

不動産に対する商人間の留置権の成否

—最一判平成29年12月14日民集71巻10号2184頁

菊 田 秀 雄

1 事実の概要

生コンクリートの製造等を目的とする会社であるXは、平成18年12月、一般貨物自動車運送事業等を目的とする会社であり、Xの販売した生コンクリートの運搬を委託していたYに対し、Yが事務所および駐車場として使用するために、X所有の土地（以下「本件土地」という。）を賃貸して引き渡した。ところが、Yが本件土地について、賃料の支払を怠り、無断で転貸し、その利用方法に違反するなど賃貸借契約に違反する行為をしたことから、Xは賃貸借契約を解除し、本件土地の明渡し等を求め提訴した。Xのこのような主張に対し、Yは、賃貸借契約に違反する行為を行っておらず、Xの更新拒絶の通知は権利の濫用であるので、賃貸借契約は終了していない、また、Yは、Xに対し運搬委託料支払債権を有しているので、その支払までX所有する土地について留置権を行使できるなどと主張して争った。

一審判決（京都地判平成28年3月22日民集71巻10号2189頁）は、Xによる本件賃貸借契約の解除を有効としたが、本件土地に対する商法521条の留置権の成立を肯定し（その理由についてはとくに判示していない）、Xの明渡し請求を認めず、原審判決（大阪高判平成28年12月16日民集71巻10号2211頁）も、商法521条の文言および趣旨より不動産に対しても商人間の留置権が成立するとし、一審判決を支持したことから、Xがこれを不服として上告したものである（なおその他の請求ないし争点については割愛する）。

2 判 旨

上告棄却。

「民法は、同法における『物』を有体物である不動産及び動産と定めた上（85条、86条1項、2項）、留置権の目的物を『物』と定め（295条1項）、不動産をその目的物から除外していない。一方、商法521条は、同条の留置権の目的物を『物又は有価証券』と定め、不動産をその目的物から除外することをうかがわせる文言はない。他に同条が定める『物』を民法における『物』と別異に解すべき根拠は見当たらない。

また、商法521条の趣旨は、商人間における信用取引の維持と安全を図る目的で、双方のために商行為となる行為によって生じた債権を担保するため、商行為によって債権者の占有に属した債務者所有の物等を目的物とする留置権を特に認めたものと解される。不動産を対象とする商人間の取引が広く行われている実情からすると、不動産が同条の留置権の目的物となり得ると解することは、上記の趣旨にかなうものである。

以上によれば、不動産は、商法521条が商人間の留置権の目的物として定める『物』に当たると解するのが相当である。」

3 研 究

判旨の結論に賛成。

(1) はじめに

本件は、いずれも商人であるXY間において、債権者であるYが占有する債務者であるXの土地につき、Xによる土地明渡請求に対して、商人間の留置権（商法521条）の成立を主張してYがこれを争ったものである。本判決は商人間の留置権の成立を認めXの請求を退けたものであるが、これまで不動産に対する商人間の留置権の成否について数々の下級審裁判例が出されてきたなかで、最高裁として初めての判断である点で、極めて重要な意義を有する¹。

しかしながら、本件の事案は、これまで争われてきた多数の事案（建物建築請負人が当該建物の敷地について、当該敷地に抵当権を設定した金融機関に対

して商人間の留置権の成立を主張し争うもの)とはその内容を異にするもので、本判決の結論がそれらの事案にも妥当するかどうか、その射程が問題となる。本稿では、まず商人間の留置権について整理したうえで ((2)), 不動産に対する商人間の留置権の成否をめぐる先例及び学説を概観し ((3)), これを踏まえ本判決を検討し、あわせて残された課題について論じていく ((4)) ものとする。

(2) 商人間の留置権について

商人間の留置権とは、商事留置権の一種であるが、取引当事者の双方が商人である取引(商人間取引)において、両当事者にとり商行為となる取引によって生じた債権が弁済期にあるとき、債権者が保有する債務者所有の物または有価証券を留置することができる権利をいう(商法521条本文)²。これは、継続的取引関係にある商人間において、取引の都度個別に担保権を設定することは商取引の迅速性を損なうことから、両当事者が、相互の債権について流動的に担保を取得させる意義が大きいことから特に規定されたものである³。

留置権については、この商人間の留置権のほかにも、民法上の留置権(民事留置権。民法295条)に加えて、商法上の留置権(商事留置権)についても、代理商(商法31条、会社法20条)、問屋(商法557条。代理商の規定の準用)、運送取扱人(562条。同じく代理商の規定を準用)、運送人(574条)、海上運送人(741条2項・756条)の留置権の規定が置かれているが、商人間の留置権はこれらとは成立要件を異にする(なお、このほか国際海上運送法上の陸上及び海上運送人にも留置権が認められている。同法15条)。すなわち、民事留置権

1 本判決については、評釈等として、中村信男「本件判批」新・判例解説Watch23号139頁(2018年)、高橋英治「本件判批」法教449号124頁(2018年)、清水真希子「本件判批」法教455号70頁(2018年)、野澤大和「本件判批」金法2083号4頁(2018年)、土岐孝弘「本件判批」法セ758号97頁(2018年)、谷本誠司「本件判批」銀行法務2162巻3号67頁(2018年)、大澤大「本件判批」ビジネス法務18巻12号37頁(2018年)、土井文美「本件判解」ジュリ1524号97頁(2018年)、山下真弘「本件判批」金判1556号2頁(2019年)、増田史子「本件判批」リマークス58号98頁(2019年)、田澤元章「本件判批」平成30年度重判解89頁(2019年)、吉岡伸一「本件判批」岡法68巻2号231(2018年)、土井文美「本件判解」曹時71巻5号164頁(2019年)、加藤貴仁「本件判批」岩原伸作=神作裕之=藤田友敬編『商法判例百選(別冊ジュリスト229号)』73頁(2019年)がある。

