

## 輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と 転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年（許）第26号債権差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件、抗告棄却、民集71巻5号789頁、判タ1440号112頁、判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、金法2075号64頁

清水 恵 介

### 【事実の概要】

Xは、京都府内を中心として営業を行う地方銀行であり、Yは、紳士・婦人・子供服、それに伴う服飾雑貨の輸入及び販売等を目的とする株式会社である。

Yは、平成24年9月5日、Xとの間で、以下の合意を含む各約定を締結した。

- ① 銀行取引約定 Yが民事再生手続の申立てをしたときは、Xとの間の一切の銀行取引に関する債務について当然に期限の利益を喪失するとの合意
- ② 信用状取引に係る基本約定 信用状取引によってYが負担する債務並びに同取引に付随する利息等の担保として、付属書類（運送書類等輸入為替手形に添付された書類）及びこれに表示された荷物（付帯荷物）をXに譲渡するとの合意
- ③ 輸入担保荷物保管に関する約定 (a)YがXに発行を依頼した信

用状により X に仕向けられた輸入荷為替の付属書類・付帯荷物は、信用状取引によって Y が負担する債務の担保として、X の所有に属することを確認し、(b) Y が、X の担保である付帯荷物を、X に代わって引取りの上処理するため、X の承諾を得て当該付属書類・付帯荷物の貸渡しを受ける場合は、Y は、X の代理人として付帯荷物の陸揚げ、通関、付保、運搬、倉入れ又は自家保管及び所定の売先への売却を行うこととする旨の合意（以下、「本件貸渡合意」という。）

Y は、下記表 1 記載の各商品を各売主から購入するため、X に対して信用状の発行を申し込み、X は、下記の日それぞれ信用状を発行した。

表 1・本件各商品の輸入契約と信用状発行年月日

	売主	信用状発行年月日
本件商品 1	中国企業である A 有限公司	平成 26 年 12 月 25 日 (本件信用状 1)
本件商品 2	中国企業である B 有限公司	平成 27 年 1 月 14 日 (本件信用状 2)
本件商品 3 (以下、上記各商品を合わせて、「本件各商品」という。)	上記 A 有限公司	平成 27 年 1 月 29 日 (本件信用状 3。以下、本件信用状 1・2 を合わせて、「本件各信用状」という。)

Y は、上記表 1 記載の各売主との間で、本件各商品の輸入契約を締結した。

これらの輸入契約に基づいて、本件商品 1（船積日平成 27 年 1 月 3 日、同月 5 日）は、C 株式会社の船舶により、本件商品 2（船積日同年 1 月 20 日、同月 22 日着）及び本件商品 3（船積日同年 2 月 3 日、同月 5 日着）は、D 株式会社の船舶により、中国上海から大阪南港へ輸送された。

本件各商品の輸入取引については、「サレンダーード B/L (Surrendered Bill of Lading)」<sup>(1)</sup> と呼ばれる取引の方式が用いられており、発行された B/L（船荷証券）が有価証券の効力を持たないため、Y は、B/L の原

本なしに本件各商品を受領することができた。輸入・通関手続においては、本件各商品が記載されている B/L の写しが送り状として用いられた。

X は、E 銀行に対し、本件信用状 1 に基づき、平成 27 年 1 月 22 日、3 万 5162.85 US ドルを、本件信用状 2 に基づき、同月 29 日、6581.90 US ドル<sup>(2)</sup>を、本件信用状 3 に基づき、同年 2 月 19 日、5 万 2309.70 US ドルを、それぞれ支払って決済し、Y に対する本件各信用状に係る信用状取引によって生じた債権として、手形貸付債権 496 万 5149 円及び償還債務支払請求権 621 万 2823 円（合計 1117 万 7972 円）を取得した。

Y は、F 株式会社（平成 27 年 2 月 1 日、G 株式会社から会社分割。以下、「本件買主」という。）に対し、本件商品 1 の一部である商品（以下、「本件転売商品 1」という。）、本件商品 2 の一部である商品（以下、「本件転売商品 2」という。）及び本件商品 3 の一部である商品（以下、「本件転売商品 3」という。）を売却した<sup>(3)</sup>。

Y は、同年 1 月 5 日、乙仲（海運貨物取扱業者。以下、「海貨業者」という。）である株式会社 H に対し、本件信用状 1 の番号が記載された商業送り状を送付し、本件商品 1 を受領した上で、通関手続を行い、本件買主が指定した送り先である株式会社 I の保有する物流センター「J」（以下、「本件送り先」という。）に本件転売商品 1 を納入することを有償で委託した。H は、本件商品 1 を受領し、通関手続を行った上で、同月 9 日、K 株式会社に委託して、本件転売商品 1 を本件送り先に納入した。

Y は、同月 21 日、H に対し、本件信用状 2 の番号が記載された商業送り状を送付して、本件商品 2 を受領した上で、通関手続を行い、本件送り先に本件転売商品 2 を納入することを有償で委託した。H は、本件商品 2 を受領し、通関手続を行った上で、同月 23 日、本件転売商品 2 を本件送り先に納入した。

Y は、同年 2 月 3 日、海貨業者である L 株式会社（以下、H と併せて「H 等」という。）に対し、本件信用状 3 の番号が記載された商業送り状

を送付して、本件商品3を受領した上で、通関手続を行い、本件送り先に本件転売商品3を納入することを有償で委託した。Lは、本件商品3を受領し、通関手続を行った上で、株式会社Mに委託して、同月6日、本件転売商品3を本件送り先に納入した。

Yは、同月9日、大阪地方裁判所に対し、再生手続開始の申立てをし、同月20日午前10時、同裁判所は、再生手続開始の決定をした。

Xは、Yが本件各商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、Yが当該商品を本件買主に売却したことによって取得した売買代金債権について差押命令の申立てをし（以下、「本件申立て」という。）、原々審裁判所（大阪地方裁判所）は、同年3月26日、本件申立てを認容して、Yの本件買主に対する上記売買代金債権を差し押さえるとの債権差押命令を発した（以下、「本件差押命令」という）。

これに対して、Yは、本件差押命令の取消しを求めて執行抗告を提起したところ、原々審裁判所は、同年7月9日、再度の考案により、下記【原々決定要旨】のとおり判示して本件差押命令を取り消し、本件申立てを却下するとの決定をしたため（原々決定<sup>(4)</sup>）、Xは、原々決定の取消し及び本件申立ての認容を求めて執行抗告をした。

原審裁判所（大阪高等裁判所）は、平成28年3月30日、下記【原決定要旨】のとおり判示して本件申立てを認め、原々決定を取り消した（原決定<sup>(5)</sup>）。そこで、Yは、原決定の取消しを求めて許可抗告を申し立てた。

#### 【本決定要旨】

抗告棄却。

「Yは本件譲渡担保権の目的物である本件商品について直接占有したことはないものの、輸入取引においては、輸入業者から委託を受けた海貨業者によって輸入商品の受領等が行われ、輸入業者が目的物を直接占有することなく転売を行うことは、一般的であったというのであり、YとXとの間においては、このような輸入取引の実情の下、Xが、信用状の発行によって補償債務を負担することとされる商品について

譲渡担保権の設定を受けるに当たり、Yに対し当該商品の貸渡しを行い、その受領、通関手続、運搬及び処分等の権限を与える旨の合意がされている。一方、Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであったといえる。そして、海貨業者は、上記の委託に基づいて本件商品を受領するなどしたものである。

以上の事実関係の下においては、本件商品の輸入について信用状を発行した銀行であるXは、Yから占有改定の方法により本件商品の引渡しを受けたものと解するのが相当である。そうすると、Xは、Yにつき再生手続が開始した場合において本件譲渡担保権を別除権として行使することができるというべきであるから、本件譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、本件転売代金債権を差し押さえることができる。

原審の判断は、以上と同旨をいうものとして是認することができる。所論引用の大審院判例は、事案を異にし、本件に適切でない。」

#### 【原々決定要旨】

「民法184条は、『代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する』と定めているところ、文言上、同条における第三者とは、占有権の譲受人であることは明らかである。

そして、同条が規定する指図による占有移転が民法178条により動産物権変動の公示方法の一つとして規定されていることからすれば、代理人によって占有する債務者が占有権を移転するためには、直接占有者に対して、譲受人である債権者のためにその物を占有することを命じることを要するものと解されるのであり、債権者が主張するように、具体的な譲渡担保権者を特定せずに抽象的に譲渡担保権者のために占

