

《論 説》

法定抵当権から先取特権へ

——17世紀における物的担保の概念——（3・完）

藤 田 貴 宏

IV.

ローマ法の参照援用に積極的なフランス共通法論者フェリエールにとって、不動産上の物的先取特権は、Ⅲで見たとおり、抵当債権者の優先順位をめぐる時的先行準則の例外として、ローマ法的枠組みの延長線上に比較的容易に位置づけられるものであったが、動産上の物的先取特権については事情が異なる。というのも、フランス慣習法古来の原則としてそもそも動産抵当権が認められておらず、動産上の先取特権は、先行抵当債権者ではなくむしろ先行差押債権者の原則的優先に対する例外として、パリ慣習法を始めとする諸慣習法の諸規定に明記されるところとなったからである。従って、動産先取特権を不動産の場合と同様に「特権化された抵当権 *hypothèque privilégiée*」と呼ぶことは、ローマ法的な抵当権概念の下でのみ可能なものであって、Ⅲでは説明の便宜上しばしばそのような表現を用いたけれども、フランス法上の呼称としては適切ではない。にもかかわらず、そのようなフランス法上の動産先取特権を敢えてローマ法的な概念や体系と関連づけて説明しようとすれば、当然ながら相当な困難に陥ることになる。動産先取特権について、引き続きフェリエールの諸著作での議論を辿って行くに際しては、特にこのローマ法と慣習法の間の概念的体系的な齟齬に着目することにしたい。『法学』第20巻第4章は、「時において先んずる者は権利において優先する *qui prior est tempore, potior est jure*」とのローマ法上の「準則 *regle*」が「フランスにおいて通用している *a lieu en France*」とした上で、「何らかの特殊な先取特権により、債務者の不動産に関

して、他の者に、たとえそれが抵当権について先行する者であっても、優先する人々 qui par quelque privilege special sont preferez aux autres quoy qu'antérieurs en hypothèque, sur les immeubles du debiteur」として、不動産上の先取特権者を列挙しており¹⁾、ここで、フランス法上の「先取特権 privilege」が、「質乃至抵当において誰が優先すると解されるべきか qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur」との学説彙纂同巻同章の表題に忠実に、「特権化された抵当権」と捉えられているのは明らかである。これに対して、「動産上に先取特権を有する債権者 les creanciers qui ont privilege sur les meubles」²⁾は、先行抵当債権者との優先関係への言及のないまま、当該先取特権を有しないが故に「他の債権者とともに配当に与る債権者 les creanciers qui viennent à contribution avec les autres」とともに列挙されている（本章第22番から第36番³⁾）。抵当債権者の優先順位について時的先行性の原則と物的先取特権によ

1) Ⅲ注14参照。

2) なお、『法学』初版では、「動産上にのみ先取特権を有する債権者 les creanciers qui n'ont privilege que sur les meubles」(Jurisprudence [1677], I, 450.)と表現されており、こちらの方が不動産先取特権との違いを際立たせる利点があったように思われる。

3) “22. 動産上について先取特権を有する債権者”動産上に先取特権を有している債権者、及び、他の債権者とともに配当に与る債権者は、以下のとおり。

＜23. 自らの支配下に存する質物についての債権者の優先権＞Ⅰ. 我々の〔パリ〕慣習法第181条によれば、自らの支配の下にある質物を担保として金銭を貸し付けた者は、当該質物の代価について、当該債権の範囲に限り、他の全ての債権者たちに、彼らが如何なる先取特権に依拠しようとも、優先する。

＜24. 寄託者が寄託物を、たとえそれが受寄者の下で差し押さえられたとしても、取り戻すための優先権＞ⅠⅠ. パリ慣習法第182条によれば、何らかの物を寄託した者は、寄託物が原状のままであれば、それを取り戻し、それを既に差し押さえた他のあらゆる債権者に抗して、如何なる例外もなく、追及できる権利を有する。

＜25. 動産を売却したがその代金を未だ受領していない者の優先権＞ⅠⅠⅠ. 他の債権者によって買主の下で差し押さえられた動産を売却した者は、売却した代金の支払いを受けるために、当該動産の価額上に特別の先取特権を有し、他の全ての債権者たちに、彼らが如何なる先取特権を有するにせよ、優先すると、我々の慣習法第176条及び第177条に規定されており、また更に、ルエ閣下の『法院判決集』Pの項第19章や同『パリ慣習法注解』同条注釈においてプロドーが言及している1605年3月15日の法院判決で判示されたとおり、所有者にさえも優先する。ただし、この先取特権

る例外とを対置するローマ法的枠組みをそのまま踏襲し、ローマ法との個々の相違点を法院判決の援用を通じて説明するというような手順はここでは採用されず、改訂パリ慣習法を中心に成文慣習法の対応条文を逐一引用する手法が試みられている。ただし、学説彙纂の編別に則ったローマ法とフランス法の比較

は、例えば小麦が小麦粉に変化した場合のように、物が性質を変えてしまうと失われる。つまり、この場合、「形態の変化により物が失われる」が故に、小麦の売却した者は如何なる優先権も有さないのである。

この優先権は、ドリーヴの『問題解決集』第4巻第10章に報じられているトゥールーズ高等法院の判決によって判示されたとおり、成文法地域においても同様に通用している。ローマ法によれば、動産の売主が買主の言葉に満足しこれを信頼して当該動産を引き渡した場合、その旨特約していない限り、売却物上に弁済のための先取特権を取得することはない【法学提要2巻1章第41節、前述19巻1章「買主訴権並びに売主訴権について」第19及び第53法文、後述40巻12章「自由をめぐる訴訟について」第38法文2節】が、それにもかかわらずそのように判示された。

〈26. 宿屋で支出された費用に関する宿屋主人の優先権〉I V. 我々の慣習法第175条、これは共通法と言えるものであるが、それによれば、宿屋主人は、旅行者やその馬のために支出された費用のために、宿に存する旅行者所有の馬や荷物について先取特権を有する。

V. 次に優先するのは裁判費用である。

VI. これに葬儀費用が続き、医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬や薬代がその次である。

〈27. 家屋に存する動産への所有権者の優先権〉VII. [パリ慣習法] 第171条によれば、所有権者は、借家人や小作人から自らに支払われるべき賃料のために、家屋や農場に存する動産の価額上に、先取特権を有する。ただし、慣行が我々に教えるところによれば、所有権者が他の債権者に優先するのは、都市の家屋については三期分の家賃、小作地については、小作料の支払いは毎年行われるのが通常であるから、一年分に限られる。

〈28. 小作地の果実に対する所有者の優先権〉また同条によれば、所有権者は、小作人に属する馬、家畜、動産について、他の全ての債権者に、彼らが先に差し押えたとしても、一年分の賃料に限り優先するのに対して、地所の果実については、ルエ閣下が『法院判決集』Fの項第4章でふれている1594年12月末日の法院判決で判示されたとおり、全賃料について優先する。

〈29. 所有権者は農場の賃料のために小作人の動産について優先されるか〉この我々の慣習法第171条は、田園地帯の家屋の所有権者に、小作人の動産に対する先取特権を付与しているが、この点について何も規定していない他の諸慣習法へと本条が拡張されてはならないのは、デュ・フレーヌによって報じられているランの慣習法に

対照を主眼とする『法学』では、慣習法の個々の条文の趣旨乃至解釈にはほとんどふれられていないので、さしあたりフェリエール自身の『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法の新注解 Nouveau commentaire sur la coutume de la prevoté et viconté de Paris』(1679年初版。以下『新注解』と略称)の簡明な注

関する1655年11月22日の法院判決によって判示されたとおりである。

このような優先権が、成文法地域においても、ローマ法【前述第20巻第2章「如何なる場合に質あるいは抵当は黙示に締結されるのか」第4法文】に従い、認められていないことは、黙示の抵当権に関連して既に述べたとおりである。

〈30. 葬儀費用は家屋賃料に優先するか〉シャロンダその他のフランスの諸博士の幾人かは、賃料が、借家人や小作人の動産の価額について、それらの動産上に所有権者が取得する物的権利の故に、葬儀費用や、医者、外科医、薬剤師の報酬や薬に優先する旨主張しているけれども、既に何度もそれとは反対に判示されており、それが慣行でもある。その理由は、前述第11巻第7章「宗教物、葬儀費用、並びに、葬儀の仕方について」第43法文、すなわち、「最も重要なのは宗教に関わる事柄である」という法律家「パビニアヌス」の言葉から引き出される。

〈31. 修繕費用は賃料に優先するか〉借家人に義務づけられている小規模の修繕を行った者が、家屋に存する動産について所有権者に優先するのは、モントロンが『法院判決集』判決64として伝えている1590年のキリスト降誕祭に下された法院判決に判示されているとおりである。

〈32. 国庫の優先権〉Ⅷ. 国庫、あるいは、国王の諸税の請負人。〈33. 国庫は所有権者に優先するか〉ここで注意すべきは、租税法院において判示されたとおり、所有権者と国王の徴税請負人が競合する場合、所有権者は、自らに支払われるべき賃料の六ヶ月分に限って、賃借人や小作人の動産について、徴税請負人に優先するという点である。

〈34. 成文法地域において寡婦は動産について所有権者に優先するか〉成文法地域において、寡婦は、夫が生前に彼が占有する家屋に残した動産について、所有権者に優先する【アンリ『問題集』第2巻第4章問題44】。

〈35. 寡婦は明示の抵当権を有する全ての債権者にも優先するか〉成文法地域において、妻が、嫁資の返還請求にかんして、明示にせよ黙示にせよ抵当権について先行する夫の債権者たちに優先する旨、トゥールーズの高等法院で判示されたことは、メナール『成文法問題集』第2巻第51章、モルナク『考察集』学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文6節への考察及び同章への序論、モントロン『法院判決集』判決63で言及されている諸判決にあるとおりである。

これに対して、慣習法地域においては、ルエ閣下の『法院判決集』Mの項第8章に言及されている1585年と1591年の法院判決で判示されたとおり、妻は、夫婦財産契約の履行について、夫の財産の配当手続に加わることになる。

〈36. 抵当債権者は動産上に先取特権を有するか〉抵当債権者は、債務者の動産

積によってこれを補うことにする。

『法学』で言及される一つ目の動産先取特権は、「自らの支配の下にある質物を担保として金銭を貸し付けた者 celui qui a prêté de l'argent sur un gage qu'il a entre les mains」が貸金債権のために「当該質物の代価 le prix d'icelui」上に取得する先取特権であり、この質権者の優先権は、「債権者が質物として引渡を受けていた動産について差押えを受けた場合には按分配当は行われない n'a lieu la contribution quand le créancier se trouve saisi du meuble qui lui a été baillé en gage」とのバリ慣習法第181条⁴⁾に対応する。同条の文言「按分配当は行われない n'a lieu la contribution」に付されたフェリエールの注釈⁵⁾によれ

上に先取特権は有さず、無担保債権者と競合する場合には、配当手続に加わることになる。〈37. 彼らは不動産への検索前に配当手続に加わるのか〉なぜなら、動産上に抵当権は存在しない上、1659年7月1日の法院判決で判示されたとおり、無担保債権者は、抵当権者に対して、彼らのために負担が課され抵当に供されている債務者の不動産をまず検索すべく強いることができないからである。”(Jurisprudence, 463-466.)

- 4) バリ慣習法の条文の引用は全てフェリエールの『新注釈』に掲げられたテキストによる。
- 5) “本条により、その持ち主に貸し付けたものの担保にあたる動産を差し押さえられた債権者は、当該動産の代価について、当該動産を差し押さえて支配下に置いた他の債権者に対して、その者が債権が如何なる先取特権に裏付けられていようとも、優先することになる。

彼は、物を最初に差し押さえられた者であり、しかも、質の設定によって「物に対する権利」を取得していて、当該権利は、彼の行為や同意無しに、しかも、他人が債務者の他の財産上に取得するかも知れない権利によって、失われることはない、というのがその趣旨である。というのも、質は債権者のために物に負担を課しこれを担保とすることによって、他人が、たとえ如何なる先取特権を有しようとも、最優先者の地位を主張し得ないようにするからである。まさにその結果として、期限内に支払われるべき一定額の代価で動産を売却した者は、当該支払期限が既に到来していたり、債務者が支払不能になったとしても、当該動産を債権者の手元に取り戻すことはできない旨、ブロードーが本条注釈で言及する1587年3月10日の法院判決によって判示された。

債権者が優先権を享受するためには、商取引に関する1673年の王令第8条に従い、公証人の下で作成された借用証書の正本の現存し、当該証書に貸付金額と質物が記載され、しかも、その質物が返還を条件に引き渡され債権者の支配下にあり、質物の返還について債権者が身をもって責任を負うのでなければならない。これは、債務者に

ば、「その持ち主に貸し付けたものの担保にあたる動産を差し押さえられた債権者は、当該動産の代価について、当該動産を差し押さえて支配下に置いた他の債権者に対して、その者が債権が如何なる先取特権に裏付けられていようと、優先する celui qui est saisi d'un meuble pour sureté de ce qu'il a prêté au maître d'icelui, est préféré sur le prix d'icelui, à tout autre créancier qui feroit saisir entre ses mains, sur quelque privilege que sa dette fût fondée」というのが本条の趣旨とされる。ここでは、債務者から動産の質入れを受けた債権者が、他の債権者にその質物を差し押さえられ売却が為されても、質権に基づいて自ら質物を売り立てた場合と同じく、その代価によって優先弁済を受けるという点を、第178条で示された先行差押債権者の優先配当の原則の例外として説明しているのである。その第178条には、「自らの債務者に属する何らかの動産を最初に有効に差し止め差し押さえ、あるいは、執行手続を介して受領した債権者は最初に弁済を受けなければならない le créancier qui fait premier arrêter et saisir valablement, ou prendre par exécution aucuns meubles appartenans à son débiteur, doit être le premier payé」とある。「本条の趣旨 la raison de cet Article」とは、文言「最初に差し止めた債権者 le créancier qui fait premier arrêter」に付された注釈⁶⁾にあるように、「動産が抵当権によって追及されるこ

よって容易に企てられ得る詐欺行為、すなわち、当王令以前にみられたように、金銭の貸付を仮装し、何時でも必要に応じて作成できる私署での担保や証書を用いて自己の財産を隠匿する相手方との通謀による詐欺行為を回避するためである。というのも、この場合、慣習法注釈者たちが言及する幾つもの法院判決に判示されたとおり、債権者は単なる私署証書によって自らの〔仮装の〕債権を証明するだけでよかったからである。

物品を質入れしたのが証人である場合には、更に、自らの破産の少なくとも六ヵ月前に当該物品を質入れしたことが必要である。そうでない場合には、債権者と債務者の間の通謀が推定されてしかるべきであり、債権者の優先権は失われる。その判断は、裁判官がよく吟味すべき事実関係によって多分に左右される。”(Nouveau commentaire, I, 393-394.引用は1751年パリ刊のテキストによる。)

- 6) “動産が抵当権によって追及されることも、動産の代価が債権の順序と弁済期に応じて債権者間で分配されることもなく、最初に差し押さえた者に代価が引き渡されること、つまり、他の債権者たちが自分たちの問題に無頓着で、債務者から弁済を受けるための然るべき手段を講じなかった間に、自らの利害に常に注意を怠らなかつた債

とも、動産の代価が債権の順序と弁済期に応じて債権者間で分配されることなく、最初に差し押さえた者に代価が引き渡されること、つまり、他の債権者たちが自分たちの問題に無頓着で、債務者から弁済を受けるための然るべき手段を講じなかった間に、自らの利害に常に注意を怠らなかった債権者の努力に報いること、は正当である *les meubles n'ayant point de suite par hypothèque, et le prix d'iceux n'étant point distribué entre les créanciers selon l'ordre et le tems de leur créance, il est juste qu'il soit baillé au premier saisissant, et que la diligence du créancier qui veille à ses intérêts soit recompensée, pendant que les autres négligent leurs affaires, et ne se pourvoient pas par les voyes ordinaires pour se faire payer de leur débiteur*」、というものであった。第181条は、差し押さえた動産が質物として既に質権者の占有下にあった場合に、第178条所定の先行差押債権者の優先的地位を覆す先取特権を質権者に付与していることになる。従って、質権者の先取特権は、「質の設定によって〈物に対する権利〉を取得する *par la constitution du gage il a acquis *jus in rem**」が故に認められるものではあるが、その一方で、非占有質たる抵当の場合のように物的担保成立の時的先行による原則的な優先権などではない。「物を最初に差し押さえられた者 *le premier saisi de la chose*」が債務者であれば第178条の原則通り先行差押債権者が優先されるところ、ここでは、債務者から既に動産の質入れを受け現にそれを占有していた質権者自身が「物を最初に差し押さえられた者」であるため、「物に対する権利 *jus in rem*」を既に有する質権者を先行差押債権者

権者の努力に報いること、は正当である、というのが本条の趣旨である。

従って、地所の果実、家屋の賃料、定期金の支払金、債務者に支払われるべき金銭その他、債務者に属するこれに類するものを最初に差し押さえる者は、収穫済みの果実や、既に履行期の到来した定期金の支払金や家屋の賃料を優先取得するが、履行期未到来の支払金や賃料については、家屋や定期金が現実に差し押さえられた日以降、差押えについては後続者であっても抵当については先行する債権者に帰する。

ところで、差押債権者が差し押さえなかった債権者や単に異議を申し立てるだけの債権者に対して優先するためには、その差押えが有効で、諸王令所定の形式や手続に則って為される必要がある。というのも、「無効であるものは如何なる効果ももたらさない」からである。差押えの手続については新王令〔民事王令〕の差押え並びに供託に関する各章を参照せよ。”(Nouveau commentaire, I, 387-388.)

に例外的に優先させているのである。続いて、『法学』では、寄託物の取戻権及び追及権が二つ目の動産先取特権として挙げられている。すなわち、「何らかの物を寄託した者は、寄託物が原状のままであれば、それを取り戻し、それを既に差し押さえた他のあらゆる債権者に抗して、如何なる例外もなく、追及できる権利を有する *celuy qui a donné quelque chose en garde, si le dépôt se trouve en nature, a droit de le revendiquer et poursuivre contre tout autre créancier qui l'aurait saisi, sans aucune distinction*」というのである。この先取特権はパリ慣習法第182条に基づくものであり、そこには、前条第181条と関連づける仕方で、「寄託物が原状のまま存する場合にも、寄託物については、同じく按分配当は行われない *aussi n'a lieu la contribution en matière de dépôt, si le dépôt se trouve en nature*」と定められている。同条の文言「同じく按分配当は行われない *aussi n'a lieu la contribution*」に付されたフェリエールの注釈⁷⁾によれば、「寄託物が原状のまま存していて、受寄者の財産とともに差し押さえられた場合には、寄託者は寄託物の返還を求めることができ、それは如何なる異議によっても妨げられない *si un dépôt se trouve en nature, et qu'il soit saisi avec les biens du dépositaire, le déposant le peut réclamer, ce qui ne souffre aucune difficulté*」というのが「本条の意味 *le sens de cet Article*」とされる。この寄託者の権利は、先の質権者のそのように、競売代金をめぐる優先権ではなく、受寄者の債権者によって差し押さえられた寄託物それ自体を自らに取り戻す権利ではあるが、寄託物という動産に限って、受寄者の他の債権者、とりわけ、先行差押債権者に優先するという意味においては、やはり第178条の例外規定として、一種の動産先取特権を認めていることになるのである。

三つ目の動産先取特権は、パリ慣習法第176条及び第177条⁸⁾に基づいて、動

7) “寄託物が原状のまま存していて、受寄者の財産とともに差し押さえられた場合には、寄託者は寄託物の返還を求めることができ、それは如何なる異議によっても妨げられない、というのが本条の意味である。これに対して、寄託物が原状のまま存しない場合や、売却するなどしてもは受寄者が寄託物を占有していない場合には、寄託の先取特権は寄託された物を越えて及ぶことはない以上、寄託者は、差し押さえられた受寄者の財産上に如何なる先取特権も有することはなく、他の差押債権者や異議申立債権者とともに按分配当に与ることになる。” (Nouveau commentaire, I, 395.)

産売主が代金債権の担保として売却した動産上に取得するものである。第176条によれば、「何らかの動産を代金支払の期日や期限を定めずに直ちに弁済を受けることを期待して売却した者 *qui vend aucune chose mobiliare sans jour et sans terme, esperant être payé promptement*」は、「何処に移転されようとも当該動産を追及できる *peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée*」のに対して、代金支払の「期日 *jour*」や「期限 *terme*」を定めて動産を売却した者には、第177条によって、「当該動産が債務者の下で他の債権者によって差し押さえられた *la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier*」場合に限って追及権が付与される。ただし『法学』では、両条文が引用されているにも関わらず、「他の債権者によって買主の下で差し押さえられた動産を売却した者は、売却した代金の支払いを受けるために、当該動産の価額上に特別の先取特権を有し、他の全ての債権者たちに、彼らが如何なる先取特権を有するにせよ、優先する *celuy qui a vendu chose mobiliare saisie sur l'acheteur par d'autres créanciers, a un privilege special sur le prix d'icelle, pour être payé du prix qu'il l'a vendue, preferablement à tous autres créanciers, quelque privilege qu'ils aient*」というように、履行期約定の有無にはふれることなく動産売主の先取特権が定義されている。このような定義は、動産売主による追及の範囲を制限しない第176条の趣旨を含むものとしては確かに正確さに欠けるが、「動産上に先取特権を有する者」を列挙整理する叙述の下では首尾一貫したものと言える。なぜなら、先行差押債権者優先の原則（第178条）の例外として、質権者（第181条）と寄託者（第182条）の優先権が先に挙げられた文脈上、質権設定者や受寄者の債権者が質物や寄託物を差し押さえた場合に対応させて、買主の債権者が売却物を差し押さえた場合、つまり、「当該動産が債務者の下で他の債権者によって差し押さえられた」場合の売主の優先権に焦点を合わせるのとは当然と解されるからである。「動産が何処に移転されようとも *en quelque lieu qu'elle soit transportée*」売主は追及できると第176条が定めている以上、履行期を定めず売却された動産が買主の下で差し押さえられ

8) Ⅲ注26参照。

場合に、売主の追及権が認められるのは明らかであるから、その限りでは、履行期約定の有無、つまり、第177条との区別はそもそも問題とならないし、先行差押債権者優先の例外という視点からは、第176条に基づく転得者等の第三者への追及権について言及する必要もないのである。

ところで、第176条の文言「何らかの動産を売却した者 *qui vend aucune chose mobiliare*」に付された注釈⁹⁾によれば、売主が履行期を約定することな

9) “何らかの動産を、支払期限を定めずに、直ちに弁済されることを期待して、売却した者は、万一その動産が買主の債権者によって為された差押えや移転を伴う執行によって買主の占有の外に置かれたとしても、債権者によって保管人が用意されない限り、追及、つまり、その動産を自己の物として返還請求し取り戻すことができるというのが、旧パリ慣習法の第194条であった本条の意味である。

このような場合、売却物は、たとえ引渡済みであっても、買主の所有には属さず、それ故、買主の債権者たちは売主の不利益となるような如何なる権利も主張できないのであって、さもなければ、買主の債権者たちは自然的衡平に反して売主の財産から利得を得ることになる【法学提要第2巻第1章「物の区分について」第41節。当節において皇帝は、「売却され引き渡された物は、買主が売主に代金を支払うか、あるいは、それ以外の仕方、例えば、保証人や質が用意されるなどして売主に担保を供しないかぎり、買主には帰属しない」、と述べている。】、というのがその趣旨である。

そのような場合であっても、動産が買主の債権者たちの申立により差し押さえられ売却され、その代価が彼らに売主側からの異議申立のないまま引き渡されてしまったならば、事情は異なる。というのも、この場合、売主は、当該動産ではなくもはや売主に属するとは言えないその代価を保持しているにすぎない債権者に対して何も主張できないだけでなく、当該動産を競落した者に対しても、たとえそれが債権者の一人であったにせよ、売主は買主を信用したと解され、合意された代金の支払がない場合に買主に売却した物を取り戻すため、あるいは、合意された代金を得るために、買主を追及したわけではなく、それ故、法学提要前掲節に「売主が買主を信用したならば物が直ちに買主に属すると解すべきである」とあるとおり、売主は当該動産の所有権を移転してしまったと見なされる以上、やはり何も主張できないからである。シャロンダは、その旨判示した1588年4月12日の復活祭に下された法院判決に言及している。合意された代金が未払いであるため依然売主の占有下にある売却物については、買主の債権者がその手で有効に差し押さえることはできないのは当然であり、同じ著者によって引用された1579年8月15日の法院判決によってその旨判示されている。

ところで、善意の買主との関係ではどうなのであろうか。つまり、本条のような場合に、物は善意の買主から最初の売主によって取り戻され得るのかどうか。プロドーの本条の注釈における見解はこれを認めているが、問題は少々厄介であり、商人から

く「直ちに弁済を受けることを期待して *esperant être payé promptement*」売却した場合、「売却物は、たとえ引渡済みであっても、買主の所有には属さず、それ故、買主の債権者たちは売主の不利となるような如何なる権利も主張できないのであって、さもなければ、買主の債権者たちは自然的衡平に反し

商品をそれがその商人の属するものであると信じて購入した者が当該商品の追奪を受けるというのは正当であるとは思われないし、もしそのように追奪が許されるとすれば商取引にはほとんど確実性がなく、相通謀する商人たちは、購入するや否や取り戻されてしまうような商品を購入する者に対して発覚することなく詐害行為を容易に為し得ることになってしまう。シャロンダは本条の注釈において、タバストリー職人が売却し代金の支払を受けることなく引き渡した商品が買主によって転売された事案についての1587年3月10日の法院判決に言及している。

同著者は、その注釈の末尾に列挙している法院判決の中でもう一つ、その第二番目のものとして、上記判決と同じく1587年の7月24日に第三審尋部の判決に言及している。この判決によって高等法院は、クロード・ルーセル、ギョーム・マリー、ギョーム・ベルナルの申立によって、彼らによって「弁済期日や支払期限を定めずに」プレヴォなる者に売却されその後マリー・ギラルルに転売され、ギラルルの地下倉庫に保管され目印によって確認できる中樽三十二個分の量のオルレアン産ワインについて為された差押えを適切かつ有効と判示した。その結果、ギラルルは、当該中樽三十二個分を、それらがプレヴォに売却された価格よりも高く購入したのではない限り、上記の三者に返還することになる。ただし、プレヴォを訴えることは可能である。

これら二つの法院判決を調和させるためには、私の思うに、弁済期日や支払期限を定めずに売却された商品が、支払期限到来後直ちに、あるいは、間もなくその翌日に、買主によって転売されたような場合については、物は未だ売主の所有には帰しておらず、学説彙纂第50巻第17章「古法の諸準則について」第54法文にある通り、従ってまた売主がその物を他人に移転することができないのであるから、最初の売主はこの転得者を追及できると解すべきであり、1587年7月24日の法院判決はまさにそのような事案であった。

これに対して、弁済期日や支払期限を定めなかった最初の売主が、七日か八日か、状況や裁判官の判断次第ではそれ以上の日にちを、合意された代価の支払請求あるいは未払に際しての物の取戻請求のために買主を追及することなく徒過するに任せる内に、買主がその物を転売したような場合には、転得者を追及する権利がもはや最初の売主にはないのは疑いない。というのも、この場合、前掲法学提要第2巻第1章第41節にあるように、最初の売主は黙示に買主を信用したと見なされ、それ故、物の所有権もこの買主に移転し、買主がそれを他人に移転できるからであり、まさにこの点が次条の趣旨なのである。次条について述べる通り、そこでは、支払期限を定めて物を売却した者は、買主の債権者に対してのみ追及する権利を有し、この最初の買主から善

て売主の財産から利得を得ることになる *la chose vendue, quoique livrée, n'est pas parvenue dans le domaine de l'acheteur, par conséquent ses créanciers n'y peuvent prétendre aucun droit au préjudice du vendeur, autrement ils s'enrichiraient de ses biens contre l'équité naturelle*」というのが同条の「趣旨 raison」とされ、その際、「自然的衡平 *l'équité naturelle*」という論拠におそらくは呼応させる意図で、法学提要からある法文が援用されている。というのも、この法文¹⁰⁾の前段には、「売却され引き渡された物は、買主が売主に代金を支払うか、あるいは、それ以外の仕方、例えば、保証人の手配や質入れなどで売主に担保を供しない限り、買主には帰属しない *venditae et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato*」という点について、「十二表法上にその旨規定されている *quod cavetur lege duodecim tabularum*」だけでなく「万民法、つまり、自然法上もそうなる *iure gentium, id est iure naturali, id est efici*」とあるからである。つまり、「売却され引き渡された物は買主が売主に代

意で購入した者を追及することはできないとされている。そして、前掲1587年3月10日の法院判決もまさにそのような事案であったと私が考える。

本条の先取特権は、売却された羊毛から何か織られてしまった場合、あるいは、木材が何らかの加工物になってしまった場合のように、物がその性質を変えてしまった場合には、「形態の変化によって物が失われる」以上、認められない。

また、本条の先取特権は、売主が依然として物の所有者であり続ける以上、所有権者のそれに優先し、所有権者が自らに支払われるべき賃料のために当該物が差し押さえられた場合であっても、売主はそれを取り戻すことができる旨、諸注釈者たちの引用する1605年3月15日の法院判決や1611年4月19日のそれにおいて判示されている。

なお、本条末尾の「支払を受けるために云々」という文言に照らすと、売主は、自らが売却し未だ代金の支配を受けないまま買主の下で差し押さえられてしまった物の競売それ自体は甘受せねばならないかのように見えるけれども、競売させずにその物を取り戻しあるいは返還するように請求することが可能である。なぜなら、「何人も意に反して自分の物の売却を強いられることはない」からである。つまり、それは売主の物であって、それ故また、次条にもあるとおり、その競売を妨げることができるのであり、これは、売主が買主による売却を妨げ、売主を満足させない限り、買主に物の原状による返還を義務づけることができるのと同じである。” (*Nouveau commentaire*, I, 382-385.)

10) *Inst.* 2, 1, 41. なお節の区分はゴドフロワ版による。

金を支払わない限り買主には帰属しない *venditae et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit*」というのは「自然法 *ius naturale*」の命題であり、パリ慣習法第176条の追及権もまた動産売主が依然として所有者であるが故に「自然法」上当然に認められるべきものだというのである。一方、第177条の文言「ただし売主が支払期限を定めた場合であつても *et neanmoins encore qu'il eût donné terme*」に付された注釈¹¹⁾でも、その冒

- 11) “売主が買主に対して合意された代金の弁済につき期限を切り、買主を信用し、そのような仕方では物の所有権を買主に移転したならば、前条で既に述べた通り、法学提要第2巻第1章第41節に従い、その時点から直ちに、買主は当該物の取得者としてそれを売却し交換しあるいは質入れることが全く可能となる。

しかし、物が買主の下でその債権者によって差し押さえられた場合には、債権者がたとえ先取特権を有していて当該物について他の全ての者に優先するとしても、売主は異議を申し立て競売を妨げる権利を有する。というのも、慣習法は合意された代金の担保として売主のために目的物上に特別な抵当権を認めているので、本条が付言するとおり物が未だ買主の占有下に存する限りは、売主の利益のため、物は決して買主には移転しないと見なす余地があるからである。

ただし、期限が定められたがその弁済期限が未だ到来しておらず、売主に対して未だ何も義務づけられていないとすれば、売主が買主の債権者によって為された差押えに異議を申し立てられるというのは不当と言えるかもしれない。というのも、一般に、「期限を有する者は何もする必要はない」と言われているからである。

実際、物の売買のために買主と売主の間で支払期限付きで合意された代金は、たとえ売主がその期限を定めたのだとしても、未だ支払う必要はないし、売主は期限到来前に弁済を強制することはできないと反論できるし、皇帝も法学提要第3巻第15章「言語による債務関係について」第2節において、「期日を付して要約されたことは直ちに義務づけられるけれども、当該期日が到来するまでは請求することはできない」、と述べている。

確かに、法律家ウルピアヌスは、学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第41法文第1節において、「期日の設定によって現在は未だ金銭は義務づけられないことになる」と述べているが、この法文は「金銭が無条件に有効に義務づけられてはいない」という趣旨に解すべきである。ただし、債務者の支払不能を知り得た場合には、「請求することはできない」わけではない。というのも、地域固有法が買主の下で差し押さえられた物について売主に特別の先取特権を付与している以上、競売が買主の支払不能を決定付け、買主が一種の寛容さからその弁済について支払期限を定めた債務がもはや履行されない恐れをもたらすならば、売主は当該先取特権を利用でき、自らにとって担保となる物の競売を妨げ得ると言わねばならない。”(Nou-

頭、上記法文が引用され、「売主が買主に対して合意された代金の弁済につき期限を切り、買主を信用し、そのような仕方でも物の所有権を買主に移転したならば、その時点から直ちに、買主は当該物の取得者としてそれを売却し交換しあるいは質入れすることが全く可能となる *le vendeur ayant donné terme à l'acheteur pour le paiement du prix convenu, il a suivi sa foi, et il a par ce moyen transféré la propriété de sa chose en sa personne, en sorte que dès ce même tems il peut la vendre, l'échanger, ou l'engager avec entière sûreté pour les acquereurs d'icelle*」と述べられている。ここで参照されているのは、「売主が買主を信用した場合には物は直ちに買主に帰属すると解すべきである *si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri*」とする同法文の後段部分であり、第176条のように「自然的衡平」に依拠するならば、買主を信用して履行期を定め目的物を引き渡してしまった売主にはもはや所有権者ではない以上、目的物を追及することはできないはずである。ところが、既に見た通り、売主は第177条によって限定的ながらも追及権を行使し得る。換言すれば、本条注釈の続きにある通り、「当慣習法が合意された代金の担保として売主のために目的物上に特別な抵当権を認めている *la Coutume lui donne une hypothèque speciale sur la chose, pour sûreté du prix convenu*」からこそ、「本条が付言するとおり物が未だ買主の占有下に存する限りは、売主の利益のため、物は決して買主には移転しないと見なす余地がある *en sa faveur il y a lieu de feindre que la propriété de la chose n'a jamais passé en la personne de l'acheteur, tant qu'elle en sa possession, sur quoi cet Article a été ajouté*」のである。このようなフェリエールの理解によれば、履行期の定めのない動産売買における売主の追及権は仮にパリ慣習法第176条のような実定法の規定が無くとも認められるべき自然法上の権利でもあるのに対して、履行期約定時の追及権は第177条に基づく純粋に実定法上の権利に他ならず、その意味でもまさに先取特権として位置づけられるに相応しいものと言える。

動産売主の追及権をあくまで先行差押債権者の原則的優先を覆す例外的優先

veau commentaire, I, 386-387.)

