

法政粹編第四種之二下

民法財產

擔保 湖南 彭兆璜 編輯

民法財產編下擔保目次

緒論.....一

第一章 留置權.....四

第一節 總則.....四

第二節 效力.....六

第三節 消滅.....八

第二章 先取特權.....十

第一節 總則.....十

第二節 種類.....十一

第一款 一般之先取特權.....十一

第二款 特別之先取特權.....十二

第三章 質權	十四
第一節 總則	十五
第二節 動產質	十八
第三節 不動產質	十九
第四節 權利質	二十二
第一款 通則	二十二
第二款 債權質	二十三
第四章 抵當權	二十八
第一節 總則	二十八
第二節 效力	三十
第一款 總則	三十
第一項 物權	三十

第二項	擔保債權	三十一
第三項	權利之讓渡	三十二
第四項	實行方法	三十五
第五項	分別土地建物爲抵當時	三十五
第二欸	優先權	三十六
第三欸	追及權	三十八
第一項	原則	三十八
第二項	滌除	三十九
第三項	競賣	四十三
第四項	借貸借	四十三
第二節	消滅	四十四
第一欸	時效	四十五
第二欸	地上權永小作權之拋棄	四十六

民法財產編下

湖南 湘陰 彭兆璜 編輯

擔保

財產爲社會產命所關。擔保之設。所以措財產於安全之地。有其事實。而不明訂法律。則其效力不著。據外國法。擔保有對人對物二種。債權法中之擔保。債務對人擔保也。此在吾國。雖有其習慣。而全屬放任。物權法中之留置權。先取特權。質權。抵當權等。物上擔保也。此在吾國。僅有所謂質與抵當。(留置有其事。無其名)而不知所利用。則其所以爲一般社會。求財產之安全。而發達其經濟界之作用者。直謂之無法可也。即以銀行論。在法治國。莫不依抵當(統動產不動產)以行貸付。故其錢債交易。常得安全之結果。此吾國所宜倣而行之者也。然非先制定擔保法。抵當亦有時以足恃。然則擔保法之關係吾國經濟社會。至重且大。而不可不急事講求。可斷言矣。講師以時間短促。語焉未詳。茲特譯述梅博士及富井政章博士著書補入。較原稿增多五分之四。然倉卒付梓。疏漏仍多。補缺訂訛。是所望於同志者。

緒論

第一 各種擔保之意義 說分甲至丁

擔保 緒論

甲 對於一個法律上之事實負責任。如賣時計者。謂此時計乃真金非鍍金。既有此表示。若以後果爲真金則已。否則當負責任。其見爲鍍金。則事實所在。其當負責任。則法律所定也。

乙 對於爲契約目的之權利物件之瑕疵負責任。如賣物與人。必其所賣之物全爲己所有者。若其物非己所有。或僅其一部爲己所有。則既賣之後。原主可以取還。必致買主受損害。此賣主所當負之責任也。名爲追奪擔保。又如賣物與人。必認定其無瑕疵。若有瑕疵。則買主可以退還。此亦賣主所當負之責任也。名爲瑕疵擔保。(詳見債權買賣契約各條)

丙 可以供債權者將來辨濟之用之財產。如借主以其時計與貸主約云。如將來債不能還。即以此相給付。則此時計。即可以供債權者將來辨濟之用之財產也。但債務者所有財產。均可以供債權者將來辨濟之用。故名爲公同擔保。

丁 一定之債權者爲確實得辨濟所有之權利。如設有抵當權之債權。將來債務者不能履行債務。其債權者。可處分其抵當物。是抵當權。即爲債權者將來確實

得辨濟之權利也。但必於其物上爲一定之債權者。惟此一點。與公同擔保不同。故名爲特別擔保。在本編所當論者。即此特別擔保也。

第二 對人擔保與物上擔保 說分甲乙

甲 對人擔保 謂一定之債權者。爲確實得辨濟。對於一定之人所有之權利也。

說分子丑

子 保證 即立有保證而爲之擔保也。其所信者爲保證人。故以對人言之。

丑 連帶 設有一共同債務。而不用連帶之規定。必祇得向每一人請求其一部分。若其中有甚貧者。則於其一部分。將全無所得。而用連帶之規定。則無論對何一人。皆可請求全部。是有擔保之性質矣。以其所信者爲連帶之人。故亦以對人言之。日本舊民法。列連帶債務於擔保中。其新民法。以爲連帶債務。非完全獨立之擔保。故不另提作擔保解釋。如第三百零一條所云供相當之擔保。乃專指保證人及物上擔保言。并未嘗兼言連帶債務也。餘可類推。

乙 物上擔保 謂一定之債權者。爲確實得辨濟。對於一定之財產所有之權利。

也。其種類有四。(一)留置權。(二)先取特權。(三)質權。(四)抵當權。試以質權比附定義言之。如借債而以時計爲質。若將來債不能還。在債權者。即可處分其所質之時計。是此時計爲確實得辨濟之一定財產也。

第三 法定擔保與人爲擔保 說分甲乙

甲 法定擔保 謂保護一定種類之債權所有之擔保也。如留置權與先取特權是。蓋某種債權。得有留置權。某種債權。得有先取特權。法律上已經定明。祇須事實與法律相合。即有此權利。初不必有特約也。

乙 人爲擔保 謂不問債權之種類而爲確實其辨濟對於一定之人所有之擔保也。如質權與抵當權是。其與法定擔保異者。在不問何種債權耳。

第一章 留置權

第一節 總則 說分甲乙丙

甲 定義 謂占有他人之物者。至受關於其物所生債務之辨濟時。止得留置其物之權利也。如他家之犬。飼於我家。日與以食。必有費用。他日原主取還此犬。凡爲此犬

所生之費用。皆彼所應償還者。故一日不償還。即可不還此犬。合定義觀之。犬爲他人之物。代飼即爲占有他人之物。其費用。即關於其物所生之債務。未償還費用。可不還此犬。即得於受辨濟前留置其物也。其規定見日本民法第二百九十五條一項。『他人之物之占有者。有關於其物所生之債權時。在受其債權之辨濟前。得留置其物。』

