

# 動産担保における優先順位の変更

## 民法 330 条の学説史的考察

阿 部 裕 介

1. はじめに
  - (1) 約定非占有動産担保と民法 334 条
  - (2) 第一順位先取特権の性質と民法 330 条の趣旨
  - (3) 課題の設定
2. フランス古法
  - (1) パリ慣習法典とパリ高等法院判例
  - (2) 学説の展開
3. フランス民法典の起草過程
  - (1) 国務院における議論の文脈
  - (2) 国務院における議論
  - (3) その後の経緯と民法典の規定
4. 19 世紀フランスの法学説
  - (1) 初期の学説
  - (2) その後の展開
5. 日本民法の起草過程
  - (1) 動産特別先取特権の順位
  - (2) 不動産賃貸借に関する規定
6. おわりに
  - (1) 課題達成の検証
  - (2) 解釈論及び立法論への示唆

## 1. はじめに

### (1) 約定非占有動産担保と民法 334 条

動産先取特権の存在する動産が譲渡担保権の目的となった場合、動産先取特権と動産質権の優劣に関する民法 334 条を類推適用して動産先取特権と譲渡担保権の優劣を決すべきである、とする学説は、古くから存在する<sup>(1)</sup>。

もっとも、最判昭和 62 年 11 月 10 日民集 41 卷 8 号 1559 頁は、動産売買先取特権の存在する動産が集合物譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合、譲渡担保権者は、特段の事情のない限り、第三者異議の訴えによって、売主による先取特権の実行としての動産競売の不許を求めることができる、と判断した。この判決は、その理由として、集合物譲渡担保権者が先取特権の目的動産の第三取得者（民法 333 条）に当たることを挙げていた。これは、動産先取特権の存在する動産が譲渡担保権の目的となることで、動産先取特権の追及効が制限され、その結果として、先取特権の実行としての動産競売が許されなくなる、ということの意味する。この理由付けによれば、譲渡担保権は先取特権と競合したうえで先取特権に優先するのではなく、そもそも両者は競合しないことになりそうである。

しかし、これに対しては、譲渡担保権と先取特権の競合を認めつつ、先取特権の実行としての動産競売を譲渡担保権者の「私的実行に対する権利」の侵害と捉えることで譲渡担保権者の第三者異議を認めることも可能だったのではないか、という指摘も存在する<sup>(2)</sup>。

現在、動産担保法制の改正に向けた検討が非公式の研究会で進められているが<sup>(3)</sup>、そこでも、約定非占有動産担保権者につき、一方で動産執行に対す

---

(1) 田原睦夫「動産の先取特権の効力に関する一試論」『実務から見た担保法の諸問題』（弘文堂、2014）2 頁（初出：1981）、22 頁。

(2) 角紀代恵「判批」法学協会雑誌 107 卷 1 号 137 頁（1990）、145 頁及び 149 頁。

(3) 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会」商事法務研究会 HP

る第三者異議の訴えを認めつつ<sup>(4)</sup>、他方で334条と同様に「民法第330条の規定による第一順位の先取特権者と同一の権利」を与えることが検討されている<sup>(5)</sup>。

しかし、非占有担保権者を占有担保権者である質権者と同列に扱って良いのだろうか。前述した研究会の資料では、担保権者の占有の有無に関する違いは動産担保権の順位を決する上で重要ではない、と考えられている<sup>(6)</sup>。しかし、動産譲渡担保は債務者に目的物の占有を残す点で動産質とは異なるため、動産譲渡担保には334条を類推適用できない、と説く学説も存在した<sup>(7)</sup>。占有の有無が重要か否かは、334条が動産質権者に「第一順位先取特権者と同一の権利」を認めた理由に遡って考える必要がある。

他方で、仮に約定非占有担保権者にも「民法第330条の規定による第一順位の先取特権者と同一の権利」が認められるとすると、330条2項も適用されるのだろうか。330条2項前段によれば、330条1項1号の先取特権を有する「第一順位の先取特権者」が「債権取得の時」に代金の支払いを受けていない売主の存在を知っていた場合には、「第一順位の先取特権者」は売主に優先しないことになる。そして、330条2項は動産質権者にも334条を介

---

(<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/dou-tanpohousei>) (2020年9月16日最終確認)。筆者もこの研究会の一員である。

- (4) 動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会資料13「動産・債権等を目的とする担保権の在り方(1)」商事法務研究会HP (<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/8432454/0703kenkyukai-siryou13.pdf>) (2020年9月16日最終確認) 12～15頁。
- (5) 動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会資料15「動産・債権等を目的とする担保権の在り方(3)(対抗要件、競合する担保権の優先関係)」商事法務研究会HP (<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/8432454/0820kenkyukai-siryou15.pdf>) (2020年9月16日最終確認) 16頁。
- (6) 動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会資料15・前掲注(5) 17頁。
- (7) 中祖博司「集合物譲渡担保と動産売買先取特権の競合」NBL 307号6頁(1984), 12頁。

して準用される、というのが通説である<sup>(8)</sup>。これによれば、質権設定時に代金の支払いを受けていない売主の存在を質権者が知っていた場合には、質権者は売主に優先しないこととなる。現行法下の譲渡担保に334条の類推適用を認める学説にも、334条を介して330条2項まで譲渡担保に準用しようとする見解がある<sup>(9)</sup>。334条に関する通説を前提とすると、約定非占有動産担保権者が売主に優先しない場合が存在するということになる。そのような場合には売主の動産競売に対する約定非占有動産担保権者の第三者異議を認めるべきでもない、と考えるならば、最判昭和62年は理由付けのみならず結論においても変更を余儀なくされることになるだろう。

## (2) 第一順位先取特権の性質と民法330条の趣旨

それでは、334条が動産質権者に「第一順位先取特権者と同一の権利」を認めているのは、なぜなのだろうか。330条における順位の定めは、第一順位先取特権のいかなる特徴に着目したものなのだろうか。その特徴は、動産質権や約定非占有動産担保権にも見られるものなのだろうか。

学説は伝統的に、第一順位先取特権を何らかの点で動産質権に類比することで、両者の優先順位を統一的に説明しようとしてきたが、両者の共通点をどこに見出すかには温度差が見られる(i)。さらに、両者の差異を強調する学説も登場している(ii)。

### (i) 第一順位先取特権を動産質権に類比する学説

#### ①当事者の意思・期待への着目

我妻栄博士は、民法330条1項について、第一順位先取特権は当事者の意

---

(8) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店, 1968) 91~92頁, 道垣内弘人『担保物権法(第4版)』(有斐閣, 2017) 78頁。

(9) 角・前掲注(2) 148頁。

思の推測によるものであるので、そうでない他の先取特権に優先すると説明する<sup>(10)</sup>。これに対して、330条2項はその第一順位先取特権を第二・第三順位先取特権に劣後させるものと解されているが<sup>(11)</sup>、その立法理由は一切説明されていない。

道垣内弘人教授は、330条1項について、第一順位先取特権がいずれも債権者の通常の期待を保護するものであるところ、他の先取特権が存在していても、そのことを債権者が知らなければ（優先弁済の）期待が形成されてしまうので、第一順位を与えている、と説明する<sup>(12)</sup>。この説明によれば、2項前段こそが先取特権の優先順位の原則を示しており、1項は期待保護のための例外となるが、我妻博士と異なり、2項前段が適用される場合でも第一順位先取特権者は第二・第三順位先取特権者と同順位となるに過ぎないとされている<sup>(13)</sup>。質権に関する334条も、質権者の占有とは関係なく、もっぱら質権者の優先弁済の期待を保護するものとして説明されており<sup>(14)</sup>、それゆえ、動産譲渡担保権者にも334条を類推適用できるということになる<sup>(15)</sup>。

動産譲渡担保に334条を類推適用する学説は、第一順位の先取特権が約定担保物権類似の機能を果たすことに着目したものである、と指摘されており<sup>(16)</sup>、前述した研究会資料も、この立場を前提にしたものと言える。

## ②目的物の事実的支配への着目

これに対して、西原道雄博士は、第一順位先取特権につき、「当事者間に黙示の担保契約の成立を推認することが容易である」ことに加え、「何らか

---

(10) 我妻・前掲注(8)90頁。

(11) 我妻・前掲注(8)90頁。

(12) 道垣内・前掲注(8)77～78頁。

(13) 道垣内・前掲注(8)78頁。

(14) 道垣内・前掲注(8)78頁。

(15) 道垣内・前掲注(8)343頁。

(16) 角・前掲注(2)147頁。

の意味で先取特権者の事実上の支配内にある物」を目的とすることにも着目している<sup>(17)</sup>。

西原博士は、330条2項前段の立法理由について、第一順位の先取特権者は、後順位先取特権の限度で価値の減少した動産を担保に取ったと考えるべきことと、後順位先取特権の存在を知る第一順位先取特権者は、後順位先取特権の出現によって不測の損害を被るわけではない、ということを挙げる<sup>(18)</sup>。これらの理由のうち、特に前者からは、330条2項前段を、担保権成立の先後に従って担保権の優劣を定めるものとして捉えていることが窺われる。これに対して、後者からは、330条1項を取引安全保護規定として捉える理解が窺われる。このことと、「事実上の支配」への着目とを併せると、330条1項の順位を即時取得の結果として位置付ける理解が浮上する。

