ占有ハ嘗テ失ハサリシモノト看做サル結果留置權ノ消滅ヲ來サヌコトトナル

（1100、1101第三項（10三））

留置權ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅スルカ直接占有ヲ間接占有ニ改ムルモ占有ノ喪失ヲ來スコトカナ  
 イノテアル從テ留置權者カ所有者ノ承諾ヲ得テ留置物ヲ他人ニ賃貸シ若ハ質入ヲ爲シタルトキハ留  
 置權者ハ賃借人若ハ質取主ヲ代理人トシテ間接ニ留置物ノ占有ヲ持續スルコトナルノテアルカラ  
 留置權ハ消滅シナイ第三百二條但書ニ於テ特ニ此ノ點ニ關シ規定ヲ設ケテ居ルカ殆ト言フ俟タサル  
 所テアル

第二、被擔保債權ノ消滅

留置權ハ債權ニ從屬シテ存立スル權利テアルカラ被擔保債權ノ消滅ニ因リテ消滅スルコト當然テア  
 ル然リ而シテ其ノ債權ノ消滅事由ハ問フ所テナイカラ時効ニ因リテ被擔保債權カ消滅シタルトキ亦  
 留置權ノ消滅ニ歸スルコト論ヲ俟タサル所テアル  
 爰ニ一言スヘキハ留置權ノ行使ハ同時ニ債權ノ行使ノ如キ觀アリテ留置權者カ留置物ヲ占有シツ  
 アル間ハ債權ハ消滅時効ニ罹ルコトカナイノテハナイカト云フ問題テアル惟フニ債權ノ行使ハ債權  
 ノ本旨ニ從テ辨濟ヲ請求スルトカ執行行爲ヲ爲ストカ若ハ承認ヲ得ルト云フ様ニ積極的行爲ヲ爲ス  
 コトヲ云フノテアツテ此ノ種ノ行爲アルニ因リテ債權ノ消滅時効ハ中斷セラルルノテアル然ルニ留  
 置權ノ行使ハ留置物ヲ占有シツツ其ノ物ニ付支配權ヲ行フコトテアツテ債權ノ行使トハ全ク其ノ性

質ヲ異ニスルノテアルカラ留置權ノ行使ハ直ニ債權ノ消滅時効ヲ中斷スルノ原由トナラナイノテア  
 ル民法第三百條ニ於テ留置權ノ行使ハ債權ノ消滅時効ノ進行ヲ妨ケスト規定スルノハ即チ此ノ理由  
 ニ基クノテアル。右ハ殆ト言フヲ俟タサル所テアルカ一見前述ノ如キ疑存セサルニ非サルト同時ニ  
 舊民法擔保編第一百四條ニ於テ質物カ質取債權者ノ方ニ存スル間ハ其ノ債務ノ免責時効ノ成就ヲ停  
 止スト規定シ此ノ規定ハ同法第九十六條ニ於テ留置權ニ之ヲ適用スル旨規定スルカ故ニ舊民法ニ在  
 テハ留置權者カ留置物ヲ占有スル間ハ債權ノ消滅時効完成セサル結果ト爲ルノテアルカラ現行民法  
 ハ特ニ第三百條ノ規定ヲ設ケ疑ノ餘地ナカラシメタルモノト解スヘキテアル  
 第三、留置權者ノ義務違反ニ因ル留置權ノ消滅

留置權者カ第二百九十八條第一項第二項所定ノ義務ニ違反シタルトキハ債務者ハ留置權消滅ノ請求  
 ヲ爲スコトヲ得(二九八第三項)此ノ場合ハ留置權者ノ義務違反ニ對スル制裁トシテ法律カ留置權  
 ヲ奪フノ權利ヲ債務者ニ付與シタルモノト解スヘキテアルカラ債務者ノ一方的意思表示即チ留置權  
 ヲ消滅セシムヘキ旨ノ通知ヲ爲スニ因リテ當然留置權消滅ノ效果ヲ來スノテアツテ敢テ留置權者ノ  
 承諾ヲ要スルモノテハナイ從テ此ノ留置權ヲ消滅セシムルノ權利ハ其ノ本質上形成權ニ屬シ請求權  
 ニ非スト解スルヲ正當ト認ム

法律ハ此ノ留置權ヲ消滅セシムルノ權利ヲ有スル者トシテ唯タ債務者ノミヲ舉クルモ債務者ト留置物ノ所有者トハ同一人ナルヲ通例トスルカ故ニ法律ハ此ノ普通ノ場合ヲ豫想シテ債務者ト規定シタルニ過キナイノテ固ヨリ所有者ヲ除外スル趣旨テハナイ否寧ロ所有者ニ對シ此ノ權利ヲ付與スルコトカ至當テアル故ニ偶々債務者ト所有者トカ異ナル場合ニハ所有者モ亦此ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解スヘキテアル

第四、擔保ヲ供シテ留置權消滅ノ請求アリタルトキ

留置權者ハ債權ノ完済セラルル迄留置物ヲ抑留スル權利ヲ有スルノテアルカラ債務者カ代リ擔保ヲ供シテ當然留置權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルハ論ヲ俟タサル所テアル併シナカラ先ツ留置權者ノ方面ヨリ觀察スルニ留置權者ハ自由ニ留置物ノ使用收益ヲ爲スノ權ナキハ勿論却テ留置物ノ保管ニ付重キ責任ヲ負擔シ其ノ煩累ノ多大ナルニ比シ擔保ノ效力ハ頗ル薄弱タルヲ免レサル憾ミカアル更ニ反對ノ方面ヨリ觀察スレハ物ヲ永ク留置セラルルニ於テハ其ノ物ノ利用及改良ヲ妨ケ物ノ經濟的效用ヲ減殺スル虞アリ且留置物ノ價格ハ債權額ニ比シ巨大ナルコト屢々之レアルノミナラス擔保權不可分ノ原則ノ適用上債權一部ノ辨済アルモ債務者ハ其ノ辨済シタル割合ニ應シ留置物ノ返還ヲ求ムルコトカ出來ナイノテアルカラ債權額ト留置物ノ價格トハ著シク權衡ヲ得サル結果ヲ來スコトモ

アルノテアツテ債務者及所有者ニ取リテ不利益タルコトヲ免レナイ去レハ留置權者ノ權利ヲ害セサル限り留置權消滅ノ方法ヲ講スルハ相互ノ便益トスル所テアル第三百一條ハ之ニ適應シテ雙方ノ保護ヲ公平ナラシムルカ爲設ケラレタル規定テアツテ即チ債務者ハ相當ノ擔保ヲ供シテ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ルノテアル其ノ要領ハ次ノ通テアル

一、相當ノ擔保ヲ供スルコト

債務者カ留置權消滅ノ請求ヲ爲スニハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス法律ハ擔保ノ種類ヲ制限シテ居ラナイカラ人的擔保ニテモ物上擔保ニテモ妨ケナイ故ニ保證人ヲ立ツルモ可ナリ質權若ハ抵當權ヲ設定スルモ可ナリ何レニシテモ其ノ債權ヲ擔保スルニ足ル相當ノモノテナケレハナラナイ。擔保ヲ供スルトハ對人擔保ヲ立ツルナラハ保證人ヨリ保證契約ノ申込ヲ爲スコトヲ指シ物上擔保ヲ立ツルナラハ質權若ハ抵當權ヲ設定スヘキ契約ノ申込ヲ爲スコトヲ指スモノト解スヘキテアル

此ノ代擔保ハ必ス物上擔保タルコトヲ要シ保證人ヲ以テ代フルコトヲ許サスト云フ反對ノ見解アルコトヲ注意スヘシ

二、留置權消滅ノ請求ヲ爲スコト

債務者ハ相當ノ代擔保ヲ提供スルト同時ニ留置權消滅ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス此ノ場合ノ請求ハ一

方的意思表示ニ依リ留置權消滅ノ效果ヲ來スヘキ形成權テハナク留置權ヲ消滅セシムヘキ契約ニ對シテ承諾ヲ爲サムコトヲ要求スル請求權テアルト解スルノカ通説テアル蓋シ此ノ場合ハ第二百九十八條第三項ニ於ケルカ如ク留置權者ニ非違アル場合ト異リ相互ノ便益ノ爲雙方ノ保護ヲ公平ナラシムル趣旨ニ出タルモノテアルカラ一方の意思表示ニ依リ留置權ヲ消滅セシムルノ權利ヲ債務者ニ付與スヘキ特段ノ理據ハナイノテアルカラ留置權者ノ意思ヲ無視スルハ當ラス即チ留置權者ノ意思ヲ尊重スヘキコト肝要ナルト共ニ全然任意ノ承諾ト爲スハ是又適當テナイ何トナレハ若シ此ノ場合ニ留置權者ノ任意ノ承諾ナキ限リ留置權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルモノトスレハ留置權ヲ消滅セシムルカ否ハ全ク留置權者ノ意思ニ左右セラルル結果トナリ立法ノ精神ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルカラテアル故ニ此ノ場合ハ苟モ相當ナル代擔保ノ提供アリタル以上留置權者ハ留置權消滅ノ請求ニ對シ承諾ヲ爲スノ義務アルモノト解スルヲ正當トスル從テ留置權者カ承諾ヲ爲ササルニ於テハ其ノ承諾ニ代ル裁判ヲ必要トス約言スレハ債務者カ相當ナル代擔保ヲ提供シテ留置權ノ消滅ヲ請求シタルトキハ之ニ對シテ留置權者カ承諾ヲ爲スカ若ハ承諾ニ代ル裁判アリタルトキ(民、訴七三六)留置權消滅ノ效果ヲ來スノテアル

法律ノ規定ニ依レハ此ノ留置權消滅ノ請求權ヲ有スル者ハ獨リ債務者ノミニ限ルカ如シト雖第二百九十八條第三項ニ付説述シタルト同シク所有者モ亦此ノ請求權ヲ有スルモノト解スヘシ

## 第二章 先取特權

### 第一節 總論

#### 第一款 先取特權ノ性質

先取特權ハ法律ノ直接規定ニ依リ特殊ノ債權ヲ有スル者カ債務者ノ一般又ハ特定ノ財産ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利テアル(三〇三)抑々債權ノ效力ハ平等テアツテ其ノ成立ノ時ノ前後、又其ノ目的、原因、種類ノ如何ニ拘ラス優劣ナキヲ原則トスルノテアルカラ債務者ノ一般財産ヲ以テ總債權ヲ完済スルニ足ラサルトキハ債權額ノ割合ニ應シテ之ヲ各債權者ニ分配スルヨリ外ナキコトハ曩ニ述ヘタ通テアル、夫レ然リ先取特權ハ此ノ原則ニ對シ例外ノ作用ヲ爲スモノテアツテ先取特權ノ附著スル債權ハ普通債權ニ比シ優先的の權能ヲ有スルノテアル、左レハ先取特權ハ獨立ノ法定擔保權トシテ認ムヘキカ將タ破産其ノ他ノ配當ノ場合ニ於ケル特殊ノ債權ノ效力トシテ認ムヘキカ否立法論トシテ攻究スヘキ餘地アル問題テアル、獨逸民法ニ於テハ先取特權ト云フ



獨立ノ法定擔保權ヲ認めナイテ我カ先取特權ノ一部ニ該當スルモノトシテ特殊ノ債權ノ爲ニ法定質權ヲ認めテ居ル(獨民、五五九、六四七、七〇四、一二五七)瑞西民法ニ於テモ先取特權ナル獨立ノ擔保權ヲ認めナイテ土地ノ賣買共有土地ノ分割及土地ノ工事ヨリ生シタル債權ニ付其ノ土地ノ上ニ法定抵押權ヲ認めテ居ル(瑞民八三六以下)

佛蘭西民法ニ於テハ先取特權ハ法律ノ直接規定ニ依リ生スル擔保物權トシテ獨立ノ存在ヲ認めテ同法第二千九十五條乃至第二千百十三條ニ於テ之ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケテ居ル、我カ舊民法ハ佛蘭西民法ニ倣ヒ先取特權ヲ以テ法律上當然生スル獨立ノ擔保物權トシテ規定シ(舊民、擔、一三一以下)現行民法亦概ネ之ヲ踏襲シテ獨立ノ法定擔保物權トシテ規定シテ居ルノテアル、然レトモ一般ノ先取特權ニ在テハ債務者ノ總財産ヲ以テ客體ト爲シ特定セラレサルハ勿論異動常ナク之ヲ占有スルノ權利モナイノテ其ノ客體ニ對スル直接ノ支配力ハ極メテ薄弱テアツテ物權性ニ乏シク寧ロ特殊ノ債權トシテ破産其ノ他配當ノ行ハルル場合ニ於テ優先の權能ヲ有スルニ過キサカノ如キ觀カアル又動産上ノ先取特權ニ在テハ目的物ハ特定スルモ債務者カ其ノ動産ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ最早先取特權ヲ行フコトヲ得サル(三三三)而已ナラス目的物ヲ占有スルノ權利モナイノテアルカラ物權トシテノ效力カ甚タ薄イ、唯此等ノ先取特權者ハ終局ニ於テ目的物ヲ競賣ニ付シ賣得金ニ付優

先辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル(三〇六)點ニ於テ叙上ノ先取特權亦直接ニ目的物ニ對シテ支配力ヲ有スルモノト爲スコトヲ得テ纔ニ物權性ノ存在ヲ看取スルコトヲ得ルニ過キナイノテアル、之ニ反シ不動産上ノ先取特權ハ之ヲ登記スルニ依リテ總テノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル力ヲ有シ抵押權ト同様ノ效用ヲ爲スノテアツテ此ノ先取特權ハ能ク物權トシテノ性質ヲ具フルモノト解スルニ憚ラサルトコロテアル、兎ニ角我カ民法ニ於ケル先取特權ハ特殊ノ債權ヲ有スル者カ債務者ノ一般又ハ特定ノ財産ニ付他ノ債權者ニ優先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル法定擔保物權ト謂フヘキテアル、以下其ノ性質ヲ分説スル

第一、先取特權ハ法律上當然發生スル擔保權テアル

先取特權ハ法律上當然發生スル擔保權テアツテ當事者ノ契約ヲ以テ設定スルコトヲ得サルハ勿論當事者ノ意思ニ依リ其ノ效力ヲ左右スルコトモ出來ナイ特殊ノ債權ニ付法律上當然存在スル權利テアル(三〇三)故ニ先取特權ハ法定擔保物權ノ一種ニ屬ス元來債權ノ效力ハ平等テアツテ優劣ノ差ナキヲ原則トスルニ拘ラス法律カ或種ノ債權ニ優先の特權ヲ付與シタルハ何故テアルカト云フニ之レ特殊ノ身分ヲ有スル債權者ヲ保護スルカ爲ニ非スシテ特殊ノ債權ハ公益上特別ニ之ヲ保護スルノ必要アリト認めタルニ外ナラスト解スヘキテアル即チ先取特權ハ債權ノ性質ニ依リ法律カ特ニ之ニ附著

セシメタル優先權テアツテ法律ノ認ムル特殊ノ債權ニハ法律上當然附從スル特權テアル、此ノ點ハ留置權ト同シテアツテ質權抵當權ト異ナル所テアル

此ノ如ク先取特權ノ附著スル債權ハ債權同等ノ原則ニ反シ優勝ノ地位ニ在リテ法律上特別ノ保護ヲ受クルノテアルカラ濫リニ之ヲ認ムヘキニ非サルハ勿論其ノ特權ノ伴フ債權ノ種類、特權ノ範圍、效力及其ノ權利行使ノ方法等總テ法律ヲ以テ限定スルヲ相當トス之レ第三百三條ニ於テ先取特權者ハ本法其ノ他ノ法律ノ規定ニ伴ヒ云々ト規定スル所以テアル

此ノ如ク先取特權ハ法律上當然發生スル權利テアルケレトモ既ニ其ノ權利カ成立シタル以上ハ先取特權者カ之ヲ行使スルカ否又之ヲ拋棄スルカ否ハ固ヨリ其ノ自由權内ニ存スト解スヘキテアルカ併シナカラ當事者ノ意思ヲ以テ豫メ先取特權ノ成立ヲ排除スルコトカ出來ルカ否カ之レ學者間疑問トスルトコロテアツテ未タ見解一定セサル有様テアル、惟フニ先取特權ニシテ専ラ公益上ノ理由ニ基キテ認メラレタルモノハ當事者ノ意思ヲ以テ豫メ其ノ發生ヲ排除スルコトヲ得サルモ之ニ反シ縱令等シク公益上ノ理由ニ出タルモ主トシテ特定ノ債權者ノ利益ノ爲ニ認メラレタルモノハ之ヲ許スモ妨ケナシト解スルノカ相當テアラウト考ヘル、故ニ此ノ標準ニ從ヘハ一般ノ先取特權ハ大體前者ニ屬シ特別ノ先取特權ハ大體後者ニ屬スルモノト解シテ可カラウ

民法ニ於テ認ムル先取特權ハ民法ノ列舉スルトコロテアル、民法以外ノ法律ニ於テ認ムル先取特權ハ其ノ數甚タ多ク到底列舉シ難イ其ノ主ナルモノニ次ノ如キモノカアル

國家其ノ他ノ公共團體ノ租稅其ノ他ノ徵收金ノ先取特權、海難救助者ノ先取特權、船舶債權者ノ先取特權、立木ニ對スル先取特權、借地法ニ依ル地代又ハ借賃ノ先取特權、農業用動産上ノ先取特權等テアル(前掲關係法條參照)

第二、先取特權ハ債務者ノ財産ノ上ニ存立スル權利テアル

先取特權ハ留置權、質權及抵當權ト異リ獨リ債務者ノ財産ノ上ニミ存立スル權利テアツテ債務者以外ノ者ノ財産ノ上ニハ存在スルコトヲ得ナイノテアル而シテ債務者ニ屬スルモノナル以上有體物ニ限ラス債權、特許權、株式ノ如キ無體財産ノ上ニモ存在スルコトヲ得ルノテアツテ要スルニ債務者ノ一般又ハ特定ノ財産ノ上ニ存在スルノテアル

第三、先取特權ノ成立ニハ目的物ノ占有ヲ要件トシナイ

先取特權ハ特殊ノ債權ニ伴ヒ法律上當然ニ成立スル權利テアルカラ目的物ノ占有ハ先取特權存立ノ要件テナイ此ノ點ハ留置權、質權ト異リ抵當權ト相同シテアル從テ先取特權ニハ目的物ヲ占有スルノ權利ヲ包含シナイ

第四、先取特權ハ優先辨濟ヲ受クル權利テアル

先取特權ノ附著スル債權ヲ有スル者ハ債務者ノ財産ニ付他ノ債權者ニ優先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス(三〇三)之レカ先取特權ノ本質テアツテ之レアルカ爲ニ先取特權ノ附著スル債權ハ法律上特別ノ保護ヲ受クルモノト謂フヘキテアツテ先取特權ノ擔保權タルノ效用全ク茲ニ存スルノテアル

第五、先取特權ハ債權ニ從タル物權テアル

先取特權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ法律上認めラレタル權利テアルカラ債權ニ從屬シテ存立スル權利ナルコト明テアル而シテ先取特權カ我法律上物權ノ一種ニ屬スルコト既ニ述ヘタ通テアルカラ先取特權ハ債權ノ存在ヲ前提トシテ存立スル物權テアツテ債權ト其ノ運命ヲ俱ニシ債權ト離レテ單獨ニ存在スヘキモノテナイ

先取特權ハ從タル物權ニシテ而モ法律ノ直接規定ニ依リ發生スル權利テアルカラ移轉性ヲ有スルカ否ニ付議論カ存スルノテアル併ナカラ先取特權ハ曩ニ説述シタル通特殊ノ身分ヲ有スル債權者其ノ人ヲ保護スルカ爲ニ存在スルモノテハナク寧ロ特殊ノ原因ヨリ生シタル債權其ノモノヲ保護スルカ爲法律上認めラレタルモノテアルカラ一身ニ專屬スル權利ニ非サルコト明白テアル果シテ然ラハ其

ノ權律ノ性質ヲ變更セサル限リ權利主體ノ異動ヲ許サヌト云フ理論上ノ根據ナキノミナラス法律上先取特權ノ移轉ヲ禁止シタル別段ノ規定亦存在シナイノテアルカラ先取特權ハ一般承繼人ニ移轉スヘキハ勿論特定原因ニ基キ特定承繼人ニモ亦移轉スルコトヲ得ルモノト解スルノカ相當テアル但シ先取特權ハ被擔保債權ト離シテ單獨ニ移轉スルコト能ハサルハ勿論テアツテ被擔保債權ト俱ニスル限リ移轉性ヲ有スルモノト解スヘキテアル

第二款 先取特權ノ目的物

先取特權ノ目的物ハ債務者ノ財産全部テアツテ即チ債務者ニ屬スル一般又ハ特定ノ財産テアル而シテ如何ナル先取特權カ一般財産ノ上ニ存スルカ將タ特定ノ財産ノ上ニ存スルカハ專ラ法律ノ規定ニ依リ債權ノ種類ニ應シテ限定セララルノテアル

先取特權ノ目的物カ債務者ノ一般財産ナルトキハ先取特權ハ債務者ニ屬スル財産總體ノ上ニ存在シ先取特權ノ目的物カ債務者ノ特定財産ナルトキハ先取特權ハ債務者所有ノ特定ノ動産若ハ不動産ノ上ニ存在スルノテアツテ何レモ讓渡性ヲ具フルコトヲ要ス尙其ノ詳細ハ後ニ先取特權ノ種類ヲ講スルトキニ譲リ茲ニハ各種ノ先取特權ニ共通ナル不可分性及物上代位ノ原則ニ付説述スルコトトスル

第一、先取特權ノ不可分性

留置權ニ關スル第二百九十六條ノ規定ハ第三百五條ニ依リ之ヲ先取特權ニ準用セラルルノテアルカ  
 ラ先取特權ハ(イ)債權ノ全部ニ付其ノ目的物ノ全部及各部ノ上ニ存シ(ロ)目的物ノ全部及各部  
 ヲ以テ債權ノ全部及一部ヲ擔保スルコトナルノテアル

第二、物上代位ノ原則

先取特權ノ目的物ニ付物上代位ノ原則カ適用セラルルコト第三百四條ノ規定スルコトコロテアル  
 先取特權本來ノ目的物ハ債務者ノ動産不動産其ノ他一切ノ財産テアルケレトモ其ノ目的物カ法律上  
 又ハ事實上ノ原因ニ因リ變動ヲ來シ其ノ性質ヲ變シテ從前ノ財産ト異リタル財産ヲ生シタル場合ニ  
 於テ後者ハ前者ノ地位ニ代リタルモノト認ムルコトヲ得ルノテアルカラ先取特權ハ其ノ代位シタル  
 新ナル財産即チ代表物ノ(又變形物トモ云フ)上ニ存續スルノテアル之ヲ指シテ物上代位ノ原則ト  
 稱スルノテアル

抑先取特權ハ物權ノ一種テアルカラ其ノ目的物カ滅失又ハ毀損シタルトキハ當然消滅スルカ又ハ其  
 ノ擔保力ニ減少ヲ來スコト勿論テアル且又先取特權中完全ニ追及權ヲ有スルハ獨リ不動産上ノ先取  
 特權ノミテアツテ其ノ他ノ先取特權ハ追及權ヲ有シナイノテアルカラ債務者カ其ノ目的タル財産ヲ

處分シタルトキハ其ノ財産ノ上ニ存シタル先取特權ハ自ラ消滅セサルヲ得ナイノテアル斯クテハ先  
 取特權ノ效力ヲ薄弱ナラシメ折角債權ヲ確保セントシテ法律上存在ヲ認メタル擔保權ノ效用ヲ完全  
 ニ貫徹スルコトヲ得ナイト云フ憾ミカアルノテ先取特權者ヲ保護センカ爲ニ第三百四條ノ規定ヲ設  
 ケタノテアル蓋シ先取特權ノ目的物ノ處分又ハ滅失毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢其ノ他ノ物ハ  
 從來ノ目的物ニ代リテ新ニ債務者ノ資産ヲ成スモノテアルカラ其ノ代表物ノ上ニ先取特權ヲ行ハシ  
 メテモ他ノ債權者及債務者ノ利害ニ消長ナク而モ先取特權ノ效力ヲ強大ニシ債權擔保ノ效用ヲ完フ  
 スルコトヲ得ルカラテアル以下第三百四條ニ基キ物上代位ノ原則ノ適用アル場合及其ノ權利保全ノ  
 條件ニ付説明シヨウト思フ

甲 物上代位ノ原則ヲ適用スヘキ場合ハ次ノ通テアル

(イ) 目的物ノ賣却アリタルトキ

先取特權ノ目的物カ賣却セラレタルトキハ先取特權ハ債務者ノ受クヘキ代金ニ對シテ之ヲ行フコト  
 カ出來ルノテアル蓋シ先取特權終局ノ目的ハ目的物ヲ換價シテ其ノ賣得金ニ付優先辨濟ヲ受クルニ  
 在ルノテアルカラ其ノ目的物ノ價格ヲ代表スヘキ賣却代金ハ即チ從前ノ物ニ代位シタルモノト云フ  
 ヘキテアツテ之ニ對シテ先取特權ヲ行ハシムルハ克ク其ノ終局ノ目的ニ適スルカ故テアル然リ而シ

テ其ノ賣却ノ目的物ハ動産タルト不動産タルトヲ問ハナイ元來動産上ノ先取特權ハ第三取得者ニ對シテ追及權ヲ有シナイノテアルカラ其ノ目的タル動産カ賣却セラレタル場合ニ於テ最モ其ノ效用ヲ見ルノテアル之ニ反シテ不動産ノ先取特權ニシテ第三取得者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノニ在テハ其ノ目的タル不動産カ賣却セラレタルトキ一見物上代位ノ原則ヲ適用スヘキ必要カナイ様テアルケレトモ第三取得者アリタル場合ニ於テ尙且通常ノ手續ニ從ヒ先取特權ヲ實行スルハ徒ニ手数、日時及費用ヲ要シ不經濟ニシテ煩累ヲ免レサルノミナラス賣却代金ハ殆ト其ノ不動産ノ價格ヲ代表スルモノテアルカラ之ニ對シテ直ニ先取特權ヲ行フコトヲ得ルハ獨リ先取特權者ノ利益ノミテハナイノテアルカラ此ノ場合ニモ亦物上代位ノ原則ノ適用アルモノト解スルヲ相當トスルノテアル

(ロ) 目的物ノ賃貸アリタルトキ

先取特權ノ目的物カ賃貸セラレタルトキハ先取特權ハ債務者ノ受クヘキ借貸ノ上ニ之ヲ行フコトヲ得蓋シ賃貸借關係ヨリ生スル借貸ハ物ノ使用ノ對價テアツテ其ノ物ノ價格ノ一部ヲ代表スルモノト謂フコトカ出來ルカラテアル其ノ目的物ノ上ニ設定シタル用益物權ノ對價ニ付テモ亦同シテアル即チ例ハ先取特權ノ目的タル土地ニ付地上權永小作權又ハ地役權ヲ設定シタルトキノ如キ債務者ノ受クヘキ地代、永小作料又ハ償金ノ上ニモ先取特權ヲ行フコトヲ得ルノテアル(三〇四第二項)

(ハ) 目的物ノ滅失又ハ毀損シタルトキ

先取特權ノ目的物カ滅失又ハ毀損シタルトキハ先取特權ハ債務者ノ受クヘキ賠償金ノ上ニ行フコトヲ得ルノテアル蓋シ先取特權ノ目的物カ第三者ノ不法行爲ニ因リテ滅失又ハ毀損セラレタルトキハ債務者ハ加害者ニ對シテ損害賠償請求權ヲ有スルニ至ルテアラウ其ノ債務者ノ受クヘキ賠償金ハ目的物ノ全部又ハ一部ヲ代表スルモノテアルカラ之ニ付テモ亦物上代位ヲ生スルコト事理ノ當然ナルカ故テアル爰ニ一ノ問題カアル即チ先取特權ノ目的物カ保險ニ附セラレタルトキ債務者カ保險契約ニ因リテ保險金ヲ受取ルヘキ請求權ヲ生シタル場合ニ於テ其ノ受クヘキ保險金ニ付物上代位ノ原則ノ適用アルカ否多少議論ノ存スル所テアル。消極論者ハ、保險金ハ保險料ニ對スル對價テアツテ目的物ヲ代表スルモノテハナイ且保險金ハ保險契約ニ因リテ生スルモノテアツテ物ノ滅失又ハ毀損ノミヲ直接ノ原因トナスモノテナイノテアルカラ保險金ノ請求權ニ付テハ物上代位ヲ生セサルモノト論定スルノカ相當テアルト主張スル。積極論者ハ之ニ反シ保險金ハ保險契約ニ因リテ生シ保險料ノ對價トシテ支拂ハルヘキモノテアルコトハ消極論者ノ云フ通りテアルカ之ト同時ニ目的物ノ全部又ハ一部ノ價格ヲ代表スル性質ヲ有スルモノト解スヘキテアル而已ナラス第三百四條ハ唯タ目的物ノ滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者ノ受クヘキ金錢其ノ他ノ物ト規定スルニ止リ其ノ請求權發生ノ理由ニ

付テハ何等制限スルトコロカナインテアルカラ苟モ目的物カ滅失又ハ毀損セラレタル以上保險契約ノ效果ハ加ハリタルニセヨ債務者ノ受クヘキ保險金ニ付テモ亦物上代位ヲ生スルモノト論定スルノカ正當テアルト主張スルノテアル予ハ積極說ニ從フノカ可ナリト信スル

乙、物上代位權保全ノ要件

物上代位權ヲ保全スルカ爲ニハ先取特權者ニ於テ債務者カ第三債務者ヨリ金錢其ノ他ノ物ノ拂渡又ハ引渡ヲ受クル前差押ヲ爲スコトヲ要スル(三〇四第一項但書)蓋シ先取特權者カ其ノ代表物ニ對シテ優先權ヲ行使スルニハ先ツ其ノ物體カ特定サレナケレハナラナイ、代表物ノ拂渡又ハ引渡前ニ在テハ未タ其ノ物體ハ特定セラレス第三債務者カ債務者ニ對シテ之ヲ提供シタル時初メテ特定セラルヘキテアルカ併シ債務者カ既ニ其ノ代表物ノ交付ヲ受ケタル後ハ自ラ債務者ノ他ノ財產ト混同シテ特定性ヲ失フコトヲ免レナイカラ之ニ對シテ先取特權ヲ追及セシムルカ如キハ管ニ權利關係ヲ紛糾セシムル虞アルニ止ラス寧ロ其ノ追及效ヲ實現セシムルニ由ナキニ至ルテアラウ、果シテ然ラハ其ノ代表物ヲ特定セシメテ先取特權ノ優先權ヲ保全スルカ爲ニハ第三債務者ニ對シテ債務者ニ金錢其ノ他ノ物ノ拂渡又ハ引渡ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シテ之ヲ受クヘキ債權ノ處分ヲ禁止スルカ如キ方法ヲ講スルノカ最モ機宜ニ適シタル措置ト云ハサルヲ得ナイ而シテ斯ル效力ヲ生スルハ即チ

其ノ債權ノ差押ヲ爲スコトニ存スル(民訴、五九八、七五〇)之レ法律カ上述ノ通先取特權者ハ其ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要スル旨規定セル所以テアル、故ニ其ノ差押ノ物體ハ金錢其ノ他ノ物其レ自體テハナクシテ債務者ノ第三債務者ヨリ之ヲ受クヘキ債權其ノモノナルコトヲ注意スヘキテアル此ノ如ク先取特權者カ金錢其ノ他ノ物ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スハ先取特權ノ優先的效力ヲ保全スル唯一ノ方法ニシテ之ニ依リテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアルカラ此ノ差押ハ必ス先取特權者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ他人ノ爲シタル差押ハ先取特權者ノ爲ニ其ノ效ナキモノト謂ハナケレハナラナイ(大正十一年才第三一九號、同十二年四月七日大、昭和五年九月二十三日大、決定判例民事聯合部判決、判例集第二卷第五號二〇九頁、例集第九卷第十一號九一八頁參照)故ニ債務者カ第三債務者ヨリ金錢ノ拂渡ヲ受ケ又ハ物ノ引渡ヲ受ケタル後ハ先取特權ハ消滅スルニ至ルハ勿論先取特權者自ラ代表物ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スニ非サレハ先取特權ノ效力ヲ保全スルコトヲ得サルコトト爲ルノテアル

