旧■動産ニ特別ノ先取特権競合ノ場合

テ之ヲ行ハシメサルノ類是ナリ

商法第六百八十三條ニ據レハ船舶、其屬具及ヒ運送賃(商六八〇)ニ付テハ船舶債權者ノ先取特權ハ他ノ一切ノ先取特權ニ先チテ行ハルヘキモノトセリ

第三百三十條　同一ノ動産ニ付キ特別ノ先取特權カ互ニ競合スル場合ニ於テハ其優先權ノ順位左ノ如シ

第一　不動産賃貸、旅店宿泊及ヒ運輸ノ先取特權

第二　動産保存ノ先取特權但數人ノ保存者アリタルトキハ後ノ保存者ハ前ノ保存者ニ先ツ

第三　動産賣買、種苗肥料供給及ヒ農工業勞役ノ先取特權

第一順位ノ先取特權者カ債權取得ノ當時第二又ハ第三ノ順位ノ先取特權者アルコトヲ知リタルトキハ之ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ス第一順位者ノ爲メニ物ヲ保存シタル者ニ對シ亦同シ

果實ニ關シテハ第一ノ順位ハ農業ノ勞役者ニ第二ノ順位ハ種苗又ハ肥料ノ供給者ニ第三ノ順位ハ土地ノ賃貸人ニ屬ス(擔一六四)

本條ハ節首ニ述ヘタル第三問題ニ付テ規定セリ即チ動産ノ特別先取特權間ニ於テ孰レノ先取特權ヲ先ニ行ハシムヘキカヲ定メタリ之ニ付テ本條ノ取ル所ノ主義ハ第一ニ債務者ノ財産ヲ質物ノ如ク視ルヘキ債權者即チ不動産賃貸人、旅店主人及ヒ運送人ニ、次ニ擔保ノ原因ヲ成シタル債權者即チ動産ノ保存者、動産ノ賣主、種苗、肥料ノ供給者及ヒ農工業ノ勞役者ニ辨濟スヘキモノトシ尚ホ擔保ノ原因ヲ成シタル債權ノ中ニ就テ他ノ先取特權者ノ爲メニモ擔保ノ原因ヲ成シタルモノハ特ニ之ヲ先ニスルニ在リ是レ本條第一項ノ規定ノ因リテ生シタル所以ナリ而

シテ其理由ヲ問ヘハ曰ク質物ハ現ニ債權者ノ掌中ニ在ルカ故ニ此物ニ付テハ何レノ債權者ヨリモ先ニ辨濟ヲ受クヘキヲ原則トスルハ古今東西ノ法律皆一致シテ認ムル所ニシテ當事者ニ於テセ亦爾ク信スルヲ例トス故ニ純然タル質物ニ非サルモ當事者カ殆ト質物ト同一視スヘキ物ナリトシテ法律カ特ニ先取特權ヲ認ムル場合ニ於テハ猶ホ其先取特權者ヲシテ第一ノ辨濟ヲ受ケシムルヲ至當トス然リト雖モ擔保ノ原因ヲ成シタル債權ハ質權者ヲモ利スルコトアルカ故ニ若シ質權者ニシテ其債權アルコトヲ知リテ其質物ヲ受取リタルトキハ自己モ其債權ニ因リテ利益ヲ受クルコトヲ知レルカ故ニ此場合ニ限リテハ其債權ノ辨濟ヲ以テ第一ト爲ササルヘカラス而シテ是レ質ニ準スヘキ先取特權ニ付テモ亦同シカルヘキ所ナリ而シテ其質權者又ハ質權者ニ準スヘキ先取特權者ノ依賴ニ應シ物ヲ保存シタル者ニ付テモ亦同シカラサルコトヲ得ス是レ第二項ノ由リテ生スル所以ナリ(三三四參觀)

擔保ノ原因ヲ成シタル債權者間ニ於テモ往往ニシテ甲ノ債權者カ乙ノ債權者ノ恩澤ヲ被ムルコトナシトセス此場合ニ於テハ先ツ乙ニ辨濟シタル後ニ非サレハ甲ハ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヲ當然トス故ニ(第一)動產ノ保存者ト其賣主等ト同時ニ存スル場合ニ於テハ保存者カ其動產ヲ保存シタレハコソ賣主モ亦其上ニ權利ヲ有スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ先ツ保存者ニ辨濟ヲ爲スヘキモノトシタルハ洵ニ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ(第二)物ノ保存者數人アル場合ニ於テハ假令第一ノ保存者カ之ヲ保存シタルモ若シ第二若クハ第三ノ保存者カ之ヲ保存セサリシトキハ其物ハ疾クニ已ニ滅失セシナラン故ニ最後ノ保存者ハ其前者ニ先チ其前者ハ又其前者ニ先ツヘキモノトシタルハ是レ亦當然ナリト謂フヘシ今一例ヲ擧ケテ之ヲ示サンニ借家人カ其借家ニ備附ケタル動產ニ付キ兩度修繕ヲ施シタリトセンニ之ニ關シ先取特權ヲ有スルコトアル者通常四人アリ(第一)家屋ノ賃貸人(第二)後ノ修繕者(第三)前ノ修繕者(第四)其動產ノ賣主是ナリ而シテ其順位ハ茲ニ列擧シタルカ如キヲ本則トスト雖モ若シ家屋ノ賃貸人ニシテ他ノ三種ノ債權又ハ其一種若クハ二種ノ存スルコトヲ知リテ其家屋ヲ貸與シタルトキハ

其知レル債權ハ己ノ債權ヨリ先ニ之ヲ辨濟セシメサルヘカラス又賃貸ヲ爲シタル後賃貸人ノ依賴ニ因リ備附品ヲ保存シタル者アルトキハ亦之ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ非サレハ家屋ノ賃貸人ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

或ハ曰ハン不動產ノ賃貸人カ賃貸ヲ爲シタル後備附品ヲ保存シ又ハ之ヲ借家人ニ賣却シタル者ハ常ニ賃貸人ニ先チテ辨濟ヲ受クルモノトスルヲ妥當トス何トナレハ賃貸人ハ是等ノ債權者ノ恩澤ニ依リテ自己ノ擔保ヲ得レハナリト是レ一應理アルカ如シト雖モ細ニ事情ヲ觀察スレハ未タ其當ヲ得タリト爲スヘカラス蓋シ賃貸人ハ賃借人カ相當ノ備附品ヲ有スルニ非サレハ敢テ借賃ノ猶豫ヲ爲スヘカラス然ルニ保存者カ之ヲ保存シ賣主カ之ヲ賣リタルカ爲メ賃借人ハ其備附品ヲ有スルヲ以テ賃貸人ハ之ニ倚賴シテ借賃ノ猶豫ヲ爲スコト稀ナリトセス然ルニ若シ賃貸人ハ保存者賣主ノ後ニ非サレハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトセハ賃貸人ノ失望想フヘク竟ニ意外ノ損失ヲ被ムルニ至ルヘシ是レ本條ニ於テ賃貸人ハ自己ノ爲メニ物ヲ保存シタル者ヲ除ク外賃貸後ノ保存者賣主ニ先ヲテ

辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセシ所以ナリ

或ハ問ハン本條第一項第一號及ヒ第三號ニ掲ケタル先取特權者ハ同號中ニ數種アルヲ以テ後ノ第三百三十二條ノ規定ニ依リ是等ノ者ハ皆平等ニ辨濟ヲ受クヘキカ如シ何ヲ以テ其間ニ順位ヲ定メサルカト曰ク本條第一項第一號及ヒ第三號ニ掲ケタルモノハ通常同一物ニ付キ同時ニ存スルコトアラサルヲ以テナリ例ヘハ旅客ノ荷物ハ備附品ニ非サルカ故ニ不動產ノ賃貸人カ之ニ付テ先取特權ヲ有スルコトアラサルヘク運送人ノ手ニ存スル荷物モ亦然リ又例ヘハ種苗、肥料ノ供給者ハ多クハ賣主ナリト雖モ其他ニ同時ニ所謂動產ノ賣主ナル者アルヘカラス農工業ノ勞役ニ因リテ生シタル果實又ハ製作物ニ付テモ亦通常賣主ナル者アルコトナシ但(第一)運送人カ荷物トシテ旅店ニ携帶セル物ハ同時ニ旅店宿泊ノ先取特權及ヒ運輸ノ先取特權ノ目的物タルコトアルヘシ然レトモ此場合ニ於テハ其債務者同シカラサルヲ以テ敢テ本條ヲ適用スヘキ限ニ在ラス即チ旅店主人ハ運送人ノ債權者ニシテ運送人ハ又荷物送出人若クハ受取人ノ債權者ナリ故ニ此場

合ニ於テハ若シ旅店主人カ其荷物ノ運送人ノ所有ニ屬セサルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ラサルヘカラサル場合ニ於テハ旅店主人ハ毫モ其荷物ニ付テ先取特權ヲ有スルコトナシ何トナレハ其荷物ハ運送人ノ所有物ニ非サレハナリ然リト雖モ若シ旅店主人ニシテ其荷物ノ運送人ノ所有ニ屬セサルコトヲ知ラス又之ヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テハ(例ヘハ其旅客ノ運送人タルコトヲ知ラサル場合ノ如シ)第三百十九條ノ規定ニ依リ旅店主人ハ其荷物ヲ運送人ノ所有物ノ如ク視ルコトヲ得ルカ故ニ之ニ付テ其先取特權ヲ行フコトヲ得ルハ固ヨリナリ而シテ運送人カ其債務者タル位置ニ在リナカラ殊ニ旅店主人ヨリハ運送人ノ所有物ノ如ク看做サレタル荷物ノ上ニ是ト競ヒテ其先取特權ヲ行フコトヲ得サルハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ但其運賃カ旅店ニ支拂フヘキ金額ヲ超ユルトキハ其殘額ニ付キ運送人モ亦其先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキハ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ

(第二)農工業ノ勞役ニ因リテ生シタル果實又ハ製作物ヲ賣却シタル場合ニ於テハ殆ト右ト同一ノ結果ヲ生スヘシ即チ賣主ハ農工業勞役者ノ債務者ナルカ故ニ其賣主カ之ヲ買主ニ引渡ササル間ハ(三三三)農工業勞役者ハ其賣主カ之ニ支拂フヘキ賃金ニ付キ先取特權ヲ有スルヲ以テ其債務者タル賣主自身カ是ト競ヒテ其先取特權ヲ行フコトヲ得サルハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリ況ヤ賣買ハ引渡ノ後ニ非サレハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ於テヲヤ唯賣買ノ代價カ農工業勞役者ノ賃金額ヲ超ユルトキハ(通常之ヲ超ユルコト勿論ナリ)賣主カ其殘額ニ付キ其先取特權ヲ行フコトヲ得ルハ是レ亦疑ヲ容レサル所ナリ要スルニ甲カ乙ノ債權者タルトキ乙カ丙ノ債權者タルモ甲ハ常ニ乙ニ先チテ辨濟ヲ受クヘキモノトス是レ先取特權ヲ行フヘキ財團異ナレハナリ

以上ハ原則ナリ之ニ一ノ例外アリ他ナシ土地ノ果實ニ關スルモノ是ナリ之ニ付テハ同時ニ三種ノ先取特權アルコト稀ナリトセス(第一)農業ノ勞役者(第二)種苗又ハ肥料ノ供給者(第三)土地ノ賃貸人是ナリ此場合ニ於テハ皆擔保ノ原因ヲ成シタル理由ニ因リ先取特權アルモノニシテ右ニ論シタル原則ノミニ據レハ或ハ同順位ニ先取特權ヲ行フヘキカ然ラスンハ不動產賃貸人ノ如キハ第一項第一號ノ文

字ニ據リ最モ先ニ其先取特權ヲ行フコトヲ得ルモノトセサルヘカラス然リト雖モ是レ甚タ理由ナキ所ナリ是ニ於テカ本條第三項ノ規定ヲ設ケ主トシテ擔保ノ原因ノ遠近、輕重ヲ考ヘ又其社會上ノ位置ヲ察シ以テ其順位ヲ定メタリ即チ上ニ列擧セルカ如シ之ヲ詳言セハ農業ノ勞役者ハ果實ヲ生スルニ付テ最モ直接ニ有益ナリシ者ニシテ概シテ之ヲ言ヘハ其勞最モ多キニ居ル加之是等ノ勞役者ハ通常家ニ積財ナキ者ニシテ若シ其賃金ヲ得ルコト能ハスンハ其妻子ヲ凍餒セシメ自己モ亦竟ニ路頭ニ迷フノ悲境ニ陷ルコトナシトセス是レ農業ノ勞役者ヲ第一トシタル所以ナリ之ニ次イテ種苗又ハ肥料ノ供給者ハ果實ノ根原ヲ供給シタル者ニシテ農業勞役者ノ勞力ヲ待チテ始メテ其果實ヲ生スルニ至リタルニハ相違ナキモ猶ホ第二順ヲ保ツニハ充分ノ理由アルモノトス而シテ種苗ノ供給者ト肥料ノ供給者トハ之ヲ區別スルコト能ハサルカ故ニ之ヲ同順位トセリ即チ第三百三十二條ノ規定ニ從ヒ平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノトス而シテ第三順ノ土地賃貸人ハ之ヲ以上ノ二者ニ比スルニ土地アルモ之ニ種苗肥料ヲ施シ且勞役者ノ勞力ヲ加フルニ非サレハ果實ヲ得ルコト能ハサルカ故ニ土地ノ功勞ハ寧ロ他ノ二者ニ及ハサルモノト謂フヘク又土地賃貸人ハ資產ニ乏シカラサルヲ常トスルヲ以テ竟ニ他ノ二者ニ讓ラサルコトヲ得サルモノトセシナリ

同不動產ニ有特別先取特權ナル場合ニ就テ説明セヨ

第三百三十一條　同一ノ不動產ニ付キ特別ノ先取特權カ互ニ競合スル場合ニ於テハ其優先權ノ順位ハ第三百二十五條ニ掲ケタル順序ニ從フ

同一ノ不動產ニ付キ逐次ノ賣買アリタルトキハ賣主相互間ノ優先權ノ順位ハ時ノ前後ニ依ル(擔一八七)

本條ハ節首ニ掲ケタル第四問題ニ答ヘタルモノニシテ即チ同一ノ不動產ニ付キ特別ノ先取特權カ數種同時ニ存スル場合ニ於テ其順位ヲ定メタルモノナリ而シテ其順位ハ第三百二十五條ニ掲ケタル順序ニ從ヒ(第一)不動產保存ノ先取特權(第二)不動產工事ノ先取特權(第三)不動產賣買ノ先取特權トセリ蓋シ是等ノ先取特權

不動産売買二重以上ノ場合

ハ皆擔保ノ原因ヲ成シタル理由ニ因リテ之ヲ與ヘタルモノナリト雖モ不動産ヲ保存シタルカ爲メ他ノ先取特權者モ亦其不動産ニ依リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ不動産ノ保存者ヲ第一ニ置キタルハ故ナキニ非サルナリ又不動産工事ノ先取特權ハ素ト其工事ニ因リテ生シタル增價額ニ付テノミ存スルモノナルカ故ニ爲メニ他ノ債權者ヲ害スルコトアラサルヲ以テ之ヲ不動産賣買ノ先取特權ヨリモ先ニシタルハ洵ニ當然ト謂フヘシ

同一ノ不動産ヲ甲ヨリ乙ニ、乙ヨリ丙ニ轉轉シテ賣買シタル場合ニ於テハ各賣主皆先取特權ヲ有スヘシト雖モ其先取特權ノ同種ナルニ因リ皆平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノトセンカ是レ極メテ不公平タルヲ免レス蓋シ甲カ乙ニ賣リタレハコソ乙モ亦之ヲ丙ニ賣ルコトヲ得タルナレ然ルニ甲ニ對シテ債務者ノ位置ニ在ル乙カ其甲ト相競ヒテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセハ豈ニ不當ノ尤モ甚シキモノト謂ハサルヘケンヤ故ニ本條第二項ニ於テ甲ハ乙ヨリ先ニ辨濟ヲ受クヘキモノトセリ元來先取特權ナルモノハ同一ノ債務者ニ對シ數人ノ債權者

不動産工事ノ先取特權ハ二個以上ノ時ニ存在セス

アル場合ニ於テ其或者カ他ノ者ニ先チテ辨濟ヲ受クルノ謂ニシテ右ノ場合ノ如ク乙ハ甲ノ債務者タリ丙ハ乙ノ債務者タル場合ニ於テ其間ニ先取特權ノ順位ヲ說クハ頗ル當ラサルモノアリ唯先取特權ヲ物權トシタルカ爲メ其物ノ上ニ存スル點ヨリ之ヲ觀察シテ債務者ヲ異ニスル先取特權カ數種同時ニ同一物ニ付テ存スルコトアリ竟ニ本條第二項ノ如キ規定ヲ要スルニ至リタルナリ

或ハ問ハン同一ノ不動産ニ付キ同種ノ先取特權カ二個以上同時ニ存スルコトハ必スシモ賣買ニ付テノミ其例ヲ見サルヘク保存費及ヒ工事費ニ付テモ亦同樣ノ例ヲ見ルヘシ例ヘハ甲カ先ツ不動産ヲ保存スヘキ行爲ヲ爲シタル後乙又之ニ保存費ヲ施シタル場合ニ於テハ如何又甲カ或工事ヲ爲シタル後(例ヘハ家屋ノ建築ノ如キ)乙カ其工事ニ新ナル工事ヲ施シタルトキハ(例ヘハ造作ヲ附シタルカ如キ)如何ト余ハ之ニ答ヘテ言ハン推理上ヨリ言ヘハ或者ノ問眞ニ理アリト雖モ是レ第一極メテ適用少キ事項ニシテ又實際不便ヲ感スルコト尠カルヘシ請フ其理由ヲ略陳セン先ツ保存者ニ付テ之ヲ言ハンニ不動産全部カ甲ノ爲メニ保存セラレ

タル後其全部カ又乙ノ爲メニ保存セラルルカ如キハ極メテ稀ナル所ニシテ多クハ其一部ヲ保存スルニ過キス而シテ其費用ハ不動産ノ價格ニ比スレハ極メテ少額ナルヲ常トス故ニ甲乙相竝ヒテ不動産ノ代價ノ中ヨリ辨濟ヲ受ケント欲スルモ各、其全部ヲ受クルコト能ハサルコトハ最モ稀ナルヘシ又工事費ニ付テ之ヲ言ハンニ甲カ爲シタル工事ニ又乙カ新ナル工事ヲ施シタル場合ニ於テハ大抵甲カ生セシメタル增價額ト乙カ生セシメタル增價額ト各別ニ之ヲ視ルコトヲ得ヘシ例ヘハ前例ニ於テ甲カ建築シタル家屋ノ價ヲ千圓トシ乙カ加ヘタル造作ノ價ヲ百圓トセハ併セテ千百圓ノ增價額アルヘシ故ニ甲乙相竝ヒテ辨濟ヲ受クルトスルモ敢テ互ニ相妨クルコトナカルヘシ是レ蓋シ本條ニ於テ賣買ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケタルニ拘ハラス保存及ヒ工事ニ付テハ別段ノ規定ヲ設ケサリシ所以ナラン

第三百三十二條　同一ノ目的物ニ付キ同一順位ノ先取特權者數人アルトキハ各其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受ク(擔一三五、三項、一四四、二項)

本條ハ節首ニ掲ケタル第五問題ニ答ヘタルモノニシテ同一ノ目的物ニ付キ同一順位ノ先取特權者數人アル場合ニ於テハ法律ハ其間ニ優劣ヲ分タサルカ故ニ勢ヒ各、其債權額ニ應シテ辨濟ヲ受クルモノトセサルヘカラス是レ則チ本條ノ規定スル所ナリ而シテ其適用ノ最モ多キハ各種ノ一般先取特權及ヒ不動産工事ノ先取特權ナランカ

先取特權ヲ以テ擔保スル債權額ニ制限ナキ場合ニ於テハ本條ノ適用ニ付キ別段ノ困難ナシト雖モ其制限アル場合ニ於テハ多少ノ疑問ヲ生スルコトナシトセス故ニ今雇人給料ノ一例ヲ說明シ以テ他ヲ類推セシム爰ニ雇人三人アリテ甲ハ月百圓、乙ハ二十圓、丙ハ五圓ヲ受クルトセンニ若シ先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキ財産カ百圓アリトセハ甲ハ五十圓、乙モ亦五十圓、丙ハ三十圓ノ割合ヲ以テ其分配ニ與カルヘシ(三〇九)乃チ甲ト乙トハ各三十八圓四十六錢ヲ受ケ丙ハ二十三圓八錢ヲ受クヘシ

先取特權行使制限(一)

第四節　先取特權ノ效力

先取特權ノ效力中各種ノ先取特權間ノ順位ハ既ニ前節ニ之ヲ定メタリ故ニ本節ニ於テハ先取特權ト他ノ權利トノ關係及ヒ先取特權ヲ行使スルニ付キ必要ナル條件ヲ定メタリ

第三百三十三條　先取特權ハ債務者カ其動產ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ其動產ニ付キ之ヲ行フコトヲ得ス(擔一四八、二項、一六〇、三項)

先取特權ハ物權ニシテ其當然ノ結果優先權ト追及權トノ二者ヲ生スヘキコトハ既ニ之ヲ說ケリ而シテ本條ニ於テハ其追及權ニ關シ一ノ特別規定ヲ設ケタリ他ナシ動產ニ付テハ債務者カ其動產ヲ第三者ニ讓渡シ且之ヲ引渡シタルトキハ先取特權者ハ復其上ニ其先取特權ヲ行フコトヲ得ス是レ他ナシ凡ソ人ハ如何ナル債務ヲ負ヘルカ他人之ヲ知ルコト能ハス隨テ先取特權ノ有無ヲ知ルコト能ハサルコト多シ殊ニ先取特權ナルモノハ素ト當事者ノ契約ニ因リタルニ非ス唯法律カ或債權者ヲ保護センカ爲メニ特ニ之ヲ付與スルモノナリ故ニ第三者ハ往往ニシテ其先取特權ノ存在ヲ知ラス又ハ假令法律上之ヲ知ラサルニ非スト雖モ實際其適用ヲ見ルヤ否ヤヲ詳ニセサルコト最モ多カルヘシ然ルニ不動產ニ付テハ登記ノ便法アリト雖モ動產ニ付テハ同樣ノ公示方法ナク從テ先取特權ヲ有スル者アルヤ否ヤ又之アリトスルモ何人カ如何ナル先取特權ヲ有スルカヲ知ルコト極メテ難シ況ヤ先取特權者カ實際其權利ヲ行フコトアルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルニ於テヲヤ然ルニ動產ナルモノハ最モ善ク轉轉スル物ニシテ其取引極メテ容易ナラスンハ實際ノ不便實ニ言フヘカラス故ニ法律カ動產ニ付テ種種ノ便法ヲ設クルハ各國皆然ル所ナリ本條ノ如キハ則チ其一例ニシテ先取特權ノ性質已ニ彼ノ如ク動產ノ性質亦此ノ如シトセハ債務者カ已ニ其動產ヲ讓渡シ且之ヲ引渡シタル後仍ホ其上ニ先取特權ヲ行フコトヲ許ストキハ法律カ其先取特權者ヲ保護スルノ度厚キニ過キ竟ニ取引ノ安全ヲ妨ケ動モスレハ第三者ヲシテ不測ノ損

先取特權の追及權アルヤ否ヤ、

失ヲ被ムラシムルニ至ルヘシ是レ本條ノ規定ノ實ニ已ムコトヲ得サル所以ナリ」

或ハ曰ハン然ラハ則チ動產ノ先取特權ニハ追及權ナキカト曰ク然ラス追及權ハ已ニ述ヘタルカ如ク(一頁)債務者カ其所有權ヲ失ヒタル後仍ホ其物ニ付テ權利ヲ行フコトヲ得ルノ謂ナリ今先取特權ハ假令債務者カ其動產ヲ第三者ニ讓渡スモ爲メニ消滅スルニ非ス唯之ヲ引渡シタル後ハ復先取特權ヲ行フコトヲ得サルノミ

或ハ又曰ハン其レ然リ其引渡ノ後已ニ先取特權ヲ行フコトヲ得スンハ是レ追及權ナキモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ第百七十八條ノ規定ニ依リ動產ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ必ス之ヲ引渡スコトヲ要スレハナリト是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサルモノナリ夫レ第百七十八條ノ規定ハ單ニ動產ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルノ條件タルコト明文ニ依リテ疑ナキ所ナリ然ルニ先取特權者カ其讓渡シタル動產ニ付キ自己ノ權利ヲ行ハント欲スル場合ニ於テハ敢テ他人カ動產ノ讓渡ヲ對抗スルコトヲ竢タス自ラ其讓渡ヲ認ムルニ拘ハラス

先取特權ト動產質權ト動カ、

苟モ其動產カ未タ引渡サレサル間ハ之ニ付テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ故ニ是レ即チ追及權ノ作用ナリト謂ハサルヘカラス但實際ニ於テハ追及權アリト云フモ將タ之ナシト云フモ殆ト異ナルコトナシ何トナレハ假令動產カ一タヒ讓渡サレタル後ハ先取特權直チニ消滅スヘキモノトスルモ其讓渡ハ引渡ノ後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者タル先取特權者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ其引渡マテハ先取特權者ハ未タ動產ノ讓渡アラサルモノト主張スルコトヲ得ヘケレハナリ是レ蓋シ歐洲ノ學者カ概ネ誤リテ動產ノ先取特權ニハ追及權ナシト云ヘル所以カ然リト雖モ歐洲諸國ニ於テハ本法第百七十八條及ヒ本條ト全ク同一ノ法文ヲ存セサル例多キカ故ニ我新民法ニ於テハ假ニ追及權ナシト謂フコトヲ得ルモノトスルモ彼等ノ法律ニ於テハ多少追及權ヲ認メサルヘカラサルカ如シ尙ホ其詳細ニ至リテハ本書ノ範圍外ニ奔逸スルノ嫌アルヲ以テ敢テ玆ニ說カス

第三百三十四條　先取特權ト動產質權ト競合スル場合ニ於テハ動產質權者ハ第三百三十條ニ揭ケタル第一順位ノ先取特

權者ト同一ノ權利ヲ有ス(擔一三一、一項、一四六、一六四、四項、六項、七項)

本條ハ先取特權ト動產質權トノ關係ヲ定メタルモノナリ舊民法其他佛國民法等ニ於テハ動產質權ヲ以テ留置權ト先取特權トノ包合セルモノト爲スカ故ニ本條ニ規定スル所ノ問題ハ寧ロ先取特權ノ順位問題ニ外ナラスト雖モ新民法ニ於テハ質權ヲ以テ全ク別個ノ權利ト爲シ之ヲ以テ先取特權ヲ包含スルモノトセサルカ故ニ此問題ハ即チ先取特權ノ效力問題ニシテ復順位問題ニ非ス但實際ニ於テハ其孰レノ主義ヲ取ルモ敢テ異ナルナシ即チ本條ノ規定ニ依レハ質權ハ第三百三十條第一項ノ第一ニ掲ケタル先取特權ト同一ノ效力アルモノトシ以テ他ノ先取特權トノ關係ヲ明カニセリ蓋シ第三百三十條第一項ノ第一ニ掲ケタルモノハ質權ニ準スヘキモノナルカ故ニ眞ノ質權モ亦同一ノ效力ヲ有スルモノトスルハ最モ當然ナリ故ニ概シテ之ヲ言ヘハ質權ハ先取特權ヨリ强力ナリト謂テ可ナリ

但第三百三十條第二項ノ制限ヲ受クヘキハ固ヨリ言フヲ待タサル所ナリ

動產質權ト三百三十條ノ關係

先取特權ト質權トノ關係

先取特權行使制限ノ限ノ

或ハ問ハン質權ト第三百三十條ノ第一順位ニ掲ケタル先取特權ト同一物ニ付キ同時ニ存スルトキハ果シテ如何スヘキカ例ヘハ借家人カ質物トシテ受取リタル物ヲ其借家ニ備附ケタルトキ質取主カ其質物ヲ手荷物トシテ旅店ニ携帶シタルトキ之ヲ荷物トシテ運送人ニ交付シタルトキハ果シテ如何ト余ハ之ニ答ヘテ曰ハン此場合ニ於テ若シ賃貸人旅店主人又ハ運送人カ其物ノ質物タルコトヲ知ラス且之ヲ知ラサルヘカラサル場合ニ非サルトキ又ハ假令質商ナルモ賃貸人旅店主人又ハ運送人カ之ヲ知ラサルトキノ如キ即チ是ナリ)第三百十九條ノ規定ニ依リ是等ノ者ハ其物ヲ以テ其債務者ノ所有物ノ如ク看做スコトヲ得ルカ故ニ固ヨリ其質權ヲ認ムルコトヲ要セサルナリ若シ又是等ノ者カ其物ノ質物タルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ラサルヘカラサルトキハ復其上ニ先取特權ヲ有セサルカ故ニ右ノ問題ヲ惹起スルコトナカルヘシ是レ本條ニ於テ是等ノ場合ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケサル所以ナリ

第三百三十五條　一般ノ先取特權者ハ先ツ不動產以外ノ財產

ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アルニ非サレハ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス

不動產ニ付テハ先ツ特別擔保ノ目的タラサルモノニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ要ス

一般ノ先取特權者カ前二項ノ規定ニ從ヒテ配當ニ加入スルコトヲ怠リタルトキハ其配當加入ニ因リテ受クヘカリシモノノ限度ニ於テハ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其先取特權ヲ行フコトヲ得ス

前三項ノ規定ハ不動產以外ノ財產ノ代價ニ先チテ不動產ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動產ノ代價ニ先チテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ之ヲ適用セス(擔

一四三)

本條ハ一般ノ先取特權ヲ行フニ付キ設ケタル條件ヲ規定シタルモノナリ蓋シ一般ノ先取特權ナルモノハ債務者ノ總財產ニ付テ存スルモノニシテ其及フ所最モ廣ク之カ爲メニ多少ノ影響ヲ被ムル債權者最モ多シトス故ニ之ニ付テ制限ヲ設クルハ他ノ債權者ヲ保護スル爲メ必要ナル所ニシテ而モ一般ノ先取特權者カ甚シク不便ヲ感スヘキ所ニ非サルナリ然ルニ不動產ハ概シテ之ヲ言ヘハ其數少ク且先取特權ノ適用アルヘキ債務者ニ付テハ其不動產ハ大抵已ニ抵當權其他ノ特別擔保ノ目的ト爲リ從テ若シ一般ノ先取特權者カ第一ニ不動產ニ付テ辨濟ヲ受ケント欲スルトキハ動モスレハ他ノ特別擔保ヲ有スル債權者ヲ害スルノ虞アリ是レ本條第一項ニ於テ一般ノ先取特權者ハ先ツ不動產以外ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アル場合ニ非サレハ不動產ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトシタル所以ナリ

右ト同一ノ理由ニ因リ本條第二項ニ於テ不動產ニ付テモ亦先ツ特別擔保ノ目的

タラサルモノニ付テ辨濟ヲ受クヘキモノトセリ

然リト雖モ若シ一般ノ先取特權者カ右二項ノ規定ニ從フコトヲ怠リ動產、債權等ノ代價ノ配當アルニ當リ之ニ加入セスシテ不動產ノ代價ノ配當ニ加入セントスルトキ又ハ特別擔保ノ目的タラサル不動產ノ代價ノ配當ニ加入セスシテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ノ配當ニ加入セントスルトキハ果シテ如何ナル制裁カアル是レ本條第三項ニ規定スル所ナリ即チ此場合ニ於テハ其動產等ノ配當又ハ特別擔保ナキ不動產ノ配當ニ加入セハ一般ノ先取特權者カ當ニ受クヘカリシモノノ限度ニ於テ登記ヲ爲シタル第三者即チ特別先取特權者、質權者、抵當權者、第三取得者等ニ對シテ其先取特權ヲ行フコトヲ得サルモノトセリ

以上ノ規定ハ不動產ニ先チテ不動產以外ノ財產ノ代價ヲ配當シ又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ニ先チテ特別擔保ナキ不動產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ於テハ則チ可ナリト雖モ若シ反對ニシテ不動產以外ノ財產ニ先チテ不動產ノ代價ヲ配當スヘキトキ又ハ他ノ不動產ニ先チテ特別擔保ノ目的タル不動產ノ代價ヲ配當スヘキトキハ之ヲ適用スルコト能ハス然ラスンハ一般ノ先取特權者ハ不動產ノ代價又ハ特別擔保アル不動產ノ代價ニ付テハ終ニ其權利ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ是レ本條第四項ニ於テ此場合ニ限リ一般ノ先取特權者ヲシテ直チニ不動產又ハ特別擔保ノ目的タル不動產ニ付テ其權利ヲ行フコトヲ得セシメタル所以ナリ但舊民法ニ於テハ此場合ニ付キ稍煩雜ナル規定ヲ設クルト雖モ(擔一四三、二項新民法ニ於テハ之ヲ以テ煩ニ失スルモノトシ敢ヲ之ヲ取ラサリシナリ)

本條ノ規定ハ佛國民法等ニ於テハ最モ必要ナル規定ナリト雖モ新民法ニ於テハ大ニ其必要ヲ減セリ何トナレハ次條ニ於テ原則トシテ一般ノ先取特權ハ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテハ唯登記ノ順序ニ依リテ之ヲ行フコトヲ得ルモノトシ敢テ佛國民法ニ於ケルカ如ク一般ノ先取特權ヲ以テ特別ノ先取特權及ヒ抵當權ニ先ツコトヲ得ルモノトセサレハナリ

