

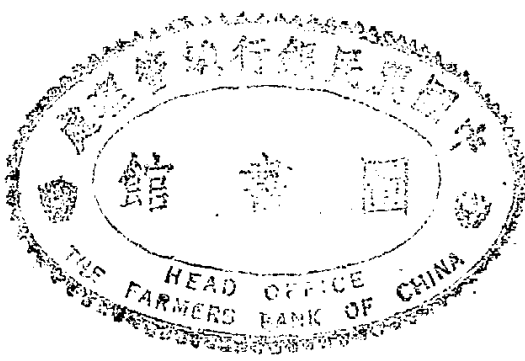
524-2
100
3:2

書 叢 法 政

物 權 法 提 要

卷 下

著 三 信 瀨 三
譯 芳 孫



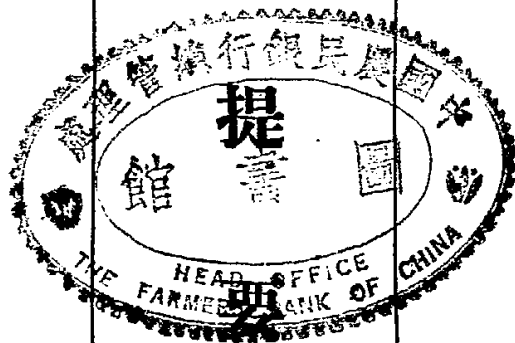
商 務 印 書 館 發 行



政 法
書 法
物
權
法

孫 三
瀧 信
三 芳
譯 著

商 務 印 書 館 發 行



下 卷



3 0605 6264 6

序

前刊擔保物權法，因迭次增訂，卷帙浩繁，頗有不便初學之譏！故茲絜其綱要，重加整理，以爲物權法提要下卷。本書對於第十八版以前，訂正擔保物權法內，各項論述，頗多修正，並增入昭和三年二月以前各項判例，學說，惟望讀者鑒察爲幸！

本書刊行，頗承大場法學士多所贊助，特此誌謝！

昭和三年四月

著者

目錄

第七章 留置權……………一

第一節 留置權之定義及性質……………一

民法之定義——須占有他人之物（不存在於自己物上——不以債務人之物為限——不以債權人之善意為要件——標的物之種類——須為標的物之占有——為留置權成立要件之占有之意義）——須非因侵權行為開始占有（在支付費用時之侵權行為——舉證之責任）——須有物與債權之牽連（牽連之兩種意義——占有與債權之牽連有無必要——依一定法律關係所生之內容——一度喪失占有與留置權之關係）——所擔保之債權之種類——須債權屆清償期——留置權係從屬債權之他物權（雙務契約同時履行抗辯權與留置權之異同——抵銷與留置權）——留置權係留置標的物之權利——留置權有不可分性——留置權因法律之規定而發生

第二節 留置權之取得……………一五

取得原因僅有一種——取得與登記——留置權之拋棄及不發生留置權之意思表示之效力

第三節 留置權之效力……………一五

第一款 留置權人之權利……………一五

得為留置並有拍賣法上之拍賣權——留置權之優先的追及的效力（優先權——追及權）——留置權人有占有權——得在標的物上不可分的行使權利——得收取孳息以充清償（充當之順序——換價方法）——在留置物上有為保存上必要使用之權利——費用償還請求權（必要費——有益費——法院之酌定期限——奢侈費）——留置權有無移轉性及

伴隨性（關於移轉性及伴隨性之抽見）

第二款 留置權人之義務……………二六

保管之義務——不得爲留置物之使用租賃或供擔保之義務（債務人之意義）——使用租賃或擔保之效力——返還留置

物之義務

第四節 留置權之消滅……………二八

第一款 消滅之事由……………二八

第一項 一般物權之共通消滅事由……………二八

標的物之滅失——沒收及收用——混同——因時效而消滅之有無

第二項 擔保物權之共通消滅事由……………二九

留置權之行使與債權之行使不可混同

第三項 留置權之特別消滅事由……………三〇

提供擔保債務人之意義——相當之擔保——消滅請求之意義——違反義務——占有之喪失——對於破產財團之失效

第二款 消滅之結果……………三三

第八章 先取特權……………三四

第一節 先取特權之定義及性質……………三四

先取特權之定義——因法律之規定而發生其效力亦依法律定之——先取特權之標的物（物上代位）——代表物之種類

——賣得價金——租金——在標的物上所設定之物權之對價——因標的物之滅失或毀損所生之賠償——在代表物上

實行權利之方法——物上代位之性質——不以標的物之占有為要件——得受優先清償——係從屬債權之擔保物權

——先取特權有不可分性

第二節 先取特權之取得.....四〇

取得方法——不發生先取特權之意思表示之效力

第三節 先取特權之種類.....四〇

第一款 一般先取特權.....四〇

第一項 共益費用之先取特權.....四一

債權人支出關於債務人財產之保存清算或分配之費用——須為各債權人之共同利益

第二項 殯葬費用之先取特權.....四二

須係債務人或其應扶養之親屬或家屬之殯葬費用——費用須與身分相當

第三項 雇傭工資之先取特權.....四二

雇傭之意義——僅為最後六個月內之工資而存在——金額以五十元為限

第四項 供給日用物品之先取特權.....四三

須因飲料食品及薪炭油之供給而發生——須係在本人或其應扶養之同居親屬或家屬及其僕婢生活上所必需者——須

係最後六個月內供給者

第二款 動產先取特權.....四四

第一項 不動產租賃之先取特權.....四五

永佃權地上權亦準用之——債權之範圍（原則——在總清算時之特例——在交付押金時之特例——押金之性質——

解除條件附消費寄託說——抵銷豫約說——解除條件附債權說——例外質說——無名契約說——債權質說——標的物之範圍（以承租人之動產爲條件）——在土地租賃時——借地法上之先取特權——租賃建築物時——以及於承租人以外之人之動產上爲例外——租賃權之讓受人或次承租人之動產——在讓與人或承租人之應得金額上亦得行使權利——承租人等占有或持有之第三人之動產	五一
第二項 旅店住宿之先取特權	五一
應擔保之債權——此項先取特權之標的物	五二
第三項 旅客或物品運送之先取特權	五二
應擔保之債權——此項先取特權之標的物	五三
第四項 公吏職務上之過失之先取特權	五三
應擔保之債權——此項先取特權之標的物——本條之規定與官公署公共團體之權利競合	五四
第五項 動產保存之先取特權	五四
應擔保之債權——此項先取特權之標的物	五五
第六項 動產買賣之先取特權	五五
應擔保之債權——此項先取特權之標的物	五六
第七項 供給種苗或肥料之先取特權	五六
應擔保之債權——此項先取特權之標的物	五七
第八項 農工業勞役之先取特權	五七

本條與第二百零九條之併用——應擔保之債權——此項先取特權之標的物

第三款 不動產先取特權……………五八

第一項 不動產保存之先取特權……………五八

第二項 不動產工事之先取特權……………五九

應擔保之債權——此項先取特權之標的物

第三項 不動產買賣之先取特權……………六〇

於互易時亦適用本條否

第四節 先取特權之順位……………六一

第一款 一般先取特權之競合……………六一

第二款 一般先取特權與特別先取特權之競合……………六二

以特別先取特權爲優先——例外

第三款 動產先取特權之競合……………六二

定其順位之原則——同款先取特權之競合——例外之規定（明知有其他先取特權人者——爲第一順位人保存其物者——孳息）

第四款 不動產先取特權之競合……………六四

定其順位之理由——數次轉賣之順位

第五款 同一順位先取特權之競合……………六五

第五節 先取特權之效力..... 六六

第一款 各種先取特權之共通效力..... 六六

優先於普通債權人（對於留置權人之地位）——對於動產質權人之地位——對於不動產質權人之地位——對於權利質權人之地位——對於抵押權人之地位——先取特權人之優先權及追及權（對於優先權之制限）——對於追及權之制限——

先取特權人之占有權——先取特權之不可分性——先取特權之移轉性及伴隨性——先取特權之效力準用抵押權之規定

第二款 一般先取特權之特別效力..... 七〇

行使權利之制限（設定制限之理由）——不適用其制限之時——一般先取特權與登記——一般先取特權與關於抵押權規定之準用

第三款 動產先取特權之特別效力..... 七二

動產交付與先取特權之行使——不動產租賃旅店住宿及運送之先取特權與動產質權

第四款 不動產先取特權之特別效力..... 七二

不動產保存之先取特權之效力——不動產工事之先取特權之效力——不動產保存及工事之先取特權與抵押權——不

動產買賣之先取特權之效力——不動產先取特權與抵押權規定之準用

第六節 先取特權之消滅..... 七五

第一款 消滅之事由..... 七五

標的物之滅失——沒收及收用——添附——混同——拋棄——時效——主債權之消滅——第三取得人之清償——添除——權利之實行

第二款 消滅之結果……………七七

第九章 質權……………七八

第一節 質權之定義及性質……………七八

特別法上之質權——民法之定義——質權依當事人之意思而設定——質權係占有他人之物之權利（他人之意義）——
質權之標的物——須係得讓與之物——禁止扣押之物——保險金——依當事人之意思禁止讓與之物——代替物——
金錢質——存於物之一部及應有部分之上之質權——代位物——標的物之範圍——係占有他人之物之權利——占有
僅係質權之成立要件——依代理人之占有——質權人之留置權——質權人不得使質權設定人代自己為質物之占有——
——質權成立以後返還標的物與質權之存續——質權人得在質物上受優先清償——質權係因擔保債權而從屬之他
物權（以質權擔保之債權——第三百九十九條之債權與質權——第三百九十九條為無意義之說——以有賠償物之豫
定者為限之說——拙見——評價方法——權於時效之債權——條件附債權——將來發生之債權——豫約抵押問題之
意義——豫約抵押無效說——有效說——現在債權擔保說——條件附債務擔保說——條件附擔保設定說——準條件
附質契約說——將來債權擔保說——大審院判例趣旨——僅以有債權之目的或原因之存在為已足之說——中島氏之
學說——拙見——以代替物之給付為標的之債權——質權有不可分性

第二節 質權之取得……………九五

因時效及即時取得之取得——因繼承及設定行為之取得——質權設定行為之性質——質權設定之豫約與標的物之交
付——標的物之交付與標的物之所有人

第三節 質權之一般效力……………九六

第一款 質權人之權利.....九六

質權所應擔保債權之範圍（元本——利息——違約金——實行質權之費用——保存質物之費用——因債務不履行所生之損害賠償）——因質物隱有瑕疵所生之損害賠償——在設定後債權之變更——質權人有留置質物之權利——與原始留置權之效力之差別——質權人在質物上有受優先清償之權利（質權之優先順位——質物之處分方法——流質契約——流質約款之效力——禁止流質契約之例外——活質抵押——活質抵押之方法——括質抵押之效力）——孳息收取權——優先權及追及權——占有權——質權有不可分性——轉質權（轉質之性質——質權附債權質入說——質物再度質入說——質權質入說——條件附質權讓與說——轉質之要件——轉質之效果）——得在代表物上行使權利——關於質物費用之償還請求權——得讓與繼承

第二款 質權人之義務.....一七

返還義務——保存質物之義務

第三款 質權設定人之求償權與代位權.....一七

求償權——代位權

第四節 動產質.....一八

第一款 動產質權對抗第三人之要件.....一八

第二款 質權人之占有回收訴權.....一八

第三款 實行動產質權之特別方法.....一九

須有正當理由——須向法院聲請——須依鑑定人之評價——須通知債務人——於權利質亦準用之

第四款 動產質權之順位	一一〇
第五節 不動產質	一一一
第一款 不動產質權對抗第三人之要件	一一一
第二款 不動產質權人之使用收益權	一一一
第三款 不動產質權人負擔費用之義務	一一二
第四款 不動產質與債權之利息	一一二
第五款 不動產質權之存續期間	一一三
第六款 不動產質準用關於抵押權之規定	一一三
第六節 權利質	一一三
第一款 權利質之性質	一一三
讓與說——權利標的說	
第二款 權利質之標的	一一五
債權——物權——債權與擔保物權——無體財產權	
第三款 權利質之設定	一一九
第一項 債權質之設定	一一九
第二項 債權質以外權利質之設定	一二九
第四款 權利質之設定對抗第三人之要件	一三〇

第一項 債權質之設定對抗第三人之要件……………一三〇

普通指名債權(質權設定之通知並承諾)——第三債務人在通知後所取得之債權與抵銷之關係——記名股份——記名

國債——記名公司債——指示債權——無記名債權

第二項 債權質以外之權利質設定對抗第三人之要件……………一三三

物權——物權以外之財產權

第五款 權利質之效力……………一三四

第一項 債權質之實行……………一三四

債權之直接收取(債權之標的物係金錢者——收取權之發生時期——係金錢以外之物者——質入債權人之侵害行為

——質入債權之內容係作為不作為者)——民事訴訟法所定之執行方法

第二項 債權質以外之權利質之實行……………一三八

第七節 質權之消滅……………一三八

第一款 消滅之事由……………一三八

標的物之滅失——沒收及收用——添附或其他原始取得——混同——拋棄——時效——主債權之消滅——權利之質

行——第三取得人之清償——滌除——存續期間之滿了——消滅之請求

第二款 消滅之結果……………一四一

第十章 抵押權……………一四二

第一節 抵押權之定義及性質……………一四二

抵押權之定義——因當事人之意思而發生(有因遺囑設定者邪)——抵押權係在他人特定不動產上行使之物權(民法之特例——樹林——船舶——地上權及永佃權——特殊財團及漁業權——代表物——在債權清償期前之售賣——在不動產之一部及應有部分之上之抵押權)——抵押權係不移轉標的物之占有所設定之擔保權(抵押物之占有應否禁止)——抵押權係在標的物上受優先清償之權利——抵押權有不可分性——抵押權係為擔保債權而從屬之他物權	一四八
第二節 抵押權之取得	一四八
設定之方式	一四八
第三節 抵押權之標的物之範圍	一四八
第一款 抵押權設定時標的物之附加物從物與抵押權之效力範圍	一四九
附加物——從物	一四九
第二款 抵押權設定後標的物之增減變更與抵押權之效力範圍	一五〇
第一項 標的物之增加	一五〇
原則——例外(不及於建築物及造林法上之造林——設定行為有特別訂定者——因他人有權原者——具備債權人撤銷權行使條件者——孳息)	一五〇
第二項 標的物之減少	一五二
因抵押權人之行為者——因可歸責於債務人之事由者——因不可歸責於債務人之事由者——因物上保證人之行為者	一五二
第三項 標的物之變更	一五四
第四節 抵押權之效力	一五四

第一款 抵押權設定人與債務人之關係	一五五
求償權——代位權	
第二款 抵押權之順位	一五五
第三款 抵押權所擔保之債權之範圍	一五五
以依當事人之意思定之爲原則——登記之特定主義——關於利息或其他定期金之制限——滿期之意義——豫定總金額之登記與本條之適用——本條與遲延利息——抵押不動產之第三取得人與本條之規定	
第四款 抵押權之處分	一五八
第一項 抵押權之提供擔保	一五八
第二項 抵押權之讓與	一五九
第三項 順位之讓與	一五九
順位之讓與係債權全額之互換否	
第四項 抵押權之拋棄	一六一
相對的拋棄與讓與及絕對的拋棄之差別	
第五項 順位之拋棄	一六一
第六項 抵押權之處分對於第三人之效力	一六一
對於受處分之利益者之效力——對於債務人保證人抵押權設定人及其承繼人之效力	
第五款 對於第三取得人之效力	一六三

法國法系民法——日本民法之主義

第一項 第三取得人之價金清償……………一六四

價金清償之要件（須受所有權或地上權之買受人——須依抵押權人之請求而清償其價金）——價金清償之效果係相對的（買受不動產者——買受地上權者——代位關係）

第二項 滌除……………一六六

滌除之意義及立法例——滌除與立法上之批難——滌除權人（所有權地上權或永佃權之取得人——不須有價取得——無為滌除之義務——無滌除權之第三取得人——自己負擔債務者——在條件成否未定時之第三取得人——附始期之第三取得人有無滌除權——附解除條件之第三取得人之滌除權與抵押權之存續）——滌除之期間（未為實行抵押權之通知時——在滌除期間經過前抵押權之實行已為通知以後——未為通知之抵押權之實行——通知後之第三取得人）——滌除之程序與債權人之地位（滌除之程序——有未受送達者之時——滌除之承諾及增價拍賣之請求——增價拍賣之意義——增價拍賣之請求與聲明——提供擔保——對於債務人及抵押不動產讓與人之通知——增價拍賣之撤銷——滌除程序之終了與抵押權之消滅）

第三項 承租人與抵押權人之關係……………一七四

在抵押權登記前已登記之租賃——建築物保護法與借家法——在抵押權登記後所登記之租賃——須租賃不逾第六百零二條所定期間——超過法定期間之租賃之效力——須不損害抵押權人——在聲明拍賣之登記後之租賃登記

第六款 抵押權之實行……………一七六

第一項 拍賣之時期及方法……………一七六

實行之時期與對於第三取得人之通知——實行方法與流抵押之效力——抵押債權之讓受人與抵押權之實行

第二項 拍賣之標的物 一七六

土地及地上建築物共屬一人而以其一供抵押者（僅以建築物為抵押時）——法定地上權之地租與存續期間——僅以土

地為抵押時——法定地上權與登記——違反第三百八十八條之特約——以土地與建築物為抵押而在拍賣時分離之者

——在拍賣時不屬於同一人者——在抵押權設定後設定人營造建築物者

第三項 拍賣與第三取得人之關係 一八〇

第三取得人得為拍賣人——第三取得人之費用償還請求權——拍賣與第三取得人有無代位權

第四項 拍賣價金之分配 一八一

包括抵押權（德國及瑞士民法之規定）——民法之規定——應同時分配時——應依順序分配時次位抵押權人之代位——

——代位權與先順位人所受之清償——代位之附記登記——不得依抵押不動產之價金受債權全部清償之時

第五項 抵押權之實行與基於債務名義之強制執行之關係 一八五

第五節 抵押權之消滅 一八五

第一款 消滅之事由 一八五

標的物之滅失及附合——沒收及收用——混同——拋棄——時效——主債權之消滅——拍賣——第三取得人之價金

清償——滌除

第二款 消滅之結果 一八八

物權法提要下卷

第七章 留置權

第一節 留置權之定義及性質

留置權 (Jus retentionis; Retentionsrecht, Zurückbehaltungsrecht; droit de rétention; diritto di ritenzione) 者，他人之物之占有人，有關於其物所生之債權者，在受其債權清償前，在法律上，得當然留置其物之物權也。^{二九}五條例如鐘表商因請求修理費之債權，得留置鐘表；運送人因請求運費之債權，得留置運送物是也。

商法上之留置權，起源於意大利，反之，民法上之留置權則起源於羅馬法，係一種詐欺抗辯 (exceptio doli)。現在關於留置權之立法例，有種種之不同：有以爲係債權之特別效力者（德民二七三條，二七四條，其他各條）；有以爲係一種物權者（瑞民八九五條至八九八條；奧民四七一條；舊民財二條，擔九二條至九六條）；有在法典上不能辨其性質者，例如法、意民法是也。對於立法例沿革，應參照拙著訂正擔保物權法本論，第一章，第一節，第一款。

茲依上述定義，說明日本民法上留置權之性質如左：

各論 第七章 留置權

584.2
100
312



第一 須、占、有、他、人、之、物。

(一)留置權不能存於自己物上，在法條上，有明文規定。自留置權爲他物權一點觀之，亦無疑也。惟在立法論上，不能謂無研究之餘地耳。例如賣主爲所有權之留保時，因買主未付價金，對其請求交付，得有留置權是也。法協三五號所載拙稿，所有權留保論。

(二)民法有「他人之物」之規定，惟所謂他人者，非僅指債務人而言。即債權人占有第三人之物，而其物與債權間，有牽連之關係者，債權人亦得留置之。例如物品承租人使他人修繕其物者，修繕人得爲修繕費請求權，留置不屬其債務人——即承租人——所有之物。同說——富井氏民法原論物權三一四頁，中島氏民法釋義二卷六〇三頁，仁保氏解答，川名氏物權法要論一八五頁，明治四二年五月二八日大阪控訴判。惟有謂留置權之標的物，應係債務人之所有物者。梅氏民法要義物權以下，志林二四卷一二號所載。藥師寺氏「留置權之標的物」。日本舊民法之規定亦然。擔九條。綜合論者主張言之則：(一)以爲留置權者，依公平之觀念，而認許之權利也。惟在債務人以外之人之所有物上，行使權利，則有反於立法意旨。且所有權之行使，以無制限爲原則，其有某種限制者，亦應有合理之根據。(二)以爲第二百九十八條及第三百一條之規定，係以物之所有人與債務人爲同一人爲前提。蓋以在債務人以外之人之所有物上，行使留置權，爲未可也。惟是(一)公平觀念並非留置權所特有之根據。即有反於所有權無制限行使之原則，亦係立法上應以保護特定債權人，抑物之所有人，何者爲優，之問題。且所有權之行使，獨以無制限爲原則，亦係何故？現行法以爲留置權與其他擔保物權同，亦以在非債務人之所有物上，行使之，爲適當！且合於其爲物權之性質，故將舊民法上「債務人之動產或不動產」之

規定，易爲「他人之物」，修正案理由書亦謂該條非僅修正其字句，乃修正其內容也。自日本民法上留置權之性質而言，亦與德國民法等不同，蓋日本民法以留置權爲一種物權，既修正其有制限性質之字句，自應認其有物權之特質，即對世的效力也。即所謂他人者，係指債權人以外之人而言。惟如此解釋，留置權與第五百三十三條所規定之雙務契約同時履行抗辯權間，其效力上之異同，乃益臻明瞭矣。（二）留置權人違反第二百九十八條第一項及第二項規定者，同條第三項，雖有得由債務人請求留置權之消滅之規定，惟亦僅就其通常情形——即債務人與標的物所有人爲同一人時——言之而已，其債務人與所有人爲各一人時，對物有處分權之所有人，自亦有消滅請求權。又第二項所謂債務人之承諾，亦係僅就通常情形而言，其債務人與所有人爲各一人時，自應以對於物之使用或處分，有許可權之所有人之承諾爲要件。如僅拘牽文義，以爲法律惟認債務人與所有人爲同一人者，則失當矣！第三百零一條規定：留置權因擔保之提供而消滅，有因余謂即非物之所有人之債務人，亦有消滅請求權，譏爲在論理上，有矛盾者。藥師寺氏前揭論文。惟債權人不惟在法律上當然——即反於物之所有人之意思——得爲他人之債務，留置其物，並得僅因數目甚微之債權額，留置價格較鉅之物，故不僅物之所有人，即債務人，亦得因擔保之提供，有留置權之消滅請求權，而使債務人負擔保護物之所有人之責任。蓋亦認留置權得在債務人以外之人之所有物上，行使之，之當然結果也。要之，第二百九十八條第二項之規定，與第三百零一條之規定，僅就通常情形——即債務人與物之所有人爲同一人時——而言，雖係相同，惟解釋債務人之文義時，不能謂概依同一範圍而論耳。

商法上之留置權，其第二百八十四條限定：僅得留置債務人所有之物或有價證券。蓋商法上之留置權，不以物與債權之牽連為要件也。

(三)債權人留置第三人之物者，其是否明知其物係屬於第三人，在民法上，皆無區別。同說——富井氏民法原論釋義二卷六〇五頁，法曹記事二二卷一〇。此點與瑞士民法條八九五項規定：留置非債務人之物者，以債權人善意受領為要件者，不同。民法修正案理由書雖謂：善意占有第三人之物者，有留置權，惟法條既未明白規定，自不能為善意惡意之別。

民法既有「他人之物」之規定，留置權之標的物，自係特定有體物。因無記名債權，視為動產，^{八六條}故亦得為留置權之標的。

留置權係以占有為要件之物權，故以不動產為其標的物者，不須登記。(登記法一條)

留置權之標的物，是否以有讓與性為要件？因民法上並無如第三百四十三條關於質權之規定，自留置權人無標的物拍賣請求權觀之，似應消極解釋，惟吾人以為：留置權人雖無受優先清償之權利，惟應有拍賣法上之拍賣請求權，故留置權之標的物，亦以得為讓與之物為要件。^{反對——中島氏民法釋義二卷六〇四頁}

留置權之標的物者，物也，對於此點，立法例上，殊不一致。例如：瑞士民法規定為：動產及有價證券，(瑞民法八九五條一項)德國民法，因認留置權為拒絕給付 (Leistung) 之權利，故物或權利，皆得為其標的，(德民法二七四條)法國民法雖無明文，惟在解釋上，亦似認為動產及不動產。

(Zacharia-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Aufl. II. S. 275)

(四)須行使留置權人占有其標的物

須占有其標的物，爲留置權成立之要件，雖屬明甚，惟所謂占有者，非指其有嚴格意義上之占有權而言。留置權人在留置權成立後，雖有完全占有權，惟爲留置權成立要件之占有，不但第一百八十條所謂：以爲自己之意思，持有其物者爲然，其僅爲單純持有（*detentio*）者亦同。同說——梅氏民法要義物權編三〇四頁；川名氏物權法要論一八五頁。何則？蓋民法上占有一語，非僅指嚴格意義上之占有權而言，有時僅係謂持有也。例如第一百九十七條及第三百四十五條之占有是也。惟有如斯解釋，始有認許留置權之實益。例如無因管理人得取得其權利，有如後述。且各法律上之占有一語亦不必與民法上之占有係同一意義。大正三年一月二日大判。

一標的物由債權人債務人共同占有（*Mitbesitz*）者，債權人似無留置權，惟亦不然。蓋其標的物既爲債權人所持有，自得留置之也。其於同一物，債務人爲間接占有，債權人爲直接占有者，債權人得行使其留置權，亦無容疑。

第二 須、非、因、侵、權、行、爲、開、始、占、有。

法律上所以認有留置權者，蓋欲迅爲清償，期得其平也。故因侵權行爲，開始占有者，不得認其有留置權。二九例如修繕其所盜取之物者，不得爲修繕費之償還，留置其物，亦不待論。舊民法擔保編第九十二條，德國民法第二百七十三條第二項，瑞士民法第八百九十五條第一項，舊俄國民法草案第一千六百四十二條第二項等規定，大致相同。惟不得誤謂日本民法尙區別占有人爲善意惡意耳。即知爲他人之物而占有之者，既不能謂爲侵權行爲，仍無害其爲留置權要件之占有也。

惟有判例（大正一〇年一月二三日大判）以爲：占有雖非因侵權行爲而開始，惟知無占有之權利，而占有他人之物者，在類推解釋上，亦係侵

權，應依第二百九十五條，無留置權。此判決之意旨，雖所贊同，惟不得即謂：知爲他人之物，而占有者，即無留置權耳。例如：建築物承租人，於租賃解除後，因其爲該建築物，曾支付修繕費，而主張在其建築物上，有留置權，是也。

有謂：其占有時，雖無侵權行爲，其支付費用時，有侵權行爲者——例如：承租人爲永久的變更於租賃物者——仍無害其留置權之發生。中島氏民法釋義 二卷六〇六頁 吾人雖聽其說，惟究不得因自己之侵權，而主張其權利。應由出租人課其責任。

依舊民法之規定，留置權人應證明，其占有係基於正當之原因，惟自現行法之規定推之，其舉證責任，應屬於反對留置權者。修正案由書第二百九十五條下之第二參照 中島氏前揭

第三 須留置權所擔保之債權，係因得爲留置之物而發生。

留置權制度，在促爲清償，以期公平，故不得爲擔保一種債權，而留置與其全無關係之物。惟此項牽連（關聯，牽聯）（*Connecto; Konnexität; Connexité; Connessità*）之意義，亦有兩說。一說以爲：須留置權人對相對人之債權，與相對人對留置權人以物之交付爲標的之債權相互牽連，而非由他項關係所發生。此說係羅馬法在詐欺抗辯（*exceptio doli*）上，所採用，而現在不認留置權爲物權之德國民法亦仿之。對於此項同一關係之意義，頗有爭論，（譯者按「頗有爭論」四字，係依三潞氏擔保物權法增入者）尙應將占有與債權之牽連說明之。蓋德國民法不認留置權爲留置其物之權利，而認爲拒絕給付之權利也。惟法國法系法典以爲：留置權人所占有之物，須與其債權相牽連。前款所列法，意民法各條所認之留置權及日本舊民法等，增九 二條 莫不皆然。瑞士民法 八九條

項亦同。日本民法依第二說，他人之物之占有人，有由其物所發生之債權者，有留置權。^{二九五}以留置權為純物權，以在物上行使之為其本質，蓋至當規定也。例如：他人之物之占有人，因其物受損害者，其賠償請求權，即因其物而發生，故其物與債權間有牽連，又如：修繕業者，關於修繕費之支付，得留置修繕之標的物，是也。換言之，即債權與應交付之標的物之占有——例如買賣、互易——係由同一交易關係，或由同一標的，而發生者，在雙方債權間有牽連，同時其物與債權間，亦有牽連，其由物、自身、為發生債權之直接原因者，亦同，例如：前述之損害賠償請求權是也。

商法上之留置權（商二八四條）非起源於羅馬法，已如前述。其留置權與民法上之留置權不同，不以物與債權之牽連為必要，僅以其留置權所擔保之債權，係因當事人雙方之商行為而發生者，為必要。凡認商法上之留置權之法制，皆採此項主義。^{瑞士民法（八九五條二項）及舊俄國民法草案（一六四三條）}（Wieland, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 365; Seiler, Entwurf des Russischen Zivilgesetzbuches S. 198）亦然。關於代理商之留置權，尙應參照商法第四十一條，對於承攬運送人之留置權，尙應參照商法第三百二十四條。其他商法上之留置權，應參照：松本氏商行為法第七十五頁，京都法曹會雜誌第九卷第十號所載，毛戶氏「論商法上之留置權」。

占有物與債權間，以有牽連為必要，雖如上述，惟占有與債權間，是否亦以有牽連為必要？換言之，則留置權人之債權，係以占有留置權標的物為必要，或至少亦以其占有與債權同時發生為必要？抑為擔保占有其物以前所發生之債權，亦得留置其物？質言之，即取得占有與取得債權，是否以由同一法律關係而發生為必要也。有謂：占有與債權之牽連，亦係一種要件，舊民法^{增九}二條有「因其物或牽連占有而發生者」之規定，故留置權所擔保之債權，以發

生於占有其物之時爲必要，現行法雖無明文，亦無變更舊法所採主義之形跡。惟其占有標的物前所取得之債權，與返還標的物之債務，並無牽連，應各別履行之。如占有人對其債權，亦得留置標的物，則有反於留置權之本質耳。

橫田氏物權法五七一頁，五七二頁，馬場氏中央大學講義錄一九頁，二〇頁。

其他一說，則謂留置權所擔保之債權，通常雖係發生於占有留置物之時，

惟非其權利之成立要件，僅在交付其物之時，爲占有者即可。例如修繕他人之物以後，爲占有者，仍不失爲具有牽連之要件是也。富井氏民法原論物權三一八頁，法典質疑錄民法八二頁，同氏解答。

吾人在大體上，雖採後說，惟有進者，現行法究否變更舊法意旨也耶？在解釋上，殊不確定。論者雖謂現行法並無變更舊法上制限規定之形跡，惟自另一方面言之，因現行法刪改爲「其有因其物所生之債權者」，故即認其規定，係明示與舊法相反之旨，亦非所妨。是時立法者之意思，在兩方面，皆可解釋。修正案理由書謂其仍依舊法所採主義，僅係修正字句，雖屬事實，惟吾人僅知依法條明示之意義，而適從之。修正理由等不過在法條不明瞭時，得爲解釋上之補助資料而已。且舊民法規定，亦謂因其物或牽連占有而發生，並非謂因其物及牽連占有而發生也。要之，倘無其他可爲制限之理由，或特別規定者，惟有依法條之規定，爲廣義解釋而已。雖論者或謂占有前取得之債權，與交付其物之債務，並無牽連者，惟日本民法與德國民法不同，不以債權相互間，有特別牽連爲要件，已如前述。故吾人以爲係汎指一切物與債權相牽連之情形而言，換言之，則其物自身，爲發生債權之直接原因也。例如物之占有人因其物受損害者，其債權與取得物之占有，因同一關係，或目的，而發生者，皆其物與債權間，有牽連也。惟因同一關係，或目的，而發生者，究係何義？吾人所以謂爲同一關係，或目的者，蓋以占有之取得與債權——例如同

一買賣同一互易——皆不以由同一法律關係而發生爲必要，僅因同一交易關係，或同一目的而結合也。故如甲自乙受爲某種投機事業之委託，而甲因之受損失者，應視爲乙對甲怠爲報酬之支付。其後，甲又自乙受同樣投機事業之委託，並寄託有價物者，其委託如係以回復前次損失爲目的，自有相互關係。即前後二次之委託，各皆得認係同一投機目的，同一投機事項之連鎖之一部也。故甲爲確保由前委託所生之請求報酬之債權，得留置因後委託，由其占有之物。可如因同一目的，受購買A B C三物之委託者，因A物支出費用償還請求權，而留置B C兩物，亦所不妨。

反之，承租人使用收益租賃物之權利，係由一定法律關係，當然發生之內容，不能認爲係因租賃物所生之債權，故在租賃物上，不能行使留置權。大審院判例^{大正一一年八月二〇日判決}亦謂：甲以其土地讓與於乙者，原由甲方承租之丙，不得在其土地上，對乙行使留置權。其時，丙雖對甲，有因契約不履行之損害賠償請求權，惟不能謂係因租賃物所生之債權，故不得以爲理由，對乙拒絕租賃物之交付。^{大正九年一月一六日大判}

惟留置權人一度交付留置物後，又取得占有者，其前存在之債權，與其後取得之占有，有牽連性，亦得留置其物否耶？對於此點，即主張債權不以發生於物之占有時爲必要之學者，亦採消極說。^{富井氏頁數同前}惟吾人以爲：其時尙應有留置權。例如：甲自乙受修繕其物之委託，不問乙並未爲修繕費之支付，而甲任意交付其物之占有於乙者，其留置權雖依第三百零二條之規定，因喪失其要件，而一度消滅，惟其後又因貸借、寄託或其他原因，而移轉其物之占有於甲者，甲爲擔保以前修繕費請求之債權，得留置其後占有之物。何則？蓋其時雖不得謂其物之占有與債權，

係由於同一關係或目的，而同時發生者，惟第二百九十五條所規定「因其物所生之債權」之要件，則無所缺，在前留置權雖一度喪失其要件，在後為主張時，則已具備要件故也。凡法律定有權利成立要件者，其各要件，應否同時具備，應就各個情形定之，係解釋上之問題。自第三百零二條留置權因喪失占有而消滅之規定推之，縱係其後更具備要件者，亦不能謂為不能成立留置權也。其物之占有，既非由於侵權行為，自不能僅以其占有出於偶然，遂否認其留置權之成立也。惟其後所發生之留置權，係新發生之權利，非以前存在之留置權之繼續，亦不待論。

瑞士民法以留置權為純物權，其第八百九十五條第一項「留置權之標的物與債權有牽連者」之規定，與日本民法之規定同。有謂物之占有取得與債權，不必基於同一法律關係，但以同一目的為已足，為其規定之解釋者，(Wieland, Kommentar zu Art. 895) 吾人對於日本民法，雖不必主張為相類之解釋，惟亦不應獨為異說也。(評論三卷一五號所載拙稿「留置權人之債權與占有之牽連」參照)

第四 留置權所擔保之債權，其發生原因，如何，概非所問。

留置權所擔保之債權，其發生原因，有列舉規定主義，有概括規定主義。日本民法以列舉主義有掛漏之嫌，故不列舉債權發生之原因，其債權係因契約而發生（例如：物之修繕或買賣。）因不當得利而發生（例如：物之占有，對占有物支出必要費者。）因無因管理而發生者（例如：無義務為他人之物之管理，支出有益費者。）因侵權行為而發生者（例如：保管他人之工作物，因其設置方法不完備而受損害者。）皆非所問。

第五 須留置權人之債權，屆清償期。

如其債權未屆清償期，而占有人交付占有物之債務已屆履行期者，占有人應先交付其物，不得在其物上，行

使留置權。二九五條一項但書。

第六 留置權係從屬債權之他物權。

留置權係從屬債權之他物權，係一種擔保物權，自不待言。惟留置權是否有與其他物權相同之優先的、追及的、效力？有與其他一般財產權相同之讓與性？俟於留置權之效力內論之。茲僅就留置權與其相類之雙務契約同時履行抗辯權及抵銷之異同，略述如左：

留置權與殆有同樣作用之雙務契約同時履行抗辯權（*exceptio non adimpleti Contractus; Einrede des nicht erfüllten Vertrages*）之異同為何？依第五百三十三條之規定，雙務契約當事人之一方，在相對人債務履行之提出前，得拒絕自己債務之履行，其條件與留置權相類。例如：賣主拒絕標的物之交付，修繕業者拒絕修繕物之交付，皆依同一條件，得行使留置權及雙務契約同時履行抗辯權是也。惟兩者並非重複之規定。

以留置權為一種物權之立法例及有認為物權傾向之國家，通常皆未為關於雙務契約同時履行之抗辯通則的規定，僅對特別雙務契約——例如買賣——認有同時履行之抗辯而已。例如法國民法^{一六一二條}、^{一三條}等。意國民法^{一四六條}、^{一四六六條}、^{一四六七條}及日本舊民法^{七條}財取^四屬之。惟德國民法不認留置權為物權，不惟認其抗辯係一種債權效力，且其得留置者，亦不以物為限，即係一般給付，亦得為之。^{二七三條}、^{二七四條}。並於第三百二十條規定，以雙務契約同時履行之原則，為特別留置抗辯。兩者差別，即同時履行之抗辯，僅於雙務契約適用之，亦非如留置權因提供擔保而妨礙其行使也。Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Kommentar zu § 273; Kuhlenbeck-*Standin-ger*, *Kommentar zu § 273*; Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* 7. Aufl. I § 141

惟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之立法例，除有瑞士、奧大利等國外，日本民法亦其一也。

對於日本現行法上之留置權，與同時履行抗辯權之關係，學說甚多，富井氏民法原論物權三〇七頁以下，橫田氏物權法五六九頁以下，法曹記事二二卷一〇號所載松岡氏「論民法上之留置權」等，茲依左列各點，說明其行使要件及結果如左：

(a) 在契約中，既認雙務契約係特種契約，以交換性質爲其本質，故法律除特別規定，當事人之一方，應先爲給付外，並應認同時履行之原則。此項抗辯權，係債權性質，僅有對人的效力，惟留置權則與之異，係一種物權，有對世的效力。例如：一不動產，由甲出賣於乙，由乙轉賣於丙，雖甲乙間，已爲所有權移轉之登記，其而不動產尙由甲爲占有，甲未受乙之代價清償者，如丙對甲請求其不動產之交付，甲不得行使第五百三十三條之雙務契約同時履行抗辯權。何則？蓋此項抗辯權，僅係對人權，故僅得對於未償代價之乙行使之，惟其時甲得對丙主張物權之留置權，拒絕交付。

(b) 雙務契約同時履行抗辯權，僅於因雙務契約所發生之債權，適用之。留置權則於因不當得利，侵權行爲等所發生之債權，皆得行使之。

(c) 第五百三十三條規定：「得拒絕自己債務之履行。」故依之得拒絕之給付，不以有禮物之交付爲限。惟依留置權得留置者，在民法上，僅以有禮物爲限。

(d) 債務人雖得提供相當擔保，請求留置權之消滅，一三〇 德民二七惟第五百三十三條之抗辯權，並不因提供擔保而消滅。蓋此項抗辯權，係特種契約之雙務契約當然附隨之效力，與法律上所特認之留置權不同。評論二卷稿「同時履行之原則與留置權」末弘氏債權各論一三七頁 鳩山氏日本債權法各論一二五頁參照

(e) 得依留置權留置者，以他人之物為限。惟雙務契約同時履行之抗辯，則不必然。

留置權亦與抵銷相似，惟一係物權，一非物權，不惟其性質上有別，且留置權以物與債權間有牽連，為其成立要件。反之，抵銷則僅以二人負擔同種目的之債務為已足。惟商法上之留置權，不以有牽連為必要，不能以此點為二者之區別。抵銷有在相當額內，銷滅雙方債務之效果，反之，行使留置權之效果，並非有債務之消滅，僅係催促相對人履行債務之方法而已。

第七 留置權、係、留置物之、權利。

留置權如後所述，其效用僅係留置物品，催促清償之方法，雖有拍賣法上之拍賣請求權，惟並非如其他擔保物權，有受優先清償之效力。

第八 留置權、有、不可、分、性。

留置權與一般擔保物權同，有不可分性。(Unteilbarkeit; indivisibilité; indivisibilità) 民法於第二百九十六條規定之，其規定於其他擔保物權，亦準用之，茲說明其概要如左：

不可分之性質，應自左列兩方面說明之。

(一)留置權爲債權之全部及各部，不可分的，存於標的物全部之上。

換言之，則留置權人在受債權全部清償以前，得在標的物全部上，行使權利，即債權之一部，有因一部清償，或其他事由消滅者，仍得在標的物全部上，行使權利。

(二)留置權以其標的物之各部，爲債權全部之擔保。

即留置物有因分割，天災，或其他原因而減縮者，仍以其殘存部分，爲債權全部之擔保，債務人不得因標的物之減縮，依其減縮，比例清償其債務，而請求現存擔保物之返還。又以無特約爲限，留置權人不得請求提供補充擔保。但其減縮因可歸責於債務人之事由者，應適用第一百三十七條之規定。