乙 要件 欲行使留置權時。必具左之二要件。

一 要占有非出於不法行爲 如前例。使無故取他家之犬飼之。則與竊盜無異。此而許其有留置權。是爲獎勵竊盜。故不可也。其規定見前條二項。『前項之規定。於占有由於不法行爲者。不適用之。』

二 要債權在辨濟期 如前例。犬爲其友旅行時所託。約以一年歸來。逾月乃償還費用。是一年又一月爲其債務之辨濟期也。既而未及一年。其友即歸。此時所有費用。固應其友償還。但不得有留置此犬之權。（其規定見前條一項但書）

夫法律所以必認留置權者。爲公平起見也。蓋因占有他人物而發生之債權。必此一方有反物之義務。彼一方有償錢之義務者。若彼一方不履行其義務。即此一方得抵

制之。此留置權之所由規定也。他如同時履行及契約解除（均見債權篇。日本民法五三三條、五四一條可參觀）之規定。其用意亦同。

第二節 效力 說分甲乙丙

甲 留置權者之權利 當未受關於其物所生債務之辨濟時。不惟得留置其物。且得請求留置物之競賣。凡此皆留置權者之權利也。 說分子丑寅

子 優先權 謂留置物之所有者。雖得讓渡或競賣其留置物於他人。然非讓受人或競買人。償還留置權者所有對於其留置物之債權。不得使之交付其留置物。（可參觀日本競賣法第二條）非於留置物之代價上有優先權（此為狹義之優先權）也。故富井氏認為廣義之優先權。

丑 追及權 留置權者之有追及權。特一般學說如是耳。其實留置權以占有為要素。一旦受債務者之辨濟。即占有權消滅。不得仍主張留置其物。故普通之追及權。留置權者無有也。

寅 不可分權 留置權之不可分。謂當未受辨濟以前。不得於留置物之全部分

中。交付其一部分也。

除右所述之外。更有關於留置物之二種權利。

一 有取得自留置物所生果實之權利。此其果實。非可無償取得者。必以之充當債務之辨濟。其充當之法。如日本民法第二百九十七條二項所規定『留置權者。收取自留置物所生之果實。先充當債權之利息。有剩餘時。要以之充當元本』是也。

二 有受因留置物付出費用之償還之權利。因留置物所生之費用有三。(一)必要費。(二)有用費。(三)奢侈費。在留置權者。其於奢侈費。不得求償。得求償者。惟必要費與有用費。其規定見日本民法第二百九十九條。其一項云『留置權者。為留置物所出之必要費。得使所有者償還。』其二項云『留置權者。為留置物所出之有益費。限於其價格增加之現在情形。得使所有者從其選擇。或償還其所費金額。或僅償還其增額金。但裁判所得因所有者之請求。許與以相當之期限。』本條所謂相當之期限。即猶豫期限也。

乙 留置權者之義務 說分子丑

子 要以善良管理者之注意保存其留置物。蓋留置權者對於留置物之地位。不過暫時占有。一受辨濟。即當反還。故當加意保存其留置物。（見日本民法二九八條一項）

丑 非經承諾不得動用其留置物。蓋留置權之目的。不過因留置物之占有。間接以促其償還債務。故欲使用與借貸其留置物。或以之供擔保。必得債務者之承諾。但因留置物之保存。有不得不使用時。不在此限。（見前條二項）

丙 留置權之效力不妨消滅時效之進行。即債權之消滅時效。不因留置權者之占有留置物而遂中斷也。（見日本民法三〇〇條）

第三節 消滅

留置權消滅之原因。其與他之物權同者。如因滅失其目的物而消滅。及拋棄其權利而消滅是也。其與他之擔保權同者。如因其所擔保之主債權消滅（例如辨濟）而消滅是也。此外關於留置權之特別消滅原因有三。

三 占有之喪失 說分甲乙丙

甲 絕對之喪失 謂留置權者既拋棄占有之意思。又失占有物之所持。則占有權消滅。即留置權亦因而消滅矣。其規定見日本民法第三百零二條。『留置權者。因占有之喪失而消滅。』

乙 債務者以外之代理占有 此疑於喪失而非喪失者。如得債務者之承諾。而以其留置物質貸於人。或質入於人。此時因留置權者之代理占有者。（即質借人、或質權者）其占有權不消滅。即其留置權亦不消滅。此例外也。其規定見前條但書。『…依第二百九十八條第二項之規定。而為質貸或質入者。不在此限。』

丙 債務者之代理占有 如留置權者因債務者之請求。暫以留置物與之。而約以他日不能如期履行債務。仍得由留置權者請求處分其物。此時債務者以所有者之資格。而處於代理占有者之地位。則自留置權者言之。其占有權不消滅。即其留置權亦不消滅。此亦例外也。日本民法無所規定。而學者主張之。

二 擔保之供與 蓋留置權者。於財產之流通利用改良。均有所妨礙。故法律上當設變例。以使其易於消滅。其規定見日本民法第三百零一條。『債務者得供相當之擔保。而請求留置權之消滅。』本條所謂相當之擔保。如設定質權或抵當權。及設立有資力之保證人是也。

三 義務之違反 若留置權者。不以善良管理者之注意。保存其留置物。或未經債務者之承諾。而使用其留置物。及以之行質貸與供擔保。皆不免違反義務。故在債務者得請求留置權之消滅。(見日本民法二九八條二項)

第二章 先取特權

第一節 總則 說分甲乙

甲 定義 先取特權者。謂債權者。從法律之直接規定。對於其債務者之財產。有先於他之債權者。而受自己債權辨濟之權利。(見日本民法三〇三條也。其中有二要素。(一)法定。(二)優先權。如賃貸房屋於人。當賃借人不納賃金時。得於範圍內。處分其所。有房屋內之動產。雖他人對於其動產。亦有債權。然較之房屋賃貸人之債權。其力已

