

建築請負人の建物敷地に対する商事留置権

平 井 一 雄

一 はじめに

まず冒頭において、用語の問題から断っておきたい。本稿で採りあげるのは、商法五二一条に規定する留置権についてであるが、これを、商人間の留置権と呼ぶか商事留置権と呼ぶか、については、商法学者の間で見解の差があるようである⁽¹⁾。現在の六法全書では、おゝかたの見出しは、商人間の留置権とされているようだが、本稿では、「商事留置権」を用いることとしたい。

さて、注文者が、自己所有の土地上に建物を築造する建築請負契約を、請負人と締結した。請負人は建物を完成させたが、請負代金が完済されていない。請負人の請負代金債権回収の一つの方法として、建物について民事留置権が認められるであろうことは、後にまた述べるが一応肯定されてよいであろう⁽²⁾。しかし、建物敷地については、牽連性がないため、民事留置権の成立を認めることは困難である。他方、商事留置権においては、当事者双方が商⁽³⁾

人であり、被担保債権が双方向的商行為により生じたことを要するが、物と債権の間に民事留置権におけるような個別の牽連性を要しないところから、請負人が注文者に対し引渡しを拒んでいられる建物敷地について、商事留置権を主張するという事例が見うけられるようになった。このことは、請負人と注文者との限りにおいては、建物に民事留置権の成立を肯定し、その反射効として敷地の引渡しをも拒めるとする結果ととくに変わりはない。しかし、たとえば、注文者に融資をして右の建物敷地に抵当権を有している者が存在する場合には、建物敷地に対する請負人の商事留置権の存在は脅威となる。というのは、競売実務において、最低競売価額の決定に際して、商事留置権の被担保債権額を土地の評価額から控除する取扱いがなされれば、⁴⁾競売価額が低下し、場合により無剰余を理由に競売手続が取消される事態にまでいたりかねないからである。

本稿は、右のような問題意識のもとに、商事留置権が不動産について成立するか、を検討するものである。

二 裁判例

不動産につき商事留置権の成否を判示したものとしては、建築請負に係わらないものをも含めて、次のような裁判例がある。

①新潟地裁長岡支部判決昭和四六年一月一日(判時六八一号七二頁) 事実以下のようなものである。原告Xは、訴外Aとの間で建物建築請負契約を締結し、A所有の土地の引渡しを受け、その地上に本件建物を完成させた。しかし、Aは請負代金の大半を支払えずに倒産した。そこでXは、後日請負代金残額が払われるときは直ちにAに所有権移転登記手続をなす考えのもとに、本件建物につき所有権保存登記をなし、その敷地にあたる本件土地

の占有を継続してきた。他方Aには国税の滞納があり、本件土地は被告Y（国）により差押え公売が執行された。これに対しXは、留置権により保全されている債権は、国税徴収法二一条一項により国税債権に優先して配当されるべきところ、Yは留置権を有しないものと速断してXに対し換価代金の配当をなさなかったとして、不法行為による損害賠償を訴求した。

判決は、まず民事留置権の成立については、請負代金と建物敷地との間には牽連性がないと否定した。次に商事留置権については、制度趣旨からして不動産まで含まれるかは疑問がないわけではないがとしつつも、商法五二一条は「債務者所有ノ物又ハ有価証券」と規定して、とくに動産に限定するところがないこと、民法二九五条も「他人ノ物」とのみ規定するが、これに不動産が含まれることに異論がないことを理由として、さらに、X・Aいづれも商人であり、占有取得の原因となった行為が商行為性が認められれば足りると解されることにより、Xの本件土地についての商事留置権の成立を肯定した（結論としては、Xは、国税徴収法二一条二項の留置権に関する証明手続をしたとは認め難いとして敗訴）。

②東京高決平成六年二月七日（判タ八七五号二八一頁、金法一四三八号二八頁） 本件は、不動産の売却許可決定に対する執行抗告事件である。建物建築請負人が、抗告人に対する請負代金債権を被担保債権として、自ら占有する建物敷地につき商事留置権を主張したところ、原裁判所はこれを認め、本件土地の評価額から右被担保債権額を差し引いて最低売却価額を定めたので、抗告人が敷地についての商事留置権は成立していないと抗告した。

決定は、本件建物建築のための請負契約は、請負人にとって営業のための商行為であるから、同人が右請負契約にもとづいて占有した本件土地ならびに本件建物について、商事留置権が成立することはいうまでもない、とする。

③東京高決平成六年一月二十九日(判タ八九〇号二五四頁、金法一四三八号三八頁、金商九九四号六頁・判時一五五〇号三三頁) 請負人が建築工事に着手したが、基礎工事の途中で工事が中断され、地上建物は存在しない状態で本件土地の競売が開始された。原裁判所が、この土地につき請負人の商事留置権を認め、無剰余を理由として競売手続を取消したのに対し、これを不服として抗告がなされたものである。