第三百三十六條　一般ノ先取特權ハ不動產ニ付キ登記ヲ爲サ

サルモ之ヲ以テ特別擔保ヲ有セサル債權者ニ對抗スルコトヲ妨ケス但登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテハ此限ニ在ラス

（擔一四五、一九〇）

本條ハ一般ノ先取特權ノ果シテ登記スヘキモノナルヤ否ヤヲ定メタルモノナリ蓋シ第百七十七條ニ依レハ不動產ニ關スル物權ノ得喪ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ故ニ若シ別段ノ規定ナクンハ一般ノ先取特權ト雖モ不動產ニ付テ之ヲ行ハント欲セハ亦登記ヲ爲ササルコトヲ得サルカ如シ然リト雖モ此ノ如クンハ殆ト一般ノ先取特權ハ不動產ニ付テハ存セスト云フニ同シ何トナレハ所謂共益費用、葬式費用、雇人給料及ヒ日用品供給ノ債權者ハ其債權ノ性質ニ因リ煩雜ナル登記手續ヲ履ム者ノ如キハ極メテ稀ナルヘケレハナリ是レ原則トシテ此種ノ先取特權ハ敢テ其登記ヲ爲スコトヲ要セサルモノトシタル所以ナリ

然リト雖モ不動產ニ付テ特別ノ權利ヲ取得シ之ヲ登記シタル第三者ハ一ニ登記

簿ニ倚賴シテ其權利ヲ取得シタルモノト視ルヘキカ故ニ登記セサル一般ノ先取特權ヲ以テ是等ノ者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ是等ノ者ハ實ニ不測ノ損失ヲ被ムルコト稀ナリトセサルヘシ是レ本條ノ但書アル所以ナリ

或ハ曰ハン一般ノ先取特權ノ中唯リ共益費用ハ登記ヲ爲シタル第三者ヲモ利スルコト多キヲ以テ假令之ヲ登記セサルモ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスヘキカ如シ例ヘハ不動產ヲ賣却シタル場合ニ於テ其賣却ノ費用ハ假令之ヲ登記スルコトナキモ先ツ代價ノ中ヨリ之ヲ控除シ然ル後質權者、抵當權者等ニ其價ヲ分配スルモ是等ノ者ハ敢テ不測ノ損失ヲ被ムルモノト謂フヘカラス而モ猶ホ登記ヲ爲スニ非サレハ其賣却ノ費用ヲ控除スルコトヲ得サルモノトスヘキカト是レ洵ニ理由アル疑問ニシテ或ハ法文ノ缺點ト視ルコトヲ得ヘシト雖モ改正民事訴訟法ニ於テハ先ツ競賣ノ費用ヲ控除スヘキコトヲ定ムルナラント信ス（民訴改正案八六三、又競賣法三三、二項、四六、二項參照）殊ニ破產ノ場合ニ於テハ是等ノ費用ハ先ツ財團ノ全體ヨリ之ヲ控除シ然ル後其殘額ヲ債權者ニ配當スヘキモノ

トセルカ故ニ(舊商一〇三二、一項一號、破産法案三五、一號、二號)實際共益費用ノ先取特權ノ有無ヲ論スルノ必要アラサルヘシ(尙ホ三二一、二項、三二六、二項ノ適用ニ因リ特別ノ先取特權アル費用モ亦多カルヘシ)

之ヲ要スルニ一般ノ先取特權ハ尋常ノ債權者ニ對シテ之ヲ行ハント欲セハ不動産ニ付テモ特ニ登記ヲ爲スコトヲ要セス若シ之ヲ以テ登記ヲ爲シタル第三者ニ對抗セント欲セハ必ス亦登記ヲ爲ササルコトヲ得ス而シテ登記ヲ爲シタルトキハ登記ノ一般ノ原則ニ從ヒ第三者ニ對シテハ其登記ヲ爲シタル時始メテ其權利發生シタルモノト看ルヘキカ故ニ(一七七)已ニ其以前ニ登記ヲ爲シタル者ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得スト雖モ其後ニ登記ヲ爲シタル者ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得ヘシ

動産保存ノ先取特權ハ登記ノ効力ヲ生ス時件

第三百三十七條　不動産保存ノ先取特權ハ保存行爲完了ノ後直チニ登記ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ保存ス

本條ハ不動産保存ノ先取特權ノ效力ヲ定メタルモノナリ蓋シ此先取特權モ亦不動産ニ關スル物權ナルカ故ニ總則ノ規定ニ從ヒ之ヲ登記スヘキハ固ヨリナリ然リト雖モ普通ノ場合ニ於ケルカ如ク登記ノ時ヨリ始メテ先取特權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ多數ノ場合ニ於テハ此先取特權ヲ與ヘタル趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサルヘシ何トナレハ其保存行爲ヲ爲スノ前已ニ登記シタル第三者アルトキハ其第三者カ先ツ其權利ヲ行ヒタル後ニ非サレハ此先取特權ヲ行フコトヲ得サルヘケレハナリ然ルニ此先取特權ハ不動産ノ保存ニ因リ如何ナル債權者モ皆利益ヲ受クヘキカ故ニ之ヲ與ヘタルモノニシテ保存行爲前ニ登記ヲ爲シタル者ト雖モ此先取特權ヲ認ムヘキモノトセサルヘカラス故ニ本條ニ於テハ若シ保存行爲完了ノ後直チニ登記ヲ爲ストキハ何人ニ對シテモ此先取特權ヲ行フコトヲ得ルモノトシ以テ此先取特權ヲ與ヘタル趣旨ヲ貫徹センコトヲ圖レリ但「直チニ」トハ必スシモ即時ノ謂ニ非スシテ苟モ常識ヲ以テ遲延シタリト謂フコトヲ得サル限ハ可ナルモノトス

「直ニ」ノ意義

本條ノ先取特權ハ競賣ノ費用ニ付テモ亦存スヘキコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ(三二六

不動産工事ニ基ク先取特權ノ効力保存要件

八頁三七七頁)而シテ競賣法ノ規定ニ依リ競賣ノ費用ハ先ツ之ヲ控除スヘキモノナルコトモ亦之ヲ述ヘタリ故ニ此費用ニ付テハ登記ヲ爲スノ必要アラサルヘシ

第三百三十八條　不動産工事ノ先取特權ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因リテ其效力ヲ保存ス但工事ノ費用カ豫算額ヲ超ユルトキハ先取特權ハ其超過額ニ付テハ存在セス

工事ニ因リテ生シタル不動産ノ增價額ハ配當加入ノ時裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ要ス(擔一七五、二項乃至五項、一八三、二八四、一九二)

本條ハ不動産工事ノ先取特權ノ效力ヲ定メタルモノナリ此先取特權モ亦登記スヘキモノナルコトハ固ヨリナリト雖モ前條ト略同一ノ理由ニ因リ苟モ本條ニ定メタル條件ヲ具備スルトキハ何人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス即チ工事ヲ始ムル前豫メ其費用ノ豫算額ヲ登記スヘキコト是ナリ蓋シ之ニ依リテ何人モ工事落成後先ツ其工事ノ費用ヲ拂ヒタル後ニ非サレハ其上ニ自己ノ權利ヲ行フコトヲ得サルコトヲ知ルヘケレハナリ

右ノ理由ニ因リ此先取特權ハ豫算額ニ付テノミ存スルモノトス然ラスンハ第三者ハ往往ニシテ欺カルルノ恐アレハナリ是レ新主義ノ登記法ニ於テ第一ノ條件トスル特定主義(spécialité, Spezialität)ヲ貫徹スルニ必要ナル所ナリ

以上ノ規定ニ依リ先取特權ニ由リテ擔保セラレタル債權ノ最高額ハ必ス確定スヘキコト明カナリト雖モ元來此先取特權ハ增價額ニ付テノミ存スルモノナルカ故ニ其增價額ニシテ明カナラサレハ往往他ノ債權者ヲ害スルノ虞ナシトセス是レ本條第二項ニ於テ此增價額ヲ定ムル方法ヲ規定シタル所以ナリ即チ工事費用ノ債權者カ債務者ノ財産ノ配當ニ加入セントスル時裁判所ニ請求シテ鑑定人ヲ選任セシメ之ヲシテ其增價額ノ評價ヲ爲サシムヘキモノトセリ

第三百三十九條　前二條ノ規定ニ從ヒテ登記シタル先取特權

ハ抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得(擔一三五、二一項)

以上二種ノ先取特權ハ前二條ノ規定ニ從ヒテ登記ヲ爲ストキハ其登記ノ前後ニ拘ハラス抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ヘキハ先取特權ノ性質上實ニ然ラサルコトヲ得サル所ナリ然リト雖モ以上ノ各條ニ於テ未タ此事ヲ明カニセサルカ故ニ本條ニ於テ特ニ之ヲ明言セリ

右ノ先取特權ト質權トノ關係如何民法ニハ之ヲ定メタル明文ナシ是レ或ハ缺典トスヘキカ然リト雖モ質權ニハ抵當權ニ關スル第十章ノ規定ヲ準用スヘク(三六一)而シテ抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ルヘキコト第三百七十三條ノ定ムル所ナリ故ニ質權ト抵當權トハ登記ノ前後ニ依リテ其優先ノ順位ヲ定ムヘキコト固ヨリ疑ヲ容レス然ルニ本條ノ規定ニ依リ右ノ先取特權ハ抵當權ニ先ツヘキカ故ニ自ラ質權ニモ先ツヘキコト蓋シ論ヲ俟タサル所ナリ

不動産賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ登記スルニ因リテ其効力ヲ保存ス

第三百四十條　不動產賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ未タ代價又ハ其利息ノ辨濟アラサル旨ヲ登記スルニ因リテ其効力ヲ保存ス(擔一七八、一八一、一八二)

本條ハ不動產賣買ノ先取特權ノ效力ヲ定メタルモノナリ此先取特權モ亦之ヲ登記スヘキコト固ヨリナリト雖モ其登記ノ時期ニ付テハ本條ハ最モ嚴格ナル主義ヲ取リ必ス賣買契約ト同時ニ之ヲ登記スヘキモノトセリ是レ他ナシ後日ニ至リテ之ヲ登記スルコトヲ許ストキハ一ニハ第三者ヲシテ已ニ代價ノ支拂アリタルコトヲ信セシメ爲メニ此先取特權ニ因リテ第三者ヲ害スルノ虞アリ一ニハ往往ニシテ詐欺ノ其間ニ潛伏スルコトアリ而シテ賣買ノ登記後ニ未タ代價ノ支拂アラサルコトハ例外ニ屬スルカ故ニ此場合ニ於テ若シ賣主其先取特權ヲ保存セント欲セハ必ス賣買ノ登記ト同時ニ其代價ノ支拂ナキコトヲ登記スヘキモノトスルモ敢テ酷ニ失セリト謂フヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ナリ

或ハ問ハン本條ノ先取特權ハ果シテ抵當權ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得ルカト余ハ之ニ答ヘテ曰ハン賣買前ノ抵當權者ハ即チ賣主ニ對シテ其抵當權ヲ有スル者ナルカ故ニ其賣主カ自己ノ先取特權ヲ以テ其抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サル

ハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリ之ニ反シテ賣買後ニ抵當權ヲ得タル者ハ則チ皆先取特權ノ登記ヨリ後ニ其登記ヲ爲ス者ナルカ故ニ畢竟此場合ニ於テハ登記ノ前後ニ因リテ其權利ノ先後ヲ分ツヘク敢テ先取特權者カ抵當權ニ勝ツヤ否ヤヲ論スルノ必要ナキナリ

第三百四十一條　先取特權ノ效力ニ付テハ本節ニ定メタルモノノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス(擔一八八、一九四)

先取特權ハ素ト不動產ニ付テハ特ニ强力ナル抵當權ト云フモ可ナルモノニシテ其性質ハ抵當權ト殆ト異ナルナシ故ニ特ニ本節ニ規定シタルモノノ外總テ抵當權ニ關スル規定ヲ先取特權ニ準用スヘキモノトス例ヘハ先取特權カ其目的タル不動產ニ附加シテ是ト一體ヲ成シタルモノニ及フコト(三七〇)、先取特權者カ利息其他ノ定期金(例ヘハ賣買ノ代價ヲ年賦ニテ支拂フヘキトキノ如シ)ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其先取特權ヲ行フコトヲ得ヘキヲ本則トスルコト(三七四)、第三取得者ハ抵當權ヲ滌除スルコトヲ得ルカ如ク先取特權ヲモ滌除スルコトヲ得ヘキコト(三七八乃至三八六)等是ナリ是レ本條ノ規定スル所ナリ

第九章　質權

質權(pignus, gage, Pfandrecht oder Faustpfand)ハ物上擔保ノ第三種ニシテ前ノ二種ハ法律ノ規定ニ依リ或種類ノ債權ニ限リ之ヲ擔保スルモノナリト雖モ質權及ヒ抵當權ハ當事者ノ意思ヲ以テ設定スルモノニシテ法律ノ規定ニ依リ當然是等ノ權利ヲ生スルコトナシ(新民法ニ於テハ法律上ノ抵當ヲ認メサルコトハ後ニ之ヲ論スヘシ)是レ質權及ヒ抵當權ノ前二種ノ物上擔保ト其性質ヲ異ニスル所ナリ

本章ノ規定ハ特別法ニ別段ノ定アル場合ニハ其適用ナキコト固ヨリ言フヲ俟タス質屋取締法、擔保附社債信託法等其最ナルモノナリ(二十八年三月十日法一四號質屋取締法、三十八年三月十一日法五二號擔保附社債信託法七〇乃至七六、七八、八二、八三、九三乃至九六、一〇四、尙ホ二十九年四月十八日法八二號日本勸業銀行法一

七、二項、同日法八三號農工銀行法九、二項ニハ動産ノ抵當ヲ認メ自ラ民法ノ規定ニ依ラサルモノノ如ク見ユレトモ是レ亦民法ニ所謂質權ナルコトハ後ニ抵當ノ章ニ於テ論スヘシ)

本章ハ分チテ四節ト爲ス其第一節ヲ總則トシ動産質、不動産質及ヒ權利質ニ通スル一般ノ規定ヲ掲ケ第二節ヲ動産質トシ動産ヲ目的トスル質權ニ特別ナル規定ヲ掲ケ第三節ヲ不動産質トシ不動産ヲ目的トスル質權ニ特別ナル規定ヲ掲ケ第四節ヲ權利質トシ物ヲ目的トセスシテ權利ヲ目的トスル質權ニ特別ナル規定ヲ掲ケタリ

第一節　總則

第三百四十二條　質權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物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(擔九七、九八、一〇、一一一、一一六、一項二項、一一七、一二八、一二九、舊商三六八、三七一乃至三七三、三八三)

本條ハ質權ノ效力ヲ定メ以テ間接ニ其定義ヲ示シタルモノナリ而シテ此定義ニ因リテ生スル質權ノ性質左ノ如シ

第一　質權ハ物上擔保ナリ其結果トシテ優先權ト追及權トヲ生ス其優先權ハ最モ強力ナルモノニシテ略、留置權ト先取特權トヲ併セタルニ均シ現ニ舊民法、佛國民法等ニ於テハ質權ハ全ク別個ノ權利ニ非スシテ留置權ト先取特權トノ包合シタルモノトセリ(不動産質ノ性質ハ全ク同シカラスト雖モ今ハ主トシテ動産質ニ就テ言フ)乃チ質權者ハ辨濟ヲ受クルニ至ルマテ質物ヲ留置スルコトヲ得ルノミナラス若シ債務者カ竟ニ辨濟ヲ爲ササルトキハ質物ヲ公賣シテ其代價ノ中ヨリ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ但第三百三十四條ニ規定シタルカ如ク先取特權中質權ヨリモ優先ナルモノアリト雖モ概シテ之ヲ言ヘハ質權ハ物上擔保中最モ強力ナルモノト謂フヘシ尙ホ其詳細ニ

至リテハ第三百四十七條乃至第三百五十條、第三百五十三條、第三百五十四條、第三百五十六條、第三百六十一條等ニ之ヲ規定セリ

追及權ニ付テハ質權モ他ノ物上擔保ニ同シク假令質權設定者カ其質物ヲ他人ニ讓渡スモ質權者ハ其讓受人ニ對シテ仍ホ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ但之ニ關スル制限ハ第三百五十二條、第三百五十三條、第三百六十一條等ニ之ヲ規定セリ

第二　質權ハ必ス契約ヨリ生スルモノナリ蓋シ質權ハ當事者ノ意思ニ因リテ之ヲ設定スルモノニシテ留置權及ヒ先取特權ノ如ク法律ノ力ニ因リテ生スルモノニ非ス從テ債權ノ性質如何ニ拘ハラス一ニ當事者ノ意思ノミニ依リ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ヘシ而シテ次ニ論スルカ如ク質權ノ設定ニハ必ス物ノ引渡ヲ要スルカ故ニ當事者ノ一方ノ意思ノミヲ以テ之ヲ設定スルコト能ハス何トナレハ假令一方カ之ヲ設定セント欲スルモ質物ヲ引渡サント欲スルニ當リテ相手方カ之ヲ受取ルコトヲ肯セサレハ到底質權ヲ設定スルコト能ハサレハナリ故ニ例ヘハ遺言者カ其遺言ニ由リテ某ニ對スル債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定スヘキコトヲ定ムルモ質權ハ未タ之ニ因リテ成立スルコト能ハス必ス相續人カ其遺言ヲ執行スル爲メ質物ノ引渡ヲ爲シ債權者カ之ヲ受取ルコトヲ肯シタル時ニ於テ始メテ質權ノ設定アルモノトス而シテ此場合ニ於ケル相續人ト債權者トノ間ニ成立シタル行爲ハ即チ契約ニシテ質權ハ遺言ニ由リテ設定セラレ相續人ハ唯引渡ノ義務ヲ負フニ止マルモノト視ルコト能ハサルナリ

右ノ契約ハ必ススシモ債權者ト債務者トノ間ニ成立スヘキニ非ス往往第三者ヨリ質權ヲ設定スルコトアリ名ケテ物上保證(caution réelle)ト曰フ尙ホ其效力ニ至リテハ第三百五十一條、第五百一條第四號、第五號、第五百十八條等ニ於テ論スル所アルヘシ

第三　質權ハ物ノ占有ヲ要素トセリ此意義ニ付テハ立法例一樣ナラス學說モ亦未タ一定セサル所アリ新民法ニ於テモ此點ニ付テハ動產質ト不動產質トノ間

ニ聊カ差異ナキ能ハス請フ簡單ニ動產質及ヒ不動產質ニ付キ新民法ニ於テ規定スル所ヲ述ヘン(第一)質權設定ノ當時ニ在リテハ其動產質タルト不動產質タルトヲ問ハス必ス物ノ占有ヲ債權者ニ移轉セサルヘカラス(第二)動產質ニ在リテハ質權ノ存續中質權者仍ホ引續キ質物ヲ占有セサルヘカラス(三五二)但第一ノ條件ハ質權ノ成立ニ必要ナル要素ナリト雖モ第二ノ條件ハ單ニ第三者ニ對スル條件ナリ(第三)不動產質ニ在リテハ質權設定ノ後引續イテ質物ノ占有ヲ爲スコトヲ必要トセス是レ他ナシ不動產質ニハ登記アレハナリ但實際ニ於テハ債權者カ質物ヲ占有セサルコトハ極メテ稀ナルヘシ何トナレハ不動產質ノ性質タル質權者ヲシテ不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルニ在リ然ルニ若シ質權者ニシテ質物ヲ占有セサレハ殆ト其使用、收益ヲ爲スコトヲ得ヘカラサレハナリ(三五六)尙ホ其詳細ニ至リテハ後ニ之ヲ論スヘシ(三四四、三四五、三五二、三五三、三五六、三五九)

右ノ第三ノ性質ハ權利質ニハ存セサルヲ原則トス但地上權、永小作權ヲ目的トスル質ハ此限ニ在ラス又第三百六十三條ニ類似ノ規定アリ後ニ論スヘシ

第三百四十三條　質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス(擔一一八、一一九七、一一九八)

本條ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ル物ヲ規定セリ而シテ凡ソ讓渡スコトヲ得ル物ハ皆之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトシ(登記シタル船舶ハ此限ニ在ラス、商六八八)唯讓渡スコトヲ得サル物ニ限リ之ヲ其目的ト爲スコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ阿片煙(刑二三七、新刑一三六)、當事者ノ意思又ハ其性質ニ因リ讓渡スコトヲ得サル債權(四六六)等ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ス蓋シ質權ノ效力ハ通常質權者ヲシテ質物ヲ公賣シ其代價ヲ以テ他ノ債權者ヨリモ先ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルニ在リ故ニ質物ニシテ若シ之ヲ讓渡スコトヲ得サレハ實際其上ニ質權ヲ行フコト能ハス是レ質權ノ目的ハ必ス讓渡スコトヲ得ル物タルコトヲ要スル所以ナリ

本條ニ於テハ「讓渡スコトヲ得サル物」ト云ヘリ故ニ債權其他ノ權利ニハ之ヲ適用

スルコトヲ得サルカ如シ然リト雖モ後ノ第三百六十二條第二項ノ規定アルヲ以テ本條ハ權利質ニモ準用スヘキモノナリ否若シ有體物ニ付テノミ本條ヲ適用スヘキモノトセハ實ニ言フヲ竢タサル所ニシテ或ハ本條ノ必要ナカルヘシト雖モ債權ニシテ往往讓渡スコトヲ得サルモノアリ而モ債權者ノ共同擔保タルコトヲ得ルモノ最モ多シ即チ當事者ノ意思ヲ以テ債權ノ讓渡ヲ許ササル場合ニ於テモ其債權者ノ債權者ハ其債權ヲ差押ヘ以テ自己ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘシ故ニ若シ本條ノ規定ナクンハ或ハ之ヲ質入スルコトヲ得ルカヲ疑フ者アラン然リト雖モ差押ハ債權者ノ權利ヲ全ウセシムル爲メ必ス許ササルコトヲ得サル所ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ得サルヲ本則トスヘキハ多辯ヲ費サスシテ明カナリト雖モ質權ヲ設定スルト否トハ一ニ當事者ノ隨意ニ存スルカ故ニ當事者カ直接ニ其債權ヲ讓渡スコトヲ得サルモノトセル場合ニ於テハ之ヲ質權ノ目的ト爲シ特ニ質權者ニ與フルニ此債權ノ取立ヲ爲シ若クハ其轉付ヲ受ケ又ハ之ヲ讓渡シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルノ權ヲ以テシ(三六七、三六八)以テ間接ニ之ヲ讓渡スコトヲモ得サルモノトセスンハアルヘカラス是レ本條ノ規定ノ必要アル所以ナリ

生命保險金ハ果シテ之ヲ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ曰ク然リ蓋シ商法第四百二十八條第二項ニ於テ「保險契約ニ因リテ生シタル權利ハ被保險者ノ親族ニ限リ之ヲ讓受クルコトヲ得」ルモノトセルカ故ニ或ハ「讓渡スコトヲ得サル物」ト謂フコトヲ得ヘク又實際ニ於テモ其質權ヲ實行スルニ方リ若シ保險金未タ辨濟期ニ在ラサルトキハ之ヲ賣却スルノ外ナク(三六八、民訴六一三)而モ親族ニ非サレハ之ヲ買フコトヲ得サルカ故ニ遂ニ之ヲ賣却スルコト能ハサルコト多カルヘキヲ以テ此權利ノ上ニ質權ヲ設定スルモ其效ナカルヘシト曰フ者ナキニ非スト雖モ(第一)其範圍ハ親族間ニ限ルト雖モ之ヲ讓渡スコトヲ得サルニ非ス(第二)辨濟期ノ至ルヲ待テハ質權者ハ其取立ヲ爲スコトヲ得ヘク(三六七)又假令辨濟期前ト雖モ親族間ノ賣買ヲ許スカ故ニ全ク之ヲ換價スルコト能ハサルニ非ス是レ余カ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトスル所以ナリ但商法第四百二十八條ノ

差押ルコトヲ得サルモノ質物トスヲ得サルヤ。

規定ハ早晩改正ヲ經同條第二項ノ如キ規定ハ之ヲ削除スヘキヲ信スルカ故ニ是時ニ至ラハ本問題ハ自ラ消滅ニ歸スヘキノミ

差押フルコトヲ得サル物ハ果シテ之ヲ質物ト爲スコトヲ得ルカ曰ク然リ例ヘハ民事訴訟法第五百七十條ニ掲ケタルモノ、第六百十八條第一項第六號ニ掲ケタルモノ及ヒ同第五號ニ掲ケタルモノノ一部ハ之ヲ質物ト爲スコトヲ得ヘシ唯第六百十八條第一項第一號乃至第四號ニ掲ケタルモノ及ヒ同第五號ニ掲ケタルモノノ一部即チ文武ノ官吏、神職及ヒ公立ノ教育場ノ教師ノ職務上ノ收入、恩給及ヒ其遺族ノ扶助料ハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルモノナルカ故ニ之ヲ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ス蓋シ質權ノ效力ハ殆ト差押ノ效力ニ均シト雖モ而モ所謂差押ノ手續ヲ要セス故ニ民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ質契約ニ及ホスコトヲ得ス又立法上ノ理由ヨリ之ヲ論スルモ當事者カ特ニ或物又ハ權利ヲ以テ質權ノ目的ト爲スヘキ旨ヲ約スル場合ニ於テハ一方ニテハ質權設定者ニ於テ將來公賣其他ノ方法ニ由リ其物又ハ權利ヲ失フコトアルヘキヲ豫期シ又一方ニテハ質權者ハ其物又ハ權利ヲ以テ自己ノ特別擔保ト視テ特ニ債權ノ發生ヲ承諾スルコト多キヲ以テ若シ之ヲ禁スルトキハ質權設定者ハ却テ之ニ因リテ不便ヲ感シ質權者ハ爲メニ不測ノ損失ヲ被ムルコトアルヘキヲ以テ法律ハ特ニ之ヲ禁セサルナリ蓋シ民事訴訟法ニ於テ或物又ハ權利ヲ差押フルコトヲ得サルモノトシタルハ他ナシ一方ニ於テハ債務者カ其物又ハ權利ヲ失フコトヲ豫期セサルニ突然差押ニ會ヒテ之ヲ奪ハルルコトアルトキハ爲メニ忽チ路頭ニ迷フノ不幸ニ遭遇スルコト多カルヘク又一方ニ於テハ債權者ハ必スシモ是ヲ自己ノ擔保ト視サルヲ原則トスレハナリ

質權ノ性質ノ要件

第三百四十四條　質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス(擔一〇〇乃至一〇二、一一九、一二〇、一二二、舊商三六七乃至三六九)

本條ハ質權ノ設定ノ要素ヲ定メタルモノニシテ即チ質權ノ設定ニハ必ス其目的物ノ引渡ヲ要スルコトヲ規定セリ是レ已ニ第三百四十二條ニ於テ論シタル所ナ

リ蓋シ質契約ハ古來實成契約(contrat réel, Realvertrag —即チ舊民法ニ要物契約ト云ヘルモノ)ノ一ニ數ヘ物ノ引渡ヲ契約成立ノ要素トセリ本條ニ於テモ別ニ之ヲ改ムルノ必要ナキモノトシタルナリ蓋シ質權ノ性質トシテ物ヲ占有スルニ非サレハ其目的ヲ達シ難キヲ以テ當事者カ物ノ引渡ヲ爲スマテハ未タ質權ノ設定アラサルモノト視ルハ概ネ能ク當事者ノ意思ニ合ナヒ又實際ノ便宜ニモ適スルモノナレハナリ但物ノ引渡前ト雖モ質權設定ノ契約ハ必スシモ無效ナルニ非ス即チ其契約ハ物ノ引渡前ニ在リテハ單ニ質權ヲ設定スルノ義務ヲ生スルニ止マルモノニシテ若シ質權設定者カ其契約ヲ守ラサルトキハ債權者ハ其履行ヲ責ムヘク又損害賠償其他債務不履行ノ結果ヲ生スヘシト雖モ質權ナル物權ハ未タ成立セス從テ本章ニ規定スル所ノモノハ敢テ之ヲ此契約ニ適用スルコト能ハサルモノトス

本條ノ規定ハ檔利質ニ付テハ原則トシテ其適用ヲ見サルコトハ已ニ論シタルカ如シ

第三百四十五條　質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス(擔一〇二、一二二、舊商三六八)

本條ハ前條及ヒ第三百五十二條ノ適用ニ付キ質權ノ性質ヨリ生スル所ノ特別規定ヲ掲ケタルモノナリ蓋シ占有ハ常ニ代理ヲ許スコトハ已ニ第百八十一條乃至第百八十四條ニ明カナル所ナリ故ニ質權者モ代理人ヲシテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ固ヨリナリ例ヘハ質權者ハ質物ヲ自己ノ友人ニ寄託シ又ハ質權設定者ノ友人ニシテ質權者ノ信任スル者ニ之ヲ寄託シ以テ自己ニ代ハリテ其占有ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ又質權者カ已ニ他ノ理由ヲ以テ物ヲ占有セシ場合ニ於テハ爾後直チニ質物トシテ之ヲ占有スヘキ意思ヲ表示スルトキハ以テ質權ヲ取得スルコトヲ得ヘク(一八二、二項)又質物カ已ニ質權設定者ノ代理人ノ手ニ存スル場合ニ於テ其代理人ヲ以テ爾後質權者ノ代理人トシ以テ占有ヲ繼續セシムルコトヲ得ルハ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ(一八四)

不動産質ニ関スル本条ノ適用

然リト雖モ此ニ一ノ例外ナキ能ハス他ナシ質權設定者其人ヲ以テ質權者ノ代理人トシ之ニ代ハリテ物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルコト是ナリ是レ蓋シ質權ノ性質之ヲ許ササレハナリ夫レ質權ハ質權者ニ質物ヲ留置スル權利ヲ與ヘ且債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ當リ直チニ其物ヲ公賣シテ自ラ辨濟ヲ受クルノ便ヲ得セシムルニ在リ然ルニ質權設定者ヲ以テ自己ノ代理人トシ之ヲシテ依然物ノ占有ヲ爲サシメンカ殆ト質權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘシ加之第三百五十二條ノ規定ハ專ラ第三者ヲ保護スル爲メニ設ケタルモノニシテ物ヲ質權設定者ノ手中ニ存セシメス第三者カ其物ニ付キ誤テ信用ヲ爲スノ虞ナク從テ之ヲシテ不慮ノ損失ヲ被ムルノ危險ヲ免レシメント欲シタルナリ然ルニ其物ニシテ依然質權設定者ノ手中ニ存セハ第三者ハ果シテ何ニ依リテ其物ノ已ニ質權ノ目的タルコトヲ知ルヲ得ンヤ是レ本條ニ於テ特ニ質權者ハ質權設定者ヲ以テ自己ノ代理人トシ之ヲシテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルモノトシタル所以ナリ」

本條ノ規定ハ動産質ニ付テ特ニ其必要ヲ見ルト雖モ不動産質ニ付テモ亦其適用アルヘキコト固ヨリナリ故ニ質權設定ノ時ニ方リテ占有ノ改定(constitutum possessorium)ニ由リ質權設定者ヲ以テ質權者ノ代理人トシテ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス唯質權ヲ以テ第三者ニ對抗スル條件トシテハ占有ヲ必要トセサルカ故ニ一旦不動産ノ引渡ヲ受ケテ後更ニ之ヲ質權設定者ニ返還スルモ敢テ質權ノ效力ニ影響ヲ及ホササルモノトス是レ動産質ト異ナル所ナリ

地保ニ付キ債權範圍、

第三百四十六條　質權ハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス(擔一〇九乃至一一一、一三〇、舊商三七五)

本條ハ質權ヲ以テ擔保スヘキ債權ヲ定メタルモノナリ蓋シ質權ハ常ニ契約ヲ以テ之ヲ設定スヘキコトハ已ニ述ヘタルカ如キヲ以テ質權ニ由リテ如何ナル債權ヲ擔保スヘキカハ一ニ當事者ノ意思ニ委セサルヘカラス然リト雖モ當事者ハ擔

保スヘキ債權ノ元本ノミヲ定メ其果シテ利息其他ノ附從ノ債權ヲモ併セテ擔保スヘキヤ否ヤヲ明カニセサルコト最モ多カルヘシ此場合ニ於テハ果シテ之ヲ擔保スルモノトスヘキヤ將タ之ヲ擔保セサルモノトスヘキヤ本條ニ於テハ苟モ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ質權ハ單ニ元本ノミナラス利息其他ノ附從ノ債權ヲモ併セテ擔保スルモノトセリ是レ蓋シ當事者ノ意思ヲ推測シタルモノナリ夫レ利息其他ノ附從ノ債權ハ元本ノ從タルモノニシテ通常元本ト其運命ヲ共ニスヘキモノナルカ故ニ若シ當事者カ元本ニ付テ質權ヲ約スルトキハ苟モ反對ノ意思ヲ表示セサル限ハ其從タル利息其他ノ債權ヲモ併セテ擔保スルノ意思ヲ有セシモノト認ムルハ最モ至當ナル所ナレハナリ