弱。故房屋賃貸人得排斥他債權者而先取之。此所謂從法律之規定而得優先權者也。

乙 特例 蓋爲擴張先取特權之目的之範圍而設。如日本民法第三百零四條所規定「因先取特權目的物之賣卻、賃貸、滅失、毀損而債務者有所當受之金錢及其他之物。先取特權者對之得行使其權利。」是也。試以滅失之例言之。如先取特權之目的物。原附有火災保險。一旦竟罹火災。以常例論。則先取特權必從而消滅。而依本條之規定。則先取特權仍得行於其保險金之上。而不消滅。是其範圍較他之權利爲廣。而成爲特例矣。

第二節 種類

第一款 一般之先取特權

一般之先取特權者。謂對於債務者之一切財產上。皆有其權利也。其規定見日本民法第三百零六條。『有自揭於左之原因發生之債權者。於債務者之總財產上。有先取特權。』據本條所載。列舉而釋之於左。

- 一 共益費用之先取特權 謂爲各債權者之利益起見而於債務者之財產上有保存、改良、清算等行爲以故生出費用者其對於債務者之財產有先取特權。
- 二 葬式費用之先取特權 謂因供給他人之葬式費用而貸費資財者其對於死者或其相續人之財產有先取特權。
- 三 雇人給料之先取特權 謂被雇而有應受之報酬者其對於雇主之財產有先取特權。
- 四 日用品供給之先取特權 謂供給他人之日用品（如米鹽之類）而應得償還者其對於被供給者之財產有先取特權。

第二款 特別之先取特權

特別之先取特權者謂對於債務者之一定財產上有先取特權也。說分甲乙

甲 動產之先取特權 其規定見日本民法第三百一十一條。『有自揭於左之原因發生之債權者於債權者之特定動產上有先取特權。』據本條所載列舉而釋之於左。

一 不動產質貸借之先取特權 謂不動產質貸人。於不動產質借人之不納質金時。對於其動產。有先取特權。

二 旅店宿泊之先取特權 謂旅店主人。於旅客之宿泊料不付時。對於其行李。有先取特權。

三 運輸之先取特權 謂運送人。於旅客或運送物之運送質。及附隨之費用不付時。對於其運送物。有先取特權。

四 公吏保證金之先取特權 謂依賴人。於因公吏之過失受損害時。對於其保證金。有先受特權。

五 動產保存之先取特權 謂保存他人之動產者。於被保存者不付其費用時。對於其所代為保存之動產。有先取特權。

六 動產買賣之先取特權 謂賣動產者。於買主不付代價及利息時。對於其所買之動產。有先取特權。

七 種苗肥料供給之先取特權 謂供給種苗肥料者。於被供給者不付代價

及利息時。對於其用種苗肥料之土地上。所有後一年生出之果實。有先取特權。

八 農工業勞役之先取特權 謂農工業之勞役者。於其使用者不付賃金時。對於其因勞役所生之果實與製作物。有先取特權。

乙 不動產之先取特權 其規定見日本民法第三百二十五條。『有自揭於左之因原發生之債權。於債務者之特定不動產上。有先取特權。』據本條作載。列舉而釋之於左。

一 不動產保存之先取特權 謂保存他人之不動產者。於被保存者不付其費用時。對於其所代為保存之不動產。有先取特權。

二 不動產工事之先取特權 謂工匠技師請負人等。於為工事於他人之不動產上。而債務者不付費用時。對於其所施工事之不動產。有先取特權。

三 不動產買賣之先取特權 謂賣不動產者。於買主不付代價及利息時。對於其所買之不動產。有先取特權。

第一節 總則 說分甲乙丙

甲 定義 質權者。謂債權者爲其債權之擔保。而占有自債務者或第三者受取之物。且於其物有先他之債權者。而受自己債權之辨濟之權利。（見日本民法四三二條）也。其中有三要素。（一）契約。（二）占有。（三）優先權。如以時計爲質。而借債於人。非契約不得成立。而時計又必交付於債權者。而爲其所占有。且將來債務者不能償還。其債權者得先他債權者處分此時計。而受其利益。以完成其優先權。是其義也。其所以兼及第三者。因所質之物。有時或係託第三者供出。在抵當權亦然。

乙 設定要件 說分子丑寅

子 要得讓渡之物 蓋當債務者不償還債務時。遂競賣其質物。而行使優先權於其代價之上。是爲質權最終之目的。若不得讓渡之物。則不利於達此目的。故法律上之禁制物。及世襲財產之類。皆質權所不取者。其規定見日本民法第三百四十三條。『質權者。不得以不得讓渡之物爲其目的。』

丑 要物之引渡 即必移轉其占有權是也。不獨與先取特權及抵當權之不必

占有其物者。迥不相同。即與留置權之必占有其物者亦不同。蓋留置權之權利。自然存在於占有物之上。質權之權利。則必因占有移轉之行爲（即引渡）而成立也。其規定見日本民法第三百四十四條。『質權之設定。因引渡其目的物於債權者而成立。』

寅 要有債權 如甲請求貸付於乙。乙承諾之而實行貸付。自是甲負返還之義務。即乙有受其返還之權利。而乙慮已之權利不確實。乃豫令甲以物質入而擔保之。是乙對甲之得有質權。實由於其有債權也。

丙 效力 說分子至卯

子 有留置權 質權既因質物之引渡而成立。自應有一種留置權。然民法上之留置權。非以當事者之意思設定者。故不得謂質權（此以當事者之意思設定者）之中。本含有留置權。特因欲強質權之效力。乃設此規定耳。其規定見日本民法第三百四十七條。『質權者。至受前條所揭之債權辨濟止。得留置其質物。』

