

中国物権法条文釈義 (10)

西村 峯 裕

周 喆

第2節 根抵当権

第203条【根抵当権の内容】①債務の履行を担保するため、債務者又は第三者が、将来の一定の期間内に継続して発生する債権に対して担保財産を提供した場合において、債務者が期限の到来した債務を履行しないとき、又は約定の抵当権の実行事由が生じたときは、抵当権者は、債権の極度額の限度で当該担保財産から、優先弁済を受けることができる。

②根抵当権が設定される前に既に存在していた債権は、当事者の合意により、根抵当権の被担保債権に含めることができる。

釈義

中国において根抵当とは、一定の期間内に継続して発生・消滅する債権を極度額の限度で担保する抵当権をいう。我が国民法が「一定の範囲に属する不特定の債権を極度額の限度において担保する」(日民398の2①)としているのとは異なる。中国法は被担保債権群を期間で制限するのみであり、取引の範囲による制限はないのでいわゆる包括根抵当を容認している。特約で取引の種類や特定の継続的取引に範囲を限定することも可能であろうか。物権法定主義(法5)からすると、このような特約は効力を生じないことになりそうである。例えば、法第192条は抵当権の付従性を定めるが、但書きで特約でこれと異なる定めをすることができるとしているから、被担保債権と切り離して抵当権のみを譲渡することも可能となる。しかし、本条にはこのような但書きがないので、たまたま一定範囲に属する債権しか生じない場合もあろうが、これを予め特約することはできないものようである。しかし、法第185条第2項第1号は設定契約の記載事

項として、債権の種類を挙げている。これが債権の属する取引の種類や継続する特定取引をも包含していると解すれば、範囲による制限も可能となる。本条は包括根抵当を容認するものであるが、範囲による制限を排除するものではないと解される。このように解することが実務にも適するであろう。

第1項は将来の不特定の債権群を被担保債権としているが、第2項は既存の特定の債権を被担保債権に含ませることを認めているから、現在の特定の債権および将来の不特定の債権を担保するものである。根抵当は本来不特定の債権を担保するものであるから、特定の債権のみを担保する根抵当は認められず、必ず将来の不特定の債権を被担保債権として含まなければならない。根抵当に対し、一回切の現在または将来の特定の債権を担保する抵当を普通抵当という。根抵当権にも法第192条が準用される（法207）が、期間が満了し、被担保債権額（元本）が確定するまでは個々の債権を譲渡しても根抵当権は随伴しない。また根抵当権は被担保債権額が確定するまでは個々の債権の消滅によって消滅することがないのは当然であるが、確定時に被担保債権のすべてが消滅しておれば根抵当権も消滅する。

根抵当権設定契約については特に定めがないので、法第185条による（法207）。根抵当権設定契約には、期間を定めるべきこととなるが、第185条第2項第2号の債務者が債務を履行する期間をこれに類推すべきである。債権額（元本）が確定するのはこの期間の満了時である。期間の定めを欠いている場合も、設定契約は無効とはならず、事後の補充は可能であると解されている。確定前には、当事者の合意により期間を変更することもできる。この期間が発生、消滅する個々の債権の弁済期を意味するものではないことはいうまでもない。

これに対し、極度額を定めない根抵当権設定契約は無効である。根抵当権設定契約も書面を以てしなければならず（法185、207）、登記が効力要件である客体については、登記をしなければ効力を生じない（法187、207）。流動動産抵当のように、登記が善意の第三者に対する対抗要件で

ある場合には、根抵当権の場合にも登記は第三者に対する対抗要件である（法188、189）。ただし、登記が善意の第三者に対する対抗要件である場合にも、極度額については登記を効力要件とすると解されている。

関連条文：『担保法』第59条、第60条。

第204条【一部の被担保債権の譲渡】根抵当権の被担保債権の確定前に、被担保債権の一部を譲渡しても、根抵当権は移転しない。ただし、当事者に別段の約定がある場合は、この限りでない。

釈義

担保法第61条は、根抵当権の個々の被担保債権の——文言はないが、おそらく元本確定前の——譲渡を禁じていた。本条は元本確定前の譲渡を認めるとともに根抵当権が随伴しないことを定めるものである。ただし、特約によってこれと異なる定めをすることができるから、根抵当権が随伴するものと定めることもできることになる。注目すべき但書きである。確定後は、債権は特定し、根抵当権は普通抵当権と同様となるから、被担保債権が譲渡されると抵当権も随伴する。