有することを命じたとしても、具体的な物権変動を公示したといえないことは明らかである。

また、動産物権変動は直接占有者の占有意思を通して公示されるものであって、対抗要件としての占有移転の先後は、直接占有者への指図の先後によって決定されるものであるから、譲渡人から直接占有者に対する指図は明示的になされることを要すると解される。

本件についてみると、本件各商業送り状には、本件各信用状の番号が記載されているにすぎず、同送り状の送付をもって、債務者がH等に対し、債権者のために占有することを明示的に命じたとは認められないし、仮に、債権者の主張のとおり、抽象的に譲渡担保権者のために占有することを命じることで足りるとしても、同送り状の送付をもって、債務者がH等に対し、譲渡担保権者のために占有することを明示的に命じたとも認められない。

したがって、…本件において、債務者から債権者に対し、本件各商品について指図による占有移転がなされたとは認められない。」

#### 【原決定要旨】

「代理占有（民法181条）が認められるのは、本人（間接占有者）が代理人（直接占有者）を介して目的物の事実的支配を有していると認められるからにはほかならず、本件では、H等の海貨業者が本件各商品の直接占有を取得した時点で、Yは、H等を介して本件各商品の事実的支配を獲得すると認められ、間接占有を取得することになる。そして、YとXとの上記法律関係からすると、Yは、Xのために本件各商品の事実的支配を獲得するものであり、これによって、XもYを介して本件各商品の事実的支配を獲得すると解することができる。そうすると、Xは、H等が本件各商品の直接占有を取得した時点で、Yを介してH等から本件各商品の間接占有を取得するものであり、このような占有の取得の形態も、占有改定に当たると解される。以上のように、他人のために占有を取得する法律関係が複数牽連する場合において、中間者（双方の法律関係の当事者である間接占有者）を介して直接占有者からの

占有（間接占有）の取得を認めることは、間接占有（代理占有：民法181条）の性質に反するものではない。」

「輸入取引においては、信用状の利用が一般的であると認められるところ、XとYとの信用取引約定の内容は、一般社団法人全国銀行協会が制定した信用状取引約定書のひな型と同一であり、輸入担保荷物保管に関する約定も一般に利用されている約定書に準拠しているものと考えられる。

そして、このように一般的に用いられている約定書に基づいて行われる信用状取引においては、信用状を発行する金融機関は、輸入商品について直接占有を取得することがなくても、当該商品について譲渡担保権を取得し、かつ、譲渡担保権について対抗要件を具備しているものとして取り扱われてきたものと考えられる。Yが、当初は、Xを含む金融機関が信用状取引に係る輸入商品について別除権（譲渡担保権）を有することを認めていたこと…も、このような取引慣行及び取引関係者の認識を裏付けるものというべきである。」

「動産取引については、占有が対抗要件とされ、外形的に占有の移転が明確とはいえない占有改定によっても対抗要件を具備すると解されている。

そして、輸入取引においては、本件のように輸入・通関手続の専門業者である海貨業者を介して目的物の受領、通関が行われ、輸入業者が目的物の直接占有を取得することなく、輸入及び転売を行うのが一般的である。

以上の点からすると、上記のように輸入業者（Y）を介して信用状発行金融機関（X）が占有改定により対抗要件を取得すると解することは、第三者に不測の損害を与え、取引の安全を害するものとはいえない。」

「YとH等の海貨業者との間では、Yが輸入商品の受領等を委託するに際して、Xの代理人として、Xのためにするものであることは明示されていない。

もっとも、輸入取引は、信用状の発行を伴うことが多く、信用状取

引の場合には、信用状を発行した金融機関が目的物について譲渡担保権を取得することが一般的であると認められるところ、輸入・通関業務を専門的に取り扱う海貨業者としては、このような取引の実情は当然認識していると考えられる。また、本件各取引においては、H等に対して、信用状番号が記載されている本件各商業送り状…が交付されており、金融機関によって信用状が発行された取引であることが明らかにされている。以上に加え、商行為については代理の顕名が不要とされていること（商法504条）をも考え合わせると、Yを介してXが本件各商品の占有を取得し、譲渡担保権について対抗要件を具備したと解しても、H等の海貨業者にとって不測の損害を与えるものではないというべきである。」

「以上によれば、H等の海貨業者がYの委託に基づいてYのために本件各商品を受領し、その直接占有を取得した時点で、Xは、Yを介してH等から本件各商品の占有（間接占有）を取得し、占有改定により譲渡担保権について対抗要件を具備したものと認められる。」

#### 【抗告理由要旨】

「大審院大正4年9月29日判決（大正4年（オ）第62号）（以下「本件判例」という。）は、民法183条と同法182条の『代理人』の意義を判断した大審院の判例であるが、その判断の前提として、占有改定の意義について、『占有改定ハ甲権利ニ基キテ物ヲ占有スル改定者カ其権利ヲ本人ニ譲渡スルト同時ニ其譲渡シタル権利ニ伝来スル乙権利ヲ本人ヨリ取得シ乙権利ニ基キテ物ノ所持ヲ継続シ乙権利ノ為ニスル直接占有者トナリ本人ハ同一物ニ付キ返還請求権ニ基キテ甲権利ノ為メニスル間接占有権ヲ取得スル場合ヲ指スモノナリ』と判示した。なお、ここでいう『甲権利』とは所有権、『乙権利』とは賃借権のことである。

その上で、同大審院判例は、『第183条ニ『代理人ガ云云』トアルハ改定者ノ所持スル物ニ付キ本人カ間接占有権ヲ有スル状態ニ就キ立言シタルマテニシテ改定者カ予メ代理人タルコトヲ必要トスル法意ニアラス殊ニ所謂代理人モ占有権取得ノ法律行為ニ付テノ代理人ヲ指スモ

ノニアラスシテ間接占有ニ対シ物ノ現実ノ所持者<sup>ママ</sup>を指称スルニ過キサ  
ルモノトス』として、同条の『代理人』とは、動産の現実の所持者を  
指すものであると判示した。

したがって、同大審院判例は、譲渡人が動産の直接占有者である場  
合に限り、占有改定を行うことができることを判示したものと考えら  
れる。」

「本件は、申立人が本件動産を手元に置くなどして直接占有したこと  
は一度もなかった事案であり、このような場合でも、占有改定により  
占有を移転することができる考えると、目的物の直接占有者が占有  
移転の事実を全く把握できないまま、占有の主体が変更されるという  
事態が生じ、法律関係が錯綜してしまうし、民法が引渡しの方法とし  
て、占有改定と指図による占有移転を分けて規定している趣旨すら没  
局されてしまう（民法183条、184条）。」

「相手方は、ABL 協会の正会員であるところ…、同協会から公報さ  
れた『経済産業省等資料』のうち…、『動産・債権担保融資（ABL）の  
普及・インフラ構築に関する調査研究』報告書テキスト編…により、  
平成20年4月ころには、動産担保に関する設定契約書を作成する際、  
第三者が動産を占有している場合には、指図による占有移転により引  
渡しを行うべきであることを承知していた。

また、同協会が相手方を含む正会員に対して集合動産譲渡担保権設  
定契約書（参考例）解説書…を解説していたところ、同解説書にも、  
『本契約では、担保対象物となる動産を設定者が直接占有している場合  
を想定している。（これに対し、倉庫業者等設定者以外の物が担保対象物を直  
接占有している場合には、『占有改定』ではなく、『指図による占有移転』の方  
法を用いることになる。）』と同様の記載がなされていた。」

## 【評 釈】

1 はじめに — 本決定の意義と本評釈の構成<sup>(6)</sup>

本決定<sup>(7)</sup>は、貿易実務の法理的難点といえる動産譲渡担保権者の代理占有による第三者対抗要件具備（民法178条）の問題につき、慎重な事例判断という形をとりながらも対抗要件の具備を肯定したことで、当該実務を追認した決定である。

このような問題が近時に至って争点化するに至った背景には、次の2つの事情があると思われる。

第1に、動産譲渡担保権の実行が問題となる現実的な場面として、転売代金債権等に対する物上代位権の行使の場面があり、その行使の可否については明文の規定がなく疑義があったところ、最高裁は、平成11年決定<sup>(8)</sup>及び平成22年決定<sup>(9)</sup>においてこれを肯定するに至ったため、これらの判例の素地に立つならば、かかる物上代位権の行使につき、もはや実務上の障害がなくなったとの事情である。