但有例外。如質權取得之當時。先有保存質物之債權者在。是其對於質權者。立於

有優先權之地位。而質權者不得以留置權對抗之明矣。其規定見前條但書……此權利者。不得以之對抗對於自己已有優先權之債權者。」

丑 有轉質權 蓋既爲以當事者意思設定之權利。但使於設定者無所損害。不妨處分之而移轉於他人。此文明諸國立法例所公認。而日本則依習慣規定者。惟欲行使其權利。非具二要素不可。(一)必在自己權利之存續期間內。即不得於質權消滅時而行轉質是也。(二)必以自己之責任。即因轉質所生之損害。應由質權者賠償是也。其規定見日本民法第三百四十八條。『質權者。得於其權利存續之期間內。以自己之責任。轉質質物。其於因不轉質則不生不可抗力之損失。亦任其責。』

寅 有優先權 即於賣卻質物之代金上。得優先於他之債權者受辨濟也。但於動產。不可不繼續占有。於不動產。不可無登記。否則行使優先權時。不免於第三者間之權利相衝突矣。

卯 有不可分權 質權之不可分。謂當未受辨濟以前。不得於質物之全部分中。交付其一部分也。

第二節 動產質 說分甲乙

甲 要件 說分子丑

子 要動產 質權既以必引渡其物而成立。又以得讓渡其物爲目的。而非動產。則不便於引渡與讓渡。況指定其爲動產質。則必以動產爲其質物明矣。

丑 要繼續占有 蓋非占有。則第三者不知其物之上有質權。非繼續占有。則第三者於其物之上之有質權。知不知未可必。此對抗第三者。所以必要繼續占有也。其規定見日本民法第三百五十二條。『動產質權者。非繼續占有質物。不得以其質權對抗第三者。』

乙 效力 說分子丑

子 實行之方法 說分天地

天 原則 競賣質物而受其代金。

地 例外 以質物充辨濟。但此時必具四要件。(一)要有正當之理由。(如競賣則甚費周折。多需費用。且不能以時價賣卻。又或與債務者有親密之關係。而不

欲賣之之類。(二)要從鑑定人之評價。(三)要請求於裁判所。(四)要預通知其請求於債務者。其規定通見日本民法第三百五十四條。

丑 順位 蓋法律之於質權。既許代理占有。故同一動產之上。常爲數個質權所存在。而順位之問題以起。關於此問題之解決。其說有四。(一)後得質權者。得先於先得質者以行使其權利。(二)後得質權者。知有先得質權者。則其權利遜於先得質權者。(三)後得質權者。知有先得質權者。則其權利同等。得各應其債權之額。以均分其質物之代價。以上三說皆謬。則有第四說。即先得質權者。得以第一順位而行其質權。後得質權者。亦得以第二順位而行其質權是也。此即日本民法所採用者。其規定見第三百五十五條。『因擔保數個債權。而於同一動產之上。設定質權時。其質權之順位。依設定之前後。』

第三節 不動產質

所謂不動產質者。在日本舊來習慣。及羅馬法。皆屬純然質權。特其目的物爲不動產耳。近世抵當制度完備。用不動產質者。漸次減少。故歐洲今日。鮮有爲純然不動產質

規定者。其所規定。惟有與之近似之^①用益質^②（如債權者占有債務者之不動產。得爲使用收益。并有留置之權利是也）而已。日本則不認用益質。而用純然之不動產質。雖原則上與他之質權同。而實際上。則不得不使不動產質權者。對於其所占有之不動產。爲使用收益之事。蓋爲便宜起見。且不能變從來之習慣也。說分甲乙丙

甲 要件 說分子丑

子 要不動產 蓋動產質權者。對於其所占有之質物。以不得使用收益爲原則。而不動產質權者反之者。則以不動產之性質。原與動產迥殊也。故在不動產質。即以不動產爲第一要件。

丑 登記 雖不動產質之成立。亦必移轉其占有權。而成立後之對抗第三者。則不以繼續占有爲必要。所必要者。登記耳。蓋登記爲完全之公示方法。得使第三者不至受不測之損害。故可據以對抗第三者也。

乙 效力 說分子至卯

子 有使用收益之權 不動產質權者。對於其所占有之不動產。得爲使用收

益之事。前已言之。但其中又有必從不動產用方之一要件。所謂必從不動產之用方者。如以住屋充工場。變水田爲乾地。非不動產質權者所得爲是也。其規定見日本民法第三百五十六條。『不動產質權者。得從爲質權目的之不動產之用方。而爲其使用及收益之事。』

丑 有負擔費用之義務 蓋不動產質權者。對於其所占有之不動產。既有使用收益之權利。則關於不動產之修繕費。與租稅等。皆當以己之費用負擔之。方爲公平。其規定見日本民法第三百五十七條。『不動產質權者。任拂管理之費用。及其他不動產之負擔。』

寅 無請求利息之權 蓋不動產質權者。既因使用收益而取得果實。其果實之價額中。除去關於不動產之一切費用。所贏餘者。必足與其債權之利息相當。故法律爲便利起見。使與利息相抵消。而不動產質權者之不得請求利息。從可知矣。(其規定見日本民法三五八條)

卯 準用抵當權之規定 其所準用之重要點有二。(一)實行方法。(二)順位。(均

詳第四章) 夫不動產質權中。非包含純然之抵當權者。故不曰適用。而曰準用。丙 期間 不動產質之弊害。每致不動產之價格減少。蓋質權者。雖有使用收益之權利。終以其物爲他人所有。而不願自出費用。以謀爲改良。是亦人情之常。而於經濟界。最不利者也。故其期間。不可過長。其規定見日本民法第三百六十條。其一項云「不動產質之存續期間。不得超過十年。若以比十年更長之期間設定不動產質時。當縮短爲十年。」其二項云「不動產質之設定。得更新之。但其期間自更新時起。不得超過十年。」

第四節 權利質

第一款 通則

前所言之動產質及不動產質。皆直接以物爲其目的。其爲物權無疑。然彼雖直接以物爲其目的。實則以物之所有權爲其目的。夫既許以所有權質入。亦即當許以他之權利質入。況欲應取引界之需要。而使其資本。易於流通。尤非此不可。近世文明諸國之法律。所爲認定以權利爲目的之質權也。