最高人民法院の『国有銀行の不良貸付により形成された資産を金融資産管理会社が購入、管理、処分した事案を審理する場合の法律の適用に関する若干問題の規定』第8条は、「人民法院は、根抵当が担保する不特定債権が特定された後、原債権銀行が主たる債権を譲渡するときは、その債権譲渡行為は有効である」旨定めている。

第205条【根抵当権の内容の変更】根抵当権の被担保債権の確定前は、根抵当権者及び根抵当権設定者は、合意により、被担保債権の確定期間、その範囲及び極度額を変更することができる。ただし、内容の変更は、その他の抵当権者に対して不利な影響を及ぼすことができない。

釈義

根抵当権設定契約の当事者は他の利害関係人の同意を要することなく、債権額（元本）確定前は期間の延長、短縮（確定期日）、債権の範囲を自

由に変更することができる。当事者とは、抵当権設定契約の当事者すなわち抵当権設定者および抵当権者であるが、目的物が第三者に譲渡されている場合は、設定者ではなく、その第三者（譲受人）である。抵当権設定者または目的物の譲受人（第三取得者）でない債務者は当事者ではない。極度額の変更については、それによって不利益を受ける利害関係人全員の同意を経なければ問題ないが、同意しなかった利害関係人に対抗することはできない。条文は「その他の抵当権者に不利な影響を及ぼすことができない」と定めるが、極度額増額の場合は、これによって不利益を受ける他の後順位担保権者や差押債権者が、極度額減額の場合は、同じく転抵当権者などがこれに含まれることになろう。

物権法に規定はないが、抵当権の内容の変更は債権額確定前に登記しなければ効力を生じないと解される。中国では対抗要件と解する向きもあるが、複雑な関係を生じるので、登記は効力要件と解すべきである。

第206条【被担保債権の確定事由】以下の各号の事由の一つが生じたときは、被担保債権は確定する。

- 一 約定した被担保債権の確定期間の満了
- 二 被担保債権の確定期間について約定がない場合、又は約定が不明確な場合において、根抵当権者又は根抵当権設定者が根抵当権の設定の日から2年を経過した後に、被担保債権の確定を請求したこと
- 三 新たな被担保債権がもはや発生する可能性がないこと
- 四 抵当財産の封印又差押
- 五 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告を受けたこと、又は営業許可を取り消されたこと
- 六 法律に定めるその他の被担保債権の確定事由

釈義

本条は債権額（元本）の確定事由を定めるものである。根抵当はこの債権額とそれから発生する利息、遅延利息等を担保する。各号の確定事由について順次説く。

- 1 確定期間の満了によって債権額（元本）が確定する。具体的な日を以て定めたときは、その確定期日の到来によって確定する。従って、期間を定めているときは、期間満了日の翌日が確定期日である。期間を定めたときは、根抵当権設定者は期間の満了まで確定請求をなさない。しかし、物上保証人が根抵当権設定者である場合に、予期に反して債務者の資産状況が悪化する等、将来の求償権の行使が困難となるような著しい事情変更があれば、期間満了前でも元本確定請求をなし得ると解すべきである。
- 2 確定期間を定めなかった場合または確定期間を定めても不明確な場合には、根抵当権設定契約の当事者は契約が効力を生じた日から2年が経過した後に確定請求することができる。後順位担保権者も当事者に代位して確定請求できるものと解されている。
- 3 新たな債権がもはや発生しなくなった場合、期間満了前でも債権額（元本）が確定する。契約で定めた種類の取引または継続取引が期間満了前に終了したり、当事者の合意で約定の取引を期間満了前に終了させた場合は、確定事由となる。A取引をB取引に変更するなど範囲の変更は確定事由ではない（法205）。
- 4 債権額（元本）確定前の目的財産の封印または差押えも確定事由とされる。封印は差押の前段階の手続きを意味するであろう。ここで差押は担保権実行の任意競売や一般債権者による強制競売へ至るであろうから、確定事由とされている。それ故、確定時期は封印または差押の時ではなく、競売による目的財産の買受の日である。