権と位置づけ、パリ慣習法の両条を一括して扱う『法学』では、法学提要の上記法文は以上に見た『新注解』とはまた別の文脈で引用されている。『法学』では、その表題¹²⁾の中にも明示されているように、「ローマ法並びに慣習法のあらゆる種類の問題 toutes sortes de matieres du Droit Romain, et du Droit Coutumier」を、「フランス慣習法地域の慣行 l'usage de la France Coutumiere」だけでなく「成文法の諸地方の慣行 l'usage des Provinces de Droit écrit」にも即して論じることが企図され、この動産売主の先取特権については、不動産売主の先取特権との関連で既にⅢで取り上げたドリーヴの『法の重要問題集』第4巻第10章¹³⁾に依拠しつつ、「この優先権は、トゥールーズ高等法院の判決によって判示されたとおり、成文法地域においても同様に通用している cette preference a lieu preillement en pais de droit écrit comme il a été jugé par Arrest du Parlment de Tholose」と述べられている。その際、「ローマ法によれば、動産の売主が買主の言葉に満足しこれを信頼して当該動産を引き渡した場合、その旨の特約のない限り、売却物上に弁済のための先取特権を取得する余地はないにもかかわらず quoy que par le Droit Romain le vendeur d'un meuble s'étant contenté et fié à la parole de l'acheteur, et l'ayant ensuite delivrée, n'ait point de privilege sur la chose vendue pour le payement, s'il n'a été ainsi stipulé」と付言し、当該法院判決が「成文法 droit écrit」つまり「ローマ法 droit romain」それ自体とは相容れない判断であることに注意を促したフェリエールは、その典拠として、上記法文を他の同趣旨のローマ法文¹⁴⁾と共に引用したのである。動産売主の「優先権 preference」の内実を、買主の下で他債権者に差し押さえられた売却物を所有権に基づき取り戻す権利として捉える以上、所有権移転に関わる当法文の引用それ自体には何も問題はない。しかし、そのような所有権移転の有無そのものに着目した『新注解』での議論とは違い、ここでは、動産売主が「売却物 la chose vendue」上にそもそも何らかの

12) Ⅲの注2参照。

13) 試訳はⅢの注51参照。

14) D. 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2.

「先取特権 *privilege*」を取得し得るかどうかが問題とされており、引用の重点もむしろ所有権移転後に売主が置かれる状態にある。つまり、「売主が買主を信用した場合には物は直ちに買主に帰属するべきである *si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri*」から、買主が「質入れによって *pignore dato*」売主に担保を供していない、この場合で言えば、売却物について抵当権が約定されていない以上、「動産の売主が売却物上に弁済のための先取特権を取得することはない *le vendeur d'un meuble n'ait point de privilege sur la chose vendue pour le paiement*」という趣旨に法文は解釈されているのである。「トゥールーズ高等法院の判決 *Arrest du Parlement de Tholose*」の意義は、それ故、本来ローマ法上は約定が必要とされていた売却動産上の特定の抵当権を物的先取特権の一種として黙示化したところに存することになる。なお、『新注解』の第177条注釈が動産売主の追及権を「先取特権」ではなく「特別の抵当権 *une hypothèque speciale*」と表現している点も、動産抵当権を否定するフランス慣習法の説明としては誤解を招きかねないとはいえ、引用法文前段の「質入れによって」という文言に呼応するあくまでローマ法的な表現として理解すべきであろう。

動産売主の先取特権について、『法学』では他に、動産売主が「所有権者にさえも *même au propriétaire*」優先すること、及び、「小麦が小麦粉に変化した場合のように物が性質を変えてしまうと失われる *cesse lors que la chose a changé de nature, comme si le bled étoit conerti en farine*」ことの二点が指摘されている。売却された動産について売主に劣後する「所有権者 *propriétaire*」とは不動産賃貸人に当たる。後にみるように、不動産賃借人の占有下に存する動産上に「所有権者」が賃料債権の担保として取得する優先権もまた動産先取特権の一つとして認められており、買主が不動産賃借人でもある場合にその占有下にある売却動産をめぐって売主と不動産賃貸人の優劣が問題となり得る。そこでフェリエールは、ルエの『法院判決集』Pの項第19章「売主はたとえ先行差押債権者ではなくとも目的物の代価について優先される *Vendeur préféré pour le prix de la chose, bien qu'il ne soit le premier saisissant*」にブロードーが付した補注¹⁵⁾で言及される1605年3月15日のパリ高等法院判決に依拠して、動産

売主の優先を予め確認しているのである。同じ議論は『新注解』の第176条注釈にも見られ、こちらでは、「売主が依然として物の所有者であり続けている le vendeur demeure toujours maître de la chose」との売主優先の根拠も明示された上で、プロドーの上記補注で言及されるもう一つの法院判決(1611年4月19日判決)も引用されている。次に、売却物の原状維持が先取特権存続の要件とされる点については、「形態の変化により物が失われる *mutata forma res perimitur*」という法諺によって理由づけられ、やはり第176条注釈において、「小麦 *bled*」ではなく「羊毛 *laine*」と「木材 *bois*」の例を用いたほぼ同じ説明が繰り返されている。しかし逆に、第176条注釈の主要部分を占めている「善意の *de bonne foi*」転得者に対する追及の可否については、先行差押債権者の原則的優先に対する例外という論述の射程から外れるため、『法学』では一切言及されていない。

『法学』において、動産売主の先取特権に続いて四つ目に挙げられている動産先取特権は、「宿屋主人 *hostellier*」のそれである。すなわち、「我々の慣習法第175条によれば、宿屋主人は、旅行者やその馬のために支出された費用について、宿に存する旅行者所有の馬や荷物の上に先取特権を有する *les Hosteliers pour dépens fournis aux passans pour eux et pour leurs chevaux, sont privilegiez sur lesdits chevaux et marchandises qui se trouvent dans leurs maisons appartenir ausdits passans*」というのである。そのパリ慣習法第175条には、「宿屋主人によって旅行客やその馬のために支出された宿泊の費用は特権化され、宿に持ち込まれた物品や馬について他の誰よりも優先するので、主人は弁済があるまでそれらのものを留置できるし、他の債権者がそれらを持ちだそうとしても、主人にはこれに異議を申し立てる正当な理由がある *dépens d'hôtellerie livrez par hôtes à Pererins, ou à leurs chevaux, sont privilegiez, et viennent à preferer devant tout autre, sur les biens et chevaux hôtelez, et les peut l'Hôtelier retenir jusques à payement : et si aucun autre creancier les vouloit enlever, l'Hôtelier a juste cause de soi opposer*」、と規定されている。第175条の文言「宿泊

15) Recueil, 680.

の費用 *dépens d'Hôtellerie*」に付された注釈¹⁶⁾によれば、「宿屋主人が旅行客の動産、家畜、商品、馬の質入れを受け占有していると見なされる *l'Hôtelier est censé avoir en gage et en sa possession les meubles, hardes, marchandises et chevaux des passans et Pelerins*」という点が「本条の趣旨」とされており、宿屋主人がいわば黙示に質権を取得したかのように解されていることが分かる。ただし、他債権者による差押えを妨げることはできず競売代金の配当において優先されるに留まる第181条の質権者とは異なり、宿屋主人は宿泊費の弁済があるまで目的物を留置でき、「他の債権者がそれらを持ち出そうとしても *si aucun autre créancier les vouloit enlever*」、つまり、差し押さえようとしてもこれを退け留置し続けることができるところに特徴がある。なお、フェリエールは、このような宿屋主人に対する動産先取特権の付与をバリ慣習法に限られない「共通法 *un droit commun*」と呼んでおり、当該先取特権が先の動産売主のそれと同じく、「フランス慣習法地域」と「成文法の諸地方」の双方において広く認められた権利であるとの認識もそこから読み取ることができる。

以上のように質権者、寄託者、売主、宿屋主人の先取特権が列挙された後、

16) “旧慣習法第193条に対応する本条の趣旨とは、宿屋主人が旅行客の動産、家畜、商品、馬の質入れを受け占有していると見なされるという点にあり、それ故、自らの施設で支出された費用として支払われるべきものについて満足するまではそれらのものを留置できる。

ただし、そこには宿泊客の衣服は含まれるべきではない。というのも、冬の厳しさの中で衣服を脱ぐ場合のように宿泊客が命の危険に曝されることになるからである。慣習法注釈者たちは、本条に関して、1595年3月18日の法院判決に言及している。その判決において高等法院は、ある宿屋主人に、支出した費用のために旅行客の衣服を取り上げ、極度の寒さによって旅行者を死に至らしめた廉で、10エキュの罰金を科し従わない場合には投獄を命じた。

そのような宿泊費用について訴訟が為される場合に、当事者の主張する事柄を証明する証拠が存在しないときには、宿屋主人の主張がその宣誓を条件に信用され、また、この問題に関する訴訟は宿屋主人の居住地の判事の下で審理される。他方、宿屋主人もまた、自らの手で預かった家畜や商品、宿屋に連れ込まれた馬の紛失について責任を負うことについては、私の『学説纂纂法学』第4巻第9章「船主、宿屋主人、厩主人は預かったものを返還すべきこと」で述べた通りである。” (*Nouveau commentaire*, I, 380-381.)

『法学』では、「次に優先するのは裁判費用である *les frais de justice viennent après*」との一文が続いているが、五つ目の動産先取特権については他に何も説明はなく、パリ慣習法にも規定がない。一方、「動産上の先取特権について *Des privileges sur les meubles*」と題された『提要』の第4書第1章第3部第1節に目を向けると、そこには、「動産の差押え、執行、売却のために支出された裁判費用は第一順位となり、他の全ての債権に優先される *les frais de justice faits pour la saisie, execution et vente des meubles, vont les premiers, et sont preferez à toutes autres dettes*」(第74条)¹⁷⁾との対応箇所を見出すことができる。「裁判費用 *frais de justice*」とは動産に対する執行費用のことであり、そのような費用を自ら支出した者は当該動産の代価から優先的に費用を回収できるというのである¹⁸⁾。先行差押債権者が執行費用の支出者である可能性ももちろんあるが、例えば執達吏が立て替えたり他の債権者が負担した場合には当該費用について先行差押債権者優先の原則を覆すことになるし、債務者の「破産 *deconfiture*」に際しては先行差押債権者の優先権そのものが否定され按分配当が行われる。裁判費用支出者の動産先取特権の典拠として挙げられているのは、破産時の動産執行において「当該執行を申し立てた者 *celuy qui a requis ladite execution*」が「差し押さえられた財産の価額から最初に執行の費用や保証金の償還を受ける *doit estre remboursé des depens et mises de ladite execution sur le prix des biens prins*」とするクレルモン慣習法(ボーヴェジ地方クレルモンのバイイ区と伯領並びにその管轄区域の一般慣習法 *Coutumes generales*

17) “第74条：動産の差押え、執行、売却のために支出された裁判費用は第一順位となり、他の全ての債権に優先される。

「差し押さえられた財産の価額から最初に執行の費用や保証金の償還を受ける」と規定するクレルモン慣習法第58条、勅法彙纂6巻30章「熟慮権について」第22法文9節、同7巻72章「裁判官の権威による財産の占有あるいは売却、並びに、財産分離について」第10法文1節、学説彙纂35巻2章「ファルキディウス法について」第72法文。”(Nouvelle institution, III, 58.)

18) 不動産先取特権と同様、動産先取特権についても、その権利主体、被担保債権、担保目的物が文献中に規則的に表示されているわけではないので適宜補充敷衍する必要がある。

du bailliage et comté de Clermont en Beauvoisis) 第58条¹⁹⁾を除けば、ローマ法文だけである。そこでは、「裁判官の命令による財産の占有あるいは売却について De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis」との表題の下、「債務額に応じて費用を支払う expensas secundum quantitatem debitorum persolvant」者の優先を認めた法文²⁰⁾に加えて、相続債務者への弁済や受遺者への履行のための相続財産の売却との関連で、「相続のために必要費として自ら支払った旨証明したものは何であれ相続財産額算定に際して相続人が控除し留保することを認める in computatione patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse」とする法文²¹⁾や、「相続財産の範囲は売却実行のために費やされたものを控除して算定される quantitatis patrimonii eo, quidquid explicandarum venditionum causa impeditur, aestimatur」とする法文²²⁾も引用されている。引用法文、とりわけ相続財産の売却に関する二つの法文が、動産への執行費用支出者の先取特権を認める裏付けとなるのかどうか疑問の余地もあるが、いずれにせよ、当該先取特権が、ローマ法を主たる典拠として、成文法地域はもちろん慣習法地域でも広く承認されたフランス共通法上の権利と位置づけられているのは確かである。

裁判費用支出者の先取特権と同様、パリ慣習法に規定されておらず、『法学』でもきわめて簡略な仕方で行われているのが「葬儀費用 frais funéraires」支出者、並びに、「医者 medecins」、「理髪兼外科医 chirurgiens」、「薬剤師 apotiquaires」のそれである。「これに葬儀費用が続き、医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬や薬がその次である les frais funéraires suivent, et après les salaires et medicaments des medecins chirurgiens et apotiquaires」との『法学』での記述から明らかなのは、差し押さえられ売却された動産の代価からの優先

19) Bourdot de Richeboug, Nouveau coutumier general, II, 795.引用は1724年パリ刊のテキストによる。

20) C. 7, 72, 10, 1.

21) C. 6, 32, 22, 9.

22) D. 35, 2, 72.

弁済について、裁判費用を先順位とし、葬儀費用を次順位、医者等の報酬をその後に位置づける三つの先取特権の相対的な優劣関係にすぎない。『提要』では、「次に優先するのが葬儀費用であり、続いて、医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬が死亡前の疾病に関して優先し、これらは所有者にも優先する les funéraires vont après, ensuite les salaires des medecins, chirurgiens et apoticaire pour la derniere maladie, sont preferez au proprietaire」(第75条)²³⁾との本文こそ『法学』とさして変わらない簡潔なものであるが、そこには二つの注が付されている。一つ目の注は葬儀費用に関するもので、葬儀費用優先の理由として「死者に対する慈悲や敬虔の情 la charité et la pieté envers les morts」が指摘

23) “第75条：次に優先するのが葬儀費用であり (a)、続いて、医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬が死亡前の疾病に関して優先し (b)、これらは所有者にも優先する。

a. この優先権は死者に対する慈悲や敬虔の情に基づくものであり、人は必ず死ぬ以上、この点に関心を抱かぬ者はいない。パウルス学説集1巻21章第4節、学説彙纂11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀の方法について」第45法文、学説彙纂42巻5章「裁判官の権威による財産の占有あるいは売却について」第17法文すなわち〔流布版の〕同42巻6章「債権者の先取特権について」第2法文。

〔『パリ慣習法注釈者集成』の〕第171条第3注釈第8番で言及した1612年6月7日及び1627年12月1日の法院判決で葬儀費用が所有者に優先する旨判示されている。

b. 上記学説彙纂11巻7章第45法文、学説彙纂24巻3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第7法文16節、同42巻6章第2法文、勅法彙纂3巻44章「宗教物及び葬儀費用について」第3法文、学説彙纂13巻7章「質訴権並びに質反対訴権」第8法文前書、勅法彙纂3巻31章「相続請求について」第4法文。しかも、彼らは所有者にも優先する。というのも、彼らの先取特権は葬儀費用と同一の根拠を有しているからである。そしてそれは、この先取特権が過去の疾病のために施され処分されたものについては成立しないことのものである。上記第4法文には、「汝が死亡者の療養に際してあるいは葬儀費用として汝自身の財産から支出したことを証明した云々」、同じく第3法文には、「死亡者の葬儀や病気のために汝が支出した云々」、とある。上記パリ慣習法注釈の第10番で言及されている1638年3月30日の法院判決においてもそのように判示されている。

この債権は非常に優遇されているため、同箇所第10番で言及された1615年8月9日の法院判決によって、寡婦は、共有財産を放棄したとしても、これらの諸費用について、亡くなった夫の資産がこれを弁済するのに足りない場合には、支払を強制され得る旨判示された。”(Nouvelle institution, III, 58-59.)

され、典拠としては、ゴドフロワの『市民法大全』にも収録されて当時広く知られていたいわゆるパウルス学説集 *Sententiae Pauli* の一節を含むローマ法文が引用されているだけである。「墓碑並びに服喪について *De sepulchris et lugendis*」との表題が付されたパウルス学説集第1巻第21章には、「葬儀のために支出されたものは何であれ借入金の中で第一に控除される *quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur*」²⁴⁾とあり、「葬儀費用は、相続財産から常に控除されるべきであり、支払不能時でない限り、あらゆる債権に優先する *impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint*」とする法文²⁵⁾や、「葬儀費用に関して如何なる訴権が行使されるにせよ葬儀費用の返還を求める訴権について先取特権が付与される *quacumque actione ob funeris sumptum utatur, etiam funerariam privilegio competere*」とする法文²⁶⁾からも、「葬儀費用 *impensa funeris : funeris sumptus*」の支出者に先取特権が付与されているのは確かである。ただしここでは、そのようなローマ法上の先取特権が、あくまで動産先取特権の一種、つまり、差し押さえられ売却された動産の代価から本来は優先弁済を受けるべき先行差押債権者に先立って費用の償還を受ける権利として、フランス共通法的一端に組み込まれているのである。二つ目の注は医者等の報酬に関するもので、やはりローマ法文のみが典拠として引用されている。法文引用の後に見える、「彼らの先取特権は葬儀費用と同一の根拠を有している *leur privilege a le même fondement que celui des frais funéraires*」との指摘は、「汝が死亡者の療養に際してあるいはまた葬儀費用として汝自身の財産から善意で支出したことを証明したものは相続財産の返還に際して相殺される *in restituenda hereditate compensatio ejus hababitur, quod te in mortui infirmitate in sumptumque funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris*」とする法文²⁷⁾や、「死亡者によって汝に遺贈されたもの、並び

24) *Corpus juris civilis*, II, 776.

25) D. 11, 7, 45.

26) D. 42, 5, 17, pr.

に、汝が死亡者の葬儀や病気のために支出したと善良なる者の証言によって証明したものは、汝に弁済されるべく属州長官が命じる *legatum a defuncto tibi relictum et quod in funus vel morbum ejus erogasse te boni viri arbitratu probaveris, praeses provinciae solvi tibi iubebit*」とする法文²⁸⁾において、「死亡者の療養 *mortui infirmitas*」や「死亡者の病気 *defuncti morbus*」がその「葬儀 *funus*」と一括されているところに由来する。しかも、優先弁済の根拠が葬儀費用の場合と同一であるという点からは更に、「過去の疾病のために施され処方されたものについてはこの先取特権が成立しない *il cesse pour ce qui a été fait et fourni dans les maladies precedentes*」、つまり、優先弁済の対象となる報酬は死亡に直接繋がった疾病に関わるものに限られるとの理解が導かれ、その旨判示したバリ高等法院の判決も引用されている。

ところで、葬儀費用と医者等の報酬に関する『提要』の上記第75条の本文には、「これらは所有権者にも優先する *et sont preferez au proprietaire*」とも述べられ、死亡者が不動産賃借人でもあった場合の不動産所有者の賃料債権に対する優位が明示されている。続く第76条²⁹⁾の本文にある通り、「所有権者は、家屋に存する賃借人の動産上に、当該家屋の所在地を問わず、賃貸借の存続期

27) C. 3, 31, 4.

28) C. 3, 44, 3.

29) “第76条：所有権者は、家屋に存する賃借人の動産上に、当該家屋の所在地を問わず (b)、賃貸借の存続期間中に (c) 自らに支払われるべき全賃料、並びに、賃借人負担の修繕費用について (d)、他の債権者に先んずる先取特権乃至優先権を行使する (a)。ただし、当該先取特権は、賃貸借契約に挿入された特約が如何なるものであれ (e)、動産が家屋に搬入された日から効力を発する。

バリ慣習法171条、ランス慣習法387条、シャロン慣習法271条、マント慣習法92条、ブルボネ慣習法119条。

a. 当該先取特権は賃料の担保に関する賃借人の黙示の同意に基づいており、そのような黙示の同意がなければ、所有者はしばしばその賃料を失われることになる。「家屋に持ち込まれ搬入されたものは、その旨合意されたかのように、質入れされるものと解すべきであるとの法に我々は従っている」学説彙纂20巻2章第4法文。「なぜなら、合意はたとえ黙示であっても有効であるし、明示には何も合意されていにせよ、都市の住居の賃貸において運び込まれ搬入されたものは賃貸人のために質入れされるのが適切であるから」。

間中に自らに支払われるべき全賃料、並びに、賃借人負担の修繕費用について、他の債権者に先んずる先取特権乃至優先権を行使する le propriétaire exerce son privilege et sa preference sur les autres créanciers, sur les meubles du locataire qui occupent la maison en quelque lieu qu'elle soit située, pour tous les loyers qui lui sont dûs, et pour les réparations locatives」ため、同じ動産上の先取特権として相互の優劣関係が問題となったのである。こちらの不動産所有者の先取特権については慣習法上に規定があり、『提要』にも挙示されているよ

b. なぜなら、当該先取特権は、動産が家屋内に存するという点に基づいているからである。

c. 家屋の賃貸する賃貸借において「家屋に運び込まれ搬入されたものは賃料並びに損害賠償のために質入れされる」旨特約するのはローマ人の古い慣行であった。このようなわけで、その後、当事者に当該特約が欠けていても、補充されるようになり、そのような慣行が更に後に家屋の所有者の先取特権を確立することになったのである。

我々の慣行によれば、賃貸借が存する場合には、既に履行期の到来したものも今後到来するものも、賃貸借全期間の賃料について動産が引き当てとなり、もしそれらの動産が不足する場合には、債権者は所有者の不利益の下にそれらを売却させることはできず、所有者は賃貸借存続する限り動産が賃料の担保として家屋に留め置かれるべく求めることことができる。以上が慣行であるが、債権者が、その債権や、差押え、執行、追及のために支出された費用のために、債務者の動産以外の財産について訴求する場合はこの限りではない。賃貸借が存しない場合には、所有者は一年間に限って優先するに留まる。

d. 学説彙纂20巻2章第2法文。「賃料のためだけではなく、借家人がその過失によって住居を損害を加えた場合にも、運び込まれ搬入されたものが質物として供される」。

e. 所有者の先取特権は動産が家屋に存することに基づいているにすぎないというのがその理由である。成文法の下では、所有者と小作人との間の明示の合意によって、小作料の担保のために、動産を抵当に供することができたが、そのような抵当権は存するのは動産が農場に持ち込まれた日からである。「小作人が土地に持ち込まれ搬入されたものやそこで実ったものを質入れすべく合意したが、小作人が持ち込む前に、他の者が抵当権に基づきある物を担保に得て、その後当該物を土地に持ち込んだ場合、特定のかつ無条件に担保を得ていた物が優先する。というのも、先行者〔所有者〕に担保に供されるのは合意の故ではなく物が持ち込まれたためであるところ、ここではそのような物の持ち込みがより遅く為されているからである」学説彙纂20巻4章第11法文2節。”(Nouvelle institution, 59-61.)

うに、パリ慣習法第171条(「ただし、市域及び城壁外区に存する家屋、並びに、田園地帯の農場の所有者は、執行を受けた借家人や小作人の財産について、たとえそれらの財産が移転されたとしても、他に先んじて賃料や貢租を受領するために、それらの財産を追及し、裁判所の命令の下に売却され引き渡されるまでは処分を差し止めることができる *toutefois les propriétaires des maisons sises en Villes et Faubourgs, et fermes des champs, peuvent suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers exécutez, encore qu'ils soient transportez pour être premiers payes de leurs loyers ou moisons, et iceux arrêter jusqu'à ce qu'ils soient vendus et delivrez par autorité de Justice*」)の他、ランス、シャロン、マント、ブルボネの各慣習法にも同趣旨の条文が存する。ここで注目したいのは、成文慣習法に明文の規定がないにもかかわらずローマ法に依拠する形で債務者の動産から葬儀費用や医者等の報酬の優先弁済を認める先取特権が、『新注解』や、フェリエールの主著とも言うべきフォリオ判全三巻に及ぶ『パリ慣習法新旧注釈者全集成 *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*』(1685年初版、以下『集成』と略称)での第171条の注釈において、不動産所有者の先取特権との優劣如何との視点から論及されている点である。文言「ただし家屋の所有者は *toutefois les propriétaires des maisons*」に付された『新注解』の注釈³⁰⁾は、その冒頭、不動産

30) “本条は前条の例外の一つであり、本条によって、家屋や農場の所有者は、自らに支払われるべき当該家屋や農場の賃料のために、当該家屋や農場に存する賃借人の動産について、賃借人の他の債権者全てに優先するだけでなく、賃料の支払いを最初に受けるために、当該家屋や農場に存していた動産で他の債権者の申立てに基づき執行手続を通じて他に移転されてしまったものについても追及する権利を有することになる。

本条から帰結するの次の諸点である。

I. 既に移転され執行された動産を追及するこの先取特権は、ローマ法の規定【学説彙纂20巻2章「質乃至抵当が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第4及び第7法文、勅法彙纂8巻14章「質が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第7法文、同4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文】とは異なり、都市部の家屋の所有者と並んで、田園地帯の農場や家屋の所有者にも付与されている。ローマ法によれば、農場に存する小作人の動産は、抵当に関する明示の合意がない限り、特定の

所有者が当該不動産の賃借人の動産上に取得する先取特権が、非占有質である抵当権による動産の追及を認めない前条第170条の例外にあたり、同時にまた、「当該家屋や農場に存していた動産で他の債権者の申立てに基づき執行手続を通じて他に移転されてしまったものについても追及する権利 *droit de*

特権化された抵当権によって所有者のために担保に供されることはないのである。

このような相違の根拠は、所有者が自ら差し押さえることのできる不動産の果実を介して賃料の弁済を受けられ、しかも、それらの果実について他の債権者全てに優先するという担保の確実さに由来する。逆に、不毛でそれ自体からは何も産出することのない都市部の家屋にはそのような確実さは見出されないのである。我々の慣習法はこの点において共通法と他の大半の諸慣習法とも異なっており、それ故、デュ・フレーヌが『裁判時報』第8巻第25章で伝えている1655年11月22日の法院判決でラン慣習法について判示された通り、この点について規定していない他の諸慣習法に我々の慣習法を拡張して適用するのは許されない。

また、フランスの一般的慣行によれば動産が抵当権による追及を受けることはない以上、本条のような場合について何も規定していない他の諸慣習法の下で、農場の所有者が小作人によって農場に持ち込まれた動産上に抵当権を約定したとしても無益である。

Ⅱ. 所有者の優先権は彼に支払われるべき賃料全体について存する。ただし、慣行上、家屋の賃料については、四半期の直近三期分及び当期分に限って、農場に関しては、一年間に限って、所有者は優先するとされている。従って例えば、本条によって、農場の所有者は、馬や家畜その他の動産について、一年分の賃料に限って、それらを最初に差し押さえて執行した債権者を含め他の債権者全てに優先することになる。

差し押さえたりあるいは異議を申し立てる債権者が複数存在していて、所有者の家屋に存する債務者の動産について所有者との間で債権者競合が生じる場合、所有者は、債務者が複数の者に対して債務を負っているとしても、家賃あるいは小作料の一年分に限り、他者一般に優先する。

以上の点は、所有者による異議申立てよりも先に差し押さえていた債権者に関するものと解されねばならない。すなわち、所有者による差押えや異議申立ての後に異議を申し立てた債権者に関しては、彼らに先取特権が付与されていない限り、所有者の全賃料が弁済された後に初めて配当に与ることになる。従ってまた、破産の場合を除いて、所有者は一年分の賃料について他の債権者たちに先立って弁済を受けた上で、賃借人や小作人の動産の売却による代価から、自らに支払われるべき賃料について他の先取特権を有しない債権者たちと共に配当に与る。そうではなく破産の場合には、所有者の先取特権は他の債権者たちを害することになり、賃借人の別の債権者が、所有者と同額を受領したり、あるいは、所有者が優先権によって受領したであろう額よりも多い額を受領することさえある。

suivre les meubles qui étoient dans lesdites maison et ferme, qui ont été transportez par execution ailleurs à la poursuite d'autres créanciers」という意味では、第178条所定の先行差押債権者優先の原則に対する例外でもある点に注意を促した後、この不動産所有者の先取特権の効力を三つに分けて論じている。

Ⅲ. 小作人や借家人の動産が保管人を選任せずに賃借人の手で執行されること、つまり、差し押さえられ家屋外に持ち出されることを所有権者が許し、その結果、裁判所の命令による競売を経て、競売による売上金が、動産を差し押さえて執行した上で所有権からの異議申立て無く売却した債権者に引き渡された場合には、所有権者の優先権は失われる。なぜなら、所有権者がその権利を行使できるのは、彼が賃料の弁済を請求した時点で原状のまま存している動産に限られるからである。

賃借人が随意的に動産を所有権者からの異議申立ての無いまま売却し引き渡した場合にも同じことが言える。ただし、そのような売却が、詐害行為として、虚偽で仮装された売買で動産を隠匿する売主と買主の通謀によって為された場合はこの限りではなく、動産の移転は日中に為され、夜間に為されてはならない。「たとえそれらの動産が移転されたとしても云々」という文言は以上のような趣旨に解される必要がある。

「処分を差し止める」という文言は、本条では、用語として不適切ではあるが、既に動産を差し押さえた債権者に異議を申し立て、そのような異議申立てによって、既に動産を差し押さえて移転させた債権者に所有権者が優先するという趣旨に解される。

「それらの動産が売却され引き渡されるまでは云々」という文言に関しては、「しかも売却に由来する金銭が引き渡されるまでは」という点が含意されているはずである。というのも、所有権者は、差押債権者の申立てによって為された動産の差押と売却に異議を申し立て、動産の代価が自らの賃料を差し引いた上で差押債権者に引き渡されるべく動産が売却されるのを求めるのであって、動産を自らに引き渡すよう求めるわけではないからである。自らに引き渡すよう求めるとすれば、動産が所有権者に売却され引き渡されることになってしまうからである。

所有権者がその賃借人の動産上に優先権を行使し得ない幾つの場合を以下に挙示しておく。

1：賃貸家屋に持ち込まれる前に動産を差し押さえた債権者は当該家屋の所有権者に優先する。というのも、このような場合、動産は差押済みの状態で、差押債権者の債権の弁済のために担保に供されたものとして、持ち込まれるにすぎないからであり、プギエ閣下が『法院判決集』のMの項で報じている1622年の法院判決でその旨判示された。

2：所有権者が賃借人に対して、賃貸借終了前に他の家屋に動産を移転することを許した場合には、所有権者は自らの先取特権を放棄したことになるので、賃料についても優先権を有しない。

最初の箇所（I）では、「不毛でそれ自体からは何も産出することのない都市部の家屋 les maison de ville, lesquelles sont steriles et ne produisent rien d'elles mêmes」とは違って、「農場 ferme」はその「果実 fruits」によって「担保の確実さ la sureté」を備えるが故に、「農場に存する小作人の動産は、抵当に関する明示の合意がない限り、特定のの特権化された抵当権によって所有権者のために担保に供されることはない les biens meubles du fermier qui se trouvent dans la ferme ne sont pas obligez par une hypothèque speciale et privilégiée au propriétaire, sans une expresse convention portant hypothèque」とする「ローマ法 Droit Romain」に対して、本条では、そのような「担保の確実さ」の相違とは無関係に、「都市部の家屋の所有者と並んで、田園地帯の農場や家屋の所有者にも当該先取特権が付与されている ce privilege est accordé aux propriétaires des fermes et maisons des champs, comme aux propriétaires des maisons de Ville」と指摘され、それが単に「ローマ法」との相違に留まらず、フラン

3：石工は、賃借人のための賃借人の名義による家屋の修繕や改良に関して、賃借人の動産について、所有権者に優先する旨、モンロン『法院判決集』判決64に報じられている1590年キリスト降誕祭の法院判決で判示された。

4：シャロンダの見解によれば、葬儀費用は賃料に優先するとされ、これは全くの通説であるが、プロドーは、所有権者が家屋に存する動産上に取得する物的権利と特殊な抵当権を理由に反対の見解をとっている。つまり、それらの動産は所有権者の賃料のための質物、担保物、保証として役立つというのである。

パリ高等法院第五審尋部の諸判決の中に、ル・プレートル閣下を報告判事とする1627年12月1日の判決があり、それによれば、債務者死亡の時点で家屋に存していた動産の売却に基づく金銭について、葬儀費用は賃料に優先する旨判示されているし、ローマ法文の定めるところでもある【学説彙纂11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀方法について」第14法文1節】。「人の死体が埋葬されずに放置されないように」というのがその理由である。

医者、薬剤師、理髪兼外科医が、彼らに支払われるべき報酬や薬代で死亡者の最後の病気に際して提供されたものについて、死亡者の動産上に競合する場合、所有権者が彼らに優先すると主張されている。ただし、反対に彼らの優先権に与して判示した1580年4月18日の判決をシャロンダが伝えている。

5：商人は、家屋の中に存する商品の代金の弁済を受けるために、当該家屋の所有権者に優先するが、1605年3月15日の法院判決によれば、商品が原状のまま存していない場合は「この限りではない」とされる。”（Nouveau commentaire, I, 371-375.）

スの「共通法 *droit commun*」や「大半の諸慣習法 *la plus grande partie des Coutumes*」との相違でもある以上、「この点について規定していない他の諸慣習法に我々の慣習法を拡張して適用するのは許されない *notre Coutume ne doit pas être étendue en ce cas aux autres qui n'en disposent pas*」し、動産抵当権の否定が「フランスの一般的慣行 *l'usage universel de la France*」である点に鑑みれば、当該先取特権の約定も認められないという旨論じられている³¹⁾。そして、当該先取特権が、「所有権者による差押えや異議申立ての後に異議を申し立てた債権者 *créanciers qui se seroient opposez après la saisie ou l'opposition du propriétaire*」との関係では「賃料全体 *tous ses loyers*」に及ぶが、「所有権者による異議申立てよりも先に差し押さえていた債権者 *créanciers qui auroient saisi avant l'opposition du propriétaire*」との関係では「賃料一年分についてのみ *pour une année seulement*」妥当するとの「慣行 *usage*」に言及する箇所(Ⅱ)を挟んで、最後の箇所(Ⅲ)では、当該先取特権の行使のあり方として、「所有権者は、差押債権者の申立てによって為された動産の差押と売却に異議を申し立て、動産の代価が自らの賃料を差し引いた上で差押債権者に引き渡されるべく動産が売却されるのを求めるのであって、動産を自らに引き渡すよう求めるわけではない *le propriétaire s'opposant à la saisie et vente des meubles faite à la requête d'un créancier saisissant, demande qu'ils soient vendus, pour le prix d'iceux lui être mis entre les mains en déduction de ses loyers, et il ne demande pas que les meubles lui soient délivrez*」という点が確認されるとともに、「所有権者がその賃借人の動産上に優先権を行使し得ない場合 *cas ausquels le propriétaire n'a pas droit de preference sur les meubles de son locataire*」が列挙されている。葬儀費用や医者等の報酬との優劣はまさにそのような事例の一つとして位置づけられているのである。

不動産所有者の先取特権が及ばない事例として、『新注解』が他に挙げてい

31) パリ慣習法第171条とローマ法の相違、並びに、他の成文慣習法における欠缺補充については、拙稿「フランス慣習法学とローマ法(2・完)」(獨協法学第79号)のⅣ参照。