附從債權、

附從ノ債權ハ其種類多シ本條ニ於テハ其各種ノモノヲ列擧シ質權ハ皆之ヲ擔保スルモノトセリ(第一)利息而シテ其約定利息タルト法定利息タルトヲ問ハス(第二)違約金是レ損害賠償ノ性質ヲ有スルヲ本則トスルト雖モ假令當事者ノ意思カ之ニ反スル場合ニ於テモ亦同シ(四二〇、三項)(第三)質權實行ノ費用即チ質物競賣ノ費用(競賣法一五、三三、二項、四六、二項)ニ據レハ競賣ノ費用ハ執達吏又ハ裁判所ニ於テ代價中ヨリ之ヲ控除スヘキモノトセルカ故ニ實際本文ノ適用ナキカ如キモ其附從ノ費用ハ勿論競賣法二〇、二一ノ場合ニ於テ質權者ニ過失ナキトキハ其負擔シタル費用モ亦質權ニ由リテ擔保セラルヘキモノトス、質物評價ノ費用(三五四)質權ノ目的タル債權ノ取立ノ費用(三六七)等是ナリ(第四)質物保存ノ費用例ヘハ質物ニ損傷ヲ生シタルニ因リ必要ナル修繕ヲ爲シタル費用、質物カ動物ナルトキ其食料等是ナリ(第五)債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償即チ債務者カ期限ニ至リ履行ヲ爲ササルヲ以テ之ニ催告ヲ爲シ又ハ之ヲ法廷ニ訴ヘタル費用、債務者カ期限ニ至リ履行ヲ爲ササル爲メ債權者モ亦已ムコトヲ得ス第三者ニ對シ履行ノ責ヲ缺キ爲メニ第三者ニ違約金ヲ拂ハサルコトヲ得サルニ至リタルトキハ其違約金ノ額等是ナリ(第六)質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償例ヘハ質物ノ中ニ爆裂性ノ物ヲ包含セルヲ知ラスシテ之ヲ質物トシテ受取リタルトキ、質物カ犬、馬等ナル場合ニ於テ其狂性ニシテ人ヲ傷クル癖アルコトヲ知ラスシテ

之ヲ質物トシテ受取リタルトキ質權者カ爆裂、噬傷等ニ因リテ受ケタル損害ノ賠償ノ如キ即チ是ナリ

第三百四十七條　質權者ハ前條ニ掲ケタル債權ノ辨濟ヲ受クルマテハ質物ヲ留置スルコトヲ得但此權利ハ之ヲ以テ自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルコトヲ得ス(擔一一〇、一二八乃至一三〇)

本條ハ質權ノ一ノ效力ナル留置權ヲ規定シタルモノナリ蓋シ新民法ニ於テハ質權ヲ以テ純然タル留置權ヲ包含スルモノトセサルコトハ已ニ述ヘタルカ如シト雖モ質權ノ效力トシテ一種ノ留置權ヲ生スルコトハ固ヨリ疑ヲ容レサル所ナリ而シテ此留置權ニハ眞正ノ留置權ニ關スル規定ヲ準用スルコト多キハ後ノ第三百五十條ニ至リテ明カナリ唯、一ノ純然タル留置權ト異ナル所ハ純然タル留置權ハ如何ナル債權者ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ルト雖モ質權者ハ其留置權ヲ以テ自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ動產質ニ在リテハ質權設定ノ當時質物ヲ保存シタル債權者アルコトヲ知リテ其質物ヲ受取リタル場合ニ於テハ若シ其保存者カ其先取特權ヲ行ハント欲スルトキハ其留置權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス(三三〇、二項、三三四)又不動產質ニ在リテハ其登記前ニ已ニ登記ヲ爲シタル抵當權者アルトキハ其抵當權者カ不動產ヲ賣却シテ辨濟ヲ受ケント欲スルニ當リ質權者ハ復不動產ヲ留置スルコト能ハサルノ類是ナリ

或ハ曰ハン質權ハ素ト留置權ヨリ强力ナルモノナルニ此點ニ於テハ却テ留置權ニ及ハサルカ如キハ如何ト是レ他ナシ(第一)質權者ハ留置權ノ他ニ其物ヲ賣却シタル代價ニ付テ優先權ヲ行フノ權利ヲ有スルカ故ニ必スシモ其物ヲ留置セシムルコトヲ要セス(第二)留置權ハ債權ノ性質ニ因リ之ヲ擔保スル爲メ法律上當然存スルモノナリト雖モ質權ニ至リテハ然ラス單ニ當事者ノ意思ヲ以テ自由ニ之ヲ設定スルコトヲ得ルカ故ニ爲メニ法律上是ヨリモ優先ナル權利ヲ有スヘキ者ノ

權利ヲ侵スコトヲ得サルモノトシタルハ固ヨリ當然ト謂ハサルヘカラス是レ兩者ノ異ナル所以ナリ

或ハ又曰ハン然ラハ則チ質權者ニ留置權ヲ與フルノ必要ナキカ如シ如何ト曰ク然ラス(第一)此留置權ハ債權者カ質物ヲ賣却スルノ勞ヲ執ルコトヲ欲セサル場合ニ於テ若シ質物カ債務者ノ使用セント欲スル物ニシテ債權者カ長ク之ヲ留置スルトキハ債務者ハ其不便ニ堪ヘスシテ竟ニ債務ヲ履行スルニ至ルヘキトキハ此留置權ハ債權者ノ爲メニ頗ル便利ナルモノトス(第二)質物ハ之ヲ賣却スル時期ニ依リテ必スシモ其價ヲ同シウセス故ニ債權者ハ其利益ノ爲メ質物カ充分ノ價格ヲ有スル時期ニ於テ之ヲ賣却セント欲スルコト多キハ固ヨリナリ故ニ他ノ債權者カ之ヲ賣却セント欲スルモ若シ質權者ニシテ今之ヲ賣却スルハ利益ナラスト認ムルトキハ此留置權ヲ行ヒテ其賣却ヲ拒ムコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於テハ他ノ債權者ハ全ク賣却ヲ爲スコトヲ得サルニ非ス唯其賣却ヲ爲スニ當リ先ツ質權者ニ辨濟ヲ爲スヲ以テ競賣ノ條件トスルコトヲ要ス而シテ若シ質權者カ全額ノ辨濟ヲ受クルトキハ其質權ハ直チニ消滅スヘキヲ以テ復留置權ヲ行フコトヲ得サルハ固ヨリナリ故ニ此規定タル他ノ債權者ヲモ害セス又質權者ヲモ害セサルモノト謂フヘシ唯質權者ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ至リテハ質權者ニ同シク物ノ賣却ヲ爲スニ適當ナル時期ヲ選擇スルノ權利アルノミナラス假令其物ノ價格ハ廉ナルモ直チニ辨濟ヲ受ケント欲スル場合ニ於テハ自己ノ權利ニ劣レル質權ヲ有スル者ノ爲メニ其賣却ヲ妨ケラルヘキノ理ナシ故ニ此債權者ハ質權者ノ意見ニ拘ハラス其欲スル時期ニ於テ物ノ賣却ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於テハ競賣ニ附スルニ先ツ質權者ニ辨濟ヲ爲スヘキノ條件ヲ以テスルコトヲ要セサルハ固ヨリナリ

質物轉質

第三百四十八條

質權者ハ其權利ノ存續期間內ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ轉質ヲ爲ササレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損失ニ付テモ亦

其責ニ任ス(擔一〇七、一二四、二項)

本條ハ質權者カ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノナリ蓋シ質權ハ一ノ物權ナリ故ニ其權利ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タサルカ如シト雖モ(轉質ハ則チ質權ノ解除條件附讓渡)元來質權ノ性質タル債權ノ從タルモノニシテ債權ヲ離レテ存在スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ或ハ法理上質權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得サルヲ至當ト爲スヘキカ然リト雖モ是レ頗ル不便ナル所ナリ故ニ苟モ質權設定者ニ損害ヲ加ヘサル限ハ之ヲ許スモ何ノ不可カ之アラン此ニ於テカ本條ハ二條件ヲ附シテ之ヲ許セリ(第一)質權者ハ其權利ノ存續期間内ニ於テノミ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得是レ固ヨリ當然ナル所ニシテ殆ト言フヲ俟タサル所ナリ西哲言ハスヤ何人ト雖モ自己ノ權利ヨリ多クノ權利ヲ他人ニ讓ルコトヲ得ス(Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet)ト是ノ謂ナリ(第二)質權者ハ轉質ニ因リテ生シタル一切ノ損害ニ付キ責任ヲ負フヘキモノトス而シテ其損害カ不可抗力ヨリ生シタルトキモ亦然リ但其損害ハ假令轉質ヲ爲ササルモ生スヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス例ヘハ質權者カ質物ヲ自己ノ債權者ニ轉質ト爲シタル後其債權者ノ家屋カ火災ニ因リテ燒失シ質物モ共ニ燒失シタル場合ニ於テ若シ質權者ノ家屋ハ火災ニ遭ハサルトキハ質權者ハ其質物ノ代價ヲ質權設定者ニ償ハサルコトヲ得サルカ如キ是ナリ尚ホ不動產質ニ付テハ第三百六十一條ニ依リ第三百七十五條ヲ準用スヘシ隨テ轉質ノ場合ニハ本條ト第三百七十五條トヲ併セ適用スルコトト爲ルヘシ(質權ニ由リテ擔保セラレタル債權ヲ質入スルコトヲ得ルハ固ヨリナリト雖モ是レ頗ル煩雜ナル手續ヲ要スルノミナラス其效力モ亦全ク同シカラス)

第三百四十九條　質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ約スルコトヲ得ス(擔一一三、一三〇、六年一月十七日

告一八號地所質入書入規則五、同年八月二十三日告三〇六號動產不動產書入金穀貸借規則二項)

本條ハ流質契約ヲ禁シタルモノナリ蓋シ債務者カ期限ニ至リ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ質權者ハ其質物ヲ競賣ニ付シ其代價ヲ以テ自己ノ辨濟ニ充テ若シ足ラサルトキハ債務者ノ他ノ財產ニ付キ辨濟ヲ求メ若シ餘アルトキハ之ヲ質權設定者ニ返還セサルヘカラス是レ暗ニ第三百四十二條ノ規定ヨリ生スル所ニシテ尙ホ競賣法ノ規定ニ依リテ殊ニ明カナル所ナリ而シテ之ニ對シテハ第三百五十四條、第三百六十七條及ヒ第三百六十八條ニ一二ノ例外ヲ認ムルノミニシテ質權者ハ其他ノ方法ヲ以テ質物ヲ處分スルコトヲ得サルモノトス是レ當事者間ニ特約ナキトキハ固ヨリ然ラサルコトヲ得サル所ナリト雖モ本條ニ於テハ特ニ之ニ反スル契約ヲ禁セリ蓋シ立法者ノ意ニ曰ク質權設定者ハ多クハ金錢ノ急需ニ迫ラレテ如何ナル不利益ノ條件ヲ以テモ金錢ヲ得ント欲スルノ餘高價ナル質物ヲ出タシテ少額ノ金錢ヲ借リ尙ホ債權者ノ貪婪ナル請求ニ應シ若シ債務者カ期限ニ至リテ辨濟ヲ爲ササルトキハ債權者ハ直チニ質物ノ所有者ト爲リ又ハ其質物ヲ債權者ノ隨意ニ賣却スルコトヲ得ヘキ等ノ條件ヲ以テ質契約ヲ結ハント欲スルコトナシトセス此場合ニ於テハ質權設定者ハ大抵期限ニ至リ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルヲ思ヒ如何ナル不利益ノ契約ヲ結フモ是レ畢竟金ヲ借ルノ方便ニ過キスシテ期限ニ至リ其契約ノ履行ヲ爲スノ必要アラサルヘシト輕信シ容易ニ此ノ如キ契約ヲ結フト雖モ一旦期限ニ至リテハ萬事意ノ如クナラス必ス受取ルコトヲ得ヘシト期シタル金錢ハ之ヲ受取ルコトヲ得スシテ爲メニ質權者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得サル不幸ニ遭遇スルコトナシトセス茲ニ至リテ千恨萬悔スルト雖モ復及フナシ故ニ此ノ如キ契約ハ初ヨリ之ヲ結フコトヲ得サルモノトシ以テ右ノ不幸ヲ未然ニ防止スルノ愈レルニ如カス殊ニ利息制限法ノ存スル間ハ此種ノ契約ハ往往ニシテ利息制限法ニ抵觸スル契約ヲ隱蔽スルノ假面ニ過キサルコヽ尠カラサルヘキヲ以テ寧ロ之ヲ禁スルヲ得策トスト

以上ハ本條ノ立法ノ理由タルコト疑ナシト雖モ余ノ信スル所ニ據レハ此規定ハ

設規定ノ害益ヲ審理ス

畢竟有害無益ノ規定ニ過キス請フ其理由ヲ略陳セン

第一　立法者ハ曰ク質權設定者ハ金錢ノ急需ニ迫ラレテ無謀ナル契約ヲ爲スコトアリト是レ第一、第三者カ質權ヲ設定スル場合ニ於テハ殆ト適用スヘカラサル所ニシテ且縱令質權設定者カ債務者ナル場合ト雖モ實際此場合最モ多キハ固ヨリナリ)苟モ成年者ニシテ健全ナル精神ヲ具フル者ハ自己ノ利害ヲ較量シテ契約ヲ締結スルモノト看做ササルコトヲ得ス然ラスンハ啻ニ質權設定ノミナラス例ヘハ物ノ賣買ニ於テ非常ナル廉價ヲ以テ之ヲ賣ルトキハ後日之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセサルヘカラス而シテ是レ陳腐ナル法律ニハ多ク其例ヲ見ル所ナリト雖モ我邦ニ於テハ已ニ舊民法ニ於テモ此ノ如キ陳腐ナル主義ヲ採用セス況ヤ新民法ニ於テハ一切右樣ノ規定ヲ存セス然リ而シテ唯リ質權設定ニ付キ本條ノ如キ規定ヲ設クルハ甚タ權衡ヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス論者道フコトヲ休メヨ賣買ハ直チニ權利ヲ失ハシムルカ故ニ容易ニ之ヲ爲サス質權設定ハ直チニ權利ヲ失ハシメサルヲ以テ輕輕之ヲ爲スノ憂アリト質權ノ竟ニ其物ヲ賣却スルコトヲ許スニ至ルヘキコトヲ知ラサルカ如キ無識者ハ貪婪者流ニ誤ラレテ如何ナル無謀ノ契約ヲ爲スカ計リ難シ若シ立法者ニシテ是等ノ無識者流ヲ保護セント欲スレハ殆ト底止スル所ヲ知ラサルヘシ故ニ法律ハ是等ノ者ヲ顧ルコトヲ要セサルナリ蓋シ金錢ノ急需アル者ハ若シ其金錢ヲ得サレハ非常ナル不利益ヲ被ムルコト稀ナリトセス例ヘハ其金錢ナケレハ竟ニ多額ノ違約金ヲ納ムルノ已ムコトヲ得サルコトアリ又ハ之ヲ得サレハ竟ニ破產ノ不幸ニ陷ルヘキコトアリ是等ノ場合ニ於テハ假令不利益ナル流質契約ヲ以テスルモ猶ホ其金錢ヲ借ルニ利アリ故ニ充分質權ノ危險ヲ了知セル者ト雖モ猶ホ此ノ如キ契約ヲ結ハント欲スルコト稀ナリトセス然ルニ本條ノ規定アルカ爲メ是等ノ契約ヲ結フコトヲ得スシテ爲メニ多額ノ違約金ヲ拂ヒ又ハ破產ノ不幸ニ陷ルノ已ムコトヲ得サルニ至ルコトアルヘシ殊ニ市價ノ變動多キ物等ニ至リテハ債務者ハ自己ノ利益ヲ慮リ流質契約ヲ附シテ之ヲ質入スルコトナシトセス是レ余カ本條ノ規定ヲ以テ有害ナリトスル所以ナリ

第二　曰ク流質契約ヲ以テ利息制限法ノ適用ヲ免レント欲スルコトアリト是レ或ハ然ラン然リト雖モ利息制限法ナルモノモ亦本條ノ規定ト同シク老婆心ノ至レルモノニシテ人民ヲ小兒視シタル舊主義ノ法律ニ過キス故ニ余ハ利息制限法ノ一日モ早ク廢セラレンコトヲ希望スル者ナリ而シテ民法ニ於テハ別ニ利息制限法ヲ廢スルコトヲ定メスト雖モ其全體ノ主義ニ於テハ利息制限法ノ存在ヲ認メサルモノナリ蓋シ法典調査會ニ於テハ利息制限法ハ直チニ之ヲ廢セサルモ將來永ク存スヘキ法律ニ非サルヲ以テ民法ハ之ヲ度外ニ措イテ規定スルヲ可ナリトシタルナリ然ラハ利息制限法ヲ慮リテ本條ノ規定ヲ設クヘキノ理アラサルナリ然リト雖モ今一歩ヲ退イテ之ヲ論センニ假令利息制限法アルモ本條ニ掲ケタル契約ハ必スシモ常ニ利息制限法ノ適用ヲ免レント欲スルモノト謂フコトヲ得ス故ニ若シ當事者ノ意思ニシテ利息制限法ノ適用ヲ免レント欲スルニ在リタリト認ムヘキ事實アルトキハ其契約ノ不法ニシテ無效ナルコトハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリト雖モ當事者ノ意思カ明カニ利息制限法ノ適用ヲ免レントス蓋シ物ノ價格カ債權ニ最高限ノ利息ヲ附シタル金額ヲ超エサルトキハ本條ニ掲ケタル契約ヲ以テ利息制限法ヲ犯スモノトヲ得ス且ヤ若シ利息制限法ノ爲メニ本條ノ規定ヲ設クルモノトセハ質物ノ價カ債權ニ最高限ノ利息ヲ附シタルモノヨリモ貴キ場合ニ於テノミ其契約ノ全部又ハ一部ヲ無效トスヘキモノニシテ敢テ常ニ之ヲ無效トスヘキモノニ非ス蓋シ物ノ價格カ債權ニ最高限ノ利息ヲ附シタル金額ヲ超エサルトキハ本條ニ掲ケタル契約ヲ以テ利息制限法ヲ犯スモノト認ムルコトヲ得サレハナリ

第三　尙ホ一歩ヲ讓リテ本條ニ掲ケタル契約ハ眞ニ論者ノ言フカ如キ弊害アルモノトスルモ余ハ猶ホ本條ノ規定ノ無益ナルコトヲ疑ハサルナリ蓋シ本條ノ規定ハ良民ニ對シテハ眞ノ禁令ト爲リ爲メニ不便ヲ感スル者多カルヘシト雖モ法律カ此規定ニ依リテ制裁ヲ加ヘント欲スル狡猾者流ニ至リテハ本條ノ規定アルニ拘ハラス猶ホ實際流質契約ヲ爲サシムルコトヲ憚ラサルヘシ例ヘハ債權者ハ質權ノ設定ヲ爲サシメスシテ債務者ヨリ其財產ヲ買ヒ尙ホ若干ノ期

間内ニ賣主カ其代價ニ利息ヲ附シテ買戻ヲ求ムルトキハ買主ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトスルトキハ表面上所謂買戻特約附賣買ニシテ(五七九)固ヨリ有效ナリト謂ハサルコトヲ得ス然リト雖モ其當事者ノ眞意ヲ探ルトキハ往往ニシテ流質契約ヲ附シテ質權ヲ設定セント欲スルモ本條ノ規定カ之ヲ許ササルヲ以テ特ニ名ヲ買戻特約附賣買ニ假リテ其希望ヲ達セント欲スルニ過キサルコト多シ而モ法律ハ之ヲ如何トモスルコト能ハサルヘシ是レ余カ本條ノ規定ヲ以テ無益ナリト曰ヘル所以ナリ

第四　質權ニ就テノミ本條ノ規定アリテ抵當權ニ就テ同樣ノ規定ナキハ前後權衡ヲ得サルモノト謂フヘシ

以上ノ理由ニ因リ初メ政府案ニハ本條ノ規定ヲ設ケサリシト雖モ竟ニ衆議院ニ於テ之ヲ挿入シタルハ余カ深ク遺憾トスル所ナリ

本條ニ於テ禁スル所ノ流質契約ハ(第一)設定行爲ノ當時ニ爲ス所ノモノ(第二)質權設定後ト雖モ未タ債務ノ滿期ニ至ラサル前ニ爲ス所ノモノ是ナリ而シテ期限ニ至リテ流質契約ヲ爲スハ敢テ本條ノ禁セサル所ナリ今其理由ヲ尋スルニ已ニ期限ニ至テハ債權者ハ直チニ辨濟ヲ促スコトヲ得ルヲ以テ債務者ハ如何ナル方法ニ由ルモ其辨濟ヲ爲ササルコトヲ得ス故ニ質物タル財產ヲ他人ニ賣リ以テ辨濟ノ用ニ充ツルコトヲ得ルニ同シク之ヲ債權者ニ賣リ以テ其辨濟ニ充ツルコトヲ得スンハアルヘカラス而シテ其代價ノ廉ト不廉トハ固ヨリ問フ所ニ非サルナリ之ニ反シテ設定行爲ノ當時ハ勿論債務ノ滿期前ニ在リテハ債務者ハ未タ辨濟ヲ爲スノ必要ニ迫ラレサルカ故ニ徐ニ其辨濟ノ方法ヲ講シテ可ナリ何ヲ苦ミテ今ヨリ流質契約ヲ爲スコトヲ要センヤト然リト雖モ余ハ此區別ノ甚タ理由ナキコトヲ信スルナリ夫レ設定行爲ノ當時ニ在リテ流質契約ヲ爲スハ前ニ述ヘタル理由ニ據リテ(其理由ハ不充分ナルニモセヨ)之ヲ禁スルトスルモ已ニ質權設定ノ後ハ則チ概ネ金錢ヲ借入レタル後ナリ故ニ復金錢ノ急需アルコトナシ故ニ債務ノ滿期前ト雖モ苟モ質權設定ノ後ナルトキハ毫モ流質契約ヲ禁スルノ理由ナシ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ期限後ニハ債務者ハ債權者ノ督促ヲ受ケ困難ノ餘竟ニ

不利益ナル流質契約ヲ結フニ至ルノ虞ナシトセサレトモ期限前ニ在リテハ却テ同一ノ危險ナク債務者ハ全ク自由ニ流質契約ヲ爲スト否トヲ擇フコトヲ得ル者ナリ然リ而シテ彼ヲ禁セスシテ此ヲ禁シタルハ不權衡モ亦甚シト謂フヘシ

本條ノ規定ノ不當ニシテ不便ナルコトハ世既ニ定評アリ故ニ民法ノ前三編カ始メテ公布セラルルヤ實業家ハ擧テ本條ノ不便ヲ訴ヘ以テ當局ニ迫リシカハ終ニ商法第二百七十七條ヲ以テ之ヲ「商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權」ニ適用セサルコトトセリ

本條ハ第三百六十二條第二項ノ規定ニ依リ之ヲ債權質ニ準用スヘキハ固ヨリナリ或ハ本條中所有權ナル文字アルカ爲メ之ヲ疑フ者ナキヲ保セサレトモ是レ準用ノ準用タル所ニシテ之ヲ債權ニ適用スルコトヲ得ヘキヤ明カナリ

留置權規定ノ先取特權規定ノ質權ニ準用ス

第三百五十條　第二百九十六條乃至第三百條及ヒ第三百四條ノ規定ハ質權ニ之ヲ準用ス(擔一〇五、一〇六、一〇八、一〇九、一一四、一二三、一三〇、一三三)

物上保證

本條ハ留置權及ヒ先取特權ニ關スル規定ノ中質權ニ準用スヘキモノヲ列擧セリ而シテ第二百九十六條乃至第三百條ハ主トシテ質權者ノ有スル留置權ニ純然タル留置權ノ規定ヲ準用シタルニ過キス但不動產質ニ付テハ第三百五十六條乃至第三百五十八條ノ規定アルヲ以テ第二百九十七條乃至第二百九十九條ノ規定ハ全然之ヲ不動產質ニ適用スルコト能ハスト雖モ質權ノ一般ノ規定トシテハ是等ノ條文ヲモ準用スヘキモノトスルヲ當然トス

第三百五十一條　他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者カ其債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス(擔九八、二項、一一七)

本條ハ第三者カ質物ヲ供シタル場合ニ付テ規定セリ蓋シ第三者カ質物ヲ供シタル場合ニ於テハ其性質稍〻保證契約ニ類スルモノアリテ學者之ヲ物上保證ト云ヘ

ルコトハ已ニ第三百四十二條ニ付テ述ヘタルカ如シ蓋シ保證人ハ他人ニ代ハリテ債務ノ履行ヲ爲スノ義務ヲ負フ者ナリ他人ノ債務ノ爲メニ質權ヲ設定シタル者ハ他人ノ債務ヲ履行スルノ責ナシト雖モ他人ノ債務ノ爲メニ竟ニ自己ノ財産ヲ失フニ至ルコト稀ナリトセサルヲ以テ此場合ニ於テハ殆ト自ラ辨濟ヲ爲シタルニ均シ且實際ニ於テハ其質物ヲ失ハサランカ爲メ竟ニ辨濟ヲ爲スノ已ムコトヲ得サルニ出ツルニトアリ故ニ兩者ノ地位大ニ相類スルモノアリ是レ本條ニ於テ若シ物上保證人カ他人ノ債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ竟ニ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルモノトセル所以ナリ(四五九乃至四六四)尙ホ本條ノ規定ハ抵當權ニモ準用スヘキモノナルコト後ノ第三百七十二條ニ依リテ明カナリ

本條ニモ所有權ノ文字アリト雖モ之ヲ債權質ニ準用スヘキコト固ヨリ言フヲ待タサルナリ

第二節　動產質

本節ニ於テハ唯動產質ニ特別ナル規定ノミヲ掲ケ他ハ總テ總則ニ依ルヘキモノトセリ

第三百五十二條　動產質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(擔一〇二、一二二)

本條ハ動產質ヲ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ヲ定メタルモノニシテ即チ已ニ述ヘタルカ如ク動產質權者ハ啻ニ物ノ引渡ヲ受クルヲ以テ足レリトセス必ス其占有ヲ繼續スルコトヲ要ス然ラスンハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ是レ他ナシ動產ニハ登記ノ如キ公示方法ナキカ故ニ占有ヲ以テ之ニ代フルコト近代ノ法律ノ皆同シキ所ナリ故ニ動產ニ關スル權利ノ讓渡ヲ

以テ第三者ニ對抗セント欲セハ必ス之ヲ引渡スコトヲ要スルモノトセリ(一七八)動産質ニ在リテハ物ノ引渡ハ單ニ第三者ニ對スル條件ナラスシテ當事者間ニ於テモ之ヲ必要トセリ而モ第三者ニ對シテハ其占有ヲ繼續スルコトヲ必要トセリ即チ之ニ依リテ質權ノ存スルコトヲ第三者ニ知ラシメント欲シタルナリ蓋シ動産ハ特ニ占有ニ因リテ權利ノ所在ヲ明カニスヘキモノナルカ故ニ(一七八、一九二參觀)假令債務者ノ所有物ナルコト明カナルモ其債務者ニシテ其物ヲ占有セサルトキハ第三者ハ債務者カ何時其所有權ヲ失フヘキカ知ルヘカラス假令其所有權ヲ失ハサルモ必ス第三者カ其物ノ上ニ權利ヲ有スルコトアラント想像スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ若シ質物カ債務者ノ手ニ存スルトキハ第三者ハ債務者カ其物ニ付テ完全ナル所有權ヲ有スルモノト誤信シ或ハ之ニ付テ債務者ト取引ヲ爲シ或ハ之ヲ信シテ債務者ニ金錢ヲ貸與スル等ニ因リ意外ノ損失ヲ被ムルノ虞アレハナリ

占有ニ付テモ代理ヲ許スコトハ已ニ屢〻論シタル所ナリ(三二頁乃至三八頁、四三五頁、乃至四三七頁)故ニ本條ノ占有モ亦代理人ニ由リテ之ヲ爲スコトヲ得ルハ固ヨリナリ唯普通ノ原則ニ違ヒ質權設定者ヲ以テ直チニ質權者ノ代理人トシテ依然物ノ占有ヲ爲サシメ又ハ一旦質權者カ受取リタル物ヲ之ニ交付シ以テ代理占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルコトハ第三百四十五條ニ規定スル所ナリ

第三百五十三條　動産質權者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リテノミ其質物ヲ回復スルコトヲ得

本條ハ質權者カ他人ノ爲メニ質物ノ占有ヲ奪ハレタル場合ニ於テ果シテ質權ヲ失フヤ否ヤヲ定メタルモノナリ本條ノ規定ニ依レハ此場合ニ於テ質權者ハ直チニ質權ヲ失フコトナシト雖モ而モ一年內ニ占有回收ノ訴ヲ起スニ非サレハ竟ニ其質權ヲ失フニ至ルヘシ而シテ一年內ニ占有回收ノ訴ヲ起ストキハ其質物ヲ回復スルコトヲ得テ而モ質權者ハ嘗テ質物ノ占有ヲ失ヒタルコトナキモノノ如ク看做サルルナリ(二〇〇、二〇一、三項、二〇三尙ホ第二百三條ニ付テ論シタル所ヲ參觀セヨ

本條ノ規定ハ質權者カ其意ニ反シテ質物ノ占有ヲ奪ハレタル場合ノミニ關セリ故ニ若シ質權者カ假令相手方ノ詐欺ニ因ルモ任意ニ質物ノ占有ヲ拋棄シタルトキハ忽チ第三者ニ對シテハ質權ヲ失フモノトス

質權實行

第三百五十四條　動産質權者カ其債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ正當ノ理由アル場合ニ限リ鑑定人ノ評價ニ從ヒ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此場合ニ於テハ質權者ハ豫メ債務者ニ其請求ヲ通知スルコトヲ要ス(擔一一二、六年八月二十三日告三〇六號動産不動産書入金穀貸借規則二項)

本條ハ質權者カ期限ニ至リ辨濟ヲ受ケサル場合ニ於テ如何ナル方法ヲ以テ質權ヲ實行スルコトヲ得ルカヲ定メタルモノナリ蓋シ質權者ハ質物ヲ競賣シテ其代價ノ中ヨリ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルヲ原則トスルコトハ已ニ論シタルカ如シ而シテ此場合ニ於ケル競賣ノ方法ハ競賣法ノ定ムル所ニ依リ强制執行ノ方法ニ由ルコトヲ要セス而シテ是等ノ事ハ特ニ民法ノ明文ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要セサルモノトシテ新民法ニ於テハ之ヲ言ハス唯本條ニ於テ右ノ原則ニ據ラサル例外ノ場合ノミヲ規定セリ而シテ本條ノ定ムル所ニ據レハ質權者ハ正當ノ理由アル場合ニ限リ鑑定人ノ評價ニ從ヒ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルモノトセリ是レ蓋シ一ノ便法ニシテ一方ニ於テハ彼ノ競賣ナルモノハ動モスレハ過分ノ費用ヲ要シ而モ其價ハ却テ普通ノ市價ニ及ハサルコト多ク又一方ニ於テハ債權者カ其質物ノ所有權ヲ得ント欲スルコトアリ而シテ債務者ハ畢竟何レニシテモ其質物ノ賣却ニ會フヘキカ故ニ其買主ノ質權者タルト他ノ者タルトヲ擇ハサルヘキヲ以テ此便法ヲ設ケタルナリ但之ニ付テハ毫モ債務者及ヒ他ノ債權者ヲ害セサルコトヲ要ス之カ爲メニ本條ニ於テハ四ツノ條件ヲ定メタリ

第一　正當ノ理由アルコトヲ要ス例ヘハ古物、寶玉等ニシテ之ヲ競賣ニ付スルモ

或ハ其競賣ニ加ハル者少ク或ハ不當ナル廉價ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ買ハント欲スル者アラサルコトアリ此場合ニ於テハ寧ロ鑑定人ノ評價ニ從ヒ相當代價ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充ツルトキハ啻ニ質權者ノ爲メニ利益アルノミナラス債務者及ヒ他ノ債權者ノ爲メニモ利益ト爲ルコト多シ故ニ是レ正當ノ理由アルモノト謂フヘシ又例ヘハ質權者カ債務者ノ親戚ニシテ質物カ債務者ノ家寶ナル場合ニ於テハ之ヲ競賣ニ付シテ他人ノ手ニ落サンヨリハ寧ロ親戚タル質權者自ラ之ヲ買取ルヲ以テ家寶ヲ重スルノ美志ニ副フモノト謂フヘシ是レ亦正當ノ理由アルモノト謂ハサルコトヲ得ス

第二　裁判所ニ請求スルコトヲ要ス蓋シ正當ノ理由アルヤ否ヤハ一ニ人人ノ認定如何ニ在ルモノニシテ若シ裁判所ノ干渉ヲ容レスシテ本條ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ果シテ正當ノ理由アルヤ否ヤニ付キ動モスレハ數歲月ヲ經ルノ後爭ヲ生スルノ虞アルノミナラス質權者ハ往往正當ノ理由ナキニ本條ノ權利ヲ行フコトアリテ爲メニ債務者及ヒ他ノ債權者ノ權利ヲ害スルコトアルヘク殊ニ次ニ論スル鑑定人ノ評價ニ付テモ其鑑定人ハ裁判所ニ於テ之ヲ選任スルニ非サレハ其評價必スシモ恰當ナルコトヲ得ス是レ特ニ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要スルモノトシタル所以ナリ

