

第8章 先取特権

第1節 総則

第303条 ★

第303条（先取特権の内容）

先取特権者は、この法律その他の法律の規定に従い、その債務者の財産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

趣旨

当事者間の公平の観点から、特に保護すべきものと考えられる特殊な債権を有する者が、債務者の一般財産・特定財産から他の債権者に優先して弁済を受けることを認めたものである。

注解

1. 意義

先取特権とは、法律の定める一定の債権を有する者が、債務者の財産から、他の債権者に優先してその債権の弁済を受けることのできる権利のことである。

2. 種類

先取特権は、①総財産を目的とする**一般先取特権**、②特定の動産を目的とする**動産先取特権**、③特定の不動産を目的とする**不動産先取特権**の3種類に分類される。

【先取特権の種類】

	一般先取特権	動産先取特権	不動産先取特権
目的	債務者の総財産	債務者の特定の動産	債務者の特定の不動産
具体例	共益費用、雇用関係、葬式費用、日用品供給	不動産賃貸、旅館宿泊、動産売買など	不動産の保存、工事、売買

第304条 ★★

第304条（物上代位）

- 先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡し又は引渡しの前に差押えをしなければならない。[同](#)19-14
- 債務者が先取特権の目的物につき設定した物権の対価についても、前項と同様とする。

趣旨

先取特権のような担保物権は目的物の価値支配権であることから、目的物の代位物にも効力を及ぼすことを認めたものである。

注解

1. 意義

先取特権は、その目的物の売却・賃貸・滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても行使することができ（§304 I 本文）、これを**物上代位**という。

2. 要件

先取特権者は、物上代位をするためには、**払渡し又は引渡し**の前に**差押え**をしなければならない（§ 304 I ただし書）。

(1) 債務者が破産した場合

債務者が破産した後であっても、動産売買先取特権に基づく物上代位権を行使できる（最判昭59.2.2）。**同**プー 3、**同**18-16

(2) 一般債権者の差押えとの優劣

動産売買の先取特権を有する者は、物上代位権行使の目的である債権について、一般債権者が差押えをした後であっても、物上代位権を行使することができる（最判昭60.7.19＝百選 I No82）。**同**19-14、**同**23-14、**同**2-11

(3) 債権譲渡との優劣

動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできない（最判平17.2.22＝平17重判No3）。**同**23-14、**同**29-12

（理由）304条1項ただし書は、公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含む。

3. 請負代金債権に対する物上代位

請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産価額の割合や請負契約における請負人との債務の内容等に照らして**請負代金の全部又は一部を動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情**がある場合には、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対しても、動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使が認められる（最決平10.12.18＝百選 I No81）。**同**サー 8、**同**プー 3、**同**23-14

第305条 ★

第305条（先取特権の不可分性）

第296条〔留置権の不可分性〕の規定は、先取特権について準用する。

第2節 先取特権の種類

第1款 一般の先取特権

第306条～第310条 ★

第306条（一般の先取特権）

次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の総財産について先取特権を有する。

- ① 共益の費用
- ② 雇用関係
- ③ 葬式の費用
- ④ 日用品の供給

第307条（共益費用の先取特権）

- 1 共益の費用の先取特権は、各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存、清算又は配当に関する費用について存在する。

2 前項の費用のうちすべての債権者に有益でなかったものについては、先取特権は、その費用によって利益を受けた債権者に対してのみ存在する。

第308条（雇用関係の先取特権）

雇用関係の先取特権は、給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権について存在する。同20-26、同25-14、同28-13

第309条（葬式費用の先取特権）

- 1 葬式の費用の先取特権は、債務者のためにされた葬式の費用のうち相当な額について存在する。
- 2 前項の先取特権は、債務者がその扶養すべき親族のためにした葬式の費用のうち相当な額についても存在する。

第310条（日用品供給の先取特権）

日用品の供給の先取特権は、債務者又はその扶養すべき同居の親族及びその家事使用人の生活に必要な最後の6箇月間の飲食料品、燃料及び電気の供給について存在する。

注解

一般先取特権

一般先取特権の被担保債権には、①**共益の費用**、②**雇用関係**、③**葬式の費用**、④**日用品の供給**の4種類がある（§306）。

このように被担保債権が小口なものに限定されているのは、一般先取特権は債務者の総財産を対象とする担保物権である上に公示の制度もないため、大きな債権を担保することは他の債権者との公平を害するからである。

【一般先取特権の種類】

	趣旨	被担保債権	目的となる財産
共益費用	公平の見地	各債権者の共同の利益のためにされた債務者の財産の保存・清算又は配当に関する費用	債務者の総財産 (債務者がその所有物の代償として支払を受けた金銭も含む) 同21-13、予30-5
雇用関係	使用人の生活保護という社会政策的配慮	給料その他債務者と使用人との間の雇用関係に基づいて生じた債権 同20-26 ※退職金も含まれる 同19-13	
葬式費用	資力の乏しい者にも葬式を可能にするという社会政策的配慮	債務者及びその扶養すべき親族のためにされた葬式の費用のうち相当な額	
日用品供給	債務者の生活保障という社会政策的配慮	債務者又はその扶養すべき同居の親族及びその家事使用人の生活に必要な最後の6か月間の飲食料品・燃料及び電気の供給〈注〉	

〈注〉

- ① 「債務者」は自然人に限られ、法人はこれに含まれない（最判昭46.10.21）。同25-14、同27-12、同2-11
- ② 「扶養すべき同居の親族」には、内縁の妻も含まれる（大判大11.6.3）。

