慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法 三三二〕 船荷証券の保証渡と不法行為
Sub Title	
Author	今泉, 邦子(Imaizumi, Kuniko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.5 (1993. 5) ,p.148- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930528-0148

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.

判例研究

〔商法　三三二〕　船荷証券の保証渡と不法行為

（神戸地裁昭和六二年七月二〇日判決（昭六〇（ワ）一三二九号、損害賠償請求事件）判例時報一二五六号七四頁（控訴））

〔判示事項〕

運送人の代理店が船荷証券と引換でなく、いわゆる保証渡をしたことにつき証券所持人に対する代理店の不法行為責任を認めるが、運送人の使用者責任または共同不法行為責任を否認する。

〔参照条文〕

民法七〇九条、七一五条、商法七七六条、五八四条。

〔事　実〕

Xは銀行法に基づくいわゆる都市銀行である。Y_1は国際海上運送を営業目的とする海運会社（本店は中華民国台北市）であり、Y_2は主にY_1を運送人とする国際海上運送の日本における出入港手続・荷役手配・陸上荷渡等の海上運送に関する事実行為および法律行為につき、Y_1を代理代行する船舶代理店業を営む会社である。

訴外Aは、商品の輸入につき、Xに信用状の開設を依頼し、輸入ユーザンスの供与を受けていた。ほとんどの輸入商品については、その輸入ユーザンスの決済をなし、対応する船荷証券をXから交付されていた。しかし、Y_1が荷送人に発行し、Xが荷送人から昭和五九年九月六日、同月二二日および一〇月八日に取得した三通の船荷証券（以下、本件船荷証券と呼ぶ。）に表示された商品（以下、本件商品と呼ぶ。）については、Aは輸入ユーザンスの決済をしなかった。XはAに対して輸入ユーザンスの決済を請求し続けたが、昭和六〇年八月五日にいたりAが決済をなしえなかったので、Xは本件船荷証券をAに交付しなかった。すると、Aは、Y_1の代理店であるY_2に対し、Aの保証状（L／G）のほか、入手次第直ちに船荷証券をY_2に差し入れる旨、および本件商品荷受人Aのシングル L／Gで本件商品を引き取るが、引き取り後に生ずる事故に関しては荷主Aと

共に一切の責任を負担する旨の訴外B乙仲業者の保証状を差し入れて、Y_2から本件商品の保証渡を受けた。この際、Y_2は本件船荷証券の発行を知っていた。保証渡の後一一ヶ月経過してから、XはY_2に対して本件船荷証券に基づく本件商品の引渡請求を行ったが、引き渡しを受けられなかった。このため、Xは、Y_2に対して、不法行為たる本件商品に対する所有権侵害に基づく損害賠償を請求した。またY_1に対しては、Y_2の使用者として民法七一五条の責任または、Y_2の行った本件商品の保証渡がY_1の一般的指図に従ってなされたことにより、Y_2と共にXに対する共同不法行為の責任とを追及した。

〔判　旨〕

Y_1に対する請求棄却、Y_2に対する請求認容。

①保証渡ないし保証渡契約について

「……船荷証券のようないわゆる物品証券は、証券に記載されている物品自体の引渡請求権を表彰しているのであるから、証券が発行されれば、荷送人及び荷受人の権利は証券所持人に吸収されることになる。そして元来船荷証券は裏書により自由に移転して流通するものであり、その所持人は何時でも証券の表彰する物品の引渡を求める権利を有する。従って運送人又はその代理店において、船荷証券と引換えることなしに証券の表彰する物品の引渡をすることは、証券の所持人に対する関係においては違法性を免れないというべきである。運送人又はその代理店がいわゆる保証渡によって証券所持人以外の者に物品を引渡したからといって右違法性が阻却されることはない。(保証渡を受ける者との間に保証渡の契約が有効視されるにしても、証券所持人に対する関係においては、保証渡は違法と目される。)」

