

松 山 大 学 論 集
第 30 卷 第 5 - 1 号 抜 刷
2 0 1 8 年 12 月 発 行

間接占有者による動産譲渡担保権の設定

渡 辺 幹 典

間接占有者による動産譲渡担保権の設定

渡 辺 幹 典

目 次

- 一 はじめに
- 二 最高裁平成 29 年決定の提起した問題
 - 1 事案の概要
 - 2 第一審（大阪地裁平成 27 年 7 月 9 日決定）の考え方
 - 3 原審（大阪高裁平成 28 年 3 月 30 日決定）の考え方
 - 4 最高裁の考え方
 - 5 小括－「指図による占有移転」か「占有改定」か
- 三 占有改定および指図による占有移転と代理占有
 - 1 占有改定
 - 2 指図による占有移転
 - 3 代理占有と占有改定・指図による占有移転の関係
- 四 動産譲渡担保の対抗要件と代理占有関係
 - 1 「指図による占有移転」による対抗要件具備
 - 2 動産譲渡担保の対抗要件としての「占有改定」
 - 3 間接占有者からの占有改定による譲渡担保権の対抗要件具備
 - 4 「間接占有者からの占有改定」が認められる場合
- 五 おわりに

一 は じ め に

譲渡担保は、条文上の根拠を持たず、判例および学説によって構築されてきた制度であるが、担保として利用できる財貨の多様性とも相まって、現在の取引界における重要性はますます高まっている。とりわけ、非占有型の担保制度が法律上存在していない動産担保においては、譲渡担保の存在意義は、非常に大きいといえるだろう。

しかし他方で譲渡担保は、その法律構成¹⁾を始めとして、現在においてもいまだ見解の分かれる論点が複数存在する、いわば“未完成”の制度であるともいえる。対抗要件について判例は、目的物が動産の場合、目的物の引渡し（占有の移転）と解しており²⁾、目的物の占有を設定者に留める点に譲渡担保の特徴があることから、占有改定による引渡しによって対抗要件を具備することが通常であるとしている。占有改定による対抗要件具備については、その公示の不十分さから批判的な見解も少なくない（後述四、2参照）が、通説は、判例と同じく、譲渡担保権設定者が譲渡担保権者に占有改定により目的物の占有を移転することで対抗要件が具備されるとする。その場合、設定者の占有は直接占有であることが、これまでの議論においては当然の前提とされてきた。

ところが最高裁平成29年5月10日決定（民集71巻5号789頁：以下、「最高裁平成29年決定」と表記）は、直接占有者の占有を通じて目的物を占有する間接占有者が占有改定の方法によって譲渡担保を設定できるとする判断を初めて示した。この問題は、これまで判例はもちろん、学説においても深く議論されてこなかった点であり、最高裁平成29年決定の意義は非常に大きいものと考えられる。もっとも最高裁平成29年決定は事例決定であり、判例評釈においても、事案の特殊性を指摘して、最高裁が間接占有者からの占有改定による引渡しを全面的に認めたものではないとする見解が多い（後述二、参照）。

これまで、譲渡担保の場合に限らず、占有改定については目的物を直接占有する譲渡人と譲受人との間でなされるものとの理解が前提となっていた（後述三、参照）。他方で、民法は代理占有による占有取得を肯定し、直接占有によらない占有取得を認めている（民法181条）。現に、最高裁平成29年決定の原審は、最高裁の採用するところとはならなかったものの、一般論として間接占有者からの占有改定を肯定している（後述二、3参照）。本稿は、最高裁平成29年決定において提起されたこの問題に関し、まず占有改定と代理占有の関係について、占有改定と同様に直接占有者の占有に変化のない指図による占有移転の場合との対比を含めて検討し、それを踏まえて動産譲渡担保の対抗要件と

して間接占有者による占有改定の可否について、私見を述べようとするものである。

なお、最高裁平成 29 年決定は、直接には動産譲渡担保の目的物が売却された後、債務者に民事再生手続が開始された場合に、譲渡担保権者が別除権の行使として物上代位に基づき目的物の売却代金債権を差し押さえることができるか否かについて判断したものである。民事再生手続では、物上代位権行使の要件として、再生手続開始決定前に動産譲渡担保の目的物につき譲渡担保権者が引渡しを受けていたことが必要である（民事再生法 45 条）が、本稿では、その「引渡し」としての占有改定に焦点を当てて論じようとするものである。また、そもそも動産譲渡担保に基づく物上代位が認められるか否かについても問題となるが、この点については最高裁平成 11 年 5 月 17 日決定（民集 53 巻 5 号 863 頁）、および最高裁平成 22 年 12 月 22 日決定（民集 64 巻 8 号 1990 頁）により、最高裁は譲渡担保権に基づく物上代位を肯定したものと理解されている。また、譲渡担保権に基づく物上代位については、すでに別稿^③において私見を述べたところでもあるので、本稿では譲渡担保権に基づく物上代位に関する論点について、これ以上の言及はしないこととする。

二 最高裁平成 29 年決定の提起した問題

1 事案の概要

最高裁平成 29 年決定の事案は、以下のとおりである。

X 銀行と Y は、平成 24 年 9 月、銀行取引約定、信用状取引に係る基本約定および輸入担保荷物保管に関する約定を締結し、その中で、① Y が X から信用状の発行を受けて輸入する商品につき、X は、信用状条件に従って輸出業者の取引銀行等に対して補償債務を負担し、Y は、X に対して償還債務を負うこと、② Y は、この償還債務等を担保するため、X に対して輸入商品に譲渡担保権を設定すること、③ X は、Y に対して輸入商品の貸渡し^④を行い、その受領、通関手続、運搬及び処分等を行う権限を与えることを合意した。