そうすると、334条を非占有担保に類推することはできないことになる<sup>(19)</sup>。約定非占有担保と先取特権との優劣は、もっぱら担保権成立の先後によって決すべきこととなり、動産売買先取特権が存在する動産がその後に非占有担保の目的となった場合には、非占有担保権者の認識如何に関わらず、非占有担保は動産売買先取特権に劣後することになるだろう。

## (ii) 第一順位先取特権と動産質権との差異を強調する学説

以上に対して、第一順位先取特権を含めた全ての先取特権の優先根拠を、その被担保債権を生じた取引の有益性に求める見解も存在する。もっとも、

---

(17) 林良平編『注釈民法(8)物権(3)』(有斐閣, 1965) 202頁〔西原道雄〕。

(18) 林編・前掲注(17) 203頁。

(19) 近江幸治「動産売買先取特権をめぐる新たな問題点」森泉章還暦記念『現代判例民法学の課題』(法学書院, 1988) 374頁は、動産譲渡担保への334条の類推適用を支持しつつも(385頁)、330条1項及び334条から「目的物に対する占有性の重視」を払拭することはできない、として、334条類推適用に対する中祖・前掲注(7)の批判を正当なものとして受け止めている(388~389頁注22)。

このように考えると、334条が動産質権者に「第一順位先取特権者と同一の権利」を認めたことの説明自体が困難となり、動産譲渡担保に334条を類推適用しうるのかを論ずることも難しくなる。

高島平蔵博士は、先取特権の優先順位の根拠は全て被担保債権の「保護の必要性」の大小に還元されると理解している<sup>(20)</sup>。そのため、330条1項の順位決定について、一方で、当事者意思の推測を優先の根拠とする考え方（我妻説）に疑問を呈し<sup>(21)</sup>、特に第三順位先取特権が第一順位先取特権に劣後する理由は乏しいと指摘している<sup>(22)</sup>。他方で、第一順位先取特権者が目的物を支配下に置いていることを優先の根拠とする考え方（西原説）にも疑問を呈している<sup>(23)</sup>。高島博士は、330条2項前段による順位の変更についても、「これだけ多様な先取特権の順位そのものが、例外をみとめずに強行されるほどに合理的なものでなく、かなり便宜的な性格があるため、認識の有無によってこれを調整する」ものと理解している。そして、その程度の理由しかない以上は、効果としても、順位の逆転までは認めず、同順位になると解する方が適当であろう、という<sup>(24)</sup>。そして、立法論としては、本来の順位の設定についても、順位の変更についても、再考の余地がある、とされている<sup>(25)</sup>。

そのため、334条が動産質権者に「第一順位先取特権者と同一の権利」を認めた理由は説明されていない。330条2項も動産質権に妥当するとされているが、その理由ももっぱら334条の文理に依存しており、実質的理由は明らかにされていない<sup>(26)</sup>。

(20) 高島平蔵『物的担保法論Ⅰ 総則・法定担保権』（成文堂、1977）199頁。

(21) 高島・前掲注（20）200頁。

(22) 高島・前掲注（20）201頁。

(23) 高島・前掲注（20）200頁。

(24) 高島・前掲注（20）202頁。

(25) 高島・前掲注（20）202頁。

(26) 高島・前掲注（20）204頁。

加賀山茂教授も、第一順位先取特権は、債務者の意思の点でも債権者の占有の点でも動産質権と異なるため、動産の価値の維持に資する環境を提供した債権者に与えられる法定の優先弁済権であると主張する<sup>(27)</sup>。そして、330条2項前段を、先取特権の優先順位の原則を示すものとして捉えている<sup>(28)</sup>。この順位は、もっぱら目的物の存在と価値の保全への貢献の程度に応じたものとされている<sup>(29)</sup>。

もっとも、330条1項は環境設定の先取特権を第一順位としている。これは、先取特権の即時取得（319条）の結果とされている<sup>(30)</sup>。しかし、その一方で、第一順位先取特権については債務者が占有を継続しているものが多いとしており<sup>(31)</sup>、それにもかかわらず即時取得の規定が準用される理由は説明されていない。334条が動産質権を環境設定の先取特権と同順位としている理由の説明も存在しない。動産譲渡担保への334条の類推適用は肯定されており<sup>(32)</sup>、その際には、動産質権よりもむしろ譲渡担保の方が第一順位先取特権の起源（農業動産担保）に類似すると指摘されている<sup>(33)</sup>。しかし、これは非占有担保性のみを念頭に置いた指摘であり、環境提供者と同じ順位を環境提供者でない譲渡担保権者にも認める理由は、明らかでない。

他方で、加賀山教授はかつて、330条2項前段ではなく同条1項に「遠因よりも直近の拡大・保全を優先する」という先取特権の優先順位の原則を見出していた<sup>(34)</sup>。そこでは、不動産賃貸先取特権は直近のものであるがゆえ

---

(27) 加賀山茂『債権担保法講義』（日本評論社、2011）248頁、251頁。

(28) 加賀山・前掲注（27）243頁、279頁。

(29) 加賀山・前掲注（27）240頁。

(30) 加賀山・前掲注（27）279頁。

(31) 加賀山・前掲注（27）252頁。

(32) 加賀山・前掲注（27）263頁。

(33) 加賀山・前掲注（27）264頁。

(34) 加賀山茂「「債権に付与された優先弁済権」としての担保物権」國井和男還暦記念『民法学の軌跡と展望』（日本評論社、2002）291頁、315頁。



に第一順位を与えられるものとされていた<sup>(35)</sup>。しかし、330条2項前段がその原則を変更する理由は、明らかではなかった。深川裕佳教授は、その理由を、第一順位先取特権者の「増価への態様」の消極性に求める<sup>(36)</sup>。そして、330条1項の順位を即時取得によって説明することに対しては、判例が占有改定による即時取得を否定していることから、説得的でない、という<sup>(37)</sup>。この説明からも、334条が動産質権を環境設定の先取特権と同順位としている理由の説明は困難になる。従ってまた、334条を動産譲渡担保に類推適用しうるのかを論ずることも困難になる。

### (3) 課題の設定

以上のように、学説の間には、334条が動産質権者に「第一順位先取特権者と同一の権利」を認めている理由をめぐる対立が潜在しており、そもそも動産質権者を第一順位先取特権者と同様に扱うべきなのかについてすら疑問の余地がある。そして、その原因は、330条が規定する順位が第一順位先取特権のいかなる特徴に起因するのかが明らかでないことにある。

それでは、330条による順位の設定は、どのような発想に由来するものだったのだろうか。とりわけ、330条2項前段はなぜ設けられたのだろうか。そして、そのことが明らかでなくなってしまったのはなぜだろうか。

以下で詳しく見るように、日本民法330条2項前段の沿革は、フランス民法典旧2102条4号第3文<sup>(38)</sup>に遡る。しかし、それはもっぱら、不動産賃貸

---

(35) 加賀山・前掲注(34)316頁。加賀山・前掲注(27)241頁も同旨とみられる。

(36) 深川裕佳「先取特権の優先順位の設定方法についての一考察」東洋法学54巻1号43頁(2010)55～56頁及び66～67頁。

(37) 深川・前掲注(36)54～55頁。

(38) この規定は、2006年担保法改正によって現2332-3条5号に改められた。現2332-3条1項5号は、売主先取特権及び保存先取特権の存在を知る不動産賃貸先取特権者を売主及び保存者に劣後させるものであり、売主との優劣のみ

先取特権と動産売買先取特権とが競合した場合における、両者の優劣に関する規定であった。このような規定が設けられた経緯については、十分な先行研究の蓄積があるとは言いがたい状況にある<sup>(39)</sup>。

そこで、本稿はまず、フランス民法典旧 2102 条 4 号第 3 文が、不動産賃貸先取特権と動産売買先取特権との優劣を不動産賃貸人の認識にかからしめた理由を、フランス古法からフランス民法典の起草過程に至る経緯を追うことで明らかにしたい（第一の課題）。

