

# 船舶先取特権の準拠法をめぐる諸問題

——「航海継続ノ必要ニ因リテ生シタル債権」の事例を中心に——

志津田 一 彦

## 目 次

- I. はじめに
- II. 神戸地決平成 28 年 1 月 21 日と大阪高決平成 28 年 3 月 28 日
  - 1. 神戸地決平成 28 年 1 月 21 日
  - 2. 大阪高決平成 28 年 3 月 28 日
- III. 検討
  - 1. 準拠法
    - 1) 国内・国際民事手続法からのアプローチ
    - 2) 実質法に関する海事国際私法からのアプローチ
    - 3) 準拠法に関する近時の学説の展開を中心に
    - 4) 私見
  - 2. 当事者
- IV. むすびにかえて

## I. はじめに

「航海継続ノ必要ニ因リテ生シタル債権」を被担保債権とする（いずれも給油に関する）船舶先取特権の準拠法についての最近の裁判例と評釈としては、次のようなものがある。

①横浜地決平成 19 年 6 月 4 日<sup>(1)</sup>

②大阪地決平成 20 年 3 月 31 日<sup>(2)</sup>

- ③福岡地小倉支決平成20年7月18日<sup>(3)</sup>→④福岡高決平成20年9月9日<sup>(4)</sup>、
- ⑤福岡地決平成20年9月8日<sup>(5)</sup>、
- ⑥水戸地判平成26年3月20日<sup>(6)</sup>、
- ⑦福岡地小倉支決平成27年12月4日<sup>(7)</sup>
- ⑧神戸地決平成28年1月21日<sup>(8)</sup>→⑨大阪高決平成28年3月28日<sup>(9)</sup>
- ⑩名古屋地決平成28年4月22日<sup>(10)</sup>

松井＝黒澤・後掲注(1)28頁以下によると、上記①～⑤の裁判例につき、以下の3つの論点を中心に、次のように整理している。

- i 論点：物権準拠法との累積適用の要否
- ii 論点：物権準拠法の内容
- iii 結論

①横浜地決平成19年6月4日単独（台湾で給油、オランダ船籍）

- i 要（被担保債権準拠法）
- ii 法廷地法
- iii 被担保債権準拠法で不成立

②大阪地決平成20年3月31日合議（韓国・中国・日本で給油、アンティグア・バーブーダ船籍）

- i 要（被担保債権準拠法）
- ii 旗国法
- iii 被担保債権準拠法でも旗国法でも不成立

③福岡地小倉支決平成20年7月18日単独（中国・韓国で給油、中国船籍）

- i 不要
- ii 被担保債権発生時の船舶の所在地法（例外的に被担保債権準拠法）
- iii 被担保債権準拠法で不成立

④福岡高決平成20年9月9日合議（中国・韓国で給油、中国船籍）：③の上訴審

- i 要（被担保債権準拠法）

ii 権利の発生原因となる事実が完成した当時における目的物の所在地法

iii 被担保債権準拠法で不成立

⑤福岡地決平成 20 年 9 月 8 日単独（韓国で給油、中国船籍）

i 要（被担保債権準拠法）

ii 法廷地法

iii 被担保債権準拠法で不成立

これに従って上記⑥⑦について、整理すると、次のようになる。

⑥水戸地判平成 26 年 3 月 20 日（シンガポールで給油、パナマ共和国船籍）

i 要（被担保債権準拠法）

ii 成立（原因事実完成時）の現実の所在地法

iii 原因事実完成時の所在地法のシンガポール共和国法により不成立

⑦福岡地小倉支決平成 27 年 12 月 4 日（日本・中国で給油、パナマ共和国船籍）

i 要（被担保債権準拠法）

ii 原因事実完成時の現実の所在地法

iii 論点 i の両方とも日本法である場合は成立、論点 ii が中国のものについては不成立

ここでは、⑧⑨の事例を中心に、若干の検討を行なおうと思う<sup>(11)</sup>。

## II. 神戸地決平成 28 年 1 月 21 日と大阪高決平成 28 年 3 月 28 日

### 1. 神戸地決平成 28 年 1 月 21 日

神戸地裁甲事件は、船舶用燃料油の供給地が上海港及び大阪港であり、燃料油を供給した船舶も異なるが、上記福岡地裁の係争事件と当事者が同一であり、争点とその判決内容もほぼ同一内容なので、概要の記載は省略する。

神戸地裁乙事件は、債務者 X（定期傭船者）が民事執行法 189 条、117 条 1 項の「債務者」に当たるかが争点であるが、神戸地裁は、民事執行法 189 条が準用する同法 117 条 1 項所定の「債務者」が、当該担保権の実行として

の船舶競売開始決定により船舶を差し押さえた差押債権者の被担保債権の債務者（定期傭船者）を意味することは、文言上明らかであって、債務者 X（定期傭船者）が、同条の「債務者」に該当することは明らかであると判示した。

嶋拓哉「判批（船舶先取特権の準拋法および船舶の物権準拋法）」ジュリ1506号123頁以下は、原審について、国際私法の視点からの評釈である。

「事実」を次のように紹介する。

債務者 X（共同海運国際有限公司）は香港に住所を置く法人であり、本件船舶（登録地はリベリア）の所有者であるドイツ法人との間で定期傭船契約を締結し、本件船舶を運航している。これに対して、債権者 Y（コスコ・ジャパン株式会社）は海上運送業、船舶用燃料油等の売買等を目的とする日本人（本店は日本）である。Y は、①平成 27 年 6 月 19 日上海港、②同 27 年 7 月 7 日大阪港、③同 27 年 7 月 13 日上海港と 3 度にわたり船舶用燃料油を本件船舶に供給した（以下、①ないし③の個別契約を「本件燃料供給契約①」等という）。なお、Y と訴外 A（香港明德有限公司。中国に事務所を有する法人）は代理協議書を作成し、その中で Y が A に対して船舶燃料業務の中国市場での開拓を委託し、A は Y の取引業務に協力する等の条項が設けられていた。Y は本件燃料供給契約①ないし③に基づく燃料売買代金を受け取っていないと主張して、平成 27 年 10 月 21 日に神戸地裁に対して、当該売買代金債権等を被担保債権及び請求債権とする、商法 842 条 6 号、リベリア海事法に基づく船舶先取特権の実行として、本件船舶について船舶競売開始決定を求めた。同地裁は翌 22 日にこの競売開始決定（以下「本件競売開始決定」という）を行ったのに対して、X が、Y は本件船舶先取特権を有していないとして、本件競売開始決定の取消しを求める執行異議を申し立てた（甲事件）。また、神戸地裁が同日 X の請求に基づき、本件競売手続中、配当等の手続を除きこれを取り消す決定をした（以下「本件取消決定」という）のに対して、本件取消決定の取消しを求めて執行異議を申し立てた（乙事件）。

「決定要旨」として次のように紹介する。

甲事案につき X の執行異議の申立てを認容、乙事案につき Y の執行異議の申立てを却下。

I. 「船舶先取特権は法定担保物権であるからその成立については、通則法 13 条 2 項により、その権利の発生原因となる事実が完成した当時における目的物の所在地法が準拠法となると解される。また、法定担保物権は一定の債権（被担保債権）を担保するために法律により特に認められる権利であり、いわば被担保債権の属性ないしその法律効果の一つにほかならないから、被担保債権の準拠法によっても当該法定担保物権が有効に成立するのが必要であると解するのが相当である。」

II. 「船舶先取特権の発生原因事実が完成した当時の目的物の所在地法とは、当該被担保債権発生時の目的物である船舶の現実の所在地法と解するのが相当である。本件で債権者が主張する被担保債権は本件各燃料供給契約に基づく船舶用燃料油の代金債権であり、本件燃料供給契約①及び同③についてはいずれも上海港、同②については大阪港において本件船舶に船舶用燃料油の供給が行われているから、被担保債権である船舶燃料油の代金債権発生時の本件船舶の所在地法は、本件燃料供給契約①及び同③に係る船舶先取特権については中国法、同②に係る船舶先取特権については日本法となる。」

III. 「本件における被担保債権は本件各燃料供給契約に基づく船舶用燃料油の代金債権であるところ、本件各燃料供給契約の買主を X 又は A のいずれであると解するとしても、本件各燃料供給契約の当事者間において、契約締結の際に準拠法についての合意をしたような事実は一件記録上うかがえないから、被担保債権の準拠法については、通則法 8 条 1 項により『当該法律行為の当時において当該法律行為に〔最も〕密接な関係がある地の法による』と解するのが相当である。そして、本件各燃料供給契約は、船舶用燃料油の供給という特徴的な給付を当事者の一方である Y のみが行うものであるから、『その給付を行う当事者の常居所地法』が最も密接な関係がある地の法

として推定される（同条2項）。そうすると、Yは、本店を日本におく法人であるから、本件における被担保債権の準拠法は、債権者の常居所地法である日本法となる。」

IV. 「以上により、本件燃料供給契約①及び同③に係る船舶先取特権の成立及び効果を判断する準拠法は日本法及び中国法となり（累積適用）、本件燃料供給契約②に係る船舶先取特権の成立及び効果を判断する準拠法は日本法となると解される。」

原審は、平成28年1月21日、一般の先取特権又は商法842条に定める先取特権の存在を証する文書（民事執行法189条、181条1項4号）が提出されておらず、本件競売開始決定は違法であるとして、X有限公司の執行異議申立てを認め、本件競売開始決定を取り消し、本件競売開始申立てを却下するとともに、X有限公司が同法117条の「債務者」に該当するとして、Y株式会社の執行異議申立てを却下した（原決定）。

これに対し、Y株式会社は、同月26日、原決定の取消し及び本件競売手続の続行を求めて執行抗告をした。

## 2. 大阪高決平成28年3月28日

「事実の概要」は、次の通りである。

### i. 本件燃料供給契約〈1〉について

……

本件船舶については、〔平成27年6〕月17日、A有限公司からY株式会社に対し、売主をY株式会社、買主をA有限公司、供給価格を1メトリックトン当たり380米ドル、供給量を200メトリックトンと記載した「燃料油用命書」が出され（甲5の2）、これに対し、同月18日、Y株式会社からA有限公司に対し、売主をY株式会社、買主をA有限公司と記載した上記と同内容の「燃料油注文確認書」が出された（甲5の3）。なお、同月19日のC港での本件船舶に対する燃料油供給量は195.10メトリックトンであった

(甲5の5)。

イ Y株式会社は、A有限公司に対し、7月3日付け請求書により、本件船舶への前記A記載の燃料供給に基づく売買代金7万4138米ドル（195.10メトリックトン×380米ドル）を、Y株式会社名義の銀行預金口座に振り込む方法により支払うよう請求した（甲5の6）。