擔保物之價格，縱有漲落，留置權人無爲一部返還之義務，亦無請求補充擔保之權利，但有特約者，則當別論。留置權或其他一切擔保物權，在立法上，所以有不可分性者，雖係爲充實其擔保力起見，惟亦不得以爲，僅係謀擔保權人之利益也。在對人保證時，有不可分的效力之連帶保證關係，除依商法第二百七十三條之規定外，皆係因當事人之合意而發生，反之，擔保物權之不可分的效力，則係依法當然發生，實合於留置權爲物權之意旨。此項立法例，應參照拙著訂正擔保物權法本論第一章第一節。

不可分之規定，在留置權之性質上，自屬當然，惟亦非必然也，故非強行規定。其有不可分之特約者，應係有效，自不待論（法曹記事三二卷四號）

所載，大正一〇年一月一九日法曹會決議）

第九 留置權係因法律之規定而發生。

留置權所擔保之債權其發生原因如何，雖非所問，惟留置權自身，僅係因法律之規定而發生，與先取特權同，爲其特徵，與質權及抵押權不同。

第二節 留置權之取得

留置權除基於繼承或其他特殊事由承繼者外，僅得因法律之規定，直接取得之。惟留置權係與物之占有，不可分離之權利，故在不動產上行使之者，雖未登記，亦得對抗第三人。登記法一條

留置權得拋棄之。惟豫爲不發生留置權之意思表示者，其效力如何？商法第二百八十四條但書規定，「有特別意思表示者，不在此限。」故商人間因雙方商行爲所發生之債權，而爲之不發生留置權之意思表示，應係有效，自不待論。雖有謂此項特別意思表示，須有當事人雙方合意者，松本氏商行爲法七七頁，惟債權人一方，對債務人，豫爲此項意思表示者，亦非所妨，吾人亦韙其說。法制時報八卷一二號所載藥師寺氏一不發生留置權之意思表示一參照。至民法上之留置權，則無明文，故學者有否認不發生留置權之意思表示之效力者。松本氏前揭。雖有謂，因公平觀念，而認留置權者，惟與其謂爲公益，不如謂爲供債權人以特別擔保也。不能以留置權與一種先取特權同視。故豫有不發生留置權之合意者，或僅債權人之一方意思表示，皆應認爲有效。同說——藥師寺氏前揭中島氏民法釋義二卷六一二頁

第三節 留置權之效力

留置權之效力，應自留置權人之權利義務兩方面說明之。

第一款 留置權人之權利

第一 留置權人在受其債權全部清償以前得留置標的物之全部。二九五條、二九六條

留置權，惟得依法定要件，留置標的物，除有孳息收取權外，七條、二九並無在標的物上，受優先清償之權利，已如前述，惟留置權人常得同時有先取特權，故因其效力，得在賣得價金上，有優先權。

民法對於留置權人之留置物拍賣權，雖無規定，惟拍賣法第二條第三項規定：「拍賣人對留置權人，非為清償，不得受領其拍賣標的物，又於第三條，對於留置權標的為動產者，為規定，於第二十二條，對於留置權標的為不動產者，為規定，故留置權人有拍賣法上標的物拍賣請求權，蓋無容疑。拍賣人欲受領標的物者，應對留置權人為清償，留置權人由標的物以受清償，在事實上，殆有優先於其他債權人之同一結果。惟不得在拍賣價金上，優先於其他債權人而受清償。法曹記事二八卷八號所載大正七年五月一八日法曹會決議」拍賣法關於此點之規定，雖欠明瞭，惟自留置權之本質觀之，自其並無民法中，其他擔保物權人間順位之規定觀之，亦無疑也。同說——富井氏民法原論物權三二一頁、橫田所載、松岡氏前揭論文、京法九卷一〇號、毛戶氏一論商法上之留置權有謂：「在實體法之民商法上，所不認之拍賣權，不應在程序法之拍賣法上認之者。惟民商法大體皆係規定權利義務之實體，——即權利義務之所在，性質，效力。——程序法僅係規定各該關係之程序，不惟民法中有程序規定，程序法中，亦有實體規定，在理論上，亦無妨也。論者或謂：留置權人雖因民法第二百九十五條，商法第二百八十四條之一般規定，無拍賣權，拍賣法亦未付與其權，惟在各個情形，——例如：商法第六百六條，第六百十條各情形。——應有拍賣法規定之適用。中島氏民法釋義二卷五九三頁、中島氏民法論文集所輯「留置權之性質」」惟拍賣法之成立，在有拍賣規定之商法以前，故不得謂拍賣法係假設之規定。要之，拍賣法之規定，係一般留置權上，實體效

力之補充規定也。民事訴訟法並規定：其留置權係存於不動產之上者，拍買人應負清償其留置權所擔保之債權之責任。依民法施行法第五十一條修正之民訴法六四九條三項

第二 留置權係物權，故留置權人有物權效力之優先權及追及權。但得依優先追及之意義爲何，認其無優先權及追及權。

(一) 優先權

如以優先權係得優先於通常債權人行使權利之義——即得受優先清償之義——則因留置權人無優先於其他債權人自標的物受清償之權利，自不得不謂留置權無優先權。如以優先權爲物權，係優先於同一標的物上後生之物權之義 (Prior tempore, potior iure) 則不可不謂留置權亦有優先權。優先權之意義，自以是說爲當。應參照總論第二章之說明。例如留置物之所有人，讓與其物於他人者，或在物上設定他物權者，留置權人雖未登記，對於已爲移轉或設定登記之讓受人，或他物權人，亦得主張其留置權。且依拍賣法之規定，因拍賣買得標的物者，亦非爲清償，不得請求其物之交付，故留置權人在事實上，與優先於其他債權人受清償者，殆無甚異。要之，留置權得對抗債務人與其承繼人，及留置權發生後，在同一標的物上，取得物權之人，固不待論，即對於取得關於其物之債權者，亦得對抗之。

(二) 追及權

如以追及權，係得對抗一般人之權利，係標的物之所有權或標的物上之其他權利，雖有變動，亦得追及之，而行使其權利之義，則是前述優先權之說明矣。惟如以爲追及權，係指其標的物自身，雖在任何人手內，亦得追及其

所在，在其物上，行使權利而言，——例如：抵押物移轉於任何人手內，抵押權人亦得追及其所在，而行使抵押權。——則債權以無此效力為原則。故依後說，為追及權之解釋，留置權人自不得行使追及權。即留置權人喪失標的物之占有者，其權利即應消滅。^{三〇}縱其權利係物權，係一種絕對權，而其標的物歸屬他人占有者，即不得僅因其有留置權，而取回之也。但依占有回收之訴回復之者，仍不喪失其留置權。

第三 留置權人，在其標的物上，有占有權。

標的物之占有，為留置權之成立要件，雖無嚴格意義之占有權，惟留置權已成立者，留置權人即係以為自己之意思，為物之持有，故依第一百八十條之規定，有完全占有權。留置權人即自其時，受占有之一般保護，得有各種占有訴權，例如：其物之占有，雖有一度侵奪，但依占有之訴回復之者，仍不喪失其留置權。

第四 留置權人，得在標的物上，不可分的行使權利。

對於此點，已述如前，茲不再贅。

第五 留置權人，得收取自留置物所生之孳息，以充債權之清償。

留置權人不得以標的物，充其債權之清償，或在拍賣價金上，受優先之清償，雖如前述，惟民法允許留置權人，收取自留置物所生之天然孳息，法定孳息，優先於其他債權人，以充自己債權之清償。^{二九七}蓋留置權人，對於留置物，有以善良管理人之注意，占有其物之責任，^{二九八}故對其負擔，付與以孳息收取權，不惟權衡至當，且以已收取之孳息，充當一部之清償，亦無害於債務人也。

留置權人在留置物上，有占有權，似無本條規定，亦得取得孳息。（一八九條）惟留置權人知爲他人之物而占有之者，應否爲善意占有人，不無疑問，故特設本條，使依第一百八十九條之規定。（中島氏民法釋義二卷六二二頁參照）

對於孳息取得之方法，雖無特別規定，惟自其取得權，並非債權性質一點觀之，其與元物分離者，謂應當然歸屬留置權人所有，不以先占行爲等爲必要，自屬正當。！中島氏民法釋義二卷六二二頁

第二百九十七條第二項規定：其收取之孳息，先以充當債權之利息，有剩餘者，充當元本。蓋僅係以通常順序爲標準之規定，並非強行法規。

留置權人既收取孳息，卽有以其孳息，充當清償之義務。惟其收取孳息與否，由其任意。舊民法一方付與留置權人以收取孳息之權利，一方又規定其怠爲收取者之賠償義務，未免太酷！但其怠爲收取已發生之孳息，欠缺善良管理人之注意者，亦實不少。有謂：其時留置權人對債務人，不能卸免損害賠償之義務者。中島氏民法釋義二卷六二三頁其說雖善，惟在事實上，頗有困難。其時，應適用第二百九十八條第三項之規定。

對於收取孳息之換價方法，亦無規定，應先依拍賣法之規定。但有因遲延有發生損害之虞者，自以謂留置權人得以相當價金，自爲換價，充當清償，係善良管理人之權利義務之說，爲當。橫田氏物權法五八二頁惟因債務人之合意，評定孳息價值，卽以現物充償，亦非所妨。

第六 留置權人在留置物之保存上，有爲必要使用之權利。

留置權人無債務人之承諾，不得爲標的物之使用或租賃，或供擔保，雖如後述，惟在標的物之保存上，許爲必

要之使用，不惟非債務人之損害，反應爲其利益，故第二百九十八條第二項但書，以在保存上，有必要者爲限，付與留置權人以使用權。例如使役其如不使用，其後卽不能使用之動物，或使用永停運轉卽有銹蝕之虞之器械是也。

第七 留置權人得請求關於留置物所支出之費用之償還。

留置權人在標的物上，有占有權，故依第一百九十六條關於占有權之效力之規定，亦得受領在其物上所支出之費用之償還，惟其規定，因占有人是否善意而有區別，故以適用於留置權人，尙非適當。何則？蓋留置權人知爲他人之物，而留置之，似係惡意占有人，但仍依法有求償權也。惟如概視留置權人爲善意占有人，又不能依第一百九十六條第二項但書規定，對有益費，使法院對物之所有人酌定償還期限。梅氏民法要義物權編三一六頁參照且如後述，因留置權有與一般占有爲不同之規定之必要，故民法分別留置權人對標的物所支出之費用之種類，另設第二百九十九條之規定。

(一) 必要費、

留置權人對留置物支出必要費者，得使所有人償還之。二九九條一項必要費 (depenses necessariae; notwendige Verwendungen; dépenses nécessaires; spese necessarie) 者，在物之保存上，不可欠缺之費用 (Erhaltungskosten 例如：修繕費、飼養費。) 及在物之管理上之必要費用 (Verwaltungskosten 例如：租稅。) 之謂也。留置權人依第二百九十七條之規定，僅得收取自占有物所生之孳息，充當債權之清償，故無如第一百九十六條，爲通常必要費，臨時必要費區別之必要，概使所有人償還之。

(二)有益費、

留置權人對留置物支出有益費者，應分別情形論之。有益費 (depenses utiles; nützliche Verwendung-
gen; dépenses utiles spese di utilità) 者，非物之保存上或管理上，不可欠缺之費用，乃為增加物之利用價
格，所支出之改良費之謂也。例如在物上為相當之裝飾，在土地上施肥料，是也。

留置權人對留置物支出有益費者，(一)因其費用所生之物價增加，現不存在者，不得使物之所有人為其費
用之償還。蓋有益費原非物之保存上，不可欠缺之費用，雖謂為占有人任意支出者，亦非過言。緣其物如在所有人
手內，究否支出此種費用，不可知也。而因其費用所生之增加價格，現不存在者，亦使所有人償還費用，亦失於酷！惟
反之，(二)其增加價格，現尚存在者，使所有人有不當之利得，於無理由，故以使所有人償還全部費用，於留置權人
為當，惟其物如在所有人手內，究否支出此項費用，亦難斷言。故民法規定：其增加價格現尚存在者，依所有人之選
擇，償還留置權人所支出之金額，或增加價額。二九九條
二項本文 法院並得依所有人之請求，對其償還費用，酌定相當期
限。二九九條
二項但書

法院依所有人之請求，酌定相當期限者，留置權人須俟期限屆至，始得實行其償還請求權，在其期限以前，以
其請求為內容之債權，尚未屆清償期，故不得以未受清償為理由，留置其物。同說——富井氏民法原論物權三三
二頁橫田氏物權法五八四頁梅氏民
法要義物權編三一八頁中島
氏民法釋義二卷六三二頁 但逾期尚未償還，而標的物由留置權人占有者，不妨為其償還請求權，留置其物。

(三)奢侈費、

其支出之費用非爲物之保存，管理之必要，亦非有價格之增加者，爲奢侈費。*(Luxuskosten, verschönernde Verwendungen; dépenses voluptuaires; spese di lusso)* 留置權人，對留置物，支出此項費用者，所有人無償還之義務，但得適用添附之規定。

第二百九十九條，僅係對於所有人之規定，殊不完備於所有人以外之人——例如債權的請求權人——請求留置物之返還者，不適用之，殊非適當。故吾人贊同改「所有人」爲「回復人」之說。(中島氏前揭) 有謂：可認該規定，僅係就通常情形而言者。

第八 通說留置權人，得以其留置權與主債權共同移轉

依從來之通說：主債權移轉者，當然伴有擔保物權之移轉，爲債權讓與之一般的效力，對於主債權，須有移轉之意思表示，對於擔保物權之移轉，則不以有特別意思表示爲必要。是爲擔保物權之伴隨性。惟僅以從隨主之簡單理由，尙難爲此結論，蓋擔保物權，係從權利，無獨立之存在，故或當然隨主債權而移轉，或僅主債權移轉，而擔保物權喪失其存在要件，歸於消滅，二者將居其一也。吾人對於留置權，不惟不信其有當然伴隨性，且對其有無移轉性——即能否移轉留置權於他人之問題——亦有疑問，間嘗爲文論之。志林一二卷八號所載拙稿「留置權之移轉性與伴隨性」 因其在留置權上，甚有疑義，故茲說明如左：

惟應注意者，此項問題，係僅就特定承繼時而言，其包括承繼時，留置權當然應移轉於承繼人，自不待論。蓋本於包括承繼之特別法理也。其他因民事訴訟法第六百條所規定之轉付命令，及民法第四百二十二條所規定之因代位而移轉債權者，債權人之地位，在裁判上或法律上，當然皆有變動，故留置權亦當然隨債權而移轉，不得以

之與基於當事人意思之讓與同視。

或謂：留置權不惟爲一種財產權，且因無禁止讓與之規定，除因當事人間之合意或法律之規定，禁止讓與者外，自得與主債權共同移轉。中島氏民法釋義二卷五九七頁以下。惟一切財產權非皆有讓與性，其無禁止規定者，亦不能概爲肯定說，不過在其無規定時，應研究該財產權之性質或其他情形，定之而已。

惟反對說以爲：一般擔保物權，有移轉性，其主債權移轉者，當然有伴隨其主債權之性質，惟留置權大要應爲消極解釋，當分別情形論之。新報三〇卷五號所載，橫田氏論擔保物權之移轉性。依其見解，留置權以標的物之占有爲其要件，故非移轉占有者，不能移轉其留置權。在債權消滅時以留置權人服從標的物返還義務爲要件，當視其返還義務，是否適法移轉於第三人。留置權人對於他人，服從債權的返還義務時，例如甲以其所有物租賃於乙，而乙以其費用修繕之者，乙在修繕費償還以前，雖得留置其物，惟其時乙不得讓與其債權於丙，並交付其物於丙，而移轉其留置權是也。何則？蓋乙爲承租人，其標的物返還義務，始終如一，非因留置權之發生而消滅也。倘乙得交付其物於丙，使丙返還於甲，是乙得任意移轉其對甲爲承租人之義務於他人，自非合理！惟反之，如留置權人讓與其債權於第三人，同時適法移轉其返還義務於第三人者，其留置權當然得隨債權移轉於第三人，例如某物承租人乙，得出租人甲之承諾，讓與其租賃權於丙，並交付其物，而乙對甲之修繕費償還請求權，亦讓與於丙者，則丙承繼乙之地位，其留置權，亦應移轉於丙。惟如乙得甲之承諾，轉租租賃物於丙，而交付之，並讓與其修繕費償還請求權之債權於丙者，則與前項情形不同，蓋爲轉租時，承租人乙之標的物返還義務，並未移轉於丙，故留置權亦不移轉於丙也。留置權人對

於有物權者之回復請求權，亦依同一原則，依留置權人之返還義務，是否適法移轉於第三人，而定其有無留置權之移轉。橫田氏前揭論文其例解在大體上，尙屬適當。惟不僅應自返還義務研究之，並應自留置權之本質或其他等項，研究其有無移轉性及伴隨性耳。

吾人以爲：在特定承繼時，不惟留置權無當然伴隨性，卽有爲移轉之意思表示者，亦不得爲移轉，蓋一般的無移轉性，其根據約有左列數點：

(a) 如以留置權爲債權性質，則該權利有移轉性，自不待論，並應謂其有伴隨性。其時如謂留置權係一種獨立權利，不如謂係由特殊債權所發生之一種抗辯權，故主債權移轉者，當然伴有留置權之移轉，爲債權讓與之效果，雖非所妨，惟既以留置權爲一種物權，自不得同一而論，不能僅因其爲從物權，遂謂其當然有伴隨性耳。已如前述。

(b) 留置權與質權及抵押權異，僅因法定原因而當然發生，故不能與質權等類擔保物權，同一而論。第五百十八條規定：雖以更改當事人之合意，亦不許以留置權及先取特權，移轉於新債務，惟其僅以質權及抵押權爲限一點，殊可注意。更改原非債權之讓與，惟其以質權及抵押權之移轉，認爲例外，對於留置權及先取特權則不認之，而修正舊民法規定^{財五〇}者，豈非以此等權利之移轉係有特別性質也耶？^{民法修正案由書}五一一條下參照。

(c) 留置權人與民法上之質權及抵押權不同，其占有標的物，已受清償者，以返還現物爲主，故不得任意移轉其占有於他人，而免除或危害其現物返還之義務。論者或謂：在爲清償之時，有返還現物之義務，雖質權人亦然，不得以爲僅係留置權之特質。前揭富井氏民法原論物權三一—二頁，以下中島氏民法釋義二卷五九—八頁，第三百四十八條規定：質權人爲轉質者，對其因

轉質所受不可抗力之損失，應負責任。其轉質應視為附條件讓與質權者亦同。留置權則係依特別要件，在法律上所發生之權利，非有債務人之承諾，不得以標的物，提供擔保。^{二九八}如認留置權得任意與主債權共同移轉，亦應如第三百四十八條關於質權之規定，為讓與人責任之規定。否則或有規定加重責任之必要。惟民法關於此點並無規定，自係否認其移轉也。

質權，抵押權通常皆係基於當事人自由意思，所發生之擔保物權，其債權額與擔保物價格間，通常皆有相當權衡。留置權則不同，因擔保少額債權，留置不相稱當之價格之物，亦非所妨。蓋為法律上之當然結果，惟得因相當擔保之提供，消滅其留置權而已。^{三〇}故留置權人不得任意以權利讓與於第三人，移轉其標的物之占有，如其許之，則應有如前述關於讓與人之責任之特別規定。

(d) 質權雖以標的物之占有，為其成立要件，惟非存續要件。留置權則標的物之占有，為其成立要件，並其存續要件，其喪失占有者，留置權亦因之而消滅。^{三〇}占有權之移轉，雖非法律所禁止，惟留置權人僅有占有權而已，占有權非留置權也。故不得僅因認占有權之承繼，即謂認留置權之承繼也。留置權人喪失占有者，不問其占有之喪失，是否絕對的喪失，其權利皆應消滅。其後又取得占有者，應參照前述。

(e) 此外尚有補助理由。即第二百九十八條，概括的，對於留置權人，命其以善良管理人之注意，為留置物之保管也。例如承攬運送人，為請求運費之債權，留置運送物，修繕業者，為支付修繕費之債權，留置修繕標的物，皆有留置權之適用，是也。惟無論何者，法律皆在另一方面，假定承攬運送人，對於運送物之保管，有倉庫或其他相當之設備，

修繕業者，對其標的物，亦有適當之保管，而付與留置權。故可認為法律並不願任意移轉其權利於他人，而交付其標的物也。但日本民法，關於發生留置權之債權種類，不採列舉主義，故依契約，不當得利，侵權行為等原因，所發生之債權，皆有留置權，惟此項理由，僅係補助理由耳。

要之，以留置權為與主債權共同移轉，而當然伴隨者，為從來之通說，不能謂非確定之法理。惟吾人以為：即有移轉留置權之特別合意，亦難信其有得為移轉之性質，即留置權不惟無伴隨性，且並無移轉性也。論者或謂：留置權既非專屬一身之權利，自無與其他擔保物權相反之理內，前揭富井氏民法原論，惟吾人亦僅否認留置權之特定承繼性耳，並非否認其包括承繼性，固非以留置權為專屬一身之權利也。

第二款 留置權人之義務

第一 留置權人以善良管理人之注意，有占有留置物之義務。

留置權人占有留置物時，應以善良管理人之注意，保管之。二九八條一項其有故意者，固不待論，其因欠缺交易上一般經驗者之注意而生之損害，應任其責者，或欠缺其注意者，債務人（債務人與物之所有人各為一人者，並其所有人）得請求留置權之消滅。二九八條三項蓋留置權人為謀債權之清償——即為其利益——而占有之者，僅有對於自己之物同一程度之注意者，尙未為足，而以有善良管理人之注意為必要，使任抽象的輕過失之責。對於過失之種類等，拙著債權法提要總論三章七節參照。

第二 留置權人非有所有人之承諾，不得為留置物之使用、租賃或供擔保。

留置權人如爲之者，應得其物之所有人之承諾，但留置權人在物之保存上，必要限度內，得爲使用，已如前述。
條二九八

法條規定，雖係「無債務人之承諾」等語，惟亦僅就通常情形——即債務人與物之所有人爲同一人者——言之而已。其債務人與物之所有人各爲一人者，留置權人僅須得所有人之承諾，即可。蓋無論何人，皆無關於他人之物之使用或處分之許否權也。

在法條上，雖僅爲不得使用或租賃或供擔保之規定，惟如使用貸借，自亦當然禁止。

留置權人違反第二百九十八條第二項義務者，債務人得請求留置權之消滅。二九八條三項惟物之所有人與債務人各爲一人時，有謂惟所有人有消滅請求權者，中島氏民法釋義二卷六二八頁實不如謂債務人或所有人皆得爲消滅之請求也。

其違反義務所爲之使用，租賃或擔保等，自屬無效。梅氏民法要義物權編三四一頁，富井氏民法原論物權三卷六二九頁，川名氏物權法要論一九〇頁，中島氏民法釋義二卷六二九頁租賃標的物原不以出租人之所有物爲必要，惟本條禁止規定有物權的意義，故不認其租賃之效力。

惟得所有人之承諾，使用或租賃標的物，或以爲擔保標的者，(一)其因使用所得之利益，應評定其價值，自債權額扣除之，不使留置權人有不當之利得，吾人亦韙其說。中島氏民法釋義二卷六二六頁(二)因租賃所取得之租金，係法定孳息，應依第二百九十七條之規定，充債權之清償。(三)在其供擔保時——即在其爲質權或抵押權之標的時——其擔保權之性質，頗與轉質相類，其留置權消滅者，其擔保權自亦當然消滅，惟其與轉質異者，係得所有人之承諾，

以供擔保耳。故留置權人不應負擔第三百四十八條所定不可抗力之責任。惟依一般原則，負擔基於故意過失之責任。

第三 因清償或其他原因，而主債權消滅者，其留置權亦當然消滅，故留置權人有返還留置物之義務，自不待論。此外僅留置權消滅者，亦應負擔留置物返還之義務。

第四節 留置權之消滅

第一款 消滅之事由

第一項 一般物權之共通消滅事由

留置權雖因物權之一般消滅事由

標的物之滅失，所有及持有之禁止，沒收及收用，添附或其他原始取得原因拋棄混同等。

而消滅，惟對於時效，不能

與其他物權，同一而論。茲僅就上述事由內，關於留置權所應說明者，略述之。

第一 標的物之滅失

留置權亦因標的物之物質的滅失而消滅，自不待言。

留置權與其他擔保物權同，有不可分性，故標的物一部滅失者，不得有留置權之消滅。

第二 沒收及收用

留置權因其標的物依法令規定或裁判結果，被沒收而消滅。對其結果，應參照土地收用法，耕地整理法等。

第三 混同

留置物所有人與債權人——即留置權人——因繼承或其他原因，為同一人者，其留置權消滅條一七九日本民法上之留置權，得依留置權不得存於自己物上之理由，說明之。

第四 因、時、效、而、消、滅、之、有、無、

留置權係從物權，故無因取得時效，與主債權相離，而為他人取得者，自不待論，茲所欲說明者，惟其不與主債權共罹於取得時效耳。其理由應參照關於留置權之移轉性及伴隨性之說明。惟主債權未因消滅時效而消滅者，留置權能否因第一百六十七條第二項之消滅時效，離主債權而消滅，不無疑問。債權之消滅時效，以十年完成為原則。^{一六七}而債權及所有權以外之財產權之消滅時效，則以二十年為完成。^{同條二項}故通常主債權之消滅時效，皆在留置權罹於時效以前，業已完成。雖有債權時效，因中斷而未完成，留置權之時效，完成在前者，亦應以主債權有時效中斷之事由，其從權利亦有時效中斷，為當事人之意思解釋。惟就中斷事由之一之承認言之，^{一四七條三款}則不盡然。蓋債務人承認債務，不得認為同時亦對擔保物權為承認也。簡言之，留置權不能罹於消滅時效之理由，即留置權須以標的物之占有，為其存續要件，占有其物者，即留置權之行使，故其消滅時效，在標的物占有中，不能進行何則？蓋消滅時效，以權利之不行使為其要件。^{同說——富井氏民法原論物權三三六頁}惟留置權人喪失標的物之占有者，留置權依第三百零二條之規定而消滅也。

故依前述之同一法理，留置權不因第三人之取得時效而消滅，亦可概見。

第二項 擔保物權之共通消滅事由

留置權與一般擔保物權同，因主債權——因清償混同，免除或其他事由——之消滅，及主債權之讓與，而失其存在。惟主債權之消滅時效，與留置權之關係，有特應說明者。

主債權因消滅時效之完成而消滅者，留置權亦應消滅，惟在留置權人占有標的物時，有疑其債權不罹於消滅時效者。故民法規定：留置權之行使，並無害於債權消滅時效之進行。^{三〇}蓋留置權之行使，與債權之行使，不可混同也。如以標的物之留置，同時即係主債權之行使，則在其留置時，主債權將永不罹於時效矣，不惟反於設立時效制度之意旨，且自理論上觀之，同時以物之留置，為債權之行使，亦大謬也！

第三項 留置權之特別消滅事由

留置權之特別消滅事由，有：(一)提供擔保，(二)違反義務，(三)占有之喪失，(四)對於破產財團之失效，四種。

第一 提供擔保

留置權人不惟不得為標的物之使用，收益，並不得在標的物上，受優先之清償，另一方面，並有以善良管理人之注意，占有標的物之義務。且標的物所有人，在事實上，不能對物，改良而利用之。現為占有之留置權人，又以非其己物，無改良之意思，故自社會經濟上觀之，不得謂留置權之存在，為有益也。惟係法律因公平之觀念，不得已而認許之制度耳。其與質權及抵押權異者，即係因甚少於標的物之債額，而為法律上當然成立之權利也。故民法規定：債權人得供相當擔保，請求留置權之消滅。^{三〇}

(a)民法規定：債務人得供相當擔保，請求留置權之消滅，故債務人有該項請求權，自不待論，其物之所有人與債

務人各爲一人者，除債務人外，所有人亦得提供相當擔保，請求留置權之消滅。蓋法律僅假定通常情形——即債務人與所有人爲同一人者——而言，與第二百九十八條第二項同。得爲消滅請求者，不僅以債務人爲限也。中島氏民法釋義二卷六三五頁。有以吾人謂：第二百九十八條第二項之承諾，爲所有人之承諾，謂本條消滅請求權人，爲所有人及債務人，爲矛盾者。志林二四卷一二號所載藥師寺氏「留置權之標的物」，惟其不當，已見本章第二節之說明。

(b) 通說僅曰擔保而已，故是否物上擔保，皆非所問，與德國民法規定僅得提供擔保，(Abwendung durch Sicherheitsleistung) 不得以保證人擔保者，二七三條三項，自不相同。吾人雖嘗採用其說，惟自不得以人代物之立法意旨觀之，究與其他情形，例如二九條一項，一三七條九三三條，有所不同，即不能與提供新擔保者，同一論也。

(c) 本條消滅之請求，須有相對人之承諾，或代其承諾之判決。同說——富井氏民法原論物權三四頁，川名氏物權法要論一九三頁。蓋以法律，明認擔保變更請求權，不惟爲一種變例，且與第二百九十八條因違反義務而請求權利消滅者，亦不相同，並非有制裁的意義也。惟其擔保，在客觀上，認爲相當，而留置權人不爲承諾者，惟有請求判決，代其承諾而已。

第二 違反義務

留置權人違反第二百九十八條第一項第二項義務者，債務人得請求留置權之消滅。同條三項

此項消滅請求，與第三百零一條之性質不同，僅有債務人或標的物所有人之一方意思表示即可。蓋此項消滅，有制裁的意義，第二百九十八條所規定之留置權人之義務，係留置權之性質上，當然發生者，故違反之者，即喪失留置權之原有目的。即留置權人怠忽保管義務，任意使用或租賃標的物或以供擔保者，即不能以爲非有違反

義務者之承諾，不得消滅其權利也。

留置權人違反第二百九十八條之義務，而債務人未為消滅權利之請求者，不得以為因其違反義務而留置權即當然消滅也。

第三 占有之喪失

留置權成立者，留置權人應取得標的物之完全占有權。此項占有，為留置權之要素，故留置權因占有之喪失而消滅，亦自然之理也。三〇二條本文其任意喪失占有者勿論，其占有被侵奪者，亦應使留置權消滅，惟自侵奪時起，一年內，提起占有回收之訴，回復占有者，視為未喪失占有。二〇〇條三項留置權亦不消滅。其以和解或其他方法，由侵奪人任意回復者，在解釋上，亦應認為繼續占有。同說——富井氏民法原論物權七四三頁，橫田氏物權法一六七頁，梅氏民法要義物權編九二頁。

在但書上，雖有一依第二百九十八條第二項之規定，為租賃或質入者，不在此限」之規定，實係贅文！何則？蓋得所有人之承諾，為租賃或質入者，其承租人或質權人係代理占有人，並無影響其留置權。無所有人之承諾而為之者，其租賃或提供擔保無效，雖得依第二百九十八條第三項之規定，以違反此項義務為原因，請求留置權之消滅，惟未因其請求權之實行，取回其標的物，而承租人或質權人在其物上，為代理占有之關係者，非有留置權消滅之請求，不得僅以有違反義務之行爲，謂有留置權之消滅。何則？蓋占有人在法律上，有無占有他人之物之正當權利，與代理占有之觀念，並無涉也。橫田氏物權法五九二頁參照要之第三百零二條之規定毫無益也。

德國普通法（一部二〇章五五九條）及日本舊民法（擔九六條二項）現行法第四百零二條皆有類似本條之規定。

第四 對於破產財團之失、效、

存於破產財團之財產上之留置權，依商法上之規定，對於破產財團，視為特別先取特權，此項先取特權，後於其他特別先取特權，惟其他留置權，則對於破產財團，喪失其效力。破產法九三條

第二欸 消滅之結果

留置權消滅之結果，惟主債權失其特別擔保而已，留置權人在權利消滅時，除應返還標的物外，無可言者。其標的物之滅失，由於可歸責於留置權人之事由而發生者，其賠償義務，皆依一般原則。

第八章 先取特權

第一節 先取特權之定義及性質

先取特權 (privilegium exigendi; Vorzugsrecht; privilege; privilegio) 者，特定債權人，依法律之

規定，在債務人財產上，得受優先清償之物權也。^{三〇}

羅馬法上之先取特權 (privilegium) 與今日之先取特權，其性質固不盡同。近世對於先取特權之性質，應否認為物權，頗有爭議，與留置權相類。就少數主要立法例言之，則法意，荷蘭以之為物權，瑞士民法亦以法定抵押權之名稱，認為相當於先取特權之物權。（法民二〇九五條至二一三條，意民一九四八條至一九五二條，荷民一一七七條至一一九五條，瑞民八三六條以下。）惟德國民法與奧民法同，認為特別債權，在破產時，認為一種債權效力，惟以法定質權之名稱，認為類於物權之先取特權。（德民五五九條，六四七條，七〇四條，一二五七條等，奧民四七〇條參照。）日本民法與舊民法（擔二部四章一三一條以下）同，大要仿法國法系民法，以先取特權為物權，並依德義上及經濟上之理由，在民法及特別法上，認有多數先取特權，不惟其中無實益者不鮮，且因認有多數先取特權，在先取特權相互間，在先取特權與其他擔保物權間，亦發生繁複之關係。故在立法論上，應認一定之法定質權或法定抵押權，其他應刪除之。

茲說明日本民法上先取特權之性質如左：

第一 特定債權人依法律之規定當然有先取特權其效力亦依法律定之。

先取特權與留置權同，僅因法律之規定而發生，故何項債權，始有此項優先特權，法律概為列舉之規定。此項法律，以民法為主，惟其外尚有多數特別法。市制一三一條四項，町制一一一條四項，府縣制一一一六條三項，國稅保險公司之件，六條七條，同四三年法律五六號，關於造林先取特權之件，商法五五七條六八〇條以下，藥料醫藥品製造獎勵法七條二項，拍賣法一五條，破產法九三條一項，借地法一三條一四條等。民法外之先取特權與民法上之先取特權相競合者，以前者為優先，應注意各該規定。

第二 先取特權除存於債務人之一切財產上，或特定財產上，外，並及於其代表物上。

先取特權有存於債務人一切財產上者，有僅存於特定動產或不動產上者。其以一切財產為標的者，除係法律上禁止讓與或禁止所有之物以外，其得以金錢評價之有體物，固不待論，其他無體物亦包含之。故動產不動產勿論，即債權、股分、著作權及其他一切財產權亦包含之。

先取特權之標的物，雖係債務人之一切財產，或特定動產或不動產，惟其原標的物，在法律上或事實上，變形者，其後，先取特權，即在變形物（代表物 Surrogat）上，行使之。（*pretium succedit in locum rei*）是謂為物上代位。（*Surrogation; subrogation; surrogazione*）蓋如不認此項制度，即不能貫徹先取特權之精神，尤不能保護在特定財產上，有先取特權之人也。意大利民法一九五條，及日本舊民法三條，亦有關於先取特權物上代位之規定。

第三百零四條，對於先取特權，認為代位物者，大約如左：

(一) 標的物已售賣者則其價金

在標的物價金上，得行使先取特權者，蓋其權利之實行，原在就標的物之價格，受優先之清償也。

本條專適用於以特定動產或不動產為標的物之先取特權。何則？蓋一般先取特權並及於無體物上，存於債務人一切財產之上，故不論標的物是否有體物，實得價金既係債務人之財產，先取特權當然得在其上行使之也。

債務人因交換所得之物亦包含之。反對——橫田氏法學論集一編所載「物上代位論」蓋交換與買賣，其法律上之性質，本相近似，故

類推適用，不惟在其補足金上，即在一切因交換所得物之上，亦得行使權利。

在拍賣價金上，亦得行使先取特權，自無容疑。

惟依民事訴訟法第六百八十八條第五項及拍賣法第三十二條第二項之規定，再拍賣時，其再次拍定價金低於最初拍定價金者，先取特權人

對於前拍定人應負擔之差額，能否行使權利，頗有爭論。（拙著訂正擔保物權法本論二章一節參照。）

(二) 租賃標的物者則其租金

租金係物之使用之對價。不惟因其使用某物而減少其物之價格，且其對價——即使用價格，亦係標的物全價之一部，故應認租金為代表物。

(三) 在標的物上所設定之物權之對價。

債務人在先取特權標的物上，所設定之物權之對價，——例如標的物係土地時，其地上設定之地上權，永佃

權，地役權等，地租，佃租，酬金，是也——先取特權人亦得於其上，行使先取特權。

所謂物權之對價者，其一時所受之金錢，為地上權等代價者，亦包含之。同說——橫田氏前揭 此外有無定期

收受之物，皆非所問。惟一時所得之金錢或其他之物，係債權之租賃權之對價者——例如：在設定土地租賃權時所受之權利金——不得謂為物權之對價耳。有謂本條第一項所謂「因租賃所受云云」不妨為廣義解釋者，姑暫存疑可也。

(四)因標之物之滅失或毀損所生之賠償。

對於因標之物之滅失或毀損，自債務人或侵權行為人或其他對其滅失毀損，有賠償損害義務之人，所受之金錢或其他之物，亦得行使先取特權。

惟對於保險金，有少數消極說，以為：保險金並非標之物之對價，亦不得認為代表物，保險費亦係自標之物以外之財產所支出，故自理論上言之，在先取特權標之物上，不得代位。Papenheim Handbuch des Sachenrechts § 228 惟保險金係保險費之

對價，同時並係標之物之對價。何則？蓋出租建築物者，其火災保險費，係自租金內支出。其租金內，亦含有保險費。即租金者，建築物漸次殘破之比例價金，又係為防火災滅損之危險之支出也。保險費係由標之物自身所支出。即未出租，自行使用之者，其保險費，亦係自其使用利益中支出，故可謂為係由標之物自身支出者也。蓋使用價格不妨為標之物自身價格之一部也。日本多數說，以保險金為標之物之代表物，自屬正當。加藤氏海法研究一卷所輯「對於保險金之質權或先取特權之效力」富井氏民法原論物權三五二頁志林一〇卷六號所載同氏「論物上代位」梅氏民法要義物權編三二八頁松本氏海商報二一九頁同氏保險法一二一頁以下詳論四卷一號所載同氏「保險與存於標的

物上之擔保權。一橫田氏物權法六〇七頁。同氏前揭論文。中島氏民法釋義二卷六五六頁。

日本民法第三百零四條，對於賠償義務，係因侵權行為或其他法律規定而發生或因契約而發生並無區別，惟少數論者以為保險金請求權，非因標的物之滅失或毀損而發生，係

因另一保險契約，故不適用第三百零四條之規定。松波氏日本商行

本條所謂滅失者，亦不問其為物質的滅失，然法律的滅失耶？通說以為：先取特權之標的物，因侵權行為附合、混和、加工或其他事由，歸屬於第三人，而在法律上不可回復者，在其因而取得之價金或其他物上，得行使其權利。（大正二年七月五日大判，橫田氏物權法六〇七頁，同氏前揭論

文。中島氏民法釋義二卷六五六頁。

在著手實行權利以前，建築物崩潰為動產者，其以建築物為標的之先取特權或其他擔保權皆應消滅，不得在動產上，行使權利，蓋非第三百零四條所謂債務人應得之物也。（大正五年六月二八日大判）

尙應參照土地收用法第六十五條，耕地整理法第二十五條，鑛業法第六十九條等。

先取特權人在代表物上，行使權利者，須在其物支付或交付於債務人以前，為扣押程序。在為扣押程序以前，代表物已交付於債務人者，不得行使先取特權，惟與普通債權人，依同一之資格，以受清償而已。三〇四條特權人在債務人自第三債務人受領其物以後，仍得在其物上，行使先取特權，比較其他債權人，不免保護過厚！且在債務人受領其物以後，其物亦易與債務人其他財產相混，權利關係，不免紛歧。

此項扣押，是否須先取特權人為之？對於土地收用法及鑛業法之補償金，曾有消極的判例，其後大正十二年四月十七日大審院聯合部判例，對抵押權，亦明示：抵押權人應為扣押，與吾人解見相同。（法曹會雜誌四卷一二號所載，大正一五年一月四日法曹會決議亦同）

此項扣押，應依民事訴訟法（五九四條以下）之規定爲之，雖不待論，惟以禁止第三債務人交付代表物於債務人爲目的，故假扣押亦包含之。先取特權人之債權未屆清償期者，並得使第三債務人爲提存（四九四條）。

對同一代表物，有多數優先權者，其優先權之順位，應依扣押之先後，抑依其實體上權利之優劣，有謂扣押係發生優先權之條件者，惟其有無優先力與其順位，應依其實體上之權利定之，始合於物上代位之性質（同說——橫田氏前揭論文）。

在法條上，僅規定爲「債務人應受之金錢或其他之物」似僅得在代位的特定有體物上，行使權利，其實應謂：先取特權人得在其債務人對第三債務人之債權上，行使其權利也。

第三 先取特權不以標的物之占有爲要件。

先取特權不以標的物之占有爲要件，與留置權質權不同，與抵押權相類。

第四 先取特權人在標的物上有受優先清償之權利。

此點與留置權不同，與其他擔保物權相類。

在關於破產財團之財產上，有特別先取特權者，在其標的財產上，有別除權，在不對破產財團之破產人之財產上，有特別先取特權者，僅得就其依權利之行使，不能受清償之債權額，爲破產債權人，行使權利。（破產法九二條，九七條）。

第五 先取特權係爲擔保債權而從屬於債權之物權。

先取特權不惟應與主債權終始與共，且其有優先權及追及權，亦與一般物權範圍各異。有時並因先取特權之種類，而各不同。先取特權之移轉性及伴隨性，俟後述之。

第六 先取特權有不可分性。

第二百九十六條關於留置權不可分性之規定，於先取特權亦準用之。^{三五〇}應參照留置權上之說明。

第二節 先取特權之取得

先取特權與留置權同，除因繼承或其他事由承繼者外，惟依法律之規定取得之。

不動產先取特權之取得，非登記之，不得以之，對抗第三人。^{一七七條}登記，亦得以之，對抗無特別擔保之債權人，則為例外。^{三三六條}惟一般先取特權，在不動產上者，雖未

