特255
472

物權法第二部講義案（第二分冊）

西川一男述

中央大學教務課

始

特255
472

ト運命ヲ伴ニシ獨リ質權ノミ其ノ債權ニ先チテ消滅スルコトナシ然レトモ不動產質權ニ在テハ其ノ存續期間ニ付法定ノ制限カアルカラ（三六〇）其ノ期間ノ更新セラレサル限リ質權ハ存續期間ノ滿了ニ因リテ當然消滅スル

四、質權消滅ノ請求

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

第四章　抵當權

第一節　抵當權ノ性質

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

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

第一、抵當權ハ擔保物權ノ一種テアル

抵當權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存立スル權利テアルカラ擔保權ノ一種ナルコト明カテアルト共ニ我民法ノ下ニ於テ物權ニ屬スルコト論ナキトコロテアル然レトモ抵當權ニハ目的物ヲ占有スル權能ヲ包含シナイカラ抵當權ハ直接ニ物ヲ支配スルコトナク從テ物權タル性質ニ缺クルコトナキカノ疑ナキヲ保セス然リ抵當權ニハ質權ニ於ケル樣ニ目的物ノ上ニ直接支配的權能ハナイケレトモ抵當權ノ本質ハ目的物ノ交換價値ヲ取得スルニ在リテ抵當權者ハ一定ノ場合ニ於テ債務者又ハ抵當權設定者ノ協力ヲ竢タス目的物ニ付賣却權ヲ行使シ其ノ賣得金ノ全部又ハ一部ヲ優先的ニ取得スル權能ヲ有スルノテアツテ此ノ權能ハ內容的ニ物ヲ支配スルモノト云フヲ妨ケナイ而已ナラス之ヲ以テ第三者ノ權利ヲ排斥スルコトモ出來ルノテアルカラ抵當權ハ物權タル性質ヲ具有スルモノト稱シテ可カロウ叙上ノ理由ニ依リ抵當權ハ擔保物權ノ一種テアルト云フノテアル

第二、抵當權ハ當事者ノ意思ニ基キテ成立スル擔保權テアル

抵當權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成立スル擔保權テアツテ我民法ハ留置權及先取特權ノ如ク法律ノ直接規定ニ依リテ成立スル所謂法定抵當權ナルモノヲ認メナイ此ノ點ニ於テ抵當權ハ留置權及先取特權ト異ナリ質權ト同シク約定擔保權ノ一種ニ屬スルノテアル

第三、抵當權ニハ目的物ヲ占有スル權ヲ包含シナイ

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

第四、抵當權ノ目的物ハ不動產及不動產物權テアル

抵當權ノ目的物ハ原則トシテ不動產テアル蓋シ抵當權ハ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移轉セサルヲ特色トスル權利テアッテ前述ノ通設定者ハ依然トシテ抵當物ヲ占有シ使用收益ヲ爲シツツアルノテアルカラ抵當權設定前ト設定後トニ於テ其ノ狀態ニ何等ノ變更ヲ來スコトカナイカラ外觀上抵當權ノ存在ヲ知ルニ由ナシ從テ登記ノ如キ制度ニ依リテ其ノ權利ノ存在ヲ公示スル方法ヲ講シナケレハ取引ノ安固ヲ保ツコトカ出來ナイ之レ現代ノ制度上抵當權ノ目的物ハ登記ヲ爲スニ適スルモノテナケレハナラナイト云フコトニ爲ルノテアル、一般動產上ノ權利ハ登記ニ依リテ之カ存在ヲ明確ナラシムルニ適シナイ此ノ故ニ我民法ハ動產抵當ヲ認メナイテ抵當權ノ目的物ハ原則トシテ不動產ニ限定シタノテアル(三六九第一項)

地上權及永小作權ハ何レモ土地ノ上ニ存在スル物權テアッテ之カ權利狀態ハ登記ニ依リテ公示スルニ適スルノテアルカラ我民法ハ不動產物權中地上權及永小作權ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト定メテ居ル(三六九第二項)

第五、抵當權ハ他人ノ物ノ上ニ存スル物權テアル

抵當權ハ他物權ノ一種テアッテ必ス他人ノ物ヲ目的トシテ存立スルコトヲ要シ自己ノ物ノ上ニ存在スルコトヲ許サナイ何トナレハ抵當權ハ債權ヲ確保スル目的ヲ以テ存在スル權利テアルカラテアル然リ而シテ他人トハ廣ク債權者以外ノ人ヲ指シ單ニ債務者ノミニ限ラナイテ第三者ヲモ包含スル卽チ抵當權ノ目的タルニ適スル物ハ必スシモ債務者ノ所有ニ屬スルコトヲ要シナイ第三者ノ所有物ニ

テモ妨ケナイノテアル蓋シ抵當權ノ本質ハ抵當權ノ交換價値ヲ優先的ニ取得スルニ在リテ全然目的物ノ價値ニ信用ヲ措キ其ノ物ノ所有者ノ何人タルカヲ問フ必要カナイカラテアル

第六、抵當權ハ抵當物ニ付優先辨濟ヲ受クル權利テアル

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

第七、抵當權ハ從タル物權テアル

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

第八、抵當權ハ不可分性ヲ有ス

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

第二節　抵當權ノ設定

我法律上抵當權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテノミ成立スル擔保權テアツテ佛蘭西民法ニ於ケルカ如キ法定抵當權(佛、民二一二二)及裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メナイ卽チ抵當權ハ抵當權ノ設定ヲ目的トスル當事者ノ意思表示ノミニ因リテ直ニ成立スルノテアツテ(一七六)其ノ意思表示ハ當事者間ノ契約ニ因ルノカ普通テアル、佛蘭西民法ハ合意上ノ抵當ハ公正證書ヲ以テスルコトヲ要スル旨規定シ(佛、民二一二七)我舊民法亦合意上ノ抵當ハ公正證書又ハ私署證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコトヲ得サル旨規定(舊、民、擔二〇五)スレトモ我民法上抵當權設定契約ハ書面ニ依ルコトヲ要セサル而已ナラス質權ニ於ケルカ如ク目的物ノ占有ノ移轉ヲ必要トシナイコトハ勿論獨逸民法ノ如ク登記ヲ以テ其ノ成立ノ要件ト爲サヌノテアツテ全ク無方式テアル、故ニ抵當權設定契約ハ諸成契約ニ屬シ質權ニ於ケルカ如ク踐成契約テハナイ但シ抵當權設定ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要スルコト勿論テアル(一七七)

抵當權設定ヲ目的トスル意思表示ハ通常當事者間ノ契約ヲ以テスルノテアルカ遺言ニ因リテモ亦抵キテアル

當權ヲ設定スルコト可能テアル蓋シ抵當權ノ設定行爲ハ前述ノ通諾成的テアツテ質權ニ於ケルカ如ク目的物ノ引渡ヲ要件トスルモノテナイカラテアル舊民法ニ於テハ抵當ハ法律上、合意上又ハ遺言上ノモノトシ(舊民、擔、二〇三)而シテ遺言上ノ抵當ハ遺贈ノ爲又ハ第三者ノ債務ノ擔保ノ爲ニノミ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキ旨規定シ(舊民、擔、二一二)明ニ遺言ニ因ル抵當ヲ認メテ居タノテアルカ民法ハ全然之ニ關スル規定ヲ削除シタ併シ民法ハ遺言ニ因ル抵當權ノ設定ヲ否定スルノテハナク寧ロ抵當權ノ性質上當然肯定スヘキモノト認メタル趣旨ニ外ナラナイト解スヘキテアル

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

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

第三節　抵當權ノ目的物

一、抵當權ノ目的物ハ質權ノ場合ト同シク讓渡スコトヲ得且法律上抵當權ノ目的ト爲スコトヲ禁止セラレナイ物タルコトヲ要スルト同時ニ登記ヲ爲スコトヲ得ルモノテナケレハナラナイ卽チ登記ニ依リテ抵當權ノ存在ヲ公示スルコトヲ得ナイモノハ抵當權ノ目的タルニ適シナイノテアル何トナレハ抵當權ニ在リテハ既ニ一言シタル通抵當權者ハ唯其ノ目的物ニ付賣却權ヲ有スルニ止リ設定者ニ於テ依然目的物ノ占有ヲ繼續シ其ノ利用權ヲ留保シテ居ルノテアルカラ登記ニ依リテ抵當權ノ存在ヲ公示シ第三者ノ利益ヲ保護スル必要カアルカラテアル、故ニ我法律上抵當權ノ目的タルニ適スル物ハ原則トシテ不動產テアツテ(三六九第一項)具體的ニ云ハハ土地、建物(八六第一項)及立木法ノ適用ヲ受クル立木(立木法一)等テアル、土地及建物カ各獨立シテ抵當權ノ目的ト爲ルコトヲ得ルハ

勿論右立木モ亦土地ト分離シテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルノテアル(立木法二第二項)

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

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

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

甲、動產　テアツテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノノ一ハ船舶テアル、船舶ハ動產ニ屬スルコト勿論テアルカ或種ノ船舶ハ登記ニ依リテ其ノ同一性ヲ認識シ且其ノ權利狀態ヲ公示スルコトカ可能テアルカラ我法律ハ登記シタル船舶ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト定メテ居ル(商、五八〇、六八六、船舶法三、船舶登記規則)尙建造中ノ船舶モ亦抵當權ノ目的ト爲スコトカ出來ル(商、六八九)他ノ一ハ農業動產信用法所定ノ農業用動產テアル、農業用動產ノ上ニ設定シタル抵當權ニ依リ擔保セラルル債務ノ負擔者ハ同法ニ所謂農業ヲ爲ス者又ハ農業實行組合、養蠶實行組合、產業組合(同法十二、同施行令四)テアツテ其ノ抵當權ヲ取得スルコトヲ得ル者ハ信用組合、信用組合聯合會、漁業組合(同法十二、同施行令三)等テアル而シテ農業用動產ノ抵當權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(同法一三)

乙、不動產物權及準物權

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

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

丙、特殊ノ財團

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

終リニ一言附加スヘキコトハ抵當證券ニ關スルコトテアル、卽チ抵當權ヲ證券化シテ流通ノ圓滑ヲ圖ラントスルノテアツテ土地、建物又ハ地上權ヲ目的トスル抵當權ニ付テハ抵當證券ヲ發行スルコ

トヲ得（抵當證券法一）而シテ其ノ抵當證券ノ發行アリタルトキハ抵當權ノ處分ハ抵當證券ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論抵當權ト債權トハ分離シテ之ヲ處分スルコトヲ得ナイノテアル（抵當證券法十四）