ウ A有限公司は、X有限公司に対し、同月10日付け請求書により、本件船舶の6月19日のC港での195.10メトリックトンの燃料油供給に係る売買代金として、7万5893.90米ドル（195.10メトリックトン×389米ドル）を、A有限公司名義の銀行預金口座に振り込む方法により支払うよう請求した（乙1）。

(2) 本件燃料供給契約〈2〉について

〔同様に、燃料供給の売買代金として、Y株式会社はA有限公司に、1万7091.12米ドルを、A有限公司はX有限公司に、1万7392.02米ドルを、請求した（乙3）。〕

(3) 本件燃料供給契約〈3〉について

〔同様に、燃料供給の売買代金として、Y株式会社はA有限公司に、6万3082.50米ドルを、A有限公司はX有限公司に、6万3858.90米ドルを、請求した（乙2）。〕

(4) Y株式会社による支払催告先について

Y株式会社は、8月13日、本件各燃料供給契約に基づく売買代金を含む売買代金の支払がなされないとして、A有限公司に対し、資料を添付の上、支払期限を過ぎた売買代金を最速で支払うこと、支払遅延の理由を説明することをメールで求めたところ、A有限公司は、Y株式会社に対し、添付資料に間違いはないこと、「チャーター」がA有限公司に支払をしないので困っていること、Y株式会社に協力できることがあれば全力で協力することを記載して返信した（甲11）。

……

「決定要旨」は、次の通りである。

## 2 甲事件について

(1) 本件競売手続における手続については法廷地法である日本法に従い、民事執行法189条が準用する同法181条1項4号に定める船舶先取特権の存在を証する文書（以下「船舶先取特権証明文書」という。）の提出が、本件競売手続開始の要件であって、同文書により船舶先取特権の存在が証明されていることが必要であると解される。

……

これらの事実は、むしろ、本件各燃料供給契約がY株式会社とA有限公司との間で締結されたことを推認させるものであり、上記文書によってY株式会社とX有限公司との間で同契約が締結されたと認めることはできない。

なお、前記認定のとおり、X有限公司が提出する文書（乙1ないし3）によれば、A有限公司は自己の名で相手方に対して売買代金の支払を請求しており、その請求額は、Y株式会社のA有限公司に対する請求額よりも単価が増額されているのであり、この事実からも、本件各燃料供給契約がY株式会社とA有限公司との間で締結され、さらにX有限公司に転売されたことが裏付けられる。

(3) この点につき、Y株式会社は、A有限公司に対し代理権を授与しており、A有限公司がY株式会社の燃料油供給契約の締約代理店であるから、Y株式会社はA有限公司を代理人として相手方と本件各燃料供給契約を締結したのであると主張し、以下の各文書を援用する。

……

よって、Y株式会社の上記主張は採用できない。

ウ Y株式会社は、商法504条により、A有限公司の行為は、顕名主義の例外として、本人であるY株式会社に効力が生じると主張する。

……

Y株式会社とA有限公司との間で価格交渉を重ねて「燃料油注文確認書」等を取り交わして契約内容を確定し、Y株式会社からA有限公司宛ての請求書を発行してA有限公司に対しY株式会社名義口座への振込みを求めているのであるから、これらの事実からは、Y株式会社の上記主張の前提となる事実を認めることはできない。

よって、Y株式会社の上記主張は採用できない。

……

オ 以上のとおり、Y株式会社の提出、援用する上記各文書（執行異議申立て以後に提出されたものを含む。）によっても、Y株式会社とX有限公司との間で本件各燃料供給契約が締結されたと認めることはできないから、船舶先取特権証明文書の提出があったとはいえない。

(4) 以上によれば、船舶先取特権の成立及び効力につきいずれの準拠法を指定すべきか、被担保債権の準拠法と累積適用をすべきかにかかわらず、本件競売開始決定は、船舶先取特権証明文書の提出がなく、違法であるから、甲事件の申立ては理由がある。

### 3 乙事件について

民事執行法189条が準用する同法117条1項の「債務者」は、差押債権者の債権の債務者とされており、読み替えもないことからすれば、担保権（船舶先取特権）の実行としての本件競売開始決定において、Y株式会社主張の船舶先取特権の被担保債権の債務者であるX有限公司は、上記「債務者」に該当することが明らかである。

よって、Y株式会社の主張は採用できず、乙事件の申立ては理由がない。

### 4 結論

以上によれば、原決定は相当であり、本件執行抗告は理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり決定する。

### Ⅲ. 検討

#### 1. 準拠法

##### 1) 国内・国際民事手続法からのアプローチ

段階に応じて、段階的に考えていくべきであろう<sup>12)</sup>。

##### (1) 船舶の仮差押え

本件では、直接には問題となっていないが、これについては、平塚眞「海事裁判管轄」落合誠一＝江頭憲治郎編『海法体系』638頁以下、志津田・研究423頁以下参照。

平塚弁護士は、「船舶の仮差押え」について、概ね次のように述べている<sup>13)</sup>。

「船舶仮差押え（民保12条1項、48条1項2項）には、①仮差押えの登記をする方法、②執行官に船舶国籍証書等の取上げを命ずる方法がある。

日本船籍に対する仮差押えは、実務的には、船舶の所在地で船舶国籍証書等を取り上げて航海の継続を困難とする方法による。

外国船舶に対する仮差押えは、船舶の所在地で船舶国籍証書等を取り上げにより仮差押えの執行を行う。ただし、本案の管轄裁判所が日本国内にあるときは、そこで仮差押命令を取得した上、船舶所在地を管轄する地方裁判所で国籍証書等の取上げの執行を行うことも可能である。

船主らが本船につき解放金を積んだ場合、原則としてその地に本案につき財産所在地が管轄が認められる（民訴5条4号）。

外国船籍の場合、本船が日本国内に停泊中であれば、本船に対する仮差押えの管轄は本船の所在地を管轄する地方裁判所に所属する。しかし、この場合、船主等が解放金を積んでも、当事者が日本の裁判管轄に合意しない限りは、それによってもその地に本案につき財産所在地の管轄が認められることにはならないであろう。積まれた解放金は、執行の担保になるだけである。

外国の領海内で発生した衝突事件、油濁事件等、当該外国と強い牽連性がある場合は、当該国の本案についての管轄を尊重すべきであり、仮差押解放

金が積まれた地に本案についての財産所在地の管轄を認めるべきではないであろう。」

## (2) 民事訴訟法5条7号について

賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法1』36頁以下〔東孝行〕（日本評論社、第3版追補版、2012）は、民事訴訟法第5条第7号に関して、「本号の趣旨」として、概ね次のように述べる<sup>(14)</sup>。「船舶に関する強制執行、競売（民執189条・113条）の関係で、船舶を担保とする債権に基づく訴えもその船舶所在地に提起できるとしたほうが船舶の移動可能性からみて便利であるので、本号の裁判籍が設けられた（民執113条・119条・189条参照）。物的裁判籍である（齊藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕』（1）277頁〔小室＝松山〕（第一法規出版、1991～96）、新堂幸司ほか編集代表『注釈民事訴訟法（1）』179頁〔高地〕（有斐閣、1991～96）。）」

また、「船舶債権・船舶を担保とする債権」として、概ね次のように述べる。「船舶債権は、商法842条所定のものであり（雇用契約上の船長・船員の債権、海難救助料、水先案内料など）、船舶、その属具および未受領の運賃の上に先取特権を付与される。

船舶を担保とする債権は、船舶の抵当権（平15法134回生商848）および質権（同850条）の付された債権である（前掲注解（1）277頁〔小室＝松山〕、前掲注釈（1）179頁〔高地〕、菊井＝村松〔秋山幹男ほか〕・新コメI〔『コンメンタール民事訴訟法I（第2版）』〕116頁（日本評論社、2009）。）」

「船舶所在地」として、概ね次のように述べる。

「船舶の所在地は船舶の停泊する場所である（前掲注釈（1）180頁〔高地〕、前掲注解（1）277頁〔小室＝松山〕、前掲新コメI 123頁）。訴え提起時が基準となる（15条）。差押えおよび仮差押えは原則として発航準備を終わっ

た船舶に対してはなしえない（商 689 条）が、訴え提起は、発航準備が終わったがなお停泊している限りその地の裁判所になしうる（前掲注解（1）277 頁〔小室＝松山〕、前掲注釈（1）180 頁〔高地〕、前掲新コメ I 116 頁）。」〔なお、2018 年改正商 689 条については後述。〕

### （3）船舶に対する強制執行および担保権の実行としての競売

中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』616 頁以下（青林書院、2016）は、準不動産執行の船舶執行の中で、船舶競売の対象として、概ね次のように述べている。

「総トン数 20 トン以上の船舶に限る（ただし、端舟その他専らまたは主として櫓・櫂で運転する舟は除く〔動産執行による〕。民執 112 条。なお、船舶の概念、「船舶のトン数の速度に関する法律」（昭和 55 年法律 40 号）の内容につき、香川保一監修『注釈民事執行法（4）』7 頁以下・34 頁以下〔浦野〕（金融財政事情研究会、1983～95）参照）。船舶の国籍、登記の有無、外国船舶・無国籍船舶につき登記能力の有無（日本船舶については商 686 条 2 項参照）を問わない。

登録された小型船舶（小型船舶 2 条・3 条）に対する強制執行および先取特権実行競売は、自動車執行に準ずる。製造中の船舶に対する執行は動産執行（民執 122 条以下）により、また、船舶共有持分に対する執行は権利執行（民執 167 条）による。」と。

なお、中野＝下村・前掲書 617 頁は、船舶競売の申立ての特則のなかで、「船舶先取特権に基づく担保執行の開始文書としては、担保権の存在を証する文書で足りる（民執 189 条。商 842 条に定める先取特権を例示するが、ほかに国際海運 19 条・船主責任制限 95 条・油濁 40 条など、船舶先取特権のすべてを含む。民執 112 条に定める登記船舶上の動産先取特権につき、東京地判平成 15 年 9 月 30 日判タ 1155 号 291 頁）。」

「…発航準備を完了した船舶に対しては、発航のために生じた（給油・給水等による）債務についての執行を除き、差押えができない（商 689 条。仮差押えの執行も、仮差押えの登記をする方法によるもの以外は、できない。）」と述べる〔なお、2018 年改正商 689 条については後述〕。

また、中野＝下村・前掲書 623 頁以下は、外国船舶の競売について、概ね、次のように述べている。

「日本船舶以外の船舶（いわゆる「便宜置籍船」を含む）でも、日本の主権の及ぶ範囲内に所在するものは、わが民事執行法による船舶執行の対象となる。実際に問題となるのは、外国船舶に対する外国担保権の実行としての競売である（以下の記述は、浦野「最近の船舶競売をめぐる諸問題」NBL309 号 8 頁以下・312 号 35 頁以下に多くを負<sup>マ</sup>う）<sup>14)</sup>。