次いで、本稿は、日本民法 330 条 2 項前段が不動産賃貸先取特権と動産売買先取特権との優劣を超える広範な射程を与えられた理由を、19 世紀フランス法学から日本民法の起草過程に至る過程を追うことで明らかにしたい（第二の課題）。

最後に、本稿は、以上の検討から、約定非占有動産担保権者の優先順位に関する示唆を抽出したい。

## 2. フランス古法

フランス民法典旧 2102 条 4 号第 3 文は、パリ慣習法学における不動産賃貸人と動産信用売主との優劣をめぐる学説の対立を背景に有する。ここでは、その学説の対立構造を、議論の契機となったパリ新慣習法典の条文やパ

---

ならず保存者との優劣をも定めるものとなっている。また、同条 3 項は、旅館宿泊先取特権にも不動産賃貸先取特権と同様の規律を適用している。この改正は、後述する 19 世紀の Demante 以来の学説の影響を受けたものと評し得るだろう。

- (39) フランス民法典旧 2102 条 4 号第 3 文の沿革に関する先行研究としては、原田純孝『近代土地賃貸借法の研究』（東京大学出版会、1980）を挙げることができる。しかし、同書は近代フランス農地賃貸借法制全体の形成過程を検討対象とするものであり、上記規定の沿革も近代フランス農地賃貸借の性格を示すための一資料としての扱いを受けていた。これに対して、本稿は、この規定の沿革に検討対象を限定することで、より詳細な学説史的考察を試みるものである。

(344)

り高等法院判例を踏まえて提示する。その際には、民法典制定後の学説（後記4）との対比のため、当時の学説が動産質権者と不動産賃貸人の異同をどのように考えていたかに着目したい。

#### (1) パリ慣習法典とパリ高等法院判例

16世紀後半に編纂されたパリ新慣習法典は、不動産賃貸人、動産信用売主及び動産質権者の優先弁済権を、それぞれ171条、177条及び181条で認めていた<sup>(40)</sup>。しかし、これらが互いに競合しうるのか及び競合するとした場合の優劣については規定がなかったため、パリ高等法院がこれを判断することとなった。

パリ新慣習法典177条は、信用売主の優先弁済権を「物が他の債権者によって債務者の下で差し押さえられた場合」に限定しており、信用売主には追及権は認められていなかった<sup>(41)</sup>。しかし、質権の設定によって売主の権利行使が一切不可能となるわけではなかった。パリ高等法院1587年3月10日判決は、織師Florant DargougesがタピスリーをLucに信用売りし、彼がそれを直ちにLussanに300エキュで質入れした事案で、質権者にその金額を支払わない限り、織師（売主）は優先の請求も取戻しも認められない、と判断した<sup>(42)</sup>。この判決は、目的物に質権が設定された場合に信用売主の権利行使を否定しており、両者の競合それ自体を否定したものと一応は言うことができそうである。もっとも、質権者に被担保債権を弁済した場合に売主の権利が認められる余地を残している点には注意を要する。

---

(40) Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier general*, t.3, Paris, 1724, p. 43.

(41) 今尾真「動産売買先取特権による債権の優先的回収の再検討序説」早稲田法学会誌45巻1頁(1995), 27頁参照。

(42) Brodeau, *Coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, 2<sup>e</sup> ed., t.2, Paris, 1669, art.177, n.7.

これに対して、パリ高等法院判例は、不動産賃貸先取特権<sup>(43)</sup>と動産売買先取特権の間には競合を認めており、しかも、動産売主を優先させるものと不動産賃貸人を優先させるものとが混在していた。

1611年4月19日<sup>(44)</sup>及び1629年1月20日<sup>(45)</sup>の大法廷（Grand'Chambre）判決は、不動産賃貸人が賃料のために差し押えた動産について、信用売主の優先を認めた。

これに対して、1620年2月11日判決は、不動産賃貸人が賃料のために差し押えた馬の売主が、亡賃借人の子から馬を買い戻した事案で、当該馬は売却されるべきであり、その代金につき不動産賃貸人が優先される、と判断した原判決を是認した<sup>(46)</sup>。1620年11月26日大法廷判決も、不動産賃貸人が賃料のために動産の差押えを申し立て、売却しようとしたので、動産売主が代金を確保するために異議を申し立て、その後さらに自己への返還をも求めた事案で、売却後の代金の交付を留保しつつ動産の売却を認めた原判決の判断を是認した<sup>(47)</sup>。

## (2) 学説の展開

学説も、動産の信用買主が目的物を質入れした場合については、信用売主

---

(43) フランス古法における不動産賃貸人の先取特権の概要については、原田・前掲注(39)112～116頁参照。もっとも、本稿の関心事である、不動産賃貸人と動産売主との優劣については、「家畜、種子、農具等の代金債権は、賃料債権に優先することができない」と述べて、当時のいくつかの学説及び現代の法制史の文献を引用するに留まる（同114頁及び115～116頁注14）。

(44) Auzanet, *Arrests du Parlement de Paris sur les plus belles questions de droit et de coutumes* (Œuvres de M. Barthelemy Auzanet, Paris, 1708), liv. 1, ch. 29.

(45) Brodeau sur Louet, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la cour de Parlement de Paris*, t. 2, Paris, 1678, P. 19, n. 6.

(46) Auzanet, *supra* note 44, liv. 3, ch. 10.

(47) Auzanet, *supra* note 44, liv. 3, ch. 30.

の追及権を制限し、または動産質権者の優先を認めている。

これに対して、動産信用売主と不動産賃貸人の優劣については、判例の2つの系譜に対応して2つの系譜が存在する。一つは、動産信用売主を不動産賃貸人に優先させるべきと考える学説である (Brodeau—de Ferrière)。もう一つは、賃借人による動産備付けの偽装への警戒から、不動産賃貸人を動産信用売主に優先させる学説である (Auzanet—Bourjon)。以下では、これらの学説を時系列に即して紹介する。

#### (i) Brodeau

Brodeau は、信用売主は不動産賃貸先取特権に対しては優先するという。もっとも、そこでは、前掲パリ高等法院 1611 年 4 月 19 日及び同 1629 年 1 月 20 日大法廷判決が引用されているに留まり、それ以上の理由付けはされていない。

他方で、Brodeau は、信用売主には追及 (suite) や取戻し (revendication) ができないため、債務者が物を占有していなければ信用売主の優先 (パリ新慣習法典 177 条) は認められない、として、買主が物を質入れした場合に信用売主の権利行使を認めなかった前掲パリ高等法院 1587 年 3 月 10 日判決を引用している<sup>(48)</sup>。ここでは、信用売主と質権者との関係が、競合する債権者間の優劣の問題としてではなく、信用売主による目的物追及の可否の問題として捉えられている。

#### (ii) Auzanet

これに対して、Auzanet は、前掲パリ高等法院 1611 年 4 月 19 日大法廷判決とは反対の判決として、不動産賃貸人を動産売主に優先させたパリ高等

---

(48) Brodeau, *supra* note 42, art. 177, n. 7.

法院 1620 年 2 月 11 日判決を引用している。そして、その結論を「信用での動産購入を偽装することで建物所有者が害されることを予防するため」のものとして解説している。そして、そのような予防が必要である理由として、「建物に持ち込まれた動産が賃借人に属すると建物所有者が考えるのは正当である」ことと、「動産の売主は予め安全策 (assurances) を講ずることなしに動産の移転を受忍する必要がない」ことを挙げている<sup>(49)</sup>。もっとも、彼自身は、動産売主が講じうる安全策の具体的内容につき立ち入った説明を加えてはいない。

(iii) de Ferrière

de Ferrière は、結論としては前述した Brodeau の立場に近いが、Brodeau と異なり、信用売主と質権者との関係を、信用売主の追及権の問題として捉えてはいない。de Ferrière は、パリ新慣習法典 177 条は買主の債権者が売主を害して利益を得ることを避けるものであると説明しつつも<sup>(50)</sup>、信用売主は質権者には優先しない、と説く。そして、その理由として、質権者が自己の債務のために担保を取ったという勤勉さを挙げ、信用売主が優先されるのであれば質権者は金を貸さなかつたらう、という。そしてこのことから、逆に質権者が信用売主に優先するとしている<sup>(51)</sup>。質権者と信用売主との関係を債権者間の優劣として捉えた上で、質権者が信用売主に優先すべき理由を、債務者の占有喪失ではなく、質権者が自ら約定担保を取ったという点と、質権者が担保権設定を条件として融資を実行したという点に求めているのである。

---

(49) Auzanet, *Coûtume de la prévôté et vicomté de Paris* (Œuvres de M. Barthelemy Auzanet, Paris, 1708), art. 176, p. 138.

