法學士　加納友之助　講述

物權法（第一部）

完

東京法學院

明治廿五年廿四日出版

物權法(第二部)

目次

緒言　一丁

總論

第一、擔保ノ意義　二丁

第二、物上擔保ノ種類　同丁

第三、物上擔保ノ一般ノ性質　五丁

第四、物上擔保ノ效用　七丁

第五、物上擔保ノ沿革　一三丁

本論

第一章　留置權　一五丁

第一節　留置權ノ定義　二〇丁

第二節　留置權ノ效力　同丁

同丁

三二丁

第三節　留置權者ノ權利及ヒ義務　三八丁
第四節　留置權ノ消滅　四三丁
第二章　質權　四八丁
第一節　總則　四九丁
第一款　質權ノ定義　五〇丁
第二款　主タル債權　五二丁
第三款　質權ノ目的物　五六丁
第四款　質契約　六二丁
第五款　質權ノ範圍　七〇丁
第六款　質權ノ效力　七四丁
第七款　質權者ノ權利義務　九四丁
第八款　物上保證　九五丁
第九款　質權ノ消滅　九七丁
第二節　動產質　一〇〇丁

第三節　不動產質　一一〇丁
第四節　權利質　一二二丁
第一款　總說　同　丁
第二款　債權質　一二五丁
第三章　抵當權　一三五丁
第一節　總則　一三七丁
第一款　定義　同　丁
第二款　抵當權ノ目的　一四二丁
第三款　抵當權ノ要件　一四八丁
第四款　抵當權ノ範圍　一五二丁
第二節　抵當權ノ效力　一六三丁
第一款　總論　同　丁
第一項　抵當權ノ順位　同　丁
第二項　抵當權ノ失效　一六五丁

第三項　抵當權ノ處分　一六九丁
第四項　抵當權ノ實行　一七七丁
第二款　債權者間ニ於ケル效力　一八一丁
第三款　第三者ニ對スル效力　一九〇丁
第一項　總論　一九一丁
第二項　買受代價ノ辨濟　一九五丁
第三項　滌除　一九九丁
第四項　登記賃借人　二一三丁
第三節　抵當權ノ消滅　二一四丁
第四章　先取特權　二一七丁
第一節　先取特權ノ性質　同　丁
第二節　先取特權ヲ與フル債權　二二〇丁
第一款　一般ノ先取特權ヲ生スル債權　同　丁
第二款　特定ノ動產ノ上ニ先取特權ヲ生スル債權　二二二丁
第三款　特定ノ不動產ノ上ニ先取特權ヲ生スル債權　二二四丁
第三節　先取特權ノ成立　二二六丁
第四節　先取特權ノ順位　二二九丁
第五節　先取特權ノ效力　二三四丁
第六節　先取特權ノ行使　二四一丁
第五章　物上擔保ノ效力ノ順位　二四四丁

物權法(第二部)

法學士 加納友之助講義
卒業生 高橋淺五郎編輯

緒言

余カ之ヲ講セントスル所ハ物上擔保ノ諸權利ニ關スル規定ナリ而シテ此等ノ諸權利ハ皆共ニ物權ニ屬スルモノナルカ故ニ諸君カ既ニ前學年ニ於テ研究セラレタル一般物權ニ關スル規定ハ總テ之ニ適用セラルヘク又此等ノ諸權利ハ皆共ニ債權ヲ確定ナラシメンカ爲ニ發生スルモノニシテ債權ハ實ニ此等ノ諸權利ニ主タルモノトス故ニ物上擔保ノ諸權利ニ關スル規定ハ又債權ニ關スル一般ノ規定ト相離ルヘカラサル關係ヲ有ス此二點ハ講步ヲ進ムルニ先チテ豫メ諸君ノ注意ヲ煩ハス所ナリ又競賣法不動產登記法トハ密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ參照セラレンコトヲ望ム

各種ノ權利ニ關スル講義ノ順序ハ之ヲ法典ニ徵スレハ留置權ヲ第一トシ以下先取特權、質權、抵當權ノ諸權利順次之ニ次ケトモ先取特權ニ關スル規定ハ概シテ單純ニシテ理論少ナシ其説明ノ爲ニ多クノ時間ヲ費ストキハ後ノ質權、抵當權ノ部ニ至リテ自ラ講義ノ粗笨簡畧ニ失スルノ憂アルカ故ニ余ハ先ツ留置權ヲ説キ次ニ質權、抵當權ニ及ホシ先取特權ハ最後ニ之ヲ講述セントス

總論

第一、擔保ノ意義

總論 擔保ノ意義

羅馬法ニ於テハ擔保ナル語辭ハ一般ニ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルコトヲ意味セシモノナリシカ今日ノ法律ニ於テモ亦大體ノ意味之ト同シ佛人トマントハ之ヲ説明シテ擔保トハ特ニ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルコトヲ指スモノニシテ擔保責任トハ債務者カ債權者ニ對シ損害ヲ未發ニ防キ既發ニ之ヲ賠償スル責任ヲ云フト云ヘリ然レトモ又多少異ナリタル意義ニ之ヲ使用セラルヽコトモナキニアラサルヲ以テ左ニ其各意義ニ使用セラルヽ場合ヲ掲クヘシ

一、先ツ主タル債務アリテ其債務ヲ確實ニスル方法ヲ指ス場合　是レ最モ普通ノ場合ニシテ此意義ニ於ケル擔保中ニハ物上擔保、對人擔保ノ二種類アリ

二、賣主カ其賣渡シタル物件ニ關シテ買主ニ損害ヲ受ケシメサルノ責任ヲ指ス場合　此意義ニ於ケル擔保ノ中ニハ追奪擔保、瑕疵擔保ノ二種アリテ新民法第二百六十一條及ヒ第五百七十二條ニ於テハ明カニ擔保ノ語辭ヲ以テ此意義ニ使用セリ

三、以上一及ヒ二ノ用法ノ外又舊民法ニ於テハ共同擔保ト云ヘル文字アリ蓋シ債務者ノ財産ハ其全部ヲ擧テ債務ノ辨濟ニ充當スヘキモノナルカ故ニ從テ債務者ノ總財産ハ各債權者ノ共同擔保ナリトノ意義ヲ以テ用ヰラレタルモノナリ然レトモ是レ少シク廣キニ失スル所ノ用法ニシテ債權者ノ全財産ヨリ債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルハ是レ債權當然ノ性質ニシテ特ニ之ヲ擔保ト稱スルノ必要ナシ其他舊民法ニ於テハ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權及ヒ連帶債務者相互ノ間ニ於ケル求償權ヲ以テ擔保訴權ト稱スレトモ此等モ亦擔保ト稱スヘキモノニアラス其他獨逸ニ於テハ差押ハ擔保ヲ生スト云ヘル語アリ是レ同國ノ訴訟法ニ於テハ先ツ債務者ノ財産ヲ差押ヘタル債權者ハ

恰モ質權者ノ如ク其差押ヘタル物件ヨリ優先ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルノ權利ヲ認メ居ルカ故ナリ然レトモ我國ノ訴訟法ニ於テハ斯ノ如キ規定ナキカ故ニ從テ又差押ハ擔保ヲ生スルコトナシトス

之ヲ要スルニ擔保ナル語辭ハ單ニ廣ク債務ノ履行ヲ確實ナラシムルノ意義ヲ有シ必ズシモ一定ノ用例アルニアラサレトモ其法律上最モ普通ニ用ヰラルヽ所ハ第一ニ掲ケタル意義ニ在リトス此意義ニ於ケル擔保ハ之ヲ分チテ二種トナス即チ對人擔保及ヒ物上擔保是ナリ

對人擔保トハ從タル債務ヲ以テ主タル債務ノ履行ヲ確實ニスルノ方法ニシテ即チ保證是ナリ舊民法ハ連帶債務及ヒ任意ノ不可分債務ヲモ對人擔保ノ一種ト爲セトモ是レ其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ此二者ハ時ニ或ハ擔保ノ目的ニ利用スルコトナキニアラスト雖モ其本來ノ性質ハ連帶債務者及ヒ不可分債務者皆各自ニ一個ノ主タル債務ヲ負擔スルモノニシテ決シテ之ヲ擔保ト稱スヘカラサルモノナレハナリ

物上擔保トハ物件ノ上ニ物權ヲ設定シテ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルノ方法ヲ

物上擔保ノ種類

云フ此場合ニ於テハ物カ直接ニ債務ノ履行ヲ確實ナラシムル地位ニ在ルカ故ニ此名アリト雖モ余ハ專ロ物權擔保ト稱スルノ勝レルニ如カサルヲ信スルナリ

第一、物上擔保ノ種類

新民法ニ於テハ物上擔保ニハ四種ノ別アリ即チ留置權、先取特權、質權及ヒ抵當權是ナリ今此四者ヲ各種ノ點ヨリ區別シテ其異同ヲ明カニスヘシ(第一)權利ノ發生原因ニ從テ之ヲ區別スレハ留置權ト先取特權トハ債權ノ性質ニ依リテ當然發生スルモノニシテ質權及ヒ抵當權ハ任意ニ債務者又ハ債務者ノ爲ニスル第三者ノ設定ニ依リテ發生スルモノナリ(第二)權利ノ目的物ノ如何ニ依リテ之ヲ區別スレハ留置權、先取特權及ヒ質權ハ共ニ動產幷ニ不動產ヲ以テ其目的トナスコトヲ得レトモ(質權ハ此他尙ホ權利ヲ以テ其目的トナスコトヲ得)抵當權ハ單ニ不動產ノ上ニノミ設定セラル(第三)物ノ占有ヲ必要トスルヤ否ヤニ依リテ之ヲ區別スレハ留置權、質權ノ二者ハ占有ヲ必要トシ先取特權ハ之ヲ必要トスル場合ト然ラサル場合トアリ抵當權ニ至リテハ全然之ヲ必要トセサルモノトス(第四)終リニ權利ノ性質ヨリ之ヲ區別スレハ留置權ハ單ニ物ノ上ニノミ行ハレテ其價額ニ及ハス即チ留置權者ハ債務ノ辨濟

ヲ得ルマテ物ヲ留置スルコトヲ得ルノミニシテ縱令債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ト雖モ留置權者自ラ其物ヲ賣却シ其代價ヲ以テ其債權ノ辨濟ニ充當スルコト能ハサレトモ先取特權、質權及ヒ抵當權者ハ債務ノ辨濟期ニ至リテ債務者其債務ヲ辨濟セサルトキハ其目的物ヲ賣却シ其代價ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得ルナリ

今參考ノ爲ニ外國法ニ於ケル物上擔保ノ狀態ヲ見ルニ獨逸民法ニ於テハ留置權ハ之ヲ債權トシ先取特權ハ或特種ノ債權ノ體樣トシテ獨立ノ權利ト看做サス質權、抵當權ハ之ヲ物上擔保トシテ認ムト雖モ質權ハ單ニ動產ノ上ニノミ設定スルコトヲ許スニ止マルノミ其他同法ニ於テハ土地債務ナルモノアリ之ヲ以テ物上擔保ノ一種ト爲スヤ否ヤハ學者ノ間其說ヲ異ニスルモ要スルニ余ハ之ヲ否認スルヲ以テ適當ト信スルナリ次ニ佛國ニ於テハ先取特權、動產質、不動產質及ヒ書入質ノ三者ヲ以テ物上擔保ト爲セトモ留置權ニ付テハ一般ノ規定ヲ設ケス唯此權利ヲ發生スル各場合ニ於テ各別ニ規定スルノミ而シテ其權利ノ性質如何ニ至リテハ或ハ之ヲ物權ト爲スモノアリ或ハ之ヲ債權ト爲スモノアリト雖モ今日ニ於

物上擔保ノ一般ノ性質

テハ一般ニ之ヲ物權ト看做セリ要スルニ我舊民法ハ佛國ノ法典及ヒ其學說ニ從ヒテ留置權、先取特權、質權及ヒ抵當權ヲ物上擔保ト爲シ新民法ハ亦之ヲ踏襲シテ敢テ改メサリシナリ

第三、物上擔保ノ一般ノ性質

一、物上擔保ハ物權ナリ

物權ノ性質如何ハ物權法第一部ノ講義ニ於テ既ニ研究セラレタルカ故ニ茲ニ特ニ詳說スルノ必要ナシ要スルニ直接ニ物ノ上ニ行ハルヽコト、一般ノ人ニ對抗シ得ルコト及ヒ權利者ノ行爲ヲ目的トスルコトノ三點ヨリ觀察セハ容易ニ物權ト他ノ權利トヲ判別スルコトヲ得ルナリ

物權ノ效力如何ハ以上ノ三性質ヨリ推究シテ之ヲ知ルコトヲ得ト雖モ今便宜ノ爲メ優先權及ヒ追及權ノ二者ニ付キ其梗概ヲ說明スヘシ

イ、優先權　物權ハ其效力ノ一トシテ優先權ヲ包有ス優先權トハ其文字ノ示セルカ如ク畢竟他人ニ優先シテ其權利ヲ行フコトヲ意味スルモノニシテ之ヲ解スルモノニ至リテハ或ハ同一物件ニ對シテ已レヨリモ後ニ權利ヲ取得

シタルモノニ先チテ自己ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノ權利ナリト爲スモノアリ或ハ他ノ債權者ト比較シテ普通ノ債權者ヨリモ先キニ行フコトヲ得ル權利ナリト云フモノアリ前者ハ效力ノ前後ニ依リテ說ヲ立テ後者ハ債權ノ効力ノ比較上ヨリ說ヲ爲セルモノナリ兩說何レニ從フモ不可ナシト雖モ元來債權者ハ債務者ノ財產ヨリ其債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得レトモ其債務者ノ財產ニ付テ他ニ物權ヲ有スルモノアレハ先ツ其權利ヲ認メ普通ノ債權者ニ優先シテ之ヲ行フコトヲ得セシメサルヘカラス余ハ此效力ヲ指シテ物權ノ優先權ト稱スルヲ適當ナリト信スルカ故ニ以下凡テ此意義ニ從フ

追及權　追及權トハ物ニ追隨スルノ意義ニシテ或ハ物ノ占有ヲ回復スル權利ナリト爲スモノアレトモ是レ狹隘ニ失スルノ見解タルヲ免レス若シ此意義ニ從フトキハ抵當權ニ追及權ナシト云ハサルヘカラス何トナレハ抵當權ハ占有ヲ要セスシテ成立スルモノナレハナリ余ハ追及權ヲ以テ其物ニ付キ他人カ權利ヲ取得スルモ之ニ依リテ自己ノ權利ノ主張ヲ妨ケラレサルノ意義ニ使用セントス即チ自己ノ權利ノ主張ヲ妨ケラレサル權利ナリトスル

ヲ妥當ト信スルナリ

二、物上擔保ハ他物權ナリ

物權ヲ大別シテ所有權ト他物權ノ二者ト爲スハ羅馬法以來ノ區別ナリ他物權トハ他人ノ物ノ上ニ存スル物權ニシテ羅馬法ニ所謂「ユス、イン、レ、アリエナ」是ナリ占有權ハ特種ノ物權ナルカ故ニ右二者ノ中ニ入ルコト能ハスト雖モ之ヲ外ニシテ其他ノ所有權以外ノ物權ハ皆他物權ナリ物上擔保ノ他物權ナルコトハ殆ト疑フヲ要セサル所ナリト雖モ往々例外アリト說クモノナキニアラス是レ自己ノ物ノ上ニ他物權ヲ設定スル場合アリト爲スモノニシテ一ハ羅馬法ニ所謂不規則質（ピグノスヌイレギュラリア）ノ如キ場合ヲ以テ然リトナス二ハ混同ノ場合ヲ擧ケテ曰ク始メ或他人ノ物ニ付キ質權又ハ抵當權ヲ有セシモノ其後相續又ハ讓受ニ依リ其物ヲ自己ノ所有物ト爲ストキハ前ニ有セシ債權又ハ抵當權ハ混同ニ依リテ消滅スヘキナリ然ルニ若シ其物ニ付キ尙ホ他ニ債權又ハ抵當權ヲ有スルモノアルトキハ縱令自ラ其物ノ所有者トナルモ之ニ由テ直ニ自己カ前ニ有セシ質權又ハ抵當權ノ消滅ニ歸スルコトナクシテ依然存在スルモノト看做サル是ニ由テ之

ナ顧レハ此場合ニ於テハ明カニ自己ノ物ノ上ニ質權又ハ抵當權成立スルニアラスヤト、然リト雖モ法律ニ於テ斯ノ如キ場合ヲ認ムルモノ是レ一般混同ニ依リテ消滅スル原則ニ對シ便宜上一個ノ除外例ヲ認メタルニ過キスシテ決シテ性質上擔保權ハ自己ノ物ノ上ニ存スルコトヲ得ルノ意ヲ規定シタルモノニアラス論者カ此場合ヲ擧ケテ與々スルハ畢竟觀察ノ方法ヲ誤リタル謬見ヲ有スルニ基因スルモノニシテ物上擔保ノ性質上地物權ナルコトハ又寸毫ノ疑念ヲ要セサル所ナリ不規則質(ピグヌス、イレギュラリア)ニ付テハ後ニ説明スヘシ

二、物上擔保ハ從タル物權ナリ

物權ニハ主タルモノト從タルモノトアリ、主タル物權トハ占有權所有權、地上權及ヒ永小作權ニシテ地役權及ヒ物上擔保ハ從タル物權ナリ地役カ從タル權利ナリト云フハ土地ノ所有權ニ從タルノ意ニシテ物上擔保ノ從ナリト云フハ債權ニ從タルノ意ナリ、斯ノ如ク物上擔保ハ債權ニ從タルノ結果トシテ債權存在セスシテ物上擔保ノミ獨立シテ存在スルコトナク又其範圍ニ至リテモ債權ノ範圍ニ超越スルコトナシ之ヲ要スルニ物上擔保ハ債權ト其生存、消滅及ヒ範圍

ヲ同ウス、是レ其根本的性質ナリト雖モ現今ノ法律ニ於テハ稍債權ニ對シテ獨立ヲ認ムルノ傾向ナキニアラス例ヘハ更改ノ場合ニ於テ舊債務ニ附隨セシ擔保ヲ新債務ニ移轉スルコトヲ許シ或ハ代位ノ場合ニ於テ擔保モ其ニ代位者ニ移轉スルコトヲ許シ或ハ其他抵當權ノ處分ヲ許スカ如キ皆擔保權ノ債權ト分離シテ存在スルコトヲ認ムルノ結果ニアラサルハナク又獨逸ニ於テハ擔保權ハ其性質全ク獨立ノモノニシテ債權ニ附屬スルハ單ニ其作用ノミナリト云フ學説ヲ主張スル學者ナキニアラス然リト雖モ是レ不當ノ議論ニシテ縱令擔保權カ或ハ特定ノ債權ニ從屬セサルヘカラサルヤ否ヤハ問題ナリトスルモ債權ト獨立シテ存在スルコトヲ得ト云フニ至リテハ是レ斷シテ擔保權ノ性質トシテ許容シ得ル所ニアラスト云ハサルヘカラス且ヤ余ノ考フル所ヲ以テスレハ物上擔保ハ其性質上ヨリ之ヲ云ヘハ飽マテ特定ノ債權ニ從屬スヘキモノニシテ唯便宜ノ爲メ特別ノ明文アル場合ニ限リ之ヲ一ノ債權ヨリ他ノ債權ニ移付スルコトヲ得ルニ止マルノミ況ヤ債權ト獨立シテ存在スルカ如キコトハ到底之ヲ認メ得ヘキコトニアラサルニ於テナヤ

四、物上擔保ハ不可分ナリ

物上擔保ノ不可分ナルコトハ民法第二百九十六條、第三百五十條及ヒ第三百七十二條ニ掲ケラレタル所ナリ、所謂不可分トハ擔保物ノ全部及ヒ各部カ債權ノ各部及ヒ全部ヲ擔保スルヲ云フ、擔保物ノ全部及ヒ各部カ債權ノ各部ヲ擔保ストハ例ヘハ此ニ金百圓ノ債務ノ爲ニ馬二頭ヲ擔保ニ供シタリトセンニ若シ債務者ニ於テ其債務ノ半額即チ金五十圓ヲ辨濟スルトキハ恰モ二頭ノ中一頭ヲ回復スルコトヲ得ヘキカ如シト雖モ其實全部ノ辨濟ヲナスニハ之ヲ回復スルコトヲ得ス又百圓ノ債務カ相續其他ノ事由ニ由リテ二人ニ分タレタル場合ニ於テ其中ノ一人カ自己ノ負擔額ヲ辨濟シタリトスルモ尙ホ他ノ一人カ其負擔部分ヲ辨濟セサルトキハ其中ノ一頭ト雖モ之ヲ回復スルコト能ハサルカ如キヲ云ヒ擔保物ノ各部カ債權ノ全部ヲ擔保ストハ以上ノ例ニ於テ馬一頭カ未タ債務ノ辨濟ヲナサヽルニ先チテ死亡スルトキハ其餘ノ一頭ハ單ニ五十圓ノ擔保タルニ過キサルカ如キモ其實否ラスシテ殘餘ノ一頭ヲ以テ依然債權ノ全部ヲ擔保セサルヘカラサルヲ云フ、夫レ然リ而シテ斯ノ如ク物上擔保ヲ不可分トシタルハ後ニ說明スルカ如ク畢竟債務ノ辨濟ヲ受クルニ付テ債權者ノ地位ヲ確實ニセンカ爲ニ外ナラサルナリ

物上擔保ノ效用

第四、物上擔保ノ效用

物上擔保ハ果シテ如何ナル效用アルカヲ知ラント欲セハ擔保ヲ有スル債權者ト擔保ヲ有セサル債權者トノ地位ヲ比較スルヨリ明カナルハナシ、而シテ之カ比較ヲナスニハ無擔保債權者即チ通常ノ債權者ハ其債務ノ辨濟ヲ受クルニ付テ如何ナル危險アリヤヲ述フルヲ以テ足レリトス、而シテ其危險ノ第一ハ債務者ノ債務增加シテ到底其財產ヲ以テ總債權者ノ債權ヲ充分ニ辨濟スル能ハサルニ至リタルトキハ其財產ノ限度ニ應シテ他ノ債權者ト共ニ其各債權ノ額ニ相當スル辨濟ヲ受ケサルヘカラサルニ在リ、第二ハ普通ノ債權者ハ其債務者カ營業上又ハ普通ノ取引上惡意ナクシテ其目的タル財產ヲ奪ハレ遂ニ辨濟ノ資力ニ不足ヲ告ケ又ハ全ク缺乏スルニ至リタルトキハ到底辨濟ヲ受クノ途ナキニ在リ、第三ハ債務者ニ數人ノ相續者アリテ債務カ其數人ノ相續者間ニ分配セラレタルトキニ於テ若シ其中ニ無資力者アルトキハ其者ノ負擔ニ係ル部分ノミ遂ニ辨濟ヲ受クルコト

ヲ得サルニ在リ擔保ナキ普通ノ債權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クルニ付キテ斯ノ如キ危險アリト雖モ若シ之ニ反シテ物上擔保ヲ有スルトキハ第一ノ危險ハ他ニ優先權ヲ有スルコトニ由リテ防クコトヲ得ヘク第二ノ危險ハ追及權ニ依リテ制スルコトヲ得ヘク將タ亦第三ノ危險ニ至リテハ不可分權ヲ有スルコトニ依リテ之ヲ免ルヽコトヲ得ヘシ加之既ニ一タヒ擔保制度ヲ認メタル以上ハ他ニ擔保權ヲ取得スルモノアルトキハ爲ニ同時ニ債務者ノ財産ヲ減少スルノ結果ヲ生スルカ故ニ必スヤ自ラ擔保權ヲ獲得セスンハ遂ニ他人ニ先セラルヽコトヲ免ルヽ能ハサルナリ

終リニ臨ミテ物上擔保ト對人擔保トノ特質ヲ比較センニ古來ノ格言ニ擔保ハ人ヲ以テスルヨリモ物ヲ以テスルハ安全ナリト云フ語アリ其意蓋シ保證債務ハ同シク債務ナルカ故ニ前ニ述ヘタル所ノ普通ノ債權者ノ受ケ得ヘキ危險ハ同シク保證債務ニ在リテモ之ヲ免ルヽコト能ハス唯自己ノ信任スル者ヲ以テ保證人トノ爲スカ故ニ實際上普通ノ場合ニ比シテ其危險ノ結果ヲ見ルコト尠少ナルニ過キス然レトモ物上擔保ニ在リテハ苟クモ其目的物ニシテ消滅セサルトキハ其擔保

物上擔保ノ沿革

權繼續シテ存在スルカ故ニ之ヲ保證債務ニ比スルニ一層安全ナリト云フニ在リ現今一般ノ思想ニシテ又未タ信用ノ充分發達セサル社會ニ在リテハ最モ實際ニ適當セル思想ナルヘシト雖モ一方ヨリ之ヲ觀察スレハ保證債務ナルモノハ保證人カ全財産ヲ擧ケテ其責任ヲ負フノミナラス其相續人モ尙ホ其義務ヲ繼承セサルヘカラス然ルニ物上擔保ノ場合ニ於テハ其目的物ノ消滅スル恐レアリ縱令實際ニ於テ斯ノ如キ場合ハ稀ナリトスルモ時ニ其價額ニ非常ノ變化ヲ生スルコトアルハ免ルヘカラス故ニ信用若シ充分ナルトキハ寧ロ保證債務ヲ以テ安全ナリト云ハサルヘカラス唯今日實際ニ行ハルヽ擔保ハ主トシテ物上擔保ニシテ又今日ノ狀態ヨリ之ヲ觀察セハ寧ロ實際ニ適セル所ナリト云フコトヲ得ヘシ

第五、物上擔保ノ沿革

抑モ法律カ既ニ債權債務ノ關係ヲ認メタル以上ハ其債務ノ履行ヲ確實ニシテ其債權ヲシテ鞏固ナラシメンコトヲ希望スルハ普通ノ人情ニシテ物上擔保ノ認メラルヽニ至リタルモ亦此希望ニ基クモノトス而シテ今茲ニ物上擔保ノ沿革ヲ述フルニ當リ特ニ一言スヘキハ物上擔保ノ諸權利ハ其發達ノ順序ニ於テ一般法

律發達ノ順序ニ對シ一例外ヲ爲スコト是ナリ蓋シ一般法律發達ノ順序ニ於テハ物權ハ常ニ債權ニ先ツモノナリ是レ物權ハ元來直接ニ物ヲ目的トスルモノナルカ故ニ各人ノ生活ニ對シ常ニ直接ニシテ且必須ノ關係ヲ有スルモ債權ハ之ニ反シ主トシテ各人ノ無形ノ信用ニ基キ發生スルモノナルカ故ニ社會ノ文化未タ幼稚ナル時代ニ於テハ勢之カ發達ヲ見ルコトヲ得サレハナリ然リ而シテ物上擔保ノ諸權利ハ固ト物權ナルカ故ニ此點ヨリ見ルトキハ亦必ス他ノ物權ト等シク債權ニ先ヤテ發達セサルヘカラサルカ如シ然ルニ實際ニ於テハ全然之ニ反對スル狀態ノ存在スルヲ見ル是レ余カ物上擔保ノ諸權利ハ其發達ノ順序ニ於テ一般法律發達ノ順序ニ對シ一例外ヲ爲スト云フ所以ナリ然リト雖モ是レ全ク此等諸權利ノ性質ニ基因スル所ニシテ毫モ怪ムヘキコトニアラス何トナレハ此等ノ諸權利ハ固ト債務ノ履行ヲ確實ナラシメンカ爲メニ認メラレタルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如クナルカ故ニ先ツ之ニ依リテ擔保セラルヘキ債權アリテ而シテ後此等ノ諸權利アルハ是レ固ヨリ其所ナリ從テ其發達ノ順序ニ於テモ亦必ス債權ニ先ツヘカラサルハ理ノ睹易キ所ナレハナリ

今物上擔保ノ沿革ヲ述フルニ當リ廣ク古代ノ狀況ヲ研究スルハ興味アル事ナリト雖モ茲ニハ單ニ羅馬法ニ於ケル沿革ノ梗概ヲ說明スルニ止メントス

第一、留置權　留置權ハ既ニ羅馬法ニ於テ認メラレタリ即チ「ユス、リテンチオニス」ト稱スルモノ是ナリ然リト雖モ此「ユス、リテンチオニス」ハ今日ノ所謂留置權トハ其性質ヲ異ニシ單ニ債權タルニ止マリシノミナラス其發生ノ場合モ亦我民法ニ於ケルカ如ク一括シテ規定セラレタルニ過キサルナリ

第二、先取特權　先取特權モ亦既ニ羅馬法ニ於テ認メラレタリ即チ同法ニ於テハ之ヲ「プレビレジユム、エキシゲンチ」ト稱セリ然リト雖モ其性質ハ又前者ト同シク今日ノ所謂先取特權ト異ニシテ單ニ我債權ノ體樣トシテ存在セシニ止マリ未タ獨立ノ物權トシテハ認メラレサリシナリ而シテ此「プレビレジユム、エキシゲンチ」ナル語ハ素ト其源ヲ希臘語ニ發シタルカ故ニ先取特權ハ又希臘ニ於テモ既ニ之ヲ認メタリト論スル學者アリ

第三、債權及ヒ抵當權　此二種ノ權利モ亦羅馬法ノ明ニ認ムル所ナリ然リト雖

モ其初メニ當リテハ未タ此二種ノ區別存在セスシテ物ヲ以テ債務ノ履行ヲ擔保スルノ方法ハ唯一ニ止マレリ之ヲ「フヒヅヂア」ト稱ス今其方法ヲ擧クレハ債務者カ債權者ニ對シ單ニ名義上ノ價ヲ以テ或物件ヲ賣却シ之ト同時ニ債權者ニ於テ債務者カ其債務ヲ辨濟シタルトキハ買受ケタル物件ヲ返却スヘキコトヲ約スルニ在リ然レトモ此方法ハ債權者ニ取リテハ至テ利益ナルモ債務者ニ取テハ非常ニ不利益タルコトヲ免レス何トナレハ此方法ニ從ヘハ當初先ツ債務者ヨリ債權者ニ對シテ完全ナル所有權ヲ移轉スルカ故ニ若シ債權者ニシテ其買受ケタル物件ヲ竊ニ他ニ賣却スルカ如キコトアルトキハ債務者ハ其債務ヲ辨濟シタルニ拘ハラス遂ニ其物件ノ返還ヲ受クルコト能ハサルニ至ルノ危險アレハナリ是ニ於テ乎此方法ニ代テ「ピグヌス」ナル制度ヲ生セリ此制度ニ於テハ債務者ハ其債務ノ擔保トシテ或物件ヲ債權者ニ引渡スモ之ト同時ニ其所有權ヲ移轉セスシテ唯其占有權ノミヲ移轉スルコトヽ爲セリ然レトモ此方法ニ依レハ債務者ニ於テ債務ヲ辨濟セサルコトアルモ債權者ハ單ニ其物ヲ占有スルニ止マリ進ミテ之カ處分ヲ爲シテ債務ノ辨濟ニ供スルノ權利ナキノミナ

ラス債權者ニ於テ其物ヲ占有スル間ハ保管ノ責任アルカ故ニ債務者ハ却テ之ヲ奇貨ト爲シ動モスレハ久シク之ヲ債權者ニ放任シテ顧ミサルノ弊ヲ生スルカ故ニ此方法ハ債務者ニ取リテハ大ニ利益アリト雖モ債權者ニ取リテハ非常ニ不利益タルコトヲ免レス斯ノ如ク二制度共ニ頗ル不完全ニシテ當事者雙方ニ對シ一樣ノ滿足ヲ與フルコト能ハサリシカ其後羅馬ノ「プレートル」(裁判官)新ニ一方法ヲ按出セリ是レ債務者カ債權者ニ對シ或物件ヲ引渡スニ際シ其所有權ヲ移轉セスシテ單ニ占有權ノミヲ移轉スルニ過キサルモ若シ債務者ニ於テ辨濟期ニ至リタルニ拘ラス尙債務ノ履行ヲ爲サヽルトキハ債權者ハ隨意ニ之ヲ賣却シ其代價ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルノ方法ニシテ羅馬ニ於テハ依然之ヲ「ピグヌス」ト呼ヘリ即チ今日ノ質權是ナリ而シテ此「ピグヌス」ハ之ヲ設ケタル初メニ當テハ必ス物ノ占有ヲ債權者ニ引渡スコトヲ要シタリシカ後ヂヤスチニアン帝ノ時代ニ至リ物ノ占有ヲ移轉セスシテ之ヲ設定スルノ方法ヲ認許シ「ピグヌス」ヨリ區別シテ之ヲ「ヒポテカ」ト稱セリ即チ今日ノ抵當是ナリ而シテ羅馬法ニ於テハ登記ノ制度ナカリシヲ以テ「ヒポテカ」即チ抵當ハ大ニ弊害

アリシト雖モ現今ハ登記ノ制度發達セルヲ以テ質抵當共ニ固有ノ性質ニ從ヒ益々長足ノ進歩ヲ見ルニ至レリ

本論

留置權

留置權ノ定義

第一章　留置權

第一節　留置權ノ定義

留置權トハ不法行爲ニ依ラスシテ他人ノ物ヲ占有スル者カ其物ニ關シテ生シタル債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ所持スルコトヲ得ル法定ノ權利ナリ（第二百九十五條）

留置權ノ定義ヲ說明スルニ先チ留置權ヲ認メタル立法上ノ理由ヲ說明スヘシ

（第一）債權者ト債務者トノ間ニ衡平ヲ保タシムルニ在リ　雙務契約ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ他ノ一方モ亦其債務ヲ履行スルヲ要セサルハ契約ノ原則ニシテ我民法ニ於テモ其第五百三十條ニ於テ之ヲ規定セリ蓋シ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルニ拘ラス尙相手方ヲシテ其債務ヲ履行セシムルモノトセハ相手方ハ遂ニ履行ニ對スル報償ヲ得ルコト能ハスシテ雙方ノ間ニ衡平ヲ保タシムルコトヲ得サレハナリ留置權ヲ設ケタル

理由亦此原則ニ出ツルニ外ナラス（例ヘハ受託者ハ物件返還ノ義務アルモ若シ寄託者ニシテ其物件ニ關シテ生シタル債務ヲ負擔スルトキハ又之ヲ辨濟スルノ義務アルカ故ニ寄託者ニシテ其義務ヲ履行セサルニ拘ラス受託者ヲシテ物件返還ノ義務ヲ履行セシムルハ雙方ノ間ニ衡平ヲ保タシムル所以ニアラサル故ニ寄託者ニシテ其義務ヲ履行セサルトキハ亦受託者ヲシテ其義務ヲ履行セシメス其受託物ヲ留置セシメテ以テ雙方ノ間ニ於ケル衡平ヲ全フセシムルカ如シ）

（第二）當事者ノ意思ノ推測ニ基ク　他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其物ヲ以テ其債權ニ對スル擔保ト看做シ其債務ノ履行ヲ受クルマテ之ヲ返還スルヲ要セス相手方カ其債務ヲ履行セスシテ之ヲ取戻サントスルハ即チ權利ノ濫用ナリト思惟スルハ是レ普通ノ人情ナリ故ニ法律ハ此普通ノ人情ニ基キ當事者ノ意思ヲ推測シテ此權利ヲ認メタルモノニシテ彼羅馬法ニ於テ留置權ヲハ權利濫用ノ抗辯方法トシテ保護シタルモ亦右ノ理由ニ外ナラサルナリ

(第三) 訴訟上ノ費用及ヒ時日ヲ省カントスルニ在リ　即チ法律上留置權ヲ認ムルトキハ債權者ハ自ラ進テ訴訟ヲ提起セサルモ反訴ニ依リ抗辯トシテ之ヲ主張スルコトヲ得從テ訴訟上ノ費用及ヒ時日ヲ省クコトヲ得ヘシ是留置權ヲ設ケタル第三ノ理由ナリ

