

〈研究ノート〉

## 商事留置権と不動産商事留置権の成否

永田 均

### 目次

- I 商事留置権の不動産への適用の存否
  - 1. 不動産商事留置権の判例法上での否定の流れ
  - 2. 留置権制度の沿革と当事者の留置意思による不動産商事留置権を否定する判例
  - 3. 不動産への商事留置権の成否についての当事者の合理的意思と占有の有無
- II 商事留置権規定の解釈
  - 1. 「商行為によって自己の占有に属した」の解釈
  - 2. 不動産担保と留置権設定の前後による優劣
  - 3. 最高裁判決の立場
- III 留置権と破産・再生
  - 1. 破産手続と不動産商事留置権
  - 2. 民事再生と留置権

### I 商事留置権の不動産への適用の存否

商人間における商事留置権が不動産についても成立するか否かについては学説の対立があり議論の収束を見ないところである。特に多い事例である建物建築請負人の建物敷地に対する商事留置の成否についてであるが、これを否定する説、さらに土地不動産についても商事留置権が成立すると肯定する立場であっても、破産宣告を受けた場合には、商事留置権は破産財団に対する特別の先取特権とみなされ、商事留置権者の留置的効力が失われとする説やそのまま留置権は存続するとする説など立場はわかれている。また近時、法的側面は異なる民事再生手続における取立委任手形についてはではあるが、商事留置権を有する銀行が、銀行取引約定書に基づき当該の取引先の民事再生手続開始後に資金回収のための手形取立をし、これを債権に充当することは許されないとの原審東京地判平成21年1月20日（金融・商事判例1325号37頁）を維持した東京高判平成21年9月9日（金融・商事判例1325号28頁）があり、金融界に大きな

影響を与えた（金法1884号8頁座談会、内海、銀行取引21・710号、山本和彦、金法1864号6頁）。このことは、最高裁判決平成10年7月14日（金融・商事判例1057号19頁）が、債務者が破産手続きに入った後に銀行取引約定に基づいて手形取立により弁済充当を容認した立場と異なり、齟齬を生じ始めており、実務上の混乱と新たな論争となっている。

#### 1. 不動産商事留置権の判例法上での否定の流れ

不動産への商事留置権の成否については学説上の争いは、肯定説が主流となっているようにみられてはいる（泉田・総則商行為法別冊ジュリ164号100頁参。判タ1006号117頁。吉本・判評457号232頁、小林・平8重判解103頁など）が、このような肯定説も、留置権設定前に抵当権がある場合には、留置権の絶対的効力を認めず、留置権者の占有と抵当権者の登記の先後関係によって優劣を決定すべきであるとする対抗説や、建築請負業者の敷地への占有は、留置権に基づく建物に対する占有の反射的效果として有し、別除権の行

使を実効あるものとするための抗弁権としてのみ留置的効力が存続するとする反射的効果説、その他にも破産時での留置効力を容認の有無によって区別するものがある等、諸説主張されている。このように実体法の解釈を手続法の解釈によって決定するか否かは1つの問題とは思われるが。また、東京地裁執行部では、不動産に対する商事留置権を肯定し、その被担保債権を評価額から控除して最低売却価額を決定していると紹介されている（山崎・金法1439号62頁）。

しかし、東京高決平成22年7月26日（平成22年（ラ）1184号担保不動産競売取消決定に対する執行抗告事件、金法1906号75頁、谷本、銀行法務21・724号53頁）は、それを否定している。本件では、土地の根抵当権者である抗告人が、当該根抵当権に基づき本件土地について担保不動産競売手続を申し立てたところ、本件土地につき、評価人によりいったんは手続費用を上回る評価がなされたが、本件土地を敷地とする建物の建築請負債権を有する者の上申を受けて、執行裁判所が評価人に商事留置権を前提とする再評価を命じた結果、手続費用を下回る評価がなされたため、同裁判所が本件土地について無剰余を理由とする担保不動産競売手続取消決定をしたことから、抗告人が、執行抗告した事案において、不動産は商法521条所定の商人間の留置権の対象とならないとの解釈、また、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の属した」とはいえないとの解釈を示した上で、商事留置権を前提とする売却基準価額決定及び同価額決定に基づき競売手続を取り消した原決定は相当ではないとして、原決定を取り消した事例である。このように、学説上の争いとは別に、商事不動産留置権の成否について判例法上では否定の流れにあると言えよう。

