

## 〔商法 四一九〕

債務者破産の場合における不動産に対する商人間留置権（商法五二一条）

## 〔判示事項〕

一、商法五二一条の商人間留置権の目的物には不動産も含まれる（②判決）

二、建物建築請負人の建物敷地に対する占有は商人間留置権の成立に必要な占有と認めるに足りない（②判決）

三、破産法九三条一項前段により、債務者破産の場合には、商人間留置権の目的物に対する留置的効力は失われる

（①②判決）

四、債務者破産の場合における、同一不動産に対する

（根） 抵当権と商人間留置権が転化した特別先取特権との優劣については、物権の優劣関係に関する一般原則たる對抗要件理論により判断すべきであり、（根） 抵当権設定登記が經由された時点と特別の先取特権に転化する前の商人間留置権が對抗要件（目的物の占有）を備えた時点との先後によって、その優劣を決するのが相当である（①判決）

①福岡地判平成九年六月一日

平成七（ワ）一〇一七号配当異議事件

判例時報一六三二号一二七頁、判例タイムス九四七号二九七頁、

金融法務事情一四九七号三五頁

②福岡地判平成九年六月一日

平成七（ワ）四三六九号配当異議事件

判例時報一六三四号一四七頁、判例タイムス九四七号二九一頁、

金融法務事情一四九七号三一頁

〔参照条文〕

商法五二一条、破産法九三条一項

〔事実〕

①事件

建築請負業等を目的とする株式会社Xおよび不動産販売等を目的とする株式会社Zは、平成三年二月二八日、営業のために本件土地（甲。全七筆①～⑦）につき宅地造成請負契約を締結した。同年三月一三日に工事代金の一部である二五〇万円が支払われ、同年五月末ころには右宅地造成工事は完成したが、完成時払いとされていた残金六〇四万九〇〇〇円については支払われていない。また、XおよびZは、平成二年一二月一七日、営業のために本件建物（乙）建築請負契約を締結し（建築地は本件土地「甲」とは別の丙地）、Xは遅くとも平成三年六月一日には建物を上棟し、同年六月一三日までに一億〇七六八万六五〇〇円の工事出来高を施行して未完成建物を建築した。この建築請負代金についても、XはZから、契約成立時払いの四一〇〇万円の支払を受けただけで、上棟時払いの四一〇〇万円の支払を受けていない。

Zは平成三年七月一日に破産宣告を受け、破産管財人AがXに対し、同年八月二八日、本件建物建築請負契約を

解除する旨の意思表示をなしたことにより、完成引渡時払いに対応する出来高相当分二五六八万六五〇〇円についても弁済期が到来した。

一方、Y<sub>1</sub>は、平成三年四月一日、Zに対し三億二〇〇〇万円を貸し付けるとともに、右貸金の返還を担保するため本件土地①～④に根抵当権を設定し、同日登記がなされている。

このような事情のもと、Y<sub>1</sub>は、福岡地裁に対し、Z所有の本件土地①②およびB所有の本件土地③④について競売を申し立て（平成三年（ケ）二五八号、平成三年（ケ）三八七号）、また、Zの破産管財人Aは、福岡地裁に対し、Z所有の本件土地⑤～⑦について強制競売を申し立てた（平成四年（ヌ）一〇九号）。

本件土地は売却され、代金納付に基づき、平成七年三月二二日に配当期日が開かれた。配当期日に作成された配当表には、本件土地の売却代金のうち手続費用を除いた残額九七六七万一四一一円について、九〇六九万七五五五円をY<sub>1</sub>に、六九七万三八四六円をXに配当する旨記載されている（本件土地①～④についての配当金合計額をY<sub>1</sub>に、本件土地⑤～⑦についての配当金合計額をXにそれぞれ配当）。

Xは、右配当期日に、本件土地①～④に対する商法五二

一条の商事留置権および損害金をも主張して、Y<sub>1</sub>に対する配当額のうち九三八万〇四七九円を超える部分を取り消し、これをXの配当額に加えるべき旨異議を申し立て、本件配当異議訴訟を提起した。

## ②事件

建築請負等を目的とする株式会社X（①事件原告）および一般建築請負および設計施工ならびに販売に関する事業等を目的とする株式会社Z（①事件Z）は、平成二年一月一七日、営業のために本件建物建築請負契約（①事件の乙建物建築請負契約）を締結し、ZはXに対し、請負代金のうち契約成立時払いの四一〇〇万円について支払いをなした。Xは、平成三年六月一日ころ、コンクリート躯体工事を完了させて本件建物を上棟したが、同月八日ころ、Zが破産しそうだとの話を聞いたために出来高査定を行い、Zとの間で、同月一三日、出来高金額が一億〇七六八万六五〇〇円であること、および、既払分を差し引いた六六六八万六五〇〇円が残高であることをそれぞれ確認した。

Zは平成三年七月一日に破産宣告を受け、破産管財人AがXに対し、同年八月二八日、本件建物建築請負契約を解除する旨の意思表示をなしたことにより、右残高のうち

完成引渡時払いの出来高二五六八万六五〇〇円についても弁済期が到来した。

XおよびZは、平成三年二月二八日、①事件甲地につき双方にとって商行為となる宅地造成請負契約を締結している。そしてXは、同年五月末日ころまでに同工事の施工を完成したが、Zは右請負代金の内金二五〇万円を支払っただけで、残額六〇四万九〇〇〇円の支払をしない。

