

## 《論 説》

## 国庫の先取特権

——人文主義法学と現代的慣用の接点その二——（2・完）

藤 田 貴 宏

### Ⅲ

法文間の矛盾解消はキュジャースの『考察と修正』やファーヴルの『推測集』のようにテキスト批判を主眼とした人文主義的著作の中でも度々試みられたが、国庫先取特権に関わる法文を例に既に見た通り、その成果の一端は、標準注釈で提示された矛盾解決案を起点とする議論枠組みとの連続性と、『市民法大全』のゴドフロワの注解、パーチェやブロンクホルスト等の矛盾法文集のごとき簡便な媒体の存在故に、17世紀を迎える頃には、帝国諸領邦やネーデルラントを中心に法学徒や学識法曹に広く受容されることとなった。三十年戦争による法学の停滞期を経た同世紀半ば、そのような一法律家の立場から矛盾解消論を総括し展望したのが、ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716年)であった。ライプニッツは、アルトドルフ大学で法学博士号取得後、仕官を目指して急ぎ執筆出版した『法学の学習及び教授の新方法 Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae』(1667年初版)をマインツ選帝侯ヨハン・フィリップ・フォン・シェンボルン Johann Philipp von Schönborn (在位1647-1673年)に献呈した。『新方法』は、人事の改善 rerum humanarum emendatio という実践的意図をもって諸学の成果を再編統合しようとしたヨーハン・ハインリッヒ・アルシュテット Johann Heinrich Alsted (1588-1638年)やヤン・アモス・コメンスキー Jan Amos Komenský (ヨーハン・アーモス・コメニウス Johann Amos Comenius 1592-

1670年)等を代表とする当時の百科全書の潮流に乗って、法学教育改革の具体的な指針として書かれた法学文献便覧とでも言うべきものであり、全体は、「学習方法一般について De ratione Studiorum in universum」との副題の付された第1部「他の諸学科にも共通する一般部門 *pars generalis, caeterisque Facultatibus communis*」と、第2部「法学にのみ限定された特殊部門 *pars specialis, ad solam Jurisprudentiam restricta*」から構成され、本論にあたる後者は更に、「教育的法学 *jurisprudentia didactica*」、「記録的法学 *jurisprudentia historica*」、「解釈的法学 *jurisprudentia exegetica*」、「論争的法学 *jurisprudentia polemica*」の四部門に区分されている。ここで参照するのは、「解釈的法学」の前半部分、すなわち、「法の文献学 *philologia juris*」あるいは「法文の文献学並びに哲学 *philologia ac philosophia legum*」と称される「解釈の予備段階 *interpretationis praeliminaria*」の中で、「法文間の矛盾 (= 二律背反) の解消 *conciliatio antinomiarum*」が、「法の論理学 *logica juridica*」の問題として扱われている箇所である(第2部第51節<sup>1)</sup>)。

---

1) “§ 51. この法の論理学には矛盾の解消もまた含まれる。ここでの最も悩ましい問題は、法に矛盾が存在するか否か、である。この点について私は、「とはいえ長大な仕事に睡魔が忍び寄るは致し方なし」というホラティウスの意見 [*Ars poetica*, 360] の正しさについてと同様、疑いを抱いてはいない。というのも、複数の共同作業者が常に同一の判断に依拠していたとはそもそも考えられないからである。それどころか、学説彙纂に古法の痕跡が残っていると主張する者は誰であれ、そのこと自体によって、矛盾を認めていることになる。なぜなら、ユスティニアヌスは時代遅れのもの全てが取り除かれるよう要求し、トリボニアヌスはそれらが取り除かれた旨公言していたからである。法律家たちの学派間における対立についてはあらためて言うまでもなかろう。そして実際、法文の中には、法律家が議論の末尾で見解の対立する別の法律家を名指しているようなものも存在しており、後者による異論が学説彙纂の別の箇所ではっきりと確認できる場合もある。他の人々がこぞって援用する卓越した法律家でさえ同じように論じている。結局のところ、如何なる場合にも首尾一貫しているというのは聖書にだけ可能なのである。矛盾解消法の内容とは、主語や述語があちらとこちらの法文乃至命題において異なっているのかそれとも同じであるのか注意を払うというものである。加えて、相違と同一性を証明できるとアリストテレスが主張するあれほど多くのやり方があれば、矛盾も解消可能である。この点については、別著『矛盾の解消法に関する覚書』でもっと詳しく論ずる予定である(→矛盾解消法の内

ライプニッツによれば、「よく知られている法の矛盾の多くは、アックルシウス以前あるいは同時期の昔の注釈家たちによって既に収集されていたので、後代の法律家たちによって発見され付け加えられた矛盾はそれほど多くはないが、逆に、確実な解決策は大抵最近になってから見出されている *antinomias juris nobilissimas jam olim plerasque Glossatores Veteres ante aut circa Accur-*

容とは、主語と述語をよく吟味して、異なるもの双方がやはり異なっているのかそれとも同じであるのか注意を払うというものである。ここでの問題に対する解決の糸口はそこから取り出すことができる。》。ところで、よく知られている法の矛盾の多くは、アックルシウス以前あるいは同時期の昔の注釈家たちによって既に収集されていたので、後代の法律家たちによって発見され付け加えられた矛盾はそれほど多くはないが、逆に、確実な解決策は大抵最近になってから見出されている。確かにアックルシウス〔の標準注釈〕には解決策が溢れてはいるが、それらは、彼自身絶えず思うままに「あるいはこう解すべし」と表明している通り、全く不確実なものである。これに対して、ドゥアレヌス、クヤキウス、ホトマヌス《→クヤキウス、ドネルス、ホトマヌス》といった周知の偉大な法学復興者たちは、そのようなゴルディウスの結び目の多くを断ち切った。彼らの著述から解決策を一つにまとめたのは、フベルトゥス・ギファニウス、『著しい矛盾選』のパキウス、『法の収獲』のニコラウス・ア・サリス、そして、その著書の中であらゆる矛盾を解決したと豪語しているニコラウス・デ・パッセリプスであり、その他にもそれほど有名ではない人々がいる。我々として望ましいのは、わずか四枚程度から成る矛盾の簡潔な一覧表であり、そこには、主要かつ確実な解決が一つだけ収録され、その最初の発見者が引用されるべきである。また、その矛盾が解決不能であれば、その点も誰か卓越した人士の権威に基づいてあくまで簡潔に告知されねばならない。このように小さくはあるが学習者にとって極めて有益な仕事を、閑暇の折りに、『小矛盾学』という表題でやり遂げたいものである。他方、『大矛盾学』では、諸賢の多種多様な解決案、並びに、それらの論拠及び難点が詳論される《→パッセリプスである。更に、ストルウィウスが、ゴトフレドゥスの〈*immo* 決して〔矛盾せず〕〉、つまり、法文の欄外に注記された対立する法文について、独立した著作で論じているが、これは、自身の『法学要論』において単に引用されるに留まった各法文の対応箇所について既に別の論考〔『市民法要論論点補説』〕を著していたからである。これらの諸著作から大小の『矛盾学』を編むことも可能である。『小矛盾学』は僅かな紙数から成るべきもので、そこでは、よく知られた厄介な矛盾が、望ましい解決案を付すか、そうでなければ、(優秀な法律家の権威に照らして) 解決の困難さを認めた上で、列挙される。》”(Nova methodus, 328-329. 引用は *Sämtliche Schriften und Briefe, Philosophische Schriften, I* [1930] 所収のテキストによる。同テキストに付されたライプニッツ自身による改訂用書き込みも《…》で挿入した)

sium colligere, non ita multae a posterioribus jurisconsultis inventae et superadiatae sunt, sed contra conciliatio solida ut plurimum recentius reperta est」とされる。ここでは、「よく知られている法の矛盾の多く *antinomiae juris nobilissimae pleraeque*」を発見した「アックルシウス以前あるいは同時期の昔の注釈者たち *Glossatores Veteres ante aut circa Accursium*」に、「確実な解決策 *conciliatio solida*」を見出した「後代の法律家 *posteriores jurisconsulti*」が対置されており、「後代の法律家」としてライプニッツが特に挙げているのは、フランソワ・デュアラン *François Duaren* (1509-1559年)、キュジャス、フランソワ・オットマン *François Hotman* (1524-1590年)である。この三人が時期を前後するとはいへ何れもブルジュ大学で教えたいわゆるフランス学風 *mos gallicus* の担い手であることをふまえるならば、ライプニッツの観方は、標準注釈以来の矛盾解消論に人文主義法学が一転機をもたらしたと解する本稿の立場と符合する。「アックルシウスには解決策が溢れてはいるが、それらは、彼自身絶えず思うままにくあるいはこう解すべし」と表明している通り、全く不確実なものである *Accursius conciliationibus abundat, sed incertissimis, quod ipse perpetuo illo suo: Vel dic, fatetur*」という標準注釈の解決案に対する消極的評価も、国庫先取特権に関わる先の二つの法文の矛盾解消にそのまま当てはまる。一方、ライプニッツは、標準注釈によって提起され未解決のまま残されていた問題を「ゴルディオスの結び目 *Gordius nodus*」に喩え、これを断ち切ったアレクサンドロスの故事に因んで<sup>2)</sup>、「確実な解決案」を見出した人文主義法学者たちを「周知の偉大な法学復興者 *magni illi jurisprudentiae restauratores*」と讃えると共に、「彼らの著述から解決策を一つにまとめた *ex quorum scriptis concili-*

2) 同じ喩え(典故は *Arrianus, Anabasis Alexandri*, II, 3, 7; *Curtius Rufus, Historiae Alexandri Magni*, III, 1, 18; *Plutarchus, Vitae paralleriae*, II, 2. *Alexander et Caesar*, XVIII, 2.)は博士論文 *disputatio inauguralis* 『法における複雑な事件について *De casibus perplexis in jure*』(1666年初版)でも用いられている(*De casibus*, VI, 236.)。『複雑な事件』で扱われた「間接的矛盾 *antinomia indirecta*」との違いや、『複雑な事件』と『新方法』の内容的な一体性等も含めて、拙稿「法解釈学の重層性」(獨協法学第64号)のⅢを参照。

ationes in unum collegere」者とその著作を幾つか列挙している。そこには、ヒューベルト・ファン・ヒッフェン Hubert van Giffen (1533/34-1604年) の『市民法矛盾集 *Antinomiae jurs civilis*』(1605年初版) や『封建法矛盾集 *Antinomiae jurs feudalis*』(1606年初版)、ニコラウス・フォン・ザリス Nicolaus von Salis (生没年不詳) の『全市民法からの収穫 *Sicilimenta ex toto jure civili collecta*』(1614年)、ニコロ・パッセリ Nicolò Passeri (1585-1615年) の『市民法大全において相互に全く矛盾しているように見える諸法文のこの上なく明敏かつ確実な調和 *conciatio cunctarum legum, quae in toto corpore jurs civilis inven quasi ex diametro contrariari videbantur, acutissima et solidissima*』(1616年初版) と並んで、パーチュの『矛盾法文選』が挙げられており、人文主義法学者たちの成果を法学徒が効率よく学ぶ媒体として、矛盾法文集を評価する姿勢も見て取れる。ライブニッツは、矛盾法文集のあり方を、その規模に応じて、「小矛盾学 *Antinomicus minor*」と「大矛盾学 *Antinomicus major*」とに区別する。後者が「諸賢の多種多様な解決案、並びに、それらの論拠及び難点を詳論する *fuse varias autorum solutiones rationesque earum ac difficultates enarrat*」のに対して、前者には、「主要かつ確実な解決が一つだけ収録され、その最初の発見者が引用されるべきである *addatur una solum primaria solidaque solutio, allegeturque ejua primus inventor*」し、「その矛盾が解決不能であれば、その点も誰か卓越した人士の權威に基づいてあくまで簡潔に告知されねばならない *si insolubilis antinomia est, id quoque ex magni alicujus viri autoritate breviter admoneatur*」。法学教育の改善という観点からライブニッツが重視しているのはもちろん後者の「小矛盾学」であり、「この小さくはあるが学習者にとって極めて有益な仕事 *tale breviusculum opus, sed discentibus utilissimum*」を「わずかに四枚程度から成る矛盾の簡潔な一覧表 *brevis antinomialium recensio vix 4 plagulis constans*」という形式で自ら取り組む希望を表明してさえいる。また、別の箇所(『新方法』第2部第67節<sup>3)</sup>)では、「矛盾学 *Antinomicus*」が各法文

3) Nova methodus, 339. 試訳は「若きライブニッツの法解釈方法論」(獨協法学64号) 参照。

の「論理的分析 *analysis logica*」を通じた矛盾の解決それ自体から明確に区別されており、そのような区別の根底にあるのは、「解釈の予備段階 *interpretationis praeliminaria*」と「法文の解釈それ自体 *interpretatio legum ipsa*」の二段構え<sup>4)</sup>による教育的配慮である。更に、「注解が全巻について書かれる *commentarius scribitur super totum librum*」場合に、相互に矛盾する複数の法文の何れに「論理的分析」が施されるべきかという点についても、「矛盾の解決は、矛盾する法文の中で最も曖昧な法文、つまり、難しさの在処に相当する法文に対し為されるべし *antinomiae solutio fiat ad eam legem quae inter pugnantibus maxime obscura est, et sedes difficultatis*」との指針が示されている<sup>5)</sup>。ここで問われているのは、例えば学説彙纂の注釈書において、国庫先取特権をめぐる第20巻第4章第21法文と第49巻第14章第28法文の矛盾の解決を何れの法文の注釈で遂行するのが法学の学習乃至教授にとって望ましいのかということであろう。要するに、ライブニッツは、人文主義法学の矛盾解決の成果が様々な矛盾法文集を介して広く普及する中、標準注釈以来の議論の膨大な蓄積を見通すことが困難な初学者に相応しい矛盾解消論のあり方を、法学教育全般の改善という包括的な枠組みの中で巧みに提示しているのである。

ところで、以上のようなライブニッツの議論は、そもそも「法に矛盾が存在するか否か *denturne in jure antinomiae*」という「最も悩ましい問題 *vexatissima quaestio*」についてこれを肯定し、「解消不能な *insolubilis*」矛盾の存在を許容する立場から展開されている。ここで「法 *jus*」と呼ばれているのは、大学法学部で教授され学習されている法、とりわけ、ユスティニアヌス帝の命で編纂され後世に伝えられたテキスト群としてのローマ法である。そのような法典の編纂に際しては、「複数の共同作業者が常に同一の判断に依拠していたとはそもそも考えられない *plures operis socios non iisdem semper credibile est consiliis usos*」以上、法の矛盾は避けられない。「長大な仕事に睡魔の忍び寄るは致し方なし *operi longo fas est oprepere somnum*」という一節がホラティ

4) *Nova methodus*, § 51, 329.

5) *Nova methodus*, § 68, 340.

ウスの『詩論 *Ars poetica*』から引用されているのは、ホメロスの詩作のみならずユスティニアヌスがトリボニアヌスに命じた法典編纂もまた「人の本性 *humana natura*」の限界を免れない(「幾ばくかの瑕疵 *paucae maculae*」は「人なれば避け難し *humana parum cavet natura*」<sup>6)</sup>)という趣旨であろう。『新方法』全体を通じて神学と法学との照応関係を強く意識するライプニッツが、ここであえて「如何なる場合にも首尾一貫しているというのは聖書にだけ可能なのである *solius sacrae scripturae est sibi ubique constare*」と指摘しているのも、法の矛盾を人為故に不可避と解する立場の裏返しに他ならない。従って、ライプニッツにとって、「法の論理学」の一端としての「法文間の矛盾の解消」とは、当時『市民法大全』として再編集された形で流布していた法典編纂の成果の論理的な無矛盾性を前提に解決案を探究することではなかった。確かに、ライプニッツは、「主語や述語があちとこちらの法文乃至命題において異なっているのかそれとも同じであるのか注意を払う *tuemur aliud subjectum vel praedicatum esse in hac aliud in illa lege vel propositione, vel utrumque esse idem*」ことに「矛盾解消法 *ars solvendi antinomias*」を見出し、「相違と同一性を証明できるとアリストテレスが主張するあれほど多くのやり方があれば、矛盾も解消可能である *quibus modis probari Aristoteles diversitatem et identitatem posse ostendit, tot modis solvi possunt antinomiae*」との見通しから、矛盾律を根本原理とする推論準則に即した『矛盾の解消法に関する覚書 *Commentarius de arte solvendi antinomias*』の執筆の意向も表明してはいるけれども、そのような「矛盾解消法」には自ずと限界が存する。法の無矛盾性を前提としない以上、法文間の矛盾を論理的に解消できるとは限らないのである。そして、この点は、ライプニッツ自身も、『新方法』初版当時からはっきり意識していたと考えられる。というのも、「法の矛盾 *antinomiae juris*」のいわば現象形態として例示されている学説彙纂での「法律家たちの学派間における対立 *contraria inter se Jurisconsultorum sectis*」や「古法の痕跡 *vestigia Juris Veteris*」は何れも法文の「論理的分析」だけでは「解消不能な」矛盾と言えるか

6) *Ars poetica*, 351–353.

らである。「法文の中には、法律家が議論の末尾で見解の対立する別の法律家を名指しているようなものも存在しており、後者による異論が学説彙纂の別の箇所ではっきりと確認できる場合もある *sunt leges quaedam, ubi in terminis unus alium dissentientem allegat, cujus deinde dissensus alio in Digestis loco expresse reperitur*」という事態を、従来の学説上の対立が法典編纂という「長大な仕事 *opus longum*」の限界故にそのまま学説彙纂に残された帰結と捉えるならば、この種の「矛盾」の解消が仮に可能であるにせよ、それは、古代の「法律家たち *Jurisconsulti*」においてそうであったように、何れを現行法として通用させるべきかという妥当論的解決<sup>7)</sup>でしかあり得ない。これに対して、「古法の痕跡」という「矛盾」は、論理的のみならず妥当論的にも解消不能であり、それどころか、そもそも「矛盾」として認知されない可能性もある。なぜなら、当該「矛盾」の存在そのものがある特殊な前提に基づいているからである。「ユスティニアヌスは時代遅れのものが全て取り除かれるよう要求し、トリボニアヌスはそれらが取り除かれた旨公言した *volebat Justinianus, et profitebatur Tribonianus vetera omnia sublata*」にもかかわらず、敢えて「時代遅れのもの *vetera*」を学説彙纂に読み取る者だけがそれらを「法の矛盾」として意識できるのである。逆に言えば、「学説彙纂に古法の痕跡が残っていると主張する者は誰であれ、そのこと自体によって、矛盾を認めていることになる *quicumque vestigia Juris Veteris in Digestis superesse tradunt, eo ipso admittunt antinomias*」。あらためて言うまでもないが、「学説彙纂に古法の痕跡が残っていると主張する *vestigia Juris Veteris in Digestis superesse tradunt*」者とは、「法学の偉大な復興者」として矛盾解消に寄与したとされるキュジャス等人文主義法学者を指す。

しかしながら、ゴドフロワの注解にせよ矛盾法文集にせよ、ローマ法を現行

7) そのような解決は、『新方法』の枠組みで言えば、個々の法文の正しさを前提とする「解釈的法学」ではなく、「自然法に基づく合理性 *Ratio ex Jure Naturae*」と「確実な市民法に基づく類似性 *Similitudo ex Jure Civili certo*」という二つの「判断原理 *principia decidendi*」(*Nova methodus*, II, § § 70-76, 342-345.)を扱う「論争的法学 *Jurisprudencia polemica*」の領分に属することになる。



法として解釈適用する立場にある学識法曹がそこに求め見出したのは、人文主義法学者の独擅場とも言うべき「古法の痕跡」をふまえた発展史的解決などではなく、標準注釈の解決案を起点に法文間の論理的整合性を探究した成果であった。本稿で取り上げている第21法文と第28法文の矛盾解消がそうであるように、偶々そこに人文主義的な考証文献で提示された解決案が含まれているとしても、学説彙纂に「古法の痕跡」という意味での矛盾を見出すような観方とは無縁のまま参照援用されたのである。「古法の痕跡」を丹念に辿る人文主義法学者を称揚し「法の矛盾」を否定しないライブニッツは、それ故、学識法曹あるいはその予備軍たる法学博士たちの間ではむしろ少数派に属していたと言える。ライブニッツは、五年ほどマインツ選帝侯に仕え選帝侯死去により失職した後、数学者として王立諸学アカデミー Académie royale des sciences への入会を希望し結局果たせないままパリに滞在した時期を経て、1677年以降生涯に渡りブラウンシュヴァイク＝リューネブルク公のハノーファーの宮廷に仕官することになる。『新方法』初版から三十年近く後の1696年頃、当時、主君エルンスト・アウグスト Ernst August (在位1679-1698年 [1692年から選帝侯]) の下、先代ヨーハン・フリードリヒ Johann Friedrich の代から既に二十年近くに渡って宮廷顧問官の地位にあり、1691年以降はブラウンシュヴァイク＝ヴォルフエンビュッテル公アントン・ウルリッヒ Anton Ulrich の下でアウグスト図書館 Bibliotheca Augusta の館長職も兼任していたライブニッツは、「著名な法律家たち jurisconsulti insignes」から再刊の要望に応えるため、ヴォルフエンビュッテル滞在時の文献入手を契機に『新方法』の改訂に向けた作業を始めた<sup>8)</sup>。改訂版は結局公刊されることはなかったが、ライブニッツ自身による修

---

8) “かつて若かった私は、法学への手引きに関して、いわゆる十二折判の形式で全194頁から成る小著をフランクフルト・アム・マインで1667年に出版した。本書を再刊するように著名な法律家たちから促されている。そこで私は、他の法学入門書に目を通してそこからの選び取ったものを私の仕事に組み込めば上手くそれをやり遂げることができると考えた。それらの入門書の幾つかがこの度たまたま旅先で友人伝いに入手できたので、それらについて簡潔にまとめておくことにする。

まず私の『方法』は所々修正及び増補の必要があると考えられる。というのも、十分な荘重さをもって述べられていないところがあるし、正確さの足りない箇所も相当

正の書き込みや覚書が残されている<sup>9)</sup>。それによれば、ライプニッツは、「小矛盾学」を自ら著す希望に言及した箇所を削除する一方、公刊されたばかりのゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ Georg Adam Struve (1619-1692年)の著作を最新の矛盾法文集として追加した。その著作は、『ローマ=ゲルマン裁判法学 *Iurisprudentia Romano-Germania forensis*』(1670年初版)と並ぶシュトルーヴェの主著『全市民法要論 *Syntagma juris civilis universi* (学説彙纂の編別による法学要論 *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum*)』(1663年初版)を補完するもので、そこでは、『ゴトフレドゥスの<然るにIMMO>、すなわち、ディオニシウス・ゴトフレドゥスが市民法の学説彙纂への注解の中で、<IMMO>の語を用いて、多くの場合解決案を示さずに指示し論及していたところ、近時、完璧な法律家で、ザクセン大公の枢密顧問官、名高いイエーナ大学の著名な教師で法学部筆頭教授、当領邦裁判所の主席陪席判事等を兼ねるこの上なく偉大で卓越したゲオルギウス・アダムス・ストルウィウス氏が、その極めて明敏な判断力と細心の努力を以て解明し解決へと導いた一見矛盾する法文間の調和 *Gothofredi IMMO, hoc est conciliatio legum in speciem pugnatium, quas in notis ad Pandectas iuris civilis, Dionysius Gothofredus, Jurisconsultus, verbum IMMO usurpando, indicare atque arguere, ommissa plerumque solutione assueverat; nuper autem, summo iudicii acunime, subtilique industria, discussis contrariorum tenebris, evoluit et in concordiam adduxit, vir magnificus et excellentimus dominus Georgius Adamus Struvius, jurisconsultus consummatus, Consiliarius Saxonicus intimus, Antecessor in illustri Academia*

---

見られるからである。もちろん当時既に不満足に感じられていた箇所は必ず補完され、あるいは、不満足な箇所を少しでも埋め合わせるかもしれない点をとにかく代わりに指示することで可能な限り補充されることになるであろう。”(Sämtliche Schriften und Briefe, Philosophische Schriften, II [1966], 26. なお、「著名な法律家たち *jurisconsulti insignes*」が具体的に誰かは不明であるが、「友人 *amicus*」については、覚書の編者はこれをヴォルフエンビュッテルの司書ローレンツ・ヘルテル Lorenz Hertel と推測している。)

9) Sämtliche Schriften und Briefe, Philosophische Schriften, I [1930], XXI-XXII/ 259-364; II [1966], 25-35/ 553-558. 参照。

Salana celeberrimus, Facultatis Juridicae Senior, Curiae Prvinciae Assessor Primarius, et cetera] (1695年初版) との表題からも明らかな通り、ゴドフロワの注解で用いられた<然るに imo>が法文間の無矛盾を指示する一種の記号と見なされ各該当箇所へ解決案が付されている。この『<然るに>』は、その規模や内容を見る限り、ライプニッツの言う「大矛盾学」にも「小矛盾学」にも当てはまらないが、シュトルーヴェが先妻との間の子ゲオルク・クリストフ Georg Christoph (同人早世後はその弟ヨーハン・ヴィルヘルム Johann Wilhelm) の手に委ねて出版させた『著者自身によってかつてイエーナ大学で用意された市民法要論に含まれる諸争点の補説、並びに、同書で引用された疑わしく理解の妨げとなるテキストの解明 Evolutiones controversiarum in Syntagmate juris civilis, ab ipso olim in Academia Jenensi adornato, comprehensarum, nec non resolutiones dubiorum et textuum obstantium ibi allegatorum』(1669年初版) とともに<sup>10)</sup>、『要論』に提示されたようなあくまで現行法としてのローマ法の理解の便宜を図るというパーチェ等の矛盾法文集と共通した目的を有していたことは確かである。それ故、この『<然るに>』は、17世紀後半の学識法曹が法文間矛盾についてより広く共有していた観方を探るのに格好の素材と言える。

シュトルーヴェの「遺著 opus posthumum」でもある『<然るに>』に付された無署名の読者宛て序言<sup>11)</sup>ではまずその冒頭、「ローマ法学に見られる様々

10) 両書については Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, II [1884], 159-160. 参照。

11) “親愛なる読者へのご挨拶とお願い。ローマ法学に見られる様々な慣例や難解さの中で学ぶ側と共に教える側の知性をもひどく悩ませているのが、皇帝 [ユスティニアヌス] が勅法彙纂第1巻第17章「古法の解明、並びに、学説彙纂に収録された法律家たちの権威について」第1勅法 [=学説彙纂第一序文「学説彙纂の構想について」] 第8節で<法文間矛盾 (アンティノミアイ)>と呼んでいるものである。ローマ法学習の発展のために、暗闇から真理を取り出す機会と為すべく、それらの<法文間矛盾>に言及する人々がいる。つまり、文脈に齟齬があるように見える度に、注意と熟慮無しには到達し得ない一致あるいは調和に目を向けさせるのである。反対に、<矛盾>を法学の欠点を見なし、美しい身体のしみ以上のものとは考えない人々もいる。彼らは、神によって委ねられた任務であるとの理由で法学を賛美するけれども、諸説の対立につけて法学の不完全性を嘆くのである。今のところ私は、他の人々、とりわけ、

な慣例や難解さの中で学ぶ側と共に教える側の知性をもひどく悩ませている inter varias moras atque difficultates Jurisprudentiae Romanae non parum distrahunt ingenia Docentium juxta et discentium」の「法文間矛盾（アンティノミアイ）αντινομια」であると指摘され、「皇帝ユスティニアヌス Imperator Iustinianus Augustus」が「宮廷法務長官である極めて優秀なトリボニアヌス

---

ローマ人の法律を毛嫌いし一度も真面目に取り組んだことのないような人々が何を言おうと気にはならない。むしろ、ローマ法学の難解さを克服するにあたって「法文間矛盾」は表面的にすぎないと解するかあるいはまた真正なく「法文間矛盾」をほとんど認めることのない解釈者たちの側に私は与する。そこでは、法文の意味や文言に歪めることなく、法の類推や諸博士の一致した見解からもそれほど離れてはいないような調和が探究される。そのために学問的な論争が交わされ、それは、立法者の権威や将来の判決にも法学にも決して反することのない法理が明らかとなるまで繰り返される。それ故に、多くの人々による不自然な諸準則などは不要であり、あちこちでそのような諸準則を提案している人々にはいい加減な者が稀ではなく、法文中に齟齬が存するよりも、正しい理性と法律からかけ離れたような馬鹿げたことを認めたがる場合、特にそうである。スコタヌスも『法学討論集』第1演習「法文間矛盾について」においてこのような者たちを認めようとはしていない。スコタヌスが言うように、法文中の対立を見分ける者が真理もまた見分けるのである。これを認めない者たちは空想と虚構を若者に教え込み、そのような状況の下では、危険有害なものは何も見出されないことになる。かつて他に例を見ないほど大学や法廷における法学の有用性を高めたディオニシウス・ゴトフレドゥスも、それ故、彼の注解の中で対立する法文を明示し、「然るに対立法文ではそうではない」と付言している。しかし、なぜ対立しないのかその理由は示さないままである。これに対して、法廷でも学問的論争でもこの上ない名声を恵まれた父は、ゴトフレドゥスの指示する「対立法文」を手掛かりに、完璧な解釈者の模範に則り、法文を法文によって、法を法によって、古代の人々を古代の人々によって解明し、他の人々が冗長な注釈で説明していることを簡便に教示することで、自らそれを上首尾に成し遂げた。それは、故人の名声や榮譽、あるいは、神聖なるテミスに身を捧げる人々の利便に照らして、不相応の所業であったとは思われない。そういうわけで、解明され調和へと導かれた「対立する法文」は、[ゴトフレドゥスの] 注解の中で常に繰り返される反駁的言い回し「然るに対立法文ではそうではない」から採られた表題の下に出版される。今回のものが不評でなければ、神の御加護の下、間もなく他の諸著、中でも特に、多くの人々から指摘されている誤りを修正した『市民法要論論点補説』、同様に、不都合な仕方です実務に対立する多数の法文に関する『判決による学説彙纂』、更には、『勅法彙纂演習』その他の良き成果の出版がこれに続くはずである。ご機嫌よう。そして、我々の試みにご期待を。”(引用は1695年フランクフルト刊のテキストによる。)

氏 Tribonianus vir eminentissimus Quaestor sacri palatii) に学説彙纂の編纂を命じた勅法、すなわち、「賢明なランパディオス氏とオレステース氏が執政官就任年 [530年] 12月15日に発せられた data octavo decimo Kalendis Januariis, Lampadio et Oreste viris clarissimis consulibus」勅法(勅法彙纂第1巻第17章「古法の解明、並びに、学説彙纂に収録された法律家たちの権威について De veteri jure enucleando, et de auctoritae juris prudentium, qui in Digestis referuntur」第1法文=学説彙纂第一序文「学説彙纂の構想について De coceptione Digestorum」)から法文間矛盾に関する一節(第8節)が引用されている。この箇所でユスティニアヌスは、529年に公布施行されていたいわゆる旧勅法彙纂 Codex vetus に多数見られるような「法文間矛盾 antinomia」が学説彙纂の中に含まれることなく「ただ一つの調和、ただ一つの結論が存すべき sit una concordia, una consequentia」旨命じており、これは、「重複 similitudo」の排除、とりわけ、「朕の勅法彙纂に収録した神聖なる勅法群に規定されている事柄が古法に基づいて再度提示されること ea quae sacratissimis constitutionibus quas in Codicem nostrum redegimus, cauta sunt, iterum poni ex veteri jure」の禁止(第9節)、更には、「裁判手続で極めて頻繁に適用されているもの quae judiciorum frequentissimus ordo exercuit」や、ローマとコンスタンティノポリスにおいて「長期の慣習により確証されたもの quae longa consuetudo comprobavit」への収録学説の限定(第10節)と共に、如何なる学説を収録し如何なる場合に削除あるいは補充を施すべきかにつき編纂責任者たるトリボニアヌスに予め与えられた具体的な編纂指針の一つであった<sup>12)</sup>。これらの指針がほぼ満

12) “<8.> また、前記勅法彙纂 [529年4月公布施行のいわゆる旧勅法彙纂] のあらゆる部分に存する<法文間矛盾(アンティノミア)>(というのも古来ギリシャ語でそのように呼ばれている)がその居場所を求めるようなことはあってはならず、ただ一つの調和、ただ一つの結論が存するべきであり、如何なる反対の事柄も定められてはならない。<9.> その一方で、この種の集成からは(既に述べたところに従って)重複を排除することも朕は望んでおり、朕の勅法彙纂に収録した神聖なる勅法群に規定されている事柄が古法に基づいて再度提示されることは許さない。なぜなら、それらの事柄の権威づけには神聖なる勅法の発布だけで十分であるから。区別、あるいは、補充、あるいは、十分な検索のためにそのような重複が生じている場合はこの限

足の行く形で遵守され、「無数の古いものが徹底した簡潔さで少量化された *multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur*」ことで「驚嘆すべきものが完成した *Mirabile aliquid emersit*」とユスティニアヌスが考えていたことは、「元老院と全国民 *Senatus et omnes populos*」に宛てて「我らが主君ユスティニアヌス三度目の執政官就任年 [533年] 12月16日に発せられた *data septimo decimo Kalendis Januariis Justiniano Domino nostro ter consule*」学説彙纂公布の勅法（勅法彙纂同巻同章第2法文＝学説彙纂第二序文「学説彙纂の承認について *De confirmatione Digestorum*」）の対応箇所（第14節から第17節）<sup>13)</sup>から分かる。特に法文間の「矛盾対立 *contrarium*」に関しては、「先の勅法彙纂

---

りではないが、この種の誤りの連続からこの牧草地に棘あるものが何も生えることのないように重複はめったにない方が望ましい。〈10.〉しかもまた、古い書巻に示されている法律が既に不使用に帰している場合には、それらの法律を収録することを朕は汝等に決して許さない。なぜなら、朕が維持されることを望んでいるのは、裁判手続で極めて頻繁に適用され、あるいは、この豊麗なる都市の長期の慣習によって確証されたものだけであり、これは、全ての都市が全世界の首府にあたるローマの慣習や法律に従うべきであって、ローマが他の都市に従うべきではない旨示唆するユリアヌスによる一節 [D. 1, 3, 32, pr.] に拠ったものである。ただしこの場合、朕は、古いローマだけではなく、慈悲深き神の御加護の下に吉兆により建設された朕の首都 [コンスタンティノポリス] をもローマと見なしている。” (*Corpus juris civilis*, II, 67.)