判旨は、請負人の本件土地占有は商事留置権の成立要件としての占有には該らないとした、すなわち、「建物の建築工事を請負った者がその敷地を使用する権限は、特段の約定が交わされない限りは、右建築工事施行のために必要な敷地の利用を限度とするのが契約当事者間の合理的意思に沿うものと解すべきであって……右のような建築工事の施行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といふべきであって必ずしも公平に適わない」。

④東京地判平成六年一月二十七日(金法一四四〇号四二頁) 本件の事実関係は掲載誌からは不明である。また、被告が建物工事請負代金についてその敷地に留置権の主張をしているが、これが商事留置権を主張したものであるかどうか不明ではない。というのは、判決では、被告主張の留置権は本件建物について成立するものであり、右留置権の効力は本件土地に及ぶものではない。と説かれているのみだからである。ただし、掲載誌では商事留置権が否定された事例として紹介されているので、本稿でも採りあげることにした。

⑤東京地判平成七年一月十九日(判タ八九四号二五〇頁、金法一四四〇号四二頁) Xは、Aを注文者としてXの土地(Bのために抵当権設定登記済み)に建物建築を請負い、建物を完成させた。ところがAは破産し、Yが破産管財人に選任された。Xは破産裁判所に対し、右土地建物につき請負代金を被担保債権として、債権額と商事留

置権の届出をなしたが、Yがこの留置権の成立を争ったので、Yを被告として右商事留置権を有することの確認を求めたのが本件である。

判決は、建物についてはXの商事留置権が成立するとしたが、Xが残代金債権の支払がないことを理由に本件建物の引渡を拒み建物を占有していると認定したにもかかわらず、破産会社Aが本件建物の所有権保存登記手続をすることを承認したことをもって、「本件建物の所有権がYにある以上は……本件土地の占有者はYであるところ、Xは本件契約に付随して本件土地の利用が認められたにすぎず、本件土地に対する独立の占有はないから、本件土地を本件留置権の対象とすることはできない」とする。

⑥東京高判平成八年五月二八日（金法一四五六三三頁、金商九九五号一五頁・判時一五七〇号一一八頁） XはY会社の役員となり、Yに対して倉庫および事務所を賃貸していたが、Yが賃料を支払わないため右賃貸を解除した。Xからの明渡請求に対し、Yは、Xにその在職中使用を許した自動車につきXが返還しないのでその引渡請求権、Xが返還をなさないため生じた税・保険料・損料等の債権、XがYを退職した後自ら事業を行う資金として貸付けた貸金債権等の債権を有するので、その支払があるまで、前記倉庫等につき商事留置権に基づいてこれを留置する旨争った。

判旨は、商事留置権の沿革から説きおこして、不動産は商事留置権の対象とはならないと説示するが、別に、Xの商人性と本件不動産賃貸が商行為に該当するといえるかの二点についても判断し、これを否定しており、このことからすれば、不動産が商事留置権の対象とはなりえない旨をとくに判示しなければならない必要性はなかったように思われる。

ともあれ、判決理由は次のようである。まず、商人間の留置権は民事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し、ドイツ旧商法および新商法がこれを明文化したものであるが、ドイツ旧商法では、有体動産に限られ不動産は含まれないとするのが、当時のドイツの判例上確立した解釈であることが述べられる。次いで、ドイツ新商法では、これを承けて「動産及び有価証券」と規定したが(二六九条、わが旧商法はドイツ旧商法を模範として立案制定されたものであって、旧二八四条の規定が現五二一条に引き継がれたとされ、昭和四年の民事執行法制定により廃止された競売法でも、右と平仄を合わせて不動産については、商法の規定により競売すべき場合は留置権についてはないものと解されていたと説く。「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うものである。」と。

繰り返すことになるが、これらの裁判例を簡単にまとめてみよう。

土地につき、商事留置権を肯定するものは右の六例中二例である。肯定する理由は、①では、商法五二一条の規定の文言では、とくに不動産を排除するものとはとれないことを挙げるが、②では、特段の理由は述べられていない。

否定例の理由は分かれている。③は、基礎工事の中途段階で建物が未だ存在しないという状況下で、建築工事の施行という限定された占有の目的から否定するのか、建物の不存在ということから否定するのか、必ずしも明かで

はないところがある。⑤は、独立の占有とはいえない点を理由とする。⑥は、本件事案は、双方向的商行為に該当しないと説示する一方で、沿革と当事者の意思解釈から、不動産を商事留置権の対象から除外すべきことを正面から論じたものとして、まことに興味深いが、判決理由としては前段部分のみで充分ではなかったかと思われる。

