

商人留置権の効力について

— 不動産上の法律関係

古 積 健三郎

目 次

はじめに

第一章 近時の学説・判例の検討

一 諸説の概要

二 各説の問題点

第二章 包括的担保としての商人留置権の効力

一 一般の先取特権に類似する商人留置権の効力

二 ドイツ法との比較

むすび — 当面の問題の法的処遇

(商人留置権の効力について(古積))

はしめ

一 商法五二一条は、商人間の双方的商行為によって生じた債権が弁済されるまで、商行為によって占有するに至つた債務者の所有物および有価証券を留置する権利を債権者に認める。学説は一般にこれを商人間の留置権ないし商事留置権と称しているが、本稿ではこれを商人留置権と称することにしたい。

二 この商人留置権に関しては、従来はあまり検討が加えられていなかった。ところが、バブル経済の崩壊を原因とする紛争に関連して、商人留置権の効力ないし成立範囲に関して近時議論が活発になされることになった。その紛争とは、既に金融機関のために抵当権が設定されている土地の所有者が、その所有地上に建物を建築する請負契約を建設業者と締結し、建設業者が建物を完成させたところ、建物完成時点においては注文者たる土地所有者の資力状態が悪化したため、土地所有者に対する融資債権および請負代金債権の回収において、金融機関と建設業者のどちらに土地に関して優先的権利が存するのか、というものである。ここでは、金融機関の抵当権の実行に対して、しばしば建設業者は土地を商取引によって占有するに至つたとして商人留置権の存在を主張する。というのは、民事留置権の成立要件としては債権と目的物の牽連関係が要求されており、建物に関して建設業者の民事留置権を認めることができても、土地についてこれを認めることは困難であるが、商人留置権の成立要件としてはかかる牽連関係は要求されていないからである。

三 右に掲げた紛争を契機に商人留置権の効力に関する議論が特に活性化したのは、次のような事情による。従来、

商人留置権の性質も民事留置権と基本的に等しく、その効力については民法の規定が適用されるものと一般的に解されてきた。これによれば、商人留置権も一度成立すれば、留置権者は目的物の占有を喪失しない限りいかなる者に対してもその権能を主張でき、したがって、留置権の成立より先に目的物上に物権を取得した者に対しても留置権者は自己の権利を主張できることになろう。これに相応して、民事執行法も、強制競売や担保権の実行による競売において留置権が買受人に引き受けられる、と規定している（五九条一項、一八八条）。ところが、抵当権者は、もともとこのような負担のない物件として土地を担保評価し、土地所有者に融資しているのが通常である。それにもかかわらず、買受人に留置権が引き受けられ、留置権の消滅のために買受人が被担保債権の弁済をしなければならないことになれば、当然それだけ土地の売却価格は下落し、抵当権者は不測の損害を受けることになる。それゆえ、特に先行する抵当権者との関係では、留置権の効力ないし成立範囲を限定する必要性が高くなり、商人留置権が新たに議論的となったのである。

四 近時の議論において、商人留置権の効力に関する様々な説が提示され、説として考えられるものはほぼ出つくした観さえある。また、各説の論証の過程で、商人留置権の沿革ないし立法過程に関する資料もかなり詳細に示されている。しかし、近時の議論でも十分に検討されていない観点が残されているように思われる。そこで、本稿では特に不動産をめぐる商人留置権の効力について検討を加えることにする。以下では、近時の学説・判例の議論を整理・検討してその問題点を明らかにし、あわせて商人留置権の効力に関する解釈論を展開しようと思う。そして、現在直面している紛争は私見によればどのように処理されることになるのかを簡単に示し、それをむすびとしたい。

注

(1) 用語法については、鴻常夫「商事留置権」法学セミナー五七号(一九六一年)二五頁以下、松本恒雄「商法上の留置権と民法上の留置権」民商法雜誌九三卷臨時増刊号・創刊五〇周年記念論集Ⅱ(一九八六年)一八〇頁以下参照。

(2) 留置権一般に関する研究としては、薬師寺志光「留置権論」(三省堂、一九三五年)や、清水元「留置権概念の再構成」(一粒社、一九九八年)のようにまとまった研究も見られるが、これらは民事留置権を基本的対象とするものである。商人留置権を特に対象としたものとしては、毛戸勝元「商法上ノ留置権ノ効力ヲ論ス」京都法学会雜誌九卷一〇号(一九一四年)一頁以下、小町谷操三「商事留置権に関する二三の疑点」法学三卷六号(一九三四年)二六頁以下、薬師寺志光「民事留置権と商事留置権との効力の差異」民商法雜誌一卷三号(一九三五年)二三頁以下、鈴木祿弥「商人留置権の流動担保性をめぐる若干の問題」西原寛一先生追悼論文集『企業と法(上)』(有斐閣、一九七七年)二三五頁以下、松本・前掲注(1)論文等が散見される程度であった。

(3) 大隅健一郎『商行為法』(青林書院、一九五八年)四九頁、田中誠二『新版商行為法』(再全訂二二版)(千倉書房、一九七〇年)八九頁、西原寛一『商行為法』(第三版)(有斐閣、一九七三年)一三七頁、平出慶道『商行為法』(第二版)(青林書院、一九八九年)一四八頁、鴻『商法総則』(新訂第五版)(弘文堂、一九九九年)一八七頁等参照。

(4) 従来の体系書や教科書においては、民事留置権は何人に対しても効力を及ぼす、と説明されてきた。代表的な例としては、我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、一九六八年)四〇、四一頁、柚木馨、高木多喜男『担保物権法』(第三版)(有斐閣、一九八二年)三一、三二頁、川井健『担保物権法』(青林書院、一九七五年)二八三、二九二頁等が挙げられよう。

ただし、近時は第三者に対する関係で無制限に民事留置権の効力を認めることに否定的な見解も主張され、この見解は債務者以外の者との関係を一種の對抗関係として位置付けている(道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、一九九〇年)

一五〇一六、二五〇二六頁参照)。このような考え方は後に触れる生熊説とも共通し、民事留置権に関しても従来の議論を見直す必要がありそうだが、本稿ではさしあたり、民事留置権の効力については検討を留保し、商人留置権に焦点を絞ることにする。

(5) ただ、このように民事、商事を問うことなく、執行手続において留置権を一律に扱うことに対しては以前から疑問が提示されていた。たとえば、椿寿夫「強制執行法案における留置権」(初出、一九七二年)『民法研究Ⅱ』(第一法規出版、一九八三年)二二頁以下、四二頁、三ヶ月章「任意競売」概念の終焉」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題(下)』(有斐閣、一九七五年)一五九五頁以下、一六二七頁。

第一章 近時の学説・判例の検討

一 諸説の概要

「はじめに」で示したような紛争において、商人留置権の効力をいかに解すべきかについては、およそ次の四つの見解がこれまで主張されている。

1 留置権の成立要件としての占有の取得を否定する見解

これに属する説も様々であるが、主に以下の三つを挙げることができる。

まず、請負人の敷地に対する占有を一律に否定する見解がある(澤説)。これは、建築請負契約においては、特に

(商人留置権の効力について(古積))

敷地を請負人に利用させる契約がなされているわけではなく、敷地の占有主体は始終その所有者たる注文者であり、請負人は独立した占有を有せず、せいぜい占有補助者の地位しか有しない、とする。⁶⁾

次に、請負人は敷地を占有しているといえるが、この占有を留置権の成立要件としての「占有」とは認めない見解がある（栗田説）。この見解は、請負人の占有権限は工事の施工のために必要な範囲に限定される特殊なものであり、工事施工以外の目的で占有権限を主張することは、あまりにも当事者、特に債務者の意思に反するものであり、公平の観点から問題である、と主張する。⁷⁾

最後に、請負人が完成建物の所有権を有するか否かによって敷地の占有の有無を区別する見解がある（小林説）。すなわち、建物の所有権が注文者に属する場合には、借地上の建物の賃借人には土地について独立の占有がないとされていることと同様に、土地の占有者は建物所有者たる注文者であり、請負人には独立の占有がない。しかし、建物の所有権が請負人に属する場合には、請負人の土地の占有を否定することはできない。ただ、建物所有のための請負人の土地占有は、請負契約の趣旨から外れるものなので、この占有は商行為によって生じたものと見るべきではなく、結局商人留置権は成立しない。⁸⁾

下級審の判例の中でも、成立要件としての「占有」の取得を否定することによって商人留置権の成立を認めなかったものが多い。すなわち、①東京高決平成六年十二月十九日（判例時報一五五〇号三三三頁）、②東京地判平成七年一月十九日（判例タイムズ八九四号二五〇頁）、③福岡地判平成九年六月一日（判例時報一六三四号一四七頁）、④東京高決平成一〇年六月一二日（金融・商事判例一〇五九号三三二頁）、⑤東京高決平成一〇年十二月一日（判例時報一六六六号一四一頁）、⑥東京高決平成一二年七月二三日（金融・商事判例一〇七三三頁）等がその例である。こ

のうち、①③⑥は前述の栗田説、②は前述の澤説、そして、④⑤は前述の小林説に近い。

2 抵当権者との関係で商人留置権の効力を容認する見解

これは、河野弁護士によって主張されたものであるが、その要点は、建物の建築に着手している請負人が敷地の占有を取得していることを否定するのは困難であり、契約の両当事者が商人である以上、敷地について請負人の商人留置権は成立せざるをえない、というものである。そして、商人留置権の性質に関する従前の理解を前提にすれば、この留置権は抵当権者に対しても効力を有することになる、というわけである。

それでは、留置権の拘束を受ける抵当権者の保護に欠けるのではないか、という疑問が生じるが、河野説もこの点を考慮していないわけではない。すなわち、たとえ留置権の拘束が生じるとしても、留置権者には優先弁済権がない以上、抵当権者が実行に着手しない限り、自己の債権を保全する有効な手だてがなく、結局は手詰まりとなる。したがって、留置権はそれほど抵当権者にとって脅威となることはない、という。

従来の下級審判例の中でも、⑦新潟地長岡支判昭和四六年十一月十五日（判例時報六八一七二頁）と、⑧東京高決平成六年二月七日（判例タイムズ八七五号二八一頁）が商人留置権の優先的効力を容認している。ただ、⑦は抽象論においてその効力を容認しているに過ぎない点は注意を要する。

3 留置権の成立時点と抵当権設定登記の時点の先後で優劣を決する説

この説は、秦教授と生熊教授によって主張されたものだが、¹¹ 抵当権と留置権の関係を対抗関係と捉え、留置権の対抗要件を占有の取得と理解する見解として位置付けられる。特に生熊説の論証は、比較法にも言及し、詳細である。