第2款 動産の先取特権

第311条～第324条 ★

第311条（動産の先取特権）

次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の動産について先取特権を有する。

- ① 不動産の賃貸借
- ② 旅館の宿泊
- ③ 旅客又は荷物の運輸
- ④ 動産の保存
- ⑤ 動産の売買
- ⑥ 種苗又は肥料（蚕種又は蚕の飼養に供した桑葉を含む。以下同じ。）の供給
- ⑦ 農業の労務
- ⑧ 工業の労務

第312条（不動産賃貸の先取特権）

不動産の賃貸の先取特権は、その不動産の賃料その他の賃貸借関係から生じた賃借人の債務に関し、賃借人の動産について存在する。

第313条（不動産賃貸の先取特権の目的物の範囲）

- 1 土地の賃貸人の先取特権は、その土地又はその利用のための建物に備え付けられた動産、その土地の利用に供された動産及び賃借人が占有するその土地の果実について存在する。
- 2 建物の賃貸人の先取特権は、賃借人がその建物に備え付けた動産について存在する。同21-13

第314条

賃借権の譲渡又は転賃の場合には、賃貸人の先取特権は、譲受人又は転賃借人の動産にも及ぶ。譲渡人又は転賃借人が受けるべき金銭についても、同様とする。同2-11

第315条（不動産賃貸の先取特権の被担保債権の範囲）

賃借人の財産のすべてを清算する場合には、賃貸人の先取特権は、前期、当期及び次期の賃料その他の債務並びに前期及び当期に生じた損害の賠償債務についてのみ存在する。

第316条

賃貸人は、第622条の2第1項に規定する敷金を受け取っている場合には、その敷金で弁済を受けない債権の部分についてのみ先取特権を有する。同28-13

第317条（旅館宿泊の先取特権）

旅館の宿泊の先取特権は、宿泊客が負担すべき宿泊料及び飲食料に関し、その旅館に在るその宿泊客の手荷物について存在する。同2-11

第318条（運輸の先取特権）

運輸の先取特権は、旅客又は荷物の運送賃及び付随の費用に関し、運送人の占有する荷物について存在する。

第319条（即時取得の規定の準用）

第192条から第195条まで〔即時取得〕の規定は、第312条から前条までの規定による先取特権について準用する。同27-12、同2-11 ★

第320条（動産保存の先取特権）

動産の保存の先取特権は、動産の保存のために要した費用又は動産に関する権利の保存、承認若しくは実行のために要した費用に関し、その動産について存在する。

第321条（動産売買の先取特権）

動産の売買の先取特権は、動産の代価及びその利息に関し、その動産について存在する。

第322条（種苗又は肥料の供給の先取特権）

種苗又は肥料の供給の先取特権は、種苗又は肥料の代価及びその利息に関し、その種苗又は肥料を用いた後1年以内にこれを用いた土地から生じた果実（蚕種又は蚕の飼養に供した桑葉の使用によって生じた物を含む。）について存在する。

第323条（農業労務の先取特権）

農業の労務の先取特権は、その労務に従事する者の最後の1年間の賃金に関し、その労務によって生じた果実について存在する。

第324条（工業労務の先取特権）

工業の労務の先取特権は、その労務に従事する者の最後の3箇月間の賃金に関し、その労務によって生じた製作物について存在する。

注解

動産先取特権

①不動産の賃貸借、②旅館の宿泊、③旅客又は荷物の運輸、④動産の保存、⑤動産の売買、⑥種苗又は肥料の供給、⑦農業の労務、⑧工業の労務によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の動産について先取特権を有する（§311）。

【動産先取特権の種類】

	趣旨	被担保債権	目的となる財産
不動産賃貸（§312）	賃貸人は賃借人の搬入した動産を賃料の担保と期待するのが通常である	不動産の賃料その他の賃貸借関係から生じた賃借人の債務	賃借人の動産
旅館宿泊（§317）	旅館は宿泊客の手荷物を宿泊料の担保と期待するのが通常である	宿泊客が負担すべき宿泊料及び飲食料	旅館に在るその宿泊客の手荷物
運輸（§318）	運送人は荷物を運送賃の担保と期待するのが通常である	旅客又は荷物の運送賃及び付随の費用	運送人の占有する荷物
動産保存（§320）	公平の見地	動産の保存のために要した費用又は動産に関する権利の保存・承認・実行のために要した費用	保存の目的物
動産売買（§321）		動産の代価及びその利息	売買の目的物
種苗・肥料供給（§322）		種苗又は肥料の代価及びその利息	種苗又は肥料を用いた後1年以内にこれを用いた土地から生じた果実
農業労務（§323）	公平の見地及び賃金の保護という社会政策的配慮	労務に従事する者の最後の1年間の賃金	労務によって生じた果実
工業労務（§324）		労務に従事する者の最後の3か月間の賃金	労務によって生じた製作物

第3款 不動産の先取特権

第325条～第328条 ★

第325条（不動産の先取特権）

次に掲げる原因によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の不動産について先取特権を有する。

- ① 不動産の保存
- ② 不動産の工事
- ③ 不動産の売買

第326条（不動産保存の先取特権）

不動産の保存の先取特権は、不動産の保存のために要した費用又は不動産に関する権利の保存、承認若しくは実行のために要した費用に関し、その不動産について存在する。

第327条（不動産工事の先取特権）

- 1 不動産の工事の先取特権は、工事の設計、施工又は監理をする者が債務者の不動産に関してした工事の費用に関し、その不動産について存在する。
- 2 前項の先取特権は、工事によって生じた不動産の価格の増加が現存する場合に限り、その増価額についてのみ存在する。

