

2. 物権

2.1. 物権とは

日常生活において、人は土地、建物、自動車、衣服、時計、食料品といった有体物（第 85 条参照）を自らの財物として支配し、利用している。他人がこれらの物の利用を妨害する場合は、それを排除する手段に出るが、このように、人が物を独占的に使用する権利を物権という。

なお、歌詞や曲、アイデア、情報、デザインといった無体物も権利の客体になることができるが、財産の基本が有体物であった時代に起草された民法は、それを有体物に限定し（第 85 条）、無体物については特別法が制定されている。

2.2. 物権の種類

民法は第 2 編において、10 種類の物権について定めているが、第 175 条によれば、私人間で勝手に新しい種類の物権を創設することはできない。また、民法やその他の法律が定める物権の効力を当事者間の合意により変更することも許されない。これを物権法定主義と呼ぶが、これは、私人間で新たな物権が創設されたり、物権の効力が変更されると、取引の安全が害されるためである。



なお、民法といった実体法ではなく、慣習法により物権を認めることができるかという問題がある。土地から湧き出る温泉を利用する権利（湯口権）は、土地の所有権から独立した別個の慣習法上の物権にあたり、この権利を有する者は、土地を新たに譲り受けた者ないし土地を差し押さえた者に対し、温泉の排他的な利用を主張することが許されるかどうか争われた事件で、大審院は、立札を立てたり、役所に登録するといった湯口権を明認する方法を講じていなければ、それを第三者に主張することはできないと判断した（大判昭 15・9・18 民集 19 卷 1611 頁、鷹の湯事件）。

〔問題〕 上掲の鷹の湯事件において、大審院は湯口権を慣習法上の物権として認めていると捉えてよいかどうか検討しなさい。

2.3. 所有権

前述したように、民法は10種の物権について定めているが、その最も基本的ないし完全なる効力を持つものは所有権である。つまり、所有権とは物に対する完全な支配権を指すが、「完全な」とは、①用益権（物を利用する権利）と②処分権（例えば、物を売却する権利）の双方が含まれることを指す。

〔問題〕 ① 占有権も「完全な」物権にあたるかどうか検討しなさい。

② AはBから船舶を盗み、日本橋付近に停留させていたところ、Bがそれを発見して船舶を取り戻した。また、後日、船をCに売却した。船の占有を奪われたAは、Bに対し損害賠償を請求することが認められるか。また、この場合の損害賠償とは何か検討しなさい（大判大正13年5月22日、小舟丸事件参照）。

③ DはEから自転車を盗み、それをFに売却した。EはFに自転車の返還を求めることができるか。それとも、Fの方が優先的に保護されるか。

④ 上述したように、所有権とは「完全な」支配権を指すが、第206条はその制限が認められることを前提にしている。所有権が制限される場合の例を挙げなさい。

⑤ 上述したように、所有権は「完全な」支配権である。そのため、複数の者が同一の有体物の所有権を同時に取得することはできないか検討しなさい。

⑥ ある有体物に対しては一つの物権しか成立しないとする原則を「一物一権主義」と言うが、その具体例を挙げなさい。

⑦ GはHに土地を売った後、同一物をIにも売却した（二重譲渡）。我が国の民法によると、契約成立時に土地の所有権はHに移転するため、Gは所有権を失うことになるが、GがIにも同一物を売却することができるのは、どのような理由に基づくか検討しなさい。また、このケースは二重譲渡ではなく、他人物売買と捉えるべきか考えなさい。

⑧ JはKにも、Lにも土地を売却したとする。KとLのどちらが優先するか、また、LがKへの譲渡を知っていたとすれば保護されないか答えなさい。

2.4. 所有権以外の物権

民法第2部は、所有権の他に、①占有権、②地上権、③永小作権、④地役権、⑤入会権、⑥留置権、⑦先取特権、⑧質権、⑨抵当権について定めているが、②～⑤は他人の土地の利用にかかる物権であるため用益物権と、また⑥～⑨は債権の実現を確保(担保)するために設定される物権であるため、担保物権と呼ばれる。なお、そのいずれにも属さない占有権は、物を事実上、支配する者に認められる特殊な物権であるが、他人がこれを持つと、所有権が制限される点では、用益物権や担保物権と同じである。