- 13) “〈14.〉ところで、膨大な書巻から採録されたこれほど大部な法文集には、あるいはまれに何か重複した事柄が見出されるかもしれないが、何人もこれを非難されるべきものと解してはならず、何よりもまず、生まれつき備わっている人間の無力さにこれを帰すべきである。なぜなら、あらゆる事柄を記憶し如何なる場合にも決して誤りを犯さないということは人ではなく神にのみ可能であるからであり、卓越した人々によってもそのように言われている。次に、幾つかの事柄とりわけ簡潔に過ぎる点に重複が残されているのは無益ではないことも知っておくべきであるし、それは朕の指示に反して為されたわけでもない。それはすなわち、ある法文が事柄の理解のために異なる章に収録されねばならないという仕方が必要な場合、あるいは、別の法文と結合しているために、全体を理解不能にさせることなく部分的に抜粋することができなかった場合であり、とりわけ、古人のこの上なく完全な見解が提示されている箇所においては、それらの箇所に少しずつ散在している事柄を分割し切り離してしまうのは不適切であって、読者の判断や理解がそれによって妨げられることのないようにせねばならない。同様に元首の諸勅法において何か定められている場合には、諸勅法の読み上げで十分であるから、その事柄を学説彙纂の中に収録することを朕は決して許さなかった。ただし、重複が要求されるのと同じような諸理由から、まれにそのよう

に含まれていたような矛盾対立は、もはや如何なる居場所も求めることはなく、誰かがその鋭敏な感性で不一致の諸論拠に探究するとしても、一切見出されることはない *contrarium aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat*」とまで言い切っている。しかしその一方で、「重複 *similitudo*」の排除については、「あらゆる事柄を記憶し如何なる場合にも決して誤りを犯さないということは人ではなく神にのみ可能である *omnium habere memoriam, et penitus in nullo*

---

なことはある。〈15.〉しかし、先の勅法彙纂 [旧勅法彙纂] に含まれていたような矛盾対立はもはや如何なる居場所も求めることはなく、誰かがその鋭敏な感性で不一致の諸論拠に探究するとしても、一切見出されることはない。一方、不調和の異議を受け付けず、矛盾の域に取まらない全く別の性質を有するような新しい何かが見出されたり人知れず隠れていたりするかもしれない。〈16.〉また、これほど多くの事柄の中の奥深くに隠れているために気付かれず、明示されるに相応しいけれども不明瞭に隠されたまま放置されざるを得ないような事柄があるいは見落とされているとしても、一体誰が正気でこれを非難できよう。何よりもまず、人の知性の不十分さ故に、次いで、事柄自体の欠陥、つまり、多くの不要物と絡み合っているために見つけ出す手段がないが故にそれらは見落とされているのであるから。従って、多くの無用の事柄で人々を困惑させるよりは、採り上げるに相応しい事柄を僅かに逃す方が遙かに有益である。〈17.〉とはいえ、これらの書巻から驚嘆すべきものが完成された。それはすなわち、「無数の古いものが徹底した簡潔さで少量化された」からである。実際、これまで訴訟を提起しようとする人々は、多くの法律が制定されているにもかかわらず、彼らにとって入手困難であるような書巻の欠如あるいは書巻そのものの不知の故に、ごく僅かな法律に拠って訴訟を遂行し、その結果、法律の権威というよりはむしろ裁判官の裁量によって訴訟が処理されていた。しかしその一方で、我が学説彙纂として完成したこの集成の内には、以前の人々がその表題について知らないばかりか一度も聞いたことのないようなこれほど多くの書巻から法文が収録されており、ここに採録されたものは全て極めて内容豊かに集約された内容を備え、確かに古来の膨大さは失われているけれども、我々の簡潔さはこの上ない豊饒さをもたらしている。古い賢慮に関する書巻を大量に用意できたのは学識深いトリポニアヌス氏の功績である。そこには、学識ある人々にさえ知られていない書巻が多く含まれていたため、それら全てが精査された上で、その中から最も優れた事柄が漏れなく取り出され我々の最上の集成に収められている。このような仕事の遂行者たちは、法文が取り出された書巻だけではなく、それ以外の書巻、すなわち、そこに有益ではない事柄や目新しくない事柄を見出した場合にそれを除いた上で我々の学説彙纂に収録した書巻や、全く的確な判断の下に退けた書巻にも目を通したのである。” (*Corpus juris civilis*, II, 69.)

peccare, divinitatis magis quam mortalitatis est」との理由で、「膨大な書巻から採録されたこれほど大部な法文集には、あるいはまれに何か重複した事柄が見出されるかもしれないが、何人もこれを非難されるべきものと解してはならない si quid in tanta legum compositione quae ab immenso librorum numero collecta est, simile forsitan raro inveniatur, nemo hoc vituperandum existimet」とされているし、より一般的に、「これほど多くの事柄の中に奥深く隠れているために気付かれず、明示されるに相応しいけれども不明瞭に隠されたまま放置されざるを得ないような事柄があるいは見落とされているとして、一体誰が正気でこれを非難できよう si quid forsitan praetermissum est, quod tantis millibus quasi profundo positum latitabat, et cum idoneum fuerat poni, obscuritate involutum necessario derelictum est: quis hoc reprehendere recto animo possit」とも述べられ、「人間の無力さ imbecillitas humana」乃至「人の知性の不十分さ ingenii mortalis exiguitas」故の編纂作業の限界がはっきりと意識されている。従って、学説彙纂における「古法の痕跡」も、ユスティニアヌスやトリボニアヌスの言行不一致が遥か後の時代に「法の矛盾」として認知されるに至ったものというよりはむしろ、学説彙纂編纂当初から、ライプニッツがホラティウスを引用しつつ指摘したのとほぼ同じ理由により、不可避の事態として許容されていたことになる。

一方、『<然るに>』の序言において学説彙纂の編纂を命じた上記勅法を引用した無名氏自身は、「ローマ法学習の発展のために、暗闇から真理を取り出す機会と為すべく、それらの<法文間矛盾>に言及する人々 qui eas referunt ad incrementa Studiorum legelium, quasi detur hinc occasio, veritatem e tenebris eruendi」と、「<矛盾>を法学の欠点を見なし、美しい身体のみしみ以上のものとは考えない adscribunt easdem naevis Jurisprudentiae, neque aliter contemplantur illas, quam maculas in pulchro corpore」人々とを対比した上で、前者、つまり、「ローマ法学の難解さを克服するにあたって<法文間矛盾>は表面的にすぎないと解し、あるいはまた真正な<法文間矛盾>をほとんど認めることのない解釈者たちの側 interpretum secta, qui ad superandas hasce defficultates, vel adparentes tantum ἀντινομίας, vel inter veras admittunt paucissimas」に与



する旨表明している。「神から委ねられた任務であるとの理由で法学を賛美するけれども、諸説の対立につけて法学の不完全性を嘆く *laudant quidem Juris artem, quod sit munus divinitus : sed perfectionem in ea desiderant, propter sententias contrarias*」とされる後者の人々が具体的に誰かは明らかではないが、「ローマ人の法律を毛嫌いし一度も真面目に取り組んだことのない *oderunt leges Romanorum, nec serio tratarunt unquam*」との形容に一種の皮肉を読み取るとすれば、神学者や哲学者といった法実務とは縁遠い学識者一般というよりはむしろ、「ローマ法の書巻 *libri Juris Romani*」から「実定的でローマ市民特有の考え方に対応した事柄 *positiva, et ad peculiare rationes Romanae civitatis adaptata*」ではなく「あらゆる人及び民族を義務づける法の教説 *disciplina Juris omnes homines gentesque obligantis*」に関わる事柄だけを適宜取り出して<sup>14)</sup>いわゆる幾何学風 *mos geometricus* の論理整合的な体系の素材として利用しようとしたザムエル・プーフェンドルフ *Samuel Pufendorf* (1632-1694年) のような自然法論者が想定されているようにも見える。それはともかく、ここでは少なくとも、「<法文間矛盾>は表面的にすぎないと解し、あるいは真正なく法文間矛盾>をほとんど認めることのない解釈者たち *interpretes, qui vel adparentes tantum αὐτινομίας, vel inter veras admittunt paucissimas*」を支持する無名氏が、「古法の痕跡」のように「論理的分析」だけでは「解消不能」な「法の矛盾」の存在を許容した人文主義法学者たちやライプニッツとは原理的

14) “…従って例えば、自然法並びに万民法、つまり、あらゆる人及び民族を義務づける法の教説に関わる事柄がローマ法の書巻に非常に多く見出されることは誰もが知っているけれども、そこには実定的でローマ市民特有の考え方に対応した事柄が方々に相当数見られる。両者は互いに適切に区別されなければ、そこから、雑然として信頼できず愚かな訴訟沙汰に満ちあふれた法知識が生み出されざるを得ない。それ故、私の考えでは、ローマ法において何が自然法に関わり、何が実定法に関わるのか表示することで、自然法乃至普通法と、本来言うところのローマ法、つまり、ローマ市民特有の法との間に正確に境界を引けるような、そういう簡便な索引がローマ法の書巻について存在すれば極めて有益であろう。…” (『自然法と万民法について *De iure naturae et gentium*』(1672年初版)のアムステルダム版(1688年初版)に付された読者宛ての「再刊序文 *Praefatio Alteri Editioni praemissa*」から。引用は1704年アムステルダム刊のテキストによる)。

に異なる立場に立っていることは確かである。その無名氏の理解によれば、法文間矛盾の解消は、「法文の意味や文言を歪めることなく、法の類推関係や諸博士の一致した見解からもそれほど離れてはいないような調和が探究される conciliatio quaeritur, quae nec sensui vim infert, ac verbis legum, nec longius recedit a juris analogiam et consensu Doctorum」という仕方では為される。しかも、「そのために学問的な論争が交わされ、それは、立法者の權威や将来の判決にも法学にも決して反することのない法理が明らかとなるまで繰り返される heic erudita ineuntur certamina, et frequentantur, usque dum constet de Juris dogmate, quod neque auctoritati Legislatoris, ac decisioni futurae; neque arti Juris ulla in parte adversetur」とあるように、法文間の論理整合性だけではなく、「立法者の權威や将来の判決 auctoritas Legislatoris, ac decisio futura」とも調和し得る妥当論的解決が念頭に置かれている。法文間矛盾という不都合を「不自然な諸準則 coactae regulae」で隠蔽して「空想と虚構を若者に教え込む somniis juventutem ac figmentis instruunt」のではなく、「法文中の対立を見分ける者が真理もまた見分ける qui agnoscunt contraria in legibus, vetitatem agnoscunt」というベルナルドゥス・スホタヌス Bernarudus Schotanus (1598-1652年)の言葉に示される通り、「表面的なもの」にすぎない矛盾と真摯に向き合うことこそ「大学や法廷 cahtedra sc forum」における「法学の有用性 Jurisprudentiae commoda」を高めることに繋がるのである。そして、そのような取り組みの最大の成果がドニ・ゴドフロワの注解に他ならない。しかし、ゴドフロワの注解はごく簡潔なものであって、法文間矛盾に関しても、「彼の注解の中に対立する法文を明示し、<然るに対立法文ではそうではない>と付言している in glossis suis leges demonstrat obstantes, et addit, IMMO NON OBSTANTES」だけで、「なぜ対立しないのかその理由は示していない quamvis nullam adsignat rationem, cur non obstant」とされる。そこで、シュトルーヴェが、「ゴトフレドゥスの指示する<対立法文>を手掛かりに、完璧な解釈者の模範に則り、法文を法文によって、法を法によって、古代の人々を古代の人々によって解明し、他の人々が冗長な注釈で説明していることを簡便に教示することで、自らそれを上首尾に成し遂げた Leges ex Legibus, jura ex juribus,

veteres ex veteribus, secundum obstantes Gothofredianas, ad normam perfecti interpretis declaravit, inque compendio docuit, quae alii prolixis commentariis explicarunt」というのである。シュトルーヴェによって「*解明され調和へと導かれたく対立法文>obstantes enuncleatae et conciliatae*」が、「ゴトフレドゥスの注解の中で常に繰り返される反駁的言い回しく然るに対立法文はそうではない」から採られた表題の下に出版される *proderunt sub titulo, cui in glossis dedit occasionem vox adversaria, repetita semper, IMMO NON OBSTANTES*」ことの意義と経緯について序言で述べられているのは以上の通りであり、その際シュトルーヴェが「*法廷でも学問的論争でもこの上ない名声に恵まれた父 in curia pariter et palaestra erudita BEATISSIMUS PARENS*」と呼ばれているところから、序言を著した無名氏はシュトルーヴェの子<sup>15)</sup>の内の一人であると考えられる。これを後妻との間の子で、後にゲルマン(法)史研究に成果を上げイェーナ大学の図書館司書及び史学教授を経て国法・封建法担当教授となるブルクハルト・ゴットヘルフ Burkhard Gotthelf Struve (1671-1738年)と解する向き<sup>16)</sup>もあり、出版年代等に照らせば<sup>17)</sup>そのような推測はおそらく正しい。しかし、当該序言から読み取るべきなのは、父アーダムの『要論』について詳細な注解(1692/98/1701年初版)を遺したペーター・ミュラー Peter Müller (1640-1696年)にイェーナで学んだとはいえ『<然るに>』公刊当時は学問的遍歴の途上で事実上無職であったブルクハルト<sup>18)</sup>個人の特異な見解などではなく、父アーダムを含む17世紀後半の学識法曹の大半に共有されていたはずの

15) ADB, Bd.36 [1893], 679-680.

16) Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, II, 160.

17) シュトルーヴェの子で法学に学んだとされる四人 (ADB, Bd. 36, 679-680.) の内、『論点補説』に関わったゲオルク・クリストフは早世し、ヨーハン・ヴィルヘルムは『<然るに>』公刊時に存命であるとしても年齢乃至経歴等からして無名とは考えられない。また、ブルクハルトと同じくシュトルーヴェの後妻の子で弟にあたるフリードリヒ・ゴットリープ Friedrich Gottlieb (1676-1752年) は、父名義の『手工業法判決集 *Decisionum juris opificiarum centum*』(1708年初版)を編集しているが、『<然るに>』の編者としては若すぎる。

18) ADB, Bd.36, 671-673.

法文間矛盾に対する観方であろう。そして、ここに代弁された観方の内実は、実際にゴドフロワとシュトルーヴェ双方の注解を照らし合わせて見ることで一層明白になるはずである。

学説彙纂第20巻第4章の冒頭、パピニアヌスの『問題集 Questiones』第8巻から収録された第1法文の前書<sup>19)</sup>(以下第1法文と略称)では、「ある婦女のために嫁資を約束した者が自らへの嫁資の返還について質乃至抵当を受け入れたのに続いて、嫁資の一部の支払いが為されたところ、夫は当該嫁資を他人のための質入れし、その後、残余分の嫁資の支払いが完了した *qui dotem pro muliere promissit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsequuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est*」という事案について、婚姻解消時の嫁資返還請求権を担保する目的で嫁資約束者が夫から設定を受けた「質乃至抵当 *pignus sive hypotheca*」<sup>20)</sup>の効力が及ぶ範囲が問われている。嫁資約束者の「質乃至抵当」の効力が、夫が当該嫁資を他人のために質入れする前に支払われた分の嫁資に及ぶのは時的先行性の原則から当然であるが、ここで問われているのは、嫁資が他人へ質入れされた後に夫に支払われた「残余分 *residua quantitas*」にも先行者としての嫁資約束者の優先権が及ぶかどうかである。この点、パピニアヌスは、「嫁資を約束した者が、約束を理由に、嫁資全部の支払いを強制されている場合、当然考慮されねばならないのは履行期ではなく担保約定日である *cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exso-*

19) “ある婦女のために嫁資を約束した者が自らへの嫁資の返還について質乃至抵当を受け入れたのに続いて、嫁資の一部の支払いが為されたところ、夫は当該嫁資を他人のための質入れし、その後、残余分の嫁資の支払いが完了した。ここでは質について問題となった。嫁資を約束した者が、約束を理由に、嫁資全部の支払いを強制されている場合、当然考慮されねばならないのは履行期ではなく担保約定日である。また、婦女の嫁資が少なかったかのように見えるように残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのも適切ではない。”

20) 当法文におけるインテルポラティオ (*Index interpolatum*, I, 391.) の可能性 (特に<信託を *fiduciam*>が削除され<質乃至抵当を *pignus sive hypothecam*>が補充されたとするもの) には立ち入らない。

lutionem, qui dotem promissit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis」と述べて、嫁資約束者の優先権を認めている。嫁資の約束によって約束全ての履行が義務づけられているのであるから、約束者が嫁資上に取得する「質 pignus」の効力についても、当該約束が実際に履行された時点ではなく嫁資上に「質」が設定された時点を基準に捉え、その担保設定時に遡って全ての嫁資について優先する解すべきだということである。その上で、判断の決め手となった、「嫁資を約束した者が、約束を理由に、嫁資全部の支払いを強制されている ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promissit, compellitur」という点、つまり、嫁資の約束 dotis promissio (嫁資設定の間答契約 stipulatio) の拘束力を、パピニアヌスは、「婦女の嫁資が少なかつたかのように見えるように残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるということも適切ではない nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur」旨敷衍している。ところが、スカエウォラの弟子でパピニアヌスと共に元首顧問会 consilium principis に属したユリウス・パウルス Julius Paulus の『解答集 Responsa』第5巻から収録された学説彙纂第20巻第3章「質あるいは抵当に供し得ないのは如何なる物か Quae res pignori, vel hypothecae datae obligari non possunt」第4法文<sup>21)</sup>(以下第4法文と略称)では、金銭消費貸借の貸主が借主から設定を受けた「抵当 hypotheca」の効力が及ぶ「物 res」の範囲について「貸付金の引渡時 id tempus, quo pecunia numerata est」を基準に判断するという上記第1法文とは一見矛盾する結論が提示されている。すなわち、「ティティウスが、マエウィウスから金銭の貸付を

21) “ティティウスは、マエウィウスから金銭の貸付を得ようとして、マエウィウスに返還を保証し、ある物を抵当の名目で供することに決めたところ、当該物の一部が売却され、その後、貸付金を受領した。問題となったのは、先に売却された物が債権者のために担保に供されていたのかどうか、である。これについて、保証表明後に貸付金を受領しないということが債務者に可能である以上、貸付金が引き渡された時点で質が約定されたと見なされるとパウルスは解答した。従って、貸付金の引渡時に債務者がその財産中に如何なる物を有しているのかが探究されねばならない。”

得ようとして、マエウィウスに返還を保証し、ある物を抵当の名目で供することに決めたところ、当該物の一部が売却され、その後、貸付金を受領した Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destitavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam」という事案について、「先に売却された物が債権者のために担保に供されていたのかどうか an prius res venditae creditori tenerentur」、つまり、借主ティティウスが実際に貸付金を受領する前に他の者に売却された「物」にも貸主マエウィウスの約定の特定の抵当権の効力が及ぶかどうか、が問われ、「貸付金が引き渡された時点で質が約定されたものと見なされる eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est」と解答されたのである。マエウィウスの抵当権が貸付金引渡前の売却時には未だ有効に成立していないというのがパウルの解答の趣旨であるから、それ以前に売却された物に抵当権の効力が及ぶことなどあり得ないということになる。抵当権が成立時期がこのように貸付金引渡時まで遅れるのは、パウルスによれば、「保証表明後に貸付金を受領しないということが債務者に可能である in potestate fuit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere」からとされる。ティティウスがマエウィウスから貸付を得るために借入金の返還を請け合い担保の提供まで用意していたとしても、要物契約たる金銭消費貸借それ自体の成立がティティウスによる借入金受領の有無に左右され、受領が拒絶され消費貸借が結局成立しない可能性が残されている以上、マエウィウスの抵当権の被担保債権となる貸金債権の存在もまた貸付金が実際に引き渡され受領された時に初めて確定すると言わざるを得ない。貸金債権を担保する約定抵当権について、その効力の及ぶ範囲を確定するためには、結局、「貸付金の引渡時に債務者がその財産中に如何なる物を有しているのかが探究されねばならない inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit」のである。

約定抵当権における担保目的物の範囲確定の基準時を、被担保債権が嫁資返還請求権である場合に抵当設定時とする第1法文と、貸金債権である場合に貸付金引渡時とする第4法文との間に存する「矛盾」は、第1法文の文言<sed>

に付されたゴドフロワの注解<sup>22)</sup>では、「然るに担保約定日ではなく金銭支払日が考慮されねばならない【次章第4法文】 *imo non dies contractae obligationis : sed numeratae pecuniae spectandus est*」という言い回しで表示されている。ゴドフロワが法文間矛盾を指示するために繰り返し用いた「然るに *imo*」の語で始まる言い回しが実際に意味するところは引用法文との矛盾の肯定ではなく否定であり、シュトルーヴェの『<然るに>』はそのような独特の含意をふまえた矛盾法文集であった。この第1法文の注解でも、「然るに云々」の一行によって、「金銭支払日 *dies numeratae pecuniae*」を考慮する第4法文が「担保約定日 *dies contractae obligationis*」を考慮する第1法文に矛盾しない旨指摘されたことになるのである。ところで、『<然るに>』の序言では、ゴドフロワが「対立する法文を明示する *leges demonstrat obstantes*」だけで「なぜ対立しないのかその理由は示していない *nullam adsignat rationem, cur non obstant*」とされているが、このような指摘は常に当てはまるわけではなく、ゴドフロワ

22) “然るに担保約定日ではなく金銭支払日が考慮されねばならない【次章第4法文】。そこで、当法文を幾らか詳しく再検討する。私が婦女のために嫁資を約束し、次いで、私ティティウスへの嫁資の返還について質を受け入れ、その後、嫁資の一部を支払った。続いて、夫が同じ物を他人、例えば、ガイウスに質入れし、その後、嫁資の残余が支払われた場合（ここでは、嫁資の約束時、嫁資返還のための質の受入時、嫁資の一部支払時、質物たる嫁資の他人への質入時、嫁資の残余部の支払時という五つの時点が考慮されねばならない）、質について問題となるのは、ティティウスとガイウスの何れが質において優先するのか、である。ティティウスが優先するというのがその解答である。なぜティティウスが優先するのであろうか。それは、嫁資の約束者は当然にその全部の支払を強いられ得るので、残余部分を引き渡さないということは許されない。もしそれが許されていたとすると、婦女の嫁資がより少なかったように見えたことであろう。このように契約当初から支払が義務であった場合には、当法文にある通り、着目すべきなのは担保約定日であって債務履行日ではないが、逆に、支払いが随意的なものである場合には、上記第4法文にあるように、支払時に目を向けねばならない。義務的な後続の支払は、遡及的に効力を発揮することで、最初に成立していた抵当権を、中間時、つまり、中途の二つの支払の間に成立した抵当権に優先させることになる。そしてそれ故に、嫁資のために、黙示的でおかつ、[夫の]財産が最初から当然に抵当に供されることを認めるような抵当権が存している旨注意される。つまり、以上の点が当てはまるのは明示の抵当権についてであって黙示の抵当権についてではないのである。”

自身が矛盾解消案を提示している場合も少なくない。第1法文の注解においても、ゴドフロワは、「当法文を幾らか詳しく再検討する paulo plenius hanc legem retractemus」と述べて、第4法文との整合性の論証を試みている。ここではまず、「私が婦女のために嫁資を約束し、次いで、私ティティウスへの嫁資の返還について質を受け入れ、その後、嫁資の一部を支払った *promisi dotem pro muliere : deinde pignus de restituenda mihi Titio dote accepi : postea pro parte dotem numeravi*」ところ、「夫は同じ物を他人、例えば、ガイウスに質入れし、その後、嫁資の残余が支払われた *maritus eandem rem alii, puta Gaio pignori dedit : post haec residuum dotis numeratum est*」という具合に第1法文の事案が当事者に名が付される形で再現され、論点の明確化が図られている。当法文で「質について問われている *quaeritur de pignore*」論点とは、要するに、「ティティウスとガイウスの何れが質において優先するのか *quis in eo praefertur, Titius an Gaius ?*」であり、その判断の決め手は、パピニアヌスの解答が示唆するように、「嫁資の約束者は当然にその全部の支払を強いられ得るので、残余部分を引き渡さないということは許されない *promissor dotis statim ad universae quantitatis solutionem cogi potuit : in ejus potestate non fuit, ne residuam pecuniam redderet*」という点である。「嫁資の約束時 *tempus promissae dotis*」、「嫁資返還のための質の受入時 *tempus pignoris accepti pro restituenda dote*」、「嫁資の一部支払時 *tempus dotis pro una parte numeratae*」、「質物たる嫁資の他人への質入時 *tempus pignoris ejusdem alii pignori dati*」、「嫁資の残余部分の支払時 *tempus dotis pro residua parte numeratae*」という「五つの時点 *quinque tempora*」を経過する本事案の下では、「義務的な後続の支払の効力が遡及させられる *numeratio posterior necessaria trahitur retro*」ために「嫁資の約束時」から既にティティウスは嫁資返還請求権者であったと見なされ、それ故、当該返還請求権を被担保債権とするティティウスの「質 *pignus*」もまた「嫁資返還のための質の受入時」に有効に成立したことになる。そうである以上、「他人への嫁資の質入れ時」以後に支払われた嫁資の「残余部分 *residua pars*」についても、ティティウスの「最初に成立していた抵当権 *hypotheca ab initio constituta*」が、時的先行性準則に従い、ガイ



ウスの「中途の二つの支払の間に成立した抵当権 *hypotheca inter duas medias numerationes constituta*」に優先するのは当然である。これに対して、「支払が随意的である場合には、第4法文にあるように、支払時に目を向けねばならない *ubi numeratio voluntaria est, numerationis tempus spectamus*」。ここで「支払が随意的である *numeratio voluntaria est*」というのは、「保証表明後に貸付金を受領しないということが債務者に可能である」との第4法文の一節を受けて、貸付金の受領による消費貸借の成立が最終的に債務者(第4法文の「ティティウス *Titius*」)の意思に左右されるという趣旨であろう。第4法文における貸付金の受領が「随意的 *voluntaria*」である一方で、第1法文における嫁資の引渡が「義務的 *necessaria*」であるという事案の相違こそ、約定抵当権の担保目的物の範囲を確定する基準時が両法文で相異なる所以であって、そこに矛盾は存しないというのがゴドフロワの理解である。ただし、貸付金の受領が「随意的」であればなぜ「支払時 *tempus numerationis*」が基準となるのかについては当注解に説明はなく、第4法文の文言<*numerata*>に付された注解<sup>23)</sup>にそれを見出すことができる。ここでは第1法文注解とは逆に、「ティティウス *Titius*」と「マエウィウス *Maevius*」という名が「私 *ego*」と「あなた *tu*」に置き換えられて事案が再現された上で、法文の趣旨が敷衍されている。すなわち、「私があなたからの消費貸借を受け入れ、相互の合意によって確定物があなたのために質として指定されたが、あなたが貸付金を引き渡す前に、私は先に指定された物を売却した *mutuum a te accipi: mutua conventionone res certa tibi pignori a me destinata est: antequam numerares pecuniam*

23) “ここで考慮されるのは貸付金引渡時であって質指定時ではない。私があなたからの消費貸借を受け入れ、消費貸借の合意に基づき確定物があなたのために質として指定されたが、あなたが貸付金を引き渡す前に、私は先に指定された物を売却した。このような場合、当該物はあなたに質入れされていないことになる。なぜ質入れされていないのか。それは、貸付金引渡時に当該物が私の財産に属していなかったからである。当法文にある通り、貸付金引渡前であれば私は後悔してあなたから貸付を受けることをやめることができるのである。貸付金が債務者に引き渡されるまでは物は完全に債務者に帰属するという点には十分に確かな理由がある。次章第1法文について述べたところも参照されたい。”(Corpus juris civilis, I, 401, n.54.)

rem ita destinatum vendidi] 場合、「当該物はあなたに質入れされていない *ea tibi pignori non est*」というのが、「貸付金が引き渡された時点で質が約定されたと見なされる」とのパウルの解答の趣旨だというのである。問題は、売却物に「質 *pignus*」の効力が及ばないとするこの結論と、「保証表明後に貸付金を受領しないということが債務者に可能である」という法文上の論拠との結びつき如何である。この点、ゴドフロワは、法文の言う「保証表明 *cautio interposita*」、つまり、「私があなたから消費貸借を受け入れた *mutuum a te accipi*」ことの意味を、「貸付金引渡前であれば私は後悔してあなたから貸付を受けることをやめることができる *ante numerationem licet mihi poenitere, et a te mutuum non accipere*」というように消費貸借の成否の未確定、貸金債務の未発生として捉えるだけでなく、そのように「消費貸借の合意 *mutua conventio*」に留まっている状況が、「確定物があなたのために質として指定された *res certa tibi pignori a me destinata est*」ことに与える影響を、「貸付金が債務者に引き渡されるまでは物は完全に債務者に帰属する *rem integram esse debitori ante numeratam sibi pecuniam*」旨示すことで、パウルの解答の論拠と結論の連関を可視化している。抵当目的物に指定したとはいえ依然自己に帰属している物を債務者が他に売却してしまえば、当該物は「貸付金引渡時に私の財産に属していなかった *tempore numerationis in meis bonis fuit*」ことになり、そのような売却物に「質」の効力は及ばないのは当然なのである。第4法文の注解には、「然るに云々」という言い回しによる対立法文の指摘こそ見当たらないが、「ここで考慮されるのは貸付金引渡時であって質指定時ではない *tempus numerationis hic spectamus: non destinati pignoris*」という注解冒頭の一文や、注解末尾での第1法文注解の参照指示からも示唆される通り、第1法文注解と一体となって両法文の整合性を論証する役割を当注解は担っていたと考えられる。

一方、シュトルーヴェの『<然るに>』では、学説彙纂の編別に従って、ゴドフロワが「然るに」で始まる注解を付した法文毎に、<対立する *Obst [at].>*と<解答 *Resp [onsio].>*の表現でそれぞれ対立法文と解決案を提示する叙述形式が採られている。ただし、第1法文には、後述の通り、「然るに」

で始まる注解がもう一つあり、そのように同一法文について対立法文の指摘が複数存在する場合には、注解が付された「行 versus」も明示された。ゴドフロワの第1法文注解に対応するシュトルーヴェの解決案<sup>24)</sup>では、まず、第1法文の趣旨が敷衍されている。すなわち、「このテキストでは、約束だけで完成される嫁資返還のための債務関係が問題となっている in hoc textu agitur de obligatione ad restituendam dotem, quae ex sola promissione est perfecta」ので、「嫁資が後から支払われたにせよそうではないにせよ約束時に抵当が完成する hypotheca perfecta erit a tempore promissionis, si dos postea numerata fuerit sive non」のは当然だというのである。その際、他の法文で「同じことが妥当している idem obtinet」例が援用されている。その法文<sup>25)</sup>とは、「浴場 balneum」を「直近の月初めから ex Kalendis proximis」賃借し賃料の担保として

24) “<当然考慮されねばならないのは履行期ではなく担保約定日である>の行。妨げとなるのは学説彙纂20巻3章第4法文であり、それは、金銭の支払日がむしろ考慮されるべきとされているからである。解答：この第1法文のテキストでは、約束だけで完成される嫁資返還のための債務関係が問題となっており、それ故、嫁資が後から支払われたにせよそうではないにせよ約束時に抵当もまた完成することになる。同じことは賃貸借においても妥当する。なぜなら賃貸借も同じく合意だけで完成されるからである【本章第9法文【前書】】。対立するテキストにおいて扱われている消費貸借という原因は別である。すなわち、金銭の貸付を得ようとする者が将来の債権者に対して質を提供したが、金銭の引渡が為される前に同じ質を完成された契約を原因として第二債権者のために質を提供したような場合、後者が時において先んずるとともに権利においても優先することになる。というのも、消費貸借は目的物引渡によって成立し、それ故、金銭支払以前には完成していないからである【法学提要3巻14章「目的物引渡によってどのように債務は成立するのか」前書】。”(Immo, 167-168.)

25) “「直近の月初めから」浴場を賃借することにした者が、「賃料が支払われるまで奴隷エロースを貸主のために質入れする」旨約定した。その者が、7月1日より前に、同じエロースを別の者のために貸付金の担保として質入れた。この債権者に対してエロースを訴求した貸主に法務官が保護を与えるべきかどうか問われて、[ユリアヌス] 与えるべきであると解答した [ <respondit>の主語をアフリカヌスではなくユリアヌスと解すべき点については Schulz, History of Roman Legal Science (1946), 230-231参照]。すなわち、賃借の対価として未だ何も義務づけられていない時点で奴隷が質入れされたのだとしても、既にこの時点でエロースは、その上の存する質権を貸主の意に反して解消し得ないという状況下にある以上、貸主の原因が優先されるべきである、と。”(D. 20, 4, 9, pr., Africanus, 8, Quaestiones.)

「奴隷エロース homo Eros」を質入れした者が「月初めより前に同じエロースを別の者のために貸付金の担保として質入れした ante Kalendas eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit」場合に、「賃借の対価として未だ何も義務づけられていない時点で奴隷が質入れされたのだとしても、既にこの時点でエロースは、その上の存する質権を貸主の意に反して解消し得ないという状況下にある以上、貸主の原因が優先されるべき licet eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potioem ejus causam habendam」としたものである。ここには、賃貸借それ自体の完成後、被担保債務たる賃料債務の発生に先立って貸主のために為された奴隷の質入れもまた、当該質入時に完成され、この「担保約定日」を基準に時的先行性に則った優先権をもたらすという点が一層明確に示されており、それ故、「約束時に抵当が完成される hypotheca perfecta erit a tempore promissionis」場合の範例として援用されたのであろう。なお、第1法文に見える<dies contractae obligationis>という表現が、嫁資約束日ではなく担保約定日の趣旨であることは、嫁資の約束そのものではなく嫁資約束者の「質」について問うている当法文の文脈から明らかであり、そのような理解は、<obligare>と<obligatio>をそれぞれ「担保に供する」と「担保」の意味で用いる第21法文や第28法文にも見られた用語法とも合致する。しかも、この用語法は、対立法文たる第4法文の「pignoris obligationem contractam videri 質が約定されたと見なされる」という箇所にもはっきり現れている。「約束だけで完成される嫁資返還のための債務関係 obligatio ad restituendam dotem, quae ex sola promissione est perfecta」、つまり、嫁資返還の「約束 promissio」と、「合意だけで完成される賃貸借 locatio solo consensu perficitur」との間に対応関係を見出したシュトルーヴェは、それらの約束乃至契約の完成時と「担保約定日」とを特に区別していない。両者が常に同時であるとは限らないけれども、「担保約定日」が他者への質入れや売却に先行する点で第1法文と第4法文の事案が共通している以上、少なくとも両法文の矛盾解消という文脈では問題はない。何れにせよ、嫁資返還の約束という「原因 causa」が既に完

成しているからこそ「担保約定日」に抵当も完成するのである。これに対して、「対立するテキストにおいて扱われている消費貸借という原因 *causa mutui, de quo in textu opposito*」はそうではなく未完成であり、それ故、「担保約定日」に抵当も完成することはないとされる。もしそうであるとすれば、両法文に存するのは、同じ前提から異なる結論が導かれる論理的矛盾(二律背反)ではなく、相異なる前提から導かれた相異なる結論の論理的に矛盾なき共存関係にすぎないということになる。シュトルーヴェは、第4法文の事案を担保物売却ではなく第1法文と同じ二重の質入れの事例に置き換え対比することでこの点を明らかにしようとしている。すなわち、「金銭の貸付を得ようとする者が将来の債権者に対して質を提供したが、金銭の引渡が為される前に同じ質を完成された契約を原因として第二債権者のために質を提供した場合 *si quis pecuniam mutuatam accepturus, dedisset futuro creditori, et ante numerationem factam idem pignus ex causa perfecti contractus alteri obligasset*」にも、「将来の債権者 *futurus creditor*」は「質 *pignus*」について「第二債権者 *alter creditor*」に劣後するのである。しかも、時的先行性の原則がここで覆されているわけではなく、むしろ「第二債権者」が「将来の債権者」との関係で「時において先んずるとともに権利においても優先することになる *et tempore prior, et jure potior erit*」。それでは、担保の約定自体は先んじている「将来の債権者」がなぜ劣後するのであろうか。包括的抵当の例からも明らかなように被担保債権が将来債権であるということは無論問題にならない。決め手は、「第二債権者」が「完成された契約を原因に *ex causa perfecti contractus*」質入れを受けているのに対して、「将来の債権者」の質の「原因」たる契約、つまり、「消費貸借 *mutuum*」が未完成であるという点である。シュトルーヴェが法学提要の概念規定<sup>26)</sup>を引用しつつ述べるとおり、消費貸借は、「目的物引渡によって成立する *re contrahitur*」以上、「金銭支払以前には完成していない *non est perfectum ante numerationem*」のである。

『<然るに>』では、ゴドフロワが解決案を提示している法文については、

26) Inst. 3, 14, pr.

