

大學叢書

中國商事法

下冊

劉朗泉著

商務印書館發行

大 學 叢 書
中 國 商 事 法

下 冊

劉 朗 泉 著

南 開 大 學 經 濟 研 究 叢 書
商 務 印 書 館 發 行

中華民國 二十六年 七月 初版

平

大學叢書
(教本) 中國商法二冊

◆(35802.14)

上海實價新法幣二十元

著 者 劉 朗 泉

發 行 人 王 雲 五
上海河南路

印 刷 所 商 務 印 書 館
上海河南路

發 行 所 商 務 印 書 館
上海及各埠

版 權 所 有
翻 印 必 究

大學叢書委員會

委員

李書華君	李建勛君	李四光君	朱經農君	朱家驊君	任鴻雋君	王雲五君	王世杰君	丁燮林君
周昌壽君	周仁君	吳澤霖君	吳經熊君	辛樹幟君	何炳松君	余青松君	李權時君	李書田君
孫貴定君	馬寅初君	翁文灝君	翁之龍君	姜立夫君	胡庶華君	胡適君	竺可楨君	秉志君
梅貽琦君	張伯苓君	曹惠羣君	陳裕光君	陳可忠君	陶孟和君	郭任遠君	唐鉞君	徐誦明君
劉秉麟君	鄭振鐸君	鄭貞文君	鄒魯君	傅運森君	傅斯年君	馮友蘭君	程演生君	程天放君
	顧頡剛君	羅家倫君	顏福慶君	顏任光君	歐元懷君	蔣夢麟君	黎照寰君	

第五編 商事權義之擔保

爲求已發生之權利得以實現，義務之必獲履行，擔保之制尙焉。顧擔保有物的擔保及人的擔保之別。物的擔保又稱物上擔保，分抵押與質及留置之三種。人的擔保又稱對人擔保，卽保證是也。物上擔保我國民法雖規定之於物權編中，論其效用則與對人擔保無異，蓋此二者固皆爲擔保債權債務之實現與履行而存在者也。商事關係依現行法民商合一之制度，既與民事無所區分，其權利義務之擔保，自適用民法上一般之規定。茲依次分述此二種之擔保制度如下：

第一章 物上擔保

第一節 總說

物上擔保者，以特定之物或權利，供債權之擔保之謂也。換言之，債權到期設有不獲清償之情形，債權人得就此特定之擔保物或權利之賣得價金受清償之謂也。物上擔保與對人擔保雖同爲擔保債權債務之目的而存在，然一則以特定之財產供擔保，一則以第三人（卽保證人）全部不特定之財產或收益供擔保。自表面觀之，後者之擔保力雖似較前者爲優，但一人之財產或收益能力終難維持其現狀而不變，設因情勢推移，昔之資力雄厚者，

今且自給不足，則債務人偶因他故而不能履行其債務，債權人之損失即難求償。若夫物上擔保，雖其供擔保之物或權利僅占債務人或第三人財產之一部，但因既經特定，復不虞變動，日後之代償能力自極優厚，債務人屆期縱因故而不能履行其債務，債權人之損失亦不虞無求償之處也。

物上擔保依學者之通說，祇分爲抵押及質之二種，留置不與焉。此因抵押權及質權之設定多在債權成立當時，而留置權之取得原則上須債權已屆清償期。故留置常被學者認爲事後補救債權人利益之一種方法，而不認爲物上擔保之一種。其實依吾人所見，擔保之目的既在使已發生之債權債務得以實現及履行，其取得之時應不問已屆清償期與否也。至抵押與質之分別則在：抵押乃以不動產供債權之擔保，而質則以動產或權利供債權之擔保。惟就債權人方面而言，則不問債務人所提供者爲不動產，爲動產，抑爲權利，其在此項擔保物或權利上得享有擔保物權則一也。（民法八六〇條八八四條九〇〇條）

擔保物權屬制限物權之一種。制限物權則對於所有權而言。所有權爲在物上所得行使之最完全之權利，而制限物權則爲僅於一定之範圍內在物上所得行使之權利。制限物權依其性質又可分爲用益物權及擔保物權之二種。用益物權以使用收益屬於他人之不動產爲目的，如地上權、永佃權、地役權、典權等是。擔保物權則以供債權之擔保爲目的，不限於不動產，即抵押權、質權、留置權是。