るのは、「賃貸家屋に持ち込まれる前に動産を差し押さえた債権者 le creancier qui a saisi les meubles avant qu'ils fussent transportez dans la maison louée」がある場合、「所有者 le propriétaire」が「賃借人に対して賃貸借終了前に他の家屋に動産を移転することを許した a permis à son locataire, après l'expiration du bail de transporter ses meubles, dans une autre maison」場合、「石工が、賃借人のための賃借人の名義による家屋の修繕や改良に関して、賃借人の動産について 所有者に優先する le maçon est preferé au propriétaire sur les meubles du locataire, pour reparation et meliorations faites en la maison, pour et au nom du locataire」場合、「商人が、家屋の中に存する商品の代金の弁済を受けるために、当該家屋の所有者に優先する le marchand est preferé au propriétaire d'une maison, pour être payé du prix de sa marchandise trouvée dans cette maison」場合の四つであるが、この内、前二者はむしろ先取特権行使それ自体の要件に関わるものであり、葬儀費用や医者等の報酬のように動産先取特権者間の優劣が問題となっているのは、後二者、すなわち、「家屋の修繕や改良 reparation et meliorations faites en la maison」の費用と「商品の代金 prix de sa marchandise」である。これら二つについて、フェリエールは、法院判決をそれぞれ一件ずつ引用して、不動産所有者の賃料に対する優先を端的に肯定しているのに対して、葬儀費用と医者等の報酬との優劣をめぐる議論はそれほど単純ではない。まず、「葬儀費用 frais funeraires」については、ブロードーの『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法 Coustume de la prevosté et vicomté de Paris』（1658年初版）での議論（第161条注釈第23番³²⁾）を意識して、人的

32) “激しく争われてきた問題は、賃借人がその死亡時に家屋に存する動産以外の財産を有していない場合に、賃料債権が葬儀費用の債権に優先するかどうか、である。家主を支持する人々が言うには、[ローマ] 法や慣習法の規定により、家主は、前述の通り、質に代わるような黙示かつ法定の抵当権を動産上に取得するが、葬儀費用を支払ったり用立てた者は、明示にせよ黙示にせよ、約定にせよ法定乃至慣習上にせよ、如何なる抵当権も取得せず、単なる先取特権を有するにすぎないとされる。実際、法の準則や原則によれば、人的な債権者は、たとえ先取特権を有していても、抵当権者と競合することはないし、質物の受領によって物的権利を取得する者もまた、第181条の注釈で述べた通り、先取特権を有する人的な債権者に優先する。また、家

な先取特権を付与されるにすぎず物的な先取特権を有する不動産所有者に優先することはないとの異論³³⁾にも言及はあるが、葬儀費用を優先させるのが「圧倒的通説 la plus commune opinion」とされ、法院判決とローマ法文の引用によってこの通説が支持されている。一方、「医者、薬剤師、理髪兼外科医

主の動産上の黙示の抵当権や物的権利を特殊な質として認めず、単にその先取特権を認めるとしても、学説彙纂第42巻第6章「債権者の先取特権について」第17法文によれば、二つの先取特権が競合する場合、より重大で強力な方が優先するとされており、これに従えば、家主の先取特権が、時の優先権を有するだけでなく慣習法の明確な権威を後ろ盾としている以上、慣習法には全く規定のない葬儀費用の先取特権に優先することになる。

以上の点は、葬儀費用のために先取特権や優先権を認めている学説彙纂第11巻第7章「宗教物、葬儀費用、並びに、葬儀方法について」第45法文やこれに類する法文にも合致する。なぜなら、同法文の注釈でアックルシウスが伝えるイルネリウスの見解によれば、これらの法文は「質を伴わずに成立した債権について」述べているのであり、また、アーズが前記第17法文の注釈冒頭で主張しているように、人的な債権について述べているのであって、物的な権利について述べているのではないとされるからである。従って、葬儀費用の先取特権は、家主が動産上に物的な権利や特定のな抵当権を取得することになる賃料の先取特権に優先することはない。反対に葬儀費用の優先権を支持する人々によれば、特権化された債権は「時ではなく原因によって」順位付けられるのであって、宗教心、人間らしさ、死者に対する慈悲や敬虔の情に由来する葬礼や葬儀のために契約した者の債権以上に優遇され特権化されるべき債権など存在しないとされる。「葬儀のために支出されたものは何であれ借入金の中で第一に控除される」パウルス学説集第1巻第21章第4節、「葬儀費用は、支払不能時でない限り、あらゆる債権に優先する」学説彙纂第11巻第7章第45法文、学説彙纂第42巻第5章「裁判官の命令による財産の占有あるいは売却について」第17法文、勅法彙纂第3巻第31章「相続請求について」第4法文。学説彙纂第42巻第6章第2法文前書の標準注釈では、「費用を負担した者が最初に弁済を受ける」というのが葬儀費用訴権の効果であると指摘されている。

更に、この先取特権は、人的な債権者の間だけではなく、明示にせよ黙示にせよ抵当権を有する者や、賃料のために「持ち込まれ搬入されたものに」抵当権を取得する家主のように法定抵当権を有する者との関係でも妥当する旨、アックルシウスが上記学説彙纂第42巻第6章第2法文や同第11巻第7章第45法文の注釈で明言しており、彼はその見解を同章第14法文第1節の「小作人や借家人が死亡後に埋葬されていない場合、持ち込まれ搬入されたものによって埋葬されるべきで、もし残額があれば賃料債権の弁済を義務づけるべきである旨ポンポニウスが書いている」という一節によって裏付けている。そしてまた、ルエ閣下の『法院判決集』Cの項第29番の補注で私が言

medecins, apotiquaires et chirurgiens」が「死亡者の最後の病気について彼らが受け取るべき報酬や提供された薬 leurs salaires et medicaments dûs et fournis en sa dernière maladie」のために「死亡者の動産 les meubles du défunt」上に取得する先取特権との関係では、「彼らの優先権に与して判示した法院判決 un Arrest, qui a jugé pour la preference d'iceux」を引用しつつも、「所有権者が彼らに優先すると主張されている on pretend que le propriétaire leur est préféré」との認識を示しており、その限りでは、先の『提要』での議論とは趣を異にしている。そこで、『集成』第2巻の第171条注釈に目を向けると、賃貸不動産に存する動産上の先取特権の優劣をめぐる議論が、文言「他に先んじて賃料や貢租を受領するために pour estre premiers payez de leurs loyers et moissons」に付された「第三注釈 glose troisième」³⁴⁾でより詳細に展開されているのを見出すことができる。『集成』の第171条注釈は、文言「ただし、市域及び城壁外区に存する家屋、並びに、田園地帯の農場の所有権者 toutefois les propriétaires des maisons sises es Villes et Fauxbourgs, et fermes des champs」に付された「第一注釈 glose première」、文言「執行を受けた借家人や小作人の財産について、たとえそれらの財産が移転されたとしても、追及することができる peuvent suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers executez, encore qu'ils soient transportez」に付された「第二注釈 glose deuxième」、そして、この「第三注釈」から成っているが、それぞれの注釈で扱われる諸論点をみる限

及している諸法院判決の判示するところによれば、その債権が特権化され葬儀費用の債権と同等に扱われる薬剤師は、死亡前の病気に際して提供したもののために（というのもそれ以前のものでは事情が異なるから）、動産について人的で無担保の債権者の間で優先し優越する権利を有するだけでなく、抵当債権者に対しても、命令による不動産の売却と買受人決定に由来する金銭について優先するとされている。”

(Coustume, II, 375-376.引用は1669年パリ刊第二版による。)

- 33) ここでフェリエールは、「ブロードーは反対の見解に立っている Brodeau est de sentiment contraire」と述べて、ブロードーがあたかもこの異論に与しているかのように解しているが、前注に引用した箇所から明らかなとおりこれは誤解である。この点、『集成』では、ブロードーによる異説の紹介という形が採られている。

- 34) Corps, II, 243-247.

り、『新注解』の第171条注釈の三部構成にそのまま対応するのはローマ法との相違点や他慣習法の欠缺補充の可否を論じた「第一注釈」だけで、「追及する suivre」あるいは「処分を差し止める arrester」といった本条所定の先取特権行使の態様については「第二注釈」で、先取特権の及ぶ賃料が一年分に限られる点については「第三注釈」の後半部分で、『新注解』での叙述の順序を逆転する形で扱われている。そして残る「第三注釈」の前半部分において整理されているのが、不動産所有者と他の様々な動産先取特権者との間の優劣関係である。

そこでは、「所有者 *proprietaire*」が、「先取特権を有していない全ての無担保債権者や抵当債権者 *tous creanciers non privilegiez chirographaires ou hypothecaires*」、「タイユ税 *Tailles*」等の「国王の諸税 *droits du Roy*」、「妻の嫁資 *la dot de la femme*」や「夫婦財産契約 *conventions matrimoniales*」に優先するといった点がまず論じられた後、反対に、「所有者のそれに優越する先取特権を備えて特権化された債権 *dettes privilegiees, dont le privilege est plus fort que celui du proprietaire*」が合計六つ列挙されている³⁵⁾。その一つ目に挙げら

35) 「1. 所有者は、最初に動産を差し押さえた場合、単に異議を申し立てた場合、何れであっても優先するのか。」自ら賃借人の動産を差し押さえた所有者、あるいは、他の債権者による差押えや執行に異議を申し立てた所有者は、たとえそれらの動産が差押債権者並びに異議申立債権者全てに弁済するのに十分でなく、しかも、債務者が他に何も財産を有していない場合であっても、他の先取特権者全てに優先されねばならない。つまり、第179条によって少額配当をもたらす支払不能は所有者もその他の先取特権者も害することはなく、先取特権者間に限った配当が行われるからである。

所有者は賃借人の動産に対する先取特権と優先権を、たとえ他人が先に差し押さえたとしても、行使できる。これは、上記第二注釈において、ショパンの本章注釈第9番、そこに引用される1590年12月22日の法院判決、シャロンダ、プロドールの本条注釈第2番及び第161条注釈第11番に従い、述べた通りであり、この点に異論はない。

モントロンも『法院判決集』判決64で同じ法院判決を扱っており、彼によれば、当該法院判決は、逆に、先に差し押さえた賃借人の債権者が所有者に優先する旨判示したとされるが、プロドール上記注釈第2番で全く適切に指摘するとおり、この著者は当該判決を誤って伝えている。

〈2. 所有者は全ての先取特権者に優先するのか。〉所有者は賃借人の動産に

れているのは『新注解』では言及されなかった「裁判費用 frais de justice」であり、当該費用は「他のあらゆる債権にたとえそれらが如何なる性質を有しようとも優先する sont preferez à toutes autres dettes, de quelque nature qu'elles soient」と指摘されている。裁判費用支出者の先取特権は、既にⅢで見た通

ついで、先取特権を有していない無担保債権者や抵当債権者にも優先する。というのも、抵当債権者がその抵当権の順位に即して優先権を行使できるのは不動産についてだけであり、債務者の動産については、人的な無担保債権者以上の権利や先取特権を有してはいるからである。

〈3. 所有権者は国王の諸権利に優先するのか。〉所有権者は、タイユ税その他、賃借人や小作人に課される諸税のような国王の諸権利に対しても、賃料について優先する旨、租税法院の幾つもの判決によって判示されているが、租税法院の慣行によれば、賃貸借の全期間についてではなく、家屋の家賃については六ヶ月、農場の地代については一年分に限るとされている。

〈4. 所有権者は妻の嫁資や夫婦財産契約にも優先するのか。〉所有権者が妻の嫁資にも優先するのか争われている。ショパンは本章注釈第4番で述べるところによれば、フランス慣習法地域では、動産について嫁資の先取特権が認められていないので、最初に動産を差し押さえた者が嫁資に優先し、それ故、先取特権者もまた嫁資に優先することになる。要するに、この場合、ローマ法の規定には従わないのである。一方、シャロンダが本条注釈で述べるところによれば、妻が夫に持参し夫の死亡前にその返還について約定した嫁資物がここに言う動産であり、しかも、妻が夫婦共有財産を放棄した場合には、妻は所有権者に優先し、無嫁資で居住する妻よりも不利な状況に置かれることはないが、妻が一債権者として夫の動産から配当を受ける場合には、妻がその動産を夫に持参したわけではない以上、所有権者が妻に優先する、とされる。

妻は、一債権者として夫の動産から配当を受けるにすぎず、所有権者にもその他の債権者にも決して優先することはないという点に疑問の余地はない。反対に、所有権者は自らの先取特権を妻に対して行使でき、その結果、妻は、支払不能に際して、先取特権を有しない他の債権者たち共に、差し押さえられ執行された夫の動産の配当に与ることになる。

〈5. 所有権者妻が婚姻に際して持参した動産についても優先するのか。〉従って、問題が生じるのは妻が嫁資として持参した動産に関してだけである。それらの動産について確かなのは、婚姻締結時にそれらの目録を作成しなかった場合、妻にはもはやそれらを取り戻す権利はないという点である。なぜなら、夫が持ち主となる夫婦共有財産に混入してしまった以上、共有財産を放棄すれば妻には何も権利はないことになるからである。また、婚姻に際して持参した動産について妻が目録を作成していたとしても、それらの動産は賃料について引き当てとなる。というのも、それらの動

り、抵当権実行費用の優先弁済をもたらす不動産先取特権でもあって、こちらの動産執行費用に関する先取特権と共に、事実上、死亡者の財産全般に及び得るが、しかしそれは執行対象の個々の財産の代価に及ぶという意味であって、ローマ法的な意味での総財産上の包括的抵当とは無論異なる。この一文の極め

産は、家屋内に存していた以上、所有権者のための質乃至担保として役立ち、それらが妻によって持参されたものなのか、あるいは、夫に帰属するものなのか、所有権者は知っている必要はないからである。所有権者以外の債権者との関係において妻が優先するのか否かについては後述第179条の注釈を参照されたい。

〈6. 成文法地域において所有権者は妻の嫁資に優先するのか。〉所有権者が妻の嫁資に優先するか否かという問題は成文法地域において一層の困難を伴う。すなわち、所有権者と妻双方が先取特権に依拠でき、所有権者先取特権は上記第一注釈で引用された諸法文によって、妻の先取特権は学説彙纂第23巻第3章「嫁資の権利について」第58法文、勅法彙纂第8巻第18章「質において優先されるべきは誰か」第12法文、同第5巻第13章「妻の財産訴権の問答契約訴権への統合について」第1法文によってそれぞれ裏付けられ、また、妻は所有権者に対して、自らの抵当権が、所有権者のそれに先行し、しかも、「妻の嫁資の保護」という公益に関わる以上、より優遇される旨主張することができる。

逆に所有権者のために言えるのは、所有権者の先取特権が妻のそれに優越しているという点である。というのも、動産が夫に帰属し家屋に持ち込まれることに同意した以上、妻は自らの先取特権を所有権者との関係において黙示に放棄したことになり、その結果、所有権者に対して当該先取特権を行使することはできないからである。夫が妻に住居を提供する義務を負い、住居が扶養に含まれるのは確かであるが【学説彙纂34巻1章「扶養あるいは生活物資の遺贈について」第6法文】、そのような義務が所有権者に不利となることはなく、所有権者に対して妻は嫁資が返済されるべく異議を申し立てることぐらいしかできない。以上のような次第であるから、成文法地域において所有権者は夫の動産について妻の嫁資に優先するものと私は解する。

〈7. 所有権者に優先する債権者たち。〉所有権者のそれに優越する先取特権を備えて特権化された債権が幾つか存在しており、それらについて以下にふれておく。すなわち、

まず第一に裁判費用であり、当該費用は他のあらゆる費用にたとえそれらが如何なる性質を有しようとも優先する。

〈8. 葬儀費用は賃料に優先する。〉第二に、葬儀費用が賃料に優先する。これは他の全てに優先する債権であり、「財産の債務超過に際して葬儀費用は常に他の債権に先んじる」【学説彙纂11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀の方法について」第18法文】。これは、シャロンダの本条注釈、及び、プロドーの第161条注釈に見られる見解であり、また、諸博士一致の通説でもある。ただしそこには若干の難点が存するよう

て簡潔な表現から逆に当該先取特権のそのような執行費用の一般的控除という特異な性質を読み取ることも可能である。「葬儀費用 frais funéraires」については、この「裁判費用」に続く二つ目の「特権化された債権 dettes privilégiées」として取り上げられ、「裁判費用」とは異なり、学説、法院判決、ロー

に見える。プロドローが上掲箇所で指摘しているように、所有権者は動産上に一種の黙示で法定の抵当権を有していて、それらの動産が所有権者にとって質や担保となるのに対して、葬儀費用を支払ったり用立てたりした者は明示黙示問わず抵当権を有さず単純な先取特権を得るにすぎない、というのである。確かに、人的な債権者はたとえ先取特権を有していても抵当権者と競合関係に立つことは決して無いのに対して、自ら受領した質物を介して物的権利を取得した者は人的でかつ特権化された債権者に優先する。

第181条によって、質物を自らの占有下に置いている債権者が他の債権者たちとの按分配当を受ける必要はなく、他の債権者全てに、彼らが如何なる先取特権に依拠しようとも、優先するとされているのはこの理由による。また、二人の先取特権者が競合する場合、より強力な先取特権を有する方が他方に優先する以上【学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第17法文】、所有権者は葬儀費用に優先するということもできる。加えて、当慣習法は所有権者には先取特権を付与しているが、葬儀費用については何も規定していない。葬儀費用の先取特権が学説彙纂第11巻第7章第45法文によって裏付けられるのは確かであるが、アックルシウスその他の諸博士たちは当該先取特権を単なる人的な債権者に認め、物との関係では、抵当権の目的となっていない物に認めている。

葬儀費用に関しては、先取特権は「時ではなく原因によって」評価されるとされ【学説彙纂42巻5章「裁判官の命令による物の占有あるいは売却について」第32法文[＝前掲6巻第17法文]】、また、葬儀費用が宗教心、人間らしさ、死者に対する愛と敬虔の情といった動機から葬儀や埋葬が契約される以上、これ以上優遇すべき債権は存在しないとされ、それはローマ法の規定でもある。パウルス学説集第1巻第21章第4節、学説彙纂第11巻第7章の諸法文、勅法彙纂第3巻第31章「相続請求について」第4法文、学説彙纂第42巻第5章第17法文すなわち第6巻第2法文、同第2法文へ並びに第11巻第7章第45法文へのアックルシウスの注釈から導かれるところによれば、当該先取特権は人的な債権者間においてだけでなく、明示もしくは黙示の抵当権を有する債権者間でも妥当する。その裏付けとなるのは、学説彙纂第11巻第7章第14法文第1節に見える、「死亡者が小作人や借家人で、死後埋葬されていない場合、賃借不動産に持ち込まれ搬入されたものによって埋葬されるべきであり、残額が生じた場合にそれを質料債権のために充てられる旨ポンポニウスは述べている」との一節である。そもそも当該先取特権に関心を持たない者はいない。というのも、何人も必ず死ぬものである上、公共の利益に関わっており、そのような利益は個々人のそれよりも優先

マ法文等の紹介引用を伴い詳細に論じられている。「当該先取特権は人的な債権者間においてだけでなく、明示もしくは黙示の抵当権を有する債権者間でも妥当する *ce privilege a lieu non seulement entre les ceranciers personnels, mais aussi entre ceux qui ont une hypothèque expresse, ou tacite*」との理解を「フラ

されねばならないからである。

以上がフランスの諸博士、ショパンの本章注釈第3番、シャロンダの本条注釈、プロドーの第161条注釈の前掲箇所の一致した見解であり、プロドーの注釈の前掲箇所には、父親の葬儀費用を用立て相続を放棄した上で、父親の死亡後に遺された動産から、葬儀費用の返還を求めた息子を、賃料のために異議を申立てた不動産所有者に対して勝たせ、葬儀費用の返還を認めたパリのプレヴォ区裁判所の判決を是認した1612年6月7日の法院判決が挙げられている。著者によれば、この法院判決の弁論の中で、1611年8月4日木曜日の大法院での公判で下された反対の法院判決が援用されたとされ、こちらの法院判決では、先立つ3月15日のパリのプレヴォ区裁判所判決を是認し、国王秘書官であったラルジャンティエ閣下の未亡人マリー・ル・メラ夫人が(高等法院の国王代訟官マルタン・シモニ氏の動産の売り立てによる代金について)葬儀費用を用立てた法廷呼出人に優先した。しかし、この著者が指摘している通り、両判決を司った高等法院長ド・ヴェルダン閣下は、後者の判決を言い渡す前に、前者の判決が下された根拠となった特異な事実関係に言及していた。要するに、シモニ氏存命中に既に不動産所有者は動産を差し押さえ、それらが売却されるべき旨の判決を得て、売却代金が賃料の限度において所有者に引き渡されたので、死亡時の亡シモニ氏の「財産中に」それらの動産は含まれておらず、所有者はそれらを既に裁判官の命令によって差押え、「いわば法務官質のごとく」取得していたのである。

ル・プレートル閣下を報告判事として1627年12月1日に下された別の法院判決も存在しており、この判決は、先立つ5月12日のパリのプレヴォ区裁判所判決についての上訴人、法廷呼出人ビエール・ルノーと、被上訴人、モンマルトル城壁外区に存する家屋の所有者ボラン・カドの後見人ビエール・ダヴォルとの間の訴訟に関するものであり、[ル・プレートル閣下の]『パリ高等法院第五審尋部判決集』に報じられているものである。この法院判決では、上記法廷呼出人が、死亡者の埋葬と葬礼のために彼によって支払われた必要かつ合理的な葬儀費用のため、死亡者の家屋に存していた動産の売却による代金について、家屋の所有者に優先すると判示された。

〈9. 医者、理髪兼外科医、薬剤師は所有者に優先するの。〉第三に、医者、理髪兼外科医、薬剤師が、死亡前の病気に際して供された薬、労苦、報酬について所有者に優先する。これは、シャロンダ、トゥルネ、プロドーの見解である。これらは、葬儀費用と歩みを同じくし、その先取特権は葬儀費用のそれと同一の根拠に基づいているというのがその理由である。ルエ閣下の『法院判決集』Cの項第29番には、高等法院が理髪兼外科医を他の全ての債権者に優先させ、夫婦財産契約の履行を求め

ンスの諸博士の一致した見解 *le sentiment commun des Docteurs François*」と位置づけ、それを裏付ける法院判決として、1612年と1627年の判決を引用するフェリエールの議論の大半は、当該先取特権が人的なものにすぎないとの異論の紹介も含めて、プロドーの前記第161条注釈に全面的に依拠したものであ

る妻にさえ優先させた1596年2月8日の判決が報じられており、同じ著者は更に、薬剤師を勝訴させた別の法院判決にも言及している。こちらの法院判決によれば、薬剤師は死亡直前の病気に際して死亡者に提供された薬について、薬剤師が他の全ての債権者に優先するとされた。

プロドーは同じ箇所[の補注]において、パリのプレヴォ区裁判所からの上訴を受けて薬剤師の相続人のために1613年9月7日に審尋部において下された別の法院判決にもふれており、この判決も同様に判示している。

同じ著者が引用する別の法院判決で、ル・プレートル閣下を報告判事として第五審尋部にて1611年3月12日に、パリのプレヴォ区裁判所の判決を是認して下されたものにおいて高等法院が判示するところによれば、薬剤師の優先権は、無担保債権者間での動産についてのみならず、不動産の売却と買受人決定による代金について、抵当債権者との関係でも妥当するとされる。この点は、同じ著者の述べるとおり、1604年2月28日の法院判決において既に判示されていた。

〈10. 医者等の先取特権は如何なる根拠に基づいているのか。〉医者、理髪兼外科医、薬剤師の先取特権は、学説彙纂第11巻第7章第45法文、同第24巻第3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第7法文第16節、同第42巻第6章第2法文前書、勅法彙纂第3巻第44章「宗教物及び葬儀費用について」第3法文、学説彙纂第13巻第7章「質訴権並びに質反対訴権について」第8法文前書、勅法彙纂第3巻第31章第4法文といった諸法文から導かれる。ただし、この先取特権は、死亡直前の病気に際して処方され用いられた薬剤やその報酬についての妥当する。死亡直前の病気に際して処方された薬は葬儀費用の一部に相当すると考えられるというのがその理由であり、それ故、勅法彙纂第3巻第31章第4法文に「汝が死亡者の療養に際してあるいはまた葬儀費用として善意で支出したもの」、あるいはまた、同第3巻第44章第3法文に「汝が死亡者の葬儀や病気のために支出したと証明したもの」とあるように、葬儀費用と同一の先取特権を有するのである。

これ以外のものについて先取特権はなく、医者、理髪兼外科医、薬剤師は所有権者に劣後し、先取特権を有していない他の債権者たちと共に按分配当に与ることになる。これは、全ての諸博士、バケ『裁判手続法論』第21章第274番、パボン『法院判決集』第18巻第6章、メナール『問題解決集』第1巻第2部第47及び第48章、シェニュ『百選』第1巻第86章、モルナク『考察集』学説彙纂第11巻第7章第45法文考察等の見解である。プロドーは前掲箇所で、ド・ラ・ナーヴ閣下を報告判事として1638年3月30日に下された法院判決に言及しており、これは、医者、理髪兼外科医、薬剤

る。先に見た葬儀費用をめぐる『提要』の記述(第75条注a)は、法院判決の引用についてフェリエール自ら明示している通り、この『集成』での議論を下敷きにしたものには他ならない。三つ目の「特権化された債権」として葬儀費用とは分けて扱われた「医者、理髪兼外科医、薬剤師 les medecins, chirurgiens

師の優先権が死亡直前の病気に際して提供されたものにのみ妥当する旨判示したトロワのバイイ区裁判所の判決を是認したものであった。

〈11. 死亡直前の病気に際して死亡者に食料を提供した者についてはどうか。〉死亡直前の病気に際して死亡者に食料を提供した者もまた、同様に理由から、他の全ての者に優先すると主張されている。なぜなら、そのような者は債務者を信用し、彼が死去するかあるいは健康を回復するのを待たざるを得ないからである。しかし、葬儀費用や、医者、理髪兼外科医、薬剤師と同じ先取特権はそのような点の根拠にはならなし、私も、この場合に先取特権を拡張する理由はないと考える。

〈12. 寡婦が夫婦共有財産を放棄したとしても、医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬を支払うべく強いられるのか。〉医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬は特権化の程度が強く非常に優遇されているため、寡婦は、夫婦共有財産の相続放棄にもかかわらず、追及を受けそれらの報酬の支払を強いられる旨、オザネ閣下の覚書のパリ慣習法第179条の箇所而言及されている1615年8月9日のパリ高等法院審尋部の書面審理による判決で判示された。

〈13. 修繕を行った石工は所有権者に優先するのか。〉第四に、石工が、修繕を義務づけられている賃借人のために家屋に対して行った修繕について、所有権者に優先するのは、ショパンの本章注釈第5番、トゥルネの本条注釈、トロンソンの第125条注釈においてそれぞれの言及している1622年7月22日の法院判決で判示されたとおりである。学説彙纂第20巻第2章「質乃至抵当が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第1法文や同第4章「質乃至抵当において優先されるべきは誰か」第5法文に従えば、石工が所有権者の家屋を修繕したという点、そしてまた、もし石工がその費用の償還を得られないとすると、所有権者は石工の犠牲の下に利得することになるという点がその理由であり、実際、第5法文には、「例えば後続者が貸し付けたものが物の修繕のように物の維持に費やされた場合のように、後続債権者が先行債権者に優先することが時として見られる」、とある。また、シャロンダはその『問題解決集』の抵当権の優先順位に関する章の第7節で、石工は地所の賃借人を含めた他の全ての債権者に優先する旨判示した1598年3月17日の法院判決にふれている。

〈14. 種麦を貸し付けた者についてはどうか。〉第五に、種麦を提供した者は、リカールの本条注釈で言及される1608年3月8日の法院判決で判示されたとおり、土地の所有権者に対して当該土地で育った麦について優先する。

〈15. 動産の質物として受領した者は所有権者に優先すべきか。〉第六に、賃借人が何らかの動産を質として引き渡した場合、第181条によれば、その債権者は所有権

et apotiquaires」のそれについても、「薬剤師や理髪兼外科医は他の全ての債権者に優先し、夫婦財産契約の履行を求める寡婦にさえ優先する Apothicaires et chirurgiens preferez à tous autres creanciers, mesmes à la vefue pour ses conventions」と題されたルエの『法院判決集』Cの項の第29章とプロドールの補注³⁶⁾が主たる典拠に法院判決が幾つか引用されている。ただし、それらは「薬剤師 apotiquaire」や「理髪兼外科医 chirurgien」を、「死亡直前の病気 dernière maladie」に関して死亡者に提供した「薬 medicaments」や受け取るべき「報酬 vacations」について、「夫婦財産契約 conventions matrimoniales」の履行を求める「寡婦 veuve」をも含む「他の全ての債権者 tous autres creanciers」に優先させる趣旨の判決であって、死亡者に不動産を賃貸していた「所有権者」に対する優先を明言したものではない。『新注解』では、前述のとおり、「所有権者が彼らに優先すると主張されている」との一般的理解に、医者等の優先権に与する法院判決が対置されていたが、具体的な典拠を明示しないままルイ・ル・カロン Louis Le Caron (シャロンダ Charondas 1534-1613年)の伝えるものとして引用されたこの法院判決(1580年4月18日)も、実のところ、ルエとプロドールが言及する法院判決(1580年4月19日)をフェリエールが日付と出典を誤って引用した可能性もある。一方で、「死亡直前の病気の際して死亡者に食料を提供した者 ceux qui ont fourny des vivres au défunt pendant sa dernière maladie」にも医者等と同じ先取特権を付与すべきとの主張に対して、「この場合に先取特権を拡張する理由はないと私は考える je ne crois pas qu'il y eût lieu d'en faire extension en ce cas」と自説を明言する論調からは、少なくとも医者等の先取特権については所有権者のそれに優先すること

や他の全ての債権者に優先し、所有権者が、当該債権者が質として受領した動産がそれまで家屋に存していた旨異議を申し立てることはできない、というのが諸博士、バケ『裁判手続法論』第21章第285番、デュ・ヴァル閣下『問題集』最終章の立場である。

〈16. 所有権者は動産を売却した者に優先するのか。〉所有権者が、家屋に存する商品の売主に優先するのかが問題とされている。この点については後述第176条の注釈を参照せよ。”(Corps, II, 243-245.引用は1692年パリ刊第二版による。)

36) Recueil, 99-101.

に反対しないフェリエールの立場を読み取ることもできる。つまり、「パリ慣習法注釈者たち *commentateurs sur la coutume de Paris*」を幅広く紹介する『集成』において既に、医者等の先取特権を葬儀費用のそれと同列に位置づけ所有権者に優先させる方向へ傾き、自らの体系的理解をより強く打ち出した『提要』においてその方向がはっきり示されるに至ったと解されるのである。このような立場の変化は、『新注解』(1672年)、『法学』(1677年)『集成』(1685年)、『提要』第3巻(1702年)という各著作の出版順序とも矛盾しない。医者等の先取特権をめぐる『集成』の議論でもう一点注目されるのは、当該先取特権が動産のみならず不動産にも及ぶとする法院判決が、やはりプロドーの上記補注からの孫引きを通じて紹介されているという点である。「薬剤師の優先権は、無担保債権者間での動産についてのみならず、不動産の売却と買受人決定による代金について、抵当債権者との関係でも妥当する *le droit de preference pour les apotiquaires a lieu, non seulement sur les meubles entre les creanciers chirographaires, mais aussi sur les deniers procedans de la vente et adjudication des immeubles, contre les creanciers hypotequaires*」との判示内容に対するフェリエール自身の評価は何ら示されていない。Ⅲでみたように、『法学』では、「医者、理髪兼外科医、薬剤師」が「葬儀費用」の支出者とともに不動産先取特権者に含まれていたので、『集成』での法院判決の引用もそこに示された高等法院の立場を支持する趣旨に捉えることも可能ではある。しかし、『提要』に至ると、「裁判費用」について、不動産先取特権(第102条)と動産先取特権(第74条)を共に認め相互の参照を求めているのとは対照的に、葬儀費用や医者等の報酬については動産先取特権のみを認めている。それ故むしろ、『集成』での法院判決の中立的紹介と態度保留の段階を経て、『提要』で最終的には改説されたと解する方がやはり自然であろう。

『法学』では極めて簡略に言及されている裁判費用、葬儀費用、医者等の報酬のための動産先取特権は、以上見てきた通り、『新注解』や『集成』の第171条注釈の中で不動産所有者の先取特権との優劣関係という視角から詳しく論じられていた。それらの議論を踏まえて再び『法学』での動産先取特権の列举を辿ってみると、まさにこの不動産所有者の先取特権が、五つ目の裁判費用、六

つ目の葬儀費用並びに医者等の報酬のそれに続いて、七つ目の動産先取特権として挙げられ、動産先取特権をめぐる記述全体の半分以上の分量がこの不動産所有者の先取特権に充てられている。しかも、『新注解』前半部と『集成』「第一注釈」で扱われたパリ慣習法とローマ法との相違や前者による他慣習法の欠缺補充を否定する法院実務に言及する箇所(第29番)、そして、『新注解』中間部と『集成』「第三注釈」後半部で扱われた担保される賃料の期間限定に対応する箇所(第27番)に加え、「所有者 *proprietaire*」の「賃料 *loyers*」と「葬儀費用 *frais funeraires*」、あるいは、「医者、理髪兼外科医、薬剤師の報酬や薬 *salaires et medicaments des medecins chirurgiens et apotiquaires*」との優劣が独立の論点として位置づけられているのである。そこでは、「動産上に所有者が取得する物的権利 *droit réel qui est acquis au proprietaire sur lesdits meubles*」に鑑み賃料を優先させる学説に、逆に医者等の報酬を優先させる法院実務の「慣行 *l'usage*」が対置されており、先にふれた立場の変化が『集成』よりも更に遡って『法学』執筆の時点で生じていたことを窺わせる。ところで、葬儀費用や医者等の報酬の先取特権がそれ自体としてではなく不動産所有者の先取特権との比較で論じられているのはそもそもなぜなのか。それはおそらく後者の先取特権にパリ慣習法第171条という実定法上の根拠が存するからであろう。前者の先取特権はローマ法に裏付けられているとはいえ、フランス慣習法地域においてローマ法そのものが「法律としての効力 *force de loi*」を有するとは解されない以上³⁷⁾、当該先取特権の妥当根拠は法院判決を介した慣行化に求めざるを得ない。『新注解』や『集成』の第171条注釈との間に見られる叙述の照応関係は、そのような先取特権の実定的裏付けの相違からすればむしろ当然の事態であった。第171条に基づいて賃借人の動産上に成立する先取特権が「都市部の家屋 *maison de ville*」については「三期分の家賃 *trois termes de loyer*」、「小作地 *heritages affermez*」については「一年分の賃料 *une année de loyer*」にそれぞれ限定される一方で、第171条によらずとも所有者の地代のために成立する「小作地の果実 *fruits de son heritage*」上の先取特権は「全賃

37) この点について拙稿「フランス慣習法学とローマ法」獨協法学78・79号参照。

料 tous ses loyers」に及ぶという点(第28番)や、「借家人に義務づけられている小規模の修繕を行った者が、家屋に存する動産について所有権者に優先する celui qui a fait les menuës reparations dont le locataire est tenu, est preferé au propriétaire sur les meubles qui occupent la maison」という点(第31番)についても、法院判決がその根拠として引用されており、成文慣習法には規定はないがローマ法を手掛かりに法院実務が承認する先取特権の例はここにも見出すことができる。この内、不動産所有者の賃料との優劣が問題となる後者の家屋修繕費用の先取特権については、『新注解』や『集成』でも言及されている。賃借人の動産について不動産所有者に優先する先取特権として、『新注解』が第三番目に、『集成』が第四番目にそれぞれ挙げる「石工 maçon」の先取特権がそれである。特に『集成』(「第三注釈」第13番)からは、石工等が家屋修繕費用のために賃借人の動産上に取得するこの先取特権が、「建物の再建のため金銭を貸し付け引き渡した債権者 creditor, qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuam dedit」や既に抵当に供されている「船舶 navis」の艤装修繕のために金銭を貸し付けた者が黙示に取得する物的先取特権に関わるローマ法文³⁸⁾の相当に自由な解釈と法院判決とによって裏付けられている様子ははっきり分かる。この家屋修繕費用のための先取特権は、同様の論証の下、修繕された不動産にも及ぶと解されており(『法学』第17番及び『提要』第105条³⁹⁾)、そうであるとすれば、裁判費用のために執行対象物について特定の先取特権が付与される場合と同様、動産不動産問わず修繕対象物について特定の付与される特異な性質を備えていることにもなる。『新注解』の第171条注釈が不動産所有者に優先する動産先取特権者として最後の第五番目に言及するのは「商人 marchand」であるが、「商人は、家屋の中に存する商品の代金の弁済を受けるために、当該家屋の所有権者に優先するが、商品が原状のまま存していない場合は<この限りではない>とされる le marchand est

38) D. 20, 2, 1; 4, 5.