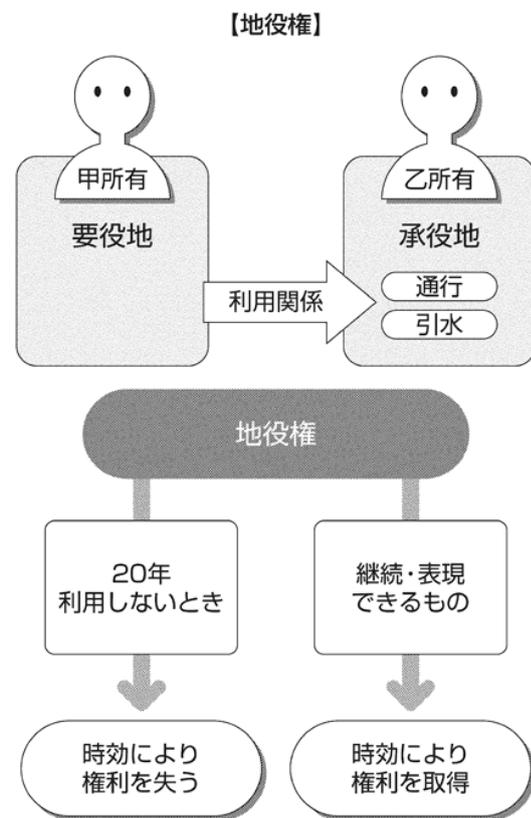
(1) 地役権 (図解による法律用語辞典(補訂4版追補)より引用)

甲地の利益のために乙地を利用し、ここを通行したり引水したりする物権(280条～294条)。甲地を要役地、乙地を承役地という。これによって甲地の利用価値を増すものでなければならない。甲地の所有者がたまたま昆虫学者で乙地の所有者と乙地で採集してもよいという約束をしても、それは甲の個人的利益のためのものであるから地役権ではない。

二つの土地の間の利用の調節を図る点で相隣関係に似ているが、相隣関係が最小限度の利用の調節を目的として法律上当然に生ずるのに対して、地役権は原則として契約によって設定される点に違いがある。

地役権には、甲地のために乙地を通行する権利、乙地から水を引く権利、乙地に高い建物を建築させない権利など、いろいろな種類がある。甲地の所有者と乙地の所有者の契約によって生ずるのが普通であるが、甲地の所有者が時効によってこの権利を取得することもできる。ただし、時効によって取得し得る地役権は「継続かつ表現のもの」、すなわち地役権の行使が中断なく外部から見えるものでなければならない(なお最後の例は時効で取得することはできない)。

甲地の所有者が乙地を利用できるといっても、できるだけ乙地に迷惑のかからないように利用すべきことは当然である。地役権は甲地に付着する権利であるから、甲地の所有者が変更しても消滅することはない。



※ 地役権者が地役権を第三者に対して主張するには、本来、地役権の登記が必要だが(第177条)、継続的に他人の土地(承役地)を通行していることが明らかで、その他人の土地(承役地)を譲り受けた者がそのことを認識していたか、または認識できたときは、地役権者は登記がなくてもこの第三者に対して地役権を主張できる(最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁)。

〔問題〕

- ① A は公道に出るため、B 所有の土地の一部を借り受けたが（賃貸借）、B から賃料を請求されなかったため、無料で使用し続けた。A は B から借りていた土地を時効により取得することができるか。できるとする場合は、何年間、土地を占有しつづけなければならないか。
- ② A が B の土地に地上権を設定していた場合はどうか答えなさい。

※ 第 283 条が定める「継続性」の要件は、単に A が土地を通行するというだけでは不十分で、通路の開設が必要である。さらに、時効取得を援用する者（A）が自ら通路を開設することが必要となる（前掲最判）。土地の所有者（B）が好意的に他人（A）の通行を認めていたところ、その通行者が開き直り、地役権の時効取得を主張するのは不当であるため、通説も同様に解している。

- ③ ②のケースにおいて、A が地役権を時効取得する場合と、所有権を時効取得する場合でどのような違いがあるか検討しなさい。

〔参考〕 取得時効について定める第 162 条第 1 項は、「20 年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する」と定めており、「地益権」を取得すると定めているわけではない。

- ④ B の賃料支払請求権は何年間、行使しないと時効により消滅するか答えなさい。

(2) 入会権

山林、原野を村人が共同で利用し、たき木を採ったり、草を刈って飼料にするといった慣行が各地で昔から見受けられる。この慣行上の権利を入会権と呼ぶが、同権利について、第263条は「共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか、共有の規定を適用する」と定める。

他方、第294条は、共有の性質を有しない入会権については、各地方の慣習に従う他、地役権の規定を準用すると定めるが、共有の性質を有さない入会権とは、入会権者ないしその団体である入会団体が土地（入会地）の所有権を持っていない場合を指す。非所有権者が他人の土地を利用するという点で、地役権と同じであるため、第294条は地役権に関する規定を準用すると定めている。