「留置權ヲ以テ物權ト爲シタルハ縱令債權者ニ於テ留置權ヲ取得スルモ債務者ハ尚其物ヲ自由ニ第三者ニ讓渡スコトヲ得ヘキヲ以テ之ヲ物權ト爲シ以テ一般ニ對抗セシムルニアラサレハ充分ニ債權者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得サルカ故ナリ」

是ヨリ前掲ノ定義ヲ分析シ以テ留置權ノ性質ヲ說明スヘシ

(第一) 留置權ハ占有者ノ權利ナリ　留置權ハ債權ヲ擔保スル權利ナルモ之ヲ一方ヨリ觀察スルトキハ占有者ノ權利ナリト謂フヲ得ヘシ「デルンブルヒ」氏曰ク留置權ハ現在ノ占有ヲ繼續スル權利ナリト即チ占有ハ留置權發生ノ條件ニシテ又同時ニ留置權存續ノ條件タルナリ(第二百九十五條第三百〇二條)

「玆ニ稍疑問ト爲ルハ留置權ノ發生條件タル占有ハ何時ヨリ始マルヘキヤトノコトヽ是ナリ或ハ曰ク債權發生ノ當時ヨリ繼續シテ物件ヲ占有スルニアラサレハ留置權ヲ生セス何トナレハ占有ハ留置權ノ要素ニシテ占有ヲ失ヘハ又從テ留置權ヲモ失フモノナレハナリト然リト雖モ余ヲ以テ之ヲ見ルニ占有ハ留置權ノ要素ナルカ故ニ債權發生ノ當時ヨリ之ヲ有セサルヘカラスト云フハ論理ノ當ヲ得タルモノニアラス且夫レ債權ノ發生ト留置權ノ發生トヲシテ常ニ同時ナラシメハ此說或ハ其當ヲ得ヘシト雖モ新民法ニ依レハ債權ノ發生ト留置權ノ發生トハ必スシモ常ニ同時ナルモノニアラス況之債權者ハ元來留置權ヲ必要トスル場合ニ遭遇スルヲ厭フモノナリ然ルニ之ニ對シテ留置權ノ要素トヲ爲ルヘキ占有ハ必ス債權發生ノ當時ヨリ繼續セサルヘカラスト爲スハ實ニ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ則チ留置權ノ發生條件タル占有ハ果シテ何時ヨリ始マルヘキモノナルヤ今新民法第二百九十五條ニ依レハ留置權ハ債權ノ辨濟期ニ至リテ初メテ發生スルモノトセルカ故ニ留置權發生ノ條件タル占有ハ又留置權發生ノ當時即チ債務ノ辨濟期ヨリ繼續スレハ足レリトセサルヘカラス尤モ留置權ノ原因ト爲ルヘキ債權ハ概ネ無期限ノモノナルカ故ニ多ク

ノ場合ニ於テハ債權發生ノ初メハ同時ニ其辨濟期タルヘキヲ以テ從テ債權ノ發生ト留置權ノ發生トハ概ネ同時タリ故ニ結果ニ於テハ論者ノ所說ト大差ヲ生セサルモ亦或場合ニ於テハ之ヲ生スルコトナキニアラス是レ特ニ此論ヲ爲ス所以ナリ

留置權ノ要素タル占有ハ不法行爲ニ因リテ始マリタルモノナラサルヲ要ス（第二百九十五條第二項）不法行爲ニ因ル占有トハ例ヘハ强奪詐欺ニ因ル占有ノ如シ又不法行爲ニ因ラサル占有トハ例ヘハ合意事務管理若クハ遺囑ニ因ル占有ノ如シ何故ニ不法行爲ニ因ル占有ニ對シ留置權ヲ附與セサルカト云フニ元來不法行爲ニ因テ占有ヲ爲シタル場合ニハ法律ハ其目的物ノ返還ヲ希望スルヤ切ナリ且又此占有者ニ留置權ヲ附與スルモノトセンカ債權者ハ不正ニ債務者ヨリ擔保物ヲ奪取スルノ恐アルヲ以テナリ然レトモ自己ノ占有ニシテ不法行爲ニ因ラサルトキハ縱令前者ノ占有カ不法行爲ニ因ルモノナルモ敢テ妨ナキモノトス茲ニ注意スヘキハ留置權者ノ占有ニ關シ舊民法債權擔保編第九十二條第一項ハ正當ノ原因ニ由ル占有タルヲ要スト爲シ新民法第二百九十五條第二項ハ不法行爲ニ因テ始マラサル占有タルヲ要スト爲セルコト是ナリ今之ヲ一見スレハ二者ノ間何等ノ差異ナキカ如シト雖モ更ニ考一考スルトキハ二個ノ差異アリテ存ス即チ（第一）ニ舊民法ニ依レハ當初不法行爲ニ因リテ占有スルモ後正當ノ原因例ヘハ貸借寄託等ニ變更シタルトキハ留置權ノ要素タル占有タルコトヲ得ヘシト雖モ新民法ニ依レハ苟モ當初不法行爲ニ因リテ始マリタル占有ナルトキハ縱令後ニ至リテ正當ナル原因ニ變更スルモ之ヲ以テ留置權ノ要素ト爲スヲ得ス（第二）ニ舊民法ニ依レハ占有ノ正當ナルコトハ占有者之ヲ證明セサルヘカラスト雖モ新民法ニ依レハ占有ノ不法行爲ニ因ルコトハ相手方ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラスシテ證明ノ責任彼此相顚倒セルナリ

（第二）留置權ハ他人ノ物ノ占有者ノ權利ナリ　凡ソ物上擔保權ハ他人ノ物ノ上ニ設定セラルヽ權利ナルハ既ニ總論ニ於テ之ヲ講述セリ故ニ留置權モ亦他人ノ物ノ上ニ設定セラルヽ權利ナルハ更ニ說明ヲ要セス

留置權ノ目的物タルヘキモノニ付テハ舊民法ト新民法トノ間ニ廣狹ノ差異アリ即チ舊民法ニ於テハ債權擔保編第九十二條ニ於テ債務者ノ動產又ハ不動產

ヲ占有シ云々ト規定シ留置權ノ目的タルヘキモノハ單ニ債務者ノ所有物ノミニ限リタリト雖モ新民法ニ於テハ單ニ他人ノ物トアルカ故ニ其物カ債務者ニ屬スルト其他ノ人ニ屬スルトヲ問ハサルナリ例ヘハ甲者カ乙者ヨリ預リタル物件ノ修繕ヲ丙者ニ依頼シ丙者ハ之ヲ修繕シ且其物件ヲ占有スル場合ニ於テ之ヲ新民法ヨリ云ヘハ丙者ハ其修繕料ヲ受取ル迄ハ其物ニ對シテ留置權ヲ行使スルコトヲ得ルモ舊民法ノ規定ニ從ヘハ之ヲ行使スルコトヲ得サルナリ然リ而シテ此新民法ノ規定ハ一見第三者タル所有者ニ取リテ甚タ不利益ナルカ如シ然レトモ或物件ニ關スル債權ヲ有スル占有者ヲ保護スルノ必要アリトシテ之ニ留置權ヲ與ヘ且物權タルノ效力ヲモ附與スルニ至リタルハ一ハ債權者ト債務者トノ間ニ衡平ヲ保タシメントシ一ハ取引上ノ意思ヲ推測シタルニ基因セシハ前ニ述ヘタルカ如クナルカ故ニ其目的物タル物件ヲ以テ單ニ債務者ノ所有ニ屬スルモノヽミニ限ルモノト爲ストキハ徒ラニ此權利ノ效用ヲ減殺シテ立法上ノ本旨ニ背戻スルノ虞アリテ妥當ナラサルノミナラス又實際ニ付テ之ヲ云ヘハ留置權ヲ生スル債權ハ多クハ其物件ノ所有者ニ利益ナル原因ニ

由テ發生スルモノナルカ故ニ新民法ノ規定ハ決シテ其當ヲ失スルモノニアラス加之若シ其物件ニシテ第三者ノ所有ニ屬スル場合ニ於テハ債務者ニ於テ物件ヲ所有者ニ返還スルノ義務ヲ負フカ故ニ留置權者ニ對シ債務辨濟ノ必要ヲ感スルコト一層切ナルヘキヲ以テ却テ債務辨濟ノ擔保タル留置權ノ效力ヲシテ更ニ著大ナラシムルノ結果ヲ見ルヤ疑ヲ容レサル所ナルヘシ

(第三) 留置權ハ占有物ニ關スル債權ヲ擔保スル權利ナリ　留置權ナルモノハ一般ノ債權者ニ附與スルモノニアラスシテ特別ノ體樣ヲ有スル債權ヲ保護スルカ爲メニ設ケタルモノナリ然ラハ則チ如何ナル債權ニ之ヲ附與スヘキモノナルヤ此點ニ關シテハ各國ノ立法一樣ナラスシテ左ノ三主義アリ以下其當否ヲ研究スヘシ

(一) 債權者カ債務者ニ對シテ返還スヘキ物件ヲ占有スル場合ニ於テハ縱令其物件ハ債權ト何等ノ關係ヲ有セサルモ尙之ニ付テ留置權ヲ生スルモノトスル主義ニシテ獨逸民法ハ之ヲ採用セリ

(二) 法律カ留置權ヲ附與シテ保護セントスル債權ハ一々之ヲ列記スル主義ニ

シテ佛蘭西民法ハ之ヲ採用セリ

(三) 留置權ハ無制限ニ總テノ債權ニ對シテ之ヲ附與セスシテ或特定ノ債權ニノミ附與シ而カモ一々列記セスシテ總括的ニ之ヲ附與スルノ主義ニシテ是レ實ニ我新民法ノ採用スル所ナリ

以上ノ三主義中孰レヲ以テ最モ優レリトスル乎第一ノ主義ハ獨逸ニ在テハ固ヨリ適當ナラン何トナレハ同國ニ於テハ留置權ヲ以テ債權ト爲スカ故ニ之ヲ無制限ニ附與スルモ第三者ヲ害スルノ恐ナク且債權者ノ爲メニハ頗ル便利ナレハナリ然レトモ苟クモ留置權ヲ以テ物權ト爲シタル場合ニ於テ斯ノ如ク無制限ニ之ヲ附與スルトキハ第三者ヲ害スルノ恐アルカ故ニ商法ニ於テ之ヲ採用スルハ或ハ可ナルヘシト雖モ民法ニ於テ之ヲ採用スルハ決シテ其當ヲ得タルモノニアラス次ニ第二ノ主義ノ如ク一々留置權ヲ生スル債權ヲ列記スルハ甚タ明晰ナルカ如シト雖モ列記法ノ弊害トシテ必ス脱漏ノ恐アルヲ免レス且煩雜ヲ來スカ故ニ亦之ヲ採用スルヲ得ス唯第三ノ主義ハ前兩者ヲ折衷シタルモノニシテ能ク以上ノ非難ヲ免ルヽコトヲ得ルカ故ニ法典ノ規定トシテハ最

モ善良ナルモノト思惟ス然リト雖モ是亦憾ムラクハ多少分明ヲ缺クノ嫌ナキコアラサルナリ

或債權ニ付キ留置權ヲ生セントスルニハ其債權ハ占有物件ト相關聯スルヲ要スルコト羅馬法以來ノ原則ナリ蓋シ他物權ハ經濟上大ニ不利益ナルモノタルヲ以テ之ヲ附與スルハ已ムヲ得サル場合ニ限ラサルヘカラス殊ニ留置權ハ法律上ニ於テ之ヲ附與スルモノナルカ故ニ勉メテ之ヲ附與スル債權ノ範圍ヲ限定シ以テ一方ニ於テハ債權者ヲ保護スルト同時ニ他方ニ於テハ又第三者ヲ保護セサルヘカラサレハナリ然リ而シテ物件ニ關聯スル債權トハ例ヘハ讓渡シタル物件ノ代價、占有物ノ保存費又ハ占有物ノ性質ニ因リ生シタル損害ノ賠償ニ關スル債權等ニシテ之ヲ要スルニ其發生原因カ物ト相關聯スル債權ヲ云フナリ

ムーロン氏曰ク留置權ノ原因タルヘキ債權ハ占有物ノ爲メニ發生シタルモノニシテ占有者ノ其物件ヲ返還スヘキ義務ト相對スルモノナリト蓋シ能ク物ト債權トノ關係ヲ言明シタルモノト謂フヘシ

留置權ノ原因タルヘキ債權ハ占有物ト相關聯スルモノナルヲ要スルハ既ニ上

述シタルカ如シ然レトモ留置權ヲ生スルコハ尚其債權カ辨濟期ニ在ルヲ要ス蓋シ期限ハ債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノナルカ故ニ辨濟期ニ先ヲテ留置權ヲ生スルモノトセハ債務者ノ利益ヲ侵害スルノ結果ヲ生スルカ故ナリ然リ而シテ是レ殆ト明白ノ理ニシテ特ニ規定ヲ要セサルカ如シト雖モ佛國民法等ニ於テハ辨濟期前ノ債權ニ付テモ尚留置權ヲ認ムルカ故ニ我新民法ハ其第二百九十五條第一項但書ニ於テ此事ヲ規定セルナリ

(第四) 留置權ハ法定ノ權利ナリ　凡ソ權利ハ皆法律ノ規定ニ依テ發生スルモノナレトモ此ニ法定ノ權利ト稱スルハ特ニ當事者ノ意思ヲ俟タスシテ法律上當然發生スル權利ヲ意味スルナリ元來留置權ナルモノハ既ニ述ヘタルカ如ク其發生ノ爲メニハ一定ノ條件ヲ必要トシ苟モ其條件ヲ具備スル以上ハ當事者ノ意思如何ヲ問ハス法律上當然之ヲ發生セシムル權利ナルカ故ニ此點ニ於テ全ク質權、抵當權等ト其性質ヲ異ニスルモノト云ハサルヘカラス從テ法律ノ規定セル範圍以外ニ在リテハ隨意ニ之ヲ設定スルコトヲ許サス若シ之ヲ設定スルトキハ是レ即チ總則第百七十五條ノ規定ニ違反スルモノニシテ何等ノ效力モ

ナキヤ固ヨリ言ヲ俟タサルナリ

「留置權カ不動產ニ關スルトキハ之ヲ登記セサルヘカラサルヤ總則第百七十七條ニ曰ク「不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其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ス」ト而シテ不動產ニ關シ留置權ヲ生スルトキハ是レ即チ不動產ニ關スル物權ヲ取得スルモノナルカ故ニ第三者ニ對抗セントスルニハ必ス之カ登記ヲ爲サヽルヘカラサルカ如シ然レトモ縱令不動產ニ關スル物權ナルモ占有權ハ登記ヲ要セサルコト各國殆ト一致スル所ナリ蓋シ登記ノモノタル第三者ヲシテ不動產ニ關スル物權ノ存在ヲ知了セシメントスルニ在リ然ルニ占有ノ場合ニ於テハ之ヲ知了セシムルニ最モ明白ナル表現ノ占有アルカ故ニ特ニ登記ヲ爲スノ必要ナケレハナリ而シテ留置權ハ占有ヲ以テ其要素ト爲スモノナレハ其得喪ニ關シ故ラニ登記ヲ爲スノ必要ナキノミナラス且此權利ハ法律上當然發生スルモノニシテ當事者ノ豫期スル所ニアラサルヲ以テ之ヲ登記セントスルモ或ハ不能ノコトナキニアラス而カモ强ヒテ之ヲ登記セシメントスルハ是レ難キヲ債權者ニ責ムル

モノト謂ハサルヘカラス故ニ登記法ニ於テハ留置權ニ關シテハ登記ヲ要セサル旨ヲ規定セラルヘシト信スルナリ

第二節　留置權ノ效力

留置權ノ效力

留置權ノ效力ハ單ニ占有物ヲ留置シ以テ間接ニ辨濟ヲ促スヲ得ルノミニシテ縱令債務者ニ於テ債務ヲ辨濟セサルコトアルモ爲メニ其物件ヲ賣却シテ其債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得ス換言スレハ留置權ハ留置物自體ノ上ニ存スル權利ニシテ其價額ニ及ハサルモノナリ故ニ若シ留置權者カ債務者若クハ第三者ノ請求ニ因リ留置物ヲ賣却シタルトキハ最早留置權ヲ主張スルコト能ハスシテ全ク普通債權者ト異ナルコトナキニ至ルモノトス

斯ノ如ク留置權ノ擔保トシテノ效力ハ間接ノモノナリト雖モ此權利ハ固ト物權ナルカ故ニ之ニ伴フ效力ハ又著大ナリト云ハサルヘカラス今其效力ヲ左ニ列擧スヘシ

（第一）留置權者ハ他ノ債權者ニ對シ優先ノ辨濟ヲ主張スルコトヲ得ス然レトモ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルマテハ留置權ヲ引渡サヽルコトヲ得　同一債務者

ニ對シ留置權者ノ外數人ノ債權者アリトセンニ此等ノ債權者ハ留置權者ニ對シテ留置物ヲ差押ヘ又ハ之ヲ賣却スルコトヲ請求スルノ權利ヲ失ハス然レトモ之ニ依リテ留置權者ノ占有ヲ害スルコト能ハス即チ留置權者ハ斯ノ如キ場合ニ於テモ尙其留置權ノ原因タル債權ヲ辨濟セラレサル間ハ依然トシテ其物ヲ占有スルコトヲ得ルナリ之ヲ留置權者ノ優先權ト云フ

（第二）留置物ノ所有者ハ所有權ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得然レトモ第三取得者カ留置權者ニ對シ其債權ヲ辨濟スルニアラサレハ留置物ノ引渡ヲ請求スルヲ得ス　留置物ノ所有者ハ留置權ノ設定ニ因リ其所有權ヲ害セラレタルモノニアラサルヲ以テ其物ニ對スル自由ノ處分ヲ妨ケラルヽコトナシ故ニ之ヲ隨意ニ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ルナリ然レトモ留置權ノ原因タル債權ニシテ未タ辨濟セラレサル以上ハ第三取得者ハ單ニ所有權ヲ得タルヲ理由トシテ留置權ニ對シ留置物ノ引渡ヲ强要スルコトヲ得サルナリ故ニ若シ留置物ノ所有者カ留置權ノ存在ヲ欺隱シテ他ニ之ヲ賣却スルトキハ縱令刑法上ノ冒認罪ト爲ラストスルモ尙之ト相類スル一種ノ詐欺ヲ構成スルニ至ラン之ヲ留置權者ノ追

及權ト云フ

(第三) 留置權ハ不可分權ナリ　新民法第二百九十六條ノ規定ニ曰ク「留置權者ハ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ留置物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得」ト是レ學者ノ所謂不可分ヲ規定シタルモノニシテ之ヲ詳言スレハ留置物ノ全部及ヒ各部カ債權ノ全部及ヒ各部ヲ擔保スルナリ

以下留置權ニ關スル不可分ノ適用ヲ示サン

一、留置物ノ現實ノ價額カ債權ノ額ニ超過スルト將タ不足スルトハ之ヲ問ハス

二、留置物增大シ(但果實ハ例外ナリ)又ハ天災其他ノ事變ニ因リテ一部ノ滅失ヲ來スコトアルモ其債權トノ關係ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ

三、債務者其債務ノ一部ヲ辨濟シ又ハ債務カ數人ニ分割セラレタル場合ニ其中ノ一人其負擔部分ヲ辨濟スルモ之ニ應當スル留置物ノ部分ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

四、債權カ數人ニ分割セラレタル場合ニ於テ其一人カ有スル分割部分ニ對シ

辨濟ヲ受ケタルトキハ留置物全部ノ占有ヲ他ノ未タ辨濟ヲ受ケサル債權者ニ移付セサルヘカラス

以上ハ留置權者ノ利益ノ方面ヨリ留置權ノ不可分ヲ觀察シタルモノナルカ此不可分タル留置權者ノ不利益ニモ亦之ヲ適用スルコトヲ得即チ留置權者カ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ノ一部ヲ使用若シハ賃貸ヲ爲シ又ハ之ヲ擔保ニ供シタルトキハ債務者ハ管ニ其部分ノミナラス其他留置物ノ全部ニ付キテ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ルナリ(第二百九十八條第三項)

(第四) 留置權者ハ留置物ヨリ生スル果實ヲ收取スルコトヲ得　留置物ノ增大ハ留置權ニ何等ノ影響ヲ及ホサヽルハ前既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ果實ニ付テハ特別ノ規定アリ新民法第二百九十七條第一項ニ曰ク「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ナテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得」ト即チ果實ニ付テハ一種ノ先取權ヲ認メタルナリ何故ニ斯ノ如ク果實ニ付テノミ一種ノ先取權ヲ認メタルヤ蓋シ果實ハ其天然ノモノタルト法定ノモノタルトヲ問ハス母體ト分離シテ獨立ノ價格ヲ有スルカ故ニ之ヲ留置權者ニ

收取セムルモ敢テ不可分ノ性質ニ背馳セス且之カ爲メニ債務者及ヒ第三者ヲ害スルコトナキノミナラス若シ之ニ反シテ一々之ヲ債務者ニ返還スヘキモノトセンカ其手數ノ煩雜ナル留置權者ハ留置權ヲ有スルカ爲ニ却テ非常ナル迷惑ヲ被ルコトヽナルヘケレハナリ

「茲ニ注意スヘキハ新民法ニ於テハ果實ノ收取ヲ以テ留置權者ノ權利ト爲スモ其義務ト爲サヽルコト是ナリ舊民法ニ於テハ之ヲ以テ獨リ留置權者ノ權利ト爲スノミナラス又其義務ト爲シ若シ此義務ヲ怠リタルトキハ其責任ヲ負擔スヘキモノト爲セリ(舊民法債權擔保編第九十四條第三項)斯ノ如ク果實ノ收取ヲ以テ留置權者ノ權利ト爲スト同時ニ又其義務ト爲スコトハ一見甚タ衡平ヲ得タルモノヽ如シ然レトモ元來留置權ナルモノハ當事者ノ豫期スル所ノ權利ニアラサルノミナラス又其性質上又永續スヘキモノニアラス且此權利ハ大ニ財產ノ融通ヲ妨害スルモノナルカ故ニ之カ消滅ノ迅速ナランコトハ深ク法律ノ希望スル所ナリ然ルニ留置權者ヲシテ果實ヲ收取スルノ義務ヲ負擔セシムルトキハ一方ニ於テハ甚タ苛酷ニ失スルノ恐アルハ勿論若シ斯ノ如ク留置權者ヲシテ果實收取ノ義務ヲ負擔セシムルトキハ債務者ニ於テ長ク其債務ヲ辨濟セサルモ爲メニ何等ノ損害ヲ被ルコトナキカ故ニ他方ニ於テハ遂ニ債務者ノ怠慢ヲ誘致スルノ弊ヲ生スルコトヲ免レサルヘシ是レ新民法カ果實ノ收取ヲ以テ留置權者ノ義務ト爲サヽリシ所以ニシテ其舊法ニ勝ル所大ナリト謂フヘキナリ

「留置權者ハ果實ヲ收取スルノ權利アルハ上述ノ如シ然リ而シテ其果實ヲ收取シタルトキハ如何ニ之ヲ辨濟ニ充當スルヤハ第二百九十七條第二項ノ規定ニ依リ自ラ明瞭ナリ其文ニ曰ク「前項ノ果實ハ先ツ之ヲ債權ノ利息ニ充當シ尙ホ餘剩アルトキハ之ヲ元本ニ充當スルコトヲ要ス」ト是債權者ニ利益ナル方法ナルカ故ニ縱令此規定ナキモ債權者ハ斯ノ如クナスヘキカ故ニ必要ナキ規定ナルカ如シト雖モ計算ノ簡便ヲ圖リ又果實ノ收取ヲ留置權者ノ權利トシ以テ債務者ノ指圖ヲ許サヽルモノトスルカ爲ニ之ヲ設ケタルニ外ナラサルナリ但費用ニ付テ何等ノ規定ナキハ之ニ關シテ又別ニ留置權ヲ行フコトヲ得レハナリ」

終リニ一言附加スヘキコトアリ即チ留置權ハ債權者進テ之ヲ主張セサルモ抗辯ニ依リテ之ヲ主張スルヲ以テ足ルコト是ナリ

第三節　留置權者ノ權利及ヒ義務

留置權者ハ留置權ノ行使ニ附隨シテ義務ヲ生シ又權利ヲ得ルモノトス以下之ヲ分說スヘシ

(第一)　留置權者ノ義務

(一)　留置物保存ノ義務　新民法第二百九十八條第一項ハ規定シテ曰ク「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コトヲ要ス」ト是レ留置權者ニ對シテ留置物保存ノ義務ヲ負擔セシメタルモノナリ蓋シ前ニモ既ニ述ヘタルカ如ク法律ハ決シテ留置權ノ永續ヲ希望スルニアラスト雖モ既ニ債權者ノ利益ノ爲メニ他人ノ物ヲ留置セシムル以上ハ同時ニ其物ヲ保存セシメ以テ債務者其他ノ所有者ヲ保護スヘキ必要アルヲ以テナリ

茲ニ善良ナル管理者ノ注意トハ羅馬法ニ所謂良家父ノ注意ニシテ英國法ニ所謂相當ノ注意タリ即チ精密ナル通常人ノ加フル注意ヲ意味スルナリ

(二)　留置物ヲ利用セサル義務　新民法第二百九十八條第二項ハ規定シテ曰ク留置權者ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ノ使用若クハ賃貸ヲ爲シ又ハ之ヲ

擔保ニ供スルコトヲ得ス但其物ノ保存ニ必要ナル使用ヲ爲スハ此限ニ在ラスト此義務ハ留置物ノ保存ノ義務ニ隨伴シテ生スルモノタリ蓋シ留置權者ニ對シテ隨意ニ留置物ヲ利用スルコトヲ許サンカ往々債務者ノ豫見セサル損害又ハ危險ヲ生スルノ恐アルカ故ナリ然レトモ保存ニ必要ナル使用ニ至テハ必ス之カ例外タラサルヲ得ス而シテ保存ニ必要ナル使用トハ例ヘハ馬又ハ犬ノ如キ動物ヲ留置シタル場合ニ於テ若シ之ヲ使用セサレハ疾病ヲ釀スノ虞アリ又家屋其他ノ建物ヲ留置シタル場合ニ於テ之ヲ使用セサレハ荒廢ヲ來スノ恐アルカ如キトキニ當リテ之ヲ使用スルヲ云フナリ唯茲ニ一ノ疑ハシキハ留置物ノ使用ニ因リ利益ヲ生シタルトキハ其利益ヲ如何ニスヘキヤノ點ニ在リ余ハ特別ノ契約ナキ限リハ果實ノ收取ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノト信ス

以上二個ノ義務ハ法律カ債務者ヲ保護センカ爲メ留置權者ニ負擔セシメタルモノナルカ故ニ留置權者カ若シ此等ノ義務ニ違反シタルトキハ債務者ハ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(第二百九十八條第三項)且損害アリタルトキハ其賠償ヲモ請

求スルコトヲ得ルモノトス

(第二)留置權者ノ權利

(一)必要費ニ關スル求償權　新民法第二百九十九條第一項ハ曰ク「留置權者カ留置物ニ付キ必要費ヲ出シタルトキハ所有者ヲシテ其償還ヲ爲サシムルコトヲ得」ト玆ニ必要費トハ即チ留置物ノ保存ニ必要ナル費用ヲ云フ既ニ留置權者ニ負擔セシムルニ留置物保存ノ義務ヲ以テシタル以上ハ其義務ヲ盡スカ爲メニ支出シタル費用ニ對シ求償權ヲ附與スヘキヤ當然ナリ而シテ此必要費ニ關スル求償權ニ付テハ既ニ第百九十六條第一項ノ規定アルカ故ニ更ニ玆ニ規定スルノ必要ナキカ如シト雖モ留置權者ハ元來自己ノ利益ノ爲メニ他人ノ物ヲ占有スルモノナルカ故ニ或ハ其必要費ハ自ラ之ヲ負擔スヘキモノナリトノ誤解ヲ抱クモノアラヤコトヲ恐レテ特ニ之ヲ規定シタルナリ」玆ニ二三ノ注意スヘキモノアリ第一ニ第百九十六條第一項ニハ「占有者カ占有物ヲ返還スル場合ニ於テハ其物ノ保存ノ爲メニ費シタル金額其他ノ必要費ヲ回復者ヨリ償還セシムルコトヲ得但占有者カ果實ヲ取得シタル場合ニ

於テハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸ス」トアリ然ルニ第二百九十九條第一項ニハ單ニ必要費ヲ償還セシムルコトヲ得ル旨ヲ規定シ果實ヲ取得シタル場合ニ於テモ尙求償權ヲ有スルヤ否ヲ規定セス是法律ニ於テ留置權者ハ普通ノ占有者ト異ナリ債權ノ擔保トシテ留置物ヲ占有スルモノナルカ故ニ果實ヲ取得シタルトキハ之ヲ其元利ニ充當スヘキモノト爲シタルカ故ニ其結果トシテ果實ヲ以テ必要費ニ充當スル場合アルコトナシ從テ第百九十六條第一項但書ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ナレハナリ(第二)留置權者ノ必要費ニ關スル求償權ハ留置物ノ所有者ニ對スルモノトス是留置物ノ保存ニ因リテ利益ヲ受クルハ其所有者ナルヲ以テナリ(第三)ニ此求償權ニ付キ留置權者ハ更ニ第二ノ留置權ヲ有スト蓋シ一般ノ辨濟充當ノ順序ニ關シテハ新民法第四百九十一條第一項ニ第一費用第二利息第三元本ト定メタルモ留置權者カ果實ヲ辨濟ニ充ツル場合ニハ第二百九十七條第二項ニ依リ先ツ費用ニ充ツルコトヲ得ス從テ果實ヲ取得スルモ尙必要費ノ求償權ヲ失ハサルカ故ニ此權利ニ關シテハ前ノ債權ト獨立シテ更ニ留置權ヲ生スルナリ

(三) 有益費ニ關スル求償權　有益費ニ付キ留置權者ニ求償權ヲ附與スヘキヤ否ニ關シテハ異論アリ或ハ曰ク留置物ヲ改良スルハ留置權者ノ義務ニアラス又留置權者ハ留置物ノ他人ニ屬スルヲ明知シ且留置權ハ元來永續ネヘキ性質ヲ有スルモノニアラサルニ拘ラス留置權者カ之ヲ改良スルハ好事家ノ所業ト謂ハサルヘカラス然ルニ若シ之カ爲ニ生シタル費用ノ償還ヲ請求スルヲ得セシムルモノトセハ所有者ノ迷惑知ルヘキノミ故ニ此費用ニ關シテハ決シテ求償權ヲ附與スヘキモノニアラスト雖然レトモ留置權者カ留置物改良ノ爲メニ費用ヲ投シ之ニ因リテ生シタル價格增加カ現存スル場合ニ於テハ所有者ヲシテ之ヲ償還セシムルヲ至當トス何トナレハ若シ之ヲ償還セシメサルトキハ所有者ハ不當ノ利得ヲ得ルニ至レハナリ故ニ新民法第三百九十九條第二項ニ於テ「留置權者カ留置物ニ付キ有益費ヲ出シタルトキハ其價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ所有者ノ選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ增價格ヲ償還セシムルコトヲ得」ト規定セリ然レトモ縱令斯ノ如ク價格ノ增加部分ハ之ヲ償還セシムルモノトスルモ元來留置物ヲ改良スルハ留置權者ノ義務ニアラス寧ロ好事家ノ所爲ト看做シ得ヘキモノナルヲ以テ之ニ因テ生シタル費用ニ付キ直チニ留置權ヲ生セシムルモノトセハ所有者ノ迷惑甚シキモノアルハ固ヨリ言ヲ待タス故ニ右第三百九十九條第二項ハ其但書ニ於テ「但裁判所ハ所有者ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得」ト規定シ以テ改良費ニ關シテハ直チニ留置權ヲ生スルコトナカラシメタリ

第四節　留置權ノ消滅

留置權ノ消滅原因ニ二アリ一ハ主タル債權ノ消滅ニ因ル消滅ニシテ二ハ留置權自體ノ消滅是ナリ

留置權ノ消滅

(第一) 主タル債權ノ消滅ニ因ル消滅

留置權ハ元ト債權ニ從タル權利ナルカ故ニ其主タル債權ニシテ消滅スルトキハ亦從テ消滅スルハ固ヨリ其所ナリ而シテ債權ノ消滅原因ハ辨濟、相殺、更改、免除、混同及ヒ消滅時效ナリト雖モ今逐一其場合ヲ講明スルノ必要ナシ唯留置權ト多少ノ關係アル場合ニ付キテノミ聊カ之ヲ說述セン即チ更改ニ關スル新民法第五百十八條ニ依レハ質權又ハ抵當權ハ之ヲ新債務ニ移スコトヲ得ルモ留

證權ハ之ヲ新債務ニ移スコトヲ得ス即チ留置權ハ更改ニ因リテ當然消滅スルモノト爲セリ是レ元來留置權ナルモノハ固ト法律カ特殊ノ性質ヲ有スル債權ニ付テノミ附與スルモノナルカ故ニ當事者ニ於テ隨意ニ之ヲ他ノ債權ニ移付スルコトヲ得ヘキモノニアラサレハナリ

又混同ニ關スル新民法第五百二十條但書ニ依レハ債權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ混同ニ因テ消滅スルコトナシト雖モ此場合ニ於テ若シ其債權者カ留置權ヲ有スルトキハ主タル債權ノ消滅セサルニ拘ラス留置權ノミ消滅スルモノトス蓋シ債權債務ノ混同アルトキニ當リ若シ其債權カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ニ之ヲ消滅セシメサルハ第三者ノ權利ヲ害センコトヲ恐レタルニ因ル然ルニ留置權ハ債權ノ擔保トシテ設定セラレタルモノナルカ故ニ其債務ニシテ混同セル以上ハ之ヲ存立セシムルノ必要ナケレハナリ

(ロ) 消滅時效ニ關シテハ新民法第三百條ニ於テ規定ヲ設ケリ其文ニ曰ク「留置權ノ行使ハ債權ノ消滅時效ノ進行ヲ妨ケス」ト今夫レ債權カ消滅時效ニ罹リ消滅スルトキハ留置權ノ消滅スルハ論ヲ俟タス而シテ債權ハ一定ノ期間之ヲ行使セ

サレハ消滅時效ニ罹ルコト新民法總則編第六章第三節ノ規定スル所ナリ然リ而シテ留置權ハ債權ヲ擔保スル權利ナルカ故ニ之カ行使ハ或ハ其擔保スル主タル債權ノ行使ト看做スコトヲ得ヘキカ如シト雖モ留置權ノ行使ト債權ノ行使トハ同シカラスシテ債權ノ行使トハ催告、請求ノ類ヲ云ヒ留置權ノ行使トハ占有ヲ繼續スルヲ云フカ故ニ留置權ヲ行使スレハ債權ノ消滅時效ヲ妨クルモノトスレハ債務者ハ永ク債務ノ存在ヲ知ラスシテ之ヲ放置スルノ恐アリ是レ即チ此規定アル所以ナリ

(第二) 留置權自體ノ消滅

留置權自體ノ消滅原因ニ亦二アリ(一)ハ物權ニ普通ナル消滅原因ニシテ(二)ハ留置權ニ特別ナル消滅原因ナリ前者ハ物件ノ徵發又ハ滅失ノ如キモノニシテ之ヲ民法總則ノ講筵ニ讓リ茲ニハ唯後者ニ付テ説明スル所アラント欲ス

(一) 留置權者カ占有ヲ喪失シタルトキ(第三百三條) 留置權ハ占有ヲ以テ其要素トスルカ故ニ其之ヲ喪失シタル後ニ於テハ決シテ存續スヘキモノニアラサルヤ論ヲ俟タス然リ而シテ留置權ニ於テ法律カ斯ノ如ク占有ヲ重シタル所以