行政機関による封印や差押えの場合は、封印や差押の日に確定する。没収や収用ではなく、引き続き競売が行われる場合も競売代金は被担保債権の優先弁済に当てられることはないと考えられるからである。
- 5 債権額（元本）確定前に根抵当権設定者または債務者が破産宣告を受けると、その日に債権額（元本）が確定する。営業許可の取消を受けた場合も同様である。営業許可の取消は人民法院または行政機関た

る管理部門の決定によってなされ、法人等の組織はこれによって解散し、清算手続きを行うことになる。債務超過の場合は破産手続きに移行することになる。が、破産手続きに移行するか否かを問わず、営業許可の取消を確定事由としている。

- 6 法律に定めるその他の被担保債権の確定事由として考えられるものとして、強制競売が挙げられている。これは第5号からも導き出すことができるけれども、ここに該当すると解することもできよう。

以上1～6の事由により、被担保債権の元本が確定すると、それ以後に生じた利息、遅延利息、違約金、損害賠償額が極度額の限度で担保され、根抵当権者はその総額につき優先弁済を受けることができる。

第207条【普通抵当権の定めへの適用】根抵当権には、本節の規定の他、本章第1節の普通抵当権の規定を準用する。

積義

根抵当権には、本節の規定の他、第1節の普通抵当権に関する規定を準用する。具体的には、登記については、第187～189条を準用する。ただし、根抵当権設定契約の内容のうち、極度額については、登記を効力要件とすると解されている。被担保債権が確定すると、根抵当権は普通抵当権に転ずるから、その譲渡に関しては第192条を準用する。目的財産の範囲に関する第180条～184条、抵当権設定契約の方式と内容に関する第185条、流抵当の禁止に関する第186条、抵当財産の譲渡に関する第191条、抵当権の実行方法に関する第195条は根抵当権にも準用される。

第208条【定義】①債務の履行を担保するため、債務者又は第三者が自己所有の動産について質権を設定し、債権者にこれを占有させた場合において、債務者が、期限が到来した債務を履行せず、又は当事者の約定した質権の実行事由が生じたときは、債権者は、当該動産から優先弁済を受けることができる。

②前項に定める債務者又は第三者を質権設定者、債権者を質権者、引渡

した動産を質物という。

釈義

1 金銭は質物となりうるか

中国では金銭が質物となりうるかが論議的とされた経緯がある。被担保債権は通常金銭債権であるから、金銭をもって質物とすることはあり得ない。金銭は占有の移転とともに所有権も移転すると考えられ、質物とはなりえないとするのが支配的見解であろう。ただ、封金や記念貨幣あるいは極めて希な印刷ミスなどで収集マニアにとって希少価値のある紙幣などは特定動産として質物となりえよう。金銭を金融機関に預金し、その通帳を質入れすることも金銭と同列に論じられているが、これは預金債権を目的とする権利質であり、金銭そのものを目的とするものではないから、ここで論じるのは適当でない。

2 質権の善意取得

質権の善意取得についてはこの法律の第106条に定めがあり、動産所有権の善意取得に関する同条第1項、第2項が準用される。善意取得の要件は第1項に定められている。第1号は取得者の善意を要件とするが、善意無過失を要すると解すべきであろう。第2号は質権設定契約の場合は質物の市場価額と被担保債権額の合理的均衡と解すべきであるが、後者が前者を下回るのが通常であり、5割程度でもよいのではないか。2、3割では要件を満たさないであろう。第3号との関連で動産抵当が認められている物について質権の善意取得が認められるか、争いのあるところであるが、既に観たように、これらについても質権の設定を認めるのが中国の通説であるから、それとのバランスで善意取得についても同様に考えるべきであろう。