ただし、入会権者ないし入会団体が入会地の所有権を持っている場合、つまり、共有の性質を有する入会権であっても、権利者間の関係は普通の共有と違って団体としての性質が強く、いわゆる総有の関係にあるとされている。つまり、個々の権利者には持分が与えられず、団体的拘束の下で、物の使用・収益が許されるにすぎない。個々の権利者が持分を有するわけではないため、その分割や分割請求もありえない。

◎ 共有（図解による法律用語辞典（補訂4版追補）より）

複数の人が一個の物の上の所有権を分量的に分割して有すること。例えば、A・B・Cの三人が甲地を共同で購入したときは、甲地は三人の共有となり、各人は、甲地上にそれぞれ分量的に制限された権利（持分権、別項参照）を持つ。

一般に、二人以上の者が一個の物を共同で所有するのを「共同所有」といい、総有・合有・共有の三形態があるが、民法は、共有についてだけ規定し、共同所有が問題となる場合をすべて「共有」の語で表現する（組合財産につき六六八条、夫婦の財産につき七六二条二項、共同相続財産につき八九八条など）。しかし、これらをすべて文字どおり「共有」とみてよいかは問題である。

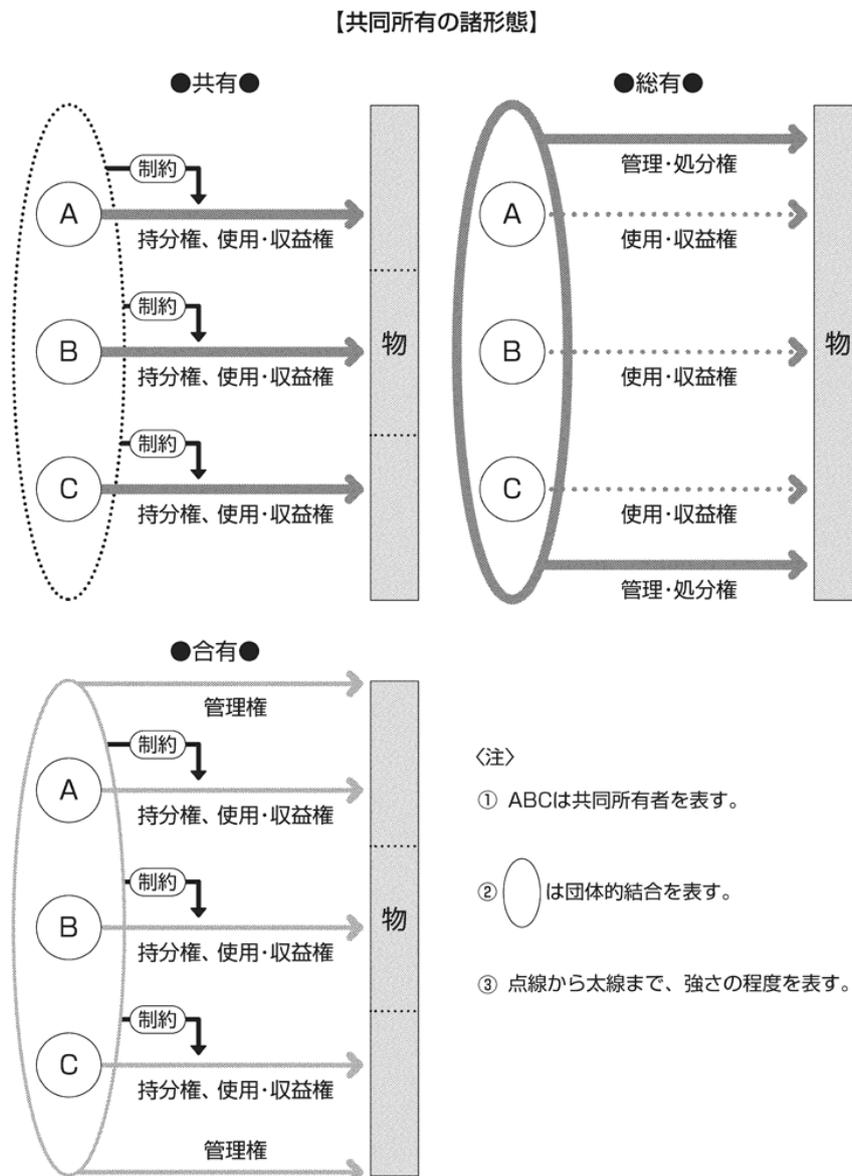
共有の最も重要な特徴は、（イ）共有者間に団体的な結合関係がないか、あっても極めて弱く、（ロ）各人の持分権は、一般の所有権と同じ性格を持ち、原則として自由に処分でき、（ハ）共有物の分割も原則として自由である、などの点にある。