2 ただし、特約により留置権を排除することも認められる(同条但書)。

については、①留置物が他人の物であること、②被担保債権が弁済期にあること、③被担保債権が留置物に関して生じていること(牽連性)、④債権者によって留置物が占有されておりかつ当該占有が不法行為によって始まったものでないことが要件とされている⁴。民事留置権は牽連性が要求されるがゆえに、その発生は大きく制限されることになる。これに対して、商法上の留置権については、商人間の留置権は留置物が債務者所有の物または有価証券であること、被担保債権が商人間の双方的商行為によって生じた債権であること、被担保債権が弁済期にあること、債権者による留置物の当事者間の商行為により占有がされていること、が要件となる。代理商、問屋、運送取扱人の留置権は、留置の目的物が債務者所有の物に限られないこと、留置物の占有開始が当事者間の商行為によらなくてもよい点で、商人間の留置権よりも成立範囲が広いものとなっている。いずれにしても商法上の留置権については民事留置権とは異なり、被担保債権と留置物との牽連性が要求されず、被担保債権の発生原因とは無関係の物であっても留置することができる点で、強力な債権担保方法となっている。またこのことは、被担保債権の価額と留置物の評価額との間に著しい不均衡をもたらす危険性を孕むものでもある。

他方、留置権が成立した場合の効果は、優先弁済の効力が認められず留置的効力を有するのみであり、これは民事留置権と商事留置権とで違いがあるわけではない。ただし、いわゆる引受主義がとられていることから(民事執行法59条4項)、不動産競売による留置物の買受人は、留置権者に対して被担保債権

3 近藤光男『商法総則・商行為法』132頁(有斐閣、第8版、2019年)。この商人間の留置権は、中世イタリアの商業都市における商慣習に起源を有するもので、これを取り入れたドイツ商法典を参考に、わが国の商法典が起草されたものである。こうした商人間の留置権の沿革については、松本恒雄「商法上の留置権と民法上の留置権」『民商法雑誌創刊五十周年記念論集Ⅱ—特別法からみた民法』181頁以下(1986年)、平井一雄「建築請負人の建物敷地に対する商事留置権」独協44号95-115頁(1997年)、鈴木正裕「留置権小史」河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融商品取引法の理論と実務』204頁以下(商事法務、2002年)、とりわけ田邊光政「不動産に対する商事留置権の成否」金法1484号7頁(1997年)および森川隆「不動産に対する商人間留置権の成否」法学政治学論究37号199-236頁(1998年)が詳しい。

4 道垣内弘人『担保物権法』16-17頁(有斐閣、第4版、2017年)。民事留置権は、ローマ法の悪意の抗弁を起源とするものであり、商人間の留置権とはその沿革を異にする。

を弁済しなければならず、したがって留置権は事実上抵当権よりも優先する効力を有していることになる。この点は後記で検討する抵当権との関係で特に問題となるが、この場合抵当権者には競売を申し立てることができず、また留置権者の方にもそのようなインセンティブが存しないことから、双方が睨み合いの状態になり、最終的には和解で解決することになる⁵。

さらに債務者について破産手続が開始された場合、破産財団に属する財産上に存する民事留置権が消滅するのに対し（破産法66条3項）、商事留置権は特別の先取特権とみなされ（同条1項）、別除権として扱われることから（同法65条2項）、破産手続きによらないで行使することが可能である（同条1項）。このように債務者破産のケースでは民事留置権は全く保護されないことから、この点についても商事留置権との不均衡は非常に大きい。

以上のように、商人間の留置権は民事留置権と比較して、その成立範囲が広いえに、債務者破産時の取扱いも含め、その効力が極めて強いことから、本件のように不動産にまでその成立を認めて良いかはかねてから議論的とされてきたのである。

(3) 不動産に対する商人間の留置権の成否をめぐる先例及び学説

商人間の留置権については、不動産についてもこれが成立するかどうかについて従来から様々な議論があり、裁判でも争われてきた（民事留置権が不動産を対象とすることについては争いが無い。最判昭和38年2月19日集民64号473頁参照）。

1. 先例⁶

裁判例については、これまで争われた事案は抵当権者との関係で留置権の成立が争われたものがほとんどであり、本件と同様にそれ以外の事案で確認できるものは1件のみである。すなわち、①東京高判平成8年5月28日金判995号

5 江頭憲治郎『商取引法の基本問題』56-57頁（有斐閣、2011年）。

6 従来の下級審裁判例を整理したものとして、増田・前掲注(1)99-100頁、日向輝彦「不動産競売手続における商事留置権の成否」武田光弘編著『民事執行実務の論点』262-265頁（商事法務、2017年）、池田雅則「建物建築請負代金債権の担保手段をめぐる覚書—留置権と抵当権の競合に関する議論状況の整理を中心に—瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念『社会の変容と民法の課題(上)』313頁以下（成文堂、2018年）、吉岡・前掲注(1)238-247頁参照。