第四節　抵當權ノ目的ノ範圍

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

第一、抵當權設定當時抵當物ニ附加シタル物

抵當權ハ其ノ設定當時既ニ目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ迄及フノヲ原則トスル（三七〇）蓋シ其ノ附加物ハ抵當不動產ノ所有權ノ範圍ニ屬スルノテアツテ抵當權ノ範圍ハ抵當不動產ノ所有權ノ範圍ト同一ナルヲ原則トスルカラテアル例ハ土地ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ土地ニ生立スル樹木又ハ其ノ寄洲ニ迄及ヒ建物ヲ目的トスル抵當權ハ雨戸其ノ他ノ造作ニ迄及フノ類テアル

第二、抵當權設定後抵當物ニ附加シタル物

抵當權設定ノ後物カ其ノ目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタルトキモ亦前項ト同シク抵當權ハ其ノ附加物ニ迄及フノヲ原則トスル（三七〇）而シテ其ノ附加ノ原因ニ付テハ法律上別段ノ制限カナイカラ人爲ニ出ツルト否トヲ問ハナイ例ハ土地ヲ目的トスル抵當權ハ之ニ栽植又ハ自然ニ生シタル樹木、築山若ハ寄洲ニ迄及ヒ、建物ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ增築部分又ハ其ノ建物ニ取附ケタル雨戸其ノ他ノ造作ニ迄及フノ類テアル（昭和五年オ第八九一號同年十二月十八日大判）

叙上物カ抵當不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタルカ否ハ必スシモ物理的觀念ニ依ルコトヲ要シナイテ寧ロ一般取引觀念ニ依ルコトヲ相當トスル、故ニ抵當不動產ニ附加シタル物カ其ノ不動產ノ一部ト成リテ獨立ノ存在ヲ失ヒタルトキハ勿論縱令獨立ノ存在ヲ有スルモ苟モ其ノ不動產ト合體シテ經濟的效用ヲ完フスルモノナル以上ハ其ノ附加物ハ抵當不動產ト一體ヲ成シタルモノト看ルヘキテアツテ抵當權ハ其ノ附加物ニ迄及フモノト解シテ可カロウ（大正五年オ第一〇一五號同六年四月十二日大判）

第三、抵當權設定當時抵當物ノ上ニ存スル從物

從物ハ抵當不動產ト離レテ獨立ノ存在ヲ有スルコト勿論テアルカ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限

ヲハ主物ノ處分ニ從フヘキモノテアルカラ(八七)抵當權ハ其ノ設定當時抵當物ノ上ニ存スル從物ニ迄及フモノト解スヘキテアル故ニ例ハ建物ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ設定當時常用トシテ其ノ建物ニ備附ケテアル設定者所有ノ疊建具ニ迄及フカ如キテアル之ニ關シ大審院ハ嘗テ消極ニ解シタノテアツタカ(明治三十八年オ第五八八號同三十九年五月二十三日判決)其ノ後大正八年三月十五日民事聯合部判決ヲ以テ前判例ヲ飜シテ積極ニ解シ建物ニ付抵當權ヲ設定シタルトキハ反對ノ意思表示ナキ限リ抵當權ハ設定當時建物ノ常用ノ爲之ニ附屬セシメタル債務者所有ノ動產ニ迄及フヘキ旨判示シタ若シ夫レ從物カ抵當權設以後ニ附屬セシメラレタル場合ニ在テハ抵當權ハ其ノ從物ニ迄及ハナイト解スルノカ正當テアル

以上ハ原則テアルカ之ニ對シテ次ノ例外カ存スル

一、他人カ權原ニ基キテ附加シタル物　他人カ或權原ニ基キテ抵當不動產ニ附加シタル物ハ其ノ不動產ノ所有者ノ所有ニ屬サナイノテアルカラ抵當權ハ其ノ附加物ニハ及ハナイ(二一四二但書)

二、抵當地上ノ建物　建物ハ我法制上土地ト離レテ別個獨立ノ不動產テアツテ土地ニ附加シテ之ト一體ヲ成スモノテナイカラ土地ヲ目的トスル抵當權ハ其ノ地上ノ建物ニハ及ハナイノテアル(三七〇本文)

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

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

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

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

差押トハ之ヲ狹義ニ解スレハ民事訴訟法ニ依ル差押ヲ指スコトニナルカ第三百七十一條第一項ニ所謂差押中ニハ獨リ民事訴訟法ニ依ル差押ノミナラス競賣法ニ基キテ爲ス競賣開始決定ヲモ包含スルモノト解スルノカ正當テアル蓋シ裁判所カ競賣法ニ基キ抵當權實行ノ爲競賣開始決定ヲ爲シ之ヲ登記簿ニ記入スルトキハ差押ノ效力ヲ生スルカラテアル(競二二六大正三年才第八〇四號同四年三月三日大、判、)

(ロ)　第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタル後ノ果實、抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ヨリ抵當權實行ノ通知ヲ受ケタル後ハ抵當權ハ其果實ニ迄效力ヲ及ホスノテアル(三七一第一項但書)蓋シ右第三取得者ハ抵當不動產ニ付使用收益ヲ爲ス權ヲ有スルノテアルカ其ノ不動產ハ依然トシテ抵當權ノ目的ト爲ツテ居ルノテ滌除ノ手續ヲ爲ササル限リハ結局抵當權ノ實行ヨリ免ルルコトカ出來ナイノテアルカラ抵當權者カ第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後ハ前項ト同樣ノ理由ニ基キ第三取得者ニ對シ果實取得權ヲ停止シ爾後其ノ果實ニ迄抵當權ノ效力カ及フモノト爲シタノテアル然レトモ抵當權者カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタルノミニテ爾後差押又ハ競賣開始ニ關スル手續ヲ爲サス徒ニ其ノ權利ノ行使ヲ遷延スルニ拘ラス第三取得者ヲシテ果實ヲ取得セシメナイノハ公平ノ觀念ニ適シナイカラ法律ハ一ノ制限ヲ設ケ抵當權者カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後一年內ニ抵當不動產ノ差押アリタル場合ニ限リ抵當權ハ其ノ果實ニ迄及フヘキモノト定メテ居ル(三七一第二項)爰ニ所謂果實ハ天然果實ヲ指スモノト解スルノカ通說テアル

第五節　抵當權ニ依リ擔保セラルヘキ債權及其ノ範圍

第一款　抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權

抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限カナイカラ質權ニ關シテ述ヘタルト同シク如何ナル債權ニテモ擔保セラルヘキモノト解シテ可カロウ故ニ條件附債權、期限附債權ハ勿論(登、一一七)將來ノ債權又ハ一定ノ金額ヲ目的トセサル債權ト雖抵當權ヲ以テ擔保スルコトカ出來ルノテアル但シ設定登記ヲ申請スル場合ニハ其ノ債權ヲ金錢ニ評價シ其ノ評價額ヲ申請書ニ記載スルコトヲ要スル(登、一二〇)

第二款　抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍

抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍ハ設定行爲ニ因リテ定マルヘキテアルカ原則トシテ主タル債權及利息其ノ他附隨ノ債權テアル然レトモ被擔保債權ハ其ノ金額ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論(登、一一七、一二〇)抵當權者ハ其ノ登記シタル債權ノ範圍內ニ於テノミ優先辨濟ヲ受クル權ヲ主張スルコトヲ得ルニ止マル以下其ノ要領ヲ說明ショウ

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

二、利息、利息債權ハ元本債權ニ伴ヒテ當然發生スルモノテハナイカ併シ利息ノ生スル場合ニハ利息債權ハ元本債權ニ附隨スルモノテアルカラ法定利息タルト約定利息タルトヲ問ハス抵當權ニ依テ擔保セラルヘキモノト爲スノカ相當テアル然リト雖抵當權ノ設定登記ヲ爲ス場合ニ利息ニ關スル定アルトキハ之ヲモ登記スヘキモノテアルカラ(登、一一七)利息ニ關スル登記ナキトキハ利息ニ付テハ優先辨濟ヲ受クル權ヲ主張スルコトヲ得ナイ從テ約定利息ノ生スル場合ニ在テハ其ノ利息ノ生スヘキコト及利率ヲ登記スルコトヲ要スル若シ夫レ利息ノ生スルコトニ付テハ登記アルモ利率ノ登記ナキトキハ法定利率ニ依ルコトト爲ル加之縱令利息ニ關スル登記アルモ法律上抵當權ハ其ノ利息全部ニ及ハナイテ唯其ノ滿期ト爲リタル最後ノ二年分卽チ抵當權實行ノ時ヲ標準トシテ其ノ時迄ニ既ニ生シタル最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ニ依リテ擔保セラルルニ過キナイノテアル(三七四第一項)然ラハ法律ハ何故ニ斯ル制限ヲ設ケタカト云フニ蓋シ利息ハ本來元本債權ノ辨濟期迄ノ間ニ於テ一定ノ時期每ニ支拂ハルヘキ性質ノモノテアルカラ延滯ナク每期ニ支拂ハルルノカ通例テアルニモ拘ラス債權者カ每期ニ支拂ヲ受クルコトヲ怠リ寧ロ抵當權ノ擔保力ノ十分且確實ナルニ信賴シ之

ヲ蓄積スルニ於テハ其ノ金額巨多ニ上リ他ノ債權者ノ利益ヲ害スル虞カアルカラテアル、併シ其ノ延滯利息ニ付特別ノ登記ヲ爲シ其ノ債權ノ存在ヲ公示スルコトニスレハ第三者ヲシテ不慮ノ損害ヲ被ラシムル惧カナイカラ法律ハ滿期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其ノ最後ノ二年分ニ付テモ亦登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトカ出來ルト定メテ居ル(三七四第一項但書)

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

四、遲延利息、ノ法律上ノ性質ハ元本債權ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ債權テアル(四一九)此ノ債權ハ時々刻々ニ發生シ其ノ都度支拂ハルヘキ性質ノモノテアツテ特段ナル支拂時期ノ存スルモノテハナイ而モ約定利息ニ代ルヘキモノテアルカラ同債權ニ關シテハ利息其ノ他ノ定期金ノ債權ト同シク最後ノ二年分ニ付テノミ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘク利息其ノ他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ超エルコトヲ得ナイノテアル(三七四第二項)

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

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

五、違約金、ニ付テハ抵當權ニ關シ質權ニ於ケル第三百四十六條、不動産登記法第百十六條ノ如キ規定存セサルモ第三百四十六條ノ規定ノ趣旨ニ準據シテ違約金ノ債權モ亦抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト解スルノカ相當テアル但シ違約金ノ定アルトキハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイト解スヘキテアル

六、抵當權實行ノ費用、不動産質權ヲ以テ擔保スヘキ債權ノ範圍內ニハ質權實行ノ費用ヲ包含スル

コト第三百四十六條ノ規定ニ照シテ明白テアル、抵當權ニ關シテハ之ニ類スル特別ノ規定ハナイケレトモ前項ト同シク第三百四十六條ノ規定ノ趣旨ニ準據シテ設定行爲ヲ以テ特ニ債務者ノ負擔ニ歸セシメサル旨ノ定ナキ限リ此ノ費用モ亦抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキモノト解スルノカ相當テアル（昭和二年オ第五五二號同年十月十日大判）