以其得以一切財產權爲其質權之目的。故謂之權利質。所謂一切財產權。如地上權、永小作權、債權、版權、特許權、商標權、意匠權等是也。而日本民法。於權利質一節。祇設關於債權之特別規定。至關於其他權利之不設特別規定者。（除地上權、永小作權、準用關於不動質之規定外。如版權、特許權、商標權、意匠權等。皆於本節不設特別之規定者。）及關於債權之不在本節規定內者。一切準用第一節總則之規定。（日本民法三六二條可參觀）

第二款 債權質 說分甲乙

甲 要件 說分子丑寅

子 債權 既別於地上權、永小作權、版權、特許權、商標權、意匠權等。而成爲一種債權質。故必具債權之要素。（即債權者、債務者、目的三項）而後其質權得成立。

丑 引渡證書 債權亦權利之無形者。雖非如有體物之得引渡。而可以引渡其證書。此以有價證券等（在日本如株券、公債證書等是）爲質者所必具之要件也。

日本民法第三百六十三條云「於以債權爲質權之目的。如子」而其債權有證書時。其質權之設定。因其證書之交付「如丑」而生效力。」

寅 對抗三者之要件 說分天地人

天 指名債權 說分元亨

元 原則 其說一。

一 對抗第三者 如甲負乙債。因出證書（以其證書之上注定 受取人乙之名。故爲指名債權。）交乙。既而乙交付其證書於丙以爲質。倘丙不通知甲而得其承諾。則甲仍可以對乙履行。此丙欲對抗甲。（即第三債務者）所以必具通知承諾之條件也。

二 對抗其他第三者 如前例。乙既交付其證書於丙以爲質。而又有讓渡於丁。或質入於丁之事。此時在丁必尋問於甲。以審察乙之債權是否確實。倘丙不先通知甲。則甲必以乙之債權確實告丁。丁遂據以受乙之讓渡或質入。如是則丙雖欲不認丁之權利。終有所不能。此丙欲對抗丁。（即其

他之第三者。所以亦必具通知承諾之條件。且須有確定日附之證書（可參觀債權法第四章第一節第一款第二項）也。

右二說之規定。見日本民法第三百六十四條一項。『以指名債權爲質權之目的時。非從第四百六十七條之規定。以質權之設定。通知第三債務者而得其承諾。不得以之對抗第三債務者。』如第一說及其他之第三者。〔如第二說〕

亨 例外 其說二。

一 株式。但交付株券。不必以質權之設定。通知第三債務者（如記載質權設定於株主名簿是）而得其承諾。即得以之對抗第三者及其他之第三者。其規定見前條二項。『前項之規定。記名之株式。不適用之。』

梅博士以爲自保護第三者之點觀之。則本項之規定。未爲適當。蓋以株式爲質。而不記載於株主名簿。則第三者往往於已被質之株式。誤信爲完全屬於株主。而交易上不免有大受損害之虞矣。日本法之爲此規定。亦重違

舊時習慣。非法理之正也。

二 社債 日本所謂社債。即其株式會社所發行之一種信用證券也。關於社債之質入。非依社債讓渡之規定。而以質權之設定。記入於會社之帳簿。不得以之對抗會社。及其他之第三者。(見日本民法第三百六十五條) 以其所必通知而得其承諾者。乃法人。非自然人。故亦於前條一項爲例外。

地 指圖債權 指圖債權之性質。惟當依裏書以讓渡。(詳債權法第四章第三節第一款第一項) 故關於其權利之消長。必記載於證券之上。方生效力。即質權之設定亦然。其規定見日本民法第三百六十六條。『以指圖債權爲質權之目的時。非以質權之設定爲裏書於其證書。不得以之對抗第三者。』

人 無記名債權 無記名債權。必有證券。既有證券。其必於質入時交付無疑。但在日本民法。既認無記名債權爲動產。(見八六條三項) 則關於其質入。又當適用動產質之規定。而以引渡爲要件矣。

乙 效力 說分子丑

子 原則 權利質之質權者得直接取立（收取）爲質權目的之債權。（見日本民法三六七條）說分天地

天 債權之目的物爲金錢時 說分元亨

元 金額 其質入者之債權之金額同於質權者之債權之金額或更不及其金額則質權者得受其全部以充當其辨濟。若質入者之債權之金額超過於質權者之債權之金額則質權者惟於滿自己債權額之限度內得受其辨濟。其規定見前條二項。『債權之目的物爲金錢時質權者惟對於自己債權額之部分得取立之。』

亨 辨濟期 若質入者之債權辨濟期在質權者之債權辨濟期以前其到期時質權者尙未得受辨濟。惟得使第三債務者（即質入者之債務者）供託其辨濟金額。而其質權遂存於其供託金之上矣。（見前條三項）

地 債權之目的物非金錢時 以得受辨濟之物質入者當辨濟期到來時質權者不得直取其物以爲己有。而可競賣之。以其代價充當辨濟。

丑 例外 蓋於以上所述之方法外。更得依民事訴訟法所定之執行方法。以實行其質權。(見前條四項)即關於轉付及換價之處分。必請求裁判所之命令。而不得直接行之。(見日本民事訴訟法六〇〇條、六〇二條、六一三條)是也。

第四章 抵當權

第一節 總則 說分甲乙

甲 定義 抵當權者。謂債權者對於債務者或第三者所指定供擔保之不動產或船舶所關之權利。有先他之質權者。而受自己債權之辨濟之權利。(見日本民法三六九條。船舶二字。蓋梅博士取諸商法六八六條。以補本條之所不足者)也。其中有二要素。(一)不動產或船舶。(二)優先權。如借債於人。而指其不動產或船舶以爲擔保。則將來債務者不能辨濟。其債權者得先他人處分此不動產或船舶。而受其利益。是亦有優先權也。