三 規定の変遷

現在の商法五二一条は、遡れば、ロessler草案、ほぼこれに依拠した旧商法典（明治二三年四月二七日公布）、梅・岡野・田部を中心とする、旧商法典修正作業の結果としての新商法典（明治三二年六月九日公布、同六月一日施行）、明治四四年の本条改正、という経緯をたどる。以下やや煩雑にわたるが、それらがどのようなものであったかを見ることにしよう。

ロesslerの草案においては、商法典上の留置権の規定は、かなりまとまった形で置かれていた。旧商法典でも同様である。現五二一条に該当するのは、ロessler草案では、四四四条である。

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ナ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⁽⁵⁾

これが、法律取調委員会の検討を経て、旧商法草案としてまとめられたときには、以下のような体裁となっていた。

第三八七条 商取引ニ因ツテ他人ノ物ヲ占有シ其物ニ付キ労力、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権ヲ有スル者ハ其債権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ノ権利アリ⁽⁶⁾

次に、法典調査会の商法決議案では、旧商法において三八七条ないし三九三条にわたる留置権に関する規定は、民法二九五条以下との整合性を考慮してか、二三四条のみとなる。

第二三四条 商人間に於テ其双方ノ為メニ商行為タル契約ニ因リテ生シタル債権ノ弁済期カ到来シタルトキハ債権者ハ其債務者トノ間ニ於ケル商行為ニ因リテ自己ノ占有ニ帰シタル債務者ノ所有物ヲ留置スルコトヲ得但特段ノ意思表示アルトキハ此限ニ在ラス⁽⁷⁾

これが、現行商法五二一条となり、明治四四年の改正によって、留置権の目的物に「有価証券」が加えられて、今日に到っているのである。

さて、民事留置権がローマ法の悪意の抗弁に起源を有するのに対し、商事留置権は、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あり、ドイツ旧商法がこれを明文化したものであることは、多くの概説書にも説かれているところである。⁽⁸⁾ ロエスラーが、わが国の商法草案作成に当って、母国ドイツ商法典を参考にしたことは疑を容れないであろう。そこで、ドイツ法の規定をみておこう。もっとも、ここでは、商事留置権の目的物として何が挙げられているか、についてのみ記すにとどめる。

ドイツ商法典では、三六九条が商人留置権の成立要件を定めるが、ここでは、留置権は「債務者ノ動産及有価証券」(Beweglichen Sachen und Wertpapieren)を対象として成立するとされており、ドイツ旧商法三一三条でも、この点は同様である。すなわち、明かに、不動産は留置権の対象とはされていないのである。それにもかかわらず、

ロエスラーが、「他人ノ所有物・遺失物……該物件」として、ドイツ法のごとく、動産とせず、あるいは有価証券を規定しなかったのかは、残念ながら不明という他はない。

四 学 説

商事留置権の目的物に動産が含まれることを肯定するか、動産に限られるとして否定するかについては、概説書ないし体系書では見解が分かれている。もっとも、いづれにおいても、詳しい理由は示めされていない。

肯定説は、ドイツ法のように動産に限られる規定とはなっていないから、民事留置権におけると同様に解してよい、とするのに対し、否定説は、ただ叙述の中で「動産」と述べるにとどまっている。旧い文献も同様であって、単に動産に限るとしているものがある。⁽¹⁰⁾

旧商法の注釈書では、岸本は、商事では単に動産にとどまるのみ。何となれば商取引の目的物は常に動産なればなり、と記述する。⁽¹¹⁾ また、動産に限るとの記述はないが、商事留置権発生 of 具体例として掲げられている例示が、すべて動産であるものとしては、磯部がある。⁽¹²⁾ その他、商法修正案理由書も、ここでは留置権は二八三条となるが、目的物は商品であることが前提とされている記述となっている。

次に、近時の論文・判例批評等についてみることにしよう。これらは、肯定説、否定説、必ずしも否定はしないが限定的に解すべきであるとする説、抵当権との間に一定の基準に依って優劣を認めようとする説、などに分かれる。⁽¹⁴⁾

(a) 肯定説 前記②③の判例批評において、当事者の合理的意思から敷地につき商事留置権の成立を認めるもの。⁽¹⁵⁾

③の判例研究において、建築請負代金債権と敷地との間には牽連関係が存在するとして、民事留置権の成立を肯定する見解。もっとも、商事留置権の成立を併せて認めるべきかは、実質的には、債務者の破産手続において建物建築業者に優先弁済を認めるべきかという問題となるが、これについては「決め手はない」とされるものの、抵当権者の権利ばかりが保護されればよいわけではないことを強調されている。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

