

不動産購入資金提供者の先取特権

直 井 義 典

はじめに

第1章 フランス法

第1節 不動産購入資金提供者先取特権の内容

第2節 他者との競合

第3節 小括

第2章 わが国における不動産購入資金提供者の先取特権

第1節 旧民法典まで

第2節 現行法制定過程

第3節 小括

第3章 考察

おわりに

はじめに

民法典には先取特権が規定されているが、通説的な考えによれば、先取特権には近代法の公示の原則に適合しない面があり他の債権者に不測の損害を被らせることから先取特権は広く認めるべきではないとされる¹⁾。他方で、特定の債権について優先弁済の実現を図るとの政策的判断に基づいて^{2,3)}、特別法上の先取特権が増加の一途をたどっている。拙稿でも先取特権を新たに付与する

1) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店・昭和43年)48頁、柚木馨=高木多喜男『担保物権法 第3版』(有斐閣・昭和57年)42頁。

D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du credit*, 13^eéd., 2019, n°658 も、先取特権は恣意的・扇動的なものであって公示が不十分であることを指摘して、先取特権の廃止が望ましいが、現実的には数を減らすようにすることが望まれるとする。

ことによって優先弁済が認められるべき債権があるのではないかとの問題を提起したことがある⁴⁾。

公示のない先取特権が他の債権者に不測の損害をもたらすのは確かであるが、公示のある担保権を有していなくても保護されるべき債権者が存することは否定できない⁵⁾。そこで、「問題は、現行法において先取特権を与えられている債権者が、現代社会において真に保護されるべき債権者なのか、あるいは、逆に、保護されるべきとされる債権者に与えられている先取特権が十分に実効的なものであるか、という点にある」⁶⁾と指摘されることとなる。この問題への1つのアプローチ方法としては、先取特権の母法とされるフランス法⁷⁾において認められているがわが国では認められていない種類の先取特権を取り上げて、債権者に先取特権を付与している理由、あるいは、その先取特権の実効性について検討することが考えられる。そして、公示がないことから生じる問題点に捉われた議論に陥らないためには、公示手段が備えられており、公示の不十分性が比較的問題となりにくい不動産先取特権⁸⁾から題材をとるのが最も適切であると考えられる。

そこで日仏の不動産先取特権規定を比較してみると、フランスにおいては不動産売買先取特権と並んで不動産購入資金提供者にも先取特権が付与されていること、しかもそれが実務上も重要なものとして認識されていること⁹⁾が注目

2) 林良平編『注釈民法(8)』(有斐閣・昭和40年)84頁〔林良平〕は、「特定の債権者の保護という形態をとろうとするときには、この先取特権の制度が技術的方法として最適なもの」とする。

3) Legeais, op.cit., n°656.

4) 直井義典「倒産手続における不法行為に基づく損害賠償請求権の処遇に関する序論的考察」筑波ロー・ジャーナル21号(平成28年)153頁以下、直井義典「損害賠償請求権の実効性確保に向けた制度構築について」河上正二＝大澤彩編『人間の尊厳と法の役割』(信山社・平成30年)165頁以下。

5) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』(有斐閣・平成29年)47-48頁。

6) 道垣内・前掲48頁。

7) 道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣・平成31年)139頁〔今尾真〕。

8) もっともフランスの不動産一般先取特権(2375条)は登記が免除されている(2378条)。

される。わが国でも現行法ではこの種の先取特権は認められていないが、旧民法典には規定が置かれていた。不動産購入資金が不動産に姿態変換した点からすれば、不動産は購入資金の物的な現れであると評価することができ、購入資金提供者が買主の責任財産を増加させたというつながり¹⁰⁾が明確である。したがって、フランス法のように購入資金提供者に先取特権を付与するのは極めて自然なことのようにも見える。また、裁判外での企業再建手続等で新規融資の優先的回収が求められ¹¹⁾、交換的担保供与については詐害行為取消（424条の3）・否認権行使（破162条・民再127条の3）が否定されるように、新規融資を優遇することによって新規融資を活性化する制度も見られる。

そこで本稿では不動産購入資金提供者の先取特権を題材として、その存立理由・実効性等を検討していくこととする。

以下、第1章では、フランスの不動産購入資金提供者先取特権について、その内容ならびに存在意義を明らかにする。そして第2章ではわが国の民法制定過程でこの種の先取特権がなぜ受容されないこととなったのかを明らかにする

9) M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^eéd., 2015, n°891は、売主先取特権と不動産購入資金提供者の先取特権を重要性の高いものと位置づけ、同書n°895では、実務上の重要性は強調するまでもないという。Legeais, *op.cit.*, n°675も同様であり、不動産購入資金提供者の先取特権は不動産先取特権のうちで最も重要なものとし、公証人慣行がそれを決定づけているとする（これに対して、建築家・請負人に与えられた先取特権は廃れているとも言う。）。

L. Aynès = P. Crocq, *Droit des sûretés*, 13^e éd., 2019, n°705もまた、売主自身によって不動産買主に信用供与がなされることは少なく、銀行やクレディフォンシエ等の専門機関によって信用供与がなされることから、不動産売主の先取特権よりも購入資金提供者の先取特権が重要であるとする。

10) 不動産先取特権の法的根拠は、財産分離の先取特権を除き、債務者の財産体に価値を付け加えたことに求められている。（Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°891.）

11) フランスにおいて、「調停手続内で認可された同意を」することによって新たな財または役務を債務者に提供した債権者、あるいは、「企業の活動継続・永続を保証するために」新たな資金提供に同意した債権者のように「新規金銭（new money）」の供与によって生じた債権を有する者には商法L.611-11条で先取特権が付与されている。この先取特権を有する者は、倒産手続開始後の債権者や倒産手続開始前の抵当権者に優先する。

こととし、第3章では比較法的な考察を行う。

第1章 フランス法

第1節 不動産購入資金提供者先取特権の内容

本節ではフランス民法における不動産購入資金提供者先取特権の内容を明らかにする。もっとも、この先取特権を定めた規定は1971年に文言の補足を受けており、このことが先取特権の性質論争に終止符を打つ役割を果たしたこと、ならびに第2章で説明するようにボワソナードが当時のフランス民法の規定を大いに参照して草案を作成していることから、まずは1804年の原初規定から見えていくこととする。

(1) 不動産特別先取特権¹²⁾のリストを提示する旧2103条は次のように規定する。

旧2103条「不動産に対する先取特権債権者は、以下の者である。

一 売却された不動産に対して、代金の支払いについて売主

その代金の全部又は一部が未払いの数個の連続した売買がある場合には、第1の売主が第2の売主に、第2の売主が第3の売主に、及び以下同様に優先する。

二 不動産の取得のために金銭を供与した者 ただし、その金銭をその用途に充てることが借入証書によって、またその支払いを借入金によって行ったことが売主の受領証書によって公に確認されることを条件とする。

三 〔略〕〔相続不動産分割の先取特権〕

四 建築家、請負人、石工、及び建築物、導管その他何らかの工作物を建造し、再建し、または修繕するために雇用されるその他の製作者 ただし、所有者が行う意図を有すると申述する工作物に関して、土地の原状を確認

12) 不動産特別先取特権とは、2375条に規定される不動産一般先取特権に対置されるもので、後者が債務者の有する全不動産を先取特権の目的とするのに対して、前者はわが国の不動産先取特権と同様に、債務者の有する特定の不動産のみを目的とする先取特権である。

するために、建築物の所在地を管轄する大審裁判所が職権で選任する鑑定人があらかじめ調書を作成したこと、及び工作物の完成から遅くとも6月内に、同様に職権で選任する鑑定人が工作物を受理したことを条件とする。

ただし、先取特権の額は、第2の調書によって確認された価額を超えることができず、不動産の譲渡のときに存在し、かつ、それについて行われた工事から生じる増価に縮減される。

五 製作者に対して支払い、または償還するために金銭を貸し付けた者は、同一の先取特権を享受する。ただし、不動産の取得のために金銭を貸し付けた者についてさきに述べたように、その使途が借入証書及び製作者の受領証書によって公に確認されていることを条件とする。

六 〔略〕

本稿の検討対象が2号であることは言うまでもない。ただ、資金提供者に先取特権を認めているという点では、4号を受けて工作物の制作者に対する支払・償還目的での金銭提供者に先取特権を付与した5号も同様の趣旨の規定である¹³⁾。

(2) これら資金提供者の先取特権が認められる理由は、以下のようなものである。資金提供者によって信用が供与されることで、買主は不動産の購入・修繕等が可能となる。それによって買主の責任財産が増加し、このことは買主の全債権者にとって有益である、というわけである¹⁴⁾。この点、不動産売主の先取特権と同じである¹⁵⁾。

13) 磯部四郎『仏国民法先取特権及抵当権講義』（構法会出版・明治25年）241-242頁は、2号と同様のものとして説明する。

14) Aynès=Crocq, op.cit., n°702.

15) Ch. Aubry=Ch. Rau, Cours de droit civil français, 5^eéd., t.3, 1900, p.286 note17.