②保証渡につき悪意の取得者に対する運送人の抗弁

「……船荷証券の所持人は、運送人に対し、証券の記載に従った運送品の引渡を請求しうべく、運送人には反対の立証は許されない(証券の債権的効力)。そこで船荷証券が発行されている以上、運送人又はその代理店がこれと引換でなく運送品を引渡すときは船荷証券所持人の権利を害することになり、そのこと自体運送品の引渡に関する過失の存在を認めうべく、運送人又はその代理店の債務不履行或いは不法行為の責任を免れないのであり、証券所持人が保証渡の事実を知っていたからといって、証券はその債権的効力により依然として運送人に対する運送品引渡請求権を表彰しているのであるから、所持人の権利が消滅することはないというべきである。保証渡は証券所持人に対抗しうる抗弁とはならない。」

③Y_2の不法行為責任の成立について

「Y_2が本件船荷証券と引換えることなく本件商品をAに引渡したことにより、本件船荷証券の所持人であるXに対し、結局本件商品の引渡をなしえなかったことは、Xの本件商品引渡請求権の行使を不能ならしめ、ひいてXの本件商品に対する本権(所有権)を侵害したことになるから不法行為に該る……」

④Y_1の使用者責任の成否について

「……代理店（代理商）は、企業者に対し継続的にその取引の代理又は媒介の業務を行うものであるけれども、企業者に従属するわけのものではなく、独立対等の関係に立って業務を行うものである。従って、両者の間に特別の指揮監督の関係が存するならば格別、そうでない場合、代理店契約関係が存するからといって、Y_1はY_2の使用者であるということはできない。本件において、Y_1とY_2との間に特別の指揮監督の関係が存することの立証はないから、Y_2が行った前記不法行為につき、Y_1が使用者責任を負ういわれはない。」

⑤Y_1の共同不法行為の成否について

「……Y_2の行う海上運送にかかる物品の保証渡がY_1の承認もしくは一般的指示に基くものであったとしても、保証渡それ自体は、まずY_2の判断裁量にかかるものであり……、かつ本件商品の保証渡はY_2が行ったものでY$_1$が行ったものではないから、本件商品の保証渡を直ちにY_2とY_1との共同不法行為に該るとみることはできない。……」

〔結　論〕

判旨に一部反対。

〔理　由〕

一　保証渡ないし保証渡契約の適法性

(一)　問題の所在

運送品につき船荷証券が発行されている場合、船荷証券と引換でなくては運送品の引渡を受け得ない旨の規定（商七七六・五八四）があるにも拘らず、海上運送を利用する商品売買において船荷証券と引換でない運送品の引渡すなわち仮渡が、実際には認められる必要がある。なぜなら、運送品が陸揚港にすでに到着しているのに荷受人たる買主が未だ船荷証券を入手していない事態において、保管料の費用負担・商品の変質・商機の逸失という買主側の不利益と、滞貨という運送人の不利益を回避できるからである（要旨、山口賢「仮渡・保証渡の適法性」商法の争点（有斐閣、昭和五八年）二八二頁）。ただし、仮渡を受けた者以外に正当な船荷証券所持人がいる場合、運送人は船荷証券所持人から運送品引渡請求を受け、債務不履行または不法行為責任を問われてしまう。そのため、仮渡を受ける者は運送人との間に保証渡契約を締結する。この保証渡契約は、仮渡を受ける者が次の二の義務を単独であるいは取引銀行と連帯して負う旨を示した保証状を運送人に差し入れることによって行われる。その義務とは、(1)船荷証券を入手したら速やかにこれを運送人に交付する義務と、(2)船荷証券と引換でない運送品の引渡によって生ずる一切の結果を負担する義務、すなわち船荷証券所持人が運送品の引渡請求をした場合には、運送品返還義務を負い、運送人が船荷証券所持人に対して損害を賠償した場合にはその賠償額を運送人に支払うという義務である（山口・前掲論文二八二～二八三頁、田中誠二『海商法詳論』（勁草書房、昭和六〇年）三九〇頁、池垣定太郎「保証渡」『総合判例研究叢