(50) De Ferriere, *Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2<sup>e</sup> ed., t. 2, Paris, 1714, art. 177, n. 2.

(51) De Ferriere, *supra* note 50, art. 177, n. 6.

他方で、不動産賃貸人との関係では、de Ferrière は、信用売主が買主に与えた期限が短期のものであることを条件としつつ、信用売主の優先を認めている。彼は、賃貸不動産への動産の搬入と動産の質入れとの違いとして、質入れによって物が買主の占有から逸出した結果、信用売主は質権者に被担保債権を弁済しなければ物を取り戻せなくなる、ということに言及している。しかしそれだけでなく、彼はここでも、質権者は質入れがなければ融資を実行しなかつたらうといえるのに対して、不動産賃貸人はそうではない、ということをも挙げている<sup>(52)</sup>。つまり、不動産賃貸人は、担保の取得を条件として信用を供与したわけではないため、信用売主に劣後する、と考えられているのである。

なお、de Ferrière にも、動産の賃貸不動産への搬入が「黙示かつ法定の質」であるという記述は見られる。しかし、そこでは、質権の設定は所有者にしかできないことを前提として<sup>(53)</sup>、不動産賃貸先取特権も賃借人に属する動産にしか認められない、ということが説かれているだけであり<sup>(54)</sup>、不動産賃貸人が動産質権者と同様に信用売主に優先する、という議論は見られない。むしろ、「黙示かつ法定」のものに過ぎないために、前述のとおり不動産賃貸先取特権は信用の条件としての性格を否定されている、とすらいえるだろう。

#### (iv) Bourjon

これに対して、Bourjon は、不動産賃借人による動産の搬入が不動産賃貸人による信用供与の条件になっていると考え、不動産賃貸人を売主に優先させている。

(52) De Ferriere, *supra* note 50, art. 177, n. 8.

(53) De Ferriere, *supra* note 50, art. 177, n. 6.

(54) De Ferriere, *supra* note 50, art. 177, n. 8.

彼は、賃料支払いの担保のため、借家人は家主の先取特権の目的となる家具を備え付ける義務を負い<sup>(55)</sup>、この義務の履行は借家契約の「黙示的条件 (condition tacite)」であって、借家人がこの義務に違反した場合、家主は借家契約を解除することができる<sup>(56)</sup>、と説く。のみならず、彼は、小作料の弁済を担保するため、農地の小作人にも農地経営のための物を備え付ける義務を課し、小作人の備付義務違反は小作契約の解除事由になるという<sup>(57)</sup>。

Bourjon は、かくして確保される不動産賃貸先取特権の実効性を、不動産に備え付けられた動産の信用売主との関係でも守ろうとする。彼は、一定の商品を除き、不動産賃貸人の先取特権は原則として動産信用売主の先取特権に優先する、と説く<sup>(58)</sup>。彼はさらに、不動産賃借人の所有物のみならず賃借物・受寄物にも、不動産に搬入されることで不動産賃料先取特権が及ぶことを認める<sup>(59)</sup>。これらの帰結の根拠として、彼は、搬入された動産の由来が捨象されなければ、賃借人が賃貸人を欺き、賃貸人の先取特権を幻のものとするは容易であろう、と説明する<sup>(60)</sup>。

Bourjon はまた、動産質権者にも配当において優先される先取特権者としての地位を認め、しかも動産質権者は最優先される、という。彼はその理由として、de Ferrièreのように、優先されることが質権者のした信用の条件 (condition de crédit) であると述べる一方で、Brodeauのように、動産は追

---

(55) Bourjon, *Le Droit commun de la France et la Coutume de Paris*, t.2, Paris, 1770, liv.4, tit.4, ch.3 n.26. 原田・前掲注 (39) 112 頁によれば、家屋賃借人の家具備付義務は、オルレアン慣習法典及びムラン慣習法典には明記されていたという。

(56) Bourjon, *supra* note 55, liv.4, tit.4, ch.3, n.27.

(57) Bourjon, *supra* note 55, liv.4, tit.4, ch.3, n.2. これに対して、原田・前掲注 (39) 112 頁は、フランス古法一般に、小作料は果実を第一次的な担保とするため、小作人に動産備付義務はなかった、と説く。

(58) Bourjon, *supra* note 55, liv.6, tit.8, ch.2, n.58.

(59) Bourjon, *supra* note 55, liv.6, tit.8, ch.2, n.59.

(60) Bourjon, *supra* note 55, liv.6, tit.8, ch.2, n.61.



及権 (droit de suite) の対象とならないことに言及し、さらには動産の占有は所有権原の代わりになることにも言及している<sup>(61)</sup>。そのため、動産質権と動産売買先取特権との優劣は、直接には論じられていない。しかも、例外として、不動産賃借人が賃貸不動産に搬入した動産を質入れした場合、不動産賃貸人は動産の取戻権 (droit de revendication) によって質権者から動産を取り戻すことができるものとされている<sup>(62)</sup>。ここでは、不動産賃貸先取特権は動産質権よりも強力なものとされており、不動産賃貸人の優先の理由を黙示の質に求める理論は、いまだ検出されない。

### 3. フランス民法典の起草過程

フランス民法典旧 2102 条 4 号第 3 文は、以上のような、パリ慣習法学における不動産賃貸人と動産信用売主との優劣をめぐる学説の対立を折衷したものといえる。以下では、このことを、フランス民法典の起草過程から裏付きたい。

#### (1) 国務院における議論の文脈

Cambacérés 第 3 草案<sup>(63)</sup>は、1102 条で、債務者の動産の代金につき配当順序を定めている。そこでは、不動産賃料・動産質権・動産売買代金相互の優劣について、不動産賃料が最優先され、次いで質権が優先され、動産の売買代金は最後に弁済を受ける、という順位が明示されている。さらに、動産売買代金への優先弁済は、動産を債務者が占有することが要件とされている<sup>(64)</sup>。また、912 条は、不動産賃貸人に、賃借人が内装業者から賃借した

(61) Bourjon, *supra* note 55, liv. 6, tit. 8, ch. 2, n. 88.

(62) Bourjon, *supra* note 55, liv. 6, tit. 8, ch. 2, n. 90.

(63) Cambacérés 第 3 草案における小作料債権の保護の全容については、原田・前掲注 (39) 414 頁参照。

(64) Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. 1,

家具の差押えを許容しており、これらの規定の内容は、総じて Bourjon が説いていたところに近い。もっとも、910条は、建物が営業のために賃貸された場合に建物賃料確保のための差押えの対象を家財道具（meubles meublans）及び商品（marchandises）に限定し、911条は旅行者に属する動産や請負人に預けられた材料の差押えを否定するなど<sup>(65)</sup>、目的物の種類による区別を志向したものとなっている。

共和暦8年の政府委員会案<sup>(66)</sup>も、動産先取特権の優先順位については Cambacérès 第3草案を原則として踏襲しているが（先取特権及び抵当権8条）、種子・収穫費用（肥料など）・農具に関する（代金）債権のみ、不動産賃料先取特権に優先するという例外を明示している（同条3号）<sup>(67)</sup>。その一方で、貸借40条は家屋につき、同41条は農地につき、それぞれ賃借人の動産備付義務を規定しており<sup>(68)</sup>、これらは民法典1752条及び同1766条となる。さらに、貸借93条は、家畜賃貸人が他人の小作人に家畜を賃貸した場合、小作地所有者にそのことを通知しなければならず、通知を怠った場合には小作地所有者が家畜を差し押さえ売却させることができる旨を規定し<sup>(69)</sup>、これは民法典1813条となる。

## (2) 国務院における議論

先取特権及び抵当権に関する政府委員会案は、国務院（Conseil d'État）で根本的な見直しを求められ、Treilhard が修正案を起草した。Treilhard

---

Paris, 1836, p. 324.

(65) Fenet, *supra* note 64, pp. 301-302.

(66) 共和暦8年の政府委員会案における不動産賃貸先取特権の全容については、原田・前掲注（39）429～430頁参照。

(67) Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, 1836, p. 212.

(68) Fenet, *supra* note 67, p. 357.

(69) Fenet, *supra* note 67, p. 364.