Xは、平成26年12月から平成27年1月までの間に、Yが特定の商品（以下、「本件商品」という）を輸入するについて信用状3通を発行し、その後、それらの信用状に基づく補償債務を弁済して、Yに対し、償還債務履行請求権を取得した。

Yは、本件商品の売主との間でこれに関する輸入契約を締結し、本件商品は、同輸入契約に基づいて、船舶により中国から大阪南港へ輸送され、平成27年1月5日から同年2月5日までの間に、同港に到着した。Yは、その頃、海運貨物取扱業者（以下「海貨業者」という。）Aに対して、本件商品の受領、通関手続及び転売先への運搬を委託した。

Yは、遅くとも平成27年2月6日までに、Bに対し、本件商品の一部（以下「本件転売商品」という。）を売り渡した。

Yの委託を受けたAは、平成27年1月5日から同年2月6日までの間に、本件商品を大阪南港で受領し、通関手続を行った上で、自ら又はその再委託を受けた運送業者によって、本件転売商品をBの指定先まで運搬した。Yは、本件商品を直接占有したことはなかった。

Yは、平成27年2月9日、再生手続開始の申立てをし、同月20日、再生手続開始の決定を受けた。Yは、上記申立てをしたことにより、Xとの銀行取引約定に基づき、償還債務履行請求権等に係る債務について期限の利益を失った。

Xは、平成27年3月11日、大阪地方裁判所に対し、償還債務履行請求権等のうち、本件転売商品の輸入のためにXが負担した輸入代金に対応する部分を請求債権とし、譲渡担保権設定の合意に基づき本件商品に設定された譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、Yの第三債務者に対する本件転売商品の各売買代金債権の差押えの申立てをした。大阪地方裁判所は、同月26日、本件申立てに基づき、債権差押命令を発付した。

Yは、譲渡担保権に基づく物上代位権を行使するためには、再生手続開始の時点で譲渡担保権につき対抗要件を具備している必要があるところ、Yが本件

商品を直接占有していない以上、XがYから占有改定の方法により本件商品の引渡しを受けることはできず、Xは対抗要件を具備していないから、物上代位権を行使することはできないなどとして、命令の取消しを求める執行抗告をした。

2 第一審（大阪地裁平成 27 年 7 月 9 日決定）の考え方

第一審は、引渡しが対抗要件となる動産については、再生手続によらずに譲渡担保権を行使するために、対抗要件の具備は必要ではない旨のXの主張を排斥した上で、本件動産譲渡担保権の対抗要件具備の有無について次のように述べ、Xによる譲渡担保権の対抗要件具備を否定し、債権差押命令を取り消した。

すなわち、「Yは、A等に本件各商品の受領等を委託し、A等は、その委託に基づき、本件各商品を受領するなどしている」こと、「A等は、いずれもYとは異なる法人格を有する独立した主体であり、Yの内部機関ではない」こと、「A等は、Yからの有償での委託に基づき、本件各商品を受領するなどしたものであり、本件各商品につき、自己のために占有する意思に欠けるということもできない」ことから、「A等が債務者の占有補助者であると解することはできない。」「したがって、Yは、A等を占有代理人として、A等が本件各商品を受領した時点で、同商品の間接占有を取得したと認められる。」

「Yは、A等を占有代理人として、本件各商品の間接占有を取得したと認められるから、Xが、本件各商品に対する譲渡担保権について対抗要件を具備するためには、本件各商品について、指図による占有移転を受ける必要がある。」「本件譲渡担保権設定合意に包含された、輸入した商品をXのために占有する旨の合意の効力によって、客観的には、YとA等との間の占有代理関係が債権者に移転すると解する余地があるとしても、そのことのみで、その合意に何ら関与していない直接占有者において譲受人のために占有する意思を有するに至ったとはいえない。」「YとA等の間の占有代理関係を移転させる旨の合意が

あることのみによって、Xが本件各商品の間接占有を取得すると解することはできない。」

「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、X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、YがA等に対し、X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、X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、YがA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。」

3 原審（大阪高裁平成28年3月30日決定）の考え方

Xの執行抗告の申立てを受けた原審は、次のように述べて占有改定によるXの対抗要件具備を肯定し、第一審決定を取り消して、債権差押命令を発付すべ

きものとした。

すなわち、「Yは、A等の海貨業者に受領、通関手続及び転売先への納入を委託しており、自らが目的物の直接占有を取得したことはない。もっとも、A等は、Yとの契約に基づいて、Yのために本件各商品を受領し、所持するものであり、Yは、A等を介して本件各商品を所持する関係にあるということができる。したがって、A等が本件各商品を受領し、その占有（直接占有）を取得した時点で、Yは、上記契約関係に基づいて、本件各商品の占有（間接占有）を取得すると解される。YによるAからの占有の取得は、占有改定（民法183条）に当たると解されるが、A等がYのために所持することは、両者の契約関係から当然に導かれるものであり、『以後本人のためにする意思』（同条）を明示的に表示する必要はない。」

「Yは、本件譲渡担保権設定合意によりXのために譲渡担保権が設定された本件各商品につき、本件貸渡合意に基づいてXから貸渡しを受け、Xからの授權を得て、その代理人として本件各商品の受領や転売を行うものである。したがって、Yは、Xのために本件各商品を受領して所持し、XはYを介して本件各商品を所持するという関係にあるということが出来る。このような両者の法律関係からすると、Yが本件各商品の占有（直接占有）を取得した時点で、Xは、上記法律関係に基づいて、本件各商品の占有（間接占有）を取得すると解される。この場合のXによる占有の取得も、占有改定であり、Yが以後Xのために占有する意思を明示的に表示する必要のないことは…同様である。」