乙 目的 說分子丑

子 種類 其在日本。於民法上有規定者三。無規定者二。先言有規定者。(一)不動

產所有權。蓋抵當權雖以物爲其目的。實則以物之所有權爲其目的者也。(二)地上權。(三)永小作權。地上權及永小作權之爲抵當權目的時。其於以不動產所有權爲抵當之規定。可準用之。次言無規定者。(一)鑛業權。(二)船舶所有權。鑛業權及船舶所有權之得爲抵當權目的。蓋在新民法施行之後。故於此無所規定。

丑 範圍 說分天地

天 原則 在抵當地之上。除建物外。有附加而成爲一體者。皆抵當權之所及也。其規定見日本民法第三百七十條前段。『抵當權者。除存於抵當地上之建物外。直及附加於其所爲目的之不動產。而與之成爲一體之物……』

地 例外 其例凡四。(見前條及二七一條)

一 設定行爲之特別約定時 其得依當事者之意思以定範圍者。以其無關公益也。

二 土地上築造建物時 其範圍不及建物者。日本自從其習慣也。

三 債務者知害他債權者而加工作於抵當不動產時 如債務者已無資

力。猶施工作於不動產。以增加抵當權者之特別擔保。則他債權者。必因而減損。已所當受之辨濟額。且此事必出於抵當權者與抵當權設定者之通謀。故法律不許即以其工作物。爲抵當權之目的。

四 果實 抵當權之設。本不妨所有者之收益。若抵當權及於果實。則有背於設抵當權之意。此日本民法第三百七十一條。所以有果實不適用前條規定之制也。

第二節 效力

第一款 總則

第一項 物權

抵當權。亦一物權也。一經設定。則於其範圍內。已滅殺所有權之相當部分。故非第一抵當權者。行使其權利之後。則第二抵當權者。不得行使其權利。又以其不以占有爲要素。故非登記不足以對抗第三者。此皆物權自然生出之結果也。

第二項 擔保債權

抵當權之擔保債權也。元本之外兼及利息與其他定期金。惟於利息與定期金之期限。不可無所限制。蓋所以保全他之債權者也。說分甲乙

甲 原則 限於最後之二年。得以抵當權爲其擔保而行使之。如約定每年臘底付利息之債權。而歷年未付。及本年乙巳八月實行抵當權。（即處分之而受其利益之謂）則并癸卯甲辰二年之利息算入可也。其規定見日本民法第三百七十四條。『抵當權者。有請求利息及其他定期金之權利時。惟於其滿期前之最後二。年分。得行其抵當權。』

乙 特例 於前所限二年以外之定期金。若於期滿後會爲特別之登記。則自其登記時起算。亦得行使其抵當權。（見前條但書）如甲以壬寅年一月一日得第一抵當權。乙以同年二月一日於同一不動產上。得第二抵當權。直至本年乙巳。甲未得一錢之利息。而會於癸卯一月一日。爲未得利息之登記。則於本年實行抵當權時。甲先受元本及癸卯甲辰二年之利息。餘以償還乙。更餘則以償還壬寅所負於甲之利息。是其例也。

第三項 權利之讓渡 說分甲乙

甲 情形 說分子 至辰

子 他之債權之擔保。如甲爲乙之債權者。因使乙以其不動產設定抵當權。既而甲又對於丙負債務。因以已對於乙所有之抵當權。爲丙對於已之債權之擔保。此時若丙之債權額。超過於甲之債權額。則丙祇得依甲之債權額。以行其抵當權。又或丙之債權期限。較甲之債權期限先到。則丙必俟甲之債權期限到來。始得行其抵當權矣。

丑 抵當權之讓渡。如前例。甲丙同爲乙之債權者。而甲有擔保。丙無擔保。既而甲以其抵當權讓渡於丙。則甲以有擔保之債權。變爲無擔保之債權。丙以無擔保之債權。變爲有擔保之債權矣。

寅 抵當權之拋棄。如甲有第一順位之抵當權。丁有第二順位之抵當權。丙爲無抵當之債權者。設甲讓渡其抵當權於丙。則丙當先丁而受辨濟。今甲祇爲丙謀利益。而拋棄其抵當權。則先行其抵當權者爲丁。而甲與丙。同爲無抵當權之債權

者。故必待丁受辨濟後。剩有殘餘價額。而後甲與丙得以平等受其辨濟矣。

卯 順位之讓渡 如前例。甲讓渡其抵當權之第一順位於丁。使丁得先行其權利是也。其與抵當權之讓渡不同者。彼對於非抵當權者讓渡。而權利之關係斷絕。此對於抵當權者讓渡。而權利之關係減輕也。

辰 順位之拋棄 如甲丙丁皆抵當權者。甲居第一順位。丁居第二順位。丙居第三順位。各有債權千圓。而其不動產之價額。僅足千五百圓。若依本則。甲先取千圓。丁次取五百圓。丙無一錢可取。今甲因爲丙謀利益。而拋棄其抵當之順位。則當以丁爲第一順位。丙爲第二順位矣。然丁之得居第一順位。非純然自甲讓渡者。畢竟祇得取五百圓。而丙既居第二順位。則亦應取五百圓。而餘額五百圓。適宜歸甲有。蓋甲雖拋棄順位。其抵當權固在也。其與順位之讓渡異者。彼以甲無受一錢之權利爲結果。（如讓渡其順位於丙。其結果則丙取千圓。丁取五百圓。甲無所取。）此以甲有與丙同等之權利爲結果。其與抵當權之拋棄異者。彼之因拋棄而受利益者。非抵當權者。此之因拋棄而受利益者。乃抵當權者也。

日本民法第三百七十五條云「抵當權者。得以其抵當權。爲他之債權之擔保。」「如子」又得爲對於同一債務者之他債權者之利益。而讓渡或拋棄其抵當權。」「如丑寅」及讓渡或拋棄其順位。」「如卯辰」