一方、Y<sub>2</sub>は、平成二年一月二日、Zに対し乙建物建築場所である本件土地（丙）購入資金として一億円を貸し付け、右貸金債権担保のために本件土地に抵当権を設定し、同日登記がなされている。

このような事情のもと、Zの破産管財人Aは、福岡地裁に対し、Z所有の本件土地（丙）について破産法二〇三条に基づき強制競売を申し立て（平成四年（ヌ）四一―号）、さらに、Z所有の本件建物（乙）について破産法二〇二条に基づき強制競売を申し立てた（平成五年（ヌ）二二―号）。

本件土地・建物は一括競売され、代金納付に基づき、平成七年一月二〇日に配当期日が開かれた。配当期日に作成された配当表には、本件土地および建物の売却代金のうち手続費用を除いた残額七一三一万八二七四円について、

四九〇八万四九八六円を $Y_2$ に、二二三万三二八八円を $X$ に配当する旨記載されている(本件土地に対応する金額を $Y_2$ に、本件建物に対応する金額を $X$ にそれぞれ配当)。

$X$ は、右配当期日に、本件土地に対する商法五二一条の商事留置権および損害金をも主張して、 $Y_2$ に対する配当額の全部を取り消し、これを $X$ の配当額に加えるべき旨異議を申し立て、本件配当異議訴訟を提起した。

なお、 $X$ は、右配当異議が認められない場合にも、 $X$ には本件建物に対する商事留置権が成立し、その実効を確保するためには右建物の敷地である本件土地を間接占有<sup>47</sup>することができるのであるから、 $X$ に配当されるべき本件建物の価格評価については単なる建物価格だけでなく、その敷地利用権(法定地上権または使用貸借権)の価格を評価して加算されるべきであり、 $Y_2$ に対する配当額から本件建物のための本件土地の利用権価格を控除し、 $X$ に対する配当額に右利用権価格を加えるよう変更する旨の判決を求める仮定的主張もなしている。

〔判 旨〕

①事件…請求棄却

本件商事留置権の成否——占有

「 $X$ は、前記「平成三年三月一日から同年六月一三日までの $X$ による本件土地の占有状況」のとおり、第三者が本件宅地造成工事現場に立ち入らないように入り口をバリケードで封鎖し、隣接する道路との境界にもロープや鉄パイプ類で仮囲いして本件土地を管理していることからすれば、本件土地の性状に照らしても、平成三年五月末ころの本件土地に対する $X$ の占有は、商事留置権の成立要件としての占有と認めるに十分である。」

債務者の破産と商事留置権

「破産法九三条一項前段は『破産財団に対してはこれを特別の先取特権とみなす。』と規定しており、その趣旨は、取引の安全の見地及び商事留置権の担保力を尊重し、特に商事留置権を特別の先取特権とみなして担保権の効力を持続させることにあると認められる。」

同条同項前段の文言及び趣旨によれば、本件のように不動産を目的物とする商事留置権の被担保債権の債務者が破産宣告を受けた場合には、右商事留置権の目的物に対する留置的効力は失われ、破産管財人の占有に帰するものと解するのが相当であり、本件商事留置権が破産者の破産によって特別の先取特権に転化し、担保権としての効力を維持するためには、 $X$ が右破産宣告のときまで本件土地の占有

を継続していることが必要であると解すべきである。」

Xによる本件土地占有の継続

平成三年六月一三日以降同年七月一日までの間は、本件土地にロープ等の仮囲いは施されていなかったが、Xは、同年六月一九日から木造ガードマンボックスを賃借しており、同年七月一五日ころまではこれが本件土地北側進入口付近に設置されていた。

「本件土地は三方向からの進入口を有する平坦な宅地造成地で、その広さも二〇〇〇平方メートル以上であることからすれば、前記…のとおり、ガードマンボックスを設置したものの、各進入口にロープ等による仮囲いを施すなどの占有確保を行っていない本件土地に対する占有は必ずしも万全とはいえない。

しかしながら、本件商事留置権成立当時において、Xが右留置権に基づいて本件土地を占有していたと評価できることは前記…のとおりであり、右ガードマンボックス設置後の平成三年七月一日ないし四日、同月一〇日にはXの社員が本件土地に赴いて状況を確認しており、現に第三者によって本件土地の占有が侵害されるなどの事情もないまま破産宣告をむかえている本件においては、Xの本件土地に対する占有は破産者の破産宣告まで継続していたと認め

るのが相当である。」

本件商事留置権の特別の先取特権への転化

「以上のとおりであるから、Xには、平成三年五月末ころ、本件宅地造成請負契約に基づく請負残代金請求権を被担保債権とする本件土地に対する商事留置権が成立し、本件建物建築請負契約に基づく残代金請求権のうち上棟時払いの四一〇〇万円については遅くとも同年六月一日に本件商事留置権の被担保債権に組み入れられ、右各債権を被担保債権とする商事留置権が、平成三年七月一日のZの破産宣告によって特別の先取特権へと転化し、本件建物建築請負契約残代金の残額については同年八月二八日の破産管財人による本件建物建築請負契約を解除する旨の意思表示により、右特別の先取特権の被担保債権として組み入れられたと認めることができる。」

