

船舶先取特権をめぐる諸問題

——改正案、とくに目的、代位などをめぐって——

志津田 一彦

目 次

1. はじめに
2. 船舶金融 2 条約とわが国の現状
3. 商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案と反応及び要綱
4. いくつかの問題点－残された課題など
5. 結びにかえて

1. はじめに

この十数年は、民法、会社法等をはじめ、社会経済情勢の変化に対応すべく、民事基本法の改正が相次いでいる。平成 13 年の司法制度改革審議会意見書でも、「基本的な法令は、可能な限り分かりやすく、一般にも参照が容易で、予測可能性が高く、内外の社会経済情勢に即した適切なものとすべきである」旨指摘されている。運輸法制研究会報告書（平成 25 年 12 月、商事法務研究会）が、公表された。

平成 26 年 2 月 7 日開催の法制審議会第 171 回会議で、法務大臣から法制審議会に対し、商法（運送・海商関係）等の改正に関する諮問第 99 号がされた。その諮問事項は、「商法制定以来の社会・経済情勢の変化への対応、荷主、運送人その他の運送関係者間の合理的な利害の調整、海商法制に関する世界的な動向への対応等の観点から、商法等のうち運送・海商関係を中心

とした規定の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」というものである。同会議で、新たに商法（運送・海商関係）部会を設置し、ここで調査審議を行うことが決定された。同部会（部会長は、山下友信東京大学大学院教授（当時））によって、平成27年3月11日に、「商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案」が、決定され、「商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」も出された。この中間試案については、平成27年4月1日から同年5月22日まで、パブリック・コメントの手続が実施された⁽¹⁾。その後、商法（運送・海商関係）部会第18回会議（平成28年1月27日開催）において、「商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱案」が決定され、法制審議会は、平成28年2月12日開催の総会で、「商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱」を決定した⁽²⁾。

ここでは、船舶先取特権をめぐる日本の現状と1993年国際条約・比較法などを概観し、商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案と反応、そして要綱をめぐり、とくに目的、代位などについて、若干の検討を行い、今後を展望したい。

2. 船舶金融2条約とわが国の現状

これについては、①拙稿「船舶金融」『現代企業法講義6 海商法』95頁以下（青林書院、1994）、②拙稿『船舶先取特権の研究』1頁以下（成文堂、2010）、③拙稿「船舶金融と船舶先取特権」堀龍児先生古稀祝賀『船舶金融法の諸相』133頁以下（成文堂、2014）、④『運輸法制研究会報告書』120頁以下（2013）など参照。②の第1編は①とほぼ同じ内容であり、③の脱稿後④が公表された。④は、これらを詳細に図表化するものである。なお、上記拙稿については、以下では、拙稿①、拙稿②、拙稿③と表示する。

1) 海上先取特権および抵当権に関する国際条約の基本的方向性

船舶先取特権は占有も公示も必要とせずに船舶抵当権に優先するため（明治31年商法修正案683条・現行商法849条。なお、ロエスレル商法草案913条12号「質物登記簿ニ記入シタル要求但其記入日附ノ順序ニ従フ」・旧商849条12号「船舶登記簿ニ登記シタル債権但其登記ノ日附ノ順序ニ従フ」も参照）、船舶抵当による金融に支障となることは早くから指摘され、先取特権の被担保債権を解釈論または立法論としてできるだけ制限しようとする傾向にある（『商法修正案理由書』210頁、212頁（明治31年7月、第4版、博文館蔵版）など参照）。

26年条約（1931年6月2日発効）では、被担保債権を限定し、米国の制度を参考に船舶抵当権に劣後する先取特権というカテゴリーを設けた（3条2項）。67年条約（未発効）では、契約債権に先取特権を認めないとする方針で（4条1項(iv)号）、さらに限定した。93年条約は、前の二つの条約の批准状況が思わしくなかったので、できるだけ多数の国家の同意が得られる条約を作成するべく検討された（2004年9月5日発効）。

1993年条約は、10か国目のNigeriaが2004年3月5日に加盟し、その6か月後の9月5日に、同条約19条により発効している。Russian FederationとSpainが加盟していることが注目され、2013年9月18日段階で17か国が加盟し、その後、2014年6月11日にCongoが加盟し、加盟国は18か国となっている（2016年8月末現在）。

2) 船舶先取特権を生ずべき債権

第一に、最大の論点は、いかなる債権に船舶先取特権が賦与されるかであり（明治31年商法修正案677条参照）、その優先順位である。拙稿・前掲③134頁以下参照。

従来から、次の（1）（2）（3）の分類が、一般的である。

（1）担保の原因をなす債権

①船舶・属具の競売費用と競売手続開始後の保存費用（商842条1号、26年条約2条1号、67年条約11条2項、93年条約12条2項）。②最後の港における船舶・属具の保存費（商842条2号、26年条約2条1号、67年条約11条2項）。③水先案内料・挽船料（商842条4号）。水先案内料につき、26年条約2条1号、67年条約4条1項(ii)号、93年条約4条1項(d)号。条約は、挽船料については、認めない。④救助料・船舶の負担に属する共同海損の債権（商842条5号、26年条約2条3号、67年条約4条1項(v)号）。救助料につき、93年条約4条1項(c)号。共同海損分担請求権については、93年条約は、先取特権を認めない）。⑤航海の継続の必要によって生じた債権（商842条6号、26年条約2条5号）。67年条約は、契約債権に先取特権を認めず、93年条約も同様。⑥船舶が、その売買または製造の後いまだ航海をなさない場合における、その売買または製造・艤装によって生じた債権および最後の航海のためにする船舶の艤装・食料・燃料に関する債権（商842条8号）。67年条約は、契約債権に先取特権を認めないが、6条2項では、造船者の債権と船舶修繕者の修繕債権については、留置権・possessory lien（先取特権に劣後、抵当権に優先）を国内法が認めていれば賦与してよい。93年条約は、留置権を賦与（7条）。

（2）公益的あるいは社会政策的意味のある債権

①航海に関して船舶に課した諸税（商842条3号、26年条約2条1号）。67年条約4条1項(ii)号、93年条約4条1項(d)号は、水路の料金のみ、認める。②雇用契約によって生じた船長・海員の債権（商842条7号、26年条約2条2項、67年条約4条1項(i)号、93年条約4条1項(a)号）。なお、93年条約同号は、船舶所有者の支払う社会保険料も賃金の一部と考え、含める。

（3）責任制限の対抗をうける債権

①船主責任制限法95条。67年条約4条1項(iii)号、93年条約4条1項(b)号は、船舶の利用に直接関連して生じた人の死傷に関する債権に先取

特権を与える。67年条約4条1項(iv)号は、財産的損害の場合は、契約債権に先取特権を認めず、不法行為による債権にのみ先取特権を賦与する。93年条約4条1項(e)号は、不法行為による財産的損害について、物理的損害のみを対象として経済損失を含まないとし、順位を67年条約の4位から5位に下げた。②船舶油濁損害賠償保障法40条。67年条約は、明確に規定していないが、油濁損害も人的損害や不法行為による物的損害に含めうる。93年条約4条2項(a)号は、放射性物質から生じた損害などとともに油濁から生じた債権に対しても先取特権を賦与しない。③国際海上物品運送法19条1項。93年条約4条1項(e)号但書は、複合運送において、眞の荷主の実際運送人に対する不法行為に基づく損害賠償請求を排除する。

なお、以上の債権については、他の手段による債権回収の可能性、制度の役割分担から、あるいは、個別具体的に債権（被侵害利益の価値）ごとに、考察するアプローチもある。

第二に、船舶先取特権の目的・効力・消滅についてである。

商法842条・843条・851条、26年条約4条は、先取特権の目的については、同様である。67年条約は、船舶に限定し、属具と未収運賃には言及していないが、国内法で属具と未収運賃に及ぼすことを禁じる趣旨ではないといわれる。93年条約4条1項もこれと同様である。消滅については、商法847条、26年条約9条（ただし、2条5号の債権は6カ月）、67年条約8条1項は、ほぼ同様に、1年の除斥期間を定める。93年条約9条も、同様であるが、1年の期間の始期を船員の賃金債権などの場合のみ、船員保護の観点から改められている（9条2項(a)号）。本稿では、船舶先取特権の目的にも焦点をあてる。

第三に、準拠法についてである。

わが国の通説は、担保物権も物権の一種であるから、被担保債権の準拠法に加えて、物権の準拠法も累積的に適用し、船舶の「物権の準拠法」を旗国法とするが、船舶先取特権の実行は事実上アレストと一体であり、法廷地法

を加味する見方もある。なお、準拠法に関する最近の裁判例として、水戸地判平成26年3月20日判決がある（判時2236号135頁）。多国籍企業の無国籍化という現象も指摘されるところであり、それに対する対策も必要とされるところである。

3) 1993年条約の概観—アルカンタラ弁護士の所見

ホセ・マリーヤ・アルカンタラ氏（Partner, Abogados Marítimos y Asociados (Madrid); Vice President, Iberoamerican Institute of Maritime Law: 1996当時）は、次のように紹介する⁽³⁾。