ノモノハ畢竟之ナケレハ事實上ニ於テ其目的物ヲ留置スルコト能ハサルト同時ニ第三者ヲ害スルニ至ルヘキヲ恐レタレハナリ即チ法律カ特殊ノ債權者ニ物權トシテ留置權ヲ附與スルニ拘ラス若シ留置物ノ占有ヲ必要トセサルトキハ第三者ハ留置權ノ存在ヲ知ルニ由ナクシテ留置物ヲ買受ケ之カ爲メニ豫期セサル損害ヲ被フルニ至ルヘキカ故ニ占有ヲ以テ留置權ノ要素トシタルナリ尤モ其占有ハ單ニ本人ノ占有ニ限ラス代理占有ナルモ亦差閊ナキモノトス

「新民法第二百九十八條第二項ニ依レハ債務者ノ承諾ヲ得レハ留置物ヲ賃貸シ又ハ質入スルコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニハ留置權者ハ實際ニ於テ其占有ヲ喪失セルニ拘ハラス留置權ハ尚ホ存續スルモノトセリ(第三百二條但書)或ハ曰ク此等ノ場合モ亦代理占有ニ外ナラサルカ故ニ占有ノ喪失ナシ從テ之ヲ例外ト爲スヘキニアラスト然レトモ賃貸又ハ質入ノ場合ハ果シテ代理占有ヲ以テ論スヘキモノナリヤ否ヤハ實ニ占有ニ關スル一大問題ニ屬ス新民法ハ此等ノ場合ヲ一般ノ例外ト認メ其第三百二條ニ於テ特ニ之ヲ規定セリ是レ

留置權ノ目的物ヲ融通セシメ又其果實ヲ收取セシムル經濟上ノ利益ニ着眼シタルニ外ナラサルナリ

「占有ハ留置權ノ要素ナルコト前屢述ヘタルカ如シ然ラハ不法ニ占有ヲ奪ハレタル場合ニモ亦留置權ハ直チニ消滅スルカ新民法第二百三條ノ規定ニ曰ク「占有權ハ占有者カ(中略)占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス但占有者カ占有回收ノ訴ヲ提起シタルトキハ此限ニ在ラス」ト是ニ由テ之ヲ觀レハ留置權者カ不法ニ其占有ヲ奪ハレタル場合ニ當リ若シ占有回收ノ訴ヲ提起シタルトキハ留置權ノ消滅ヲ來スコトナシト云ハサルヘカラス但詐取セラレタルトキハ直チニ消滅スルモノトス

(二) 留置權者カ義務ニ違反シタルトキ(第二百九十八條第三項) 即チ留置權者カ新民法第二百九十八條第一項及ヒ第二項ノ義務ニ違反シタルトキハ同條第三項ニ基キ債務者ノ請求ニ因リテ留置權ハ消滅スルモノトス此事タル前既ニ說述シタルカ故ニ再ヒ茲ニ贅セサルヘシ

(三) 債務者カ相當ノ擔保ヲ供シタルトキ(第三百一條) 即チ債務者カ相當ノ擔保ヲ

供シテ留置權ノ消滅ヲ請求シタルトキハ留置權ハ茲ニ消滅スルモノトス

茲ニ擔保トアルハ質若クハ抵當ヲ指稱ス蓋シ此等ハ留置權ニ比シ一層強力ナル擔保ナルカ故ニ之ヲ供スルニ因リ留置權ヲ消滅セシムルモ債權者ニ於テ何等ノ損害ヲモ被ルコトナケレハナリ又其擔保ノ相當ナルヤ否ニ付キ若シ當事者中ニ異議アルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ定ムルモノトス

其他留置權者カ隨意ニ留置權ヲ拋棄シ又ハ他ノ約束ニ換ヘテ留置權ヲ拋棄スルヲ得ルカ如キハ更ニ喋々ヲ要セサル所ナリ

第二章　質權

質權ハ之ヲ廣義ニ解釋スレハ抵當權ヲモ包含セル名稱ナリト雖モ本章ニ於テ論明セントスル所ハ單ニ通常所謂質權即チ改正民法ニ於テ抵當權ト區別シテ規定セル質權ニ屬ス然リ而シテ質權ニ關スル改正民法第九章ノ規定ハ民事タルト商事タルトヲ論セス一切ノ質契約ニ適用セラルヽモノナリト雖モ他ニ特別法ノ之カ取締ニ關スル規定ヲ設クルモノ存スルトキハ固ヨリ之ニ從ハサルヘカラス例ヘハ質屋取締法ノ如キ又ハ勸業銀行法若クハ農工銀行法中ニ於ケル規定ノ如キ

是ナリ

質ニ關スル規定ハ動產質ニ關スルモノ其主要ナル部分ヲ占ムルト雖モ近來ニ於テハ權利質實際最モ多ク行ハル即チ手形株券公債證書ヲ質ト爲スカ如シ從テ其結果トシテ質ニ關スル理論ノ上ニ多少ノ變更ヲ見ルニ至レリ以下改正民法ノ規定ニ基キ先ツ總則ヲ說キ漸次動產質及ヒ權利質ニ及ホシ以テ質權ニ關スル一般ノ說明ヲ爲サントス欲ス佛國民法ニ於テハ動產質ト不動產質トヲ區別シテ各別ノ章ニ之ヲ規定シ權利質ハ之ヲ認メサルニアラスト雖モ之カ爲メ特ニ一章ヲ設ケスシテ其動產ニ關スルモノハ動產質ノ中ニ規定シ不動產ニ關スルモノハ不動產質ノ中ニ規定セリ我國ノ舊民法モ亦此方法ニ倣ヒタリト雖モ改正民法ハ之ニ從ハス先ツ總則ヲ置キテ各質ニ關スル一般共通ノ規定ヲ設ケ以下動產質、不動產質、權利質ヲ順次各別ニ規定セルハ最モ學理的ニシテ且實際上ノ便宜ニ適合セルモノト云ハサルヘカラス是レ余カ此順序ニ從ヲ講說ヲ爲サントスル所以ナリ

第一節　總則

第一款　質權ノ定義

質權ノ定義ハ之ヲ與フルコト甚タ困難ニシテ一言ノ下十分ニ其性質ヲ發揮センコトハ到底望ミ得ヘキコトニアラス而シテ從來與ヘラレタル種々ノ定義ヲ見ルニ或ハ物ヲ基本トシタルモノアリ或ハ權利ノ實質ヲ基本トシタルモノアリテ一樣ナラス改正民法ニ於テハ其第三百四十二條ニ於テ質權ノ性質ヲ示セリ該條ノ規定ハ未タ之ヲ以テ直ニ質權ノ定義ト稱スルニ足ラサレトモ之ニ基キテ定義ヲ下セハ即チ左ノ如クナルヘシ

質權トハ契約ヨリ生スル物上擔保ニシテ債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ債權ノ擔保トシテ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ

今之ヲ茲ニ分析シテ説明スヘシ

(一) 質權ハ擔保物權ナリ　質權ハ物上擔保ノ一種ナルコトハ既ニ總論ニ於テ論明シタルカ故ニ今更ニ此ニ贅セス

(二) 質權ハ契約ヨリ生ス　質權ノ契約ヨリ生スルモノナルコトハ何レノ國ノ法律ニ於テモ明カナル所ナリト雖モ殊ニ我國ノ改正民法ニ於テハ絶對的ニ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ改正民法ニ於テハ各人カ特別ノ契約ニ依リ質權ヲ設定スルノ外別ニ法律ノ規定ニ依リテ此權利ヲ生スル場合ナケレハナリ斯ノ如ク質權ハ契約ヨリ生スルモノナルカ故ニ其結果トシテ二個ノ原則ヲ生ス即チ(第一)ハ如何ナル種類ノ債權ニ對シテモ此權利ヲ設定スルコトヲ得ルコトニシテ(第二)ハ相手方ノ承諾アルニアラサレハ此權利ノ發生セサルコト是ナリ而シテ第一ノ原則ニ關シテハ次款ニ於テ其説明ヲ爲スヘシ第二ノ原則ニ關シテハ又其當然ノ結果トシテ此權利ハ抵當權ト異リ單ニ遺言ノ如キ一方ノ行爲ノミヲ以テハ直ニ之ヲ設定スル能ハサルモノナルコトヲ注意セサルヘカラス

(三) 質權ハ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタルモノヲ占有スル權利ナリ　物ノ占有ト質權トノ關係ニ付テハ從來種々ノ沿革アルノミナラス理論上ニ於テモ稍困難ナル問題ノ一トシテ數ヘラルヽ所ナリ而シテ此二者ノ間果シテ如何ナル關係アルヤト云フニ質物ノ占有ハ質權者ノ權利タルハ固ヨリ言ヲ待タスト雖モ其關係ノ密ナル他方ヨリ之ヲ云ヘハ同時ニ其義務ナリト云フモ尚過言ニア

ラサルカ如キ狀態アリ即チ質物ノ占有ハ啻ニ債權設定ノ要件タルノミナラス又其繼續ノ要件トシテ認メラルヽナリ尙此等ノ事ニ關シテハ後ニ至リテ詳說スル所アルヘシ

(四) 質權ハ優先ノ辨濟ヲ受クルノ權利ナリ　質權ハ啻ニ質物トシテ受取リタルモノヽ上ニ行ハルヽノミナラス又其價額ノ上ニモ行ハルヽナリ從テ質權者ハ其物ノ代價ヨリ優先ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルナリ而シテ直ニ質物ヲ以テ辨濟ニ供スルコトヲ得ルカ又其代價ヲ計算スルニ付テハ或方法ヲ要スルカ若クハ質物ヲ賣却スルニハ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ爲スヘキカニ付テハ尙之ヲ後ニ說明スルノ必要アリ

第二款　主タル債權

質權ハ其性質上債權ニ從タルモノナリヤ否ヤノ議論ハ姑ラク之ヲ措キ先ツ之ヲ債權ニ從タルモノト假定シテ如何ナル債權ニ附從セシムルコトヲ得ルヤヲ研究セント欲ス此點ニ於テハ質權ハ留置權若クハ先取特權ト異リテ殆ト無制限ナリト云フコトヲ得然レトモ全然無制限ナリト云フヘキニアラサルカ故ニ又幾何カ

主タル債權

ノ制限アリテ存ス今其各場合ヲ說明スヘシ

(一) 金錢ヲ以テ見積リ得ヘキ行爲ヲ目的トスル債權　債權ノ目的トスル所ノ行爲カ金錢ヲ目的トスルモノナルカ若クハ金錢ニ見積リ得ヘキモノナルトキハ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコト最モ適當ナリ何トナレハ質權ハ質物ノ代價ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ主眼ト爲スカ故ニ辨濟ヲ受クヘキ債權ハ金錢若クハ金錢ニ見積リ得ヘキモノニ關スルトキハ質權ノ目的ヲ遂行スルニ於テ最モ便利ナレハナリ

(二) 金錢ヲ以テ見積ルコトヲ得サル行爲ヲ目的トスル債權　此種ノ債權ハ之ヲ債權ト稱スルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ種々ノ議論アリト雖モ改正民法ニ於テハ一ノ債權トシテ之ヲ認メタリ(第三百九十六條)從テ此種ノ債權モ亦質權ヲ以テ擔保スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス元來質權ハ金錢上ノ債務ニ關シテ認メラレタルモノナルカ故ニ之ヲ以テ金錢上ノ價値ナキ債權ヲ擔保スルコト能ハスト云ハサルヘカラス然レトモ凡ソ債務ハ如何ナル行爲ヲ目的スルモノト雖モ苟モ之ヲ履行セサレハ直チニ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルハ第四

百十五條ノ規定ニ依テ明カナル所ナリ故ニ縱令金錢ニ見積ルコトヲ得サル債權ト雖モ其不履行ノ場合ニ於テハ必スヤ損害賠償ノ問題ヲ惹起セサルヘカラス既ニ損害賠償ノ問題ヲ惹起スルコトアリトスレハ此種ノ債權ト雖モ債權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトハ實際上決シテ無益ナリト云フヘカラス管ニ實際上ニ於テ無益ナリト云フコト能ハサルノミナラス理論上ニ於テモ亦特ニ此種ノ債權ニ限リ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコト能ハストノ例外ヲ認ムルコト能ハサルヘシ

(三) 條件附債權若クハ未來ノ債權　改正民法ニ於テハ條件付權利ノ性質頗ル不明ニシテ之ニ關スル條文ハ唯第百二十九條アルノミ元來條件ナルモノハ權利ノ發生又ハ消滅ニ關スルハ意思表示ナルカ故ニ例ヘハ停止條件ノ場合ニ於テハ條件ノ成就スルマテハ權利ノ發生ナク唯其條件ノ成就シタル場合ニ於テ權利ヲ取得スル豫備ノ權利アルニ過キス故ニ法律ノ規定ナクシテ條件ノ成就セサル債務ヲ擔保スルコトヲ得ルヤ否ヤハ困難ナル問題ナリト云ハサルヘカラス改正民法第百二十九條ニ依レハ條件ノ成否未定ノ間ニ在ル當事者ノ權利義務ハ一般普通ノ權利義務ニ同シク之ヲ處分、相續、保存又ハ擔保スルコトヲ得トノ之ニ依テ之ヲ見レハ改正民法ハ條件附債權ヲ質權ヲ以テ擔保スルコトヲ認ムルモノト云フヘシ

未來ノ債權ニ至リテハ未タ債權ノ發生セサルモノナルカ故ニ之ニ對シテ質權ノ設定ヲ許スコトハ必スヤ法律ノ規定ナクンハアルヘカラス然ルニ改正民法ニ於テハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ質權ノ性質上此種ノ債權ニ對シテハ之ヲ設定スルコト能ハスト云ハサルヘカラス

(四) 他人ノ債務ノ場合　質權ハ管ニ自己ノ債務ヲ擔保スルカ爲メニ自己ノ物ノ上ニ之ヲ設定スルコトヲ得ルノミナラス他人ノ債務ヲ擔保スル爲メニモ亦之ヲ設定シ得ルコトハ舊民法第九十八條ノ明カニ認ムル所タリ改正民法ニ於テハ特ニ斯ノ如キ明文ヲ設ケスト雖モ尚之ヲ認ムルコト第三百四十二條及ヒ第三百五十一條ノ規定ニ徵シテ明カナリ蓋シ保證ナルモノハ債權ヲ以テ他人ノ債務ヲ擔保スルモノナルニ外ナラサルカ故ニ苟モ保證ヲ許ス以上ハ又物ヲ以テ他人ノ債務ヲ擔保スルコトモ許スヘキハ當然ナリト云ハサルヘカラサレハ

ナリ而シテ他人ノ債務ヲ擔保スルカ爲メニ質權ヲ設定スルトキハ之ヲ物上保證ト稱ス

(五)取消シ得ヘキ債權及ヒ自然義務　質權ヲ以テ此等ノ債權ヲ擔保スルコトヲ得ルヤ否ヤハ佛國ニ於テハ喧シキ議論アル所ナリト雖モ我改正民法ノ下ニ於テハ殆ト問題タルノ價値ナシト云ハサルヘカラス蓋シ取消シ得ヘキ債權ニ付テハ質權設定者ノ能力ト密着ノ關係存スルカ故ニ之ヲ次款ニ讓ルト雖モ自然義務ニ付テハ之ヲ設定スルコトカ擔保トシテ效力アリヤ否ヤノ問題ヲ惹起スルヨリモ寧ロ追認若クハ承認トシテ效力アリヤ否ヤノ問題ヲ惹起スルモノト云ハサルヘカラス若シ追認若クハ承認トシテ效力アリトスレハ法律上ノ義務ヲ擔保シタルモノニシテ所謂自然義務ナルモノヲ擔保シタルニアラサルナリ若シ追認若クハ承認トシテ效力ナケレハ何等ノ義務存スルコトナキナリ

第三款　質權ノ目的物

質權ノ目的物

本款ニ於テハ質權ハ如何ナルモノヲ上ニ設定スルヲ得ルヤヲ說明セントス往時羅馬法ニ於テハ質權ノ目的物ヲ有體物ニ限リタリ蓋シ羅馬ニ沿革ヲ述フルニ當リ說明シタルカ如ク最初羅馬ニ於テハ質權ヲ以テ物件ヲ占有スル權利トシテ之ヲ質却スルノ權能ヲ有スルモノニアラストセシヲ以テナリ然ルニ質權ハ單ニ物件ヲ占有スルヲ得ルノミナラス之ヲ質却シテ債權ノ辨濟ニ充ツルヲ得ルモノト爲リ且此質却スルヲ得ル權能カ質權ノ重要ナル效力ト看做サレ質物ノ占有ハ却テ質權實行ニ必要ナルモノトセラルヽニ迨ヒテハ管ニ有體物ニ限ラス權利ノ上ニモ亦質權ヲ設定スルヲ得ルニ至レリ而シテ其權利ノ上ニ設定セラルヽ質權ハ之ヲ權利質ト云フ今之カ說明ヲ後ニ讓リ茲ニハ先ツ有體物ヲ目的トスル質權ニ付キ其目的物ニ要スル條件ヲ說明セントス

(一)物ハ讓渡スコトヲ得ルモノナルヲ要ス　新民法第三百四十三條ニ曰ク「質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス」ト是レ質權ノ性質ヨリ生シタル當然ノ規定ナリト云ハサルヘカラス蓋シ質權ノ主要ナル效用ハ債務ノ辨濟期ニ至テ其辨濟ヲ得サルトキハ質物ヲ競賣シ其代價ヲ以テ辨濟ニ充ツルニ在リ從テ質物ニシテ讓渡スコトヲ得サルモノナルトキハ遂ニ質權ヲ實行スルコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘケレハナリ然ラハ則チ讓渡

スコトヲ得サル物トハ果シテ如何ナル物ナリヤト云フニ凡ソ物ニ融通物ト不融通物トノ二種アリ不融通物ハ又大別シテ二種ト爲スコトヲ得一ハ全然私權ノ目的物タルコトヲ得サルモノニシテ(例ヘハ海洋、人ノ屍體又ハ炮臺ノ如シ)他ハ私權ノ目的物タルヲ得ルモ法律上其讓渡ヲ禁シタルモノ(例ヘハ軍器、卷煙又ハ阿片ノ如シ)是レナリ然リ而シテ私權ノ目的物タル能ハサル物ノ上ニ質權ヲ設定スルヲ得サルハ勿論ナルカ故ニ前顯第三百四十三條ニ所謂讓渡スコトヲ得サル物トハ私權ノ目的物タルヲ得ルモ其賣買讓與ヲ禁セラレタル物ヲ指稱スト解釋セサルヘカラス今茲ニ本問題ニ關聯シテ生スル一問題アリ民事訴訟法第五百七十條ニ掲クル差押ヲ禁止セラレタル十三種ノ物件ハ右第三百四十三條ニ所謂讓渡スコトヲ得サル物ナリヤ否ヤ是ナリ余ヲ以テ之ヲ觀レハ法律カ債權者ニ此十三種ノ物件ヲ差押フルコトヲ許サヽルハ主トシテ債務者カ不意ニ生活又ハ職務ノ執行ニ支障ヲ生スルヲ救護センカ爲メニシテ必スシモ本人自ラ之ヲ賣買讓與スルヲ禁シタルニアラス何トナレハ若シ之ヲ禁スルトキハ其人ノ處分權ヲ剝奪スルノ結果ヲ生スレハナリ故ニ他ニ賣買讓與ヲ禁止スル法文ヲ設クレハ格別否ラサレハ此種ノ物件ハ固ヨリ第三百四十三條中ニ包含セラルヘキノ理ナク從テ當事者ノ合意ヲ以テ其物ノ上ニ質權ヲ設定スルハ毫モ妨ナキコトヽ謂ハサルヘカラサルナリ

「以上ハ主トシテ法律上讓渡スコトヲ得サル物ニ付テ講述シタルナリ次ニ當事者ノ意思ヲ以テ讓渡スコトヲ禁シタル物ノ上ニ質權ヲ設定スルヲ得ルヤ否ト云フニ此點ニ付テハ反對論アルニ拘ラス余ハ質權者善意ナレハ質權ハ有效ニ成立スト信ス何トナレハ物ハ讓渡スコトヲ得ルヲ原則トシ縱令當事者カ讓渡ヲ禁スルノ合意ヲ爲スモ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ヘキ理由ナケレナリ而シテ動産ニ關シテハ特ニ第百九十二條ノ規定アルヲ以テ其上ニ設定セラレタル質權ノ有效ニ成立セルヤ固ヨリ論ヲ俟タサル所トス

(二) 物ハ特定ナルヲ要ス 質權ノ目的物カ特定物ナラサルヘカラサルハ羅馬法以來ノ原則ナリ然リ而シテ舊民法債權擔保編第百條第二項第三項及ヒ第百一條ニ於テハ此原則ヲ認ムト雖モ新民法ハ之ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケ

然レトモ是レ決シテ此原則ヲ排斥シテ然ルモノニアラス蓋シ質權ハ其設定ノ結果トシテ目的物ノ引渡ヲ要シ且物件ノ上ニ强力ナル負擔ヲ生スルモノナルカ故ニ其目的物ノ特定ナルヲ要スルハ當然ノ理タレハナリ

特定トハ特ニ指定セラレテ他物ト代フルヲ得サル狀態ニ在ルヲ云フ苟モ特定ナル以上ハ定量物（例ヘハ米又ハ書籍ノ如シ）ナルト物ノ群（例ヘハ家具、群羊又ハ書庫ノ如シ）ナルト又ハ物ノ一部（有形的部分ト想像的部分トヲ包含ス）ナルトヲ問ハス其物ノ上ニ質權ヲ設定スルコトヲ得而シテ物ハ特定ナルヲ要スルノ結果未來ノ財産例ヘハ未タ收取セサル果實ノ如キ物ニ付テハ質權ヲ設定スルコトヲ得ス但果實收取ノ權利ハ之ヲ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルナリ

茲ニ一個ノ問題アリ金錢ヲ質權ノ目的ト爲スヲ得ルヤ否ヤ是ナリ封金ハ特定ノモノナルカ故ニ之ヲ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルハ固ヨリ論ナシ唯其上ニ設定セラレタル質カ普通ノ場合ニ於ケル質ト異ナルハ其權利ヲ行使スルニ當リ賣却ノ手續ヲ要セス直ニ之ヲ以テ辨濟ニ充當スルコトヲ得ルノ點ニ在ルノミ然レトモ封金ナラサル金錢即チ保證金又ハ敷金ノ如キモノヲ以テ質權ノ目的ト爲スヲ得ルヤ否ヤニ付テハ疑團ナキ能ハス而シテ余ハ寧ロ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得スト信ス何トナレハ金錢ハ引渡ト共ニ其所有權當然相手方ニ移轉スルカ故ニ若シ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトセハ質權者ハ債務ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ單ニ同額ノ金錢ヲ返還スヘキ義務ヲ負擔スルノミニシテ質トシテ受取リタル同一ノ金錢ヲ返還スルヲ要セサルコトヽナリ從テ物ハ特定ナルヲ要ストノ原則ニ背クノミナラス又質權ハ他人ノ物ノ上ニ存ストノ原則ニモ反スルニ至ルヘケレハナリ故ニ羅馬法ニ於テ金錢ヲ負擔ニ供スル場合ヲ稱シテ不規則質ト云ヒ以テ質ノ一種ト爲セルハ誤レルノ甚シキモノト云ハサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テモ亦金錢ヲ以テ一種ノ擔保ト爲スモノナルカ故ニ之ヲ嚴格ニ解釋スルトキハ供シタル金錢ノ上ニ質權ヲ設定シタルニアラスシテ金錢ヲ供スルニ因テ債務者カ取得スル債權即チ債務ヲ辨濟スルトキハ供シタル金錢ヲ債權者ヨリ受取ルノ債權ノ上ニ質權ヲ設定シタルモノ即チ權利質ノ一種ト看做スコトヲ得ヘシ從テ夫ノ賃貸人ノ受取リタル敷金及ヒ公吏ノ供シタル

保證金ニ關シテハ新民法第三百十六條及ヒ第三百二十條ノ規定ニ依リ債權者ハ先取特權ヲ附與セラルヽモ其他ノ保證金ノ如キハ總テ權利質ナリト解釋スルヲ以テ穩當ナリト信ス又代替物(例ヘハ米ヲ質ニ供シ質權者ハ單ニ同種同數ノ物ヲ返還スル義務ヲ負擔スルニ過ギサルトキハ亦金錢ノ場合ト同シク質權者ハ直チニ其物ノ所有權ヲ取得シ而シテ質權ハ實際債務者カ債務ヲ辨濟シタルトキニ債權者ヨリ同種同額ノ米又ハ炭ヲ受取ルヘキ債權ノ上ニ設定セラレタルモノトスルヲ至當トス

第四款　質契約

凡ソ質權ハ契約ニ因リ設定セラルヽモノニシテ質權ヲ設定スル契約ハ之ヲ質契約ト稱スルコト前既ニ述ヘタルカ如シ佛國民法及ヒ我舊民法ニ於テハ質權ノ章下ニ於テ質契約ニ關スル規定ヲ爲セリ然ルニ新民法質權ノ章下ニ於テハ單ニ質權自體ニ關スル規定ヲ掲ケ質契約ニ關スル規定ハ悉ク之ヲ削除シタリ是レ蓋シ質契約モ亦契約ノ一種ナルカ故ニ特ニ之ヲ規定スル必要アラサル限リハ債權編中ノ契約ニ關スル規定ヲ適用セシムルノ精神ナラン然レトモ質契約ハ質權設定

ノ根源ナルカ故ニ講義ノ順序トシテハ先ツ其説明ヲ爲スヲ至當ト爲サヽルヘカラス

(第一) 質契約ノ當事者

質契約ハ通常債權者ト債務者トノ間ニ締結スルモノナルモ或ハ第三者カ債務者ノ爲メニ債權者ト之ヲ締結スルコトアリ故ニ質契約ノ當事者ノ一方ハ常ニ債權者タリ他ノ一方ハ或ハ債務者タリ或ハ第三者タリ而シテ第三者カ債權者ノ爲メニ質權ヲ設定セル場合ニ於ケル第三者ト債權者トノ關係ハ或ハ委任ノ關係タルコトアリ或ハ好意ヲ以テスル事務管理ノ關係タルコトアリ要スルニ質契約ノ當事者ハ債權者ト質權設定者トノ間ニ成立スル契約ニシテ質契約ヨリ生スル權利義務ハ此當事者間ニ效力アルモノナリ

(第二) 質契約締結ノ能力

質契約モ亦一ノ契約ナルカ故ニ一般ノ契約能力即チ法律行爲ヲ爲スノ能力ヲ要スルヤ勿論ニシテ之ヲ詳説スルノ必要ナシ唯茲ニ論スヘキ一事アリ即チ質權設定者ハ質物ニ關シテ如何ナル權限ヲ有スヘキヤノコト是ナリ新民法ハ此

點ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケス舊民法債權擔保編第九十九條ハ規定シテ曰ク「動産質ハ其物ヲ處分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ有效ニ之ヲ供スルコトヲ得ス(第一項)合意上法律上及ヒ裁判上ノ管理人ニ付テモ亦同シ此等ノ者ハ其權限ヲ踰エサルコトヲ要ス(第二項)若シ債務ニ關係ナキ第三者ヨリ動産質ヲ供シタルトキハ其第三者ハ第十二條ニ記載シタル如ク無償ニテ物ヲ處分スル能力ヲ有スルコトヲ要ス(第三項)」ト之ヲ要スルニ質權ハ質物ノ所有者若クハ其代理人アコラサレハ設定スルコトヲ得スト云フニ過キス抑モ質權設定者ハ質物ノ所有者タルヲ要スルヤ否ヤハ一大疑問タリ羅馬法ニ依レハ質物ノ所有者ニアラサル者ハ其所有者ノ承諾ヲ得テ其物ヲ質ニ供スルコトヲ得又法定ノ占有者カ其占有物ノ上ニ質權ヲ設定セルトキハ其物ノ所有者又ハ他ノ法定ノ占有者ニ對シテハ質權ヲ主張スルコトヲ得サルモ其他ノ人ニ對シテハ之ヲ主張スルコトヲ得且所有者又ハ法定ノ占有者ニアラサル者カ質權ヲ設定シタル場合ニ於テモ或條件ニ從フトキハ其質權ノ有效ナルコトヲ認メタリ我新民法ニ於テハ他人ノ物ノ賣買ヲ有效トナシ而シテ賣買ノ規則ハ廣ク之ヲ他ノ有償契約ニ適用スル

モノトセルカ故ニ質契約カ有償ナルトキハ亦之ニ從テ解釋スヘキカ如シト雖モ素ト賣買ハ所有權其他ノ財産權ヲ移轉スルコトヲ約スルモノナルカ故ニ(第五百五十五條)他人ノ物ヲ賣買スルモ之ニ依テ直チニ其所有權相手方ニ移轉スルコトナシ從テ他人ノ物ヲ以テ賣買ノ目的ト爲スモ敢テ妨ナシト雖モ質契約ハ之ニ因テ直チニ質權ヲ設定スルモノナリ而シテ質權ハ賣却權ヲ生スルモノナルカ故ニ他人ノ物ヲ質ニ供スル契約ヲ爲スト同時ニ質契約ノ成立セルモノト看做スコト能ハス蓋シ然ラサレハ質權設定者ヲシテ處分權ナクシテ他人ノ物ヲ處分スルコトヲ得セシムルノ結果ヲ生スヘケレハナリ是ヲ以テ若シ他人ノ物ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ニハ質契約ノ豫約即チ質權ヲ設定スル豫約ヲ爲シタルモノトシテ有效ト爲スコト適當ナルヘシ尤モ動産質ノ場合ニハ縱令其目的物カ質權設定者ノ所有物ニアラサルモ債權者ニシテ善意ナルトキハ新民法第百九十二條第百九十三條及ヒ第百九十四條ノ規定ニ從ヒ有效ナルモノト思惟ス獨逸法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ

(第三)質契約ノ成立

質契約ハ羅馬法以來之ヲ要物契約ト爲シ物ノ引渡ヲ以テ其契約成立ノ要素ト爲ス新民法第三百四十四條ニ「質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス」トアルモ亦之ニ從ヒシモノニ外ナラス故ニ質權設定者ハ先ツ質權者ニ對シ其物ノ占有ヲ移轉セサルヘカラス

「質權ノ設定ニハ何故ニ占有ノ移轉ヲ必要ト爲スヤ羅馬法ニ於テハ占有ヲ以テ質權ノ唯一ノ效力ト看做シタリト云フ沿革上ノ理由ニ基ケハ格別今日ノ如ク質物賣却ノ權利ヲ以テ質權ノ主タル效力ト看做ス時代ニ至リテハ必スシモ占有ノ移轉ヲ必要トスヘキ理由ナキカ如シト雖モ質權ト占有トハ素ト重大ナル關係アリテ今日ト雖モ尙ホ占有ヲ以テ質權ノ效力ト看做スコトアルノミナラス(新民法第三百四十七條)此占有ハ質權實行上最モ重要ニシテ缺クヘカラサルモノタリ又第三者ヲ保護スル上ヨリ云フモ質權ノ設定ニハ占有ノ移轉ヲ以テ必要條件ト爲スヲ可トス是レ我新民法ニ於テ羅馬法以來ノ慣例ニ從ヒ占有ノ移轉ヲ必要ト爲シタル所以ナリ

「質契約成立ノ要件タル占有ノ移轉ハ必スシモ質權者自身ニ對シテ爲スコトヲ要セス其代理人ニ對シテ之ヲ爲スモ尙ホ有效ナルコト第百八十七條ニ依リテ明カナリ然レトモ質權者ハ質權設定者ヲ以テ自己ノ代理占有者ト爲スコト能ハス(第三百四十五條)是レ一ハ質權者ノ質權實行上ニ妨ケアリ又一ハ第三者ヲ害スルノ恐アルヲ以テナリ質權設定者ヲ以テ質權者ノ代理占有者ト爲ストキハ何故ニ第三者ヲ害スルノ恐アリヤ蓋シ質權設定者ハ其質物ノ所有者ナルカ又ハ少クトモ處分權ヲ有スルモノナルカ故ニ若シ質權ヲ設定シタルニ拘ラス依然トシテ其物ノ占有ヲ爲サシムルトキハ第三者ハ質權ノ設定セラレタルコトヲ知ルヲ得ス其結果トシテ質權設定者カ惡意ヲ以テ第三者ニ之ヲ賣却シ若クハ第二ノ質權ヲ設定スルコトアルヘケレハナリ從テ質權成立ノ後質物ノ占有ヲ質權設定者ニ交付シタルトキハ質權ハ爲メニ消滅セサルヲ得ス但質權設定者カ債務者以外ノモノナル場合ニ於テハ債務者ハ其質物ニ付キ質權者ノ代理占有者ト爲ルハ毫モ妨ナシ蓋シ此場合ニ於テハ第三者ヲ害スルノ恐ナシ唯多少質權ノ實行ニ關シ質權者ニ不便アリト雖モ是レ自ラ好テ其不便ニ就クモノナルカ故ニ敢テ法律ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ又質權者ノ質權設定

ノ以前ヨリ質物ヲ占有スル場合ニ於ケル占有ノ移轉ハ單ニ意思ノ決定ヲ以テ足レリトス

「質契約ノ成立ニ書面ヲ要スルヤ否ハ立法例區々ニシテ歸一セス佛國民法及我舊民法ハ證書ノ作成ヲ必要トセリ(但證書カ質契約成立ノ條件ナルヤ否ヤ疑ハシ)蓋シ證書ヲ作成セシムル目的ハ質權設定ノ日附ト債權額トヲ明確ニシ以テ債務者ト質取債權者トノ通謀シテ債務者ノ他ノ債權者ヲ詐害スルヲ防遏セントスルニ在リ然ルニ新民法ハ證書ノ作成ヲ必要トセス何トナレハ質權ノ成立ニハ物ノ引渡ヲ要スルヲ以テ何時設定セラレタルカハ之ヲ知ルコト容易ナリ殊ニ不動產質ニ關シテハ登記ノ制アリ又質權ヲ以テ擔保セラルヽ債權ノ額ハ之ヲ證書ニ記載セサレハ質取債權者ト債務者トカ通謀シテ他ノ債權者ヲ詐害スル恐アリトセハ總テノ債權ニ證書ヲ必要トスルニアラサレハ其主義ヲ貫徹スルコト能ハス加之質權ヲ登記スル場合ニハ債權ノ額ヲモ併セテ登記スルモノナルヘキカ故ニ敢テ證書ニ依テ債權ノ額ヲ明確ニスルノ必要ナケレハナリ但通例ハ證書ヲ作成スルナラン唯法律上之ヲ强要スルハ無用ノ老婆心ナリト云ハサルヘカラス

「質契約ハ明示又ハ默示ヲ以テ之ヲ締結スルコトヲ得ルモ合意ハ常ニ必ス之ヲカルヘカラス佛國學者ノ所謂暗默ノ質權ト稱シ何等ノ合意ナキニ拘ラス法律上ノ推定ニ基ク質權ノ成立ハ我新民法ニ於テ之ヲ認メサルナリ

(第四) 質契約ハ雙務契約ナリ

質契約ハ雙務契約ナルヤ將タ片務契約ナルヤニ付テハ古來議論アル所ニシテ學者概ネ之ヲ片務契約ナリトセリ何トナレハ質契約ハ物ノ引渡ニ因リテ成立シ其引渡以後質權設定者ハ何等ノ義務ヲ負ハサレハナリ然レトモ賣買ノ場合ニ於テハ即時ニ物ヲ引渡スモ尙ホ雙務契約タルカ如ク引渡ノ義務ノ即時ニ履行セラレタルモノト看做シテ之ヲ雙務契約ト爲スヲ可トス且不動產質ノ場合ニハ質權設定者ニ使用收益ヲ爲サシムルノ義務アルヲ以テ質契約ノ雙務契約タルヤ愈明カナリト謂フヘシ

「質契約ハ有償契約ナルヤ將タ亦無償契約ナルヤニ付テハ其設定者ノ債務者タルカ若クハ第三者ナルカニ因リテ區別シ前者ノ場合ニ在リテハ之ヲ無償トスルコト學者間ノ通說トスル所ナル如シ

