

## 《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——（1）

藤 田 貴 宏

いわゆる人文主義法学者による法文解釈の中には、テキストの修正や法源外典拠の援用にまで及ぶことなく専ら論理的な整合性の観点から「法文間矛盾 *antinomia*」の解決案が提示されている例が少なくなく、それらの解決案は、イタリア学風 *mos Italicus* の枠内に留まってローマ法を講じた人々の間においても好んで取り上げられた。法文をその固有の歴史的文脈に照らして理解しようとする人文主義的な志向は、そのような解釈例においても維持されていたはずではあるけれども、同時に現行法としての規範的意味をも法文から汲み取ろうとする人々が解釈上の志向の相違を殊更に意識していた様子は見られず、むしろ、標準注釈 *Glossa ordinaria* 以来の矛盾解消論の伝統の枠内で受容されていたようである。大学法学部で教授され習得される学識法に固有法を徐々に取り込み接合する形で自覚的に現行法を論じた現代的慣用が、その生成過程において、人文主義法学と共通の枠組みにおいて法文解釈を遂行し得たというこの一見奇異な事態は、法をめぐる歴史認識と規範認識の分離という新たな学地的地平がまさに開かれつつあった時期に特有の過渡期的現象ではなかったのか。そのような学説史的展開を、国庫の先取特権に関わる二つの法文の矛盾解消を例に、ローマ法の実用化が人文主義法学との接触によって媒介される過程として位置づけ敷衍することが本稿の課題である。

## I

学説彙纂第20巻第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、並びに、先行債権者の地位を承継する者について Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt」第21法文前書（以下第21法文と略称）として収録されたクイントゥス・ケルウィディウス・スカエウォラ Quintus Cervidius Scaevola の『学説集 Digesta』第27巻のテキストには、「ティティウスは、セイアに対して、後見に基づき彼女に支払われるべく有責判決を受けた総額につき、＜現在所有する財産並びに将来取得するであろう財産の全て＞を質入れした。その後、国庫から金銭を借り入れたティティウスは、その全資産を国庫に質入れし、セイアにはその債務の一部を弁済するとともに更改を行って残額の支払を同じくセイアに約束し、当該債務負担に際しても先と同様に質入れについて合意した。問題となったのは、セイアが、その債権全てが弁済されるまで、最初の担保成立<sup>1)</sup>時にティティウスが有していた財産、更には、最初の担保成立以降にティティウスが取得した財産について、国庫に優先するか否か、である。スカエウォラは、セイアが優先されるべきではないとする理由は何もない、と解答した Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset : postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit : Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit ; item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequa-

1) <obligatio>という語は、抵当債権者の優劣という文脈では、「債務（債権、債務関係）」そのものではなく、当該債権のための明示あるいは黙示の「物的担保（とりわけ非占有質たる抵当）」を意味し、しかも、動詞<obligare>（何かを担保に供する：「自己の全資産を質入れした pignori res suas omnes obligavit.」）との連関から、抵当権それ自体ではなくその設定や成立に着目して用いられる。本稿では、概ね「担保（成立）」や「抵当（成立）」と訳したが、国庫の包括的抵当権の黙示性、つまり、契約成立と抵当権発生との同時性に関わる箇所では「債務負担」という曖昧な訳語を敢えて用いた。

tur ? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.」<sup>2)</sup>、とある。すなわち、未成熟被後見人であったセイアが後見終了時にいわゆる後見直接訴権によって後見人ティティウスに財産管理関係の清算と残余財産の返還を求めて勝訴したところ、ティティウスは「後見に基づき彼女に支払われるべく有責判決を受けた総額 *summa, qua ex tutela ei condemnatus erat*」について、自らの総財産、すなわち、「現在所有する財産並びに将来取得するであろう財産の全て *omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset*」の上に抵当権を設定した上で、おそらくは当該債務の弁済資金を得るために「国庫 *fiscus*」から借り入れを行った。しかし、セイアへの弁済は一部に留まったので、ティティウスは「更改 *novatio*」により残余额について新たな債務を負担するとともに、旧債務と同様に自らの総財産上に抵当権を設定したというのである。このようにティティウスの総財産上に成立し更改時に改めて設定された抵当権がセイアに存する一方、「その全資産を国庫に質入れした *pignori ei res suas omnes obligavit*」とある通り、国庫もまたティティウスの総財産上に抵当権を取得している。このように共にティティウスの総財産上に抵当権を有するセイアと国庫の優劣がここでの問題である。