差押ハ民事訴訟法第五百九十四條以下ノ規定ニ從ヒ之ヲ行フヘキモノテアツテ元來代表物ノ上ニ先取特權ヲ行フコトヲ得ト云フノハ之ヲ嚴格ニ解スレハ債務者カ第三債務者ヨリ受クヘキ金錢其ノ他ノ物ヲ受クヘキ債權ニ對シテ先取特權ヲ行フコトヲ得ト云フ意義ニ外ナラサルコト前ニ述ヘタ通テアル故ニ其ノ債權ヲ差押フレハコソ金錢其ノ他ノ物カ債務者ノ手裡ニ歸サナイテ其ノ特定性ヲ保持

スルコトヲ得ルノテアルカラ先取特權者ハ右差押ヲ爲スニ依リテ直ニ金錢其ノ他ノ物ノ上ニ其ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルノテアル

法律ニ所謂差押ハ其ノ字義上ヨリスレハ本差押ヲ指スモノノ様ニ見ユルケントモ民事訴訟法ニ依レハ本差押即チ債務名義ニ基キテ爲ス差押ト假差押即チ假差押命令ニ依リテ爲ス差押トカアツテ債權ノ辨濟期末タ到來セサルトキハ本差押ヲ爲スコトヲ得ス假差押ノ方法ニ依ルニ非サレハ其ノ請求權ヲ保全スルコトカ出來ナイノテアル而モ本問ノ場合ノ如キハ債權ノ辨濟期末タ到來セサル以前ニ差押手續ヲ爲スニ依リテ最モ克ク其ノ效果ヲ收ムルコトヲ得ルノテアルカラ茲ニ所謂差押トハ本差押ノミヲ指稱スルノテナクシテ假差押ヲモ包含スルモノト解スルノカ相當テアル(民訴七三七以下)終リニ一言注意スルコトハ物上代位ノ原則ハ一般ノ先取特權ニハ之ヲ適用スヘキモノテナイト云フ點テアル何トナレハ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ノ上ニ行ハルルノテアルカラ債務者カ第三債務者ヨリ受取ルヘキ金錢其ノ他ノ物モ亦自ラ其ノ目的物ノ範圍内ニ歸スルコトトナルカラテアル

### 第二節 先取特權ノ種類

先取特權ハ其ノ目的物如何ニ依リ左ノ如ク分類セラル

#### 一、一般ノ先取特權

- (イ) 動産ノ先取特權
- (ロ) 不動産ノ先取特權

#### 第一款 一般ノ先取特權

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財產ノ上ニ存立スル先取特權ヲ謂フノテアル(三〇六)總財產トハ財產總體即チ財產全部ト云フ意テアツテ動産不動産ハ勿論著作權、特許權、意匠權、實用新案權、債權、株式等無體財產ニ至ルマテ一切ノ積極財產ヲ網羅スルモノニシテ約言スレハ法律上讓渡又ハ擔保ニ供スルコトヲ禁止セラレタルモノヲ除クノ外債務者ノ積極財產全部ヲ指稱スルノテアル此ノ財產全部ヲ目的トスル先取特權カ即チ一般ノ先取特權テアツテ此ノ特權ハ左ノ四種ノ原因ヨリ生シタル債權ヲ有スル者ニ屬スルノテアル

- 一、共益費用
- 二、葬式費用
- 三、雇人給料
- 四、日用品ノ供給

### 第一項 共益費用ノ先取特權

共益費用ノ先取特權ハ各債權者ノ共同利益ノ爲ニ爲シタル債務者ノ財産ノ保存、清算又ハ配當ニ關スル費用ノ債權ニ付存在スルノテアル(三〇七第一項)蓋シ此ノ種ノ費用ハ各債權者共同ノ利益ニ歸スヘキ原因ヲ成シタルテアルカラ其ノ費用ノ債權者ハ債務者ノ總財産ニ付優先辨濟ヲ受クルノ特權ヲ有スルモノト爲スノカ公平ノ觀念ニ適シ公益ヲ保護スル所以テアルカラテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、債務者ノ財産ノ保存、清算又ハ配當ニ關スル費用ノ債權ナルコト

(イ) 保存費 ハ債務者ノ財産ニ屬スル權利又ハ物ノ滅失若ハ毀損ヲ防キ現在ノ状態ヲ維持スル爲ニ支出シタル費用テアル例ハ債務者ノ動産、不動産ノ破損セルヲ修理スルカ爲又ハ時効ヲ中断シテ債務者ノ權利ノ消滅ヲ防ク爲支出シタル費用ノ如シ

(ロ) 清算費用 ハ債務者ノ財産ヲ調査シテ其ノ現況ヲ明確ナラシムル爲ニ要シタル費用テアル例ハ債務者ノ破産、死亡、又ハ法人ノ解散等ノ場合ニ其ノ財産目錄ヲ調製シ債權ヲ取立テ財産ヲ換價スル等ノ爲ニ支出シタル費用ノ如キテアル

(ハ) 配當費用 ハ債務者ノ財産ヲ各債權者ニ分配スル爲ニ要シタル費用テアル例ハ配當金額ノ計算及之カ支拂ノ爲ニ要シタル費用ノ如シ若シ夫レ破産又ハ法人ノ解散等ニ因リテ清算行ハレ債務者ノ財産ヲ各債權者ニ分配スル場合ノ如キハ前項ノ清算ニ該當スルカラ本項ノ費用ハ單ニ債務者ノ各個ノ財産ニ付配當カ行ハルル場合ノ費用ニ限ルモノト解スヘキテアル

第二、各債權者ノ共同利益ノ爲ニ爲シタルコト  
前述ノ費用ハ各債權者ノ共同ノ利益ニ歸シタルコトヲ要スル何トナレハ其ノ費用ヲ要シタルモ之カ爲ニ何等ノ利益ニ浴セサル債權者トノ關係ニ於テハ法律上之ニ特權ヲ付與スル理據カナイカラテアル而シテ其ノ費用中總債權者ニ有益ナラサリシモノニ付テハ此ノ先取特權ハ唯其ノ利益ヲ受ケタル債權者トノ關係ニ於テノミ存在スルモノト爲スノカ相當テアルカラ第三百七條第二項ノ規定カ設ケラレテアルノテアル例ハ抵當權ノ目的タル家屋ニ付修繕費ヲ投シタル場合ノ如キ之カ爲ニ利益ヲ受クルハ抵當權者ニシテ普通債權者ハ其ノ利益ニ浴スルコトカナイノテアラウ然ルトキハ此ノ先取特權ハ右抵當權者ニ對シテハ存在スルモ普通債權者ニ對シテハ存在セサルノ類テアル

### 第二項 葬式費用ノ先取特權



葬式費用ノ先取特權ハ債務者ノ身分ニ應シテ爲シタル葬式費用及債務者ノ扶養スヘキ親族又ハ家族ノ身分ニ應シテ爲シタル葬式費用ノ債權ニ付存在スルノテアル(三〇八)

元來葬式費用ハ死體埋葬ノ儀式ニ關スル費用テアツテ法律カ此ノ費用ノ債權ニ付一般ノ先取特權ヲ認メタノハ蓋シ死體ノ埋葬ハ人生最後ノ儀禮テアツテ其ノ費用ノ支出ハ淳風美俗ニ適合スルノミナラス死體ヲ埋葬セスシテ放置スルハ衛生上ニモ害アルコトテアルカラ死體ハ成ル可ク速ニ埋葬スルコトカ公益ヲ保持スル所以テアル而シテ之ニ關シテ支出セル費用ノ債權ハ特ニ之カ辨濟ヲ確保スルニ依リテ克ク叙上ノ目的ヲ達スルコトカ出來ルカラテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、債務者及其ノ扶養スヘキ親族又ハ家族ノ葬式費用ノ債權ナルコト

葬式費用ハ前述ノ通死體埋葬ノ儀式ニ關スル費用テアツテ例ハ墓地ノ買入、死體ヲ納ムヘキ棺其ノ他ノ葬具ノ買入代金、火葬及土葬ノ爲ニ要シタル費用神官僧侶ニ支拂フヘキ禮金ノ如キ之ニ屬スルノテアツテ此ノ費用ハ債務者即チ死者又ハ債務者ノ扶養義務ヲ有スル親族(七二七、七二八、七四九、七九〇、九五四、九五九)又ハ家族ニ付生シタルモノニ限ルノテアル

第二、死者ノ身分相應ニ爲シタル葬式費用ナルコト

葬式費用ノ先取特權ノ行ハルル範圍ハ死者ノ身分ニ應シテ爲シタル葬式費用ニ限定セラルルノテアル蓋シ死者ノ身分ニ應シテ爲シタル葬式費用トハ其ノ死者ノ社會上ノ地位ニ伴ヒテ爲シタル葬式費用ノ謂テアツテ死者ノ身分相應ノ葬式ヲ營ムコトカ淳風美俗ヲ維持スル所以テアルカラテアル從テ死者ノ社會上ノ地位ニ應セサル華美ノ葬式ヲ營ミタルカ爲ニ生シタル費用ノ如キニ至テハ其ノ社會上ノ地位ニ應スヘキ費用ヲ限度トシテ此ノ先取特權行ハレ其ノ超過額ニ付テハ先取特權存在セサルモノト解スルヲ相當トスル

### 第三項 雇人給料ノ先取特權

雇人給料ノ先取特權ハ雇人ノ受クヘキ最後ノ六ヶ月分ノ給料(但シ其金額ハ五十圓ヲ限度トス)ニ付存在スルモノトス(三〇九)

雇人ノ意義ニ付廣狹二様ノ意義カアル廣義ノ雇人ハ雇傭契約ニ因リテ勞務ニ服スル者一切ヲ指稱シ狹義ノ雇人ハ雇傭契約ニ因リテ雇主ニ隸屬シ其ノ指揮命令ノ下ニ雜役ニ服スル者ヲ謂ヒ例ハ僕婢馬丁門番ノ如キ之ニ屬スル茲ニ所謂雇人ハ狹義ニ解スルノカ正當テアルト考ヘル(昭和三年(オ)第四七五號同年六月二日大審院判決)何トナレハ此ノ種ノ雇人ハ概ネ薄給テアツテ貧困ナルヲ常トシ其ノ給料ハ生活ニ缺クヘカラサルモ

ノテアルカラ若シ其ノ債權ニ付辨濟ヲ受クルコト能ハサル様ノコトアラハ路頭ニ迷フノ悲境ニ陥ル虞カアルノテ法律ハ雇人ノ受クヘキ給料ハ特ニ之ヲ保護スルコトカ公益ニ適スルモノト認メ雇主タル債務者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ對シ辨濟ヲ爲スニ際シ雇人ノ受クヘキ給料ノ債權ニ付優先辨濟ヲ受クルノ特權ヲ付與シタルモノト解スヘキテアルカラテアル此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、雇人ノ受クヘキ給料ノ債權ナルコト

雇人ノ給料トハ雇人ノ勞務ニ對スル對價ヲ云フノテアル此ノ先取特權ハ雇人ノ受クヘキ給料ノ債權ニ付テノミ存在スルノテアツテ立替金又ハ預金若ハ損害賠償金等ノ債權ニ付テハ存在シナイノテアル

第二、最後ノ六ヶ月分ノ給料ニシテ其ノ金額ハ五十圓ヲ限定トス

雇人ノ給料ニ關シテハ債務者ノ死亡又ハ破産等ニ因リ清算行ハルルトキハ其ノ死亡又ハ破産宣告ノ時ヨリ又債務者ノ財産ニ付強制執行ヲ爲シ或ハ配當加入ヲ爲シタルトキハ何レモ其ノ時ヨリ遡テ最後ノ六ヶ月分ノ給料ニ付テノミ此ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ルノテアツテ而モ其ノ金額ハ五十圓ヲ超過スルコトヲ得ナイノテアル例ハ一ヶ月ノ給料金十圓宛ナラハ最後ノ六ヶ月合計金六十圓ノ内五

十圓ニ付テノミ優先辨濟ヲ受クルノ特權ヲ有スルノ類テアル法律ハ何故ニ斯カル制限ヲ設ケタカト云フニ此ノ種ノ債權ヲ特ニ保護シ法律上特別ノ恩典ヲ付與スルノ必要アルハ勿論テアルカ其ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキ債權ノ範圍ヲ無制限ナラシムルト云フト他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞アリ去リトテ又小額ニ失スルトキハ其ノ保護ノ精神ヲ貫徹スルコト能ハサルコトナルノテ其ノ中庸ヲ取テ右ノ限度ニ定メタルモノト解スヘキテアル、民法制定當時ニ在テハ右ノ金額ヲ以テ相當ト爲シタルモ其ノ後經濟界及社會生活狀態ノ變化セル現代ニ在テハ小額ニ失スルコト勿論テアツテ適當ニ之ヲ改正スルノ必要ヲ看ル

#### 第四項 日用品供給ノ先取特權

日用品供給ノ先取特權ハ債務者又ハ其ノ扶養スヘキ同居ノ親族並家族及其ノ僕婢ノ生活ニ必要ナル最後ノ六ヶ月間ノ飲食品及薪炭油ノ供給ノ債權ニ付存在スルノテアル(三一〇)夫レ日用品ハ人ノ日常生活ニ缺クヘカラサル必需品テアツテ日用品ノ供給ヲ受クルコトカ出來ナケレハ遂ニ生命ヲ維持スルコト能ハサルニ至ルテアラウ故ニ無資力者ト雖容易ニ日用品ノ供給ヲ受クルコトヲ得ル様ニスルノハ公益ヲ保護スル所以テアルノテ法律ハ日用品ノ供給ヨリ生スル債權ニ付先取特權ヲ附著セシ

メタノテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、日用品ノ供給ニ因リテ生シタル債權ナルコト

日用品トハ廣義ニ解スレハ人ノ日常生活ノ需要ニ應シ使用又ハ消費スル物品ヲ謂フノテアル併シ日用品ノ供給ニ付無制限ニ先取特權ノ存在ヲ認ムルニ於テハ他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルノテ法律ハ其ノ範圍ヲ人ノ生命ヲ維持スルニ必要缺クヘカラサルモノニ制限シ飲食品及薪炭油ノ供給ニ因リテ生シタル債權ニ付テノミ先取特權附著スルモノト定メタノテアル即チ此ノ先取特權ハ例ハ米、味噌、醬油、鹽、砂糖、野菜類、石炭、木炭、石油、種油等ヲ供給シタルニ因リテ生シタル代金債權ニ付存在スルノテアツテ菓子、酒、煙草、衣服、帽子、筆、紙、墨、靴、下駄等ヲ供給シタル代金債權ノ如キモノニ存在セサルモノト解スヘキテアル

第二、債務者又ハ其ノ扶養スヘキ同居ノ親族並家族及其ノ僕婢ノ生活ニ必要ナルモノナルコト

前述ノ如ク飲食品及薪炭油ハ人ノ日常生活ニ必要缺クヘカラサル物テアツテ之レカナケレハ無資力者ト雖自己又ハ其ノ扶養スヘキ同居ノ親族其ノ他ノ者ノ生命ヲ維クコトカ出來ナクナルカラ法律ハ叙上ノ者ノ生活ニ必要ナル右日用品ノ供給ニ基ク債權ニ付テノミ優先辨濟ヲ受クルノ特權ヲ認メタ

ノテアル從テ此ノ以外ノ同居者ノ生活ニ充ツル爲供給シタル飲食物ノ代金債權ノ如キモノニハ此ノ先取特權存在シナイノテアル

第三、最後ノ六ヶ月間ニ供給シタルモノナルコト

此ノ先取特權ハ前述ノ通其ノ範圍ニ制限アルノミナラス尙其ノ債權額ニ付制限存シ單ニ最後ノ六ヶ月間ノ飲食品及薪炭油ノ供給ノ代金債權ニ付テノミ行フコトヲ得ルノテアル之レ其ノ制限ヲ加ヘサレハ他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルカラテアル最後ノ六ヶ月ノ起算點ハ雇人給料ノ先取特權ニ關シテ説述シタルトコロト同趣旨ニ解シテ可カラウ

### 第二款 動産ノ先取特權

動産ノ先取特權ハ債務者ノ財産中特定ノ動産ノミヲ目的物トシテ存在スル先取特權テアル。此ノ先取特權ノ附隨スル債權ハ左ノ原因ヨリ生シタルモノニ限ル(三二一)

- 一、不動産ノ賃貸借
- 二、旅店ノ宿泊
- 三、旅客又ハ荷物ノ運輸
- 四、公吏ノ職務上ノ過失
- 五、動産ノ保存
- 六、動産ノ賣買

七、種苗又ハ肥料ノ供給

八、農工業ノ勞役

法律カ此ノ種ノ債權ニ先取特權ヲ附隨セシメタル理由ハ必スシモ同一テナイ大別シテニツト爲スコトカ出來ル即チ第一號乃至第四號ハ當事者間其ノ目的物タル動産ノ上ニ默示ノ質契約カ存在スルトノ推測ニ基キテ認メタモノテアツテ獨逸民法ノ認ムル法定質權ニ該當スル第五號乃至第八號ハ其ノ債權發生ノ原因タル行爲ニ因リ債務者ノ財産ヲ増加シ一般債權者ノ爲ニ共同擔保ヲ増加シタルカ故其ノ原因ヲ成シタル行爲ヨリ生シタル債權ハ特ニ之ヲ保護スルコトカ公平ノ觀念ニ適スルモノト認メタノテアル從テ此ノ區別ハ先取特權ノ順位ヲ定ムルニ付重要ナル關係ヲ有スルノテアツテ其ノ事ハ後ニ説明スルトコロニ依テ了解スルコトカ出來ルテアラウ

第一項 不動産賃貸ノ先取特權

不動産賃貸ノ先取特權ハ其ノ不動産ノ借貸其ノ他賃貸借關係ヨリ生シタル賃借人ノ債務ニ付キ賃借人ノ動産ノ上ニ存在スルノテアル(三一二)茲ニ所謂不動産ハ土地及建物ヲ指稱スルノテアツテ土地及建物ノ賃貸借ハ所有者ノ方面ヨリ觀レハ有益ナル利用方法ニ屬シ賃借人ノ方面ヨリ觀レハ容易ニ日常生活ニ必要ナル土地又ハ建物ヲ利用スルコトヲ得テ相互ニ便益ナルハ勿論之カ爲ニ土地及建

物ノ賃貸借カ容易ク行ハレ其ノ需給關係ヲ充スコトヲ得ルハ社會政策上ヨリ論スルモ極メテ緊要ニシテ獎勵スヘキコトニ屬スル之レ法律カ土地及建物ノ賃貸借關係ヨリ生スル債權ニ付先取特權ヲ附與シ之ヲ動産上ノ先取特權ノ第一位ニ置イタ所以テアル

此ノ先取特權ハ地代ヲ支拂フヘキ地上權ノ地代及永小作權ノ永小作料ノ債權ニ準用セララルノデア(二六六第二項二七三)

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、土地及建物ノ賃貸借關係ヨリ生シタル債權ナルコト

故ニ(イ)借貸ノ債權、(ロ)賃借物ノ滅失又ハ毀損ノ場合ニ於ケル損害賠償請求權若ハ借貸支拂ノ債務不履行ノ場合ニ於ケル違約金ノ債權、(ハ)賃借人カ修繕費ヲ負擔スヘキ特約アル場合ニ於テ修繕ヲ怠リタルトキ賃借人カ修繕ヲ加ヘタルカ爲生シタル修繕費ノ償還請求權等テアル

第二、此ノ先取特權ノ目的物

此ノ先取特權ノ目的物ニ付テハ第三百十三條及第三百十四條ニ特別ノ規定カ存スルノテ之ニ基テ述フルコトトスル

甲 土地ノ賃貸借ノ場合ニ於ケル目的物ハ左ノ如シ

(イ) 賃借地ニ備附ケタル動産

備附ケトハ一時的の使用ノ爲テナクシテ常備品トシテ繼續的ニ賃借地ニ存置スルコトヲ謂フノデア  
ル。賃借地ニ備附ケタル動産トハ賃借人カ賃借地ニ備附ケタル動産ハ勿論賃借地上ニ存在スル建物  
ニ備附ケタル動産ヲモ包含スト解スヘキテアル例ハ賃借地ノ耕作用ニ供スル爲常置スル舟、車、牛、  
馬又ハ賃借地所在ノ建物ノ使用便益及裝飾用トシテ常備セル建具、箆、戸棚、机、窓掛ケ其ノ他  
ノ器具ノ如キ之ニ屬スル

(ロ) 賃借地利用ノ爲ニスル建物ニ備附ケル動産

賃借地利用ノ爲ニスル建物トハ賃借地内ニ存スル建物テナクシテ賃借地ノ外ニ在リ而モ賃借地ノ利  
用ノ爲ニ賃借人ノ使用スル建物ヲ謂フノデア、其ノ建物ニ賃借地ノ使用收益ノ爲ニ常置スル動産  
カ此ノ先取特權ノ目的物ト爲ルノデア、例ハ賃借地ノ耕作用ノ爲ニ建物内ニ備附ケタル鋤、鍬、牛、  
馬又ハ賃借地ノ生産物ヲ貯藏若ハ精製スル爲ニ建物内ニ常置スル桶、臼、其ノ他ノ器具機械ノ如キ  
カ之ニ屬スル

(ハ) 賃借地ノ利用ニ供シタル動産

之ハ前掲(イ)(ロ)ノ場合ニ該當セサルモ賃借地ノ利用ニ供シタル動産ヲ謂フノデア例ハ農具、

牛、馬ノ如キ物デア、故ニ此ノ場合ハ備附ケタルコトヲ必要トシナイ唯賃借地ノ利用ニ供シタダケ  
テ足ルノデア

(ニ) 賃借人ノ占有ニ在ル賃借地ノ果實

之ハ賃借地ヨリ收取セル產出物デアツテ賃借人ノ占有ニ在ル物ヲ謂フノデア、例ハ賃借地ヨリ收穫  
セル五穀、野菜類、採掘セル砂石ノ如キ物デア

此ノ果實ノ上ニ先取特權ノ存在ヲ認メタノハ當事者間ニ質契約カ暗黙ニ存在スルト云フ推測ニ出タ  
ノテハナク賃借契約カ此ノ果實產出ノ原因ヲ成シ延イテ債務者ノ資産ヲ増加シ各債權者ノ共同擔  
保ヲ増加スル素因ヲ爲シタト云フ理由ニ基クノデア、而シテ其ノ果實カ先取特權ノ目的トナルニハ  
唯賃借人ノ占有ニ在レハ其レテ宜シイノデアツテ賃借地ノ上又ハ其ノ利用ノ爲ニスル建物内ニ在ル  
カ否ヲ問フ必要カナ

乙 建物ノ賃貸借ノ場合ニ於ケル目的物(三三三第二項)

此ノ先取特權ノ目的物ハ賃借人カ建物ニ備附ケタル動産デア、茲ニ所謂建物ハ獨リ住家ノミニ限ラ  
ナイノテ倉庫其ノ他諸種ノ建物ヲ包含スル換言スレハ諸種ノ建物ノ使用便益又ハ裝飾等ノ爲ニ常備  
シタル賃借人所有ノ動産デア、例ハ住家ニ備附ケタル疊建具、戸棚、机、窓掛ケノ類又ハ工場ニ備

附ケタル機械器具ノ類倉庫ニ備附ケタル荷車、梯子ノ類テアル故ニ建物ノ利用ニ關係ナキ物又ハ賃借人ノ一身ノ使用ニ供スル物ノ如キハ縱令其ノ建物内ニ在テモ此ノ先取特權ノ目的物ト爲ラスト解スヘキテアル例ハ現金、衣服、帽子、指環、寶石類ノ如キ之ニ屬スル併シ大審院判決ニ於テハ之ト反對ノ解釋ヲ判示シテ居ル(大正二年オ第五〇七號同三年七月四日判決第二〇輯五八七頁)

丙 賃借權ノ讓渡又ハ轉貸ノ場合ニ於ケル目的物

此ノ場合ニ於ケル賃借人ノ先取特權ハ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存在スル(三一四)之ヲ分説スレハ左ノ通テアル

(イ) 讓受人又ハ轉借人ノ動産

賃借人カ賃借人ノ承諾ヲ得テ賃借權ヲ讓渡シタルトキハ賃借關係ハ賃借人ト讓受人トノ間ニ存在シ(六一二)又賃借人カ賃借人ノ承諾ヲ得テ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フコトトナルノテアルカラ(六一三)賃借權ノ讓渡又ハ轉貸アリタル後ニ生シタル賃借人ノ債權ニ付讓受人又ハ轉借人ノ動産ノ上ニ先取特權ノ存在スヘキコトハ敢テ特別ノ規定ヲ俟タナイテ明テアル從テ第三百十四條前段ハ此ノ自明ノ理ヲ規定シタノテハナク賃借權ノ讓渡前又ハ轉貸前ニ於テ賃借人カ賃借人ニ對シテ有セル借賃其ノ他賃貸關係ヨリ生シタル債權ニ付讓受人又ハ轉借人

ノ動産ノ上ニ先取特權カ成立スルコトヲ規定シタルモノト解スヘキテアル果シテ然ラハ讓受人又ハ轉借人ハ究竟讓渡人又ハ轉貸人ノ債務ヲ承繼シタルト同一ノ結果ニ歸シ理論上不當タルヲ免レナイ況ヤ賃借權ノ讓渡又ハ賃借物ノ轉貸ニ因リ賃借人カ既ニ有スル債權ノ特別擔保ヲ失フ虞カアルナラハ賃借人ニ於テ讓渡又ハ轉貸ヲ承諾シナケレハ可ナルニ於テオヤテアル故ニ立法論トシテハ非難スヘキ理由カ在ルケレトモ解釋論トシテハ蓋シ賃借權ノ讓渡又ハ賃借物ノ轉貸ノ場合ニハ先取特權ノ目的タル備附ノ動産モ亦其ノ儘讓受人又ハ轉借人ニ讓渡セラレテ引渡サルルノカ通例テアル而シテ其ノ備附ノ動産カ第三取得者ニ引渡サレタル後ハ賃借人ハ其動産ニ付先取特權ヲ行フコトヲ得ナイコトニナルカラ(三三三)法律ハ特ニ此ノ先取特權ノ效力ヲ強大ニシ賃借人ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ該規定ヲ設ケタルモノト解スヘキテアル

(ロ) 讓渡人又ハ轉貸人ノ受クヘキ金額(三一四後段)

讓渡人又ハ轉貸人ノ受クヘキ金額トハ例ハ讓渡人又ハ轉貸人カ讓受人又ハ轉借人ヨリ受取ルヘキ備附品ノ賣却代金又ハ賃借權ノ讓渡代金ノ如キヲ云フノテアツテ此等ノ金錢ハ債務者タル讓渡人又ハ轉貸人ノ手裡ニ歸スヘキ財産テアルカラ法律ハ物上代位ノ原則ニ鑑ミ第三百十四條ノ規定ヲ設ケ右金錢ニ付先取特權ヲ行フコトヲ得シメタノテアル、法文ニ讓渡人又ハ轉貸人ノ受クヘキ金額トアル

ハ究竟如上金錢ヲ受クヘキ債權ヲ指稱スルモノト解スヘキテアル、故ニ貸貸人ニ於テ讓渡人又ハ轉貸人カ之ヲ受取ル前ニ差押ヲ爲スニ非サレハ此ノ先取特權ノ效力ヲ及ホスコトヲ得サルモノト解スルヲ相當ト認ム

丁 債務者以外ノ財産カ其ノ目的物ト爲ル場合

先取特權ノ目的物ハ何レノ場合ニ於テモ債務者ノ財産ナケレハナラナイ第三百十九條ハ之ニ對スル例外ヲ規定シタモノテアツテ即チ賃借人、賃借權ノ讓受人又ハ賃借物ノ轉借人ノ占有ニ在ル動産ニシテ第九十二條乃至第九十五條ヲ準用スヘキ場合ニ該當スルトキハ先取特權ハ其ノ動産ノ上ニモ及フノテアル例ヘハ賃借人カ賃借家屋ニ他人ヨリ借受ケ若ハ寄託セラレタル疊建具類ヲ備附ケタル場合ニ於テ賃借人カ其ノ備附ノ當時其ノ事實ヲ知ラス且之ヲ知ラサルニ付過失ナカリシトキハ貸貸人ハ其ノ備附品ニ付先取特權ヲ行フコトヲ得ルカ如キテアル

第三、此ノ先取特權ヲ行使スル債權ノ範圍

一、賃借人ノ財産ノ總清算ノ場合ニ於テハ貸貸人ノ先取特權ハ前期、當期及次期ノ借賃其ノ他ノ債務及前期並當期ニ於テ生シタル損害賠償ニ付テノミ存在ス(三一五)

總清算ノ場合トハ債務者タル賃借人ノ一切ノ財産ヲ舉ケテ總債權者ニ分配スル場合ヲ謂フノテアツ

テ例ハ破産、法人ノ解散、相續ノ限定承認ノ如キ場合ニ於テ生スルノテアル賃借人ノ財産ニ付總清算ノ行ハルル場合ニ於テ法律カ此ノ制限ヲ設ケタノハ蓋シ賃貸人ノ債權ニ付無制限ニ優先辨濟ヲ受タルノ特權ヲ行ハシムルト云フト他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルカラテアル

當期トハ例ハ一年又ハ一月ヲ一期トシテ借賃ヲ支拂フ場合ノ如キ清算ノ行ハレタル年又ハ月ヲ指スノテアル其ノ當期ニ先ツ年又ハ月カ前期テアツテ其ノ當期ニ次ク年又ハ月カ次期テアル

借賃支拂ノ時期カ特約ヲ以テ定メラレタル場合ニハ之ニ從フコト勿論テアルカ若シ特約ナキトキハ民法第六百十四條ノ規定ニ依ルヘキテアル

損害賠償ニ付テハ固ヨリ支拂時期ノ定アルヘキ筈カナイ借賃ノ支拂期ヲ標準トシテ之ニ依ルノカ適當テアラウ

二、賃貸人ノ敷金ヲ受取リタル場合ニハ其ノ敷金ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ先取

特權行ハル(三一六)

古來我カ國ノ慣習トシテ不動産就中建物ノ賃貸借ニ付借賃其ノ他賃貸借關係ヨリ生スル債務ノ履行ヲ確保スル目的ヲ以テ豫メ一定金額ヲ賃借人ヨリ賃貸人ニ差入ルルコトカアル其ノ一定額ノ金錢ヲ指シテ敷金ト稱スル、抑敷金差入契約ハ不動産殊ニ建物ノ賃貸借契約ニ從屬シテ成立スルノテアツ

テ即チ貸借契約ヲ締結スル際貸借人ヨリ貸借人ニ對シ一定額ノ金錢(多クハ借賃ヲ標準トシテ其ノ若干月分ニ相當スル金額)ヲ差入レ貸借人ハ之カ所有權ヲ取得シテ自由ニ處分スルコトヲ得テ貸借ノ存續スル間ハ之ヲ返還スルコトヲ要シナイ而シテ若シ貸借人ニ於テ借賃其ノ他債務ノ不履行アレハ貸借人ハ當然敷金ヲ以テ其ノ債權ノ辨濟ニ充ツル權利ヲ有シ貸借終了ノ際其ノ殘餘ヲ貸借人ニ返還スヘキ義務ヲ負フコトヲ以テ其ノ内容ト爲スノテアル

大審院ニ於テハ敷金ハ貸借終了ノ際ニ於テ借借人ニ債務不履行アラハ之ヲ以テ其ノ辨濟ニ充當スヘキコトヲ約シテ貸借人ニ所有權ヲ移轉スル金錢ニシテ敷金ヲ差入レタル者ハ貸借人ニ債務不履行ナキコトヲ條件トシテ之カ返還請求權ヲ有スルモノナル旨判示シテ居ル(大正十五年(オ)第四九號、同年七月十二日判決、判例集第五號六一頁)敷金ノ法律上ノ性質ニ付テハ議論ノ存スル所テアルカ併シ敷金トシテ差入レタル一定ノ金錢ノ所有權ハ貸借人ニ移轉シ借借人ハ唯貸借終了ノ際借賃其ノ他債務ノ不履行ナキ場合ニ於テノミ之カ返還請求權ヲ有スルノテアツテ若シ借借人ニ於テ借賃其ノ他債務ノ不履行アルトキハ貸借人ハ當然敷金ニ付自己ノ債權ニ優先辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者ナルコト爭ナキトコロテアルカ敷金カ不動産貸借關係ヨリ生スル債權ニ對シ特別擔保ノ性質ヲ具有スルコト明テアル(六一九第二項參照)故ニ法律ハ貸借人カ敷金ヲ受取リタル場合ニハ貸借人ノ債權ニ對シテハ第一次ニ敷金ヲ以テ之

カ辨濟ニ充テ唯其ノ殘餘ノ債權ニ對シテノミ第二次ニ此ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキモノト定メタノテアル(三一六)若シ斯様ナ制限ヲ設ケナケレハ貸借人ハ敷金ニ相當スル部分ノ債權ニ付テハ二重ノ特別擔保ヲ有スルコトト爲リ他ノ債權者ニ比シ其ノ保護厚キニ失スルコトト爲ルカラテアル