「93年条約は、諸海上先取特権が現在諸船舶モーゲージに対して享受する優越性を変更しない；共同海損と難破物除去請求権は消滅しているので、船舶モーゲージはランキングにおいて2つの場所を前進させているのみである。他方、諸海上先取特権の一般的優越性においてそれら自身の間である限定的な変更があり、その結果海難救助裁定額に対し、ある論理的な優越性を与えている。93年条約4条（諸海上先取特権）、同5条（諸海上先取特権の優先順位）

新たな優越性の大綱は次のとおりである：

1. 船舶のアレストまたは差押えおよびその後の売却から生じるコストおよび諸費用。これは26年条約に追手と同様に存続している。しかし、当該船員（the crew）の本国送還のような債務を含めるべく拡大されている。同12条（強制売却の諸効果）2項
2. もし締約国が国内法においてそのように規定すれば、公的機関によって負担される、座礁したあるいは沈没した1船舶の除去費用。この概念は、26年条約において暗黙で（implicit）あった。同5条1項・12条3項
3. 海難救助債権。それは、海難救助行動がなされる時点に先んじて生じるすべての他の諸海上先取特権に対し、優越性を有する。しかし、海難救助行動の終了後に生じる海上先取特権に対しては、そうではない。順位

における増強は、外交会議で数カ国の代表団によって、最も明白にはメキシコによって、意義を唱えられた。しかし、このフォーミュラは新しくはなく、67年条約で現れた。そして、それによって他の先取特権債権者とモーゲージ権者のためになりながら、当該船舶を保存する好意的諸行為と費用の、論理的な結果である。同4条1項(c)号・5条2項

4. 船長、職員、およびその他の乗組員に支払うべき賃金のための債権。これは優越性の点で26年条約〔67年条約…筆者挿入〕におけると同じランクである。もっとも本国送還費用および社会保険料を含むことによって広げられてきたが。同4条1項(a)号
5. 死亡または身体傷害に関する債権。26年条約と比較して、これらの債権は、海難救助裁定額に対して優先することにより、優越性において高くなっている。それらは、また、港湾、運河その他の水路の料金および水先案内料に関する債権をしのぐことにより、67年条約に比較して優越性を有する。同4条1項(b)号
6. 賃金や身体傷害や死亡に関する債権より前に生起した海難救助に関する債権。充分興味深いことに、1船舶に対する救援（assistance）の報酬のためのすべての債権は、「海難救助」（salvage）として資格があるもののを除いて消滅した。同5条2項4項
7. 港湾、運河その他の水路の料金および水先案内料に関する債権。これらの債権に付与される優越性は、26年条約（ランクにおいて第1位）および67年条約（第2位）の両者に対し、劣っている。外交会議に出席している数カ国の諸政府の不満を避けるために（コロンビア、メキシコ、パナマ各国は、そのような担保権（charges）を第2順位にあげることを提案した）、93年条約は、港湾当局間の債権のランクを削除するのではなく、むしろ低くしている。水先案内料および諸税に関する債権の同等化は、メキシコによって強く批判された。メキシコは、1船舶の船長による債権のランクに対し、水先案内料債権の同化を求めた。しかしな

がら、過去の諸国際会議において、水先案内料債権は、常に港の債権のランクに連結されていた。そして、当該外交会議はその実務を変更しなかった。同4条1項(d)号・5条2項3項

8. 積荷やコンテナおよび旅客の動産の滅失または損傷以外の、当該船舶の運航によって引き起こされる、物理的滅失または損傷から生じる、不法行為に基づく債権。最後の地位に落ちることによって、そのような債権は、26年条約および67年条約に比較して、地位を失う。同4条1項(e)号
9. 強制売却の時点で当該船舶の占有を有し、買受人に引き渡す限りにおける、造船者あるいは船舶修理者の留置権。この概念は、67年条約〔6条〕で導入されたけれども、26年条約〔3条2項〕とは完全に無関係となり、船舶モーゲージの所有者にとって不利になる後退の一歩を構成する。同7条
10. 登記（録）されたモーゲージ、「諸抵当権」（hypothèques）および諸担保権（charges）。同5条1項
11. 各国の国内法の下で付与される他の海上先取特権 同6条(c)項」と（条文表示については筆者加筆）。」

また、同氏は、93年条約について、次のようにまとめている。

「93年条約は、1つの重要な生産物であり、国際的に支持される価値があるにもかかわらず、それは、必ずしも完全には魅力的なものと考えられていないようである。商船団の発展を可能にするほどに、諸船舶モーゲージのためのより大きな保護を可能にするほどに、諸船舶モーゲージのためよりのより大きな保護を達成するという目標は、部分的にのみ達成してきた。……新たな条約は、26年条約に存在していたものと、93年の海事の世界を区別した相違の多くに取り組むことを失敗している。2つの反対の哲学が今日も存在する：ほとんどの海上先取特権に対して船舶モーゲージの優勢を支持するもの、そしてもう1つは、合衆国によって擁護されているが、広範囲のリ

ストの海上先取特権所有者と、諸モーゲージ債権者、諸船舶所有者および海上サービス産業のあるつり合いを支持するものである。

結論的に、国際的共同体は、当該商船船団の再建のための触媒 (the catalyst) として役立つために、当該船舶モーゲージを強化することを求めるべきである。93年条約の早急な採択は、この目的を達成するための1つの重要な第一歩となるであろう。」と。

4) 船舶アレストに関する国際条約の改正と論点の吟味

国際的に運航する船舶に関係する者にとって船舶の運航を止めるアレストのルールは明確で国際的にも統一されていることが望ましいが、英米法系、特にイギリス法系と、大陸法系のルールは大きく異なる。両者の調整を要する主な論点は、①アレストを認める海事請求権の限定の有無、②アレストされうる船舶の範囲、③違法なアレストがなされた場合の救済の要件、④アレストと本案管轄の有無、が挙げられる。52年条約は、これらの対立点について一定の歩み寄りをはかり、かつアレストに関する基本ルールを示す(1956年2月24日に発効)。99年条約は、荷主国対船主国、先進国対発展途上国の対立も反映されたといわれており、基本的には渉外関係に適用されるルールである(8条)。

1999年条約は、10カ国目のAlbaniaが2011年3月14日に加盟し、同条約14条(1)項によりその6か月後の9月14日に発効している。2013年9月18日段階で、加盟国数は10か国のみであったが、2014年6月11日にCongoが加盟し、11か国となっている。LiberiaとSpainが加盟していることが注目される(2016年8月末現在)。

5) 船舶アレストに関するわが国の実務

船舶の担保競売に際しては、先行的抑留処分である船舶国籍証書などの航行所要文書の引渡命令が申し立てられることが一般的である(これに関して

は、松山地今治支決平成21年5月15日判時2074号81頁→高松高決平成21年7月31日判時2074号77頁参照。瀬戸さやか・民執・民全百選第2版94頁など参照)。この船舶国籍証書などの航行所要文書の引渡命令は、文書引渡執行の債務名義(民執22条3号・115条5項)となり、告知の日から2週間という執行期間の制限はあるが、全国どこでも船舶が到った地の執行官に申し立てて執行でき、船舶競売の先行処分たる建前上、執行官は、航行所要文書の引渡しを受けた日から5日以内に債権者の船舶競売申立て実施を証する文書の提出がないと、航行所要文書を債務者に返還してしまう(民執115条4項)。ただし、5日後でも返還前に開始決定があれば、返還すべきではない)が、適時に競売申立てがあれば、執行官が保管中の航行所要文書は、競売開始決定の付隨処分たる取上提出命令(民執114条1項)を受けた執行官を通じ執行裁判所に提出される(中野・執行法360頁・597頁以下。浦野雄幸「船舶競売の基本構造—船舶担保権の実行と Arrest」三ヶ月古稀祝賀『民事手続法学の革新下巻』227頁以下(有斐閣、1991)も参照。これについては、前記高松高決と同じ事実に基づく事件を扱う東京地決平成21年5月18日→東京高決平成21年8月6日参照。拙稿「判批」ジュリ1444号116頁参照)。

3. 商法(運送・海商関係)等の改正に関する中間試案と反応及び要綱

1) 中間試案と反応⁽⁴⁾

全国銀行協会=銀、日本中小型造船工業会=造、海洋私法研究会=海、日本弁護士会=弁と、パブリックコメントを踏まえた結果=パと略する。

現時点での私見については、大いに賛成=○、賛成=○、どちらでもない=△、反対=×、疑問であるないし不明=?で表示する。

1 船舶先取特権を生ずる債権の範囲

- (1) 商法第842条第1号（競売費用及び競売手続開始後の保存費の船舶先取特権）を削除するものとする。 **銀、弁=賛成、？**
- (2) 商法第842条第2号（最後の港における保存費等の船舶先取特権）を削除するものとする。 **銀、弁=賛成、？**
- (3) 商法第842条第7号（船員の雇用契約債権の船舶先取特権）の被担保債権の範囲について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】雇用契約によって生じた船長その他の船員の債権

パ=一定の支持、○

【乙案】雇用契約によって生じた船長その他の船員の債権であって、当該船舶への乗組みに関して生じたもの

銀=賛成、弁=賛成（ただし、「当該船舶への乗組みに関して生じたもの」の範囲についてはさらに明確化すべきである。）、**パ=一定の支持、○**

- (4) 商法第842条第8号（船舶がその売買又は製造後に航海をしていない場合におけるその売買又は製造及び艤装によって生じた債権並びに最後の航海のための艤装、食料及び燃料に関する債権の船舶先取特権）を削除するものとする。 **弁=賛成、△**
- (5) 商法第842条の船舶先取特権に、船舶の運航に直接関連して生ずる人の生命又は身体の侵害による損害に基づく債権を加えるものとする。