## 2. 留置権制度の沿革と当事者の留置意思による不動産商事留置権を否定する判例

東京高判平成8年5月28日（建物明渡等請求控訴事件、控訴棄却、判時1570号118頁、原審東京地判平7・6・30、判タNo910、264頁）は、不動産に対する商人間の留置権を否定したものである。本件は、倉庫及び事務所の賃貸料の債権に対する反対債権として自動車引渡請求権、貸金債権、損害賠償債権等の反対債権を有するとして、賃借不動産は、商人間の商行為により引き渡されたものであるから、上記不動産に対し右の反対債権を被担保債権として商法521条の商人間の留置権を取得したものであり、Y会社は反対債権の履行があるまで、不動産を留置するとの主張を提出したのであった。これまでは正面から取り上げられなかった不動産に対する商事留置権の成否について、本判決により、裁判所の実質上初めての判断が示されたものであるとして注目された判例である（判例タイムズNo910、264頁）。以下判旨を紹介すれば。「商人間の留置権について 先ず、不動産について商人間の留置権が成立するか否かについて判断する。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三六九条は、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、商人間の留置権に関する二八四条の規定は、昭和一三年の改正で現行の五二一条に引き継がれた。そしてわが国の競売法（明治三十一年制定。昭和五四年民事執行法の制定により廃止）は、民法

（明治二九年制定）及び商法（明治三二年制定）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……其他民法又ハ商法の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（三条）のに対して、不動産については「留置権者……其他民法ノ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（二二条）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（明治三三年五月二六日民刑第七九九号民刑局長回答）。そして商人間の留置権は、その沿革に照らすと、当事者の合理的意思に基礎を置くものと考えられるのであるが、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。また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。以上のような制度の沿革、立法の経緯、当事者意思との関係及び法秩序全体の整合性を合わせ考えると、不動産は商法五二一条所定の商人間の留置権の対象とならないものと解するのが相当である。したがって控訴人の商事留置権の主張は、主張自体を失当である。」としたものである（東京地判平成11年6月7日判タ1042号231頁、金判110158頁、平成12年度主要重要判例解説203頁も同旨）。

### 3. 不動産への商事留置権の成否についての当事者の合理的意思と占有の有無

上記東京高判平成8年5月28日は、不動産への商事留置権成立の否定論拠はその歴史的沿革であり、そして商人間の留置権については「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」、そのことは「当事者の合理的意思に合致しない。」としている。しかしながら、商取引におけるこの種取引の当事者の合理的意思が不明なので検討せざるを得ないところであり、「合理的意思」という用語で処理できるものでもない。商事留置権は、流動する商取引等での担保権設定の煩雑さを避け、商取引の迅速性を促進活発化し取引の公平、安全と確実性のために双方の債権者に法定担保権としてこの商事留置権が設けられ（商521条）、当事者の異なる別段の意思表示がない限り商事留置権が成立するという法制度に反する解釈であると言ったことが出来るのであって（道垣内、金法1460号6頁、田邊光政、金法1484号6頁、弥永、法学教室300号186頁）、このような判例の立場を容認できるものではない。

## II 商事留置権規定の解釈

### 1. 「商行為によって自己の占有に属した」の解釈

前掲東京高決平成22年7月26日の決定内容は、本件東京高判平成8年5月28日と同趣旨であり、不動産は521条の商人間留置権の対象として予定していない（本件東京高判平成8年5月28日、判時1570号118頁）が、521条の商人間留置権の対象を「物」としており、「民事執行法195条は留置権については競売法と異なり民法と商法及び動産と不動産のいずれについても区別することなく、担保権

の実行としての競売の例によると規定していて、不動産も商法521条所定の商人間の留置権の対象となることが考えられないわけではない」が、しかし、「商行為によって自己の占有に属した」ことが必要で、取引目的の実現の際に、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」とは言えないとしている。

また判旨は、登記を前提とする公示制度のもとでは不動産への商事留置権成立を容認できないとする。抵当権が設定されている場合は登記により公示されており、抵当権者と建物建築請負人のいずれを保護すべきかは自明であり、仮にこのような場合にまで商事留置権を認めると、債務者が抵当権者を害する濫用的請負契約を締結するおそれもないとはいえず、不動産担保制度を不安定にし妥当でないとしている。