第328条（不動産売買の先取特権）

不動産の売買の先取特権は、不動産の代価及びその利息に関し、その不動産について存在する。

注解**不動産先取特権**

不動産の保存・工事・売買によって生じた債権を有する者は、債務者の特定の不動産について先取特権を有することになる（§ 325）。これらは、公平の見地から認められたものである。もっとも、不動産の先取特権は、行使のための要件が余りに厳格なため、現実にはほとんど機能していない。

【不動産先取特権の種類】

	趣旨	被担保債権	対象となる財産
不動産保存の先取特権	公平の見地	不動産の保存費、不動産に関する権利の保存・承認・実行のための費用（§ 326）	保存行為後直ちに登記をした不動産（§ 337）
不動産工事の先取特権		工事の設計、施工又は監理をする者が債務者の不動産に関してなした工事の費用（§ 327 I）	工事前に費用の予算額の登記をした不動産（§ 338）
不動産売買の先取特権		不動産の売買代価・利息（§ 328）	売買契約と同時に登記をした不動産（§ 340）

第3節 先取特権の順位**第329条～第332条 ★****第329条（一般の先取特権の順位）**

- 1 一般の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、第306条各号に掲げる順序に従う。
- 2 一般の先取特権と特別の先取特権とが競合する場合には、特別の先取特権は、一般の先取特権に優先する。ただし、公益の費用の先取特権は、その利益を受けたすべての債権者に対して優先する効力を有する。同28-13、同29-13

第330条（動産の先取特権の順位）

- 1 同一の動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、次に掲げる順序に従う。この場合において、第2号に掲げる動産の保存の先取特権について数人の保存者があるときは、後の保存者が前の保存者に優先する。
 - ① 不動産の賃貸、旅館の宿泊及び運輸の先取特権
 - ② 動産の保存の先取特権
 - ③ 動産の売買、種苗又は肥料の供給、農業の労務及び工業の労務の先取特権
- 2 前項の場合において、第1順位の先取特権者は、その債権取得の時に第2順位又は第3順位の先取特権者があることを知っていたときは、これらの者に対して優先権を行使するこ

とができない。第1順位の先取特権者のために物を保存した者に対しても、同様とする。
3 果実に関しては、第1の順位は農業の労務に従事する者に、第2の順位は種苗又は肥料の供給者に、第3の順位は土地の賃貸人に属する。同29-13

第331条（不動産の先取特権の順位）

- 1 同一の不動産について特別の先取特権が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、第325条各号に掲げる順序に従う。同29-13
- 2 同一の不動産について売買が順次された場合には、売主相互間における不動産売買の先取特権の優先権の順位は、売買の前後による。

第332条（同一順位の先取特権）

同一の目的物について同一順位の先取特権者が数人あるときは、各先取特権者は、その債権額の割合に応じて弁済を受ける。同29-13

注解

先取特権の優劣〈注1〉

	目的物が動産の場合 同27-12（同27-6）、同28-13	目的物が不動産の場合〈注2〉
第1順位	①動産質権（§334） ②不動産賃貸・旅館宿泊・運輸の先取特権（§330Ⅰ①）	登記済の不動産保存先取特権（§339）
第2順位	動産保存の先取特権（§330Ⅰ②）	登記済の不動産工事先取特権（§339）
第3順位	動産売買・種苗肥料供給・農工業労務の先取特権（§330Ⅰ③）	①登記済の不動産売買先取特権 ②登記済の不動産質権 ③登記済の抵当権 ④登記済の一般先取特権（§336ただし書）
第4順位	一般先取特権（§329Ⅱ本文） ※共益費用先取特権は動産先取特権に優先する（同ただし書）	未登記の一般先取特権（§336本文） ※共益費用先取特権は不動産先取特権に優先する（§329Ⅱただし書）

〈注1〉

対抗要件を備える必要がない先取特権のような物権の場合であっても、時間的に先に成立した物権が優先するわけではない。同18-9

〈注2〉

不動産先取特権及び抵当権の順位は、登記の先後によって決まるわけではない。同サー8、同19-12

第4節 先取特権の効力

第333条～第341条 ★★

第333条（先取特権と第三取得者）

先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない。同18-16、同25-14

第334条（先取特権と動産質権との競合）

先取特権と動産質権とが競合する場合には、動産質権者は、第330条の規定による第1順位の先取特権者と同一の権利を有する。同28-11（同28-6）

第335条（一般の先取特権の効力）

- 1 一般の先取特権者は、まず不動産以外の財産から弁済を受け、なお不足があるのでなければ、不動産から弁済を受けることができない。同25-13（同25-6）、同28-13
- 2 一般の先取特権者は、不動産については、まず特別担保の目的とされていないものから弁済

を受けなければならない。

- 3 一般の先取特権者は、前二項の規定に従って配当に加入することを怠ったときは、その配当加入をしたならば弁済を受けることができた額については、登記をした第三者に対してその先取特権を行使することができない。

- 4 前三項の規定は、不動産以外の財産の代価に先立って不動産の代価を配当し、又は他の不動産の代価に先立って特別担保の目的である不動産の代価を配当する場合には、適用しない。

第336条 (一般の先取特権の対抗力)

一般の先取特権は、不動産について登記をしなくても、特別担保を有しない債権者に対抗することができる。ただし、登記をした第三者に対しては、この限りでない。同25-14

第337条 (不動産保存の先取特権の登記)

不動産の保存の先取特権の効力を保存するためには、保存行為が完了した後直ちに登記をしなければならない。同1-11

第338条 (不動産工事の先取特権の登記)