第2に、一般の貿易取引において利用されてきた船荷証券（B/L）の場合、運送品の上に行使する権利（所有権や譲渡担保権など）の取得につき、船荷証券の引渡しと運送品の引渡しと同一の効力、いわゆる物権的効力を有することとなるため（商法776条・575条）、対抗要件の具備につき疑義を生じないところ、本件では、日中航路を中心にアジア近海航路だけで行われている商慣習とされる、いわゆるサレンダー B/L が用いられ、これには上記の物権的効力が認められないため、別途対抗要件の具備が問われざるを得ないとの事情である。

それゆえ、本決定により、サレンダー B/L を用いた貿易取引に際して発行される信用状につき、その発行銀行による償還債権の回収にあたっては、債務者の倒産にもかかわらず、物上代位による輸入品の転売代金債権からの取立てが認められることとなった。

本評釈では、原々決定のように、発行銀行側の対抗要件の具備を認めず、サレンダー B/L の実務を見直すべきとの方向で議論<sup>(10)</sup>を展開

することは企図しない。実務的なニーズを受けて生成され普及してきた貿易実務の現状を追認した本決定のメッセージはひとまず尊重に値するものと思われるし、かかる貿易実務そのものの適法性を判断するだけの見識も持ち合わせておらず、軽々な判断を行い得ないからである。

そうした議論に代えて、本評釈は、本決定の結論を支持することを前提に、その結論に至り得る以下の3つのアプローチに注目する。

すなわち、本決定は、動産譲渡担保権の第三者対抗要件具備を認めることで、譲渡担保権者による物上代位権行使を認めるとの結論に至ったものの（対抗要件具備アプローチ）、それ以外にも、対抗要件は具備していないが相手方の第三者性を否定すること（第三者性否定アプローチ）や、そもそも対抗要件を不要であると解すること（対抗要件不要アプローチ）でも、同様の結論に至る余地があるように思われる。

そこで、以下では、本決定が採用した対抗要件具備アプローチを中心に検討しつつも（2）、第三者性否定アプローチ（3）や対抗要件不要アプローチ（4）についても検討を加える。また、本件が直接的には物上代位に関する判例であることから、物上代位固有の問題についても言及したい（5）。

## 2 対抗問題具備アプローチ

### (1) 序 説

本決定は、当該「事実関係の下において」、信用状発行銀行（X）が発行依頼者である動産買主（Y）からの「占有改定の方法により本件商品の引渡しを受けた」として対抗要件の具備を認めた。この判断は、民法183条に定める「占有改定」が、民法178条に定める動産物権譲渡の第三者対抗要件としての「引渡し」にあたることを前提としている。

しかし、ここで確認をしておきたいことは、これ自体が1つの解釈の所産であるということである。民法183条は代理占有（間接占有）を

取得する1つの方法を定めたにとどまり、民法178条にいう「引渡し」の内容を直接的に指示するものではない。占有取得方法に関する一連の規定（民法180条～184条）でいえば、形式論理上、民法178条の「引渡し」に対応するのは、あくまで民法182条1項にいう「引渡し」（いわゆる現実の引渡し）に限られている。他方で、動産譲渡登記（動産・債権譲渡特例法3条1項）のように、「民法第178条の引渡しがあったものみなす」ことで第三者対抗要件にはなるものの、占有取得方法としては評価されないものもみられる。

もちろん、本評釈は、民法178条の「引渡し」を上記のように解釈すべきと主張するものではない。民法183条（あるいは同184条）にいう占有取得方法を論ずる点に問題の本質があるのではなく、あくまで民法178条の「引渡し」として、つまりは動産物権譲渡の第三者対抗要件として、実質的に評価できるか否かとの点に問題の本質があるということを確認するにとどめる。

とりわけ、代理占有の取得方法である民法183条・184条は極めて観念的な法的仕組みであり、占有制度の系譜の二面性<sup>(11)</sup>と相まって、これらが必要にして十分な規定なのかは疑わしく、また、これらの規定を他の占有関連規定とどのように接合させるべきかも必ずしも明瞭とはいえないように思われる<sup>(12)</sup>。

このことは、代理占有規定の解釈をめぐる学説史からもうかがわれよう。

わが国の代理占有規定は、旧民法を通してフランス法から継受したものとされる<sup>(13)</sup>。所持意思のほか、「本人のために占有する意思」（民法183条参照）を代理占有の要件とする主観説を採用し、占有権の取得にはあくまで「自己のためにする意思」が必要であること（民法180条）との対比から、占有代理人は単なる占有補助者（あるいは所持補助者）にすぎず、独自の占有権を有しない<sup>(14)</sup>と解する余地のある規定となっていた。ところが、その後、鳩山秀夫・末弘巖太郎・我妻栄らにより、占有代理人も独自の占有権を有することが承認される<sup>(15)</sup>とともに

に、占有意思の存否を権原の性質によって決する立場を採用することで、ドイツの現行法が採用する客観説<sup>(16)</sup>に接近させる解釈論が展開され、定着することとなった<sup>(17)</sup>。ここにもまた、フランス法の土台にドイツ法の学説を継受させるという、民法学において時折みられる伝統的営為が看取されよう。

しかし、ドイツの現行法は、わが国の代理占有に相当する間接占有を、直接占有者との実体的法律関係と連動させ、しかも、これを、占有取得方法として規定するとともに、動産物権変動の効力要件である「引渡し」に直接結びつける形でも重ねて規定している<sup>(18)</sup>。これに対し、日本法は、代理占有を実体的権利関係と連動させずに占有取得方法として純化させ、動産物権変動の対抗要件である「引渡し」には、少なくとも条文上は直結させていない<sup>(19)</sup>。

この相違は、上記のとおり、効力要件主義か対抗要件主義かの相違等、ドイツ法と日本法との法体系の相違と相まって、解釈論上の姿勢に大きな差異をもたらすものといえる。なぜなら、ドイツ法の下では、効力要件である「引渡し」の有無によって動産物権変動の有無を決する法構造となっているため、これを厳格に規定し、専ら当該規定の解釈によって判断せざるを得ないのに対し、日本法の下では、対抗要件である「引渡し」の有無だけでなく、動産譲渡登記や有価証券法理による「引渡し」の擬制や、対抗力の及ぶ範囲に関する解釈、さらには、動産先取特権のように、対抗要件が不要とされる場面が存することも視野に入れながら議論を展開する余地があるからである<sup>(20)</sup>。

そのため、一方では、本決定のように、当該事案の下ではありながら、占有改定による対抗要件具備を肯定することも許容されるように思われるし、他方では、指図による占有移転を、現在の判例法理における要件論よりも緩和することで、これによる対抗要件具備を肯定することもまた許容されるように思われる。

本件は、典型的な占有改定とも典型的な指図による占有移転とも異なる事例であるがゆえに、対抗要件具備を是とした場合、その双方か

らのアプローチが可能であり、学説における受け止め方もすでに種々表明されている。

## (2) 占有改定（民法183条）からのアプローチ

現在、原決定のように間接占有者からの占有改定を単純に認める立場（下記①説）のほか、本決定を踏まえ、その理解として示された下記②③の立場が存在する。

### ① 単純肯定説

第1に、占有の移転をなす者が間接占有者である場合には、占有改定と指図による占有移転の2方法を選択でき、したがって、指図による占有移転とは別に、間接占有者による占有改定も、民法183条の枠内で一般に許容されるものと解する立場である。この場合、占有改定と指図による占有移転とは、後者が代理占有を完全に移転させ、譲渡人は占有代理関係から離脱するものであるのに対し、前者が代理占有を前提とした復代理占有を成立させるものとして区別されることとなる<sup>(21)</sup>。

### ② 森田修説

第2に、代理占有関係の移転を受ける方法として、間接占有者との合意による占有改定という新しい類型を認めつつも、「指図による占有移転」という伝統的な類型をなおも参照して、直接占有者との間に、「指図」によって生じるのに類似した意思的連絡が存在していることを要求しているものと解し、「理論的には、指図による占有移転と占有改定とのハイブリッドなタイプの『動産の引渡し』を、しかしあくまで占有改定の亜種として（きわめて例外的に）承認したものと位置付ける」との立場である<sup>(22)</sup>。上記①説とは、直接占有者による占有改定の場合よりも意思的連絡を要求する分、要件が厳しくなる点、及び、占有改定後の法律関係として、復代理占有の成立が必ずしも想定されていない点が異なる。