(b) 否定説 この立場は、以下(ア)(イ)の二つに分かれる。

(ア) 建築請負業者の敷地の占有は、商法五二一条所定の「占有」には該当しない、あるいは、占有の原因たる商行為が存在しないとすもの。まず、請負人の占有権原は工事の施行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原を主張することは、債務者（注文者）の意思に反し、公平の観点から問題であって、請負人には敷地に対する商事留置権は成立しないとすものがある。⁽¹⁸⁾ 次に、請負人は、敷地については注文者である敷地所有者の所持補助者と考えるべきであるから、独立した所持がなく、結局占有を取得したものといえず、商事留置権は成立しないとす立場がある。⁽¹⁹⁾ 第三には、請負人の建物所有権を認める以上は、請負人が敷地を占有していること自体まで否定できないが、その原因となる。「商行為」は存在しないのであるから、この点で敷地につき商事留置権の成立は否定されるとす見解がある。⁽²⁰⁾

(イ) そもそも不動産は、民事留置権の場合とは異って、商事留置権においては目的物の範囲に含まれないとすものである。⁽²¹⁾ このうち、浅生見解が最も詳細であるので、その要旨を紹介する。

まず、商事留置権が中世イタリアの慣習法に源を有し、これをはじめて明文化したドイツ旧商法では、有体動産に限られるとするのが当時の判例上確立した解釈であり、新商法でも明文で有体動産に限るとされてきたことが紹介される。次に、わが国でも、旧商法が物と債権との牽連性を要求していたのを廃したのは、かかる厳格な要件の

もとでは、「商行為に因って生じた債権を確実ならしめる所以にあらざると共に、結局当事者双方に対し実際上不便なるを免れず」、そのことは、取引の迅速性を求められる商法において最も著るしく現われるとする、商法修正案参考書の記述を引いて、立法者の考えとしては、不動産は含まれないとする意図であったとされている。

旧競売法において、商法の規定による留置権においては、動産の競売を認めるにとどまるようになっていたが、そのことは、不動産については商事留置権は生じないため、商事留置権による不動産の競売を規定しなかったと解すべきではないか。

当事者意思としても、不動産が債権者に引渡されたという事実のみで、その不動産が担保となるという意思が当事者にあるかどうかは一概には言いえないとすれば、不動産について牽連性を要求せず、商行為による引渡があったというだけで留置権の発生を認めるのは無理がある。

さらに、不動産につき商事留置権を認めることは、法律制度全体の整合性を損う。というのは、動産については商事留置権と約定の担保権とが競合することはまず考えられないのに対し、不動産はそうではなく、抵当権に事実上優先する商事留置権を認めることは、事前に抵当権を取得していた債権者の利益を損う。抵当権は目的物の価値の移転であり、対価関係の維持という私法の根本原則からしてその効力維持は尊重されなければならないが、牽連性すら要件としない商事留置権は、目的物の交換価値と被担保債権との関係はなきに等しく、これと対価関係という目的物との非常に濃い関連性ある抵当権に事実上優先させるのは問題である。

(c)土地抵当権登記と占有との先後によって決する説 これは、同一の土地について抵当権と留置権とが競合した場合には、留置権の成立要件である占有取得が、抵当登記に劣後する場合には、留置権は抵当権に対抗しえないものとなるのである。²⁴⁾この説を主張される生態見解では、担保競売においても、先行する抵当権が存在する

場合には、留置権は買受人に主張できず消滅するものとして扱われなければならないと解されている。⁽²⁵⁾

五 検 討

商事留置権と民事留置権、さらに同時履行抗弁権、それぞれの関係をどのように解し、あるいは再構成すべきかは難問であるが、⁽²⁶⁾このことは措くとして、商事留置権も民事留置権同様、担保競売において買受人に引受けられ、買受人は被担保債権を弁済する責に任ずる（民執一八八条による五九条の準用）のであり、最低売却価額の決定にあたり被担保債権額を留置権の存在する土地評価額から控除する取扱いがなされるとすれば（実際には、現況調査後に取得された留置権も引受けとなってしまふ事態が生じうるとされている）、⁽²⁷⁾優先弁済権はない筈のものが実は最優先になるに等しく、⁽²⁸⁾ことの奇妙さはつとに指摘されていたところである。