後見人による財産管理の終了にあたって被後見人のために黙示の包括的抵当権が認められるようになるのは、マルクス・アウレリウス帝（在位161-180年）の顧問会議の属したとされるスカエウォラよりも一世紀以上後のコンスタンティヌス I 世帝（在位306-337年）の勅法<sup>3)</sup>によってであり、しかも、本事例におけるセイアの抵当権は、更改によって従前の抵当権が旧債権とともに消

2) 引用は1720年ライプチヒ刊『ローマ市民法大全 *Corpus iuris civilis Romani*』所収の「あらゆる古法から集められた簡潔で、なおかつ、フィレンツェ版学説彙纂に忠実に印刷された、この上なく神聖なる我らが君主ユスティニアヌス帝法の学説彙纂乃至学説集全50巻。法律家ディオニシウス・ゴトフレドゥスによる再録、修正、増補された注解付き。 *Digestorum seu Pandectarum domini nostri sacratissimi principis Justiniani juris enucreati, ex omni vetere jure collecti libri L. ad Pandectas Florentinas fideliter expressi. Cum notis Dionysii Gothofredi jurisconsulti repetitis, emendatis, auctioribus.*」のテキストによる。

3) C. 5, 37, 20 [314].

減するが故に新債権のためにあらためて約定されたものであることは文言上も見て取れる。一方、国庫の抵当権が黙示法定のものであるのか明示約定のものであるのかについては、国庫の包括的抵当権の黙示化はマルクス・アウレリウス・アントニウス Marcus Aurelius Antonius (カラカラ Caracalla) 帝(在位198-217年)の一連の勅法<sup>4)</sup>を主たる典拠に同帝もしくは先代ルキウス・セプティミウス・セウェルス Lucius Septimius Severus 帝(在位193-211年)の治世(いわゆる「セウェルス朝 die Severer」)以降と解する説が19世紀後半以降今日まで有力なようであるが<sup>5)</sup>、本稿で取り上げる近世以前の論者の大半は、ヘルモゲニアヌス Hermogenianus の『法学摘要 iuris epitomae』に由来する「国庫は常に質権を有する *fiscus semper habet ius pignoris*」<sup>6)</sup>との約一世紀後の命題等に依拠して、時代的前後関係を特に問題にすることなく、スカエウォラの時代に既に国庫に黙示の包括的抵当権が認められていたことを暗黙の前提として議論している。セイアと国庫何れの包括的抵当権が如何なる時的範囲において優位するのかとの問いに対するスカエウォラの解答は、「最初の担保成立時にティティウスが有していた財産 *res, quas Titius tempore prioris obligationis habuit*」のみならず「最初の担保成立以降にティティウスが取得した財産 *res, quas Titius post priorem obligationem adquisiit*」についてもセイアが国庫に優先するというものである。先行債権者であるセイアの抵当権が更改によって消滅せず特約によって存続したと解するならば、この解答は、「時において先んずる者は権利において優先する *qui prior est tempore, potior est iure*」という抵当権者の優劣をめぐる時的先行性の原則に従ったものにすぎない。しかし、後続の抵当債権者である国庫が債務者の財産について何らかの優先権、し

4) C. 8, 14, 1 [213]/2 [214]; 7, 73, 2-3 [213].

5) 例えば、Dernburg, Pfandrecht nach Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts dargestellt, I (1860), 338-339; Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians, I (1908), 371-372; Jörs, Römisches Recht (1927), 111; Wagner, Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (1974), 191-192; Kaser, Das römische Privatrecht, II 2. Aufl. (1975), 316.。

6) D. 49, 14, 46, 3. Hermogenianus, 7, iuris epitomae.