其為不發生先取特權之意思表示者，其效力，應分別研究之。即其權利係本於公益上之理由者，不得豫為防止發生之意思表示，惟為債權人之特殊利益而存在，得認其防止發生之意思表示為有效。^{同說}——^{中島氏民法釋義}二卷六四二頁以下。在大體上言之，一般先取特權，屬於前者，特別先取特權，多屬後者。

第三節 先取特權之種類

法，^{意民法}皆分先取特權為一般先取特權及特別先取特權兩種，更細別之為：在動產上行使之先取特權，在特定動產上行使之先取特權及在不動產上行使之先取特權三種，惟在動產上行使之一般先取特權，有附隨於不動產上行使之者。^{法民二一〇四條}日本舊民法亦略仿之。^{擔一三四條}以下。

現行法亦分先取特權，為：一般先取特權，動產先取特權及不動產先取特權三種。分款說明如左：

第一款 一般先取特權

一般先取特權，在債務人一切財產上行使之，有一般先取特權之債權，即由（一）共益費用（二）殯葬費用

（三）雇傭工資（四）日用物品之供給，而發生之債權也。^{三〇}

法，意民法（法二一〇一條，意一九五六條。）及日本舊民法（擔一三七條，一四〇條。）除前述外，臨終醫藥費用（*frais de dernière maladie*；*spese d'infirmità fatte negli ultimi*）之債權，亦有一般先取特權，惟日本民法則否認之。其他關於租稅之一般先取特權，亦有在民法內規定之立法例（意民一九五七條。）惟日本民法概俟特別法規定之。

第一項 共益費用之先取特權

共益費用之先取特權，與法，意民法，與國破產法及日本舊民法之訴訟費用相當，^{法二一〇一條一款。Frais}
^{一款。Spese di giustizia；奧破}
^{八條。二九條。Cerechskostan} 為各債權人之共同利益，為保存清算或分配債務人之財產之費用而存在之先取特權之謂也。^{三〇七}此項費用，係為其他各債權人之利益，故支出費用之債權人，得由債務人之一切財產，優先受償。例如：應支付執達吏，清算人之費用是也。此項先取特權之要件如左：

第一 債權人支出關於債務人財產之保存、清算或分配之費用。

保存費用者，為防止物或權利之滅失，毀損，所支出之費用之謂也。例如：為防止債務人權利之消滅，為時效之中斷，或為防止其建築物之毀壞，所支出之費用是也。

清算費用者，為明確債務人之財產狀況，為其積極財產與消極財產之計算之費用之謂也。例如：為財產目錄或其他書類之編製，債權之收取，財產之變賣等，所需之費用是也。

分配費用者，為分配債務人之財產於債權人，而支出之費用之謂也。例如關於強制執行，假扣押，假處分，分配金額之計算，及其交付之費用，是也。

第二 此項費用，須為各債權人之共同利益。

即某債權人未因其費用受利益者，其支出費用者之先取特權，不得對該債權人存在，惟對其他受益債權人存在。^{三〇七}項例如塗銷第二順位抵押權之費用，無利於第一順位之抵押權人，故支出其費用者，對第一順位之抵押權人，無先取特權。

第二項 殯葬費用之先取特權

支出殯葬費用人有殯葬費用 *frais funéraires* *spese funebri* 之先取特權者，蓋以人生飾終之典禮，冀其簡捷畢事也。凡認

一般先取特權之立法例，莫不認之。^{法民二一〇一條二款} ^{意民一九五六條二款} ^{舊民擔二三九條} 其要件如左：

第一 須係債務人或其應扶養之親屬或家屬之殯葬費用。

此點較舊民法範圍為廣。^{三〇八條二項} ^{舊民擔一三九條二項} 又本條第一項所謂債務人者，係指死亡者自身而言。謂死亡者為債務人，雖似未當，惟亦係先取特權標的遺產所有人之換稱耳。^{同說——橫田氏} ^{物權法六一九頁}

第二 費用須與殯葬者之身分相當。

支出不合身分之殯葬費用者，支出人對其不合部分，無先取特權。^{三〇八條一項}

第三項 雇傭工資之先取特權

對於雇傭工資，*salaires des gens de service*；認有一般先取特權之立法例，亦不在少。法民二一〇一條四款，意民一九五六條四款，舊民

擔一四。現行法亦仿之，蓋以保護無資力者也。三〇本條所謂雇傭者，通說以為係指有主從關係之雇傭而言。富井

法原論物權三六一頁，橫田氏物權法六二三頁，岡松氏民法理由中卷三五七頁。本條對於雇傭之工資數額，並非無限保護之也，並應有左列要件之制

限，故即不爲此項狹義解釋，亦無妨也。例如月得工資百元者，應受本條但書規定之制限，僅得爲其工資五十元在債務人一般財產上，有先取特權。此項先取特權之行使要件如左：

第一 僅爲雇傭最後六個月內應得之工資而存在。

法國民法及日本舊民法規定最後一年內之工資，亦有先取特權，惟雇傭工資多係月給制或日給制，故一年內未支付工資者，尙屬罕觀，故本條與意大利民法同，以最後六個月內之工資爲限。

第二 金額以五十元爲限。

此項制限，亦係保護工資微薄者之意，並不使其他債權人受損害也。

第四項 供給日用物品之先取特權

爲供給日用物品 *fournitures de subsistances*；而存在之先取特權，亦爲法條二一〇一、意條一九五六、民法及日本舊民法二條^{擔一四}所規定。其規定之理由，蓋以保護供給日用必需物品之人，樂爲供給而保護之也。日本民法第三百

十條所規定之要件如左：

第一 須係因飲料、食品及薪炭、油之供給而發生之債權。

如認範圍過廣之先取特權，不惟無益於供給人之保護，亦有害於其他債權人之利益，故本法惟以日用物品中之飲料、食品及薪、炭、油為限。惟此項限定範圍，自現在日常生活觀之，亦難謂為適當。

第二 須以債務人、本人或其應扶養之同居親屬或家屬及其僕婢生活上所必需者為限。

僅以此項範圍為限者，蓋以此類人等之生活皆屬債務人之當然義務，其外則非必要，有害其他債權人之利益也。大審院判例以為：雖未為婚姻之呈報，而已舉行相當之儀式，有夫婦關係之事實者，依一方負擔扶養他方義務之條理，亦應包含於本條所謂債務人應扶養者之內。大正一一年六月三日判決。惟日本民法以呈報戶籍吏為婚姻成立之要件，惟具備此項要件之當事人相互間，有法律上之扶養義務，故在解釋論，僅依條理，認其姘合關係，殊難謂然！

凡飲料、食品及薪、炭、油等不能認為必要物品者，不在本條範圍之內。

第三 須係最後六個月內供給之物。

此項條件，亦係為其他債權人之利益而設定者，其他立法例多有同樣規定。

所謂最後六個月者，例如：在債務人受破產宣告時，以先取特權人在債務人一切財產上與其他債權人間為清算時，為其起算標準。（法曹記事）
一六卷九號所載，明治三十九年七月九日及同三二卷一一號所載，大正一一年五月三十日法曹會決議參照。

第二款 動產先取特權

動產先取特權者，在債務人之特定動產上存在之先取特權也。此項先取特權之債權，其發生原因為：（一）不動產之租賃，（二）旅店之住宿，（三）旅客或物品之運送，（四）公吏職務上之過失，（五）動產之保存，（六）動產之買

賣(七)種苗或肥料之供給，(八)農工業之勞役。法民二一〇七條，意民一九五八條，舊民擔一四六條。

第一項 不動產租賃之先取特權

不動產租賃 *loyers et fermages des immeubles: canoni, pigioni e fitti degli immobili* 原係常有之事，居住尤為法律生活上，經濟生活上之要件。故因租賃有債權者，皆有特別之保護，俾得安心出租，亦以保護承租人也。矧以附著於不動產上之物，為租賃之擔保，亦合於當事人之意思。德國法系民法認為一種法定質權，法國法學者認為默認的質權，蓋至當也！

第三百十二條至第三百十六條，係規定有不動產租賃之先取特權之債權及該項先取特權之標的物等。此類規定，於地上權、及永佃權，亦準用之。何則？蓋以第二百六十六條第二項規定：於地上權人應支付之地租，亦準用關於租賃之規定。又第二百七十三條規定：「永佃權人之義務，除本章各規定及設定行為所訂定者外，準用關於租賃之規定。」

借地法所規定之先取特權，與此項先取特權有關，俟述於後。

第一 有、此、項、先、取、特、權、之、債、權。

不動產租賃之先取特權，係為由其不動產之租金，或由租賃關係而生之承租人其他債務，存在於承租人動產之上。三一惟對此原則，有左列特別規定：

(一) 在為承租人財產之總清算時，出租人之先取特權，僅為前期、現期、次期之租金，或其他債務，及前期、現期所發生之損害賠償而存在。三一蓋如先取特權人行使權利，毫無制限，將不能保護其他債權人之利益也，故設特別之

制限。

總清算者，在承租人破產時，限定承認繼承時，或法人解散時之清算，分配債務人之一切財產，於其共同債權人之計算之謂也。其時如出租人爲其債額，得在承租人動產上，行使先取特權，不惟較其他債權人保護過當，且亦不無出租人，承租人通謀詐害其他債權人之虞！故本法規定：出租人僅得爲前期，現期，次期之租金，或其他債務，及前期，現期所生之損害賠償，有先取特權。其他部分，僅得爲普通債權人，行使權利。現期者，並包含爲總清算之期間而言，前期，次期者，與現期相銜接之前後各期之謂也。租金支付期間，通常皆依特約定之，其無特約者，建築物及宅地，以一月爲一期，其他土地，以一年爲一期。^{六一}故房租係按月支付者，對於承租人之財產，爲總清算之月，即係現期，其前後各月，即係前期，次期。

(二) 不動產之租賃——例如建築物之租賃——通常皆交付押金。其時僅得爲未由押金受償之債權部分，有先取特權。^{三一}
六條

對於押金之性質，其說不一。惟(一)不能以爲：押金係附解除條件之消費寄託。蓋消費寄託——一稱例外寄託 *depositum irregulare*——得依契約，消費其受寄物，準用關於消費貸借之規定。^{六六}惟係寄託，自有爲相對人保管之目的，^{六五}七條。押金則並非以爲相對人——即承租人——保管之爲目的也，僅有擔保租金或出租人之其他債權之目的而已。(二)不能以爲：押金係抵銷之豫約。論者有以押金爲出租人對於承租人之債務，而特約以其債務，與其對於承租人之債權，相抵銷者，^{岡松氏民法理由中卷三六五頁，法典實}疑同答債權二二二頁以下，中山氏解答。惟如斯解釋則出租人在押金上，對其他債

權人，即無優先權矣，殊與向例不符！(三)以爲：押金應發生，以擔保爲目的，附、解、除、條、件、之、債、權，其所附之解除條件，即承租人不償付租金，或其他關於租賃所發生之損害者，出租人對於承租人返還押金之債務，即在其限度內消滅也。梅氏民法要義物權編三五七頁惟押金並不發生條件附之債權，當事人實有以押金爲擔保之意思也。如謂押金發生條件附債權，則一切債權質皆應發生條件附債權矣，殊與民法認債權質爲物權之法意不合！(四)以爲：押金係羅馬法之例、外、質、*pignus tr. anulare* 蓋通常質權，皆存在於特定物之上，反之，押金契約之質權，皆存在於代替物——即押金——之上，則其異也。惟日本民法上之質權標的物，係特定有體物，故無所謂例外質之觀念，以同質同量之代替物爲返還者。(五)以爲：押金契約或其他保證金契約，係解除、條、件、附、消、費、寄、託、與、質、契、約、之、混、合、契、約、爲、一、種、特、別、契、約、即爲將來之債務，豫供應償之金額之無名契約也。其效力有物權的性質，受領押金者，在押金上，對於其他債權人，有優先的地位。同說——富井氏民法原論物權三七七頁神戶氏權利質論三〇四頁以下惟民法對於物權種類，係採限定主義，第一百七十五條規定：「物權除本法或其他法律有規定外，不得創設，」其以命令或契約創設者，固不待論，即依習慣，創設新種類物權者，亦非所許。(六)以爲：押金契約係一種信託行爲性質之無名契約，係有、停、止、條、件、附、返、還、債、務、之、所、有、權、讓、與、行、爲。法制時報六卷一二號所載依其解釋，則出租人僅負停止條件附債務而已，其未以押金充債務之清償者，或在租賃存續中者，既無返還押金之義務，其他債權人自不得扣押尙未成立之返還請求權。即出租人對於承租人自之其他債權人，雖得受優先之清償，承租人之返還請求權，縱未發生，惟其條件附之權利既已存在，其他債權人自得對之行使權利。(七)故吾人惟採，以押金上之權利，爲債權質之說。同說——橫田氏物權法六四〇頁換言之，則

承租人對出租人有請求返還押金之債權，故出租人在其債權上，取得權利質權。惟對此說，亦有批難。富井氏民法原論頁數見

前。其一以為：在為押金契約時，當事人之意思，並無質入返還請求權之迂曲觀念。惟本項問題，僅係交付押金，在法

律上，為何項性質之問題，即以押金為清償時，其交付押金之意思，在法律上，解釋，僅可認為債權質也。第三百六十

七條第二項規定：「為質權標的之債權，其標的物為金錢者，質權人以自己債權額部分為限，得收取之。」故出租

人得逕自押金內，扣除租金或其他損害賠償金。其二以為：如以押金契約為債權質，則依第三百六十三條之規定，

應交付債權證書——即押金收據——於質權人，惟承租人交付押金收據於出租人，殊非合理！在訂正以前之拙

著擔保物權法內，對於此點，惟謂：押金契約之債權質，有不交付債權證書之習慣，其習慣之存在，並非反於第一百

七十五條之物權限定主義，發生新質權而已。此項習慣，並非發生具有特別性質，內容之新質權，僅可認為關於債

權質之設定方法及對抗要件之特別方法，且第三百六十三條亦僅謂：債權有證書者，應交付之於質權人而已。押

金收據既非承租人對於出租人之債權證書，僅係證明質權設定契約成立之書據，應與物上質時之質物收據同

視，其對吾人見解之批難，自亦未當！矧第三百六十三條之規定，係甲以對乙之債權，質入於丙，以有三個人格者存

在為前提，以保護第三債務人為目的，故於押金，不適用之。大正十五年七月十五日大審院判決以為：押金與債權

質同，係為擔保，惟以履行債務為條件，得請求返還之。其是否債權質說，殊不明瞭！

第二 此項先取特權之標的物。

不動產租賃之先取特權之標的物，為承租人之動產。三一其範圍依租賃標的物為土地或建築而異。即

(甲)在、土、地、租、賃、時、出、租、人、之、先、取、特、權、存、於、(一)附、設、於、租、賃、地、上、之、動、產、(二)附、設、於、供、租、賃、地、之、利、用、之、建、築、物、上、之、動、產、(三)供、土、地、之、利、用、之、動、產、(四)承、租、人、所、占、有、之、土、地、之、孳、息、之、上。三條一項

(二)附、設、於、租、賃、地、上、之、動、產、者、並、非、謂、其、地、上、之、一、切、動、產、也、以、在、其、地、上、有、常、設、之、目、的、與、其、事、實、為、要、件、例、如、在、土、地、上、常、設、之、車、馬、得、為、此、項、先、取、特、權、之、標、的、物、是、也。其、他、附、設、於、租、賃、地、上、之、建、築、物、之、動、產、亦、得、認、為、附、設、於、租、賃、地、上、之、動、產。(二)附、設、於、供、租、賃、地、之、利、用、之、建、築、物、上、之、動、產、有、謂、其、建、築、物、大、要、皆、在、租、賃、地、以、外、者、富氏民法原論物權三六七頁有、謂、其、建、築、物、是、否、在、租、賃、地、以、內、皆、非、所、問、者、橫田氏物權法六四二頁惟、既、以、附、設、於、租、賃、地、內、建、築、物、上、之、動、產、為、附、設、於、租、賃、地、上、之、動、產、則、所、謂、供、租、賃、地、之、利、用、之、建、築、物、者、自、應、狹、義、解、釋、僅、指、在、租、賃、地、以、外、者、而、言、同說——梅氏民法要義物權編三四六頁例、如、租、賃、地、耕、作、所、需、之、牛、馬、器、具、之、繫、置、場、收、穫、物、之、儲、藏、場、等、皆、在、租、賃、地、以、外、是、也。

(三)供、土、地、之、利、用、之、動、產、者、係、指、在、租、賃、地、及、供、其、利、用、之、建、築、物、以、外、之、動、產、而、言、例、如、為、耕、作、租、賃、地、所、使、用、之、農、具、牛、馬、種、苗、是、也。(四)承、租、人、所、占、有、之、租、賃、地、之、孳、息、係、在、租、賃、地、及、供、其、利、用、之、建、築、物、之、內、外、皆、非、所、問。

除上述先取特權外，借地法第十三條第十四條亦規定：土地所有人及出租人皆有特別先取特權。拙著借地法及借地照法參

(乙)建、築、物、出、租、人、之、先、取、特、權、應、存、在、於、承、租、人、所、附、設、於、建、築、物、上、之、動、產、上。三三三條三項

附設於建築物上之動產者，係指以常設之目的，附設於其建築物上之物而言，例如附設於建築物上之掛鐘，椅子，匾額，牀壁畫幅等，在一定時間，設置於建築物內，而有在該場所內，繼續使用之目的者，皆不妨謂為附設於建

藥物上之物，若飲食物品、衣服、金錢、商品或承租人之攜帶品，雖在建築物內，亦不得謂為附設於建築物上之物。設
——富井氏民法原論物權三六七頁、梅氏民法要義物權編三四九頁、中島氏民法釋義二卷六八〇頁、橫田氏物
權法六四一頁、法律總覽民法物權編一五二一頁、所載明治四二年六月二十八日大阪控訴判同四〇年一月六日
東京區判。惟大正三年七月四日大審院判決因現行法亦與舊民法債權擔保編第一百四十七條第三項同，無限制之
規定，故謂建築物出租人之先取特權，並存在於承租人及其家屬個人所使用之懷中時計、寶石之類或其他無供
建築物利用之目的，或非常設於建築物上之物之上。惟須有附設於建築物上之事實，與在建築物內存在之物，並
非同義。常設與常用，亦不可混同。

惟對於不動產租賃之先取特權存於承租人之動產上之原則，尙有左列例外：

(一)第三百十四條前段規定：在租賃權讓與或轉租時，出租人之先取特權，並及於讓受人或次承租人動產之上。
此項規定，因有第六百十二條第一項、第六百十三條第一項之規定，似屬當然。惟本條立法意旨，係為讓與或轉租
前之承租人，對出租人所負擔之義務，使出租人得在讓受人或於承租人之動產上，行使其先取特權也。同說富井氏民
法原論物權三六九頁、梅氏民法要義物權編三五〇頁、橫田氏物權法六四四頁、中島氏民法釋義二卷六八二頁。推其理由，蓋以承租人未為租賃權之讓與或租賃物
之轉租時，出租人原得為其債權，在承租人動產上，有先取特權，同讓與或轉租，而喪失其特別擔保，故應保護之也。
在租賃權讓與或租賃物轉租時，出租人得於讓與人或承租人，由讓受人或次承租人，所得金額之上，行使先
取特權。三一四後段，此項金額，大要為租金及租賃權之代價。出租人對於讓受人或次承租人，雖得直接請求租金，惟在
租賃權之代價上，行使先取特權，則應另為規定。且轉租以前之租金請求權，在次承租人應支付於承租人之租金

上行使先取特權，亦有規定之必要。本條後段之規定，即係對於此項情形而為規定。本條規定與第三百零四條之規定不同，即不以支付前為扣押，為法律上之要件也。反對——中島氏民法釋義二卷六八此外與第三百零四條之規定異者，即其僅以金額為限也。因本條後段規定為讓與人或承租人應得之金額，故其金額亦以未支付前者為限。故此項先取特權之標的，為應得此項金額之債權。

(二) 第一百九十二條以下關於動產即時取得之規定，於不動產租賃之先取特權，亦準用之。三一故此項先取特權，得在承租人租賃權讓受人及次承租人占有或持有之第三人之動產上行使之。雖不能謂係出租人占有承租人之動產，惟是否為第三人之動產，亦難區別，惟恐有失認許此項先取特權之實益，故準用即時取得之規定。

第二項 旅店住宿之先取特權

旅店住宿之先取特權，不惟為法一一〇二條五款 les fo-意 zioni e le mercedi dell'albergatore 及日本舊民法九條 所明認，一五 德國民法第七百零四條亦規定旅店主人在旅客攜帶物上有法定質權，四九 瑞士債務法一 條亦規定旅店主人及廐舍主人在攜帶物上有留置權。蓋旅店不能預先調查其不相識者或相識者，有無旅費，而又處於不能不使其住宿之地位也。民法第三百十七條大要仿法國民法，亦認旅店住宿之先取特權。

第一 應有此項先取特權之債權

旅店住宿之先取特權，惟對於旅客及其隨從，牛馬之住宿費及飲食費有之。本條所謂之隨從，不得擴張解釋，為單純同行之人。惟依第三百十九條之規定，亦有在同行者之攜帶物上，行使其先取特權者。又牛、馬，法條所明文

規定者，有少數說擴張解釋，以為係指運送人夫貨物之一切獸類而言，橫田氏物權法六四七頁，殊難贊同！

所謂旅店者，係指以供旅客住宿為業者而言，其供給飲食與否，皆非所問。故公寓及以出租房間為業者，亦係旅店。惟有謂給槍、臥車，亦為旅店者，

(中島氏民法釋義二卷六九二頁) 其說殊難贊同！

第二 此項先取特權之標的物，

此項先取特權之標的物，以存於旅店之攜帶物為限。第一百九十二條以下關於即時取得之規定，於此項先取特權，亦準用之。三九條故有及於第三人之攜帶物之上者。

旅店主人除有此項先取特權外，並得行使留置權。二九條

第三項 旅客或物品運送之先取特權

關於旅客或物品之運送費及附帶費用法民二一〇二條六款 les frais de voiture et les dépenses accessoires; 法民一九五八條九款 le spese di trasporto di dogana e di dazio

之先取特權，亦法國法系民法所明認。日本民法第三百十八條與舊民法一六條皆同認之。德國商法四一條亦認其有法定質權，瑞士債務法一四五條則規定在運送物上有留置權。

第一 應有此項先取特權之債權，

此項先取特權，係為旅客或物品之運送費及附帶費用，而存在於運送人手內之運送物上。所謂運送人者，係指一切依鐵道、船舶、人力車、人夫為運送者而言，其以為業與否，皆非所問。故與商法上之意義，不盡相同。

所謂附帶費用者，例如墊付之保險費、包裝費、關稅等是也。

此項先取特權之標的物，即係運送人手內之運送物，故不在其手內者，存於其上之先取特權，亦即消滅。

第二 此項先取特權之標的物

在運送人手內之運送物，不得認為皆由運送人占有。惟為保全其權利起見，關於即時取得之規定，於本條之先取特權，亦準用之。^三故運送人不知在其手內之運送物為第三人之物，其不知並無過失者，運送人得在第三人之物上，有先取特權，並得在該運送物上，行使留置權。

第四項 公吏職務上之過失之先取特權

公吏保證金之先取特權，亦係仿法國法，^{法二一〇條七款} *Les créances résultant d'abus et prévarications commises par abus o prevaricazioni commesse dagli ufficiali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni* 日本舊民法^{增一六} 亦有大致相同之規定。

第一 應有此項先取特權之債權

第三百二十條規定：此項先取特權所擔保之債權，僅以因公吏職務上之過失，所發生之債權為限。所謂公吏者，即係依公衆之委託辦理民事上之事務者之義，如執達吏、公證人、自治機關之徵收吏，亦在其內。惟官吏能否適用本條，頗有爭論。^{釋義二卷六九七頁消極說}——^{富井氏民法原論物權三八一頁岡松氏民法理由中卷三六九頁中島氏民法}沿革上言之，雖以積極說為當，惟殊鮮實例。舊會計法及舊會計規則，對於政府出納官吏，雖有保證金之規定，惟修正法令僅有賠償責任之規定。^{會計法三六條會計規則一三二條以下}

第二 此項先取特權之標的物

此項先取特權之標的物，係公吏所繳納之保證金。惟亦不以金錢為限，無租金等意義相同。嚴格言之，此項先取特權之標的物，並非其保證金，乃係公吏得領取其保證金之債權也。

此項保證金雖係繳納於官公署公共團體，惟私人亦得依本條之規定，在其保證金上，有先取特權，故有權利相競合者。惟其權利優劣，並無規定，不無疑問。不得僅依其權利發生之前後而定之也。有謂：官公署、公共團體係在保證金上，有權利，私人係在交款人之返還請求權上，有先取特權，故交款人不能受返還者，例如交款人虧空，私人之先取特權即無由行使之。惟保證金與押金同，皆可認為一種債權質，故不能以其說解釋本項問題。有謂：此項先取特權應與第三百三十條第一項所規定之第一順位，同其序列，同條第二項之規定亦準用之。中島氏民法釋義二卷七三四頁惟在解釋論，官公署、公共團體與私人，應各依其債額，比例受償。

第五項 動產保存之先取特權

法國民法第二千一百零二條第三款規定為保存其物，所支出之費用，在特定動產上，有先取特權。意國民法一九五八條七款規定為保存，改良動產之費用，得在其動產上，行使先取特權。日本舊民法五條一五規定因動產之修繕，保存費用，有債權者，不行使留置權者，在其修繕或保存之物上，有先取特權。現行法在大體上，亦仿舊民法之規定。

第一 應、有、此、項、先、取、特、權、之、債、權、

此項先取特權所擔保之債權，乃基於動產保存費，及為保存，追認或實行關於動產權利之必要費用，所發生之債權也。三二一條一項及二項

(一) 動產保存費

動產保存費者，防止動產之滅失，毀損或其價格之消滅減少之必要費用也。例如：器具修繕費，牛馬飼養費等，是也。

(二) 爲保存，追認或實行關於動產權利之必要費用。

爲保存關於動產權利之必要費用者，例如：債權人爲債務人回復其被侵奪占有之動產，對侵奪人提起回收之訴之必要費用，爲中斷關於動產權利之時效之必要費用等，一切防止權利滅失之費用之謂也。爲追認關於動產權利之必要費用者，例如：爲使某動產占有有人，追認債務人在其動產上之權利，所爲之必要催告或其他費用等之謂也。爲實行關於動產權利之必要費用者，例如：爲債務人拍賣動產之費用或使第三人對債務人，交付動產之必要費用，一切實行權利上之必要費用之謂也。惟論者或謂：此類費用應依共益費用之先取特權擔保之，不得適用本條之規定，本條費用，僅指實行質權，先取特權必要費用之類而言。中島氏民法釋義二卷七〇三頁惟共益費用之先取特權，係爲關於債務人財產之保存清算或分配之費用而存在於一切財產之上。三〇七條與本條之規定無關。

第二 此項先取特權之標的物

此項先取特權之標的物，係所保存之動產，或係其爲保存，追認或實行，而需費用之權利，所關之動產。

第六項 動產買賣之先取特權

賣主雖得爲其債權，留置標的物，惟民法更於第三百二十二條規定：賣主依一定之條件，關於動產之買賣，有

先取特權。蓋以謀交易頻繁之買賣安全，不使買主有不當之利益也。法民法 二一〇二條四款：le prix d'achat mobiliers non payés 及日本舊民法 擔一五六條 至一五八條，亦有規定。

第一 應有、此項、先取特權之債權、

應有此項先取特權之債權，僅以動產價金及其利息之債權為限。蓋此二者，係買賣標之物之當然代價，故未受支付者，非在其標的物上，行使先取特權，將不能安心交易矣。故如違約金，損害賠償金，實行契約之費用等，皆無此項先取特權。

本條僅對於交易最繁之買賣價金及其利息，認有先取特權，故互易，代物清償，負擔附贈與等，皆不得準用之。但互易有支付補償金之約定者，其金錢部分，準用關於買賣價金之規定，五八六條二項，故為其補償金，得在互易標之物之動產上，行使先取特權。

第二 此項、先取特權之標的物、

此項先取特權之標的物，係其買賣之動產。惟其動產變更原狀者，能否在其物上，行使權利，應視其變形物，在交易上，能否認為新物定之。賣主以買賣標之物為材料，為買主完成某種工事者，其對買主由定作人所受之報酬，並無此項先取特權，自不待論。大正二年七月五日大判

第七項 供給種苗或肥料之先取特權

第一 應有、此項、先取特權之債權、

第三百二十三條第一項，係沿襲法國法系民法法意二一九〇二條一款，並擴張舊民法之規定。增一項，供給種

苗或肥料者，為種苗或肥料之價金及其利息，在土地使用該種苗或肥料後，一年內，所生之孳息上，有先取特權。因供給者，在既使用該種苗或肥料以後，不得行使買賣之先取特權，故另為本條之規定。

第二 此項先取特權之標的物，

此項先取特權之成立，須所供給之原料，與所收穫之孳息間，有因果關係。橫田氏物權法六五九頁以下參照，故雖在使用其原料之一年內，而在因其供給外之原料，所收穫之孳息上，則不得行使此項權利。其有權利之競合時，應依第三百三十二條之規定。

第三、二十三條第一項之先取特權，並為蠶種或蠶用桑葉之供給存在於由其蠶種或桑葉所生之物之上。同條二項

第八項 農工業勞役之先取特權

第三百零九條，對於雇傭工資，認有一般先取特權，第三百二十四條更依同一意旨，對於農工業勞役者之工資，認有特別先取特權。法國法系民法，亦有相類之規定。拙著訂正擔保物權法本論二章三節二款八項參照，本條之先取特權與第三百零

九條所認雇傭之一般先取特權，不惟其債權範圍及標的物各異，其順位亦不相同，故農工業勞役者如非獨立服役，而係為他人之雇傭者，不妨併適用兩種之規定。同說——富井氏民法原論物權三八七頁梅氏民法要義物權編三七四頁中島氏民法釋義二卷七一、二頁

第一 應有此項先取特權之債權。

此項先取特權所擔保之債權範圍，對於農業勞役者，以最後一年內之工資爲限，對於工業勞役者，以最後三個月內之工資爲限。蓋農業勞役者之工資，通常皆係一年支付或半年支付，工業勞役者之工資，通常皆係一月支付或半月支付，故在兩者之間，設有差別，並以一年內及三個月內爲限，一以謀其他債權人之保護，一以經過久遠期間，其勞役與因勞役所生之孳息或製造物之因果關係，亦有不能明瞭之虞也。

第二 此項先取特權之標的物、

此項先取特權，存於因農工業勞役者之勞役，所生之孳息或製造物之上。分言之，則農業勞役者之先取特權標的物，不以孳息爲限，工業勞役者之先取特權標的物，不以製造物爲限。例如在採鑛業，服勞役者，得在其孳息——即鑛物——上，行使先取特權，是也。

第三款 不動產先取特權

不動產先取特權者，存於債務人之特定不動產上之先取特權之謂也。民法第三百二十五條，並列舉其債權發生之原因。即：(一)不動產之保存，(二)不動產之工事，(三)不動產之買賣，是也。法國民法亦有相類之規定。法民一〇三條，意民一九六一條，以下，舊民擔一六五條。

第一項 不動產保存之先取特權

此項先取特權所擔保之債權，以不動產之保存費及爲關於不動產權利之保存，追認或實行之必要費用爲限，其標的物即係該不動產。三二六條，其立法之理由及字句之解釋等，與動產保存之先取特權無異。惟因此項先取特

權，以不動產爲其標的物，故以之對抗第三人，應以登記爲要件。法一七七條，登記拍賣法所規定之拍賣費用，並應先扣除之。拍賣法三三條二項，四六條二項。

本條先取特權人，在其不動產上，通常亦皆有留置權。

第二項 不動產工事之先取特權

應有此項先取特權之債權，及其標的物之範圍，大約如左：三七條

第一 應有此項先取特權之債權

應有此項先取特權者，爲工匠、建築師及承攬人，爲其在債務人不動產上所爲工事之費用，皆有此項權利。

工匠者——例如梓匠、圻者、園藝師——一切在實際上，爲不動產工事者之謂也。建築師者，計劃、監督工事者之謂也。承攬人者，依民法第六百三十二條之規定，爲完成某種工事取得一定報酬之約定者之謂也。惟建築師有並爲承攬人者，梓匠有並爲承攬人與工匠，或建築師者。但承攬人所使用者，不問其係工匠或建築師與否，對債務人，皆非直接有債權者，故不適用本條之規定。

第二 此項先取特權之標的物

此項先取特權之標的物，係實施工事之不動產，其係新建築者，或僅爲修理者，皆非所問。

(a) 此項先取特權之標的物，雖係實施工事之全部不動產，惟因其工事所生之不動產增價，僅以其行使先取特權時，現存者爲限，得爲其增價額，行使權利。三二七條二項。

(b)此項先取特權，雖以實施工事之全部不動產爲其標的，惟乙在甲之地上，爲新建築工事者，或爲原建築物之修繕工事者，其工事之先取特權，僅以建築物爲其標的。蓋日本與歐洲異，土地分別與建築物，不以建築物爲土地之構成部分也。但與建築物營造或修繕同時，爲土地工事——例如庭園、地窖等工事——者，得以其建築物及土地兩者，爲其先取特權之標的物。

在原建築物上爲工事者，雖無疑義，惟爲新建築者，不能謂其建築物爲土地之增價，故依本條第二項之限制規定，其應否有此項先取特權，頗有疑義。舊民法以地上物爲土地之一部，故採用民法所用「增價」一語（摺一七五條）現行法亦仿之，在文詞上，殊嫌抵觸！故爲新建築者，在其建築物上，亦應有本條之先取特權。（同說——富井氏民法原論物權三九三頁，橫田氏物權法六六六頁，中島氏民法釋義二卷七一九頁，梅氏民法要義物權編三八一頁。）

如係同一人爲此項建築物及土地之工事者，應併以建築物與土地爲其標的，其實行權利時，應併付拍賣，與抵押權之解釋同。梅氏民法要義物權編三八三頁，富井氏民法原論物權三九三頁參照。

第三項 不動產買賣之先取特權

此項先取特權與動產買賣之先取特權，其立法意旨及字句解釋皆同，故無說明之必要。卽爲不動產之價金及其利息存在於其不動產之上也。三二八條但其標的物爲不動產，故以登記爲對抗第三人之要件。

民法與其他法國法系立法例及其解釋，皆不相同，惟認交易上最繁重之買賣，有先取特權而已。修正案由書三二五條
下參但於互易時之補償金，亦準用之。五八六條二項

第四節 先取特權之順位

因先取特權有競合時，故有順位問題。其所以有定順位之必要者，蓋以債務人之財產，不能使競合先取特權人墜望也。

對於順位問題，應分爲：(一)一般先取特權之競合，(二)一般先取特權與特別先取特權之競合，(三)特別先取特權中，動產先取特權之競合，(四)特別先取特權中，不動產先取特權之競合，(五)同一順位先取特權之競合五項，說明之。

物權與債權異，應依其權利發生時期之前後，定其權利之優劣，惟先取特權則不依此項原則，僅依其享有特權之理由，定其順位。又民法以外之特別法所認之多數先取特權，多有優先於民法上先取特權之規定。

先取特權依物上代位之規定者，(三〇四條)其順位雖無規定，惟僅係其內容變更而已，故其順位，仍依先取特權之原順位。(中島氏民法釋義二卷七二六頁)

對於順位之讓與及拋棄，雖無規定，惟先取特權與主債權共同讓與者，其順位亦應隨同移轉。惟不得僅讓與其順位。其因拋棄順位，而在其他先取特權之次位者，亦無禁止之理。(中島氏前揭參照)

第一款 一般先取特權之競合

一般先取特權相互競合者，其優先權之順位，依第三百零六條所規定之順序。^{三二九}惟共益費用，係爲其他債權人之共同利益而發生，有特別之保護。其他則參酌向來立法例之規定，^{法民二一〇一條、二一〇五條、意民一九五九條、舊民擔一四四}

條參 依其所應保護之程度定之。

第二款 一般先取特權與特別先取特權之競合

現行法與法，意及日本舊民法，正採反對主義，特別先取特權，以優先於一般先取特權為原則。三二九條二項本文。蓋一般先取特權人，除在其他特別先取特權之標的物上行使權利外，在債務人之其他財產上，亦得行使權利，故在通常情形，皆得受充分之保護，反之，特別先取特權人，則非在其特定動產或不動產上，行使權利，別無清償方法也。修正案由書三二九條下參照

惟第三百二十九條第二項但書規定：一般先取特權中，共益費用之先取特權，有特別優先之效力。即此項共益費用，係為債權人之共同利益而支出，如因其所生之債權，無最先順位之先取特權，其他債權人將有不當之利得也。惟此項先取特權，亦僅對於因共益費用而受益之各債權人，有優先之效力而已。三二九條三項但書。法，意及日本舊民法，亦有同樣規定。

第三款 動產先取特權之競合

在同一動產上，特別先取特權有競合者。例如甲自乙買某動產，委託丙為運送，賣主乙之先取特權，即皆存於同一動產之上，又如建築物承租人買某動產，附設於其建築物上，出租人與賣主，即在同一動產上，共有先取特權，其時先取特權之順位，原則大約如左：三三〇條一項

第一 不動產租賃，旅店住宿及運送之先取特權

第二 動產保存之先取特權 但有數保存人者，在後之保存人先於在前之保存人。

第三 動產買賣，供給種苗肥料及農工業勞役之先取特權

蓋第一順位先取特權之標的物，不惟皆在債權人支配範圍之內，即認其有默示的擔保契約，亦無不可，故以準質權人之意義，有優先之順位。其在第二順位、第三順位者，則皆基於各該擔保原因之先取特權也。其中動產保存之先取特權，所以在優先地位者，蓋因有該保存行為，其他債權人之權利，乃得充分行使也。但有數保存人者，此後之保存人，應先於在前之保存人，蓋在後之保存人之保存行為，概有利於在前之保存人也。

對於公吏保證金之先取特權之順位，雖無規定，惟可參照第三百二十條之說明。

自第三百三十二條之規定觀之，前述各款之先取特權相互間，有競合時，各先取特權人應各按其債權額，受此例之清償，惟在實際上，此類先取特權，同時存於同一物上者，殊屬罕觀。

對於上述一般原則，尚有例外：

(一) 雖係第一順位先取特權，惟其取得債權時，明知有第二順位、第三順位先取特權人者，不得對之行使優先權。
三三〇條
二項前段 例如先取特權人雖係不動產出租人，惟其取得債權時，明知承租人對於附設於不動產上之動產，未付價金於其動產之賣主者，出租人不得對賣主行使優先權，是也。

因三條僅謂：第一順位先取特權人，在取得債權時，明知有第二順位或第三順位之先取特權人者，不得對之行使優先權而已，故仍得與第二順位或第三順位人，立於同一順位，行使權利，惟徵之第三項之規定，本條係以定順位之前後，為其目的，殆與舊民法擔保編第一百六十四條之意。

皆同。(反對——中島氏民法釋義二卷七三二頁)

第一順位人不知有第二順位人，惟知有第三順位人者，其對第二順位人，雖有優先地位，對於第三順位人，則在次位。惟有謂其應與第三順位人，立於同一順位，受比例清償者。(中島氏前揭)

(二)爲第一順位人，保存其物者，第一順位人對保存人，亦不得行使優先權，而應在其次位。三三〇條 二項後段。惟其保存行爲，須係在第一順位人之先取特權發生以後，爲之而已。

有謂物之保存，須係本於第一順位人之期望者。(梅氏民法要義物權編三九二頁) 惟此種制限，並無法理上之根據。應依通說：其保存係因委託與否，皆無區別。(富井氏民法原論物權三九九頁，橫田氏物權法六七四頁，法典質疑問答物權二八五頁，塚田氏解答)

(三)除以上特例外，對於土地孳息，亦應定其順位。即此項孳息之第一順位人，爲農工業勞役者，第二順位人，爲供給種苗或肥料者，第三順位人爲土地出租人。三三〇條 其定順位之標準，蓋各依其構成擔保原因之程度而定，即以其在生產孳息上，供給勞力最多者爲先，並保護無產者也。惟在立法論，則應列於同一順位。

第四款 不動產先取特權之競合

在同一不動產上，特別先取特權相競合時，其順位依第三百二十五條所定之順序。三三一條 一項。此項規定，與法意民法及日本舊民法等，略有不同。不動產保存之先取特權，列爲第一順位者，以其有利於其他先取特權人也不。不動產工事之先取特權，列爲第二順位者，以其先取特權，僅以因工事所生之不動產增價現存者爲限，爲其增價額而存在也。三二七條 二項。故雖列於不動產買賣之先取特權之前位，亦無害於該買賣之先取特權，僅爲其增價額，有優先

權。

對於同一不動產，爲數次轉賣者，各賣主雖皆在不動產上，有先取特權，惟各賣主各按債額比例，同等行使權利，亦非公允！即因乙對甲，原未清償價金，而甲對乙有先取特權，又因丙對乙未償價金，而乙對丙有先取特權，如乙對甲，未爲完全清償，而使乙與其債權人甲相互競合，在同一不動產上受同等之清償，非至當也。且因乙自甲買得不動產，得更轉賣於丙，故第三百三十一條第二項規定：在數次轉賣時，賣主相互間之優先權順位，與規定一般物權之優先權之優劣之原則同。依其時之先後定之。此項規定，係仿法國民法主義。惟以不動產上之先取特權，對抗第三人者，仍以登記爲必要，故前順位之賣主，亦無害於後順位之賣主也。