先取特権が認められる理由ばかりでなく、先取特権の目的不動産も共通とされる（Y. Picod, Droit des sûretés, 2016, n°362.）。Cass. civ3, 10 juin 1981, Gaz. Pal., 1982.1.pan32 も、2103条2号により金銭貸与者の先取特権は売主の先取特権と同視され、付合による建造物にも及ぶとする。

こうした理由によって先取特権が認められることから、資金提供者の提供した資金が、不動産の取得という形で買主の責任財産を増加させたことが要求される。そこで不動産購入資金提供者に先取特権が認められるための要件は以下の2点ということになる。第1は、借入証書・受領証書が公正証書の形式で作成されていることであり、第2は、借入証書において借入金の使途が不動産購入にあることが示され、受領証書において代金はその借入金をもって支払われたことが明確にされていることである。この二重の証書要件は、債務者の承諾による人的代位の要件と同様である（旧1250条2号¹⁶⁾）。

二重の証書要件が課されることによって、貸付金が代金支払に用いられたことが確かなものとなり、債務者が不動産の代金支払のための借入金であると称して他の債権者を害して特定の債権者のみを優遇することが回避される¹⁷⁾。なお、売買契約自体は公正証書によってなされる必要はない¹⁸⁾。また、金銭の貸し付けは売買と同時になくてもよく、売買契約に後れるのでもよい¹⁹⁾。そして、法定担保物権であるから、先取特権の成立に債務者の同意は不要である。売買契約が無効であっても、先取特権は消滅しない²⁰⁾。

判例・学説ともに、上記の書面要件は、先取特権の成立要件ではなく対抗

16) 旧1250条「この代位は、以下の場合には合意による。

一 第三者から弁済を受領する債権者が、その者を債務者に対する自己の権利、訴権、先取特権又は抵当権について代位させるとき。この代位は、明示的で、かつ、弁済と同時に行われるものでなければならない。

二 債務者が、金銭を借り入れて自己の負債を弁済し、かつ、債権者の権利についてその貸主に代位させるとき。

この代位が有効であるためには、借入証書及び受領証書を公証人の面前で作成しなければならない。借入証書においては、その金銭を弁済を行うために借り入れたことが申述されなければならない、受領証書においては、弁済を、そのために新たな債権者が供与した金銭で行ったことが申述されなければならない。この代位は、債権者の意思の協力なしに行われる。」

現行1346-2条の原規定であり、おおむね同内容である。

17) H., L. et J. Mazeaud = F. Chabas, Leçons de droit civil, t.3, premier vol., par Y. Picod, 7^eéd., 1999, n°334 ; J. -B. Seube, Droit des sûretés, 9^eéd., 2018, n°419. 磯部・前掲219頁。

18) M. Planiol = G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.12, 1927, n°645.

要件にすぎないから、書面が作成されなくても当事者間では先取特権の成立が否定されるものではないと考えている。破産院は、こうした形式は第三者に対して金銭の出所を確かにする意味しか有しないとして、受領証書の欠如を援用して2314条を根拠に保証の免責を主張したのを認めず、第三者が先取特権の存在について異議を唱えなければ受領証書が欠如していても先取特権は妨げられない、と判示した²¹⁾。この判決は、仮に公証証書による領収書の欠如がこれを利用することに利益のある当事者によって先取特権者に対抗されないとしても、先取特権によって利益を受ける者は公証証書による領収書が作成されていないことに依拠して先取特権は失われたものと主張することはできない、とする。

(3) このように債務者の承諾による人的代位と同様の要件が先取特権の対抗要件とされたことから、不動産購入資金提供者の先取特権には自律性がなく、不動産売主の先取特権に代位したものの²²⁾に過ぎないのではないかという先取特権の性質論が争われた。

この議論の実益は、被担保債権に含まれる利息の利率に関わる²³⁾。すなわち、不動産購入資金提供者の先取特権が自律した先取特権であるとすれば、被担保債権は貸付金債権であるから、金銭消費貸借契約において定められた約定利率によって算定された額が先取特権の被担保債権額ということになる。これに対

19) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°896 ; Legeais, op.cit., n°679.

もっとも、売買代金の全部または一部は未払いでなければならない。金銭貸与時にすでに売買代金が完済されていると、不動産購入資金の供給とはならないからである。金銭の出所に言及することなく代金が払われていた場合には、売主が後になって言及しても欠落を埋め合わせることはできない (Aubry = Rau, op.cit., § 263, p.287.)。

20) Cass. civ3, 26 oct. 2017, n°16-15754.

21) Cass. civ3, 18 fév. 1987, B. III. n°31.

22) なお、売主は第三者から弁済を受けることによって明示の宣言によって旧1250条1号の代位を認めることを排除するものではない。(Aubry = Rau, op.cit., § 263, p.287.)

23) 下村信江「フランス先取特権制度論」帝塚山法学3号(平成11年)120頁。

して売主の先取特権に代位するのだとすると、代位権者である資金提供者は売主が有する権利以上のものを取得することはできないから、先取特権によって担保されるのは売買代金債権の利率によって算定された額ということになる。通常は金銭消費貸借の約定利率の方が高いから、資金提供者としては自律した先取特権を有することに利点を見出すのである²⁴⁾。

比較的古い学説は代位説を支持していた²⁵⁾。例えばプラニオル＝リペールは、旧2103条には5つの先取特権が列記されているが実際には3つであり、2号と5号は代位の場合にすぎないとの理解を示していた。そして、債務者の同意による代位（旧1250条2号）によって売主の先取特権が移転されたものであるとし、また、売主は第三者から弁済を受けて受領書に明記することでその者に先取特権を代位させることも妨げられない（旧1250条1号）、とする²⁶⁾。また、代位説の根拠として旧2108条²⁷⁾の文言も挙げられていた^{28, 29)}。

ところが1971年7月16日の法律579号第47条によって旧2103条2号³⁰⁾は次

24) C. A. Thibierge, *L'autonomie du privilège de prêteur de deniers et les prêts à l'acquisition immobilière*, Defrénois, 1971, p.1281, n°5 ; G. Daublou, *Les prêts à l'acquisition immobilière*, Defrénois, 1994, p.1057, n°1 ; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°895. ドブロンは、約定利率は法定利率を大きく上回っていた (*excédaient largement*) とする。ただし、Daublou, *op.cit.*, p.1057 note2 では、この論文が公表された時点では少なくとも住居の取得に関しては約定利率は法定利率に近づいていると指摘する。

25) 「不動産ノ買主ニ資本ヲ貸与スル者モ亦法律上当然売主ノ先取特権ニ代位ス」とする磯部・前掲218頁もこの見解に立つものである。

26) Planiol = Ripert, *op.cit.*, n°622 et. 645

27) 旧2108条（1918年改正法）「先取特権を有する売主は、取得者に対する所有権移転証書であって、その代金の全部または一部の弁済がないことを証するものの登記によりその先取特権を保存する。このためには、取得者が契約の移転登記をした時には、売主にとり、及び支払代金を買主に提供して当該契約による売主の権利に代位する貸主にとり、先取特権の登記と同一の効力を有する。しかし、抵当権登記官は、売主ならびに貸主のため、所有権移転行為によって生じた債権の登記を、第2148条所定のものと同性質の登記用紙に職権でなすことを要し、これに違反したときは第三者に対して損害を賠償する責任を負う。売買契約の登記がないときは、代価について有する債権の登記の効果をj得るため売主及び買主もまた自らその売買契約の登記をなすjしめることができる。」

28) Mazeaud = Chabas, *op.cit.*, n°334.

のように改められ、この議論には決着がつくこととなった。

「二 代位が生じない場合であっても、不動産の取得のために金銭を供与した者 ただし、その金銭をその用途に充てることが借入証書によって、またその支払いを借入金によって行ったことが売主の受領証書によって公に確認されることを条件とする。」

一見して明らかなように、冒頭に「代位が生じない場合であっても」の文言が追加されたのみで残部に変化はない。この「代位が生じない場合であっても」の文言が付け加わることによって、前記の議論は不動産購入代金供与者の先取特権に自律性が認められることで決着した³¹⁾。もっとも、ティビエルジュによれば、自律性肯定説の萌芽はすでに1955年1月4日のデクレの時点で見受けられたとされる。すなわち、このデクレには伝統的解釈を覆すまでの意図はなかったものの、すでにこの時点で旧2103条2号は売主先取特権への代位を認めたものであるとの理解は揺らいでいたとする³²⁾。そして1967年7月7日の法律で挿入された旧2108-1条³³⁾は、限定された領域においてはああるが、資金提供者の先取特権に自律性を認める意図を有するものであった。もっとも、それを旧2103条2号の領域にまで一般化してもよいのかは問題となっていたのであ

29) もっとも、「同じ契約において、売主の権利に代位する」との表現は、売買行為 (acte de vente) に代位の明示的な宣言が含まれていなければならないことを意味するものではないものと解されていた (1250条2号と対比せよ) (Aubry = Rau, op.cit., p.593 note18.)。

30) 2006年改正後の2374条2号であるが、文言に変化はない。

31) Thibierge, op.cit., n°1 ; Aynès = Crocq, op.cit., n°705.

32) Mazeaud = Chabas, op.cit., n°334 は、1955年に旧2108条が改正されたことで代位説を示唆するものがなくなったために、資金提供者の先取特権には自律性が認められていたとする。

旧2108条 (1955年改正法)「①先取特権を有する売主又は不動産の取得のために金銭を貸与した貸主は、登記によってその先取特権を保存する。この登記は第2146条及び第2148条に定める形式において、かつ、売買行為から起算して2月の期間内に、その者の発意によって行われなければならない。先取特権は当該行為の日付で順位を有する。

②売主の先取特権の消滅ののちは、又は前項が付与する期間内にその先取特権の登記がない場合には、第1654条に定める解除の訴権は、取得者として不動産に対する権利を取得し、かつ、それを公示した第三者を害して行使することができない。」

り³⁴⁾、一般化を肯定したのが1971年の法律であるとする^{35,36)}。

(4) しかし、不動産購入資金提供者の先取特権が自律性を有する³⁷⁾からといって、不動産売主の先取特権への代位が全く意味を失うわけではない。

代位自体が認められることは、旧2103条2号に挿入された文言が「代位が生じない場合であっても」というものであることから導かれる³⁸⁾。すなわち、この文言は売主先取特権への代位が生じる余地を認めたものと解されるのである。

代位の効果は売主が有していた権利を資金提供者が行使できるということである。この中にはもちろん売買代金債権の利率に基づいて計算された額の被担保債権を回収する権能が含まれるが、前述したように消費貸借の利率の方が高いのが通例であるから、この点には代位の利益はない。

代位の利益が見いだされるのは、解除権行使の点である³⁹⁾。不動産購入資金提供者は売買契約の当事者ではないから、貸し付けた金銭が返還されないからといって売買契約を解除することはできない⁴⁰⁾。売買契約の解除権を有するの

33) 旧2108-1条「第1601-2条に従って期限を付して締結する建築用不動産の売買の場合には、売主の先取特権又は金銭ノ貸主の先取特権は、その登記を公署証書によるその不動産の完成の確認から起算して2月の期間の満了前に行う場合には、売買の日付で順位を有する。」

34) Thibierge, op.cit., n°2.