- 1 不動産の工事の先取特権の効力を保存するためには、工事を始める前にその費用の予算額を登記しなければならない。この場合において、工事の費用が予算額を超えるときは、先取特権は、その超過額については存在しない。同27-6、同2-11

- 2 工事によって生じた不動産の増価額は、配当加入の時に、裁判所が選任した鑑定人に評価させなければならない。

第339条 (登記をした不動産保存又は不動産工事の先取特権)

前二条の規定に従って登記をした先取特権は、抵当権に先立って行使することができる。同27-6、同29-13

第340条 (不動産売買の先取特権の登記)

不動産の売買の先取特権の効力を保存するためには、売買契約と同時に、不動産の代価又はその利息の弁済がされていない旨を登記しなければならない。同25-14

第341条 (抵当権に関する規定の準用)

先取特権の効力については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、抵当権に関する規定を準用する。

注解

1. 第三取得者との関係

先取特権は、債務者がその目的である動産をその第三取得者に引き渡した後は、その動産について行使することができない (§ 333)。同18-16

(理由) 動産先取特権は動産上にその存在が公示されていないため、第三取得者を保護する必要がある。

※ これに反する特約があり、第三取得者がこの特約について悪意であったとしても、先取特権を行使できない。同24-17 (同24-6)

(1) 第三取得者

第三取得者の善意・悪意は問わない。同サ-8、同19-12

(2) 引渡し

占有改定の方法による引渡しも含まれる (大判大6.7.26)。同サ-8、同30-12

2. 動産売買先取特権と譲渡担保権の優劣

構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権者は、特段の事情のない限り、第三者異議の訴えによって、動産売買先取特権者が集合物の構成部分となった動産についてした競売の不許を求めることができる (最判昭62.11.10)。同18-16

(理由) 譲渡担保の法的性質は所有権の移転であり、譲渡担保権者は「第三取得者」 (§ 333) に当たるから、当該動産について動産売買先取特権が及ばなくなる。

3. 担保物権の性質

(1) 付従性

付従性とは、債権が発生しなければ担保物権も発生せず、債権が消滅すれば担保物権も消滅するという性質のことである。この付従性が認められているのは、担保物権が一般に特定の債権を担保するために設定されるものだからである。

この付従性は、原則としてすべての担保物権において認められるが、増減変動する不特定の債権を担保する根抵当権においては認められない。

(2) 随伴性

随伴性とは、被担保債権が第三者に移転すると、担保物権もこれに伴って第三者に移転するという性質のことである。

この随伴性も、原則としてすべての担保物権において認められるが、増減変動する不特定の債権を担保する根抵当権においては認められない。

(3) 不可分性

不可分性とは、被担保債権の全額の弁済を受けるまで、目的物の全部について権利を行使することができるという性質のことである。

この不可分性は、すべての担保物権において明文をもって認められている（§ 296、§ 305、§ 350、§ 372）。[同](#)25-13（[予](#)25-6）

(4) 物上代位性

物上代位性とは、目的物の売却・賃貸・滅失又は損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても優先弁済権を及ぼすことができるという性質のことである。

この物上代位性は、先取特権（§ 304）・質権（§ 351）・抵当権（§ 372）について認められている。

【各種担保物権の比較】

		留置権	先取特権	質権	抵当権
効力	優先弁済的効力	×	○ (§ 303)	○ (§ 342)	○ (§ 369 I)
	留置的効力	○ (§ 295 I)	×	○ (§ 347本文)	×
	収益的効力	×	×	不動産質権のみ ○ (§ 356)	×
性質	付従性	○	○	○	○ 〈注 1〉
	随伴性 同 19-12	○	予 27-6	○	○ 〈注 1〉
	不可分性	○ (§ 296)	○ (§ 305、 § 296)	○ (§ 350、 § 296)	○ (§ 372、 § 296)
	物上代位性 同 19-12 同 24-14 (予 24-5)	×	○ 〈注 2〉 (§ 304)	○ (§ 350、 § 304)	○ (§ 372、 § 304)

〈注 1〉

元本確定前の根抵当権には認められていない。★

〈注 2〉

一般先取特権の場合、物上代位性は問題とならない。[同](#)27-12（[予](#)27-6）

（理由）目的物に代わる金銭その他の物も、一般財産に入って当然に担保の目的物となる。

第9章 質 権

第1節 総 則

第342条 ★★

第342条（質権の内容）

質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。 30-5

注解

1. 意義

質権とは、債権の担保として債務者又は第三者（物上保証人）から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利のことである（§342）。

2. 種類

質権には、①動産質（§352以下）、②不動産質（§356以下）、③権利質（§362以下）の3種類がある。

【質権の比較】★

	動産質	不動産質	権利質
対抗要件	占有の継続 （§352）	登記 （§177）	設定者からの通知又は第三債務者の承諾（§364Ⅰ、§467）
存続期間	なし	10年（§360）	なし
使用収益権	原則なし （§350、§298Ⅱ）	あり（§356）	なし
果実収取権	収取して他の債権者に優先して債権の弁済に充当可 （§350、§297）	当然に収取可 （§356） 21-3	———
必要費償還請求権	全額請求可 （§350、§299Ⅰ）	原則として請求不可 （§357）	———
利息請求	可（§346）	不可（§358、§359）	可（§346）
優先弁済	目的物の換価のほか、簡易な弁済充当が可能（§354）	目的物の換価のみ可能	目的債権の換価のほか、直接取立てが可能（§366Ⅰ）