15頁⁷は、Y社に倉庫および事務所を賃貸していたXが、Yによる賃料の不払いを理由として、賃貸借契約を解除し、当該建物の明渡しを求めた事案である。原審（東京地判平成7年6月30日金判995号18頁）はXの請求を認容したが、これに対してYが控訴し、控訴審において、Y社がXに対する貸金債権等の反対債権を被担保債権として商人間の留置権の成立を争ったものである。①判決は、まず商人間の留置権の沿革および立法の経緯につき、「商人間の留置権は、民法上の留置権とは沿革を異にし、中世イタリアの商人団体の慣習法に起源を有するものといわれており、ドイツ旧商法及び新商法がこれを明文化したものである。ドイツ旧商法で商人間の留置権の対象となるのは有体動産に限られ、不動産を含まないことは、当時のドイツの判例上確定した解釈であり、これをふまえてドイツの新商法369条は、商人間の留置権の対象を「動産及び有価証券」と規定した。わが国の旧商法はドイツ旧商法を模範として立案されたものであり、現行商法は、旧商法につき法典調査会において修正を加えて成案が作成され、明治32年に制定されたものであり、商人間の留置権に関する284条の規定は、昭和13年の改正で現行の521条に引き継がれた。そしてわが国の競売法（明治31年制定。昭和54年民事執行法の制定により廃止）は、民法（明治29年制定）及び商法（明治32年制定）と併せて起草されたものであり、留置権者に競売権を認めたのであるが、動産については『留置権者……其他民法又ハ商法ノ規定ニ依リテ其競売ヲ為サントスル者ノ申立』によって競売する旨規定した（3条）のに対して、不動産については『留置権者……其他民法ノの規定ニ依リテ其ノ競売ヲ為サントスル者ノ申立』によって競売する旨規定した（22条）のであり、動産については商法の規定によって競売すべき場合があるが、不動産については、商法の規定により競売すべき場合はないものと解されていた（明治33年5月26日民刑第799号民刑局長回答）」とした。そして、当事者間の意思としても「商人間の商取引で一方当事者所有の不動産の占有が移されたと

7 評釈として、江頭・前掲注(5)49頁のほか、野口恵三「判批」NBL601号67-70頁（1996年）、久留島隆「判批」金判1006号41-47頁（1996年）、吉本健一「判批」判評457号70頁（1997年）、田中昭人「判批」ジュリ1117号192-195頁（1997年）、福瀧博之「判批」リマークス15号99頁（1997年）、和根崎直樹「判批」平成8年度主判解54-55頁（1997年）、小林登「判批」平成8年度重判解103頁（1997年）、神谷高安「判批」ジュリ1155号270頁（1999年）がある。

いう事実のみで、当該不動産を取引の担保とする意思が当事者双方にあるとみるのは困難であり、右事実のみを要件とする商人間の留置権を不動産について認めることは、当事者の合理的意思に合致しない」とし、さらには「登記の順位により定まるのを原則とする不動産取引に関する法制度の中に、目的物との牽連性さえも要件としない商人間の留置権を認めることは、不動産取引の安全を著しく害するものであって、法秩序全体の整合性を損なうものである」として、不動産は商人間の留置権の対象とならないものと解し、Yの主張を斥けた⁸。

次に抵当権に関する事案として、そもそも不動産につきこれを商人間の留置権の対象としないものとして、②東京地判平成11年6月7日金判1101号58頁、③東京高決平成22年7月26日金法1906号75頁も同種の事案であるが、いずれも論拠として①判決を引用するほか、③判決は、これに加えて、「明治32年に制定された商法は、商事留置権については牽連関係を要件としていないところ、その理由は、牽連関係を要求することは『商行為ニ因リテ生シタル債権ヲ確実ナラシムル所以ニアラサルト共ニ、結局当事者双方ニ対シテ實際上不便ナルヲ免レス。コトニソノ債権カ商業上最モ迅速ニ運轉セラルヘキ商品ニ関スルモノナル場合ニ於イテソノ最モ甚シキヲ見ル』」ので、修正したものであり（商法修正案参考書（明治31年）123頁・日本近代立法資料叢書21）、民事留置権の制度がある中で商人間に物との牽連関係を要件としない商事留置権が設けられたのは、商人間で継続的取引が行われ、債権者が債務者の所有物の占有を開始する前に、既に占有を離れた物に関する債権等を有していることが念頭に置かれたと考えられること（当該所有物に関する債権については、民事留置権により担保されていることから、殊更商事留置権を設ける実益に乏しい。）、および「債務者が破産した場合、民事留置権は破産財団に対してその効力を失うのに、商事留置権は、特別の先取特権とみなされること（破産法66条）を総合すると、

8 なお、①判決は、引用判旨の後に、そもそもYは商法上の商人にあらず、被担保債権が商人間においてその双方のために商行為たる行為によって生じたものとはいえないとして、商人間の留置権が成立しない旨の判示も行っており、Yの上告に対する最判平成11年11月25日金判1092号3頁はこの点を捉えて商人間の留置権の成立を否定し、Yの上告を棄却した。したがって不動産に対する商人間の留置権の成否については判断がなされなかったものである。

商事留置権は、債権者が債務者の所有物を占有していることを要件とした一種の浮動担保と理解することが可能であり、不動産に関しては継続的な取引があるとしても、債権者がその都度債務者の所有不動産を占有することは通常考え難いことも参酌すると、商事留置権は動産を対象としたものと考えられること」を論拠とする。