35) Thibierge, op.cit., n°3.

36) Mazeaud = Chabas, op.cit., n°334は、債務者の同意が不要であることを理由として、代位説は支持し得ないとする。

37) 自律性を有するとは不動産売主の先取特権と不動産購入資金提供者の先取特権は全く別個の権利であることを意味するから、書面要件の不具備などの理由で後者を行使することができなくても、代位の要件がみたされる限り前者を行使することはできる。(Aubry = Rau, op.cit., § 278, p.593.)

38) Thibierge, op.cit., n°6. ただ、こうした説明が本当に説得的なものであるかは疑問もある。代位が生じる場合に資金提供者独自の先取特権が認められることは法文から説明されるが、売主の先取特権への代位が常に認められるのかは明らかでない。

39) Thibierge, op.cit., n°8 ; Aynès = Crocq, op.cit., n°705.

は売主である。売主の権利に代位をすることで、本来は解除権を有しない資金提供者が売買契約を解除することができるようになる。解除の効果は原状回復であるから、資金提供者が売主に代位して売買契約を解除した場合、既払代金を返還しなければならない反面、解除権を行使した資金提供者に不動産所有権が移転する⁴¹⁾。そして、資金提供者は解除権行使の結果として入手した不動産を他の買主に売却することを通じて貸付金の回収を図るのである。

もっとも、代位によって解除権を行使できるかについては検討を要する。レミーは次のように、代位の性質と解除権の性質との両側面から、解除権の移転が可能であることを根拠づける⁴²⁾。

代位の性質との関係では、代位が弁済の効果にすぎないことが問題となる。弁済には消滅効があり（旧1234条）、消滅した債権に付随する権利を代位者が取得するのは擬制である。19世紀には、代位に債権譲渡と同様の移転効を認めるのは、法的擬制は狭く解すべきだとの解釈を超えて旧1249条以下の擬制を拡大解釈することになるので許されないとの見解が主張された。これによれば、売主の先取特権を移転することはできるが解除権を移転することはできないこととなる。レミーは、伝統にそぐわないこと、起草者の意思に反すること、「権利への代位」・「すべての権利に代位」との条文の文言（旧874条・旧1249条・旧1250条・旧2029条）に反することを理由に、こうした見解は支持し得ないとする。また、ワイル＝テレの見解を引いて、被代位者の訴権の移転は法的擬制の効果ではなく実務上の必要に基づく法制度であるとする。

解除権の性質との関係では、代位等による債権の移転によって、債権の実行ではなく遡及的消滅に向かう権利を与えることができるのが問題となる。レミーは、契約の解除は債権の強制執行と同じ目的を有するものであり、解除権は実行の手段にすぎないとジョスランの見解を引く。そして、この見解を支

40) Picod, *op.cit.*, n°362.

41) Thibierge, *op.cit.*, n°9.

42) Ph. Rémy, *La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble*, JCP N1978, p.79, n°5 et s.

持するのであれば、支払いを受けていない売主の解除権は、代金債権の取得者に必ず移転することとなる。支払強制権限は債権と共に存するからである、とする。

以上のようにして、レミーは代位によって解除権を行使することを認めても、代位の性質にも解除権の性質にも反しないものと論じる。

このように解除権を代位行使することは可能であるが、後述するように、解除権行使が可能となる点を売主の先取特権を代位行使するメリットとすることについては疑問も呈されている。

(5) 不動産購入資金提供者の先取特権は、不動産売主の先取特権と同様、売買行為から2か月以内に登記されなければならない（2379条⁴³⁾ ⁴⁴⁾。この期間に遅れて登記された場合には、先取特権は法定抵当として扱われることとなる。先取特権として扱われることのメリットは遡及効にある⁴⁵⁾。すなわち、売買行為から2か月以内に登記がなされることにより、売買行為の日遡って先取特権が対抗要件を具備したものと扱われるのである⁴⁶⁾。

43) 2379条「①先取特権を有する売主又は不動産の取得のために金銭を供与した貸主は、登記によってその先取特権を保存する。この登記は、第2426条及び第2428条に定める形式において、かつ、売買行為から起算して2月の期間内に、その者の発意によって行われなければならない。先取特権は、当該行為の日付で順位を有する。

②売主の先取特権の消滅ののちは、又は前項が付与する期間内にその先取特権の登記がない場合には、第1654条に定める解除の訴権は、取得者として不動産に対する権利を取得し、かつ、それを公示した第三者を害して行使することができない。」

なお、2374条5号の先取特権については、2382条が登記の遡及効を定める。

2382条「建築家、請負人、石工、及び建築物、導管その他の工作物を建造し、再建し、又は修繕するために雇用されるその他の製作者、及びそれらの者に支払い、償還するために金銭を貸し付け、その用途が確認された者は、〔以下の調書の〕二重の登記によって、最初の調書の登記の日付でその先取特権を保存する。

一 その地の原状を確認する調書

二 〔工作物の〕受理の調書」

44) 実務上は、登記はほとんどすべての場合に売買の公示と同時になされるようである（Aynès = Crocq, op.cit., n°704.）。

このように登記に遡及効が与えられていることで、不動産取引の安全が大きく害されているにも見える。ところがこうした危険は存在しないという。それは、所有権を取得したいあるいは抵当権を設定したい不動産が、売主や抵当権設定者によって購入されたばかりであることは、容易に知り得ること、公証人も売却や共有物分割から2か月を経過しない不動産についての取引をしないように助言することによって根拠づけられている⁴⁷⁾。不動産についての新たな物権変動は2か月以上の間を空けることが実務上推奨されているということである。

先取特権によって担保されるのは、主債務と3年分の約定利息である（2432条）⁴⁸⁾。

また、2007年2月20日の法律により先取特権を充填式抵当権に転化することが認められたが、これは資金提供者に有利なものと認識されている⁴⁹⁾。

第2節 他者との競合

不動産購入資金提供者の有する先取特権の内容は第1節で見たとおりである。

それではこの先取特権は、他者の有する権利との関係でどのようなものとして位置づけられるのか。不動産売主の解除権との関係、不動産売主の先取特権

45) 法定抵当として扱われることのデメリットとしては、順位の付与が登記日になってしまいう結果、登記前に差押え・不動産の転売・買主の倒産等の事象が発生すると登記ができなくなること、登記が遅れた場合に解除権を行使できなくなる可能性があること（2379条2項）が挙げられている（Aynès = Crocq, op.cit., n°704.）。

46) このように被担保債権発生日に遡及する点は、不動産特別先取特権共通の特質であり（Seube, op.cit., n°415 ; Legeais, op.cit., n°674.）、先取特権の優位を保証する唯一の手段と評価される（Aynès = Crocq, op.cit., n°702.）

フランスにおける不動産先取特権の優先順位については、深川裕佳「先取特権の優先順位の決定方法についての一考察」東洋法学54巻1号（平成22年）71頁以下。

47) Aynès = Crocq, op.cit., n°702.

48) Cass. civ3, 31 mars 2005, B. III . n°79.

49) Legeais, op.cit., n°678.

との優劣、ならびに保証人の代位権との関係の3点から考察する。

（1）第1は、売主の有する売買契約解除権との関係である。売主は代金の完済を受けるまで解除権を有する。売主に解除権が留保されていること自体が不動産購入資金提供者の先取特権を危殆化させる。すなわち、解除がなされると、目的不動産は元の所有者に返還されるのであり、金銭貸与者に優先的に充当されるのではないとされている⁵⁰⁾ ために解除によって先取特権は消滅してしまう⁵¹⁾。そこで資金提供者は売主に対して解除権の放棄を求めることになる⁵²⁾。

（a）資金提供者が解除権に代位することの意義という観点から検討を加えたのがティビエルジュとレミーである⁵³⁾。

ティビエルジュは、資金提供者が売主に代位して解除権を得ることに意味があるのかを検討する。その際、未払代金額の大きさと解除権の帰属主体の2点に着目して考察を加える。

まず、未払代金額の大きさという観点からは、買主が代金の大部分を支払っ

50) 貸金債務の保証人が金銭貸主に代位した事例である Cass. com., 5 déc. 1995, B. III . n°286.

51) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897.