弁=賛成、○

- （注）この改正に伴い、船舶の所有者等の責任の制限に関する法律（以下「船主責任制限法」という。）第95条第1項の船舶先取特権の被担保債権の範囲から、同法第2条第5号に規定する人の損害に関する債権を削除するものとする。 **弁=賛成、△**

- (6) 国際海上物品運送法第19条（再運送契約に基づく損害賠償請求権の船舶先取特権）を削除するものとする。 **弁=賛成、○△**

2 船舶先取特権を生ずる債権の順位及び船舶抵当権との優劣

- (1) 船舶先取特権を生ずる債権の順位に関する規律（商法第842条、船主責任制限法第95条第2項）を次のように改めるものとする。

第1順位 船舶の運航に直接関連して生ずる人の生命又は身体の侵害による損害に基づく債権（1(5)参照） ○

第2順位 救助料に係る債権、共同海損のため船舶が負担すべき金額に係る債権（商法842条第5号） ○（但し、共同海損につき、？）

第3順位 航海に関し船舶に課された諸税に係る債権、水先料又は曳船料に係る債権（商法第842条第3号、第4号） ○

第4順位 航海継続の必要によって生じた債権（商法第842条第6号） △

第5順位 船主責任制限法第2条第6号に規定する物の損害に関する債権（同法第95条第1項） 弁=賛成、△

- （注）商法第842条第7号の船舶先取特権の順位については、1(3)の被担保債権の範囲に関する改正の方向性が定まった後に、引き続き検討するものとする。 ○

- (2) 船舶先取特権と船舶抵当権との優劣（商法第849条、船主責任制限法第95条第3項）について、次のいずれかの案によるものとする。 船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶先取特権は、船舶抵当権に優先する。

【甲案】ただし、(1)の第5順位の船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶抵当権は、当該船舶先取特権に優先する。

パ=複数の支持

【乙案】ただし、(1)の第4順位又は第5順位の船舶先取特権と船舶抵当権とが競合する場合には、船舶抵当権は、これらの船舶先取特権に優先する。 銀=賛成、弁=賛成（ただし、船主責任制限法95条1項のうち、不法行為（契約関係から生じた場合を除く）を被担

保債権とする船舶先取特権については、船舶抵当権に優先する)、
パ=複数の支持、

○△

(注) 上記のようなただし書を設けない(現行法の規律を維持する)という考え方がある。

造=賛成、パ=比較的多い、○
※海=船舶先取特権の登記をさせるべき

3 船舶先取特権の目的

船舶先取特権の目的(商法第842条)から未収運送賃を削除するものとする。

銀=賛成(これに未収傭船料債務も入る)、
弁=賛成、△

(注) この改正に伴い、商法第843条及び第844条第3項を削除するとともに、救助料に係る債権の船舶先取特権は、救助の時において生じていた他の船舶先取特権に優先する旨の規律を設けるものとする。

商法843条につき△、商法844条3項につき?

4 船舶賃貸借における民法上の先取特権の効力

船舶賃貸借の場合に船舶の利用について生じた先取特権が船舶所有者に対しても効力を生ずる旨の規律(商法第704条第2項)について、次のいずれかの案によるものとする。

【甲案】 現行法の規律を維持するものとする。

造=賛成、パ=一定の支持、○△

【乙案】 民法上の先取特権は、船舶所有者に対しては効力を生じないものとする。

銀=賛成、弁=賛成、パ=一定の支持、△

(注) いずれの案による場合も、4の規律は、定期傭船について準用するものとする。

2) 海洋私法研究会「意見書」について⁽⁵⁾

(1) 海洋私法研究会「意見書」(平成27年3月11日)

第2部 第9 船舶先取特権及び船舶抵当権等の1乃至4の全項目について

船舶先取特権に登記能力を認める改正をすれば、原則（執行費用・保全管理費用・労働債権等は別に考慮）として、その登記の前後による優先劣後をもって解決できるものと考えるので、今後検討されることを要望します。

(2) 船舶先取特権の登記についてこれまでの状況

① フランスの提案

その発生から3ヶ月以内に、当事者が船舶登記簿に先取特権の登記をなすかまたはその債務の支払を求める訴訟手続が開始されたむねの登記が船舶登記簿になされないかぎり、先取特権が消滅する（抵当権に対する優先権を喪失する）旨の規定を条約中に設けるべきである。

- ・1967年条約の制定作業中にも同じ提案をしたことがあるようである。
- ・わが国の民法の不動産保存の先取特権および不動産工事の先取特権の登記制度（民337条ないし339条）と同一の考え方でたものと思われる。
- ・「航空機に対する権利の国際的承認に関する条約（1948年の航空機抵当権に関するジュネーブ条約）」第4条でそのような先取特権制度が採用されている。

○国際小委員会の第1回会議⁽⁶⁾、第2回会議と第4回会議で論議されたが、会議の大勢はフランス提案に批判的である。前向きの姿勢を示したのは、フランス、ギリシャ、インド、ポルトガルのみである。

出された意見は次のとおりである。

- ・1948年航空機抵当権条約は、航空機の救助料と航空機の保存にとって不可欠であった特別に多額の費用とに対してしか先取特権を認めていないが、実際にそうした先取特権が行使される例があるのか否か疑わしい。

- ・その登記手続をつくるのは困難ではないか。
- ・すべての先取特権者に登記を要求するのは酷ではないか。等
フランスは次のような譲歩案を提案した。
- ・船員の賃金債権ならびに救助料債権および共同海損分担請求権は登記の対象から除外してよい。
- ・リスボン会議の直前には、すべての締約国に海上先取特権の登記制度の創設を求めるることはせず、ただ船舶登録国が海上先取特権の登記制度を有している場合にのみ、3カ月以内にその登記をなすことを怠った者の有する先取特権の抵当権に対する優先権を喪失させることを許容するむねの規定を条約中に設けるべきである。

○フランスは、終始熱心に先取特権の登記制度の採用を主張したが、ついに各国の支持をえることはできず、リスボン会議でこの問題が討議されるには至らなかつた⁽⁷⁾。

②古くは、次のものがある。

商法修正案理由書（明治31年7月、第4版、東京博文館蔵版）

第683条 船舶ノ先取特権ハ抵当権ニ先チテ之ヲ行フコトヲ得

（理由）本条ハ既成商法及外国ノ立法例殆ント皆同一轍ニ出ル規定ナリ。唯和蘭ニテハ売買ノ先取特権ヲ広ク認メ之ヲ登記シテ其登記ノ順序ニ依ラシムルモノトナセリト雖モ〔、〕本案ハ売買ノ先取特権ハ第677条第8号ニテ之ヲ狭ク認メ第681条第2項ニテ早ク消滅スルモノトセルカ故ニ〔、〕敢テ他ノ先取特権ト區別スルノ必要ナキモノト信シタルナリ〔。〕（やや現代的にアレンジしている。）

③私見

興味深い見解であると思うが、やはり、上述の国際会議でた意見は、尤もであると思われる。

この立法例でいくと、船舶先取特権で登記しないものは、船舶抵当権に優先しないという点では一致するであろう。しかし、次のような問題点があろう。

第1に、登記しなかった債権の扱いについては、検討を要し、さまざまな見解が生じる可能性があろう。

第2に、登記した船舶先取特権の優先順位は、登記の順序にするという価値判断のみでよいであろうか。これとは別に、船舶先取特権には優先順位を考えるべきであり、同一順位間では登記の順序によるということにならないであろうか。そうすると規定の仕方が、一層複雑になることになろう。

3) 2015年・2016年商事法務展望

松井信憲（法務省民事局参事官）「商事取引法の課題と展望」商事 2055 号 61 頁（2015 年 1 月）は、船舶先取特権に関して、次のように述べている。

「船舶先取特権については、公示なくして船舶抵当権に優先する（商 849）ため、これを広く認めることは船舶抵当権者の利益を害し、ひいて〔は〕船舶所有者が金融を得ることを困難にする（最判昭和 59 年 3 月 27 日判時 1116 号 133 頁）などと、かねて指摘されている。また、国際的には、三度にわたり船舶先取特権に関する条約が成立しており、世界的な動向も参考にする必要がある。

そこで、そのような観点から、商法 842 条のみならず、国際海上物品運送法 19 条や船主責任制限法 95 条を含めて、船舶先取特権を生ずる債権の範囲およびその順位を中心に、規律の見直しが検討されている。

具体的には、まず、人身損害に基づく債権につき、現行法の下では、制限債権に該当して責任制限手続に服する場合に限って船舶先取特権が認められ、その順位も最下位である（船主責任制限法 95 条）が、制限債権か否かを問わずに船舶先取特権を認めるとともに、これを上位の順位とすることが議論されている。また、商法 842 条 1 号および 2 号の船舶先取特権（船舶の競売費用、最後の港における保存費等）を削除し、同条 6 号の船舶先取特権（航海継続必要費用）を船舶抵当権に劣後するものとして存置することなども議論されている。