先に紹介したように、⁽²⁹⁾抵当権登記と占有との先後によって、⁽³⁰⁾抵当権者と留置権者との利害の調整をはかろうとする説が提唱されているにもかかわらず、⁽³¹⁾実務においてはこの立場は顧みられておらず、右に述べたように、⁽³²⁾抵当権者による担保競売においては事実上の優先弁済権が認められる扱いを受けるとするならば、留置権者の保護に過ぎるものといわざるをえない。すなわち、本稿の冒頭で設定したような事例においては、不動産上の商事留置権の成立は否定せざるをえないということになる。そうだとすれば、引用した裁判例のいくつかにみられるように、⁽³³⁾占有権原を問題とするか、あるいは請負人の占有を不法のものとするなどの方法によって、⁽³⁴⁾成立を否定するか、⁽³⁵⁾正面からそもそも不動産は商事留置権の対象とはなりえないとするかであろう。そして、私見は、⁽³⁶⁾後者の見解に立つので、⁽³⁷⁾ここでの詳論は避けるが、⁽³⁸⁾占有を問題とすることは、⁽³⁹⁾解釈論としての技巧に過ぎ、⁽⁴⁰⁾好ましくないとと思われる。

以下に私なるの否定の理由を掲げるが、浅生見解が詳細なものなので、これと重複するところがあることをあらかじめお断りしておきたい。

さて、原点に立ち帰れば、商事留置権の制度目的は次のようなものであった。これについて先達の説くところをやや長きにわたるが示めてみよう。

商事留置権は、一五七七年のフィレンツェおよび一五八九年のジェノアの条例中に慣習法としてその成立が認められ、後にヨーロッパ諸国に伝播したものであるが、ローマ法における留置権（民事留置権）のほかにかかる留置権を生ずるにいたった理由は、信用取引の便宜をはかる必要にあった。すなわち、商人は、国内外を通じて取引を行うものであるが、商取引をなすに際し、ことに外国との取引に当って、質権の設定を求めることは相手方に対する不信用の表白となり、顧客吸引策と相反するのみならず、質権の設定には煩雑な法律上の手続を踏まなければならない。債権額も変化し、財産状態も変化する商人の取引にあっては、「その相互の一定期間内の取引総額の差引をした残額債権に対して、確実な担保がある場合に、始めて、真の担保を得たと云いるのである。従って、商人は、質権に代はるもので、而かも、質権に伴ふ上述の如き不便のない、且つ質権と同等、若くはそれ以上の担保力を有する制度を、案出する必要があると感じ、債務者が破産した場合につき、殊にその必要を痛感し、終に、債権者が占有するに至った債務者の財産が、取引から生じた一切の債権のために、担保となるといふ制度、即ち留置権の制度を創成するに至ったのである」⁽³¹⁾。

右のような商事留置権の制度目的に鑑みれば、商事留置権は一種の法定質権ともいうべく、その実効性を担保するため、わが旧商法では留置権者に弁済充当権を認める規定⁽³²⁾が置かれていたのである。そして、後述のように、若干は異なるものの、旧商法が範とした筈のドイツ法においては、質権の目的としては不動産は認められていないこ

とを考えれば⁽³³⁾、ロエスラーがドイツ法とは異って「動産」とはせずに「物」としたとしても、これには不動産を含める趣旨ではなかったと考える余地がある。

しばしば述べたように、わが国の商事留置権の発祥はロエスラーの草案にある。しかし、彼の商事留置権の成立範囲にかかわる見解は、若干ドイツ法とは異なるものであった。すなわち、彼によれば、ドイツ法の態度は、留置権成立につき広きに失し（「獨逸商法第三百十三条ニ抛レハ留置権ノ区域甚タ広シ即チ物件ト要求権トノ關係如何ヲ問ハス」と言う）、「留置権ノ斯克無限ナルハ可トスヘキモノニ非ラス」として、草案四四四条において、原則として、「物件ハ商業取引上ヨリ債主ノ手中ニ入り其要求権モ又商業取引上ヨリ起リタルヲ緊要トシ商人間ニ限り之ヲ行フモノトス」と限定したのであった。⁽³⁴⁾そして、四四四条から四五二条までを留置権に充てたのであったが、現行は五二一条のみとなり、規定の内容もドイツ商法三六九条一項本文に非常に近くなつたうえ、法的性質も民事留置権と同様に物権と解されるにいたつたのである。

ロエスラーが何故「動産」に限定しなかつたのかは、前述のように今の私には不明であるが、彼があえてドイツ流を採らず物と債権との間に一定の牽連性を要する、としていたのを廃して、牽連性不要のドイツ方式に做つたとき、目的物についても同じく動産と改めるべきところが看過されたのであらうと思われる。というのも、当時の解釈としては、「債務者所有ノ物」とは、動産ないし商品指すと一般的に考えられていたためではなからうか。そして、法的性質を委ねられた民事留置権の方も、明確に物権性が付与されたことで、ドイツあるいはフランスとも異つた、比較法的には特異な地位を認められるにいたつたのである。