第二節 抵押

第一項 抵押權之意義

抵押權之性質，依民法物權編之解釋，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權利也。（民法八六〇條）分析言之：

（一）抵押權者，依當事人之意思或法律之規定而設定之擔保物權也。抵押權之設定，有由於當事人之意思者，有由於法律之規定者。自民法八六〇條之定義觀之，似僅指由當事人之意思所設定者而言。其實由法律之規定而設定之抵押權，既與由當事人之意思所設定者同其效力，說明其性質時應不能不同時及之。（民法八八三條）至抵押權乃擔保物權，已見前述，無待復贅。

（二）抵押權者，原則上以不動產為其標的物者也。不動產，據民法之解釋，謂土地及其定着物也。不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。不動產以外之物，則皆稱動產。（民法六六條六七條）動產不得為抵押權之標的物，固不待言。惟動產苟為抵押物之從物，則因主物之處分，其效力及於從物，抵押權之效力亦得及於此項動產之從物。（註一）但第三人於抵押權設定前，就從物取得之權利，則不受前項之影響。（民法八六二條）抵押權之標的物，雖以不動產為常，但不無例外，如地上權、永佃權、及典權，雖屬權利，航行海上之船舶雖屬動產，亦得為抵押權之標的物。在此等權利或動產上設定之抵押權，與在不動產上設定者同其效力，民法關於抵押權之規定，亦同其適用也。（民法八八二條八八三條海商法三四條）

抵押權設定時，抵押物雖無須移轉占有，但其後債權已屆清償期而未受清償者，則抵押權人有扣押抵押物以求清償之權。此時扣押中之抵押物苟有天然孳息或法定孳息者，果為抵押權之效力所及乎？法律為免除解釋

困難計，特定此時抵押權之效力皆得及之。換言之，此時由抵押物分離之天然孳息，或抵押人就抵押物得收取之法定孳息，皆得作為抵押權標的物之一部。但法定孳息之義務人，須由抵押權人將扣押抵押物之事情通知之，否則不得與之對抗。（民法八六三條八六四條）

（三）抵押權者，不移轉標的物之占有之權利也。抵押權設定時，其標的物之不動產，亦無須移轉占有。此因不動產非如動產之易藏匿毀損，所有人即將不動產讓與他人，抵押權人仍得就該不動產求償，故無移轉占有之必要。（註二）

（四）抵押權者，為擔保債權而設定之物權也。抵押權非獨立之權利，乃債權之從權利。且其所擔保者，不限於原債權，即附隨之債權如利息，遲延利息，及實行抵押權之費用，亦皆為抵押權所擔保。但契約另有訂定，不擔保此項附隨之債權者，仍應從其訂定耳。（民法八六一條）

（五）抵押權者，就其標的物之賣得價金，先於他債權人受清償之權利也。抵押權得優於其他之債權，債務屆期不克由債務人清償時，有抵押權之債權人得就抵押物之賣得價金，優先受償。（註三）其他之債權人則僅得就其剩餘及其他之財產，以求清償。

（註一）司法院（二十五年）院字第一五一四號解釋例有關於此點之釋明：「工廠中之機器生財，如與工廠同屬於一人，依民法第六十八條第一項之規定，自為工廠之從物。若以工廠設定抵押權，除有特別約定外，依同法第八百六十二條第一項規定，其抵押權效力當然及於機器生財。至抵押權之設定聲請登記時，雖未將機器生財一併註明，與抵押權所及之效力，不生影響。」

(註二) 抵押權不但有優先受償之效力，且有追及之效力。所謂追及之效力云者，即設定抵押權後，不問抵押物已入何人之手，抵押權人均得追及其物而實行權利。第三人即對抵押物已取得所有權，亦不得拒絕抵押權人之執行。(最高法院十八年上字二六二號判例)