これに対して、不動産も商人間の留置権の対象となるとし、かつその成立を認めたものは比較的少数にとどまる。抵当権以外の事案については、本判決の原審判決である④大阪高判平成28年12月26日民集71巻10号2211頁がある。抵当権に関するものではないが、これに類似するものとして、⑤新潟地裁長岡支判昭和46年11月15日判時681号72頁は、国税滞納処分により差し押さえられた土地地上に建物建築を請け負っていた者による商人間の留置権の成立の主張につき、「商事留置権の規定は、民事留置権と異なり、商人間において通常予想される継続取引の必要性、すなわち、信用取引の必要と取引ごとに個別的に担保を設定する煩雑さを回避すること等の要請から設けられたものであつて、右のような商事留置権制度の意義から推して考えると、その目的物に動産や有価証券が含まれることは当然であるが、不動産まで含まれるかはいささか疑問がないわけではない」としながらも、やはり条文の文言上、「留置権の目的物について特に動産に限定するところがないから、その目的物に不動産が含まれないとする格別の理由は存しないといわなければならない」として、これを肯定した(ただし、国税徴収法21条2項による留置権の「証明」がなされたとはいえないとして原告の請求を棄却している)。⑥東京高決平成6年2月7日判タ875号281頁は、特に理由を示すことなく商人間の留置権の成立を認め、競売手続を取り消した原決定(東京地判平成5年10月21日判例集未掲載)を支持している。

また、⑦東京高決平成10年11月27日判時1666号143頁は、敷地に対する抵当権設定後にその所有者から建物の建築を請け負った建築業者につき、建物がほぼ完成し敷地とは別に所有権が成立しており、また商法521条の文言解釈から、商人間の留置権の成立を肯定するとしたものである。しかしながら、この事案では、所有者が破産宣告を受けたことから、商人間の留置権は特別の先取特権とみなされることから(破産法93条1項)、その留置機能の帰趨につきさらに判示している。すなわち、「破産法93条1項…の趣旨は、商事留置権を特別の先取特権(破産法92条により別除権とされる。)とみなすことにより、商事留

留置権の担保的機能を維持しつつ破産管財人による当該物件の管理及び換価を容易ならしめ、もって破産手続の円滑な遂行を図ることにあり、また商事留置権者が法律で定められた方法により特別の先取特権を実行するについては、特に目的物を留置している必要はないことからすれば、破産宣告後において商事留置権者が当該物件を留置していなければならない合理的理由はな」として、その留置権能は原則として喪失するとした。そしてこの場合にかかる先取特権と建物敷地についての抵当権の優劣については、商事留置権の成立時期と抵当権設定登記の先後によって決せられると判示する。すなわち、「一般には留置権者はすべての者に対抗できるとされ、したがって抵当権の実行としての競売においては買受人がこれを引き受けるものと解されている。しかし、民事留置権の場合には、たとえば不動産の保存及び工事に関する先取特権は所定の登記を経由することにより先に設定登記された抵当権に優先するとされている（民法337条ないし339条）ことに象徴されるように、その物に関して生じた債権を担保するという点において他の担保権に対する優先権を容認する実質的根拠を有するのに対し、被担保債権と目的物との牽連性が要求されない商事留置権の場合には、ほかの担保権に優先すべき実質的理由は見あたらず、しかも、商法が不動産について商事留置権の成立を否定していないと解される結果、登記を対抗要件とする抵当権と占有を成立及び対抗要件とする商事留置権とが同一不動産について重複して成立し得ることとなり、相互の優劣関係について深刻な問題を生じる結果となっている」との認識を示したうえで、本件についても、破産法93条1項は抵当権との関係については何ら触れておらず、いずれを優先させるべきかを明示した法律上の規定もな」いが、「商事留置権から転化した特別の先取特権も法定の担保物権であることに照らせば、この特別の先取特権とほかの担保物権との優劣の関係は、公示制度と、対抗要件の具備により権利の保護と取引の安定を調和させるとする担保物件の法理により解決すべき」とした。結論として、本件では抵当権設定登記が先に行われていることから、敷地にかかる競売手続を取り消した執行裁判所の原決定（東京地決平成9年9月9日判例集未登載）を取り消したものである。

以上に対して、むしろ先行裁判例の多数は、不動産についても商人間の留置権が成立する余地を認めつつも、占有要件が満たされていないとしてこれを否定する。すなわち、③判決は、傍論としてであるが、「債務者の所有の物又は

有価証券について、この留置権が成立するには、それが『商行為によって自己の占有に属した』ことが必要である。すなわち、当該商取引上、商人の一方が他の商人の所有物又は有価証券（通常は商品）を常態的に占有することが予定されている場合に、その取引のためにその物又は有価証券を占有したことが必要である。取引目的の実現の際、取引目的外の物に占有を及ぼし、それが偶々債務者所有であったという場合のその目的外の物は『商行為によって自己の占有に属した』とはいえない」とする。実際に占有要件が満たされていないことを理由に商人間の留置権の成立を否定したものとして、⑧東京高決平成6年12月19日判時1550号33頁は、「建築工事の施工という限られた目的のための占有をもって、未だ基礎工事の中途段階で建物の存在しない状況にある敷地について、建物建築請負代金のための留置権成立の根拠とするのは、契約当事者の通常の意味と合致せず、債権者の保護に偏するものというべきであって、必ずしも公平に適わ」ず、「建築工事請負契約は、原告人の本件根抵当権設定登記後に締結され、これに基づき右占有が開始されたものであるから、…右占有は不法占有と解すべきである」と判示するが、不法占有となるとした点については批判が強い。⑨東京高判平成27年5月25日判例集未登載⁹も、根抵当権の設定された土地の所有者は、抵当不動産について適切に維持管理しなければならず、商人間の留置権を含めて根抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原が設定されるような事態を招くことは許されないから、建築請負人も、抵当権者との関係では不法占有となり、商人間の留置権を主張することは許されないとするが、建築請負人に競売手続妨害目的といった不法な目的があるかどうかを問題とせず常に不法占有であるとすることは行き過ぎであると批判されている¹⁰。

