

|                     |                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title               | 民事執行手続における留置権の処遇：<br>留置権に優先弁済請求権を認める立法をした場合に生じる問題                                                                                                                                                                 |
| Sub Title           | Die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts in der<br>Zwangsvollstreckung                                                                                                                                           |
| Author              | 山木戸, 勇一郎(Yamakido, Yuichiro)                                                                                                                                                                                      |
| Publisher           | 慶應義塾大学大学院法務研究科                                                                                                                                                                                                    |
| Publication<br>year | 2009                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle              | 慶應法学 (Keio law journal). No.14 (2009. 9) ,p.99- 153                                                                                                                                                               |
| JaLC DOI            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes               | リサーチ・ペーパー                                                                                                                                                                                                         |
| Genre               | Departmental Bulletin Paper                                                                                                                                                                                       |
| URL                 | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090925-0099">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090925-0099</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 民事執行手続における留置権の処遇

——留置権に優先弁済請求権を認める立法をした場合に生じる問題——

山木戸 勇一郎

## 序章 問題の所在

### 第1章 留置権と優先弁済請求権

#### 第1節 総説

#### 第2節 留置権の沿革・留置権の立法経緯

#### 第3節 留置権法制の改正に関する意見

#### 第4節 優先弁済請求権を認めることによる解決と残された問題

### 第2章 配当における他の担保権との調整

#### 第1節 総説

#### 第2節 留置権と他の担保権との優劣関係についての2つのアプローチ

#### 第3節 2つのアプローチの検討

#### 第4節 私見

#### 第5節 契約関係において生じる「物権法における不当利得」関係

#### 第6節 商事留置権

#### 第7節 総括及び先取特権との関係

### 第3章 民事執行法上の競売申立権

#### 第1節 総説——民事執行法195条について——

#### 第2節 優先弁済請求権を認めた場合の競売申立権

#### 第3節 留置権に基づく換価のための競売

#### 第4節 結論

### 第4章 留置権の証明方法——対抗問題が生じた場合——

#### 第1節 問題の所在

#### 第2節 証明すべき事項

#### 第3節 証明方法

## 終章 結語

#### 第1節 結論——留置権の制度設計——

#### 第2節 残された問題

## 序章 問題の所在

本稿は、主に民事執行手続（競売手続）において、留置権をどのように取り扱うかという問題（立法論）に取り組もうとするものである。

早速ながら、現行法における留置権の取扱いを概観してみたい。

民事執行法においては、不動産を目的とする留置権については、引受主義が採られ、買受人が被担保債権を弁済する責任を負う（民執59条4項）。また、動産を目的とする留置権については、留置権者が動産を任意に提出せずに又は差押えを承諾せずに、弁済を受けるまで目的物を留置することにより、競売手続の開始自体を阻止できる（民執124条、190条1項2号参照）。

破産法においては、破産財団所属の財産について存在する留置権のうち、それが商事留置権であれば、破産手続開始決定により特別の先取特権に転化して別除権となるのであるが（破66条1項、2項）、それが民事留置権であると消滅する（破66条3項）。なお、民事再生法や会社更生法においては、商事留置権については別除権や更生担保権となるとする規定があるのに対して（民再53条1項括弧書、会更2条10項本文括弧書参照）、民事留置権については規定を欠いている<sup>1)</sup>。

一見して問題のある取扱いであるが、具体的には以下のように問題点を整理することができる。

第一に、一番の問題点は、手続法間での民事留置権の取扱いの均衡を著しく欠いている点である。民事執行法においては、不動産については引受主義（買受人が債務を負担する）が採用され、また、動産については留置権者が競売手続の開始自体を阻むことができるので、いずれも全額弁済を受けるまで留置権

---

1) 規定がない以上、留置の効力は存続するものと解される（生田二郎「留置権と倒産法」米倉明=清水湛=岩城謙二=米津稜威雄=谷口安平編『金融担保法講座Ⅳ 質権・留置権・先取特権・保証』（筑摩書房、1986年）152頁、山本和彦=中西正=笠井正俊=沖野眞巳=水元宏典『倒産法概説』（弘文堂、2006年）130頁〔沖野眞巳〕、谷口安平『倒産処理法〔第2版〕』（筑摩書房、1982年）224頁など参照）。

者は権利を行使し続けることができることから、事実上最優先の権利として取り扱われている<sup>2)</sup>。これに対して、破産法においては、民事留置権は消滅することになっており、最も弱い権利として取り扱われているのである。なお、民事再生法や会社更生法において民事留置権に関する規定がないのは、このような倒産手続における民事留置権の弱体化には強い批判があったことから、立法段階で民事留置権の強化の方向の議論もあったが、いずれも見送られた結果である<sup>3)</sup>。

第二に、これに関連して、破産法における民事留置権と商事留置権の取扱いの不均衡——商事留置権は特別の先取特権に転化して別除権となるのに対して、民事留置権は消滅するという冷遇を受けている点——も問題である。第1章第2節で詳述するように、民事留置権と商事留置権には沿革の違いがあるわけだが、破産法での両者の取扱いの差についてこの点を強調して説明したとしても、今度は民事執行法で両者が同様の取扱いになることを説明できない。後述するような商事留置権の法定の包括根質権としての沿革的性質を強調するならば、商事留置権には質権のような約定担保物権と同様に、担保権実行としての競売を認めるべきと考えられるからである<sup>4)</sup>。なお、不動産への商事留置権の成否という問題が議論されるのも、破産手続では民事留置権が消滅してしまうことから、請負人が請負代金確保のため商事留置権の主張をせざるを得ない状況があることが、一つの原因であるといえる<sup>5)</sup>。

第三に、民事執行法において、民事・商事留置権の攻撃時と防御時における

2) 我妻榮『新訂擔保物権法』（岩波書店、1968年）19頁、同41頁参照。

3) 山本=中西=笠井=沖野=水元・前掲（注1）130頁〔沖野眞巳〕。

4) 山本戸克己『民事執行・保全法講義〔補訂二版〕』（有斐閣、1999年）237頁参照。なお、三ヶ月章「『任意競売』概念の終焉」『民事訴訟法研究第7巻』（有斐閣、1978年）184頁は、わが国の学説・立法が留置権を観念的に統一することで足並みをそろえてきていたが、機能的な面で袂を分かつこととなった例として、破産法での差別的取扱いを挙げている。

5) 三林宏「抵当権と商事留置権の競合」ジュリスト1101号（1996年）99頁、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」福永有利編『倒産実体法』（別冊NBL NO.69（2002年））99頁。

効力の違いが均衡を失しているという点が問題である<sup>6)</sup>。留置権者は、留置物について優先弁済を受ける権利を有しないために、担保権の実行としての競売の申立てをすることができない一方で（攻撃時）、留置物について他の債権者が競売の申立てをする場合においては、留置権者は弁済を受けるまでは留置権を行使し続けることができるのである（防御時）。

第四に、民事・商事留置権が、抵当権その他の担保権の実行妨害に用いられるおそれがあるという問題がある。すなわち、不動産においては引受主義が採用され、動産においては競売手続の開始自体を阻むことができる結果、留置権の付着した物に対する担保権実行を困難ならしめることが可能ということである（このことは特に不動産の場合に顕著である）。不動産への商事留置権の成否について、これを肯定する見解に対する批判の論拠の一つはこの点にある<sup>7)</sup>。

さて、問題はこのような取扱いとなっている主たる原因は何かということである。これはおそらく、留置権に優先弁済請求権（民事執行において一般債権者に優先して配当を受ける権利）を認めていないために、留置権者を配当に参加させることができないため、他の担保権とは異なる取扱いをせざるを得ないということにあると思われる。例えば、民事執行法においては、留置権を他の担保権のように配当をすることによって消滅させるわけにはいかないので、留置権の負担を競売目的物の買受人に引き受けさせるという解決がなされているのである<sup>8)</sup>。また、破産法や民事再生法においては、仮に民事留置権を別除権とし

---

6) 法務省民事局参事官室「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」ジュリスト1223号（2002年）120頁。

7) 松岡・前掲（注5）91頁参照。

8) 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（2）』（第一法規、1984年）253頁〔竹下守夫〕。なお、民事執行法59条4項に相当する旧民事訴訟法649条3項の創設のための、民法施行法51条の規定に関する民法施行法整理会における議論において、梅謙次郎は、引受主義を採用することとしているのは留置的効力の効果であるという旨のことを述べているが、小松三保松委員は、引受主義が採られるのは優先弁済請求権がないことがその前提であるはずであるという趣旨のことを述べて、梅を論難している（法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査会 民法施行法整理会議事速記録」社団法人商事法務研究会刊・日本近代立法資料叢書14（1988年）所収 51頁）。

て扱おうと、その効力を手続外で行使することが可能となるが、これを認めると留置権には優先弁済請求権がないために、留置的効力をそのまま認めることとなって、破産財団の換価・配当に困難をきたす恐れがあるので、これを消滅させるという取扱いがなされているのである<sup>9)</sup>。

とすると、これらの問題点は、後に第1章で述べる通り、留置権に優先弁済請求権を認めて配当に参加させて留置権を個別執行で消除することにより、また、民事・商事留置権を双方とも別除権・更生担保権として取り扱うことにより解決すると思われる。このような解決法は、学説上も古くから議論されており<sup>10)</sup>、法制審議会担保・執行法制部会の「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」でも提示され、裁判所や日弁連からもおおむね賛成されている。

しかしながら、留置権に優先弁済請求権を認めて配当に加入させることにすると、①留置権と他の担保権との優劣関係をどのように考えるか、②担保権実行としての競売申立権を認めるのか否か、③競売手続での配当の際の留置権の証明をどのようにするかなど、新たに解決しなければならない問題が生じることになる。

そこで、本稿は、留置権に優先弁済請求権を認めた際に生じる上記のような問題について、一定の解答を提示することを目的とする。まず、留置権と優先弁済請求権との関係に関する議論を敷衍しつつ、留置権に優先弁済請求権を認める必要性についてあらためて確認する（第1章）。次に、留置権に優先弁済請求権を認めた際に、配当において同じく優先弁済請求権を有する他の担保権との調整が必要となるので、留置権と他の担保権との優劣関係をどのように決めるのかという問題について検討する（第2章）。そして、留置権に優先弁済請求権を認めた場合において、さらに留置権者に担保権実行としての競売申立

9) 斎藤秀夫=麻上正信=林屋礼二編『注解破産法〔第3版〕(上)』(青林書院、1998年)662頁〔斎藤秀夫〕など参照。なお、鈴木正裕「留置権小史」河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』(商事法務、2002年)212頁では、現行破産法において、民事留置権が別除権扱いをされなくなった理由について詳しい。

10) 斎藤=麻上=林屋編・前掲『注解破産法〔第3版〕(上)』(注9)663頁〔斎藤秀夫〕。

権を認めるのかという問題について検討する（第3章）。最後に、留置権者が配当を受ける際に、留置権の証明をどのようにするのかという問題を検討する（第4章）。最後に、これらの検討を踏まえて、民事手続法における留置権の取扱いに関する結論的な考え方を示すこととする（終章）。

## 第1章 留置権と優先弁済請求権

### 第1節 総説

先般の担保・執行法制の改正のときにも議論となっていたが、留置権について、引受主義を採るのか消除主義を採るのか、優先弁済請求権を認めるのか否か、別除権として扱うのか否かという諸点については、明治中期以来、民法や旧商法、旧競売法、旧破産法、民事執行法の立法段階でかなり議論をされてきており、長きに亘って揺れ動いてきた問題である。そこで、本章では、これらの議論を敷衍することで、留置権に優先弁済請求権を認めるという解釈もしくは立法が十分にありうるということを示した上で、留置権に優先弁済請求権を認めることによって、現行法の問題点がどのように解決されるかという点について論じることとする。

### 第2節 留置権の沿革・留置権の立法経緯

#### 第1款 沿革

民事留置権は相殺権と同様に、ローマ法の時代の判例法理における悪意（詐欺）の抗弁権（exceptio doli）に沿革を持つ<sup>11)</sup>。これは、反対債務を弁済せずに自己の債権の弁済を求めることが信義・衡平に反する場合の履行拒絶権であって、同時履行の抗弁権の連続線上にあるものである。

これに対して、商事留置権は、16世紀イタリアの都市の商人慣行を沿革に持つ。特に外国貿易においては、取引の相手方に質権の設定を求めることは集客

---

11) 葉師寺志光『留置権論』（三省堂、1935年）4頁、同215頁。

上好ましくなく、継続的取引関係においては手続が煩瑣になりすぎることから、継続的信用取引関係の維持・促進を目的として、一種の法定の包括根質を認めたものである<sup>12)</sup>。これが、民事留置権と異なり、商事留置権について約定担保物権である質権に近い取扱いをする方向で議論がなされる所以である<sup>13)</sup>。

## 第2款 民事留置権

### (1) 優先弁済請求権

旧民法（いわゆるボワソナード民法）においては、民事留置権は優先弁済請求権が否定され、単に留置をし続けることができる権利として設計されていた（旧民94条1項）<sup>14)</sup>。

これに対して、1896年（明治29年）の現行民法の制定過程においては、法典調査会に提出された原案の中に、「留置権者ハ留置権ノ行使ヲ債務者ニ通知シテ弁済ノ催告ヲ為シタル後相当ノ期間内ニ弁済又ハ担保ヲ受ケサルトキハ質権ニ関スル規定ニ従ヒ留置物ノ競売ヲ請求シ其代金ヲ以テ弁済ニ充ツルコトヲ得」（原案303条）という規定があった。これは穂積陳重の説明によると、留置権者が弁済を受けることができず、ただ目的物を留置している状態が長続きすることは公益上好ましくないということから、売却の機会を与えるべきであるという考え方に基づいた規定である<sup>15)</sup>。この規定の前提として、留置権に優先弁済請求権をも認めていたと理解してよいものと思われる<sup>16)</sup>。しかしなが

12) 以上に述べた民事留置権と商事留置権の沿革については、松岡・前掲（注5）98頁、薬師寺・前掲（注11）4頁、松本恒雄「商法上の留置権と民法上の留置権」民商法雑誌第93巻臨時増刊号（2）（1986年）181-182頁、桜井孝一「民事執行法と留置権」米倉明=清水湛=岩城謙二=米津稜威雄=谷口安平編『金融担保法講座Ⅳ巻 質権・留置権・先取特権・保証』（筑摩書房、1986年）146-148頁などを参照。