39) Ⅲ注14及び注15参照。但し前者『法学』で引用される法院判決は、医者等の報酬の先取特権もまた不動産に及ぶとの前提で、「家屋を建築したり家屋の修繕を行った石工」との優劣について判示したものである。

preferé au propriétaire d'une maison, pour être payé du prix de sa marchandise trouvée dans cette maison ; *secus*, si la marchandise ne se trouvoit pas en nature」との説明は、典拠として引用される「1605年3月15日の法院判決 Arrest du 15 Mars 1605」共々、前述のとおり、同書第176条注釈や『法学』（第25番）での動産売主の先取特権に関する記述の中に対応箇所を見出すことができる。一方、『集成』の第171条注釈は、「所有権者が、家屋に存する商品の売主に優先するのかが問題とされている on demande, si le propriétaire est preferé au vendeur de la marchandise, qui se trouve dans la maison ?」の述べて第176条注釈の参照を指示するだけで、商人＝動産売主を不動産所有権者に優先する動産先取特権者として明示しているわけではない（「第三注釈」第16番）。逆に、『集成』がそのような動産先取特権者として挙げる残りの二者、すなわち、第五番目の「種麦を提供した者 celui qui a livré les semences」（同第14番）と第六番目の「賃借人が何らかの動産を質入れした le locataire a baillé en gage quelque meuble」場合（同第15番）に関する記述を『新注解』の第171条注釈に見出すことはできないが、後者の動産質権者の先取特権については、それがパリ慣習法第181条所定のものである以上、不動産所有者との優劣という枠組みを離れれば、『新注解』と『法学』の何れにおいても言及済みと解することはできる。

『法学』は、八つ目の動産先取特権として、「国庫 fisc」あるいは「国王の諸税の徴税請負人 les fermiers pour droicts Royaux」のそれを挙げている（第32番）。しかし、ここで専ら論じられているのは、「所有権者 propriétaire」が受け取るべき「賃料 loyer」と「国王の徴税請負人 fermier du Roy」が徴収すべき「国王の諸税 droicts Royaux」との間の優劣であり、高等法院ではなく「租税法院 Cour des Aydes」の判決に依拠して前者の優位が指摘されている（第33番）。先に一言した通り、これとほぼ同内容の議論が『集成』にもみられる（「第三注釈」第3番）。『法学』の続く箇所では、「成文法地域において、寡婦は、夫が生前に彼が占有する家屋に遺した動産について、所有権者に優先する en Pais de Droit écrit, la veuve est preferée au propriétaire sur les meubles laissez par le mary après son deceds dans la maison qu'il occupoit」のに対し

て、「慣習法地方においては、妻は夫婦財産契約の履行について夫の財産の配当手続に加わる en Pais coutumier la femme vient à contribution sur les meubles de son mary pour le payement de ses conventions matrimoniales」と述べられている(第34番及び第35番)。このように、物的先取特権を伴う嫁資返還請求権が黙示に認められる「成文法地域 Pais de Droit écrit」と、いわゆる「夫婦財産契約 conventions matrimoniales」において予め約定しなければそもそも持参財産の返還請求さえできない「慣習法地域 Pais de coutumier」とを対比しつつ、死亡した不動産賃借人の動産をめぐる「妻 femme」と「所有権者」の優劣を論じる箇所が、同じように「国王の諸税」に続く形で『集成』に見出される(「第三注釈」第4番から第6番)。その箇所でフェリエールは、「婚姻時に持参した動産の目録を作成した a fait inventaire des meubles qu'elle apportoit en mariage」か否かとは無関係に慣習法地域における妻の優先権を一般的に否定した上、更に、「成文法地域 les pais de droit écrit」においても「所有権者は夫の動産について妻の嫁資に優先する le propriétaire est preferé sur les meubles du mary à la dot de la femme」との自説を開陳している。成文法＝ローマ法が物的な先取特権を付与して妻の嫁資返還請求を優遇しているのは確かだとしても、「夫に持参した動産がその家屋に持ち込まれることに同意した以上、妻は自らの先取特権を所有権者との関係において黙示に放棄したことになる、その結果、所有権者に対して当該先取特権を行使することはできない ayant consenty à ce que les meubles du mary fussent apportez dans sa maison, elle a tacitement renoncé à son privilege à son égard, et par consequent elle ne s'en peut pas servir contre luy」というのである。成文法地域の妻の先取特権に関する限り、『法学』での理解は『集成』においてははっきりと改められたことになる。『法学』が動産先取特権に関して最後に論及しているのは、「抵当債権者が債務者の動産上に先取特権を有することはなく、無担保債権者と競合する場合には配当手続に加わることになる les creanciers hypothecaires n'ont point de privilege sur les meubles de leur debiteur ; mais s'ils concourent avec les creanciers chirographaires, ils veinrent à contribution」という点である(第36番及び第37番)。これは、動産抵当権を認めないパリ慣習法第170条(「動産は、債

務者の占有の外に存する場合、抵当権によって追及されない meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur) の帰結に他ならない。『法学』での動産先取特権の議論をまとめるならば、「動産上に先取特権を有する者 les créanciers qui ont privilège sur les meubles」そして、順に、質権者、寄託者、動産売主、宿屋主人、裁判費用支出者、葬儀費用支出者、医者、理髪兼外科医、薬剤師、不動産所有者、国庫が、先取特権を有することなく「他の債権者とともに配当に与る債権者 les créanciers qui viennent à contribution avec les autres」そして、妻と抵当債権者が、それぞれ列挙されたことになる。また、不動産所有者との優劣関係において言及された修繕費用支出者が動産先取特権者であるのは明らかであるし、不動産所有者が賃貸不動産の果実上に取得する先取特権を、パリ慣習法第171条が定める賃借人の動産上の先取特権とは別に扱うことも勿論可能であろう。

『集成』の第171条「第三注釈」での詳細な議論と照らしても、『法学』に対応箇所を見出せないのは、結局、「種麦を提供した者が土地の所有者者に対して当該土地で育った麦について優先する celui qui livré les semences, est préféré au propriétaire du fonds, sur le bled qui en est provenu」という点だけである。

ところで、『法学』での動産先取特権者の列挙順序には相互の優劣関係が反映されているのであろうか。確かに、最初の三者、すなわち、質権者（「他の全ての債権者たちに、彼らが如何なる先取特権に依拠しようとも、優先する est préféré à tous autres créanciers, sur quelque privilège qu'ils soient fondez」）、寄託者（「寄託物を差し押さえた他のあらゆる債権者に抗して、如何なる例外もなく、取り戻し追及できる権利を有する a droit de le revendiquer et poursuivre contre tout autre créancier qui l'aurait saisi, sans aucune distinction」）、動産売主（「他の全ての債権者たちに、彼らが如何なる先取特権を有するにせよ、優先して preferably à tous autres créanciers, quelque privilège qu'ils aient」）に関する記述をみる限りはこれらの者が何れも第一順位の先取特権者であるかのように見えるし、「次に優先するのは裁判費用である les frais funéraires viennent après」との表現からは、直前の宿屋主人までの四者が同順位で最優先する趣旨にも解し得る。しかし、不動産所有者の先取特権を

めぐる議論から明らかなように、そのような動産先取特権者の絶対的順位づけなどはそもそも企図されていない。動産先取特権者間の優劣は、特に不動産所有者のそれを中核に⁴⁰⁾、法院判決を契機としてその都度論点化され考察されるあくまで相対的な順位づけにすぎないのである。『法学』の議論の難点は、そのような優先順位の錯綜ではなく、むしろ、ローマ法的抵当概念に基づいた一元的説明を狙ったところにあった。抵当権者間の優劣を規定する時的先行性という原則を前提に、その例外として列举できた不動産先取特権とは異なり、動産先取特権については、そのような原則がはっきり提示されていないため、『法学』が説明の準拠枠として利用するローマ法の論理と『新注解』や『集成』の注釈対象であるパリ慣習法の論理とが未整理のまま混在し、雑然とした印象を一層強めているのである。これに対して、「動産上の先取特権について Des privileges sur les meubles」と題された『提要』第4書第1章第3部第1節では、先行差押債権者優先の原則を最初に明示詳論した上で、専ら慣習法の論理に従った体系化に徹している。冒頭、「動産上の抵当権がフランスにおいて認められていない l'hypothèque sur les meubles n'a point été reçue en France」という点、つまり、「債務者の占有を離れている限り、たとえ明示の合意があるとしても、動産が抵当権の追及を受けることはない les meubles n'ont point suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur, nonobstant toute convention expresse」という点が、慣習法地域と成文法地域の相違を越えたフランス共通法上の「一般原則 une règle générale」として掲げられたのを受け(第64条)、先行抵当権者ではなく先行差押債権者の優先弁済(「債務者の動産を最初に差し押さえた者が最初に債権を弁済を受ける qui saisit le premier le meuble de son débiteur, est premier payé de son dû」)が、債務者の動産について「債権者間の優先権 la préférence entre les créanciers」を左右する準

40) Ⅲで検討した不動産の売主や購入費貸付者等の物的先取特権の法院実務を介した黙示化が、封建的家産的制約との緊張関係の中で徐々に進行していた土地や官職の商品化を背景としているとすれば、不動産賃借人の動産をめぐる種々の先取特権者の攻防は、そのような商品化を動機付ける不動産収益の確保を目指すものであったと考えられる。

則として提示敷衍されているのである(第65条から第69条)⁴¹⁾。パリ慣習法で言えば第170条と第178条に対応するこの原則論に続いて、先行差押債権者優先の例外が二系列に分けて論じられている。第一の例外は「破産つまり債務者の支払不能において en cas de déconfiture ou d'insolvabilité du débiteur」生じる。

41) “第64条：動産上の抵当権はフランスにおいて認められていない(a)。債務者の占有を離れている限り(c)、たとえ明示の合意があるとしても、動産が抵当権の追及を受けることはないというのが一般原則である(b)。

a. 抵当権は、自らが存続し、偶有性が実体に結びつくように、結合する強固な本体を前提とするところ、動産が容易に他者の下にその所在を移転するという点に照らせば、動産には永続的で確実な実体は備わっていないというのがその理由である。

b. 抵当権は二つの効果を生じ、その一つ目は担保とされ抵当に供された物の占有者や所持人全てに対する追及権であり、二つ目は、抵当債権者がそれぞれの抵当権の順位と日付に従って当該目的物の代価から弁済を受けるという点に存する【勅法彙纂8巻18章「質において優先すると解されるのは誰か」第2法文】。

第一の効果に関しては、パリ慣習法第170条、モー慣習法第123条、サンリス慣習法第208条、ランス慣習法第186条その他の明示の規定が存していて、要するに、債務者の財産が、不動産動産問わず、包括的乃至特定の明示の合意をもって担保に供されているとしても、債権者は抵当訴権をもって債務者の動産の第三取得者を追及することはできないのである。

この点が成文法地域においても認められていることは、メナール氏やドリーヴ氏によって報じられているトゥールーズ高等法院の諸判決によって判示されているとおりである。

第二の効果については、ノルマンディ慣習法がその第593条に独特の規定を置いていて、動産が債権者によって差し押さえられた場合、その競売代金は、勅法彙纂8巻18章第2法文に従い、抵当債権者間においてそれぞれの抵当権の成立日に即して配分され、もし競売代金に幾らか残額がある場合には、無担保債権者間において僅かな額による平等配当により分配されるとしている。

c. 「債務者の占有を離れている場合」という文言がパリ慣習法第170条その他の慣習法に用いられている趣旨は、動産が物の現実の引渡による処分行為によって債務者の占有を離れている場合に、当該処分が誠実に為され欺罔によるものでない限り、債権者はもはや差し押さえることはできないというものであり、たとえ動産が売却されたとしても、債務者の占有外に移転されていない場合には、債務者が既にその代金を受け取っていても、それらの動産は差し押さえ可能である。この場合、債務者は依然として所有権を保持しており、「所有権移転の正当かつ適切な原因に基づいて」為された引渡によって初めて所有権は移転するというのがその理由である。

第65条：成文法地域(b)、並びに、動産についてそれぞれの抵当権の成立時に応

というのも、この場合、先行差押債権者の優先権それ自体が否定され、「全ての差押債権者及び異議申立債権者は如何なる優先権乃至先取権もなく僅かな額での按分配当に与る tous les créanciers saisissants et opposans viennent à contribution au sol la livre, sans aucune preference ou prerogative」ことになるからで

じて抵当債権者たちを優先させる慣習法(c)以外においては、債務者の動産を最初に差し押さえた者が最初に債権を弁済を受ける(a)。

a. パリ慣習法第178条は、「最初に、有効に留置し差し押さえた者、あるいは、執行手続によって債務者に帰属する別の動産を受領した者は、最初に弁済を受けるものとする」、と定めている。オルレアン慣習法第447条、カレー慣習法第246条、モンタルジ慣習法第20章第11条その他がこの点について同様に規定している。最初に差し押さえた者が弁済を受けた後は、最初に異議を申し立てた者が他の者に優先するというように、他の異議申立人はその差押えの日付と先行性に従い優先する。

b. 後述第4章を参照せよ。

c. ノルマンディ慣習法第593条によれば、「動産の執行異議において、売却代金は先行後続の順序に従い債権者に配当され、最初に処分を差止めた者はその申立の費用について第一順位となり債権者たちに優先する」、とある。アンジュー慣習法第421及び第490条、ブルターニュ慣習法第231及び第577条、メーヌ慣習法第426及び第494条もこの点について同様に規定しているし、アンジュー並びにメーヌの慣習法にかんして下され、パリ慣習法の上記第178条との関連でも言及される幾つもの法院判決においてそのように判示されている。

第66条：自己の債務者によって弁済されるべき金銭を最初に差し押さえて留置した者も、後から差し押さえて留置する者に優先し(a)、差押の申立は、日、及び、午前午後の時に照らして評価される(b)。

a. なぜなら金銭もまた動産であるから。

b. プロワの王令第173条において、執行官乃至執達吏に対し、差押、留置、執行の令状にそれが発せられた午前あるいは午後の時間を明示すべく命じられているのはこのためである。

第67条：時間の明示のない同じ日における複数の差押の競合においては同順位配当となり、その内の一つにおいて時間が明示されているならば、その差押が時間の記載のない差押に優先する(a)。

a. ルエ氏『重要法院判決集』Mの頁第10章に報じられている法院判決においてそのように判示されている。学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第89法文2節の文言「日」への標準注釈も参照せよ。他の差押えが後に為され得るような場合にこのように解されねばならない。というのも、差押がその日の最も遅い時間に為された場合には、同順位配当が為されるであろうから。

第68条：時的先行性は、未収穫の作物の差押において、最初に差し押さえた者に異

ある(第70条から第72条⁴²⁾)。この債務者破産時の按分配当に関わる議論は、パリ慣習法で言えば、第179条(「ただし破産の場合には各債権者は債務者の動産について少額による按分配当に与る。また、如何なる原因によるものであれ優先権や先取権は一切存せず、たとえ債権者の一人が最初に差し押さえたとし

議を申し立てる他の全ての債権者に対する優先権を与え、土地の現実の差押が為されていない限り、そこには抵当権付き債権故に異議を申し立てる債権者さえも含まれる(a)。

a. 未収穫の作物は土地の一部を構成するよう見えるとしても、土地から刈り取られる定めにあり、しかもそれ自体としては動産に他ならない以上、それらの作物について為された差押えは動産の差押にすぎないからであり、抵当債権者が優先権を有さないのもそのためであるが、土地の現実の差押は、その一部を成している作物の差押に、それらの作物が土地に付着している限りは、より強力な差押として優先するのであり、ル・プレートル氏『重要法院判決集』第1集第52章で報じられている法院判決においてその旨判示されている。

第69条：金額によって設定された定期金の支払額を最初に差し押さえる者は、既に発生した支払額や発生するはずの支払額のために、(定期金が現実差し押さえられていない場合に)異議を申し立てる他の者にも優先する(a)。

a. ル・プレートル氏によって報じられている法院判決によってそのように判示されており、定期金の支払額は日々動産化し、弁済期が到来する度に動産に変じるといのがその理由であり、これはパリのシャトレの慣行となっている。”(Nouvelle Institution, III, 51-55.)

42) “第70条：動産を最初に差し押さえる者の権利は二つの場合に失われる。第一は、破産つまり債務者の支払不能においてであり、この場合、全ての差押債権者及び異議申立債権者は如何なる優先権乃至先取権もなく僅かな額での按分配当に与る。

パリ慣習法第179条、ランス慣習法第396条、サンリス慣習法第291条、マント慣習法第186条、モー慣習法第117条、モンフォール慣習法第183条、オルレアン慣習法第448条、その他。

我々の諸慣習法が正当に定めるところによれば、共通の債務者が支払不能となった場合、その損失は各債権額に応じて全員の負担となる旨定めている。これは、一人の債権者のみとその債権全額の弁済を受け、他の債権者たちが支払われるべきものを何も受け取れないというのは不当であるからであり、ローマ法における分配訴権に対応するものであり、これによれば、全ての債権者が分配に際してそれぞれの債権に応じて競合した。

第71条：妻は嫁資の返還あるいは寡婦分の請求のために、その夫の動産や流動資産上に先取特権乃至優先権を有さず、他の債権者とともに按分配当に与る。ただし、ランス慣習法ではこの限りではなく(a)、当慣習法によれば、妻は、[夫の]破産に際

ても同様である *toutefois au cas de déconfiture chacun créancier vient à contribution au sol la livre, sur les biens meubles du débiteur. Et n'y a point de préférence ou prerogative, pour quelque cause que ce soit ; encore qu'aucun des créanciers eût fait premier saisir*」)、及び、第180条（「破産とは、債務者の財産

して、婚姻契約以後の全ての債権者に優先し、しかも、当該先取特権は物的なもので、相続人にも移転する (b)。

a. 当慣習法第256条には、「妻の寡婦分や持参金は、双方の婚姻の祝福以後に夫によって負担され増えた他の全ての債権に先んじて弁済され、当該寡婦とその相続人は婚姻後の全ての債権者に優先されるものとする」、とある。ユスティニアヌス帝は、動産不動産を問わず夫の全財産について、婚姻契約の前後の全ての債権者に優先する先取特権を妻に与えた。これは、婚姻前の債権者にかんする限り、既に取得していた権利がこのような仕方であられることになるので、衡平に合致しないようにみえた。他方、より衡平なこの慣習法は、婚姻契約以後の債権者との関係に当該先取特権を限定している。本条は「婚姻の祝福以後」と規定してはいるが、婚姻契約が存する場合は、当該契約が特権化された抵当権の原因である点に照らせば、その締結日まで先取特権が遡及するとすべきである一方、婚姻契約が存在しない場合には、婚姻の祝福の日初めて嫁資及び寡婦分のための妻の優先権が取得されるのであり、慣行上もそうなっている。

b. ダルシュヴェシュのバイイの判決を是認した1630年9月7日の法院判決においてそのように判示されている。

第72条：配当とは、全ての動産及び流動資産の売却に由来する金銭を、差し押さえあるいは異議を申し立てた先取特権を有していない全ての債権者の間で、それぞれに支払われるべきものの応じて、僅かな額で配分されること、である。

つまり、債権者は一リーヴルについて互いに同じだけのスーを得るのであり、売却金の総額から、特権化された債権が弁済され、その残額について配当が為されるのである。

あらゆる動産、商品、債権、現金その他の流動資産が、それらが現に存する場所において、債権者等の住所の別とは関わりなく、責任財産を構成する旨、プロドー『パリ慣習法注釈』第178条注釈で言及されている1637年9月7日の法院判決で判示された。ただしそれは、按分配当を認める慣習法域に債務者が住所を有している場合である。というのも、動産に抵当権を及ぼす慣習法域や成文法地域に債務者が住所を有している場合には、この債務者の住所が動産の基準となる以上、抵当債権者があらゆる流動資産からそれが現に存する場所において最初に弁済を受けるべきであるから。他方、例えばある商人がパリとリヨンに店舗を構えていて、彼自身や彼の家族が双方に同じ程度居住しているというように、債務者が複数の住所を有する場合には、何れの住所地の法律に即して財産が確定されてもよい。” (Nouvelle institution, III, 55-57.)

が、動産不動産問わず、申立債権者を満足させるに足りない場合であり、配当手続を阻止するために当該財産の充足あるいは不足について債権者間に異議が生じたならば、自ら処分を差し止めた動産の代価を受領する先行請求者たちは、当該財産の不足時に配当に与るために、動産の返還について保証金を納めねばならない le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparents : et si pour empêcher la contribution se meut différend entre les créanciers apparents sur la suffisance ou insuffisance desdits biens, les premiers en diligence qui prennent les deniers des meubles par eux arrêtez, doivent bailler caution de les rapporter, pour être mis en contribution, au cas que lesdits biens ne suffisent.」に対応する。これに対して、第二の例外は、「単純な無担保債権者に相当する者に対する優先権 la preference sur ceux qui sont simples créanciers chirographaires」、つまり、「先取特権 privilege」によってもたらされ、「複数の債権者が競合する場合には、より強力な先取特権が他の先取特権に優越する en concurrence de plusieurs créanciers, le privilege le plus fort l'emporte sur les autres」とされる（第73条⁴³⁾）。ここでは、先行差押債権者の優先権が否定されているというよりはむしろ、それを越える例外的な優先権の有無とその射程が問われており、『法学』で列举された動産先取特権は全てこの箇所に取り込まれている。裁判費用（第74条）を筆頭に、葬儀費用や医者等の報酬（第75条）、不動産所有者の賃料（第76条）のための先取特権がまず挙げられており、これら三つ乃至四つの先取特権を並べる順序は『法学』と一致し、不動産所有者が賃借人の動産上に取得する先取特権の説明に重点が置かれているところも『法学』と変わらない（第77条から

43) “第73条：第二の例外は、単純な無担保債権者に相当する者に対する優先権がもたらされる先取特権が存する場合であり、複数の債権者が競合する場合には、より強力な先取特権が他の先取特権に優越する（a）。

a. 債権の優遇、あるいは、物を受け取るべき人の優遇は先取特権を生じさせ、債権の原因や債権者たる人が、差し押さえられた物の価額をめぐって競合する他の者よりも優遇されているならば、それは先取特権を有する債権者によって差し押さえられた動産との関係においても維持されるため、当該債権乃至人が優先することになる。”（Nouvelle institution, III, 57-58.）

第83条⁴⁴⁾。しかし、他の先取特権が列挙される順序は相当異なっている。というのも、『法学』において最初に挙げられていたバリ慣習法所定の四人の先取特権者、すなわち、質権者、寄託者、動産売主、宿屋主人の先取特権は、不動産賃借人の動産上の先取特権の後に、課税対象者の動産上に国王が取得する先取特権(第84条)と小作地の果実上に地主が取得する先取特権(第85条)を挟んで、宿屋主人(第86条及び第87条)、質権者(第88条)、寄託者(第89条から第91条)、動産売主(第92条から第95条)の順で並んでいる上、その後更に、修繕費用支出者(第96条)、そして、『法学』では言及されなかった種麦提供者(第97条)の先取特権が続いているからである⁴⁵⁾。既に述べた通り、先取

44) “第77条：転借人の動産は、転借人が負担している賃料の限度まで、所有者のために黙示に担保に供されるが、それ以上に及ぶことはない。しかも、賃借人が無償で住居を提供している者の動産は担保に服することはない。

第78条：所有者の権利に服する者も当該先取特権を行使し、また、賃借人は転借人の動産上に当該先取特権を行使する。

第79条：所有権者は、タイム税その他の国王の諸税に対して、土地の賃貸借については一年に限り、家屋の賃料については賃貸借契約の有無に関わらず六ヶ月に限り、優先する。

第80条：所有権者は、成文法地域と同様に慣習法地域においても、妻が嫁資として提供した動産について、夫の動産の補充として、妻の嫁資に優先する。

第81条：所有権者は、他の債権者によって差し押さえられ執行を受け、所有権者の知らぬ間に他の場所に搬出された賃借人の動産を、それらの動産が未だ売り立てられ代金が配当されていないならば、最初に弁済を受けるために追及する権利を有する。また、賃借人の動産が所有権者の同意なく別の家屋へと賃貸目的で搬出された場合にも、所有権者は優先的に弁済を受けるために追及することができる。

第82条：当該追及権は、賃借人によって売却され、買主側に悪意無く賃借人によって引き渡された動産、並びに、賃借人からその債権者に対し質として引き渡された動産には及ばない。

第83条：所有権者は、小作人の家畜その他の動産や可動資産には、明示的にそれを認める慣習法の下でない限り、何らの先取特権も有さず、賃貸借契約上の特約によっても、成文法規定に反して、当該先取特権を取得することはできない”(Nouvelle institution, III, 58-65.ただし条文の本文部分のみ。)

45) “第84条：国王は、財務官、総徴税請負人、個別徴税請負人その他、納入されるべき陛下の金銭の管理を担う者たちの債権者に対して、それらの者が徴収した金銭、並びに、それらの者の下で差し押さえられたが破産にも配当にも至っていない動産及び

特権者間の優劣は相対的に判断せざるを得ないとの立場からすれば、『法学』と『提要』での叙述順序の相違自体は問題ではなく、動産先取特権を先行差押債権者の原則的優先に明確に對置しているところに『提要』の方法＝体系上の利点を見出すべきであろう。

可動資産の売却に由来する金銭につき、先行する全ての差押に妨げられることなく、優先する。ただし、葬儀や裁判の費用その他の先取特権、慣習法所定の期限内に商品を取り戻す権利、都市の家屋の賃借人が当該家屋に存する動産上に六ヶ月分の賃料について及ぶ権利についてはこの限りではない【財務官の財産その他に及ぶ国王陛下の抵当権について規定した1669年8月の王示第1条】。

第85条：地所の所有権者は、既に履行期が到来した地代及び賃貸借契約存続中に履行期が到来する地代のために、当該地所から生じた果実上に特定の先取特権を有し、もしそれらの果実が差し押さえられ処分を差し止められた場合には、それらを追及することもできる。

第86条：宿屋の主人が旅行者やその馬のために支出した宿泊費は、先取特権を伴い、宿屋に存する財産や馬について、他のあらゆる債権者に優先し、宿泊費が支払われるまでそれら留置することができ、知らぬ間にそれらが輩出された場合には、追及する権利も有する【パリ慣習法第175条、ランス慣習法第395条、マント慣習法第188条、カレー慣習法第243条、ムラン慣習法第328条、その他】。

第87条：当該先取特権は、たとえそれが盗まれたもので、旅行者に帰属しない者である場合であっても、少なくとも宿屋に存する馬の費用について妥当する。

第88条：差押えを受けた質権者は、当該物が自らに質入れされたということを書面で証明する限り、自己の債権の弁済を受けるために、他の全ての債権者に例外なく優先する【パリ慣習法第181条、カレー慣習法第148条、オルレアン慣習法第450条】。

第89条：受寄者の下で差し押さえられ、原状のまま存する寄託物は、それが金銭であれ他の物であれ、たとえ如何なる理由に依拠しようとも、受寄者の全ての債権者に先立って、寄託者に返還されねばならないが、寄託物が原状のままではない場合には、当該先取特権は及ばない【パリ慣習法第182条、オルレアン慣習法第451条、カレー慣習法第240条】。

第90条：受寄者の下で差し押さえられ、原状のまま存する寄託物は、それが金銭であれ他のものであれ、たとえ如何なる先取特権に依拠しようとも、寄託者に返還されねばならない【パリ慣習法第182条】。

第91条：寄託物が原状のまま存しない場合には寄託者は先取特権を有しない。ただし、その官職上に先取特権の存する供託金保管人の下に供託された金銭についてはこの限りではなく、寄託者は、当該官職の取得のために貸し付けた者も含めた全ての債権者に優先する。

第92条：支払期日や弁済期限を定めずに直ちに支払を受けることを期待して動産を

とはいえ、『提要』での体系化の試みに問題がないわけではない。例えば、質権者と寄託者の優先権は、パリ慣習法上の規定(第179条から第182条)のあり方からも明かなように、差押債権者優先の例外というよりはむしろ、債権者破産による例外の更なる例外となるはずであるが、両先取特権のそのような特殊性は無視されてしまっており、同じことは破産時の裁判費用支出者の先取特権にも当てはまる。また、「抵当権は、抵当訴権以外に、二つの効果、すなわち、追及権、並びに、抵当権を有しない全ての債権者や先取特権を有していない後続の抵当債権者に対する優先権をもたらす」(第98条⁴⁶⁾)との命題が、「動産上の先取特権 *privileges sur les meubles*」を扱う第1節末尾に現れる点にも違和感が残る。『法学』の叙述の末尾にも抵当債権者への言及が見られたが、こちらは、「動産上に先取特権を有している者」に対置された「他の債権

売却した者は、当該動産が何処に搬出されようとも、それを売却した代金の支払を受けるために、所有権者をも含む全ての債権者に優先して、当該動産を追及する権利を有し【パリ慣習法第176条、ランス慣習法第398条、オセール慣習法第130条、カレー慣習法第244条、マント慣習法第192条、トゥール慣習法第220条、その他】、更に、善意の転得者に対しても、それが直ちに為される限り、当該動産の返還を求めることができる。

第93条：売主が弁済期限を定め、売却物が債務者の下で差し押さえられた場合であっても、その売り立て代金につき、当代金の内の売主に支払われるべき額の限度で、優先されるべく売り立てに異議を申し立てることができ【パリ慣習法第177条、オルレアン慣習法第458条】、この点は、その旨の規定のない諸慣習法の下でも妥当する。

第94条：弁済期限を定めた売主は、物を質として受領した債権者には優先しないし、物の引渡を受けた転得者に返還を求めることもできない。売主が、賃料をめぐる所有権者に優先するのかについては検討の余地がある。

第95条：弁済期限や支払期日を定めなかった売主の返還請求や先取特権は、売却物がその形態を変じたり、買主がその物を購入済みの状態にしてしまった場合、失われる。

第96条：船舶の艤装や修理のために貸し付けた者は他の全ての者に優先する先取特権を有する。

第97条：種麦を供給した者は小麦について土地の所有者に優先する。”(Nouvelle institution, III, 66-77.ただし条文本文と成文慣習法や王令上の対応条文のみ。)

46) Nouvelle institution, III, 77.

者とともに配当に与る債権者」の一人という位置づけが明確であった。そのような対置を予定していない『提要』において上記命題が果たす役割とは、抵当の論理への移行を促す議論進行上の便宜、すなわち、特権化された抵当権（「不動産上の先取特権 *privilege sur les immeubles*」）を扱う第2節と「先取特権を有しない抵当債権者間の優劣 *la preference entre les créanciers hypothécaires non privilégiés*」を扱う第3節への橋渡しでしかない。学説彙纂の編別に則ったが故に抵当債権者間の優劣という問題枠組み下で動産先取特権を説明せざるを得なかった『法学』の方法＝体系と、動産抵当権の否定という慣習法の論理により忠実である反面、ローマ法的な一元的抵当概念との矛盾を顕在化させた『提要』の方法＝体系とには、このようにそれぞれ一長一短ある。しかし、本稿でのこれまでの考察に照らして一層重要なのは、二つの方法が、異なる論者によるものとして同時期に並存しているのではなく、フランス共通法論者フェリエールの著述として、しかも前者から後者への変化という形で姿を現しているという点である。フェリエールが動産先取特権を論じる際の方法＝体系の変容は、ローマ法の枠組みを踏襲する中で法定抵当権から物的先取特権へと視点を移行させる帝国やネーデルラントの現代的慣用の一元構成（I 参照）と、そのような抵当債権者の物的先取特権から一般債権者の動産上の先取特権を原理的に区別するフランス共通法の二元構成という方法＝体系上の相違がまさに顕在化した17世紀後半に起こっている。フェリエールの先取特権論には、フランス共通法の物的担保概念の独自性がローマ法との比較対照の下に学理的に認識確立されて行く過程を具に読み取ることができるのである。

V.

不動産先取特権と動産先取特権を原理的に区別する二元構成をその根底において支えていたのは、慣習法古来の動産抵当権否認の論理であった。パリ慣習法には、成文化時（1510年）に既に、第5章「対人的訴権並びに抵当権について *Des Actions personnelles et Hypotheques*」の旧第77条と、第15章「処分差止め、執行、並びに、家財差押え *Arrests, executions et gageries*」の旧第168条

において、「動産は抵当権によって追及されない meubles n'ont point de suite par hypothèque」⁴⁷⁾と定められ、1580年の改訂時に、第8章「Arrêts, exécutions et gageries 処分差止め、執行、家財差押え」に修正の上で組み込まれた条文、すなわち、「動産は、債務者の占有の外に存する場合、抵当権によって追及されない meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur」(第170条)が、アントワヌ・ロワゼル Antoine Loisel (1536-1617年)の『慣習法提要』(1607年初版)にそのまま収録される⁴⁸⁾など、パリ慣習法の改訂を経た17世紀初めには、これをフランス慣習法地域の共通準則と位置づける理解が有力化していた。例えば、ロワゼルとはほぼ同世代で、ヌヴェール市の筆頭参事官やニネルヴェ公の代訟官長を務めたギー・コキユ Guy Coquille (1523-1603年)の『慣習法の諸条文に関する問題、解答、省察集 Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes』(1611年初版。以下『問題集』と略称)には、「<動産は抵当権によって追及されない>という俗諺には如何なる効果があるのか。そして、この俗諺は常に正しいのか Quel effet a le mot vulgaire, *meuble n'a suite par hipoteque*. Et si cela est indistinctement vrai ?」との表題の小論(問題63⁴⁹⁾)が収められてお

47) Bourdot de Rechebourg, Nouveau coutumier general, III, 6 ; 13.