乙 效力 說分子丑

子 對於他之第三者 抵當權之處分。非登記不足以對抗第三者。固也。然尤須令債務者知之。蓋不如此。不獨恐債務者對於前抵當權者。有辨濟等行爲。且恐他之第三者。因債務者不知。而轉生疑惑。其規定見日本民法第三百七十六條一項。」「於前條之情形。非從第四百六十七條之規定。通知抵當權之處分於主債務者。而得其承諾。不得以之對抗其債務者。保證人。抵當權設定者。及其承繼人。」

丑 受益者間 債務者既受通知而爲承諾。則必服從於受抵當權處分之利益者。而不得擅自償還於前抵當權者。其規定見前條二項。」「主債務者受前項之通知而爲承諾時。無受抵當權處分之利益者之承諾。而爲辨濟於前抵當權者。不得以之對抗於其受益者。」

第四項 實行方法 說分甲乙

甲 原則 競賣其所抵當之不動產而受其代金。

乙 例外 於不害抵當權者之範圍內設免除抵當權者實行之方法。（即辨濟滌除是）所以保護第三取得者。即所以救抵當權之有妨於財產流通也。

第五項 分別土地建物爲抵當時

日本常分土地與建物爲二。即以之爲抵當權之目的亦不合併。此其習慣然也。說分甲乙

甲 土地與建物非屬於同一所有者 此在以土地爲抵當者其關係不及於建物。以建物爲抵當者其關係不及於土地。故雖土地與建物相連屬亦不生困難問題。

乙 土地與建物屬於同一所有者 此其問題所由生。即在專競賣土地或專競賣建物時。如專競賣土地。土地既歸競落人所有。而建物仍屬舊所有者。若不爲建物所有者設法保護。勢必廢去其建物。不惟建物所有者直接蒙損失。即抵當權者

亦恆間接蒙損失。故非視建物所有者爲有地上權於其土地上不可。其規定見日本民法第三百八十八條。『於土地及存於其上之建物屬於同一所有者。而專以土地、或專以建物爲抵當時。若有競賣不動產之事。則視其抵當權設定者。豫爲建物計。而設定地上權。』

然使視爲無報酬而設定地上權。則又不利於土地所有者。故當使建物所有者。付以地代。而其地代。則因當事者之請求。由裁判所定其相當之額（見前條但書）可也。

如右所述。乃於抵當權設定之初。即存有建物於其土地之上者。若於抵當權設定後。始築造建物。則抵當權者。得與其土地共競賣之。特其建物。原未抵當。故當競賣之際。抵當權者。祇得於其土地之代價上有優先權（見日本民法二八九條）也。

第二款 優先權 說分甲至丁

甲 對於普通債權者之優先權 即抵當權者之於抵當不動產。得排斥他之債權者。而先受辨濟也。（參觀本章第一節甲號）

乙 抵當權者間之順位 謂以同一不動產擔保數個債權。而設定抵當權時。其抵當權之順位。一依登記之前後。(見日本民法三二七三條)而不問其設定之前後。如丙有值可八千圓之不動產。初以之抵當於甲。借得五千圓。次以之抵當於乙。借得三千圓。然乙實先甲登記其抵當權。則使丙之不動產。其值低落至六千圓。雖甲之抵當權。設定在前。亦終必以乙爲第一債權者。而於六千圓之值。乙竟得先取三千圓。甲反不過取其殘額三千圓而已。

丙 於數個不動產上設定抵當時 說分子丑

子 原則 如丙先借千圓於甲。而以子丑兩不動產之值各千圓者。設定抵當權。次借千圓於乙。而以子不動產之值千圓者。設定抵當權。則抵當權實行時。必待甲於子丑兩不動產之價額中。各受取五百圓。而後乙於子不動產價額中。得受取所餘之五百圓。所謂準各不動產之價額。分其債權之負擔。(見日本民法三九二條一項)而甲獨有優先權者也。

丑 例外 如前例設定抵當權。而甲獨於子不動產之代價。豫定有受全額辨濟

之權利。則抵當權實行時。甲可先受取子不動產之代價全額。(千圓)而乙則惟於丑不動產之價額中。有受取其應得辨濟之金額(五百圓)之權利。可代位甲以請求之。(見日本民法三九二條二項)是亦惟甲有優先權也。

丁 對於他之財產之權利 說分子丑

子 原則 抵當權者。對於債務者之別種財產。不得捨其所抵當之不動產。而先與普通債權者。受平等之辨濟。(見日本民法三九四條一項)是其優先權。僅存於抵當不動產之上也。

丑 例外 抵當權者。於當先抵當不動產之代價。而配當別種財產之代價時。其對於債務者之別種財產。得捨其所抵當之不動產。而先與普通債權者。受平等之辨濟。(見日本民法三九四條二項)夫曰受平等之辨濟。則亦無所謂優先權矣。

第三款 追及權

第一項 原則 說分甲乙

甲 第三取得者任意辨濟時 此在抵當權者。惟認其所辨濟之一部分有效。而於

其未辨濟之一部分。仍得行使其抵當權。即所謂有追及權也。

乙 抵當權者請求辨濟時。此在第三取得者。決非爲債務者辨濟債務之一部。實認爲抵當物之價格而支付之。故抵當權當因之而消滅。即追及權亦從而消滅矣。但必第三取得者。爲買受抵當不動產之所有權。或地上權者。方能享此利益。而不可以例及有永小作權。或有地役權者。蓋以其對於所使用之不動產。其所出對價之額甚小。故抵當權者對之。雖亦可請求代價或小作料。而不得遽因此拋棄其抵當權也。其規定見日本民法第三百七十七條。『買受抵當不動產之所有權或地上權之第三者。應抵當權者之請求而辨濟其代價。抵當權因而消滅。』

第二項 滌除 說分甲乙

甲 定義 滌除者。謂第三取得者提供得抵當權者承諾之一定金額而使抵當權消滅也。夫滌除之法。自純理上論之。以第三取得者而得任意使優先之抵當權消滅。未爲得當。而就實際上之便宜觀之。既不失第三取得者謀爲取得之權利。又不害抵當權者之利益。且使附著於抵當權之不動產。有容易取引之利益。洵可謂公私兩利。