(註三) 抵押權，依民法八六〇條，雖祇係對於債務人或第三人不移轉佔有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權，並無「優先受償」字樣，然「抵押權人就抵押物之賣得價金有優先受償之權，係基於抵押權為擔保物權之當然結果，自不得以法文上無優先受償字樣而謂優先受償為不當。」(最高法院二十二年上字二五二號判例)

第二項 抵押權之取得

前項所謂抵押權之設定，有由於當事人之意思者，有由於法律之規定者。其由當事人之意思而設定者，稱為約定抵押權，其由法律之規定而設定者，則曰法定抵押權。茲分述此二種抵押權之取得如下：

(一) 約定抵押權 約定抵押權之取得，由於當事人間物權契約之訂立。物權契約異於債權契約，以發生物權之變動為目的，雖亦由當事人雙方之合意而成立，然欲其效力發生，尚須履行一定之方式。此一定方式以不動產為標之物權契約為登記及書面之契約，在以動產為標之物權契約為交付。因不動產物權依法律行為而取得，設定、喪失及變更者，除應以書面為之，非經登記，不生效力也。(民法七五八條七六〇條)(註四)

(二) 法定抵押權 法定抵押權與當事人之意思無關，乃由於法律之規定，當然發生者。例如承攬人所承攬之工作，苟為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。(民法五一三條)此蓋不問承攬人對其工作所附之不動產有無設定抵押權之意思，及定作人有無允其設定之合意，而因法律之規定，當然設定者。故其設定之方法，無須依前

款之所述。惟欲實行抵押權而將抵押物處分時，仍須先經登記耳。（民法七五九條參看）

（註四）民法七五八條雖規定不動產物權依法律行為而取得，設定及變更者，非經登記不生效力，然登記機關迄未設立，則在登記機關設立之前，自得暫不適用關於登記之規定。凡依法得請求登記爲所有人者，於得請求登記之日，即視爲所有人。其他依法得請求登記之不動產權利人（如抵押權人，典權人，地上權人，永佃權人），亦概於得請求登記之日，即視爲有各該種物權之人。（參看民法物權編施行法三條八條及最高法院二十一年上字二八一四號判例）

惟前北京政府曾有不動產登記條例之公布（民國十一年五月二十一日），且指定施行之區域，國民政府在十六年八月十二日對此條例亦曾通令暫准援用。則在指定之施行區域內，所有不動產權利之設定，保存，變更，移轉，限制，處分，或消滅，自應依該條例而爲登記，不登記者，不得對抗第三人。（不動產登記條例三條一項及五條）然依該條例，應行登記之事項而不登記者，其效力僅止於不得對抗第三人，非謂其權利即不能存在。故依法律行為取得或設定其物權之人，即未經登記，仍取得其權利，不過不得以之對抗第三人而已。（參看司法院二十四年院字一二一九號解釋例）但自各省市地政施行程序大綱於二十五年二月二十五日公布施行之後，此項條例已經失效，不動產登記原由法院辦理者，應即停止辦理，改歸省市地政機關辦理矣。（大綱二〇條）

抵押權之設定，若在未實行不動產登記制度之區域，既無須請求登記即得對抗第三人，則先設定抵押權者，縱其後於原抵押物上更有第二第三抵押權或典權之設定，苟能證明其爲最初之設定，即得享受優先受償之權利，與曾經登記之第一位登記人無異。（參看司法院二十四年院字一二六五號解釋例）但若在已施行登記之區域，均未依法登記，（依舊條例）則各個抵押權不生對抗效力，各抵押權人於補行登記後，得受平均分配，無第一位與第二三位之順序。（參看司法院二十六年院字一六二五號解釋例）

第三項 抵押權之效力

抵押權設定後，處分前，有如次之效力：

(一) 抵押權不因其標的物上設定其他之權利及讓與而受影響：

(1) 不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權及其他之權利。但其抵押權不因此而受影響。(民法八六六條)

(2) 不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。(民法八六七條)

(3) 抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六八條)

(二) 抵押權不因其所擔保之債權或債務分割讓與而受影響，但不得由債權分離而為讓與或變更其目的：

(1) 以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六九條一項)