このほか、⑩大阪高判平成10年4月28日金判1052号25頁は、不動産に対する商人間の留置権の成立を否定できないにしても、目的物権の占有者に正当な占有権原を認めることはできないとする。すなわち、「もともと建物建築工事の請負人が取得する敷地の占有は、建物建築工事施工のために限定されたものであって、注文主…が請負代金を支払わないことから、建物完成後も請負人…が

9 事案の概要および判旨の検討については、日向・前掲注(6)258-261頁参照。

10 日向・前掲注(6)259-260頁、山下・前掲注(1)4頁など。

敷地（本件土地部分）の占有を継続するのは、商事留置権という法的根拠が仮にあるとしても、当初の目的を超えたものというべきであり、「また、本件建物が建設されたのは右抵当権の設定より後であることが明らかである…ところ、このような場合には抵当権設定時に抵当権者がその後の留置権の発生を予測することは不可能であるから、建物請負人の商事留置権に基づく敷地の占有を抵当権者ないし抵当権実行による買受人に対抗しようとすれば、土地抵当権設定の方法による融資取引の安全、安定を著しく阻害する結果となるものであり、そのような解釈をしてまで商事留置権を手厚く保護することは、不動産担保法全体の法の趣旨に照らして相当でない」と判示している。①東京高決平成10年6月12日金法1540号65頁は、「建物建築工事請負人は請負契約の趣旨に従って建築する建物の敷地である土地に立ち入り建築作業をするのが通常であり、工事の着工からその完成と注文主への引渡までの間の請負人による土地の使用は、他に別段の合意があるなどの事情がない限り、使用貸借契約などの独立の契約関係に基づくものではなく、請負人が請負契約に基き工事を完成し完成した建物を注文主に引き渡すべき義務の履行のために、注文主の占有補助者として土地を使用しているにすぎないというべきであり、土地に対する商事留置権を基礎付けるに足りる独立した占有には当たらない」とし、建築請負人の占有を否定して商人間の留置権の成立を認めなかった。②東京高決平成10年12月11日判時1666号141頁、③東京高決平成11年7月23日判時1689号82頁、④東京高決平成22年9月9日判タ1338号266頁、⑤東京地判平成23年5月24日判時2151号116頁もほぼ同様の理由から結論を同じくするものであり、いずれも占有概念を限定的に捉えているが、これについても批判がある¹¹。

建物完成事案において、敷地に対する占有は否定しながらも、完成した建物について商人間の留置権の成立を認めたものとして、⑥東京地判平成7年1月19日判タ894号250頁、⑦東京地判平成9年5月7日判時1637号129頁、⑧福岡地判平成9年6月11日判時1634号147頁、⑨大阪高判平成9年6月13日金法

11 永赤真生『リーガルマインド商法総則・商行為法』95-96頁（有斐閣、第3版、2019年）、松岡久和『留置権に関する立法論—不動産留置権と抵当権の関係を中心に—』別冊NBL69号91-93頁（2002年）、日向・前掲注(6)254-258頁、木下孝治「③判決判批」岩原伸作＝神作裕之＝藤田友敬編『商法判例百選（別冊ジュリスト229号）』75頁（2019年）など。

1508号80頁がある。⑯判決は、未払代金債権を有するマンションの建築請負人が土地所有者（破産）に対して、完成した建物のほか、その敷地についても商人間の留置権の成立を主張したものであるが、裁判所は、建物については商人間の留置権の成立を認めたと、建物所有権が土地所有者にある以上、その敷地も含めた占有者もまた土地所有者であって、建築請負人は建築請負契約に付随して土地の利用が認められたにすぎず、独立の占有はないとして、商人間の留置権は成立しないとした。ただし、建築請負人は建物に対する商人間の留置権の行使による反射作用として、建物を留置するために必要不可欠なその敷地たる土地部分の明渡しを拒否できる旨判示している。⑰判決は完成建物について商人間の留置権の成立を認めたとの、「債務者について破産宣告がなされることによって、本来有していない優先弁済権能を付与される代わりに、民事留置権と同じく、破産宣告前にその内容となっていた本来的効力たる留置的効力は消滅するもの」として、仮に不動産についても商人間の留置権が成立するとしてもすでにその効力は消滅していると判示した。⑱判決もまた、商人間の留置権が不動産を対象とするかどうかについては特に判示していないが、やはり独立した占有がないとして建物についてのみ留置権の成立を肯定する。そのうえで、留置権の被担保債権の債務者が破産宣告を受けたときには、当該「留置権の目的物の留置的効力は失われ、破産管財人の占有に帰する」と判示する。⑲判決も、「建物建築工事の請負人が取得する敷地の占有は、建物建築工事施工のために限定されたものであって、注文者が請負代金を支払わないことから、建物完成後も請負人が敷地の占有を継続するのは、商事留置権という法的根拠が仮にあるとしても、当初の目的を超えたもの」であるとする。

商人間の留置権の成立を肯定しつつ、抵当権との関係を対抗問題とするものとして、⑳大阪高決平成23年6月7日金法1931号93頁がある。判決は、商人間の留置権が不動産を対象に成立するかどうかについては、「立法沿革等から疑問なしとしないが、同条の文言上含まないとする解釈はとり得ない」とし、その成立を肯定したが、「不動産留置権を、それと競合する抵当権との関係で、その成立時期の先後関係を問わずに保護する趣旨の規定であると解釈すると、本件のような抵当権者は保護されないこととなる。本件のように、更地に抵当権の設定を受けて融資しようとする者が、将来建築されるかもしれない建物の請負業者から土地について商事留置権を主張されるかもしれない事態を予測し、