者。其規定見日本民法第三百七十八條。『取得抵當不動產之所有權、地上權、或永小作權之第三者。從第三百八十二條乃至第三百八十四條之規定。拂渡提供。而得其承諾之金額於抵當權者。或未拂渡而供託之。得以滌除其抵當權。』

乙 滌除權者 說分子丑

子 原則 滌除制度。原爲保護第三取得者而設。故正當得行滌除權之人。惟有第三取得者。

丑 例外 說分天地

天 債務者 不問其爲主債務者、與保證人、或其承繼人。但既居於債務者之地位。即有辨濟債務全額之義務。倘許其得以一部辨濟行滌除權。則債權者於其未受辨濟之部分。不免失所擔保。此法律所當保護者。其規定見日本民法第三百七十五條。『主債務者、保證人、及其承繼人。不得爲抵當權之滌除。』

地 條件附取得者 此專指停止條件附之第三取得者言。夫既附停止條件。自不得於其條件成否未定之間。竟行使其滌除權。（見日本民法三八〇條）蓋

非正當之第三取得者。即不能有第三取得者之權利。亦其法律行爲所生之自然結果也。

丙 手續 說分子至卯

子 抵當權者之通知 蓋非抵當權者豫爲通知。則第三取得者。往往欲行滌除權而有所不及。此又立法者所宜慮及者。其規定見日本民法第三百八十一條。『抵當權者欲實行其抵當權時。要豫通知。揭於第三百七十八條之第三取得者。』

丑 滌除之時期 得爲滌除之時期有三。(一)於抵當權者未通知前。第三取得者。得隨時行使其滌除權。(二)於抵當權者既通知後。第三取得者。必於一月以內送達書面。以爲滌除手續之開始。(三)有於抵當權者既通知後。而新取得權利之第三者。亦祇得行使滌除權於通知後之一月以內。以上三種時期之規定。見日本民法第三百八十二條。其一項云。第三取得者。自受前條之通知時止。無論何時。得爲抵當權之滌除。其一項云。第三取得者。受前條之通知時。非於一月以內爲次條之送

甲 原則 短期之借貸。雖登記於抵當權登記之後。亦得以之對抗於抵當權者。（見日本民法二九五條）蓋以其最有益於不動產之生殖。而不至減少其價格。故深為法律所保護也。

乙 例外 若借貸借於抵當權者有損害。則裁判所得因抵當權者之請求。而命其解除。（見日本民法二九五條但書）夫既為借貸借保護。而又許抵當權者請求解除。則其保護。亦徒有其名耳。且所謂有損害於抵當權者。非必有正當之理由。不過當賣卻不動產之不得善價時。借口於有借貸借而已。此梅博士及富井氏。所以均駁斥此項之規定也。

第三節 消滅

抵當權消滅之原因。有與他之擔保權共通者。如因其所擔保之債權消滅。抵當權之拋棄。目的物之滅失與混同。而消滅者是也。有為抵當權所獨具者。如因取得代價之辨濟及滌除、競賣、而消滅者（均詳本章第二節第三款）是也。本節所言。則因時效及地上權、永小作權之拋棄而消滅者。

第一款 時效 說分甲乙

甲 取得時效 凡平穩且公然占有他人之不動產。而其占有係出於善意。且無過失者。(所謂必要之條件)得以十年經過。取得其不動之所有權。此所謂取得時效也。夫在彼一方為取得。即在此一方為消滅。就抵當權言之。如設有抵當之不動產。有買取之者。經過十年。而抵當權者之對此不動產。尚不及處分。則因買主取得所有權。而抵當權遂歸於消滅是也。

乙 消滅時效 說分子丑

子 對於債務者或抵當權設定者 此時債權為主。抵當權為從。苟其所擔保之債權。不因時效消滅。則其抵當權雖罹時效。而亦不消滅矣。故其消滅必與債權同時。其規定見日本民法第三百九十六條。『抵當權者。對於債務者及抵當權設定者。非與其所擔保之債權同時。不因時效而消滅。』

丑 對於非債務者及非抵當權設定者 如買主買取設有抵當之不動產。已具備取得時效必要之條件。(如日本民法一六二條所規定者是)因而主張其抵當

權之當歸消滅。在抵當權者不得對抗之。其規定見日本民法第三百九十七條。『非債務者及非抵當權設定者。占有抵當不動產。而具備取得時效必要之條件時。抵當權因而消滅。』

第二款 地上權永小作權之拋棄

設地上權者、或永小作人、以其權利之一部分爲抵當。則此一部分之權利。已爲抵當權者所有。雖欲主張拋棄而不得。則抵當權之不因其拋棄而消滅可知。其規定見日本民法第三百九十八條。『以地上權或永小作權爲抵當時。不得以拋棄其權利對抗抵當權者。』

政法粹編科目

法學通論	國法學	行政法	民法總則	民法總論	民法債權保	商法總則	商法	商法	刑法總論	刑法各論
楊度	羅傑	貴州 夏同龢	湖南 羅永紹	湖南 石潤金	湖南 彭兆璜	湖南 雷光宇	湖北 陳武	湖南 劉澤熙	陶懋頤	瞿宗鐸
陶思曾										
裁判所構成法	民事訴訟法	刑事訴訟法	平時國際公法	戰時國際公法	國際私法	經濟學	財政學	監獄學	殖民政策	外政
湖北 吳柏年	湖南 畢厚	蕭仲邴	廖維勳	陳嘉會	湖北 曹履貞	湖北 易奉乾	湖南 胡子清	江西 賀國昌	湖南 胡子清	中國裁判訴訟制度 西洋政治地理

法政粹編民法債權及擔保與附

光緒三十一年七月廿九日發行
明治三十八年八月廿九日發行



編輯者 彭 兆 璜

印刷者 池 田 宗 平
日本東京淺草區黑船町廿八番地

印刷所 東京並木活版所
日本東京淺草區黑船町廿八番地

(電話特下谷百〇五番)

8
42531