此項問題，在數人在同一不動產上，爲保存或爲工事時，殊屬罕觀，緣保存費之數額，率低於不動產之價格，故各保存人多得自其不動產，得其清償。且自工事費用觀之，其先取特權，以因工事所生之不動產增價，尙現存者爲限，僅爲其增價額而存在，故數人在同一不動產上爲工事者，應自各該工事所生之增價額各別觀之，故增價額現存者，得各自依第三百二十七條之規定，行使權利。故民法僅就不動產之買賣規定之。

對於同一不動產，得爲數次轉賣，惟其先取特權，在債務人交付其動產於第三取得人以後，不得在其動產上行使之，（三三三條）故在實際上，殊無知不動產之數次轉賣，有特設規定之必要。

第五款 同一順位先取特權之競合

在同一標的物上，有多數先取特權之競合，而不能依前述規定，辨其優劣者，應依一般原則，各按其債權額，以受清償。^{三三}此項規定法，意民法及日本舊民法亦皆有之，自不待言。

在破產時，存於破產財團之財產上之留置權，依商法之規定，對於破產財團，雖可視為特別先取特權，惟此項先取特權次於其他特別先取特權（破產法九三條一項）。

第五節 先取特權之效力

第一款 各種先取特權之共通效力

第一 先取特權人，不惟在標的財產上有先於其他普通債權人以受清償之權利，並對於代位物，亦得為其權利之行使。

此係先取特權之最要效力。○三〇三條三、四條參照，惟先取特權人對於其他擔保物權人，立於何等地位邪？

(甲) 對於留置權人之地位

留置權人不得在標的物上，受優先之清償，先取特權人對於留置權人，雖立於優先地位，惟留置權人多同時有先取特權，故其與其他先取特權人間之順位，應依前節所述之規定定之。

(乙) 對於動產質權人之地位

民法以動產質權，與先取特權中最似質權者，列於同一地位，為得其平，故動產質權，與動產先取特權中，第三百三十條所列第一順位之先取特權——即不動產租賃，旅店住宿及運送之先取特權——有同一權利。○三三三條，因有同一權利，故此等先取特權所受第三百三十條第二項之制限，動產質權人亦應受其制限。同說——按氏民法要義物權編四〇八頁。

惟動產質權與不動產租賃、旅店住宿或運送之先取特權，存於同一標的物上者，其相互間之關係，應如何定之？[？]例如房屋承租人以其占有他人之物為質物，附設其物於房屋，上而息為租金之支付者，出租人之先取特權與承租人之動產質權各效力，應如何定之？[？]對於此項疑問，有謂應各按債權額之比例，以受清償者。^{富井氏民法一〇頁，中島氏民法釋義二卷七四一頁，自第三百三十四條之規定，雖應依其解釋，惟第三百十九條規定：「第一百九十二條之規定，於動產先取特權，亦準用之。」故如前例，第一順位之動產先取特權人，除係明知或可得而知其標的物為質物外，不妨以其標的物與債務人之所有物同視，優先於在其物上，有質權之人。^{梅氏民法要義物權編四〇九頁參照。}}

(丙)對於不動產質權人之地位

對於先取特權與不動產之效力問題，應參照關於抵押權之說明。^{三六一條。}

(丁)對於權利質權人之地位

一般先取特權存於債務人一切財產之上。故有與以其財產內之權利為標的之質權相競合者。一般先取特權中，共益費用之先取特權，應優先於權利質，雖得依第三百二十九條第二項之規定，以斷定之，惟其他先取特權與權利質之關係，則無明文。一般先取特權未為登記，亦未通知第三債務人者，有對抗力否？應保護第三人之質權人抑應貫徹一般先取特權之旨，使優先於質權人？[？]雖有疑問，亦惟認有同一效力而已。惟有謂：與其依債權額，行使權利，不如依照關於物權相互間之優先力之一般原則，按其權利發生時期之前後，定其優劣者。^{中島氏民法釋義二卷八三六頁。}吾人亦趨其說。

存於公吏保證金上之先取特權，應參照第三百二十條之說明。

(戊)對於抵押權人之地位

不動產先取特權及一般先取特權，對其債權之擔保，及對其標的物之關係，有極似抵押權者。此點爲此兩種先取特權之特別效力，俟於次款以下說明之。

抵押權之規定於不動產先取特權，亦準用之，此項說明俟於本款第六目內述之。三三九條，三一三條參照

第二 先取特權亦係物權，故有優先權及追及權。惟有限制。

(一)對於優先權之制限

如以優先權之意義，係物權優先於普通債權之謂，先取特權亦自有優先權，惟如前述，優先權僅係在同一標的物上，先後有二個以上之物權時，前者優於後者之謂，故先取特權，猶有相當制限。在同一法定先取特權中，其順位有爲特別規定者，非僅依其權利發生時期之前後也。此外與其他擔保物權之關係，尙有第三百三十四條，第三百三十五條第二項等規定。

(二)對於追及權之制限

如以追及權係其標的物，在任何手內，亦得追及其所在，而行使之之權利，則先取特權人之追及權，自有制限。因對於不動產，有登記制度，故先取特權人，第三人皆得受充分之保護，惟對於動產，則有特別規定，即第三人自債務人讓受附有先取特權之動產者，在其交付以後，先取特權人即不得在動產上，行使權利。三三三條，蓋第三取得

人在受債務人之交付時調查其物是否爲先取特權之標的物不惟在一般交易上不甚便利，且先取特權人尙得依第三百零四條之規定，對於其標的物之代表物——金錢或其他物品——行使其權利也。

第三 先取特權人大多未占有其標的物，故不能有占有權之各種保護，惟其占有標的物時，應有占有訴權，並適用關於占有權效力之規定。

第四 先取特權人在受債權之全部清償以前，雖有一部分清償，仍得在標的物全部上行使權利，其標的物滅失一部者，先取特權即存於其殘存部分之上。三〇五條、二九六條

第五 先取特權能否與主債權共同移轉？又有讓與主債權之意思表示者，先取特權應否當然伴隨移轉？

羅馬法及德國普通法，仍認先取特權中有有移轉性者與無移轉性者之別。拙著訂正擔保物權法本論二章五節一款參照 惟德國民法對於先取特權僅於第四百一條第二項關於債權讓與之規定內規定：「在強制執行或破產時，與債權相結合之先取特權，新債權人亦得行使之。」德國民法上之先取特權與日本民法上之先取特權，異其性質，可自即係債權性質，其移轉性亦有以明文釋疑之必要。以先取特權爲物權之立法例，因於其伴隨性，尙有疑問，乃特設明文以規定之。法民一六九條、意民一五四一條 惟日本民法並無明文，遂有以爲當然伴隨者，有以爲非當然伴隨者，實皆未當！其表示與主債權共同移轉之意思者，固應共同移轉。否則其應當然伴隨主債權，共同移轉與否，尙有疑問。蓋不能僅以先取特權係從物權，即斷定其有當然伴隨性，與留置權之說明大略相同也。惟有包括承繼等特殊情形者，應當然有伴隨性，亦不待論。又依第三百四十一條所準用之第三百七十五條第一項之特別規定，有得以先取特權爲其他

債權之擔保之特例。且先取特權與留置權不同，通常皆不占有其標的物。又自其得受優先清償一點觀之，亦可為積極解釋本項問題之根據。要之，依照通說：雖得依當事人之合意，以為移轉，惟其當然伴隨性猶有疑問。

法學協會雜誌第三十一卷第十一號所載，拙稿「擔保物權之移轉性與伴隨性」文內，對於先取特權之移轉性各學說，頗多改正。應參照法學

新報第三十卷第五號所載橫田氏「論擔保物權之移轉性」及法律評論第三卷第二十二號所載，拙稿「先取特權疑義七則」。

第六 關於不動產之先取特權，不問其係一般先取特權，抑係特別先取特權，其性質皆與抵押權相類。故第三百四十一條規定：「先取特權之效力除適用第八章第四節各規定外，並準用關於抵押權之規定。」舊民擔一八八條參照。

就其因準用而發生之效力之主要者言之，則先取特權，得及於其附加於標的不動產上，成為一體之物，先取特權人有請求利息或其他定期金之權利者，僅以為其滿期最後二年分之利息或定期金，得行使其權利，為原則。又先取特權人得以其先取特權，為其他債權之擔保，並對於同一債務人，得為其他債權人之利益，讓與或拋棄其先取特權或其順位，此外關於滌除之規定，亦準用之。三七〇條、三七四條、三七五條、及三七八條至三八六條。

第二款 一般先取特權之特別效力

第一 一般先取特權人行使權利時，應受特別制限。

- (一) 一般先取特權人非先在不動產以外之財產上，不能受清償者，不得在不動產上，以受清償。三三五條二項
- (二) 在不動產上，亦應先就其非係特別擔保（例如抵押權）標的者，以受清償。三三五條三項
- (三) 一般先取特權人，在分配不動產以外之財產時，怠為參加者，或在分配非係特別擔保標的之不動產時，怠為

參加者，在其因參加所得利益之限度內，不得對於為登記之第三人——即特別先取特權人，抵押權人，其他第三取得人——行使權利。^{三三五}

因一般先取特權人，得在債務人之一切財產上，行使權利，故為保護其他債權人起見，一般先取特權人不准在權利行使順序上，有相當之制限，且在先取特權之標的不動產上，有特別擔保者——例如抵押權人——皆優先於一般先取特權人，蓋所以使其不失完全受償之機會也。

第三百三十五條第一項至第三項之規定，於分配不動產之價金先於不動產以外財產之價金時，或分配特別擔保標的不動產之價金先於其他不動產之價金時，不適用之。^{三三五}蓋其時如制限一般先取特權人之權利行使，則一般先取特權人，在此等價金上，將不得行使其權利矣。故一般先取特權人得為其債權金額，在債務人之不動產上，或在特別擔保之標的不動產上，行使權利。

第二 一般先取特權人，雖未就不動產為登記，亦以得對抗無特別擔保之債權人為原則。

關於不動產物權之得喪變更，雖非登記，不得以之對抗第三人，惟其原則，於一般先取特權不適用之，其因數額輕微之債權，有先取特權者，亦應登記，殊有反於享有此項先取特權之意旨。故第三百三十六條規定：「一般先取特權雖未就不動產為登記，亦不妨對抗普通債權人。」為第一百七十七條之例外規定。惟未登記之一般先取特權人，不得對抗已登記之第三人——例如抵押權人——^{同條}但書，但一般先取特權人，已就不動產為登記者，得依其登記之先後，行使權利。

第三 一、般、先、取、特、權、人、得、在、債、務、人、之、不、動、產、上、行、使、權、利、故、準、用、關、於、抵、押、權、之、規、定。三四一、三四二

第三款 動產先取特權之特別效力

第一 債、務、人、交、付、其、動、產、於、第、三、取、得、人、以、後、動、產、先、取、特、權、即、不、得、在、該、動、產、上、行、使、之。三三三

此項規定，非僅動產先取特權適用而已，即包含於一般先取特權標的中之動產，亦應適用。蓋受交付之第三取得人，通常皆不知其物上，有行使先取特權之人也。故特設先取特權之行使制限，以謀交易之安全。

(a) 本條所謂之第三取得人，並未包含承租人質權人等，僅指動產讓受人而言。同說——富井氏民法原論物權四〇七頁

(b) 因法條規定，僅係第三取得人，故其善意惡意，皆非所問。同說——中島氏民法釋義二卷七三九頁 其所以不為區別者，蓋在事實上，善意惡意，區別亦甚難也。

上，善意惡意，區別亦甚難也。

(c) 因第三百零四條之規定而有代位物者，不妨在其物上，行使權利。

(d) 本條所謂交付者，非僅謂其現實交付而已，即占有之改定，簡易交付等，亦包含之。同說——大正六年七月二六日大判中島氏前掲

(e) 債權人——即先取特權人——在交付標的不動產於第三人後，得依第四百二十四條之規定，行使債權人撤銷權。

撤銷權。

第二 不、動、產、租、賃、旅、店、住、宿、及、運、送、之、先、取、特、權、與、動、產、質、權、人、皆、係、同、一、順、位。三三〇條、三三三條、三四條

第四款 不動產先取特權之特別效力

除前述先取特權之共通效力外，特就不動產先取特權之特別效力，說明如左：

第一 不動產保存之先取特權因其保存行爲終了以後即爲登記而保存其效力。七三三條

不動產保存之先取特權雖依一般原則因其登記而得對抗第三人惟登記之效力自登記時始行發生故登記在後之不動產保存之先取特權雖於其他一切債權人皆有利益亦不得對抗登記在前之登記人故第三百三十七條規定此項先取特權因其保存行爲終了以後即爲登記而保存其效力對於在其行爲以前爲登記之第三人——例如抵押權人——亦有優先地位。登記法一五條參照

本條中「即」字意義頗有疑問。有謂係無遲滯之義。富井氏民法原論四一七頁有謂係在常識上不能認爲遲延之義。梅氏民法要義物權編四一七頁有謂係第三人取得抵押權或不動產質權以前任何時間之義。中島氏民法釋義二卷七五〇頁吾人嘗採無遲滯說。惟民法常用無遲滯字樣反之本條則規定爲「即」與德國民法上之 *unverzüglich* 異與 *sofort* 同雖不以即時或即日爲必要惟已逾常識上所認之必要時期者即因不可抗力亦不得保存先取特權之效力蓋維護其他債權人之法意也。

在保存行爲終了以後怠於即爲登記而其後爲登記者不動產保存之先取特權不得保存其效力其登記無效。即不能對抗登記在後之第三人也。同說——富井氏民法原論物權四一七頁中島氏前揭橫田氏物權法六九一頁六九四頁何則蓋不惟法條有一因卽爲登記而保存其效力一之規定且不論時期遠近皆保護此項先取特權人或至債權人債務人有相互迴謀爲不正登記之虞也。此點與法國民法等稍異。法民二一〇四條二項

第二 不動產、工事之先取特權因在工事開始前登記其費用之預算數額而保存其效力。三三八條一項

前於第三百二十七條內，所述之不動產工事之先取特權，僅係爲其工事所生之增價額而存在，故不論其登記之前後，皆有優先於其他債權人之必要，惟亦有防止債權人債務人通謀爲不正登記之必要，故規定因其在工事開始前爲費用預算數額之登記，而保存其效力，即在實際上，其工事費額超出預算數額者，先取特權不爲其超出額而存在，蓋所以使信任登記之第三人，不致受不測之損害也。三三八條一項

民法更爲謀得其平起見，並規定：因工事所生之增價額，先取特權人，在參加債務人財產之分配時，得使法院選任之鑑定人評定之。同條二項

此項先取特權，在工事着手後，爲登記者，其登記無效。（大正五年十一月八日及同六年二月九日大判。）

第三 依第三百二十七條及第三百三十八條之規定，所登記之先取特權，得先於抵押權行使之。

其與不動產質權人之關係，雖無直接規定，惟因第三百六十一條規定：不動產質權，準用抵押權之規定，故不動產質權人與抵押權人爲同一地位，即前述先取特權在適法時期爲登記者，對於不動產質權，仍有優先地位也。同段——梅氏民法要義物權編四二〇頁橫田氏物權法六九三頁中島氏民法釋義二卷七五六頁

第四 不動產買賣之先取特權，因在買賣契約成立時，爲未清價金或其利息之請求，而保存其效力。三四條

如爲此項規定，而不規定其爲登記之時期者，則難免其後不因買主賣主之通謀，使第三人受不測之損害。故在法定時期後，爲登記者，其登記無效，惟法國法系民法對於此點，以爲：係法律上之抵押權，有特定之效力，殊不相同。

此項先取特權，與不動產保存及不動產工事之先取特權不同，不得優先於買賣前已登記之抵押權。何則？蓋買賣前之抵押權人對於買主有抵押權，故其賣主，不得對之，行使自己之先取特權。惟在買賣後，取得抵押權者在先取特權登記後為登記者，僅應依一般原則，依登記之前後，定其效力之優劣。梅氏民法要義物權編四二一頁以下，富井氏民法原論物權四二〇頁。

對於不動產買賣之先取特權，不惟應與其契約同時，為未清價金或利息之登記，並應另為此項先取特權之保存登記。同說——法曹會雜誌二卷四號所載，大正十三年一月二十五日同會決議中島氏民法釋義二卷七五七頁。

第五 不動產先取特權之效力，除前述特別規定外，並準用關於抵押權之規定。三四一條。

第六節 先取特權之消滅

第一款 消滅之理由

先取特權之消滅事由，大約如左：

第一 標的物之滅失

先取特權雖因其標的物全部之滅失而消滅，惟一般先取特權，存於債務人一切財產之上，故全部財產未滅失者，仍不消滅。無論何者，其因標的物之滅失，而有金錢或其他代位物者，先取特權應及於其代位物，已如第三百零四條之所述。

標的物一部滅失者，其先取特權仍不消滅，蓋擔保物權有不可分性，已如前述。二九六條三〇五條。

第二 沒收及收用

先取特權之標的物被沒收或收用者，先取特權消滅，其給付補償金與否，應依特別法之規定。尤應參照土地收用法，耕地整理法，鑛業法等規定。

第三 添附、

物之所有權因添附（附合、混和、加工之總稱）而消滅者，存於其上之先取特權，亦應消滅，惟應參照第二百四十七條及第二百四十八條各規定。

第四 混同、

一般先取特權，非存於債務人一切財產上之權利，與先取特權，併歸屬於一人者，不得消滅，惟得謂為其主債權因混同而消滅。^{五二}反之，特別先取特權則因特定標的物之所有權與先取特權之混同，而當然消滅。^{一七}^{九條}

第五 拋棄、

先取特權亦係一種財產權，故在不損害第三人權利之限度內，得拋棄之。

第六 時效、

先取特權，在性質上，原不得離主債權而罹時效。惟因其標的物，完成取得時效或具備即時取得^{一九}之要件者，存於其上之先取特權消滅。又先取特權有因主債權罹於消滅時效而消滅者，則當別論。

第七 主債權之消滅、

主債權基於清償、混同、時效或其他原因消滅者，其從物權——即先取特權——亦應當然消滅，自不待言。

第八 第三取得人之清償、

因第三百四十一條規定以不動產爲標的之先取特權，準用關於抵押權之規定，故因第三人之清償價金而消滅。俟於第三百七十七條之規定內述之。

第九 滌除、

以不動產爲標的之先取特權，因滌除而消滅。應參照第三百七十八條以下，關於抵押權之說明。^{三四}

第十 權利之實行、

先取特權已實行者，自當然消滅。

除上述外，凡動產在債務人交付於第三取得人以後，先取特權人即不得在其動產上，行使先取特權。^{三三}又關於不動產先取特權之登記，未具備時期上之要件者，其先取特權不得對抗登記在後之第三人。^{三七}

第二款 消滅之結果

先取特權消滅者，其主債權雖喪失其特別擔保，惟債權並不消滅，亦不待論。

第九章 質權

第一節 質權之定義及性質

質權(Pignus; Pfandrecht, Fahrnispfand, Handpfand, Faustpfand; Gage; Pegno)有廣狹二義。廣義之質即 Pignus 稱 Pfand 在歐洲法制上，包含質及抵押二種，恰與現在日本俗稱爲抵押者，況示擔保意義，而含有質及抵押兩種者，相類。在昔德川時代，質字亦有廣狹二義，廣義之質，僅指物的擔保而言。宮崎敬授在職二十五年紀念論文集所載中田氏「德川時代文學上之私法」六八四頁參照。

在古代羅馬法上，發達最早者，厥爲信託質入，(fiducia)以擔保物之所有權，移轉於債權人，在債務人爲清償時，雖得取回其物，惟在債務人不履行時，即售賣其物或完全取得其所有權，故殊不便，其後乃有質入(Pignus)制度，僅移轉占有於債權人。最初債權人原不得爲物之變賣，其後乃認其變賣或流質。(法協四一卷一〇號所載，春木氏「質權發達史上之信託質入(fiducia)」參照。)德國法亦有大致相同之沿革，由所有質(Eigentumspfand)而演進爲占有質(Besitzpfand Ohne Faust keine Pfand)矣。

現行德國法，僅認動產質及權利質，不認不動產質，與瑞士民法同。奧、匈亦相類似。惟法國法系民法中，法意及日本舊民法皆於動產質，權利質外，

認有不動產質。英國法上之 *pledge, pawn, lien, mortgage* 等，與德、法兩國法系之質及抵押，皆難比擬。尤與日本民法上之質及抵押不類。日本大寶令之雜令內有：「其實者，非對物主，不得輒賣，若計利過本不贖，聽告所司對賣，即有乘、道之，如負債者逃還，保人代償」之規定。其後鎌倉時代，頗有增訂，德川時代，御定書一百條等，關於質之規定，亦多散見。對於此類事項應參照國家學會雜誌第三十一卷第三號以下所載，中田氏「日本中世之不動產質」，法學會雜誌第二十二卷第二號所載，同氏「德政發現之年代」，同第三十六卷第六號所載，同氏「德川時代之不動產擔保法」，同四三卷一二號所載，同氏「榮譽之質入」，宮崎教授二十五年紀念論文集所載，同氏「德川時代文學上之私法」等。對於外國法，詳見拙著擔保物權法本論第三章第一節第一款。

以下僅就民法上質權之意義及性質述之，此外有營業質，另有質舖取締法，擔保附公司債信託法，其他日本勸業銀行法，農工銀行法，公立質舖法等特別規定，應注意之！

此外商法並規定：為擔保商行爲所生之債權，而設定之質權，不適用民法上關於禁止流質之規定。商二七條又商法第三百五十八條以下，對於倉庫營業人，因寄託人之請求，而應交付之質入證券，亦有特別規定。

第三百四十二條規定：「質權人占有自債務人或第三人受領之物，爲其債權之擔保，並在其物上，有先於其他債權人，受自己債權清償之權利。」與其以次各條相繼闡明其性質，茲說明之，如左：

第一 質權，係依當事人之意思，所設定之權利。

民法上之質權，與抵押權同，皆係依當事人自由意思設定之。（*pignus voluntarium*）少數立法例所認之法定質，日本民法皆不認之，至質權時效及占有之效力，其他質權之取得方法，應另述之。

第二 質權、係、占、有、他、人、之、物、之、權、利、

(甲)所謂他人者，即第三百四十二條所規定，不論其係債務人或第三人，皆可謂為他人。而為他人之債務，設定質權者，則為物上保證人。

(乙)質權之標的物，雖係有體物，惟並認有權利質，有如後述。茲以說明債權之通則為主，故第三百四十三條及其次條上「物」字之意義，應說明之。

(a)質權之標的物，須係得讓與之物。三四三條與三四四條蓋質權之效力，係拍賣其標的物，在拍賣價金上，受優先之清償，故以不得讓與之物，為其標的物者，蓋無謂矣！

所謂不得讓與之物或權利者，有因其性質上而然者，有因法律之特別規定而然者。例如貴族世襲財產及其收取法定孳息之權利，特別保護之營造物，乃國寶，偽造之貨幣及證券，有紙幣類似作用之證券，有傳染病之家畜，郵政儲金及由其保管之證券，郵政年金，登記前之股票，猥褻文書圖畫，鴉片及烟具，受扶養之權利，受恩給之權利等，皆屬之。貴族世襲財產法一六條，古寺院保存法五條，偽造貨幣證券取締法，類似紙幣證券取締法，家畜傳染病預防法，郵政儲金法一二條，郵政年金法九條，商一四七條，刑一七五條，民九六三條，恩給法一一條。

雖不禁讓與其物，惟有在特定情形，禁止其為質權標的者。例如：公司不得以自己之股票為質權之標的。而已登記之船舶，雖得為抵押權之標的，惟不得為質權之標的。商一五一條，六八八條。

依訴訟法或其他法律，禁止扣押之物或權利，民訴五七〇條，六一八條，信託法十六條，郵政年金法十條。能否為質權之標的，禁止扣押之理由，因各物或權利而不盡同。非一切禁止扣押之物，皆不能為質權之標的也，惟因不得讓與，而禁止扣押之物或

權利，不能為質權之標的耳。梅氏民法要義物權編四三二頁，川名氏物權法要論二〇九頁，Biermann, Kommentar zu § 1204 例如官吏、僧官、公立教育機關教員職務上之收入、恩給、勳章、年金等，皆屬之。

保險、金，亦得為質權之標的，修正前之商法條四二八，對於生命保險金，有一因保險契約所生之權利，以被保險人之親屬為限，得讓受之，一之規定，惟修正商法僅規定為：因保險契約所生之權利之讓與，須有被保險人之同意而已。

依當事人之意思，禁止讓與之物或權利，非一般的喪失讓與性也。何則？蓋以契約禁止讓與者，其禁止之效力，僅係對人性質也。德國民法對此，有明文規定。條一三七日本民法，對於債權讓與之禁止，亦有第四百六十六條第二項之規定，故不得同一而論，俟述權利質之標的時，說明之。

違反基於法令或當事人意思之禁止讓與，所為之質入，其效力不能一概而論，有時其質入並非絕對無效，僅在違反義務上，有特定之效果而已。要應解釋各該法令及當事人之意思而定。

(b) 代替物，能否為質權之標的，其說不一。羅馬法認代替物得為質權標的，債務已清償者，應以同種類，同質量 (tantundem eiusdem generis) 之物返還之，謂之為例外質 (dignus irregulare Digesta 20, 1, 34, 2) 此項問題，在以金錢為質權標的時 (Geldpfand) 向有爭論，且日本向有押金制度，其法律上之性質，尤為學者所聚訟。押金不能認為金錢質，已於不動產租賃之先取特權內述之，惟在金錢質時，不讓與其金錢所有權於質權人，僅許其為利用者之利用。例如金錢則將如何竊意其時雖係以非代替物為質入，惟質權人實行質權之方法，則與普通質不

同。即在通常情形，皆應依法定方法，為標的物之變賣，若變賣金錢，殊無謂也。故得即自金錢，得債權之清償，而返還其餘額，應並參照第三百五十四條之規定。(Wolff: Sachenrecht § 173; Krainz, System des allgemeinen Privatrechts § 283 S. 844 C)

(c) 物之一部之所有權，以不存在為原則，故在物之一部上，亦以不得設定質權為原則。惟物之一部非通常皆無讓與性也。且質權之成立，以標的物之占有移轉為必要，其以動產質權對抗第三人者，僅以繼續占有為要件而已。故一部占有能移轉者，亦得認其設定質權，惟在實行質權時，事實上不能分割，售賣者，則無實益耳。在不動產之一部上，設定質權，亦有謂依不動產登記法第八十四條之規定，為可能者。中島氏民法釋義二卷七九八頁惟該規定之解釋，應參照關於抵押權之說明，在不動產之一部上，設定質權，在當事人間雖屬可能，惟在為對抗第三人要件之登記時，及實行其權利時，在程序上，皆有滯礙，故應以先就土地分為數宗，於某宗土地上，設定質權為便。反之，在共有人之應有部分上，得為質權之設定，亦不待言。

(d) 依第三百五十條之規定，第三百零四條關於先取特權之規定，於質權亦準用之，故質權，除其原標的物外，並及於代位物。對於保險金，除參照第三百零四條關於先取特權之說明外，並法律評論四卷一號及於代位物。所載松本氏「保險與存於其標的物上之擔保權」及同氏保險法一二一頁以下。

(e) 自質權標的物之範圍言：(一) 無特別意思表示者，質權應及於其設定時標的物之從物。八七條(二) 因第二百九十七條之規定，於質權亦準用之，故質權人得收取自質物所生之孳息，先於其他債權人，以其孳息，充其債權之清償，不動產質權人並得依不動產之用法，為使用及收益。三五〇條三五六條(三) 質權標的物之增減，無影響於質權之效力，自其不可分之性質觀之，自屬明甚。(四) 質權設定人雖因附合，混和或加工，喪失質物所有權，惟設定人為合

成物，混和物或加工物之單獨所有人者，其後質權即存於其物之上，設定人爲共有人者，質權存於其應有部分之上。^{二四七}（五）在債權質時，其質入債權之標的物非金錢者，質權人在供清償之物上，亦有質權。^{三六七}條四項。

（丙）質權係占有他人之物之權利。此點與留置權相類，與抵押權不同。存於自己物上之質權（*Dispositio in re sua*）爲日本民法所否認，並應注意左列各點：

（a）物之占有，在質權上，與留置權不同，僅係成立要件，物之繼續占有，在法律上，並非必要。故質權成立後，喪失標的物之占有者，不得因而謂其權利當然消滅。蓋在動產質，動產之繼續占有，僅係以其質權對抗第三人之要件。^三條二。在不動產質，有登記之制度，無繼續占有不動產之必要也。

占有權得依代理人取得之。^{一八}故爲質權成立要件之占有亦得依代理人爲之，自不待論。並不妨依簡易交付（*traditio brevi manu*）占有之改定（*constitutum possessorium*）等法律上所認許之簡易方法爲之。^{一八二條至一八四條}

質權之存續要件，雖不以標的物之繼續占有爲必要，惟質權人有留置標的物之權利。^{三四}七條。

（b）對於質物得使代理人占有之原則，又有例外。即質權人不得使質權設定人代自己爲質物之占有是也。^{三四}五條。蓋得使質權設定人代爲占有，則第三人無由知其物爲質權標的物或受不測之損害也。尤其對於動產，得使代爲占有，則與日本民法認許其所否認之動產抵押，蓋無異矣。

本條占有之意義，頗有疑問，有謂質權設定人倘非日本民法上之真正占有人，而爲物之直接支配，即係違反本條規定者。（中島氏民法釋義二

卷八八七頁。吾人亦聽其說。

要之，在質權成立時，標的物之占有，仍在質權設定人手內者，質權即不成立，故因之爲占有之設定者亦非所許。惟一經質權人爲標的物之占有者，質權即有效成立，其後又返還其標的物之占有，於質權設定人者，其質權應否存續？德國民法三條^{一、二、五}，乃瑞士民法八八條^{二、八、八}規定：質權應因其返還占有而消滅。惟日本民法對於質權成立以後，違反此項規定者，並無明文規定，論者有謂違反此項規定，質權應因之而消滅者。川名氏物權法要論二二九頁，律新開八二二號所載，明治四五年四月二〇日東京地方判，惟質權一經有效成立以後，返還標的物於設定人者，在動產質，僅不得對抗第三人而已。^{三五}在不動產質，因其已爲登記，縱返還其不動產之占有於質權設定人，亦無影響於其質權之效力。梅氏要義物權編四三七頁及評論四卷一〇號所載，拙稿一民法第三四五條與質權之存續，參照。此項見解，近漸爲一般人所是認。法曹會決議嘗採質權消滅說，惟其後亦謂：第三百四十五條之規定，僅適用於質權設定之時，在設定後並不適用，故不動產質權人得租賃標的不動產於質權設定人。法曹記事二六卷九號所載，大正五年六月二四日法曹會決議，大審院判例亦謂：該條規定僅謂在質權人一經有效設定質權以後，違反該規定，使質權設定人占有質物者，其占有不發生法律上代理占有之效力而已，質權並非當然消滅。大正五年五月十二日判決，此項判決雖係對於不動產質而言，惟其理論，於動產質，自亦無異。志林一九卷三號所載拙稿一法曹會決議及大審院判例參照。

第三 質權人、有、在、質、物、上、受、優、先、清、償、之、權、利。^{三四}

此點，質權與先取特權及抵押權同，與留置權異。

第四 質權、係因擔保債權而從屬之他物權。

此點並非質權之特有性質，雖不待論，惟為擔保任何狀態之債權，皆得設定質權耶？此項問題，不僅以質權為限，並係質權與抵押權之共通問題，應注意之。

質權以得為擔保任何債權，而設定之為原則。此點與留置權及先取特權皆不相同。即質權所擔保之債權，係以作為其內容，抑以不作為其內容，係以金錢給付為標的之債權，抑以其他給付為標的之債權，皆非所問。此外不惟其附期限與否，並無區別，即為他人債務，亦得設定質權，茲就其應研究者，說明如左：

(甲) 以不能以金錢計算者為標的之債權。

民法與德國法系民法同，第三百九十九條，明認不以金錢利益為內容之債權。對於本條解釋，其說不一。有謂：此種債務不履行時，其賠償仍以金錢為之，故係得以金錢計算之債權，該條規定，殊無意義！其實不然。何則？蓋不履行債務者，不惟未必皆歸宿於損害賠償，^{四一}且未履行債務者，亦有不發生財產上之損害者也。

有謂：當事人最初如會約定：此種債務不履行時，所應賠償之金錢或有價物者，自得為履行損害賠償之義務，以質權為其債權之擔保，其非然者，即不得請求損害賠償，不能設定為擔保之質權或抵押權。^{馬場氏中央大學講義錄一五四頁以下}

其所持之理由，蓋以第四百十七條規定：損害賠償，無特別意思表示者，其賠償額，以金錢定之。原債權既不能為金錢的評價，其債權被侵害者，自不應發生金錢上之損害，無請求賠償之權利。故為其擔保之質權，亦無存在之理由。惟此種債權，亦有因債務不履行，發生財產上之損害者，例如負擔不奏音樂之債務人奏音樂者，除因其債務不履

行，債權人在精神上受無形的損害——例如精神上不愉快——外，不能謂債權人在營業上或其他事項上，即不受財產的損害也。在此種損害中，雖有以爲不能認係因債務不履行，通常所應發生之損害，而係基於特別事情所生之損害者，惟當事人豫見其事情或可得豫見其事情者，債權人自得請求賠償，四一六得爲擔保債權，設定質權。

在債務未爲不履行前，——即在債權本來之狀態——與因其不履行所生之損害，應分別觀察之。第三百九十九條之規定，僅指其債務未爲不履行時之狀態，不能爲金錢的評價而言，其一經不履行者，通常皆得以金錢賠償其有形無形之損害。惟如因之發生非財產上之損害者，則應如何？其能否評價，亦有疑問。日本民法對於侵權行爲，發生財產外之損害者，有賠償之規定，七一〇條。反之，對於債務不履行，關於無形損害 (ideeller Schaden) 之賠償，乃無直接之明文，故於茲有疑問者，亦不足異。且日本民法，明白分別債務不履行與侵權行爲，另於債權編總則內，爲債務不履行之規定，亦係仿法國法系立法例，其規定之方法，在理論上，實無意義。在債務不履行與物權或其他權利被侵害間，關於賠償之原理，原則，殊無各異之根據，自以依德國民法，設置關於損害賠償之一般規定爲當。近時判例意旨，大抵略同。大正三年十月廿九日同十五年五月二十二日大判拙著債權法提要總論一章一節及三章八節一款參照。換言之，則因債務不履行之損害，僅係無形損害者，亦與侵權行爲同，得使爲金錢之賠償也。即日本民法並無如德國民法第二百五十三條之規定：「得爲財產外之損害請求金錢賠償，惟以法律有特別規定者爲限，故因債務不履行，有無形損害者，亦得爲金錢賠償。」惟不得因日本民法無直接之法條，遂謂有不認許之法意耳。其他多數立法例及其實際處分，皆認在債務不履行上，無形損害之賠償。評論三卷九號所載拙稿「民法第三百九十九條與質權及抵押權」參照。

此項無形損害，其金錢評價之標準如何，頗有疑問。此項疑問，非僅債務不履行時有之，即因侵權行為所生之無形損害亦同。此外非債務不履行，亦非侵權行為，僅因法律之規定，當然所生之財產上之損害賠償，例如：有第二百零九條第二項，第二百三十三條等情形時，亦有類似之疑問。惟無論何者，皆應認由法官之公允自由心證而已。

石坂氏日本民法債權
三卷三六三頁參照

要之，不履行第三百九十九條之債務者，其因不履行所生之損害，不問是否有形損害，皆得請求金錢賠償，惟其計算，在兩者間，當有差別而已。故得為債權擔保，設定質權。

(乙) 罹於時效之債權

德國民法等以為消滅時效之效果，非即使其權利當然消滅也，不過有債務者，無責任耳，僅係對於享受時效利益者，付與一種抗辯權而已，故雖有認債務人行使抗辯權，拒絕給付之立法例，仍得為擔保罹於時效之債權，設定質權也。^{德民 1111 條 Staudinger's Kommentar zu § 1204; Planck's Kommentar zu § 1204, 4}日本民法則認消滅時效，為權利消滅之原因。惟非當事人主張時效利益者，法院不得依之以為裁判而已。^{五條四}故依日本民法，不得為罹於時效之債權，設定擔保。惟當事人明知罹於時效之債權，而設定質權者，係在時效完成以後，拋棄時效之利益，其質權之設定行為，自係拋棄時效之利益，並承認債權存在之意思表示。如乃認為罹於時效之債權，尙未消滅，為擔保其債權，而設定質權，則錯誤矣！

(丙) 條件附債權

條件附權利一語，有兩種意義。其一，即因將來條件之成就，而取得債權或其他權利，以法律上之期待為內容者，譯者按此項債權係現存者之權利非將來之權利其性質與因條件之成就，而發生之債權或其他權利譯者按此項債權係未成立之權利譯者按此項債權係未成有別，稱之為期待權。(Anwartschaftsrecht)有一定之保護。日本民法第一百二十九條所謂：在條件成否未定時，當事人之權利義務，得依一般規定，處分、繼承、保存或擔保之者，即指此項權利而言。迄今尙無異說。其二，即因條件之成就，而發生之債權或其他權利也，亦稱為條件附權利。日本民法第一百二十九條之字句，頗不明瞭，似可認為任指某種條件附債權而言，惟為擔保因後日條件成就而發生之將來債權之契約者，無論其是否適用本條之規定，皆應有效，亦不待論。德國民法條一二〇四雖有明文規定，殆亦當然。即因質權為從權利，故與主債權共繫屬於條件，如其條件係停止條件者，以其條件成就時，發生效力為原則，如當事人表示其條件成就之效果，溯及其成就前之意思者，其質權亦有溯及力。如其債權因解除條件之成就而消滅者，擔保權亦應消滅。

其擔保期待權——即條件附權利——者，在條件成就後，即擔保因條件成就而發生之債權。同說——中島氏民法釋義二

卷七八四
頁以下

(丁)將來發生之債權、

為擔保將來發生之債權——惟非條件附之債權——能否豫先設定質權或抵押權？蓋以依信用契約，而附借款最高限度，與一定期限，豫供一定擔保，如豫約抵押者，為事所恆有也。所謂豫約抵押問題者，即為擔保將來發生之債權，設定質權或抵押權者，究係在為其質權或抵押權之設定契約時，發生質權或抵押權之效力，抑在其後

發生效力之問題也。例如甲與乙銀行約定自今開始信用關係，在一年內，金一萬元之限度內，隨時借款（即爲信用契約）在甲豫供某種擔保以後，能否認其質權並非由甲自乙實借一定金額之日期，始生效力，乃係在該日期以前，即在爲信用契約之日期，發生效力之問題是也。

有以豫約抵押爲無效，僅係設定擔保權之豫約者，蓋擔保物權有從屬之性質，無獨立之存在，故擔保物權，不得在主債權未存在前而存在也。法典質疑問答二編二九六頁仁井田氏解
答明治三十四年六月二十八日東京控訴判

舊民法債權擔保編第二百四十一條規定：「債權係附條件者，或係信用貸借，因逐次支付而發生者，其抵押順位，亦依登記定之。」在現行法之下，明治三十五年一月二十七日以來之判決仍常認該規定爲有效。明治三十八年一月二日三月六日同四年一月二三日大正二年五月八日同六年一月三日同一年十一月十日法曹會決議等德國民法，不惟其第一千一百

十三條第二項，及第一千二百零四條第二項，明白規定爲擔保將來之債權，得設定質權及抵押權之旨，即其學說，亦皆認之。瑞士民法亦然。日本現亦有謂其爲無效者，惟其認爲有效之根據，爲說殊不一耳。

（一）現在、債權、擔保、說、（信用、債務、擔保、說）橫田氏物權法七〇一頁有謂：豫約抵押問題，並非關於將來發生之債權之問題者。橫田氏物權法七〇一頁以下，依其見解，則所謂豫約抵押者，乃信用借受人，因信用契約，負擔信用債務，豫約抵押，即擔保其債務者也。此項信用債務，在豫約抵押契約設定時，——即信用契約開始時——即已存在，故豫約抵押，非擔保將來之債權，乃擔保現在之信用債務也。故豫約抵押，當然有效。此項見解，係以質權及抵押權，不能擔保將來之債權爲前提，且依其說，則信用貸與人，因信用開始，而對信用借受人，有予取予求之義務，故信用貸與人有意外之損害，信用借受人對

於信用貸與人之危險，有保護之之義務，為擔保其義務，而設定豫約抵押。惟論者所謂之信用契約（Kreditvertrag; ouverture de crédit）自法律上觀之，僅係一種消費、費、貸、借、豫約，此項豫約，非即發生貸借契約，在消費貸借豫約中，信用貸與人雖負擔日後貸與之義務，信用借受人並不負擔借受之義務。又信用貸與人有不必負擔貸與之義務，信用借受人有必負擔借受之義務者。又信用貸與人有負擔貸與之義務，信用借受人亦負擔借受之義務者。而所謂豫約抵押者，即信用貸與人，惟在一定期間內，在一定金額內，負擔貸與之義務，信用借受人並不負擔借受之義務也。極言之，在其期間內，未曾借受者，亦未嘗無之也。換言之，則借受人雖有借受之權利，並不負擔借受之義務也。故在實際上，未曾借受者，無返還之義務，固不待論，亦並不另負擔其他義務也。擔保信用或信用債務之觀念，雖在經濟上世俗上有其意義，惟在法律上，殊難解釋，為學者所公認。且當事人之意思，亦非為擔保此項信用也。富井氏民法原論物權四五六頁，中島氏續民法論文集所輯「豫約抵押論」二七六頁以下。

