

IX.-2:104 条 譲渡性、発生及び特定性に関する特有の問題

- (1) 金銭債権以外の債権が譲渡性を有しないものであっても、それが金銭債権に転化することができるときには、この債権の上に担保権を設定することができる。
- (2) 担保権は、財産の所有者がその所有する財産を譲渡しないこと又はその財産を担保に供しないことに同意していた場合でも、当該財産の上に設定することができる。この規定は、III.-5:109 条（債権者の一身専属権）第 1 項の規定により譲渡できない場合でない限り、契約上のものであるか否かにかかわらず、債権についても適用する。
- (3) 当事者が将来の財産、種類物である財産又は譲渡性のない財産の上に担保権を設定しようとする場合には、その財産が発生し、特定され、又は譲渡性を有するようになったときに限り、その時点で担保権が発生する。この規定は、前項の規定に影響を及ぼさない。
- (4) 前項の第 1 文の規定は、前項が定める権利*を含む条件付権利の上に担保権を設定する場合について、適切な補正を加えた上で、適用する。担保権は、所有権が条件付で譲渡された場合における譲受人の権利のように、設定の時点で条件付の権利の上に、設定することができる。
- (5) 第 3 項の第 1 文の規定は、将来の被担保債権又は条件付の被担保債権のための担保権の設定について、適切な補正を加えた上で、適用する。

* 訳注：これは将来の権利、種類物上の権利、譲渡性のない権利を指し、そのうえの担保権を指すわけではないので『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則』の訳は適切でない。

[p.5415]

コメント

A. 担保対象財産の譲渡性

1 項から 3 項までは、担保権が設定されることになる対象財産の譲渡性に関する特定の問題を扱い、担保権が譲渡性のある財産にのみ設定可能であるという一般的要件を緩和している。

1 項は、金銭債権以外の履行請求権であって譲渡性のない債権に対しても、それが金銭債権に転化することができるものであれば、担保権の設定を認める。非金銭債権の金銭債権への転化の例を挙げるなら、競業禁止約束から生じる債務の不履行が、不履行に対する違約金特約（その合意が有効である場合に限り）によって対処される場合のその債権がそうであろう。違約金の特約による対処がなくても、不履行に対する損害賠償請求権はこの資格を充たすであろう。

2 項によれば、所有者や権利保有者がその財産の譲渡や担保化をしないと第三者と合意していたとしても、権利には譲渡性がある。関連する財産上に担保権が設定されることで

他の債権者が介入してくることがないように、債権者に対して保証するため、所有者や権利保有者が債権者と合意することがあるネガティブ・プレッジ条項が、この例である。所有者が債権者に対してこの債務の不履行につき責任を負うことになった場合であっても、そのようなネガティブ・プレッジ条項は、担保権の設定を妨げない。すなわち、担保権者は、担保権設定者が他の債権者との間でそのような担保を設定しないと約していた場合であっても、物権を取得することができるのである。これとは対照的に、譲渡不能性が合意ではなく法によって定められている場合には、担保権は、当該財産には設定できない。そのような事例には、IX.-2:102条（担保権の設定に関する一般的要件）b号に定められている一般規定の例外は存在しない。この規律は履行請求権にも適用される。こうした権利が譲渡できないとする合意は、債権者が、そのような権利上に担保権を得ることを妨げない。ただし、その権利が高度に一身専属的な性格を有する場合はこの限りでない（2項2文の例外を参照）。

最後に、3項の定めるところでは、物的担保設定契約の時点で譲渡可能でなかった財産上についても、両当事者が担保権の設定について合意した場合には、この財産上の担保権は、この財産が譲渡可能になった時点で発生する。この規律は、2項による財産の譲渡禁止合意の無効には影響しない（3項2文を参照）。

B. 担保対象財産の存在

担保対象財産の存在の問題は（IX.-2:102条（担保権の設定に関する一般的要件）a号における一般的な要件を参照）、本条3項および4項で扱われている。3項の定めによれば、合意の時点でまだ存在していなかった財産上に両当事者が担保権を設定する意図を有していた物的担保設定契約は、[p.5416]その財産が発生すると直ちに有効な担保権を生じる。これに対して、4項が扱うのは、担保権設定者の権利が条件付である場合の担保権の設定である。

4項1文は、3項を、条件付権利への担保権の設定にも適用する。たとえば、担保提供者が第三者に対して条件付であるにすぎない履行請求権を有しているときには、この権利の上に担保権者に供与される担保が発生するのは、それが無条件となった場合、すなわち、この履行請求権の存在が依存している事件が発生し、その他の条件が充たされた場合に限られる。この規律は、将来の権利、種類物上の権利または譲渡性のない権利であって条件付である権利への担保権設定にも適用される（4項1文後半を参照）。この権利が無条件のものとなり、かつ、もはや将来の権利でも、種類物上の権利でも、譲渡不能の権利でもなくなった場合に、担保権が生じる。

しかしながら、4項2文は1文の規律を修正している。一般的には、担保権が生じるのは担保対象である権利が無条件のものとなった場合に限られるのであるが、担保権は、**現在**の条件付権利にも設定することができる。一定の場面では、停止条件付の譲渡により、条

件成就前でさえも存在する所有権の上の条件付権利が生じる。たとえば、購入代金の支払いを条件に所有権が移転される場合、譲受人は直ちには所有権を取得しないが、現在の条件付権利または未確定の権利（conditional right or contingent right。Ⅷ.-2:307条（所有権が留保されているときの譲受人の未確定な権利）〔訳注：引用のⅨ編はⅧ編の誤記〕を参照）を取得する。この現在の条件付権利にも担保を設定することができる。しかし、条件が充たされない場合、とりわけ、買主が購入代金を支払わないために売主が買主との契約関係を終了させた場合には、譲受人の条件付権利も消滅し、譲受人によって設定されたすべての担保も同様に消滅する。

C. 担保の対象となる動産の特定

3項1文の規律は、担保対象動産の特定にも適用される。当事者の合意に基礎を置く物権設定の一般的要件は、Ⅸ編2章105条（担保権を供与するための要件）a号（同条のコメントBを参照）で立てられている。担保権の留保の場合には、Ⅸ編2章113条（担保権の留保の要件）1項b号から間接的に要件が導かれる。担保権が留保されるべき動産所有権の譲渡は、この動産の特定を必要とする（Ⅷ.-2:101（所有権移転の一般的要件）3項1文を参照）。物的担保設定契約の中でこの動産を特定せずに担保提供者が動産担保権を設定しようとした場合、この動産が後に特定された場合にのみ担保権が生じる。担保権が設定されるべき時点で集合物の一部を構成する動産に担保権を設定することについて、Ⅸ編2章112条（物権法に関する一般規定の準用）は、Ⅷ編2章305条（集合物の一部である動産の譲渡）および306条（集合物からの引渡し）を参照する。

[p.5417]

D. 被担保債権の存在

Ⅸ編2章102条（担保権の設定に関する一般的要件）c号は、被担保債権が存在しなければ担保権は設定されないと定めるが、本条5項は、3項1文と併せて、この規律を修正する。その方法は、契約時に将来債権または条件付き債権である被担保債権に担保権を設定しようとする合意は、被担保債権が現在化するか無条件のものとなると担保権を生じさせる、というものである。

そのような遅効的な発生は、優先順位には影響しない。担保権が登記されていれば、決定的なのは、発生時ではなく、登記時である（Ⅸ.-4:101（優先順位に関する一般準則）2項a号）。