13) 例えば、三ヶ月・前掲（注4）190頁など。

14) 鈴木・前掲（注9）193頁参照。

15) 石田剛=亀岡倫史=浦野由紀子「〈資料〉留置権法（二・完）」民商法雑誌118巻3号（1998年）441-442頁。

16) 松岡・前掲（注5）106頁。

ら、この原案の規定は、これに対する削除提案を否決していったんは成立したものの、後に削除されることとなった<sup>17)</sup>。

また、1979年（昭和54年）の民事執行法制定の際の強制執行法案要綱案第一次試案（1971年（昭和46年））においては、不動産留置権については消除主義が採られ、配当の際には他の担保権に先立って最優先順位で配当がなされるものとされていたが、後の民事執行法案では撤回されてしまっている<sup>18)</sup>。

この経緯に見られるように、留置権に優先弁済請求権を認めることは、立法政策として決しておかしくない選択肢であった。

## （2）別除権

我が国の民事留置権の制度は、フランス民法の留置権制度を基にして、それを変容させて確立したものであるが、フランスの破産法においては留置権についてなんらの制約を加えていなかったのもので、旧商法（1890年（明治23年））の破産編においては、留置権に関してなんらの規定も持っていなかった<sup>19)</sup>。すなわち、別除権の規定においては、「抵当権、質権其他ノ優先権」（旧商997条）とされるのみであったのである。そこで、「其他ノ優先権」に民事留置権が含まれるかが解釈上問題となったが、これを否定して民事留置権は別除権とは扱わないとするのが大勢であったようである<sup>20)</sup>。しかし、その後の旧破産法の制定過程では、1902年（明治35年）草案において「留置権者、特別ノ先取特権者、質権者及ヒ抵当権者ハ、破産財団ニ属スル財産ニシテ其権利ノ目的タルモノニ付

---

17) 石田=亀岡=浦野・前掲（注15）440頁以下。磯部四郎や長谷川喬の削除提案をいったんは否決したものの、後に起草委員三人の意見が、優先弁済請求権まで認める必要はないと変化して、第三回民法整理会（1894年（明治27年）12月25日）で削除された。法務大臣官房司法法制調査部監修「法典調査會 民法整理會議事速記録」社団法人商事法務研究会刊・日本近代立法資料叢書14（1988年）所収 79頁も参照。

18) 鈴木・前掲（注9）220-221頁参照。

19) 桜井・前掲（注12）151頁。

20) 鈴木・前掲（注9）194頁。

別除権ヲ有ス」(草案30条)とされており、留置権は別除権として扱われていた<sup>21)</sup>。しかし、この草案は成文化されることなく、この草案を起案した法典調査会そのものが解散することとなってしまった<sup>22)</sup>。その後、1907年(明治40年)に法律取調委員会が設置され、旧破産法が制定(1922年(大正11年))されることとなるが、そこでは、民事留置権は破産財団に対しては効力を失うという規定となり(旧破93条2項)、現在に至っている(破66条3項)。

### 第3款 商事留置権

前述のように、我が国の民事留置権の制度はフランス民法の留置権制度を基にしているわけだが、フランス法では商事留置権の制度自体がない。商事留置権はロesslerによって起草された旧商法において規定されたものであって、ドイツ法を由来とするものである<sup>23)</sup>。

まず、優先弁済請求権については、旧商法392条が「留置シタル物ヲ第三十七条及ヒ第三七三条ノ規定ニ従ヒテ売却シ其売得金ヲ以テ弁済ニ充ツルコトヲ得」と規定しているように(旧商法371条及び373条は質権の実行に関する規定である)、旧商法の規定では、商事留置権には質権の規定を準用して簡易の換価手続が定められ、弁済充当権も与えられていた<sup>24)</sup>。

次に、別除権については、旧商法の破産編の別除権の規定では、前述のように「抵当権、質権其他ノ優先権」とされるのみであった。したがって、民事留

---

21) 鈴木・前掲(注9)205頁。

22) 鈴木・前掲(注9)211-212頁。

23) 三ヶ月・前掲(注4)184頁は、ドイツ法では物権として理解されていたのではなく、単なるZurückbehaltungsrecht〔この単語は「留置権」と訳されているが、ドイツ法の留置権は債権的引渡拒絶権能(対人的抗弁権)にすぎないから、ここでは単なる引渡拒絶権という意味である：筆者注〕として考えられており、旧商法制定時の構想としても同様であったとしている。

24) 旧商法392条が質権の規定を準用している以上、この弁済充当権は優先弁済請求権を認めたものと考えてよいと思うが、三ヶ月・前掲(注4)186頁注6は、これが優先弁済請求権までも認めたものであるか否かについての断定は留保している。鈴木・前掲(注9)194-195頁、三ヶ月・前掲(注4)184頁も参照。

置権の場合と同様に「其他ノ優先権」に商事留置権が含まれるかについては解釈問題であったのであるが、これを肯定して商事留置権を別除権として扱うことについて争いはなかった<sup>25)</sup>。そして、その後のドイツ法を範とする旧破産法の制定に伴い<sup>26)</sup>、商事留置権は特別の先取特権に転化するという形で別除権として扱われることとなった（旧破93条1項、破66条1項<sup>27)</sup>）。

これらは、商事留置権が、前述のとおり質権に近い取扱いがなされる方向で議論されてきたことを示すものといえよう。しかし、現在では、破産法や民事再生法では商事留置権は質権的に取扱われて別除権となるのに対して、民事執行法では民事留置権と同様に取扱われて優先弁済請求権は認められていない。

#### 第4款 競売申立権

前述のように、現行民法の立法の際に法典調査会に提出された当初の原案においては、留置権には優先弁済を受けるための競売申立権が認められていたが、これは後に削除されてしまった。

その後、旧競売法（1898年（明治31年））の下では、留置目的物の保管の負担を軽減するために、留置権に一般的に換価のための競売を認めるのが通説化し<sup>28)</sup>、その後の民事執行法195条の留置権に基づく競売も、いわゆる形式的競売の一種であると解されている（詳しくは、第3章第1節参照）。

なお、前述の強制執行法案要綱案第一次試案では、不動産留置権については消除主義を採り、配当の際には他の担保権に先立って最優先順位で配当がなされるものとされていたが、競売申立権は認めていなかった。他方、動産留置権については、留置権者は差押えを拒むことができ、任意に提出した場合は留置権が消滅するという従前の理解を維持したが、競売申立権は認めていた<sup>29)</sup>。

25) 鈴木・前掲（注9）194頁、桜井・前掲（注12）151頁。なお、三ヶ月・前掲（注4）186頁も参照。

26) ドイツ法では、商事留置権を別除権として扱っていた（桜井・前掲（注12）151頁）。

27) 桜井・前掲（注12）151頁。

28) 我妻・前掲（注2）45頁、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（5）』（第一法規、1985年）357頁〔近藤崇晴〕など参照。

## 第5款 小括

以上をまとめてみよう。民事留置権については、優先弁済請求権の肯否や別除権扱いの肯否について揺れ動いたのであるが、結局両方とも否定されるに至っている。また、商事留置権については、優先弁済請求権や別除権扱いを肯定する方向で議論されてきたが、前者は現在では否定されるに至っている。そして、競売申立権については、配当を受けるための競売を認めるか否かについて揺れ動いてきたが、結局は形式的競売のみを認めるにとどまっている。

以上のような経緯からすると、留置権に優先弁済請求権を認めるか否か、競売申立権を認めるか否か、留置権を別除権として扱うか否かは立法政策の問題であって、留置権には優先弁済請求権や競売申立権、別除権扱いがおおよそ認められないというものではないことは明らかであろう。そして、次節で述べるように、21世紀に入って再び、留置権の優先弁済請求権の問題が議論の的となったのである。

## 第3節 留置権法制の改正に関する意見

法制審議会の担保・執行法制部会で、請負代金確保の問題との関係で商事留置権を不動産に成立させるべきかという問題を中心に、留置権に優先弁済請求権を認めるか否かについても議論になり、法制審議会の担保・執行法制部会の議論を基に作成された法務省民事局による「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下「中間試案」）において、留置権について消除主義を採り、優先弁済請求権を与えるという提案がなされた。

これに対する反応としては、まず日弁連は賛成であった。その理由は、留置権には優先弁済請求権がなく留置の効力しかないものであるにもかかわらず、事実上最優先で弁済が受けられてしまい、制度本来の効果以上の取扱いをしていることとなっているから、個別執行で消除していくべきである、というもの

---

29) 以上につき、鈴木・前掲（注9）220-221頁参照。

である<sup>30)</sup>。

また、各地裁・高裁の賛否を最高裁判所事務総局民事局が集計したものによると、賛成が49庁・反対が4庁・意見なしその他が5庁であった<sup>31)</sup>。このうちの少数意見である反対意見の理由としては、執行手続上で留置権の成否や被担保債権の内容を確定するのが困難であること、留置権の被担保債権が比較的少額であることを考慮すると社会的必要性がどの程度あるのか疑問であること、が挙げられている。

しかし、このような議論がなされたにもかかわらず、法制審議会の担保・執行法制部会での議論がまとまらず、結局今回の改正は見送られることとなった<sup>32)</sup>。

#### 第4節 優先弁済請求権を認めることによる解決と残された問題

前節でみたように、日弁連や裁判所のほとんどの庁が留置権に優先弁済請求権を与えることに賛成している。そして、本稿もこれに賛成して留置権に優先弁済請求権を認めることを前提に議論を進めるわけであるが、これには以下のようなことが背景にある。

まず、不動産の場合は、優先弁済請求権を認めることにより、他の担保権と

---

30) 日本弁護士連合会「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する意見書」判例タイムズ1094号（2002年）86頁。なお、ここでは、留置権の効力を強化する方法の改正は管財実務のバランスへの影響が懸念されるとして、倒産実務からの慎重論があることも紹介されている。

31) 最高裁判所事務総局民事局「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見」判例タイムズ1094号（2002年）66頁。

32) 法制審議会の担保・執行法制部会第18回会議（2002年12月3日）の議事録を見ると、「担保・執行法制の見直しに関する要綱」案を部会の委員に説明する際に、「中間試案の段階におきましては、この項目の前に留置権の記載があり、また、他の先取特権についても記載があったわけですが、前回までの御議論におきまして、留置権、それから不動産保存・工事の先取特権のいずれにつきましても、それぞれ慎重な意見があったところでございまして、適切な制度設計となるような見直し案をお示しすることが困難であると考え、今回は見直しをしないこととする趣旨で、記載していないものでございます。」との説明がある。

同様に消除主義を採りやすくなるという利点がある。つまり、優先弁済請求権を認めることによって、留置権者を配当に参加させればよいことになるので、引受主義を採る意味がなくなるのである。

また、動産の場合は、優先弁済請求権を認めることによって、留置権者を配当に参加させることと引き換えに、目的物の引渡しを拒むことを認めないとする法制が採りやすくなるという利点がある。すなわち、これとは反対に動産留置権者を配当に参加させないまま目的物の引渡しを拒めないことにすると、動産執行の開始によって留置権が消滅するのと同様のことになり、現行破産法が抱えている問題に戻ってしまうわけだが、配当に参加させるのであれば、引渡しを拒めないことにしても問題はないということである。現行法の規定では、目的物に対する執行の際に、目的物の引渡しを拒まずに任意に提出すれば留置権が消滅するのに対して、目的物の引渡しを拒めばそのまま目的物を留置できる結果、動産競売の開始を阻むことができるという不均衡な法制となっており、引渡しを拒むことを認めない法制を採用する必要性は高いのである。

以上のように、留置権に優先弁済請求権を認めて配当に参加させることにより、留置権が民事執行手続の障害となることを可及的に回避することが可能となる。そして、留置権を個別執行で消除することができるので、民事留置権を別除権とすることへの障害も少なくなるのである（これによって、商事留置権との取扱いの著しい不均衡を解消することができ、かつ、民事執行法では留置権を事実上の最優先としながら、破産法では冷遇するという事態も生じなくなる）。

しかしながら、上記の議論は、留置権者を配当に加入させることを前提としているので、序章で述べたような3つの問題が生じる。以下ではこれらの問題について、順次検討していくこととする。

## 第2章 配当における他の担保権との調整

### 第1節 総説

現行の民事執行法では、留置権は事実上の最優先の担保物権として取り扱わ

れており、また留置権者には配当はなされないので、留置権と他の担保権との調整という問題は生じない。しかしながら、留置権に優先弁済請求権を認めて配当に加入させるとなると、他の担保権との関係を法律上規律する必要が出てくることになる。この留置権を配当に加入させた場合の他の担保権との関係については、さまざまな考え方がありうる。

一つの考え方として、留置権をすべての担保権に優先して取り扱うという考え方がある（最優先モデル）。この考え方の主な根拠は、①対抗力を具備した時点の先後関係で優劣を決すると、ほとんどの場合抵当権などに留置権が劣後し、留置権者の保護に欠けること、②留置権は被担保債権の弁済期が到来するまで成立しないことから、債権成立と同時に登記をすることが可能な抵当権と同じ土俵で優劣関係を決するのは不当であること、③民事留置権は物と被担保債権の間に牽連性が要求されており、また、民事留置権は物の価値の維持や増加に要した費用について認められることが多いことから、共益的性格が強いこと、④時間や資料が限られている執行手続では対抗力具備の時期の調査が困難なことがありうること、などである<sup>33)</sup>。

他方、留置権と他の競合する担保権の優劣は、対抗力を具備した時期の先後によるという考え方もありうる（対抗問題モデル）。この考え方の主な根拠は、留置権には公示がないことから最優先とするのは妥当ではなく、対抗力の具備の先後関係で決するのが公平であるということである<sup>34)</sup>。