（二）條、件、附、債、務、擔、保、說、有謂：豫約抵押，係擔保附停止條件之債務者。梅氏民法要義物權編五〇一頁，法律新批評參照，即以爲係擔保附有「因信用契約而借受金錢」之條件之債務也。九條，此項見解，不惟爲長崎控訴院所採用，青木氏民法判例集三〇九頁所載。Planiol 等亦唱導 N. Mentaire II p. 811 惟因附條件法律行爲，所生之權利義務——即附條件權利義務——與因條件之成就，所生之權利義務不同，前者僅係一種期望，依第一百二十九條之規定，得依一般規定，以爲擔保。豫約抵押問題，並非指其能否擔保此項權利義務而言，乃謂其能否豫先擔保因將來發生之貸借關係，而發生之原債權也，故條件附債務擔保說，與此問題並不相涉。惟法律行爲之標

的，與因條件成就而成立之法律行為之標的，皆應相同。如謂：某事發生，則與汝金百元，其事件發生時，所為贈與行為之標的，亦應為金百元是也。惟豫約抵押與此不同，在為信用契約時，僅約定貸借金額之限度而已，不惟其實有之債額，尚不明瞭，其終不為借受，亦正難料。可知停止條件附債務擔保說，亦非完備。富井氏民法原論物權四五七頁以下。

(三)條件、附擔保、設定說。此說與前說異，以為：豫約抵押之設定，係為附有將來債權之發生，而有效力，之停止條件之設定契約，其「借受」之條件成就，消費貸借成立者，質權或抵押權之設定契約與主債權共同發生效力，其時即發生質權或抵押權。富井氏民法原論物權四六〇頁以下，內外論叢五卷三號所載岡松氏質疑解答。如依其說，擔保權雖非即時發生，惟豫約抵押之

標的物係動產者，信用借受人應自始移轉占有於相對人，庶其後無由第三人取得動產，有妨害信用貸與人權利之虞。其標的物係不動產者，信用貸與人雖不能自始為其登記，惟得依暫時登記保全權利，故亦無喪失擔保之危險。此說為 Windscheid 等所唱導，贊同之者，殊頗不少。Windscheid, Pandekten I § 225 Anm. 6, 7; Gierke, Deutsches Privatrechts II § 170 Anm. 11. 惟其說亦

多批難。如其以「債權發生」或「借受」為條件，即有未合！所謂「債權發生，即應發生抵押權或質權」者，並非當事人自由訂定之附款也，蓋與遺囑人所謂「余死」者同，僅係法定條件耳。何則？蓋一切擔保權，皆以債權之發生為條件，並無關於當事人之意思也。即此項條件，非真正條件，並非依第一百二十七條之規定，以當事人之意思，溯及其條件成就之效果，於質權設定契約之時也。故此說亦不能解釋豫約抵押問題。中島氏民法釋義二卷七九〇頁，同氏續民法論文集所輯「豫約抵押論」。

(四)準條件、附質契約說。與前說相類而稍不同。其說以為：債權之發生，有法定條件之性質，在質權合意成立以

後，債權發生以前，不得以為毫不發生效力。法定條件，雖非真正條件，惟應準用條件之規定，定其效力，故在債權未發生時，亦有一種期待權，得準用第一百二十九條之規定以為登記。石坂氏民法研究四卷所輯「豫約抵押論」二八八頁以下。其說，不惟有狹義解釋其擔保權從屬性之嫌，且其謂法定條件之效力，準用真正條件之規定，其當否，亦有疑問。蓋日本民法上，對於似是而非之假裝條件，或準用真正條件之規定，或承認其效力，皆有特別規定也。一三三條至一三四條。况法定條件，並非條件，其有無期待權，亦有疑問。例如在遺囑中，所謂「余死」之法定條件未成就時，其依遺囑所生之期待，詎得依一般規定，以為處分或保存也邪？

(五) 將來債權擔保說，以為豫約抵押，係為擔保將來發生之債權，豫為質權或抵押權之設定，此項設定，應係有效，其效力係在最初設定之時發生，是謂將來債權擔保說，惟其理由亦不一致。

(a) 總括前述大審院判決，法曹會決議等言之，大抵以為：不動產抵押權或質權所擔保之最高金額，已在不動產登記簿，為登記者，即以其登記日期，為其債權人之順位，惟不得損害第三人之利益，不惟並無禁止豫約抵押之規定，且謂此項習慣，並不反於公共秩序，善良風俗。惟僅以是否損害第三人之利益，為認定某種契約有無效力之基礎，殊嫌失當，且法律上原無禁止之規定，其為有效之認定，亦難謂合！惟豫約抵押，原非違反法例第二條之習慣，認其有效，亦似不無理由，吾人亦嘗依據其說，惟第一百七十五條有一物權除本法或其他法律所規定外，不得創設之。之規定，自所謂「本法或其他法律」之字句觀之，自係指民法法典及其他成文法律而言，如得以習慣法增加物權之種類，則日本民法——與其他立法例同——對於物權創設，明示限定主義，不許以命令或當事人之意

思，任意創設之意旨，竟難解釋矣！志林一五卷一二號所載抽稿質疑解答拙著物權法提要總論三章一節

(b) 有謂：質權不繫於債權之存在，僅繫於其實行者，雖無債權之存在，亦不妨為其債權目的，有質權或抵押權之存在。Schoff, Tahrbuch für Dogmatik XV. S. P. 有謂附條件或附始期之債權，得設定質權或抵押權，固不待論，即係其他債權，其發生原因之法律事實，尚未存在，而債權應發生之原因，例如委任雇傭失

踪人之財產管理，已客觀的存在者，為擔保將來發生之債權，亦得

設定質權或抵押權，並謂：如甲對乙，空泛表示：將來余或對汝負擔債務，僅有單純希望者，亦得為其擔保，豫先設定

質權或抵押權，其擔保權，即以設定契約之日期，為其順位。Dernburg, Pandekten § 274; Dernburg, Pandekten I. § 68, § 69 惟並無客觀原因之履

備，信用契約或其他關係之存在，亦得為擔保空泛而係將來發生之債權，豫先設定擔保權，殊不可解。學者對於此

點，頗多批難。Windscheid, Pandekten, I. § 295 Anm. 7; 法典質疑問答二編二九七頁梅氏批評前揭中島氏論文二五頁二六頁

(c) 又有一說，以為：法律事實雖已完成，而因其事實內所包含之事實，妨礙債權發生者，例如基於停止條件附或

及債權之發生原因之法律事實雖未存在，而對其事實，有誘致力之客觀的事實關係已存在者，例如失踪人之財

產管理，監護人之財產之管理，亦得為之，豫先設定擔保物權，惟豫想空泛的將來債務者，不得為該債務，豫先設定擔保物權耳。前揭

氏豫約抵押論二四頁以下 其說不根據習慣法立論，惟廣義解釋第三百四十二條上債權之意義，為含有將來之債權而已，此

較上述各說為優。

第三百四十二條及第三百六十九條第一項，僅有債權擔保或債務擔保之規定，並無特應制限解釋之根據，自應含有各項債權在內，惟過去債權已消滅者，應除外之，現在之債權及將來之債權，皆應認其得為擔保。所謂擔

保物權爲從物權者，僅謂其非有債權，不得存在，應與債權共同存續而已，惟所謂爲擔保債權而存在者，亦謂其以擔保債權爲目的而已。其無誘致債權發生之雇傭、監護、失踪人之財產管理等客觀事實，僅謂：「將來余或對汝負擔債務」者，不得爲之，設定擔保權。蓋即將來之債權，亦應有將應發生之客觀的、期待事實，非如此例，僅指有空泛之主觀的、希望者而言也。

此外尚有明文規定，得爲客觀期待將來發生之債權，豫先設定擔保權者。例如身分保證金，即爲使用人將來發生之債權，提供擔保也。六二九條二項，又如交易所會員或經紀人之身分保證金是也。交易所法一四條。其他民法內此種規定，不勝枚舉。一九九條、四六一條、二項、六二九條、六三三條、六三八條、一項、九三三條等。自無因其爲對人擔保抑爲物上擔保，而有理論各異之理由。

要之，因上述理由之豫約抵押，應認有效，得即依信用契約所定之金額，以爲登記。明治三十五年一月二七日大審院判決。蓋債權雖係將來之權利，擔保權則係現存之權利也。惟其爲登記時，應記明其基於暫時貸借之豫約抵押契約並其豫約抵押。大正四年十二月三日大判。

有謂：吾人既不否認擔保物權之從屬性，而又廣義解釋第三百四十二條及第三百六十九條之規定，謂得爲將來之債權，設定擔保物權，爲自相矛盾者。石坂氏民法研究四卷所輯「豫約抵押論」二五〇頁以下。惟吾人所謂擔保物權之從屬性者，亦僅謂其無擔保債權之目的者，不得存在，應與債權共同存續而已，已如前述。

(戊)以、代、替、物、之、給、付、爲、標、的、之、債、權、

爲擔保以一定數量代替物之給付爲標的之債權，得設定質權或抵押權耶？有謂：法院得依職權，於拍定時，定

債權標之物之價額，例如交付相當價金於債權人者。有謂：應按其依不動產登記法第一百二十條之規定，所登記之債權額，交付相當價金者。惟以下說為當。即在實行擔保權時，按其債權清償期之市價，計算其債權額，自拍定價金中，以相當於債權額之數交付之也。法曹記事三一卷三號所載，大正九年十二月二五日法曹會決議。

第五 質權有不可分性

第二百九十六條，關於留置權不可分性之規定，於質權，亦準用之。三五條，即質權人在受債權全部清償以前，得在質物之全部上，行使權利，其質物之一部滅失者，以其殘存部分，擔保債權全部。其擔保物價格之變動，提供補充擔保義務之存否，其他不可分性之詳細說明，應參照關於留置權不可分性之說明。

第二節 質權之取得

歐洲立法例，雖認法律上當然取得之質權，及依法院宣告所設定之質權，惟日本民法不採用之。並無德國民法所認之扣押質權（Pfandungs pfandreht）即因債權人之扣押，債權人在扣押標的物上，取得有優先效力之質權也。日本民法雖有法院得命為提供擔保之規定，二九條一項，八〇三條一〇四三條等。亦非當然設定也，不過有為設定之義務而已。日本中古時代，已有扣押質制度。法協三六卷六號所載，中田氏「德川時代之不動產擔保法」參照。

在理論上，質權雖有與主債權共因取得時效之完成，及占有效力上，即時取得之效力，而取得者，一六三條，一九二條。惟其情形，殊屬罕觀。且得以何者，為質權之行使，亦有疑問。蓋惟認債務不履行時，實行質權，係質權之行使，則不發生時效問題。惟如認質權人所行使之孳息收取權，係質權之行使，差可認其係因時效取得而已。同說——長島氏「民法總論」六三〇頁。

惟不得以爲得由此等原因，單獨取得離主債權之質權——卽以爲無債權者，亦得取得質權——也。故質權取得之原因，僅列舉繼承，讓與，設定行爲三種而已，惟不得以爲有因遺囑之設定耳。

因繼承或讓與之質權取得，不另說明。茲僅就設定契約述之。質權設定契約——卽質入契約——(Pfandvertrag, Verpfändungsvertrag; contrat de gage; contratto di pegno)者，質權人(Pfandnehmer, gageste)與質權設定人(Pfandgeber, gageur)間所爲之要物契約也，卽所謂從法律行爲也。故須以現在或將來之債權之存在及標的物之移轉占有，爲其成立要件。蓋第一百七十六條之例外規定也。

質權設定契約係要物契約，故約爲質權設定者，未交付標的物時，僅有一種債權關係，僅係質權設定之豫約(Verpfändungsvorvertrag, Verpfändungsversprechen)而已。不得以之與因其契約之履行所成立之質權設定契約(質契約)(Verpfändungsvertrag)相混同。

質物以屬於債務人或物上保證人之所有爲原則。其以他人之物爲質者，僅適用第一百九十二條之規定者有效，其他情形，僅得認爲質權設定之豫約，至於轉質係特別情形，俟後述之。

第三節 質權之一般效力

質權因其標的爲動產或不動產或權利而各異其效力，關於此等說明，俟於次節以下述之，茲所說明者，爲各質權之共通效力，卽關於質權人之一般權利義務也。

第一款 質權人之權利

第一 質權所應擔保債權之範圍

質權所應擔保之範圍，以依質權設定行為之訂定為原則。其未為訂定者，應擔保其元本、利息、違約金、實行質權之費用、保存質物之費用，及因債務不履行，或質物隱有瑕疵，所生之損害賠償。^{三四}

(一) 元本

質權自應擔保元本。

本條所謂元本者，係指質權所擔保之主債權之標的之給付而言。法國民法（二〇八二條一項）不謂為 *capital* 而謂為 *principal* 瑞士

民法（八九一條二項）亦僅用債權（*Forderung*）字樣。蓋得以質權為擔保之債權，其內容不以代替物或其他有體物之交付為限，並有係無

體者。本條係關於質權所擔保之債權之範圍之規定，故為債權標的之主給付——其是否為代替物，並無關係——及與主給付有關之違約金，

實行質權之費用等，皆適用之。惟有以為：本條所謂元本，係有孳息之物者，（橫田氏物權法七一五頁）殊不可解！

(二) 利息

有利息之債權，不問其為約定利息，抑為法定利息，自以質權擔保為當。德條一二一〇。法條三〇八二。瑞條八九一。

本舊民法^{擔一}一條等，皆有同樣規定。

(三) 違約金

依第四百二十條第三項之規定，推定：違約金，係在債務不履行時，應支付之豫定損害賠償額。故債務完全不履行者，有代替給付之性質，債務不完全履行者，有補充給付之性質。故質權應擔保之，亦屬當然。德國民法亦有明

文規定。一二一〇

(四) 實行質權之費用

實行質權之費用，亦依質權，以為擔保。其他立法例亦明文規定之。德民一二一〇條二項，法民二〇八二條一

依拍賣法之規定，拍賣費用，應自賣得金內，先扣除之，故民法上之規定，似不適用，其實不然。應依拍賣法，自賣得金

扣除者，僅係拍賣直接所需之費用，其他費用，——例如關於評價之費用，為債權質者，其收取債權之費用。三五四

條等，——基於民法第三百四十六條之規定，皆應依質權以為擔保，其停止或撤銷拍賣之費用，亦依質權以為擔

保。拍賣法二〇條二一、條，德氏
保。民法要義物權編九頁參照。

(五) 保存質物之費用

第二百九十九條之規定，於質權亦準用之。三五故質權人雖有請求其在質物上所支出之必要費及有益費

之償還之權利，惟以質權擔保者，僅以保存費為限。蓋以保存費，係為防止質物之滅失毀損而支出者也。法國法系

立法例，亦多有此規定。法民二〇八〇條二
項，舊民擔一〇九條。雖有謂其失於狹隘者，惟在立法論上，實應如此。富井氏民法原論
國民法則不以保存費為限。一二一〇條二
項，一二一〇條二

國民法則不以保存費為限。一二一〇條二
項，一二一〇條二

(六) 因債務不履行所生之損害賠償

此項損害賠償，非當事人所豫定，蓋因不履行，在實際上，所生之一切損害之賠償也。質權既擔保違約金，故擔

保損害賠償，亦屬當然。

遲延利息者，因金錢債務不履行之損害賠償也。^{四一}九條故基於本條之規定，應依質權，以為擔保。瑞士民法第八百九十一條第二項，特明定之。

(七)因質物隱有瑕疵所生之損害賠償。

因質物隱有瑕疵所生之損害，例如因質物有腐敗性，所生之損害，是也。因係關於質物所生之損害，與原債權有密接之關係，故質權應擔保之。但質權人占有其物之時，已知其瑕疵者，不得謂其物隱有瑕疵，故不適用本條之規定。

本條規定，於第三人為他人設定質權時，亦適用之，惟不得因債務人，在質權設定後，所為之法律行為——例如：因違約金，約定利息等契約——而加重質物所有人之負擔。雖未如德國民法條一二一。有明文規定，亦當然也。在質權設定後，因債務人債權人間之行為，減縮債權之範圍者，質權亦在其減縮限度內擔保之。惟一度減縮後，仍回復其設定時原範圍者，仍在其設定時之原範圍內擔保之。蓋認質權設定人，有在其設定時之債權範圍內，為擔保之意思也。

第二 質權人在受清償以前，有留置質物之權利。

民法仿其他多數立法例，特於第三百四十七條，規定質權人在受前條債權清償以前，得留置質物。故雖逾債權之清償期，質權人仍得繼續占有質物，雖為標的物之拍賣，惟非拍賣人對債權人為清償者，不得受領其標的物。
拍賣法二
條三項

此種質權人，在質物上，有一種留置權，故關於留置權之多數規定，於質權亦準用之。^{三五}惟因質權之效力，而發生之留置權，與原始留置權，有重大區別。即質權人雖得留置質物，惟不得以其權利對抗有優先權之債權人也。^{三四七}但書，例如動產質權人明知有保存標的物之債權人，而受領動產者，或有為質權人，保存質物之人，該保存人因保存費而行使先取特權者，質權人皆不得對抗之，而拒絕質物之交付。^{三三〇條二}

第三 質權人，在質物上，有受優先清償之權利。

債務之全部或一部，屆清償期不履行者，質權人在質物上，得優先於其他債權人而受清償，為質權之主要效力。惟在質權人——即債權人——受領遲延時，^{三四一}無售賣質物之權；雙務契約當事人之一方在相對人為其債務履行之提出前，得拒絕自己債務之履行，^{三五三}故質權人屆清償期，未為自己債務履行之提出者，不得實行質權。

富井氏民法原論物權
四八〇頁以下參照。

在破產時，應參照破產法第九十二條至第九十七條。

關於質權人優先受償權者，有質權人相互間之順位及質權人先取特權人與抵押權人之順位問題，質物之處分方法，流質契約及活賣抵押茲並說明如左：

(甲) 質權之優先順位

(a) 質權相互間之順位 規定質權相互間之順位之方法，在動產質與不動產質間有別。即(一)在同一動產上，設定數質權者，其順位依設定之先後定之。^{三五}其同時設定者，各質權人，應按其債權額，受均等之保護。惟動產質

以質物之繼續占有，為對抗第三人之要件。^{三五}（二）在同一不動產上，有數質權存在者，其順位依登記之先後定之。^{三六一條}（三）附權利質，雖無直接規定，惟對於不動產物權，有第三百七十三條之準用。對於無體財產，得依特別法上註冊之規定，以定其對抗力，對於債權質，亦得依第三百六十三條以下之規定定之。^{中島氏民法釋義二卷九八三頁以下同氏續民法論文集所輯「質權順位論」參照。}

對於質權順位之讓與及拋棄，並無直接規定。惟因不動產質，準用關於抵押權之規定，故得因其登記，對抗第三人。^{三六一條三項}其他質權，則僅在當事人間有效而已。惟所謂讓與者，究係讓與人因不妨害讓受人之利益，而不行使其權利之謂？抑係讓與人以其所得行使質權之利益，交付之於讓受人之謂？惟有解釋當事人之意思定之。^{中島氏民法釋義二卷八三〇頁參照。}其順位之拋棄，對於不動產質，亦準用抵押權之規定，對於無體財產權，在特別法令上多有註冊之規定。對於其他質權雖無規定，亦無禁止之理由。

（b）質權與先取特權間之順位 前已於先取特權章內述之，故不再贅。

（c）不動產質權與抵押權間之順位 不動產質權與抵押權間之順位，亦應依登記之先後定之。^{三六一條三三七三條}

第三百五十條規定：第二百九十七條之規定，於質權亦準用之，故質權人得收取質物所生之孳息，先於其他債權人，充其債權之清償。又第三百五十六條規定：不動產質權人，得依不動產之用法，有使用收益權，自有收取孳息之權利。

（乙）質物之處分方法

質物之處分，以依拍賣法之規定為之，為原則，其為不依拍賣程序之契約者無效。惟有例外，即（一）動產質權

人以有正當理由者為限，得請求法院，依鑑定人之評價，逕以質物充償。^{三五}（二）在債權質時，質權人得直接收取質權標的之債權。^{三六}七條俟述於後。（三）依質舖取締法第十一條及商法第二百七十七條之規定，為流質契約者有效。

（丙）流質契約、

處分質物之方法，已如上述。而民法特禁止之者，厥為流質契約。即第三百四十九條規定：質權設定人，不得以設定行為，或債務清償期前之契約，使質權人取得質物所有權，以為清償，而不依法定方法，處分質物，是也。此項流質契約（*lex commissoria*; *Verfalklausel*; *pacte commissoire*; *patto di caducità*）自 *Constantinus*

帝以來，即為羅馬法所禁止，近代立法例禁止之者，亦不在少。^{例如普國普通法一部二〇章三三條，巴威略民法二年四月三日之條例，舊民摺一一三條，一三〇條，其立法之理由，蓋恐債務人因一時急迫，以高價標的物，供低額債權之擔保，因其後不能清償，而喪失其物之所有權也。惟此項規定，與利息制限法同，皆係毫無便益之干涉。}^{同說}

梅氏民法要義物權編四四七頁以下，^{富井氏民法原論物權四八三頁以下。}蓋不惟依活賣抵押，或其他名義，得為脫法行為，與流質契約，有同一之效果。難期其禁止之實行，且在實際上，如為流質契約，於本人有益且必要者，本無妨阻之理由。故其規定，僅係保護少數輕率無經驗之人而已，反之，頗有不合現代事實之嫌。日本民法，此項禁止，僅於質權有之，於抵押權則否，尤失其平。^{德國民法一四九條，瑞士民法八一六條二項等，皆對抵押權有此規定。}本條原為民法原案所無，乃其後衆議院所追加者。^{民法修正案由書物權編九章一節參照。}

惟違反本條規定，而為流質約款者，其效力如何？本條規定係強行規定，原無疑義，故其無效，亦不待論，惟有以

爲因之，其質權設定契約全部皆無效者，有以爲不然者。前說——法律總覽民法物權編一七五二頁所載明治四
年五月五日東京控訴判中島氏
民法釋義二卷九一〇頁以下惟一部無效者，不能即皆使其全部無效。德國普通法通說：以不妨害殘存部分之
效力爲原則，(*Utile non debet per inutile vitari*) 亦難贊同。要惟視當事人願其殘存部分有效與否定
之而已。

本條惟謂：以設定行爲或清償期前之契約，使質權人取得質物所有權，以爲清償者，其契約無效而已。故債權
已屆清償期者，得依設定人之承諾，以質物爲清償而爲代物清償者，亦非法律所禁。其屆清償期者，得依設定人之
承諾，不依拍賣法之規定，售賣質物，亦非所妨。

對於流質契約之禁止，亦有兩種例外，其一即係爲擔保因商行爲所生之債權而設定質權者，無本條之適用，
商二七
七條其一即質舖營業人之質契約，亦無本條之適用。質舖取締法一
〇條一一條

(丁)活賣抵押、

與研究流質契約之禁止之問題有關者，厥爲活賣抵押，即以擔保債權爲目的，而讓與標的物之所有權也，蓋
民法規定外，適應經濟上之需要之行爲之效力也。

雖係同一活賣抵押，惟其方法、內容，不僅一種。故先述其種類，次說明其效力及立法問題。在不動產上所爲之
活賣抵押，一稱賣契擔保，惟其效力問題，以在動產上，有爭議者爲多。

(活賣抵押之方法) (一)活賣抵押，有以附有買回約款之買賣方法爲之者。即債務人甲，以其債權額相

同之價金，出賣某物之所有權於債權人乙，而將甲之請求價金之債權，與乙之債權相互抵銷，惟甲得依其時所附之買回約款，在一定期間內，給付標的物之代價於乙，回復其所有權，但通常多係於其始為契約之時，由甲承租其已移屬乙有之標的物耳。此項方法，數見不鮮，在廣義上，亦係活賣抵押，即德國法所謂擔保買賣（*Sicherungskauf*）也。日本法院判決，有以活賣抵押，為附有買回約款之買賣者。法律新聞五九號所載，明治三四年一〇月一八日東京控訴判明，明治三五年五月二四日大判。亦有以附有買回約款之買賣與後述之信託行為相混同者。明治四四年四月一五，日大判理由前半部。（一）活賣抵押，有以再買

賣（*Wiederkauf*）之方法為之者。即債務人甲，對於債權人乙，將其因讓與某物所有權而發生之請求價金之債權，與乙之債權，相互抵銷，其時並未另附買回約款，故甲不得以其一方意思表示，行使買回權，惟有與乙為再買賣契約之豫約而已。日本法院判決中，前述東京控訴院之判決，即認活賣抵押，為附有買回約款之買賣，或再買賣之豫約也。（三）此外並得附以「不清償債務」之停止條件，或附以「清償」之解除條件，讓與標的物所有權於債權人。（四）除以上三種方法外，並得以信託行為，移轉所有權。（*Sicherungsübergang Pfandfuzia*）即債務人雖以擔保為目的，讓與某物所有權於債權人，惟債務人為清償時，債權人應負返還其物於債務人之義務，並負擔不以其物讓與於第三人，成為其他處分之義務。德國判例，學說多採用之。判例詳 *Staudinger's Kommentar zu § 1205 S. 944.* 德國民法第二百二十三條亦明認活賣抵押之效力為信託行為。日本法院判決，亦有以信託行為，解釋活賣抵押之趨向。

本項問題之信託行為，係受託人為受益人，故與信託法上之信託，趣旨各異。（志林二八卷四號所載，入江氏「活賣抵押係信託耶」參照。）

惟第四說中，尚可分為兩說。其一以為：以信託行為，移轉所有權者，其移轉皆有絕對的效力，因之，在其與債務

人之關係上，在其與第三人之關係上，其所有權皆應移轉於債權人，債權人對債務人惟負不於擔保目的外，行使所有權，不讓與所有權於第三人，之對人義務而已。其他一說則謂：標的物所有權，在外部關係上，——即在其與第三人之關係上。——雖移轉於債權人，惟在內部關係上，——即在活賣抵押當事人相互間。——仍屬於債務人。其說，東京控訴院常採用之，大審院亦然。明治三十九年一月五日，同四五年七月八日，大正元年一月七日，同三年十一月八日，同六年十一月十五日，同七年四月十一日，同八年六月二三日，同九年四月十九日，同一年三月二三日，同一年五月三日等判決參照。此項相對所有權說以為：其移轉之所有權，在其與第三人之關係上，雖屬於債權人，在當事人相互間，仍屬於債務人，殊有未當！蓋一般物權移轉，動產係因已否交付，不動產係因已否登記，而有對當事人有效，對第三人有效之別也。一七六條至一七八條且如因信託行為而移轉之所有權，在當事人相互間，亦應屬於債權人，則在債權人破產時，債務人既無由收回其物，而其債務則不得不清償之，亦殊未合！相對所有權說之謬，俟後述之，應參照法學協會雜誌第三十七卷第十二號及第三十八卷第二號所載，拙稿判決批評。惟大正十三年十二月二十四日大審院聯合部判決對於再買賣之活賣抵押，亦謂對內對外，皆應移轉。（活賣抵押之效力）活賣抵押之效力為何？如當事人間自始並無移轉標的物所有權之意，思僅為虛偽買賣者，係第九十四條之虛偽表示，其應無效，雖不待論，惟以真意為之者，乃有本項問題。其以真意所為之活賣抵押，如可認為前述各種方法中，附有買回約款之買賣，再買賣之豫約，或條件附行為，三種者，其應有效亦無容疑。何則？蓋此類行為，皆法律所明認，以移轉所有權為標的之法律行為，並為此等意思表示，固無妨也。同說

松本氏前揭論文六一〇頁中島氏
民法論文集所輯「活賣抵押論」

要之，活賣抵押效力之問題，即活賣抵押，係信託行為而已。大審院嘗採相對所有權說及其反對說，俟分論之：

(一)相對所有權說，初為 Weinberger 所唱導，惟以信託行為性質之活賣抵押為相對所有權，吾人與多數學者，皆以其為無效。松本氏前揭論文，中日本民法採相對所有權說之主要論據，雖似因民法規定：動產物權之讓與，在其未交付時，不動產物權之得喪變更，在其未登記時，僅在當事人相互間，有物權變動之效力，認其有相對所有權，惟日本民法，非如德國民法採用方式主義，物權之設定移轉，僅因當事人之意思表示，而生效力，以物權之變動，對抗第三人，之要件，動產惟以交付為必要，不動產惟以登記為必要。一七六條至一七八條故未交付或未登記者，不得謂有相對所有權之移轉，乃所有權之全部移轉，惟無對抗第三人之效力而已。故自第一百七十七條，第一百七十八條之規定推之，不得以為：民法認有相對所有權也。且認許相對所有權，則將認許法律禁止之新種類所有權，亦殊反於第一百七十五條之原則，况債務人未為相對所有權，為登記者，在債權之破產時，不能主張其相對所有權，為標的物之取回。依新破產法第八十八條「在破產宣告後，讓與財產於破產人者，不得以擔保目的為理由，而取回其財產」之規定，自屬明甚！故如論者所謂：不認相對所有權，則債務人將受不測之損害之理由，殊無根據！松本氏前揭論文，長島氏民法總論二八一頁要之，基於相對所有權說，所為之信託行為有效論，不足採也。

(二)多數學者亦謂：其物所有權，因信託行為，在當事人相互間之關係上，在與第三人之關係上，皆係絕對移轉，僅因債權人債務人間之債權的意思表示，債務人有取回其物之債權而已，其活賣抵押，自應有效。中島氏前揭論文，及同氏民法釋義

二卷八六頁以下，京法九卷一二號所載，鳩山氏質疑解答，其主要論據，以為信託行為之活賣抵押，並非第三百四批評一一七頁志林一二卷六號所載，鳩山氏質疑解答。

十四條，第三百四十五條所規定之脫法行爲，蓋此等規定，僅係規定質權之成立及存續之要件而已。活賣抵押，並非質權之設定，僅係依一定經濟上之目的之所有權移轉耳。故不能謂爲第三百四十四條，第三百四十五條等規定之脫法行爲。中島氏前揭論文亦非三百四十九條禁止流質之規定之脫法行爲。何則？蓋此項禁止規定，僅對質入而言，並非對於抵押而言，故不能謂爲一般的禁止規定，如以活賣抵押爲禁止流質規定之脫法行爲，則凡條件附所有權移轉，買回約款附買賣等，皆應謂係脫法行爲矣。石坂氏前揭例批評一一五頁以下

(三)對於前項有效說，又有謂：動產活賣抵押爲脫法行爲，爲無效，不動產活賣抵押爲有效者。松本氏前揭論文其說蓋以日本民法對於不動產雖認有抵押權，對於動產則不認之，僅認其有質權也。且總合第三百四十二條，第三百四十四條，第三百四十五條，第三百五十二條等規定，並就禁止流質之規定觀之，動產活賣抵押自係脫法行爲，應屬無效。

吾人亦主張於不動產採有效說，於動產採無效說。惟對脫法行爲之意義，與前述學者見解，亦不盡同。吾人見解，非如 Vangerow Lehrbuch d. Einleitung in das rö. Thöl mische Privatrecht Falk, Thering 等，以脫法行爲 (in frandem legis agere; Gesetzesumgehung) 與違法行爲 (contra legem agere; Gesetzeswidrigkeit) 完全同視或相混同。亦非如 Windscheid Pandekten I. S. 70 Dernburg Pandekten I. S. 31 等，以脫法行爲與直接違法者，同一而論。所謂純違法行爲者，回避法規禁止之事項，依他項方法，而得同一或相類之效果之行爲也，一言以蔽之，即法之濫用 (Missbrauch) 也。惟脫法行爲並非法規之直接違反，僅係法之回避 (Umgehung) 而已。此項意義之脫法行爲之效力，

在大體上，可分爲二論之：(a)其回避僅係形式、法之回避，即僅置重於因爲之形式、名稱、狀態，爲制定法規之回避者，如非法律明定其無效者，仍應有效。例如在否認人的役權之立法例下，爲有人的役權同一效果之債權契約，又如以有抵押不動產同一效果爲目的，而爲之活賣抵押，皆非法之直接違反之違法行爲，惟係本於回避形式、名稱或狀態之目的而已，故仍有效。(b)脫法行爲，不惟違反形式法之規定而已，其違反關於其行爲之實體法者，不問其規定是否一般禁止規定，其行爲皆應無效。例如以回避利息制限法之規定爲目的，而爲之預扣利息手續費等，皆屬之。動產抵押，即屬此類，故應無效。蓋日本民法對不動產，雖認不動產及不動產抵押二種，惟對動產，僅有動產質之規定，且自第一百七十五條之規定——除民法或其他法律所規定者外，不得創設特種物權——觀之，亦應禁止動產抵押，並有動產抵押同一效果之活賣抵押也。論者雖有謂動產活賣抵押，並非新種類擔保物權之設定，僅係所有權之讓與者，其目的僅在擔保債權而已，惟自其因擔保之目的，而讓與其所有權，觀之，詎非創設新種類之物權邪？非違反第三百四十四條，第三百四十五條及第三百四十九條之規定邪？論者或謂：如謂動產活賣抵押無效，則條件附所有權移轉，買回約款附買賣等，與流質等有大致相同之結果者，皆應無效，方不矛盾。石坂氏前揭

二六 惟條件附移轉，買回約款附買賣等，在法律上，皆已明認其有效耳。關於脫法行爲學說，沿革等詳節，應參照國

行爲與違法行爲，又對於信託行爲是否脫法行爲一

點，應參照京法六卷六號所載，摩道氏「信託行爲論」

有謂判例：活賣擔保之實行方法，通常皆係自標的物之價金，以受清償，不得以爲：以其物爲代物清償之合意，係當然存在者。(昭和二年五月一

〇日大判) 惟活賣抵押，以有售賣真意者爲限，認其有效，不得爲虛偽表示。故以取得其物所有權爲原則，非當然自物之價金以受清償也。惟通

常皆得認有代物清償之合意。

在破產宣告前，讓與財產於破產人者，不得以擔保之目的為理由，取回其財產。（破八八條）此點與其他立法例不同。

第四 質權人得收取自質物所生之孳息，以充債權之清償。

質權人得收取自質物所生之孳息，先於其他債權人，以充清償。二五〇條 二九七條 其充償之順序等，悉如留置權所述。

第五 質權人有物權一般效力之優先權及追及權。

此兩種效力之意義，應參照留置權之說明。但動產質，非繼續占有質物，不得以質權對抗第三人，三五二條 不
動產質須以登記為對抗第三人之要件。

第六 質權人在標的物上有占有權。

質權人以為自己之意思，占有標的物，故在日本民法上，為純占有人。一八條 有關於占有訴權，其他占有權之效力之各種保護。

第七 質權有不可分性。

質權有不可分性，已如前述。

第八 質權人得依一定條件，以質物為轉質。

質權人亦得為轉質（Subpignus, pignus pignoris; Afterverpfändung, Weiterpfand; sous-engage）。

ment; subpegno) 否自質權之性質及當事人之意思觀之，應為消極解釋。惟關於轉質之習慣，立法例，亦有種種。瑞士民法七八條及普國普通法，一部二〇章一二七條，皆以有債務人之承諾為限，得為轉質。法、德、意等民法，皆未特設明文。德國有名學者亦僅謂其非質物之質入，非質權之質入，係一種特別性質而已。Biermann, Sachenrecht 3. Aufl. 惟日本新舊民法皆無須第一質權設定人之承諾，得依一定條件，以質物為轉質。奧民四八條、舊民一〇七條、一二四條、三四八條、四五四條、四五五條、四六〇條、四六〇條。

(甲)轉質之性質

第三百四十八條規定：質權人得在權利存續期間內，依自己之責任，以質物為轉質。茲先說明轉質之性質。

(一)質權附債權質入說(共同質入說)

此說以為：轉質係質權與其擔保之主債權之共同質入。奧國民法四五五條以為：轉質權人(Arterpfandgläubiger)欲實行其質權者，須其對於第一質權人(erster Pfandgläubiger)——即自己之債務人——之請求權，已屆適於實行之時期，並以第一質權人對於最初債務人之請求權，亦已屆實行期者為限，故係共同質入說。學者解釋，亦採用之。例如 Pfersche Grundriss des Sachenrechts § 25 VI 德國 Dernburg 亦謂：轉質係質權與債權同時質入。其所持之理由，即以為：質權人僅得為債權清償之目的，處分質物，無為自己之目的，利用質物之權能也。倘以轉質為僅質物之質入，則第一質權人以質物為轉質後，仍得受領自己債權之清償，殊有害於轉質權人之利益，故謂轉質為質權與其擔保之債權之共同質入。Dernburg, Pandekten I. § 292 S. 315-316; Matthias, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes § 218 III. 依其見解，則其認應質入之主債權，已屆清償期者，轉質權人得逕行使其權利，惟欲質入主債權者，不惟得依權利質之規定為之，且依權利質之規定，亦無

負擔因轉質所受不可抗力之損失責任之必要。惟亦有以共同質入說，解釋日本民法者。岡松氏民法理由中卷四八〇頁，神戶氏權利質論一〇三頁，中島氏橫民法論文集所輯「轉質論」。

(二) 質物再度質入說（新質權設定說）

此說以為轉質係在質物上，設定新質權。橫田氏物權法七二七頁以下，同氏法學論集一卷所輯「轉質論」二〇頁以下，飯島氏民法要論四三二頁。此說在德國亦為多數說。對於學者轉質見解之比較詳見 Windscheid, Pandekten I. § 239 Ann. 14 及 Dernburg, Pandekten I. § 292 Ann. 15 以其說解釋

日本民法者，亦謂轉租並非租賃權之讓與，係新租約之設定，轉質亦同，係在質物上，設定新質權，第三百四十八條並明白規定：得以質物為轉質。倘以轉質為質權之讓與，則該條所謂「在其權利存續期內」一語，為贅文矣。蓋無論何人，不得以其所無之權利，讓與於人，理至明顯。故以轉質為新質權之設定，又規定質權人不得在其質權範圍外，為質權之設定也。橫田氏前揭諸論文，及同氏著書參照。惟第二百十八條第二項規定：留置權人，非有債務人之承諾，不得以留置物，提供擔保，此項規定，依第三百五十條之規定，於質權亦準用之。而第三百四十八條又規定：質權人得任意以質物，提供擔保，殊不可解！主張再度質入說者，對此批難，以為：法律既以明文特許質權人無須債務人之承諾，得以質物為轉質，故質權所準用之第二百九十八條之規定，在此點上，自不適用。橫田氏前揭論文一六二頁以下。惟其說以為：與其法律關係特設規定，相抵觸之事項，皆難準用，亦殊有誤！即甲種法律關係，既有特別規定，又規定準用乙種法律關係之規定，亦復何益？換言之，則第三百四十八條既明示轉質為質物之質入，即不應依第三百五十條，準用關於留置權之規定也。要之，論者以為：轉質以自始為再度質入為前提，第三百五十條之準用，僅得在不抵觸之範圍內，為之，殊

有以問爲答之嫌！倘允其以轉質爲在質物上，設定新質權之說，則第一質權雖係擔保百元之債權，質權人亦得爲擔保二百元之債權，以其物爲轉質，川名氏物權法要論二二一頁轉質權人未受其債權清償者，亦得售賣其物，爲自己之債權全額，以受清償，而第一質權設定人之債務人之損害，不可言矣！質權設定人，亦不得因對第一質權人爲清償，而消滅其質權矣！

(三) 質權質入說

此說以爲：轉質係一種權利質。即非質物之質入，乃以質權與主債權分離而爲質入也。Windscheid, Pandekten I. § 239; 法典質疑問答物權三〇二頁七井田氏解答。惟在日本民法上，不應採用此項見解。倘以轉質爲權利質，何不於權利質內，設相當之規定？第三百

四十八條何以仍用質物字樣？且以轉質爲質權之質入，則轉質權人所處分者，非質物，乃質權——即權利。——矣。惟質權未有離主債權而獨立存在者，故即拍賣質權，亦不能取得之也。富井氏民法原論物權四七四頁參照。

(四) 條件附質權讓與說

又有條件附質權讓與說，以爲轉質係許第一質權人，附解除條件，讓與其質權於轉質權人，如轉質權人之債權，因清償或其他原因消滅者，質權仍回歸於第一質權人。依其見解，既不反於「權利人不得處分其所無之權利」之原則，且舊民法之立法意旨，亦正在此。Poisnerd 氏草案一一二九條二項理由書四卷二二六頁自以其說爲當。在法條上，雖有質物字樣，惟係明示轉質在其權利成立之始，亦以移轉標的物之占有爲要件也。且依其說，則所讓與之質權，皆以第一質權人之債權存在爲要件，並因其僅在所擔保之債權範圍內，移轉於轉質權人，故如甲對乙有百元之債權，爲其擔保，質

入某物以後，更以轉質於丙者，甲丙間之債額，雖係二百元，丙對甲之債權，雖已屆清償期，而甲乙間之債權，未屆清償期者，丙不得行使其權利。且謂：甲之債權因清償或其他原因消滅者，丙之質權，亦應當然消滅，其說亦較他說為優。惟不當拘泥於法條字句，認轉質為質物之質入耳。

或謂：倘以轉質為解除條件附讓與，是在條件成就以前，第一質權人完全喪失其權利矣。第一質權人在不妨害轉質權人之權利範圍內，詎非現有質權者邪？中島氏前揭論文惟以轉質為質權之解除條件附讓與，第一質權人之質權，固應一度喪失也。又有以此說為以質入行為與讓與行為相混同者。中島氏民法釋義二卷九〇五頁要之，應以轉質為質入抑為讓與，惟有研究其法律上之性質耳。