しかし、不動産は現代では市場で商品流通がなされ、商事留置権は、流動する商取引等での担保権設定の煩雑さを避け、迅速性を促進活発化し取引の公平、安全と確実性のために双方の債権者に法定担保権として、この商事留置権が設けられ（商521条）、目的物と被担保債権の間に牽連性が必要とされず、被担保債権弁済への心理的強制（295条）から、債権の充足を得るとするものである。多いとされる事件種である建物の建築請負債権の敷地への留置権が、もし否定される場合には、流動する商取引等での担保権設定の煩雑さを承認し、新しい簡便な担保方法の開発の必要性に迫られることになり、また商取引の迅速性の後退となる可能性があり、上記のような目的を持つように制度設計されている留置権の法定担保権としての設置目的を損なう可能性がある。また条文上においても商品流通・商取引の状況においても不動産を留置権から排除する理由はない。平成14年3月にまとめ

られた「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」では、商法521条の定める商事留置権については、不動産は目的物とならない旨が示されていたが（松岡久和、別冊NBL69号88頁）、結局、改正法には取り入れられていなかったことに留意すべきである。

「物」（民86条）概念及び民事執行法195条留置権に不動産をも含むことは自明のことであるが、「商行為による占有取得」については、「取引目的外の物に占有を及ぼす」場合には占有取得できる範囲外とするが、商事留置権の占有物と被担保債権の間の牽連性は要求されてはいいないことに注意すべきである。さらに「占有」について、判例は、建物建築請負人の土地利用は、義務の履行のために注文主の占有補助者として土地を利用するにすぎず、独立した占有にあたらないとし、あるいは、目的物を占有しているといえるためには、独立した占有訴権や目的物からの果実の収受権などを債権者に認めるに値する状態にあることが必要であり、工事施工のための一時的な事実行為目的の土地使用は、債務者所有の土地に対する占有ということではできないとして占有を否定している（東京高決平成10年6月12日金法1540号65頁、東京高決平成10年12月11日判時1666号141頁、東京高決平成11年7月23日判タ1006号117頁、判時1689号82頁）。

しかしこのように、建物建築請負人の建物への留置権を認め、敷地については留置権が成立しないとすると、不法占有の可能性があり、建物建築請負人の建物建築のための敷地利用が不法行為となり、常識では考えにくい状況をきたすことにもなる。そのため、板囲い、明認のための標識など土地に対する外形的占有の事実があれば留置権は成立するとする判例の方が理解しやすい（東京高決平成6年2月7日判タ875号281頁、福岡地判平成9年6月11日判時1632号127頁）。さらには、建物建築請負人がその敷地である土地につい

て不法占有から脱するために、占有の権原と認められる新たな何らかの契約を行うことが必要とすることは、現実的な法的取引からはかけ離れた法解釈となり、本来的な留置権成立の必要性からは不自然で疑問である。とすれば、建設請負人は土地についても留置権を有するものとするのが素直かと思う。これを留置権行使の建物が注文主の所有に属する限り反射的効力として敷地にたいする占有権原を有するとする見解もあるが(反射的効力説)、反射的という表現に違和感を感じ、より端的に留置権を認めたいと考たい(工藤、立命館法学271・272号347頁)。上記東京高判決定平成6年2月7日は、建物建築工事を請け負った建設業者の工事代金については、建設業者が建築した建物及びその敷地の双方に対する商事留置権を肯定している。

## 2. 不動産担保と留置権設定の前後による優劣

留置権と抵当権の設定の前後による優劣について、「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、登記の公示力を看過することになり、商事留置権を認めると、債務者が抵当権者を害する濫用的請負契約を締結する恐れがないとはいえず、不動産担保制度を不安定にして妥当でないとする判例がある。そして商事留置権が転化した特別の先取特権と抵当権との優劣関係は、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であるとする(東京高決平成11年7月23日判時1689号82頁、東京高決平成10年11月27日)。