「ゴトフレドゥス自身 ipse Gothofredus」が「説明している explicat」あるいは「解答している respondet」とだけ述べて、他には必要に応じて原著『法学要論』の関連箇所の参照を指示するに留める簡潔な叙述が旨とされている。にもかかわらず、第1法文と第4法文の矛盾解消について、シュトルーヴェがゴドフロワの注解内容には一切言及することなく自らの解決案を提示したのは一体なぜなのか。実際、嫁資返還の「約束」の拘束力と消費貸借の要物契約性との対比を念頭に、担保の原因たる契約の完成の有無を両法文の相違の理由と解するシュトルーヴェの議論は、金銭支払が「義務的」か「随意的」かに着目したゴドフロワの注解と一見大差ないようにも見える。しかし、ゴドフロワが、「嫁資を約束した者が、約束を理由に、嫁資全部の支払いを強制されている *ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promissit, compellitur*」との第1法文の文言に忠実に、嫁資の約束の拘束力故に嫁資の支払が「義務的」とであると述べているのに対して、シュトルーヴェの言う「約束 *promissio*」とは将来の婚姻解消に備えた嫁資返還の特約を指す。そもそも第1法文の事案の「ある婦女のために嫁資を約束した者 *qui dotem pro muliere promissit*」とは、当然妻自身ではあり得ず、法文冒頭の〈*qui*〉に付されたゴドフロワの注解にもある通り、「父か外部者の何れか *sive pater, sive extraneus*」と解され、「家娘である妻が婚姻中に死亡した場合、父からもたらされた嫁資は父に回復されねばならない *dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet*」<sup>27)</sup>とされる家父 *paterfamilias* 由来のいわゆる内來嫁資 *dos profecticia* については、設定に際して、「問答契約 *stipulatio*」あるいは「合意 *pactum*」を以て自らへの嫁資返還の回復について特別に約定されていなければ、返還請求は不可能である<sup>28)</sup>。シュトルーヴェが着目しているこの「嫁資返還特約 *dotis restituendae promissio*」についても、ゴドフロワは、「嫁資返還特約が嫁資の支払に先行することも時折ある

27) C. 5, 18, 4. Antonius, (225).

28) C. 5, 13, 1, 13. Iustinianus, (530).

dotis restituendae promissio interdum dotis numerationem praecedit] (＜deinde＞注解)と指摘しているので、嫁資返還特約の介入可能性を無視しているわけでは決してなく、むしろ、「嫁資返還のための質の受入れ *pignus acceptum pro restituenda dote*」と一体のものと思なしていたと考えられる。しかし、嫁資約束に基づく嫁資支払の義務づけと引き換えに担保成立も認めたというゴドフロワの第1法文理解それ自体は一種の衡平論であって、これに本来対応するはずの「随意性」、つまり、貸付金を渡す渡さないは自由であるから担保成立も遅れるとの理解は、消費貸借の成否は貸付金受領次第とした当の第4法文に実際のところ上手く当てはまらない。それ故、シュトルーヴェは、第1法文の文言とそれに忠実であろうとするゴドフロワの注解からは敢えて離れた上で、専ら外来嫁資の返還請求という場面を想定しつつ、嫁資返還の特約(問答契約 *stipulatio* 乃至合意 *pactum*)の完成に消費貸借の未完成を対比する議論を展開したのではなかろうか。

逆にまた、ゴドフロワの注解には、シュトルーヴェの上記解決案に内容的に明らかに対応しない箇所も存する。その箇所、すなわち、注解の末尾にはまず、「そしてそれ故に、嫁資のために、黙示的でおかつ、[夫の]財産が最初から当然に抵当に供されることを認めるような抵当権が存している旨注意される *unde notant ob dotem tacitam, confessamque, bona ab initio ipso hypotheca esse*」、とある。ここに言う「嫁資のため *ob dotem*」の「抵当権 *hypotheca*」とは、婚姻解消時に嫁資返還請求権を被担保債権として夫の総財産上に黙示に成立しなおかつ先行抵当債権者にも優越し得るような特権化された妻の包括的抵当権を指す。従って、時的先行性の原則に即した第1法文の帰結は、嫁資約束者が婚姻解消時の嫁資返還請求に備えて予め約定により嫁資上に特定の抵当権を取得していた場合に当てはまるのであって、妻の黙示化され特権化された包括的抵当権については、先行抵当債権者が存する場合にも当然夫の総財産上に優先権を主張できるというのがこの一節の趣旨である。「以上の点が当てはまるは明示の抵当権についてであって黙示の抵当権についてはない *idque verum in expressa hypotheca, non in tacita*」という最後の一文はまさにこの点を述べたものに他ならない。そして、嫁資約束者の約定抵当権の時的先行によ

る優先を認める第1法文の妥当範囲を画する意味で、妻の法定抵当権との関係に注意を促すこと自体何ら問題はない。しかし、妻に特権化された黙示の包括的抵当権を認めたのは、周知の通り、「法律家 *Iurisconsultus*」パピニアヌスの解答よりも三世紀以上後のユスティニアヌス帝の「勅法 *constitutio*」<sup>29)</sup>である。「嫁資設定に鑑み妻たちに既に与えられ、それぞれに黙示の抵当権が付随する形で認められていた問答契約訴権に、夫の全ての債権者に対する優先権が、たとえ彼らが時において先行する特権によって守られている場合であっても、備わるものとする *sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati*」<sup>30)</sup>というユスティニアヌスの言明から、「時において先行する特権 *anterioris temporis privilegium*」をも覆す妻の物的な先取特権の存在は明らかではあるが、パピニアヌスの『問題集』が著された当時、そのような妻の先取特権が存在せず、それどころか嫁資返還を求める「問答契約訴権 *ex stipulatu actio*」やそれを担保する包括的抵当権の黙示化<sup>31)</sup>さえ未達成であったのもまた確かである。つまり、ゴドフロワは、「古い法律 *veteres leges*」、*「平民会決議 plebiscita*」、*「告示 edicta*」、*「法律家の権威 Iurisconsultorum auctoritates*」から成る「法 *ius*」と、「寛大あるいは厳格に法とは異なる多くの事柄を導入した *benigne, aut severe contra ius introduxerunt*」勅法とを区別する発展史的議論(IV参照)には敢えて踏み込むことなく、あくまでユスティニアヌスの立法内部の意味連関の正確な理解に徹しているのである。そしてそのようなゴドフロワの姿勢は『市民法大全』とその注解が広く受容された一因でもあった。シュトルーヴェが妻の法定抵当権との関係について触れなかったもの、ゴドフロワの指摘に不満を持ったからではなく、第4法文との矛盾解決には直接関わらないとの単純な理由からであろう。

---

29) C. 8, 18, 12. (531).

30) C. 8, 18, 12, 1.

31) C. 5, 13, 1. (530).



ゴドフロワの第1法文の注解にはもう一つ「然るに」で始まるものがある。文言<probe>に付されたその注解<sup>32)</sup>には、「然るに夫が嫁資を受領しなくても許されると解するのは適切であり得る imo probe dici potest, in potestate mariti esse, dotem non accipere」とあり、「というのも夫は嫁資を免除できるからである potest enim eam acceptam facere」との簡潔な理由づけとともに、サルウィウス・ユリアヌス *Salvius Iulianus* の『ミニキウス摘要 *Ex Minicium*』第5巻から採録された学説彙纂第23巻第3章「嫁資の権利について」第49法文<sup>33)</sup>(以下第49法文)がその典拠として引用されている。つまりここでは、第1法文とこの第49法文の矛盾が指摘されているのである。対立法文たる第49法文では、「男がその妻のために嫁資を提供しようとした者から嫁資の名目で確定額の金銭を約束され、次いで、嫁資を免除し *vir ab eo, qui uxori ejus dotem facere volebat, certam pecuniam eo noimine stipulatus est; deinde acceptam eam fecit*」場合に「当該金銭が嫁資に寄与したのか否か *essetne ea pecunia in dotem*」が問われ、肯定されている。従って、婚姻解消に際して当該金銭分を嫁資として返還請求することも可能となる。すなわち、夫は嫁資を「免除しなかった *acceptam non fecerat*」が「約束者が支払不能に陥った *promissor solvendo esse desiverat*」場合には、嫁資の毀損乃至滅失に際して夫の「帰責事由 *culpa*」の有無が問われるのと同じように、「当該金銭が請求されなかったのが夫の帰責事由によるのかどうか *an culpa mariti ea pecunia exacta non esset*」に依じて当該金銭の返還請求の可否が定まるのに対して、第49法文の事案のように夫が嫁資を「免除してしまっている *acceptam fecit*」場合には、文字通り<嫁資を受領済みにした *dotem acceptam fecit*>、つまり、当該金銭分の嫁資を受

32) *Corpus juris civilis*, I, 402, n.10.

33) “男がその妻のために嫁資を提供しようとした者から嫁資の名目で一定の金銭を約束され、次いで、嫁資を受領済みとした [=免除した]。この場合問題となったのは、当該金銭が嫁資に含まれるのか否かであった。ユリアヌスは次の通り解答した。すなわち、夫が嫁資を免除せず、約束者が支払不能に陥った場合ならば、当該金銭が請求されなかったのが夫の帰責事由によるのかどうか吟味すべきであるが、嫁資を免除してしまっている以上、危険は完全に夫に帰属する、と。というのも夫が金銭を受領してその金銭を約束者に贈与した場合と同じであるから。”

領したものと見なされ、「危険は完全に夫に帰属する *omnimodo periculum ad eum pertinebit*」ので当然に返還義務を負うというのである。「夫が金銭を受領してその金銭を約束者に贈与した場合と同じである *perinde est, ac si acceperit pecuniam, et eandem promissori donaverit*」との法文末尾の一文は、嫁資の約束（問答契約）に基づく金銭債務が受領問答契約 *acceptilatio* という反対行為 *actus contrarius* によって消滅するにもかかわらず嫁資の受領が擬制されるという上記事理を敷衍したものに他ならない。ゴドフロワも、文言〈*perinde*〉に付された注解<sup>34)</sup>において、「受領問答契約とは擬制された弁済である *acceptilatio, ficta solutio est*」との簡潔な表現でこの点に注意を促している。それでは、この第49法文が如何なる仕方でも第1法文に対立するというのであろうか。両法文は、嫁資をめぐる抵当債権者の優劣と嫁資返還請求の可否というように論点それ自体が異なっているので、法文全体の趣旨が互いに矛盾するということは当然ながらあり得ない。ここで問題なのは、第1法文のいわば補充的な論拠として機能している一節、「婦女の嫁資が少なかったかのように見えるように残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのも適切ではない *nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur*」と、第49法文の事案の一端を構成している受領問答契約との関係である。嫁資の提供を約束した者に対して夫がその履行を免除できるとすれば、ゴドフロワの言うように、「夫が嫁資を受領しなくても許されると解するのは適切であり得る *probe dici potest, in potestate mariti esse, dotem non accipere*」ことになって、「残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのも適切ではない *nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet*」とは必ずしも言えないのではないのか、というのである。ゴドフロワのこの注解には両法文が「なぜ対立しないのか」説明がないため、「<然るに>」の序言に従えば、このような箇所こそシュトルーヴェの本領発揮の機会となろう。しかし実際には、続く二つの注解によってゴドフロワ自身の解決案がはっきり提示されている。まず、〈*potestate*〉に付され

34) *Corpus juris civilis*, I, 449, n.61.

た注解<sup>35)</sup>では、上記の一節の趣旨が、既述の第4法文との関連をも踏まえて敷衍されている。すなわち、「前記第4法文にあるように金銭を受け取らないことが債務者に許される場合には弁済時が、当法文にあるようにそれが許されない場合には担保約定時が考慮され、嫁資を支払うか否かは嫁資約束者の自由ではない、というのがその意味するところであり、それは、当法文にある通り、妻が無嫁資になってしまうからである *Sensus est: Quando in potestate debitoris est pecuniam non recipere, solutionis ut dicta lex penultima, quando non est ejus in potestate, tunc obligationis contractae tempus inspicitur, ut hic, non est in potestate promissoris dotis, utrum velit dotem numerare vel non: esset enim mulier indotata, ut hic*」、と。嫁資約束者に課された履行義務、つまり、嫁資の約束の拘束力を支えている実質的な根拠は、「無嫁資の妻 *mulier indotata*」の出現を回避するという意味でのいわゆる嫁資優遇 *favor dotis* に由来するといっているのである。その上で、<*redderet*>に付された次の注解では、「しかしながら、夫は受領問答契約によって嫁資約束者を免除できるので嫁資を受領しなくてもそれは夫の自由であった *at est in potestate mariti, ut dotem non accipiat: cum possit per acceptilationem promissorem dotis liberare*」と指摘され、再び第49法文が引用されている。従って、第49法文との対立を指摘する当注解は先の「然るに」で始まる注解と明らかに重複する。しかしここには、「妻が無嫁資のままとされてはならない以上、夫がそのように免除できるというのは不当であり、たとえ免除したとしても妻に対して責任を負うと解すべし *dic: virum hoc commode non posse: ne mulier indotata maneat: aut si id faciat, mulieri teneri*」と、具体的な解決案が提示されている。逆に言えば、シュトルーヴェのように、ゴドフロワの用いる<*imo*>だけを目印に対立法文を捨てることには、この例からしてもあまり合理的ではないことになる。少なくとも建前上は独自に補充されたことになるそのシュトルーヴェの解決案<sup>36)</sup>では、ま

35) *Corpus juris civilis*, I, 402, n.11.

36) “<婦女の嫁資が少なかったかのように見せるために残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのも適切ではない>の行。学説彙纂第23巻第3章第49法文が妨げとなる。解答：夫が約束済みの嫁資を自らの負担において放棄し免除できると

ず、「夫が約束済みの嫁資を自らの負担において放棄し免除できる *promissam dotem in suum praejudicium remittere et acceptam facere potest matitus*」ということが第49法文の趣旨として確認され、その際、「夫が婚姻継続中に妻に無断で舅に対して嫁資を免除した場合、たとえそれが舅の困窮故に為されたのだとしても、危険は夫の負担となるとラベオーは言っているが、これは正しい *si vir socero injussu uxoris, manente matrimonio, dotem acceptam fecisset: etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, viri tamen periculum futurum ait Labeo: Et hoc verum est*」とする別の法文<sup>37)</sup>が典拠として補充されている。重要なのは、嫁資の免除による「危険 *periculum*」が何れの法文においても夫に帰するとされている点であり、換言すれば、夫は「妻の負担において嫁資を放棄することはできず、丁度、嫁資を受領したかのようにその返還を義務づけられるので、夫が妻を無嫁資にすることはできない *in praejudicium uxoris eam remittere non potest, sed perinde obligatus est ad restituendum, atque si eam accepisset, ne sit in potestate mariti, indotatam reddere uxorem*」ということになる。そして、そのように夫がたとえ免除した嫁資についても受領を擬制され返還を義務づけられるためには、嫁資約束者の嫁資提供義務が前提となる。というのも、もし嫁資の約束に拘束力が無く、「残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのが適切である *probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet*」ならば、そもそも免除という話にもならないからである。それ故、「残余額を引き渡さないことが約束者に可能であるというのが適切ではない *nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet*」とした第1法文はまさに第49法文と論理的に整合するのである。以上のようなシュトルーヴェの解決案は、「夫の負担 *praejudicium maritii*」と「妻の負担 *praejudicium uxoris*」を区別する点で、同じく妻の立場に配慮した先のゴドフロワの解決案とは内容的に重複するとはいえ、第1法文の表

---

しても【対立する上記第49法文、並びに、学説彙纂24卷3章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるのか」第66法文6節】、妻の負担において嫁資を放棄することはできず、丁度、嫁資を受領したかのようにその返還を義務づけられるので、夫が妻を無嫁資にすることはできない【当第1法文】。”(Immo, 168.)

現<probe dici>を借用して効果的に対立法文を指示したゴドフロワに倣い、第49法文の<perinde…ac si…>の構文を矛盾解決の決め手に用いた簡にして要を得た内容と評価することはできる。

前述の通り、シュトルーヴェは、ゴドフロワの注解に解決案が含まれ、その内容に不満がない場合には、その解決案を参照させている。そのような例の一つが、同じ学説彙纂第20巻第4章の第2法文<sup>38)</sup>(以下第2法文)と第7法文第1節<sup>39)</sup>(以下第7法文)との間の矛盾である。第2法文には、「債務者の財産を包括的に質として受け入れた者は、それ以降にそれらの財産中の不動産を質として供された者に対して、たとえ残りの財産から自己の貸付金を回収できるとしても、優先する *qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex caeteris pecuniam suam redigere possit*」とあるのに対して、第7法文には、「私が将来取得するであろうものをあなたのために担保に供するとともに、ティティウスには、ある不動産が私の所有に帰したならばとの条件で当該不動産を特定の担保に供し、その後当該不動産の所有権を取得した場合、両債権者は質について競合する *si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, concurrere utrumque creditorem et in pignore*」とあるので、包括的抵当権の設定を受けた者と特定の抵当権の設定を受けた者の優劣関係について、包括的抵当権者の優先と両者の同順位という相矛盾した結論が導かれているように見えるというのである。ゴドフロワは、共に「然るに」で始まる第2法文の文言<est>に付された注解<sup>40)</sup>と第7法文の文言<concurrere>に付された注解<sup>41)</sup>双方において両法文の対立

37) D. 24, 3, 66, 6. Javolenus, 6, Ex Posterioribus Labeonis.

38) I 注16参照。

39) I 注17参照。

40) “然るに優先しない。というのも、包括的抵当権を有する者と特定の抵当権を有する者は権利において同順位であるから【本章後出第7法文1節】。この第7法文第1節の場合のように、両者の担保が同時に成立しているならば同順位であるが、当法文では同時に成立しているわけではないので順位に従うと解すべし。然るに、特定の抵当権の設定を受けた者は包括的抵当権を有する者に優先する【勅法彙纂8巻14章「質

関係を指摘し、第2法文の事案のように「異なる時点で物が担保に供された *diversis tempolibus res fuerunt obligatae*」場合には「時において先んずる者が権利において優先する *prior tempore potior est jure*」が、第7法文の事案のように「両者の担保が同時に成立している *eodem in tempore concurrunt*」場合には「同順位である *pares esse*」との抵当約定の時期をふまえた簡潔な解決案を提示している。そしてここではシュトルーヴェも素直に「ゴトフレドゥス自身 *ipse Gothofredus*」の解決案の参照を指示している<sup>42)</sup>。自著『要論』からの引用箇所（イエーナ出身のヨーハン・アンドレアス・ゲアハルト *Johann Andreas Gerhard* を応答者 *Respondens* とする演習 *exercitatio* 32の第32番<sup>43)</sup>も、「ある者が先に債務者の財産について包括的な質入れを受け、その後、それら

---

について」第2法文】。この第2法文では特定の抵当権約定が包括的抵当権のそれに先行していると解すべし。従って、後続の特定の担保が先行する包括的担保を侵害しているわけでは決してない。” (*Corpus juris civilis*, I, 402, n.17.)

41) “然るに競合する [同順位である] わけではない【本章前記第2法文】。異なる時点で物が担保に供された場合には競合しない。つまり、そのような場合には、時において先んずる者が権利において優先するのであり【上記第2法文、本章後記第21法文、勅法彙纂5巻9章「再婚について」第6法文2節、同5巻12章「嫁資の権利について」第30法文】、バルトルスとバルドゥスも当法文や学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文への注釈において、アックルシウスによる第二の見解を退け、上記のように解している。” (*Corpus juris civilis*, I, 403, n.18.)

42) “第2法文について。

本章第7法文第1節並びに勅法彙纂8巻14章「質について」第2法文が対立する。解答：ゴトフレドゥス自身がこれらの対立するテキストを説明している。加えて『法学要論』本章演習26命題12も参照されたい。”

“第7法文第1節について。

本章第2法文が対立する。同じくゴトフレドゥス自身が解答している。” (*Immo*, 168.)

43) “XXXII. ある者が先に債務者の財産について包括的な質入れを受け、その後、それらの財産の中から例えば不動産が別の者に質入れされた場合、前者は当該不動産について優先するの否か。もし無条件かつ単純な仕方で包括的抵当権が先行者のために設定されたのであれば、後続者のために特定の担保に供された物についても優先する。つまり、たとえ先行者が他の物から自らの質を確保できるとしても、第二の担保によって先行債権者の権利を害することが債務者に許されるわけではない。これに対して、何らかのものが特定の担保に供され、当該特定の抵当によって債権が回収され得ないならばという条件の下に包括的抵当権が設定されていた場合には、自らに特

の財産の中から例えば不動産が別の者に質入れされた *quis prius bona debitoris generaliter pignori accepit, et postea praedium verbi gratia ex his bonis alteri oppignobatur*」場合、「前者は当該不動産について優先するのか否か *anne et ille potior erit ratione hujus praedii*」という第2法文の論点について、同法文後段にある「包括的に<sup>44)</sup>質入れを受けた財産から貸付金を回収できない場合にのみ他の財産の質入れを受けるとの特約 *ea conventio, ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his quae generaliter accepit, servari non potuisset*」の有無に従った区別と、当該「特約 *conventio*」の黙示化が提案されているにすぎず、第7法文との矛盾に直接関わるものではない。むしろここで注目すべきなのは、シュトルーヴェが参照させているゴドフロワの解決案の内、第7法文注解のそれにおける法文や学説の引用である。そこでは、第2法文と同じく、「異なる時点で物が担保に供された」場合に「時において先んずる者が権利において優先する」とした法文の一つとして、国庫先取特権に関する第21法文が引用された上で、「バルトルスとバルドゥスも当法文や学説彙纂49巻14章第28法文への注釈において、アックルシウスの第二の見解を退け、上記のように解している *et ita rejecta secunda opinione Accursii, tenet Bartolus et Baldus hic et in lex si qui 28. inferius de jure fiscali*」と付言されている。ここに言う「アックルシウスの第二の見解 *secunda opinio Accursii*」とは、第7法文の標準注釈<sup>45)</sup>において、アーズ *Azo* 説として紹介された第一の見解、すな

---

定的に担保に供された物が不十分であるときにのみ、後続者のために特定して質入れされた別の物について追及できる。然るに、たとえそのように明示に合意されていなくても、裁判がそのように調整されるべきである【学説彙纂20巻4章「質乃至抵当において誰が優先すると解されるべきか」第2法文と勅法彙纂8巻14章「質について」第2法文の組み合わせ。勅法彙纂同巻28章「質の消滅について」第9法文も参照せよ】。(Syntagma, II, 17. 引用は1709年イエーナ刊のテキストによる。)

44) ただしシュトルーヴェは「*generaliter* 包括的に」を「*specialiter* 特定の」と読み替えるキュジャスに与しているようである (I注16参照)。

45) “両者に同時にであり、もしそうでなければ、本章前出第2法文にある通り、逆である。以上アーズ。しかしながら、たとえ異なる時点にであるとしても、全く同じであると考えられる。なぜなら、この場合にも、本章後出第9法文第3節の論拠にある通り、債務者自身の所有に属した時に初めて両者のために抵当に供されることになる

わち、担保約定が同時か否かで第2法文との相違を説明する立場に対抗して提示されているものである。この見解によれば、後得財産は「債務者自身の所有に属した時に初めて両者のために抵当に供されることになる *tunc quando pervenerit in suum dominium, incipit utriusque obligati*」ので担保約定は異なっても構わず、それ故、第7法文の事案において仮に抵当権の約定が前後したとしても、先に約定された包括的抵当権の効力が後得財産たる「不動産 *praedium*」に及ぶのは後に当該不動産上に条件付で約定された特定の抵当権と結局同時となり、両抵当債権者は同順位で競合することになる。そして、このアックルシウスの見解は、ゴドフロワの当注解末尾に注記されている通り、第21法文の対立法文でもある第28法文の標準注釈<sup>46)</sup>で再び言及されている。ゴドフロワが言及するアックルシウス批判の内、バルトルスのものについてはIで既に見た通りである<sup>47)</sup>。この第7法文注解のように標準注釈以降の中世ローマ法学の矛盾解消論の成果がそのまま踏襲された場合と、第21法文注解<sup>48)</sup>のようにキュジャスやファーヴルという同時代の人文主義法学者の見解が積極的に取り込まれた場合とが並存する様はゴドフロワの注解の折衷的性格を象徴しているように見

---

からである。これに対して、前出〔第2〕法文は、既に完全に所有権を有している者一般について述べている。以上の点については、後に学説彙纂第49巻第14章第28法文で注記される。”(Glossa, ad D. 20, 4, 7, 1. <et Titio>.)

46) “…更にまた、二人の私人に対して私の現在及び将来の財産を担保に供する場合はどうであろうか。先行者が後得財産について優先するのか、それとも同順位で競合するのか。前出第20巻第4章第2法文、同第9法文第3節、同第21法文前書にある通り、先行者が優先されるべきと解され、この点は当法文の先行者にも当てはまる。国庫の先取特権が後継者が優先されるというものであるならば、後出第50巻第1章「自治都市及び居留外人について」第1法文第2節で述べた通り、そうではない者については事情が異なるというのがその理由である。前出第20巻第4章第7法文第1節及び同第2法文にあるように両者が競合し、しかも、既得財産について述べている場合には、反対に解される。同様に、上記第9法文第3節は上記箇所指摘した通り妨げにはならないし、同章第21法文も、後見の先取特権故の優先であるので、妨げにはならない。同様に当法文も妨げにはならない。国庫に先取特権が存するからこそ、競合することなく全てについて優先するのである。”(Glossa, ad D. 20, 4, 21, pr. <praeferenda>)

47) I注18参照。



える。しかし実際には、キュジャス説にせよファーヴル説にせよ、人文主義的なテキストの批判考証をほとんど介することなく、法文間矛盾という伝統的な議論枠組みに忠実な仕方で開催されたものであった。それらを咀嚼し適宜簡潔に注記したゴドフロワの注解はむしろそのような法学的伝統をあくまで内在的に批判継承する保守性故に幅広く受容されたのであり、シュトルーヴェの『<然るに>』も正にこの点に着目して著されたものと考えられる。

その一方で、ゴドフロワの第21法文注解が、「然るに後得財産について未成熟後見人は優先されない」で始まり、対立法文である第28法文を引用し、諸解決案を整理したものであったにもかかわらず、『<然るに>』では採り上げられていない。上記『要論』演習32の第30番<sup>49)</sup>では、第21法文を根拠に、「時において先んずる者は権利において優先する」という時的先行性の準則が、「先行する包括的抵当債権者 *prior creditor hypothecarius generalis*」と「後続の国庫 *fiscus posterior*」との間においても妥当するとされ、第28法文で問題とされる「国庫との債務関係成立以降に債務者によって取得されたものについても *etiam in acquisitis a debitore post obligationem cum fisco initiam*」その理は変わらない旨特に付言されているので、シュトルーヴェが両法文の対立について意識していた様子は窺える。実際、第30番の末尾に「『補説』参照 *vide Evolutiones*」とあるように、『補説』には、国庫との契約以後に債務者が取得する財産についても先行抵当権者の優位を認めた上記記述を補う趣旨で第21法文と第28法文の矛盾について論じた箇所<sup>50)</sup>がある。そこでは、「先行債権者は国庫のた

48) I 注42参照。

49) “X X X. 同じ準則は、他人との間に締結された契約によって抵当権が付与される国庫が同じ財産について質入れを受けた他人と競合する場合であっても、妥当し【本章第8法文】、先行する包括的抵当債権者は後続の国庫に対して、国庫との債務関係成立以降に債務者によって取得されたものについてもやはり優先する【本章第21法文。更に、本章第3法文やユリウス・ア・ベイマの第21法文注釈も参照せよ】(補説参照)。”(Syntagma, II, 16.)

50) “演習26立論第30番の文言「…についてもやはり優先する」について。

「先行債権者は国庫のために抵当権が成立した後に取得された財産についても国庫に優先するか否か」、が問題となる。

学説彙纂第20巻第4章第21法文はこれを肯定する。

めに抵当権が成立した後に取得された財産についても国庫に優先するか否か an creditor etiam prior praefertur fisco in bonis post hypothecam fisco constitutam acquisitis) があらためて問い直され、これに肯定的に答える法文として第21法文が、否定的に答える法文として第28法文が、それぞれ明示された上で、『要論』の上記記述の正当性を裏付ける方向で両法文の矛盾解決が図られているのである。その論証は、第21法文では「セアが最初の担保成立以降に債務者によって取得された財産について優先するのは確かであるが、それは国庫との契約締結までである Seja quidem praefertur in bonis post priorem obligationem quaesitis a debitore, sed ante contractum cum fisco inutum」とし、第28法文では「国庫が、契約以降に債務者によって取得された財産について優先する fiscus praefertur in bonis post contractum a debitore acquisitis」と解する見解、第21法文では「先行者 prior」であるセアが「未成熟被後見人である上に先取特権を有する est pupilla, ac ita privilegiata」が故に「国庫が排除される

---

同第49巻第14章第28法文はこれに反対する。ある人々は、セアが最初の担保成立以降に債務者によって取得された財産について優先するのは確かであるが、それは国庫との契約締結までであると解答し、この点について本章第21法文を援用している。一方、国庫は、契約以降に債務者によって取得された財産について優先するとし、上記第28法文をそのような趣旨に解している。しかし、この解答は、[両法文の] テキストと十分には整合しないし、本章第8法文や勅法彙纂第8巻第18章「質において優先されるべきは誰か」第3法文の明確なテキストにも矛盾する。別の人々によれば、本章第21法文のテキストは、未成熟被後見人である上に先取特権を有するセアについて述べており、そのように未成熟被後見人が先行者である場合には国庫が排除されるというように解決される。しかし、法文のテキストがこのような考え方に依拠しているようには見えない。また別の人々によれば、テキストにおいて何も特別なことは見出されず、第28法文における国庫は時において先んじていたのであり、この点は、「国庫は質の原因に先んじている」という末尾の文言によって裏付けられ、それ故また、前段の文言も時的後続者ではなく時的先行者について述べていることになり、国庫はセアよりも先に契約したのだとされる。国庫と私人との間に差異はないとする既に引用された諸法文【本章第7法文1節及び第8法文】はこの説明を裏付けている。従って、本章第21法文において判断されているのは、先行債権者によってその後行われた更改を理由に国庫が優先されるべきか否かであり、この点が否定されているのである。なお本章第3法文も参照せよ。先に引用した勅法彙纂第7巻73章「国庫の先取特権について」第2法文や同第8巻第18章第3法文で何か別のことが言われているわけでもない。”(Evolutiones, 365. 引用は1669年イェーナ刊初版による。)

fiscus excluditur」のであって、単なる約定の包括的抵当権者にすぎない先行者との関係で国庫を優先させる第28法文とは矛盾しないとする見解、そして、「第28法文における国庫は時において先んじていた *fiscus in lege 28. fuit prior tempore*」ため、同法文は第21法文と同様に「時的後続者 *tempore subsequens*」ではなく「時的先行者 *tempore antecedens*」の優先について述べているにすぎないとする見解の三つを取り上げ、時的先行性の準則の貫徹を説いた『要論』の記述の正当化という観点の当然の帰結として、先の二つの見解を退け、最後の見解に与している。各学説の論者や典拠は一切示されていないけれども、順に、標準注釈による第二の解決案＝キュジャス説、同第一の解決案＝バルトルス説、同第三の解決案＝ドノー説を受けたものであるのは一見して明らかである。従って、シュトルーヴェはドノー以来久々に現れた第三の解決案の有力な支持者ということになる。しかし、その論証内容は引用された関連諸法文との整合性や矛盾が指摘されるだけで、なぜ整合しあるいは矛盾するのか踏み込んだ説明はほとんど見られず、「同書(＝『要論』)で引用された疑わしく理解の妨げとなるテキストの解明 *resolutions dubiorum et textuum obstantium ibi allegatorum*」という『補説』の表題の後段部分に照らしても十分なものとは言えない。それでも、第21法文と第28法文の矛盾が『<然るに>』で言及されなかった理由を、以上のような『補説』での議論との重複の回避に見出す余地はある。また、ゴドフロワが<imo>で指示した法文間矛盾を網羅的に検討する意図や、『<然るに>』の序言に指摘されたような教育的配慮が、そもそもシュトルーヴェ自身には欠けていたとしても、『<然るに>』が過去一世紀に渡るゴドフロワの注解の普及と声望を当て込む形で出版されたのはやはり確かであろう。しかしながら、編者たる無名氏と出版者のそのような期待は報われることはなかった。というのも、内容的には矛盾法文集の一種と捉えることも可能な『補説』が17世紀末までに五版を数えたのに対して、文字通りの矛盾法文集である『<然るに>』は、19世紀まで<sup>51)</sup>再版されることはなかったから

51) 1821年パリで、シフラン Siffrein 版『ポティエ全集 *Oeuvres de Pothier*』(1820-24年)の索引作成者でもあったピネル＝グランシャン Pinel-Grandchamp の編集による「綿密に校訂された新版 *nova editio accuratius emendata*」が公開されている。

である。帝国の学識法曹の関心は矛盾解消論からとうに離れていたのである。ライプニッツが、『新方法』の改訂準備にあたり、パーチェ等の矛盾法文集以後の成果として、シュトルーヴェの『<然るに>』しか挙げなかったのは決して偶然ではない。三十年戦争による大学の混乱荒廃という外的要因がもたらした法学一般の停滞の影響をさしあたり度外視しても、裁判所からの書類送付の慣行の下、鑑定実務を通じて徐々に地域固有法への理解を深めて来た法学部教授層の学問的教育的著述の重点は、16世紀後半以降に数多く現れた鑑定意見集、あるいはまた、皇室裁判所や各領邦裁判所の判決を素材とする実務考察集に示された普通法と地域固有法の個別実践的調和の段階を経て、17世紀後半には、ローマ法の帝国法としての権威と体系枠組みとしての利便を温存しつつ固有法を積極的に取り込みその体系化学理化を試みる段階へと移って行った。そのような試みは、『<然るに>』と相前後する形で17世紀末から18世紀初めにかけて公刊されたザムエル・シュトリュク Samuel Stryk (1640-1710年)の『学説彙纂の現代的慣用 Usus modernus pandectarum』(1690-1712年初版)やヴォルフガング・アダム・ラウターバッハ Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678年)の『学説彙纂全五十巻の理論的かつ実務的な講義録 Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta libros Pandectarum』(1690-1711年初版)において頂点に達する。これらの著作では、『<然るに>』の序言が支持する立場、つまり、市民法大全の無矛盾を前提とした妥当論的議論への志向が貫かれているように見えるけれども、彼ら現代的慣用の担い手にとって重要なのは、もはや法文間の矛盾ではなく、ローマ法と固有法の間での矛盾であった。逆に言えば、法文間矛盾という伝統的論点は直面する課題への対処のために放置されたのである<sup>52)</sup>。同時期のネーデルラントにおいても、主として都市