かも、抵当債権者の順位を左右するような物的な先取特権を有するとすれば話は別であり、実際にそのような趣旨の法文が存在する。学説彙纂第49巻第14章「国庫の権利について De iure fisci」第28法文（以下第28法文と略称）として収録されたドミティウス・ウルピアヌス Domitius Ulpianus（?-223年）の『討論集 Disputationes』第3巻のテキストには、「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が国庫と契約した場合、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、国庫は質の原因に先んずるからである si, qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est in re postea adquisita fiscum potiore esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fiscus.」とあって、ここでは後続の抵当債権者である国庫が、債務者の後得財産に関する限り、時的先行性の準則を覆して、先行の抵当債権者である＜私＞つまり私人に優先するとされている。第28法文の言うように先行債権者である私人の「質の原因 causa pignoris」に優先するような物的な先取特権<sup>7)</sup>が国庫にあるとすれば、先の第21法

7) このような第28法文での国庫の優先権を、第21法文との関係を意識しつつ、黙示の包括的抵当権と結びつけた物的な先取特権とは考えずに、東方属州起源の国庫の差押権限（いわゆる「疑似質（プロトブラクシア πρωτοπραξια）」による「財産差押え（カトケー κατοχη）」の帝国法化と捉える見解が存在する（Wieacker, Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht, in: FS Koschaker, III [1939], 218-257 [246-247]. このヴィアッカーによる第28法文解釈への批判として Wagner, Die Entwicklung, 189-191 も参照）。ヴィアッカーによれば、第21法文の事案は「包括的抵当が頻繁に見られる東方の諸属州」のもので、スカエウオラの解答は、「私人の包括的担保と国庫の約定の包括的担保との関係では先行者優位が妥当する」という趣旨に解され、皇帝代官によって売り立て目的で差し押さえられた債務者の財産を私人である先行抵当債権者が取り戻し得るとした同法文第1節とともに、「約定担保の一般的諸準則」に従った「先行者優位」がそのまま妥当しているとされる。また、論拠は定かではないが、「更改によってセシアの包括的担保が国家に有利な形で消滅したのか否か」という核心的問いはスカエウオラによって回避されている」というのがヴィアッカーの立場である（Protopraxie, 246, Anm. 127.）。他方、第28法文でのパピニアヌスの解答については、「国庫への債権の成立時に存していた財産」については「時的先行性原則」に

文の事例においても、国庫と契約後にティティウスが取得した財産については国庫がセイアに優先することになるのではないのか。にもかかわらず、第21法文において、「最初の担保成立以降にティティウスが取得した財産」についてもセイアが優先するとされ、先取特権を有するはずの国庫がセイアに劣後するように見えるのは一体なぜか。第28法文においてウルピアヌスがアエミリウス・パピニアヌス Aemilius Papinianus (?-212年)の解答であり勅法でもあると述べる債務者の後得財産に対する国庫の先取特権取得と、第21法文における国庫

---

従って国庫を私人の先行抵当債権者に劣後させ、債務者の後得財産については国庫に「優先権」を認めて「当該原則を制限している」ものと解し、その際、国庫の「優先権」を、「特権化された担保」、つまり、物的な先取特権ではなく、特殊な差押権限である「疑似質」と呼ばれる特殊な差押権限として位置づけるところにヴィアッカー説の特徴がある。先取特権と「疑似質」の違いは、前者があくまで破産手続による配当時の債権者の優先順を規定するものであるのに対して、後者は差押えそのものの優先権を保証するものである。それ故、先取特権者は他の債権者の抵当権実行を排除することはできないが、「疑似質」を有する国庫にはそれができることになる。第28法文の「なぜなら国庫は質の原因に先ずるから *praevenit enim causam pinoris fiscus*」という文言は、国庫が先行債権者である私人の「質の原因」に優先するという具合に単に抵当債権者間の優劣関係を表現しているのではなく、私人の抵当権実行そのものに文字通り「先んじる」という趣旨に他ならない。ヴィアッカーは、ローマ法学者一般がそうであるように、専ら歴史法学以後の研究史の枠内で自足し、近世以前の文献は一切参照していないが、第21法文の事案における国庫の包括的抵当権は約定のものであると解し、第28法文の国庫の優先権についてはこれを「先取特権」とは区別された「疑似質」と位置づけるその議論の内実は、法文間の矛盾解消という標準注釈以来の伝統的な課題設定にそのまま取り得るものである。また、包括的抵当権が黙示化される以前に（ヴィアッカー自身はセウェルス朝下での国庫抵当権の黙示化にも懐疑的である *Protopraxie*, 238-239.）、債務者の後得財産上に何らかの物的な優先権が既に認められていたとすれば、第21法文の事案においても国庫が優先権が有していた可能性があり（例えば Jörs, 111, Anm. 5; Kaser, I, 306.）、国庫の優先権が「先取特権」とは別起源で「疑似質」に由来するという観方は、まさにそのような可能性を肯定することに繋がる。しかしその場合には、包括的抵当権の約定と「疑似質」由来の法定優先権の非両立性（*Protopraxie*, 252.）という一層根本的な問題、第21法文で言えば、国庫が優先権を有するにもかかわらず包括的抵当権の設定を受けたのはなぜかという問いに、明文上は包括的抵当権の約定が確認できない第28法文と矛盾しない形で答えねばならない。そしてそのような矛盾解消の試みは、国庫の優先権を物的な先取特権と捉えた場合とさして変わらないはずである。