第343条 ★★

第343条（質権の目的）

質権は、譲り渡すことができない物をその目的とすることができない。 21-13

趣旨

質権は目的物を換価して優先弁済を受ける効力を有するため、その目的物が換価できる譲渡性のある物でなければならないとしたものである。

注解

譲り渡すことができない物

動産	債権
あへん・偽造通貨のような禁制物	①扶養を受ける権利（§ 881） ②恩給を受ける権利（恩給法 § 11） ③性質上譲渡できない債権 ※質権者の善意・悪意を問わない 同 19-12

第344条～第345条 ★★

第344条（質権の設定）

質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる。

第345条（質権設定者による代理占有の禁止）

質権者は、質権設定者に、自己に代わって質物の占有をさせることができない。

趣旨

要物契約とすることで質権を公示して取引の安全を図るとともに、この趣旨を貫くため、質権設定者による目的物の代理占有を禁止したものである。

注解

1. 要物契約

- ① 質権の設定は、債権者にその目的物を引き渡すことによって、その効力を生ずる（§ 344）。
質権者は質権設定者に自己に代わって質物の占有をさせることができないから（§ 345）、占有改定はここにいう引渡しには当たらないが、簡易の引渡し又は指図による占有移転はこれに当たる。[同](#) 20-12、[同](#) 21-13、[同](#) 24-10（[予](#) 24-3）、[同](#) 29-14、[同](#) 30-12

★

- ② 権利質は目的物の引渡しを観念できないので、原則として質権設定の合意だけでその効力を生ずる。

2. 質物の返還と質権の消滅

質権の設定後、質権者が任意に質物を質権設定者に返還したときでも、質権は消滅しない（大判大5.12.25）。[同](#) 28-12、[同](#) 1-11

（理由）345条は質権設定者による質物の代理占有を禁じるものにすぎず、質権者が任意に質物を質権設定者に返還した場合も、通常の占有喪失の場合と同視できる。

第346条 ★★

第346条（質権の被担保債権の範囲）

質権は、元本、利息、違約金、質権の実行の費用、質物の保存の費用及び債務の不履行又は質物の隠れた瑕疵によって生じた損害の賠償を担保する。ただし、設定行為に別段の定めがあるときは、この限りでない。[同](#) 24-17（[予](#) 24-6）、[同](#) 1-13 ★

趣旨

約定担保物権である質権において、当事者が被担保債権の範囲を定めなかった場合に備えて補充的に規定されたものである。

第2章 契 約

第1節 総 則

概 説

1. 契約の分類

(1) 双務契約と片務契約

	双務契約	片務契約
意義	契約当事者が互いに対価的債務を負担する契約	契約当事者が互いに対価的債務を負担しない契約
具体例	売買・賃貸借・請負・有償委任・有償寄託	贈与・使用貸借・消費貸借・無償委任・無償寄託〈注〉
区別の実益	双務契約には同時履行の抗弁権（§ 533）・危険負担（§ 536）の規定の適用がある	

〈注〉

負担付贈与や利息付消費貸借は、互いに対価的債務を負担しているわけではないので、**片務契約**である。

(2) 有償契約と無償契約

	有償契約	無償契約
意義	契約当事者が互いに対価的出捐をする契約	契約当事者が互いに対価的出捐をしない契約
具体例	売買・賃貸借・請負・有償委任・有償寄託・利息付消費貸借〈注〉	贈与・使用貸借・無利息消費貸借・無償委任・無償寄託
区別の実益	有償契約には売買（担保責任など）の規定の適用がある	

〈注〉

利息付消費貸借は、貸主が金銭を給付し借主が利息を支払うというように、互いに対価的出捐をしているので、**有償契約**である。

(3) 諾成契約と要物契約

	諾成契約	要物契約
意義	契約当事者の合意のみで成立する契約	契約当事者の合意のほかに目的物の引渡しをすることが成立要件である契約
具体例	贈与・売買・使用貸借・賃貸借・請負・委任・寄託・代物弁済	消費貸借〈注〉・質権設定・手付

〈注〉

書面でする消費貸借は、諾成契約である（§ 587の2 I）。

(4) 要式契約と不要式契約

	要式契約	不要式契約
意義	一定の方式を備えなければ成立しない契約	一定の方式を備えなくても成立する契約
具体例	保証契約	民法上の典型契約すべて

第2節 抵当権の効力

第373条～第374条 ★★

第373条（抵当権の順位）

同一の不動産について数個の抵当権が設定されたときは、その抵当権の順位は、登記の前後による。

第374条（抵当権の順位の変更）

- 1 抵当権の順位は、各抵当権者の合意によって変更することができる。ただし、利害関係を有する者がいるときは、その承諾を得なければならない。同29-15
- 2 前項の規定による順位の変更は、その登記をしなければ、その効力を生じない。同26-11

趣旨

同一の不動産に対して数個の抵当権が設定された場合、その優劣の基準を登記の先後によることとし、合意により簡易な手続で順位の変更を認めることができたものとする。

注解

1. 要件

- ① 同一不動産上に設定された抵当権の順位の変更により影響を受ける抵当権者全員が順位の変更につき合意をしたこと
- ② 順位の変更に関与する者の承諾があること

利害関係ある者	利害関係ない者
①順位が下降する抵当権の転抵当権者 ②被担保債権の差押債権者	①債務者 ②抵当権設定者 ③保証人 ④順位が上昇する抵当権の転抵当権者