1. 外国船舶に対する外国担保権の実行にも、その申立てがわが国領域内でなされる場合には、わが国の裁判権が及び、その競売手続には法廷地法たるわが民事執行法（広義）が適用される。ただし、その外国船舶についての差押えなどの登記の嘱託等、外国の協力を要する行為は、条約等による取決めがない限り、できない。

## 2. 競売申立ての要件

①外国担保権の存在を証する確定判決は、わが国の判決に限らず、外国判決でも承認の要件（民訴 118 条）を具える限り、民事執行法 181 条 1 項 1 号文書にあたる。

②外国公証人が作成した、担保権の存在を証する公正証書については、外国の公証制度の多様性からみて一般的立言の可否は問題はあるが、担保執行における名義形成責任の転換を重くみて、外国判決の承認に準じ、相互保証等の要件を満す場合には民事執行法 181 条 1 項 2 号の公正証書たりうると解すべきであろう。

③本登記のある外国担保権については、外国登記簿の謄本で足りる（民執

181条1項3号)。ファイル・システムによる担保証書のファイルの順位により対抗力が与えられる国の担保権については、そのファイルがされていることを証する登記官庁等の公の証明書も、これに準ずる。

④一般の先取特権および船舶先取特権の存在（法定の消滅事由〔商847条参照〕の不存在を含む）を証する文書（民執181条1項4号・189条）には、特に制限はない。

### 3. 船舶担保権の準拠法

通説は、約定担保権と法定担保権とを分かち、約定担保権については専ら目的物の所在地法（法適用通則法13条）としての旗国法（船籍国法）、法定担保物権については、その内容・効力が旗国法、成立が被担保債権の準拠法と旗国法との類推的適用に、それぞれよるべきものとして、船舶先取特権についてもこの一般論の妥当を認める。折茂豊『国際私法各論〔新版〕』108頁以下（有斐閣、1972）、秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1・2号52頁、高松高決昭和60年5月2日判タ561号150頁、広島高決昭和62年3月9日判時1233号83頁など。したがって、配当上の順位については、いずれも旗国法によることになる。

しかし、多分に批判の余地がある。特に、石黒一憲『国際私法』259頁以下（有斐閣、1984）、林田学「外国担保権の実行」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』452頁以下（有斐閣、1987）、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第3版〕』142頁以下（有斐閣、1998）、近藤＝大橋編『民事執行の基礎と応用〔補訂版〕』257頁以下〔杉原麗〕（青林書院、1998）参照。裁判例にも、船舶先取特権の成立・効力の準拠法は法廷地法たる日本法であるとするもの（東京地決平成3年8月19日判時1402号91頁、東京地決平成4年12月15日判タ811号229頁）がある。

競売による担保権の帰趨は、手続の問題であり、法廷地法たるわが民事執行法の定めに従う。

なお、船舶先取特権の内容に従い既登記の抵当権の優先を認める立法例が

少なくないこと、1967年・1993年の海上先取特権抵当権条約（わが国未批准）が担保権の順位や範囲についても規定するに至ったことにつき、浦部・NBL312号36頁、同・三ヶ月古稀（下）207頁以下、菊池洋一・ジュリ1029号33頁以下参照。」と。

さらに、中野＝下村・前掲書618頁は、船舶競売の申立ての中で「債務者直接占有の要否」として、概ね、次のように述べている。「有力な見解は、目的船舶に対する債務者の直接占有（通説は、定期傭船に出された場合も含むと解するが、疑問が残る。大石忠雄ほか編『民事執行訴訟法』322頁〔荻原建次〕（青林書院、1986）参照）を船舶強制競売の特別要件と見る（したがって、第三者の占有する船舶〔裸傭船の場合など〕に対しては、その占有権原が差押債権者に対抗できるかどうかを問わず〔規174条2項と対比〕、船舶執行の申立てができない。鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（4）』54頁以下〔浦野〕（第一法規、1984・1985）、田中泰久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』260頁（金融財政事情研究会、1980）など。異説として、竹下守夫ほか『ハンディコンメンタール民事執行法』252頁〔竹下〕（判例タイムズ社、1985））。

しかし、責任財産の外観は登記上与えられており、別に航行所要文書取上執行の制度（民執114条1項・120条）が設けられた以上、旧法当時（民訴旧720条1項1号参照）の解釈を維持する必要はなく、取上提出命令等の相手方ないし取上執行の可否の問題として処理すれば足りるものと解する。」と述べる。

## 2) 実質法に関する海事国際私法からのアプローチ

櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』604頁以下〔増田史子〕（有斐閣、平成23（2011））〔以下、増田・注釈1巻と略する〕は、「海事」の項目で「担保物権」に関し、次のように整理する。

〔(あ) 約定担保物権—船舶抵当権

通説・裁判例（広島高決昭和62・3・9判時1233号83頁、山口地柳井支判

昭和42・6・26）：成立については旗国法、効力も旗国法

少数説（石黒など）：成立については旗国法、順位を含む効力については船

舶の差押え・競売の時点での船舶の現実の所在地の法

(い) 法定担保物権—船舶先取特権では、次の i、ii が問題となる。

i. 物権準拠法に被担保債権の準拠法を累積適用すべきか。

ii. 物権準拠法として旗国法と船舶の所在地法のいずれが妥当か。〕

(1) 比較法

順位については、法廷地法ないし差押え・競売時の船舶の現実の所在地法による例が多いが一様でないといわれる<sup>(15)</sup>。イタリア運行法6条ほか：約定担保物権と同様、旗国法。

①ドイツ法

・ドイツ民法施行法45条2項：運送手段全般の法定担保物権について被担保債権準拠法により、順位のみ現実の所在地法。

・現実の所在地法ないし法廷地法

i. Trappe博士の見解

Johannes Trappe博士は、ドイツの抵触法につき、次のように述べている<sup>(16)</sup>。

「諸リーエン法の抵触の諸問題において、ドイツの諸裁判所は、the lex causae を適用する傾向にあり、1外国のリーエンを認識する傾向にある。最近法学関係諸執筆者は、the lex libri siti（当該船舶登記〔録〕法）の適用を代わりに示唆してきた、諸リーエンのランキングは、the lex fori（法廷地法）に従う。ただし、それら〔諸リーエン〕のすべてが1つの法—そのようなケースでは、それらのランキングもその特定の法によって支配されている—によって支配されている場合を除く。

外国で登記〔録〕されている諸船舶モーゲージは、通常認識されている。それらは、諸海上リーエンの後にランク付けされる。ただし、特定の外国の海上リーエンがドイツ法で知られていない場合を除く。」と。

## ii. Rabe-Bahnsen の立場

Rabe-Bahnsen, Seehandelsrecht 5. Aufl. 2018, SS.1564ff. は、「C. 国際私法」という項目で次のように述べている<sup>17)</sup>。

### 「I. 船舶債権者権の基礎にある債権の法

26. 諸船舶債権者権の基礎にある諸債権についての法の適用の問題は、その時その時の当該債権に対して標準的な諸原則に基づいて判決が下される – とくに § 570 Rn (Randnummer 余白番号) 19ff., 24ff. (諸衝突) の前および § 574 Rn 19ff. (海難救助および救助履行) の前参照。当該債権に標準的な制定法は、多くの場合、当該諸当事者の法の選択によって決定されるので、これらの場合間接的に、船舶債権者権の制定法は法の選択によって決定される。これは、物権法においては、法の選択によっては決められえないという根本原則に矛盾しない。—Staudinger/Nöll § 8, Rn 67 SchiffsRG もしかりである。

## II. 1 債権者権の発生に対して基準となる法

### 27. 1. 1999 年 5 月 21 日の法律の前の判決

1999 年 5 月 21 日の契約外の諸債務関係に対してと物に対しての国際私法の発効まで、当該諸債権者権に対する物に関する制定法の規定は論争があった。ハンブルクの HOLG の確定判決後 – すでに HGZ 1894, 85 ; HGZ 1899, 169 もしかり ; (1975 年 1 月 9 日の判決 – 6 U 49/71 および 132/72 ならびに 11/71) VersR 1975, 826, 830 ; (1978 年 11 月 9 日判決 – 6 U 47/78) VersR 1979, 933 (“Johann Blumenthal”); VersR 1989, 1164 ; (1989 年 8 月 6 日判決 – 6 U 135/88) TranspR 1989 374 = IPRax 1990, 400, Mankowski/Kerfack 注解 372 頁以下 = VersR 1989, 1164 (“Globe Oceanic”) は、

Zweigert/Drobnig VersR 1971 581, 590 で、船舶債権者権が生じている債権法に関して関連づけられた - これに加えて詳しくは Koukakis 60 頁以下。「ドイツの海運に実際に重要な判決の主要部のこの判決 (Mankowski . . . TranspR 1990, 213, 214)」に、Bremen HOLG (1994 年 10 月 6 日の判決 - 2 U 29/94) IPRspr 1994 Nr.606 = TranspR 1995, 302 ("Delaware Bay") は従っていた。

## 28. 2. 民法施行法 43 条、44 条、46 条による法

### a) 民法施行法 45 条

この判決は、1999 年 5 月 21 日の、契約外の諸債務関係のための、および物権のための国際私法の法律の民法施行法 - BGBI I 1026 頁 - 45 条によるもので、1999 年 6 月 1 日に発効され、確認されたものである。その後、船舶債権者権の成立のためには、この *lex causae* が標準的である。

第 45 条は次のような本文である：

#### Art. 45

Transportmittel.

(1) <sup>1</sup>Rechte an Luft-, Wasser- und Schienenfahrzeugen unterliegen dem Recht des Herkunftsstaats. <sup>2</sup>Das ist

1. bei Luftfahrzeugen der Staat ihrer Staatszugehörigkeit,
2. bei Wasserfahrzeugen der Staat der Registereintragung, sonst des Heimathafens oder des Heimatorts,
3. bei Schienenfahrzeugen der Staat der Zulassung.

(2) <sup>1</sup>Die Entstehung gesetzlicher Sicherungsrechte an diesen Fahrzeugen unterliegt dem Recht, das auf die zu sichernde Forderung anzuwenden ist.

<sup>2</sup>Für die Rangfolge mehrerer Sicherungsrechte gilt Artikel 43 Abs. 1.