48) Institutes coutumieres, liv. 3, tit. 7, V.

49) “ローマ人の法律によれば、質権あるいは抵当権による第三占有者への追及は、動産不動産の区別無く認められている。彼らの言語において、「質」と呼ばれているのは、本来、質入れされた動産であり、それは、例えば手や拳で当該動産を掴んだ場合のように、引渡によって為されたのは確かであるが【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第238法文2節、同13巻7章「質訴権及び質反対訴権について」第9法文2節】、ローマ人は質及び抵当の双方を動産不動産の区別無く用いた上、合意のみによる担保設定も為された【学説彙纂13巻7章第1法文】。一方、フランスにおいては両者の区別が受け入れられ、合意だけでは動産の質入れは生じないとされており、「動産は抵当権によって追及されない」という当準則もこの点に関係しており、ここに言う抵当とは「合意に基づく抵当」である。しかし、質入れされる動産が債権者の手に引き渡された場合は、それは真正な質であって、債権者は、それが彼の意思に反する仕方ですその手から失われて第三者の下に存するとしても、当該質物を追及することができる。これは「動産は追及されない」という上記準則の例外の一つである。というのも、このような場合、物的な占有を一旦取得した債権者は、所有物の取戻「の

り、当該準則が、パリ慣習法のように条文化されていない慣習法の下で如何に理解され受容されていたのか見て取ることができる。コキ्यूはまずローマ法とフランス法における「質 pignus ; pignoration : gage」及び「抵当 hypotheca ; hypothèque」の用語法の違いを確認するところから議論を始めている。コ

場合と同じように」、自己の質物を追及できるからである。ローマ人の法律もまた、「取戻」という語を用いて抵当訴権を導入している【学説彙纂20巻1章「質及び抵当、それらの締結の仕方、並びに、特約について」第16法文3節】。そして、質物を自らの支配下に置いている債権者は、使用取得以外の全ての点について、占有者と見なされるとされている【学説彙纂41巻3章「使用取得及び利用取得について」第16法文、同2巻8章「担保提供を強いられる者、宣誓によって約束する者、並びに、自らの約束に拘束される者」第15法文2節】。更に、債務者の全動産に権利を有する者に対して債権者は抵当訴権を行使し得ず、債権者の担保成立以降にその者に動産が引き渡されてしまったのだとしても、そのような処分が債権者に対する詐欺の下に為され、当該動産の譲受人が、当該処分が有償の権原に基づく場合については、債務者の詐欺行為に加担したならば、また、処分が無償の権原に基づく場合については、詐欺行為への加担が無くとも、当該取得によって自己の債権について詐欺を受けた債権者は「債権者への詐欺として行われた事柄に堪する告示に基づいて」廃罷訴権を行使できるので、この方法によって間接的に債務者の動産を追及できることになるが、これは抵当権によるものではない。というのも、この廃罷訴権は人的で無担保の単なる債権のために「も」行使され得るからである。つまりそれは、有償の権原の場合には意図的に為され、また、無償の権原の場合には単なる事実によって成立するところの詐欺行為を理由としているのである【学説彙纂42巻8章「債権者を詐欺して為された事柄は回復されるべきこと」第1法文及び第6法文、勅法彙纂7巻75章「詐欺行為によって処分されたものの回復について」第5法文】。我々の慣習法【ニネルヴェ慣習法】は、債権者によって動産が追及され得る場合を他に二つ認めている。すなわち、賃租地として貸し与えられた地所や定期金の負担の存する地所の果実がそのような動産に当たる場合がそうである。つまり、領主はそれらの果実が地所の外に持ち出された後でも、それと確認される限りは、追及可能である【「執行について」第19条】。もう一つは、賃貸された建物に動産が備え付けられ、その後持ち出された場合である【同章第17条】。ただし、何れの場合にも特別の理由づけを与えることができる。「すなわち」、第一の場合については、果実を産み出した地所の所有者は「質権ではなくむしろ所有権に基づいて」それらの果実を追及するのである。というのも、厳密に言えば、賃借人や定期金負担者の側にとって、果実とは、賃租や定期金の支払後に初めて自らに留まるもののことであるから【学説彙纂25巻1章「嫁資物のために支出された費用について」第13法文】。第二の場合については、賃貸家屋に一旦存したものは、賃借人を「補助者とした」家屋の占有者である賃貸人の支配と占有に存していた

キークの引用する諸法文によれば、「＜質＞は、質入れされる物が手渡しされるところから、握り拳に因んでそう呼ばれるのであり、それ故また、質は、本来、動産について設定されると考える人々がいるのも当然のように思われる *pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur : unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui*」⁵⁰⁾とし、また、「質とは、本来、債権者に引き渡されたものを言い、占有が債権者に移転していない場合には、抵当と言う *p ro p r i e p i g n u s d i c i m u s, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*」⁵¹⁾としながら、そのような「質入れされた動産 *le meuble baillé en gage*」という「質 *pignus*」の原義に拘ることなく、「質は引渡によって締結されるだけでなく、たとえ引渡が為されなくとも、無方式の合意によって締結される *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*」⁵²⁾と解するのがローマ法の立場であった。つまり、「ローマ人 *les Romains*」は、「合意のみによる担保設定 *l'oblogation par seule convenance*」を「抵当」と称するだけでなく「質」とも呼び、「双方を動産不動産の区別無く用いていた *indistinctement usaient des deux pour meuble ou immeuble*」ことになる。「ローマ人の法律 *les lois des Romains*」の下で、「質権あるいは抵当権による第三占有者への追及が動産不動産の区別無く認められている *la poursuite du gage, ou de l'hipoteque sur le tiers possesseur est permise sans distinction, si c'est meuble ou immeuble*」のは、このような「質」と「抵当」の互換的用語法に沿うごく自然な帰結であった。これに対して、「フランスにおいては、両者の区別が受け入れられ、合意だけでは動産の質入れは生じないとされている *nous avons reçu en France la distinction ; et tenons que la seule convention ne fait la pignoration en meuble*」、とコキークは述べる。つまり、「質入

と解されるので、当該追及に際してはその占有が理由となる。”(Les oeuvres, II, 168. 引用は1703年ボルドー刊のテキストによる。)

50) D. 50, 16, 238, 2.

51) D. 13, 7, 9, 2.

52) D. 13, 7, 1, pr.

れされる動産が債権者の手に引き渡された *il y a tradition és mains du creancier du meuble baillé en gage*」場合にのみ「真正な質 *vrai gage*」が成立し、動産が「合意に基づく抵当 *hipoteque convenué*」の目的物となることはないというのである。「動産は抵当権によって追及されない *meuble n'a suite par hipoteque*」との「準則 *regle*」はこの動産抵当権否認の当然の帰結と言える。他方、「真正な質」すなわち占有質の場合には、「債権者は、それが彼の意思に反する仕方ですの手から失われて第三者の下に存するとしても、当該質物を追及することができる *peut le creancier poursuivre ledit gage, s'il vient en main tierce, quand par quelque façon outre son gré, il est forti hors de ses mains*」。というのも、「物的な占有を一旦取得した債権者は、所有物の取戻<の場合と同じように>、自己の質物を追及できる *le creancier qui une fois a eu la possession réelle peut poursuivre son gage ad instar de reïvendication*」からである。このように所有物の取戻 *rei vindicatio* に類比された質物の取戻 *vindicatio pignoris* は、ローマ法⁵³⁾ 上も、例の如く準セルウィウス訴権 *actio quasi Serviana* や対物抵当訴権 *actio hypothecaria in rem* とは用語として特に区別されることなく、対物質訴権 *actio pigneraticia in rem* として承認されていた。動産抵当権を認めないフランス法の下で、この「抵当訴権 *l'action hipotecaire*」による質物の取戻が為されるならば、「第三者 *letiers*」が占有する「動産 *meuble*」を「抵当権 *hipoteque*」によって追及することになるが故に、「上記準則の例外の一つ *une exception de ladite regle*」に当たるとするのがコキエウの理解である。しかし、フランス法上、「真正な質」が一旦成立した後の質物の取戻をローマ

53) ここに言う「ローマ法」は、ユスティニアヌスの諸法典の権威的テキストに即して大学法学部で教授され、実務上、フランスの慣習法地域においてはその合理性に鑑み随時参看され、成文法地域では成文法として運用されていたものである。それ故、例えば、抵当訴権の生成過程、すなわち、農地賃借人の農場持ち込み動産の約定担保とサルウィウス特示命令 *iterdictum Salvianum* による保護、対第三者のセルウィウス訴権 *actio Serviana* の付与、準セルウィウス訴権による非占有質一般の保護、あるいはまた、農地の収穫物上の特定抵当権の黙示化と物的先取特権の付与といった史の変遷については、時に人文主義的趣向の表出として言及されることはあるにせよ、総じて度外視されている。

法用語法を踏襲して「抵当訴権」と呼ぶこと自体に問題がないわけではなく、そうであるとすれば、ここに敢えて「準則の例外 *exception de la regle*」を見出す必要もないはずである。更に、コキユは、同じくローマ法上のいわゆる「廃罷訴権 *l'action revocatoire*」による債務者の動産処分行為の取消と「動産の譲受人 *l'acheteur desdits meubles*」に対する原状回復の請求にも言及している。ただし、コキユ自身、「この廃罷訴権は人的で無担保の単なる債権のためにくも>行使され得る *ladite action revocatoire peut être exercée, etiam pour une simple dette personnelle et chirographaire*」と指摘し、上記準則の例外、つまり、「抵当権」による動産追及の一例として位置づけることには懐疑的である。

「ローマ人の法律」上の二つの訴権をめぐる以上のような幾分歯切れの悪い議論に続いて、コキユは、「我々の慣習法 *notre Coutume*」、すなわち、ニネルヴェ慣習法(1534年成文化)から、「債権者によって動産が追及され得る更に二つの場合 *deux autres cas, esquels meuble peut être suivi par le creancier*」を挙げている。一つ目は、「賃租地として貸し与えられた地所や定期金の負担の存する地所の果実 *les fruits d'un heritage baillé en accense, ou tenu sous redevance fonciere*」が「地所の外に持ち出された *sont transportez hors l'heritage*」場合に「領主 *seigneur*」が取得する追及権である。「執行、競売、売却決定について *Des executions, criees et subhastations*」との表題が付された同慣習法の章の第19条には、「小作地の果実は、当該小作地の小作料や地代のために、小作地の領主によって、当該小作地が領主自身の地所であるか小作人の地所であるかは問わず、差押え可能であり、上記の小作料や地代の完済に至るまでその処分の差止めと差押えは継続する。同様に、当該小作地の家畜飼育用の飼い葉や藁、更には、当該小作地の土壤改良に利用するたい肥製造用の藁もまた、上記領主がこの点について明示に担保とする文言を挿入していた場合には、差押え可能である。それらの果実、藁、飼い葉が搬出され持ち出された場合、上記領主はそれらを追及し処分を差し止め返還させることができる。その場合、領主は他の者全てに優先する。異議申立てのある場合には、処分差止は保証金納入まで維持され、配当は通常裁判官の面前で行われる *Les fruits*

d'une metairie, pour les fermes et rentes foncieres d'icelle peuvent estre empeschez par le seigneur de la mestairie, soit qu'elle soit de son heritage, ou de l'heritage de sa femme, et tient tel arrest et empeschement jusques à plein payement desdictes femmes et rentes. Et semblablement peuvent estre empeschez les fourrages et pailles pour le nourrissement du bestail de ladicte mestairie, et aussi pour faire des fumiers, afin de les convertir à l'amendement des terres d'icelle mestairie, posé que ledict seigneur n'eust lettres obligatoires expressément quant à ce. Et si lesdicts fruits pailles et fourrages estoient enlevez et emportez, lesdict seigneur peut les poursuivre et faire arrester rapporter. Et sera preferé à tous autres. Et en cas d'opposition, l'arrest tenant jusques à caution, sera baillee assignation pardevant le juge ordinaire.」、とあり、「小作地の果実 les fruits d'une metairie」等の動産が持ち出され第三者の手に渡っても「領主 seigneur」の「抵当訴権 action hipotecaire」により例外的に追及される場面としてここで取り上げられているように見える。しかし、コキューは、本条の定める「追及し処分を差し止め返還させる poursuivre et faire arrester et rapporter」権利について、「小作地の領主 le seigneur de la mestairie」は、「果実を産み出した地所の所有者 le propriétaire des heritages, qui ont produit les fruits」として、「＜質権ではなくむしろ所有権に基づいて＞それらの果実を追及する les poursuit *magis jure proprietatis, quam pignoris*」との理解を示し、上記準則の例外としての積極的な位置づけを拒んでいるようである。領主による果実追及の根拠を非占有質たる抵当ではなく「所有権 *jus proprietatis*」に求める根拠としては、「賃借人や定期金負担者の側にとって、果実とは、賃租や定期金の支払後に初めて自らに留まるもののことである les fruits à la part du conducteur, ou rentier se disent être ce qui reste après la cense, ou redevance païée」と指摘される以外、嫁資の公租公課負担に関するローマ法文⁵⁴⁾が引用されるに留まっている。その法文では、「夫は嫁資である土地について支払っ

54) D. 25, 1, 13.

た賦課金や税金を妻から回収することができない neque atipendium neque tributum ob dotalem fundum prasitita exigere vir muliere potest」理由として、「それらの支出は果実の対価である onus fructuum haec impendia sunt」と述べられてはいるが、コキューがこれを引用する趣旨や脈絡は必ずしも明確ではない。そこで、コキューの名著『ニヴェルネ地方、並びに、ニヴェルネ公領とその飛び地領、免除特権地の慣習法 Les Coustumes du pays et duché de Nivernois, enclaves et exemptions d'iceluy』(1605年初版、以下『ニヴェルネ慣習法』と略称)を参照してみると、上記第19条の注釈にやはり類似の議論が見出される。まず、同条第三文の文言「追及する poursuivre」に付された注釈⁵⁵⁾には、「ここには動産が抵当権によって追及されるもう一つ別の場合が見られるが、地主は単なる債権者ではなく、本来は果実の所有者であって、その権利は果実の本質そのものに付着している icy est un autre cas auquel meuble a suite par hypothèque, mais le seigneur foncier n'est pas simple creancier, ains est originellement seigneur des fruits, et son droict est attaché en la mesme essence des fruits」とあり、「本来は果実の所有者である est originellement seigneur des fruits」との理由から「地主 les seigneur foncier」による果実の追及を「動産が抵当権によって追及される場合 cas auquel meuble a suite par hypothèque」の一例として位置づけることに消極的な立場が確かに表明されている。しかし、嫁資に関する上記法文の引用はなく、「パリ慣習法第171条、ブルボネ慣習法第125条、オルレアン慣習法第415条も同旨である ainsi dit Paris article 171, Bourbonnois article 125, Orleans article quatre cens quinze」と付言されているだけである。その上、パリ慣習法第171条が認めているのは、IVでも見たとおり、家屋や農場に存する「賃借人や小作人の財産 les biens de leurs locatifs ou fermiers」への「所有権者 propriétaires」の追及であって、小作地の収穫物、つまり、ニヴェルネ慣習法の上記第19条所定の「果実 fruits」に対する追及ではないので、少なくともパリ慣習法については引用それ自体にも疑問が残

55) Les Coustumes, 794.ニヴェルネ慣習法の条文も含めて引用は1653年パリ刊第四版による。

る。一方、第19条全般に対する注釈⁵⁶⁾では、その冒頭、同条を、「書面や有責判決による担保が存しないにもかかわらず執行が許される場合 *cas auquel l'exécution est octroyée, sans qu'il y ait obligation par écrit ou condamnation*」の一つとして、「ローマ法 *le droit Romain*」上、「果実が賃料や小作料のために黙示に抵当に供され先取特権も伴う *les fruits sont tacitement hypothéqués pour les loüages et fermes avec privilège*」場合に類比して説明する箇所、

56) “本条には、書面や有責判決による担保が存しないにもかかわらず執行が許される更にもう一つの場面が見られる。ローマ法によれば果実は賃料や小作料のために黙示に抵当に供され先取特権も伴うとされる【学説彙纂20巻2章「質乃至抵当が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第7法文、同18巻2章「貸主訴権並びに借主訴権について」第24法文1節】。土地定期金についても同じである。というのも果実がそのような定期金を義務づけるからである【同25巻1章「嫁資物のために支出された費用について」第13法文】。ところで、処分したり持ち出すことの容易な果実については差押えや供託が不可欠である。そうでなければ抵当は無益となろう。返還を求めようとしている動産の提示が要求される動産の取戻についても同じ理由で、提示を確実にするためにまず供託を行っている。そしてこれはフランスの実務でもある。これらの執行に際して弁済の開始は必ずしも必要ではない。これらの執行は「対人的というよりは」むしろ「対物的」であるから【同39巻4章「徴税請負人、租税、没収財産について」第7法文〔前書〕】。未成熟被後見人や精神障害者に対して後見人や保佐人の許可無く差押えができるのもそのためである【同39巻1章「新築工事警告について」第10法文、同44巻7章「際無関係及び訴権について」第24法文〔前書〕】。ただしそれは、差押え後に、当地の健常者に通知が為され【同39巻1章第11法文】、また、学説彙纂第39巻第1章第5法文第1節に照らして、差押令状について書名入りの謄本が作成された場合に限る。幾つかの慣習法は、例えばベリー慣習法の執行の章第33条及び第47条のように、直近の一年分についてのみこの差押権を認めている。人的に義務づけられてはいない第三債務者との関係からすればこれは合理的である。なぜなら、果実が賃料を義務づけるのである以上、その年の果実こそ追及するに相応しいからである。ところが、賃租についての王示は領主の地代のみならず土地定期金についても三年分の賃料に関して規定を設けている。更にオルレアン慣習法第406条も同旨である。

ここで果実について述べられている点は賃料を課されている家屋に存する動産についても当てはめられまた当てはめられるべきである。というのも、居住用の母屋に存するそれらの動産は不動産賃料のための担保となるからである【学説彙纂20巻2章第4法文及び第6法文、また、当慣習法前掲「定期金及び抵当について」の章第3条による】。更に、サンス慣習法第120条、パリ慣習法第171条、オセール慣習法第118条、ブローア慣習法第246条も同旨である。” (Les Coutumes, 792-793.)

地定期金についても同じである *idem quant aux rentes foncieres*」と解すべき理由として、問題の法文を引用しつつ、「果実がそのような定期金を義務づける *les fruits doivent lesdites rentes*」と指摘している。以上から、土地の所有者や定期金債権者は目的不動産の果実の本来的な権利者であって、小作人や定期金債務者はまさにこの果実の対価として地代なり定期金なりを義務づけられているという点を、ローマ法上、嫁資のみならずその果実もまた婚姻期間を通じて潜在的乃至実質的には妻の所有物であって、形式的な所有者である夫が負担した諸費用はその果実の対価であるとの理解に類比するのがコキユの意図と推察される。農地賃貸人が収穫物上（あるいはまた婚姻解消後に妻が夫の動産を含む総財産上）に法定抵当権と物的先取特権を取得する点との類比も見られ論旨明快とまではいえないが、抵当権それ自体による追及という側面ではなく、やはり所有権による取戻に引きつけた第19条解釈が提示されているのは確かである。なお、同じ注釈の末尾には、ローマ法文や諸慣習法の条文の引用の下、「ここで果実について述べられている点は賃料を課されている家屋に存する動産についても当てはめられまた当てはめられるべきである *ce qui se dit des fruits peut et doit estre entendu aux meubles estans en la maison qui doit la redevance*」とあり、パリ慣習法第171条の引用もここでは問題ない。

ニヴェルネ慣習法が認める債権者の動産追及として『問題集』がもう一つ挙げているのは、「賃貸された建物に動産が備えつけられ、その後持ち出された *une maison baillée à louage a été garnie de meubles, qui depuis ont été transportez*」場合であり、同じ章の第17条に規定がある。同条には、「上記賃借人が、賃貸借に基づき引き渡された家屋に存する財産を賃貸人の同意なく持ち出し搬出した場合、賃貸人は、直近一年分の賃料の担保として、賃借人に当該財産を家屋に復すべく強制でき、更には、当該賃貸借存続中の次年のために家屋を調度品を整えるべく強制することもできる *Si ledit conducteur emportoit et enlevoit les biens estans en l'hostel baillé à louage sans consentement du locateur : iceluy locateur peut contraindre ledit conducteur à restablir lesdits biens audit hostel, pour la seureté du payment dudit louage pour derniere annee : Et outre peut faire contraindre ledit conducteur à garnir ladite maison pour*

un an à venir durant ledit louage.」、とあり、これは、先の第19条第三文と共に、「有償で賃貸された家屋その他の不動産の賃貸人である所有者は、当該賃貸借に基づき自らに支払われるべき賃料のために、家屋に存する賃借人の財産、あるいは、不動産の果実に対する執行手段に訴えることが、たとえその旨の書面による担保設定が無くとも、許される Il est loisible à un propriétaire locateur de maison ou autres heritages par luy baillez à titre de loyer, faire proceder par voye d'execution, pour les termes des payemens à luy deus pour ledit louage sur les biens du conducteur estans en icelle maison, ou fruits desdits heritages : jaçoit ce qu'il n'ait obligation par escrit.」とする第16条、更には、前述の第19条全般の注釈末尾でも言及されている「定期金並びに抵当について Des rentes et hypotheques」の章の第3条（「債権者は、その選択に従い、定期金その他の賃料並びに延滞金のために、抵当訴権を行使するか、あるいは、担保とされ抵当に供されているもの、その果実、及び、そこに存し見出される動産について処分の差止めを申し立てるか、あるいは、人的に義務づけられている者を訴え執行を申し立てることができる Le creancier à son choix peut pour sa rente ou autre redevance et arrerages sgir hypothecairement, ou faire proceder par empeschement sur la chose chargee et hypothequee, fruits d'icelle, et autres meubles y estans et trouvez : ou agir et faire proceder par execution à l'encontre des personnellement obligez.」）を前提とした規定と言える。コキューは、この第17条についても、「動産は抵当権によって追及されない」との準則の例外に当たるとは明言していない。「賃貸家屋に一旦存したものは、賃借人を<補助者>とした家屋の占有者である賃貸人の支配と占有に存していたと解されるので、当該追及に際してはその占有が理由となる les meubles ayans été une fois en la maison louée, sont censez avoir été en la puissance et possession du locateur, qui est possesseur de la maison, ministerio du conducteur ; et à cause de sa possession en la suite」というのである。「家屋 hostel : maison」から持ち出された「賃借人 conducteur」の「財産 biens」に対する「賃貸人 locateur」の追及を抵当権ではなく間接占有に求める立場は、同条の文言「復すべく強制する contraindre a restablir」に付された『ニヴェルネ慣習法』の注釈⁵⁷⁾にも見て

取れる。そこでは、「これは抵当権によって動産が追及される場合の一つである qui est un cas auquel meuble a suite par hypothèque」と述べられているが、その直後、賃貸人による動産追及を認める「理由 raison」として、「賃貸人たる債権者が一旦質物を支配下に置くことで正当な占有者となったのであるから、たとえそれが奪われたとしても、占有回復の命令を介して、それらのものが元々存していた場所に戻されるべく原状回復を求めることができる le créancier locateur a eu une fois les gages en sa puissance, et en a esté fait legitime possesseur, et en ayant esté spoilé, il peut par force de reintegrande en poursuivre le rétablissement, pour estre remis au mesme lieu où ils estoient」として、追及権を占有訴権として捉える観方がはっきり示されている。要するに、コキューにとって重要なのは、第三者の手に渡った債務者の動産に対する債権者の物的な追及の実質的な根拠如何であって、それを「抵当権」による追及とみなすかどうか、つまり、上記準則の例外に当たるかどうかという点については無定見なままであったと考えられる。なお、『問題集』収録の上記小論では何故か引用も言及もされていないが、『ニヴェルネ慣習法』には「動産は

57) “訴訟のみならず物的差押えによっても持ち出された動産が追及されるとの趣旨であり、これは抵当権によって動産が追及される場合の一つである。賃貸人たる債権者が一旦質物を支配下に置き、ラテン語で言えばすなわち、「一旦質物を手にする」ことで、正当な占有者となったのであるから【学説彙纂41巻3章「利用取得並びに使用取得について」第16法文、同23巻3章「嫁資の権利について」第9法文3節】、たとえそれが奪われたとしても、占有回復の命令を介して、それが即時に発せられたのが直ちに通知される限り、それらのものが元々存していた場所に戻されるべく原状回復を求めることができる【別書2巻13章「侵奪物の回復について」第12節、学説彙纂43巻16章「暴力並びに武装された暴力による占有侵奪について」第17法文】、というのがその理由である。このような搬出動産への追及については、オルレアン慣習法第419条、バリ慣習法第171条、ムラン慣習法第179条、ランス慣習法第387条も規定している。なお、ラン慣習法第283条では、それらの動産が既に売却されていない限り、との制限を設け、更に、そのような売却が善意で詐害行為無しに為されるよう付言している。また、調度品を備えることを強制する旨定めるだけでなく、家屋に動産を備えない場合には賃借人を退去させることを許す慣習法もある【ベリー慣習法「執行について」の章第41条、ブルボネ慣習法第118条、ムラン慣習法第179条、ランス慣習法第388条、プロワ慣習法第265条】。” (Les Coutumes, 788-789.)

抵当権によって追及されない」との準則そのものを論じた箇所が存する。それは上記二つの条文と同じ章の第14条に対する注釈である。同条には、「動産に対する執行は、財産の押収や移転がある場合、それらが無い執行に優先し、直近に宣告された執行の申立人は、その者が差押え及び令状送達について先行者である限り、執行された動産について追及を受けることはない Execution faite pour dette mobilier, où il y a enlèvement et transport est preferée à celle où il n'y a transport enlèvement de biens, et n'aura le poursuivant l'exécution, dernièrement declarée, suite sur les meubles exécutez, posé qu'il soit le premier quant à l'exécution et exploit」、とあり、前段は、「押収や移転 enlèvement et transport」によって動産が債務者の占有外に置かれる差押えを、「押収や移転」を欠いたいわゆる略式執行に優先させ、後段は、「執行の申立人 le poursuivant l'exécution」が先行差押債権者であることを条件に、当該執行によって既に債務者の占有外に置かれた動産に対する他の債権者の追及を排除している。特に、「執行の申立人が執行された動産について追及を受けることはない n'aura le poursuivant l'exécution suite sur les meubles exécutez」との一節は、「動産は抵当権によって追及を受けない」との準則に合致する。実際、本条に対するコキューの注釈⁵⁸⁾の冒頭では、『問題集』での考察と同様、フラン

58) “ローマ法では合意だけで設定される抵当を差別無く認めているけれども【学説彙纂13巻7章「質訴権及び質反対訴権について」第1法文】、フランスでは合意のみによる動産上の抵当は全く当てにはされていない。更に、我々は動産引渡の擬制を当てにしない。我らの父祖が互いに実行を求めたのと同じである。動産はその持ち主や在処が頻繁に変わるため、そのようにして詐欺を回避し、争いの増加を防止しようとしたものと考えられる。しかも、一般に動産は価値や重要度が低く、ラテン語本来の意味に従えば、「質」とは元々「手で」掴まれた動産のことであり、そのような動産の債権者はそれを支配下に置く占有者でなければならない【同第9法文2節】。ここから、「動産は抵当権によって追及されない」という実務において周知の原則が生まれた。この原則については、幾つかの先取特権の事例について後に述べるように例外が存する。本条で言われているのは、裁判所による現実の押収と第三者への供託がない限り、動産が裁判所によって差し押さえられたとは見なされない、ということである。これは、ローマ法上、物的で現実的な押収が無ければ成立しないとされる裁判質に由来する【同第26法文】。

スの当準則の由来や意義がローマ法との対比を通じて論じられている。しかし、注釈の関心は、ローマ法上のいわゆる「裁判質 la pignoration judiciaire」との類比において、動産執行のあり方としての占有移転に向けられており、「未収穫作物 les fruits pendans」が「土地 le fonds」とは別に「動産

執達吏が差し押さえるべき動産が、たとえば地上に実る小麦のように、その性質上、移動不可能なものであれば、「物それ自体に」と呼ばれる方法で十分であり、執達吏は自らその土地一つ一つに出向き、裁判所の差押えと管理の標示としてはっきり目立つ立て札その他を官吏としての資格においてそこに設置することになる。これは、文字通りの動産において為される保管のための移転と同じ効力を有する。これは学説彙纂第41巻第2章「占有の取得及び喪失について」第51法文に関して言われているところに従ったものである。未収穫の作物はその性質からすれば不動産にあたり、性質のみを考慮したローマ法によってもそのように見なされている【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第33法文】。土地とそこの未収穫作物がその金銭的利益の面でのみとして捉えられている場合にはこれでもよいが【学説彙纂41巻3章「使用取得について」第6法文、同44巻7章「債務関係及び訴権について」第44法文1節】、作物が別に考えられている場合には、作物はその自然な用途の面から動産と見なされ、元々動産であったのと同じことになる。パウルス・カストレンシスは【助言集】第1巻助言132でそのように述べているし、この点については「何が動産にあたるのか」の章で既に論じられた。従って、未収穫作物のみが差し押さえられた場合には、それらは動産をみなされる。競売の場合のように土地が売却目的で未収穫作物とともに差し押さえられた場合には、それらの未収穫作物は不動産と見なされる。それ故、競売吏の手に残されたものは、債権者の間で、それぞれが土地上に取得している抵当権の順位に従って分配されるが、ある債権者の申立によって作物についてのみ為された差押は、土地の差押時に作物がいまだ収穫されず売却もされていなければ、有効であり、土地と地上物は本来一体であるとの上記理由による先取特権は生じない。従って、動産の差押えにおいて移転や移動のある場合には、同じことだが、最初の申立人が優先され、厳密に言えば、最初の占有した者の立場が最優先されるのである【学説彙纂15巻1章「特有財産について」第52法文、同42巻1章「既判事項について」第19法文】。本条と同旨なのは、パリ慣習法第178条、オセール慣習法第130条、オルレアン慣習法第447条である。ただし破産の場合はこの限りではない。破産というのは、全ての債権者を満足させるのに十分な動産を債務者が有していない場合か、動産はあっても、動産と不動産が全員を満足させるに足りない場合を言う。例えばパリ慣習法第180条やオルレアン慣習法第449条がそのように規定している。破産の場合、差押申立人であろうとなかろうと全ての債権者が按分配当に与ることになる。勅法彙纂第7巻第72章「裁判官の命令による財産の占有あるいは売却について」第6法文が「債権額に比例して」と述べているのがこの按分配当である。例えばパリ慣習法

meubles」]として執行の対象となる場合の差押方法という特殊問題を経て、本条の意義を動産執行一般における先行差押債権者の優先に見出し、パリ慣習法を始めとする他の諸慣習法の類似規定をその例外と共々列挙解説するというように論が進められている。パリ慣習法の条文で言えば、第178条から第182条ま

第179条、オルレアン慣習法第448条、サンリス慣習法第291条、ランス慣習法第396条がそのように規定している。ただし、寄託の場合のように特権化された債権は破産の影響を受けない。債務者から債権の担保として引渡を受けた質物をその支配下に置いている債権者や、以前存在している商品の売買の債権者、賃貸された家屋の動産もそうである。例えばパリ慣習法の第181条と第182条、オセール慣習法第130条、オルレアン慣習法第450条がそのように規定している。ローマ法に書かれている事柄【学説彙纂42巻6章第9法文2節及び第15法文の文言「船舶の売却によって」、同20巻2章「質乃至抵当が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第4法文】もこの点に関連する。ところで、賃貸借に関してはこのような特別な理由が指摘されるべきであろうか。というのも、家屋の所有権者は賃貸借のための担保に当たる賃借人の動産を実際には差し押さえられたものと解され、賃借人という補助者を介したそれらの動産を占有しているのであり、法文に言う質権を差し押さえられた債権者であって、使用取得を除く全ての効果に関してそれらの動産の真正な占有者と言えるからである【学説彙纂41巻3章第16法文、同巻2章第1法文15節】。動産が抵当権によって追及されないとされている点については、動産が債務者の占有の外に存する場合に幾つか例外があり、例えば、パリ慣習法の第170条と第171条、サンス慣習法第170条、オセール慣習法第129条、ベリー慣習法「執行について」の章第9条、ブルボネ慣習法第116条がそうであるし、オルレアン慣習法第447条は先取特権のある場合を除外している。更に、オーヴェルニュ慣習法第24章第52条、ムーラン慣習法第313条、トロワ慣習法第72条、ランス慣習法第186条、プロワ慣習法第268条、ブルゴーニュ慣習法第50条もそうであり、ランスとプロワの慣習法は家屋の賃貸借の場合を除外し、ブルゴーニュ慣習法は剰余価値分に限って除外している。なお、この剰余価値分に関して言えば、債権者に引き渡された質物が借入金よりも高価である場合にそう解するのが正しいと思われる。というのも、流質条項の禁止故に、債権者は質物をその正当価格において評価しない限り、それを自己の物であると主張できないからである【学説彙纂20巻1章「質乃至抵当について」第16法文9節、勅法彙纂8巻34章「質における特約、並びに、流質条項の無効について」第3法文】。後述第19条にも、もう一つ、動産が抵当権によって追及される場合が見出される。それはすなわち、土地定期金や地代の担保となる土地の果実が持ち出され、土地定期金債権者や所有権者がそれらの果実を追及する場合である。動産が抵当権によって追及されないとしても、債務者が債権者への詐害として動産を売却その他の仕方で譲渡した場合には、廃罷訴権が行使可能であると私は解する。つまり、当該譲渡が有償で為され、買主あるいは取得者が詐害行為を

での諸条文が議論の中心なのである。第171条についても論じられてはいるが、ニヴェルネ慣習法における類似規定であるはずの上記第17条には言及はない一方、「家屋の所有者 le propriétaire de la maison」は「賃借人という補助者を介してそれらの動産を占有している les possède par le ministre du conducteur」という『問題集』と同じ議論がここにも見られ、その上、第171条の不動産所有者の優先権を第181条の質権者のそれと同視する観方が示されている。第19条については、「動産が抵当権によって追及されるもう一つの場合 un autre cas, auquel meuble a suite par hypothèque」として参照されてはいるが、「例外 exception」としての位置づけをめぐる説明は全くない。注釈はこの後、「廃罷訴権 l'action revocatoire」による第三者追及を推奨する議論で閉じられている。このように債権者による動産追及一般を動産執行における先行差押債権者の優先弁済との関係で論じた第14条注釈は、抵当権による動産追及の可否に関する議論としては、『問題集』での考察以上に雑然とした印象を与え

知っていた場合や、当該譲渡が無償で為された場合であれば、受贈者が詐害行為に関与していなくとも、これらの譲渡によって債権者が害され弁済を受けられなくなったならば、債権者は、譲渡された動産を保持する者に対してそれらを競売に付すべく返還を求め、動産がもはや存在しない場合には、その価額を返還させ、支払不能の譲渡者の債務を弁済のためにその金銭を用いるべく主張できるのである【勅法彙纂7巻75章「詐害行為によって処分されたものの取消について」第5法文、学説彙纂42巻8章「債権者を詐害して為されたことの原状回復」第6法文11節】。実際に廃罷訴権が行使されたのを私は未だ見たことはないが、重大な理由に裏付けられローマ法にも見出される以上、行使は可能であると考えられる。何と言っても、詐害行為に関与した者は制裁されるに値するし、無償で権利を取得した者はその利得から不利益を被っており、債権者が自分の不利益によって他人に利益を与えることになるのに比して不当であり、利益を奪われる者が不利益を被るとは解されない【学説彙纂39巻2章「未発生損害、並びに、家屋の軒や突出部について」第26法文、同47巻2章「窃盗について」第67法文、前掲42巻8章第6法文11節の「…とは解されない」の行】。破産に際しては次の点に注意すべきである。すなわち、様々な種類の商品や小間物を扱う商人について破産が生じた場合、債権者はそれぞれが取引をしている商品について優先するが、債権が特定の商品に関わるものではなく、あるいは、複数の種類の商品に関わる場合には、通常の破産と同様に按分配当が為される【学説彙纂14巻3章「分配訴権について」第5法文15節、パウルス・カストレンシス『助言集』第1巻助言285】。”
(Les Coustumes, 781-784.)

