

IX.-2:110 条 遅延した設定

IX.-2:106 条（供与により担保権が設定される時期）によりある財産の上に担保権が設定されるはずであった時点では、IX.-2:107 条（消費者による担保権の供与）又はIX.-2:108 条（担保権の善意取得）の定める要件を満たしていなかった場合には、これらの規定の定める事由が生じると同時に、何らの行為を要することなく担保権が発生する。

コメント

本条は、IX編 2 章 106 条（供与により担保権が設定される時期）の定める一般準則を補完する。106 条によれば、担保権が供与により設定されるのは、IX編 2 章 105 条（担保権を供与するための要件）に定める要件が満たされる場合に限られる。105 条が定めるのは、供与による担保権の設定についての一般的要件に限られ、消費者が担保提供者であるときについてのIX編 2 章 107 条（消費者による担保権の供与）が定める追加的的要件や、担保提供者が担保権を供与する権利も権限も持たない場合の担保権の善意取得についてIX編 2 章 108 条（担保権の善意取得）が定める代替的要件を含まない。それゆえ、本条の追加的な規律が必要になる。本条が定めるところでは、供与による担保権の設定についてIX編 2 章 107 条又はIX編 2 章 108 条の要件が満たされる場合、その限りで、その担保権は、IX編 2 章 106 条が示す時期には効力を生じないが、追加的的要件又は代替的要件も満たされる時に効力を生じる。

[p.5440]

IX.-2:111 条 現金、流通性のある証券及び証書を目的とする担保権

現金並びに持参人払の流通性のある証券及び証書を対象とする担保権は、IX.-2:105 条（担保権を供与するための要件）b 号、IX.-2:108 条（担保権の善意取得）又はIX.-2:109 条（担保の目的となっている有体財産上の担保権の善意取得）の定める要件を満たしていない場合であっても、これらの財産の直接占有が担保権者に移転しているときは、先行する権利の負担なく設定できる。

コメント

本条は、流通性のある 3 種の財産上の担保権の設定について特別の規律を含む。第 1 が現金（国内通貨か外国通貨を問わない）、[第 2 が] 持参人払式流通証券（たとえば、持参人払式の為替手形又は小切手）、[第 3 が] 持参人払式流通証書（たとえば、持参人払として発行された場合の運送証券又は倉庫預証）である。文書形式が本質的である。というのは、本条は、担保目的財産の直接占有が担保権者に移転することを求めるからである。

こうした財産上の担保権の設定は、こうした財産上の担保権を供与する担保設定者の権利又は権限に関して、本款の一般的要件の若干のものを免除される。担保提供者が当該財産上にそのような権利を供与する権利も権限も有しない場合（すなわち、IX.-2:105 条（担保権を供

与するための要件) b号が満たされない場合)において、担保権者がIX編2章108条(担保権の善意取得)に定める善意取得原則に依拠することができないときでさえ、こうした財産には担保権が設定されうる。すなわち、現金、流通証券若しくは流通証書上に担保権を供与する権利も権限も担保設定者が有しないことを担保権者が知っている場合、又はこうした財産がその所有者から盗まれたものであった場合でさえ、担保権の設定が可能である、ということになる。

この規律方針は、上述の証券等の流通性に基づいている。こうした証券類の流通性が、こうした証券類の上の担保権設定にも拡張される。担保権者は、こうした財産上の担保権を供与する担保設定者の権利又は権限について調査をする必要がない。この点に疑問がある場合さえ、有効な担保物権を取得することができるのである。さらに、現金の場合には、特定の現金の出所又は前所有者を明らかにし、現金が経てきた過程を調査することはほとんど不可能である。

この例外が適用される唯一の要件は、直接の占有が担保権者に移転されなければならないことである。一般的には、本章の規律は、担保設定が善意取得の原則に基づくことになる場合でさえ(IX-2:108条(担保権の善意取得)のコメントCを参照)、担保権設定につき占有の移転を要しない。しかし、本条でこのような制限が必要なのは、本条の適用が制限される必要があるからである。証券類の直接占有が担保権者の保護を正当化するのに必要なのは、担保権者が善意でないか又はその財産が[p.5441]所有者から盗まれた場合にさえ本条が適用されるからである。もちろん、この要件は、本条の適用範囲を有効に制限する。本条は、銀行預金口座という現代的な形態及び — 一般的に言えば — 電子的な「証券」又は「証書」の上の担保権の設定には適用できない。

当該財産上の先順位担保権の存在にもかかわらず本条により担保権が取得されるときは、IX編4章101条(優先順位の一般規定)5項により、新しい(占有)担保権が先順位の権利に優先する。理論的には、この規律は、先に設定された所有権留保にも適用されることになるはずである。しかし、この形態の担保は、本条が適用される財産には設定されそうにない。金融資産上の担保権については、IX編4章102条(最優先順位)2項からも同様の優先順位が帰結される。金融資産を占有又は支配する担保権者は、この規律に基づいて、先順位の競合する担保権(とりわけ既登記担保権)に優先する。担保権者が「占有」していないために本条が適用されない無体の金融資産にも、この規律は、適用される。