52) 例えば、編別上、学説彙纂第20巻第4章の注釈に相当する部分には、シュトリュクの『現代的慣用』(『続巻第二 Continuatio altera』[1710年] 656-660頁。試訳は「現代的慣用における抵当権者の順位」獨協法学80号70-74頁参照)とラウターバッハの『講義録』(参照したのは1764年刊の第1巻のテキスト85-90頁)の何れにおいても、第21法文と第28法文の矛盾を始めとして法文間矛盾それ自体を論じた箇所は一切見当たらない。なお、法文間矛盾への関心は、18世紀半ば以降、いわゆるオラン

の法律顧問や弁護士などの実務家によって著されたいわゆる査閲文献と並んで、大学法学部教授によるローマ法の注釈書や論考が、実務的要請に即してローマ法を取捨選択し固有法をローマ法の体系的連関の中に取り込む課題を担ったが、帝国におけるような共通法としての公的な権威付けを欠くが故に、ローマ法と固有法の不一致それ自体が解消されるべき矛盾として捉えられることはなかった。しかも、ネーデルラントでは、中世以来のローマ法の実用化の営為がそのような現代的慣用へと展開される過程と、人文主義法学によるテキスト批判が典雅法学へと引き継がれる過程が、大学法学部という場所で互いに接点を保ちながら同時に進行し<sup>53)</sup>、その中で、規範認識と歴史認識の区別が、標準注釈以来の法学的伝統の根強さにもかかわらず、比較的早期に確立された。人文主義的考証を実務的に有用な法文の選別基準の一つとして参照するような些か倒錯した試みよりはむしろ、法文間矛盾論のような伝統的な議論枠組みの中でこそ、そのような区別は顕在化し得たのである。ネーデルラントのローマ法学は、矛盾法文集の空白期間に丁度重なるこの時期に、如何にしてこの規範認識と歴史認識の区別に到達したのか、その学説史的展開を再び第21法

---

ダ典雅法学 *Holländische elegante Schule* の影響の下に再び高まったようであるが、そこでは依然としてローマ法をめぐる歴史認識と規範認識の区別が未確立のまま現行法としての妥当論的議論が繰り返されるに留まった。当時の議論のあり方は、II注50でふれたグリュックの「パンデクテン詳解」で論及批判される同時代の諸学説に見て取ることができ、オランダ典雅法学の影響についても、例えば、エフェラルト・オット Everard Otto (1686-1756年) やヤン (ヨハンネス)・ウォルベルス Jan Wolbers (生没年不詳) 等の著作の引用によって確認することができる(「クリスティアン・フリードリヒ・グリュックの国庫先取特権論」獨協法学82号参照)。なお、グリュック自身は歴史認識と規範認識の区別した上で妥当論的議論を展開しているように思われる。というのも、国庫の特権化された法定抵当権を論じた上記箇所において、グリュックは、第21法文について、「スカエウォラの時代、国庫は契約に基づく債権について未だ法定の抵当権さえ有しておらず、まして特権化された抵当権を有することなどあり得ない」と指摘し、国庫に物的先取特権を認める第28法文との時代的前後関係を無視して両法文の論理的矛盾を論じる不毛さをはっきり意識しているからである。依然現行法として妥当しているのが第21法文ではなく第28法文であると考えるからこそ、第28法文の解釈論に焦点を合わせる形で諸学説の当否を論じることができたのである。

53) ネーデルラントにおける典雅法学と現代的慣用の共存関係については Van den Bergh, *Die holländische elegante Schule* (2002), 63-70参照。

文と第28法文の矛盾解消を素材に辿ることが本稿に残された課題である。

#### IV

Ⅱで検討したパーチェヤブロンクホルストの矛盾法文集に続く17世紀前半の時期にネーデルラントにおいて第21法文と第28法文の対立を扱った学説彙纂注釈書としては、スペイン・ハプスブルク家の統治下に残った南ネーデルラントのルーヴァン大学で同時期に法学教授を務めたヘンドリック・ズース Hendrik Zoes (1571-1627年：1619年に着任) の『市民法の学説彙纂別名類集全五十巻の注解 Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L.』(1645年初版) と、テオドルス・トゥルデン Theodorus Tulden (1595?-1645：1620年に着任) の『学説彙纂別名類集的方法的、倫理的、類推的、実務的な注解 Commentarius in Digesta sive Pandectas, methodicus, aetiologicus, analogicus, pragmaticus』(1702年に『著作全集 Opera omnia』の一部として公刊) とがある。まずズースの第20巻第4章の注釈では、「一つの物が複数の者に対して別々に担保に供された *rem unam pluribus obligari contingit*」場合に「競合する複数の者の中で誰を優先すべきか *quis veniat praeferendus, pluribus concurrentibus*」を判断するための「準則 *regula*」、すなわち、「時において先んずる者が権利において優先する *prior tempore est potior iure*」という命題の意義と、当該準則が妥当しない例外事例が順序立てて論じられている。国庫の先取特権との関連では、「後続者の先取特権 *privilegia posterioris*」によっても覆されることのない当該準則に照らして、「後続の国庫は、たとえ先取特権者であっても、先行する私人に劣後する *fiscus posterior, licet privilegiatus, cedit tamen privato priori*」と指摘される一方、当該準則の例外の一つとして、「国庫との間に債務関係が成立して以降に取得された財産の範囲 *quoad acquisita post obligationem cum fisco initiam*」で「後続の国庫 *fiscus posterior*」が「先行する私人 *privatus prior*」に優先する場合は第28法文を根拠に挙示されており、第21法文と第28法文の「矛盾 *antinomia*」はこの例外に関わる論点として検討されている<sup>54)</sup>。というも、第21法文によれば、むしろ準則通りに、「先

行する包括的抵当権を有する者が、事後に取得された財産についても国庫に優先するよう見える *qui habet generalem priorem hypothecam praeferrī videtur fisco, etiam quoad bona postea acquisita* からである。このような議論の流れに示唆される通り、債務者の後得財産に関する限り国庫は後続者であっても先

54) “く1. 時において先んずる者は権利において優先するという準則 *Regula, Prior tempore potior est iure.*” 一つの物が複数の者に対して、共同にしかも同時に担保に供された場合には、全員に按分されるので何も問題は生じないが、別々に担保に供された場合には、競合する複数の者の中で誰を優先すべきか問題となる。この点について、時において先んずる者が権利において優先する、との準則が示されている【本章第8法文及び第10法文、第六書5巻13章「法の諸準則について」準則54】。このような優先権は、争いの回避のためだけでなく、物に対する権利を取得する際に用心する債権者の慎重さに鑑み導入された。…

く7. 時において先んずる者は後続の先取特権者に優先する *Prior tempore potior privilegiato posteriori.* 後続者の先取特権は後続者を先行者に対して優先させることはない。従って、後続の国庫は、たとえ先取特権者であっても、先行する私人に劣後する。また、この点は公共体においても妥当する【本章第8法文、勅法彙纂8巻18章「質において優先する解されるのは誰か」第4法文】。

以上の点には幾つかの例外が存する。…

く15. 第五に、国庫について、債務関係成立後に取得された財産の範囲で〔上記準則は妥当しない〕 *V. in fisco quo ad bona post acquisitionem ei obligata.* 第五に、国庫について、国庫との間に債務関係が成立して以降に取得された財産の範囲で〔先の準則は妥当しない〕。つまり、そのような財産にかんする限り、国庫が他の債権者たちにたとえ彼らが先行していても優先することになる。これは、質の原因が優越したと解されるからであり【学説彙纂後述49巻14章「国庫の権利について」第28法文】、現存財産のみならず将来の財産もまた担保に供された場合であってもそうである。

く16. 本章第21法文前書と第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文の趣旨 *Intellectus legis finalis in principio huius tituli et legis Si qui 28. De iure fisci.* ところで、本章第21法文前書は上記第28法文と対立するように見える。すなわち、そこでは、先行する包括的抵当権を有する者が、事後に取得された財産についても国庫に優先するよう見えるからである。ある人々は、この矛盾を解消するために、それが上記第21法文において扱われている後見という原因と未成熟被後見人の優遇の帰結であると、先取特権者は先取特権者を相手に自らの先取特権を行使できないかのように主張する【パキウス『矛盾法文集』第5集第29番】。しかし、この第28法文によれば、国庫は、質の原因に先んじているというそこに付された理由故に、その債務関係成立以降に債務者によって取得された財産について、全ての者に絶対的に優先する。それ故、バルトルスは、第21法文への注釈の中で、セイヤが優先されるのは、二重の先取特権、つまり、黙示の抵当権に加えて明示の抵当権も有しているからである旨主張し

行者に優先するというこの例外の根拠たる第28法文の正しさはズースにとって自明の前提であり、この第28法文と整合的な第21法文の解釈がここでは問われることになる。第21法文の解釈については、既存の学説を列挙検討する形式が採られ、幾つかの学説が論駁された後に、ズース自身が与する学説が明示されている。最初に論駁の対象となっているのは、両法文の見せかけの対立を「後見という原因と未成熟被後見人の優遇の帰結 *tributum caussae tutelari, et favori pupilli*」と捉えて、国庫の先取特権による例外的優先は、「後見という原因 *caussa tutelaris*」によって黙示の包括的抵当権という意味で同じ「先取特権 *privilegium*」を有する第21法文のセイアのような私人との関係では通用しないと見る見解である。ズースは、「質の原因に先んじている *praevenit causam pignoris*」という簡明な「理由 *ratio*」で国庫を優先させた第28法文を、「国庫はその債務関係成立以降に債務者によって取得された財産について全ての者に

---

ている。しかし、他人の包括的抵当権とは関わりなく国庫が後得財産について優先される旨述べる第28法文によれば、この見解に与するわけにはいかない。クヤキウスは、『考察と修正』第10巻第22章において、アックルシウスに倣い、第21法文が国庫と契約する以前に取得された財産にかんするものと解している。このような解決は確かにより簡明であるが、困難な事例について吟味しているはずのスカエウォラの典雅な解答に相応しいとは言えない。しかし、クヤキウスが想定しているのは困難というよりはむしろ疑問の余地のない事例である。そこで、アントニウス・ファベルの『推測集』第2巻第10章に従い、第21法文では、国庫との間の債務関係成立後に行われた債権者セイアによる先行債務の更改が、更改以前に取得されたものについてセイア自身に不利に働くのか否かが吟味されているものと解されるべきである。更改によって新たな担保が成立し、この新たな担保が、たとえ既存のものであっても国庫との契約締結後の財産には効力を及ぼし得ないように見えたことから、そのような問題が生じ得ると解されたのである。これに対して、法律家 [スカエウォラ] は、更改によって、セイアに不利になることはなく、従ってまた、更改前には国庫に先行していたセイアが国庫の後になるわけではない旨解答している。というのも、更改者は、同一の担保を留保して、自ら地位を承継し、時的先行者としての順位を維持できるからである【本章第3法文及び第12法文10節】。第21法文の「最初の担保成立以降に取得した物についても」というテキストはクヤキウスその他の人々の論拠にはならない。なぜなら、最初の担保成立以降に取得されたものとは、国庫との契約以前に取得されたものではなく、むしろ、それ以後に取得されたものを指しているからである。”(Commentarius, 439. 引用は1656年ルーヴァン刊第二版による。ズースの本章注釈全体については拙稿「法定抵当権から先取特権へ(1)」(獨協法学79号)のI参照)。



絶対的に優先する *fiscus absolute praefertur omnibus in bonis post obligationem suam per debitorem quaesitis*』という趣旨に解しているようであり、そのような立場からすれば、「先取特権者は先取特権者を相手に自らの先取特権を行使できないかのように主張する *quasi privilegiatus non utatur suo privilegio contra privilegiatum*」人々には当然与し得ない。続いて、「二重の先取特権 *duplum privilegium*」を理由にセイアの優先を正当化する見解も、同様に、第28法文における国庫の絶対的優先、つまり、「他人の包括的抵当権とは関わりなく国庫が後得財産について優先される *praefertur fiscum in postea acquisitis, non attendit alterius generali hypotheca*』という点を理由に退けられている。ここに言う「二重の先取特権」とは、セイアが、「後見という原因」に基づいて「黙示の抵当権 *tacita hypotheca*」を取得しているだけでなく、有責判決後にティティウスから設定を受けた「明示の抵当権 *expressa hypotheca*」の時的先行性を主張し得るとする趣旨であり、論者としてバルトルスが名指しされているところからも明らかなように、標準注釈の第一の解決案に対応する。未成熟被後見人の法定抵当権にのみ着目する先の見解とこちらの「二重の先取特権」論をズースのように区別して扱うべきかどうかそれ自体も疑問であるが、更に驚くべきなのは、パーチェの矛盾法文集の前述箇所が先の見解の典拠として引用されている点である。パーチェがセイアの後見による「先取特権」を前提視しているのは確かだとしても、ズースの解するように、それを根拠にセイアが国庫の先取特権を否認できるなどとは主張しておらず、むしろ、「二重の先取特権」論をふまえつつ、それに基づいたセイアの優先的地位の限界を見極める方向で議論が展開されている。そして最終的には、IIで見たとおり、更改時の抵当権更新をセイアの優先的地位の時的限界と解する点でファーヴル説と同じ結論に達していた。従って、ズースによるパーチェの引用は正確なものとは言えない。次にズースが言及するのは、セイアの優先的地位を「国庫と契約する以前に取得された財産 *bona quaesita antequam cum fisco contraferetur*」に限定するキュジャス説である。「このような解決は確かにより簡明であるが、困難な事例について吟味しているはずのスカエウォラの典雅な解答に相応しいとは言えない *quae solutio facilis quidem; sed parum respondens eleganti responso Scae-*

volae, qui videtur circa dubium casum disputare」とのズースは反駁は、Iでみたファーヴルのそれを借用したにすぎない。「アックルシウスに倣って post Accursium」主張されたキュジャス説は標準注釈の二つ目の解決案をそのまま是認するものであったため、ファーヴルはキュジャスの名を挙げて批判することは避けたが、ズースは、「クヤキウスが想定しているのは困難というよりはむしろ疑問の余地のない事例である ille, quem ponit Cujacius, non tam dubius, quam certus」と皮肉めいた言辞を取ってキュジャスに浴びせている。ここまでのズースの議論が標準注釈の第一及び第二の解決案をそれぞれ退ける内容であるのは明らかである。第28法文を国庫の契約が先行する趣旨に読み替える第三の解決案には言及はないが、第28法文を時的先行性の例外と位置づける観方の下ではそのような解決案はそもそも問題とならない。それ故、ズースが、これら標準注釈の諸解決案から離れて独自の第21法文解釈を提示したファーヴル説に支持を表明したのも当然であった。すなわち、第21法文では、「国庫との間の債務関係成立後に行われた債権者セイアによる先行債務の更改 novatio debiti prioris per Seiam creditricem post contractam cum fisco obligationem」に関して、更改によって成立する「新たな担保 nova obligatio」が「たとえ既存のものであっても国庫との契約締結後の財産には効力を及ぼし得ないように見えた videbatur afficere non posse bona, etiam priora post contractum cum fisco initum」ために、「更改以前に取得されたものについてセイア自身に不利に働くのか否か an noceat eidem Seiae quoad prius aquisita」が問われ、スカエウオラは、「更改者は、同一の担保を留保して、自ら地位を承継し、時的先行者としての順位を維持できる novans servato eodem pignore, sibi ipse in locum succedit」との理由から、国庫の契約から更改までの間に債務者が取得した財産についてもセイアが国庫に優先すると解答されたというのである。最後にズースは、セイアの優先権に時的限界を設けるという意味ではファーヴル説と同じ方向性を持つキュジャス説＝標準注釈の第二の解決案について、「最初の担保成立以降に取得した物 res, quas post priorem obligationem acquisivit」という第21法文の文言が「国庫との契約以前に取得されたものではなく、むしろ、それ以後に取得されたものを指すと解されべきである non intelligenda de acquisitis

ante contractum cum fisco, sed potius post eum]<sup>55)</sup>と指摘して議論を終えている。

他方、トゥルデンの『学説彙纂注解』は、法文の配列に沿った逐条注釈でも、ズースの『注解』のようないわゆるパラティトラ Paratitla (章別注解)でもなく、論点毎に関連法文を独立して論じる叙述形式が採られており、第21法文と第28法文の矛盾解消については、第20巻第4章注釈の第2章「債務者の総財産を包括的に担保に供された第一債権者は、後得財産についても、包括的抵当権を取得した第二債権者に優先するのか an creditor prior, cui generaliter bona omnia debitoris sunt obligata, praeferatur secundo generalem hypothecam adepto, etiam in bonis postea acquisitis]<sup>56)</sup>の中で論じられている。同章には

55) この箇所テキストは<de acquisitis post contractum cum fisco, sed potius ante eum>となっているが、「クヤキウス他の人々の論拠にはならない nihil faciente pro Cujacio, et alijs」とされる文脈に明らかに矛盾するので、誤植と解して、<de acquisitis ante contractum cum fisco, sed potius post eum>と読み替えた。また、注釈第15番の「主題 summarium」についても、<quoad bona post acquisitionem ei obligata>を、注釈本文の表現や内容に合わせて、<quoad bona post obligationem ejus acquisita>と読み替えた。

56) “1. 然り。なぜなら、将来帰属することになる財産にも包括的抵当権は及ぶから。> そのとおりである。というのも、質の合意について先行する者は質物の売却において当然優先するからである【本書第2法文及び第12法文】。しかも、包括的な質には後に債務者に帰属するであろう財産も黙示に含まれる以上【勅法彙纂8巻17章第9法文】、そのような財産が質に服し得ることに疑念の余地はない。

<2. 国庫に関して反対の趣旨を定める学説彙纂49巻14章第28法文は妨げにはならない。というのもこれは先取特権として国庫に認められるものであるから。当該先取特権の論拠。> あなたの債務者があなたに包括的な質権を設定した後に国庫と契約したとの想定の下で、国庫との契約以後に債務者に帰属したものについては国庫があなたに優先すると定めている学説彙纂49巻14章第28法文はこの点に影響しない。というのも、それは勅法によって先取特権として国庫に認められている旨解答されているからであり、将来の財産は合意の当初から担保に供されるのではなく、債務者に帰属するまさにその時に担保に服するというのがそれらの勅法の拠って立つ論拠である【本章第7法文1節】。しかも、それら将来の財産については、優遇的な解釈により、国庫が先行する質の原因に先んじたものと解される。つまり、国庫の契約には、他人に未だ有効に質入れされていない債務者の財産について、黙示の質権が伴うのである

「第8法文並びに第21法文について ad legem Si pignus 8. et legem ultimam」とも付記されているが、実際に展開されているのは、これら二法文の全般的な注釈などではなく、表題として掲げられた上記論点に関わる限りでの注釈であ

【学説彙纂49巻14章第46法文、勅法彙纂7巻73章第3法文】。

〈3. この論拠はなぜ私人について通用しないのか。〉この同じ論拠で私人が後得財産について優先すると解してはならない。なぜなら、私人については、制限的に解釈され、財産の取得は包括的な質の合意時にまで遡及させるべきである。

〈4. 国庫の先取特権は、同等の先取特権を備え時において先行する者に対しては効果はない。〉更に、国庫との契約後に債務者の取得したものについても先行債権者が優先するよう見える本章第21法文も以上の点の妨げにはならない。というのも、そのようなことが起こるのは最初の債権が後見に基づいているからである。しかも、未成熟被後見人は後見人の財産上に黙示に質という先取特権をも有している【勅法彙纂5巻37章第20法文】。それ故、国庫は、同等の先取特権を備え時的先行性において優越する者に対して、自らの先取特権を行使し得ないのである。

〈5. 本章第21法文による裏付け。当法文の事案の提示。〉本章第21法文の事案は次のとおり。後見事務の執行に基づきセイアに一定金額を支払うべき旨の有責判決を受けた後見人が、セイアのために現存並びに将来の財産を担保に供した。その後、後見人は、包括的な質の下に国庫から消費貸借によって金銭を借り受け、セイアの一部を弁済し、質の更新の下に残額の支払を約束した。問題とされたのは、最初の担保成立以降に取得された財産についても、債務全額が完済されるまでは、セイアが優先すべきか否か、である。スカエウオラはこれを肯定している。

〈6. クヤキウスは当法文を正しく解釈していない。〉「最初の担保成立以降に取得されたものについて」という文言を問題視するクヤキウスは、その反対に、国庫が自らとの契約締結後に債務者に帰属することになったものについて優先する意味に解している。しかし、「債務全額が完済されるまで」という文言は、既に述べたバルトルスとコナヌスによる反対の解釈を裏付けている。

〈7. 先取特権者の間で国庫の原因が最優先と言われるのはどのような趣旨か。〉このような捉え方に対して、アントニウス・ファベルが、先取特権者の間において国庫という原因が最優先である旨【学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第24法文】、反論しているのも正しくない。というのも、そのような理屈は人的な先取特権に関するものであるから。

〈8. 第8法文もまた調和する。〉私人はもちろん公共体もまた無制限に国庫に優先させる本章第8法文も以上の点に影響はない。なぜなら、何よりも、当法文は特定の質について述べているからである。また、第28法文による無制限な表現を区別するのも容易である。”(Commentarius, I, 451-452. 引用は1702年ルーヴァン刊のテキストによる。)

る。そこではまず論点に対する肯定的な解答が提示されている。すなわち、「質の合意について先行する者は質物の売却において当然優先する *prior tempore in conventionione pignoris, potior est jure in ejus distractione*」という時的先行性の準則と、「包括的な質には後に債務者に帰属するであろう財産も黙示に含まれる *generale pignus amplectitur tacite etiam bona post obventura debitori*」という包括的抵当の特性とを根拠に、先行する包括的抵当権者は債務者の後得財産についても後続の包括的抵当権者に優先するというのである。次に、トゥルデンは、このような後得財産に対する包括的抵当権者の時的先行による優位の保持という理解を妨げるように見える法文として第28法文に言及している。第28法文において後続の包括的抵当権者たる国庫が債務者の後得財産について先行の包括的抵当権者に優先するのは、「勅法 *constitutiones*」によって国庫に付与された「先取特権 *privilegium*」に基づく例外的な事態であって、上記理解の原則性を否定するものではない。「将来の財産は合意の当初から担保に供されるのではなく、債務者に帰属するまさにその時に担保に服する *futura bona non ab initio conventionis fuerunt obligata, sed tunc demum in obligationem inciderunt, ubi obvenerunt debitori*」という包括的抵当権一般の効力を前提にしつつも、「それら将来の財産については、優遇的な解釈により、国庫が先行する質の原因に先んじたものと解される *videtur in his, favorabili interpretatione, prioris pignoris causam praevenisse fiscus*」のである。しかし、このような「優遇的な解釈 *favorabilis interpretatio*」による「先取特権」を付与された国庫であっても、「同等の先取特権を備え時的先行性において優越する者に対しては、自らの先取特権を行使し得ない *non exercet suum privilegium, contra eum qui pari instructus temporis praerogativa praevallet*」。この点の論拠として、注釈対象として予定されていた第21法文が漸く論じられることになる。トゥルデンによれば、第21法文において「国庫との契約後に債務者の取得したものについても先行債権者が優先するように見える *videtur, etiam in acquisitis debitori post contractum cum fisco, praeferrri prior creditor*」のは、先に包括的抵当の設定を受けた「未成熟被後見人 *pupillus*」が「後見人の財産上に黙示の質という先取特権をも有している *privilegium taciti pignoris in bona tuto-*

ris」からとされ、後見優遇による包括的抵当権の黙示化については、第21法文との時代的前後関係にはやはり無頓着のまま、コンスタンティヌス I 世帝の勅法<sup>57)</sup>が引用されている。そのような第21法文の解釈が二重の先取特権論に基づくもので、バルトルス説＝標準注釈の第一の解決案による第28法文との調和策がここに提示されているのは明らかである。トゥルデン自身、「最初の担保成立以降に取得されたものについて *in quaesitis post priorem obligationem*」という第21法文の文言を制限的に解釈してセイアの優先権を国庫の契約締結時まで限定するキュジャス説＝標準注釈の第二の解決案を退けるに当たって、「債務全額が完済されるまで *donec universum debitum consequatur*」との文言によって裏付けられた「バルトルスとコナヌスによる反対の解釈 *contraria Bartoli et Connani*」に与する旨主張し、自らの与する論者を明示している。ただし、既に I でみた通り、コナンが与したのは、バルトルスの二重の先取特権論による第21法文解釈そのものではなく、後続者であっても先行者の「質の原因 *causa pignoris*」に先んじ得るといふ国庫の法定抵当権の特殊性に基づいた第28法文解釈の方であるので、トゥルデンの表現は正確さを欠く。しかしそれ以上に問題なのは、キュジャス説と並んで論駁の対象となっているファーヴル説の扱いである。というのも、トゥルデンによれば、「このような捉え方 *ratio hujus hypothesis*」、つまり、二重の先取特権によるセイアの国庫に対する優位に対して、「アントニウス・ファベルが、先取特権者の間において国庫という原因が最優先である旨反論しているのも正しくない *nec recte objicit Antonius Faber, quod parima inter privilegiatorios sit causa fisci*」とされているからである。「そのような理屈は人間的な先取特権に関するものであるから *id enim pertinet ad privilegia personalia*」という反駁の論拠自体は、典拠として引用される法文<sup>58)</sup>に照らせば不適切なものではないが、そもそもファーヴルが上記のような理由でバルトルス説に反対した事実は、I でふれた『推測集』の該当箇所を見る限り、見当たらないし、ファーヴル説の核心である更改時による区分には

---

57) C. 37, 20. [314].

58) D. 42, 6, 24.

全く言及されていない。トゥルデンの学説引用は、論者名のみによるもので、典拠となる著作等は一切挙げられていないため、ファーヴルが別の著述の中で上記のような議論を展開した可能性も考えられないわけではないが、たとえそうであるとしても、ファーヴルの名を挙げながら、当時既に広く知られ同僚のズースも支持していた『推測集』での第21法文解釈に言及しないのは不可解である。とはいえ、学説史的展開という観点からは、このトゥルデンによるファーヴル説引用や、前述のズースによるパーチェ説引用に見られる学説紹介の不適切さではなく、両者の議論にファーヴル説とバルトルス説の対立という前世紀末以降の学説状況が如実に反映されているという点にこそ注目せねばならない。矛盾解消が依然として現行法の解釈と未分離のまま展開される中でのそのような学説の布置関係に変化が現れるのは17世紀半ば連邦共和国として名実ともに自立するに至る北部ネーデルラントにおいてであった。

レイデン(1575年設立)、ユトレヒト(1636年設立)、フラネケル(1585年設立)、フローニンゲン(1612年設立)、ハルデルウェイク(1647/8年設立)、ネイメーヘン(1655年設立)といったネーデルラント共和国の諸大学においても、第21法文と第28法文の対立が講義や討論で扱われていた点は、例えば、フランケンベルク出身のドイツ人でヘルボルンやマールブルクを経て1625年からフローニンゲン大学の法学教授を務めたアントン・マテーウス Anton Matthaeus I世(1564-1637年)が同大学で指導したいわゆる「小討論 collegia」<sup>59)</sup>(『六つの法学小討論集 Collegia iuris sex』(1638年初版)の第5部「フローニンゲン並びにオムラントの大学で公的あるいは私的に行われた52の討論を収録した学説彙纂小討論集 Collegium Pandectarum continens disputationes quinquaginta duas, in Academia Gronigae et Omlandiae publice privatimque habitas」に「質及び抵当について De pignoribus et Hypothecis」との表題で収録されたフリースラントのレーワルデン出身のランベルトゥス・ボエティウス・スイクマ Lambertus Boethius Sicma を応答者とする第27討論)から確認でき

59) 「小討論」については Ahsmann, *Collegia en colleges* (1990), 324-336参照。

る。というのも、当討論末尾近くの第48番<sup>60)</sup>において、「私が現に有しました将来得るであろう全ての財産を担保に供し、その後、国庫から金銭を借り入れ同様に私の物を国庫のために担保に供した *obligavi omnia mea bona, quae habebam quaeque habiturus essem: postea mutuatus a fisco pecuniam, ei similiter res meas obligavi*」場合につき、「先行債権者が、最初の担保成立以降に私が取得した物について国庫に優先されるべきか否か *an primus creditor fisco in his rebus sit praefendus, quas post priorem obligationem acquisivi*」が問われ、これを肯定する第21法文のスカエウォラの見解と否定する第28法文のウルピアヌスの見解とが対置されているからである。ただし、そこには両法文の矛盾が指摘されているだけで、解決案そのものは示されていない。結論を留保したのか錯綜した議論に立ち入るのを避けたのかその理由は不明であるが、解決案の代わりに既存の学説の論者と典拠が列挙されている。その内、フォルニエの『判別集』、キュジャスの『考察と修正』、ドノーの『質並びに抵当についての論考』、パーチェの『矛盾法文集』、ファーヴル『推測集』の議論は既にIで見た通りであり、ここには、標準注釈第二の解決案に与するキュジャス、第三の解決案の系譜に属するフォルニエ及びドノー、独自の解決案を提示するファーヴルとこれに倣うパーチェというように、標準注釈第一の解決案＝バルトルス説以外の学説が無造作に並べられていることになる。他方、本稿でもまだ取り上げていなかった文献としては、フランソワ・オットマン François Hotman

60) “48. 私が現に有しました将来得るであろう全ての財産を担保に供し、その後、国庫から金銭を借り入れ同様に私の物を国庫のために担保に供した。この場合、先行債権者が、最初の担保成立以降に私が取得した物について国庫に優先されるべきか否か問題となる。スカエウォラは学説彙纂第20巻第4章「質乃至抵当において優先されるべきは誰か」第21法文においてこれを肯定する。ウルピアヌスは同第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文においてこれを否定する。フォルネリウス『判別集』第2巻判別24、クヤキウス『考察と修正』第10巻考察22、ホトマヌス『学説彙纂摘要』第20巻第4章第6番及び第7番、ドネルス『質並びに抵当についての注釈』第12章「質において誰が優先されるべきか」、パキウス『矛盾法文集』第5集第29番、ファベル『推測集』第2巻推測10。”(Collegia pandectarum, 134-135. 引用は1647年フラネケル刊『小討論集』第二版収録のテキストによる。)



(1524-1590年)の『学説彙纂摘要全22卷 Epitomatorum in Pandectas libri XXII』が挙げられている。引用されている同書第20巻第4章の第6番及び第7番<sup>61)</sup>では、抵当権者の優劣を規定する「準則 regula」の一つとして、抵当権者が「私人 privatus」、「公共体 res publica」、「国庫 fiscus」の何れであろうと、「先行抵

61) “く6. 私人は抵当権を有する他の私人あるいは公共体にさえも優先されるか否か。更にまた次のような準則も導出される。先行抵当権者である私人は後続抵当権者である私人に優先するだけでなく、公共体にも優先し【勅法彙纂8巻18章第3法文】、このことは国庫に対してさえもそうである【同章第8法文】。同様に、先行抵当権者である国庫は後続抵当権者である私人に優先する【同第2法文】。ただし、債務者が国庫との取引以降に何かを取得した場合には、国庫がそのような物について他のあらゆる債権者に優先する。それは丁度、これらの物が国庫の貸付金によって購入され〔当該物が国庫のために担保に供され〕たようなものであり、この点は元首の諸勅法によって導入された【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文】。しかし、後得物については大きな問題が存在する。確かに、上記法文においてウルピアヌスは、パピニアヌスの権威に基づいて国庫が優先し、それが皇帝によって勅法として定められている旨解答している。

く7. 国庫の優先権をめぐるウルピアヌスとスカエウォラの不一致、学説彙纂第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文について、そして、同法文の修正。ところが、本章第21法文では、スカエウォラが私人を優先させている。それでもウルピアヌスの見解は正しい。というのも、(先に述べたとおり)国庫には、未成熟被後見人について勅法で定められている【学説彙纂27巻9章「後見あるいは保佐の下にある者の財産は命令無しに譲渡されあるいは質入れされてはならないことについて」第3法文、及び、本章第7法文】のと同じく、自らの貸付金でそれらの財産が購入されたかのように、先取特権が付与されており、また、スカエウォラがウルピアヌスと見解を異にしているわけでもないからである。しかしそれは、未成熟被後見人に(諸博士が一般に教示しているように)二人の先取特権者が競合する場合に時において先ずる者が権利において優先すべきだとされるような原因が存在するからではない。なぜなら、未成熟被後見人の先取特権は人的にすぎない後見訴権に備わるものであって、物的な抵当訴権とも関わりがないからであり【勅法彙纂8巻18章「質において優先されるべきは誰か」第9法文】、それによれば未成熟被後見人は黙示の抵当権を有さず、先取特権を有するに留まるとする学説彙纂の法によってももちろんそうである。その上、スカエウォラは随意的更改が為されたと想定している。ところが、そのような更改によって、更改された訴権の先取特権は当該訴権と共に消滅する【学説彙纂46巻2章「更改並びに債権者変更について」第29法文】。それでは、ウルピアヌスの見解を「その時国庫と契約した」と読むならばどうか。しかし、このような仕方では、<契約していた>というように置き換える必要があったという点は措くとしても、そもそも如何なる疑問点が潜んでいたのか上手く理解できない。それ故、むしろ

当権者 *hypothecarius prior*」が「後続抵当権者 *hypothecarius posterior*」に優先するという時的先行性の原則が根拠となる諸法文の引用を伴い提示されるとともに、当該準則について、「債務者が国庫との取引以降に何かを取得した場合には、国庫がそのような物について他のあらゆる債権者に優先する *si quid debitor post contractum cum fisco negotium adquisierit, fiscus in iis rebus aliis omnibus creditoribus praefertur*」との例外が第28法文の引用の下に「元首の諸勅法によって *Principum constitutionibus*」導入された旨説明されている。その上で論及されているのが、第28法文のウルピアヌスの見解とこれに矛盾するように見える第21法文のスカエウォラの見解の関係である。時的先行性の準則とその例外の対置がオットマンの「摘要」の本文であるとするれば、両法文の矛盾、つまり、ウルピアヌスとスカエウォラの不一致をめぐる議論は本文に対する注釈ということになろう。

オットマンはまず、「ウルピアヌスの見解は正しい *Ulpiani sententia vera est*」と述べて、先行抵当権者の優位を覆す特権化された包括的抵当権が国庫に付与されていると解することの正当性を確認し、その論拠として、後見人が「未成熟被後見人 *pupillus*」の金銭を用いて購入した物に対して当該被後見人が「勅法 *constitutio*」に基づき取得する特権化された法定の特定の抵当権との類比が指摘されている。未成熟被後見人にそのような物的な先取特権が付与される点の根拠として引用されているのは、ウルピアヌスの『告示注解 *Ad edic-*

---

ろ、スカエウォラの問いにおいては、私人のための先行抵当権の設定以降、国庫から貸付金を受け取る前までに財産が取得されたと解されるべきではないのか、我々はそう考えたい。「最初の担保成立以降に取得した財産について」というスカエウォラの言葉は、あたかも「後続の担保設定前に」と付言しているかのように、上記の点を示している。つまり、後続の担保成立以降に取得されたものについては、皇帝等の諸勅法によって国庫に先取特権が付与されているのである。合意による質について既に述べたことは、法務官や裁判によって認められる質にも当てはまる。すなわち、合意による質を先に取得した者は後に法務官質を得た者に優先し【本章第10法文】、また反対に、先に法務官質や裁判質を付与された者は、合意による質を取得した後続者に優先される【勅法彙纂8巻18章第3法文】。これは本章第10法文について後述する通りである。同じように、先行する法務官質は後続の裁判質に優先する【本章第2法文】。(Opera omnia, I, 375. 引用は1599年ジュネーヴ刊のテキストによる。)

tum』及び『討論集 Disputationes』から採録された二つの法文である。「ある未成熟被後見人の金銭によって他の未成熟被後見人のために土地が購入されその土地が未成熟被後見人や未成年被保佐人へと引き渡された pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus est comparatus, isque pupillo vel minori traditus」場合、「我々の皇帝とその神格化された父君の勅法に従って、自らの金銭で土地が購入されるようになった未成熟被後見人のために質権が保証される saluum est jus pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri, et Divi Patris ejus, ei pupillo, cujus pecunia comparatus est fundus」とする前者の法文<sup>62)</sup>からは、まさに「勅法 constitutio」によって未成熟被後見人に特定の抵当権が付与されている点が明示されており、また、後者の法文<sup>63)</sup>では、「時として後続者が先行者に優先する interdum posterior potior est priori」<sup>64)</sup>という事理が「未成熟被後見人の金銭によって物が購入された ex nummis pupilli fuit res comparata」場合にも妥当するとされていて、上記のような法定抵当権者たる未成熟被後見人が物的な先取特権をも有することが示唆されている。しかも、こちらの法文の出典は第28法文と同じく『討論集』の第3巻である。これらの点から、オットマンは、国庫の法定抵当権並びに物的な先取特権もまた、第28法文に「勅法となっている constitutum est」とあるように、自らの金銭による購入物上に未成熟被後見人が取得するものと同じく、ウルピアヌスの言う「我々の皇帝とその神格化された父君 imperator noster et Divus Pater ejus」、すなわち、カラカラ帝とセプティミウス・セウェルス帝の勅法によって認められたと主張しているのである。このような第28法文の理解を前提に、オットマンは、第21法文との矛盾解消をめぐる諸説をその典拠を一切示さずに吟味している。最初に論及されるのは、「二人の先取特権者が競合する場合に時において先ずる者が権利において優先すべきだとされるような原因が未成熟被後見人に存する pupilli causa illa est quasi cum duo privilegiarii concurrunt, qui tempore

62) D. 27, 9, 3, pr. Ulpianus, 35, Ad edictum.