### 第二項 旅店宿泊ノ先取特權

旅店宿泊ノ先取特權ハ旅客其ノ從者及牛馬ノ宿泊料並飲食料ノ債權ニ付其ノ旅店ニ存スル手荷物ノ上ニ存在スルノテアル(三一七)旅店ハ旅客ヲ宿泊セシメ飲食物ヲモ供給スルヲ常業ト爲ス者テアルカラ之ヨリ生スル債權カ確保セラレナイト旅店主人ハ安ンシテ旅客ヲ宿泊セシムルコトカ出來ス旅客モ亦容易ニ旅行スルコトカ不可能トナツテ交通ヲ阻塞シ國家經濟上ヨリ看ルモ不利益タルコト明テアル之レ法律カ此ノ債權ニ付先取特權ヲ附與シタル所以テアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、旅客其ノ從者及牛馬ノ宿泊料並飲食料ノ債權ナルコト

從者ハ旅客ノ同伴者テアツテ家族及僕婢ノ如キカ之ニ屬スル牛馬ハ旅客カ人又ハ荷物ヲ運搬スル爲ニ使用スルモノヲ指スノテアル但シ此ノ目的ノ爲ニ使用スルモノナル以上ハ獨リ牛馬ニ限ラス其他



ノ畜類ニテモ妨ケナキモノト解シテ可カラウ。右從者及牛馬ハ何レモ旅客ノ計算ニ於テ宿泊シ飲食スルノテアルカラ旅店主人ハ旅客其ノ從者及牛馬ノ宿泊料並飲食料トシテ請求スル事ヲ得ヘキ債權ニ付其ノ先取特權ヲ有スルノテアツテ立替金等ノ債權ニ付テハ此ノ先取特權ハ存在シナイノテアル第二、此ノ先取特權ノ目的物

此ノ先取特權ノ目的物ハ旅客ノ手荷物テアツテ現ニ旅店ニ存在スル物ニ限ル、手荷物トハ旅客カ通常旅行中其便益ニ充ツル爲携帶スル一切ノ動産ヲ謂フノテアル故ニ一身ノ用ニ供スル衣服、指輪、時計、帽子ノ如キハ手荷物テハナイ又旅店ニ現存スル手荷物テナケレハ其目的物トナラナイノテアルカラ例ハ鐵道ノ驛ニ一時預ケニシタ手荷物ノ如キハ此先取特權ノ目的物トナラナイ、法律カ此先取特權ノ目的物ヲ旅店ニ存スル手荷物ニ限定シタノハ畢竟旅店主人ハ自己ノ監督内ニ在ル手荷物ヲ擔保視シテ旅客ヲ宿泊セシメ飲食物ヲ給スルモノト認メタカラテアル若シ夫レ旅店ニ携帶セル手荷物カ旅客ノ所有物テナカツタ場合ノ如キ旅店主人ニ於テ其手荷物ハ旅客ノ所有ニ屬スルモノト信シ且斯ク信スルニ付過失カナカツタトキハ該手荷物ノ上ニ此先取特權ヲ行フ事ヲ得ルノテアル(三一九)

### 第三項 旅客又ハ荷物運輸ノ先取特權

運輸ノ先取特權ハ旅客又ハ荷物ノ運送賃及附隨ノ費用ノ債權ニ付運送人ノ手ニ存スル荷物ノ上ニ存在スルノテアル(三一八)蓋シ運送人ハ其ノ手裡ニ存スル荷物ヲ擔保視スルノカ通例テアル而已ナラス運輸ハ交通ヲ盛ニシテ公益ヲ増進スルモノテアルカラ法律ハ運輸ヲ獎勵スルカ爲此ノ先取特權ヲ認ムルニ至ツタノテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、旅客又ハ荷物ノ運送賃及附隨ノ費用ノ債權ナルコト

運送賃トハ旅客又ハ荷物ヲ運搬スル對價ヲ謂ヒ附隨ノ費用トハ荷造費、關稅又ハ保險料ノ立替金ノ如キヲ謂フノテ此等ノ原因ヨリ生シタル債權ナルコトヲ要スル

第二、此ノ先取特權ノ目的物

此ノ先取特權ノ目的物ハ運送人ノ手裡ニ在ル荷物テアル運送人トハ對價ヲ得テ旅客又ハ荷物ノ運搬ヲ爲スヘキコトヲ引受クル者ヲ云フノテアツテ其ノ運送人ニ特別ニ運搬方ヲ託シ且運送人ノ手裡ニ存スル荷物ナルコトヲ要スル從テ旅客ノ手荷物ハ此ノ先取特權ノ目的物トナラサルハ勿論又縱令特別ニ運送ヲ託シタル荷物テアツテモ運送人ノ占有ニ在ラサルトキ例ハ荷物ヲ荷主ニ引渡シタル後ハ此ノ先取特權ノ目的物トナラサルノ類テアル

荷物カ旅客又ハ運送委託者ノ所有ニ屬セサルトキト雖運送人カ過失ナクシテ旅客又ハ運送委託者ノ所有物ナリト信シテ受取リタルトキハ其ノ荷物ニ付此ノ先取特權ヲ行フコトカ出來ル(三一九)

#### 第四項 公吏ノ職務上過失ノ先取特權

公吏保證金ノ先取特權ハ保證金ヲ供シタル公吏ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル債權ニ付其ノ保證金ノ上ニ存在スルノテアル(三二〇)茲ニ所謂公吏トハ一般公衆ノ委託ヲ受ケテ民事上ノ事務ヲ取扱フ官吏及公吏ヲ指稱スルモノト解スヘキテアル

此等官吏又ハ公吏ハ其ノ事務ヲ取扱フニ付私法關係上一私人ニ對シ損害賠償ノ義務ヲ負擔スルコトナシトセス其ノ賠償義務ノ履行ヲ確保スルハ公衆カ安ンシテ事務ノ委託ヲ爲スコトヲ得ル所以テアルト共ニ此ノ種ノ官吏又ハ公吏ヲシテ圓滿忠實ニ其ノ職務ノ執行ヲ爲サシムルコトトナリ公益ニ適スル所以テアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、官吏又ハ公吏ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル債權ナルコト

一般公衆ノ委託ヲ受ケテ民事上ノ事務ヲ取扱フ官吏又ハ公吏ハ其ノ職務上ノ過失ニ因リテ委託者タ

ル一私人ニ損害ヲ加フルコトナキヲ保セス例ハ執達吏カ委託ヲ受ケタル強制執行事件ニ付過失ニ因リテ競賣期日ヲ遺忘シ爲ニ目的物ヲ失ヒ又ハ公證人カ過テ無効ノ公正證書ヲ作成シタル爲ニ委託者ニ對シテ損害ヲ加ヘタル場合ノ如キ委託者ハ執達吏又ハ公證人ニ對シテ損害賠償請求ノ債權ヲ有スルニ至ルテアラウ其ノ債權ニ付此ノ先取特權カ存在スルノテアル

法律ハ官吏又ハ公吏ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル債權ニ付テノミ此ノ先取特權存在スルモノノ様ニ規定シテ居ルカ職權ノ濫用ニ因リテ生シタル債權ヲモ包含スルモノト解スルノカ正當テアル(舊民擔、一六一)

第二、此ノ先取特權ノ目的物

此ノ先取特權ノ目的物ハ官吏又ハ公吏ノ納付シタル保證金テアル元來直接ニ一私人ノ委託ヲ受ケテ民事上ノ事務ヲ取扱フ官吏又ハ公吏ニ對シテハ就職ノ際豫メ保證金ヲ國庫ニ納付セシメ之ヲ以テ其ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル損害賠償ノ擔保ニ充ツルコトト爲ツテ居ル故ニ其ノ保證金ハ當初ヨリ此ノ先取特權ノ目的トシテ存在スルモノテアツテ嚴格ニ云ハハ此ノ先取特權ハ保證金夫レ自體ニ付存スルノテナクシテ官吏又ハ公吏カ國庫ヨリ保證金ノ返還ヲ受クヘキ請求權ノ上ニ存在スルモノト解スヘキテアル

### 第五項 動産保存ノ先取特權

動産保存ノ先取特權ハ動産ノ保存費及動産ニ關スル權利ノ保存、追認、又ハ實行ニ要シタル費用ノ債權ニ付其ノ動産ノ上ニ存在スルノテアル(三二一)蓋シ此等ノ目的ノ爲ニ投シタル費用ハ動産ノ價格及動産ニ關スル權利維持ノ上ニ其ノ效用ヲ生シ他ノ債權者モ亦其ノ利益ニ浴スル原因ヲ成シタモノテアルカラ法律ハ此ノ費用ニ基ク債權ニハ共益費用ノ債權ト同シク先取特權ヲ附著セシムルコトカ公平ノ觀念ニ適スルモノト認メタノテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、動産ノ保存費及動産ニ關スル權利ノ保存、追認又ハ實行セシムル爲ニ要シタル費用ノ債權ナルコト

(イ) 動産保存費ノ債權ナルコトヲ要スル(三二一第一項)即チ動産其ノ物ヲ保存スル爲ニ要シタル費用ニ基ク債權テナケレハナラヌ例ハ器物ノ修繕費動物ノ治療費又ハ飼養料ノ債權ノ如キテアル

(ロ) 動産ニ關スル權利ノ保存、追認又ハ實行セシムル爲ニ要シタル債權ナルコトヲ要スル(三二一第二項)爰ニ所謂(1)權利ヲ保存セシムル爲ニ要シタル費用トハ例ハ債務者ノ動産ニ付取得時効

ノ完成セントスルヲ中斷シ又ハ質權ノ目的タル動産ヲ侵奪者ヨリ回復スルカ爲ニ要シタル費用ノ如ク凡テ權利ノ滅失スルヲ防ク爲ニ要シタル費用ヲ云ヒ、(2)權利ヲ追認セシムル爲ニ要シタル費用トハ債務者カ動産ノ上ニ權利ヲ有スルコトヲ確認セシムル爲ニ要シタル費用ヲ云ヒ(3)權利ヲ實行セシムル爲ニ要シタル費用トハ例ハ第三者ヨリ債務者ニ動産ヲ引渡サシムルニ付テ又ハ債務者ノ爲ニ其ノ所有ノ動産ヲ競賣ニ付シタルニ付テ要シタル費用ノ如キヲ云フノテ此等ノ爲ニ支出シタル費用ノ債權ナルコトヲ要スルノテアル

第二、此ノ先取特權ノ目的物

此ノ先取特權ノ目的物ハ保存セラレタル動産又ハ保存ノ追認若ハ實行セシメタル權利ノ目的タル動産テアル

動産保存ノ爲ニ要シタル費用ニ付テハ債權者カ其ノ動産ヲ占有スルニ於テハ留置權ヲ有スルニ至ルテアラウケレトモ留置權ニハ優先辨濟ヲ受クル權能ナキノミナラス目的物ノ占有ヲ失フニ因リテ留置權ハ消滅スルカ故ニ此ノ先取特權ト相竝ヒテ其ノ效用ヲ全フスルモノト謂フヘキテアル

### 第六項 動産賣買ノ先取特權

動産賣買ノ先取特權ハ動産ノ代價及其ノ利息ニ付其ノ動産ノ上ニ存在スルノテアル(三三二)此ノ先取特權ヲ認メタル理由ハ蓋シ賣買ニ在テハ其ノ目的タル財産權ト代金トハ相互ニ交換セラルヘキ性質ヲ有スル而已ナラス賣主ハ動産ヲ買主ニ賣渡シタルニ因リテ買主ノ資産ヲ増加シ各債權者ノ共同擔保ヲ増加スルノ原因ヲ成シタルテアルカラ其代金債權ハ他ノ普通債權ニ比シ特ニ之ヲ保護スヘキ理由カアル且又代金ノ未タ支拂ハレサルニ先チ其ノ賣渡サレタル動産カ一般債權者ニ對シ分配辨濟ノ資ニ供セラルルニ於テハ恰モ賣主ノ財産ヲ以テ辨濟ニ充ツルト擇フトコロナキコトト爲リ公平ノ觀念ニ反スルコト極メテ明テアル此等ノ理由ニ基キ此ノ債權ニ先取特權ヲ伴ハシムルコトカ公平ノ觀念ニ適スルモノト認メタノテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、動産ノ代價及其ノ利息ノ債權ナルコト

此ノ先取特權ノ伴フ債權ハ動産ノ代價及其ノ利息ノ債權ニ限ラル代金債權ハ常ニ必ス利息ヲ生スルモノテハナイ特約ニ基クカ若ハ民法第五百七十五條第二項ノ規定ニ因ル場合ノ如ク特別ノ原因アルコトヲ要スルノテアル何レニシテモ苟モ其ノ利息債權ノ存スル以上ハ代金債權ト共ニ利息債權ニ付テモ先取特權ヲ行フコトヲ得ルノテアル有償契約ハ賣買以外ニモ存在スルコト勿論テアルカ賣買ニ

關スル規定ハ賣買以外ノ有償契約ニ準用セララルト雖(五五九)凡テノ有償契約ニ付此ノ先取特權ヲ認ムヘキテハナイ唯交換ノ補足金ニ付テノミ準用セララルモノト了解スヘキテアル(五八六第二項)第二、此ノ先取特權ノ目的物 ハ其ノ賣渡サレタル動産テアル賣買ノ目的タル動産ノ所有權カ買主ニ移轉シタル以上ハ賣主ノ占有ニ在ルト買主ニ引渡サレタル後トヲ問ハス常ニ其ノ動産ノ上ニ此ノ先取特權カ存在スルノテアル若シ夫レ其ノ動産カ賣主ノ占有ニ在ルトキハ其ノ動産ノ上ニ留置權ト此ノ先取特權トカ竝存スルコトト爲ルテアラウ

### 第七項 種苗肥料供給ノ先取特權

種苗肥料供給ノ先取特權ハ種苗又ハ肥料ノ代價及其ノ利息ノ債權ニ付存在シ又此ノ先取特權ハ蠶種又ハ蠶ノ飼養ニ供シタル桑葉ノ供給ノ代價及其ノ利息ノ債權ニ付存在スルノテアル(三三三)此ノ先取特權ヲ認メタル理由ハ蓋シ債權者カ此等ノ物ヲ供給シタルニ因リテ債務者ノ資産増加シ各債權者ノ共同擔保ヲ増加スル原因ヲ成シタルテアルカラ其ノ供給ニ基ク債權ノ完済セラルル前ニ債務者ノ資産ヲ悉ク一般債權者ニ分配スルノハ公平テナイ此ノ債權ハ特ニ之ヲ保護スルコトカ公平ノ觀念ニ適スルカラテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、(イ)種苗又ハ肥料ノ供給ニ基ク代價及其ノ利息ノ債權ナルコト(ロ)蠶種又ハ蠶ノ飼養ニ供シタル桑葉ノ供給ニ基ク代價及其ノ利息ノ債權ナルコト從テ此等ノ物ノ供給ニ關シテ生シタル損害賠償請求ノ債權ノ如キハ此ノ先取特權ニ依テ擔保セラレナイノテアル

第二、此ノ先取特權ノ目的物

(イ) 供給ヲ受ケタル種子、苗又ハ肥料ヲ用キタル後一年內ニ其ノ土地ヨリ生シタル果實例ハ大根ノ種子ノ賣主ハ其ノ代金債權ニ付其ノ種子ヲ蒔キ一年內ニ生シタル大根ノ上ニ先取特權ヲ行フコトヲ得ルカ如キテアル法律カ此ノ一年內ト云フ制限ヲ設ケタノハ種苗又ハ肥料ハ之ヲ用キタル後一年內ニ其ノ效果ヲ擧クルモノト認メタカラテアル

(ロ) 供給ヲ受ケタル蠶種又ハ桑葉ヨリ生シタル物

蠶ハ蠶種ヨリ生シ桑葉ヲ食シ繭ヲ造ルノテアル、故ニ繭カ此ノ先取特權ノ目的物ト爲ルコト疑ヲ容レナイ尙其ノ繭ヨリ生シタル生絲、真綿、屑絲ノ如キモ亦此ノ先取特權ノ目的物タルコトヲ得ヘキモ其ノ生絲ニテ織リタル絹布ハ加工ノ結果新物トナリ生絲トハ全然異リタル物テアルカラ此ノ先取特權ノ目的物トナルコトヲ得サルモノト解スルノカ相當テル

### 第八項 農工業ノ勞役ノ先取特權

農工業勞役ノ先取特權ハ勞役者ノ賃金ノ債權ニ付其ノ勞役ニ因リテ生シタル果實又ハ製作物ノ上ニ存在スルノテアル(三二四)此ノ先取特權ヲ認メタノハ農工業者ノ勞役ニ因リテ債務者カ果實又ハ製作物ヲ取得シ因テ其ノ資産ヲ増加シ各債權者ノ共同擔保ヲ増加スルニ至ツタノテアルカラ其ノ賃金ノ債權ノ未タ完済セラレサルニ先チ債務者ノ資産ヲ悉ク一般債權者ニ分配スルノハ公平テナイ此ノ債權ハ特ニ之ヲ保護スルコトカ公平ノ觀念ニ適スルカラテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、農工業ニ從事スル勞役者ノ賃金債權ナルコト  
而シテ此ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキ債權ノ範圍ハ農業ノ勞役者ニ付テハ最後ノ一年間、工業ノ勞役者ニ付テハ最後ノ三月間ノ賃金ヲ限度トスル之レ前者ニ在リテハ耕作ノ爲勞役ニ服シタル年內ニ其ノ果實ヲ收穫スルノミナラス賃金ハ一年毎ニ又ハ六ヶ月毎ニ支拂ハレルノカ通例テアリ後者ノ賃金ハ一ヶ月毎ニ支拂ハレルノカ普通テアルカラ此ノ債權者ノ利益ヲ保護スルト共ニ他ノ一般債權者ノ利益ヲ害セサル範圍ニ於テ右ノ制限ヲ設ケタノテアル

第二、此ノ先取特權ノ目的物 ハ農業ノ勞役ニ因リテ生シタル果實（例ハ五穀野菜類又ハ草木ヨリ生スル果實ノ類）又ハ工業ノ勞役ニ因リテ生シタル製作物（例ハ器具、機械類其ノ他ノ製作品ノ類）テアル

此ノ勞役者中ニ第三百六條第三號ノ雇人ヲ包含スルカ否議論ノ存スル所テアル、積極說ヲ唱フル者アルモ舊民法擔保編第五百四條ト同第四百十一條トヲ對照スルトキハ舊民法ニ於テハ農工業ノ勞役ニ從事スル者ノ中ニハ右第四百十一條ニ所謂雇人ヲ包含セサルモノト解セラル而シテ現行民法ハ特ニ之ヲ變更シタモノト認メラレナイ、而已ナラス若シ右勞役者中ニ第三百六條第三號ノ雇人ヲ包含スルモノトスレハ法律上其ノ債權ニ對シニ重ノ擔保ヲ與ヘラルルコトト爲リテ其ノ保護厚キニ失シ公正ノ觀念ニ適シナイカラ消極ニ解スルノカ正當テアル

### 第三款 不動産ノ先取特權

不動産ノ先取特權ハ債務者ノ財産中特定ノ不動産ヲ目的トシテ存立スルモノテアル民法ノ認ムル不動産ノ先取特權ハ次ニ掲クル原因ヨリ生シタル債權ニ付債務者ノ特定不動産ノ上ニ存在スルノテアル（三二五）

- 一、不動産ノ保存
- 二、不動産ノ工事
- 三、不動産ノ賣買

#### 第一項 不動産保存ノ先取特權

不動産保存ノ先取特權ハ不動産ノ保存費及不動産ニ關スル權利ヲ保存、追認又ハ實行セシムル爲ニ要シタル費用ノ債權ニ付其ノ不動産ノ上ニ存在スルノテアル（三二六）此ノ先取特權ヲ認メタル理由及其他ノ意義ハ不動産保存ノ先取特權ニ付説述シタルトコロト同趣旨ニ解シテ宜シイ但シ此ノ先取特權ノ效力ヲ保存スルニハ保存行爲完了後直ニ登記スルコトヲ要ス（三三七、登、一一五）

#### 第二項 不動産工事ノ先取特權

不動産工事ノ先取特權ハ工匠、技師、及請負人カ工事ヲ加ヘタル費用ノ債權ニ付債務者所有ノ不動産ノ上ニ存在スルモノテアル（三二七）此ノ先取特權ヲ認メタル理由ハ債權者カ債務者ノ不動産ニ關シテ工事ヲ加ヘタルニ因リ其ノ不動産ノ價額カ増加シタルトキハ其レ丈ケ債務者ノ資産ニ増加ヲ來

シ各債權者ノ共同擔保ヲ増加スルコトト爲ルノテアルカラ此ノ種ノ債權ニハ法律上特別ノ恩典ヲ與フルコトカ適當テアルカラテアル

此ノ先取特權ノ成立要件ハ次ノ通テアル

第一、工匠、技師及請負人ノ債務者ノ不動産ニ關シテ加ヘタル工事費用ノ債權ナルコト

工匠トハ大工、左官、庭師、家根職ノ如ク自ラ不動産ノ工事ニ從事スル者ヲ云ヒ

技師トハ測量、設計、製圖等ヲ爲ス技術者ニシテ學術ノ應用ニ依リ不動産ノ工事ニ付設計、測量、

監督等ニ從事スル者ヲ稱シ請負人トハ請負契約ニ因リ報酬ヲ受ケテ一定ノ工事ヲ完成スル任ニ當ル

者ヲ云フ(六三二)

此ノ先取特權ヲ有スル工匠、技師及請負人ハ何レモ債務者即チ不動産ノ所有者ト直接ニ不動産工事ニ關スル契約ヲ爲シタル者ナルコトヲ要スル從テ請負人ニ雇ハレテ不動産ノ工事ニ從事スル大工、左官、技師ノ如キ又下請負人ノ如キハ此ノ先取特權ヲ有スルコトヲ得ナイ、何トナレハ此等ノ者ハ唯其ノ請負人ニ對シ債權ヲ有スルニ止リ不動産所有者ニ對シテ直接債權ヲ有スル者テナイカラテアル

第二、此ノ先取特權ノ目的物 ハ工事ヲ施シタル不動産其ノ物テアル例ハ土地ノ開墾、埋立、道路

ノ開設、溝梁ノ掘鑿、庭園ノ築造、地窖ノ如キ土地ニ工事ヲ爲シタルモノナルトキハ其ノ土地テアツテ建物ノ新築、修繕ノ如ク建物ノ工事テアルトキハ其ノ建物テアル(三二七第一項)但シ此ノ先取特權ハ工事ニ因リテ生シタル不動産ノ増價額カ現存スル場合ニ限り其ノ増價額ニ付テノミ行ハルルニ過キナイ(三二七第二項)何トナレハ此ノ増價額カ即チ工事ニ因リテ債務者ノ資産ヲ増加シ之カ現存スル場合ニ限り共同擔保ヲ増加シテ一般債權者ヲ利スル原因ヲ成スモノテアルカラテアル此ノ先取特權ヲ保存スルニハ工事ヲ始ムル前ニ其ノ費用ノ豫算額ヲ登記スルコトヲ要ス(三三八、登、一三六乃至一四〇)

### 第三項 不動産賣買ノ先取特權

不動産賣買ノ先取特權ハ不動産ノ代價及其ノ利息ノ債權ニ付其ノ不動産ノ上ニ存在スルモノテアツテ(三二八)此ノ先取特權ノ存在スル理由ハ動產賣買ノ先取特權ノ場合ト同趣旨テアル此ノ先取特權ヲ保存スルニハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其ノ利息ノ辨濟アラサル旨ヲ登記スルコトヲ要ス(三四〇、登、一一五)

### 第三節 先取特權ノ順位

數個ノ先取特權カ同時ニ同一財産ノ上ニ行ハルルトキ即チ數個ノ先取特權カ競合スルトキハ其ノ相互間權利行使ノ順序ヲ定メ豫メ其ノ優劣ヲ明ニスル必要カアル其ノ先取特權行使ノ順序ヲ指シテ先取特權ノ順位ト稱ス

抑々同一財産ノ上ニ同時ニ數個ノ先取特權竝存シ而モ其ノ財産カ總テノ債權ヲ完済スルニ足ラサル場合ニ於テ其ノ先取特權ノ順位ノ定メ方如何ニ依リテ先取特權ノ效用ニ消長ヲ來シ各先取特權者ノ利害ニ影響ヲ及ホスコト極メテ大テアル元來物權ノ優劣ハ其ノ發生ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムルコトカ理論ニ適スルケレトモ先取特權ハ各特別ノ原因ヨリ生スル債權ヲ保護スル爲ニ存在スルノテアルカラ法律ハ先取特權ニ關シテハ理論ニ拘ラス專ラ先取特權ヲ認メタル特殊ノ理由ニ鑑ミテ其ノ順位ヲ定メテ居ル

#### 第一款 一般ノ先取特權カ競合スル場合

一般ノ先取特權カ互ニ競合スル場合即チ第三百六條所定ノ先取特權カ同時ニ數個存在スル場合ニ於

テハ其ノ優先權ノ順位ハ同條ニ掲クル順序ニ從フモノテアル(三二九第一項)此ノ順位ハ敢テ學理上ノ根據アル譯テハナク主トシテ公益上特別ノ恩典ヲ附與スル輕重ノ程度ヲ斟酌シテ之ヲ定メタルニ過キナイ

#### 第二款 一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トカ

##### 競合スル場合

同一ノ財産ニ付一般ノ先取特權ト一定ノ動産又ハ不動産ヲ目的トスル特別ノ先取特權トカ互ニ競合スル場合ニ於テハ特別ノ先取特權ハ一般ノ先取特權ニ優先スルノテアル(三二九、第二項本文)蓋シ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財産ヨリ辨済ヲ受クルコトヲ得ルモノテアルカラ縱令特別ノ先取特權ノ目的タル特定ノ動産又ハ不動産ヲ別除スルモ尙且他ノ財産ヨリ辨済ヲ受クルコトカ出來ル之ニ反シ特別ノ先取特權ハ唯其ノ特定ノ動産又ハ不動産ニ付テノミ辨済ヲ受クルコトヲ得ルニ過キナイノテアルカラ若シ一般ノ先取特權カ特別ノ先取特權ニ先ツコトヲ得ルモノトセハ特別ノ先取特權者ハ其ノ目的物ニ付遂ニ辨済ヲ受クルコト能ハサルカ如キ不利益ニ陷キル虞カアルカラテアル但シ此ノ原則ニ對シテ次ノ例外カ存スル即チ



共益費用ノ先取特權ハ其ノ利益ヲ受ケタル總債權者ニ對シテ優先スルノテアル(三二九第二項但書)蓋シ共益費用ハ他ノ債權者ノ共同利益ノ爲ニ支出シタルモノテアツテ現ニ其ノ利益ヲ受ケタル當該債權者トノ關係ニ於テハ恰モ特別ノ先取特權ヲ有スルト同一ノ狀態ニ在ルノテアツテ此ノ種ノ債權ハ特ニ之ヲ保護スル理由カ存スルカラテアル

### 第三款 動産ノ先取特權ノ競合スル場合

同一ノ動産ニ付特別ノ先取特權カ互ニ競合スル場合ニ於テハ其ノ優先權ノ順位ハ次ノ通テアル(三三〇第一項)

- 一、不動産賃貸、旅店宿泊及運輸ノ先取特權ヲ第一位トシ
  - 二、動産保存ノ先取特權ヲ第二位トシ
  - 三、動産賣買、種苗肥料ノ供給及農工業勞役ノ先取特權ヲ第三位トス
- 右ノ如ク順位ヲ設ケタルハ(一)ハ目的物カ債權者ノ占有ニ在ル物上擔保ノ觀念ニ基イタモノテアルカラ之ヲ第一位ニ置キ(二)ハ自己ノ費用ヲ以テ債務者ノ動産ヲ保存シタル爲他ノ債權者ニモ利益ヲ與ヘタルモノテアルカラ之ヲ第二位ニ置イタノテアル但シ數人ノ保存者アリタルトキハ後ノ保存者

ハ前ノ保存者ニ先ツノテアル之レ前ノ保存者ハ後ノ保存者ノ爲ニ其ノ利益ヲ享クルニ至ツタカラテアル

右ノ原則ニ對シテ左ノ例外カアル(三三〇第二項第三項)

- (1) 第一順位ノ先取特權者カ債權取得ノ當時第二又ハ第三順位ノ先取特權者アルコトヲ知リタルトキハ之ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ナイ例ハ甲カ乙ヨリ買受ケタル建具ヲ丙ヨリ賃借シタル家屋ニ備附クル際丙ニ於テ其ノ賣買代金ノ未済ナルコトヲ知リタルトキハ乙ハ其ノ建具ノ代金債權ニ付丙ニ優先スルカ如キテアル
- (2) 第一順位者ノ爲ニ物ヲ保存シタル者アルトキハ第一順位ノ先取特權者ハ之ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ナイ(三三〇第二項)此ノ場合ノ保存行爲ハ第一順位者ノ委託ニ依リテ爲シタルト否トヲ問ハサルモノト解スルヲ相當トスル
- (3) 果實ニ關シテハ農業ノ勞役者ヲ以テ第一順位トシ種苗又ハ肥料ノ供給者ヲ以テ第二順位トシ土地ノ貸貸人ヲ以テ第三順位トス(三三〇第三項)蓋シ土地ノ果實ハ農業ノ勞役者ノ功ニ因リテ生シタルノテアル而シテ其ノ果實ヲ生スル源ハ種苗又ハ肥料ノ供給カ在ツタカラテアル而シテ之ヲ栽培スルコトカ出來タノハ賃借地カ在ツタカラテアル法律ハ其ノ果實ヲ產出スルニ至リタル原因ニ輕

重ノ差別ノアルコトヲ認メ右ノ様ニ其ノ順位ヲ定メタノテアル

#### 第四款 不動産ノ先取特權ノ競合スル場合

同一ノ不動産ニ付特別ノ先取特權カ互ニ競合スル場合ニ於テハ

- 一、不動産保存ノ先取特權ヲ第一位トシ
- 二、不動産工事ノ先取特權ヲ第二位トシ
- 三、不動産賣買ノ先取特權ヲ第三位トス(三三二第一項)

右ノ如ク順位ヲ定メタルハ自己ノ費用ヲ以テ債務者ノ不動産ヲ保存シ他ノ債權者ヲモリスル様ニナツタノテアルカラ保存者ヲ第一位ニ置キ不動産工事ノ先取特權ハ唯其ノ増價額ニ付行ハルルニ過キナイノテアルカラ之ヲ第二位ニ置キ不動産賣買ノ先取特權ヲ第三位ニ置イタノテアル

同一ノ不動産ニ付逐次ノ賣買アリタルトキハ賣主相互間ノ優先權ノ順位ハ時ノ前後ニ依ル(三三一第二項)例ハ甲ハ乙ニ乙ハ丙ニ同一不動産ヲ順次賣買シタルトキハ其ノ代金債權ニ付甲、乙共ニ其ノ不動産ノ上ニ先取特權ヲ有シ甲ハ乙ニ優先シテ其ノ特權ヲ行フコトヲ得ルノテアル蓋シ第二ノ賣主カ代金債權ニ付先取特權ヲ有スルニ至リタルハ第一ノ賣主ヨリ其ノ不動産ヲ買受ケテ更ニ之ヲ第

三者ニ賣渡シタルカ爲テアル然ラハ第二ノ賣主ハ第一ノ賣主ニ對シテ債務者ノ地位ニ在リ第一賣主ノ先取特權附着ノ不動産ヲ買受ケタルニ外ナラナイノテアルカラ第一ノ賣主ノ先取特權カ第二ノ賣主ノ先取特權ニ優先スルノハ事理ノ當然ト云フヘキテアル

#### 第五款 同一ノ目的物ニ付キ同順位ノ先取特權者

##### 數人アル場合

同一ノ目的物ニ付キ同一順位ノ先取特權者數人アルトキハ各債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受クヘキテアル(三三二)蓋シ此ノ場合ハ各先取特權者ハ互ニ同等ノ地位ニ在リテ其ノ間優劣ノ差ヲ設クヘキ理由カナイカラテアル例ハ雇人給料ノ先取特權者數人アリ又ハ不動産保存ノ先取特權者數人存スル場合ノ如キ各債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受クルコトト爲ル

#### 第四節 先取特權ノ效力

先取特權相互間ニ於ケル優劣ニ付テハ前節ニ於テ説明シタ通りテアルカ尙先取特權ト第三取得者トノ關係、他ノ擔保物權トノ關係、先取特權行使ノ要件及先取特權保存ノ要件等ヲ明ニスル必要カア