まず、生熊教授は先行する抵当権者より留置権者が事実上優先弁済を受けることが可能となることの問題性を強調

する。そして、留置権一般に関して、従来の解釈論は、主に動産上の留置権を対象とし、そこでは基本的に約定担保物権と留置権の衝突という問題が生じないために、先行する物権との関係まで射程に置いていなかった、と説く。¹²そして、民事留置権においては、被担保債権は目的物上に投下された費用であることもあるから、第三者の所有物上に留置権の成立を認めてもやむをえない事情が認められるが、商人留置権においては、成立要件としての牽連性が要求されていないことから、これを先行する抵当権に対抗することはできない、とする。¹³この際、教授は、留置権者は事実上優先弁済を受けることができることになっている点から、むしろ、正面から留置権に優先弁済的効力を付与すべきである、という見解を提示している。¹⁴

下級審判例においてもこれに類似するものがある。⑨福岡地判平成九年六月一日(判例時報一六三三号一二七頁)は、宅地造成工事の請負人には土地上の商人留置権が認められるが、その後の債務者の破産によってその留置的効力は失われ、留置権から転化した先取特権と抵当権の関係は対抗問題となり、請負人の占有の取得より抵当権設定登記が先行する場合には抵当権が優先する、という見解を示している。また、⑩東京高決平成一〇年一月二七日(判例時報一六六六号一四一頁)も類似の見解を展開している。

4 不動産を商人留置権の客体として認めない説

これは、近時浅生判事によって有力に主張されている見解である。浅生判事は、商人留置権制度の沿革を参照しつつ、商人留置権の制度の趣旨と法制度全体との整合性を根拠として、不動産上に商人留置権は成立しないという見解を展開する。¹⁶

まず、浅生判事が援用する商人留置権の沿革とは次のようなものである。現行商法の商人留置権制度はロエスラー

(Roessler) によつて草案¹⁷⁾が作られた旧商法の制度を受け継いだものであるが、ロエスラーが商人留置権の規定を起草するに際して参考としたのは、ドイツ商法(旧商法)の商人留置権であつた。そこでは、商人留置権は動産および有価証券のみに成立するとされており¹⁹⁾、その後のドイツ現行商法でも、商人留置権は動産と有価証券のみに成立すると規定された²⁰⁾。この制度は、中世イタリアの商慣習に由来しており、当時の地では、商人間において債権者が債務者の所有物を占有している場合には、この上に優先弁済権の付いた留置権を取得するとされていたが、それは次のような事情に基づく。すなわち、商人間においては信用取引が必要となるが、この際取引先に担保を設定するとは相手方への不信用を表明することとなり、しかも、常時変動する取引先への債権を担保するのに質権を設定するのは煩雑であるから、商人間取引において約定担保を設定するのは難しい。そこで、商人間の信用取引を促進するという目的で、質権と同様の効力を有する担保権が法律上認められる必要がある。この際、商人間の交互計算ないし相殺がこの制度の基礎となつた。つまり、商人は相手方が自己に対して有する債権を相手方に対する債権の担保とするが、この手法が金銭債権のみならず、商人が容易に換価できる商品にも及んでいった結果として商人留置権が現れたのである。²¹⁾

このように、商人留置権が質権の代替的手段であつたという沿革に鑑み、淺生判事はこれを当事者の合理的意思を基礎とするものであると理解し、²²⁾客体を動産に限定するという明文規定を有しない日本の現行商法においても、不動産を客体から除外するべきであるという。すなわち、商人間の取引の過程で取引先が所有する不動産の占有を取得しただけでは、これを担保に供する意思が当事者に認められるとはいひ難い、とされる。²³⁾

さらに、淺生判事は、商人留置権の存在によつて不動産上に抵当権を有する第三者の地位が著しく不安定になる点

に關して、次のように主張する。「不動産の担保価値が評価可能なのは、抵当権設定時（正確には對抗要件を備えたとき）以降の事情の変化は、原則として抵当権に影響を及ぼさないという法律制度が確立していることによるのであるから、商事留置権のように融通無碍な権利が事実上抵当権に優先することを認めたのでは、法律制度全体の整合性を維持することは不可能なのである」²⁴。これは、不動産上に商人留置権を認めることは、不動産上の担保権の優劣關係は目的物および被担保債権に關して登記という公示が具備された時点の先後によつて決定される、という現行法の基本原理に反することになる、という主張といえよう。

なお、建築請負の事案ではないが、①東京高判平成八年五月二八日（判例時報一五七〇号一一八頁）は、これと同一旨の見解を展開している。しかし、この判例では当事者の商人性が否定されており、それによつて直ちに商人留置権の成立を否定することもできた点には注意しなければならない。

二 各説の問題点

抵当権者との關係で商人留置権の効力を容認する見解は、商人留置権の成立要件が充足されているという点では、条文の文言に相応する素直な見解と思われるが、商人留置権の効力が抵当権者に対する大きな脅威とはならない、という点には承服できない。確かに、この見解がいうように、商人留置権にも優先弁済権がないことを前提とすれば、抵当権者が担保権の実行に着手しない限り、留置権者は手詰まりとならう。しかし、不良債権の回収のために担保権の実行が不可避であれば、債権者は抵当権の実行に着手せざるをえず、その場合に留置権が買受人に引き継がれると

すれば、これは抵当権者にとつて大きな痛手となる。むしろ、担保権を有する者にとつては、まさにこれを実行する際に障害となるべきものが脅威なのである。²⁵

それゆえ、多くの見解が抵当権者との関係で土地に対する商人留置権の効力を制限するための構成を模索してきた姿勢自体は正当といわなければならない。しかし、問題であるのは、これまで提示されてきた構成が十分説得的なものであったか、という点である。

1 占有の有無を判断要素とする構成の限界

第一に、商人留置権の成立要件とされている「占有」を否定する見解には次のような問題がある。

まず、請負人の占有を一律に否定する見解は、請負人が注文者との間で締結した契約ないし権限を重視するものである。しかし、占有そのものが観念化しているとはいえ、もともとこれは物に対する事実的支配を基礎とするものであり、物²⁶上の権限如何で占有の有無を判断するというのは占有の概念自体から逸脱することになるだろう。もちろん、占有の要件たる所持が最終的には社会観念によつて判断される以上、²⁷具体的な事案で、請負人には独立の占有がないと判定される可能性は否定できない。しかし、すべての事案においてそう判断されるわけではない。

これに対し、請負人の占有を容認しつつ、これは商人留置権の成立要件としての占有に該当しないと見る見解には、そのような難点はない。しかし、この見解のように請負人の占有権限の内容次第で留置権の成否を区別することになると、それでは、いかなる権限があれば留置権が成立するのかという統一の基準が問題となるが、それはどのようにして導かれるのだろうか。²⁸結局は、この見解の背景にある公平の観念によつて事案ごとに判断することになるのだろうか、これは法的安定性の観点からは問題と思われる。

さらに、建物所有権が請負人に属するかどうかを基準とする見解にも問題がある。この見解は、建物が完成した後
 の土地占有を問題としており、建物完成前の請負人の土地占有は問題とならない、という前提をとるようである。³⁰ し
 かし、前述の観点からは、たとえ建物完成の前でも、土地が請負人の事実的支配に置かれたと社会観念上判断される
 場合には、請負人の土地占有が成立するというべきである。だとすれば、建物が完成する前の占有と建物が完成した
 後の占有との関係を検討する必要がある、この点で、建物所有権の帰属如何によって一律に請負人の土地占有を論じ
 るのは困難である。³⁰

以上のように、請負人の土地占有を否定することによって留置権の成立を認めないとするのは困難であり、抵当権
 者が害されるのを一般に防止することはできない。したがって、少なくとも抵当権者との関係では留置権の効力は主
 張できないとする、より一般的な構成が望まれる。留置権と抵当権の関係を対抗問題とする見解や、不動産を商人留
 置権の客体から除外する見解は、この方向に属するものといえよう。³¹

2 一種の対抗問題として処理する説の問題

抵当権者と留置権者の関係を一種の対抗関係と捉え、抵当権設定登記時点と請負人による土地占有の取得の時点の
 先後によって両者の優劣を決するという見解に従う場合、当面紛争となつてゐる事案において抵当権者が不測の損害
 を受けるのを防ぐことはできるであらう。ただ、この説に関しては、商人留置権は被担保債権の弁済期が到来しては
 じめて成立するものである、このことが抵当権との優劣関係にどのように反映されることになるのか、また、抵
 当権に基づく競売においてこれに優先する留置権の存在をいかにして調査するのか、という問題が指摘されてい
 る。³² さらに、この説にはより根本的、理論的難点があると思われる。

この説によれば、留置権者たるべき者の占有の取得が抵当権設定登記に先行する場合、（少なくとも被担保債権の弁済期が抵当権設定登記の前に到来している限り）留置権は抵当権に優先する。しかし、留置権の公示方法とされる占有によっては、留置権が存在するということが自体は後の第三者によって認識できるとしても、その負担の程度、すなわちその被担保債権額を認識することは困難である。この点に関し、物に費用を投下した債権者がその物の上に取得した民事留置権の場合には、そもそも留置権者の費用がなければ、これによって保持された状態の物を抵当権者が擲取することはできなかったといえるので、その費用なしに被担保債権額が明らかにされなくても、抵当権者はその負担を甘受すべきである、という価値判断も成り立たない。そして、この価値判断は、一応、抵当権の成立時点と留置権の成立時点の先後関係を問わずに妥当するものと思われる。しかし、ここで問題となる商人留置権は、被担保債権と目的物の牽連関係が要求されていないために、民事留置権の場合のような価値判断は成り立たず、むしろ被担保債権は無限に増大する可能性すらある。このように被担保債権の内容について何ら公示がなされないままに、単に占有の取得が抵当権に先行すれば留置権が優先するとすれば、抵当権者は目的物の実質的負担ないしはその余剰価値を計算することもできず、極めて不安定な地位に置かれるというしかない。現行法は、不動産担保権の競合の場合には、被担保債権を明示した登記によってその優劣を決定するという原則を採用しており、特別の事情がない限り、この原則は尊重されるべきである。民事留置権においては、被担保債権と目的物の牽連性がまさにこの原則に修正を加える特別の事情に該当するともいえよう。³³しかし、商人留置権においてはそのような事情を見いだすことはできず、登記もない商人留置権の優先的効力を容認することは問題である。³⁴

なお、沿革を根拠として商人留置権が質権に類似するという点から、これを優先弁済権を基本とする約定担保物権

の対抗問題の法理に服させることの合理性を指摘する見解がある。しかし、そうであればますます、不動産上の商人留置権に関しては登記を対抗要件とする必要があり、動産担保物権の公示である占有をこれに代えることはできまい。むしろ、法定担保物権である留置権を約定担保物権に妥当する対抗問題の法理に服させようとすること自体に無理があるといふべきではないか。³⁶⁾

