

IX.-2:103 条 占有担保権及び非占有担保権

当事者による別段の合意がない限り、契約に基づく担保権の設定は、担保目的財産を担保権者が占有することを要しない。

コメント

本条の目的は明確化にある。動産の物的担保についての各国の制度が、歴史的には、担保権を有効な担保物権として認めるのに[p.5414]担保権者が対象財産を占有している場合（占有質）に限る傾向にあったのに対して、本モデル準則はそれとは対照的な問題解決方法を採用する。すなわち、非占有担保は、担保提供者に、担保権設定以後でさえも担保の使用の継続を許す（IX.-5:202（一般的権利）および同条のコメントAを参照）。それゆえ、商取引実務においては、担保提供者が製造に必要としている機械や商店主により売られる予定の商品（在庫品）その他の商品を担保とすることを許すのは、まさにこの非占有担保のみである。第三者に対する効力に関する第3章の規律の場面では、有効となる3つの選択的な方法の存在——とりわけ担保権の登記の可能性——によって、この立場ははっきりする。

物的担保設定契約に基づく担保権の設定でさえ、一般的には、担保権者による担保対象財産の占有に依存しないとしても、両当事者が異なる合意をすることはもちろん自由である。両当事者がそのような合意をした場合には、担保権者が担保対象物の占有を保持しない限り、物権は設定されない。

本条の適用範囲は、契約によって設定される担保権に限定される。（法によって権利が生じる場合の留置権のような）本編が適用される法定 *ex lege* 担保権については、担保権者による占有という要件をなしですますのは適切とは思えない。こうした法定担保権は、典型的にはなお、担保権者による占有に依拠しているとみなされている（注意すべき例外は、VIII.-5:101（当事者の自治および他の規定との関係）4項である。この立場〔訳注：法定担保では占有担保が原則であるという立場〕は、一般的に、契約上の物的担保権に関するこうした規律〔訳注：非占有担保を原則とし占有担保を例外的に許容する態度を指すと思われる〕によって覆されてはならない）。