スルコトヲ得ヘク又ハ他人ニ賃貸シテ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス(三五六九)或ハ曰ク舊民法債權擔保編第百二十四條第一項ハ特ニ質物ヲ賃貸スルコトヲ認メタリシモ新民法第三百五十六條ハ單ニ使用及收益ノ權利ヲ認メタルニ過キサルヲ以テ賃貸權ハ之ヲ認メサルモノト云ハサルヘカラスト然レトモ賃貸ハ畢竟使用及收益ノ一方ニ過キサルモノナルヲ以テ當然第三百五十六條中ニ包含スルモノト解スルヲ以テ正當ナリト信ス

不動產質權者カ質物ノ用方ニ反シテ使用及收益ヲ爲シ又ハ特約ニ反シテ使用收益ヲ爲シタルトキハ質權設定者ハ質權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ質權ノ總則中ニ於テ其第三百五十條ヲ以テ第二百九十八條ヲ準用スルモ不動產質ノ特別規定ニ於テハ何等ノ明文ヲ設ケサルヲ以テ此場合ニ於テハ質權設定者ハ單ニ普通ノ原則ニ從ヒ救濟權ヲ有スルニ止リ質權消滅ノ請求權ヲ有セサルモノト信ス

我民法ニ於テ獨リ不動產質權者ニ對シテノミ使用及收益ノ權利ヲ與ヘタル理由ハ既ニ說明シタルカ如ク全ク從來ノ慣習ニ基キタルモノナリ本邦ニ於テ斯ノ如キ慣習ヲ馴致シタルハ蓋不動產ハ動產ト異リ之ヲ使用スレハ收益ヲ生スルヲ通例トシ而モ之カ爲メニ質物ヲ磨滅、毀損若ハ紛失スルノ虞ナキヲ以テ質權者ヲシテ使用、收益ヲ爲サシメ以テ其收益ト債權ノ利息トヲ相殺セシムルハ極テ便利ナルカ爲メナリ外國ニ於テ不動產質權者又ハ用益權者ニ同一ノ權利ヲ與フルモ亦此理由ニ外ナラス

第二　不動產質權者ノ義務　更ニ左ノ如ク區別シテ說明スヘシ

一　不動產質權者ハ管理ノ費用ヲ支拂ヒ其他質物ノ負擔ニ任セサルヘカラス(三七五)　蓋不動產ノ管理費用其他租稅公課ノ如キ不動產ノ負擔ニ屬スヘキ費用ハ其不動產ノ收益ヲ以テ支辨スヘキヲ通例トスヘキカ故ニ既ニ不動產質權者ニ於テ其收益ヲ爲ス權利ヲ有スル以上ハ是等ノ費用ヲ負擔スヘキハ當然ノ條理ナレハナリ然レトモ當事者間ニ別段ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ此限ニアラサルハ勿論ナリトス(三五九)

二　不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス(三五八)　舊民法ハ建物及宅地ノ質ト田畑山林ノ質トヲ區別シ前者ニ付テハ不動產質權者カ取得セ

シ所ノ收益ハ先ツ其債權ノ利息ニ充當シ尚ホ剩餘アリタルトキ又ハ債權カ無利息ナリシトキハ之ヲ元本ニ充當スヘキモノトシ後者ニ在リテハ當事者間ニ於テ收益ト利息トハ計算ヲ爲サスシテ之ヲ相殺シタルモノト看做スト ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ新民法ニ於テハ是等ノ區別ヲ爲サス一方ニ於テハ質權者ハ質物ノ收益ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シ他方ニ於テハ質權者ハ債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得スト規定シタルヲ以テ利息ノ有無其割合及收益額ノ如何ハ之ヲ問フコトヲ要セス、質權者ハ收益額ヲ取得シ而シテ債權ノ利息ハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス即チ舊民法ノ主義ニ依レハ收益ハ利息及元本ニ充當スルカ又ハ利息ト相殺セシモノト看做シタルモ新民法ニ於テハ收益ヲ以テ利息ニ充當シ又ハ之ト相殺シタルモノト看做サヽルノ結果舊民法ニ於テハ無利息ノ場合ニハ收益額ヲ計算シテ之ヲ元本ニ充當セサルヘカラサルモ新民法ニ於テハ斯ル手續ヲ爲スノ必要ナキモノナリ惟フニ新民法ノ立法上ノ理由モ亦舊民法ト同シク元本ノ使用ニ對スル對價タル利息ハ質物ノ收益ニ相當スルモノト看做シ當事者ハ相互ニ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノトナシタルニアランモ是レ蓋立法上ノ理由ニ過キスシテ法律ノ規定ハ然ラス從テ法文ノ解釋上如上ノ差異ヲ見ルニ至リシナリ以上ハ當事者間ニ特約ナキ場合ニ關スル說明ナルヲ以テ若シ別段ノ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ニ從フヘキハ勿論ナリトス(三五九)

第三　不動產質ノ存續期間　不動產質ノ存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ質權ヲ設定シタルトキハ其期間ハ當然之ヲ十年ニ短縮セラルヽモノトス又不動產質ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得ルモ其期間ハ必ス更新ノ時ヨリ十年ヲ經過スルコトヲ得サルモノトス(三六〇)此規定ハ前ニ說明シタル所トハ異リテ公益ニ關スル規定ナルカ故ニ固ヨリ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス蓋質權者ハ債務者カ其債務ヲ辨濟スルマテ質物ヲ使用及收益スルノ權利ヲ有スルニ過キス從テ質權者ハ其質權ノ存續中ニ於テ努メテ多額ノ收益ヲ爲スコトヲ圖リ將來ニ於ケル收益ノ減少ヲ顧慮スルモノニアラス即チ長期ノ質權ヲ許ストキハ質物タル不動產ハ漸次其價格ヲ減少スルノ虞アリ加之質物ノ所有者ハ現在之ヲ使用及收益スルコト能ハサルモノナ

ルカ故ニ自ラ費用ヲ投シテ其質物ノ改良ヲ圖ルカ如キハ極テ稀ナルヘク其結果不動産ヲ荒廢ニ歸セシメ延テ公益ヲ害スルニ至ル是ヲ以テ民法ハ不動産質ノ存續期間ニ付キ以上ノ如キ制限ヲ設ケタルナリ

以上述ヘタルカ如ク民法ノ規定ニ依レハ十年以上ノ期間ヲ以テ不動産質ヲ設定シタルトキハ當然十年ニ短縮シ又十年以内ノ期間ニ於テ之ヲ設定シタル場合ハ主タル債務ノ消滅セサル限リハ十年間ハ質權ヲ行使スルコトヲ得ルハ勿論ナリ然ルニ十年ノ期間又ハ十年以内ノ期間ヲ以テ不動産質權ヲ設定シタル場合ニ於テ十年ヲ經過シタルトキハ其質權ハ當然消滅スルモノナリヤ否ヤト云フニ我民法ノ規定ハ十年以上存續スル不動産質權ノ存在ヲ認メタルモノト解スヘキモノナルヲ以テ苟モ十年ヲ經過セハ質權ハ當然消滅スルモノト解スルヲ至當ト信ス新民法實施ノ時マテ行ハレタル明治六年布告第十八號地所質入書入規則ニ依レハ不動産質入ノ最長期ヲ三个年トシ三个年ヲ超過スル期間ハ當然無效ニ屬スルモノトセシモ其三个年ノ期間ヲ以テ設定シタル債權カ其期間ノ經過ト共ニ消滅スルヤ否ヤノ點ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケサリシカ裁判所ノ判決例ニ於テハ其期間經過ト共ニ質權ハ當然消滅スルモノニアラス從テ苟モ主タル債務ノ消滅セサル以上ハ質權ハ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノトセリ然レトモ余ハ此判例ハ新民法ニ付キテ適用スヘキモノニアラスト信ス從テ質權者ハ十年以内ニ其權利ヲ行ヒ得ヘキ契約ヲ以テ質權ヲ設定スルニアラサレハ擔保ノ目的ヲ達スルコト能ハサルノ結果ヲ見ルモノト云ハサルヘカラス

第四　不動産質權ニ準用スヘキ規定　不動産質ニハ以上列擧シタル特別規定ノ外尚ホ民法第二編第十章抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス(三一六)舊民法ハ不動産質ヲ以テ留置權、收益權及抵當權ノ三箇ヲ包含スル權利トナセシモ新民法ハ不動産質ヲ以テ抵當權トハ全ク別箇ノ物權トシ唯其效力トシテ留置權及收益權ヲ生スルモノトシタルカ故ニ抵當權ノ規定ハ當然之ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ不動産質ハ極テ抵當權ニ類似スルモノナルカ故ニ抵當權ノ規定ヲ以テ之ニ準用スルモノトセリ

第四章　權利質

第一節　權利質ノ性質

動產ヲ以テ目的トスル質權ハ之ヲ動產質ト稱シ不動產ヲ以テ目的トスルモノハ之ヲ不動產質ト云フ而シテ權利質トハ所有權以外ノ財產權ヲ以テ其目的トスル質權ヲ謂フナリ財產權ノ意義ニ付テハ學說多岐ニシテ未タ一定スル所ナシト雖モ余ノ觀ル所ヲ以テスレハ物權タルト債權タルト將タ其他ノ權利タルトヲ問ハス苟モ權利ノ性質上當然金錢上ノ價格ヲ有スルモノハ之ヲ以テ財產權ト稱スヘキモノト信ス故ニ所有權、占有權、地上權、永小作權、留置權、地役權、先取特權、質權、抵當權、金錢ニ見積ルコトヲ得ル債權等ハ勿論其他著作權、特許、商標、意匠、鑛物採掘等ノ權利ノ如キ皆財產權ト稱スヘキナリ而シテ所有權ハ動產質又ハ不動產質ノ目的トナスコトヲ得ルモ權利質ノ目的トナスコトヲ得ス又占有權ハ第二百三條ニ依リテ占有物ノ所持ノ喪失ト同時ニ當然消滅シ而シテ物權ニ付キ質權ヲ設定スルニハ第三百六十二條第二項及第三百四十四條ニ依リテ物ノ引渡ヲ必要トスルモノナルカ故ニ若シ占有權者カ其占有權ニ付テ權利質ヲ設定セント欲セハ其占有物ヲ引渡サヽルヘカラス既ニ之ヲ引渡ス以上ハ同時ニ占有權ヲ喪失スル結果ヲ

生スルカ故ニ其以後ニ於テハ占有權者ト稱スルコトヲ得ス從テ占有權ハ性質上權利質ノ目的トナルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス

財產權中右ニ述ヘタル所ノ二箇ノ權利ヲ除クノ外ハ總テ權利質ノ目的トナルコトヲ得ヘシ但地役權、留置權、先取特權及質權ハ從タル物權ナルヲ以テ主タル權利ト分離シテ之ヲ處分スルコトヲ得ス故ニ是等ノ權利ヲ以テ權利質ノ目的トナスニハ必ス主タル權利ト共ニセサルヘカラス唯リ抵當權ハ性質上固ヨリ從タル物權ナルモ第三百七十五條第一項ハ之ヲ主タル權利ヨリ分離シテ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得ヘキモノトセルカ故ニ此權利ニ限リテ單獨ニ權利質ノ目的トナスコトヲ得ルナリ次ニ質權ニ付テハ第三百四十八條ニ於テ轉質ヲ認メタルモ余ハ轉質ハ質物其物ヲ更ニ質入スルモノニシテ質權ノ上ニ質權ヲ設定スルモノニアラスト解スルカ故ニ質權ハ抵當權ト極テ相類似スルニ拘ラス主タル債權ト分離シテ之ヲ權利質ノ目的トナスコトヲ得サルモノト信ス

權利質ハ性質上物權ナリヤ將タ債權ナリヤ抑又他ノ特別ノ權利ナリヤノ點ニ關シテハ學說未タ一定セス且我國ニ於テハ未タ此點ニ關スル判決例アルヲ見ス余

ノ見解ニ依レハ權利質ハ物權ヲ目的トスル場合タルト債權ヲ目的トスル場合タルト又其他ノ權利ヲ目的トスル場合タルトヲ問ハス總テ物權ノ性質ヲ有スルモノト信ス何トナレハ權利質モ質權ノ一種ニ過キスシテ其物權タルコトハ法文上ヨリ見ルモ亦編制上ヨリ見ルモ一點ノ疑ヲ容ルヽノ餘地ナケレハナリ然ルニ或學者ハ權利質ハ其目的タル權利ノ種類ニ因リ其性質ヲ異ニスルモノナリト云ヘリ即チ目的カ債權ナルトキハ權利質モ亦債權ノ性質ヲ有シ目的カ物權ナル場合ハ又物權ノ性質ヲ有ス又目的カ特種ノ權利ナルトキハ權利質モ亦特別ノ性質ヲ有スト論セリ蓋此說ハ物權ノ特質ハ人ノ行爲ヲ要セスシテ直接ニ物ノ上ニ行ハルヘキモノナリトノ理由ニ基クモノナリト雖モ余ノ觀ル所ニ依レハ物權カ直接ニ物ノ上ニ行ハルヘキモノナルコトハ一般物權ノ性質タルニ止リ之ヲ以テ總テノ物權ニ必要ナル特質ニアラサルヘキヲ信ス若シ然ラストセハ論者ノ言ノ如ク債權ヲ目的トスル權利質ハ全ク債權ニシテ物權ニアラサルモノト云ハサルヘカラス然レトモ我民法ノ規定ニ於テハ斯ノ如キ解釋ヲ容ルヘカラサルハ明白ニシテ要スルニ論者ハ一般物權ノ性質ニ重キヲ置キタルノ結果斯ル誤謬ニ陷リタルニハアラサルナキカ其他第三百四條及第三百五十條ニ於テハ目的物ノ滅失シタル場合ニ於テモ尙ホ又先取特權及不動產質權ハ消滅セサルモノトスルヲ見ルモ物權ハ物ノ上ニ行ハルヽトノ原則ヲ貫徹スルコト能ハサルハ明白ナリ是レ余カ我民法ノ解釋トシテハ權利質ハ其性質上總テ物權ナリト論斷スル所以ナリトス又或一說ニ依レハ債權ニ付テ權利質ヲ設定スルハ債權ノ讓渡ヲ爲スニ外ナラスト詳言セハ質權者ハ第三債務者ニ對シテ債權者ノ有スル權利ヲ債權者ニ代ハリテ行使スルモノナリ從テ其質權者ノ權利ハ目的タル債權ヲ實行スル權利ニシテ唯其實行ハ質權ノ目的ヲ達スルカ爲メニ必要ナル範圍ニ限定セラルヽモノニ外ナラスト此說ハ債權ヲ目的トスル權利質ハ其性質債權ニ外ナラスト云フニ歸著スルモノナリ然レトモ債權質ノ設定ヲ以テ債權ノ讓渡ナリト云フカ如キハ我民法ノ規定ヲ度外ニ置キタル說ニシテ其非理タルヤ勿論ナリトス

債權ヲ目的トスル質權

第二節　債權ヲ目的トスル質權

第一款　債權質ノ設定

債權質ノ設定

證書ノ存スル債權ニ付キ質權ヲ設定スルニハ其證書ヲ質權者ニ交付スルコトヲ

必要トス然ラサレハ其當事者ノ間ニ於テモ質權ノ效力ヲ生スルコトナシ又證書ノ存セサル債權ニ付キ質權ヲ設定スルニハ固ヨリ證書ノ交付ヲ爲スコト能ハサルモノナルヲ以テ單ニ當事者ノ意思表示ノミニ因リ質權ノ效力ヲ生スルモノトス

以上ハ質權ニ關スル一般ノ原則ナリ而シテ債權質ノ效力ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ尙ホ特別ノ條件ヲ必要トス左ニ區別シテ之ヲ說明スヘシ

第一　指名債權ヲ以テ質權ノ目的トナシタルトキハ第三債務者ニ對シ質權ノ設定ヲ通知スルカ又ハ第三債務者カ承諾スルニアラサレハ其質權ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(三六四、四七第一項)

蓋債權質ノ規定ハ其實質ヨリ之ヲ觀察スレハ殆ト債權ノ讓渡ト同一視スヘキモノナルカ故ニ民法ハ債權讓渡ノ場合ニ於テ第三者ニ其效力ヲ對抗セシムルト同一ノ條件ヲ要スルモノトセシナリ此條件ハ第三者保護ノ爲メニ必要ナルノミナラス質權者ノ利益ノ爲メニモ亦必要ナルハ敢テ說明ヲ要セスシテ明ナルヘシ又第三債務者以外ノ第三者ニ對シテ債權質ノ效力ヲ對抗スルニハ確定日附アル證書ヲ以テ右ノ通知ヲ爲シ又ハ承諾ヲ得ルコトヲ必要トス(四六七第二項)蓋此通知又ハ承諾ニ付テハ最モ詐欺ノ行ハレ易ク即チ第三債務者ト債權者ト通謀シテ通知若ハ承諾ノ日時ヲ遡ラシメ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトナキヲ保スヘカラス之ヲ以テ法律ハ特ニ此條件ヲ必要トセリ

指名債權トハ債權者ノ特定セル債權ヲ謂ヒ無記名債權及指圖債權ニ對スル名稱ナリ普通ノ債權又ハ記名公債ノ如キ之ニ屬ス記名株式及記名社債ノ如キモ亦指名債權ノ一種ナルモ民法ハ記名社債ニ付テハ特別ノ手續ヲ規定スルヲ以テ社債ヲ目的トスル質權ノ效力ヲ第三者ニ對抗セントスルニハ其特別ノ規定ニ從ハサルヘカラス然レトモ記名株式ニ付テハ別段鄭重ナル規定ヲ設ケサルノミナラス第三百六十四條第一項ノ規定ハ之ニ適用スルコトヲ得サルヲ以テ記名株式ニ付テ質權ヲ設定シタルトキハ第三債務者タル會社ノ承諾ヲ得サルモ亦之ニ通知セサルモ第三者ニ對シテ其質權ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス(三六四第二項)此例外規定ハ法典調査委員ノ起草セシ草案ニハ之ナカリシモ衆議院ニ於テ之ヲ追加セリ蓋會社カ株金ヲ拂戻シテ以テ株式ヲ消滅セシムルカ

如キハ商法第百五十一條第二項及第二百二十條ノ規定ニ從フカ又ハ會社解散ノ場合ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ容易ニ實行スルコトヲ得ヘキモノニアラサルヲ以テ特ニ第三百六十四條第一項ノ規定ヲ適用スルノ必要ナク加之本邦ニ於テハ從來白紙委任狀ナルモノヲ添付シタル株券ヲ交付シテ株式ノ質入ヲ爲スノ慣習行ハレ商業社會ニ於テハ最モ之ヲ便宜トナセルヲ以テ立法者ハ是等ノ事情ヲ斟酌シ株式ノ質入ニ付テハ特ニ右ノ例外ヲ設ケタルモノナルヘシ

第二　記名社債ヲ以テ質權ノ目的トナシタルトキハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニアラサレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(三五六)