第六節　抵當權ノ效力

抵當權ハ債權ヲ確保スルカ爲ニ存在スルノテアルカラ抵當物ノ所有者ハ抵當權ノ設定ニ因リテ法律上拘束ヲ受ケ其ノ處分權ヲ制限セラルルニ至ルノテアル卽チ抵當物ノ所有者ハ抵當權設定ノ後絕對ニ抵當物ノ處分權ヲ喪失スルモノテハナイケレトモ抵當權者ノ權利ヲ害スルカ如キ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ナイ唯抵當權ヲ害セサル範圍ニ於テ抵當物ヲ處分スルコトヲ得ルニ止マル故ニ抵當物ノ所有者ハ抵當物ヲ損壞スルコトヲ得サルハ勿論（刑法二六二）抵當權設定登記ヲ爲ササル間ニ其抵當物ヲ他人ニ讓渡シ若ハ他ノ物權ヲ設定スルコトヲ得ナイ蓋シ抵當權設定登記ヲ爲シタル以後ニ在テハ抵當物ノ所有者カ抵當權ニ付法律上ノ處分行爲ヲ爲スモ抵當權者ハ其ノ後ニ生シタル總テノ物權ニ優先スル結果何等不利益ヲ蒙ムル虞ハナイケレトモ抵當權設定登記ヲ經サル以前ニ在テハ抵當權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果抵當權者ノ權利ヲ害スルニ至ルカラテアル而シテ抵當物ノ滅失毀損ハ畢竟抵當權ヲ害スルコトニ爲ルノテアルカラ第三者カ故意又ハ過失ニ因リ抵當物ヲ滅失毀損シタルトキハ抵當權者ハ抵當權ノ侵害ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトカ出來ル

以上ハ主トシテ抵當權ノ一般的效力テアルカ尙其ノ他ノ效力ニ關シテ以下民法ノ規定ニ從テ說明スルコトトスル

第一款　抵當權ノ順位

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

第一、數個ノ抵當權カ同一不動產ノ上ニ存スル場合

此ノ場合ニハ抵當權ノ順位ハ其ノ登記ノ前後ニ依リテ之ヲ定ム（三七三）元來此ノ順位ハ設定ノ時ヲ標準トシテ其ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムルコトカ理論ニ適スルノテアルカ我法律ハ不動產ニ關スル物權ノ變動ハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル對抗要件トシテ居ルノテアルカラ（一七七）抵當權ニ付テモ亦此ノ原則ニ從ヒ登記ノ時ヲ標準トシテ之カ順序ヲ定メタノテアル

第二、抵當權ト他ノ擔保權トカ同一不動產ノ上ニ存スル場合

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

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

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

第二款　抵當權ノ處分

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

第一、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得

抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ以テ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトカ出來ル例ハ甲ハ乙ニ對スル一千圓ノ貸金債權ノ擔保トシテ乙所有ノ土地ニ付抵當權ヲ有スルトコロ後日金錢ノ入用ヲ生シ丙ヨリ金一千五百圓ヲ借入レント欲スルモ他ニ擔保ト爲スヘキ物カ無イノテ甲ハ右抵當權ヲ以テ丙ニ對スル借用金一千五百圓ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得ルカ如キテアル之ヲ轉抵當ト稱スル、凡ソ何人ト雖モ自己ノ有スル權利ヨリ大ナル權利ヲ他人ニ授與スルコトヲ得ナイノハ一般ノ原則トスルトコロテアルカラ轉抵當ノ場合ニ在リテモ亦然リテ、轉抵當權者ハ原抵當權ノ擔保スル債權ト同額ノ範圍內ニ於テノミ其ノ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ルニ過キナイ(昭和七年(ク)第五八六號同年八月二十九日大、決定)此ノ抵當權ノ處分ノ性質ニ關シテ學者間議論ノ存スルトコロアル、其ノ重ナル學說ハ大要次ノ通テアル

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

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

(ハ)解除條件附抵當權讓渡說、轉抵當ハ抵當權者カ辨濟其ノ他ノ事由ニ因リテ債務カ消滅シタル場合ニハ再ヒ抵當權ヲ取得スルト云フ解除條件附ニテ抵當權ヲ債權者ニ讓渡スコトテアルト云フノテアル、然レトモ元來抵當權ヲ擔保ニ供スルト云フハ抵當權ハ依然トシテ抵當權者ニ存屬シツツ其ノ抵當權ノ上ニ擔保權カ成立スル場合ヲ指スノテアルノニ反シ此ノ說ニ從ヘハ讓受人タル債權者カ抵當權ヲ取得シ原抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ失フコトト爲ルノテアルカラ此ノ說ハ畢ニ轉抵當ノ態型ニ適スル法的構成ト云フヲ得ナイ而已ナラス抵當權ノ讓渡ハ唯同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ニノミ之ヲ許スノテアツテ一般ニ汎ク之ヲ認メナイ第三百七十五條所定ノ趣旨ニ反スル結果ト爲リ到底其ノ當ヲ得タモノテナイト云フ非難ヲ免レナイ

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

予ハ大體此ノ最後ノ說ニ贊成スル者テアルカ抑抵當權ハ被擔保債權ノ存在ヲ前提トシテ價値ヲ有スルノテ抵當權ト被擔保債權トハ不可分離ノ關係ニ在リテ被擔保債權ト離レテ單タ抵當權ノミヲ處分スルコトハ到底考ヘラレヌコトテアルカラ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スト云フハ畢竟抵當權ト共ニ被擔保債權モ亦其ノ擔保ノ目的ト爲ルト云フ意ニ外ナラヌノテ第三百七十六條ト對照スレハ其ノ意倍々明白テアルト思フ然リ而シテ抵當權ヲ被擔保債權ト共ニ擔保ニ供スル方法トシテ質入行爲ト抵當權設定行爲トノ二者存スルコトヲ考フルコトヲ得、前者ノ可能ナルコトハ殆ト疑ナキトコ

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

第二、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ讓渡スコトヲ得

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

第三、抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得

抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ拋棄スルコトカ出來ル

惟フニ抵當權ノ拋棄ニ二種アル、一ハ絶對的拋棄テアツテ他ハ相對的拋棄テアル、前者ハ根本的ニ抵當權ノ存在ヲ失ハシムルモノテアツテ總債權者ノ利益ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ來シ他ノ抵當權者ハ勿論特別擔保權ヲ有セサル債權モ亦均シク其ノ利益ニ浴スルノテアルカ後者ハ或特定ノ債權者ノ利益ノ爲ニ抵當權ヲ拋棄スルノテアツテ單タ其ノ特定ノ債權者ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ生スルニ止リ他ノ債權者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナイノテアル第三百七十五條第一項ノ認ムル抵當權ノ拋棄ハ此ノ後者ニ該當スルモノテアツテ前項ニ述ヘタル抵當權讓渡ノ場合ト異リ拋棄者ト受益者トカ其ノ法的地位ヲ轉換スルノテナク拋棄者ト受益者トノ關係ニ於テハ拋棄ニ因リテ受益者ノ爲ニ抵當權消滅ノ效果ヲ來スコトト爲ルノテアルカラ抵當物ノ代價ニ付拋棄者ト受益者トハ拋棄者ノ債權額ヲ限度トシテ各自債權額ノ割合ニ應シテ優先辨濟ヲ受クルコトトナルノテアル例ハ甲乙丙カ丁ニ對シ各一千圓宛ノ貸金債權ヲ有シ丁ノ所有權ニ付甲ハ第一審抵當權者乙ハ第二審抵當權者テアルカ丙ハ無擔保債權者テアツタト假定ス而シテ甲カ丙ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ拋棄シタトスレハ甲ハ抵當權ハ唯丙トノ關係ニ於テ丙ノ利益ノ爲ニ消滅スルニ止リテ乙トノ關係ニ於テハ甲ハ依然トシテ第一審抵當權者タルコトヲ失ハナイ故ニ假ニ右抵當物ノ競賣代金カ一千五百圓ナリトセハ若シ甲カ抵當權ヲ拋棄シナカツタトスレハ甲ハ先ツ其ノ代金ノ中ヨリ一千圓ノ辨濟ヲ受ケ次ニ乙カ殘金五百圓ノ辨濟ヲ受ケ丙ハ右當抵物ニ付一錢ノ辨濟ヲモ受クルコトヲ得ナカツタノテアル然ルニ右設例ノ場合甲ノ抵當權ハ丙ノ利益ノ爲ニ拋棄セラレタノテアルカラ甲カ乙ニ優先シテ辨濟ヲ受クヘキ金一千圓ヲ甲ト丙トニ於テ各其ノ債權額ノ割合ニ應シテ分配スルコトト爲ルノテ卽チ甲ト丙トノ債權額ハ相同シテアルカラ兩者各五百圓宛辨濟ヲ受クルコトト爲ル若シ夫レ抵當物ノ賣得金カ二千五百圓ト假定スレハ本來ナラハ甲乙共ニ各一千圓ノ辨濟ヲ受ケ他ニ債權者カナケレハ丙ハ其ノ殘餘五百圓ノ辨濟ヲ受クヘキテアルカ叙上設例ニ在テハ甲ノ本來受クヘキ一千圓ト丙ノ受クヘキ五百圓トヲ合セタル一千五百圓ヲ甲丙各自ノ債權額ノ割合ニ應シテ分配スルコトト爲ルノテ卽チ七百五十圓宛辨濟ヲ受クルコトト爲ルカ如キテアル

此ノ如キ次第テ抵當權ノ拋棄ハ單タ特定ノ債權者ノミカ其ノ利益ニ浴シ他ノ利害關係人ニハ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナイノテアルカラ民法ハ叙上制限ノ下ニ抵當權ノ拋棄ヲ認メタノテアル

第四、抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ抵當權者ノ爲ニ其ノ順位ヲ讓渡スコトヲ得

抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ抵當權者ノ爲ニ其ノ順位ヲ讓渡スコトカ出來ル抑〻順位ノ讓渡ハ必ス同一債務者ニ對スル抵當者間ニ於テ行ハルルコトヲ要スルノアツテ讓渡人ハ常ニ讓受人ヨリモ先順位ニ在ル抵當權者テナケレハナラナイ從テ抵當權ノ順位ノ讓渡ハ其ノ結果ニ於テ單タ順位ノ

交換ヲ生スルノミテアツテ債務者其ノ他利害關係人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナイノテアル例ハ甲乙丙カ丁ニ對シテ各金二千圓ヲ貸附ケ丁ノ所有地ニ付何レモ抵當權ヲ有シ甲ハ第一順位乙ハ第二順位丙ハ第三順位テアツテ甲カ其ノ順位ヲ丙ノ爲ニ讓渡シタリトセハ丙ハ第一順位ニ上リ甲ハ第三順位ニ下ルノ類テアル