3 不動産を商人留置権の客体から排除する見解の問題

以上に対して、不動産を商人留置権の対象から除外するという見解を採用すれば、登記によって担保権の優劣を決定するという原理にも抵触することはない。しかし、その場合に問題となるのは、現行商法が商人留置権の客体を「債務者所有ノ物」としている点の説明である。

この点について、淺生判事は、制度の沿革を根拠に、商人留置権はいわば法定質権ともいふべきもので、当事者の合理的意思を根拠とし、その客体から不動産は除外されるべきである、という。確かに、沿革上、この制度は商人間の交互計算に通じ、その客体は本来商人が容易に換価することができるもの、すなわち商品であつた、といふことは以前から指摘されている。³⁷⁾そして、古い時代には商品たりうるのは動産であつたといえるから、そのような状況においては商人留置権の客体を動産に限定するのが当事者の合理的意思にも相應するだろう。しかし、社会経済の発展によつて、不動産も広く取引の対象とされている今日においては、不動産自体が商品としての扱いを受けていることは否定できない。とすれば、商人留置権を不動産上に認めることもあながち当事者の合理的意思に反するとはいひ切れず、³⁸⁾動産との差異は質的というより程度の問題といえる。³⁹⁾また、幾度かの改正を経て、⁴⁰⁾条項が「債務者所有ノ物」とされずに「債務者所有ノ物」とされたことに鑑みれば、今日の取引事情に照らして、不動産も商人留置権の客

体とする立法意思がそれによって示されたというべきである。この点で、不動産を商人留置権の対象から除外するという解釈論には困難が伴う。

したがって、現行法の解釈論において、不動産を商人留置権の客体から除外する見解の根拠として挙げられるのは、やはり不動産担保権における登記による優劣の決定の原理との抵触という観点だろう。そして、この登記の原理との抵触という問題が、商人留置権の客体から不動産を除外するという結論を採用しなければ回避できないというのであれば、そのような解釈論をとるべき必要性も高い。しかし、他の構成によってこの問題を解消することができるのであれば、条文の文言を無視してまでそのような解釈論をとる必然性はないのではないだろうか。

4 まとめ

以上の検討から、商人留置権の効力を論じるに当たっては、次のような基本姿勢がとられるべきではないかと思われる。すなわち、特に不動産においては、現行法が不動産物権に関して要求する公示を具備しないままにその対外的効力を無制限に容認することはできない、と。そして、従来の学説の中でこの姿勢に相応していた見解は、そもそも不動産を商人留置権の客体から除外する見解だったといえよう。

しかし、この見解は「債務者所有ノ物」という文言に現れている立法態度に正面から対立するものであり、また、登記の原理との調和を他の構成によっても導くことができるのであれば、むしろ、そのような構成を採用すべきではないだろうか。これに相応するものとして考えられるのは、商人留置権が不動産に成立するとしても、その対外的効力は制限される、という構成である。そして、このような構成は、商人留置権の特質、すなわち、被担保債権が包括的かつ流動的であり、また、目的物が包括的かつ流動的であるという点に鑑みれば、決して不可能なものではない。

なげなら、特に後者はより直接的に、商人留置権の対外的効力を制限的に解する根拠になりうるように思われるからである。既に、鈴木祿弥博士は、このような商人留置権の特質を考慮してその効力を論じていた。⁴²そこで次章では、このような商人留置権の特質がいかなる意味を有するのか、そして商人留置権の効力はいかに解されるべきかを論じることとする。

注

(6) 澤重信「敷地抵当権と建物請負報酬債権」金融法務事情一三二九号(一九九二年)二二頁以下、二二五頁。

(7) 栗田哲男「建築請負における建物所有権の帰属をめぐる問題点」金融法務事情一三三三三号(一九九二年)七頁以下、

一二頁。槇悌次「民事と商事の留置権の特徴(下)」NBL六五〇号(一九九八年)四二頁以下、四五頁もこれに近い見解を示す。

(8) 小林明彦「建築請負代金未払建物をめぐる留置権と抵当権」金融法務事情一四一一号(一九九五年)二二頁以下、二五頁。鈴木正和「建物請負代金の未払と敷地抵当権者の権利」判例タイムズ七九八号(一九九三年)七二頁以下、七四頁も、建物所有権の帰属如何によって占有の存否を論じている。

(9) 河野玄逸「抵当権と先取特権、留置権との競合」銀行法務21五一一号(一九九五年)九四頁以下。請負人による敷地占有に対して肯定的な見解としては、山崎敏充「建築請負代金による敷地への留置権行使」金融法務事情一四三九号(一九九六年)六二頁以下、六五頁、片岡宏一郎「建築請負代金債権による敷地への商事留置権行使と(根)抵当権」銀行法務21五二二号(一九九六年)三一頁以下、三六頁等がある。

(10) 河野・前掲注(9)九六〜九七頁。

(11) 秦光昭「不動産留置権と抵当権の優劣を決定する基準」金融法務事情一四三七号(一九九五年)四頁以下、生熊長幸

「建築請負代金債権による敷地への留置権と抵当権(上)(下)」金融法務事情一四四六号六頁以下、一四四七号二九頁以下(一九九六年)。新美育文「民法判例レビュー52(担保)」判例タイムズ九〇一号(一九九六年)四四頁以下、四八頁、片岡・前掲注(9)三八頁、田積司「建築請負工事代金についての不動産留置権と根抵当権」米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』(民事法研究会、一九九六年)一三三頁以下、一四七頁もこの見解を支持する。

(12) 生熊・前掲注(11)金融法務事情一四四七号三〇頁。

(13) 生熊・前掲注(12)三一、三四頁。

(14) 生熊・前掲注(12)三六頁。

(15) 浅生重機「建物建築請負人の建物敷地に対する商事留置権の成否」金融法務事情一四五二号(一九九六年)一六頁以下。かつては、不動産を商人留置権の客体として認めない見解もかなり有力であった(田中耕太郎『商行為法講義案』〔再版〕(一九四三年)三六頁、石井照久『商法Ⅱ』〔改訂版〕(勁草書房、一九五九年)二七頁、鈴木竹雄編『新法律学演習講座・商法(下)』(青林書院、一九五九年)二二頁、戸田修三『商法Ⅰ』〔三訂五刷〕(南雲堂深山社、一九八九年)一八二頁)。最近でも、菅野佳夫「建築請負契約をめぐる問題点」判例タイムズ九〇六号(一九九六年)六五頁以下、六八頁以下、平井一雄「建築請負人の建物敷地に対する商事留置権」獨協法学四四号(一九九七年)九五頁以下、一〇六頁以下、吉田光碩「判例批評」判例タイムズ一〇〇一号(一九九九年)七〇頁以下、七三頁がこれに賛意的である。

(16) 浅生・前掲注(15)二〇、二二頁参照。

(17) ロエスラー草案の商人留置権に関する規定は次のとおりであった(『ロエスレル氏起稿・商法草案上巻』〔復刻版〕(新青出版、一九九五年)による)。

第四四四条 商業取引上ヨリシテ他人ノ所有物ヲ現有シ又ハ遺失物ヲ拾取シテ之ヲ現有シ之カ為メ勞力又ハ私金ヲ費シ又ハ立替又ハ支払ヲ為シ又ハ手数料等ヲ払ヒタルカ為メ要求權利ヲ得タル者其要求ノ期限ニ至リタル時相手方ニ於テ

商人留置権の効力について(古積)

要求ノ金額ヲ支払ヒ又ハ其他弁償方法若クハ保証方法ヲ立ル迄ハ該物件又ハ其代価ヲ自己ニ留置クノ權利アル者トス

第四四五条 交互計算上ノ差引残額ニ対シ又ハ負債主支払ヲ停止シタルトキ未タ払期限ニ至ラサル商業取引上ノ要求權ニ対シ債主ハ正当ニ得タル負債主ノ各種所有物ニ対シ留置權ヲ執行スルコトヲ得

第四四六条 留置權ハ物件ノ現有ヲ失フト共ニ消滅スル者トス但權利者自己ノ利益ノ為ニ其物件ヲ移轉シ新現有主ニ自己ノ留置權アルコトヲ示ス時ハ此限ニ在ラス

第四四七条 物件中ノ一部ヲ他ニ交付スト雖モ留置權ノ施行ハ其残余ノ部分ニ対シ變更ヲ受ルコトナキ者トス

第四四八条 留置權ノ全部又ハ一部ハ明約又ハ黙約ニ由テ消滅ス

第四四九条 留置權ハ要求權ノ期満得免又ハ其他ノ消滅期限ニ由テ共ニ消滅スル者トス但負債主ノ意ヲ以テスルト否トヲ問ハス該物件ニ対スル所有權ノ他ニ移轉スルニ付テ消滅スルコトナキ者トス

第四五〇条 留置權ハ債主ヨリ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ス

第四五一条 自己ニ有スル留置權ヲ執行ス可キコトヲ負債主ニ報知シ相当ノ期限内ニ支払又ハ其他ノ弁償方法若クハ保証ヲ受ケサル時ハ第四百二十八条ノ規則ニ從テ留置ノ物件ヲ売却シ其代価ヲ以テ払受ニ充ルコトヲ得

第四五二条 双務ノ契約ニ由テ相手方ノ契約履行ヲ要求スルノ權利アル者ハ其相手方ニ於テ実行スルマテ自己ノ尽スヘキ義務ニ係ル物件ヲ留置クコトヲ得反對ノ約定又ハ反對ノ商業慣習アル時ハ此限ニ在ラス

(18) 旧商法ノ商人留置權ニ關する規定は次のとおりであつた。

第三三七条 商取引ニ因リテ他人ノ物ヲ占有シ其物ニ付キ勞力、費用、前貸金、立替金、手数料又ハ利息ニ関シテ満期ト為リタル債權ヲ有スル者ハ其債權ノ完全ナル弁済又ハ担保ヲ得ルマテハ其物又ハ其売得金ヲ留置スル權利アリ

第三七八条 交互計算ヨリ生スル差引残額ニ付テノ債權ノ為メ又ハ債務者支払ヲ停止シタルトキハ未タ満期ト為ラサルモ商取引ヨリ生スル債權ノ為メ債權者ハ正当ニ占有ヲ得タル債務者ノ總テノ物ニ対シテ留置權ヲ行フコトヲ得

第三八九条 留置權ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅ス但權利者カ自己ノ利益ノ為メ其物ヲ処分シタルモ其留置權アルコト