破産法九三条一項にいう特別の先取特権の順位

破産法九三条一項にいう「特別の先取特権の順位については、破産法九三条一項後段が『この先取特権は他の特別の先取特権に後る。』とするほかに何らの規定も存しないのであるから、商事留置権の転化した特別の先取特権と根抵当権の優劣については、物権の優劣関係に関する一般原則たる對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對抗要件を備えた時点と根抵当権設定登記が經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る。」

商事留置権の對抗要件

「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、商事留置権者の占有が對抗要件として機能するものと考えらるべきである。」

これを本件についてみると、Xは本件宅地造成契約に基づく工事の着工時である平成三年二月二十八日から破産者が破産宣告を受けた同年七月一日まで本件土地の占有を継続していたと認められるが、本件商事留置権の被担保債権である本件宅地造成請負契約に基づく残代金請求権(六〇四万九〇〇〇円)については平成三年五月末日ころ、本件建物建築請負契約に基づく残代金請求権のうち上棟時払分(四一〇〇万円)については同年六月一日ころ、完成時引渡払いの一部(二五六八万六五〇〇円)については同年八月二十八日ころにそれぞれ弁済期が到来したことは前記……のとおりであるから、同年五月末日ころよりも以前に本件商事留置権が對抗要件を備えていたとは認められない。これに対して、本件根抵当権設定登記は同年四月一日に

は經由されていたというのであるから、破産者の破産財団の配当において、本件根抵当権者であるY<sub>1</sub>は商事留置権者であるXに優先するというべきである。」

②事件…請求棄却

留置目的物の範囲

「商事留置権の目的物の範囲に關し、商法五二一条の『物又は有価証券』に不動産は含まれないとする解釈がある。」

しかしながら、請負代金が高額である請負契約の当事者間で、請負人において注文者の財産上に右請負代金債権の支払を担保するための措置を施していない場合においては、請負人は、その占有に帰した注文者所有の不動産を右請負代金債権の担保物件とする意思を有しており、事前の担保を設定せずに工事を施工させる注文者も、右請負人の意思を了解していると解するのがむしろ妥当である。さらに、現行民事執行法一九五条は留置権による競売の目的物について限定を加えておらず、商法五二一条もその文言上、留置権の目的物として不動産を排除していないことを併せ考えると、不動産も同条の商事留置権の目的物となりうる」と解すべきである。」

建物建築請負契約の請負人による建物敷地の占有

「建物建築請負契約の請負人がその工事に際して敷地を占有する場合、右敷地たる土地の占有は、留置権に基づく建物に対する占有の反射的効果としての間接的占有に過ぎず、請負人が留置権の行使によって担保することができる価値は自らの施行した建物の価値を基準とするのが公平の觀念にも適することからすれば、右の場合における請負人の建物敷地に対する占有は、特段の事情のない限り、商事留置権の成立に必要な占有と認めるに足りないというべきである。」

Xは、本件土地について平成二年一月一七日から同七年一月ころまで、前記……のとおり占有しているが、Xの右占有は建物建築請負人の建物敷地に対する占有に他ならず、商事留置権の成立要件としての占有とは認められない。

……以上のとおりであるから、Xには、本件債権を被担保債権とする本件建物に対する商事留置権のみの成立を認めるのが相当である。」

商事留置権の留置的効力

「破産法九三条一項前段は『破産財団に属する財産の上に存する留置権にして商法によるものは破産財団に対して

はこれを特別の先取特権とみなす。』と規定するが、その趣旨は、取引の安全の見地と商事留置権の担保力を尊重し、特に商事留置権を特別の先取特権とみなして担保権としての効力を持続させることにあると認められる。

同条同項前段の文言及び趣旨によれば、本件のように不動産を目的物とする商事留置権の被担保債権の債務者が破産宣告を受けた場合には、右商事留置権の目的物に対する留置的効力は失われ、破産管財人の占有に帰するものと解するのが相当である。」

商事留置権の転化した特別の先取特権と抵当権の優劣

「Xには本件土地に対する商事留置権が成立しないこと前記……のとおりであり、破産法九三条一項により特別の先取特権に転化する商事留置権も本件建物に対するものに限られるから、Y<sub>2</sub>の右抵当権とXの右先取特権は競合せず、本件においてその優劣を判断する必要はない。」

法定地上権または使用貸借権の有無

「Y<sub>2</sub>は、更地としての評価に基づいて本件土地に抵当権を設定したことが明らかであるから、本件土地に、右抵当権設定後に建築された本件建物のための法定地上権は成立しないというべきである。」

また、前記……のとおり、本件建物はその上棟時から破

産者の所有に属しており、本件土地についても同様に破産者の所有であったと認められるのであるから、本件建物のための本件土地に対するその他の利用権も成立しない。」

〔研究〕

一、バブル経済崩壊後、特定の土地をめぐる、抵当権を有する金融機関と、当該土地を占有あるいは当該土地上の建物を占有することにより留置権を主張する建築請負業者との間で、抵当権と留置権のどちらが優先されるのかが争われる事例が数多くみられるようになった。ここでとりあげる二つの裁判例では、さらに、当該土地を所有する債務者が破産した場合の問題が提起されている。