のセイアに対する劣後という一見矛盾した結論を整合性のある意味連関の内に位置づけることは果たして可能なのか<sup>8)</sup>。

16世紀後半、とりわけ、トレッリ Torelli 父子(父レリオ Lelio: 1489-1576、子フランチェスコ Francesco)による学説彙纂フィレンツェ写本のテキストの編集出版(1553年)からドニ・ゴドフロワ Denis Godefroy (1549-1622年)の『市民法大全 Corpus iuris civilis』公刊(1583年)にかけてのいわば人文主義法学の最盛期に、この論点が、法文の文献学的考証を主眼とする人文主義的著述の中で取り上げられている。例えば、ジャック・キュジャス Jacques Cujas (1522-1590年)は、『考察と修正 Observationes et emendationes』第10巻(1571年初版)の第22章<sup>9)</sup>で、「幾つかの法文について相互に矛盾がないことが証明

8) なお、両法文に関する写本等に裏付けられた異文やインテルボラティオ等の指摘は、本稿で取り上げた文献には一切見られないし、その後も特に議論はないようである。

9) “学説彙纂 5巻2章「不倫遺言について」第8法文16節は同章第28法文と矛盾しないし、ハドリアヌスの裁定がパウルスによって言及されているわけでもない。というのも、ステファヌスが的確に解釈しているとおり、ハドリアヌスの裁定が妥当するのは、息子が不倫遺言について争っている場合ではないからである。実際、(第28法文の末尾にあるとおり)、息子が不倫遺言について訴えているのであれば、当該遺言は全くの無効となる。これに対して、もし誤解がなければ息子を相続人に指定したであろう母親の黙示の意思に依拠して訴える場合には、学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第92法文にあるとおり、自由[遺言による奴隷解放]と遺贈の効力は保持されるのである。次に、同49巻14章「国庫の権利について」第28法文は、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、並びに、先行債権者の地位を承継する者について」第21法文[前書]と矛盾しないし、次のような不自然な語法による修正が必要とされる理由もない。すなわち、「その時既に国庫と契約していた」と修正して、一つ目の<cum>を副詞、もう一つの<cum>を前置詞と解することで、ここでは、時において先行する国庫が後得財産について私人に優先するという、全く疑問の余地がなく皇帝の勅法が不要ほどに当然の判断が導かれているというのである。それでは一体何故第28法文の文言が損なわれていないと言えるのか。ある者が包括的抵当権の特約の下に私人と契約し、その後、法律上当然に包括的抵当権を取得する国庫と契約した場合、国庫の担保成立以後に取得された財産については、その取得時から抵当権が成立し、当該時点において国庫と私人は競合するところ、抵当権の異時成立の場合には先行者に優先しない国庫が、当該競合の下では優先した、というのは確かだと考えられる。一方第21法文はどうであろうか。債務者が私人との最初