(2) 為抵押權所擔保之債務，如經分割者，其抵押權不因此而受影響。(民法八六九條二項)

(3) 抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。(民法八七零條)

(三) 同一不動產上設定數抵押權者，其先設定之抵押權不因後設定者而受影響。抵押權一如其他物

權，對於債權及設於同一標的物上其他不相容之物權，有優先受清償之權。故因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其先設定之抵押權得先於後設定之抵押權而受清償，不受後設定者之影響。至於先後之次序，依登記之先後定之。（民法八六五條八七四條）

（四）抵押物之價值減少時抵押權人利益之救濟。抵押權設定後，抵押物之價值減少時，有可歸責於抵押人者，有非可歸責於抵押人者。因之抵押權人利益之救濟方法，亦遂不同：

（1）可歸責於抵押人者 因可歸責於抵押人之事由，致抵押物之價值減少者，抵押權人得請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。（民法八七二條一項）若抵押人之行為，僅有足使抵押物價值減少之虞者，抵押權人得請求停止其行為，如有急迫之情事，抵押權人得自為必要之保全處分。前項因請求或處分所生之費用，由抵押人負擔。（民法八七一條）

（2）非可歸責於抵押人者 因非可歸責於抵押人之事由，致抵押物之價值減少者，抵押權人僅於抵押人得受損害賠償之限度內，請求提出擔保。（民法八七二條二項）

第四項 抵押權之實行

（一）抵押權之實行果屬必要乎 抵押權之設定，原為擔保債權得受清償起見，其自身本非獨立之權利。苟擔保之債權屆清償期而竟獲清償，則抵押之效用已盡，抵押權即不復存在。故抵押權以不實行為常，以實行為例外。

(二) 實行之時期 實行抵押權，須其所擔保之債權已屆清償期而未受清償。(民法八七三條一項前句) 清償期原則依當事人之約定，苟契約未有約定，又無法律特別規定，復不能依債之性質或其他情形決定者，則債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。(民法三一五條) 隨時得請求清償之債，經債權人之請求而未受清償，即得實行抵押權。

(三) 實行之方法 實行抵押權有兩種方法：一為拍賣之方法，即抵押權人得聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。(民法八七三條一項後句) (註五) 二為拍賣以外之方法，即抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償而訂立契約，取得抵押物之所有權，或用其他拍賣以外之方法，處分抵押物，但均不得侵害其他抵押權人之利益。(民法八七八條)

(四) 預先約定移屬抵押物之無效 債權清償期屆滿後，抵押權人雖得與抵押人訂立契約，取得抵押物之所有權。但若預先約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權即移屬於抵押權人者，其約定為無效。(民法八七三條二項)

(五) 同一不動產上數抵押權之實行方法 為擔保數債權，就同一不動產，得設定數抵押權，前已言之。此數抵押權實行時，應依各抵押權之登記次序分配之，其次序同者，平均分配。(民法八七四條)

(六) 特種抵押權之實行方法 抵押物有特種牽連關係者，處分時須依特別之規定：

(1) 土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣

時，視為已有地上權之設定。其地租由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。（民法八七六條一項）

（2）土地及土地上之建築物，同屬於一人所有，而以土地及建築物為抵押者，如經拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，拍受建築物之人視為已在土地上有地上權之設定。其地租由當事人協議定之。協議不諧時，得聲請法院定之。（民法八七六條二項）

（3）土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上營造建築物者，抵押權人於必要時，得將其建築物與土地併付拍賣，但對於建築物之價金，無優先受清償之權。（民法八七七條）

（七）第三人之求償權 為擔保債權而設定抵押權，不必盡由債務人為之，得由第三人提供抵押物為債務人設定之。惟此第三人如因代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，得依關於保證之規定，對於債務人，有求償權。（民法八七九條）所謂得依關於保證之規定者，即謂此時為債務人設定抵押權之第三人，得視為保證人。依民法七四九條，保證人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉於保證人，此時第三人亦得代位抵押權人，於其清償之限度內，對於債務人，行使求償之權利也。