社債トハ字義ニ於テハ會社ノ債務ヲ總稱スルカ如ク見ユルモ然ラス會社カ商法第百九十九條乃至第二百四條ニ從ヒ募集シ債券ノ發行ニ依ル債權ノミヲ指スモノトス社債ヲ募集スルコトヲ得ルハ我商法ニ於テハ株式會社及株式合資會社ノ二アルノミ而シテ社債ノ讓渡ニ關スル規定タル商法第二百六條ニ依レハ記名社債ノ讓渡ノ效力ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルニハ讓受人ノ氏名住所ヲ社債原簿ニ記載シ且其氏名ヲ債券ニ記載スルコトヲ要ストセリ從テ記名社債ノ質入ヲ以テ第三者ニ對抗スルニモ亦質權者ノ氏名住所ヲ社債原簿ニ記載シ且其氏名ヲ債券ニ記載スルコトヲ必要トス蓋質權ノ設定ヲシテ容易ニ第三者ニ知ラシムルノ方法ヲ採ルコトヲ必要トシタルニ外ナラス

第三　指圖債權ヲ以テ質權ノ目的トナシタルトキハ其證書ニ質權ノ設定ヲ裏書スルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(三六)

指圖債權トハ債權者ノ裏書ヲ以テ自由ニ讓渡スルコトヲ得ヘキ債權ヲ謂フ彼ノ手形ノ如キハ其重ナルモノナリ此債權ハ性質上數人ニ輾轉融通スヘキモノナルカ故ニ其債權ノ消長ニ關スル事項ハ之ヲ證書ニ記載セシメサルヘカラス若シ然ラサレハ善意ノ第三者ハ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘシ是ヲ以テ法律ハ指圖債權ヲ目的トスル質權ノ設定ハ之ヲ證書ニ裏書スルニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセシナリ但爲替手形及約束手形ニ付テハ特ニ商法第四百六十三條及第五百二十九條ニ規定セルヲ以テ是等ノ債權ニ付

テ質權ヲ設定スルニハ同條ノ規定ニ從ヒ裏書ヲ爲スヘキモノトス然ルニ獨リ小切手ニ付テハ手形法上何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ小切手ハ之ヲ質權ノ目的トナスコト能ハサルモノト論結セサルヘカラス蓋我商法ニ於テハ小切手ヲ以テ支拂證券タルノ性質ヲ有セシメ單ニ金錢授受ノ用具ト看做シタルモノナルヲ以テナリ

第二款　債權質ノ效力

債權質ノ效力

債權質權者ハ其權利ノ目的タル債權カ辨濟期ニ至リタルトキハ自己ノ債權カ辨濟期ニ至リタルト否トヲ問ハス第三債務者ヨリ直接ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得加之債權質權者ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ質權ノ目的タル債權ノ轉付命令ヲ受ケテ之ヲ自己ノ債權トナスコトヲ得ヘク又同法ニ從ヒ換價ノ方法ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ但此場合ニ於テハ自己ノ債權カ辨濟期ニ到著シタルコトヲ要スルモノトス(三六七第一項、三六八)

右ニ述ヘタル所ハ債權質ノ一般效力ニ關スル規定ナルカ尙ホ債權ノ目的カ金錢ナルト否トニ因リテ多少規定ヲ異ニスルモノアリ左ニ之ヲ分說スヘシ

第一　質權ノ目的タル債權ノ目的物カ金錢ナルトキハ質權者ハ自己ノ債權額ニ對スル部分ニ限リテ之ヲ取立テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得(三六七第二項)又右ノ債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期前ニ到來シタルトキハ質權者ハ自ラ之ヲ取立ツルコト能ハサルモ第三債務者ヲシテ其辨濟金ヲ供託セシムルコトヲ得而シテ第三債務者カ之ヲ供託シタルトキハ質權ハ其供託ニ因ル債權ノ上ニ存在スルモノトス(三六七第三項)法文ニ「質權ハ其供託金ノ上ニ存在ス」トアルモ是レ恐クハ用語ノ當ヲ得サルモノニシテ其精神ハ供託ニ因リテ生シタル債權ノ上ニ存在スルモノトスルニ在ルヘシ抑供託ハ法令又ハ裁判所ノ指定シタル場所ニ辨濟ノ目的物ヲ寄託シ債權者ヲシテ安全ニ之ヲ受取ルコトヲ得セシメ而シテ債權者ハ之ニ依リテ其債務ヲ免ルヽモノナリトス故ニ第三債務者カ其辨濟金額ヲ供託シタルトキハ其債務ハ當然ニ之ヲ免ルヽモノナルヲ以テ其債權ノ上ニ設定シタル質權モ同時ニ消滅スルモノト云ハサルヘカラス然レトモ此供託ニ因リテ債權者ノ爲ニ生シタル權利即チ供託物ヲ受取ルコトヲ得ヘキ權利ハ質權ノ目的物タル債權ノ變體ト看做スヘキモノナルカ故ニ民法ハ此變體

タル權利ノ上ニ質權ノ存在スルモノト爲セシナリ

第二　債權ノ目的物カ金錢ニアラサルトキハ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟期ニ至ルト否トヲ問ハス直接ニ其目的物ヲ取立ツルコトヲ得而シテ質權ハ其取立テタル物ノ上ニ存在ス(三六七四項)此場合ハ第三債務者ノ債務ハ質權者ノ取立ト同時ニ消滅シ從テ質權モ亦同時ニ消滅ス然レトモ其取立テタル物ハ質權ノ目的タル債權ノ變體ト看做スヘキモノナルカ故ニ前項ト同一ノ理由ニ因リ民法ハ右ノ規定ヲ設ケタリ從テ其取立テタル物カ動產ナルトキハ權利質ハ動產質ニ變シ不動產ナルトキハ不動產質ニ變シ從テ之ヲ換價シテ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當セントスルニハ動產質又ハ不動產質ノ規定ニ從フヘキハ言ヲ俟タス

第三　債權ノ目的カ金錢其他ノ物ニアラスシテ或行爲ナルトキハ如何ナル法則ヲ適用スヘキヤト云フニ我民法ハ何等ノ規定ヲ設クルコトナシ余ノ見解ニ依レハ第三百六十七條第一項ノ規定ニ依リテ第三債務者ニ對シ直接ニ其行爲ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト信ス例ハ甲カ乙ニ對シテ繪畫ヲ描カシムルノ債權ヲ有スルカ如キ場合ニ此債權ノ上ニ質權ヲ設定シタルトキハ質權者ハ直接ニ乙ナル畫家ニ對シテ其揮毫ヲ請求スルコトヲ得而シテ其繪畫ヲ受取リタルトキハ質權ハ其繪畫ノ上ニ存在スルモノト信ス是レ法律ニ規定ナキモ目的カ金錢以外ノ物ナルトキト區別スルノ理由ナキヲ以テ同一規定ヲ適用スヘキモノト解釋セサルヘカラサルナリ

物權其他特別ノ財產權ヲ目的トスル質權

第三節　物權其他特別ノ財產權ヲ目的トスル質權

動產又ハ不動產ノ所有權ヲ質權ノ目的トスルトキハ動產質又ハ不動產質ヲ以テ論スヘキモノニシテ權利質ノ問題ニアラス然レトモ地上權、永小作權、地役權、先取特權、質權及抵當權ヲ以テ質權ノ目的トナシタルトキハ即チ物權ヲ目的トスル質權ニシテ所謂權利質ニ外ナラス而シテ是等ノ物權ニ付キ質權ヲ設定スルニハ如何ナル規定ニ從フヘキヤト云フニ我民法第三百六十二條第二項ハ質權總則、動產質及不動產質ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトセリ先ツ地上權及永小作權ニ付テ之ヲ見ルニ其目的物タル不動產ヲ質權者ニ引渡スニアラサレハ其權利質ハ成立セス(三四)其存續期間ハ十年以內タルコトヲ要ス(三六〇)又此質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ登記法ニ從ヒテ之カ登記ヲ爲サヽルヘカラス(一七七、三七三)次ニ地役

權ハ素ト從タル權利ナルヲ以テ要役地ノ所有權ト共ニスルニアラサレハ之ヲ以テ質權ノ目的トナスコトヲ得ス(二八一頁)從テ要役地タル不動產ニ付テ質權ヲ設定スルニ外ナラサルヲ以テ不動產質ノ規定ニ從ヒ設定セサルヘカラサルハ勿論ナリ又留置權、先取特權、質權等ハ主タル債權ト共ニスルニアラサレハ之ヲ以テ質權ノ目的トナスコトヲ得ス第三百二條ニ依レハ留置權者ハ債務者ノ承諾アリタルトキハ留置物ヲ質入スルコトヲ得ルモノトスルモ是レ留置物其物ヲ質入スルモノニシテ留置權其物ヲ質入スルノ趣旨ニアラス又質權者モ其質物ヲ轉質スルコトヲ得ルノ規定アルモ是レ亦質物其物ヲ質入スルモノニシテ質權タル物權ヲ質入スルコトヲ規定シタルニアラス要スルニ主タル債權ニ附隨スル性質ヲ有スル擔保權ノ如キハ其主タル債權ト共ニスルニアラサレハ之ヲ以テ質權ノ目的トナスコト能ハサルナリ但抵當權ニ付テハ特ニ主タル債權ト分離シテ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ヘキモノトセルヲ以テ自ラ右ノ例外ヲ成スモノトス[illegible]著作權、特許權、商標權、意匠權、鑛物採掘權等ニ付キ質權ヲ設定スルニハ各種ノ特別法ニ從ヒテ之ヲ設定スヘク特ニ行政官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノアリ特別法ニ別段ノ規定ナキモノニ付テハ民法質權總則ノ規定ニ依ルヘキヤ勿論ナリ例ハ第三百四十三條、第三百四十六條、第三百四十九條及第三百五十一條ノ如キハ特別ノ財產權ニモ適用セラルヘキモノナリ

抵當權

總則

抵當權ノ性質

第四編　抵當權

第一章　總則

第一節　抵當權ノ性質

抵當權ノ定義ヲ完全ニ下シタル法律及學者ハ殆トナシ佛國民法第二千百十四條第一項ニ依レハ「抵當トハ債務ノ辨濟ニ充テタル不動產上ノ物權ナリ」ト云ヘリ漠然トシテ不動產ニ關スル他ノ物上擔保ト區別スルコト能ハスシテ其不完全ナルコト言ヲ俟タス又我舊民法債權擔保編第百九十五條ニ依レハ「抵當ハ法律又ハ人意ニ依リテ或義務ヲ他ノ義務ニ先チテ辨濟スルカ爲メニ充テタル不動產上ノ物權ナリ」ト云ヘリ佛國民法ノ規定ニ比スレハ單ニ優先ノ意味ヲ言明シタルニ止リテ他ノ不動產上ノ擔保權タル不動產質並ニ不動產ニ關スル先取特權ト區別スル能ハサル點ニ於テ佛國民法ト擇フ所ナシ新民法ハ其第三百六十九條ニ於テ「抵當

權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス」ト規定シ專ラ抵當權者ノ權利ノ方面ヨリ立言シタリト雖モ自ラ抵當權ノ意義ヲ明ニシタルモノト云フヲ得ヘシ即チ此規定ニ依レハ

抵當權トハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産上ノ物權ナリ

ト云フヘシ以下此定義ニ基キテ抵當權ノ性質ヲ分析説明スヘシ

第一　抵當權ハ從タル物權ナリ

抵當權ハ主タル債權ヲ擔保スル從タル權利ナルコトハ第三百六十九條ノ規定ニ徵シテ明ナリ從テ主タル債權ト其運命ヲ共ニシ主タル債權ニシテ消滅スルトキハ其消滅原因ノ何タルヲ問ハス抵當權モ亦共ニ當然消滅ニ歸スルモノトス

抵當權カ物權ノ性質ヲ有スルモノナリヤ否ヤニ付テハ學説上異論ナキニアラサルモ我民法上ノ問題トシテハ全ク異論ヲ容ルヽノ餘地ナシ從テ抵當權ハ追及及ヒ優先ノ效力ヲ有スルヤ勿論ナリ既ニ之ヲ物權トスレハ他物權ノ一種ナルコトヤ固ヨリ論ナシ

第二　抵當權ハ他人ニ屬シ且他人ノ占有内ニ在ル不動産上ノ權利ナリ

抵當權ノ目的物ハ必ス不動産ニシテ而シテ其所有及占有ハ抵當權者以外ノ者ニ存スヘキモノナルコトハ第三百六十九條ノ規定ニ徵シテ疑ナキ所ナリ抑抵當權ノ目的物ヲ不動産ニ限リタルノ理由ハ蓋抵當權ノ目的物ハ所有者ニ於テ依然占有シ以テ使用收益スルモノナルカ故ニ第三者ヲシテ其抵當權ノ設定ヲ知ラシムルコトヲ得ルモノニアラサレハ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アリ而シテ不動産ハ其所在一定シ從テ登記スルコトヲ得ルヲ以テ抵當權ノ目的ヲ不動産ニ限リタルモノナリ古代羅馬法及佛獨ノ法律ニ於テハ動産ノ抵當ヲ認メタリシモ今日ニ至リテ殆ト之ヲ認メサルハ之カ爲メナリ我國ニ於テハ民法施行前ニ於テモ動産ノ抵當ヲ認メス唯僅ニ日本勸業銀行法農工銀行法其他一二ノ特別法ニ於テ動産ノ抵當ナル文字ヲ使用セルモ是レ恐クハ民法ニ所謂抵當ノ意味ト同一ニアラスシテ擔保ノ意味ニ於テ使用セルモノナルヘシ

故ニ之ヲ以テ動産ノ抵當ヲ認メタルモノト云フコト能ハス

土地又ハ建物ハ各獨立シテ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ルハ勿論ナリ然ラハ土地ノ上ニ存在スル竹木ハ之ヲ獨立シテ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ民法ハ單ニ不動産トノミ規定シ別段除外ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ竹木ハ土地ト獨立シテ之ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ヘキカ如キモ不動産登記法ニ依レハ土地登記簿ト建物登記簿ヲ備フルノミニシテ竹木登記簿ナルモノヲ備フルノ規定ナシ從テ竹木ハ何時ニテモ容易ニ伐採スルコトヲ得ルモノナレハ登記ノ目的トナスコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ何レノ竹木カ一本ニテモ伐採セラレタルトキハ登記ノ變更ヲ爲サヽルヘカラサルモ是レ實際上殆ト不能ニ屬スレハナリ故ニ竹木ノミヲ抵當權ノ目的トナスコト能ハスシテ之ヲ爲スニハ所有權ト共ニスルカ若ハ地上權ヲ設定シテ之ト共ニ爲スヘキモノトス然ルトキハ是レ所有權又ハ地上權ヲ抵當ノ目的トナスニ外ナラサレハ登記ヲ爲スヘキヤ勿論ナリ

右ニ說明シタルカ如ク不動産ハ之ヲ抵當トナスコトヲ得嚴格ニ言ヘハ不動産上ノ所有權ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ルナリ然ラハ不動産上ノ他ノ物權ハ如何ト云フニ地上權、永小作權ニ付テハ第三百六十九條第二項ニ於テ明ニ之ヲ許セリ即チ此場合ニ於テハ所有權ヲ目的トシタル抵當權ノ規定ヲ準用スヘキモノトス次ニ地役權ニ付テ觀ルニ地役權ハ要役地ノ所有權ト共ニスルニアラサレハ之ヲ以テ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ス換言スレハ要役地ヨリ分離シテ獨立ニ抵當權ノ目的トナスコトヲ得サルモノトス是レ第二百八十一條ノ規定ニ照シテ自ラ明ナル所ナリ又不動産ノ留置權及先取特權ハ如何或論者ハ是等ノ權利ハ性質上他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得ルモノニアラス從テ抵當權ノ目的トナスコトヲ得スト而シテ其理由トスル所ハ留置權及先取特權ニ或特別ナル債權ノ擔保トシテ特ニ法律ノ認メタルモノナルカ故ニ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得ヘキモノニアラスト云フニ在リ然レトモ余ハ擔保權ノ成立ト既ニ成立シタル擔保權ノ處分トハ之ヲ同一ニ論スヘキモノニアラスト信ス擔保權ノ成立ニ付テハ他ノ債權者ヲ害スルノ虞アルヲ以テ法律ハ特別ナル條件ノ下ニ之ヲ認メタルモ既ニ成立シタル擔

保權ヲ處分スルニハ他ノ債權者ヲ害スルノ虞ナキヲ以テ此二者ハ之ヲ區別シテ論スルコトヲ要シ從ヒテ擔保權ノ成立カ法律ノ規定ニ依ルトノ理由ヲ以テ直ニ留置權及先取特權ハ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得スト論斷スルハ非ナリ然レトモ第三百六十九條ノ規定ハ暗默ニ所有權、地上權及永小作權以外ノ物權ハ抵當權ノ目的トナスコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノト解スルコトヲ得ルカ故ニ第三百七十五條ノ如キ特別ノ規定ナキ限ハ是等ノ權利ハ抵當權ノ目的トナスコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス最後ニ不動產質權及抵當權ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ此問題ハ第三百七十五條及第三百六十一條ノ解釋ニ依リテ決セラルヘモノトス同條ハ質權ハ質權トシテ又抵當權ハ抵當權トシテ他ノ債權ノ擔保ノ目的トナスコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノニシテ質權又ハ抵當權ヲ更ニ抵當權ノ目的トナスヘキコトヲ規定シタルニアラス換言セハ質權又ハ抵當權ハ抵當權ナル擔保權ノ目的トナスコトヲ得サルモ普通ノ擔保權ノ目的物トナスコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノトナス或學者ハ質權及抵當權ヲ以テ債權ノ擔保トナスハ條件附讓渡ニ異ラス從テ質權及抵當權ハ抵當權ノ目的トナルヘキモノアラスト論スルモ質權及抵當權ヲ擔保トスルハ其結果ヨリ觀察スレハ條件附讓渡ニ均シト云フハ即チ可ナルモ其性質上同一ナリト云フヘカラス又或ハ曰ク法文ニ所謂抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得トアルハ單ニ債權ノ履行ヲ確實ナラシムル方法トシテ既ニ成立スル所ノ抵當權ヲ提供シ其債權者ヲシテ抵當ノ附著スル債權ヲ行使スル權利ヲ設定スルモノト解セサルヘカラス換言スレハ斯ル債權者ハ通常ノ場合ニ於テハ債務者タル抵當權者ニ代位シテ其債權ヲ行フコトヲ得ルニ止ルモ此場合ニハ代位ヲ要セスシテ直接ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルナリ從ヒテ此擔保ヲ得タル債權者ノ權利ハ物權ニアラスシテ債權ヲ得タルモノナリト余ハ此說モ亦至當ノ見解ニアラスト信ス即チ此說ハ權利ヲ以テ擔保トスルコトヽ抵當權ノ附著スル債權ノ讓渡トヲ同一視スルモノニシテ法文上ニ毫モ根據ヲ有セサルモノナリ現ニ法文ハ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得ヘキ旨ヲ明言シ抵當權ヲ主タル債權ヨリ分離シテ之ヲ擔保トスルコトヲ規定シタルコトハ一點疑ヲ容ルヘキニアラス

余ノ見解ニ從ヘハ抵當權ヲ目的トシテ擔保權ヲ設定スルモ物權ノ處分ニ外ナラサルカ故ニ第百七十七條ニ依リ登記スルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリ而シテ此登記ハ第三百七十五條ノ規定ニ從ヒ附記ノ登記ヲ爲スヘキモノナルヘシ尙ホ主タル債務者、其保證人、抵當權設定者及其承繼人等ニ對抗スルニハ登記ノ外尙ホ第四百六十七條ニ從ヒテ主タル債務者ニ抵當權ヲ以テ擔保トナシタル旨ヲ通知シ又ハ其承諾ヲ得ルコトヲ要シ既ニ此通知又ハ承諾アリタル以上ハ擔保權ヲ有スル者ノ承諾ナクシテ爲シタル辨濟ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(三七六)

