

《論説》

共益費用の先取特権の形成過程 (3)

——物理的保存費を被担保債権に認める見解への疑問、及び、
民法307条2項の解釈を提示することを目的に——

大 山 和 寿

第1章 緒言

第1節 はじめに

第2節 通説的見解の検討

第3節 宮崎地日南支判平成16年6月11日の検討

第4節 小括 (以上, 57巻4号)

第2章 形成過程

第1節 ボワソナードの構想

第1款 はじめに

第2款 裁判所付属吏制度を継受することに対するボワソナードの見解
——三ヶ月博士の見解への疑問—— (以上, 59巻1号)

第3款 ボワソナード民法草案・旧民法

(1) 先取特権の名称

(2) 被担保債権

(3) 草案1143条2項の意味——動産保存の先取特権との関係——

(4) 小括

第4款 小括 (以上, 本号)

第2節 明治民法の形成過程

第3節 小括

第3章 結語

第1節 形成過程からの示唆

第2節 残された課題

第2章 形成過程 (承前)

第1節 ボワソナードの構想 (承前)

第3款 ボワソナード民法草案・旧民法

まず、便宜のために、いわゆる『プロジェ2版』の1143条の翻訳を最初に示しておく。その後、(1)において、先取特権の名称について変化していく過程及びその理由について扱う。(2)では、この先取特権の被担保債権としてどのようなものが考えられていたか、を示す。(3)では、現行民法307条2項に対応する、ボワソナード草案1143条2項の意味を探っていく。

なお、これから法律取調委員会や(次款では)法典調査会に関する資料を用いることになる。その際にはいわゆる学振版を主に用いることとし、補助的に商事法務版(『日本近代立法資料叢書』)の該当箇所を付記することとする。そして、学振版については所蔵機関毎に差異があるところ、参照が容易であるので、国会図書館デジタルコレクション所収のものに依拠することとした。

第1143条「裁判費用」と呼ばれる費用の先取特権は、債務者の財産を保全するため、または、債務者の財産を清算し、換価し、それによって得られた売却代金を権利者に配当することができるようにするために、債権者の共同の利益のために裁判上または裁判外において法律上正当になされたすべての行為に関して、金銭の前払をした債権者または賃金もしくは謝礼の支払を受けるべき債権者に属する〔2101条1号〕。

費用がある特定の財産に関してのみ支出された場合、または、費用がすべての債権者のために用いられていない場合には、(前項の)先取特権は特別の先取特権にとどまり、支出された費用から利益を受けた債権者に対してのみ対抗できる⁷⁴⁾。

74) *Projet 2^e éd.* p. 252. なお、法務図書館に所蔵されている手書きの草稿については、条文の草稿では、1項末尾の参照条文がない(この点については、*manuscrit* 版と *Projet 1889* (後掲注 79) 参照) (ひいては、プロジェ2版) の1143条1項と「異なる(参照条文)」と指摘されている〔七戸克彦「仏文草案注釈手稿」〔G.

(1) 先取特権の名称

(a) この先取特権の名称については、明治 22 年 1 月 24 日元老院下付民法草案では「訴訟費用ノ先取特権」とされていたのに、同年 7 月 24 日元老院再下付民法草案では、「訟事費用ノ先取特権」に変更されている。何故この様に先取特権の名称が変更されたのか、理由を探ることにする。

(b) ボワソナードは、いわゆる『プロジェ第 2 版』の 1143 条では、「『裁判費用』と呼ばれる費用の先取特権」(frais dits “de justice”)との名称を使用していた。このようにした理由としては、確立した表現なので裁判費用という言葉を使ったけれども、この言葉には不都合がないわけではない。というのは、被担保債権が、裁判所における手続において支出された費用だけであるかのように思えてしまうからだ⁷⁵⁾、と注釈でボワソナードは理由を説明している。もっとも、「この費用が、裁判上において、すなわち、裁判所の訴訟手続において常に支出されるのではないとしても、規律に従っ

Boissonade, *Projet de Code civil (textes), Livre IV et V* [reproduction du manuscrit], 2005 (以下 “manuscrit” という) 所収) 69 頁) 他に、——単に草稿に写す際に脱落しただけの可能性を否定できないものの——「金銭の前払い」のところで、「金銭の (d’ argent)」という言葉がなく、単に前払いになっている (G. Boissonade, *Projet de Code civil (textes), Livre IV et V* [édition imprimée], 2005, p. 66)。注釈の草稿の中で条文の文言を引用している箇所では、「金銭の前払い」となっている (G. Boissonade, *Commentaire du Projet de Code civil, Livre IV* [édition imprimée] (以下 “Commentaire” という), 2005, p. 490。条文の草稿と、注釈の草稿との関係については、条文の草稿に後から修正が加えられたため、ズレが生じてしまい、条文の草稿と注釈の草稿とが必ずしも対応していない〔村上一博「仏文草案注釈手稿（債権担保編および証拠編）とプロジェ第二版」(manuscrit 所収) 29 頁、香山高広「翻刻にあたっての留意点」(manuscrit 所収) 38 頁。さらに、七戸・前掲注 74) 58 頁を参照])。ボワソナード民法典研究会編『ボアソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈第 4 巻』(雄松堂出版, 2000 年) (以下「再閱修正」という) 251 頁では、——後に述べるように、この条の注釈については草稿と内容が同じ箇所があるけれども——、条文については、『プロジェ 2 版』と同じ(少なくとも、草稿執筆の後で修正された『プロジェ 2 版』と近いもの)である。