「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かならず、本件では、A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、A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、A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A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。」

「以上によれば、Yの委託に基づいてA等が本件各商品を受領し、直接占有を取得した時点で、Xは、Yを介してA等から本件各商品の間接占有を取得し、占有改定により本件譲渡担保権について対抗要件を具備したものと解するのが相当である。」

さらに原審は、輸入取引における信用状取引の実務にも言及して前記の結論を補強し、結論として占有改定によるX対抗要件具備を肯定した。

4 最高裁の考え方

最高裁も、結論としては原審を支持し、Yの抗告を棄却した。しかしその理由付けは、原審とは異なる。

すなわち最高裁は、「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及び通関手続が行われ、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。また、信用状取引においては、信用状を発行した金融機関が輸入商品につき譲渡担保権の設定を受けることが一般的であり、Yの上記委託を受けた海貨業者には、本件商品が信用状取引によって輸入されたものであることが明らかにされていた。」と認定し、本件の事実関係について、「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（A等：筆者註）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。」と判断した。

その上で、「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。」とした。

5 小括―「指図による占有移転」か「占有改定」か

第一審、原審および最高裁の決定理由を分析すると、占有改定および指図による占有移転に関するそれぞれの理解が異なっていることが分かる。

第一審は、Yは、A等を占有代理人として、A等が本件各商品を受領した時点で同商品の間接占有を取得したと判断し、Xが本件各商品に対する譲渡担保権について対抗要件を具備するためには、本件各商品について指図による占有移転を受ける必要があるとした。このことは、Xが間接占有を取得するためには直接占有者であるAがXのために占有する意思を有していなければならないことを意味し、Aにそのような意思がない以上、指図による占有移転は認められず、Xは間接占有を取得できないという結論になる⁵⁾。

これに対し原審は、代理占有が認められるのは、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であり、本件では、A等が本件各商品の直接占有を取得した時点で、YはA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とする。またYも、Y X間の譲渡担保権設定契約に基づき、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。その結果、A等が本件各商品の直接占有を取得した時点で、Xは、Yを介してA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する。第一審とは、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」点で相違しており、原審は、そのような占有取得も間接（代理）占有の性質に反するものではないとする。

原審は代理占有と占有改定の関係について上記のように述べ、本件の事案においても占有の取得が認められるとしたが、最高裁は、結論としては占有改定によるXの占有取得を認めつつも、原審の理由付けをそのまま採用してはいない。すでに複数の判例評釈⁶⁾が言及しているように、一般論を述べた原審と異なり、最高裁平成29年決定は「事例決定」であると考えられている。最高裁平成29年決定の判例評釈において、「直接占有者Aが新たに間接占有者となったXのために代理占有をしていることは認識していないので、この点は緩和して占有改定を認めることになる」との指摘⁷⁾も見られるが、最高裁は、信用状取引の特徴を列挙し、「以上の事実関係の下においては」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と述べているにとどまる、と解するべきであろう。

それでは、最高裁はなぜ、原審のように一般論を展開せず、事例決定にとどめたのであろうか。第一審あるいは原審のような理解は、できないのであろうか。この問題を解決するためには、占有改定および指図による占有移転、並びに代理占有について、もう少し掘り下げた検討が必要となる。

三 占有改定および指図による占有移転と代理占有

1 占有改定

民法は、引渡し（占有の移転）について①現実の引渡し（民法 182 条 1 項）、②簡易の引渡し（民法 182 条 2 項）、③占有改定（民法 183 条）、④指図による占有移転（民法 184 条）の 4 種類の方法を規定する。このうち現実の引渡し、および簡易の引渡しについては、占有の譲受人が現実には目的物を占有することが要件となるため、本稿で取り上げる問題は生じない。

占有改定とは、自己の占有物につき、他人の自主・間接占有を承認し、自己占有を他主・直接占有に改めることであると説明される⁸⁾。占有改定および指図による占有移転は、簡易の引渡しとともに、動産物権変動の公示における引渡しの要件を緩和するために認められてきたものであるとされる⁹⁾。

間接占有者からの占有改定による占有取得が認められるか否かについて、学説はこれまでほとんど議論をしてこなかった。基本書等の記述においても、「譲渡人甲が、ある物を乙に譲渡した後、譲受人乙の占有代理人として引続きその物を所持するときは、譲受人乙は、甲を占有代理人（直接占有者）として、代理占有（間接占有）を取得する」¹⁰⁾あるいは「ある者が自己の所持する所有物を売ると同時に買主からそれを賃借する合意をした場合、買主は一度も目的物を現実に所持することなく占有改定によって占有（間接占有）を取得しうる」¹¹⁾等と述べられているにとどまる¹²⁾。間接占有者からの占有改定に関する数少ない学説として、執行吏の差し押さえた動産について債務者が行った占有改定の効力を肯定した最高裁昭和 34 年 8 月 28 日（民集 13 卷 10 号 1336 頁）の評釈において、日本民法 183 条に相当するドイツ民法 930 条¹³⁾の解釈において占有の移転をなす者が直接占有者か間接占有者かは問わないとするドイツの判例・通説を引用し、日本民法においても間接占有者からの占有改定を肯定する見解¹⁴⁾が述べられている。

