

共益費用の先取特権の形成過程（5・完）

——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 卷 4 号）

第 2 章 形成過程

第 1 節 ボワソナードの構想（第 2 款まで 59 卷 1 号、第 4 款まで 59 卷 4 号）

第 2 節 明治民法

第 3 節 小括（以上、63 卷 2 号）

第 3 章 結語

第 1 節 形成過程からの示唆

- （1）物理的保存費を共益費用の先取特権の被担保債権とすることの可否
- （2）民法 307 条 2 項についての起草時の考慮の再評価
——特別の先取特権とする見解の再評価——
- （3）総財産を対象とする手続の費用のみが共益費用の先取特権の対象となる
——民法 307 条 2 項は有益な結果が生じることを要求していない——
- （4）ありえる疑問 1——起草時の考慮からすると物理的保存費を含めても問題ない？——
- （5）ありうる疑問 2——物理的保存費も共益費用の先取特権の対象とすれば、登記不要にできる？——

第 2 節 残された課題（以上、本号）

第3章 結語

第1節 形成過程からの示唆

本章では、以上述べてきたことから得られる示唆や、今後検討を要する課題について最後に触れたい。

(1) 物理的保存費を共益費用の先取特権の被担保債権とすることの可否

まず、物理的保存費についても共益費用の先取特権を認める通説的見解の論拠について、形成過程で考慮されていたことと照らし合わせて、検討する。通説的見解を採る論者であっても、何故物理的保存費が、共益費用の先取特権の被担保債権となるか、論拠を示すものは少ない。例外的に、通説的見解を初期の段階で唱えた中島博士は、物理的な保存行為により債務者の財産が保存されて、一般債権者の担保を増すことは、法律上の手段により債務者の財産を保存するのとまったく異なることがないことを根拠として、物理的保存費についても共益費用の先取特権を認める見解を唱えられた¹⁶⁴⁾。

確かに、このような中島博士の見解は、動産保存の先取特権についての原始規定321条の1項と2項についてならば成り立つ論拠であろう。すなわち、仮に同条1項がなかったとして、つまり、仮に2項の場合である動産についての権利の保存・追認・行使の費用についてのみ動産保存の先取特権が認められるならば、中島博士の見解は傾聴すべき見解であろう。というのは、債務者所有の個別の動産について取得時効が成立するのを阻止した場合にも、その動産について債務者の有していた所有権が維持されている。他方で、所有権の目的物が物理的に滅失すれば、所有権も消滅するので、債務者の動産が物理的に滅失するのを防いだ場合にも、債務者の所有権が維持されることに変わりはない。それにもかかわらず、権利を保存した場合である取得時効の成立を阻止した場合にのみその権利の目的物で

164) 中島・前掲注1) 664頁。

ある動産について先取特権が与えられ、動産を物理的に滅失するのを防いだ場合にその動産について全く先取特権が与えられないとするならば、均衡がとれていないからである。

しかし、中島博士は、物理的保存費についても共益費用の先取特権の被担保債権とする根拠として、前述の内容を主張される。確かに、物理的保存費について全く先取特権が認められないならば、問題であるけれども、民法は、保存された物について特別の先取特権を認めている。それにもかかわらず、中島博士をはじめとする通説的見解を採ると、共益費用の先取特権が物理的保存費についても認められる結果として、第1章第2節で述べたように、物理的に保存された物以外の債務者の財産についても、共益費用の先取特権の目的物となる。そのため、他の財産から配当を受けようとする他の債権者は、物理的保存費から恩恵を受けていないのに、物理的保存費のために配当額を減らされる結果となっていた。

これに対して、形成過程においては、保存されたのが財産体（＝債務者の総財産）の場合にのみ、一般の先取特権である共益費用の先取特権が認められ、特定の財産が保存されたにすぎない場合には、その財産のみを目的物とする先取特権は認められるものの、（一般の先取特権としての）共益費用の先取特権は認められなかった。言い換えると、形成過程においては、保存された物だけを先取特権の目的物とすることが意図されていた。この結果、ある特定の財産のみを物理的に保存した者は、その財産についてのみ先取特権を有し、他の財産については全く先取特権を有しない。このため、他の財産から配当を受けようとする一般債権者が、配当額を減らされる様な不当な結果が生じなかった。