これに対して、売主が解除されたときであっても先取特権は存続するとの裁判例（TGI Paris, 19 avr. 1982, Gaz.Pal., 1982.1. som.181.）もある。また学説にも、先取特権は自律したものであり担保の法的な性質から、解除によって影響されない。こうした解決は、貸主による支払を受け入れることで売主は利益に与るという行為に対して法律が付与した効果が先取特権であるとの考え方にも適合的であるとするものが見られる（Legeais, op.cit., n°680.）。

52) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897 は、資金提供者は売主に対して解除権への代位や解除権の放棄を求めることが考えられるが、代位は一部弁済しか受けていない債権者を害しないことから、後者の形態の方が望ましい、という

53) このほか、Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., p.670 note 21 は、強制競売を避けられる分、売主が完全な弁済を受けている場合には、代位の方が有利である、とする。これはすなわち、自己固有の先取特権によるのでは資金提供者は解除権を行使できないために一般債権者の差押えに基づく強制競売を回避できないが、売主の解除権を代位行使することによってこの差押えを空振りさせることができるという意味と考えられる。

ている場合には資金提供者には解除権を代位行使するメリットはない、とされる。その理由は、解除権を行使しても既払代金を返還しなければならないし、同じ代金で、さらには利息と費用を付加して、新たな買主を探さなければならない、ことにある⁵⁴⁾。したがって、未払代金額が大きい場合でなければ解除権行使にはそれほどの意味はないこととなる。

次に、解除権の帰属主体という観点から、解除権が複数人に属する場合の検討を加える。具体的には、売主と貸主が与信した場合や複数の与信者がいるような場合が考えられる⁵⁵⁾。ティビエルジュによれば、これらの場合、解除権の移転による購入資金提供者の保護は幻想であるとされる。複数いる解除権者のうちの1人による解除権行使が認められると、譲渡がなされることに利益をもつ他の者は害される。全員が解除権を放棄するのが適切である。

そこで、金銭貸与者が1人で、かつ、買主がほとんど支払いをしていない場合にのみ、解除権への代位が不動産購入資金提供者の保護に有用であるのかを検討するに値する。この場合、競売にかけても十分な債権回収ができるとは限らない。そこで、解除権を行使して不動産所有権を回収しより良い条件で再度任意売却することになる。しかし、判決が適時に出されるのであれば、貸主は不動産所有権を取得するために解除権を代位行使する必要はないということを忘れてはならない。競売では不十分だと考えれば、貸主自身が競落人となれば足りる。解除権行使による方が競落によるよりは時間がかからないという点くらいしか違いはない。結論として、ごく例外的な場合を除いては、金銭貸与者には、売主の権利に代位する利益は全くなく、旧2103条2号の先取特権のみを考慮するので良い⁵⁶⁾。結局のところ、競売手続にかかるコストと解除による取戻のコストの比較ということになる。

以上のように、ティビエルジュによれば、不動産購入資金提供者に代位によっ

54) Thibierge, op.cit., n°9.

55) このほか、現実にはあまり多くはないだろうが資金提供者が売買代金全額を融資した
が買主はその一部のみを売主に弁済している状況においても同様となる。

56) Thibierge, op.cit., n°9.

て解除権を行使するメリットがあるのは、解除権が資金提供者自身に単独で帰属しており、買主による未払代金額が相応の額に及んでいることという要件が充たされた場合で、なおかつ、競売のコストに比べて取戻のコストの方が低い場合に限られることとなる^{57,58)}。

(b) レミーは、代位が完全なものであるか部分的なものであるかを分けて、資金提供者による解除権代位行使の意義を検討する⁵⁹⁾。

完全な代位の場合については、2つの視点から検討を加える。執行費用の観点、ならびに、先取特権や解除権の買主倒産手続における帰趨の観点である⁶⁰⁾。前者については、解除の後に再売却する場合、価格には解除費用・取戻費用・解除権行使における所有権移転費用が含まれるから、不動産の差押え費用よりも高額になる、とされる⁶¹⁾。よって、執行費用の観点では、完全な

57) Daublon, *op.cit.*, n°2 も、解除権の優位性は現実のものと言うより見かけだけのものとする。

58) ティピエルジュ論文は実務に多大な影響を与えたようであり、資金提供者の先取特権のみが用いられることとなった。これで実務が満足した理由として、不動産信用では伝統的に抵当権が用いられてきたこと、抵当権が設定されていることで債務者は代金を完済するまでは所有者ではないとの感情を抱くこと、抵当権によっては使用・収益が妨げられないこと、先取特権の遡及効により資金提供者の担保の効力が強化されていること、先取特権の公示により正確な情報が提供されること、抵当権に追及効があること、が挙げられている。もっとも、売主の債権者との関係では先取特権は十分な保護にはならない。売主に先取特権が付与されるのは、取得者の財産体の中に、取得者の債権者の共通担保となる不動産を投入したからである。同様のことは旧2103条2号についても言えて、取得に要する金銭を貸与した者は取得者の財産体の中に資産を投入したと言える。しかし売主の債権者との関係では同様には言えない。提供された金銭は売主の財産体の中で不動産に取り替わっているものであり、それを増大させてはいない。そのため、売主の債権者との関係では資金提供者に先取特権を認めることはできない。旧2108条によって金銭貸与者に認められた遡及効は先取特権を対抗できる債権者に対してのみ機能する、すなわち取得者の債権者に対してのみ認められるのであって、売主の債権者に対しては遡及効は認められないのである（以上、Daublon, *op.cit.*, n°3.）。

59) Rémy, *op.cit.*, n°18.

60) Rémy, *op.cit.*, n°19.

61) Rémy, *op.cit.*, n°22 et 23.

代位の場合には解除権の独自の有用性はない。この点はティビエルジュと同じである。

しかし、買主倒産時における先取特権・解除権の帰趨という観点からは解除権への代位にも意味を見出すことができる⁶²⁾。レミーによれば、倒産手続では少なくとも次の5点が先取特権の阻害要因となる⁶³⁾。登記実行の義務付け・他の債権者と同様に課される届出義務・先取特権の被担保債権確定までの追及権の停止・1967年法41条の失権・強制和議終結以前に提出されなかった債権の失権である。これらの場合には先取特権行使が認められないのに対して、解除権は行使できる。したがって、ここでは解除権行使に独自の利益がある。これはティビエルジュには見られなかった観点である。

レミーは売主が完全に弁済を受けた結果として完全な代位が生じる場合、買主倒産という特別な事情の下では、解除権への代位にも利益があるとする⁶⁴⁾。

他方、部分的な代位の場合には、売主と資金提供者の双方が解除権を有することとなるが、解除権には訴権の不可分性が認められる⁶⁵⁾から解除権者全員が一致して行使することが要求される⁶⁶⁾。その結果、売主と資金提供者のいずれも単独では解除権を行使できないことになる⁶⁷⁾。レミーは、売主は1670条⁶⁸⁾にも拘らず単独で解除権を行使できるとの見解を取らない。レミーによれば、こうした考え方は、旧1252条⁶⁹⁾が一部しか弁済を受けていない被代位者と代

62) Rémy, op.cit., n°24 et 26.

63) レミー論文は1978年に公表されたものであるので、1967年の法律の下での議論であることには注意を要する。

64) Rémy, op.cit., n°30.

65) この点は必然ではない。レミーは、以下のようにして解除権の不可分性を根拠づける。

金銭債権が分割債権となるという原則はここでも排除されない。しかし、解除権の不可分性は、共同売主による買戻しやレジオンによる取消しに関する1670条・1685条の類推適用による。この規定の趣旨は、一部が解除されることによって買主が共有状態に置かれるのを避けることにある。これが共同売主による解除についても同様でなければならない。類推の根拠も、共有を避けることにある。(Rémy, op.cit., n°34.)

66) Rémy, op.cit., n°32.

67) Rémy, op.cit., n°35.

位者の関係にのみに関する規定であることを忘れたものであって不適切であるとされる⁷⁰⁾。このように売主単独での解除権行使を否定する点でレミーはティエルジュと異なる見解に立つ。

そしてレミーは、解除権の共同行使を義務付けることの意義を売主単独では解除権を行使できない点に見出す⁷¹⁾。売主が単独では解除権を行使できないことから、資金提供者の先取特権が保存されるということである。

しかしこれでは資金提供者自身も解除権を行使できず、両すくみとなってしまふ。そこで実務上、資金提供者の便宜のために、売主に資金提供者のために解除権を行使することを義務付ける条項と、売主が解除権を放棄する条項が用いられる⁷²⁾。

後者の条項については、代金完済前になされる解除権の事前放棄は無効なのではないかとの疑念が生じる。レミーは、第1に、売主に解除権を与えた1654条⁷³⁾は公序ではないこと、第2に、類推の観点から、解除が損害賠償と同様にフォートによる契約の不履行に対する救済であるのであれば、免責条項と同様に解除権放棄も認められなければならないことを理由に解除権の事前放棄も有効であるとする⁷⁴⁾。

68) 1670条「ただし、前二条の場合には、取得者は、すべての共同売主又はすべての共同相続人の間で土地建物の全部の取戻しについて協議をととのえるために、それらの者が訴訟に参加することを要求することができる。それらの者が協議をととのえない場合には、取得者は、請求を免れる。」

69) 旧1252条「前数条に定める代位は、債務者に対しても、保証人に対しても生じる。部分的にのみ弁済したときは、代位によって債権者を害することができない。この場合には、債権者は、部分的弁済のみを行った者に優先して、自己に支払われるべきものについてその権利を行使することができる。」

70) Rémy, op.cit., n°36.

71) Rémy, op.cit., n°37 et s.

72) Rémy, op.cit., n°49. これらが認められれば代位は不要とされる (Rémy, op.cit., n°53.)。M. Dagot, La renunciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble, JCP N1986, p.361, n°3によれば、解除権放棄はしばしば行われているという。

73) 1654条「買主が代金を支払わない場合には、売主は、売買の解除を請求することができる。」

以上のように、部分的な代位の場合は、資金提供者による解除権への代位には、売主による解除権行使を妨げることによって、自己の有する先取特権が消滅しないようにするという意義がある。

(c) 解除権の事前放棄が有効であることについてはダゴが詳細に論じている。

ダゴによれば、解除権の放棄が抵当権者のような第三者のためになされる場合、その有効性を否定するのは難しいとされる⁷⁵⁾。それは、解除権が放棄されることによって買主が融資を得られるようになり、売買代金が回収できるようになるという意味で、売主にとっても利益があるからである。

これに対して、当事者間では、売買契約の双務契約性ゆえに解除権事前放棄条項は無効ではないかとの疑念が生じる⁷⁶⁾。破毀院⁷⁷⁾は賃貸借において支払請求権事前放棄を無効としており、これが売買契約にも適用されるかが問題となる。しかしダゴは、破毀院判決の射程は売買契約の解除権放棄には及ばないとする⁷⁸⁾。その理由は、第1に、売買契約の解除において問題となるのは支払訴権ではないことである。解除権を放棄しても売主は買主の有する財産を差し押さえる広範な権利を保持している点で、履行請求自体ができなくなる支払訴権の放棄とは異なる。第2に、解除権の放棄といっても、売買契約に特有の1654条であって双務契約一般に関する旧1184条⁷⁹⁾ではないことである。1654条は、

74) Rémy, op.cit., n°53.