63) D. 20, 4, 7, 1. Ulpianus, 3, Disputationes.

64) D. 20, 4, 5. Ulpianus, 3, Disputationes.

prior est, iure potior esse debet」という理由で第21法文における国庫の劣後を正当化する見解である。これは言うまでもなく、標準注釈の第一の解決案＝バルトルス説による二重の先取特権論であり、「諸博士が一般に教示しているように ut vulgo Doctores tradunt」との表現からも明らかな通り、オットマン自身この見解が通説であるとの認識を有していた。しかし、オットマンはこの通説には与していない。その理由は、未成熟被後見人の「先取特権 privilegium」それ自体に関わるものと、「更改 novatio」をめぐるものの二点である。まず、「未成熟被後見人の先取特権が人的にすぎない後見訴権に備わるものであって、物的な抵当訴権とは関わりがない privilegium pupilli tutelae actioni cohaeret, quae personalis est : nec in hypothecam, quae realis est」以上、「質物を受領した者は、対物訴権を有するが故に、人的訴権に付与される全ての先取特権に優先される eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus comperunt, praeferri」との勅法<sup>65)</sup>に照らしても、セイアが国庫に優先することはあり得ず、未成熟被後見人の先取特権が人的なものにすぎないという事理は、そのような勅法以前のスカエウォラの時代の法、つまり、「未成熟被後見人は黙示の抵当権を有さず先取特権を有するに留まるとされた学説彙纂の法 Digestorum ius, quo pupillus tacitam hypothecam non habuit, sed privilegium dumtaxat」の下では尚更当てはまる。つまり、第21法文の事案のセイアが未成熟被後見人として、物的な先取特権はおろか、後見人の総財産上に及ぶ法定の包括的抵当権という意味での「先取特権」を取得することさえそもそも考えられないというのである。また、仮にセイアに時的先行性以外に何らかの「先取特権」があるとしても、ティティウスとの間の更改は当事者が合意によって自発的に行う「随意的更改 novatio voluntaria」であって、「そのような更改によって、更改された訴権の先取特権は当該訴権と共に消滅する illa novatione privilegium noatae sctionis cum actione ipsa perimitur」ので、セイアは少なくとも更改以降の後得財産については先取特権を有する国庫に優先できない。更改による先取特権の消滅如

65) C. 8, 18, 9. Diocletianus et Maximianus (294).

何については、バルトルスがその根拠条文<sup>66)</sup>の注釈<sup>67)</sup>において「反対の約定がない限り nisi sit actum in contrarium」先取特権はむしろ存続する旨主張し、それを承けた第28法文の注釈<sup>68)</sup>において消滅を肯定するオールドラドゥスに反駁していたが、オットマンには訴権の更改による先取特権の消滅以上の議論は見られない。続いて、第28法文の<国庫と契約した cum fisco contraxerit>という文言を<その時国庫と契約した cum cum fisco contraxerit>と修正して読む見解が取り上げられている。この見解は、I で言及したフォルニエ説そのものであり、第28法文における国庫の優先を時的先行性の原則そのものに沿って解釈する標準注釈第三の解決案の系譜に属する。オットマンはこの見解を退けるにあたって、「このような仕方では、<契約していた>というように置き換える必要があったという点は措くとしても、そもそも如何なる疑問点が潜んでいたのか上手く理解できない hoc modo non satis, quae dubitandi caussa subesse posset, intelligo : ut omittam, quod *contraxisset*, reponi oporteret」と述べており、ここでは、<cum>のゲミナティオだけで動詞の活用語尾を看過する法文修正の不徹底、つまり、キュジャスが「不自然な語法」という表現で既に指摘していた難点以上に、そのような修正の不徹底により逆説的に強調される修正そのものの不要性に目が向けられている。国庫との契約がもし修正の通りに先行していたならば法律家の解答や皇帝の勅法を要するほどの「疑問点 dubitandi caussa」などなかったはずなのである。第28法文における国庫の優先を先取特権による例外と解するオットマンからすれば、第21法文との矛盾は、当然、第21法文自体の解釈によって解明されねばならない。そのような方向でのオットマン自身の解決案が最後に示されている。それによれば、第21法文に言う「最初の担保成立以降に取得した財産 res, quas post priorem obligationem adquisiit」をめぐっては、「私人のための先行抵当権の設定以降、国庫から貸付金を受け取る前までに財産が取得された bona post priorem hypothecam privato constitutam adquisita fuisse, antequam a fisco pecunia mutua

66) D. 46, 2, 29.

67) In ius universum civile commentaria, III, 630.

68) I 注15の末尾参照。

sumeretur」という具合に限定的に解されるべきであり、「後続の担保成立以降に取得されたものについては、皇帝等の諸勅法によって国庫に先取特権が付与されている in iis, quae post obligationem posteriorem adquisita sunt, Imperatorum constitutionibus privilegium fisco tributum est」というのが第28法文の趣旨とされる。しかし、このような両法文の理解は、同じくフォルニエ説を退けたキュジャスが支持を表明した「アックルシウスによる第二の解釈」と全く同じである。

以上のようなオットマンの議論は、「摘要」という著述形式が採られていることもあって、他説の批判にせよ自説の論証にせよ決して十分なものではないが、少なくともキュジャス説よりは多くの内容を読み取ることができる。にもかかわらず、ブロンクホルスト、ズース、トゥルデンといった本稿で既にふれた論者たちが標準注釈第二の解決案に与する立場をキュジャス説で代表させる傾向があるのはなぜであろうか。ここには、論者の権威や知名度の差というよりはむしろ、著作の流布状況の違いが関わっているように思われる。というのも、オットマンの『摘要』が刊本の形で公にされたのは著者の死後1599年にジュネーヴで刊行された『著作全集』第1巻の巻頭に収録された際であり、この『著作全集』自体その後再版されていないことも手伝って、キュジャスの『考察と修正』はおろか、『市民法の考察と修正 *Observationes et emendationes in ius civile*』（1560年に第1巻が公刊され最終的に全13巻構成で『著作全集』に収録）のようなオットマン自身の考証的著作と比べても引用される機会が少なかったと考えられるからである。とはいえ、この後マテウス I 世に近い有力法学者たちはキュジャスだけでなくオットマンにも言及するようになる。他に取ってマテウス I 世の『小討論集』での学説引用の特徴を挙げるとするならば、それはバルトルス説やこれに与する論者が言及されていないという点であろうが、ファーヴル説登場後の学説状況を体現しているという意味では、パーチェ、ブロンクホルスト、ズース、トゥルデン等の議論と同じ地平に立っているとも言える。

これに対して、第21法文と第28法文の対立につき文字通り画期的な議論を展開したのが、マテウス I 世の息子でハルデルウエイクを経て1634年以降ユト

レヒト大学の法学教授(1641年筆頭教授就任)を務めたアントン・マテウス Anton Mathaeus II世(1601-1654年)であった。その著書『競売に関する二巻、その第一巻は競売の下に行われる売買について、第二巻は同じく賃貸借についてそれぞれ論ずる De auctionibus libri duo, quorum prior venditiones, posterior locationes, quae sub hasta fiunt, exequitur』(1653年初版)は、表題が示す通り、当時の競売実務をローマ法と固有法双方に照らして考察するものであるが(ネーデルラントのみならず、フランス王国や神聖ローマ帝国、更には、南ネーデルラントと同じくスペイン王の実質的統治下にあったナポリ王国等の実務文献も多数参照されている)、法文解釈上の諸論点もそのような現行法の理解に必要な限りにおいて適宜扱われているようである。第21法文と第28法文の間の法文間矛盾については、本書第1巻第19章「抵当権者の順位について De ordine hypothecariorum」の中で、「時的先行性の準則 regula de prioritare temporis」が妥当しない第七番目の例外として第28法文が引用される際に論じられている(同章第81番から第83番<sup>69)</sup>)。八折判四頁にわたる論述の前半約三

69) “<81. 国庫は将来の財産について先行者に優先する。ここでは学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文と同20巻4章「質乃至抵当において誰が優先すると解されるべきか」第21法文が解明される。Fiscus in futuris praefertur anteriori; ubi explicatur lex 28. De iure fisci et lex ultima Qui potior in pignoris.> 第六に、将来の財産に関する限り、国庫について当該準則 [=時的先行性の準則 n.74, 253.] は妥当しない。つまり、あなたが先行者のために全財産を抵当に供し、その後、国庫と契約した場合、それ以後取得された物については国庫が先行者に優先する【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文】。ただし、スカエウォラが後得財産についても先行者を国庫に優先させている学説彙纂20巻4章「質乃至抵当について誰が優先すると解されるべきか」第21法文は、このような例外に著しく矛盾する。両法文の矛盾解消について解釈者たちは一致しておらず、法文間矛盾の解消のために昔の注釈家たちよりもしばしば多大な労力を払っている近時の解釈者等においてさえ依然意見の一致を見ていない。グイエラムス・フォルネリウスは上記第28法文の構文に修正を加えている【v:フォルネリウス『判別集』第2巻判別24】。すなわち、法律家[ウルピヤヌス]は、「現に有するもの及び将来取得するであろうものを私のために担保に供した者が国庫と契約した場合、それ以後取得された物については国庫が優先することを知っておくべきである」と解答している箇所について、彼は「その時国庫と契約している」と修正するのである。全く以て立派な思いつきではあるが、クヤキウスはこれに的確に反駁している。つまり、古い文献による裏付けが欠けているばかりでなく、

分の二は既存の学説の紹介吟味である。「法文間矛盾の解消のために昔の注釈家たちよりもしばしば多大な労力を払っている近時の解釈者等においてさえ依然意見の一致を見ていない *convenit ne recentioribus interpretibus quidem, quorum in conciliandis antinomiiis saepe felicior industria quam Glossographorum*

<cum>という語を二つにしたとしても、「その時国庫と既に契約していた」と読むことで時制も変更しなければ片手落ちだというのである。このような修正がウルピアヌスの提起する正当な問題点を台無しにしてしまうという点は敢えて触れなくておく。実際のところ、国庫自身が先に契約していた場合に後得財産について国庫が優先すべきことを疑う者などいるであろうか。クヤキウスとホトマヌスは、第一の担保成立後に取得された物と第二の担保成立後に取得された物を区別している【x：クヤキウス『考察と修正』第10巻考察22、ホトマヌス『学説彙纂摘要』20巻4章注釈第6及び第7番】。第一の担保成立後に取得された物については、スカエウォラの言う通り私人が優先するが、第二の担保成立後に取得された物については国庫が優先するというのである。しかし、クヤキウスは、自身がフォルネリウスを斬って捨てたのとほぼ同じ剣で斬りつけられることになる。というのも、このような区別もまた、スカエウォラの言葉を歪めているからである。スカエウォラは、先行者が「その債権が完済されるまでは」後得財産について国庫に優先する旨解答する際、第二の担保成立前に取得された物によって全額弁済され得ない場合には、第二の担保成立後に取得された物への追及も認めるべきことをはっきり示唆しているのである。アントニウス・ファベルは幾らか異なった区別をしており、パキウスもこのファベルの跡を辿っているように見受けられるが、少しも成功しているとは言えない【y：ファベル『推測集』第2巻推測10、パキウス『矛盾解決集』第5集矛盾29】。ファベルが言うには、更改が為される前に取得された物である限り、第一及び第二の担保成立後に取得された物について先行者は優先し、更改後に取得された物については国庫が優先するというのである。しかし、このような区別はスカエウォラのみならずウルピアヌスの言葉にも反する。なぜなら、後者は更改に全く言及していないし、前者は確かに更改が為された旨述べてはいるが、先行者の優先権を更改に先立つ期間に限定しているわけではないからである。あのコナヌスさえも珍妙な解答を与えている【z：コナヌス『市民法注解』第4巻第17章第7番】。債務者が事後に取得するものは何であれこの黙示の抵当権の負担の下に債務者の所有に帰する他ないというのが法律の意図するところなのであるから、黙示の抵当権の効力とは、後得財産に関して、黙示の抵当権を有する第二債権者が明示の抵当権を有する第一債権者に優先するという点にあるというのである。どうしてこれほど馬鹿げたことが言えるのだろうか。論者に次のように問い返すことほど容易いことはなからう。つまり、合意に基づき全財産に及ぶ包括的抵当権を法律が認めているのも、事後に債務者が取得するものは何であれそのような合意による質の負担の下に債務者の所有に帰する他ないからではないのか、と。<82. コナヌスに関するクヤキウスとホトマヌスの相異なる評価。De Connano pugnantia Cu-



est]との現状認識の下、両法文の「矛盾解消 conciliatio」をめぐる論及される学説の範囲は、既にふれたどの論者よりも網羅的で、しかも、各説の論者と典拠が欄外注によって正確に挙示されている。最初に言及されたのはフォルニエの第28法文修正案であり、マテーウス二世は、無理なテキスト修正に対する

---

jacii et Hotomanni iudicia.> たしかに、私も、コナヌスの著書でこのような主張やこれに類する事柄を読むと、危うく信じかけてしまうし、クヤキウスがコナヌスについて、「フランキスクス・コナヌスは極めて学識豊かな人であるが、法についてはそうではなく、判断力が低下し時を浪費しており、彼の注釈集で提示されているのがまさにそれである」【a:クヤキウス『パビニアヌス』問題集第10巻における学説彙纂46巻1章「保証及び保証委託について」第48法文注釈】、と評したのも故なきことではない。なお、この人による他の幾つかの教説を考慮するならば、「この種の文献においては、長い間、コナヌスを凌駕する書き手はいなかった」と述べるホトマヌスの評価【a a:コナヌス『注解』へのホトマヌスの序言】がより公正であるように思われる。アックルシウスによる第一の注釈に従う人々も多い。それによれば、上記第21法文においてセイアが国庫に優先するのは後見による訴権の行使故にセイアに先取特権があるからであり、もしそのような先取特権が無ければ上記第28法文にある通り国庫が優先するとされる【第21法文へのアックルシウスの注釈、カピュキウス『ナポリ神聖国王顧問会判決集』判決129第12番、レププス『王令注解集』「定期金について」第1条注釈3第39番】。しかしながら、この注釈については次の二点が妨げとなる。第一に、未成熟被後見人が先取特権を有し得るは、既に述べた通り、抵当債権者の間ではなく、無担保債権者の間においてであること。第二に、更改はセイアの成熟後に行われるものであるところ、そのような成熟後の更改によって後見訴権の先取特権が消滅してしまうため【学説彙纂46巻2章「更改並びに債権者変更について」第29法文】、スカエウォラの意図に反して、その解答の妥当範囲が更改に先立つ期間に限定されてしまうこと。従って、セイアは後見訴権の先取特権ではなく先行する抵当債故に国庫に優先するのであり、セイアのそのような優先権は更改によっても失われない。というのも、同一の質を更新して旧債務につき更改を為す者は自らの地位を承継するからである【学説彙纂20巻4章第3法文】。最後に、ガブリエル・ムダエウスも別の仕方での難問を解明しようと試み、この点について傍論ながら言及したサリケトをその提唱者として讀んでいる【ムダエウス『学説彙纂注解』20巻6章「質乃至抵当は如何なる仕方では消滅するのか」第112番】。すなわち、上記第21法文においてセイアが国庫に優先するのは、セイアに対しては現存並びに将来の総財産が担保に供されているが、国庫に対しては将来のものについて明記することなく総財産が担保とされているからである、と。つまり、スカエウォラが著述した当時、「財産」という表現に将来のものが含まれるとは未だ解されていなかったから、国庫は将来の財産についてセイアに優先することができなかったというのである。しかし、ムダエウスの自己満足には全く根拠がない。スカエウォラの時代において財産の明示の担保供与に将来

キュジャスの批判に賛同すると共に、「古い文献による裏付けが欠けている *auctoritate veterum lobrorum caret*」旨付け加えている。テキストの修正という人文主義的な外観に照らせば、キュジャスの指摘する文法上の難点ではなく、むしろ、文献考証としての実体の欠如こそ致命的なのは確かである。ま

の財産が包含されなかったのは確かであるとしても、黙示の担保にはユスティニアヌス以前に将来の財産が包含されており、しかも、国庫は [学説彙纂に収録された] 古代の法律家たちの時代に既にその黙示の抵当権を有していたのであるからこそ、スカエウォラの問題提起は正当であったと私は考える。更に、ムダエウスは、スカエウォラの解答におけるのと全く同じ担保がパピニアヌスとウルピアヌスの解答で言及されていることに気付いていない。というのも、パピニアヌスは、将来の財産が明示的に国庫に担保に供されたと言っているのではなく、ただ一般的な仕方では、「私に対して現に有するものと将来取得するであろうものを担保に供している者とその後国庫が契約した」と述べているにすぎないからである。従って、先のような区別は難点を解消することにはならない。〈83. 上記二法文に関する著者の見解。Auctoris de datis legibus sententia.〉全ての論者の解決案が退けられた以上、敢えて私は、事実を示していることをそのまま受け入れることにしたい。つまり、この問題について、古代の法律家たちの見解は確かに一致してはいなかったが、解答や判決に際して何れの見解に服すべきかについて不明であるわけではない、と。法文間の対立がそのような不一致を知らせているのみならず、ウルピアヌスもパピニアヌスがそのように解答したと述べることで見解の不一致を示唆し、反対意見の論者の存在をまさにほのめかしている。しかもその際、ウルピアヌスは、「この点が勅法となっている」、つまり、パピニアヌスの見解が元首の勅答による裏付けを得ている旨付言している。というのも、〈勅法となる〉や〈勅法〉という語句は元首によって定められた法を意味するのが通例であるから。とはいえ、何れの見解に従うべきか不明ということではないと私は解する。なぜなら、解答者の数、あるいは、時期、そしてとりわけ、元首の権威によってそれは明らかになるからである。解答者の数からすれば、国庫に不利に解答しているのはスカエウォラだけであり、パピニアヌスとウルピアヌスという卓越した二人が国庫に有利に解答している。スカエウォラがパピニアヌス一人と対立したのだとしても、テオドシウスの勅法【テオドシウス法典1巻4章「法律家の解答について」第1法文】による限り、スカエウォラはこの人の権威に敗れたであろうし、ドミティウス・ウルピアヌスもまたパピニアヌスの側に与している以上は尚更そうなるのではなかろうか。時期からすれば、スカエウォラは哲人マルクス・アントニヌス帝、パピニアヌスはセウェルス帝及びアントニヌス（カラカラ）帝、ウルピアヌスはアレクサンデル・セウェルス帝の下でそれぞれ活躍した。それ故、スカエウォラの時代には未だ主張し得なかったことを後に先取特権によって国庫が主張できるようになったと解するのは容易である。〈84. 法律家の解答は勅答に劣後する。〉最後に、元首の権威に照らすならば、そもそも法律家たちに解答権を付与した元首によってパピニアヌスの見

た、「このような修正がウルピアヌスの提起する正当な問題点を台無しにしてしまう点は取えて触れないでおく *taceam, quod substrahit haec emendatio Ulpiano justam dubitandi causam*」との指摘は先にみたオットマンのフォルニエ批判を思わせる。次に、「第一の担保成立後に取得された物については、スカエウォラの言う通り私人が優先するが、第二の担保成立後に取得された物については国庫が優先する *in rebus quaesitis post primam obligationem, privatus potior est juxta Scaevolam: in rebus quaesitis post secundam obligationem potior est fiscus*」という見解がキュジャスとオットマンのものとして紹介され、「このような区別 *haec distinctio*」は、<その債権が完済されるまでは *donec universum debitum consequatur*>と述べてセイアの優先的地位に如何なる制限も加えていない第21法文の文言に鑑み、「スカエウォラの言葉を歪めている *facit*

---

解が承認されたと解されるのであるから、パピニアヌスとスカエウォラの何れに与すべきか問うこと自体馬鹿げていることになろう。更に、古代の法律家たちが、自らの見解を元首の勅答に自発的従わせたり、対立する学派の見解を論駁するにあたって元首の勅法をいわば最強の防波堤として援用する例を我々の法典に見出すことは決して稀ではない。例えば、学説彙纂1巻8章「物の区分と性質について」第6法文末尾と第7法文、同49巻13章「上訴係属中に死亡した場合」第1法文1節、同4巻4章「二十五歳未満成熟者について」第7法文9節、同28巻6章「一般補充指定並びに未成熟者補充指定について」第4法文前書、更には、同48巻13章「公金横領に関するユリウス法について」第4法文1節との関係における同47巻2章「窃盗について」第81法文、同48巻13章第5法文との関係における同48巻19章「刑罰について」第16法文4節といった箇所を参照されたい。加えて法学提要でもユスティニアヌス帝が至る所で法律家の解答を勅答を援用しつつ修正し緩和している【2巻1章「物の区分について」第34節、2巻20章「遺贈について」第14節及び第36節、2巻25章「小書付について」第1節、3巻23章「売買について」第2節、3巻24章「貸借について」第3節、4巻1章「不法行為から生じる債務について」第8節及び第18節】。以上の通り、法律家の解答は方々で元首の勅法に屈しているのであるから、スカエウォラの解答が法の歴史に属するのに対して、パピニアヌスの解答こそ法であり、元首の勅答による裏付けを得たことで法律の効力を保持すると解して問題はなかろう。今日でもフランスではその旨判断が下されているし、我々の〔ユトレヒト〕州議会も称賛れることの多い布告をもって明示的にこの点を是認している【モルナキウス『学説彙纂考察』20巻4章第21法文考察、布告「州の優先権に関する州議会令」第2条。】(De *auktionibus*, 256-259. 引用は1680年アントウェルペン刊のテキストによる。欄外注は【…】で文中に挿入した。)

vim verbis Scaevolae』と批判される。フォルニエのテキスト修正を排してウルピアヌスの言葉を尊重したキュジャスが、今度は、「自身がフォルネリウスを斬って捨てたのとほぼ同じ剣で斬りつけられることになる jugulatur pene eodem gladio, quo ipse jugulavit Fornerium』というのである。続いて、マテウスⅡ世は、「アントニウス・ファベルは幾らか異なった区別をしており、パキウスもこのファベルの跡を辿っているように見受けられるが、少しも成功しているとは言えない Antonius Faber, cujus vestiga premere videtur Pacius, distinguit paulo aliter, sed ne tantillo quidem felicius』と述べて、国庫の契約ではなくセイアの更改に双方の優先権を振り分ける基準を見出すファーヴル説をも、巧妙な論法でこれに倣ったパーチェの見解とともに退けている。理由は、この見解が、セイアの優先に時的制限を一切加えていない「スカエウォラの言葉 Scaevolae verba』のみならず、「ウルピアヌスの言葉 Ulpiani verba』にも反するからである。第21法文での「更改 novatio』に先行抵当権者セイアの優先的地位の時的限界を読み込んだとしても、それによって、「更改』には言及していない第28法文での国庫の先取特権が制限される謂われはないというのである。

第21法文のセイアの優先的地位に何らかの時的制限を加えようとするキュジャス=オットマン説とファーヴル=パーチェ説が論駁された後、「黙示の抵当権の効力 tacitae hypothecae vis』の特殊性を強調するコナンの第28法文解釈が取り上げられている。このような論述の順序は、コナンの解釈が国庫の契約時を基準時とするキュジャス=オットマン説とも両立し得る点、そしてまた何よりも、ファーヴルが第28法文に関する限り同様の解釈を試みていたという点をふまえたものであろう。マテウスⅡ世自身はこの解釈にも与していない。というのも、「債務者が事後に取得するものは何であれこの黙示の抵当権の負担の下に債務者の所有に帰する他ないというのが法律の意図するところである lex quicquid postea acquirit debitor, non aliter vult transire in dominium ejus, nisi sub onere istius tacitae hypothecae』が故に、債務者の「後得財産 res postea quaesitae』に関して、「黙示の抵当権を有する第二債権者が明示の抵当権を有する第一債権者に優先する praefertur Secundus tacitam hypothecam habens, Primo habenti expressam』というコナンの理屈は、「第二債権者 Secun-

us] が「明示の抵当権 *expressa hypotheca*」、つまり、「合意に基づき金財産に及ぶ包括的抵当権 *generalis omnium bonorum hypotheca ex conventionione*」を有している場合にも当てはまるからである。後得財産に対するこの特殊な効力を包括的抵当権が法定黙示の場合に限定することに何ら説得力がない以上、約定により同様の包括的抵当権を取得した第21法文や第28法文の先行抵当権者との関係で国庫がその黙示の包括的抵当権故に優先するなどとはそもそも言えないのである。ただし、このようなコナン説に対する辛辣な批判にも関わらず、マテーウスⅡ世はコナンの『市民法注解』を全体としては評価しているようであり、同書に批判的なキュジャスト、自ら編集した同書(1557年バーゼル刊)の献呈文の中でコナンを讀えたオットマンを並べて、後者に与する旨付言している。コナンの権威の再確認という些か唐突な議論から本題に立ち返る形で言及されているのは、「上記第21法文においてセイアが国庫に優先するのは後見による訴権の行使故にセイアに先取特権があるからであり、もしそのような先取特権が無ければ上記第28法文にある通り国庫が優先する *in data lege ultima Sejam potiore esse fisco, quod ipsa privilegiata sit; agens quippe actione tutelae: quod si privilegiata non fuisset, fiscus potior fuisset juxta datam legem 28.*」との説である。これは、マテーウスⅡ世自身、「アックルシウスによる第一の注釈に従う人々も多い *sunt plures qui glossema primum Accursii probant*」と述べているように、長らく通説の地位にあった標準注釈第一の解決案に対応する。この二重の先取特権論が通説として君臨する契機となったバルトルスの注釈そのものは引用されていないが、この説になお与する「近時の解釈者 *recentiores interpretes*」の著作として、エツトレ・カペーチュエラトロ *Ettore Capecelatro* (1580-1664年)の『ナポリ神聖国王顧問会最新判決集 *Decisiones novissimae Sancti Regii Consilii Neapolitani*』(1640年初版)と、ピエール・ルビュッフ *Pierre Rebuffe* (1487-1557年)の『帝国市民法の形式に倣って類似し関連し対応する表題及び内容見出しの下に要約され整理された聖王ルイの治世から現国王アンリⅡ世に至るまでの歴代フランス国王の王令、法令、条例、王示 *Ordonnances, loix, status et édicts royaux, de tous les Roys de France depuis le règne de Saint Loys, iusques au Roy Henry second de ce nom, digestes*

et reduictes à la forme du droit impérial et civil en titres et rubriques des matières semblables, consecutives et correspondentes】(1547年初版)の羅語版『王令注解集 *Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias*』(1554/5年初版)が挙げられていて、実務に対する同説の根強い影響が示唆されている。マテウスⅡ世が指摘するこの説の難点は、セΙΑが未成熟被後見人として取得する先取特権が「無担保債権者の間において *inter creditores chirographarios*」妥当する人的なものにすぎないという点、そして、そのような「後見訴権の先取特権 *privilegium actionis tutelae*」も「成熟後に行われた更改によって消滅する *novatione post pubertatem facta extinguitur*」ので、この説によれば、「スカエウォラの意図に反してその解答の妥当範囲が更改に先立つ期間に限定されてしまう *contra mentem Scaevolae responsum ejus coercebatur intra tempus quod novationem praecedit*」という点の二つであり、後に勅法で未成熟被後見人に付与されることになる黙示の包括的抵当権を「先取特権 *privilegium*」と捉える可能性は最初から問題とされていないようである。セΙΑの優先権に時的限界がないのは、「後見訴権の先取特権」と時的先行性との結合によるものではなく、更改に伴って「更新される同一の質 *eadem pignora repetita*」によって自らの抵当権のみならず時的先行者の地位も承継するからに他ならない。抵当権の更新を認めながら更改以降の後得財産については国庫への詐害行為に当たるとして先行者の地位の保持を認めなかったファーヴルとは異なり、マテウスⅡ世はそのような地位の保持を認めていることになる。

既存の学説として最後に言及されているのは、ガブリエル・ファン・デル・ミュイデン *Gabriel van der Muyden* (1500-1560年)が『学説彙纂諸章注解 *Commentarii ad titulos Digestorum*』(1563年初版)の中で唱えていたものである。この説は、「スカエウォラが著述した当時、<財産>という表現に将来のものが含まれるとは未だ解されていなかった *cum Scaevola scriberet, nondum receptum erat, ut bonorum appellatione futura comprehenderentur*」との理解の下、第21法文では、「国庫に対しては将来のものについて明記することなく総財産が担保とされた *fisco obligata fuerunt bona omnia, nulla facta mentione futurorum*」ために、「国庫は将来の財産についてセΙΑに優先することができ

なかった *non potuisse fiscum in futuris praeferrri Sejae*」と解し、国庫に黙示の包括的抵当権が成立するとの前提で債務者の後得財産に対する物的先取特権を認めた第28法文とは区別する。これに対して、「スカエウォラの時代において財産の明示の担保供与に将来の財産が包含されなかったのは確かであるとしても、黙示の担保にはユスティニアヌス以前に将来の財産が包含されており、しかも、国庫は古代の法律家たちの時代に既にその黙示の抵当権を有していた *tametsi enim Scaevolae tempore obligatione bonorum expressa non contineretur bona futura: tacita tamen obligatione et ante Justinianum futura comprehendebantur: habuit autem fiscus tacitam hypothecam aevo Jurisperitorum veterum*」のであるから、「スカエウォラの問題提起 *Scaevolae dubitandi causa*」はまさに「正当 *justa*」なのであって、第21法文の事案では特約ない限り将来財産には及ばない約定抵当権を、第28法文の事案では将来財産にも当然及ぶ黙示の抵当権を、国庫がそれぞれ有しているかのように想定するのは誤っていると、とマテウスⅡ世は批判する。しかし、本稿が目指したいのは、ファン・デル・ミュイデン説とマテウスⅡ世による批判の内容そのものではなく、むしろ、両者が共有する方法論的立場の方である。まず、ファン・デル・ミュイデンの提示する両法文の区別は、スカエウォラの解答がウルピアヌスのそれよりも古いという歴史的事実に鑑み、論理的には解消し得ない「法の矛盾」を両法文の間に認めるものであって、古法対新法という時代的前後関係によって「法の矛盾」を説明する発展的解決の一例と言える。第21法文における国庫の抵当権を約定のものと解して矛盾を回避する論法の「提唱者 *autor*」として持ち出されているバルトロマエウス・デ・サリケト *Bartholomaeus de Saliceto* (?-1417年) はともかく、ファン・デル・ミュイデン自身は、ルーヴァン大学の法学教授として伝統的な法学教育の枠組みに留まる一方で、若い頃からデシデリウス・エラスムス *Desiderius Erasmus* (1466/9-1536年) やホワン・ルイス・ビベス *Juan Luis Vives* (1492-1540年) と親交を結び、自らも法文考証について著作を残した人文主義法学の先駆者の一人であり<sup>70)</sup>、それ故、ライブニツ

70) この点については、van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, 74-75参照。

が指摘したような「法の矛盾」を認めて学説彙纂に「古法の痕跡」を見出す人文主義法学者の立場から上記のような解決案が提示されたと考えてもおかしくはない。マテウスⅡ世が、標準注釈の三つの解決案の系譜に繋がる諸説、そして、結論こそ異なるけれども論理的な解決に徹したという意味では標準注釈以来の矛盾解消論の枠組みに忠実なファーヴル＝パーチュ説を悉く退けた後に、それまで顧みられることのなかったファン・デル・ミュイデンの見解を取上げて取り上げた趣旨もまさにそこにあったと考えられる。というのも、マテウスⅡ世もまた、「事実に示されていることをそのまま受け入れることにしたい *malo fateri id quod res ipsa clamat*」と表明して、両法文の矛盾を正面から認めているからである。ただし、この矛盾は、国庫の包括的抵当権の黙示化の有無によって説明のつく単純なものではなく、そのような黙示の抵当権の存在を前提に、物的な先取特権を国庫に認めるべきか否かについて「古代の法律家の見解が一致していなかった *dissensisse in hac quaestione Jurisconsulti veteres*」ことに由来するとされる。そのような「見解の不一致 *dissensisse*」は、第21法文と第28法文の矛盾そのものに加えて、第28法文の文言からも読み取ることが可能である。というのも、同法文において、「ウルピアヌスは、パピニアヌスがそのように解答したと述べることで、見解の不一致を示唆し、反対意見の論者の存在をまさにほのめかしている *Ulpianus indicat, narrans, Papinianum hoc respondisse, quo ipso significat, fuisse aliquos contrariae sententiae autores*」と言えるからである。しかも、マテウスⅡ世は、「法の矛盾」を時代的前後関係に従って説明するだけで満足したファン・デル・ミュイデンとは異なり、何れの法文が「抵当権者の順位 *ordo hypothecariorum*」をめぐる現行法として妥当すべきなのかとの視点を忘れてはいない。法律家の見解が一致してなくても「解答や判決に際して何れの見解に服すべきかについて不明であるわけではない *nec obscurum esse, utram sententiam in respondendo et iudicando sequi debeamus*」ということの論証がまさに企図されているのである。

マテウスⅡ世はその論証を三つの観点から試みている。一つ目は、「異なる見解が表明されている場合には、主張者の多数が優越し、数が等しいならば、卓越した才知の人パピニアヌスが明らかに与している側の権威が優先する



が、一人一人には優越するパピニアヌスでも二人の者には劣るものとする *ubi diversae sententiae priferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus*」との「テオドシウスの勅法 *constitutio Theodosii*」(いわゆる「引用法 *Zitiergesetz*」<sup>71)</sup>に照らした「解答者の数 *numerus respondentium*」による解決である。すなわち、「国庫に不利に解答しているのはスカエウォラだけであり、パピニアヌスとウルピアヌスという卓越した二人が国庫に有利に解答している *solus Scaevola contra fiscum respondit: pro fisco duo excellentes viri Papinianus et Ulpianus*」との事情の下では、「スカエウォラがパピニアヌス一人と対立したのだとしても、スカエウォラはこの人の權威に破れたであろうし、ドミティウス・ウルピアヌスもまたパピニアヌスの側に与している以上は尚更そうなる *si vel cum solo Papiniano contenderet Scaevola, vinceretur auctoritate viri, quanto magis cum pro Papiniano stet etiam Domitius Ulpianus*」というのである。学説彙纂における矛盾や重複を少なくとも建前上は否定したユスティニアヌスの意図に反して敢えて「法の矛盾」を肯定する以上、勅法彙纂に収録されなかった引用法に依拠することも不可能ではなかろう。しかし、上記三人の見解の対立に決着をつけるために二世紀以上後の勅法を持ち出す議論の不自然さは否定できない。第28法文重視の結論を導く二つ目の観点としてマテウスⅡ世が挙げているのは「時期 *tempus*」である。すなわち、「スカエウォラは哲人マルクス・アントニヌス帝、パピニアヌスはセウェルス帝及びアントニヌス(カラカラ)帝、ウルピアヌスはアレクサンデル・セウェルス帝の下でそれぞれ活躍した *Scaevola sub Marcus Antonino Philosopho floruit: Papinianus sub Severo et Antonino Caracalla, Ulpianus sub Alexandro Severo*」ので、「スカエウォラの時代には未だ主張し得なかったことを後に先取特権によって国庫が主張できるようになったと解するのは容易である *fieri facile potuit, ut quod Scaevolae aevo nondum obtinuerat, id privilegio postea obtinuerit fiscus*」というのである。ここでは、

71) CT. 1, 4, 3. Theodosius II et Valentinianus III (426).