[志津田仮訳] 第 45 条 輸送手段

(1) 諸航空機、諸船舶、諸鉄道車両に対する諸権利は、当該原産国の（der Herkunftsstaats）法律によらなければならない。すなわち、

1. 諸航空機の場合は、それらの帰属国
2. 諸船舶の場合は、登記簿の登記国、そうでなければ船籍港の国または原産地国
3. 諸鉄道車両の場合は、営業許可の国

(2) これらの乗り物における法的担保権の創設は、被担保債権に適用される法律によらなければならない。第 43 条第 1 項は、いくつかの担保権の順位付けに適用される。

第 2 項でもって、当該立法者は、法の確実性と法の明確性について配慮したであろう。

やがて、船舶への担保権についての国際レベルでの統一が形成されている - BT - Drucks 14/343, 18 頁, Zweigert/Drobnig VersR 197, 581, 590f. を参照。これは、上の Rn 25 以下で引用されている判決と一致し、[その判決は] 文面で賛同も見いだされた。Herber TranspR 1999, 294 により - それについて自ら短い注解といている - これは、「積荷損害と船長の行為についての船舶債権者権のある不思議な復活」に導いた。彼はオランダで 1 ドイツの船舶への燃料供給の当該事例でこれを説明している。その事例によりオランダ法によって 1 船舶債権者権が発生している。オランダ法により諸船舶抵当権は契約上の債権に対する優先権より優先する。同じ効果に、Herber はドイツ法により適切に至った - すでに LGHamburg (1963 年 4 月 30 日 - 13 O 265/62) MDR 1963, 765 これはオランダ法による 1 食糧供給者の事例；OLG Oldenburg (1974 年 6 月 7 日判決) VersR 1975, 271 これは 1 つの修繕契約の実施が生じる 1 債権のものであり、以下の理由をもって判断している。すなわち、ドイツ法が知らない 1 修繕債権者権は、1 船舶抵当権に対して後順位でなければならない [という理由である]。 - またそのように第 43 条第 2

項に関し、BTDrucks 14/343 18頁；Schaps-Abraham Vor § 754 aF Rn 34；Albrecht DVIS (1962) A 46, 23頁以下。Herber, aaOは以下の理由でこの結果を批判する。すなわち「ドイツの立法者が1972年にそれら〔諸船舶債権者権〕をもはや時代にあったものと取り扱わなかったにもかかわらず、積荷損害や船舶への供給のための外国の諸船舶債権者権も、ドイツの諸船舶にもまた認められるからである。」この種の諸船舶債権者権に当該抵当権の前の優位を与えるべく、当該立法者がもはや時代にあったものと取り扱わない！もし、諸船舶債権者権と船舶抵当権の充足の後、分配のための売り上げが残っているならば、それら〔そのような諸船舶債権者権〕が全く廃止されることは当該船舶の強制競売の際に場合によっては結果があらわれる。それは裁判例としては未知のものとみなれされるに違いない。もし、Schmidt-Vollmer 98頁が、これをHerberの意味でドイツの諸供給業者の競争損害として、そして、ドイツの船主にとってかろうじて受け入れ可能な付加的そして単独の不利とみなすならばである。すでにこの理由で、Palandt/Thorn 45条 Rn3によって歓迎されている当該判決の当該ルールは、それについて予想され相応している。「諸船舶債権者と船長の諸行為のある不思議な復活」について述べることはしたがってまた裁判例を一見しても決して当然であることはない。

#### b) 民法施行法 43条、46条

45条2項2文によって、複数の諸担保権の**優先順位**に対しては民法施行法43条1項が基準となる。

43条は次のような本文である：

#### Art. 43

#### Rechte an einer Sache

(1) Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich

die Sache befindet.

(2) Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können diese Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden.

(3) Ist ein Recht an einer Sache, die in das Inland gelangt, nicht schon vorher erworben worden, so sind für einen solchen Erwerb im Inland Vorgänge in einem anderen Staat wie inländische zu berücksichtigen.

[志津田仮訳] 第 43 条 ある物に対する諸権利

(1) ある物への権利は、当該物が置かれている国の法律によらなければならない。

(2) 当該諸権利に基礎づけられているある物がある別の国に届いた場合、これらの諸権利は後者の国の法律秩序に反して行使することはできない。

(3) 国内に着くある物に対するある権利が、すでにあらかじめ取得されていない場合、国内におけるそのような取得に対して、国内におけると同様、ある他国の先例が考慮されなければならない。

民法施行法 43 条 1 項により、ある 1 つの物への権利は当該物が在る当該国の法に定められる。このことは、次のことを意味している。すなわち、当該権利の主張の時点の *die lex rei sitae* が適用を受けるということである。すなわち、ドイツの裁判所の前でこれらの権利の主張の際は、*die lex fori*、すなわちドイツ法ということである。もちろん、以下の場合には、民法施行法 46 条により他国の方が基準となりうる。すなわち、民法施行法 45 条により適用される法よりある国の法と本質的により密な付合が存する場合にはである。次のような場合には、判例はこのようでありうる。すなわち、当該船舶にある諸担保権に関するすべての法の諸指定が、ドイツ法以外の優劣と合致して確定する場合にはである。－ BT Drucks 14/343 の 18 頁。実際 45 条は次のような場合に適用されるだけである。すなわち、当該諸当事者が当該

債権の制定法を選択しなかった場合にである - Stoll IPRax 2000, 25, Staudinger/Nöll 8条 Rn.68 SchiffsRG. 参照。

46条は次のような本文である：

Art. 46

Wesentlich engere Verbindung

Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 43 und 45 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden.

〔志津田仮訳〕第46条 本質的により緊密な関係

第43条および第45条に準拠する法律よりもある国の法律との関係が本質的により緊密である場合、その国の法律が適用されるものとする。

②アメリカ法

i. アメリカ法について、「成立および効力について船主が被担保債権の原因となる契約の当事者であれば当事者の指定した法、そうでない場合には最密接関連法により、順位は法廷地法による」と紹介される（増田・序論的考察 360頁）。

ii. Force 教授の所見

Robert Force（青戸照太郎ほか訳）、Admiralty and Maritime Law, 2004, 151頁以下（日本海運集会所、2009）は、「法の抵触」として、概ね次のように述べている。

「米国外で行われ、米国当事者を含まない取引は、Federal Maritime Lien Actの影響を受けないものの、外国法に基づくリーエンを生じさせることがある。米国裁判所は、米国法と外国法の何れが適用されるか否かを決定する際、法選択基準を利用する。米国法が適用されない場合、米国裁判所は、*forum non conveniens*の法理に基づき当該事件を却下するかどうかを検討

し、却下されないときは、外国法の下で生じたマリタイム・リーエンを強制する。(1 Thomas J Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, § 9-8, at 5156 (2d ed. 1994))。ただし、米国裁判所は、燃料油の供給契約が他国の管轄の法域で締結されたとしても、米国の供給者が、米国の港で外国籍の船舶に対して燃料油を供給したときは、これを保護するためFMLAを含め米国法を提供する。(Gulf Trading & Transp.Co. v. M/V Tenta, 694 F.2d 1191 (9<sup>th</sup> Cir.1982) (米国と契約の相手方との間の大量の契約は、米国法の適用を正当化すると判示された。))と。

### ③ Tetley 教授の所見<sup>(18)</sup>

Tetley 教授は、「IX. 諸海上リーエン法の抵触」という項目で、次のように述べている。

「異なった諸裁判管轄による諸海上リーエンの異なるランキングの故に、諸リーエン法の抵触が起こりうる。多くの諸国の諸法原則の当該諸衝突は、外国の諸海上リーエンの当該認識を当該船舶の旗国または登記（録）簿の法に従わせている。他の諸裁判管轄は、当該諸外国リーエンを当該法廷地の法に従って認識しランクづけしている。あたかもそれら〔諸裁判管轄〕が純粹に「手続上の」諸救済策であるようにである。諸海上リーエンや諸クレームを、訴訟手続としてよりむしろそれら自身の固有法とともに実質的な諸権利として考慮する方がより望ましい。さもなければ、当該法廷地法が適用され、フォーラムショッピングの結果のみ生じる。1980年ローマ条約は、諸リーエンが実質的な諸権利として考慮されることに行き着くであろう。

諸船舶モーゲージや諸船舶抵当のランキングや諸第三者に関するそれらの諸効果は、当該モーゲージまたは抵当権の当該登記（録）国の当該法によって支配されている。法に従って競合する諸裁判所によって実施される司法手続上の諸売却は、一般に国際的には、舶の買い手に、〔リーエンなどの〕諸負担のないクリアーな1権限を与えると認識されている。」と。

さらに、Tetley 教授は、「X. 結語」として、次のように述べている。  
 「他人の当該財産における 1 権利としての 1 海上リーエンに関する民事の概念は、英国においてであろうが市民法の諸裁判管轄であろうが、海事法・海法において初めから不変の、そのような諸リーエンの真実の概念である。諸海上リーエンを手続的であるといい、そしてそれらを法廷地法に従わせることは、フォーラムショッピングを助長しそして不確実性と統一の欠如を促進することである。

海上リーエンが同じでないという当該問題の 1 つの部分的な解決は、1993 年条約の世界的な採択である。しかし、統一の最終的な達成は、1 つの国際的抵触法条約の採択もまた要するであろう。

この章で取り扱われている諸主題についての更なる情報については、私の次のウェブサイト <http://tetley.law.mcgill.ca/> の『Tetley's Law and Other Nonsense』を参照。」と。

## (2) 日本

増田教授は、概ね次のようにわが国の学説と判例を整理する<sup>(19)</sup>。

### A. 学説

①通説(久保、溜池、折茂、山戸、江川、池原、川又、田辺、浦野、山田鎌)

法定担保物権は被担保債権の準拠法と船舶の旗国法の双方によって認められる場合に成立し、一旦成立した権利の効力は物権準拠法の問題であるからもっぱら旗国法による。

②物権準拠法がどのような債権者を保護するかが決定的であるとして、成立、効力ともに物権準拠法としての旗国法による。(道垣内、西賢)<sup>(20)</sup>

③成立、効力ともに被担保債権の準拠法による。(平塚、山崎)

④①の趣旨を徹底して、成立、効力ともに被担保債権の被担保債権の準拠法と船舶の旗国法を類推適用し、順位は旗国法による。(平塚(旧説?))

