

張道樞著

擔保物權法

王云五題



A541 212 0020 61608

序言

自古以來，關於擔保債權之方法有二：一曰人之擔保，一曰物之擔保，所謂物之擔保者，即擔保物權是也。如抵押權，動產質權，權利質權，以及留置權，均屬之。人之擔保，雖因只須放款人自認保證人信用充足，即可貸款，頗屬簡便易行；但人事變遷無常，往往易使債權喪失擔保效果，且保證僅於相知者間，始能發生，其適用範圍，亦嫌過狹；至若物之擔保，既可少受人事變遷影響，又可在不相識者間行之，實較穩妥及易於推廣也。

從沿革上言，固先有人之擔保，後有物之擔保，在古時所重者，固亦爲人之擔保。迨及近世，因社會需要之殷，人之擔保，不足適應，一方有

序 言

關物之擔保之法制，復日臻完備，於是物之擔保，乃爲社會一般通行之擔保債權方法，而擔保物權，在民法物權篇中，亦居於極重要地位矣。

顧社會一般對於擔保物權之法規意義，或未能完全明瞭，致不善於運用物之擔保，故時有因抵押權質權等涉訟而受累者。本編之著，意卽在乎補救斯弊，以期明瞭者衆，運用得宜，俾社會蒙其福利，法律彰其效用耳。惟著者學識淺陋，紕繆疏漏，誠恐難免，尙希

法界先進，教而正之，是幸。再本編蒙

商法專家王效文先生署簽，併此誌謝。著作識

目次

第一章 總說

第二章 抵押權

第一節 抵押權之性質

第一 抵押權之定義 第二 抵押權爲物權 第三 抵押權爲行

於不動產上之物權 第四 抵押權爲不移轉標的物占有之物權

第五 抵押權爲就標的物有受優先清償之權利 1. 抵押權之從屬

性 2. 抵押權之不可分性

第二節 抵押權之取得

第一 取得原因之概說 第二 設定行爲 第三 讓與行爲 第



四 法律之直接規定

第三節 抵押權所擔保之債權之範圍

第一 原本債權 第二 利息 第三 遲延利息 第四 實行抵

押權之費用

第四節 抵押權標的物之範圍

第一 抵押權之效力及於抵押物之從物及從權利 第二 抵押權之效力及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息 第三 抵押權之效力及於抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息

第五節 抵押權之效果

第一款 抵押權人相互間之關係

第二款 抵押權人與抵押人之關係

第三款 抵押權人與第三人之關係

第六節 抵押權之實行

第一款 實行抵押權之方法

第一 拍賣 (1) 拍賣之時期 (2) 拍賣之程序 (3) 拍賣之

標的物 (4) 拍賣之效果

第二 抵押物所有權之移轉 第三 拍賣以外之處分方法

第二款 抵押權人由抵押物賣得價金受清償方法

第七節 抵押權之消滅

第一 主債權之消滅 第二 抵押物之滅失 第三 抵押權之拋

棄 第四 公用徵收 第五 混同 第六 時效

第八節 法定抵押權及以權利爲標的物之抵押權

第三章 質權

第一節 動產質權

第一款 動產質權之性質

第一 動產質權之定義 第二 動產質權爲物權 第三 動產

質權爲行於有體物上之物權 第四 動產質權以移轉占有爲要

件 第五 動產質權有在標的物上受優先清償權利 第六 動

產質權有不可分性

第二款 動產質權之取得

第一 取得之原因 第二 法律行爲 (1) 設定行爲 (2) 讓

與行爲 第三 善意占有

第三款 動產質權之範圍

- 第一 動產質權所擔保之債權之範圍 第二 動產質權標的物之範圍

第四款 動產質權之效力

第一目 動產質權人之權利義務

- 第一 保管質物之義務 第二 動產質權人有收取質物所生孳息之權利 第三 轉質之權利 第四 以質物之價金代充

質物之權利

第二目 動產質權之實行

- 第一 拍賣質物 第二 取得質物之所有權 第三 拍賣以外之方法處分質物

第三目 動產質權之消滅

- 第一 消滅之原因
- 第二 主債權消滅
- 第三 標的物之滅失
- 第四 質物之返還
- 第五 沒收或收用
- 第六 混同
- 第七 權利之拋棄
- 第八 喪失占有

第二節 權利質權

第一款 權利質權之性質

第二款 權利質權客體

- 第一 債權
- 第二 物權
- 第三 無體財產權

第三款 權利質權之設定

- 第一 設定行爲之通則
- 第二 設定行爲之特則
- (1) 普通債權之設定
- (2) 證券債權質之設定

第四款 權利質權之效力

第五款 權利質權之消滅

第一 消滅之原因 第二 主債權之消滅 第三 權利質權之

實行 第四 爲質權標的物之權利消滅 第五 拋棄 第六

混同

第四章 留置權

第一節 留置權之性質

第一 留置權之定義 第二 留置權係以動產爲標的之物權 第三

留置權係屬於占有債務人之物者之權利 第四 須債權之發生

與占有之動產有牽連關係 第五 須債權已至清償期 第六 留

置權爲留置占有物之權利 第七 留置權爲依法規定而生之權利

第二節 留置權之取得

第一 原始之取得 第二 留置權取得之限制 第三 承繼之取得

第三節 留置權人之權利義務

第一 留置權人於其債權受全部清償以前有繼續占有留置物全部

之權利 第二 留置權人有請求償還保管留置物所支出必要費用

之權 第三 留置權人有收取留置物所生孳息之權 第四 債權

已屆清償期未受清償時有就留置物取償之權利 第五 留置權人

應以善良管理人之注意保管留置物之義務 第六 留置權人於留

置權消滅時有返還留置物之義務

第四節 留置權之消滅

- 第一 消滅之原因
- 第二 標的物之滅失
- 第三 沒收或收用
- 第四 混同
- 第五 主債權之消滅
- 第六 拋棄
- 第七 留置權
- 之實行
- 第八 擔保物之提出
- 第九 占有之喪失

擔保物權法

第一章 總說

所謂擔保物權者，係包括民法物權編上之抵押權，質權，與留置權是也。關於擔保制度之種類，可分爲共同擔保與特別擔保二種，而特別擔保內又可分爲對人擔保與物上擔保之別，茲分別述之於後：

一、共同擔保 共同擔保者，以債務人所有一切之財產，擔保其所負一切之債務之謂也。夫吾人所負之債務，應以吾人之總財產任清償之責，而一切債權，法律上立於平等地位，均無優先之力；若債務人之負債日增，則擔保必因之而日減。若債務人將共同擔保之財產加以處分，則因債權無追及之效力，除其處分得依民法第二四四條規定請求法院撤銷者外，殊

無救濟之道，債務之履行，必日陷於不確實之狀態；於是而欲求鞏固債權，自不可不於共同擔保之外，另有個別的使債權人地位安固之制。此特別擔保制度所以有規定之必要也。

二、特別擔保 可分爲二種

(一)對人擔保 對人擔保者，乃特定人對於特定人之債務擔保其履行之謂也。此卽所謂保證，其說明屬於債編之範圍。

(二)物上擔保 物上擔保者，以債務人特定之財產（此處所謂之財產法律上不限於債務人之財產卽第三人之財產亦可；）擔保其特定之債務之謂也。此卽依法律之規定或契約而生之抵押物權；茲所說明之抵押權，卽屬於此類者也。

至於上述二種制度之優劣可作次述之批評；物上擔保與對人擔保，各

有一得一失，不能一概斷定其好壞。即物上擔保於擔保確實之點，優於對人擔保；蓋擔證人亦有與主債務人同陷於無資力狀態之虞，而於物上擔保之場合，則有擔保物權之債權人，得直接就物之代價受債權之清償，不至遭遇此種危險也。雖然，於保證人資力雄厚之場合，則對人擔保，比諸權利之保全及實行須要複雜手續之物上擔保，適於敏捷之經濟生活。加之對人擔保，對於無可供擔保之財產之人，係惟一使其取得信用之方法，故就實際生活而言，亦必要不可缺少之制度也。

第二章 抵押權

第一節 抵押權之性質

第一 抵押權之定義

抵押權者，對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產。得先

於他債權人而就其賣得金受清償之物權也。

第二 抵押權爲物權

抵押權者不包含占有物之權利，故於其客體上無物理之管理，是爲抵押權，與所有權，地上權等異其性質之點；然而吾人猶認其爲物權者，何也，蓋因抵押權人行使權利時，無須他人行爲之介入，能直接施其力於其權利客體故也。抵押權人無須債務人之行爲得拍賣抵押物，直接取得其賣得價金之全部或一部，此種關係，自不得不謂之對抵押物之直接管領。抵押權既爲直接管領權，則發生對世之效力，有優先之作用，自屬其論理上當然之結果。

第三 抵押權爲行於不動產上之物權

按羅馬法及現代民法多認動產抵押，近時學說更多唱導動產得設定抵

押以認許小工商業者不移轉其動產而供擔保，謀金錢之融通，應時勢之需要，惟動產無登記制度，第三人難免因讓受動產而受不測之損害，故吾民法規定抵押權之標的物以不動產爲限，然對此原則亦有例外：

(甲) 地上權永佃權典權

(乙) 採鑛權

(丙) 漁業權

(丁) 船舶法上之船舶(惟係以登記爲對抗要件)