しかし、このような考え方には、以下のような問題点がある。

まず、前者の最優先モデルには、相対的に抵当権の効力が弱くなる結果、留

---

33) 以上につき、森田浩美「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見と今後の検討課題」判例タイムズ1094号（2002年）57頁、古賀政治「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する日弁連意見の取りまとめ状況」判例タイムズ1094号（2002年）79頁参照。なお、国税徴収法21条は留置権を国税や他の担保権に優先して配当することを定めているが、この立法趣旨に③のことが挙げられている（吉国二郎=荒井勇=志場喜徳郎『国税徴収法精解』（大蔵財務協会、2002年）182頁）。

34) 森田・前掲（注33）79頁。

置権が抵当権の実行妨害に利用されるおそれがあり、民事執行法において留置権が事実上最優先の担保権として扱われているという問題の解決になっていないという問題がある。また、双務契約において、債権・債務の一方が物の引渡債務であったという場合も留置権が成立するとされているが、このような場合は共益的な性格が強いとはいえないという問題もある。

次に、後者の対抗問題モデルには、留置権の被担保債権の中には共益的なものもあるから、常に対抗力の具備の先後で決めるのは妥当ではないのではないかという問題がある。例えば、占有者の費用償還請求権（民196条）のような目的物の客観的価値を維持・増加させる債権（共益的債権）は、当該目的物の執行手続において配当を受ける者が共同してこれを負担すべきものであると考えられるし、また、このような目的物に担保権を有していた者は、減価したときの価値又は増加する前の価値を把握しているにすぎないのであるから、この債権は担保権者に優先して行使させるべきであると考えられる。とするならば、留置権と他の担保権の関係を常に対抗問題と理解すべきではないのである。

以上からすると、他の担保権との調整という問題は、留置権を一律に最優先として扱ったり、一律に他の担保権の対抗要件具備との先後関係で優劣を決したりすれば解決するという単純な問題ではなさそうである。そこで、この問題についてどのように考えればよいのかについて、次節以下ではまず既存のアプローチについて触れることとし、その後に私見を述べることにしたい。

## 第2節 留置権と他の担保権との優劣関係についての2つのアプローチ

この問題についての注目すべきアプローチとして、被担保債権の種類によって、最優先とするのか、対抗力の具備の先後で優劣を決するのかを判断しようとする考え方がある。

まず、被担保債権が目的物の価値の維持・増加を原因として生じた場合、すなわち被担保債権が共益的債権の場合に限っては、仮に留置権の成立が他の担保権の対抗要件具備に後れるとしても、他の担保権との関係で留置権を最優先として扱い、それ以外の場合は、留置権の成立と他の担保権の対抗要件具備の

先後で優劣を決しようという考え方がある（この考え方を、以下では仮に共益的債権アプローチと呼ぶこととする）<sup>35)</sup>。このアプローチは、共益的債権の場合は、担保権者全員でこれを負担するのが公平であるという考え方に基づいている<sup>36)</sup>。このアプローチで留置権が最優先として扱われるのは、被担保債権が目的物の価値の維持・増加を原因として生じた場合であり、占有者の費用償還請求権（民196条）などに加えて、請負代金債権などもこれに含まれるとされる。なお、目的物の価値の維持・増加に限るので、物から生じた損害についての損害賠償請求権などはこれには含まれない。

次に、留置権の被担保債権の牽連性は、フランス民法学説の影響を受けて物的牽連と法的牽連（これらについては次節第2款で詳述する）に分けて分析されるが<sup>37)</sup>、この分析の枠組みを基に、物的牽連の場合の留置権は、仮に留置権の成立が他の担保権の对抗要件具備に後れるとしても、他の担保権との関係で最優先として扱うという考え方もありうる（この考え方を、以下では仮に物的牽連アプローチと呼ぶこととする）<sup>38)</sup>。物的牽連関係にある被担保債権の債務者は、その負担を負う限りでは他の債権者は期待を害されないから、物的牽連の留置権には絶対的対抗力があるという考慮に基づいている<sup>39)</sup>。このアプローチで留

---

35) 鈴木・前掲（注9）223-224頁、田高寛貴「個別執行と留置権——抵当権との衝突事例をめぐって——」堀竜児=鎌田薫=池田真朗=新美育文=中舎寛樹編・伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』日本評論社 2006年75頁、81頁。

36) 同じ共益的債権の担保たる一般の先取特権が最優先の優先弁済請求権を与えられていないこととの整合性をどう説明するかという問題が生じるが、この点については、留置権の場合は被担保債権と目的物との間に牽連性があるという独自性を有するからであると説明される。鈴木・前掲（注9）223-224頁。

37) 例えば、関武志『留置権の研究』（信山社、2001年）、清水元『留置権概念の再構成』（一粒社、1998年）など。

38) 清水・前掲（注37）167頁は、現行法を前提に、引渡拒絶権を對抗するという次元でこのことを論じているのであって、留置権者に配当に参加する権利を与えた場合について論じたものではない。しかし、他の担保権者の期待が害されないという点を根拠にするなら、配当の場合でも同様に考えられるのではないかということで、筆者なりにこの考え方を咀嚼してみた結果である。

39) 清水・前掲（注37）176頁参照。

置権が最優先として扱われるのは、後述するように占有者の費用償還請求権や民法661条、717条、718条などの物から生じた損害についての損害賠償請求権（以下、「物が惹起した損害賠償請求権」と表記する）などのその物自体から生じた債権が被担保債権である場合（物的牽連の場合）に限られ、契約を媒介にして生じた債権が被担保債権である場合（法的牽連の場合）は含まれない。

これらの見解についての検討を次節で加えたいと思う。

### 第3節 2つのアプローチの検討

#### 第1款 共益的債権アプローチについて

物の価値の維持・増加を原因として生じた債権を留置権の被担保債権とする場合、他の担保権者は物の価値が維持・増加されたことにより、目的物について他の担保権者が把握していたはずの本来の価値よりも上昇するのであるから、このような場合の留置権を最優先として扱うということは、具体的妥当性の観点から評価できる。本稿も、この発想を基本的な考え方としている。

しかし、物が惹起した損害賠償請求権については、目的物の価値の維持・増加を原因として生じた場合ではなく、他の担保権者を益するところがないから最優先としては扱わないという議論がなされているが<sup>40)</sup>、これはどうであろうか。例えば、破産法において、いわゆる本質的財団債権となるのは<sup>41)</sup>、広い意味で破産債権者の利益にかなう費用であるが（破148条1項1号、2号、5号ないし8号、148条4項、150条参照）、その中には破産財団に関し破産管財人がした行為によって生じた請求権（破148条1項4号）も含まれている。これは、破産手続の遂行という利益享受と不可分のコストであるからと説明されており、公平の見地から利益を受ける者は損失も負担せよという考慮に基づいている<sup>42)</sup>。このような報償責任的な発想は、手続法に限らず民事法のさまざまな分野で見

40) 鈴木・前掲（注9）223-224頁。

41) 中西正「財団債権の根拠」関西学院大学・法と政治40巻4号（1989年）363頁。

42) 山本=中西=笠井=沖野=水元・前掲（注1）177頁〔沖野眞巳〕、伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、2007年）220頁。

られるが、このような発想を前提とすると、「共益的」というタームには、共同して負担すべき損失も含むと考えるべきであろう。とするならば、物が惹起した損害賠償請求権も、共益的債権に含めて考えるべきこととはならないだろうか。本稿は、後述するように、物が惹起した損害賠償請求権を被担保債権にする場合であっても必ずしも最優先としては扱わないという立場を採るので、大きな問題はないのであるが、やはり「共益的」という説明以上のものが必要であると思われる。

また、このアプローチは、請負代金債権を共益的債権としているが、請負代金債権は契約関係に基づいて発生する債権であり、この全体が物の価値を維持・増加させることによって他の担保権者を益するものとは限らないから、これも問題点である。

---

43) 1804年に成立したフランス民法の留置権 (*droit de rétention*) の解釈論において、契約不履行の抗弁権 (*exceptio non adimpleti contractus*) と物権としての固有の意味における留置権を峻別して理解する学説であり、20世紀初頭にカッサン (Rene Cassin) が提唱したものである。成立当初のフランスの学説は、留置権は個別具体的な場面に応じた法律の規定がなければ成立しないとしていたが、牽連性概念 (*connexité*) を機軸として、適用範囲を拡大する (双務契約関係をも含める) 方向に次第に学説が移行した。しかし、留置権は第三者対抗力があることから、双務契約関係における履行拒絶を留置権に含めて考えるのは、契約関係を超える効力を認めることとなる。そこで、カッサンは契約不履行の抗弁権を留置権から切り離すことを企図して、その牽連性が物的牽連関係のものである場合には留置権の問題として考えることとし、契約関係のような法的牽連関係の場合には契約不履行の抗弁権と考えることとしたのである。その後のフランスの学説は、この峻別論を軸に、両者の区別の基準について議論しているようである。以上につき、清水・前掲 (注37) 12-36頁参照。

44) ドイツ民法 (BGB) 273条も法的牽連と物的牽連を書き分けているとされている。BGB273条1項は、「債務者がその債務を負担したのと同じ法律関係により、債務者に対して弁済期に達した請求権を有する場合において、債務関係により別段の結果を生じない限り、債務者は自己に帰属すべき給付を受けるまで、その負担する給付を拒絶することができる (留置権)。」としており、同条2項は、「目的物を返還すべき義務を負うものがその目的物に加えた費用又は目的物により生じた損害について、既に弁済期に達した請求権を有するときも同様である。」としている。前者が法的牽連の場合で、後者が物的牽連の場合である。

## 第2款 物的牽連アプローチについて

実体法上の留置権の議論においては、フランス民法の留置権学説であるカッサンの峻別論<sup>43)</sup>の影響など<sup>44)</sup>から、留置権の被担保債権との間の牽連性は物的牽連と法的牽連に分けて分析されてきている<sup>45)</sup>。

まず、物的牽連とは、契約関係を媒介とせず、物と債権が牽連する場合であって、比喩的な言い方をすれば物自体が債務を負担すべき場合である。この例としては、物の占有者が費用償還請求権を被担保債権にその物を留置するという場合や、物が惹起した損害賠償請求権を被担保債権にその物を留置する場合がある。これに対し、法的牽連とは、双務契約関係を媒介として、債権・債務関係の原因が共通であることに基づいて債権同士が牽連する（物の引渡請求権と反対給付請求権が牽連する）場合である。例えば、売買契約や請負契約において、売買代金債権や請負代金債権を被担保債権に売買目的物や請負目的物を留置するといった場合のように、契約関係によって生じた債権を被担保債権とする場合である<sup>46)</sup>。

このように、物的牽連には、占有者の費用償還請求権（民196条）と物が惹起した損害賠償請求権があると考えられてきており<sup>47)</sup>、そしてこれらを被担保債権とする場合は、その債務者は留置権の目的物を引当てにする他の債権者全員となるので、留置権の負担を負わされたとしても、その限りで他の債権者は期待を害されないと論じられている<sup>48)</sup>。この考え方について、以下検討する。

---

45) いわゆる「債権が目的物自体から生じた場合」と「債権が物の返還請求権と同一の法律関係から生じた場合」に対応する。

46) 以上につき、清水・前掲（注37）26頁など。

47) 清水・前掲（注37）156頁以下、関・前掲（注37）121頁以下。

48) 占有者の費用償還請求権を被担保債権とする場合には、その利得者は留置権の目的物を引当てにする他の債権者全員となるから、留置権の負担を負わされたとしても、その限りで他の債権者は期待を害されないということである（清水・前掲（注37）176頁参照）。物が惹起した損害賠償請求権を被担保債権とする場合には、物の利益を享受する者（特に所有者）は、物自体が負担すべき（物自体から生じた）損害賠償債務をも負担すべきであるから、目的物を引当てにする者もその負担を負うべきであるということであろう。

まず、費用償還請求権の場合、その請求権の成立について「回復者」（民196条）には過失などの帰責原因が不要なのであって、物に利益を加えた占有者が、その利益を享受することとなる回復者から、その利益を回収するという一種の不当利得の考え方に基づくものである。つまりは、まさに物自体に付着する利益を享受する者は誰であるのかという観点から債務者が決せられるのである。とするならば、他の担保権者は物自体に付着する利益を享受する者なのであるから「回復者」と同様に考えることができ、この債務の負担を他の担保権者に負わせたとしてもその期待を害することはないといえる。

一方、物が惹起した損害賠償請求権の場合、フランス民法では寄託物が惹起した損害の場合や動物が惹起した損害の場合などは、所有者の責任が無過失責任的に構成されていることから、物が惹起した損害賠償債務は必ず所有者が負うこととなっている<sup>49)</sup>。しかし、わが国の民法の場合は、いずれの場合も所有者であるからという理由での無過失責任を認めていない<sup>50)</sup>。すなわち、寄託の場合は「寄託者」が責任を負い（民661条）、動物が惹起した損害賠償の場合は「動物の占有者」が責任を負うこととされており（民718条）、そして、前者の場合は寄託物の性質又は瑕疵を過失なく知らなかった場合やそれを受寄者が知って

---

49) したがって、前注の後段に記述したことが妥当することになる。

フランス民法においては、不可抗力を抗弁に免責されることがあると解されているが、それ以外の場合は所有者は責任を負わなければならない。なお、ドイツ民法においては、寄託物が惹起した損害の場合は契約締結上の過失責任の問題とされている。関・前掲（注37）193-194頁、202頁注24など参照。

50) 関・前掲（注37）195-197頁は、（寄託物などの）物の性質又は瑕疵により生じた損害賠償責任について、動物占有者の責任（民718条）の「占有者」には間接占有者が含まれ、所有者は間接占有者であり得るから、この規定を類推適用して、所有者への損害賠償請求を認めようとする。しかし、この議論は、動物占有者の損害賠償義務も寄託物から生じた損害賠償義務も共に「物的牽連」であるという点に、実質的な類推の基礎を求める議論になっているように思われる。

また、清水・前掲（注37）159-160頁は、物の瑕疵により生じた損害賠償責任について、「客観的な」物の瑕疵によって生じた損害にかぎっては、工作物責任（民717条）の類推適用により回復者（たる所有者）に損害賠償義務と留置権の負担を負わせることの可能性を示唆する。しかし、この議論には、後掲注60で指摘するような問題があると思われる。