ル法律ハ之ヲ先取特權ノ效力トシテ第三百三十三條乃至第三百四十一條ノ規定ヲ設ケテ居ル仍テ以下順次之ヲ説明スルコトトスル

### 第一款 先取特權ノ第三取得者ニ對スル效力

先取特權ノ目的物ヲ取得シタル第三者アリタルトキ先取特權者ハ追及權ヲ有スルカ否動產ト不動產トニ別チテ説明スルノカ便宜テアル

#### 第一項 動產上ノ先取特權

動產上ノ先取特權ハ債務者カ其ノ動產ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ其ノ動產ニ付キ之ヲ行フコトヲ得ナイノテアル(二三三)蓋シ動產上ノ先取特權ハ不動產ニ於ケル登記ノ如キ公示方法存セサルニ拘ラス追及權カ存在スルモノトセハ動產取引ノ安全ヲ阻害シ一般經濟上ノ不利益ノ結果ヲ來スカラテアル爰ニ所謂第三取得者トハ先取特權ノ目的タル動產ノ所有權ヲ讓受ケテ取得シタル第三者ヲ指稱スルノテ其ノ動產ノ質取主又ハ賃借人等ヲ包含セサルモノト解スヘキテアル何トナレハ先取特權ノ目的タル動產ヲ質入シ又ハ賃貸シタルトキハ債務者カ質取主又ハ賃借人ヲ代理人トシテ依然其ノ動

產ノ占有ヲ維持スルカラテアル

第三百三十三條ハ廣ク先取特權ハ云々ト規定スルヲ以テ本條ハ舊ニ特定動產ノ先取特權ニ付適用アルニ止ラス一般ノ先取特權ニ付テモ亦其ノ目的タル動產ニ關シテ適用アルモノト解スル

#### 第二項 不動產上ノ先取特權

不動產上ノ先取特權ハ登記スレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアルカラ登記シタル不動產上ノ先取特權ハ同不動產ニ付キ第三取得者カアツテモ尙之ヲ行フコトヲ得ルハ論ヲ俟タヌトコロテアル

### 第二款 先取特權ノ他ノ擔保物權ニ對スル效力

第一、先取特權ト動產質權トカ競合スル場合

先取特權ト動產質權トカ同時ニ同一動產ノ上ニ行ハルルトキハ動產質權者ハ第三百三十條ニ掲ケタル第一順位ノ先取特權者ト同一ノ權利ヲ有スルノテアル(二三四)即チ動產質權ハ不動產賃貸、旅店宿泊、及運輸ノ先取特權ト同一順位ニ在リテ共益費用ノ先取特權ヲ除ク外一般ノ先取特權ニ優先ス

ルノテアル然ラハ同一動産ノ上ニ質權ト右第一順位ノ特別ノ先取特權トカ同時ニ存在スル場合ハ如何ト云フニ此ノ場合ハ何レモ皆同一順位ニ在ルノテアツテ其ノ相互間ニ優劣ノ差ヲ設クヘキテナイカラ第三百三十三條ノ規定ニ從ヒ各債權額ノ割合ニ應シテ分配スヘキモノト解スルヲ相當トスル叙上ノ次第テアルカラ動産質權ハ共益費用ノ先取特權ノ外一般ノ先取特權ニ優先スルコトト爲リ(三二九第二項)又第三百三十條ニ掲ケタル第二、第三順位ニ在ル先取特權ニ優先スルコト勿論テアル但シ同條第二項ノ制限ニ從ハネハナラヌ

先取特權ト權利質トカ競合スル場合ニ付テハ民法ニ別段ノ規定カナイノテ解釋上議論ノ存スルトコロテアルカ權利質ハ特定ノ財産權ヲ目的トシテ存在スルノテ特別ノ先取特權ニ比スヘキ性質ヲ有シテ居リ而シテ動産質權ト先取特權トカ競合スル場合ハ前述ノ通テアルカラ動産質權ト同様ニ取扱ヒ權利質ハ一般ノ先取特權ニ優先スル但シ利益ヲ受ケタル共益費用ノ先取特權ニ先ツコトヲ得ナイト解スルノカ正當テアラウ

第二、先取特權ト抵當權トカ競合スル場合

先取特權ノ效力ニ付テハ民法第三百三十三條乃至第三百四十條ニ定メタルモノノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用スルノテアルカラ(三四一)特別ノ定メナキ限り一般原則ニ從テ其ノ效力ヲ定ムヘキテア

ル然リ而シテ一般ノ先取特權ト抵當權トカ競合スル場合ニ於テ不動産ニ付兩者共其ノ登記ヲ爲ササルトキハ一般ノ先取特權ハ抵當權ニ優先スルコトヲ得ルモ抵當權ニ付テハ登記ヲ爲シ一般ノ先取特權ニ付テハ登記ヲ爲ササルトキハ其ノ優劣ハ登記ノ前後ニ依ル(登、六第一項)シ兩者共登記ヲ爲シタルトキハ其ノ優劣ハ登記ノ前後ニ依ル(登、六第一項)

不動産保存及不動産工事ノ先取特權ハ適當ノ時期ニ之ヲ登記シタルトキハ何レモ其ノ以前ニ登記シタル抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得(三三九)

不動産賣買ノ先取特權ト抵當權トカ同一不動産ノ上ニ存シ兩者共ニ登記ヲ爲シタルトキハ其ノ優先ノ順位ハ一般原則ニ從ヒ登記ノ前後ニ依ル

第三、先取特權ト留置權トカ同一物ニ付同時ニ存在スル場合

留置權ニハ其ノ目的物ニ付優先辨濟ヲ受クル權能ヲ包含シナイカラ先取特權ト競合スルコトカナイ然レトモ先取特權者カ其ノ目的物ヲ競賣ニ附スルモ競買人ハ留置權者ニ對シ辨濟ヲ爲スニ非サレハ競賣ノ目的物ヲ受取ルコトヲ得ナイカラ(競賣法二)實際ハ留置權カ先取特權ニ優先スル結果ト爲ルテアラウ

留置權者ハ留置物ヨリ生スル果實ニ付優先權ヲ有スル(二九七)從テ其ノ果實ノ上ニ先取特權存スル

トキハ果實留置權ト先取特權トカ競合スル場合ヲ生スル、此ノ點ニ關シ學者ノ見解一定セサルモ法律カ留置權者ニ對シ特ニ其ノ果實ノ收取權ト不可分離ニ優先辨濟ヲ受クル權利ヲ認メタル旨意ニ徴シ此ノ場合留置權ハ先取特權ニ優先スルモノト解スルヲ正當ト考ヘル

### 第三款 一般ノ先取特權行使ノ要件

第一、抑々一般ノ先取特權者ハ債務者ノ總財産中其ノ選擇ニ從ヒ動産、不動産又ハ財産權等ニ付其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノカ當然テアル併シ斯様ニ先取特權者ノ自由選擇ニ放任スルニ於テハ債務者及他ノ債權者就中特別擔保ヲ有スル債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルノテ法律ハ一般ノ先取特權者ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テ其ノ權利行使ニ多少ノ制限ヲ加ヘテ居ル即チ次ノ通テアル

(1) 一般ノ先取特權者ハ先ツ不動産以外ノ財産ニ付辨濟ヲ受ケ尙不足アルニ非サレハ不動産ニ付辨濟ヲ受クルコトヲ得ス(三三五第一項)蓋シ動産又ハ財産權等ノ換價方法ハ不動産ノ換價方法ニ比シ簡易テアル而已ナラス一般ノ先取特權ノ債權額ハ比較的僅少テアルノカ通例テアルカラ不動産以外ノ財産ヲ以テ完済シ得ルノカ常テアル、夫レ故法律ハ先ツ簡易ノ手續ニ依リテ換價スルコトヲ得ル不動産以外ノ財産カラ辨濟ヲ受ケシムルコトトシタノテアル

(2) 不動産ニ付テハ先ツ特別擔保(質權、抵當權、先取特權等)ノ目的タラサルモノニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ要ス(三三五第二項)之レ一般ノ先取特權者カ特別擔保ノ目的タル不動産ニ付特別擔保者ニ先チテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ル場合ニ適用ヲ見ルノテアル例ハ共益費用ノ先取特權者甲カ債務者所有ノ某土地ノ上ニ其ノ登記ヲ爲シ抵當權者乙モ亦同土地ニ付抵當權ノ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ甲ハ乙ニ優先スルコトヲ得ルノテアルカ法律ハ乙ノ利益保護ノ爲甲ヲシテ先ツ右土地以外ノモノニ付辨濟ヲ受ケシムルコトト爲シタルカ如キテアル

(3) 一般ノ先取特權者カ前二項ノ規定ニ從ヒテ配當ニ加入スルコトヲ怠リタルトキハ其ノ配當ニ因リテ受クヘカリシモノノ限度ニ於テハ登記ヲ爲シタル第三者(擔保權者ヲ指ス)ニ對シテ其ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ナイ(三三五第三項)

之レ不動産以外ノ債務者ノ財産ニ付配當カ行ハレタルトキ一般ノ先取特權者カ之ニ加入スルコトヲ怠リタルニ拘ラス不動産ノ配當ニ加ハラントシ又ハ特別擔保ノ目的タラサル不動産ニ付配當カ行ハレタルトキ一般ノ先取特權者カ之ニ加入スルコトヲ怠リタルニ拘ラス直ニ特別擔保ノ目的タル不動産ノ配當ニ加ハラントスルカ如キ場合ヲ云フノテアツテ法律ハ斯カル場合ニ一般ノ先取特權者ノ怠慢ノ制裁トシテ右ノ制限ヲ設ケタノテアル例ハ共益費用ノ先取特權者甲ハ金五百圓ノ債

權ヲ有シタルトコロ債務者乙ノ不動産以外ノ財産ニ付配當カ行ハレタ、甲ハ其ノ配當ニ加入スレハ金五十圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ之ヲ怠リタルカ故ニ其ノ受クヘカリシ五十圓ヲ五百圓ヨリ控除シ其ノ殘額四百五十圓ノ債權ヲ以テ次ニ行ハレタル特別擔保ノ目的タル不動産以外ノ不動産ノ代價ノ配當ニ加入スレハ金百圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ之カ加入ヲ怠リタルトキハ之ヲモ差引キ殘餘金三百五十圓ノ債權ノ限度ニ於テノミ特別擔保ノ目的タル不動産ニ付登記ヲ爲シタル第三者即チ不動産質權者、抵當權者又ハ不動産ノ先取特權者ニ對シテ其ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ルノ類テアル

(4) 不動産以外ノ財産ノ代價ニ先チテ不動産ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動産ノ代價ニ先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ニハ叙上ノ制限ヲ受ケナイ(三三五第四項)蓋シ此ノ場合ニモ亦一般ノ先取特權者ハ前掲制限ニ服サナケレハナラヌモノトセハ其ノ不動産ニ付テハ遂ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルコトトナリ不條理ノ結果ヲ來スカラテアル

第二、一般ノ先取特權ノ對抗要件

不動産上ニ存スル物權ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノカ原則テアル(一七七)然ルニ法律ハ此ノ原則ニ對シテ例外ヲ設ケ一般ノ先取特權ハ不動産ニ付登記ヲ爲サザ

ルモ之ヲ以テ特別擔保(質權、抵當權、特別ノ先取特權等)ヲ有セサル債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト定メテ居ル(三三六、本文)蓋シ一般ノ先取特權ヲ以テ擔保セララル債權ハ比較的少額テアルノカ通例テアルニモ拘ラス一般原則ニ從ヒ其ノ對抗力ヲ生スルニ付登記ヲ要スルモノトスレハ煩累ニ堪ヘスシテ遂ニ一般ノ先取特權ノ效用ヲ空シクスルニ至ル而已ナラス其ノ債權額ハ比較的僅少テアルノカ常テアルカラ登記ニ依テ對抗力ヲ充タサシメナイノテモ著シク第三者ノ利益ヲ害スル虞カナイカラテアル但シ登記ヲ爲ササル一般ノ先取特權者ハ其ノ權利ヲ以テ登記ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(三三六但書)從テ一般ノ先取特權者ハ不動産ニ付登記ヲ爲ササルモ之ヲ以テ登記ヲ爲ササル當該不動産上ノ特別擔保權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解スヘキテアル

第四款 不動産ノ先取特權保存ノ要件

不動産ノ先取特權ノ特別效力ヲ保存スルニハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ適當ノ時期ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス之レ此ノ特殊ノ債權ヲ特ニ保護スル目的ヲ貫徹スルト共ニ第三者ノ利益保護ヲ完カラシムルカ爲テアル

第一、不動産保存ノ先取特權ハ保存行爲完了ノ後直ニ登記ヲ爲スニ因リテ其ノ效力ヲ保存ス(三三三

七登一一五)

不動産保存ノ先取特權ハ一般原則ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナルト共ニ其ノ對抗力ハ登記ヲ爲シタル時ヨリ初メテ生スルモノナルコト疑ヲ容レナイ而シテ同一不動産ニ關シテ登記シタル權利ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ルノカ原則テアルカラ(登六)不動産保存ノ先取特權ハ元來總債權者ヲ利シタルカ爲ニ法律上其ノ存在ヲ認めラレタノテアツテ特ニ之ヲ保護スヘキ理由存スルニ拘ラス法律上別段ノ定メナキ限リ後ニ登記シタル不動産保存ノ先取特權ハ前ニ登記シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果ト爲ルヘキハ當然テアル斯クテハ法律カ此ノ先取特權ヲ認めタル精神ヲ貫徹スルコト能ハサルコトト爲ルカラ法律ハ不動産保存ノ先取特權ハ保存行爲完了ノ後直ニ登記ヲ爲スニ因リテ其ノ效力ヲ保存シ(三三七)其ノ以前ニ登記シタル抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ル旨規定シテ居ルノテアル(三三九)其ノ效力ヲ保存スルトハ其ノ對抗力ヲ保全スルト云フ意味ニ解スルヲ相當ト認ム(舊民擔一七七參照)即チ不動産保存ノ先取特權ニ在テハ法律ノ定ムル適當ノ時期ニ登記ヲ爲スコトヲ以テ其ノ效力保存ノ要件ト爲スノテアツテ此ノ適當ノ時期ニ登記ヲ爲スニ因リテ管ニ其ノ對抗力ヲ生スルニ止ラス其ノ以前ニ登記シタル抵當權ニ優先スルコトヲ得ルノテアル、若シ夫レ適當ノ時期ニ登記ヲ爲ササルニ於テハ其ノ以前ニ登記シタル抵

當權ニ優先スルコトヲ得サルハ勿論特別擔保ヲ有セサル一般債權者ニ對シテモ亦先取特權ヲ主張スルコトヲ得ナイコトト爲ルノテアル、法文ニ「直ニ」トアルハ即時ニト云フ意味テハナク遲滯ナクト云フ意義ニ解シテ可カラウ

此ノ如ク保存行爲完了ノ後直ニ此ノ先取特權ノ登記ヲ爲スコトヲ要スル所以ハ債權ノ存在及其ノ範圍ヲ明確ニシ債權者債務者相通謀シテ不正ノ登記ヲ爲シ他ノ權利者ノ利益ヲ害スルコトナカラシムルカ爲テアル

第二、不動産工事ノ先取特權ハ工事ヲ始ムル前其ノ費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因リテ其ノ效力ヲ保存ス(三三八、登、一一五、一三六乃至一三九)

不動産工事ノ先取特權モ亦登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ言ヲ俟サルトコロテアルカ(一七七)此ノ先取特權ハ其ノ不動産ノ増價額ニ付行ハルルノテアルカラ其ノ登記ノ時如何ニ拘ラス他ノ債權者ニ優先セシムルノカ相當テアル然リ而シテ此ノ先取特權ニ付テモ豫メ其ノ債權額ヲ明確ニシ後ニ至リ債權者債務者相通謀シテ不正ノ登記ヲ經他ノ權利者ヲ害スルコトナキ様之ヲ防止スル必要カアルノテ法律ハ不動産工事ノ先取特權ハ工事ヲ始ムル前其ノ費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因リテ其ノ效力ヲ保存シ(三三八第一項本文)前ニ登記シタル抵當權ニ優先スルコ

トヲ得ル旨規定シテ居ルノテアル(三三三九)

此ノ先取特権ニ依リテ擔保セラルル債權額ハ單ニ登記シタル豫算額ニ止マルノテアルカラ實際ノ工事費カ縱令豫算額ニ超過シテモ其ノ超過額ニ付テハ先取特権カ存在シナイノテアル(三三八第一項但書)

上述ノ如ク此ノ先取特権ニ依リテ擔保セラルル債權ノ最高額ハ確定セラレテ居ルカ元來此ノ先取特権ハ工事ニ因リテ生シタル不動産ノ増價額ニ付テノミ行ハルルノテアルカラ其ノ權利ヲ實行スルニ際リ配當ニ加入シタル債權者カアル以上ハ其ノ増價額ヲ公平且正確ニ評定スルノ必要カアル仍テ法律ハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトニ定メテ居ルノテアル(三三八第二項)

法文ニ「其ノ效力ヲ保存ス」トアルハ前述第三百三十七條ニ於ケルト同一ニ解スヘキテアル從テ不動産工事ノ先取特権ニ付工事ヲ始メタル後登記ヲ爲シタルトキハ登記ハ其ノ效力ナク對抗力ヲ生セサルコトト爲ル

第三、不動産賣買ノ先取特権ハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其ノ利息ノ辨濟アラサル旨ヲ登記スルニ因リテ其ノ效力ヲ保存ス(三四〇、登一一五)

不動産賣買ノ先取特権ハ其ノ賣買ノ目的タル不動産ノ上ニ行ハルルノテアルカラ登記ニ因リテ豫メ其ノ特権ノ存在ヲ明確ニスルコトヲ必要トスル此ノ故ニ法律ハ不動産賣買ノ先取特権ハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其ノ利息ノ辨濟アラサル旨ヲ登記スルニ因リテ其ノ效力ヲ保存スル旨規定シテ居ル

此ノ如ク登記ノ時期及登記スヘキ債權ノ範圍ヲ限定シタルハ前述ト同シク賣主買主間ノ通謀ニ依リテ不正ノ登記ヲ爲シ第三者ヲ詐害スル弊ヲ防カンカ爲テアル

此ノ先取特権ハ適當ノ時期ニ登記ヲ爲スニ依リテ對抗力ヲ生シ唯後ニ登記シタル特別擔保權者其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ止リ前ニ登記シタル抵當權ニ先チテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ナイノテアル

不動産ノ先取特権ノ效力ニ付テハ之ニ關シテ既ニ説述セル規定ノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用セラシムルノテアル(三四一)之レ蓋シ不動産ノ先取特権ニ在テハ目的タル不動産ノ占有ハ債務者ニ存シ其ノ性質抵當權ニ類スルカラテアル其ノ準用スヘキ規定ノ主ナルモノハ三七〇、三七四、三七五、三七七、三七八以下三八八、三八九、三九四等テアル



### 第五節 先取特權ノ消滅

先取特權ハ一般物權ニ共通ナル消滅事由及擔保物權ニ共通ナル被擔保債權ノ消滅ニ因リテ消滅スルコト勿論テアル但シ先取特權ハ被擔保債權ニ先チ消滅時効ニ因リテ消滅セサルヲ原則トスル、目的物カ滅失シタルトキ先取特權ハ消滅スヘキテアルカ若シ其ノ代表物アルトキハ尙此ノ代表物ノ上ニ存續スルコトヲ得ルノテアル

尙先取特權ノ實行ニ因リテ其ノ目的物ノ上ニ存セシ總テノ先取特權ハ消滅スルノテアル(競、二第二項)

不動産ニ關スル先取特權ノ效力ニ付テハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用セラルルカ故ニ(三四一)不動産ノ先取特權ニ付特別ナル消滅事由ヲ説明スル

#### 一、第三取得者ノ辨濟

先取特權ノ目的タル不動産ニ付所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ先取特權者ノ請求ニ應シテ之ニ其ノ代價ヲ辨濟シタルトキハ先取特權ハ其ノ第三者ノ爲ニ消滅ス(三四一、三七七)

#### 二、滌除

滌除トハ先取特權ノ目的タル不動産ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ先取特權者ノ承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ供託スルニ因リテ先取特權ヲ消滅セシムルコトヲ云フ(三四一、三七八乃至三八六)

#### 三、時効

(イ) 不動産ノ先取特權ハ債務者トノ關係ニ於テハ被擔保債權ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅シナイカ併シ第三者トノ關係ニ於テハ被擔保債權ト離レテ時効ニ罹リテ消滅スルコトアルモノト解スヘキテアル(三四一、三九六)

(ロ) 債務者ニ非サル者カ先取特權ノ目的タル不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ先取特權ハ之ニ因リテ消滅スル(三四一、三九七)

## 第三章 質 權

## 第一節 總 論

## 第一款 質權ノ性質

古代羅馬法ニ於テハ債權ノ擔保ハ主トシテ信託質(Fiducia)ニ依リテ行ハレタノテアツタ之レ即チ信託的所有權讓渡ノ方法ニ依ルモノテアツテ擔保物ノ所有權ヲ債權者ニ移轉スルト同時ニ債權者ハ擔保物ヲ誠實ニ保管シ債權カ完済セラレタルトキハ債務者ニ之ヲ返付スヘキコトヲ約シタ、之ヲPactum fiduciaeト稱ス故ニ債權者ハ擔保物ニ付完全ナル所有權ヲ取得シ第三者ニ讓渡ス權能ヲモ有シタノテアルカ信託契約ノ效果トシテ唯其ノ擔保ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ其ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルニ過キナイノテアル併シナカラ債權者カ信託ニ背キ擔保物ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ債務者ハ縱令債務ヲ辨済シテモ第三者ヨリ之ヲ取戻スコトヲ得サル結果トナル、故ニ此ノ方法ハ債權者ノ爲ニハ一般ニ有利ナルモ債務者ニ取リテハ危險タルヲ免レナイノテアル

是ニ於テ占有質(Pignus)ト稱スルモノカ起テ擔保物ノ占有ノミヲ債權者ニ移轉シ所有權ハ債務者ノ方ニ留保スルコトニシタ故ニ此ノ制度ニ在リテハ縱令債權者カ擔保物ヲ第三者ニ讓渡シタリトスルモ債務者ハ第三者ヨリ之ヲ取戻スコトヲ得テ擔保物ノ所有權ヲ失フノ危險ヲ免ルルコトヲ得タ然レトモ此ノ制度ハ初メ債權者ハ債權ノ辨済ヲ受クル迄單ニ擔保物ヲ占有スル權利ヲ有シタルニ止マリテ擔保ノ效用カ完全テナカツタノテアルカ後ニ至テ換價權又ハ流質ヲ認メラルルコトト爲リ近世ノ動産質ト其ノ性質ヲ同シクスル様ニナツタ

現行獨逸民法ニ於テハ動産質及權利質ヲ認メテ不動産質ヲ認メナイ佛蘭西民法及我カ舊民法ニ於テハ動産質不動産質及權利質ヲ認メテ居ル

我カ國ニ於テモ質ノ制度ハ古クカラ存在シタ明治維新ノ後質入書入規則行ハレ擔保物ヲ債權者ニ引渡ス場合ニハ之ヲ質入ト云ヒ單ニ證書ノミヲ引渡ス場合ニハ之ヲ書入ト稱シ町村吏員ノ裏書割印ヲ必要トシタ、現行民法ハ舊民法及佛蘭西民法ト同シク動産質、不動産質及權利質ノ三種ヲ認メテ居ル、以下民法ノ規定ニ基キテ質權ノ一般の性質ヲ説明スル

質權ハ債權者カ其ノ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ノ債權ノ辨済ヲ受ケサルトキハ其ノ物ニ付他ノ債權者ニ優先シテ辨済ヲ受クルコトヲ得ル擔保物權テアル(三

四二)之ヲ分析シテ説明スレハ次ノ通テアル

第一、質權ハ擔保物權ノ一種テアル

質權ニ在テハ其ノ目的タル物ノ所有權ハ債務者又ハ第三者ニ存屬スルコト勿論テアルカ質權者ハ其ノ債權ノ擔保トシテ設定者ヨリ受取リタル物(即チ質物)ヲ占有シ債權ノ辨濟ヲ受クルマテ之カ占有ヲ繼續スル權能ヲ有ス此ノ質物ノ占有カ質權者ノ手裡ニ存スルコトカ質權ノ特徴テアツテ抵當權ト區別セラルル要點テアル如之質權主要ノ目的ハ質物ノ交換價值ヲ取得スルニ在リテ質權者ハ債權ノ辨濟ヲ受クル爲質物ニ付賣却權即チ換價權ヲモ有スルノテアル此等ノ點ヨリ推論スレハ質權ハ其ノ目的タル物ノ上ニ直接支配權ヲ有シ物權ノ性質ヲ有スルト共ニ擔保權ノ一種ニ屬スルコト明テアラ

第二、質權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル擔保權テアル

質權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル擔保權テアツテ留置權及先取特權ノ如ク法律ノ直接規定ニ基キテ發生スルモノテハナイ故ニ質權ハ抵當權ト同シク約定擔保物權ニ屬スル

我カ法制ニ在テハ質權ハ常ニ必ス當事者ノ意思表示ニ因リテ設定セラルルコトヲ要スルノテアツテ獨逸法ノ如ク法定質權ナルモノヲ認メナイ(獨民、五五九、五九〇、獨商、四一〇)又我カ法律上強

制執行ノ爲ニ債務者ノ財産ヲ差押ヘタルトキハ債務者ニ對シ其ノ差押物ノ處分權禁止ノ效力ヲ生スルニ止リ獨逸法ニ於ケルカ如ク差押質權ナルモノヲ認メナイ(獨民、訴、八〇四、八〇八)

第三、質權ハ質物ノ占有ヲ爲スコト及質物ニ付優先辨濟ヲ受クルコトヲ以テ其ノ内容トスル

質權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存在スルノテアルカラ法律ハ其ノ效用ヲ完カラシムル爲ニ質權者ニ二個ノ權利ヲ認ム

其ノ一ハ質物ヲ占有スル權利テアル 即チ質權ハ本來其ノ目的タル物ノ占有ヲ取得シ且其ノ占有ヲ維持スルコトヲ得ル權利テアル蓋シ質物ノ占有ニ依リテ其ノ物ノ滅失毀損ヲ防キ質物ニ付辨濟ヲ受クルノ權ヲ鞏固ニシ強力ナル保障ヲ債權者ニ與フルコトヲ得ルカラテアル左レハ質權ハ留置權ノ如ク目的物ノ占有ニ因リテ存立スルコトヲ得ル權利ト異リ質物ノ占有ヲ維持シ得ル基本的權利テアル故ニ其ノ效力トシテ質權者ハ債權ノ完済セラルルマテ質物ノ占有ヲ繼續スルノ權能ヲ有シ(三四七)質物ノ占有ヲ喪失スルニ因リテ當然質權消滅ノ結果ヲ來スコトカナイ唯動産質權ニ在テハ占有ノ喪失ニ因リテ對抗力ヲ失フニ至ルニ過キナイノテアル

其ノ二ハ質物ニ付優先辨濟ヲ受クル權利テアル 即チ質權者ハ被擔保債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ質物ニ付他ノ質權者ニ先チテ自己ノ債權ニ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルノテアル、質權カ債權擔保

ノ效用ヲ爲スハ主トシテ此ノ權利アルカ爲テアル蓋シ質權ノ本質ハ目的物ノ交換價値ヲ取得スルニ在リテ質權者ハ債權ノ辨濟ヲ受ケサル場合ニ其ノ占有スル質物ニ付換價權ヲ行使シ其ノ賣得金ニ付自己ノ債權ニ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルノテアルカラ質權者ニ優先權ヲ附與スルノハ事理ノ當然ト云フヘキテアル

第四、質權ハ他人ノ物ノ上ニ存立スル權利テアル

質權ハ前述ノ通擔保物權ノ一種テアツテ終局ニハ質物ヲ換價シテ其ノ賣得金ニ付被擔保債權ニ優先辨濟ヲ受クルコトト爲ルノテアルカラ質權ハ必ス他人ノ所有物ヲ目的トシテ存立スルコトヲ要シ自己ノ物ノ上ニ存立スルコトヲ得ナイノハ其ノ性質上自ラ明テアル

然リ而シテ他人トハ債權者以外ノ人ヲ指スノテアツテ必スシモ債務者ノ所有物タルコトヲ要シナイ第三者ノ所有物ニ在リテモ妨ケナイ蓋シ質權ノ目的物ハ交換價値ヲ有スレハ足ルノテアツテ所有者ノ何人タルカハ問フトコロテナイカラテアル

第五、質權ハ從タル物權テアル

質權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ存在スル物權テアルノラ擔保物權ニ共通ナル從屬性ヲ有シ常ニ被擔保債權ノ存在ヲ前提トシテ存立シ債權ナクシテ質權ノミ單獨ニ存在スルコトヲ得ナイ故ニ債權カ無効

又ハ取消ノ原因アリテ其ノ效力ナキニ終ラハ質權ハ成立シナイ、債權カ消滅スレハ質權モ亦當然消滅スル様ニ質權ハ終始債權ト其ノ運命ヲ伴ニスルノテアル

第六、質權ハ不可分性ヲ有ス

質權ハ被擔保債權全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ質物ノ全部ニ付其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノテアツテ(三五〇、二九六)即チ質權ハ(イ)債權ノ全部ニ付質物ノ全部及各部ノ上ニ存シ(ロ)且質物ノ全部ヲ以テ債權ノ全部及一部ヲ擔保スルノテアル

### 第二款 質權ノ設定

質權ハ債權者ト債務者トノ間ニ於ケル設定契約ニ因リテ成立スルノカ通例テアルカ時トシテハ第三者カ債務者ノ爲ニ質權ヲ設定スルコトカアル此ノ場合ハ債權者ト第三者トノ間ニ於ケル設定契約ニ因リテ成立スル

質權設定ノ意思表示ハ契約ナルコトヲ要スルノテアツテ一方的意思表示即チ單獨行爲ニ因リテハ質權ハ設定スルコトヲ得ナイト云フノカ通説テアル何トナレハ我カ法律上質權ノ設定ニハ後ニ説明スル通質物ノ引渡ヲ以テ其ノ要件ト爲スノテアツテ一方的意思表示ニ因リテハ此ノ要件ヲ充スコトヲ

得ナイカラテアル但シ質權ハ遺言ニ因リテ之ヲ設定スルコト不可能ニ非スト主張スル學說ノ存在スルコトヲ注意スヘキテアル此ノ場合ニハ遺言ニ依リテ遺言執行者カ其ノ目的物ヲ引渡シタル時ニ質權設定ノ效力ヲ生スト云フノテアル

我カ法律上質權ハ必ス當事者ノ意思表示ニ依リテ設定セラルルコトヲ要シ法定質權又ハ差押質權ナルモノヲ認メナイコトハ前ニ述ヘタ通テアル然リ而シテ質權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル權利テアルケレトモ併シナカラ質權ハ質權ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ意思表示ノミニ因リテ直ニ成立セス其ノ意思表示即チ質權設定契約ノ外ニ設定者ヨリ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルニ因リテ初メテ其ノ效力ヲ生スルノテアル換言スレハ質權ハ質權ノ設定ヲ目的トスル物權契約ト目的物ノ引渡トヲ以テ其ノ成立要件ト爲スノテアツテ質權設定契約ハ踐成契約ノ一種ニ屬スル此ノ事ハ第三百四十四條ノ規定スルトコロテアツテ第七十六條ノ一般原則ニ對スル例外テアル然ラハ法律ハ何故ニ目的物ノ引渡ヲ以テ質權成立ノ要件ト爲シタカト云フニ沿革上ヨリ論スルモ質權ニ在テハ目的物ノ利用權ヲ設定者ヨリ奪テ之カ占有ヲ債權者ノ手裡ニ收メ其ノ占有ヲ維持スルコトヲ以テ質權ノ特色ト爲スノテアツテ蓋シ前ニ一言シタル通質權ニ因ル債權擔保ノ效用ヲ鞏固ニ且完全ナラシムルカ爲テアル、此ノ要件ハ各種ノ質權ニ共通ナルモノテアツテ就中不動産質權ノ如キ質權者ヲシテ質

物ノ使用收益ヲ爲サシムルモノニ在テハ質物ノ占有ハ必要缺クヘカラサルモノニ屬ス(三五六)但シ質物ノ占有ハ質權存續ノ要件テハナイ苟モ債權者カ質物ノ引渡ヲ受ケテ質權カ有效ニ成立シタル以上ハ其ノ後質物ノ占有ヲ失フモ當然質權消滅ノ結果ヲ來スモノテハナイ  
此ノ如ク質物ノ占有ハ質權存續ノ要件テハナイカ動産質ニ在テハ質物ノ占有ヲ失ヘハ對抗要件ヲ缺クコトト爲ル(三五二)不動産質ニ在テハ一般原則ニ從ヒ登記ヲ以テ對抗要件ト爲スノテアルカラ(一七七)質物ノ占有ヲ喪失スルモ對抗力ニ何等ノ消長ヲ來スコトカナイ