第五、抵當權者ハ其ノ抵當權ノ順位ヲ拋棄スルコトヲ得

抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ抵當權者ノ爲ニ其ノ順位ヲ拋棄スルコトカ出來ル此ノ場合ハ獨リ特定ノ抵當權者ノ利益ノ爲ニ順位消滅ノ效果ヲ來スニ過キナイノテ他ノ抵當權者其ノ他利害關係人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホスコトカナイノテアル、抵當權ノ順位ノ拋棄ハ抵當權ノ相對的拋棄ニ類スルケレトモ順位ノ拋棄者ハ唯其ノ順位ヲ喪失スルノミテ依然トシテ抵當權ヲ有スルノテアルカラ此ノ點ニ於テ抵當權ノ拋棄ト同シクナイ然リ而シテ順位ノ拋棄ハ當事者間ニ在リテハ順位ニ差別ナキ效果ヲ來スニ止リテ抵當權ノ順位ノ讓渡ニ於ケルカ如ク其ノ順位交換ノ效果ヲ生スルモノテナイカラ此ノ點ニ於テ順位ノ拋棄ハ順位ノ讓渡ト異ナル例ハ甲乙丙カ何レモ丁ニ對シ各金一千圓ノ債權ヲ有シ丁ノ所有地ノ上ニ甲ハ第一順位ノ抵當權者、乙ハ第二順位ノ抵當權者、丙ハ第三順位ノ抵當權者テアツテ甲カ丙ノ爲ニ其ノ順位ヲ拋棄シタトスレハ甲ノ第一順位タル地位ハ丙ノ利益ノ爲ニ失フコトト爲ルケレトモ乙トノ關係ニ於テハ甲ハ依然第一順位者テアルカラ其ノ抵當權ヲ實行シテ抵當物ノ代價一千五百圓ヲ得タトスレハ本來ナラハ甲ハ最先ニ金一千圓ノ辨濟ヲ受ケ乙ハ甲ニ次テ其ノ殘金五百圓ノ辨濟ヲ受ケ丙ハ毫モ辨濟ヲ受クルコトカ出來ナイノテアルカ甲ハ丙ノ爲ニ其ノ順位ヲ拋棄シタノテアルカラ甲カ第一順位者トシテ分配ヲ受クヘキ金一千圓ニ付甲丙各自ノ債權額ノ割合ニ應シテ分配スルコトト爲ルノテ結局甲丙各五百圓宛辨濟ヲ受ケ乙ハ第二順位者トシテ依然五百圓ノ分配ヲ受クルノ類テアル

上來說述シタル抵當權ノ處分ハ畢竟物權的變動ニ外ナラナイノテアルカラ第三者ニ對抗スルニハ一定ノ公示要件ヲ具備スルコトヲ必要トスル故ニ法律ハ之ニ關シテ對抗要件ヲ定ムルコト次ノ通テアル

(イ)抵當權者カ數人ノ爲ニ其ノ抵當權ヲ處分シタルトキハ其ノ受益者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依リテ之ヲ定ム(三七五第二項登一一二五)之レ一般原則ノ適用ニ外ナラナイノテ卽チ其ノ處分ノ時ヲ標準トシナイテ附記登記ヲ爲シタル順序ニ依リテ其ノ順位ヲ定ムルコトトシタノテアル

(ロ)抵當權ノ處分ハ債務者、保證人、抵當權設定者及其ノ承繼人トノ關係ニ於テハ債權讓渡ニ關ス

ル規定ニ從ヒ處分者ヨリ主タル債務者ニ其ノ處分ヲ通知スルカ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ叙上關係人ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアル(三七六第一項)之レ蓋シ此等ノ者ハ債務ヲ負擔スルカ若ハ辨濟ヲ爲スニ付正當ノ利益ヲ有スル者テアルカラ抵當權ノ處分カアツタコトヲ知ラナイテ從前ノ抵當權者ニ辨濟ヲ爲スコトカアラウ而モ其ノ辨濟ハ無效ニ歸シ更ニ復タ受益者ニ對シテ辨濟ヲ爲サナケレハナラナイト云フ樣ニ不測ノ損害ヲ被フル虞カアルノテ其ノ利益ヲ保護シ取引ノ安固ヲ保ツカ爲テアル

以上ノ如ク主タル債務者カ處分ノ通知ヲ受ケ又ハ承諾ヲ爲シタルニ依リ對抗要件ヲ具備シタルトキハ抵當權ノ處分ノ利益ヲ受クル者ニ於テ自ラ辨濟ヲ受クヘキ關係ニ立ツノテアルカラ主タル債務者、保證人、抵當權設定者等カ受益者ノ承諾ヲ得ナイテ從前ノ抵當權者ニ對シテ爲シタル辨濟ハ之ヲ以テ其ノ受益者ニ對抗スルコトヲ得ナイノハ勿論ナリト云ハネハナラヌ(三七六第二項)

第三款　抵當權ノ第三取得者及賃借人ニ對スル效力

第一項　抵當權ノ第三取得者ニ對スル效力

抵當不動產ノ第三取得者トハ之ヲ廣義ニ解スルハ抵當權設定登記ノ後抵當不動產ニ付所有權、地上權、永小作權其ノ他ノ物權ヲ取得シタル者ヲ總稱スルコトト爲ル此等第三取得者ハ孰レモ抵當權附著ノ儘不動產上ノ權利ヲ取得スルノテアルカラ其ノ取得權利ハ抵當權者ノ權利ヲ害セサル範圍內ニ制限セラルルコト勿論テアル從ツテ抵當權實行ノ曉抵當物ハ第三取得者ノ權利ヲ無視シテ競賣ニ附セラレ競落ノ結果第三取得者ノ權利ハ當然消滅ニ歸スルノテアル然レトモ若シ此ノ理論ヲ絕對ニ貫徹スルトキハ不動產ノ融通ヲ阻害シ一般經濟上ニ不利益ノ結果ヲ齎スコト多言ヲ俟ナイテ明ナルトコロテアル抵當權ノ效力ヲ減殺セサル範圍ニ於テ第三取得者ノ權利保護ノ方法ヲ講シ而シテ不動產ノ取引ヲ容易ニ且圓滑ナラシムルノハ方ニ吾人社會生活ノ需要ニ適スル所以テアツテ立法政策上其ノ宜シキヲ得タルモノト云フヘキテアル民法カ特定ノ第三取得者（抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者）ノ爲ニ其ノ權利ヲ保護スルコトトシタノハ卽チ此ノ理ニ基クノテアツテ買受代價ノ辨濟ト滌除ト此ノ二ノ方法テアル此等ハ孰レモ第三取得者カ一定金額ヲ抵當權者ニ給付シテ抵當權ヲ消滅セシムル方法テアツテ抵當權者ハ之カ爲ニ多少ノ利益ヲ犧牲ニ供スルコトナキニシモ非ステアルカ併ナカラ抵當物ノ價格ニ相當スルカ若ハ之ニ匹敵スル對價ヲ受領シテ抵當權實行ノ煩累ヨリ免ルルコトヲ得ルノテアルカラ抵當權ノ效力ハ殆ト害セラレサルト同時ニ第三

取得者ハ抵當權ノ負擔ナキ不動產上ノ權利ヲ有スルニ至ルノテアツテ一舉兩得ノ效アルモノト云フテ宜カラウ

第一目　買受代價ノ辨濟

抵當不動產ニ付所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ之ニ其ノ代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ其ノ第三者ノ爲ニ消滅スル(三七七)此ノ制度ハ伊太利民法ニ依リタルモノテ(舊民法修正理由書)其ノ他諸外國ノ法律ニ曾テ其ノ例ヲ見ナイトコロテアルカ民法ハ次ニ述フル滌除ノ制度ト相竝ヒテ之ヲ採用シタモノテアル以下分析シテ之カ要領ヲ說明スル

一、買受代價ノ辨濟ニ因リテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ル者ハ抵當不動產ニ付所有權又ハ地上權ヲ買受代價ノ辨濟ニ因リテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ル第三者

買受ケタル第三者ニ限ルノテアル、法律ハ何故ニ其ノ第三取得者ヲ此ノ二者ニ限定シタカト云フニ所有權ノ買受代價ハ抵當不動產ノ價格全部ニ相當スルテアラウ又地上權ハ法律上其ノ存續期間ニ制限カナイ而已ナラス地代ハ其ノ成立要素テナイカラ一時ニ全部ノ對價ヲ支拂フ約ノ下ニ設定セラル場合ニ於ケル地上權ノ對價ハ抵當權ノ價格全部ニ匹敵スルコトカアルテアラウ而シテ抵當權ノ本質ハ抵當物ノ賣得金ヲ優先的ニ取得スルニ在ルノテアルカラ其ノ賣得金ニ等シキ對價ヲ取得スルニ於テハ抵當權者ハ一面抵當權實行ノ煩累ヨリ免レ他面其ノ終局ノ目的ヲ達シタルト同一ノ效果ヲ收ムルコトト爲ルノテアルカラ敢テ不利益ヲ被ムル虞カナイ之ニ反シ抵當不動產ニ付所有權又ハ地上權以外ノ權利ヲ取得スル場合ニ於ケル對價ハ遠ク不動產ノ價格ニ及ハナイノカ通例テアツテ抵當權者ノ利益ヲ充タスニ足ラナイカラ法律ハ抵當權者ヲ保護スル見地ヨリ上述ノ如ク所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者ニ限定シタルモノト解スヘキテアル

法文ニ地上權ヲ買受ケ云々トアルハ一時ニ對價ヲ支拂フ約ノ下ニ地上權ノ設定ヲ受ケタル場合ヲ指稱スルノテアツテ此ノ場合畢竟一時ニ代價ヲ支拂ヒテ地上權ヲ買受ケタルト選フ所カナイカラ右ノ如キ語辭ヲ用キタルニ外ナラナイノテアル故ニ第三者カ抵當地ニ付地上權ヲ取得スルモ單ニ定期ニ地代ヲ支拂フヘキモノナルトキハ前述第三取得者中ニ包含セサルモノト解スルノカ正當テアル

二、抵當權者ノ請求アルコト

買受代價ノ辨濟ニ因リテ抵當權消滅ノ效果ヲ來ス爲ニハ抵當權者ノ請求アルコトヲ要ス何トナレハ若シ第三取得者カ抵當權者ノ請求ナキニ拘ラス任意ニ買受代價ヲ以テ辨濟ニ充タルニ於テハ純然タル第三者ノ辨濟ニ外ナラナイノテ唯其ノ辨濟ヲ爲シタル限度ニ於テ債務カ消滅スルニ止リ之カ爲ニ