さらに、船員の雇用契約債権の船舶先取特権（商 842 条 7 号）については、その被担保債権の範囲につき、下級審の裁判例が分かれており、当該船舶への乗組みに関して生じたものであることを要件とするか否かなどに関して、意見の一致をみないところである。」と。

松井信憲（法務省民事局参事官）「商事取引法の課題と展望」商事 2089 号 46 頁（2016 年 1 月）は、船舶先取特権に関して、次のように述べている。

「……船舶の運航に直接関連して生ずる生命身体の侵害による損害賠償請求権に対して最先順位の船舶先取特権を認めることなどが議論されている。」と。

4) 商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱の関連事項⁽⁸⁾

第 9 船舶先取特権及び船舶抵当権等

1 船舶先取特権を生ずる債権の範囲

- (1) 商法第 842 条第 1 号（競売費用及び競売手続開始後の保存費の船舶先取特権）を削除するものとする。
- (2) 商法第 842 条第 2 号（最後の港における保存費等の船舶先取特権）を削除するものとする。
- (3) 商法第 842 条第 8 号（船舶がその売買又は製造後に航海をしていない場合におけるその売買又は製造及び艤装によって生じた債権並びに最後の航海のための艤装、食料及び燃料に関する債権の船舶先取特権）を削除するものとする。
- (4) 商法第 842 条の船舶先取特権に、船舶の運航に直接関連して生じた人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権を加えるものとする。

（注）この改正に伴い、船舶の所有者等の責任の制限に関する法律（以下「船主責任制限法」という。）第 95 条第 1 項の船舶先取特権の被担保債権の範囲から、同法第 2 条第 1 項第 5 号に規定する人の損害に関する債権を削除するものとする。

(5) 国際海上物品運送法第19条（再運送契約に基づく損害賠償請求権の船舶先取特権）を削除するものとする。

2 船舶先取特権を生ずる債権の順位

船舶先取特権を生ずる債権の順位に関する規律（商法第842条、船主責任制限法第95条第2項）を次のように改めるものとする。

第1順位 船舶の運航に直接関連して生じた人の生命又は身体の侵害による損害賠償請求権（1(4)参照）

第2順位 救助料に係る債権、船舶の負担に属する共同海損の分担に基づく債権（商法第842条第5号）

第3順位 航海に関し船舶に課された諸税に係る債権、水先料又は引き船料に係る債権（商法第842条第3号、第4号）

第4順位 航海を継続するために必要な費用に係る債権（商法第842条第6号）

第5順位 雇用契約によって生じた船長その他の船員の債権（商法第842条第7号）

第6順位 船主責任制限法第2条第1項第6号に規定する物の損害に関する債権（同法第95条第1項）

3 船舶先取特権の目的

船舶先取特権の目的（商法第842条）から未収運送賃を削除するものとする。

（注）この改正に伴い、商法第843条及び第844条第3項を削除するとともに、救助料に係る債権の船舶先取特権は、救助の時において生じていた他の船舶先取特権に優先する旨の規律を設けるものとする。

4 船舶所有者に対する先取特権の効力

商法第704条第2項の規律は、定期傭船について準用するものとする。

4. いくつかの問題点—残された課題など

1) リーエン禁止条項について

傭船契約の先取特権禁止条項の効力について、志水巖『船舶と債権者』41頁（日本海運集会所、1988）は、概ね次のように述べている。

「①傭船契約のフォームには、傭船者に対して先取特権を発生させることを禁ずる条項が入っているのが通例である。例えば、ニューヨーク・プロデュース・フォーム第18条後段は次のように規定している。

『傭船者は、船主の船舶所有権に優先し得る先取特権若しくは担保権（encumbrance）を、自ら若しくはその代理店により発生させ又は存続させはならない』

この条項の効力につき結論から先に言えば、不法行為債権に対しては無効であるが、契約債権については、この条項の存在を知っている債権者に対してのみ対抗できる、とされている。

②まず不法行為債権については、例えば裸傭船者の過失により衝突事故を起こした場合船主に責任がなくとも先取特権が発生する（The Barnstable事件判決）、より一般的には、船主が船舶の占有と管理を第三者に委ねている間にその第三者の過失により発生した不法行為債権について船主に責任がなくとも先取特権が発生することは前述した。このような不法行為債権については、傭船契約上の先取特権禁止条項をもってしても先取特権の発生を阻止し得ないことは、判例上確定している。

③契約債権については、先取特権禁止条項の存在を知っている債権者に対してはこれを対抗できる。その条文上の根拠はやや複雑である。」と。

ちなみに、Gilmore & Black, The Law of Admiralty 2nd ed. 1975, at p. 686 et seq. など参照。

2) 船舶先取特権の目的・代位など

(1) 国際条約の比較

(ア) 93年条約第10条

「①海上先取特権のよって担保される債権の譲渡がなされるか又はその債権への代位がなされたときは、同時に、その海上先取特権の移転又は海上先取特権への移転が生ずる。

②海上先取特権を有する債権者は、保険契約に基づき船舶の所有者に支払われる補償金に物上代位することはできない。」⁽⁹⁾

(イ) 67年条約第9条

「第4条に掲げる海上先取特権によって担保される債権の譲渡がなされるか、又はその債権への代位がなされたときは、同時にその海上先取特権の移転又はその海上先取特権への代位が生ずる。」⁽¹⁰⁾

(ウ) 26年条約第4条3項

「保険契約に因り、所有者に支払わるべき賠償は、之を、船舶又は運送貨の附属物と見做さず。国家的奨励金、補助金又は援助金亦同じ。」⁽¹¹⁾

(2) Tetley教授の所見⁽¹²⁾—特にフランス法、アメリカ法を中心に

ここで、Tetley教授の、「譲渡、移転、そして代位」に関する所論を、民法理論との兼ね合いおよびアメリカ法の概略について、紹介検討したい。

William Tetley, Maritime Liens and Claims, 2nd ed. 1992 at p.1211 et seq. の第33章 譲渡、移転そして代位 (Chapter 33 Assignment, Transfer and Subrogation) は、次のように述べている。

「

I. はじめに

1 海上リーエンによって担保される1債務が1第三者によって支払われる場合、その第三者は当該債権者の諸特権において、代位するのであろうか？たとえば、1第三者が1船員の賃金を支払えば、第三者は当該船舶に対して

船員の当該リーエンを賦与されるのであろうか？当該債務が当該第三者によって支払われる場合、当該リーエンは、法の単独の効果で移転されるのであろうか？当該リーエンの譲渡は、必然的に当該債務者への通知を必要とするのであろうか？そのような移転は支払より前の1裁判所の権威とともに可能になるのであろうか？これらは、諸海上リーエンや、諸モーゲージ、そして諸クレーム（請求権とも訳されるが、以下多くの場合クレームと表示する）に関連し、しばしば生起する2～3の問題にすぎない。

この章では、諸海上リーエンと制定法における対物的諸権利（statutory rights *in rem*）の譲渡、代位、そして移転の当該諸原理を適用することによって、これらの問題に解答することにしよう。1926年、そして1967年、そして1993年リーエン・モーゲージ条約にも言及されよう。

II. 諸リーエンと諸モーゲージ条約

1) 1926年条約

1926年リーエン・モーゲージ条約は、譲渡、移転、または代位への言及はない。おそらく当該事項を国内法に委ねている。

2) 1967年条約

1967年リーエン・モーゲージ条約は、第9条で、譲渡と代位の双方に言及している：

第4条で規定されている1海上リーエンによって担保されている1クレームの当該譲渡または1クレームへの代位は、同時にそのような海上リーエンの譲渡またはそのような海上リーエンへの代位を引き起こす。

当該条項が、その広範で一般的な当該条項の適用に関していかなる疑いをも避けるべく、「譲渡」と「代位」の両方の用語を使用していることは、注目すべきである。

3) 1993年条約

1993年条約の第10条(1)項は、以前の第9条と事実上同じである：

1. 1海上リーエンによって担保される1クレームの譲渡または1クレームへの代位は、同時にそのような1海上リーエンの譲渡またはそのような1海上リーエンへの代位を引き起こす。

第10条(2)項は、1つの興味あるニュアンスを加えている。

2. 諸海上リーエンを保有する諸請求権者は、1保険契約の下で当該船舶の当該所有者に支払われる当該補償金には、代位することができない。

後の規定の効果は、1保険契約の下での補償として彼に支払われる正味手取金 (proceeds) に関して、諸海上リーエン保有者が、当該所有者の後釜に入ることは、許されないことであるようみえる。この規定は、船舶モーゲージ・抵当権にたいてい挿入される保険金受取人条項 ("loss payable" clause)、1926年リーエン・モーゲージ条約第4条に類似の条項を守っている。後者は、¹³第2条(第4条3項のことであろう:筆者挿入)の下で、諸海上リーエンを受ける「当該船舶の属具」や当該運賃に、保険金 (insurance proceeds) を含めることを禁じている。もちろん1993年条約第10条(2)項は、モーゲージ権者に、モーゲージを譲渡すること、保険金を含めることを妨げてはいない。

III. 民法—先取特権の譲渡と代位—フランス¹³

諸海上リーエンは、その源を大部分は民法の中に見い出すので、諸先取特権 (privileges) の譲渡および代位について、まず民法をみるとこと、そしてとりわけフランス法をみるとことは適している。

1) 諸債務 (そして付着した諸先取特権) の譲渡と売却

諸民法典は、一般に、諸債務の譲渡、および売却についても、そして諸訴権 (rights of action) について、一般的に規定している。

こうして、民法1689条(フランス)は、次のとおりである。

Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.