民法第八十一條ニ依レハ占有權ハ代理人ニ依リテモ之ヲ取得スルコトヲ得又占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ヲ以テ其ノ成立要件ト爲スノテアルカ簡易引渡(一八二第二項)占有ノ改定(一八三)又ハ指圖ニ依ル引渡(一八四)ニ依リテモ亦占有權讓渡ノ效果ヲ生スルノテアルカラ質權成立ノ要件タル質物ノ引渡モ亦必スシモ現實ノ引渡ニ限ルノ要ナク簡易引渡及指圖ニ依ル引渡ノ方法ニ依リテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルノカ正當テアル然レトモ法律ハ第三百四十五條ニ於テ質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得スト規定シテ居ルカラ我カ法律上占有改定ノ方法ニ依リテハ質權ヲ成立セシムルコトヲ得サルコトト爲ル蓋シ質權設定者ヲシテ質權者ニ代リ依然質物ノ占有ヲ繼續セシムルニ於テハ質權ノ成立ヲ確實ナラシムルコト能ハサルト同時ニ動産

ヲ目的ト爲スモノニ在テハ我カ法律ノ認メサル動産抵當ヲ認メタルト同一結果ト爲リテ動産取引ノ安全ヲ害スルコトト爲リ又不動産ヲ目的ト爲スモノニ在テハ我カ法律上別ニ認ムル抵當權ト擇フトコロナキモノヲ認ムルコトト爲リ不都合ノ結果ヲ來スカラテアル但シ質權カ一旦有效ニ成立シタル後質物ヲ設定者ニ返還シタルトキ即チ質權者カ質權設定者ヲシテ質物ノ占有ヲ爲サシメタルトキ質權ハ消滅スルカ否多少議論ノ存スルトコロテアルカ消極ニ解スルノカ正當テアル惟フニ第三百四十五條ハ質權者カ質權設定者ヲシテ質物ヲ占有セシムルモ法律上代理占有ノ效力ヲ生セサル旨ヲ規定シタルニ過キササルモノト解スヘキテアルカラ質物ノ占有ハ我カ法律上質權ノ存續要件ニ非サル以上質權ノ消滅ヲ來スヘキ理由ナク唯動産質權ニ在テハ其ノ對抗力ヲ失フニ止リ不動産質權ニ在テハ其ノ登記ヲ爲シタルトキハ對抗力ニモ影響ヲ及ホサヌコト勿論テアル

### 第三款 質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權

本款ニ於テハ如何ナル債權カ質權ニ依リテ擔保セラルヘキカ及質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍ニ付説明シヨウト思フ

## 第一項 質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ種類

質權ハ債權ヲ確保スルカ爲ニ存在スルノテアツテ質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限カナイカラ留置權ノ如ク目的物ト關係アル債權ナルコトヲ要セス又先取特權ニ於ケルカ如ク特殊ノ原因ヨリ生シタル債權ナルコトヲ要シナイ而シテ其ノ債權ハ金錢債權ナルコトヲ通常トスルノテアルカ必スシモ金錢債權ニ限定スルコトヲ要シナイ特定物又ハ或種類ノ物ノ一定數量ノ給付ヲ目的トスル債權若ハ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債權ノ如キモ亦質權ニ依リテ擔保スルコト可能テアル何トナレハ斯ル債權ハ債務不履行ノ場合ニ於テ損害賠償ノ金錢的債權ト爲ルカラテアル

條件附債權及期限附債權其ノ他將來ノ債權モ亦質權ニ依リテ擔保スルコトヲ得但シ條件附債權及期限附債權ニ二様アルカラ區別シテ論スルコトカ適當テアル

一、條件附債權ハ之ヲ二様ニ別ツコトヲ得即チ

(イ)條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル所謂條件附權利ト (ロ)條件ノ成就ニ因リテ發生スル權利トテ

アル、前者ハ法律行為ニ因リテ直ニ生スルノテアツテ之ニ對シ質權ヲ設定スルコトヲ得ルハ第二百二十九條ノ規定ニ照シテ明テアル、後者ハ未タ成立セサル債權テアツテ將來ノ債權ノ一種ニ屬スルノテアルカ矢張質權ニ依リテ之ヲ擔保スルコトヲ得ルノテアル

二、期限附債權モ亦之ヲ二様ニ別ツコトヲ得即チ

(イ)期限ノ到來迄債權ノ履行ヲ停止スルモノト (ロ)期限ノ到來迄債權ノ發生ヲ停止スルモノトテアル、前者ニ在テハ債權ハ法律行為ニ因リテ直ニ成立スルモノテアツテ此種ノ期限附債權カ質權ニ依リテ擔保セラルヘキハ當然テアル後者ニ在テハ債權ハ未タ發生セス將來ノ債權ノ一種ニ屬スルノテアルカ之レ亦質權ニ依リテ擔保セラルヘキコト疑カナイ

將來ノ債權即チ未タ成立セサル債權ニ對シ質權ヲ有效ニ設定スルコトヲ得ルハ學者間爭ナイ所テアツテ殊ニ民法第九十九條第九百三十三條商法第六十三條ノ三、同第七十八條第二項同第二百八十一條ニ於ケル場合ノ如キ疑ヲ容レナイ實際上問題トナルノハ信用開始契約ニ基キ當事者間ニ將來金錢ノ消費貸借ノ成立スルコトアルヘキ場合ヲ豫想シ其ノ成立シタル曉ニ於テ負擔スヘキ債務ノ擔保トシテ豫メ質權ヲ設定スル場合テアツテ此ノ種ノ債權ニ對シ抵當權ヲ設定スル場合ト同シク所謂根抵當ノ問題テアル

夫レ質權設定契約ハ當事者間ニ於ケル質權ヲ設定スヘキ合意ト質物ノ占有ヲ移轉スルニ因リテ其ノ效力ヲ生スルノテアルカ債權カ未タ成立セサルトキハ質權ノ附從性ニ顧ミテ其ノ設定契約ハ果シテ有效ナルカ否ノ問題ヲ生スルノテアルカ縱令債權ハ未タ成立セサルモ右質權設定契約ノ有效ナルコト學者間爭ナキ所テアツテ唯其ノ契約ノ效力ニ關スル説明ノ方法ニ於テ見解カ岐レテ居ルノミテアル其ノ主ナル學說ハ次ノ通テアル

一、信用債務擔保說

根抵當ハ將來ノ債權ヲ擔保スルノテハナク現ニ存在スル信用債務ヲ擔保スルモノテアル即チ與信契約ニ因リテ與信者ハ受信者ニ對シ其ノ請求ニ應ジテ一定ノ金額ヲ限度トシテ金錢ヲ貸付クルト云フ信用ヲ與ヘ受信者ハ其ノ與ヘラレタル信用ニ對シ債務ヲ負フモノテアツテ根抵當ハ此ノ信用ノ債務ヲ擔保スルモノテアルト云フノテアル

二、條件附債務擔保說

根抵當ハ信用契約ニ因ル受信者ノ條件附債務ヲ擔保スル爲ニ設定セラレタル條件附ノ擔保權ニ外ナラナイ即チ債權ハ未タ發生シナイノテアルカラ擔保權ノミ先ツ存在スヘキ理由カナイ從テ其ノ設定セラレタル擔保權ハ條件附債務ノ爲ニ存スルモノト云ハナケレハナラナイト云フノテアル

三、條件附擔保契約說

根抵當ノ設定トハ現在直ニ擔保權ヲ生セシムルト云フ譯テハナク將來債

權ノ成立ニ因リテ其ノ效力ヲ生セシムヘキ停止條件附設定契約ヲ指稱スルノテアル換言スレハ債權ノ發生ヲ以テ停止條件トナス擔保契約ヲ謂フノテアツテ後日消費貸借成立シテ債權カ發生シ條件成就シタル時ニ擔保契約ハ其ノ效力ヲ生スルト云フノテアル此ノ見解ハ前說ノ如ク條件附債務ニ對シ擔保權ヲ設定スルト云フノテハナク其ノ設定契約其ノモノカ條件附テアルト云フ點ニ於テ相同シクナイ

四、將來ノ債權ノ爲ニスル擔保權設定說 抑擔保權ハ既存ノ債權ニ伴ヒテ成立スルニ止ラナイテ債權ノ成立ニ先チテ成立スルコトヲ妨ケナイ蓋シ擔保權ヲ以テ從タル物權テアルト云フノハ擔保權ハ債權ナクシテ單獨ニ存在スルモノテハナイ常ニ債權ノ存在ヲ前提トシテ存在シ債權ト其ノ運命ヲ伴ニスヘキモノテアルト云フ意味ニ外ナラナイノテアルカラ將來發生スヘキ債權ニ對シテ擔保權ヲ設定シテモ敢テ從タル物權ノ性質ニ反スルコトカナイカラテアル果シテ然ラハ根抵當ハ將來發生スヘキ債權ノ爲ニ設定セラレタル擔保權ト云フヘキテアルト謂フノテアル

叙上ノ諸說ニ付檢討スルニ第一ノ說ハ信用債務ヲ擔保スルノテアルト云フノテアルカ信用契約ニ在テハ與信者コソ受信者ニ對シテ其ノ契約ニ基キテ一定金額ノ貸出シヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルケレトモ受信者ハ與信者ニ對シ何等契約上ノ債務ヲ負擔スル者テハナイ從テ此ノ說ハ其ノ當ヲ得タモノ

テハナイ第二ノ說ハ條件限債務ヲ擔保スルモノテアルト云フノテアルカ抑々信用契約ハ消費貸借ノ一方的豫約ニ過キナイノテ受信者ハ其ノ契約ニ因リテ一定金額ヲ借入ルヘキ債務ヲ負擔スル者テナイコトハ勿論其ノ他何等ノ債務ヲ負擔スル者テナイノテアルカラ根抵當ヲ以テ信用契約ニ基ク受信者ノ條件附債務ヲ擔保スルモノテアルト云フノハ其ノ當ヲ得ナイ第三ノ說ハ停止條件附擔保契約テアルト云フノテアルカ其ノ趣意ハ畢竟債務者カ將來金錢ヲ借入レヲ爲サハト云フ事實ヲ以テ條件ト爲スニ外ナラナイノテアツテ所謂眞ノ條件テハナイ寧ロ法定條件ト云フノカ正當テアル法定條件ヲ以テ條件ト爲スノハ其ノ正鵠ヲ得タルモノテハナイ

第四ノ說ハ將來ノ債權ノ爲ニ設定スル擔保權テアルト云フノテアル此ノ說ニ依レハ根抵當ハ債權カ將來發生スル場合ニ於テ擔保ノ效力ヲ鞏固ニスルカ爲ニ豫メ質權又ハ抵當權ヲ設定シテ債權者カ其ノ擔保物ノ占有ヲ取得スルカ若ハ擔保權設定ノ登記ヲ爲シ而シテ後日債權カ現實ニ發生シタナラハ其ノ擔保物ノ占有ヲ取得シタル日又ハ擔保權設定登記ノ日ニ遡リテ擔保權ノ順位ヲ保タシメ様ト爲スノテアツテ最モ實際取引ニ適シタル正當ノ見解テアルト思フ



## 第二項 質權ニ依リテ擔保セラルヘキ 債權ノ範圍

質權ハ當事者ノ設定契約ニ因リテ成立スルノテアルカラ其ノ擔保セラルヘキ債權ノ範圍モ亦當事者ノ定ムルトコロニ委セテ宜シイ然レトモ當事者ハ往々元本債權ニ付テノミ明定シテ利息其ノ他附隨ノ債權ニ關シテハ特約ヲ爲ササルコトカ多イカラ法律ハ當事者ノ意思ヲ補充スル爲豫メ其ノ特約ナキ場合ニ於ケル質權ノ擔保力ノ及フヘキ範圍ヲ定ムル必要ヲ認メ第三百四十六條ノ規定ヲ設ケテ居ル即チ次ノ通テアル

一、元本 トハ質權ニ依リテ擔保セラルヘキ主タル債權其ノモノヲ謂フノテアツテ債權ノ目的タル主タル給付ヲ指稱スル元本債權カ質權ニ依リテ擔保セラルヘキハ當然テアル

二、利息 ハ元本債權ニ附隨シテ生スルモノテアルカラ利息ノ生スル場合ニハ約定利息タルト法定利息タルトヲ問ハス元本債權ト共ニ質權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト爲シタノテアル但シ不動産質ニ在テハ利息ニ關スル定アルトキハ登記ヲ爲サナケレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(登、一一六)且又不動産質ニハ抵當權ニ關スル規定ノ準用カアルカラ(三六一)其ノ擔保セ

ラルヘキ利息債權ノ範圍ニ付テモ亦第三百七十四條ノ準用アルコトヲ注意セネハナラヌ

三、違約金 ハ債務カ全然履行セラレナイトキハ主タル給付ニ代ルヘキ性質ヲ有シ又債務ノ一部不履行ノトキハ主タル給付ヲ補充スヘキ性質ヲ有スルノテアルカラ元本債權ト共ニ質權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト爲シタノテアル但シ不動産質ニ在テハ違約金ノ定アルトキハ登記ヲ爲サナケレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(登、一一六)

四、質權實行ノ費用 トハ質權ノ實行ニ要シタル一切ノ費用ヲ云フノテアル此ノ費用ノ債權カ質權ニ依リテ擔保セラルルノハ質權ノ效用ヲ完カラシムル爲テアル此ノ費用ノ主ナルモノハ質物評價ノ費用(三五四)質債權取立ノ費用(三六七)民事訴訟法ノ定ムル執行方法ニ依リテ爲シタル質權實行ノ費用(三六八)等テアル

五、質物保存ノ費用 質物ノ保存費用ハ之ヲ支出シタルニ因リテ他ノ債權者ニモ利益ヲ及ホスコトト爲ルノテアルカラ其ノ原因ヲ成シタル此ノ費用ノ債權モ亦質權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト爲シタノテアル

六、債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害賠償 ハ元本債權ノ擴張又ハ元本債權ニ代ルヘキ性質ヲ有シテ居ルノテアルカラ之レ亦質權ニ依リテ擔保セラルヘキ範圍ニ屬セシメタノテアル

七、質物ノ隠レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害賠償 トハ例ハ質物中ニ爆發物ノ存在スルコトヲ知ラナイテ債權者カ質物ヲ受取リタルトコロ其ノ爆發物ノ爆發ニ因リテ質權者カ被リタル損害又ハ傳染病ニ罹レル畜類ナルコトヲ知ラナイテ質ニ取リタルトコロ質權者所有ノ畜類カ之ニ感染シテ斃死シタルニ因リテ生シタル損害ノ賠償ノ如キヲ云フノテアツテ此ノ損害ハ質物ト密接ノ關係ヲ有スルカラ其ノ賠償請求ノ債權モ亦質物ヲ以テ擔保セシムルヲ相當ト認メタノテアル

以上ハ債務者カ質權ヲ設定シタルトキハ勿論第三者カ債務者ノ爲ニ質權ヲ設定シタルトキモ亦適用セラルヘキテアルカ設定行爲ニ別段ノ定アリタルトキハ此ノ限リテナイ(三四六但書)又第三者カ質權ヲ設定シタル場合ニ質權設定後單ニ債權者ト債務者トノ間ニ於テノミ債權ノ態樣ヲ變更シタルトキノ如キ例ハ無利息ノ債權ヲ利息附ト爲シ又ハ利率ヲ高クシ若ハ違約金ノ定ヲ不利益ニ改訂シタルトキノ如キ質權ノ擔保力ハ其ノ變更セラレタル程度ニマテ及フヘキモノテナイト解スルノカ相當テアル何トナレハ第三者ハ質權設定當時ノ狀態ニ於テ債權ヲ擔保スル意思テ質權ヲ設定シタノテアツテ爾後設定者ノ關與シナイ新ナル法律行爲ニ因リテ生シタル債權ニマテ擔保ノ範圍ヲ擴張スル意思ナカリシモノト看ルノカ至當テアルカラテアル

#### 第四款 質權ノ目的物

質權ノ目的タルニ適スヘキ物ハ次ノ通テアル

一、讓渡スコトヲ得且法律上質權ノ目的ト爲スコトヲ禁セラレサル物ナルコト

質權本來ノ目的ハ目的物ノ交換價值ヲ取得スルニ在ルノテアルカラ交換價值ヲ有スル物テナケレハ質權ノ目的タルニ適シナイ換言スレハ換價可能ノ物テナケレハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ナイノテアル之レ第三百四十三條ニ於テ質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其ノ目的ト爲スコトヲ得スト規定シテ居ル所以テアル讓渡スコトヲ得サル物トハ法律上讓渡ヲ禁止セラレタル物ヲ謂フノテアル例ハ阿片煙及其ノ吸食器具(刑法一三六、一三七)猥褻ノ文書圖畫(刑法一七五)華族ノ世襲財產(華族世襲財產法一六)特別保護建造物及國寶(古社寺保存法五)ノ類ノ如キテアル又法律上質權ノ目的ト爲スコトヲ禁止セラレタル物ハ質權ノ目的タルニ適シナイコト勿論テアル例ハ登記シタル船舶ノ如キテアル(商六八八)民事訴訟法上差押ヲ禁止セラレタル物ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得サルカ否ト云フニ元來民事訴訟法上差押フルコトヲ得サル物(民、訴、五七〇)ト爲シタルハ唯法律カ債務者ノ意思ヲ顧ミス債權者カ差押ヘテ強制的ニ賣却スルコトヲ禁止シタルニ過キナイ

ノテ債務者ノ意思ニ基キテ讓渡スコトマテ禁止シタル趣旨テハナイト解スルノカ正當テアル從テ叙上ノ物モ亦質權ノ目的ト爲スニ妨ケナキモノト論定シテ可カラウ然レトモ民事訴訟法ノ規定ニ從テ差押ヲ爲シタルトキハ債務者ニ對シ其ノ差押物ノ處分權禁止ノ效果ヲ生スルカラ差押中ノ物ヲ質權ノ目的ト爲シタルトキハ差押債權者トノ關係ニ於テハ質權ノ設定ハ無効ニ歸スルモノト云ハナケレハナラナイ

### 二、質權ノ目的物ハ設定者ノ所有ニ屬スルコト

質權ノ本質ハ目的物ノ交換價值ヲ取得スルニ在ルノテアルカラ質權者ハ質物ヲ賣却スル權能ヲ有スルスル權能ハ質物ノ所有者テナケレハ之ヲ質權者ニ授與スルコトノ出來ナイコト論ヲ俟タザル所テアルカラ質物ノ所有權ハ設定者ニ屬シテ居ラナケレハナラヌコト事理ノ當然テアル若シ夫レ質權設定者カ質物ノ所有者ニ非サル場合ニ於テハ第三者ノ承諾ヲ得テ其ノ所有物ノ上ニ質權ヲ設定シタルトキニミ質權ハ有效ニ成立スル又第三者所有ノ動產ヲ質權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ質權者カ民法第九十二條ノ條件ヲ具ヘテ質物ヲ受取りタルトキハ其ノ物ノ上ニ質權ヲ取得スルニ至ルテアラウ

### 三、質權ノ目的物ハ特定物ナルコト

抑々質權ノ成立ニハ質物ノ引渡ヲ以テ其ノ要件ト爲シ且質權者ハ質物ヲ占有スルノ權利ヲ有スルノミナラス質權終局ノ目的ヲ達スルカ爲質權者ハ質物ヲ賣却スル權利ヲ有スルノテアルカラ特定物ニ非サレハ質權ノ目的タルニ適セサルコト自ラ明白テアル終リニ一言スヘキハ第三百四條ノ規定ハ質權ニ準用カアルノテアルカラ(三五〇)質權モ亦其ノ代表物ノ上ニ行ハルヘキコトテアル

## 第二節 質權ノ一般の效力

質權ノ特別效力ニ付テモ各種ノ質權ヲ説明スル場合ニ於テ之ヲ講述スルコトトシ爰ニハ質權ノ一般の效力ヲ説明スルコトトスル

### 第一款 質權者ノ權利

第一、質權者ハ質物ヲ占有スルノ權利ヲ有ス

質權者ハ質物ノ占有ヲ維持スルコトヲ得ヘキ基本的權利即チ本來質物ヲ占有スルノ權利ヲ有スルコト前ニ質權ノ性質ニ付説述シタルトコロニ依リテ明テアル(第一節第一款第三款第三ノ部參照)質權者ハ

此ノ本權ニ基キ質權行使ノ意思ヲ以テ質物ヲ所持スルノテアルカラ質權者ハ質物ノ上ニ占有權ヲ有スルコトト爲ル但シ質權者ハ被擔保債權カ完済セラレタルトキハ質權設定者ニ質物ヲ返還スヘキ關係ニ在ルノテアルカラ質權者ノ占有ハ他主占有ニ屬スルコト勿論テアル

第二、質權者ハ質物ヲ留置スル權利ヲ有ス

質權者ハ債權ノ擔保トシテ質物ノ占有ヲ取得シ且其ノ占有ヲ維持スル權利ヲ有スルノテアルカラ其ノ效力トシテ質權者ハ債權ノ完済セラレルマテ質物ヲ留置スル權能ヲ有スルモノト謂ハナケレハナラナイ然リ而シテ質權者カ債權ノ辨済期到來スルマテ質物ノ占有ヲ繼續スル權利ヲ有スルコト殆ト論ヲ俟タヌトコロテアルカ辨済期ノ到來シタル後質權ヲ實行シナイテ尙且質物ヲ留置スル權能ヲ有スルカ否ニ至テハ疑ヲ挾ム餘地ナキニシモ非ステアル、夫レ故法律ハ第三百四十七條ノ規定ヲ設ケ質權者ハ債權ノ辨済ヲ受クルマテハ質物ヲ留置スルコトヲ得ル旨ヲ明ニシテ疑義ヲ容ルルノ餘地ナカラシムルト同時ニ擔保ノ效用ヲ完カラシメタノテアル、左レハ質權者ハ債權ノ辨済期到來後ニ於テモ質權ヲ實行シナイテ質物ヲ留置シ債權ノ辨済ヲ促スコトヲ得ルノテアル但シ此ノ留置權ハ質權ノ效用ヲ完カラシムル限度ニ於テ法律上認メラレタモノテアルカラ純然タル留置權ト同一ニ論スルコトヲ得ナイ從テ質權者ハ自己ニ對シ優先權ヲ有スル他ノ債權者アリタルトキハ質物ノ留置權ヲ以

テ之ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアル(三四七但書)例ハ質權者カ質物ヲ保存セル債權者アルコトヲ知テ質物ヲ受取り又ハ質權者ノ爲ニ質物ヲ保存シタル者アリタルトキノ如キ質權者ハ留置權ヲ以テ此等ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得サルノ類テアル

第三、質權者ハ一定ノ限度ニ於テ質物ノ使用及收益ヲ爲ス權利ヲ有ス

質權ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ存在スルノテアルカラ質權ニハ質物ノ使用及收益ヲ爲ス權能ヲ包含セサルヲ本則トスル唯第三百五十條ニ依リ第二百九十七條ノ規定カ質權ニ準用セララルノテ質權者ハ質物ヨリ生スル果實ヲ收取シテ之ヲ換價シ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨済ニ充ツルコトヲ得ルニ止マル茲ニ所謂果實ニハ天然果實ト法定果實トヲ包含スル又第三百五十條ニ依リ第二百九十八條ノ規定カ質權ニ準用セララル結果質權者ハ質物保存ニ必要ナル限度ニ於テ質物ノ使用權ヲ有スルニ過キナイ但シ不動産質ニ在テハ其ノ特質トシテ質權者ハ其ノ目的タル不動産ノ用方ニ從ヒ使用及收益ヲ爲ス權利ヲ有ス(三五六)

第四、質權者ハ質物ニ付賣却權及優先辨済ヲ受クル權利ヲ有ス

質權ノ本質ハ前ニ述ヘタ通目的物ノ交換價值ヲ取得スルニ在リテ質權者カ債權ノ辨済ヲ受ケサルトモ質物ノ保有スル價值ヲ取得スルノ方法ハ質物ヲ賣却シテ其ノ賣得金ニ付自己ノ債權ニ辨済ヲ受ク

ルニ外ナラナイノテアルカラ質權者ハ質物ヲ賣却スル權能ヲ有スルモノト云ハナケレハナラナイ此ノ權能ハ實ニ質權ノ内容ヲ成スモノテアル、民法ハ特ニ質權者カ質物ニ付賣却權ヲ有スルコトヲ明言シテ居ラヌケレトモ上述ノ通質權ノ本質上之ヲ肯定セサルヘカラサル而已ナラス第三百四十二條第三百四十三條ノ規定ニ徴スレハ質權者カ質物ニ付賣却權ヲ有スルコトヲ推知スルニ難クナイ且競賣法第三條第二十二條ノ規定ニ依レハ我カ法律上質權者ニ質物賣却權ノ存在スルコト明ナリト云フヘキテアル

質權者カ質物ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ニ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルコトハ質權ノ本質上當然テアルト共ニ第三百四十二條ノ規定スルトコロテアル、右質物賣却權ト優先辨濟ヲ受クル權トハ質權ノ内容ヲ成シ此ノ權利アルニ因リテ債權擔保ノ效用ヲ確實ニ且完全ナラシムルノテアル質權者カ質物ニ付優先辨濟ヲ受クル方法ハ質權ヲ實行スルノテアル、質權實行ノ方法ハ質權ノ種類ニ依リテ多少異ナルトコロアルモ原則トシテ質物ヲ競賣ニ附スルノテアル、動産ノ競賣ハ質權者カ執達吏ニ委任シテ之ヲ爲シ(競賣法三)不動産ノ競賣ハ質權者ノ申立ニ依リ不動産所在地ヲ管轄スル區裁判所カ之ヲ爲スノテアル(競賣法二二)孰レノ場合ニ於テモ質權者ハ其ノ質物ノ賣得金ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルノテアル

尙質權者ハ債權ノ辨濟期到來後質權設定者トノ契約ヲ以テ代物辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ妨ケナイ然レトモ質權者ハ設定行爲又債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ナイ之レ第三百四十九條ノ規定スルトコロテアツテ所謂流質契約ヲ禁止シタノテアル(佛民、二〇七八、獨民、一二二九、瑞民、八九四參照)抑々流質契約ニ在テハ質物ノ價額如何ニ拘ラス債權者ニ於テ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得スルニ因リテ債權消滅ノ效果ヲ來スノテアルカラ質物ノ價額カ債權額ニ比シ著シク大ナルトキハ債權者ハ暴利ヲ貪ル結果ト爲ルカ之ニ反シ質物ノ價額カ債權額ト匹敵スルカ若ハ債權額ヨリ少キトキハ債權者ハ敢テ暴利ヲ占ムルコトカナイ從テ後者ノ場合ノ如キハ特ニ流質契約ヲ禁止スル要ナキモ實際ハ前者ノ場合ニ屬スルノカ通例テアルカラ法律ハ此ノ通常ノ場合ヲ豫想シテ利息制限法制定ノ趣旨ト同シク人ノ窮迫困乏ニ乘シ暴利ヲ貪ルカ如キハ公益上看過スヘキモノテナイトシテ右第三百四十九條ノ規定ヲ設ケタノテアル併シナカラ商事質權ニハ同條ノ適用ナキノミナラス(商二七七)質屋營業者トノ間ニ於ケル質契約及公益質屋法ニ基ク質契約ニ在テハ流質ハ寧ろ法ノ認容スルトコロニ屬シ(質屋取締法六、一〇、一一、公益質屋法一一第一項)其ノ適用ノ範圍極メテ狹少テアル且抵當權ニハ右流質契約禁止ニ關スルカ如キ規定カナイ而已ナラス金融ノ需要ト流質契約トノ利害ヲ比較攻究スルトキハ流質契約禁止ニ關

スル規定ノ效果ハ實際上頗ル疑問テアツテ流質契約ハ當然無効ト爲スヨリハ寧ロ各場合ニ應シ其ノ内容カ公ノ秩序及善良ノ風俗ニ反スルカ否ニ依リテ其ノ效力ヲ決スルノ勝レルニ如カスト唱フル者カ多イ況ヤ第三者カ質權ヲ設定スル場合ニ於テハ敢テ其ノ必要ヲ感セサルニ於テオヤテアル故ニ立法論トシテハ論議スヘキ餘地アル問題テアルカ解釋論トシテハ前述ノ如ク解スルヨリ外ナイト思フ

第五、質權者ハ轉質權ヲ有ス

第三百四十八條ニハ質權者ハ其ノ權利ノ存續期間内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得、此ノ場合ニ於テ轉質ヲ爲ササレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損失ニ付テモ亦其ノ責ニ任スト規定サレテアル、之レ即チ轉質ニ關スル規定ニシテ我法律上質權者ハ轉質ヲ爲ス權利ヲ有スルコト明白テアル、然レトモ其ノ法律上ノ性質ニ付テハ學者間議論ノ存スル所テアルカラ其ノ主ナル說ヲ擧ケ其ノ當否ヲ攷究スレハ次ノ通テアル

一、質權質入說、轉質ハ質權ノ上ニ質權ヲ設定スルモノテアルト謂フノテアル、即チ此ノ說ハ主タル債權ト離レテ唯質權ノミヲ以テ質權ノ目的ト爲スト云フノテアツテ一種ノ權利質ヲ設定スルモノト解スルノテアル然レトモ質權ハ被擔保債權ト離レテ單獨ニ處分スルコトヲ得サルモノテアルカラ

單ニ質權ノミヲ以テ質權ノ目的ト爲スト謂フノハ其ノ當ヲ得タルモノテハナイ

二、債權質入說、轉質ハ債權ト共ニ質權ヲ質入レスルモノテアルト謂フノテアル、然レトモ我法律ニ於テ債權質ヲ認メテ居ルノテアルカラ被擔保債權ト共ニ質權ヲ質入レスルコトヲ得ルハ當然テアツテ此ノ意義ニ於ケル轉質ノ有效ナルハ蓋シ疑ナキトコロテアル、第三百四十八條ハ此ノ當然ノ理ヲ規定シタルモノテハナカラウ況ヤ第三百四十八條ノ規定ニ依レハ一般債權質設定ノ場合ニ比シ質權者ノ責任重大ナルニ於テオヤ必スヤ別種ノ轉質ヲ認メタルモノト解スルノカ相當テアルト云フ非難ヲ免レナイ

三、解除條件附質權讓渡說、此ノ說ハ轉質ヲ以テ質權ノ設定ト見ナイテ質權者カ其ノ質權ヲ自己ノ債權者ニ讓渡スモノト解スルノテアル但シ其ノ讓渡ハ絶對的テハナク原質權者ノ債權ハ消滅セス其ノ債權ノ存在ヲ前提トシテ自己ノ債務ヲ擔保スル範圍内ニ於テ質權ヲ轉質權者ニ移轉スルノテアルカラ(イ)原質權者ノ債權カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ轉質權者ノ質權ハ消滅スル(ロ)轉質權者ノ債權カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ轉質權者ノ質權ハ當然原質權者ニ復歸スル、此ノ故ニ轉質ヲ以テ解除條件附質權ノ讓渡ト解スルノテアル、然レトモ質權ハ附從的性質ヲ有スルノテアルカラ主タル債權ト分離シテ之ヲ他ノ債權者ニ讓渡スコトヲ得ルモノト爲

スニハ例ハ抵當權ニ關スル第三百七十五條ノ如キ法文上ノ根據カナクテハナラナイ然ルニ法律上特ニ斯カル規定存セサルノミナラス此ノ說ニ從ヘハ原質權者ハ條件ノ成就スル迄ハ質權ヲ有セサルカ如キ不當ノ結果ヲ來ステアラウト云フ非難ヲ免レナイ

四、質物質入説 轉質ハ原質權者カ質物ノ上ニ新ニ質權ヲ設定スルノテアルト謂フノテアル、抑々質權ハ被擔保債權ト離レテ單獨ニ處分スルコトヲ得サルハ勿論質權者ハ債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄質物ヲ留置シ且債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ質物ヲ賣却スル權利ヲ有スルニ過キナイノテ質物ヲ自己ノ債務ノ擔保ト爲ス權利ヲ有セサルコト質權ノ性質上疑ヲ容レナイトコロテアル、然レトモ此ノ純理ニ拘泥スルトキハ實際取引上ノ需要ヲ充タスニ足ラナイト云フ讓ヲ免レナイカラ法律ハ質權者ニ對シ一定ノ條件ノ下ニ質物ヲ質入レスル權能ヲ附與シタルモノト解スヘキテアル、況ヤ第三百四十八條ニハ「……質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得」トアリテ質物ヲ以テ轉質ノ目的ト爲スコトヲ得ル趣旨ナルコト文理解釋上明ナルニ於テオヤト云フノテアル