判例も、占有改定について直接占有者との合意によるものとする大判大正 4

年9月29日(民録21輯1532頁)¹⁵⁾があるのみであった。同判決は、目的物の売主が、売買の後、買主の了承を得て目的物を賃借し、そのまま目的物を占有した場合について、「占有改定ハ甲權利ニ基キテ物ヲ占有スル改定者カ其權利ヲ本人ニ讓渡スルト同時ニ其讓渡シタル權利ニ傳來スル乙權利ヲ本人ヨリ取得シ乙權利ニ基キテ物ノ所持ヲ繼續シ乙權利ノ為メニスル直接占有者トナリ本人ハ同一物ニ付キ返還請求權ニ基キテ甲權利ノ為メニスル間接占有權ヲ取得スル場合ヲ指スモノナリ」と述べ、目的物の譲受人は、占有改定によって譲渡人が目的物を直接占有したままで(間接)占有を取得することを認める。ただし、この判例そのものは、間接占有者からの占有改定を否定したものとは解されていない¹⁶⁾。

2 指図による占有移転

指図による占有移転とは、間接占有者が、第三者との合意および直接占有者への指図によって、直接占有者の所持をそのままにして第三者に間接占有を移転することであると説明される¹⁷⁾。指図による占有移転についても占有改定と同様、この説明以上に述べる文献は見られない。

ただし、民法184条の「指図」について、最高裁昭和57年9月7日判決(民集36巻8号1527頁)は、倉庫営業者に寄託したままの目的物の引渡しに関する事例において、①寄託者から受寄者宛に譲受人に目的物を引き渡すことを依頼する旨を記載した荷渡指図書を交付していること、②荷渡指図書の交付を受けた受寄者による寄託者の意思の確認があったこと、③当該取引の時点で、前記①②の方法による目的物の引渡し、同業者間において広く行われていたこと、を満たす本件の場合に、指図による占有移転は肯定されとした。同判決は、指図による占有移転について、「以後譲受人のために目的物を占有すべきことを命じるという寄託者の意思を認定しうる、受寄者の譲受人への現実引渡しを許容していること」、および「受寄者が寄託者の意思を確認する措置を講じたこと」を要件としていると解することができる。つまり、この2つの要件

が満たされない限り、「指図」があったとはいえ、「指図」認定のハードルは高いという評価¹⁸⁾がなされている。最高裁平成 29 年決定の第一審も、本件の事案はこの要件を充たしていないとして指図による占有移転を否定している¹⁹⁾

3 代理占有と占有改定・指図による占有移転の関係

占有改定と指図による占有移転のいずれにおいても、代理占有関係の理解が問題となる。先に見た最高裁平成 29 年決定においても、第一審、原審、最高裁の見解が分かれた原因の一つは、A が直接占有する目的物に対して Y および X が間接占有を有しているか否かに関する理解が異なった点にあると考えられる。

一般に、代理占有関係とは、自己の占有がその性質上、他人の自主占有から直接的にまたは派生的に引き出され、かつ、終局的に占有物がその自主占有者に返還されるべき関係をいうとされる²⁰⁾。そして代理占有の成立には、直接占有者による目的物の占有に加えて、直接占有者が間接占有者のために物を所持する意思を有していること（代理占有意思）、および占有代理関係が存在していることが必要とされる²¹⁾。さらに、間接占有者が直接占有者に物を占有させる意思を有していることを必要とする見解²²⁾もあるが、不要とする見解²³⁾が有力である。また、A から目的物を預かった B がその物を C に寄託する例を挙げて、二重の間接占有（代理占有）の成立を肯定する見解²⁴⁾もある。

最高裁平成 29 年判決の第一審は、Y による指図がなかったことを理由に X の占有取得を認めなかったが、これは裁判所が指図による占有移転について、Y A 間の代理占有関係を X A 間の代理占有関係に移転するものと理解し、それゆえ A に対する指図を必要不可欠なものとしたと理解することができる²⁵⁾。また占有改定に関しても、代理占有において代理占有意思が成立要件とされる限り、直接占有者の認識なしに、間接占有者と占有譲受人との占有改定合意のみによって占有譲受人の間接占有取得を認めることは、その時点で直接占有者が代理占有意思を有していない占有譲受人について代理占有が成立することにな

り背理であるとの指摘²⁶⁾も存在する。先に見たように、占有代理関係を終局的に占有物がその自主占有者に返還されるべき関係だと理解するならば、仮にそのような間接占有の成立が認められるとすると、直接占有者は、その認識に関係なく、占有譲受人に対する目的物返還義務を負担することになる²⁷⁾が、これは直接占有者にとって予想外の事態であろう。私見は、占有改定における改定者は、原則として直接占有者とすべきであると考ええる。

もっとも、代理占有の成立に代理占有意思を不要とする見解（客観説）²⁸⁾によれば、直接占有者の認識に関係なく代理占有関係の成立が認められることになる。その場合には、占有改定であれば占有改定により占有権を取得する者を直接占有者に伝える必要はなくなる。また指図による占有改定においても、「指図」は必ずしも直接占有者に新たに間接占有者となる者を知らせるものでなくてもよいことになる²⁹⁾。しかし客観説に対しては、占有権の取得につき占有意思を必要とする日本民法の規定（民法180条）の規定と調和するか疑問であるとの批判³⁰⁾および、占有代理人が本人に対し、以後自己または第三者のために所持する意思を表示したときは、本人の代理占有は失われる（民法204条1項2号）から、その意味ではこの意思にもある種の機能を認めざるをえないとの指摘³¹⁾もある。また前述のように、判例は「指図」について、直接占有者に新たに間接占有者となる者を知らせることを必要としている。代理占有に関する判例の立場を前提とする限り、客観説による理解は困難であろう。この点、前述³²⁾のように、間接占有者からの占有改定を肯定するドイツ民法³³⁾を引用する見解もあるが、ドイツでは客観説が通説であり、少なくとも代理占有意思を肯定する判例の立場から、同じ結論を単純に導くことは、できないと考えられる。