### ③ 角紀代恵説

第3に、一連の取引の流れによっては、第三者（本件における譲渡担

保権者) から見て、直接占有者と間接占有者の関係は、単なる代理占有関係を越えて一体として把握でき、間接占有者も直接占有者と評価される場合があり、その場合には、あくまで直接占有者からの占有改定と同視できるとの立場である<sup>(23)</sup>。本件の信用状取引のような一連の取引の流れに着目する点において単純肯定説(上記①説)とは異なり、上記②説とは、同説にいう意思的連絡を重視しない点、及び、占有改定後の法律関係として、復代理占有の成立を想定している点が異なる。

#### ④ もう1つのアプローチ

##### — 海貨業者(直接占有者)からの占有改定としての構成

ここで、少し視点を変え、民法178条による動産物権譲渡の対抗要件具備を認める上で、指図による占有移転等による動産占有の移転は、所有権や譲渡担保権等、占有以外の動産物権の変動の過程と一致していなければならないのかとの基礎的問題について確認する。なぜなら、不動産物権変動の対抗要件である登記については、当該物権変動の過程を忠実に公示すべき要請が働くため、登記上も同様の物権変動が記録されなければ対抗要件としての効力を有しないところ、この理屈を動産物権の譲渡に当てはめるならば、その対抗要件である「動産の引渡し」、つまり動産の占有移転の過程もまた、当該動産の実体的な物権変動と一致していなければならないのではないかと考えられるからである。

しかし、かかる一致を厳格に要求するならば、およそ非現実的な結論となるであろう。

たとえば、本件においても、輸入商品の所有者ではない海貨業者が当該商品を転売先に納入し、つまりは現実の引渡し(民法182条1項)をしているところ、これは当該転売の買主にとっては当該商品の所有権譲渡についての対抗要件である「引渡し」(同178条)として評価されざるを得ないとすれば、少なくとも現実の引渡しは、所有者ではない第三者(海貨業者)からなされたものであっても対抗要件を具備し得るということを意味することになる<sup>(24)</sup>。

また、理論的可能性としては、本件事案から離れて、たとえば、AがBに動産を賃貸して引き渡した後、当該賃貸借が終了したものの、当該動産の返還を受けないまま、Aから当該動産の所有権を譲り受けたCがあらためてBとの間で賃貸借契約を締結した場合のように、所有者ではない第三者（B）から占有改定（同183条）がなされたと評価されるケースが考えられるであろう<sup>(25)(26)</sup>。

このことは、本件のようなケースにおいても、所有者ではない第三者である海貨業者からの占有改定によって金融機関の譲渡担保権につき対抗要件を具備する構成の余地があることを示唆する。本件では、海貨業者H等から金融機関Xへの占有改定として構成するには両者間の合意が求められることとなるが、本決定が指摘するように、「Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであった」とするならば、当該委託に際し、海貨業者から不特定の金融機関に対する占有改定の申込みがあったことまでは認定できよう。

あとは、金融機関Xからの承諾の意思表示が認定できればかかる構成も取り得たところであるが、少なくとも申込者である海貨業者が当該承諾の意思表示の相手方になる以上、そこまでの認定は困難と思われる。そのため、かかる構成は取り得なかったものと考えられる。

### (3) 指図による占有移転（民法184条）からのアプローチ

以上のアプローチに対し、本稿では、指図による占有移転（民法184条）の側からのアプローチも可能であることを示したい。

この点、おそらく本決定も前提としたように、本件取引においては、直接占有者に送付された商業送り状に具体的な譲渡担保権者が特定されておらず、これは占有移転のための「指図」としては評価できないとの見方が趨勢と思われる。その背景には、2つの最高裁判例<sup>(27)</sup>を中心に、「指図」認定のハードルを高める裁判例群の存在がある。

しかし、これらの裁判例は、本来の対抗問題を処理するため、民法178条の適用上、指図による占有移転の有無が争われたといったケースではなく、そのほとんどが、(a)転々譲渡の場合に、最終の譲受人がいわゆる解除前の第三者として民法545条1項ただし書により保護されるか否か、あるいは、(b)所有権留保特約の存在等により、第三者が無権利者からの譲受人となった場合に、その者を民法192条の即時取得によって保護できるか否かのいずれかが争われたケースとなっている。そのため、(a)のケースにおいては、民法545条1項ただし書という「第三者」に、いわゆる権利保護資格要件として、いかなる占有移転行為が必要かが問われることとなるし、(b)のケースにおいては、民法192条にいう「動産の占有を始めた」に、判例が占有改定(民法183条)を除外する中、指図による占有移転はなお含めてよいのかが問われることとなる。つまりは、民法178条の適用問題以上に別異の配慮が必要であるとも思われる中での解釈であり、自ずと認定のハードルは高くなるとも考えられよう。以下、これらの論点を個別に検討する。

### ① 指図による占有移転と即時取得

概ね否定説で趨勢を決している占有改定と即時取得の問題とは異なり、指図による占有移転が即時取得の要件を満たし得るかの問題については、昭和57年の最高裁判例<sup>(28)</sup>が一般法理ではなく、射程の狭い事例判断として適用を肯定しているにすぎない現状において、なお議論が尽くされていないように思われる。

すなわち、占有改定とは異なり、「簡易の引渡や指図による引渡があった場合には、所持こそ動かぬが、真正の権利者の信頼は形の上でも完全に裏切られて第三者が占有権を取得するのであるから、第192条は適用されてよい」とする適用肯定説<sup>(29)</sup>が広く知られる一方で、具体的事案を類型化して個別的に検討すべきであるとする見解<sup>(30)</sup>が提唱され、例えば、無権利者からの占有改定により動産の間接占有を得た者が第三者に指図による占有移転を行った場合における当該第三者や、指図による占有移転の方法を用いた動産の二重譲渡の場合における第

2 譲受人には、即時取得を否定すべきとされる。むしろ大審院判例の主流は即時取得の成立を否定していた<sup>(31)</sup>にもかかわらず、上記の昭和57年最判が即時取得を肯定したのは、無権利者による寄託後に指図による占有移転が行われた事案であって、上記類型論の下でも即時取得を認めるべきとされた類型であった等の事情が存したためと思われる<sup>(32)</sup>。

それゆえ、その後の裁判例の動向にも大きな変化がみられず、現在の判例法理の下でも、指図による占有移転一般につき即時取得が成立するとはされておらず、いわば192条のフィルターを経た184条の姿が現れるにすぎないのであるから、そこでの判示内容から、指図による占有移転一般に関する解釈を引き出すことには慎重となるべきであろう。

## ② 権利保護資格要件としての占有取得行為

契約の解除前に当該契約上の権利につき利害関係を有するに至った第三者は、民法545条1項ただし書の適用上、解除によって当該権利を回復すべき者との関係で、保護の資格を主張するため、不動産登記等の対抗要件具備行為をしなければならないが、ここでの問題である。この場合に第三者に求められる要件は、権利保護資格要件などと呼ばれる。

この点、不動産取引の場面における登記の要否が典型的な問題であるが、これを本件のような動産取引に引き直すならば、権利保護資格要件としての占有取得行為となり、ここではさらに、権利保護資格要件としての指図による占有移転の当否が問題となる。

もっとも、登記に公信力がない中で、必ずしも帰責性のない解除権者とのバランスから、第三者に登記を要求する不動産取引の場合とは異なり、即時取得制度による保護の余地がある動産取引においては別異の考慮が働くとも考えられる。すなわち、現実の裁判例が示唆するように、動産が転々譲渡された後に最初の譲渡契約が解除され、最後の譲受人が第三者として保護されるか否かが争われるケースと、最初

の譲渡契約に所有権留保特約が付されたため、最後の譲渡契約が他人物譲渡となり、その譲受人が即時取得によって保護されるか否かが争われるケースとは、いわば紙一重であるといえ<sup>(33)</sup>、上記①で述べた類型論のような解釈がこの問題にも影響を及ぼすのではないかとも考えられるところであり、そうであるならば、権利保護資格要件なるものの当否をめぐる解釈論のフィルターを経ることも含め、そこでの判示内容もまた、指図による占有移転一般に関する解釈論としては参照に値しないように思われる。