書(9)』鈴木竹雄・大隅健一郎編（有斐閣、昭和三八年）六三頁）。

そこで、この保証渡契約が適法であるかにつき議論が生じる。なぜなら、保証渡契約に従った仮渡つまり保証渡が商法七七六条五八四条の定める船荷証券の受戻証券性に反しており違法であると考えられ、同条を強行法規と考えれば保証渡契約全体が公序良俗違反により無効となるおそれがあるからである（反対、田中・前掲書四二一頁）。あるいは同条を任意規定だと考えたとしても、仮渡は物権侵害の不法行為あるいは債務不履行となる可能性があり、私法上の違法性を有している（池垣・前掲書七一～七三頁）。そうだとすると保証渡契約全体としては違法となるのかどうか。このように同条を強行法規と解しても任意規定と解しても、保証渡契約の適法性には疑いが持たれる。

㈡　保証渡契約の適法性

上記(2)の義務について検討する。まず、運送品の返還の約束は違法でない。なぜなら、自分以外の誰かが運送品につき権利を有するならば、その者に対して運送品の返還義務を負うのは、法律上当然の帰結だからである。つまり荷渡を受けた者は、自分以外の誰かが荷受人の地位を有する場合、その者に対して運送品を返還するか、運送契約により運送品に対して占有権を有する運送人に対して返還する義務を負う。また、運送人に賠償額を支払う約束も違法でない。なぜなら、この約束は民法四二〇条の定める賠償の予定と考え得るからである。すなわち、保証渡契約の趣旨を「……（荷渡を受けた者が……筆者註）後に船荷証券を入手次第提出し、その不能のときは損害賠償をすべき旨（田中・前掲書四二一頁）」と解することができる。そう解すると、この運送人に賠償額を支払う約束は、運送人が正当な船荷証券所持人に対して賠償した額を、荷受人が船荷証券を運送人に提出すべき債務の不履行についての損害賠償の額として予定する約束だということになる。よって(2)の義務は運送人が賠償責任を負う可能性を承認しているとしても、違法なものではない。

上記(1)の義務はどうか。船荷証券返還義務は、商法七七六条五八四条により、運送品につき船荷証券が発行された場合、運送品の引渡を受ける者が課される義務である。船荷証券の返還が運送品と引換でなくてもよいか否かは、船荷証券の受戻証券性との関係で問題になる。

従って、保証渡契約が適法か否かは、仮渡が受戻証券性に反していないかにかかっている。

㈢　保証渡と船荷証券の受戻証券性

船荷証券の受戻証券性を定める商法七七六条五八四条に関する解釈は二つに分かれる。すなわち、船荷証券が発行された場合には、それと引換でなければ運送品の引渡を請求できず、運送人は引渡を拒絶でき、かつ運送人に引渡拒絶義務があるとする立場と、運送人は引渡拒絶権を有するのみで、船荷証券と引換でなくとも自己の危険において引渡すことができるとする立場とがある（山口・前掲論文二八二～二八三頁、池垣・前掲論

文六四～七六頁、『判例コンメンタール13上商法Ⅲ上』大隅健一郎・戸田修三・河本一郎編（三省堂、昭和五二年）五三五～五三八頁）。保証渡に関する判例は、多くが貨物引換証に関するものであるが、保証渡という商慣習の存在を否定する態度（大判明治三四年五月三〇日民録七輯五巻一四九頁）から、商慣習たる保証渡の存在を認めつつも公序良俗違反であるとする態度（大阪地判大正一四年三月二三日法律新報四七巻二三頁）へ、その後、大審院大正一五年九月一六日判決（大審院民事判例集五巻六六八頁）以降、商法三四三条（現行五八四条）は運送人の引渡拒絶義務を定める規定であるが、この規定は強行法規ではないから、仮渡保証渡の慣行は民法九〇条により無効となることはないとする態度（大判昭和三年五月一日法律新聞二八七九号一一頁、大判昭和五年六月一四日法律学説判例評論全集一九巻商法四一九頁）へと推移した。

船荷証券の受戻証券性に関する商法七七六条五八四条が、運送人の引渡拒絶義務を定めたものであるのかを決定するに際し、船荷証券の処分証券性に関する同法七七六条五七三条と物権的効力に関する同法七七六条五七五条をも考慮すべきではないかと思われる。