破産法九三条二項は、(特別先取特権に転化する) 商法上の留置権(以下、商事留置権と呼ぶ)を除いて、留置権は破産財団に対して効力を失うとする(一方、同条のもと、商事留置権の留置権能が問題とされている。「五」で検討する)。そこで、不動産所有債務者が破産した場合には、抵当権と優劣を争うのは商事留置権(破産法九三条一項による特別先取特権)ということになる(両者の優劣関係については「一六」で検討する)——①判決はこの点について明確な判断をなした始めての裁判例だと思われる。特に、商法五二一条の商事留置権(以下、商人間留置権と呼ぶ)

は成立要件も緩やかであり、主張されることが多い。①事件、②事件ともに、問題とされたのはこの商人間留置権である。

①事件と②事件とは、破産した債務者と商人間留置権を主張する建設会社それぞれ同じである。しかし、対象となった土地が異なり、それとともにその土地に対する(根) 抵当権を有する金融機関が異なるので、別個の事件として提訴されている。法的問題点も基本的部分は重なるが、②事件では、建設会社による建物(なお、乙建物は上棟時からZの所有に属すると②判決は判断している)の(商法五二一条にいう)「占有」がその敷地にまで及ぶが特に問題となる(「四」で検討する)。問題点を整理しながら考察してみよう。

二、商法五二一条によると、(a)「商人間において双方のために商行為である行為によって生じた債権」が(b)「弁済期にあるとき」、(c)「債務者との間における商行為によって債権者の占有に帰した」(d)「債務者所有の物または有価証券」につき債権者に留置権が認められる。これを①事件・②事件にあてはめると、建築請負業等を目的とする株式会社Xと不動産販売等を目的とする株式会社Zが、それぞれの営業のために締結した各契約(甲地の宅地造成請負契約

および丙地における乙建物建築請負契約)から生じた債権が問題とされているので、(a)の要件は満たされる。各債権の弁済期も事実認定のとおりである。(c)の「債務者との間における商行為によって」という要件も問題はない(債権者と債務者のいずれにとつて商行為であることを要するかについて周知の論争があるが「平出慶道・商行為法」[第二版](一九八九年)一四六頁参照]、①②両事件ではどの立場をとつても変わりない)。「債権者の占有に帰した」か否かについては、①判決はXの甲地に対する占有を認めるが(後述「四」のように、①事件での占有継続に関しては全く疑義が生じないわけではない)、②判決はXの丙地に対する占有を認めない(乙建物に対する占有のみを認める)。また、①判決・②判決ともに不動産も商人間留置権の対象となるとする立場をとるが、(d)「債務者所有の物」に不動産が含まれるか否かについては従来から学説・裁判例上論争がある。

なお、①事件では、商人間留置権の対象と主張された甲地とは関係のない乙建物建築請負契約に基づく債権も被担保債権とされており、また、②事件では、商人間留置権の対象と主張された乙建物・丙地とは関係のない甲地の宅地造成請負契約に基づく債権も被担保債権とされているが、

これは商人間留置権の場合には、留置物と被担保債権との間の牽連性が要件とされていないからである。

三、まず、前提問題として、(d)「債務者所有の物」に不動産が含まれるかについて検討しよう。①判決では肯定説に立つのが当然の前提とされているようであり、②判決は「判旨」でみたように肯定説に立つことを明言している。

その理由とするとところは、それが当事者の意思に合致する、民事執行法一九五条は留置権による競売の目的物に限定を加えていない、さらに、商法五二一条の文言が不動産を排除していないこと、である。このような理由づけは、多分に、詳細な理由をあげて否定説をとる東京高判平成八年五月二八日金融・商事判例九九五号一五頁(なお、平成八年東京高判の上告審判決・最判平成二一年一月二五日金融・商事判例一〇九二号三頁は、建物所有者は商人ではないから商人間留置権は成立しないと、商人間留置権の対象物に不動産が含まれるか否かにつき判断することなく、上告を棄却した)を意識してなされたと思われる。

すなわち、右平成八年東京高判は次のような理由をあげて否定説が相当だとする(同旨、淺生重機「東京高決平成六年二月七日・東京高決平成六年一月一九日・判例研究」金融法務事情一四五二号「一九九六年」二〇～二四

頁)。商法五二二条は不動産を商事留置権の対象としないドイツ法の沿革を有する。民法、商法と併せて起草された競売法（民事執行法の制定により昭和五五年廃止）には商法上の不動産留置権者による競売の規定がみあたらない（不動産については商事留置権が成立しないから）。肯定説は当事者の合理的意思に合致しない。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律制度の中に、目的物との牽連性を要件としない商人間留置権を認めるのは、不動産取引の安全を著しく害し、法秩序全体の整合性を損なう。

しかしながら、平成八年東京高判の理由づけには次のような疑問がある。商人間留置権の性質・内容においてドイツ法とわが国商法とは相当に異なっており（吉本健一「東京高判平成八年五月二八日・判例批評」判例評論四五七号「二九九七年」七二頁、森川隆「不動産に対する商人間留置権の成否」法学政治学論究三七号「一九九八年」二二四～二一六頁）、また、商法の立法・改正の事情を調べるとむしろ商法五二二条の「債務者所有ノ物」には不動産も含まれることが明らかだと指摘されている（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「二九九七年」八～九頁、森川・前掲二〇三～二一八頁）。