このように、通説的見解とは異なり、不当な結果が生じないので、忘れ去られていた形成過程の考慮を見直すべきではないか。具体的には、物理的保存費については、その費用により物理的に保存された物に限り特別の先取特権を認め、その他の財産は先取特権の対象とすべきでない、言い換えると、その他の財産まで目的物となる（一般の先取特権としての）共益費

用の先取特権が成立することは否定すべきである¹⁶⁵⁾¹⁶⁶⁾。

(2) 民法307条2項についての起草時の考慮の再評価

——特別の先取特権とする見解の再評価——

307条2項の趣旨については、起草時に述べられていた趣旨は現在でも前提にされていると考えるべきであろう。というのは、同項の理由として、柚木博士は、共益費用が「各債権者の共同利益のために費やしたことを必要とする」から、総債権者に有益でないものについては、その費用により利益を受けた債権者に対してのみ先取特権が存することを述べている¹⁶⁷⁾。307条2項の例として、他の論者も柚木博士と同じ例を挙げていることからすると、他の論者も307条2項の趣旨として柚木博士と同様な見解を採っているのではないか¹⁶⁸⁾。そして、柚木博士の述べる理由というのは、前述した、梅博士の説く同項の趣旨——債権者のうちで、この費用により利益を受けない者に対しても、共益費用の先取特権を行うことができるならば不公平な結果となる——と同じことだと理解すべきである。そうすると、梅博士の述べる趣旨については、現在でも同様に考えられていると理

165) あまり考えられないけれども、債務者が有体物のみを所有していて、かつ、債務者所有の有体物のすべてが物理的に保存されたような場合には、共益費用の先取特権が認められてしかるべきではないか、との疑問がありうるかもしれない。しかし、この場合には、個々の有体物について保存費用に認められる特別の先取特権が認められる結果、債務者所有の有体物のすべてについて特別の先取特権の対象となると解すれば足りるはずである。そうであるならば、重ねて共益費用の先取特権を成立させる必要はないはずである。

166) 旧民法とは異なり、現行民法では物が有体物に限定されているので、債権や無体財産権が保存された場合には、動産保存の先取特権の対象とならないけれども、この場合には307条2項により当該財産についてのみ共益費用の先取特権が認められると解すべきである(薬師寺・前掲注12)21頁参照)。

167) 柚木馨・高木多喜男『担保物権法』(有斐閣、第3版、1982年)50頁。

168) 例えば、我妻・前掲注1)76頁、我妻編・前掲注1)87頁(清水誠)、加賀山・前掲注1)281頁、道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣、2019年)214頁(今尾真)。林編・前掲注1)111-112頁(甲斐道太郎)、山崎・前掲注1)171頁は、柚木博士の挙げる例の他に他の例も挙げる。

解すべきであろう。

そうであるならば、307 条 2 項については、起草時に考えられていたけれども、現在¹⁶⁹⁾では忘れ去られている理解——このような費用が支出された財産についてのみ、先取特権の目的物となる、言い換えると、その財産についてのみ特別の先取特権が認められるにすぎない——の是非を再検討すべきではないか。というのは、前段落で述べた趣旨から、起草時には、当該財産のみからのみ共益費用の先取特権に基づき費用を優先的に回収でき、他の財産からは優先的に回収できるべきでないと説かれていた。そして、この結果を実現するために、他の財産については共益費用の先取特権

169) 現在の理解は、利益を受けた者の間ではなお一般の先取特権である（岡松・前掲注 1）354 頁））と考えているのではないか。この様に考えているとはっきりいえるのは、横田博士の見解である。すなわち、横田・前掲注 1）616-617 頁は、甲乙丙が抵当権を有している不動産を売却し、その代金全部を甲乙丙に配当する場合には、この競売費用については、他の普通債権者に対して先取特権を実行できず、不動産の売却代金または甲乙丙の 3 人に配当すべきその他の財産の売却代金をもって弁済を受けることを要する、と説いている。甲乙丙に配当すべきその他の財産から共益費用の先取特権を実行できる——言い換えると、抵当不動産以外に、この財産も先取特権の目的物となる——と横田博士は説くわけだから、甲乙丙との関係においては、共益費用の先取特権は一般の先取特権である、と横田博士は考えていることになる。また、林編・前掲注 1）112 頁（甲斐道太郎）は、岡松博士の見解に対し、307 条 2 項の先取特権と共益費用の先取特権とを区別する理由も実益もないと述べていることからすると、岡松博士よりも徹底して、307 条 2 項の先取特権も一般の先取特権と考えていることになる。