- ③ 順位変更の登記をなしたこと
登記は対抗要件ではなく効力発生要件である。同26-11

2. 効果

抵当権の順位の変更は、合意をした当事者のみならず、第三者に対しても効力が生ずる（絶対的効力）。

第375条 ★★

第375条（抵当権の被担保債権の範囲）

- 1 抵当権者は、利息その他の定期金を請求する権利を有するときは、その満期となった最後の2年分についてのみ、その抵当権を行使することができる。ただし、それ以前の定期金についても、満期後に特別の登記をしたときは、その登記の時からその抵当権を行使することを妨げない。同19-13、同26-11
- 2 前項の規定は、抵当権者が債務の不履行によって生じた損害の賠償を請求する権利を有する場合におけるその最後の2年分についても適用する。ただし、利息その他の定期金と通算して2年分を超えることができない。

趣旨

一般債権者や後順位抵当権者の利益を保護する必要があることから、被担保債権の範囲を制限したものである。

注解**被担保債権の範囲**

- ① 根抵当権でない抵当権は、担保する債権の元本のほか、利息その他の定期金のうち満期となった最後の2年分に限り、それらを担保する（§375 I 本文）。[同](#)19-13、[同](#)26-11
 （理由）無制限に利息や遅延損害金が担保されると、総額で被担保債権がいくらになるかの予測がつかず、後順位抵当権者が目的物の担保価値を評価することが困難となる。
- ② 債務者自身は、元本と最後の2年分の利息を提供して抵当権の抹消を請求することはできず、債務の全額を弁済することが必要である（大判大4.9.15）。[注](#)29-6
 （理由）被担保債権の範囲が制限されているのは後順位抵当権者の計算のためである。

第376条 ★★**第376条（抵当権の処分）**

- 1 抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる。
- 2 前項の場合において、抵当権者が数人のためにその抵当権の処分をしたときは、その処分の利益を受ける者の権利の順位は、抵当権の登記にした付記の前後による。[同](#)22-13

趣旨

抵当権者が投下資本を流動化するための手段として転抵当をなすことを認めるとともに、抵当権者が債務者の資金調達を容易にして自己への債務の弁済を円滑化する手段として他の者に自己の優先権・優先順位を処分することを認めたものである。

注解**1. 転抵当****(1) 意義**

転抵当とは、抵当権を他の債権の担保とすることである（§376 I）。この転抵当は、抵当権付の債権の質入れではなく、担保価値としての抵当権のみが担保とされるものである。

(2) 要件

- ① 転抵当権の被担保債権額が原抵当権の被担保債権額を超える場合も有効であり、単に原抵当権の被担保債権額の範囲内で優先弁済を受けることができるにすぎない。
- ② 原抵当権の被担保債権の弁済期が転抵当権の被担保債権の弁済期より先に到来する場合も有効であり、原抵当権設定者は供託により債務を免れることができる。

(3) 効果

- ① 転抵当権の実行には、転抵当権及び原抵当権の被担保債権の弁済期がともに到来することが必要である。★
 （理由）原抵当権の被担保債権の弁済期到来前に転抵当権を実行できるとすると、原抵当権設定者が転抵当によって不利益を受けることになる。
- ② 原抵当権の被担保債権額が転抵当権の被担保債権額を超過する場合、原抵当権者が原抵当権を実行して、その超過額の配当を受けることができる（大決昭7.8.29）。

注解

被担保債権の範囲

抵当権の被担保債権の範囲は制限されているのに対し（§ 375 I 本文）、質権の被担保債権の範囲に制限がないのは、後順位者が現れる可能性が少なく、その期待を心配する必要がないからである。同19-13

第347条 ★★

第347条（質物の留置）

質権者は、前条に規定する債権の弁済を受けるまでは、質物を留置することができる。ただし、この権利は、自己に対して優先権を有する債権者に対抗することができない。★

趣旨

質権には留置的効力があるため、被担保債権の弁済を受けるまで、質物の譲受人及び競落人に対しても質権を主張できるが、質権に対して優先権を有する債権者には対抗できないとしたものである。

第348条 ★★

第348条（転質）

質権者は、その権利の存続期間内において、自己の責任で、質物について、転質をすることができる。この場合において、転質をしたことによって生じた損失については、不可抗力によるものであっても、その責任を負う。同22-11、同1-13

趣旨

質権者の投下資本の流動化を図るため、質物の所有者の承諾がなくても、質物をさらに質入れすること（転質）を認めたものである。

注解

1. 責任転質

(1) 意義

責任転質とは、設定者の承諾を得ずに、自己の責任をもって転質をなすことである。

(2) 法的性質

	共同質入説	質物再度質入説
意義	責任転質は、質物と被担保債権の双方に質権を設定するものである	責任転質は、質物に再度質権を設定するものである
論拠	質権の付従性から、質物を被担保債権とは別に処分することは許されない	①348条は権利質ではなく質権総則に置かれている ②共同質入説によると責任転質が権利質となり、348条の規定が無意味となる
帰結	転質権者は原質権の被担保債権を直接取り立てることができる（§ 366 I）	転質権者は原債権の被担保債権を直接取り立てることはできない

(3) 要件

- ① 転質権の被担保債権額が原債権の被担保債権額を超えないこと（大連決大14.7.14）
- ② 転質権の存続期間が原質権の存続期間を超えないこと（§ 348前段）

(4) 効果

- ① 転質をしたことによって生じた損失については、不可抗力によるものであっても、その責任を負う（§348後段）。[同](#)22-11
- ② 転質権者が転質権を実行するためには、原質権及び転質権の弁済期がともに到来していなければならない。

2. 承諾転質

(1) 意義

承諾転質とは、設定者の承諾を得て転質をなすことである。

(2) 要件・効果

承諾の内容いかんによって決せられる。

第349条 ★★

第349条（契約による質物の処分禁止）

質権設定者は、設定行為又は債務の弁済期前の契約において、質権者に弁済として質物の所有権を取得させ、その他法律に定める方法によらないで質物を処分させることを約することができない。