競売法の規定から実体法を解釈するのは本末転倒であり（田邊・前掲・金融法務事情一四八四号一三頁）、また、競売権が留置権の本質的要素といえるか考える余地があるし、さらに、競売法のもとで商事留置権に基づく不動産競売が認められないとする解釈には疑問がある（吉本・前掲七二頁。横浜地決昭和一〇年三月七日法律新聞三八二六号四頁は、商事留置権に基づく不動産競売の事例ではないが、一般論としてこれを認める）——現行民事執行法（一九五〇年三月七日法律新聞三八二六号四頁）は商事留置権に基づく不動産競売を認めている（近藤崇晴・注解民事執行法（5）「一九八五年」三五六頁）。法定担保物権である留置権は当事者が設定の意思を有することにより成立するのではない（田邊・前掲・金融法務事情一四八四号一三頁）。法秩序全体の整合性についての疑問は立法論の領域に属する（田邊・前掲・金融法務事情一四八四号一三頁）。

以上のように肯定説・否定説をみてみると、商法五二二条の文言が不動産を排除していないことから、平成八年判決よりもこれに対する批判の方に説得力があると考えられる（久留島隆「東京高判平成八年五月二八日・判例研究」金融・商事判例一〇〇六号「一九九六年」四五頁、栗田陸雄「①②判決・判例批評」判例評論四七八号（一九九八年）

四五頁、梗本要「②判決・判例研究」書研所報四四号「一九九九年」一六四頁。

四、次に、二(c)の「占有」の問題。①事件では宅地造成工事が行われた土地(甲)が対象とされたため、Xは土地そのものを直接に占有状態に置いており、これが商法五二一条の占有にあたるといえるにはどの程度の事実関係があればよいかという点のみが問題とされた。これに対して②事件では、建物建築請負人が上棟した建物(乙)。Zは契約成立時払いの請負代金四一〇〇万円を支払っていること、Z倒産後建築工事は中止されていること、さらに、平成五年九月二八日にZ名義の保存登記が経由されていることから、乙建物は上棟時以降注文主Zの所有に属したと②判決は判断している)を占有している場合に、さらに敷地(丙)にまで商人間留置権成立に必要な占有があると解されるかが問題となった。

事実関係をみると、①事件では、平成三年三月一日から同年六月一三日までの間、すなわち本件宅地造成工事完成によりZの残代金債務の弁済期が到来した同年五月末ころには、「Xは、……、第三者が本件宅地造成工事現場に立ち入らないように入り口をバリケードで封鎖し、隣接する道路との境界にもロープや鉄パイプ類で仮囲いして本件土

地「甲」を管理していた。同年六月一三日以降Zが破産宣告を受けた同年七月一日までの間は、「本件土地に対する占有は必ずしも万全とはいえない」が、「ガードマンボックス設置後の平成三年七月一日ないし四日、同月一日にはXの社員が本件土地に赴いて状況を確認しており、現に第三者によって本件土地の占有が侵害されるなどの事情もないまま破産宣告をむかえている」。②事件では、「Xは、平成二年二月一七日、起工式を行った後、杭工事終了後の基礎工事段階においては本件土地「丙」の周囲に鉄パイプによる仮囲いを施し、外側を社名入りのシートで囲っており、基礎工事が完了して躯体工事の段階に入った後は、枠組足場の外側をメッシュシートで覆ったうえ、本件土地の周囲を社名入りのバリケードで仮囲いし、右バリケードに立入禁止の札を掛けて現場を保全していた」。そして、「Xは、Zが倒産した平成三年六月一三日以降の工事を中止し、同月中は、本件土地付近のアパートに職員を常駐させ、同年七月以降は本件建物を職員に巡回させていたが、同年七月中旬ころ、本件土地の周囲にバリケードの代りに社名入りの青色トタン塀を巡らせ、入り口を一箇所設けてこれに施錠したうえ、右入り口に立入禁止の表示をなした」。

まず、①事件。甲地の宅地造成工事代金債権の弁済期が到来した平成三年五月末ころ、および乙建物建築工事についての上棟時払い債権の弁済期が到来した同年六月一日においては、上記事実関係からXによる甲地の占有が認められるとする①判決の判断はなからう。Zの破産によりXの商人間留置権は特別の先取特権とみなされることになるが（破産法九三条一項）、留置権は対象物の占有者に認められる担保物権であるから、Xが右先取特権を主張するにはZの破産宣告時まで甲地の占有を継続する必要がある（占有喪失により留置権は消滅する「民法三〇二条本文」）、この点に關する①判決の理解も正当である（もつとも、債務者破産の場合には商人間留置権の目的物に対する留置的効力は失われる、との①判決の解釈は検討課題であり、後述「五」する）。平成三年六月一三日以降Zの破産宣告までの間は、Xの甲「地」に対する占有は必ずしも万全とはいえないが、前記事実関係のもとでは、「Xの本件土地に対する占有は破産者の破産宣告まで継続していたと認めるのが相当である。」とする①判決の判断も妥当であろう（もつとも、限界事例といえようか）。