このことにつき、三ヶ月博士は、民事・商事留置権間の観念的統一が実質的に正当化されるかは問題であり、両者の間にひそむ沿革的・機能的な差異が、こうした観念的操作で解消し去るとは到底思えない、と述べられてお

り、⁽³⁵⁾このような観点からは、商法五二一条が「債務者所有ノ物」としてしていることは、民法二九五条の「他人ノ物」の「物」と同一であつて、民法八五条の「物トハ有体物ヲ謂フ」とされている有体物には不動産も含まれるから、商事留置権の目的物には不動産も含まれる。というごとき論法は、博士の言による観念的統一に立脚した解釈といふべく、再考を要するといふべきではなからうか。

ドイツにおいて、商事留置権は原則的には第三者に主張しうるものではない。ただ、ある程度の物権化は認められており、債務者の目的物返還請求権に対する抗弁権を第三者に対抗しうることが認められている。（HGB 三六九条二項）。また目的物により弁済を受ける権利も認められ（同三七一条）、破産法上別除弁済を受ける権利を有する（下破産法四九条一項四号）。⁽³⁶⁾このような物権化は公示の原則を維持することを要請し、これが占有によって果されるゆえに、ドイツ法では商事留置権は動産に限って認められることとなつた。⁽³⁷⁾

右のようなドイツ法の考え方からすれば、わが国における留置権は、物権化という段階にとどまらず、純然たる物権と構成されているのであるから、公示への配慮はより強く求められて然るべきものであろう。そうだとすれば、不動産上の商事留置権を否定する方向はここからも導びかれることとなるが、同様に、登記なきままに事実上の優先弁済効と対第三者効が認められる民事留置権の不動産上への成立も併せて問題視されることとなる。もっとも、この点は、民事留置権の場合には、被担保債権と目的物たる不動産とが牽連関係にあるものに限られるから、⁽³⁸⁾抵当権者が不当に不利益を受けるとはいふ難いとする見解や、民事留置権における牽連性を、物的客観的牽連と法的主観的牽連の二類型に分別し、留置権においては占有に公示機能のすべてを担わせる関係から、不動産上に留置権が認められるのは、物的客観的牽連ある場合に限るとする見解⁽³⁹⁾も示されている。

いずれにしても、不動産に留置権を認める場合には、立法論としては、登記によって公示されることが考慮され

てよいのではあるまいか。

登記による公示といえば、わが民法は、請負人保護のために不動産工事の先取特権(民三三八条)を用意している。

これにつき、法典調査会における議論で興味ある応酬がみられる。すなわち、例えば家を建てるとして、目的物がまだ存在していないのに、未建築の家を対象として、担保権である先取特権が成立し、これを登記するというのは変ではないか、という磯部の質問に対して、梅は、家を建てようとする人は土地につき権利を有していよう。その土地の権利は登記されているのだから、それに不動産工事の先取特権の登記が可能なのだ、と応えているのである。⁽⁴⁰⁾この梅見解では、先取特権の登記は、家を建てるべき土地になされることを意味する。(これは、梅が、土地と建物とを一体の物と考えていたことの一つの証左ともいえる)。しかし、現在では、不動産登記法一三六・一三七条によって、新築すべき建物の表示の登記をなし、不動産工事の先取特権の保存の登記をなすことによって登記をなす旨の記載がなされるという方法による。

不動産工事の先取特権は、工事開始以前に登記されなければならないことから、現実には用いられ難いとされているものの、登記によって抵当権との優劣が定まる(民三三九条)ものであるのに対し、高額にわたる不動産工事費用が、敷地につき商事留置権の成立を認めることによって抵当権に事実上優先する結果となることは、均衡を失うといえよう。

以上を要するに、商事留置権は、反覆継続的に取引が行われる商人間において、商取引によって生じた債権の確保の手段として、債権者たる商人の占有下に入った債務者の動産につき、包括的に担保が成立することを認めた制度であって、本来的に不動産は対象とされていないものと考えられるのである。

このように、不動産上に商事留置権の成立を否定するとすれば、建築請負人の保護としては、自ら築造した建物につき民事留置権が認められ、あるいは不動産工事の先取特権が認められるにとどまることとなろう。

前者については、請負契約によって生じた代金債権と建築建物とは、清水見解によれば法的に主観的牽連の場合として、民事留置権の成立も否定されるのではないかと思われるが、判例は、不動産についても、売買代金、仮登記担保における清算金、土地工事請負等について民事留置権の成立を認めており、建物建築請負代金についても裁判例が存在する⁽⁴⁵⁾。私見も、建築請負代金にもつき建物に請負人の民事留置権を肯定してよいと思うが、その敷地については、建物留置権の反射的効力として引渡を拒みうると考えている⁽⁴⁶⁾。