抵當權消滅ノ效果ヲ來スコトナキハ勿論抵當權者ノ意思如何ヲ顧ミス獨リ第三取得者ノ意思ノミニ依リテ買受代價ヲ辨濟シ其ノ結果抵當權ヲ消滅セシムルコトカ出來ルモノトスレハ全然抵當權者ノ利益ヲ無視シ强制的ニ抵當權消滅ノ效果ヲ生セシムルコトト爲リテ事理ニ適シナイカラテアル

若シ夫レ同一抵當物ノ上ニ數個ノ抵當權存スル場合ハ如何ト云フニ買受代價ノ辨濟ニ因リテ抵當權ヲ消滅セシムルハ第三取得者ヲシテ全然抵當權ノ負擔ヨリ免レシムル方法テアルカラ抵當權者全員ノ請求アルニ非サレハ買受代價ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルノカ正當ト考ヘル

三、買受代價ノ辨濟

抵當不動產ノ第三取得者ハ抵當權者ニ對シ債務ヲ負擔スル者テナイコトハ勿論買受代價ハ本來其ノ賣主ニ對シテ支拂フヘキモノテアツテ當然抵當權者ニ對シ辨濟義務アル者テハナイ然レトモ抵當權者カ其ノ買受代價ノ辨濟ヲ受クレハ之ニ因リテ自己ノ權利カ充實セラルルモノト爲シ第三取得者ニ對シテ買受代價ノ辨濟ヲ請求シ第三取得者亦之ニ應シテ其ノ代價ヲ辨濟シタル以上ハ抵當權者ト其ノ第三取得者トノ關係ニ於テハ抵當權ヲ消滅セシメ第三取得者ヲシテ抵當權ノ負擔ヨリ免レシムルノハ蓋シ當事者ノ意思ニ適シタル正當ノ措置ト云フヘキテアル

四、買受代價辨濟ノ效力

(イ)抵當權者ト第三取得者トノ間ニ於ケル效力

抵當權者ト第三取得者トノ關係ニ於テハ買受代價ノ辨濟ニ因リテ抵當權ハ其ノ第三取得者ノ爲ニ消滅スルノテアル卽チ其ノ辨濟金額ノ範圍ニ於テ債務消滅ノ效果ヲ來スノテナクシテ其ノ第三取得者ノ爲ニハ抵當權カ全然消滅ニ歸スルノテアル從テ其ノ辨濟金額カ縱令抵當權者ノ債權全部ヲ辨濟スルニ足ラナイテモ抵當權ハ其ノ第三取得者トノ關係ニ於テハ全ク消滅スルノテ最早其ノ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ナイコトニナル若シ夫レ債權全部ノ辨濟アラサル場合ノ如キ抵當權者ハ其ノ不足分ニ付固ヨリ債權ヲ失フヘキモノテナイカラ他ノ第三取得者トノ關係ニ於テハ依然抵當權者トシテ抵當權ヲ實行スルコトカ出來ルノテアル例ハ抵當地ニ付地上權ヲ取得シタル甲カ其ノ代價ヲ辨濟シタルトキハ縱令債權ヲ完濟スルニ足ラサル場合テアツテモ甲ノ爲ニハ抵當權カ消滅スルモ乙カ抵當地ノ所有權ヲ買受ケタル場合乙トノ關係ニ於テハ其ノ殘額債權ノ爲尙抵當權カ存在シテ居ルカラ抵當權者ハ地上權附ノ儘所有權ヲ競賣スル方法ヲ以テ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ルカ如キテアル

要スルニ買受代價ノ辨濟ニ因ル抵當權ノ消滅ハ相對的テアツテ絕對的テハナイノテアツテ唯其ノ代價辨濟ヲ爲シタル第三取得者トノ關係ニ於テノミ抵當權消滅ノ效果ヲ生スルニ過キナイ

(ロ)抵當不動產ノ賣主ト第三取得者トノ間ニ於ケル效力

抵當不動產ノ賣主ト第三取得者トノ關係ニ於テハ第三取得者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ買受代價ヲ辨濟シタルトキハ賣主ニ對スル代金債務ハ其ノ辨濟額ノ限度ニ於テ消滅スルモノト解スヘキテアル、一時ニ對價ヲ支拂フ約ノ下ニ抵當地ニ付地上權ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ其ノ對價ヲ辨濟シタルトキ亦叙上ト同趣旨ニ解シテ宜シイ

第二目　滌除

滌除ノ制度ハ遠ク其ノ源ヲ羅馬法ニ發シ佛蘭西民法ノ採用スルトコロト爲リ我舊民法ハ之ニ倣ヒテ滌除ノ制ヲ認メ（舊民、擔三五五以下）現行民法亦之ヲ襲踏シテ滌除ノ制ヲ採用スルニ至ツタノテアル

滌除トハ本來「洗ヒ清メル」ト云フ意味テアツテ之ヲ廣義ニ解スレハ一切ノ他物權ヲ消滅セシメテ所有權ノ負擔ヲ除去スルコトテアル我民法ニ於ケル滌除ハ左樣ニ廣ク解スヘキテナク唯抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ニ提供シテ其ノ承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ除去スルコトヲ意味スルニ過キナイ（三七八）卽チ滌除ハ抵當不動產ノ特定ノ第三取得者カ一定金額ヲ支出シテ抵當權ノ追及效ヨリ免ルル制度テアツテ前ニ述ヘタ買受代價ノ辨濟ト異リ第三取得者ハ進テ抵當權ヲ除去スルノ手段ニ出テ抵當權者ハ之カ爲ニ拘束ヲ受クルニ至ルノテアル、夫レ然リ第三取得者ノ申出金額ハ必スシモ抵當物ノ實價ヲ代表スルモノテナイコトハ勿論買受代價テモナイ唯第三取得者ノ任意ニ定メタ評定額ニ過キナイノテアルカラ若シ其ノ申出金額カ抵當物ノ實價ヲ代表スルモノナルトキハ抵當權者ハ競賣手續ニ依ルコトヲ要サナイテ抵當物ノ賣得金ヲ取得シタルト同一結果ト爲リテ抵當權者ニ取リテ有利且便宜テアルカ之ニ反シ其ノ申出金額カ不相當ナルトキハ抵當權者ハ自己ニ不利益テアルカラ之ヲ拒絕スヘキハ當然テアル併シ單純ナル拒絕ハ法律ノ許ストコロテナイ必ス自己ノ危險ニ於テ第三百八十四條以下ノ規定ニ從テ增價競賣ノ手續ヲ執ラナケレハナラナイト云フ次第テ抵當權者ハ結局第三取得者ノ爲ニ强要セラレテ抵當權ヲ消滅セシメラルル結果トナル、故ニ滌除ノ制度ハ第三取得者ノ爲ニハ便利テアルカ抵當權者ニ取リテハ甚タ不利益タルヲ免レナイト云フ非難カ存スル然レトモ民法ハ主トシテ第三取得者ノ利益ヲ保護シ不動產ノ取引ヲ圓滑ナラシムルコトカ寧ロ公益ニ適スルモノト爲シ右ノ如キ非難アルニ拘ラス滌除ノ制度ヲ採用シタルモノト解シテ可カラウ

以下滌除ニ關スル要件ヲ說明スル

一、滌除權者

滌除ヲ爲スコトヲ得ル者ハ抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シテ之カ登記ヲ爲シタル第三者ニ限ル(三七八)惟フニ所有權ハ物權中最モ完全テアツテ强大ナル權利テアルカラ其ノ第三取得者ヲ保護スヘキ理由ノ存スルコト極メテ明白テアル、地上權及永小作權ハ共ニ用益物權ニ屬シ所有權ニ次ク强大ナル權利テアルカラ其ノ第三取得者モ亦之ヲ保護スルノ必要カ認メラルル然レトモ其ノ權利者ノ廣キニ失スルトキハ却テ公益ニ反シ不當ノ結果ヲ招來スルコトト爲ルカラ民法ハ叙上三種ノ物權ヲ取得シタル第三者ニ限リ滌除權ヲ認メタノテアル、故ニ滌除權者タルニハ抵當不動產ニ付現實ニ此等ノ權利ヲ取得シタル第三者ナルコトヲ要スルト同時ニ其ノ權利取得ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ナケレハナラナイカラ對抗要件タル登記ヲ爲シタル者ニ限ルノテアル但シ次ニ掲クル者ハ滌除權ヲ有サナイ

(イ)主タル債務者、保證人及其ノ承繼人、物上保證人カ債務者ノ爲ニ抵當權ヲ設定シタルトキハ主タル債務者ト雖其ノ抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得スルコトアリ保證人モ亦此等權利ノ取得者タルコトカ在リ得ルノテアルカ滌除ハ第三取得者ノ利益ノ爲ニ認メラレタル制度テアツテ本來自ラ債務ヲ負擔シ又ハ主タル債務者ニ代テ債務履行ノ責ニ任スル者及其ノ承繼人ノ如キハ何レモ滌除權者タルニ適シナイカラテアル(三七九)

(ロ)停止條件附第三取得者、抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ停止條件附ニテ取得シタル第三者ハ條件ノ成否未定ノ間ハ未タ現實ニ其ノ物權ヲ取得シタ者テハナク唯希望權ヲ有スルニ過キナイノテアルカラ此ル第三取得者ハ條件ノ成否未定ノ間ハ滌除ヲ爲スコトヲ得ナイノテアル(三八〇)之ニ反シ解除條件附第三取得者ハ現實ニ其ノ權利ヲ有スル者テアルカラ條件カ成就スル迄ハ滌除權ヲ有スル

二、滌除ノ期間

滌除ヲ爲スコトヲ得ヘキ期間ニ付何等制限ナキトキハ抵當權者及第三取得者共ニ不利益テアツテ且不便タルヲ免レナイ何トナレハ抵當權者ノ方面ヨリ觀察スレハ第三取得者ノ欲スルトコロニ從ヒ何時ニテモ滌除權ヲ行使セラルルト云フコトテハ常ニ不安ノ境遇ニ在ルコトト爲リ又第三取得者ノ方面ヨリ觀察スレハ債務ノ辨濟期到來シタル以上何時ニテモ抵當權ヲ實行セラルルト云フコトテ在テハ第三取得者ハ遂ニ滌除權行使ノ機會ヲ逸スルノ虞カアルカラテアル夫レ故民法ハ第三百八十一條第三百八十二條ノ規定ヲ設ケ之ニ依リ自ラ滌除權行使ノ期間ヲ制限スルコトニシタ(三八二第一項)

卽チ次ノ通テアル

(イ)　抵當權者ハ其ノ抵當權ヲ實行セントスルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者

ニ其ノ旨ヲ通知スルコトヲ要シ(三八一)第三取得者ハ其ノ通知ヲ受クル迄何時ニテモ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ルノテアル(三八二第一項)