四 動産譲渡担保の対抗要件と代理占有関係

1 「指図による占有移転」による対抗要件具備

前述のように、判例・通説によれば動産譲渡担保の対抗要件は占有の移転

(引渡し：民法 178 条)であるとされている（一，参照）。そして目的物を設定者が利用し続けることが特徴である譲渡担保においては，対抗要件具備は，もっぱら占有改定の方法によることになる。もっとも，対抗要件具備の方法が占有改定に限られる訳ではなく，指図による占有移転による方法も認められると解されている³⁴⁾。ただし指図による占有移転の場合，間接占有者のもとにあった占有が指図により新たに間接占有者になった者に「移転」する，すなわち元の間接占有者は占有関係から離脱することになると考えられる³⁵⁾ことから，動産譲渡担保の対抗要件としては，問題があるように思われる。動産に関する対抗要件を（動産譲渡登記制度はあるが）占有の移転に頼らざるを得ない現在の法制度の下では，設定者としての権能の根拠も，目的物の占有に求めざるを得ない。特に設定者に目的物の転売を認める必要がある場合，買受人に占有を取得させるために設定者がなお占有を有している必要があると考えられる³⁶⁾。

最高裁平成 29 年判決の第 1 審は，指図による占有移転があったか否かを検討し，結果としてそれを否定している。仮に指図による占有移転が肯定される場合であったとするならば，譲渡担保権者は目的物の占有を取得し，譲渡担保権の対抗要件を具備することはできる。しかし他方で占有を失った設定者は，目的物に対する権限を保持することができるであろうか，また第三者に対してその権限を主張することができるであろうか。疑問なしとしない。もっとも，最判平成 29 年の事例に即して考えれば，Y と A の間に委託契約が存在する場合には，X が Y に転売する権限を付与することで，Y が A に指示することによる目的物の転売は可能であろう。ただし，目的物に対する「占有」を有しないため，目的物に関する紛争において不利な立場に立つおそれがあることは否定できない。したがって，動産譲渡担保の対抗要件を具備するための「引渡し」は，理論的には指図による占有移転によることが不可能ではないとしても，現実的には占有改定によることになるのではないだろうか。

2 動産譲渡担保の対抗要件としての「占有改定」

動産譲渡担保の対抗要件は目的物の引渡しであり、通常の場合は占有改定により行われることは、これまでの検討において見てきたとおりである。しかしその前提である公示方法としての占有改定については、従来より、その問題点を指摘する見解が存在していた。たとえば、「対抗要件は、本来、権利変動の公示手段であることに、その生命がある。しかるに、占有改定によっては、物に対する現実支配の状況は、以前と少しも変化せず、外部からは、物権変動があったのではないかと疑うきっかけさえも、これによっては与えられないのに、これを対抗要件として認めることは、矛盾のようにも見える」との見解³⁷⁾あるいは「動産上の物権も、所有権に象徴されるように、現実の利用を伴わない観念的なものであることも多く、したがって、現実の利用を伴わないとすると、そこでの占有も観念的なものとならざるをえず、公示の機能を十分に果たしうるような状態にない」との見解³⁸⁾を、その例として挙げることができる。また、いわゆる担保権的構成から占有改定を対抗要件とすることの無意味さを主張する見解³⁹⁾も見られる。これらの見解からは、設定契約に関する確定日付証書を公示方法としてその対抗力を認め、ネームプレート等の明認方法をその補強手段としても認めるべきであるとの提言⁴⁰⁾もなされている。

しかし判例は、一貫して占有改定による対抗要件具備を肯定しており⁴¹⁾、最高裁平成29年決定においても、この点は争われていない。学説においても、多くの見解が占有改定の公示性の不十分さを指摘してはいるものの、通説は、判例と同様に占有改定を譲渡担保権の対抗要件と解している。もっとも、一部の学説⁴²⁾は、占有改定による対抗要件具備を肯定しつつ、明認方法を併せることで対抗力が認められるとする。

3 間接占有者からの占有改定による譲渡担保権の対抗要件具備

先にみたように（三、3参照）、私見によれば、占有改定による占有移転の場合、改定者が直接占有者であることが必要である。それでは、私見の立場か

ら最高裁平成 29 年決定はどのように理解することができるであろうか。

最高裁平成 29 年決定は、間接占有者による占有改定を肯定した原審判決を支持しているが、その理由付けは一般論として間接占有者による占有改定を肯定している訳ではないと解されている。最高裁は、その理由中において、①輸入取引において、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が一般的であったこと、②信用状取引において、このような輸入取引の実情の下、X が輸入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こと、③Y の海貨業者 A に対する商品の受領等に関する委託も、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こと、を指摘し、「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相手方は、抗告人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」としている。

このうち①は、本件事案とは独立した、輸入業者一般に妥当する慣行であり、X からは、Y A を一体の存在と捉えることができると考えられる。そして輸入商品について譲渡担保権が設定されることに関しても、②と③の事実から、X が、商品の Y への貸渡しとそれに基づく A の直接占有を認め、A も自己が占有する商品について譲渡担保権の設定を認識していたと評価できる。そうすると、最高裁平成 29 年決定は、単純に「間接占有者からの占有改定」を肯定したものとは言えないことになる。むしろ、信用状取引の実務を参照し、Y A 間の関係は単なる代理占有関係を越えた一体的なものと把握することができ、Y は、A が直接占有していることで、X との関係においては直接占有者と評価することができる⁴³⁾と解したのではないだろうか。最高裁が一般論を展開した原審と一線を画した理由は、この点にあると考えられる。