第三　鑑定人ノ評價ニ從フコトヲ要ス蓋シ物ノ價ハ之ヲ評定スルコト極メテ難キヲ常トスルカ故ニ若シ質權者ヲシテ隨意ニ之ヲ評定セシメンカ不當ノ廉價ヲ以テ質物ヲ得ント欲スルコト多キハ固ヨリ言フヲ俟タス債務者ノ評價ニ從ハンカ必ス不當ノ高價ヲ以テ之ヲ與ヘント欲スルハ亦人情ノ免レサル所ナリ是レ法律上競賣ヲ以テ擔保實行ノ通則トスル所以ニシテ之ニ代フルニハ必ス是ト同一ノ公平ヲ得ヘキ方法ヲ以テスルコトヲ要ス而シテ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ハ概シテ公平ナルモノト看做ササルコトヲ得ス是レ此條件ヲ必要トシタル所以ナリ

通常ノ事件ニ於テハ裁判所ハ鑑定人ノ意見ヲ採用スルト否トノ自由ヲ有スルモノナリト雖モ本條ノ場合ニ於テハ必ス鑑定人ノ評價ニ從ハサルコトヲ得ス

但鑑定人ノ選擇ハ一ニ裁判所ノ權内ニ在リ從テ甲ノ鑑定人ノ評價ヲ不當トスルトキハ更ニ乙ノ鑑定人ヲシテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(非訟事件手續法一九、一項、八三ノ二、八九參照)

第四　豫メ債務者ニ通知スルコトヲ要ス蓋シ假令裁判所ノ干渉ヲ經且其選任シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ質物ヲ債權者ニ與フルモ未タ必スシモ充分ノ擔保アリト爲スヘカラス何トナレハ裁判所及ヒ鑑定人ハ往往ニシテ質權者ノ甘言ニ欺カルルコトナシトセサレハナリ而シテ債務者ハ其評價ノ高低ニ因リ著大ナル利害ヲ感スヘキハ固ヨリ言フヲ待タス何トナレハ若シ其代價ニシテ餘アランカ其殘餘ハ債務者之ヲ受取ルヘク若シ其代價ニシテ足ラサランカ債務者ハ他ノ財産ヲ以テ其不足ヲ補ハサルヘカラサレハナリ且債務者ハ將ニ質物ノ所有權ヲ失ハントスルヲ見テ倉皇辨濟ヲ爲スコトモ亦稀ナリトセサルヘシ是ニ於テカ立法者ハ質權者カ本條ノ權利ヲ行ハント欲スルトキハ必ス先ツ債務者ニ其意思ヲ通知スルコトヲ要スルモノトセリ而シテ其通知ハ唯漠然タル意思ヲ通知スルヲ以テ足レリトセス某ノ日ニ裁判所ニ請求スヘキ旨ヲ明示スルコトヲ要ス之ニ依リテ債務者ハ其日マテニ辨濟ノ準備ヲ爲スコトヲ得ヘシ尚ホ非訟事件手續法(八一、二項、八三ノ二、一項)ニ依レハ裁判所ハ債務者ヲ訊問スヘキモノトセリト雖モ萬一之ヲ爲ササルトキハ債務者ハ同法第十三條ニ據リ裁判所ニ出頭シテ傍聽ヲ求メ以テ不當ノ裁判ナキヤ否ヤヲ監視シ又ハ訊問ヲ促スコトヲ得ヘシ是レ其期日ヲ明知スルニ非サレハ能ハサル所ナリ是レ則チ此條件ノ必要ナル所以ナリ

本條ノ規定ハ果シテ之ヲ債權質ニ適用スヘキヤ否ヤ曰ク之ヲ適用スヘシ蓋シ本條ノ規定ハ毫モ債權質ノ性質ト相容レサルモノナキノミナラス動産質ニ付テ之ヲ必要トスル理由ハ債權質ニ付テモ亦存スレハナリ故ニ第三百六十二條第二項ニ於テモ汎ク權利質ニ本節ノ規定ヲ準用セリ

第三百五十五條　數個ノ債權ヲ擔保スル爲メ同一ノ動産ニ付キ質權ヲ設定シタルトキハ其質權ノ順位ハ設定ノ前後ニ依

ル(舊商三七八、三七九)

本條ハ一個ノ動産カ同時ニ數個ノ債權ノ爲メニ質物ト爲レル場合ニ付テ規定セリ蓋シ質權ハ占有ヲ以テ其要素トセルカ故ニ同時ニ二個以上ノ質權カ同一ノ動産ニ付テ存スルコトアルヘカラサルカ如シト雖モ而モ稀ニハ此事ナシトセス其然ル所以ノモノ他ナシ第三百四十五條及ヒ第三百五十二條ノ下ニ於テ述ヘタルカ如ク占有ニハ代理ヲ許スカ故ニ同一ノ人カ二人ノ爲メニ同一ノ動産ヲ質物トシテ占有スルコトナシトセハ例ヘハ甲カ乙ニ質物トシテ其所有物ヲ交付シタル後更ニ其物ヲ丙ニ質入シ而シテ甲乙丙協議ノ上乙ヲ以テ丙ノ代理人トシ其物ノ占有ヲ爲サシムルトキハ乙ハ同時ニ自己ノ爲メ及ヒ丙ノ爲メニ質物ヲ占有スル者ニシテ二個ノ質權同一ノ動産ニ付テ存スルモノトス又例ヘハ甲カ乙ニ其所有物ヲ質入シ丁カ乙ノ代理人トシテ其物ヲ占有セシモ甲ハ更ニ其物ヲ以テ丙ニ質入シ丙亦丁ヲシテ代理占有ヲ爲サシムルトキハ丁ハ兩人ノ爲メニ其質物ヲ占有スル者ニシテ二個ノ質權亦同一ノ動産ニ付テ存スルモノトス是等ノ場合ニ於テ

其質權ノ順位果シテ如何之ニ付テハ四說ヲ生ス

第一說ニ曰ク丙ハ常ニ乙ニ先チテ其質權ヲ行フコトヲ得ヘシト而シテ其理由ヲ尋ヌレハ曰ク占有ナルモノハ素ト排他的ノモノニシテ同時ニ兩人ノ爲メニ之ヲ爲スコト能ハス而シテ占有者ハ後ノ質權ノ爲メ其占有ヲ爲ス以上ハ必ス前ノ質權ノ爲メニハ占有ヲ拋棄セサルヘカラサレハナリト是レ謬レリ蓋シ同一ノ效力ヲ有スヘキ占有ハ排他的ナルコト眞ニ論者ノ言ヘルカ如シト雖モ若シ其效力ニシテ異ナランカ數多ノ占有固ヨリ同時ニ併存スルコトヲ得ヘシ譬ヘハ地上權者カ質權者ノ爲メニ不動産ヲ占有スル場合ニ於テハ其地上權者ハ(第一)所有者ノ爲メニ所有權ニ關スル占有ヲ爲シ(第二)自己ノ爲メニ地上權ニ關スル占有ヲ爲シ(第三)質權者ノ爲メニ質權ニ關スル占有ヲ爲ス者ナリ而シテ此三種ノ權利ハ並ヒ行ハレテ悖ラス質權ノ行使ハ爲メニ地上權ノ行使ヲ妨ケス此二種ノ權利ハ固ヨリ物權ナルカ故ニ所有權ノ一部ヲ殺クハ勿論ナリト雖モ其殘餘ニ付テハ毫モ所有權ノ行使ヲ妨ケス占有ノミニ付テ云フモ亦然リ今質權ニシテ同一ノ效力アルヘ

キモノトセハ同時ニ二個以上存スルコト能ハサルハ固ヨリニシテ其占有モ亦同時ニ二人以上ノ爲メニ存スルコト能ハサルヘシト雖モ若シ一ノ質權他ノ質權ニ勝ツモノトセハ他ノ質權ハ其第一ノ質權ヲ行ヒタル後ニ行ハルヘキモノニシテ例ヘハ千圓ノ價アル物ニ付キ第一ノ質權者ハ五百圓ヲ取リ第二ノ質權者モ亦五百圓ヲ取ルヘキ場合ニ於テハ此二質權ハ並ヒ行ハレテ相悖ラサルモノナリ故ニ此第一說ハ非ナリ

第二說ニ曰ク丙カ已ニ乙ノ質權アルコトヲ知レル場合ニ限リ丙ノ權利ハ乙ノ權利ニ及ハスト而シテ其理由ヲ問ヘハ曰ク丙カ乙ノ質權ヲ知レル場合ニ於テハ乙カ其權利ヲ行ヒタル殘餘ニ對スルニ非サレハ自己ノ質權ヲ行フコトヲ得サルコトヲ知レルカ故ニ其質權ノ效力初ヨリ乙ノ質權ニ及ハサルモノタルコト明カナリト雖モ丙カ善意ナル場合ニ於テハ或ハ第一說ト同一ノ理由ニ因リ或ハ第百九十二條ノ適用ニ因リ丙ハ乙ヲ排斥シテ質權ヲ得タルモノト認メサルコトヲ得スト是レ亦非ナリ第一說ノ理由ノ非ナルコトハ已ニ之ヲ論シタリ而シテ玆ニ第百九十二條ヲ援用スルモ亦非ナリ蓋シ本條ノ場合ハ占有者カ同時ニ乙丙兩人ノ爲メニ占有ヲ爲スコトヲ前提セリ故ニ假令丙ハ善意ナルモ之ニ代ハリテ占有ヲ爲ス者ハ必ス已ニ乙ノ質權アルコトヲ知レリ然ルニ第百一條ノ規定ニ依レハ代理行爲ニ付テハ專ラ代理人ノ意思ヲ取ルヘキモノトセリ故ニ此場合ニ於テ丙ハ善意ノ占有者ナリト云フコトヲ得サレハナリ

第三說ニ曰ク丙カ善意ナル場合ニ限リ乙丙全ク同等ノ權利ヲ有シ各償權額ノ割合ニ應シテ質物ノ代價ヲ分ツヘシト而シテ其理由ヲ問ヘハ曰ク乙丙ノ質權皆正ニ成立セルコト以上ノ議論ニ依リテ明カナリ然ルニ乙丙共ニ過失ナキカ故ニ其間ニ優劣ヲ別ツコト能ハサレハナリト是レ亦謬レリ論者ハ已ニ乙ノ質權ノ正當ナルコトヲ知ル而シテ質權ノ物權ナルコトハ論者ト雖モ蓋シ之ヲ知ラン故ニ丙カ質權ヲ得ルノ時ニ當リテハ物ノ所有權ノ中ヨリ已ニ一ノ質權ニ相當スル權利ヲ減殺シ去レルモノト謂フヘシ而シテ丙ノ質權ハ其減殺シタル所有權ニ付テ存スルモノナルカ故ニ決シテ乙ノ質權ヲ侵スコト能ハサルナリ(尙ホ丙ノ善意ヲ保

護スルニ足ラサルコトハ既ニ前項ニ述ヘタルカ如シ)

第四說ニ曰ク乙ハ第一順位ヲ以テ其質權ヲ行ヒ丙ハ第二順位ヲ以テ亦其質權ヲ行フコトヲ得ヘシト是レ則チ本條ノ採用スル所ナリ蓋シ已ニ以上三說ノ謬レルコトヲ知ラハ是レ殆ト言フヲ竢タサル所ナリ例ヘハ甲カ千圓ノ價アル金剛石ヲ五百圓ノ質物トシテ乙ニ與ヘ而シテ其物ノ占有ハ之ヲ丁ニ委ネタリトセン若シ後ニ甲カ其金剛石ヲ質物トシテ更ニ丙ヨリ金千圓ヲ借入レタリトセハ乙ハ先ツ金剛石ノ價ヲ以テ五百圓ヲ受ケ丙ハ殘金五百圓ニ付テノミ質權ヲ行フコトヲ得ヘシ但此場合ニ於テハ乙カ其質權ヲ拋棄スルノ意思ナカリシコトヲ要ス而シテ乙カ質物ヲ占有スル場合ニ於テ更ニ丙ノ爲メニ質物トシテ其物ノ占有ヲ爲スコトヲ承諾スルトキハ往往ニシテ丙ノ爲メニ自己ノ質權ヲ拋棄スルコトアルヘシ是等ハ固ヨリ事實問題ニシテ裁判官ノ宜シク注意スヘキ所ナリ

第三節　不動產質

不動產質ハ從來我邦ニ存セシモノ及ヒ羅馬ニ存セシモノハ皆純然タル質ニシテ唯其目的物カ不動產ナルニ過キス歐洲ニ於テハ今日純然タル不動產質ノ規定ヲ設クルモノ極メテ稀ニシテ甚シキニ至リテハ全ク之ヲ禁セリ是レ他ナシ抵當ノ制度漸漸完備スルニ從ヒ不動產質ノ用ハ次第ニ減少スルヲ以テナリ然リト雖モ純然タル不動產質ノ外ニ稍之ニ類スルモノアリ用益質(antichresis, antichrèse)是ナリ用益質トハ債權者カ債務者ノ不動產ヲ占有シ其使用收益ヲ爲シ併セテ之ヲ留置スル權利ヲ有スルモノヲ謂フ是レ則チ不動產質ノ效力ノ一部ニ該當スルモノナリ唯其性質ニ至リテハ或ハ之ヲ債權ナリト云ヒ或ハ之ヲ物權ナリト云ヘリ而シテ立法例モ亦區區ニ涉レリ舊民法ニ於テハ則チ不動產質ヲ認ムルト雖モ而モ佛國ノ民法ニ存スル用益質ノ規定ヲ以テ其基礎ト爲シ爲メニ動產質トノ間ニ理由ナキ差異ヲ認ムルニ至レリ新民法ニ於テハ用益質ハ之ヲ認メス唯純然タル不動產質ヲ認メ其效力モ他ノ質權ト同一ナルヲ本則トシ唯從來ノ慣習ニ從ヒ不動產質權者ヲシテ不動產ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルニ過キス是レ蓋シ實際ノ便

宜上然ラサルコトヲ得サル所ニシテ歐洲ニ於テ用益質ノ存スルモ亦同一ノ理由ニ基ケルモノト謂フヘシ

以上述ヘタル理由ニ因リ不動産質ニモ亦質權ノ總則ヲ適用スヘキコトハ固ヨリニシテ本節ニ於テハ唯不動産質ニ特別ナル規定ノミヲ掲ケタリ

第三百五十六條　不動産質權者ハ質權ノ目的タル不動産ノ用方ニ從ヒ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得(擔一一六、一項、一二四、一項、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則一)

本條ハ不動産質ノ他ノ質權ト異ナル所ノ性質ヲ掲ケタルモノナリ蓋シ不動産質ト雖モ質物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利ヲ與フルコトハ他ノ質權ト異ナルコトナシト雖モ(三四二)不動産質ハ此效力ノ外ニ尙ホ不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ與フルモノトセリ唯其使用、收益ハ必ス不動産ノ用方ニ從フコトヲ要ス例ヘハ住家ヲ以テ工場ニ充テ田ヲ變シテ畑ト爲ス等ハ是レ不動産質權者ノ爲スコトヲ得サル所ナリ

不動産質權者カ本條ノ權利ヲ有スルハ固ヨリ慣習ニ從フ所ナリト雖モ而モ實際ノ便宜上然ラサルコトヲ得サル所ナリ請フ其理由ヲ略陳セン夫レ質ハ質權者ヲシテ物ノ占有ヲ爲サシムルヲ以テ其要素トス然ルニ動産ハ若シ之ヲ使用スルトキハ動モスレハ損壞ノ虞アリ又之ニ付テ收益ヲ爲サント欲スルモ直接ノ收益ハ殆ト之ヲ爲スコトヲ得ス而モ間接ノ收益トシテ之ヲ他人ニ賃貸スルトキハ亦紛失、毀損ノ虞ナキニ非ス是ヲ以テ動産質權者ハ質物ノ使用、收益ヲ爲スコトヲ得サルヲ原則トス(二九八、二項、三五〇)之ニ反シテ不動産ハ之ヲ使用スルモ敢テ之ヲ毀損スルコトハ稀ニシテ又其直接ノ收益ヲ爲スコトモ極メテ容易ナルコト多キノミナラス之ヲ第三者ニ賃貸スルモ必スシモ毀損ノ虞アルコトナシ然ルニ若シ質權者ニシテ不動産ノ使用、收益ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ質權設定者ハ已ニ其占有ニ在ラサル不動産ノ使用、收益ヲ爲スコト能ハス而モ質權者モ亦其使用、收益ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ徒ニ不動産ヲシテ世用ヲ爲サシメス殆ト天物ヲ暴

殄スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ質權者ヲシテ其使用、收益ヲ爲サシムルモ敢テ危險ナキコト上ニ述フルカ如シトセハ雙方ノ利益ノ爲メニ此使用、收益ヲ許シ以テ之ヲ債權ノ利息ト相殺セシムルヲ便トス是レ各國ニ於テ不動産質權者又ハ用益質權者ニ本條ノ權利ヲ認ムル所以ナリ

不動産質權者ノ義務(一)、管理費用ノ支拂義務

第三百五十七條　不動産質權者ハ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他不動産ノ負擔ニ任ス(擔一一五、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則六)

不動産質權者ハ已ニ物ノ使用、收益ヲ爲ス權利ヲ有スルカ故ニ通常不動産ノ果實ヲ以テ支拂フヘキ費用ハ質權者ヲシテ之ヲ支拂ハシムルニ非サレハ其不動産ノ所有者ハ他ノ財産ヲ以テ之ヲ支辨セサルコトヲ得サルニ至リ其不便ヲ感スルコト尠カラサルヘシ然ルニ質權者ハ已ニ物ノ使用、收益ヲ爲スカ故ニ其報酬トシテ物ノ管理ノ費用ヲ拂ハシメ又租稅其他不動産ノ負擔ニ屬スルモノヲ拂ハシムルハ極メテ公平ナリト謂ハサルヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ナリ

不動産質權者ノ義務(二)、利息等ヲ請求スルコトヲ得サルこと

第三百五十八條　不動産質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス(擔一一六、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則一)

本條モ亦不動産質權者カ不動産ノ使用、收益ヲ爲ス報酬トシテ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノナリ蓋シ利息ハ債權ノ元本ノ使用ノ對價ナリ然ルニ不動産質アル場合ニ於テハ其質物ノ代價ハ尠クモ債權ノ元本額ニ相當スルヲ常トスルカ故ニ其果實ハ價額ハ前條ノ費用ヲ控除スルモ尚ホ尠クモ債權ノ利息ニ相當スルヲ通例トス故ニ質權者ヲシテ利息ヲ請求セシメサルモ敢テ損失ヲ被ムルノ虞ナシ是レ質權者カ果實ヲ得サルモ自ラ不動産ヲ使用セル場合ニ於テハ其使用ノ對價ヲ以テ果實ト看做セハ亦同シキ所ナリ

第三百五十九條　前三條ノ規定ハ設定行爲ニ別段ノ定アルト

キハ之ヲ適用セス(擔一一四、一項、一二六、二項)

前三條ノ規定ハ右ニ述ヘタル理由ニ因リ極メテ公平ニシテ能ク不動産質ノ性質ニ副ヒ又從來ノ慣習ニモ符合スルモノナリト雖モ而モ當事者ハ必スシモ右ノ規定ノ如クセント欲スルニ非ス往往之ニ異ナリタル意思ヲ有スルコトアリ例ヘハ質權者ヲシテ不動産ノ使用、收益ヲ爲サシムルコトヲ欲セサルコトアリ或ハ質權者ヲシテ不動産ノ使用、收益ヲ爲サシムルニ拘ハラス管理其他ノ費用ハ不動産ノ所有者ニ於テ之ヲ支辨スヘキ旨ヲ約スルコトアリ或ハ質權者ヲシテ不動産ノ使用、收益ヲ爲サシムルノ外尙ホ別ニ利息ヲ拂フヘキコトヲ定ムルコトアリ是等ノ意思ハ固ヨリ公益ニ反スルモノニ非サルカ故ニ法律上充分ノ效力ヲ生セシメサルヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ナリ(別ニ約シタル利息カ制限利率ニ超エサル以上ハ十年九月十一日告六六號利息制限法ニ觸ルルモノト視ルヘカラス)

第三百六十條　不動産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不動産質ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ十年ニ短縮ス

不動産質ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得但其期間ハ更新ノ時ヨリ十年ヲ超ユルコトヲ得ス(擔一一六、三項、四項、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則四)

本條ハ不動産質ノ最長期ヲ定メタルモノナリ蓋シ不動産質ハ固ヨリ便利ナルモノナリト雖モ而モ亦弊害ナキ能ハス其弊害如何曰ク質權者ハ物ノ使用、收益ヲ爲ス權利ヲ有スルト雖モ元來其物ハ他人ノ所有ニ屬スルカ故ニ通常物ノ將來ノ利益ヲ計ラス唯質權ノ存續スル間最モ多量ノ使用、收益ヲ爲サントスルノミ故ニ動モスレハ漸次不動産ノ價格ヲ減少スルノ虞アリ況ヤ質權者ニ於テ不動産ノ改良ヲ計ルコトアランヤ然リト雖モ所有者モ亦現在自ラ之カ使用、收益ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ徒ニ費用ヲ投シテ不動産ノ改良ヲ計ルカ如キコトハ人情之ヲ爲スコトヲ欲セサルヘシ是ニ於テカ不動産ハ漸次其價ヲ減少スルコトアルモ決シ

テ其價ヲ增加スルコトナカルヘシ加之質權ノ目的タル不動産ハ之ヲ買受ケント欲スル者稀ナルヘク爲メニ其取引ヲ妨クルコト多カルヘシ是レ經濟上最モ憂フヘキ所ナリ故ニ不動産質ハ長期ニ過クルヲ不可トシ舊法ニ於テハ三年ヲ以テ最長期ト爲セリト雖モ(六年一月十七日告一八號地所質入書入規則四)是レ或ハ短キニ過キン然リト雖モ舊民法ニ於ケルカ如ク(擔一一六、三項、四項)三十年ヲ以テ最長期ト爲スハ頗ル長キニ失セルカ如シ(舊民法起草者ハ日本ノ當時ノ現行法ニ於テ三十年ヲ最長期トセリト誤信セリ)是ニ於テカ本條ハ其中ヲ取リ十年ヲ以テ最長期トセリ是レ往往從來ノ慣習ニ見ル所ナリ而シテ若シ當事者カ誤リテ十年ヨリ長キ期間ヲ以テ不動産質ヲ設定シタルトキハ當然其期間ヲ十年ニ短縮スヘキモノトセリ但一旦十年以下ノ期間ヲ以テ之ヲ設定シタル後之ヲ更新スルハ固ヨリ妨ナシ唯其新期間ハ必ス更新ヲ爲シタル時ヨリ十年ヲ超ユルコトヲ得サルノミ然ラスンハ二十年ニ近キ期間ヲ以テ不動産質ヲ設定スルコト極メテ容易ナルヘケレハナリ

或ハ問ハン不動産質ハ債權ノ擔保トシテ之ニ從タルモノナリ故ニ債權消滅スレハ不動産質モ亦消滅シ債權消滅セサレハ不動産質モ亦消滅セサルモノト爲スヘキカ如シ然ラスンハ不動産質ハ其擔保ノ用ヲ爲ササルヘケレハナリ故ニ債權ニシテ十年以内ニ消滅スルトキハ不動産質モ亦十年以内ニ消滅スヘキハ固ヨリナルヲ以テ本條ノ規定ハ債權カ十年ノ後未タ消滅セサルコトヲ前提トセサルヘカラス此場合ニ於テ不動産質ノミ早ク已ニ消滅スルモノトセハ竟ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルヘシ如何ト曰ク眞ニ或者ノ問ノ如シ然リト雖モ是レ實ニ已ムコトヲ得サルナリ若シ債權ノ消滅スルマテハ不動産質消滅セストセハ前ニ述ヘタル弊害必ス生スヘキヲ以テ法律ハ本條ニ於テ大ニ不動産質ノ效力ヲ減殺スルノ不利益アルニ拘ハラス其最長期ヲ定ムルコトヲ必要トシタルナリ故ニ債權者タル者ハ必ス十年以内ニ債權ノ履行ヲ求メ若シ其履行ヲ得サレハ直チニ質權ノ實行ヲ爲スヘキノミ若シ夫レ債權ノ期限カ初ヨリ十年ヲ超ユル場合ニ於テハ不動産質ハ充分ノ效用ヲ爲ササルコト固ヨリ明カナリト雖モ此場合ニ於テハ當事者

ハ必スシモ質權ヲ設定スルコトヲ要セサルヘク例ヘハ抵當權ヲ設定スルモ債權ノ擔保トシテハ亦以テ充分ト爲スコトヲ得ヘキカ但此場合ニ於テモ不動産質ハ全ク無效ナルニ非ス(第一)十年間ハ債權者不動産ノ使用、收益ヲ爲ス權利ヲ有シ(第二)債務者カ期限ノ利益ヲ拋棄スルカ又ハ其破産等ニ因リテ期限ノ利益ヲ失フトキハ(一三六、二項、一三七、舊商九八八)債權者ハ質物ヲ賣却シテ他ノ債權者ヨリ先ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ

第三百六十一條　不動産質ニハ本節ノ規定ノ外次章ノ規定ヲ準用ス(擔一一六、二項)

舊民法ニ於テハ不動産質ハ留置權、收益權及ヒ抵當權ノ三者ノ包含セルモノトセシモ新民法ニ於テハ之ヲ取ラス不動産質ヲ以テ亦一種ノ物權トシ唯其效力トシテ留置權及ヒ使用、收益權ヲ生スルモノトセリ(舊民法ニハ使用權ノ事ヲ云ハスト雖モ是レ或ハ文字ノ足ラサルモノカ)而シテ尙ホ其外ニ不動産ノ代價ニ付キ優先權ヲ生スルモノトシ其優先權ノ性質ハ抵當權ニ同シキモノトセリ故ニ實質ヨリ之ヲ言ヘハ舊民法ト略異ナルナシト雖モ唯其取ル所ノ主義聊カ異ナレルノミ而シテ不動産質カ抵當權ニ均シキ效力ヲ生スルコトハ本條ノ規定ニ依リテ明カナル所ナリ唯不動産質中ニ純然タル抵當權ヲ包含セサル證據トシテ之ニ抵當權ニ關スル一切ノ規定ヲ適用セス單ニ次章ニ規定スル所ヲ以テ之ニ準用スルニ過キス

第四節　權利質

前三節ニ論スル所ハ物ヲ目的トスル質權ニ關セリ故ニ其物權タルコト固ヨリ疑ナシ然レトモ細ニ之ヲ觀察スレハ寧ロ所有權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルモノト視ルヲ妥當トス何トナレハ質權ノ主タル目的ハ質物ノ代價ニ付キ他ノ債權者ヨリモ先ニ辨濟ヲ受クルニ在リ然ルニ物ノ價ト云フハ純然タル學理上ノ語ニ非スシテ其實ハ物ノ所有權ノ價ナレハナリ然リト雖モ是レ純然タル學理上ノ談ニシテ普通一般ニ行ハルル所ノ觀念ヨリ之ヲ言ヘハ質權ハ直接ニ物ノ上ニ存スル

モノナリ殊ニ質權ノ從タル效力トシテ或ハ物ヲ留置シ或ハ物ノ使用、收益ヲ爲スノ權ヲ與フルヲ以テ之ヲ物ノ上ニ存スルモノト爲スモ敢テ故ナキニ非サルナリ新民法ニ於テモ乃チ此普通說ニ依リ通常ノ質權即チ動產質及ヒ不動產質ハ直接ニ物ノ上ニ存スルモノトセリ

然リト雖モ學理上ヨリ言ヘハ已ニ動產又ハ不動產ノ所有權ヲ以テ質ノ目的ト爲スコトヲ許スモノナルカ故ニ他ノ權利モ亦之ヲ質入スルコトヲ得スンハアルヘカラス是ニ於テカ本節ヲ以テ特ニ權利質ナルモノヲ規定シ所有權以外ノ權利ヲ以テ目的トスル質權ニ關シ其規定ヲ設ケタリ

第三百六十二條　質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」

前項ノ質權ニハ本節ノ規定ノ外前三節ノ規定ヲ準用ス(擔一〇三、一〇四、一一八、一二一)

質權ノ目的ト爲スコトヲ得ル權利ハ讓渡スコトヲ得ル一切ノ財產權皆是ナリ(三

權利質自分ニ入ルベキ權利ノ種類

四三)例ヘハ地上權、永小作權、債權、著作權、特許權、意匠權、實用新案權(三十二年三月一日法三六號特許法四、同日法三七號意匠法六、同月三日法三九號著作權法一五、三項、三十八年二月十五日法二一號實用新案法一二、二項)等是ナリ而シテ本節ニ於テハ債權ニ關シ特別ノ規定ヲ設クルト雖モ他ノ權利ニ付テハ一切特別ノ規定ヲ置カス又債權ニ付テモ本節ニ規定スルモノノ外ハ皆前三節ノ規定ヲ準用スヘキモノトセリ故ニ地上權若クハ永小作權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ(第一)其目的物ヲ質權者ニ引渡スヘク(三四四)(第二)質權者ハ地上權若クハ永小作權ノ範圍內ニ於テ物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ヘク(三五六)(第三)其存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス(三六〇)(第四)此質權モ亦之ヲ登記スヘキ(一七七、三六一、三七三)等總テ不動產質ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス若シ夫レ著作權、特許權、意匠權、實用新案權等ハ皆特別法ノ規定ニ從フヘク而シテ特別法ニ規定ナキ事項ニ付テハ皆本章第一節及ヒ第二節ノ規定ヲ準用スヘキモノトス其他權利ノ種類ノ何タルヲ問ハス第三百四十三條、第三百四十六條、第三百四十九條、第三百五十一條等ハ皆

之ヲ準用スヘキモノトス

質權カ債權、著作權、特許權、意匠權、實用新案權等ヲ以テ其目的ト爲ス場合ニ於テハ其權利ノ性質、物權ニ非サルコトハ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ唯質權カ地上權若クハ永小作權ヲ以テ其目的ト爲ストキハ是レ果シテ物權ナルカ將タ債權ナルカ抑、亦物權、債權ノ分類ニ屬セサル一種ノ財產權ナルカ余ノ信スル所ニ據レハ是レ亦物權ナリ何ヲ以テ之ヲ言フ曰ク學理上ヨリ言ヘハ所謂動產質及ヒ不動產質ハ所有權ヲ目的トスル質權タルコトハ已ニ論シタルカ如シ而シテ之ヲ物權トシタル理由ハ其權利カ物ニ關シ他人ノ行爲ヲ要セスシテ之ヲ行フコトヲ得ルモノナレハナリ然ルニ今地上權若クハ永小作權ヲ目的トスル質權ハ同シク物ニ關スルモノニシテ且其權利ヲ行フニ付キ他人ノ行爲ヲ要セサルモノナリ是レ豈ニ物權ニ非スシテ何ソヤ故ニ本條ノ規定ニ依リ是等ノ質權ハ權利質ニシテ不動產質ニ非サルコト明カナリト雖モ而モ其物權タルハ余カ疑ハサル所ナリ

權利質、ハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得ルカ曰ク然リ蓋シ動產質及ヒ不動產質ノ契約ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコト能ハサルハ敢テ明文ノ之ヲ限定スルモノアルカ爲メニ非スシテ唯其設定ニ付キ引渡ヲ要スルカ故ニ自ラ契約ヲ要スルニ至レハナリ權利質ハ原則トシテ物ノ引渡ヲ要セサルカ故ニ遺言ヲ以テ之ヲ設定センニ何等ノ障碍アルコトナシ但例外トシテ地上權、永小作權等ノ質入ニハ物ノ引渡ヲ要スヘク又債權ニ證書アルトキハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スニハ證書ノ引渡ヲ要スヘキカ故ニ(三六三)此等ノ權利質ハ契約ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ設定スルコト能ハサルナリ

第三百九十八條ニハ「地上權又ハ永小作權ヲ抵當ト爲シタル者カ其權利ヲ拋棄シタルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルノ規定アリ而シテ茲ニハ同樣ノ規定ナシ因テ權利質ハ其目的タル權利ノ拋棄ニ因リテ消滅スヘキカヲ疑フ者アラン然レトモ質權設定者カ自己ノ權利ニ付キ質權ヲ設定シタル後自己ノ意思ニ因リテ其權利ヲ消滅セシメ以テ間接ニ質權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルコトハ權利質ノ物權又ハ準物權タル性質ニ視テ實ニ疑ナキ所ナリ故ニ抵當權ニ付テ

モ第三百九十八條ノ規定ノ必要ナキナリ唯立法者ハ婆心ヲ以テ同條ヲ置キタルニ過キス而ルヲ同條ノ裏面論法ニ據リ權利質ニ付キ反對ノ論決ヲ下スコト能ハサルハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ

第三百六十三條　債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ於テ其債權ノ證書アルトキハ質權ノ設定ハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス(擔一〇三、一項、四項)

本條以下ハ皆債權質ニ關スルモノナリ而シテ本條ハ債權ニ證書アル場合ニ於テ其證書ヲ交付スルニ因リテ質權ノ設定アルヘキコトヲ定メタルモノナリ蓋シ債權モ亦權利ニシテ無形ナルモノナルカ故ニ有體物ノ如ク之ヲ引渡スコトヲ得ス故ニ原則トシテハ債權質ハ目的物ノ引渡ヲ要セサルモノナリ然レトモ若シ債權ニ證書アルトキハ(而シテ實際ハ證書アルコト最モ多シ)其證書ノ引渡ヲ以テ物ノ引渡ニ代ヘ之ヲ質權設定ノ條件トスルハ外國ニ於テモ大抵皆然ルノミナラス苟モ普通ノ質權ニ物ノ引渡ヲ要スル以上ハ此引渡ヲ要スルモノトスルハ極メテ穩當ナルモノト謂フヘシ何トナレハ債務者ハ證書ノ返還ヲ受クルニ非サレハ辨濟ヲ爲ササルヲ通例トスルカ故ニ其證書ヲ質權者ニ交付スルハ殆ト債權其物ヲ交付シタルニ均シケレハナリ是レ指圖證券、株券、債券、公債證書等ニ在リテ殊ニ然リトス