このような見解の例外としては、薬師寺・前掲注 12）20 頁及び 21 頁並びに道垣内弘人『担保物権法』（有斐閣、第 4 版、2017 年）50-51 頁及び道垣内編・前掲注 168）213 頁（今尾真）が、保存された財産（権）のみを目的物として先取特権が成立するとされる。もっとも、ニュアンスは異なる。薬師寺博士は、307 条 2 項を根拠に保存された財産についてのみ先取特権を成立させる。道垣内教授は、共益費用の先取特権が成立するためには、保存行為が強制執行ないし倒産手続の申立の前段階として、一般財産の減少を防ぐためにされたことを要すると解すべきであり、そのような手続が後続することを前提としない場合は、当該動産ないし不動産についてのみの先取特権を与えれば十分であるとする。

私の見解は、本文および大山和寿「先取特権法コンメンタール補遺」青法 62 巻 1 号 98 頁（同頁注 16 も参照）（2020 年）で述べるとおり、薬師寺博士の見解に近い。

の目的物とならないと説かれていたからである。

仮にこのように考えるならば、ある財産についてのみ費用が支出された場合には、307条2項の先取特権は、当該財産についての特別の先取特権にとどまる。このことを言い換えると、このように特定の財産について費用が支出された場合には、その財産のみを先取特権の目的物とすべきであり、他の財産は先取特権の目的物となるべきでない¹⁷⁰⁾ので、一般の先取特権は認められるべきではない¹⁷¹⁾。つまり、307条2項については、ボワソナード草案と同様に、注意規定と理解すべきことになる。

もっとも、この点に関しては、現在のフランスでは、実際には、裁判費用の先取特権は、手続の対象となった財に対してのみ行使され、他の財からは行使されていないようではある。また、この先取特権は、307条2項と同様に、裁判費用の利益を受けた債権者に対してのみしか対抗できないと考えられているようである。しかしながら、現在の学説においては、ボワソナードのような見解の当否については争いがあるようである¹⁷¹⁾。したがって、本稿ではボワソナードのような見解を現在によみがえらせるべきか再検討の必要がある旨を指摘するにとどめて、最終的な結論については、フランスにおける諸見解を検討するまで留保する。

(3) 総財産を対象とする手続の費用のみが共益費用の先取特権の対象となる

——民法307条2項は有益な結果が生じることを要求していない——

(1)で述べたように、物理的保存費は、共益費用の先取特権の対象にならないと考えるべきであり、そうであるならば、共益費用の先取特権の被担保債権については、形成過程で考えられていたように手続に関する費用に限定した方が、妥当である。

170) ほぼ同旨のものとして、薬師寺・前掲注12)17頁。

171) 以上については、下村信江「フランス先取特権制度論(上)」帝塚山3号68頁(1999年)参照。

そして、手続費用として一般の先取特権としての（総財産を対象とする）共益費用の先取特権の対象となるのは、——例えば、限定承認がなされた場合のように——総財産を対象とした手続の費用のみというべきではないか。というのは、限定承認の場合には、相続財産全体——被相続人の総財産——が手続の対象となる。そして、前述したように、相続財産全体について清算手続が行われたからこそ、一般債権者も配当を受けることができたから、この手続の費用のおかげで一般債権者も利益を受けている。だから、この手続の費用は、手続の対象となる財産である財産を換価して得られた金銭から、優先的に支払われるべきである。このように、限定承認のように、総財産を対象とする手続の費用については、一般の先取特権である共益費用の先取特権が認められても、一般債権者にとって不利益を蒙るわけではなく、むしろ費用が費やされた結果これらの者の利益となっている。そのため、この場合には、共益費用の先取特権によって、手続の対象となる財産のすべて＝債務者の総財産が目的物として把握されることが、正当化される。