なお、私の能力では、フランス語の手稿を解読することが不可能だったため、翻刻版を元に確認する方法を採った。

75) V. *Projet 2^e éd.* n°278, p. 254 (再閱修正 251～252 頁), *nouv. éd.* n°278, p. 274.

て裁判所の監督の下に、すなわち、裁判所に従属する吏員 (officiers qui relèvent d'elle) によって、常に支出されると考えるならば、『裁判費用』という名称が正当化される」、とも述べている点に注意する必要がある⁷⁶⁾。

(c) このボワソナード草案を翻訳して、法律取調委員会等で審議される案が、作成された。ボワソナード草案で『裁判費用』と呼ばれる費用の先取特権」とされている箇所については、当初の案では忠実に「訴訟費用ト称スル費用ノ先取特権」と訳されていた。この部分については、明治21年9月の法律取調委員会において、簡潔に「訴訟費用ノ先取特権」と改める旨が報告委員から提案され、委員会です承された⁷⁷⁾。その後、前述のように、明治22年1月24日元老院下付民法草案までは、この表現が踏襲された⁷⁸⁾。

(d) ところが、ボワソナードは、草案を執筆した後に、名称を改めるべき

76) *Projet 2^e éd. n°278, p. 255* (再閲修正 252 頁)。なお、手書きの草稿、プロジェクト 2 版 (再閲修正) では、278 節の 1 番最後にこの記述がある——エクスポゼも同じ位置にある——のに対して、*Projet nouv. éd. n°278, p. 274* では、後述するように、先取特権の名称を変更するように提案しているため、この節の第 2 段落目になっている。

77) 『法律取調委員会財産担保編議事筆記自第七十七回至第八十一回』35～36 丁及び 39 丁 (商事法務版 10 巻所収 20 頁及び 22 頁)、『法律取調委員会民法草案議事筆記自第九百十八条至第千二百七十五条』128 丁 (商事法務版 15 巻所収 280 頁)。周知の通り、学振版では法律取調委員会に関する資料についても、タイトルに法典調査会と記されている。しかし、国会図書館デジタルコレクション所収のものでは、現物のタイトルが法典調査会に修正されているだけでなく、データ上も法律取調委員会と入力されている。そのため、本稿では、学振版を用いつつも、タイトルを法律取調委員会として表記している。

なお、法律取調委員会における民法典の審議については、比較的詳細な「筆記」と、簡略化された「速記」との 2 種類が作成され、後者は、前者に含まれていない情報を有しているなど、その内容が完全に一致しているわけでもない (大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、1999 年) 278 頁注 51)。

78) 『法律取調委員会民法担保編再調査案議事筆記第壹巻』137 丁 [商事法務版 11 巻所収 76 頁]、『法律取調委員会民法再調査案議事筆記第参巻』67 丁 [商事法務版 15 巻所収 228 頁]、ボワソナード民法典研究会編『公文類聚第十四編 (明治 23 年) 卷之八十二』(雄松堂出版、2002 年) 518 頁。

だと考えたようである。というのは、『プロジェ 22 年本』⁷⁹⁾の末尾の「法律取調委員会へ提案された修正 (MODIFICATIONS PROPOSÉES A LA COMMISSION)」においては、「法定費用または裁判費用と呼ばれる費用 (frais dits légaux ou de justice)」に改める旨が記されている⁸⁰⁾。そして、この末尾に付された修正については、基本的に『プロジェ 22 年本』の起草後に、ボワソナードが自主的に判断して加えた修正であると考えて良いと説かれているからである⁸¹⁾。さらに、明治 22 年 4 月 1 日に、ボワソナードから、寺島報告委員に対して、訴訟費用と訳したのは、翻訳の当を得ないので、「法律上ノ費用」とすべき旨の意見が述べられた⁸²⁾。

この意見を受けて、明治 22 年 7 月 24 日元老院再下付民法草案⁸³⁾では、「訟事費用ノ先取特権」に変更された。この様に変更する理由については、法律取調委員会で、登記公証のように訴訟費用ではないものも含ませるためである⁸⁴⁾と説明されている。元老院では、条文番号が 138 条へ変更されただけで、再下付案どおり議定⁸⁵⁾され、このまま旧民法債権担保編 138 条

79) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon*, 1889 (réimprimé 2003) (次の注で、Projet 1889 という) のことである。本文での名称については、復刻版に付されている解題 (大久保泰甫・村上一博「法律取調委員会 (外務省・司法省) 時代の仏文および英文草案」) の用いている名称を踏襲した。