その被担保債権額を的確に評価した上融資取引をすることは不可能に近く、このような不安定な前提に立つ担保取引をするべきではない。不動産の商事留置権が、不動産に対する牽連性を必要としないことから、第三者に不測の損害を及ぼす結果となることは、担保法全体の法の趣旨、その均衡に照らして容認し難いというべきであり、「抵当権設定登記後に成立した不動産に対する商事留置権については、民事執行法59条4項の『使用及び収益をしない旨の定めのない質権』と同様に扱い、同条2項の『対抗することができない不動産に係る権利の取得』にあたるものとして、抵当権者に対抗できないと解するのが相当である」として、やはり競売手続を取り消した執行裁判所の原決定（大阪地決平成23年2月17日判例集未登載）を取り消したものである¹²。なお前掲③判決も、傍論ながら、仮に商事留置権が成立した場合にであっても、「債務者は破産しており、商事留置権は特別の先取特権に転化しているところ（破産法66条1項）、商事留置権をほかの担保物権に優先させるべき実質的理由がなく、商事留置権から転化した特別の先取特権についても同様であるから、この特別の先取特権とほかの担保物権との優劣の関係は、留置的効力の主張の当否を含め、物権相互の優劣関係を律する対抗関係として処理すべきであり、特別の先取特権に転化する前の商事留置権が成立した時と抵当権設定登記が経由された時との先後によって決すべきこととなる」としている。同様に前掲⑧判決も、商人間の留置権の成立を認めれば留置権と（根）抵当権が競合することになるが、「両担保権の成立ないし対抗要件具備の順序、被担保債権の本件土地に対する牽連性の濃淡（右請負代金債権と牽連性があるのは本件建物であって、本件土地は右請負代金債権とは牽連性はほとんどない。）等からみて、商事〔商人間の〕留置権より根抵当権の保護を優先させるのが不動産担保法全体を通じての法の趣旨に沿い、公平である」とする。その論拠として、「民事執行法59条4項…にいう留置権が商事〔商人間の〕留置権のすべてを無限定に含むとすれば、抵当権（根抵当権）の実行手続によって土地を取得しようとする者は、買受けによって引き受けさせられる商事〔商人間の〕留置権の被担保債権とその額を客観的に把握しなければ、安全に買い受けることができず、ま

12 こうした解釈に対しては理論的な難点があるとして疑問も呈されている。日向・前掲注(6)258頁。

た、遑って、…土地に抵当権（根抵当権）の設定を受けて融資する者は、その設定を受ける前に将来土地について商事留置権が生じることがあり得ること及びその被担保債権額を予測したうえでなければ、土地の客観的な交換価値を的確に評価することができず、その評価に的確に対応した融資額を決めることもできないが、このような予測、評価はほとんど不可能に近いことであり、土地を抵当に取ってする融資が右のような不正確、不確実な予測、評価に頼らざるを得ないことになれば、その融資取引は不安定で危険なものになり兼ねない」と判示する。このほか、②福岡地判平成9年6月11日判時1632号127頁（前掲⑩判決と原告を同じくする）は、不動産に対する商人間の留置権の成否について特に問題とすることなくこれを認めたとうえで、債務者の破産により商人間の留置権から転化した特別の先取特権と抵当権の優劣に関しては、「物権の優劣関係に関する一般原則たる対抗要件理論により判断すべきであり、右特別の先取特権に転化する前の商事留置権が対抗要件を備えた時点と根抵当権設定登記が経由された時点の先後によって、その優劣を決するのが相当であり」、「商事留置権の公示方法は占有以外にはあり得ないところ、双方向的商行為による債権の弁済期が到来し、商事留置権の実体的要件が充足されてはじめて、商事留置権の占有が対抗要件として機能する」と判示した。

2. 学説

学説については上に述べたようにこれまで様々に議論がなされてきたが、商法学者の間では肯定説が多数を占める¹³。すなわち、立法の沿革などを理由に、不動産は商人間の留置権の対象とならないとする全面否定説も見られるが¹⁴、商法521条が単に「物又は有価証券」とするのみであり、物には動産のみならず不動産も含まれるのが自然な解釈であり（民法85条・86条1項2項）、また現代の商取引にあっては、不動産も商品として広く商取引の対象とされていることなど、いずれも本判決が述べる論拠をもって、不動産に対する商人間の留

13 近藤・前掲注(3)135頁、田邊光政『商法総則・商行為法』193頁（新世社、第4版、2016年）、江頭憲治郎『商取引法』263頁（弘文堂、第8版、2018年）、弥永・前掲注(1)96頁など。

14 否定説は前掲①判決が掲げるものとほぼ同様の理由を論拠とする。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」金法44巻14号22-24頁（1996年）。なお、著者は①判決を構成する裁判所の右陪席裁判官である。