これに対して、個別執行のように、ある特定の財産についてのみ手続がされる場合には、この手続の費用はその財産に関してのみ支出されている。それにもかかわらず、他の財産からこの費用を優先的に取り立てることが認められてしまうと、再三繰り返すように、他の財産から配当を受けようとする債権者が、その費用から利益を受けていないのに、配当額を減らされる結果となる。このような結果を避けるために、形成過程では 307 条 2 項が用意され、このような手続の対象となる財産に関して支出された費用は、その財産からのみ優先的に弁済を受けられる。他の手続の対象となる財産から優先的に弁済を受けられない（他の手続に参加する債権者に対抗できない）とされていたのである。

そうすると、総財産を対象とする手続がなされているか、個別の財産を対象とする手続がなされているかを基準として、総財産を対象とする場合に、一般の先取特権である共益費用の先取特権の対象となると解すべきで

ある。このように解するならば、第1章第2節第2款で触れた私的整理の場合の例については、私的整理という手続を進めるにあたり必要な費用の一部であるから、私的整理が行われる財産、すなわち債務者の総ての財産から支払われるべきである。

このようにみてくると、中島博士のように、結果的に有益かどうかを共益費用の先取特権の被担保債権となるかどうかを、共益費用の先取特権の対象となるかの判断基準とすべきではない。というのは、第1章第2節第2款で述べたように、中島博士の見解のように考えると、債権者委員長のような清算・配当等を行う者が萎縮する悪結果が生じるだけでなく、中島博士が、307条2項について特別の先取特権であるとの注意規定だとする起草時の趣旨を見失っていたために、前述のような自己の見解を唱えられた可能性が否定できないからでもある¹⁷²⁾。

(4) ありえる疑問1——起草時の考慮からすると物理的保存費を含めても問題ない？——

なお、仮にボワソナードの見解のように考えるべきならば、物理的保存費に共益費用の先取特権が認められるとしても、307条2項によりその財産のみが目的物となるのだから、構わない、との反論があり得るかもしれない。

しかし、この反論については、次のような疑問を禁じ得ない。すなわち、

172) もっとも、債権者委員長が、債務者の債権を取り立てるため訴訟を提起した際に、この訴訟を提起するという債権者委員長の判断が不合理——例えば、訴訟を提起する際に、第三債務者から回収できる見込みが明らかになかったような場合——ならば、債権者委員長の善管注意義務違反——伊藤眞「私的整理の法理」『債務者更生手続の研究』(西神田編集室、1984年)255頁は、(私的整理を信託的に法律構成する立場から、)一般債権者に公平な配当が行われるように財産を管理・換価する善管注意義務が、私的整理において受託者としての義務を負う債権者委員長に課されると説く——が問題となり得る。しかし、このことと、この訴訟のために支出された費用に共益費用の先取特権が認められるかは、別の問題である。

動産や不動産が保存された場合には、動産保存の先取特権および不動産保存の先取特権が特別の先取特権として認められている。そして、この反論によるならば、共益費用の先取特権も 307 条 2 項によりその財産のみを目的物とする特別の先取特権となるのであるから、これらの特別の先取特権と目的物が全く同一である。そうであるならば、少なくとも、動産や不動産が物理的に保存された場合に、特別の先取特権と重複するものとして、何故あえて共益費用の先取特権を認める必要があるのであろうか。

かえってこのような場合に共益費用の先取特権を認めると、前述した宮崎地裁日南支部の判決のように、共益費用の先取特権が認められ、これは一般の先取特権であるから、債務者が破産した場合には、優先的破産債権として破産財団から優先弁済がなされるべきだとか、債務者につき再生手続が開始した場合には、一般優先債権として随時弁済を認めるべきだ、との解釈を招きかねない。このような解釈が不当な理由を説明すると、破産手続の場合には、保存された財産とは関係がない財産から構成される破産財団から優先弁済がなされ、保存により利益を受けていない破産債権者が劣後するという不公平な結果をもたらす。再生手続の場合にも、再生債務者の財産を引き当てとする再生債権者は再生手続外の権利行使が禁じられているのに、第 1 章第 3 節で前述したように、再生手続外で再生債務者の一般財産から随時弁済がなされ、しかも、再生債務者に必要な資金が随時弁済がなされるために少なくなり、再生も困難にしかねない¹⁷³⁾。