80) *Projet 1889*, p. 619 (復刻版の頁数である)

81) 大久保・村上・前掲注 79) 31 頁。ちなみに、大まかに言ってプロジェ 22 年本の英訳である (大久保・村上・同前 32 頁, 36 頁), G. Boissonade (W. M. H. Kirkwood trans.), *Draft Civil Code*, 1889 (phot. reprint 2003), p. 559 (以下“Draft Civil Code”という) では、“Law costs” (「法定費用」) という表現のみが使われている。

82) 「ボアソナード氏民法草案修正ニ関スル意見筆記 (担保編) 第七, 八回」〔『民法編纂ニ関スル諸意見並雜書 (二)』140 丁 (商事法務版 10 巻所収 328 頁) に収録〕。

83) 『会議部議案下付・返上 (明治 22 年)』 (雄松堂出版, 2002 年) 542 頁。関連資料との関係と再下付案での修正がある旨を、小柳春一郎「元老院審議の経過と意義」ボワソナード民法典研究会編『解題／元老院会議筆記』 (雄松堂出版, 2002 年) 55 頁が指摘していた。

84) 『法律取調委員会民法草案再調査案議事筆記第四巻』114 丁〔商事法務版 15 巻 330 頁〕 (栗塚報告委員)。

85) ボワソナード民法典研究会編『公文類聚第十四編 (明治 23 年) 卷之八十四』 (雄松堂出版, 2002 年) 526 頁参照。

となった^{86), 87)}。

(2) 被担保債権

確かに、前述のように、ボワソナードは、「裁判費用」という名称は当初から適切でないと考えていたけれども、注釈においては被担保債権の中心が、裁判費用であると明言していた⁸⁸⁾。さらに、前述したように、費用が「裁判所の監督の下に、すなわち、裁判所に従属する吏員によって常に支出される」ことをボワソナードは予定していた⁸⁹⁾。つまり、フランスの執行手続で大きな役割を果たしていた裁判所付属吏に関する費用が、先取特権の被担保債権だと考えられていたとみるべきである（但し、ボワソナードは、前述のように、紹介権を認めることについては否定的であった）。

86) 枢密院で議決された案（ボワソナード民法典研究会編『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十五、八十六』（雄松堂出版、2003年）78頁）でも、旧民法財産法部分の御署名原本（ボワソナード民法典研究会編『御署名原本民法債権担保編・民法証拠編』（雄松堂出版、2003年）143頁）でも変更されていない。

87) ただし、ボワソナードは、自己の意見が反映されなかったと考えていたようである。少なくとも、自分が意見を述べた後に修正がされたことを知らなかったようである。すなわち、旧民法の公式理由書としてボワソナードによって執筆された（池田真朗「民法四六七条におけるボアソナードの復権」『債権譲渡の研究』（弘文堂、増補2版、2004年）48頁〔初出1977年〕、大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』（岩波書店、1977年）168頁注*、大久保・高橋・前掲注77）263頁『エクスポゼ』では、「裁判費用」（*frais de justice*）との表現が使われている（*Exposé t. 1, p. 406, et t. 4, p. 158*〔もっとも、注釈にプロジェにはない文（「法律はそこに『裁判外の行為』の費用を加えるよう気をつけている」）が付け加えられている〕）。さらに、いわゆる『プロジェ新版』では、「法定費用または裁判費用」と呼ばれる費用の先取特権（*frais dits "légaux ou de justice"*）とすることを提案した上で（*Projet nouv. éd. n°278, p. 274*）、注において、「（旧民法の）正文では『裁判上の費用』という確立した表現のみが認められたけれども、そのことによって生じる支障は、フランス語のもとでも、日本語のもとでも軽減されない」（*Projet nouv. éd. n°278, p. 274 n. (1)*）と述べているからである

88) *Projet 2^e éd. n°278, p. 254*〔再閲修正251–252頁〕, *nouv. éd. n°278, p. 274, Exposé t. 4, p. 158*（ボワソナード民法典研究会編『民法理由書第4巻』（雄松堂出版、2001年）（以下「民法理由書」という）399頁）

89) 前掲注76）に対応する本文参照。

では、具体的にどのような費用が先取特権の対象になるのであろうか。前述のように、ボワソナードは、「裁判費用」という名称を用いると、訴訟の費用のみが被担保債権であり、裁判外の費用が含まれないような印象を受けると考えていた。そこで、裁判外の行為であって先取特権が認められるものとして⁹⁰⁾例示されているものをみると、次のように、ほとんどが訴訟、執行、清算手続に関する手続費用である。

債務者の死亡または破産後に封印を貼付すること、債権者の共同担保を構成する動産について全般的な目録を作成すること、裁判上の方法または裁判外の方法により、債務者に対して支払われるべき金額及び財産の取立て、占有する第三者に対する取戻訴権、必要があれば、財産の競売、債権者に対して按分して配当する額の計算及びその支払⁹¹⁾