⑤①の説を踏襲するが、旗国法よりも船舶の現実の所在地法が妥当である

として、被担保債権の準拠法によって成立が、船舶差押時に現実の所在地法によって存在が認められ、効力については深く公序に関連するから現実の所在地法（法廷地法）による。（谷川、杉江、阿部＝峰。〔高桑〕）

⑥成立については成立時の所在地法、順位を含む効力については新所在地としての差押え、競売地の法により、公海上の海難救助等のそれが妥当ではない場合には債権準拠法を、最後の逃げ場とし旗国法を検討する。（石黒）

⑦船主が被担保債権の当事者になっている場合には被担保債権準拠法、そうでない場合には成立時の船舶の現実所在地法の適用を原則とし、順位は旗国法による。（森田）

⑧成立および効力ともに現実の船舶の所在地法による。（小出、神前（？））

⑨成立について成立時の船舶の所在地法に被担保債権の準拠法を類推適用し、効力は成立時の船舶の所在地法、順位については船舶抵当権者の保護と複数担保権の一括処理を図るために競売時の旗国法による。（西谷。〔原茂：⑥⑨と近い。〕）

⑩基本的に①に従いながら、裁判費用、租税債権に関する先取特権は例外的に成立、効力ともに法廷地法による。（平塚、山戸）

## B. 裁判例

①基本的には A ①説による。

秋田地決昭和 46 年 1 月 23 日、東京地判昭和 51 年 1 月 29 日下民集 27 巻 1-4 号 23 頁判時 837 号 69 頁、高松高決昭和 60 年 4 月 30 日判タ 561 号 150 頁、前掲広島高決昭和 62 年 3 月 9 日。増田・前掲 609 頁参照。

②成立、効力ともに旗国法による。

③旗国法が変更された場合、成立については成立時の旗国法、内容および効力については新旗国法による。法的安定性ないし既得権保護の見地から、旧旗国法によった例もある。

④船舶抵当権との優先劣後には、効力の準拠法として旗国法が適用される。

⑤船主責任制限法ないし油濁損害賠償保障法によって認められる船舶先取

特権の物上代位により、債権者が保険金請求権の差押えを求めた事案で、物上代位を先取特権の効力の問題として、成立、効力ともに法廷地法による。

なお、増田教授は、権利の実行方法は手続の問題であり、法廷地法であるとする。

### 3) 準拠法に関する近時の学説の展開を中心に

以前より、海事法律関係についても、法例の規定を適用すべきか、適用すべきとしてもどのように修正するべきかで見解の相違があった<sup>21)</sup>。

船舶先取特権の準拠法につき、たとえば、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』382頁以下〔竹下啓介〕(有斐閣、平成23(2011)年)は、前述の「海事」とは別に、通則法13条の箇所解説されている。そこでは、主な論点として、船舶先取特権の準拠法として、①被担保債権の準拠法と物権の準拠法を類推適用すべきか、②物権の準拠法としては、旗国法か、船舶の所在地法か、法廷地法か、である。この2つの論点が、成立と効力に分けて論じられている。

多数説は、物権準拠法と被担保債権の準拠法を累積的に適用すべきであるとする(近時の論考としては、西谷見解、佐野見解、檜崎見解であろう)。

西谷見解は、概ね次の通りである<sup>22)</sup>。

「船舶先取特権の成立及び効力については、通常の船舶に関する物権関係とは区別し、その成立時の船舶の所在地法によるのが妥当であると解される。ただし、その成立については、通常の法定担保物権の場合と同様に、被担保債権の準拠法を制限的に重ねて適用すべきであり〔谷川見解と同様〕、優先順位については、船舶抵当権者を保護し、複数担保権の一括処理を図るために、競売時の旗国法(登録国法)によるべきであろう(1993年5月6日「海上先取特権及び抵当権に関する条約」2条参照)。

根拠としては、船舶先取特権は、船舶の現実の所在地においてなされた給付について、既存の物権関係や登記(登録)とは無関係に成立するものであ

ることをあげる。」

佐野見解は、概ね次の通りである<sup>23)</sup>。

「船舶先取特権については、物権準拠法によってもその成立が認められる必要があるとする累積適用説の立場が妥当であると思われる。通則法施行後の裁判例では、累積適用説が有力となっているといえよう。

船舶先取特権の成立および効力については、被担保債権発生時の船舶の所在地法（成立については、被担保債権の準拠法がそれを認めることが必要）による見解が妥当であるように思われる（西谷、神前）。

根拠は、以下の4点である。①船舶先取特権は、船舶が現実に運航している場所において登記や登録とは無関係に成立する。②債権発生時の船舶所在地において先取特権が認められていない場合には、当該債権者は先取特権の成立を期待していないと解される。③被担保債権発生時の所在地法の適用は、通則法13条2項の「原因事実完成時の所在地法」とも整合する。

なお、船舶抵当権との優先順位については、単一の法による処理が必要で、競売時の旗国法による見解（西谷）に賛成したい。

準拠外国法が自国法の適用範囲を自ら限定している場合、その適用範囲に関する規定をも含めて当該外国法を適用すべきかが問題となるが、反致のように明文規定（通則法41条）がある場合を除き、準拠外国法適用規範は適用しないというのが国際私法の原則的な立場であり（溜池、櫻田）、その意味で本判決〔水戸地判平成26年3月20日〕の、被担保債権の準拠法について有効な合意による、アメリカ法の適用については疑問である。」

檜崎見解は、概ね次の通りである<sup>24)</sup>。

「債権準拠法の与えた効力や順位を物権準拠法が承認する、として累積を考え（性質決定論をとらない点で、平塚・ジュリ420号125頁の考え方に近い）、さらに物権準拠法として債権発生時の現実所在地の法、さらに船舶が別の地で差押えや競売にかけられる場合は新所在地としての差押所在地の法のもので、適応を考えることになろう（この点は、谷川・涉外判例百選第2版65頁、

石黒・金融取引と国際訴訟 343 頁の考え方に近い)。

なお、通則法には海事物権関係や船舶先取特権について特別規定は設けられていない。」

しかし、近時の有力説として、成立に関し、物権準拠法のみ依るべきであるとする見解があるとする(近時の見解として、増田見解、中野見解があらう)。

増田見解は、概ね次の通りである<sup>25)</sup>。

「必需品供給債権を被担保債権とする船舶先取特権に限定して論じる。

上記 I ⑥判決は、成立につき被担保債権準拠法と物権準拠法を累積適用した点で先例及び従来の通説に従うが、物権準拠法について、旗国法の適用を条理としても 13 条 2 項の解釈としても退け、成立時(原因事実完成時)の現実の所在地法を適用した点で、従前の裁判例と異なる。

この種の船舶先取特権については妥当であろう。ただし、判旨が旗国法を排する根拠はやや適切でない(通則法 13 条 2 項を旗国を退ける決定的な理由としている点など)。

船舶先取特権の成立について①「所有権者や船舶抵当権者等の旗国法適用を前提に取引を行う当事者にとっての取引の安全」より、②「物理的所在地の公益や取引安全」を重視する根拠が直接に示される方が望ましかったと思われる。

なお、成立につき法廷地法によることは、通則法 13 条の解釈として、成立時を差押時と解さない限り困難であろう。

本件では、船舶先取特権は成立しないと判断されたため、効力の準拠法については判示されていないが、被担保債権発生時を基準にシンガポール法に依ったものと推測される。

船舶先取特権は、かなり強い対第三者効を有する権利である。成立につき被担保債権準拠法を累積適用すれば成立時の所在地における公益や取引安全を害するおそれはある(被担保債権準拠法上も成立することを成立要件とし

て求めるかは物権準拠法上の問題であろう)、通説の立場には賛成できない。」

さらに、増田教授は、次のように述べている。

「船舶先取特権の準拠法に関する裁判例・学説の対立の背景には、i 船舶金融を害する船舶先取特権の成立は制限すべきと考えるか、ii 船舶を差し押さえて責任保険者から補償状を入手することにより船主等に対する債権の実現を図る方法が海運実務では一般化している以上、差押えの手段としての船舶先取特権は法廷地法により迅速に行使できなければならないと考えるか（債権者による法廷地漁りは船主等もある程度覚悟しておくべきということになるだろう）という政策的な対立があるように思われる。本判決は通則法13条の適用事例として概ね妥当と評価されるかもしれないが、実質法上の問題が解消しない限りは抵触法上の争いも続くのではないかと思われるとする。」と。

中野俊一郎見解は、概ね次の通りである<sup>26)</sup>。

「通則法13条2項の文言に忠実に、船舶先取特権の成立・効力は、被担保債権発生時の船舶の現実の所在地法によるものと理解すべきであろう。上記Ⅰ⑦決定もこれと同じ見方で、妥当なものと評価する。

担保権者間での優先劣後関係を判断する準拠法については、競売開始時点での船舶所在地法である日本法によって統一的に判断するのが望ましいのではなかろうか（石黒・金融取引と国際私法・343頁）。また、船舶の代替物である保険金債権の所在地法によって判断するという扱いが正当化できるように思われる。（中野・36頁）。

契約中で先取特権に関する準拠法を選択させることが一つの解決策にはなりうるし、実際、船舶衝突の事後処理においては、先取特権の成否を含め、準拠法が指定されることも少なくないと聞く。しかし第三者に対抗できないから十分ではなく、今後実質法統一への国際的努力が期待され、国際私法・国際民事訴訟法の平面においても、比較法的見地から、さらに掘り下げた検討が求められよう。」

ちなみに、上記通説に分類される「折茂豊『国際私法各論〔新版〕108頁

以下（有斐閣、1972）は、概ね次のように述べている<sup>27)</sup>。

「……法定抵当権や、留置権や、先取特権などの成立は、単に被担保債権の準拠法によって肯定されたのみではまだ充分ではなく、つぎに、その目的物の所在地法によってもまた肯定せられることを必要とするものとみなくてはならぬ。もっとも、こうしてその成立のみとめられた法定担保物権の内容および効力は、もっぱら目的物の所在地法を基準として定められるものと解すべきであろう。」とし、「かくて、たとえば同一の物に関してその成立を認められた複数の担保物権の順位如何は、担保物権の効力の問題として、もっぱら目的物の所在地法によって定められることとなろう。」として、山口地柳井支判昭和42年6月26日は、同一船舶に関する船舶先取特権と船舶抵当権の順位を、旗国法たるアメリカ合衆国法にしたがって定めているとする。

一般に、成立・効力ともに船舶の現実の所在地法によるとする説に分類される石黒教授もつぎのように述べている<sup>28)</sup>。

被担保債権の準拠法と物権準拠法との累積（重畳）的適用をする累積説と決別した上で寄港地における船舶サービス供給等の場合については船舶の現実の所在地法により船舶先取特権が成立すればそれで十分とし（右の法がその際有効な被担保債権の存在を要求していればその点が先決問題となる）、他面、船舶先取特権の成否および効力が問題となるのは谷川教授も指摘されるように船舶が差し押さえられ、競売される場合においてであるから、その場合には競売地（法廷地）国が船舶の新所在地国として、既に外国で成立した物権についての、その存続と効力の内容を定める、ということでこの点を処理すべきものと考えている、旨述べる。

また、石黒教授は、「一般的に船舶先取特権の準拠法は被担保債権の準拠法によると言い切るのは疑問であり、あくまでも現実の目的物所在地法主義を原則としつつ、それによることが妥当を欠く場合（……）につき、（被担保）債権の準拠法によることを考えてゆくことで十分なはずである。」とする〔たとえば、公海上の海難救助や船員の賃金債権の場合は、その時々船舶所在

地法によることは不十分と評価されるに至ることは、それなりに納得がゆくとする]。そして、最後の逃げ場としての旗国法による処理の可能性も右のごとき処置とのいずれが妥当なのかを具体的に衡量して決すべきものであるとする。

なお、旗国法上有効に成立した船舶抵当権ならびに船舶先取特権は各国で承認すべしとのポリシーに立つ 1926 年ブラッセル条約も、船舶先取特権に関する限りかかる処理が妥当とは思われまいとする。