### ③ 民法184条そのものの当否

さらにいえば、指図による占有移転を定める民法184条そのものの当否も問題となり得る。

民法184条は、フランス法に直接のルーツはなく、ドイツ民法第1草案804条、ザクセン民法201条及び（旧）スイス債務法201条に範をとったものと思われる<sup>(34)</sup>。そこには、「指示」や「指図」、「指令」、「委託」などと訳される語を用いた占有移転の規定がみられ、これらを参考に民法184条が起草されたものとみられる。

この点、確かに、譲渡人から占有代理人への指図を要件とすることで、あたかも債権譲渡につき譲渡人から債務者への通知を要求する（民法467条）と同様の要件を要求し、譲渡についての占有代理人の認識を占有移転の条件とするとの考えは決して理解できないものではない。

しかし、物権に属する占有の譲渡を要件面において債権譲渡と同列においてよいかは一考に値するであろう。一般に、直接占有者に向けられる物権的返還請求権を行使するにあたって、当該請求権の根拠となる物権を有することの立証はもっぱら請求者側に求められるものの、その立証が可能である限り、それ以上に直接占有者への通知や指図といったものは要求されてはいない。現に、現行ドイツ民法931条（返還請求権の譲渡）は、指図を要求することなく、返還請求権の譲渡により、間接占有の移転と動産物権譲渡の効力要件としての引渡しとを基礎づけている。

他方、日本法の下でも、代理占有の成立場面の1つである不動産賃貸借において、間接占有者である賃貸人の地位は、当該不動産又は当該地位の譲渡により、直接占有者である賃借人の承諾を要しないで移転するため（民法605条の2第1項、605条の3前段参照）、それに伴って間接占有もまた移転するものと解される。

また、債権法改正後の民法では、これまでの判例を変更し、賃貸人の地位を留保しながら原賃貸借を転賃借に移行させる形の賃貸借を許容するに至ったが（民法605条の2第2項前段）、これは、本来の指図による占有移転とは区別された、間接占有を維持しつつ再間接占有（復代理占有）が成立する場面を想定した新たな立法と評し得る。

このような扱いと民法184条とが果たして整合しているかが問われよう。

#### ④ 小 括

以上の検討からは、少なくとも民法178条の適用上は、「指図」認定のハードルをむしろ低くする方向で、指図による占有移転による対抗要件具備を緩やかに認めることが可能と思われる。

#### (4) 動産譲渡担保権からのアプローチ

つぎに、本件が動産譲渡担保権の対抗要件具備が問われた事例であることから、動産譲渡担保権特有の視点からもアプローチを試みたい。

##### ① 譲渡担保権の法的構成による影響

譲渡担保権については、目的物が動産か不動産かを問わず、その法的構成が議論されてきた。形式を重視し、目的物の所有権は譲渡担保権者に完全に移転していると捉える所有権的構成と、実質を重視し、譲渡担保権者は目的物についての担保権を取得し、所有権は設定者にとどまると捉える担保権説が対極であるが、近時は、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転することを認めるものの、それは債権担保の目的に応じた部分に限られ、残りの権能は設定者に留保されるものとして、設定者も目的物に関する物権（設定者留保権＝所有権－担保権）を有すると捉える設定者留保権説も有力である。

この譲渡担保権が一般には担保権者に目的物の占有を移さない非占有担保であることを前提とするならば、設定者が間接占有者である場合の譲渡担保権設定による間接占有の帰すうは、この法的構成論によって左右されるのではないかと考えられる。すなわち、論理必然的でないとは思われるものの、設定者が直接占有者である場合の譲渡担保権設定においては、もっぱら占有改定による対抗要件具備が目指されるのに対し、設定者が間接占有者である場合の譲渡担保権設定においては、所有権的構成によれば、設定者に物権的権能を残さない構成であることから、物権的権能の一部を成す間接占有をも譲渡担保権者に移転させる方法として、(a) (純粹な) 指図による占有移転が目指され、担保権説によれば、所有権を設定者にとどめつつ、その一部の権能である担保権を譲渡担保権者に取得させる構成であることから、間接占有を設定者に残しつつ、再間接占有（復代理占有）を譲渡担保権者に取得させる方法として、(b) 間接占有者からの占有改定が目指されることとなる。

また、いわゆる設定者留保権説によれば、所有権を譲渡担保権者に移転させつつ、設定者留保権なる物権的権能を設定者にも残存させる構成であることから、設定者と譲渡担保権者双方に重疊的な間接占有を成立させる方法が目指されるものと思われる。この方法としては、前記(2)④で考察した、(c) 直接占有者（海貨業者）からの占有改定により、先に間接占有を得ていた設定者とともに譲渡担保権者が二重の間接占有を得るものと解するか、あるいは、(d) 設定者（間接占有者）からの指図による占有移転を觀念するも、設定者は間接占有を失わず、譲渡担保権者に二重の間接占有を成立させるといった、いわば特殊な指図による占有移転がなされたものと解するかのいずれかが考えられる。

したがって、(b)の方法を採ったものと思われる本決定は、ここから逆算をすれば、上記の法的構成のうち、担保権説に親近性をもつとはいえそうであるものの、ここで重要と思われる指摘は、譲渡担保権者に間接占有を取得させる方法が複数存在し、そのいずれによるかは、譲

渡担保権の法的構成をめぐる議論によって影響を受け得るとともに、その取得方法のいずれによるかによって、要件・効果が異なり得るのではないかということである。こうした視点からの検討も重要であろう。

## ② 動産担保権と動産所有権とで対抗要件を区別する視点の当否

ついで、動産担保権の対抗要件を動産所有権の対抗要件一般と区別する視点の当否についても検討を加える。

動産譲渡担保権については、集合動産譲渡担保権の設定が可能とされていることからわかるように、目的物の特定性を緩和した状況で一括の対抗要件具備が許容されており<sup>(35)</sup>、動産所有権一般とは異なる扱いを受けていることから<sup>(36)</sup>、対抗要件具備に必要な占有移転を動産所有権一般よりも緩和できるものとして、本決定のような緩やかな対抗要件具備は、動産担保権だからこそ許容できるとの見解もあり得よう。

しかし、同じ動産担保権であっても、占有の移転を必須とする動産質権については、理論上、指図による占有移転（民法184条）による質権設定、すなわち、間接占有者からの質権設定が可能であるところ、その場合においても対抗要件を緩和できるとするのは、質権の占有担保性（民法344条、345条）を骨抜きにし、およそ妥当とはいえないであろう。

したがって、かかる対抗要件の緩和は、非占有担保としての動産譲渡担保権であるからこそ可能ではないかと考えられる。

## (5) 動産譲渡登記（特例法登記）制度からの評価

なお、本決定が間接占有者との合意による占有改定という新しい類型を認めたことで、動産・債権譲渡特例法が平成16（2004）年に創設した動産譲渡登記制度への悪影響（特例法登記改善に向けた制度力学が生じないということ）が懸念されている<sup>(37)</sup>。

もっとも、同一の物権について二重の公示方法が許容されているのは、不動産賃借権についての民法605条登記と借地借家法上の対抗要件（同法10条1項、31条）や、立木所有権についての明認方法と立木法登記など、決して珍しいことではないところ、先に認められていた公示方

法（民法605条登記、明認方法）よりも後に認められた公示方法（借地借家法上の対抗要件、立木法登記）の方が容易であれば、公示方法の柔軟化により後発の公示方法の利用が促進され、より困難であれば、公示方法を多元化しても（他のインセンティブが働かない限り）後発の公示方法の利用は停滞することとなる。そして、前者のパターンに属するのが不動産賃借権であり、後者のパターンに属するのが立木所有権と動産所有権であったといえる。

それゆえ、本決定により、先発の公示方法である占有移転が柔軟化したことから、後発の公示方法である動産譲渡登記の利用がいつそう停滞することになるものの、取引の実状を踏まえた政策的判断としては受け容れざるを得ないものと思われる<sup>(38)</sup>。