この様にみえてくると、条文で財産を保存するための費用といっているけれども、ここでの保存というのは、封印を貼付したり、目録を作るようなことであり、やはり手続の費用を考えていたのであろう。そうだとすると、一般人が債務者の財産を物理的に保存するような場合は考えられていなかったのではないか。というのは、物理的保存費については、裁判外の費用として先取特権が認められるものの例示の中に類似のものがないだけでなく、後述のように、財産体 (*patrimoine*⁹²⁾) 全体を保存した場合が裁判費用の先取特権の場面だと予定されていたことからすると、例示されている封印や財産目録の作成のような場合ではなく、財産体全体——債権やその他の権利も含まれる——を物理的に朽廃減価しないようにすることなど通常は考えがたいからである。

さらに、ボワソナード草案 1143 条において裁判外という言葉が使われ

90) 民法理由書 401 頁。

91) *Projet 2^e éd.* n°278, p. 255 (再閲修正 252 頁), *nouv. éd.* n°278, p. 274–275, *Exposé t. 4*, p. 158 (民法理由書 401 頁)。

92) ある者の法的総資産 (包括財産) を形成し、積極財産及び消極財産からなる、その現在及び将来の動産及び不動産の総体 (山口・前掲注 6) 421 頁)。動産には、債権等の無体財産権も含まれる (同 367 頁参照)。

ているけれども、この言葉については財産差押法草案において「訴訟ノ以外ニ在リテ裁判所ノ差図ヲ受ケテ行フ諸件ヲ称シテ裁判外ニ係ル手續ト云フ」⁹³⁾と説明されている。そして、前述したように、ボワソナード草案においても、被担保債権となる費用が「裁判所の監督の下に、すなわち、裁判所に従属する吏員によって常に支出される」ことを予定していた。そうすると、ボワソナードは、草案 1143 条の裁判外という言葉も、財産差押法草案と同じ様に、裁判所の指図を受けて行われる手続を予定していたのではないか。つまり、ボワソナードは、自己の民法草案の条文においても、裁判所(やフランス流にいえば裁判所付属吏)とまったく無関係な費用を被担保債権とするつもりはなかったのではないか。

(3) 草案 1143 条 2 項の意味——動産保存の先取特権との関係——

草案 1143 条 2 項は、「費用が特定の財産に関してのみ支出された場合、または、費用がすべての債権者のために用いられていない場合」には同条の先取特権が特別の先取特権にとどまり、費用により利益を受けた債権者に対してのみ対抗できると定めている。この規定は、どのような意味を持っているのであろうか。また、草案 1143 条の先取特権と、動産保存の先取特権とはどのような関係に立つのか。この (3) では、この 2 つの問題を扱う。叙述の順序としては、まずボワソナードがどの様に考えていたかを紹介し、その後法律取調委員会での修正により、草案 1143 条 2 項についてのボワソナードの考えが分かりにくくなってしまったことを示す。

(a) ボワソナードの説明

まず、草案 1143 条の先取特権と動産保存の先取特権との違いについてボワソナードの説いていることを紹介した方が、ボワソナードの考えを理解しやすいので、まずこの点についてから叙述する。その後、草案 1143 条 2 項の意味について述べる。

93) 財産差押法草案 25 頁。

1) 動産保存の先取特権との関係

ボワソナードは、動産保存の先取特権を規定した草案 1161 条⁹⁴⁾の注釈において、何故ある動産⁹⁵⁾が保存された場合には、その動産についてのみを目的物とする特別の先取特権になるのか、その理由を次のように説明する。すなわち、「(個々の動産を保存した) 役務は、債務者に、したがって、債務者の債権者の総体に対してなされるにも拘わらず、この(動産保存の)先取特権は、1143 条で規律されている裁判費用の先取特権のように、一般の先取特権ではない。その理由は、この条文の場合のように、保存されたのが財産体(patrimoine)の全体ではなく、一部分だけ、すなわちある財産だけだからである。だから、この先取特権がその財産に対してのみの特別の先取特権にとどまるのは当然なのである」⁹⁶⁾。

つまり、保存された対象の違いにより、1143 条の定める一般の先取特権が認められるのか、動産保存の先取特権になるのかが分かれる。財産体全体に関係する役務の費用であるから、財産体の全体、つまり総財産が先取特権の対象となる一般の先取特権が、認められる。これに対して、ある特定の財産のみが保存された場合には、当該財産のみが先取特権の対象とな

94) 第 1161 条 動産(objet mobilier)を修理または保存する費用についての債権者は、1096 条に基づいて与えられた留置権を行使しないときであっても、そのようにして修理または保存された動産につき先取特権を有する[2102 条 3 号]。

同じ先取特権は、債務者のために、金銭の額、(物の)価値、その他いかなるものであれ動産としての性質を有するもの(sommes d'argent, valeurs ou autres objets mobiliers)に関する対人権または物権(droits personnels ou réels)を承認し、保存し、実行する裁判上または裁判外の行為の費用にも適用される。