留置権の成立を肯定するものが多数である¹⁵。しかしながら、上記1で見てきたように、下級審裁判例が商人間の留置権の成立を制限的に捉える方向で展開してきたと同様に、肯定説に立ちながらも、占有要件に関して留置権が成立する場合を制限的に解する説や、抵当権との関係を対抗問題と捉える説など様々な説が主張されている。すなわち、前者は、建物建築請負人は注文者の占有補助者に過ぎないから、独立した占有を有しているとはいえないとし、商人間の留置権の成立要件である「占有」について厳格に解する立場（⑪～⑮判決）があるほか、土地の占有を否定しつつも完成建物について商人間の留置権が成立する場合には、その反射の効果として引渡しを拒むことができるとする説¹⁶（⑯判決と同旨）がある。しかしながら、こうした見解に対しては、先にも触れたように占有は物に対する事実上の支配であることから（民法180条）、このように狭く解することは適当ではないなどといった批判がある¹⁷。なお抵当権と抵触するケースにおいては建物建築請負人による占有は不法占有となるとする上記⑧⑨判決のような見解については、先に述べたように批判が多く、他方これを支持するものは見られない。後者については、占有を肯定しつつ留置権の成立を認めつつも、抵当権との関係を対抗問題として処理する立場¹⁸（⑳判決とほぼ同旨）である。この見解については、具体的に商人間の留置権と抵当権の優劣をどのように決すべきかによりさらに商事留置権の成立時点とするか土地の占有を取得した時点かでヴァリエーションが見られる。

立法論としては、商人間の留置権の対象から不動産を除外する旨、明文をもって規定すべきであるとの意見が主張されていた。担保物権及び民事執行制度の改善を目的として、平成15年に民法等が改正された際、法定担保物権につ

15 注文主に対して建築請負業者の立場が弱いことから、敷地の留置権を主張せざるを得ないといった事情があることも指摘されている。山下・前掲注(1)3頁。

16 澤重信「敷地抵当権と建物請負報酬請求権」金法1329号24-25頁（1992年）。

17 注(1)参照。

18 秦光昭「不動産留置権と抵当権の優劣を決定する基準」金法1437号4頁（1995年）、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（下）」金法1447号29頁（1996年）、工藤祐蔵「建築請負人の留置権についての若干の考察」立法271・272号上巻967頁（2000年）、畠山新「抵当権と不動産の商事留置権」金法1945号44頁（2012年）、小林明彦「建築請負代金のための商事留置権と土地抵当権」ジュリ1442号64頁（2012年）など。高橋・前掲注(1)124頁もこの立場をとる。

いては検討が行われながらも最終的に改正が見送られた。商人間の留置権についても、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」においてはその対象から不動産を除外する旨の改正提案がなされていたが（第1の1(2)）、最終的には改正法に盛り込まれなかった¹⁹。

(4) 本判決の検討および残された課題—抵当権者に対する対抗の是非

本件は、債務者が所有者である点で、債権者が留置権によってこれに対抗することを認めやすい(仮に認めたとしても特段の不都合を生じない)事案であったといえる。先例について見て来たとおり、従来争われてきたのは、建物建築請負人が商人間の留置権をもって、土地に抵当権を設定した金融機関に対抗できるか、すなわち債権者（建築請負人）と第三者（抵当権者）の事案であった。こうした事案につき、下級審裁判例では不動産に対する商人間の留置権の成立を否定するものが多く、実務上もそのような取扱いがなされていたものである²⁰。

引用する判旨第一段は、文理解釈から導くものであるが、立法の沿革からすれば、肯定説・否定説を分ける決め手にはならないように思われる。引用判旨の第二段は、実質的な理由として、不動産の商品性を掲げるものであるが、この点についても先に述べたように、抵当権者である第三者について商人間の留置権の成立を認めることが妥当かという問題が残る（判旨がこの点に触れないのは事案の内容からすれば当然のことであるが、補足意見がついても良かったのではないかと思われる）。

最高裁判所の立場が不動産について商人間の留置権の成立を一律全面的に否定するものではないことは、本判決から明らかであるが、かといって抵当権との競合事案も含めて不動産に対する商人間の留置権の成立を全面的に肯定するものと解しうるかについては疑問が残る。抵当権との競合事案にも及ぶと解するものもあるが²¹、不動産に対する商人間の留置権の成立を否定したのは、あ

19 議論の詳細とりわけ不動産に対する商人間の留置権の成否に関しては、法制審議会担保・執行法制部会第5回会議（平成13年10月16日開催）〈http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_011016-1.html〉参照。

20 東京地方裁判所民事執行センターでも、かつては建物建築工事請負人の敷地に対する商人間の留置権の成立を肯定するものとして事件を取り扱っていたところを変更し、請負建築物が未完成の場合には、原則としてかかる留置権が成立しないものとして処理しているようである。日向・前掲注(5)251頁。

くまで本件事案についての判断に止まるのであって、その射程は不明であるように思われる。他の論者は本判決の結論に賛成しつつもその射程については限定的に捉える見解がむしろ多数である²²。商人間の留置権の成立を認めた場合の効力が極めて強力であること、不動産に関しては、その権利関係の優劣が登記（ないしその順位）によって定まることから、占有を要件とする留置権とは相いれない点があることなどからすれば、抵当権者に対しても同様に留置権の成立を認め、かつこれをもって対抗しようと解すべきかについてはなお検討を要する課題であるといえよう。

なお本判決では言及されていないものの、原審である④判決では、「留置権の対象となる不動産と当該債権の価額との不均衡が生ずる場合においては、民法298条、301条等の類推適用等によって、所有者と留置権者との利益の均衡ないし公平を図ることができる」も論拠として挙げられているが²³、この点も問題である。