權利質ノ對抗要件

三五二條ノ準用アルヤ否、

動產質ヲ第三者ニ對抗スルニハ質物ノ占有ヲ繼續スルコトヲ要ス(三五二)債權質ヲ第三者ニ對抗スルニモ亦證書ノ占有ヲ繼續スルコトヲ要スルカ曰ク場合ヲ別チテ之ヲ論セサルヘカラス夫レ多數ノ債權ニ付テハ次條以下ニ於テ質權ヲ第三者ニ對抗スルノ要件ヲ定メタリ故ニ重複ニ第三百五十二條ヲ準用スヘカラサルコト固ヨリ明カナリ然リト雖モ次條第二項ニ於テ株式ニハ同條第一項ノ規定ヲ適用セサルモノトセルカ故ニ前條第二項ノ通則ニ反リ第三百五十二條ヲ準用シ證書ノ占有ノ繼續ヲ以テ質權ヲ第三者ニ對抗スルノ要件トナササルコトヲ得サルナリ

無記名證券モ亦債權ノ證書ナリ故ニ純理ヨリ之ヲ言ヘハ本條以下ノ規定ニ依ルヘキコト固ヨリナリ然リト雖モ實際ノ便宜ニ基キ已ニ第八十六條第三項ニ於テ「無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス」旨ヲ規定セリ故ニ無記名債權ノ質入ニハ全然動產質ノ規定ヲ適用スヘキモノトス(擔一〇二、三項、舊商三八六、一項、三十八年版一卷一八八頁)

第三百六十四條　指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス(擔一〇三、一項乃至三項、一〇四、舊商三八六、一項)

本條ハ債權質ヲ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ヲ定メタルモノナリ而シテ其條件ハ債權ノ讓渡ニ必要ナルモノト同シ即チ質權ノ目的タル債權ノ債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ其債務者ノ承諾アルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス而シテ此第三者中ニハ其債務者ヲモ包含スルハ固ヨリナリ何トナレハ質契約ハ其債權者ト其債權者ノ債權者(第三者ヨリ質權ヲ供スル場合ニ於テハ他人ノ債權者)トノ間ニ成立シタルモノナレハナリ但此債務者ト他ノ第三者トノ間ニハ聊カ別ナキ能ハス即チ右ニ述ヘタル通知若クハ承諾ハ債務者ニ對シテハ一切方式ヲ要セスト雖モ他ノ第三者ニ對シテハ必ス確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要スルコト是ナリ尙ホ其詳細ニ至リテハ請フ第四百六十七條ニ於テ之ヲ說カン

本條ノ條件ヲ必要トスル理由ハ他ナシ一旦債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ストキハ其債務者ハ濫ニ其債權者ニ辨濟ヲ爲スコト能ハス然リト雖モ若シ債務者ニシテ質權ノ設定ヲ知ラサルトキハ假令其債權者ニ辨濟ヲ爲スモ毫モ之ヲ咎ムルコト能ハス又其債權ノ讓受人、第二ノ質權者等ノ第三者ハ其債權者ト取引ヲ爲スニ先

チ必ス先ツ其債務者ノ許ニ至リ眞ニ其債權カ成立シタルヤ否ヤ、未タ消滅セサルヤ否ヤ、未タ質權ノ目的タラサルヤ否ヤ等其債權ニ關スル一切ノ事ヲ尋問シテ然ル後始メテ其債權者ト取引ヲ爲スヘキハ理ノ當ニ然ルヘキ所ナリ然ルニ其債務者ニシテ質權ノ設定アリタルコトヲ知ラスンハ其債務ノ質權ノ目的タラサルコトヲ以テ之ニ告クルヤ必セリ故ニ質權ノ設定ヲ以テ其債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ必ス之ヲ其債務者ニ通知スヘク然ラスンハ其債務者ニ於テ之ヲ承諾スルコトヲ必要トシタルナリ

本條ニ指名債權(créance nominative)ト云フハ普通ノ債權ニシテ債權者ノ確定セルモノヲ謂フ即チ指圖債權、無記名債權ニ對シテ言ヘルモノナリ

本條ノ規定ハ株式ニハ之ヲ適用セサルモノトセリ故ニ株式ニ付テハ既ニ言ヘルカ如ク株劵ノ占有ノ繼續ヲ以テ第三者ニ對スルノ要件トセサルヘカラス是レ從來ノ慣習ヲ慮リ衆議院ニ於テ修正、規定セシ所ナリ然リト雖モ第三者保護ノ點ヨリ之ヲ觀レハ此修正ハ大ニ惜ムヘキモノアルカ如シ蓋シ第三者ハ會社ノ株主名簿ニ株主タルコトヲ記載セル者ハ皆完全ニ株主權ヲ有スル者ト認ムルハ當然ナルカ故ニ若シ質權ノ設定ニシテ株主名簿其他會社ノ帳簿ニ之ヲ記載スルコトナクンハ第三者ハ往往欺カレテ已ニ質權ノ目的タル株式ヲ以テ尙ホ完全ニ株主ニ屬スルモノト誤信シ是ト取引ヲ爲シテ損失ヲ被ムルノ虞ナシトセス故ニ西洋諸國ニ於テハ大抵皆讓渡ニ要スル條件ヲ履ムニ非サレハ質權ノ設定ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ我邦ニ於テハ從來白紙委任狀等ノ弊習アルモ是レ到底一洗セサルコトヲ得サル所ニシテ新法ノ實施ノ爲メ幾分カ不便ヲ感スルカ如キハ是レ實ニ已ムコトヲ得サル所ナリト信ス然ルニ衆議院ニ於テ從來ノ弊習ヲ慮リテ此修正ヲ爲シタルハ豈ニ惜マサルヘケンヤ但商法第百五十條ニ據レハ記名株式ノ讓渡ハ單ニ之ヲ株主名簿ニ記載スルノミナラス必ス之ヲ株劵ニモ記載スルニ非サレハ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシ又余ノ解釋ニ據レハ質權ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルニハ株劵ノ占有ノ繼續ヲ必要トスルカ故ニ實際甚シキ弊害ナキコトヲ得ヘキカ

國債モ亦一ノ債權ナリ故ニ特別ノ規定ナクンハ記名國債ヲ質入スルニハ本條ノ規定ニ依ルヘキヲ當然トス然ルニ明治三十九年四月十日法律第三十四號第三條ニ據レハ曰ク「登錄國債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ登錄ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ政府其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト是レ大體ニ於テ次條ノ記名社債ニ關スル規定ト其精神ヲ同シウスルモノナリ

第三百六十五條　記名ノ社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(擔一〇四、商二〇六、二十三年法六〇號六)

本條ハ社債(obligation)ノ質入ニ關セリ社債トハ會社ノ債務ノ總稱ニ非スシテ商法第百九十九條以下ニ規定セル債券ニ由ル債權ヲ謂フ即チ株式會社ノ發行スル一種ノ信用證券ヲ以テスルモノナリ蓋シ本條ノ規定ナクンハ社債ノ質入ニモ亦前條ノ規定ヲ適用スヘキコト固ヨリナリト雖モ會社ハ素ト法人ニシテ且社債原簿ハ恰モ株主名簿ノ如ク必ス會社ニ整頓セルヲ以テ特ニ質權ノ設定ヲ此帳簿ニ記入シ以テ第三者ヲシテ容易ニ之ヲ知ルノ便ヲ得セシムルヲ可トス是レ本條ニ於テ單ニ會社ニ通知シ又ハ會社ノ承諾ヲ得ル代ハリニ必ス會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ以テ債務者タル會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセシ所以ナリ

株式ノ質入ニ付キ第三者保護ノ規定ヲ設ケンニハ必ス本條ノ規定ニ均シキモノヲ設クルコトヲ要ス故ニ政府案ニハ「株式又ハ社債」ト云ヒ以テ二者ヲ同一ノ規定ニ從ハシメタルモ前條ニ述ヘタル如ク衆議院ニ於テ前條第二項ヲ加ヘ本條ニ於テハ株式又ハノ四字ヲ削除セリ

第三百六十六條　指圖債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ其證書ニ質權ノ設定ヲ裏書スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(擔一〇三、四項、商三六四、一項、三六七、

四六三、舊商三七〇、三八六、一項、七二九、七三一）

本條ハ指圖債權（créance à ordre, Orderforderung）ノ質入ニ關スル規定ナリ指圖債權トハ手形其他裏書ヲ以テ讓渡スヘキ債權ヲ謂フ此債權ハ裏書ノミニ依リテ流通スヘキモノナルヲ以テ其權利ノ消長ニ關スル事項ハ必ス證券面ニ之ヲ記載スルコトヲ要ス故ニ質權ノ設定モ亦之ヲ裏書スルニ非サレハ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ手形ニ付テハ特ニ商法第四百六十三條ノ規定アリ就キテ看ルヘシ（商三六四、一項、三六七ニハ倉荷ノ質入證券ニ付テモ亦特別ノ規定アリ）

第三百六十七條　質權者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得

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之ヲ取立ツルコトヲ得

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第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ質權ハ其供託金ノ上ニ存在ス

債權ノ目的物カ金錢ニ非サルトキハ質權者ハ辨濟トシテ受ケタル物ノ上ニ質權ヲ有ス（擔一〇八、二項、商三六八乃至三七四、舊商三八六、二項、七三一、民訴六〇〇、六〇二）

本條及ヒ次條ハ債權質ノ實行方法ヲ定メタルモノニシテ本條ハ特ニ質入ノ場合ニノミ適用スヘキ執行方法ヲ定メタリ本條ノ規定ニ依レハ債權質ノ實行方法ハ本則トシテハ質權ノ目的タル債權ヲ取立ツルニ在リ而シテ債權ノ目的カ金錢ナルト否トニ依リテ其規定同シカラス

第一　債權ノ目的カ金錢ナルトキハ其辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリモ前ナルト後ナルトニ依リ又規定ヲ同シウセス其辨濟期質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリ後ナランカ質權者ハ其債權ノ金額カ自己ノ債權ノ金額ニ同シキカ又ハ之ヨ

リ尠キトキハ其全部ヲ受取リ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク若シ其金額カ自己ノ債權ノ金額ヨリ多キトキハ自己ノ債權額ニ滿ツルマテ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ其債權ノ辨濟期カ質權者ノ債權ノ辨濟期ヨリ前テランカ質權者ハ自ラ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ス唯第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得ルノミ而シテ質權者ハ爾後其供託金ノ上ニ質權ヲ有スルモノトス是レ他ナシ質權者ノ債權ハ未タ辨濟期ニ至ラサルヲ以テ若シ直チニ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセハ債務者ハ其利益ノ爲メニ定メタル期限ヲ失フノ結果ニ至リ質權者ハ不當ニ利益ヲ得テ債務者ハ不當ニ損害ヲ受クルニ至ルヘケレハナリ蓋シ供託法ニ據レハ供託金ニハ利息ヲ附スルカ故ニ(三十二年二月七日法一五號三)債務者ハ供託ニ因リテ利益ヲ受クヘキモノトス

第二　債權ノ目的カ金錢ニ非サルトキハ其辨濟期ノ前後ヲ問ハス債權者ハ常ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ而シテ其辨濟トシテ受ケタル物ヲ以テ質物トスヘシ故ニ質權者ノ債權已ニ辨濟期ニ在ランカ直チニ其物ヲ公賣シ優先權ヲ以テ辨濟ヲ得ヘク其債權未タ辨濟期ニ至ルヲ俟チテ同一ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

第三百六十八條　質權者ハ前條ノ規定ニ依ル外民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リテ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得(擔一〇八、二項、商三六八乃至三七四、舊商三八六、二項、七三一、民訴五八一、六〇〇、六一三)

債權質ニ於テハ前條ノ規定ヲ以テ其實行方法ノ原則ト爲スト雖モ尙ホ此外ニ民事訴訟法ニ定メタル執行方法ニ依リテ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘシ其執行方法如何曰ク民事訴訟法ニ於テハ前條ニ規定シタル取立ノ外轉付及ヒ換價方法ヲ規定セリ而シテ取立モ亦特ニ裁判所ノ命令ヲ要スルモノトセリ(民訴五八一、六〇〇乃至六〇二、六一三)今取立ハ前條ノ規定ニ依リテ特ニ裁判所ノ命令ヲ俟タス之ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ故ラニ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ取立命令ヲ請フ者ハ蓋

シ之アラサルヘシ唯轉付命令及ヒ換價命令ハ場合ニ因リ之ヲ請求スルコトアルヘシ殊ニ債權カ條件又ハ數年ノ後ニ到來スヘキ期限若クハ不確定期限ヲ附シタル債權ナルトキハ質權者ハ之ヲ賣却シテ其代價ニ付キ辨濟ヲ受ケント欲スルコトアルヘシ又直チニ取立ツルコトヲ得サル有價證券ハ民事訴訟法第五百八十一條ニ依リテ之ヲ賣却スルノ外アラサルヘシ是レ本條ノ規定アル所以ナリ但立法論トシテハ競賣法ニ依ル競賣ヲモ許スヲ可トスヘキカ

第十章　抵當權

抵當權(hypotheca, hypothéque, Hypothek)ハ不動產ノ擔保中最モ頻繁且重要ナルモノニシテ其制宜シキヲ得レハ爲メニ信用ノ發達ヲ助ケ其制宜シキヲ得サレハ爲メニ信用ノ壅塞ヲ來スカ如ク經濟上ニ大關係ヲ有スルモノナリ而シテ抵當ノ制其宜シキヲ得ンニハ必ス之ヲ登記セシメ且其登記法最モ完全ナルコトヲ要ス然リト雖モ新民法ニ於テハ登記ニ關スル規定ヲ掲ケス一ニ之ヲ登記法ノ定ムル所ニ委ネタリ是レ蓋シ登記ハ一ノ手續タルヲ以テナリ但其規定中實體法ニ屬スルモノナキニ非スト雖モ便宜上一切之ヲ民法中ニ掲ケサリシナリ

本章分チテ三節ト爲ス第一節ヲ總則トシ主トシテ抵當權ノ性質及ヒ範圍ヲ規定シ第二節ヲ抵當權ノ效力トシ其債權者間ノ效力及ヒ第三者ニ對スル效力ヲ併セテ規定シ第三節ヲ抵當權ノ消滅トシ唯抵當權ノ消滅ニ特別ナル規定ノミヲ掲ケタリ

第一節　總則

第三百六十九條　抵當權ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

地上權及ヒ永小作權モ亦之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得

此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス(擔一九五、一九七、二一一、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則二、三、八年九月三十日告一四八號建物書入質規則一)

本條第一項ハ抵當權ノ定義ヲ下シタルモノニシテ此定義ニ依レハ抵當權ハ左ノ三性質ヲ具フルモノトス

第一　抵當權ハ物上擔保ナリ從テ優先權及ヒ追及權ヲ生スルコト他ノ物上擔保ニ同シ而シテ其擔保スル債權ニ付テモ獨法ニ於ケルカ如ク地債(Grundschuld)若クハ之ニ類スルモノヲ認メサルカ故ニ債權ヨリ獨立シタル抵當權アルコトナシ法學協會雜誌二六卷七號四九五頁以下)然レトモ根抵當ハ固ヨリ有效ナリ根抵當トハ信用契約(ouverture de crédit, Krediteröffnungsvertrag)ニ伴フモノニシテ金錢貸借ノ豫約ニ於テ借主タルヘキ者カ一定ノ金額ヲ限トシ其入用ニ應シ何時ニテモ借入金ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テ之ヲ擔保スル抵當ヲ謂フ(同樣ノ性質ヲ有スル質權ヲモ舊時ノ名稱ニ依リ同シク根抵當ト曰フ)其性質ニ付テハ議論アレトモ余ハ條件附債務ノ抵當ナリト信ス(法學志林二三號四六頁)初メ東京控訴院ハ之ヲ無效トセシ爲メ(法學志林同號八九頁ニ掲ケタル判決)世ノ物議ヲ讓シタルモ大審院ハ之ヲ有效トシ(三十四年十月二十五日判決)爾後其判例ヲ改メス但其性質ニ付テハ余カ條件說ヲ取ラサルカ如シ

第二　抵當權ハ抵當權者ニ占有ヲ移スコトヲ要セス是レ質權ト大ニ異ナル所ナリ而シテ此性質アルニ因リ不動產ニ付テハ抵當權ハ概シテ質權ヨリ便利ニシテ從テ頻繁ナルモノトス何トナレハ一方ニ於テハ抵當權設定者ハ抵當權ノ存スルニ拘ハラス其不動產ノ使用、收益ヲ繼續スルコトヲ得ルノ便アリ他ノ一方ニ於テハ抵當權者ハ質權者ノ如ク自ラ抵當財產ノ管理ヲ爲スノ煩累ヲ避クルコトヲ得ヘシ而シテ不動產ハ其所在確定セルノミナラス登記法ノ在ルアリテ其權利ノ保護至レルヲ以テ敢テ之ヲ占有セスト雖モ毫モ危險アルコトナケレハナリ

第三　抵當權ハ常ニ不動產ヲ以テ其目的トス蓋シ抵當權ナルモノハ抵當權者ニ

占有ヲ移ササルモノナルカ故ニ不動產ノ如ク其所在確定シ又之ヲ登記スルコトヲ得ル物ニ在リテハ頗ル便利ナリト雖モ動產ノ如ク所在確定セス從テ之ヲ登記スルコトヲ得サル物ニ在リテハ之ヲ抵當トスルモ殆ト擔保ノ效ナシ故ニ之ニ付テハ質權ニ由ルニ非サレハ擔保ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘシ是レ民法施行前ニ在リテハ往往動產ノ抵當ナキニ非サリシト雖モ新民法ニ於テハ舊民法及ヒ外國一般ノ例ニ於ケルカ如ク之ヲ認ムルノ必要ナシトシテ別ニ之ヲ規定セサル所以ナリ而シテ物權ハ法律ニ定メタルモノノ外其存在ヲ認メサルカ故ニ新民法ノ實施ト同時ニ動產ノ抵當ナルモノハ一切之ヲ認メサルコト爲リタリ(舊商三六七、三六八、三七六乃至三七八ニ於テハ質權ハ占有ノ移轉前既ニ成立スルコトヲ得ルモノトセシカ如キヲ以テ稍動產ノ抵當ニ類スルモノヲ認ムル結果ト爲リシナリ)而モ動產ニハ質權アルカ故ニ敢テ不便ヲ感スルコトナカルヘシ西洋ニ於テモ昔羅馬法ニ在リテハ動產ノ抵當ヲ認メタリト雖モ今日ニ至リテハ殆ト之ヲ認ムルノ法律ナキニ至レリ但日本勸業銀行法第十七條第二項及ヒ農工銀行法第九條第二項ニ動產ノ抵當ノ文字アリト雖モ從來抵當ナル文字ハ本法ニ所謂質權及ヒ抵當權ノ總稱ニシテ殆ト擔保ト云フニ均シカリシカ故ニ右ノ二法律ハ蓋シ此廣義ヲ以テ抵當ノ文字ヲ用ヒタルモノナラント信ス然ラスンハ民法實施ノ後ハ動產ノ抵當ニ關スル規定ナキヲ以テ右二法律ノ規定ハ殆ト之ヲ實際ニ適用スルコト能ハサルヘシ

船舶ハ動產ナリ故ニ右ニ述フル所ニ據レハ之ヲ以テ抵當ト爲スコト能ハサルカ如シ然レトモ船舶ハ他ノ動產ト異ナリ動モスレハ不動產ト同種ノ規定ニ從ハシムルモノニシテ不動產ノ登記ニ酷似セル船舶ノ登記アリ(商五四〇、五四一、三十二年三月七日法四六號船舶法三五、同年六月十五日勅二七〇號船舶登記規則)故ニ登記シタル船舶ハ亦不動產ニ同シク之ヲ以テ抵當ト爲スコトヲ得ヘキモノトシ總テ不動產ノ抵當ニ關スル規定ヲ準用セリ(商六八六)而シテ却テ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ許ササルコトハ(商六八八)既ニ論シタルカ如シ(四二九頁)

抵當權モ亦質權ノ如ク第三者ヨリ之ヲ供スルコトヲ得ヘシ而シテ其效力ニ至リテモ亦質權ニ於ケルト同シ是レ第三百七十二條ノ規定ニ依リテ明カナル所ナリ」抵當權ハ物權ナリ故ニ物ヲ以テ其目的トスルヲ本則トスルハ固ヨリナリ然リトト雖モ已ニ質權ニ付テ論シタルカ如ク余ノ信スル所ニ據レハ抵當權ハ物ヲ以テ其目的ト爲スト云ハンヨリハ寧ロ其所有權ヲ以テ其目的ト爲スト云フヲ正確トス

從テ地上權及ヒ永小作權モ亦抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘシ唯此場合ニ於テハ往往ニシテ直チニ本章ノ規定ヲ適用シ難キモノアリ例ヘハ第三百七十七條及ヒ第三百七十八條ノ如キ即チ是ナリ是レ本條第二項ニ於テ是等ノ抵當權ニハ單ニ本章ノ規定ヲ準用スルニ止メタル所以ナリ若シ夫レ此抵當權ノ物權タルヤ否ヤニ付テハ已ニ質權ニ付テ述ヘタル理由ニ據リ余ハ之ヲ物權ナリト信ス

不動產上ノ物權ハ必スシモ所有權、地上權及ヒ永小作權ニ限ラス然リ而シテ此三權ニ限リ之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノ如何曰ク他ノ權利ハ其性質上抵當權ノ目的タルコトヲ得ヘカラサレハナリ乃チ地役權ハ要役地ノ所有權ト共ニ抵當權ノ目的タルコトハ之アルヘシト雖モ之ヲ要役地ヨリ分離シテ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルコトハ已ニ第二百八十一條ニ規定セル所ナリ留置權及ヒ先取特權ハ其性質上或債權ノ擔保トシテ特ニ法律カ付與スル所ノ權利ナルカ故ニ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ス而シテ質權及ヒ抵當權ハ更ニ之ヲ抵當ノ目的ト爲スコトヲ得スト雖モ而モ第三百六十一條及ヒ第三百七十五條ノ規定ニ依リ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ヘシ即チ質權ハ質權トシテ又抵當權ハ初ノ抵當權ノ儘直チニ他ノ債權ノ擔保ト爲ルヘキカ故ニ其結果ニ於テハ之ヲ以テ更ニ抵當權ノ目的ト爲スト殆ト異ナルコトナシ此便法アルカ故ニ敢テ是等ノ權利ノ上ニ抵當權ヲ認メサルナリ

或ハ曰ハン先取特權ニ付テハ第三百四十一條ノ規定ニ依リ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス故ニ第三百七十五條ノ規定モ亦之ニ準用スヘキカ如シ如何ト曰ク非ナリ夫レ第三百四十一條ニハ「抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス」ト云ヒ敢テ之ヲ適用スト云ハス故ニ規定ノ性質上先取特權ニ適用スルコトヲ得ルモノハ

之ヲ適用スヘキモ他ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルナリ然ルニ先取特權ノ性質タル或債權ヲ保護スル爲メ特ニ法律カ付與スル所ノモノナルカ故ニ第三百七十五條ノ規定ニ從ヒ當事者ノ隨意ニ之ヲ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得サルモノトス

抵當權ハ通常契約ヲ以テ之ヲ設定スヘキコト固ヨリ論ヲ俟タスト雖モ抵當權ハ質權ノ如ク物ノ引渡ヲ要セサルカ故ニ遺言ヲ以テモ亦之ヲ設定スルコトヲ得ヘシ

抵當權ニ關シテハ擔保附社債信託法、鐵道抵當法、工場抵當法、鑛業抵當法等ニ特別ノ規定アリ(三十八年三月十一日法五二號擔保附社債信託法七〇乃至七六、七八、八二、一項、八三、九三乃至九五、一一八、一一九、同日法五三號鐵道抵當法、同日法五四號工場抵當法、同日法五五號鑛業抵當法)殊ニ鐵道抵當、工場抵當及ヒ鑛業抵當ノ目的中ニハ不動產ニ非サルモノヲモ包含ス故ニ本法ノ規定ニ依リ難キモノ多シ

第三百七十條　抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設定行爲ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス(擔二〇〇)

本條ハ抵當權ノ目的物カ膨脹セル場合ニ於テ抵當權ハ其全部ニ付テ存スヘキコトヲ定メタルモノナリ例ヘハ土地ニ樹木ヲ植エタル場合、建物ニ建增ヲ爲シタル場合等ニ於テ其土地若クハ建物ヲ目的トスル抵當權ハ其樹木、建增等ニモ及フヘキモノトス唯例外トシテ

第一　設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此規定ニ依ラス蓋シ本條ノ規定ハ毫モ公益ニ關スルモノニ非サルカ故ニ當事者ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ變更スルコトヲ得レハナリ

第二　土地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ其建物ハ土

地ノ一部ヲ成スヘキカ故ニ原則トシテハ土地ノ抵當權ハ其建物ニモ及フヘキモノトスルヲ當然トスルカ如シト雖モ我邦ノ慣習ニ於テハ常ニ土地ト建物トヲ區別シ登記法ニ於テモ全ク之ヲ別異ノ物トセルカ故ニ當事者ノ意思モ大抵ハ土地ノ抵當權カ當然建物ニ及フヘキモノトセサルニ在ルヘク又實際ニ於テモ之ヲ便トスルコト多カルヘキカ故ニ此場合ニ於テハ原則トシテ土地ノ抵當權ハ建物ニ及ハサルモノト定メタリ而シテ此場合ニ於テ抵當權ノ實行ヲ爲スニハ第三百八十九條ニ依ルヘキモノトス

第三　債務者カ特ニ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當不動產ニ工作ヲ加ヘタル場合ニ於テハ其工作物ハ抵當權ノ目的ト爲ラサルモノトス是レ所謂「パウルス」訴權 (actio Pauliana, action Paulienne ou révocatoire, Paulianische Klage oder Anfechtungsklage) ノ適用ニシテ其條件モ亦「パウルス」訴權ニ同シ即チ(第一)債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ之ヲ爲シタルコトヲ要ス而シテ他ノ債權者ヲ害スルトハ債務者カ已ニ無資力ナル場合ニ於テ金錢其他ノ財產ヲ以テ特ニ不動產ニ工作ヲ施シ以テ抵當權者ノ特別擔保ヲ增加シ爲メニ他ノ債權者カ受クヘキ辨濟額ヲ減殺スルカ如キヲ謂フ(第二)其工作ヲ施スノ當時抵當權者カ右ノ事情ヲ知レルコトヲ要ス故ニ實際ハ大抵抵當權者ト抵當權設定者ト通謀シテ之ヲ爲シタル場合ナルヘシ(四二四)然リト雖モ本條ノ規定ノ純然タル「パウルス」訴權ト異ナル所ハ(第一)「パウルス」訴權ハ以テ一ノ法律行爲ヲ取消スヲ目的トスルニ本條ノ規定ハ工作ヲ施スニ付キ爲シタル法律行爲ヲ取消スニ非ス其行爲ハ依然其效力ヲ存シ又工作物モ敢テ之ヲ除去スルニ非ス唯其工作物ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルニ止マリ(第二)「パウルス」訴權ハ必ス裁判所ニ於テ之ヲ行フコトヲ要スルニ本條ノ規定ハ特ニ裁判所ニ請求スルコトヲ必要トセス右ニ揭ケタル條件ヲ具備スル以上ハ當然適用セラルヘキニ在リ是レ本條但書ニ於テ特ニ規定ヲ設クルノ必要アル所以ナリ

本條ハ右ニ述ヘタルカ如ク既ニ抵當權ヲ設定シタル後其目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ成スニ至リタル物ニ關スルモノナルコトハ蓋シ疑ヲ容レス是レ

管ニ本條ノ規定ノ沿革的理由ニ因リテ明カナルノミナラス本條ノ規定其物ヲ覽テモ知ルヘキ所ナリ抑本條ノ規定ハ新民法カ新ニ設ケタルモノニハ非スシテ舊民法及ヒ外國法ノ例ニ倣ヒタルモノナリ然ルニ模範法ニ於テ此規定カ抵當權設定後ノ增加ニ關スルモノナルコト疑ナキノミナラス舊民法ニ於テハ最モ明カニ之ヲ規定セリ曰ク「抵當ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債務者ノ所爲及ヒ費用ニ因リテ不動產ニ生スルコト有ル可キ增加又ハ改良ニ當然及フモノトス云云」(擔二〇〇)ト而シテ本條ハ一見不明ナル所アルカ如シト雖モ(第一)若シ本條ニシテ抵當權設定前ニ不動產ニ附加シタル物ニ關スルモノトセハ本條ノ本文ハ殆ト無意味ノ規定タランノミ何トナレハ苟モ不動產ト一體ヲ成ス物ハ即チ不動產ノ一部ト視ルヘキカ故ニ之ヲ除外シテ抵當權ヲ設定スルカ如キハ多クハ想像モ及ハサル所ニシテ樹木ノ如ク强ヒテ之ヲ分離スルコトヲ得サルニ非サル物ト雖モ明カニ之ヲ除外セサレハ共ニ抵當權ノ目的タルヘキコトハ固ヨリ明文ヲ待タサル所ナリ或ハ建物ヲ除外スル爲メニ此明文ヲ要スト曰ハンカ若シ然ラハ「抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ニハ其效力ヲ及ホササルモノト推定ス」ト云フカ如キ規定ヲ設クレハ足リシナラン故ニ建物ノ爲メニノミ本條本文ノ必要アリシモノトスルコト能ハス(第二)但書中「第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス」ト云ヘル規定ヲ解スルコト能ハサルヘシ何トナレハ其行爲カ抵當權設定前ニ在リトセハ其行爲ニ由リ他ノ債權者ヲ害シテ抵當權者ヲ利シ而モ債務者及ヒ抵當權者共ニ惡意ナルカ如キ到底想像ノ及ハサル所ナレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ本條ノ抵當權設定後ニ不動產ニ附加シタル物ノミニ關スルコト昭昭乎トシテ明カナリ

然ルニ世間往往之ヲ誤解シ本條ヲ以テ抵當權設定前ニ附加シタル物ニ適用シ疊、建具ノ如キハ本條ノ規定ニ合ハサルカ故ニ建物ト共ニ抵當權ノ目的タルモノニ非スト說ク者アリ裁判例亦之ニ左袒スルカ如シ(最近ノ一例ヲ擧クレハ三十九年五月二十三日大審院判決)然レトモ余ハ其謂レナキコトヲ信ス蓋シ疊、建具ノ類ハ固ヨリ建物ト一體ヲ成ス物ニ非ス故ニ抵當權設定後ニ新ニ之ヲ設備セリトセハ

抵當權カ之ニ及ハサルコト固ヨリ疑ヲ容レス然レトモ此等ノ物カ抵當權設定當時既ニ存セシトセハ第八十七條第二項ノ適用ニ因リ其物モ亦共ニ抵當權ノ目的タルヘキモノトス何トナレハ其物カ建物ノ從物タルコトハ蓋シ何人モ爭ハサル所ナルカ故ニ(勿論其物カ建物ノ所有者ニ屬スル場合ニ就テ言フ)主物タル建物ノ上ニ抵當權ヲ設定スレハ(處分)從物タル疊、建具等モ亦之ニ隨テ抵當權ノ目的タルヘケレハナリ(法學志林三六號八頁、三八號六頁、四七號六頁、一〇卷一號二頁)

第三百七十一條　前條ノ規定ハ果實ニハ之ヲ適用セス但抵當不動產ノ差押アリタル後又ハ第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタル後ハ此限ニ在ラス

第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルトキハ其後一年內ニ抵當不動產ノ差押アリタル場合ニ限リ前項但書ノ規定ヲ適用ス(擔二〇二、二八六)

前條ノ規定ハ通常ノ場合ニハ極メテ穩當ナリト雖モ若シ之ヲ果實ニ適用スルトキハ頗ル不當ナル結果ヲ生スヘシ他ナシ抵當權ハ素ト所有者カ不動產ノ使用、收益ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノナリ然ルニ抵當權カ果實ニモ及フモノトセハ所有者ハ到底不動產ノ收益ヲ爲スコト能ハス故ニ本條ニ於テハ前條ノ規定ヲ果實ニ適用セサルコトヲ定メタリ

然リト雖モ已ニ抵當不動產ノ差押アルカ又ハ第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルトキハ或ハ抵當權者已ニ其抵當權ノ實行ニ著手シ或ハ他ノ債權者カ執行ニ著手シタルヲ以テ抵當權者亦其抵當權ヲ實行スルノ必要ヲ生シタル場合ナルカ故ニ抵當權設定者ヲシテ其收益ヲ爲スコトヲ止メシムルヲ至當トシ本條第一項ノ但書ヲ設ケタリ(普通ノ債權者ハ强制管理ノ場合ニ非サレハ果實ノ上ニ權利ヲ有セス、民訴六四四、二項、七〇七)

然リト雖モ第三取得者カ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルキトハ抵當權者カ其後其抵當權ノ實行ヲ爲ササルニ拘ハラス其第三取得者ハ果實ヲ取得スルコト能