(Projet 2^e éd. p. 274. manuscrit p. 78 では、1 項の「修理または保存」の箇所が、修理及び保存となっている[プロジェ 2 版では条文については「または」にボワソナードは直したけれども、注釈では修正されていない])。

Projet nouv. éd. p. 294-295 では、2 項の「対人権または物権」が「物権または対人権」に順番が入れ替わっている(Exposé t. 1, p. 415 も同じ)。

95) ボワソナード草案における動産には、債権も含まれることに留意されたい。

96) Projet 2^e éd. n°311, p. 288-289 (再閣修正 285-286 頁[但し 1643 条となっている])、nouv. éd. n°311, p. 310-311, Exposé t. 4, p. 178 (1143 条は 138 条になっている。民法理由書 449 頁)。

り、すなわち、特別の先取特権である動産保存の先取特権のみが認められる。そうすると、現行民法についての通説の説くようなこと⁹⁷⁾は考えられていなかった。すなわち、ある特定の財産が保存された結果として総財産の価値が維持されたとしても、そのことを根拠に一般の先取特権を認めることは、否定されていたのである。

財産体の全体が保存された場合に一般の先取特権の対象となることは、フランスの動産執行が総動産の清算手続としての性格を持っていることと関係している。というのは、フランスの動産執行が総財産に網をかける性格を持っており、この様な執行形態と一般の先取特権とは対応している。一般の先取特権である共益費用の先取特権が主要な目的物としているのは、すべての動産であり、この様な動産に対して包括的に強制執行がされるので、強制執行の費用が財産体全体に関係する。だから、「裁判費用の先取特権」の主要な場合として、強制執行の費用が認められると指摘されているからである⁹⁸⁾。このフランス法についての指摘はボワソナードの構想にも当てはまるのである。というのは、ボワソナードの構想していた財産差押法草案は、フランスの動産執行の面影を忠実に伝えている、と指摘されているからである⁹⁹⁾。

このことは動産執行の場合にのみ当てはまるのではない。すなわち、債務者の死亡や破産も、債務者の全財産に関する手続がなされる場合であり¹⁰⁰⁾、これらの手続にかかる費用も、一般の先取特権の被担保債権となるのである。

2) 草案 1143 条 2 項の意味——「裁判費用」が財産体全体にとって有益でない場合には、特別の先取特権となるにすぎない——

ボワソナードは、草案 1143 条 2 項の説明の際に、2 つの例を示す。その

97) 前掲注 1) 及び注 12) 並びにこれらに対応する本文を参照。

98) 三ヶ月・前掲注 4) 192～193 頁参照。

99) 三ヶ月・前掲注 10) 190 頁参照。

100) 身代限りまたは分散の際に目録を作るのは、後日品物を調査するのを便利にするためである (梅・前掲注 73) 73 頁)。

うちの 1 つ¹⁰¹⁾を紹介すると、ある財産についての特別の先取特権者または
 抵当権者の間で順位及び配当額を決定する手続の費用を例として挙げている。
 「この費用の部分は、債権額に按分比例した配当 (distribution par con-
 tribution) と呼ばれる手続から生じる費用とは異なり、これらの債権者にの
 み有益であり、これらの債権者に配当される金額からのみ支払われるべき
 である」とのみ説明している。そして、この場合に特別の先取特権にとど
 まるとされたこの先取特権には、1161 条が適用されることになる。1161
 条は「動産 (objet mobilier) を保存した者」の先取特権を規律する条文で
 ある、とボワソナードは叙述を続けている¹⁰²⁾。

この説明を敷衍すると、次のようになるのであろう。具体例として、債
 務者 S が、2,000 万円の価値のある不動産と、総額 50 万円の動産を所有し
 ているとし、この不動産には、Hy のための抵当権 (被担保債権額 2,000 万
 円) が設定されている。S は、G らに対して合計で 100 万円の債務を負っ
 ており、これらの債務には担保が供されていないとする。そうしたところ、
 S は定められた期限に Hy に債務を弁済しなかったため、この不動産につ
 いて競売がされることになったとしよう。そうしたところ、この不動産の
 前の持ち主であった P が、S にこの不動産を売却した際の代金のうち 500
 万円の弁済を受けていないので、不動産売買の先取特権を有するから、Hy
 よりも自己に優先して配当するよう主張したのに対し、これに対して、Hy
 が、P の不動産売買の先取特権について適式の登記がされていないことを
 主張して、争ったとしよう。そのため、不動産の売得金のうち 500 万円に
 ついては配当額を決定する手続の対象となり、この手続の費用が 10 万円か