(翻訳) 1 第三者に対する 1 債務の 1 譲渡または 1 訴権の場合、当該譲渡は当該捺印証書の引渡しによって当該譲渡人と当該譲受人との間で機能する。

諸第三者に対するものとして、第三者への譲渡や売却に関する当該捺印証書のサービスがなければならないし、または、彼（第三者：筆者挿入）は、認証された 1 文書（すなわち、1 公証人によって立案された 1 文書、後者のナンバー記録に保存されている当該捺印証書原本）において、当該譲渡を受けなければならない：民法 1690 条（フランス）。ケベック民法 1641 条第 1 パラグラフ⁽¹⁴⁾は、当該債務者が当該クレームの当該譲渡において黙認するか、または、彼（当該債務者）が、当該譲渡人に対して作られるかもしれない「譲渡捺印証書の謄本か直接関係のある抄本または譲渡の他の証拠」を受け取ることが必要である。

特に注目すべきは、1 債務の当該売却または譲渡は、当該債務の当該付属品（the accessories）を含んでおり、いかなる担保（surety）、いかなる先取特権（リーエン）そしていかなる抵当権（モーゲージ）を含んでいることである：民法 1692 条（フランス）、ケベック民法 1638 条（ケベック）。

2) 代位⁽¹⁵⁾

代位は、Pothier によって、次のように定義づけられている（翻訳）：

代位は、法の 1 摘制である。それによって債権者は自分に支払った当該人に対して自らの諸権利、自らの諸訴権、自らの諸抵当権（hypotechs）と諸先取特権（privileges）を譲渡したと考えられるのである。

代位は、法定代位（legal subrogation）の下での 1 債務の 1 つの摘制的な譲渡か売却である。代位の目的は、不正な富裕化を防ぐことであるといわれている。

民法における代位は、法定か約定のものである：民法 1249 条（フランス）；ケベック民法 1652 条（ケベック）。

法定代位は、1 第三者が 1 債務者の当該債務を支払った後、ある特定の諸

ケースにおいて、慣例でなくそして法の唯一の効果によって起こる代位である。約定の代位は、1 第三者によって1債務が支払われる場合、契約書(agreement)によって起こる代位である。フランス民法では、法定代位に関する4つのケースがある(ケベックでは、ケベック民法1656条で5つある)。しかし、諸海上リーエンにふさわしい諸先取特権の法定代位の唯一のケースは、よりいっそ高順位の特権化された債権者に支払う当該特権化された債権者の代位である:民法1251条(1)項(フランス)、ケベック民法1656条(1)項(ケベック)。より低いランキングのリーエン保有者の目的は、より上のリーエン保有者に支払うべきただ十分な売上金があるかもしれない時に、当該物(当該船舶)を、当該上位リーエン保有者が売却することを防ぐことである。この民法上の原理は、時折コモン・ロー裁判管轄でも従われてきた。疑いなくDoctors' Commons(民法博士会館)の影響によるものである。

約定代位は、1 第三者が当該債権者に支払うときに生じる。そして支払の瞬間、明白に、当該債権者のすべての諸権利を譲渡されうる:民法1250条(フランス)、1653条と1654条(ケベック、1991)。当該代位は、文書でなされなければならず、支払と同時に起きなければならない。通知はその時、通常は当該債務者になされる。約定代位は、また、金銭が、当該債務を支払うという目的のために、1 第三者によって当該債務者に貸される場合にもまた起こる。ここにおいて、当該代位は、より正式のものでなければならない。つまり、公証人によって作成された形でなされなければならない:民法1250条(2)項(フランス)、ケベック民法1655条第2パラグラフ(ケベック)または2人の証人の前でなされなければならない(ケベック民法1655条第2パラグラフ(ケベック))。

当該先取特権が自由に当該クレームの当該代位または譲渡に続くという原理は、Rodièreによって、Le Navire(船舶)の中でもまた、言及されている。

3) 謙譲と代位の違い

謙譲と代位の間には、いくつかの違いがあり、それは我々の諸目的にとつ

て重要である：

- i) 当該譲受人 (assignee) は全債務において、諸権利を取得する。彼が実際にいくら支払ったかにかかわらずである。当該代位者 (subrogee) は、彼が支払った額まである権利を取得するにすぎない。
- ii) 譲渡において、当該債権者 (譲受人) は自らの同意を与えなければならぬ；代位において、当該債権者 (被代位者 subrogor) は、必ずしも同意していないかもしれない。ある被保険者 (insured) に対する彼の保険者に対するある支払の場合のようにである。保険者はそのとき自動的に代位するのである。
- iii) 当該譲渡人は、当該売却の時に売られる当該債務を保証する (民法 1693 条 (フランス) ; ケベック民法 1639 条 (ケベック))。当該被代位者は、自分が有する諸権利を与えるのみであり (民法 1249 条 (フランス) ; ケベック民法 1651 条第 2 パラグラフ (ケベック))、そしてその債務を保証するように求められない。
- iv) 当該譲受人は、諸第三者に対してある権利を有する。もし当該債務者が譲渡に関する捺印契約書について通知されればである。もし 1 被代位者が 2 度支払いを受けると、しかしながら、第 1 の代位者は、第 2 の代位者に優先するであろう。しかし、譲渡の場合、ある債務者が 2 人の人に相次いで譲渡された場合、当該債務者に当該捺印証書を提供する最初の人が、第 1 の権利を有する。

4) 結論—民法

民法の下では、諸債務とそれらを担保する当該リーエンや諸先取特権は、譲渡や代位によって譲渡されるかもしれない。1 債務の当該譲渡人は、譲渡によってであろうと代位によってであろうと、その債務を担保する当該先取特権の譲渡をも含む。

VII. 合衆国⁽¹⁶⁾

1) はじめに

アメリカの諸裁判所は、イギリスやカナダの諸裁判所よりも諸リーエンの譲渡を許すことにおいてはるかに寛大である。しかしながら、アメリカの諸判決は、数も多く、法律学も大変豊かであるので、譲渡に関する当該諸ルールは、イギリスやカナダのそれよりも必然的に複雑である。その上、アメリカの諸裁判所は、「法の効力 (force of law) による譲渡」と「合意による譲渡」よりもむしろ「諸前払金」と「諸譲渡」の間で、主題を分けているが、分類に関する2セットは大変類似している。

2) 当該金銭債務

ほとんどの諸金銭債務は、アメリカ法の下で譲渡に関し有効な諸主題である。当該問題は、それらの金銭債務を担保する諸リーエンは譲渡されうるかどうか、そしてどのような諸条件の下でであろうかである。

3) 諸リーエンは譲渡されうる

いくつかの初期のアメリカの諸ケースは、諸海上リーエンは譲渡されうるという効果についてであった。

しかしながら、今日、アメリカの諸裁判所が、諸海上リーエンの譲渡を認めていることは、明白である。

合衆国の諸優先的船舶抵当は、登録された契約上の諸海上リーエンにすぎないので、譲渡されうるし、諸合衆国旗船舶への優先的船舶抵当に適格の人々へのすべての制限条件は廃止されてきた。

最初は、諸海難救助リーエンは譲渡されないと考えられた。この理論は異議を唱えられ、最終的にそして完全に忘れられた。

合衆国政府の諸クレームは、政府による当該請求権の許容および1令状の発行を含んでいる請求権譲渡法 (the Assignment of Claims Act) の下での一定の手続の遂行の後にのみ、譲渡されなければならない。それにもかかわらず、譲渡の日付後の諸請求権には適用されない。たとえ、政府が、譲渡さ

れた諸クレームを支払ったとしてもである。

4) 前払金

a) 定義

金錢が、当該船舶に対するリーエン所有者のクレームを第三者に満足させるべく使用されるために、当該船舶所有者または彼の代理人に支払われる場合、1前払金は合法的になされている。結果的に当該基金を提供している人は、「当該船舶に対する第三者的リーエンに代位することになる。前払金は、たいてい必需品のための諸クレームを支払うべくなされている。そして、それは、46U.S. Code 31301条(4)と31342条（公式にはU.S.Code App.971）の下で創設される契約上の諸リーエンであり、当該原則は、また、船員の賃金、海難救助そして31301条(4)でリストに掲げられていない他の契約上でない諸リーエン・クレームの支払にも、適用されてきた。

1 第三者が、当該債務を支払うべく当該債務者に金錢を前払する場合には、アメリカの諸裁判所は、1リーエンの当該債務者の諸権利者に関し、法の唯一の効力によって代位を認めている。何らかの形式ばった行為は、必ずしも必要でない。一定の手続に従わなければならない譲渡とは、対照的である。「1つの有効なリーエンを免責させるべく金錢を前払している人は、免責されている人と対等な価値の1リーエンを取得する。」同じ効果についてのより現代的な諸判決は、The Crustacea事件とthe Bank of New Orleans v.Tracy Marie事件である。