（第五）取消シ得ヘキ債權ニ付キ質契約ヲ締結セシ場合

債權取消ノ原因カ未成年者、妻、禁治産者等ノ無能力ニ因ルト將タ意思表示ニ瑕疵アルニ因ルトヲ問ハス其取消ノ原因タル狀況ノ繼續スル間ニ爲シタル質契約ハ亦等シク之ヲ取消シ得ヘキモノトス、但其質權設定者カ權限アル法定代理人、夫又ハ保佐人タルトキハ債務ヲ追認シタルモノト看做シ其質契約ハ有效タルナリ（新民法第十九條及ヒ第百二十五條）

取消ノ原因ノ狀況止ミタル後例ヘハ未成年者カ成年ト爲リタル後又ハ詐欺、强暴ノ止ミタル後ニ質契約ヲ締結シタルトキハ即チ債務ヲ追認シタルモノニシテ質契約モ亦成立スルナリ（新民法第五十五條）

取消シ得ヘキ他人ノ債權ニ付キ第三者カ質權ヲ設定シタルトキハ保證ノ規定ヲ適用シテ之ヲ決定スヘキモノトス（新民法第四百四十九條）

第五款　質權ノ範圍

本款ニ於テ說明セントスルハ質權ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ナリ質物ノ範圍ニ付テハ之ヲ次款ニ說明スヘシ

質權ノ範圍

新民法第三百四十六條ニ曰ク「質權ハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用、質物保存ノ費用及ヒ債權ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定ノ行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」ト是レ即チ質權ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ヲ定メタルモノナリ元來質權ハ契約ニ因テ成立スルモノナレハ其擔保スル債權ノ範圍ハ豫メ契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトアルヘシト雖モ契約ノ當時ニ在テハ當事者ハ元本ノ外ニ附從ノ債權ノ發生スルヲ豫期セス又之ヲ豫期スルモ詳細ノ點マテ約束セサルコトアルヘシ殊ニ新民法ニ於テハ質契約ヲ書面ヲ要セサルコトヽセルカ故ニ後日ニ至リ論爭ヲ生スルコトナキヲ保セス是レ法律ヲ以テ豫メ債權ノ範圍ヲ定メタル所以ナリ然レトモ是レ性質上當事者ノ意思ニ一任スヘキモノナルカ故ニ設定ノ行爲即チ質契約ニ別段ノ定アルトキハ固ヨリ之ニ從フヘキモノトス然リ而シテ所謂附隨ノ債權ナルモノニハ二種ノ區別アリ一ハ元本ニ附隨シテ生スルモノニシテ他ハ質契約ニ附隨シテ生スルモノ是ナリ今理論上ヨリ之ヲ云フトキハ前者ハ當然擔保ノ範圍內ニ在リ後者ハ其範圍外ニ在リ從テ後者ハ以テ其範圍內ニ在ラシメントセハ必スヤ法律ノ明文ヲカ

ルヘカラスト而シテ明文ヲ以テ之ヲ其範圍内ニ在ラシムヘキヤ否ヤハ主トシテ第三者ノ利益ヲ保護スルト質權者ノ利益ヲ保護スルトニ由テ異ナル、我新民法ハ抵當權ニ關シテハ主トシテ第三者ヲ保護スルノ主義ヲ採リタルカ故ニ之ヲ以テ擔保ノ範圍外ニ在ルモノト爲セリト雖モ質權ニ關シテハ主トシテ質權者ヲ保護スルノ主義ヲ採リタルカ故ニ之ヲ以テ其範圍内ニ在ルモノト爲セリ、今前顯第三百四十六條ニ從テ質權ノ範圍ヲ分析スレハ即チ左ノ如シ

(第一) 元本

(第二) 利息　約定利息タルト法定利息タルトヲ問ハス

(第三) 違約金　違約金ハ概ネ損害賠償ノ豫定ナリ然レトモ時トシテ或ハ然ラサルコトアリ此場合ニ於テモ新民法ハ之ヲ無效ト爲サヽルモノヽ如シ蓋シ其第四百二十條第三項ニ於テハ單ニ違約金ト稱シ其間ニ區別ヲ設ケサルカ故ニ其ニ與ニ之ヲ包含スルモノト稱スヘケレハナリ

(第四) 質權實行ノ費用　例ヘハ競賣費用、質物運搬ノ費用又ハ質物評價ノ費用等ノ如シ

(第五) 質物保存ノ費用　質權者ハ質物ヲ保存スルノ義務アリ而シテ之カ爲ニ費用ヲ支出シタルトキハ之カ求償ノ權アリ

(第六) 債務ノ不履行ニ因テ生シタル損害ノ賠償　此說明ハ之ヲ債權ノ講義ニ讓ル唯諸君ノ新民法第四百十五條及ヒ第四百十六條ヲ參照セラレンコトヲ望ム」

(第七) 質物ノ隱レタル瑕疵ニ因テ生シタル損害ノ賠償　例ヘハ狂犬、有害物又ハ爆發物等ヲ質物ト爲シタルトキ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ場合ノ如シ

茲ニ參照スヘキハ新民法第六百五十條第三項及ヒ第六百六十一條ナリ新民法ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ被ムラシメタル場合ニハ不法行爲ノ原則ニ依テ賠償ヲ爲サシムルノ外、物ノ隱レタル瑕疵ヨリ生スル損害ノ賠償ニ關シテハ單ニ質權委任及ヒ寄託ノ場合ニ之ヲ規定スルノミ蓋シ當事者ヲシテ自ラ注意セシムルノ趣旨ナラン、質權者ニ特ニ此物ノ隱レタル瑕疵ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ與ヘタルハ質權者ハ債權ノ擔保トシテ質物ヲ占有スルモノナレハ質權設定者ヲシテ之ヲ注意セシムルノ趣旨ニ出テタルモノナリ

此求償權ヲ生スルニハ質物ノ瑕疵ノ隱レタルモノナルヲ要スルカ故ニ質權者カ其瑕疵ヲ知リタルトキハ此求償權ヲ生セス又質權者ニ過失アリタルトキモ此求償權ナシ但質權設定者カ過失ニアラスシテ其瑕疵ヲ知ラサリシモ可ナリ

質權ノ效力

第六款　質權ノ效力

或ハ質權ヲ以テ債權ナリト論スル者アリ然レトモ新民法ニ於テハ之ヲ物權ノ部ニ掲ケタルカ故ニ此點ニ關シテハ最早議論ヲ試ムルノ餘地ナシ

質權ノ效力ハ之ヲ約言スレハ質物ヲ留置シ及ヒ債權ノ辨濟期ニ至テ辨濟ヲ得サルトキハ質物ヲ賣却シ其代價ヲ以テ辨濟ニ充ツルニ在リ而シテ前者ハ羅馬ノ初メニ於テハ質權唯一ノ效力トシテ認メラレタリト雖モ今日ニ於テハ寧ロ後者ヲ以テ質權ノ主タル效力ト爲スカ故ニ前者ハ單ニ質權實行ノ必要手段ト看做サルヽニ過キサルニ至レリ又質權ハ物權ナルカ故ニ優先權及ヒ追及權アルハ勿論ナレトモ自己ヨリ一層强力ナル優先權ヲ有スル債權者ニ對シテハ其效力ヲ讓ルヘキモノトス

質權ノ效力ヲ詳述セントセハ動產質及ヒ權利質ノ三種ニ分テ之ヲ論セサルヘカラス然レトモ玆ニハ唯一般ニ通スル原則ヲ略述スヘシ

（第一）質物ヲ留置スルノ權（新民法第三百四十七條）

質物ノ占有ハ質權存續ノ要件タルト同時ニ又質權者ノ權利ナリ而シテ此權利ハ質權設定ノ當時ヨリ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルマテ繼續スルモノトス惟フニ債務ノ辨濟期ニ達スルモ質權者ヲシテ質物ヲ賣却セスシテ之ヲ留置スルヲ得セシムルモノハ質物ヲ賣却セサルモ債務者カ辨濟ヲ爲スノ見込アル場合アルヘキヲ慮リ及ヒ質權者ヲシテ賣却ニ適當ナル時期ヲ選擇スルノ自由ヲ得セシムルニ在リ或ハ曰ハン斯ノ如ク質權ノ辨濟ヲ受クルマテハ何時マテモ質物ヲ留置スルヲ得セシムルハ質權者ニ取リ甚タ便益ナルヘキモ之ニ依テ質權者ハ故意ニ他ノ債權者ヲ害スルノ恐ナキカト然レトモ若シ他ノ債權者ニ於テ質物ノ代價カ質權者ノ債權ヲ辨濟シテ尙ホ剩餘アリト信スルトキハ代位辨濟ニ依リテ質權者ノ質權ヲ辨濟シ以テ質權ヲ解除スレハ足ル何ソ質權者ノ留置權ヲ恐レンヤ

「質權者ノ留置權ハ質物ニ付キ自己ヨリ一層强力ナル優先權ヲ有スル債權者ニ

對シテ之ヲ主張スルヲ得ズ是レ所謂物上擔保權ノ競合スル場合ナリ之ニ關シテハ後ニ至リ說明スル所アルヘキモ均シク質權者ナル場合ニハ質物引渡ノ前後ニ依リ又抵當權者ト不動產質權者トノ間ニハ登記ノ前後ニ依テ優先權ノ劣ヲ定ムルモノトス

「上述スルカ如ク質權者ハ質物ヲ留置スル權利ヲ有スト雖モ此留置權ハ純然タル留置權ト相等シカラス即チ二者ノ間ニハ債權ノ種類ニ限アルト否ト債權ノ辨濟期前ニ發生スルト其辨濟期後ニ發生スルト又自己ニ對シテ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルヲ得ルト否トノ差違アリ然レトモ物ヲ留置スル點ニ於テハ二者相等シキカ故ニ新民法ハ其第三百五十條ニ於テ其第二百九十六條乃至第三百條即チ留置權ニ關スル規定ヲ準用スヘキコトヲ定メタリ

(第二) 不可分權

質權者ハ質物ニ對シテ留置權ヲ有スルト同シク又不可分權ヲ有ス然リ而シテ不可分權ニ付テハ既ニ總論ニ於テ述ヘタルカ故ニ再ヒ茲ニ說述セス唯左ニ質物ノ增減變更ニ對スル質權ノ效力如何ヲ研究スルニ止メント欲ス

(一) 質物ノ滅失又ハ減少シタル場合

質物カ滅失シタル場合ニ於テハ其目的物消滅ノ理由ニ因リテ質權ハ當然消滅スルモ質物カ減少シタル場合ニ於テハ質權カ不可分ナルノ故ヲ以テ其殘存部分ニ對シテ存在ス然リ而シテ其滅失又ハ減少ノ原因ニ因リ質權者ノ權利ニ及ホス結果ヲ異ニスルカ故ニ左ニ之ヲ說明スヘシ

(イ) 滅失又ハ減少ノ原因カ不可抗力ニ因ル場合

此場合ニハ債權者モ債務者モ共ニ責任ナキカ故ニ結局債權者ノ擔保薄弱ト爲リ爲メニ債權者ノ不利益ヲ來スノミナリ

(ロ) 滅失又ハ減少ノ原因カ債務者ノ責ニ歸スル場合

此場合ニ於テハ第百三十七條ニ依テ債務者ハ期限ノ利益ヲ失フカ故ニ債權者ハ直チニ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得是レ固ヨリ當然ノコトナリト雖モ此場合ニ於テハ此外尙ホ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス而シテ第七百九條ノ規定ニ依レハ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ其損害ヲ賠償セサルヘカラサルカ故ニ此場

合ニ於テモ亦債務者ニ於テ損害賠償ノ責任アルコト勿論ナリト云フヘシ

然レトモ其損害ハ果シテ如何ナルモノナリヤ又如何ニシテ之ヲ賠償スヘキヤハ實ニ困難ナル問題ナリトス

(ハ) 第三者ノ所爲ニ因リ滅失又ハ減少シタル場合

此場合ニ於テハ第三百四條準用ノ結果トシテ第三者ヨリ賠償トシテ所有者ニ差出ス所ノ債權ノ上ニ質權ヲ行フカ故ニ格別差支ナシト雖モ若シ質權者カ其賠償金ヲ受取ラサリシトキハ如何ナル方法ニ因リテ質權ノ損害ヲ賠償セシムルヤハ一ノ問題ナリ余ノ信スル所ヲ以テスレハ此場合ニ於テハ其損害ヲ加ヘタル第三者ニ擔保ヲ供セシムルカ又ハ債權ノ辨濟ヲ確保スルカ爲メ金錢ヲ供託セシムルコトヲ得ヘシ

(ニ) 債權者ノ責ニ歸スヘキ場合

此場合ニ於テハ債權者ハ當然損害ノ賠償ヲ爲サヽルヘカラサルハ言ヲ俟タサルノミナラス質權設定者ハ尙ホ質權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(新民法第三百五十條)

(三) 質物ノ增加ノ場合

無形ノ增加即チ價額ノ增加ハ當然質權ノ目的ニ變更ヲ來サス有形ノ增加ノ場合ニ於テモ其增加カ質物ト一體ヲ爲ス場合ハ固ヨリ之ニ質權ノ效力ヲ及ホスモノトス尙ホ之ニ付テハ第二百四十三條ノ付合ノ場合及ヒ第二百四十二條不動產ノ從トシテ付合シタル物ノ場合ヲ參照センコトヲ望ム

(第三) 果實收取權

新民法第三百五十二條ニ依リ第二百九十七條ヲ準用スルノ結果トシテ此權利ヲ生ス此權利ニ付テハ留置權ノ章下ニ於テ說述シタルカ故ニ今亦之ヲ贅セス

(第四) 轉質ヲ爲スノ權

新民法第三百四十八條ニ曰ク「質權者ハ其權利ノ存續期間內ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ轉質ヲ爲サヽレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損失ニ付テモ亦其責ニ任ス」ト今本條ノ解釋ヲ爲スニ當リ先ツ轉質ノ理論ニ關シ聊カ研究スル所アラント欲ス

轉質トハ質權者カ質物トシテ受取リタル物件ヲ更ニ自己ノ債權者ニ質入スル

ヲ云フ極端論者ハ法律ノ明文ヲ俟タスシテ質權者ハ轉質權ヲ有スト言フト雖モ元來質權ハ債權ニ從タルモノナルカ故ニ明文アルニアラサレハ之ヲ轉質ト爲スヲ得サラン轉質ニ付テハ種々ノ學說アレトモ今重要ナルモノヲ擧クレハ

(イ) 質權ノ質權即チ權利質ト爲ス說　曰ク財產權ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルハ近世一般ニ認ムル所ナリ而シテ質權モ亦一ノ財產權ナルカ故ニ其上ニ質權ヲ設定スルハ敢テ理論ニ反スルモノニアラス轉質即チ是ナリト此說タル一見甚タ明瞭ニシテ且正當ナルカ如シト雖モ仔細ニ之ヲ觀察スルトキハ又誤謬タルナキヲ得ス今此說ヲ論證セントスルニハ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ質入スルヲ得ルヤ又更ニ一歩ヲ進メテ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ讓渡スヲ得ルヤヲ答ヘサルヘカラス佛學者中或ハ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ之ヲ質入スルモ何等ノ妨ケナシト論スル者アリト雖モ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ之ヲ讓渡スコトヲ得サルハ近世一般ニ認メラルヽ所ニシテ獨逸民法ノ如キ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ蓋シ斯ノ如キハ質權カ債權ノ從タル所ノ根本ノ性質ニ反スルモノナレハナリ既ニ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ讓渡スコトヲ得ストセハ之ヲ主タル債權ヨリ分離シテ質入スルコトヲ得サルモ亦明ナルニアラス故ニ此說ノ誤謬タルヤ論ヲ俟タサルヘシ加之此說ニ從フトキハ第一質權者カ債權ノ辨濟ヲ得從テ其質權消滅スレハ第二質權者ノ質權モ亦當然消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ實際ノ慣例及ヒ解釋ニ於テハ第二質權者ノ質權ヲ以テ斯ル薄弱ノモノト爲サス勿論第二ノ質契約ヲ締結スル場合ニハ第一質權ノ存續期間ヲ超過スル期間ヲ定ムルコト能ハスト雖モ苟モ其期間內ニ於テ契約セル期間內ハ第二質權者ノ質權ハ第一ノ質權ノ消滅ニ因リ當然消滅スルモノニアラス從テ債務ノ辨濟期限ニ至リ若シ辨濟ヲ得サルトキハ第一ノ質權既ニ消滅セルニ拘ラス第二質權者ハ質物ヲ賣却シテ辨濟ニ充ツルコトヲ得故ニ轉質ニ爲セル場合ニ第一ノ債權者カ其債務ノ辨濟ヲ爲サントスルニハ之ヲ第二質權者ニ辨濟スルカ又ハ第一及ヒ第二ノ質權者立會ノ上ニテ辨濟ヲ爲スニアラサレハ質物ヲ取戻スコト能ハサルコトアリトス

(ロ) 質權ノ條件附讓渡ト爲ス說　此說ニ依レハ轉質ハ第一質權者カ一ノ條件

ヲ附シテ其有スル質權ヲ第二質權者ニ移轉スルモノト爲ス然レトモ質權ハ主タル債權ヨリ分離シテ讓渡スコト能ハサルハ前既ニ述ヘタルカ如シ是ヲ以テ單ニ質權ノミヲ讓渡シタルモノト爲スハ採ルニ足ラサル說タルヲ免レス假令ニ一歩ヲ進メ主タル債權ト共ニ質權ヲ讓渡シタルモノトセハ第一質權者ハ最早債務者ト何等ノ關係ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ實際上轉質ハ斯ノ如キ結果ヲ生スルモノニアラス第一質權者ハ依然トシテ債務者ニ對シ債權者タル資格ヲ有スルノミナラス質權ヲ留置スル權利ヲモ失ハサルナリ故ニ此說ハ到底轉質ノ性質ニ適合セサルモノタルナリ

(ハ) 質權附債權ノ質入ト爲ス說　此說ニ依レハ轉質ハ質權ノ債權ニアラス又質權ノ讓渡ニモアラスシテ質權ヲ以テ擔保セラルヽ債權ヲ質入スルモノ即チ一ノ權利質ナリト爲ス此說ハ能ク質權及ヒ轉質ノ性質ニ適合スルモノヽ如シ然レトモ又非難スヘキ點ナキニアラス即チ若シ此說ノ如クセンカ轉質ノ場合ニ於テハ第一質權者ハ債權證書ヲ第二質權者ニ交付スヘク又第二質權者ハ第一債務者ニ對シ直接ニ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス（新民法第三百六十三條、第三百六十七條）然ルニ轉質ハ實際上決シテ斯ノ如キヲ得サルヘシ故ニ此說モ亦之ヲ完全無瑕ト謂フヲ得サルナリ

之ヲ要スルニ轉質ノ性質ニ關シテハ未タ滿足スヘキ學說ナシ余ノ見解ヲ以テスレハ轉質ナルモノハ第一質權者ノ質權又ハ其債權ニ關スルモノニアラスシテ法律カ質入主ヲ害セサル範圍內ニ於テ質物ニ關スル一種ノ利用權ヲ第一質權者ニ附與シタルモノト謂フヘシ換言スレハ第一質權者ハ質物ノ所有者ニアラサルモ質權ノ効力トシテ質入主ヲ害セサル限度ニ於テ質物ヲ他ニ質入スル權利ヲ附與セラレタルナリ而シテ其第二ノ質即チ轉質ハ質物ノ上ニ存スル一個獨立ノ質ニシテ決シテ第一質權者ノ質權又ハ其債權ノ上ニ設定セラレタルモノニアラス以上ハ一己ノ見解タルニ過キスト雖モ斯ノ如ク解釋スルトキハ能ク轉質ノ性質ニ適合スヘキカ如シ或ハ反對スル者アリ曰ハン所有者ニアラサル質權者ニ質物ヲ更ニ他ニ質入スル權利ヲ認ムルハ甚タ不當ナリト勿論絕對的ニ此權利ヲ認ムルハ不當ナリト雖モ質入主ヲ害セサル範圍內ニ於テ之ヲ認ムルハ敢テ不當ニアラサルヘシ現ニ留置權ノ場合ニ於テモ債務者ノ承諾ヲ

得クルトキハ留置權者ハ留置物ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ルコアラスヤ（新民法第二百九十八條第二項）而シテ此場合ニ在テハ留置權ヲ擔保ニ供スルコアラス又債權ヲ擔保ニ供スルコモアラス留置物其物ヲ擔保ニ供スルモノナルハ何人モ之ヲ疑ハス何トナレハ其所謂擔保ニ供スルトハ質又ハ抵當ニ供スルヲ指稱スルモノニシテ第二ノ留置權ヲ設定スルモノニアラサレハナリ之ヲ要スルニ法律ニ規定ナケレハ質權者ハ此權利ヲ有スルコトナカルヘキモ法律ノ明文ヲ以テ質權者ニ一種ノ質物利用權ヲ認ムルハ恰モ不動產質權者ニ質物ノ使用收益權ヲ認ムルニ均シク何等ノ差間ナカルヘキナリ

次ニ轉質ニハ如何ナル條件ヲ要スルヤヲ見ン

（イ）轉質ノ期間ハ原質權ノ存續期間ヲ超ユルコトヲ得ス　是レ人ハ自己ノ有スル權利ヨリ大ナル權利ヲ他人ニ讓渡ス能ハサル原則ノ當然ノ結果ニシテ若シ原質權ノ存續期間ヨリ長キ期間ヲ約スルヲ許スコトヽセハ原債務者ハ其債務ヲ辨濟スルニ拘ラス尚ホ質物ヲ取戻スコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘキナリ

（ロ）轉質ヲ爲サントスルニハ質權者ハ自己ノ責任ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス即チ轉質ヲ爲シタル後ト雖モ原質權者ハ質物ノ保存及ヒ之ヲ利用セサルノ義務ニ付キ自己ニ其責ヲ負フ故ニ第二質權者カ質物ヲ損壞シ又ハ債務者ノ承諾ヲ得スシテ之ヲ使用シ若シハ賃貸シタル等ノ場合ニ於テハ原債務者ハ第一質權者ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ及ヒ質權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得又一般ノ場合ニ於テハ質權者ハ不可抗力ノ爲メ質物ニ損失ヲ生スルコトアルモ其責ニ任セサルモノナルニ拘ラス轉質ノ場合ニハ縱令不可抗力ニ因ル損失ト雖モ轉質ヲ爲サヽレハ生セサルモノナルトキハ之カ責ニ任スルモノトス（例ヘハ轉質中火災地震等ノ爲メニ滅失毀損スルモ第一質權者ノ所ニアレハ其損害生セサルヘキトキ）何トナレハ縱令不可抗力ニ原因スルモ轉質ノ行爲ノ爲メ原債務者ニ損害ヲ被フラシムヘカラサレハナリ

（ハ）轉質ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ハ原債權ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得ス　法文ニハ之ニ關スル明文ヲ掲ケスト雖モ何人モ其有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ストノ原則ニ依リ此條件ノ必要ナルハ自ラ明白ナルヘシ何ト

レハ若シ轉質ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ヲシテ原債權ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得セシムルモノトセハ原債務者ハ自己ノ負擔セル債務ヲ辨濟シタルニ拘ラス尚ホ質權不可分ノ原則ニ由リテ質物ヲ取戻スコトヲ得サルノ結果ヲ生スルニ至レハナリ

以上説明スルカ如クナルヲ以テ轉質ハ寔モ原債務者ヲ害スルコトナシ而シテ質權者ニ頗ル利便ナルモノナリ故ニ各國法律之ヲ認メサルモノナシ唯轉質ノ原債務者ニ不利益ナルハ不動産質ニ在テハ轉質モ亦之ヲ登記スルカ故ニ原債務者ハ其存在ヲ知ルコトヲ得ヘキモ動産質ニ在テハ轉質ヲ登記スルコトナキカ故ニ原債務者或ハ其存在ヲ知ラスシテ第一質權者ニ債務ノ辨濟ヲ爲スノ恐アルコトヲ是ナリ此場合ニ若シ第一質權者カ第二質權者ニ其債務ノ辨濟ヲ爲サヽルトキハ第二質權者ハ依然トシテ質物ヲ留置スヘシ然レトモ原債務者カ質物ト引替ニ債務ノ辨濟ヲ爲サヽルハ其過失ト謂ハサルヘカラス又通例原債務者ハ第一及ヒ第二ノ質權者立會ノ上ニテ債務ノ辨濟ヲ爲スヘキカ故ニ實際上多クノ損害ヲ見ルコトナカルヘシ

（第五）賣却權

質權究竟ノ目的ハ債務不履行ノ場合ニ於テ債權者ヲシテ其質物ニ依リ擔保セラルヽ債權ノ辨濟ヲ得セシムルニ在リ而シテ此目的ヲ達スルニ付テハ二個ノ方法アリテ存ス即チ一ハ債權ノ對價トシテ質物ノ所有權ヲ質權者ニ取得セシムルモノニシテ二ハ質物ヲ賣却シテ其代價ヲ辨濟ニ充ツルモノ是ナリ此二個ノ方法ハ果シテ新民法ノ下ニ行ハルヽコトヲ得ルカ以下之ヲ分説スヘシ

（一）流質契約

債務者カ債務ノ辨濟期ニ至リ其債務ヲ辨濟セサル場合ニ其質物ノ所有權ヲ質權者ニ取得セシムヘキコトヲ約スルモノ之ヲ流質契約ト云フ此流質契約ハ現時專ラ營業質ニ關シテ行ハレ營業質ニアラサルモノニ付テモ亦從來慣行セラレタルモノトシテ債務辨濟ノ方法トシテハ頗ル簡便ナルモノトス

「今流質契約ニ關スル法制如何ヲ觀ルニ羅馬法ニ於テハ當初之ヲ許シ後ニ至テ之ヲ禁セリ又佛國民法及ヒ我舊民法ニ於テハ債務ノ辨濟期後ニハ之ヲ締結スルヲ許スモ其辨濟期前ニハ之ヲ締結スルヲ許サス而シテ新民法ニ於テ

ハ初メ草案ニハ之ヲ禁スルノ條文ヲ設ケサリシカ衆議院ニ於テ修正ノ際佛國民法及ヒ舊民法ニ倣ヒ債務ノ辨濟後ニハ之ヲ締結スルヲ許スモ其辨濟期前ニハ之ヲ締結スルヲ許サヽルコトヽセリ（新民法第三百四十九條）是ヨリ流質契約ヲ許スノ可否ニ付テ學者ノ所說ヲ畧述セン

（甲）債務辨濟期前ノ流質契約ヲ禁スヘキヲ主張スル理由ハ左ノ如シ

（イ）流質契約ヲ許ストキハ債務者カ金錢ノ需要切迫セルヲ奇貨トシテ債權者ハ不當ニ質物ヲ廉價ニ見積リテ質ニ取リ遂ニ債務者ハ僅少ノ債務ノ爲メニ高價ナル物件ヲ失フノ恐アリ

（ロ）流質契約ヲ許ストキハ債權者ハ之ヲ利用シテ利息制限法ノ羈束ヲ免ルヽノ手段ト爲スヽ即チ通常濟窮ナル債務者ハ辨濟期ニ至ルモ債務ヲ辨濟スルヲ得サルコト屢次ナリ故ニ債權者ニシテ高利ヲ貪ラント欲セハ縱令利息ハ制限法ニ違背セサルモ質物取得ノ結果高利ニ當ルノ計算ヲ以テ流質契約ヲ締結スルノ恐アリ

（ハ）以上ノ弊害ハ質權設定ノ當時又ハ債務ノ辨濟期前ニ流質契約ヲ締結スルヲ許スヨリ生スル結果ナリ然ルニ債務ノ辨濟期後ニ於テハ縱令流質契約ヲ締結スルヲ許スモ此等ノ弊害ヲ生スルコトナシ何トナレハ債務ノ辨濟期後ニハ債權者カ債務者ニ對シ流質契約ヲ締結スルニアラサレハ金錢ヲ貸與セスト脅迫スル能ハサルノミナラス又債權者ハ債務者ノ債務ヲ辨濟スル能ハサルヲ豫期シテ不當ノ高利ヲ貪ラントスルノ手段ト爲スヲ得ス加之債務者ハ現ニ債務ヲ辨濟スヘキ時期ニ到達セルカ故ニ辨濟ノ資力之ナキトキハ質物ヲ賣却シテ辨濟ニ充ツルノ外ナシ而シテ之ヲ質權者ニ賣却スルコト大ニ便益ナルコトアリ從テ債務者カ適當ナリト認メタル場合ニハ自由ニ流質契約ヲ締結スルヲ得セシムルコトヽ寧ロ其利益ナレハナリ

（乙）甲說ニ反對シテ流質契約ノ許スヘキヲ主張スル理由左ノ如シ

（イ）論者ハ債務辨濟期前ノ流質契約ヲ許ストキハ高價ナル物件ヲ廉價ニ沒收セラルヽノ弊アリト言フト雖モ是レ無用ノ老婆心ノミ往昔融通ノ不便ナリシ社會ニ在テハ兎モ角現時ニ於テハ資本家ノ間ニ競爭行ハル

ヽカ故ニ廉價ニ引取ラントスルカ如キ資本家ニ物件ヲ質入スル必要ナシ況ヤ債務者ニシテ到底債務ヲ辨濟シ能ハサルヲ豫期セハ直チニ物件ヲ賣却シテ其代價ヲ得ルヲ得ン何ヲ苦テ貪婪ナル資本家ニ脅迫セラレテ高價ナル物件ヲ廉價ニ沒收セラルヽノ愚ヲ爲サンヤ加之流質契約ヲ禁スルノ結果トシテ質物ヲ競賣ニ付スヘキニ於テハ債權者ハ之ニ要スル費用ハ競賣ノ爲ニ價額ノ低下スルコトヲ豫想シ却テ高價ナル物件ニ付テモ僅少ノ金錢ノ外貸與セサルニ至ルヘシ又質權設定者ハ必スシモ債務者ニ限ラサルカ故ニ債務者カ金錢ノ需要ニ迫ラレテ債權者ニ脅迫セラルヽノ理由ヲ以テ流質契約ヲ禁スルハ債務者ニアラサルモノカ質權設定者タル場合ニハ正鵠ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス

(ロ) 論者ハ流質契約ヲ以テ債權者カ利息制限法ヲ犯スノ具ト爲スト曰フト雖モ元來利息制限法ノ當否ハ既ニ學者間ニ議論ノ存スル所ナリ假ニ一歩ヲ讓リ利息制限法ヲ以テ正當ノモノト爲スモ之カ爲メ直ニ流質契約ヲ禁スルハ一早計ナリ現ニ質物ノ價格ニシテ明ニ制限以内ノ利息ニ適當センニハ毫モ問題ヲ生セサルニアラスヤ加之不動産ニ付テハ法律上既ニ買戻約款附賣買ヲ許ス以上ハ此方法ニ依テ利息制限法ノ適用ヲ免ルヽコトヲ得然ルニ利息制限法ノ適用ヲ免ルヽノ理由ヲ以テ流質契約ヲ禁スルハ論理ノ一貫セサルモノト謂ハサルヘカラス要スルニ流質契約ニシテ利息制限法ヲ犯スコトヲ恐ルヽナラハ制限法違反ト認メラルヽ場合ニ限リ之ヲ救濟スレハ可ナリ然ルニ融通ノ自由ヲ尊重スル現時ニ在テ債務者カ爲メニ苦メラルヽヲ顧慮シテ一般ニ流質契約ヲ禁スルハ寧ロ融通ヲ害スルモノニシテ債務者ヲ保護セントシテ却テ之ニ不便ヲ感セシムルモノト云フヘシ

(ハ) 論者ハ債務ノ辨濟期後ニ流質契約ヲ締結スルヲ許スハ弊害ナシト言フト雖モ若シ果シテ債務辨濟期前ノ流質弊害アルモノトセハ債務辨濟後ノ流質契約ハ却テ其弊害大ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務辨濟期後ニ至テハ既ニ辨濟ノ必要切迫セルカ故ニ債務者ハ考慮ノ遑ナシシテ質物ヲ債權者ニ引渡スノ契約ヲ締結スルノ危險アレハナリ論者

又債務辨濟期後ニ在テハ債務者ハ債權者ニ脅迫セラルヽコトナシト言フト雖モ其理由トスル所ハ縱令債務辨濟期前ナリト雖モ質權設定ノ後ナルトキハ亦同一ナリト謂ハサルヘカラス要スルニ債務辨濟期後ノ流質契約ヲ許シテ其辨濟期前ノ流質契約ヲ禁スルハ矛盾ノ譏ヲ免レサルモノニシテ採ルニ足ラサル說ナリ

以上ノ二說中甲說ハ新民法ノ解釋ニ適當スルモノナリ而シテ其當否ハ遽ニ論斷スルヲ得スト雖モ若シ流質契約ヲ禁スルトキハ債權者ハ賣却ノ費用ト價額ノ低下トヲ豫想シテ質物相當ノ金額ヲ貸與セサルヤ明ナリ加之賣買ニ關シテ羅馬法ニ於ケルカ如シ非常ノ廉價ニ賣却スルヲ無效ノ賣買ト爲サヽル以上ハ獨リ不當ノ脅迫ヲ理由トシテ以テ流質契約ヲ禁スルハ矛盾ノ譏ヲ免レス要スルニ融通ノ自由ナル現時ニ在テハ流質契約ヲ禁セサルモ大害ナカルヘシ強ヒテ之ヲ禁セントセハ不動產質ノ場合ニ限ルヲ可トス何トナレハ不動產ニ在テハ急速ニ買主ヲ見出スコト難シ且競賣ニ付スルニ付テノ價額ノ低下割合ニ少キモ動產ニ在テハ之ニ反スルヲ以テナリ故ニ新民法ニ於テハ動產質ニ限リ或場合ニハ質權者ニ質物ノ所有權ヲ得セシムルモノトセリ（新民法第三百五十四條）

（二）賣却

次ニ質物ノ價額ヨリ辨濟ヲ求ムル方法ハ質物ヲ賣却スルニ在リ質物ヲ賣却スルニ又二个ノ方法アリテ存ス（其一）ハ質權者カ自ラ質物ヲ賣却スルモノニシテ（其二）ハ公ノ競賣ニ付スルモノ是ナリ新民法ハ右第一ノ方法ヲ禁シテ第二ノ方法ヲ採用ス新民法第三百四十九條後段ニ「其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ約スルコトヲ得ス」ト規定セルカ其「法律ニ定メタル方法」トハ即チ民事訴訟法ニ定メタル競賣手續ヲ指スナリ但競賣手續ニ關シテハ新ニ單行法ヲ制定スルヤニ聞ケルヲ以テ此法律カ發布セラレタル上ハ之ニ據ルヘキコト勿論ナリ

然ラハ法律ハ何故ニ質權者自ラ質物ヲ賣却スルコトヲ禁スルヤト云フニ若シ之ヲ許ストキハ質權者ハ質物ヲ不當ノ廉價ニ賣却シ以テ質權設定者ヲ害スルノ恐アリ之ニ反シ質物ヲ公ノ競賣ニ付スルトキハ公平ノ價額ニ賣却ス

ルヲ得且苟モ質物ヲ賣却スルニ於テハ債權ハ果シテ辨濟期ト爲リタルヤ否ヤ又債務者ハ辨濟セサルヤ否ヤ將タ多數ノ債權者アル場合ニ何人カ賣却權ヲ有スルヤノ問題ヲ生スヘキカ故ニ私ニ賣却セシムルハ弊害アレハナリ羅馬法ニ於テハ原則上質物ヲ競賣ニ付スヘキモノトシ特殊ノ質權者例ヘハ公立ノ質取所ノ如キハ自ラ質物ヲ賣却スルヲ得ルモノトセルモ佛國民法、我舊民法及ヒ新民法ハ一般ニ質物ヲ競賣ニ付スヘキモノトセリ