此ノ說ヲ非難スル者ハ第二百九十八條ノ規定ハ質權ニ準用サレテ居ルカラ(三五〇)質權者ハ質權設定者ノ承諾アルニ非サレハ質物ヲ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得ナイノテアル、然ルニ本說ニ從ヘハ質權者ハ質權設定者ノ承諾ナクシテ自由ニ質物ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ルコト爲ルカラ

右規定ノ趣旨ヲ無視スル結果ト爲リ解釋論トシテ其ノ當ヲ得タモノテハナイト論スルノテアル、併シナカラ質權者カ質權設定者ノ承諾ヲ得テ質物ヲ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得ルハ敢テ特別ノ規定ヲ俟ツマテモナイコトテアル殊ニ第三百五十條ハ單々質權ニ關シ特別ノ規定ナキ限リ留置權ニ關スル第二百九十八條ノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ明ニシタルニ過キナイノテアルカラ質權ニ關シ第三百四十八條ノ特別規定ノ存スル以上第二百九十八條第二項ノ規定中留置物ヲ擔保ニ供スル點ニ關スル部分ハ質權ニ準用ナキモノト解スルノカ相當テアル(大正十二年(九)第一、二四號、大正十四年七月十四日刑聯判決集第四卷第八號四八四頁)從テ質權者カ質物ヲ自己ノ債務ノ擔保ニ供シタル場合ニ於テ質權設定者ノ承諾ヲ得タルカ否ニ依リテ自ラ其ノ責任上ニ差異ヲ生スルコトト爲ル、即チ前者ノ場合ニハ原質權者ハ質物ノ滅失毀損ニ付キ一切ノ責ヲ負フコトカナイノテアルカ之ニ反シ後者ノ場合即チ獨斷ニテ質物ヲ質入レシタルトキハ原質權者ハ質物ノ滅失毀損ニ付一切ノ責ニ任シナケレハナラヌモノト解釋セサルヲ得ナイ、此ノ如ク解スルニ於テ法律カ轉質ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタル所以ヲ明ニ知ルコトヲ得ルノテアル故ニ反對論者ノ非難ハ當ラナイト云フノカ本論者ノ主張テアル

叙上ノ次第テアツテ此ノ最後ノ說ハ我カ立法ノ精神ニ適シタル正當ノ解釋ト認ムルノテ予ハ此ノ說ニ從フノテアル

仍テ此ノ最後ノ見解ニ從ヒ質権者カ轉質ヲ爲スニ付遵守スヘキ要件ヲ擧クレハ次ノ通テアル

(イ) 質権者ノ權利ノ範圍内ニ限ルコト

凡ソ何人ト雖自己ノ有スル權利ヨリ大ナル權利ヲ他人ニ附與スルコトヲ得ナイノハ一般ノ原則トスル所テアル、質権者カ轉質ヲ爲スニ當リテモ亦自己ノ有スル權利ノ範圍ヲ超越スルコトヲ得サルハ論ヲ俟ナイトコロテアルカラ質権者ハ其ノ權利ノ存續期間内ニ於テノミ有效ニ轉質ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルハ勿論債權額其ノ他質権設定ノ態様ニ付テモ亦其ノ制限ニ服サナケレハナラナイ

(ロ) 質物ノ占有ヲ轉質権者ニ移轉スルコト

之レ質権設定ニ關スル一般原則ノ適用ニ外ナラナイノテアル

(ハ) 原質権者ノ責任ヲ以テ爲スコト

第三百四十八條ニ基キテ轉質ヲ爲ス場合ハ質権者カ質権設定者ノ承諾ヲ得シテ自己ノ債務ノ擔保トシテ質物ノ上ニ新ニ質権ヲ設定シ轉質権者ニ質物ヲ引渡スノテアルカラ轉質ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ原質権者ニ於テ一切其ノ責任ニ任スルモノト爲スノカ相當テアル、故ニ質物カ原質権者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ勿論轉質ヲ爲ササレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損害ニ付テモ亦其ノ責任ニ任シナケレハナラナイノテアツテ轉質ニ關シテ最モ重大ナル要件ナ

アル

第六、質権者ハ質物ニ支出シタル必要費及有益費ノ償還請求權ヲ有ス

留置權ニ關スル第二百九十九條ノ規定カ質権ニ準用セラルルノテアルカラ(三五〇)質権者カ此等費用ニ付償還請求權ヲ有スルコト明テアル

### 第二款 質権者ノ義務

#### 第一、質物保管ノ義務

質権者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ質物ヲ保管スヘキ義務ヲ負フ(三五〇、二九八)即チ質権者ハ質物保存ニ必要ナル使用ヲ爲スノ外質物ヲ使用シ若ハ賃貸ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論常ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ質物ノ滅失毀損ヲ防キ現狀ヲ維持スルコトニ努メナケレハナラナイ

質権者カ右ノ義務ニ違反シタルトキハ質権設定者ハ質権者ニ對シ質権消滅ノ請求ヲ爲スコトヲ得(二五〇、二九八、第三項)轉質ノ性質ニ關シテ前ニ説明シタ通質物質入レ説ヲ採ルトキハ質権者カ轉質ヲ爲ス場合ニハ特ニ質権設定者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要シナイ自己ノ責任ヲ以テ質物ノ上ニ質権ヲ設定スルコトヲ得ルノテアルカ若シ此ノ説ニ依ラサルトキハ質権者カ質権設定者ノ承諾ヲ得ナイ



テ質物ノ上ニ質權ヲ設定シタルトキハ其ノ義務違反ノ結果ヲ生スルテアラウ  
第二、質物返還ノ義務

質權者ハ債權擔保ノ目的ヲ以テ他人ノ物ヲ占有スルノテアルカラ債權ノ消滅其ノ他ノ事由ニ因リテ  
質權カ消滅シタルトキハ質權設定者ニ對シ質物ヲ返還スヘキ義務ヲ有スルコト明テアル獨逸民法ハ  
明文ヲ以テ質權者ハ質權消滅ノ後質物ヲ質權設定者ニ還付スル義務アル旨ヲ定メテ居ル（獨民、一  
二二三）

### 第三款 債務者ノ物上保證人ニ對スル義務

第三者カ他人ノ債務ヲ擔保スル爲自己ノ所有物ノ上ニ質權ヲ設定シタルトキハ其ノ第三者ヲ指シテ  
物上保證人ト稱スル、蓋シ第三者ハ自己ノ所有物ヲ以テ他人ノ債務ノ履行ヲ擔保シタノテアツテ保  
證人カ主タル債務者ノ債務ノ履行ヲ擔保シタルト同様ナル法律關係ニ在ルカラテアル、夫レ故ニ物  
上保證人カ主タル債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ  
保證債務ニ關スル第四百五十九條以下ノ規定ニ從ヒ物上保證人ニ對シテ求償ニ應スルノ義務ヲ有ス  
（三五二）

## 第三節 動產質

上來説述シタルトコロハ質權一般ニ通スル原則テアル本節以下ニ於テ各種ノ質權即チ動產質、不動  
產質及權利質ニ特別ナル法則ヲ述フルコトトスル

動產質ハ動產ヲ目的トシテ成立スル質權テアツテ其ノ特色トスルトコロハ次ニ述フル通テアル

### 第一款 動產質ノ對抗要件

一、動產質權ニ在テハ質權者カ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其ノ質權ヲ以テ第三者ニ對抗ス  
ルコトヲ得ナイ（三五二）元來質物ノ占有ハ質權成立ノ要件テアルカ存續要件テハナイ故ニ質權  
カ一旦有效ニ成立シタル以上ハ其ノ後質物ノ占有ヲ失フモ當然質權消滅ノ結果ヲ來スモノテハナ  
イ然レトモ動產質權ニ在テハ質物ノ繼續占有カ第三者ニ對抗スル要件テアルカラ質權者カ質物ノ  
占有ヲ失ヒタルトキハ其ノ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルコトト爲ル、之レ蓋シ動產  
質權ニ在テハ不動産質ニ於ケルカ如ク登記ニ依リ其ノ存在ヲ公示スルニ由ナク占有ヲ以テ公示方  
法ト爲シタルカラテアル

質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質權ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ナイノテアル(三四五)故ニ若シ動産質權者カ其ノ設定者ヲシテ質物ヲ保管セシメタルカ如キ場合ハ質權者ハ質物ノ占有ヲ失フコトト爲リ其ノ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果ヲ來スモノト謂ハサルヲ得ナイ

二、動産質權者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リテ其ノ質物ノ回復ヲ爲スコトヲ得ト云フ特別規定カ存スル(三五三)元來質權者ハ質物ノ占有者テアルカラ質物ノ占有ヲ奪ハレタル場合ニハ占有回收ノ訴ニ依リテ其ノ質物ノ回復ヲ爲スコトヲ得ルハ第二百條第二一條第三項ノ適用上疑ナキトコロテアル然ルニ法律カ右特別規定ヲ設ケタルハ如何ナル理由カト云フニ蓋シ動産質權ニ在テハ前述ノ通質物ノ繼續占有カ第三者ニ對抗スル要件テアルカラ質權者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタル場合ニハ質權者ハ質物ノ占有ヲ失ヒ對抗要件ヲ缺クコトト爲ルノテ質權ニ基ク回復請求權ハ之ヲ認ムルコトヲ得ナイト云フ見地カラ占有回收ノ訴ニ依リテ其ノ質權ノ回復請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトノ趣旨ヲ明ニシタモノト解スヘキテアラウ、即チ質權者カ占有回收ノ訴ニ依リテ侵奪セラレタル質物ヲ回復シタルトキハ間斷ナク占有ヲ繼續シタルモノト看做サル結果(二〇三但書)質權者ハ法律上其ノ占有回復以前ニ遡リテ嘗テ對抗力ヲ失ハサリ

シコトト爲リ對抗要件トシテ法律ノ要求スル占有繼續ノ状態ニ適合スルコトト爲ル、之ニ反シ若シ夫レ此ノ以外何等カノ方法ニ依リテ質物ヲ回復シタルニ於テハ法律上占有繼續ノ擬制カナイカラ質權者ハ唯其ノ質物回復以後ニ於テ對抗要件ヲ充スニ止リ其ノ回復以前ニ遡テ對抗力ヲ具有スルモノト爲スコトヲ得サル結果ト爲ル、之レ法律カ前記特別規定ヲ設ケタル所以テアルト解スヘキテアル、然レトモ質物ノ占有ノ侵奪ハ質權ノ侵害行爲タルコト論ナク質權ノ效力トシテ質權者ハ侵奪者ニ對シ質權ノ侵害ヲ理由トシテ質物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ナケレハナラヌ殊ニ侵奪者カ質權設定者又ハ債務者ナル場合ニ在テハ質物ヲ回復スルニ付占有回收ノ訴ニ依ル方法ニノミ限定スル必要ハナイ加之質物ヲ奪ハレタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後又ハ質物ヲ遺失シ若ハ詐欺ニ罹リテ質物ノ占有ヲ失ヒタル場合ノ如キ占有回收ノ訴ニ依リテ質物ノ回復ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論テアツテ此ノ場合質權者ハ質權ニ基キ回復請求ヲ爲スコトヲ得ナイト云フ理由ハナイテアラウ、第三百五十三條ノ規定ハ立法論トシテ將タ解釋論トシテ疑義ノ存スルトコロテアルカ前述ノ如ク解スルノカ立法ノ趣旨ニ適合スルモノト思フ

## 第二款 動産質實行ノ方法

動産質ニ在テハ質權一般ノ實行方法ノ外法律ハ特殊ノ實行方法ヲ設ケ一定條件ノ下ニ質物ヲ以テ直ニ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得シメテ居ル(三五四)之レ蓋シ動産質ノ目的物ハ巨額ニ上ラナイノカ通例テアルニ拘ラス一般實行ノ方法ニ依リ必ス競賣手續ニ依ラナケレハナラヌモノトスレハ質權實行ノ費用ト質物ノ價額トヲ比較シテ其ノ權衡ヲ得ナイコトカアルカラ其ノ繁雜ナル手續ヲ避ケ寧ロ簡易ナル方法ニ依ルノカ相互ノ便益ニ適スルモノト認メタカラテアル、其ノ簡易ナル質權實行ノ方法ニ依ルニハ左ノ條件ヲ具ヘナケレハナラナイ

一、正當ノ理由アルコト 正當ノ理由アルカ否ハ各場合ニ付キ之ヲ決スヘキモノテアツテ豫メ其ノ標準ヲ示スコトハ困難テアル

二、裁判所ニ請求スルコト 正當ノ理由アルカ否ハ當事者ニ於テ正當ニ判定スルコトカ困難テアルカラ裁判官ノ判斷ニ俟ツテ適當ト爲シタノテアル

三、鑑定人ノ評價ニ從フコト 質物ノ價額ヲ評定スルニハ特別ノ鑑識ヲ有スル第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルコトカ最モ公平且正確ナル結果ヲ得ル所以テアルカラ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ニ從フコトトシタノテアル

四、豫メ債務者ニ其ノ請求ヲ通知スルコト 質物ヲ以テ直ニ債權ノ辨濟ニ充ツルニハ裁判所ニ請求

シテ其ノ選任シタル鑑定人ノ評價ニ從フコトトシテ公平且確實ナル結果ヲ得ルコトヲ期シテ居ルケレトモ債務者ノ知ラサル間ニ辨濟ノ效果ヲ生セシムルコトハ債務者ノ利益ヲ保護スル所以テナイ、夫レ故ニ法律ハ質權者ヲシテ其ノ請求ヲ裁判所ニ爲スヘキ旨ヲ豫メ債務者ニ通知セシムルコトトシタノテアル從テ此ノ通知ハ其ノ請求ヲ爲ス前ニ之ヲ爲スコトカ必要テアル、債務者ハ此ノ通知ニ依リテ辨濟若ハ辨濟ノ準備ヲ爲シ或ハ普通ノ質權實行方法ニ依ルノカ正當テアルト云フ理由ノ存スルコトヲ陳述スル等權利保全ノ途ヲ講スルコトヲ得ルノテアル

第三者カ質權設定者ナル場合ニ於テハ質權者ハ設定者及債務者ニ對シテ右ノ通知ヲ爲スコトヲ要スル

### 第三款 動産質權ノ順位

數個ノ債權ヲ擔保スル爲同一ノ動産ニ付質權ヲ設定シタルトキハ其ノ質權ノ順位ハ設定ノ前後ニ依リテ之ヲ定ム(三五五)之レ物權ニ關スル一般原則ノ適用ニ外ナラナイ然リ而シテ質權ノ成立ニハ質物ノ占有ヲ質權者ニ移轉スルコトヲ要シ且動産質權ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアルカラ同一ノ動産ニ付數個ノ質權カ存在スルニハ代理人ニ

依リテ質物ノ占有ヲ爲ス場合テナケレハナラナイ

#### 第四節 不動產質

不動產質トハ不動產ノ上ニ設定セラレタル質權ヲ謂フノテアル不動產質ニ在テハ質物タル不動產ハ質權者ノ占有ニ歸シ質權者自ラ其ノ不動產ノ使用收益ヲ爲ス權能ヲ有スルノテアツテ不動產質權ノ特性ハ主トシテ此ノ點ニ存スル、我國ニ於テ不動產質ハ古クヨリ行ハレタルモノテアツテ當時抵當ノ制度ナク不動產ヲ以テ債權ヲ擔保スル方法トシテハ專ラ質ノ形式ニ依ツタノテアル現行民法ニ於テハ不動產質ノ外抵當ノ制度ヲ認メテ居ルノテ實際取引上ニ於テハ不動產ヲ以テ債權ヲ擔保スル經濟上ノ效用ハ抵當權ニ依リテ充タサレ不動產質ハ殆ト顧ミラレサル狀況ニ在ルノテアル故ニ獨逸民法ニ於テハ抵當權ノミヲ認メテ不動產質ヲ認メナイ我民法ハ佛蘭西民法ニ倣ラヒ且古來ノ慣習ニ基キテ之ヲ認メタルニ過キナイ但シ佛蘭西民法ノ不動產質ハ利益質(佛、民、二〇八五乃至二〇九一)テアツテ賣却質ニ非サル點ニ於テ我民法ノ不動產質ト異ナルトコロカアル不動產質ハ抵當權ト其ノ目的物ヲ同シクシ法律關係モ亦抵當權ニ酷似スル所カアルノテ法律ハ不動產質ニ關シ特別ノ規定アル場合ノ外抵當權ニ關スル規定ヲ之ニ準用スヘキモノト定メテ居ル(三六一)

#### 第一款 不動產質權ノ對抗要件

不動產質ハ不動產物權ニ關スル一般原則ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアル不動產質ノ成立ニハ一般原則ニ從ヒ其ノ目的タル不動產ノ占有ヲ債權者ニ移轉シナケレハナラナイノテアルカ一旦有效ニ成立シタル以上ハ其ノ質物ノ占有ハ不動產質權ノ存續要件ニ非サルハ勿論動產質ニ於ケルカ如ク對抗要件テモナイ第三者ニ對スル對抗要件トシテハ登記ヲ具備スルヲ以テ足ルノテアル(一七七)

#### 第二款 不動產質權者ノ權利及負擔

##### 第一項 不動產質權者ノ權利

不動產質權者ハ質物ノ占有ヲ維持スル權及賣却權ヲ有スル外用方ニ從ヒ質物タル不動產ノ使用及收益ヲ爲スノ權ヲ有ス(三五六)此ノ質物ノ使用及收益ヲ爲スノ權ハ不動產質ノ内容ヲ成スモノテアツテ不動產質ノ特別效用ハ全ク茲ニ存シ動產質及權利質ト大ニ其ノ性質ヲ異ニスルトコロテアル但シ此ノ質物ノ使用收益ヲ爲スハ不動產質ノ存立要件テナナイノテアルカラ設定行爲ヲ以テ之ヲ排除

スルモ妨ケナイ(三五九)

不動産質權者カ質物ノ使用及收益ヲ爲スニハ其ノ不動産ノ用方ニ從フコトヲ要ス用方ニ從フトハ不動産ノ本質ニ適合スル經濟的利用ノ方法ニ從フト云フ意味テアル例ハ質權ノ目的物カ田畑ナルトキハ之ヲ耕作ノ用ニ供シ牧場ナルトキハ之ニ放牧シ住家ナルトキハ之ヲ住居ノ用ニ供スルノ類デア  
ル

### 第二項 不動産質權者ノ負擔

一、不動産質權者ハ設定行爲ニ別段ノ定アルニ非サレハ不動産ノ管理費用ヲ拂ヒ其ノ他不動産ノ負擔ニ任スルノテアル(三五七、三五九)蓋シ不動産質權者ハ質物ニ付利益權ヲ有シテ居ルカラ法律ハ質權者ニ此ノ負擔ヲ課シタルテアル管理費用トハ不動産ノ修繕費ノ如キヲ謂ヒ其ノ他不動産ノ負擔トハ公租公課等ヲ指スノテアル

二、不動産質權者ハ設定行爲ニ別段ノ定アル場合ノ外利息ヲ請求スルコトヲ得ナイ(三五八、三五九)之レ又不動産質權者ハ質物ニ付利益權ヲ有シ果實ヲ取得スルコトヲ得ルノテアルカラ法律ハ其ノ果實ト利息トヲ相殺セシメテ質權者ニ利息請求權ヲ認メナイコトニシタルテアル

### 第三項 不動産質權ノ存續期間

不動産質ノ存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス(三六〇第一項)若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ不動産質權ヲ設定シタルトキハ之ヲ無効ト爲サス其ノ期間ヲ十年ニ短縮ス(三六〇第一項)蓋シ不動産質及權利質ニ在テハ法律上存續期間ヲ限定スルコトナシト雖不動産質ニ在テハ質權者カ其ノ目的タル不動産ノ使用及收益ヲ爲スヲ常トシ所有者自ラ其ノ不動産ノ利用及改良ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ此ノ質權ノ存續期間長キニ失スルトキハ不動産ノ改良融通ヲ妨ケ一般經濟上ヨリ觀察シテ不利益タルヲ免レナイカラテアル但シ不動産質ノ設定ハ十年ヲ超エサル期間之ヲ更新スルコトヲ得(三六〇第二項)故ニ不動産質權ハ適法ノ範圍内ニ於テ更新ニ繼クニ更新ヲ以テスルトキハ永ク存續スルコトヲ得レトモ否ラサル限り存續期間ノ滿了ト共ニ當然消滅スヘク若シ又存續期間ノ定ナキトキハ設定ノ時ヨリ十年間存續スルモノト解スヘキテアル(貸金請求ノ件大正六年第五四三號、大正六年九月十九日大判、判決、判決録第二三輯第二六卷一四八三頁參照)

### 第五節 權利質

權利質ニハ第三百四十二條乃至第三百六十一條ノ規定ヲ準用セララルコト第三百六十二條ノ規定ス

ルトコロテアル從テ質權者ノ權利義務其ノ他前節マテニ敘述シタル事項ハ性質上許ス限リ之ヲ權利質ニ適用スルコトヲ得ルノテアルカラ本節ニ於テハ專ラ權利質ニ特別ナル法則ニ關シテ説明スルノテアル

### 第一款 權利質ノ性質

權利質ハ財産權ヲ目的トシテ成立スル質權テアル(三六二)昔時文化開ケサル時代ニ在テハ債權擔保ノ目的物ハ獨リ有體物ニ限ラレタノテアツタカ現今諸般ノ取引發達シ債權株式其ノ他諸種ノ財産權發生増加スルニ伴ヒ實際ノ需要上債權其ノ他ノ財産權ヲ以テ債權ノ擔保ニ供スルコト頻繁ト爲リ法律ニ於テモ亦此等財産權ノ上ニ擔保權ノ成立ヲ認ムルニ至ツタノテアル我民法ニ於テ財産權ヲ以テ其ノ目的ト爲ス質權即チ權利質ノ成立ヲ認ムルコト法文ノ明ニ規定スル所テアルカ其ノ法律上ノ性質ニ關シテハ議論ノ存スル所テアル以下其ノ梗概ヲ説明スル

#### 一、權利讓渡說

此ノ說ハ權利質ヲ以テ質入レセントスル權利ヲ質取主ニ讓渡スノテアルト云フノテアル即チ質權者ハ質入レニ依リテ新ナル權利ヲ取得スルモノト認メナイテ債權擔保ノ目的ノ下ニ一定ノ制限内ニ於

テ質入主ノ有スル權利其ノモノヲ讓受クルノテアルト解スルノテアル併シ其ノ制限ノ法律上ノ性質ニ關シテ又見解カ岐レテ居ル其ノ主ナルモノ次ノ通テアル

(イ) 停止條件附讓渡說 此ノ說ハ主タル債務ノ不履行ヲ以テ條件ト爲スモノテアツテ即チ主タル債務ノ不履行アラハト云フ停止條件附ニテ債權ヲ讓渡スルノテアルト云フノテアル

(ロ) 内容的制限讓渡說 此ノ說ハ前說ノ如ク讓渡ノ制限ヲ條件ト爲スノテハナクシテ其ノ制限ハ讓渡ノ内容ニ關シテ存スルモノト解スルノテアル即チ債權擔保ノ目的ノ爲ニ權利ヲ讓渡スルノテアツテ質權者ノ權利ハ其ノ實質ニ於テ制限ヲ受クルノテアル從テ質權者ハ質入主ノ有スル權利ト同一性ノ權利ヲ有スルコトトナルモ之カ爲ニ質入主ハ其ノ權利ヲ失フモノテハナイ質權者及質入主ハ各異リタル目的ヲ以テ同一權利ヲ竝ヒ有スルモノテアル

(ハ) 創設的承繼說 此ノ說ハ所有者カ其ノ所有物ノ上ニ制限物權ヲ設定スル場合ニ於ケル創設的承繼ノ觀念ヲ以テ説明シヨウトスルノテアル即チ所有者カ其ノ所有物ノ上ニ制限物權ヲ設定スルハ所有權ニ包含スル權能中其ノ一部ヲ割キ之ヲ内容トスル新ナル權利ヲ設クルノテアツテ其ノ基礎タル權利ヲ母權ト云ヒ其ノ創設セラレタル權利ヲ子權ト稱シ母權ハ子權ノ爲ニ制限セラレ子權ノ消滅ニ因リテ圓滿ナル支配狀態ヲ回復スルノテアル權利ノ質入レハ之ト同一法律關係ニ立ツノテアツテ

質入主ハ其ノ有スル權利ノ權能ノ一部ヲ移轉シテ新ナル權利ヲ設定スルモノト解スルノテアル  
二、權利目的說

此ノ說ハ權利質ヲ以テ權利ノ上ニ存在スル質權テアルト云フノテアル即チ前說(一ノハ)ノ如ク質入主ハ自己ノ有スル權能ノ一部ヲ移轉スルモノト看ナイテ其ノ權利ノ上ニ新ナル質權ヲ設定スルモノト解スルノテアル此ノ說ハ權利ノ上ノ權利ノ觀念ヲ肯定スルモノテアツテ質權ノ目的タル權利ハ依然質入主ニ存シ質權者ハ質入レサレタル權利トハ全然別種ノ新ナル權利ヲ取得シ而シテ其ノ新ナル權利ハ債權保全ノ目的ニ必要ナル範圍内ニ於テ質入レサレタル權利ヲ行使スル權能ヲ有スルモノト解スルノテアル此ノ說ニ對スル非難ハ根本的ニ權利ノ上ニ權利ノ存在ヲ許サストノ觀念ニ基クノテアル然レトモ斯ル觀念ハ今日ニ於テ之ヲ認容スルコトヲ得ナイ權利ハ固ヨリ無形ノモノテアルケントモ社會取引ノ觀念ニ於テ交換價值ヲ認メラルルコトト爲リテ有體物ト同シク財產權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトシ擔保能力ヲ認メラルルニ至ツタノテアル左レハ物上質カ有體物ヲ以テ其ノ目的ト爲スト同シク權利質ハ權利ヲ以テ其ノ目的ト爲スモノト解シテ可カラウ

元來權利質ハ財產權ノ交換價值ヲ以テ債權ノ擔保ト爲スノテアツテ債權讓渡ノ如ク其ノ權利ヲ債權者ニ移轉シテ其ノ有ニ歸セシムルコトヲ主眼ト爲スモノテハナイノテアルカラ權利讓渡說ハ當事者

ノ意思ニ適合セサルモノテアツテ當事者ノ意思ニ反シテ法律上ノ效果ヲ認ムルニ歸シ其ノ當ヲ得タモノテハナイ

## 第二款 權利質ノ目的物

權利質ノ目的タルニ適スヘキ財產權ハ讓渡スコトヲ得ヘキモノテナケレハナラナイ(三四三、三六二)其ノ讓渡スコトヲ得サル財產權ハ權利ノ性質ヨリ來ルモノアリ法律ノ規定ニ基クモノトカアル例ハ夫ノ妻ノ財產ニ對シテ有スル使用收益權(七九九)親族間ニ於ケル扶養請求權(九五四以下九六三)恩給ヲ受クル權利(恩給法一一)郵便貯金(郵便貯金法一二)等ノ如キ之ニ屬ス從テ此等ノ權利ヲ目的トスル質權ノ設定ハ無効テアル又當事者ノ意思表示ニ依リテ財產權ノ讓渡ヲ禁止スルコトカアル此ノ場合ニ在テハ唯當事者間ニ於テノミ讓渡禁止ノ效力アルニ止リ善意ノ第三者ニハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得ナイノカ原則テアルカラ此ノ種ノ權利ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ質權者カ善意ナルニ於テハ其ノ質權設定ハ質權者ノ爲ニ其ノ效力ヲ生スル、民事訴訟法上差押ヲ禁止シタル財產權(民、訴、六一八)ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ否ニ付テハ第一節第四款質權ノ目的物ノ部ニ於テ民事訴訟法上ノ差押フルコトヲ得サル物ニ關シテ説明シタルト同趣旨ニ解

シテ宜シイ、以下權利質ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキ財産權ノ種類ニ付説明スル

一、債權 ハ讓渡性ヲ有スルヲ原則トスル、權利質ト云ヘハ債權質ヲ以テ代表的ノモノト爲サレテ居リ我民法ノ權利質ニ關スル規定ハ主トシテ債權ヲ目的トシタルモノニ關スルノテアル、讓渡性ヲ具フル債權ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得、其ノ讓渡性ヲ缺クハ債權ノ性質ニ基クモノアリ又當事者ノ特約ニ因ルモノモアル前者ハ例ハ委任又ハ雇傭關係ヨリ生スル債權ノ如キ之ニ屬スル、後者ニ在テハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイカラ之ヲ目的ト爲シタル質權ノ設定ハ質權者ノ善意ナルトキニ限り有效ニ成立スル

株式 ハ株主權ノ表象テアツテ其レ自體債權テハナイカ財産權ニ屬スルコト疑ナク民法ハ債權質ノ設定ト同一ノ方法ニ依リテ株式ノ上ニ質權ヲ設定シ得ヘキコトヲ認メテ居ル但シ株式會社ハ自己ノ株式ヲ質權ノ目的トシテ受取ルコトヲ得ナイ(商一五一第一項)

二、物權 モ亦質權ノ目的ト爲スコトヲ得、但シ所有權ハ唯動産質及不動産質ノ目的ト爲ルコトヲ得ルニ止リ占有權ハ目的物ノ所持ヲ喪失スルニ因リテ消滅スルノテアルカラ何レモ權利質ノ目的タルニ適シナイ地役權ハ要役地ヨリ分離シテ單獨ニ權利質ノ目的ト爲スコトヲ得ナイ(二八一)留置權、先取特權及抵當權ハ被擔保債權ト離レテ單獨ニ處分スルコトヲ得ナイノカ原則テアルカ

ラ之レ又債權ト分離シテ質權ノ目的ト爲スニ適シナイ、結局物權中權利質ノ目的タルニ適スルモノハ地上權ト永小作權トノ二種ニ歸著スル此ノ二ツノ權利ハ何レモ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ル旨法律ノ明定スルトコロテアルカラ(三六九第二項)之ヲ目的トシテ質權ヲ設定スルカ將タ抵當權ヲ設定スルカハ當事者ノ欲スルトコロニ從テ自由ニ之ヲ定ムヘキテアル

三、無體物權 モ亦質權ノ目的ト爲スコトヲ得例ハ著作權、特許權、意匠權、實用新案權、商標權ノ如キテアル

### 第三款 權利質ノ設定

權利質ハ權利質ノ成立ヲ目的トスル法律行爲ニ因リテ設定セラルル、其ノ設定ノ方法ハ權利ノ種類ヲ異ニスルニ從ヒ必スシモ同一テハナイカ質權設定者ト債權者トノ合意ニ依リテ成立スルヲ原則トス權利質ハ多クノ場合ニ於テ債權ヲ以テ之カ目的ト爲スノヲ通例トスルカラ我民法ハ債權質ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケテ居ル其ノ成立要件ハ債權ノ種類ニ應シテ相異ナルカラ以下之ヲ分説スルコトトスル

一、債權ノ證書ナキ債權 ニ付テハ質權ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ合意ノミニ因リテ直ニ成立ス



(一七六)

二、債権ノ證書アル債権 ニ付テハ質権ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ合意ノ外ニ其ノ證書ヲ質取主ニ交付スルニ因リテ成立ス(三六三) 蓋シ債権證書ハ一般ニ債権ノ存在ヲ證明スルノ具テアツテ之カ引渡ヲ爲スニ因リテ質取主カ其ノ債権ヲ直接ニ支配スル關係ニ立ツコトト爲ルカラ物上質ニ於ケル質物ノ引渡ト殆ト同様ノ效力ヲ生スルカラテアル

債権ノ證書アル債権トハ債権ノ證明ノ用ニ供スル證書ノ存在スル債権ト債権ノ存在ニ證書ヲ必要トスル債権トヲ總稱スル、普通債権ハ指名債権テアツテモ證書ナクシテ存在スルコトヲ得ルモ指圖債権ハ常ニ證書アル、債権テアル何レニシテモ證書アル債権ナルトキハ其ノ證書ノ引渡ヲ以テ質権成立ノ要件トスル

記名株式 ニ付テハ質権ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ合意ノ外設定者ヨリ債権者ニ其ノ株券ヲ交付スルニ因リテ有效ニ成立スル(昭和六年オ第三七六號同七年九月五日大判決、判例集第十一卷一七三九頁參照)