引渡については、現実の引渡、簡易の引渡、指図による占有移転は含まれるが、占有改定は除かれる。

遺失物や漂流物、埋蔵物、文化財等については第107条以下の規定が適用されるので、質権の善意取得は成立しない。盗品についても同様に解してよいであろう。

関連条文：『担保法』第63条。

第209条【質入できない動産】法令により譲渡が禁止されている動産は、質権を設定することができない。

積義

一般に担保物権は被担保債権が期限に弁済されない場合に目的財産を売却してその代金から優先弁済を受けるものであるから、譲渡することができない財産を客体とすることはできない。我が国では取引が制限され、または禁止される物を不融通物と称するが、中国ではこれをより厳密に譲渡が制限されている財産と譲渡が禁止されている財産に分類する。譲渡が制限されている財産は質権の客体とすることはできるが、譲渡可能な範囲でのみ質権を実行することができるものとされる。譲渡が禁止されている財産はいうまでもなく質権を設定することはできない。尤も、概念は明確に分かれてはいるが、具体的に何が前者であり、後者であるのかは必ずしも明確ではなく、政策によって左右されるところも少なくない。

譲渡が制限されている動産としては、指令性計画により配分される物、金、銀等、外貨、文化財、麻薬、毒物、猟銃、国営企業法人の遊休財産等である。この他、猥褻書画、ビデオ等も含まれよう。これらは譲渡が制限されてはいるが、不可能ではないから、譲渡性のみを判断基準とすれば質権の客体とすることはできる。質権実行の方法や買受人が制限されることとなろう。尤も、質権の設定そのものが違法となり、無効とされる場合も少なくないであろうから、質権を設定しないことが賢明である。

譲渡が禁止されている動産については、1999年最高人民法院『「中華人民共和国契約法」の適用に関する若干問題の解釈（一）』第4条「契約法の施行後、人民法院が契約の無効を決定する場合は全国人民代表大会およびその常務委員会が制定した法律を根拠とし、行政法規や地方性法規を根拠としてはならない」との規定に基づくものとする。国家機関、事業単位、社会团体法人などの国家所有権の客体である動産は法によって譲渡が禁止される動産と考えてよい。これらは質権の客体とならない。第180条

に定める抵当権の客体となる動産についても質権の設定が可能であることは前述した。船舶や航空機は不動産に準じて扱われる。不動産質権に関する規定は置かれていないので、これらに質権を設定することができるか疑問がないわけではないが、当事者が質権設定契約を締結した場合は、その意思を尊重してその効力が認められている。建設機械や農業用動産などについても同様に解してよからう。

第210条【質権設定契約の内容】①質権を設定する場合は、当事者は書面を以て質権設定契約を締結しなければならない。

②質権設定契約は、一般に以下の各号に定める事項を含むものとする。

- 一 被担保債権の種類及び数額
- 二 被担保債権の弁済期
- 三 質物の名称、数量、品質及び状況
- 四 担保権の範囲
- 五 質物の引渡時期

釈義

1 要式契約性

質権設定契約は書面でもってする要式契約である。その要式性の如何については、何も定めていないので、担保法第93条が適用される。従って、書面は通常の契約書の作成でもファクシミリでもよい。被担保債権についての、例えば金銭消費貸借契約書などとは別に質権設定契約書を作成してもよいし、被担保債権契約書の一部として定められてもよい。

2 質権設定の要物性

中国法では、質権設定契約それ自体は要物契約ではない。質権設定契約はその成立と同時に効力を生ずるが、質権は質物が質権者に引き渡された時に設定される（法212）。契約は成立したが、質物が引き渡されないときは、質権者たるべき者は質物の引渡を質権設定者に請求することができる。質権設定契約を要物契約とはせず、質権の設定に質物の引渡を要件としている。日本法が質権設定契約を要物契約としているのとは異なる。

3 契約の記載事項

質権設定契約には、第1号から第5号の事項を記載しなければならない。第1号が記載されていない場合は、質権設定契約は不成立または無効であるが、第3号については、契約時には定められていなくても、契約は成立し、後に補うことができる。第4号が欠落している場合は主たる債権のすべてを担保するものと解されている。第5号が欠落している場合は、質権者が目的物の占有を受けた時に契約が成立したものとされる。

関連条文：『担保法』第64条1項、65条。

第211条【流質契約の禁止】質権者は、債務の履行期が到来する前に質権設定者との間で、債務者が債務を履行しないときは質物を債権者の所有に帰する旨を約定をすることができない。