いた場合は免責されることとなっていて、後者の場合は占有者の管理に過失がなかった場合には免責されることとなっていることから、両者とも一応過失責任として構成されている。

とするならば、両者の損害賠償義務は、まさに過失のある者が負担する債務であって、他の担保権者にこの負担を負わせることは、損害を惹起した物を引当てにしようとしているという理由のみで、他人の帰責性を担保権者に転嫁する結果となる。したがって、これは他の担保権者の期待を害するものといえよう。

この見解の発想は、物に関して生じた経済的な正の部分も負の部分も物の経済的価値を把握する他の担保権者に負担させるという見地からすれば正当である。しかしながら、わが国の民法においては、物が惹起した損害については、基本的にそれについて帰責性のある者が負うということになっている以上、物が惹起した損害賠償請求権は、物に関する債権ではあるが物自体の責任ではなく、あくまで個人責任なのであって、他の担保権者に負担させることのできる筋合のものではない。

以上からすれば、フランス法的な意味での物的牽連という概念をメルクマールにすることは困難であろう。

## 第4節 私見

### 第1款 本節の目的

留置権が担保物権であるということを前提とするならば、他の担保物権と留置権とは基本的には同列に扱うというのが、基本的な発想になるはずである<sup>51)</sup>。

---

51) 留置権の担保物権性については議論が存在している（例えば、三ヶ月・前掲（注4）188-191頁、桜井・前掲（注12）147頁、同159頁注17、斎藤和夫「『留置権競売』考——民事執行法195条の根本問題の検討——」法学研究（慶應義塾大学）80巻12号（2007年）80頁など。また、清水・前掲書（注37）は、物的牽連の場合に限って、物権としての留置権の成立を認める）が、ここではこの点に踏み込むことはしない。なお、仮にこの点を措くとしても、少なくとも先に成立した権利が後に成立した権利に劣後するということには、特別の政策的考慮が必要であると考えられるので、やはり留置権は他の担保物権と同列に扱って対抗問題と考えるのを原則とするべきであろう。

また、留置権が民事執行において事実上最優先として扱われている問題を解消しようとするのであれば、やはりこのような発想にならざるを得ない。したがって、いかなる場合に留置権を特別に最優先として扱うことができるのか、という観点から検討されるべきである。そして、留置権を特別に最優先として扱うことができる場合とは、結局他の担保権者が留置権の負担を甘受することが当然といえる関係にある場合でなければならないであろう。そこで、このような場合とはどのような債権を被担保債権する場合であるのか、ということが理論的に説明されるべきである。

さて、前節までの検討で、共益的債権アプローチに関しては、物の価値を維持・増加させる債権に着目するその発想は注目に値するものの、「共益的」ということ以上の説明を要するとの結論に至った。また、物的牽連アプローチに関しては、契約関係から生じる債権（法的牽連）を除くという発想は注目に値するものの、必ずしも物的牽連という概念が、その議論の意図するところのメルクマールとはならないとの結論に至った。もちろん、これらの見解の根本的発想は基本的に是認できるものである。しかし、結論的には、前者に関しては、最優先となる物の価値を維持・増加させる債権に、契約関係に基づく請負代金債権を含めているため、請負代金債権の全体が最優先と扱われてしまう点が問題であり、後者に関しては、「物的牽連」という概念を軸に、物が惹起した損害賠償請求権について過失責任となっているものも含めて、全て最優先として扱うことになる点が問題である。

これらの考え方の発想の注目点及び結論の問題点を受けると、他の担保権者が留置権の負担を甘受することが当然であるといえる関係にある債権として、例外的に最優先として扱われるべき被担保債権は、物の価値を維持・増加させる債権のうちから契約関係から生じるものを除いたものと、物が惹起した損害賠償請求権のうちの過失責任ではないもの、ということになる。そして、このような結論をいかなる理論的な説明により是認することができるのか、ということ进行を解明するのが本節の目的である。

## 第2款 留置権と他の担保権の優劣関係について

本稿の立場では、留置権は、物の引渡しを拒絶することができる権利（引渡拒絶権）であり、かつ、一般債権者に先立って被担保債権の満足を得ることができる権利（優先弁済請求権）であるが<sup>52)</sup>、以下ではこの留置権の機能を、通常の場合と執行の場合とで区別して考察してみたい。

まず、通常の場合（執行手続外）では、留置権の主たる機能は専ら引渡拒絶権であり（優先弁済請求権は内在しているにすぎない）、これが被担保債権の債務者に主張される場合は、事実上の全額弁済請求であるのに対して<sup>53)</sup>、これが第三者に対して主張される場合は、留置権の物権としての効力としての留置的効力を対抗しているにすぎない。

では、執行の場合（執行手続内）ではどのように考えられるのであろうか。本稿の立場では、留置権者を配当に参加させることにより、不動産の場合は引受主義を採らないこととし、動産の場合も留置権者は差押えを拒むことができないこととするので、結果として、執行の開始により留置権の機能から引渡拒絶権が消滅することとなる。その代わりに、留置権には配当を受ける権利を認めるので、留置権の機能は専ら優先弁済請求権となる。すなわち、執行の場合に移行することにより、留置権の機能は、引渡拒絶権から優先弁済請求権へと移行することとなるのである<sup>54)</sup>。とすると、いわば引渡拒絶権が優先弁済請求権に転化するということになるのであるから、その優先弁済請求権の内容は引

---

52) 現行法では、留置権は、物の引渡しを拒絶することで（引渡拒絶権）、被担保債権の満足を得ることを目的とする権利（履行強制効）である。現行法における留置権の債権保護機能は、引渡拒絶によって間接的に弁済を強制することになる事実上の効力によるものに過ぎないが、本稿の立場のように留置権者を配当に加入させることを認めることにすると、それは事実上のものではなく法律上の効力（優先弁済請求権）によるものとなる。

53) 他の担保物権は目的物の経済的価値を把握しているだけであるのに対して、留置権は目的物の引渡しを拒絶するという形で事実上履行を強制する権利である点が特徴である。通常の場合では、他の担保物権の場合は被担保債権自体の効力として履行を強制できるととどまるのに対して、留置権者は被担保債権自体の効力のみならず、留置権の事実上の強制力をも用いて、履行を強制することができるのである。

渡拒絶権の内容に応じて決せられるべきである<sup>55)</sup>。したがって、優先弁済請求権が被担保債権の債務者に主張される場合は、留置権者は全額の弁済を請求できることになるのに対して、それ以外の第三者に主張される場合は、留置権者とその者との関係は対抗関係となるにすぎないことになる。

とすると、このように通常の場合（執行手続外）と執行の場面（執行手続内）を分けて考え、さらに進んで執行手続外とは別個の当該執行目的物のみをめぐる独自の法律関係を執行手続内において想定するならば、優先弁済請求権が主張される執行手続内において留置権の負担を甘受しなければならないのは、執行手続内において被担保債権の債務者となるべき者であるということになる<sup>56)</sup>。そして、留置権を最優先として扱うためには、執行手続に参加して配当を求める者全員が、執行手続内において被担保債権の債務者となるべき関係にある場合でなければならない。したがって、執行手続内において、他の執行手続の参加者の全員が被担保債権の債務者となる場合は、留置権者には最優先で配当す

---

54) 現行法の留置権の解釈においては、引渡拒絶の間接効果として弁済を強制することができるにすぎず、留置権の債権保護機能が引渡拒絶権と独立にはありえないから、引渡拒絶権が消滅すれば留置権の債権保護機能も消滅することとなる。本稿の立場では、留置権の債権保護機能は、引渡拒絶権及び優先弁済請求権によるものであるが、通常の場合では専ら前者に、執行の場面では後者のみによることになる。

55) 留置の効力のある担保物権のうち、質権は換価権をその機能の中心にする物権であって留置の効力が担保物権としての債権保護機能の中心ではないのに対し、留置権は引渡拒絶権を担保物権としての債権保護機能の中心とするので、引渡拒絶権の内容をどう捉えるのかで、同じく債権保護機能の中心である優先弁済請求権の内容を決することには十分な合理性があろう。

56) 債務者となるといっても、それは執行手続内（という世界における法律関係を仮に想定するとして、その世界の中）に限定した議論であるから、執行の対象となっている目的物以外の一般財産が責任財産となるのではなく、あくまで執行の対象となっている目的物のみが引当てとなることを想定している。蛇足ではあるが、これに対して、仮に執行手続で優先する留置権が看過されて、他の執行手続の参加者が利得した場合は、執行手続外の世界において不当利得がある以上（これは一般不当利得ということになる。最2小判平成3年3月22日民集45巻3号322頁は、配当期日に異議を述べていない担保権者であっても、執行手続終了後において、配当を受けた者に対して不当利得返還請求をすることを認めている）、それらの者の一般財産を責任財産として弁済を受けることが可能である。

べきこととなり、そうではない場合は、対抗問題として公示の先後で優劣を決すべきこととなるのである<sup>57)</sup>。

さて、ここで問題となるのは、執行手続に参加している者全員が、執行手続内において被担保債権の債務者となるべき関係にある場合とは、どのような場合であるのかということである。この点については、執行手続内、すなわち優先弁済請求権を主張する場面では、まさに目的物の所有権のうちの経済的価値の側面のみが問題となっている点が重要である。

まず、担保権を有する者は、目的物の所有権のうちの経済的価値の部分把握する者であるが、執行手続内においては経済的価値の側面しか問題とならない以上、これらの者は執行手続内においては所有権者としての立場に立っていると考えられる（手続に参加した一般債権者も配当を求めうる限りで執行手続内においては同様である）。また、他面では、これらの者は目的物の経済的価値の実現・配当を求めて執行手続を行っているのであるから、執行手続内においては、これらの者が目的物（の経済的価値）の引渡しを請求しているに他ならないと考えられる。このように、執行手続内では目的物の経済的価値の側面しか問題とならないという点に着目するならば、執行手続内においては、執行手続に参加している者全員が、配当を受けることによって債権の満足を得るために、所有権（のうちの経済的価値の部分）を主張し、また、留置権の目的物（の経済的価値）の引渡請求をしているものと理解できるのである。

とすると、執行手続に参加している者全員が執行手続内において被担保債権の債務者となる被担保債権とは、所有権を主張する者が被担保債権の債務者になる性質を持つ債権、もしくは、物の引渡請求権者が被担保債権の債務者になる性質を持つ債権（執行手続に参加している者の全員が目的物の引渡請求権者となるから）、ということになる。

では、具体的には、このような債権には、どのようなものがあるのであろうか。結論から述べると、以下に詳述するように、債務者となる要件が「所有者」

57) 関・前掲（注37）167頁は、現行法を前提として、留置権の引渡拒絶権の対抗の問題として、同様のことを述べているが、本稿も同じ発想を用いた。

や「回復者」となっているものである。

まず、占有者の費用償還請求権を被担保債権とする場合の債務者は、必ず「回復者」（民196条）である。所有者が回復者である場合を例にとると、当初の所有者が所有者であった時点で費用償還請求権が生じたとしても、その後所有権の移転があり移転後の所有者が返還請求をした場合は、その移転後の所有者が「回復者」として費用償還債務を負うことになるのである。つまり、物の引渡請求権者は必ず被担保債権の債務者になる。

また、添付に基づく償金請求権（民248条）を被担保債権とする場合の債務者は、必ず所有者もしくは所有権取得者であり、所有権を主張する者が被担保債権の債務者になる。

さらに、留置権者が留置物について支出した必要費（留置権者による費用償還請求権、民299条1項）に関しても留置権が成立するとされているが<sup>58)</sup>、この場合においても、被担保債権たる必要費の債務者は必ず「所有者」であるから、添付に基づく償金請求の場合と同様である。

したがって、物権法の領域で生じる債権である占有者の費用償還請求権や添付に基づく償金請求権、留置権者による費用償還請求権については、これを被担保債権とする留置権は最優先として扱われるべきことになる<sup>59)</sup>。この結論は、以上に述べた理由によるほか、物の価値の維持・増加の負担は他の担保権者も負うべきであるという公平の観点からも支持できると思われる。これらの債権の共通点は、物権法において生じる不当利得返還請求という性質を有していることにあるから、「物権法における不当利得」関係という概念は、留置権を最優先と扱うか否かについてのメルクマールとして機能させることができよう。

---

58) 最2小判昭和33年1月17日民集12巻1号55頁。なお、有益費に関しても同様のことがいえるが、裁判所によって期限の許与がなされると留置権は成立しない（民299条2項）。

59) 清水・前掲（注37）160頁は、物的牽連概念の拡張のために「所有関係の場で機能する」不当利得関係を挙げ、その際に添付に基づく償金請求権を物的牽連概念に含める可能性を示唆しているが、本稿はこの発想を参考にしている。

なお、他に「所有者」を要件とするものとして、工作物責任の二次的責任（民717条1項但書）があげられると思うが、実際とは生じない場面を想定せざるをえないことから<sup>60)</sup>、これについては論及することはしないことにしたい。

これらに対して、（i）物的牽連関係と考えられてきたもののうちの、過失責任となっている物が惹起した損害賠償請求権の場合は、債務者は帰責性のある「寄託者」や「動物の占有者」であるし、（ii）法的牽連関係の場合すなわち双務契約関係の場合は、債務者は契約の相手方であるから、所有者もしくは物の引渡請求権者がその性質上必ず被担保債権の債務者になるというような債権ではなく、執行手続内において執行手続に参加して配当を求める者全員が債務者となるという関係にはないので、留置権と他の担保権との対抗問題が生じることになる。それゆえに、契約から生じたものと過失責任のものは除かれるのである。

### 第3款 小括

結論としては、物の価値を維持・増加させる債権のうちの契約関係から生じるものを除いたものとは、「物権法における不当利得」関係の場合、すなわち占有者の費用償還請求権や添付に基づく償金請求権、留置権者による費用償還請求権のことである。また、物が惹起した損害賠償請求権のうちの過失責任ではないものとは、工作物責任の二次的責任の場合である。これらのような場合に限って、留置権者が他の担保権者に先立って配当を受けることができるとい