無記名債権 ハ債権タル性質ヲ失ハナイカ民法上動産ト看做サルルノテアルカラ(八六第三項)之ヲ目的トスル質権ノ成立ハ全然動産質設定ノ方法ニ依ルノテアル

物権ヲ目的トスル質権ノ設定ハ第三百六十二條第二項ノ規定ニ依リ第三百四十四條ノ準用カアル

カラ其ノ目的物ヲ債権者ニ引渡スニ因リテ質権ハ有效ニ成立スルモノテアル而シテ物権ヲ目的トスル質権ハ畢竟不動産物権中地上權及永小作權ヲ目的トシテ成立スルニ外ナラナイノテアルカラ不動産質ニ關スル規定ノ準用ヲ受ケ其ノ目的タル土地ノ引渡ヲ以テ成立要件トスル

無體物権 ヲ目的トスル質権ノ設定ニ付テハ法律上別段ノ規定カナイカラ第七十六條ニ則リ當事者ノ合意ノミニ因リテ直ニ成立スルモノト解スヘキテアル

第四款 權利質ノ對抗要件

權利質ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ其ノ目的タル權利ノ性質ニ應シテ夫レ夫レ適當ナル對抗要件ヲ具フルコトヲ必要トスル、故ニ法律ハ之ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケテ居ル即チ次ノ通テアル

一、指名債権 ヲ以テ質権ノ目的ト爲シタルトキハ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同シク(イ)第三債務者ニ對スル質權設定ノ通知又ハ、(ロ)第三債務者ノ質權設定ノ承諾ヲ以テ對抗要件ト爲ス蓋シ此ノ通知又ハ承諾ニ依リテ第三債務者ハ自己ニ對スル債權ノ上ニ質權カ設定セラレ爾後其ノ債務ハ質權者ニ辨濟スヘキモノテアルコトヲ知リ得ルコトト爲リ第三債務者ヲ保護スルト同時ニ第三債務者以外ノ第三者ヲモ保護スルコトト爲ルカラテアル但シ第三債務者以外ノ第三者ニ對シテハ右ノ通知

又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ質權ノ設定ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス、之レ斯様ナ手續ヲ取ラナイト債權讓渡ノ場合ト同シク質取主ト第三債務者トカ通謀シテ質權設定ノ通知又ハ承諾ノ日ヲ繰上ケ第三者ヲ詐害スル虞カアルカラテアル(三六四、第一項)

二、記名株式 ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ記名株式ヲ讓渡スル場合ニ於ケルカ如キ方法ニ依ル必要ナキハ勿論株券若ハ株主名簿ニ質入ノ記載ヲ爲ス必要モナク唯株券ヲ繼續シテ占有スルノミニ依リテ質權ノ設定ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアル(昭和七年九月五日大、判決、判例集第十一卷一七三九頁參照) 政府提出ノ原案ニハ記名株式ノ質入ハ之ヲ株主名簿ニ記載スルコトヲ以テ對抗要件トシタノテアツタカ實際取引上株券ニ白紙委任狀ヲ附シテ轉讓流通セシムル慣習カアルノテ衆議院ニ於テ之ヲ修正シ現行法ノ如ク確定セラレタノテアル

三、記名社債 ハ指名債權ノ一種テハアルカ社債原簿ハ之ヲ會社ニ備附ケ整頓スヘキモノテアルカラ法律ハ一般指名債權質ニ關スル對抗要件ヲ以テスルハ適當テナイト認メ記名社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ記名社債讓渡ノ場合ニ於ケルト同シク社債原簿ニ質權設定ノ記入ヲ以テ對抗要件ト定メテ居ル(三六五、商二〇六)

四、指圖債權 ハ證書ニ記載セラレタル債權者又ハ其ノ指圖人ニ支拂フヘキ債權テアルカラ之ヲ目的トシタル質權設定ハ其ノ裏書ヲ以テ對抗要件ト爲ス(三六六) 指圖債權ヲ目的トスル質權ノ設定ハ質權ノ設定ヲ目的トスル合意ト證書ノ引渡トニ因リテ有效ニ成立スルノテアツテ其ノ證書ニ質權設定ノ裏書ヲ爲スハ單ニ對抗要件ヲ充タスニ止リ質權設定ノ要件テハナイ之獨逸民法及瑞西民法ノ裏書交付ヲ以テ質權設定ノ要件ト爲スモノト異ナル所テアル

五、記名國債 ハ指名債權ノ一種ナルモ之カ質入ニ付テハ第三百六十四條第一項ノ適用カナイカラ(明治三十七年三月法律第十七號記名ノ國債ヲ目的トスル質權ノ設定ニ關スル件)一般通則ニ從ヒ證書ノ占有ヲ以テ對抗要件ト爲ササルヲ得ナイ然レトモ登錄國債即チ證書ナクシテ唯原簿ニ登錄シタル國債ヲ質權ノ目的ト爲シタルトキハ登錄ヲ受クルニ非サレハ政府其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアル(明治三十九年法律第三四號二、三、大正十一年十二月改正大藏省令六二號)

六、無記名債權 ハ民法上動產ト看做サルノテアルカラ(八六、第三項)動產質ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケ證書ノ占有ヲ以テ對抗要件ト爲スコト勿論テアル(三五二)

七、物權 諸種ノ物權中質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノハ地上權及永小作權ノ二種テアルコト前ニ述ヘタ通テアツテ此ノ物權ヲ目的トシテ設定シタル債權ハ不動產質ニ關スル規定ノ準用ニ依リ登記ヲ以テ對抗要件ト爲ス(三六二、第二項三六一、一七七)

八、無體物權ノ質入ニ付テハ特別法ニ規定カ在テ著作權(著作權法一五)特許權(特許法四五)意匠權(意匠法二五)特許法四五)實用新案權(實用新案法二六)特許法四五)商標權(商標法二四)特許法四五)ヲ目的トスル質權ノ設定ハ何レモ皆登録ヲ以テ對抗要件ト爲ス

### 第五款 債權質實行ノ方法

質權實行ノ一般方法ハ競賣法ニ依リ質權ノ目的物ヲ競賣ニ附スルノテアルカ法律ハ債權質ニ付特別ナル實行方法ヲ設ケテ居ル

#### 第一、質入債權ノ取立

質權者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得(三六七、第一項)直接ニ取立ツルトハ債權者ノ委任ヲ受ケ若ハ裁判所ノ命令等ヲ要シナイテ質權者自己ノ名義ニ於テ質權ノ目的タル債權ヲ行使シ第三債務者ヲシテ自己ニ給付ヲ爲サシムルコトカ出來ルト云フ意味テアル即チ質權者ハ債權者ノ代理人トシテテナク自己ノ權利トシテ取立權ヲ行使スルノテアル  
取立權トハ債權ノ内容ヲ實現セシムル權利ヲ指稱スルノテアル即チ取立權ハ債權ノ内容ヲ實現セシムルコトヲ以テ直接ノ目的ト爲スノテアルカラ質權者ハ債權ノ目的タル本來ノ給付ヲ受クルニ止マ

ラス代物辨濟ヲ受ケ若ハ更改ヲ爲ス等債權ノ内容ヲ實現セシムル爲ニ必要ナル行爲ヲ爲スコトカ出來ル

一、取立權ノ行使 ニハ(イ)質權者ノ債權ノ辨濟期到來シタル後債務ノ辨濟ナキコト及(ロ)質權ノ目的タル債權ノ辨濟期到來シタルコトヲ要スル、蓋シ質權者ノ債權ハ既ニ辨濟期カ到來シテモ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期カ未タ到來セサルニ拘ラス質權ヲ實行セラレテハ第三債務者ハ期限ノ利益ヲ奪ハルルコトト爲リ不當ノ結果ヲ來スカラテアル、反對ニ又質權者ノ債權ノ辨濟期カ未タ到來セサルニ於テハ質權者ハ取立權ヲ行使スルコトヲ得ナイコト勿論テアル何トナレハ質權者ノ權利ハ未タ質權實行ノ時期ニ達シナイカラテアル、然レトモ若シ此ノ場合ニ第三債務者ヲシテ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得シムルコトトスレハ質權ノ目的タル債權ハ空虛ト爲リ質權者ノ利益ヲ害スルニ至ルカラ此ノ場合ニハ質權者ハ第三債務者ヲシテ其ノ辨濟金額ヲ供託セシムルコトカ出來ル而シテ爾後質權ハ其ノ供託金ノ上ニ在スルコトト爲ルノテアル(三六七第三項)此ノ場合ニ於ケル供託ハ質入債權者ノ爲ニ爲スノテアル從テ其ノ供託金ノ受取人ハ質入債權者テアツテ第三債務者ハ右供託ニ因リテ債務ヲ免ルルコトト爲ル法文ニ「質權ハ供託金ノ上ニ存ス」トアルハ質入債權者ノ供託金拂戻請求權ノ上ニ質權カ存在スルト云フ意義ニ解スヘキテアル斯クテ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟

期到來シタル時供託金ニ付キ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ルト同時ニ債務者ハ供託金ニ付キ一定ノ利息(一ヶ年二歩四厘)——(大正十一年司法省令第三號昭和七年司法省令第四一號改正)ヲ取得スルコトヲ得ルノテ敢テ損失ヲ被ル虞ナク

兩者ノ保護其ノ完キヲ得テ機宜ニ適シタル措置ト謂フヘキテアル

二、取立ノ效果 ハ質入債權ノ目的物カ金錢ナルト金錢以外ノ物ナルトニ依リテ同シクナイ

(イ)債權ノ目的物カ金錢ナルトキ ハ質權者ハ其ノ取立タル金錢ヲ以テ直ニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得從テ其ノ辨濟ニ充タル額ニ相當スル部分ハ債權消滅ノ效果ヲ來スコト當然テアル故ニ質權者ハ自己ノ債權額ニ對スル部分ニ限り取立ツルコトヲ得ルノテアツテ自己ノ債權額ヲ超過スル部分ニ付テハ取立權ヲ行使スルコトヲ得ナイノテアル(三六七、第二項)

(ロ)債權ノ目的物カ金錢以外ノ物ナルトキ ハ質權者ハ辨濟トシテ受領セシ物ノ上ニ質權ヲ有スルノテアル(三六七、第四項)質權者カ取立權行使ノ結果辨濟トシテ受領セル物ノ所有權ハ純理上ヨリ論スレハ質權者ニ歸屬スヘキテアラウケレトモ斯クテハ債務者ノ債務カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキ債務者ハ唯其ノ物ニ付キ取戻請求權ヲ有スルニ過キサレコト爲リ質權者カ破産シタル場合ノ如キ結局債務者ノ損失ニ歸スル虞カアルノテ債務者ノ利益保護ノ爲ニ其ノ物ノ所有權ハ債務者ニ存屬スルモノトシ爾後質權者ヲシテ其ノ物ノ上ニ質權ヲ有セシムル趣旨ニ於テ第三百六十

七條第四項ノ規定ヲ設ケタルモノト解スヘキテアル即チ此ノ場合ハ債權質カ法律ノ規定ニ依リテ物質上ニ變更セラレタルモノト謂フヘキテアル

叙上ノ如ク質權者ハ質權ノ目的タル債權ノ目的物カ金錢ナルト否トヲ論セス均シク取立權ヲ行フコトヲ得ルノテアルカラ質入主ハ其ノ債權ヲ保存スル義務ヲ有ス從テ質入主ハ擅ニ免除、更改、相殺等ニ因リテ其ノ質權ノ目的タル債權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルハ勿論辨濟期又ハ利率ヲ變更スル等苟モ債權ノ變更ニ因リテ質權ヲ害スルカ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得ナイノテアル

## 第二、民事訴訟法ニ依ル執行方法

質權者ハ前述ノ如ク直接ニ取立權ヲ行使スル外民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得(三六八)凡ソ民事訴訟法ニ依リテ爲ス執行ハ原則トシテ債務名義ヲ必要トスルノテアルカ民法ハ單ニ民事訴訟法ノ定ムル執行方法ニ依リテ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ル旨規定スルニ止リ特ニ債務名義ヲ必要トスル旨ノ規定カナイカラ質權者ハ債務名義ニ依ラス唯質權ノ存在ヲ疏明スルノミニシテ質權ノ實行ヲ爲シ得ルモノト解シテ可カラウ

而シテ民事訴訟法ノ定ムル債權ニ對スル強制執行ノ方法ハ裁判所ノ發スル取立命令、轉付命令及換價命令之ナリ、取立命令ハ債權者ノ申請ニ依リ金錢債權ヲ取立ツルノ權利ヲ付與スル命令テアル

(民、訴、六〇〇)然レトモ質權者ハ民法上取立權ヲ有スルカ故ニ此ノ取立命令ハ結局實益ナキニ歸著スルテアラウ

轉付命令ハ債權者ノ申請ニ依リ裁判所カ支拂ニ換ヘ券面額ニテ其ノ權利ヲ差押債權者ニ轉付スル命令テアル(民、訴、六〇〇)故ニ質權實行ノ方法トシテ轉付命令ハ金錢質ニ關シテノミ適用カアルノテアツテ此ノ命令ヲ第三債務者及債務者ニ送達シ又債務者ニハ其ノ送達シタル旨ヲ通知スルニ因リテ其ノ債權ノ存スル限リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サル(民、訴、六〇一)換價命令ハ債權カ條件附若ハ有期ナルトキ又ハ反對給付ニ繋リ若ハ他ノ理由アリテ其ノ取立ノ困難ナルトキ債權者ノ申立ニ依リ取立ニ換ヘ他ノ換價方法ヲ命スル裁判所ノ命令テアル(民、訴、六一三)此ノ他金錢以外ノ物ヲ請求スル債權ニ付テノ執行方法ハ民事訴訟法第六百十四條以下第六百十七條ニ於テ之ヲ規定シテ居ル

## 第六節 質權ノ消滅

質權ハ一般物權ニ共通ナル事由ニ因リテ消滅シ又擔保物權ニ共通ナル被擔保債權ノ消滅ニ因リテ消滅スルコト論ヲ俟タナイトコロテアル但シ更改ニ因リテ被擔保債權消滅シタルトキハ當事者ノ契約

ヲ以テ質權ヲ新債權ニ移轉スルコトヲ得(五一八)代位辨濟ニ因リテ被擔保債權消滅スルモ質權ハ尙存續スルテアラウ(五〇〇、五〇三)其ノ他各種ノ質權ニ特別ナル消滅事由ヲ舉クレハ次ノ通テアル

### 一、質權ノ實行

質權ノ實行アリタルトキハ質權者ハ質物ニ付辨濟ヲ受ケ終局ノ目的ヲ達スルノテアルカラ其ノ目的物ノ上ニ存セル質權ハ悉ク消滅スル

### 二、質權消滅ノ請求

質權者カ質物ヲ占有スルニ付善良ナル管理者ノ注意ヲ缺キ又ハ設定者ノ承諾ヲ得ナイテ質物ノ保存ニ必要ナル以外ニ質物ヲ使用シ若ハ賃貸ヲ爲ス等法律ノ命スル義務ニ違反シタルトキハ設定者ハ質權消滅ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク此ノ請求ニ因リテ質權ハ消滅ニ歸ス(三五〇、二八九)

### 三、存續期間ノ滿了

質權ハ存續期間ノ定アルトキハ其ノ期間ノ滿了ト共ニ消滅スル、若シ特ニ其ノ定ナキトキハ被擔保債權ト其ノ運命ヲ伴ニスルモノト解スルヲ相當トスル、但シ不動產質ニ在テハ縱令當事者間ニ於テ存續期間ノ定ヲ爲サス若ハ特ニ十年ヲ超ユル期間ヲ以テ定タリトスルモ十年ノ期間ノ滿了ニ因リテ

消滅スルモノト解スヘキテアル(三六〇)

四、不動産質權ニハ抵當權ニ關スル規定ヲ準用セララルル結果同質權ニ特別ナル消滅事由カ存スル即チ次ノ如シ

(イ)第三取得者ノ辨濟及滌除

動不產質權ハ第三取得者ノ辨濟ニ因リテ其ノ第三者ノ爲ニ消滅シ(三六一、三七七)滌除ニ因リテモ亦消滅スル(三六一、三七八以下)

(ロ)時 效

不動産質權ハ債務者及質權設定者トノ關係ニ於テハ被擔保債權ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セスト雖第三者トノ關係ニ在テハ被擔保債權ニ先チテ時効ニ罹リ消滅スルコトアルヲ免レナイ(三六一、三九六)

債務者又ハ質權設定者ニ非サル者カ質權ノ目的タル不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ不動産質權ハ之ニ因リテ消滅スル(三六一、三九七)

## 第四章 抵 當 權

### 第一節 抵當權ノ性質

羅馬法ニ於テハ曩ニ質權ニ付説述シタルカ如ク信託質ニ次テ占有質ノ制行ハレタノテアツタカ此ノ制度ニ在テハ擔保物ハ債權者ノ占有ニ歸スルノテアルカラ債務者自ラ擔保物ヲ利用スルコト能ハサル不便カアルノテ更ニ Hypotheca ノ制度カ發達スルニ至ツタ此ノ制度ハ其ノ性質近世ノ抵當權ニ類似シ擔保物ノ占有ヲ債權者ニ移サナイテ擔保ノ效用ヲ充シタモノテアツテ即チ債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ擔保物ノ引渡ヲ請求シ之ヲ賣却シテ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得タト云フノテアル

我民法ニ於ケル抵當權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル擔保權ノ一種テアツテ即チ債務者又ハ第三者ヨリ占有ヲ移サスシテ債權ノ擔保ニ供シタル不動産又ハ不動產物權(地上權及永小作權)ニ付他ノ債權者ニ優先シテ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル擔保權テアル(三六九)以下之ヲ分説シテ抵當權ノ性質ヲ明ニスル

## 第一、抵當權ハ擔保物權ノ一種テアル

抵當權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存立スル權利テアルカラ擔保權ノ一種ナルコト明カテアルト共ニ我民法ノ下ニ於テ物權ニ屬スルコト論ナキトコロテアル然レトモ抵當權ニハ目的物ヲ占有スル權能ヲ包含シナイカラ抵當權ハ直接ニ物ヲ支配スルコトナク從テ物權タル性質ニ缺クルコトナキカノ疑ナキヲ保セス然リ抵當權ニハ質權ニ於ケルカ如ク目的物ヲ占有スルノ權利カナイカラ目的物ニ付事實上ノ支配力ハナイケレトモ抵當權ノ本質ハ目的物ノ交換價值ヲ取得スルニ在リテ抵當權者ハ一定ノ場合ニ於テ債務者又ハ抵當權設定者ノ協力ヲ俟タス目的物ニ付賣却權ヲ行使シ其ノ賣得金ノ全部又ハ一部ヲ優先的ニ取得スル權能ヲ有スル而已ナラス抵當權ハ之ヲ登記スルニ依リテ總テノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアルカラ此等ノ點ヨリ觀察スレハ抵當權ハ直接ニ目的物ヲ支配スル力ヲ有スルモノト云フヲ得ヘク從テ物權タル性質ヲ具フルモノト稱シテ可カロウ、叙上ノ理由ニ依リテ抵當權ハ擔保物權ノ一種テアルト云フノテアル

## 第二、抵當權ハ當事者ノ意思ニ基キテ成立スル擔保權テアル

抵當權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル擔保權テアツテ我民法ハ留置權及先取特權ノ如ク法律ノ直接規定ニ依リテ成立スル所謂法定抵當權ナルモノヲ認メナイ此ノ點ニ於テ抵當權ハ留置權及先

取特權ト異ナリ質權ト同シク約定擔保物權ノ一種ニ屬スルノテアル

## 第三、抵當權ニハ目的物ヲ占有スル權ヲ包含シナイ

抵當權ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ直チニ成立スル擔保權テアツテ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルコトヲ要シナイノテアル、故ニ抵當權ニハ目的物ヲ占有スル權ヲ包含シナイ、質權ニ在リテハ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルコトヲ以テ其ノ成立要件ト爲シ質權設定ト共ニ質物ノ占有ハ債權者ニ歸スルノテアルカラ質入主ハ質物ノ使用収益ヲ爲スノ權ヲ行フコトヲ得サルト同時ニ債權者ハ質物保管ノ責ニ任シナケレハナラヌコトト爲ル之ニ反シ抵當權ニ在リテハ目的物ノ占有ハ依然トシテ設定者ノ手裡ニ在リテ設定者自ラ其ノ物ノ使用収益ヲ繼續スルコトヲ得ルト共ニ債權者ハ目的物ヲ保管スル煩累ト其ノ責任トヲ負フコトナク而モ擔保ノ效用ヲ完全ニ充スコトヲ得ルノテアツテ抵當權ハ質權ニ比シ設定者及債權者ニ取リテ甚タ便益トスルコトヲ得ル、此ノ如ク抵當權ニ在リテハ設定者カ依然目的物ヲ占有シ之カ使用収益ヲ繼續スルコトヲ得ルヲ以テ其ノ長所及特色トスルトコロテアツテ現今實際取引上最モ簡便且確實ナル債權擔保ノ方法トシテ抵當權カ重用セラレルノハ實ニ之カ爲テアル

## 第四、抵當權ノ目的物ハ不動産及不動産物權テアル

抵當權ノ目的物ハ原則トシテ不動産テアル蓋シ抵當權ハ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉セサルヲ特色トスル權利テアツテ前述ノ通設定者ハ依然トシテ抵當物ヲ占有シ使用收益ヲ爲シツツアルノテアルカラ抵當權設定前ト設定後トニ於テ其ノ狀態ニ何等ノ變更ヲ來スコトカナイカラ外觀上抵當權ノ存在ヲ知ルニ由ナシ從テ登記ノ如キ制度ニ依リテ其ノ權利ノ存在ヲ公示スル方法ヲ講シナケレハ取引ノ安固ヲ保ツコトカ出來ナイ之レ現代ノ制度上抵當權ノ目的物ハ登記ヲ爲スニ適スルモノテナケレハナラナイト云フコトニ爲ルノテアル、一般動産上ノ權利ハ登記ニ依リテ之カ存在ヲ公示スルニ適シナイ此ノ故ニ我民法ハ動産抵當ヲ認メナイテ抵當權ノ目的物ハ原則トシテ不動産ニ限定シタノテアル(二六九第一項)

地上權及永小作權ハ何レモ土地ノ上ニ存在スル物權テアツテ之カ權利狀態ハ登記ニ依リテ公示スルニ適スルノテアルカラ我民法ハ不動産物權中地上權及永小作權ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト定メテ居ル(二六九第二項)

第五、抵當權ハ他人ノ物ノ上ニ存スル物權テアル

抵當權ハ他物權ノ一種テアツテ必ス他人ノ物ヲ目的トシテ成立スルコトヲ要シ自己ノ物ノ上ニ存在スルコトヲ許サナイ何トナレハ抵當權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存在スル權利テアルカラテアル

然リ而シテ他人トハ廣ク債權者以外ノ人ヲ指シ單ニ債務者ノミニ限ラナイテ第三者ヲモ包含スル即チ抵當權ノ目的タルニ適スル物ハ必スシモ債務者ノ所有ニ屬スルコトヲ要シナイ第三者ノ所有物ニテモ妨ケナイノテアル蓋シ抵當權ノ本質ハ抵當權ノ交換價値ヲ優先的ニ取得スルニ在リテ全然目的物ノ價値ニ信用ヲ措キ其ノ物ノ所有者ノ何人タルカヲ問フ必要カナイカラテアル

第六、抵當權ハ抵當物ニ付優先辨濟ヲ受クル權利テアル

抵當權ハ債務カ履行セラレサル場合ニ債權者カ抵當物ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ニ辨濟ヲ受クルコトヲ内容トスル權利テアツテ留置權又ハ質權ノ様ニ目的物ヲ留置スルノ權能ナク專ラ優先辨濟ヲ受クル權利アルニ過キナイ此ノ點ニ於テ先取特權ト其ノ内容ヲ同シクスル之レ抵當權ハ設定後尙引續キ設定者ニ於テ目的物ノ使用收益ヲ爲シツツ擔保ノ效用ヲ確實ニ完フスルコトヲ得ル所以テアツテ抵當權ノ特質ハ爰ニ存スルモノト云フヘキテアル

第七、抵當權ハ從タル物權テアル

抵當權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存在スル權利テアルカラ附從性ヲ有シ主タル債權ト相終始スヘキ性質ヲ有スルコト他ノ擔保權ト相同シテアル

第八、抵當權ハ不可分性ヲ有ス



抵當權ハ擔保物權ニ共通ナル不可分性ヲ有スルノテアル(三七二、二九六)此ノ故ニ抵當權ハ其ノ目的タル總テノ不動産ニ付其ノ不動産ノ各個ニ付及其ノ各部分ノ上ニ完全ニ存在スルモノト謂フヘキテアル

## 第二節 抵當權ノ設定

我法律上抵當權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテノミ成立スル擔保權テアツテ佛蘭西民法ニ於ケルカ如キ法定抵當權(佛、民二二二)及裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メナイ即チ抵當權ハ抵當權ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ意思表示ノミニ因リテ直ニ成立スルノテアツテ(一七六)其ノ意思表示ハ當事者間ノ契約ニ因ルノカ普通テアル、佛蘭西民法ハ合意上ノ抵當ハ公正證書ヲ以テスルコトヲ要スル旨規定シ(佛、民二二二七)我舊民法亦合意上ノ抵當ハ公正證書又ハ私署證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコトヲ得サル旨規定(舊、民、擔二〇五)スレトモ我民法上抵當權設定契約ハ書面ニ依ルコトヲ要セサル而已ナラス質權ニ於ケルカ如ク目的物ノ占有ノ移轉ヲ必要トシナイコトハ勿論獨逸民法ノ如ク登記ヲ以テ其ノ成立ノ要件ト爲サヌノテアツテ全ク無方式テアル、故ニ抵當權設定契約ハ諾成契約ニ屬シ質權ニ於ケルカ如ク踐成契約テハナイ但シ抵當權設定ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ

登記ヲ要スルコト勿論テアル(一七七)

抵當權設定ヲ目的トスル意思表示ハ通常當事者間ノ契約ヲ以テスルノテアルカ遺言ニ因リテモ亦抵當權ヲ設定スルコト可能テアル蓋シ抵當權ノ設定行爲ハ前述ノ通諾成的テアツテ質權ニ於ケルカ如ク目的物ノ引渡ヲ要件トスルモノテナイカラテアル舊民法ニ於テハ抵當ハ法律上、合意上又ハ遺言上ノモノトシ(舊、民、擔、二〇三)而シテ遺言上ノ抵當ハ遺贈ノ爲又ハ第三者ノ債務ノ擔保ノ爲ニノミ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキ旨規定シ(舊、民、擔、二二二)明ニ遺言ニ因ル抵當ヲ認メテ居タノテアルカ民法ハ全然之ニ關スル規定ヲ削除シタ併シ民法ハ遺言ニ因ル抵當權ノ設定ヲ否定スルノテハナク寧ロ抵當權ノ性質上當然肯定スヘキモノト認メタル趣旨ニ外ナラナイト解スヘキテ爾

抵當權ハ債權者ト債務者トノ間ニ於ケル設定行爲ニ因リテ成立スルノカ通例テアルケレトモ時トシテハ第三者カ債務者ノ爲ニ抵當權ヲ設定スルコトカアル(三六九第一項)此ノ場合ニハ債權者ト第三者トノ間ニ於ケル設定行爲ニ因リテ抵當權ハ有效ニ成立スルノテアツテ債務者ノ承諾ヲ必要トシナイ、第三者カ債務者ノ爲ニ自己所有ノ不動産ノ上ニ抵當權ヲ設定シタルトキハ質權ノ場合ト同シク物上保證人ノ地位ニ立チ自ラ其ノ債務ヲ辨濟シ又ハ抵當權ノ實行ニ因リテ抵當物ノ所有權ヲ喪失シタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス(三七二、三五一)

抵當權ノ設定ハ抵當權者ニ抵當物ヲ賣却スル權能ヲ授與スル處分行爲テアルカラ設定者ハ必ス抵當物ニ付處分權ヲ有スル者ナルコトヲ要スル、故ニ其ノ處分權ナキ者ノ設定行爲ハ無効テアル所有者ハ目的物ニ付處分權ヲ有スルコト勿論テアルカ裁判上處分權ノ制限ヲ受ケタル場合ノ如キハ所有者ト雖モ有效ニ抵當權ヲ設定スルコトヲ得ナイ之ヲ要スルニ目的物ノ所有者ニ非サレハ有效ニ抵當權設定行爲ヲ爲スコトヲ得ナイノ原則トスル、若シ設定者カ目的物ノ所有者テナイトキハ所有者ノ承諾ヲ得タルトキニ限り抵當權ノ設定行爲ハ有效テアル

### 第三節 抵當權ノ目的物

一、抵當權ノ目的物ハ質權ノ場合ト同シク讓渡スコトヲ得且法律上抵當權ノ目的ト爲スコトヲ禁止セラレナイ物タルコトヲ要スルト同時ニ登記ヲ爲スコトヲ得ルモノテナケレハナラナイ即チ登記ニ依リテ抵當權ノ存在ヲ公示スルコトヲ得ナイモノハ抵當權ノ目的タルニ適シナイノテアル何トナレハ抵當權ニ在リテハ既ニ一言シタル通抵當權者ハ唯其ノ目的物ニ付賣却權ヲ有スルニ止リ設定者ニ於テ依然目的物ノ占有ヲ繼續シ其ノ利用權ヲ留保シテ居ルノテアルカラ登記ニ依リテ抵當權ノ存在ヲ公示シ第三者ノ利益ヲ保護スル必要カアルカラテアル、故ニ我法律上抵當權ノ目的タルニ適スル

物ハ原則トシテ不動産テアツテ(三六九第一項)具體的ニ云ハハ土地、建物(八六第一項)及立木法ノ適用ヲ受クル立木(立木法一)等テアル、土地及建物カ各獨立シテ抵當權ノ目的ト爲ルコトヲ得ルハ勿論右立木モ亦土地ト分離シテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルノテアル(立木法二第二項)

二、抵當權ノ目的物ハ設定者ノ所有ニ屬シ且特定物ナルコトヲ要スル、何トナレハ抵當權ニハ目的物ノ賣却權ヲ包含スルノテアルカラ其ノ目的物カ設定者ノ所有ニ屬シ且特定セラレナケレハ抵當權者ハ賣却權ヲ行使シテ終局ノ目的ヲ達スルコトカ出來ナイカラテアル

三、第三百四條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用セラルルノテアルカラ(三七二)抵當權ハ其ノ代表物ノ上ニモ行フコトヲ得ルノテアル

四、上述ノ通抵當權ノ目的物ハ原則トシテ不動産テアルケレトモ或種ノ動産、不動産物權及準物權、特殊ノ財團モ亦其ノ目的ト爲リ得ル即チ

甲、動産 テアツテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノノ一ハ船舶テアル、船舶ハ動産ニ屬スルコト勿論テアルカ或種ノ船舶ハ登記ニ依リテ其ノ同一性ヲ認識シ且其ノ權利狀態ヲ公示スルコトカ可能テアルカラ我法律ハ登記シタル船舶ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト定メテ居ル(商、五八〇、六八六、船舶法三、船舶登記規則)尙建造中ノ船舶モ亦抵當權ノ目的ト爲スコト

カ出來ル（商、六八九）他ノ一ハ農業動産信用法所定ノ農業用動産テアル、農業用動産ノ上ニ設定シタル抵當權ニ依リ擔保セラルル債務ノ負擔者ハ同法ニ所謂農業ヲ爲ス者又ハ農業實行組合、養蠶實行組合、産業組合（同法十二、同施行令四）テアツテ其ノ抵當權ヲ取得スルコトヲ得ル者ハ信用組合、信用組合聯合會、漁業組合（同法十二、同施行令三）等テアル而シテ農業用動産ノ抵當權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ（同法一三）

乙、不動産物權及準物權

（イ）不動産物權中抵當權ノ目的タルニ適スルモノハ地上權ト永小作權トテアル（三六九第二項）

（ロ）準物權ニシテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノハ探掘權（鑛業法七）砂鑛權（砂鑛法七）及漁業權（漁業法七、八）等テアル

丙、特殊ノ財團

特別法ニ依レハ一定ノ目的ニ供セラレタル不動産、動産及財産權等ヲ包括シテ一團ト爲シ抵當權設定ノ爲ニ之ヲ一個物ト看做シ抵當權ノ目的ト爲スコトカ出來ル之ヲ財團抵當ト稱ス即チ鐵道財團（鐵道抵當法二、三、四）工場財團（工場抵當法十一、十四）鑛業財團（鑛業抵當法一、二、三）軌道財團（軌道ノ抵當ニ關スル法律）漁業財團（漁業財團抵當法）等テアル

