

[p.5412]

## IX. -2:102 条 担保権の設定に関する一般的要件

動産上に担保権を設定するためには、次に掲げる要件のすべてを満たさなければならない。

- (a) 当該動産が存在すること
- (b) 当該動産が譲渡性を有すること
- (c) 被担保債権が存在すること
- (d) 担保権を供与する方法による担保権の設定、担保権を保持する方法による担保権の設定又は留置権の行使に関するその他の要件を満たすこと

### コメント

#### A. 序論

本条は、設定方法に関係なく、本章の規定に従って担保権が設定されるべき場合のすべてにおいて充たされるべき一般的要件を定める。追加要件は、設定の個別的な方法に適用される 3 つの款に含まれる。第 3 節は、特定の財産類型における担保権設定に関して生じる若干の更なる問題を扱う。

#### B. 動産\*の存在

\*訳注：原文はたんに *asset* となっているが条文自体が柱書きで動産 *movable asset* 上の担保権設定に限っているので、*moveable* が付いていない場合も動産と訳す。C.v.バールほか編・窪田ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則』も同様の考慮をして動産と訳している。もともと後述する VIII.2:101 条 1 項 a 号では「物品」と訳されているし、他の条文では財産と訳している方が多数で表記の統一はとれていない。

a 号は、担保権は、現存する動産にのみ設定可能であると定める。これは、明らかに、適用される物権法の一般原則である。DCFR には物権法に関する一般的な編が — まだ — 存在しないから、ここで述べる必要がある。同様の規定は、財産法の特定の問題に関する他の編にも見出すことができる。VIII. -2:101 条 (所有権移転の一般的要件) 1 項 a 号を参照。

a 号の規律は、いまだ存在しない動産上に担保権を設定する合意が何らの効力をも生じないとする意味で誤解されてはならない。IX編 2 章 104 条 (譲渡性、発生及び特定性に関する特有の問題) 3 項 [訳注：103 条は 104 条の誤記] が明らかにしているように、その動産が存在しない限り、合意は何らの物権的効果をもたないかもしれないが、担保権は、担保対象動産が生じると直ちに設定される。

強調されるべきことは、こうした担保権の設定の遅効性は優先性には必ずしも影響しないことである。担保権が登記によって対抗力を有すれば、この担保権の優先性を決めるのは、まさにこの登記の時である（IX.-4:101条（優先順位に関する一般準則）2項a号を参照）。登記時は、現実の担保権の設定より先になることもある。

[p.5413]

### C. 動産の譲渡性

b号によれば、動産上の担保権が設定できるのは、それに譲渡性がある場合、すなわち、その所有権が譲渡可能な場合に限られる。その理由は明らかである。そのような譲渡性が欠ければ、この動産上の担保権の実行の可能性が、（収益を回収する可能性は除いて）一般的に難しくなってしまうからである。動産譲渡性要件に関する詳細は、IX.-2:104条（譲渡性、発生及び特定性に関する特有の問題）1項から3項までに定められている。同条に関するコメントを参照。

### D. 被担保債権の存在

本編の下における動産担保権は附従的な担保権のみであるから、被担保債権の存在が、本条で列挙されている担保権の設定のもう1つの一般的要件となる（c号を参照）。

将来の動産上の担保権の設定と同様に、両当事者は、いまだ存在しない（あるいは条件付で存在する）債権のための担保として担保権を設定することができる。IX編2章104条（譲渡性、発生及び特定性に関する特有の問題）5項は、そのような担保権が設定されるのは、被担保債権が発生した時又は無条件の債権となった時と定める。

### E. 異なる設定方法についての追加要件

d号は、供与による担保権設定（第2款）、保持による担保権設定（第3款）または留置権を根拠とする担保権設定（第4款）には、追加要件が充たされる場合にのみ、担保権が設定できることと定める。こうした要件の内容は、異なる設定方法に依拠している。第2款および第3款では当事者間の合意に関して特別な要件が存在するのに対して、留置権を根拠とする担保権の設定は、担保となる動産の占有を保持する権利が担保権者にあるという追加要件のみに基づいている（IX.-2:114条（留置権））。