 趣 旨

立場の弱い債務者の窮迫に乗じて債務額に比べて不相応に大きな価値のある質物の所有権を債権者に移転する契約が締結されるのを防ごうとしたものである。

 注 解

流質契約が許容される場合

- ① 質権により担保される債権の弁済期後であれば、質権者と質権設定者は、債務の弁済として質物を質権者に取得させることを合意することができる。[同](#)21-13
（理由）弁済期後は債務者が窮迫した事情から不利益な契約を強制されるおそれが小さい。
- ② 質権者と質権設定者は、弁済に代えて任意に質物の所有権を質権者に移転することを合意することができる。
（理由）所有権の移転が質権設定者の意思に委ねられており、債務者の窮迫に乗じて契約がなされたわけではない。

第350条 ★★

第350条（留置権及び先取特権の規定の準用）

第296条から第300条まで〔留置権者の権利義務〕及び第304条〔物上代位〕の規定は、質権について準用する。

 注 解

留置権の規定の準用

準用あり	準用なし
①不可分性（§296） 同 20-12	①担保の提供による消滅（§301）
②果実取権（§297Ⅰ） 同 1-13	②占有の喪失による消滅（§302）
③保管義務（§298） 同 20-12	
④費用償還請求権（§299）	
⑤被担保債権の消滅時効（§300） 同 20-12	

第351条 ★★

第351条（物上保証人の求償権）

他人の債務を担保するため質権を設定した者は、その債務を弁済し、又は質権の実行によって質物の所有権を失ったときは、保証債務に関する規定に従い、債務者に対して求償権を有する。

趣旨

他人の債務を担保するため質権を設定した者（物上保証人）がその債務を弁済し又は質権の実行によって質物の所有権を失ったときは、保証人が主たる債務を弁済して消滅させたのと類似していることから、物上保証人に保証人と同様の求償権を取得させたものである。

横断整理

【保証と物上保証】

	保証	物上保証
意義	主たる債務者が債務を履行しない場合に代わって履行すること	他人の債務のために自己の所有する財産を担保に供すること
責任の範囲	一般財産	担保に供した財産
性質	付従性・随伴性・補充性○	付従性・随伴性は○、補充性は×
主たる債務の消滅時効	①更新の効力が及ぶ（§ 457 I） ②援用可能（大判大4.7.13）	①更新の効力が及ぶ（最判平7.3.10） ②援用可能（最判昭42.10.27）
求償権	事前求償権（§ 460）・事後求償権（§ 459、§ 462）ともに○	事前求償権は×（最判平2.12.18）、事後求償権は○（§ 351） ※求償の範囲は保証と同様
相殺の援用権	○（§ 457 II）	×
弁済による代位	○（§ 499、§ 500かつこ書）	

第2節 動産質

第352条 ★★

第352条（動産質の対抗要件）

動産質権者は、継続して質物を占有しなければ、その質権をもって第三者に対抗することができない。

趣旨

動産質権は質物の占有を成立要件とし（§ 342）、その占有が動産質権の公示の役割を果たすことから、その占有の継続を第三者に対する対抗要件としたものである。

第353条 ★★

第353条（質物の占有の回復）

動産質権者は、質物の占有を奪われたときは、占有回収の訴えによってのみ、その質物を回復することができる。同22-11、同28-7

趣旨

占有の喪失により対抗力が失われることから（§ 352）、動産質権に基づいてその質物の返還を請求することはできないとしたものである。

第354条 ★**第354条 (動産質権の実行)**

動産質権者は、その債権の弁済を受けないときは、正当な理由がある場合に限り、鑑定人の評価に従い質物をもって直ちに弁済に充てることを裁判所に請求することができる。この場合において、動産質権者は、あらかじめ、その請求をする旨を債務者に通知しなければならない。

**趣 旨**

動産質権の場合、法定の手続によって競売するとかえって費用倒れとなって質権者が十分な弁済を受けることができなくなることから、**簡易な弁済充当**を認めたものである。

第355条 ★**第355条 (動産質権の順位)**

同一の動産について数個の質権が設定されたときは、その質権の順位は、設定の前後による。

**注 解****動産質権の順位**

同一の動産について数個の質権が設定されたときは、その質権の順位は、設定の前後によるとされており（§ 355）、同一の動産について複数の質権が設定されることが前提とされている。**同22-11 ★**

（具体例）同一の直接占有者を代理占有者として、**指図による占有移転**によって複数の質権が設定された場合

第3節 不動産質**第356条 ★★****第356条 (不動産質権者による使用及び収益)**

不動産質権者は、質権の目的である不動産の用法に従い、その使用及び収益をすることができる。**同21-3、同26-11 ★**

**趣 旨**

質権者が用益しないと不動産は遊休状態となり社会経済上不合理であることから、不動産質権者に目的不動産の使用収益権を認めたものである。

第357条 ★★**第357条 (不動産質権者による管理の費用等の負担)**

不動産質権者は、管理の費用を支払い、その他不動産に関する負担を負う。

**趣 旨**

不動産質権者が目的不動産の使用収益権を有する反面、管理費用などを支払うこととして、質権設定者との公平を図ったものである。

第358条～第359条 ★★

第358条（不動産質権者による利息の請求の禁止）

不動産質権者は、その債権の利息を請求することができない。同22-11、同1-11 ★

第359条（設定行為に別段の定めがある場合等）

前三条の規定は、設定行為に別段の定めがあるとき、又は担保不動産収益執行（民事執行法第180条第2号に規定する担保不動産収益執行をいう。以下同じ。）の開始があったときは、適用しない。同22-11、同24-17（同24-6）、同30-12