草案 10 条は、不動産賃料（1 号）、動産質の被担保債権（2 号）、動産売買代金（3 号）など各種の特定動産先取特権を単に列挙する体裁を取り、そのうちの 1 号の第 4 文で、政府委員会案においては例外とされていた、種子・収穫費用・農具代金の不動産賃料に対する優先を維持したほかは、特定動産先取特権相互の優劣を明確にすることを避けた<sup>(70)</sup>。このことは、不動産賃貸人と動産売主との優劣をめぐる国務院での議論の呼び水となった<sup>(71)</sup>。

Jollivet や Defermon は、小作人が家畜を信用買いした場合、農地所有者（賃貸人）が家畜の売主に優先すべきではない、と主張した。これらの意見は、Brodeau 及び de Ferrière の系譜に属するものといえる。この問題は、一旦は商慣習に関するものとして商法典に棚上げされたが<sup>(72)</sup>、今度は、Regnaud が、不動産賃借人が代金未払いの、または他人の動産を賃貸不動産に持ち込むことで、不動産賃貸人を害することへの危惧を表明した。これは、Auzanet 及び Bourjon の系譜に属する意見といえる。Cambacérès がこれに同調し、自身の第 3 草案 912 条が規定していたように、動産を不動産賃借人に納入しまたは貸した織師に対する不動産賃貸人の優先を明示すべきであると主張した。これに対して、Jollivet が再び、小作人に属しない羊を農地で越冬させることがあり、そのような家畜に不動産賃貸人の先取特権に及ぼしてはならない、と主張した。かくして、不動産賃借人が所有しない動産上の不動産賃貸先取特権の成否にまで議論が及び始めたため、Treilhard は、議論の射程を先取特権相互の優劣に限定するとともに、場合によっては、たとえば動産売買が最近のことであれば、動産売主が優先すべきであ

(70) Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t.15, Paris, 1836, pp.327-328.

(71) 不動産賃貸先取特権に関する Treilhard 草案及び国務院での議論の概要については、原田・前掲注 (39) 452～453 頁参照。

(72) Fenet, *supra* note 70, pp.352-353.

る、と主張した<sup>(73)</sup>。これは、de Ferrière が説いていたことに他ならず、Treilhard 草案が特定動産先取特権相互の優劣を明確にすることを避けていたのもそのためであったことが分かる。

ここで、Tronchet が、売主の「善意 (bonne foi)」を斟酌するために一定の場合を例外としつつ、原則としては不動産賃貸人を優先すべきであると主張した。彼はその理由として、不動産賃貸人は通常は動産が誰のものかを知ることが難しいことと、反対に動産売主は「安全策 (sûretés)」を取ることができることを挙げており、彼が Auzanet 及び Bourjon の系譜に属しつつ例外を許容しようとしたことが分かる。Cambacérès はこれに賛同し、動産が賃借人に属しないことを賃貸人が知っていた場合を例外としつつ、原則としては不動産賃貸人の先取特権を他のすべての先取特権に優先させることとする修正を提案した。そして、この修正案が採択された<sup>(74)</sup>。

### (3) その後の経緯と民法典の規定

Treilhard 草案は、国務院で修正された後、護民院 (Tribunat) に伝達された。ここで、護民院立法部は、新たに保存費用のための先取特権を加えることを提案し<sup>(75)</sup>、この提案が採用されて民法典 2102 条 3 号となった。これに伴い、動産売買先取特権の規定は民法典では 4 号に繰り下げられた。

かくして、民法典 2102 条 4 号第 3 文が次のとおり起草された。

2102 条 4 号第 3 文「売主の先取特権は、建物又は農地の所有者の先取特権に後れてしか行使されない。ただし、建物又は農地に備えられた動産

---

(73) Fenet, *supra* note 70, pp. 353-354.

(74) Fenet, *supra* note 70, pp. 354-355.

(75) Locré, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 16, Paris, 1829, VIII, n. 5, p. 314.

その他の物が賃借人に属しないことを所有者が知っていたことが証明された場合は、この限りでない。」

ここでは、所有者（不動産賃貸人）の認識の対象は、「動産その他の物が賃借人に属しないこと」とされている。これは、起草過程において、不動産賃貸先取特権の動産売買先取特権との優劣が、賃借人に属しない物の上の不動産賃貸先取特権の成否と同質の問題として扱われていた、という事実を反映したものである。「動産その他の物が賃借人に属しないこと」を不動産賃貸人が知ってさえいれば、動産売主が優先しても、さらにはその物に不動産賃貸先取特権が及ばなくても、それによって不動産賃貸人は不利益を被らない。賃料を担保するのに十分な動産が備え付けられていなければ、不動産賃借人が動産備付義務（前記（1））に違反していることになり、不動産賃貸人は賃貸借契約の解除によって賃料不払いのリスクを回避できるからである。

民法典 2102 条も、この 4 号第 3 文等を除き、全体としては、特定動産先取特権を単に列挙するという体裁を維持している。しかし、護民院における Grenier 報告はすでに、先取特権の順位は通常は列挙の順であると説いていた<sup>(76)</sup>。このような理解そのものは、19 世紀の学説では下火になる。しかし、先取特権の一般的優先順位を設定すべきであるという考え方は、19 世紀においても学説の一翼を担い、やがて支配的なものとなっていく。

#### 4. 19 世紀フランスの法学説

民法典制定後の 19 世紀の学説は、大きく 2 つの系譜に分類できる。

一つは、Tarrille—Troplong の系譜である。彼等は、先取特権が競合する場合を限定した上で、競合が生ずる具体的場面ごとの解決を志向し、2102

---

(76) Fenet, *supra* note 70, p. 493.

条4号第3文の射程を文理通り不動産賃貸人と動産売主との優劣に限定する。

もう一つは、Demante—AubryとRauの系譜である。彼等は、先取特権の一般的優先順位を志向し、2102条4号第3文を、動産質権及び「黙示の質権」と他の動産先取特権との優劣に広く拡張していく。

以下では、これらの学説を、時系列に即して見ていきたい。

## (1) 初期の学説

### (i) Tarrible

Tarribleは、特定動産上の先取特権者の競合が生ずることは稀であると考えている。彼は、その一例として、動産の信用売主は、同じ動産を質に与えられた債権者とは競合し得ない、という。彼はその理由として、売主の先取特権は、売却された動産を債務者が現に占有している限りで行使されうるのであり、質権者への占有移転によって消えてしまう、という。この説明は、古法のBrodeauの理解に通ずるものといえる。これに対して、動産が借家人または小作人に売却された場合、不動産賃貸人と売主との間には競合が生じうるが、この場合の配当順序は民法典2102条1号及び4号に明確に規定されている、という<sup>(77)</sup>。

そして、2102条4号第3文が規定する、動産売主と不動産賃貸人の優劣について、Tarribleは、売主が先取特権を保全することを望むなら、証書によって不動産賃貸人に売買を通知するのが賢明であろう、という<sup>(78)</sup>。

---

(77) Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>e</sup> éd., t.13, Paris, 1828, v<sup>o</sup> Privilège de créance, sect.2, §1, n.2 [Tarrible].

(78) Merlin, *supra* note 77, sect.3, §2, n.6 [Tarrible].

(ii) Demante

これに対して、Demante は、先取特権者間の優劣につき法の欠缺が存在する、と考え<sup>(79)</sup>、その欠缺を解釈によって埋めようとする。

そのために、彼は、すべての先取特権の原因を、共益性・質入れ・所有権の留保・人道及び公序の4つに大別し、保存先取特権の原因を共益性に、不動産賃貸先取特権の原因を質入れに、動産売買先取特権の原因を所有権の留保にそれぞれ求める<sup>(80)</sup>。そして、共益性に基づく先取特権は所有権に基づく先取特権に優先し、質入れに基づく先取特権は、担保権者が質入れ時に共益性または所有権留保に基づく先取特権の被担保債権の存在を知らなかった場合には第1順位となり、知っていた場合には第3順位となる、という原則を立てる<sup>(81)</sup>。これは、民法典2102条4号第3文を、質入れに基づく先取特権一般と共益性または所有権留保に基づく先取特権一般との優劣に拡張するものであり、日本民法330条の原型がここに誕生したのである。

このように質入れに基づく先取特権者の認識によって順位が変更されることの根拠として、Demante は、かつて Bourjon も言及していた「動産については占有が権原に値する」(当時の民法典2279条)の法格言を持ち出す。この法格言は所有権の即時取得の根拠とされたものであるが、Demante は、善意の占有が所有権に勝るのであれば、先取特権にも勝らねばならないとしつつ<sup>(82)</sup>、他方で、善意の占有の効果は、物を所有者の権原で占有する者だけでなく、質の権原で所持する者にも認められねばならない、として、上述

(79) Demante, «Dissertation sur l'ordre dans lequel doivent s'exercer les privilèges de créances établis par le Code civil», *Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte*, t. 6, Paris, 1823, p. 130.

(80) Demante, *supra* note 79, p. 138. もっとも、民法典1583条は、引渡しのみならず代金未払いでも売買契約によって所有権が移転すると規定している。

(81) Demante, *supra* note 79, pp. 140-141.

(82) Demante, *supra* note 79, p. 139.