なお、占有改定に関連して譲渡人が譲受人の占有補助者ないし占有機関となる例を挙げ、そのような場合について譲渡人が占有代理人となるのではないから厳密な意味での占有改定とは言えないとしつつ、これに準ずべきものと解すべきであるとの見解⁴⁴⁾ およびその場合について、占有改定に準ずべきものを考えるのは譲受人の占有取得を肯定するためにほかならず、譲受人の占有取得を肯定することは、譲受人が占有補助者である譲渡人の所持によりみずから占有するものであるという点に着目して譲受人は現実の引き渡しに準ずる占有移転を受けたとみることによって可能であるとの指摘⁴⁵⁾ は、従来よりなされていたところである。特に後者は、目的物を直接占有している者を占有補助者とすることで、譲受人の直接占有を肯定するものであるということが出来る。最高裁平成29年判決の事案と比較すれば、Aは独立した海貨業者であってYの占有補助者ではないものの、YA間の契約により、YはAの占有を通して「直接占有」していたのと同じ状況にあったものといえるのではないだろうか。そのように解することができるのであれば、まさにXは「直接占有者である」Yから占有改定により占有を取得したと評価することができるであろう。

4 「間接占有者からの占有改定」が認められる場合

最高裁平成29年判決を離れて、一般に間接占有者からの占有改定による占有取得は認められるであろうか。前述のとおり、最高裁平成29年判決は、必ずしも「間接占有者からの占有改定」を一般論として肯定したものとは言えない。しかし他方で、事例決定ではあるが間接占有者による占有改定を肯定した初めての最高裁裁判例である⁴⁶⁾ ともされる。また最高裁平成29年決定の判例評釈において、いかなる場合に間接占有者からの占有改定が認められるかが今後の課題として残されているとの指摘⁴⁷⁾ もある。それでは、最高裁平成29年判決の事例以外に間接占有者からの占有改定が肯定される場合があるとして、いかなる場合を想定することができるであろうか。

占有改定が用いられる例としては、ある者が自己の所持する所有物を売ると

同時に買主からそれを賃借する合意をした場合を挙げるのが一般的であろう。その場合には、改定者が直接占有者であり、本稿の問題は生じない。それでは動産の間接占有者が、さらに占有改定により占有を他者に移転する場面として、いかなる状況が考えられるだろうか。自己に（間接）占有を残したまま占有を移転する状況とは、当該動産について占有によって公示される権利を保持する必要がある場合であると考えられるが、そのような場合とは譲渡担保以外に想定しにくいのではないだろうか。自己の占有を残さず単に第三者に占有を移転するのであれば、指図による占有移転を用いるだろうからである。この点につき、ドイツにおいても間接占有者からの占有改定が用いられるのは、専ら譲渡担保においてであると指摘されている⁴⁸⁾。

また、間接占有者からの占有改定を肯定した場合、代理占有者の占有する目的物につき、間接占有者である改定者の権利と改定者から占有の移転を受けて間接占有者となった譲受人の権利が併存することになるが、両者が排他的な関係に立つ場合、その優劣は、如何にして決すべきかという問題が生じる⁴⁹⁾。この問題に関して、対抗関係の公示として代理占有者を通した間接占有で十分であるか否か⁵⁰⁾は、改めて問われる必要がある。この問題につき、同一動産につき複数の譲渡担保権設定を認めた最高裁平成18年7月20日判決（民集60巻6号2499頁）を引用し、間接占有すなわち占有改定に対抗要件としての公示機能を肯定した上での判断であると解する見解⁵¹⁾も見られる。しかし同判決は「直接占有者」からの占有改定がなされた事例であり、単純比較はできないのではないか。また同判決も言及しているところであるが、占有改定による即時取得を、判例は一貫して否定する⁵²⁾。その理由として、民法192条の立法趣旨は動産取引の安全を維持するため他人より正当に占有をえて権利を取得したと信ずるものを保護しようとするものであるから、占有改定のように外観上従来の占有事実の状態に変更を生じていないときは、従前占有を他人に権利を委ねた権利者等の利害を顧慮する必要があると述べられている⁵³⁾。もちろん、動産物権変動の対抗要件としての「引渡し」と即時取得の要件としての「占有

取得」について、両者の要件を同一に解すべき理論的必然性は存在しない⁵⁴⁾。しかし、占有改定の公示性の弱さを考えると、占有改定による公示を重視しすぎるのは問題であろう。先に見た対抗要件としての占有改定の問題点も、想起すべきである（四、2参照）。少なくとも今のところは、関係当事者間で譲渡担保権に関する合意が存在する場合や、占有改定を行う間接占有者と、その者のために占有する直接占有者を一体と見ることができる事情が存在する場合など、利害関係が衝突するおそれのない場合とすべきであろう。

以上の考察からは、間接占有者からの占有改定が認められる場合とは、占有改定者が目的動産に対する占有を保持する必要がある、かつ、直接占有者、占有改定者、占有譲受人の三者間において利害関係が衝突するおそれのない事例となる⁵⁵⁾。最高裁平成29年決定の事案は、目的動産についてX Y Aの間で譲渡担保権設定についての合意が認められ、かつXから見てY Aを一体のものと評価できる事情が存在し、利害関係衝突のおそれがなかったことから、間接占有者からの占有改定により譲渡担保権の対抗要件具備が認められたと評価することができる。