商法七七六条五七五条が規定する船荷証券の物権的効力については、学説上争いがあり、認めなくてもよいとする物権的効力否定説と、物権的効力を認める説とに大別される。物権的効力を認める説は、商法七七六条五七五条が船荷証券の所持を運送品の占有として擬制する趣旨であり、従って船荷証券の引渡を運送品の引渡と見做す説である。この説は日本においては主として絶対説と代表説とに分かれる。絶対説とは、民法の占有取得の原則以外に証券の移転が絶対的な占有移転原因として存在するものとし、商法の規定に基づき特殊の占有取得原因を認める説（田中・前掲書三九〇頁）である。代表説は、運送品は運送人の直接占有下にあることを前提として証券が裏書譲渡されたときは証券所持人の有する間接占有が移転されたものと解し、間接占有の移転は民法一八四条の定める方法を要しないとする説（加藤正治『海商法講義』（有斐閣、昭和四年）三三二頁）である。これに対し物権的効力を認めない説は、「船荷証券による貨物の流通確保については、その所有権譲渡の面からも、また、その担保化の面からも、船荷証券の移転と貨物の占有権の移転とを必然的に結合せしめて構成する物権的効力の観念自体が、その存在の必然性を有しない（谷川久「船荷証券の物権的効力理論に関する反省」海法会誌復刊五号（昭和三二年）九五頁）」と解する。従って、運送中の運送品が船荷証券によって売買されたとき買主は運送品に対する所有権を取得したとしても対抗要件を備えることはなく、また船荷証券が質入れされたとき質権者は運送品の上にではなく運送品引渡請求権の上に質権を取得することとなるが、物権者は船荷証券に表章されている運送品引渡請求権を排他的に有するならば現実の引渡を期待できる以上、充分に保護されるという。そして、商法五七五条

の「運送品の引渡と同一の効力を有す」ということは、専ら運送品売買当事者間の問題として、船荷証券を引渡したときは売主は完全に売買契約につき履行を了したこととなるとの趣旨に理解するのである。しかしながら物権的効力を否定する必要まではないと思われる。なぜなら、この物権的効力否認説による商法五七五条の解釈の仕方には問題があり（石井良也「貨物引換証の物権的効力」商法の争点（有斐閣、昭和五八年）二一九頁、小島孝「貨物引換証・倉庫証券・船荷証券」前掲『総合判例研究叢書商法(9)』二一三頁、田中・前掲書三九三頁）、例えば、船荷証券が空券である場合、数量不足の場合、品物違いである場合または運送品が運送中で滅失毀損した場合を考えると、船荷証券の引渡をすれば売主は売買契約上の債務を履行したと解することができるかについて疑問の余地がある（小島・前掲論文二一三頁）。従って船荷証券はいわゆる物権的効力を有すると解すので、運送品の処分に際して船荷証券の裏書が行われればその処分は効力を生じかつ運送品の占有が移転すると考える。

では、船荷証券を有していない者は運送品の物権または占有権を有していないとして、運送人は引渡を拒絶すべきか。物権処分の前段階には必ず債権契約が存するのであるから、船荷証券取得の原因となる債権を有する者に対してならば、適法に仮渡・保証渡を行い得るのではないだろうか。船荷証券は有価証券であり、運送品に対する排他性ある物権と運送契約に基づく運送品の引渡請求権自体を表章し、船荷証券の呈示以外の方法でこれらの権利を証明することはできないが、船荷証券引渡請求権は、証券の所持と関係なく例えば運送品に関する売買契約書または運送契約書などで証明できるはずである。また、そのような者への運送品の引渡は、運送契約上の債権または運送品の物権を有する者の利益を害しはしない。なぜなら、船荷証券が発行された運送品につき処分が行われた場合は、運送品の物権者と運送契約上の運送品引渡請求権者とは同一人物のはずであり、その者のみが船荷証券引渡請求権を有する。船荷証券が発行された運送品につき処分が行われなかった場合は運送契約上の運送品引渡請求権者のみが船荷証券引渡請求権を有す。従って、常に船荷証券引渡請求権者は運送品に対する権利者であり、船荷証券引渡請求原因、つまり、物権変動の原因たる債権契約の債権または荷受人の地位などを有することを証明する者に対する運送品の引渡は、権利侵害になることがない。ところで、船荷証券引渡請求権者は運送品に対する権利者であるとすると、同一運送品につき多重の運送契約または多重の売買が行われて船荷証券引渡請求権者が複数人存する場合は、複数船荷証券引渡請求権者のひとりに対する運送品の仮渡・保証渡は他の船荷証券引渡請求権者の権利を害することになるが、それらの権利侵害は仮渡・保証渡が原因なのではなく、荷送人または売主の不誠実な行為が原因なのである。よって、仮渡・保証渡を一般的に否認する根拠にはならない。