次に、②事件。②判決は、敷地に対する占有は建物に対する占有の反射的效果としての間接的占有に過ぎず、商人

間留置権成立に必要な占有とは認められないとする。この点同様に、請負人の敷地に対する占有権原は建物建築工事の施工のために必要な範囲に限定されそれ以外の利用は認められないとする所説も主張されている（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」一二頁、定本和也「平吉由佳」②判決・判例研究「書研所報四四号」一九九九年「一六三頁、宗田親彦・新訂破産法概説「二〇〇一年」三二八頁注(20)）。しかし、間接的占有も占有に他ならないし、動産や有価証券についてはこのように占有権原が論じられることはない。確かに、建物とは別個の不動産である敷地に対する商人間留置権を論じる点に特殊性はあるかもしれない——したがって、不動産一般の問題でもない。けれども、商人間留置権は被担保債権と留置物との間に牽連性を要しないのに、敷地についてのみ占有権原が制限的に論じられるのは（三二）での検討参照）、いかなる論理に基づくのか明確にされていない（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」九五～九六頁、田邊・前掲・金融法務事情一四八四号一五頁、榎本・前掲一六四～一六五頁参照）。むしろ、競合する抵当権を優先させたいとの結論が先走っているのではなから

うか（秦光昭「不動産に対する商事留置権の成否と債務者破産後の効力」金融・商事判例一〇六〇号「一九九九年」三九〜四〇頁、榎本・前掲一六五頁参照）。このような理由で建物敷地だけ特別に扱うというのであれば（建物建築請負人の有する債権と敷地との間の牽連性を肯定することにより、特別扱いの理由に疑問を呈する、道垣内弘人「建物建築請負人の敷地への商事留置権の成否」金融法務事情一四六〇号「一九九六年」五七頁参照）、実は占有権原が問題なのではない。具体的な占有権原による商人間留置権の限定化は（商人間留置権は限られた目的のための占有をもって成立するのが通常であるが、一旦成立した以上、商人間留置権自体が占有権原となることに注意を要する〔河野玄逸「東京高決平成六年一二月一九日・判例批評」銀行法務21五一一号（一九九六年）四一〜四三頁、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）六四〜六五頁）、論理的に疑問があるだけでなく、問題の真の所在を隠してしまうように思われる（問題があるとするば、当該事件における結論の具体的な妥当性なのか、現行制度間の調整を立法論としてとりあげるべき場合なのか。後者の場合に商人間留置権制度に何らかの問題があるのか）。現行法の解釈としては、債

務者との間における商行為である建物建築請負契約によって債権者たる建設会社が債務者所有の建物敷地の占有を得したのであり（建物建築請負代金債権等と建物敷地との間に牽連性は不要）、建設会社が建物の敷地に対してどの程度の物理的支配を及ぼしているのかが問題となるだけであらう（占有権原は関係ないから、建物所有権が注文主と建設会社とのどちらに帰属するかも敷地占有に関して考慮する必要はない〔河野・前掲・銀行法務21五一一号九五頁、榎本・前掲一六四頁〕——敷地に対して外形的、排他的な支配状態を有する場合には占有があるといえよう（田邊・前掲・金融法務事情一四八四号一五〜一六頁）。そして、前記事実関係からすれば、甲地の宅地造成工事残代金債権の弁済期が到来した平成三年五月末ころ、および乙建物建築工事についての上棟時払い債権の弁済期が到来した同年六月一日において、Xは乙建物だけでなく丙地に対しても（商法五二一条の）占有があり（栗田（陸）・前掲四六頁）、さらに、Zの破産宣告時まで乙建物および丙地の占有を継続していたと解すべき事例であったといえる。

五、前述のように、債務者破産の場合には、破産法九三条一項により商人間留置権は特別の先取特権となる（破産手

続によらずに行使できる別除権「破産法九五条」として扱われる(「破産法九二条」)。この点につき、①②判決は、同条項の「趣旨は、取引の安全の見地及び商事留置権の担保力を尊重し、特に商事留置権を特別の先取特権とみなして担保権の効力を持続させることにあると認められ」、「同条同項前段の文言及び趣旨によれば、本件のように不動産を目的物とする商事留置権の被担保債権の債務者が破産宣告を受けた場合には、右商事留置権の目的物に対する留置的効力は失われ、破産管財人の占有に帰するものと解するのが相当である」とする。

ところが、最判平成一〇年七月一四日民集五二巻五号一 二六一頁(以下、平成一〇年最判と呼ぶ)は、「破産財団に属する手形の上に存在する商事留置権を有する者は、破産宣告後においても、右手形を留置する権能を有し、破産管財人からの手形の返還請求を拒むことができるものと解するのが相当である。」という(同旨、最判平成一〇年七月一四日金融・商事判例一〇五七号二八頁)。そこで、①②判決と平成一〇年最判との関係が問題となる(なお、右最判のいう商事留置権とは商法五二一条の留置権——商人間留置権である)。つまり、右最判が手形の特殊性から手形の場合にだけ原則と異なる結論を導いているのか、そう