(乙)轉質之要件

(一)質權人應於其權利存續期間內為轉質。

無論何人，不得處分其所無之權利，故有此項條件之必要。質權因存續期滿而消滅者，轉質亦歸消滅。其為逾越權利存續期間之轉質者，如當事人以其期間為絕對期間，其轉質契約，自屬無效。惟前質權存續期間如可認為願為轉質者，自應依其意思。

依同一原則之適用，應謂：轉質權人不得超過第一質權人債權額之範圍，以行使其權利。同說——富井氏民法原法論物權四七八頁惟以轉質為在質物上設定新質權之論者，關於此點之見解，殊不相同，已如前述。

(二)質權人應以自己之責任為轉質。

轉質係一種變例。故民法規定：質權人應以自己之責任爲之，對於因轉質所受不可抗力之損失，亦任其責。三
八條後段例如：轉質權人之住宅，因火災燒失，而質物滅失毀損者，第一質權人及轉質權人雖無過失，對其損害，對第一質權設定人亦應賠償。惟以因轉質所受之損失爲限，故如前例，第一質權人之住宅，並因其火災燒失，縱不轉質其物，亦應燒失者，轉質權設定人即不負擔責任。

(三)轉質非轉質權人爲標的物之交付，不得成立，動產並以繼續占有，不動產並以登記，爲對抗第三人之要件。

除上述要件外，日本民法與瑞士民法同，有少數說，以爲：轉質須有債務人之承諾者。中島氏民法釋義二卷八
其所持之理由，蓋以由第三百五十條準用第二百九十八條之規定觀之，無債務人之承諾，質權人即不能以質物提供擔保也。惟如以轉質爲質權之條件附讓與，則並不拘於第二百九十八條之規定，第三百四十八條認質權人以其權利存續期間內，並以自己之責任爲之爲條件，得爲解除條件附之讓與，且自同條轉質權設定人對於因不可抗力之損失，亦任其責，一點言之，在解釋上，亦應謂無須債務人之承諾也。

明治四十四年三月二十日大審院刑事部判決亦謂：轉質以承諾爲要件，故未經承諾爲之者，即成立侵佔罪，惟大正十四年七月十四日同院聯
合部判決反對說。(志林二九卷七號所載，牧野氏「轉質與侵佔罪」參照。)

或謂：轉質有須質權設定人承諾者，有不須其承諾者二種，前者雖不加重質權人之責任，後者則對於因不可抗力之損失，亦應負擔責任。神戶氏權利
實論五六頁，惟既設有第三百四十八條之規定，明示第三百五十條所準用之第二百九十八條之規定，於轉質不適用之，自無以質權設定人或債務人之承諾爲必要之轉質之存在。志林一九卷一二
號所載拙稿質疑

解答
參照

(丙)轉質之效果、(轉質權人與第一質權設定人之關係)。

第一質權設定人與第一質權人之關係，依第三百四十八條之規定，雖可概見，惟轉質權人與第一質權設定人之關係，則係如何？如以轉質為解除條件附質權讓與，則應有左列效果：

(一)轉質權人僅得在第一質權人對於第一債務人之債權額限度內，實行其質權。

(二)轉質權人之債權雖屆清償期，而第一質權人對於第一債務人之債權，未屆清償期者，轉質權人不得行使其權利。

(三)惟第一質權人之債權，因清償或其他事由消滅者，第一質權設定人對於轉質權人，能否請求質物之返還？其謂轉質係質物之再度質入者，以為係在質權標的物上，新設質權，故既經有效成立之轉質權，不因第一債權之消滅而消滅。法律新聞二二九號所載長野地方判橫田氏物權法七二九頁以下川名氏亦謂轉質權人之質權，在理論上，不因第一債權之消滅而消滅，惟日本民法規定質權人得在其權利存續期間內，為轉質，故第一質權人所擔保之債權消滅者，其質權消滅，轉質權人之質權亦消滅。同氏物權法要論二二一頁

惟依條件附質權讓與說，則不能謂轉質權人之質權，與擔保在前之質權，毫無關係，故第一質權人之債權，因清償或其他事由消滅者，轉質權亦當然消滅，故最初質權設定人，得取回其質物。同說——富井氏民法原論物權四七七頁惟有謂最初質權設定人，應先對轉質權人清償，以其殘額，清償原質權人者。橫田氏物權法七三〇頁未知何故。蓋轉質不以債務人之承

諸爲必要，亦無以一次爲限之制限，債務人雖欲清償，亦不能知現時轉質權人爲何人也。

最初質權設定人向轉質權人爲清償者，係第三人之情償，自聽其意。

對於轉質權人，雖有時效之適用，惟無第一百九十二條即時取得之適用，蓋即時取得，以由無權利人取得占有爲要件也。（本書上卷各論第六章五節三款參照。）

（四）轉質權人之債權消滅者，其質權復歸於第一質權人。

第九 質權人得在原標的物之代表物上，行使其權利。

第三百五十條準用第三百零四條關於物上代位之規定，應參照關於先取特權之說明。並參照土地收用法

二五條續業法六九條等惟質權設定人與債務人不必常爲一人，故第三百零四條之債務人，於質權設定人，亦準用之。但有廣

義解釋，謂並含有現在質物所有人者，故質權人在第三取得人所受領之保險金上，亦得行使其擔保權，其說殊欠

允當。富井氏民法原論物權三五二頁以下所載，其對大審院關於抵押不動產之判決批評參照。

第十 關於質物費用之償還請求權。

質權人得請求爲質物所支出之必要費及有益費之償還。三五〇條三九九條

第十一 質權人得讓與或繼承其權利。

除有轉質等特別情形外，非質權與主債權相共，不得讓與。至於質權之移轉性，應比較參照留置權之說明，及

拙著擔保物權法總說第一章。

第二款 質權人之義務

第一 質權人有返還質物之義務。

主債權因清償或其他事由消滅者，質權人應返還其質物，惟應注意其不可分之性質。

第二 質權人有以善良管理人之注意保管質物之義務。

因第三百五十條準用第二百九十八條之規定，故質權人有以善良管理人之注意保管質物之義務，其違反義務者，為請求質權消滅原因之一。此外質權人並不得為質物之使用、租賃或供擔保，其違反義務者，亦為質權消滅之原因。

第三款 質權設定人之求償權與代位權

第一 求償權、

非債務人之質權設定人，因清償債務，或實行質權，喪失質物所有權者，對債務人有求償權，準用保證債務之規定。其質權之設定，因債務人之委任與否，而有區別。三五一條、四五九條至四六三條、德民一二二五條、法民二〇七七條、意民一八八五條、二項一一七條參照。

第二 代位權、

物上保證人，對於清償，有正當利益，故因清償，當然得為債權人之代位。五〇條有謂清償一語，應廣義解釋之，其因實行質權，喪失標的物所有權，為代位者，亦包含之。石坂氏日本民法債權一二九一其惟在解釋上，其當否尚有疑問。蓋其時並未為代償行為也。對抵押權，有大正十年十一月十八日判例。

第四節 動產質

除前節所述質權之一般效力外，民法對動產質，(Pfandrecht an beweglichen Sachen, Fahrnispfand; gage mobilier; pegno mobiliare) 設有(一)動產質對抗第三人之要件，(二)動產質權人之占有，回收訴權，(三)實行動產質權之特別方法，(四)動產質權之順位，各特別規定。

第一款 動產質權對抗第三人之要件

動產之移轉甚易，不能依登記以公示之，因第三人無由識別動產是否質權標的物，有受意外損害之虞，故第三百五十二條規定：動產質權人非繼續占有質物者，不得以其質權對抗第三人。債務人與質權設定人各為一人者，依本條之解釋，亦無須以債務人為第三人。舊民法及法，意民法亦同。舊擔一〇二條，法二〇七六條，意一八八二條。德國法系民法亦謂：標的物之占有，移轉於所有人，質權設定人或第三人者，其質權即消滅。德民一二五三條，瑞民八八八條。

本條所謂之繼續占有，以不違反第三百四十五條之規定者為限，縱使代理人占有，亦可謂為具備對抗第三人之要件。(一八一條。)

第二款 質權人之占有回收訴權

質權人係質物占有人，故占有被侵奪者，得依第二百零一條及第二百零二條第三項之規定，提起占有回收之訴，亦無容疑。第三百五十三條規定：「質物占有被侵奪者，動產質權人，僅得依占有回收之訴，回復其質物。」一部論者殊不注意此項字句，但自侵奪時起，一年內，回復占有者，不問其回復係依占有回收之訴，抑依和解或其他方法，皆認其質權為存續。馬場氏中央大學講義錄一八〇頁以下。若然則第三百五十三條之規定，殊無謂矣！有實前條係明示質物之繼續

占有，爲對抗第三人之要件，復次特設本條，爲特別之規定，卽其規定僅重在依占有、回收之訴，以回復其占有也。質權人無準所有人之權利，與德國民法七條^{一二二}不同。故以一年內，依占有回收之訴，回復占有者爲限，與一般情形不同。本書上卷各論六章六節一款參照。縱依本權之訴，和解或其他訴訟外之方法回復者，亦不因而認其繼續占有，爲其動產質權

對抗第三人之要件。惟在立法論上，其規定之當否，不無疑問。同說——富井氏民法原論物權四九四頁，中島氏民法釋義二卷九二八頁。

本條解釋，雖如上述，惟依日本民法，喪失占有，僅係喪失對抗第三人之要件而已，故其侵奪人非第三人，而係債務人或質權設定人者，質權人對之，得因本權上之理由，請求質物之回復，質權設定人以其所有權爲理由，自爲侵奪之第三人，回復標的物者，質權人得基於其質權，請求交付之。橫田氏物權法七三六頁參照。

另一方面，本條並明示得依回收之訴，回復質物者，惟以被侵奪時爲限，故如質權人因詐欺交付質物者，遺失質物者，或拋棄占有者，應認其喪失對抗第三人之效力。同說——富井氏民法原論物權四九三頁，梅氏民法要義物權編四六〇頁。且質物占有之拋棄，多得認爲質權之拋棄，其權利自應消滅。

第三款 實行動產質權之特別方法

質權人在未爲清償時，得依拍賣法之規定，拍賣標的物，以其價金，爲債權之清償，惟在清償期後，得依質權設定人之承諾，卽以質物，充其清償，或不依拍賣法之規定，售賣其物，以其價金，充其清償，惟拍賣須有繁複程序與費用，故動產與其價金相較，常失平衡，且拍賣價金亦有不依時價者也。因此，法國法系民法，對動產質，多於一般方法以外，另定特別實行方法。法民二〇七八條，意民一八八四條，舊民擔一一二條。日本民法亦同。

動產質權人實行動產質權之特別方法，須具備左列條件：三五

- (一)須有正當理由，例如：質物價格低落之時，無人拍賣之時，以質權人取得其物為適當時，是也。
- (二)須向法院聲請，其有正當理由與否，當事人間，常有爭論，為免爭論起見，故應具備此項要件。
- (三)須依鑑定人之評價，質物價格之估計，如由當事人為之，或有失平之嫌，故依法院選定之鑑定人之評價，以其質物，充其清償。非訟法八三條之二
- (四)質權人須豫先通知其請求於債務人，實行動產質權之特別方法，於債務人利害關係甚巨，質權人先為通知，債務人或因之而為清償，且即依其特別方法為之，亦有說明意思之必要。故民法規定：質權人應豫先通知其請求於債務人。或謂：本條僅係指通常情形而言，即指債務人與質權人定設人為同一人時而言，其債務人與質權人各為一人時，雖有謂：對質權設定人應為通知，對債務人無為通知之必要者，馬場氏中央大學講義錄一八五頁，惟如此通知，是謂債務人不應知其應依債務本旨以為清償矣。故對債務人之通知，亦有必要。同說——富井氏民法原論物權四九七頁，但有謂對於質權設定人之通知，亦非必要者，川名氏物權法二二三頁，其說殊難贊同。對於此點，余已改正向來主張。

雖意為前項通知，惟既經法院許可者，除其後法院撤銷其許可外，其許可之裁定有效，不得聲明不服。非訟法八九條，但意為通知之質權人對於因其意為通知所生之損害應負賠償責任。

本條規定雖不妨準用之於權利質，惟於不動產質不準用之，亦不待言。同說——梅氏民法要義物權編四六五頁，中島氏民法釋義二卷九三三頁

第四款 動產質權之順位

在同一動產上，有數質權人者，有順位問題。原來質權之成立，須有標的物之占有，以動產質權對抗第三人者，尤以繼續占有為要件，似無此項情形，其實不然。例如甲以某動產為質物，使乙占有，其後更質入於丙，以乙為丙之代理人，使其占有之時，又如甲以某動產質入於乙以後，更質其物於丙，而丁占有質物，為乙丙之代理人時，是也。第三百五十五條規定：依質權設定之先後，定其順位。上述情形，其設定時，無先後之別者，各質權人立於同等地位，得各應其債權額，行使其權利。

第五節 不動產質

日本民法，除不動產抵押外，並認現在德國法系民法所否認之不動產質權。(Pfandrecht an unbeweglichen Sachen, Grundpfand, Liegenschaftspfand; gage immobilier; pegno immobiliare)蓋參酌向來習慣也。

上開外國名辭，有時係抵押權之義，有時並有抵押與質兩種意義。

第一款 不動產質權對抗第三人之要件

不動產質權，雖非移轉標的不動產之占有，不得成立，惟其繼續占有，並非質權之存續要件。質權人因其質權之效力，有占有不動產之權利，自不待言。惟不動產質權非為登記，不得以之對抗第三人。一七七條，登記法一七條。

第二款 不動產質權人之使用收益權

除設定行為有特別訂定外，不動產質權人，得依質權標的不動產之用法，為使用及收益。三五六條，三五九條，舊民法一

二四條之意旨亦同。蓋通常情形，不動產皆與動產不同，例如有人居住，不惟無減價毀損之虞，反得免其荒廢。况依第三百五十七條及其次條規定，質權人雖有標的物使用收益權，惟亦不應損害債務人及質權設定人耳。

因法條上，有「依不動產之用法」之規定，故僅應依適於不動產性質之經濟方法，為使用及收益。如以住宅為工場而使用之，雖非所許，惟此外則無制限，故租賃於人，以取收益者，亦得為之。

第三款 不動產質權人負擔費用之義務

不動產質權人得依其標的不動產之用法，為使用及收益。故民法仿法國法系立法例，法民二〇八六條、意民一八九二條、舊民擔一三五七條。規定除設定行為有特別訂定外，不動產質權人應支付管理費用，並任不動產上之其他負擔。三五九條。蓋此等費用，通常皆應以孳息支付之也。第三百五十七條所謂「不動產上之其他負擔者，蓋指租稅其他捐課等通常負擔而言，自其與前條相權衡之性質並其「支付管理費用並任其他不動產上之負擔」之字句觀之，殆無疑義。

第四款 不動產質與債權之利息

不動產質權人雖為管理費用之支付，並任不動產上之其他負擔，仍有剩餘，其額雖微，亦與債權利息相埒，故應相互抵銷，以設定行為無特別訂定者為限，不動產質權人不得請求其債權之利息。三五八條。法國法系立法例，大略相同。九一民二〇八五條、意民一八日本民法與此等立法例異者，即以孳息抵充債權利息，尚有溢額者，以之抵充元本，以省計算之煩也。民法修正案由書三五四條下。惟在立法論，其當否尚有疑問。

無利息之債權，其設定行為無特別訂定者，質權人在不動產上，亦有使用收益權，豈僅任管理費用其他通常負擔，所得為之者邪？如然，則其立法

當否，益不能謂無疑矣！

第五款 不動產質權之存續期間

質權人不惟對不動產，僅圖使用收益權之行使，並不顧惜不動產價格之低減，即由其負擔之管理費用其他費用，亦為數甚微，且在另一方面，不動產所有人自身既無收益權，故亦鮮有改良其不動產者，其附有長期質權之不動產，在交易上，尤不便利。故對於不動產質權，有限定最長期間之必要。土地質押規則第四條定為三年，舊民法定為三十年。惟前者失之太短，後者失之太長，故民法定為十年，其約定期間逾十年者，縮短為十年。三六〇條一項不動產質之設定，得更新之。但其期間，自更新時起，不得超過十年。三六〇條二項

其未定存續期間者，並非當然無效，乃係意思解釋問題。同說——中島氏民法釋義二卷九五五頁即有無期性質者，其設定契約雖應無效，惟仍可認其有於十年以內，依債權存續期間而存在之意思。

第六款 不動產質準用關於抵押權之規定

不動產質除依第三百五十六條至第三百六十條各規定外，並準用關於抵押權之規定。三六一條

第六節 權利質

第一款 權利質之性質

權利質 (Rechtspfandrecht, Pfandrecht an Rechten; gage sur les droits; pegno sui diritti) 之性質，有讓與說及權利標的說兩種。

第一 讓與說

讓與說以爲質權之標的，原以有體物爲限，所謂權利質者，實卽以擔保之目的，爲債權或其他權利之讓與也。在債權質，質權人並得直接收取質權標的之債權。三六七由是觀之，債權質之質入，實可謂爲債權之讓與也。此外並以指名債權之質入對抗第三人之要件，係依債權讓與之規定，爲其理由。三六四在讓與說中，又有謂：權利質係「因主債務不履行，」讓與附停止條件之權利——例如債權——者。Puchta, Pandekten S. 208.又有謂：權利之質入，係創設的移轉其權利內容之一部者。Mansbach, Strohal等採之。Wolff亦謂：權利之質入，係權利之創設的移轉，故應依關於權利移轉之原則。Emmeerus-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts II. § 176.在讓與說中，最有力者，爲限制的讓與說。(Theorie der beschränkten Zession)日本判決，亦有依其說者。法律新聞四八五號採此說者，爲Dernburg等，其說以爲：權利質係以擔保之目的，所爲之權利限制的讓與，(eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene, hiernach beschränkte Zession)此項權利讓與，因擔保目的，而受制限，質權人以達其目的之必要爲限，得取得質權設定人之權利，並行使之，惟質權設定人之權利亦非因而完全喪失耳，故亦稱爲併存的讓與說。(Theorie der kooptierenden Zession) andrecht I. § 60. Dernburg, Das Pf.

第二 權利標的說

與讓與說相反者，有權利標的說，(Theorie des Rechts an Rechten) 其說以爲：物上質以物爲其標的，權利質亦同，以權利爲其標的，其說爲 Sohm, Bremer, Marcus 等所採用，Windscheid 亦然。Pandekten I. § 237.日本

通說，亦依其說。富井氏民法原論物權五一〇頁以下，京法一卷五號七號八號所載岡松氏「權利質之性質」一川蓋在權利上，不許有權利存在之觀念原無根據，權利亦與物同，得為權利標的也。惟如貫徹物權須在物上行使之說，則權利質非純物權，僅係準物權耳。故不必以權利質為權利之讓與。且為讓與之說者，亦以其直接收取權利為論據耳，其實乃係法律為免質權效力有名存實亡之嫌，故在便宜上，認其收取他人之債權耳，債權仍應屬於質權設定人也。有收取權與有債權，其性質殊不相同。他如指名債權之質入，所以依債權讓與之規定者，亦係為便宜起見，並非因此化質入為讓與也。

第二款 權利質之標的

得為權利質之標的者，為有讓與性之財產權。三六二條一項，德民一二七三條一二七四條二項，瑞民八九九條一一八條，法民二〇七五條，意民一八八六條，舊民擔一〇三條一〇四條

第一 債權

權利質之標的，最普通者，為債權。惟非一切債權，皆得為質權標的也。(一)其性質上，不得讓與之債權，四六六條一項但書以不得設定質權為原則。例如借用人非有貸與人之承諾，不得使第三人為借用物之使用或收益。五九四條二項承租
人非有出租人之承諾，不得讓與其權利。六一二條一項雇用人非有受雇人之承諾，不得讓與其權利於第三人。六二五條一項他
如承攬、委任等，多係置重當事人本人之契約，故因此所生之債權，在性質上，皆不得為讓與。以不作為為內容之債
權亦多無讓與性。(二)在性質上，確非不得讓與之債權，惟當事人禁止其讓與者，亦不得以其債權為質權之標的。

四六六條 二項本文，惟不得以其特約，對抗善意第三人。同條二項但書，故不知此種債權，而在其上取得質權之第三人，不因此種特約之存在，而喪失其質權。大正一三年六月一日二日大判（三）其他法律，基於特別理由，禁止讓與之權利，例如受扶養之權利，不得為質權之標的，其已屆清償期之金額，請求權，雖不妨拋棄之，惟以之為質權標的，使扶養權利人以外之人，行使直接收取之權利，則有反於扶養之性質，俟後述之。

因侵權行為所生之損害賠償債權，有讓與性，應參照拙著債權法提要總論第六章第一節。

又銀行存款人偶有金錢需要時，自銀行借款，以其存款為擔保，所謂存款擔保者，即以返還存款之債權為擔保之債權質也。他如保險公司之保險證券借款擔保，信託公司之信託證券借款擔保亦同。

電話使用權之質入，雖應有效，惟據約債務人不履行其債務時，質權人得任意處分其標的使用權者，則有反於第三百四十九條之規定。故質權人為處分時，應賠償因其處分所生之損害。（法律新聞五五四號所載，大阪區判，同新聞五四三號所載，明治四一年九月二一日大阪地方判，同

五六〇號所載，明治四二年二月二三日大阪控訴判，法律總覽民法物權編一八五四頁所載，大正三年十二月二八日大阪區判等，參照）對於電話使用權之性質，其說不一，要係一種債權。現行電話規則，既認因使用權之繼承而承繼。近時判例亦認其為債權。（大正六年十二月二二日大判。）

記名股分之質入，俟於第三百六十四條及第三百六十七條述之。

如其章程對於股分，無特別規定者，雖無公司之承諾，亦得讓與於人。（商一四九條）為質權之標的，惟其章程規定：股分之讓與，以公司之承諾為要件，而以股分為質權標的者，雖應有效成立，惟因實行質權，為股分過戶，而公司拒絕之者，惟為質權人與債務人及質權設定人間之問題。又

以章程絕對禁止股分讓與者，除少數反對說外，皆是認之。此種股分不得爲質權之標的。

對於公司之繳股請求權，學說判例雖各不同，惟其讓與性，近有積極判例。（對於股款，應參照大正十四年五月二〇日大判，對於無限公司，兩合公司，應參照大正十五年三月三十一日大判。）

以提單、或載貨證券爲押匯者，非債權質，係動產質。吾人亦聽其說。（明治四一年六月四日及大正九年三月二十九日大判。）驟視之，雖似係債權質，惟自商法第三百三十五條及第三百三十四條之二各規定觀之，運送物係由運送人直接占有，提單持有人對運送物係間接占有，因受領提單，而在運送物上，取得動產質權。故不妨依第三百四十七條之規定留置其標的物。（法協三八卷七號所載，拙稿民法判例批評參照。）

有謂：押金收據之擔保，即承租人以出租人應返還其押金之債權，質入於第三人者。此項債權，以無特別意思表示者爲限，亦有讓與性，惟其欠租及租約上其他負擔，應自押金內扣除之。故質權人僅在第二順位，對其扣除外之殘額，得行使其質權。

公法上之權利——例如官吏之俸給請求權，恩給請求權——已屆得請求一定金額之時期者，得讓與之，故亦得於其上，設定質權。（同說——川名氏物權法要論二四〇頁。）

第二 物權

物權，亦得爲質權之標的，惟所有權，僅得爲動產質權，不動產質權之標的，占有權，亦係因喪失占有物之持有而同時喪失之物權。^{二〇}故亦不能於其上，設定權利質。又地役權，亦不得自需役地分離，爲其他權利之標的。^{二八}擔保物權，與主債權分離者，在理論上，亦不得爲其他權利之標的。至留置權，吾人以爲：不能依當事人之意思，與主債權共同移轉，故亦不得爲質權之標的。先取特權，質權，抵押權雖得與主債權共爲質權之標的，惟依轉質及第三

百七十五條之規定，亦無異於得離主債權，單獨為權利質之標的。不動產先取特權亦準用第三百七十五條第一項之規定，得自債權分離，為其他債權之擔保。法曹記事二五卷二號所載，大正三年一月二四日法曹會決議參照。惟在實際上，得為權利質標的之物權，僅有地上權、永佃權兩種。

有謂：在共有地應有部分上，所設定之質權，非權利質，係不動產質者。（法曹記事三〇卷六號所載，大正九年三月二六日法曹會決議。）其所持之理由，似以應有部分，為共有人相互間之所有權。吾人對於應有部分之法律性質，雖認係權利義務之標準，比例或法律上之地位，（本書上卷各論一章六節三款參照。）惟法律上應否以之與權利或物同視，純係便宜問題，亦無異說。現行法似認為準所有權。

又漁業權，入漁權，礦業權，砂鑽權，有視為物權者，有以為係準物權者，惟不得以之為質權之標的。（漁業法七條，八條，一三條，礦業法二五條，一七條，砂鑽法七條。）

債權為權利質之標的，而有擔保物權附着之者，擔保物權是否當然與主債權共為權利質之標的？通說以為：以無反對意思表示者為限，認其並為權利質之標的。其係抵押權附着之者，尤無異說。富井氏民法原論物權五一二號所載，明治四四年一月二一日法曹會決議，志林一五卷六號所載，加藤氏質疑解答，反對——明治四〇年七月一日〇日長崎控訴判。至留置權，如貫澈吾人留置權移轉性之說，自不能以當事人之意思，而為質入，不得認為當然與主債權共同質入。其他擔保物權，有當事人之合意者，雖得與主債權，共為其他權利之標的，惟是否當然並為質權之標的，亦有疑問，已如前述。

第三 無體財產權

無體財產權，即無體物權，亦得為質權之標的。特許法一二條一項但書，四五條實用新意匠法二六條，商標法一二條，二四條，意匠法一五條，二五條，著作權法一五條參照。

第三款 權利質之設定

權利質得以遺囑設定，惟通常皆係以契約設定之。設定質權之要件，依其標的爲何權利而各不同。

第一項 債權質之設定

債權質之設定，依當事人之意思表示而生效力，惟通常債權皆有債權證書，其證書之占有，即表示債權所屬之標準也。故民法規定有債權證書者，其質權之設定，因其證書之交付而生效力。^{三六}其他立法例亦概相同。^{德民九〇〇條，瑞民七四條。}

自本條之規定，並其以保護第三債務人爲目的觀之，其有證書而未交付者，不問質權人爲善意抑惡意，質權設定人是否故意，皆不認其質權之設定。設定人對質權人自不得免除因未交付證書所生之責任。

因權利質準同物上質之規定，^{三六二}故質權人不得使質權設定人代其占有債權證書。^{三四}

第二項 債權質以外權利質之設定

權利質之標的物爲物、權、^{惟在實際上僅係地上權及永佃權}者，依第三百六十二條第二項所準用之規定，其質權之設定，除應有當事人之合意外，並須爲標的物之交付。^{三四}又質權人不得使質權設定人代爲占有。^{三四五條，同說}——^富此外質權人有使用收益權，應負擔管理費用，其他費用，不得請求債權之利息，有存續期間之制限等，皆準用關於不動產質之規定。^{三五六條，至三五九條}論者或謂質權之得喪變更，應以登記爲對抗要件者，即不適用第三百四十五條之規定，例如權利質之標的係不動產物權——地上權、永佃權——者，即不準用該條規定是也。^{中島氏民法釋義二卷九八〇頁。}

惟僅因登記為不動產質之對抗要件，遂謂不適用該條之規定，亦有未當！即在質權尙未有效成立以前，並無登記問題也。

以債權物權以外之財產權，為標的之權利質，其設定雖依當事人之合意為之，惟以之對抗第三人者，通常皆應註冊。大正九年修正著作權法一五條，大正一〇年修正特許法四五條，同年修正意匠法二五條，同年修正商標法二四條，實用新意匠法二六條。

第四款 權利質之設定對抗第三人之要件

以權利質之設定對抗第三人者，更有特別要件，茲就債權質及其他權利質之要件，分述如左：

第一項 債權質之設定對抗第三人之要件

權利質雖以準用物上質之規定為原則，三六二條二項惟以債權質之設定，對抗第三人之要件，有特別規定。因債權有種種狀態，故分別說明如左：

第一 普通指名債權

指名債權 (Namenforderung; Creance nominative) 者，債權人自始特定之債權之謂也。為債權中最普通之狀態。以質入對抗第三人者，非依債權讓與之規定，以質權之設定，通知第三債務人 (Drittschuldner; tiers debiteur) —— 即其質入之指名債權之債務人 —— 並經第三債務人承諾之者，不得以之對抗第三債務人或其他第三人。三六四條一項，四六七條，德民一八八一條，舊民擔一〇三條二項，參照。其通知或承諾，非以有確定日期之證書為之，不得以之對抗債務人以外之第三人。四六七條二項，民四六四條至八條。此項通知，應由質權設定人為之。大正一一年六月一七日大判。

一嘗有判決（大正八年三月二十八日及同年八月二十八日大判）以爲：指名債權人以其債權爲標的，設定質權後，更讓與其債權於他人者，其質權設定之通知或承諾，未以確定日期之證書爲之，僅債權讓與之通知或承諾，以確定日期之證書爲之者，第三債務人得尊重讓受人之權利，拒絕質權之行使。惟無論其爲質權之設定，抑債權之讓與，對於第三債務人之確定日期之通知或承諾，僅係對抗第三債務人以外之第三人之要件而已，至於對抗第三債務人，仍須其質權之設定，已向第三債務人爲單純通知並得其承諾即可。故自上開判決事件觀之，質權人雖不得以其質權對抗讓受人，反之讓受人則得以其債權讓與，對抗質權人，惟不得因之，遂謂第三債務人有拒絕質權行使與否權耳。判決雖謂：尊重讓受人之權利云云，究不得以尊重他人之權利，爲自己得拒絕質權人行使權利之理由。但無確定日期者，其質權之設定，亦以通知第三債務人並得其承諾爲要件，自不待論。（法協三八卷二號所載，拙稿民法判例批評參照）

對第三債務人，爲債權質設定之通知後，第三債務人對其債權人——即質權設定人——取得債權者，第三債務人，能否以其債權，與質權標的之債權，相互抵銷？其時雖無第五百十一條停止支付之情形，惟債權人處分權應受制限，則無所異。且抵銷以適於雙方債權之清償爲要件，本項情形，則顯有不同。如得抵銷，則債權質將不能確保債權之實行，悖於法律以通知第三債務人，並得其承諾，爲質權設定要件之本旨矣。大正五年九月五日，同六年二月五日大判，志林一九卷八號所載，鳩山氏質疑解答。

第二 記名股分

股分雖係記名式（Namensaktie; action nominative）亦非純債權，且非指名債權。對於股分，嘗有社員權說，權利義務總合說，法律上地位說等，惟自第三百六十四條第二項關於質入指名債權之規定，設有關於記名

股分之規定觀之，日本民法亦豈以記名股分爲一種指名債權邪？殊有疑問。學者亦有持此說者。橫田氏物權法七五六頁。

日本民法關於質入指名債權之規定，於記名股分，不適用之。三六四條二項。故質權人僅得以其繼續占有股票，對

抗公司或其他第三人。民法草案原定：股分之質入，以記載於股東名簿爲要件，其後衆議院乃修正之。蓋因向有附

空白委任狀於股票上，以爲質入之習慣，故依其習慣，以免記載其質入於股東名簿之煩也。惟非記載其質入於股

東名簿，則第三人不免有以其股分爲無質權負擔之虞耳。雖有謂：未占有股票者，卽不得以質權對抗第三

人，在實際上並無流弊者。富井氏民法原論物權編五二五頁。梅氏民法要義物權編四九一頁。惟非記載其質入於股東名簿，則難免不有於質入股

票於人以後，更請求公司，補領股票者。記名公司債之質入，既以記載於公司債存根簿爲對抗要件，三六條對於股分，

自應相同，至少亦應如德國民法，一二九條瑞士民法，九〇一、二項各規定，在股票上，爲質入之背書，交付於質權人也。

對於空白委任狀之效力等，應參照拙著債權法提要總論第六章第一節。

第三 記名國債

記名國債係一種指名債權。惟因其質入不適用第三百六十四條第一項之規定。明治三十七年法一七號。故與記名股分

之質入同，僅以占有證書爲已足。惟註冊國債——卽因債權人之請求，註冊於國債存根簿之國債——之質入，未

爲質入之註冊者，不得以其質入，對抗政府或其他第三人。明治三十九年法三四號。大正十一年十月二日修正大藏省令六二號國債規則。

第四 記名公司債

公司債係記名式者，亦係一種指名債權。其質入記名公司債者，非依公司債讓與之規定。記載其事由於公司

債存根簿，不得以之對抗公司或其他第三人。三六五條商
二〇六條

第五 指示債權

指示債權 (Ordreforderung; créance à ordre)——即應向證書所指定之債權人或其指示人，為支付之證書債權。——係依背書而流通，故其質入，亦非於其證書，為背書，不得以之對抗第三人。要之，民法上以指示債權為標的之質權設定，僅以證書之交付為已足。三六三條
三六六條僅以其背書為對抗第三人之要件，惟票據及倉庫證券皆有特別規定，其背書不僅為對抗第三人之要件，並為質權設定之要件。商三六四條
三六七條
四六三條
五二九條德國法系民法，亦以背書交付，為其成立要件。德一二九二條
瑞九〇一條二項在立法論上，學者亦謂應採此項主義，自屬當然。富井氏民法原論物
權法要論
四二九頁

(附) 無記名債權

無記名債權 (Forderung auf den Inhaber; créance au porteur) 在民法上，視為動產。八六條
三項故僅依第三百五十二條之規定，繼續占有證券者，即得以其質權對抗第三人。

第二項 債權質以外之權利質設定對抗第三人之要件

質權之標的係物權，——在實際上，即係地上權或永佃權——者，其質權設定時，應交付其不動產於質權人，惟以其質權對抗第三人者，應為登記。三四四條
三六二條二項
一七七條
三六一條
三六二條二項
三七三條其質權存續期間，須在十年以內。三六〇
三六
三項

民法對於以物權以外之財產權為標的之質權，對抗第三人之要件，別無規定，故在原則上，並無何等要件，惟著作權之質入，依著作權法第十五條之規定，以其質入註冊，為對抗第三人之要件。此外大正十年修正意匠法，二同年商標法，二四實用新意匠法，二六皆準用同年修正特許法第四十五條之規定，以註冊為對抗第三人之要件。又以電話使用權為標的之質權設定，非有電話局之承諾，不得以其質權對抗之。法曹記事二九卷六號所載，大正八年四月五日法曹會決議。

第五款 權利質之效力

權利質除有特別規定外，皆準用質權通則，並動產質不動產質之規定。三六二故對於權利質之效力，應注意各該規定。拙著訂正擔保物權法本論九章六節五款參照。惟權利質之實行，有特別規定，應說明之。

第一項 債權質之實行

因拍賣法無關於債權拍賣之規定，故質入債權者，除得依民事訴訟法所定之執行方法，為質權之實行外，僅得直接收取質權標的之債權。三六八條三項，六七條一項。

第一 債權之直接收取

質權人得直接收取其標的債權，三六七條一項，德民一二八二條一項。蓋如不認此項收取權，質權人將不能在質權標的上，受優先之清償也。即第三債務人，如向其債權人——即質權設定人——為清償者，質權人之特別擔保，將無意義也。因民法定有設定債權質對抗第三人之要件，故即直接收取，第三債務人亦無意外損害之虞也。三六四條以下。

所謂「得直接收取」者，一方表示質權人得不依收取債權之委任，逕對第三債務人，行使收取權，第三債務

人向質權設定人爲清償者，對於質權人無效，一方表示質權人得於裁判外行使收取權也。

所謂收取、(Einzahlung; recourance)者，實現債務內容之謂也。故得行使關於履行之一切方法，例如選擇債務，質權人得行使選擇權，又更改代物清償之受領，破產聲請等，質權人皆得爲之，惟不得爲債務之免除耳。

其收取方法，因所直接收取之債權內容如何，而各不同。

(二) 債權之標的物係金錢者

質入債權之標的物係金錢者，質權人以其債權額爲限，得收取之。三六七條二項，債權

學者有謂：公司不知其股分之質入，而分配紅利於股東者，對於質權人之請求仍應付以紅利者。(橫田氏物權法七五七頁以下，松本氏公司法

講義三〇六頁)。惟應採反對解釋。(同說——片山氏公司法原論四五八頁，同氏股分有限公司法論五六〇頁，富井氏民法原論物權五一四

頁)

蓋以請求紅利爲內容之債權，在股分質入時，尙不存在，依股東總會之決議，而始發生，且股分之紅利，並非得直接收取之元本債權，故除依質權

設定人之委任外，不得收取之，充其債權之清償。又紅利並非法定孳息，故質權人不得因準用第二百九十七條之規定，(三五〇條，三六二條二

項)而收取之，所謂建設利息，(商一九六條)譯者按即我國公司法第一百七十三條之股息，亦同。

在公司解散時，分配贖餘財產之權利，自係質權之效力，不得以之與紅利相混同。(同說——法曹會雜誌二卷一二號所載，大正一三年一〇月

八日同會決議，片山氏股分有限公司法論五六〇頁)

債權收取權之發生時期，雖無明文，惟以其質權所擔保之債權屆清償期者爲限，亦不待論，又質權標的之債

權，以下稱質權，亦以屆清償期為必要。即如質入債權之清償期，先於質權人之債權清償期者，質權人無收取權。惟因不能保護質權人，故第三百六十三條第三項規定：其時質權人得使第三債務人，提存其清償金額，自後質權即存於其提存金上，第三債務人，亦依其提存，免其債務。四九

依第四百九十四條之規定，第三債務人得不俟質權人之請求，逕提存其清償金以免債務。（橫田氏物權法七六一頁，富井氏民法原論物權五三二頁參照）

通說以為：附著於標的債權之特別擔保，——例如抵押權。——當事人間如無反對意思表示者，自係從權利，共同質入，質權人當然得拍賣抵押權之標的物，以實行其權利。（富井氏民法原論物權五一六頁）

（二）債權之標的物係金錢以外之物者

民法規定：質入債權之標的物，係金錢以外之物者，質權人在供清償之物上，有其質權。三六七故主債權屆清償期者，得依實行質權之一般方法，拍賣其標的物。其時債權質之性質，變為物上質，故適用關於物上質之規定。

不問質入債權之標的物，係金錢或係其他之物，質權人皆有直接收取權，故質入債權人不得為侵害收取權之行為。日本民法對此，雖無如德國民法第一千二百七十六條之明文規定，亦自無疑。同說——川名氏物權法要論二五九頁以下，即質入債權人不得任意為消滅質權之行為，例如：債權之免除，拋棄等是也。並不得為侵害質權人之變更，例如：為清償期之延長，利率之低減等是也。Horber 以為：此等處分，原非絕對無效，僅係對質權人無效而已，惟第三債務人已知其債權之質入者，其侵害質權人收取權之處分，應絕對無效。Wieland, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch IV. Anm. zu § 906 但質入債權

人並未讓與其債權於質權人，故在不侵害質權人收取權之範圍內之處分，仍得爲之。例如讓與債權於第三人，並爲再質入，是也。

(三)質入債權僅以作爲不作爲內容者

質入債權僅以作爲不作爲內容者，是否適用第三百六十七條之規定，頗有疑問。有謂應依民事訴訟法所定之執行方法者。川名氏物權法要論二六〇頁惟第三百六十七條第二項，係一般的規定，得直接收取質權標的之債權，其所謂收取者，不得狹義解釋，以爲僅係關於有體物之收取，故本項情形，依該規定，仍得對第三債務人直接請求其作爲不作爲，因請求某行爲而受領有體物者，其後質權即存於其物上。三六七條四項其無直接收取方法者，惟有依一般原則，實行民事訴訟法所定之程序而已。四一四條民訴七三三條參照

第二 民事訴訟法所定之執行方法

質權人除得依第三百六十七條之規定，爲直接收取外，並得依民事訴訟法所定之執行方法，爲質權之實行。三六八條民訴五八一條六〇條至六〇二條六一三條民事訴訟法所定之執行方法大要爲：收取命令、轉付命令、換價處分、有價證券之拍賣。但禁止流質契約之規定，於擔保因商行爲所生之債權，而設定之質權，不適用之。商二七條故添附空白委任狀而質入有價證券——例如記名股分——者，通常質權人皆改寫自己或他人之名義。同法第六百十四條至第六百十七條對於交付金錢以外之有體物，或請求給付之強制執行方法，皆有特別規定。不問採用何項方法，質權人皆不以有執行力之債務名義爲必要，但疏明其質權者，即得執行。同說——橫田氏物權法七六三頁川名氏物權法要論二五四頁否則民法——

與德國民法第一千二百七十七條不同。——特設第三百六十八條，依民事訴訟法規定之理由，竟不能解釋矣。

第二項 債權質以外之權利質之實行

以債權以外之財產權為標的之質權，其效力應準用質權通則，及關於動產質不動產質之規定。其以地上權或永佃權為標的者，依第三百六十一條之準用規定準用關於抵押權之規定，惟以債權以外之財產權為標的之權利質，其實行方法，皆無直接規定。拍賣法亦無關於售賣此等權利之規定。故應以第三百六十八條之規定為一般權利質實行方法之規定，依而行之。川名氏物權法要論二五四頁第三百六十八條與第三百六十七條不同，自其僅規定為「質權人」一點推之，如斯解釋，亦無不當。

第三百五十四條關於動產質實行方法之規定，於以不動產物權以外之財產權為標的之權利質，亦準用之。富井氏民法原論物權五二一頁惟於債權質不準用之。何則？蓋債權質之實行方法，第三百六十七條，有直接收取之規定也。