る。

以上のとおり、コキークは、「動産は抵当権によって追及されない」との準則の意義や射程を、ニヴェルネ慣習法上の諸規定との関係において説明することに必ずしも成功しているとは言えない。一方、コキーク自身しばしば引用するパリ慣習法第171条が当準則の例外として定められていることは、同条冒頭の文言「ただし toutefois」からも明らかである。つまり、パリ慣習法では、準則そのものが前条第170条として条文化され、直後の第171条との原則例外の関係がニヴェルネ慣習法以上に直截に示されているのである。それでは、同時期17世紀前半においてこのパリ慣習法第170条はどのように解されていたのであろうか。例えば、パリ高等法院 la Cour de parlement de Paris と「国王民事顧問会 Conseil privé du Roy」で弁護士を務めたジャン・トゥルネ Jean Tournet (?-1631年) の『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法 Coustumes de la prevoté et vicomté de Paris』(1627年初版)の同条の「考察 observation」(考察第186番⁵⁹⁾)では、「動産の占有は容易に失われる rei mobilis facile amittitur possessio」という点に「この規定 cette reigle」が由来する旨

59) “この規定は学説彙纂第41巻第2章「占有の取得並びに喪失について」第47法文によって裏付けられる。すなわち、「動産の占有は容易に失われる」のである。契約や債務関係によって動産も不動産も担保に供されるのが通常ではあるが、抵当権が動産に及ぶことはないので、動産の所有者はそれらを譲渡し売却するなど任意に処分し、悪意や詐害行為がない限り、それらを特定の権原に基づき自らの占有の外に置くことが可能であって、そのような場合に、当該動産が抵当権によって追及されることはない。しかし、動産が所有者の下で差し押さえられた場合には、当該差し押えは以下のような二つの効果をもたらす。一つ目の効果としては、そのような物的な押収差押えが対象動産上に抵当権を成立させ、差押債権者はそれらの動産を、既に自らの支配下に置いた質物として、つまり、「自らに引き渡された質物であるかのように」【学説彙纂13巻7章「質訴権並びに質反対訴権について」第9法文2節】、追及できる。もう一つの効果として、動産の差押えは、たとえ差押債権者の下で動産が差し押さえられたとしても、第181条にある通り、配当手続を阻む。更に、動産の譲渡は詐害無しに行われねばならない。それ故例えば、親族に対する動産の贈与で、その親族がその後、それらを贈与した本人に対して貸与するようなものは無効であり、そのような親族からの異議申立ては却下される旨、1567年2月4日の法院判決によって判示されている。”(Coustumes, 234-235.引用は1631年パリ刊第三版による。)

まず指摘され、裏付けとなるローマ法文が引用されている。アエミリウス・パピニアヌス Aemilius Papinianus の『問題集 Quaestiones』第26巻から採録されたその法文⁶⁰⁾では、「私があなたに寄託したりあるいは使用貸借によって引き渡した動産をあなたが占有したまま返還しないと決心した場合、私はたとえそれを知らなくとも直ちに占有を失うこと *si rem mobilem, apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem*」の「理由 *ratio*」として、「動産の保持の懈怠や欠如はたとえ他人がそれを侵奪せずとも旧来の占有の不利益を招来するのが通常である *rerum mobilium neglecta atque ommissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuesvit*」という点が指摘される一方で、「使用貸借された奴隷の保持の欠如 *hominis commodati ommissa custodia*」の場合には、「奴隷が帰還の意図によって主人のために自らの占有を保持することができる *potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare*」との理由で、「他の者がその奴隷を占有し始めない間は旧来の占有が存続する *possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit*」とみなす小ネルウァ Nerva filius の『使用取得論 *De usucapionibus*』の一見矛盾する見解も紹介され、それを承けて、「理性や生命を欠く物の占有が直ちに失われるのは確かだが、奴隷は帰還する意思を有する限り保持される *earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent*」との調和策が提示されている。トゥルネが引用する法文はこうのように、抵当乃至質による追及を否定する内容ではもちろんなく、第三者への占有移転一般による旧占有の喪失を述べたものでもないが、動産占有の不確実さの典拠としては確かに有用ではある。

続いてトゥルネは、本条の趣旨として、「契約や債務関係によって動産も不動産も担保に供されるのが通常ではあるが、抵当権が動産に及ぶことはないので、動産の所有者はそれらを譲渡し売却するなど任意に処分し、悪意や詐欺

60) D. 41, 2, 47.

行為がない限り、それらを特定の権原に基づき自らの占有の外に置くことが可能であって、そのような場合に、当該動産が抵当権によって追及されることはない encores que par les contracts et obligations on oblige ordinairement biens meubles et immeubles, toutefois hypothèque n'a lien sur les meubles, et peut le propriétaire d'iceux les aliéner, vendre et en disposer à la volonté, et les mettre sans dol et fraude hors de sa possession à titre particulier, en quel cas il n'y a suite sur iceux par hypothèque」、と述べる。この一節は、公証契約において一般に包括的抵当条項が挿入されている取引実態をふまえた上で（「契約や債務関係によって動産も不動産も担保に供されるのが通常である par les contracts et obligations on oblige ordinairement biens meubles et immeubles」）、特約がなくても慣行上黙示に成立する不動産抵当権とは異なり、動産抵当権の効力については、たとえ約定されたとしても、第三者との関係ではその効力が否定されるという趣旨であろう。「所有権者 propriétaire」つまり債務者を離れ第三者に移転した動産への債権者の追及が、このように本条によって否定されるための消極的要件として、「悪意と詐害 dol et fraude」の不存在も指摘されている。既に見た通り、コキークは、債権者に対する詐害に相当する動産処分が、本条の消極的要件として「抵当権 hypothèque」による動産の追及をもたらすわけではなく、あくまで廃罷訴権による処分行為の取消と原状回復の一局面にすぎないと主張していたが、トゥルネにはそのような区別は見られない。トゥルネの「考察」の後半部分では、「動産が所有権者の下で差し押さえられた ils sont saisis sur le propriétaire」場合、つまり、「債務者の占有外 hors de la possession du débiteur」の動産ではなく債務者の現に占有する動産に対する差押えがもたらす「効果 effects」として、「そのような物的な押収差押えが対象動産上に抵当権を成立させ、差押債権者はそれらの動産を既に自らの支配下に置いた質物として追及できる telle apprehension et saisie réelle engendre hypothèque sur ledits meubles, et peut le créancier saisissant les suivre comme son gage qu'il aurait mis en sa main」こと、そして、「動産の差押えが配当手続を阻む la saisie des meubles empêche la contribution」こと、の二点が挙げられている。しかし、前者の「効果」は、本来第178条所定の先行差押債権者優先

の帰結であって、これを「抵当権 *hypothèque*」の成立と見なしたり、占有質たる本来の「質 *pignus*」と非占有質たる「抵当 *hypotheca*」を概念的に対置する例の法文⁶¹⁾を引きつつ、「自らに引き渡された質物であるかのように *quasi pignus sibi traditum*」と両者の区別の相対化するだけで裏付けられる類のものではないし、後者の「効果」も第178条の引用で十分であって、質物を他人に差し押さえられた質権者の優先弁済権を定める第181条を敢えてここで引用する必要はないはずである。第170条のテキストには、「次条、並びに、第176条、第177条、第178条、第181条、第182条を参照せよ *voyez l'article suivant, et les 176. 177. 178. 181. 182.*」と付記され、不動産所有者(第171条)だけではなく、動産売主(第176条と第177条)、質権者(第181条)、寄託者(第182条)の動産先取特権、あるいは、先行差押債権者優先の原則(第178条)との関連性それ自体は意識されているようではあるが、肝心の「考察」にはそのような他の規定との関係への有意味な言及は一切見当たらない。なお、「考察」の末尾には、「親族に対する動産の贈与で、その親族がその後、それらを贈与した本人に対して貸与するようなものは無効である *la donation de meubles à un parent qui depuis les donne à louage à celui mesme qui les auroit donnez*」旨判示したパリ高等法院の判決が一見唐突に引用されている。債務者が贈与したにも関わらず依然占有し続けている動産について債権者の優先弁済を認める判旨からすると、「動産が所有権者の下で差し押さえられた」場合を論ずるこの箇所では引用されることにさしあたり問題はないが、第178条と直接の注釈対象である第170条との関係が明示されていない以上、ここで敢えてこの法院判決に言及するトゥルネの意図は不明と言わざるを得ない。

これに対して、トゥルネと同じくパリ高等法院の弁護士であったジャン・トロソソン *Jean Tronçon* (?-1640? 年) の『フランス法とパリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法 *Le droit françois et coutume de la prevosté et vicomté de Paris*』(1643年初版。以下『フランス法』と略称)の第170条注釈には、簡略ながらも同条の意義や射程の解明に有益な手掛かりを見出すことができる。同

61) D. 13, 7, 9, 2.

条全般の注釈⁶²⁾では、まず、「オルレアン慣習法の類似の条文第447条 l'article semblable 447. de la Coustume d'Orleans」の引用を通じて、本条の趣旨が敷衍されている。1509年に成文化され1583年に改訂された「オルレアンの公領、バイイ区、プレヴォ区、並びにそれらの管轄地の慣習法 Coutumes des duché, bailliage et prevoté d'Orleans, et ressorts d'iceux」の第20章「債務証書及び確定判決に基づく差押え並びに執行について Des arrests et executions faictes par vertu de lettres obligatoires, et sentences」に規定されたこの第447条には、「動産が抵当権によって追及されないというのは、債権者の内、最初に執行乃至差押えの申立てを債務者の動産について行った者が、申立てについて後れをとった全ての債権者に対して、たとえ彼らが抵当権について先行していたとしても、破産や先取特権のない限り、優先する、という趣旨である Meubles n'ont point de suite par hypothèque : en maniere que celui des creanciers, qui premier faict ses diligences par execution, ou arrest sur les meubles de son debiteur, est à preferer à tous creanciers posterieurs en diligence, suppose qu'ils fussent precedans en hypothèques : sinon qu'il y ait desconfiture, ou privilege」⁶³⁾とあり、「動産は抵当権によって追及されない meubles n'ont point de suite par hypothèque」ことの意義が先行差押債権者の優先弁済に求められている。トロensonは、パリ慣習法の第170条を第178条に直結させる解釈を、破産（第179

62) “オルレアン慣習法の類似の条文第447条では、債務者の動産に対する処分差止めや差押えを最初に申し立てた債権者は、申立てにおいて後れをとった全ての債権者に、たとえ彼らが抵当権について先行していたとしても、破産や先取特権のない限り、優先する、と付言されている。動産が抵当権の追及を受けない旨我々の慣習法の定めるところは、成文法地域において、二つの場合において通用していない。それはすなわち、妻の持参金のために夫の動産が追及される場合、それから、学説彙纂第20巻第1章「質乃至抵当について」第34法文〔前書〕により、債務者が不動産を有していない場合、である。ショパンがアンジュー慣習法について述べるところ、及び、バケ『裁判手続法について』第2巻第21章第264[84?]番を参照せよ。我々が以上に述べた点に関しては、第178条の文言「債権者」への注釈を指摘した通り、反対の規定のあるアンジュー慣習法、メヌ慣習法、ノルマンディ慣習法を除外せねばならない。”(Le droit français, 381.引用は1664年パリ刊第四版による。)

63) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, III, 805.

条)や各種動産先取特権による例外への言及も含むこのオルレアン慣習法の条文の引用によって提示し、動産抵当権の否認と先行差押債権者優先の原則の一体性を強調しているのである。続く箇所では、「動産が抵当権の追及を受けない旨我々の慣習法の定めるところは、成文法地域において二つの場合に通用していない *ce que nos coutumes disent que meubles n'ont point de suite par hypothèque, n'a point lieu en pays de droit écrit, en deux cas*」とされ、「妻の持参金 *deniers dotaux de la femme*」の返還が「夫の動産 *les meubles du mary*」によって担保される場合と、「債務者が不動産を有していない *le débiteur n'a point d'immeubles*」ために動産が追及される場合が挙げられている。前者が、ユスティニアヌスの勅法⁶⁴⁾によって「嫁資の優遇 *favor dotis*」を名目に妻に付与された物的先取特権に依拠するものであることは、そのような成文法実務に対するフェリエールの批判も含めて、既にIVで既に見た通りである。他方、後者については、「債務者が店舗を債権者に質入れした *tabernam debitor creditori pignori dedit*」場合は「店舗内に見出されるものが質入れされたものと解される *ea, quae in taberna inventa sint, pignori obligata esse videntur*」とのローマ法文⁶⁵⁾が引用されているだけで、成文法実務の実態ははっきりしない。更に、「動産が抵当権の追及を受けない」というパリ慣習法第170条と同じ準則が、上記の二事例を除いて「成文法地域 *pays de droit écrit*」でも「通用している *a lieu*」というトロンソンの主張自体にも曖昧さが残る。オルレアン慣習法第447条やパリ慣習法第178条に規定されたような先行差押債権者の優先弁済が成文法地域においてそのまま通用しているのか否か、抵当債権者間の優劣をめぐるローマ法上の時的先行性準則との矛盾を含め、一言あって然るべきであろう。文献としても、ショパンの『アンジュー慣習法 *De legibus Andium municipalibus*』(1581/91年、仏訳版1635/36年初版)とジャン・バケ *Jean Bacquet* (1520-1597年)の『裁判手続法論 *Traité des droicts de justice*』(=『フランス国王領の法に関する第五論考 *Cinquiesme traicté des droicts du domaine*

64) C. 8, 18, 12.

65) D. 20, 1, 34, pr.

de la Couronne de France』1587年初版)が参照されるに留まり、成文法実務を直接伝えるようなものは引用されていない。

パリ慣習法第170条全般に対するトロンソンの注釈では、オルレアン慣習法によるパリ慣習法の敷衍、成文法地域への言及を経て、最後に、先行差押債権者優先の原則を採らない諸慣習法の存在が指摘されている。「我々が以上に述べた点に関しては、反対の規定のあるアンジュー慣習法、メヌ慣習法、ノルマンディ慣習法を除外せねばならない de ce que nous venons de dire, il en faut excepter les coutumes d'Anjou, du Maine, Normandie, lesquelles ont des dispositions contraires」というのである。参照が指示されている第178条の文言「債権者 le creancier」への注釈⁶⁶⁾では、動産について先行差押債権者以外の者が

66) “この第178条には三つの例外があり、パリ慣習法においては、その三つの例外を除き、動産差押債権者はその動産について優先弁済を受けることになる。すなわち、所有権者が都市部の家屋や田園地帯の農場の賃料について優先弁済を受ける場合がまずそのような例外にあたる【第161条及び第171条】。第二の例外は、債権者がその質物を差し押さえられても、留置権によって当該質物上に優先権を取得し、破産に際しても質物が他の債権者たちとの間の配当手続の対象となることはない、という場合、つまり、第181条による場合である。第三の例外は、期日や期限を定めずに直ちに弁済を受けることを期待して商品を売却した者に関する場合である【前記第176条】。ただし、期限を定めた場合であっても、物が債務者の下で他の債権者によって差し押えられた場合には、売主は他の債権者に優先する【第177条】。第四の例外として、第175条に基づいた宿泊費用に関するものがある。アンジュー慣習法第479条及び第421条によれば、抵当債権者は、債務者の動産について、それが債務者の占有の下に存する場合には、抵当権を取得するとされる。このアンジュー慣習法と同様に、メヌ慣習法や、ノルマンディ慣習法第96条及び第97条においても、抵当権による追及は動産に及び、動産は抵当権に服し、動産についても最も先行する抵当債権者が優先し、たとえ先行差押債権者ではなくとも動産に由来する代金について優先する、とされる。要するに、抵当債権者は、差押えについて先行したとしても、差押えにおいては後れたが抵当権については最も先行する債権者の先行抵当権を犠牲にして、動産上に権利を取得することはない、というのである。その結果、これらの諸慣習法の下では、抵当債権者間の競合に際して、債務者の占有下に存する動産の代価をめぐる配当や破産は生じないことになる旨、例えばメヌ慣習法に関して、1606年5月20日の法院判決によって判示されており、以上はまた、これらの諸慣習法と、パリ慣習法及びこれに類似する諸慣習法との間に見られる二つの顕著な相違点でもある。すなわち、後者の諸慣習法は、前記のパリ慣習法第171条、第176条、第177条の場合を除いて、最初に

優先される場合として、不動産所有者(第171条)、質権者(第181条)、動産売主(第176条及び第177条)、宿屋主人(第175条)の優先権が列挙され、パリ慣習法における先行差押債権者優先の原則とその「例外」が確認される一方、これと対比する形でアンジュー、メーヌ、ノルマンディの各慣習法が順次言及されている。「アンジュー地方の慣習法、慣行、慣例 *Les coutumes, usages, et communes observances du pays d'Anjou*」(1508年成文化)から引用されているのは、「取得時効と占有、並びに、時効の成立要件、期間進行の中断について *des prescriptions et tenemens, en quel cas prescription a lieu et interruption de procès*」扱う第13部の第421条と、「抵当権とのその性質、並びに、取得者間の異議申立てについて *de la matiere des hypotheques et nature d'icelles, et des interruptions d'acquireur contre acquireur*」扱う第15部の第479条である。前者第421条には、「何らかの動産を正当な権原により善意で取得あるいは購入し、その占有を得た者は、売主が他の何者かに一定額の金銭債務を負っている場合であっても、動産が債務者の占有を離れている以上、担保動産の保持者として債権者から追及を受けることはない。なぜなら、このような場合、動産は債務者やその相続人の支配を離れてしまうともはや追及されないからである。ただし、動産がそのような債権者の申立てに基づき裁判所によって既に処分を差止められていた場合にはこの限りではない。なぜなら、動産は債権者を害すること無く処分し得ないからである。また、第三債権者の申立てによって処分が差止められた場合も同じである。というのも、他人もまた、当該動産から自らの債権の弁済を得るために異議を申立て、その際に優先弁済を受けるか、あるいは、配当に与ることを許されているからである *Celui qui acquiert ou achete aucun meuble à titre juste et de bonne foy, et en prend la possession, si le vendeur doit à autrui aucune somme de deniers, il n'en peut estre poursuivy par le creditur comme detenteur de tel mueble obligé, puisqu'il est hors des mains du*

差押え処分を差止めた債権者に動産への優先権を与え、また、第180条の場合に、抵当債権者と無担保債権者との間に如何なる差別もなく破産を認めているのである。”
(*Le droit françois*, 390-391.)

debteur : car en telles matieres meuble, quand il est hors des mains de l'obligé ou de son heritier, n'a point suite. Autre chose seroit, si le meuble estoit ja arrsté par justice à la requeste dudit crediteur ; car il ne pourroit estre aliené à son prejudice : Et aussi s'il est arresté à la requeste d'un tiers crediteur : car un autre seroit bien receu à opposition pour estre payé de sa devte sur tel meuble, et y estre preferé, ou pour y venir à contribution]⁶⁷⁾、とあり、その前段部分では、動産の第三取得者への追及が、「動産は債務者やその相続人の支配を離れてしまうともはや追及されない meuble, quand il est hors des mains de l'obligé ou de son heritier, n'a point suite」との理由で否定されていて、一見、パリ慣習法第170条と同趣旨であるように見える。しかし、その直後、「動産がそのような債権者の申立てに基づき裁判所によって既に処分を差止められていた場合にはこの限りではない autre chose seroit, si le meuble estoit ja arrsté par justice à la requeste dudit crediteur」とあって、動産が債務者の占有下にある段階での債権者による処分差止めの可能性が示されている。一方、「債務証書によることや抵当権の存することの明白な債権、そしてまた、裁判所の命令や判決によることの明白な債権は、無方式かつ人的で抵当権を伴わず、それ故、訴権はあるが執行力のない債権に優先する Les debtes qui aperont, par lettres obligatoires ou il y a hypothèque, et aussi celles don't appert par sentence ou jugéde cour, sont preferées aux debtes simples et personnelles et qui sont sans hypothèque, lesquelles chéent en action et non en execution]⁶⁸⁾と定める後者第479条によれば、抵当債権者は、無担保債権者に単に優先するだけでなく、債務者の財産の処分差止めのような「執行 execution」に訴えることもできるとした先の第421条と併せて読む限り、少なくとも債務者占有の動産については抵当権が成立し得ることになる。トロンソンが要約する通り、アンジュー慣習法の下では、「抵当債権者は、債務者の動産について、それが債務者の占有の下に存する場合には、抵当権を取得する le creancier hypothécaire acquiert hy-

67) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV (1724), 574.

68) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 580.

potheque sur les meubles de son debteur quand ils sont en sa possession」のである。また、アンジュー慣習法のいわゆる同系慣習法にあたる「メヌ地方並びに伯領の一般慣習法 Coutumes generales des pays et comté du Maine」(1508年成文化)については、上記アンジュー慣習法第421条と章立ても含めて全く同一の第426条⁶⁹⁾が(ただし第479条に対応する条文は見当たらない)、「ノルマンディ地方、並びにその旧管轄域と飛び地領の慣習法 Coutumes du pays de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'icelui」(1583年成文化)については、「相続財産目録作成による利益について De benefice d'inventaire」と題された章において、「債権者が相続財産中の不動産や動産を売却を望む場合はそれができる où les crediturs voudront faire vendre les meubles et immeubles de la succession faire le pourront」とし、「売却に由来する代金は先行後続の順序に従い裁判所を介して債権者に配当される les deniers provnans de la vendue seront distribuez aux crediturs par justice, selon l'ordre de priorité et posteriorité」とする第96条と第97条⁷⁰⁾が、「債務者 l'obligé」や「その相続人 son heritier」の占有する動産について抵当の成立を容認する規定としてそれぞれ引用されている。トロンソンによれば、このような動産抵当の容認から次の二点が帰結するとされる。まず第一に、「抵当権による追及は動産に及び、動産は抵当権に服し、動産についても最も先行する抵当債権者が優先し、たとえ先行差押債権者ではなくとも動産に由来する代金について優先する la suite par hypothèque a lieu sur les meubles, les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et sur iceux le plus ancien Creancier hypothécaire est préféré, sur les deniers qui en proviennent, encore qu'il ne soit premier saisissant」こと、つまり、時的先行性準則に即した抵当債権者の優先弁済である。第二に、「抵当債権者間の競合に際して、債務者の占有下に存する動産の代価をめぐる配当や破産は生じない en concurrence de Creanciers hypothécaires, sur le prix des meubles estans en la possession du debteur, la contribution et déconfiture n'a point lieu」こと、

69) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 510-511.

70) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 64.

つまり、先行抵当債権者の優先弁済の貫徹による按分配当や破産の否定であり、この点については、メーヌ慣習法の上記第426条に関して同趣旨の判断を下したパリ高等法院の判決⁷¹⁾が引用されている。動産執行における抵当権の時的先行性準則の保持と破産の否定は、「これらの諸慣習法と、パリ慣習法及びこれに類似する諸慣習法との間に見られる二つの顕著な相違点 *deux differences notables desdites Coustumes, d'avec celle de Paris et autres semblables*」に他ならない。というのも、パリ慣習法は、「前記第171条、第176条、第177条の場合を除いて、最初に差押え処分を差止めた債権者に動産への優先権を与えている *donnent la preference sur les meubles au premier creancier saisissant et arrestant, hors les cas desdits articles 171. 176. 177.*」だけでなく、「第180条の場合に、抵当債権者と無担保債権者との間に如何なる差別もなく破産を認めている *admettent la déconfiture, sans aucune distinction de creanciers hypothecaires d'avec les chirographaires, au cas de l'article 180.*」からである。

以上のようなトロンソンの議論には幾つもの疑問点が存する。まず、パリ慣習法第170条の意義を第178条所定による先行差押債権者の優先弁済に見出し、債務者占有の動産について先行抵当権者の優先弁済を認める諸慣習法の「反対の規定 *dispositions contraires*」をこれに対置するだけでは、第170条の文言の内、「動産は抵当権によって追及されない *meubles n'ont point suite par hypothèque*」という部分の説明にはなり得ても、「動産が債務者の占有外に存す

71) なお、ここでトロンソンが言及する判決（ただしトロンソンでは判決月が「五月 May」になっている）はシャルル・アントワヌ・ブルド・ド・リシュブール Charles Antoine Bourdot de Richebourg (1665-1735年) 編『新一般慣習法書』第四巻の同条に付された注釈 f でも、トゥーサン・ショヴラン T (oussaint) C (hauvelin) (生没年不詳) の注釈として言及されている（「上訴人ガスパール・ヴァシェに対するサヴァール判事を報告官とした第一審尋部の1606年3月20日の判決によって判示されたところによれば、メーヌ慣習法の下では動産について破産は生ずることなく、抵当債権者はそれぞれの抵当権の順序に従い動産から弁済を受ける、とされる *par Arrest du 20. Mars 1606. contre Gaspard Vacher, appellant, juge en la Premier Chambre au rapport de M. Savarre, qu'en la Coutume du Maine deconfiture n'a point de lieu sur les meubles, ains y viennent les creanciers hypothecaires suivant l'ordre de leurs hypotheques*」 Bourdot de Richebourg, IV, 510, n. f.)。

る場合 quand ils sont hors de la possession du débiteur」との限定の趣旨は依然として明確ではない。逆に言えば、アンジュー慣習法等が債務者占有の動産について先行抵当権者の優先権を認めているだけで、債務者の占有を離れた動産について抵当権による追及を認めているわけではなく、そうである以上、パリ慣習法第178条はともかく第170条とは少なくとも文言上は矛盾しないと考えることも可能である。つまり、トロンソンは、第三者への追及効とは別の次元、つまり、動産が未だ債務者の占有下にある段階での抵当権の効力を論じているにすぎないのではないか。そもそも「三つ trois」と述べながら四つ列挙されている第178条の「例外 exceptions」の一つ目として、不動産賃借人の動産が持ち出された場合の「所有者 propriétaire」の優先権(第171条)という文字通りの例外と、賃借人占有の動産に対する執行手段でしかも占有移転を伴わない「略式執行 simple exécution」の一種でもある「家財差押 gagerie」(第161条:「賃料を引き換えに自ら賃貸している家屋の所有者は、賃貸借に基づき自らに支払われるべき賃料のために、当該家屋に存する財産について、当該家屋への家財差押えの手段に訴えることが許される Il est loisible à propriétaire d'aucune maison par lui baillée à titre de loyer, faire procéder par voye de gagerie en ladite maison, pour les termes à lui dûs pour le louage, sur les biens étant en icelle」)とが区別されないまま一括されている点や、三つ目の例外として、動産売主の第三占有者への追及権(第176条)と、買主=債務者の下で売却物が差し押さえられた場合の優先弁済(第177条)の双方が言及されている点は、上記のような疑念を一層強めている。次に、「反対の規定」として言及された慣習法の条文の内、ノルマンディ慣習法のそれはいわゆる相続債権者がその抵当権の時的先行性に即して相続財産中の動産の代価から優先弁済を受けるというものであって、パリ慣習法第170条の「反対の規定」としてだけでなく、他の「反対の規定」とされるアンジュー、メーヌの慣習法の諸条文との関係でも、あまりに均衡を欠いているのではないか。更に、パリ慣習法第170条に表現される準則が「成文法地域」においても原則として妥当しているのだとすれば、成文法実務は、パリ慣習法と同じ意味において、このノルマンディ慣習法を含む幾つかの諸慣習法と対立することになるのか。

最後の第三の疑問点に関しては、例えば、トゥールーズ高等法院の「国王評定官 Conseiller du Roy」を務めたジェロー・ド・メナール Gerould de Maynard (1537-1607年) の『成文法重要問題集 Notables et singulieres questions du droit escrit』第一部(1603年初版)を参照すると、「動産は追及されない meubles n'avoir point de suite」との準則が、諸慣習法の成文化や改訂が進んでいた16世紀に既に、独特の意味合いを伴って同高等法院やボルドー高等法院の成文法実務の採用するところとなっていたことが分かる。同書第三卷第八章⁷²⁾において、この準則は、「死者は生者に承継される le mort saisit le vif」や

72) “フランスにおいて広く通用しているとされる三つの一般的慣習、すなわち、<死者は生者に承継される>、<封は他の家産と同様に滅殺される>、<動産は追及されない>、の内、最も頻繁に援用される最後のものについて【a. マズユエ『裁判実務論』「執行並びに競売について」第9番「同様に注意すべきなのは動産が云々」の行】、ひどく誤解している人々がいる。彼らは、先取特権を有するかあるいは抵当権について先行する債権者で履行を求めて執行を為し動産の売却を申立てた者との関係で当慣習を捉え理解しようとしており、そのような者たちが動産を差し押さえて押収させる以前に、抵当権において後続者であるにもかかわらずそのような申立てによって権利主張する者たちがいれば、彼らを、動産について買受人が決定され、動産がそれによって債務者の支配と所有の外に置かれる前であっても、そうでなければ彼らに優先したであろう他の全ての者に優先させようというのである。<1. フランスにおいて動産は抵当権によって追及されないとの慣習が、まさにこのトゥールーズ高等法院における運用に即して解明される。> 動産が抵当権によって追及されないという点について何とない加減な主張が為されていることであろう。この点はひどく誤解された上に極めて不適切に解されている。というのも、彼らの主張が真となり当慣習の名の下に妥当するのは、それらの動産が売り立てられ、買受人が決定され、それまで属していた債務者の所有や支配から離れた場合であって、「債務者の所有権に属している間は、それらに対する先行債権者の異議申立てを認めるのが慣行であり、執行官によって押収されたとしても、裁判官の命令が発せられ、執行官によって売り立てられない内は同様である」。これは、フェロン氏が『ボルドー慣習法注解』で「裁判慣行に基づき」適切に説明している通りであり【b. 「封について」の章第20節】、トゥールーズ高等法院の諸判決においてもそのように運用され判示されている。私もこれに与しており、中でも、私を報告官として、バルディエンその他に対してラブローなる者を勝たせた大法廷での1594年11月の判決においてそうであった。ショパン氏も『アンジュー慣習法』の中でこの点について論じていて【c. 第3巻第3章第15番】、その箇所、ショパン氏は上記フェロン氏に言及し最終的に次のように意見に傾いている。すなわち、フェロン氏の見解が、成文法によるものとして同法の地方において妥

「封は他の家産と同様に減殺される les fiefs reduits comme tout autre patrimoine」と共に、「フランスにおいて広く通用しているとされる三つの一般的慣習 trois coutumes generales qu'on tient communement estre en France」の一つと位置づけられると共に、これら三つの中でも「最も頻繁に援用される le plus souvent alleguee」当該慣習への誤解の解消が企図されている。メナールの指摘する誤解とは、「先取特権を有するかあるいは抵当権について先行する債権者 un privilegié ou premier creancier en hypothèque」を、「抵当権において後続者であるにもかかわらず権利主張する者たち pretendans bien que posterieurs en hypothèque」に劣後させる趣旨にこの慣習を解することである。この解釈によれば、競売を通じて動産が「債務者の支配と所有の外に hors les mains et seigneurie des debiteurs」置かれる前であっても抵当権の時的先行性は考慮されることなく、先行差押債権者の優位が認められることになる。これに反対するメナールは、ボルドー高等法院の国王評定官であったアルノー・フェロン Arnaud Ferron (1515-1563年) の『ボルドー慣習法注解 Consuetudinum Burdigalensium commentarii』(1536年初版) に依拠して、先行抵当債権者の優位は「それらの動産が売り立てられ、買受人が決定され、それまで属していた債務者の所有や支配から離れた lesdits meubles sont vendus, adiugez et mis hors la seigneurie et mains des debiteurs à qui ils appartenoient」段階で初めて失われるのであって、「債務者の所有権に属している間は、それらに対する先行

当し、あるいはまた、この点を明示かつ明確に認める慣習法の地方において通用しているのは確かだとしても、他の慣習法地方一般に関しては、逆に、そこに示された例外や修正を伴うものと解される、と。デュ・ヴァル氏もまた、一般に動産が抵当権に追及されないとされていると考えており、「当該物が債権者に質入れされた場合、つまり、債権者に当該物の占有が移転された場合を除いて、抵当権には、総財産の包括的抵当あるいは当該物の特定の抵当を理由に、当該物の譲渡乃至引渡を妨げる効果はない」、とされる【d. 氏の『論争集』最終章末尾】。この見解は行き過ぎであり、氏が欄外で引用する法文【e. 学説彙纂20巻5章「質物乃至抵当物の売却について」第7法文2節】に依拠することも全く不可能なように思われる。何れにせよ、トゥールーズ高等法院は当慣習について常に先に述べた通りに判断し運用しているのであり、実際にもそのように解されるべきものと考ええる。”(Notables questions, I, 135.v.-136.r.引用は1608年パリ刊第三版による。)

債権者の異議申立てを認めるのが慣行であり、執行官によって押収されたとしても、裁判官の命令が発せられ、執行官によって売り立てられない内は同様である *donec sunt in potestate debitoris intercedentem in his priorem creditorem audiendum esse receptum est: et idem si ab apparitore capta sint, necdem tamen sententia iudicis addicta, ab apparitore vendita*」、との解釈を示している。ここに言う「先行債権者 *prior creditor*」とはもちろん先行抵当債権者の意であり、その異議申立てを認めることで、債務者占有の動産が他の債権者によって差し押さえられたとしても、抵当権の時的先行性に則った優位が温存される。メナールによれば、当該慣習は「トゥールーズ高等法院の諸判決においてもそのように運用され判示されている *ainsi a esté pratiqué et iugé par plusieurs Arrêts de la Cour de Tholose*」とされ、その一例として自ら報告判事を務めた1594年11月の「大法廷 *la grand Chambre*」での法院判決も引用されている。ショパンの『アンジュー慣習法』やニコラ・デュヴァル *Nicolas Duval* (?-1568年) の『法学異論論争考究 *De rebus dubiis et quaestionibus in jure controveris tractatus*』(1567年初版)に見られる上記異論は、法院判決の権威の下に退けられたのである。以上から明らかなように、フェロンやメナールが伝える成文法実務では、パリ慣習法第178条のような先行差押債権者優先の準則が確立され動産抵当が一般的に否定されていたわけではなく、むしろ、同第170条の文理に忠実に、動産が「それまで属していた債務者の所有や支配を離れた *sont mis hors la seigneurie et mains des debiteurs à qui ils appartenoient*」場合に抵当権による追及が遮断されたにすぎない。その意味で、成文法地域の実務慣行は、先にみたトロンソンの注釈内容とは逆に、先行差押債権者優先を明記したパリやオルレ안의慣習法ではなく、むしろ、債務者占有動産上の動産抵当を容認するアンジュー、メーヌ、ノルマンディの慣習法に合致することになる。

第二の疑問点であるノルマンディ慣習法については、トロンソンの引用する相続債権者関連の二つ条文よりも一般的な射程を有する条文が他に存している。というのも、「命令による執行について *Des executions par decret*」と題された章に規定された第593 [596⁷³] 条には、「動産の執行異議において、売却

代金は先行後続の順序に従って債権者に配当され、最初に処分を差止めた者はその申立の費用について第一順位となり債権者たちに優先する En discussion des biens meubles les deniers seront distribuez aux creanciers selon l'ordre de priorité et posteriorité, et le premier arrétant aura les dépens de ses diligences premier et au devant creanciers」、とあって、動産執行一般を念頭に、債権者の「先行後続の順序 l'ordre de priorité et posteriorité」、つまり、抵当権の時的先行性準則の遵守が明記されているからである。ノルマンディ高等法院の弁護士を務めたアンリ・バナージュ Henry Basnage (1615-1695年) の『ノルマンディ地方、並びに、ノルマンディ公領とその旧管轄地、飛び地領の改訂慣習法 La coutume reformée du pais et duché de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'iceluy』第二巻 (1681年初版) の第593条注釈⁷⁴⁾では、「抵当権が如何

73) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 91.