101) もう一つの例は、債権者のうちの 1 人の権利が争われ、その債権者が自己の
 権利を確立するために債務者に対して訴訟を提起した場合である。

102) Projet 2^e éd. n°279, p. 256 (Commentaire p. 493 では、1161 条が、1151 条 4
 号になっている [再閣修正 253 頁では 1651 条]。そして、「規律する」が現在
 形、プロジェクト 2 版以降では未来形)。これに対して、旧民法制定後に執筆された、
 Projet nouv. éd. n°279, p. 275, Exposé t. 4, p. 159 [但し、1161 条とある箇所が、
 155 条に改められている] (民法理由書 403~404 頁) では、『プロジェクト 2 版』と
 全く同じである。

かったとしよう。

この場合には、配当額を確定する手続の対象は、特別の先取特権者 P と抵当権者 Hy のどちらに配当するかが争われている金額、すなわち、500 万円についてのみであり、債務者 S の財産体全体（総財産、すなわち、すべての不動産と動産）が手続の対象となっているのではない。従って、500 万円をどちらに配当するかを確定する手続は、この手続に参加している Hy と P にのみ有益である。だから、この費用については、手続の対象となっているこの二人の間で争われた金額、すなわち、この 2 人のうち主張が認められた方に配当されるべき金額 (500 万円) からのみ優先して支払われるべきであり、一般債権者に配当されるべき財産 (50 万円の価値のある動産) から優先弁済されるべきではない。この様な結果を実現するため、配当額を確定する手続の対象とされている金額である 500 万円のみを、先取特権の対象とすべきである。

ところが、この場合にも配当額を確定する手続の費用が一般の先取特権の被担保債権となるとすると、手続の対象となっていない、50 万の価値のある動産をも目的物とすることになり、この手続の費用がこの動産から一般債権者に優先して回収されてしまい、手続に関係していない一般債権者 G らの配当額がその分減ってしまうことになりかねない。

以上の理由から、この場合には、この様な手続の費用については、一般の先取特権を認めるべきではなく、配当額を確定する手続の対象である 500 万円についてのみを目的物とする特別の先取特権にとどまるとすべきである¹⁰³⁾。そして、動産の特別の先取特権のうち、手続に関する費用を規律しているのは、1161 条——動産保存の先取特権——の 2 項である。だから、この場合には、手続費用に認められる先取特権は、動産保存の先取特権なのである。

以上述べてきた事柄が、動産保存の先取特権についての草案 1161 条の

103) 民法理由書 404 頁では、上記の数個の場合においては先取特権は一般のものではなく特別のものであるから、と訳している

注釈において、「既に、前述の1143条2項において、この留保をしておいた」¹⁰⁴⁾とボワソナードがいつている内容であろう。

なお、1143条の注釈で、ボワソナードが、費用が特定の財産についてのみ適用される場合には、動産保存の先取特権の規定である草案1161条が適用される、と述べている点については、動産に関する権利が保存されたり、実行された場合に関する同条の2項が適用されるのであり、物理的保存費が念頭に置かれているであろう1項が適用されるのではない、とボワソナードが考えていたとみるべきであろう。というのは、ボワソナードも、草案1161条2項に *frais de justice* (裁判費用) と見出しを付けていたのであり¹⁰⁵⁾、前述のように、1143条の先取特権の名称については、『プロジェ2版』までは“*frais de justice*”といていたからである。そうすると、後に述べる梅・富井博士と同じ様に、1143条と性質が共通なのは、1161条2項のみだ、とボワソナードは考えていたのではないか。

(b) ところが、法律取調委員会での修正過程において、特定の財産に係する費用が特別の先取特権の被担保債権であることが分かりにくくなってしまふ。以下において、その経緯を紹介する。

1) 明治21年9月に法律取調委員会が審議した際の1143条2項の原案では、ボワソナードの草案どおりに、「若シ或ハ費用ハ財産ノ為ニノミ為サレ又ハ総テノ債権者ニ有益ナラサリシトキハ」、先取特権が特別の先取特権であるとされていた。しかし、この原案に対しては報告委員から、先に引用した部分を「若シ或ル財産ノ為メノミニ為シ総テノ債権者ニ有益ナラサリシ費用ニ付テハ」¹⁰⁶⁾に改める修正案が提案された。つまり、原案では特別

104) *Projet 2^e éd. n°311, p. 289* (再閲修正 286 頁 [但し 1643 条となっている]), *nouv. éd. n°311, p. 311, Exposé t. 4, p. 178* (1143 条とある箇所は 138 条に改められている。民法理由書 449 頁)。

105) *Projet 2^e éd. p. 274, nouv. éd. p. 295*。

106) 前掲注 77)・『法律取調委員会民法草案財産担保篇議事筆記自第七十七回至第八十一回』35 丁 (商事法務版 10 巻所収 20 頁) (下線は引用者による)。前掲注 77)・『法律取調委員会民法草案議事筆記自第九百十八条至第一千二百七十五条』

の先取特権にとどまる場合は、①特定の財産についてのみ費用が支出された場合と、②支出された費用がすべての債権者に有益なものでなかった場合の2つの場合が示されていた。言い換えると、①または②の場合には、特別の先取特権となる趣旨である。ところが、報告委員による修正案では、①であって、②の場合のみ、すなわち、①及び②の場合にのみ、特別の先取特権となる。