しかし、留置権は、法定担保権であり、登記制度を前提とされている形跡はなく、また

時間的前後関係によってその優劣を決定左右されるものでもなく、民事執行法59条4項の規定とも異なることになる。また実質的にみると、抵当権設定による金融は建物建築請負人による建築を前提に行われている可能性があり、リスク計算がなされており、一方では実効的な請負人の保護手続がないのではと思われる(弥永、前掲書187頁)ことから、留置権が時間的前後にかかわらず優先するものであり、法定担保権である商事留置権制度への誤解に基づく見解と思える。

## 3. 最高裁判決の立場

不動産への商事留置権適用への見解が異なる状況では、最高裁の判断が望まれるところである。最高裁判決は商事留置権の不動産への適用成否については、最高裁判決平成11年11月25日(建物明渡等請求事件、第二審平成8年5月28日東京高裁判決、第一審平成7年6月30日東京地裁判決、金商1092号3頁、金融・商事判例1092号3-6頁、東京高裁判決平成8年5月28日判時1570号118頁)があるが、「当事者の一方が商人に当たらない」とした原審の認定判断を正当として是認して商事留置権の要件を欠いているとしている。商事留置権の要件を欠いているのであれば、正確には商事留置権の成立を否定しているとはいえないだろう。また、東京高判平成13年1月30日(建物明渡請求控訴事件、平成11年(ネ)第3608号)は、不動産は、商人間留置権の対象とならないとした判決であったが、その上告審である最高裁判所(平成13年(オ)第656号平成17年3月10日判決)では、その争点は移り、「第三者による抵当不動産の占有が占有権原のない占有とはいえなくとも、その占有者の属性や占有の態様などにより、買受希望者が買受けを逡巡したり、当該不動産の売却価額が不当に下落するおそれがある場合には、抵当不動産の交換価値の実現が不法に妨げられていることに変わりなく、

抵当権者は、その第三者を相手方として抵当権侵害の排除を求めることができる。」として、抵当権に基づく妨害排除が認められ、妨害者である抵当不動産賃借人の敷金・保証金の返還請求権および立退料請求権について商事留置権・民事留置権の成立が否定された事例と紹介され、留置権が否定された場合の抵当不動産の所有者の承諾のもとでそれを占有する第三者の行為が、抵当権の不法な侵害とされ、その占有期間中の賃料相当額の損害賠償請求が認められた事例となっている（住友、銀行法務2145巻14号72頁、平井、銀行法務2145巻7号59頁、生熊、私法判例リマークス〔25〕平成13年度判例評論）。

### Ⅲ 留置権と破産・再生

#### 1. 破産手続と不動産商事留置権

商事留置権が破産宣告を受けた場合には特別の先取特権とみなされ（破66条）、別除権として（破65条2項）、破産手続によらずに先取特権を行使できる（破65条1項）。ただ、商事留置権の留置的効力については、破産管財人による商事留置権の消滅請求の制度（破192条）も、商事留置権の留置的効力が破産宣告後も存続することをその証左としていと考えられるものの、留置的効力については破産宣告を受けた後も存続するかについては意見がわかれる。

建物の建築請負債権の敷地についても商事留置権が成立するとするものの、破産宣告を受けた場合には留置権能は失われるとする福岡地判平成9年6月11日がある。同判決は商法521条の商事留置権の目的物には不動産も含まれるが、債務者が破産宣告を受けた場合には、目的物に対する商事留置権は破産財団に対する特別の先取特権とみなされるので、商事留置権者の留置的効力は失われ、その目的物に対する占有は破産管財人に帰するものと解されるとしている（判時1634号147頁、

判タ947号291頁、金法1497号31頁）。東京高決平成10年11月27日も、同様に建物建築請負人による土地の占有の態様が商法521条所定の占有と評価しうることを理由に、土地についても商事留置権を取得したと認めた事例において、土地に対する競売手続において、建物建築代金を被担保債権とする商事留置権を主張することができるが、債務者に対する破産宣告により、留置権は、特別の先取特権とみなされ（破66条、旧破産法93条1項）、そして、原則として商事留置権の留置権能は失われ、商事留置権が留置権能を失い転化した特別の先取特権（破66条）となり、この先取特権と抵当権との優劣関係は、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過された時との先後によって決すべきであるとして、判例は錯綜している。