肯定説の論者からは、抵当権との競合事案についても、抵当権者は建物の建築を前提に与信しているはずであるから、リスクの算定は可能であるとするもの²⁴や、抵当権者が土地所有者の事業に相当に関与してきたような事情があることを前提に商人間の留置権の成立を認め、和解による解決を図るべきとの主張²⁵がなされている（その背景には、先に述べたように建物建築請負人の有する請負代金債権につき現状十分な保護が受けられないという事情がある）。更地に抵当権を設定して融資を実行する場合に、その後の当該土地上の建物建築予定を全く知らず、商人間の留置権の成立が不意打ちになることは確かに考えにくい（ただし抵当権設定にかかる融資が建物建築とは無関係に実行されることもないわけではない）²⁶、問題は、かかる抵当権設定時において建築請負代

21 土井・前掲注(1)ジュリ1524号99頁、増田・前掲注(1)101頁。ただし、土井・前掲注(1)曹時71巻5号181頁は、抵当権との競合事案につき、どのような法律構成から利害調整をすべきかは明らかでないとする。

22 中村・前掲注(1)139頁、清水・前掲注(1)170頁、野澤・前掲注(1)4頁、田澤・前掲注(1)90頁など。

23 抵当権との競合が問題となった事案においては、一般に建築請負代金と不動産との価額差が大きなものではなかったためと考えられる。中村・前掲注(1)141頁。

24 弥永・前掲注(1)96頁。

25 江頭・前掲注(5)57頁。

金の未払いとこれによる商人間の留置権の成立リスクをどこまで正確に把握できるか（商人間の留置権の被担保債権額を控除した土地の正確な担保価値を把握できるか）ということに尽きる。仮に本判決の射程が抵当権との競合事案にまで及ぶとするならば、抵当権者が建築請負に相当程度関与していることが前提となる。商人間の留置権を特約で排除することも含め、与信管理を徹底することが必要となろう（抵当権を設定して融資を実行するときは、その後の建物建築計画と併せ（請負代金額や債務者の総合的な資力などにつき）十分な審査を行うことが求められるかもしれない。もちろん建築請負人にも、施主の資力について注意が求められよう）。

最高裁判所は、動産と不動産との間に質的相違を認めていないとの見方²⁶もあるが、問題は、対象物の性質ではなく、債権者、債務者そして第三者との間の利害調整に向けられるべきではなかろうか。すなわち、債務者に対して商人間の留置権をもって直接に対抗する場合と、債務者以外の第三者に対して対抗する場合とでは利益状況が異なるといえ、そのような違いに即した解釈をなすべきである。不動産の所有権者はすなわち債務者であり、商人間の留置権の成立を認めてこれをもって対抗しうるものとして何ら問題ないと考えられるが（その意味で前掲①判決の事例などは、本判決と同様に債務者に対して直接商人間の留置権を主張したケースであり、このようなケースについてまでも商人間の留置権を排除することは妥当とはいえず、むしろ商人間の留置権の成立を肯定すべきであったものと考えられる）、第三者である抵当権者としては、上述のように引受主義がとられ、事実上の優先弁済権が付与されている留置権の効力からすれば、その成立を認めること自体が重大な脅威となる。すなわち、同じ抵当権であれば登記簿上その先後関係が明確であり、各権利の優劣をめぐって問題となる余地はないが、前掲②判決が判示するように、留置権の公示方法は占有しかなく、しかも抵当権設定後に成立した留置権について抵当権者が対抗できないとすると、これも前掲②判決が判示するように、抵当権者は留置権の成否のみならずその被担保債権額すら予期することができず、土地の担

26 山下・前掲注(1)5頁は建物建築請負人に競売手続妨害目的があれば留置権の成立を認めるべきではないとするが、この場合は不法占有として占有要件が否定されることになろう。

27 清水・前掲注(1)75頁。

保価値を把握することが極めて困難なものとなる。その意味で対抗関係に立つと捉える説には合理性が認められるものと思われるが、この点についても条文上の根拠もなく対抗問題とすることに問題がないわけではない。また、抵当権との競合事案の典型は、先に抵当権が成立した後に商人間の留置権の成否が問題となるケースであるから、いずれの時点（商人間の留置権の成立時か占有取得時か）を基準にしても、後発の留置権をもって先に発生した抵当権に対抗できないという結論になろう²⁸。

以上のように、不動産一般について商人間の留置権の成立を認めるとしても、商人間の留置権のその他の要件とりわけ占有要件についてどのように解するか、留置権との関係をどのように考えるか（対抗問題とするかどうか）、破産時のケースをどう解するか²⁹など、本判決で解決に至らなかった検討課題は多い。立法による解決が提唱されるところであるが、商人間の留置権に限らず、平成15年の民法改正では見送られた法定担保物権の取扱いにつき、これを物権法秩序の中にどのように位置づけるかにつき、立法課題として早急な検討が望まれるところであろう³⁰。

*本稿は、駿河台大学法学会若手研究者支援プログラムによる研究助成の成果の一部である。

28 その他、対抗問題とすることに対する批判として、日向・前掲注(6)258頁参照。他方、田高寛貴「¹⁸②判決判批」判タ965号50頁（1998年）は、商人間の留置権が「債務者所有の物」に限り成立することから、第三者が有する先行する抵当権に劣後するとの見解を示すが、傾聴に値しよう。

29 この点、江頭・前掲注(5)57-58頁は破産法の先取特権については対抗問題とせざるを得ないとする。

30 増田・前掲注(1)101頁、山下真弘「不動産が商人間留置権に含まれるとした最高裁判決の概要と影響」ビジネス法務19巻4号36頁（2019年）。立法論としては、先に述べた中間試案のほか、松岡・前掲注(1)101頁など。