---

60) 工作物責任の一次的な債務者は「占有者」であるから（「所有者」は占有者の責任が認められなかった場合に二次的に無過失責任を負うにすぎない）、通常は占有者と損害賠償義務者が同一人となる以上、留置権が成立する余地はない。しかし、占有者が二次的責任を所有者に追及する場合には、留置権が成立する余地がある。もっとも、占有者が自身に過失なく占有物から損害を受け、所有者に対して損害賠償請求をするときに、占有者が自己の免責を主張して民法717条1項但書で所有者に無過失責任を追及できるという解釈をしない限り、このようなことは不可能である。したがって、理論的には不法行為に基づく損害賠償請求のなかにも、それを被担保債権とする留置権を最優先として扱うべき場面があることになるが、実際にはこのような場面は想定しがたい。

うことになるのは、これらは執行の場面で他の担保権者全員が債務者となる関係にある債権であって、まさに物の経済的価値を把握していることを主張する者が全員で平等に負担すべき債務であるからなのである<sup>61)</sup>。

以下では、留置権が最優先として扱われる場合としては、専ら前者の「物権法における不当利得」の場合を念頭において、議論を進めることとする。

## 第5節 契約関係において生じる「物権法における不当利得」関係

契約関係に基づいて生じる目的物の価値を保持・増加させる債権を被担保債権とする留置権は、前節の考え方からすれば、基本的に他の担保権との間で対抗問題として処理される。すなわち、留置権の成立時と他の担保権の対抗要件具備時の先後で優劣が決められることとなる<sup>62)</sup>。しかしながら、実際問題として、請負代金債権の確保のために留置権が行使されているという現状からすると、請負代金債権を被担保債権とする留置権が常に他の担保権との間で対抗問題として処理されるのは、弁済期（これが留置権の成立時となる場合が多い）が仕事完成時に到来することからすると、請負代金債権の保護に著しく欠けるのではないかという問題がある。この点について、若干の検討をしたい。

---

61) 執行手続内においては、執行手続に参加している者全員が「所有者」や「回復者」となるのであるが、「所有者」や「回復者」が要件となっている不当利得返還請求（民196条、248条、299条）は、物の経済的価値を把握する者に対して、第三者が物に加えた価値を返還させるものであり、「所有者」が要件となっている損害賠償請求（民717条1項但書）は、物の経済的価値を把握する者に対して、物の経済的利益を享受する以上損害も負担せよということで、物が第三者に加えた損害を賠償させるものであるからである。

62) 基準時を留置権の成立時（弁済期到来時と占有取得時のどちらか遅い方）ではなく占有取得時とする考え方もあるが（後掲注68参照）、そもそも権利が成立していない時点を基準として、その権利の対抗要件を具備するということがありうるのかは疑問である。なお、判例上は抵当権に基づく物上代位権の公示は抵当権設定登記であると解されているので、差押えにより現実化する以前の時点が基準となる点でこの発想と類似しているようにも見えるが、物上代位権はまさに成立している抵当権の内容をなすものであるから性質の異なる事態である。占有が未発生の潜在的な留置権を公示していると見ることはできないだろう。

まず、仮に、請負契約において目的物の価値の増加額が請負代金を超える場合は、請負代金を超過する部分について、注文者に対して請負人に添付に基づく償金請求権を行使させることは妥当ではない。このような場合の目的物の価値の増加は、請負契約の中で解決されている問題と考えるべきである。

しかし、請負代金の範囲内にある目的物の価値の増加分については、請負契約のみの問題として説明するのは相当ではない。なぜならば、請負は目的物の価値を保持・増加させる性質を持つから、請負代金債権の中には「物権法における不当利得」返還請求が含まれていると考えられるからである。例えば、①甲（請負人）が賃借人乙（注文者）との間の請負契約に基づき賃貸目的物の修繕工事をしたところ、その後乙が無資力になったため賃貸目的物の所有者である丙に対し、不当利得の返還を請求したといういわゆる転用物訴権についての判例<sup>63)</sup>の事案では、最高裁は甲が請負契約外の第三者である所有者丙に対して、修繕工事に要した財産について不当利得返還請求をする余地を認めているが、これは甲の乙に対する請負代金債権の一部を、不当利得という形で実質的に丙に負担させるものとみることができよう。なお、甲が目的物を占有していたわけではないので留置権の問題は生じなかったが、仮に甲が占有していれば、甲と乙との間で請負代金債権を被担保債権とする留置権が成立するのに加えて、さらに甲と丙との間の不当利得返還請求権を被担保債権とする留置権が生じる余地がある。また、②建物の建築の請負契約が締結され、目的物が建築途中の状態で元請人の乙が倒産し、材料を提供していた下請人の甲が工事を中断した後、注文者である丙が別の請負人に工事を続行させた判例の事案<sup>64)</sup>では、最高裁は建築途中の建物の所有権が甲に帰属することを認めなかったが、原審<sup>65)</sup>は甲に建築途中の建物の所有権を認めて、甲による完成後の所有者丙に対する添付に基づく償金請求を認容している。これは、甲の乙に対する請負代

63) 最1小判昭和45年7月16日民集24巻7号909頁、最3小判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁。

64) 最3小判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁。

65) 大阪高判昭和63年11月29日判タ695号219頁。

金債権の一部を、不当利得という形で実質的に丙に負担させたものとみることができよう。

このことからすれば、請負代金債権自体を被担保債権とする留置権が他の担保権との関係で対抗問題となるのはさておいて、請負代金債権に含まれていると考えられる「物権法における不当利得」については、その留置権は最優先として扱うことが許されてしかるべきである<sup>66)</sup>。したがって、請負人としては、利益などまでを見込んだ請負代金債権自体については他の担保権に劣後することがあっても、材料費その他目的物にかけた費用により価値が増加した（または維持された）部分については、他の担保権に優先して配当が受けられるものと考えるべきであろう<sup>67)</sup>。

## 第6節 商事留置権

### 第1款 商人間の留置権（商521条）及びそれに関する論点

商人間の留置権を含む商事留置権は法定の包括根質権としての位置づけがあり、また、商人間の留置権には目的物との牽連関係は要求されていないので、約定担保権と類似した性質を持っている。さらに、商人間の留置権は商行為によって生じた債権が被担保債権となることから、通常は契約関係に基づく被担保債権ということになる。

したがって、商人間の留置権の場合は、他の担保権との関係はすべて対抗問題であると考えるべきである。とすると、商人間の留置権が成立する場合でも、民事留置権を主張するほうが有利な場合がありうることになるが、もともと両者は別個の制度であるから、このことは格別の問題ではない。

---

66) 清水・前掲（注37）173頁では、前提は異なるものの同様の発想の提案が行われている。なお、抵当権者との関係では、目的物の価格の増加分のみについて留置権の被担保債権とし、債務者との関係では、請負代金債権全額について留置権の被担保債権とできるという考え方もあるが（座談会「近未来の抵当権とその実行手続—改正のあり方を探る」経済法令研究会刊・銀行法務21 600号（2002年）37頁以下〔松岡久和発言〕）、これも前提は異なるものの類いの発想である。

67) 賃借人による費用償還請求（民608条）などでも同様のことが考えうる。

ところで、建物建築の請負契約に基づく請負代金債権を被担保債権として敷地に商事留置権（商人間の留置権）が生じるかという問題に関連して、不動産への商事留置権の成否が大きな議論となっている。これは、不動産に商事留置権が成立することによって、担保権実行が事実上不可能となることによる不都合を問題とするものであるから、本稿のように、商事留置権は個別執行において消除され、商事留置権と他の担保権が対抗関係になると理解することで、抵当権が設定された後に成立した商事留置権によって抵当権に基づく担保権競売が事実上不可能になることはないという限度では解決されている。

しかし、本稿のように商事留置権と他の担保権との関係が対抗問題であると理解すると、前述の議論の中で一つの考え方として提起されている対抗関係説——不動産に商事留置権が成立し得ることを前提に、商事留置権と他の担保権との関係に対抗関係と理解して、抵当権設定登記に後れる商事留置権は抵当権に対抗できないなど考えることにより、商事留置権の効力を弱めることで前述の問題を解決しようとする考え方——と同様の問題状況が生じることとなる<sup>68)</sup>。そこで、現行法を前提とした議論についてではあるが、この点について以下に若干論及することとしたい。

対抗関係説について指摘されている問題点は、①土地に商事留置権が存在するかは現況調査でも判明しにくいので、裁判所が職権で調査する義務を生ぜしめることとはならないのか<sup>69)</sup>、②商事留置権は一種の根担保であるから後順位の抵当権者は残担保価値が明確に計算できないのではないのか<sup>70)</sup>、③AがXに対する抵当権を設定した土地上に建物を建てることを計画し、Yとの間で建物建築工事請負契約を締結したが（抵当融資はこの建物建築のためのものである）、Aは請負代金債権を全部支払わないうちに倒産し、土地・建物がAに引き渡されていないという事例においては、常に留置権者Yが劣後することになるが、建物建築費用のための融資であれば抵当権者はリスクが計算可能であるので、この結果が妥当だとはいいいくいのではないか<sup>71)</sup>、④商事留置権は債権と物との牽連性が要求されないので、被担保債権の存否（すなわち商事留置権の存否）を調査する手がかりはなきに等しいから、第三者に占有があって商事留置権の成

立のおそれがあるというだけで、不動産は担保不適格となってしまう、抵当権のような非占有担保の機能を阻害するのではないか<sup>72)</sup>、などである<sup>73)</sup>。

しかし、①の職権調査の義務の加重という指摘は、現行法上引受主義が採られていることから買受人の保護を目的としたものであり、消除主義を採用すればこのような必要は必ずしもなく、また、競売の際に留置権の証明をすべきであるのは専ら留置権者であると考えるべきであるから、この指摘は専ら現行法に妥当するものであるといえる。

また、②については、現行法では抵当権者は事実上留置権者に後れることと

---

68) いわゆる対抗関係説（秦光昭「判批」金融法務事情1437号（1995年）5頁を皮切りに、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）」金融法務事情1447号（1996年）34-36頁が詳しく展開した。その他に、新美育文「判批」判例タイムズ901号（1996年）48頁、三林・前掲（注5）104頁、横俤次「民事と商事の留置権の特徴（下）」NBL650号（1998年）45-47頁、小林明彦「抵当権と商事留置権」銀行法務21 560号（1999年）25頁、田中昭人「判批」ジュリスト1117号（1997年）195頁、片岡宏一郎「判批」銀行法務21 522号（1996年）38頁、工藤祐巖「建築請負人の留置権についての若干の考察」立命館法学271=272号（2000年）上巻985-987頁、西口元「判批」判例タイムズ1036号（2000年）57頁、田高寛貴「判批」判例タイムズ965号（1998年）50頁、がある。小林・田高は商事留置権についてのみ対抗関係説を採る。商事留置権の基準時について、片岡・三林・横・工藤は、成立時ではなく占有時であるとする）の論拠として挙げられているのは、次のような諸点である。①不動産留置権と抵当権の優先順位について明確な規定がない以上、時間的に先に対抗要件を備えたものが優先するのが原則である、②商事留置権の対象を「債務者の所有する物」に限定したのは、第三者の所有物には商事留置権が成立しないとする事で第三者の利益を保護する趣旨を含むから、すでに留置権の対象である土地に抵当権を設定した第三者の利益は害されてはならない、③商事留置権は、法定の包括根質権という沿革上の意義を有するから、担保権の競合として①のような理解をすることと調和する、④フランスの有力学説やドイツ法の対人的抗弁権構成も同様の考え方を採っている。以上につき、松岡・前掲（注5）92頁参照。

69) 加藤哲夫「不動産競売における留置権者の地位」民事訴訟雑誌44号（1998年）117頁。

70) シンポジウム「担保権の効力と不動産執行」民事訴訟雑誌44号（1998年）170頁〔清水発言〕。

71) シンポジウム・前掲（注70）168頁〔高木質問〕。

72) 浅生重機「リスク三題」銀行法務21 579号（2000年）7頁。

73) 本文で挙げたもののほかの批判については、松岡・前掲（注5）96頁注16の整理を参照。

なり、設定後の事情により残担保価値が変動してしまうのであるから、留置権と他の担保権が対抗関係にあるとしたとしても、留置権に後れた抵当権者が現行法よりも不利に扱われるわけではない。逆に、抵当権に優先する商事留置権の被担保債権は、抵当権の設定登記の時点までに生じたものに限られることになるので、現行法のように、事実上抵当権に対抗できてしまう商事留置権の被担保債権の範囲が無限定に拡大することはないのであって、両者の調整としてはかえって公平なのではないだろうか。

そして、③については、請負人の側も受注する際にリスクの計算が可能であるから、抵当権者よりも請負人を保護すべきであるということにはならないはずである。

問題は④である。商事留置権（商人間の留置権）は包括根担保であるから、それが成立しているおそれがあるというだけで担保不適格となってしまうという問題は無視し得ない問題である。しかし、抵当権の非占有担保としての機能は、設定者に目的物を自由に利用させることを認める点にその重要性があるのであって、設定時の占有関係にかかわらず優先的に権利の設定を可能にするというまでのものではない。そして、不動産が他の者に占有されている場合は、後の抵当権者が対抗できない占有権原が付着していることが多いのであるから、設定者の責任においてその占有を解かせるなり、または設定者の責任において抵当権者に対抗できる権利の有無及び限度を積極的に明らかにさせるなり、あるいは契約によって設定者に担保権が害された場合のリスクを担保させるなりするなど、設定者に何らかの作為を求めたとしてもさほど不当ではないと思われる。

したがって、商事留置権と他の担保権とが対抗関係に立つとしても問題はないと考えられる。また、不動産への商事留置権の成立を認めて差し支えないものと思われるが、この点についてはなお検討を要するところであろう。

## 第2款 その他の商事留置権

商法上の留置権としては、前述した商人間の留置権のほかに、代理商の留置

権（商31条）、問屋の留置権（商557条・31条）、準問屋の留置権（商558条・557条・31条）、運送取扱人の留置権（商562条）、運送人の留置権（商589条・562条）、船長の留置権（商753条2項）がある。