ヲ新所持人ニ告知セシトキハ此限ニ在ラス

第三九〇条 留置権ハ債権カ時効其他ノ事由ニ因リテ消滅シタルカ為メニ消滅スト雖モ物ノ所有権カ債務者ノ意ヲ以テ又ハ意ナクシテ他人ニ移リタルカ為メニハ消滅セス

第三九一条 留置権ハ債権者ヨリ之ヲ他人ニ移スコトヲ得ス

第三九二条 留置権ノ行使ヲ債務者ニ通知シタルモ仍ホ相当ノ期間ニ弁済又ハ担保ヲ得サル者ハ留置シタル物ヲ第三百七十一条及ヒ第三百七十三条ノ規定ニ從ヒテ売却シ其売得金ヲ以テ弁済ニ充ツルコトヲ得

第三九三条 双務ノ契約ニ依リテ其履行ヲ求ムルコトヲ得ル者ハ他ノ一方カ履行ヲ為スマテハ自己ノ義務ノ目的物ヲ留置スルコトヲ得但反對ノ契約又ハ商慣習アルトキハ此限ニ在ラス

(19) ドイツ旧商法ノ商人留置権ニ関する主たる条文は次のとおりである。なお、三一四条は弁済期にない債権に關しても、破産等ノ資力悪化状態が債務者に生じたときに成立する非常留置権を規定していた。

第三一三条 商人は、他の商人に対してこの者との間で締結された双方的商行為によつて有する弁済期に達した債権のために、商行為に基づき債務者の意思により占有を取得した、債務者のすべての動産および有価証券の上に留置権〔*Retentionsrecht* (Retentionsrecht)〕を有する。ただし、商人がこれをなお保持し、あるいはまた特に船荷証券、貨物引換証もしくは倉庫証券によつてこれを処分しうる場合に限られる。

しかしながら、この権利は、引渡前もしくは引渡に際して債務者より与えられた指図、または、特定の方法によつて客体を処理するという債権者に引き受けられた義務に反する場合には、生じない。

第三一五条 第三一三条または第三一四条によつて留置権を有する債権者は、その行使を遅滞なく債務者に通知する義務を負う。留置権者は、債務者が適時に他の方法で担保を供しない場合には、訴えにより彼自身の管轄の裁判所において債務者に対して客体の売却を申し立てる権限を有する。留置権者は、その収益から他の債権者に優先して弁済を受けることができる。留置権者はこの権利を債務者の破産財団に対しても有する。

(20) 現行ドイツ商法の商人留置権に関する主たる条文は次のとおりである。条文の訳は、烏賀陽然良ほか『現代外国法典叢書・獨逸商法(Ⅰ)』(有斐閣、一九五六年)による。なお、第三七〇条は旧法三一四条の非常留置権に対応する条文であつたが、これは近時廃止されている。

第三六九条 商人が他ノ商人ニ対シ此ノ商人トノ間ニ締結シタル双方的商行為ニ因リテ弁済期ニ達シタル債権ヲ有スルトキハ、其ノ商人ハ此ノ債権ニ基キ、商行為ニ基キ債務者ノ意思ニ因リテ其ノ占有ニ歸シタル債務者ノ動産及有価証券ニ対シテ留置権ヲ有ス。但シ現ニ之ヲ占有シ、殊ニ船荷証券、貨物引換証又ハ倉庫証券ヲ以テ之ヲ処分シ得ルトキニ限ル。目的物ノ所有権ガ債務者ヨリ債権者ニ移転セラレタルカ又ハ之ガ第三者ヨリ債務者ノ為ニ債権者ニ讓渡セラレタル場合ニ於テ、之ガ債務者ニ讓戻サレタルトキト雖モ、留置権ハ成立ス。

留置権ハ第三者ニ対シテハ、其ノ第三者ニ対シ債務者ノ目的物返還請求権ニ対スル抗弁権ヲ以テ對抗シ得ベキ範圍ニ於テ、存立ス。

目的物ノ留置ガ、債務者ガ引渡前又ハ引渡ノ際付与シタル指図又ハ債権者ガ引受ケタル義務ニシテ一定ノ方法ニ於テ目的物ヲ処理スベキ指図又ハ義務ニ反スルトキハ、留置権ハ之ヲ行使スルコトヲ得ズ。

債務者ハ担保ヲ供シテ留置権ノ行使ヲ免ルルコトヲ得。但シ保証人ヲ立ツルコトヲ以テ担保ノ提供ト為スコトヲ得ズ。第三七一条 債権者ハ留置権ニ因リ留置セル目的物ヨリ自己ノ債権ノ弁済ヲ得ルノ權限ヲ有ス。第三者ガ第三六九条第二項ニ依リ留置権ガ行使セラレ得ル目的物ニ付權利ヲ有スルトキハ、債権者ハ目的物ヨリ受クル弁済ニ関シ先順位ヲ有ス。

弁済ハ質権ニ付適用アル民法ノ規定ニ従フモノトス。民法第一二三四条ニ定ムル一月ノ期間ニ代フルニ一週間ノ期間ヲ以テス。

弁済ハ強制執行ノ方法ニ依リ之ヲ受ケザル限り、債権者ガ所有者ヲ相手方トシ又目的物ガ債権者自身ニ屬スルトキハ債務者ヲ相手方トシテ、自己ノ弁済ヲ受クル權利ニ付執行名義ヲ得タル後ニ於テ始テ之ヲ受クルコトヲ得。此ノ後者ノ

場合ニ於テハ弁済ニ関シ所有者ニ關係アル民法ノ規定ハ債務者ニ付之ヲ準用ス。執行名義ヲ缺ク場合ニハ、目的物ノ売却ハ之ヲ不適法ナルモノトス。

弁済認容ノ訴ハ、債権者ノ普通裁判籍又ハ營業所ノ裁判籍ヲ管轄スル裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得。

- (21) このような欧州における商人留置権の沿革は、既に、毛戸・前掲注(2)七七一〇頁、小町谷・前掲注(2)二七三〇頁等によつて紹介されている。

なお、ドイツにおいては、Goldschmidtのハンドブックが商人留置権の沿革を詳細に説明している(L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, Teil 2, 1868, S. 996 ff.)。毛戸博士や小町谷博士の説明もほとんどこれに依拠している。

- (22) 淺生・前掲注(15)二二頁。

- (23) 淺生・前掲注(15)二三頁。

- (24) 淺生・前掲注(15)二四頁。

- (25) このような問題は、近時の学説がさかんに指摘してきたことである。たとえば、三林宏「抵当権と商事留置権の競合」ジュリスト一一〇一号(一九九六年)九九頁以下、一〇四頁、平井・前掲注(15)九六頁等。河野弁護士自身も、立法論として、不動産上の商事留置権制度は廃止すべきではないか、と述べており、決してこれに対して肯定的ではない(河野「判例批評」銀行法務21五一五号(一九九六年)三八頁以下、四四頁)。

- (26) 我妻榮「有泉亭『新訂物権法』(岩波書店、一九八三年)四六二頁、舟橋諱「『物権法』(有斐閣、一九六〇年)二七二頁参照。

- (27) 我妻「有泉・前掲注(26)四六五頁、舟橋・前掲注(26)二七九頁。

- (28) 道垣内助教は、栗田説によれば、機械の修理業者が他の修理代金の弁済確保のために当該機械の留置を主張することも違法となる、と述べ、その不当性を指摘している(道垣内弘人「判例批評」金融法務事情一四六〇号(一九九六年)

商人留置権の効力について(古積)

五五頁以下、五六頁。

(29) 小林・前掲注(8) 論文は基本的に建物が完成した後の法律関係を検討している。

(30) 河野・前掲注(9) 九五頁は、建物が完成する前に請負人が土地占有を取得しているとすると、その後の完成建物の所有権の帰属次第で従来の占有状態に変化が生じるというのは、いかにも技巧的である、と指摘する。

(31) 一九九七年度の民事訴訟学会大会のシンポジウム「担保権の効力と不動産執行」における加藤哲夫教授の報告「不動産競売における留置権者の地位」も、二つの見解が商人留置権の主張を一般的に制限する意義を持つとして、これに焦点を当てている(民事訴訟雑誌四四号(一九九八年)一一六頁参照)。

(32) 加藤・前掲注(31) 一一六～一一七頁。

(33) 生熊教授も民事留置権の特質を意識している(生熊・前掲注(12) 三一頁参照)。

(34) なお、生熊教授は、自説によって妥当な結果が得られないというのであれば、不動産はそもそも留置権の対象とはならないとしたほうがよいように思われる、とも述べている(生熊・前掲注(12) 三六頁)。

(35) 田高寛貴「民法判例レビュー60(担保)」判例タイムズ九六五号(一九九八年)四五頁以下、五〇頁。

(36) 田邊光政「不動産に対する商事留置権の成否」金融法務事情一四八四号(一九九七年)六頁以下、一五頁も、法定担保権と約定担保権の関係を対抗問題と位置付けることに疑問を呈している。

(37) 小町谷・前掲注(2) 三〇頁参照。

(38) 槇梯次「民事と商事の留置権の特徴(上)」NBL六四八号(一九九八年)六頁以下、一〇頁も、同様の指摘をする。浅生判事は、自説の補強として、かつては不動産を商人留置権の客体として認めない見解が多数であったことを指摘する(浅生・前掲注(15) 二二頁)。しかし、同時に判事自身も認めるように、今日では不動産を客体として容認する見解が一般的である(田中・前掲注(3) 八八頁、西原・前掲注(3) 一三八頁、田中誠二「喜多了祐」堀口亘「原茂太一」コンメンタール商行為法(勁草書房、一九七三年)一五九頁、金沢理「商法上の留置権」鴻常夫「河本一郎」

北沢正啓、戸田修三編『演習商法（総則・商行為）』（青林書院、一九八四年）二〇八頁以下、二二一頁、平出・前掲注（3）一四四頁）。これ自体が、合理的意思是時代の背景に左右されることを指すものではないのか。

なお、森川隆「不動産に対する商人留置権の成否」法学政治学論究（慶大大学院）三七号（一九九八年）一九九頁以下は、ドイツにおける商品概念と我が国におけるそれを比較・検討して、商人留置権の客体から不動産を排除する見解の問題性を指摘している。

(39) 田邊・前掲注（36）一三頁も、当事者の合理的意思は不動産のみならず動産の場合でも問題となりうる、と指摘する。

(40) すなわち、明治三三年に制定された商法は、商人留置権の客体を二八四条で「債務者ノ所有物」と記していたが、明治四四年の改正では「債務者所有ノ物又ハ有価証券」と改められ、さらに昭和一三年の改正では二八四条が五二一条とされたが、その内容は従来通りであった。この点に関しては、田邊・前掲注（36）八〇九頁参照。

(41) 栗田隆「判例批評」判例評論四五八号（一九九七年）二一七頁以下も、公示の原則を根拠として不動産を商人留置権の客体から排除する解釈論を展開している。なお、田邊・前掲注（36）一三頁は、登記の原理を問題とすることは立法論に属するものとしているが、この点には賛同できない。たとえば、登記を具備することを条件として不動産上の留置権を認めるというような議論であれば、現行制度にない留置権の登記ということを要求する以上、それはもはや立法論に属するといえるだろう。しかし、現行法が採用する登記の原理を理由として不動産上の留置権を否定するという議論は、現行法にない措置を要求するわけではないから、依然として解釈論の範疇に属するといえよう。