不動産担保と留置権設定の前後による優劣について既述したところであるが、さらに商事留置権と破産との関係につき手形についての動産の判決ではあるが、最高裁判決平成10年7月14日は、手形につき商事留置権を有する者が債務者に対する破産宣告の後に破産管財人からの手形の返還請求を拒むことの可否につき、旧破産法九三条一項前段（破66条1項）の「之ヲ特別ノ先取特権ト看做ス」という文言は、当然には商事留置権者の有していた留置権能を消滅させる意味であるとは解されず、他に破産宣告によって右留置権能を消滅させる旨の明文の規定は存在しないこと、旧破産法九三条一項前段が商事留置権を特別の先取特権とみなして優先弁済権を付与した趣旨に照らせば、同項後段に定める他の特別の先取特権者に対する関係はともかく、破産管財人に対する関係においては、商事留置権者が適法に有していた手形に対する留置権能を破産宣告によって消滅させ、これにより特別の先取特権の実行が困難となる事態に陥る

ことを法が予定しているものとは考えられず、そして破産宣告後においても、本件手形の返還請求を拒絶することができ、本件手形の占有を適法に継続し得るものというべきであることを説示した(判タ991号129頁、一審は破産管財人の請求を認容し、京都地判平7・2・28判タ号279頁、控訴審大阪高判平9・3・25、判タ938号272頁は棄却。「商事留置権は破産法93条に基づき特別の先取特権とみなされる一方で留置的効力を失うけれども、銀行は銀行取引約定書4条3項に基づく任意処分権によって手形について権利を行使することができ、これによる取得金から優先弁済を受けることができる。」としている)。さらに手形につき商事留置権を有する銀行が債務者に対する破産宣告の後に右手形を手形交換制度によって取り立てて被担保債権の弁済に充当する行為が破産管財人に対する不法行為とならないと判示している。

## 2. 民事再生と留置権

民事再生と留置権について本稿冒頭記載のように、近時民事再生手続における取立委任手形について、商事留置権を有する銀行が、銀行取引約定書に基づき当該の取引先の民事再生手続開始後に資金回収のための手形取立をし、これを債権に充当することは許されないと東京高判平成21年9月9日(金融・商事判例1325号28頁、原審東京地判平成21年1月20日、金融・商事判例1325号37頁)が判示し金融界に大きな影響を与えた(金法1884号8頁座談会、内海、銀行取引21・710号、山本和彦、金法1864号6頁)。このことは、最高裁判決平成10年7月14日(金融・商事判例1057号19頁)が、債務者が破産手続に入った後に銀行取引約定に基づいて手形取立により弁済充当を容認した立場と異なり齟齬を生じ始めており、新たな論争となっている。

清算型の破産手続と相違し、再生型とし

ての民事再生手続では、破産手続における商事留置権が特別の先取特権とみなされ(破66条1項)、別除権とみなされる(破66条2項)。別除権は破産手続によらないで行使することができ(破産法65条、民再法53条2項、民執法180条)、優先弁済権が認められているのに対し(破66条1項)、民事再生手続では商事留置権は別除権とされ(民再法53条1項)、再生手続によらず行使できる(民再法53条2項)が、民事再生法上特別の先取特権とする規定はない(金融実務からは担保提供の困難な企業への融資手段として重要性を持つ金融手法であり、債務不履行時において債権回収ができないことは問題を生じている)。

会社更生手続においても更生担保権として優先的に弁済を受けることが認められているが、取引先の債務者が選択する法的手続において債権の満足が受けられたり、受けられなかったりというのは疑問があるとされる。また債務者が別除権の受戻を行う場合の被担保債権全額の弁済の必要性(民事再生法41条1項9号)や、目的財産の価額に相当する金銭納付で商事留置権を消滅させることのできる担保権消滅請求がなされた場合との不均衡など(民事再生法152条)問題点が指摘されている(金法1861号27頁)。東京高判平成21年9月9日は実務の側面から様々な不都合が指摘されており、融資取引先が民事再生手続に入ることを予測して別途特別な担保設定等を準備設定することは、現実離れしているとの批判もある(内海、銀行取引約定法務21・710号8頁、金法1861号26頁コメント)。

民事再生法の趣旨は、「債務者について経済生活の再生の機会を確保を図ることを目的とする」(民再法1条目的)が、再生の目的と破産における清算との差異を見る。清算型の破産と再生を図って行く民事再生というステージでは異なる側面を持つであろうが、今後の検討としたい。