- ① 各共有者は、別段の合意がない限り、目的物の全部につき使用・収益する権利を持つ（二四九条）。自己の有する分量的な割合（持分または持分率という）だけに限られない。なお、持分は、平等なものとして推定される（二五〇条）。
- ② 共有物についての保存行為は各自単独でできるが、それ以外の管理に関する事柄（共有物の利用方法など）は、共有者の持分の価格に従って過半数で決めなければならない（二五二条）、また、共有物に物理的な変更を加え、あるいはこれを他に処分するには全員の同意が必要である（二五一条）。管理に必要な費用・公租公課等は持分の割合に応じて各自負担し、もしこれを一年以内に履行しない者があれば、その持分を買い取ることもできる（二五三条）。
共有物の使用・収益を妨害する者があれば、共有者は各自自己の持分権に基づいて単独で妨害を排除することができる（次項参照）。
- ③ 共有者は、五年の範囲で分割しない合意（不分割特約）をすることができる（二五六条一項但書・同条二項）が、それがなければ、原則としていつでも共有物の分割を請求することができる（二五六条）。分割に全員の協議が必要であり（協議分割）、協議が調えば、現物をそのまま物理的に分割すること（現実分割）も、一人が全部を取得し、他に価格を支払うこと（価格賠償）も、全部売却して代金を分割すること（代金分割）も自由である。この協議が調わなければ、裁判所に分割を請求する（裁判分割）。裁判所は原則として現物分割をすべきであるが、それが不可能ないし妥当でないときは、競売して代金を分配する（二五八条）。

◎ 合有 (図解による法律用語辞典(補訂4版追補)より]

合有は、各人が持分権を有する点で共有と同じで、総有と異なるが、共有では、各共有者は持分権の処分や分割請求が原則として自由であるのに対して、合有では、各人の間に団体的な結合があり、その目的によって各人の持分権の処分や分割請求が制限あるいは禁止される点で、より団体的色彩の強い共同所有の形態である。その意味で、合有は共有と総有との中間にあるといつてよい。

民法はこの語を用いていないが、組合財産の「共有」(六六八条)を合有と解する学説が強い。組合員の持分権の処分や分割請求が制限されているからである(六七六条)。相続財産の「共有」(八九八条)もこれを合有と解する見解がある。



◎ 取得時効 — 物権変動の原因

第 162 条によれば、物のある一定期間、占有した者は、占有物の所有権を取得することができる。つまり、取得時効は所有権変動の一因である。この点に関し、以下の問題に答えなさい。

- ① 所有権以外の権利を時効により取得することも可能か（第 163 条参照）。
- ② A の父は 1995 年 1 月から 2004 年 12 月まで B 所有の土地を占有していたが、2005 年 1 月以降は A がその土地を占有している。A は、父親が占有してきた期間を合算し、取得時効を援用することが許されるか（第 187 条第 1 項）。
- ③ A の父親は、その土地が B のものだと知らずに占有を開始したが、A はそれを知りつつ占有を開始した場合、A は何年間、その土地を占有すれば、土地の所有権を取得することができるか（第 187 条参照）。
- ④ A の父親または A が善意で占有を開始したかどうか争いがあるとき、それを証明しなければならないのは誰か（第 186 条第 1 項参照）。
- ⑤ 時効が成立すると、A はどの時点で土地の所有者になるか。父親が占有を開始したときか、それとも、第 162 条所定の時効期間が満了したときか（第 144 条参照）。
- ⑥ 2019 年 10 月、B は時効が成立するまでの期間の土地の使用料を A に請求することができるか（第 144 条参照）。
- ⑦ 現行第 147 条によれば、B が土地の明け渡しを請求すれば、時効期間は中断するが、裁判所に訴えを提起するのではなく、口頭ないし書面（郵便）で明け渡しを催告する場合には、その 6 ヶ月以内に裁判所に訴えを提起しなければ、時効の中断効は生じない（第 153 条）。この点について、新法はどのように定めているか答えなさい。
- ⑧ 時効の中断と停止の違いについて説明しなさい。



次頁参照

◎ 時効の中断と停止

時効の中断とは時効の完成に必要な期間の進行を止め、すでに進行していた期間をゼロに戻すことを指す。別の観点から捉えるならば、期間を新たにスタートさせることである。時効の中断をもたらす事由を**中断事由**と呼ぶが、民法は以下の3つの事由を挙げている（第147条）。