第三百六十九條ノ規定ニ依レハ抵當權者カ抵當權ノ目的物ヲ占有スルニ於テハ抵當權ハ絕對ニ成立セサルカ如シ換言スレハ抵當權者ハ其目的物ヲ占有セサルコトヲ要スルカ如ク解セラルヽモ是レ恐ラクハ法律ノ眞意ニアラサルヘシ即チ法律ノ眞意ハ抵當權ハ抵當權者ニ目的物ノ占有ヲ移スコトヲ要セサル旨ヲ明ニシ以テ質權ト區別セント欲シタルニ外ナラサルヘシ換言セハ抵當權者ハ抵當ノ權原ニ因リテ目的物ヲ占有スルコト能ハサルマテニシテ他ノ權原ニ因リテ其目的物ヲ占有スルコトヲ妨ケサルヘシ從テ債務者カ債權者ヲシテ小作セシムル土地ニ付キ抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルナリ即チ斯ル場合ニ於テハ抵當權者ト抵當權設定者トノ間ノ小作關係ハ依然トシテ存在スルト同時ニ抵當權ノ關係モ亦併存スルモノト云ハサルヘカラス蓋今日何レノ國ニ於テモ抵當カ不動產質ニ比シ頻繁ニ行ハルヽ理由ハ一面ニ於テ抵當權設定者ハ抵當權ノ存在スルニ拘ラス其目的物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得他ノ一面ニ於テハ抵當權者ハ質權者ノ如ク自ラ目的物ノ管理ヲ爲スノ煩勞ヲ免ルヽコトヲ得ルカ故ニ此點ヨリ之ヲ見ルモ抵當權ハ頗ル便宜ナリト云フヘク又他ノ方面ヨリ觀察スルモ質權者ハ成ルヘク質權ノ期間內ニ多額ノ收益ヲ爲スコトヲ欲スルノ結果將來ニ於ケル目的物ノ價格ヲ減損スルノ恐レアルモ抵當權ノ場合ニ於テハ其目的物ハ所有者ニ於テ之ヲ使用收益スルカ故ニ其目的物ヲ改良セントスルハ自然ノ情ナルヘク其結果將來益其價格ヲ增加スルヲ以テ社會經濟ノ點ヨリ云フモ抵當權ハ之ヲ歡迎スヘキモノナルヲ以テナリ

終ニ在ミテ一言スヘキハ抵當權ノ目的物タル不動產ハ必ス融通シ得ヘキモノ

タラサルヘカラサルハ勿論ナルモ必スシモ差押フルコトヲ得ルモノタルヲ必要トセス何トナレハ新民法ニ所謂抵當權ハ所有者ノ意思ニ因リテノミ成立スルモノナルカ故ニ法律ノ差押ヲ禁シタル物ト雖モ尚ホ抵當權ノ目的トナスコトヲ得レハナリ舊民法ハ法律カ差押ヲ禁シタルモノハ抵當權ノ目的トナスコトヲ得スト規定シタルモ是レ法律上ノ抵當ナルモノヲ認メタルカ故ニ斯ノ如キ規定ヲ設クルノ必要アリタルモノナリ法律上ノ抵當ヲ認メサル新民法ニ於テハ固ヨリ之ヲ設クルノ必要ナキヤ明ナルヘシ

第三　抵當權ハ不可分ノ權利ナリ

第三百七十二條ハ留置權ニ關スル第二百九十六條ヲ抵當權ニ準用スルヲ以テ抵當權ニ不可分ノ性質ノ存スルコトハ疑ナシ而シテ此性質ハ法律ノ規定ヲ俟テ始テ存在スルモノニシテ抵當權當然ノ性質ニハアラス又此性質ハ抵當權ニ缺クヘカラサルモノニアラサルヲ以テ當事者ハ特別ノ意思表示ヲ以テ之ヲ可分ノモノトナスコトヲ妨ケス不可分ノ意義ニ付テハ曩ニ説明シタルヲ以テ茲ニ之ヲ再ヒセス唯此性質ヨリ生スル二三ノ重要ナル結果ニ付キ左ニ例示スル所アルヘシ

一　抵當權者ハ主タル債權全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ抵當物ノ全部ヲ返還スルノ義務ナキモノトス例ハ抵當ノ目的物カ數箇ノ不動産ナル場合ニ於テ債務者カ其債務ノ一部ヲ辨濟スルモ其目的物タル不動産ノ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ

二　抵當權者ハ主タル債權ノ辨濟ヲ受クルカ爲メニ數箇ノ抵當物中ノ一二ヲ選擇シテ之ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ルカ故ニ他ノ債權者殊ニ第二位ノ抵當權者カ損害ヲ被ルコトアルモ抵當權者ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得サルナリ

三　抵當物カ數人ノ承繼人ニ分屬スルニ至リタルトキ又ハ其不動産ノ一部分カ第三者ニ讓渡セラレタル場合ニ於テモ其抵當物ノ各部ハ依然抵當權ノ附著スルモノナルカ故ニ抵當權者ハ其各部ニ對シ權利ヲ行使スルコトヲ得ルナリ

第四　抵當權ハ當事者ノ意思ニ因リテノミ設定セラルヽ權利ナリ

我舊民法、佛國民法其他多數ノ民法ハ法律上ノ抵當ナルモノヲ認ム所謂法律上ノ抵當トハ當事者ノ意思如何ニ關セス特別ナル地位ニ在ル人ノ爲メニ法律カ特ニ認メタル抵當ヲ謂フ法律上ノ抵當ノ種類ニ至テハ各國ノ法律固ヨリ同一ニアラスト雖モ妻カ夫ニ對シ、未成年者又ハ禁治產者カ其後見人ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ妻、未成年者又ハ禁治產者ハ其夫又ハ後見人ノ有スル總テノ不動產上ニ法律上抵當權ヲ有スト規定セサルハナシ蓋斯ノ如キ債權者ハ特別ノ地位ニ在ル者ニシテ任意上擔保ヲ供セシムルコト困難ナルカ故ニ法律ハ之ヲ保護センカ爲メニ外ナラス彼ノ留置權及先取特權ノ如キモ法律ノ付與シタルモノナルモ是等ノ權利ハ債權ノ原因如何ニ依リ之ヲ認メタルモノニシテ法律上ノ抵當權ハ債權者ノ資格如何ニ依リテ之ヲ認メタルノ差異アリ新民法ニ於テハ絕對ニ法律上ノ抵當權ヲ認メサルコトハ第三百六十九條ノ規定ニ徵シテ明ナリ蓋新民法ハ夫妻ノ關係ニ付テハ第八百三條ニ於テ「夫カ妻ノ財產ヲ管理スル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ妻ノ請求ニ因リ夫ヲシテ其財產ノ管理及返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得」ト規定シ未成年者及禁治產者ト其後見人トノ關係ニ付テハ第九百三十三條ヲ以テ「親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財產ノ管理及返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得」ト規定シ以テ舊民法ノ如ク特ニ法律上ノ抵當權ヲ認ムルノ必要ナカラシメタルヲ以テナリ

抵當權ハ當事者間ノ契約ヲ以テ設定セラルヘキハ勿論ニシテ是レ最モ普通ノ方法ナリ唯茲ニ疑問トナルハ抵當權ハ遺言ヲ以テ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ此點ニ關シ新民法ハ何等規定ヲ設ケスト雖モ余ノ見解ニ依レハ新民法ハ遺言ヲ以テ抵當權ヲ設定スルコトヲ認メタルモノト信ス何トナレハ遺言ハ財產ヲ處分スル一ノ方法(六一四〇)ニシテ而シテ抵當權ノ設定モ亦財產ノ處分ニ外ナラサルヲ以テ他ニ反對ノ規定ノ存セサル限リハ之ヲ認メタルモノト解セサルヘカラス而シテ第三百六十九條第一項ハ抵當權ハ必ス契約ヲ以テ設定スヘキモノト規定セサルヲ以テナリ論者或ハ曰ク若シ抵當權ニシテ遺言ヲ以テ設定スルコトヲ得ルモノトセハ質權モ亦遺言ニ因リテ設定セラレサルヘカラス何トナレハ第三百四十三條ニ遺言ヲ以テ質權ヲ設定スルコトヲ禁シタ

ルモノニアラサレハナリト然レトモ質權ノ設定ニハ必ス物ノ引渡ヲ必要トスルヲ以テ契約ニアラサレハ之ヲ設定スルコトヲ得サルハ自明ノ理ナリ從テ抵當權ト同一ニ論スルハ其當ヲ得タルモノニアラス又或ハ曰ク舊民法債權擔保編第二百十二條ニ依レハ抵當ハ遺贈ノ擔保又ハ第三者ノ債權ノ擔保ノ爲メニノミ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得トシ遺言者カ自己ノ債務ヲ擔保スル爲メニ遺言ヲ以テ抵當權ヲ設定スルコトハ之ヲ認メス而シテ之ヲ認メサルノ理由ハボアソナード氏ノ説明スルカ如ク債務ノ性質ハ債務者ノ死亡ノ日ニ於テ確定シ從テ無擔保ノ債務ハ其債務者ノ死亡ト同時ニ無擔保ノ債務トシテ確定ス而シテ一方ニ於テ遺言ハ遺言者ノ死亡ト同時ニ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ遺言者カ自己ノ債務ノ爲メニ遺言ヲ以テ抵當權ヲ設定スルカ如キ條理ノ許サルヽ所ナリト然レトモ既ニ遺言ヲ以テ債務ヲ免除スルコトヲ得ルモノトスル以上ハ此議論ノ根據ナキコトヲ知ルニ難カラス故ニ新民法カ舊民法ノ規定ヲ削除シタルハ敢テ遺言ヲ以テ抵當權ヲ設定スルコトヲ禁シタルニアラスシテ却テ無制限ニ之ヲ許シタルモノト解スルヲ以テ正當トスヘシ之ヲ要スルニ抵當權ハ債務者カ設定スルト第三者カ設定スルトヲ問ハス必ス其意思ニ因リテ設定スルコトヲ要スルモ而モ契約ニ依ルコトハ之ヲ必要トセサルモノト云フコトヲ得ヘシ

抵當權ノ範圍

第二節　抵當權ノ範圍

抵當權ノ範圍ハ二箇ノ方面ヨリ之ヲ觀察スルコトヲ要ス一ハ抵當權ハ如何ナル物ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ルカトノコトニシテ他ハ抵當權ハ如何ナル債權ヲ擔保スルカトノコト是ナリ即チ一ハ抵當權ノ目的ヨリ觀察シ一ハ其擔保スル債權ヨリ觀察スルコトヲ必要トス

第一　抵當權ノ目的ヨリ觀察シタル範圍

抵當權ノ目的ノ範圍ハ設定行爲ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノニシテ建物ヲ以テ目的トシタルトキハ其建物ノミニ及ヒ土地ヲ以テ目的トシ他ニ別段ノ意思ヲ表示セサルトキハ其土地及其土地ニ存スル建物ヲ除キタル他ノ定著物ニモ及フヘキハ論ヲ俟タス余カ茲ニ特ニ説明セント欲スルハ抵當物ニ增減アリタル場合又ハ抵當物ニ代ルヘキ債權ノ存スル場合ニ於テハ抵當權ハ如何ナル範圍ニ

マテ及フヤトノ點ニ在リ

甲　目的物ノ增減シタル場合

(イ)　目的物ノ增加　抵當權ノ目的物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物アルトキハ抵當權ハ其附加シタル物ニモ及フヲ原則トス(三七〇前段)例ハ三百坪ノ土地ヲ抵當トナシタルニ其後寄洲ヲ生シタルカ爲メニ三百五坪トナリタルカ如キ又ハ其土地ニ樹木ヲ植付ケタルカ如キ又ハ一ノ建物ヲ抵當トナシタル後之ト一體ヲ成スヘキ部分ヲ增築シタル場合ノ如キハ抵當權ハ是等ノ附加物ニモ及フモノトス然レトモ是レ一般ノ原則ナリ之ニ對シテハ左ノ例外アリ

一　土地ヲ抵當トナシタル場合ニ於テハ其前後ヲ問ハス建物ヲ建築シ而シテ其土地ト一體ヲ成スモ土地ノ抵當權ハ其建物ニ及ハサルモノトス蓋本邦ノ慣習上土地ト建物トハ別箇獨立ノ不動產ト看做シタレハナリ登記法ニ於テモ亦之ヲ別物視セリ(三七〇前段)

二　設定行爲ニ別段ノ定メアリタルトキモ又例外ヲ成ス蓋前述ノ原則ハ固ヨリ公益ニ關スル規定ニアラサルヲ以テ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ヘキハ勿論ナレハナリ(三七〇中段)

三　債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當物ニ工作ヲ加ヘ以テ其目的物ヲ增加シ抵當權者モ亦其當時斯ル事情ヲ知リタル場合ニ於テハ抵當權者ハ惡意者ナルカ故ニ之ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テ抵當權ハ其增加ノ部分ニ及ハサルモノトス(三七〇後段)

四　抵當物ノ果實ハ縱令其目的物ト一體ヲ成ストキト雖モ抵當權ハ之ニ及ハサルモノトス(三七一前段)蓋抵當權ノ設定ハ其目的物ノ所有者ヲシテ之ヲ使用收益セシムルコトヲ妨ケサルモノナルヲ以テ若シ抵當物ノ果實ニ付テモ尙ホ原則ノ適用ヲ受クヘキモノトセハ所有者ノ使用收益ノ權ヲ剝奪スルノ結果トナルヲ以テナリ然レトモ抵當權者カ既ニ抵當權ヲ實行シ抵當物ヲ差押ヘタルトキ又ハ抵當物ニ付キ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ヨリ其權利實行ノ通知ヲ受ケ且其後一ケ年內ニ抵當物ノ差押アルトキハ原則ニ復シ抵當權ハ其果實ニ

及フモノトス(三七一第一項但書及第二項)蓋抵當權者カ主タル債權ノ辨濟ヲ受ケサルカ爲メ其抵當權ヲ實行シ所有權者ニ抵當物ノ處分ヲ禁シタル場合ナルヲ以テ抵當權カ其果實ニ及フヘキハ當然ナレハナリ

(ロ) 目的物ノ減少　此場合ハ當事者ノ行爲ニ出テタル場合ト然ラサル場合トニ區別シテ說明スルヲ便トス

一　抵當物ノ滅失、減少又ハ毀損カ天災又ハ第三者ノ行爲ニ出テタルトキハ抵當權者ハ債務者ヲシテ更ニ抵當物ヲ供セシメ又ハ期限前ニ債權ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ス但第三者ノ行爲ニ因リテ其損害ヲ生シタル場合ニ在リテハ抵當權者ハ抵當權設定者カ其第三者ヨリ受クヘキ損害賠償金ニ對シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ尤モ抵當權者カ此權利ヲ行使スルニハ其拂渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス(三七〇四三)

二　抵當物ノ滅失、減少又ハ毀損カ債務者ノ行爲ニ因リ又ハ保持ヲ爲サヽルニ因リテ生シタル場合ニ於テハ舊民法ハ之カ爲ニ擔保カ不十分トナリタルトキハ債務者ヲシテ抵當物ノ補充ヲ爲サシメ若シ補充スルコトヲ得サルトキハ其不充分ナル限度ニ於テ期限ノ利益ヲ失ハシメタリ然レトモ現行民法ニ於テハ此規定ヲ削除セルヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ之カ爲ニ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルカ又ハ總則第百三十七條第二項ノ規定ニ依リテ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルカ故ニ債權者ハ直チニ債權ノ辨濟ヲ請求スルカ又此二者ヲ併セテ請求スルノ外他ニ自己ノ權利ヲ保護スルノ途ナシ余ハ債務者ニ相當ナル擔保ヲ供セシムルカ如キハ法理上最モ穩當ナルモノト信スルモ明文ナキヲ以テ抵當權者ハ之ヲ債務者ニ强ユルコト能ハサルヘシ

債務者ニアラサル者カ抵當權ヲ設定シタル場合ニ其者ノ行爲ニ因リテ抵當物カ滅失、減少若ハ毀損シタルトキハ其結果如何ト云フニ此場合ニハ第百三十七條第二號ヲ適用スルコト能ハサルカ故ニ抵當權者ハ普通ノ原則ニ從ヒ單ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止ムルモノト云ハサルヘカラス

三　抵當權者ノ行爲ニ因リテ抵當物カ滅失、減少若クハ毀損シタルトキハ

抵當權ハ殘存スル部分ニ付キ行ハルヽモノニシテ夫ノ留置權及質權ノ場合ト異ナリ債務者ヨリ之ヲ理由トシテ抵當權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス但普通ノ原則ニ依リ抵當權設定者ヨリ抵當權者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ言ヲ俟タサル所ナリトス

乙　抵當物カ變體シタル場合　抵當權ハ抵當不動產ノ賣却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ルノミナラス債務者カ抵當物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ對シテモ亦之ヲ行フコトヲ得ルモノトス但抵當權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス是レ第三百七十二條ヲ以テ第三百四條ヲ準用セシ結果ニシテ別ニ疑問ヲ生スルコトナキカ如キモ其實大ニ然ラサルモノアリ左ニ聊カ之カ研究ヲ試ミンカ

一　抵當物ヲ賣却シタル場合　主タル債權カ辨濟期ニ至リ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ル場合ニ於テ抵當權設定者カ其目的物ヲ賣却シタルトキハ抵當權者ハ其目的物ニ追及シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルハ勿論其目的物ノ變體タル賣却代價ノ債權ニ對シテモ之ヲ實行スルコトヲ得ヘシ但抵當ノ登記ヲ爲サヽル場合ニ於テハ其目的物ノ買主ニ對シテハ抵當權ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ此場合ニ於テハ代價ノ債權ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得ルニ止マルモノナリ

主タル債權ノ辨濟期カ未タ到來セサル間ニ抵當權設定者カ其目的物ヲ賣却シタル場合ニ於テモ前ト同一ニ論スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ多少疑ナキニアラサルモ抵當ノ登記ヲ爲サヽル場合ハ抵當權者ハ第三取得者ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ代價ノ債權ニ對シテ之ヲ行ハシムル必要アルモ其登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ抵當權者ハ第三取得者ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ代價ノ債權ニ對シテ其權利ヲ行ハシムルノ必要ナシ從テ此場合ニ於テ抵當權者ハ抵當權ノ登記ヲ爲サヽル場合ニ於テノミ代價ノ債權ニ對シテ其抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノト論決スルヲ以テ正當ナリト信ス

二　抵當物ヲ賃貸シタル場合　此場合ニ於テモ亦賣却セシ場合ト同シク主

タル債權カ辨濟期ニ到リタル場合ト然ラサル場合トヲ區別シ而シテ抵當權ヲ其賃貸借上ノ債權ニ對シテ行フコトヲ得ルヤ否ヤヲ定メサルヘカラス即チ主タル債權カ辨濟期ニ到リタル場合ニ於テハ抵當權者ハ賃貸借上ノ債權ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモ主タル債權カ辨濟期ニ到ラサル場合ニ於テハ右ノ債權ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ス是レ蓋不動産ニ付キ抵當權ヲ設定スルモ其不動産ヲ賃貸スルコトヲ妨ケサルモノニシテ唯第三百九十五條ノ特別規定アルノミナレハナリ