 趣旨

果実が被担保債権の利息に相当することから、質権者の収益額と利息額の間の複雑な計算を回避するため、不動産質権者は利息を請求できないこととしたものである。

第360条 ★

第360条（不動産質権の存続期間）

- 1 不動産質権の存続期間は、10年を超えることができない。設定行為でこれより長い期間を定めたときであっても、その期間は、10年とする。
- 2 不動産質権の設定は、更新することができる。ただし、その存続期間は、更新の時から10年を超えることができない。

 趣旨

目的不動産の荒廃を防ぐため、不動産質権の存続期間を10年と定めたものである。

第361条 ★

第361条（抵当権の規定の準用）

不動産質権については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、次章（抵当権）の規定を準用する。

 趣旨

不動産質権と抵当権は、不動産の交換価値を把握する権利である点で類似しているから、不動産質権に抵当権に関する規定を準用したものである。

 注解

準用規定

留置権の規定の準用（§350）	抵当権の規定の準用（§361）
①不可分性（§296） ②保管義務（§298） ③有益費償還請求権（§299Ⅱ） ④消滅時効の進行（§300）	①効力の及ぶ範囲（§370）★ ②抵当権の順位（§373） ③代価弁済・抵当権消滅請求（§378、§379）

第4節 権利質

第362条 ★★

第362条（権利質の目的等）

- 1 質権は、財産権をその目的とすることができる。
- 2 前項の質権については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、前三節（総則、動産質及び不動産質）の規定を準用する。

注解**1. 権利質の目的**

権利質の目的は、財産的価値を有し、かつ、譲渡可能なものでなければならない。
(具体例) 債権、株式、無体財産権

2. 権利質の効力が及ぶ範囲

権利質の効力は、買入れされた元本債権のみならず、利息債権・保証債権・担保権などにも及ぶ。 **同**21-14

第363条～第365条 ★★

第363条 削除

第364条 (債権を目的とする質権の對抗要件)

債権を目的とする質権の設定(現に発生していない債権を目的とするものを含む。)は、第467条の規定に従い、第三債務者にその質権の設定を通知し、又は第三債務者がこれを承諾しなければ、これをもって第三債務者その他の第三者に対抗することができない。★

第365条 削除

趣旨

債権に質権を設定した場合、第三債務者の二重払いの危険があるため、第三債務者に対する對抗要件として、**設定者からの通知**又は**第三債務者の承諾**を必要としたものである。

注解**1. 對抗要件****(1) 第三債務者に対する對抗要件**

第三債務者に対する對抗要件は、**質権設定者の第三債務者に対する通知**又は**第三債務者の承諾**である(§364、§467Ⅰ)。

(2) 第三者に対する對抗要件

ア. 債権者が個人である指名債権を質権の目的とした場合

第三者に対する對抗要件は、**確定日付のある証書による通知又は承諾**である(§364、§467Ⅱ)。 **同**23-13

イ. 債権者が法人である指名債権を質権の目的とした場合

確定日付のある証書による通知又は承諾のほか、**債権譲渡登記ファイルに質権設定登記**をすることによっても、第三者に対する對抗要件を具備することができる(動産及び債権の譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律§14Ⅰ、§4Ⅰ前段)。 **同**22-11

2. 権利質の効力

- ① 権利質が設定された場合でも、質権設定者は、目的債権の消滅時効更新のために必要があるときは、目的債権の債務者を被告として、債権存在確認の訴えを提起することができる(大判昭56.27)。 **同**21-14
- ② 権利質が設定された場合でも、質権設定者は、目的債権を譲渡することができる(大判大8.8.25)。 **同**21-14
- ③ 権利質が設定され對抗要件が備えられた場合、設定者の第三債務者に対する債権が差し押さえられたのと同様な効果を生ずるので、481条1項の類推適用により、設定者及び第三債務者は、設定された債権につき取立て・弁済・相殺・免除などの債権を消滅させる行為をしたとしても、それをもって質権者に対抗することができない(大判大5.9.5)。

→対抗要件が備えられる前であれば債権の消滅を質権者に対抗できる。同21-14

3. 担保価値維持義務

- ① 債権が質権の目的とされた場合、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負う（最判平18.12.21＝百選Ⅰ No83）。
- ② 破産財団に賃料等を支払うのに十分な銀行預金が存在しており、これを現実に支払うことに支障がなかった場合、破産管財人が、破産者の締結していた建物賃貸借契約を合意解除するに際し、賃貸人との間で破産手続開始決定後の未払賃料等に破産者が差し入れていた敷金を充当する旨の合意をし、質権の設定された敷金返還請求権の発生を阻害したことは、目的債権の担保価値を維持すべき義務に違反する（同判例）。

第366条～第368条 ★★

第366条（質権者による債権の取立て等）

- 1 質権者は、質権の目的である債権を直接に取り立てることができる。同1-13 ★
- 2 債権の目的物が金銭であるときは、質権者は、自己の債権額に対応する部分に限り、これを取り立てることができる。同21-14、同23-13、同25-13（**特**25-6） ★
- 3 前項の債権の弁済期が質権者の債権の弁済期前に到来したときは、質権者は、第三債務者にその弁済をすべき金額を供託させることができる。この場合において、質権は、その供託金について存在する。同29-14 ★
- 4 債権の目的物が金銭でないときは、質権者は、弁済として受けた物について質権を有する。

第367条及び第368条 削除

趣旨

質権者が質権の目的である債権を直接に取り立てることができることとして、競売手続の省略による法律関係の簡易化を図ったものである。