在不動產之構成部分上不得設定抵押權，財產之集合體亦然。惟特殊財團依特別法之規定，得於其上設定抵押權。又分別共有人之應有部分，亦得爲抵押權之標的。至抵押物不必屬於債務人之所有，卽爲第三人所有亦所不妨，第三人以其所有物供債務人負債之擔保學說上稱爲物上保證人

第四 抵押權爲不移轉標的物占有之物權

此性質爲抵押權之特徵，抵押權因不移轉標的物之占有，故抵押人於抵押權設定後，仍得占有標的物而行使其使用收益之權，於抵押人極爲有利。又抵押權人因不移轉占有，得不負保存標的物之義務而取得完全之擔保權，亦有極便利之處；故抵押權在擔保物權中，可謂最適於實際生活者也。

第五 抵押權爲就標的物有受優先清償之權利

所謂優先即得排斥其他普通債權人而居於優先地位之意，詳言之，即有抵押權之債權人得優先於無抵押之普通債權人就標的物之賣得價金受清償之義，民法第八六〇條雖無優先之明文，但由抵押權爲特別擔保之制度而言，有抵押權之債權人，有優先受清償之權利，自屬當然之理。不然有

抵押權之債權人與無抵押權之普通債權人何所差異，特別擔保制度將等於虛設也。茲再將抵押權在法律上之性質述之如次：

(一)抵押權之從屬性 物權有主從之別，擔保物權因擔保債權而設立，則債權爲主擔保物權爲從，故非有主債權則擔保物權不能獨立存在；因而主債權移轉消滅，擔保物權亦移轉消滅，本此關係而坐下列之效果(一)抵押權不得由債權分離而讓與，依此原則若爲債權之讓與，其效力卽及於抵押權，但亦有例外，本法二九五條亦有規定。(二)抵押權不得由債權分離而爲他債權之擔保，抵押權雖爲財產權，然不得離原債權而僅以抵押權爲他債權之擔保；如抵押權人對於第三人負有債務而與該第三人訂立擔保契約時，應連同債權設定之，此際卽成立權利質而非抵押權之轉押也。

(二)抵押權之不可分性 擔保物權之不可分云者，乃以擔保物之各部

，擔保債權之全部，又以擔保物之全部，擔保債權之各部之謂也。抵押權爲擔保物權當然有不可分性，民法關於此之不可分性而生下列所述之結果：

一 抵押權之不動產雖經分割，其抵押權不因此而受影響（民法八六八條）

二 以抵押權擔保之債權雖經分割，其抵押權不因此而受影響（民法八六九條一項二項）

除上列民法所規定者外尚有次述三種

一 擔保物之一部縱歸滅失，其餘存部分仍應擔保債權之全部。

二 債權人雖受抵押一部之清償，而爲受其殘部之清償計，仍得就擔保物之全部行使其權利。

三 債權之一部已屆清償期，而未受清償時，債權人得拍賣擔保物之

全部。

民法關於擔保權不可分性之規定（第八六八條，八六九條，九三二條）係任意規定，非強行規定，當事人如以合意締結違反此項規定之契約，自無妨礙，蓋此項規定完全爲當事人之利益而設，非本於公益上之理由是也。

第二節 抵押權之取得

第一 取得原因之概說

抵押權之取得原因，各國立法例殊不一致，法國法系之立法例，除依當事人意思設定抵押權外，有法律上之抵押權與裁判上之抵押權種種。德瑞法例，因登記制度完備，所定種類亦較多，日本民法因有先取特權之專章，故不認法律上及裁判上之抵押權；吾民法上抵押權之取得原因大別之分爲設定行爲，讓與行爲與法律之直接規定等。

第二 設定行爲

抵押權通常依債務人或第三人與債權人之契約而設定之。但其設定因不交付標的物，理論上自不限於契約，即以遺囑亦當然設定之。又於以契約設定抵押權之場合，其契約與設定質權之契約異，屬於諾成契約。但與設定質權之契約同爲從屬的物權契約。抵押權之設定屬於契約者爲要式行爲以訂立書據爲必要之方式，非經登記不生效力（民法七六〇條七五八條）設定抵押權人必須係物之所有人，蓋設定抵押權爲處分行爲，非物之所有人當然無此權限也。又設定抵押權以有債權爲前提，惟債權之體樣則無限制，不但金錢債權可設定抵押權，即以其他作爲或不作爲爲內容之債權亦得設定之，其債權附有期限或條件與否亦無區別。

第三 讓與行爲

抵押權得連同被擔保債權讓與於人（民法八七〇條）故抵押權亦得依讓與行爲取得之，惟必須訂立書據且非登記不生效力。

第四 法律之直接規定

在吾民法中抵押權有不問當事人之意思如何依法律之規定當然發生者僅有民法五一三條之規定，即所謂法定抵押權也。

第三節 抵押權所擔保之債權之範圍

第一 原本債權

原本債權者，抵押權所由發生之主債權之謂也；如貸金之原本債權是也。抵押權以擔保原債權爲其主要之目的，原債權應受抵押權之擔保無待言也。

第二 利息

擔保物權法

利息自原本而生，抵押權除擔保原本額外，對於附隨之利息亦擔保之；吾國前大理院判例亦認遲延利息不在擔保範圍之內（三年第一二四號大判）所以保護債務人及其他債權人之利益也。否則，利息宕延，日積月累，若均由抵押權而被擔保，迨實行抵押權時，拍賣之代價，恐尙不足以供清償，而債務人及其他債權人受累非淺，民法於抵押權所擔保之債權範圍，不設限制似於保護債權人方面過厚。

第三 遲延利息

遲延利息者，於金錢債務履行遲延之場合，債權人作爲損害賠償得向債務人請求支付之金額之謂也。遲延利息之額，原則上依法定利率計算，但約定利率高於法定利率時，則依約定利率計算，此點民法第二二三三條第一項有明文之規定。又遲延利息惟對於原債權得以請求之，對於利息不得

請求遲延利息，民法第二三三條第二項亦有明文之規定。遲延利息，其性質仍屬利息，對於原債權立於從的地位，自應受擔保原債權之抵押權之擔保也。

第四 實行抵押權之費用

抵押權人行使權利所需之費用如關於拍賣抵押物所需一切費用等，係因債務人不清償債務而起，故亦應以抵押權擔保之。

以上四項原本債權及利息之利率，均應於登記抵押權時登記之（不動產登記條例一〇二條一〇三條土地法第一二一條一二二條）遲延利息及實行抵押之費用，無須登記即當然發生擔保之效力。

第四節 抵押權標之物之範圍

第一 抵押權之效力及於抵押物之從物及從權利

凡從屬於抵押物之從物及從屬於抵押物所有權之從權利，均屬抵押權效力所及之範圍；抵押物之從物及從權利如下：（一）抵押物之從物，1. 定着物爲抵押土地之從物者，如抵押物爲耕地時，灌溉用之工作物，農業用之房屋卽其從物。2. 動產爲抵押不動產之從物者A. 爲抵押土地之從物之場合，如抵押物爲耕地時，供該土地用之水車卽其從物。B. 爲抵押建築物之從物者，如抵押物爲劇場時，該劇場內之設備品如棹椅之類卽其從物。3. 建築物爲抵押建築物之從物者，如抵押物爲房屋時，附屬於該房屋之牆垣馬號倉庫等卽其從物。（二）抵押物之從權利，如抵押物爲土地時，從屬於該土地之地役權卽其從權利。上列所述乃關於抵押物之從物及從權利分析而言，但第三人於抵押權設定前就從物取得之權利，不因抵押權之效力及於從物而受影響；卽於實行抵押權時，第三人就從物取得之權利，法律上

仍有其存在也（民法八六二條一項二項）

第二 抵押權之效力及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息未由抵押物分離之孳息，為抵押物之部分，當然為抵押權效力之所及。至已由抵押物分離之孳息，則為獨立物體，且抵押權以設定人不喪失使用收益權為特徵，故不在抵押權效力所及之範圍內。惟就執行法則而言，抵押物一經法院扣押，抵押人對於扣押物之使用收益權已被剝奪，故扣押之效力及於孳息，因而規定使屬於抵押權之範圍，以完成抵押權實行之功用（民法第八六三條）

第三 抵押權之效力及於抵押物扣押後抵押人就抵押物得收取之法定孳息

抵押物扣押後，抵押人就抵押物得收取之法定孳息，亦屬於抵押權標

的物之範圍。其理由與前述之天然孳息同。但此時抵押權人對於應清償法定孳息之義務人須以扣押物之事情通知之，始得與之對抗。蓋所以保護第三人之利益也（民法八六四條）

第五節 抵押權之效果

第一款 抵押權人相互間之關係

抵押權爲必須登記之權利，若不爲登記，自始不認其成立，而在有多數抵押權人時，其相互間關係，則依其登記之先後，定其權利之優劣；（民法第八六五條）例如甲債務人對於乙有二千元之債務，對於丙有一千五百元之債務，對於丁有一千元之債務，以其所有房屋一所爲抵押物，假定乙先於丙登記爲第一位抵押權人，丙又先於丁登記爲第二位抵押權人。先之抵押權人得就抵押物之賣得金先受清償，後之抵押權人祇得就其餘額受