#### 4) 私見<sup>29)</sup>

i. 当事者が、契約締結の際に、準拠法について合意していたならば、その地の法によるが（法適用 7 条）、それがない場合は、当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による（法適用 8 条 1 項）。前記 1 ⑧裁判例は、法適用通則法 8 条 1 項により、燃料供給業者の常居所地法を準拠法として推定すると判断するが、嶋教授は、本件燃料供給契約の債権者の関係する事業所の所在地法を探求し、これを各契約の準拠法と推定すべきであるとするが（嶋・ジュリ 1506 号 124 頁）、正当といえよう。

ii. 諸学説、諸裁判例を総合的に考えてみると、やはり事案の類型化が必要なのではなかろうか。

当該事例が、便宜置籍船で法制度が整備されていない場合で、債権準拠法が明確である場合には、Ⅲ. 1. 2) (2) A の⑤説は、説得力があるのではないだろうか。そもそも多国籍企業の無国籍化といわれるなど、権利関係が複雑であり、各国の国家主権、国益、関係者の利害関係が絡んでくる。ここではやはり、被害者救済、人権の尊重、正義といった点が、重視されなければならないであろう。もちろん、フォーラム・ノン・コンビニエンスや、外国判決・決定の承認、公序による拒否などは、考えておく必要がある。

その意味で、法律関係の空白部分は残すべきではなく、空白部分をなくすためにも、旗国法→目的物の所在地法→法廷地法という段階的思考方法で、

総合的に考察することも必要であろう。すなわち、民事手続法上、法廷地で訴訟が始まり（法廷地法主義）、あとは裁判において、被担保債権に応じて類型的に目的物の所在地法で判断するか、旗国法で判断するか（特に便宜置籍船でない場合にはしかり）、それともやむを得ず（立証による心証が得られない場合など）法廷地法で判断するかということになる。つまり、少なくとも法廷地法でいけるし、あとは関係国の承認の問題として解釈していくしかないのではないと思われる。その意味で実務家（木村弁護士、田中弁護士など）が法廷地法説をとるのも納得がいく<sup>30</sup>。

当事者意思の探求、場所の法、控えめな解釈、公平という視点はその基底をなしているといえよう。

なお、この領域においても、権利主張側の準拠法に関する挙証責任の問題は重要である。また、便宜置籍国のなかでも、パナマ、リベリアなどは、法制に関する環境が次第に充実してきているようにも思われる。

## 2. 当事者

大阪高決平成28年3月28日は、次のように判断する。

甲事件について、

「これらの事実は、むしろ、本件各燃料供給契約がY株式会社とA有限公司との間で締結されたことを推認させるものであり、上記文書によってY株式会社とX有限公司との間で同契約が締結されたと認めることはできない。

Y株式会社の提出、援用する上記各文書（執行異議申立て以後に提出されたものを含む。）によっても、Y株式会社とX有限公司との間で本件各燃料供給契約が締結されたと認めることはできないから、船舶先取特権証明文書の提出があったとはいえない。

(4) 以上によれば、船舶先取特権の成立及び効力につきいずれの準拠法を指定すべきか、被担保債権の準拠法と累積適用をすべきかにかかわらず、本

件競売開始決定は、船舶先取特権証明文書の提出がなく、違法であるから、甲事件の申立ては理由がある。」と。

乙事件について、

「民事執行法 189 条が準用する同法 117 条 1 項の「債務者」は、差押債権者の債権の債務者とされており、読み替えもないことからすれば、担保権（船舶先取特権）の実行としての本件競売開始決定において、Y 株式会社主張の船舶先取特権の被担保債権の債務者である X 有限公司は、上記「債務者」に該当することが明らかである。

よって、Y 株式会社の主張は採用できず、乙事件の申立ては理由がない。」と。

ここで、本件では当事者が主張していないが、債権者代位権を行使できないかについて、一考の余地があろう。

担保権について触れてある文献は少ないが、遠藤浩ほか『民法（4）債権総論』99 頁（有斐閣、1970）は、「債権者代位権の行使方法・範囲」の中で、次のように述べている。

「債権者は債務者に代位して、再建の取立、登記の申請、担保権の実行、訴訟の提起、強制執行などをなしうる。」と。

しかしながら、川井健『民法概論 3（債権総論）』129 頁以下（有斐閣、第 2 版補訂版、2009）は、「債権者代位権の目的となりうる権利」の中で、「訴訟上の行為」として、次のように述べている。

「債権者は、原則として、債務者に代位して訴訟上の行為をすることができる。確認の訴え（大判大正 15・3・18 民集 5 款 185 頁）、強制執行の申立て、第三者意義の訴え（大判昭和 7・7・22 民集 11 卷 1629 頁）などである。しかし、債務者自身が訴訟を開始した後は別であり、執行手続きにおける即時抗告、上訴の提起、執行方法に関する異議などの訴訟上の個々の行為につき、債権者は代位権を行使することはできない（大決昭和 5・7・19 民集 9 卷 699 頁ほか）。これらの行為は、訴訟当事者にだけ認められるものだからである。」と。

したがって、この点を考慮しても、判旨は概ね妥当な判断といえるであろう。

#### IV. むすびにかえて

「商法及び国際海上物品運送法の一部を改正する法律」が平成30年5月25日法律第29号として公布された。この法律は一部の規定を除き、1年を超えない範囲内において政令で定める日から施行される<sup>31)</sup>。

冒険貸借を担保するものとして発生してきた船舶先取特権は、その後、さまざまな個別的理由によって範囲が拡大されてきた。

船舶先取特権には船舶抵当権に優先する効力が認められており、他方で船舶抵当権がその公示方法として登記を必要とするのに対して、船舶先取特権は登記失くして目的物から優先弁済を受けることができる。しかも、船舶先取特権によって担保される債権は相当の数にのぼっていたため、とりわけ船舶抵当権との関係などの問題点が指摘され、国際的にも議論されてきていた。

2018年〔平30〕改正前の商法は、第3編第7章を「船舶債権者」としてそのなかに船舶先取特権に関する規定を設けていた。

「商法及び国際海上物品運送法の一部を改正する法律」は、2018年5月25日に法律第29号として公布されたが、改正商法は、その第3編第8章は「船舶先取特権及び船舶抵当権」として、第842条から第850条の規定を置いている。

箱井教授は、「この改正に際しては、条約や主要国の立法にみられる国際的動向を考慮しながら、船舶先取特権の被担保債権とすることが適当でないもの、また被担保債権とする今日的意義を失っているものの整理など、船舶先取特権が生じる債権ごとに個別的検討がくわえられた。

また、商法のほか、船主責任制限法95条および船舶油濁損害賠償保障法40条にも船舶先取特権が定められている。他方、2018年改正前の国際海上物品運送法に規定されていた船舶先取特権（改正前19条）は、改正による

改正前商法 759 条の削除によって不要となったので、削除された。」旨、述べている<sup>32)</sup>。

改正商法第 842 条～第 846 条は次の通りである。

〔船舶先取特権〕

第八百四十二条 次に掲げる債権を有する者は、船舶及びその属具について先取特権を有する。

一 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

二 救助料に係る債権又は船舶の負担に属する共同海損の分担に基づく債権

三 国税徴収法（昭和三十四年法律第四百四十七号）若しくは国税徴収の例によって徴収することのできる請求権であって船舶の入港、港湾の利用その他船舶の航海に関して生じたもの又は水先料若しくは引き船料に係る債権

四 航海を継続するために必要な費用に係る債権

五 雇用契約によって生じた船長その他の船員の債権

（船舶先取特権の順位）

第八百四十三条 前条各号に掲げる債権に係る先取特権（以下この章において「船舶先取特権」という。）が互いに競合する場合には、その優先権の順位は、同条各号に掲げる順序に従う。ただし、同条第二号に掲げる債権（救助料に係るものに限る。）に係る船舶先取特権は、その発生の時において既に生じている他の船舶先取特権に優先する。

2 同一順位の船舶先取特権を有する者が数人あるときは、これらの者は、その債権額の割合に応じて弁済を受ける。ただし、前条第二号から第四号までに掲げる債権にあっては、同一順位の船舶先取特権が同時に生じたものでないときは、後に生じた船舶先取特権が前に生じた船舶先取特権に優先する。

（船舶先取特権と他の先取特権との競合）

第八百四十四条 船舶先取特権と他の先取特権とが競合する場合には、船舶

先取特権は、他の先取特権に優先する。

(船舶先取特権と船舶の譲受人)

第四百四十五条 船舶所有者がその船舶を譲渡したときは、譲受人は、その登記をした後、船舶先取特権を有する者に対し、一定の期間内にその債権の申出をすべき旨を公告しなければならない。この場合において、その期間は、一箇月を下ることができない。

2 船舶先取特権を有する者が前項の期間内に同項の申出をしなかったときは、その船舶先取特権は、消滅する。

(船舶先取特権の消滅)

第四百四十六条 船舶先取特権は、その発生後一年を経過したときは、消滅する。」

ちなみに、現行商法第842条は次の通りである。

「第四百四十二条 左ニ掲ケタル債権ヲ有スル者ハ船舶、其属具及ヒ未タ受取ラサル運送賃ノ上ニ先取特権ヲ有ス

- 一 船舶並ニ其属具ノ競売ニ関スル費用及ヒ競売手続開始後ノ保存費
- 二 最後ノ港ニ於ケル船舶及ヒ其属具ノ保存費
- 三 航海ニ関シ船舶ニ課シタル諸税
- 四 水先案内料及ヒ挽船料
- 五 救助料及ヒ船舶ノ負担ニ属スル共同海損
- 六 航海継続ノ必要ニ因リテ生シタル債権
- 七 雇傭契約ニ因リテ生シタル船長其他ノ船員ノ債権
- 八 船舶カ其売買又ハ製造ノ後未タ航海ヲ為ササル場合ニ於テ其売買又ハ製造並ニ艤装ニ因リテ生シタル債権及ヒ最後ノ航海ノ為メニスル船舶ノ艤装、食料並ニ燃料ニ関スル債権」

箱井教授は、改正商法第842条について、「1967年条約や1993年条約ではこの債権〔航海を継続するために必要な費用に係る債権〕について先取特権を認められておらず、立法例もわかれている。そこで、2018年の商法改

正では、商法 842 条所定の債権としての是非や維持する場合の位置付け（抵当権との優劣）が検討されたものの、燃料油の供給業者債権回収などを考慮して、改正前のまま船舶先取特権として維持されることになった。」と述べる<sup>33)</sup>。