(ロ)　第三取得者ハ前項ノ通知ヲ受ケタル後一ケ月内ニ滌除ニ必要ナル法定ノ手續ヲ爲サナケレハ滌除權ヲ喪失スルコトト爲ル(三八二第二項)然リ而シテ第三取得者カ右通知ヲ受ケタル後ニ新ナル第三取得者ヲ生シタルトキハ如何ト云フニ此ノ場合ニハ其ノ新取得者ニ對シ更メテ抵當權實行ノ通知ヲ爲スノ必要カナイ從テ新ナル第三取得者ハ右第一ノ通知アリタル時ヨリ起算シテ一ケ月内ニ限リ滌除權ヲ行使スルコトヲ得ルノテアル(三八二第三項)若シ斯樣ニ爲サナイテ新ニ第三取得者ヲ生シタル毎ニ抵當權實行ノ通知ヲ爲スコトヲ要シ而シテ其ノ時ヨリ一ケ月内ニ滌除ヲ爲スコトヲ得ルモノトスレハ殆ト際限ナクシテ到底抵當權實行ノ機會カナイ樣ニ爲リ不當ノ結果ヲ來スカラテアル

三、滌除ノ手續

滌除ノ申出ハ要式行爲テアツテ第三取得者カ滌除ヲ爲サントスルトキハ登記ヲ爲シタル債權者ニ對シ左記三種ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス(三八三)

(イ)　權利取得ニ關スル書面

此ノ書面ニハ取得ノ原因(例ハ賣買、贈與、交換ノ如キ權利取得ノ原因)年月日讓渡人及取得者ノ氏名住所抵當不動產ノ性質(例ハ土地ナラハ田畑又ハ宅地トカ、建物ナラハ木造平家トカ煉瓦造二階建トカ云フノ類)所在、代價(買受代金ニテ未タ支拂ハレサルモノ)其ノ他取得者ノ負擔(例ハ地代小作料ノ如シ)ヲ記載スルコトヲ要スル右讓渡人ノ中ニハ獨リ所有權ノ讓渡人ノミニ限ラス地上權又ハ永小作權ノ設定者モ亦之ニ包含スルモノト解スルノカ正當テアル

(ロ)　抵當不動產ニ關スル登記簿ノ謄本

(ハ)　提供金額ヲ記載シタル書面

此ノ書面ニハ債權者カ一ケ月内ニ第三百八十四條ノ規定ニ從ヒ增價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ハ前記(イ)ニ揭ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從テ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載スルコトヲ要スル

叙上代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ記載スルコトヲ要スルノハ蓋シ多クノ場合ニ於テ代價ヲ提供スルコトカ通例テアラウケレトモ第三者カ贈與交換等ニ因リ又ハ對價ナクシテ權利ヲ取得シタル場合ノ如キハ固ヨリ代價ノ存スル筈カナイ縱シ賣買ニ因テ權利ヲ取得スルモ既ニ代價ヲ支拂ヒタル後ニ於テハ最早代價ナルモノ存シナイ且又代價未タ支拂ハレサルトキテアツテモ其ノ代價カ相當テナカ

ツタ場合ノ如キ特ニ金額ノ指定ヲ必要トスルコトカアルカラテアル

以上三種ノ書面ヲ登記ヲ爲シタル各債權者ニ送達スルコトヲ要スルモノトシタノハ何故カト云フニ各債權者ヲシテ第三取得者ノ提供シタル條件ニ從テ滌除ヲ承諾スルカ否ヲ判斷セシムル資料ト爲スカ爲テアル然リ而シテ登記ヲ爲シタル各債權者トハ畢竟登記ヲ爲シタル抵當權者先取特權者質權者等ノ物上權利者ヲ指稱スルニ外ナラナイ爰ニ論スル所ハ主トシテ抵當權ニ關スルノテアルカ滌除ニ關スル規定ハ先取特權及質權ニモ準用セラルルコトアルヲ注意スヘキテアル（三四一、三六一）

四、滌除ノ諾否ト增價競賣

債權者カ前項ニ揭ケタル三種ノ書面ノ送達ヲ受ケタルトキ其ノ滌除ノ申出ニ對シ之ヲ承諾スルト否トハ固ヨリ債權者ノ自由權內ニ屬スル、其ノ債權者全員カ之ヲ承諾シタルトキハ滌除申出人ハ其金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託スルニ因リテ豫期ノ通滌除ヲ遂行スルコトカ出來ルケレトモ若シ債權者之ヲ承諾セサルトキハ滌除ノ申出ヲ拒絕スヘキテアル併シ單純ニ拒絕スルコトハ許サレナイノテ必スヤ右書面ノ送達ヲ受ケタル後一ケ月內ニ增價競賣ノ請求ヲ爲サナケレハナラナイ從テ其ノ請求ヲ爲ササルトキハ滌除ノ申出ヲ承諾シタルモノト看做サレ滌除ハ其ノ效力ヲ生スルノテアル（三八四第一項）此ノ如ク債權者ハ滌除ノ申出ヲ承諾セサルトキハ增價競賣ノ請求ヲ爲サナケレハナラナイノテアルカラ之ニ關スル要領ヲ說明スレハ次ノ通テアル

甲、增價競賣ノ請求　トハ債權者カ滌除申出人ノ提供シタル金額ハ不相當ニ低廉テアルト思料スル場合ニ其ノ申出ヲ拒絕シ更ニ高價ニ抵當不動產ヲ賣却センコトヲ要求スル行爲ヲ云フノテアル此ノ請求ハ第三取得者ニ對シテ爲スヘキモノテアツテ卽チ滌除申出ノ拒絕テアル而シテ增價競賣ノ申立ハ債權者ヨリ裁判所ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノテアル（競賣法四〇）

乙、增價競賣ノ請求ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ遵守スルコトヲ要ス（三八四第二項）

（イ）第三百八十三條所定ノ書面ノ送達アリタル後一ケ月內ニ爲スヘキコト

（ロ）第三取得者ノ提供金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動產ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ增價ヲ以テ自ラ買受クヘキ旨ヲ附言スルコト

此ノ如ク債權者ヲシテ十分ノ一ノ增價ヲ以テ買受クヘキ旨ヲ附言セシムル理由ハ債權者ハ第三取得者ノ提供金額カ不相當テアルト看テ之ヲ拒絕スル以上濫ニ增價競賣ノ請求ヲ爲シ無責任ニ畢ルコトナカラシムルカ爲テアル

（ハ）滌除ヲ爲サントスル第三取得者ニ對シテ請求スルコト

（ニ）債權者ハ代價及費用ニ付擔保ヲ供スルコト

右代價及費用ニ付擔保ヲ供セシムル理由ハ蓋シ增價競賣ノ請求ヲ爲ス債權者ハ第三取得者ノ提供金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動產ヲ賣却スルコト能ハサリシ場合ニ十分ノ一ノ增價ヲ以テ自ラ買受クヘキ責任ヲ有スル者テアル然ルニ單ニ買受ノ約ヲ爲スニ止リ其ノ代價及費用ノ支拂ニ付確保セラレナケレハ第三取得者及他ノ債權者ハ損害ヲ被フル虞カアルカラテアル然リ而シテ擔保ノ許否ハ裁判所之ヲ決スヘキモノテアツテ（競賣法四二）裁判所カ擔保ヲ認許セサルトキハ競賣ノ請求ハ當然其ノ效力ヲ失フ（競賣法四三）競賣ノ請求ヲ爲スニ際リ擔保ノ認許ヲ求メサルトキハ其ノ請求ハ無效トナル（競賣法四〇）

丙、債權者カ增價競賣ヲ請求スルトキハ滌除ニ關スル書面ノ送達ヲ受ケタル後一ヶ月內ニ債務者及抵當不動產ノ讓渡人ニ之ヲ通知スルコトヲ要スル（三八五）

增價競賣ニ付利害關係ヲ有スル者ハ獨リ前揭債權者ト第三取得者トノミニ限ラナイ債務者及抵當不動產ノ讓渡人モ亦正當ナル利害關係ヲ有スル者テアルカラ其ノ利益ヲ保護スルカ爲此等ノ者ニ對シ右通知ヲ爲スコトヲ必要ト爲シタノテアル但シ此ノ通知ハ增價競賣ノ要件テハナイト解スヘキテアルカラ其ノ通知ヲ缺クモ競賣ノ請求ハ之カ爲ニ無效ニ歸スルコトハナイ

丁、增價競賣ノ請求ヲ爲シタル債權者ハ唯登記ヲ爲シタル他ノ債權者全員ノ承諾アリタルトキニ限リ其ノ請求ヲ取消スコトヲ得ルニ止リ任意ニ其ノ請求ヲ取消スコトヲ得ナイノテアル（三八六）之レ蓋シ他ノ債權者ハ既ニ一人ノ債權者カ增價競賣ノ請求ヲ爲シタル以上ハ自ラ其ノ利益ニ浴スルカラ之ニ信賴シテ別ニ請求ヲ爲サナイノカ通例テアル然ルニ請求者ニ於テ任意ニ其ノ請求ヲ取消スコトヲ得ルモノトスルト他ノ債權者ハ豫期ニ反スル結果ヲ來シ遂ニ其ノ請求ヲ爲ス時期ヲ失ヒ不利益ヲ蒙ル虞カアルカラテアル

戊、增價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ抵當不動產所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲サナケレハナラナイ（競、六〇）而シテ競賣期日ニ請求債權者カ定メタル增價金額ニ達スル競買ノ申込ナキトキハ請求債權者ヲ以テ競落人ト爲スノテアル（競、四七）卽チ請求債權者ハ當然其ノ抵當不動產ノ買受人トナルノテアル、滌除ノ制度ハ抵當權ニ於テ危險ヲ負擔スルコトカアツテ不利益テアルト云フハ卽チ此ノ點ニ存スル

第二項　抵當權ノ賃借人ニ對スル效力

不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記スレハ爾後其ノ不動產ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其ノ效力ヲ生スルノテアルカラ（六〇五）抵當權設定登記前其ノ不動產ノ上ニ登記シタル賃借權ハ其ノ存續期間ノ