(42) 鈴木・前掲注（2）二四四頁参照。近時でも、楨・前掲注（38）九頁が客体の流動性に着目した議論を展開している。

第二章 包括的担保としての商人留置権の効力

一 一般の先取特権に類似する商人留置権の効力

従来、商人留置権の効力については商法に特別の規定がないことから、これにも民法の規定が適用され、商人留置権も民事留置権と同様の効力を有すると解されてきた。その結果、不動産上の商人留置権は先行する抵当権にも優先する効力を有することになると考えられ、このことの不合理性が近時の紛争を契機として表面化し、商人留置権の効力を制限するための様々な構成が試みられてきたといえる。⁴³

しかし、商人留置権は当然に民事留置権と同じ効力を持つべきものなのだろうか。民事留置権がローマ法の悪意の抗弁に由来するのに対し、商人留置権が中世イタリアの商慣習を起源とし、両者の意義は本来異なるものであったことは以前から指摘されており、近時の学説もこのことを前提にしている。⁴⁴そして、立法論として、商人留置権にはもともと優先弁済権が認められていたことを根拠に、これを明文で認める破産法が問題となる局面以外でも、商人留置権を民事留置権と区別し、優先弁済権を持つ担保物権として位置付けようとする見解もあったほどである。⁴⁵この観点からは、商人留置権の効力を民事留置権のそれと区別するという考え方自体はむしろ合理的である。ただ、しばしば従来の議論では、優先弁済権の存否という点だけが強調され、それは商人留置権の物権性を強化するものだった。⁴⁶し

かし、この権利が有する特質、とりわけ、目的物が包括的かつ流動的であるという点を直視するならば、これを物権として位置付けるとしても、その効力が優先する人的範囲を制限すべきである、という議論も可能なように思われる。たとえば、鈴木博士は、不動産上に商人留置権が成立するとしても、その流動担保性、さらに登記による公示がない点に鑑み、その効力は事後に目的物を譲受けた者に対しては及ばない、すなわち追及効がないという解釈論を示していた。⁴⁷このように、不動産を商人留置権の客体として肯定するとしても、その対外的効力を制限することができれば、既に述べた登記の原理との抵触も自ら解消するのではないだろうか。そこでまず、商人留置権の効力を制限する解釈論が可能か否かを検討してみたい。

1 包括的担保の効力の制限

日本法は、法定担保物権として留置権のほかにも先取特権を認めている。ここで注意を要するのは一般の先取特権の存在である。一般先取特権は法律上物権として位置付けられているものの、債務者の総財産上に成立する権利であり（民法三〇六条）、その効力は広範に制限されている。すなわち、特別の先取特権には基本的に劣後するとされ（同三二九条二項）、さらに、動産上の効力には追及効がなく（同三三三条）、不動産上の効力は登記のない限り（これが通常である）登記を有する他の権利者に劣後する（同三三六条）。要するに、一般の先取特権は物権ではあるものの、通常、その効力は特定財産上の権利に劣後し、優先効が認められるのは一般債権者との関係においてのみである。これには、債務者の一般財産に成立する担保は特定財産上に成立する権利に劣後すべきである、という発想があるように思われる。このような民法の取扱いに鑑みると、今問題にしている商人留置権にはいかなる効力が与えられるべきだろうか。確かに、商人留置権の客体には、一般の先取特権とは異なり、商行為によって債権者が占有するに至っ

た物と有価証券という限定が付されている。しかし、商行為自体が長期にわたってなされる可能性があり、また占有自体が観念化されている点からは、商人留置権の客体の範囲はかなり包括的になる。したがって、商人留置権には客体の特定性という点において問題があり、典型的物権のような効力をこれに認めることはできないのではないだろうか。それはこうである。

物権の客体の特定性が要求されるのは、第一に、物権が客体に対して直接的ないし排他的支配を及ぼすものであること的前提として、客体が何であるかが識別できなければならぬからである。これは物権の性質から必然的に導かれることであり、同時にそれは権利の公示の基礎ともなる。この点につき、債権者の占有する物か否かは一応客観的に判断できることであるとすれば、商人留置権の客体の特定性は維持されているともいえそうである。しかし同時に、特定性は、支配の範囲を客観的に限界づけ、これと一般財産を区分するという意義も有しているといえる。なぜなら、排他的支配の範囲が無限に拡大することを認めれば、本来独立した権利主体の財産の管理権を無限定に奪うことになり、そのことはこの者と取引関係に立つ第三者に直接影響を与えるからである。それゆえ、客体の範囲が無限に拡大するような場合には、客体の特定性はないとして、排他的支配の成立を否定しなければならぬ。⁴⁸⁾ しばしば、抵当権に関して特定の原則が語られているが、それはこのことを意味する。また、一般の先取特権が目的物の特定性に欠けるといわれるのも、このような観点からである。⁵⁰⁾

それでは、いかなる場合に客体の特定性が欠けることになるのだろうか。たとえば、有体物が権利の客体となる場合には、その物を直接に指定すれば自ら支配の範囲も限界づけられるので、この場合には特定性を肯定できる。また、流動財産譲渡担保等のように客体の変動する場合には個別的・直接的指定は不可能であるが、譲渡担保設定契約に

よつて目的物の範圍に場所的限定を付すことにより客体の範圍が限界づけられ、他の一般財産が十分に確保されるから、この場合も特定性を肯定して差し支えなさそうである。⁶¹⁾しかし、商人留置権の目的物の範圍には場所的限定は付されておらず、客体は準無限大に拡張する可能性を有する。したがつて、ここに至つては特定性を肯定するのは困難であり、典型的物権の有する効力をこれにも認めることはできない。⁶²⁾むしろ、被担保債権も包括的になる商人留置権は少なくとも特定財産上の物権に対しては劣後すると解すべきだろう。

右のような解釈論は、商人留置権に関する現行法上の条項にもその根拠を見いだすことができる。すなわち、破産法九三条一項によれば、商法上の留置権は特別の先取特権とみなされるが、同時にこの権利は他の特別の先取特権に劣後するとされている。破産法上の取扱いも、商人留置権に内在する性質と全く無関係なものとはいえず、この規定自体が、商人留置権は特定財産に成立する権利に劣後するという性質を表していると思われる。

また、商人留置権を規定する商法五二一条は、「債務者所有ノ」という限定を付しているが、これも特定財産上の権利に劣後するという性質を示すものとして理解できよう。従来、この文言は、民事留置権が第三者の所有物にも成立しうるのに対して、商人留置権の客体は成立時点において債務者の所有物である必要があることを指している、と理解されてきた。⁶³⁾しかし、これはむしろ、商人留置権の効力は債務者がその時々⁶⁴⁾に有する権利に左右される、すなわち、目的物上に他人の権利が存する場合には留置権はそれに劣後するという性質を表す、と考えることもできよう。

したがつて、商人留置権は特定財産上に成立する物権にはその成立時点に関わりなく劣後する、といふべきであり、その成立後に抵当権設定や所有権移転を受けた者に対しても（これらの者が對抗要件を具備する限り）これは劣後することになる。そして、このことは客体が動産であれ不動産であれ同様に妥当すると解すべきである。⁶⁵⁾ただ、破産法

上これに特別の先取特権の地位が与えられていることから、他の一般債権者に対しては優先的効力を有するものと見るべきである。同様に、基本的に特別の先取特権に劣後する一般の先取特権に対しても優先的効力があるというべきである。その意味では、その物権的性質は、極めて限定的ではあるが、依然として認められよう。⁶⁵⁾

そして、商人留置権の効力をこのように解すれば、登記の原理との抵触も自ら解消するものと思われる。確かに、この解釈においても商人留置権は登記なくして一般債権者や一般先取特権者には優先する。しかし、現行法自体が一般先取特権を不動産に関して登記なくして一般債権者に優先させ（民法三三六条但書）、その限りで登記の原理の例外を容認しており、商人留置権が一般先取特権等に優先することもこれと同等の扱いとして容認できると思われる。

2 留置的効力と優先弁済権

ところで、商人留置権は事後的な目的物の譲受人に対しても優先しえないとすると、目的物たる不動産が競売に付された場合には、それが抵当権の実行によるものであれ、一般債権者の差押えによるものであれ、民事執行法の引受主義はとられるべきではない、ということになる。しかしこの場合、仮に商人留置権には純然たる留置的効力しか認められないという立場をとると、一般債権者に対する優越的地位も実現されないことになってしまう。そこで、商人留置権の沿革を尊重し、民事執行法の規定の文言（五一条）には反するが、正面からこれに優先弁済権を認め、他の債権者の差押えによる競売の場合に登記を有しない留置権者には配当要求が認められるべきである。この際、留置権者が配当要求の終期までその申出をしない場合には、実体法上の優先権も消滅すると解するのが穏当に思われる。他方で、留置権による競売（民事執行法一九五条）も、商人留置権に関してはその優先弁済権の行使として位置付けるべきである。本来、商人留置権は質権の代替的手段であつて、旧商法もこれに一種の優先弁済権を認めていたにもか

かわらず（前掲注（18）旧商法三九二条参照）、現行商法がこれに対応する規定を置かなかつたことは立法上の過誤ともいえるのである。⁵⁶既に、三ヶ月博士が指摘しているように、「留置権」概念の下に商人留置権を民事留置権と同視し、商人留置権が本来有していた意義から離脱するような法規の制定および解釈がなされてきたことに問題がある。⁵⁷したがって、破産法九三条一項が商法上の留置権を特別の先取特権とみなしているのも、破産法における特別扱いというより、むしろ商人留置権の本来的効力が破産法の規律に反映されたものとして捉えられるべきであろう。⁵⁸結局、商人留置権はいわば優先的効力が制限された法定質権として位置付けられるべきである。⁵⁹

なお、債務者が破産した場合の留置的効力については明文規定がなく、その存否について銀行が有する手形上の商人留置権との関連で近時活発な議論がなされているが、商人留置権を私見のように理解する場合には、その留置的効力は債務者の破産によつては消滅しないという見解をとるべきことになる。⁶⁰なぜなら、約定質権の留置的効力は破産によつては影響を受けないのに、これと同種の権利である商人留置権の留置的効力のみが消滅するというのは不自然だからである。そして、債務者の更生を基本目的とはしない破産法においては、担保物権の留置的効力を一般的に消滅させるべき理由も見当たらない。⁶¹ただし、私見によればもともとこの効力は特定財産上の権利に劣後し、それは破産の局面に限られない。最近出された最高裁判決（最判平成一〇年七月一四日・民集五二巻五号一二六一頁）は、手形上の商人留置権の留置的効力は債務者の破産によつては消滅しないとしつつ、同時に第三者に対する関係でそれを主張できない可能性を留保している。この背景には、他の担保権ないし優先弁済権を有する第三者との関係で留置的効力を認めることの不合理性があると思われる。そうであれば、本来的に商人留置権の効力は特定財産上の権利に劣後する、と解するのが明快だろう。⁶²留置的効力が破産によつて消滅するという見解の基礎には、商人留置権は民事留