第七節 質權之消滅

第一款 消滅之事由

質權雖因物權之一般消滅事由而消滅，惟有應說明者，故特略述如左：

第一 標的物之滅失

質權雖因標的物之滅失而消滅，惟有不可分性，故標的物一部滅失者，不即消滅。又因第三百五十條準用第三百零四條之規定，故有物上代位。

第二 沒收及收用、

質權因其標的物之沒收或收用而消滅。其時質權人雖有物上代位權，惟特別法多各規定得於其補償金上，行使權利。土地收用法六五條，耕地整理法二五條，礦業法六九條。

第三 標的物上之權利因添附或其他原始取得原因而消滅、

如有添附或其他原始取得所有權原因者，存於物上之質權，雖應消滅，惟應注意第二百四十七條之規定。以地上權、永佃權為標的之權利質，雖亦因土地所有權之消滅，有地上權、永佃權之消滅，而喪失其標的，惟亦準用第三百零四條之規定。

第四 混同、

質權與所有權之混同，及質權與其標的所有權以外之財產權之混同，亦為質權消滅之原因。惟質物或質入權利為第三人之權利標的時則否。一七九條。

在債權質，縱債權人與第三債務人為同一人，質權亦不消滅，質權仍存於該債權人對於自己之債權上。（川名氏物權法要論二六三頁參照。）

第五 拋棄、

質權以不損害第三人之權利為限，因拋棄而消滅。

第六 時效、

自質與占有之關係推之，質權雖主債權而罹消滅時效者，殆未嘗見。在理論上，雖似得因取得時效或即時取

得而取得，惟在實際上，殊屬罕觀。拙著民法總則提要本論第六章六節一款參照。

惟應注意，不動產質權依第三百六十一條之規定，準用第三百九十六條之規定。

第七 主債權之消滅

質權為從物權，故主債權因清償或其他原因消滅者，質權亦應消滅。主債權已完成消滅時效者，質權亦應消滅，自不待論。三五〇條。主債權因更改而消滅者，質權亦應消滅，惟應注意第五百十八條之規定。

在債權質，其債權債務雖歸屬於同一人，其債權仍不消滅。五二〇條。故以債權為標的之質權，亦不消滅。

債務不履行者，不能謂質權即應當然消滅。因不履行之損害賠償請求權，與因侵權行為之損害賠償請求權不同，僅係變更原債權之內容而已，故擔保原債權之質權，並擔保因不履行之損害賠償債權。拙著債權法提要總論第三章八節參照。

第八 權利之實行

第九 第三取得人之清償

因不動產質權準用關於抵押權之規定，故有因價金清償而消滅者。俟於第三百七十七條說明內述之。

第十 滌除

不動產質權亦得因滌除而消滅。三七八條以下，三六一條。

第十一 存續期間之滿了

質權因存續期間滿了而消滅，其未定存續期間者，當事人之意思自視其質權依主債權而存在，惟不動產質

應參照第三百六十八條之說明。

第十二 消滅之請求

因質權人保存標的物，違反民法所定之義務，或違反規定，為使用或轉租者，質權設定人得為權利消滅之請求，已如前述。^{三五〇條}
^{二九八條}

在公司合併或股分合併時，股分質應否消滅，不無疑問，惟日本修正商法以爲：其後質權應存於質權設定人所得股分及金錢之上。（商二二〇條之五，二二條二項，三項）惟對設定質權之股分，有除權程序者，則應如何，股東權利，雖依股分而行使，惟兩者並非同一之物，蓋與應有部分與共有人之權利關係相類。故自純理言之，其除權雖似不應使股分質當然消滅，惟總合日本商法各規定觀之，仍應依照通說。（對於商法學者之見解，應參照拙著『訂正擔保物權法本論第三章第七節註三』）

第二款 消滅之結果

質權消滅，有使主債權喪失特別擔保之結果。

債務人與質權設定人各爲一人，而物上保證人代債務人爲清償者，或因實行質權，喪失質物所有權者，得對債務人行使求償權，又物上保證人受質權之實行時，其代位權之有無，應參照第三節第三款之說明。^{宮崎教授在職二十五年}
^{紀念論文集所載拙稿「論第三人之清償」參照}

第十章 抵押權

第一節 抵押權之定義及性質

關於抵押權 (hypotheca; Hypothek; hypothèque; ipoteca) 之法制，即不移轉標的物之占有，以供擔保之制度之分化也，已如前章所述，蓋與質權制度有關。

羅馬抵押制度，係依希臘法而演進者，抵押權 (hypotheca) 一語亦係源於希臘 (Dernburg, Pandrecht I § 4, § 5; Sohm, Institutionen § 72) 此種不移轉標的物之占有，以供擔保之制度，比較信託質入 (fiducia) 爲便，其後遂僅有質權 (pignus) 與抵押權 (hypotheca) 矣。其初當事人間尙須爲售賣之特約，其後乃以爲當然有售賣權。德國民法自繼受羅馬法以來，抵押制度，亦以羅馬法爲基礎，旋因登記制度完備，遂益發達，比日本民法所定種類較多。瑞士民法亦略相類。其因發行抵押證券而發生之不動產證券化，尤可注意。對於羅馬、德國、瑞士等國抵押權之發達，及其種類等，應參照拙著訂正擔保物權法本論第四章第一節。

對於法意民法上之抵押權，與日本民法各規定之關係，在解釋法條上，有必要時，亦當述之。

對於日本抵押制度，應參照宮崎教授紀念論文集所載中田氏「德川時代民法學上之私法」法學協會雜誌第三十六卷第六號所載，同氏「德

第三百六十九條以下，雖設有關於抵押權之範圍，效力等詳細規定，惟除民法以外，尚有多數特別法之規定。
商法關於船舶抵押之規定，擔保附公司債信託法，鐵道抵押法，工場抵押法，礦業抵押法，關於軌道抵押之法律，地方鐵道法，漁業法，漁業財團抵押法等。

抵押權者，對於債務人或第三人不移轉占有，而供債權擔保之不動產得先於其他債權人而受清償之物權也。即

第一 抵、押、權、係、因、當、事、人、之、意、思、而、發、生、

法國法系立法例，不依當事人之意思，所發生之抵押權——例如法律上之抵押權，裁判上之抵押權——日本民法皆不認之。即第八百零三條，第九百三十三條等情形，亦非法律上或裁判上當然設定之抵押權，不過法院得使其設定擔保權而已。

日本民法，抵押權之設定，大要以契約為之。(pignus vo iunctarium; vertragmäßige Hypothek; hypothèque conventionnelle; ipoteca convenzionale) 舊民法得於特種情形，以遺囑設定抵押權之規定，條一二現行法已刪除之，惟非否認其以遺囑設定之也，僅係撤除舊民法所設之制限，概認其因遺囑而設定耳。修正
由書
參照

第二 抵、押、權、係、在、他、人、特、定、不、動、產、上、行、使、之、物、權、

抵押權之標的物，係有讓與性之不動產。三六九條一項，惟羅馬法，德國古法及英國法，皆認動產抵押。日本德川時代，

亦有物品抵押之制。法國法系民法並一般的認動產抵押。德國現行法亦然。但法國有特別法，德國亦得依擔保的所有權移轉方法，以達同一目的。日本民法雖否認之，亦已漸有認許小工商業者，畜牧業者等，不移轉其動產占有，以供擔保之必要。瑞士民法第八百八十五條亦明認爲擔保信用組合等債權，因家畜登記及呈報，而爲抵押之設定。德國認許動產抵押之說寔盛。日本亦有是說。法協三一卷二號至四號所載。松本氏「活賣及動產抵押論」。

日本民法上抵押權之標的物，以各不動產爲限，惟對其原則，亦有左列特例：

(一) 樹林、

在一宗土地或一宗土地之一部上，所栽植之樹林，爲所有權保存登記者，謂爲造林，皆視爲不動產，得離土地而爲讓與或供抵押。明治四二年法二二號關於造林之件，同。明治四三年司法省令五號造林登記規則。

(二) 船舶、

已登記之船舶，雖不得爲質權之標的物，惟得爲抵押權之標的物。商五四〇條、五四一條、六八六條一項、六八八條、船舶法三五條及船舶登記規則參照。

(三) 地上權、及、永佃權、

此兩種物權皆係重要不動產物權，故日本民法與其他立法例同，皆認爲抵押權之標的。三六九條二項。

占有權、留置權、先取特權、在性質上，皆不得認爲抵押權之標的。地役權亦不得離需役地之所有權，爲其他權利之標的。(二八一條)。惟不動產質權及抵押權另有第三百四十八條、第三百六十一條及第三百七十五條之規定，故在事實上，皆得提供抵押，以達同樣目的。

(四)特殊財團及漁業權

特殊財團，即鐵道財團，工場財團，鑛業財團，漁業財團等，雖係不動產，動產及其他權利之集合，亦得於其上，設定抵押權。鐵道抵押法，工場抵押法，礦業抵押法，地方鐵道法，關於軌道抵押之法律及漁業財團抵押法等參照。

漁業權亦得以供抵押。漁業法參照。

(五)代表物

抵押權得在抵押權設定人，因標的物之售賣，租賃，或毀損，所得之金錢或其他物上，行使之，並得在抵押權設定人，於標的物所設定之物權之對價上，行使之。三〇四條，三七二條。

抵押權人得在抵押物上，締結保險契約，惟得因抵押物之滅失，毀損，抵押權人所受損害，計算困難，豫為讓與其債權於保險人，以受保險金之支付之契約。松本氏保險法一二五頁以下，評論四卷一號所載，同氏「保險與存於其標的之上之擔保權」

抵押權得因登記，對第三取得人行使之。故在清償期前，售賣標的物者，無在賣主請求價金之債權上，行使抵押權之必要，惟未為抵押權登記者，得在賣主請求價金之債權上，行使權利。

在不動產之一部上，能設定抵押否？法曹會雜誌二卷一〇號所載，大正一二年十一月七日決議。以為得設定之，物之重要構成部分，雖不得獨立為抵押權之標的，惟非物之重要構成部分者，則非所妨，如第二百四十二條但書規定之情形，已登記之一宗土地之各部分，第二百零八條規定之數人分有一建築物之時，非造林法之造林，皆其例也。惟學者對於土地之一部，為抵押權之標的，頗多採消極說。法曹記事九八號所載，明治三十二年十一月二一日民刑局長解答，志林一〇卷六號所載，橫田氏「以土地之一部為標的之抵押」

押權及其實行方法，富井氏民法原論物權五四〇頁，中島氏民法釋義二卷一〇三五頁。法曹會決議所謂重要構成部分或非重要構成部分者，蓋指德國民法第九十三條以下所謂同體的、構成分及非同體的、構成分、（*Wesentliche und unwesentliche Bestandteile*）而言，同體的構成分者，非破壞或變更其性質，不得分割之構成分，其各部分，在法律上，皆應共同存續，不得獨立為物權之標的之謂也，非同體的構成分則反是。上述法曹會之決議，蓋依德國民法之觀念，為本項問題之解釋也。日本民法上，第二百四十二條但書及第二百零八條各情形，皆有特別規定，故無說明之必要。至於非造林法之造林，則不能一概而論。即認為動產之造林，不發生抵押權之問題，認為不動產之造林，則如決議所謂係土地之一部，非土地之構成分也，何則？蓋造林有不損害其土地而能分離者，有須損害其土地，始能分離者也。非動產之造林，係土地之定著物，係獨立不動產，多係土地之從物，日本民法上不動產得為從物，與德國民法不同。惟以造林法——例如：第二條第二項——無規定者為限，不得獨立為抵押權之標的。此項造林，亦無登記方法。就一宗土地之一部言之，在實行抵押權時，亦無由售賣不動產之一部，且在登記法上，亦無在一部土地上，設定抵押權之登記方法，故多為消極解釋者。有謂：自不動產登記法第八十四條之規定觀之，在土地之一部上，亦得為登記者，實屬錯誤！蓋向來學說，未嘗辨別當事人間之問題，與對第三人之關係，並其實行方法之問題也。在一宗土地之一部上，設定抵押權，在當事人間雖應有效，惟不能為對抗第三人之登記耳，且亦無拍賣土地一部之方法，故其實際問題，惟有先將土地分為數宗而已。反之，在共有人應有部分之上，得設定抵押權，自不待論。

第三 抵押權係不移轉標的物之占有，所設定之擔保權。

此點質權與抵押權不同。

以某不動產供擔保時，其權利係不動產質權抑抵押權，得依其有無占有移轉定之。惟不得因而誤認抵押權人不能為標的物之占有耳。因抵押權以外之權原^{例如地}上權，占有之固無妨也。

第四 抵押權係在標的物上受優先清償之權利。

此點與質權及先取特權相同。

在屬於破產財團之財產上，有抵押權者，在其標的財產上，有別除權，在不屬破產財團之財產上，有抵押權者，僅得就不能依其權利之行使，以受清償之債權額，為破產債權人行使權利。（破產法九二條、九七條）

第五 抵押權有不可分性。

因第二百九十六條之規定，於抵押權亦準用之。^{三七}故以債權存在為限，得以標的物全部擔保之，又以標的物存在為限，得為其債權全部行使權利，其債權一部消滅，或標的物一部滅失者，於抵押權無影響。但法國法系民法中，有認抵押權人有請求補充擔保權者。^{法民二一三一條、意民一九八〇條}對於因可歸責於債務人之事由，滅之物之範圍之說明。

第六 抵押權係為擔保債權而從屬之他物權。

此點已述於前，故不再贅。

關於抵押權所擔保之債權種類，應參照質權內關於豫約抵押之說明。但抵押權所擔保之債權之範圍，與質權不同，俟於第三百七十四條說明。

內述之。

抵押權有從屬性已述於前，故不再贅。抵押權之伴隨性——即當然隨其主債權移轉之性質——姑依通說，惟亦不無疑問，已於留置權說明內及拙著訂正擔保物權法總說第一章內述之矣。

第二節 抵押權之取得

抵押權因繼承、讓與及設定行為而取得。其最普通者為設定契約。

抵押、權、設、定、契、約、者、債、權、人、與、債、務、人、或、第、三、人、間、所、為、之、契、約、也、惟、係、諾、成、契、約、與、質、權、異。

抵押權之設定，日本民法，非如德國法系立法例，以登記為其成立要件，僅以登記為對抗第三人之要件。一七

一七七條，亦非如法國法系民法，以書面或其他方式為必要。法二一、二七條，意一九七

無不動產所有權者，得設定抵押權否？大阪地方法院曾有認為無效之判決，大審院判決廢棄之，以為抵押權係在債務人將來取得不動產所有權之時設定，抑在債務人原有所有權之不動產上設定，於當事人之利害關係，並無區別，故謂設定抵押權之物權的意思表示有效。（大正四年

一〇月二三日大判，法協三五卷三號所載，鳩山氏同批評。）惟設定抵押權時，雖不須移轉標之物之占有，而以非其所有之不動產提供抵押究

有反於「無論何人不得處分其所無之權利」之原則，故其時僅得認為設定抵押權之債權的豫約，認其有效而已。（同說——中島氏民法釋

義二卷一〇三六頁。）

第三節 抵押權之標的物之範圍

抵押權之標的物，已如前述。茲所應說明者，即抵押權以某特定不動產為標的時，其效力所及之範圍而已。

第一款 抵押權設定時標的物之附加物從物與抵押權之效力範圍

第一 抵押權及於其設定時附加於標的不動產上與其成爲一體之物。

抵押權之範圍依標的不動產所有權之範圍而定，並及於其設定時與不動產成爲一體之物，亦不待論。

附加而成爲一體之物與從物同，雖未爲關於附加物之登記，抵押權亦得及之。（明治三三年九月十一日大判。）

(a) 至其是否附加成爲一體，應依一般交易觀念定之。故非僅指標的不動產之構成部分，失其獨立存在之物而言，但依一般觀念，視其成爲一體者即可。徵之抵押權之標的物爲土地時，其土地與建築物及造林以外之定著物之關係，法律新聞七五八號所載明治四四年一月一四日東京控訴判，標的物爲建築物時，建築物與某種工作物之關係，可以概見。至其附加原因爲何，皆非所問。

建築物及依造林法規定之造林，並非與土地成爲一體。日本亦不以之與土地成爲一體者同視。惟地役權係需役地所有權之從權利，故得爲需役地上所設定之抵押權之標的。二八一條一項

以漁業權爲抵押者，定著於漁場之工作物，準用第三百七十條之規定，視爲附加於漁業權，與其成爲一體。（漁業法八條。）

工場所有人，在工場之土地上，所設定之抵押權，除建築物外，並及於附加於土地上成爲一體之物，設於地上之機械、器具，其他工場使用之物，惟設定行爲有特別訂定者，債權人依民法第四百二十四條之規定有撤銷權者，不在此限。此項規定，於工場所有人，在工場之建築物上所設定之抵押權，亦準用之。（工場抵押法二條。）

(b) 設定行爲有特別訂定者，抵押權及於標的不動產之附加物。

(c) 他人基於某權原，例如地上權、租賃權附加於不動產上之物，以不動產為標的之抵押權，不得及之。

第二 抵押權及於其設定時標的、不動產之從物、

此點無從說明，八七條二項商八八六條二項惟以其時設定行為無特別訂定者，非因他人權原而附屬者為要件。

要之，抵押權設定時之從物，係存於主物上之抵押權之標的，蓋無容疑，例如以建築物供抵押時，其設定行為

無特別訂定者，抵押權即應及於室內器具裝修等類之上，是也。大正八年三月一五日大民聯判大正一〇年七月

照法曹記事二九卷七號所載大正八年四月五日同三〇卷一二號所載大正九年九月二五日法曹會決議等惟又有相反之判例，殊不可解！蓋誤解第三百七十條之

規定也。此項論爭，現已無甚實益，故略之。拙著訂正擔保物權法本論第四章三節一款參照

室內器具裝修，不得單獨扣押。(法曹記事三〇卷四號所載大正九年一月二四日法曹會決議)

第二款 抵押權設定後標的物之增減變更與抵押權之效力範圍

第一項 標的物之增加

抵押權及於其設定後，附加於標的不動產上，成為一體之物。三七〇條本文其增加原因，則非所問。例如以土地為

抵押權標的物時，在土地上築假山者，以建築物為抵押權標的物時，添蓋建築物者，皆係人為的增加，亦無妨也。此

項增加，係廣義增加，不僅係其面積或其他物質上之增加而已，即因改良而生之價格增加，亦包含之。法民二一三

九六六條舊民因以附加成爲一體之物，為限，故抵押權之效力，不及於抵押權設定後，不動產之從物。三條意民一三

惟對於上述原則有左列例外：

(一) 以土地為抵押時，其抵押權，不及於其地上之建築物。三七〇條本文。

因日本民法不認建築物為土地之一部，故以土地供抵押後，於地上營造建築物者，其抵押權之效力，不及於其建築物上。依造林法規定之造林亦然。

在山林上，設定抵押權，無特別訂定者，其效力並及於其樹木之上。何則？蓋此項樹木，非造林法之造林，且第三百七十條僅除外建築物也。（大正

一四年一〇月二六日大判。）

(二) 設定行為有特別訂定者，依其訂定。三七〇條但書。

(三) 他人基於某權原例如地上權、租賃權等。之附加物，抵押權之效力不能及之。

(四) 具備債權人撤銷權行使條件者，抵押權不及於其附加物。三七〇條但書。

債務人明知損害他債權人之利益，而以應清償他債權人之金錢或其他財產，附加於抵押不動產上，抵押權人亦明知其事實者，即係具備第四百二十四條債權人撤銷權——即廢罷訴權——之行使條件，抵押權之效力，不及於其附加物。蓋防止其故意減少他債權人之共同擔保也。但不得向法院請求其法律行為之撤銷，僅抵押權之效力，不及於其附加物而已。

(五) 抵押不動產之孳息，不在抵押權所及之範圍內。三七一條。

抵押權之效力，及於其標的不動產之各構成部分之上，故孳息與元物不動產未分離者，似不待論，即分離後，亦似應及於其孳息上，惟抵押權與不動產質權異，以其設定人不喪失其使用收益權為特徵，故孳息不在抵押權

所及之範圍內。奧民四五七條。舊民擔二〇二條。二八六條。

惟有兩種制限：(一)在扣押抵押不動產後，抵押權及於孳息之上。三七一條一蓋其時抵押權人已著手權利

之實行，故使設定人喪失收益權，亦無不當。(二)第三取得人——即在抵押不動產上取得所有權，地上權，永佃權

之第三人——依第三百八十一條之規定，已受實行抵押權之通知者，亦喪失孳息收取權。三七一條一項但書其立法意旨，

亦與前者相同。惟抵押權人對第三取得人，為第三百八十一條之通知後，永久不為抵押權之實行，使第三取得人，

喪失孳息收取權，亦非平允，故民法規定：非在通知後一年內，扣押其抵押不動產者，抵押權仍不及於孳息之上。三七

一項、二條

本條所謂孳息者，僅指天然孳息而言。(大正二年六月二日大判)

本條所謂扣押者，非僅指民事訴訟法之扣押而言，即為開始拍賣決定之時，亦包含之。(梅氏民法要義物權編五一四頁，中島氏民法釋義二卷

一〇六五頁，大正四年三月三日大判)

第二項 標的物之減少

抵押權設定後，標的物有減少者，非僅指數量之減少而言，即所謂毀損及價格之跌落亦包含之。茲分別說明如左：

第一 因抵押權人之行為者

抵押物之減少，有因抵押權人之行為而發生者，依不可分之原則，抵押權仍存於其殘存部分之上，抵押權設

定人不得因而為抵押權消滅之請求。二九八條一項，三五〇條但不妨依一般原則，為損害賠償之請求。

第二 因、可、歸、責、於、債、務、人、之、事、由、者、

抵押物之減少，因債務人之行為而發生者，依第一百三十七條第二款之規定，債務人喪失期限之利益，並依一般原則，受損害賠償之請求。惟論者有謂：有具保證義務之債務人，在保證人缺格時，有覓合格保證人之義務，其因故意過失，毀滅減少擔保之債務人，亦有補充擔保之義務，債務人喪失期限之利益，須係因其不履行補充擔保之義務。橫田氏物權法七八四頁以下。惟第四百五十條二項關於保證人缺格之規定，於抵押權不準用之。况現行民法刪除舊民法擔保編第二百零一條關於代擔保之規定，其理甚明，且又反於擔保物權不可分之原則也。民法修正案理由書抵押權總則前註第二參照。

第三 因、不、可、歸、責、於、債、務、人、之、事、由、者、

抵押物之減少，因不可抗力或第三人之行為而發生者，抵押權人除得在抵押權設定人由第三人所得之損害賠償金上，行使抵押權外，三〇四條債務人仍不喪失期限之利益，故在事實上，係抵押權人受其損失。舊民摺二項參照。蓋抵押權係物權，不惟標的物之危險，應由物權人——即抵押權人——負擔，且債務人既因標的物之減少而受損失，又因不可歸責於己之事由，喪失期限之利益，亦嫌太酷！惟有謂：應與法意民法相同，法二一三一條抵押物之減少，債務人應補充之，否則債務人即喪失期限之利益者。橫田氏物權法七八六頁。

第四 因、物、上、保、證、人、之、行、為、者、

抵押物之減少，因非債務人之抵押權設定人之行為而發生者，債務人亦不喪失期限之利益，債權人僅得對

物上保證人，請求損害賠償。其因第三人之行為而減少者，亦同。

第三項 標的物之變更

抵押權，在債務人因抵押不動產之售賣、租賃、滅失或毀損所得之金錢或其他物上，亦得存在。三七二條對於在抵押不動產上所設定之物權，例如地上權、永佃權之對價，亦得行使之。抵押權人對標的不動產為扣押後，滅失毀損而現有殘存之物者，即無不動產之性質，仍得在其物上，保持抵押權之效力。大正五年三月十一日、同六月二十八日及同六年一月二十二日大判。

準用第三百零四條之規定時，所謂「債務人應得……」之債務人，即不動產上之權利人，——例如：第三取得人——亦包含之。明治四〇年三月一二日大判、法曹記事二八卷一二號所載、大正七年十一月二日法曹會決議。

其撤換抵押權標的建築物之從物，如室內器具裝修者，抵押權即及於新設器具裝修之上。（法曹記事三〇卷一二號所載、大正九年九月二五日法曹會決議）蓋在一般觀念上新設器具裝修與舊器具裝修皆同視也。

所有人變更宅地為田園者，雖無抵押權人之承諾，抵押權人亦無請求回復原狀之權利。但債務人有因而喪失期限之利益者。（法曹會雜誌四卷九號所載、大正一五年七月六日同會決議）

第四節 抵押權之效力

抵押權之效力，自廣義言，其不可分之性質，得受優先清償之權利，繼承性，讓與性，並其因物權一般效力而發生之優先權、追及權等，皆應述之。惟已詳見其他擔保物權——例如質權——之說明內，故茲不贅。僅就民法抵押權之效力節內，規定各點，分款說明如左：

第一款 抵押權設定人與債務人之關係

為擔保他人債務，設定抵押權之人，清償其債務者，或因押抵權之實行，喪失其押抵物所有權者，依保證債務之規定，對債務人，有求償權。三七一條、三五一條

物上保證人，對於清償，有正當利益，故其為清償者，得當然代位債權人。惟因實行抵押權，喪失標的物所有權者，無代位權。第三取得人無代位權，見大正十年十一月十八日大審院判例反對——石坂氏日本民法債權一二九一頁。

第二款 抵押權之順位

抵押權之取得，應以登記為對抗第三人之要件。一七七條因各抵押權相互處於第三人之地位，故其順位，依登記之先後定之。三七三條、德民八七九條、瑞民八一三條、法民二一三四條、意民二〇〇七條、舊民擔二三九條二項。

抵押權人對於其他一般債權人，先取特權人，質權人之順位，亦概依登記之先後定之，惟第三百三十九條有特別規定。

第三款 抵押權所擔保之債權之範圍

抵押權所擔保之債權種類，與質權同。故茲僅說明抵押權所擔保之債權之範圍，即為擔保某債權，而設定抵押權者，其抵押權之效力所及之範圍也。

抵押權所擔保之債權之範圍，依當事人之意思定之。惟其所擔保之金額，非登記之，不得以之對抗第三人。法一一七條、一二〇條其債權不以一定金額為標的者，依其估定價格，其不以金錢給付為標的之債權，惟有以其豫先登記

之金額，為最高限度，在該限度內，擔保其因債務不履行所生之損害賠償而已。橫田氏物權法七九一頁參照。違約金亦應豫先登記其金額。

惟對於利息或其他定期金，則有特別制限。蓋對於此等債權，亦使溯及既往，無限行使其抵押權，則保護抵押權人，不免太厚，故僅就其滿期最後二年分之利息，得行使其權利。至其以前利息，於滿期後，為特別登記者，即自其登記時，行使權利，亦非所妨。三七四惟其時不得以最初登記之同一順位，行使抵押權而已，故其他債權人無受意外損害之虞，抵押權人亦可保護。此項規定，係仿法國法系民法，德國民法則無此種嚴格制限。

所謂「其他定期金」者，在一定之期限，繼續受償之債權之謂也。例如地租，佃租，租金，終身年金等是也。故不得以之與債權額最初確定，分期清償之債權相混同。（同說——大正九年一月一八日大判）蓋為通說。（反對——中島氏民法釋義二卷一〇七七頁）對於定期金之性質，應參照拙著民法總則提要本論第六章第七節第二項。為此項定期金，約定抵押權者，如僅依其一次登記，對於其後遞增金額，皆依該登記順位，行使其抵押權，則其有損害其他債權人，僥倖抵押權人之嫌，亦與利息無異矣！

本條所謂「滿期最後二年分」之意義為何？如以滿期為清償屆期之義，則所謂最後二年分者，即係指最後二歷年而言。例如每年十二月末日支付利息，本年本日行使抵押權者，其滿期最後二年分，即昨前兩年分之利息也。梅氏民法要義物權編五二〇頁同說——中島氏民法釋義二卷一〇七八頁反之，有謂滿期者，非清償屆期之義，係依時之經過，已發生之利息或其他定期金之義，所謂滿期最後二年分之利息者，係指已滿二週年——即七百三十日（閏年則加一日）——之利息，或其他定期金而言，其是否清償屆期，蓋非所問。橫田氏物權法七九五頁自以後說為當。無論利率為年利，月利，日利，俱應按

日計算，故利息係按日發生，定期金——例如地租，佃租，租金等。——通常雖以年計或以月計，惟亦有按日計算之性質，故可為同一解釋，惟終身年金之類，稍有疑義，其實亦可為同一解釋。

本條規定，惟於為抵押權登記時，僅登記其所擔保之定期金或利率，而未為豫定總金額登記者，適用之。其當事人已登記其豫定利息或其他定期金之總金額者，抵押權人在其金額限度內，得行使其權利，不受最後二年分之制限。蓋已為豫定額登記者，無使其他債權人受意外損害之虞，故不能謂本條第一項，為對該項情形之規定。

在本條第一項所謂利息之中，是否含有遲延利息——即因金錢債務之不履行，所生之損害賠償。——抑僅指約定利息（或依法定利率之利息）而言，學者向有爭論，惟明治三十四年四月法律第三十六號，增入本條第二項，規定第一項之規定，於抵押權人因債務不履行，有損害賠償請求權時，於其最後二年分之利息，亦適用之，並規定此項利息或其他定期金，皆不得逾二年分以上。

有謂：本條追加之第二項，僅係規定：「因債務之不履行，所生之損害賠償」，故不問係因金錢債務不履行所生之損害金，抑係因金錢以外之給付為標的之債務不履行所生之損害賠償，皆包含之。（橫田氏物權法七九七頁。）惟本項係承接前項關於利息或其他定期金之規定而言，殊

難如其解釋。如謂係包含一切損害賠償而言，係與利息或其他定期金之共通規定，則第二項但書規定竟不能解釋矣！（同說——中島氏民法釋義二卷一〇八一頁。）

在本項追加以前所發生之遲延利息，大審院曾有抵押權之效力不能及之之判例。（明治三八年二月二五日判決。）其後又修正之。（大正二年一月一日判決。）惟第二項係一種解釋規定，依法律效力不溯既往之原則，亦僅將來應為此項解釋而已，其法律施行前之遲延利息，仍

應認其不包含之。

本條第二之項損害賠償請求權，亦應為登記，其已為債權額及利息之登記者，因其債權之效力，有與約定利息同額之遲延利息請求權，其未為利率登記者，有依法定利率之遲延利息請求權，其額數皆已豫定，故雖未為登記，亦得對抗第三人。（同說——法曹記事二三卷一〇號所載

大正二年六月七日法曹會決議）

本條並非在抵押權設定人與抵押權人之關係上，制限擔保債權之範圍，故承繼抵押權設定人地位之抵押不動產之第三人取得人，非清償元本債權與已屆期之定期金全額者，不得消滅其抵押權。同說——大正四年九月二十九日大判法曹記事二八卷九號所載大正七年七月六日法曹會決議

反對——法律總覽前揭所載大正三年八月一日字都宮地方判

第四款 抵押權之處分

抵押權係從屬債權之物權，故不得與債權分離而處分之，惟為交易便宜起見，亦得依一定制限，以為處分。此項處分，即（一）以抵押權為其他債權之擔保，（二）抵押權之讓與，（三）順位之讓與，（四）抵押權之拋棄，（五）順位之拋棄五種是也。

第一項 抵押權之提供擔保

抵押權人得以其抵押權為其他債權之擔保。三三五條一項前段此項規定，為舊民法所無，與國民法有規定。奧民四例如甲對乙有百元債權，乙為擔保債權，設定抵押權，甲又自丙借二百元，以其對乙之抵押權，為其債權之擔保者，丙僅得在甲對乙所得行使之權利範圍內，——即僅在百元之限度內，——行使其擔保權。且丙之債權雖已屆期，尚

應俟甲之債權屆期後，丙始得行使其抵押權。因抵押權不交付標的物，故亦無如轉質之責任要件。

此項處分之性質，亦與轉質相同，學者有同樣之爭論。(一)以爲：此項處分，係在抵押不動產上，新設抵押權或質權。抵押權設定說——川名氏物權法要論二八一頁，質權或抵押權設定說——中島氏民法釋義二卷一〇八三頁。惟抵押權人並非所有人，不惟不能在不動產上，爲

設定新負擔之處分，且第三百七十五條並未規定，得以抵押物供擔保，亦與第三百四十八條關於轉質之規定不同。(二)以爲：係在抵押權上，又設定抵押權，其說亦非。蓋日本民法，抵押權之標的，以不動產爲原則，其得以權利爲抵押者，僅有地上權，永佃權之抵押而已。(三)以爲：抵押權之提供擔保，係抵押權——即財產權——之質入，係一種權利質。橫田氏物權法八〇〇頁。(四)以爲：與轉質同，係抵押權之條件附讓與。富井氏民法原論物權六〇一頁以下。

第二項 抵押權之讓與

抵押權雖不得離主債權而讓與，惟對於同一債務人，爲其他債權人之利益，而讓與之，亦無不可。三七五條一項何則？蓋抵押權之讓受人，不能逾越其讓與人對於債務人之抵押權之範圍，行使權利，抵押權設定人並不因而有加重負擔之虞也。

第三項 順位之讓與

抵押權人對於同一債務人，爲其他債權人之利益，得僅讓與抵押權之順位。三七五條一項，德民一一一六五條。其時讓與人，讓受人皆係抵押權人，惟讓受人原係在讓與人之順位者耳。抵押權之順位，原依登記之先後定之，係一種附屬於抵押權之法律上之性質或地位。抵押權之順位，所以得讓與者，蓋以其無害於讓與當事人以外之抵押權人及抵押

權設定人也。

順位之讓與與順位之拋棄不同，惟舊民法，僅對拋棄設有規定，（擔二四四條一項）以為兩者結果相同，其說殊誤。此項實例，應參照民法修正案理由書第三百七十一條之說明。

抵押權順位之讓與，係各當事人抵押債權全額順位之互換，抑或不然，僅係在讓與人債權額之限度內互換？
 順位有採第一說者，以為：順位之讓與與抵押權之讓與同，非以抵押債權額為限度，定其效力。法曹會雜誌二卷一
 年十一月七日法曹會決議法律新聞一〇〇二號所載大
 正四年二月一五日大阪控訴判橫田氏物權法八〇六頁其說以為：如甲（第一順位人）之債權額係四百元，乙（第二順位人）之債權額係二百元，丙（第三順位人）之債權額係八百元，其因實行抵押權得分配之金額，如係千元，而甲讓與其順位於丙者，則乙得二百元，丙得八百元，甲即不受清償。惟依第二說，則僅在讓與人債權額之限度內，互換順位，富井氏民法原論物權六〇四頁中
 島氏民法釋義二卷一〇九一頁而應得之金額，僅以甲之債權額為限，故乙得二百元之清償，雖與前例無異，惟丙以甲之債權額為限，先在第一順位得四百元， $1000 - (200 + 400) = 400$ 復在甲（四百元之債權人）與自己（自其原債權額八百元內，扣除其已得之四百元，亦係四百元之債權人）之間，受比例之清償，甲、丙各自得二百元。故在供分配之千元中，甲得二百元，乙亦得二百元，惟丙得六百元。採第一說者，以為：順位之讓與，如係僅在各抵押債權額之相當額內，互換順位，則是各抵押權，其各部分，皆各異其順位，殊不合理！惟如各當事人抵押權之全額，皆互換順位，不惟順位讓與人，有以其所無之權利，讓與於人之嫌，且其順位之讓與，亦與同時並為債權之讓與，無異矣。故以第二說為當。

第四項 抵押權之拋棄

抵押權人對於同一債務人，為其他債權人之利益，得拋棄其抵押權。三七五條一項舊民
撥二四四條一項

為特定債權人之利益，而拋棄抵押權者，係相對的拋棄。在讓與時，讓與人與讓受人間有順位之互換，反之，在為相對的拋棄時，對於其他債權人，仍保有其地位。此項相對的拋棄亦與抵押權之絕對的拋棄不同。其為絕對的拋棄者，其抵押權對一切債權人皆無條件的消滅。

抵押權雖為某債權人之利益，拋棄其抵押權，惟對其他債權人，仍得主張其權利，故不可與債權之拋棄相混同。例如甲、乙、丙三人對丁各有百元債權，惟甲有抵押權，如各債權人得分配之金額，係該抵押權設定之建築物價金百元，其時甲如為乙之利益而拋棄其抵押權者，其拋棄之利益不及於丙，甲對丙仍得主張其抵押權，故丙不能得絲毫利益，惟甲與乙，立於同等地位，各按其債權額，平分甲應得之百元而已。

第五項 順位之拋棄

抵押權人，對於同一債務人，得為其他抵押債權人之利益，拋棄其順位。三七五條一項舊民
撥二四四條一項其他債權人不受影響，順位拋棄人，對其他債權人，仍得主張其順位。例如甲、乙、丙三債權人依次有第一順位，第二順位，第三順位之抵押權，甲為丙之利益拋棄其順位者，無影響於第二順位人乙之應得金額，惟甲、丙各按其債權額，分配第一順位人甲之應得金額（丙為第三順位人，有應得金額者，亦合併之）而已。

第六項 抵押權之處分對於第三人之效力

抵押權之處分對於第三人之效力，可分爲：對於受處分之利益者之效力，對於債務人、保證人、抵押權設定人及其承繼人之效力述之。

第一 對於受處分之利益者之效力、

爲數人之利益，而處分抵押權者，其數人間之順位，應依何者定之？其已爲抵押權登記者，雖無爲新登記之必要，惟如無公示方法，亦得以其處分對抗第三人，恐不免有受意外損害者，故使其爲附記登記，依其登記之先後，定其順位。三七五條二項登記法七條五三條一二五條

第二 對於債務人、保證人、抵押權設定人及其承繼人之效力、

登記雖係以公示第三人爲目的，而設立之制度，惟在實際上，債務人、保證人、抵押權設定人及其承繼人等，有不知其事情，仍對從前抵押權人，例如在抵押權讓與時，其讓與人爲清償或其他消滅債務之行爲者，故非以抵押權之處分通知主債務人並經其主債務人承諾者，不得以之對抗其債務人、保證人、抵押權設定人及其承繼人。三七六條一項蓋與債權之讓與相類，故使依第四百六十七條之規定，即其處分之通知或承諾，非有確定日期之證書者，不得以之對抗債務人以外之第三人——即保證人、抵押權設定人及其承繼人——也。四六七條二項

主債務人受抵押權處分之通知並承諾其處分者，其後即不得以未經受處分之利益者之承諾而爲之清償，對抗該受益人。三七六條二項例如甲讓與其抵押權於乙，並已通知債務人丙，而其後丙無乙之承諾向甲爲清償者，不得以其清償，向乙對抗，主張乙所讓受之抵押權之消滅。

舊民法^{則五〇〇條擔一八五條}二四四條二四五條等規定拋棄抵押權或其順位者其拋棄僅依登記而對債務人發生效力。現行法之規定則仿奧大利民法第四百五十五條規定者也。

第五款 對於第三取得人之效力

在抵押不動產上取得所有權或其他權利者——即第三取得人——與抵押權人之關係如何？抵押權之設定已登記者，得以之對抗第三人，故雖第三取得人亦不能免除不動產上抵押權之實行。惟如貫徹此項原則，則無論何人皆不願讓受附有抵押之不動產或取得該不動產上之權利矣。故應在不損害抵押權人之限度內，制限抵押權人之追及力，以謀第三取得人之保護。法國法系立法例規定第三取得人免除抵押權實行之方法有四。即：(一)第三取得人清償債務 (paiement intégral) ^{法民一二三六條一二三七條一二七八條}；(二)委棄抵押不動產 (délaissement) ^{法民二一六八條二一七二條至二一七七條}；(三)為檢索之抗辯 (beneficium excussionis) ^{法民二一七〇條至二一七二條}；(四)滌除 (purge) ^{法民二一七九條二一八一條至二一九九條}。是也。

在以上各方法中，(一)第三取得人得為清償，免除抵押權之實行，自羅馬法以來，一般立法例莫不認之，日本民法亦認第三取得人得為清償，自不待言，惟其規定在債權編耳。^{四七}(二)委棄抵押不動產，免除抵押權之實行，即在為該規定之法國民法上，亦有批難。(三)為檢索之抗辯，即第三取得人得對訴追債權人，請求豫先檢索其他不動產，以為同一債務之抵押，在該不動產上取得清償，亦為法國法系少數立法例所規定，惟法國有將此項規定與委棄規定，一併廢止之說，法國法系意大利民法亦否認之。

日本民法僅認舊民法所規定之滌除，爲第三取得人免除抵押權追及力之方法，惟並認抵押權因第三取得人之價金清償而消滅，則非舊民法其他多數立法例所認者耳。

第一項 第三取得人之價金清償

除第三人代位清償外，民法更於第三百七十七條規定：買受抵押不動產所有權或地上權之第三人，依抵押權人之請求，以其買賣價金清償之者，抵押權對第三取得人即應消滅。此項規定，係仿意大利民法。民法修正案理及三七四條參照惟滌除規定之當否已有疑問。況此項第三取得人之權利，又爲認許滌除之法國法系立法例所不採用者乎？

抵押權因第三取得人之價金清償而消滅，其法定要件如左：

第一 須係買受抵押不動產所有權或地上權之第三人。

僅以所有權或地上權之買受人爲限者，蓋永佃權皆有佃租之支付，不惟取得人最初支付價金者甚鮮，縱有價金，數亦有限，不能與地上權之價金相比擬也。地役權取得人亦無此項權利，亦以地役權之價金較小也。

地上權及永佃權亦得爲抵押權之標的。關於不動產抵押之規定，皆準用之。（三六九條二項）故本條規定，於買受抵押標的地上權或永佃權之第三人，亦準用之。（同說——梅氏民法要義物權編五四一頁）