第二　抵當權ノ擔保スル債權ヨリ觀察シタル範圍

抵當權ノ擔保スヘキ債權ノ範圍ハ專ラ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノトス即チ當事者ノ意思カ元本ノミヲ擔保スルニ在ルトキハ抵當權ハ其元本ノミヲ擔保シ元本ト共ニ其利息ヲモ擔保スルノ意思ナリシトキハ抵當權ハ元本及利息ヲ擔保シ若シ又違約金又ハ違約ヨリ生スル損害ヲモ擔保スルノ意思ナリシトキハ抵當權ハ是等ノ債權ヲモ擔保スヘキモノニシテ要スルニ抵當權ノ擔保スヘキ債權ノ範圍ハ當事者ノ明示若ハ默示ノ意思表示ニ依リテ定マルヘキモノトス但利息附ノ債權ニ付テ抵當權ヲ設定シ何等別段ノ意思表示ヲ爲サヽルトキハ利息竝ニ損害金ノ性質ヲ有スル遲延利息ニ付テモ抵當權ヲ設定シタルモノト推定スヘク其他主タル債務ニ付キ抵當權ヲ設定シ別段ノ意思表示ヲ爲サヽルトキハ其債務ノ不履行ニ因リテ生シタル債權ニ付キテ抵當權ヲ設定シタルモノト推定スヘキモノトス

右ニ述ヘタル一般ノ原則ハ當事者間ニ於テハ總テノ場合ニ於テ適用スヘキモノナリト雖モ第三者ニ對抗スル場合ニ於テ利息其他ノ定期金及債務不履行ニ因ル損害金ニ關シテハ民法ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ左ニ之ヲ說明スヘシ

第三百七十四條第一項ニ依レハ「抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期トナリタル最後ノ二年分ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得但其以前ノ定期金ニ付テモ滿期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之ヲ行フコトヲ妨ケス」ト規定セリ此規定ニ付テハ頗ル議論ノ存スル所ニシテ或學者ハ此規定ハ抵當權ハ登記スルニアラサレハ第三者ニ對抗スル

コトヲ得サル原則ノ例外ヲ定メタルモノニシテ日々ニ生スヘキ利息其他ノ定期金ニ付テ登記ヲ爲サシムルカ如キハ繁雜ニシテ實行スルコト能ハサルノミナラス或程度ヲ限リ登記ヲ要セスシテ抵當權ノ效力ヲ認ムルモ格別他ノ債權者ヲ害スルモノニアラサルヲ以テ民法ハ斯ル例外規定ヲ設ケタルナリト說明スルモ此解釋ハ恐クハ誤リナルヘシ何トナレハ既ニ說明シタルカ如ク利息附ノ債權ニ付テ抵當權ヲ設定シ而シテ之カ登記ヲ爲シタル以上ハ其債權ヨリ生スル利息ニ付テモ抵當權ヲ設定シ且其登記ヲ爲シタルモノニ外ナラサルヲ以テナリ從テ登記セサルモ尙ホ抵當權ノ效力ヲ第三者ニ及ホスコトヲ規定シタルニアラサルコト明ナリ余ハ此規定ハ抵當權ノ範圍ヲ制限シタルモノト解セントスルナリ蓋原則ニ依レハ利息附ノ債權ニ付キ抵當權ヲ設定スレハ抵當權ハ其債權ヨリ生スル利息ニ付テモ制限ナク之ヲ擔保スルモノト云ハサルヘカラス然ルニ法律ハ其利息上ノ抵當權ヲ制限シテ滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其權利ヲ認メタルモノナルヲ以テナリ抑モ利息其他ノ定期金ハ通常其約定ノ每期ニ之ヲ支拂フヘキモノニシテ之ヲ長年月間延滯スルカ如キハ實際稀ナルヲ以テ他ノ債權者ハ債權ノ利息附ナルコトヲ知ルモ長年月間ノ利息カ延滯スルモノト思惟セサルハ當然ナリ然ルニ若シ無制限ニ抵當權ヲ利息ノ債權ニモ及ホスコトヲ得ルモノトセハ他ノ債權者ハ意外ノ損害ヲ被ルコトアルヘシ法律ハ斯ル場合ヲ慮リ債權者ノ利益ノ爲ニ此制限ヲ認メタルナリ

次ニ學說判例共ニ區々ニシテ一途ニ出テサルハ本條ニ所謂利息ノ意義是ナリ即チ法文ニ所謂利息トハ定期金ノ性質ヲ有スル利息ノミヲ指スヤ將タ所謂遲延利息ニシテ定期金ノ性質ヲ有セサルモノヲモ包含スルヤト云フニ民法起草者タル梅博士ハ遲延利息ヲモ包含スルモノトシ富井博士ハ之ヲ包含セスト解釋シ裁判所ノ判決例モ亦區々ニ出テタリ然ルニ明治三十三年五月二日配當表ニ關スル異議事件ニ於テ大審院ハ判決ヲ下シテ曰ク第三百七十四條ニ所謂利息ハ單ニ定期金ノ性質ヲ有スル元本支拂期前ノ約定利息ノミヲ指スモノニシテ其支拂期限後ノ遲延利息ヲ包含スルモノニアラスト而シテ其理由トスル所ハ同條ニハ「利息其他ノ定期金云々」其滿期トナリタル最後ノ二年分云々」トアルヲ以テ同條ニ所謂利息トハ單ニ定期金ノ性質ヲ有スル約定利息ノミヲ指スモ

ノト解セサルヘカラス然ルニ所謂遲延利息ハ約定利息トハ其性質ヲ異ニシ畢竟損害金ノ性質ヲ有スルモノニ外ナラス而シテ此遲延利息ハ債權者ノ督促次第何時ニテモ支拂ハサルヘカラサルモノニシテ所謂支拂期限ナルモノ存在スルコトナシ且約定利息ハ元本ト共ニ登記セラルヽモ遲延利息ハ登記セラルヽモノニアラサルヲ以テ遲延利息ニ付テハ同條ノ規定ヲ適用スルモノニアラスト云フニ在リ余ハ法文ノ解釋トシテハ此判決ヲ正當ト信ス然レトモ立法論トシテハ此規定ハ從來ノ慣習ニ反スルノミナラス當事者ノ意思ヲ稽フルモ我邦ノ民情ニ適スルモノト云フコト能ハス是ニ於テ乎帝國議會ハ同條ノ改正ヲ議決シ第二項トシテ「前項ノ規定ハ抵當權者カ債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其最後ノ二年分ニ付テモ亦之ヲ適用ス但利息其他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ超ユルコトヲ得ス」トノ規定ヲ加ヘタリ是ヲ以テ右ノ問題ハ此改正ト同時ニ確定シ所謂遲延利息ニ付テモ約定利息ト通シテ最後ノ二年分ニ付テハ抵當權ヲ行フコトヲ得ルコトヽナレリ而シテ此二年以外ノ利息其他ノ定期金ニ付テモ滿期後特別ノ登記ヲ爲ストキハ其登記ノ時ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ナリ（三七四第一項但書）

抵當權ノ效力
抵當權ノ順位

第二章　抵當權ノ效力

第一節　抵當權ノ順位

抵當債權者ハ無擔保債權者ニ先チテ抵當物ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルハ抵當權ノ定義ニ徵シテ明白ナリ從テ一箇ノ不動產ニ付キ一箇ノ抵當權ヲ設定シタル場合ハ抵當權ノ順位ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ一箇ノ不動產ニ付キ數箇ノ抵當權ヲ設定シ而シテ數人ノ抵當權者カ存在スルトキハ其數人間ニ於ケル抵當權ノ順位ヲ定メ以テ其優劣ヲ分タサルヘカラス乃チ第三百七十三條ハ抵當權ノ順位ヲ規定シテ曰ク「數箇ノ債權ヲ擔保スル爲メ同一ノ不動產ニ付キ抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ル」ト蓋純理上ヨリ論スレハ抵當權設定ノ順序ニ依リテ其效力ノ優劣ヲ定ムヘキナリ何トナレハ抵當權ハ物權ニシテ後ニ設定シタル抵當權ハ前ニ設定シタル抵當權ノ附著シタル不動產ヲ目的トナスモノナルヲ以テ前ノ抵當權者ハ第一位ヲ占メ後ノ抵當權者ハ其下位ニ立ツヘキハ當然ナレハナリ然レトモ抵當權ハ不動產上ノ物權ニシテ登記ヲ爲

スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノナルヲ以テ第三者ニ對スル效力ノ點ヨリ觀察スレハ登記ハ第三者ニ對抗スヘキ效力發生ノ條件ナリト云ハサルヘカラス是ヲ以テ民法ハ抵當權設定ノ前後ニ關セス專ラ登記ノ前後ニ依リテ抵當權者間ノ權利ノ優劣ヲ定ムヘキモノトセリ或ハ登記ハ一ノ公示方法ニ外ナラサルヲ以テ登記セサルモ既ニ抵當權ノ設定アリタル事ヲ知リタル第三者ニ對シテハ其抵當權ヲ及ホスコトヲ得ヘシト說ク者アリ此說ハ單ニ登記ノ性質ヨリ論スルトキハ決シテ不當ト云フヘカラサルモ第百七十七條ハ「不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定シ登記ヲ以テ第三者ニ對抗力ヲ生スル必要ノ條件トシ而シテ第三者ノ善意ナルト惡意ナルトハ之ヲ區別セサルヲ以テ此論者ノ見解ハ我民法ニ於テハ到底採用スルコトヲ得サルモノトス

第二節　抵當權ノ處分

抵當權者ハ其抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲シ又同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權若ハ其順位ヲ讓渡シ又ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ（第三七一條）蓋抵當權ハ主タル債權ニ從ヒタルモノナルヲ以テ理論上ニ於テハ主タル債權ヨリ分離シテ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノニアラス然レトモ主タル債權ヨリ分離シ抵當權ノミヲ處分スルコトヲ許スモ別ニ弊害ノ生スル虞ナキノミナラス却テ當事者ノ爲ニ便益アルヲ以テ我民法ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ許シタルモノナリ他國ノ法律ニ於テモ多少其處分ヲ許サヽルモノナシト雖モ我民法ノ如ク廣汎ナル範圍ニ於テ之ヲ認ムルモノハ尠ナシ余ハ尙ホ此規定ニ付キ左ニ各場合ヲ區別シテ說明スル所アラントス

第一　抵當權ハ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得　例ハ甲カ乙ニ對シテ抵當權ヲ有スルトキハ甲ハ其抵當權ヲ以テ丙者ニ對スル自己ノ債務ヲ擔保スルコトヲ得ルカ如シ此場合ニ於テ丙ハ甲ノ抵當權ノ上ニ更ニ擔保權ヲ有シ而シテ其權利ニ基キテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルナリ但其有スル擔保權ハ其目的タル抵當權ト自己ノ債權ノ範圍內ニ於テ之ヲ行ハサルヘカラス即チ丙ノ債權額カ甲ノ債權額ヨリモ多キトキハ丙ハ甲ノ債權額ヲ限度トシ又丙ノ債權ノ期限カ甲ノ債權ヨリ前ニ到來スルモ甲ノ債權ノ期限ノ到來ヲ俟テ

其擔保權ヲ行ハサルヘカラス

右ニ例示シタル丙者ノ有スル擔保權ノ性質ニ付テハ種々ノ議論ヲ試ムル者アリ或者ハ曰ク丙ハ抵當權ヲ條件附ニテ讓受ケタルモノナリト其結果ヨリ觀察スレハ丙ノ權利ハ抵當權ノ讓渡ヲ受ケタル場合ト同一ナルモ然レトモ抵當權ヲ以テ擔保トスルコトヽ之ヲ讓渡スルコトヽハ性質上之ヲ同一視スヘキモノニアラス擔保トナスハ一ノ處分ニ外ナラスト雖モ決シテ之ヲ讓渡セシモノト斷言スヘキニアラス故ニ此說ハ根底ニ於テ誤謬ノ存スルモノト云ハサルヘカラス又或ハ曰ク丙ハ甲カ其債務ヲ履行セサルトキハ甲ノ有スル抵當權ヲ實行シテ直チニ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノニシテ一種ノ擔保權ヲ有スルモノニ外ナラサルモ其擔保權ノ性質ニ至リテハ甲ノ抵當權ヲ實行シ得ヘキ債權ヲ得タルモノニシテ即チ此權利ノ性質ハ物權ニアラスシテ一ノ債權ナリト余ハ此說ニモ亦贊同スルコト能ハサルナリ蓋丙ノ擔保權ナルモノハ抵當權タル物權ヲ其目的トナシタルモノナルコトハ疑ヒナカルヘク而シテ物權ヲ擔保トスルハ物權ヲ處分スルニ外ナラサルヲ以テ其處分ヲ受ケタル丙ハ即

チ物權ヲ取得スルモノニシテ債權ヲ取得スルモノニアラス而シテ物權ヲ擔保ニ供スル行爲ハ物權ノ處分行爲ナルコトハ第三百七十五條第二項ノ規定ニ依ルモ之ヲ知ルコトヲ得ヘキナリ論者ノ說ハ何人ノ間ニ債權ヲ設定シタルモノト爲スニアルカ明瞭ナラスト雖モ蓋丙ト甲トノ間ニ之ヲ設定シタルモノト云フニ在ルヘシ果シテ然ラハ此債權ハ丙タル債權者カ甲タル債務者ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノニシテ其效力ヲ第三者ニ及ホスコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス然ルニ丙ハ其擔保權ノ目的タル抵當權ノ目的物ノ所在ニ追隨シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルヲ以テ此點ヨリ論スルモ丙ノ擔保權ハ債權ナリトノ說ノ失當ナルコトハ明ナリ故ニ余ハ丙ノ有スル擔保權ハ物權ニシテ債權ニアラス又甲ト丙トノ間ノ法律關係ハ物權ノ條件附ノ讓渡ヲ以テ論スヘキモノニアラスト信ス然レトモ此點ニ關シテハ法文上明白ナル規定ナキヲ以テ種々ノ學說ヲ生スルハ已ムヲ得サル所ニシテ又學者ノ研究ニ値ヒスヘキ好問題ノ一タラスンハアラス

第二　抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權ヲ讓

渡スルコトヲ得　今甲カ乙ニ對シテ或不動産ヲ抵當トシテ金千圓ヲ貸與シ丙ハ無擔保ニテ等シク乙ニ金千圓ヲ貸與シタル場合ニ於テ甲カ丙ノ利益ノ爲ニ其抵當權ヲ讓渡シタルトキハ丙ハ甲ノ抵當權ヲ取得シテ優先權者トナリ甲ハ之ニ反シテ無擔保ノ債權者トナルモノトス而シテ若シ抵當不動産カ千圓ノ價格ヲ有スルニ止マルトキハ丙ハ其千圓ノ給付ヲ受クルコトヲ得ルモ甲ハ一錢モ配當ヲ受クルコトヲ得ス但抵當權讓受人ハ讓渡人及自己ノ債權ノ範圍及條件ノ下ニ於テ其抵當權ヲ行ハサルヘカラス從テ甲ノ債權額ト丙ノ債權額トカ一致セサルトキハ丙ハ自己及甲ノ債權額ノ範圍ニ於テノミ其抵當權ヲ行使スルコトヲ得ルナリ

第三　抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權ヲ拋棄スルコトヲ得　抵當權ヲ他ノ債權者ノ爲ニ讓渡シタル場合ニ於テハ抵當權ハ讓受人ニ移轉シ讓渡人ハ之ヲ喪失スルモノナルモ抵當權ヲ他ノ債權者ノ爲ニ拋棄シタル場合ニ於テハ拋棄者ハ其拋棄ノ利益ヲ受クヘキ債權者ニ對シテノミ其權利ヲ行フコト能ハサルモノニシテ他ノ債權者ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得ルナリ例ハ前例ニ於ケル債權者ノ外尚ホ丁ナル無擔保ノ債權者アリテ其債權額ハ各五百圓ナリト假定シ而シテ甲カ丙ノ爲ニ其抵當權ヲ拋棄シタリトセハ甲ハ丙ニ對シテハ其抵當權ヲ行フコトヲ得サルモ丁ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得從テ今抵當物ノ價格カ一千圓ナリトスレハ丁ハ一錢ヲモ配當ヲ受クルコトヲ得サルモ甲ハ五百圓丙モ五百圓ノ配當ヲ受クルカ如シ

第四　抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權ノ順位ヲ讓渡スルコトヲ得　例ハ甲丙丁ノ三者カ各金千圓ヲ乙ニ貸與ヘ而シテ千五百圓ノ價格アル不動産ニ付キ抵當權ヲ設定シ順次ニ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ甲カ其第一順位ヲ丁ノ爲ニ讓渡シタリトセハ丁ハ第一順位ヲ承繼シ丙ハ依然トシテ第二ノ順位ニ在ルヲ以テ丁ハ先ツ千圓ノ辨濟ヲ受ケ次ニ丙ハ其殘額五百圓ヲ受ケ而シテ甲ハ一錢ヲモ受クルコト能ハス若シ此場合ニ丁カ無抵當債權者ナルトキハ甲ハ丁ノ爲ニ抵當權ヲ讓渡スルコトヲ得ルモ其順位ハ丁ノミヲ讓渡スルコトヲ得ス即チ抵當權ノ順位ノ讓渡ハ抵當債權者間ニ於テノミ行ハルヽモノトス

第五　抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ抵當債權者ノ利益ノ爲ニ其抵當權ノ順位ヲ拋棄スルコトヲ得　例ハ前例ニ於テ甲ハ丁ノ爲ニ其抵當權ノ順位ヲ拋棄シタリトスレハ甲ト丁トノ關係ニ付テハ甲ハ丁ニ對シテ優先權ヲ有セサルモノトシテ配當ヲ受クヘキモノトナリ丙ト丁及甲トノ關係ニ於テハ抵當權拋棄ノ爲ニ何等ノ變更ヲ受クルコトナシ即チ甲ハ第一ノ順位、丙ハ第二、丁ハ第三ノ順位ニ在ルカ故ニ甲ハ千圓丙ハ殘額五百圓ノ配當ヲ受ケ丁ハ一錢ヲモ配當ヲ受クルコト能ハサルカ如シ然レトモ丁ト甲トノ關係ニ付テハ前陳ノ如ク甲ハ優先權ヲ有セサルヲ以テ丙ニ配當スヘキ金額五百圓ヲ控除シタル殘金千圓ハ之ヲ二分シ各五百圓ノ配當ヲ受クヘキモノトス（三七五第一項）

以上ノ如ク抵當權者ハ隨意ニ其權利ヲ處分スルコトヲ得而シテ處分者ト處分ノ利益ヲ受クル者即チ當事者間ニ於テハ其意思表示ノミニ依リテ效力ヲ生スルハ勿論ナルモ其處分ノ效力ヲ以テ第三者又ハ債務者、保證人、抵當權設定者及其承繼人等ニ對抗スルニハ更ニ特別ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス左ニ場合ヲ區別シテ之ヲ說明スヘシ