代理商の留置権やそれを準用する留置権については、目的物は商人のために当該代理商が占有する物又は有価証券とされ、被担保債権は取引の代理又は媒介をしたことによって生じた債権とされているが、商人間の留置権の場合と同様に、これらの間に牽連関係が要求されていない。したがって、継続的信用取引関係の維持・促進を目的とした法定の包括根質権としての性質を有する点や、契約関係によって生じた被担保債権である点において変わるところはないから、商人間の留置権と同様に考えてよい。

運送取扱人の留置権や運送人の留置権、船長の留置権など、運送品を目的とする留置権については、目的物は運送品であり、被担保債権は報酬債権や立替・前貸の返還請求権であるが、これらの間に牽連関係が要求されているため、この点において商人間の留置権や代理商の留置権とは異なっている。しかし、これは受取人保護の観点から牽連性が要求されているにすぎないのであるから<sup>74)</sup>、特に商人間の留置権や代理商の留置権と、商事留置権としての性質が異なると理解する必要はないであろう。

## 第7節 総括及び先取特権との関係

本章では、留置権は基本的に他の担保権とは対抗関係に立ち、留置権の成立の時点と他の担保権の対抗要件の具備がなされた時点の先後関係で優劣を決すべきであることを前提に、例外的に、「物権法における不当利得」関係の場合など、執行手続内の法律関係において執行手続に参加する者全員が被担保債

---

74) 近藤光男『商法総則・商行為法〔第5版〕』（有斐閣法律学叢書、2006年）232頁。なお、この点については、運送品を目的とする留置権については牽連性が要求されていることから、実質的には民事留置権の具体化に過ぎないとの考え方もあるが（鴻常夫「商事留置権」法学セミナー59号（1961年）28-29頁）、このように考えても、契約関係に基づく留置権であるから商人間の留置権と同様に考えられるので、結論には影響しない。

権の債務者となると理解される場合は、それらの者が有する担保権は留置権に劣後し、留置権は最優先として扱われるという結論を導いた。

ところで、本章では基本的に約定担保物権と留置権の関係を中心に論じてきたが、同じく法定担保物権である先取特権との優劣関係をどのようにするかという問題もあるので、この点について若干検討したい。まず、動産先取特権の場合、約定担保物権で同じく留置的効力のある質権との関係は一括処理の規定があるので（民334条）、留置権との関係もこれと同様の一括処理の規定をおくべきであろう。また、不動産先取特権の場合、約定担保物権である抵当権や不動産質権との関係については、不動産売買の先取特権の場合は登記の先後で優劣を決することとなるが、不動産保存や工事の先取特権の場合は、最優先として扱う必要性から一括処理の規定がある（民339条）。そこで、留置権との関係をどうするかであるが、同じ法定担保物権同士であるから、登記を要するとされている先取特権のほうを優先的に扱ってしかるべきであろうと思われるので、その旨の一括処理の規定をおくべきであろう。

なお、本稿の立場を採ると、留置権を主張する場面としてよく挙げられる請負代金確保の場面で——不動産先取特権が用いられることが民法上は想定されているが、登記が必要とされていることによりほとんど利用されておらず、代わりに留置権が用いられているというなかで——、留置権の効力が弱まることになる。しかし、不動産工事の先取特権は、登記がなされれば抵当権に先立って被担保債権の弁済を受けることができるのであるが（民339条）、この先取特権は不動産の価格の増加が現存する場合に限ってその増加額についてのみ存在するのであるから（民327条2項参照）、「物権法における不当利得」の部分で最優先として扱うのであれば、不動産工事の先取特権と留置権とで最優先で弁済が受けられる部分が同様になる。とすると、逆に両者のバランスがとれるものと思われるから<sup>75)</sup>、この点は問題ないと考えられる<sup>76)</sup>。

---

75) 生熊・前掲（注68）32頁を参照。

### 第3章 民事執行法上の競売申立権

#### 第1節 総説——民事執行法195条について——

民事執行法195条では、留置権には競売申立権が認められている。これは、旧競売法において、動産競売の申立人に留置権者が含まれており（旧競売3条1項）、また、不動産競売の申立人に留置権者が含まれていたことから（旧競売22条1項）、これらを引き継いだ規定である。旧競売法下のこれらの規定の解釈においては、留置権に基づく競売は原則として禁止されており、例外的に優先弁済請求権の認められている民法297条1項や裁判所の許可により競売を認める商法757条1項に備えた規定にすぎないとする有力説もあったが<sup>77)</sup>、通説は一般的に留置権に基づく競売を認めるべきであるとしていた。そして、民事執行法の制定以降は、留置権者に一般的な競売権を認めることにほぼ異論は

---

76) 結局、「物権法における不当利得」を被担保債権とする留置権と不動産工事の先取特権では保護の範囲は変わるところはなく（もっとも、不動産先取特権と異なり、請負代金債権のうち最優先とならない部分についても留置権は存在する）、ただ両者の間には、(i) 注文者が共同申請に応じることにより登記ができる場合には、不動産工事の先取特権を用いることにより、留置権にも先立って優先弁済が受けられるという差が、また、(ii) 執行のときに担保権の存在を立証する際には登記のある不動産先取特権のほうが容易であるという差があるにとどまるのである。

なお、留置権は引渡しの前段階で主張される法定担保物権であって、先取特権は（一部の動産先取特権を除いて多くの場合）引渡しの後にも主張される法定担保物権であるから、「物権法における不当利得」を有する請負人は、引渡しの前は留置権を主張し、引渡し後は先取特権を主張することとなろう。したがって、引渡し前後での役割分担は可能なのではないと思われる。引渡しの前は占有という公示があるのに対して、引渡し後は何の公示もなくなる点を考慮して、不動産先取特権には登記が必要とされるという制度設計を想定してはどうだろうか。なお、不動産工事の先取特権については工事の開始前に登記をすることを要するとしている点が問題であるが（民338条1項本文）、これは引渡しの時までに登記をするべきこととし、さらに進んで引渡しと同時に履行とすることも一考に値すると思う。

77) 薬師寺・前掲（注11）23-29頁は、留置権に優先弁済請求権がない以上、売却権もないはずであるから、「絶対ニ」競売申立権は認めてはならないとして、旧競売法3条1項や22条1項の規定を限定的に解するべきであるとする。

ない状況にある<sup>78)</sup>。

さて、留置権者に一般的に競売権が認められるとしても、この競売権が、その競売により優先弁済を受けることができる性質のものなのか（担保権実行としての競売）、それとも、換価のための競売としての性質のものにすぎないのか、という点は問題である。旧競売法下の多数説は、優先弁済請求権がないことから、一般債権者と平等の割合ではあるものの、換価代金の弁済充当権を認めていたようである<sup>79)</sup>。これに対し、民事執行法下の通説は、195条に基づく競売について、留置権に優先弁済請求権を認めないことを前提に、債務の弁済を受けるまで永く目的物を留置し続けなければならないという負担から留置権者を解放するために認められた換価のための競売、いわゆる形式的競売の一種であると解している<sup>80)</sup>。

しかしながら、留置権に優先弁済請求権を認めるのであれば、形式的競売の一種であるという理解は見直されてしかるべきであろう。また、現行法の下においても、これが形式的競売であると理解されているにもかかわらず、競売によって換価された目的物の代金である金銭（物に対する留置権は消滅し、その代わりに留置権者はこの金銭の上に留置権を有する）を物の引渡請求権者に返還する債務と、留置権の被担保債権とを留置権者が相殺することにより、事実上優先弁済が受けられることとなっており<sup>81)</sup>、実際には担保権実行としての競売を認めたのと同様の結果がもたらされているのであって、あえて形式的競売と理

78) 我妻・前掲（注2）44-45頁、鈴木=三ヶ月編・前掲『注解民事執行法（5）』（注28）357頁〔近藤〕。

79) 鈴木=三ヶ月編・前掲『注解民事執行法（5）』（注28）357頁〔近藤〕、我妻・前掲（注2）44-45頁。

80) 民事執行法195条がわざわざ「担保権の実行としての競売の例による」としているのは、それが「担保権の実行」そのものでないことを明らかにしたものであるとされる（鈴木=三ヶ月編・前掲『注解民事執行法（5）』（注28）357頁〔近藤〕）。なお、この形式的競売の際に、目的物に附着している他の権利が消除されるのか買受人の負担となるのかについては議論がある。

81) 我妻・前掲（注2）41頁、山木戸克己・前掲（注4）237頁。

解することの意味も問われるべきであろう。

そこで、——前章では留置権に優先弁済請求権を認めることを前提に、配当の順位について論じてきたが——本章では留置権に優先弁済請求権を認めることを前提とするならば、正面から担保権実行としての競売申立権をも認めるべきなのではないかという点を中心に検討することにする。

## 第2節 優先弁済請求権を認めた場合の競売申立権

### 第1款 担保・執行法制の改正における議論

法制審議会の担保・執行法制部会の議論を基に作成された法務省民事局による「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下「中間試案」）において、留置権について優先弁済請求権を与えたとしても、競売申立権を与えるかどうかについてはなお検討を要するとしており、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」（以下「補足説明」）では、「留置権者に競売の申立権を与えることとする場合には、留置権者は、留置権が成立した後直ちに競売の申立てをすることができることとなる。しかしながら、留置権が留置物の所有者の意思にかかわらず成立する担保物権であることや、その被担保債権額が極めて僅少である可能性もあることからすると、留置権者に競売の申立権を与えることは、所有者及び他の担保権者に対する負担に照らして必ずしも相当ではないと考えられるところである。」としていた<sup>82)</sup>。

これに対する反応としては、各地裁・高裁の賛否を最高裁判所事務総局民事局が集計したものとすると、競売申立権を与えることに反対が51庁・賛成が1庁・意見なし3庁・その他が3庁であった<sup>83)</sup>。

また、日弁連では、競売申立権を与えることに東弁・一弁は反対、二弁は両論併記、大阪弁護士会は賛成であった<sup>84)</sup>。大阪弁護士会の賛成意見の理由は、「目的物に関する法律関係の迅速な処理のために、留置権者にも競売の申立権

82) 法務省民事局参事官室・前掲「補足説明」（注6）113頁。

83) 最高裁判所事務総局民事局「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見」判例タイムズ1094号（2002年）66頁。

を与えるべきである」というものである。もっとも、この賛成意見には、留置権者が少額の被担保債権の弁済を受けるために競売を申し立てることによって、他の担保権者の競売申立時期選択権を害するおそれがあることを考慮して、「事前に所有者及び他の担保権者に弁済あるいは担保提供による留置権消滅請求を行う機会を与えることを条件とする」という留保が付されていた。

## 第2款 競売申立権の可否

### (1) 総説

留置権に優先弁済請求権を認めた場合における担保権実行としての競売申立権の可否という問題は、これまで必ずしも深く議論されていたわけではない。そこで本款では、肯定・否定それぞれの立場から想定される議論を自問自答的に述べた上で、その後に若干の私見を述べることにしたい。

### (2) 否定する場合の考え方

留置権に優先弁済請求権を認めたとしても、担保権実行としての競売申立権までは認めない理由としては、以下のようなものが考えられる。

①「補足説明」も指摘するとおり、留置権の被担保債権額は比較的僅少であることから、そこまでの社会的必要性はないのではないかと<sup>85)</sup>。

② 留置権の目的物の担保権実行としての競売を無条件で認めることは、所有者及び他の担保権者の利益を著しく害するもので不均衡な結果を招くのではないか。

③ 留置権の機能は、通常の場合では引渡拒絶権としての機能が専らであり、引渡しを拒絶することで被担保債権全額の弁済を間接的に強制する権利として

---

84) 古賀政治「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する日弁連意見の取りまとめ状況」判例タイムズ1094号（2002年）79頁。

85) 法務省民事局参事官室・前掲「補足説明」（注6）113頁。担保・執行法制の改正における議論において、「補足説明」が競売申立権を否定する論拠もこの点にあり、裁判所の多数意見がほぼ「中間試案」に賛成するものこの点にあるものと思われる。

設計されているから、積極的な換価機能を与えるのは、専ら履行拒絶権として機能してきた留置権の沿革にも沿わないのではないか。留置権に執行手続において優先弁済請求権を認めようとしているのは、個別執行の場面で事実上留置権が最優先として扱われていることによる弊害を是正することにより、執行段階で引渡拒絶権を配当受領権に転化させることによって、これを防止することで十分であるから、この限りで留置権の制度設計を変更すべきではないか。

④ 別除権として留置権を行使する場合において、目的物に留置権以外の担保権が付着していない場合にも、留置権者に担保権実行としての競売申立権を認めないのかという点は問題となりうる（留置権者は、留置権が別除権とされたことにより、手続外で留置権を行使し続けることができることとなるにも拘わらず、優先弁済を受けるための競売申立権がないために弁済が受けられないということはどう考えるのか）。しかし、別除権たる留置権の存在が総破産債権者の利益にならないと判断した場合は、破産管財人は、強制競売（破184条2項）もしくは担保権消滅の許可の申立てにより任意売却（破186条1項）をすることができるし、留置権の被担保債権の額が目的物の価格を上回することは考えにくく、留置権の付着した財産を換価することにより剰余金が生じるのが通常であるから、破産管財人にイニシアティブを与えるだけで足りるので、実際には問題がないのではないか。

### （3）肯定する場合の考え方

他方、留置権に優先弁済請求権を認めるならば、担保権実行としての競売をも認めるのが自然であること、また、留置権の行使にかかわらず被担保債権の消滅時効は進行するので（民300条）、担保権実行としての競売申立権を認めることが留置権者の便宜にかなうことから、他の担保権と同様に担保権実行としての担保権実行としての競売申立権まで認めるべきであると考えられることもできる。

これに対する批判としては、前述の①②③が考えられる。しかし、③については、担保権実行としての競売申立権を認めるか否かは立法政策の問題であるから、必ずしも沿革等にとらわれる必要はなく、適切な制度となるのであれば、