そうであるならば、ある財産の物理的保存費については、特別の先取特権のみを認め、共益費用の先取特権は一切認められないとした方がよいのではないか。

173) 以上について、ほぼ同旨の見解をおそらく述べるものとして、薬師寺・前掲注 12) 18 頁および 20-21 頁参照。

(5) ありうる疑問2——物理的保存費も共益費用の先取特権の対象とすれば、登記不要にできる? ——

確かに、物理的保存費についても共益費用の先取特権を仮に認めれば、登記がなくても、一般債権者には優先できる(336条参照)。これに対して、不動産保存の先取特権については、337条の登記について効力要件説を採用はもちろん、対抗要件説を採用としても、一般債権者には先取特権を対抗できないと解されている¹⁷⁴⁾。

しかし、物理的に不動産を保存するための工事の費用については多額になる可能性が高く、また、発生消滅を繰り返す債権でもない。そうすると、物理的保存費には336条の趣旨——被担保債権が少額なので、一般の先取特権に煩雑な登記手続が行われることは期待できないのに、それでも登記を必要であるとする、一般の先取特権を認めた目的をほとんど達成できなくなるので、登記がなくても一般の先取特権を行使することを認めた¹⁷⁵⁾——が当てはまらない可能性が高い。一般の先取特権のうち、雇用関係の先取特権については被担保債権額が高額になり得るけれども、被担保債権が発生消滅を繰り返すので、その都度先取特権も発生消滅を繰り返し、登記を事実上要求できない。これに対して、不動産を保存する工事については、頻繁に繰り返すものではなく、そうすると、被担保債権が発生消滅を繰り返すものではない。そうだとすると、物理的保存費について、不動産保存の先取特権について登記がなければ一般債権者に対抗できないから、これによるのは難しいけれども、一般の先取特権である共益費用の先取特権ならば登記不要にできるから、良いと単純にいえないのではないか¹⁷⁶⁾。

174) 石田・前掲注1) 684-685頁も、おそらく一般債権者にも対抗できない趣旨であり、林編・前掲注1) 218頁(西原道雄)は、一般債権者にも対抗できないと明言する。反対、鈴木祿弥『物権法講義』(創文社、5訂版、2007年) 321頁、道垣内編・前掲注168) 443頁(今尾真)。

175) 富井・前掲注141) 413頁。

176) 上記については、直接には、336条を援用して不動産の先取特権について登記がなくても一般債権者に対抗できるとする見解(道垣内編・前掲注168) 443頁(今尾真))への疑問であるけれども、大山・前掲注169) 114頁および同頁に引

もっとも、脱線して立法論に触れるならば、そもそも不動産保存の先取特権に登記を要求したことが適切だったか、再検討すべきなのである。このようにされた理由は、不動産売買の先取特権の登記を効力要件とする修正案が可決されたことに伴うものであった¹⁷⁷⁾。ところが、現在では、不動産売買の先取特権については、原案（登記が遅れた場合にもその後の抵当権には対抗できる）のように立法論としてはすべきと主張されている¹⁷⁸⁾。そうだとすると、形成過程での考慮が適切でなかった可能性があり、不動産保存の先取特権を悪用した執行妨害の問題¹⁷⁹⁾はあるにせよ、不動産保存の先取特権についても遅滞なく登記を要求し、遅れた登記の効力を完全に否定するのは立法論としては疑問である。

なお、富井博士が、共益費用の先取特権になお登記を要求するのは立法の趣旨に適合しないと述べているのは、前述のように、被担保債権として^{〔補注2〕} 手続に関する費用しか富井博士が認めておらず、かつ、参照条文として旧商法 1032 条 1 項 1 号（財団債権に相当する規定）を挙げていることからすると、強制執行の費用のうち共益費用の先取特権の被担保債権として認められるべきものについては、抵当権者に登記なしに主張できるようにすべきとの趣旨と解すべきであろう。