釈義

本条は流質契約の禁止に関する規定であり、担保法第66条を継承するものである。質権者が、質権設定契約の時から被担保債権の弁済期が到来するまでに質権設定者との間で、債務者が弁済期に債務を弁済しないときは、質物の所有権を質権者（債権者）に移転する旨予め定めておくことを流質契約という。法律の定める手続きによらない第三者への処分については定められていないが、これをも含むと解すべきである。流質契約は無効である。これは暴利行為を禁じ、債務者を保護する趣旨であるから、立法論としてはこれを禁ずることなく質権者に清算義務を課するをもって足るのであろう。弁済期到来後は債務者に不当に圧力が加えられることもないから、代物弁済契約として有効であるが、質権者は清算義務を負う（法221）。ただし、先順位質権者を害することはできない。先順位質権者を害する行為が契約法第74、75条の債権者取消権の要件を満たすときは、先順位質権者は債権者取消権を行使することができると解されている。質権設定契約に流質条項があってもその条項のみ無効であり、質権設定契約自体は有効である。

第212条【要物契約】質権者は、質権設定者が質物を引渡した時に設定されたものとする。

釈義

1 質権設定契約の両義性

中国法では、質権設定契約は書面をもってする契約として成立した時に効力を生ずるとされ、質権は質物引渡の時に設定されたものとする。質権設定契約と質権設定のこの関係をいかに解すべきか。我が国のように質権設定契約を要物契約とすれば、契約を締結したが目的物が引き渡されない場合、契約は効力を生じていないから質権者たる者は質権設定者たるべき者に質物の引渡を請求する法的根拠を有しないこととなると考えたからであろう。その場合でも、質権設定契約は物権的効力は有しないが、債権的効力を有し、質権者たるべき者は質物の引渡を請求しうると解することも不可能ではない。質権設定は質権設定契約の物権的効力であるから、中国法における質権設定契約は債権契約としての側面と物権契約としての側面を有し、契約成立と同時に債権契約としての効力のみ生じ、物権契約としての効力は目的物引渡の時に生ずると解せられる。すなわち、物権契約としての質権設定契約は要物契約である。これは法第23条の趣旨にも合致する。

引渡は現実の引渡、簡易の引渡、指図引渡でもよいが、占有改定は含まない。引渡の時に質権が設定されたものとするのは設定の時期を明らかにすると共に質権の留置的効力を担保するためである。

質物が引き渡されるまでは契約は債権契約として効力を有し、質権者たるべき者は質権設定者たるべき者に質物の引渡を請求することができる。質物が引き渡されないときは債務不履行となり、損害賠償責任を生ずる。

契約に定めた物と異なる物が質物として提供された場合は、質権者たるべき者はその受領を拒絶し、約定の物を引き渡すよう請求することが出来る。ただ、これを質物として受領した場合には、質権は引渡を受けた物の上に成立すると解せられている。質権は引渡を受けた物の上に成立するから、主物のみの引渡を受けたに過ぎないときは、従物には効力は及ばない

こというまでもない。

2 質物の自発的返還の効力

我が国では、質権者が自発的に質物を設定者に返還すると、第三者に対する対抗要件を失うに留まるとする少数説もあるが、質権は消滅すると解するのが通説である。中国では、我が国の少数説をもって通説とする。すなわち、第三者に対する対抗要件を失うのみで質権は消滅しない。これは『担保法司法解釈』第87条の見解でもあり、特に定めのない本法においてもこれによると解されている。第三者には新たに二重に質権を取得した者、差押債権者、破産債権者を含むが、一般債権者は含まない。自発的に返還された質物につき、質権を善意取得した者を挙げる向きもあるが、善意取得は原始取得であって、これにより既存の質権は消滅するから対抗問題は生じないと考えられる。

この法律には質物の継続占有を対第三者対抗要件とする旨の規定はないが、同様に解してよかろう。占有を侵奪された場合は、第245条の訴え（占有回収の訴え）により、占有を回復することができるから占有を継続していたものと見なされ、質権は消滅しない。この訴えは占有を侵奪された日から1年以内に提起しなければならない。期間を徒過すると質権は消滅する。侵奪されたのではない場合、すなわち占有を逸失したり、詐取された場合には、これを回復する手段がなく、質権は消滅すると解さざるを得ない。