さらに、箱井教授は、「Ⅲ 船舶に対する強制執行等」のなかの「船舶の差押え・仮差押えの制限」において、改正商法 689 条「差押え及び仮差押えの執行（仮差押えの登記をする方法によるものを除く。）は、航海中の船舶（停泊中のものを除く。）に対してはすることができない。」について、次のように述べている<sup>34)</sup>。ちなみに、改正前商法 689 条は「差押及ヒ仮差押ノ執行（仮差押ノ登記ヲ為ス方法ニ依ルモノヲ除ク）ハ発航ノ準備ヲ終ハリタル船舶ニ対シテハ之ヲ為スコトヲ得ス但其船舶カ発航ヲ為ス為メニ生シタル債務ニ付テハ此限ニ在ラス」と規定していた。箱井教授は、「改正前の制度は、フランス法、ドイツ法が採用していた制度であるが、1952 年アレスト条約を批准した両国はすでにこの制度を廃止していた。この制度を存置しておく、外国船舶に対する仮差押えにより債権を保全することが事実上困難になることもありえ、2018 年改正商法は執行の禁止対象を停泊中のものを除く航海中の船舶に限定することにより、これを廃止した。」旨、述べる<sup>35)</sup>。

私は、拙稿「船舶先取特権の譲渡・代位—連合王国・カナダの場合」京女法学 12 号 125 頁（2017）はつぎのように述べている。「今回の商法等改正法案は、現在の法理論を反映した画期的なものと思われるが、例えば、同法案第 1 条の中の、商法第 842 条・第 843 条と、同法案第 39 条の船主責任制限法第 95 条 2 項、同法案第 41 条の船舶油濁損害賠償保障法第 40 条 2 項などを、総合的にいかに解釈し、調和をはかるかなどという問題もなお存在する。今後更に国際情勢の動向も見極めながら、商法等改正法案の各論的議論が進められるとともに、政令・省令の領域まで、具体的類型的に検討を進めていく必要がある。」と。他方、藤田友敬「日本の運送法・海商法改正の全体的構造」海法会誌復刊 61 号 92 頁（2018）は、「結局、改正法案は、船舶先取

特権のカバーする範囲及び順位について、比較的小規模な修正を行うにとどめた。」と評価する。

また、小塚莊一郎「船舶金融・担保実務に関する論点と各国法」海法会誌復刊61号27頁(2018)は、「船舶金融の実務では、国ごとに制度が異なり、種類も多様な船舶先取特権が大きな障害となっているが、ケープタウン条約は先取特権の種類を整理しない(書く締約国が宣言により指定した先取特権は登録された国際担保権に優先する(本条約39条・40条))ので、この問題の解決にはならない。」と述べている<sup>36)</sup>。

当事者の利益等も勘案した具体的妥当性を論じる際、アメリカの状況は参考になる。増田教授によると、連邦第2巡回区控訴裁判所などの、第5巡回控訴裁判所のほかは、Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571 (1953)で示された7または8の要素(①不法行為地、②旗国法、③被害者のドミサイル、④船主のドミサイル、⑤契約締結地、⑥外国法廷地の利用可能性、⑦法廷地法、さらに⑧船主の運航の本拠地法(Hellenic Lines Ltd. v. Rhoditis, 378 U.S. 306 (1970))を総合的に考慮して準拠法を決定すると紹介している<sup>37)</sup>。

## 注

- (1) 松井孝之=黒澤謙一郎「法の適用に関する通則法施行後の船舶先取特権の準拠法をめぐる最近の議論および裁判例について-近時の定期傭船者倒産事例の紹介」NBL899号37頁以下(2009)。
- (2) 松井=黒澤・前掲注(1)34頁以下。
- (3) 文献番号2008WLJPCA07186004、松井=黒澤・前掲注(1)35頁以下、大西徳二郎「フランス判例法理からみるわが国の船舶先取特権の準拠法-わが国における近時の裁判例を主な対象として-」流経法学17巻1号21頁以下(2017)。
- (4) 松井=黒澤・前掲注(1)36頁。
- (5) 文献番号2008WLJPCA09086006。松井=黒澤・前掲注(1)36頁以下、大西・前掲注(3)23頁以下。
- (6) 判時2236号135頁、D1-Law.com判例体系・判例ID28224892、文献番号2014WLJPCA03206007。増田史子「判批」ジュリ1486号107頁以下(2015)、佐野寛「判批」

私法リマークス 51 号 152 頁以下、大西徳二郎「判批」早法 90 卷 4 号 131 頁。なお、増田史子「船舶先取特権とその準拠法－海事債権の実現方法についての序論的考察」澤田壽夫先生追悼『国際取引の現代的課題と法』353 頁以下（信山社、2018）は、条約や比較法を含め、理論と実務の現状を踏まえて、自説を深化させ、立法論を展開する（以下、増田・序論的考察と略する）。

- (7) 海事法研究会誌 232 号 70 頁以下（2016）。中野俊一郎「判批」JCA ジャーナル 64 卷 10 号 32 頁以下（2017）、大西・前掲注（3）26 頁以下。
- (8) 海事法研究会誌 232 号 70 頁以下（2016）、文献番号 2016WLJPCA01216004。嶋拓哉「判批」ジュリ 1506 号 123 頁以下、大西・前掲注（3）29 頁以下。
- (9) D1-Law.com 判例体系・判例 ID28251758。
- (10) D1-Law.com 判例体系・判例 ID28251757、文献番号 2016WLJPCA04226001。⑦⑨と同じ当事者で、日付などが異なる類似の事案で、判示内容も同様であり、以下のように結んでいる。
- 「…被申立人〔コスコ・ジャパン株式会社〕が被担保債権の債権者であると認めることはできないから、その余の点について判断するまでもなく、準拠法のいかんを問わず、被申立人が本件船舶につき先取特権を取得したと認めることはできず、本件決定〔名古屋地決平成 27 年 10 月 29 日船舶競売開始決定〕は取り消されるべきものと言える。」と。
- (11) 志津田一彦『船舶先取特権の研究』105 頁以下（成文堂、2010）〔以下、志津田・研究と略す〕参照。ただし、増田・序論的考察 369 頁以下は、前記⑦⑧の裁判例において、船舶先取特権の準拠法についての判断は傍論といえ、準拠法のいかんが裁判に影響を与えておらず、⑦⑧の先例としての価値は過大視すべきではないのかもしれないと述べている。

なお、不法行為債権に関する船舶先取特権の準拠法に関する最近の裁判例として、次のものがある。

- ① 東京地決平成 3 年 8 月 19 日判タ 764 号 286 頁以下

本船は、パナマ・フィリピンの二重国籍を持ち、船舶所有者（パナマ法人）、裸備船者（フィリピン法人）、傭船者（リベリア法人）を経て、定期傭船者（昭和海運株式会社）が前記傭船者と定期傭船契約（準拠法は英国）を締結して鉄鉱石を運搬中インド洋上（公海）で沈没し貨物の損害等を受けたとする定期傭船者が、日本の船主責任制限法 95 条を根拠に、船舶の代わりに船体保険により被保険者（前記船舶所有者・裸傭船者・傭船者）に給付される保険金に物上代位して、差押え命令の申立てをした事件である（保険者は住友海上火災保険株式会社）。

本決定は、船舶先取特権の成立につき、その法廷地（担保権実行事件の提起された地）である日本法、効力についても日本法（船主責任制限法、民法、民事執行法）を適用した。

② 東京地決平成4年12月15日判タ811号229頁以下

インドネシア・スマトラ島沖のマラッカ海峡で、コンテナ貨物船（被害船舶。リベリア法人 X LTD. が所有者）とオイルタンカー（加害船舶。リベリア船籍。カナダ法人の子会社であるリベリア法人 Y LTD. が所有者）が衝突による損害（貨物全損、乗組員全員死亡、流出油対策費）を受けたとする X が、船舶の代わりに、加害船舶に付けられていた船体保険（保険者は日本海上火災保険株式会社ほか22社）の保険金に物上代位して、日本の船主責任制限法95条、油濁損害賠償保障法40条を根拠に、債権差押命令を申立てた事件である。

本決定は、船舶先取特権の成立および効力の準拠法は、法廷地（その担保権実行事件の提起された地）である日本法により判断すべきであるとした。

さらに、東京高判平成29年6月30日判タ1446号93頁、金法2087号74頁、海事法研究会誌239号29頁なども参照。

- (12) 志津田・研究423頁以下。
- (13) 平塚眞「海事裁判管轄」落合誠一＝江頭憲治郎編『海法体系』638頁以下、志津田一彦『船舶先取特権の研究』423頁以下参照。ちなみに、的場朝子「判批」国際私法判例百選第2版204頁以下（2012）なども参照。
- (14) 浦野雄幸「最近の船舶競売をめぐる諸問題（1）」NBL309号8頁以下（1984）、同（2）NBL310号34頁以下、同（3）NBL311号45頁以下、同（4）NBL312号29頁以下（1984）参照。なお、中野俊一郎「判批」国際私法判例百選第2版180頁以下（2012）なども参照。
- (15) 増田・注釈1巻605頁以下。
- (16) William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2<sup>nd</sup> ed.1998 at p.1311. なお、民事訴訟および民事執行の裁判管轄に関して、Id.at p.1310 et seq. および art.163 ZVG (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung) なども参照。ちなみに、the *lex causae* について、Vogeler氏は「リーエンの下にあるクレームの法」を意味するとする（志津田・研究94頁）。さらに、石黒一憲『現代国際私法（上）』586頁（東京大学出版会、1986）なども参照。
- (17) Rabe-Bahnsen, *Seehandelsrecht* 5.Aufl. 2018, SS.1564ff. の「C. 国際私法」という項目参照。なお、本稿では、民法施行法（EGBGB）43条、45条、46条の原文の表記については、Rabe-Bahnsenの前掲書ではなく、Prütting-Wegen-Weinreich, *Bürgerliches*

Gesetzbuch Kommentar 11.Aufl., 2016 ; Päländt, Bürgerliches Gesetzbuch 73.Aufl., 2014 ; beck-online (2018/8/27 取得) により、訳文をつけている。Rabe-Bahnsen の前掲書では、43 条、45 条の形式的な項の表示が異なり（43 条、45 条の項の表示が（1）ではなく I の表示であり、45 条は（2）項の中身がⅡ項とⅢ項に分かれている）、45 条 1 項 2 号の“oder”が“und”となっており、また、46 条では“43 und 45”が“43 bis 45”となっている。

- (18) William Tetley, *International maritime and Admiralty Law* 2002 pp.512 et seq.  
 (19) 増田・注釈 1 巻 606 頁以下。なお、志津田・研究 105 頁以下も参照。  
 (20) 志津田氏治『現代海商法の諸問題』158 頁以下（成文堂、1994）の「船舶先取特権と旗国法」も参照。同著は概ね以下のように述べている。