した順位の変更を正当化し<sup>(83)</sup>、民法典 2102 条 4 号第 3 文をその一表現として位置づけている。

この議論を通じて、動産質権者は、不動産賃貸人のほか、旅館営業者や運送業者など「質入れに基づく」ものとされるすべての先取特権者と同列に扱われている<sup>(84)</sup>。ここに、動産売主に対する不動産賃貸人の優位の前提であった善意要件が、動産売主に対する動産質権者の優位にまで持ち込まれたのである。

## (2) その後の展開

### (i) Troplong

もともと、19 世紀前半においては、売主との関係で質権者と不動産賃貸人に異なる規律を与える見解がなお残存していた。

Troplong は、Tarrible と同様、特別先取特権には互いに競合しないものがあると説く。そのため、Demante が試みたような先取特権の一般的な順位づけを、無益で非実践的な作業として否定し、先取特権の順位を決するためには先取特権を個別の目的物別に分類する他ない、と主張する<sup>(85)</sup>。そして、その一例として、質権者と質物の売主とは競合しないと説く。彼はその理由として、売主の先取特権は目的物が買主の手中にある限りでしか行使されず、買主が質権者に占有を移転することで売主の先取特権は消滅する、として Tarrible を引用している<sup>(86)</sup>。Troplong はさらに、このことから、質物の売却代金の配当を受ける先取特権者の一覧に、動産売主を挙げていない<sup>(87)</sup>。売主の先取特権は追及権を制限されるため、たとえ質物の売却代金

---

(83) Demante, *supra* note 79, p. 140.

(84) Demante, *supra* note 79, p. 138.

(85) Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, des privilèges et hypothèques*, t. 1, Paris, 1833, nn. 54-55.

(86) Troplong, *supra* note 85, n. 47 et n. 49.



に残余があっても、売主は配当を受けない、と考えているのである。

もっとも、Troplongも、Demanteと同様、先取特権の優先原因を分類し、それを順位決定の要因としている。彼は、先取特権の優先原因を、事務管理・占有・所有に大別し<sup>(88)</sup>、占有に基づく先取特権者として質権者と並んで不動産賃貸人を挙げ<sup>(89)</sup>、所有に基づく先取特権者として代金未払いの売主を挙げている<sup>(90)</sup>。そして、動産においては「占有が権原に値する」ことから、占有を優先原因とする先取特権は所有を優先原因とする先取特権に優先する、という<sup>(91)</sup>。

そのため、Troplongも、Demanteと同様、売主に対する不動産賃貸人の原則的優先（2102条4号第3文）の根拠を、不動産賃貸人の占有に求めている<sup>(92)</sup>。前述のとおり、動産質権と売主先取特権との競合を動産質権者の占有取得を理由に否定しながらも、彼はここでは不動産賃貸人と売主との競合を否定しておらず、その理由を説明してもいない。

これに対して、売主が不動産賃貸人に優先するためには、不動産賃貸人が「動産が賃借人に属していないこと」を知っていたことを売主が立証せねばならない。彼はここで、先取特権を保全したい売主に証書による通知を勧めるTarribleを引用している<sup>(93)</sup>。さらにTroplongは、ここで、不動産賃借人に属しない動産に対する不動産賃貸先取特権の効力を参照する。彼は、民法典1813条が、農地賃貸人による家畜の差押えを免れるために、家畜賃貸人に農地賃貸人への通知を要求していること（前記3(1)）を手がかりとして、第三者の動産が賃貸不動産に搬入された場合、事前の通知がなければ、

(87) Troplong, *supra* note 85, n. 68.

(88) Troplong, *supra* note 85, n. 58.

(89) Troplong, *supra* note 85, n. 60.

(90) Troplong, *supra* note 85, n. 61.

(91) Troplong, *supra* note 85, n. 60.

(92) Troplong, *supra* note 85, n. 67.

(93) Troplong, *supra* note 85, n. 186.

不動産賃貸先取特権が第三者の動産にも及ぶ、と説く。彼は他方で、搬入された動産が賃借人に属しないことが明らかである場合には、状況により、通知なくして先取特権を否定することができるかもしれない、という。そして、賃借人に属する動産であっても、不動産の用途と関係ない宝石等の動産は、不動産賃貸人が「自己の質の一部と考えることは決してありえなかった」ため、不動産賃貸先取特権は及ばない、という<sup>(94)</sup>。このことから、彼は、不動産賃貸先取特権の基礎に、占有のみならず不動産賃貸人の担保としての期待を見出すとともに、その期待が生じないことに、売主が不動産賃貸人に優先する場合の根拠を求めているといえることができる。

Troplong はしかし、2102 条 4 号第 3 文を他の先取特権間の優劣に拡張することには慎重である。彼は、前述のとおり、動産質権者と売主の間にはそもそも競合が生じないと考えている。さらに、彼は、占有に基づく先取特権者として運送人を挙げるものの<sup>(95)</sup>、荷物引渡し後の先取特権の存続を認めるため、運送人の先取特権は黙示の質権としての性質を持たない、という<sup>(96)</sup>。そして、動産を売主の下から賃貸不動産に搬入した運送人は、事務管理人としての性質を有するので、常に売主及び不動産賃貸人に優先する、という<sup>(97)</sup>。また、質物につき保存費用が支出された場合における保存先取特権と動産質権との優劣も、もっぱら保存費用が支出された時期によって定まる、という<sup>(98)</sup>。

---

(94) Troplong, *supra* note 85, n. 151. もっとも、彼は他方で、動産質権は他人物に設定できないと説いており (*id.*, n. 171), それにもかかわらず、なぜ不動産賃貸先取特権が他人物上に成立するのかは、明らかにされていない。

(95) Troplong, *supra* note 85, n. 60.

(96) Troplong, *supra* note 85, n. 207.

(97) Troplong, *supra* note 85, n. 66.

(98) Troplong, *supra* note 85, n. 68.

(ii) Aubry と Rau

しかし、19世紀後半には、Demante が説いたように、2102条4号第3文の適用範囲をその文理を超えて拡張する学説が支配的になっていった。ここでは、代表的な学説として、Aubry と Rau のみを取り上げる。

Aubry と Rau は、Demante と同様、先取特権間の優劣に関し民法典には規定の欠缺がある、として、民法典の断片的規定からの類推による優先順位の一般原則の確立を志向する<sup>(99)</sup>。そして、本来は動産売主が明示または黙示の質権者に優先するが、2102条4号第3文は、「明示または黙示の質入れに基づく善意の単純所持」によって両者の順位が逆転することを示唆する、と説く。そしてこのことから、一方で、不動産賃貸人のみならず質権者・運送人・旅館営業者と売主との優劣にも2102条4号第3文を拡張し、他方で、同様の理由により、特定動産の保存者も、売主と同様の条件で、不動産賃貸人・質権者・運送人・旅館営業者に劣後する（ただし、修繕が質権設定後にされた場合を除く）、としている<sup>(100)</sup>。

## 5. 日本民法の起草過程

日本民法の起草過程で示された、動産先取特権の順位の構想も、一貫して、19世紀フランス法学の Demante の系譜に属するものであった。その一方で、フランス民法典において2102条4号第3文の背後に存在していた、不動産賃貸借に関する諸規定が、日本民法には継受されず、このことにより、日本民法330条1項の順位を黙示質権の即時取得以外のものと解するための手がかりが失われた。

---

(99) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 4<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, 1869, § 289, p. 478.

(100) Aubry et Rau, *supra* note 99, § 289, pp. 480-481.