第七款　質權者ノ權利義務

質權者ハ質權ノ效力トシテ前款ニ述ヘタル物權的權利ヲ有スルノミナラス又質契約ニ因リ對人的權利義務ヲ有ス左ニ之ヲ分說スヘシ

（第一）質權者ノ義務

一、質物保存ノ義務（新民法第百五十條第三）　留置權者ノ留置物保存ノ義務ト異ナラサルヲ以テ詳說セス

二、質物ヲ利用セサル義務（同上）　是亦留置權者ノ義務ト異ナラス但轉質及ヒ不動產質ニ關スル收益ニ關シテハ後ニ至リ之ヲ說述スヘシ

三、質物返還ノ義務　債務ノ辨濟期ニ至リ全部ノ辨濟ヲ得タルトキハ質權者ハ質物ヲ返還セサルヘカラス

（第二）質權者ノ權利

一、質權實行ノ費用、質物保存ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ニ對スル求償權　質權者ハ曾ニ此等ノ權利ヲ有スルノミナラス此等ノ權利ハ同シク質權ニ依テ擔保セラルヘタルカ如シ（新民法第百四十六條）

二、價格ノ增加カ現存スル場合ニ於テ有益費ノ償還ヲ求ムル權（新民法第三百五十條第二項）（九十九條第二項）

第八款　物上保證

物上保證トハ他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ第三者カ質權ヲ設定スルモノナルハ前屢述ヘタルカ如シ此場合ニ於テハ物上保證者ハ債務ニ付キ第三者ナレトモ質契

約ニ付テハ當事者ナルカ故ニ之ニ關スル質權設定ノ要件及ヒ質契約ヨリ生スル對人的權利義務ノ關係ハ上述シタル所ニ異ナルコトナシ唯本款ニ論述スヘキ必要アルハ物上保證者ト債務者トノ關係ナリトス

物上保證ト通常ノ保證トノ間ニハ債權者ト保證人トノ關係上大ナル差異アリ即チ一ハ物權タル質權ノ關係ヲ生シ一ハ保證債務ノ關係ヲ生スルナリ然レトモ保證人ト債務者トノ關係ニ於テハ殆ト差異ナシ即チ物上保證モ亦通常ノ保證ト均シク或ハ債務者ノ委任ニ因テ之ヲ爲スコトアルヘシ或ハ事務管理トシテ之ヲ爲スコトアルヘシ從テ自ラ債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リ物上保證者カ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ通常ノ保證人カ主タル債務者ノ債務ヲ辨濟シタル場合ト均シク主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ生スルナリ(新民法第三百五十一條)茲ニ注意スヘキハ新民法第三百五十一條ニハ「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」(中略)「債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス」ト規定セルカ故ニ縱令主タル債務者ノ委託ヲ受ケタル場合ニ於テモ通常ノ保證人カ新民法第四百六十條ニ依リテ有スル辨濟期前ノ求償權ヲ有セサルモノトス舊民法債權擔保編第九十八條第二項ヲ見ルニ孰レノ場合ニ於テモ動產質ヲ供シタル第三者ハ其第三十條及ヒ第三十一條ニ從ヒ保證人ト均シク債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルモノトシ不動產質ニ付テハ其第百十七條ニ於テ之ト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲ス而シテ其第三十條及ヒ第三十一條ハ其ニ保證人ノ辨濟期後ノ求償權ヲ規定シタルモノニシテ辨濟期前ノ求償權ハ之ヲ其第三十四條ニ規定セリ是ニ由テ之ヲ觀レハ舊民法ハ物上保證者ノ辨濟期前ノ求償權ヲ認メサルヤ明ケシ新民法ニ於テハ其第三百五十一條ニ單ニ「保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ」ト云ヒテ別ニ其條文ヲ指示セサルカ故ニ稍疑ナキヲ得サルカ如シト雖モ債務ヲ辨濟シ又ハ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキト規定セルヨリ觀察スレハ敢テ舊民法ノ主義ヲ改メタルモノニアラサルヘシ故ニ立法論トシテハ兎モ角解釋論トシテハ物上保證者ハ辨濟期前ノ求償權ヲ有セサルモノト爲サヽルヘカラス

第九款　質權ノ消滅

質權ノ消滅

質權ノ消滅原因ニモ亦二個アリ即チ一ハ主タル債權ノ消滅ニ伴フ消滅ニシテ二ハ質權自體ノ消滅是ナリ以下之ヲ

分説スヘシ

(第一) 主タル債權ノ消滅ニ伴フ消滅

主タル債權ニシテ既ニ消滅スルトキハ之ニ從タル質權ノ消滅スルハ固ヨリ當然ノ結果ナリ當ニ主タル債權ノ消滅スル場合ノミナラス債權者カ其債權ヲ他ニ讓渡ス場合ニ若シ之ニ從タル質權ヲ其儘ニシタルトキハ其質權ハ茲ニ消滅ニ歸スヘシ蓋シ債權ノ存在セサルニ拘ラス質權ノミ獨立シテ存在スヘキ理ナケレハナリ獨逸法ノ如キ明文ヲ以テ此旨趣ヲ規定セリ

代位辨濟及ヒ更改ノ場合ニ於テハ主タル債權ノ消滅スルニ拘ラス例外トシテ尚ホ質權ノ存續スルコトアルハ前既ニ述フルカ如シ又質權ノ行使ハ債權ノ消滅時效ヲ妨ケサルコト留置權ト同シ

(第二) 質權自體ノ消滅

質權自體ノ消滅原因ヲ分テ二種トス物權ニ普通ナルモノ及ヒ質權ニ特別ナルモノ即チ是ナリ

先ツ物權ニ普通ナル消滅原因ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

(一) 質權ノ拋棄 但質權カ第三者ノ權利ノ目的ト爲リ居ルトキハ其第三者ノ同意ヲ得ルニアラサレハ之ヲ拋棄スルコトヲ得サルヘシ

(二) 質物ノ滅失

(三) 時效 時效ニ關シテハ動產質ト不動產質トニ區別シテ之ヲ論スルヲ要ス詳細ノ説明ハ之ヲ後段ニ讓ルヘシ

(四) 混同 但質權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ混同ニ因テ消滅スルコトナシ(新民法第百七十九條)獨逸民法ニ於テハ質權カ質物所有者ノ利益ノ爲メニ存スヘキトキモ亦混同ニ因リ消滅スルコトナキモノトセリ例ヘハ債務者カ同一物ニ付キ甲者及ヒ乙者ニ對シテ質權ヲ設定シタル後甲者ノ相續人ト爲リタルトキハ甲者ノ有セシ質權ハ混同ニ因テ消滅セスト爲スカ如シ

次ニ質權ニ特別ナル消滅原因ヲ擧ケンニ

(一) 質權者ノ義務ノ不履行 此場合ニハ債務者ノ請求ニ因リ消滅ス

(二) 質物ノ占有ヲ質權設定者ニ移付シタルトキ 新民法ニ於テハ別段ノ規定ヲ設ケサルモ質物ノ占有ヲ第三取得者ニ移轉シタルトキモ亦質權設定者ニ

質物ノ占有ヲ移轉シタル場合ト均シク質權ヲ消滅セシムヘキモノト信ス此事タルヿヲ獨逸民法ニ規定セリ蓋シ質物ノ占有ヲ質權設定者ニ移轉スルニ因リ質權ヲ消滅セシムルハ第三者カ質權ノ存在ヲ知ラスシテ之ト取引ヲ爲シ爲メニ損害ヲ被ムル恐アルニ因ル果シテ然ラハ第三取得者カ質物ノ占有ヲ得タルトキモ亦同一ノ恐アルヲ免レサレハナリ

(三) 質物ノ占有ノ喪失　此事ニ關シテハ後段ニ說明スル所アラン

(四) 質權ノ實行

第二節　動産質

動産質ハ質權ノ最モ普通ナルモノニシテ質權ニ關スル一般ノ規定ヲ設クルニモ自ラ其標準ヲ動産質ニ採レルヤ明ナリ故ニ前節ニ述ヘタル規則ハ最モ多ク動産質ニ適用セラルヽヲ見ル是ヨリ動産質ニ關スル特別ノ性質ニ付テ說明スル所アラント欲ス

(第一) 定義

今動産質ノ定義ヲ試ミンニ即チ左ノ如シ

動産質トハ一个又ハ數个ノ動産ヲ質ニ供スル契約ヲ云フ

動産トハ土地及ヒ其定着物以外ノ一切ノ物件タルコト新民法第八十六條第二項ノ規定スル所ナリ但船舶ニ關シテハ特別ノ取扱ヲ爲スコト各國一般ノ慣例ナリ

(第二) 要件

新民法第三百五十二條ハ規定シテ曰ク「動産質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトヲサレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト抑動産質ニ在テハ質物ノ占有ハ實ニ第三者ニ對スル公示方法ナリ蓋シ動産ニ付テハ登記ヲ爲スヲ得サルカ故ニ質權者ニシテ質物ヲ占有セサルトキハ第三者ハ其物件ニ質權ノ附着スルヲ知ルノ途ナク之カ爲ニ損害ヲ被フルコトアルヲ免レサレハナリ

但占有ニ付テハ代理ヲ許スカ故ニ必スシモ質權者自ラ占有ヲ爲スヲ要セス

茲ニ注意スヘキ一事アリ即チ前顯第三百十五條ハ第三者ニ關スル規定ナルカ故ニ占有ノ中絕ハ當事者間ニ於テハ質權ノ存續ヲ妨ケス例ヘハ質權者カ質物ヲ遺失シ其後之ヲ回復シタリトセンニ其場合ニ若シ其回復前ニ質物ニ付キ權

利ヲ取得シタル第三者アルトキハ質權者ハ其第三者ニ對シ質權ヲ以テ對抗スルヲ得サレトモ當事者間ニ在テハ依然トシテ質權存續スルカ如シ之ニ反シ設定要件タル占有ノ引渡ハ質權ノ成立ニ必要アルモノナルカ故ニ若シ之ヲ缺如スルトキハ質權全ク成立スルコトナキナリ

上述スルカ如ク占有ハ動產質權ヲ第三者ニ對抗スル要件ナルカ故ニ質權者若シ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ之ヲ回復スル途ハ唯占有回收ノ訴アルノミ(新民法第三百五十三條)何トナレハ若シ質權者タルノ名義ヲ以テ占有ヲ回復スルモノトセハ質權者カ或時間占有ヲ中絶シタルニ拘ラス尚ホ質物ヲ回復スルヲ得ルコトヽ爲リ繼續占有ヲ以テ要件トスル旨趣ニ相反スルニ至レハナリ而シテ占有回收ノ訴ヲ提起シタル時ハ占有權ハ依然繼續スルモノト看做サル、カ故ニ(新民法第二百三條)質權モ亦繼續スルモノトス茲ニ一言スヘキハ法文ニハ占有回收ノ訴ニ依リテノミトアルカ故ニ文字ニ拘泥スルトキハ奪取者ヨリ進テ質物ヲ返還シタルトキハ質權繼續スルモノト爲スヘカラサルカ如シト雖モ此場合ニハ勿論質權繼續スルモノト爲スヘキナリ又新民法第三百五十三條ハ占有ヲ奪ハレタル場合ニ關スル規定ナルカ故ニ詐欺ニ因リテ占有ヲ失フタル場合ハ此中ニ包含セス從テ第三者ニ對シ質權ヲ以テ對抗スルヲ得サル結果ヲ生セン何トナレハ縱令詐欺ニ因ルト云フモ苟モ任意ニ質權ヲ他人ニ引渡シタルカ如キハ繼續シテ占有スヘキ義務ニ反スレハナリ

(第三) 效力

質權者ハ債務ノ辨濟期後特別ノ契約ヲ以テスル場合ノ外質物ノ所有權ヲ取得スルヲ許サス(新民法第三百四十九條)然レトモ動產質ニ付キテモ此原則ヲ厲行スルトキハ不便尠カラサルカ故ニ新民法第三百五十四條ハ之カ例外ノ規定ヲ設ケリ其文ニ曰ク「動產質權者カ其質權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ正當ノ理由アル場合ニ限リ鑑定人ノ評價ニ從ヒ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此場合ニ於テハ質權者ハ豫メ債務者ニ其請求ヲ通知スルコトヲ要ス」ト本條ニ依リ動產質權者カ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルニ要スル條件ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

一、債務者カ債務ノ辨濟期ニ至ルモ辨濟ヲ爲サヽルコト　故ニ辨濟期前債務

者カ辨濟セサルコトヲ豫想シテ請求スル能ハサルハ勿論ナリ

二、正當ノ理由アルコト　例ヘハ質物カ高價ナル美術品ニシテ直チニ需要者ヲ見出シ難キカ又ハ質權者ニ對シテ特別ノ價値アルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ競賣ニ付スルモ其效ナク却テ廉價ニ賣却スヘキニ至リ債務者及ヒ他ノ債權者ニ不利益ヲ來スノ憂アリ故ニ斯ル場合ニハ寧ロ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルニ若カサルナリ

三、鑑定人ノ評價ニ從フコト　質權者カ質物ノ所有權ヲ得ントスルニ當リ價額ニ付キ債務者ト一致スルトキハ第三百四十九條ニ依リ契約ヲ以テ之ヲ授受スルコトヲ得ヘシ敢テ第三百五十四條ノ適用ヲ見ス第三百五十四條ハ兩者カ價額ニ付キ一致セサル場合ニ關スルカ故ニ勢ヒ第三者ヲシテ價額ヲ評定セシムルノ必要アリ而シテ第三者ヲシテ評價セシムルニハ裁判所ノ指定シタル鑑定人ヲ以テスルヲ最モ公平ナリトス是レ此條件ヲ要スル所以ナリ」

四、裁判所ニ請求スルコト　第三百五十四條ハ當事者ノ合意ナキ場合ニ關スルカ故ニ競賣ニ付スヘカラサル正當ノ理由アルヤ否ヤハ之ヲ裁判所ニ於テ

決セサルヘカラス是レ裁判所ニ請求スルヲ要スル所以ナリ、但此請求ハ質權者ノ權利トシテ爲ス得ヘキノミニシテ債務者ハ之ヲ爲スヲ得サルモノトス

五、豫メ債務者ニ通知スルコト　此條件ハ債務者ノ承諾ヲ必要トスルカ爲メニアラスシテ債務者ヲシテ其利益ヲ主張セシメンカ爲メニ要スルモノナリ蓋シ第三百五十四條ハ裁判官ノ命令ニ因リ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充テシムル場合ナルカ故ニ債務者ノ承諾ハ固ヨリ之ヲ必要トセス然レトモ請求ノ許否及ヒ鑑定人ノ評價ノ參考トシテ債務者ノ主張ヲ聞カサルトキハ偏頗ノ恐ナキ能ハサレハナリ法文ニ債務者トノミアリテ質權設定者ニ通知スルコトヲ規定セサルハ或ハ缺點ナラサルナキヤヲ疑フ

(第四) 順位

種類ヲ異ニスル物上擔保相互ノ順位ハ先取特權ノ章下ニ規定セルカ故ニ其說明ハ之ヲ後章ニ讓リ茲ニハ唯同一動產ニ付テ數個ノ質權設定セラレタルトキノ順位如何ヲ研究セントス若シ夫レ代理占有ヲ許サヽルトキハ一個ノ動產ニ付キ二個以上ノ質權ヲ設定スルヲ得ス然レトモ法律ハ代理占有ヲ許スカ故ニ

一個ノ動産ニ付キ數個ノ質權ヲ設定スルコトヲ得而シテ此場合ニハ其數個ノ質權ノ順位ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤト云フニ即チ其設定ノ前後ニ依リテ順位ヲ定ムルコト當然ナルカ如シト雖モ亦之ニ對シテ異說ナキ能ハス其第一說ニ曰ク凡ソ債權ハ發生ノ前後如何ニ拘ラス其效力平等ナリ故ニ之カ從タル質權ノ間ニモ亦效力上差等ヲ設クルノ理由ナシト然レトモ此說タル竟ニ誤謬タルヲ免レス蓋シ債權ノ效力各平等ナレハコソ特ニ擔保トシテ質權ヲ設定スルナレ若シ質權ノ效力ヲシテ總テ不平等ナラシメンカ他ニ優先ノ擔保權ヲ求メサルヲ得ス要スルニ此說ハ質權ノ特別擔保權タル性質ヲ打破スルモノト謂フヘシ其第二說ハ曰ク同一ノ動産ニ付キ數個ノ質權設定セラルヽトキハ後ノ質權者又ハ善意ナル後ノ質權者ニ優先權ヲ與ヘサルヘカラス夫ノ平等說ハ質權ノ性質ニ反スルカ故ニ數個ノ質權ノ效力ニハ必ス差等ヲ設クヘシト雖モ苟モ差等ヲ設クル以上ハ後ノ質權者又ハ善意ナル後ノ質權者ヲ以テ第一ノ順位ヲ占ムル者ト爲スヲ至當トス何トナレハ占有ハ即チ事實ニシテ同時ニ同一物ニ對シテ二个ノ占有アルヲ許サス從テ一ノ占有者ニ限リテ效力ヲ與フヘシ果シテ

然ラハ後ノ占有ハ前ノ占有ヲ排シテ效力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス少ナクトモ新民法第百九十二條ニ依リ前ノ質權ノ設定ヲ知ラスシテ新ニ質權ヲ得タル後ノ質權者ノ占有ヲ優等ノ地位ニ置カサルヘカラサレハナリト此說タル占有ノ效力ヲ誤解シタルモノト謂ハサルヘカラス夫レ同一占有ノ二個アルヘカラサルハ勿論ナリ然レトモ同一動産ニ付キ數個ノ質權ヲ設定シタル場合ニハ效力ヲ異ニシ且互ニ相戾ラサル數個ノ占有同時ニ存在スルモノナルカ故ニ毫モ占有ノ併立スルヲ妨ケス且ヤ此問題タル數個ノ質權ノ效力ニ差異アルヤ否ヤヲ研究セントスルモノナルニ先ツ獨斷ニ占有ハ一個ヨリ外認メス而シテ其結果トシテ後ノ質權ハ前ノ質權ヲ排除スル效力アリト爲ス然ラハ數個ノ質權併存スルニアラスシテ唯一個ノ質權存在スト云フニ歸セン又新民法第百九十二條ヲ引用シ善意ナル後ノ質權者ヲ第一位ニ置カントスルハ即チ善意ノ適用ヲ誤レルモノナリ若シ前ノ質權者カ占有ヲ喪失シ而シテ後ノ質權者カ善意ニテ新ニ質權ヲ得タルトキハ右第百九十二條ニ依リ後ノ質權者ノ優先權ヲ有スルヤ明ケシ然ルニ本問ノ場合ニハ前ノ質權者ハ依然トシテ占有ヲ繼續ス

ルモノナルカ故ニ縱令後ノ質權者カ前ノ質權ノ設定ヲ知ラストスルモ其代理占有者ハ之ヲ知ラサルノ理由ナシ畢竟後ノ質權者ハ前ノ質權ノ設定ヲ知ラスト云フヲ得サルヘシ以上ノ如キ異說アリト雖モ要スルニ質權ノ特別擔保ニシテ且其物權タル性質ニ因リ設定ノ前後ニ依テ順位ヲ定ムルヲ至當トス（新民法第三百五十五條）何トナレハ動產質ニ在テハ占有ハ第三者ニ對抗スル條件ナルカ故ニ之ヲ繼續スル限リハ後ノ占有者ハ之カ對抗ヲ受ケサルヘカラサレハナリ

（第五）時效

質權カ時效ニ因テ消滅スルヤ否ヤハ頗ル困難ナル問題タリ余ヲ以テ見レハ動產質ニ在テハ第三者ニ對スル場合ト債務者及ヒ質權設定者ニ對スル場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス即チ先ツ第三者ニ對シテハ消滅時效ノ問題ヲ生セス何トナレハ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ繼續占有ヲ必要トスル故ニ若シ占有ヲ喪失スルトキハ時效期間ヲ俟タスシテ直チニ質權ノ效力ヲ失フヘケレハナリ次ニ債務者及ヒ質權設定者ニ對シテハ占有ヲ中絕スルモ直チニ質權ヲ喪失スルコトナシ故ニ通常消滅時效ノ適用ヲ受クヘキモノナラン反對論者ハ

曰ク凡ソ擔保權ハ主タル債權ト同時ニアラサレハ消滅時效ニ罹ラス何トナレハ若シ主タル債權ニ先チテ消滅時效ニ罹ルモノトセハ擔保ノ效用ヲ爲サヽレハナリ且又自ラ質權ヲ設定シタル以上ハ縱令質權者之ヲ行使セサルモ債權ノ存在ヲ認メナカラ質權ノ消滅時效ヲ主張スルハ不當ナリト然レトモ新民法第百六十七條ヲ見ルニ其第一項ニハ債權ノ消滅時效ヲ規定シ其第二項ニ債權又ハ所有權以外ノ財產權ノ消滅時效ヲ規定セリ此規定タル概括的規定ナルカ故ニ苟モ性質上之カ例外タルヘキモノ（例ヘハ占有權ノ如シ）又ハ特別ノ規定アルモノ（例ヘハ抵當權ノ如シ）ニアラサレハ總テ其適用ヲ受ケサルヘカラス若シ單ニ擔保權ハ債權ノ消滅以前ニ時效ニ因リテ消滅ニ歸スルトキハ其效用ナシトノ便宜論ヲ以テ右第百六十七條ノ適用ヲ免レシムルトスルモノ質權者カ質權ヲ行使セサルハ即チ質權ヲ拋棄スル意思ナリト解釋スルモ亦不當ト云フ能ハサルヘシ又論者ハ債權ノ存在ヲ認メナカラ質權ノ存在ヲ認メサルハ不當ナリト言フト雖モ動產質ハ之ヲ登記セサルカ故ニ質權者永ク之ヲ行使セサルトキハ質權ノ存在自ラ不確定トナルヲ免レス從テ時效期間ヲ經過セハ時效ヲ以テ之ニ抗

辯スルヲ許サヾルヘカラス若シ然ラサレハ權利ノ不確定ナルカ爲メニ實害ヲ生スルコト他ノ財產權ト毫モ相異ナルコトナキナリ要スルニ消滅時效ハ權利不確定ナル狀態ニ在ルヲ防クヲ目的トスルモノニシテ質權ニ於テモ永ク之ヲ行使セサレハ果シテ質權ハ存在セシヤ否ヤ不確定ナルヲ免レス然レハ特別ノ規定ナキ限リ消滅時效ニ罹ラサルノ理由ナカルヘシ擔保權ノ性質ニ反スルト謂ヒ若クハ債權ノ存在ヲ認メナカラ質權ノ存在ヲ認メサルハ不當ナリト謂フハ質權ノ存在ヲ否定シテノ議論ニシテ取ルニ足ラス

第三節　不動產質

不動產質トハ不動產ヲ目的トスル質ナルコト殆ト言ヲ俟タス不動產質ニ付テハ立法例區々ニシテ或ハ全ク之ヲ認メサルモノアリ或ハ之ヲ認ムルモ用益權ノ一種ト看做シ動產質ト大ニ其趣ヲ異ニスルモノアリ之ヲ不必要トスルモノヽ理由ニ曰ク不動產ニ關シテハ一方ニ於テ抵當ノ制度アリ又他ノ一方ニ於テ用益權ヲ認ム何ヲ若テ此二者ノ中間ニ在ル不動產質ヲ認ムルノ必要アランヤト又之ヲ用益權ノ一種ト看做スモノヽ理由ニ曰ク不動產質ノ抵當ト相異ナルハ目的物ヲ使用收益スルノ點ニ在リ若シ債權者ヲシテ使用收益セシメサランカ即チ抵當ヲ以テ足ル何ソ特ニ不動產質ヲ設定スルノ必要アランヤト我新民法ニ於テハ羅馬法及ヒ本邦從來ノ慣例ニ從ヒテ不動產質ヲ認メ而シテ不動產質權者ヲシテ其目的物ヲ使用收益セシムルト同時ニ又當事者ノ意思ニ從ヒ其使用收益ノ權利ヲ不動產質權者ニ與ヘサルモ可ナリトセリ新民法ニ於テハ用益權ヲ以テ無用ノ權利ナリトシ之ヲ物權中ヨリ削除シ稀ニ用益權ヲ設定スヘキ必要アル場合ニハ不動產質ヲ利用セシムルノ方針ヲ取ル但必ス常ニ不動產質權者ヲシテ其目的物ヲ使用收益セシムルモノト爲スハ當事者ノ意思ヲ束縛スル恐アルヲ免レス當事者ニシテ若シ單ニ目的不動產ノ占有ノミヲ債權者ニ移サントスルモ何ノ不可カアラン是レ他ノ質權ト均シク不動產質權者ヲシテ單ニ目的物ノ占有ヲ爲サシムルヲ認許スル所以ナリ

是ヨリ不動產質ノ特質ニ付テ說明スル所アラントスル

(第一)　定義

不動產質ノ定義如何曰ク

不動産質トハ不動産ヲ以テ目的物トスル質契約ヲ云フ

新民法ニ於テ不動産ト稱スルハ土地及ヒ其定着物ナリ（新民法第百八十六條）

不動産質權者カ目的物ニ付キ使用、收益ノ權利ヲ有スルトキハ不動産質ハ用益權ト殆ト區別ナキカ如シ然レトモ兩者ノ間ニハ性質上大ナル差異アリテ存ス即チ用益權ハ目的物ノ使用、收益ヲ以テ其主タル目的ト爲スト雖モ之ニ反シ不動産質ハ目的物ノ使用、收益ヲ以テ單ニ其從タル目的トシ而シテ其主タル目的ハ債權ノ擔保ニ在ルナリ

ムーロン氏曰ク不動産質トハ債務者又ハ第三者カ債權者ニ不動産ヲ引渡シ而シテ債權者ハ之カ果實ヲ利息ニ充當シ尙ホ餘剩アレハ之ヲ元本ニ充當シ債權ニ利息ヲ附セサルトキハ元本ニノミ之ヲ充當スル契約ナリト是レ一般佛國學者ノ採用スル不動産質ニ關スル定義ニシテ舊民法ノ採ル所ナリ我新民法ノ主義ニ異ナルヤ一目瞭然タラン

（第二）要件

不動産質ヲ設定スルニハ質權ニ關スル總則ノ規定ニ從ヒ目的物ノ引渡ヲ要スルコト動産質ト相異ナルコトナシ此引渡ニ關シ或ハ質權ヲ第三者ニ公示スルカ爲メニ必要ナリト論スル者アレトモ不動産質權ニ關シテハ公示ノ條件トシテ登記ヲ要スルカ故ニ公示ノ理由ヲ以テ引渡ヲ必要ナリト爲スコトヲ得ス左レハ佛國ノ或學者ハ論シテ曰ク不動産質設定ノ要件タル目的物ノ引渡ナルモノハ往時ノ遺物ニシテ今日ニ於テハ既ニ其必要ナシト然レトモ不動産質權者カ其質權ヲ實行スルカ爲メ即チ質物ヲ留置シ又之ヲ使用、收益スルカ爲メニハ引渡ヲ必要トスルカ故ニ新民法ニ於テハ亦引渡ヲ以テ不動産質設定ノ要件トセルナリ

不動産質權ヲ第三者ニ對抗スルニハ之ヲ登記スルコトヲ要ス（新民法第百十七條及ヒ第三百六十一條）然レトモ前述スルカ如ク新民法ニ於テハ引渡ヲ以テ設定要件トセルカ故ニ質物ヲ引渡サヽル間ハ不動産質權發生スルコトナシ從テ之ヲ登記スルモ第三者ニ對抗スルヲ得サルハ勿論ナリ

不動産質權者ハ質物タル不動産ヲ占有スル權利ヲ有スルヤ勿論ナリ而シテ動産質權者ノ如ク繼續シテ之ヲ占有セサレハ第三者ニ對抗スルヲ得サルヤ否ヤ

舊民法債權擔保編第百二十二條ニ於テハ不動產質權者ハ動產質權者ノ如ク現實ニ占有スルコトヲ要スル旨ヲ規定ス然レトモ既ニ質權設定ノ登記ヲ爲シタル以上ハ第三者ヲ保護スルニ付キ更ニ占有ヲ繼續セシムルノ必要ナカルヘシ且斯ノ如キハ質權者ニ對シテ頗ル苛酷ナルモノト謂ハザルヲ得ス故ニ新民法ニ於テハ夫ノ地上權又ハ永小作權等ト均シク繼續シテ占有ヲ爲サヽルモ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルノ精神ナラン從テ占有ヲ奪ハレタル場合ニハ必スシモ占有回收ノ訴ニノミ依ルコトヲ要セス不動產質權者タル資格ヲ以テ之ヲ取戻スヲ得ヘシ但質權設定者ヲシテ自己ニ代リ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サレ[illegible]ナリ

(第三) 效力

不動產質ニ特別ナル效力ハ質權者カ質物タル不動產ヲ使用收益スルヲ以テ原則ト爲スニ在リ夫ノ動產質ニ在テハ質物タル動產ノ果實ヲ生スルコト稀有ニ屬シ且之ヲ使用シ又賃貸スルヲ許ストキハ毀損ヲ生スルノ憂アルカ故ニ債務者ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ使用收益ヲ爲スヲ許サヽレトモ不動產質ニ在テハ此憂少ナク且左ノ利益アルカ故ニ之ヲ許スヲ原則トスルナリ

(一) 財產ヲ不生產的ニ放置スルハ頗ル法律ノ希望セサル所ニシテ苟モ他ニ弊害ナキ限リハ之カ利用ノ途ヲ開クハ其欲スル所ナリ而シテ不動產ハ其用方ニ從テ使用收益スルトキハ其原質ヲ損スルコトナク又質權者ハ質物保存ノ義務ヲ有スルカ故ニ妄ニ之ヲ消耗セシムルコトヲ得ス是レ質權者ヲシテ質物タル不動產ヲ使用收益セシムル所以ナリ

(二) 一方ニ於テ不動產質權者ニ質物タル不動產ヲ使用收益スル權利ヲ與ヘ他方ニ於テ其利得ヲ以テ債權ノ利息ト相殺セシムルハ債權者及ヒ債務者雙方ニ取リテ頗ル便利ナリト謂フヘシ

(三) 不動產ハ動產ト異ナリ之ヲ放任シ置クトキハ容易ニ荒廢スヘキヲ以テ常ニ之ヲ管理セサルヘカラス今不動產質ノ場合ニハ所有者ハ不動產ノ占有ヲ質權者ニ移轉スルカ故ニ之ヲ直接ニ管理スルヲ得ス從テ質權者ニ管理ノ責任ヲ負ハシメサルヘカラス然ルニ質權者ヲシテ管理ノ費用其他ノ負擔ヲ債務者ニ求償セシムルトキハ頗ル手數ノ繁雜ヲ來スニ至ラン然レハ不動產質

權者ニ附與スルニ使用、收益ノ權限ヲ以テスルト同等ニ此等ノ費用ヲ負擔セシムルトキハ大ニ手數ヲ省略スルコトヲ得ヘキナリ

以上ノ理由アルカ故ニ新民法第三百五十六條、第三百五十七條及ヒ第三百五十八條ニ於テハ不動產質權者ニ附與スルニ使用、收益ノ權利ヲ以テスルト同時ニ其利得ヲ以テ管理費用其他ノ負擔及ヒ債權ノ利息ト相殺セシムルノ原則ヲ採用セリ以下聊カ右三條ヲ說明スルアラントス

(一) 不動產質權者カ質物タル不動產ヲ使用、收益スルニハ其用方ニ從ハサルヘカラス(新民法第三百五十六條) 凡ソ物ノ用法ニ從フトハ物ノ從來ノ經濟上ノ狀態ヲ保存シ適當ナル經濟法ニ從テ處置スルヲ云フ故ニ例ヘハ物ノ原質ヲ破壞スルハ勿論田ヲ變シテ畑ト爲シ又倉庫ヲ變シテ住家ト爲スカ如キハ經濟上ノ狀態ヲ變スルモノナルカ故ニ之ヲ許サス又田畑ニ樹木ヲ栽植シ住家ニ荷物ヲ貯藏スルカ如キハ經濟法ニ反スルカ故ニ之ヲ許サヽルナリ而シテ荷モ用法ニ從フ以上ハ自ラ之ヲ使用、收益スルト將タ他ニ之ヲ賃貸スルトヲ問ハサルモノトス但他ニ賃貸スル場合ニハ其期間ハ質權ノ存續期間ヲ超過スヘカラサルヤ論ナシ

(二) 不動產質權者ハ質物タル不動產ノ管理費用其他ノ負擔ニ任ス(新民法第三百五十七條) 茲ニ管理費用トハ土地若クハ建物ノ修繕及ヒ其使用、收益ヲ爲スニ付キ要スル一切ノ費用ヲ云フ又其他ノ負擔トハ租稅、地方稅、組合費用一切ノ土地若クハ建物ニ關スル負擔ヲ云フ

舊民法ニ於テハ不動產質權者ニ質物ノ使用、收益ノ權利ヲ許與スルモ畢竟其利得ヲ以テ辨濟ニ充テシムル目的ニ出ツルカ故ニ一々之ヲ計算シ先ツ費用ニ充當シ次ニ利息ニ充當シ尚ホ餘剩アレハ之ヲ元本ニ充當スルモノトセリ(舊民法第百六十五條第一項及ヒ第二項) 故ニ若シ其利得ニシテ費用ヲ償フニ足テサルトキハ債務者ヨリ之カ償還ヲ求ムルコトヲ得新民法ニ於テハ則チ然ラス當事者間ニ特別ノ契約ナキ限リハ費用ハ絕對的ニ質權者ノ負擔ナリトセリ從テ質權者カ損失ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ス其理由ニ至テハ前述セルカ故ニ再ヒ之ヲ贅セサルヘシ

(三) 不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス(新民法第三百五十八條) 使用、收

益ノ利益ヲ以テ債權ノ利息ニ充ツルハ不動産質ノ主眼トスル所ナリ唯舊民法ノ精算主義ト相異ナルハ舊民法ニ在テハ屢ニ說述シタルカ如ク費用利息及ヒ元本ノ順序ニ從テ利得ヲ充當スルカ故ニ若シ不動産ヨリ生スル利得カ費用ニ充當シテ餘剩ナキトキハ質權者ハ更ニ利息ヲ請求スルノ權利ヲ失ハス之ト同時ニ利息ニ充當シテ尙ホ餘剩アレハ元本ニ充當スヘキモノトス然ルニ新民法ニ於テハ特別ノ契約ナキ限リ不動産質權者ハ全ク利息ヲ請求スルヲ得ス之ト同時ニ使用收益ノ利得ヲ利息ニ充當シテ尙ホ餘剩アルモ之ヲ元本ニ充當スルヲ要セサルモノトセルコト是ナリ

斯ノ如ク質物タル不動産ニ生スル利得カ利息ノ額ニ超過スルモ之ヲ元本ニ充當スルヲ要セストスルドキハ一方ニ於テ利息制限法ヲ設クルニ拘ラス或場合ニ於テハ非常ノ高利ヲ許スト同一ノ結果ヲ生スルコトナシトセス故ニ佛國學者ハ斯ル場合ニ於テ利息制限法ニ反スルモノトナシ餘剩部分ハ之ヲ元本ニ充當スヘキモノトセリ即チ曰ク當事者ハ契約ニ因リ債權ノ利息ト質物タル不動産ヨリ生スル利得トヲ全部相殺スルヲ得サルニアラサルモ其利得カ制限利率ヲ著シク超過スルトキハ其超過部分ハ之ヲ元本ニ充當セサルヘカラス蓋シ法律ノ直接ニ禁止スル所ハ間接ニモ亦之ヲ禁止スルモノト推測スヘケレハナリ但制限利率ニ著シク超過スル場合ナルヲ要ス蓋シ果實ノ取得ニハ偶然ノ損害相伴フモノナレハナリト然レトモ利息制限法ハ例外法ナルカ故ニ之ヲ嚴格ニ解釋スヘク斯ル場合ハ之ヲ包含スルモノニアラスト解スルヲ穩當トセン