そうだとすると、土地抵当権の実行による担保競売における土地買受人は、建築請負人の右土地引渡拒絶によって、留置権の引受による弁済の責は負わないものの、土地の引渡は注文者が代金債務を弁済すると引換履行となるから、引渡を受けたれば自ら第三者弁済をする他はないこととなる。この結果は不合理のようであるが、留置権に物権として対第三者効を認め、留置権者は債務者の弁済あるまで、あるいは相手の担保の供与あるまで、第三者に目的物の引渡を拒みうると構成する判例理論からは、やむをえないところである。

抵当権者が、地上建物とも一括競売をなした場合には、土地については留置権は存在しないわけであるが、建物についての留置権の処遇がどうなるか、建物買受人に引受けられるのか、この点については、別に検討したい。

(1) 鴻常夫「商事留置権」法セミ五九号二五頁。

(2) 民法二九五条の「他人ノ物」であることを嚴格に解すれば、請負目的物たる建物の所有権の所在によっては、民事留置権の成立すら否定しえなくもない。この点については、拙稿「判批」判時一五六二号一九九〇頁を見られたい。

(3) 建物と土地とは別個の物であるから、建物につき民事留置権を有する者が、これにより敷地の引渡しをも拒みうるかは、

- それ自体一つの問題ではある(拙稿・前稿二〇一頁参照)。
- (4) 東京地裁執行部では、そのような取扱いがなされているとのことである(山崎敏充「建築請負代金による敷地への留置権行使」金法一四三九号六三頁)。
- (5) ロエスレル氏起稿・商法草案上巻六五五頁(復刻版) 新青出版。
- (6) 日本近代立法資料叢書21商法草案、商事法務研究会。
- (7) 日本近代立法資料叢書20商法決議案、商事法務研究会。
- (8) たとえば、平出慶造・商行為法一三六頁。
- (9) 肯定説としては、たとえば、平出慶造・商行為法一五九頁。否定説に、田中耕太郎・商行為法三六頁など。なお、田中誠二他・コンメンタール商行為法一五九頁も参照。文献の指摘は、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」金法一四五二号二頁および二六頁注17に詳しい。
- (10) 水口吉蔵・商行為法論一七六頁。
- (11) 岸本辰雄・商法正義第三卷四九九頁。
- (12) 磯部四郎・商法積義第一編第七章第八章(第三五三条〜四五八条) 一五〇二頁。
- (13) 商法修正案理由書(明治三十一年、東京博文館) 二四七頁。
- (14) 従来の諸説を整理した新しい文献として、三林宏「抵当権と商事留置権の競合」ジュリー一〇一号九九頁以下を挙げておく。
- (15) 新美育文・民法判例レビュー(担保)判タ九〇一号四七頁。
- (16) 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」金法一四六〇号五七頁。
- (17) 右の他、肯定的見解として、「座談会・ビル・マンション業者の倒産と対応策」金法一三三三号二五頁の青山善充発言。
- (18) 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」金法一三三三号二五頁。
- (19) 澤重信「敷地抵当権と建物請負報酬債権」金法一三二九号二五頁。
- (20) 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」金法一四一一号二五頁。
- (21) この立場に立つものとしては、堀龍児「建物建築請負人の敷地に対する商事留置権」私法判例リマックス一九九六年

(下) 四頁。鈴木正和「建物請負代金の未払と敷地抵当権者の権利」判タ七九八号七二頁、石井真司「建物敷地に対する商事留置権と同敷地に対する（根） 抵当権をめぐって——最近の裁判例を中心に」民事法情報一七号二頁など。

右の他、否定はしないが成立する場合には限界があるとする、山岸憲司「請負人の留置権行使が可能な範囲」ジュリ増刊・担保法の判例 一三四頁、将来的には（法改正により？）——筆者）不動産を対象とする商事留置権は廃止すべきであるとする。河野玄逸「建築中途の敷地について、抵当権実行を妨げる商事留置権の成立が否定された事例」銀行法務21五二一五号三八頁、成立は非常に疑問とする上野隆司発言・鼎談・金融法務を語る第五四四銀行法務21第五二七号などがある。

(22) 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」金法一四五二号一六頁以下。とくに二〇頁〜二四頁。この論文は、前掲⑥判決とほぼ同一の内容になっている。同判決に筆者の浅生判事が係わっておられたからであろう。

(23) 同論文によれば、同書は明治三十一年八尾書店発行とされている。この書物は筆者は未見であるが、本文中に引用した記述は、(13)で引用した明治三十一年の博文館版商法修正案理由書と同一である。