### 3 第三者性否定アプローチ

冒頭で述べたように、本決定の結論は、理論上、対抗要件は具備していないものの相手方（再生債務者）の第三者性を否定することでも到達し得る。

不動産物権変動に関して広く知られている第三者性（民法177条）の制限、すなわち、「第三者トハ当事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」を指称するとの、いわゆる制限説（大判明治41年12月15日民録14輯1276頁等）は、動産物権変動にも妥当し、民法178条にいう「第三者」は、「引渡の欠缺を主張する正当の利益」（最二小判昭和33年3月14日民集12巻3号570頁等）を有する者に制限されるものと解されている。たとえば、寄託契約における受寄者は民法178条にいう「第三者」には当たらないとの判例<sup>(39)</sup>が存在する。

もっとも、民事再生手続においては、一般に、再生債務者の第三者性が肯定されており、しかも、登記・登録については、「再生手続開始前に生じた登記原因に基づき再生手続開始後にされた」ものは、「再生

手続の関係においては、その効力を主張することができない」との明文規定（民事再生法45条）が存在する。同条に関して語られる、「個別の権利行使が禁止される一般債権者と再生手続によらないで別除権を行使することができる債権者との衡平を図るなどの趣旨」（最二小判平成22年6月4日民集64巻4号1107頁）は、動産担保権にも等しく妥当すると解するならば、再生債務者に第三者性を認め、その対抗要件である「引渡し」等の具備が求められることとなろう<sup>(40)</sup>。

したがって、譲渡担保権設定者である再生債務者が再生手続開始後に自ら設定した譲渡担保権に基づく物上代位権行使を否定するかのよ様な主張を行うのはいわゆる禁反言則に触れ、信義則に反するのではないかとの一見もっともらしい指摘は当たらないこととなる。

しかし、他方で、未登記通行地役権の対抗力をめぐる近時の判例法理によれば、通行地役権の承役地が第三者に譲渡されても、「譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったとき」は、特段の事情がない限り、当該譲受人は「第三者」に当たらず<sup>(41)</sup>、つまりは、背信的悪意の排除にとどまらず、善意であってもかかる認識が可能であった場合には「第三者」から排除されることとなる。そして、その根拠として、承役地の譲受人は、要役地の所有者が承役地について「何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる」ため、通行地役権の設定につき善意であっても、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって」、当該譲受人が「地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反する」との理由を掲げる。

そこで、この判例法理が譲渡担保権その他の担保物権に応用できるかが問題となる。この点、担当調査官の解説によれば、「どこまで及ぶ

かは問題である」としつつも、上記の要件は、『物理的状況から客観的に明らかである』というものであるから、本判決の射程距離が抵当権その他の担保物権に及ぶとはいえないが、通行地役権以外の地役権や地上権その他の用益物権には及ぶと解する余地があろう」との指摘がみられる<sup>(42)</sup>。確かに、「物理的状況から客観的」な形で担保目的物であることが明らかとなるケースはおよそ想定し難いものの、上記の根拠を変形させ、“他の者が輸入商品について何らかの担保権を有していることを容易に推認することができ、また、担保権の有無、内容を容易に調査することができる”との状況が認められるならば、応用の余地はあろう。しかも、本決定は、「Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであった」と述べており、少なくとも海貨業者等の輸入関係者にとっては、輸入商品上の譲渡担保権の存在を容易に推認できる状況にあったとはいえそうである。

しかしながら、再生債務者によって利益を代表される立場にある再生債権者のすべてが輸入関係者であるとは限らない点に鑑みるならば、やはり応用は困難とみるべきではないかと思われる。

#### 4 対抗要件不要アプローチ

第3のアプローチは、そもそも対抗要件を不要であると解するアプローチである。これには、公示方法なくして対抗可能な動産先取特権(民法311条以下)に依拠するアプローチと、公示方法が不要とされる弁済による法定代位(同499条以下)に依拠するアプローチとがあり得る。

前者(動産先取特権)は、現に、同様の輸入商品につき動産譲渡担保権に基づく物上代位を認めた先例である前記平成11年決定の評価として、動産売買先取特権(民法321条)を行使すべき場面と利益状況が共

通しているとの指摘もみられたところであり、その類推適用による対応が考えられる<sup>(43)</sup>。これは、信用状取引の機能を動産売買との対比においてどう評価するかにもよると思われるが、一般に厳格解釈が志向されるものと思われる先取特権規定の解釈の限界を見定めつつ検討すべき課題であろう。

他方、後者（弁済による法定代位）は、自動車の留保所有権に基づき登録なくして別除権行使を認めた近時の最高裁判例（最一小判平成29年12月7日民集71巻10号1925頁）を受け、今後検討が深められるものと思われる。とりわけ、登録なき別除権行使を逆に否定した最高裁判例（前記最判平成22年6月4日）との結論の相違が法定代位構成に由来するのであるとするならば<sup>(44)</sup>、本件のような信用状発行銀行による弁済のケースをこれに近づけることで対抗要件を不要と解することが考えられよう。

なお、両者のアプローチは一見無関係であるように見えるものの、近時の判例（最三小判平成23年11月22日民集65巻8号3165頁）によれば、弁済による代位の制度もまた、「原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである」と説かれるに至っている。つまりは、ともに担保制度であるとの共通項を見出すことができる。しかも、本件も、国際物品売買であることを度外視するならば、売主（輸出業者）が有する動産先取特権が代位弁済によって移転したとも構成し得るところであり<sup>(45)</sup>、より強固な理由によって対抗要件が不要であるとも解し得よう。

## 5 物上代位に関する問題

ついで、物上代位固有の問題について検討を加える。

（特定）動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位の可否については、すでに前記平成11年決定が当該事例上の判断としてこれを肯定し、その後さらに、前記平成22年決定が、集合動産譲渡担保権に

基づく共済金請求権への物上代位を、今度は一般論として肯定した。そのため、物上代位に関する本決定の意義としては、(特定) 動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位を、事例判断としてではなく、一般論として肯定した点に求められよう。もっとも、これらの決定を慎重に読み解くならば、判例法理は、集合動産譲渡担保権に基づく“売却代金”債権への物上代位も肯定するものであるとは必ずしもいえないように思われる。同じ売却代金債権であっても、(特定) 動産譲渡担保権にあっては、当該動産への追及効が遮断される反面において取得される代替的財産であるのに対し、集合動産譲渡担保権にあっては、指定範囲に含まれる集合動産への譲渡担保権実行が確保される上での付加的な財産にすぎないからである。

また、本決定は、物上代位権行使の前提として占有改定の有無を検討していることから、占有改定がなければ再生債務者との関係で物上代位権を行使できないことを意味するところ、こうした結論は、動産先取特権に基づく物上代位権行使を破産・執行手続との関係においても認めた最高裁判例<sup>(46)</sup>や、抵当権に基づく物上代位権行使を執行手続や債権譲渡との関係においても認めた最高裁判例<sup>(47)</sup>と対比させたとき、やや異質な印象を与えるように思われる。實際上、動産譲渡担保権については、設定契約と同時に対抗要件が具備されると思われることから、本件のようにその具備自体が争われない限り、執行・倒産手続開始前に譲渡担保権が設定されてさえいれば、物上代位権を行使できるとの結論に至るものの、理論上は、(設定契約時ではなく) 対抗要件具備時と執行・倒産手続開始時との先後によって物上代位権行使の可否が決められるとの立場が本決定によって示されたとみるべきであろう。

ただ、そのように理解した場合、今度は、動産先取特権に基づく物上代位権行使を債権譲渡との関係において否定した最高裁判例<sup>(48)</sup>との整合性が問題となり得るように思われる。動産先取特権に基づく物上代位権行使の場面における執行・倒産手続開始と債権譲渡とのこうした結論の相違につき、「物上代位の目的である転売代金債権が第三者に

譲渡され…債務者の一般財産から逸出した場合にはこれを行使することができないが、債務者に対して破産宣告がされた場合であっても、目的債権の特定性保持により物上代位の効力保全、第三債務者を含む第三者の不測の損害防止の各目的を達することができるから、これをなお行使することができる」<sup>(49)</sup>などと正当化を試みるものの、こうした理屈自体は、本件のような譲渡担保権と再生手続との関係にも応用できるため、そうすると、動産譲渡担保権に基づく物上代位権行使の場面においても、執行・倒産手続開始と債権譲渡とで結論を異にすべきこととなるが、それでよいか問われよう（表2参照）。