① 請求（第149条～第153条）

請求には裁判上の請求（訴えの提起）と裁判外の請求（催告）があるが、前者は訴えが取り下げられたり、**訴訟要件**を満たさないといった理由に基づき却下されると、中断効は発生しない。

② 差押え、仮差押え、または仮処分（第154条～第155条）

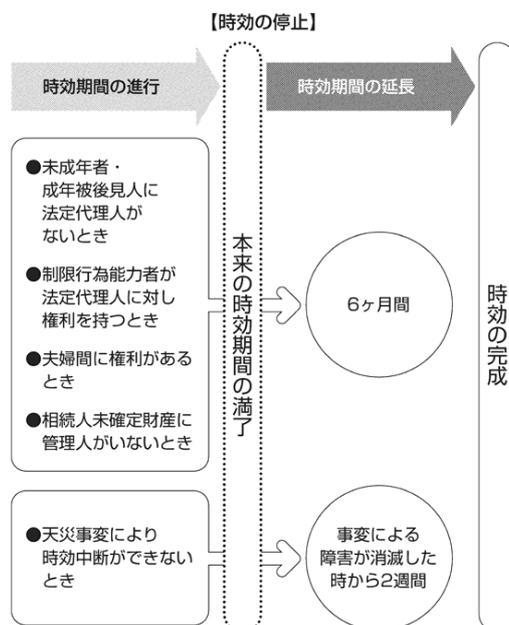
前掲の請求と同様に申し立てが却下されたり、当事者が自主的に取り下げる場合には中断効は発生しない。

③ （権利の）承認（第156条）

これらの中断事由が終了すると、新たに期間が進行する（第157条第1項）。

中断の効力は、当事者およびその承継人の中でのみ生じる（第148条）。

これに対し、**時効の停止**とは、時効の完成を一定期間、猶予することを指す。未成年者に法定代理人がいなかったり、天災が発生したといった理由に基づき、時効を中断させることができない場合に認められる（第158条～第161条）。



なお、一般の用語上、「中断」とは、ものごとを一時的に止めることを指すが、時効の中断とはそうではなく、進行してきた期間をリセットし、期間を新たに開始することを指す。

他方、本来、「停止」とは、動いているものを止めるという意だが、時効の停止はある一定期間、時効の完成を猶予することを指す。

このように、一般的な用法とは異なっているが、それに合わせるため¹、改正民法は、時効の中断を更新に、また、時効の停止を猶予に変更している。また、従来は中断事由とされていた事由を更新事由としてだけでなく、猶予事由（時効完成猶予事由）として扱っている。

時効の中断 → 更新
停止 → 猶予（完成猶予）

◎ 主な更新事由と完成猶予事由

事由	猶予	更新
①裁判上の請求 ②支払特則 ③調停 ④破産手続参加	原則として①～④の事由が終了するまで時効は完成しない（新第147条第1項）。	確定判決等により権利が確定する場合、①～④の事由が終了した時点で新たな時効が進行する（新第147条第2項）。
⑤強制執行 ⑥担保権の実行 ⑦担保権の実行としての競売	原則として⑤～⑦の事由が終了するまで時効は完成しない（新第148条第1項）。	原則として、⑤～⑦の事由が終了した時点で、新たな時効が進行する（新第148条第2項）。
⑧仮差押え ⑨仮処分	⑧、⑨の事由の終了時から6ヶ月間、時効は完成しない。	
⑩履行の催告	⑩の時から6ヶ月間、時効は完成しない。	
⑪権利の承認		⑪の時から新たに時効が進行する。

¹ 現行第153条によれば、裁判外の請求（催告）をしても、6ヶ月以内に裁判上の請求等を行わなければ、時効は中断しないが、ここでの「中断」とは時効期間のリセットを指すのではなく、6ヶ月間、期間の進行が（一時的に）止まることを指す。つまり、一般的な意味での「中断」を指す。

なお、6ヶ月以内に訴えが提起されても、自動的に時効期間がリセット（中断）されるわけではない。つまり、訴訟要件に欠けるため却下されるような場合は、リセットされない。