置権と同様に本来的に留置的効力しか有せず、それは民事留置権と同様に破産によって失効するが、その代わりに優先弁済権が与えられる、という理解がある。⁶³しかし、このように商人留置権の本来的効力を民事留置権と同列に考えるという姿勢自体が根本的に見直されなければならない。⁶⁴

3 まとめ

さて、私見のような解釈論に対しては、とりわけ質権と同様に本来的に優先弁済権が認められるべきであるという点に関して、これを明文で定める規定がなく、そのような解釈論は困難である、という批判が当然に予想される。しかし、商人留置権は本来優先弁済権を持つものであったという沿革に鑑みれば、このような明文規定を持たない制定法自体、特に商法および民事執行法に過誤があると見て、ここには制定法の欠缺が存在するということも可能である。すなわち、商人間の信用取引を維持するために、債権者は自己の占有する債務者の物から満足を得ることができるとするのが、商人留置権制度の趣旨であり、現行法がかかる制度を導入した以上、その優先弁済権も同時に容認すべきことになるのである。にもかかわらずこの点に関する明文規定がないということは、まさに制定法の欠缺に該当するのではないか。そして、この欠缺を補充するのも解釈論上許される手法と思われる。さらに、客体の特定性に欠けるという特質に鑑みれば、商人留置権は特定財産上の権利に劣後すると解すべきだろう。

このようにいうと、それならばなぜ商人留置権の客体から不動産を除外する解釈論は認められないのか、といった批判がなされるかもしれない。確かに、この制度の母法ともいえるドイツ商法は商人留置権の客体を動産に限定している。しかし、不動産を客体から除外する見解は動産に対する物権的効力に対しては積極的であると思われるが、商人留置権の包括担保たる性格に鑑みると、そのような解釈は適切ではない。というのは、一般の先取特権を容認する

日本法においては、客体の包括性を容認しつつ、その効力が妥当する人的範囲を制限するという手法が法定担保物権制度の体系に合致するといえるからである。この点は、商人留置権の客体を動産に限定しているドイツ法を参照することによってより明確になると思われる。そこで最後に、ドイツ法と日本法を比較してみたい。

二 ドイツ法との比較

商人留置権の効力に関する私見は、優先弁済権を認めるという点ではドイツ法の扱いに共通するが、その他の点ではこれと異なる。すなわち、ドイツ商法は、商人留置権の客体を動産に限定し、かつ、債務者の留置権者に対する目的物返還請求権の譲渡という方式で事後的に目的物を譲受けた者やその上に質権の設定を受けた者に対しては、留置権の優先的効力を認めている（前掲注（20）ドイツ商法三六九条、三七一条参照）。商人留置権がドイツ法の流れを汲む制度である点からすれば、私見のようにドイツ法とは異なる見解に対しては疑念が生じるかもしれない。しかし、ドイツ法における商人留置権の位置付けは、ドイツの物権法体系に密接に関連するものと考えられ、これを日本法にそのまま導入することは適切ではない。以下にこの点を詳しく述べたい。

周知のように、ドイツ法は、物権と債権を厳格に区別する法システムをとっている。そのうえで、物権の直接的・排他的支配という観点から、その客体の特定性を徹底し、同時に権利の公示、すなわち不動産においては登記、動産においては占有の取得を要求している。このことは、目的物の特定ないし公示の点で問題が生じると思われる先取特権の制度を基本的に容認しないという姿勢に明確に現れている。そして、民法上の留置権も請求権に対する抗弁権と

して規定されている。⁶⁶ただ、動産を客体とする法定質権の制度は存在するが、ここでは目的物の特定性が保持されており、公示の点においても問題はないと解することができる。たとえば、ドイツ民法が認める法定質権の中で、使用賃貸借、利益賃貸借および旅店宿泊における法定質権においては、⁶⁷質権の客体は契約の対象となっている不動産内に搬入あるいは設置された物とされており、いずれにおいても目的物の範囲に場所的な限定が加えられている。そして、この場所的な関係が公示の機能を同時に果たしており、使用賃貸借人の法定質権においては占有の取得が成立要件とされている。また、請負契約における法定質権の⁶⁸客体は当該契約の目的となった物件そのものであり、ここでは客体が個別に特定されているとできよう。そして、ここではやはり占有の取得が成立要件とされているのである。さらに、ドイツ商法は種々の契約から生じる債権について法定質権の成立を認めているが、⁶⁹その客体となるのは当該契約の目的となっている物件であり、ここでは客体が個別に特定されていると解することができる。⁷⁰そして、いずれにおいても占有の取得が成立要件とされているのである。

このような体系において、ドイツでは一般に商人留置権は物権とは解されていない。⁷¹それはやはり、あくまで推測の域を脱しないが、この留置権においては客体の特定性が維持されていないからではないだろうか。⁷²それにもかかわらず、ドイツ商法が商人留置権に一定の物権的効力を認めているのは、客体を動産に限定するならば、物権の公示方法である占有が具備されているので問題はない、と考えられるからだろう。⁷³ここには、目的物の特定および公示が具備されている権利に対してのみ物権的効力を容認する、というドイツ法の姿勢が反映されている。そして、質権に類似する商人留置権の客体を動産に限定することは、不動産質権を認めないというドイツ法の制度設計にも合致している。

これに対して、日本法においては、なるほど典型的物権についてはドイツ法と同じく特定の原則と公示の原則が要求されることになるが、債務者の総財産を客体とする一般の先取特権も物権とされ、ただ、その対外的効力を制限するという制度設計がなされている。すなわち、日本法は、目的物の特定性や公示に欠ける権利も一応物権として認めつつ、その対外的効力を制限し、これをいわば典型的物権と債権の中間形態として容認している。とすれば、不動産質権も認めている日本法においては、解積論において商人留置権の客体を動産に限定する必然性はない。むしろ、その客体を包括的に認めながら、その対外的効力を制限していく、という解積論の方が日本の物権法の体系に適合する。この際、動産上に事後的に権利を取得した者に対しても留置権の効力を制限するという解積論は日本法ではより妥当なものといえる。というのは、ドイツにおいては、まさに留置権の抗弁の対象となる返還請求権の移転という方式(ドイツ民法九三一条)で目的物上に権利を取得した者に対して、その効力が容認されるのだが、日本法では、このような返還請求権と無関係に指図による占有移転という方式で所有権取得の對抗要件を具備することができ、ドイツほど事後的な権利取得者に対して留置権の効力を容認する必然性はないからである。

ただ、以上は解積論において妥当することであり、立法論となれば議論は別である。かつて三ヶ月博士は、ドイツ法のように動産執行において個別財産を狙い打つ方式を採用する日本には、動産執行が債務者の総財産の清算としての意味も持っているフランス法を背景とした一般の先取特権の制度は適合的ではない、と主張していた。⁷³仮にこのような観点から一般の先取特権の制度が改廃された時は、自ら商人留置権に対する取扱いにも変更が求められよう。その場合には特に、商人留置権の客体を動産に限定するという主義が採用されるべきなのかもしれない。この権利の公示方法が占有であるという点からも、これを動産上の権利として純化するのが合理的だからである。⁷⁴

注

(43) かつて竹下教授は、留置権によって先行する抵当権者が害される危険を考慮しつつ、多くの場合、留置権の被担保債権は共益的性格を有しかつ少額であるという点から、先行する権利による競売の場合でも留置権は競売人に対抗できる、という結論を支持していた(竹下守夫「不動産競売における物上負担の取扱い」(初出、一九七〇年)『不動産執行法の研究』(有斐閣、一九七七年)九四頁以下、一四二頁)。しかし、これに対しては、椿博士が、被担保債権は不動産が客体となる場合には少額であるとはいいがたく、また商事留置権の場合には共益的性格を持つとはいいがたい、と指摘し、先行する抵当権に留置権が優先する結論の妥当性に疑問を呈していた(椿・前掲注(5)四〇〇―四一頁)。今日の問題は、まさに椿博士の疑問が現実化したものといえよう。同旨、鈴木正裕「判例批評」私法判例リマックス一四号(一九九七年)一四六頁以下、一四八頁。

(44) 松本・前掲注(1)一八二頁、田邊・前掲注(36)七頁、槇・前掲注(38)六頁以下等。

(45) 小町谷・前掲注(2)三八頁、葉師寺・前掲注(2)民商法雑誌一卷三号二九頁。

(46) 葉師寺博士は、民事留置権と商人留置権の目的の差異に鑑み、優先弁済権を肯定すべき旨主張し、さらに、商人留置権にも民事留置権と同様の対外的効力を容認している(葉師寺・前掲注(2)民商法雑誌一卷三号二三、三〇頁参照)。

(47) 鈴木・前掲注(2)二四四頁。

(48) 債務者のすべての動産を譲渡担保に供するという約定がその一例といえよう。ただこの場合、かような担保設定契約を公序良俗違反と判断することにより、契約そのものが無効となる可能性がある。それゆえ、特定性の判断は単に何が客体となるのか否かを識別する点にのみ存し、目的物の範囲に絞りをかけるといふ問題は一般条項によって解決するという手法も考えられる。

しかし、担保のための権利の譲渡においては、客体が無限に広がるような約定がなされた場合でも、その効力を完全

に否定するより、その物権的効力のみを否定すべき場合も考えられなくはない。たとえば、担保設定契約において債権者が債務者に目的物の処分を一定程度認めているような場合には、必ずしも担保設定契約が債務者を不当に締めつけるわけではなく、債務者は自己の負担する債務を弁済すれば担保の拘束から免れることができる。ただ、その効力を第三者に対する関係でも認めれば、客体が無限に広がることよつてその地位が著しく不安定になりかねない。そこで、このような場合には、特定性なしとして物権的効力のみを否定することが考えられる。

(49) 我妻・前掲注(4) 二一六頁、柚木Ⅱ高木・前掲注(4) 二二二頁、高木多喜男『担保物権法』(新版)(有斐閣、一九九三年) 九〇頁。

(50) 我妻・前掲注(4) 五八頁、高木・前掲注(49) 三三七頁。

(51) 筆者は、かかる観点から流動動産譲渡担保の物権的効力を否認するという解釈論を展開していた(拙稿『流動動産譲渡担保』と他の担保権の關係(2・完)彦根論叢二八九号(一九九四年)一一三頁以下、一一四～一一六頁)。