五 お わ り に

最高裁平成29年決定は事例決定ではあるものの、間接占有者による占有改定を肯定した初めての裁判例とされる。しかし、必ずしも間接占有者による占有改定を全面的に肯定したものではない。私見によれば、占有改定も代理占有も民法に規定された制度であるとはいえ、代理占有において代理占有意思が必要であると解されていることを合わせて考慮すれば、間接占有者からの占有改定による占有移転の対抗力を簡単に肯定すべきではない、という結論になる。事実関係を検討した上で事例判断に止めた最高裁平成29年決定の判断は、支持できるものであると考える。

なお、最高裁平成29年決定に関連して、公示の観点からすれば、動産譲渡登記を使いやすくすることで対処すべきであるとの見解⁵⁶⁾が述べられている。

私見も、公示機能の不十分な占有改定ではなく、動産譲渡登記による対抗要件具備が本来採られるべき方策であると考え。しかし同時に、この問題について、動産譲渡登記の実務上の問題点を指摘し、最高裁平成 29 年決定が占有改定の認められる余地を結果的に広げたことは、動産譲渡登記の利用促進にとってはマイナスに作用するとの指摘⁵⁷⁾も、的を射たものであろう。動産譲渡登記については、実務においてより一層使いやすい制度とするための法整備が求められる。

本稿における検討は、間接占有者からの占有改定と動産譲渡担保が交錯する領域に限られており、今後の議論の展開の中で本稿が想定していなかった問題が生じるおそれは多分にある。ただ、間接占有者からの占有改定という問題がこれまで深く検討されてこなかったのは事実であり、本稿がその議論に一石を投じることができたのであれば、幸いである。

注

- 1) 譲渡担保の法律構成については、例えば、柚木馨＝高木多喜男『新版注釈民法(9)物権(4)[改訂版]』657頁以下(福地俊雄・占部洋之)(2015年、有斐閣)参照。
- 2) 最判昭和30年6月2日民集9巻7号855頁。
- 3) 拙稿「動産譲渡担保に基づく物上代位」『松山大学創立90周年記念論文集』373頁(ぎょうせい、2012年)。
- 4) 「貸渡し」とは、信用状取引において、信用状発行銀行(本件ではX)が、輸入商品について担保権を保有したまま、発行依頼人(輸入業者:本件ではY)に対して商品の処分権限を与えることをいう。この点につき、江頭憲治郎『商取引法〔第7版〕』202頁(弘文堂、2013年)参照。
- 5) 角紀代恵「判批」私法判例リマークス56号20頁(2018年)。
- 6) 栗田口太郎「判批」金融法務事情2068号5頁(2017年)、森田修「判批」金融法務事情2075号14頁(2017年)、藤澤治奈「判批」法学教室446号54頁(2017年)、角・前掲註(5)私法判例リマークス56号20頁。
- 7) 生熊長幸「判批」(平成29年度重要判例解説)ジュリスト1518号72頁(2018年)。なお、この点につき、後述三、3参照。
- 8) 川島武宜＝川井健(編)『新版注釈民法(7)物権(2)』36頁以下(稲本洋之助)(有斐閣、2007年)。

- 9) 舟橋諄一＝徳本鎮（編集）『新版注釈民法(6)物権(1)〔補訂版〕』770頁（徳本鎮）（有斐閣，2009年）。
- 10) 我妻栄＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』482頁（岩波書店，1983年）。
- 11) 広中俊雄『物権法 第二版増補（現代法律学全集6）』167頁（青林書院新社，1987年）。
- 12) 他の文献においても、これ以上の説明をするものは、存在しないようである。
- 13) ドイツ民法930条（占有改定）「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。」条文訳は、ヴォルフ／ヴァーレンホーファー（大場浩之他〔訳〕）『ドイツ物権法』614頁（成文堂，2016年）による。
- 14) 『最高裁判所判例解説民事篇昭和三十四年度』211頁（井口牧郎）（法曹会，1973年）。もっとも同判決の評釈では、間接占有者からの占有改定を否定する見解も述べられている（小山昇「判批」判例評論24号15頁（1960年））。なお、これらの文献については、「無署名コメント（最高裁平成29年決定の解説）」金融法務事情2075号66頁参照。
- 15) 森田・前掲註6）金融法務事情2075号13頁註2）によれば、大判大正4年9月29日が最高裁平成29年決定の許可抗告申立理由書において判例違背の根拠として引かれているということである。
- 16) 森田・前掲註6）金融法務事情2075号13頁。
- 17) 川島＝川井・前掲註8）41頁（稲本洋之助）。
- 18) 森田・前掲註6）金融法務事情2075号13頁。
- 19) もっとも、栗田口・前掲註6）金融法務事情2068号5頁は、最高裁平成29年決定の事案において、Yの海貨業者への委託について、Xのために占有せよとの指示が明示されていれば、指図による占有移転も成立した余地があるとする。
- 20) 川島＝川井・前掲註8）26頁以下（稲本洋之助）。
- 21) 末川博『占有と所有』81頁（法律文化社，1962年），我妻＝有泉・前掲註10）476頁等。ただし、代理占有意思については、自己占有における自己のためにする意思と同様に、所持を生じさせた原因または権原の性質に従って客観的に判断されるとして、この要件は占有代理関係に吸収されとする見解もある（松井宏興『物権法』242頁（成文堂，2017年））。
- 22) 河上正二『物権法講義』210頁以下（日本評論社，2018年）。
- 23) 舟橋諄一『物権法（法律学全集18）』294頁（有斐閣，1960年），我妻＝有泉・前掲註10）477頁，松岡久和『物権法』261頁（成文堂，2017年）。
- 24) 平野裕之『物権法』222頁（日本評論社，2016年）。
- 25) 角・前掲註5）私法判例リマックス56号21頁。
- 26) 森田・前掲註6）金融法務事情2075号16頁。
- 27) 森田・前掲註6）金融法務事情2075号16頁。
- 28) 舟橋・前掲註23）292頁，星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』89頁（良書普及会，1983年），佐久間毅『民法の基礎2物権』261頁以下（有斐閣，2016年）。