表2・担保の種別による物上代位の可否

		動産担保	不動産担保
法定担保 (先取特権)	執行・倒産 手続開始	物上代位○ (最一小判昭和59年2月 2日民集38巻3号431頁、 最二小判昭和60年7月19 日民集39巻5号1326頁)	
	債権譲渡	物上代位× (最三小判平成17年2月 22日民集59巻2号314頁)	
約定担保 (譲渡担保権、 抵当権)	執行・倒産	物上代位○ (最二小決平成11年5月 17日民集53巻5号863頁、 最二小決平成29年5月 10日民集71巻5号789頁)	物上代位○ (最一小判平成10年3月 26日民集52巻2号483頁)
	債権譲渡	物上代位×?	物上代位○ (最二小判平成10年1月 30日民集52巻1号1頁)

## 6 おわりに

本決定は、民法（178条）制定時に想定していたと思われる動産取引における一般の引渡方法（民法が定める4つの方法）からズレた輸入取引

上の引渡実務につき、輸入実務の混乱を回避すべく、差し当たりは現状追認的に、判例法理として、法の欠落を埋める対応をとったものと評価できる。もはや取引当事者による動産の物理的経由は必須ではなく、それを前提に譲渡担保権の設定も対抗力の具備も可能にすべきと思われる。そうした傾向は、証券のペーパーレス化・電子化の進展により、いっそう強まるものと思われる。本来であれば、船荷証券や倉荷証券を規定し、証券の引渡しを運送品の引渡しと擬制する、いわゆる引渡擬制（商法575条、776条等）の方途を定めた明治商法制定の段階ですでに、本来の引渡方法は不要とされていたとの事実にも照らせば、本来的には、立法による適切な対応が100年以上にわたって求められていたとはいえよう。

物権法定主義（民法175条）が妥当し、とかく硬直的に捉えられがちな物権法の中であって、新たな商慣習法（商法1条2項）上の公示方法ともいえる間接占有者からの占有改定を認めた本決定は、物権法秩序の柔軟性を示す一事例としても興味深い素材を提供するものといえる。

また、本決定後、法定不安定性を回避し、あくまで民法に則った明確な「指図」による占有移転の実務が今後形成されていくかについても注視していきたい。

- (1) 元地回収船荷証券などと訳される。
- (2) 本文の金額は原決定の前提事実（第1の2(9)）に記された金額である。これに対し、原決定別紙の担保権・被担保債権・請求債権目録によれば、6641.90USドルとあり、いずれが正しいか定かでない。
- (3) 転売代金合計額は、579万6646円である。
- (4) 裁判官：中垣内健治（裁判長）、瀬戸茂峰、宮本浩治。
- (5) 裁判官：山下郁夫（裁判長）、杉江佳治、吉川愼一。
- (6) 本評釈は、2018年9月20日、東京弁護士会金融取引法部定例会にて報告した内容を基にしたものである。当日、貴重なご意見を賜った部員各位にこの場を借りて御礼申し上げる。
- (7) 小貫芳信裁判長のほか、鬼丸かおる・山本庸幸・菅野博之各裁判官、全員一致の意見による決定。本決定の評釈・解説として、大寄麻代『最判解民事篇平成29年度』244頁（2020年3月）のほか、栗田口太郎「判批」

金法2068号4頁(2017年6月)、水野信次「判批」銀法826号36頁(2018年3月)、森田修「判批」金法2075号10頁(2017年10月)、藤澤治奈「判批」法教446号49頁(2017年11月)、本村健ほか「判批」商事法務2154号59頁(2017年12月)、青木則幸「判批」新・判例解説 Watch22号89~92頁(2018年4月)、角紀代恵「判批」リマークス56号18頁(2018年2月)、下村信江「判批」近畿大学法科大学院論集14号117頁(2018年3月)、町田余理子「判批」中央学院大学法学論叢31巻2号143頁(2018年3月)、吉岡伸一「外為取引における動産の譲渡担保権の利用」岡山大学法学会雑誌67巻3=4号409頁(2018年3月)、三笥裕「判批」ビジネス法務18巻4号43頁(2018年4月)、小山泰史「判批」民商154巻1号173頁(2018年4月)、生熊長幸「判批」ジュリ1518号(平成29年度重要判例解説)71頁(2018年4月)、石尾賢二「判批」静岡大学法政研究22巻3=4号113頁(2018年4月)、遠藤元一「判批」金判1540号16頁(2018年5月)、水津太郎「判批」民事判例16号78頁(2018年5月)、和田勝行「判批」金法2091号32頁(2018年6月)、河野憲一郎「判批」熊本法学143号81頁(2018年7月)、阿部裕介「判批・輸入商品を直接占有しない輸入業者による輸入商品の譲渡担保と占有改定の成否」金法2097(金融判例研究28)号29頁(2018年9月)、吉岡伸一「判批」NBL1131号93頁(2018年10月)、渡辺幹典「判批」松山大学論集30巻5-1号465頁(2018年12月)、小出篤「判批・信用状取引に伴う譲渡担保と占有改定」『商法判例百選(別冊ジュリ243号)』120頁(2019年6月)がある。

- (8) 最二小決平成11年5月17日民集53巻5号863頁。拙著「判批」金判1286号88頁(2008年)参照。
- (9) 最一小決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁。拙著「判批」日本法学78巻2号311頁(2012年)参照。
- (10) たとえば、譲渡担保権者にとっては、担保的機能をもつ正式な船荷証券をあえて経由させなかった以上、債務者の倒産によるリスクは甘受すべきであり、かかるサレンダー B/L の実務は見直されるべきであるといった立論が考えられる。
- (11) 今日の占有制度はローマ法のポセッシオ〔Possessio〕とゲルマン法のゲヴェーレ〔Gewere〕という2つの系譜に属し、例えば、占有訴権(民法197条以下)は前者、即時取得(民法192条)は後者に由来するなど説かれる。その中で、「代理占有制度はその1つの法制度のなかに両制度が相互に乗り入れ融合状態にまでいたっている点で、特異なもの」(田中整爾「代理占有の特性」大阪学院大学法学研究22巻1=2号86頁(1996年))などと指摘される。
- (12) その証左として、占有改定による即時取得を否定した判例(最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁)が想起されよう。そこでは、占有改定が占有取得方法にはなるが本権取得方法にはならず、両者が区別されてい

- る。
- (13) 佐賀徹哉「代理占有に関する覚書」林良平先生献呈論文集『現代における物権法と債権法の交錯』150頁（有斐閣、1998年6月）。星野英一『民法概論Ⅱ』88頁（良書普及会、年月）も、「借りたり預ったりしている者を、民法は、フランス民法学を受けついで『占有代理人』と呼び、貸したり預けたりしている者は『代理人による占有』または『代理占有』をしているという」と述べる。旧民法財産編190条1項は、「物ノ所持又ハ権利ノ行使ハ之ヲ第三者ノ所為ニ委ヌルコトヲ得但占有スルノ意思ハ占有ニ付キ利益ヲ得ント主張スル其人ニ存スルコトヲ要ス」と定め、これは、フランス民法典2255条（2008年改正前の2228条）に近い内容となっている。
- (14) この場合、本人とともに占有代理人もまた占有者であるという形での階層的占有の成立自体が否定される。
- (15) 我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法』476頁（岩波書店、1983年）など。この場合、本人とともに占有代理人もまた占有者であるという形での階層的占有の成立が肯定される。
- (16) ドイツの現行民法典は、占有意思を要せずに所持のみで占有を認める客観説を採用する（同854条1項参照）。これは、ドイツ民法制定時の第2草案から採用された立場であったが、わが国の民法は、いまだ主観説を採用していたドイツ民法第1草案を参考にしたため、客観説が採用されることはなかった。
- (17) 河上正二『物権法講義』211頁（日本評論社、2012年）、佐久間毅『民法の基礎2物権〔第2版〕』265頁（有斐閣、2019年）など。
- (18) ドイツ民法典は、間接占有の取得方法として868条・870条等の規定を置き、動産の引渡方法として930条・931条の規定を置くことで両者を区別する。すなわち、間接占有の取得方法としての占有改定（後掲注(19)のとおり、厳密には、意思表示による占有取得方法としての占有改定とは異なる。）は868条、動産の引渡方法としての占有改定は930条がそれぞれ根拠規定となり、間接占有の取得方法としての返還請求権の譲渡（日本の指図による占有移転に相当するもの）は870条、動産の引渡方法としての返還請求権の譲渡は931条がそれぞれ根拠規定となる。ちなみに、930条は、「所有者が物を占有するときは、その引渡しは、所有者及び取得者が取得者に間接占有を取得させる法律関係を合意することをもって代えることができる」と定め、931条は、「第三者が物を占有するときは、その引渡しは、所有者が取得者に物の返還請求権を譲渡することをもって代えることができる」と定める（訳文は、マンフレート・ヴォルフほか（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』614頁〔鳥山泰志〕（成文堂、2016年11月）による。）。
- (19) もっとも、日本法の規定振りは、占有改定等を占有取得方法として規定しつつも、その実は、意思表示や指図の要件を通じ、第三者対抗要件としての「引渡し」に代替し得るものとして機能することを専ら想定した規