ハサルモノトセハ抵當權ハ依然存續スルニ拘ハラス第三取得者ハ其收益權ヲ失ヒ本條ノ原則ニ反シ抵當權ノ性質ニ戻ルノ虞アルヲ以テ本條第二項ニ於テハ第三取得者カ右ノ通知ヲ受ケタル後一年內ニ或ハ抵當權者ノ請求ニ因リ或ハ他ノ債權者ノ請求ニ因リ抵當不動產ノ差押アルニ非サレハ抵當權ハ其果實ニ及ハサルモノトセリ若シ此規定ナクンハ第三取得者ニハ數年ノ果實ヲ保存スルノ義務ヲ生スヘク其負擔甚タ重キニ過キンノミ

本條ニ「差押」ト云フト雖モ必スシモ民事訴訟法ニ謂フ所ノ「差押」ナルコトヲ要セス競賣法ニ依リ競賣ニ著手スル場合モ亦此差押中ニ包含セルモノト視ルヘシ然ラスンハ兩者ノ間ニ謂レナキ區別ヲ設クルコトト爲ルノミナラス動モスレハ本條第一項但書ノ適用ナキニ終ハラン何トナレハ抵當權者ハ競賣法ニ依リテ其實行ヲ爲スヘキ者ナレハナリ(競賣法二二)蓋シ民法前三編制定ノ際ニハ未タ抵當權實行ノ方法ニ付キ成算アラサリシヲ以テ多分差押ノ方法ニ由ルヘキモノト豫想シテ本條ノ規定ヲ設ケタルニ後日競賣法ノ制定ニ因リ聊カ齟齬ヲ生セシモノナラン(舊民法擔二〇二、二八六ニモ「差押」ト云ヒ同二七八ニハ抵當權實行ノ方法トシテ民事訴訟法ニ依レル競賣ヲ取レリ)

第三百七十二條　第二百九十六條、第三百四條及ヒ第三百五十一條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス(擔一九六、二〇一、一項、二〇九、二項、二一一、二五八、三項、二一九、二、六號、七號)

本條ニ於テハ留置權、先取特權及ヒ質權ニ關スル規定ヲ抵當權ニ準用セリ而シテ留置權ニ關スル第二百九十六條ハ擔保カ其目的物ヲ代表スヘキ金錢其他ノ物ニ及フヘキコトヲ定メ先取特權ニ關スル第三百四條ハ擔保ノ不可分ナルコトヲ定メ質權ニ關スル第三百五十一條ハ第三者カ擔保ヲ供シタル場合ニ於テ其第三者ヨリ債務者ニ對スル求償權ヲ定メタルモノナリ而シテ是等ノ規定ハ抵當權ニ付テモ亦同シカラサルコトヲ得サル所ナリ

第二節　抵當權ノ效力

第三百七十三條　數個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(一七七、擔二三九、二四一、二四六、登六、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則一〇、七年五月十二日告五二號、八年九月三十日告一四八號建物書入質規則一二)

本條ハ同一ノ不動產ニ付キ二個以上ノ抵當權ノ存スル場合ニ於テ其順位ヲ定メタルモノナリ蓋シ抵當權ハ物ノ占有ヲ要セサルカ故ニ同一ノ不動產ニ付キ數個ノ抵當權ヲ設定スルコト極メテ容易ナリ例ヘハ一萬圓ノ價アル不動產ヲ、初メ五千圓ノ債權ノ抵當トスルモ尙ホ五千圓ノ價ヲ殘スカ故ニ更ニ之ヲ抵當トシテ金三千圓ヲ借ルモ尙ホ二千圓ノ殘價アリ故ニ又更ニ之ヲ抵當トシテ金二千圓ヲ借ルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ右ノ三人ノ抵當權者ノ順位果シテ如何理論上ヨリ之ヲ言ヘハ抵當權ハ物權ナルカ故ニ第一ニ設定シタル抵當權ハ已ニ其範圍內ニ於テ所有權ヲ減殺シタルモノト視ルヘク從テ第二ノ抵當權者ハ第一ノ抵當權者カ其權利ヲ行ヒタル後ニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルハ勿論ニシテ右ノ例ニ依レハ第一抵當權者ハ先ツ五千圓ヲ取ルコトヲ得ヘシ又第二ノ抵當權ハ其範圍內ニ於テ第一ノ抵當權ニ因リテ減殺セラレタル所有權ヲ更ニ減殺スル效力ヲ有スルカ故ニ第三抵當權ハ其殘餘即チ二千圓ノ價額ニ付テノミ存スルモノト看做ササルコトヲ得ス而シテ右ノ例ニ於ケルカ如ク不動產ノ價ニシテ此三人ノ債權者ニ辨濟ヲ爲スニ足ルトキハ其間ノ順位如何ハ敢テ問フコトヲ要セスト雖モ若シ其不動產初ヨリ充分ノ價格ヲ有セサルカ又ハ抵當權設定ノ後其價格ヲ減シタリトセハ其間ノ順位ハ最モ重要ナリ例ヘハ其不動產ノ價六千圓ナルトキハ甲先ツ五千圓ヲ取リ乙ハ殘額千圓ヲ取リ丙ハ一錢ヲモ受取ルコト能ハサルヘシ是レ本條ノ規定ノ必要ナル所以ナリ

右ハ理論上ヨリ論シタル所ナリト雖モ不動產上ノ物權ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ(一七七)抵當權モ亦之ヲ登記スル

ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス而シテ他ノ抵當權者ハ第三者中ノ最モ利害ヲ感スル者ナルカ故ニ之ニ對シテハ登記ニ因リテ始メテ抵當權成立スルモノト看做サルヘキハ勿論ナリ故ニ抵當權者間ノ順位ハ畢竟登記ノ前後ニ依ルヘキモノニシテ必スシモ其設定ノ前後ヲ問ハサルナリ例ヘハ前例ニ於テ若シ甲カ直チニ登記ヲ爲サスシテ乙先ツ其抵當權ヲ登記スルトキハ實際甲ノ抵當權カ先ニ設定セラレタル場合ト雖モ尙ホ乙ヲ以テ第一抵當權者ト爲ササルコトヲ得ス從テ不動產ノ價六千圓ナリトセハ乙先ツ三千圓ヲ取リ甲ハ殘額三千圓ヲ取ルニ止マルモノトス

第三百七十四條　抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得但其以前ノ定期金ニ付テモ滿期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之ヲ行フコトヲ妨ケス

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ジテ二年分ヲ超ユルコトヲ得ス(擔一八六、二四〇、三十四年四月十二日法三六號)

本條ハ抵當權ヲ以テ擔保スル債權ニ利息其他ノ定期金アル場合ニ付テ規定シタルモノナリ蓋シ利息其他ノ定期金ハ通常每期ニ之ヲ請求スヘキモノニシテ其長ク延滯スルカ如キコトハ極メテ稀ナル所ナリ故ニ他ノ債權者カ抵當アル債權ニ利息アルコトヲ知ルモ其數年分カ延滯シテ皆抵當ニ由リテ擔保セラルルモノナラント信セサルハ當然ニシテ若シ數年前ノ利息ノ延滯セルヲ名トシテ之ニ付テ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ他ノ債權者ハ不慮ノ損失ヲ被ムルコト稀ナ

リトセサルヘシ是レ本條ニ於テ滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセル所以ナリ例ヘハ毎年十二月三十一日ニ利息ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ明治四十一年七月ニ抵當權ヲ行フヘキモノトセハ明治三十九年及ヒ同四十年ノ兩年分ニ付テノミ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ故ニ明治三十八年以前ノ利息ノ延滯スルモノアルモ抵當權ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ス尙ホ定期金ハ五年ノ短期時效ニ罹ルヘキモノトシタルモ全ク同一ノ理由ニ基キタルモノナリ(一六九、三十八年版一卷四二八頁)

然リト雖モ元來抵當權ハ利息附債權ニ付テハ其利息ヲモ擔保スヘキハ固ヨリニシテ苟モ其利息アルコトヲ登記スル以上ハ其利息ヲ請求スルニ付テモ亦抵當權ヲ行フコトヲ得ルヲ本則トスルハ勿論ナリ況ヤ利息ナラサル定期金ノ如キハ元本ノ一部ナルカ故ニ抵當權ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ言フヲ俟タス然ルニ假令債權者ニ直チニ之ヲ請求セサルノ怠慢アルニモセヨ債務者カ未タ辨濟ヲ爲ササルニ二年以外ノ定期金ニ付テハ抵當權全ク消滅スルモノト爲スハ蓋シ法律ノ干涉深キニ過キ却テ不公平ノ誹ヲ免レ難キカ如シ故ニ本條但書ヲ以テ前ニ論シタル二年分ノ定期金ノ外若シ特別ノ登記ヲ爲ストキハ尙ホ抵當權ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセリ唯此定期金ニ付テハ登記ノ日ヨリ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ初ノ登記ト同順位ニ於テ之ヲ行フコトヲ許ササルノミ之ニ依リテ一方ニ於テハ抵當權者ヲシテ其抵當權ヲ失ハサラシメ他ノ一方ニ於テハ他ノ債權者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ムルコトナカラシメタリ例ヘハ甲カ明治三十八年一月一日ニ抵當權ヲ得乙カ同年二月一日ニ同一ノ不動產ニ付キ第二ノ抵當權ヲ得タリトセンニ若シ甲ノ債權カ利息附ニシテ明治四十一年ニ至ルマテ甲カ未タ一錢ノ利息ヲ受取ラサルモ明治三十八年分ノ利息ニ付テハ翌三十九年一月一日ニ登記ヲ爲シタリトセハ四十一年ニ至リ抵當權ヲ實行セント欲スルニ當リ甲ハ第一ニ其債權ノ元本及ヒ明治三十九年及ヒ同四十年ノ兩年分ノ利息ヲ受ケ次ニ乙ハ其債權全部ノ辨濟ヲ受ケ尙ホ餘アルニ非サレハ甲ハ明治三十八年分ノ利息ヲ受クルコト能ハサルノ類是ナリ

本條第一項ニハ汎ク利息ト云ヘルカ故ニ其約定利息ト遲延利息トヲ併セテ包含セルコト最モ明カナリ然ルニ大審院カ一タヒ誤リテ其中ニ遲延利息ヲ包含セスト判決シテヨリ(三十三年五月二日判決)大ニ輿論ノ憂慮ヲ招キ終ニ明治三十四年法律第三十六號ヲ以テ第二項ヲ追加スルニ至リタルハ余カ深ク遺憾トスル所ナリ然レトモ是レ唯第一項ノ意義ヲ明カニシタルニ過キスシテ決シテ之ヲ改メタルニ非サル證據ハ第二項ニ「適用ス」ト云ヒテ「準用ス」ト云ハサルニ在ルナリ但大審院ハ反對ノ解釋ヲ取リ右ノ法律施行前ニ設定シタル抵當權ニ付テハ其謬見ヲ固執セルハ余カ取ラサル所ナリ(最近ノ一例ヲ擧クレハ三十八年二月二十五日判決、尙ホ法學志林一二號五四頁參觀)

本條ノ規定ハ債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ特ニ其必要ヲ感スルナリ蓋シ破產ノ場合ニ於テハ通常ノ債權者ハ一切破產宣告後ノ利息ヲ請求スルコト能ハス而シテ獨リ抵當權者、質權者、先取特權者等(本條ハ質權者及ヒ不動產ニ關スル先取特權者ニ準用スヘキコトハ三四一、三六一ニ明カナル所ナリ)ハ將來ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ若シ本條ノ制限ナクンハ最モ不公平ナル結果ヲ生スヘキノミ(舊商九八九、又九九二ヲ參觀セヨ)

抵當權ノ及ぶ範圍

第三百七十五條　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メ其抵當權若クハ其順位ヲ讓渡シ又ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ抵當權者カ數人ノ爲メニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタルトキハ其處分ノ利益ヲ受クル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依ル(擔二四四)

本條ハ抵當權ノ讓渡其他ノ處分ニ付テ規定セリ蓋シ抵當權ナルモノハ債權ノ擔保トシテ之ニ從タルモノナルカ故ニ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ抵當權ヲ債權ヨリ分離シテ之ヲ處分スルコト能ハサルカ如シ然リト雖モ是レ頗ル不便ナル所ニシテ且之ヲ許スモ別ニ弊害ヲ見サルヲ以テ各國ノ法律ニ於テ多少之カ處分ヲ許ササ

ルハナシ唯其之ヲ許ス範圍ニ廣狹ノ別アルノミ而シテ本條ハ最モ廣キ範圍ニ於テ之ヲ許セリ

第一　抵當權ハ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ甲カ乙ノ債權者ニシテ其乙ノ所有ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スルトセンニ若シ甲カ丙ナル債權者ヲ有スルトキハ甲ハ其抵當權ヲ以テ丙ノ自己ニ對スル債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ヘシ但丙ノ債權額甲ノ債權額ヨリ多キトキハ丙ハ甲ノ債權額ヲ限トシテ其抵當權ヲ行フコトヲ得ヘク又丙ノ債權ノ期限甲ノ債權ヨリ先ニ到來スルモ丙ハ甲ノ債權ノ期限ノ到來ヲ俟チテ始メテ其抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキハ固ヨリナリ

第二　抵當權ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ之ヲ讓渡スコトヲ得ヘシ例ヘハ前例ニ於テ丙カ甲ノ債權者ニ非スシテ乙ノ債權者ナリトセハ甲ハ自己ノ債權ノ抵當ヲ取リテ之ヲ丙ノ債權ノ爲メニスルコトヲ得ヘシ唯甲ノ債權ノ範圍及ヒ條件ヲ以テスヘキコトハ前例ノ場合ニ同シ

第三　抵當權ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ爲メニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ例ヘハ前例ニ於テ甲カ其抵當權ヲ丙ニ讓渡スコトヲ爲サスシテ單ニ丙ノ利益ノ爲メニ之ヲ拋棄スルトキハ甲ノ抵當權ハ前例ニ於ケルカ如ク丙ニ移轉セスシテ唯丙ニ對シテハ之ヲ行使スルコトヲ得サルノミ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ讓渡ノ場合ニ於テハ丙ハ甲ニ代ハリテ其抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ拋棄ノ場合ニ於テハ丙ハ此權利ヲ有スルコトナシ例ヘハ甲カ第一順位ノ抵當權ヲ有シ丁カ第二順位ノ抵當權ヲ有シ丙ハ無抵當ノ債權者ナリトセンニ若シ甲カ其抵當權ヲ丙ニ讓渡ストキハ丙ハ丁ニ先チテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト雖モ甲カ單ニ丙ノ利益ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄スルニ過キサルトキハ丁先ツ其抵當權ヲ行ヒタル後不動產ノ價額ニ殘餘アル場合ニ限リ丙ハ甲ト共ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ今數ヲ以テ之ヲ說カンニ甲丙丁ノ債權各千圓ナル場合ニ於テ不動產ノ價格二千圓ナリトセハ本來甲ハ千圓ヲ取リ丁モ亦千圓ヲ取リ丙ハ一錢ヲモ受クルコト能ハサルヘキモノナリト雖モ若シ甲ニシテ其抵

當權ヲ丙ニ讓渡ストキハ丙先ツ千圓ヲ受ケ丁モ亦千圓ヲ受ケ甲ハ一錢ヲモ受クルコト能ハサルヘシ若シ又甲カ丙ノ利益ノ爲メニ其抵當權ヲ拋棄シタルトキハ丁先ツ千圓ヲ受ケ甲ト丙トハ各無抵當債權者トシテ平等ノ辨濟ヲ受ケ即チ各、五百圓ヲ受クヘキノミ而シテ他ニ無抵當債權者ノ配當ニ與ルヘキ者アリトセハ假ニ其債權額ヲ加ヘ平等ノ分配ヲ爲シ而モ他ノ債權者ハ甲ノ拋棄ニ因リテ利益ヲ受クヘキ者ニ非サルカ故ニ畢竟其配當ヲ受クルコト能ハサルヘク、隨テ甲ハ丙ヨリ多クヲ受クルコトト爲ルヘシ例ヘハ他ノ債權者ノ債權額ヲ五百圓トセハ甲ハ六百圓ヲ取リ丙ハ四百圓ヲ取ルヘキモノトス

第四　抵當權者ハ同一ノ債權者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ其抵當權ノ順位ノミヲ讓渡スコトヲ得ヘシ例ヘハ前例ニ於テ甲カ其抵當ノ第一順位ヲ丁ニ讓リ以テ丁ヲシテ先ツ其權利ヲ行ハシムルカ如キ即チ是ナリ此場合ト抵當權ノ讓渡ノ場合ト異ナル所ハ讓受人ノ抵當權者タルト否トニ在ルノミ

第五　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メ其抵當權ノ順位ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ例ヘハ前例ニ於テ甲丙丁皆抵當權者ニシテ甲ハ第一順位、丁ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在リトセンカ若シ甲ニシテ丙ノ爲メニ其順位ヲ拋棄スルトキハ丙ハ甲ニ代ハリテ第一順位ヲ以テ辨濟ヲ受クルコト能ハスト雖モ而モ甲ニ對シテハ丙却テ優先權ヲ有スル者ノ如ク看做サルヘキカ故ニ其拋棄ニ因リテ利益ヲ受クヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ或ハ問ハン此場合ト前例ノ場合ト理論ニ於テ區別アルハ固ヨリナリト雖モ實際ニ於テハ毫モ區別ナキカ如シ如何ト曰ク然ラス夫レ甲ハ其優先權ヲ以テ丙ニ對抗スルコトヲ得スト雖モ其丙ノ爲メニスル拋棄ハ以テ丁ヲ利スヘカラサルハ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ故ニ丁ノ爲メニハ甲ハ依然トシテ第一順位ヲ保テル者ト謂フヘシ今數ヲ以テ之ヲ說カンニ甲丙丁各、千圓ノ債權ヲ有スルニ不動產ノ價ハ僅ニ千五百圓ニ過キストセハ本來ハ甲先ツ千圓ヲ取リ丁次ニ五百圓ヲ取リ丙ハ一錢ノ辨濟ヲモ受クルコト能ハサルヘシ然ルニ甲若シ其抵當ノ順位ヲ丙ノ爲メニ拋棄スルトキハ其拋棄ハ毫モ丁ヲ利スヘカラサルカ故ニ丁ハ依然五

百圓ヲ得ヘシト雖モ丙ノ爲メニハ恰モ甲ナキニ均シキカ故ニ假ニ丁ヲ以テ第一順位トシ丙ヲ第二順位トスヘク從テ丁先ツ千圓ヲ取リ丙五百圓ヲ取ルヘキモノトセサルヘカラス而シテ丁ハ五百圓ヨリ多クヲ受クルコト能ハサルハ已ニ論シタルカ如キヲ以テ畢竟甲丙丁各五百圓ヲ受クルニ至ルヘシ之ヲ順位ノ讓渡ノ場合ニ於テ丙千圓ヲ取リ丁五百圓ヲ取リ甲一錢ヲモ受ケサルニ比スレハ大ニ逕庭アルヲ見ルヘシ又本項ノ場合ト抵當權ノ拋棄ノ場合ト異ナル所ハ其拋棄ニ因リテ利益ヲ受クル者ノ抵當權者タルト否トニ在ルハ已ニ讓渡ニ付テ述ヘタルカ如シ

登記法ノ原則トシテ一旦登記シタル事項ニ變更ヲ生スルトキハ亦之ヲ登記スルニ非サレハ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスル常トス故ニ抵當權ノ處分モ亦之ヲ登記スルニ非サレハ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスヘキハ固ヨリナリ是レ已ニ第百七十七條ノ通則ニ依リテ明カナル所ナリ而シテ若シ抵當權者カ數人ノ爲メニ其抵當權ヲ處分シタルトキハ其處分ノ前五項ノ

執レニ該當スルヲ問ハス其順位ハ一ニ登記ノ前後ニ依ルモノトス是レ亦登記法ノ原則ニ從フモノニシテ且第三百七十三條ノ適用ナリト謂フモ可ナリ

右ノ登記ハ通常ノ登記手續ニ由ラスシテ附記ニ由リテ之ヲ爲スモノトセリ附記トハ一旦爲シタル登記ニ附隨シテ記入スルモノニシテ其手續及ヒ效力ニ於テ聊カ新ナル登記ト異ナル所アリ尙ホ其詳細ニ至リテハ請フ登記法ニ就テ之ヲ看ン（七、一項、五三、又二十九年三月二十七日法二七號登錄稅法二、一項一二號、一三號、二一號參照）

第三百七十六條　前條ノ場合ニ於テハ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ抵當權ノ處分ヲ通知シ又ハ其債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ其債務者、保證人、抵當權設定者及ヒ其承繼人ニ對抗スルコトヲ得ス

主タル債務者カ前項ノ通知ヲ受ケ又ハ承諾ヲ爲シタルトキ

ハ抵當權ノ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ス(財五〇〇、擔一八五、五項、二四四、二四五)

登記ハ素ト第三者ノ爲メニ設ケタルモノナルコトハ已ニ屢〻論スル所ナリ故ニ前條第二項ノ規定ハ專ラ第三者ノ爲メニスルモノナルコトハ固ヨリ言フヲ俟タスシテ抵當權ノ處分ヨリ見レハ債務者モ亦第三者ナリト雖モ抵當ノ登記ハ債務者自ラ其當事者タラサル以上ハ之ヲ知ラサルコト多ク從テ前條ニ定メタル登記ノ附記ハ債務者ノ爲メニハ何等ノ效ナク是レ單ニ他ノ第三者ノ爲メニスルモノナリ然ルニ抵當權ノ處分ハ債務者モ亦之ヲ知ルノ必要アリ他ナシ債務者ニシテ若シ抵當權ノ處分ヲ知ラサレハ初ノ抵當權者ニ對シテ辨濟ヲ爲シ其他債務ニ關スル一切ノ行爲ヲ爲スヘキノミ此場合ニ於テ其辨濟其他ノ行爲ヲ以テ有效ナリトセンカ抵當權ノ處分ヲ受ケタル者ハ實ニ意外ノ損失ヲ被ムルヘク若シ又之ヲ無效トセンカ善意ノ債務者ハ動モスレハ二重ノ辨濟ヲ爲ササルコトヲ得スシテ爲メニ損害ヲ被ムルコト固ヨリ論ヲ俟タサレハナリ是ニ於テカ立法者ハ本條ヲ以テ債務者ニ抵當權ノ處分ヲ通知シ又ハ其債務者ノ承諾ヲ受クルニ非サレハ其處分ヲ以テ債務者、保證人、抵當權設定者及ヒ其各自ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ故ニ抵當權ノ處分ヲ受ケタル者ハ其處分者ニ督促シテ速ニ通知ヲ爲サシメ又ハ債務者ノ承諾ヲ請フヘク若シ之ヲ爲ササレハ是レ其者ノ怠慢ニシテ爲メニ損失ヲ被ムルコトアルモ是レ自ラ作セル孽ト謂フヘシ故ニ債務者ハ右ノ通知ヲ受ケ又ハ承諾ヲ爲スマテハ右ノ處分ヲ認メサルコトヲ得ルモノトスルモ敢テ處分ヲ受ケタル者ニ對シテ酷ナリト謂フヘカラス而シテ債務者ハ之ニ依リテ不慮ノ損失ヲ受ケサルコトヲ得ヘキカ故ニ本條ノ規定ハ實ニ有益無害ノ規定ト謂フヘシ

前條ノ場合ハ債權讓渡ノ場合ト大ニ類似セル所アリ故ニ本條ニ規定セル通知及ヒ承諾ハ一ニ債權讓渡ニ關スル第四百六十七條ノ規定ニ從フヘキモノトセリ即チ(第一)通知ハ必ス讓渡人ヨリ之ヲ爲スヘク(第二)債務者以外ノ第三者ニ對シテハ

知多ク僅ニ通知スルヲ要ス理由

右ノ通知及ヒ承諾ハ必ス確定日附アル證書ヲ以テスヘキモノトス尚ホ其詳細ニ至リテハ請フ第四百六十七條ヲ說明スルニ方リテ之ヲ說カン

或ハ問ハン債權ノ讓渡ニ右ノ條件ヲ要スルハ故ナキニ非スト雖モ前條ノ場合ニ於テ同一ノ條件ヲ要スルハ甚タ謂レナキカ如シ何トナレハ前條ノ場合ニ於テハ單ニ抵當權ニ付テノミ異動ヲ生シタルモノニシテ債權ハ則チ依然トシテ存スルカ故ニ債務者カ辨濟ヲ爲スヘキハ固ヨリ其義務ナリ故ニ債務者カ抵當權ノ處分ヲ知ルト否トニ關セス其辨濟ノ無效タルヘキコトアラサレハナリト曰ク然ラス抵當權者カ其抵當權ヲ以テ自己ノ債務ノ擔保トシタル場合ニ於テハ假令抵當權者ニ辨濟ヲ爲スモ更ニ其債權者ニ辨濟セサルトキハ敢テ抵當權ヲ消滅セシムルコト能ハス又抵當權者カ同一債務者ノ他ノ債權者ノ爲メニ其抵當權ヲ處分シタル場合ニ於テモ債務者ハ其選擇ニ從ヒ先ツ某ノ債務ヲ辨濟シ然ル後他ノ債務ニ及フコトヲ得ヘク而シテ其選擇ニ付テハ正當ノ理由ヲ有スルコトアルヘキカ故ニ其任意ノ辨濟ハ必ス其消滅セシメント欲スル所ノ債權ニ之ヲ充當スヘキハ第四百八十八條乃至第四百九十條ノ規定ニ依ルモ明カナル所ナリ故ニ債務者カ先ツ抵當權アル債務ヲ辨濟シ以テ其抵當權ヲ消滅セシメント欲スルニ當リ其債權者カ已ニ抵當權ヲ他ノ者ニ讓渡シタル場合ニ於テハ債務者ハ其辨濟ニ由リテ抵當權ヲ消滅セシムルコト能ハサルヘシ又假令債權者カ全ク抵當權ヲ失ハサルモ他ノ債權者ノ爲メニ之ヲ拋棄シタルトキハ債務者ハ其債權者ノミニ辨濟ヲ爲スモ未タ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス之カ爲メニハ他ノ債權者ニモ亦全部又ハ一部ノ辨濟ヲ爲ササルコトヲ得サルニ至リ債務者ハ右ノ選擇權ノ一部ヲ蹂躙セラルルモノト謂フヘシ殊ニ債務者ナラサル抵當權設定者及ヒ第三取得者ニ至リテハ元來債務ヲ辨濟スル義務ヲ負ハサル者ナルニ因リ唯其抵當權ヲ消滅セシメンカ爲メ債務者ニ代ハリテ其辨濟ヲ爲スヘキノミ然ルニ其辨濟ヲ爲スモ仍ホ抵當權ノ全部又ハ一部依然トシテ存スルモノトセハ其者カ不慮ノ損失ヲ被ムルヘキハ多辯ヲ費サスシテ明カナリ

或ハ問ハン債務者ニ對シテハ右ノ通知又ハ承諾ヲ必要トスルノ理アリト雖モ保

證人、抵當權設定者、承繼人及ヒ保證人若クハ抵當權設定者ノ承繼人ニ對シテモ猶ホ右ノ手續ヲ必要トスルハ果シテ何ノ理由ニ因リテ然ルカト曰ク是等ノ者ハ皆或ハ辨濟ノ義務ヲ負ヒ或ハ自己ノ利益ノ爲メニ辨濟ヲ爲スヘキ者ナルカ故ニ債務者ニ同シク動モスレハ初ノ抵當權者ニ辨濟ヲ爲シ其他是ト債務ニ關スル法律行爲ヲ爲スコトアルヘシ而シテ債務者先ツ辨濟ノ責ニ任スルカ故ニ是等ノ者カ辨濟其他ノ行爲ヲ爲サント欲スレハ必ス先ツ債務者ニ問フニ其債務ハ果シテ變更ヲ受ケタルコトナキヤヲ以テスヘキハ當然ノ順序ナリ然ルニ債務者ニシテ抵當權ノ處分アリタルコトヲ知レハ必ス之ヲ以テ答フヘキカ故ニ右ノ保證人等ハ之ニ由リテ抵當權ノ處分アリタルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ而シテ登記ナルモノハ主從ノ債務者、抵當權設定者及ヒ其承繼人ノ爲メニ之ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ是等ノ者モ辨濟ヲ爲スニ當リテ一一登記簿ヲ一覽スヘキニ非ス從テ之ヲ一覽セサルヲ以テ其怠慢ト爲スコトヲ得ス是レ是等ノ者ノ爲メニハ登記ノ外本條ノ手續ヲ必要トシタル所以ナリ

以上述ヘタル所ニ依リ債務者カ通知ヲ受ケ又ハ承諾ヲ爲シタル後ハ必ス抵當權ノ處分ヲ受ケタル者ノ權利ニ服從セサルヘカラス故ニ若シ其者ノ承諾ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ其者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ甲カ其抵當權ヲ乙ニ讓リタル場合ニ於テ乙ノ承諾ナクシテ甲ニ辨濟ヲ爲スモ爲メニ抵當權ハ消滅スルコトナク必ス更ニ乙ニ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルノ類是ナリ

第三百七十七條　抵當不動產ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ之ニ其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

本條以下第三百八十七條ニ至ルマテハ追及權即チ抵當權ノ第三者ニ對スル效力ヲ定メタルモノナリ而シテ本條ニ於テハ先ツ抵當權者カ第三百四條及ヒ第三百七十二條ノ規定ニ依テ抵當不動產ノ代價ヲ請求シタル場合ニ於テ其追及權ヲ失フヘキコトヲ定メタルモノナリ蓋シ抵當權者カ抵當不動產ノ第三取得者ニ對シ

テ代價ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ右ノ二條ニ依リテ明カナリト雖モ若シ本條ノ規定ナクンハ抵當權ハ抵當權者カ代價ヲ請求シタルニ因リテ消滅スヘキモノニ非サルヲ以テ其抵當權者ハ先ツ代價ヲ受取リタル後尚ホ不足アルトキハ更ニ不動產ヲ競賣シ優先權ヲ以テ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ然リト雖モ是レ殆ト二重ニ抵當權ヲ行使スルモノニシテ其不當ナルコトハ固ヨリ言フヲ俟タス故ニ本條ニ於テハ苟モ抵當權者カ代價ヲ請求シタル以上ハ第三者カ其代價ヲ辨濟スルト同時ニ其第三者ノ爲メニハ抵當權ハ全ク消滅シタルモノト看做セリ但茲ニ注意スヘキコト三アリ

第一　本條ノ第三取得者ハ必ス抵當不動產ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル者タルコトヲ要ス他ノ永小作權、地役權等ヲ取得シタル者ハ本條ノ利益ヲ受ケサルモノトス是レ他ナシ永小作權ハ必ス小作料ヲ拂フヘキモノナルカ故ニ(二七〇)初ヨリ代價ヲ出タシテ之ヲ買受クルコトハ極メテ稀ナルヘク又假令之アリトスルモ其代價タル極メテ少額ナルコト固ヨリナリ又地役權ハ所有者ノ權利ヲ減殺スルコト極メテ少キモノナルカ故ニ其代價モ亦至テ少額ナルヲ常トス故ニ抵當權者ハ是等ノ場合ニ於テモ第三百四條及ヒ第三百七十二條ノ規定ニ依リ代價又ハ小作料ヲ請求スルコトヲ得ルハ固ヨリナリト雖モ而モ之ニ依リテ永小作人若クハ地役權者ニ對シ其抵當權ヲ拋棄シタルモノト看做スコトヲ得ス蓋シ抵當權ノ性質タル若シ債務者ニシテ辨濟ヲ爲セハ實際之ヲ行使スルコトナクシテ止ムヘク從テ抵當權ノ設定ハ決シテ他ノ物權ノ設定ヲ妨クルモノニ非ス故ニ抵當權設定者カ抵當權ヲ設定シタル後永小作權若クハ地役權ヲ設定スルコトアルモ是レ固ヨリ其權內ニ屬スル事項ニシテ抵當權者ト雖モ之ヲ認メサルコトヲ得ス故ニ債務者カ辨濟ヲ怠リタルカ爲メ抵當權ヲ實行スルノ已ムヲ得サルニ至ルマテハ抵當權者ト雖モ其永小作權若クハ地役權ノ成立ヲ認メ從テ其代價若クハ小作料ヲ請求スルニ拘ハラス若シ債務者カ竟ニ辨濟ヲ爲ササルトキハ抵當權者ハ茲ニ其抵當權ヲ實行シ以テ辨濟ヲ受ケンコトヲ計ルハ固ヨリ其權利ニシテ此場合ニ於テハ抵當權設定ノ後ニ設定シタル

物權ハ初ヨリ抵當權ニ勝ツヘキ性質ヲ有セサリシカ故ニ抵當權ノ實行ノ爲メニ竟ニ消滅ニ歸スルコトアルモ是レ實ニ已ムコトヲ得サル所ナリ而シテ當事者モ亦豫メ之ヲ期セサルヘカラス故ニ抵當權者ハ其永小作權若クハ地役權ヲ留保シテ不動產ヲ賣却スルコトヲ要セス不動產ノ競落人ハ完全ナル所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘシ

之ニ反シテ抵當權設定者カ其所有權ヲ賣却シタル場合ニ於テハ其代價ハ通例不動產ノ價格ト大差ナキカ故ニ若シ抵當權者ニシテ其代價ヲ請求スルトキハ是レ其代價ヲ以テ滿足シタルモノト認メサルヘカラス又抵當權設定者カ地上權ヲ設定シタル場合ニ於テハ地上權者ハ果シテ地代ヲ拂フヘキカ此場合ニ於テハ通常代價トシテ豫メ一定ノ金額ヲ拂フコトナカルヘシ故ニ此場合ニハ本條ノ適用ナシ唯抵當權者ハ前段ノ場合ト同シク地代ヲ請求スルコトヲ得テ而モ債務者カ辨濟ヲ爲ササル場合ニ於テハ其不動產ヲ賣却シ敢テ地上權ヲ存置スルコトヲ要セサルナリ若シ又地上權者カ代價ヲ拂フヘキカ此場合ニ於テハ通常地代ヲ拂フコトナキカ故ニ其代價ハ多額ニ上ルヘキヲ常トス故ニ若シ抵當權者ニシテ其代價ヲ請求スルトキハ之ニ滿足シテ其地上權ノ成立ヲ承認シ將來不動產ヲ賣却スルコトアルモ此地上權ハ之ヲ存置スルノ意思アリタルモノト認ムヘキ場合多ク又假令其意思アラサリシトスルモ其地上權ヲ存置セシメンコト最モ公平ヲ得タルカ如シ故ニ此場合ニ於テハ債務者カ竟ニ辨濟ヲ爲ササル爲メ抵當權者カ抵當不動產ヲ賣却スルニ當リテモ必ス其地上權ヲ留保シテ之ヲ賣却スヘク即チ競落人ハ其地上權ノ存スル儘ニテ不動產ヲ買受ケサルヘカラス

第二　本條ノ適用アランニハ必ス抵當權者ノ請求ニ應シテ代價ヲ辨濟スルコトヲ要ス若シ第三者カ任意ニ代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權者ハ唯之ヲ一部ノ辨濟ト看做スヘク而シテ殘額ニ付テハ抵當權ヲ行使スルノ權利ヲ留保スル者ト謂ハサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ第三者ハ債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲ス者ト認ムヘケレハナリ之ニ反シテ第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ代價ヲ

辨濟シタルトキハ是レ自己ト追及權ヲ有スル抵當權者トノ關係ニ於テ其代價ヲ辨濟スルモノナルカ故ニ其代價ハ敢テ債務ノ一部辨濟ニ非ス寧ロ抵當タル所有權若クハ地上權ノ價格トシテ之ヲ支拂ヒタルモノナリ是レ前ノ場合ニ於テハ抵當權ヲ消滅セシメスシテ後ノ場合ニ於テハ之ヲ消滅セシムル所以ナリ

第三　以上就レノ場合ニ於テモ凡ソ抵當權者カ第三者ヨリ受取リタル金額ハ總テ其債權ノ辨濟ニ充ツルモノナルカ故ニ假令債權ノ全額ヲ受ケサルモ其受取リタル金額ノ限度ニ於テ其債權ノ消滅スヘキハ固ヨリナリ故ニ抵當權者カ後日抵當不動產ヲ賣却スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其代價ノ中ヨリ殘額ノミヲ受取ルコトヲ得ヘク若シ後日抵當不動產ヲ賣却スルコトヲ得サルカ(所有權ヲ買受ケタル第三者ニ請求シテ代價ノ辨濟ヲ受ケタルトキ)又ハ其不動產ヲ賣却シテ其代價ヲ受クルモ尙ホ未タ全額ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ其殘額ノミニ付キ債務者ノ他ノ財產ニ對シテ辨濟ヲ受クヘキモノトス

辨濟ヲ爲シタル第三取得者ハ第五百條及ヒ第五百二條ニ依リ抵當權ノ全部又ハ一部ニ付キ代位ヲ爲スヘキハ固ヨリ言フヲ竢タサル所ナリ(擔二五四)

本條ノ規定ハ本章ノ他ノ規定ノ如ク不動產其物即チ正確ニ言ヘハ不動產ノ所有權ヲ以テ抵當ノ目的ト爲シタル場合ヲ豫想セリ然レトモ抵當權ハ地上權若クハ永小作權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ヘキハ既ニ論シタル所ナリ(三六九二項)而シテ此場合ニ於テハ總テ本章ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ然ルニ他ノ規定ハ大抵皆其儘之ヲ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ本條及ヒ次條ハ之ヲ其儘地上權若クハ永小作權ノ抵當ニ適用スルコト能ハス故ニ抵當不動產ニ付キ所有權ヲ取得シタル第三者ヲ抵當ノ目的タル地上權若クハ永小作權ヲ取得シタル第三者ト爲セハ茲ニ始メテ之ヲ地上權若クハ永小作權ノ抵當ニ適用スルコトヲ得ヘシ是レ即チ準用ノ準用タル所ニシテ已ニ豫メ論セシカ如シ(五〇四頁)

第三百七十八條　抵當不動產ニ付キ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ第三百八十二條乃至第三百八十四條ノ規定ニ從ヒ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ

拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ滌除スルコトヲ得(擔二一五五二九二六八)

本條以下第三百八十六條ニ至ルマテハ所謂抵當ノ滌除(purge des hypothèques, Hypothekenreinigungsverfahren)ニ關スルモノナリ滌除トハ抵當財產ニ付キ權利ヲ取得シタル第三者カ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ消滅セシムルノ謂ナリ而シテ之ニ關スル手續ハ第三百八十二條乃至第三百八十四條ニ之ヲ規定セリ蓋シ滌除ナルモノハ純理ヨリ言ヘハ頗ル其當ヲ得サルモノノ如シ何トナレハ抵當權ハ物權ニシテ一旦其設定アル以上ハ所有權ハ已ニ其效力ノ一部ヲ減殺セラレ所有者ハ其抵當權ノ範圍內ニ於テハ已ニ其權利ノ處分ヲ失ヒタルモノト謂フヘシ然ルニ抵當權設定ノ後ニ抵當權設定者カ讓與シタル權利ノ取得者カ滌除ニ由リ或條件ヲ以テ任意ニ自己ヨリ優先ナル抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトスレハナリ然リト雖モ實際ノ便宜上ヨリ之ヲ觀レハ眞ニ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ蓋シ抵當權ノ性質タル單ニ其目的物ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ得セシムルニ在リ故ニ抵當權者ハ不動產其物ニ付テ利害ヲ感スル者ニ非スシテ唯其代價ニ付テ權利ヲ有スル者ナリト謂フモ敢テ失當ノ言ト爲スヘカラス唯其代價ノ不當ニ廉ナラサルコトヲ希フヘキノミ然ルニ滌除ノ場合ニ於テハ第三取得者ハ自己ノ相當ト信スル代價ヲ提供シ以テ抵當權ノ消滅ヲ得ンコトヲ欲スル者ナリ而シテ若シ抵當權者ニシテ其代價ヲ相當ト認メンカ固ヨリ之ヲ承諾セサルヘカラス若シ之ヲ不相當ト認メンカ相當ノ條件ヲ以テ競賣ヲ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ抵當權者ハ之ニ由リテ其權利ヲ減殺セラルルモノト視ルヘカラス若シ然ラハ一方ニ於テハ第三取得者ハ其取得セント欲シタル權利ヲ失ハサルコトヲ得テ而モ他ノ一方ニ於テハ抵當權者ノ利益ヲ害スルコトナク而シテ抵當權ノ附著セル不動產ノ取引ヲ容易ニスルノ利益アルヲ以テ公私ノ爲メニ利ノミアリテ害ナキモノト謂フヘシ或ハ曰ハン抵當權ハ常ニ之ヲ登記セルヲ以テ其設定後ニ不動產ニ付キ權利ヲ取得セント欲スル者ハ必ス先ツ登記簿ヲ一覽シテ已ニ抵當權ノ設定アルコトヲ知ルヘキハ固ヨリナリ若シ然ラハ已

ニ抵當權ノ存スルコトヲ知レルカ故ニ其抵當權ノ實行ニ因リテ一旦取得シタル權利ヲ失フコトアルモ是レ豫メ期セシ所ナルヲ以テ法律ハ毫モ之ヲ保護スルノ必要ナシ若シ又其取得者ニシテ自己ノ不注意ニ因リ登記簿ヲ一覽セスシテ其權利ヲ取得シタルトキハ其意外ノ損失ヲ被ムルヘキハ固ヨリナリト雖モ是レ自ラ作セル孽ナルカ故ニ亦法律カ宜シク保護スヘキ所ニ非サルナリ然リ而シテ滌除ノ方法ニ由リ之ヲ保護スルモノハ果シテ如何ト是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ナリ蓋シ抵當權ノ性質ハ已ニ前ニ述ヘタルカ如キヲ以テ抵當不動產ニ付キ權利ヲ取得スル者ハ其抵當權ノ行使ニ由リ必スシモ自己カ取得シタル權利ヲ失フヘキモノト認ムルコトヲ要セス或ハ債務者カ期限ニ至リ必ス其債務ヲ辨濟スルナラント信シテ抵當不動產ニ付キ權利ヲ取得スルコトモ亦稀ナリトセス故ニ苟モ抵當權者ノ利益ヲ害セサル以上ハ此第三取得者ヲ保護スルハ固ヨリ至當ナリ殊ニ抵當權ノ存在セルコトヲ知ラスシテ權利ヲ取得シタル者ニ至リテハ或ハ登記簿ヲ一覽セサルノ過失ナキニ非スト雖モ(稀ニハ登記官吏ノ過失等ニ因リ已ニ登記シタル抵當權ノ存在ヲ知ラサルコトモ亦之ナキニ非ス)而モ之ヲシテ一切抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得サラシムルハ豈ニ亦酷ナラスヤ然リト雖モ若シ滌除ニシテ單ニ第三取得者ノ私益ヲ保護スルニ止マルモノトセハ或ハ其當ヲ得サルモノト謂フヘキモ不動產ナルモノハ之ヲ抵當トスルコト極メテ便利ナル物ナルカ故ニ實際已ニ抵當ト爲レル不動產ノ多キコトハ更ニ喋喋ヲ待タス然ルニ此不動產ニシテ皆容易ニ之ヲ讓渡シ又ハ其上ニ權利ヲ設定スルコトヲ得サルモノトセハ不動產ハ著シク其用ヲ減シ抵當ノ制ノ便ハ不動產ノ取引ノ不便ヲ釀シ物ヲシテ最モ多クノ效用ヲ爲サシメント欲スル經濟上ノ進步ニ副ハサルモノト謂フヘシ故ニ苟モ抵當權者ノ利益ヲ害セサル限ハ抵當不動產ノ取引ヲシテ最モ容易ナラシメンコトヲ力メスンハアルヘカラス是レ則チ滌除ノ制ノ因リテ起レル所以ナリ

本條ノ權利ヲ有スル者ハ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ニ限レリ故ニ占有權、地役權、留置權等ヲ取得シタル者ハ此權利ヲ有セス蓋シ是等ノ權利

ハ其效力甚タ薄弱ナルカ故ニ之ヲ取得シタル者ニ滌除ノ如キ强力ナル權利ヲ付與スルノ理アラサレハナリ之ニ反シテ所有權ヲ取得シタル者ハ勿論地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ハ殆ト所有者ニ均シキ權利ヲ有スル者ナルカ故ニ相當ノ代價ヲ提供シ以テ抵當權ヲ消滅セシメント欲スルハ實ニ正當ノ希望ト謂ハサルコトヲ得サルナリ

第三百七十九條　主タル債務者、保證人及ヒ其承繼人ハ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ス(擔二五七)

本條ハ第三取得者ニシテ前條ノ權利ヲ有セサル者ヲ定メタリ即チ主タル債務者、保證人及ヒ其各自ノ承繼人是ナリ蓋シ前條ニ第三者ト云ヘルハ抵當權ノ設定行爲ヨリ視タルモノニシテ抵當權設定者ヲ第一者ト視レハ抵當權者ハ第二者ニシテ其他ノ者ハ皆第三者ナリ故ニ抵當權設定者カ自ラ前條ノ權利ヲ行フコトヲ得サルハ固ヨリ言フヲ待タサル所ナリト雖モ債務者カ自ラ抵當權ヲ設定セサル場合ニ於テ其債務者モ亦前條ノ權利ヲ行フコトヲ得ス而シテ其債務者ノ主タル債務者タルト保證人タルト又其承繼人タルトヲ問ハサルナリ是レ他ナシ債務者ハ畢竟債務ノ全額ヲ辨濟スルノ義務アル者ナルカ故ニ抵當權ノ有無ニ拘ハラス之ヲ辨濟スヘキハ固ヨリナリ此債務者ニシテ滌除ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ是レ先ツ一部ノ辨濟ヲ爲シテ以テ抵當權ノ消滅ヲ請求シ債權者ヲシテ殘額ノ辨濟ニ付キ擔保ヲ失ハシメントスルモノナリ故ニ(第一)債權者ニ一部辨濟ヲ强ヒ(第二)債務者ノ身ニシテ未タ全部ノ辨濟ヲ爲ササルニ早ク債權者ヲシテ其擔保ヲ失ハシメ以テ將來殘額ノ辨濟ヲ得ルコトヲ確實ナラサラシムルモノニシテ其不當ナルコトハ多辯ヲ費サスシテ明カナリ是レ本條ノ規定アル所以ナリ若シ夫レ抵當權設定者カ自ラ前條ノ權利ヲ行フコトヲ得サルハ固ヨリ理ノ視易キモノナリ蓋シ自ラ抵當權ヲ設定シ以テ抵當權者ヲシテ充分ニ其權利ヲ行ハシムヘキコトヲ約シナカラ自ラ其權利ヲ消滅セシメント計ルカ如キコトハ斷シテ許スヘカラサル所ナレハナリ

第三百八十條　停止條件附第三取得者ハ條件ノ成否未定ノ間

ハ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ス(擔二一五六)

本條モ亦滌除權ヲ有セサル第三取得者ニ付テ規定セリ即チ停止條件附第三取得者ハ條件成就ノ後ニ非サレハ敢テ滌除ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ條件附取得者ノ權利ハ條件ノ成就ニ因リテ始メテ確定スヘキモノナルカ故ニ未タ其條件ノ果シテ成就スヘキヤ否ヤヲ知ラサル間ニ於テハ滌除權ノ如キ强大ナル權利ヲ行フコトヲ得サルモノトスルハ固ヨリ當然ナル所ニシテ殊ニ新民法ニ於テハ條件ノ效力ヲ以テ既往ニ遡ラサルモノトセルカ故ニ所謂條件附取得者ナルモノハ未タ不動產ノ上ニ何等ノ權利ヲモ取得シタル者ニ非ス從テ假令本條ノ規定ナキモ滌除ヲ爲スコト能ハサルモノノ如シト雖モ第百二十九條ニ於テ條件附權利者ハ一般ノ規定ニ從ヒテ其權利ヲ保存スルコトヲ得ルモノトセルカ故ニ或ハ滌除ノ方法マテヲモ行ヒテ其權利ヲ保存スルコトヲ得ルモノト解スヘキヲ以テ特ニ本條ノ規定ヲ設ケタルナリ若シ夫レ解除條件附第三取得者ノ滌除ヲ行フコトヲ得ルハ固ヨリ言フヲ待タサル所ニシテ殊ニ新民法ニ於テハ條件ノ效力既往ニ遡ラサルモノトセルカ故ニ最モ疑ノ存セサル所ナリ唯條件成就シタルトキハ其取得者ハ其權利ヲ失ヒ債務者又ハ抵當權設定者ニ對シ其抵當權者ニ拂ヒタルモノノ償還ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マルヘシ

第三百八十一條　抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス(擔二一六〇、一項)

本條ハ第三取得者カ滌除權ヲ行使スルニ付キ便利ヲ與フル爲メ設ケタル規定ニシテ又間接ニ抵當權者ノ保護規定タルヘキコトハ次條ニ至リテ明カナル所ナリ蓋シ本條ノ規定ナクンハ辨濟ヲ得サル抵當權者ハ何時ニテモ其抵當權ヲ實行スルコトヲ得ヘク而シテ豫メ之ヲ第三取得者ニ通知スルコトヲ要セサルナリ然リト雖モ此ノ如クンハ第三取得者ハ往往ニシテ滌除權ヲ行フノ暇ナク爲メニ法律ノ保護ヲ空シウスルコト稀ナリトセサルヘシ故ニ本條ニ於テハ特ニ抵當權者ヲ

シテ豫メ其抵當權ヲ實行スルノ意思ヲ第三取得者ニ通知セシムルコトトセリ

本條ハ素ト滌除權ノ行使ニ便スル爲メニ設ケタル規定ナルカ故ニ右ノ通知ヲ受クヘキ第三取得者ハ唯第三百七十八條ニ掲ケタル者ノミニシテ即チ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ニ限レリ尙ホ同一ノ理由ニ因リ前二條ニ掲ケタル者ニハ此通知ヲ爲スコトヲ要セサルモノト信ス

滌除ノ期間

第三百八十二條　第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受クルマテハ何時ニテモ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得

第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタルトキハ一个月內ニ次條ノ送達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ス

前條ノ通知アリタル後ニ第三百七十八條ニ掲ケタル權利ヲ取得シタル第三者ハ前項ノ第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間內ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得(擔二六〇)

本條ハ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間ヲ定メタルモノニシテ(第一)抵當權者カ未タ前條ノ通知ヲ爲ササル間ニ於テハ第三取得者ハ何時ニテモ滌除ヲ爲スコトヲ得ヘク(第二)抵當權者カ前條ノ通知ヲ爲シタル後ハ第三取得者ハ必ス一个月內ニ次條ニ定メタル送達ヲ爲シ以テ滌除ノ手續ヲ開始スヘク(第三)抵當權者カ前條ノ通知ヲ爲シタル後ニ權利ヲ取得シタル第三者ハ尙ホ前條ノ通知ノ後一个月內ニ滌除ノ手續ヲ開始スヘシ蓋シ抵當權者ハ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ノ總員ニ前條ノ通知ヲ爲スヘキハ固ヨリナリト雖モ若シ誤テ其一人ヲ脫スルトキハ其者ハ何時ニテモ滌除ヲ爲スコトヲ得ヘシ然リト雖モ已ニ其總員ニ前條ノ通知ヲ爲シタル後ニ權利ヲ取得シタル者ハ抵當權者カ其通知ヲ爲ス時ニハ未タ存セサリシ第三取得者ナルカ故ニ抵當權者カ之ニ通知ヲ不ササリシヲ以テ其過失ト爲スコトヲ得サルハ固ヨリナリ然ルニ此者ニ對シテモ亦更ニ前條ノ通知ヲ發シ然ル後一个月ヲ經過スルマテハ其第三取得者ハ滌除ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ抵當權者ハ何レノ時ヲ待チテ其權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘキカ其情實ニ憐

ムヘキモノアリ故ニ其第三取得者ノ爲メニハ聊カ酷ニ失スルノ嫌ナキニ非スト雖モ到底兩者ノ利益ヲ平等ニ保護スルコト能ハサルカ故ニ寧ロ其輕重ヲ量リテ抵當權者ヲ保護スルコトトセシナリ即チ其第三取得者ハ更ニ通知ヲ受クルノ權ナク唯已ニ通知ヲ受ケタル第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間即チ通知ノ後一个月内ニ亦滌除ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ

或ハ問ハン抵當權者ハ同時ニ各第三取得者ニ對シテ前條ノ通知ヲ發スルヲ本則トスルハ固ヨリナリト雖モ若シ抵當權者カ同時ニ之ヲ發セサルモ敢テ違法ナリト爲スヘカラス殊ニ各第三取得者ハ其通知ヲ受ケタルヨリ一个月ノ期間ヲ有スルモノニシテ其之ヲ受ケタル時ハ必スシモ同一ナラサルコトハ固ヨリ明カナルカ故ニ一个月ノ期間ハ各第三取得者ノ爲メニ別別ニ存スルモノニシテ決シテ同一ノ期間ニ非ス故ニ右ノ第三ノ場合ニ於テ(第一)通知後ニ權利ヲ取得シタル者トハ果シテ右ノ孰レノ第三取得者カ通知ヲ受ケタル時ヨリ後ノ謂カ(第二)其滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間トハ果シテ孰レノ第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間ノ謂カト曰ク(第一)本條第三項ニ所謂「前條ノ通知アリタル後」トハ現存セル一切ノ第三取得者(無論三七八ノ第三取得者)カ通知ヲ受ケタル後ノ謂ナリ(第二)前項ノ第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間」トハ最モ遲ク通知ヲ受ケタル第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間即チ最モ遲ク到達シタル通知ノ後一个月間ヲ謂ヘルナリ

或ハ曰ハン抵當權者カ同時ニ各第三取得者ニ對シテ通知ヲ發セサルトキハ最後ノ通知アリタル後ニ權利ヲ取得シタル者ニ限リ本條第三項ノ規定ヲ適用スヘキモノトスルハ實ニ已ムコトヲ得サル所ナリト雖モ同時ニ其通知ヲ發シタルトキハ其通知ヲ發シタル後ニ權利ヲ取得シタル者ニハ皆本條第三項ノ規定ヲ適用シテ可ナルカ如シ殊ニ郵便ノ過誤ヨリ其通知書ノ一通カ到達セサル爲メ其後ノ第三取得者ニ對シ皆更ニ通知ヲ爲ササルヘカラサルカ如キハ豈ニ抵當權者ニ對シ酷ニ失スルモノト謂ハサルヘケンヤト是レ洵ニ辯解スルニ辭ナキ所ナリト雖モ第九十七條ニ於テ一タヒ受信主義ヲ執リタル結果遂ニ此ニ至レルモノニシテ是

レ亦受信主義ノ一弊ト謂フヘキナリ(三十八年版一卷二四四頁)

第三百八十三條　第三取得者カ抵當權ヲ滌除セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス

一　取得ノ原因、年月日、讓渡人及ヒ取得者ノ氏名、住所、抵當不動產ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載シタル書面

二　抵當不動產ニ關スル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

三　債權者カ一个月內ニ次條ノ規定ニ從ヒ增價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ハ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ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面(擔二六二、二六四)

本條ハ第三取得者カ滌除ヲ爲スニ付キ踐ムヘキ手續ヲ定メタルモノナリ而シテ其手續ハ凡ソ登記ヲ爲シタル各債權者ニ三種ノ書面ヲ送達スルニ在リ(第一)取得行爲ノ要素ヲ掲ケタル書面(第二)登記簿ノ謄本(第三)第三取得者カ提供スル金額ヲ掲ケタル書面是ナリ而シテ是レ皆債權者ヲシテ第三取得者ノ提供ヲ承諾スルニ利アルヤ否ヤヲ判斷セシムルニ必要ナル材料ナリ

「登記ヲ爲シタル各債權者」トハ先取特權、質權又ハ抵當權ヲ有スル一切ノ債權者ニシテ代位ニ因リテ是等ノ權利ヲ行フ者モ若シ登記ヲ爲シタルトキハ此中ニ包含スルモノトス(三九三、五〇一、一號、五號二項)但本條ハ抵當權ニ關スル規定ナルカ故ニ直接ニハ抵當權ノミニ關スルト雖モ第三百四十一條及ヒ第三百六十一條ノ規定ニ依リ先取特權及ヒ不動產質ニ之ヲ準用スヘキモノトス

本條第一號ニ所謂「讓渡人」トハ或ハ抵當不動產ニ付キ所有權ヲ讓渡シタル者ノ謂

ナルカ如シト雖モ地上權又ハ永小作權ノ設定者モ亦此中ニ包含セルコト蓋シ疑ヲ容レス夫レ讓渡トハ自己ノ有スル權利ヲ他人ニ移スノ謂ナリ故ニ單ニ「讓渡人」ト云ヘハ所有權ノ讓渡人ノミナラス地上權、永小作權ノ讓渡人モ亦其中ニ包含セルコトハ畧〻明カナル所ナリ抑〻地上權、永小作權カ所有權ノ支分權ニシテ即チ其一部分ナルコトハ既ニ論シタル所ナルカ故ニ(一〇三頁)「讓渡人」トハ不動產ノ所有權ノ、全部又ハ一部ノ讓渡人ト云フノ意ナリト解スヘキノミ(五五五參觀)

本條第三號ニ「代價又ハ特ニ指定シタル金額」ト云ヘルモノ他ナシ買主ハ其約定ノ代價ヲ第一號ニ記載スヘキモノニシテ通常ハ直チニ其代價ヲ提供シテ滌除ヲ行ハント欲スルモノナリト雖モ(第一)贈與、交換等ノ場合ニ於テハ別ニ代價ノ定ナク(第二)賣買ノ場合ニ於テモ取得者カ誤テ已ニ代價ヲ賣主ニ支拂ヒタル後ハ復支拂フヘキ代價ナク(第三)未タ代價ヲ支拂ハスト雖モ若シ其代價ニシテ過廉ナルカ又ハ取得者カ不當ノ高價ヲ出タシテモ其不動產ヲ取得セント欲スルカ爲メ特ニ金額ヲ指定スルコトアルヘク(第四)地上權者又ハ永小作人カ滌除ヲ爲ス場合ニハ其代價ハ必ス不動產ノ價格ヨリモ廉ナルヘキカ故ニ特ニ相當ノ金額ヲ提供スル必要アルヘク(第五)買主カ抵當不動產ト共ニ他ノ財產ヲ買受ケタルトキハ其代價ノ全部ヲ提供セサルヲ常トスヘケレハナリ而シテ其金額ノ多少ハ固ヨリ論スル所ニ非スト雖モ實際ニ於テハ大抵相當代價ヲ下ラサル金額タルコト固ヨリナリ然ラスンハ債權者ハ之ヲ承諾セサルヘケレハナリ

又「辨濟又ハ供託」ト云ヘリ果シテ如何ナル場合ニ辨濟ヲ爲シ如何ナル場合ニ供託ヲ爲スヘキカ蓋シ第三取得者ニシテ債權者ノ權利ヲ信認スルトキハ直チニ其提供シタル金額ノ全部ヲ辨濟スルモ可ナリ唯或ハ權利ナキ者或ハ債權額ニ差違アル者或ハ優先ノ順位ヲ誤リタル者等アルトキハ第三取得者ハ二重ニ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルノ危險アリ故ニ若シ第三取得者ニシテ債權者ノ權利ニ多少ノ疑ヲ抱キ自ラ一切ノ責任ヲ負フコトヲ欲セサレハ其提供シタル金額ノ全部ヲ供託シテ可ナリ然レトモ通常ハ權利ノ尤モ明確ナル債權者ニハ直チニ辨濟ヲ爲スヘク權利ノ稍〻疑ハシキ債權者ニ對シテノミ特ニ供託ヲ爲スヘキカ

尙ホ辨濟期ニ至ラサル債權アルトキハ之ニ對シテハ必ス供託ヲ爲スヘキモノトス

第三百八十四條　債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一个月內ニ增價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做ス

增價競賣ハ若シ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高價ニ抵當不動產ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ增價ヲ以テ自ラ其不動產ヲ買受クヘキ旨ヲ附記シ第三取得者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要ス

前項ノ場合ニ於テハ債權者ハ代價及ヒ費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(擔二六五、一號、二號、三十一年六月十五日法一

五號競賣法四〇乃至四九)

本條ハ債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル場合ニ於ケル其權利義務ヲ定メタルモノナリ蓋シ此場合ニ於テ債權者ハ或ハ第三取得者ノ提供セル金額ヲ承諾スルカ或ハ其金額ヨリモ十分ノ一以上高價ニ賣却スヘキ條件ヲ以テ抵當不動產ノ競賣ヲ請求スルカ二者其一ヲ擇ハサルヘカラス而シテ若シ債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一个月內ニ其競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ノ提供シタル金額ヲ承諾シタルモノト看做シ之ヲ以テ債權者ノ辨濟ニ充ツルト同時ニ其抵當權等ハ直チニ消滅スルモノトス(滌除)之ニ反シテ債權者カ右ノ期間內ニ競賣ヲ請求スルトキハ(第一)若シ不動產カ第三取得者ノ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ賣レサルトキハ自ラ十分ノ一ノ增價ヲ以テ其不動產ヲ買受クルコトヲ要ス名ケテ之ヲ增價競賣(surenchère, Uebergebot)ト云フ蓋シ競賣ニ由リ必ス第三取得者ノ提供シタル金額ヨリモ價ヲ增シテ之ヲ賣却スヘキコトヲ約スレハナリ例ヘハ第三取得者カ金千圓ヲ提供シタル場合ニ於テ若シ債權者ニシテ之ヲ廉ナリトセハ必ス

千百圓以上ニ之ヲ賣ルヘキコトヲ約シ若シ其價ヲ以テ之ヲ買フ者アラサルトキハ自ラ千百圓ヲ以テ之ヲ買フヘキカ如キ是ナリ是レ債權者ノ權利ヲ減殺シ頗ル不當ナルカ如シト雖モ一旦滌除ノ制ヲ認メタル以上ハ此制裁ヲ附セサレハ完全ナル辨濟ヲ得サル債權者ハ常ニ競賣ヲ請求スルノ恐アルヲ以テ已ムヲ得ス此規定ヲ設ケタルナリ(第二)此競賣ハ直チニ裁判所ニ之ヲ請求スルコトヲ得ス必ス先ツ第三取得者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要ス而シテ其請求中ニ必ス十分ノ一以上高價ニ之ヲ買フヘキ旨ヲ附言スルコトヲ要ス是レ他ナシ第三取得者ハ債權者カ滌除ノ提供ヲ承諾スルヤ否ヤヲ知ルニ付キ最モ利害ノ關係ヲ有スヘク而シテ債權者カ之ヲ承諾セスシテ增價競賣ヲ請求スルコトヲ知ラハ自ラ競落人ト爲ラント欲スルコトアルヘク爲メニ多少ノ準備ヲ要スルコトアルヘケレハナリ而シテ債權者カ一割以上高價ニ不動產ヲ賣リ又ハ買フヘキ旨ヲ附言スルコトヲ要スルモノトシタルハ他ナシ之ニ由リテ債權者ヲシテ其責任ノ重キコトヲ自覺セシメント欲シタルナリ(第三)競賣ヲ請求スル債權者ハ必ス一割增ノ代價及ヒ競賣ニ必要ナル費用ノ支拂ニ付キ相當ナル擔保ヲ供スルコトヲ要ス蓋シ債權者ハ單ニ不動產ヲ買受クヘキ旨ヲ約スルノミニテハ後日其代價及ヒ費用ヲ拂ハスシテ爲メニ第三取得者若クハ他ノ債權者ニ損害ヲ被ムラシムルノ虞アレハナリ而シテ此擔保ハ保證人質抵當等裁判所ノ意見ニ從ヒ相當ト認ムルモノヲ供セシムヘキモノトス但立法論トシテハ既ニ一割增ノ代價ニ付キ擔保ヲ供スル以上ハ費用ニ付テマテ之ヲ供セサルモ可ナルモノトスヘキカ如シ何トナレハ競賣ノ費用ハ右ノ一割ヲ以テ之ヲ支辨シ得ヘキヲ常トスルノミナラス其費用ハ競賣代價ノ中ヨリ之ヲ控除スヘキモノナレハナリ(三六九頁、三七七頁)

增價競賣法ハ明治二十三年十月三日法律第九十二號ヲ以テ之ヲ定メタリト雖モ民法ノ改正ト共ニ之ヲ改正スルノ必要アリタルヲ以テ明治三十一年六月十五日法律第十五號競賣法中特ニ一章ヲ設ケテ增價競賣ノ手續ヲ規定セリ(競賣法四〇乃至四九)

第三百八十五條　債權者カ增價競賣ヲ請求スルトキハ前條ノ

期間内ニ債務者及ヒ抵當不動産ノ讓渡人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス(擔二六五、三號、四號)

前條ノ規定ハ專ラ債權者ト第三取得者トノ關係ヲ定メタルモノナリ然リト雖モ增價競賣ニ付キ利害ヲ感スル者ハ啻ニ此兩人ニ止マラス債務者及ヒ抵當不動産ノ讓渡人モ亦之ニ付テ大ニ利害ノ關係アル者ナリ故ニ債權者カ增價競賣ヲ請求スルトキハ前條ノ期間即チ債權者カ滌除ニ關スル送達ヲ受ケタル後一个月内ニ債務者及ヒ抵當不動産ノ讓渡人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス但本條ノ規定ハ前條ノ規定ノ如ク增價競賣ノ要素ニ非サルカ故ニ若シ此手續ヲ怠ルモ前條ノ手續ヲ怠リタルカ如ク爲メニ增價競賣ノ無效ヲ惹起セスト雖モ若シ之ニ因リテ債權者若クハ抵當不動産ノ讓渡人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之カ賠償ノ責ニ任セサルコトヲ得ス蓋シ法定ノ義務ヲ怠リ爲メニ他人ノ權利ヲ害シタルモノナレハナリ(七〇九)(舊增價競賣法一ニ據レハ是レ亦增價競賣ノ要素、舊民法擔二六五ニ從ヘハ反對、而シテ競賣法四〇ニハ「民法第三百八十四條ノ規定ニ依リテ抵當不動産ノ增價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ抵當不動産所在地ノ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」前項ノ規定ニ依ラサル競賣ノ請求ハ無效トス」ト規定シ暗ニ本條ノ規定ヲ遵守セサルモノノ如キハ無效ナラサルコトヲ示セリ)

本條ニ所謂抵當不動産ノ讓渡人モ亦第三百八十三條第一號ニ於ケルカ如ク所有權ノ讓渡人ノミナラス地上權又ハ永小作權ノ設定者ヲモ包含スルハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ

抵當不動産ノ讓渡人數人アル場合ニ於テハ其最後ノ讓渡人ニ本條ノ通知ヲ爲スヲ以テ足レリトスヘキカ將タ其全員ニ之ヲ爲スヘキカ例ヘハ甲ノ債務ヲ擔保スル爲メ乙カ其所有ノ不動産ヲ抵當ニ供シタル場合ニ於テ乙カ之ヲ丙ニ賣却シ丙又之ヲ丁ニ轉賣シ又ハ丁ノ爲メニ地上權若クハ永小作權ヲ設定シタルトキハ債權者ハ第三取得者ナル丁ニ對シ增價競賣ヲ爲シタル旨ヲ丙ノミニ通知スルヲ以テ足レリトスヘキカ將タ乙ニモ之ヲ通知スヘキカ曰ク乙丙兩人ニ之ヲ通知スヘ