長短如何ニ拘ラス抵當權者ニ對抗スルコトヲ得又建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃借權ハ其ノ地上ノ建物ニ付登記アル以上ハ縱令其ノ土地ノ賃借權ハ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアルカラ（建物保護法一）建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃借人ハ其ノ地上ニ登記シタル建物ヲ所有スル以上ハ縱令其ノ土地ニ付賃借權ノ登記ナキモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得尙借家法第一條第一項ニハ「建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ス」ト規定サレテアルカラ借家法ノ施行地區ニ在リテハ建物ノ賃借人ハ縱令其ノ賃借權ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタル以上ハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルノテアル、之ニ反シ抵當權設定後其ノ不動產ニ付登記シタル賃借權、建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃借人カ其ノ土地ニ付抵當權設定登記ノ後同地上ニ登記シタル建物ヲ取得シタル場合及借家法施行地區ニ在リテ建物ノ賃借人カ其ノ建物ニ付抵當權設定登記ノ爲サレタル後同建物ノ引渡ヲ受ケタル場合ニハ何レモ叙上賃借權ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ナイノハ理ノ當然テアル併シ此クスルニ於テハ抵當不動產ノ利用ヲ妨ケ一般經濟上不利益ノ結果ヲ來スコトヲ免レナイ元來抵當權ハ其ノ目的タル不動產ノ利用權ヲ制限シナイノカ特色テアル而已ナラス賃貸借ハ現代經濟關係ニ於テ不動產ノ利用方法トシテ最モ簡便且有利ナルモノトシテ通常頻繁ニ行ハルルモノテアルカラ抵當權者ニ損害ヲ及ホササル限リ賃借權ノ效力ヲ完カラシムルコトカ獨リ當事者ノ利益トスルニ止マラナイテ一般經濟上ヨリ看テモ亦有利タルコト疑ヲ容レナイトコロテアル之レ民法カ抵當權設定登記後ニ登記サレタル賃借權ト雖モ一定ノ條件ノ下ニ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスルカ所以テアル（三九五）故ニ此ノ場合ニハ抵當權者ハ抵當權ヲ實行スルニ際リ賃借權附ノ儘其ノ目的タル不動產ヲ競賣ニ附サナケレハナラナイ而シテ其ノ條件ハ次ノ通テアル

一、第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ナルコト

卽チ（イ）樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ賃貸借ハ十年　（ロ）其ノ他ノ土地ノ賃貸借ハ五年（ハ）建物ノ賃貸借ハ三年ヲ超ユルコトヲ得ナイノテアル然リ而シテ此ノ期間ヲ超エタル賃貸借ハ其ノ期間ヲ短縮シテ超過部分ノミ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲スカ將タ全然對抗力ナキモノト爲スカ否ノ點ニ付議論ノ存スルトコロテアルカ斯ル賃貸借ハ全然抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルノカ正當ト考ヘル

二、右賃貸借ノ登記ヲ爲スコト

抵當不動產ニ付賃貸借ノ登記ナキトキハ抵當權者トノ間ニ對抗問題ヲ生スルコトカナイカラ第三百九十五條ノ適用ヲ受クル限リ其ノ賃貸借ハ登記ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スヘキテアル但シ建物

保護法第一條及借家法第一條第一項ニハ冒頭所掲ノ如ク規定サレテアルカラ第三百九十五條ノ適用ニ關シテハ縱令土地又ハ建物ニ付賃借權ノ登記ナキモ建物ノ登記又ハ建物ノ引渡アル以上其ノ賃借權ノ登記アリタル場合ト同視シ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解スルノカ其ノ當ヲ得タルモノト考ヘル

三、其ノ賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホササルコト

故ニ若シ其ノ賃貸借ノ存在スルカ爲抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ抵當權者ハ其ノ賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルコトカ出來ル而シテ解除ヲ命スル判決ニ依リ賃借權ハ其ノ效ナキニ至ルカラ抵當權者ハ賃借權ノ負擔ナキモノトシテ抵當不動產ヲ競賣ニ附シテ其ノ實效ヲ收ムルコトヲ得

第四款　抵當權ノ實行

抵當權ハ債權確保ノ目的ヲ以テ存在スルノテアルカラ債務ノ履行セラレサル場合ニ於テ初テ之ヲ實行スルコトカ出來ルノテアツテ債務ノ不履行カ抵當權實行ノ一要件テアル次ニ抵當權者カ抵當權ヲ實行セントト欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲クル第三取得者ニ其ノ旨通知シナケレハナラナイ(三八一)此ノ通知ヲ爲シタル後一ヶ月內ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ申出ヲ受ケサルトキ初メテ抵當不動產ノ競賣申立ヲ爲スコトヲ得ルノテアル(三八七)

第一項　抵當權實行ノ方法

抵當權實行ノ方法ハ抵當不動產ヲ競賣ニ附スルノテアツテ競賣法ニ依リテ之ヲ爲スノテアル(競、二二以下)卽チ不動產ノ競賣ハ抵當權者ノ申立ニ依リ不動產所在地ノ區裁判所之ヲ爲スノテアツテ競賣ノ申立ハ書面ヲ提出シテ之ヲ爲スコトヲ要スル(競、二四)競賣手續ハ競賣開始決定ヲ以テ始リ(競、二五)裁判所ハ競賣期日及競落期日ヲ定メテ之ヲ公告シ(競、二七)其ノ競賣期日ニ競賣ヲ實施シ最高價競買人ヲ以テ競落人ト爲スノテアル競落人ハ競落許可決定ノ確定シタル後競賣代價ヲ裁判所ニ支拂ハナケレハナラナイ其ノ代價ノ支拂ヲ爲スニ因リテ競落人ハ目的タル不動產ノ所有權ヲ取得スル(昭和七年オ第一九七六號同七年十二月二十日大判)裁判所ハ其ノ裁判ノ謄本ヲ添ヘ競落人ノ取得シタル權利ノ移轉ノ登記ヲ管轄登記所ニ囑託シ而シテ其ノ受取リタル代價ノ中ヨリ先ツ競賣費用ヲ差引キ其ノ殘金ハ遲滯ナク之ヲ受取ルヘキ者ニ交付スルノテアツテ(競、三三)爰ニ全ク其ノ終局ヲ告クルノテアル

第二項　抵當地ニ建物ノ存スル場合

我法制上土地ト建物トハ獨立ノ不動産ヲ成スノテアルカラ地上ノ建物ト其ノ土地トカ同一所有者ニ屬シ其ノ何レカヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テハ抵當權ノ實行トシテ抵當物ヲ競賣ニ附スルトキ土地ト建物トニ關シテ特別ナル規定ヲ設クル必要カアル以下之ニ關スル規定ヲ說明スル

一、土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキ

土地ト建物トハ各獨立ノ不動産テアルカラ土地及其ノ地上ノ建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テハ土地ノミヲ抵當ト爲シ或ハ建物ノミヲ抵當ト爲ススコトアルハ勿論ナルト同時ニ競賣ノ結果土地ト建物トカ別異ノ所有者ニ屬スル樣ニナルコトハ想像スルニ難クナイ此ノ場合ニ建物ノ所有者ヲシテ依然其ノ地上ニ建物ヲ保有スルコトヲ得シメサルニ於テハ其ノ建物ヲ取毀チ土地ノ明渡ヲ餘儀ナクサルルコトト爲リ獨リ建物ノ所有者ニ取リテ不利益テアル而已ナラス建物ノ效用ヲ滅却スルノテアルカラ一般經濟上ヨリ觀察スルモ策ノ得タルモノニ非サルコト明白テアル夫レ故民法ハ第三百八十八條ニ於テ土地及其ノ地上ノ建物カ同一所有者ニ屬シ其ノ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做スト規定シ據テ以テ建物ノ保護ヲ完カラシメタノテアル(三八八、本文)同法文ノ字句ニ拘泥スルトキハ抵當權設定者ハ他人カ競落ニ因リテ建物ノ所有權ヲ取得シタルトキニノミ地上權ヲ設定シタルモノト看做スモノノ樣テアルカ土地ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ競賣ノ場合ニ於テ土地ハ競落人ノ所有ニ歸シ建物ハ依然抵當權設定者ノ所有ニ存續スルコトト爲ル此ノ場合ニモ亦地上權ヲ設定シタルモノト看做サレナイト云フト建物所有者ハ其ノ儘保持スルコトヲ得ナイコトニ爲リ第三百八十八條立法ノ精神ヲ貫クコトカ出來ナクナルカラ何レノ場合ニ於テモ土地所有者ハ建物所有者ノ爲ニ地上權ヲ設定シタルモノト看做ストノ意ニ解スルノカ相當テアル約言スレハ競賣ノ結果土地ト建物トカ別異ノ所有者ニ歸屬スルニ至リタルトキハ建物所有者ハ當然ニ地上權ヲ取得スルモノト解スルノテアル故ニ之ヲ法定地上權ト稱スル此ノ如ク此ノ場合ニ於ケル地上權ハ當事者ノ意思ニ關係ナク法律ノ規定ニ依リ當然成立スルノテアルカラ抵當權設定者カ反對ノ契約ヲ爲シタルトキ其ノ特約ハ有效カ無效カニ付議論カ存スルケレトモ無效ト解スルノカ正當ト考ヘル

叙上ノ如ク法定地上權ヲ生スルケレトモ無償ニテ他人ノ土地ヲ使用セシムルコトハ事理ニ適シナイ須ラク土地所有者ニ對シ地代支拂ノ義務ヲ負シムヘキコト勿論ナルト同時ニ地代ノ額ハ當事者ノ定ムル所ニ任スノカ最モ適當テアル併シナカラ若シ當事者間協議調ハサルトキハ當事者ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ定ムルノカ相當テアル又其ノ地上權ハ存續期間ノ定ナキモノニ屬スルノテ存續期間ニ付テモ亦當事者ノ協定ニ俟ツノカ相當テアルカ協議調ハサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ依リ第二

百六十八條ニ則リ地方慣習其ノ他諸般ノ事情ヲ斟酌シテ其ノ存續期間ヲ定ムヘキテアル

二、抵當權設定後設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキ

抵當權設定者カ抵當權設定ノ後抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキ抵當權ノ效力ハ其ノ建物ニ迄及ハサルコト第三百七十條ノ規定ニ照シテ明テアル且又此ノ場合ハ前項ノ如ク建物ノ存在ヲ前提トシテ土地ヲ評價シテ抵當權ヲ取得シタル場合ト異リ競落ヲ條件トシテ法定地上權ヲ生セシムルヘキ理據カナイノテアルカラ競落ニ因リテ土地ト建物トハ各其ノ所有者ヲ異ニスルコトト爲リ建物ヲ同地上ニ存續セシムルコトヲ得サル結果トナルコト當然テアル斯クテハ前項ニ述ヘタルト同樣一般經濟上ヨリ觀テ策ノ得タモノテナイカラ民法ハ土地ト共ニ建物ヲ競賣ニ附スル權ヲ抵當權者ニ付與シテ建物ヲ保護スルコトトシタ(三八九本文)但シ建物ハ抵當權ノ及フ範圍ニ屬セサルコト論ヲ俟タストコロテアルカラ抵當權者ハ土地ノ代價ニ付テノミ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ止リ建物ノ代價ニ付優先權ヲ行フコトヲ得ナイ