第一　抵當權ノ處分ノ效力ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ其處分ニ付キ登記ヲ爲スコトヲ要ス　蓋抵當權ノ處分ハ物權ノ處分ニ外ナラサルヲ以テ第百七十七條ノ適用ヲ受クヘキハ勿論ナレハナリ但其登記ハ通常登記ノ手續ニ依ラスシテ所謂附記ノ手續ニ依ルヘキモノトス而シテ抵當權者カ數人ノ爲ニ其抵當權ヲ處分シタル場合ニ於テ其受益者ノ權利ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ルヘキモノトス（三七五第二項）

第二　抵當權處分ノ效力ヲ以テ主タル債務者、保證人、抵當權設定者及其承繼人ニ對抗スルニハ第四百六十七條ノ指名債權ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒテ處分ヲ爲シタル者ヨリ主タル債務者ニ之ヲ通知スルカ又ハ其處分ニ付キ同債務者ノ承諾ヲ受クルコトヲ要シ其以外ノ者即チ保證人、抵當權設定者及其承繼人ニ對スルニハ右ノ通知又ハ承諾ハ特ニ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要ス（三七六第一項）　蓋主タル債務者ニ於テ抵當權ノ處分アリタルコトヲ知ラサリシトキハ自ラ其債權者ニ辨濟スルカ又ハ保證人若ハ抵當權設定者ハ主タル債務者カ未タ辨濟ヲ爲サヽルコトヲ知ルトキハ自ラ代ハリテ之ヲ辨濟スヘキハ自然ノ順

序ナリ且元來登記ハ主從ノ債務者及抵當權設定者ノ爲ニ之ヲ爲スヘキモノニアラサルヲ以テ是等ノ者ハ辨濟ヲ爲スニ付キ一々登記簿ヲ閲覽スルノ義務アルモノニアラス是ヲ以テ民法ハ第三百七十六條第一項ヲ設ケ抵當權ノ處分ニモ債權讓渡ノ場合ト同シク主タル債務者ニ通知シ又ハ其承諾ヲ受クヘキモノト爲セリ

主タル債務者カ抵當權者ヨリ其權利ノ處分ニ付キ通知ヲ受ケ又其處分ニ對シ承諾ヲ爲シタルトキハ其處分ノ效力ヲ受ケサルヘカラサルコト勿論ナルヲ以テ其後ニ至リテ處分ノ利益ヲ受クル者ノ承諾ナクシテ爲シタル辨濟ハ之ヲ以テ其受益者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス（三七六第二項）

第三節　第三取得者ニ關スル效力

第三取得者ニ關スル效力

抵當權ノ附著スル物權ヲ取得シタル者ハ其抵當權ノ登記アル場合ニ於テハ抵當權ノ實行ヲ免カルヽコト能ハス是レ抵當權ニ追及ノ效力ノ存スル所以ナリ然レトモ常ニ第三取得者ヲシテ抵當權ノ追及ヲ免カレサルモノトセハ何人ト雖モ抵當權ノ附著スル財產權ハ之ヲ取得スルコトヲ厭ヒ其結果財產權ノ融通ヲ澁滯セシムルニ至ルヲ以テ何レソ國ノ法律ニ於テモ抵當權者ノ利益ヲ害セサル範圍內ニ於テ第三取得者ヲシテ抵當權ノ追及ヲ免カレシムル爲ニ特別ナル規定ヲ設ケサルモノナシ舊民法ハ第一ニ抵當債務ヲ辨濟スルコト第二ニ滌除スルコト第三ニ檢索ノ抗辯ヲ以テ對抗スルコト第四ニ目的不動產ヲ委棄スルコトニ依テ抵當權ノ追及ヲ免カレシメタリ（舊民法債權擔保編二二五）現行民法ハ第三取得者ハ辨濟及滌除ノ二方法ニ依テ抵當權ノ追及ヲ免カルヽコトヲ得ルモノトシ舊民法ニ於テ認メタル檢索ノ抗辯及委棄ヲ削除セリ蓋檢索ノ抗辯ハ羅馬ノジャスチニアン帝ノ始メテ制定シタル所ニシテ佛蘭西及和蘭民法ノ採用スル所ナルモ其根據ハ抵當權ノ附著スル財產ノ取得者ハ恰モ保證人ト同一ノ地位ニ在ルモノナリトノ理由ニ基クモノニ外ナラス然レトモ此根據ノ正當ナラサルコトハ今日ノ多數學者ノ認ムル所ナルヲ以テ現今此方法ヲ採用スルモノ極テ稀ナリ又委棄モ佛蘭西及我舊民法ノ認ムル所ナリシモ是レ第三取得者ニ辨濟ノ義務ヲ負ハシメタル結果抵當物ノ競賣ヲ行フトキハ第三取得者ニ不名譽ト煩累ヲ及ホスカ故ニ特ニ之ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナリ然ルニ現行民法ニ於テハ第三取得者ニ辨濟ノ義務ヲ

負ハシメサルノミナラス競賣モ強チ非常ナル煩累ヲ之ニ及ホスモノニアラサルヲ以テ是レ亦削除セリ余ハ現行民法ノ規定ニ從ヒ辨濟滌除及競賣ノ三箇ニ分チ説明スル所アルヘシ

第一款　辨濟

第一　抵當債務ノ辨濟　第三取得者ハ單ニ抵當權ノ附著シタル財産權ヲ取得シタルニ止マリ抵當債務ヲ引受ケタルモノニアラサルヲ以テ自ラ債務ヲ辨濟スルノ義務ナキヤ勿論ナリ然レトモ抵當債務ヲ自ラ辨濟スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルコトハ言ヲ俟タス何トナレハ其債務ヲ辨濟スルハ自己ノ取得シタル財産ニ附著スル抵當權ヲ消滅セシムルニ外ナラサレハナリ而シテ第三取得者カ抵當債權ノ全部ヲ辨濟シタルトキハ其取得シタル財産ニ附著スル抵當權ハ消滅ニ歸スルノミナラス抵當權者ニ代位シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ（五〇〇、一）

第二　取得代金ノ辨濟　抵當物ニ付テ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ其代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ其第三者ノ爲ニ消滅ニ歸スルモノナリ（三七）第三百七十二條及第三百四條ニ依レハ抵當權者ハ抵當物ノ賣却代金ノ上ニ其抵當權ヲ行フコトヲ得而シテ其代金カ抵當債務ヲ完濟スルニ足ラサルトキハ抵當權者ハ更ニ抵當物ノ上ニ追及權ヲ行フコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ無制限ニ之ヲ許ストキハ第三取得者ハ其取得シタル財産ト前ニ支拂ヒタル代價トヲ二重ニ喪失スルノ不當ナル結果ヲ生スルカ故ニ民法ハ右ニ述ヘタルカ如キ規定ヲ設ケタルナリ然レトモ此規定ヲ適用スルニ付テハ二箇ノ條件ヲ具備セサルヘカラス即チ左ノ如シ

一　第三取得者ハ抵當不動産ノ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル者ナラサルヘカラス　從テ永小作權又ハ地役權ノ如キ他ノ物權ヲ買受ケタル場合ニハ縱令代價ヲ辨濟スルモ抵當權ノ追及ヲ免カルヽコトヲ得ス蓋所有權ノ代價ハ其目的物ノ全體ノ價格ト大差ナキヲ常トスルカ故ニ抵當權者カ所有權ノ代價ノ上ニ抵當權ヲ行使シテ辨濟ヲ請求シタルトキハ其辨濟ト同時ニ抵當權ハ消滅スルモノトスルモ抵當權者ニ對シテ酷ニ失スルモノト云フヘカラス然レトモ夫ノ永小作權ノ如キハ其收得者ニ於テ所謂小作料ヲ支拂フヲ通常

トシ代金ヲ支拂フコトハ稀ナリ設シ代金ヲ支拂フトスルモ其金額ハ頗ル少額ニシテ固ヨリ目的物ノ價格ト同視スルコトヲ得ス故ニ民法ハ抵當權者ニ於テ斯ル物權ノ買受代價ノ辨濟ヲ受クルモ抵當權ハ消滅スルモノニアラストセリ然ラハ地上權ハ如何ト云フニ余ハ所有權ノ代價ト同シク目的物全體ノ價格ト同一若クハ大差ナキモノト認ムルコト能ハスシテ寧ロ永小作權ニ類似スルモノト信ス即チ地上權ハ之ヲ買受クルヨリモ地代ヲ支拂ヒテ設定スルヲ常トス又假リニ地上權ノ賣買アリトスルモ其代價ハ目的物ノ全體ニ比スレハ常ニ少額ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ立法論トシテハ伊太利民法ノ如ク所有權ノ代價ニ付テノミ本條ノ規定ヲ設ケ地上權ニ付テハ之ヲ設ケサルヲ可トスヘシ我民法ハ所有權ト地上權ノ代價ノ間ニハ大差ナキモノト速斷シ此規定ヲ設ケタルモノナルヘキモ誤レルモノト云ハサルヘカラス

二　抵當權者ノ請求ニ應シテ第三取得者ハ代價ノ辨濟ヲ爲サヽルヘカラス

民法ハ抵當權者カ自ラ進ンテ代價ノ請求ヲ爲シ而シテ其辨濟ヲ得タルトキハ抵當權ヲ喪失スルモ異議ナキコトヲ自ラ表示スルモノト推定シ而シテ此規定ヲ設ケタルモノナルヘシ之ニ反シ第三取得者カ自ラ進ンテ代價ヲ辨濟シタルトキハ債務者ニ代ハリテ辨濟シタルモノト認ムヘキモノナルヲ以テ其辨濟ハ一部ノ辨濟ト看做スヘキモノニシテ從テ其殘部ニ付テハ抵當權ヲ行使スルコトヲ得セシムルヲ相當トスルカ故ニ民法ハ此條件ヲ必要トシタルナリ

以上二箇ノ條件ヲ具備スルトキハ其代價カ債務ヲ完濟スルト否トニ關セス抵當權ハ其第三取得者ニ對シテハ消滅スルモノナルヲ以テ抵當權者ナルモノハ熟考ノ後此代價請求ノ方法ニ出テサルヘカラス然ラサレハ不測ノ損失ヲ免カレサルヘシ而シテ第三百七十二條及第三百四條ニ依リテ賣買代金ノ上ニ抵當權ヲ行フハ取リモ直サス代價ノ辨濟ヲ請求スルニ外ナラサルヲ以テ其辨濟ヲ得レハ第三取得者ニ對シテ抵當權ヲ行フコトヲ得サルニ至ル從テ抵當權者ハ輕忽ニ此規定ニ依賴スルコトハ之ヲ避ケサルヘカラス

第三取得者カ右二箇ノ條件ヲ履マスシテ代價ヲ辨濟シタルトキト雖モ其代價カ債務ヲ完濟スルニ充分ナルトキハ抵當權ノ消滅ヲ來スハ勿論ナリ若シ一部

ノ辨濟ニ充ツルニ過キサルトキハ抵當權ハ消滅スルモノニアラサルヲ以テ抵當權者ハ殘部ノ債權ニ付テ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ルナリ

以上ハ不動產ノ所有權ヲ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニ關スル規定ノ說明ナルモ此規定ハ第三百六十九條第二項ニ依リテ地上權又ハ永小作權ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニモ準用スヘキモノナルヲ以テ其效力ヲ第三者ニ及ホスヤ否ヤニ付テハ右ニ述ヘタル所ト同一ニ論スルコトヲ得ルモノトス

第二款　滌除

滌除ハ抵當權ノ目的物ノ第三取得者カ其抵當權ノ追及ヲ免カルヽ方法ニシテ第三取得者カ抵當權者ニ抵當債務ヲ辨濟セサルモ或金額ヲ支拂ヒ又ハ供託シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ蓋此方法ハ佛國民法ノ創メテ設ケタルモノニシテ他ノ國ニ於テ之ヲ認ムルモノアルモ皆佛國民法ニ模倣シタルモノナリ此方法ハ佛語ニテ之ヲ Purge ト云ヒ此語ノ原意ハ疾病ヲ掃蕩除去スルコトヲ意味ス而シテ不動產ニ抵當權ノ附著スルトキハ猶人身ニ疾病アリテ十分ナル動作ヲ爲スコト能ハサルカ如ク不動產モ完全ナル效用ヲ爲スコト能ハス而シテ之ヲ除去スルハ恰モ人身ヨリ疾病ヲ除クト同一ナルヲ以テ此方法ニ對シ斯ク醫學上ノ文字ヲ藉リ用ヰシナリ

抑モ抵當權ハ一面ヨリ之ヲ觀察スレハ一種ノ物權ナルヲ以テ抵當權ノ附著セシ不動產ヲ取得シタル者ハ苟モ其抵當權ノ消滅セサル以上ハ其效力ノ追及ヲ免カルヽコト能ハサルハ勿論ナリ然レトモ他ノ一面ヨリ觀レハ抵當權者カ抵當權ニ依リテ得ヘキ利益ハ抵當物其物ニアラスシテ抵當物ノ代價ノ上ニ在ルコトハ其債權額ノ幾許タルニ拘ハラス實際抵當權ノ利益ハ其目的物ノ價額ヲ超過スルコト能ハサルヲ以テ之ヲ知ルコトヲ得ヘキナリ故ニ第三取得者カ抵當物ノ價額ヲ支拂ヒタル場合ニ於テ抵當權ヲ消滅セシムルモ實際抵當權者ノ利益ヲ害スルコトナク加之不動產ニ附著スル抵當權ハ一般ノ原則ニ從ヒ債務ノ全部ヲ辨濟スルニアラサレハ之ヲ消滅セシムルコト能ハサルモノトセハ抵當物ハ之ヲ買受クル者ヲ減シ自然融通ノ外ニ置カルヽノ結果ヲ生スルカ故ニ社會經濟上亦頗ル不利益ナリト云ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ特ニ滌除ト稱スル方法ヲ設ケ以テ第三取得者ヲ保護セリ然レトモ滌除ノ爲ニ抵當權者ノ利益ヲ害スヘキモノニアラ

サルハ勿論ナルヲ以テ何レノ國ノ法律ニ於テモ一定ノ條件ノ下ニ於テノミ之ヲ認メサルモノナシ我民法モ亦其第三百七十八條乃至第三百八十六條ヲ以テ其條件ヲ規定セルヲ以テ余ハ之ヲ(一)滌除權者(二)滌除ノ期間(三)滌除ノ手續ノ三段ニ區別シ左ニ説明セントス

第一　滌除權者　滌除權者ハ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

一　抵當物ノ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ナルコト　第三百七十八條ハ抵當不動産ノ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ニノミ滌除權ヲ付與スルヲ以テ抵當物ノ占有權、地役權、留置權又ハ先取特權等ヲ取得シタル者ハ滌除權ヲ有セサルハ論ヲ俟タス蓋抵當權ハ所有權、地上權及永小作權ニ付テノミ之ヲ設定スルコトヲ得ルモノニシテ抵當權ノ目的トスルコトヲ得サル物權ノ代價ヲ支拂フカ爲ニ抵當權ノ消滅ヲ來スヘキ理由ナク加之占有權、地役權、留置權又ハ先取特權等ノ價額ト抵當權ノ目的ノ價額トハ其間ニ大ナル懸隔アルモノナルヲ以テ若シ是等ノ權利ヲ取得シタル者ニ滌除權ヲ行ハシムルモノトセハ抵當權者ハ大ナル損害ヲ被ルニ至ルヲ以テ何レノ國ノ法律ニ於テモ第三取得者ニ制限ヲ設ケサルハナシ

抵當物ノ所有權ヲ取得シタル第三者ニ滌除權ヲ付與スルハ事理ニ於テ當然ニシテ特ニ説明ヲ要セサルモ地上權及永小作權ノ取得者ニ此權利ヲ付與シタルニ付テハ少シク説明ヲ要スヘキモノアリ而シテ其カ説明ヲ爲スニハ二箇ノ場合ニ區別セサルヘカラス即チ第一ハ所有權ヲ抵當權ノ目的トシタル場合ニシテ第二ハ地上權又ハ永小作權ヲ抵當權ノ目的トシタル場合是ナリ地上權又ハ永小作權ヲ目的トシタル場合ニ第三取得者ヲシテ地上權又ハ永小作權ノ代價ヲ支拂ハシメ以テ抵當權ノ消滅ヲ來スヘキモノトスルハ毫モ不當ナルコトナシト雖モ所有權ヲ以テ抵當權ノ目的トシタル場合ニ於テモ同シク滌除權ヲ行フコトヲ得トセハ余ハ頗ル不當ナル結果ヲ生スルコトナキヤヲ疑フ例ハ甲ハ乙ニ對シテ千圓ノ價格アル不動産ヲ抵當トシ金千圓ヲ貸渡シタル後ニ乙ハ丙ニ對シテ其抵當物ニ付キ五年間四百圓ノ報酬ヲ以テ地上權ヲ設定シタルモノト假定セン　此場合ニ於テ丙ナル地上權ノ第三取得者カ滌除權ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ甲ハ僅カニ四百圓ノ支拂ヲ受ケ

タルカ爲ニ其抵當權ヲ喪失セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ永小作權ニ付キテモ亦同シ是レ頗ル抵當權者ヲ酷待スルモノト云ハサルヘカラス故ニ多クノ法律ニ於テハ滌除權ヲ所有權ノ取得者ニ限リテノミ之ヲ付與セリ茲ニ於テカ余ハ此規定ハ前掲第二ノ場合ニノミ適用スヘキモノナルカ又ハ第一、第二ノ場合ニ通シテ適用スヘキモノナルカト疑ヲ生スヘキモノト信ス之ヲ第二ノ場合ニノミ適用スヘキモノトセハ何等ノ不都合ヲ生セサルモ然レトモ法文ノ解釋トシテハ第一、第二ノ場合ニ通シテ適用スヘキモノトスルヲ正當トスヘキカ如シ何トナレハ法文上何等ノ區別ヲ設ケサルノミナラス起案者ノ說明ニ依テ見ルモ地上權又ハ永小作權ノ代價ハ殆ト所有權ノ代價ト同視スヘキモノナリ從テ滌除權ヲ獨リ所有權取得者ニノミ之ヲ付與スルノ理由ナシト言ヘルヲ以テナリ然レトモ地上權若ハ永小作權ノ代價ヲ以テ所有權ノ代價ト同一若ハ大差ナシトスルハ根底ニ於テ誤謬タラスンハアラス短期ノ地上權ノ代價ノ如キハ固ヨリ所有權ノ代價ト同視スヘキモノニハアラサルナリ然レトモ兎ニ角起案者ノ說明ト云ヒ且若シ此規定ヲ第二ノ場合ニノミ適用スヘキモノトセハ特ニ此規定ヲ設クルノ必要ナク第三百六十九條第二項ノ準用ニ依リ同一ノ結果ヲ見ルコトヲ得ルヲ以テ是等ノ點ヨリ論究シテ此規定ハ決シテ第二ノ場合ニノミ適用スヘキモノニアラスト解スルヲ正當トセサルヘカラス果シテ然ラハ余ハ立法上極テ惡法ナルヘシト信スルナリ