74) “先行の諸条文において慣習法は、一人の債権者が債務者の財産から弁済を受ける手段、そして、債務者の不動産の強制売却に至るために遵守する必要がある手続について定めていた。しかし、抵当権を随伴させる契約との関連で、当該抵当権が如何にして取得され、一人の者に複数の債権者存する場合に如何なる効力を有するのか、を知っておくことは極めて有益であるとともに不可欠でもあった。

慣習法は本条文においてそのような問題の解明に着手するにあたり、動産の執行異議において売却代金は先行後続の順序に従って債権者に配当されること、そして、最初に処分を差止めた者はその申立ての費用についてのみ債権者たちに優先する、と定めたけれども、それだけに留まっている。これでは、同一の債務者の債権者たちの間で、抵当権の優劣、先取特権、競合をめぐる常に生じ得る多くの困難な問題の解決には不十分である。

それ故に、私は、この場で幾つかの重要問題を論じ、それらについて判断した法院判決を紹介することを企図し、本書の幾つかの箇所において、本条の解明の際にそれらの問題を論じることを先送りしてきた。しかし、抵当権という問題を深く掘り下げるにつれ、それが極めて内容が豊かで分量も多いため、一つの条文の下でまとめるのは不可能であり、仮にこの場でその全てに渡って論じようとするれば本書の適切な規模を越えてしまうように思われた。そこで私は、本書が完成したら直ちに、その論考を別個に公にすることにした。

本条は、動産の執行異議において契約の先行を考慮することなく先行差押債権者に優先権を認めるフランスの幾つもの慣習法とは異なっている。それらの諸慣習法は、「動産は抵当権によって追及されない」という例の準則”によって裏付けられるよう

にして取得され、一人の者に複数の債権者が存する場合に如何なる効力を有するのか comment hypothèque se peut acquérir, et quel est son effet lors qu'une même personne a plusieurs créanciers」という問題に答える端緒の規定として本条が位置づけられている。しかし、「動産の執行異議 discussion des biens meubles」という場面について、抵当債権者間での時的先行性による優劣決定と、執行費用に関する先行差押債権者の例外的優先権を定める本条だけでは、「同一の債務者の債権者たちの間で、抵当権の優劣、先取特権、競合をめぐって常に生じ得る多くの困難な問題の解決には不十分である ne suffit pas pour la décision de tant de questions difficiles qui naissent tous les jours entre les créanciers d'une même débiteur, touchant la préférence, le privilège ou la concurrence de leurs hypothèques」し、それらの問題全てを本条の注釈という形で論じるのも不可能であるとの理由から、別の「論考 traité」が準備され、それは間もなく、『抵当論 Traité des hypothèques』(1681年初版)として公刊された。同書の第9章「動産上の抵当権について De l'hypothèque sur les meubles」の冒頭箇所⁷⁵⁾では、動産不動産区別無く抵当権による追及と先行抵当権者の優先を

にも見えるが、略式執行によって債務者が占有を完全に奪われたとは言えない。(La coutume, 576.引用は1681年ルーアン刊初版による。)

- 75) 「二種類の財産、動産と不動産。それぞれの抵当は性質が異なる。物には動産と不動産の二種類あって、双方とも抵当権に服し得るけれども、それらを論じるにあたっては常に同じ諸原理に従うわけにはいかない。ローマ人の法律によれば、この点は区別されず、先行する債権者は不動産の場合と同様に動産についても優先した【学説彙纂20巻1章「質及び抵当、その締結の仕方、特約について」第34法文】。これは、動産の質物が担保設定者の下に未だ存している場合のみならず、その者が当該質物を処分してしまった場合にもあてはまった。すなわち、「合意のみによって設定された質であっても債権者の同意なければ債務者によって処分され得なかった」のである【学説彙纂41巻3章「使用取得及び利用取得について」第33法文5節】。ローマの法律家たちが依拠した理由は、「如何なる物の処分もその状態[この場合は質権という負担]とともに処分されたときみなされる」というものである【学説彙纂18巻1章「売買の締結、買主売主間の特約、並びに、売却可能物について」第67法文、同20巻1章第32法文、勅法彙纂8巻25章「質権の喪失について」第10法文】。これに対して、パリ慣習法その他多くの慣習法によれば、「動産については、抵当権によって追及されないの、債権者の中で最初に差し押さえ差し止める者が優先される」という

認める「ローマ人の法律 les Loix Romaines」と、「動産については、抵当権によって追及されないので、債権者の中で最初に差し押さえ差し止める者が優先される en meubles les premier saisissant et arrêtant entre les creanciers est preferable, comme n'ayant suite par hypothèque」とする「パリ慣習法その他多く

のが一般に通用している原則とされる。

〈ノルマンディでは、債務者の下で差し押さえられなければ、動産は抵当権によって追及されない。〉ノルマンディではローマ法とパリ慣習法の間接法理に従っている。それはすなわち、もはや債務者の支配下ではなく債務者が詐害なく処分した動産は、ローマ人の法律においてそうであったように抵当権によって追及されることはないが、債務者の下で動産が差し押さえられた場合には、抵当権の順位が維持され、先に差し押さえた者は執行申立の費用についてののみ、先行する債権者たちに優先する、というものであり【ノルマンディ慣習法第593条】、これはパリ慣習法とは異なるが、我々の慣行の方がより合理的である。というのも、動産が抵当権に服している以上、当該抵当権の効力を最大限に維持し、最も先んじた債権者に優先権を与えるべきであって、後続する債権者との配当を強いるべきではないからである。我々はまた、略式執行の事案と破産の事案を区別することもしない。

〈パリにおいて「略式執行」及び「破産」とは如何なる場合か。〉パリでは、執行の対象となった財産とは別の財産が被執行者の下に残っている場合に、これを「略式執行」の事案と呼び、債務者が身代限りとなり破産し支払不能となった場合には、これを「破産」の事案と呼んでおり、『田舎全書』の著者は「人の資産がその債権者たちを満足させるに十分ではない」と述べて、後者の場合を「配当」と呼び、また同様に、パリ慣習法第180条も、「動産及び不動産が債権者と考えられる人々を満足させるのに不十分である場合」を「配当」と呼んでいる。

〈質物を差し押さえられた債権者は全ての債権者に優先する。〉これに対して、債権者がその債務者から提供された質物を差し押さえられた場合は、当該債権者はその価額について他の全ての債権者に、彼らの債権が如何なる先取特権に依拠していようと、優先する。要するに、この場合は「占有という原因が優先する」のである。パリ慣習法第181条はこの点を、「債権者が自らに質として提供された動産を差し押さえられた場合には配当は為されない」、との文言で明確に述べている。占有者の原因が占有していない者の原因に常に優越すること、そしてまた、債権者は質の設定と質物の支配によって「物に対する権利」を取得し、自らの行為や同意によらなければ当該権利を失わないこと、がその理由である。トゥールーズの高等法院では反対の判断が下され【カンボラ『トゥールーズ高等法院判決集』第4巻第4章】、質物は常に「債務者の所有の下に」あり続け、これが真理であるが故に、質物の滅失は債務者の負担に帰する、との理由に依拠している。しかしこのような理由は適切ではない。なぜなら、動産が抵当権によって追及されることはなく、それが債務者の下で差し押さえら

の慣習法 la Coûtume de Paris et plusieurs autres」 とが対置された上で、「ノルマンディではローマ法とパリ慣習法の間法の理に従っている en Normandie nous suivons une Jurisprudence moyenne entre le Droit Romain et la Coûtume de Paris」と論じられている。ノルマンディ慣習法の「中間の法理 une Juris-

れる以前に債務者から債権者に為された引渡が、債権者が他の全ての債権者に優先してその価額により弁済を受けない限り当該質物が奪われたり売却されることはないという効果をもたらす生じさせるからである。実際、「占有者が優越する」と、学説彙纂20巻4章第14法文及び同20巻1章第10法文は述べている。当第14法文についてのモルナク『考察集』の見解や、ショパン『パリ慣習法』第3巻第2章第18番のそれと同じであり、ボニファス『プロヴァンス高等法院判決集』第2巻第4部第3章第1節は、そのような趣旨の判決を下したパリ高等法院の判決について言及している。

〈差押え前に弁済として動産を受領する債権者は追及されない。〉債権者が、動産を、それについて何らかの差押えを為される前に、善意で詐害の意図無く弁済として受領した場合、先行する債権者によって追及されることはない。この点は、学説彙纂42巻8章「債権者を詐害して為された事柄は回復されるべきこと」第6法文7節に次のような文言で明確に定められている。すなわち、「債務者の財産が占有される前に貸付金を受領した者は債務者が支払不能であることを知り見通しながら受領したとしても、自ら用心した以上、本告示を危惧する必要はないというのが我々の法であるとユリアヌスが書いているのを知っておくべくである」、と。

ただし、この場合の動産が商品や手形であったり、あるいは、債務者が破産したり、破産する直前であったり、破産するつもりであったり、破産を企てていたりしてはならない。というのも、これら全ての場合において、債務者の総資産が関係するからであり、これは、「他方、財産の差押後に貸付金を受領する者は、均等額にまで引き戻され他の債権者と同列に置かれるべきであり、それは、財産差押後は既に債権者全員が同等の立場に立つので他の債権者に先んずることは許されないからである」という上記第6法文7節の趣旨にも従うものである。更に同章第24法文も参照せよ。債務者がその債務の返済が不可能な状態に陥ったり、夜逃げや破産を企てた時点から、その債務者は破産者とみなされ、自己の財産を債務者の内のある者のために他の債権者の犠牲の下に処分することは許されない。〈破産前に弁済した破産者について。〉しかし、いまだ破産の疑いが存せず、逆に債務者が依然として取引所に現れている時に、債権者がその債務の弁済を受けた場合には、他の債権者による追及を受けることはなく、私が弁護を務めたある商人についてもそのような仕方 で判示された。すなわち、債権者が破産の前の夜に弁済を受けたが、翌日の午前には依然として当該商人が取引所に現れ、姿を消したのは午後になってからからであった。モルナク『考察集』勅法彙纂4巻34章「寄託訴権について」第12法文考察、シャロンダ『解答集』第5巻解答55、ボニファス『法院判決集』第2巻第4部第3章第2節も参照せよ。

prudence moyenne」とは、パナージュによれば、「もはや債務者の支配下にはなく債務者が詐害なく処分した動産は、ローマ人の法律においてそうであったように抵当権によって追及されることはないが、債務者の下で動産が差し押さえられた場合には、抵当権の順位が維持され、先に差し押さえた者は執行申立の費用についてのみ、先行する債権者たちに優先する le meuble qui n'est plus en la sasine de l'obligé et dont il a disposé sans fraude n'a point suite par hypothèque, comme il avoit par les Loix Romaines ; mais lorsqu'il est saisi sur le débiteur l'ordre des hypothèques est conservé et le premier saisissant a seulement les dépens de ses diligences avant les créanciers qui sont plus anciens que lui」というものであり、「これはパリ慣習法とは異なるが、我々の慣行の方が

〈抵当権に服する財産が全て抵当権によって追及されるわけではない〉以上のように、あらゆる種類の物が抵当権の目的となり得るが、それらが常に抵当権によって追及されるわけではない。債務者が売却した動産への抵当権の追及を認めることでローマ法がもたらした不都合を我々は回避しているのである。実際、動産がしばしば所有者を変えるにもかかわらず、その動産を取得した相手方の債権者によって常に追及され得る結果、わずかに五スーの動産を処分する権利も債務者から奪うことになるというのは酷であり、それ故、我々は第一差押人の申立や異議を優遇することなく、パリ慣習法では奪われてしまった先行債権者の権利を維持しているのである。アンジュー慣習法第421条やメヌ慣習法第436条は我々の慣習法と一致している。ショパン『アンジュー慣習法』第3巻第3章第20番には、「債権者の一人によって公的に差し押さえられた動産が売り立てられる場合、他の債権者は、この公的売却に先立ち、あるいは、売却物の買戻しのためにアンジューの慣習上認められている八日の猶予期間経過前に、異議を申し立てるならば、先行する抵当権者は差押債権者に優先し、また、無担保債権者は全て配当に与る」、とある。〈ノルマンディにおいて破産は生じず、債権者はそれぞれの抵当権の順位に従って動産から弁済を受ける。〉更にノルマンディでは、破産は認められず、債権者はその抵当権の順位に従って動産から弁済を受けるので、一リーヴルにつき一スーの僅かな配当に甘んじる必要はなく、債権者間の競合は、同等の先取特権を有する債権者、同じ原因や同じ契約日故に競合する抵当権者、配当に与る他ない無担保債権者の間において認められるにすぎない。

〈特権化された債権はそうではない債権に優先する。〉ノルマンディ慣習法第593条によれば、動産の売却金をめぐる異議申立てにおいて抵当権の順位が維持され、しかも、「裁判質において占有者の立場は優先しない」ので、先取特権を認められた債権はそうではない債権に優先することになる。”(Traité, 59-62.引用は1687年ルーアン刊第二版による。)

より合理的である *ce qui est contraire à la Coutume de Paris, et nôtre usage est plus raisonnable*」とされる。「動産が抵当権に服している以上、当該抵当権の効力を最大限に維持し、最も先じた債権者に優先権を与えるべきであって、後続する債権者との配当を強いるべきではない *puis que les meubles sont susceptibles d'hypotheques, on doit conserver l'effet de l'hypothèque en toute son étendue, et donner la preference au plus ancien créancier, et sans faire entrer en contribution avec lui ceux qui sont postérieurs*」というのがその理由である。先の第593条はこの「我々の慣行 *nôtre usage*」を明文化したものとして引用されている。また逆に、「債務者が売却した動産への抵当権の追及を認めることでローマ法がもたらした不都合 *les inconvénients que le Droit Romain saisoit naître, en donnant suite par hypothèque sur les meubles que le débiteur avoit vendus*」、つまり、「動産がしばしば所有者を変えるにもかかわらず、その動産を取得した相手の債権者によって常に追及され得る結果、わずか五スーの動産を処分する権利も債務者から奪うことになる *les meubles changeant souvent de main, l'on pût toujours être poursuivi par les créanciers de celui de qui on les auroit eus, ce qui privoit un débiteur de disposer de cinq sols de meubles*」といった事態が、このノルマンディ慣習法の「中間の法理」によって回避される利点を指摘する箇所では、「アンジュー慣習法第421条やメヌ慣習法第436条は我々の慣習法と一致している *la Coutume d'Anjou, article 421. et celle du Maine, article 436. sont conformes à la nôtre*」とも明言され、メナールやトロンソンも参照したショパンの『アンジュー慣習法』第3巻第3章から、「債権者の一人によって公的に差し押さえられた動産が売り立てられる場合、他の債権者は、この公的売却に先立ち、あるいは、売却物の買戻しのためにアンジューの慣習上認められている八日の猶予期間経過前に、異議を申し立てるならば、先行する抵当権者は差押債権者に優先し、また、無担保債権者は全て配当に与る *si prehensa publice ab uno creditorum mobilia veneant, caeteri ante hanc venditionem publicam, vel etiam ante octiduum redemptioni venditorum more Andegavo datum intercedere possunt, ut saisienti creditori praeferantur hypothecarii priores, vel in contributionem veniant chirographarii omnes*」との一

節が引用されている。更に、これらの諸慣習法による動産抵当容認の第二の帰結としてトロンソンが指摘した破産の否定についても言及がある。すなわち、「ノルマンディでは破産は認められず、債権者はその抵当権の順位に従って動産から弁済を受けるので、一リーヴルにつきスーの僅かな配当に甘んじる必要はなく、債権者間の競合は、同等の先取特権を有する債権者、同じ原因や同じ契約日故に競合する抵当権者、配当に与る他ない無担保債権者の間において認められるにすぎない nous n'admettons point aussi la deconfiture en Normandie, les creanciers sont colloquez sur les meubles selon l'ordre de leurs hypothèques, ne viennent point en contribution au sol la livre ; mais la concurrence peut estre recûe entre les creanciers également privilegiez, ou entre les hypothecaires qui concurrent en même cause et en même date, ou entre les creanciers chirographaires qui viennent tous en contribution」、というのである。

結局、パリ慣習法170条については、債務者占有動産について時的先行性準則による優先弁済の否定という意義を、第三者への追及効の否定という意義とは区別して捉える必要があり、「動産は抵当権によって追及されない」との準則は後者の意義において確かに広くフランス全体に通用しているが、前者の意義をめぐっては、慣習法地方と成文法地域の間だけでなく、慣習法地方の内部にも相違が存していたことになる。また、これら二つの意義双方を肯定して初めて、「動産は抵当権によって追及されない」との準則と動産抵当の一般的否認とを同視できるのであって、パリ慣習法第178条の定めるような先行差押債権者の優位を否定し、抵当権の時的先行性を優先弁済の基準として保持するのであれば、例えばバナージュの言う「中間の法理」がそうであるように、動産抵当を明確に容認した上でその第三者追及効のみ排除することも（「あらゆる種類の物が抵当権の目的となり得るとしても、それらが常に抵当権によって追及されるわけではない quoy que toutes sortes de biens soient susceptibles d'hypothèques, ils n'ont pas tous néanmoins suite par hypothèque」）、そのようなものを果たして「抵当権 hypothèque」と呼び得るのかという疑問は依然残されるけれども、不可能とまでは言えない。トロンソンの注釈に対する第一の疑問点もまたこれら二つの意義を区別することでさしあたり説明がつく。トロンソ

ンは、動産執行における先行差押債権者と先行抵当債権者の優劣という観点から、「フランス法 le droit françois」全体の錯綜した議論状況を不十分ながらも整理しようとしたのである。既に見た第170条や第178条の注釈に限らず、そもそも『フランス法』全体が、「本書では、ローマ法、我が歴代国王の王令、我が王国の他の諸慣習法の一般的条文や局地的条文、並びに、それら相違点について言及される ou il est fait rapport du droit romain, et ordonnances de nos Rois, des articles generaux et particuliers des autres coustumes de ce Royaume, et de leurs differences」という書名の敷衍文からも明らかのように、パリ慣習法をローマ法を適宜参照しつつ「フランス法」全体の中に相対的に位置づけ理解することを志向している。しかも、第170条注釈に見られるように、他の諸慣習法や成文法との単なる比較対照に留まることなく、パリ慣習法の趣旨説明のために他慣習法の条文やローマ法文を積極的に代用するところにトロンソンの注釈の特徴が存する。しかし他方で、そのような注釈手法は、簡略に過ぎる叙述故に誤解を招いたり、パリ慣習法それ自体の曲解に至る危険を常に孕んでおり、トロンソンによるもう一つの第170条注釈、すなわち、文言「追及 suite」に付された注釈⁷⁶⁾では、その危険が以下に見るとおりまさに顕在化している。

こちらの注釈でも、先に見た第170条全般への注釈と同じように、その冒頭

76) “これはすなわち、ベリ－慣習法の「執行について」の章第9条にあるとおり、第三取得者に対する追及という趣旨であり、当第170条には慣習法地方において幾つもの例外が存している。第一の例外は、勅法彙纂8巻14章「質について」第26法文及び第15法文にあるように、動産が特約により抵当に供された場合である。第二の例外は、動産が備え付けられ持ち込まれた家屋の賃貸借が問題となる場合であり、このような場合には、第171条によって、学説彙纂第20巻第2章「質乃至抵当が黙示に締結されるのは如何なる場合か」第7法文第1節にもある通り、所有権者は優先する。第三に、債務者が容假占有条項によって、自らの債務の担保のため、動産を債権者のために債権者に代わって保持する旨表明した場合もそうである。この場合、勅法彙纂第8巻第14章第15法文や学説彙纂第20巻第2章第9法文により、抵当権によって当該動産を追及できる。更に、債権者が、質物として既に受領していた動産を差し押さえられた場合にもやはり配当は行われない【第181条】。第178条の文言「債権者」への注釈で述べた点も併せて参照せよ。” (Le droit françois, 381.)

で他地方慣習法の条文が引用されている。引用されているのは、「ベリー地方並びに同公領の一般慣習法 *Coustumes generales des pays et duché de Berry*」

(1539年成文化)の第9章「執行、競売、売却決定について *Des executions, criées et subhastations*」第9条である。「第三取得者に対しては、動産が抵当権によって追及されることはない *Biens meubles n'ont suite par hypothèque, contre le tiers détenteur*⁷⁷⁾」という同条に照らせば、パリ慣習法第170条に言う「追及」とは、動産の「第三取得者 *le tiers détenteur*」に対する追及ということになり、そのような解釈は、「動産が債務者の占有の外に存する場合 *quand ils sont hors de la possession du débiteur*」という第170条の表現とも整合する。トロンソンは、第170条の上記二つの意義の内、債務者占有下での動産執行を念頭に置いた第一の意義だけでなく、第三者への占有移転後の動産執行に関わる第二の意義にも注意を払っていたことになる。冒頭で確認された本条の趣旨に対する「例外 *exceptions*」が列挙されるところも先の注釈と同じであり、ここでは「慣習法地域において *en pais coutumier*」との限定の下に合計三つの例外が挙げられている。一つ目の例外とされているのは、「動産が特約により抵当に供された *le meuble est spécialement hypothéqué*」場合であり、二つのローマ法文の引用によって、約定動産抵当権に基づく第三取得者への追及が根拠付けられている。「汝の債務者が筆記奴隷を質物として担保に供したならば、汝が奴隷を追及しようとする相手方を属州司令官に訴えるべし *si tibi notarium pignoris titulo debitor tuus obligavit, eum, a quo mancipium abreptum proponis, apud rectorem provinciae conveni*」との法文⁷⁸⁾からは、動産たる「奴隷 *mancipium*」が「質物として *pignoris titulo*」約定され第三者の占有下に存する場合の追及が、「債務者は売却、贈与、遺贈、信託遺贈の何れによるにせよ債権者の状態を不利にしてはならないのは自明であり、そうである以上、汝に対して物が担保に供されたことを証明できると確信するならば、質物を追及すべし *debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fi-*

77) Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier general*, III, 950.

78) C. 8, 14, 26.

deicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris condicionem certissimum est: unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes」とする法文⁷⁹⁾からは、より一般的に債務者が譲渡処分した「質物 pignora」に対する約定抵当権者の「追及 persequi」が、それぞれ読み取られているのである。次に、「動産が備え付けられ持ち込まれた家屋の賃貸借が問題となる il est question de louage de maison, en laquelle le meuble a esté pris et transportez」場合が二つ目の例外として挙示され、ここでは、「持ち込まれ搬入されたものの全てが質入れされるのではなくて、そこに存するべく持ち込まれたものだけが質入れされるのではないかと考えるべきというのはまさにその通りである videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint: quod magis est」とのローマ法文⁸⁰⁾が、パリ慣習法第171条と共に援用されている。この法文の意義は、抵当債権者たる不動産所有者の動産追及の範囲を賃貸不動産の備品に限定するところに存しており、「都市の不動産に搬入され持ち込まれたものはその旨黙示に合意されたかのように質入れされたと解される quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse creduntur, quasi id tacite convenerit」のに対して、「田園の不動産については反対に扱われる in rusticis praediis contra observantur」というローマ法特有の区別⁸¹⁾とは直接関わらない。その限りでは周到的な引用とも言えなくもないが、そのローマ法とは異なり「田園地帯の農場 fermes des champs」に存する動産上にも物的先取特権を付与したパリ慣習法第171条と並べて取えて引用する必要があったかどうかは疑問である。更に、「債務者が容仮占有条項によって、自らの債務の担保のため、動産を債権者のために債権者に代わって保持する旨表明した le debiteur par une clause de precaire a confessé tenir les meubles pour et au nom de son creancier, pour l'assurance de sa dette」場合が、第三の例外として挙げられているが、その典拠はここでもまたローマ法文のみである。引用されているのは、第一の例外の典拠として既に引用された法

79) C. 8, 14, 15.

80) D. 20, 2, 7, 1.

81) D. 20, 2, 4, pr.

文⁸²⁾と、「賃料のために担保に供されたものと、合意に基づき確定的な質の名目で保持されたものとは、質として供された奴隷を解放することはできないが、同居している奴隷については、賃料のために差し押さえられるまでは、解放可能であるという点で異なっているでの、質の名目で留保された奴隷は解放不可能ということになる *est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum quae ex conventionem manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus: inhabitantes autem, manumittimus: scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus*」とする法文⁸³⁾である。一つ目の法文が処分行為によって債務者の占有を離れた「質物 *pignus*」に対する追及一般を認めるものであったのに対して、二つ目の法文は、そのような追及の対象となり得る「質物」を、「賃料のために担保に供されたもの *obligata propter pensionem*」と「合意に基づき確定的な質の名目で保持されたもの *ea quae ex conventionem manifestarii pignoris nomine tenentur*」に区別し、後者については、「奴隷 *mancipia*」の「解放 *manumittere*」という債務者の質物処分の可能性それ自体を否定している。しかし、ここに言う「合意 *conventio*」とは、「解放」が売買その他による処分と異なり「質物」の存在そのものを消滅させ追及不能を帰結するが故に、特定の抵当の約定に際して付された解放禁止の特約とも解され、「質の名目で留保された奴隷 *pignoris nomine retenta mancipia*」という表現に、債権者への所有権移転を前提とする「容仮占有 *precaire: precarium*」を読み込むことには無理がある。そもそも「容仮占有条項 *une clause de precaire*」なるものは、Ⅲで言及したように、成文法実務において、不動産売主の物的先取特権を正当化するために黙示に読み込まれたものであり、動産売主については、当の成文法実務においてさえ、ドリーヴの指摘の通り、商取引の安全に配慮して認められてはいなかった⁸⁴⁾。最後に、トロンソンは、「債権者が質物として既に受領していた動産を差し押さえられた場合にもやはり配当

82) C. 8, 14, 15.

83) D. 20, 2, 9.

84) Ⅲの注51参照。

は行われない la contribution n'a mesme lieu quand le creancier se toruve saisi du meuble qui luy a esté baillé en gage」と付言し、「容仮占有条項」による追及をパリ慣習法第181条による質権者の優先弁済に類比しているように見える。しかしここで、占有質、つまり、債権者自身が既に質物として占有していた動産から優先弁済を受ける場面を「抵当権」による追及と同視しているのだとすれば、「動産が債務者の占有の外に存する場合」という文言には矛盾しなくとも、抵当＝非占有質という概念規定に反することになる。第181条に規定されているのは、むしろ、第178条所定の先行差押債権者優先の原則に対する例外であって、質権者の占有下に存する債務者の動産を差押えて競売を申立てた債権者との関係での質権者の優先権にすぎない。第一の意義をめぐる先の注釈が内容的には第178条の先行差押債権者優先の準則をめぐるものであった点をふまえるならば、「追及」をめぐる本注釈では第二の意義が第170条固有の意義として解明されるべく企図されていたと解する余地もあるが、本注釈の末尾では第181条への言及との繋がり次第で第178条注釈の参照が再度指示されていて、その意図するところははっきりしない。トロンソンの指摘する第170条の「例外」と第178条の「例外」は、不動産所有者（第171条）の優先権について重複しており、この参照指示に従えば、動産売主（176条）や宿屋主人（175条）の優先権もまた第170条の「例外」に含まれることになるであろうし、抵当権による対第三者追及という観点からこれら三つの場面を一括することには確かに一理ある。しかしながら、その一方で、パリ慣習法に根拠のない対第三者追及、すなわち、約定動産抵当や容仮占有条項に基づく動産追及を、「慣習法地域において」との限定にもかかわらず、ローマ法に依拠して認めてしまうその議論は、如何にも奇異に映る。コキユのように準則の二つ意義を相互に関連づけることなく扱う段階に比べれば大きな前進が見られるとはいえ、トロンソンの第170条注釈には未だ多くの点が曖昧で不明確なまま残されているのである。

「動産は抵当権によって追及されない」との準則をめぐる錯綜した議論を、トロンソンのような行き過ぎたローマ法志向にも与することなく、的確に整理することに成功したのが、プロドーの『パリ慣習法』（1658年初版）であっ

た。プロドーの第170条注釈⁸⁵⁾においてまず注目すべきなのは、「＜動産は抵当権によって追及されない＞というこの準則がパリ慣習法や同様の規定を有する他の諸慣習法においてもたらしめている二つの重大な帰結 *deux effets notables* que cette regle, *meubles n'ont point de suite par hypothèque*, produit en la Coutume de Paris, et aux autres qui decident le semblable」が明確に区別されているという点である。第一の「帰結 effet」とは、「包括的であれ特定のであれ債務者の現在並びに将来の全ての動産と不動産に及ぶ抵当権をもたらし契約によって、債権者が、動産の差押えと売却に際し、その代価について自らの契約の締結日や日付に従って順位付けられるべく、動産上に抵当権や物的権利を取得するわけではない *le contrat, qui porte hypothèque, soit generale ou speciale de tous les biens meubles, et immeubles du debiteur, presens et advenir, n'acquiert point au creancier aucune hypothèque ny droict reel sur les meubles, pour dire qu'en cas de saisie et vente d'iceux, il doit estre mis en ordre sur les deniers en procedans du jour det date de son contract*」という点であり、第二の「帰結」とは、「同じく債権者が動産上に追及権を取得することで、債務者が売買その他により有効に動産を処分して債権者を害することのないようにしたり、あるいはまた、動産が売却され現実の引渡が為され、しかもそれが詐害無く公然と為された場合に、善意の取得者や、それらの動産を弁済として提供され自らのものとして受領した後続の債権者が、原状回復や不当利得返還請求、廃罷訴権や、地所その他の不動産の場合のような抵当権の主張によって、請求され追及を受けるようになるわけでもない *le mesme creancier n'a point droict de suite sur les meubles à l'effet, que le debiteur n'en puisse pas valablement disposer à son préjudice par vente ou sutrement, et que les ayant vendus, et la vente suivie de tradition reelle, actuelle, et sans fraude ny déguisement, l'acheteur de bonne foy, ou le creancier posterieur, auquel ils ont esté baillez en payement, et qui a receu le sien, puisse estre inquieté et poursuivy soit par repe-*

85) 全体の試訳は「ジュリアン・プロドーとクロード・ド・フェリエールのパリ慣習法第170条注釈」(獨協法学第84号)を参照。

tition et condiction, et l'action revocatoire ou en declaration d'hypothèque, comme pour un heritage ou autre immeuble」という点である⁸⁶⁾。これら二つの「帰結」、すなわち、動産執行における抵当権の時的先行性の不顧慮と、第三者占有動産への追及排除とを区別して初めて、「当該準則が、抵当権という第一の帰結について通用せず、そのような抵当権の優位が不動産のみならず債務者の占有下に存する動産についても維持され、その結果、動産や可動財産を最初に差し押さえた者が優先されないことになる慣習法が幾つか存在している il y quelques Coustumes, esuelles cette maxime n'a point de lieu, pour le premier effet qui est le droict d'hypothèque, et l'on y garde la priorité d'hypothèque, aussi bien pour les meubles estans en la possession du debiteur, que pour les immeubles, en sorte que le premier saisissant sur meubles et choses mobilières, n'est point preferable」との指摘も可能となる。「第一の帰結 le premier effet」に関わる論点である旨明示されている以上、第178条の注釈の参照指示も当然であって、議論の混乱を招く恐れは全くない。「抵当権の優位が不動産のみならず債務者の占有下に存する動産についても維持される l'on y garde la priorité d'hypothèque, aussi bien pour les meubles estans en la possession du debiteur, que pour les immeubles」ことになる「慣習法 Coustume」の例としてプロドローは、既に言及したノルマンディ、アンジュー、メーヌの慣習法以外に、「プルトーニュ地方並びに同公領の一般慣習法 Coustumes generales des pays et duché de Bretagne」(1539年成文化、1580年改訂)から、旧第13章「執行、競売、並びに、鑑定評価について De sexecutions, prisages et appreciations」第245 (247⁸⁷⁾) 条 (=新第13章「執行について Des executions」第231条⁸⁸⁾) を、ベルトラン・ダルジャントレ Bertrand d'Argenté (1519-1590年) の『父祖伝来のプルトーニュ法すなわち由緒正しきプルトーニュ公領の一般慣習法の注解 Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines generales an-

86) Coustume, II, 406.

87) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 305.

88) Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, IV, 375.

tiquissimi ducatus Britanniae』(1608年初版)の同条第一注釈⁸⁹⁾と共に引用している⁹⁰⁾。同条には、「執行によって差し押さえられた財産が売却された場合、先行債権者は、当該財産の売却後八日以内であれば、それらの財産の処分を差し止めることができる Si biens pris par execution estoient vendus, le premier creancier les pourroit faire arrester dedans huit jours apres la vente d'iceux biens」とあり、ダルジャントレの注釈にあるように、動産が「命令 auctoritas」によって「売却された日 dies, quo distracta sunt」から「八日以内 intra octiduum」であれば、「先行債権者 antiquior creditor」、つまり、先行抵当債権者の異議申立てによる優先弁済が認められるという趣旨である。ただし、このような抵当権の時的先行性に従った優先弁済は、「動産は追及されない meubles n'ont point de suite」との準則の下で認められた例外ではなく、抵当権による動産追及が「私的な売却 privatae venditiones」による占有移転であれば「通常かつ原則的な法 jus ordinarium, et regulare」に則り認められるところ、「競売によって公に per auctionem publice」売却された場合には逆にその原則的な追及効が時的に制限されるという意味での例外にすぎない。それ故、

89) “八日を過ぎると「動産は追及されない」。”「動産が追及されない」という点はフランスの諸法廷において周知の事柄であって、一旦債務者の手から離れた動産は、債権者によってもはや握取され得ず、債権者による追及も認められないということの意味し、ボエリウス『ベリー慣習法』第7章注釈、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』第5章第3条注釈、マズユエ『法廷実務論』第30章第9番、イムベルトゥス『法廷実務教程』第1巻第55章にも見える実務上の準則である。我々はこれらのものについて抵当権を通常かつ原則的な法に従って行使する。しかし、それらが命令によって売却された場合には、不動産の場合のように債権者の召喚が行われなため、売却が為された日から八日以内に限り、市民法【学説彙纂第15巻第1章「特有財産について」第52法文第1節】に従い、行使が許される。なお、勅法彙纂第4巻第15章「国庫や私人が自らの債務者の債務者を訴求できるのは如何なる場合か」第*法文の事例は国庫に特有のものと解される。

〈「売却された」について〉これは競売によって公的に売却されたという趣旨である。というのも、抵当権の追及効が持続している以上、私的な売却では債権者の追及から免れられないからである。”(Commentarii, 747.引用は1664年ブリュッセル刊第八版による。)

90) Coustume, II, 407.

ノルマンディ、アンジュー、メーヌの慣習法や、続けて言及される「成文法地域の諸高等法院 Parlements de Droit écrit」の実務慣行と同列に扱うことには問題がある。一方、「＜動産は、債務者の占有の外に存する場合、追及されない＞との一般準則 la maxime generale, que meuble n'a point de suite, quand il est hors la possession du debiteur」のバリ慣習法上の例外として、不動産所有者（第171条）と動産売主（第176条）の二つのみを指摘する⁹¹⁾プロドローは、ترونソンのように第178条の例外との混同に陥ることなく、上記第二の「帰結」に照らした例外のみを提示していると言える。

このようなプロドローの注釈を受け継ぐ形で、第170条の首尾一貫した理解に最終的に到達したと言えるのが、『集成』におけるフェリエールの注釈⁹²⁾であった。フェリエールは、既に『新注解』での注釈⁹³⁾において、「本条の趣旨

91) Coustume, II, 407-408.

92) 全体の試訳は「ジュリアン・プロドローとクロード・ド・フェリエールのバリ慣習法第170条注釈」（獨協法学第84号）を参照。以下では欄外にふされた「梗概 sommaire」の番号で引用箇所を示す。

93) “旧慣習法の第168条に相当する本条の趣旨は、たとえ債権者が動産不動産を問わず債務者の総財産に担保を得たとしても、そのような特約にもかかわらず、債務者は売却、質入れ、贈与その他の処分行為を通じてあらゆる動産を自らの占有の外に置くことができ、債権者は、動産が譲渡される相手方となった者を、抵当権に基づいて追及することはできない、というものである。これに対して、不動産については、債権者は、その取得者を債権者を追及して、第101条〔及び第102条〕に従い、抵当に供された不動産によって担保されている自らの債権を弁済するか、あるいは、売却のために当該不動産を放棄し退去するように求めることができる。

動産については、たとえ明示的かつ特定の抵当に供されたとしても、抵当権を有しない他の債権者が、略式証書に記載されたその債権の優先弁済を当該動産の価額から受けるために、差し押さえ、処分を差し止め、執行することができる。動産が債務者の占有を離れると債権者の権利は失われるというのがその理由である。

以上の点は、動産が現実の引渡によってしかも詐害無く債務者の占有を離れたとの前提の下に理解されねばならない。というのも、引渡が現実のものではなく、占有改定条項、容假占有条項、用益権留保条項などを通じて為されたに過ぎなければ、債務者の占有下に存する動産を差し押さえ執行する権利を依然失ってはいないからである。親族に対して為された動産の贈与で、その親族が動産を贈与者に賃貸しているような場合、当該贈与は無効である旨、注釈者たちが引用する1567年2月4日の法院判

les sens de cet article」を、不動産が抵当権によって追及される場合と対比する仕方、「たとえ債権者が動産不動産を問わず債務者の総財産に担保を得たとしても、そのような特約にもかかわらず、債務者は売却、質入れ、贈与その他の処分行為を通じてあらゆる動産を自らの占有の外に置くことができ、債権者は、動産が譲渡される相手方となった者を、抵当権に基づいて追及することはできない bien qu'en creancier ait obligé et affecté tous les biens de son débiteur, meubles ou immeubles, toutefois nonobstant telle stipulation le débiteur peut mettre hors sa possession tous meubles par vente, gage, donation, ou autre disposition, sans que le créancier puisse poursuivre celui au profit duquel ils auront été alienez en vertu de son hypothèque」と敷衍し、更に、先行差押債権者優先の原則との関連、債務者の詐害行為の有無、第170条の例外についても言及していたが、個々の論点の関連づけが希薄であり、他の諸慣習法や成文法との比較もみられない。これに対して、『集成』の注釈では、これまで見てきたトゥルネ、トロンソン、ブロードーのような「パリ慣習法の新旧注釈者 commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris」の議論を文字通り集成し総括する中で、フェリエール自身の第170条の理解が提示されている。注釈の冒頭、「何れの財産も抵当権に服する結果、最も先行する抵当債権者が動産と不動産双方について後続の他の債権者に優先する les uns et les autres sont susceptibles d'hypothèque, si bien que le plus ancien creancier hypothécaire est préféré, tant sur les meubles que sur les immeubles, aux autres creanciers postérieurs」というローマ法の抵当概念(第1番)に、動産をめぐる債権者の優

決によって判示された。

ただし、債務者の占有の外に存する動産を債権者が追及できる場合が二つあり、第171条と第176条にそれぞれ定められている。

動産上に優先権を取得できるのは、諸王令所定の方式に則った差押えが為された場合に限られ、債務者の動産を最初に差し押さえた者、あるいは、債務者に支払われるべき金銭の支払を最初に差止めた者が、後述第179条以下について述べるように破産の場合は除いて、その債権の優先弁済を受けることになる。”(Nouveau commnetaire, I, 369-370.)

劣を左右する「フランスの一般的慣行 l'usage general de la France」が対置され、「債務者の財産が動産不動産問わずに担保に供され包括的あるいは特定の抵当に供された場合であっても、債権者は、抵当訴権によって債務者の動産の第三取得者にそれらを放棄するよう訴え、動産を差し押え執行し、その後にしかるべき日時及び場所で売り立てることができない encore que les biens du debiteur, tant meubles qu'immeubles, soient obligez et hypothéquez generalement ou specialement, neanmoins le creancier ne peut poursuivre le tiers acquereur des meubles du debiteur par action hypothécaire pour les abandonner, et les voir saisir et executer, et ensuite les vendre dans le temps, et aux jours et lieux accoutumez」という側面（第2番）と、「動産が債務者の占有下にあって、債権者によって差し押さえられ処分を差し止められていても、異議を申し立てる債権者が他にいても、最初に差し押さえた者が優先される *mesme bien que les meubles se toruvent en la possession du debiteur, et qu'ils soient sasis et arrêtez par des creanciers, et qu'il y ait d'autres creanciers opposans, le premier sasisant est preferé aux autres*」という側面（第3番）とが明確に区別されている。

「一般的慣行 l'usage general」の前者の側面については、フランスの全ての慣習法が一致してこれに従っているとされ（「我々の諸慣習法は何れもこの点においてローマ法とは異なっており、既に第三者の手に渡りその占有下に存する動産上に抵当権による追及を認める慣習法はない *toutes nos coutumes sont en ce point contraire au Droit Romain, il n'y en a pas une qui donne suite par hypothèque aux meubles, quand ils sont passez entre ses mains et en la possession d'un tiers*」）、他方、後者の面で「一般的慣行」に従わず、動産に抵当権の効力が及ぶことを認めている慣習法として、ノルマンディ、アンジュー、メーヌの各慣習法が挙げられてはいるが、「それは、動産が債務者の占有の下にある場合に、差押債権者と異議申立債権者の間で認められるもので、第三取得者から動産を追奪するためではなく、債務者の動産が差し押さえられ売却される際に、抵当権の順位が、不動産自体の価額におけると同様に、彼らに保持されるためのものであり、そのような意味で、動産が抵当権によって追及されると言われているにすぎない *c'est entre les creanciers sasissans et opposans, quand le*

meuble saisi se trouve en la possession du debiteur, mais non pour l'évincer du tiers acquereur ; desorte que les meubles du debiteur estans saisis et vendus, l'ordre des hypoteques y est conservé, comme dans le prix des veritables immeubles ; et c'est en ce sens qu'on dit, que les meubles ont suite par hypoteque」との指摘から見て取れるように、第170条の本義はあくまで前者に存するというのがフェリエールの立場である(第4番)。そのような理解こそ、同条の文言に相応しく、第178条とは敢えて別に規定されている同条の存在意義を確保することにもなるというのである。このように上記「一般的慣行」の対第三者追及の排除という面を第170条固有の意義と見なす立場から、フェリエールは本条の「根拠 raisons」を三つ指摘している(第5番)。「第一の根拠 la premiere raison」とされているのは、「抵当権が物的な権利であって、永続的で確実な実体を全く有さず、ある場所から別の場所へ容易に移動され得る動産上にそのような権利を設定するのは容易ではない l'hypothèque est un droit réel, qui ne peut pas estre si facilement imposé sur un meuble, lequel n'a point de subsistance perpetuelle et certaine, et qu'il peut estre facilement transposé d'un lieu en un autre」という点である。このような動産それ自体の性質による第170条の裏付けは、パピニアヌスの法文⁹⁴⁾の引用共々、既にトゥルネに見られたものであり、プロドローもまた、「<時において先んずる者が権利において優先する>との準則並びに抵当権は、耐久性や安定性に乏しく、確実な所在地を持たず、強固永久恒常的な存続を欠き、それ故、それらが帰属し付随していると考えられる身体乃至人格に随伴することになる動産については、妥当しない la maxime, *qui pto tempore, est potior iure*, et l'hypothèque n'a lieu en matiere de meubles, qui n'ont point de fonds, d'assiette, de lieu certain et de subsistance solide, permanence et stable ; sins suivent le corps et la personne, à laquelle ils semblent cohérens et attachez」と述べていた⁹⁵⁾。フェリエールは、従来見られたこの動産の本質論とも言うべき裏付けに加えて、「動産の占有の移転を受

94) D. 41, 2, 47.

95) Coustume, II, 405.

け、当該動産について質入れさせることで、債権者は、動産の横領や、債務者による動産の処分を防止できた *le creancier pouvoit se faire transférer la possession du meuble, et s'en faire nanti, pour en empêcher le divertissement, et qu'il ne pût être aliéné par le débiteur*』という「第二の根拠 *la seconde raison*」、そしてまた、「常に抵当権による追及されるとの危惧の下に動産が存しているとすれば、安心して動産を購入できる者などいないことになってしまう *il n'y aurait personne qui pût acheter aucuns meubles en sûreté, car il serait toujours dans la crainte d'en être poursuivi hypothécairement*」との「第三の根拠 *la troisième raison*」を挙げている。前者は、第170条によって動産への追及を妨げられる「債権者 *le créancier*」の視点からの理由づけであるのに対して、後者は、動産について新たに利害関係を持った第三者の視点からの理由づけとなっている。しかも、この「第三の根拠」はそのような個々の第三者の利害のみを意識した理由づけではない。というのも、ノルマンディ慣習法等における先行抵当権者の優先弁済があくまで債務者占有動産に限定されるもので債務者の占有を離れた動産にまで及ぶものではないと論じた箇所では既に、「動産の取得者が自ら購入した動産上に抵当権の追及を受けるというのは酷であり、商取引を混乱させ妨げるばかりか、個々人から動産処分の自由を奪うことにもなる *il serait trop rigoureux, que les acquéreurs des meubles puissent être poursuivis par hypothèque pour les meubles qu'ils auraient acheté, ce serait rompre et empêcher le commerce, et ôter aux particuliers la liberté de disposer de leurs meubles*」と指摘されていたからである。つまり、フェリエールは、「動産の取得者 *les acquéreurs des meubles*」だけではなくその相手方である「債務者 *le débiteur*」を含めた動産取引の当事者一般のために、「動産処分の自由 *la liberté de disposer de leurs meubles*」を確保し「商取引 *le commerce*」の安定を図る必要性を主張しているものであり、そのような動産取引の安全という「公共の利益 *l'intérêt public*」をパリ慣習法第170条の立法趣旨として重要視しているのである。この「公共の利益」論は、取引による権利主体の頻繁な交代が動産支配の不安定さをもたらすという意味で従来の動産の本質論に既に含意されていたものを、債権者、債務者、第三取得者それぞれの利益衡量を介して、具

体化したものとも言える。「本条が、フランスの全ての慣習法地域において、つまり、その旨明示している諸慣習法だけでなく、この点について規定していない諸慣習法の下でも通用していることについて、我々の慣習法の注釈者たちは全員一致している tous nos commentateurs sont d'accord sur ce point, que cet article a lieu dans toute la France coutumière, non seulement dans coutumes qui y sont expresses, mais aussi dans celles qui n'en parlent point」とフェリエールが明言できたのは、以上ような三つの「根拠」の連関がもたらす説得力を意識していたからであろう。フェリエールは更に、「動産が第三者との関係で抵当権による追及を受けない les meubles n'ont point de suite par hypothèque contre un tiers」という点が、「フランスの慣習法地域 la France coutumière」を越えて、「成文法地域 pays de droit écrit」でも通用している旨、メナールの伝える法院実務に依拠して述べている(第6番)。債務者占有動産に関する側面を予め区別し抵当権の対第三者効に論点を絞っているため、「フランスの全ての慣習法地域」と「成文法地域」とを通じて妥当する「一般的慣行」を第170条に見出すことには何ら問題はないのである。

注釈の最初の部分(第1番から第6番)では、フェリエール自身の第170条の理解が整然と提示されていたのに対して、続く中間部分(第7番から第13番)では他の「注釈者たち commentateurs」の見解の当否が吟味されている。そこで特に目を引くのは、『集成』の序言の中で既に表明されていた『フランス法』全体に対する評価の低さ⁹⁶⁾をそのまま反映するようなトロンソンに対する徹底した批判である。フェリエールは、トロンソンが『フランス法』において第170条に施した二つの注の内容を逐一取り上げている。条文全般に対する注釈の内、第170条の趣旨説明をオルレアン慣習法の引用によって済ませ、第170条と第178条とを直結するトロンソンの理解は、第170条固有の意義を認め

96) “トロンソンの注釈はトゥルネのそれよりも遥かに後に現れた。私がそれを極めて不正確なものであると評するとしても、諸賢は私に反対はしないであろう。この注釈者は多くの問題を我々の見知らぬ場所で論じている。すなわち、彼の解決の一部は慣行に反し、自らの見解を理由づけることは稀で、諸慣習法の特殊な規定に依拠して一般的な準則を立てているのである。” (Corps, I, i. r.)

てそれを敷衍するフェリエールの議論全体によって既に反駁されているし、成文法実務の位置づけについても、抵当権による対第三者追及の排除という観点に専ら着目するその論法によって、トロンソンが陥った議論のねじれが正されたことになる。ノルマンディ慣習法等に「反対の諸規定 *dispositions contraires*」が存するというトロンソンの主張も同様に上記議論の中で既に退けられているはずであるが、この点については、自説の敷衍を兼ねた批判的言及が敢えて為されており、「トロンソンは本条に関して、反対の規定の存するアンジェー、メーヌ、ノルマンディの諸慣習法は除外すべきと述べているが、これは正しくはなく、この著者は先に述べたような区別をすべきであった *Tronçon sur cet article dit, qu'il faut excepter les coutumes d'Anjou, du Maine et de Normandie, lesquelles ont une disposition contraire ; ce qui n'est pas véritable, et ce Auteur devoit faire la distinction remarquée cy-dessus*」と評されている。「先に述べたような区別 *la distinction remarquée cy-dessus*」とは、言うまでもなく対第三者追及の排除(第170条)と先行差押債権者の優先(第178条)との区別であり、この区別に照らせば、「これらの諸慣習法は、それぞれの抵当権の優先順位に従う債権者の間での抵当権による追及を認めているだけで、第三者との関係において抵当権による追及を認めているわけではなく、この点については我々の慣習法の当第170条を参照しなければならない *ces coutumes admettent la suite par hypothèque entre les créanciers seulement, lesquels viennent suivant la priorité de leurs hypothèques, mais non pas à l'égard d'un tiers, duquel il faut entendre cet article 170. de nostre Coutume*」というのである。文言「追及」に付された注釈においてトロンソンが第170条の例外として列挙した中で、動産抵当権の約定や容假占有条項による追及については、「慣習法地域 *le pays coutumier*」を想定しながら「ローマ法 *droit romain*」のみに依拠するその論法が揶揄され、「そのような見解はフランスにおいて全く通用していない *cela ne s'est jamais observé en France*」、あるいは、「そのような命題を提起できる者はトロンソン以外にはいない *il n'y a que Tronçon qui soit capable d'avancer cette proposition*」といった手厳しい言辞を以て退けられている(第8番及び第12番)。他方、第171条に基づく不動産所有者の追及については、こ

れを第170条の例外をみなすこと自体をフェリエールが拒んでいるわけではもちろんないが、「善意の第三取得者 le tiers acquereur de bonne foy」に対する追及は認めないというのがフェリエールの立場であり、第三者の善意悪意に配慮しないトロンソンのような「一般的な決めつけ decision generale」は「第171条に通じていない人々を誤解させる可能性がある誤った見解 une fausse opinioin, qui peut jetter dans l'erreur ceux qui n'entendroient pas l'article 171.」だとされる(第11番)。

トロンソンの注釈に対する否定的評価とは対照的に、トゥルネやプロドーの注釈は概ね肯定的に援用されている。まず、トロンソンの主張する動産抵当権の約定可能性を否定した箇所では、「公証人 Notaires」の手で挿入される包括的担保条項(「某は、その全ての財産を、動産不動産、現在将来を問わず何であれ包括的に担保に充て抵当に供したものとする lequel a obligé, affecté et hypothéqué tous ses biens généralement quelconques, meubles et immeubles, présents et à venir」)もまた「動産との関係では全く無益である est absolument inutile à l'égard des meubles」ことを「トゥルネが本条の注釈の冒頭で的確に指摘している remarque fort bien Tournet sur cet article in principio」とされている(第8番末尾)。フェリエールがプロドーの「二つの帰結 deux effets」論を逐語的に引用しているのもこの文脈においてである(第9番)。フェリエールによる「一般的慣行」の二つの側面の区別が、その内容上、プロドーの言う「二つの帰結」論に示唆を得たものであることは明らかであるし、「この著者は、この点が王国全域における確実な準則であり原則であると主張する著者たち全てを引用しているが、この場でそれを引用するには冗長に過ぎよう cet Auteur cite tous les Auteurs, qui disent que c'est une règle et une maxime certaine dans tout le Royaume, qu'il seroit ennuyeux de rapporter en ce lieu」と述べて、プロドーによる網羅的な文献引用⁹⁷⁾を参照させるところなどは、「プロドーの注釈 le commentaire de Brodeau」全体に対する「学識に溢れている est rempli de beaucoup d'érudition」との評価⁹⁸⁾とまさに一致する。にもかかわら

97) Coustume, II, 406-407.

ず、このように動産抵当権の約定の可否という特殊な論点との関連でプロドーに言及しているのは不自然なようにも見える。他方、動産執行において先行抵当権者の優位の否定という第一の「帰結 *effet*」が、トゥルネと同じく、「債務者の全ての動産と不動産について現在並びに将来に渡り包括的であれ特定のであれ抵当権を成立させる契約 *le contrat qui porte hypothèque soit générale ou spéciale de tous les biens meubles et immeubles du débiteur, présents et à venir*」の無益として表現されているのは確かである。結局ここでは、プロドーが、第二の「帰結」と称して、「抵当権の主張による *en déclaration d'hypothèque*」対第三者追及だけではなく、「廃罷訴権 *l'action revocatoire*」による処分行為の取消と原状回復まで否定している点に、フェリエールが抱いた疑念がこのような形での言及を促したものと解すべきであろう。フェリエールは、コキューやトゥルネと同じく、「債務者が債権者を害する目的で取得者も承知の下に動産や商品を売却した *le débiteur avait vendus ses meubles et ses marchandises en fraude de ses créanciers au sçu de l'acheteur*」場合に廃罷訴権による債務者の動産処分の取消を認める立場であり（第10番）、そのような主張は、プロドー説の修正（「この著者の見解には支持されていないものが幾つもある *cet Auteur a eu quelques opinions qui ne sont pas suivies*」⁹⁹⁾）であると同時に、「善意の第三取得者」との関係において第171条を適用を排除しトロソンの「一般的な決めつけ」を批判する上記議論の前提にもなっている。それ故、ここには引用の不自然さではなくむしろ周到さを見て取ることもできる。フェリエールがプロドーの第170条注釈から典拠を示して引用している箇所はもう一つある。それは、第170条による抵当権の対第三者追及排除の延長線上で、「動産のみを遺した死亡者の相続人は相続債務の弁済について人的にのみ追及され抵当権による追及を受けない *l'héritier d'un défunt qui n'a laissé que des meubles, ne peut être pour suivi pour le paiement des dettes héréditaires, que personnellement et non hypothécairement*」と述べている箇所であり¹⁰⁰⁾、

98) Corps, I, i. v.

99) Corps, I, i. v.

プロドール自身は、その直後に言及されるアンジューとメーヌの慣習法において、「債務者 l'obligé」と「その相続人 son héritier」が同視され、後者の占有動産からの先行抵当債権者の優先弁済が認められている点との対比を意識していたと考えられる。フェリエールもまた、プロドールと同様、「相続人 l'héritier」を債権者との関係で第三者と位置づけることで第170条による追及排除を認める解釈に与しているようではあるが、プロドールの引用それ自体は、「例えばタピスリー、蔵書、絵画その他のように如何にその価格や価値が高くとも、動産が抵当権の追及を受けることは決してない meubles n'ont point de suite par hypothèque, de quelque prix et valeur qu'ils soient, comme tapisseries, bibliothèques, tableaux, et autres semblables」との前提の下、動産以外に相続財産が存しない場合に例外的な動産追及を認めようとする向きに抗して、「動産のみを遺した死亡者の相続人は相続債務の弁済のために人的に追及されるに留まり、抵当権が不動産上にものみ成立する以上、抵当権による追及を受けることはない l'héritier d'un défunt, qui n'a laissé que de meubles, ne peut être poursuivi pour le paiement des dettes héréditaires, que personnellement et non hypothécairement; d'autant que l'hypothèque ne peut être constituée que sur les immeubles」と指摘する箇所に見出される(第13番)。なお、債務者占有動産につき先行抵当債権者の優先を認める諸慣習法に言及する箇所(第4番)に、プロドールが挙げていたブルターニュ慣習法は見当たらないが、『集成』の第178条注釈の「参考 conference」欄¹⁰¹⁾や『提要』(第65条注c¹⁰²⁾)では引用されて

100) Coustume, II, 407, n. 2.

101) Corps II, 286. なお、第170条注釈の「参考」欄(Corps, II, 226-227.)には、トロソンが趣旨説明に代用したオルレアン慣習法第447条や、第178条との関係で「反対の規定 disposition contraire」を含むとされたアンジュー慣習法第421条を含めて、他慣習法の類似規定が網羅的に列挙されているが、『提要』の対応箇所である第64条の注b(Nouvelle Institution, III, 52.)では、「ランス大学欽定教授 Professeur Royal dans l'Université de Reims」としての当時の立場を反映して、パリ慣習法第170条以外は、地元ランスの慣習法第186条とその近隣慣習法に当たるサンリス慣習法(第208条)とモー慣習法(第123条)が引用されるに留まっている。

102) 注41参照。

おり、フェリエールも、ブロードと同じく、動産抵当権を原則的に承認するブルターニュ慣習法をここで援用することの論理的不整合には気付いていないことになる。

他の注釈者の見解を吟味検討する中間部分を経て、フェリエールは再び自らの第170条解釈に立ち戻っている。中心となる論点は、「動産が債務者の占有の外に存する場合 *quand ils sont hors la possession du debiteur*」という「文言 termes」の解釈である。まず一般論として、当該文言の「反対解釈 *les arguments à contrario sensu*」が退けられている（第14番）。つまり、当該文言とは逆に「動産が債務者の占有の下にある場合 *quand ils sont en la possession du debiteur*」には、「それらの動産が抵当権によって追及され、その結果、債務者の抵当債権者たちが差し押さえられた動産の売却に基づく価額上にそれぞれの抵当権の順位に応じて配当に与る *les meubles ont suite par hypothèque, en sorte que les créanciers hypothécaires du débiteur viennent par ordre élus hypothèques sur le prix provenant de la vente du meuble saisi*」と解すべきなのではなく、「債務者が動産について行った物的かつ現実の処分によって当該動産が債務者の占有の外に存する場合、債権者はそれらの動産を差し押さえることはできない *quand les meubles sont hors la possession du débiteur, par une réelle et actuelle alienation qu'il en aurait faite, le créancier ne les peut pas saisir*」のは当然だとしても、「債務者の占有の下に存する限り、債権者は自らの債権の弁済を求めてそれらの動産を差し押さえて強制執行をおこなうことができる *il peut les saisir et exécuter pour être payé de son dû tant qu'ils sont en sa possession*」との趣旨に上記文言を解すべきだと言うのである。この一般論自体は、対第三者追及の排除と、債務者占有動産に関する先行差押債権者の優先とを区別し、第170条と第178条の役割分担を主張する上記議論（第2番及び第3番）の繰り返しではあるが、実務上重要な具体的問題を論じる指針として再度確認され定式化されたものと解される。その問題とは、売却その他の処分行為の後でも何らかの事情で処分者たる債務者の占有下に残っているために第170条による追及排除の対象にはならない、そのような動産をめぐる債権者の優劣であった。まず、「債務者が動産を売却し買主が当該動産を占有改定や容假占有

を介して債務者に貸し与えあるいは委ねていた le debiteur les avoit vendus, et l'acheteur les luy eût prêté ou délaissez par consitut ou precaire」場合については、「売却され処分された動産について全く移転がなければ、債務者の側の詐害行為、並びに、債務者と当該動産の買主あるいは別の権原による取得者との間の通謀を推定する必要がある n'y ayant point de transport des meubles vendus et alienez, il y a lieu de presumer de la fraude de la part du debiteur, et de l'intelligence entre luy et l'acheteur d'iceux, ou l'acquéreur à autre titre」との理由から、当該動産が依然として債務者の財産に属するものみなし、債権者が第178条に従って先行差押債権者として優先弁済を得ることが可能とされる(第15番)。なお、ここで指摘されている「債務者の側の詐害行為 la fraude de la part du debiteur」や「債務者と買主との間の通謀 l'intelligence entre luy et l'acheteur」は、「債務者が債権者を害する目的で取得者も承知の下に動産や商品売却した le debiteur avoit vendus ses meubles et ses marchandises en fraude de ses creanciers au scû de l'acheteur」場合に「ローマ法上の廃罷訴権 l'action revocatoire du droit Romain」による動産売却の取消と原状回復を認める議論(第10番)と類似する。ただし、後者の廃罷訴権による取消と原状回復は、動産の占有が現実に買主に移転した場合に、第170条が排除する抵当権による対第三者追及とは別に認められるものであったのに対して、ここでは、動産の占有が依然売主たる債務者の下に留まる場合に、第178条による優先弁済を認める前提として処分行為の効力否認が求められているのである。そのような実務慣行の存在を裏付けるものとして、フェリエールは、親類に贈与した動産を賃借物の名目で債務者が占有し続けている場合に贈与を無効とし当該動産への差押えを認めた1567年の法院判決を引用している。この法院判決については、トゥルネも第170条の「考察 observation」の末尾において言及していたが、トゥルネの『パリのプレヴォ区並びに副伯領の慣習法』の「考察 observations」が「ほとんど全てシャロンダの注釈から取り出されたものである sont presque toutes tirées de Charondas」ことを見通していた¹⁰³⁾フェリエールは、

103) Corps, I, i. r.

「シャロンダその他の注釈者によって報じられている rapporté par Charondas et par les autres Commentateurs」とだけ述べて、トゥルネの名は出していない。フェリエールがそのトゥルネよりも遥かに適切な文脈でこの法院判決に言及しているのは明らかである。次に、「動産が処分された後も債務者が賃貸借、使用貸借、占有改定、容假占有その他同種の権原によって動産を占有を保持していて、しかも、それらの動産が双方の債権者によって同時に差し押さえられた場合において au cas que le debiteur fût demeuré en sa possession de ses meubles après les avoir alienez, à titre de loüage, de prest, de constitut ou de precaire, ou par autre semblable, et qu'ils fussent saisis concurremment par les creanciers de l'un et de l'autre」も、やはり「詐害行為の推定 la presumption de fraude」によって、「動産を処分しながらそれらをその占有下に置いていた債務者の債権者 creanciers du debiteur qui les auroit alienez, et en la possession de qui ils seroient trouvez」の差し押えが、「動産を取得しながらそれらを売主の占有に委ねていた者の債権者 creanciers de celui qui les auroit acquis, et les quiroit delaissez en la possession du vendeur」に優先するとされる(第16番)。しかし、そのように「債務者の債権者 les creanciers du debiteur」には劣後する「買主の債権者 les creanciers de l'acheteur」あるいは「取得者の債権者 les creanciers de l'acquéreur」であっても、「債務者の債権者」が買主乃至第三取得者の「異議申立て opposition」を退けて先行差押債権者として優先弁済を受けられるのと同様に、「動産を売却しあるいはその他の権原により処分した者 celui qui les auroit vendus ou alienez à quelque autre titre」でありながら依然として動産を占有している債務者自身が、「当該動産を差し押さえられた者 celui sur lequel ils seroient saisis」の立場で行う「異議申立て」を退けることで、やはり先行差押債権者として優先弁済を受けられる(第17番)。フェリエールがその論拠として援用しているのは、「何人にとっても自らの悪意は口実にはならず、悪意が他人を害することはあつてはならない *dolus suus nemini patrocinatur, et alteri nocere non debet*」¹⁰⁴⁾や「何人にとっても自らの悪意が法

104) 「その財産の占有が既に移転済みである債務者から、そうと知りつつ物を購入し

の無力を口実に自然的衡平に反して利益となつてはならない *nemini dolus suus per occasionem juris inutilis contra naturalem aequitatem prodesse debet*」¹⁰⁵⁾ といったローマ法由来の法諺的命題である。フェリエールの第170条注釈は、同条の「例外 *exceptions*」、つまり、「動産が債務者の占有の外にあるとしても追及される *les meubles ont suite quoy qu'ils soient hors la possession du debiteur*」場合の簡潔な列挙によって閉じられている(第18番)。フェリエールが「例外」と見なししているのは、不動産所有者(第171条)、宿屋主人(第175条)、支払期限を定めなかった動産売主(第176条)による追及であり、各条文の文言(「たとえそれらが移転されたとしても *encore qu'ils soient transportez*」、「他の債権者がそれらを持ちだそうとしても *si aucun autre creancier les vouloit*」、「何処に移転されようとも *en quelque lieu qu'elle soit transportée*」)からも明らかなように、第170条固有の意義を対第三者追及の排除に見出す立場が最後まで貫かれていることが分かる。

ブロードーの「二つの帰結」論を承けて、抵当権による対第三者追及の排除と、債務者占有動産に関する先行差押債権者の優先とを区別したフェリエールは、その後、『提要』での物的担保の体系化においてこの区別を最大限に生か

た者が、その後、善意でこれを購入しようとする者に売却した。問題とされたのはこの二番目の買主を訴えることが可能かどうかである。買主は善意故に義務づけられないというサビーヌスの見解がより適切である。というのも、悪意はそれを行った者にとってのみ害となるべきであるからであり、同様に、債務者自身から知らずに購入したとしても、やはり義務づけられないと解される。他方、悪意で購入した上で善意の買主に売却した者は、受領した代金全額について義務づけられるであろう *Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quesitum est, an secundus emptor conveniri potest; sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem, qui dolo malo gmit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur*」(D. 42, 8, 9.)。

105) 「そこで法務官は、何人にとっても自らの悪意が市民法を口実に自然的衡平に反して利益となることのないように、この抗弁を認めた *ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*」(D. 44, 4, 1, 1.)。

すことに成功した。というのも、「動産上の先取特権」を扱う第4書第1章第3部第1節の冒頭に、動産をめぐる物的担保の体系の起点として据えられた第64条と第65条¹⁰⁶⁾の内容は、『集成』で提示された上記区別をフランス共通法の叙述に相応しい形に命題化したものと言えるからである。「債務者の占有の外に存する限り、たとえ明示の合意があるとしても、動産が抵当権の追及を承けることはないというのが一般原則である *les meubles n'ont point suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur, nonobstant toute convention expresse*」(第64条) 一方、「成文法地域、並びに動産についてそれぞれの抵当権の成立時に応じて抵当債権者を優先させる慣習法以外においては、債務者の動産を最初に差し押さえた者が最初に債権の弁済を受ける *qui saisit le premier le meuble de son débiteur, est premier payé de son dû, hors en pays de Droit écrit, et Coutume qui préfère les créanciers hypothécaires sur les meubles selon la date de leurs hypothèques entre eux*」(第65条) というのが、動産抵当を否認するフランスの一般的慣行(「動産上の抵当権はフランスにおいて認められていない *l'hypothèque sur les meubles n'a point été reçue en France*」)の具体的な意味なのである。しかも、この一般的慣行の両側面が、「抵当権 *l'hypothèque*」の「二つの効果 *deux effets*」、すなわち、「担保とされ抵当に供された物の占有者や所持人全てに対する追及権 *le droit de suite contre tout possesseur et détenteur de la chose obligée et hypothéquée*」と、「抵当債権者がそれぞれの抵当権の順位と日付に従って当該目的物の売却代金から弁済を受ける *les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix de la vente d'icelle, selon l'ordre et la date de leurs hypothèques*」という先行抵当債権者の優先弁済をそれぞれ否定する関係にあることも意識されている(第64条注b)。本稿がここまで辿ってきた通り、法定抵当権から物的先取特権へ、あるいは、包括的抵当から特定の抵当への学理上の重点移動は、フランスにおいて、ローマ法的な一元的抵当概念の解体というより徹底した仕方で行った。対第三者追及効と優先弁済効を区別する物的担保の分析的把握もまた、そのような一連の学説史的展開

106) Nouvelle Institution, III, 51-52. (注41参照)。

の帰結の一つとしてもたらされたのである。

(完)