関連条文：『担保法』第64条2項。

第213条【果実收取権】質権は、質物から生ずる果実を收取することができる。ただし、契約に別段の約定があるときは、この限りでない。

②前項に定める果実は、まず果実の収集に必要な費用に充当しなければならない。

釈義

質権者は質権が効力を有する間は質物から生ずる天然果実および法定果実を收取することができる。收取した果実はまず果実の收取費用に充当す

る。次いで、『担保法司法解釈』第64条を類推適用して、利息、元本の順に充当する。本条は任意規定と解せられており、契約でこれとは異なる定めをしたときは、その定めに従う。

関連条文：『担保法』第68条。

第214条【質物の無断使用・処分の禁止】質権の存続期間内に、質権者が質権設定者の同意を経ることなく、無断で質物を使用、処分し、それによって質権設定者に損害を与えたときは、損害賠償責任を負う。

釈義

質権は担保物権であり、用益物権ではないから、質権者は質権設定者に無断で質物を使用し、処分することはできないとされる。無断で使用して得た使用利益や処分によって得た利益は不当利得として質権設定者に返還しなければならない。また、無断使用・処分によって質物を毀損するなど質権設定者に損害を与えたときは損害賠償責任を負う。前条の釈義で述べたように、質権は天然果実および法定果実にも及ぶから、他の債権者に先立ってこれを收取し、被担保債権に充当することができる。法定果実については、質権の物上代位性から同様の結論に至ることができる。他人に賃貸している動産に質権を設定し指図による占有移転によってこれを質権者に引渡、その同意を得て賃貸借を継続するような希な場合にその賃料に質権の効力が及ぶことになる。

質権者は質権設定者の同意を経て、質物を使用し、他人に賃貸するなどして収益し、または転質権を設定するなど処分することができる。

第215条【質権者の保管義務と質権設定者の返還請求権】①質権者は、善良なる管理者の注意を以て質物を保管する義務を負い、保管上の不注意によって質物が損傷し又は滅失した場合には、損害賠償責任を負う。

②質権者の行為によって質物が損傷又は滅失するおそれがあるときは、質権設定者は質権者に対して質物の供託を請求し、又は期限前に債務を弁済して、質物の返還を請求することができる。

釈義

本条は担保法第69条の趣旨を継承するものである。従って、担保法司法解釈の担保法第69条に関する第92条に示された解釈がそのまま妥当するであろう。

1 質権者の善管注意義務

質権者は質物の保管につき善管注意義務を負う。この義務を怠ることにより質物を損傷し、または滅失させた場合には、質権設定者に対して損害賠償責任を負う。

2 費用の負担

質物の現状を維持するのに必要な費用、すなわち必要費は質権設定者がこれを負担する。質物の価値の増加に費やした費用、すなわち有益費については質権者は価値の増加が現存する場合に限り質権設定者の選択に従い、その費やした費用または増加額のいずれかの償還を請求することができる。と解されるから、これを被担保債権に繰り入れることができる。

3 質権設定者の供託請求権

質権者の管理の不適切により質物が損傷・滅失のおそれがある場合は、質権設定者は質権者に対して質物の供託を請求することができる。また、期限前に債務を弁済して質物の返還を請求することもできる。

4 期限前弁済による質物返還請求権

弁済の時から期限到来までの利息は質物の損傷・滅失の損害賠償額から控除することができる。

第216条【増担保請求権】質権者の責めに帰することのできない事由によって質物が損傷し又は価値が明らかに減少するおそれがあり、それによって質権者の権利を害するに足る場合、質権者は、質権設定者に相当の担保の提供を請求することができる。質権設定者がこれを提供しないときは、質権者は、質物を競売若しくは売却することができ、かつ質権設定者と合意して競売、売却代金を弁済に充当し、又はこれを供託することができる。

釈義

本条は担保法第70条をほぼ継承したものである。同条には、「債権者の責めに帰することのできない事由によって」の文言はなかったので、本条では趣旨を明確にするために付加したものと思われる。債権者の責めに帰することのできない事由とは、債務者または質権設定者の責めに帰することのできる事由および債権者にも債務者もしくは設定者にも責めに帰することのできない事由を意味する。前者の場合には、質権者は質物の価値の減少分に相当する増担保を請求することができるのは当然であるが、後者の場合にはこれを認めると債務者の側に過酷であろう。それ故、質権者のこの権利は制限的に解すべきである。第三者の不法行為により、質物の価値が減少した場合には、質権者は物上代位権に基づき、設定者の不法行為者に対する損害賠償請求権を行使できる。自然災害や類焼等による損傷の場合にも同様に損害保険金請求権を行使しうる。