二　主タル債務者、保證人及其承繼人ニアラサル第三者タルコト　茲ニ所謂第三者トハ抵當設定行爲ヨリ立言シタルモノナルヲ以テ抵當權設定者、抵當權者及其承繼人以外ノ者ハ凡テ第三者タリ而シテ抵當權設定者自ラ債務者タル場合ト否トニ關セス縱令抵當物ノ所有權ヲ取得スルコトアルモ第三取得者ニアラサルカ故ニ滌除權ハ之ヲ行使スルコトヲ得ス例ハ地上權者カ其地上權ニ付キ抵當權ヲ設定シタル後ニ其目的物ノ所有權ヲ取得シタル場合ト雖モ滌除權ヲ行使スルコトヲ得ス何トナレハ自ラ抵當權ヲ設定シタル者ハ抵當權者ヲシテ完全ニ其權利ヲ行ハシムヘキ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ之ニ滌除權ヲ與フヘキモノニアラサルコト勿論ナレハナリ

主タル債務者、保證人及其承繼人ハ自ラ抵當權ヲ設定セサル場合ニ於テハ固ヨリ第三者タルニ相違ナキモ然レトモ是等ノ者ニモ亦滌除權ヲ付與スヘキモノニアラス何トナレハ是等ノ者ハ抵當債務即チ主タル債務ヲ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スヘキモノニシテ其義務ヲ擔保スル抵當權ハ特ニ之ヲ尊重セサルヘカラサルノ義務アリ然ルニ是等ノ者ニ滌除權ヲ與フルモノトセハ抵當權ヲ尊重セシメサルノ結果ヲ來スモノニシテ固ヨリ立法上許スヘキモノニアラサレハナリ(三七九)

三　登記シタル第三取得者タルコト　滌除權ハ既ニ第一ノ條件トシテ說述シタルカ如クニ抵當物ノ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ニアラサレハ之ヲ取得スルコトヲ得サルモノニシテ且其取得ノ登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルカ故ニ登記シタル第三取得者ニアラサレハ滌除權ヲ有セサルモノナルコトモ亦自ラ明ナリ

以上三箇ノ條件ヲ具備スル者ハ所謂滌除權ヲ有シ且之ヲ行使スルコトヲ得ルモ停止條件附第三取得者ハ條件ノ成否未定ノ間ハ滌除權ヲ行使スルコトヲ得ス換言スレハ停止條件ノ成就シタル時ニ於テ始テ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ(三〇)而シテ此場合ハ當事者カ條件成就ノ效果ヲ其以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタル場合ト然ラサル場合トヲ區別スルコトヲ必要トセス何トナレハ停止條件附權利ハ條件ノ成就ニ因リテ始テ確定スルモノナルカ故ニ其成就スルヤ否ヤ不明ナル場合ニ滌除權ノ如キ强大ナル權利ノ行使ヲ認ムヘキモノニアラサレハナリ次ニ解除條件附ノ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ果シテ滌除權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ法文ニ何等規定スル所ナキモ解釋上當然之ヲ行フコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス蓋解除條件附物權ハ其取得ノ當時ヨリ完全ニ成立スルモノニシテ唯條件ノ成就ニ因リテ消滅スヘキ運命ヲ有スルニ過キス且我民法ノ規定ニ依レハ條件成就ノ效果ハ將來ニ向テノミ生スルヲ通則トシ唯當事者カ特ニ之ヲ其以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタル場合ニ於テノミ其以前ニ遡リテ效果ヲ及ホスヘキモノトスルヲ以テナリ故ニ特別ノ意思表示ナキ場合ニ於ケル解除條件附物權ノ取得者ハ滌除權ヲ行フコトヲ得ルノミナラス條件成就ノ效果ヲ以前ニ遡ラシムル意思

ヲ表示シタル場合ト雖モ第三百八十條ノ如キ特別ノ規定ナキヲ以テ總則第百二十九條ノ規定ニ從ヒ等シク滌除權ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス然ラハ解除條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滌除權ヲ行使シ後ニ至リテ其條件成就シ第三取得者カ其權利ヲ失ヒタルトキハ一旦滌除ヲ行ヒシ抵當權ハ復活スヘキモノナリヤ否ヤト云フニ之ニ對シテハ場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス即チ條件成就ノ效果カ其成就ノ時ヨリ生スル場合ニ於テハ抵當權ハ固ヨリ復活スヘキモノニアラス何トナレハ一旦消滅シタル權利カ其後ニ效力ヲ生スヘキ事由ノ爲メ復活スヘキ理由ナケレハナリ之ニ反シテ條件成就ノ效果カ法律行爲ノ當時ニ遡テ生スヘキ場合ニ於テハ抵當權ハ條件ノ成就ト共ニ復活スルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ法律行爲ハ其當初ニ遡リテ無效ニ歸スルモノナルカ故ニ滌除權モ亦當然無效ニ屬セサルヘカラサレハナリ從テ第三取得者ハ既ニ支拂ヒ又ハ供託シタル代價ハ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス

第二　滌除ノ期間　抵當權者カ其抵當權ヲ實行セントスルトキハ滌除權ヲ有スル第三取得者ヲシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシムル爲メニ之ニ對シテ豫メ抵當權ヲ實行スルコトヲ通知セサルヘカラス而シテ第三取得者ハ此通知ヲ受クルマテハ勿論此通知ヲ受ケタル後ト雖モ一个月ノ期間内ハ何時ニテモ滌除權ヲ行使スルコトヲ得(三八一、三八二第一項)

抵當權者カ其權利實行ノ通知ヲ爲スヘキ者ハ登記シタル第三取得者ニ限ルモノニシテ而シテ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル以上ハ其後ニ至リテ權利ヲ取得シタル者ニ對シテハ之カ通知ヲ爲スノ必要ナシ此場合ニ於テハ其第三取得者ハ通知ヲ受ケタル取得者カ滌除權ヲ行使シ得ヘキ期間内ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ要スルモノトス(三八二第三項)

第三　滌除ノ手續

甲　滌除ノ告知　第三取得者カ抵當權ヲ滌除セントスルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ對シテ左ノ三箇ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス

一　物權ノ取得ニ關スル要領書　此書面ニハ取得ノ原因、年月日、讓渡人及取得者ノ氏名、住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載セサルヘカラス(三八三第一號)

二　登記簿ノ謄本　但既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲クルコトヲ要セス（同上號第）

右第一號及第二號ノ書面ハ滌除權ヲ有スル第三取得者タルコトヲ各債權者ニ知ラシメンカ爲メ之ヲ必要トスルモノナリ

三　滌除權行使ノ陳述書　此書面ハ滌除權行使ノ意思ヲ表示スルモノニシテ此書面ニハ債權者カ一个月内ニ增價ノ競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從テ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載セサルヘカラス（同上號第三）

右第一號ニ所謂其他取得者ノ負擔トハ第三取得者ノ支拂フヘキ地代、小作料若ハ交換ノ報酬タル財產權ノ如シ故ニ夫ノ贈與ニ因リテ取得シタル場合ニ於テハ所謂負擔附贈與ノ場合ノ外ハ代價其他ノ負擔ノ存セサルコト勿論ナルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ之ヲ記載スルノ要ナキヤ明ナリ又第三號ニハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ記載スヘキ旨ヲ規定セリ今如何ナル場合ニ代價ヲ記載シ如何ナル場合ニ特ニ指定シタル金額ヲ記載スヘキヤト云フニ是レ全ク滌除權者ノ隨意ニシテ其指定スヘキ金額モ亦其隨意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ然レトモ實際ニ於テ其代價カ不相當ニ低廉ナルトキハ債權者ハ異議ヲ述フヘキヲ以テ相當ノ代價ヲ指定シ之ヲ記載スルヲ必要トス又同號ニ於テ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載スヘキモノトセリ今如何ナル場合ニ辨濟シ如何ナル場合ニ供託スヘキカト云フニ此場合モ亦記載者ノ擇フ所ニ任スルモノトス併シナカラ記載者カ債權者ノ權利ヲ確認スル場合ニ於テハ直ニ之ニ支拂フヲ可トシ其權利ニ付キ疑アルカ又ハ優先ノ順序ニ付キ疑ノ存スル場合ニハ供託ノ方法ヲ採ルヲ可トス蓋若シ誤テ支拂ヲ爲スニ於テハ二重拂ヲ爲スノ危險アルヲ以テナリ

乙　滌除ノ承諾及拒絕　債權者カ第三取得者ヨリ滌除ノ通知書ノ送達ヲ受ケタルトキハ滌除ヲ承諾スルカ將增價競賣ノ請求ヲ爲スコトニ依リテ之ヲ拒絕スルカ二者其一ニ出テサルヘカラス其孰レヲ選擇スルモ固ヨリ債權者ノ隨意ナルモ第三取得者ノ提供シタル金額カ相當ナル場合ニハ寧ロ之ヲ承諾スルヲ以テ債權者ノ利益ナリトス何トナレハ增價競賣ニ於テ第三取得者ノ

提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上ノ代價ヲ得ルコト能ハサルトキハ債權者ハ十分ノ一ノ高價ヲ以テ自ラ抵當物ヲ買受ケサルヘカラサレハナリ以下場合ヲ區別シテ詳說スル所アルヘシ

一　滌除ノ承諾　此承諾ノ方式ニ付テハ別段ノ規定ナキヲ以テ明示又ハ默示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ債權者カ滌除ノ通知ノ送達ヲ受ケタル後一个月內ニ增價競賣ノ請求ヲ爲サヽルトキハ一旦拒絕ノ意思ヲ表示シタルト否トニ關セス滌除ヲ承諾シタルモノト看做サルヽモノトス（第三八一項四）

二　滌除ノ拒絕　債權者カ滌除ノ提供ヲ拒絕スルニハ必ス其通知ノ送達ヲ受ケタル後一个月內ニ增價競賣ノ請求ヲ爲サヽルヘカラス何トナレハ此請求ヲ爲サヽルトキハ前段說明ノ如ク法律上滌除ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做サルヽカ故ナリ而シテ債權者カ增價競賣ノ請求ヲ爲スニハ左記ノ手續ヲ履マサルヘカラス

（イ）增價競賣ノ請求ハ第三取得者ニ對シテ之ヲ爲サヽルヘカラス　通例ハ滌除ノ通知ヲ爲シタル第三取得者ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナルモ若シ第三取得者カ滌除ノ通知ヲ爲シタル後ニ其權利ヲ更ニ他ニ讓渡シタル場合ニ於テハ其讓受人ニ對シテ增價競賣ノ請求ヲ爲スヘキモノトス此點ニ付テハ民法上何等ノ規定ナキモ讓渡人カ既ニ其權利ヲ他人ニ讓渡シタル以上ハ滌除權モ亦之ヲ他人ニ移轉シタルモノト云ハサルヘカラス唯其讓渡ニ付テ登記ヲ爲サヽル場合ニ於テハ讓渡人ニ對シテ有效ニ增價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ其登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ必ス讓受人ニ對シテ之カ請求ヲ爲スニアラサレハ其效力ヲ生スルモノニアラス（三八二項四）且競賣法第四十條ニ依レハ債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ管轄區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ且擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要ストシ此手續ヲ爲スニアラサレハ競賣ノ請求ハ全ク無效ニ屬スルモノトセリ

茲ニ民法ト競賣法トノ規定ノ上ニ聊カ差異ノ存スルアリテ多少疑ノ生スルコトヲ免レサルモノアリ即チ民法ニ於テハ既ニ述ヘタルカ如ク競

賣ノ請求ヲ爲スニハ必ス書面ヲ以テスルコトヲ要ストノ規定ナキヲ以テ必スシモ書面ヲ要スルモノトハ云フヘカラス然ルニ競賣法第四十條ニ於テハ競賣ノ請求ヲ送達シタル時ヨリ三日內ニ其管轄區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ云々ト規定スルヲ以テ競賣ノ請求ニハ書面ヲ要スルコト自ラ明ナリト云ハサルヘカラス蓋送達ナル語ハ請求ノ書面ニ對シテ用ヰルノ語ニシテ無形ノ請求ニ付キ使用スヘキ語辭ニアラサレハナリ是ニ於テ乎競賣法ハ民法ト異ル規定ヲ設ケタリヤトノ疑ヲ生スルナリ多クノ場合ニハ增價競賣ノ請求ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヘキモ必スシモ口頭ヲ以テスル場合ナシト云フコト能ハス余ハ競賣法ヲ以テ民法ノ規定ヲ變更シ又ハ補充スルノ精神ヲ以テ規定シタルモノト認ムルコト能ハス故ニ競賣法ニ所謂送達ナル文字ハ之ヲ廣義ニ解シ有形ノ書面ノ存セサル場合ヲモ包含セシムルヲ以テ相當ト信ス

(ロ) 增價競賣ノ請求ヲ爲スニハ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上ノ增價ヲ以テ抵當物ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ其增價ヲ以テ自ラ之ヲ買受クヘキコトヲ諾約セサルヘカラス蓋競賣ハ手數ト費用トヲ要スルヲ以テ抵當物カ提供ノ金額ヨリ多少ノ增加ヲ以テ賣却シ得ヘキモノトスルモ競賣費用ヲ控除セハ提供ノ金額ヨリモ減少シ實際競賣ヲ爲スニ依リテ却テ不利益ナル結果ヲ見ルコト往々之アルヲ以テ民法ハ此條件ヲ規定シ以テ增價競賣權ヲ濫用シ濫除ノ制度ヲシテ有名無實タラシメサランコトヲ期シタルモノナリ(三八四 第二項)

(ハ) 增價競賣ノ請求ヲ爲スニハ代價即チ十分ノ一ノ增價及競賣費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス 蓋增價競賣ノ請求者ニ前號ノ義務ヲ負擔セシムルモ後日其義務ヲ履行スルコト能ハサルトキハ第三取得者及他ノ債權者ハ之カ爲メ損害ヲ被ムルコトアルヘキヲ以テ法律ハ更ニ本號ノ條件ヲ定メタリ(三八四 第三項)而シテ此擔保ノ種類ハ保證金ヲ以テスヘキカ質權ヲ以テスヘキカ或ハ保證人又ハ其他ノ擔保ヲ以テスヘキカハ抵當物所在地ノ區裁判所ノ認定ニ從フヘキモノトス而シテ此擔保ノ裁判ニ付テハ絕對ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許サス(競賣法 四〇四二)

(二) 增價競賣ノ請求ハ債權者カ第三取得者ヨリ滌除ノ通知書ノ送達ヲ受ケタル後一个月內ニ之ヲ爲サヽルヘカラス　若シ此期間ヲ空過シタルトキハ債權者ハ滌除ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做サレ最早增價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス(三八四第一項)

(ホ) 債權者カ增價競賣ノ請求ヲ爲ストキハ前號ト同一ノ期間內ニ債務者及抵當不動產ノ讓渡人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス(三八五)　蓋債務者及讓渡人ハ增價競賣ニ付テハ頗ル大ナル利害關係ヲ有ス何トナレハ有償ノ讓渡人ハ夫ノ賣主ト同シク讓受人ニ對シテ所謂追奪擔保ノ義務ヲ負擔シ又債務者ハ自ラ抵當權ヲ設定セサル場合ニ於テハ抵當物ノ競賣ニ付キ抵當權設定者ニ對シテ責任ヲ負フモノナレハナリ

然ラハ追奪擔保ノ義務ヲ負擔セサル讓渡人ニ對シテハ之ヲ通知スルコトヲ要セサルヤ否ヤト云フニ法律ノ明文ヨリ論スルトキハ通知ヲ爲スコトヲ要スルモノト云ハサルヲ得サルカ如シ然レトモ余ハ此答案ヲ以テ法律ニ適合スルモノト信スルコト能ハス何トナレハ追奪擔保義務ヲ負擔セサル讓渡人ハ增價競賣ニ付テハ何等ノ利害關係ヲ有セサルヲ以テ之ニ競賣ノ通知ヲ爲スノ必要ヲ見ス加之債權者カ競賣請求ノ通知ヲ怠リタル場合ニ於テ如何ナル制裁ヲ受クヘキモノナルヤト云フニ或論者ハ增價競賣ノ請求其レ自體カ無效ニ歸スルモノナリト論シ而シテ此說ハ第三百八十五條ニ「……不動產ノ讓渡人ニ之カ通知ヲ爲スコトヲ要ス」トアル「要ス」ノ文字ニ重キヲ置キタルニ基因スルモノナラン然レトモ「要ス」ナル文字ヲ常ニ無效ノ結果ヲ生セシムルモノト解釋スレハ極テ危險ニシテ獨リ民法ノミナラス總テノ法律ヲ解スルニ當リテモ宜シク各其場合ヲ熟考シタル後始テ「要ス」ノ規定ニ違反シタルカ爲メニ無效ノ制裁ヲ生スヘキヤ否ヤヲ判定セサルヘカラス余ハ本條ノ場合ハ縱令通知ヲ爲サヽルモ競賣請求其モノヽ無效ヲ來スモノニアラスト信ス唯此場合ニ於テハ其通知ヲ受ケサル者ハ通知スヘキ者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルヘシ而シテ讓渡人カ競賣ニ付テ何等ノ利害關係ヲ有セサル場合ハ債權者ヨリ其通知ヲ受ケサルカ爲メ毫モ損害ヲ被

ルヘキ理由ナシ從テ假ニ競賣請求ノ通知ハ斯ノ如キ利害關係ナキ讓渡人ニ對シテモ亦通知ヲ爲スヘキモノトスルモ債權者カ其義務ニ背キタル場合ニ於テ讓渡人ハ何等ノ救濟權ヲ有スルモノニアラス此理由ニ依ルモ債權者ハ斯ノ如キ讓渡人ニ對シテ通知スルノ義務ナシトノ論結ヲ下スモ毫モ不當ニアラサルヘキヲ信スルナリ

次ニ讓渡人カ順次數人アル場合ニ於テハ其最後ノ讓渡人ニ對シテ通知スルノミヲ以テ足ルヤ將又總テノ讓渡人ニ通知スルコトヲ要スルヤト云フニ余ハ總テノ讓渡人ニ對シテ其通知ヲ爲スヘキモノト信ス何トナレハ法文上其區別ヲ設ケサルノミナラス各讓渡人ハ各讓受人ニ對シテ擔保ノ義務ヲ負擔スルカ故ニ增價競賣ニ付テハ利害ノ關係ヲ有スレハナリ但何等ノ利害關係ナキ讓渡人ニ對シテハ最初ノ讓渡人タルト最後ノ讓渡人タルトヲ問ハス其通知ノ必要ナキハ前段ニ於テ說明シタル所ノ如シ

丙　滌除拒絕ノ取消　債權者カ滌除ノ提供ヲ拒絕スルニハ一定ノ期間內ニ增價競賣ノ請求ヲ爲サヽルヘカラス即チ知ルヘシ增價競賣ノ請求ヲ爲スハ滌除ノ請求ヲ拒絕スル所以ニシテ而シテ此增價競賣ノ請求ヲ取消スハ滌除請求ノ拒絕ノ取消ナルコトヲ而シテ增價競賣ノ請求ヲ取消スニハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス蓋一人ノ債權者カ增價競賣ノ請求ヲ爲シタルトキハ他ノ債權者ハ別ニ何等ノ手續ヲ盡サスシテ當然其利益ヲ受クヘキモノナリ故ニ若シ一定ノ期間ノ既ニ經過シ又ハ經過スルニ垂ントスル場合ニ於テ債權者ハ其爲シタル增價競賣ノ請求ヲ隨意ニ取消スコトヲ得ハ他ノ債權者ハ更ニ增價競賣ノ請求ヲ爲サントスルモ其時期ヲ失スルカ爲ニ之カ請求ヲ爲スコト能ハサルノ結果意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘシ是ヲ以テ法律ハ他ノ債權者ノ承諾アルニアラサレハ增價競賣ノ請求ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトセシナリ(三八六)而シテ此規定ノ解釋ニ付テハ二箇ノ學說アリ其一ハ他ノ債權者ノ承諾ヲ得レハ相手方タル第三取得者ノ承諾ハ之ヲ要セスシテ增價競賣ノ請求ヲ取消スコトヲ得トスルモノニシテ其二ハ他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルノミナラス相手方タル第