## (1) 動産特別先取特権の順位

Boissonade 草案 1170 条及び旧民法債権担保編 164 条は、動産の特別先取特権の優先順位を定めている。これらは、動産質権者及び「黙示ノ動産質」を有する者（不動産賃貸人、旅館営業者、運送人）の順位を一括して定め、原則として保存費用に次ぐ第二順位を与える点に特徴を有していた。ただし、「質取債権者」は「動産質設定ノ時」に保存費用未払いを知らなかった場合には第一順位に昇格し、売却代金の未払いを知っていた場合には第三順位に降格される、としているため、実際の帰結は Demante 説を踏襲したものととなっている。

その後、法典調査会原案において、動産質権者と動産先取特権者の優劣が原案 333 条に分離された結果、動産特別先取特権相互の優先順位のみが原案 329 条に残され、329 条の文理上は「黙示ノ動産質」という文言が見られなくなるとともに、黙示の質権者が他の先取特権を認識した時期に関する「動産質設定ノ時」という表現が「債権取得ノ当時」に改められた。また、原案 329 条では、黙示の質権者が原則として第二順位ではなく第一順位とされ、第二または第三順位の特別先取特権の存在を知っていた場合にはこれに対して優先権を行使できない、という体裁に改められた。これらの法典調査会原案 329 条及び 333 条が、それぞれ日本民法 334 条及び 330 条となった。

## (2) 不動産賃貸借に関する規定

しかし、その周辺の規律には、日本法に固有の変化が生じていた。

フランス民法典 2102 条 4 号第 3 文が、不動産賃貸人の動産売主に対する優先を認めた背景には、不動産賃貸借契約に基づく賃借人の動産備付義務（民法典 1752 条・1766 条）が存在した。古法における Bourjon は、動産の備付けを不動産賃貸借の契約条件とみることで、不動産賃貸人を動産売主に優先させるだけでなく、搬入物が賃借人に属しないものであっても不動産賃

貸先取特権を及ぼす必要があると説いていた（前記2（2））。フランス民法典1813条も、そのことを前提として、小作人に家畜を賃貸した者に、農地賃貸人に対する通知義務を課し、通知を怠った場合には農地賃貸人に家畜の差押えを認めていた（前記3（1））。

これらの規律のうち、まず家畜賃貸人の通知義務については、Boissonade 草案995条が、家畜賃貸借を知らない地主は地代のために家畜を差し押えることができる、という規律を置いている。Boissonadeはこれを、地主が家畜賃貸人の通知に限らずいかなる手段によって家畜の所有者を知ったとしても差押えを否定する趣旨である、と説明していた<sup>(101)</sup>。しかし、旧民法の段階で、家畜賃貸借の規定全体が脱落した。

他方で、Boissonade 草案1152条2項は、借家人が他人の動産を建物に備え付けた場合に、他人の物であることを建物賃貸人が知らず、かつそれを予見するに足る理由もなければ、建物不動産賃貸先取特権が及ぶと規定しており、同1154条1項はこれを借地に準用していた。Boissonadeはすでに、これを「動産の占有は権原に値する」という原則の適用と説明していた<sup>(102)</sup>。これらの規定は、旧民法債権担保編147条2項及び149条1項に継承された。法典調査会原案でも、314条が、借地及び借家の双方につき同様の規律を設けていた<sup>(103)</sup>。この原案は、一旦は字句修正の上維持されたが、その後、319条として、不動産賃貸先取特権に加え旅館宿泊・運輸先取特権にも即時取得の規定を準用する規定が置かれたのに伴い、原案314条は削除された<sup>(104)</sup>。かくして、賃借人に属しない搬入物に対する不動産賃貸先取特権の

(101) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, nouv. éd., t.3, Tokio, 1891, n.860.

(102) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, nouv. éd., t.4, Tokio, 1891, n.301.

(103) 法典調査会『民法議事速記録第十三巻』（日本学術振興会，1935）104丁。

(104) 法典調査会『民法議事速記録第十四巻』（日本学術振興会，1935）118丁。

効力は、「黙示の質権者」としての善意占有に基づくものと整理され、不動産賃借人の動産備付義務からは切断された。

さらに、不動産賃借人の動産備付義務の規定は起草過程で消滅した。Boissonade 草案は、1153 条 1 項で、建物賃貸借に限って賃借人の動産備付義務を定めており<sup>(105)</sup>、この規定は旧民法債権担保編 148 条 1 項となった。法典調査会原案も、618 条に同様の規定を置いていたが<sup>(106)</sup>、この規定は、法典調査会で、日本の建物賃貸借の実情に合わないという反対に遭い、削除された<sup>(107)</sup>。これにより、動産の備え付けた不動産賃貸借の契約条件になっているとは言い難くなり、また、動産売主から通知を受けた不動産賃貸人が契約を解除するための手掛かりも失われた。

## 6. おわりに

### (1) 課題達成の検証

以上を踏まえると、前記 1 (3) で設定した課題に対して、次のように答えることができるだろう。

日本民法 330 条 2 項前段は、フランス民法典旧 2102 条 4 号第 3 文を沿革とする。この規定は、不動産賃借人が信用買いたした動産を賃貸不動産に搬入した場合に、「動産が賃借人に属していないこと」を不動産賃貸人が知っていたことが証明されない限り、動産売主の先取特権を不動産賃貸人の先取特権に劣後させるものであった。このような規定が置かれた理由を明らかにすることが、本稿の第一の課題であった。

そこで検討結果を振り返ると、この規定は、不動産賃貸人と動産信用売主の優劣をめぐる、フランス古法の学説の対立を折衷したものであったといえ

---

(105) Boissonade, *supra* note 102, p. 291.

(106) 法典調査会『民法議事速記録第三十三巻』（日本学術振興会、1935）131 丁。

(107) 法典調査会・前掲注（106）133 丁。

る。動産信用売主の優先を主張する学説は、動産質権者の動産売主に対する優先を前提としつつ、不動産賃貸人は動産の搬入を条件として賃借人を信用したわけではないため、質権設定を条件として融資した動産質権者とは異なる、と説いていた (de Ferrière)。これに対して、不動産賃貸人の優先を主張する学説は、不動産賃貸人の動産備付義務を觀念することで、動産の搬入を不動産賃貸借の契約条件とみなした (Bourjon)。この動産備付義務は、不動産賃貸先取特権の実効性を確保するための、一種の担保価値維持義務であったといえる。不動産賃貸人の優先は、不動産賃貸人が信用売買によって担保を備えたように見せかけることで、不動産賃貸人が害されることを防ぐことを目的とする主張であった。

フランス民法典も、不動産賃貸人の動産備付義務を認めており (1752 条・1766 条)、それゆえに、2102 条 4 号第 3 文も原則としては不動産賃貸人を動産売主に優先させている。しかし、不動産賃貸人が信用売買を知っていた場合には、不動産賃貸人は、賃借人の動産備付義務違反に基づき賃貸借契約を終了させることで、賃料の回収不能を予防することができる。2102 条 4 号第 3 文は、このような場合に信用売主を不動産賃貸人に優先させた。その結果、信用売主は不動産賃貸人への通知によって不動産賃貸人に対する優先権を確保することができた。不動産賃貸人の動産売主に対する優先は、実際には、動産売主が通知を怠ったために賃貸借契約を適時に解除する機会を失った不動産賃貸人を保護するためのものであったといえる。

それゆえ、この規律は、動産買主が動産質権を設定した場合における動産質権と動産売買先取特権との優劣には及ばないことが明らかであった。この場合、信用売買及び買主への引渡しは動産質権の設定に先行し、信用売主から動産質権者への通知は考えられないからである。実際、フランス古法では、信用売主の不動産賃貸人に対する優先を認める学説 (Brodeau, de Ferrière) も、信用売主の動産質権者に対する優先を認めてはいなかった。

本稿の第二の課題は、それにもかかわらず、日本民法 330 条 2 項前段が不動産賃貸先取特権と動産売買先取特権との優劣を超える広範な射程を与えられた理由を明らかにすることであった。

そこで検討結果を振り返ると、日本民法 330 条及び 334 条は、19 世紀フランス法学の Demante に始まる学説の系譜に連なるものであった。Demante は、先取特権間の優劣につきフランス民法典の規定に欠缺があると考え、先取特権の優先原因を類型化し、その類型に基づいて先取特権間の一般的優先順位を設定することで、その欠缺を埋めようとした。そこで、彼は、不動産賃貸・旅館宿泊・運輸先取特権の優先原因を「質入れ」に求めることで、当時のフランス民法典 2102 条 4 号第 3 文が定めた不動産賃貸人の地位を、旅館営業者や運送人、さらには動産質権者にも拡張した。ここで、2102 条 4 号第 3 文は、即時取得法理の一表現として位置づけ直された。これに対して、2102 条 4 号第 3 文の拡張適用に慎重な学説も存在したが (Troplong)、動産質権と動産売買先取特権との競合を否定した結果、質物の売却代金を被担保債権に充当して残余が生じても動産売主への優先配当を認めない、など極端な主張を含んでいたため、19 世紀後半には Demante 説が通説化していた。日本民法は、これを条文化するとともに、「黙示の質権」一般に即時取得を認め (319 条)、他方で、旧民法まで部分的に残っていた不動産賃借人の動産備付義務の規定を削除した。そのため、日本民法 330 条及び 334 条は、もっぱら即時取得法理の一環として位置づけられざるを得なくなったのである。

## (2) 解釈論及び立法論への示唆

以上の検討から、日本民法 330 条及び 334 条の起草者は、西原博士が説いていたように、第一順位先取特権者及び質権者の目的物に対する事実的支配に着目して、両者を同様に扱おうとしていたものといわざるを得ない。これ