償，此爲抵押權之順位也。

第二款 抵押權人與抵押人之關係

不動產所有人於設定抵押權後得再設定押抵權，故一不動產上得有二以上之抵押權，此卽抵押權不能具有絕對排他性之明徵；在一個不動產上有數抵押權時，先抵押權之消滅，後抵押權之次序卽生變動，立法例有認設定抵押權人得更設定與已消滅之抵押權同一次序之抵押權，而使後抵押權之次序不變動者（參照吾第一次民草第一一四四條）此種辦法，與抵押權之次序依於登記先後而定之原則有違，殊不足採。

不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人，但抵押後不受影響，此亦追及性之當然效果（民法第八六七條）

民法就抵押權設定後標的物價值減少或有減少之虞時，設有保護抵押

權人之次述規定

第一 因抵押人之行爲而生者

(甲)因抵押人之行爲足使抵押物之價值減少時 此時抵押權人得請求停止其行爲，如有急迫情事，抵押權人得自爲必要之保全處分因行使此權利所生之費用，由抵押人負擔(民法第八七一條)所謂使抵押物之價值減少者非借指價格跌落而言，即毀損其物體，亦解爲包含在內，於此場合，依於一般原則，本可爲損害賠償之請求，惟僅爲損害賠償之請求，於抵押權之效力，仍嫌薄弱，故許其對於抵押權人有除去妨害或保全之請求權，若遇急迫情形，并得爲自力救濟。此等費用悉由抵押人負擔之，蓋因彼之行爲而後生此費用也。

(乙)因抵押人之行爲，已使抵押物之價值減少時 此時抵押權人除得

依一般原則行使損害賠償請求權外，亦得對於抵押人請求回復抵押物之原狀，或補充擔保。應以行使何種請求權爲適當，由抵押權人自擇之（民法第八七二條第一項）

第二 因不可歸責於抵押人之事由而生者

抵押物價值減少係因不可抗力或第三人之行爲而發生者，抵押權人僅於抵押權人得受損害賠償之限度內請求提出擔保（民法第八七二條第二項）

第三款 抵押權人與第三人之關係

第三人有妨害抵押物之行爲時，抵押權人是否有物上請求權，在民法無明文規定。有謂第八七一條非專就抵押人之妨害行爲而設之規定，其對於第三人所爲之妨害行爲，亦類推及之，蓋以抵押權爲支配抵押物之物權故也。然在不占有物權除有明文規定外（第八五八條）似難認其有與所有權

相同之物上保全請求權，即就本法第八七二條第二項之文義觀之，亦以採消極解說爲當，此際抵押權人僅得依一般法則向該第三者請求損害賠償，惟應注意第八七二條第二項第八八一一條之規定也。

第六節 抵押權實行

第一款 實行抵押權之方法

抵押權所擔保之債權，已至清償期，債務人不履行債務時，抵押權人得實行抵押權，其實行方法有三；一曰拍賣，二曰抵押物所有權之移轉，三曰拍賣以外之處分方法。

第一 拍賣

(1) 拍賣之時期 債務人已屆清償而不償，則抵押權人可行使此權利，所謂已屆清償期，即在給付有確定期限者，自期限屆滿不爲履行時；在

給付無確定期限，經債權人催告而不爲履行時。總之在債務履行遲延時，抵押權人得實行其權利，至行使抵押權，則爲債權人之權利，非其義務，若債權人不實行抵押權，或屆期不向債務人索償，均屬自由。或謂既有第八六七條之規定債務人儘可及時處分其物，以賣得金供清償，債權人不能拒絕，非無救濟之方，殊不思第八六七條之所有人非必爲債務人，若以第三人之所有物設定抵押權者，本不負償債義務，而債務人亦不能擅自處分第三人之所有權，是仍可發生於債務人有不利情形也（民法第八七三條第一項）

（2）拍賣之程序 拍賣抵押物，由抵押權人聲請法院爲之（民法八七三條）所謂聲請依司法院從前之判解，因爲須依訴主張，所謂請法院拍賣抵押物，卽須基於債務名義之強制執行（參照司法院二十年院字第四九三

號解釋及同年抗字第七七二號判例）嗣後變更解釋例認為如債務人或第三人就該抵押關係并未爭執者，毋庸經過判決程序即可拍賣（參照司法院二十五年院字第一四〇四號解釋）

（3）拍賣之標的物 抵押權之標的物為土地或建築物時，一經拍賣，則拍定人即取得其所有權。惟依吾國習慣及民法之規定，土地與建築物為獨立之不動產，均得獨立為抵押權之標的物，故往往有僅以土地或建築物付拍賣者，此時土地之拍定人與其地上所存建築物所有人之關係如何，建築物之拍定人與其建築物所在地，所有人之關係又如何，均有研究之必要，茲分別敘述如次：

A. 土地及其土地上之建築物，同屬一人所有，而僅以建築物抵押於人之場合。此時僅得拍賣其所抵押之土地或建築物。但其拍賣之物為土地

時，建築物所有人視爲取得地上權人，仍得使用其土地。拍賣之物爲建築物時，土地所有人視爲設定地上權人，須以其土地供建築物拍定人之使用。至其地租，則由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之（民法第八七六條第一項）

B. 土地及其土地上之建築物同屬一人所有，而以土地及建築物抵押於人之場合。此時得將土地及建築物併付拍賣，其拍定人各異時，適用前述之規定（民法第八七六條第二項。）即一方之拍定人視爲地上權人，他方之拍定人視爲設定地上權人。其地租亦由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。

上述二種情形，即所謂法定地上權是也。

C. 土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地營造建築物之場合。

此時抵押權人如有將其土地及建築物併付拍賣之必要，得將兩者併付拍賣。於此場合，若無何等之規定，則因抵押權不及於建築物之故，抵押權人不得拍賣建築物僅能拍賣土地。而拍賣土地時，若如民法第八七六條之規定，認建築物所有人有地上權，則土地之價格，必非常減少，抵押權人勢必因之而受損害。反之，若認建築物所有人無地上權，則拍定人即得請求建築物之收去。是一旦設定抵押權之土地，即不能再利用於他之方面，抵押權特別之優點，必至無由保存。因是之故，民法特設第八七七條之規定，使抵押權人於必要時得將土地與建築物併付拍賣，如是始能保全雙方之利益也。但建築物并非抵押權之標的物，抵押權人不得就建築物之賣得價金受優先之清償（民法第八七七條）

(4) 拍賣之效果 抵押物既為抵押權人行使拍賣權而拍賣，則抵押物

所有人即喪失其物之所有權，而抵押權人得就賣得金而受清償，惟如一抵押物上有數抵押權，或一債權而有數抵押標的物，應如何而受賣得金之清償？不能無適當辦法，茲依吾民法之規定，分述如左：

A. 抵押物之賣得價金，按各抵押權人之次序分配之，次序同者平均分配之（民法第八七四條）

B. 爲同一債權之擔保，於數不動產設定擔保權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得金受債權全部或一部之清償（民法第八七五）

第二 抵押物所有權之移轉

拍賣雖爲行使抵押權最適當之方法，然其程序繁重，收效遲緩，於敏捷之經濟生活往往有感不便者。故吾民法又規定移轉抵押物所有權之便宜

方法，以資補救。即抵押權人於債權清償期屆滿後，得與所有人訂立契約，取得抵押物之所有權，以代清償是也（民法第八七八條）雖然，若於清償期前，約定債權至清償期不為清償抵押物之所有權即移轉於抵押權人者，即其約定為無效（民法第八七三條第二項）此種契約，即所謂流質契約，當於說明質權時詳論之。

第三 拍賣以外之處分方法

此亦吾民法為補救拍賣之不便所規定之便宜方法之一。即抵押權人於清償期屆滿後，得與所有人訂立契約，用拍賣以外之方法處分抵押物是也。至此項處分方法之範圍如何，法律上原無限制，凡可以達清償之目的，經彼此訂約同意者，均得行之。例如將抵押物依普通之買賣方法賣於第三人而以其代價充債權之清償，或抵押物之價格大於債權額時，則以其餘剩

部分再供擔保借入金錢，以充債權之清償，均無不可。惟其處分有害於其他抵押權人之利益者則不在此限（民法第八七八條）

第二款 抵押權人由抵押物賣得價金受清償方法

抵押物經拍賣後，抵押權人由其賣得價金受清償之方法，依民法之規定，有左列之三原則：

（1）抵押物之賣得價金，按各抵押權人之次序分配之，其次序同者，平均分配之（民法第八七四條）此為抵押僅有一個而於其上有數抵押權存在時，各抵押權人由其賣得價金受清償之方法。

（2）為同一債權之擔保於數不動產上設定抵押權，而已限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人，應由各個不動產，按其所負擔之金額，受債權之清償，此為民法八七五條當然之解釋。

(3) 爲同一債權之擔保於數不動產上設定抵押權，而未限定各個不動產所負擔之金額者，抵押權人得就各個不動產賣得之價金，受債權之全部或一部之清償（民法第八七五條）

第七節 抵押權之消滅

第一 主債權之消滅

抵押權爲從物權，以主債權之存在，爲其存在之要件，主債權消滅時，不問其原因如何，抵押權當然隨之消滅。第三人以其所有物爲債務人設定抵押權者，得代清償債務，以消滅其抵押權。此時其法律上之地位與，保證人相似，得依保證債務之規定，對於債務人行使求償權。其因抵押權人實行權利，致喪失抵押物所有權者亦同。（民法第八七九條）。