この修正案に対しては、村田委員から、「英文¹⁰⁷⁾ニハニタ事ニナツテ居ル」¹⁰⁸⁾と指摘された。この指摘は、『プロジェ』の英訳をみると、①及び②ではなく、①または②の場合に特別の先取特権となるのが、ボワソナードの考えなのではないか、と疑問を呈するものであった。ところが、この指摘に対して、松岡委員は「或ル財産ノ為メノミニ為シテモ其レガ総体ノ利益ニナレバ宜シイノダカラ財産ハ包括デモ一箇デモ構ハヌガ他ノ人ニ関係ヲ持タヌ」¹⁰⁹⁾と発言している。この発言をどの様に理解すべきかは問題であるけれども、素直に読めば、費用が誰のために役に立ったのかが重要なのであって、全財産のために費用が支出されたか、特定の財産のために費用が支出されたかは重要なのではない。したがって、特定の財産につい

128 丁 (商事法務版 15 巻 280 頁) では、文言が若干異なり、「若シ或ハ財産ノ為メニノミニ為シ総テノ債権者ニ有益ナラサリシ費用ニ付テハ」(下線は引用者)となっている。

- 107) 引用者注 Draft Civil Code p. 559 (復刻版の頁数) のことである。この部分は、次のように訳されている。“Where certain costs have been incurred in respect of only certain property, or have not been of use to all the creditors”.

英文等が審議の際に参照されていたこと、村田が英文を盛んに引用していることについては、大久保・高橋・前掲注 77) 169-170 頁、大久保・村上・前掲注 79) 33-34 頁。司法省法律取調委員会での審議において参照された英文は、Draft Civil Code である (大久保・村上・前掲注 79) 37 頁)。

- 108) 前掲注 77)・『法律取調委員会財産担保篇議事筆記自第七十七回乃至第八十一回』36 丁 (商事法務版 10 巻所収 20 頁)。「法律取調委員会民法草案議事筆記自第三百十四条至第一千二百七十五条」(以下「議事速記」という) 128 丁 (商事法務版 15 巻所収 280 頁) には該当する議論がない。

- 109) 前掲注 77)・『法律取調委員会財産担保篇議事筆記自第七十七回乃至第八十一回』36 丁 (商事法務版 20 頁)。「議事速記 128 丁 (商事法務版 15 巻所収 280 頁) には該当する議論がない。

て費用が支出されたとしても、その結果総債権者の利益につながっているならば、2項を適用せずに、一般の先取特権として認めてよいということなのであろう。

2) さらに、決定的だったのは、明治21年12月3日の法律取調委員会で審議された、民法担保篇再調査案の1043条であった。この案では、前に引用した部分が、「債権者ニ有益ナラサリシ費用ニ付テハ」に変わっている¹¹⁰⁾。この様に修正された理由については何も記録がなされていないけれども、前の松岡発言の様に理解したからなのであろうか。ともあれ、この様に修正されたため、法文を見ただけでは、費用が特定の財産に関して支出された場合についても2項の適用対象となることが、分からなくなってしまった。

再調査案でこの様に修正されたことのうち、(総債権者ではなく)単に債権者にされてしまったことについては、ボワソナードに問い合わせた結果、「総債権者」にすべきとの意見を受け¹¹¹⁾、元老院再下付案では、その通りに修正される¹¹²⁾。しかし、特定の財産に関して費用が支出された場合については、削られたまま、債権担保編138条2項となった。

3) もっとも、この点については、松岡委員の発言とあわせて考えると、法律取調委員会も趣旨を変えるつもりはなかったかもしれない。また、旧民法の公式理由書である『エクスPOSE』でも、債権担保編138条2項については——『プロジェ』とは違い——前述の修正を受けて、「費用が特定の財産に関してのみ支出された場合」が仏文の条文から削除されている¹¹³⁾。し

110) 前掲注78)・『法律取調委員会民法担保編再調査案議事筆記第壹巻』136～137丁〔商事法務版11巻所収76頁〕には、この様に変更された理由の説明はなく、原案の通り決する旨しか書かれていない。前掲注78)・『法律取調委員会民法再調査案議事筆記第参巻』67丁〔商事法務版15巻所収228頁〕でも無異議とし書かれていない。

111) 前掲注82)・「ボアソナード氏民法草案修正ニ関スル意見筆記(担保編)第七、八回」140丁〔商事法務版10巻所収328頁〕(ボアソナード発言)。

112) 前掲注83)・『会議部議案 下付・返上』543頁。

113) V. Exposé t. 1, p. 406.