時代的前後関係そのものに着目しているという点ではファン・デル・ミュイデンと全く同じ論法が用いられていることになる。しかし、「スカエウォラの時代 Scaevolae aevum」には存在しなかった国庫の物的先取特権がパピニアヌスやウルピアヌスの時代に認められるに至ったという点が単なる可能性ではなく歴史的事実として証明されない限り、論証としては片手落ちであるし、物的先取特権ではなく黙示の包括的抵当権自体が「スカエウォラの時代」の国庫に欠けていたと解したファン・デル・ミュイデンの説明に勝るとも言えない。そもそも学説彙纂に現れる法律家の見解の不一致が常に発展史的に解明され得るとは限らず、ここでの三人のようにその活動の「時期」が、パピニアヌスは師スカエウォラの後任として国庫法律顧問 *advocatus fisci* に就き、ウルピアヌスはパピニアヌスが近衛長官 *praefectus praetorio* 在任時の補佐官 *assessor* というように、せいぜい半世紀程の幅で相互に重なっている法律家の場合にはとりわけそうであろう。それ故、マテウスⅡ世の論証の成否は、三つ目の観点、すなわち、「元首の権威 *auctoritas principum*」次第ということになる。「元首の権威」による論証とは、この場合、法律家の見解に対応する「勅法 *constitutiones*」の存在を示すことに他ならない。この点、第28法文においてウルピアヌスが、「<この点は勅法となっている>、つまり、パピニアヌスの見解が元首の勅答による裏付けを得ている旨付言している *adjicit, hoc et constitutum esse: id est, Papiniani sententiam rescripsit Principum firmatam esse*」ことが決定的な意味を持つ。マテウスⅡ世がこの観点からの論証に最も力点を置いていることは、三つの観点を列挙する際の、「解答者の数、あるいは、時期、そしてまたとりわけ元首の権威からそれは明らかになる *id cum ex numero respondentium, tum ex tempore, sed praecipue ex auctoritate principum apparet*」という言い回しや、「そもそも法律家たちに解答権を付与した元首によってパピニアヌスの見解が承認されたと解されるのであるから、パピニアヌスとスカエウォラの何れに与すべきか問うこと自体馬鹿げていることになろう *ridiculum foret adhuc dubitare, utrum Papinianum sequamur an Scaevolam, cum videamus sententiam Papiniani confirmatam ab iis, a quibus ipsi Jurisperiti potestatem respondendi impetrant*」という自信に満ちた言明からも明らかである。

そして、法律家の「解答権 potestas respondendi」の淵源である「元首の権威」に即したこの論証は、「古代の法律家たちが、自らの見解を元首の勅答に自発的従わせたり、対立する学派の見解を論駁するにあたって元首の勅法をいわば最強の防波堤として援用する例 *exempla, ubi Jurisconsulti veteres aut sponte rescriptis principum sententias sua summittunt, aut dissidentis sectae placita eversuri, principum constitutiones tanquam firmissimum arietem adhibent*」に相当する法文<sup>72)</sup>や、「法学提要でユスティニアヌス帝が法律家の解答を勅答を援用しつつ修正し緩和している *in Institutionibus Imperator Justinianus responsa prudentum corrigit et enervat adductis rescriptis*」箇所<sup>73)</sup>の引用列挙を通じて念入りに補強されている。「このように法律家の解答は方々で元首の勅法に屈しているのであるから、スカエウォラの解答が法の歴史に属するのに対して、パピニアヌスの解答こそ法であり、元首の勅答による裏付けを得たことで法律の効力を保持すると解して問題はなかろう *cum ergo responsa prudentum ubique succumbant principum constitutionibus, non dubitabimus ita dicere: responsum Scaevolae tantum ad historiam jurs pertinere: responsum Papiniani jus esse, et vim legis habere, confirmatum quippe principum rescriptis*」というのである。「法の歴史 *historia juris*」に第21法文を、「法律の効力 *vis legis*」を備えた「法 *jus*」に第28法文を、それぞれ振り分けるマテウスⅡ世の結論は、両法文の矛盾をめぐって標準注釈以来繰り広げられてきた議論に全く新たな地平を切り開いたと言える。というのも、従来の議論は、本稿でこれまで見てきた通り、「法の歴史」を「法」そのものから区別しないまま、両法文が共に「法律の効力」を有するとの暗黙の前提の下で論理的な矛盾解消を追求してきたからである。これに対して、マテウスⅡ世は、ファン・デル・ミュイデン説に既に萌芽的に示された発展史的解決の方向性を、「元首の権威」という汎用性のある観点からより説得力ある仕方で開催することに成功したのである。

---

72) 注70参照。

73) 注70参照。

ところで、「法の歴史」という領分をローマ法の内にはっきり認めることは、逆に、現行法として妥当するローマ法を正確に見定めることに繋がる。マテウスⅡ世が『競売論』の著者として第21法文ではなく第28法文に「法の効力」を認めることの本来の意義は、第21法文をいわゆる「廃止法文」と見なし、第28法文に競売に関わる現行法として妥当性を確認するところにあったはずである。しかし、法文間矛盾の発展史的解決とローマ法の査閲との間のこのような表裏一体の関係に照らしてあらためて吟味するならば、第28法文による国庫の物的先取特権を現行法をみなすその結論には疑問が残る。例えば、マテウスⅡ世の『競売論』とほぼ同時期に現れた査閲文献であるシーモン・ファン・フルーネウェーヘン Simon van Groenewegen (1613-1652年) の『ホラント並びにその近隣諸地域において廃止され不使用となっている諸法文に関する論考 Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus』(1649年初版) が第28法文に加えた考察<sup>74)</sup>では、「時において先んず

74) “く1. 時において先んずる者は後得財産についても優先する。Prior tempore prior est in bonis postea adquisita.> 時において先んずる者は、明示の抵当権と黙示の抵当権何れにおいても優先し【学説彙纂20巻4章「質乃至抵当において誰が優先する解されるべきか」第8法文、勅法彙纂8巻18章「質において誰が優先すると解されるべきか」第4法文】、後得財産についても同じであり【勅法彙纂8巻17章「如何なる物が質入れ可能か、並びに、如何にして質は締結されるのか」第9法文】、ホラント州裁判所もそのように認めている【『ホラント、ゼーラント、フリースラントの各州裁判所の判決集』判決16】。く2. しかしこの点は、市民法上、国庫には当てはまらない。Sed hoc fallit jure civile in fisco.> しかし、この点は、双方の担保成立以降に取得された物について、市民法上、先行債権者に優先される国庫には当てはまらない【当法文】。ただし、先行債権者が法律に基づいて黙示の抵当権を有する場合はこの限りではない【学説彙纂20巻4章第21法文、諸博士の同法文注釈、ネグサントゥス『質抵当論』第5部第2節第42番、ブロンクホルスト『矛盾法文集』第2集立論74】。く3. 我々の慣行上は必ずしもそうとは限らない。moribus nostris non nunique.> しかしながら、一般法上、黙示の抵当と明示の抵当の効力効果は同じであるし【本章第47法文への考察】、皇帝自身も、万人にとって等しく有益なことは国庫の私的な利便の優先されるべきものと考え、皇帝らしく臣民の利益は自身の利益であると解している【勅法彙纂6巻51章「相続欠落財産の廃止について」第1法文14節】以上、本章第10法文に述べられているように、当法文が廃止されるべき旨、不遜にも国庫に反対の解答を示す者があっても罪を犯すことになるとは私は考えない。”(Tractatus, 349. 引用は1649年レイデン刊初版による。)

る者 *qui prior est tempore*」の「*抵当権 jus hypothecae*」を優先させる時的先行性の準則が「*後得財産についても etiam in bonis postea acquisitis*」妥当し、それが「*ホラント州裁判所 Holladiae Curia*」の実務において受容されている旨指摘される一方で、第28法文に基づく当準則の例外、つまり、「*国庫 fiscus*」が「*双方の担保成立以降に取得された物について、市民法上、先行債権者に優先される de jure civili anteriori creditori in re post utriusque obligationem quaesita ptaefertur*」という点については、「*我々の慣行上、必ずしもそうとは限らない moribus nostris non utique*」との観方が表明されている。第21法文にも言及されているけれども、バルトルスの注釈を当然含むであろう「*諸博士の当法文注釈 ibi Doctores*」、そして、IIでふれたネグサンティオの『*質及び抵当に関する論考*』やブロンクホルストの矛盾法文集の該当箇所の援用の下に、「*先行債権者が法律に基づいて黙示の抵当権を有する場合はこの限りではない nisi anterior creditor tacitam ex lege hypothecam habeat*」との二重の先取特権論による第21法文理解が示されているだけで、両法文の矛盾解消については立ち入った議論は見られない。フルーネウエーヘンの関心はあくまで第28法文が「*廃止法文 leges abrogatae*」に該当するか否か見極めることなのである。その判断に当たって二つの点が指摘されている。一つは、「*一般法上、黙示の抵当と明示の抵当の効力効果は同じである in universo jure tacitae atque expressae hypothecae eadem est vis atque potestas*」という点である。ここに言う「*一般法 universum jus*」とは、参照が指示されている同じ学説彙纂第49巻第14章の第47法文の考察にある「*特約による抵当と法律による抵当とは、市民法並びに我々の慣行上、同一の効力効果がある specialis atque legalis hypothecae jure civili et moribus nostris eadem vis est atque potestas*」との一節<sup>75)</sup>から明らかのように、「*市民法 jus civile*」と「*我々の慣行 mores nostri*」双方を包括する概念であるので、この場合、第28法文の解釈としてコナンが主張したような黙示の包括的抵当権の特殊性がローマ法上のみならず現行法上も否認されていることになる。続いてもう一つ指摘されているのは、ユスティニアヌスが、いわゆ

75) Tractatus, 351, ad legem 47, n. 1.

る「相続欠落財産 *caduca*」の制度を廃止する勅法の一節<sup>76)</sup>において、「万人にとって等しく有益なことは国庫の私的な利便に優先されるべきものと考え、皇帝らしく臣民の利益は自身の利益であると解している *quod communiter omnibus prodest, hoc privatae fisci utilitati praefendum censet, ejus esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimans*」点である。これは、ユスティニアヌスの言葉を抵当権者の優劣の問題にも妥当するいわば法文解釈一般の指針として援用することで、後得財産に対する優位を「国庫の私的な利便 *privata fisci utilitas*」と見なす可能性を示唆したものであろう。その上で、フルーネウーヘンは、「当法文が廃止されるべき旨、不遜にも国庫に反対の解答を示す者があっても罪を犯すことになるとは私は考えない *non puto delinquere eum qui hanc legem abrogandam, et contra fiscum facile responderit*」と述べて考察を終えている。この結論もまた、国庫に対する権利主張をめぐる一般論として、やはり同じ第49巻第14章に採録されたヘレンニウス・モデスティヌス *Herennius Modestinus* の見解<sup>77)</sup>を引き写したものである。確かに、フルーネウーヘン自身が第28法文を「廃止法文」と見なすべきであると主張しているわけではない。しかし、逆に、当法文が「ホラント州及びその近隣諸地域 *Hollandia vicinaeque regiones*」において「我々の慣行」に合致し、マテウスⅡ世が言うような「法律の効力」を依然保持していると解されているわけではないのである。これに対して、マテウスⅡ世は、第28法文の「法律の効力」の裏付けとして、「我々の州議会は称賛されることの多い布告をもって明示的にこの点を是認している *Ordines nostri id nominatim approbarunt edicto saepius laudato*」と述べている。「我々の州議会 *Ordines nostri*」とはもちろんユトレヒトの州議会 *Provinciale Staten* であり、欄外注の〈*Ed. Ord. Van praf. Der Stat pen. §. 2.*〉は、1638年7月17日に出された当州議会の「布告 *edictum*」、すなわち、「州の金銭及び租税の優先権に関する命令 *Ordre nopens de praeferentie van Staten penningen en ongelden*」<sup>78)</sup>第2条を指していると解され

76) C. 6, 51, 1, 14. (534).

77) D. 49, 14, 10.

る。とすると、ユトレヒト州を当然含意する「ホラント州及び近隣諸地域」において、州の「優先権 *praferentie*」なるものを認めるこの「布告」は、「称賛されることの多い *saepius laudatum*」というマテウス II 世の形容にもかかわらず、「一般法」に対する例外の地位に留まるとの解釈も十分に可能なのである。

また、ユトレヒト州議会の「布告」に加えて、「今日でもフランスではその旨判断が下されている *secundum quod hodieque judicatur in Gallia*」との記述もある。その典拠としては、アントワヌ・モルナク Antoine Mornac (1554-1620年) の『学説彙纂の前半全24巻並びに勅法彙纂第1巻に関するフランスの法廷実務に照らした考察 *Observationes in viginti quattuor priores lobros Digestorum et in primum librum Codicis ad usum fori gallici*』(1616年初版<sup>79)</sup>) から第21法文の考察<sup>80)</sup>が挙示され、そこには確かに、「国庫はその後に購入された財

78) 『ユトレヒト大法令集収録の全ての布告、命令、決議その他を六つの索引に整理した内容総覧 *Generale inhoud van alle de placaten, ordonnatien, resolutien enz begrepen in zes registers op het groot Utrechts plaacaetboek*』(1733年)によれば、この州議会令は、ヨハネス・ファン・デ・ワルテル Johannes van de Warter (1689-?年) 編の『ユトレヒト州議会の全法令を収めた大法令集 *Het groot plaacaetboek vervattende alle placaten der Heren Staten s'Lands van Utrecht*』第二巻(1729年)515頁以下に収められているようである。

79) マテウス II 世が実際に参照したのは、1631年以降に版を重ね広く流布したフランソワ・パンソン François Pinsson (1612-1691年) 編集による増補版『学説彙纂前半全24巻並びに勅法彙纂前半全4巻に関する考察 *Observationes in XXIV priores libros Digestorum et in IV priores libros Codicis*』であろう。

80) “当法文の論点は大理石の占有に尽き、スカエウォラは、大理石の占有が既に債権者の下にあったとの理由で、留置を認めたのである。実際、前述本章第1章「質並びに抵当について」第1法文[前書]でパビニアヌスが述べている通り、質においては「占有者にとって留置は容易である」し、この問題については、この第1法文について既に述べた点で十分である。というのも、冗長で無益な繰返しはできるだけ避けたいからである。「既に詳しく述べしことを繰返すは我には耐え難し」[*Odyssea*, XII, 452-3.]。しかしもし、債権者が質物を占有していないならば、その場合は、国庫財務官やその他国庫に対して同様の仕方で返還を義務づけられている者が国庫との契約締結後に取得した財産に関する後述第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文の特殊なテキストに基づき、国庫が優先されることに疑いはない。というのも、そのような場合、国庫がその後に購入された財産について先行債権者に優越するからであ

産について先行債権者に優越する *vincit fiscus creditores anteriores in bonis quae postea comparata sunt*』との一節があって、第28法文が援用されている。しかし、この一節は、セイアの国庫に対する優先を定めた同法文前書ではなく、「大理石商人 *negotiator marmorum*」に石材購入費を貸し付けた者が約定に基づいて石材上に取得する特定の抵当権が、抵当訴権による目的物の引渡請求の場面において、「大理石商人」に「石材置き場 *horrea*」を賃貸した「皇帝 *Caesar*」の黙示の包括的抵当権に優先することを認めた第1節<sup>81)</sup>への考察でいわば傍論的に述べられているものであり、「そのような裁判慣行は臣民裁判所において定着している *perpetuus est iudicandi ille mos in subsidiorum curia*』とあるだけで、「臣民裁判所 *subsidiorum*」、すなわち、パリのシャトレ裁判所 *le Châtelet de Paris* のそのような実務慣行を支持し裏付けるパリ高等法院 *le parlement de Paris* の判決の引用や、王令や慣習法の固有法源の援用も一切見当たらず、別の考察の参照が指示されているにすぎない。その内、船舶の艀装費や修理費の貸付者等に物的な先取特権を付与する同じ学説彙纂第20章第4巻の第5法文及ぶ第6法文の考察では、「建物を築造した石工 *caementarium, qui aedes condidit*」や「家屋の建築乃至修繕のために *in domum vel extruendam vel corrigendam*」に金銭を貸し付けた者に同様の物的な「優先権 *praelatio*」を認めるフランスの実務<sup>82)</sup>が論じられた際に、やはり傍論としてではあるが、確かに「君主 *Princeps*」の「優先権」への言及が見られる<sup>83)</sup>。そこに

---

る。そのような裁判慣行は臣民裁判所において定着しており、この慣行については、前記本章第6法文や第19巻第2章「貸主訴権並びに借主訴権について」第49法文の考察でも既に言及した。…」(Observationes, 766. 引用は1654年パリ刊のテキストによる。)

81) I注32参照。

82) この点については拙稿「法定抵当権から先取特権へ(2)」獨協法学81号を参照。

83) “…ただし、以上は私人間でのことである。というのも、徴税権その他どのような原因によるにせよ、何かが君主に対して負担されている場合には、君主が私人として自らの権利を行使しているのではない限り、君主の原因が最優先されるので、他の債権者たちは沈黙せねばならず、仮にその内の誰かが動産を先に差し押さえていたとしてもそうであるから。臣民裁判所においてそのように判示されるのが常であるし、それどころか、当高等法院においても、例えば、1613年5月10日の午後の審理においてティレリウスとヨハンネス・ニグルスの弁論の下、私人である債権者に遙か以前に動



はまず、「徴税権その他どのような原因によるにせよ、何かが君主に対して負担されている場合には、君主が私人として自らの権利を行使しているのではない限り、君主の原因が最優先されるので、他の債権者たちは沈黙せねばならず、仮にその内の誰かが動産を先に差し押さえていたとしてもそうである *si quid debeatur Principi vel iure tributario vel ex causa alia qualibet, conticescere creditores caeteros necesse est, vel si eorum aliquis manum prius in mobilia iniecerit, quia tunc praecipua semper est causa Principis dummodo agat iure suo non privati*」とあり、「臣民裁判所においてそのように判示されるのが常である *ita iudicari solet in subsidiorum curia*」とされた上で更に、モルナク自身がパリ高等法院の弁護士として見聞した1613年5月10日付けの法院判決が紹介されている。しかし、この法院判決では、「私人である債権者に遙か以前に動産を差し押さえられた者によって軽率にも行われた財産売立 *temeraria auctio facta ab eo cuius mobilia longe antea praehensa a creditore privato fuerant*」について、そのような私人による差押えにもかかわらず、「特別法によって国庫が優先された *fiscus iure singulari praelatus est*」のであって、その判旨は第28法文が認めるような債務者の後得財産に対する国庫の物的な先取特権とは直接関係はない。むしろ、「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ず *meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur*」という慣習法上の原則<sup>84)</sup>に照らして、本来、抵当権の有無を問わず最初に差し押さえた債権者が他の債権者に優先するはずの債務者の「動産 *mobilia*」について、この原則を覆す例外的な「優先権」が国庫に認められたのである。ここから、先の第21法文第1節考察の趣旨も明瞭となる。すなわち、フランスでは上記慣習法の原則により非占有質とし

---

産を差し押さえられた者によって軽率にも行われた財産売立について争われた際に、そのように判示されたのを見たことがある。その理由は、差押え済みであるにもかかわらず、特別法によって国庫が優先されるというものであった。”(Observationes, 762.)

84) Coutume de Paris (1580), art. 170 ; Loisel, Institutes coutumières (1607), liv. 3, tit. 7, V.

ての動産抵当が成立する余地はなく、当法文における先行債権者が「大理石 marmores」という動産上に取得し得る物的担保権もフランス法の下では一旦現実に質入れされた占有質としてのみ理解可能であり、それ故、モルナクも、ローマ法本来の文脈から離れるのを承知の上で、「スカエウォラは大理石の占有が既に債権者の下にあったとの理由で留置を認めた *possessio marmorum cum esset penes creditorem respondet Scaevola retentioni locum esse*」と解したのである。従って、これに続けて、「債権者が質物を占有していない *creditor pignus non possidet*」場合には第28法文を根拠に「国庫が優先されることに疑いはない *proculdubio praefertur fiscus*」とモルナクが述べる時、その念頭にあったのは、質権は有していないが「大理石」を先に差し押さえた私人債権者との関係における国庫の「優先権」のほずである。そうだとするならば、「国庫はその後に購入された財産について先行債権者に優越する」という第28法文に依拠したモルナクの理由づけも、フランス法に引きつけられた独特のものであって、マテウスⅡ世が自説の論拠として援用できるような議論ではない。

以上の通りマテウスⅡ世の結論には首肯しかねるけれども、本稿の方法論的な関心にとって重要なのは、「勅法の権威」に着目した法文間矛盾の発展史的解決という手法の出所を確認しておくことである。実際、そのような矛盾解消の手法は、既に前世紀の半ばにキュジャスによって一般論の形で明確に提示されていた。それは、「法と勅法の違いについて *De iuris et constitutionum differentia*」と題された『考察と修正』第7巻(1564年初版)の第19章に見出される<sup>85)</sup>。そこではまず、「例えば兄弟(従兄弟)、姉妹(従姉妹)、孫(甥)、そ

85) “学説彙纂第35巻第1章「遺言記載事項の条件、表示、原因、方式について」第33法文〔前書〕や同第44巻第4章「悪意及び強迫の抗弁について」第4法文第14節にある通り、しばしば法と勅法とは区別されている。というのも、勅法が寛大あるいは嚴格に法とは異なる多くの事柄を導入したからである。法と呼ばれるのは、古法、平民会決議、告示、法律家の権威である。法によれば、自由人に対する有罪の宣告を受けた被解放者の権利は保護されないが、勅法によれば保護される。法によれば、破廉恥罪によって期日に適切に召喚された者は、期日以後も依然として破廉恥のままであるが、勅法によれば、期日以後は破廉恥の不名誉が取り除かれる。同様の仕方、互い

の他誰かそのような者について述べた場合のように、誤解を生む表示は受遺者や信託遺贈受遺者も相続人被指定者も害することはなく、市民法の原則や神皇セウェルスやアントニヌスの勅法によってもそのように定められている *falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet, neque heredi instituto: veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem vel quodlibet aliud: et hoc ita juris civilis ratione, et Constitutionibus Divorum Severi et Antonini cautum est*」との法文<sup>86)</sup>、及び、「マケドー元老院議決の悪意の抗弁に対しても再抗弁を付与すべきかどうかについて異論を差し挟んではならず、当該再抗弁が発生すべきことが、諸勅法や権威者たちの見解にも定められている *contra Senatus consulti quoque Macedoniani exceptionem de dolo dandam replicationem, ambigendum non esse, eamque nocere debere, etiam Constitutionibus et sententiis auctorum cavetur*」との法文<sup>87)</sup>が引用されて、ローマ法上「しばしば法と勅法が区別されている *separatur saepe ius a Constitutionibus*」と指摘されている。キュジャスによれば、「勅法が寛大あるいは厳格に法とは異なる多くの事柄を導入した *multa constitutiones benigne, aut severe contra ius introduxerunt*」が故に、そのように「法 *ius*」と「勅法 *constitutiones*」が概念的に別のものとして扱われるのであり、「勅法」から区別される「法」としてキュジャスが想定しているのは、「古法 *ius veteres*」、「平民会決議 *plebiscita*」、「告示 *edicta*」、「法律家の権威 *Iurisconsultorum auctoritates*」の四つである。続いて、「勅法が法とは異なる事柄を導入した *constitutiones contra ius introduc-*

---

に矛盾しているように見える法文を他にも多数調和させることができる。[『皇帝列伝』の著者の一人ユリウス・カピトリヌスがマクリヌス帝について、彼が過去の元首たちの勅答を全て廃止し勅答ではなく法によって訴訟が為されるように定めた限りにおいて法に無知ではなかった旨書いている点は、以上のような法と勅法の区別を裏付けている。法律家について、彼らの知識の有用性を全て無効にしようとするかのよう、自分、つまり、自ら定めた事柄に反して何も解答できないようにする旨しばしば言い放ったカリグラ帝はこれとは正反対の考えであった。』(Observationes, 152-153.)

86) D. 35, 1, 33, pr. Marcianus, 6, Institutiones.

87) D. 44, 4, 4, 14. Ulpianus, 76, Ad edictum.

erunt」ことを示す具体例として、「法によれば、自由人に対する有罪の宣告を受けた被解放者の権利は保護されないが、勅法によれば保護される *iure liberis damnatorum non servantur libertorum iura, constitutionibus servantur*」という点と、「法によれば、破廉恥罪によって期日に適切に召喚された者は、期日以後も依然として破廉恥のままであるが、勅法によれば、期日以後は破廉恥の不名誉が取り除かれる *iure ad tempus ordine motus ex crimine famoso, etiam post tempus infamis manet*」という点が簡潔に挙示された後、注目すべき一節が現れる。すなわち、「勅法が法とは異なる事柄を導入した」という事実によって「法」と「勅法」の相違が説明されたのと「同様の仕方 *idem genus*」で、「互いに矛盾しているように見える多くの法文を他にも多数調和させることができる *multae aliae leges, quae inter se pugnare videntur in concordiam adduci possunt*」というのである。ここに示されているのは、法文間矛盾を「勅法」による「法」の改廃や回復という視点で解決する手法以外の何ものでもなく、直前の二つの例も、法文上の典拠は示されていないとはいえ、まさにそのような手法で説明された法文間矛盾に当たることが示唆されている。考察の最後には、『皇帝列伝 *Historia Augusta*』に依拠して、「過去の元首たちの勅答を全て廃止し勅答ではなく法によって訴訟が為されるように定めた *statuerat omnia rescripta veterum principum tollere, ut iure, non rescriptis ageretur*」マクリヌス *Macrinus* 帝（在位217-218年）と、「法律家について、彼らの知識の有用性を全て無効にしようとするかのように、自分、つまり、自ら定めた事柄に反して何も解答できないようにする旨しばしば言い放った *de Iurisconsultis quasi scientiae eorum omnem usum aboliturus saepe iactavit se effecturum, ne quid praefer se, id est, id quod ipse constituisset respondere possent*」カリグラ *Caligula* 帝（在位37-41年）とが、前者が「勅法」による「古法」の回復、後者が「法」としての「法律家の権威」の廃止を企図したという意味において、互いに「正反対の考え *alia mens*」を有していたと指摘される。「勅法」を通じて「法」に働きかける二人の皇帝の対比によって、「勅法」と「法」の関係に定位した発展史的な法文理解の正当性を例証しようとするキュジャスの意図は明らかである。

「勅法が寛大あるいは厳格に法とは異なる多くの事柄を導入した」という歴史認識は、「法」と「勅法」が概念的に区別された原因を明らかにするだけでなく、多くの法文間矛盾の解消にも寄与し得る。そのようなキュジャスの知見にいち早く着目したのがドニ・ゴドフロワであった。ゴドフロワは、学説彙纂公布の勅法(勅法彙纂第1巻第17章第2法文)の注解の一つにおいて、『考察と修正』の上記箇所の参照を指示し、その内容を要約敷衍している。既にⅢでふれた通り、この勅法の中でユスティニアヌスは、法文間矛盾に関して、「先の勅法彙纂に含まれていたような矛盾対立はもはや如何なる居場所も求めることはなく、誰かがその鋭敏な感性で不一致の諸論拠に探究するとしても、一切見出されることはない」と矛盾の不存在を明言する一方で、「何か新しい矛盾対立が見出されたり人知れず隠れていることがあるとしても、それは、不調和の異議を受け付けず、矛盾の域に収まらない全く別の性質を有している *est aliquod novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*」とも述べている(同勅法第15節)。ゴドフロワがキュジャスの考察に言及しているのは、その文言<*inventum*>に付された注解<sup>88)</sup>においてである。注解箇所に照らせば、ユスティニアヌスが法文間矛盾の排除を唱えながらも決して明瞭とは言えない理屈を付けて許容せざるを得なかった「矛盾対立 *contrarium*」の解決手法として、まさにキュジャスのそれが参照されていることになる。まず、キュジャス説の簡潔な要約として、「クヤキウスは、非常に多くの法文が、ある法文は勅法による寛容な法に、ある法文は古い法律や厳格法に帰せられるならば、調和可能であると述べている *Cujacius tradit, leges permultas in concordiam reduci posse : si aliae ad jus constitutionum benignum, aliae ad leges veteres, et jus*

88) “クヤキウスは、非常に多くの法文が、ある法文は勅法による寛容な法に、ある法文は古い法律や厳格法に帰せられるならば、調和可能であると述べており【『考察と修正』第7巻第19章】、この矛盾解消の規則を自ら同書第8巻〔ファルキディウス法に関する第2章から第6章?〕で用いている。学説彙纂第1巻第3章「法律、元老院議決、並びに、長期間にわたる慣習について」第26法文、同第1巻第4章「元首の勅法について」第4法文、次の元老院宛ての勅法〔勅法彙纂第1巻第4章第3法文〕の第19節に書かれていることはこれに似ている。”(Corpus juris civilis, II, 69, n.4.)

severum referantur」とされる。これが「勅法が寛大あるいは厳格に法とは異なる多くの事柄を導入した」というキュジヤスの言葉を承けたものだとすると、「勅法による寛容な法 *jus constitutionum benignum*」はキュジヤスの言う「勅法」に、「古い法律 *jus constitutionum benignum*」と「厳格法 *jus severum*」は「法」にそれぞれ対応する。続いて、キュジヤス自身が既に「この矛盾解消の規則 *ea dissolvendi lex*」を用いている旨指摘され、最後に、当該「規則 *lex*」の典拠となり得る法文が推測されている。というのも、キュジヤスの考察で引用された二つの法文は、「法」と「勅法」の概念区分の典拠となるにすぎず、両者の間の時代的前後関係を踏まえた新法による古法の改廃や回復という点については何ら法文上の手掛かりが示されていなかったからである。ゴドフロワが引用しているのは、「先行の法律が後続の法律に沿って解されるとしても意外ではない *non est novum, ut ptiores leges ad posteriores trahantur*」と、「時において先行する勅法はそれに先立つ勅法に優先する *αι μεταγενεστεραι διαταξεις ιχυρωτεραι των προ αυτων εισιν*」というほぼ同趣旨の簡潔な二法文に加えて、学説彙纂公布の希語版勅法<sup>89)</sup>においてユスティニアヌスが「必ず朕の法律を用いるべきであって、古い書巻に書かれている法律に決して目を向けてはならないし、この度定められた法律とそれらの法律を比較してはならない *utimini vero nostris legibus ; nulli earum, quae veteribus libris inscriptae sunt, attententes ; neque ad quae nunc posita sunt, illas comparantes*」と命じた一節<sup>90)</sup>も参照されている。これらは何れも、法の解釈乃至運用の指針として先法＝古法に対する後法＝新法の優位を説くものであり、ユスティニアヌスにとって新法に相当す

89) この勅法は羅語による第二序文とほぼ同内容であり、ゴドフロワ版市民法大全では、アントワーヌ・ルコント Antoine Leconte (1517-1586年)の羅訳テキスト(「この勅法はアントニウス・コンティウスによってラテン語訳された *haec constitutio latina est facta ab Antonio Contio*」 *Corpus juris civilis*, I, 106, n. 1. ; II, 69, n. 28.)が、学説彙纂の第三序文並びに勅法彙纂第1巻第17章第3法文として収録されている。本稿でもこのルコント訳に従って引用する。

90) “それ故、以上の点を理解する全ての者(ただし朕が言っているのは偉大な元老院と我が国の全人民諸君のことである)は、我々の時代にこれほどの財産を与えたもうた神に感謝し、必ず朕の法律を用いるべきであって、古い書巻に書かれている法律に

る学説彙纂中の法文相互の關係に適用することは当然ながら想定されていない。しかし、学説彙纂中に「古法の痕跡」を見出しそれを「法の矛盾」として捉えたとの前提が共有されているならば、「勅法」=新法を「法」=古法に優先させることで両者の矛盾を解消しようというキュジャスの論旨をこれら三つの法文によって補うことは必ずしも不当ではなかろう。更に、ゴドフロワは、キュジャス自身が引用した二つの法文の内、遺言の誤表示に関する法文への注解でも『考察と修正』の参照を指示している<sup>91)</sup>。他方、悪意の抗弁に関する法文への注解には、<見解>が「解答 responsa」を、<権威者>が「法律家 prudentes juris」をそれぞれ意味する旨、一見不要とも思われる記述がみられるが<sup>92)</sup>、これも「法律家の権威」を「法」の一つとして明示したキュジャスの考察との関連で捉えられるべきものかもしれない。

キュジャスが提示しゴドフロワによってその注解に取り込まれた矛盾解消の手法を、第21法文と第28法文に適用したマテーウス二世の解決案は、人々の目を引いたようであり、例えば、『競売論』の公刊後間もなく、マテーウス一世の甥でフラネケル大学法学部の筆頭教授であったヨハネス・ヤコブス・ヴィッセンバッハ Johannes Jacobus Wissenbach (1607-1665年)の指導する「討論 disputatio」で扱われている。しかも、その扱い方は、マテーウス二世自身の解決案の要約や評価に留まるものではなく、既存の諸学説を含めた第21法文と

---

決して目を向けてはならないし、この度定められた法律とそれらの法律を比較してはならない。なぜなら、たとえ相互に一致しない箇所が見受けられるとしても、先行する古いものにはその不完全さ故に不満があり、今やこちらが通用すべきものと解されるからである。そこで朕は、そのような古いものを今後用いることを禁じ、こちらのもだけが国内で遵守され通用することを許し認める。従って、朕によって構想され制定されたこれら二つ [学説彙纂と法学提要] 及び勅法彙纂にのみ依拠することなく、先行の書巻に基づいて、何らかの法文を用たりそれらを裁判において援用しようとした者、あるいは、それらが面前で読み上げられること黙認しそれらによって判決を下した者は、虚言の罪に問われ、有罪の判決を受け、刑罰に処せられるものとする。この点は朕が特に定めていないとしても自ずと明白である。” (Tertia praefatio Digestorum, 19: C. 1, 17, 3, 19.)