(24) 秦光昭「不動産留置権と抵当権の優劣を決する基準——建物の建築請負代金について敷地に商事留置権が成立するかどうか争われた二つの判例——」金法一四三七号五頁。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)金法一四四六号六頁以下、一四四七号二九頁以下。

(25) 生熊・前掲(下)三四頁。

(26) この問題を論じた文献は多いが、さしあたり、やや以前のものとして、松本恒雄「商法上の留置権と民法上の留置権」民法雑誌創刊五十周年記念論集Ⅱ八〇頁以下と、最近のものとして、尾島茂樹「契約当事者以外の者に対する同時履行の抗争権——留置権との関連で——」金沢法学三八巻一・二合併号二四一頁以下を挙げておく。

(27) 大橋寛明・香川保一監修注釈民事執行法3二九三頁。

(28) 椿寿夫「強制執行法における留置権」民法研究Ⅱ二頁以下、とくに四一頁。

(29) 生熊論文は、中庸をえた主張というべきであろうが、執行法上占有の先後によって区別する解釈は困難ではないか、という点の他にも、現実には、留置権者の土地占有が建物建築のプロセスにおいて何時から始まったとみるべきかの点でも、建物完成引渡の場合と異って、請負人に対し土地引渡証が注文者から交付されるわけではないことをも含めて、厄介な問題となるのではなからうか。

- (30) 山崎・前掲六五頁をみられたい。
- (31) 小町谷操三「商事留置権に関する二三の疑点」法学三卷六号二八頁、二九頁。
- (32) 旧商法三九二条。もともと、小町谷前掲論文は、旧商法上の商事留置権に優先弁済権が認められていたとされるが、(小町谷・三四頁)、三ヶ月章「任意競売」概念の終焉「民事訴訟法研究第七卷一八六頁は、このように断定することを留保されている。
- (33) わが民法に不動産質が存在するのは、フランス法の *antichrèse* に起因する。
- (34) ロエスレル氏起稿・商法草案・前掲六五八頁。
- (35) 三ヶ月章・前掲一八七頁。
- (36) この記述は、全国地方銀行協会遠藤研一郎氏に「建物敷地に対する建物建築請負業者の商事留置権と抵当権の効力」なる未公開の論文があり、参照させて頂いた。
- (37) von Hermann Stanb, *Gross Kommentar HGB*, 3. Bd. 2. Halband, 3. Aufl. 1978, S. 1438 (Canaris)。
- (38) 鈴木祿弥「商人留置権の流動担保性をめぐる若干の問題」西原寛一博士追悼論文集・企業と法(上)二四六頁。
- (39) 清水元「民事執行法と留置権」(下)金法一一〇一号一六頁。同・留置権・叢書民法総合判例研究六四頁も参照。
- (40) 法典調査会民法議事速記録二・五四二頁(商事法務研究会)。
- (41) 清水・前掲「民事執行法と留置権」同所。
- (42) 最判昭四七・一一・六民集二六卷九号一六一九頁。
- (43) 最判昭五八・三・三一民集三七卷二号一五二頁。
- (44) 最判平三・七・一六民集四五卷六号一一〇一頁。
- (45) たとえば、仙台高判平六・二・二八判時一五五二号六二頁。
- (46) 拙稿・右仙台高判判批・判時一五六二号一九八頁以下。

追記

原稿提出期日との関係で次の文献については本文中で応接できなかった。

①栗田隆「建築工事の中断により敷地上に建物が存在しない状況において建築業者の当該敷地に対する商事留置権が否定された事例」判評四五八号（判時一五九一号）二一七頁（東京高判平六・一二・一九判時一五五〇号三三頁前掲③判決の判批）。②吉本健一「不動産に対する商人間の留置権の成否」判評四五七号（判時一五八八号）二二二頁（東京高判平八・五・二八判時一五七〇号一一八頁前掲⑥判決の判批）。文献①は、不動産物権の基本原則である、公示原則と順位原則を乱すことを理由に、敷地上への建物建築請負人の商事留置権を否定される。この論文は、本稿では留保した一括競売における買受人の責任にも論及されており、詳細なものである。文献②は、建物に成立する民事留置権を根拠として請負人がその敷地に何らかの利用権原を主張しうるとすれば、敷地抵当権者との間で利害の調整が必要となる点では変りがない、商事留置権の成立を否定すると注文者破産の場合に請負人に酷である、等の理由から、不動産に対し商事留置権の成立を一般的に否定することは疑問である、とされている。もっとも、事例については、建築請負人の敷地占有は商事留置権の成立要件たる占有には該らないという立場を採られている。