上述スルカ如ク不動産質權者ハ一方ニ於テ質物タル不動産ヲ使用收益スル權利ヲ有スルト同時ニ他方ニ於テ管理費用其他不動産ノ負擔ニ任シ又利息ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トスレトモ此原則ハ當事者ノ意思ニ因テ之ヲ變更スルコトヲ得新民法第三百五十九條ハ規定シテ曰ク「前三條ノ規定ハ設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ之ヲ適用セス」ト即チ當事者ハ合意ヲ以テ不動産質權者カ質物タル不動産ヲ使用收益スル權利ヲ有スルニ拘ラス之ニ附與スルニ利息ヲ請求スル權利ヲ以テシ若シハ管理費用其他不動産ノ負擔ヲ免レシメ又ハ精算主義ニ從ヒ使用收益ノ利得ヲ漸次費用利息及ヒ元本ニ充當スル方法ヲ取ル

コトヲ得或ハ又動産質ニ於ケルト均シク不動産質權者ニハ單ニ質物ヲ占有セシメ之ヲ使用、收益スルヲ得サラシムルコトヲ得惟フニ不動産質權者ニ質物ヲ使用、收益セシメサルトキハ之ヲ不動産質ト爲スノ效ナク寧ロ抵當權ヲ設定スルヲ便利トスルカ如シ然レトモ債權者カ質物タル不動産ヲ占有スルヲ必要トシ而シテ又債務者ハ其使用、收益ヲ爲サシムルヲ欲セサル場合ナシトセス斯ル場合ニハ不動産ノ使用、收益ヲ爲サシメサルニ拘ラス尙ホ不動産質權ヲ設定スルノ必要アルナリ

茲ニ注意スヘキハ即チ我舊民法ニ於テハ使用、收益ノ權利及ヒ管理費用ノ負擔等ヲ以テ不動産質當然ノ性質ニ基クモノトシ當事者ヲシテ之ヲ變更スルヲ許サヽル結果トシテ若シ不動産質權者カ差引損失アリト思惟スルトキハ如何ナル反對ノ合意アルニモ拘ラス無利息抵當權ノミヲ保持スルヲ許シタルコト（擔保編第百二十七條）是ナリ新民法ニ於テハ契約ノ自由ヲ許シ最初ヨリ反對ノ合意ヲ爲スコトヲ得セシムルト同時ニ契約ニ重ヲ置キ一方ノ意思ニ因リ妄ニ之ヲ變更スルヲ許サヽルモノトセリ

（第四）存續期間

債權ノ存續期間ハ當事者隨意ニ之ヲ定メ得ヘキカ故ニ之ヲ擔保スル質權ノ存續期間モ亦當事者ノ隨意ヲ以テ之ヲ定メシムルヲ原則トス然レトモ不動産質ニ於テハ公益上法律ヲ以テ其最長期ヲ制限スルノ必要アリ蓋シ他人ノ不動産ヲ占有スル質權者ハ其自己ノ所有物ナラサルヲ以テ之ヲ改良スル念慮ナキノミナラス殊ニ收益權ヲ有スル場合ニハ收利ノ多カランコトヲ欲シテ過度ニ之ヲ使用スルノ恐レナシトセサレハナリ故ニ新民法ハ第三百六十條第一項ノ規定ヲ以テ不動産質存續ノ最長期間ヲ十年トシ若シ之ヨリ長キ期間ヲ約シタルトキハ十年ニ短縮スルモノトセリ然レトモ終期ニ至リ債務者カ不動産質權者ノ濫ニ土地若クハ家屋ヲ荒廢セシメサルヲ認メ更ニ十年以內ノ存續期間ヲ約スルハ何等ノ弊害ナキカ故ニ同條第二項ニハ十年以內ニ於テ不動産質ヲ更新スルコトヲ許セリ

（第五）抵當權ニ關スル規定ノ準用

不動産質ハ亦質ノ一種ナリト雖モ不動産ヲ債權ノ擔保ニ供スル點ニ於テ抵當

權ト相一致スト而シテ現時不動産質ヲ認ムル邦國ニ於テモ法律ハ之ヲ奬勵セシテ寧ロ其行ハレサランコトヲ希望スト言フモ過言ニアラス我新民法ニ於テ不動産質ノ存續期間ヲ十年ト爲シタルモ亦一半ハ其精神ニ基クルナリ故ニ抵當權ニ關シテハ頗ル詳密ナル規定ヲ設ケ之ヲ以テ不動産擔保ノ本則トシ而シテ不動産質ニ其規定ヲ準用セシムルモノトセリ（新民法第三百六十一條）

第四節　權利質

第一款　總說

夫レ質權ノ擔保ノ效力ハ主トシテ質物ノ價額ヨリ辨濟ヲ受クルニ在リ果シテ然ラハ金錢上ノ價格ヲ有スル財産權モ亦質權ノ目的タルヲ得ヘキコト言フヲ俟タス然ルニ權利ノ上ニ設定セラレタル質權ハ之ヲ物權ト謂フヲ得ルヤ將タ一種ノ擔保權ナリヤ稍疑ナキ能ハス余ノ臭見ヲ以テスレハ理論上權利質ハ一種特別ノ擔保權ナラント信ス蓋シ其一般人ニ對抗シ得ルノ點ニ於テハ物權ノ性質タルニ相違ナシト雖モ苟モ物權タランニハ物ニ關スル權利ナラサルヘカラス是管ニ沿革上然ルノミナラス特ニ物權ナル名稱ヲ下シテ之ヲ他ノ權利ト區別スル點ヨリ觀察スルモ亦然ルヘキモノタリ而シテ權利質ハ權利ノ上ニ設定セラレタル擔保權ナルカ故ニ夫ノ地上權永小作權等不動産物權ノ上ニ設定セラレタルモノヲ除ク外之ヲ物權ト稱スルヲ得サルヘシ然レトモ又之ヲ以テ債權ト爲スヲ得サルヘシ何トナレハ例ヘハ債權ノ上ニ質權ヲ設定シタル場合ニ質權者若シ辨濟ヲ受ケサルトキハ質權ノ目的物タル債權ヲ直接ニ取立ツルカ又ハ之カ競賣ヲ請求スルコトヲ得而シテ其目的物タル債權ヨリ辨濟ヲ受クルニ付テハ優先權ヲ有スルコト勿論タリ又債務者カ其目的物タル債權ヲ他ニ讓渡スモ之ニ因リテ質權者ノ權利ヲ損スルコトヲ得サレハナリ

權利質ノ目的タルヲ得ル權利ニ付テハ前既ニ之ヲ述ヘタルヲ以テ茲ニ再說ノ勞ヲ省ラサルヘシ今新民法ノ規定スル所ヲ見ルニ其第三百六十二條第二項ニ「前項ノ質權ニハ本節ノ規定ノ外前三節ノ規定ヲ準用ス」トアリ而シテ其第三百六十三條以下ニ於テハ債權質ノミニ關スル規定ヲ掲ケ其他ノ權利ヲ目的ト爲シタル場合ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス故ニ債權以外ノ權利質ニ付テハ各其性質ヲ研究シテ前三節ノ規定ヲ準用スルノ外ナシ但特別法ニ規定アルモノニ付テハ勿論其

規定ニ從フヘキモノトス左ニ其一二ノ適用ヲ見ン

版權法第八條ニハ版權ハ貸渡又ハ讓渡スコトヲ得トアリテ版權ヲ質入スル場合ヲ規定セス然レトモ法律上敢テ之ヲ禁スルコトアラサルハ明ナリ而シテ之ヲ質入スル場合ニハ質權ニ關スル總則ヲ適用スルハ勿論動產質ニ關スル新民法第三百五十四條ノ如キハ適用セラルヘシ寫眞版權法第七條ニモ亦右版權法第八條ト同一ノ規定ヲ爲スト雖モ寫眞版權モ亦質權ノ目的ト爲スコトヲ得且質權ノ規則ヲ適用スヘキハ前ニ同シ

特許條例(第二十二條)意匠條例(第十三條)及ヒ商標條例(第十二條)ニ於テハ特許意匠若クハ商標ヲ書入スルコトヲ得ルモノトシ之ヲ書入シタルトキハ其登錄ノ後ニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセリ然レトモ此等ノモノハ書入即チ抵當ニ入ルヽコト能ハサルハ明ナルカ故ニ玆ニ所謂書入トハ質入ノ意味ナリト解釋セサルヘカラス而シテ之ヲ質入スルニハ登錄スヘキヤ勿論ナリ

地上權又ハ永小作權ヲ質入シタルトキハ質權ニ關スル總則ノ外尙ホ不動產質ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス

第二款　債權質

權利質中最モ屢行ハルヽモノヲ債權質トス蓋シ現時ノ狀態ニ於テ人ノ財產ノ大部分ヲ占ムルモノハ債權ニシテ之ヲ質ニ供スルコトヲ許シタルモ亦自然ノ數ナリ故ニ法典ニ於テモ第三百六十三條以下第三百六十八條ニ至ル迄債權質ニ關スル規定ヲ設ク今債權質ノ說明ニ入ルニ先チ債權ノ重要ナル區別ヲ述ヘン

債權ハ債權者ヲ指定シタルト否トニ依リ指名債權、指圖債權及ヒ無記名債權ノ三種ニ區別スルコトヲ得左ニ之ヲ分說セン

(第一)　指名債權

指名債權トハ特ニ債權者ヲ指定セル債權ヲ云フ元來債權者ナキ債權ノ存スヘキニアラサルカ故ニ債權ハ皆指名債權ナルカ如シト雖モ近來ニ至リ指圖債權及ヒ無記名債權大ニ行ハルヽニ至レルヲ以テ之ト相對セシメテ區別ヲ爲サンカ爲メ通常ノ債權ヲ指名債權ト稱スルナリ即チ記名ノ證書アル貸金其他ノ債權及ヒ記名公債ノ類ハ勿論證書ノ有無ヲ問ハス指圖債權及ヒ無記名債權ニアラサル債權ハ總テ指名債權ナリトス又新民法第三百六十四條第二項及ヒ第三

百六十五條ニ依レハ記名株式及ヒ記名社債モ亦之ヲ指名債權トセリ社債ノ債權タルハ疑ナシト雖モ株式ヲ以テ債權ト爲スハ異論ナキニアラス然レトモ二者殆ト同一ナルヲ以テ便宜上右ノ規定ヲ爲シタルモノト見ルモ差支ナシ

(第二) 指圖債權

指圖債權トハ爲替手形、約束手形、預證券、保險證券又ハ運送狀ノ如キ債權者若シハ其指圖シタル者ニ債務ヲ履行スヘキコトヲ約シタル債權ヲ云フ指圖債權ハ學者ノ所謂證券債權ニシテ此債權ニハ必ス證書アルヲ要スル而シテ其證書面ニハ必ス指圖文言ヲ記スヘキモノトス若シ此條件ヲ缺如シタルトキハ單ニ普通ノ債權成立スルモ指圖債權成立スルコトナキナリ夫ノ債權者若シハ證書ノ所持人ニ對シテ債務ヲ履行スヘキ旨ヲ記シタルモノ例ヘハ普通我國ニ行ハルヽ銀行ノ送金手形ノ如キ亦指圖債權ノ一種ナリトス(新民法第四百四十一條)

(第三) 無記名債權

無記名債權トハ何人ヲ問ハス證書ノ所持人ニ對シテ債務ヲ履行スヘキ證券債權ヲ云フ例ヘハ商品ノ切手類、無記名公債及ヒ乘車、乘船切符ノ如キ即チ是ナリ

無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ストノ規定(新民法第八十六條)アルカ故ニ之ニ付キ質權ヲ設定スルニハ全然動產質ニ關スル規定ヲ適用スヘシ從テ權利質中ニ包含セサルモノトス

是ヨリ債權質ノ特色ニ入テ說明ヲ試ミント欲ス

(第一) 定義

債權質ノ定義ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

債權質トハ債權ヲ質ニ供スル契約ヲ云フ

茲ニ所謂債權ノ中ニハ無記名債權ヲ包含セス其他ノ債權ニ關シテハ苟モ金錢上ノ價格アリテ讓渡シ得ヘキ以上ハ金錢ノ給付ヲ目的トスルト(例ヘハ運送狀ニ對スル債權、米穀ノ如キ)物ノ給付ヲ目的スルト(例ヘハ爲替手形債權ヲ受取ルヘキ債權ノ如キ)將タ所有ヲ目的トスルト(例ヘハ或仕事ヲ爲サシムル債權)ヲ問ハス債權質ノ目的タルコトヲ得

(第二) 要件

(一) 設定要件

總則第三百四十四條ノ規定ハ權利質ニモ亦之ヲ準用スヘキモノト信ス即チ

權利質ヲ設定スルニハ准占有ヲ債權者ニ移付スルヲ要ス從テ債權質ヲ設定スル場合ニ若シ其目的タル債權ニ付キ證書ノ存スルトキハ其證書ヲ債權者ニ交付スルヲ至當ト爲スヘキナリ（新民法第三百六十三條）指圖債權ハ既ニ前述セルカ如シ證券債權ナルカ故ニ必ス常ニ證書アリテ存スルモ指名債權ニ付テハ或ハ證書ノ存セサルコトアリ斯ル場合ニハ單ニ意思表示ノミニ因リテ質權設定セラルヽモノト謂ハサルヘカラス

（二）第三者ニ對抗スル要件

質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ付キ動產質ニ在テハ繼續占有ヲ要シ不動產質ニ在テハ登記ヲ要スト雖モ債權質ニ在テハ斯ノ如ク總體ニ通スル要件ヲ定ムルコトナク債權ノ種類ニ依リテ其要件ヲ異ニス

（甲）指名債權ニ關スル要件

指名債權ニ關スル質權ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ債權ノ讓渡ニ關スル新民法第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ其質權ノ設定ヲ通知スルカ又ハ之カ承諾ヲ得サルヘカラス（第三百六十四條）蓋シ質入ハ讓渡ト同一ニアラスト雖モ或債權ヲ質入シタル後第三債務者即チ質入セラレタル債權ノ債務者カ其事實ヲ知ラスシテ其債權者タル質權設定者ニ債務ヲ辨濟セル場合ニ質權設定者カ惡意ニテ之ヲ受取リタルトキハ第三債務者ヲシテ再ヒ質權者ニ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ス從テ質權ノ設定ハ何等ノ效力ナキニ至ルカ故ニ第三債務者ヲシテ質權設定者ニ辨濟スルヲ得サラシメサルヘカラス即チ質權設定後ニ在テハ質權設定者ニ辨濟スルモ其辨濟ハ質權者ニ對シテ效ナキモノトセサルヘカラス如斯スルニハ第三債務者ヲシテ質權ノ設定ヲ知ラシムルノ方法ヲ設ケサルヲ得ス又質權設定前ニ於テ第三債務者ト其債權者タル質權設定者ノ間ニ相殺其他ノ原因ニ因リ債務ノ全部若シハ一部ヲ消滅セシムルノ事情アルコトアルヘシ設定後新ニ生スルコトアルヘシ此等ノ場合ニ於テ債權ノ範圍ヲ定ムルノ必要アリ是レ即チ質權ノ設定ヲ債務者ニ通知シ又ハ其承諾ヲ求ムヘキコトヲ必要トスル所以ナリ而シテ第三債務者以外ノ第三者（例ヘハ質權設定者ノ他ノ債權者又ハ質入セラレタル債權ノ讓受人ノ如キ）ハ確定日附アル通知書若シハ承諾書アルニアラサレハ何時

ニ於テ質權設定セラレタルヤヲ知ル能ハサルヲ以テ此等ノ人ニ質權ノ設定ヲ對抗スルニハ單純ナル通知若クハ承諾ヲ以テ足レリトセス確定日附アル通知書又ハ承諾書アルヲ必要トスルナリ之ヲ要スルニ通知ハ一方行爲ニシテ承諾ハ第三債務者カ質權設定ノ通知ヲ受ケ又ハ通知ヲ受ケスシテ豫メ承諾スルヲ云フ通知ヲ發スル者ハ質權設定者ナリトス通知若クハ承諾ハ之ヲ第三債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニハ確定日附アル證書ヲ以テスヘシ而シテ通知ト承諾トノ間ニ於ケル差異ハ之ヲ新民法第四百六十八條ニ規定セリ其質權ノ場合ニモ適用セラルヘキハ論ヲ俟タサルヘシ」

新民法第三百六十四條第二項ニ曰ク「前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス」ト雖ニ一言シタルカ如シ余ハ株式ノ債權ニアラサルヲ信スレトモ兎ニ角此規定ニ依リ株券ノ質入ニ付テハ第三債務者ト看做スヘキ會社ニ對シテハ何等ノ通知ヲ要セス單ニ株券ノ交付ヲ以テ質權ヲ設定スルコトヲ得新民法草案ニハ株式ニ付キ質權ヲ設定スルトキハ記名ノ社債ノ場合ニ於ケルト均シク之ヲ會社ノ帳簿ニ記入セシムルコトヽセルカ衆議院ニ於テ修正ノ際右ノ如ク更正シタルナリ之ヲ第三者ヲ保護スルノ點ヨリ觀察スルトキハ前後矛盾ト謂フノ外ナカラン

次ニ指名債權ノ一種タル記名ノ社債ニ付キテハ新民法第三百六十五條ニ特別ノ規定ヲ設ケリ其文ニ曰ク「記名ノ社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト茲ニ社債トハ廣ク會社ノ債務ヲ指スニアラスシテ單ニ法律ニ從テ債券ヲ發行スル債務ヲ稱スルナリ

(乙) 指圖債權

指圖債權ハ即チ證券債權ナルカ故ニ必スヤ常ニ證書アリテ存ス此債權ニ關スル質權ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ其證書ニ質權設定ノ旨ヲ裏書スヘキモノタリ即チ擔保ノ爲メノ裏書ヲ爲スヘキモノトス(新民法第三百六十六條)裏書トハ證書ノ裏面ニ記載スルヲ意味スレトモ必スシモ常ニ裏面ニ記載スルヲ要セサルナリ今此擔保裏書ヲ要スル理由如何ト云フニ即チ指圖

債權ハ證書債權ナルカ故ニ總テ其權利ノ狀態ハ證書ノ記載事項ヲ以テ之ヲ決定スル效力ヲ有ス故ニ擔保裏書ヲ爲サシメ以テ質權ノ設定ヲ明確ナラシメントセルナリ

(第三) 效力

(一) 留置スルノ權

總則第三百四十七條ノ規定ハ勿論權利質ニ準用スルモノトス殊ニ公債證書及ヒ保險證券ノ如キモノニ付テハ留置スルノ效用大ナリ又自己ニ對シ優先權ナキ債務者ノ他ノ債權者カ質權ノ目的タル債權ヲ差押ヘテ辨濟ヲ得ントスルカ如キ若クハ其債權ニ對スル轉付命令ノ如キ此留置權ニ因テ之ヲ妨クルコトヲ得ヘシ

(二) 實行方法

債權質ニ供セラルヽ債權ノ最モ普通ナルモノハ物ノ給付ヲ目的トスル債權ニ在リ故ニ新民法第三百六十七條ハ特ニ此種ノ債權ノ實行方法ヲ規定セリ其第一項ニ曰ク「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」ト即チ質權者ハ直接ニ第三債務者ヨリ給付ヲ受クルコトヲ得ルヲ原則トスシテ其給付ノ目的カ金錢ナルト其他ノ物ナルトニ依テ給付ヲ受ケタル後ノ處分ヲ區別セサルヘカラス又金錢給付ノ場合ニハ更ニ其債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリ後ナルト前ナルトニ依テ執行方法ヲ異ニスルノ要アリ(一)質權ノ目的タル債權カ金錢ノ給付ヲ目的トスル場合ニ其債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリ後ナルトキハ質權者カ辨濟ヲ受クルノ權利既ニ發生セルカ故ニ直接ニ其金錢ヲ取立テヽ之ヲ辨濟ニ充ツルコト最モ便宜ニシテ且之カ爲メ債務者ニ何等ノ損害ヲ加ヘス然レトモ之ヲ取立ツル範圍ハ質權者ノ債權額ヲ超脫スルヲ得サルヘキハ當然ナリ(新民法第三百六十七條第二項)但茲ニ質權者ノ債權額トハ單ニ元本及ヒ利息ノミヲ云フニアラスシテ新民法第三百四十六條ニ於テ質權ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ヲ云フ又次ニ質權ヲ設定シタル債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリ前ナルトキハ其辨濟期ノ到來スルニ拘ラス質權者ハ自己ノ債權ニ對シテ未タ辨濟ヲ受クルノ權利ナシ從テ直チニ之ヲ取立テヽ辨濟ニ充ツルヲ得ス此場合ニハ第三債務者

ナシテ辨濟金額ヲ供託セシメ質權ハ其供託金ノ上ニ存スルモノトス(同條第三項)

此場合ニハ封金ノ質ト異ナリ(二)質權ノ目的タル債權カ金錢ニアラサル物ノ給付ヲ目的トスル場合ニハ其債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期前ナルト將タ後ナルトヲ問ハス質權者ハ之ヲ取立ツルコトヲ得而シテ質權ハ其物ノ上ニ存スルナリ(同條第四項)故ニ此場合ニハ債權質ハ變シテ普通ノ質權即チ物上ニ設定セラレタルモノト爲ル從テ其以後ハ動產質若クハ不動產質ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス

物ノ給付ヲ目的トスル債權質ニ於テハ上述スルカ如キ實行方法アリト雖モ右ノ實行方法ニ依リ難キ場合例ヘハ其債權カ反對給付ヲ要スルカ若クハ條件附ナルカ如キ場合又ハ質權者カ右ノ實行方法ヲ好マサル場合即チ給付ノ目的カ金錢ニアラスシテ其他ノ物ナルトキ質權者カ之ヲ占有スルコトヲ欲セサル場合ニ於テハ民事訴訟法ノ定ムル執行方法ニ依ルコトヲ得ルモノトス(新民法第三百六十八條)

右ノ外質ニ供セラレタル債權カ物ノ給付ヲ目的トセサルトキハ一般質權ノ

原則ニ依リテ競賣ヲ求ムルコトヲ得ルヤ明ナリ而シテ新民法第三百五十四條ノ如キ固ヨリ此場合ニ適用セラルヘキモノトス(新民法第三百六十二條第二項)

終ニ質ニ供セラレタル債權カ利息ヲ生スルモノナルトキハ質權者ハ新民法第三百五十條ノ規定ニ依テ之ヲ受取ルコトヲ得而シテ其充當方法ハ同第二百九十七條第二項ニ依ルヘキモノナリト信ス

第三章　抵當權

抵當權ハ從來替入質ト稱シタルモノニシテ不動產上ノ擔保權中最モ進歩シタル制度ナリ羅馬法上ニ於ケル質權及ヒ抵當權ノ沿革ハ前既ニ述ヘタルヲ以テ之ヲ再說セス茲ニハ唯抵當權ノ不動產質權ニ優ル點ヲ示サント欲ス學者或ハ曰ク抵當權ノ不動產質權ニ優ルノ點ハ物ノ引渡ナル形式ヲ要セスシテ意思表示ノミニ因テ設定スルコトヲ得ルニ在リト蓋シ形式主義ハ法律ノ未タ發達セサル時代ニ於テ最モ多少行ハレタルモノナルモ權利ノ實質如何ニ依テハ今日ニ於テ之ヲ採用スルモ敢テ差閊ナカルヘシ故ニ物ノ引渡ヲ要スルト否トニ依リテ優劣ヲ論スルハ未タ以テ正鵠ヲ得タルモノト謂フヲ得ス

物ノ上ニ設定セラレタル擔保權カ物ヲ占有スル權利タル間ハ物ノ引渡ノ必要ヲ感スルコト頗ル大ナリト雖モ物ノ代價ヨリ債權ノ辨濟ヲ受クルコト其主タル目的ト爲ルニ至テハ債權者カ擔保物ヲ占有スルコト甚タ必要ナラス加之他ニ特別ノ理由ナキ限リハ所有者タル擔保權設定者ノ占有ヲ失ハシムルヲ不可トス殊ニ不動產ニ在テハ所有者ニアラサル債權者カ一時之ヲ占有スルハ荒廢ヲ來スノ危險多シ是故ニ羅馬法ニ於テハ動產タルト將タ不動產タルトヲ問ハス引渡ヲ爲サス・シテ擔保權ヲ設定スルコトヲ許セリ我國ニ在テモ夫ノ目的物ノ引渡ヲ要セサル書入ハ必スシモ不動產ニ限ラス動產ニ付テモ亦之ヲ爲シ得ルノ慣習アリキ此主義ハ能ク擔保權ノ性質ニ適合スルモ動產ニ在テハ占有ニ重ヲ置クカ故ニ苟モ物上擔保ヲ以テモ物權ト爲ス以上ハ動產ノ上ニ占有ヲ移轉セサル擔保權ヲ認ムルハ不可ナリ又羅馬法ニ於テハ登記ノ制度ナカリシカ故ニ「ヒポテカ」即チ今日ノ所謂抵當ハ其實益甚タ鮮少ニシテ實際ニ行ハルヽコト亦自ラ稀有ナリキ然レトモ登記ノ制度發達セル時代ニ至テハ縱令不動產ノ占有ヲ引渡サヽルモ何等ノ不便ヲ感セサルカ故ニ不動產ニ限リテ抵當權ヲ設定スルヲ得ルニ至リタルハ大ナル

進歩ト謂フヘキナリ

第一節　總則

第一款　定義

抵當權ノ定義ニ付テハ從來諸學者ノ採用スル所紛糾一樣ナラス然レトモ我新民法第三百六十九條ハ最モ能ク其性質ヲ言明シタリト謂フヘシ同條ニ依リ抵當權ノ定義ヲ與フレハ即チ左ノ如シ

抵當權トハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ云フ

又若シ不動產ヲ目標トシテ定義ヲ與フレハ左ノ如クナルヘシ

抵當權トハ債權ヲ辨濟スルニ付キ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ爲メニ債務者又ハ第三者カ其不動產ノ上ニ加ヘタル負擔ナリ

是ヨリ右等ノ定義ヲ分析說明セン

(第一) 抵當權ハ物權ナリ　抵當權ノ物權タル多言ヲ要セス從テ優先權及ヒ追及權ノ附着スルヤ勿論ナリ夫ノ第三者ノ滌除權ノ如キ決シテ抵當權ノ物權タル

ヲ妨クルモノニアラス、又抵當權者ニ對シテ一層優先ノ權利ヲ有スル者ニ對抗スルヲ得サルモ是レ素ト當然ノコトヽス

(第二) 抵當權ハ從タル物權ナリ　抵當權ハ債權ヲ擔保スルヲ以テ其目的ト爲ス故ニ抵當權ハ即チ債權ニ從タル物權ナリト謂ハサルヘカラス從テ主タル債權ニシテ消滅スルトキハ抵當權モ亦共ニ消滅スヘク債權ナクシテ抵當權獨リ存在スルコトヲ得サルヲ原則トス、然ルニ新民法第三百七十五條ノ規定ノ如キ稍此原則ニ牴觸スルノ感ナキ能ハス之ニ關シテハ後段ニ至リテ說明スル所アルヘシ

(第三) 抵當權ハ不動產上ノ物權ナリ　抵當權ハ後ニ說明スルカ如ク債權者ニ物ノ占有ヲ引渡スコトヲ要セサル擔保權ナルカ故ニ占有ニ重ヲ置ク所ノ動產ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ許サヽルナリ

(第四) 抵當權ハ任意ニ設定スル權利ナリ　舊民法ハ抵當ノ種類ヲ分テ法律上ノ抵當、合意上ノ抵當及ヒ遺言上ノ抵當ノ三種ト爲セリ(第二百三條)法律上ノ抵當トハ果シテ如何ナルモノヽ即チ妻カ其夫ニ對シテ有スル債權、未成年者若クハ禁治產者カ其後見人ニ對シテ有スル債權及ヒ國、府縣、市町村ノ如キ公法人カ會計吏員ニ對シテ有スル債權等ニ付キテハ何等ノ契約ナキニ拘ラス夫、後見人若クハ會計吏員ノ不動產上ニ抵當權ヲ存立セシムルモノナリ(同第二百四條)此法律上ノ抵當權ナルモノヲ設ケタル理由ヲ尋ヌルニ妻及ヒ被後見人ハ其地位ノ關係上其夫若クハ後見人ニ對シテ擔保ヲ請求スルコト能ハス故ニ法律ヲ以テ之ヲ保護スヘク又國其他ノ公法人ノ會計吏員ニ對スル債權ハ國家ノ公益ニ關スルヲ以テ特ニ之ヲ確實ニスルノ必要アリト爲スニ因ル、然ルニ新民法ハ斷然此法律上ノ抵當權ヲ認メス抵當權ハ人ノ意思即チ合意若クハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スヘキモノトセリ、然ラハ新民法カ法律上ノ抵當權ヲ認メサル理由如何蓋シ抵當權ハ强力ナル物權ナルカ故ニ其目的タル不動產ハ之ヲ特定スルヲ要ス、然ルニ法律上ノ抵當ナルモノハ所謂一般抵當ニシテ夫、後見人若クハ會計吏員ノ現在ニ所有スルト將タ又將來ニ取得スヘキヲ問ハス其總不動產ノ上ニ存在スルモノタリ斯ノ如キハ(1)當ニ第三者ノ權利ヲシテ危險ナラシムルノミナラス抵當權ヲ登記セシムルノ目的ニモ背馳スヘケレハナリ、但新民法モ亦敢テ妻又ハ被後

見人ヲ保護スルノ必要ナシトスルニアラス今新民法親族法草案ヲ見ルニ其第八百二條ニ夫カ妻ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ妻ノ請求ニ因リ夫ヲシテ其財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得」ト規定シ又其第九百三十條ニハ「親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得」ト規定セリ斯ノ如クニシテ能ク妻及ヒ被後見人ニ夫若クハ後見人ニ對スル債權ノ擔保ヲ得セシムル途ヲ開クト同時ニ又第三者ヲモ保護スルヲ得ルカ故ニ敢テ無用ナル法律上ノ抵當權ヲ認ムルノ必要ナシ又國其他ノ公法人ニ關シテハ行政法ノ規定スヘキ所ニシテ現今ニ於テハ公吏身元保證金ノ制アリ而シテ新民法第三百二十條ハ此身元保證金ニ付キ國其他ノ公法人ニ先取特權ヲ附與セリ故ニ此上謂ハレナキ法律上ノ抵當權ヲ附與スルコトナキナリ前顯三種ノ外佛國ニ於テハ尚ホ裁判上ノ抵當權ナルモノアルモ我新舊民法ハ共ニ之ヲ認メス上述スルカ如ク新民法ニ於テハ抵當權ハ總テ人ノ意思ヲ以テ設定スヘキモノトセルカ故ニ其留置權及ヒ先取特權トノ區別寔ニ判然タリ即チ留置權及ヒ先取特權ハ法律ノ規定ニ因テ發生シ抵當權ハ質權ト均シク人意ヲ以テ設定セラルヽモノナリ但或場合ニ於テハ法律ノ明文ヲ以テ抵當權ヲ設定スヘキコトヲ命スルコトナシトセス然レトモ斯ル場合ニ在テモ其抵當權ハ所謂法律上ノ抵當權ト稱スヘキモノニアラサルヲ知ルヘシ

（第五）抵當權ハ其目的タル不動産ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルヲ要セス　抵當權ハ其目的ヲ不動産ニ限ルノ點ニ於テ質權ト相異ナルノミナラス其目的タル不動産ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルヲ要セサル點ニ於テモ亦質權ト相均シカラス而シテ是レ即チ抵當權ノ不動産質權ニ優ル所ナリ

「斯ノ如ク抵當權ニ在テハ債權者ハ其目的タル不動産ヲ占有スルヲ要セサルカ故ニ必スシモ契約ニ依テ之ヲ設定スルヲ要セス遺言ヲ以テモ亦之ヲ設定スルコトヲ得」是レ抵當權カ質權ト均シク人意ニ因テ設定セラルヽニ拘ラス兩者ノ間ニ差異アル所以ナリ

「既ニ抵當權ハ其目的タル不動産ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルヲ要セス故ニ抵當權設定者自ラ其不動産ヲ占有スヘキハ通例ニシテ抵當權者ニ占有ヲ移シ以テ

使用、收益セシムルカ如キハ實際上稀有ノコトニ屬ス、然レトモ縱令抵當權者ニ抵當物ノ占有ヲ移轉スルモ之カ爲メニ抵當權消滅ニ歸スルコトナシ但此占有ノ移轉ハ抵當權ト何等ノ關係ナキカ故ニ又之ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサヽルナリ

（第六）抵當權ハ債務者又ハ第三者ニ於テ之ヲ設定スルコトヲ得　抵當權ハ債務ニ何等ノ關係ヲ有セサル第三者カ債務者ノ爲メニ之ヲ設定スルヲ得ルコト質權ニ同シ此場合ニ於ケル抵當權設定者ト債務者トノ間ノ關係ハ第三者カ質權ヲ設定シタル場合ニ於ケル質權設定者ト債務者トノ間ノ關係ニ異ナルコトナキナリ（新民法第三百七十二條）

第二款　抵當權ノ目的

抵當權ハ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルヲ要セス從テ動產ハ其目的ト爲スコトヲ得ス何トナレハ動產ハ容易ニ轉輾スルヲ得又轉輾スルヲ以テ融通上ノ便宜ト爲ス即チ動產ニ付テハ占有ニ重ヲ置クカ故ニ（新民法第百九十二條）其上ニ抵當權ヲ設定セシムル能ハス若シ强ヒテ抵當權ノ效力アラシメントセハ却テ弊害ヲ生スルヲ

抵當權ノ目的

以テナリ故ニ抵當權ノ目的ハ不動產タルヲ原則トス（同第三百六十條第一項）蓋シ不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ之ヲ登記セシムルヲ以テ（同第百七條）占有ヲ移轉セサルモ抵當權ヲ第三者ニ公示スルヲ得ヘケレハナリ然レトモ不動產ヲ目的トスル地上權及ヒ永小作權モ亦抵當權ノ目的トシテ毫モ妨ナキモノトス何トナレハ抵當權ハ其目的物ノ價額ヨリ辨濟ヲ受クルヲ目的トスルモノナルカ故ニ地上權及ヒ永小作權ノ如キ財產上ノ價格アル權利ニシテ登記ニ依リ第三者ニ公示スルコトヲ得ル權利ハ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スモ毫モ第三者ヲ害スルコトナケレハナリ之ニ反シ地役權ノ如キハ要役地ノ所有權ト分離スルコトヲ得ス又留置權及ヒ先取特權ノ如キハ法定ノ權利ニシテ隨意ニ他ニ移轉スルコトヲ得又質權及ヒ抵當權ノ如キハ債權ノ從タル權利ニシテ之ヲ債權ト分離スルコトヲ得ス故ニ此等權利ハ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルナリ是レ不動產ノ外地上權及ヒ永小作權ニ限リ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得セシムル所以ナリトス（新民法第三百六十九條第二項）而シテ地上權及ヒ永小作權ニ付キ抵當權ヲ設定シタルトキハ不動產ノ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキナリ

以下抵當權ノ目的タルモノヽ性質ニ付テ說明スル所アラントス

(第一) 抵當權ノ目的ハ讓渡シ得ルモノナルヲ要ス　是レ抵當權ハ目的物ノ價額ヨリ辨濟ヲ得ルモノナルヨリ生スル自然ノ結果ナリ

(第二) 抵當權ノ目的ハ特定ナルヲ要ス　玆ニ特定トハ特ニ指定セラルヽヲ云フ

故ニ若シ抵當權設定者ニ於テ一々抵當權ノ目的トスルモノヲ指定スルトキハ其所有ノ全不動產ニ付キ抵當權ヲ設定スルモ毫釐ノ差障ナシ之ニ反シ抵當權設定者カ概括的ニ抵當權ヲ設定スルハ所謂一般抵當ニシテ右ノ要件ニ反スルモノナリ抵當權ノ目的カ特定ナルヲ要スル主義ヲ名ケテ特定主義ト稱ス

所謂一般抵當トハ古昔歐洲ニ於テ熾ニ行ハレタルモノニシテ概括的ニ債務者ノ總不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スルナリ曾ニ現在所有スル物ノミナラス將來取得スル物ニモ其效力ヲ及ホスコトヲ得然ルニ近時ニ至リ抵當特定主義大ニ行ハレ今日ニ於テハ彼ノ法律上ノ抵當權ヲ認ムル佛國等ニ在テモ合意上ノ抵當權ニ關シテハ一般ニ此特定主義ニ依レリ我新民法ニ於テハ既ニ前述セルカ如ク法律上ノ抵當權ナルモノヲ認メサルカ故ニ一般抵當ハ全然之ヲ認メス然