第二 抵押物之滅失

抵押物全部滅失，則抵押權失其標的物，自當全然消滅。其僅滅失一部時，依抵押權不可分之原則，應存續於其殘存部分之上。因抵押物滅失得受之賠償金，應按抵押權之次序分配於各抵押權人，此即所謂擔保物權上代位之原則也（民法第八八一條）本條規定與八七二條第二項并不抵觸，蓋抵押權人或對於賠償金行使其權利，或向抵押人請求補充擔保，原屬自由，且價值減少有時亦與滅失情形有異。例如一部滅失或毀損，致減少價值者，則可適用第八七二條第二項。抵押物一部滅失者，依不可分性之原則，其抵押權仍存於殘留部分之上，惟殘留部分已無不動產之性質者，應解為抵押權消滅。又抵押權之標的物為地上權永佃權或典權者，此等權利消滅，抵押權亦消滅。但此等權利之拋棄，對於抵押權人應解為不生效力。

第三 抵押權之拋棄

抵押權既爲財產權，自得由於抵押權人自由拋棄，抵押權因拋棄而消滅（民法第七六四條）惟若以抵押權，連同債權供他債權之擔保，以設定權利性質者，爲維護有擔保權之第二人權利起見，不許其任意拋棄。

第四 公用徵收

抵押物因公用而被徵收，其所有權當然消滅，存於共上之抵押權，自當隨之而消滅也。

第五 混同

爲抵押權標的物之不動產所有權或地上權及其他，關於不動產物權，與抵押權同歸於一人時，其抵押權即依混同之原則而消滅。但抵押權存續於所有人，或第三人有法律上之利益者，不在此限（民法第七六二條，七六三條）

第六 時效

抵押權爲物權，吾民法不認物權有消滅時效，故雖擔保債權之請求權因時效消滅，抵押權人仍得就抵押物行使權利，是爲原則（民法第一四五條）惟其擔保之債權既因時效而消滅，若經過五年，猶不行使其抵押權，則權利狀態永不確定，不足以維持社會秩序之安全，故有特別規定（八八〇條）

第八節 法定抵押權及以權利爲標之物之抵押權

地上權，永佃權，及典權，均得爲抵押權之標之物（民法第八八二條），又抵押權，有依法律之規定當然發生者。此等以權利爲標之物之抵押權及依法律規定當然發生之抵押權，其標的物，或發生原因，雖與普通之抵押權有不同之點，而其性質相同，故民法規定此兩種抵押權，均準用普通

抵押權之規定（民法第八八三條）

第三章 質權

第一節 動產質權

第一款 動產質權之性質

第一 動產質權之定義

動產質權者，權利人因擔保債權占有由債務人或第三人，移交之動產，得就其賣得價金受清償之從物權也（民法第八四八條）

第二 動產質權爲物權

物權之特徵，在權利人對於權利之標的物，有直接之管領關係。而動產質權人，依上述之定義，既有占有其標的物，并就其賣得價金受清償之權，則其結果，權利人得拍賣其標的物取得其賣得價金全部或一部，其對

於標的物有直接之管領關係，極易明也，動產質權之爲物權毫無疑問，原無說明之必要。惟學者中，關於質權之本質，有兩種不同之學說，一爲債權說，一爲債權之一部說，茲分述於後，而加以批評之：

(一)債權說 此說謂「質權之本質，不外普通之債權，其所不同者，惟在以質物爲債務主體之一點而已。」此說根本錯誤，蓋普通所謂債權，係對於特定人請求給付之權利，其取得給付須有特定人之行爲之介入，而質權人之取得爲質物之賣得價金，并不借他人之行爲，乃直接自己之意思取得之。申言之，卽債權爲請求權，質權非請求權，此卽其根本錯誤之點。

(二)債權之一部說 此說謂「質權之設定，係以由債權關係所生之請求權之存在爲基礎，質權人業經以債權人之資格有由債務人總財產中受清

償之權利，質權之設定，不外加倍其實質上之擔保，并非因是而設定新財產權，不過對於既存之財產權確保其履行而已。質權非有獨立之標的及內容之權利，不過使債權與其所拘束之標的及內容之關係，更加密切而已。此說僅重視經濟上之作用而忽視法律上之形式，債權人不能因質權之設定超過債權額多得絲毫之利益，固屬事實，然因是而謂質權無獨立標的，亦非正論。爲債權所拘束者，係債務人之行爲，而爲質權所拘束者，則爲質物自身，故二者之間，有明瞭之區別存在。加之二者發生之原因及消滅之原因，亦非同一。故以質權爲債權之一部主張尤非正當也。

第三 動產質權以移轉占有爲要件

標的物之占有，爲組成動產質權本體之一成分；故設定之時，必須以質物交付於權利人，始生效力（民法第八八五條第一項）。動產質權雖以交

付標的物於權利人，爲其成立之要件，然無須權利人自身占有其標的物，使第三人代自己占有之，亦無不可、而因質權人之委託，占有質物之第三人，其占有質物非爲自己占有，乃爲質權人占有，質權人仍得隨心所欲行使權利，於質權之行使，固毫無妨礙。質權人雖得使第三人代自己占有質物，而使出質人，代自己占有質物，則爲法所不許（民法第八八五條第二項）蓋設定質權後，如仍使出質人代自己占有質物，則第三人無由知有質權存在，或不免因是而受不測之害，有礙於交易之安全也。

第五 動產質權有在標的物上受優先清償權利

動產質權以擔保債權爲標的，屬於物上擔保之一種。質權之物上擔保效用有二：（1）質權人於其債權應受清償以前得扣留質物，關於此點，與留置權爲同一效用，（2）質權人於債權已屆清償期而未受清償者得拍賣質

物以其賣得金受償，且得排斥其他債權人而居於優先地位，此又與抵押權及留置權同其效用也。

第六 動產質權有不可分性

此為擔保物之通性。本法於動產質權之規定中，雖無關於不可分性之明文，但由動產質權為擔保物之點而言，自無否認其有不可分性之理也。

第二款 動產質權之取得

第一 取得之原因

動產質權取得之原因可分為法律行為及善意占有。在法律行為中又可分為設定行為及讓與行為二種。

第二 法律行為

(1) 設定行為 吾民法不認法律上當然取得之質權與依法院宣告所設

定之質權，故動產質權多依當事人自由意思設定之，其設定行爲通常爲契約，即質權人與動產所有人，約定以其物爲債權之擔保且移轉物之占有於質權人而成立也。故稱此契約爲實殘契約，惟不必爲現實交付，即簡易交付，所有人對於第三人之請求權之讓與亦適用之（民法第九四六條）。但不得依占有改定方法使出質人爲現實占有。蓋若使設定質權人繼續現實占有標的物，非但無由貫徹動產質權之效用，且與民法上否動產抵押制度相違反矣（民法第七六一條第二項，第八八五條）

（2）讓與行爲 質權爲從於債權之權利，不得與主債權分離而爲讓與，惟讓與附有質權之債權時，原則上受讓人取得質權爲當然之結果（民法第二九五條）

第三 善意占有

質權人之占有質物，若確係善意占有，應受法律之保護者，縱令出質人無處分其質物之權利仍取得質權（民法第八八六條）例如甲之書籍寄存於乙處，乙未得甲之同意，以其書籍出質於丙，此時若丙不知書籍爲甲所有，以爲係乙所有，即所謂善意者，而受書籍之交付時，依民法第八八六條之規定，即取得質權。蓋動產無登記制度，通常祇能認占有人爲所有人而與之行交易，若丙由乙受書籍之交付時，確實不知非乙之占有，即丙之占有確係善意者，其取得質權，即應認爲有效，不然無以保障交易上之安全也。

第三款 動產質權之範圍

第一 動產質權所擔保之債權之範圍

在特定債權關係，動產質權所擔保之債權，除契約另有特別規定外，

以下列五項爲其範圍（一）原債權（二）利息（三）遲延利息（四）實行質權之費用（五）因質物隱有瑕疵而生之損害賠償。（民法第八八七條）前四點與抵押權所擔保之範圍相同，於第二章第三節已詳述之。茲不贅。惟第五點爲動產質權所特有，因質權人須占有動產，故有此規定。所謂因質物隱有瑕疵而生之損害云者，質物隱藏有非通常人之注意，所能發見之瑕疵，質權人因此種瑕疵所受損害之謂。例如爲質物之動物有傳染病，傳染於質權人自己之家畜亦感受傳染而受損害。或其動物性質強暴，傷害質權人自己家畜，或質物有腐敗或有溼潤性，因而損害質權人之財產等情形。此種損害，係直接由質物而引起，則因此種損害所生之損害賠償之債權，應同受質權之擔保，直接由質物之賣得價金受清償乃屬當然之事理也。至於質權於占有質物當時，知質物有瑕疵者，則無請求損害賠償之情理可言也。