ではなく①②判決と矛盾するものなのか、である。

平成一〇年最判はその理由として、「けだし、破産法九三条一項前段は、『破産財団ニ属スル財産ノ上ニ存スル留置権ニシテ商法ニ依ルモノハ破産財団ニ対シテハ之ヲ特別ノ先取特権ト看做ス』と定めるが、『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、他に破産宣告によつて右留置権能を消滅させる旨の明文の規定は存在せず、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つて消滅させ、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ないからである。」という。つまり、破産法九三条一項の文言(留置権能を消滅させる旨の明文規定ではないという消極的解釈)と趣旨を根拠にしている。このような理由だと手形にのみあてはまるわけではなさそうである。しかも、前記のように、①②判決の根拠も同条項の文言と趣旨である。そうすると、この論理に関する限り、平成一〇年

最判と①②判決とは矛盾することになる。

破産法九三条二項は破産宣告により民事留置権が失効する旨を規定している。同条一項と二項とを統一的に把握すると(平成一〇年最判の原審判決である大阪高判平成六年九月一六日民集五二巻五号一八八九頁は「一般の留置権は破産手続上その効力を失うとされているが(同条二項)、商事留置権は、商行為に基づくもので特にその担保力を尊重する必要から、特別の先取特権としての効力が付与されたものであり、この場合、留置権としての効力は、原則どおり失効したものと解するのが相当である」という)、商事留置権は特別先取特権に転化し留置権としては失効するという構成を破産法は採用していると思われる。たとえ破産管財人に対する関係に限定しても、商事留置権者は特別の先取特権が与えられ(競売においては消除主義により担保権が消除され担保権者は配当金を受ける)しかも留置権能を失わない(引受主義により、担保権者は配当は受けられないが、買受人は被担保債権を弁済しなければ目的物の引渡を求めることができない)、との平成一〇年最判の解釈をとるのは困難であろう(右最判に対して、田高寛貴「民法判例レビュー60担保(①②判決・判例研究)」判例タイムズ九六五号「一九九八年」五一頁は、破産手続の早期

遂行の要請に優先させてまで留置的効力を残存させるだけの利益保護の必要はないとされ、山本克己「①判決・判例評論」私法判例リマックス一八号「一九九九年」一四九頁は、不動産競売法の基本的な枠組みに反する、とされる。破産管財人に対する関係に限定する把握自体、問題の所在が留置権能の有無という一般論にはないことを暗示している)。また、民事留置権が成立する場合には同時に特別の先取特権も成立することがたとえ多いとしても、立法論は別にして、成立要件が緩やかな商事留置権を破産の場合に民事留置権よりもさらに有利に扱うことを正当化する実質的根拠はあるだろうか。銀行が手形割引の依頼や取立委任を受けて占有している手形(通例、銀行に商人間留置権が成立する)について、銀行はそれを任意に取り立てて自己の債権の弁済に充当する取り扱いをなせる旨の銀行取引約定書規定(全国銀行協会の旧銀行取引約定書ひな型四条三項四項参照。なお、右ひな型は二〇〇〇年四月に廃止され、以後においては、全国銀行協会は銀行取引約定書ひな型を制定・公表しない旨決定している)があり、平成一〇年最判は、右規定の効力——委任者である取引先が破産宣告を受けた場合にもこのような取扱を有効にさせるかが争われ、これが肯定された事例である(したがって破産管財人に對

してのみの留置権能という構成をとる)。右約定書規定に基づく銀行による手形の任意処分権(平成一〇年最判は取引先破産の場合には制限的に解している)は破産法二〇四一条一項に規定された別除権者の処分権にあたりと解されるので(田邊光政「手形と商事留置権」金融法務事情一四二四号「一九九五年」二五二六頁、佐久間弘道「平成一〇年最判・所感」金融法務事情一五二二号「一九九八年」七頁。なお、商人間留置権の留置権能は失効することを前提に、石川明「大阪高判平成六年九月一六日・判例批評」判例評論四四〇号「一九九五年」五二頁、今井克典「手形の商事留置権」金融法務事情一五〇五号「一九九八年」九頁)一〇頁は、右任意処分権との関係で留置権能が認められるとされ、谷口安平「商事留置権ある手形と破産手続」銀行法務21五五五号「一九九八年」一一頁は、別除権実行のために占有が破産法上正当化されるとされ、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」一一頁「同旨、山本(克)・前掲一五一頁」も、銀行取引約定書規定が任意処分権と併せて換価のための占有権原をも定めているとされる)、最判の結論を導くのはこの点を指摘しさえすればよい(なお、判例によると、民事留置権が失効する取引先破産の場合には、商人性が否

定される信用金庫や信用組合などは、同内容の取引約定書規定を有しているにもかかわらずそれに基づく処分が許されないことになる(「最判昭和六三年一月一六日民集四二卷八号五七五頁参照」——破産法二〇四一条一項の処分権の範囲内において破産管財人への手形引渡を拒める(鈴木正裕「大阪高判平成九年三月二五日・判例評論」私法判例リマックス一六号「一九九八年」一五九頁、鳥山恭一「最判平成一〇年七月一四日・判例解説」平成一〇年度重要判例解説「一九九九年」一一頁)。このように、平成一〇年最判の事案は商事留置権の留置権能を肯定しなくても解決しうる。それにもかかわらず、当該事案の解決のためだけに、その対象物の如何を問わず破産宣告後も商事留置権の留置権能は失効しないという一般原則を導くのだとすれば、平成一〇年最判にはなおさら問題があると考え(生じうる具体的な問題点については、田原睦夫「平成一〇年最判・所感」金融法務事情一五二二号「一九九八年」一一頁、山本(克)・前掲一五〇一五二頁参照)。