テハ其特定主義ヲ採用スル理由如何之ニ關シテハ左ノ三說アリ

(第一說) 曰ク若シ一般抵當ヲ許ストキハ債權者ハ其自己ニ利便ナルカ爲メ債務者ニ對シテ常ニ一般抵當ノ設定ヲ請求スヘシ而シテ債務者ハ概ネ債權者ノ支配ヲ受クルモノナルカ故ニ此債權者ノ請求ヲ拒否スルコトヲ得ス從ヒテ債務者ハ少額ノ債務ノ爲メニ多額ノ不動產ヲ抵當ニ供スルノ不幸ニ陷ラシ而シテ抵當ナルモノハ財產ノ處分ヲ束縛スルモノナルカ故ニ之カ爲メ債務者ハ信用ヲ失墜スルヲ免レス故ニ一般抵當ハ之ヲ禁セサルヘカラスト要スルニ此說ハ一般抵當ハ債務者保護ノ必要上之ヲ禁止スヘキモノナリト曰フニ在リ然レトモ特定主義ノ下ニ於テモ一々財產ヲ指定スル以上ハ債務者ノ全財產ヲ抵當ニ供スルモ亦妨ケナシ故ニ一般抵當ヲ禁止スルモ之ニ依テ少額ノ債務ノ爲メニ多額ノ不動產ヲ抵當ニ供スルノ憂ヲ除去スヘキニアラス又抵當權ハ債務者以外ノ第三者之ヲ設定スルヲ得ルモノタリ此場合ニハ債權者ノ脅迫ノ爲メニ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ故ニ此理由ヲ以テスルトキハ特定主義モ亦債務者ノ自由ヲ束縛スルモノニシテ之ヲ保護スルモノ

ト謂フヘカラサルナリ

(第二說) 曰ク一般抵當ヲ禁止スルハ一不動產上ニ多數ノ抵當權ノ壘積スルヲ防止セントスルニ是レ因ル蓋シ一不動產上ニ多數ノ抵當權ヲ設定スルトキハ抵當債權者間ノ順位ヲ定ムルコト困難ニシテ且多額ノ費用ヲ要スレハナリト之ヲ要スルニ此說ハ一般抵當ハ抵當債權者ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ禁止スヘキモノナリト曰フニ在リ然レトモ此說ノ採ルニ足ラサルハ多言ヲ俟タス何トナレハ(1)不動產上ニ多數抵當權ノ壘積スルヲ厭ハヽ單ニ之ヲ禁止スルヲ以テ足ル而シテ特定主義ニ依ルモ敢テ多數抵當權ノ壘積スルヲ禁スルコトナシ又(2)抵當債權者間ノ順位ニ付テハ一定ノ方法ノアルアリ決シテ之ヲ定ムルノ困難ヲ憂フルニ足ラサレハナリ

(第三說) 曰ク一般抵當ヲ禁止スルハ債務者保護ノ爲メニアラス又抵當債權者ヲ保護スルカ爲メニアラス實ニ第三者ヲ保護スルノ必要ニ是レ因ル蓋シ抵當權ハ强力ナル物權ニシテ優先權追及權ノ附隨スルモノナルニ拘ラス抵當權者ハ其目的物ヲ占有スルコトナシ且抵當權ハ登記ニ依リテ第三者ニ對抗スルヲ得ルモノナルニ之ヲ登記スルニ當リテ個々ノ不動產ヲ明記スルヲ要セストセハ恰モ登記ナキト同一ノ結果ニ陷リ第三者ハ之ニ依リテ債務者ノ如何ナル不動產ニ抵當權ノ設定セラレタルヤヲ知ルコト能ハサレハナリト余ハ此說ノ最モ正鵠ヲ得タルモノニシテ且新民法モ亦之ヲ採用シタルモノト信ス故ニ苟モ特ニ目的物ヲ指定スル以上ハ少額ノ債務ノ爲メニ多額ノ不動產ヲ抵當ニ供シ又不動產上ニ多數ノ抵當權ヲ設定スルモ敢テ妨ナキモノタリ

「抵當權ノ目的ハ特定ナルヲ原則トスルカ故ニ將來ニ取得スヘキ不動產ハ之ヲ其目的ト爲スコトヲ得ス但將來取得スヘキ不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スル豫約ヲ爲スハ此限ニ在ラサルナリ」

一般抵當權ハ新民法ノ認メサル所ナリ然レトモ其契約ハ全然之ヲ無效トスルアラス之ヲ抵當權設定ノ豫約ト看做シ個々ノ不動產ニ付キ登記ヲ爲スニ因リ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルナリ

「抵當權ノ目的ハ特定ナルヲ要スルノ結果トシテ之ニ因リ擔保セラルヽ債權モ

亦特定ナルヲ要ス然レトモ此場合ハ制限シテ之ヲ解釋スヘク即チ條件附若シハ未來ノ債權モ亦抵當權ヲ以テ之ヲ擔保スルコト近世一般ニ認ムル所タリ

第三款　抵當權ノ要件

抵當權ヲ以テ擔保シ得ヘキ債權ニ付テハ基ニ質權ニ付テ說述シタル所ト同一ナルヲ以テ玆ニ之ヲ省略シ直チニ抵當權ノ要件ニ入テ說明セント欲ス

「抵當權ノ要件ハ之ヲ分テ二トス設定要件及ヒ對抗要件是ナリ

(第一)　設定要件

新民法ニ於テハ抵當權ハ總テ任意ニ因リ設定セラルヽモノト爲スカ故ニ不動產又ハ地上權若シクハ永小作權ヲ抵當ニ供セントスルニハ必スヤ設定行爲ヲ以テスルヲ要ス以下之ニ關スル要件ヲ說カン

(一)　設定者ノ資格　設定者ハ債務者タルト將タ第三者タルトヲ問ハス不動產ヲ抵當ニ供セントスル場合ニハ其所有者タルヲ要ス又地上權若シクハ永小作權ヲ抵當ニ供セントスル場合ニハ其權利者タルヲ要ス故ニ他人ノ權利ハ之ヲ抵當ニ供スルヲ得ス夫ノ賣買ニ於テハ他人ノ權利ヲ目的トスルモ亦有效タルヲ妨ケス蓋シ賣買ハ其契約アルト同時ニ權利移轉ノ效果ヲ生スルモノニアラスシテ賣主ハ唯之ニ因リテ權利移轉ノ義務ヲ負擔スルノミ故ニ賣主ハ將來取得スヘキ權利ニ付キ賣買契約ヲ締結スルヲ得レハナリ然ルニ抵當權設定行爲ハ之ニ因リ直チニ抵當權ヲ發生スルモノナルカ故ニ設定者ハ必ス抵當權ノ目的ト爲サントスル權利ヲ有スル者ナラサルヘカラス但前ニ述ヘタルカ如ク抵當權設定ノ豫約ノ場合ハ此限ニ在ラサルナリ次ニ設定者ハ法律行爲ヲ爲スノ能力ヲ有スヘキコト論ヲ俟タサル所ナルヘシ

「玆ニ一ノ問題ヲ生スルハ不動產ノ所有者ハ其所有權ヲ抵當ニ供セスシテ單ニ其地上權若シクハ永小作權ヲ抵當ニ供スルコトヲ得ルヤ否ノコト是ナリ法律ハ敢テ之ヲ無效トセス何トナレハ所有者ハ其不動產ノ一部ヲ抵當ニ供スルコトヲ得ルト同時ニ又其不動產上ノ權利ノ一部ヲモ抵當ニ供スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ

(二)　設定ノ形式　抵當權ハ通常契約ニ依テ設定セラルヽモ是レ目的物ノ引渡ヲ要セサルモノナルカ故ニ單獨行爲ヲ以テモ之ヲ設定スルコトヲ得(イ)契約

ニ依テ抵當權ヲ設定スル場合ニハ通常證書ヲ作製スルナラント雖モ新民法ハ之ヲ以テ要件トセス故ニ當事者間ニ抵當權設定ノ合意アレハ直チニ抵當權ハ成立スルナリ但之ヲ以テ第三者ニ對抗センニハ他ノ條件ヲ要スルヤ論ナシ(ロ)次ニ單獨ノ行爲ニ依リテ抵當權ヲ設定スルニハ生存中ニ之ヲ爲スモノアリ又遺言ニ依テ之ヲ爲スモノアリ其ニ債務者ノ爲メニ第三者カ設定スル場合多カラント雖モ敢テ必スシモ然ラス遺言ニ關シテハ諸國ノ法律上一定ノ方式アリ新民法相續編草案第六章ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ抵當權設定ノ遺言ニ付テモ亦之ヲ適用スヘキモノトス生存中ノ單獨行爲ニ付テハ抵當權設定ノ意思ヲ有效ニ表示スルヲ以テ足ルモ實際上ニ於テハ概ネ其設定ヲ債權者ニ通知スルヲ例トス之ヲ登記スルカ如キハ最モ明白ナル意思表示ナリ

(第二)對抗要件

不動產上ノ物權ハ登記法ノ所定ニ從テ登記ヲ爲スコアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(新民法第百七十七條)物權ヲ第三者ニ對抗スルノ條件トシテ登記ノ必要ナルハ抵當權ニ於テ殊ニ甚シ何トナレハ抵當權ニ於テハ目的物ノ占有ヲ移轉スルコトナケレハナリ

物權ノ登記ニ關シテハ三個ノ主義アリ(一)ハ登記ヲ以テ權利ノ設定、變更ノ要件トシ(二)ハ登記ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スル要件トシ(三)ハ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス總テノ第三者ニ對抗スル要件トス獨逸民法ハ右第一ノ主義ヲ採リ我舊民法ハ第二ノ主義ヲ採リ新民法ハ第三ノ主義ヲ採レリ

舊民法ニ於テハ抵當權ノ登記ニ關シテ頗ル詳密ナル規定ヲ設ケリ(舊擔保編第二百十三條乃至第百十八條)然ルニ新民法ハ總テ削除シテ之ヲ掲ケス蓋シ登記ニ關スル事項ハ之ヲ登記法ニ委スルノ精神ナラン而シテ現行登記法ハ早晩改正セラルヘキモノト信スルカ故ニ登記ノコトタル之ヲ新登記法發布ノ後ニ研究スルヲ可トス

左ニ一、二ノ要點ヲ說述スヘシ

凡ソ登記ニ關シテハ證書ヲ必要トスルモノト否ラサルモノトノ二種アリ而シテ抵當權ヲ登記スルニ付キ證書ヲ必要トスルヤ否ハ今日ニ於テ之ヲ明言スルコトヲ得ス然レトモ縱令證書ヲ必要トスルモ是レ登記ノ爲メニ之ヲ要スルモ

ノニシテ抵當權ノ設定ニ關シテハ何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス現行登記法第三十一條ニ於テハ抵當權ノ登記ニ付キ證書ヲ必要トセリ

抵當權ノ登記ヲ爲スヘキハ何人ナリヤ舊民法ニ於テハ債權者之ヲ爲スヘキモノトシ現行登記法ニ於テハ契約者雙方之ヲ爲スヘキモノトセリ舊民法ハ抵當權ノ設定ニ付キ證書ヲ必要トセルカ故ニ債權者ハ其證書ヲ示シテ登記ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ本來ノ性質上設定者ニ於テ抵當權ノ登記ヲ爲スヲ至當トス但設定者カ特ニ承諾ヲ與ヘタルトキハ債權者ニ於テ抵當權ノ登記ヲ爲スヲ得ヘキヤ論ヲ俟タサルモ單獨行爲ニ依ル抵當權設定ノ場合ノ如キ設定者ニ於テ之ヲ爲スノ外他ニ抵當權ヲ登記スルノ途ナキナリ

登記スヘキ事項ハ抵當ノ目的タル不動產ノ性質、其所在、債權ノ性質、其金額、債權者及ヒ債務者ノ氏名並ニ登記ノ年月日ナリトス

第四款　抵當權ノ範圍

抵當權ノ範圍

本款ニ於テハ抵當權ヲ以テ擔保セラルヽ債權ノ範圍及ヒ抵當權ノ其目的物上ニ及フ範圍ヲ述ヘントス

(第一)　抵當權ヲ以テ擔保セラルヽ債權ノ範圍

新民法ハ第三百四十六條ニ於テ質權ヲ以テ擔保スル範圍ヲ定メ設定行爲ニ別段ノ定ナキ限リハ當然元本、利息、違約金、質權實行ノ費用等ヲ擔保スルモノトセリ抵當權モ亦當然此等ノモノヲ擔保スルヤ否ヤ

抵當權ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍ハ當事者ノ隨意ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得、然レトモ抵當權ニ在テハ登記ヲ以テ第三者ニ對抗スル要件ト爲スカ故ニ單ニ元本ノミヲ登記シタル場合ニハ利息ヲ除外シ其他ノ違約金等ハ擔保ノ效力ヲ及ホサヽルモノトス勿論違約金等ト雖モ之ヲ登記スルトキハ擔保ノ效力ヲ及ホスヘキナリ夫ノ質權ニ在テハ別段ノ契約ナキ限リハ當然違約金等ニ擔保ノ效力ヲ及ホスニ拘ラス抵當權ニ在テハ縱令當事者間ニ合意アルモ違約金ニ擔保ノ效力ヲ及ホサヽル理由如何ナレシ質權ノ場合ニハ質權者其目的物ヲ占有スルカ故ニ二重ノ質ヲ生スルコト稀有ニ屬シ若シ又二重ノ質ヲ設定スルトキハ必スヤ後ノ質權者ハ前質權ノ存在及ヒ範圍ヲ知了スルニ難カラス從テ擔保ノ效力ヲ當然附從ノ債權ニ及ホスモ之カ爲メニ第三者ヲ害スルノ恐ナシ之ニ

反シ抵當權ノ場合ニハ抵當權者其目的物ヲ占有セスシテ所有者依然之ヲ使用收益スルカ故ニ第三者ハ登記ニ依ルノ外其權利ノ狀況ヲ知了スルコト能ハス加之抵當權ノ場合ニハ一不動產上ニ多數ノ抵當權存在シ若クハ抵當物上ニ他ノ權利ヲ設定スルコト尠ナシトセス從テ法律上第三者ノ權利ヲ保護スルニアラサレハ其弊害ヤ測ルヘカラス是レ抵當權ノ擔保スル債權ノ範圍モ亦總テ登記ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトシ而シテ元本ノミヲ登記シタルトキハ利息ヲ除外シ其他ノ債權ヲ擔保スルコトナキモノトセル所以ナリ斯ノ如ク利息ハ元本ノ登記ニ因リ當然抵當權ヲ以テ擔保セラルヽモノト爲シタルハ其普通債權ニ附從シ存在スルモノナルニ是レ因ル但新民法ハ其第三百七十四條ニ於テ利息ニ付テモ亦制限ヲ附セリ

(第二) 抵當權ノ其目的物上ニ及フ範圍

抵當權ハ不可分權ナリ(新民法第三百七十二條及ヒ第二百九十六條)故ニ縱令其目的物カ變更增減スルモ其變更又ハ增加若クハ減少シタル範圍ニ對シテ效力ヲ有スルヲ原則トス然レトモ此原則ニハ又多少ノ例外ナキ能ハサルナリ左ニ聊カ之ヲ說明セン

抵當權ノ及フ範圍ハ設定行爲ニ依テ隨意ニ之ヲ定ムルコトヲ得然レトモ當事者カ之ヲ定メサル場合ニ付キ法律上當然抵當權ノ及フヘキ範圍ヲ定ムルノ必要アリ新民法ハ第三百七十條ニ於テ之ニ關スル規定ヲ爲セリ今同條ヲ解釋スルニ先ヲ玆ニ一二ノ注意スヘキモノアリ先ツ同條ハ抵當權設定ノ後抵當物ニ變更ヲ生シタル場合ニ關スル規定ニシテ抵當權設定當時ノ現況ニ關スル規定ニアラス抵當權設定當時ノ現況ニ於テ如何ナル範圍ノ上ニ抵當權ヲ設定セルヤハ一ニ登記ニ依テ之ヲ定ムル外ナシ是レ即チ前ニ述ヘタル抵當特定主義ノ結果ナリトス唯一定ノ範圍ノ上ニ抵當權ヲ設定シタルコトヲ登記シタル後其目的物ニ變更ヲ生シタル場合ニ同條ノ規定ヲ適用スルナリ次ニ同條ハ抵當權設定後其目的物ノ變更シタル場合ニ關スル規定ナレトモ單ニ之ヲ目的物ノ增加シタル場合ニ適用スヘク其滅失又ハ減少シタル場合ニ之ヲ適用スヘカラス目的物ノ滅失又ハ減少シタル場合ニ付キ舊民法ニ於テハ其債權擔保編第二百一條ニ之カ規定ヲ設ケリト雖モ新民法ハ之ニ關シテ何等ノ規定ヲ設クス是レ其規定ノ必要ナシト爲スニ因ル其理由ニ至テハ漸次講述スル所ニ依リ自ラ明

カナルヲ得ヘケン

抵當物ノ滅失又ハ減少ニ因ル結果如何之ヲ説明スルニハ其原因ノ不可抗力ニ因ルカ將タ債權者若クハ債務者ノ行爲ニ因ルカ又第三者ノ所爲ニ因ルヤニ依リテ之ヲ區別セサルヘカラス

(一) 不可抗力ニ因ル滅失、減少　暴風、火災、地震其他ノ不可抗力ニ因リ抵當物カ滅失又ハ減少シタルトキハ抵當權ハ之ニ因テ全ク消滅シ又ハ殘存セル部分ノ上ニ存スルモノトス是レ物權ノ消滅ニ關スル通則並ニ抵當不可分ノ原則ヨリ當然生スル結果ニシテ特ニ法文ヲ以テ規定スルノ必要ナキナリ

(二) 債權者若クハ債務者ノ所爲ニ因ル滅失、減少　此場合ハ債權者ノ所爲ニ因ルトキト債務者ノ所爲ニ因ルトキトニ分テ之ヲ説明スヘシ

(イ) 債權者ノ所爲ニ因ル滅失、減少　債權者ノ所爲ニ因リ抵當物カ滅失シタルトキハ其第三者ノ所爲ニ因テ滅失シタル場合ト均シク抵當權ハ茲ニ消滅シ且債權者ハ爲メニ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス此場合ニ債務者ハ其受取ルヘキ金額ト其債務トヲ相殺スルヲ得ルハ勿論ナリ

次ニ目的物カ債權者ノ所爲ニ因リ減少シタル場合如何留置權及ヒ質權ニ在テハ債務者ハ留置權又ハ質權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得レトモ抵當權ニ在テハ之ヲ理由トシテ抵當權ノ消滅ヲ請求スルヲ得ス勿論損害賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得而シテ抵當權ハ其殘存部分ニ存スルモノトス要スルニ債權者ノ所爲ニ因リ抵當權ノ滅失、減少シタル場合ハ其第三者ノ所爲ニ因テ滅失、減少シタル場合ト其結果毫モ相異ナルコトナキナリ

(ロ) 債務者ノ所爲ニ因ル滅失、減少　此場合ニ關シテハ新民法第百三十七條第二號ニ其規定ヲ爲セリ即チ債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス故ニ債權者ハ直チニ債務ノ履行ヲ請求スルヲ得ルナリ此規定ニ依レハ債務者ハ單ニ期限ノ利益ヲ失フノミニシテ其他ニ何等ノ責任ヲ有セス舊民法ニ於テハ債務者ノ所爲ニ因リ抵當物ノ減少シタル場合ニハ債權者ハ抵當ノ補充ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシ債務者カ其補充ヲ與フルヲ得サル場合ハ擔保ノ不充分ト爲リタル限度ニ應シテ直チニ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノ

トセリ然レトモ新民法ニ於テハ直チニ債務ノ履行ヲ請求スルハ即チ債權者ノ權利ナルカ故ニ債權者ハ直チニ債務ノ履行ヲ請求スルコトナクシテ擔保ノ補充ヲ請求スル自由ヲ有スルモ是レ其義務ニアラス而シテ若シ債務者ニ信用ヲ溢ク能ハサル場合ニハ擔保ノ補充ヲ請求スルコトナク債務全部ノ履行ヲ請求スルモ妨ナシ

(三) 第三者ノ所爲ニ因ル滅失、減少　第三者ノ所爲ニ因リ抵當物滅失シタルトキハ其者ヨリ支拂フ所ノ損害賠償金ノ上ニ抵當權ヲ存立セシムルモノトス(新民法第三百七十二條及ヒ第三百四條)又第三者ノ所爲ニ因リ抵當物減少シタル場合ニハ損害賠償金及ヒ殘存部分ノ上ニ抵當權存在スルナリ

「茲ニ問題ト爲ルハ第三者カ抵當權設定者ナル場合ニ其者ノ所爲ニ因リ抵當物カ滅失又ハ減少シタルトキハ之ヲ如何ニスヘキヤノコト是ナリ此場合ニハ新民法第百三十七條第二號ヲ適用スルヲ得サルヘシ又所有者ナル以テ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得サルヘシ然ラハ不可抗力ニ因ル場合ト同一視スヘキヤト云フニ是レ亦不都合タルヲ免レス余ノ信スル所ニ依レハ此場合ハ

抵當權ヲ侵害シタル不法行爲トシテ損害賠償ノ責任ヲ負擔セシムヘキモノナラン

以上抵當物ノ滅失又ハ減少シタル場合ヲ講說シタルカ故ニ是ヨリ其增加シタル場合ニ付テ說明スル所アラントス豫メ注意スヘキ一事アリ即チ茲ニ所謂增加トハ物ノ實質的增加ヲ指シ無形價格ノ增加ヲ指スニアラサルコト是ナリ價格ノ增加ノ如キハ不可分ノ原則上當然抵當權ノ中ニ包含セラルヽモノニシテ特ニ論辯スルノ必要ナシ抑モ抵當權設定ノ後抵當不動產カ實質的ニ增加シタル場合ニ其增加部分カ抵當不動產ニ附加シテ一體ヲ成シタルトキハ抵當權ハ當然之ニ及フヲ原則トス茲ニ注意スヘキハ增加部分カ抵當不動產ニ附加シテ一體ヲ成ストノコト是ナリ即チ是レ民法第二百四十二條ノ附合ノ場合ニシテ此場合ニハ所有者ハ全部ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ抵當權モ亦不可分ノ原則ニ因リ當然其增加部分ニ及フモノトス即チ右ノ原則ハ不可分ノ結果ニシテ特ニ法文ノ規定ヲ要セサルモノタリ故ニ新民法第三百七十條ハ寧ロ右ノ原則ニ對スル例外ヲ規定スルヲ主眼トセルモノト謂フヘシ然ラハ其例外如何即チ左

ノ如シ

(二) 抵當物カ土地ナル場合ニ抵當權設定後其土地ノ上ニ築造シタル建物 歐米諸國ニ於テハ建物ヲ以テ土地ノ一部ト見ルカ故ニ土地ト建物トハ即チ一體ヲ成スモノトセリ然ルニ我國ニ於テハ從來土地ト建物トヲ別物トシ新民法モ亦其第二百四十二條ニ於テ附合ニ關スル規定ヲ爲スニ當リ此二者ヲ別物ト爲セルカ故ニ土地カ抵當物ナル場合ニ抵當權カ其土地ノ上ニ築造シタル建物ニ及ハサルヤ固ヨリ當然ノ結果ナリ

(三) 債務者カ詐害行爲ニ因リ抵當物ヲ增加セシメタル場合 債務者カ他ノ債權者ヲ害センカ爲メニ抵當債權者ト共謀シテ抵當物ヲ增加シタルトキハ抵當權ハ其增加部分ニ及ハサルモノトス茲ニ注意スヘキハ此場合ニハ新民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消シ得ヘキ條件ヲ具備スルコトヲ要ス然レトモ抵當權ノ增加部分ニ及ハサルハ即チ廢罷訴權ノ適用ナリト謂フヲ得サルコト是ナリ夫レ廢罷訴權ハ詐害行爲ノ爲メ債權者ニ損害ヲ受ケシメサランコトヲ目的トスルモノタリ而シテ此場合ニ抵當權ヲシテ增加部分ニ及ハシメサル目的ハ亦之ニ同シ故ニ此點ニ付テハ二者同一ナリト雖モ其性質ヨリ觀察スルトキハ二者大ニ相異ナレリ即チ廢罷訴權ハ詐害行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スル權利ニシテ詐害行爲ノ取消サルハ即チ裁判所ノ命令ノ結果タリ然ルニ此場合ニ於テ抵當權ノ增加部分ニ及ハストノコトハ法律當然ノ規定ニシテ債權者ノ請求ヲ要スルモノニアラス又是有效ナルノ行爲ヲ取消スニアラスシテ初ヨリ抵當權カ增加部分ニ及フコトナキナリ

(三) 果實 果實ハ母體ヨリ分離セサル間ハ母體ノ一部分タリト雖モ之ヲ母體ヨリ分離シタルトキハ獨立ノ一體ヲ爲スモノナリ從テ抵當權ハ母體タル抵當物ヨリ分離シタル果實ニ及ハサルモノトス(新民法第三百七十一條第一項前段)蓋シ抵當權ニ在テハ抵當權者ハ抵當物ヲ占有スルコトナク而シテ所有者ハ其使用收益ノ權利ヲ失ハス是レ抵當權ノ不動產質權ニ優ル點ニシテ抵當權ノ果實ニ及ハサルモ亦之カ當然ノ結果タレハナリ然レトモ抵當權者カ抵當權ノ實行ニ着手シタルトキハ茲ニ所有者ノ果實ヲ

收取スル權利ヲ制限セサルヘカラス（新民法第三百七十一條第一項但書）何トナレハ此場合ニ於テハ所有者ハ抵當物ヲ占有スル權利ヲ失ヘハナリ詳言スレハ債務者カ辨濟期ニ至テ債務ノ辨濟ヲ爲サヽルカ爲メニ抵當權者カ抵當不動產ヲ差押ヘ又ハ第三取得者ニ對シ新民法第三百八十一條ニ依リテ抵當權ヲ實行スル旨ヲ通知シタル後ハ抵當權ハ其果實ニモ及フモノトス尤モ抵當權者カ第三取得者ニ對シテ抵當權ヲ實行スル旨ヲ通知スルモ一年內ニ抵當不動產ノ差押ヲ爲サヽルトキハ第三取得者ハ其果實ヲ收取スルコトヲ得（新民法第三百七十一條第二項）何トナレハ若シ此場合ニ於テ第三取得者ニ果實收取ノ權利ナシトセハ其果實ヲ抵當權者ニ返還セサルヘカラス果シテ然ラハ第三取得者ニ對シテ頗ル苛酷ニ失スルニ至レハナリ玆ニ注意スヘキハ抵當權設定者ノ果實收取權ト第三取得者ノ果實收取權トノ間ニ差異アルコト是ナリ即チ前者ハ抵當物ノ差押アルマテ之ヲ有シ後者ハ抵當權實行ノ通知アルマテ之ヲ有スルヲ通例トス

以上抵當不動產ノ變更ニ付テ講說セルカ是レヨリ全ク其性質ヲ異ニシタル場合ニ付キ一言セント欲ス夫レ抵當權ハ抵當不動產ノ價額ヨリ辨濟ヲ求ムル權利ナルカ故ニ若シ抵當不動產カ債務ノ辨濟期間ニ賣却セラレ又ハ第三者ノ爲メニ毀損セラレタル等ノ場合ニ於テ其代價及ヒ賠償金等ノ上ニ抵當權ヲ及ホスコトヲ得ルモノト爲スコト最モ妥當ナリトス是レ新民法第三百七十二條ニ於テ同第三百四條ノ規定ヲ抵當權ニ準用スルモノト爲シタル所以ナリ即チ抵當權ハ其目的物ノ價額ニ該當スル債權ノ上ニ及フモノトス其詳細ハ後段ニ之ヲ說明スヘシ

抵當權ノ效力

第二節　抵當權ノ效力

總論

抵當權ノ順位

第一款　總論

第一項　抵當權ノ順位

抵當權ノ效力ヲ講スルニ當テハ第一、總論第二、優先權第三、追及權ノ三個ニ分テ說明スルコト最モ便益ニシテ且最モ明瞭ナラシムヘシト信ス故ニ以下之ヲ分說スヘシ

同一不動產上ニ抵當權不動產質權及ヒ先取特權等ノ相競合スル場合ニ付キ其順

位ヲ定ムル方法ハ後ニ之ヲ説明スヘキヲ以テ之ヲ省略シ玆ニハ唯同一不動産上ニ數多ノ抵當權ノ設定セラルヽ場合ニ於ケル順序ヲ講述セント欲ス

抵當權ニ付テハ順位ヲ設クヘカラストノ議論ノ如キ姑ク之ヲ措キテ苟モ之カ順位ヲ設クル以上ハ登記ノ順序ニ依リテ其順位ヲ定ムルヲ至當トス（新民法第三百七十三條）或ハ曰ク抵當權ハ登記シテ始メテ成立スルモノナランニハ登記即チ成立條件ナルカ故ニ其前後ニ依リテ抵當權ノ順位ヲ定ムルコト至當ナリ然レトモ抵當權ハ登記ヲ待タスシテ成立スルモノナランニハ其成立ノ順序ニ依リテ抵當權ノ順位ヲ定ムルヲ至當トス蓋シ登記ハ既ニ成立セル權利ノ保存條件ニシテ登記ニ因テ權利發生スルニアラサレハナリト此説ノ採ルニ足ラサルハ多言ヲ俟タス何トナレハ此説ハ登記ヲ以テ既ニ發生セル權利ノ保存條件ト爲スモノニシテ登記ヲ爲ストキハ抵當權設定ノ當時ニ遡テ第三者ニ對抗スルヲ得ルカ如ク解釋スト雖モ新民法ニ於テハ登記ヲ以テ保存條件ト爲サスシテ實ニ第三者ニ對抗スル條件ト爲セハナリ即チ登記ノ時ヨリ始メテ第三者ニ對シテ效力ヲ有ス故ニ登記アルマテハ第三者ハ決シテ抵當權ヲ以テ對抗セラルヘキモノニアラサルカ故ニ登記ノ前後ニ依リテ抵當權ノ順位ヲ定ムルコト最モ論理ニ適合スルナリ

登記ノ前後ニ依リテ抵當權ノ順位ヲ定ムルハ條件附若クハ未來ノ債權ニ付テモ亦同シ但現行登記法ハ條件附債權及ヒ未來ノ債權ノ抵當權ノ登記ヲ許サヽルカ故ニ此等ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ

抵當權ノ失效

第二項　抵當權ノ失效

抵當權ハ他人カ抵當不動産ニ付キ取得時效ニ必要ナル期間即チ二十年又ハ十年間占有ヲ及スコトアラサレハ時效ニ因テ消滅スルコトナシ（新民法第三百九十七條）其詳細ハ抵當權消滅ノ條下ニ説明スルモ要スルニ抵當權自體ハ消滅時效ニ罹ルコトナキナリ然ルニ利息其他ノ定期金ニ對スル抵當權ニ付テハ殆ト消滅時效ニ類スルモノアリ民法第三百七十四條ノ規定即チ是レナリ同條ノ文ニ曰ク「抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得但其以前ノ定期金ニ付テモ滿期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之ヲ行フコトヲ得」ト定期金トハ毎年一回又ハ二回若クハ三回定期ニ一定ノ金額ヲ給付スルモノニシテ主タル債權ニ附從スルモ

ノアリ又獨立シテ存スルモノアリ主タル債權ニ附從スルモノハ即チ利息ニシテ之ヲ後段ニ述フヘキモ茲ニ其他ノ定期金ヲ說カント欲ス定期金ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルハ勿論ナリ例ヘハ甲者カ乙者ニ對シ自己若クハ乙者ノ一生涯又ハ幾十年間毎年百圓ヲ給付スル契約ヲ爲シ其擔保トシテ一萬圓ノ價格アル甲者所有ノ不動產上ニ抵當權ヲ設定シタリト假定センニ然ルトキハ乙者ハ甲者ニ對シテ毎年百圓ヲ請求スル債權ヲ有シ若シ甲者ニシテ其請求ニ應セサルトキハ抵當不動產ノ價額ヨリ辨濟ヲ請求スルコトヲ得茲ニ注意スヘキハ定期金債權ニ付テハ其基本タル定期金ヲ受取ル權利ト毎期ノ請求權トヲ區別スヘキコト是ナリ此區別タル時效ニ關スル新民法第百六十八條及ヒ第百六十九條ノ規定ヲ見レハ自ラ明瞭タリ即チ毎期ニ受クヘキ債權ノ請求權ハ五年間之ヲ行使セサレハ消滅時效ニ罹ルモ基本タル定期金ヲ受クル權利ハ右五年間ノ不行使ニ因テ消滅時效ニ罹ルコトナシ斯ノ如ク定期金債權ニ付テハ定期金ヲ受取ルヘキ債權ト毎期ノ請求權トハ之ヲ區別スルヲ要ス定期金債權ノ爲メニ抵當權ヲ設定シタルトキハ定期金ヲ受取ルヘキ債權ハ勿論毎期ノ請求權ヲモ併セテ擔保スルモノトス而シテ定期金ヲ受取ルヘキ債權ニ對スル抵當權ノ效力ハ一般ノ抵當權ノ效力ト毫モ相異ナルコトナシト雖モ毎期ノ請求權ニ對スル抵當權ノ效力ニ付テハ特別ノ規定ヲ設クル必要アリ前顯第三百七十四條ノ規定アル是レアルカ爲メニ因ルナリ

利息ハ通常定期ニ受取ルヘキモノナリ而シテ此場合ニハ利息モ亦定期金タルニ外ナラス唯利息ト通常ノ定期金トノ相異ナルハ利息ハ主タル債權ニ從タルモノナレトモ通常ノ定期金ニ在テハ毎期ニ受取ル所ノ金員ハ寧ロ元本ノ一部ヲ爲スモノタルノ點ニ在リ主タル債權ノ爲メニ抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ノ效力ハ利息ニモ及フコト前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ定期ニ受取ルヘキ利息ニ付テハ特別ノ規定ヲ要ス但利息ナルモ定期ニ受取ラスシテ主タル債權ノ辨濟ト同時ニ受取ルコトヲ登記シタルトキハ勿論新民法第三百七十四條ヲ適用スル限ニ在ラス蓋シ此場合ニハ利息ハ定期金ニアラサレハナリ右第三百七十四條ニ利息其他ノ定期金トアルハ即チ之カ爲メノミ尤モ利息ハ通常定期ニ受取ルヲ例トスルカ故ニ特別ノ登記ナキ以上ハ定期金ト看做スヘキモノトス

利息其他ノ定期金ハ定期ニ滿期ト爲ルモノニシテ每期ニ之ヲ請求スルヲ常トシ第三者モ亦每期ニ辨濟セラレタルモノト推測ス故ニ數年分延滯スルカ如キ寧ロ異例ニ屬シ第三者ノ豫想セサル所タリ從テ延滯セル數年分ノ定期金ニ對シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ第三者ハ之ニ因リ不慮ノ損害ヲ被フルヲ免レス然レトモ又各期ニ抵當權ヲ行ハサレハ其抵當權消滅ニ歸スルモノトスルハ債權者ニ對シテ稍苛酷ニ失スルノ嫌アリ於是乎其中間ヲ取リ滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ茲ニ注意スヘキハ新民法ノ總則第百六十九條ニ於テ利息其他ノ定期金ヲ五年ノ短期消滅時效ニ罹ラシムルト其第三百七十四條ニ於テ抵當權ノ效力ヲ利息其他ノ定期金ノ最後ノ二年分ニノミ限ルトハ其主旨相同シカラサルコト是ナリ此等ノ債權ヲ短期時效ニ罹ラシムルハ畢竟權利關係ノ薄弱ニシテ且不確定ト爲リ易キニ因ル之ニ反シ其抵當權ノ效力ヲ制限スルハ主トシテ第三者ヲ保護セントスルニ在リ故ニ特別ノ登記ヲ爲シ以テ第三者ニ公示シタルトキハ最後ノ二年分ニアラサル利息其他ノ定期金ニ付テモ亦其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ得ルナリ而シテ其結果ハ恰モ登記ノ時ニ抵當權ヲ得タルモノニ均シ但既ニ消滅時效ニ罹リタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