第二 動產質權標的物之範圍

無特別意思表示者，質權應及於其設定時之從物，（民法第六八條之第二項）并及於質物所生之孳息。（民法第八八九條）

第四款 動產質權之效力

第一目 動產質權人之權利義務

第一 保管質物之義務

動產質權人應以善良管理人之注意保管質物（民法第八八條）。蓋動產質權人之占有質物，非為所有人之利益，乃於確保自己債權之清償之必要，上為自己之利益而占有之也。而為自己之利益占有他人之物者，其責任重於為他人之利益占有他人之物者，故民法對於動產質權人之保管質物，施以善良管理人注意之義務。

第二 動產質權人有收取質物所生孳息權利

動產質權人，除設定質權之契約，有反對之訂定外，得收取由質物所生之孳息之權，此吾民法第八八九條之明文規定也。質權人有收取孳息之權利者，應以對於自己財產同一之注意收取孳息并爲計算之（民法第八九〇條第一項）所謂對於自己財產同一之注意云者，係對於善良管理人之注意而言，與用於管理自己財產同一注意之謂。至於所收取之孳息，則先以抵充收取之費用，餘者，則以抵充原債權之利息，再有餘，則以抵充原債權。

第三 轉質之權利

動產質權人於質權存續中，得以自己之責任將質物轉質於第三人，其因轉質所受不可抗力之損失，由轉質人負其責任（民法八九一條）由此條吾人可看出轉質之條件（一）質權人應於其權利存續中爲轉質。蓋質權人之轉

質權，係基於質權而來，苟質權已消滅者，縱質物尙在質權人占有人之下，自不發生轉質權之效力；至於其爲轉質後，而質權始消滅者，轉質權亦當然隨之消滅。(二)質權人須以自己之責任爲轉質。轉質所生之損害，應由轉質人負其責任，如質物因轉質人之過失而滅失毀損者，轉質人應負賠償之責。若其滅失毀損基於不可抗力之原因，如不轉質，則不致發生者，亦須由質權人任其責，蓋質物之滅失，毀損基於轉質之故也。惟縱不爲轉質。而質物之滅失毀損尙不能避免者，則轉質人不負責任。譬如：質物於轉質後，因轉質權之房屋受戰事之影響而被轟炸，同時轉質人之房屋亦同因戰爭而被摧毀，是此質物縱在轉質人之手，亦不免遭此同一命運，則轉質人不負賠償責任。

第四 以質物之價金代充質物之權利

質物如有敗壞之虞。或其價值顯有減少，足以害及質權人權利者，質權人得拍賣質物，以其賣得價金代充質物（民法第八九二條）。此項賣得價金之保存，與出質人有密切之利害關係，如出質人認為有提存之必要，自應與以請求提存之權，否則不足以保護也。如依上述理由，拍賣質物時，應於拍賣前通知出質人。但不能通知者，不在此限（民法第八九四條）。

第二目 動產質權之實行

動產質權實行之方法有三種：一曰拍賣質物，二曰取得質物之所有權，三曰拍賣以外之方法處分質物，茲分別敘述於后：

第一 拍賣質物

設定動產質權，其目相原在擔保債權之得受清償；如質權人於債權已至清償期而未受清償時，即可將質物拍賣，并以其賣得金供自己債權清償。

之用，此吾民法第八九三條第一項之明文規定也。此爲質權實行最普通之方法，惟拍賣質物，關係出質人之權利至爲重大，除不能通知外，自應於拍賣前由質權人將實行拍賣之情事通知出質人（民法第八九四條）

第二 取得質物之所有權

債權清償期屆滿後，質權人得與出質人訂立契約，取得質物之所有權，以代清償（民法第八九五條）。此契約爲代物清償契約，須在質權可實行時期訂立，易言之，以於債權清償期屆滿後，所訂立者爲限，法律上始得認爲有效，若於設定行爲或清償期前，約定債權至清償期，不爲清償，質權人即取得質物之所有權以代清償者，法律上不生效力；蓋此種於清償期前約定至清償期不爲清償，質權人即取得質物之所有權之契約，學者稱爲流質契約。（*Lex commissoria*）自羅馬法以來，各國法律多禁止之。在羅

馬之古代雖曾通行一時，但至康斯坦丁（Constantinus）大帝時代，即禁止之。嗣為山斯帝尼安（Justinianus）大帝之法典所採用，近世各國立法例多禁止之；如德民法第一二二九條，法民法第二〇七八條，瑞士民法第八九四條，日民法第三四九條均有明文規定禁止也。攷其立法意旨，所以禁止者，恐經驗短少智識淺薄之債務人，迫於一時之窘，以高價之標的物擔保些微之債權額，至清償期不能清償，因而喪失質物之所有權也。此種狡猾之債權人，乘債務人之急迫，訂立流質契約，非事實上之不可能者。如甲貸與乙五十元，乙將其所有價值百元以上之金指一個交付於甲，作為質物，當時雙方約定，乙如屆期不還借款，即以此金指歸甲取得所有，由是觀之，此種違反人情之契約，法律誠有禁止之必要，此吾民法第八九三條第二項有明文規定也。然自反面觀之，如全然禁止流質契約時，則意志良

善之資本家。因不願拍賣之煩瑣，對於出質人躊躇資金融通之弊害，亦難保其必無，法律如完全規定禁止之，又未免失之過嚴耳，至於民法物權編施行法第一四條規定上述之流質契約，於當舖或其他以商行爲而設定之質權不適用之。依此言之，則民法禁止流質之規定，亦當然不適用於典當營業者，故典當營業者與出質人間之流質契約，在我民法上當然有效也。

第三 拍賣以外之方法處分質物

債權清償期屆滿後，質權人得與出質人訂立契約，用拍賣以外之方法處分質物，以供債權之清償。（民法第八九五條）

第三目 動產質權之消滅

第一 消滅之原因

動產質權消滅之原因約有七種：即主債權消滅，標的物滅失，質物返

還，沒收或收用，混同，權利之拋棄，及喪失占有等。茲分別敘述於後。

第二 主債權消滅

動產質權爲從物權，以其主債權之存在。爲其成立前提要件。故動產質權因其所擔保之債權消滅而消滅。蓋質權性質上不能獨立存在，故於其所擔保之債權消滅時，質權自亦隨之而消滅。動產質權所擔保之債權消滅時，質權人應將質物返還於有受領權之人，（民法第八九六條）惟在債務承擔之場合，不過債務主體之更換，并非權利消滅。故在原則上從屬於債權之擔保物權，并不消滅，惟出質人若非債務人，則除其對於新債務人之承擔已爲承認外。動產質權亦歸於消滅。（民法第二〇四條第二項）。若主債權因時效而消滅者，應注意民法第一四五條第二項。

第三 標的物之滅失

動產質權因其標的物滅失而消滅（民法第八九九條前段）而因標的物滅失得受賠償金者。質權人得就賠償金取償（民法八九九條後段）此即上述擔保物權物上代位之原則。惟動產質權有不可分性者，故標的物一部滅失，質權并不消滅。

第四 質物之返還

動產質權，因質權人返還質物於出質人而消滅。而返還質物時，質權人雖保留質權使其繼續存在，亦無效力。蓋質權以占有標的物爲其成立存續之要件，若返還質物。即欠缺其存續要件，自不得不歸於消滅。且此時如仍令其存續，則第三人無由知有質權之存在。或因受讓其標的物而蒙不測之損害亦未可知，此非謀交易上安全之道也。（民法第八九七條）

第五 沒收或收用

動產質權之標的物如被官廳沒收或收用時，則質權當然消滅。

第六 混同

動產質權與質物之所有權同歸一人時，即所謂混同者；則該動產質權，即因混同而消滅。

第七 權利之拋棄

動產質權因質權人拋棄其權利而消滅。此吾民法第七六四條明文規定也。而其拋棄祇須質權人向出質人表示拋棄之意思，即生效力。此時質權人應將其所占有之質物返還於出質人。又動產質人爲第三人之權利標的物時。若未經第三人之承諾，質權人自不得以其個人之意思而任意拋棄之。

第八 喪失占有

動產質權因質權人喪失其質物之占有不能請求返還而消滅。（民法第

八九八條）蓋質權人喪失質物之占有不能請求返還時，則質權存續之要件，即已欠缺，自不得不歸於消滅。此時若不令其質權消滅，則質權人雖不能向第三人請求回復，質物之占有，而得以其質權與第三人對抗，法律為保護善意第三人之精神，將無由貫徹矣。故應將質權歸於消滅之為當也。

第二節 權利質權

第一款 權利質權之性質

權利質權云者，以所有權以外之財產權為客體之質權也。蓋質權之客體，如限於有體之物，則在無可供擔保之物者，即無法利用質權之制度，以應其經濟上之需要。其結果不獨不便於私人之經濟，且於一般經濟之發展亦必多所妨礙。是以各國法律，於物上質之外，均設權利質之制度，將得為質權之客體者之範圍擴張及於權利，俾可供擔保之物而有可供擔保之

權利之人，亦得利用質權之制度以圖金錢之融通及其他各種交易上之便利。是以吾民法亦本此理由，做多數立法例，於質權一章中置關於權利質之規定。關於權利質之性質，學說紛紜，然大別之，可分爲權利讓與說與權利客體說二種，茲分別敘述於左：