(52) 旧商法の草案では商人留置権にも目的物と債権の牽連性が要求されていたが、その理由として、牽連性を不要とする、債権者は自分で債務者の財産から弁済を受けることができな、という原則に矛盾するという点が挙げられていた(前掲注(17)『商法草案上巻』六五六頁参照)。この考え方は、現行法の商人留置権は特定の客体の上に成立する権利ではなく、その効力を制限すべきである、という私見に類似している。

(53) 西原・前掲注(3) 一三七頁、平出・前掲注(3) 一四四頁、金沢・前掲注(38) 二二二頁。

(54) 東京地判昭和五三年二月二日(下民集二九卷九〇二二号三七六頁)は、客体が動産である事案に関して、事後的に債務者が所有権を失っても債権者は依然として商人留置権の効力を主張できる、としている。しかし、商人留置権の包括担保たる性質に鑑みると、このような考え方には賛成できない。かつて、商人留置権においては目的物と被担保債権の間の牽連性がないことを根拠にその物権性を否定する見解があつたが(末弘蔵太郎『債権総論』『現代法学全集第六卷』(日本評論社、一九二八年)一頁以下、四一頁)、筆者はむしろこの考え方に共感を覚える。

なお、鈴木祿弥博士は、不動産の場合には登記を具備した目的物の譲受人に対して留置権は主張できないとするのに対し、動産の場合には指図による占有移転によつて目的物を譲受けた者に対しては依然として留置権を主張できるとしている（鈴木・前掲注（2）二四二〜二四四頁）。これは、現行法の公示手段を具備しているならば、その効力も強化する、という考え方といえる。それは、後に詳しく触れるドイツ法の考え方に近い。

ただ、後述のように、日本法の解釈論としては、動産の効力も不動産の効力と同様に扱うのが妥当と思われる。両者を區別するという発想に立つならば、そもそも不動産を商人留置権の客体として認めない方がつきりするだろう。実際に博士自身も、不動産に商人留置権が成立することに對して懐疑的である。

(55) ただし、商法の定める他の留置権は別個に検討する必要がある。なぜなら、それらにおいては、むしろ客体の特定性が維持されているとも考えられるからである。この際、現行商法が他の商事留置権においても明文で客体を動産に限定していない点をどのように評価するかが問題となろう。後で触れるドイツ商法は、これらに相当するものを法定質権として規定し、客体を動産等に限定し、その効力を強化している。

(56) 小町谷博士は、解釈論として商人留置権には優先弁済権は認められないという立場をとりつつ（小町谷・前掲注（2）三七頁）、同時に「我國の如く、商人間の取引に広く適用せらるべき、商事留置権を認めたい以上、その立法趣旨を徹底せしめるのが、正当である。従つて、私は、我立法者が、旧商法の修正に際して、旧商法第三八八条及び第三九二条を削除した理由を、解するに苦しむと共に、深くその削除を遺憾とするものである」と述べる（小町谷・前掲注（2）三九〜四〇頁）。そこまでいうならば、筆者は解釈論としても商人留置権に優先弁済権を認めるべきではないかと思う。

(57) 三ヶ月博士は、沿革上の差異に鑑み、商人留置権と民事留置権の実質的内容を「留置権」概念によつて統一的に理解する態度に批判的立場をとり、商人留置権を一種の法定質権として扱うべき旨を主張していた（三ヶ月・前掲注（5）一六二〇〜一六二八頁）。

(58) 谷口安平「商事留置権ある手形と破産手続」銀行法務21五五号（一九九八年）四頁以下、一〇頁は、「商事留置権

が債務者の破産とともに特別の先取特権とみなされるのは、法が平常時から商事留置権にそのような性格を約束しているということであって、商事留置権を民事留置権と本質的に違うものとして解釈する根拠となる」と述べる。この発想自体は私見と全く同じである。

(59) 近時、槇教授は、商人留置権制度の趣旨の中心が「債務者の商品に対するフローティング・リーエン的な価値支配の担保権の簡易な設定におかれている」として、これに優先弁済権を認める解釈論を展開している（槇・前掲注（38）一二一―一四頁）。槇説の内容は私見と同じわけではないが、この発想を徹底すれば、商人留置権の効力は私見のように解されることになろう。

(60) 伊藤眞『破産法』（新版）（有斐閣、一九九一年）二四六頁、佐久間弘道「商事留置権が成立した手形の破産宣告後の取扱い」金融法務事情一四〇四号（一九九四年）六頁以下（ただし、佐久間「商事留置権が成立した手形の破産宣告後の取立権および取立金の優先的充当権」銀行法務21五四〇号（一九九七年）四頁以下は、制限された留置的効力のみ認めるといふ見解を提示している）、松下淳一「判例批評」私法判例リマックス一一号（一九九五年）一五八頁以下、一六一頁、田邊「手形と商事留置権」金融法務事情一四二四号（一九九五年）二〇頁以下、菅原胞治「商事留置権の破産宣告後の留置的効力と優先弁済権（上）」銀行法務21五〇八号（一九九五年）四頁以下、牧山市治「判例批評」金融法務事情一五三四号（一九九八年）四五頁以下。

(61) 破産宣告によって留置的効力が消滅するという見解の背後には、留置的効力が存続すると破産管財人による財団の速やかな換価が困難になる、という認識があるようである（佐久間弘道「田邊光政」田原睦夫「松嶋英機」山本克巳「破産と手形の商事留置権に関する最高裁判成一〇年七月一四日判決を読んで」金融法務事情一五二二号（一九九八年）六頁以下、一一頁「田原」、角紀代恵「民法判例レビュー47（担保）」判例タイムズ八六三三号（一九九五年）三一頁以下、三五頁参照）。しかし、谷口・前掲注（58）八頁は、破産法二〇三条一項の管財人による換価に対しては、別除権者たる質権者もその留置的効力によって対抗することはできない、という。だとすると、商人留置権を約定質権と同様に本

来的に優先弁済権を有する担保物権として位置付ける私見の場合、破産宣告によつて商人留置権の留置的効力のみが消滅するとする理由はなくなる。むしろ、破産法二〇三条一項との関係で必要とされるのは、管財人による換価に対する関係での留置的効力の制限だけであろう。すなわち、留置権者は換価のための差押えを受け入れざるを得ないということになるだけではないか。その意味で、谷口教授が商人留置権の留置的効力が破産によつて消滅するという立場を採用する点(谷口・前掲注(58)一一頁)には賛成できない。

この点につき、山本和彦「破産と手形商事留置権の効力」金融法務事情一五三五号(一九九九年)六頁以下、八頁は、商人留置権の留置権能は破産宣告前の留置権の効果の残存であり、別除権とは別個の作用を持つと考えられ、これを質権の留置的効力と同視することはできない、という。しかし、このようなことがいえるのも、結局、商人留置権の本来の効力は留置的効力のみであるという前提をとるからである。

また、破産によつても留置的効力が消滅しないとすると、先取特権による競売権のほかに留置権による競売権も生じることになる、という指摘がなされているが(瀬戸正義「判例批評」金融法務事情一四〇五号(一九九四年)一三頁以下、一八頁)、それは、破産法にいう「特別ノ先取特権」を留置権とは別個の権利として捉えるからであり、これを留置権に内在する優先弁済権が表面化したものとして理解する場合には、単に留置権の持つ優先弁済権の行使としての競売のみが問題となるだけであろう。これについては、菅原・前掲注(60)一一頁が、従来は「先取特権」という言葉が「優先弁済権」の意味でも使用されていた、と指摘している点が参考になる。

(62) 山本克己教授は、債務者の破産後も商人留置権の留置的効力が管財人に対抗できるとすると、商人留置権者の権利行使によらない競売がなされた場合、留置的効力が競売人に引き受けられることになり、商人留置権者自身による競売の場合との間に不均衡が生じる旨を指摘している(山本克己「判例批評」私法判例リマークス一八号(一九九九年)一四八頁以下、一五〇～一五一頁)。しかし、この指摘も、商人留置権の効力が基本的に民事留置権と同様であることを前提にするものである。商人留置権が質権に準ずるものであると理解する場合には全く事情が異なり、もとより商人留置

権が特定財産上の権利に劣後するという私見においてはこのような不均衡は生じないことになる。

- (63) 宗田親彦「代理受領及び手形の取立委任」判例タイムズ八三〇号（一九九四年）二四五頁以下、二四八頁、角・前掲注（61）三六頁、山本・前掲注（61）七頁参照。

- (64) 法制審議会倒産法部会による「倒産法制に関する改正検討事項」においては、破産手続における商事留置権の消滅請求権が挙げられているが（別冊NBL四六号・倒産法制に関する改正検討課題（一九九八年）一二頁参照）、これは商人留置権の本来的効力が民事留置権と同様であることを前提にしているのだろうか。この点に関心を持ったことも本稿を草した動機の一つである。

- (65) Vgl. Baur / R. Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 4 III; K. H. Schwab / H. Prütting, Sachenrecht, 27. Aufl., 1997, § 4 I. なお、拙稿「流動動産譲渡担保」に関する理論的考察（一）」法学論叢一三三卷二号（一九九三年）一六頁以下、三二頁参照。

- (66) 民事留置権に関するドイツ民法の条文は次のとおりである。本稿では、ドイツ民法の条文については、柚木馨ほか『現代外国法典叢書・獨逸民法（II）』（有斐閣、一九五五年）の日本語訳をそのまま引用する。

第二七三条 債務者が自己ノ義務ヲ負担シタルト同一ノ法律關係ニ基キ債権者ニ対シテ弁済期ニ達シタル請求権ヲ有スルトキハ、債務關係ヨリ別段ノ結果ヲ生ゼザル限り、自己ノ受クベキ給付ノ実行アル迄ハ自己ノ負担スル給付ヲ拒絶スルコトヲ得（留置権）。

目的ヲ返還スベキ義務ヲ負フ者ガ、目的ニ加ヘタル費用又ハ目的ニ因リ受ケタル損害ニ基キ既ニ弁済期ニ達シタル請求権ヲ有スルトキ、亦同ジ。但シ債務者ガ故意ニ出デタル不法行為ニ依リテ其ノ目的ヲ取得シタルトキハ、此ノ限ニ在ラス。

債権者ハ担保ノ供与ニ依リテ留置権ノ行使ヲ免ルルコトヲ得。但シ、保証人ヲ立ツルコトヲ以テ担保トスルコトハ之ヲ許サズ。

(67) これらについてはドイツ民法は次のように規定している。なお、前掲注(66)の文献の発行の後に改正された箇所(五八三条と五九二条)については、同文献に体裁を合わせる形で筆者が訳した。