アメリカの諸裁判所は、1海上リーエンを免責するべく金錢を前払する1人の人は、リーエン権者の諸権利に代位することを認める。次のように決められている：「(1) 金錢が1船舶に前払されること、(2) 船長か同様の権限をもつ誰かの命令で金錢が前払されること、そして(3) 1つの未払または将来のクレームを満足させるべく金錢が使用されること。」

b) 前払の諸々の例

こうして当該船長に修繕費や供給品のために誠実に金錢を供給すること、

または、当該航海を継続するために諸リーエンを取り除くことは、1リーエンを引き起こす。そのローンが諸リーエン請求権者に支払うべく使用される1コモンロー抵当権者は、当該諸請求権者達の当該諸リーエンと同じランクの諸リーエンを持つ。当該船舶を正式文書で提訴するおそれのある船員に支払うべき当該船長の要求で金銭を前払した1船舶雑貨商 (ship chandler) は、「免責された人と対等の価値の1リーエン」を取得する。乗組員の賃金を支払うべく前払する1人の人は、1優先的モーゲージより優先する、1賃金クレームと同じランクの1海上リーエンの資格がある。

それにもかかわらず、1燃料庫のブローカーは、諸燃料庫の1供給者に対する金銭のために当該船舶に対して1リーエンを主張できなかった。当該支払が当該船舶の管理により権威づけられていた1譲渡かつ証拠がなければならなかったのである：*Tramp Oil v. Mermaid*。

c) 1つの不可欠なもの (a necessity) である必要はない

当該前払金が1つの「必要な金」であるということは、1前提条件ではない。他方、それが支払う債務は、1つの「必要なもの」でなければならない。なぜなら、もし当該債務が、当該船舶に諸債務や諸用具を供給することから生じる1契約上の債務であり、それが通常のケースであれば、その契約上の債務は、46U.S.Code Sec.31301条(4)で商業証券及び海上諸リーエン法において定義されている「必需品」(necessaries) に関係していなければならぬからである。

d) 当該前払金の実際の使用的証明

当該船舶の当該船長、代理人または所有者に支払われる金銭は、実際に第三者のリーエン所有者に支払うべく使用されることは、不可欠である。*Lanasa v. The Josephine Lanasa*において、金銭が船員の賃金のために当該船長に支払われたことを述べる1レシートは、反対証明の欠如において、十分な証拠であると考えられた。はるかに良い証明が、*Re S.S.Norberto Capay & S.S.Galicia Defender*事件で提起された。そこでは、当該銀行は、

乗組員達の前払金のために使用されるべく、諸トラベラーズ・チェックを供した。更に、前払された金銭は、その船舶に対して当該前払金のための諸海上リーエンがそこで存在するために、1つの特定船舶に対し諸海上リーエンクレームを支払うべく、使用されなければならない。もし、当該前払金が、当該前払をする当該当事者がリーエンについて望む当該船舶に対してよりも、1姉妹船に適用されるならば、前払を望んでいる船舶に対しては、海上リーエンは存在しないであろう。また、当該ファンドに前払している当該人に、自分がフィットして見えるように使うべき、1所有者への1つの制限されない前払金は、当該ファンドが事実上支払うべく使われた諸請求権の点で、1リーエンを主張する資格を与えないであろう。当該前払をする当該人は、1つの「特定の海上リーエンの目的」の中に当該債権を記録するという義務を有する。

5) 謙渡（合意による）

当該第三者が当該債権者に直接支払い、そして当該債務における当該債権者の諸権利や当該リーエンに代位する場合、1海上リーエンの1謙渡は起こる。

諸謙渡は、当該支払の時点での署名された1文書や、当該債務者への謙渡の通知が必要である。1謙渡は、1前払金より1つのはるかに安全な手続である。この理由は、当該リーエンの当該謙渡はより容易に証明されえ、当該船舶に対して代位する意図は、1つのリーエンクレームを支払う当該船舶所有者への1前払金より、より明白だからである。

合衆国海事法における謙渡の手続は、厳格には定義されてこなかったし、864ドルで1つのボートに供給された1ボートエンジンの、1ファイナンス会社への1売却契約の当該謙渡を含んでいた。なぜなら、当該ファイナンス会社は、the Henry S.とMoor（当該ボート所有者）が行ったその適切な装備に関し、同じ地位…」を占めるべきであったからである。

6) 当該船舶の信用の上になければならない

前貸（払）金や譲渡は当該所有者ではなく、当該船舶の当該信用の上になければならない。これは、諸商業証券及び諸海上リーエン法3134条の1解釈から導かれる。こうして当該海員組合への1取消不能信用状を1銀行が発行した結果、当該組合は当該船舶に1乗組員を配備するであろう場合、そして当該船団の技術職員への賃金の支払を確保すべく、当該船舶の当該信用をあてにしていると考えられた。他方、1人の妻が彼女の夫に1船舶を購入して修繕し、1蒸気船会社を設立することを可能にするべく証券（securities）を与えた。彼女は当該船舶にリーエンを有しなかった。なぜなら、当該信用は、当該船舶よりも当該夫に与えられていると考えられたからである。事実、どの家族関係も、問題があるはずである。なぜなら、ある家族のメンバーは、彼が1つの個人的関係をもつ当該債務者の信用よりも、むしろ、当該船舶の信用の上に、金銭を貸している、独立した1第三者ではほとんどないからである。

7) 諸推定

修理個所や、備品や他の必要品を備える人々（諸総代理人ではない）は、当該船舶の信用の上にそうするのであるという、46U.S. Code 31342条(a)(3)の下での1推定がある。また、当該**前貸金**が当該船舶の信用の上にあることを弁護したり証明することは、必要ではない。当該推定はまた乗組員のための前払金にまで拡大されてもきた。

抵当権の諸支払は、31342条に特定されていないし、31301条(4)項の必要費の定義においても特定されていない。そして、かくして、そのような前払金は、当該船舶の信用の上にあると推定されない。

8) 純粹な1第三者による前払金あるいは純粹な1第三者への譲渡

当該金銭を前払する当該人または当該リーエンを譲渡される当該人は、当該船舶やその諸所有者とは、真に独立していかなければならない。他方、当該前払金や譲渡は、それによって、当該債務者が、高くランクづけされている1債権者に支払うことができる1手段であるだろうし、それはいかなる場合

にもすることが義務づけられており、よりランクの低い諸債権者の前に並べられることが、義務づけられているのである。この理由により、当該金銭を前払する当該人は、当該船舶の当該所有者や、1部の所有者や、1ジョイントベンチャーラーや、1総代理人や、総代理人として行動する1傭船者ではないであろう。1共有者は（当該船長でさえ）、当該船舶に対し1リーエンの譲渡を受けないであろう。

当該船舶の諸総代理人か当該船舶所有者の諸総代理人は、諸海上リーエンの諸譲渡を受けることは許されない。この理由は、諸代理人が法の下での自らの義務によって、彼らの諸本人（principals）、当該諸所有者のために行動することを義務づけられ、そして、こうして客観的な1第三者ではありえないるのである。

管理する1代理人は、当該乗組員への前払金のための1海上リーエンを主張しないかもしれない。もし、彼が、前払金は、当該船舶所有者ではなく、当該船舶の当該信用の上にあるという1つの明確な合意を証明することができなければである。当該管理する代理人の仕事は、不可能でないにしろ、特に困難であるようにみえる。なぜなら、彼はたいてい自分の本人、当該所有者以外に関係者（interest）がないからである。

T.P.Perusahaan v. Hapag Lloyd 事件では、当該傭船者は、当該船舶所有者のための特別代理人で、1総代理人ではないと、考えられた。そして、それ故に、前払された諸金銭のために1リーエンをえる資格が与えられた。同様に保険料を提供するべく組織化されている1会社は、当該船舶の1総代理人でなく、1特別代理人と考えられた。そして、こうして、それ（その会社：筆者挿入）が賃金のため金銭を前払した場合、それ（その会社：筆者挿入）へ1リーエンを譲渡してもらうことができた。

1海綿狩猟船舶の当該乗組員への諸前払金は、単に1ジョイント・ベンチャーへの諸利益の先取りではなく、賃金と考えられた。1定期傭船者の港湾代理人は、必要品を装備する諸当事者に支払った。そして、定期傭船者が

強制できた諸リーエンを譲渡された。

9) 保険の諸引受人

保険の1引受人が、それが衝突船であろうと運搬船であろうと、当該ロスに対して責任のある当該船舶に対する1リーエンを有する、1積荷請求者に支払をする場合、保険の当該引受人は、1代位レシートあるいは1譲渡あるいは1ローン・レシートによっての当該積荷所有者の諸権利に代位しうる。同様に船舶Bによって引き起こされた船舶損害のために船舶Aに支払をする当該船舶保険引受人は、船舶Bに対する船舶Aの衝突リーエンに代位しうるであろう。船舶Aの船体の当該保険引受人は、しかしながら、船舶Aに対しては、1リーエンを有しえない。なぜなら、当該引受人は、船舶Aの1パートナーに大変似ているからであり、あるいは、換言すれば、当該共通のベンチャーの1当事者であるからである。