共益費用の先取特権の形成過程 (3) (大山)

たがって、ボワソナードも、この文言を削る修正が日本側でされていたことは理解していた。それにも拘らず、『プロジェ新版』では——前述のように、先取特権の名称については問題視していたのに——何も言及していない。そうすると、ボワソナードも、この文言が削られても、特定の財産についてのみ支出された費用については、利益を受けた者にしか先取特権を対抗できない旨が2項に残っていれば、特別の先取特権になるにとどまることを解釈により導けるので、問題は少ないと思っていたのかもしれない。

しかし、少なくとも法文を見ただけでは、特定の財産について費用が支出された場合には、その財産についての特別の先取特権のみが認められ、この場合には動産保存の先取特権についての規定が適用されることがみえなくなってしまう。

(4) 小括

ボワソナードの考えをまとめると、特定の財産についてのみ費用が支出された場合には、1143条の定める一般の先取特権の対象となるのではなく、特別の先取特権である動産保存の先取特権の対象となる。被担保債権について述べていたこと——1143条の先取特権の対象としては手続の費用が念頭に置かれていた——と併せて考えると、財産体全体を対象とする手続——フランス型の動産執行、死亡時の財産清算、破産——の場合にのみ、これらの手続に要する費用が、1143条の対象となり、手続費用であっても、財産体全体を対象としないものは、動産保存の先取特権の対象となる。この様に考えると、物理的保存費用は、動産保存の先取特権の被担保債権としては想定されていたけれども、1143条の被担保債権としては想定されていないし、また、総財産全体が物理的に保存されることも通常は考えにくいので、物理的保存費が一般の先取特権の対象となるとは考えていなかったのではないか。ボワソナードは、『プロジェ2版』の執筆後、先取特権の名称について「法定費用」という文言に代えるよう提案したけれども、この提案の趣旨は、訴訟の費用のみが被担保債権となるような誤解を防ぐた

めであり、手続に関する費用よりも被担保債権を広げるつもりはなかった。

ところが、法律取調委員会における修正において、趣旨を変えるつもりはなかったのかもしれないけれども、特定の財産に関して費用が支出された場合については、動産保存の先取特権の規定である、債権担保編 155 条 2 項の対象となることが、分かりにくくなってしまった。

第4款 小括

この節では、ボワソナードの構想について述べてきた。

三ヶ月博士は、裁判費用の先取特権とフランスの裁判所付属吏の制度が密接に結びついていることを指摘されるとともに、ボワソナードが、治罪法の草案から財産差押法草案に至るまで一貫して、手数料制の職員を排除するために裁判所付属吏の制度を継受しないようにしていた、と主張される。この主張の通りであるとする、ボワソナードが自己の民法草案で裁判費用のために先取特権を認めたこととの間には、矛盾があることになりそうである。

しかし、治罪法の草案及び財産差押法草案、さらには、三ヶ月博士が触れられていなかった、ボワソナードの意見書を読みと、三ヶ月博士の主張は成り立たないのではないか。すなわち、これらにおいて、ボワソナードの立場は一貫している。書記が職務に励むようにする誘因として、当事者が納める賃料が大事であることは、共通していた。治罪法の草案でも、書記の責任で使丁を使うなど、手数料制の職員であることを前提にしていたようである。そうすると、手数料制の職員が諸悪の根源だとボワソナードが考えていたわけではなく、フランスのように紹介権が認められる結果として、後任者が職務を買った費用を取り戻そうとして手数料が高くなることをボワソナードは問題視していたのではないか。

そうだとすると、裁判所付属吏の制度を継受すべきかという問題と、裁判費用のために先取特権を規定しようとする事との間には、矛盾はないことになる。

共益費用の先取特権の形成過程 (3) (大山)

ボワソナード民法草案に目を移すと、特定の財産についてのみ費用が支出された場合には、1143 条の定める一般の先取特権の対象となるのではなく、特別の先取特権である動産保存の先取特権の対象となる。手続費用のすべてが一般の先取特権の被担保債権となるわけではなく、財産体全体を対象とする手続——フランス型の動産執行、死亡時の財産清算、破産——の場合にのみ、これらの手続に要する費用が、1143 条の対象となり、手続費用であっても、財産体全体を対象としないものは、動産保存の先取特権の対象となる。

この様に考えると、総財産全体が物理的に保存されることも通常は考えにくいので、物理的保存費が一般の先取特権の対象となるとは考えられていなかったのではないかと。ボワソナードは、『プロジェ 2 版』の執筆後、先取特権の名称について「法定費用」という文言に代えるよう提案したけれども、この提案の趣旨は、訴訟の費用のみが被担保債権となるような誤解を防ぐためであり、手続に関する費用よりも被担保債権を広げるつもりはなかった。

ところが、法律取調委員会における修正において、趣旨を変えるつもりはなかったのかもしれないけれども、特定の財産に関して費用が支出された場合については、動産保存の先取特権の規定である債権担保編 155 条 2 項の対象となることが、分かりにくくなってしまった。

【訂正】

59 卷 1 号 166 頁注 63) について、下記のように訂正いたします。

誤 財産差押法草案

正 ボワソナード (一瀬勇三郎訳) 『財産差押法草案』(司法省, 1883 年。以下では、「財産差押法草案」として引用する)