75) Dagot, op.cit., n°15.

76) Dagot, op.cit., n°22.

77) Cass., 19 janv. 1863, S.1863.1.185.

78) Dagot, op.cit., n°27-37.

79) 旧1184条「①解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその約務をなんら満たさない場合についてつねに予定されている。

②この場合には、契約は、なんら法律上当然に解除されない。約務の履行をなんら受けなかった当事者は、あるいはそれが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、あるいはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。

③解除は、裁判上で請求しなければならない。被告には、状況に従って期間を付与することができる。」

第三者の利益をも考慮した規定であって、支払いを受けていない売主のために導入された独自性のある担保である。支払訴権が解除権によって担保されるという関係に立つ。ダゴによれば、こうした仕組みは、不動産売主先取特権の公示がなされていない限りは解除権行使が第三者に及ばないという、解除権と不動産売主先取特権とのつながりによって根拠づけられる。解除権が真の担保であるからこそ、こうした公示の仕組みが構築されるのである。

このように解除権は担保である。そして、不動産売主は担保を放棄することができるのであるから、売主先取特権を放棄できるのと同様に事前に解除権を放棄することができる⁸⁰⁾。また、権利自体は保持しつつも公示を放棄することもできる。対抗要件を具備しない担保権ということになる。

ダゴによれば、解除権放棄は第三者のためになされるときはそれが売主の利益ともなることから有効であり、そうでない場合であっても解除権が担保権としての性質を有することから放棄可能と結論付けられるのである。

(2) 第2に、売主の先取特権と資金提供者の先取特権との優劣が問題となる。見解は分かれている。

一方の見解によれば、資金提供者の先取特権は売主の先取特権に劣後する⁸¹⁾。その理由は、購入資金捻出のために買主が資金提供を受けるという制度趣旨に求められる⁸²⁾。また、この見解を支持する論者によるものではないが、債務者の財産体に財を最初に投入したのは売主だからだとされる⁸³⁾。

これに対して、売主と貸主が競合するときは、両者は平等に扱われるとする見解も見られる。レミーは、旧2103条は順位付けをするものではないこと、1971年の法律によって旧2103条2号が改正される以前であれば資金提供者は

80) Dagot, op.cit., n°38.

81) Legeais, op.cit., n°677.

82) Thibierge, op.cit., n°12は、明文はないが当事者の関係から明らかであるとするが、本文で述べたような趣旨であろう。

83) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°897.

売主の先取特権を代位行使するものとして一部弁済の場合は被代位者が代位者に優先するとの旧1252条により売主は貸主に優先すると言えたのが妥当しなくなったこと、こうした規定がないところでは先取特権の順位的一般原則によって売主優先の理由を探らなければならないがそのようなものは存しないこと、を理由とする⁸⁴⁾。また、カブリラックらは、資金提供者による融資がなければ不動産が債務者の責任財産に含まれることはなく、また、売主と資金提供者の両者の対抗力も同時に生じるものと規定されていることを理由とする⁸⁵⁾。

もっとも、合意により優先権を放棄することは許される⁸⁶⁾ことから、この対立は実際上の問題を生じさせない⁸⁷⁾。

(3) 第3に、先取特権の被担保債権たる不動産購入代金債権について保証人がいる場合、先取特権者である資金提供者が保証人に対して負う義務が問題となる。破毀院は、先取特権者は特段の合意がなくても保証人に対して先取特権を登記する義務を負う。その結果、先取特権の登記がなされなかった場合には債権者にはフォートがあることになり、保証人は免責される、という⁸⁸⁾。

この判決の註釈でルジェは次のように論ずる⁸⁹⁾。2314条⁹⁰⁾の文言を引き合に出して先取特権者の登記義務を導き出すことも可能ではあるが、これには異論を提起する。また、この判決によれば、従前に比べて金融機関の義務が

84) Rémy, *op.cit.*, n°2.

85) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°897.

86) Picod, *op.cit.*, n°362は、実務では金融機関は売主に対して売主先取特権の事前譲渡と解除権の放棄を要求するという。

Thibierge, *op.cit.*, n°13によれば、こうした変更合意は誰をも害しないので公示しなくてよいとされる。ただ、売主の債権者をも害することがないのか疑問もある。

87) この問題に関する判例が存しない理由として、実務上は事前に売主から譲渡がなされていることを挙げる (Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°897.)。

88) Cass. civ.1, 3 avr. 2007, JCP E 2007, n°23, p.17.

89) Note par D. Legeais, JCP E 2007, n°23, p.17 et s.

90) 2314条「保証人は、債権者の行為によって、債権者の権利、抵当権及び先取特権への代位が保証人のためにもはや生じえないときは免責される。」

重くなり、金銭消費貸借契約において保証人の存在が予期されていない場合であっても、先取特権を登記しなければならない。先取特権を登記しない限り、保証と他の担保との重畳によって債権者の権利が弱体化するという、当初の目的に反する結果となる。破産院の狙いは先取特権の登記を義務付けることによって、担保の重畳を制限する点にある。被担保債権に保証人が付された場合には抵当権へと移行することになろう⁹¹⁾。ただし、設定者が抵当権設定を拒絶した場合には抵当権設定を強要することはできず損害賠償に止まるため、問題が生じうる。また、抵当権設定の方が先取特権の登記よりも費用が掛かるが、保証人保護のために、主債務者に抵当権設定費用という追加負担を課するのが適切なのかという問題もある。

ルジェの見解に依拠するのであれば、保証人を徴求できるような強い債権者は先取特権によるのではなく、合意による抵当権設定へと誘導される。その意味では、先取特権はもっぱら保証人を徴求できないような弱い資金提供者のためのものということになるであろう。また、抵当権設定費用は主債務者の負担になるであろうから、不動産買主の資金調達費用は上昇することとなる。資金の供給を促進することによって不動産取得を促進するという目的には反することになりそうである。

もっとも、先取特権の登記義務付けが実務上どれだけの負担増をもたらすのかは明らかではなく、ルジェの見解の妥当性判断には慎重な検討を要する。

第3節 小括

不動産購入資金提供者の先取特権は民法典制定時から明文で認められていた。ここでは、提供された金銭と購入された不動産との牽連性を明らかにする目的で二重の証書要件が課された。このように金銭の出所が明確にされることにより購入者の他の債権者を害することが防止されている。ところが、この二

91) なぜ抵当権に移行するのか、この論理は必ずしも明確ではない。当初は保証人の存在を予期しておらず、二重の証書要件が満たせなかったゆえに先取特権を登記できないケースを想定するものだろうか。

重の証書要件は人的代位のそれと同一であり、不動産売主にも先取特権が認められていることから、資金提供者の有する先取特権の位置づけが争われた。当初の学説では代位説も有力に主張された。しかし、1971年の改正により代位がなくとも先取特権が認められることが明らかとなり、この論争は終結した。

資金提供者は自身の有する先取特権を行使することによって、消費貸借契約で定められた約定利率に基づいて利息を得ることができる。この利息は通常は売主が取得しうる利息よりも高額となる。とはいえ、資金提供者が売主の先取特権に代位する意味がなくなったわけではない。代位によって売主の有する解除権を行使し得る点に代位の意味が見いだされている。ところが、資金提供者が解除権を代位行使することに意味があるのかについてはティビエルジュやレミーによって再検討がなされ、限定された状況でのみ意味があることが明らかとなった。すなわち、解除後の再売却にかかる費用と競売手続に係る費用とを比較して前者の方が低い場合、買主が倒産した場合には解除権を代位行使することに意義が見いだされる。また、代位が部分的なものに止まる場合、資金提供者が解除権を代位行使することには、売主が単独で解除権を行使するのを妨げる機能がある。逆に言えば、解除権の代位行使が認められない場合には、資金提供者自身の先取特権に独自の意義が認められることとなる。

不動産売主の先取特権と資金提供者の先取特権との優劣については、前者が優先するとの見解と平等であるとの見解とに分かれる。しかし実務上は合意による優先権放棄がなされることから、問題が生じることはない。

不動産購入代金債権について保証人がいる場合、先取特権者はそれを登記する義務を負う。その結果、保証人を徴求できるような資金提供者は先取特権に頼るのではなく抵当権を利用するように方向づけられることとなり、先取特権の重要性が低下する可能性がある。

第2章 わが国における不動産購入資金提供者の先取特権

現行法において、不動産購入資金提供者には先取特権は認められていない。この種の先取特権はボアソナード草案と旧民法典には規定されていたものの、

現行法の制定過程において消滅している。起草者によれば先取特権規定は旧民法債権担保編第4章に修正を加えたものとされる⁹²⁾が、修正によって消滅しているのである。

本章では、ボアソナードはフランスにおける不動産購入資金提供者の先取特権制度をそのまま移入しようとしたものなのか、なぜこの種の先取特権は現行法に取り入れられなかったのかを検討する。

第1節 旧民法典まで

(1) 不動産購入資金提供者の先取特権はすでに明法寮改刪未定本民法1085条⁹³⁾で認められている⁹⁴⁾。次のような規定である。

「不動産ニ付テノ特権ヲ有スル者ハ左ノ如シ

第一 不動産ヲ売リタル者ハ其値ヲ得ル為メ其不動産ニ付特権ヲ有ス可シ

不動産ノ所有者数人ヨリ数個ノ不動産ヲ買入シ者値ノ全部又ハ一部ヲ払ハサルトキハ最初ノ売主第二次ノ売主ヨリ先ニ償ヲ得第二次ノ売主第三次ノ売主ヨリ先ニ償ヲ得其他皆之ニ倣フヘシ

第二 不動産ヲ買入ル、為メノ金高ヲ貸与ヘシ者其金高ハ不動産買入ノ用ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証書ニ記シ且売主ノ受取書ニ其買主ノ払フタル金高ハ其貸主ノ貸与ヘタル金高ナルコトヲ証書ニ記シタルトキハ其貸主其不動産ニ付キ特権ヲ有ス可シ