(3) 地上権

① 農作物を植えるため、地上権を設定することもできるか。

→ できない。

この場合には永小作権を設定することになる（第 270 条～第 279 条）。

② 地上権の範囲は地上に限定されるため、地下を利用することはできないと考えるか。

③ ビルの建築を目的として地上権を設定し、他人に与えるならば、同じ土地の上ないし地下に別の地上権を設定し、第三者に利用させることはできなくなるか。例えば、建物の上に電線を張らせるために空中に地上権を設定したり、地下鉄を走らせるために地下に地上権を設け、電力会社や鉄道会社に上空や地下を利用させ、収益を得ることも可能か。

④ 無期限の地上権を設定することも許されるか。

(4) 地役権

- ① A 地の便益のため、B 地に設定する権利を地役権と呼ぶが、A 地と B 地は隣接していなければならないか。
- ② A 地の所有者は銀行からお金を借りた。その支払いを担保するため、B 地に設定した地益権に抵当権を設定することは可能か（地役権の附従性、第 281 条参照）。
- ③ 複数の者が共同で A 地を所有している場合（共有）、その一人が自らの持分のためだけに単独で B 地に地役権を設定することも可能か（地役権の不可分性、第 282 条第 1 項）。または、その一人のみが B 地を利用し続け、地役権を時効で取得するような場合、他の所有者（共有者）は地役権を時効で取得することにはならないか（第 284 条第 1 項）。
- ④ 袋地の所有者は隣地に地上権を設定することができなければ、公道に出ることはできないか（相隣関係に基づく法定の囲繞地通行権、第 209 条～第 213 条）。

民法は、債務の弁済を担保する手段として、①人的担保と②物的担保について定めている。

- ・ 人的担保 当事者間で締結される保証契約に基づき設定される担保
複数人が連帯して保証債務を負うケースを連帯保証と言う。
- ・ 物的担保 物に対して設定される担保
法律に基づき設定される法定担保（留置権、先取特権）と当事者間の契約に基づき設定される約定担保（質権、抵当権）がある。

人的担保に基づく請求権は債権であるのに対し、物的担保に基づく請求権は物権（物権の効力）であり、債権に優先する。

〔問題〕 A は B から口約束のみで金銭を借り受けた。また、C を保証人に立て、D から金銭を借りた。さらに、自らの土地に抵当権を設定し、E からも金銭を借りた。B、D、E の内、A から借金を優先的に回収できるのは誰か。

A は B に家を売却したが、代金の支払いを担保するため、その家に抵当権を設定した。A が代金支払請求権（被担保債権）を C に譲渡するとき、抵当権も C に譲渡される（担保物権の随伴性）。他方、B が債務を弁済すれば、抵当権も消滅する（担保物権の附従性）。また、B が債務を完全に履行するまで、A ないし C は目的物全体について担保物権を行使することができる（担保物権の不可分性、第 296 条参照）。

担保の目的物が消滅した場合（例えば、上掲のケースで、家が火災で焼失した場合）、担保権者は価値代替物（例えば、火災保険金）に対し、権利を行使できる場合がある（物上代位）。

- ※ A は B に家を売却したが、代金の支払いを担保するため、その家に抵当権を設定した。B ではなく、C 所有の家に抵当権を設定することも可能である。この場合、C を物上保証人と呼ぶ。

(5) 留置権

留置権とは、例えば、車の修理業者は、修理代金を支払ってもらうまで、車を占有することが許されるというように、他人の物に関して発生した債権の実現を担保するため、その物の占有者に与えられる物権を指す（第 295 条第 1 項本文）。

ただし、修理代の支払時期について特約が定められていたり、弁済期がまだ到来していない場合には、留置権の行使は認められない（同項但書）。

また、修理業者が他人の物を盗み、それを修理するといった場合のように、占有が不法行為に基づき開始された場合にも、留置権は発生しない（第 2 項）。

留置権にも附従性、随伴性や不可分性が認められるが（留置権者は留置物を競売^{けいばい}にかけ、債権を優先的に回収することはできないが、その他の理由によって留置物が競売^{けいばい}にかけられ、落札されたときは、競落人^{けいらくにん}に対しても留置権を行使できる）、優先的効力や物上代位性はない。

留置権者は、留置物より生じた果実を取得し、それを被担保債権の弁済に充てることができる（第 297 条）。これに対し、債務者の承諾なしに、留置物を使用・収益したり、処分してはならず、留置権者がこれに違反するときは、債務者は留置権の消滅を主張することができる（第 298 条第 3 項）。また、留置権者は、自らの物に対するより重い、善良なる管理者としての注意義務が課される。

(6) 先取特権

先取特権とは、法律が定める特定の債権を有する者が他者に優先して債務の弁済を受けられる担保物権を指す。この債権には第 306 条以下で定められているものの他、特別法で定められているもの²がある。