第217条【転質】質権の存続期間内に、質権者が、質権設定者の同意を得ることなく転質し、これによって質物が損傷、滅失した場合は、質権設定者に対して損害賠償の責任を負う。

釈義

担保法司法解釈第94条第2項は第一文で責任転質を無効とした上で、第二文では、質権者は転質により質権設定者に与えた損害につき賠償責任を負うものとした。第二文の転質は第一文を受けて、責任転質に限定されるのか、それとも有効であるところの承諾転質を設定した場合をも含むのか、明らかではない。責任転質に限定するとすれば、原質権者は原質権設定者に対して、転質をしなければ生じなかったであろう不可抗力による損害についても責任を負うと解される。

本条は文理上は責任転質に限定している。しかし、承諾転質の場合でも、原質権者の過失を要件として、原質権設定者に対して損害賠償責任を負うものと解すべきであり、中国においてもこのように解されているように思われる。

担保法司法解釈第94条第2項とは異なり、本条は責任転質を無効とはしていない。責任転質をも認める趣旨であろう。

転質権設定契約は、転質権設定者（原質権者）と転質権者を当事者とする。質権設定契約であることに変わりはないから、要物契約（法212）であり、原質権者は転質権者に質物を引き渡さなければならない。責任転質を原質権の被担保債権と質物を共に質入するものと解するときは、その被担保債権についても要物性の要件（法224）を満たさなければならない。このように解しておくことが転質権者にとっては実務上無難ではないかと思われる。

転質権は質物の継続占有をもって第三者に対する対抗要件とする。原質権の被担保債権も質入れされると解するときは、債権譲渡についての契約法第80条を類推適用して、原質権者からの原債務者への通知をもって原債務者に対する対抗要件とすると解される。

転質権の被担保債権額が原質権の被担保債権額を超過しても転質権の設定契約は有効であるが、転質権者の優先弁済権は原質権の被担保債権額の範囲に限られる。転質権の被担保債権の弁済期が到来しても、原質権の被担保債権の弁済期が到来していなければ、転質権を実行することはできない。原質権の被担保債権の債券証書が原質権者の元に留められており、原債務者が原質権者に債務の全額を弁済したときは、転質権も原質権とともに消滅する。

原質権設定者の承諾を経て、質物をさらに質入れする承諾転質は、原質権とは独立の質権である。転質権者は、転質権の被担保債権額が原質権の被担保債権額を超えている場合でも、原質権設定者が何らの留保もなく、承諾しているときは、その全額につき優先弁済を受けることができる。原質権の被担保債権の弁済期が到来していなくても、転質権の被担保債権の弁済期が到来すれば転質権を実行することができる。原債務者が原質権者に債務の全額を弁済しても、原質権は消滅するが、転質権は消滅しない。原質権設定者が質物を取り戻すには、責任転質の場合は、転質権者に対して原質権の原被担保債権額を弁済すれば足る。転質権の被担保債権額が原

質権のそれを下回るときは、転質権の被担保債権額を弁済し、その額を原質権の被担保債権額から控除した残額を原質権者に弁済することになる。承諾転質の場合は、転質権の被担保債権額が原質権のそれを超過するとき、その全額を弁済しなければ質物を取り戻すことはできない。原質権の被担保債権額を超えた部分については原質権者に求償することができる。

第218条【質権の放棄】質権者は質権を放棄することができる。債務者が自己の財産に質権を設定した場合において、質権者が質権を放棄したときは、他の担保人は質権者の喪失した優先弁済を受ける利益の限度で担保責任を免れる。ただし、他の担保人が担保を引き続き提供することを承諾した場合は、この限りでない。

釈義

本条は第194条第2項と趣旨を同じくする。他の担保人は放棄された質権の設定者以外の物上保証人もしくは保証人を意味する。ただ、放棄された質権の設定者が保証人も兼ねる場合はその保証債務についても責任を免れると解してよいであろう。これらの者が従前と同様の責任を負う旨意思表示したときは、免責されない。質権放棄の意思表示は口頭で為されてもよいが、実務上は書面をもって為されることが望ましい。