第一 權利讓與說——此說謂「質權之客體應以有體物爲限，普通所謂質權，不外指物上質而言，不得於權利之上更發生一種質權之權利。故所謂權利質者，其實卽以擔保之目的讓與債權或其他之權利者也。就一般權利質而言，其設定必須依讓與之規定（民法第九〇二條）就債權質而言，質權人有直接索取爲質權標的物之債權之權能。（民法第九〇六條）。若非將債權之出質作爲債權之讓與解釋，實無法說明其理由。此爲本說之概要。然在本說之中，關於權利讓與之法律之構造，學者之意見亦非相同。有謂

以主債務不履行爲停止條件而將權利讓與者。亦有謂權利之出質係將該權利所包含之各種權能中之一部創設之移轉於債權人者。而在本說中最有力者，則爲限制之讓與說。依主張此說者之見解，則權利質係以擔保之目的所爲之權利限制之讓與，此種權利之讓與，受擔保目的之限制，質權人以達此目的所必要之事項爲限度，取得出質人之權利，且得行使其權利，而出質人之權利，并不因是而全然喪失。故學者之中。亦有稱此種權利之讓與爲并存之讓與者。總之，依此說，則設定權利質權時，僅有既存權利之讓與行爲，非因是而發生新權利，與普通設定權利之觀念不相容，此說自不足取也。

第二 權利客體說——此說與上述一說則爲對立。依此說，則謂權利質與物上質於本質上并無差異，其不同之點，惟在客體而已，卽物上質以物

爲其客體，權利質以權利爲其客體。蓋權利之上不能有權利存在之觀念，作爲羅馬法之解釋，雖不妨採用，而今日之法律交通上，則不能相容，在今日不獨法理上無形體之權利應得與有形體之物同爲權利之客體，且此種無形體之權利與其他無形體之物爲權利之客體者，實際上亦數見不鮮。例如抵押權，於不動產之外，地上權，永佃權，典權均得爲其客體，又著作權，特許權等所謂無體財產權皆係以人之智能創作物之無體物爲其客體，故以無形之權利爲質權之客體，實亦未見其不可，亦決無將權利質說明爲權利讓與之必要。至讓與論者，於一般權利質之場合，根據其設定須依讓與權利之規定一事，遂認一般權利質爲權利之讓與，實不免認手段爲目的之譏。蓋其目的在設定權利質，非讓與權利，其依讓與權利之規定設立者，不過爲設定質權之手段，非卽以讓與權利爲目的之故也。又讓與論者，

於債權質之場合，根據質權人得直接索取其債權之一事，遂認債權之出質爲債權之讓與，亦非中肯之論。蓋法律僅於便宜上賦與以索取他人之債權之權能，債權固仍應認爲存留於出質人之手。所謂賦與以索取債權之權能與賦與以債權，性質上截然兩事，決非可視爲同一之原故也。要之，物上質與權利質，在本質上實無何等之差異，不過物上質以物爲客體，權利質以權利爲客體而已。此說能將一切質權之概念作有系統劃一之說明，已成爲近世學者之公認通說，而在吾國民法之解釋上，亦認爲適當，故吾人亦採此說。

第二款 權利質權之客體

權利質權之客體爲權利，所應當注意者，即非謂一切之權利，均得爲質權之客體。法律上得爲質權客體之權利，以具有讓與性之財產爲限（民

法第九〇〇條）。非財產固不待言，即令爲財產權，而未具有讓與性者，均不得爲質權之客體。茲就各種財產權分別敘述於后：

第一 債權

債權爲質權之客體，實爲權利質中最普通之現象。惟必須可讓與之債權，始能爲質權之客體。所謂不得讓與之債權有（一）法律上禁止讓與者，如依於執行法禁止扣押之債權，（民法第二九四條第一項第三款）非財產上損害（即精神上損害）之賠償請求權。（第一九五條第二項）（二）性質上禁止讓與之債權，如基於僱傭，委任，使用借貸等之關係所生債權；及因身分關係所生之請求權（如扶養費）者亦同。不作爲之債務亦多無讓與性。（三）當事人以特約禁止讓與之債權（民法第二九四項第二款）惟當事人間禁止讓與之特約，不得以之對抗善意第三人，故第三人不知當事人間有禁止讓與

之特約而就此種債權取得質權時，其取得之質權并不因此特約而受影響
•（民法第二九四條第二項）

第二 物權

物權雖亦得爲質權之客體，而以所有權爲質權之客體時，則爲物上質而非權利質，地役權因其性質不能由需役地之所有權分離獨立，自無單獨爲權利質權客體之理。又擔保物權於理論上亦不得與其主債權分離爲他之權利客體。故實際上得單獨爲權利質權之客體者不過地上權，永佃權，典權三種而已。至於在特別法所規定之物權中，有得質權之客體者，亦有不爲其客體者，茲分述於左：

（一）漁業權 得爲質權之客體。因漁業權係可讓與之財產權，而漁業法又無禁止其爲質權標的之規定故也。

(二)入漁權 不得爲質權之客體。因漁業法第一一條但書規定入漁權除繼承及轉讓外，不得爲權利之標的故也。

(三)鑛業權 不得爲質權之客體。因鑛業法第一四條規定鑛業權除繼承讓與抵押滯納處分及強制執行外，不得爲權利之標的故也。

(四)耕作權 得爲質權之客體。蓋依土地法第一九七條規定，耕作權係可讓與之權利，且土地法并無禁止其爲質權標的之規定故也。

第三 無體財產權

無體財產權，如商號權（商人通例第二〇條）商標權（商標法第一四條），修正商標法第十三條）著作權（著作權法第一條）特許權（吾國現時尙無特許法，惟有各種專章，如鹽商之引票，卽不外一種特許權。參照商人通例第一四條）均得爲質權之客體。

第三款 權利質權之設定

權利質權之設定，雖亦得以遺囑行之，然而最普通之情形，則爲契約。故民法亦就設定行爲設有準則規定，茲分別說明之。

第一 設定行爲之通則

權利質之設定，應依關於權利讓與之規定爲之，吾民法第九〇二條所明文規定，卽不問何種權利，除設有次述特則外，均須依權利讓與之規定爲之。例如：普通債權質之設定，須依民法第二九七條通知債務人；記名公司股份之出質，須依公司法第一一七條於股票及股東名簿爲記載；記名公司債之出質，須依公司法第一八四條於債券及存根簿爲記載；商號權之出質，須依商人通例第二〇一條爲註冊；其他如著作權商標權之出質，須依各該法令爲註冊（著作權法第一六條，商標法第一八條，修正商標法第

一七條)均是。

第二 設定行爲之特則

(1)普通債權質之設定 普通債權質之設定，立法例有原則上僅以當事人之意思表示而生效力，毋須其他方式者。吾民法則規定除依權利讓與之規定外，應以書面爲之，所以期慎重耳。其債權如有證書者，(如存摺存單或借據)并應交付其債權證書於債權人，蓋以證書之占有，爲認識債權所在之標準，占有證書即與占有債權相等。其無證書者，則無交付之可言。記名式之公司股份或公司債券，除依公司法第一一七條第一八四條辦理外，須交付股票債券。又依九〇一條準用動產質之結果，不得使出質人代質權人占有，自不待言。(民法第九〇四條)

(2)證券債權質之設定 證券爲無記名式者，以之爲質權之標的，雖

在證券上之權利，而不在證券；然證券與證券上之權利相依附而不可分，故設定無記名式證券質權時，應以動產質之以動產爲質物者同視，而將證券交付於債權人。無記名式以外之有價證券，在學理上得分爲指示證券（或指定證券）與指名證券（或記名證券）兩種，前者得以背書方法而爲讓與，後者則不得以背書方法而爲讓與。然縱爲指名式證券，但爲流通證券，如票據，倉單，提單，載貨證券等，雖無指定文句，然若得以背書而爲讓與者，仍不失爲廣義之指定證券。總之，有價證券，又可分流通證券與非流通證券兩種，其區別中之標準，即在能否依背書而轉讓爲斷。其得以背書方法爲轉讓者，則設定質權，亦須依此方式。又除背書外，并須將證券交付，自不待言，蓋表明財產之證券，其權利之利用與證券之占有，有極密切之關係，其證券上權利之移轉，必須有證券之移轉也。（民法第九〇

八條）權利質權除設定行爲外，亦得依讓與行爲而取得，惟不得與主債權分離而讓與權利質權，此爲擔保物權從屬性之當然結果。

第四款 權利質權之效力

權利質權，除有特別規定外。皆準用動產質之規定（民法第九〇一條）如以債權爲質權之標的物時，質權人得收取由該債權所生之孳息，而收取孳息時，應以對於自己財產同一注意收取并爲計算，所收取之孳息，應依法定次序抵充各債權（民法第八八九條。八九〇條）及於以地上權，永佃權等爲質權之標的物時，質權人既取得該權利等之標的物之占有。（民法第八八五條）得依各該權利之性質爲使用收益，自不待言。此外權利質權人得將其權利轉質於人（民法第八九一條）及應以善良管理人之注意保存爲質權標的物之權利（民法第八八八條）均屬其效力中之主要也。吾民法關於權

利質權之效力。有特別規定者，茲分述於後：

(一)關於一般權利質者 規定質權以後。爲質權標的物之權利，非經質權人同意，出質人不得以法律行爲使其消滅或變更。(民法第九〇三條)。申言之，出質人除取得質權人之同意外，對於此項權利不得自由拋棄，亦不得以契約減縮其內容或短縮其內容或其存續期間等。