らの規定は Demante 説の系譜に属し、Demante によれば、彼等が他の先取特権者に優先する場合があるのは「動産については占有が権原に値する」からに外ならないからである<sup>(108)</sup>。従って、起草者意思を尊重する限り、これらの規定を非占有動産担保に拡張することには慎重にならざるを得ない。

しかし、以上の検討からは、起草者意思が抱えていた問題も明らかとなる。ここでは、約定非占有動産担保権の優先順位に関係する問題に限って指摘したい。

まず、動産買主から動産質権の設定を受けた者が、売買代金の未払いを知っていた場合、質権者にも 330 条 2 項前段を適用し、質権者を売主に劣後させるべきなのか。

Boissonade 草案 1170 条及び旧民法債権担保編 164 条はこれを明示的に肯定しており、現行 334 条が 330 条から分離された際にも、起草者に規律の実質を変更する意図はなかった（前記 5 (1)）。現在の通説も、これを肯定している（前記 1 (1)）。

しかし、その実質的根拠は明らかではない。通説を正当化するためには、動産の信用売買を知る者は質権設定を受けて買主に融資すべきでない、と考える必要がある。しかし、信用買主からの譲受人は、333 条によってその主観を問わず保護されている。歴史的には、動産質権者も、動産売主の追及権の制限を理由に、その主観を問わず保護される、というのがむしろ一般的な考え方であった (Brodeau)。確かに、この構成を徹底すると、売主はそもそも質権者と競合しなくなり、質物の売却代金につき残余が生じても、動産売主は配当を受けることができなくなる (Troplong)。動産売主と動産質権

---

(108) これに対して、角紀代恵「判批」ジュリスト 854 号 118 頁 (1986)、120 頁は、日本民法の立法者が質権を第一順位の先取特権と同順位にしたのは、それらが約定担保物権類似の性格を有するものであるからである、という。しかし、そこでの起草資料の引用は概括的であり、論拠となる記述を特定することができなかった。

者との関係の実質が債権者間の優劣であるとする、このような帰結は過剰なものであろう。しかし、de Ferrièreのように、両者の競合を肯定しつつ、動産質権の設定を条件に融資を実行した債権者は、約定担保の設定を受けなかった信用売主に優先する、と説く学説も存在した。このような立場からは、約定動産担保権についても、その約定性を理由に、信用売主への優先を常に認めることができるだろう。本稿の冒頭で引用した最判昭和62年が、譲渡担保権者を333条の第三取得者に準えたのも、そのような価値判断に支えられたものとして捉え直すことができる<sup>(109)</sup>。

他方で、330条1項は、不動産賃貸人が債権取得の時に代金未払いの信用売主の存在を知らなかった場合に、不動産に搬入された動産の競売代金の配当につき、不動産賃料債権を売買代金債権に優先させている。これは妥当なのだろうか。

(1) でみたように、フランス法では、不動産賃貸人の動産信用売主に対する優先は、不動産賃貸借契約に基づく賃借人の動産搬入義務に支えられている。Bourjonの議論から分かるように、賃借人がこの義務を負い、義務に違反した場合には賃貸人が契約を終了させることができるからこそ、動産の搬入つまり担保供与を不動産賃貸借の契約条件とみなすことができ、約定担保権者に匹敵する優先順位を不動産賃貸人に与えることができたのである。

しかし、日本法では、この不動産賃貸人の動産搬入義務が、デフォルトルールとしては失われている。前記1(2)で紹介した我妻説や道垣内説は、それでも当事者意思の推測や当事者の期待によって不動産賃貸先取特権を正

---

(109) 前掲最判昭和62年も、譲渡担保権者が満足を得た後の残余を信用売主が受ける余地まで否定したものではない。信用売主は、譲渡担保権者が設定者＝買主に支払うべき清算金に物上代位できると考えられるからである。加えて、譲渡担保が消滅すれば、信用売主が再び先取特権を行使し得るようになる、と解する余地も残されている（最判平成9年12月18日民集51巻10号4210頁参照）。

当化しようとするが、当事者意思を推測し当事者の期待の存在を認めるための手がかりは、もはや存在しない。前記1(2)で紹介した高島説・加賀山説・深川説が、不動産賃貸先取特権の優先原因をもっぱら不動産賃貸借の有益性に求めるのも、そのためであろう。しかし、そうすると、善意の不動産賃貸人の期待を保護する必要は失われる。善意の不動産賃貸人に第一順位を与えるべきなのは、不動産賃貸借契約が賃借人に動産搬入義務を課した場合に限られる、と考えるのが合理的であろう。

最後に、以上の検討からは、330条による第一順位先取特権者の処遇に、むしろ約定非占有集合物担保権者の処遇の手がかりを見出すことができる。

沿革においてそうであったように、不動産賃借人の動産搬入義務を前提とすると、不動産賃貸人は、約定非占有担保権者に類する地位を有することになる。しかも、不動産賃貸先取特権は、反復継続的に発生する賃料債権のために、賃貸借期間中に不動産に搬入された動産を包括的に担保化する。330条2項前段は、このような不動産賃貸人が、搬入された動産の売買代金の未払いを知っていた場合に、不動産賃貸人の優先権を否定する。これは、本来、不動産賃貸人は、優先以外の方法、すなわち動産搬入義務違反を理由とする契約終了によって、賃料不払いの危険を回避することができたためであった。そしてこの場合、動産売主も、不動産賃貸人への通知によって自らの優先権を保全することができた。

このことは、反復継続的融資のための根担保として集合物に非占有担保権が設定された場合にも妥当する。他人の担保の目的が集合物を構成することとなる場合、集合物担保権者の優先を認めることは、集合物担保権者の利益を保護するための唯一の方法ではない。集合物担保権者の利益は、集合物の補充義務違反を理由とする融資の終了及び引上げを認めることによっても保護されうる。もっとも、そのためには、他の担保権者からの通知等で集合物

担保権者が融資引上げの機会を保障されることが必要となる<sup>(110)</sup>。それゆえ、他人の担保の目的が集合物を構成部分となった場合には、そのことをその時点で<sup>(111)</sup>集合物担保権者が知っていることを条件として、集合物担保権者を当該他人に劣後させることで、両者の利害を調整することができる。これにより、他の担保権者は、集合物担保権者への通知によって、自己の優先権を保全することができる。ただし、この通知を可能とするためには、集合物担保権の公示を、占有改定ではなく、より実効的なものとする必要があるとなるだろう。

以上の議論は、配当時における優先順位を定めた 330 条 2 項前段及び 334 条を、新たな信用供与に伴う既存債権者の法的地位の事後の変更（劣後化）法理として再構成する試みである。334 条は、本稿の解釈によれば、新たな約定担保権の設定によって、既存の法定担保権が劣後化されることを示している。これは、法定担保権成立時点の法定担保権者の地位が、法定担保権者による信用供与の条件になっていたとはいえないことによって正当化される。これに対して、330 条 2 項前段からは、新たな法定担保権の成立に伴う既存の約定集合物根担保権の劣後化を、事前に既存債権者に認知させることを条件として許容する、という構想を取り出すことができる。これは、集合物根担保権者の利益が、適時に契約を終了することによっても保護されるこ

---

(110) 米国の統一商事法典（UCC）の下でも、在庫担保権者は、購入代金担保権者からの通知を含む一定の要件の下で、購入代金担保に劣後するものの、在庫担保権者は購入代金担保の設定を不履行事由とすることで自衛するものとされる（森田修『アメリカ倒産担保法』（商事法務、2005）123～124 頁）。

(111) 330 条 2 項前段は、第一順位先取特権者が他の先取特権の存在を知っていたか否かの基準時を、第一順位先取特権者の「債権取得の時」としている。しかし、これは旧民法債権担保編 164 条が「動産質設定の時」としていたものを、先取特権に即して改めたものに過ぎない（前記 5 (1)）。従って、不動産賃貸先取特権の場合には、動産搬入時を意味するものと解すべきである。そしてこのことは、この規定を約定非占有集合物担保権に類推する場合でも同様である。

とによって正当化される。

西原博士が前提としていた、担保権の優劣は担保権成立の先後に従って定まるとい一般原則は、担保権成立（またはその対抗要件具備）時に担保権者が取得した法的地位を、その後の他の債権者の信用供与によって不利益変更しない、ということを含意する。確かに、信用供与者にとって将来の予測可能性は極めて重要である。しかし、それは同時に、債務者が新たな信用供与を受けることを困難なものとする。上記の2つの優先順位変更法理は、既存債権者の予測可能性と新たな信用供与の必要との均衡を図るものといえる。もっとも、均衡点はそれら2つに限られるものではないだろう。また、上記法理の射程の厳密な画定も、今後の課題である。

\* 本稿は、学術研究助成基金助成金・課題番号 20K01363 による研究成果の一部である。