担保権実行としての競売申立権を認める制度設計をすべきであると考えられる。また、①については、売買や請負代金が被担保債権となっている場合などは、被担保債権額が比較的僅少であるとはいえないのではないかと。もっとも、②にある通り、被担保債権額の多寡にかかわらず、所有者及び他の担保権者<sup>86)</sup>の利益（特に競売時期選択権）を考慮する必要はあろう。そこで、担保権実行としての競売申立権を肯定するためには、被担保債権の債務者、所有者及び他の担保権者に、弁済の機会や担保の供与による留置権の消滅請求の機会を与える制度を設けることが不可欠であると考えられる<sup>87)</sup>。これによって所有者及び他の担保権者の利益を可及的に保護することができることに加えて、特に代担保の提供の機会を与えることには、被担保債権に見合った適切な約定担保権に切り替えていくことを促進する効果が見込まれるという利点がある。法定担保物権が約定担保物権の補充的な物権として機能しているという現実や近代法における法定担保物権の排斥の傾向などを考えれば、法定担保物権に過度に依存せず適切な約定担保権の設定を促していくことは、法制度としても妥当であろう。また、実際問題としても、このような機会を与えれば、目的物に成立した留置権に絡む問題は、多くの場合この時点で解決するものと考えられ、留置権に基づく競売が真に必要な場合を除いて行われることは少ないのではないかとと思われる。

---

86) 他の担保権者に関しては、留置権が最優先とされる場合でないならば、剰余主義（民執63条2項柱書等）によって反射的にその先順位の担保権者の利益は守られることが多かるが、留置権が最優先とされる場合はその利益を保護する必要がある。

87) 弁済の機会に関しては、被担保債権の債務者に認めるべきことは当然であり、所有者及び他の担保権者についても、被担保債権の弁済につき利害関係を有する第三者であることからすると（民474条1項参照、500条による代位が可能である）、このような機会を与えるべきであると考えられる。しかし、代担保の提供の機会に関しては、他の担保権者に代担保の提供を認める根拠が乏しいと思われるので、他の担保権者にこのような機会を与える必要があるかについては、なお検討を要するところである。なお、被担保債権の債務者に代担保の提供の機会を与えるのは、単に担保の切替えの機会を与えるものであるから特に問題はなく、所有者（物上保証人に類似している）の場合も同様である。このような制度の創設にあたっては、民法301条、379条以下、398条の22などが参考となろう。

#### （4）小括

以上の点を見るならば、肯定説・否定説ともにには優劣を決しえないが、担保権実行としての競売申立権を認めることにより、適切な約定担保権に切り替える効果が見込まれる肯定説の方に若干分があるものと考えられる。

なお、民事留置権と商事留置権では要件や沿革を異にするのであるから、質権的な商事留置権にのみ担保権実行としての競売申立権を認めるべきであるとする考え方もあり得るところであるが<sup>88)</sup>、民事留置権にも優先弁済請求権を認める前提に立てば、殊更に沿革の違いを強調して別異に解する必要はない。

### 第3節 留置権に基づく換価のための競売

現行法におけるような留置権に基づく換価のための競売は、担保権実行としての競売申立権を肯定する考え方によれば、あえてこのまま認める必要性は乏しいと思われる。

これに対して、否定する考え方にとれば、前述した通り保管に負担を要する目的物の場合にその必要性があることから、換価のための競売を認める必要があろう。しかし、この場合、目的物の引渡請求権者が有することとなる換価代金である金銭の返還請求権と被担保債権を相殺することによって、事実上優先弁済が受けられることとなり、換価のための競売とは名ばかりの、実質は担保権実行としての競売を認めているのと大差ないものとなりうることは前述の通りである。もしも、留置権に担保権実行としての競売を認めずに、単に換価のための競売のみを認めるとするのであるならば、このような相殺を認めてはならないであろう。そこで一案として、換価代金は留置権者に交付するのではなく、供託しなければならないこととすることが考えれる<sup>89)</sup>。この場合、供

---

88) 我妻・前掲（注2）45頁、生田・前掲（注1）124頁など。なお、三ヶ月・前掲（注4）190頁は、資本回収の要請が強く現れる商事留置権とは異なり、民事留置権の働く生活関係を考えれば、民事留置権の競売申立権は否定してよいとする。しかし、商取引の領域で民事留置権を用いざるを得ない場面もありうるから、こう言いきれぬかは疑問である。

89) 三ヶ月・前掲（注4）185頁注4参照。

託金還付請求権が差し押さえられた場合に、留置権者が優先権を行使できるように、留置権に新たに物上代位性を認めて、供託金の差押えの後は供託金の上に物上代位権を行使できるようにするなどの手当てをする必要があろう<sup>90)</sup>。

しかし、担保権実行としての競売を否定する考え方を採った上で、単なる換価のための競売を認めるならば、このように大分複雑な法制を採らざるを得なくなる。この点からも、端的に担保権実行としての競売を留置権にも認めた方がよいのではなかろうか。

#### 第4節 結論

以上の検討から考えると、担保権実行としての競売を肯定して留置権に基づく換価のための競売を認めないことにする方が法制として単純であること、また、留置権に基づく担保権実行としての競売の前に、被担保債権の債務者等に弁済の機会や担保の供与による留置権の消滅請求の機会を必要的に与えることを条件とすることにより、法定担保物権に過度に依存せず適切な約定担保権の設定を促す効果があることからすれば、端的に留置権にも担保権実行としての競売申立権を認めるべきであろう。

---

90) この義務供託を弁済供託の場合と同様に考えた上で、供託金還付請求をするためには反対給付を要する（民498条、供託10条、供託規則13条3項8号）ものと解するならば、供託金の上に留置権が存在しているのと同様の効果を得ることにさほど困難はないようにも思える。しかし、そもそもこの反対給付を要するというときの反対給付の相手は供託者なのであって、この義務供託の供託者は買受人（ないし裁判所や執行官）であるから、このように解することが直ちに可能なわけではない。仮にこのように解したとしても、今度は、換価前の目的物に他の担保権が存在していた場合に、その担保権者との関係で問題が生じる。すなわち、他の担保権者が物上代位権の行使として供託金還付請求権を差し押さえ取り立てようとする際にも、留置権者に対して反対給付をしたことを証明しなければならなくなるので（供託10条、同規則24条1項3号）、留置権者に反対給付をしなければ弁済が受けられないという意味で、留置権が事実上の最優先として扱われることになってしまうという問題が生じるのである。したがって、この義務供託を単純に弁済供託の場合と同様に考えることは難しい。とすると、供託金を占有していない以上留置権は消滅していると解するならば、還付請求権に留置権の効力を及ぼすためには、被担保債権の債務者以外との関係では、物上代位という形にならざるを得ないと思われる。

## 第4章 留置権の証明方法——対抗問題が生じた場合——

### 第1節 問題の所在

前章までで、留置権者には優先弁済請求権に基づいて配当加入が認められるほかに<sup>91)</sup>、さらに担保権実行としての競売申立権が認められるべき旨を論じてきた。これらの場合の配当額の決定において、留置権と他の担保権が競合し対抗問題が生じている場合には、他の担保権の対抗要件の具備と留置権の対抗要件の具備との先後関係が問題となる。そこで、留置権の対抗要件及びその具備時期をどのように考えるのかという問題が生じる。

また、留置権と他の担保権が競合し対抗問題が生じた場合には、留置権の対抗要件具備及びその時期を競売手続で立証することになるが、その際にどのような方法でそれらを立証するのかという問題も生じる。現行民事執行法上の担保権実行としての動産競売の申立てについては、担保権の存在を証する文書（民執190条2項）、配当要求についてはその権利を証する文書（民執133条、192条・133条）で証明することになっているから、動産の場合には私文書を含む文書で証明することになるのは問題がない。これに対して、不動産の場合には、現行法では認められていない留置権の登記制度を創設すれば、登記事項証明書の提出で留置権に関する証明ができるから、特に証明に関する問題は生じなくなるものと考えられるので、留置権に登記制度を設けるか否かについては一考を要するところである。そして、登記制度を認めないとした場合は、不動産の留置権の対抗要件具備及びその時期をどのような方法で証明するのかという問題を解決しなければならない。

---

91) 留置権者以外の者の申立てにより目的不動産の競売手続が開始された場合、当該不動産留置権者が配当加入するためには、設定登記のある他の担保権と異なり（民執87条1項4号参照）、配当要求の終期までに配当要求する必要があると考えられるが、競売手続が開始されたことを当該不動産留置権者がどのようにして知するのかという問題がある。この点については、民執49条2項の催告の対象に、知れている不動産の占有者を加えることで解決ができるように思う。

そこで本章では、留置権の対抗要件及びその具備時期をどのように考えるのかという問題を論じたい（第2節）、不動産の留置権の場合のこれらの証明方法について検討することとする（第3節）。

## 第2節 証明すべき事項

### 第1款 留置権の対抗要件

#### (1) 基本的認識

まず、動産については、占有以外に公示方法はないから、目的物の占有が成立要件かつ対抗要件（公示）であると考えたことには格別の問題はないと思われる。

次に、不動産についてであるが、留置権は不動産について成立する場合であっても、登記制度は現行法上存在しないので、登記制度を創設しない限り、目的物の占有が成立要件かつ対抗要件（公示）であると考えらるべきであろう。

なお、留置権が成立していない時点を基準に留置権を対抗するということは考えられないから、留置権が成立した時点における占有を基準に対抗問題を処理することになる以上、留置権の対抗力の具備時は留置権の成立時となる<sup>92)</sup>。

#### (2) 登記制度の創設の可否

もう一つの法定担保物権である先取特権については、それが不動産に成立す

---

92) 前掲注62参照。なお、この点については、目的物の占有に加えて、対抗する相手方の認識可能性を総合的に勘案して、対抗関係における優劣を判断するという考え方もあるところである（田高・前掲（注35）86頁）。例えば、売買契約により買主に目的物が引き渡され、売主により目的物に抵当権が設定された後、売買契約が解除されて買主が代金返還請求権を被担保債権に留置権を主張するという事案において、抵当権者は目的物の占有から抵当権設定時に留置権の存在を知りうる状況にあったので、解除後に抵当権が設定されたのと同様に考えるべきであるというのである（同82-84頁）。しかしながら、対抗関係の判断においては、第三者との関係を考慮するならば、優劣関係の客観的な明確性が重要であるから、やはり登記と占有の先後関係という客観的な基準によることを原則とし、具体的な事案において当事者の意図などを斟酌したときに結論が不当と見られる場合は、例外的に信義則や権利の濫用などで主張を排斥すれば足りると考えるべきである。

るものである場合は登記をしなければならないから（民337条、338条1項前段）、不動産に成立する法定担保物権に共通の規律として、不動産先取特権と同様に不動産留置権にも登記を必要とすることも考えられる。

しかしながら、不動産先取特権は登記を必要とすることによりほとんど利用されていないのが現状である。これは、登記は共同申請であるから、登記をするためには先取特権の物的負担を負う者の協力を必要とするが、これにはなかなか協力してもらえないという現実があるからである。そこで、不動産先取特権の代わりに、その負担を不動産留置権に帰する格好となっているのであり（特にその負担は留置権の中でも商事留置権に負わされている）、それが現実的に妥当ではないため、不動産への商事留置権の成否を問題とする議論が活発になされるのである。

結局、法定担保物権に登記制度を創設することによって、その使い勝手の悪さからそれを迂回する別の方法が考案されることにより、事実上無意味な法定担保物権となるということが起きているのであり、この二の舞を踏まないためにも、不動産留置権に登記を必要とすることは避けるのが妥当であると思われる<sup>93)</sup>。

### （3）小括

したがって、不動産留置権の場合も動産留置権の場合と同様に、他の担保権との間で対抗問題が生じたときは、留置権の成立の時点と他の担保権の設定登

---

93) 不動産に抵当権を設定する際には、登記簿の確認だけでなく留置権の存否を確認しなければならないこととなるが、抵当権を設定する際には通常は現地調査をするものであって、第三者が不動産を占有していることが判明した場合に、占有の状況や権原を調査することを要求してもさほど酷とは思われない。仮に、その第三者の占有の権原が不動産賃借権であれば、抵当権を設定しようとする者は抵当権を設定してもその賃借権に対抗できないのであり（民387条1項、605条、借地借家法10条1項、31条1項参照）、不動産の占有の状況や権原の調査は抵当権を設定しようとする者にとって重要であろうから、このような調査は通常行すべきことであると思われる。

なお、不動産先取特権の登記の位置づけについて注76も参照。

記がなされた時点の先後関係で優劣を決すべきである。

なお、不動産先取特権については、登記をしなければ対抗力を持つ他の担保権者に対抗することができないので（民336条但書、337条、338条1項、340条）、優劣関係を定めるのに問題は生じないし、動産先取特権については、動産質権との関係について、民330条1項1号の動産先取特権と同一順位とするという一括処理の規定があり、公示のない点をこのような形で補充しているから、登記による公示のない法定担保物権の成立時期を基準として他の担保権との優劣を決するというのは、これまで民事法上想定されてこなかった問題であると思われる。

## 第2款 留置権の成立時期の証明

### (1) 証明すべき事項

留置権の成立の時点と他の担保権の設定登記がなされた時点の先後関係で優劣を決するということは、配当をする上では留置権の成立時期の証明が不可欠となることを意味する。すなわち、現行法において、留置権に基づいて競売（民執195条）をする場合は、競売開始の時点での留置権の成立が問題となるにすぎないのであるが<sup>94)</sup>、新たに留置権の対抗問題が議論の俎上にのることにより、留置権の成立時期の証明という新たな問題に直面することになるのである。

さて、民法上の留置権の成立には、①目的物と牽連性のある債権が存在し、その弁済期が到来していること、②目的物の占有、が必要である（民295条1項）。また、商法上の商人間の留置権の成立には、①商人間における双方のために商行為となる行為によって生じた債権が存在し、その弁済期が到来していること、

94) 最2小決平成18年10月27日民集60巻8号3234頁〔山本克己・平成18年度重要判例解説・ジュリスト1332号（2007年）142頁、中島弘雅「登録自動車をも目的とする民法上の留置権による競売における民事執行法181条1項1号所定の『担保権の存在を証する確定判決』」法学研究（慶應義塾大学）81巻5号（2008年）101頁以下など〕では、留置権は競売開始時に存在していれば足りることを前提に、動産競売を開始するためには執行官に動産を提出することが必要であって、その提出という事実で留置権者が競売開始時に占有していることは明らかになるから、占有の事実の証明は不要であるとしている。