(二)關於通常之債權質者 以債權爲質權標的物，而其清償期先於其所擔保之債權之清償期者，質權人得請求債務人提存其爲清償之給付物。(民法第九〇五條)若以債權爲質權標的物，而其清償期後於其所擔保之債權之清償期者，質權人於其清償期屆滿時得直接向債務人請求給付。但爲質權標的物之債權如係金錢債權，則質權人僅得就自己對於出質人之債權額爲給付之請求。(民法第九〇六條)同時，如以債權爲質權標的物，而其

債務人已受質權設定之通知者，債務人欲向出質人或質權人一方為清償，則必須得他方之同意，他方不同意時，則債務人應提存其為清償之給付物（民法第九〇七條）

（三）關於以有價證券為標之物之債權質者 附屬於為質權標之物之有價證券之利息證券，定期金證券，分配利益證券已交付於質權人者，亦為質權之標之物（民法第九〇一條）。以有價證券中之無記名證券票據或其他依背書而讓與之證券為質權之標之物者，法律有下列之規定（民法第九〇九條）

（一）質權所擔保之債權縱未屆清償期，質權人仍得收取證券上應受之給付。

（二）質權所擔保之債權縱未屆清償期，質權人如有預行通知證券債

務人之必要時，有爲通知之權利。

(3) 質權所擔保之債權縱未屆清償期，該標券之債務人亦僅得向質權人爲給付。

第五款 權利質權之消滅

第一 消滅之原因

權利質權消滅之原因有下列數種：一爲主債權之消滅，二爲權利質權之實行，三爲質權標之物之權利消滅，四爲拋棄，五爲混同，茲分別述之於後

第二 主債權之消滅

此點與動產債權相同。故其所擔保之債權因清償或其他之原因歸於消滅時，權利質權亦當然歸於消滅。

第三 權利質權之實行

權利質權人實行其權利時，無論其債權已受全部之清償與否，質權均歸消滅。

第四 爲質權標之物之權利消滅

如以地上權，永佃權，等爲標之物之質權，於此等權利因爲其標之物之土地之滅失，或被徵收而消滅時，質權卽失其標之物當然不能存在。

第五 拋棄

權利質權既爲財產權，權利人得拋棄其質權，質權因拋棄卽歸於消滅

第六 混同

權利質權之標的權利與權利質權同歸一人時，權利質權卽消滅（民法第七六三條）惟於債權質之場合，質權人與第三債務人同爲一人時，質權并不消滅。

第四章 留置權

第一節 留置權之性質

第一 留置權之定義

留置權者，債權人占有屬於其債務人之動產，其占有非因侵權行爲且其債權之發生與占有之動產有牽連關係，并已至清償期者，於未受清償之前，得留置其動產以爲擔保之物權也。（民法第九二八條）

第二 留置權係以動產爲標的之物權

日本民法上之留置權標的物，不限於動產，不動產亦包括之。而吾國民法留置權之標的，則以明文規定爲動產。他如第四四五條出租人之留置權，第六一二條旅店飲食店主人之留置權，第六四七條運送人之留置權，

其得留置之物，依陳瑾昆著民法通義債編各論第一〇五頁解釋第四四五條均限於動產。

第三 留置權係屬於占有債務人之物者之權利

留置權以物之占有爲要素，惟非如質權之設定以移轉占有爲生效要件，僅因占有債務人之物之故，法律特規定賦與債權人以爲留置也。蓋所謂留置，乃拒絕返還所占物以繼續其占有之意思，於留置權發生以先，有占有其權利標的物之必要，固不待言也。所謂占有物限於債務人之所有，在吾民法之解釋上，毫無爭論。惟立法例中有認占有第三人之物，而其與債權間有牽連之關係者，債權人亦得留置，例如，甲承租乙之物品，在租賃期中，甲使丙爲其修繕，於修繕費未清償前，丙亦得留置其物。又在學說上尙有主張對於自己之所有物，亦得有留置權者，例如：爲特定物買賣

契約，固以契約成立時移轉物之所有權於買主爲原則，然亦不妨依特約延期移轉，所謂買主所有權之保留是也。於茲場合，若未定價之交付期限者，則賣主無論何時，得請求交付價金，若賣主不交付價金，賣主卽得行使留置權有。此種對於自己所有物行使留置權，殊無實益，以行使雙務契約同時履行抗辯權或請求賠償爲已足，至對於第三人之所有物，爲維持交易之安全計，爲保護善意第三計，仍有認其取得留置之權必要，否則關於動產卽時取得之法則，不適用留置權，殊不足貫徹占有之公信力也。

第四 須債權之發生與占有之動產有牽連關係

在民事關係中，質權與占有物之間，以實際上有牽連關係爲留置權成立之要件。至於何謂牽連關係，學說不一：（一）有謂牽連關係之觀念，殊不明確，不能定其適用之範圍者。（二）有謂牽連關係之有無屬法官自由心

證者。(三)有謂兩請求權，由同一之權利關係而生者，其間卽有牽連關係。(四)謂債權之發生與占有之動產有牽連關係，係指占有之動產爲債權發生原因之全部或其一部而言。則二者之間，顯有原因結果之關係。所謂留置權成之要件之牽連關係，卽指此原因結果之關係而言。此種債權之關係，有下列數種說明：

(一)由契約所生之債權，例如鐘錶匠修理鐘錶之委託，在修理費未受清償前，得留置其鐘錶；運送人，受運送物品之委託，在運送費未受清償前，得留置運送物。

(二)由無因管理或不當利得而生之債權，如物之占有人對於占有物支出必要費有益費者，於未受清償前得留置占有物。

(三)由侵權行爲而生之債權，如受寄人因於寄託物之瑕疵而受損害時

，於未受賠償以前得留置寄託物。

第五 須債權已至清償期

法律認留置權之主旨，在促債務人清償債務，使雙方得公平受清償，當然以至清償期不履行債務爲發生留置權之前提，若債權人自己之債權尙未至清償期，自不發生債務人不履行債務問題，債權人自不能有留置權也。惟債務人無支付能力，不獨現在不能清償債務，即將來亦有不能履行債務之虞者，此時爲保護債權人計，應不問其債權已否至清償期，均有與以留置權之必要。（民法第九三二條一項）

第六 留置權爲留置占有物之權利

留置權如其名稱所示，以扣留所應返還之占有物爲其主要效用，其效用在促進負擔關於占有物而生之債務人爲清償。債務人欲受占有物之返還

，非清償其所負擔之債務不可，故欲取回其所有物，自不得不先清償自己之債務。吾民法規定，使留置權人依一定要件有就留置權取償之權利，是留置權之效用，不僅在扣留其物。然此係補充之效用，究非如抵押權質權於其清償期屆至時得逕行拍賣擔物保以其價金供清償也。學者有謂留置權爲間接強制債務人履行其債務方法者，洵屬允當。

以上乃說明留置權之一般觀念，茲再就留置權與雙務契約同時履行抗辯之異同及其從屬性與不可分性簡述於后。

留置權原來有廣狹二義：廣義之留置權，二人相互間有債權債務之場合，於相對人不履行其債務時，自己亦不履行對於相對人之債務，謂此爲留置之權利。依此意義，當事人之一方以其相對人之債務不履行爲理由，拒絕自己所負擔債務之履行，不問爲拒絕有體物之交付，抑拒絕交付有體

物以外之給付，均不外爲留置權之行使，卽如債務抵銷，亦可表見留置權之作用。狹義留置權，以相對人之債務不履行爲理由，拒絕對於相對人爲交付有體物之給付，在相對人未爲履行前，得占有之爲一種物權。吾民法上之所謂留置權屬於後者，故依吾民法，當事人之一方對於他方負交付有體物之義務時，得以相對人之債務不履行爲理由，拒絕交付，以繼續占有之故留置權之行使，若非以有體物爲目的之給付拒絕，非吾民法上所謂留置權也。

在以留置權爲一種物權之立法例及有認爲物權傾向之國家，如法，義，民法，皆未爲關於雙務契約同時履行之抗辯之通則規定，僅對特別雙務契約（如買賣）認有同時履行之抗辯而已。惟瑞士與日本民法，一方以留置權爲一種物權，一方又認雙務契約同時履行抗辯權。吾民法亦依瑞，日，

民法而爲規定，惟信其兩者異其觀念，并不重複。試指二者差異要點述之如后：

(一)在雙務契約當事人雙方負擔給付義務，以交換性質爲其目的，其雙方給付義務，乃基於一個法律關係而生，有互相牽連之不可分之關係。如買主對於賣主應負移轉財產權之義務，而賣主對於買主應負支付價金之義務，其相互間義務，乃基於一個法律關係(即買賣關係)而生，如一方不履行其給付義務，不得要求他方履行，故法律附與雙務契約當事人之同時抗辯權，乃認雙務契約效力之當然結果。在留置權，其債權與返還留置物之義務，其間并無如雙方契約之對待或牽連之關係，僅爲法律基於公平觀念賦與留置者之權利。