第三 建築者請負人等家屋ヲ建造シ及ヒ溝渠ヲ穿開シ及ヒ此等ノ物ヲ修理シ又ハ其他ノ造築ヲ為スタメノ使用ヲ受ケタル人夫ノ賃銀ニ付テハ其償ヲ得ル為メ亦前項二等シキ特権ヲ有スヘシ

原二千百
十条見合

第四 又人夫ノ雇賃ヲ払フ可キ為メ其金高ヲ貸与ヘタル者モ亦特権ヲ有ス可シ但シ其権ヲ得ルニ付テハ其金高ハ人夫ノ雇賃ニ供ス可キコトヲ証書ニ記シ且人夫ノ受取書ニ其金高ヲ以テ其雇賃ヲ得タルコトヲ証書ニ記ス可キコト第二項

92) 『法典調査会民法議事速記録 二』(商事法務研究会・昭和59年) 368頁〔穂積陳重〕。

93) 前田達明編『史料民法典』(成文堂・平成16年) 344頁。

94) 皇国民法仮規則(明治5年) 1085条・1090条も同様である(前田編・前掲440-441頁)。

ニ記スル所ニ等シトス」

以上がフランス民法旧2103条1号・2号・4号・5号とほぼ同じであることは明らかである。

明治11年民法草案⁹⁵⁾では第三が付加されることによって、条文構造がさらにフランス民法に近づく。

1672条「不動産ニ付テノ先取りノ特権ハ左ノ如シ

第一 不動産ヲ売リタル者ハ其値ヲ得ル為メ其売リタル不動産ノ価額ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

一箇ノ不動産ヲ数人ニ転売シテ其代価ヲ受取ラサル時ハ第一次ノ売主ハ第二次ノ売主ニ優リシ先取りノ特権ヲ有シ第二次ノ売主ハ第三次ノ売主ニ優リシ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第二 不動産ヲ買入ル、為メノ金額ヲ買主ニ貸与ヘシ者公証人ニ其貸渡ノ証書ヲ記セシメテ其金額ハ不動産買入ノ用ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証シ且売主モ亦公証人ニ其代価ノ受取書ヲ記セシメテ其買主ノ払フタル金額ハ其貸主ノ貸与ヘタル金額ナルコトヲ証シタル時ハ其貸主其不動産ノ価額ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第三 〔略〕〔不動産分割の先取特権〕

第四 家屋ヲ建造シ溝渠ヲ穿開シ及ヒ此等ノ物ヲ修復シ又ハ其他ノ造築ヲ為シタル建築者請負人及ヒ其他ノ工丁ハ其造築ヲ為ス前ニ其地ノ初審裁判所ヨリ任シタル評価人ヲシテ其不動産ノ値ヲ証スル評価書ヲ作ラシメ且其造築ヲ完了シタルヨリ六月内ニ更ニ其裁判所ヨリ任シタル評価人ヲシテ其不動産ノ値ヲ証スル評価書ヲ作ラシメタル時ハ其造築ニ因レル不動産ノ増価ニ付キ先取りノ特権ヲ有ス可シ

第五 前項ニ記スル建築者請負人及ヒ其他ノ工丁ノ払フ可キ金額ヲ貸与ヘタル者公証人ニ其貸渡ノ証書ヲ記セシメテ其金額ハ造築ノ入費ニ供スル為メ貸与ヘシモノタルコトヲ証シ且建築者請負人及ヒ其他ノ工丁モ亦公証人ニ其金額ノ

95) 前田編・前掲596頁。

受取書ヲ記セシメテ其造築ヲ為サシメタル者ノ払フタル金額ハ其貸主ノ貸与ヘタル金額ナルコトヲ証シタル時ハ其貸主前項ニ記スル所ニ等シキ先取りノ特権ヲ有ス可シ」

いずれもフランス民法を引き写したのみであり、不動産購入資金提供者の先取特権を自覚的に導入したものとは言い難い。

(2) ボアソナード草案では、不動産購入資金提供者の先取特権の存在につき 1671 条第四が、先取特権の成立要件につき 1680 条が定める。それぞれ以下のような規定である⁹⁶⁾。

1671 条「左ノ債権ニ付テハ下ニ定メタル条件ニ従ヒ不動産ニ係ル先取特権アルモノトス

第一 売買、交換又ハ其他ノ有償所為若クハ負担ヲ帶ル無償所為ニ関スルモ不動産ヲ移付シタル者ハ其移付シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第二 共同派分者ハ派分中ニ包含シタル不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第三 工匠、土木師及ヒ工事請負人ハ自己ノ工事ニ因リテ不動産ニ生スル増価ニ付キ先取特権ヲ有ス

第四 先取特権ヲ発生セシム所為ノ当時ニ於テ全部又ハ一分ニテ移付者、共同派分者、工事請負人ニ支払ヒタル金円ノ貸主ハ右同一ノ不動産ニ付キ先取特権ヲ有ス

第五 〔略〕〔財産分離の先取特権〕」

1680 条「前条ニ掲ケタル先取特権ハ移付、派分又ハ工匠、技術師若クハ工事請負人トノ契約ノ当時ニ於テ売買若クハ不分明物公売ノ代価、交換若クハ派分ノ補足額又ハ工事ニ付キ内金トシテ支払ヒタル金額ノ弁済ノ為メ金円ヲ貸付ケタル者ニ直接ニ且法律ニ憑テ属ス但其金円ノ貸付及ヒ使用ヲ此等ノ所為ノ関係アル証書中ニ記載シタルトキニ限ル

若シ移付者、共同派分者又ハ工事ノ為メノ債権者ノ利益ニ於テ先取特権ノ発

96) 前田編・前掲 897 頁。

生セル後ニ金円ヲ貸付ケタルトキハ貸主ハ第千二条及ヒ第千三条ニ定メタル条件ト方式トニ従ヒ債権者又ハ債務者ヨリ合意上ノ代位ヲ得タルニ非サレハ先取特権ヲ得取セス

〔3項略〕

ボアソナードによれば、不動産先取特権の根拠は動産特別先取特権の場合と同様に、債権者が未払いの対価を受け取るのを条件としてある価額を債務者の資産中に給付した点にあり、価額提供者と競合する形でこうした価値から他の債権者が支払いを受けるのは不当である点に求められる。そして、資金提供者の先取特権については、「貸主カ交代シタル (ils ont pris la place) 前ノ三箇ノ債権者ニ対スル異ナル所ナシ」と説明しており、資金供給という形で債務者の責任財産を増加させたことが先取特権を付与する理由とされる⁹⁷⁾。この点は、フランスにおける議論と同様である。

ボアソナード草案がフランス民法と異なる点は次の2点ある。

第1に、資金提供者の先取特権がフランス民法と同様に2号と5号に分離されていたものが、4号に一括して規定されるようになる。この点につきボアソナードは4号がフランス民法旧2103条2号や5号と比べてより広範な規定となっていることを理由とする⁹⁸⁾。本稿に関する限りでは形式的な整理の仕方の相違のみであり、内容にかかわるものではない。

第2に草案は、貸付の関係する所為のときに貸し付けた場合と、それ以後に貸し付けた場合とを区別している。前者においては、先取特権は主たる債権者に関係なく債権者の身に直接かつ法律によって成立する。貸付金によって契約時に弁済を受けた売主・分割者・請負人は暫時の間も債権者とならないとされる。なぜなら、この場合には資金提供者は先取特権に代位するのではなく初

97) G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, nouvelle édition, t.4, 1891, n°332.

98) Boissonade, *op.cit.*, n°331. フランス民法が特別の理由もないのに分割の補足金・共有財産の競売代価を弁済するためにした貸与を遺脱しているのを不当として、これを包含している (Boissonade, *op.cit.*, n°352.)。

めから法律によって先取特権を与えられたものだからである。この場合は代位の生じる余地がないということである。こうした理由により、草案ではフランス民法と異なり、2つとも公署証書である金銭の用法を付した貸付証書と起源を指示し代位を記載した領収証とを要求せず、ただ貸付とその使用をその関係する証書中に記載することで足りるとした。よって、証書は私署証書でも公署証書でもよい。後者においては、先取特権付債権がまず売主・分割者・請負人に帰属する。よって、この場合は草案1002条・1003条の定める「合意による代位」によらなければ、先取特権の付与された債権は金銭貸与者に移転しない⁹⁹⁾。

草案1002条は債権者の与えた代位について規定しており、受取証書に代位を明記することで足りる。また草案1003条は債務者の与えた代位について規定しており、この場合は、借用証書に金銭の用途を記載し受取証書に金銭の出所を記載することが要件となる。

また、資金提供者の先取特権についてボアソナードは、この先取特権は金銭貸主が先取特権を有する本主に弁済したことによって合意による代位をするのと必ずしも常に重複するものではないことに注意を要するという¹⁰⁰⁾。これはボアソナード自身が代位説に立たず¹⁰¹⁾、19世紀末という比較的早い時期に自律説に立っていたことを示すものである。

公示方法については草案1191条に定められており、譲渡人、分割者、工事請負人と同一の方法¹⁰²⁾によるものとされる（同条1項）。

このほか、フランス民法自体には定めがないものの金銭を貸し付けた者の先

99) 以上、Boissonade, op.cit., n°352.

100) Boissonade, op.cit., n°331.