②債務者の所有物に対する債務者との商行為によって開始された占有、が必要である（商521条）。そして、留置権の成立時期を証明するためには、それぞれの①②の要件が両方とも具備された時点を証明する必要がある。

したがって、留置権の成立時期の証明には、弁済期と占有開始時の立証が必要不可欠となる<sup>95)</sup>。

## （2）弁済期の証明について

弁済期と占有開始時の立証が必要不可欠と述べたが、弁済期の証明については、民事執行法195条における競売においては不要と解されている。そこで、この点に若干論及しておきたい。

現行法において弁済期の証明が不要と解されるのは、留置権の成立には弁済期の到来が必要であるものの、それは留置権の競売の実体法上の適法要件にすぎず、これが看過された競売は民事執行法上は単に不当競売となるにとどまるとの考慮によるものである<sup>96)</sup>。

もっとも、これは競売の開始自体を念頭においたものである<sup>97)</sup>。本稿のように留置権に優先弁済請求権を認めた場合において、仮にその留置権が他の担保権と対抗関係にあるときであっても、競売手続の開始自体のために留置権者が弁済期を証明する必要はないのは同様である<sup>98)</sup>。

しかし、その留置権と他の担保権との間で対抗問題が生じているときには、競売自体が開始されたとしても、留置権の対抗力の具備時を明らかにしなければ

---

95) 運送取扱人・運送人の留置権に関しては、商法562条に弁済期に関する文言がないことから、弁済期になくとも留置権を主張できると解することもできる。このように解した場合は、弁済期の証明は不要である。生田・前掲（注1）117-118頁参照。

96) 鈴木＝三ヶ月編・前掲『注解民事執行法（5）』（注28）371頁〔近藤〕。

97) 弁済期の証明がなくとも手続的には適法であるということであるから、これは申立権の存否を明らかにするという次元で議論されている事柄ということである。

98) 留置権が最優先とされる場合であれば、競売自体が開始されれば最優先で配当を受けることができるので、牽連性のある被担保債権の存在と申立ての時点での占有の事実を証明すれば足りることになる（このことは配当要求をする場合にも同様である）。しかし、本章で問題にしているのは、留置権が他の担保権と対抗関係にある場合である。

ば、適切な配当額の決定は不可能となる。つまり、対抗問題が生じているときに、留置権の被担保債権の弁済期の証明をすべきであるのは、競売の実体法上の適法性を問題にしているからではなく、対抗問題を前提とした対抗力の具備時を明らかにすべきであるからなのである。

そして、その対抗力は、まさに留置権の成立時期において占有という形で公示されるものであるから、留置権以外の担保権同士の優劣を決する上では設定登記の時点が問題となるのに対して、留置権と他の担保権との優劣を決する上では、留置権の成立時期がまさに問題となる。したがって、留置権の成立時期が問題（他の担保権との優劣関係が問題）となる配当の局面においては、留置権者は弁済期の証明を要すると考えるべきである<sup>99)</sup>。

### 第3節 証明方法

#### 第1款 問題の所在

さて、前述の通り、留置権の成立時期の証明には、弁済期と占有開始時の立証が必要不可欠となるが、次に、これらをいかなる方法で留置権者に証明させるのかという点が問題となる。

現行法における担保権の存在の証明方法は、担保権実行としての不動産競売については、担保権の存在を証する確定判決等（民執181条1項1号）、担保権の存在を証する公正証書（同2号）、担保権の登記事項証明書（同3号）であり、一般先取特権に限ってはその存在を証する文書（同4号、51条1項）で足りる。また、担保権実行としての動産競売の申立てについては、担保権の存在を証する文書（民執190条2項）、配当要求については、その権利を証する文書（民執133条、192条・133条）である。

そうすると、動産については私文書を含む文書で足りることは問題ないとし

---

99) 配当における優先権を主張する場面であり、他の者に対する優先権があると主張する者がその優先権を主張立証すべきである。したがって、仮に留置権者が被担保債権の弁済期の立証をしなかった場合には、その留置権は他の担保権に劣後するものとして扱われることになる。

て、不動産については、留置権の登記制度を認めないので、担保権の存在を証する確定判決か公正証書による証明を要求するか、あるいは一般先取特権と同様に考えて私文書を含む文書による証明で足りるとすることが考えられる。この点について、以下で検討することにする。

## 第2款 不動産の留置権の証明方法

競売申立ての際の不動産の留置権の証明については、現行法下でも議論されているところであるが、本章では対抗問題を前提とした配当額の決定の局面を専ら問題としているので、競売申立ての際の議論を踏まえた上で、留置権の成立時期の証明という観点から検討したい。

ではまず、留置権についても一般先取特権と同様に、一番容易な方法である私文書を含む文書で証明するという方法を採用することができるかどうかについて検討する。

一般先取特権の場合に私文書を含む文書<sup>100)</sup>での証明で足りるとされているのは、共益費用の先取特権（民306条1号、307条）を保護するためではなく、雇用関係の先取特権（民306条2号、308条）を保護することが立法段階で念頭に置かれていたからである<sup>101)</sup>。また、一般先取特権の場合は留置権とは異なり、執行をする目的物は債務者の所有物であればいかなる物でもよいのであるから、被担保債権の発生原因事実が特定されれば担保権の有無を判断することができることも、その理由のひとつであろう<sup>102)</sup>。したがって、一般先取特権の

---

100) この文書をどのようなものとするかについては、債務名義に準じる程度の高度の蓋然性をもって担保権の存在が直接証明される文書をいうとする見解と、提出された文書を総合的に判断して担保権の存在が認められる文書であれば足りるという見解の2通りがあるが、現在の実務は後者の見解によって運用されている（大阪高決平成12年2月15日判時1713号65頁、名古屋高決昭和62年6月23日判時1244号89頁など）。荒木新五「動産売買先取特権の現状と課題」堀竜児=鎌田薫=池田真朗=新美育文=中舎寛樹編・伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』（日本評論社、2006年）122頁参照。

101) 鈴木・前掲（注9）225頁。

102) 中島・前掲（注94）111頁。

場合と同様の考慮で、留置権についても私文書を含む文書で足りるとすることは困難であり<sup>103)</sup>、留置権について別途独自の政策的考慮が必要である。

では、仮に私文書を含む文書による証明を否定して、担保権の存在を証する確定判決（もしくは公正証書<sup>104)</sup>）を要求するとどうなるかを検討してみよう。この考え方によると、①被担保債権に関する公正証書や留置目的物の占有開始時が推認できる公正証書が作成されているのであれば、②留置権存在確認訴訟を提起して確定判決を得るか、③被担保債権に関する認定や留置目的物の占有開始時の認定が、主要事実に係る認定として理由中の判断として示されている確定判決を得る必要があることとなる<sup>105)</sup>。

しかし、②については、担保権の実行について債務名義制度を採用しなかったことの意味を失わせるし<sup>106)</sup>、被担保債権の支払請求訴訟に担保権の確認請求を事実上併合強制するのは現実問題として妥当ではなく<sup>107)</sup>、また、対抗問題の処理のためには、口頭弁論終結時における留置権の存在の確認では足りず、成立時における留置権の存在の確認も受ける必要があるが、これを強制するのは口頭弁論終結時の権利関係を確定するという民事訴訟の基本的な考え方に必ずしも適合的ではない<sup>108)</sup>。また、③については、被担保債権に関する認定についてはともかく、占有開始時の認定が主要事実に係る認定として示される判

103) 中島・前掲（注94）113頁注16、斎藤・前掲（注51）91頁、同99頁など。

104) 留置権自体を確認する公正証書が作成されるというのは異例なことであると思われるが（山本・前掲（注94）143頁）、被担保債権に関する公正証書や占有開始時が推認できる公正証書であれば想定可能である。

105) 最2小決平成18年10月27日民集60巻8号3234頁は、留置権の成立要件となる事実（の全部又は一部）が主要事実として認定されているものであれば、「担保権の存在を証する確定判決」に当たるとしている。なお、この判決の原々審・原審は、留置権そのものが訴訟物になっている場合や留置権が抗弁となっている場合に、その存否の判断が判決主文や理由中の判断でなされていることを要するとの立場に立っている（中島・前掲（注94）107頁）。

106) 和田吉弘「留置権に基づく登録自動車の競売申立て」法学セミナー 629号（2007年）126頁、山本・前掲（注94）143頁。

107) 中島・前掲（注94）107頁。

決はなかなか想定できない<sup>109)</sup>。そして、②③によれないのであれば①によることとなるが、これは配当を受けたい留置権者に、訴訟の提起か公正証書の作成を強制することになり妥当ではない。そもそも、民事執行法181条1項の規定は、主として抵当権を念頭においた規定であって、これを留置権にそのまま準用するのは立法論的には再検討を要するとされるところでもある<sup>110)</sup>。

したがって、これらの観点からすれば、少なくとも成立時期の説明に関しては、消去法的に私文書を含む文書で足りるとすることで解決してよいと思う（競売申立てについても私文書を含む文書で足りるという見解に賛成したい<sup>111)</sup>）。これに対しては、執行裁判所に実体権の判断をさせることとなり、迅速な執行手続の障害となるという批判が考えられるが、留置権の存否についての実体権の判断ほど複雑ではないものの、一般の先取特権の場合も被担保債権の存否については実体権の判断をすることとなるし、留置権の存在により事実上執行の開始が妨げられるような現状と比較すれば、この程度のことはやむをえないであろう。

---

108) もちろん過去の法律関係の確認であっても確認の利益が認められるのであれば適法であるのだが（本文の場合も確認の利益は認められそうである）、民事訴訟の基本的な考え方に反してまで、対抗問題の処理（配当額の決定）のために確認訴訟を強制すべきではなからう。

109) 占有開始時が主要事実として認定され得る場合としては、取得時効の主張をする場合が考えられるが、勝訴するのであれば留置権は無意味であるし、敗訴するのであれば占有開始時が認定されとは限らない。また、訴訟で留置権の主張をする場合を考えても、通常の訴訟では留置権は抗弁として主張されるものであり、その留置権は口頭弁論終結時において存在していることが認められれば足りるから、留置権の成立時期が留置権の抗弁に係る認定として示されることはない。

110) 山本・前掲（注94）143頁。

111) 鈴木=三ヶ月編・前掲『注解民事執行法（5）』（注28）371頁〔近藤〕、中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂5版〕』青林書院 2006年276頁。鈴木・前掲（注9）226頁も同旨と思われる。反対、斎藤・前掲（注51）99頁。

## 終章 結語

### 第1節 結論——留置権の制度設計——

本稿は、留置権に優先弁済請求権を認めることを前提に、他の担保権者との優劣関係、留置権に基づく担保権競売としての競売申立権を認めることの可否、配当の場面での留置権の証明方法の3点について論じてきた。その結論は、以下の通りである。

まず、他の担保権者との関係については、原則的に他の担保権の対抗要件具備と留置権の成立時期の先後によって優劣を決し、ただ被担保債権が民法196条、248条、299条のような「物権法における不当利得」関係の場合については留置権を最優先として扱うべきである。

次に、留置権に基づく担保権実行としての競売申立権については、現行法の形式的競売によって留置権者が得た金銭の返還請求権と被担保債権を相殺することにより、事実上優先弁済が受けることが可能であるから、実質的には担保権実行としての競売を認めているのと大差ないものとなっているので、被担保債権の債務者、所有者及び他の担保権者に弁済の機会や担保の供与による留置権の消滅請求の機会を与えることを条件に、これを端的に肯定すべきである。

さらに、配当の場面での不動産留置権の証明方法については、留置権の登記制度は認めないこととし、担保権の存在を証する確定判決、公正証書又は私文書を含む文書によることとすべきである。

さて、これらの結論から想定される、留置権についての制度設計は以下の通りである。

① 被担保債権について不履行があった場合は、留置権者は競売の申立てをすることができ、この場合において目的物に他の担保権が存在する場合は、この競売手続において他の担保権者と共に配当を受け、留置権を含めた全ての担保物権は消除される。この際は、必ず被担保債権の債務者、所有者及び他の担保権者に、弁済の機会や担保の供与による留置権の消滅請求の機会が与えられる。

② 留置権の目的物について、留置権者以外の者により競売手続が開始された場合には、留置権者は配当加入することができ、また、留置権は消除される。この際には、動産の留置権者であっても、競売手続の際は引渡しを拒むことはできない。

③ 以上の配当手続においては、原則的に他の担保権の対抗要件具備と留置権の成立時期の先後によって順位を決定して配当がなされる。その際、不動産の留置権者は、留置権の存在及び対抗問題が生じている場合はその成立時期を、担保権の存在を証する確定判決、公正証書、私文書を含む文書のいずれかの方法をもって証明しなければならない。また、動産の留置権者は、これらを私文書を含む文書をもって証明しなければならない。ただし、留置権の被担保債権が民法196条、248条、299条などの「物権法における不当利得」返還請求の場合の留置権や、双務契約関係における債権を被担保債権とするものであっても、その債権の内容にこれらを含む場合においてその部分について成立している留置権については、成立時期にかかわらず第一順位として他の担保権に優先して配当がなされる（ため、成立時期の証明は要しない）。

④ 破産法・民事再生法においては、民事・商事留置権は双方とも別除権として取り扱われ、手続外での個別執行が可能である。会社更生法では、民事・商事留置権は双方とも更生担保権として扱われる。

## 第2節 残された問題

以上のような考え方をとった場合、具体的な民事執行の場面での問題が若干残されている。

すなわち、執行裁判所が留置権者への配当額を決定する際には、留置権の成立時期を認定して他の担保権との優劣関係を判断したり、請負代金債権などのうち最優先となる範囲を判断したりする必要があるから、若干複雑な実体権の判断をすることになる場合もある。そこで、このために特別の手続を用意すべきなのかどうかは検討されてもよいであろう。この点については、不動産工事の先取特権の場合において、工事によって生じた不動産の増加額を、裁判所

が選任した鑑定人に評価させる手続があり（民338条2項）、同様の手続を留置権にも導入することで解決できるのではないかとと思われるが、なお検討を要する。

このように、留置権が関係する競売手続の際に、実体権の判断を要する場合の手続のあり方については、今後とも検討されるべき課題であることを指摘して、本稿を締めくくりたい。