三取得者ノ承諾ヲモ得ルニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得スト主張スルモノ是ナリ此第二論者ノ理由トスル所ハ蓋增價競賣ノ請求ハ所謂單獨行爲ナルカ故ニ相手方ニ對シテ其通知ヲ爲シタル以上ハ當然其效力ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス既ニ其效力ヲ生スルモノトセハ相手方ノ承諾ヲ得タル場合ハ格別ナルモ否ラサル場合ハ之ヲ取消サントト欲スルモ亦得ヘカラサルモノト云フヘシ故ニ第三百八十六條ハ相手方タル第三取得者ノ承諾ヲ得ル外ニ更ニ他ノ債權者ノ承諾ヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノニシテ決シテ右第三取得者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要セサルコトヲ定メタルモノニアラスト云フニ在ルモ然レトモ第三百八十六條ハ其裏面ニ於テ他ノ債權者ノ承諾ヲ得タルトキハ其請求ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノニシテ相手方タル第三取得者ノ承諾ヲ要セサルモノト解釋スルヲ相當トス尤モ法條ノ裏面解釋ハ頗ル危險ニシテ往々誤謬ニ陷ルノ虞アルモ然レトモ第三取得者ハ既ニ滌除權ヲ行使スル旨ノ意思ヲ表示シタルモノニシテ而シテ增價競賣ノ請求ヲ取消スハ即チ滌除ノ提供ヲ承諾スルニ外ナラスシテ之カ爲ニ第三取得者ノ意思ニ反スルノ結果ヲ生スルコトナシ是ヲ以テ余ハ斯ル場合ニ於テハ裏面解釋ヲ爲スモ毫モ誤謬ニ陷ルノ虞ナク寧ロ正當ナル見解ナリト信スルナリ

第三款　競賣

抵當權者カ其抵當權ヲ實行セントスルトキハ滌除權ヲ有スル第三取得者ニ對シテ其旨ヲ通知スルコトヲ要シ第三取得者カ其通知ヲ受ケタル場合ニ滌除權ヲ行使セントスルトキハ一个月內ニ其權利ヲ行使セサルヘカラサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然ルニ若シ第三取得者カ右ノ期間內ニ滌除權ヲ行使セサルカ又ハ債務者及第三取得者ヨリ債務ノ辨濟ヲ爲サヽルトキハ抵當權者ハ抵當物ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得(三七八)而シテ其競賣ノ手續ニ至リテハ競賣法ノ規定ニ依ルヘキハ勿論ナルモ民法ハ或重要ナル事項ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ左ニ之ヲ說明スヘシ

第一　競賣ノ目的　競賣ノ目的物ハ抵當權ノ目的物タルコト勿論ナルモ特別ノ場合ニ於テハ特ニ其範圍ヲ規定スルノ必要アリ夫ノ土地及其上ニ存在スル建

物ヲ併セテ抵當トナシタル場合又ハ土地ト建物トカ別人ノ所有ニ屬スル場合ニ之ヲ各別ニ抵當トナシタルカ如キ場合ニ於テハ其各抵當權ノ目的物ヲ競賣ニ付シ何等困難ナル問題ヲ生スルコトナシ然レトモ土地ト建物トカ同一ノ人ニ屬スル場合ニ其土地ノミ又ハ建物ノミヲ抵當權ノ目的物トナシタル場合ニ於テハ普通ノ原則ニ委スルトキハ頗ル不當ナル結果ヲ生スルニ至ル何トナレハ抵當ノ目的タル土地又ハ建物ノミヲ競賣スルトキハ其一箇ハ競落人ノ所有ニ歸シ他ノ一箇ハ依然トシテ舊所有者ニ屬ス然ルニ普通ノ原則ヲ以テ之ヲ律スルトキハ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ何等ノ權利ヲ有セサルヲ以テ其建物ヲ取崩シ之ヲ他ニ移轉セサルヘカラサレハナリ果シテ斯ノ如クンハ何人ト雖モ建物ノミヲ目的トシテ抵當權ヲ設定スル者ナキニ至ルヘシ是レ民法カ特別ナル規定ヲ設ケタル所以ナリ

一　土地及其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當トナシタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リテ裁判所之ヲ定ムヘキモノトス（三八）例ハ土地ノ上ニ建物ノ存スル場合ニ於テ其建物ノミヲ抵當トナシ之ヲ競賣ニ付シタルトキハ競落人ハ獨リ建物ノ所有權ヲ取得スルノミナラス其建物ヲ所有スル爲メ地上權ヲモ併セテ之ヲ取得スヘク又其土地ノミヲ抵當トシテ之ヲ競賣ニ付シタルトキハ競落人ハ地上權ノ負擔アル土地ヲ取得スルニ止マリ建物ノ所有者ハ其地上權ヲ有スルカ如シ是レ法律カ建物ノ爲ニ地上權ヲ設定シタルモノト看做シタル結果ナリトス然レトモ無報酬ヲ以テ地上權ヲ設定シタルモノト看做ストキハ土地所有者ハ非常ナル不利益ヲ被ムルヘキヲ以テ法律ハ地上權者ハ所有權者ニ對シテ相當ノ地代ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セシメ而シテ地代ニ付テ當事者間ノ意思カ一致セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リテ之ヲ定ムヘキモノトセリ而シテ此請求ハ普通訴訟ノ方式ニ從フコトヲ要セス單ニ裁判所ニ其決定ヲ請求スルヲ以テ足ルモノトス

二　抵當權設定ノ後其設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競賣ニ付スルコトヲ得但其優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ

之ヲ行フコトヲ得(三八九)　抵當權設定ノ當時ニ於テハ抵當地ノ上ニ未タ建物ノ築造ナカリシモ其後ニ至リ之ヲ築造シタル場合ニ於テモ亦前項ノ場合ト同シク一般ノ原則ヲ以テ支配スルコトヲ得ル場合ト特別ノ規定ヲ必要トスル場合トアリ建物ノ築造者カ地上權者ニシテ抵當權設定者ニアラサル場合ニ於テ其地上權カ抵當權ノ登記前ニ既ニ登記セラレタルニ於テハ抵當權者ハ之ヲ承認セサルヘカラス即チ地上權ノ附著スル所有權ヲ以テ抵當權ノ目的トナシタルニ外ナラサルモノナルヲ以テ競賣ノ目的モ亦地上權ノ附著スル所有權ノミニ限リ從テ競落人モ此權利ヲ取得スルニ止マル之ニ反シ地上權カ抵當權ノ登記後ニ登記セラレタルモノナルトキハ此地上權ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコト能ハサルヲ以テ抵當權者ハ地上權ノ存セサル土地トシテ之ヲ競賣スルコトヲ得ヘク從テ競落人ハ何時ニテモ地上權者ヲシテ其築造シタル建物ヲ除去セシムルコトヲ得ルナリ

右ニ述ヘタルカ如ク建物ノ築造者カ地上權者ナルトキハ一般ノ原則ヲ以テ支配スヘキモノナルモ若シ抵當權設定者カ其抵當權設定後抵當地ノ上ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ之ヲ一般ノ原則ニ委スルコトヲ得ス若シ之ヲ一般ノ原則ニ委スルモノトセハ競賣ノ目的物ハ地所ノミニ限リテ其建物ニ及ハス唯抵當權者ハ建物ノ築造ノ爲ニ特ニ損害ヲ被ル場合ニ於テハ其建物ノ除去ヲ請求スルヲ得ルニ過キス又競落人モ地所ノ完全ナル所有權ヲ取得スルヲ以テ何時ニテモ其建物ノ除去ヲ請求スルコトヲ得ルナリ然レトモ一旦建築シタル建物ヲ取崩シ之ヲ除去スルモノトセハ其代價ハ建築物ノ古材料タルノ價格ニ過キサルヲ以テ之ヲ建物ノ代價ト比較スルトキハ容壙ノ差異ヲ生シ啻ニ抵當權設定者ノ爲ニ損害ヲ生スルノミナラス同時ニ社會經濟上ノ不利益ヲ釀スモノナルヲ以テ法律ハ特別ノ規定ヲ設ケ其築造シタル建物ハ土地ト共ニ競賣スルコトヲ得ルノ權利ヲ抵當權者ニ付與セリ然レトモ其建物ハ固ヨリ抵當權ノ目的物ナラサルヲ以テ抵當權者ノ優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得トセシナリ而シテ此規定ニ關シテハ二箇ノ疑問ヲ生ス一ハ抵當權者ハ建物ノ除去ヲ請求スル權利ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニシテ他ハ抵當權設定者ハ之ヲ除去スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ第一ノ問題ニ付キテハ抵當權者カ

建物ト共ニ地所ヲ競賣スルカ爲メニ特ニ損害ヲ被ルヘキ場合ニ於テハ其建物ノ除去ヲ請求スルコトヲ得ルモ何等ノ損害ヲ被ラサル場合ニ於テハ之ヲ請求スル權利ヲ有セサルモノト信ス而シテ土地ト建物トヲ共ニ競賣スルカ爲ニ抵當權者カ損害ヲ被ルカ如キ場合ハ極テ稀ナルカ故ニ建物ノ除去ヲ請求シ得ル場合モ亦稀ナリト云ハサルヘカラス或論者ハ抵當權者ハ何等ノ條件ヲ要セスシテ建物ノ除去ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナリト主張スルモ余ハ此說ニ服スルコト能ハス何トナレハ抵當權ノ設定ハ其設定者ヲシテ目的物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ禁スルモノニアラサルカ故ニ抵當權者ハ自ラ何等ノ損害ヲ被ルコトナキニ拘ラス建物ノ除去ヲ請求スルノ理由存セサレハナリ次ニ第二ノ問題ニ付テハ抵當權設定者ハ自ラ建物ヲ除去セント欲セハ之ヲ除去スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ建物ハ抵當權ノ目的物ニアラサルヲ以テ之ヲ除去スルモ抵當權者ニ何等ノ損害ヲ及ホスモノニアラサレハナリ故ニ第三百八十九條ノ規定ハ抵當權設定者カ其築造シタル建物ヲ自ラ除去セサルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ其建物ヲモ併セテ競賣ニ付スルコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノト解スヘキナリ

第二　第三取得者ノ權能

一　第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得　元來競賣人ノ外ハ何人ト雖モ競買人ト爲ルコトヲ得ルヲ原則トス而シテ第三取得者ハ現ニ競賣ノ目的物ノ所有者ニシテ寧ロ競賣人ノ位地ニ立ツ者ナルカ故ニ一般ノ原則ヨリ論スルトキハ競買人ト爲ルコト能ハサルモノト云ハサルヘカラス然レトモ第三取得者ハ其實質上ノ利害關係ヨリ觀察スレハ其競賣ニ於テ之ヲ競落セント欲スルノ念慮アルヘキハ當然ナルノミナラス抵當權者ノ利害ヨリ觀察スルモ抵當權者ハ何人ニテモ多額ノ代價ヲ提供スル者ニ其目的物ヲ競落スルコトヲ希望スルモノナルカ故ニ民法ハ其第三百九十條ヲ以テ第三取得者モ亦競買人ト爲ルコトヲ得ト規定セリ

二　第三取得者カ抵當不動產ニ付テ必要費又ハ有益費ヲ支出シタルトキハ第百九十六條ノ區別ニ從ヒ不動產ノ代價ヲ以テ最モ先ニ其償還ヲ受クルコトヲ得(三九)　蓋物ノ保存ノ爲ニ費シタル金額其他ノ必要費ノ全部遊ニ物ノ改

良ノ爲ニ費シタル金額其他ノ有益費ノ中ニテ現ニ物ノ價格ノ增加ヲ來シタル部分ハ其物ノ所有者ノ負擔ニ屬スヘキハ當然ノ條理ナリ何トナレハ若シ所有者カ之ヲ負擔セサルモノトセハ他人ノ費用ニ因リテ謂レナク利益ヲ受クルノ結果ヲ生シ夫ノ不當利得ノ原則ニ反スレハナリ是レ第百九十六條及第三百七條ハ所有者ニ此負擔ノ義務ヲ認メ且此債務ニ付テハ一般ノ先取特權ヲ規定シタル所以ナリ然レトモ第三取得者ハ自ラ物ノ所有者ナルカ故ニ一般ノ原則ヨリ論スルトキハ其物ニ加ヘタル必要費又ハ有益費ハ自ラ之ヲ負擔スヘキモノニシテ他人ヲシテ之ヲ負擔セシムヘキモノニアラサルヲ以テ右二條ノ規定ハ第三取得者ニハ固ヨリ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然レトモ實質上ノ利害關係ヨリ觀察スルトキハ第三取得者ハ恰モ所有者ニアラスシテ而シテ目的物ニ必要費及有益費ヲ施シタルト同一ニ論スルコトヲ得何トナレハ第三取得者ハ一旦其物ノ所有權ヲ取得シタルモノナルモ抵當權實行ノ結果トシテ其所有權ヲ失フモノナルカ故ニ恰モ他人ノ所有物ニ付キ是等ノ費用ヲ支出シタルト同一ノ結果ヲ生スヘケレハナリ是ヲ以テ民法ハ第三百九十一條ヲ設ケ第三取得者ヲシテ抵當物ノ代價ヨリ其支拂ヒタル必要費及有益費ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシメタリ而シテ此規定ハ第三取得者カ競落人トナリタル場合ト他ノ者カ競落人トナリタル場合トヲ區別セサルヲ以テ其何レノ場合ニ於テモ適用セラルヘキハ勿論ナリ

第三　競賣代價ノ配當方法

一　債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動產ノ價格ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツヘキモノトス（三・九一第一項）　蓋債權者カ一箇又ハ數箇ノ債權ニ付テ唯一箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テハ一般ノ原則ニ從ヒ其抵當權ノ順位ニ應シテ競賣代價ヲ配當スレハ足リ特ニ別段ノ規定ヲ設クルノ必要ナキモ債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テハ之ヲ一般ノ原則ニ委スルコトヲ得ス何トナレハ一般ノ原則ニ依レハ抵當權者ハ自己ノ選擇ニ從ヒ數箇ノ抵當物ノ中其一箇

ノ競賣代價ヨリ債權全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス是レ抵當權ノ不可分ヨリ生スル當然ノ結果ナリ然レトモ他ノ債權者ノ利害ヲ考フルトキハ斯ク一般原則ニ委スルトキハ頗ル穩當ヲ缺クヘシ例ハ甲カ丁ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有シ而シテ各千圓ノ價格アル一番地及二番地ノ二筆ノ土地ニ付キ第一順位ノ抵當權ヲ設定シ次ニ乙モ同一ノ債務者丁ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有シ一番地ノ土地丈ケニ付キ第二順位ノ抵當權ヲ設定シ更ニ丙モ亦丁ニ對シテ無擔保ノ五百圓ノ債權ヲ有スル場合アリト假定センニ今此二箇ノ抵當物ヲ競賣ニ付シテ同時ニ配當ヲ爲スヘキ場合ニ甲ハ其選擇ニ依リテ第一ノ地所ヨリ債權全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセハ乙ナル第二順位ノ抵當權者ハ抵當物ノ代價ヨリ一錢ノ辨濟ヲモ之ヲ受クルコトヲ得サルニ至リ丙ナル無擔保ノ債權者ト同一ノ地位ニ立チ二番地ノ代價ニ付キ平等ノ辨濟ヲ受クルニ止マルヘシ之ニ反シテ甲カ先ツ二番地ノ代價ヨリ配當ヲ受クルモノトセハ乙ハ一番地ノ競賣代價千圓ヲ受クルコトヲ得丙ハ一錢ノ配當ヲモ受クルコト能ハサルニ至ルナリ斯ノ如ク甲ノ選擇如何ニ依リテハ甲自身ニ於テハ毫モ利害ノ關係ナキモ他ノ債權者ニ大ナル痛痒ヲ感セシムルノ結果ヲ生スルカ故ニ民法ハ諸債權者ノ利益ヲ調和センカ爲ニ特ニ第三百九十二條第一項ヲ設ケタリ

今右ニ述ヘタル特別規定ニ依レハ前例二箇ノ土地ハ同一價格ナルカ故ニ甲ノ債權額ヲ二分シ而シテ其一部即チ五百圓ヲ以テ各地所ノ競賣代金ヨリ辨濟スヘキ金額トス即チ一番地ヨリモ五百圓、二番地ヨリモ五百圓ノ辨濟ヲ受クルモノトス從テ一番地及二番地ノ競賣代價ヨリ各五百圓ノ剩餘ヲ生スルヲ以テ乙ハ一番地ノ代價ノ殘餘五百圓ノ配當ヲ受ケ二番地ノ代價ノ殘餘五百圓ハ乙ノ不足額五百圓ト丙ノ債權額五百圓トカ平等ノ割合ヲ以テ其配當ヲ受クルニ至ルナリ

二　債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當セス或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ其代價ニ付キ債權全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒテ右ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付キ辨濟

ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得(第三九二項)

蓋同一ノ抵當權ノ目的物カ數箇ノ不動產ヨリ成立スル場合ニ於テ同時ニ全部ヲ競賣セスシテ其一箇ノ不動產ノミヲ競賣ニ付シ而シテ其代價ヲ配當スヘキ場合ニ於テハ一般ノ原則ノミニ依ルコト能ハス亦前項ノ特別規定ノミニ依リテ之ヲ決スルコトモ能ハサルナリ是ヲ以テ法律ハ一般ノ原則ト前示特別規定トヲ併用スヘキモノトシテ巧ミニ諸債權者ノ利益ヲ調和セリ今此規定ニ依レハ抵當權者ハ其債權ノ全部ニ付キ抵當物中一箇ノ不動產ノ代價ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス然レトモ是レ一般ノ原則ヲ適用シタルモノニ過キサルヲ以テ此規定ノミニ依レハ前例ニ於ケル乙及丙ハ一錢ノ辨濟ヲモ受クルコト能ハサルニ至ルヲ以テ法律ハ更ニ乙ナル次位ニ在ル抵當權者ニ對シテハ前項ノ規定ニ從テ甲ナル債權者カ他ノ不動產ニ付テ辨濟ヲ受クルニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行ハシムルコトヲ規定シ他日他ノ地所ヲ競賣ニ付シテ千圓ノ代價ヲ得タリトスレハ乙ハ代位權ニ依リテ先ツ五百圓ノ配當ヲ受ケ殘餘ノ代價五百圓ニ付テハ丙ナル無擔保債權者ト平等ノ地位ニ立チ其配當ヲ受クヘキモノトス之ヲ要スルニ此規定ハ一部ハ普通ノ原則ニ依リ一部ハ特別ナル代位ノ法則ヨリ成立スルモノニシテ而シテ其結果ヨリ之ヲ觀レハ同時ニ抵當物ヲ競賣シテ配當ヲ爲ス場合ト數次ニ競賣シテ配當スル場合トノ間ニ何等ノ差異ナキモノトス