第三項　競賣ト第三取得者トノ關係

一、第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得

抵當不動產ノ第三取得者ハ競賣ノ結果其ノ取得セル權利ヲ喪失スルニ至ルノテアルカラ競賣ニ付最モ密接ナル利害關係ヲ有スル者テアル就中所有權ヲ取得シタル第三者ハ自己ニ所有權ヲ保有セントスルノカ人情ノ常テアルカラ其ノ所有權ノ喪失ヲ防護スル必要カアルテアラウ之レ第三百九十條ニ於テ第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得ト規定シタ所以テアル元來第三取得者カ競買人ト爲ルコトヲ得ルハ理ノ當然テアッテ敢テ第三百九十條ノ規定ヲ俟ツ迄モナイコトテアルカ所有權ヲ取得シタル第三者ハ自己ノ所有物ヲ買取ルカ如キ觀ヲ呈シ疑義ヲ挾ム者ナキヲ保シ難イノテ法律ハ特ニ右規定ヲ設ケ疑ヲ容ルル餘地ナカラシメタルモノト解シテ可カラウ

二、第三取得者ノ費用償還請求權

第三取得者カ抵當不動產ニ付必要費又ハ有益費ヲ支出シタルトキハ之ニ因リテ抵當物ノ價格ヲ維持若ハ增加スルコトト爲リ抵當權實行ノ結果抵當權者ハ利益ヲ受クルニ至ルテアラウ從テ其ノ儘ニ放任スルハ不公平ノ結果ヲ來スコトト爲ルカラ第三百九十一條ニ於テ第三取得者カ抵當不動產ニ付必要費又ハ有益費ヲ出シタルトキハ第百九十六條ノ區別ニ從ヒ不動產ノ代價ヲ以テ最モ先ニ其ノ償還ヲ受クルコトヲ得ル旨規定シタノテアル此ノ故ニ第三取得者ハ此ノ費用ニ付不動產ノ競賣代金ノ中ヨリ競賣費用ヲ控除シタル後最先ニ之カ償還ヲ受クル權利ヲ有スルノアル

第四項　競賣代金ノ配當

一、抵當不動產カ競賣セラレタルトキハ其ノ代金ノ中ヨリ競賣費用(競、三三)及第三取得者ノ償還ヲ受クヘキ費用(三九〇)ヲ控除シ其ノ殘金ヲ抵當權ノ順位ニ從テ各抵當權者ニ配當スルノテアル但シ國稅其ノ他先取特權ヲ有スル者ニ對シテハ抵當權者ニ先チテ支拂ハナケレハナラヌ(國稅徵收法二、民三三九等參照)

二、次ニ問題ト爲ルノハ總括抵當ノ場合テアル、總括抵當トハ同一ノ債權ヲ擔保スル爲數個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル場合ヲ指稱スル(三九二)總括抵當ニ在テハ抵當權ノ數ハ複數テアツテ抵當權ハ抵當物ノ數タケ成立スルノテアルカ總テノ抵當權ハ同一債權ヲ擔保スル目的ノ下ニ結合シテ居ルノテアル故ニ此ノ場合ニ於テ數人ノ抵當權者存スルトキハ競賣代金ノ配當ニ關シテ複雜ナル問題ヲ生スルノテ民法ハ之ニ關シテ特別ナル規定ヲ設ケテ居ル(三九二)卽チ

甲、數個ノ不動產ノ代價ヲ同時ニ配當スヘキトキハ債權者ハ其ノ各不動產ノ價額ニ準シテ其ノ債權ノ負擔ヲ分ツ(三九二第一項)例ハ甲カ金一千圓ノ債權ノ擔保トシテ乙所有ノ子、丑、寅三個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ子ニ付六百圓丑ニ付四百圓寅ニ付一千圓ノ賣得金アリタリトセハ子ニ付三百圓丑ニ付二百圓寅ニ付五百圓ノ配當ヲ受クルノ類テアル蓋シ此樣ニ爲サナケレハ他ノ債權者カ損害ヲ蒙ル虞カアルカラテアル

乙、數個ノ不動產中一ノ不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其ノ代價ニ付債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得(三九二第二項)前設例ニ付設明スレハ寅不動產ノミヲ競賣ニ附シ其ノ代價一千圓ノミヲ配當スルモノトセハ甲ハ之ヨリ全部一千圓ノ辨濟ヲ受クルコトカ出來ル蓋シ此樣ニ爲サナケレハ甲ハ他ノ不動產ノ代價如何ニ依リ遂ニ完全ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得ナイ惧カアルカラテアル而シテ此ノ場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項述フル所ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付辨濟ヲ受クヘキ金額ニ至ル迄之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトカ出來ル前設例ニ付設明スレハ甲ハ上述ノ如ク寅不動產ノ代價ニ付一千圓全部ノ辨濟ヲ受ケタノテアルカラ第二番抵當權者カ同シク金一千圓ノ擔保トシテ寅不動產ノ上ニ抵當權ヲ有シタリトスレハ其ノ第二番抵當權者ハ甲ニ代位シテ前ノ場合ニ甲ノ子及丑ノ各不動產ノ代價ヨリ受クヘキ金額卽チ子不動產ニ付三百圓、丑不動產ニ付二百圓合計金五百圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルノ類テアル

此ノ場合ニ於ケル代位ハ當事者ノ意思ニ關係ナク法律上當然ニ發生スルノテアツテ次順位ノ抵當權者カ先順位者ニ代リテ其ノ權利ヲ實行スルモ債務者又ハ抵當權設定者ハ何等ノ痛痒ヲ感スルコトナク且後順位ニ在ル抵當權者ノ利害ニモ亦影響ヲ及ホスコトカナイノテアルカラ右ノ代位ハ特ニ登記

ヲ爲ササルモ之ヲ以テ債務者抵當權設定者及後順位ノ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解スルノカ相當テアル然レトモ其ノ代位ハ必スシモ之カ登記ヲ爲スコトヲ禁スルト云フ理由ハナイノテアルカラ第三百九十三條ニ於テ其ノ登記ヲ爲スニ於テハ抵當權ノ登記ニ附記スルコトヲ得ル旨ヲ明ニシテ居ル（大正八年(ク)第一三三號、同年八月二十八日大審院判決）

丙、抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ニ付優先辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルト同時ニ債務者ノ一般財產ノ代價ニ付他ノ普通債權者ト共ニ平等ノ割合ニ於テ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ナイ譯ハナイ筈テアル然レトモ抵當權者ハ一方ニ於テ抵當不動產ノ代價ニ付優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ拘ラス他方ニ於テ尙一般財產ノ代價ニ付普通債權者ト共ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトスルト普通債權者ノ保護薄キニ失シ公平ノ觀念ニ反スル結果ヲ來スノテ法律ハ次ノ如ク制限ヲ設ケテ居ル

（イ）抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ヲ以テ先ツ債權ノ辨濟ヲ受ケナケレハナラヌ而シテ唯其ノ不足部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルニ過キナイ（三九四第一項）

（ロ）抵當不動產ノ代價ニ先チテ他ノ財產ヲ配當スヘキ場合ニハ前項ノ制限ヲ受ケナイテ抵當權者ハ其ノ債權ノ全部ニ付他ノ財產ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトカ出來ル此ノ事ハ他ノ債權者カ債務者ノ一般財產ニ付强制執行ヲ爲シ配當手續カ行ハルル場合ニ於テ其ノ適用ヲ見ルノテアッテ此ノ場合他ノ各債權者ハ抵當權者ニ對シ其ノ配當セラルヘキ金額ノ供託ヲ請求スルコトカ出來ル（三九四第二項）蓋シ抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ニ付優先辨濟ヲ受クルコトカ出來ルノテアルカラ後日抵當權ヲ實行シ抵當不動產ノ代價ニ付辨濟ヲ受クヘキ金額カ確定スレハ之ヲ以テ辨濟ニ充テ供託金ハ之ヲ他ノ債權者ノ辨濟ニ充ツルコトカ事理ニ適スルカラテアル

第六節　抵當權ノ消滅

抵當權ハ一般物權ニ共通ナル消滅事由ノ發生ニ因テ消滅スヘク又擔保物權ニ共通ナル主タル債權ノ消滅ニ因テ消滅スルコト勿論テアル故ニ爰ニハ唯抵當權ニ特別ナル消滅原因ニ關シテノミ說明スルコトトスル

一、抵當權ハ其ノ目的物タル不動產ノ滅失ニ因テ消滅スルコト勿論テアルカ若シ其ノ代表物アルトキハ抵當權ハ代表物ノ上ニ存續スル（鑛業法六九、土地收用法六五、）地上權又ハ永作權ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其ノ權利消滅スレハ抵當權モ亦消滅スヘキ道理テアルカ其ノ權利ヲ抵當ト爲シタル者カ其ノ權利ヲ拋棄スルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ナイ（三九八）何トナレハ抵當權設定者ハ抵當權ノ設定ニ因テ法律上拘束ヲ受ケ自己ノ意思ノミニ依リ抵當權者ノ權利ヲ害スル

カ如キ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ナイカラテアル

二、抵當權ハ債權確保ノ目的ヲ以テ存在スルノテアツテ債務者及抵當權設定者ハ債務ヲ辨濟スヘキ責ニ任スル者テアルカラ抵當權ハ債務者及抵當權設定者トノ關係ニ於テハ主タル債權ト同時ニ非サレハ時效ニ因テ消滅セサルモノト爲スノカ相當テアル此ノ故ニ第三百九十六條ノ規定カ存スルノテアル從テ債務者及抵當權設定者以外ノ第三者トノ關係例ハ第三取得者他ノ抵當權者又ハ他ノ債權者トノ關係ニ於テハ抵當權ニ付特ニ中斷ノ手續ヲ爲ササル限リ抵當權ノミ被擔保債權ニ先チテ消滅時效ニ罹リ消滅スルコトアルヲ免レナイト解スヘキテアル

三、債務者又ハ抵當權設定者ニ非サル第三者カ抵當不動產ヲ占有シテ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具ヘ所有權ヲ取得スルニ至レハ卽チ抵當權ハ之ニ因テ消滅ス(三九七)蓋シ時效ニ因テ抵當不動產ノ所有權ヲ取得スルノハ原始取得テアツテ何等負擔ナキ新ナル所有權ヲ取得スルモノテアルカラテアル

四、抵當權ハ抵權不動產ノ買受代價ノ辨濟又ハ滌除ニ因リテ消滅スルコトハ旣ニ述ヘタ通テアル

五、抵當權ハ抵當不動產ノ競落ニ因テ消滅ス(競賣法二、第二項)蓋シ抵當權ノ實行ニ因テ抵當不動產ヲ競賣ニ附スレハ其ノ競賣申立人ト爲リタルト否トニ拘ラス抵當權者ハ悉ク競賣代金ニ付辨濟ヲ受クヘキ者テアルカラテアル

(畢)

昭和十二年一月十八日印刷
昭和十二年一月二十三日發行　非賣品

編輯兼發行者　東京市神田區駿河臺三丁目九番地ノ四　中央大學教務課　代表者　山田述之助

印刷者　東京市本郷區眞砂町三十六番地　熊切定次郎

發行所　東京市神田區駿河臺三丁目九番地ノ四　中央大學教務課

印刷所　東京市本郷區眞砂町三六　日東印刷株式會社

3942
1106

終