先取特権は債務者の全ての財産に対して成立するもの（一般先取特権）と一定の財産に対して成立するもの（特別先取特権）に分かれるが、各々の内容は以下の通りである。

(1) 一般先取特権

① 共益費用にかかる債権、② 未払給料を含む雇用関係より生じた債権、③ 葬式の費用にかかる債権、④ 日用品の供給にかかる債権について、債権者は債務者の全ての財産に対し先取特権を有する（第 306 条～第 310 条）。

これらの債権について同時に他の先取特権が成立しているときは、前掲の①から④の順に優先する（第 329 条第 1 項）。

(2) 特別先取特権

特別先取特権とは、債務者の一定の財産に対し成立する担保物権であるが、債務者の財産が動産の場合と不動産の場合で異なる。

① 動産に対する先取特権

不動産の賃貸借、旅館の宿泊、旅客や荷物の運輸、動産の売買等を原因として生じた債権については、債務者の特定の動産に対し先取特権が成立する（第 311 条～第 324 条）。

例：旅館の宿泊を原因として生じた債権（宿泊費や飲食費の支払請求権）にかかる先取特権は、その旅館にある債務者の手荷物について成立する（第 317 条）。

② 不動産に対する先取特権

不動産の保存（修繕）、工事や売買を原因として生じた債権については、債務者の特定の不動産に対し先取特権が成立する（第 325 条～第 328 条）。

※ 一般先取特権と特別先取特権が競合するときは、後者が優先する。

² 建物の区分所有等に関する法律第 7 条第 1 項は次のように定める。

区分所有者は、共用部分、建物の敷地若しくは共用部分以外の建物の附属施設につき他の区分所有者に対して有する債権又は規約若しくは集会の決議に基づき他の区分所有者に対して有する債権について、債務者の区分所有権（共用部分に関する権利及び敷地利用権を含む。）及び建物に備え付けた動産の上に先取特権を有する。管理者又は管理組合法人がその職務又は業務を行うにつき区分所有者に対して有する債権についても、同様とする。

【問題】この規定によれば、どのような債権に先取特権が成立するか、また、それはどのような物に設定されるか（担保の目的物）答えなさい。

◎ 先取特権の行使

売却した動産が売ったときと同じ状態で買主の手元にある場合には、裁判所の執行官に動産競売を申し立てる。そして、当該商品を差し押さえて競売にかけ、先取特権者は競売代金から配当を受ける。

(7) 質権

質権とは、債権者が債権の担保を目的として債務者や物上保証人（14 頁参照）から引き渡された物や権利を債務の弁済がなされるまで留置し、弁済がなされない場合には、その物や権利から優先的に弁済を受けることができる権利を指す（第 342 条）。

質権は当事者間の合意のみによっては成立せず、物や権利の引き渡しを必要とする（要物契約）。

債務者が債務を弁済できないときは、質権の目的物の所有権は質権者に移転する（質権者が目的物の所有権を取得する）という取り決めを流質契約と呼ぶが、第 349 条は、質権設定時や債務の弁済期が到来する前の時点で、このような契約を結ぶことを禁止している（仮にそのような契約が締結されとしても無効である）。それは、債務者の経済的な困窮状態につけ込み、債権者が少額の債権のために債務者の高価な財産に質権を設定し、それを債務者から奪ってしまうことを防ぐためである。したがって、そのような危険性がないと考えられる商事関係（商法第 515 条）や、少額の金融を目的とする営業質屋（質屋営業法第 19 条）については、弁済期が到来する前の時点であっても、流質契約を締結することが許されている。また、弁済期が到来した後であれば、質物の処分について、自由に取り決めることが許される。

※ 抵当直流^{じきながれ}

債務者の財産、例えば、債務者の家屋に抵当権が設定される場合であれば、債務が弁済されないときは、当該家屋の所有権を債権者に移転することを事前、つまり、弁済期が到来する前の時点で取り決めること（抵当直流^{じきながれ}）が許される。

代物弁済の予約

債務者が債務を履行しないときは、債務者が所有する車の所有権を債権者に移転するという内容の契約を代物弁済の予約と呼ぶ。これが単なる約束であるとき、債権者は他の債権者に優先して弁済を受けることはできないが、担保物権を設定すれば、他の債権者に優先することができる。ただし、その車に質権を設定することは、流質契約として許されない。

なお、代物弁済の予約は売買の予約にあたりと判断されるケースもあるが、そのようなケースでは売買の予約に関する規定（第 556 条、不動産登記法第 105 条第 2 項）が適用される。