右ニ述ヘタル代位權ハ法律カ特ニ次ノ順位ニ在ル抵當權者ニ付與シタルモノナルカ故ニ之ヲ登記スルノ必要ナシ然レトモ若シ之ヲ登記セントセハ附記ノ方式ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ代位權者カ此附記ノ登記ヲ爲スハ或場合ニ於テハ自己ノ利益ヲ保護スル爲メニ必要ナル手續タルナリ何トナレハ第三取得者カ滌除權ヲ行使スルニ當リテハ登記シタル債權者ノミニ通知スレハ足ルモノニシテ從テ代位權ニ付キ登記ヲ爲サヽルトキハ滌除權行使ノ通知ヲ受クルコト能ハサルノ結果滌除權ノ行使アルコトヲ知ラスシテ遂ニ增價競賣ノ請求ヲ爲スノ時機ヲ失フコトアルヘケレハナリ又抵當不動產ノ代價ハ登記簿ニ依リテ配當スヘキモノナルカ故ニ代位權ノ登記ヲ爲サヽルトキハ配當ニ與ルコト能ハサルノ虞モアルナリ之ヲ以テ

代位權者ハ自己ノ利益ノ爲メニ附記ノ方式ニ依リテ登記ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ規定ニ基キ此方法ヲ採ルヲ以テ安全ナリトス

三　抵當權者ハ抵當物ヲ差措キ他ノ財産ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤ　此問題ハ二箇ノ場合ヲ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス一ハ抵當物ノ代價ト他ノ財産ノ代價トヲ同時ニ配當スヘキ場合ニシテ他ハ抵當物ノ代價ニ先チ他ノ財産ノ代價ヲ配當スヘキ場合即チ是ナリ

第一ノ場合ニ於テハ抵當權者ハ先ツ抵當權ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケ其不足部分ニ付テノミ他ノ財産ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得(三九四第一項)蓋抵當權者ノ權利ニ付テハ立法上二箇ノ主義アリ即チ一ハ抵當債權者ハ抵當權ト普通債權者ノ權利トヲ二重ニ併有スルモノトシ他ノ一ハ抵當債權者ハ抵當權ト普通債權者ノ權利トヲ併有スルコトヲ得スシテ抵當物ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル部分ニ付テノミ普通債權者ノ權利ヲ有スルモノトスルノ主義是ナリ今此二主義ノ利害ヲ考フルニ第一ノ主義ハ普通債權者ニ不利益ニシテ第二ノ主義ハ抵當債權者ニ不利益ナリ例ハ甲乙共ニ丙ニ對シテ金千圓ヲ貸與シ甲ハ丙ノ不動産ニ付キ抵當權ヲ設定セシモ乙ハ何等ノ擔保權ヲ有セス而シテ甲ノ有スル抵當物ノ價格カ五百圓ニシテ丙ハ尚ホ他ニ五百圓ノ財産ヲ有スト假定センニ今甲カ抵當物ノ代價五百圓ヲ差措キテ他ノ財産ノ代價五百圓ヨリ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルモノトセハ(即チ第一主義)乙ト平等ノ地位ニ立テ五百圓ノ二分ノ一即チ二百五十圓ノ配當ヲ受クルコトヽナルヘク而シテ甲ハ抵當物ノ代價ニ付テハ優先權ヲ有スルカ故ニ乙ヲ排斥シテ其代價ノ全額五百圓ヲ受ケ併セテ甲ハ七百五十圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ甲ハ先ツ抵當物ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノトセハ(即チ第二主義)抵當物ノ代價五百圓ハ先ツ甲ノ債權額千圓ニ充當シ其不足額五百圓ヲ生ス而シテ他ノ財産ハ五百圓ナルヲ以テ之ヲ甲ト乙トニ配當セハ甲ハ五百圓ノ三分ノ一即チ百六十六圓餘ヲ得乙ハ其三分ノ二即チ三百三十三圓餘ノ配當ヲ受クルニ至ル即チ甲カ辨濟ヲ受ケタル金額ハ合算シテ六百六十六圓餘トナルニ過キス之ヲ以テ孰レノ主義ニ從フヘキカハ當事者ノ利益ニ影響ヲ及ホスコト極テ大ナルヲ以テ立法上ニ於テハ最モ攻究ヲ要スヘキ

問題ニ屬スル而シテ我民法ハ斷然第二ノ主義ヲ採用セリ其理由ハ抵當權者ハ元來債務者ヲ信用セサルカ爲メニ特ニ抵當權ヲ取得シタルモノナルカ故ニ抵當物以外ノ財產ハ殆ト其計算ニ入レサリシモノト認ムルヿトヲ得ルヲ以テ先ツ第一ニ抵當物ヲ以テ辨濟ヲ受ケシメ不足アル場合ニ限リ他ノ財產ヨリ辨濟ヲ受クルモノトセシナリ

次ニ第二ノ場合即チ抵當物ノ代價ニ先チ他ノ財產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ於テハ抵當權者ハ其債權全額ノ配當ヲ求ムルコトヲ得但此場合ニハ他ノ債權者ノ請求ニ因リ抵當債權者ニ第一ノ場合ニ於ケル規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メニ其配當ヲ爲スヘキ金額ノ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトセリ(三九四第二項)此場合ニ付テモ立法例ハ固ヨリ區々ニ出テ或ハ抵當權者ハ抵當物ノ代價ニ先テ他ノ財產ノ代價ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ストスルアリ或ハ抵當權者ハ無條件ニテ他ノ財產ノ代價ヨリ債權全部ニ對スル配當ヲ受クルコトヲ得ストスルモアリ然レトモ是等ノ制度ハ皆兩極端ニ馳セ抵當債權者ヲ利スルニアラサレハ普通債權者ノ一方ノミヲ利スルノ結果ヲ生スルカ故ニ他ニ特別ノ規定ヲ設クルモノ多シ我舊民法モ債權擔保編第三百四十四條ヲ以テ一種特別ノ規定ヲ設ケタリシカ新民法ハ前揭ノ如キ規定ヲ見ルニ至レリ今此規定ヲ例解セハ前例ニ於ケル甲乙ハ各二百五十圓ノ配當ヲ受クヘキモノナルカ故ニ乙ハ甲ヲシテ其受クヘキ二百五十圓ヲ供託セシメ後日目的物ヲ競賣シテ而シテ其代價五百圓ヲ得タリトセハ甲ハ第一ノ場合ト同シク五百圓ト五百圓ノ三分ノ一即チ合計六百六十六圓ノ辨濟ヲ受クヘキモノナルカ故ニ供託金中ヨリ百六十六圓餘ヲ受取リ其他ハ乙ニ配當スヘキコトヽナルナリ從テ其結果ヨリ論スレハ第一ノ場合モ第二ノ場合モ其ニ同一ニ歸スルモノト云フコトヲ得ルナリ

第四節　賃借權者ニ關スル效力

我民法ニ於テハ賃借權ハ一ノ債權ニ外ナラサルカ故ニ當事者以外ノ第三者ニ對シテハ其效力ヲ及ホサヽルヲ原則トス然レトモ不動產ノ賃貸借ハ實質上管理ノ方法ニ外ナラサルノミナラス自ラ之ヲ使用收益スルコト能ハサル者ニ取リテハ唯一ノ方法ト云ハサルヘカラス且相當ノ賃金ヲ以テ賃貸ヲ爲スカ如キハ敢テ不

賃借權者ニ關スル效力

動産ノ價格ヲ減スルモノニアラサルカ故ニ民法ハ第六百五條ヲ以テ登記シタル不動産ノ賃貸借ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ從テ賃貸借登記ノ後ニ於テ抵當權ヲ取得シタル者ハ其賃貸借權ヲ遵守セサルヘカラス是レ一般ノ原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ然ラハ抵當權登記ノ後ニ賃貸借ノ登記ヲ爲シタルトキハ其賃貸權ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ一般ノ原則ヨリ論スレハ其對抗スルコト能ハサルヤ勿論ナリ然ルニ第三百九十五條前段ノ規定ヲ設ケ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ蓋第六百二條ニ定メタル期間ハ賃貸借ヲ管理行爲ト看做スヘキ最上ノ制限ヲ定メタルモノナルカ故ニ其期間ヲ超エサル賃貸借ハ一ノ管理行爲ニ外ナラス而シテ抵當權ノ設定ハ其設定者ヲシテ管理行爲ヲ行フコトヲ禁スルモノニアラス加之若シ其行爲ヲシテ抵當權者ニ對抗スルコト能ハサルモノトセハ抵當物ノ賃借ヲ爲ス者ナキニ至リ自ラ其不動産ヲ使用收益スルコト能ハサル者ハ遂ニ之ヲ利用スル途ナキ結果天物ヲ暴殄スルノ不利益ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ第六百二條ノ期間ヲ超エサル賃貸借ト雖モ其賃金非常ニ低廉ナルトキ又ハ賃金ヲ前拂セシ場合ノ如キハ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトナシトセス何トナレハ此場合ニ於テハ抵當物ヲ競賣ニ付スルモ其代價ハ低廉ニシテ抵當債權者ニ完濟スルニ足ル金員ヲ得ルコト能ハサレハナリ是ヲ以テ第三百九十五條但書ハ賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ場合ニ於テハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リテ其解除ヲ命スルコトヲ得ト規定シ以テ抵當權者ヲ保護セリ

抵當權ノ消滅

第三章　抵當權ノ消滅

抵當權ノ消滅原因ハ一般權利ニ普通ナルモノト抵當權ニノミ特別ノモノトノ二種アリ彼ノ債權ノ消滅、目的物ノ滅失、權利ノ拋棄又ハ混同ノ如キハ一般ノ消滅原因ニ屬ス本章ニ於テハ抵當權ニノミ特別ナル消滅原因ヲ掲ケ之カ説明ヲ爲サントスルニ在リ

第一　買受代金ノ辨濟　抵當物ノ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ之ニ代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ其第三者ノ爲メニ消滅スルモノトス（三七）

第二　抵當權ノ滌除　抵當物ノ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者カ第三百八十二條乃至第三百八十四條ノ規定ニ從テ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ供託シテ抵當權ヲ滌除シタルトキハ抵當權ハ消滅ニ歸スルモノトス（三七）

第三　抵當物ノ競賣　抵當權者カ抵當物ノ競賣ヲ請求シ管轄區裁判所カ之ヲ競賣ニ付シタルトキハ抵當權ハ消滅ス（競賣法第二項）

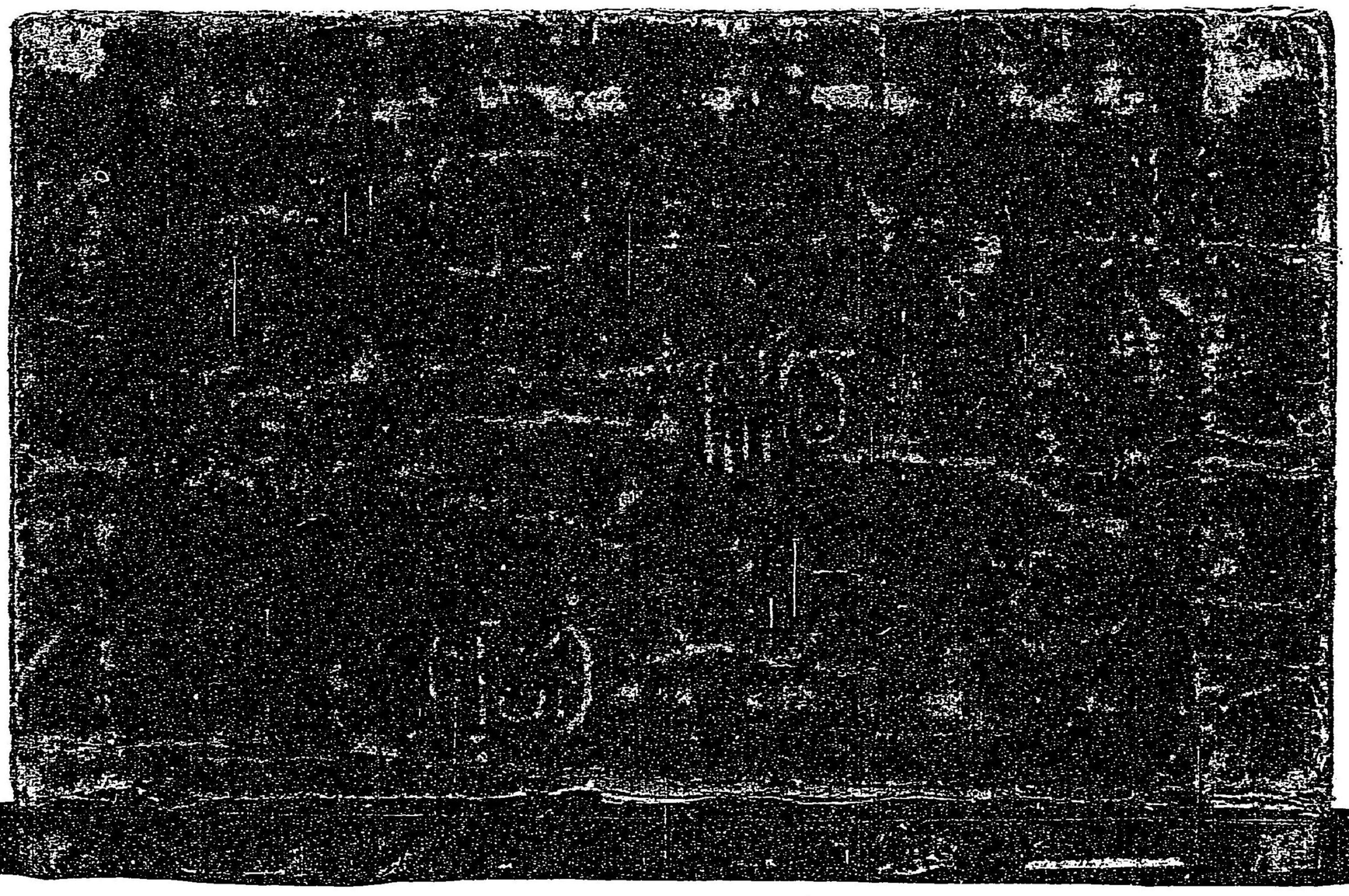
第四　時效　抵當權ヲ消滅セシムル時效ニ關シテハ二箇ノ場合ヲ區別セサルヘカラス一ハ債務者及抵當權設定者ノ爲メニスル時效ノ場合是ナリ

第三百九十六條ハ債務者及抵當權設定者ノ爲メニスル時效ニ關シ規定シテ曰ク「抵當權ハ債務者及抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニアラサレハ時效ニ因リテ消滅セス」ト蓋主タル債權カ時效ニ罹リテ消滅スルトキハ其從タル抵當權モ消滅ニ歸スヘキハ當然ナリ然ラハ其反對ニ主タル債權カ存在スル以上ハ抵當權ハ當ニ時效ニ罹ラサルモノナルヤト云フニ一般ノ原則ヨリ論スレハ債權ノ行使ト抵當權ノ行使トハ全ク別物ナルカ故ニ主タル債權ノ存在スルニ拘ラス從タル抵當權ノミ時效ニ罹ルコトアルヘキハ勿論ナリ例ハ債權者カ其債權ヲ行使スルカ又ハ債務者カ其債務ヲ承認スレハ債權ノ時效ハ中斷セラレ從テ時效ノ效力ハ生セサルモ抵當權ノ時效ハ之カ爲メ中斷セラルヘキ理由ナキヲ以テ抵當權ノミ時效ニ罹リ得ヘキモノタルコト明瞭ナリ然レトモ債務者又ハ抵當權設定者ノ爲メニスル時效ニ付テハ特別ノ規定ヲ設クル必要アリ若シ之ヲ一般ノ原則ニ委スレハ抵當權者ハ時效ヲ中斷スルカ爲メニ債權ヲ行使スルト同時ニ抵當權ヲモ行使セサルヘカラス從テ手數ト費用トヲ要スルノミナラス濫訴ノ弊ヲ生スルヲ以テ當事者雙方ノ爲メニ頗ル不利益ト云ハサルヘカラス之ヲ以テ民法ハ抵當權ハ縱令消滅又ハ取得時效ニ罹ルモ苟モ債權カ時效ニ罹ラサル以上ハ時效ニ因リテ消滅セサルモノトセリ

又第三百九十七條ハ債務者又ハ抵當權設定者ニアラサル者ノ爲メニスル時效ニ關シ規定シテ曰ク「債務者又ハ抵當權設定者ニアラサル者カ抵當不動產ニ付キ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ之ニ因

リテ消滅ス」ト蓋第三占有者カ時效ニ因リテ物權ヲ取得スルニハ其目的ノ抵當物タルト否トニ因リテ區別アルヘキ理由ナシ從テ苟モ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備スル占有ヲ爲シタル以上ハ完全ナル所有權ヲ取得スルヲ以テ之ニ附著スル抵當權モ消滅ニ歸スルハ當然ノ結果ナリ然ラハ抵當權ハ債務者又ハ抵當權設定者ニアラサル者ニ對シテ消滅時效ニ因リ消滅スルモノナリヤ否ヤト云フニ法文ニハ特別ノ規定ナキモ一般ノ原則上消滅スルモノト云ハサルヘカラス唯此場合ニ於ケル時效ノ起算點ハ抵當物カ債務者又ハ抵當權設定者以外ノ者ノ占有ニ屬シタル時ヨリ起算シテ二十年ヲ經過セサルヘカラス何トナレハ抵當權ノ目的物カ債務者又ハ抵當權設定者ニ屬スル間ハ前項ノ規定ニ依リテ時效ハ進行スルモノニアラサレハナリ唯余ノ疑ヲ存スルハ民法ハ何故ニ取得時效ニ付テノミ規定シ消滅時效ニ付キ規定セサリシカトノコト是ナリ消滅時效ヲ一般ノ原則ニ委ネタルモノナラハ取得時效モ亦一般原則ニ依ルモノトシテ可ナルヘシ之ヲ要スルニ此規定ハ一般ノ原則ニ依リ其效力ヲ揭ケタルモノニ過キサルナリ

第五　地上權又ハ永小作權ノ拋棄　地上權又ハ永小作權ヲ抵當トシタル者カ其地上權又ハ永小作權ヲ拋棄スルモ之カ爲メニ抵當權ハ消滅ニ歸スルモノニアラス(三九八)蓋地上權又ハ永小作權ヲ以テ抵當權ノ目的トナシタル場合ニ於テハ其目的タル權利ノ拋棄ハ權利消滅ノ一原因タル以上ハ地上權又ハ永小作權ヲ拋棄スレハ之ヲ目的トスル抵當權モ亦消滅ニ歸スルモノト云ハサルヘカラス然レトモ斯ク之ヲ一般ノ原則ニ委ネ抵當權設定者ノ意思ノミニ因リ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得トセハ抵當權者ニ取リテハ非常ナル損害ヲ生シ加之抵當權ノ設定ハ之ヲ實質上ヨリ見レハ財產權ノ條件附讓渡ト同視スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ讓渡者ニシテ既ニ讓渡シタル權利ヲ拋棄スルコトヲ認ムルカ如キハ其不條理タルヤ言ヲ俟タス是レ民法カ如上ノ特別規定ヲ設ケタル所以ナリ

5
194

8/63