第二 須依抵押權人之請求，以其價金清償。

其清償應以價金全額爲之。如僅以價金一部，向抵押權人爲清償者，僅使主債權額減少而已，故抵押權人得

爲其殘額，在標的物上，行使權利。反之，第三取得人，依抵押權人之請求，以價金全部爲清償者，不論其數額多寡，抵押權對於第三取得人，皆應消滅。

其買賣價金超過債權額者，第三取得人能否僅以債權額支付於抵押權人，以消滅其抵押權？抑應支付該價金之全額邪？惟抵押權人不能受領債權額之超過部分，故僅爲債權額之支付即可。並不得以其超過部分之清償，對抗賣主。同說——中島氏民法釋義二卷一一一〇頁反對——川名氏物權法要論二八七頁。

無抵押權人之請求，第三取得人任意以價金清償之者，僅係第三取得人代債務人清償債務，故僅在其清償額限度內，使主債權消滅。四七四條五〇條至五〇三條等。

依上述要件，爲價金清償者，抵押權人對該第三人即應消滅。即

(一) 買受抵押不動產所有權者，依抵押權人之請求，以其價金清償之者，不拘其額若干，抵押權對買受人皆應消滅。抵押權人自抵押不動產買受人所受清償不能抵充其債權全部者，其殘額得自債務人之其他財產受償。蓋抵押權因價金清償而消滅，僅有相對性質也。

(二) 地上權買得人依抵押權人之請求，以其價金清償之者，僅使地上權人在其權利上，免除抵押權之實行而已，故其金額不足消滅其債權全部者，抵押權人仍得在不動產上，行使權利。但抵押權人拍賣其不動產者，僅係拍定有地上權存在之不動產而已，故地上權不因之而消滅。如抵押權人售賣不動產尙不能受債權全部之清償者，其殘額得自債務人之其他財產內受償。

已為價金清償之第三人，依第五百條至第五百零三條之規定，在抵押權全部或一部上，得為代位。同說富井氏民法原論物權五六二頁，梅氏民法要義物權編五四〇頁，法律新聞五六一號所載，明治四二年二月二六日大阪控訴判，反對——中島氏民法釋義二卷一一一〇頁。

第二項 滌除

滌除 (purge des hypothèques; purgazione dell' immobile dalle ipoteche; Hypothekereinigung Purgation) 者，抵押不動產之取得人，對抵押權人，給付或提存一定之金額，以消滅其抵押權之謂也。^{三七}第三人之滌除權，始於羅馬 Diocletianus 帝時代，法國一千七百七十一年六月二日布告，對於滌除程序，嘗有規定，旋為法國民法所採用，^{法民二一七九條二一八一條至二一九五條} Zachariae-Crome, Hand u. ch. des französischen Civilrechts II. § 263 nm. 19 § 264; Planol, Traité élémentaire II. p 983 B. 其後法國法系民法乃皆仿之。^{意民二〇四〇條二〇四六條} 瑞士民法第八百二十八條亦認類於滌除之制度，惟德國民法無關於滌除之規定。

有謂：瑞士民法不認滌除制度者，(川名氏物權法要論二八九頁，同氏德法瑞參照民法條文三七八條) 惟瑞士民法第八百二十八條之規定，係本於法國民法滌除之規定，蓋無疑也。

滌除與第三取得人之價金清償同，在立法上，皆有批難。蓋以其既不願已登記之擔保物權，又有繁複之程序——例如增價拍賣——其當否殊有疑問也。瑞士民法得行使滌除權者，以債務額不超過不動產價格者為限。德國民法則不動產之賣主，僅負解除抵押權之責任而已。^{德民四三九條} 第一 有滌除權者，

得行使滌除權者，須係在抵押不動產上，取得所有權，地上權或永佃權之第三人。此等第三取得人，非各為其權利取得之登記者，不得以其權利對抗第三人。——即抵押權人。——但不須為正式登記，僅為暫時登記即可。法律

新聞五〇五號所載明治四一年五月一日大正十三年八月二日大判 惟有相反之判決，其所持之理由，以為：如暫時登記權利人亦有滌除

權，致其正式登記前已進行之拍賣程序失效，而抵押權人不得不為第三百八十一條以下之程序者，是暫時登記

權利人妨害抵押權之實行矣。大正五年五月三〇日同 在結果上，雖如所述，惟在暫時登記後，為正式登記者，類

皆溯及暫時登記之日，有保全其原順位之效力，且因暫時登記，係於不適於為正式登記之時為之，故其後為正式

登記者，皆溯及既往，有正式登記之效力。乃前後數日，竟有兩相反對之判決，誠屬遺憾！

在抵押不動產上取得其他權利者——例如地役權，占有權，租賃權，留置權等——不得行使滌除權，蓋例外的消滅事由——例如滌除——亦

須以在必要不得已之程度內者為限，故惟以在抵押不動產上，取得所有權，或有強大效力之地上權，永佃權者為限。

第三取得人不以有償取得所有權或其他權利為要件。

第三取得人無行使滌除權之義務。第五百七十七條之規定並非滌除義務之規定也。又滌除權人豫先拋棄

其權利者，亦非所妨。同說——法曹記事二六卷二號所載。大正四年一月三〇日法曹會決議。

得為除滌者，雖以在抵押不動產上，取得所有權，地上權，或永佃權者為限，惟此類人等亦有無滌除權者。

(一)自己負擔債務者、

第三百七十八條之第三人，係自抵押權設定行為觀之，在第三人之地位者也。故抵押權設定人及因繼承而

取得抵押不動產者，不得為滌除，自不待言。法曹會誌四卷一二號所載大正一五年十一月四日同會決議。

在債務人與抵押權設定人各為一人時，債務人對於抵押權設定行為，亦係第三人。惟抵押權設定行為，從屬於主債權所發生之契約或其他行為，債務人係有清償債權全額之義務人，如謂債務人亦有滌除權，是謂其有因一部清償而免除債權全額義務之權利矣。故主債務人縱係抵押不動產第三取得人，亦無滌除權。其有保證人者，因保證人亦有在第二位清償債務全額之責任，故亦無滌除權。此類人等之承繼人亦同。三七九條舊民法二五七條一項。

(二) 在條件成否未定時，附停止條件之第三取得人，

在抵押不動產上，附停止條件，取得所有權，地上權或永佃權者，在條件成否未定時，僅有期待權而已，其法律行為之標的所有權或其他權利，因條件之成就始取得之，故在其成否未定時之第三取得人，不得謂係第三百七十八條所規定，「取得所有權，地上權或永佃權之第三人」，故不得行使滌除權。三八〇條舊民法二五六條。

附始期之第三取得人有無滌除權，雖因附始期法律行為之性質而定，惟亦應與附停止條件之第三取得人相同。同說——富井氏民法原論物權五六八頁，中島氏民法釋義二卷一一二三四頁，反對——橫田氏物權法八二五頁。

惟附解除條件之第三取得人，在條件成否未定時，有滌除權。在行使滌除權以後，其解除條件雖已成就，其已消滅之抵押權亦不復活，第三取得人惟得對債務人或抵押權設定人，請求其支付於抵押權人之金額之償還而已。惟當事人表示其條件成就之效果，溯及於成就以前之意思者，應謂無滌除權之行使，抵押權與條件之成就，同時復活。一二七條二項，第三取得人得取回其提存或支付於抵押權人之金額。

第二 滌除之期間

因抵押權人不能豫知第三取得人何時行使滌除權，常在不安全之地位，而第三取得人爲滌除之準備，亦非知其得行使權利之期間，難免不因滌除權之實行，致不能行使其權利。故認滌除制度之立法例，類皆規定得爲滌除之期間。法民二一八三條，意民二〇四一條，舊民擔二六〇條。

(一) 抵押權人欲實行其權利者，應豫先通知其事，由於第三百七十八條所規定之第三取得人。三條，本條立法意旨，不惟謂依拍賣法者，應爲通知，即依民事訴訟法，因實行債權爲強制執行者亦同。同說——中島氏民法釋義二九頁所載東京控訴判例。第三取得人在受通知以前，得爲抵押權之滌除。三二條一項。

抵押權人對第三取得人爲實行抵押權之通知者，其實行拍賣程序，應於通知逾一月後爲之。在此項滌除期間內，第三取得人得爲滌除，消滅其抵押權，故謂抵押權人得於期間經過前實行抵押權者殊嫌矛盾。法曹會雜誌一八日同會決議反對——明治三六年十一月二五日大判。

(二) 第三取得人受前項通知者，非於一個月內，對於已登記之各債權人，送達第三百八十三條所規定之書狀者，不得爲滌除。同條二項。

第三取得人未受前項通知者，雖在滌除期間以後，亦得爲滌除。

惟未爲第三百八十一條之通知者，實行抵押權之效力如何？有謂其實行爲有效，惟應賠償滌除權人者。新編卷七號所載吉田氏解答，有謂不應以其實行爲絕對無效，惟不得對抗滌除權人者。中島氏民法釋義二卷一一二八頁。自以後說爲當。蓋不惟

抵押權人之不適法行為，無因而使滌除權人喪失權利之理，且此項通知，為實行抵押權之要件，亦與第三百八十五條之情形不同。

(三)在抵押權人對於第三百七十八條所規定之第三取得人，為實行抵押權之通知以後，又有在抵押不動產上，取得同條權利之第三人者，無再通知該第三人之必要。富井氏民法原論物權五七一頁，川名氏物權法要論二九四一頁，東京控訴判，同新聞五三四號所載，明治四一年一月一日長崎控訴判，該第三人僅得在前取得人得為滌除之期間內，為滌除之程序而已。同條則實行抵押權過遲，亦有失平之虞。

第三百八十二條第三項所謂：「在通知後取得權利之第三人」者，係在現在一切第三取得人受通知後，在抵押不動產上，取得權利之第三人而言，故所謂：「前項第三取得人得為滌除之期間」者，乃最後受通知之第三取得人得為滌除之期間之謂也。同說——梅氏民法要義物權編五五二頁以下。

第三 滌除之程序與債權人之地位

(甲)滌除之程序

第三取得人欲為滌除者，應對於已登記之各債權人，送達左列書狀。蓋以供給抵押權人是否容許第三取得人之提出之必要判斷資料也。三八三條，法民二一八三條，二一八四條，意民二〇四一條，二〇四三條，舊民擔二六二條，二六四條。

(一)關於權利取得之書狀。此項書狀，應記載取得原因，年月日，讓與人及取得人之姓名住所，抵押不動產之性質，所在地，價金，取得人之其他負擔。所謂「讓與人」者，係一切關於權利移轉之第三人之謂，非僅指所有權讓與人

而言，即地上權或永佃權設定人，亦包含之。所謂取得人之其他負擔者，地租，佃租或其他因互易取得者，所互易之財產權，因附負擔贈與而取得者，其負擔等之謂也。

(二)關於抵押不動產之登記簿繕本 但關於已消滅之權利之登記，無列載之必要。所謂登記簿繕本 (extrait de la transcription) 者，非單純抄件之義，乃證明其登記之存在之繕本 (certificat de la transcription) 也。在認許滌除制度之法國民法上，亦無異說。Planol, Traité élémentaire de droit civil II, p. 994, Baudry-Lacanthère, Précis de droit civil II, p. 1117.

(三)行使滌除權之陳述書 在此項書狀內，應記明債權人不於一個月內，依第三百八十四條之規定，請求增價拍賣者，第三取得人即將以抵押不動產之價金或指定金額，依債權之順位，為清償或提存。

所謂「價金或指定金額」者，蓋因買得人有已付價於賣主者，有雖未付價而價金過低者，有不應謂為價金者，——例如贈與互易。——有其他者，皆應指定金額故也。惟於何種情形，應記載為價金，又於何種情形，應記載為指定金額，皆由第三取得人任意為之。惟債權人是否承諾，則係另一問題。又所謂「清償或提存」者，第三取得人得任選其一記載之，惟第三取得人對於債權人之權利或其優先順位，有疑問者，以用提存方法為當。

以上三種書狀，應送達於已登記之各債權人，——即在標的不動產上，有先取特權，質權或抵押權之一切登記債權人。——也。其依代位行使此類權利，已為登記者，亦應送達之。三九三條 五〇一條

如此類人等中，有未受送達者，其人之權利，不因對其他債權人之送達而受影響。同說——富井氏民法原論 物權五七三頁 橫田氏物權論 一七八三 在有未受送達之時，滌除程序，雖似僅應對未受送達者無效，惟滌除原以消滅其抵押權，不能相對的認

其效力，故惟有認其滌除程序全部無效。同說——昭和二年四月二日大判，中島氏民法釋義二卷一一三八頁
法曹記事三二卷一二頁所載片山氏「增價拍賣之請求及其聲明」

(乙) 滌除、承諾及增價、拍賣之請求、

債權人在有第三百八十三條所規定之書狀送達時，其是否承諾滌除權之行使，固聽其意，惟在有前項書狀送達後，一個月內，不請求增價拍賣者，視為承諾，以期權利關係迅速確定。三八四條一項

增價拍賣(Übergebotsverfahren, mehrgebotsverfahren; surenchère, vendese al maggior offerente)之請求者，債權人對於第三取得人提出之金額，不滿意時，拒絕其滌除之提出，而請求以高價售賣其標的物之意思表示也。

增價拍賣之請求者，提出滌除之拒絕也。其請求內，並應附記：在拍賣時，不能以超過第三取得人所提出之金額，十分之一以上之高價，售賣其抵押不動產者，應以十分之一之增價，自買受之，蓋以防增價拍賣請求權之濫用也。三八四條二項此項請求，雖應對第三取得人爲之，惟增價拍賣之聲明，應自第三取得人送達前項請求之日起，三日內，向抵押不動產所在地之初級法院爲之，如在拍賣日期，並無請求債權人所定增價金額之拍買要約者，即以請求債權人爲拍定人，自不待論。拍賣法四〇條四七條一項

土地抵押權人係外國人，而該外國人請求增價拍賣者，應附記：其拍賣時，如不能以超過第三取得人所提出之金額，十分之一以上之高價，售賣其抵押不動產者，應負擔其提出金額十分之一之增額與拍定價額之差額。(明治三二年法六七號)蓋以外國人向在日本不能有所有權也。外國人土地法第十條，修正明治三十二年法律第六十七號內，「土地抵押權人係外國人者，爲抵押權人不能享有抵押權之標的權利者」又

修正「抵押不動產」為抵押權之標的權利。

債權人請求增價拍賣者，對於價金及費用，應提供擔保，其不提供擔保者，其增價拍賣之請求無效。三八四條蓋恐其後該債權人不能履行其義務時，有損害第三取得人之虞也。對於此項准駁之裁判，不得聲明不服。拍賣法四二條

提供擔保之時期，雖無明文，惟依拍賣法第四十條第一項，則應自送達增價拍賣之請求於第三取得人之日起三日內，為拍賣之聲明並請求其認許擔保，故至遲應於請求認許擔保之時期前，提供擔保。因此其請求認許，惟自送達日起三日內為之，其現實提供擔保，惟於認許以後為之。同說——大正四年七月一六日大判

債權人請求增價拍賣者，應自受第三取得人關於滌除之書狀送達時起，一個月內，通知債務人及抵押不動產讓與人。三八五條法民二一八五條，意民。惟此項通知，並非增價拍賣之要件，故雖違反此項規定者，其增價拍賣，亦非無效，惟因而受損害者，得請求其賠償而已。同說——富井氏民法原論物權五七七頁，梅氏民法要義物權編三九頁，法律新聞四二二號所載明治三九年十二月十七日大津地方判本條所謂「抵押不動產讓與人」者，係指抵押權設定人及各讓與人而言。又所謂讓與人者，地上權或永佃權設定人，亦包含之，已如第三百八十三條第一款之所述。

請求增價拍賣之債權人須得已登記之其他債權人之承諾，始得撤銷其請求。三八六條法民二一九〇條，意。惟不以第三取得人之承諾為必要耶？因無明文規定，有以為不必要者。川名氏物權法二九五頁惟自增價拍賣之請求，應對第三取得人為之而觀，仍應以第三取得人之承諾為必要。同說——中島氏民法釋義二卷一一五一頁

抵押權人對於第三取得人之提出爲承諾，或已逾法定期間，未爲增價拍賣之請求者，或爲此項請求，因程式未備被駁回者，其滌除程序即應終了，提出金額即屬確定。故第三取得人以前項金額爲清償或提存者，抵押權即應消滅。法律新聞一〇四五號所載，大正四年七月九日東京地方判。

第三項 承租人與抵押權人之關係

租賃權雖不能對抗第三人，惟不動產之租賃已登記者，對於其後在不動產上，取得物權者，亦有效力。五、六〇故在抵押權登記前，在不動產上，有租賃登記者，抵押權人應承認之，自不待論，即不動產因拍賣而歸屬於任何人，亦無影響於租賃權。又依明治四十二年法律第四十號，基於以建築物之所有爲目的之地上權或土地租賃權之地，上權人或土地承租人，在其地上，有已登記之建築物者，雖無地上權或土地租賃之登記，亦得以之對抗第三人。又依借家法第一條，建築物之租賃，雖未登記，而有建築物之交付者，對於其後在其建築物上，取得物權者，亦有效力。

在抵押權設定後，所登記之租賃權，無特別規定者，不得以之對抗抵押權人。惟租賃係利用不動產最有利益之方法，且居住安定，亦有保護之必要，而應認其存續。故民法規定：在抵押權登記後，所登記之租賃，得依左列條件，對抗抵押權人。三九、五條。

第一 須係未逾第六百零二條所定期間之租賃

第六百零二條係設定無處分能力或權限者，得爲租賃之最高制限。民法規定：在不逾此項制限之範圍內之租賃，雖在抵押權登記後爲登記者，亦得以之對抗抵押權人。故抵押權人拍賣之者，應係有租賃權負擔之不動產，

並得以其租賃，對抗不動產拍定人。

其為超過前項期間之租賃者，無論何項部分，皆不得對抗抵押權人，抵押權人得拍賣無租賃附着之不動產，拍定人亦取得無租賃關係之不動產所有權。明治三十八年六月十二日及同三十八年一月二十五日大判，法曹記一般學說皆採用之。

第二 須、不、損害、抵押、權、人、

例如：租金低廉過當，或預付數年租金，致抵押不動產價格，受不利之影響者，其租賃雖非當然無效，惟法院得因抵押權人之請求，依其自由裁量，命其解除租賃關係。三九五條但書，大正五年五月六日大判。此項條件，原非民法草案所規定，係衆議院所附加者，有謂：該項但書，係無益規定者，在立法論，自應採用其說。梅氏民法要義，物權編五八七頁。何則？蓋有租賃附着之不動產，其價格，皆較低廉，不惟抵押權人有藉為口實，請求解除租賃之虞，且以詐害行為，約定低廉過當之租金，或預付數年租金者，亦得適用第四百二十四條之規定也。

雖係在聲明拍賣之登記後，為登記之租賃，亦得以之對抗抵押權人。同說——富井氏民法原論，物權五八一—法八卷七號所載，石坂氏民法判例批評，惟大審院判決以為：本條係指不動產所有人之行為未受限制之通常情形而言，含有因聲明拍賣而制限其行為之義，故在聲明拍賣登記後之登記租賃，應係無效。大正二年一月四日判決。惟該條僅係規定：未逾第六百零二條所定之租賃，縱在抵押權登記後，為登記者，亦得以之對抗抵押權人而已，故在聲明拍賣登記後，為登記之租賃，亦應謂得以之對抗抵押權人。

第六款 抵押權之實行

第一項 拍賣之時期及方法

債務人履行遲延者，抵押權人得實行其權利。在標的不動產上，受優先之清償，其有第三百七十八條所規定之滌除權之第三取得人者，應通知其事由於第三取得人。三八一條法民二一六九條意民二〇一四條二項舊民摺二六〇條一項。第三取得人受通知者，得於一個月內，為滌除之程序。三八二條法民二一六八條意民二一四條舊民摺二七八條。人得請求拍賣抵押不動產。三八七條法民二一六八條意民二一四條舊民摺二七八條。

抵押權依前項要件者，得實行之，其實行方法，德國民法，七一四條通常非依強制執行方法，係依拍賣法拍賣。法二二條至三五條基於債務名義之強制執行，應參照第五項之說明。惟以抵押權設定行為或債務清償期前之契約，使抵押權人取得抵押不動產所有權以為清償者，或約定不依拍賣法之規定，處分抵押不動產者，其契約之效力如何？對於質權，雖有禁止之明文，惟日本民法未如德國民法九一四條、瑞士民法八一六條等，對抵押權為禁止之規定，故流抵押之契約應謂有效。同說——富井氏民法原論物權五八三頁、梅氏民法要義物權編四五二頁、川名氏物權法要論二九九頁、明治四一年三月二〇日及大正四年九月一五日大判。

抵押權人得依本條規定，請求拍賣者，抵押債權之讓受人無須更為實行抵押權之通知，得即請求拍賣。法律一、二號所載、明治三五年一月二七日大阪控訴判參照。

第二項 拍賣之標的物

拍賣之標的物，雖係抵押不動產，惟對特別情形，設有規定。

(甲)土地及地上建築物，共屬一人而僅以其土地或建築物供抵押者。

土地及地上建築物共屬於同一所有人而僅以其土地或建築物供抵押者，因日本民法不以建築物為土地之構成部分，故他者不因之而受影響。惟民法因一般經濟上之理由與拍定人及抵押權設定人之利益，在拍賣時視為抵押權設定人設定地上權。三八八條本文。

造林法(明治四二年法二二號)第五條規定：在造林屬於土地所有人時，僅以其土地或造林為抵押權標的者，在拍賣時，抵押權設定人視為設定地上權。第六條以下並規定：造林屬於地上權人時之抵押。

(a)僅以建築物為抵押時。

其時拍定人雖取得建築物所有權，惟拍定後，即應收去其建築物，未免太酷，且在社會經濟上，亦有損害。况既僅以建築物為抵押，其建築物雖移屬於拍定人，亦不妨豫想其建築物之存在。故其時視為抵押權設定人，為拍定人，設定法定地上權。三八八條本文。

在有法定地上權時，其地租由法院因當事人一方之聲請定之。同條但書。此項確定地租之判決，應溯及地上權設定時有效。大正五年九月二〇日大判。惟不得以為當事人通常皆應聲請法院判定之也，惟在當事人協議不諧時，向法院為聲請而已。明治四三年三月二三日大判。造林法第五條規定：法定地上權之存續期間及地租，法院應依當事人之聲請，斟酌地方習慣定之。第三百八十八條雖未明白規定，惟應斟酌其設定地上權時之一般事情，亦屬當然。大正十一年六月二八日大判。對於存續期間，亦無特別規定，惟有依第二百六十八條之規定而已。同說——富井氏民法原論物權五八六頁，中島氏民法釋義二卷一一五九頁，梅氏民法要義物

權編五六八頁，橫田氏物權法八四八頁，明治四三年三月二三日大判，尙應參照借地法。

此項地上權之範圍，非僅以建築物之基地爲限，在利用土地之必要限度內，得及於基地以外。（大正九年五月五日大判，法協三八卷一二號所載，拙稿民法判例批評參照。）

(b) 僅以土地爲抵押時、

其時拍定人係土地所有人，建築物仍屬於抵押權設定人。如使抵押權設定人即時收去其建築物，不免太酷，且在社會經濟上，亦非有利，況土地拍定人通常皆知其土地上有建築物，故推測當事人之意思，得以抵押權設定人爲地上權人，所有其建築物。在法條上，雖有一「抵押權設定人在拍賣時，視爲設定地上權」之規定，惟因其又規定：「僅以土地或建築物爲抵押者，本項情形自無疑問。其法定地上權之地租及存續期間與前述同。」

惟第三百八十八條之規定，在解釋上，有應注意者，茲述如左：

此項法定地上權之設定，亦非登記之，不得以之對抗第三人邪？有謂：第一百七十七條之規定，僅於依當事人之意思表示而發生不動產物權之得喪變更者，適用之，其說殊不足採。故雖法定地上權之取得，以其地上權對抗第三人，亦以登記爲必要。同說——大正三年四月一日大判。

第三百八十八條係強行規定，故違反其規定之特約，在抵押權設定當事人間，亦應無效。同說——中島氏民一二號所載，大正元年十一月十一日大判，法曹記事二二卷。反對說以爲：本條係推測當事人意思之規定，故僅以土地爲抵押者，抵押權設定人不妨拋棄其取得法定地上權之利益，僅以建築物爲抵押者，不得爲反對之特約。富井氏民

七號所載梅氏判決批評，惟本條不惟係依社會經濟上之理由，並有「視為設定地上權」之規定，故不容有反對之思之存在，况僅以土地為抵押者，如抵押權設定人得豫先拋棄其取得地上權之利益，在抵押權設定時，亦不免有被債權人強迫拋棄之虞。

以土地及建築物共同抵押，而抵押權人分別拍賣，其拍定人各異者，有以為應適用本條規定者，橫田氏物權中島氏民法釋義二卷一五八頁，明治三八年九月二二日及同四三年三月二三日大判有以為不然者，志林一四卷八號所載拙稿判決批評，學者多採後說，富井氏民法原論蓋本條係本於公益上之理由，同時又係推測當事人意思之規定也。惟以土地及建築物為抵押者，不惟抵押權設定人，有無設定地上權之意思，殊有疑問，且土地拍定人以相當價金取得土地，乃有地上權之負擔，亦損害甚重。况在法條上，係「僅以土地或建築物為抵押者」，乃謂以土地及建築物為抵押者，亦包含之，擴張解釋，亦殊未當。

抵押權標的土地或建築物原屬於同一人，而至拍賣時不屬於同一人者，大審院雖嘗以為不應適用本條之規定，明治四〇年三月十一日及大正五年四月十三日判決，惟大正十二年十二月十四日民事聯合部判決已改正之，以為僅以土地為抵押，而依本條有地上權者應係拍賣時之建築物所有人，其是不以為抵押權設定人皆非所問，以建築物為抵押而讓與其土地於第三人者，亦同。同說——志林二六卷第三號所載平野氏民事判例研究

(乙)抵押權設定後，其設定人在抵押地上，營造建築物者，

依純理言，其時抵押權人原僅得拍賣其土地，而認建築物所有人之法定地上權，或使收去其建築物，惟有地上權附著之土地，善價拍賣，比較困難，且收去其建築物，在社會經濟上，亦有損失，故民法規定其時抵押權人得以

土地與建築物共同拍賣，惟其優先權僅得在地價上行使之而已。^{三八}
九條

第三項 拍賣與第三取得人之關係

在拍賣時，第三取得人之地位，大約如左：

(甲) 第三取得人得為拍買人、

抵押不動產之第三取得人，對於不動產之拍賣，有重大利害關係。且自抵押權人觀之，其拍賣標的，究屬何人所有，並非所問，故第三取得人亦不妨為拍買人。^{三九〇條法民二一八九條；意民二〇五〇條；舊民擔二八〇條。}

本條所謂之第三取得人，非僅指取得不動產所有權者而言。又本條規定，於增價拍賣，實行不動產質權之拍賣，及不動產先取特權之拍賣，亦準

用之，又民事訴訟法上之強制拍賣亦同。(同說——中島氏民法釋義二卷一一六六頁。)

(乙) 第三取得人之費用、償還、請求權、

第三取得人在抵押不動產上，支出必要費或有益費者，第三百九十一條規定：依第一百九十六條——關於占有權之效力之規定。——之區別，惟必要費應償還其金額於第三取得人，有益費則以其費用所生之價格增加而現存者為限，償還其所支付之金額或增價額於第三取得人。

前項費用，得依不動產價金最先受償，惟依拍賣法第三十三條之規定，法院應自其價金內，扣除拍賣費用而以其餘額交付於受領人，故僅係在已扣除拍賣費用後，最先受償而已。至其與租稅或其他捐課之先取特權，保存已登記之不動產之先取特權之優劣，雖有疑義，惟此項費用，要未能先於上開兩種先取特權也。^{中島氏前揭參照。}

(丙)拍賣與第三取得人有無代位權、

第三人為清償者，有正當之利益，當然得因其清償為債權人之代位。^{五〇}惟讓受有抵押權之不動產之第三人，因抵押權之實行而喪失其所有權者，非因其為清償，故不能謂其當然為債權人之代位。但其對抵押權設定人請求利得之償還，則係另一問題。^{大正一〇年十一月一八日大判}

第四項 拍賣價金之分配

拍賣抵押不動產者，自其價金中，扣除拍賣費用及第三取得人應受償之費用^{三九一條拍賣法三三條二項}後，其餘額應依順位分配於抵押權人，尚有剩餘者，應償還於抵押權設定人。

民法對於拍賣價金分配方法，不能依一般原則定之者，或有疑義者，另設有若干規定。

(甲)包括抵押權、

債權人為擔保同一債權，在數不動產上，有抵押權者，為包括抵押權。(Gesamthypothek, Korrealhypothek)^{德、國、民、法、一、一、三、三}規定依債權人之選擇，得請求自各不動產受債權全部或一部之清償，並得分配其債權額於各土地，使各土地就其分配額負擔之。又瑞士民法^{七、八、九條}規定應就各不動產，定一定之分配額。(Teilbetrag)其各負擔，以無特別契約為限，依各不動產之價格定之。

惟如其時債權人在任何情形，皆得依其任意，自數抵押不動產，選擇其一，就其拍賣價金，以受債權全額之優先清償，則在不動產上，有第二順位以下之抵押權人者，不能自該不動產以受清償矣。故民法規定包括抵押權而

應同時分配其價金者，應按各不動產之價格，分配其債權之負擔。三九二條一項，舊民例如甲有千元之債權，在價各千元之A、B兩不動產上，有抵押權，乙有八百元之債權，在A不動產上，有第二順位抵押權，在同時售賣A、B兩不動產，而分配其價金時，如甲得僅選擇A不動產，由該不動產，受優先之清償，則乙不能自A不動產，受優先之清償矣。惟依本條規定，則甲得自A、B兩不動產，各受五百元——共計為一千元。——之完全清償，乙亦得自A不動產，受五百元之優先清償。其違反此項規定之分配無效。同說——中島氏民法釋義二卷一一七二頁。

第一順位抵押權人僅在第二順位抵押標的不動產上，先受清償，而拋棄其他不動產上之抵押權者，第二順位抵押權人不得妨阻之。（大正六年一月二三日大判）

惟反之，依順序分配時，即僅分配某不動產之價金時，抵押權人得在其價金上，受債權全部之清償，在次順位之抵押權人，得依第三百九十二條第一項之規定，在前項抵押權人，於其他不動產上，應受清償之金額內，當然為前項抵押權人之代位行使權利。三九二條二項，意民二〇一條，舊民擔二四二條二項，何則？蓋如前例，甲僅應分配A不動產之價金，由A不動產，得五百元之清償，其餘債額，則不得不俟B不動產之售賣，自不免有強使先順位抵押權人受一部清償之嫌。且如B不動產係建築物時，不惟其後恐有滅失之虞，並恐不免有價格低落等情形，故其時使甲自A不動產受千元全額之清償，而後在A不動產上，有次順位抵押權之乙，為其代理人，依本條第一項之規定，在甲於B不動產上所受金額之限度內，——即五百元。——為甲代位行使其抵押權，為甲乙雙方利益計，實兩得其平也。

本項所謂次順位者，非僅指緊接之後順位者而言，並指間接之次順位者而言。（大正十一年一月一三日大判）

抵押權人能否在數抵押不動產中，選擇其一，而請求售賣之，蓋通常非概負擔同時售賣之義務也，且各不動產各在相距遙遠之地，尤不能採用同時售賣方法。（同說——中島氏民法釋義二卷一一七三頁，梅氏民法要義物權編五七六頁，法律新聞一六六號所載明治三六年一〇月七日東京控訴判。）

雖同時售賣數不動產，惟僅以某不動產之賣得價金，即得為債權之清償，並償付拍賣費用者，不得更為其他不動產之拍賣。（法曹記事二八卷二號所載大正六年一月二二日法曹會決議）

依照判例，明治四一年六月二十六日，同年一月二二日，大正五年十一月十一日，及同六年一月〇月二三日，大正則第三百九十二條第二項之代位權，惟在先

順位人，僅就某不動產價金，受債權全部清償時，始得發生，其受一部清償時，即不發生代位權。惟其不當，已如學者所述，梅氏民法要義物權編五七七頁以下，富井氏民法原論物權五九五頁以下。在法條上，亦係謂：「抵押權人得就其價金，受債權全部之清償。」且所謂「其時」者，亦係指得受全部清償之時而言，非指已受全部清償之時而言。如依判例解釋，亦失其平。即如前例，甲就A不動產，受千元之清償，乙雖得就五百元額，在B不動產上，為甲代位，惟如甲自A不動產得千元未滿之清償者，乙將不得在B不動產上，行使代位權矣。要之，不論先順位人在某不動產上，其實際上，已否受債權全部之清償，在前項抵押權人於其他不動產上所受清償之金額內，皆得代位行使其抵押權也。

依第三百九十二條第二項之規定，代位行使抵押權者，得附記其代位於抵押權之登記。三九三條，舊民法，二四三條二項，如前例，在B不動產上，有滌除權之第三取得人，因其滌除，而應依第三百八十三條之規定，對已登記之各債權人，為通知者，如乙未為代位之附記登記，而未受滌除之通知者，即喪失請求增價拍賣之機會矣。又如在分配不動產價

金時，無代位登記者，亦有僅由其他債權人間，分配價金之虞。

有謂不爲此項登記者，即喪失其代位權。橫山氏物權法八六二頁惟附記登記，僅係避免上述損害之方法而已。同說富井氏民

法原論物權五九六頁，川名氏物權法要論三〇五頁，中島氏民法釋義二卷一一七六頁。

前項登記，應依不動產登記法第二十六條，由登記權利人——即代位人——與登記義務人——即被代位之先順位抵押權人——雙方聲請之。大正二年一月二日大判，法曹記事一九卷七號所載，明治四二年六月九日法曹會決議反對——雄本氏判例批評錄一卷二六五頁。
(乙)不得依抵押不動產之價金受債權全部清償之時，

質權人及抵押權人雖得依其權利標的物，受優先之清償，惟在債務人其他財產之上，亦得與一般債權人相競合而受清償。日本民法對於質權，原依其說，惟抵押權人僅得爲未依抵押不動產之價金而受清償之債權部分，依其他財產而受清償。三九四條一項，與民四六四條，舊民擔二四七條一項。蓋抵押債權人原僅屬意於抵押不動產，且通常情形，皆係以等於債權額或高於債權額之不動產，供其抵押，故其他財產皆在其意計之外，如抵押權人得任意於抵押不動產外之財產上，與無擔保債權人相競合，而受均等之清償，恐不免減損其他債權人之應得部分也。但在立法論上，尙有疑問。同說——川名氏物權法要論三〇七頁。

抵押權人對於抵押物以外之物爲強制執行者，債務人不得聲明異議，惟因強制執行而爲之分配，應依本條之規定。法曹記事一六一號所載，明治三八年四月八日及同二三卷三號所載，大正二年一月二五日法曹會決議參照。

前項規定於其他財產之價金分配，先於抵押不動產之價金分配者，不適用之。三九四條二項本文，舊民擔二四七條二項，何則？蓋

其時如抵押權人不得爲其債權全部，參加分配，則其後抵押不動產價格低落或滅失毀損時，抵押權人之保護，不免有欠缺也。惟各債權人得依第一項之規定，爲計算，請求抵押權人提存其後售賣抵押不動產時，應分配之金額耳。三九四條二項但書舊長在其提存以後，售賣抵押不動產時，抵押權人惟以其不得依不動產價金而受清償之部分，比例其他債權人之債權額，以定其分配額，歸屬於抵押權人之金額，得自提存金內受領之，其餘則分配之於其他債權人。

第五項 抵押權之實行與基於債務名義之強制執行之關係

抵押權人有行使抵押權之權利，非負擔行使抵押權之義務，故對於抵押不動產，爲抵押權之實行，或爲基於其債權之債務名義之強制執行，概由其意。惟有抵押權之債權人，爲保全此項強制執行，對於抵押不動產，得爲假扣押否？有謂：抵押物不因移轉而失擔保之效力，故不得爲假扣押，其有無實益，固當別論，惟民法既無否認之規定，自應許爲假扣押之聲請。法曹記事二五卷十一號所載大正四年三月二十七日法曹會決議參照。

第五節 抵押權之消滅

第一款 消滅之事由

第一 標的物之滅失及附合

在抵押不動產全部滅失時，抵押權當然消滅。惟因其有不可分性，故其一部滅失者，抵押權非即當然消滅。二六條三又在標的物滅失時，其權利及於代表物之上。三〇四條三不動產因附合消滅者，抵押權亦得消滅。何則？蓋日

本民法與德國民法^{六九}不同，附合物不以動產爲限也。^{二四二條}

抵押權以地上權或永佃權爲標的，而此等權利消滅者，抵押權亦消滅，惟如謂拋棄地上權或永佃權者，抵押權亦應絕對消滅，則抵押權人將不免受其損害，故第三百九十八條規定：雖有此等權利之拋棄，亦不得以之對抗

抵押權人。<sup>舊民擔二
四九條</sup>

借地權人對其地上建築物，設定抵押權者，縱拋棄其借地權，無論何人亦不得以之對抗抵押權人，亦有判例解釋。（大正十一年十一月二四日大判。）

第二 沒收及收用、

對於土地收用法^{六五}、耕地整理法^{二五}、鑛業法^{六九}等，除已於先取特權等消滅事由內說明外，茲不再贅。

有次順位之物上擔保權之債權人或無擔保債權人對於債務人依土地之收用，所應受之補償金，雖先於抵押權人爲補償金之扣押，受轉付之命令，其轉付命令亦無害於抵押權人對補償金爲優先權之行使。抵押權人以外之優先權人亦同。（大正四年六月三〇日大判參照。）

第三 混同、

抵押不動產之所有權地上權或永佃權與以之爲標的之抵押權，歸屬於同一人者，抵押權因混同而消滅。但此等權利或抵押權爲第三人之權利標的者，不在此限。<sup>一七
九條</sup>

第四 拋棄、

以不損害第三人之權利爲限，抵押權得因權利人之拋棄而消滅。惟非無條件之拋棄，僅係爲某債權人而拋

業者，應參照第三百七十五條。

第五 時效

擔保物權能否離主債權而罹於消滅時效，殊有疑問。消極說——橫田氏
物權法八七三頁主債權之時效中斷者，同時其從屬擔保物權之時效，亦即中斷。通常情形，皆認之為當事人之意思解釋，自亦適當。惟就為中斷原因之承認而言，則不能謂有債務之承認，為有擔保權之承認耳。第三百九十六條規定：抵押權對於債務人及抵押權設定人非與其所有擔保之債權，同罹時效者，不因時效而消滅，蓋謂合於一般人之觀念及當事人之意思也。惟法條所規定者，係抵押權對於債務人及抵押權設定人非與債權同罹時效者，不得消滅而已，至其與他人譯者按：即其他債權人。其
他抵押權人。第三取得人。之關係，則抵押權有因時效而單獨消滅者。故抵押權人雖得拍賣標的物，惟有第三取得人者，不得損害其權利。同說
中島氏民法釋義
二卷一一九〇頁法國法系立法例，皆有類似本條之規定。法民二一八〇條。意民二〇三〇條。舊民
法二一八〇條。意民二〇三〇條。舊民
法二一八〇條。意民二〇三〇條。舊民
法二一八〇條。意民二〇三〇條。舊民

惟非債務人或抵押權設定人，在抵押不動產上，具備取得時效之要件為占有者，抵押權應因之而消滅。三九
七條。

第六 主債權之消滅

主債權因清償或其他原因消滅者，其從物權抵押權亦當然消滅。但一部消滅者，抵押權非即消滅，蓋以其有不可分性也。

第七 因權利之實行或因抵押權人以外之人之聲明而為之拍賣

抵押權因其實行而消滅。又抵押權人以外之人，聲明拍賣抵押物，而為拍賣者，存於物之抵押權，因拍定而消滅。拍賣法二條二項，但抵押權人得在其價金上，受先清償。

第八 第三、取得人之價金清償、

已如第三百七十七條之所述。

第九 滌除、

已於第三百七十八條至第三百八十六條內述之。

第二款 消滅之結果

抵押權消滅者，主債權喪失其特別擔保。對於物上保證人為清償時，及實行抵押權時之求償權，代位權等問題，應參照第四節第一款。

勘誤表

本書上下卷釋稿內載名辭應依此表校正

誤

正

部、令

省。令 (例如司法部會應改司法省令)

財、政、部、令

大。藏。省。令

初、級、法、院、

區。裁。判。所。

某法某條某號、

某法某條某款。(例如法民第二條第二號應改法民第二條第二款)

交、換、

互。易。

一、般、經、濟

社。會。經。濟

不、測、

意。外。(例如不測損害應改意外損害)

地、席、木、具、

室。內。席。具。裝。修。

條、款

約。款

土地典當規則

土。地。質。及。抵。押。規。則

送期表
 附錄

2 DEC.
 20 MAR.
 15 APR.

中國農民銀行經濟研究處借書卡第 號
 總管理處

中華民國二十三年三月初版

(二一八三八)

政法叢書
物權法提要二冊

每部定價大洋壹元肆角

外埠酌加運費匯費

本書定價大洋壹元肆角

* 版 翻 *
* 權 印 *
* 所 必 *
* 有 究 *

原 著 者

三 瀨 信 三

譯 述 者

孫 芳

發 行 人

王 雲 五

印 刷 所

上海河南路
商 務 印 書 館

發 行 所

上海及各埠
商 務 印 書 館

(本書校對者侯紹綸)



776