- 29) 森田・前掲註 6) 金融法務事情 2075 号 16 頁。
- 30) 松岡・前掲註 23) 261 頁。松井・前掲註 21) 238 頁も、180 条が占有権の成立のために物の所持のほか占有意思を要求していることを指摘し、日本民法は主観説の立場にあると解することができるとする。
- 31) 月岡利男『物権法 [補訂版]』83 頁 (法律文化社, 2006 年)。
- 32) 註 14) 参照。
- 33) 於保不二雄 (補遺・高木多喜男)『獨逸民法 [Ⅲ] 物権法 (現代外国國法典叢書(3)) [復刻版]』102 頁 (有斐閣, 1988 年), ヴォルフ/ヴァーレンホーファー・前掲註 13) 105 頁。
- 34) 伊藤眞ほか (編集代表)『新訂貸出管理回収手続双書 債権・動産担保』634 頁 (きんざい, 2010 年) は、指図による占有移転による対抗要件具備の例として、譲渡担保権設定者が担保対象動産を倉庫業者等に寄託しており直接占有を有しない場合を挙げる。
- 35) 藤澤・前掲註 6) 法学教室 446 号 54 頁。
- 36) 生熊・前掲註 7) ジュリスト 1518 号 72 頁。
- 37) 幾代通=鈴木緑弥=広中俊雄『民法の基礎知識(1)』70 頁以下 (鈴木緑弥) (有斐閣, 1964 年)。もっとも同書は、結論としては「少なくとも、占有改定は動産物権変動の対抗要件たりえない、と全称否定の形でいうのは、不可能であろう」とする。
- 38) 吉田真澄『譲渡担保』102 頁 (商事法務研究会, 1979 年)。
- 39) 米倉明『譲渡担保の研究』47 頁以下 (有斐閣, 1976 年), 吉田・前掲註 38) 101 頁以下, 近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権法 [第 2 版補訂]』311 頁 (成文堂, 2007 年), 柚木=高木・前掲註 1) 695 頁 (福地俊雄・占部洋之)。
- 40) 柚木=高木・前掲註 1) 695 頁 (福地俊雄・占部洋之)。
- 41) 最判昭和 30 年 6 月 2 日民集 9 卷 7 号 855 頁他。
- 42) 清水元『プログレッシブ民法 [物権法]』99 頁 (成文堂, 2008 年), 同『プログレッシブ民法 [担保物権法]』254 頁以下 (成文堂, 2008 年)。前述の占有改定による対抗要件具備を否定する見解からも、明認方法を公示方法とすべきであるとの主張がなされている (吉田・前掲註 38) 126 頁以下)。
- 43) 栗田口・前掲註 6) 金融法務事情 2068 号 5 頁, 角・前掲註 5) 私法判例リマックス 56 号 21 頁。
- 44) 舟橋・前掲註 23) 221 頁および 301 頁以下。
- 45) 広中・前掲註 11) 169 頁。
- 46) 「無署名コメント (最高裁平成 29 年決定の解説)」金融・商事判例 1525 号 11 頁 (2017 年)。
- 47) 生熊・前掲註 7) ジュリスト 1518 号 72 頁。
- 48) ヴォルフ/ヴァーレンホーファー・前掲註 13) 105 頁及び 233 頁以下。
- 49) 「無署名コメント (最高裁平成 29 年決定の解説)」金融・商事判例 1518 号 13 頁 (2017 年)。

- 50) 「無署名コメント」・前掲註49) 金融・商事判例1518号13頁。
- 51) 「無署名コメント」・前掲註49) 金融・商事判例1518号14頁。
- 52) 最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁等
- 53) 生熊長幸『即時取得の判例総合解説』96頁（信山社，2003年）。
- 54) 川島＝川井・前掲註8) 168頁。
- 55) 例えば，Cに動産を寄託（賃貸）したAが，Cの了承のもとに当該動産についてBのために譲渡担保権を設定した場合などであろうか。もっとも，間接占有者からの占有改定が事実上譲渡担保権設定の場面に限定され，かつ，そのような動産譲渡担保が設定される場合に，上記の例のように，直接占有者，占有改定者，占有譲受人の間で合意があることが通常であるとすれば，本稿の指摘する「限定的な事例」は，動産譲渡担保権の設定において通常想定できる場面と評価することもできるであろう。そうであるならば，「限定的な事例」は，実はそれほど例外的な場合ではない可能性もある。なお，最高裁平成29年決定の射程については，藤澤・前掲註6) 法学教室446号55頁参照。
- 56) 藤澤・前掲註6) 法学教室446号55頁註22)。
- 57) 森田・前掲註6) 金融法務事情2075号19頁。

〔本稿脱稿後，小山泰史「判批」民商法雑誌154巻1号173頁（2018年），遠藤元一「判批」金融・商事判例1540号16頁（2018年）に接した。〕