定内容となっている。すなわち、直接占有を移転させないまま、意思表示のみによってその相手方に間接占有を取得させる占有改定(民法183条)は、直接占有から間接占有が派生する場面を網羅するものとはなっていない。例えば、動産の賃貸借契約に基づき賃貸人が賃借人に当該動産を現実に引き渡した場面では、賃借人に直接占有が取得されるとともに、それと同時に、賃貸人の下で間接占有が成立することとなるが、これをもって賃借人から賃貸人への占有改定の意思表示があったとは考えないであろう。この場面では、賃借人から賃貸人に向けた動産の物権譲渡がそもそも存在しないために民法178条の適用問題とはなり得ず、議論の実益が乏しいことからこれまで疑問視されてこなかったように思われる。この点、占有取得方法と引渡方法とを区別して規定するドイツ法によれば、「用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人若しくは受寄者として、又はこれらに類する関係において、他人に対してある期間の占有をする権原を有し、又は義務を負う者が物を占有するときは、その他人も占有者とする(間接占有)」と定める民法典868条により、占有改定の意思表示を待つまでもなく、間接占有が成立することとなる。占有取得方法として、本来はこのような規定が望ましかったといえる。

- (20) これは、ヨーロッパ私法に関する共通参照枠草案(いわゆるDCFR)が、動産担保権者による直接占有を要求していること(Ⅸ.-3:201条)とも立場を異にしている。
- (21) 井口牧郎「最判解民事篇昭和34年度」211頁以下参照。ドイツ民法典930条(前掲注(18)参照)における譲渡人は間接占有者であっても足りると解されている(於保不二雄『独逸民法Ⅲ物権法(現代外国法典叢書)』102頁(有斐閣、1942年)、ヴォルフほか・前掲注(18)105頁参照)。また、この立場に属する評釈として、水津・前掲注(7)81頁、和田・前掲注(7)42頁がある。
- (22) 森田・前掲注(7)17頁。
- (23) 角・前掲注(7)21頁。栗田口・前掲注(7)5頁も参照。
- (24) かかる現実の引渡しにより、X(譲渡担保権者)やY(売主)が有していた間接占有はどうなるのかも問題となる。処分授権に基づいた有効な売却に伴う引渡しである限り、間接占有は消滅するものと解されるが、その論拠は必ずしも自明とはいえない。
- (25) その他、AがBに動産を賃貸し、BがCに当該動産を転貸してそれぞれ引き渡した後、AB間の賃貸借が終了したものの、Aから当該動産の所有権を譲り受けたDがBから賃貸人たる地位を譲り受けてCとの賃貸借契約関係を承継した場合は、所有者ではない第三者からの指図による占有移転(民法184条)を観念できるし、A所有の動産をBがCに賃貸していたところ、CがAから当該動産を買い受けたため、BC間の賃貸借が終了した場合は、所有者ではない第三者からの簡易引渡し(同182条2項)を観

念できる。すなわち、第三者弁済が原則許容されているのと同様に、第三者からの占有移転が可能であるとともに、これらはいずれも動産物権譲渡の対抗要件（同178条）として評価できるものと解される。

- (26) 同様に、第三者への占有移転が動産物権変動の対抗要件として評価できるかとの問題も考えられる。たとえば、本件における売主が（船舶による輸送を通じて）海貨業者に現実の引渡しをしたことで、買主であるYが当該輸入商品の所有権譲渡につき対抗要件を具備したものと評価されるかとの問題である。この問題も、実体的な物権変動との一致を厳格に要求し、対抗要件具備を認めないとの結論は非現実的であるゆえ、具備を認めるとするならば、少なくとも弁済受領権限を与えられた海貨業者への引渡しは、弁済として評価されるとともに、対抗要件も具備されると評価すべきこととなろう。
- (27) 最一小判昭和48年3月29日判時705号103頁、最三小判昭和57年9月7日民集36巻8号1527頁。
- (28) 最三小判昭和57年9月7日民集36巻8号1527頁。
- (29) 末川博『物権法』235頁（日本評論新社、1956年）。
- (30) 川島武宜編『注釈民法(7)』122頁以下〔好美清光〕（有斐閣、1968年）。
- (31) 大判昭和8年2月13日新聞3520号11頁、大判昭和9年11月20日民集13巻2302頁、大判昭和10年5月31日民集14巻12号1037頁、大判昭和12年9月6日新聞4181号14頁。もっとも、大判昭和7年2月23日民集11巻148頁は、即時取得を肯定する。
- (32) 塩崎勤「最判解民事篇昭和57年度」662頁以下参照。
- (33) 例えば、大阪地判昭和52年1月27日判タ360号252頁、東京地判昭和55年2月25日判タ417号147頁は、民法545条1項ただし書の適用が争われた事案、名古屋高金沢支判昭和54年12月24日下民集30巻9～12号694頁、前掲最判昭和57年9月7日は、同192条の適用が争われた事案である。
- (34) 手嶋豊ほか「史料・物権法(2)」判タ613号199頁以下（1986年10月）参照（ただし、同頁の【参照条文】に掲げられたドイツ民法第1草案805条は、804条（同号193頁に訳文あり）の誤りと思われる。）。なお、スイスの現行法では、「占有の譲渡は、譲渡人がその旨を知らせるまで、占有している第三者に対して効力を生じない」（民法典924条2項、私訳）ものとされ、規定振りは異なるものの、直接占有者への通知の要件を維持している。
- (35) 最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。一般の動産所有権については、いわゆる種類物売買のケースからもわかるように、目的物が特定される前に所有権が移転することはないものと解されている。
- (36) 他に、動産担保権の設定を受けるにあたり、先行する譲渡担保権設定を把握するため、事前に動産譲渡登記を確認すべきことが要請される点なども、単に売買等によって動産所有権を譲り受ける場合との相違として指摘できる。これは、具体的には、無権利者からの設定・譲受けにおいて、

即時取得規定（民法192条）の適用上、担保権者・所有権譲受人につき過失を認定できるかの違いとして現れる。すなわち、動産譲渡登記を確認しなかったことにつき、担保権者については過失を認めて即時取得を認めず、所有権譲受人については過失を認めずに即時取得を認めることとなる。

- (37) 森田・前掲注(7)18頁以下。
- (38) これと似た現象として、後述する第三者性否定アプローチを用いて未登記通行地役権者の対抗力を認めた判例法理（最二小判平成10年2月13日民集52巻1号65頁等）が挙げられる。
- (39) 大判明治36年3月5日民録9輯234頁、大判昭和13年7月9日民集17巻1409頁、最三小判昭和29年8月31日民集8巻8号1567頁。もっとも、受寄者の第三者性については、学説上の反対が強い。
- (40) 角・前掲注(7)20頁は、本決定は、登記・登録以外の対抗要件に民事再生法45条の適用を認めた初めての最高裁決定といえたと説く。
- (41) 前掲注(38)最判平成10年2月13日。
- (42) 近藤崇晴「最判解民事編平成10年度」106頁。
- (43) 拙稿・前掲注(8)89頁参照。
- (44) 堀内有子「最判解民事篇平成29年度」681頁参照。
- (45) 本件は中国からの輸入の事例のため、国際私法上、中国側の売主に先取特権が付与される保障がないものの、国内の海上輸送を伴う商品売買においては、かかる構成による対応が考えられる。
- (46) 破産手続との関係につき、最一小判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁、執行手続との関係につき、最二小判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁。
- (47) 執行手続との関係につき、最一小判平成10年3月26日民集52巻2号483頁、債権譲渡との関係につき、最二小判平成10年1月30日民集52巻1号1頁。
- (48) 最三小判平成17年2月22日民集59巻2号314頁。
- (49) 遠藤賢治「最判解民事編昭和59年度」79頁。