関連条文：第178条、『担保法』第28条第2項。

第219条【質物の返還義務及び質権の実行】①債務者が債務を履行し又は質権設定者が被担保債権を期限前に弁済したときは、質権者は、質物を返還しなければならない。

②債務者が債務を履行せず又は当事者の約定した質権の実行事由が生じたときは、質権者は、質権設定者との合意によって質物を評価して弁済に充て、又は質物を競売若しくは任意売却して取得した代金から優先弁済を受けることができる。

③質物を評価し又は換価するときは、市場価格を参照しなければならない。

釈義

本条は担保法第71条の趣旨をほぼ継承するものであるが、第3項では、市場価格を基準とする旨新たに定めている。担保法の第3項に定める清算義務等については当然の事として省かれている。

質権実行の方法は三つある。一つは質物を金銭評価してその所有権を取得し、その評価額をもって弁済に充てる方法である。二つめは質物を民事訴訟法の手続きに従い、もしくは私的に競売し、その代金から優先弁済を受ける方法である。その三は競売によらずに売却し、その代金から優先弁済を受ける方法である。いずれも質権者の清算義務を伴う。質物の評価、換価にあたっては、市場価格を基準としなければならない。いずれの方法によるかは質権設定者との合意によって定まる。従って、当然に事前に通知されることになる。弁済に充当する順位は、第一に質権実行の費用、第二に利息、第三に元本である。

この法律には担保権の不可分性の定めはないから、留置権に関する第233条を類推適用し、質物が可分であり、その一部をもって被担保債権の弁済に足る場合は、残余部分を設定者に返還しなければならない。

第220条【質権実行の催告】①質権設定者は、債務の履行期が到来した後、質権者に対し質権の行使を催告することができる。質権者がその権利を行使しないときは、質権設定者は人民法院に質物の競売又は売却を請求することができる。

②質権設定者が質権者に対して速やかに質権を行使するよう催告した場合において、質権者がその権利の行使を怠ったことによって損害を生じたときは、質権者は損害賠償責任を負う。

釈義

被担保債権の履行期が到来したにもかかわらず、質権者が質権を実行しない場合、質権設定者は質権者に対して質権を実行するよう催告することができる。催告しても、相当期間内に質権者が質権を実行しないときは、質権設定者は人民法院に質物の競売または売却を請求することができる。

質権者が質権を実行しないことにより、質権設定者または質物の第三取得者などの第三者に損害を与えたときは賠償責任を負うが、質権実行を怠ったといえるためにはまず催告をしなければならぬと解されている。

関連条文：『最高人民法院「担保法」の適用に関する若干問題解釈』第12条。

第221条【質権者の清算義務】 質物を評価又は競売もしくは売却した後に、その評価額又は代金が債権額を超えた部分は質権設定者の所有に帰し、不足した部分は債務者が弁済する。

釈義

質権実行の方法として、人民法院による競売が為される場合は、人民法院は質権実行の費用を控除した後、被担保債権の利息と元本の合計額を質権者に交付し、残額を質権設定者に返還することになる。任意売却の場合は、質権者はその代金を売却に要した費用、利息、元本に充当し、残額は質権設定者に返還しなければならない。金銭評価の場合は、その評価額から同様に行うものとする。競売もしくは売却代金または評価額が実行費用、利息、および元本の合計額に充たないときは、その不足額を債務者の一般財産に執行することができる。なお、金銭評価は質権設定時を基準とするのではなく、質権実行の時を基準とする。

関連条文：『担保法』第71条第3項。

第222条【根抵当権の規定の準用】 ①質権設定者と質権者は合意して根質権を設定することができる。

②根質権については本節の規定を適用するほか、本法第16章第2節の根抵当権の規定を準用する。

釈義

担保法は根質を定めなかったが、市場経済の拡大により、金融を得る手段として根質を認める必要が生じたため、ここに動産根質権の定めをおいた。質物は動産が予定されているので、本節の規定（法208～219）が適用されるほか、根抵当に関する規定（法203～206）が準用される。