101) ただし、前述のように「貸主か交代シタル (ils ont pris la place) 前ノ三箇ノ債権者」とも述べており、ここには代位説の片鱗を見て取る事ができる。

102) 譲渡人の場合には所有権移転証書の登記（草案1184条1項）、分割者の場合には分割証書の登記（草案1185条）、工事請負人の場合には工事開始前に作成された原状を明らかにする証書と工事完成後3か月以内に作成された工事による増価を証する証書の登記である（草案1179条1項）。

取特権が規定されている。それは、動産特別先取特権を定めるボアソナード草案1151条第9に掲げられた、保証金を供する義務がある公吏に保証金を貸し付けた者の先取特権である。ボアソナードは保証金を貸し付けた者は公吏の職務上の行為による被害者が弁済を受けて初めて先取特権を行使し得ると定める草案1168条の註釈においてフランスの法律¹⁰³⁾を参照させており、この先取特権はボアソナードの独創というわけではない。この先取特権が認められた理由は次のように説明される¹⁰⁴⁾。公吏になろうとする者が保証金を提供するだけの財産を有さず、財産を有する者が能力を有しない。そこで財産を有する者に公吏志望者への貸付を奨励するのが望ましい。その最良の方法が保証金に先取特権を付することである。そして先取特権の公示に関しては、他の債権者を害さないために、金銭貸主は貸付時にまたは異議又は差押えがなされる前に規則に従って権利を知らせることが求められるが、この保証金提供の対象となる職種・金額・保証金の払い込み先となる公的期間・利息などを定めるのは民法典ではないので、公示に関しては民法典に規定を置かなかったものとされる。

(3) 旧民法債権担保編の関連規定はボアソナード草案の直訳といっても良いものであり、説明もボアソナードのそれと酷似する。債権担保編165条が草案1671条に、債権担保編176条が1680条に、債権担保編146条が草案1151条に、債権担保編162条が草案1168条にそれぞれ対応する。

旧民法の解説書においても、不動産購入資金等の提供者に認められる先取特権は、代位とするフランス民法とは異なる性質のものとされている¹⁰⁵⁾。また、契約時に金銭の支払がなされる場合には代位の生じる余地がない¹⁰⁶⁾とする点

103) 1805年1月15日の法律、1805年2月25日の法律、1806年8月28日の法律、1812年12月22日の法律が挙げられている。

104) Boissonade, op.cit., n°322.

105) 宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 第一巻』(新法注釈会・刊行年不明) 845頁。

106) 鶴丈一郎ほか『民法疏義 担保編』(岡島宝文館・明治24年) 525頁、井上操『民法詳解 債権担保編之部 下巻』(岡島宝文館・明治25年) 267頁。

もボアソナードの見解を踏襲するものである。

債権担保編176条の存在理由は次のように説明される。売主・分割者・請負人に先取特権を付与する必要があるというのならば、その債務者に金銭を貸し付け、債権の弁済を可能ならしめた者にも先取特権を付与する理由があることは一層明白である。なぜなら、その貸付は債務者の急を救い、契約を完全に履行するのを可能とし、当事者の関係を円滑に終了させるものだからである¹⁰⁷⁾。この説明はボアソナードの説明と比べると詳細であるが、草案1168条に対する説明で金銭の貸付を奨励するものとして先取特権が位置付けられていたことを想起させる。債権担保編162条但書の存在理由は、公吏が第三者と共謀して保証金は第三者から借り入れたものであるとして他の債権者を害するのを避けることにある¹⁰⁸⁾。この説明はボアソナードと同一である。

第2節 現行法制定過程

(1) 法典調査会で先取特権について説明をしたのは穂積陳重である。

穂積は「先取特権ニ関シマスル既成法典ノ規定ハ全体カラ申シマスト既成法典ノ中デ最モ能ク整フテ居ルモノト私ハ考ヘルノデアリマス」。順序を整え理屈を貫徹させるために規定が細密となり微妙な区別がなされたために「其規則ガ繁雜ニナツテ居ルト云フ弊ガアラウト思ヒマスガ余程研究ガ能ク届イテ居ルモノト考ヘマス」として、旧民法の先取特権規定は多少煩雑ではあるもののよくできた規定であるとの肯定的評価をする¹⁰⁹⁾。

その上で、先取特権を認める際の基本方針として、以下の3点を挙げる¹¹⁰⁾。すなわち、先取特権を認めると他の債権者に害を及ぼす恐れがあることから総債権者を害さないようにすること、先取特権を認めないことによってある債権者が自己の財産を他の債権の弁済に供することになるのを避けること、優先権

107) 井上・前掲266頁。

108) 鶴ほか・前掲465頁、井上・前掲181頁。

109) 速記録368頁〔穂積〕。

110) 速記録369頁〔穂積〕。

を与えないと「社会ノ風儀上或ハ経済上」害を及ぼす場合には先取特権を認めること、である。ここで、物の保存に関する先取特権の例を挙げ、この場合先取特権を認めないと保存者が損失を被り他の債権者が不当に利益を得るとする。

ところが、穂積はここで先取特権の成立範囲を旧民法と比べて狭める方向を示す¹¹¹⁾。すなわち、債権の力の強弱、社会の需要に対する必要の多少はわかりにくいことから、やむを得ないものだけに先取特権を付与するという主義をとった。動産が不動産に付着した場合や目的物が旅店主人の手を離れた場合のように目的物が変容した場合にも先取特権を存続させるというのも理由のないことではないが、これも簡単にしてやむを得ない場合にとどめるのを本則とした、というのである。目的物が姿態変換をした、あるいは、目的物の所在が変動した場合には、先取特権を認めないということである。したがって、先述した3点の基本方針に反するような場合であっても、法内容の明確性を保つために先取特権を認めない場合が生じることとなった。理論上、先取特権の正当化ができないために否定されるわけではない。本稿で取り上げた不動産購入資金提供者の先取特権については言及されていないが、法典調査会に提出された原案では削除されており、先取特権の目的物が姿態変換した一例として扱われたものと考えられる。

不動産先取特権を列記する草案325条では不動産賃貸・売買の先取特権のみが認められていた。旧民法で認められていた不動産先取特権を削除した理由について、わずかではあるが説明がなされている。

旧民法では不動産の譲渡に含まれていた補足額や負担を伴う譲渡・交換の先取特権を削除した点については以下のように説明する。これらを削除したのは旧民法に理屈がないからではなく、先取特権は極めて特別の保護であるし、簡単にして必要なものに限るという主義によったのである、というのである¹¹²⁾。これは前述の方針そのものである。また、分割の場合を削除した理由は、

111) 速記録369頁〔穂積〕。

弁済を受けるためには売却を請求できるという規定〔現259条2項〕があることから、先取特権を付与する必要がほとんどなくなった。先取特権を付与してしまうと259条が効力を全う出来なくなってしまう、とされる¹¹³⁾。

そして、本稿の対象である資金提供者の先取特権については、先取特権がなくとも代理訴権で同じ保護を受けるから、金銭貸主に動産先取特権を付与しなかったのと同様にしたと説明されるのである¹¹⁴⁾。

以上のように、先取特権規定の簡素化を図る目的、ならびに、その1つの現れでもあるが、他の法制度によって処理できる場合については先取特権を付与しないとの考えから、先取特権が削除されているのである。

公吏保証金貸与者の動産先取特権も削除されている。その理由は次のように説明される。先取特権の原因が間接の原因にすぎないものには先取特権を与えないこととした。例えば、公吏の保証金を貸与した債権者の先取特権である。これを認める理由がないというわけではないが、認めてしまうと特権付与の範囲が広きに失することから削除した。先取特権は強力な優先権であって他の債権者に不利益なものであるから、特権付与の範囲及び目的物を限定しやむを得ない場合にのみ先取特権を認めるという主義を取った¹¹⁵⁾。

ここでもやはり、先取特権の削除は理論上の問題ではないとされる。そして、先取特権付与の範囲を限定することが削除の理由とされる。先取特権規定の簡素化という不動産先取特権の場合の理由づけとは多少理由づけが異なるようにも見えるが、先取特権成立原因を限定することが他の債権者にとっての予見可能性を高めることになることから、同様の目的であると言ってよいであろう。

112) 速記録498頁〔穂積〕。ただし、交換については経済上の重要性が低く事例も少ないこと、補足額がある場合は交換規定において補足額について売買の規定が適用されることになると考えられることも指摘している。

113) 速記録498頁〔穂積〕。

114) 速記録499頁〔穂積〕。

115) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・昭和62年）317頁。

(2) 旧民法では認められていた資金提供者の先取特権が否定された理由は以上の通りであるが、草案327条の議論において磯部四郎が、不動産工事に用いられた材料を供給した者の売買代金債権を担保するために先取特権を認めるべきとの提案を行っている¹¹⁶⁾。供給したものが姿態変換して不動産となっているという点で不動産購入資金提供の場合と共通していることから、この提案をめぐる議論を概観する。

この提案に対しては、起草者である穂積が、材料が動産として存していれば322条〔現321条〕によって先取特権が存するが、不動産の一部となった場合に材料売主が先取特権を不動産全部に持つというのは難しい。よって、目的物の変質した場合はやむを得ない場合であると考えて、先取特権がなくなるとしたつもりである。ただし、毀損することなくして動産を不動産から取り去ることができる場合は、その動産について先取特権を存しておくのが良いのではないかと考えたが、そういったものには先取特権はないとした方がよいとの相談が起草者間でまとまった。旧民法債権担保編157条¹¹⁷⁾の規定はあるが、不動産工事では分離することができないことが多い。また、同条が定めるのは主として用法による不動産の場合であるから不要であると考えて削除した、と返答した¹¹⁸⁾。

これに対して磯部は、柱1本・石1つで全体に先取特権を及ぼすのが不都合であるというのならば、一部分だけ工事をした場合であっても同じように不都合なはずである、と批判する¹¹⁹⁾。磯部はさらに、請負人に材料を売って請負人がそれを工事に使う場合には、請負人の訴権を代理して持つ、間接に先取特

116) 速記録502頁〔磯部四郎〕。

117) 旧民法債権担保編157条「先取特権ハ売却物カ用方ニ因リ又ハ不動産ニ合体スル因リテ不動産ト為リタルトキト雖モ猶ホ買主ノ占有ニ在リ且變形セサル間ハ存続ス但合体ノ場合ニ於テハ不動産ヲ毀損セスシテ其物ヲ分離スルヲ得ルコトヲ要ス」