準拠法の主義・学説につき、①船舶所在地主義（船舶の現実の所在地を指す「現実的所在地法主義」。なお、船舶の船籍法の所在地を示す「船籍港所在地法主義」は、旗国法主義と異名同体の概念といえよう）、②法廷地法主義、③旗国法主義にわけ、総説と各説との分野より考察し、旗国法主義が最も説得力をもつと説く。換言すると、「わが国の裁判所は、船舶が外国または本国で、その旗国法により適法に負担した先取特権は、国際的な立場から尊重しなければならない…。反対に、外国の船舶が被損し、それを日本で修繕すれば、修繕をした者には、日本法で先取特権が認められるにせよ、船舶所属国の法律（旗国法）がこれを認めないときには、もはや先取特権の問題を論じる余地はありえない。」とする。

①は、法例 10 条〔通則法 13 条〕を根拠とする。①に対する批判としては、i. 船舶の特殊性を無視する点に著しい欠陥がある。船舶には移動性があり、多数の先取特権が生じることもあり、その処理の困難性に逢着する。ii. 外国で適法に発生した先取特権も所在地法で否定される場合は、行使できない。iii. 船舶先取特権の価値は、船舶の航海の偶然性に依拠せざるを得ない。

②は、船舶抵当権と異なり、法定担保物権であるので、裁判官は法廷地法（差押地法）を適用するのが当然であるという前提に立つ。②に対する批判としては、悪意と偶然性の支配により、法の安定性が失われてしまう危険性がある。

船舶は自然人と同様に「名称」を持ち、住所に相当する「船籍港」があり、さらには不動産と同様な公示制度、いわゆる登記制度を有しており、また登録によって登録国の「国籍」（船籍）を持っている。船舶は本来動産ではあるが、法律上実質的にまた形式的にも、きわめて明確な個性を発揮している。その意味では法例 10 条〔通則法 13 条〕の所在地法の原則は一步後退して、旗国法の優位を認めるべきであろうとする。

- (21) 志津田・研究 107～108 頁以下参照。
- (22) 西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商 136 卷 2 号 221 頁以下 (2007)。
- (23) 佐野寛「判批」私法リマークス 51 号 152 頁以下 (2015)。
- (24) 檜崎みどり「判批」国際私法判例百選第 2 版 60 頁以下 (2012)。
- (25) 増田史子「判批」ジュリ 1486 頁 107 頁以下 (2015)。

増田・序論的考察 370 頁以下は、概ね次のように述べている。

「1. 法定担保物権の成立について、被担保債権準拠法と物権準拠法の累積適用説ではなく、近時の多数説である累積適用否定説に賛成で、それを前提に論を進める。

2. 判断枠組みの検討として、①成立時の所在地を確定できる場合、②通則法を介さず法廷地法によるべき船舶先取特権の場合、③公海上の被担保債権が発生する場合に分けて論じる。①において、通則法 13 条を起点に考えて、旗国法説は問題であり、場所付けが可能である限りは、成立は成立時の、内容、効力等はその時々の実地の所在地法によることを妥当と考える。なお、船舶抵当権については、成立と差押えに至るまでの間の権利の内容、効力等は、登録法、差押え時の効力は、現実の所在地法によると解すべきである。②として、手続法的性格の商法 842 条 1 号、公法的性格の同 3 号をあげる。③では、どの国の法が準拠法となっても成立はするであろうから、効力の準拠法が確定しているときに①のような分析を行う実益は、一般的には乏しいとする。

3. 法廷地法説について、次のように述べる。

①手続は、法廷地法による。

② 2 ①で船舶の現実の所在地を連結点とすると、効力については、実際上は法廷地法が適用されることになる。2 ③についても、成立時の所在地を確定することに実益がない場合は、直ちに現実の所在地法としての法廷地法を適用しても不当とまではいえない。

③解釈論として、法廷地法説を首肯しうる範囲は存外に広いが、すべてに及ぼすことは解釈論として無理がある。

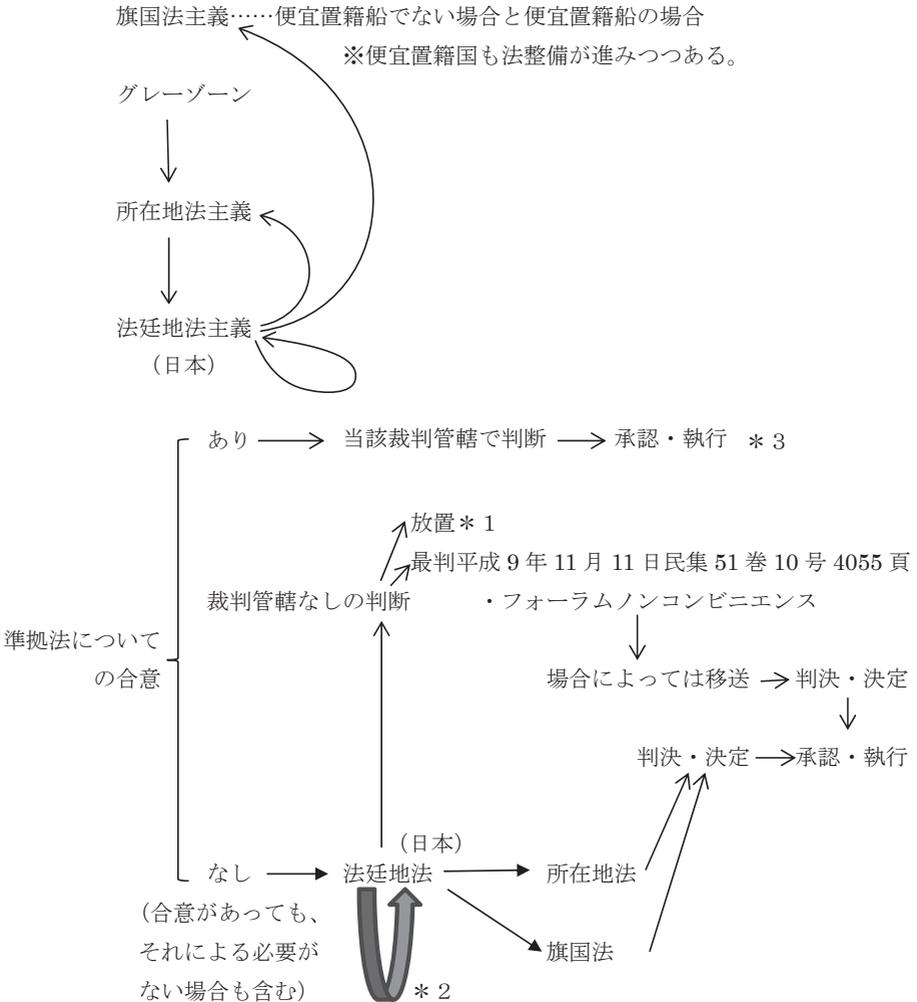
④立法論として、明確性と法的安定性の確保を優先し、船舶先取特権の準拠法の問題については通則法に委ねるのではなく、原則法廷地法によるとし、必要品供給債権についての船舶先取特権ほか、普遍性を欠く船舶先取特権等につき明文で日本における処遇を明らかにしておくといったアプローチも、検討されてよいのではないか。

④なお、船舶先取特権については、今後も条約による法の統一が実現する可能性は乏しいことを前提に、対応していく必要がある。船舶先取特権の準拠法に関しては、国際的にみても実質法上様々な立場がとられている問題である以上は、さしあたりは通

則法 13 条を素直に適用するのがもっとも普遍的ではないかと考える。」と。

- (26) 中野俊一郎「判批」JCA ジャーナル 64 巻 10 号 32 頁以下（2017）。
- (27) 折茂豊『国際私法各論』108 頁以下（有斐閣、新版、1972）。
- (28) 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』341 頁以下、特に 343 頁以下（有斐閣、1983）。
- (29) 長田句平「船舶金融と法の接点」船舶金融法シンポジウム 2012『わが国海事産業の発展と船舶金融』（2012 年 6 月 15 日開催）参照。なお、総論的総括的には、松岡博編『国際関係私法入門』（有斐閣、第 3 版、2012）、本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』55 頁以下〔中野俊一郎〕（有斐閣、第 2 版、2012）、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（有斐閣、第 2 版、2012）、小林秀之編集代表『国際裁判管轄の理論と実務－新設規定をめぐる裁判例・学説の検討と解釈－』（新日本法規、2017）、大貫雅晴『国際商取引紛争解決の法と実務－交渉、調停、仲裁の戦略的活用－』（同文館、2018）など参照。
- (30) 最近のものに、木村宏「船舶」鎌田薫編『債権・動産・知財担保利用の実務』340 頁（新日本法規、2008）、田中庸介「船舶先取特権の準拠法」鳥山恭一ほか編『現代商事法の諸問題－岸田雅雄先生古稀記念論文集』717 頁以下（成文堂、2016）など参照。さらに、他方で、2007 年海難残骸物の除去に関するナイロビ国際条約などによる国際的な解決の模索も必要といえよう。野原昌子氏（海上保安庁）の 2018 年第 68 回日本海法学会報告レジュメ「2007 年の海難残骸物の除去に関するナイロビ国際条約の批准が与える影響について」なども参照。
- (31) 箱井崇史『基本講義現代海商法』232 頁以下（成文堂、第 3 版、2018）、松井信憲＝大野晃宏編著『一問一答 平成 30 年商法改正』189 頁以下（商事法務、2018）など参照。
- (32) 箱井・前掲注（31）233 頁など参照。
- (33) 箱井・前掲注（31）236 頁。
- (34) 箱井・前掲注（31）243 頁。
- (35) 箱井・前掲注（31）243 頁。
- (36) なお、小塚莊一郎「船舶金融と旗国法・国際条約」海法会誌復刊 68 号 98 頁以下（2016）も参照。
- (37) 増田・序論的考察 370 頁。Martin Davies, Choice of Law and US Maritime Liens, 83 Tul.LR1435 (2009); The Honorable Mark S.Davis & Jonathen T.Tan, To Port or Starboard? Why the Supreme Court Might Provide Direction to These Navigating Choice-of-Law Questions in Maritime-Lien Cases: The 2015 Nicholas J.Healey Lecture, 46 Journal of Maritime Law and Commerce 395 (2015); Eugene F.Scoles & Peter Hay, Conflict of Laws 1982, at pp.84 et seq. など参照。

付録：卑見の判断プロセスと判断構造を図示すると、以下のようになろう。



\* 1 2007年海難残骸物の除去に関するナイロビ国際条約などの検討およびこのような条約の批准の検討も必要となろう。  
 \* 2 中野俊一郎「準拠外国法の内容不明」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』761頁以下（信山社、2014）なども参照。条理による判断が必要となる場合もあろう。  
 \* 3 志津田・研究424頁以下、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』60頁以下〔鶴田滋〕（日本評論社、2014）、中野俊一郎「外国判決の執行」『実務民事訴訟法講座第3期第6巻』441頁以下（日本評論社、2013）なども参照。ちなみに、安達栄司「国際的訴訟競合」前掲書385頁以下なども参照。