従って船荷証券と引換でない運送品の引渡により運送人に債務不履行責任または不法行為責任が生じない場合もあるのであるから、商法五八四条は、運送人の引渡拒絶義務を定めたものと解する必要はないし、公序良俗に関する強行法規と解する必要もない。そして、仮渡・保証渡の適法違法は各個の場合において判断すべきである。

なお、実務上問題がないとされるダブルL／Gの差し入れによる保証渡すなわち、輸入者の輸入代金を立て替え運送品を担保として所有する銀行と輸入者が連帯保証をする保証状による保証渡の場合（外為研究会「シングルL／Gをめぐる諸問題」金融法務事情九八七号（平成四年）一七～二〇頁）、輸入者は運送品を運送人から引き取る権限が授与されることを推認し得る。よって、この場合も船荷証券と引換ではなく運送品を輸入者に引渡しても、正当な船荷証券所持人の権利侵害にはならない。

本件において、Aは本件船荷証券と引換でなく本件商品の引渡を受けており、その当時本件船荷証券に関する権原はXが有し、かつAX間に本件船荷証券を移転すべき債権債務も発生していなかった。よって、本件における船荷証券と引換でない運送品の引渡は、結果的に運送契約上の債務不履行となった。

さらに、Xは三通ある本件船荷証券のうち二通の取得時に保証渡の事実を知っていたことが当裁判所により認められているが、それでも運送人からの保証渡の抗弁が認められなかった点、是認できる。なぜなら、Xは、保証渡がなされる以前にそれら二通の船荷証券を取得すべき債権を有しており、Xの当該船荷証券取得は、その債権に基づく当然の行為だからである。

㈣　保証渡ないし保証渡契約についての総括

保証渡ないし保証渡契約は、船荷証券を取得しうる権原を有する者との間で行う限り、全く違法性を帯びることはない。もし保証渡ないし保証渡契約を行った運送人が不法行為責任または運送契約上の債務不履行責任を船荷証券所持人に対して負うことがあるならば、荷渡を受けた者が船荷証券を取得し得る権原を有していなかったからなのである。なお、荷渡を受ける者の権原の有無は裁判外の証明に基づき運送人が判断する訳であるが、偽造の契約書を真正な契約書と誤認して運送人が仮渡・保証渡を行った場合は自ずと別問題である。

二　不法行為責任の発生について

債務不履行による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権が併存するのか（請求権競合説）、債務不履行による損害賠償請求権しか生じないか（法条競合説）が問題となる。

本判決は請求権競合説を採っている。国際海上物品運送法の一部を改正する法律（平成四年法律第六九号）がそこに取り入れた、いわゆるヘーグ・ヴィスビー・ルール（「千九百二十四年八月二五日にブラッセルで署名された船荷証券に関するある規則の統一のための国際条約を改正する議定書」（Protocol to amend the International Convention for the Unification of certain rules of law relating to bills of landing, 25 August

1924 as amended by the Protocol of 23 February 1968) が請求権の競合を認めていること（菊池洋一「ヘーグ・ヴィスビー・ルールの採用」国際商事法務二〇巻七号（平成四年）七六五～七七三頁）に照らすと、少なくとも海上物品運送契約について、債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権とは競合するとする考え方が世界的趨勢なのであろう。

さらに言うならば、法条競合説はその根拠として、「……不法行為責任につきこれを一般的義務違反に因る損害賠償関係とみ、何等制裁的意味なく、又契約上の責任がより重い現行法制のうへに於いては不法行為責任を認める実益はないであらう（石井照久『海商法概論』（岩波書店、昭和一三年）二二九頁）。」と主張しているが、この根拠は本件のごとき渉外的事件に対しては説得力がない。なぜなら、渉外的事件では不法行為の準拠法（法例一一）と契約の準拠法（法例七、同九）は異なることがあり、各々の準拠法が異なる場合には、不法行為責任を規律する法と債務不履行責任を規律する法との間に、両者が同一国の法体系に含まれている時のような政策的な考慮が働いていないからである。従って、本判決が請求権を競合させたことは支持できる。