第 2 節 残された課題

フランスの司法制度についての無理解のため、形成過程（特にボワソナー

用する文献を参照。

177) 詳細については、大山・前掲注 22) 176-180 頁参照。

178) 例えば、我妻・前掲注 1) 98 頁（立法論として参考に値する）。林編・前掲注 1) 223 頁（西原道雄）は、少なくとも売主の登記以後に権利を取得した者との関係では、登記すべき時期をあまりに厳格に限定して少しでも遅れた登記を一切無効とみることは疑問であると述べる。道垣内編・前掲注 168) 455 頁（今尾真）は、解釈論としてある程度弾力的に所有権移転登記に遅れての不動産売買の先取特権の登記が認められてよい旨を説く。

179) 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 1223 号 114 頁（2002 年）参照。

下の立場)について誤解をしている箇所がある可能性がある。この点についての補正は、他日を期したい。

本稿では、物理的保存費について共益費用の先取特権の被担保債権として認めるべきではないと主張しているけれども、逆に共益費用の先取特権の被担保債権として認めるべきものは何かについては、手続法での手続費用の扱いも含めて¹⁸⁰⁾、今後の課題とせざるを得ない。

また、そもそも、共益費用の先取特権について、解釈の指針を示すとともに、規定のない部分について補充的な規定としての役割を果たす意義が指摘されているけれども、立法論として、このために一般の先取特権として共益費用の先取特権を存置すべきかについては、手続法ではなく、実体法で対処すべきかも含めて、なお検討したい。仮に実体法で対処すべきだとしても、一般の先取特権は、フランスの動産執行が、個別財産の狙い打ち方式ではなく、総財産清算型という性格を帯有していることにみごとに対応していると指摘されている¹⁸¹⁾。そうすると、日本法にも不在者の財産管理や法人の清算などのように総財産を対象とする手続もあるものの、日本法では個別財産の執行を原則とすることを考えると、実体法的根拠が必要だとしても、立法論としては特別の先取特権により対処することを考えるべきなのか、この点についてはなお検討したい。

さらに、債権や無体財産権が保存された場合には、307条2項により特定の財産のみを対象とする共益費用の先取特権を認めるべきであるけれども、この効力についても、検討を進める必要もある。307条2項によっても一般の先取特権だとすると、約定担保権に劣後する¹⁸²⁾。これに対し

180) この点については、三ヶ月・前掲注4) 206頁注9(307条は、所詮系譜の示すとおり、裁判費用の先取特権を中核とすることは抹消できない) 参照。

181) 三ヶ月・前掲注4) 192-193頁。

182) 林編・前掲注1) 201頁(西原道雄)参照。これに対して、共益費用の先取特権については、登記の如何に拘わらず、利益を受けた抵当権に優先する、との見解(鈴木祿弥「登記された一般先取特権」『物的担保制度の分化』〔創文社、1992年〕603頁)を採れば、本文のような問題は生じない。

て、動産保存の先取特権の場合には、約定担保権が設定されている物を保存した場合には、330条2項後段により、例外的に保存者が優先することとなる。債権や無体財産権が保存された場合も、動産保存の先取特権と同様に扱うべきかについては、保存者の保護のあり方や優先順位が現行法のままでよいのかも含めた検討が必要である。

制限物権が保存された場合についても、307条2項の適用の有無を含めて検討を要する。地上権や永小作権が保存された場合には、341条により369条2項が準用されるので、地上権や永小作権を目的物とする不動産保存の先取特権の成立を肯定すべきか、検討を進める必要がある。特に、不動産保存の先取特権については、保存後直ちに登記をしなければならない（337条）のに対し、共益費用の先取特権については登記をしなくても一般債権者には対抗できる（336条）。不動産保存の先取特権について直ちに登記を要求すべきかについての再検討を含めて、この点については検討したい¹⁸³⁾。

さらに、307条2項の先取特権について特別の先取特権として扱うと仮にしても、通常の特別の先取特権と同様に考えて良いか、すなわち、物上代位の可否や、破産や民事再生では別除権となるのかを詰める必要もある¹⁸⁴⁾。他の債権との優先劣後関係も検討しなければならず、例えば、債権