Jones Tug & Barge v. Liberty Manuf. は、1つの興味深い保険引受とリーエンの問題を提起している。1船舶があちこち巡航し、油濁汚染を防ぐべく諸曳船サービスが必要とされた。それらの諸サービスは、1つの固定した契約ベースの上で提起され、それ故に当該船舶に対する必要費のための1リーエンが生じた（海難救助のためのリーエンではない。なぜなら、当該契約は、no cure/no pay のベースではなかったからである）。当該曳船サービスは、当該船舶によって引き起こされたいかなる油濁汚染に対しても有責であるP&I保険諸引受人によって雇われた。そして、当該船舶に対しては、リーエンは存在しないと考えられた。なぜなら、当該信用は、当該船舶に対してではなく、当該諸引受人に対して付与されたからであった。当裁判所は、別のそしておそらくより良いルートで同じ結論にたどりついた。当裁判所は以下のように考えた。つまり、責任保険引受人は、当該船舶に対して、1リーエンを有しえない。なぜなら、当該責任保険引受人は、当該船舶と1つそして同一の人であり、したがってこうして自分自身に対しては、1リーエンを有しえないからである、と。別の説明では、当該船舶の1パートナーで、そ

れ自身に対して、1リーエンを有しないであろう、と。

10) 不法行為諸請求権

不法行為諸クレームも譲渡されうる。しかし、ニューヨーク統一商法典9条の規定の下では、それらは除外されていることは、注目すべきである。結果として、不法行為諸クレームは、特に譲渡されなければならず、そして、当該ニューヨーク統一商法典9条に照らして草案化された、1つの標準的商業担保合意の下で、カバーされてはならない。

11) 将来のリーエン

将来の1クレームやリーエンは、譲渡されうるであろう。しかし、（まったく相当に）当該リーエンは、当該債務が満期となる時からのみ効果を有する。

VIII. 結語

諸海上リーエンや一般海事法がそこから生じる当該商事法は、諸債務の当該譲渡や代位のみでなく、当該差し押さえられた特権やリーエンの当該譲渡や代位をも同様に容認する。事実、諸リーエンを含む当該属具は、自動的に譲渡される。1967年国際条約は、9条で、1海上リーエンによって担保されている1クレームの当該譲渡または代位は、当該リーエンの同時の譲渡または代位を引き起こすと規定している。最後に、アメリカ法は、契約による諸リーエンの譲渡や法による前払金の譲渡について規定している。

それ故に、おそらく連合王国やカナダにとって、諸譲渡の点で、それら諸国の裁判官が創設した法を再考するか否か、あるいは当該1993年国際海上リーエン・モーゲージ条約を採択するか否かの時期にある。当該条約は譲渡や代位を許すが、しかしすでに諸海上リーエンを持つ人々によるものではない。これは、1つの賢明なルールである。」と。……

(3) 運輸法制研究会報告書の分析⁽¹⁷⁾

船舶先取特権の目的・代位などについての各国法制・国際条約を見てみよう（『運輸法制研究会報告書』121頁以下参照）。

①日本

商法842条：船舶、属具、未収運送貨。

船主責任制限法95条、船舶油濁損害賠償保障法40条：船舶、属具、未収運送貨。

国際海上物品運送法19条：船舶、属具。

②1993年条約

船舶。なお、保険金請求権への物上代位はできない。

③1967年条約

船舶。1967年条約の起草段階では、質問状に回答した16カ国の中10カ国（英、独等）の海法会が、船舶先取特権の客体から運送貨を削除すべきと主張した。

④1926年条約

船舶、運送貨、これらの付属物。なお、保険金請求権への物上代位はできない。

⑤ドイツ（2013年法）

船舶、属具（船主の所有しないものを除く。）。なお、保険金請求権への物上代位はできない。

⑥フランス（2010年）

船舶、運送貨、これらの付帯財産。なお、保険金請求権への物上代位はできない。

⑦イギリス

船舶、属具、未収運送貨。

⑧アメリカ

船舶、属具、未収運送貨。なお、船舶の沈没等を除き、原則として保険金

請求権への物上代位はできない。

⑨韓国（2007年）

船舶、属具、運送貨、これらに付隨する債権。なお、保険金請求権への物上代位はできない。

⑩中国（1992年）

船舶。

私見としては、67年条約については、国内法で属具と未収運賃に及ぼすことを禁じる趣旨ではないといわれており、わが国の実務の運用であると思う。なお、これに関しては、世界的動向がどうかは、検討の余地があろう。ドイツ、フランス、アメリカ、韓国、1926年条約、1993年条約は反対する。ちなみに、田中誠二博士は、「免責委付の制度が残っているときに、立法論としても船舶先取特権を特に認めた目的からいって、海産全部をその目的中に包含せしめる可とする。」としていた（田中誠二『海商法詳論』575頁（勁草書房、増補3版、1985））。要綱は、未収運賃を削除する。明確で、条約の文言にそういうものもあるが、合わせる必然性は不明である。

また、保険会社が船舶先取特権を行使している事案は、日本ではまだ見当たらないようであるが、可能であるように思われる。ただし、被保険物たる船舶には、船舶先取特権は持たないであろう。拙稿②287頁以下、406頁以下、『運輸法制研究会報告書』122頁参照。

3) 船舶先取特権の優先順位など

①雇用債権と不法行為債権（特に人命に関する）との優先順位

私見としては、順位については、アルカンタラ氏も述べているように、海難救助債権に続いて、雇用債権を位置づけることができよう（93年条約5条2項）。ただし、人命に関する不法行為債権が生じている場合には、こちらには劣後するとするのも一案であろう。その意味で要綱は、妥当であろう。

②要綱では、船舶所有者に対する先取特権の効力に関し、商法第704条第2項の規律は、定期傭船について準用するものとする。定期傭船契約で、たとえば船主がダミーで、船舶賃貸借的なものについては、準用を認めて良いと思われる。これは、見解が対立するが、船舶先取特権のみでなく、動産保存の先取特権についても認めて良いと思われる。

③船舶に關し優先順位の極めて高い船舶先取特権の機能として、船舶先取特権による差押えは担保目的のことが多いので、差押え後に、P & I や船体保険者の L/G と交換に船舶を解放し、執行停止（民執189条・183条）に際し、請求債権全額の保証の提供（供託や、日本船主責任相互保険組合や銀行と支払保証契約を締結する（民執117条5項・15条、民執規10条・78条1項））は得られることがある。要するに、船舶先取特権制度は、その優位性や、追及力の存在、保険会社の代位行使などが、交渉の手段となっているともいえよう。

④船舶先取特権の位置づけ、その内包と外延について、他の担保物権一たとえば、船舶留置権や動産保存の先取特権などとの兼ね合いも考慮しながら、船舶に關わるすべての担保権の執行方法などについてもできれば法文により明確化していく必要があろう。

⑤要綱は、「航海継続の必要に因りて生じたる債権」を被担保債権とする船舶先取特権につき、実務の要求と妥協したものと思われる。今後のさらなる進展を見守りたい。

5. 結びにかえて

田中誠二博士が、その著『海商法詳論』の中で「船舶先取特権の目的」において、夙に次の3点を指摘されている（詳しくは、同著573頁以下（勁草書房、増補第2版、1985）。

第1は、船舶につき船舶保険を付していたとき船舶の滅失した場合に船舶

先取特権の効力は、船主の受け取るべき保険金に対しても及ぶかの問題である。古くから見解が対立していたが、フランスでは、1889年2月29日法では先取特権については認めたが、1926年条約を採用したため、船舶保険の保険金には及ばない。ドイツも消極説である。その理由は、保険金は船主が保険料を支払ったという特別の事実の対価であって、保険の目的物の直接の対価でこれを代表するものとはいい得ないという点にある、とする。わが国では、積極説（加藤、松本、小町谷、石井）と消極説（松波、竹井）が対立するが、田中誠二博士は、積極説を可とする。その理由として、元来先取特権のような担保物権は性質上目的物の価格を目的とするものであって、物上代位の原則が認められているのであり、かつ保険金はその実質から見れば保険の目的物の変形であるといい得るからである、とする。

第2は、船主の有する船舶の損害に基づく損害賠償請求権、共同海損の分担請求権、救助料請求権の上にも船舶先取特権の効力が及ぶかの問題である。

田中誠二博士は、権利の実質をみると、船舶の損害に基づく損害賠償請求権は、船舶の変形物と見るを得べく、船舶が目的物に入る以上損害賠償請求権が入ることは当然とし（小町谷、石井も同説）、民法上の先取特権についての物上代位の原則（民304条）の適用があることから見ても疑いないとする。また、共同海損については、運送貨と同様の性質を有し、入るとする。

1926年条約は、この3つの権利も目的中に入ることを明言している（4条1項）。

立法論としても船舶先取特権を特に認めた目的からいって海産全部をその目的中に包含せしめるを可とする、とする（拙稿②287頁以下も参照）。

第3に、「まだ受取らない運送貨」に関し、その先取特権を生じた航海における運送貨に対してのみ船舶先取特権が存在する（商843条）は、その立法理由として、船主はすでに委付権を失っており（商691条）、委付権者を保護する必要はなく、また担保の原因を成しあるいは公益上の理由の存するものもその航海のものに限るからである、とする。