旧民法においては用途による不動産を認めていた（財産編9条）から、不動産を毀損せず分離しうることが広く認められたことに注意を要する。

118) 速記録500-501頁〔穂積〕。

119) 速記録501頁〔磯部〕。

権を持つことになる。旧民法に規定がないのは、動産が不動産に変じたから材料供給者に先取特権を認めないという趣旨であるに違いないが、工匠・技師の労力や材料の供給という要素が合して不動産となっている以上、材料供給者の先取特権を省く理由はないとして、修正案を正当化する¹²⁰⁾。

これを受けて穂積は、材料供給者が請負人の先取特権を代理行使するからといって、材料供給者が請負人に対して有する債権についても不動産先取特権が認められるとは言えない。材料を請負人に渡して請負人がその材料を使用したときには材料供給者の先取特権はなくなってしまう。よって間接訴権でいく場合と材料供給者自身が直接に債権を持っている場合とは異なる。それゆえ、請負人を通した材料の供給者に先取特権があるとは言えないと考える、とした¹²¹⁾。

以上の議論では、磯部が材料の供給によって不動産の価値が高まっていること、不動産工事先取特権との類似性があることを理由として先取特権を認めるべきだとしているのに対し、穂積は目的物が姿態変換している以上は先取特権がなくなるものとしている。また、請負人の有する先取特権の代位行使が可能であることも磯部の論拠とされており、穂積も代位行使の可能性は否定していない。しかし、やはり代位行使と材料供給者が自己の権利として先取特権を有することとの間には差異があると言わざるを得ないだろう。

第3節 小括

初期の民法草案ではフランス民法がほぼそのまま引き写されたため、資金提供者の先取特権も無自覚に導入された。

ボアソナード草案ではフランス民法を大いに参照しつつも、独自の規律も見られるようになった。本稿との関係では、資金提供が売買契約時になされた場合と売買契約後になされた場合とで分けて規律していることである。その理由

120) 速記録503頁〔磯部〕。速記録506頁でも、築造物の一原料は材料から成り立っていることは明らかであるから先取特権を認めるべきである、とする。

121) 速記録503-504頁〔穂積〕。

は、前者の場合には代位の生じる余地がないことに求められていた。また、ボアソナードはフランスの特別法を導入して、公吏の供した保証金を貸し付けた者に動産先取特権を与える。この先取特権は、保証金の貸付を奨励するという政策的目的を持ったものであった。旧民法典はその解説も含めてボアソナード草案と同様である。

資金提供者の先取特権は、法典調査会に提出された原案の段階ですべて削除されていた。その理由として挙げられるのは先取特権付与の範囲を限定するという目的であり、代位によることで先取特権を付与したのと同じ目的が達せられることであった。それと同時に、民法典の起草者自身も理論的な理由で削除したものではないことは認めていた。そして同様の考え方は、不動産工事材料提供者の先取特権を否定する際にも見られたものである。

第3章 考察

前章までで紹介した不動産購入資金提供者の先取特権をめぐる日仏の議論をもとに、先取特権を認めるか否かを決定する要素としていかなるものがあるのか、フランスで認められた不動産購入資金提供者先取特権は実効性のあるものなのかを検討する。

フランスではこの先取特権が認められ、わが国では認められていないという点からすると、日仏では全く異なる判断がなされたかのように見える。しかしそのように即断するのは適切ではない。わが国においても、理論上不適切だから不動産購入資金提供者には先取特権は認められないとされたわけではない。購入資金が姿態変換して不動産となったこと自体は認めているのである。これはすなわち、フランスにおいてこの先取特権が認められた理由である、債務者の財産増加への寄与を意味する。もっとも、厳密には消費貸借の利息分については不動産に姿態変換したとは言えない面もある。確かに、フランスではこの問題は議論されてはいないようである。しかし、不動産売主の先取特権への代位ではなく不動産購入資金提供者自身の有する先取特権を行使することの意義が消費貸借契約における約定利息を得られることにあることからすれば、この

問題を無視することはできない。とはいえ、不動産売主の先取特権についても同様の問題は生じている。すなわち、売買契約時に売却代金が一括して支払われる場合に比べて、遅れて支払われる場合には不動産売却価格は上昇する。売主が買主に対して与信しているわけである。この場合についても姿態変換が欠如しているのではないかという疑いが生じているわけではない。この問題をどのように説明するのか。この点は、不動産購入資金が提供されなければ不動産を購入すること自体ができなかったという牽連性の存在によって説明することができる。また、公吏の保証金貸主に先取特権を認めた理由が、資金提供の奨励という政策判断にあったことも想起されてよいだろう¹²²⁾。ただ、姿態変換が認められない利息分について無条件で先取特権を認めることができないため、3か月分に限定しているわけである。

日仏でこの先取特権の認否を分けたものは、先取特権規定の簡素化と売主先取特権への代位の位置づけである。前者はまさしく政策的な判断であり、どの程度の種類の先取特権を民法典に書き込むかという問題である。不動産買主の他の債権者からすれば、売主のほかに購入資金提供者が先取特権を有するのでは、購入資金提供者の存否を探索しなければならず複雑であるとも考えることもできる。しかし他方で、対抗要件を具備しない限りは他の債権者に先取特権を対抗できないのだから特に問題はないとも考えることもできる。不動産購入資金提供者に優先権を与えるべきか否かの価値判断が前面に出てくる問題である。

しかし、先取特権を否定したわが国の民法典起草者は不動産購入資金提供者に優先権を与える必要はないと考えたわけではない。売主先取特権を代位行使するので十分であると判断したわけである。そこで問題は、売主先取特権への代位で足りるかという問題に移る。

122) しかし、公吏保証金への資金提供の奨励が、有能ではあるが資金を有しない者であっても公吏となれるようにするという意味を持つものに対して、不動産の購入一般を奨励することが政策判断として正当化できるのかは疑問もある。居住用不動産に限定するのであれば資金提供を奨励するとの政策判断も肯定する余地があるが、そのような限定がなされているわけではない。

フランスにおいてはティビエルジュやレミーがこの問題に対する見解を示している。そこでは、解除権行使に伴うコストと先取特権行使の方法としての競売によることのコストの比較、倒産手続での先取特権の扱い、複数人に解除権が帰属した場合にそのうちの1人のみによる解除権行使の可否が問題を解決するための視点として提起されていた。これらの視点に立ってわが国の法制度を検討すると以下ようになる。

第1点に関しては、ティビエルジュも指摘するように解除後に再売却を行う場合には利息・費用を加算した金額での売却が可能であるかが問題となる。また、解除権を行使された買主を立ち退かせるのに要するコストも解除権行使に伴うコストに含まれる。競売のコストとしては競売費用のほかに競落費用が低く抑えられる傾向がある点も加味しなければならない。いずれのコストがより低いものと評価できるのか。この点については確定的な判断材料はなく、売主先取特権への代位が購入資金提供者の先取特権の代替物となりうるかは明らかではない。

第2点は倒産手続において先取特権にどのような効力を認めるかという問題に還元される。わが国においては民事再生・会社更生の場合には担保権消滅請求が認められており（民再148条以下・会更104条以下）、解除権の代位行使に優位に働く場面があることは否めない。

第3点は、わが国では民法544条で解除権に不可分性があること明らかとなっていることから、一部代位の場合に売主による単独での解除を制約する手段としての解除権代位行使の意義が見いだせる。もっともこの前提には解除権の行使によって購入資金提供者の先取特権は消滅するとの理解がある。先取特権の機能不全を補うものとして代位が位置付けられているものと言える。

以上のように、わが国においても、限られた領域では代位に独自の意義が認められる。

もっとも、フランスでは近時判例が出されていることから推測されるように、不動産購入資金提供者の先取特権は実務上も用いられている。対抗要件として二重の証書要件と登記が要求されるが、前者についてはフランスでは不動

産取引には公証人が介在するのが通例であることから、特段の負担を資金提供者に課すものとはいえない。また、登記には遡及効が認められることから抵当権設定に比べて有利であり、先取特権の登記をする誘因となっている¹²³⁾。これらの要素が不動産購入資金提供者の先取特権の実効性を高める役割を果たしている。こうした制度の上にさらに売主先取特権への代位を認めることの意義がフランスでは問題となっているのであり、資金提供者自身に先取特権を認めていないわが国とでは出発点が異なる。

そこで検討すべきは資金提供者の先取特権に独自の意義が認められるかという問題である。これは消費貸借の約定利率が取れるようになる点に求められていた。しかしその他の点では売主先取特権と同様の規律の下に置かれていることから、独自の意義は認めがたい。

以上から、利息の問題を除いては売主先取特権を代位行使することで足り、資金提供者に独自の先取特権を認める必要はないものと判断される。

おわりに

以上、日仏の議論を検討した結果、わが国で不動産購入資金提供者に先取特権を付与する必要はないとの結論に至った。その理由は不動産売主の先取特権への代位で足りるからというものである。

しかしこのことは、不動産売主の先取特権が実効性を有していることを意味するものではない。また、代位権を行使するためには被代位権利が存在しなければならない。民法340条は不動産売買先取特権の効力保存要件として¹²⁴⁾、売買契約と同時に不動産の代価又は利息の弁済がされていない旨の登記を要求する。しかし、不動産売買では代金未払いのまま買主に所有権移転登記がなされることは稀であるので、不動産売買先取特権の実際の意義は極めて薄いとさ

123) 道垣内編・前掲454-455頁〔今尾〕は、わが国においても売買目的物の所有権移転登記に後れての登記が認められてよいとする。

124) これを対抗要件と解するのが通説である。

れる¹²⁵⁾。そのため不動産売主先取特権の登記がなされることも少なく、代位権は行使できないこととなる。またボアソナードの指摘するように、売買契約と同時に資金提供がなされて代金が弁済された場合、被代位権利が発生しないから代位の余地はない。

このように、わが国では不動産売主の先取特権の代位行使には実効性がないと言わざるを得ない。そうだとすると、不動産購入資金提供者に先取特権を認める必要性が再度浮かび上がってくるのである。

*本稿は2019年度科学研究費補助金・基盤研究（C）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

125) 道垣内編・前掲454頁〔今尾〕。