抵當權ノ處分

第三項　抵當權ノ處分

抵當權ハ主タル債權ニ從タルモノナルカ故ニ之ヲ純理ヨリ論スルトキハ主タル債權ヨリ分離シテ處分スルヲ得サルモノト謂フヘシ學者或ハ曰ク抵當權ノ附從タル性質ヨリ生スル結果ハ唯必ス一ノ債權ニ附屬スヘキニ在リ必スシモ一定ノ債權ニ附屬スルヲ要スルモノニアラストボードリー氏ノ如キ此說ヲ主張シ而シテ近世立法例ニ於テモ此說ヲ維持スルニ足ルノ例頗ル許多ナリト雖モ是レ必竟純理論ト便宜論トヲ混同シタルモノタラサルナキヲ得ンヤ夫レ一ノ債權ノ爲メニ抵當權ヲ設定スルニ當テハ抵當權ハ即チ債權ノ辨濟ヲ擔保スルヲ目的トスルモノニシテ抵當不動產ヨリ一定ノ金額ヲ支拂フハ即チ主タル債權ニ對シテ辨濟ヲ爲サハル結果ナリ然ルニ抵當權ヲ以テ一定ノ債權ニ從タルモノニアラスト爲スハ即チ抵當不動產ヨリ一定ノ金額ヲ支拂フヲ以テ抵當權ノ主タル目的ト爲ス者ニシテ抵當權設定ニ對スル當事者ノ意思ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ

ニ理論上ヨリ言フトキハ抵當權ヲ主タル債權ヨリ分離シテ處分スルヲ得サルハ疑フヘカラサル所タリ然レトモ之ヲ便宜上ヨリ論スルトキハ抵當權モ亦一ノ權利ナルカ故ニ苟モ債務者及ヒ第三者ヲ害セサル範圍内ニ於テハ其處分ヲ許スコト抵當權者ノ便宜タリ且財産ノ融通ヲ助クルノ效アルモノト謂フヘシ但是レ抵當權ノ性質ニ基ク當然ノ結果ニアラサルカ故ニ法律上特別ノ規定ヲ設クル限度ニ於テノミ之カ處分ヲ爲シ得ヘキモノトス而シテ新民法ハ第三百七十五條及ヒ第三百七十六條ニ於テ之ニ關スル規定ヲ爲セリ今其第三百七十五條ニ依ルニ抵當權ヲ處分スル方法ヲ左ノ五个ト爲ス

一、抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコト

二、同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ讓渡スコト

三、同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄スルコト

四、同一債務者ニ對シ同一不動産ニ付キ劣等ノ地位ヲ有スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲メニ自己ノ順位ヲ讓渡スコト

五、同一債務者ニ對シ同一不動産ニ付キ劣等ノ地位ヲ有スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲メニ自己ノ順位ヲ拋棄スルコト

此等ノ場合ヲ論スルニ先チ茲ニ注意スヘキ一事アリ即チ總テ抵當權者ハ自己ノ有セサル權利ヲ處分スルヲ得サルカ故ニ右五箇ノ場合ニ於ケル處分ニ付亦其金額、期限、條件ノ如キ勿論原債務ヨリ大ナルヲ得サルコト是ナリ

（第一）抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコト　此場合ハ例ヘハ甲者カ乙者ニ對シテ抵當權ヲ有スル場合ニ甲者カ之ヲ自己ノ債權者タル丙者ニ對スル債務ノ擔保ニ供スルカ如シ然ルトキハ丙者ハ甲者ヨリ債權ノ辨濟ヲ得サリシトキハ乙者ハ不動産ヲ賣却シ其價額ヨリ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス茲ニ注意スヘキハ抵當權ノ上ニ抵當權ヲ設定スルモノニアラサルコト是ナリ或ハ抵當ノ抵當ヲ認ムル邦國ナキニアラスト雖モ我新民法ニ於テハ之ヲ認メス然ラハ是レ如何ナル性質ヲ有スルモノナルヤト云フニ余ハ之ヲ以テ抵當權ノ移轉ナリト信ス此移轉ハ條件附ノモノタリ即チ前例ニ依レハ甲者カ丙者ニ對シテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ丙者ニ對シテハ消滅スルモノトス或ハ曰ク抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲ストキハ債務者ハ其債權者ニ對シテ債

務ノ辨濟ヲ爲スニ拘ラス抵當權ヲ消滅セシムルヲ得スシテ債務者ノ不利益ヤ大ナリト雖レ然リ故ニ新民法第三百七十六條ニ於テ抵當權ノ處分ハ總テ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ其承諾ヲ求メシムルコトヽセルナリ而シテ一旦通知ヲ爲シタルトキハ後ノ債權者ノ承諾アルニアラサレハ前ノ債權者ニ債務ノ辨濟ヲ爲スヲ以テ抵當權ヲ消滅セシメサルモノト爲スハ後ノ債權者ヲ保護スルノ必要上已ムヲ得サルモノトス

(第二) 同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ讓渡スコト　是レ純粹ナル抵當權ノ讓渡ナリ例ヘハ甲、丙二者カ乙者ノ債權者タリ甲者カ乙者ニ對シ抵當權ヲ有シ丙者ハ無抵當債權者ナル場合ニ甲者カ其抵當權ヲ丙者ニ讓渡ストキハ丙者ハ抵當債權者ト爲リ甲者ハ無抵當債權者ト爲ル、此場合ニハ甲、丙二者共ニ乙者ノ債權者ナルカ故ニ乙者ハ抵當權ノ讓渡ノ爲メニ毫モ損害ヲ受クルコトナシ

(第三) 同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄スルコト　他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄スルトハ抵當權者カ抵當權ヲ有スル

ニ拘ラス他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ其優先權ヲ行ハサルヲ云フ今甲、丙二者カ乙者ノ債權者ニシテ甲者ハ抵當權者ナル場合ニ丙者ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄スルトキハ甲、丙二者共ニ平等ノ辨濟ヲ受クルコトヽ爲ル然レトモ甲者ノ抵當權ヲ拋棄スルハ絶對的ニアラスシテ丙者ノ利益ノ爲メナルカ故ニ甲者ハ其拋棄ニ因リテ純粹ノ無抵當權者ト爲ルニアラス故ニ若シ甲、丙二者ノ外丁者ナル無擔保債權者アリトセハ甲者ハ丁者ニ對シ依然トシテ抵當權者タルナリ換言スレハ右甲者ノ拋棄ノ爲メニ甲、丙、丁三者カ平等ノ地位ニ立ツモノニアラス例ヘハ甲、丙、丁ノ三者カ各千圓ノ債權ヲ有シ甲者カ有スル抵當權ノ目的タル財產ノ價格カ千五百圓ナリトセハ通常甲者ハ當然千圓ヲ受ケ丙、丁二者ハ殘餘ノ五百圓ヲ平分シタルモノ即チ二百五十圓宛ヲ受クヘキナリ然ルニ甲者若シ丙者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄シタルトキハ丙者ハ甲者ノ抵當權存在セサルモノト看做スヲ得ルカ故ニ千五百圓ノ三分ノ一即チ五百圓ヲ受クルコトヲ得然レトモ丁者ハ之ニ因テ何等ノ利益ヲ受クルヲ得ス依然トシテ甲者ノ抵當權存在スルモノト看做サヽルヲ以テ單ニ二百五十圓ヲ受ケ甲者ハ其殘餘ノ七百五

十圓ヲ受クルモノトス若シ又丁者カ第二順位ノ抵當權者ナリトセハ丁者ハ甲者カ千圓ヲ受ケタル殘餘五百圓ヲ受クヘキモノナリ故ニ甲者カ丙者ノ利益ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄スレハ丁者ハ五百圓ヲ受ク甲者ト丙者トハ亦五百圓宛ヲ受クルコトヽ爲ル要スルニ或他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ抵當權ヲ拋棄スルトキハ其債權者ニ取リテ大ニ利益ナルモ之ニ因リ其他ノ債權者ニ何等ノ影響ヲ及ホサヽルナリ

(第四) 同一債務者ニ對シ同一不動產ニ付キ劣等ノ地位ヲ有スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲メニ自己ノ順位ヲ讓渡スコト　此場合ハ前二個ノ場合ト異ナリ同一ノ債務者ニ對スル抵當債權者間ニ於ケル順位ノミノ讓渡ナリ故ニ讓渡人ハ依然トシテ抵當權者ニシテ唯其順位ヲ變更ヲ來スノミ

(第五) 同一債務者ニ對シ同一不動產ニ付キ劣等ノ地位ヲ有スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲メニ自己ノ順位ヲ拋棄スルコト　此場合モ亦前ニ抵當權ノ拋棄ニ付テ述ヘタルカ如ク毫モ他ノ抵當權者ニ利害ヲ及ホスコトナキナリ而シテ拋棄ノ利益ヲ受クル抵當權者ハ恰モ拋棄シタル抵當權者ナキモノヽ如ク看做シテ其順位ヲ定ム例ヘハ甲者カ第一順位、丙者カ第二順位、丁者カ第三順位ノ抵當權者トシテ乙者ノ債權者ナル場合ニ甲者カ丁者ノ利益ノ爲メニ順位ヲ拋棄スルトキハ丁者ハ恰モ第二順位ニアルモノヽ如ク辨濟ヲ受クルコトヲ得ルナリ」

以上ニテ抵當權ノ處分方法等ハ之ヲ講了セリ故ニ是ヨリ其處分ノ有效條件ニ付キ聊カ說述スル所アラントス

(第一) 第三者ニ對抗スル條件

抵當權ノ處分ハ單ニ相互ノ契約ニ因リテ第三者ニ對シ效力ヲ有スルモノト爲スハ頗ル不都合タルヲ免レサルヤ明ナリ且不動產ニ關スル權利ノ變更ハ之ヲ登記スヘキカ故ニ抵當權ノ處分モ亦之ヲ登記スヘキヤ論ナシ然レトモ此登記ハ抵當權ノ登記欄內ニ附記スルヲ以テ足レリトス而シテ抵當權ノ處分ヲ數人ノ利益ノ爲メニ爲シタル場合ニ其處分ノ利益ヲ受クル順位ハ恰モ抵當權ノ順位ニ均シク附記登記ノ前後ニ依テ之ヲ定ムヘキモノタリ(新民法第三百七十五條第二項)

(第二) 債務者、保證人、抵當權設定者及ヒ其承繼人ニ對抗スル條件

抵當權ノ處分ハ第三者之ヲ知ラサルヘカラサルト同時ニ債務者、保證人等モ亦

之ヲ知ラサルヘカラス何トナレハ債務者、保證人等ニ於テ抵當權ノ處分ヲ知ラサルトキハ爲メニ不慮ノ損失ヲ被フルヲ免レサレハナリ先ツ債務者ニ付テ述フレハ第一ニ抵當權カ他ノ債權者ノ擔保ニ供セラレタルヲ知ラスシテ債權者ニ債務ノ辨濟ヲ爲シタルニ依然トシテ抵當權消滅スルコトナシトセハ其不利タルヤ明ケシ第二ニ抵當權ノ讓渡アリタル場合ニ債務者ハ先ツ抵當權ノ附着スル債務ヨリ辨濟セント欲シテ讓渡人ニ辨濟ヲ爲シタルニ抵當權ハ依然トシテ讓受人ノ債權ニ附着シ居ルカ如キコトアルヘシ其他ノ處分ニ付テモ例ヲ推シテ考フルトキハ思半ニ過キン故ニ必ス之ヲ知ラシムルノ方法ヲ設ケサルヘカラス而シテ登記ナルモノハ第三者ノ注意スヘキモノナレトモ債務者其他ノ者ハ通例之ニ注意セサルヲ以テ更ニ他ノ方法ヲ設ケサルヘカラス是レ民法第三百七十六條第一項ニ於テ抵當權ノ處分ハ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ通知シ又ハ其承諾ヲ得ヘキコトヽセル所以ナリ次ニ抵當權ノ處分ハ債務者ノ保證人、抵當權設定者及ヒ此等ノ者ノ承繼人ニモ亦之ヲ知ラシムルコトヲ要ス何トナレハ此等ノ者ハ債務ノ辨濟ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ抵當權ノ處分ヲ知ラサルトキハ債務者ト同一ノ不利ヲ被フルコト勿論ナレハナリ故ニ新民法第三百七十六條第一項ニ於テ抵當權ノ處分ハ之ヲ債務者ニ通知シタルカ又ハ其承諾ヲ得タル後ニアラサレハ保證人、抵當權設定者及ヒ其承繼人ニ對抗スルヲ得サルモノトセリ何故ニ此等ノ者ニハ抵當權ノ處分ヲ通知セシメスシテ獨リ債務者ニノミ之ヲ通知セシメタルヤト云フニ此等ノ者ハ皆主タル辨濟者ニアラサルヲ以テ其辨濟ヲ爲サントスルニ當リテハ主タル辨濟者タル債務者ニ債務ノ狀況ヲ問合ハスヲ通例トシ且債務者ハ此等ノ者ニ對シテ抵當權ノ處分ヲ通知スルコト固ヨリ其所ナレハナリ

上述スル如ク抵當權ノ處分ハ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ其承諾ヲ求ムヘキモノトセル以上ハ其以後ニ於テハ抵當權ノ處分ノ利益ヲ受クル者ヲ充分ニ保護セサルヘカラス即チ其利益ヲ受クル者ノ承諾ナクシテ債務者カ原抵當權者ニ債務ノ辨濟ヲ爲スモ之ニ因テ抵當權ヲ消滅セシムルヲ得サルナリ（新民法第三百七十六條第二項）

第四項　抵當權ノ實行

抵當權ノ實行

抵當權ハ債務ノ辨濟ナキ場合ニ抵當不動產ノ價額ヨリ辨濟ヲ求ムル權利ナルコ

トハ前屢述ヘタル所ノ如シ而シテ辨濟ヲ求ムルノ方法ハ競賣ニ依テ抵當不動産ヲ賣却シ其價額ヨリ債權額ヲ受クルニ在リ（新民法第三百八十七條）夫ノ質權ノ場合ニ辨濟期限後ノ契約ヲ以テ質物ノ所有權ヲ移轉スルカ如キ抵當權ニ在テハ之ヲ認メス必スヤ競賣ニ依ルヲ要ス蓋シ抵當權ハ第三者トノ關係甚タ錯綜スルモノナレハナリ

右ノ如ク抵當不動産ノ價額ヨリ辨濟ヲ得ルコハ必ス競賣ニ依ルヲ要ス故ニ是ヨリ競賣ニ關シテ聊カ説明スル所アラントス

（第一）競賣手續

新民法ハ競賣ノ方法ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケス民事訴訟法ノ規定ニ依レハ競賣ヲ爲サントスルニハ裁判所ニ之ヲ請求シテ執行文ノ附與ヲ受ケ執達吏ノ手ヲ經テ之ヲ爲スヘキモノトセリ惟フニ將來制定セラルヘキ特別法ニハ一層簡略ナル手續ヲ採ラン

（第二）競賣ノ效果

抵當不動産ノ競賣ハ競落人ヲシテ其不動産ノ所有者タラシムルノ效果ヲ生スルヤ論ヲ俟タス然レトモ土地ノ上ニ建物ノ存在スル場合ニ其土地若クハ建物ノミヲ抵當ニ供シタルトキノ競賣ニ於テハ特別ノ規定ヲ要ス即チ其土地若クハ建物ノミヲ賣却スルモノトシ其結果土地ト建物トノ所有者ヲ異ニスルヲ以テ當然地上權設定セラルヘキモノトス詳言スレハ競落ニ因テ土地ノミノ所有權ヲ得タル者ハ其上ニ存在スル建物ノ除却ヲ求ムルヲ得スシテ當然其建物ノ爲メニ地上權ヲ與ヘサルヘカラス又競落ニ因テ建物ノミノ所有權ヲ得タル者ハ當然地上權ヲ取得スルナリ但其地代ニ付テハ當事者間ニ合意成立セサルトキハ其請求ニ因テ裁判所之ヲ定ムルモノトス（新民法第三百八十八條）地上權ノ存續期間ニ付テモ亦然ラン（同第二百六十八條）

以上ハ抵當權設定ノ當時既ニ土地ノ上ニ建物ノ存在スル場合ナリ今建物ノ存在セサル土地ヲ抵當ニ供シタル後抵當權設定者カ其土地ノ上ニ建物ヲ築造シタルトキハ前ノ場合ト均シク土地ト建物トヲ別異ニシ必スヤ地上權ヲ設定スヘキモノトセハ爲メニ土地ノ價格ヲ損シ抵當權者ニ損害ヲ與フルコト必然ナリ之ニ反シ若シ地上權ヲ設定セシメサルモノトシ土地ノ競落人ハ隨意ニ建物

ノ除却ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセハ抵當權設定者ノ損害ハ蓋シ尠少ナラサラン故ニ此兩者ヲ折衷シ此場合ニハ土地及建物ヲ併セテ賣却シ而シテ抵當權者カ辨濟ヲ求ムル範圍ハ土地ノ代價ニ限リ建物ノ代價ニ付テハ優先權ヲ有スルコトナキモノトス（新民法第三百八十九條）

土地ニ付キ抵當權ヲ設定シタル後其上ニ建物ヲ築造シタル者カ抵當權設定者ニアラスシテ第三者ナルトキハ如何第三者カ抵當物タル土地ノ上ニ建物ヲ築造スルニハ地上權者トシテ之ヲ爲スカ又ハ全ク無權原ノ行爲ニ出ツルカ二者其一ナラサルヲ得ス地上權者トシテ之ヲ爲スニモ抵當權設定前既ニ地上權者タル場合ト抵當權設定後ニ地上權ヲ得タル場合トアルヘシ前者ノ場合ニハ其地上權ハ抵當權者ニモ之ヲ對抗シ得ルカ故ニ何等ノ問題ヲ生セス後者ノ場合ニハ抵當權者ハ其地上權ノ對抗ヲ受ケヘキモノニアラサルカ故ニ建物ノ除却ヲ求ムルコトヲ得無權原ノ場合ニハ建物ノ除却ヲ求ムルヲ得ルヤ敢テ多言ヲ俟タス若シ之ニ依テ損害ヲ生シタルトキハ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキナリ

債權者間ニ於ケル效力

第二款　債權者間ニ於ケル效力

抵當權者ハ優先權ヲ有スルノ結果トシテ他ノ無擔保債權者ニ先チテ抵當不動產ノ價額ヨリ辨濟ヲ求ムルコトヲ得又同一不動產ニ對シテ數多ノ抵當債權者アル場合ニ辨濟ヲ求ムルノ順序ハ登記ノ前後ニ依ルヘキコト前既ニ述ヘタルカ如シ債權者間ニ於ケル抵當權ノ效力ハ概ネ斯ノ如シト雖モ抵當債權者モ亦一ノ債權者ナルカ故ニ債務者ヨリ辨濟ヲ求ムルニ付テハ必スシモ抵當不動產ノ價額ニノミ制限セラルヽモノニアラス債務者ノ他ノ財產ヨリモ亦辨濟ヲ求ムルコトヲ得然レトモ無制限ニ之ヲ許ストキハ他ノ債權者ノ不利益ヲ來スカ故ニ此點ニ關シテハ公平ヲ維持スルカ爲メニ特別ノ規定ヲ設ケサルヘカラス又抵當權者ノ順位ハ一ニ登記ノ前後ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトセハ可及的總抵當權者ノ利益ヲ保護スルコトヲ計ラサルヘカラス故ニ此點ニ關シテモ亦特別ノ規定ヲ設クルノ必要アリ新民法ハ第三百九十二條乃至第三百九十四條ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ

（第一）抵當權者カ抵當不動產以外ノ債務者ノ財產ヨリ辨濟ヲ受クル範圍（新民法第三百九十四條）

抵當債權者ハ抵當權ヲ得タルカ爲メニ其債權ニ付キ辨濟ヲ受クル範圍ハ一ニ抵當不動產ノ價額ニ限ラルヽモノニアラス抵當權者ハ勿論債權者ナルカ故ニ抵當不動產ノ價額ニシテ債權ヲ辨濟スルニ足ラサルカ又ハ抵當不動產カ天災ニ因リテ滅失シ從テ抵當權消滅シタル場合ニ於テハ債務者ノ他ノ財產ヨリ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルヤ當然ナリ斯ノ如ク抵當債權者モ亦一ノ債權者タリトノ理由ヨリ觀察スルトキハ其抵當不動產以外ノ財產ヨリ辨濟ヲ求ムルノ範圍ニ付テハ別段ノ規定ヲ設クルノ必要ナキカ如シト雖モ抵當債權者ハ抵當不動產ニ付キ優先權ヲ有スルカ故ニ債務者ノ他ノ財產ヨリ辨濟ヲ求ムルニハ抵當不動產ノ價額ノ不足分ニ限ルモノトセサレハ抵當權者ヲ保護スルノ厚キニ失シ他ノ無擔保債權者ノ爲メニ不利益ナル結果ヲ生スルニ至ラン故ニ新民法第三百九十四條第一項ニハ抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ト規定セリ茲ニ注意スヘキハ本條ノ適用アルハ抵當不動產ノ價額カ抵當債權者ノ債權ヲ辨濟スルニ足ラスシテ而シテ其他ノ財產カ抵當債權者ノ債權ノ殘額及ヒ他ノ債權者ノ債權ヲ辨濟スルニ足ラサル場合是ナリ例ヘハ乙、丙二者カ甲者ニ對シテ各千圓ノ債權ヲ有シ乙者ハ八百圓ノ價格アル甲者ノ不動產上ニ抵當權ヲ有シ甲者ハ其他ニ二千圓ノ價格アル財產ヲ有スルトキハ乙者ノ債權ノ殘額即チ二百圓ト丙者ノ債權千圓トハ二千圓ノ財產ヨリ辨濟ヲ受ケテ餘アルヲ以テ何等ノ問題ヲ生セス然レトモ抵當不動產以外ノ甲者ノ財產カ千圓ノ價格ニ止マルトキハ乙者、丙者兩人ハ滿足ノ辨濟ヲ受クルヲ得ス從テ此場合ニハ如何ニ分配スヘキヤノ問題ヲ生ス此場合ニ於テ乙者ハ其千圓ノ財產ニ對シテ丙者ト分配ヲ爲スニ當リ二百圓ノ債權者トシテ其配當ニ加ハルカ將タ千圓ノ債權者トシテ其配當ニ加ハルヤニ依リ丙者ノ受クヘキ部分ニ付キ大ナル影響ヲ及ホス若シ乙者カ、千圓ノ債權者トシテ分配ヲ受クヘキモノトセハ五百圓マテハ之ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ二百圓ハ安全ニ之ヲ受取ルコトヲ得結局千圓ノ債權全額ノ辨濟ヲ受クルコトヽ爲ル然ルトキハ丙者ハ單ニ八百圓ヲ受ケテ二百圓ヲ損失スルコトヽ爲ル然ルニ乙者カ二百圓ノ債權者トシテ配當ニ加入スルトキハ乙者ハ十三分ノ二即チ百六十六圓餘ヲ受ケ八百圓ト併セテ結局九百六十六圓

餘ヲ受クルコトヽ爲リ丙者ハ其餘ノ八百三十三圓餘ヲ受クルコトヽ爲ル斯ノ如ク乙者カ不足額ノミニ付キ配當ニ加入スルト否トニ依リ丙者ノ受クヘキ部分ニ大ニ影響ヲ及ホス而シテ新民法ハ抵當權者ノ加入スル額ヲ不足部分ニ限ルヲ以テ衡平ヲ得タルモノトセリ蓋シ抵當權者ハ抵當不動産ノ價額ニ付キ優先權ヲ存スルカ故ニ其他ノ財産ヨリ平等ノ分配ヲ受クルニ當テハ不足部分ニ限ルヲ以テ足レリトセサルヘカラサレハナリ

「以上ハ抵當不動産ノ價額明白ナル場合ニ付テ述ヘタルナリ若シ抵當不動産ノ價額不明ナルトキハ之ヲ如何ニスヘキ乎新民法ハ其第三百九十四條第二項ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ其文ニ曰ク「前項ノ規定ハ抵當不動産ノ代價ニ先チテ他ノ財産ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ之ヲ適用セス但他ノ各債權者ハ抵當權者ナシテ前項ノ規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メ之ニ配當スヘキ金額ノ供託ヲ請求スルコトヲ得」ト即チ抵當不動産ノ競賣前ニ其他ノ財産ヲ賣却スル場合ニ於テハ抵當不動産ノ價額カ抵當權者ノ債權ヲ辨濟スルニ足ルヤ否ヤ又之ヲ辨濟スルニ足ラストセハ若干ノ不足額ヲ生スルヤ總テ不明瞭ナリ故ニ此場合ニハ同條第一項ノ規定ニ從フヲ得サルヤ明ケシ何トナレハ此場合ニ想像ヲ以テ不足部分ヲ計算シ以テ配當ニ加入スヘキモノトセハ實際後日ニ至リテ想像ヨリモ多額ノ不足ヲ生スルモ既ニ分配ヲ終リタルカ爲メニ之ヲ受クルコトヲ得サル結果ヲ生セン故ニ此場合ニハ第三百九十四條第一項ヲ適用セス債權全額ヲ以テ配當ニ加入セシムルモノトセルナリ然レトモ其配當額ヲ以テ直チニ抵當權者ノ債權ノ辨濟ニ充ツルコトナク之ヲ供託セシメ後日抵當不動産ノ價額明白ト爲リ不足部分モ亦明瞭ナルニ至リ更ニ同條第一項ニ從テ計算シ實際抵當權者ノ受クヘキ額ヲ定ムルモノトセリ(新民法第三百九十四條第二項但書)是レ能ク同條第一項ノ精神ヲ貫キ且最モ衡平ヲ得タルモノナリトス

(第二)抵當權者數人アリテ其中ノ一人カ數多ノ不動産ニ付キ抵當權ヲ有スル場合(新民法第三百九十二條)

新民法第三百九十二條第一項ニハ債權者カ同一ノ擔保トシテ數多ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テハ其各不動産ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツヘキコトヲ定メ此規定タル數多ノ抵當權者ノ間ニ衡平ノ分配ヲ得セシムル

ヲ主タル目的ト爲スモノナリ例ヘハ乙、丙、丁ノ三者カ甲者ニ對シテ各千圓ノ債權ヲ有シ乙者ハ甲者ノ所有ニ係ル〔イ〕〔ロ〕〔ハ〕ノ三不動産ノ上ニ第一順位ノ抵當權ヲ有シ丙、丁二者ハ其〔イ〕及〔ロ〕不動産上ニ第二順位ノ抵當權ヲ有スト假定センニ乙者カ其執レノ不動産ヨリ辨濟ヲ求ムルヤニ付テ丙、丁二者ノ利益ニ大ナル影響ヲ及ホス即チ〔イ〕不動産ノミヨリ辨濟ヲ得ルトキハ丙者ハ其殘餘ヨリ辨濟ヲ得ルモノナルヲ以テ若シ殘餘ナカランカ終ニ全ク抵當權ノ效力ナキニ至リ丁者ハ之ニ反シ恰モ乙者ノ抵當權ナキモノヽ如ク辨濟ヲ受クルコトヽナル乙者カ若シ〔ロ〕不動産ノミヨリ辨濟ヲ得ルトキハ反對ノ結果ヲ生ス故ニ丙、丁二者ノ利益ヲ保護センカ爲メニハ乙者カ各抵當不動産ヨリ辨濟ヲ求ムル割合ヲ一定スルノ必要アリ而シテ新民法ハ一ニ各不動産ノ價額ノ比例ニ應シテ債權ノ辨濟ヲ求ムル範圍ヲ定ムヘキモノトセリ

「不動産ノ價額ニ準シテ債權ノ負擔ヲ分ツトハ數多ノ不動産ノ負擔スル割合ヲ示スモノニシテ必スシモ實際此割合以上ニ抵當權ヲ實行スルヲ得サルニアラス抑モ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スル者ハ孰レノ不動産ニ付テ抵當權ヲ實行スルモ全ク其自由權内ニ在リ新民法第三百九十二條第一項ハ決シテ此權利ヲ制限シタルニアラス唯各不動産ノ負擔スル割合ヲ定メ以テ他ノ抵當權者ノ利益ヲ保護セントスルニ在ルノミ而シテ數個ノ不動産カ既ニ賣却セラレ其代價ヨリ辨濟ヲ求ムル場合ニ當テハ此割合ニ依テ配當スルモ其抵當權者ニ何等ノ利害關係ナキヲ以テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ」云々ト規定セルナリ然レトモ未タ其數個ノ不動産ヲ賣却セサルニ當テハ執レノ不動産ヲ賣却スルヤ又數個中ノ一不動産ノミヲ賣却シ其代價ヨリ辨濟ヲ求ムルニ付テハ抵當權者ハ決シテ右第三百九十二條第一項ノ規定ニ依テ羈束セラルヽコトナシ此數個中ノ一不動産ヲ賣却シテ辨濟ヲ求ムル場合ニ付テハ新民法第三百九十二條第二項ニ之カ規定ヲ爲セリ其文ニ曰ク「或不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ニ前項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得」ト茲ニ或不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキトキトハ抵當

權者カ或不動産ノ賣却ヲ求メタルカ又ハ數個ノ不動産ヲ同時ニ賣却スルモ先ツ或不動産ノ代價ヲ配當スル場合ヲ云ヒ此場合ニ抵當權者カ其代價ヨリ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルヲ得ルハ前ニ述ヘタルカ如ク抵當權者カ選擇ノ自由ヲ有スル當然ノ結果ニシテ敢テ本項ノ規定ヲ要セス本項ハ畢竟次位ノ抵當權者ノ辨濟ヲ受クル方法ヲ規定スルヲ主タル目的トス其方法他ナシ同條第一項ノ規定スル割合ニ從テ辨濟ヲ受ケシムルカ爲メ他ノ不動産ニ付キ代位シテ抵當權ヲ行ハシム今例ヲ以テ示セハ甲、乙、丙、丁ノ四者ハ戊者ニ對シテ孰レモ千圓宛ノ債權ヲ有シ戊者ハ各千圓ノ價格アル[イ][ロ][ハ]ノ三不動産ヲ所有シ其三个ノ不動産ヲ第一ニ惡ク甲者ノ債權ノ抵當ニ供シ次ニ[イ]不動産ヲ乙ニ[ロ]不動産ヲ丙ニ[ハ]不動産ヲ丁ニ抵當ニ入レタル場合ニ第一項ノ規定ニ依リ甲ノ債權千圓ニ對シテ[イ][ロ][ハ]ノ不動産ノ負擔スル割合ハ其價額ニ準スルカ故ニ各三百三十三圓餘ト爲ル從テ乙、丙、丁ノ三者ハ各其餘剩六百六十六圓餘ヲ受クルコトヲ得ヘシ然ルニ[イ]不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ甲者ハ其代價ノ全部即チ千圓ヲ受クルヲ得ルカ故ニ乙ハ[イ]不動産ヨリ殘錢ノ辨濟ヲ受クルヲ得サル

ニ至ル然レトモ[イ]不動産カ甲者ノ債權ニ對シテ負擔スル割合ハ固ト三百三十三圓餘ナルカ故ニ乙者カ受クヘキ其餘剩六百六十六圓餘ハ甲者ニ代位シテ[ロ]及ヒ[ハ]ノ不動産ヨリ之ヲ受ケシムルモノトス即チ[ロ]及ヒ[ハ]ノ不動産ヨリ各三百三十三圓餘宛ノ金額ヲ受ケシムルトキハ結局甲者ハ千圓、乙、丙、丁ノ三者ハ各六百六十六圓餘ヲ受クルコトヽ爲ルナリ此場合ニハ乙者ハ甲者ヲ代位スルカ故ニ其甲者ノ順位ニ在ルヤ論ヲ俟タス

以上述ヘタル抵當權ハ代位ハ之ヲ抵當權ノ登記ニ附記スルコトヲ得(新民法第三百九十三條)此附記登記ヲ爲スコトヲ許スハ畢竟代位ノ利益ヲ完カラシメンカ爲メナリ元來抵當權者カ債權全部ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ其抵當權茲ニ消滅シ從テ其登記モ亦抹消セラルヘキモノトス然ルニ此代位ノ場合ニ於テハ代位者ハ利益ノ爲メニ其抵當權ハ尚ホ存續スルモノナルカ故ニ代位ノ事ハ之ヲ抵當權ノ登記ニ附記セサレハ第三者ハ原抵當權者カ依然トシテ抵當權ヲ有スルモノト思惟シ抵當不動産ノ滌除又ハ其代價ヲ配當スル等ノ通知ハ總テ之ヲ原抵當權者ニ爲シ從テ代位者之ヲ知了セサルコトアリテ爲メニ損失ヲ被ムルコトナキヲ

保セス是レ代位ノ附記ヲ許ス所以ナリ但代位權ハ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ有スルモノナルカ故ニ縱令附記登記ヲ爲サヽルモ其效力アルヤ論ナシ

「終ニ注意スベキハ各不動産ノ價額ニ準シ債權ノ負擔ヲ分ツノ原則ハ必スシモ抵當權カ同時ニ其各不動産上ニ設定セラルヽ場合コノミ適用セラルヽモノニアラサルコト是ナリ即チ各不動産ニ付キ抵當權設定ノ時ニ前後アルモ亦右ノ原則ヲ適用スルヲ得ルモノトス又所謂不動産ノ價額トハ畢竟抵當權者カ受ケ得ヘキ代價ノ意ナラント信ス若シ然ラシテ純粹ニ之ヲ各不動産ノ價額ト解スルトキハ大ナル不都合ヲ生スルニ至ラン例ヘハ甲者カ[イ][ロ]二個ノ不動産ニ付テ抵當權ヲ有スルモ其中ノ[イ]不動産ニ付テハ甲者ヨリモ優先權アル乙抵當權者アリトセハ則チ[イ]不動産ノ價額ニ付テハ乙抵當權者ノ債權ヲ差引キタル殘餘即チ甲者ノ受クル範圍ナルカ故ニ其殘餘額ト[ロ]不動産ノ價額トニ甲者ノ債權ヲ分配スヘキモノト思惟ス若シ[イ]不動産ノ價額ニ殘餘ナシトセハ[ロ]不動産ハ甲者ノ債權全部ヲ負擔スヘキヤ疑ナカルヘシ

第三款　第三者ニ對スル效力

第三者ニ對スル效力

汎ク第三者ト稱スルトキハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ヲモ包含スレトモ此等ノ者ニ對スル抵當權ノ效力ハ既ニ前款ニ於テ之ヲ說述シタルカ故ニ本款ニ於テハ狹義ノ第三者即チ抵當不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル第三者及ヒ物權ニアラサルモ賃借權ヲ取得シタル第三者ニ對スル抵當權ノ效力ヲ講明セント欲ス換言スレハ本款ハ抵當權ノ追及權ニ關スルナリ

第一項　總論

抵當權ハ物權トシテ追及權ヲ有スルカ故ニ其登記後抵當不動産ニ付キ權利ヲ取得シタル者ニ對シテ對抗スルコトヲ得ルハ固ヨリ當然ノコトヽス然レトモ第三取得者ノ利益モ亦公益上之ヲ保護セサルヘカラス故ニ各國ノ法制皆抵當權者ノ利益ヲ害セサル範圍ニ於テ第三取得者ノ利益ヲ保護スルノ規定ヲ設ク唯其範圍ノ廣狹ノ差アルノミ然ラハ第三取得者ノ利益ヲ保護スヘキ理由如何左ニ少シク之ヲ說カン

抑モ抵當權ハ之ヲ登記シテ始メテ第三者ニ對抗スルヲ得ルモノナルカ故ニ其登記前ニ抵當不動産ニ付キ物權例ヘハ地上權若クハ永小作權ノ如キヲ取得シタル