シ蓋シ乙丙共ニ讓渡人ニシテ本條ノ明文ニ特ニ區別ヲ爲ササルノミナラス丁ハ丙ニ對シテ求償權ヲ有シ丙ハ又乙ニ對シテ求償權ヲ有スルカ故ニ共ニ增價競賣ニ付キ利害ノ關係ヲ有スレハナリ

第三百八十六條　增價競賣ヲ請求シタル債權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其請求ヲ取消スコトヲ得ス(擔二六七)

第三百八十三條ノ送達ヲ受ケタル債權者數名アル場合ニ於テハ其一人カ增價競賣ヲ請求スルトキハ他ノ者ハ更ニ同樣ノ請求ヲ爲ササルモ自ラ其增價競賣ノ利益ヲ受クヘキカ故ニ大抵一人之ヲ請求スルトキハ他ノ者ハ更ニ之ヲ請求セサルヲ常トス然ルニ一旦增價競賣ヲ請求シタル債權者ニシテ後日隨意ニ其請求ヲ取消スコトヲ得ルモノトセハ之ニ因リテ他ノ債權者カ意外ノ損失ヲ被ムルノ虞アルハ固ヨリナリ殊ニ第三百八十四條ノ期間ヲ過キテ之ヲ取消ストキハ他ノ債權者ハ復增價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ其損害尤モ甚シ加之增價競賣ハ債權者ヲシテ濫ニ之ヲ請求セシメサルヲ以テ立法ノ趣旨ト爲セルニ一旦之ヲ請求スルモ又何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセハ債權者ハ自ラ容易ニ之ヲ請求スルノ弊アルハ蓋シ人情ノ免レサル所ナリ是レ本條ニ於テ一旦增價競賣ヲ請求シタル債權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者全員ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其請求ヲ取消スコトヲ得サルモノトシタル所以ナリ

第三百八十七條　抵當權者カ第三百八十二條ニ定メタル期間內ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ通知ヲ受ケサルトキハ抵當不動產ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得(擔二七八)

以上ハ第三取得者カ滌除ノ手續ヲ爲ス場合ニ付テ規定セリト雖モ若シ第三取得者カ債權者ヨリ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルニ拘ハラス敢テ滌除ノ手續ヲ履マス且抵當權ノ實行ヲ免ルル爲メ債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ抵當權者ハ抵當不動產ノ競賣ヲ請求シ其代價ヲ以テ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルコトヲ

得スンハアルヘカラス是レ本條ノ規定アル所以ナリ尙ホ此場合ノ競賣ニ關シテハ競賣法第二十二條乃至第三十五條ノ規定アリ就テ看ルヘシ

第三百八十八條　土地及ヒ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爲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裁判所之ヲ定ム

本條及ヒ次條ハ建物ノ存スル土地ニ付キ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ就テ規定セリ蓋シ我邦ニ於テハ土地ト建物トヲ各別ニ觀察シ之ヲ分離シテ抵當ノ目的ト爲スノ慣習アルコトハ已ニ論シタルカ如シ(五〇八頁)故ニ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲スハ極メテ頻繁ナル所ナリ此場合ニ於テ若シ土地ト建物ト其所有者ヲ異ニスルトキハ毫モ困難ナル問題ヲ生スルコトナシト雖モ若シ其土地ト建物ト同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起セサルコト能ハス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ハ競落人ノ所有ニ歸シ他ノ一ハ依然舊所有者ニ屬スヘシ然ルニ若シ本條ノ規定ナクンハ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ如何ナル權利ヲモ有セサルカ故ニ勢ヒ其建物ヲ取崩シテ他ニ移轉セサルコトヲ得ス此ノ如クンハ建物ハ建物トシテハ全ク消滅ニ歸シ僅ニ木材、石材等ノ價ヲ存スルノミニシテ啻ニ其建物ノ所有者ノ爲メニ莫大ノ損失ヲ釀スノミナラス(間接ニ建物ノ抵當權者ノ爲メニモ損失ヲ釀スヲ常トス)國家ノ經濟上ヨリ之ヲ觀察スルモ頗ル不利益ナル所ナリ故ニ此場合ニ於テハ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ地上權ヲ有スルモノト爲ササルコトヲ得ス而シテ初メ抵當權設定者カ抵當權ヲ設定スルニ當リ豫メ若シ抵當不動產ヲ競賣スルコトアラハ建物ノ爲メニ地上權ヲ設定スヘキコトヲ定メタルモノト看做スナリ然リト雖モ若シ無報酬ニテ此地上權ヲ設定シタルモノト看做ストキハ土地ノ所有者ノ爲メニ大ナル不利益ヲ生シ常ニ當事者ノ當初ノ意思ニ反スヘキヲ以テ建

物ノ所有者ヲシテ土地ノ所有者ニ地代ヲ拂ハシムルコトトセリ而シテ其地代ハ當事者ノ協議調ハンニハ固ヨリ裁判所ヲ煩ハスコトナシト雖モ若シ協議調ハサルトキハ其一方ヨリ訴ヲ提起シ裁判所ニ於テ相當ノ額ニ之ヲ定メシムヘキモノトセリ(但余ハ民事訴訟法及ヒ競賣法ニ於テ申立ニ因リ競落決定中ニ之ヲ定ムヘキモノトスルヲ可トス)若シ夫レ地上權ノ存續期間ニ付テハ第二百六十八條ノ規定ヲ適用シ地上權者ニ於テ其權利ヲ拋棄セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年乃至五十年ノ範圍內ニ於テ之ヲ定ムヘキモノトス以上ハ略〻從來ノ慣習ニ適スル所ニシテ又極メテ公平ナル所ナルカ故ニ本條ニ於テ之ヲ採用セシナリ

第三百八十九條　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

前條ノ規定ハ抵當權設定ノ當時ニ於テ已ニ土地ノ上ニ建物ノ存スル場合ニ關スルト雖モ本條ノ場合ハ抵當權設定ノ當時ニ在リテハ未タ土地ニ建物アラサリシ場合ニシテ其土地ヲ抵當ト爲シタル後始メテ建物ヲ築造スルコトヲ豫想セリ此場合ニ於テモ若シ其築造者カ地上權者ニシテ抵當權ノ設定者ニ非サルトキハ毫モ困難ヲ感スルコトナシ何トナレハ其地上權ハ抵當權ノ登記ノ前ニ已ニ登記シタルモノナランカ抵當權者カ之ヲ承認セサルコトヲ得サルハ固ヨリナリ若シ又其地上權カ抵當權ノ登記ノ後ニ登記シタルモノナランカ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルハ固ヨリナルカ故ニ(但滌除權アリ)抵當權者カ土地ヲ競賣シタルノ結果土地ノ所有權競落人ニ移轉スルトキハ競落人ハ何時ニテモ地上權者ヲシテ其建物ヲ除去セシムルコトヲ得ヘシ(但二六九ノ適用ヲ妨ケス)之ニ反シテ抵當權設定者カ自ラ所有地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ若シ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノト視ルコト恰モ前條ノ場合ニ於ケルカ如クセハ競賣ニ於テ其土地ヲ買フ者ハ或ハ自己ノ欲セサル地上權者ヲ認メサルコトヲ得サ

ルカ爲メ低廉ナル代價ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ買フコトヲ肯セサルカ甚シキニ至リテハ一切之ヲ買フコトヲ欲セサルコトアルヘシ此ノ如クンハ抵當權者ノ損害ヲ被ムルコト實ニ鮮少ナラサルカ故ニ本條ノ場合ニ於テハ抵當權設定者ハ其建物ノ爲メニ地上權ヲ有セサルモノトス然リト雖モ若シ抵當權者又ハ土地ノ競落人ニシテ建物ノ除去ヲ命スルコトヲ得ルモノトセハ啻ニ抵當權設定者ノ爲メニ損害ヲ生スルノミナラス是レ實ニ國家ノ經濟上頗ル不利益ナル所ナルカ故ニ本條ニ於テハ抵當權者ヲシテ土地ト共ニ建物ヲ競賣セシメ唯其建物ニ付テハ抵當權ヲ有セサルカ故ニ單ニ土地ノ代價ニ付テノミ其優先權ヲ行フヘキモノトセリ(三七〇參觀)

第三百九十條　第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得(擔二八〇)

競賣ニ於テハ何人ト雖モ競買人ト爲ルコトヲ得ルヲ原則トスルカ故ニ本條ノ規定ハ實ニ言フコトヲ俟タサルカ如シト雖モ第三取得者ハ大抵抵當財產ノ所有者ナルカ故ニ其所有物ノ買主ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ疑ナキ能ハス然リト雖モ第三取得者ハ素ト其不動產ノ入用アリテ之ヲ讓受ケタル者ナルカ故ニ競賣ニ於テ之ヲ競落セント欲スルハ眞ニ正當ノ希望ト謂フヘク又苟モ第三取得者ニシテ他ノ者ヨリ多クノ代價ヲ提供スル以上ハ債權者ノ爲メニモ利ノミアリテ毫モ害ナキカ故ニ敢テ之ヲ拒ムノ理ナシ是レ本條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

本條ノ規定ハ增價競賣ノ場合ニモ亦其適用アルヘキコト固ヨリナリ

第三百九十一條　第三取得者カ抵當不動產ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ出タ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償還ヲ受クルコトヲ得(擔二八五)

本條ハ第三取得者カ抵當不動產ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ出タシタル場合ニ付テ規定セリ蓋シ競賣ノ場合ニ於テハ第三取得者ハ抵當不動產ニ付キ其取得シタル權利ヲ失フヘキハ固ヨリナリト雖モ之ニ因リテ抵當權者カ不當ノ利得ヲ爲スヘカラサルハ亦固ヨリナリ然ルニ第三取得者カ必要費又ハ有益費ヲ出タシタル

トキハ抵當權者ハ之ニ因リテ利益ヲ受クヘク而シテ若シ之ヲ第三取得者ニ償ハサルトキハ第三取得者ハ爲メニ損失ヲ被ムルヘキカ故ニ是レ所謂不當ノ利得ニ非スシテ何ソヤ(七〇三)故ニ此場合ニ於テハ必ス之ヲ第三取得者ニ償ハサルコトヲ得ス而シテ是レ債權者ノ爲メニ利益ト爲リタル費用ナルカ故ニ必ス不動產ノ代價ノ中ヨリ最モ先ニ之ヲ控除スルコトヲ要ス(三〇七參觀)況ヤ第三取得者ハ第二百九十五條ニ依リ留置權ヲ有スヘキニ於テヲヤ

必要費ハ其全額ニ付キ償還ヲ爲スヘク有益費ハ債權者ノ選擇ニ從ヒ或ハ其全額或ハ之ニ因リテ生シタル增價額ヲ償還スヘキモノトス即チ占有ニ關スル第百九十六條ノ規定ニ從フヘキモノトス

本條ノ規定ハ第三取得者カ競落人ト爲リタルト他ノ者カ競落人ト爲リタルトヲ問ハス之ヲ適用スヘキモノトス蓋シ第三取得者カ競落人ト爲リタルトキハ更ニ新ナル原因ニ基キテ其權利ヲ取得シタルモノト視ルヘキノミナラス其費用ニ因リテ生シタル價格モ亦競落代金ノ中ニ包含セルヲ以テナリ

第三百九十二條　債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個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額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ

或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ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(擔二四二)

本條ハ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產ノ上ニ抵當權ノ存スル場合ニ付テ規定セリ蓋シ純然タル理論ヨリ之ヲ言ヘハ抵當權者ハ自己ノ選擇ニ從ヒ其抵當不動產ノ一個ノ代價ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス是レ殊ニ抵當權

ノ不可分ナル性質ニ照ラスモ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ然リト雖モ是レ他ノ債權者ニ取リテハ頗ル不利益ナルコト尠カラス例ヘハ甲ハ千圓ノ債權ニ付キ子丑兩不動產ノ價各千圓ナルモノノ上ニ第一ノ抵當權ヲ有シ乙ハ子ノ不動產ノ上ニ同シク千圓ニ付キ第二ノ抵當權ヲ有スルトセンニ若シ甲ニシテ子不動產ノミニ付テ其抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ乙ハ一錢ヲモ受クルコト能ハス之ニ反シテ若シ甲ニシテ半額ハ子ヲ以テ他ノ半額ハ丑ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノトセハ乙モ亦五百圓ヲ受クルコトヲ得ヘシ而シテ甲ニ取リテハ毫モ損失ナク子不動產ノミニ付テ辨濟ヲ受クルト殆ト異ナルコトナキナリ故ニ本條ニ於テハ原則トシテ甲ハ子丑兩不動產ニ付キ平等ニ辨濟ヲ受クヘキモノトセリ

右ハ子丑ノ兩不動產ヲ同時ニ賣却スル場合ニ於テハ極メテ圓滑ニ行ハルヘキ所ナリト雖モ若シ子丑ノ中一不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ之ヲ適用スルコト能ハス何トナレハ若シ此場合ニ於テ猶ホ前ニ述ヘタル原則ヲ適用セントスルトキハ甲ハ元來子不動產ノ代價ノミヲ以テ全額ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ拘ハラス子不動產ニ付テハ先ツ半額ヲ受取リ更ニ丑不動產ノ賣却ヲ待チテ殘餘ノ半額ヲ受取ラサルコトヲ得サルニ至リ普通ノ債權者スラ一部辨濟ヲ强ヒラルルコトナキヲ原則トスルニ不可分ナル抵當權ヲ有スル甲ニシテ却テ一部辨濟ヲ强ヒラレ二不動產ニ付テ抵當權ヲ有シナカラ其權利却テ子不動產ノミニ付テ抵當權ヲ有スル者ニ及ハサルカ如キ結果ヲ生シ極メテ不公平ナリト謂フヘシ丑不動產ノ遠隔ノ地ニ在ルトキ殊ニ然リトス況ヤ丑不動產カ建物ナル場合ニ於テハ何時其滅失スルコトナキヲ保セサルニ於テヲヤ故ニ此場合ニ於テハ甲ハ先ツ子不動產ノミニ付テ全額ノ辨濟ヲ受ケ之ニ因リテ不用ト爲リタル丑不動產ノ抵當權ニ付キ乙ヲ代位セシメ以テ畢竟前ニ述ヘタル原則ヲシテ貫徹セシメンコトヲ圖レリ故ニ前例ニ依レハ甲ハ原則トシテ子不動產ニ付キ五百圓、丑不動產ニ付キ五百圓ヲ受クヘカリシニ今子不動產ノミニ付テ千圓ヲ受取リタルカ故ニ乙ハ其子不動產ニ付テ受取ルヘカリシ五百圓ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ更ニ轉シテ丑不動產ニ付キ其五百圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ其五百圓ニ付テハ

甲ニ代位シ第一抵當權者ノ權利ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

或ハ問ハン他ノ債權者ノ請求ニ因リ先ツ子不動產ヲ賣却スル場合ニ於テハ本條第二項ヲ適用スヘキハ固ヨリナリト雖モ甲ハ果シテ自ラ子不動產ノミノ賣却ヲ請求スルコトヲ得ルカト曰ク然リ蓋シ本條ノ規定ハ甲ノ權利ヲ害スルコトナクシテ乙ヲ保護セント欲シタルモノナリ故ニ以テ公平ナル規定ト爲スヘシ然ルニ甲カ子不動產ノ代價ノミニ由リテ全額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ拘ハラス必ス同時ニ丑不動產ヲモ賣却セサルコトヲ得サルモノトセハ甲カ初ニ兩不動產ヲ抵當トシテ受ケタル趣意ニ反スヘク殊ニ兩不動產互ニ遠隔ノ地ニ在ル場合ニ於テハ若シ同時ニ之ヲ賣却セサルコトヲ得サルモノトセハ甲ノ損害ヲ受クルコト尠カラサルヘシ是レ豈ニ本條ノ精神ナランヤ故ニ本條第一項ニ於テハ「同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキ」ト云ヘリ是レ蓋シ甲又ハ他ノ債權者ノ請求ニ因リ子丑兩不動產ヲ同時ニ賣却シテ其代價モ亦同時ニ之ヲ配當スヘキ場合ヲ豫想シタルモノナリ若シ夫レ第二項ニ於テ「或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキ」ト云フハ則チ甲又ハ他ノ債權者ノ請求ニ因リ先ツ子不動產ノミヲ賣却シタル場合又ハ賣却ハ同時ニ兩不動產ニ付テ之ヲ爲スモ種種ノ理由ニ因リ子不動產ノ代價ノミ先ツ之ヲ配當スルコトヲ得ルニ至リタル場合ヲ豫想シタルモノナリ之ヲ要スルニ甲ハ必スシモ子丑兩不動產ヲ賣却セシムルコトヲ要セス先ツ子ノミヲ賣却セシムルコトヲ得ヘシ

本條第二項ノ解釋ニ付キ意外ノ判例アリ曰ク次順位ノ抵當權者カ本條第二項ノ規定ニ依リテ先順位ノ抵當權者ニ代位スルコトヲ得ルハ先順位ノ抵當權者カ「全部ノ辨濟」ヲ受ケタルトキニ限ルト(四十一年二月二十六日大審院判決)是レ實ニ余ヲシテ一驚ヲ吃セシメタリ本條第二項ノ意ハ蓋シ「或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ」モ「受クルコトヲ得」ヘク第一項ノ規定ニ依リ一部辨濟ヲ受ケスモ可ナリ而シテ「此場合」即チ第一項ノ規定ニ依ラサリシ場合「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

權ヲ行フコトヲ得ルモノトシタルニ過キサルナリ然ラスンハ前例ニ於テ甲カ子不動產ニ由リ千圓ヲ得タルトキハ乙ハ五百圓ニ付キ丑不動產ノ上ニ甲ニ代位スヘク甲カ九百圓ヲ得タルトキハ乙ハ一錢ニ付テモ甲ニ代位スルコト能ハサルコトト爲リ其不權衡モ亦甚シト謂ハサルコトヲ得サレハナリ

第三百九十三條　前條ノ規定ニ從ヒ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フ者ハ其抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ得(擔二四三)

前條第二項ノ規定ニ依レハ乙ハ甲ニ代位シテ丑不動產ニ付キ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ之カ爲メニハ特ニ登記ヲ爲スコトヲ必要トセサルナリ然リト雖モ代位者ノ爲メニハ登記ヲ爲シタル方頗ル便利ナリ何トナレハ(第一)代位ノ後丑不動產ニ付キ第三取得者カ滌除ヲ行フトキハ登記シタル債權者ニ通知ヲ爲スヘキカ故ニ若シ代位者ニシテ特ニ登記ヲ爲ササランカ甲ニハ通知ヲ爲スヘシト雖モ乙ニハ之ヲ爲ササルヘシ故ニ乙ハ若シ之ヲ知レハ增價競賣ヲ請求スヘキ場合ト雖モ之ヲ知ラスシテ法定ノ期間ヲ經過シ竟ニ增價競賣ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルコトアルヘシ之ニ反シテ若シ登記ヲ爲サンカ第三取得者ハ必ス之ニ滌除ノ通知ヲ爲ササルコトヲ得サルヘシ(第二)不動產ノ代價配當ノ場合ニ於テモ登記ニ依リテ之ヲ爲スヘキカ故ニ若シ代位者ニシテ登記ヲ爲ササルトキハ動モスレハ之ニ配當ヲ爲サスシテ却テ甲ニ之ヲ爲スコトアルヘシ之ニ反シテ代位者若シ登記ヲ爲セハ甲ニ配當セスシテ必ス乙ニ配當スヘケレハナリ

本條ノ登記ハ附記登記ニテ可ナリ隨テ登錄稅二十錢ヲ納ムレハ足ル(登錄稅法二、一項二一號)

第三百九十四條　抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得

前項ノ規定ハ抵當不動産ノ代價ニ先チテ他ノ財産ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ之ヲ適用セス但他ノ各債權者ハ抵當權者ヲシテ前項ノ規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メ之ニ配當スヘキ金額ノ供託ヲ請求スルコトヲ得(擔二四七、六年一月十七日告一八號地所質入書入規則一〇、同年八月二十三日告三〇六號動産不動産書入金穀貸借規則二項、七年五月十二日告五二號、八年九月三十日告一四八號建物書入質規則一二)

本條ハ抵當權者カ抵當不動産ヲ以テ全部ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テ他ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受クルニ必要ナル條件ヲ定メタルモノナリ而シテ原則トシテハ抵當權者ハ先ツ抵當不動産ニ付テ辨濟ヲ受ケタル後ニ非サレハ其不足額ニ付キ他ノ財産ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス蓋シ抵當權者モ亦債權者ニシテ抵當不動産以外ノ財産ニ付テハ尋常ノ債權者ト同一ノ權利ヲ有スルモノトス故ニ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ抵當權者ト雖モ他ノ債權者ト同樣ニ債務者ノ各財産ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得スンハアルヘカラス然リト雖モ是レ他ノ債權者ノ爲メニハ甚タ不利益トスル所ナリ何トナレハ抵當權者ハ抵當不動産ニ付テハ他ノ債權者ヲ排シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル者ナリト雖モ尋常ノ債權者ハ特別ノ擔保ヲ有スル債權者カ辨濟ヲ受ケタル後債務者ノ各財産ニ付キ各〻平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ過キス故ニ抵當權者ニシテ姑ク抵當不動産ヲ措キテ他ノ財産ニ付テ尋常ノ傳權者ト同樣ニ辨濟ヲ受ケント欲スルトキハ他ノ債權者ハ一層其受クヘキ金額ノ減少ヲ見ルコトアルヘシ例ヘハ甲ハ千圓ノ債權ニ付キ五百圓ノ價アル不動産ノ上ニ抵當權ヲ有シ乙ハ同シク千圓ノ債權ヲ有スルト雖モ毫モ特別擔保ヲ有セス然ルニ債務者ハ抵當不動産ノ他ニ千圓ノ價アル財産ヲ有セリトセンニ若シ甲ニシテ先ツ不動産ニ付テ五百圓ノ辨濟ヲ受ケ殘額五百圓ニ付テ他ノ財産ノ代價ノ配當ニ加入スルトキハ甲ノ債權五百圓及ヒ乙ノ債權千圓ニ對シ債務者ノ財産千圓アルカ故ニ甲ハ三百三十三圓三十三錢三厘ヲ受

ケ乙ハ殘餘ノ全部ヲ受クルコトヲ得ヘキニ若シ甲ニシテ先ツ抵當不動產以外ノ財產ニ付テ辨濟ヲ受ケント欲スルトキハ甲ノ債權千圓及ヒ乙ノ債權千圓ニ對シ債務者ノ財產千圓アルカ故ニ甲乙各五百圓ヲ受クヘシ而シテ甲ハ殘額五百圓ニ付キ抵當權ヲ行フトキハ抵當不動產ノ價恰モ五百圓ナルカ故ニ甲ハ千圓ヲ受クルコトヲ得テ乙ハ僅ニ五百圓ヲ受クルニ過キサルヘシ故ニ前例ニ比シテ甲ハ百六十六圓六十六錢七厘丈多ク受取リテ乙ハ同額丈少ク受取ルニ至ルヘシ若シ抵當不動產ニ付キ數名ノ抵當權者アリトセハ假令其不動產ノ代價ハ一抵當權者ニ辨濟シテ餘アリトスルモ猶ホ尋常債權者ハ同樣ノ損害ヲ被ムルヘシ而シテ抵當權者ハ素ト債務者ヲ信用セスシテ特ニ抵當權ヲ請求シタル者ナルカ故ニ抵當不動產以外ノ財產ハ殆ト其計算外ニ在リタルモノト謂フヘク抵當不動產ノ代價ヲ以テ其債權ノ全額ヲ償フニ足ラサルトキハ多クハ是レ抵當權者ノ不注意ヨリ生スルモノナルカ故ニ先ツ抵當不動產ニ付テ辨濟ヲ受ケシムルモ敢テ不當ナリト謂フヘカラス殊ニ抵當權者ハ抵當不動產ノ代價丈ニ付テハ獨リ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモ他ノ債權者ハ一切ノ財產ニ付キ各〻平等ノ割合ヲ以テスルニ非サレハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス故ニ債務者カ無資力ナル場合ニ於テハ抵當權者ノ損スルコトハ稀ニシテ他ノ債權者ノ損スルコトハ明カナリ故ニ本條ノ規定ニ由リ幾分カ抵當權者ノ他ノ財產ニ對スル權利ニ制限ヲ附スルモ敢テ不公平ナリト謂フコトヲ得ス

右ノ原則ハ抵當不動產ノ代價ヲ先ニ配當スヘキ場合ニ於テハ毫モ之ヲ適用スルニ難カラスト雖モ若シ抵當不動產ノ代價ニ先チ他ノ財產ノ代價ヲ配當スヘキトキハ之ヲ適用シ難キカ如シ此場合ニ於テ第三百九十二條ニ於ケルカ如ク代位ノ方法ニ由リ畢竟右ノ原則ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサルニ非スト雖モ是レ頗ル錯雜ヲ極メ而モ其利スル所ハ多カラサルヲ常トス故ニ本條第二項ニ於テハ先ツ此場合ニハ第一項ノ規定ヲ適用セサルヲ本則トシ唯他ノ債權者ノ請求ニ因リ第一項ノ規定ノ計算ニ從ヒ配當ヲ受ケシムル爲メ抵當權者カ受クヘキ金額ヲ供託セシムルコトヲ得ルモノトセリ故ニ前例ニ仍レハ甲ト乙ト各〻五百圓ヲ受ケント

スルニ當リ乙ハ甲ヲシテ其受クヘキ五百圓ヲ供託セシメ抵當不動產ヲ賣却シタル後甲カ其不動產ニ付キ幾干ノ辨濟ヲ受クルカヲ見若シ全額ヲ受クルコト能ハサルトキハ其殘餘ニ付キ他ノ財產ノ配當ニ加入シタルモノト看做シ前ニ述ヘタルカ如ク計算ヲ爲スコトヲ得ヘシ此方法ニ由ルトキハ法律ノ趣旨ハ略〻貫徹スルコトヲ得テ而モ第三百九十二條ノ方法ニ從フカ如ク煩雜ナル手續ヲ要セサルナリ

第三百九十五條　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但其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得(擔二四八、二項)

新民法ニ於テハ賃借權ハ一ノ債權ニ過キサルモノトセルコトハ已ニ述ヘタルカ如シ(二二五頁乃至二二八頁二四三頁)故ニ純理ヨリ之ヲ言ヘハ賃借權ハ賃貸人以外ノ者ニ對シテ之ヲ援用スルコトヲ得サルカ如シ然リト雖モ不動產ノ賃貸借ハ極メテ必要ナルコト多ク往往管理ノ方法トシテ之ニ由ラサルコトヲ得サルコトアリ而シテ若シ相當ノ借賃ヲ以テ之ヲ爲ストキハ爲メニ不動產ノ價ヲ減スルコトナク時トシテハ却テ不動產ノ取得者ニ便益ヲ與フルコトアリ故ニ新民法ニ於テハ不動產ノ賃貸借ハ若シ之ヲ登記スルトキハ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトセリ(六〇五)故ニ賃貸借登記ノ後ニ抵當權ヲ取得シタル者ハ其賃貸借ヲ承認セサルコトヲ得サルハ固ヨリナリ隨テ抵當權ノ實行ニ因リ不動產ヲ賣却スルモ其買主ハ必ス其賃貸借ヲ承認セサルヘカラス之ニ反シテ若シ抵當權ノ登記ノ後ニ賃貸借ヲ登記シタルトキハ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ本則トセサルヘカラス何トナレハ是レ抵當權ヲ減殺スルノ虞アレハナリ然リト雖モ賃貸借ニシテ長期ナラサルトキハ初ニ述ヘタル理由ニ因リ之ヲ有效トスルニ非サレハ實際ノ不便實ニ尠少ナラサルヘシ殊ニ自ラ抵當不動產ヲ使用スルコト

ヲ得サル者ニ在リテハ若シ有效ニ賃貸借ヲ爲スコトヲ得ストセハ實際其不動產ヲ利用スルコト能ハス爲メニ天物ヲ暴殄シ抵當權ノ利便ヲシテ全カラシムルコトヲ得サルニ至ルヘシ(三七一參觀)然ルニ概シテ短期ノ賃貸借アルモ爲メニ不動產ノ價格ヲ減スルカ如キコトハ蓋シ之アラサルヲ以テ本條ニ於テハ特ニ短期ノ賃貸借ニ限リ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ但之ニハ左ノ二條件アリ

第一　其賃貸借ハ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサルコトヲ要ス蓋シ第六百二條ノ期間ハ賃貸借ヲ管理行爲ト視ルヘキ最上限ヲ定メタルモノニシテ此期間ヲ超エサル賃貸借ニ限リ敢テ抵當權ヲ害セサルモノト看做スヘケレハナリ

第二　其賃貸借ハ抵當權者ニ損害ヲ及ホササルコトヲ要ス即チ借賃不當ニ低廉ナルカ又ハ借賃ハ低廉ナラサルモ數年分ノ借賃ヲ前拂セルトキハ抵當權者カ不動產ヲ賣却スルニ當リ其代價必ス低廉ナルヘシ此場合ニ於テハ其賃貸借ハ當然無效ナルニ非スト雖モ抵當權者ハ裁判所ニ請求シテ其解除ヲ命セシムルコトヲ得ヘシ此條件ハ衆議院ニ於テ之ヲ加ヘタルモノニシテ一見理由アルカ如シト雖モ而モ余ハ充分ノ理由ヲ發見スルコト能ハス蓋シ賃貸借アルトキハ其借賃非常ニ不廉ナル場合ヲ除ク外不動產ヲ賣却スルニ當リ賃貸借ナキヨリハ幾分カ其價ヲ低廉ナラシムルコトアリ故ニ之ヲ口實トシテ常ニ賃貸借ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセハ本條ノ規定ハ殆ト其目的ヲ達スルコト能ハサルヘシ若シ夫レ詐欺ニ因リ不當ノ低賃ヲ以テ賃貸借ヲ約シ又ハ數年分ノ借賃ヲ前拂シタル場合ニ於テハ抵當權者ハ第四百二十四條ノ規定ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキハ勿論其詐欺ニシテ單ニ賃貸借ヲ假裝スルニ過キサルモノナルトキハ虛僞ノ意思表示ニシテ其行爲ハ無效ナリ(九四)故ニ余ハ立法論トシテハ寧ロ本條ノ但書ナキヲ可トスル者ナリ

第三節　抵當權ノ消滅

本節ニ於テハ唯抵當權ノ消滅ニ特別ナル規定ノミヲ掲ケ他ノ權利ノ消滅ニ通ス

ルモノハ特ニ玆ニ掲ケス例ヘハ目的物ノ滅失、債權ノ消滅、抵當權ノ拋棄、混同等是ナリ又抵當ニ特別ナルモノト雖モ已ニ他ニ規定アルモノハ再ヒ玆ニ掲ケス例ヘハ滌除(三七八乃至三八四)、抵當不動產ノ競賣(三八七)又ハ第三百七十七條ノ場合等是ナリ

第三百九十六條　抵當權ハ債務者及ヒ抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニ非サレハ時效ニ因リテ消滅セス

(擔二九五)

本條及ヒ次條ハ時效ニ關セリ而シテ本條ハ債務者及ヒ抵當權設定者ノ爲メニスル時效ニ關シ次條ハ他ノ者ノ爲メニスル時效ニ關セリ債務者及ヒ抵當權設定者ニ對シテハ抵當權ハ債權ト同時ニ非サレハ時效ニ因リテ消滅セサルモノトセリ是レ他ナシ抵當權ハ債權ノ從タルモノニシテ之ヲ擔保スルヲ以テ其目的トス然ルニ債務ノ辨濟ヲ怠レル債務者又ハ其債權ヲ擔保スル爲メニ自ラ抵當權ヲ設定シタル者ハ假令抵當權者カ抵當權ヲ行使セサルニモセヨ苟モ債權カ時效ニ罹リテ消滅セサル間ハ之ニ對シテ其抵當權カ已ニ時效ニ因リテ消滅セリト主張スルコトヲ得サルハ普通ノ觀念ヨリ之ヲ考フルモ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ是レ本條ノ規定アル所以ナリ

或ハ問ハン抵當權者カ抵當權ヲ行使セサル場合ハ則チ其債權ヲ行使セサル場合ニシテ其債權ヲ行使セサル場合ハ則チ其抵當權ヲ行使セサル場合ナリ故ニ假令本條ノ明文ナキモ其一方時效ニ罹リテ他ノ一方時效ニ罹ラサルカ如キコトハ實際生シ得ヘカラサルカ如シ如何ト曰ク然ラス債權ノ行使ハ必スシモ抵當權ノ行使ト爲ラス例ヘハ債權者カ抵當權ヲ援用スルコトナク單ニ利息又ハ元本ノ支拂ヲ請求スルトキハ是レ債權ヲ行使スルモノナリト雖モ敢テ抵當權ヲ行使シタリト謂フコトヲ得ス又抵當權ノ行使ハ必スシモ債權ノ行使ト爲ラス例ヘハ抵當權者カ第三取得者ニ對シ第三百八十一條ノ通知ヲ爲スモ抵當權ノ行使ハ則チ之アリト雖モ債權ノ行使ハ未タ之アラサルナリ加之債務者ハ債務ヲ承認スルモ必ス