91) Corpus juris civilis, I, 646, n. 34.

92) Corpus juris civilis, I, 844, n. 39/40.

第28法文に関わる議論全体がほぼそのまま討論の一部として取り込まれ流用されるという、引用作法の緩やかな当時としても一際目立つ特異なものである。オルデンブルク出身のアントニウス・グンター・グリュフィアンダー Antonius Gunther Gryphiander を応答者 *respons* とするこの討論は、『学説彙纂全五十巻の演習 *Exercitationes ad quinquaginta libros Pandectarum*』の第二部(1658年初版)に「学説彙纂第49巻の第14章〈国庫について〉以降同巻末尾に至る各章を題材とする第39討論 *Disputatio XXXIX. desumpta ex Titulo XIV de Jure Fisci, et Titulis sequentibus usque ad finem libri XLIX. Pandectarum*」として収録出版された。問題の箇所はその第10論<sup>93)</sup>である。マテーウスⅡ世の所論

93) “私に対して「現に有するものと将来取得するであろうもの」を担保に供している者が国庫と契約した場合、その後取得された物については国庫が優先されるべき旨パピニアヌスが解答したことを当然知っているべきであり、しかもこの点は勅法となっている。というのも、国庫は質の原因において優位するからである」【本章第28法文】。あなたが総財産をティティウスのために担保に提供した後、国庫と契約した場合、その後取得された財産については国庫がティティウスに優先する。パピニアヌスがそのように解答し、勅法、つまり、元首の裁決においてその旨定められたと、ウルビァヌスは述べている。事後に取得された物についてもティティウスを国庫に優先させる学説彙纂20巻4章第21法文のスカエウォラの見解はこれに著しく矛盾する。解釈者たちは様々に両法文も調和を試みている。クヤキウス『考察と修正』第10巻考察22とホトマヌス『学説彙纂摘要』20巻4章注釈第7番は、アックルシウスに依拠して、第一の担保成立後に取得された物と第二の担保成立後に取得された物とを区別している。すなわち、第一の担保成立後に取得された物については私人が優先し、第二の担保成立後に取得された物については国庫が優先するというのがスカエウォラの趣旨である、と。しかし、このような区別はスカエウォラの言葉を曲解している。というのも、スカエウォラが「債務全額が完済されるまでは先行者が後得財産について国庫に優先する」と解答するとき、第二の担保成立前に取得された財産によって全額弁済不可能であれば、第二の担保成立後に取得された物にも及び得ることを明白に肯定しているからである。フォルネリウス『判別集』第2巻判別24やドネルス『質抵当注釈』「質において優先されるべきは誰か」はアックルシウスの最後の解決を是認して、第28法文においても国庫が最初に債務者と契約したと解し、フォルネリウスは、この点を維持するために、「その時国庫と契約している」というように構文を修正した。ホトマヌスが前掲箇所でのこの修正に的確に反駁している。というのも、この修正には古い文献の権威的裏付けが欠けているし、疑うべき正当な理由もないからである。実際、国庫自身が先に契約したのであれば、国庫が後得財産について優先すべきことを一体誰が疑うであろうか。フォルネリウスも、〈*quum*〉という小辞を挿入す



との相違点を敢えて挙げるとするならば、「第28法文においても国庫が最初に契約したと解する in lege 28. fiscum priorem cum debitore contraxisse」者として、フォルニエだけではなくドノーも引用され、両者が共に、「アックルシウスの最後の解決 ultima Accursii solutio」、つまり、標準注釈の第三解決案の支

るに際して、「その時国庫と契約していた」というように、動詞の時制を変更する勇氣まではなかった。ネグザンティウス『質抵当論』第5部第2章第42番、第21法文へのプシウスの注釈、学説彙纂12巻2章「任意的宣誓、必要的宣誓、裁判上の宣誓について」第31法文へのベウスティウスの注釈第669頁、ブロンコルスト『矛盾法文集』第2集矛盾74といった諸博士は一致して、第21法文へのアックルシウスの最初の注釈を是認している。つまり、第21法文において、セイアは、後見による訴権を行使する以上、先取特権を付与され、それ故に、国庫に優先する、と。しかし、この注釈はスカエウォラの意図に反しており、スカエウォラの解答を更改に先立つ期間内に閉じ込めている。というのも、更改はセイアの成熟後に行われるところ、成熟後の更改によって後見訴権の先取特権は失われるからである【学説彙纂46巻2章第29法文】。セイアは後見訴権の先取特権ではなく先行抵当権の故に国庫に優先する。セイアにそのような優先権が存するのは、最初の債務を更改する者が同じ質権を更新することで自らの地位を承継できるが故に、更改によって優先権が消滅しなかったからである【学説彙纂20巻4章第3法文】。アントニウス・ファベル『推測集』第2巻推測10は、先行者は、更改前に取得されたものである限り、第一及び第二の担保成立以後に取得された物について優先するが、更改以後に取得された物について国庫が優先すると、解答している。しかし、このような区別はウルピヤヌスとスカエウォラ双方の言葉に矛盾する。というのも、前者は更改には言及していないし、後者は確かに更改が為されたと述べてはいるが、先行者の優先権を更改に先立つ期間に限定してはいないからである。コナヌス『市民法注解』第4巻第17章第7番が答えるところによれば、黙示の抵当権には、後得財産に関する限り、黙示の抵当権を有する後続者が明示の抵当権を有する先行者に優先されるとの効果が存するとされる。事後に債務者の取得する財産は当該黙示の抵当権の負担の下に債務者の所有に帰する他ないというのが法律の意図するところだということである。これほどおかしなことがあるだろうか。法律は、合意に基づいた総財産上の包括的抵当権についても、事後に債務者の取得するものは何であれ合意された質の負担に服して初めて債務者の所有に帰するというのを認めるはずである。最後に、ガブリエル・ムダエウス『学説彙纂諸章注解』20巻6章「質乃至抵当は如何なる仕方では消滅するのか」注釈は、サリケトを援用して、この難問、すなわち、第21法文の結び目を解こうと試みている。すなわち、ここでセイアが国庫に優先するのは、セイアに対しては現存のものも将来のものも全ての財産が担保に提供されたからであり、他方、国庫に対しては、将来の財産についての言及なしに総財産が担保とされているので、将来の財産について国庫はセイアに優先し得ないというのである。そう解しても無駄である。スカエウォラの時代、財産の明示の担保提供には将

持者であることが明示されている点、それから、フォルニエによる法文修正への批判者をキュジャス（「クヤキウスはこの思いつきに的確に反駁している *quam licentiam recte reprehendit Cujacius*」）からオットマン（「ホトマヌスがこの修正に的確に反駁している *quam emendationem recte Hotomannus refellit*」）に変更している点がまず目に付く。また、「アックルシウスの第一の注釈 *primum Accursii glossema*」、つまり、二重の先取特権説の支持者については、全て入れ替えられ、既にふれたネグサンティオとブロンクホルストと並んで、パウル・ビュイス Paul Buys (?-1617年) の『君主ユスティニアヌスの学説彙纂全体への注釈 *Commentarium in universas Pandectas domini Justiniani*』（1610年初版）とヨアヒム・フォン・ボイスト Joachim von Beust (1522-1597年) の『学説彙纂旧編第12巻第2章「宣誓について」講解 *Lectura in titulum Digesti veteris de Iureiurando*』（1576年）が引用される一方、マテウスⅡ世が自説の補強のために引用したユトレヒト法やモルナク説は省略され、「法の歴史」と「法律の効力」の区別にも言及はない。なお、この点に着目して、ヴィッセンバッハあるいは討論応答者の関心は専ら「法の歴史」にあったと解

---

来の財産は含意されなかったのは確かだとしても、黙示の担保には、ユスティニアヌス以前においても、将来の財産が含まれていたところ、国庫は、古代の法律家の時代に黙示の抵当権を有していたのであり、スカエウォラにはまさにそれが問題点だったのである。このように、解釈者たちの矛盾解消の試みが尽きてしまった以上、この問題について古代の法律家たちは一致していなかったというのが事実であると認めねばならない。とはいえ、解答あるいは判決にあたって何れの見解に与すべきか不明というわけではなく、法律家の数や時代、そしてとりわけ元首の権威からそれは明らかである。まず数から言えば、国庫に反して解答しているのはスカエウォラ一人であり、パピニアヌスとウルピアヌスという卓越した二人が国庫に与している。時代に即して言えば、スカエウォラが活躍したのは哲人マルクス・アントニウス帝の治下であり、パピニアヌスはセウェルス帝とカラカラ帝、ウルピアヌスはアレクサンデル・セウェルス帝の治下である。従って、スカエウォラの時代には未だ国庫は優越的地位にはなく、先取特権によって優越するようになるのはその後のことであるのは容易に察し得る。元首の権威に依拠できるのは、法律家たち自身に解答権を授けた人々によってパピニアヌスの見解が承認されたと考えられるからである【アントニウス・マッテウス『競売論』第1巻】。（*Exercitationes*, 1094-1096. 引用は1661年フラネケル刊第三版による。）

することも可能であろう。しかし、そのような討論の主観的な関心によって、ローマ法を現行法と捉える大多数の実務家層に対するマテウスⅡ世説の客観的な媒体としての役割が左右されるわけではない。更に、各説の論及順序にも変更があり、フォルニエ説、キュジャス=オットマン説、ファーヴル説、コナン説、「アックルシウスの第一の注釈」、ファン・デル・ミュイデン説、自説の順に論じたマテウスⅡ世に対して、この討論では、キュジャス=オットマン説、フォルニエ=ドノー説、「アックルシウスの第一の注釈」、ファーヴル説、コナン説、ファン・デル・ミュイデン説、マテウスⅡ世説の順になっている。これらの相違点が何れも、マテウスⅡ世の論旨そのものを変更したり、何か新たな知見を加えるような類のものではないのは明らかである。

マテウスⅡ世の名と『競売論』の書名そのものは挙示されている以上、単純な剽窃とは言えないが、諸学説の分析が討論独自のものであるかのように見えるその扱いは如何にも紛らわしい<sup>94)</sup>。討論の主宰者 *praeses* であるヴィッセンバッハがなぜこのような内容を含む討論を敢えて出版したのかは不明ではあるが、近親者でもあるマテウスⅡ世の見解を支持しこれを広く紹介する意図があったとすれば、そのような意図は思わぬ仕方で実現されることになった。『競売論』出版から約三十年後、ライプチヒ大学で法学を講じていた若きクリスティアン・トマジウス Christian Thomasius (1655-1728年) が、ユルリク・ヒューベル Ulrik Huber (1636-1694年) に反駁する際に、皮肉にもヒューベルの師に当たるヴィッセンバッハの上記討論に依拠したのである。ヒューベルは、師と同じフラネケル大学法学部の筆頭教授を務めていたが、その後、数年の裁判実務を経て、「フリースラント最高裁判所退任判事 *Supremae Frisiorum Curiae Ex-Senator*」の肩書きによる特別待遇でフラネケル大学に復帰していた。大学復帰の年に出版されたヒューベルの便覧『法学提要と学説彙纂に沿ってまとめられた法の要点乃至要旨集 *Positiones sive lectiones juris contractae secundum Institutiones et Pandectas*』(1682年初版。以下『要点集』)に感

94) 19世紀始め、グリュックはコナン説に対する正当な批判として、マテウスⅡ世の『競売論』には言及することなく、ヴィッセンバッハの討論の数行をわざわざ原文のまま数行に渡って引用した。「グリュックの国庫先取特権論」獨協法学82号参照。

嘆し、自らの講義用にライプチヒで同書を公刊(1684年)させたトマジウスは、『要点集』の各所に批判的な「所見 scholium」を付け加えた。上記のヒューベル批判もこの「所見」の中で為されたものである。一方、ヒューベルも、判事任官前に既に出版していた法学提要注釈書『市民法講義 Praelectiones juris civilis』第一部(1678年初版)と、大学復帰後に「退任判事」の資格で指導した討論を素材に出版された学説彙纂注釈書『ローマ法並びに現代法講義 Praelectiones juris Romani et hodierni』第二部及び第三部(1689/1690年初版)とを一括し、『ユスティニアヌスの法学提要並びに学説彙纂に則った市民法講義 Praelectiones juris civilis secundum Institutiones et Digesta Iustiniani』(1690年初版。以下『講義』)として出版する際に、『要点集』に対するトマジウスの一連の「所見」を対応箇所に収録し(但し第一部については1687年の再版時既に収録)、必要に応じてこれに反論する「応答 responsio」を新たに増補公表した。その後、1694年創立されたハレ大学の哲学部筆頭教授の地位に就いていたトマジウスは、ヒューベルの死から十年以上経た後、『講義』の再版(1706年刊)を計画したライプチヒの出版者ヨハン・フリードリヒ・グレイツチュ Johann Friedrich Gleditsch (1653-1716年)の慫慂を受けて、ヒューベルの「応答」に対する再反論として「新たな注記 nova additio」を加えた<sup>95)</sup>。第21法文と第28法文の矛盾をめぐるヒューベルとトマジウスのやりとりは、『講義』の学説彙纂第20巻第4章注釈第16番<sup>96)</sup>に挿入されている。

95) 以上のような経緯については、ヒューベルの1690年版『講義』序言やトマジウスの1706年版『講義』序言に読み取ることができる。

96) “[家屋修繕費貸付者、並びに、物の購入費乃至維持費を貸し付けなおかつ特約を備えた者に加えて] 第三に、この順位[筆頭百人隊長の責任や租税に関する国庫、官職購入費の貸付者、嫁資返還請求に関する妻に続く第四順位]の抵当権者に数え入れられるのは、その金銭によって物が購入された未成年被後見人や未成年被保佐人【本章第7法文前書】、そしてまた、その金銭で敵方から奴隷が買い戻された者も、ある意味では奴隷そのものに対する権利、及び、結果としては自己の物に対する権利に基づいて、同じ順位と見なされる。同じことは、今日でも、異国人によって捕虜とされ買い戻された人々に妥当し、恐らくは次のように逆転させることもできる。すなわち、買い戻される捕虜は、買い戻すのために金銭の支出を約束したが払わない者の財産

元タトマジウスの「所見」<sup>97)</sup>の対象となっていた『要点集』学説彙纂第20巻第4章の要点第10番<sup>98)</sup>では、「時において先ずる者が権利において優先するという周知の準則 *regula vulgaris: qui tempore prior is jure potior est*」(同第8番)によって順位付けられる「*抵当権者 hypothecarii*」の最初の例として、「*国庫 fiscus*」が挙げられ、「*国庫には人的な先取特権はあるが抵当権者間における先取特権はない cujus quidem inter personales noscitur privilegium, nullum in hypothecariis*」ことについては第21法文が、「ただしその契約後に取得された物についてはその限りではない *nisi forte in rebus post suum contractum*

上に類似の権利を取得し、また、当該権利は、「捕虜が祖国に帰還できたならば」との約定の下に然るべく約束されたそのような金銭を立て替えて支払った者によっても、捕虜の名かあるいはその委任の下に行使され得る。最後に、筆頭百人隊長や租税以外の場合における国庫もまたこの順位に入れる人々もかなりいる。しかしながら、他の人々が、本章第21法文に依拠して、国庫を、未成熟被後見人や未成年被保佐人と同様、単純な抵当権者に含めているのが正しい。ただし、国庫が、自らの契約締結以降に取得された財産上に抵当権者間における先取特権を有する場合はこの限りではない。学説彙纂第49巻第14章「*国庫の権利について*」第28法文はそのような趣旨に解することができ、上記本章第21法文ともそのようにして調和可能である〔「所見」、「応答」、「新たな注記」の挿入箇所〕。従って、第四に、国庫が、債務者が国庫との契約締結以降に取得した財産に関して、この順位に留まるのは、当該財産についてもまた先行債権者に対して優先するからである。というのも、先に勅法彙纂第7巻第73章「*国庫の先取特権について*」第2法文に基づいて証明された通り、国庫は、時において先ずる場合において、あらゆる先取特権者に優先するからである。」(Praellectiones, III, 1058-1059. 引用は1749年フランクフルト刊のテキストによる。)

97) “しかし、上記本章第21法文の明白な文言、及び、ウィッセンバキウスが『学説彙纂演習』第49巻第14章「*国庫の権利について*」の立論10で述べているところに照らせば、そのように解することはできない。ストルウィウスは『市民法要論論点補説』本章立論30の補説で別の道を進んでいる。しかし、ストルウィウスの解答もまたウィッセンバキウスの前掲箇所によって反駁可能である。私は、ウィッセンバキウスに賛同し、上記第28法文の見解を第21法文におけるスカエウォラの意見に優先させる。”(Praellectiones, III, 1059.)

98) “人的な先取特権はあるが抵当権者間における先取特権はない国庫はそのような抵当権者に数えられる【本章第8法文及び第21法文】。ただしその契約後に取得された物についてはその限りではなく【学説彙纂49巻14章第28法文】、この第28法文と先の第21法文はそのよう解せば調和可能である。”(Positiones, 119. 引用は1685年フラネケル刊第五版による。)

quaesitis」との例外については第28法文が、それぞれ引用されると共に、両法文は「そのように解せば調和可能である *ita conciliare licet*」と付言されている。トマジウスが批判しているのは、この末尾に見えるヒューベルの矛盾解決案、すなわち、時点先行性準則に従って第21法文を理解し、債務者の後得財産について後続抵当権者の国庫に優先権を認める第28法文をその例外と位置づける理解である。トマジウスはまず、「上記本章第21法文の明白な文言、及び、ウィッセンバキウスが『学説彙纂演習』第49巻第14章の立論10で述べているところに照らせば、そのように解することはできない *non licet propter expresse verba datae legis ultimae et ea quae habet Wissenbachius ad ff. de jure Fisci thesis 10.*」と述べている。これは、ヒューベルの解決案について、第21法文のセイアの優先権を国庫の契約時以前に限定する標準注釈の第二解決案＝キュジャス＝オットマン説と同旨と見立てた上で、同法文のくその債権全てが弁済されるまでとの文言と、ヴィッセンバッハの討論における同説批判とに依拠して、これを退けようというものであろう。続いて、トマジウスは、シュトルーヴェの『補説』で採用された説、すなわち、標準注釈の第三解決案＝ドノー説に言及し、この説もまたヴィッセンバッハ（が流用するマテウスⅡ世）のフォルニエ批判によって「反駁可能である *refelli potest*」としているが、その具体的な論証はやはり見られない。トマジウスの「所見」の最後には、「私は、ウィッセンバキウスに賛同し、上記第28法文の見解を第21法文におけるスカエウォラの意見に優先させる *cum quo facio, sententiam datae legis 28. Opinioni Scaevolae in data lege ultima praeferens*」とあり、「古代の法律家たち」の「見解」の不一致を認め、彼らに「解答権」を与えた「元首」の「権威」に依拠して第28法文を優先させたヴィッセンバッハ＝マテウスⅡ世説に与するトマジウス自身の立場が表明されている。ヴィッセンバッハを盾にしたこのようなトマジウスの「所見」に、師弟関係にかこつける一種の皮肉を読み取ったヒューベルは、その「応答 *responsio*」<sup>99)</sup>の冒頭、「要するにここでは、我が師

99) “要するにここでは、我が師ウィッセンバキウスとの間の矛盾が指摘されている。可能であればそのようなことは避けたいが、この場合それは不可能である。ウルピウスは上記第28法文において、「後得物については後続者たる国庫が優先する」、と述

ウィッセンバキウスとの間の矛盾が指摘されている hoc est, antinomiam statuit cum Wissenbachio nostro」と法文間の矛盾を師弟間の矛盾に置き換える余裕を見せ、「可能であればそのようなことは避けたいが、この場合それは不可能である quod nos evitare malumus, si facultas detur, quae in hac causa non deest」と切り返した。ここでヒューベルが師に敢えて反駁する論拠とは、債務者の財産を時系列に従って区分する周知の議論である。第28法文によれば、「後続者たる国庫 posterior fiscus」が「後得物 res postea acquisita」、つまり、その契約以降に債務者が取得したものについて先行者に優先するとされているのに対して、第21法文では、「債務者が最初の担保成立時に有していた物 res, quas debitor tempore prioris obligationis habuit」と「最初の担保成立以降に取得した物 res, quas post priorem obligationem acquisivit」について先行者たるセイアが優先するとされているにすぎず、時系列で先行するこれら二つの「物 res」から「第三番目の物 tertium genus rerum」にあたる「後得物」を区別して、後続抵当権者の例外的優先を認めることに何ら不都合はないというのである。

ヒューベルは誰の名も挙げてはいないが、その論ずるところは標準注釈の第二解決案＝キュジャス＝オットマン説と変わらない。ヒューベルの議論でむしろ注目すべきなのは、ある法文<sup>100</sup>が当説の補充的な論拠として引用されている点である。その法文とは、妻が婚姻解消による嫁資返還請求権を担保するために夫の財産上に取得する抵当権と、国庫が契約相手の財産上に取得する黙示の包括的抵当権との間の優劣について定めたマルクス・アウレリウス・アントニヌス（カラカラ）帝の勅法であって、その前段には、「汝の夫が嫁資を理由に汝に対する有責判決を受けた場合であっても、夫の物が汝のために担保に供

---

べている。スカエウォラは本章第21法文において、債務者が最初の担保成立時に有していた物はもちろん、(セイアの)最初の担保成立以降に取得した物についても「セイアが国庫に優先すべきである」、と言っている。依然残されているのは、後続者である国庫の契約以降に取得された第三番目の物である。勅法彙纂第7巻第73章「国庫の先取特権について」第2法文を援用するならば、上記第28法文がそれら第三番目の物について述べていると解するのを妨げるものは何もない。”(Praellectiones, III, 1059.)

100) C. 7, 73, 2. (213). 試訳はI注23参照。

されるよりも先に夫が国庫と契約しているならば、国庫の権利が汝の原因に先んじるものとする *quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit*』とあり、後段には、「夫の財産上の担保成立以降に前夫が朕に対して債務を負担した場合には、国庫の先取特権が夫の財産に及ぶことはない *quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci*』とある。国庫と妻のように競合する抵当債権者が共に物的な先取特権者である場合、その優劣は時的先行性によって定まるとするのがこの勅法の趣旨であり、国庫は先行者でさえあれば、後続者が誰であれ、第21法文のセイアと同じく、「債務者が最初の担保成立時に有していた物」のみならず「最初の担保成立以降に取得した物」についても優先し得るが、国庫が後続者である場合には、「租税の原因 *causa tributorum*」や「筆頭百人隊長の原因 *causa primipili*」による物的先取特権のない限り、準則通り先行者に劣後する。そうであるからこそ、第28法文は、「第三番目の物」、つまり、後続者である国庫の契約締結以後に債務者が取得する財産について国庫を例外的に優先させる必要があったと、ヒューベルは考えているのである。上記勅法の援用は、「応答」の段階で突然為されたものではなく、「租税の原因」や「筆頭百人隊長の原因」について、国庫を第一順位の物的先取特権者と位置づける議論（『講義』注釈第7番）の中で、これらの原因だけでなく「国庫の原因一般 *causa fiscalis in genere*」が、「時において先んじている *quando prior est tempore*」限り、後続抵当権者が嫁資の返還を求める妻である場合も含めて、「あらゆる先取特権者に優先する *omnibus antevertit privilegiatis*』という仕方でも元々提示済みのものであった<sup>101)</sup>。ここで注意しなければならないのは、当勅法における妻の抵当権が、後にユスティニアヌスが「嫁資の優遇 *favor dotis*」として認める特権化された黙示の包括的抵当権と見なされているという点である。もし妻の抵当権が、カラカラ帝の時代にそうであったように、約定のものであるとすれば、物的先取特権者間の優劣という議

101) Praelectiones, III, 1054.



論にはそもそもなり得ない。それ故逆に、当勅法の前段における国庫の妻に対する優先は、妻に物的先取特権を付与したユスティニアヌスの勅法<sup>102)</sup>に矛盾するとの解釈も十分可能である。その場合、両勅法の関係を「法の矛盾」として位置づけ、キュジャスが提示しゴドフロワが敷衍した「矛盾解消の法則」、つまり、前法に対する後法の優先によって解決するとの議論も成り立つが、ヒューベルの法文解釈は、そもそも第21法文と第28法文についてそうであるように、法文間矛盾の発展史的解決とは全く無縁のところまで展開されている。更に言えば、カラカラ帝の勅法は、第28法文の国庫を先行者と読む解釈の根拠としてドノーが引用していたものでもあり、ヒューベルによる当勅法の援用はこれとも全く文脈が異なっている。以上のようなヒューベルの「応答」に対するトマジウスの「新たな注記 nova additio」<sup>103)</sup>では、「先行するセアの担保成立以降に取得した物 *res, quas post priorem Sejae obligationem acquisivit*」から「国庫の契約以降に取得された物 *res post fisci contractum acquisitae*」を除外する解釈を裏付けるような文言上の手掛かりが第21法文には欠けており、むしろ、「法律家たちがそのような物について見解が一致せず、皇帝の勅法による裁定が必要とされた *Jurisconsultos ea in re dissensusse, et decisione Imperatoriae constitutionis fuisse opus*」という事態を示唆しているのが第28法文であるとなされ、法律家の見解の不一致に「皇帝の勅法」が決着をつけたというヴィッセンバッハ(=マテーウスⅡ世)説が繰り返されている。カラカラ帝の勅法(勅法彙纂第7巻第73章第2法文)の援用についても、そこには「第三番目の物をここで想定すべく促すようなところは見られない *nihil habet, quod jubeat tertium genus hic effingere*」と全く素っ気ない反応であった。

ところで、ヒューベルが、第21法文と第28法文の矛盾について発展史的解決

102) C. 8, 18, 12. (531).

103) “これでは、国庫の契約以降に取得された物を、既にスカエウォラが、先行するセアの担保成立以降に取得した物の内に含めていなかったかのようである。加えて、ウルピヤヌスのテキストから曖昧なところなく明らかなのは、法律家たちがそのような物について見解が一致せず、皇帝の勅法による裁定が必要とされたという点である。勅法彙纂第7巻第73章第2法文には第三番目の物をここで想定すべく促すようなところは見られない。” (Praellectiones, III, 1059.)

を拒絶し、敢えて師ヴィッセンバッハとは異なる道を選んだ背景には、法文間矛盾一般をめぐるヒューベル独特の観方があったものと考えられる。まず、『要点集』の法学提要冒頭の公布勅法（いわゆる「序言 prooemium」）の要点第18番<sup>104</sup>では、学説彙纂の構想及び公布に関する諸勅法の関係箇所を引用しながら、「法文間矛盾が存する *antinomias dari*」が否かについてユスティニアヌス自身の見解も明確でない旨指摘された上で、「法文間矛盾は皆無ではないが多く存するわけでもない *nec nullas nec multas dari*」との理解が提示されている。『講義』の対応箇所である第1巻冒頭注釈第11番<sup>105</sup>でも同じく「法文間矛盾は多くはないが皆無というわけでもない *nec multas dari, nec nullas*」との「中庸の見解 *media sententia*」が推奨され、「法文間矛盾が皆無ではない以上、我々が不可能な事柄を企図していると見なされることはないし、多くはない以上、我々が学問を汚したり皇帝による保証と指示を蔑ろにしたりすることにもならない *non nullas, ne impossibilia conari videamur; nec multas, Artem et fidem Caesaris prostituamus, monitumque ejus*」とされている。要するに、論理的に解決不能な法文間矛盾の存在自体は否定しないが具体的にそのような矛

104) “法文間矛盾、すなわち、対立法文が存在することを、勅法彙纂第1巻第17章「古法の解明、並びに、学説彙纂に収録された法律家の権威について」第1法文第8節と同第2法文前書において皇帝は否定している。しかし、皇帝は、同第1法文第4節、同第2法文第14節及び第16節、同第3法文第15節では、この点について逡巡している。法文間矛盾は皆無ではないが多く存するわけでもない、というのが本当のところである。”(Positiones, 3.)

105) “ところで、法文間矛盾、つまり、対立法文が、自らの諸法典とりわけ同じ法典の中に存することを否定しており【勅法彙纂1巻17章第1法文8節、同第2法文前書】、それ故、法学では、法文間矛盾は存在しないものと信じられていた。残念ながらしかし、如何なる知性をもってしても解消不能な法文間矛盾が僅かとはいえ幾つか残されている。皇帝自身もまたこの点について迷いがあったように見える【同第1法文第4節、同第2法文第14節及び第16節、同第3法文第15節】。そこで我々はく Aristotelesのごとく>中庸の見解をとって、法文間矛盾は多くはないが皆無というわけでもない、と解することにする。法文間矛盾が皆無ではない以上、我々が不可能な事柄を企図していると見なされることはないし、多くはない以上、我々が学問を汚したり皇帝による保証と指示を蔑ろにしたりすることにもならない。それ故、我々は明敏な感性をもって事案の違いを突き止め、より一層慎重にそれらを扱うべきである。”(Praelectiones, I, 4.)