(二)雙務契約同時履行抗辯權，僅因於雙務契約所發生之債權始有適

用，留置權則因於不當利得侵權行為所生之債權皆得行使。

(三) 雙務契約同時履行抗辯權，其一方所負擔義務，不以有體物之交付為限，凡以作為或不作為為標的之債務，皆有適用。依留置權得留置之物，則以有體物為必要。

(四) 在留置權，債務人得提供擔保請求留置權之消滅，而雙務契約之當事人，則不得提供擔保以排斥相對人之同時履行抗辯權。

(五) 雙務契約同時履行抗辯權，僅有債權之效力，不得對抗契約外之第三者。反之，留置權為物權，對於任何人皆得主張。例如某甲以其寄存乙處之動產，出賣於丙，如丙對乙請求交付其物者，乙固不得因其各項費用未受清償對丙主張同時履行抗辯權，但得對丙主張留置權。在當事人間，得以相對人之債務不履行為理由，提出同時履行抗辯權，如具備留置權

要件，亦得行使留置權，自不待言。

留置權爲從屬於債權之物權，故債權因清償等原因而消滅者，留置權亦不存在。惟留置權人本負有交付其占有物之義務，非如其他財產權得依權利人之意思而爲讓與，其讓與主債權時，亦非如抵押質權之當然隨之移轉（民法第一九五條第一項）故留置權雖有從屬性，而無從物權之伴隨性，是爲留置權之特點。留置權有不可分性，留置權人於受債權全部清償以前，得在標的物全部上行使權利。債權之分割及減縮，不生分割留置物或減縮範圍之結果。例如：甲託乙運送米百袋，乙取得運費拾圓之債權，乙自甲領取五圓時，其債權固減縮，然不影響乙之留置權，乙就其殘額五圓債權得對於留置物（米百袋）全部行使留置權，甲不得因債權額之減縮，主張依其減縮爲比例以減少留置權之數量，求爲一部之償還。留置物有因分割

或其他原因而減縮範圍者，仍以其餘存部分爲債權額之擔保，留置物若有數個，其一有上述情形者亦同。

第七 留置權爲依法規定而生之權利

抵押權，質權之擔保物權，均可以當事人之意思自由設定之；惟留置權則不然，其不問當事人之意志如何，均須依法律之條件而發生也。

第二節 留置權之取得

第一 原始之取得

留置權之原始取得，惟有依法律之規定，不得以當事人之自由意志使其發生，前已述之。是故凡具備法定要件者，即當然發生留置權。

第二 留置權取得之限制

(一) 動產之留置違反公共秩序或善良風俗者 依吾民法第九〇三條之

規定此種留置行爲足以影響公序善俗者則法所不設，如扣留垂危之病人所購買之藥品，及注射藥針等，卽其扣留之物品，爲他人生活上與職業上之必要者，易言之，凡爲債務人賴以維持生計者均爲法所不許加以留置。如工人之斧頭，農人之鋤鏟，鐵匠之錘鎚皆爲其營業上之必要器具，法律所以限制留置此物者，設恐絕債務人之生計也。

(二)動產之留置與債權人所承擔之義務相抵觸者 債權人所承擔之義務有定期行爲之性質，若留置其動產卽與其所承擔之義務相抵觸，如債權人承做債務人定期結婚禮服不得以屆期不交付價金而留置俾有影響結婚之用也。

(三)動產之留置與債務人於交付動產前，或交付時所爲之指示相抵觸者。如債務人使債權人修繕物件，於交付該物件時，曾聲明於修繕完畢後

，須試用若干時期也。

上列所述於（一）情形，係絕對不發生留置權，於（二）與（三）情形通言之，雖不發生留置權，但債務人於交付動產後，成爲無支付能力或其無支付能力於交付後始爲債權人所知者，債權人仍得行使留置權（民法第九三一條第二項）

第三 承繼之取得

承繼之取得可分爲繼承與讓與二種：

（一）繼承 留置權既爲財產權，當依繼承取得之。

（二）讓與 法律既無禁止留置權讓與之規定，自其權利性質而言，無禁止讓與之理由，故留置權人得將其權利讓與於人。惟留置權係從屬之權利，行讓與時，必須連同其所擔保之債權一併行之。又留置權之成立，以

有物之占有爲要件，讓與留置權時，必須交付留置物，有留置權之讓與時，受讓人即當然取得留置權也。

第三節 留置權人之權利義務

第一 留置權人於其債權受全部清償以前有繼續占有留置物全部之權利

留置權人於其債權未受全部清償以前，有繼續占有留置物全部之權利（民法第九三二條），此係由留置權之不可分性所生之當然結論。留置權既占有留置物，自應受占有之一般保護（民法第九六二條）

第二 留置權人有請求償還保管留置物所支出必要費用之權

所謂因保管留置物所支出必要費用，係爲債務人利益也。故對於此項費用之負擔，應由債務人償還之。此吾民法第九三四條之明文規定也。例

如修理費，飼養料等必要支出費用，於留置物之保全關係至大，自應使留置權人有請求償還此項費用之權利也。

第三 留置權人有收取留置物所生孳息之權

吾民法第九三五條規定，債權人得收取留置物所生之孳息，以抵償其債權。所謂孳息者，係含有天然孳息與法定孳息兩種而言。發生法定孳息之情形，即留置權人得債務人之承諾，將留置物出租於人而取得租金之情形是也。其所收取之孳息，不論屬於何種，均得以其抵償其債權。至於抵償債權應依如何之程序，依是吾民第八九〇條之規定，其孳息，應先抵充收取孳息之費用，次抵原債權之利息，次抵原債權。又留置權人收取孳息，應以自己財產同一注意之責并為計算之（民法第九三五條，八九〇條）

第四 債權已屆清償期未受清償時有就留置物取償之權利

留置權人於其債權已屆清償，而受清償時，有就留置物取償之權利是。吾民法第九三六條第一項規定債權人於其債權已屆清償期而未受清償者，得定六個月以上之相當期限，通知債務人，聲明如不於其限內爲清償時，卽就其留置物取償。是卽留置權人得就留置物取償之法律上之根據。如債務人不於上述期限內爲清償者，留置權人得拍賣留置物就其賣得價金受清償，或與債務人訂立契約取得留置物之所有權以代清償（民法第九三六條第二項）；惟債務人之住址所在不明，事實上不能依第九三六條第一項之通知時，法律爲保護債權人之利益起見，規定債權清償期屆滿後經過二年仍未受清償時，債權人得行使留置物取償之權利。

第五 留置權人應以善良管理人之注意保管留置物之義務

留置權人之保管留置物，應以善良管理人之注意行之，此與動產質權

人保管質物時完全相同。蓋留置權人占有他人之物，非爲所有人之利益，乃爲保其自己債權受清償之利益。故應善良管理也。（民法第九三三條）

第六 留置權人於留置權消滅時有返還留置物之義務

留置權人，原負有交還留置物於他人之義務。若其債權受清償後，自無占有留置物之權，應將留置物返還於受領權人也。

第四節 留置權之消滅

第一 消滅之原因

留置權因下列事由而消滅，第一因標的物之滅失，第二因沒收或收用，第三因混同，第四因主債權之消滅，第五因拋棄，第六因留置權之實行，第七因擔保物之提出，第八因占有之喪失。茲分別述之於下：

第二 標的物之滅失

留置權因標的物之滅失而消滅，毫無疑問，惟留置權有不可分性，若其標的物非全部滅失僅一部滅失時，留置權并不因而消滅。

第三 沒收或收用

留置物如被沒收或被收用，留置權當然歸於消滅。

第四 混同

混同爲他物權消滅之原因，留置權與留置物之所有權同歸屬一人時，依混同原則，留置權即歸於消滅。（民法第七六二條）

第五 主債權之消滅

留置權既爲從屬於主債權之從權利，主債權消滅時，留置權既無所附屬，當然隨而消滅也。

第六 拋棄

依前述留置權既爲財產權之一種，得爲拋棄，而留置權，因拋棄而消滅。

第七 留置權之實行

留置權人既實行其權利，留置權當然因之而消滅。

第八 擔保物之提出

債務人爲債務之清償已提出相當之擔保者，債權人之留置權消滅，此吾民法第九三七條之明文規定也。蓋留置權之設立，在乎保護債權人，使其債權得受清償，若債務人爲其債務之清償，已提出相當擔保者，則留置權人之債權已無不能受清償之危險，其債權人無復占有留置物之必要也。至於所謂擔保，應以物上擔保，經留置權人認爲確實可靠而接受之爲限，不得供以對人擔保也。

第九 占有之喪失

留置權係留置其占有物爲其先決條件，是可知留置物之占有，與留置權有不可分性；設留置權人喪失其標的物之占有時，留置權條件既不能成立，留置權自不得不歸於消滅也。但其占有被侵奪時，留置權人得以占有人之資格，請求返還占有物，留置權人行使此權利回復物之占有時，其占有視爲未喪失，其留置權并不消滅，此吾民法第九三八條第九六二條之明文規定也。

上海图书馆藏书



A541 212 0020 61608

有 著
作 權

中華民國廿九年八月初版

擔保物權法一冊

定價國幣貳元

著 者 張 道 樞

發 行 人 平 襟 亞

上海福州路六號

上海福州路六號

印 刷 所 中 央 書 店

發 行 所 中 央 書 店

上海福州路六號