なお、①判決は、Xの特別先取特権(商人間留置権が転化したもの)とYの根抵当権とはそれぞれの對抗要件——占有(商人間留置権成立時点の平成三年五月末ころ)と登記(平成三年四月一日)の先後により優劣を決すべきだ

との立場から根抵当権者Y<sub>1</sub>を優先させる。このような立場においては、Z破産後のXの留置権能の有無は問題とする必要がなかったとの指摘がある(栗田(陸)・前掲四四頁)。もっとも、①判決は留置権能失効を前提としてXの特別先取特権の優劣について論じているのであるから、即断はできない。これに対して、②判決は、建物建築請負人Xの建物敷地に対する占有(商人間留置権)を認めない。このような前提をとる限り(前述「四」のようにこのような立場には疑問がある)、Z破産後のXの乙建物に対する留置権能の有無は、敷地に関する配当が問題とされた②判決の結論を左右しない(栗田(陸)・前掲四六頁参照)。

六、②判決では、商人間留置権が転化した特別の先取特権と抵当権とが競合する場面を認めないから、両担保権間の優劣問題は生じないとされた。しかし、前述のように両者は競合すると考えられるから、優劣を判断しなければならぬ。これに対して、①判決では、甲地①④につき右特別先取特権と根抵当権が競合する。

これを現行法制度に則してみてみよう。留置権は占有物を留置できる法定担保権であるから、その占有物にたとえ他の担保権が成立していても——對抗問題を生じることなく、留置権者は占有を喪失しない限り留置権を主張でき

る(立法論はともかくとして、商事留置権も同様である)。すでに抵当権が設定されている不動産について留置権が成立した場合にも、留置権者は留置権を主張でき、抵当権が実行されても結果として優先弁済を受けることができる(民事執行法五九条四項参照)。一方で、債務者破産に際しては、留置権は失効し、ただ商事留置権は特別先取特権に転化する(前述「五」のように留置権能は失効する)。この点、①判決は、留置権能は失効するとしながら、商事留置権の転化した特別先取特権と(根)抵当権の優劣は、對抗要件具備時点の先後によって決するのが相当であり、右特別先取特権の對抗要件具備時は商人間留置権成立時——占有取得時だとする。しかしながら、商事留置権が転化した特別先取特権は他の特別先取特権に劣後する(破産法九三条一項後段)。特別先取特権の中の不動産先取特権で最も順位が低いのは不動産売買先取特権であるが(民法三三一条一項・三二五条)、不動産売買先取特権と抵当権の優劣は登記の先後による(対照、民法三三九条)。このような民法および破産法の構成からは、不動産売買先取特権が抵当権に劣後する場合が以上、不動産売買先取特権に常に劣後する商事留置権転化の特別先取特権について、抵当権との関係だけの優劣を對抗要件により決するわけには

いれない。むしろ、商事留置権が転化した特別先取特権は他の特別先取特権に対するのと同様に常に抵当権にも劣後すると解するのが、最も制度整合的な現行法解釈といえよう(河野・前掲・銀行法務21五一一号九八頁、田高・前掲五一頁、山本(和)・前掲九頁、山本(克)・前掲一五一頁)。

七、以上を要するに、不動産に対しても商法五二一条の商人間留置権は成立し(②判決に賛成)、さらに、建物を占有する建築請負人の建物敷地に対する商人間留置権も認めうる(②判決に反対)。しかし、債務者破産により商人間留置権は特別先取特権に転化し、商人間留置権の目的物に対する留置権能は失効する(①②判決に賛成)。そして、商事留置権が転化した特別先取特権は常に(根)抵当権に劣後する(①判決に反対)。したがって、Xの請求を棄却した①②判決の結論は正当である。

八、Xの仮定的主張について。Xは、②事件において、丙地に対する法定地上権または使用貸借権の成立を主張するしかし、民法三八八条の法定地上権が成立するには、抵当権設定当時において地上に建物が存在しなければならず(最判昭和三六年二月二〇日民集一五卷二号二一九頁)、②事件は民事執行法八一条の場合でもない。また、自己所有

の建物(乙建物は上棟時からZの所有に属すると②判決は判断している。なお、原則として建物所有権は建築請負人に属するとの立場をとり、かつ、法定賃借権を認めるべき旨の主張もある「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)八一頁」)のために自己所有のその建物敷地に対して何らかの利用権を設定する法的手段は現行法上存在しない。したがって、②判決においてXの右主張を退けた部分は正当である。

九、最後に二点。まず、Zの破産管財人Aの申し立てた甲地⑤⑦、乙建物および丙地に対する強制競売は、別除権者の換価権との関係で剰余主義の観点から問題となりうる(栗田(陸)・前掲四四〇四四五頁・四六頁、伊藤眞・破産法〔全訂第3版補訂版〕二二〇〇一年「四二〇頁」注「78参照」。また、甲地③④は、少なくともY<sub>1</sub>による競売申立時点ではBの所有に属していたようであるが、Bが同地を所有するに至った時期・事情やZとBの関係は判決文からは不明である。同地に対するXの商人間留置権の成立、存続につき問題となるが(山本(克)・前掲一四八頁参照)、この点は指摘するにとどめざるをえない。