（註五）抵押權人就抵押物行使權利，抑或逕向債務人請求清償，仍有選擇之自由。抵押權人苟不欲行使抵押權，無由債務人強其行使之理。但債務人雖無要求抵押權人拍賣抵押物之權利，其自行變賣抵押物以供清償債務之權利則始終有之。（參看最高法院二十二年度上字二五七〇號判決）抵押權人對於所有人此項變賣或讓與其所有物，並無阻止之權。一故所有人苟因另欠債務，由其他債權人對於該抵押物權之標的物聲請執行，若與抵押權人應受優先清償之權利不生影響，則抵押權人即不得據以訴請阻止執行。

（見最高法院二十二年上字二一一七號判例）

抵押權人欲拍賣抵押物，以求清償，須聲請法院爲之。所謂聲請，依司法院前此之解釋，乃以訴請法院得其確定判決之謂。（例如院字四九三號）蓋拍賣係強制執行之方法，而強制執行必須根據債務名義，如確定判決或和解筆錄之類。抵押字據，在民法物權編所規定之登記法律未施行以前，非債務名義，不能爲強制執行之根據。但司法院此項解釋，對於抵押權人顯有不便。故自二十五年二月四日起，又以新解釋加以更改。（院字一四〇四號）據新解釋，抵押權人聲請拍賣抵押物時，如債務人或第三人就該抵押關係並未爭執，毋庸經過判決程序，即可拍賣。但此項解釋，亦僅在民法物權編所規定之登記法律未施行前有其效力。今土地法、土地施行法已自二十五年三月一日起施行，各省市地政施行程序大綱亦自同年二月二十五日起施行，則依新法辦理登記之不動產，於實行抵押權時，自更無訴請判決確定之必要矣。

至拍賣方法，據二十五年十二月五日院字一五九〇號之解釋，「在拍賣法未頒布前，應準照不動產執行之程序辦理。遇無合格承買人時，自得適用民事訴訟執行規則及補訂民事執行辦法關於減價之規定。」

第五項 抵押權之消滅

抵押權得因次述原因之一而消滅：

（一）債之關係消滅 依民法三〇七條，債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利，亦同時消滅。抵押權既爲擔保債權之目的而設定之從權利，自應依債之關係之消滅而消滅。消滅債之關係之原因，據民法債編通則之規定，有次述之五種：

（1）清償 依債務本旨，向債權人或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債之關係消滅。（民法三〇九條）債之清償亦得由第三人爲之，如前述爲債務人設定抵押權之第三人得代債務人向抵押權人爲清償是。但當事人另有訂定，或依債之性質不得由第三人清償者，不在此限耳。（民法三一一條一項）

(2) 提存 債權人受領遲延(註六)或不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人得將其給付物，為債權人提存之。提存應於清償地之提存所為之。無提存所者，該地之初級法院，因清償人之聲請，應指定提存所，或選任保管提存物之人。提存後，提存人於可能之範圍內，應即通知債權人。提存人自為提存及通知後，對於債權人所負之債務即歸消滅，嗣後提存之給付物毀損滅失之危險，提存之費用，概由債權人負擔。(民法三二六以下各條)(註七)

(3) 抵銷 債權人對於債務人亦負有債務者，則為二人互負債務之情形。苟其給付種類相同，性質又適於抵銷，並均屆清償期者，各得以其債務，與對方之債務，互相抵銷。為抵銷之意思表示後，二人相互間債之關係，按照抵銷數額而銷滅。(民法三三四以下各條)

(4) 免除 債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。(民法三四三條)

(5) 混同 債權與其債務同歸於一人時，債之關係消滅。(民法三四四條)

(二) 債權之請求權因時效消滅後經過五年不實行其抵押權時 以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後五年間，不實行其抵押權者，其抵押權消滅。(民法八八〇條) 按債權為特定人間之一方享有請求他方為特定行為之權利。故債權人之利益欲圖實現，必賴請求權之存在。但請求權如久不行使，證明權利之資料必多湮沒，日後舉證必極困難。故法律乃設消滅時效之規定，使不行使之請求權因時效期間之經過而消滅。但吾人須注意者，請求權之消滅與債之關係之消滅本為二事，不可混作一談。請求權