盾を認めることには極めて慎重なのがヒューベルの立場と言える。このヒューベルの「中庸の見解」は、別著『ユスティニアヌス余滴 *Digressiones Justinianeae*』(以下『余滴』)の中で、いわばその両極に位置する見解への批判という形で更に敷衍されている。『余滴』は、「法に関わる人文的事項 *Humaniora Juris*」を扱う小論群を、文字通り講義からの「脱線 *digressiones*」とみなして、法学提要の編別に従い収録したもので(1677年初版)、ヒューベルの大学復帰後に公開された第二版(1688年)では合計2巻48章から成る第二部が増補された。ここで取り上げるのはその第二部の第一巻第四章<sup>106)</sup>として収められたものである。学説彙纂のテキスト批判を論じた同第一章<sup>107)</sup>が、テキスト批判を「判別 *Crisis: κρισις*」と呼んで、「古代の法律家の言説 *dicta veterum Jurisconsultorum*」を学説彙纂に採録されたテキストから区別同定する第一の判別、学説彙纂編纂以降の写本、とりわけ、「フィレンツェ写本 *Florentium exemplar*」を手掛かりとする第二の判別、写本等の文献の裏付けを伴わず、専ら考察者の「洞察力 *ingenium*」に基づく第三の判別に類型化していたのを受けて、この第四章では、「法律家の解答や元首の勅答が全て互いに整合しているのか否か、言うならば、法文間矛盾に相当するものがあるのかどうか、について吟味する判断手法 *judicandi facultas, quae examinat omnia responsa Jurisconsultorum et rescipta Imperatorum an inter se conveniant, an dentur, inquam, et quae sint antinomiae*」が、「判別の第四類型 *quartum Criseos genus*」と位置づけられている。この種の判別を論じることが、『余滴』の本来対象としている「法の人文的考察 *Observationes Juris humaniorum*」から外れる可能性を意識しつつも、敢えてヒューベルは先の人文主義的な三つのテキスト批判と同列に並べて法文間矛盾論を扱っているのである。その理由にははっきり述べられてはいないが、法廷実務の経験も兼ね備えた教師として、特に法学教育の観点から、現行法としてのローマ法の理解に軸足を置き、人文主義的なテキスト批判はあくまで「脱線」であり余技であるとするヒューベルなりの見識がその背景にあるのは間違いない。先の第一章でも、第一の判別の法学にとっての有用

106) 試訳は「17世紀ネーデルラントにおける法文間矛盾論」(獨協法学83号)参照。

107) 拙稿「対物権概念と所有権の移転(1)」(獨協法学71号)のI参照。

性を限定的に捉え、当時としては異例のフィレンツェ写本原本説に立ってテキスト修正に極めて慎重な態度をとり、第三の判別による修正には断固反対する自らの立場が表明されていた。人文主義的な方向性を法学に取り込むことに消極的なその姿勢の延長線上において、「法の矛盾」としての「古法の痕跡」を際限なく指摘する人々から、伝統的な法文間矛盾論ひいては法学それ自体の枠組みを守ろうとする意図があったと考えられるのである。

ヒューベルはまず、「ここで我々が提起したい唯一かつ窮極の命題とは、他にもない、ユスティニアヌスの諸法典にはく真に矛盾する法文は多くはなくまた皆無でもない」というものである *heic nihil aliud quam positionem unam et summam, Videri nec multas neque nullas esse Leges vere contrarias*」と述べて、『要点集』や『講義』と同様、命題形式で簡潔に自説を提示している。その上で、「私にはかねがね不当であると思われていた主張 *quod mihi semper visum iniquum postulatum*」として取り上げられたのは、アントーン・マテウス I 世の『法学小討論集』にその第一集として収められた「法の基礎に関する小討論 *Collegium fundamentorum juris*」の第五討論である。この討論は、マテウス I 世がマールブルク大学でヨーハン・ジークフリート・ブランケンハイム *Johann Siegfried Blanckenheim* を応答者として主宰指導したもので、「法の矛盾解消の三つの手法が反駁された上で、全ての矛盾が解消できるわけではない旨主張される *Tres modi conciliandarum Antinomiarum juris refutati, et asertum denuo conciliari omnia non posse*」との表題が付されている。討論ではまず、「ユスティニアヌスとその一方を是認し他方を排斥しているような解答は矛盾しない *non sunt contraria responsa, quorum unum Justinianus probavit, alterum rejecit*」とする「法の矛盾解消の第一方式 *unus genus conciliandarum juris antinomiarum*」、「一方の法文は記述的に他方は規律的に書かれている *una lex posita est Narrative, altera Dispositive*」とする「第二方式 *alterum genus*」、「より多く述べる法文とより少なく述べる法文は矛盾しない *leges non pugnant, quae dicunt Plus et Minus*」という「第三方式 *tertium genus*」が列挙され、「諸法典には矛盾は存在しない *nullum contrarium in libris juris positum esse*」とする立場と、「上記の手法の何れかによって解消される限りは確かに

法における矛盾の存在を否定するが、実際にはその存在を認める *negant contraria in jure extare, sed dum conciliant uno aliquo superiorum modorum, revera extare agnoscunt*」立場が、「トリボニアヌス *Tribonianus*」対「解釈者たち *Interpretes*」という図式の下に対置されている。表題にも示唆されている通り、前者「トリボニアヌス」に与する従来の法文間矛盾論に対して後者「解釈者たち」の立場を弁護論証することが当討論の目指すところなのである。ヒューベルが批判の対象として特に引用している箇所も、そのようにして「トリボニアヌス」の立場に対比された「解釈者たち」の見解の一つに当たる。すなわち、「解釈者たち」は、「皇帝は全てを自らのものとし、皇帝に由来しないものは一切書かれていない *Imperatorem omnia fecisse sua, nihil uspiam esse scriptum, quod non Imperatoris sit*」という「トリボニアヌス」の観方を退けて、「何かを私のものにするというのは、要するに、私が当然に排斥するようなものまで私がつくり定めたかのように見えるということではないのか。単に話しただけのことを私が考えているとは限らないのではないのか。皇帝が全てを自分のものとしたというのは、つまり、全てを是認したのである。従って、何も否認しなかったし、十分に吟味することもしなかった *num meum fecisse, hoc est, ipse fecisse, constituisse videor, quod imo rejicio? Quod narro tantum, non sentio? Imperator omnia fecit sua, id est, omnia probavit. Nihil igitur improbavit. Nihil recensuit tantum*」、というのである。学説彙纂がユスティニアヌスによって制定された法典である以上、そこにはユスティニアヌス自身の首尾一貫した考えが反映されているはずであるから、採録された学説間に矛盾は生じないという想定に対して、ここでは、「皇帝が全てを自らのものとした *Imperatore omnia fecisse sua*」からといって、それは「全てを是認した *omnia probavit*」というだけであって、法典の内容の論理的整合性まで保証されるわけではなく、むしろ、矛盾を含むものがそのまま承認されている可能性があるとの反論が提示されていることになる。ヒューベルはこの反論を問題視し、一組の対立法文を例にこれに反駁している。引き合いに出されているのは、遺体を収めていないいわゆる「空墓碑 *cenotaphium* : *κενοτάφιον*」を「宗教物 *religiosum*」乃至「宗教的場所 *locus religiosus*」と見なすかどうかについて互いに相反する二つの見

解であり、一方は、「空墓碑もまた宗教的場所であるとされており、この点についてはウェルギリウスが証人となっている *Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum : sicut testis in ea re est Vergilius*」とするアエリウス・マルキアヌスの見解<sup>108)</sup>、もう一方は、「空墓碑であるならば、それは売却可能であると解されるべきであり、実際、神皇たる兄弟もそれが宗教物ではない旨勅答を発している *si Cenotaphium sit, posse hoc venire, dicendum est : nec enim esse hoc religiosum, Divi Fratres rescripserunt*」とするウルピアヌスの見解<sup>109)</sup>である。ヒューベルがここで着目しているのは、学説彙纂第11巻第8章に採録されたウルピアヌスの見解が、マルキアヌスの見解を収めた同第1巻第8章第6法文の「最終節 *ultimus articulus*」に続く第7法文として、「しかし神皇たる兄弟は反対の勅答を発している *sed Divi Fratres contra rescripserunt*」との簡潔な表現で既に明示されていたという点である。つまりこの場合、ユスティニアヌスは、両学説は相互の不一致をふまえて自らの法典に採録したのであって、それぞれに対応する法文の間に矛盾を読み込む必要など全くない。「先の最終節に立ちはだかるウルピアヌスの名前は、それらがユスティニアヌス自身の言葉であることの妨げにはならないし、それ故、全ては悉く自らものとして作ったと公言していることの妨げにもならない *nomen Ulpiani praefixum huic ultimo articulo nihil impedit, quominus ea sit ipsius Justiniani verba, quo omnia in universum se sibi propria fecisse non modo ipse profitetur*」のである。にもかかわらず、「かの検閲官たちは繰り返しユスティニアヌスに楯突き、明白でしかも愚かな不整合を口実に対立する皇帝を打ち負かしている *a Censoribus identidem ei objicitur, quo sibimet ipsi Caesarem adversantem evincant, non minore inepta quam iniquitate manifesta*」のは不当である。というのも、学説彙纂中に他にも散見されるこのような「明白この上ない不整合 *evidentissima iniquitas*」の全てを解決不能な矛盾とみなすならば、「学説彙纂のみならず、あらゆる学芸の著述家や歴史が遍く矛盾で溢れていることになってしまう *non modo Pandectas sed omnes omnino scriptores quarumlibet artium*

108) D. 1, 8, 6, 5. Marcianus, 3, *Institutiones*.

109) D. 11, 7, 6, 1. Ulpianus, 25, *Ad edictum*.

historiasque, contradictionibus oportet esse refertas」からである。批判点を一つに絞って印象深い論拠をやはり一つだけ提示し、マテウス I 世の言う「解釈者たち interpretes」を皮肉たっぷりに「検閲官たち censores」と呼び換える論争家ヒューベルらしい議論によって、解決不能な法文間矛盾の存在は慎重に見極めるべきとの自説が弁護されたわけである。ヒューベルが自説を「中庸の見解」と位置づける所以は、マテウス I 世批判の後に、「しかしだからといって、矛盾の承認を回避するために何か好き勝手な理屈をでっち上げようとし、何らかの区別を考案する人々の見解にも与しかねる enimvero nec eorum sententiae accedendum est qui ut antinomiae confessionem evitent, quidlibet confingere malunt, et nescio quas excogitent distinctiones」と述べているところから明らかである。マテウス I 世の上記討論に示された「法の矛盾解消の三方式 tria geneta conciliandarum juris antinomiarum」もそのような「区別 distinctiones」に他ならないが、ここでは、フラネケル、ユトレヒト、レイデンの法学教授を歴任したベルナルドゥス・スホタヌスの『法学演習 Examen juridicum』(1639年初版)に「三十二にも及ぶ区別 quarum duas triginta」が列举されている旨指摘され、スホタヌスの第11番目の区別として挙げている「法 jus」と「事実 factum」の区別を例に、法文間矛盾の存在を全く許容しないこの立場の不毛さが非難されている。スホタヌスの名は、シュトルーヴェの『補説』序文でも、「法の矛盾」否定論者の代表格として挙げられていたが、その評価は全く正反対であるし、扱い方も簡略である。ヒューベルの主たる批判対象は、論述の順序や分量から言っても、「真に矛盾する法文が存すること esse Leges vere contrarias 法の矛盾」それ自体を否定して矛盾解消に奔走する人々ではなく、解決不能な法文間矛盾を方々に容易に認めたがる人々であった。なお、ヒューベルは、先のマテウス I 世への批判に際して、「皇帝が自らの諸法典における矛盾の存在を否定しているのであるから、我が師ウィッセンバキウスも著者を「法の基礎に関する小討論」第五討論におけるその師の見解に追隨させることはできなかった ex eo quod contraria in libris suis posita esse negat Imperator, ferre non poterat Wissenbachus Noster Auctorem sequutus, suum praeceptorem in *Disputatione V. fundamentorum juris*」と述べてい

る。ここに言う「著者 Auctor」とは当然ながらヒューベル自身であり、「その師 suus praeceptor」とは、マールブルクで両法博士の学位を取得したヴィッセンバッハの指導者、すなわち、マテウス I 世である。従って、この一節においてヒューベルは、「法の矛盾」を容易に認めるマテウス I 世の見解への賛否をめぐる師ヴィッセンバッハと意見の食い違いをわざわざ公にしていることになる。マテウス I 世の上記討論が勅法の効力に着目したキュジャスとゴドフロワによる発展史的な矛盾解消の手法に言及しているわけではないが、師弟関係を当てこすったトマジウスの批判に全く動じるところがなかったヒューベルの学問的自意識の強さはここにも見て取ることができる。

最後に、17世紀末から18世紀初めにかけて共にレイデン大学で教えた同年生まれの二人、すなわち、ヘラルト・ノート Gerard Noodt (1647-1725年：1684年着任) とヨハネス・フート Johannes Voet (1647-1713年：1680年着任) による第21法文と第28法文の矛盾解消の試みを見ておくことにしたい。ヒューベルの判事転出時の後任者で、後にユトレヒトを経てレイデンの法学教授となったノートは、古代ローマの「市民的賢慮 prudentia civilis」の回復を目指して人文主義的な法文理解の徹底を唱え、法文批判に際して時に写本等による文献学的な裏付けよりも判断の合理性(考察者の「洞察力」)を重んじる姿勢をヒューベルなどに揶揄されながらも、その後のオランダ典雅法学の興隆を先導することになった。そのノートがマテウス II 世＝ヴィッセンバッハ説を一顧だにせず標準注釈の第三の解決案を支持している点は、法文間矛盾をめぐる学説史的伝統の強固さを示すものとして興味深い。『著作全集 Opera omnia』第2巻として公刊されたノートの『神聖なる君主ユスティニアヌスの学説彙纂前半全27巻注解 Commentarius in Domini Justiniani sacratissimi principis, libros XXVII Digestorum』(1713年初版)は、第21法文と第28法文の矛盾を、抵当権者の順位を扱う第20巻第4章ではなく、抵当権の設定に関する第20巻第1章注釈の中で論じている。その箇所<sup>110)</sup>では、時的先行性の準則に関わる論点の一

110) “ところでここで見ておかななくてはいけないのは、現在及び将来の総財産を誰かに担保に供した後に、別の者にも同様に現在及び将来の財産が担保に供された場合、どのように解するのが適切なのか、である。確かに、現在の財産については先行債権



つとして、「現在及び将来の総財産を誰かに担保に供した後に、別の者にも同様に現在及び将来の財産が担保に供された場合、どのように解するのが適切なのか *quid placeat observari : si obligatis alicui omnibus bonis et praesentibus et futuris, deinde alii similiter obligentur omnia bona et praesentia et futura*」が問

者が後続債権者に優先されることに疑念を抱く者はいない。なぜなら、それらの財産については、先行債権者が時において後続債権者に先んじているからである。しかし、将来の財産については問題となり得る。というのも、現在の財産が無条件で先行債権者のために担保に供されているのに対して、将来の財産はそれが取得されたならばという条件の下に担保に供されているにすぎないからである。つまり、そのような条件は両債権者のために同時に成就する以上、何れの債権者も他方に対して時において先行するとは言えないというのである。これに対しては、条件成就に際して合意時に遡及するというのが条件の特質であると反論できる。要するに、先行債権者が、現在の財産のみならず、将来の財産についても、それらが取得された後は、優先すると解する方が適切なのである。この点は学説彙纂第20巻第4章第11法文第1節から導くことも可能であるが、私はむしろ同章第21法文によって具体的に論証することにした。事案は次の通り。ティティウスは、セイアに対して、後見を原因に彼女に支払うべく有責判決を受けた全額のために、現在並びに将来の財産を担保に供した。その後、このティティウスが、国庫から金銭を借り受け、国庫のために同じように現在並びに将来の財産を担保に供した。次いで、ティティウスはセイアに債務の一部を弁済つまり支払うとともに、更改を為すことで、残額の支払をセイアに約束し、更改時に質の合意も更新された。このような場合、質は存続し、もし更新されなかったならば、随意的更改によって消滅していたであろう【本章第12法文第5節】。問われたのは、ティティウスが最初の担保成立以降に取得したものについてもセイアが国庫に優先するのか否か、である。スカエウォラはこれに、優先されるべきではない理由は何も見当たらない、と答えた。従って、総財産上の包括的質において、先行債権者は、同様に総財産の担保を得た後続債権者に対して、現在のみならず将来の財産についても優先され、また、時において先行しているのが私人なのか国庫なのかも問題にならないのは、明白である。ところで、学説彙纂第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文においてウルピアヌスは後得財産につき国庫を私人に優先させ、次のように述べている。すなわち、「私に対して現に有するものと将来取得するであろうものを担保に供している者が国庫と契約している場合、その後取得された物について国庫が優先されるべきなのは当然分かるし、パピニアヌスもその旨解答しており、しかもこの点は勅法にもなっている。というのも、国庫は質の原因に先んじているからである」と。しかし、ウルピアヌスによって論じられている事案が、現に有しているものと将来取得するであろうものを私に對して担保に供する者がそれ以前に国庫と契約していたという事案であると考えれば、事態は安泰となろう。私の考えでは、<contraxerit>という文言は未来と現在いずれの時も表し得る曖昧なものである。も

われ、「現在の財産 *bona praesentia*」については、「無条件で担保に供されている *sunt pure obligata*」以上、準則に従った「先行債権者 *prior creditor*」の優位に異論の余地はないが、「将来の財産 *bona futura*」については、「それが取得されたならばという条件の下に担保に供されているにすぎない *sunt obligata demum sub conditione, si adquirantur*」ので、準則適用は自明とはいえないという具合に問題点が敷衍される。この問いに対するノートの解答は、「条件成就に際して合意時に遡及するというのが条件の特質である *est proprium conditionis, ubi extitit, retrahi ad tempus conventionis*」から、「先行債権者が、現在の財産のみならず、将来の財産についても、それらが取得された後は、優先すると解する方が適切である *melius esse visum, priorem creditorem tam in futuris, postquam acquisita sint, praeferrri, quam in praesentibus*」、というものであり、その主たる根拠法文として挙げられたのが第21法文であった。第28法

---

しここで未来を表すものと解するならば、スカエウォラとウルピアヌスの対立は明白であるが、現在を表すものと解せば対立は存しない。それ故、対立を回避するためには、上記文言を未来ではなく現在を表すものとして受け取るのが合理的であり、加えて、ウルピアヌスの意図もこうすることで極めて的確かつ簡明なものとなる。すなわち、誰かが国庫と契約した後に私と契約し、現に有するものと将来取得するであろうものを私に対して担保に供した場合、その後に取得された物については国庫が優先されるべきことは当然分かる、というのである。それは一体何故かと問えば、それは「国庫が質の原因に先んずるから」との正当な理由による。ウルピアヌスは上記のように前もって述べることで、国庫が時において先んずるが故に権利において優先するという点を示している。その後で、「この点は勅法にもなっている」ともウルピアヌスは述べている。それは誰によって定められたのであろうか。それは、勅法彙纂第7巻第73章「国庫の先取特権について」第2法文として収録されたアントニヌス・カラカラ帝によってである。同法文の文言は以下の通り。「汝の夫が嫁資を理由に汝に対する有責判決を受けた場合であっても、夫の物が汝のために担保に供されるよりも先に夫が国庫と契約しているならば、国庫の権利が汝の原因に先んじるものとする。しかし、夫の財産上の担保成立以降に夫が朕に対して債務を負担した場合には、国庫の先取特権が夫の財産に及ぶことはない。当勅答の趣旨の説得力に疑念の余地はなく、ウルピアヌスの念頭にもこの勅答があったのである。特に、ここでは、「国庫の権利が汝の原因に先んずる」とされており、これはウルピアヌスが当勅答から取り出した文言といえる。」(Opera omnia, II, 447. 引用は1724年レイデン刊のテキストによる。)

文との矛盾解消は、ノートが自らの解答を第21法文に即して「具体的に論証する *rebus demonstrare*」作業の一部なのである。第21法文においては、「ティティウスが最初の担保成立以降に取得したものの *quae Titius post priorem obligationem adquisiit*」、つまり、「将来の財産」について、「先行債権者 *prior creditor*」であるセイアが、更改時の担保更新によって先行者の地位を保持したが故に、「後続債権者 *posterior creditor*」である国庫に優先したのであるから、私人セイアの国庫に対する優先は時的先行性準則に則った帰結と言える。しかも、「将来の財産」についての優先的地位がこのように時的先行性準則によるものである以上、「時において先行しているのが私人なのか国庫なのか問題にならないのは明白である *apparet, nec ad rem pertinere quis sit tempore prior, privatus, an fiscus*」。従って、国庫を私人に優先させる第28法文についても、「ウルピアヌスによって論じられている事案が、現に有しているものと将来取得するであろうものを私に対して担保に供する者がそれ以前に国庫と契約していたという事案であると考えれば、事態は安泰となろう *salva res erit: si putemus, ab Ulpiano tractari casum in quo is, qui mihi obligavit quae habet habiturusque esset, cum fisco ante contraxerit*」。そう考えたノートは、「<*contraxerit*>という文言が未来と現在いずれの時も表し得る曖昧なものである *ambiguum est verbum, contraxerit, tam futurum, quam praeteritum, tempus designans*」ことを考慮して、「対立を回避するためには、上記文言を未来ではなく現在を表すものとして受け取るのが合理的であり、加えて、ウルピアヌスの意図もこうすることで極めて的確かつ簡明なものとなる *ut evitetur pugna, rationis est, verbum illud, contraxerit, potius in praeterito, quam in futuro exaudire, accedit, quod sic fit optimus et simplicissimus Ulpiani sensus*」との矛盾解決案を提示している。このように、物的先取特権による後続者の例外的な優先ではなく、時的先行性準則による先行者の原則通りの優先を第28法文に見出すとすれば、<*sciendum est, in re postea quaesita fiscus potiore esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est*>という文言もむしろ、「その後取得された物について国庫が優先されるべきなのは当然分かるし、パピニアヌスもその旨解答しており、しかもこの点は勅法にもなっている」という

ように読まれることになる。「勅法にもなっている *et constitutum est*」という点も、「夫の物が汝のために担保に供されるよりも先に夫が国庫と契約しているならば、国庫の権利が汝の原因に先んじるものとする *si priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit: jus fisci causam tuam praevenit*」とした例のカラカラ帝の勅法によって裏付けられ、第28法文の理由づけ（「というのも国庫は質の原因に先んじているからである *prevenit enim causam pignoris fiscus*」）は、当勅法の文言「国庫の権利が汝の原因に先んじる *jus fisci causam tuam praevenit*」にまさに従ったものとされる。ノートは他の論者や文献を一切引用していないが、以上のような第28法文解釈は、カラカラ帝の勅法の援用も含めて、標準注釈の第三解決案に従ったドノー説と全く同じである。抵当の成立に着目し条件成就による効力の遡及という点を強調している点にノートの議論の特徴を見出すことは可能であるが、「質乃至抵当において優先すると解されるべきなのは誰か *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur*」を扱う第4章ではなく、「質乃至抵当は如何にして締結されるのか *qualiter ea contrahantur*」を扱う第1章に矛盾解決案が提示されることそれ自体によって、第28法文の国庫を先行者とみなす結論がむしろ先取りされているようにも見える。ヒューベルならば、「合理的である *rationis est*」という言い回しに典型的な第三の判別を見て取るかもしれない。いずれにせよ、ノートの議論は標準注釈によって用意された解決案の域を出るものではない。

一方、フートは、主著『学説彙纂注解 *Commentarius ad Pandectas*』の第一部（1698年初版）第20巻第4章注釈第24番<sup>111)</sup>において、「契約に基づいて訴求

111) “24. 契約に基づいて訴求する場合に国庫が先取特権を伴う抵当権を有するのは債務者のどの財産についてか）ローマ法によれば、国庫が、その契約相手の契約前に既に取得されていた財産に抵当権を取得するが、抵当権者間において優先権を有するわけではないこと、その一方で、国庫との契約締結以降に取得された財産については、ローマ法の下で合意あるいは法律に基づき先行の包括的抵当権を取得した他の人々に優先すること、つまり、それら事後的に取得されたものについて国庫が質の原因において他の者に優越したと解されること、は明らかである【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文、ネグザンティウス『質抵当論』第2部第4章第113番、アントニウス・マテウス『競売論』第1巻第19章第81、第83、第84番】、徴

する場合に国庫が先取特権を伴う抵当権を有するのは債務者のどの財産についてか *in quibus debitoris bonis fiscus hypothecam cum privilegio habeat, si ex contractu agat?*」との問いの下に、第21法文と第28法文の矛盾解消を試みている。国庫の「先取特権を伴う抵当権 *hypotheca cum privilegio*」に関わる法文として第28法文に言及し、その対立法文として第21法文を取り上げるというその論述の枠組みからは、ドノーやシュトルーヴェを経てノートへと相互に引用言及のないまま引き継がれた矛盾解決案、すなわち、第28法文の事案を時的先行性準則の適用事例と見なす標準注釈の第三解決案は最初から排除されていることになる。この注釈第24番は、「ローマ法によれば、国庫が、その契約相手の契約前に既に取得されていた財産に抵当権を取得するが、抵当権者間において優先権を有するわけではないこと、その一方で、国庫との契約締結以降に取

---

税請負人に収税を委託する場合でも、その他の契約の場合でもそれは同じである【マタエウス前掲箇所第14番】。本章第21法文前書も以上の妨げにはならない。確かに、アントニウス・マタエウス前掲箇所第81、第82、第83番は、多くの人々の解答に反駁した上で、結局のところ古代の法律家の間の見解の不一致に原因を求めると主張しているけれども、上記第21法文においてセシアは、先行するセシアに対する担保提供の確かに後ではあるがしかし、国庫との契約が結ばれる前に取得された財産について、国庫に優先されていると解し得ない理由はないように私は思われる。つまり、ティトゥスが、後見事務にかんしてセシアに責任を負う金額につき自己の現在及び将来の財産を担保に供し、その後、同じティトゥスが国庫から金銭を借り受け、国庫にその財産を担保に供していたところ、セシアへの債務の一部を弁済し、セシアに対する残りの債務について、質を更新する合意を伴い、更改が為された、そのような場合に、「セシアは、ティトゥスが最初の担保成立時に有していた物と同様、最初の担保成立時以降に取得した物についても、国庫に優先し、それ故、その債権全額を回収できるのか」問われ、「セシアが優先されない理由は見出されない」と解答されているのである。全く当然である。というのも、そこには、国庫との契約締結後ではなく、「最初の担保提供後に」財産が取得されたと書かれており、このような文言は、何ら曖昧なところはなく、当該財産が国庫との契約締結前に取得されたことを意味していた。もし仮に、「最初の担保提供後に取得された」財産だけではなく、[国庫との]第二の契約以後も含めて取得されたあらゆる財産について一般的に問いが立てられていたとしても、スカエウオラは、同じように簡単かつ僅かな言葉で問いに答え、そこに表現されたように、「その問いについてセシアが優先されない理由は見出されない」と述べるであろう。”(Commentarius, I, 902. 引用は1698年レイデン刊初版による。)

得された財産については、ローマ法の下で合意あるいは法律に基づき先行の包括的抵当権を取得した他の人々に優先すること、つまり、それら事後的に取得されたものにつき国庫が質の原因において他の者に優越したと解されること、は明らかである *illud constat, jure Romano fiscum in bonis eorum, quibuscum contraxit, ante contractum quaesitis hypothecam quidem, at non in ter hypothecarios privilegium praelationis habere; in iis vero, quae post contractum cum fisco initum quaesita sunt, priorem esse aliis, quibus de jure Romano generalis anterior hypotheca ex conventionem vel lege data erat, sic ut in hisce post quaesitis fiscus reliquos in pignoris causa praevenisse intelligatur*」、との一文で始まる。ここで注意したいのは、「国庫との契約締結以降に取得された財産 *bona, quae post contractum cum fisco initum quaesita sunt*」にのみ国庫が物的な先取特権を取得するという理解それ自体ではなく、そのような理解があくまで「ローマ法によれば *jure Romano*」との限定の下に、しかも、「国庫が質の原因において他の者に優越したと解される *fiscus reliquos in pignoris causa praevenisse intelligatur*」との歴史認識として、「明らかである *constat*」と述べられている点である。従って、そのような国庫の先取特権の根拠法文の一つとして第28法文を引用し、対立法文である第21法文との調和させるフートの試みもまた、議論の文脈上、さしあたりローマ法をめぐる歴史認識として展開されていると見るべきであろう。その際、既存の解決案として唯一論及されているのは、「古代の法律家の間の見解の不一致 *dissensus veteres inter Jurisconsultos*」を認めて論理的な矛盾解消を諦めたマテウスⅡ世説である。フートは、『競売論』の関係箇所の参照を指示した上で、自らはマテウスⅡ世の見解に与せず、「そこには、国庫との契約締結後にはなく、＜最初の担保提供後に＞財産が取得されたと書かれており、このような文言は、何ら曖昧なところはなく、当該財産が国庫との契約締結前に取得されたことを意味していた *non positum erat, bona fuisse quaesita post contractum cum fisco initum, sed post priorem obligationem; quibus verbis non obscure inclusum erat, ea bona ante contractum cum fisco initum fuisse quaesita*」との第21法文解釈によって、第28法文との矛盾を回避している。その論証は決して十分なものとはいえ

ないが、フート説が、ヒューバル説同様、標準注釈の第二解決案＝キュジャス＝オットマン説の系譜に属することは明らかである。しかしその一方で、フートとマテウスⅡ世はその方法において紛れもなく一致している。というのも、第21法文が属する「法の歴史 *historia juris*」に対して、第28法文に備わる「法律の効力 *vis legis*」を現行法の援用によって裏付けようとしたマテウスⅡ世と同じく、フートもまた、続く注釈第25番<sup>112)</sup>において、「国庫のこの権利

112) “25. 国庫のこの権利は慣行上今なおどの程度行使可能であるのか。未成熟被後見人、都市、教会、国庫は、後見人や官吏の財産に抵当権を有してはいるが、先取特権はない”ところで、今日、このようなローマ法の規定は、先行する約定の包括的抵当権が後続する約定の特定の抵当権や法定の包括的抵当権に劣後し、更には、国庫が、法定抵当権によって、国庫との契約締結前に取得された財産、あるいは一般的に、私人の債権者に対して合意により先に担保に供されていた財産についてさえ優先するとされている諸地域では、何ら疑念を生じさせないであろうし、同様にまた、先行する法定の包括的抵当権、あるいは、約定の特定の抵当権を有する他の者と国庫が競合する場合には、依然極めて大きな利点と実益を有しているので、包括的抵当権に関する上述のローマ法の規定が約定の特定の抵当権に対する優先権とほぼ同視され、幾つかの地域で（例えばアムステルダム市、そしてまた、ユトレヒト州ではその裁判管轄下に存する財産について）今なお維持されている。従って、後見事務のため未成熟被後見人が、後見人の財産について、契約に基づき訴える国庫と競合する場合、後見開始が国庫の契約より先であっても、契約後に取得された財産について国庫が未成熟被後見人に優先すると解されることとなった。もちろんここで注意しなければならないのは、未成熟被後見人、未成年被保佐人、都市、教会、孤児その他には、それぞれが国庫自身にも、ローマ法乃至慣行上、後見人、保佐人、官吏の財産について確かに法定抵当権が付与され、第2章第8番で述べたところからもそれは明白ではあるけれども、時ではなく原因に則って評価されるような抵当権者間における先取特権は、市民法上付与されていないし、我々の慣行や法令上も導入されていないという点である。実際、市民法上、国庫に与えられているのが抵当権者間の時に基づく優先権だけであることは、本章第8法文、学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第22法文1節、勅法彙纂7巻73章「国庫の先取特権について」第2法文から明らかであり、契約後に取得された契約相手の財産について特別法により優先するという点からしても、同第28法文に基づき先に述べたとおり、そのような例外が例外ではない場合の準則を裏付けていることになる。そのような権利が国庫に存していて、未成熟被後見人の境遇も国庫よりは重視されず、要するに、契約相手の財産に法定抵当権を有していない者は国庫よりもその優遇の程度が低いのであるから、後見引受の前後を問わず後見人が取得した財産に堪しては原因ではなく時に基づく優先権を被後見人は有するに留まるといのが一貫している。未成熟被後見人その他の人々に学説彙纂でし

は慣行上今なおどの程度行使可能であるのか quo usque hoc fisici jus adhuc moribus usum inveniat?」をあらためて問い直した上で、「我々の慣行や法令 mores nostri vel statuta」の下での国庫の先取特権を論じているからである。

「今日、このようなローマ法の規定は、先行する約定の包括的抵当権が後続する約定の特定の抵当権や法定の包括的抵当権に劣後し、更には、国庫が、法定抵当権によって、国庫との契約締結前に取得された財産、あるいは一般的に、私人の債権者に対して合意により先に担保に供されていた財産についてさえ優先するとされている諸地域では、何ら疑念を生じさせないであろうし、同様にまた、先行する法定の包括的抵当権、あるいは、約定の特定の抵当権を有する他の者と国庫が競合する場合には、依然極めて大きな利点と実益を有しているため、包括的抵当権に関する上述のローマ法の規定が約定の特定の抵当権に対する優先権とほぼ同視され、幾つかの地域で（例えばアムステルダム市、そしてまた、ユトレヒト州では裁判管轄下に存する財産について）今なお維持されている *uti haec Romani juris definitio hodie nullum potest habere dubium illis in*

---

ばしば「先取特権」が付与されているとしても【42巻5章第19法文1節及び第20法文以下】、それは古い法に属しており、それによれば未成熟被後見人は法定抵当権ではなく無担保債権者間における先取特権を有するにすぎないことは、第2章第19番で詳しく論じたとおりである。この先取特権に諸君主のその後の勅法が法定抵当権を付加したというよりもむしろ、先取特権に代えて法定抵当権がもたらされたに留まる。それ故、未成熟後見人は、かつて、抵当権者に、それがたとえ後続者であっても劣後する他なかったが、後の法では、それらの抵当権者と競合し、時による優先権を主張できるようになった。また、国庫に先取特権が付与されているように見える点も【勅法彙纂7巻73章第2法文、学説彙纂42巻5章第34法文】、誰かの妨げにはならない。実際、この第2法文において、先取特権として表現されているのが、先取特権という形で法律が国庫に付与した抵当権に他ならないことは、法文の文言そのものから自明である。また、上記第34法文において先取特権が付与されているのも、国庫ではなく、船舶の製造や整備のために貸し付けた者であって、「国庫に劣後する先取特権を有する」と称される者とは、国庫の後に現れる者という趣旨である。というのも、国庫が抵当権を有しているのに対して、船舶のために貸し付けた者は抵当権を有しておらず、ただ抵当権者がいない場合に、無担保債権者間で優先権を有するに留まるからである。このような見解に与しているのは、クヤキウス『勅法彙纂パラティトラ』7巻73章注釈、本章第28法文へのコスタリウスの注釈、アントニウス・マタエウス『競売論』第1巻第19章第42、第43、第44番である。”(Commentarius, I, 902-903.)



locis, in quibus hypothecae generalis conventionalis anteriores cedunt specialibus conventionalibus posterioribus et generalibus legalibus, quippe in quibus fiscus etiam in bonis ante contractum cum fisco initum quaesitis, ac generaliter per conventionem antea privato creditori devinctis potior nunc esse debet ex hypothecae legalis obligatione; ita utilitatem et usum adhuc plenissimum obnitet, si cum fisco alii concurrant hypothecam generalem anteriorem ex lege, aut specialem ex conventionem habentes, uti et posita juris Romani dispositine de generali hypotheca conventionali speciali hypothecae circa praelationem exaequata, et quibusdam in locis (veluti Amstelodami, et in Dioecesi Ultrajectina respectu bonorum eodem sub iudice sitorum) etiamnum servata」、とのやはり冒頭の長めの一文にフートの見解は簡潔に示されている。マテウスⅡ世が援用した「ユトレヒト州 Dioecesis Ultrajectina」の法令も意識されているようではあるけれども、フートが第28法文の現行法としての効力をより限定的に捉えようとしているのは明らかである。そもそもフートの『学説彙纂注解』では、その表題に既に明示されている通り、「ローマ法の諸原理や著名な論争以外にも現代法とりわけ裁判実務上の諸問題について考究される praeter Romani juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum, et praecipuae fori quaestiones excutiuntur」とされ、「ローマ法 jus Romanum」と「現代法 jus hodiernum」が意識的に区別されて論じられている。このような論法は、フルーネウエーヘン等の実務家による査閲文献とも共通するが、査閲文献がローマ法と「我々の慣行や法令」との一致点のみに着目しがちなものに対して、大学法学部で講じられてきたローマ法学全体（「ローマ法の諸原理や著名な論争 Romani juris principia ac controversiae illustriores」）を視野に収めた上で、「現代法」としてのローマ法、換言すれば、「歴史 historia」ではなく「法律 lex」としてのローマ法の「効力 vis」を一つ一つ確認して行くのが、フートやマテウスⅡ世のやり方であったと言える。また、ヒューベルが、法文間矛盾一般について、「真に矛盾する法文は多くはなくまた皆無でもない」との「中庸の見解」を標榜した背景に、「法の歴史」ではなく「法律の効力」、つまり、「現代法」としてのローマ法を法学教育の中心に据える意図があったとすれば、第21法文と第28法

文の矛盾の発展史的解決を契機に提示された法の歴史認識と規範認識の区別それ自体は、ヒューベルも支持したはずである。マテウスⅡ世の『競売論』、ヒューベルの『講義』(学説彙纂を扱う第二部と第三部の初版時の表題『ローマ法並びに現代法講義』はその後も副題として維持された)、フートの『学説彙纂注解』は、何れも共通の方法論的前提の下に現代的慣用の確立に寄与したのである。人文主義法学の復興を企図するノートが皮肉にも標準注釈の解決案の枠内に留まった一方で、法文間矛盾の発展史的解決を介して導かれた「法の歴史」と「法律の効力」の区別、つまり、法の歴史認識と規範認識の分離は、ローマ法源には々々非々の態度で臨む査閲とも通底し、フートがその『学説彙纂注解』によってネーデルラントにおける現代的慣用の到達点を提示する17世紀末には、法学的言説の方法論的前提として半ば常識化されるに至った。法文間矛盾論という議論枠組みは、人文主義法学と現代的慣用の接点の一つとして、ローマ法の実用化に向けた中世以来の学問的営為が前者を介してより自覚的な後者の段階へと移行する場を提供したのである<sup>113)</sup>。

(完)

113) レサフェールは、「人文主義 Humanism」と「バルトルス主義 Bartolism」の間に両者が共存する「無数の変容形態や程度差 numerous variants and gradations」を想定し、その典型として、前者に近い「穏健人文主義法学 moderate humanist jurisprudence」(その「格好の一例 a good example」が「17世紀前半のルーヴェン大学法学部 the Leuven Law School during the first half of the seventeenth century」に見出されるとされ、ズースの前任者グドゥランや本稿でもふれたトゥルデンの名が挙げられている)と後者に近い「学説彙纂の現代的慣用 usus modernus pandectarum」(「新バルトルス主義 neo-Bartolism」とも呼ばれる)とを位置づけている(Lesaffer, *European Legal History* [2009], 353-354/ 358-359.)。仮にこの用語法に従うとすれば、むしろ、ローマ法の実用化の流れを「バルトルス主義」から「現代的慣用」へと媒介する一契機として「人文主義」が作用し、人文主義法学が「法の歴史 historia juris」に、「バルトルス主義」が固有法をも含めた現行法一般の「法律の効力 vis legis」に、それぞれ認識対象を自覚的に特化していく過渡的形態の一つとして、「穏健人文主義法学」が存在し得たというのが本稿の立場である。