

## 第2款 担保権の供与

### IX.-2:105条 担保権を供与するための要件

担保権の供与により動産上に担保権を設定するためには、第1款の規定による要件に加えて、次に掲げる要件のすべてを満たさなければならない。

- (a) 担保目的物である動産が当事者によって特定されていること
- (b) 担保提供者が、当該財産上の担保権を供与する権利又は権限を有すること
- (c) 担保権者が、物的担保のための契約に基づいて、担保提供者に対して、担保権の供与を受ける権利を有すること
- (d) 担保権者と担保提供者とが、担保権者に担保権を供与することに合意すること

### コメント

#### A. 総説

担保権の設定という古典的な方法としての担保権の供与の一般的概念についてはすでに述べた。担保提供者との合意（物的担保設定契約）に基づいて、担保権者は、担保権者には移転しない動産所有権の上に制限物権としての担保権を取得する。

本条の下でのそのような担保権設定の要件に加えて、設定方法にかかわらず担保権設定に適用されるIX編2章102条（担保権設定に関する一般的要件）による一般的要件を充たさなければならない。さらに、特定の動産類型上の担保権の設定には、この第2章第3節の特別な規定も存在する。

[p.5418]

#### B. 担保対象財産の特定 — a号

担保対象財産が両当事者によって特定されなければならないという要件（a号）は、物権法の一般原則を表現している。債権的な性質のみを有する権利とは異なって、物権は特定の財産に関するものでなければならない。どの財産におけるどの権利を意味しているのかが特定されなければ、当事者は、物権を設定したり処分したりすることができない。この特定性は、必ずしも物的担保設定契約の合意で定められなければならないものではなく、担保対象財産は、後の段階で特定されてもよい。同様の原則がVIII編2章101条（所有権移転の一般的要件）3項1文で定められている。担保が設定されることになる種類物が物的担保設定契約の締結後に特定されるときには、担保権はその物が特定されると直ちに発生する（IX.-2:104条（譲渡性、発生および特定性に関する特有の問題）3項1文を参照）。

担保の特定性に関する特別の状況が、VIII編2章305条（集合物の一部分である動産の譲渡）およびVIII編2章306条（集合物からの引渡し）を参照するIX編2章112条（物権法に関する一般規定の準用）によって処理されている。集合物のうち一定量の動産に対して、集合物のうちの当該動産が特定されないままに担保権が設定されるときでも、その取引は全体が無効で

あるというわけではない。特定性を欠くため集合物のうちの特定の動産に対する担保権が発生しえない場合であっても、担保権は、集合物の不可分の持分権上に発生する（この持分の計算についてはⅧ.-2:305条3項を参照）。

#### C. 担保権を供与するための担保提供者の権利または権限（b号）

本条 b 号は、法の一般原則を表現し、それを担保権に適用する。一般に、何人も権利または権限を有しない限り、この権利を処分することができない。すなわち、とりわけ譲渡、放棄または担保設定ができない（*nemo dat quod non habet* 何人も自己の有しないものを譲渡することはできない。Ⅷ.-2:101条（所有権移転の一般的要件）1項 c 号および債権譲渡についてのⅢ.-5:104条（基本的要件）1項 c 号〔訳注：d号は誤記〕のこれに相当する要件を参照）。

このような権利または権限は、まず第一に法に由来しうる。とくに担保を設定する財産の所有者は、一般的にこの財産を自由に処分できる。しかしながら、例外的には、所有者の財産処分権限であっても制限される場合がある。その最も顕著な例は所有者が倒産した場合である。

他方、所有者以外の者が、財産の担保を設定する権限を与えられれば、この者はその財産を担保に供することができる。そのような権限は、法により与えられるか（たとえば倒産管財人の場合）、または真の所有者により与えられる。

担保提供者が無権限で行為をした場合であっても、Ⅸ編 2 章 105 条（担保権の善意取得）や [p. 5419]Ⅸ編 2 章 111 条（現金、流通性のある証券および証券上の担保権）、すなわち担保権の善意取得の規定に基づけば、担保権は設定されうる。

**担保に服する財産**　すでに担保の対象となっている財産の上に担保を設定する権利または権限については、若干の特別な問題が生じる。以下の段落ではこれらの問題を扱う。

**担保設定者は後順位の担保を設定することを妨げられない**　ある財産がすでに担保権の負担を受けていることは、先順位の担保権に服する後順位の担保を設定する担保設定者の権限には影響を与えない。一般に、競合する複数の担保権が同一の財産上に存在しうる。これらの担保権の関係は、第 4 章に含まれる優先順位に関する規律によって定まる。しかしながら、担保提供者は、通常は、先順位の担保を無視して後順位の担保権を供与することができない。それにもかかわらず、第二担保権者が先順位の担保権から自由な担保権を取得することができる場合が、Ⅸ編 2 章 109 条（担保対象有体動産上の担保権の善意取得）で定められている。

**担保権者は一般的には転担保を設定することができない** 他方、担保権者は、一般的に、担保対象動産に転担保を設定することができない。ある財産に担保権（すなわち、IX.-1:102条（動産担保権）1項で定義された制限物権）が設定された場合の担保権者は、この物権があるからといって、それが後順位のものであっても、同じ財産に転担保を設定することができない。それができることになれば、ある被担保債権のために担保権を設定した担保設定者は、この財産が他の債務の履行についてさらに責任を負うかもしれない危険を負担することになってしまう。しかしながら、担保対象財産に転担保を設定する代わりに、担保権者は、債権者のために被担保債権に担保を設定することで、担保としての物権を間接的に行使することができる。IX編 2章 301条（金銭債権に設定される担保）c号〔訳注：4項は誤記〕に基づき、金銭債権上の担保権によって、担保権者は、この金銭債権を担保するあらゆる担保権をも行使することができる。