① 動産質

動産が質権の目的物となる時、質権者はその動産を手元に留置しておかなければ、自分が質権者であることを第三者に対して主張することができない（第 352 条）。

② 不動産質

前述したように、質権の設定契約は要物契約であるが、不動産をその目的物にすることもできる。質物となる不動産を質権者に引き渡さなければならない（明け渡し）点で、動産質と同じである（第 344 条）。なお、不動産質については、存続期間が 10 年に制限されているが、更新も可能である（第 360 条）。

不動産質が設定される場合、質権者は質物となった不動産を使用し、収益をあげることができる（第 356 条）。そのため、質権者は利息を請求しえない（第 358 条）。

③ 権利質

物だけではなく、権利に対しても質権を設定することができるが、権利を目的物とする場合を権利質と呼ぶ。例えば、債権（例えば預金債権）、株主権、地上権、永小作権、特許権、著作権、電話加入権等に設定することができるが、鉱業権や漁業権のように法律で質入れが禁止されている権利もある（鉱業法第 13 条、漁業法第 23 条）。

権室質は、権利も高い財産的価値を持つことに鑑み認められているが、動産質や不動産質とは異なり、債務者から権利を取り上げるわけではないため、担保する効力は弱い。

前述したように、質権の設定契約は要物契約であるが、権利質の設定に際し、債権証書を交付する必要はない。ただし、債権の譲渡に証書が必要なもの（例えば、会社法上の記名社債）は、その証書を質権者に交付する必要がある（現行法第 363 条、改正後第 520 条の 17 および第 520 条の 20 参照）。

権利質が設定される場合、債権者は自らその債権を第三債務者、つまり、債務者の債務者から取り立てることができる（第 366 条第 1 項）。

(8) 抵当権

- ① 債務の履行を担保するため、債務者の財産に抵当権が設定されたとき、債務者は目的物を債権者に引き渡さなければならないか。
- ② 特定の債権を担保するのではなく、不特定の債権（例えば、卸売り業者が小売業者に対し、将来、保有することになると考えられる債権）を担保するため、抵当権を設定することができるか（第 398 条の 2 以下参照）。
- ③ 土地に抵当権が設定されるとき、債権者はその土地の上に生えている樹木についても抵当権を取得するか（第 370 条参照）。

※ 従物（第 87 条）と付合物（第 243 条）とはどのような点で異なるか。

	定 義	例	抵当権の効力
従物（第 87 条）			
付合物（第 243 条）			

- ④ 借地上の建物に抵当権が設定されたとき、その効力は借地権にも及ぶか。
- ⑤ 住宅地に対し、抵当権が設定された後、庭が整備され、庭石が設置されるような場合、庭石は抵当権設定後に設けられたため、抵当権は及ばないと考えるべきか。
- ⑥ A が建物を B に賃貸しているが、その建物に抵当権を設定し、C から金銭を借り受けた。A が C に借金を返済できなくなったとき、C が持つ抵当権は、A の賃料債権についても及ぶか（第 371 条参照）。
- ⑦ ⑥ のケースにおいて、建物に抵当権が設定される前に、B は賃借権の登記を済ませた。この場合、A が債務を履行できず、C が抵当権を行使する場合であっても、B は C に対抗することができると考えてよいか。
- ⑧ ⑥ のケースにおいて、A が建物を D に売却するには、C の同意が必要になるか。
- ⑨ ⑧ のケースにおいて、C が抵当権を行使し、建物を競売にかけるとき、D は建物の所有権を失うか。
- ⑩ ⑨ のケースにおいて、D が建物の所有権を保留する手段としては、どのようなことが考えられるか。
- ⑪ ある不動産に複数の抵当権が設定されている場合には、どちらが優先するか。

- ⑫ Aは自らが所有する土地に家を建て、生活していたが、Bから融資を受けるにあたり、土地に抵当権を設定した。Aが借金を返済できなくなったため、抵当権が行使され、競売においてCが土地の所有権を取得した。CはAに建物の撤去を請求することができるか（第388条、法定地上権）。
- ⑬ Aの土地に抵当権が設定された当時、家は建てられていなかった場合、つまり、土地は更地であり、その後、Aが家を築造したときはどうか（第389条、一括競売）。また、家がAではなく、Aから土地を借り受けたCによって建てられた場合で違いは生じるか（平成15年の改正による一括競売）。
- ⑭ 担保の目的物が消滅した場合（例えば、上掲のケースで、家が火災で焼失した場合）、担保権者は価値代替物（例えば、火災保険金）に対し、権利を行使することができるか。