終リニ一言附加スヘキコトハ抵當證券ニ關スルコトテアル、即チ抵當權ヲ證券化シテ流通ノ圓滑ヲ圖ラントスルノテアツテ土地、建物又ハ地上權ヲ目的トスル抵當權ニ付テハ抵當證券ヲ發行スルコトヲ得（抵當證券法一）而シテ其ノ抵當證券ノ發行アリタルトキハ抵當權ノ處分ハ抵當證券ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論抵當權ト債權トハ分離シテ之ヲ處分スルコトヲ得ナイノテアル（抵當證券法十四）

第四節 抵當權ノ目的物ノ範圍

抵當權ノ本質ハ前ニ述ヘタ通抵當物ノ交換價值ヲ優先的ニ取得スルニ在ルノテアルカラ抵當權ノ及フヘキ目的物ノ範圍ハ其ノ目的物ノ所有權ノ範圍ニ依リテ定マルノヲ原則トスル、然レトモ抵當物ニ附加セラレタル物又ハ抵當物ニ從物アリタル場合ノ如キ抵當權ハ果シテ此等ノ物ニ迄及フヘキカ否豫メ抵當權ノ及フヘキ目的物ノ範圍ヲ明カニスル必要カアル以下其ノ大要ヲ説明シヨウ

第一、當抵權設定當時抵當物ニ附加シタル物

抵當權ハ其ノ設定當時既ニ目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ迄及フノヲ原則トスル（三七〇）蓋シ其ノ附加物ハ抵當不動産ト一體ヲ成シ抵當不動産ノ所有權ノ範圍ニ屬スルノテアツ

テ抵當權ノ範圍ハ抵當不動産ノ所有權ノ範圍ト同一ナルヲ原則トスルカラテアル例ハ土地ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ土地ニ生立スル樹木又ハ其ノ寄洲ニ迄及ヒ建物ヲ目的トスル抵當權ハ兩戸其ノ他ノ造作ニ迄及フノ類テアル

第二、抵當權設定後抵當物ニ附加シタル物

抵當權設定ノ後 物カ其ノ目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタルトキモ亦前項ト同シク抵當權ハ其ノ附加物ニ迄及フノ原則トスル(三七〇)而シテ其ノ附加ノ原因ニ於テハ法律上別段ノ制限カナイカラ人爲ニ出ツルト否トヲ問ハナイ例ハ土地ヲ目的トスル抵當權ハ之ニ栽植又ハ自然ニ生シタル樹木、築山若ハ寄洲ニ迄及ヒ、建物ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ増築部分又ハ其ノ建物ニ取附ケタル兩戸其ノ他ノ造作ニ迄及フノ類テアル(昭和五年オ第八九一號、同年十二月十八日)大、判、判例集第九卷一、一四七頁參照叙上物カ抵當不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタルカ否ハ必スシモ物理的觀念ニ依ルコトヲ要シナイテ寧ロ一般取引觀念ニ依ルコトヲ相當トスル、故ニ抵當不動産ニ附加シタル物カ其ノ不動産ノ一部ト成リテ獨立ノ存在ヲ失ヒタルトキハ勿論縱令獨立ノ存在ヲ有スルモ苟モ其ノ不動産ト合體シテ經濟的效用ヲ完フスルモノナル以上ハ其ノ附加物ハ抵當不動産ト一體ヲ成シタルモノト看ルヘキテアツテ抵當權ハ其ノ附加物ニ迄及フモノト解シテ可カラウ(大正五年オ第一〇一五號同六年四月十二日大、判、判決錄第二三輯第十二卷六九五頁參照)

第三、抵當權設定當時抵當物ノ上ニ存スル從物

從物ハ抵當不動産ト離レテ獨立ノ存在ヲ有スルコト勿論テアルカ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限リハ主物ノ處分ニ從フヘキモノテアルカラ(八七)抵當權ハ其ノ設定當時抵當物ニ附屬スル從物ニ迄及フモノト解スヘキテアル故ニ例ハ建物ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ設定當時常用トシテ其ノ建物ニ備附ケテアル設定者所有ノ疊建具ニ迄及フカ如キテアル之ニ關シ大審院ハ嘗テ消極ニ解シタノテアツタカ(明治三十八年オ第五八八號)同三十九年五月二十三日判決其ノ後大正八年三月十五日民事聯合部判決ヲ以テ前判例ヲ翻シテ積極ニ解シ建物ニ付抵當權ヲ設定シタルトキハ反對ノ意思表示ナキ限り抵當權ハ設定當時建物ノ常用ノ爲之ニ附屬セシメタル債務者所有ノ動産ニ迄及フヘキ旨判示シタ若シ夫レ從物カ抵當權設定以後ニ附屬セシメラレタル場合ニ在テハ抵當權ハ其ノ從物ニ迄及ハナイト解スルノカ正當テアル以上ハ原則テアルカ之ニ對シテ次ノ例外カ存スル

- 一、他人カ權原ニ基キテ附加シタル物、他人カ或權原ニ基キテ抵當不動産ニ附加シタル物ハ其ノ不動産ノ所有者ノ所有ニ屬サナイノテアルカラ抵當權ハ其ノ附加物ニハ及ハナイ(二四二但書)
- 二、抵當地上ノ建物、建物ハ我法制上土地ト離レテ別個獨立ノ不動産テアツテ土地ニ附加シテ之ト一體ヲ成スモノテナイカラ土地ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ地上ノ建物ニハ及ハナイノテアル(三七

## ○本文)

三、設定行為ニ別段ノ定アル場合 法律カ抵當權ハ抵當不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ迄及フモノト爲シタルハ固ヨリ強行的規定テナイカラ當事者間ノ設定行為ヲ以テ反對ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ之ニ效力ヲ認ムルノカ相當テアル從テ當事者カ設定行為ヲ以テ別段ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ其ノ目的タル不動産ノ附加物ニハ及ハナイノテアル(三七〇但書)例ハ樹木ノ生立スル土地ノ上ニ抵當權ヲ設定スルニ際リ設定行為ヲ以テ地上ノ立木ヲ除キ地盤ノミヲ抵當權ノ目的ト爲シタルトキハ該抵當權ハ立木ニ及ハサルノ類テアル從物ニ付テハ亦當事者カ設定行為ヲ以テ別段ノ定ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ其ノ目的タル不動産ノ從物ニ及ハサルコト勿論テアル

四、民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合、即チ抵當權設定者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知テ附加行為ヲ爲シ因テ以テ抵當權者ヲ利セシメ抵當權者亦之ヲ知ル場合ヲ云フノテアツテ此ノ場合ニハ抵當權ハ其ノ附加物ニ及ハナイノテアル(三七〇但書)之レ蓋シ共同擔保ヲ故意ニ減少シテ他ノ債權者ノ利益ヲ害スルコトヲ防クカ爲テアル然リ而シテ此ノ場合ノ詐害行為ハ純然タル事實行為テアツテ法律行為テナイノテアルカラ叙上ノ條件カ具備スル以上ハ債權者ニ於テ裁判所ニ對シ其ノ取消ヲ請求スルノ要ナク抵當權ハ當然其ノ附加物ニ及ハナイモ

ノト解スヘキテアル從テ右ノ場合ニハ其ノ附加物ハ當然抵當權ノ範圍外ニ在リテ總債權者ノ利益ノ爲ニ存スルモノト謂フヘキテアル

五、抵當物ヨリ生スル果實、抵當權ハ抵當物ヨリ生スル果實ニ迄及ハナイノカ原則テアル何トナレハ抵當權ハ不動産質ト異リ其ノ目的タル不動産ハ所有者ニ於テ依然之ヲ占有シ使用收益ヲ繼續スルノヲ特質トスルカラテアル(三七一第一項本文)此ノ故ニ抵當權設定當時分離セシ果實ハ勿論設定後ニ分離シタ果實ト雖總テ抵當物ノ所有者ノ所得ニ歸シ其ノ不動産ヲ目的トスル抵當權ハ之ニ及ハナイノテアル但シ次ノ場合ハ此ノ限テナイ

(イ) 抵當不動産ノ差押アリタル後ノ果實、抵當不動産カ差押アリタル後ハ抵當權ハ其ノ果實ニ迄及フノテアル(三七一第一項但書)蓋シ此ノ場合ハ抵當權者カ既ニ其ノ權利實行ニ着手シ所有者ニ對シテ抵當不動産ニ付處分權禁止ノ效力カ發生シタルノテアルカラ其ノ後ニ於ケル果實ハ之ヲ不動産所有者ノ所得ニ歸セシメナイテ抵當權ノ及フ範圍ニ屬セシメテ抵當權ノ效果ヲ完カラシムルノカ相當テアルカラテアル(昭和十一年オ第四六八號、同年六月十二日)

差押トハ之ヲ狹義ニ解スレハ民事訴訟法ニ依ル差押ヲ指スコトニナルカ第三百七十一條第一項ニ所謂差押中ニハ獨リ民事訴訟法ニ依ル差押ノミナラス競賣法ニ基キテ爲ス競賣開始決定ヲモ包含

スルモノト解スルノカ正當テアル蓋シ裁判所カ競賣法ニ基キ抵當權實行ノ爲競賣開始決定ヲ爲シ之ヲ登記簿ニ記入スルトキハ差押ノ效力ヲ生スルカラテアル(競二六三三〇四號、同四年三月三日大判、判例第二十一輯第五卷二二四頁)参照)

(ロ) 第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタル後ノ果實、抵當不動産ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ヨリ抵當權實行ノ通知ヲ受ケタル後ハ抵當權ハ其果實ニ迄效力ヲ及ホスノテアル(三七一第一項但書)蓋シ右第三取得者ハ抵當不動産ニ付使用收益ヲ爲ス權ヲ有スルノテアルカ其ノ不動産ハ依然トシテ抵當權ノ目的ト爲ツテ居ルノテ滌除ノ手續ヲ爲ササル限りハ結局抵當權ノ實行ヨリ免ルルコトカ出來ナイノテアルカラ抵當權者カ第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後ハ前項ト同様ノ理由ニ基キ第三取得者ニ對シ果實取得權ヲ停止シ爾後其ノ果實ニ迄抵當權ノ效力ヲ及フモノト爲シタルテアル然レトモ抵當權者カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタルノミニテ爾後差押又ハ競賣開始ニ關スル手續ヲ爲サス徒ニ其ノ權利ノ行使ヲ遷延スルニ拘ラス第三取得者ヲシテ果實ヲ取得セシメナイノハ公平ノ觀念ニ適シナイカラ法律ハ一ノ制限ヲ設ケ抵當權者カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後一年內ニ抵當不動産ノ差押アリタル場合ニ限り抵當權ハ其ノ果實ニ迄

及フヘキモノト定メテ居ル(三七一第二項)爰ニ所謂果實ハ天然果實ヲ指スモノト解スルノカ通説テアル

### 第五節 抵當權ニ依リ擔保セラルヘキ債權及其ノ範圍

#### 第一款 抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權

抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限カナイカラ質權ニ關シテ述ヘタルト同シク如何ナル債權ニテモ擔保セラルヘキモノト解シテ可カラウ故ニ條件附債權、期限附債權ハ勿論(登、一一七)將來ノ債權又ハ一定ノ金額ヲ目的トセサル債權ト雖抵當權ヲ以テ擔保スルコトカ出來ルノテアル但シ設定登記ヲ申請スル場合ニハ其ノ債權ヲ金錢ニ評價シ其ノ評價額ヲ申請書ニ記載スルコトヲ要スル(登、一一〇)

#### 第二款 抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍

抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍ハ設定行爲ニ因リテ定マルヘキテアルカ原則トシテ主タ

ル債權及利息其ノ他附隨ノ債權テアル、然レトモ被擔保債權ハ其ノ金額ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論(登、一一七、一二〇)抵當權者ハ其ノ登記シタル債權ノ範圍内ニ於テノミ優先辨濟ヲ受クル權ヲ主張スルコトヲ得ルニ止マル以下其ノ要領ヲ説明シヨウ

一、元本、元本債權カ全部抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキハ言ヲ俟タサルトコロテアル

二、利息、利息債權ハ元本債權ニ伴ヒテ當然發生スルモノテハナイカ併シ利息ノ生スル場合ニハ利息債權ハ元本債權ニ附隨スルモノテアルカラ法定利息タルト約定利息タルトヲ問ハス抵當權ニ依テ擔保セラルヘキモノト爲スノカ相當テアル然リト雖抵當權ノ設定登記ヲ爲ス場合ニ利息ニ關スル定アルトキハ之ヲモ登記スヘキモノテアルカラ(登、一一七)利息ニ關スル登記ナキトキハ利息ニ付テハ優先辨濟ヲ受クル權ヲ主張スルコトヲ得ナイ從テ約定利息ノ生スル場合ニ在テハ其ノ利息ノ生スヘキコト及利率ヲ登記スルコトヲ要スル若シ夫レ利息ノ生スルコトニ付テハ登記アルモ利率ノ登記ナキトキハ法定利率ニ依ルコトト爲ル加之縱令利息ニ關スル登記アルモ法律上抵當權ハ其ノ利息全部ニ及ハナイテ唯其ノ満期ト爲リタル最後ノ二年分即チ抵當權實行ノ時ヲ標準トシテ其ノ時迄ニ既ニ生シタル最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ニ依リテ擔保セラルルニ過キナイノテアル(三七四第一項)然ラハ法律ハ何故ニ斯ル制限ヲ設ケタカト云フニ蓋シ利息ハ本來元本債權ノ辨濟期迄ノ間ニ於

テ一定ノ時期毎ニ支拂ハルヘキ性質ノモノテアルカラ延滞ナク每期ニ支拂ハルルノカ通例テアルニモ拘ラス債權者カ每期ニ支拂ヲ受クルコトヲ怠リ寧ロ抵當權ノ擔保力ノ十分且確實ナルニ信賴シ之ヲ蓄積スルニ於テハ其ノ金額巨多ニ上リ他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルカラテアル、併シ其ノ延滞利息ニ付特別ノ登記ヲ爲シ其ノ債權ノ存在ヲ公示スルコトニスレハ第三者ヲシテ不慮ノ損害ヲ被ラシムル惧カナイカラ法律ハ満期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其ノ最後ノ二年分以前ノ利息ニ付テモ亦登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトカ出來ルト定メテ居ル(三七四第一項但書)

三、利息以外ノ定期金、第三百七十四條第一項ニ所謂其ノ他ノ定期金トハ例ハ地代、小作料、賃料、扶養料、終身年金ノ如ク繼續シテ一定ノ時期ニ支拂ハルヘキ債權ヲ云フノテアル故ニ債權ノ總額ヲ割賦シテ支拂フヘキ年賦金又ハ月賦金ノ如キハ爰ニ謂フ定期金テハナイ右定期金ハ利息ト同シク每期ニ支拂ハルルノカ通例テアル而已ナラス畢竟日割ヲ以テ計算スヘキ性質ノモノテアルカラ法律ハ利息ト同シク同一ノ制限ニ從ハシメテ居ル(三七四第一項)

四、遅延利息、ノ法律上ノ性質ハ元本債權ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ債權テアル(四一九)此ノ債權ハ時々刻々ニ發生シ其ノ都度支拂ハルヘキ性質ノモノテアツテ特段ナル支拂時期ノ存スルモノテハナイ而モ約定利息ニ代ルヘキモノテアルカラ同債權ニ關シテハ利息其ノ他ノ定期金ノ債權ト同

シク最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘク利息其ノ他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ超エ  
ルコトヲ得ナイノテアル(三七四第二項)

第三百七十四條第一項ニ所謂利息其ノ他ノ定期金ノ債權中ニハ遲延利息ヲ包含スルカ否ニ付疑義カ  
存シ大審院ハ之ヲ消極ニ解シタ(明治三十三年五月二日、同年九月十九日、同年  
十月二十一日、同三十四年十一月十八日判決)然レトモ遲延利息ハ其ノ性質  
約定利息ニ代ルヘキモノテアツテ元本債權ノ擴張ニ外ナラナイカラ遲延利息モ亦抵當權ニ依リテ擔  
保セラルヘキカ至當テアルト云フ理由テ明治三十四年法律第三六號ヲ以テ現行法ノ如ク第三百七十  
四條第二項ノ規定ヲ設ケ疑ヲ容ルル餘地ナカラシメタ

右遲延利息ノ債權ハ登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解スヘキテアル何トナレハ元  
本債權及利息ニ關スル登記アル以上ハ債權ノ效力トシテ約定利息ト同額ノ遲延利息ノ債權ヲ生シ利  
率ノ登記ナキトキハ法定利率ニ依ル遲延利息債權ヲ生スルノテアルカラ其ノ額ハ自ラ豫メ一定スル  
ノテアツテ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムル虞カナイカラテアル

五、違約金、ニ付テハ抵當權ニ關シ質權ニ於ケル第三百四十六條、不動産登記法第一百六條ノ如キ  
規定存セサルモ第三百四十六條ノ規定ノ趣旨ニ準據シテ違約金ノ債權モ亦抵當權ニ依リテ擔保セラ  
ルヘキモノト解スルノカ相當テアル但シ違約金ノ定アルトキハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三

者ニ對抗スルコトヲ得ナイト解スヘキテアル

六、抵當權實行ノ費用、不動産質權ヲ以テ擔保スヘキ債權ノ範圍内ニハ質權實行ノ費用ヲ勿含スル  
コト第三百四十六條ノ規定ニ照シテ明白テアル、抵當權ニ關シテハ之ニ類スル特別ノ規定ハナイケ  
レトモ前項ト同シク第三百四十六條ノ規定ノ趣旨ニ準據シテ設定行爲ヲ以テ特ニ債務者ノ負擔ニ歸  
セシメサル旨ノ定ナキ限り此ノ費用モ亦抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト解スルノカ相當テア  
ル(昭和二年才第五二號、同年十月  
十日大判、判例集第六卷五五五頁)

### 第六節 抵當權ノ效力

抵當權ハ債權ヲ確保スルカ爲ニ存在スルノテアルカラ抵當物ノ所有者ハ抵當權ノ設定ニ因リテ法律  
上拘束ヲ受ケ其ノ處分權ヲ制限セラルルニ至ルノテアル即チ抵當物ノ所有者ハ抵當權設定ノ後絶對  
ニ抵當物ノ處分權ヲ喪失スルモノテハナイケレトモ抵當權者ノ權利ヲ害スルカ如キ處分行爲ヲ爲ス  
コトヲ得ナイ唯抵當權ヲ害セサル範圍ニ於テ抵當物ヲ處分スルコトヲ得ルニ止マル故ニ抵當物ノ所  
有者ハ抵當物ヲ損壞スルコトヲ得サルハ勿論(刑法二六二)抵當權設定登記ヲ爲ササル間ニ其ノ抵當  
物ヲ他人ニ讓渡シ若ハ他ノ物權ヲ設定スルコトヲ得ナイ蓋シ抵當權設定登記ヲ爲シタル以後ニ在テ



ハ抵當物ノ所有者カ抵當權ニ付法律上ノ處分行爲ヲ爲スモ抵當權者ハ其ノ後ニ生シタル總テノ物權ニ優先スル結果何等ノ利益ヲ蒙ルハナイケレトモ抵當權設定登記ヲ經サル以前ニ在テハ抵當權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果抵當權者ノ權利ヲ害スルニ至ルカラテアル而シテ抵當物ノ滅失毀損ハ畢竟抵當權ヲ害スルコトニ爲ルノテアルカラ第三者カ故意又ハ過失ニ因リ抵當權ヲ滅失毀損シタルトキハ抵當權者ハ抵當權ノ侵害ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトカ出來ル以上ハ主トシテ抵當權ノ一般的効力テアルカ尙其ノ他ノ効力ニ關シテ以下民法ノ規定ニ從テ説明スルコトトスル

### 第一款 抵當權ノ順位

抵當權ノ順位トハ其ノ優劣ノ順序ヲ指スノテアツテ數個ノ抵當權カ同一不動産ノ上ニ存スル場合及抵當權ト他ノ擔保權トカ同一不動産ノ上ニ存スル場合ニ付説明スル

第一、數個ノ抵當權カ同一不動産ノ上ニ存スル場合

此ノ場合ニハ抵當權ノ順位ハ其ノ登記ノ前後ニ依リテ之ヲ定ム(三七三)元來此ノ順位ハ設定ノ時ヲ標準トシテ其ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムルコトカ理論ニ適スルノテアルカ我法律ハ不動産ニ關スル物

權ノ變動ハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル對抗要件トシテ居ルノテアルカラ(一七七)抵當權ニ付テモ亦此ノ原則ニ從ヒ登記ノ時ヲ標準トシテ之カ順序ヲ定メタノテアル

第二、抵當權ト他ノ擔保權トカ同一不動産ノ上ニ存スル場合

(イ)同一不動産ノ上ニ抵當權ト留置權トカ併存スル場合ニ在テハ元來留置權ニハ其ノ目的物ニ付優先辨濟ヲ受クル權能ヲ包含シナイカラ兩者ノ間ニ順位ノ問題ヲ生シナイ併シナカラ留置權者ハ被擔保債權カ完済セラルル迄ハ目的物ヲ留置スル權能ヲ有スルカラ此ノ意味ニ於テ留置權ハ抵當權ニ對シ優先的効力ヲ有スト云ヘヨウ

(ロ)同一不動産ノ上ニ抵當權ト不動産保存又ハ不動産工事ノ先取特權トカ併存スルトキハ登記ノ前後ニ拘ラス該先取特權ハ何レモ抵當權ニ優先スル(三三九)之ニ反シ同一不動産ノ上ニ抵當權ト不動産賣買ノ先取特權トカ併存スルトキハ其ノ順位ハ登記ノ前後ニ依リテ之ヲ定ム(登、六)

(ハ)抵當權ト不動産質權トカ同一不動産ノ上ニ併存スルトキハ登記ノ前後ニ依リテ其ノ順位ヲ定ムヘキテアル(登、六)

### 第二款 抵當權ノ處分

抵當權ハ債權ニ附從スル權利テアルカラ被擔保債權ノ處分ト其ノ運命ヲ伴ニスルコト勿論テアツテ債權ノ讓渡ト共ニ抵當權ハ新債權者ニ移ルヲ原則トスル(獨民、一、一五三第一項)但シ債權讓渡ノ場合ニ抵當權ヲ讓渡セサルヘキ特約ノアル場合ニハ抵當權ノ移轉ヲ生セサルコト言ヲ俟タナイ且又抵當權ハ從タル物權テアルカラ被擔保債權ト分離シテ抵當權ノミ單獨ニ處分スルコトカ出來ナイノヲ原則トスル(獨民、一一五三第二項)然レトモ若シ此ノ原則ヲ固執スルト實際取引上不便尠ナクナク吾人ノ生活需要ニ適サナイコトカアルノテ法律ハ特例ヲ設ケ一定ノ制限ノ下ニ抵當權ノ單獨處分ヲ認メテ居ル即チ次ノ通りテアル(三七五、第一項)

第一、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得

抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ以テ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトカ出來ル例ハ甲ハ乙ニ對スル一千圓ノ貸金債權ノ擔保トシテ乙所有ノ土地ニ付抵當權ヲ有スルコトコロ後日金銭ノ入用ヲ生シ丙ヨリ金一千五百圓ヲ借入レント欲スルモ他ニ擔保ト爲スヘキ物カ無イノテ甲ハ右抵當權ヲ以テ丙ニ對スル借用金一千五百圓ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得ルカ如キテアル之ヲ轉抵當ト稱スル、凡ソ何人ト雖モ自己ノ有スル權利ヨリ大ナル權利ヲ他人ニ授與スルコトヲ得ナイノハ一般ノ原則トスルコトコロテアルカラ轉抵當ノ場合ニ在リテモ亦然リテ、轉抵當權者ハ原抵當權ノ擔保スル債權ト同額ノ範圍内ニ

於テノミ其ノ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ルニ過キナイ(昭和七年(ク)第五八六號、同年八月二十九日)此ノ抵當

權ノ處分ノ性質ニ關シテ學者間議論ノ存スルコトコロテアル、其ノ重ナル學說ハ大要次ノ通テアル

(イ)抵當物ノ上ニ新ニ抵當權ヲ設定スルモノナリトノ說、轉抵當ハ抵當權者カ自己ノ債務ノ擔保トシテ抵當物ノ上ニ新ニ抵當權ヲ設定スルコトテアルト云フノテアル然レトモ抵當權ノ處分ニ關シテハ轉質ノ場合ト異リ特ニ明文上ノ根據カナイ而已ナラス他ニ此ノ見解ヲ支持スヘキ正當ノ理據カナイカラ此ノ說ハ正當テナイト云フ非難カ存スル

(ロ)抵當權ノ上ニ抵當權ヲ設定スルモノナリトノ說、轉抵當ハ抵當權者カ自己ノ有スル抵當權ヲ目的トシテ抵當權ヲ設定スルコトテアルト云フノテアル、然レトモ抵當權ノ目的物ハ本來不動産タルコトヲ原則トスルノテアツテ例外トシテ單タ地上權及永小作權ヲ目的トスル權利抵當ヲ認ムルニ過キナイノテアルカラ明文上ノ根據ナクシテ濫ニ權利抵當ノ範圍ヲ擴張スルノハ解釋論トシテ妥當テナイト云フ非難カ存スル

(ハ)解除條件附抵當權讓渡說、轉抵當ハ抵當權者カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ債務カ消滅シタル場合ニハ再ヒ抵當權ヲ取得スルト云フ解除條件附ニテ抵當權ヲ債權者ニ讓渡スコトテアルト云フノテアル、然レトモ元來抵當權ヲ擔保ニ供スルト云フハ抵當權ハ依然トシテ抵當權者ニ存屬シツツ其ノ

抵當權ノ上ニ擔保權カ成立スル場合ヲ指スノテアルノニ反シ此ノ說ニ從ヘハ讓受人タル債權者カ抵當權ヲ取得シ原抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ失フコトト爲ルノテアルカラ此ノ說ハ實ニ轉抵當ノ態型ニ適スル法的構成ト云フヲ得ナイ而已ナラス抵當權ノ讓渡ハ唯同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ニノミ之ヲ許スノテアツテ一般ニ汎ク之ヲ認メナイ第三百七十五條所定ノ趣旨ニ反スル結果ト爲リ到底其ノ當ヲ得タモノテナイト云フ非難ヲ免レナイ

(ニ)抵當權及被擔保債權共同質入說、轉抵當ハ抵當權ト共ニ被擔保債權ヲモ共同ニ質入スルコトテアルト解スルノテアル、蓋シ抵當權ハ附從性ヲ有シ被擔保債權ト分離シテ質入スルコトヲ得ナイノカ原則テアル故ニ此ノ說ハ抵當權ノ處分ニ關スル一般原則ニ牴觸スルコトナキ而已オラス債務者、設定者及他ノ擔保權者等ニ對シ何等ノ不利益ヲ及ホスコトモナイノテアルカラ我民法ノ解釋トシテ最モ正當テアルト云フノテアル

予ハ大體此ノ最後ノ說ニ贊成スル者テアルカ抑抵當權ハ被擔保債權ノ存在ヲ前提トシテ存在價値ヲ有スルノテ抵當權ト被擔保債權トハ不可分離ノ關係ニ在リテ被擔保債權ト離レテ單々抵當權ノミヲ處分スルコトハ到底考ヘラレヌコトテアルカラ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スト云フハ畢竟抵當權ト共ニ被擔保債權モ亦其ノ擔保ノ目的ト爲ルト云フ意ニ外ナラヌノテ第三百七十六條ト對照ス

レハ其ノ意倍々明白テアルト思フ然リ而シテ抵當權ヲ被擔保債權ト共ニ擔保ニ供スル方法トシテ質入行爲ト抵當權設定行爲トノ二者存スルコトヲ考フルコトヲ得、前者ノ可能ナルコトハ殆ト疑ナキトコロテアルカ後者ニ在テハ前掲(ロ)說ニ對スル非難ノ如ク異論ノ存スルトコロテアル併シ第三百七十五條ニハ廣ク抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得トアリテ別段擔保ノ種類ヲ限定シテ居ラヌノテアルカラ民法ハ第三百六十九條第二項所定ノ外ニ第三百七十五條ニ於テ特ニ抵當權ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スモ妨ケナキ旨ヲ規定シタルモノト解スルコトカ出來ヨウ從テ抵當權ノ上ニ抵當權ヲ設定スルコトモ亦可能テアルト論定セサルヲ得ナイ故ニ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ニ供スル場合ニハ質入ノ方法ニ依ルカ將タ抵當權設定ノ方法ニ依ルカ當事者ノ定ムルトコロニ任セテ可カラウ若シ夫レ轉抵當ノ一方法トシテ抵當權ト被擔保債權トヲ共同ニ質入スル場合ノ如キ之レ即チ權利質ノ設定ニ外ナラナイ果シテ然ラハ債權質ニ關シ民法ハ一般的规定ヲ設ケテ居ルカラ抵當權ニ付テ特ニ規定ヲ設クル必要カナイテハナイカト云フ非難カナイテハナイ併シ債權質ニ關スルモノハ一般のニ債權ヲ質入スル方面ヨリ觀察シテ規定シタモノテアツテ抵當權ニ關シテハ抵當權ヲ質入スル方面ヨリ觀テ規定シタモノト解スヘキテアルカラ第三百七十五條ハ轉抵當ニ關シテ敢テ無用ノ規定テハナイト云フコトカ出來ヨウ

第二、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ讓渡スコトヲ得

抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ讓渡スコトカ出來ル即チ抵當權ノ讓渡ハ無制限ニ許サレナイ唯同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニノミ讓渡スコトヲ得ルニ過キナイノテアル蓋シ民法ハ債務者、設定者及他ノ擔保權者ニ對シ何等利害ノ影響ヲ及ホササル範圍ニ於テ抵當權ノミ被擔保債權ヨリ分離シテ讓渡スコトヲ得シムルヲ相當ト認メタカラテアル例ハ甲ハ乙所有ノ土地ヲ抵當トシテ乙ニ對シ金二千圓ヲ貸附ケ丙モ亦乙ニ對シテ金二千五百圓ヲ貸與シタルトコロ無擔保テアツタト假定スル、此ノ場合ニ甲カ丙ノ利益ノ爲ニ自己ノ右抵當權ヲ丙ニ讓渡シタリトセハ丙ハ之カ爲ニ甲ノ地位ヲ承繼シテ抵當權者ト爲ルノテアルカラ縱令他ニ抵當權者カ在ツタトシテモ其ノ者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホサナイテ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ルノテアル但シ何人ト雖自己ノ有スル以上ノ權利ヲ他人ニ授與スルコトヲ得ナイノハ一般ノ原則トスルトコロテアルカラ抵當權ノ讓渡ニ因リテ抵當權設定者ノ負擔ヲ重カラシムルコトヲ得ナイノハ勿論テアル故ニ右ノ場合ニハ讓受人丙ハ單ニ讓渡人甲ノ有スル債權ヲ限度トシテ其ノ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ルニ過キナイ此ノ如ク抵當權ノ讓渡ハ畢竟讓渡人ト讓受人トノ間ニ法的地位ノ轉換ヲ來スニ止マリ毫モ債務者、設定者及他ノ擔保權者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナインノテアル

第三、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得

抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ拋棄スルコトカ出來ル惟フニ抵當權ノ拋棄ニ二種アル、一ハ絕對的拋棄テアツテ他ハ相對的拋棄テアル、前者ハ根本的ニ抵當權ノ存在ヲ失ハシムルモノテアツテ總債權者ノ利益ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ來シ他ノ抵當權者ハ勿論特別擔保權ヲ有セサル債權者モ亦均シク其ノ利益ニ浴スルノテアルカ後者ハ或特定ノ債權者ノ利益ノ爲ニ抵當權ヲ拋棄スルノテアツテ單々其ノ特定ノ債權者ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ生スルニ止リ他ノ債權者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナインノテアル第三百七十五條第一項ノ認ムル抵當權ノ拋棄ハ此ノ後者ニ該當スルモノテアツテ前項ニ述ヘタル抵當權讓渡ノ場合ト異リ拋棄者ト受益者トカ其ノ法的地位ヲ轉換スルノテナク拋棄者ト受益者トノ關係ニ於テハ拋棄ニ因リテ受益者ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ來スコトト爲ルノテアルカラ抵當物ノ代價ニ付拋棄者ト受益者トハ拋棄者ノ債權額ヲ限度トシテ各自債權額ノ割合ニ應シテ優先辨濟ヲ受クルコトトナルノテアル例ハ甲乙丙カ丁ニ對シ各一千圓宛ノ貸金債權ヲ有シ丁ノ所有地ニ付甲ハ第一番抵當權者乙ハ第二番抵當權者テアルカ丙ハ無擔保債權者テアツタト假定ス而シテ甲カ丙ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ拋棄シタトスレハ甲ノ抵當權ハ唯丙トノ關係ニ於テ丙ノ利益ノ爲ニ消滅スルニ止リテ乙トノ關係ニ於テハ甲ハ依然ト