183) 地役権が保存されれば、要役地の価値が維持されるので、要役地の所有権について不動産保存の先取特権を考えることができるかもしれない。

184) 東京地判平成23年2月8日判時2115号63頁の事案では、Xらは、A（Yの元従業員）に対する損害賠償請求権を保全するため、Aに対する損害賠償請求訴訟や仮処分、さらにはAに対する破産手続開始の申立てをYから受任している。その後、Yが民事再生手続開始決定を受けている。本文での主張によれば、Aに対するYの損害賠償請求権について307条2項の先取特権が認められ可能性が出てくる（もっとも、判決時までにはAの破産手続からYは3413万8107円の配当を受けてしまっているので、もはや物上代位もできず、307条2項の先取特権は消滅したと解されることになる）。横山大介「破産財団・債務者財産の形成に寄与した者についての倒産手続上の処遇」中央ロー7巻3号61頁（2010年）は、法人役員の財産に対する保全処分や損害賠償請求権の査定の申立において、債務者に填補された損害額について、相当の額の報酬を債権者に還元する

や無体財産権が保存された場合については、国税徴収法19条1項5号を類推適用すべきか、なども検討する必要がある。

関連して、動産保存の先取特権の対象が何かも、検討する必要がある。具体的には、動産の制限物権が保存された場合に動産保存の先取特権が認められるべきかである。例えば、動産質権者が質物を奪われた場合に訴訟を起してこれを取り返すのは質権の保存であって、動産に関する権利の保存に当るか否か¹⁸⁵⁾については、確かに、否定説の説くように、制限物権(この場合は質権)が保存されても、動産所有者およびその債権者が利益を受けるものではない¹⁸⁶⁾。しかしながら、質権者およびその債権者は利益を受けているのであり、他人が質物を取り戻した場合には、その者は、質権者が配当を受けるべき金額から優先弁済を受けられてしかるべきではない

ことも認められてよいはずであるけれども、そのような手当てがされていないことを指摘している。

なお、東京高判平成11年2月9日判時1668号71頁は、Aから競売申立を受任した弁護士Xの報酬請求権に共益費用の先取特権を認めなかったけれども、結論から言えば、Aの債権者の共同の利益といえるか、疑問な事件であった。この事案では、XがAから競売申立を受任した上で、Bの不動産上にAが有する抵当権について、競売の申立てをした。その後、Aの債権者であるYが、Aの有する配当金交付請求権を差し押さえた。この債権執行事件において、Xが共益費用の先取特権に基づいて配当要求をしたのである。そうすると、XがAから受任し、Bの不動産上の抵当権を実行したことにより、Bの債権者が配当を受けることができるようになったから、Bの債権者の共同の利益となったとはいえる。しかし、Yの債務者であるAの財産についてなされた債権執行事件において、Xが債権執行の申立てを受任したわけではなく、Xの行為のために債権者が配当を得られるようになったわけではない。言い換えると、Xが、Aの債権者の共同の利益となる貢献をしたわけではないのである。そうだとするならば、Aの財産について共益費用の先取特権を認めなかったのは、妥当である。

また、大阪区判大正5年11月21日新聞1201号21頁においても、事案が不詳ではあるけれども、判決文の中で総債権者の利益のために費用を支出した事実が認められない、と裁判所は判断している。そうすると、これまた共益費用の先取特権を認めなかったのは妥当である。

185) 議論の状況については、林編・前掲注1) 149頁(甲斐道太郎)、道垣内編・前掲注168) 290-291頁(今尾真)参照。

186) 山下・前掲注1) 145頁。

だろうか。そうだとするならば、その者が質権者に対して事務管理の費用償還請求権や不当利得返還請求権を有するならば、（あたかも転抵当のように）質権を目的物として 307 条 2 項の先取特権が成立することを考えることができるのではないだろうか。この点については、手続法上の問題も含めて、今後なお検討したい。

〔補注 2〕 富井・前掲注 141) 413 頁。

〔補注 3〕 林編・前掲注 1) 201 頁（西原道雄）。