三　Y_2の不法行為の成否

本判決によると、Y_2は、本件船荷証券と引換でなしに本件商品をAに引渡したことにより、結局、Xに対し本件商品の引渡をなしえなかったことは、Xの本件商品の引渡請求権の行使を不能ならしめ、ひいてはXの本件商品の所有権を侵害したことになるから、Y_2は不法行為に基づく損害賠償責任を負う、としている。

保証渡自体を違法な行為だと判断せず、Aの資格を確かめることなくY_2が行った保証渡を不法行為だと解しており、もっともだと思われる。仮渡・保証渡の一事だけでは債務不履行も不法行為をも構成しない。仮渡・保証渡が違法性を帯びるのは、船荷証券取得原因を有さない者に運送品を引渡した場合や、真正な船荷証券所持人が他にいる場合なのだからである。

四　Y_1の不法行為の成否

他方、本判決では、Y_1の使用者責任（民七一五）および共同不法行為責任（民七一九）は成立しないとしている。使用者責任不成立の根拠は、前述の判旨④であり、共同不法行為不成立の根拠は、前述判旨⑤である。そのような考えが背後にあるためか、「代理店（代理商）は……船荷証券所持人に対して……引渡義務を履行すべき責任を負う……」としており、代理商が運送契約上の債務を負うかの如き表現がある。

果たしてそうだろうか。確かに代理商は、平常本人の営業の部類に属する取引を業として代理または媒介する範囲では独立の商人である（因みに海上運送法一条九号により、海運代理商は必ず代理権を有する。）が、本人が締結した契約の履行をなす場合の地位は、履行補助者ではあるまいか。Y_2の行った本件

商品の引渡は、債務の履行が法律行為ではないとする限りY_1を代理したことにはならないし、媒介とは他人間の法律行為の締結に尽力すること（新法律学辞典（有斐閣、昭和二七年）七七七頁「媒介」の項参照）だとするならば媒介をしたことにもならない。そうだとすれば、債務の履行は代理商が独自の判断と責任で行い得ず、代理商が本人の債務の履行を補助する場合、通常の履行補助者と全く同様に考えてよい。ただし厳密にいえばY_2はY_1の履行一部代行者である。なぜなら、運送契約とは、海上において船舶によってされる運送契約の一種（田中・前掲書二二四頁）であるから、運送契約上の債務は運送品の引渡のみではないからである。

Y_2がY_1の履行補助者であるとの前提で、Y_1の使用者責任の有無を検討する。Y_2はY_1に指揮監督される立場にあり、Y_1はY_2の選任監督につき相当の注意をしたことまたは相当の注意をしても損害が生じたことをY_1が証明しておらず、かえってY_2の監督につき注意を怠っていた事実が認められる。なぜなら、Y_1は、シングルL／Gを差し入れた者にY_2が運送品の保証渡をすることを承認していた。つまり、Y_2から保証渡を受ける者が運送品に対する権利を質されることのないこと、従って、Y_2の保証渡により運送品に対する正当な権利者の権利が侵害され得ることを了知していた訳だからである。Y_2の行った本件商品の引渡が、指揮監督者の事業の範囲内でかつY_2の職務の範囲内であることは明らかである。よって、Y_1はXに対し使用者責任を負う。

同様の前提で、Y_2の共同不法行為責任につき考察する。Y_1はY_2と共に共同不法行為責任を負うとXが主張する根拠は、本件船荷証券と引換でない本件商品の引渡を、Y_2はY_1の承認または一般的指示に従って行っていることである。債務者が履行補助者に与える承認または一般的指示は、民法七一九条二項の教唆に当ると思われる。なぜなら、本件におけるそのような承認等が、Y_2が本件商品に対するXの所有権を結果的に侵害した不法行為たる保証渡をする意思を決定させたと考えるからである。よって、Y_1はXに対する共同不法行為の責任も負う。

今泉　邦子