第五九九条 土地ノ使用賃貸人ハ賃貸借関係ニ基ク自己ノ債権ノ為ニ、持込マレタル使用賃借人ノ物ノ上ニ質権ヲ有ス。将来ノ損害賠償債権竝ニ当期及次期ノ年以後ノ期間ニ対スル借賃ニ付テハ、質権ヲ実行スルコトヲ得ズ。此ノ質権ハ差押ニ服セザル物ニ及ブコトナシ。

第五八三条 不動産ノ利益賃借人ハ、利益賃貸人ニ対スル債権ニシテ共同利益賃借シタル属具ニ関スルモノノ為ニ、其ノ占有ニ入りタル属具ノ上ニ質権ヲ有ス。

利益賃貸人ハ担保ヲ供与シテ利益賃借人ノ質権ノ実行ヲ免ルルコトヲ得。利益賃貸人ハ総テノ個々ノ属具ヲ其ノ価格ニ応ジタル担保ヲ供与スルコトニ因リテ質権ヨリ免レシムルコトヲ得。

第五九二条 利益賃貸人ハ賃貸借関係ニ基ク自己ノ債権ノ為ニ、持込マレタル利益賃借人ノ物及賃借物ノ果実ノ上ニ質権ヲ有ス。将来ノ損害賠償債権ニ付テハ質権ヲ実行スルコトヲ得ズ。民事訴訟法第八一条第一項第四号ニ掲グル物ヲ除キ、此ノ質権ハ差押ニ服セザル物ニ及ブコトナシ。第五六〇条乃至第五六二条ノ規定ハ之ニ準用ス。

第七〇四条 旅店主人ハ、居住其ノ他旅客ノ需要ノ満足ノ為ニ旅客ニ与ヘタル給付竝ニ立替金ニ対スル債権ニ付、旅客ノ持込品ノ上ニ質権ヲ有ス。使用賃貸人ノ質権ニ関スル第五九九条第三文及第五六〇条乃至第五六二条ハ此ノ場合ニ之ヲ準用ス。

(68) ドイツ民法第六四七条 請負人ハ契約ニ基ク自己ノ債権ニ付、自己ノ製作又ハ修繕シタル注文者ノ動産ニシテ製作ニ際シ又ハ修繕ノ目的ヲ以テ自己ノ占有ニ帰シタルモノノ上ニ質権ヲ有ス。

(69) ドイツ商法は、問屋の法定質権(三九七条)、運送人の法定質権(四四一条)、運送取扱人の法定質権(四六四条)、倉庫業者の法定質権(四七五条b)等を規定する。

(70) 商法上の法定質権の客体はすべて各契約の *Gen* とされており、*Gen* としては客体の特定性が維持されていると見ることが

である。そのことは、学説が、特に問屋の法定質権において、客体は個別に特定されていなければならない、と強調して、そのことからも裏づけられた事（Vgl. H. Staub / Koller, Grosskommentar HGB, 3. Aufl, 1980, § 397, Anm. 3; K. J. Hopt / A. Baumbach / K. Duden, Kurzkommmentar HGB, 28. Aufl., 1989, § 397, 2A.）。

- (71) Vgl. RG 29. 5. 1908, RGZ 69, 13, 16; A. Düringer / M. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 1901, S. 557; K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., 1912, S. 578; M. Wolff, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Teil 1, 1917, S. 100; Staub / Canaris, Grosskommentar HGB, 3. Aufl., 1978, §§ 369-372, Anm. 2.

(72) これとの関連で興味深い研究として、商人留置権の本質に関する Planitz の論文が挙げられる (Johannes Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, 1906.)。彼は「商人留置権をゲルマン法のゲヴェール (Gewere) 制度に根を持つ制度として位置付けているが、それを要約すれば次のようになる (a. a. O., S. 31 ff.)」。

中世ドイツ法では、債務不履行となった者は債権者に対して彼の財産 (Vermögen) でもって人的責任を負うことになつていたが、この責任の効力は個々の財産に対して物的効力を有するものではなく、債務者は責任財産を構成している物を処分する自由を有する。しかし、財産の一部が債権者の支配、ゲヴェールに入ると、これについての責任は物的効力を有することになり、債権者が債務者の意思によつて債務者の物の占有を取得すれば、彼は訴えによつてこの上に優先弁済権を行使しうる。ところが、ドイツ法にローマ法が入り込んだことによりゲヴェールの制度が排除されると、このようなことははや妥当しなくなる。しかし、商人間の信用取引における責任の強化という商慣習が尊重されて商人留置権は認められるようになった。したがつて、本来この権利は債務者の人的責任に由来するものであるため、近代法の意味における物権とは位置付けられない。

この見解は、商人留置権は債務者の一般財産上の責任を基礎とするという点で、商人留置権においては客体の特定性がなくとする私見にも通じており、興味深い。しかし、Planitz の見解に対しては懐疑的な批評も出されており

(Lehmann, a. a. O. (Anm. 71), S. 576 f. Anm. 3.) 現段階では筆者はその当否を判断することができない。ただ、商人留置権には沿革上ゲルマン法の影響（それが Plantz のような内容か否かはともかく）が部分的にあつたとする見方は他の学者によつてもなされてゐる (Vgl. Goldschmidt, a. a. O. (Anm. 21), S. 1001; Wolf, a. a. O. (Anm. 71), S. 77.)。

(73) Canaris も、商人留置権が物権ではないにもかかわらずこのように物的効力が認められる根拠を、客体を動産に限定することによつて、成立要件としての占有の取得が公示の原理に適う点に求めている (Staub/Canaris, a. a. O. (Anm. 71), Anm. 8.)。

(74) 三ヶ月・前掲注 (5) 一六二八〜一六三〇頁。

(75) 下村信江「フランス先取特権制度論(上)」帝塚山法学三号(一九九九年)三五頁以下、六四頁によると、近時では、一般先取特権制度の母法国であるフランスにおいても制度改正がなされ、そのほとんどにおいて、不動産への効力に関しては登記が要求され、動産に関してだけ従前の効力が維持されることになった、という。

むすび — 当面の問題の法的処遇

一 本稿では、商人留置権の包括担保性という観点から、これを一般先取特権に類似するものとして、特定財産上の権利に劣後する権利として位置付け、同時に、その優先弁済権を正面から認める、という試論を展開した。これはかなり大胆な議論かもしれないが、なお解釈論の範疇に属しうらと思う。そこで、私見による場合、近時問題となっている紛争はどのように処理されることになるのだろうか。最後にこの点を簡潔に説明し、本稿のむすびとしたい。

ここでは、請負人によつて建物が完成された後に、先行する土地抵当権者が担保権の実行に及んだ、という場合を想定する。

二 このような場合、建物の占有は通常請負人が有し、請負代金債権と建物の間には牽連性が認められるので、建物には民事留置権と商人留置権の双方が成立しうるが、その前提としては建物の所有権が注文者に移転していることが必要である。周知のように、請負の目的となつた建物の所有権の帰属に関しては、請負人が主たる材料を提供している場合には、原則として建物の引渡によつてはじめて注文者に所有権が移転するとする請負人原始取得説⁷⁶と、原則として建物の完成と同時にその所有権が注文者に属するとする注文者原始取得説⁷⁷の二説がある。前者によると、建物の主たる材料を請負人が提供していれば、請負人に占有が認められる限り留置権は成立しえないことになりそうであるが、請負人に所有権を認めることの実質的根拠が、これによつて請負代金を保全する点にあることに鑑みれば、たとえ請負人に所有権が属すると考える場合でも、それは代金の担保の性質を持つものと理解すべきだろう⁷⁸。したがつて、一般に請負人には建物について留置権を有するという方向で問題を処理すべきように思われる。

三 他方で、土地については請負人に占有が認められる限り、これに商人留置権が認められるべきであるが、それは抵当権に劣後する。したがつて、抵当権による競売によつて留置権の効力は消滅し、土地の買受人は無負担の所有権を取得すると解すべきである。この際、建物上の留置権の土地に対する効力が問題となるが、土地と建物が別個の客体である以上、建物上の留置権によつては抵当権者および買受人に対する関係で土地の占有権限は認められない、とすべきである⁷⁹。もちろん、抵当権の被担保債権額を超える売却代金が得られる場合には、商人留置権にも優先弁済権が認められるので、これに対し配当要求をする余地は残されている。

四 結局、留置権によつては請負人は土地抵当権者に対する優先的権利を主張できないことになる。しかし、本来抵当権者は無負担の土地を担保とする意思を有するのが通常であり、この結論は基本的に支持されるべきである。ただ、法定地上権の制度によつてこの結論に修正が加えられる可能性はある。たとえば、抵当権が設定されている更地に建物が新築された場合には、最高裁の判例によると、基本的に法定地上権は認められないが、抵当権者が新築建物を基準とした地上権の負担を前提に土地を評価した場合には、法定地上権が成立する可能性が留保されている（最判昭和三十六年二月一〇日・民集一五卷二号二一九頁）。そして、注文者に建物の所有権が属するという立場をとり、彼には法定地上権が与えられるということになると、請負人ないし留置権者も注文者に対しては建物の留置権能を主張できるから、注文者の有する地上権を援用して権利主張できる可能性が出てこよう。しかし、これも抵当権者が地上権の負担を前提にする意思を有すればこそその結論であり、このこと自体が、問題の処理に関して決定的に重要な意義を有するのは抵当権者の意思であるということ⁸⁰を如実に表すものではなからうか。

注

- (76) 最判昭和四六年三月五日（判例時報六二八号四八頁）、我妻『債権各論中巻二』（岩波書店、一九六二年）六一六頁、米倉明「建設請負における完成建物の所有権の帰属について」自由と正義四七卷三号（一九九六年）七二頁以下等。
- (77) 吉原節夫「請負契約における所有権移転時期」『契約法大系Ⅳ』（有斐閣、一九六三年）一一九頁以下、内山尚三「請負」谷口知平・加藤一郎編『新版・民法演習4』（有斐閣、一九八〇年）一〇〇頁以下、一〇七頁等。
- (78) 吉原「判例解説」別冊ジュリスト・不動産取引判例百選〔第二版〕二〇八頁以下はこのような発想を示している。

(79) 建物買取請求権が行使される局面で、判例は建物上の留置権の反射的效果として借地人の敷地占有を許容する態度をとっているが(大判昭和一八年二月一八日・民集二二卷九一頁)、これはまさに借地契約の当事者間でのみ妥当するものである。第三者との関係での占有権限は別個の問題として検討されるべきである。

(80) 法定地上権によって請負人が救済されないとしても、抵当権者による土地・建物の一括競売(民法三八九条)による処理も考えられよう。この点については、堀龍兒「判例批評」私法判例リマックス一三三号(一九九六年)一九頁以下、二二頁、栗田・前掲注(41)二二〇頁以下参照。