なお、最近の船舶金融と保険の実務を示す論考として、中出哲「船舶金融と保険契約」がある¹⁸⁾。保険金請求権に質権を設定したり、保険金請求権を目的とする担保について、特に述べておられる。船舶にも動産保存の先取特権と保険金請求権への物上代位が認められることを前提に、動産保存の先取特権と質権との優先順位は、保険金請求権への差押さえの時期と、質権者が対抗要件を具備した時すなわち質権者が確定日付ある承諾証書を具備した時の先後で決まると考えられている。

対抗要件の問題まで考えると、保険金請求権の質権者に比べ船舶先取特権者が不利になることもあります、特に人命にかかる不法行為請求権を被担保債権とする船舶先取特権者については、自動車事故被害者の保険者への直接請求権との対比が問題となろう。しかし、保険金請求権への代位を認める例は、比較法的には少ないとと思われ、渉外関係では特に留意する必要があろうし、立法論的には、他国や条約のあり方は問題ではなかろうか。国際的な動向にあわせていくのも大事なことであるが、留保事項として各国に委ねられているのであれば、反対の態度をとる国が多いとその実効性ははなはだ問題であるが、それを利用するのも一案である。もし、代位が認められないのであれば、各関係者が付保するように努められる制度や、ひいては自動車の強制保険のような制度も考える余地はあろう。その意味で、保険法22条の被害者の特別先取特権の規定は、意義があろう（商815条2項）。

さらに、内水船（20トン以上の船舶）についても船舶先取特権は認められており、20トン未満の不登記船について、動産質は認められるとして、動産保存の先取特権の成立や、譲渡担保権などのあり方についても検討する必要があろう。制度としての空白部分を残すべきではなく、できるだけ少なくとも省令などにおいて明文で明確に規定していく必要があろう（拙稿②336頁、拙稿③146頁参照）¹⁹⁾。

注

- (1) 松井信憲「商事取引法の課題と展望」商事 2055 号 54 頁以下（2015）等参照。
- (2) 山下友信「商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱について」NBL1072 号 4 頁以下参照。
- (3) José María Alcántara, A Short Primer on the International Convention on Maritime Liens and Mortgages, 1993, 27J.&Com.223 (1996)
- (4) 法制審議会・商法（運送・海商関係）部会資料参照 (<http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai-syoho.html>)。なお、商事法務『商法（運送・海商関係）等の改正に関する中間試案』別冊 NBL152 号も参照。
- (5) 2016 年 10 月 25 日海洋私法研究会（代表世話人：千葉景子氏）において、「船舶先取特権の現状と課題」という論題で講義をさせていただく機会を得た。
- (6) 小島孝「船舶先取特権・抵当権統一條約の改正の動きについて一萬国海法会船舶先取特権・抵当権國際小委員会第 1 回会議報告一」海法会誌復刊第 28 号 85 頁（1984）
- (7) 江頭憲治郎「海上先取特権・抵当権統一條約の改正草案について」海法会誌復刊第 29 号 35 頁以下（1985）
- (8) 編集部「資料 商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱の答申」NBL1069 号 59 頁以下、特に 73 頁以下参照。この部分について、<http://www.moj.go.jp/shigil/shigi04900284.html> 「商法（運送・海商関係）等の改正に関する要綱案」（平成 28 年 1 月 27 日決定）と全く同じである。山下教授は、前掲注（2）12 頁において、「船舶先取特権・船舶抵当権」について、「近時の条約等では船舶先取特権の成立する債権は限定する方向にあるといわれ、特に船舶金融の促進という観点から船舶先取特権を生ずる債権の範囲を限定すること、およびその順位を低くすることの検討がされたが、部会では意見集約が困難で、改正の提案は最小限のものとされた」と述べている。
- (9) 江頭憲治郎訳「1993 年海上先取特権及び抵当権に関する国際条約」海法会誌復刊 37 号 38 頁以下（1993）
- (10) 江頭憲治郎訳「1967 年 5 月 27 日にプラッセルで成立した海上先取特権及び抵当権に関するある規則の統一のための国際条約の改正案」海法会誌復刊 29 号 20 頁以下（1985）
- (11) 小町谷操三『海商法要義上巻』316 頁以下（岩波書店、昭和 7）。なお、「保険契約」は、policies of insurance の訳語として当てられたものであるが、「保険証券」と直訳する方がよいかもしれない。
- (12) William Tetley, Maritime Liens and Claims, 2nd ed. 1992 at p.1211 et seq. の第 33 章 謂渡、移転そして代位（Chapter 33 Assignment, Transfer and Subrogation）に、全面的に負っている。なお、subrogated の用語については、たとえば、日本法令外

国語データベースシステムの信託法50条1項の日本語本文・英語訳参照。

- (13) Id. at pp.1216 et seq.
- (14) ケベック民法については、HTTP://LEGISQUEBEC.GOUV.QC.CA/EN/ 参照。なお、大島俊之「ケベック民法典略史」神戸学院法学34卷2号47頁以下(2004)なども参照。
- (15) Tetley, *supra* note 12, at p.1217. なお、アメリカ法に関し、Black's Law Dictionary 10th ed. (2014) at p.1654 et seq. は、次のように解説する。
subrogate〔代位する〕について、次のように解説する。
ある法的な権利またはクレームに関して、他の人の代わりに、(ある人)を代理させること。
subrogation〔代位〕について、次のように解説する。

1. その債務を当該当事者が支払う他人のためにする1当事者の代理（置換）であり、当該支払をする当事者に、さもなくば当該債務者に帰属するであろう諸権利、諸法的救済、または有価証券を与えることである。例えば、1債務を支払った1保証人は、代位によって、債権者によって保有される当該債務のためのどのような担保、そして当該債権者が当該債務者に対して有するいかなる判断の便益にも、権利が与えられる。そして、当該債権者がするであろうように、当該債務者に対して訴訟を起こしてよい。代位は、大体、普通は諸保険証券に関連して生じる。2. それによってそのような代理〔置換〕が起こる衡平法上の救済。3. 1保険証券の下であるロスを支払った1保険者が、当該保険証券でカバーされるいかなるロスに関し、1第三者に対し当該被保険者に帰属するすべての権利および救済の権利が与えられる原理。

「代位は衡平法上の譲渡である。当該権利は、当該保証人が法律上の義務を負わせられるようになるときに存在するようになる。そしてこれは影響を及ぼす諸先取権(priorities)として重要である。;しかし、そのような代位権は、当該債務が完済されるまでは、1訴訟原因とはならない。代位は、当該保証人に当該債権者が使えたであろういかなる救済をも使用する権利を与えるものであり、そして一般的には、モーゲージ、リーエン、判決を認める権限のような当該債権者有したいかなる優先権という便益をも享受する権利を与え、信託資金を営み、当該本人または当該債権者に当該債務を支払うこと約束した第三者に訴訟を提起する権利を与えるのである。」Laurence P. Simpson, *Handbook on the Law of Suretyship* 205 (1950).

「代理は、単純に他人の代わりにある人を代理させることを意味する；すなわち、ある人が他人の仕事を引き継ぐことを許され、当該被告に対してその人の諸権利を主張することを許されることである。あるもっともな理由により、当該代位原告が、当該被告によって支払われるべき1債務を支払ったために、現実に当該ケースが起こった」

1 Dan B. Dobbs,*Law of Remedies* [諸法的救済法] § 4. 3 (4) at 604 (2d ed. 1993)

(16) Tetley, *supra* note 12, at pp.1231 et seq.

(17) なお、平成 27 年 10 月 12 日日本海法学会ミニシンポジウム「船舶先取特権」（相原隆教授担当）で問題とされた点は、以下の通りである。

1. 船舶先取特権を生じる債権の範囲

2. 船舶先取特権を生ずる債権の順位及び船舶抵当権との優劣

3. 船舶賃貸借における民法の先取特権の効力

「船舶先取特権の目的」(2 と 3 の間で規定) を除き、中間試案と同じ項目である。

1 では、雇用債権（商 842 条 7 号、民 306 条 2 号）について、2 では、責任制限債権（船主責任制限法 95 条）について、3 では、最決平成 14 年 2 月 5 日との関連、定期傭船への準用について、扱われた。

(18) 中出哲「船舶金融と保険契約」堀龍兒先生古稀祝賀『船舶金融法の諸相』235 頁以下（成文堂、2014）参照。ちなみに、吉田麗子「倒産手続が船舶金融取引に与える影響」同前 282 頁によると、保険金請求権譲渡について、破産手続、更生手続の際、別除権として手続外で船体保険などに基づく保険金請求権を行使できるが、船体保険の衝突賠償金や P&I 保険などの責任賠償に関する保険の保険金は、保険法 22 条 3 項や、P&I クラブのルールで譲渡が禁止されているため、保険会社等に請求することはできない旨、述べる。なお、肥塚肇雄「責任保険契約における特別先取特権と第三者保護措置」中西先生喜寿記念『保険法改正の論点』211 頁以下（法律文化社、2009）、中村哲朗「新保険法が海損実務に与える影響－責任保険契約についての特別先取特権－」1～31 頁 (new insurance law art 21_22/1.1.10/TN/hy 平成 22 年 1 月 1 日)、志津田一彦『論点ビジネス・ロー』175～176 頁（青林書院、2013）なども参照。

(19) その後、政府は、2016 年 10 月 18 日、運送や海商に関する規定を見直す商法改正案を閣議決定した (<http://mainichi.jp/articles/20161018/k00/00e/010/173000c> など参照)。