される Demonstratur non pugnare inter se legum capita quaedam」との表題の下、合計三組の法文について論じており、その二組目に当たるのが上記第21法文と第28法文であった。ここでキュジャスはまず両法文のテキストそのものに問題はなく「修正 emendatio」が不要であることを確認し、整合的な理解のためにテキストに手を加える既存の見解を退けている。その見解では、写字生によって見落とされた同一語句の反復箇所を復元するいわゆるゲミナティオ geminatio の手法が用いられた。具体的には、第28法文の「国庫と契約した cum fisco contraxerit」に見える「前置詞 praepositio」<cum>の直前に<quum (=cum)>を「副詞 adverbium」としてもう一つ挿入することで、「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 si, qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit」を、「ある者が私に対して<現に有するものと将来取得するであろうもの>を担保に供したその時に国庫と契約している場合 si, qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, quum cum fisco contraxerit」と読

---

の担保約定の時点では有していた物、並びに、最初の担保成立の後に取得した物について、私人が優先する。これらは矛盾しない。なぜなら、後者は次のように解されるべきであるから。すなわち、最初の担保成立後、国庫と契約する前に取得された財産について、であって、最初の担保成立と、後の担保成立、つまり、国庫の担保成立双方の後に取得された財産について、ではないのである。これは、アックルシウスによる第二の解釈であり、実際それは極めて明解な解釈である。学説彙纂2巻9章「加害訴権によって訴えが起こされた場合、担保提供は如何にして為されるべきか」第5法文と、同48巻19章「刑罰について」第1法文〔前書〕との間にも矛盾はない。確かに、後者が、刑罰に関して、被告が不法行為時に如何なる境遇にあったのかに着目する一方で、前者はそうではない。しかし、第1法文では不法行為時が判決時と比較されているのに対して、第5法文では不法行為時が、被告が召喚された時点、つまり、訴えの受理時と比較されていることに注意すべきである。ところで、そこで着目されているのは訴えの受理時であって不法行為時ではない。そして、不法行為時に遡及して着目する〔第1法文の〕やり方は、判決時ではなく訴えの受理時に着目することとも一致するのである。”(Observationes, 235-236. 引用は1609年ジュネーヴ刊『法について書かれなかつ公にすることを望んだ著作集 Opera, quae de iure fecit, et edi voluit』第四巻所収のテキストによる。)



むというものである。このような修正によって、第28法文は時的先行性の準則通りに理解可能となり、先行するセイアを後続の国庫に優先させる第21法文との矛盾が回避されることになる。第28法文では、「時において先行する国庫が後得財産について私人に優先するという、全く疑問の余地がなく皇帝の勅法が不要なほどに当然の判断が導かれている *efficitur nulla dubitatione carens, atque adeo nulla egens Imperatoris constitutione sententia, Fiscum priorem tempore in rebus postea quaesitis privato praeferri*」にすぎないというのである。この修正案は、ギョーム・フォルニエ Guillaume Fornier (?-1584年) の『判別集 *Selectiones*』(1566年初版) 第2巻(判別24)で提示されたものであったが、キュジャスは例によって批判の相手を名指しすることなく、ただ「不自然な語法 *inepta loquendi forma*」を指摘してこれを一蹴している。ここで念頭に置かれているのは、後の論者たちが敷衍した通り(IV参照)、時制の齟齬と考えられる。仮に国庫との契約が先行するのであれば、接続法完了形 <contraxerit> ではなく接続法過去完了形 <contraxisset> が用いられたはずなのである。しかし他方で、文献的な裏付けもなく動詞の語尾にまで修正を加えるような解釈にはそもそも説得力がない。根拠のない修正の試みがこのような袋小路に陥る以上、「第28法文の文言は損なわれていない *legem 28. efficit scriptura incorrupta*」という前提で当法文を理解する必要がある。第28法文をその文言通りに読むならば、「ある者が包括的抵当権の特約の下に私人と契約し、その後、法律上当然に包括的抵当権を取得する国庫と契約した場合、国庫の担保成立以後に取得された財産については、その取得時から抵当権が成立し当該時点において国庫と私人は競合するところ、抵当権の成立時が異なる場合には先行者に優先しない国庫が、当該競合の下では優先した *si sub generali hypotheca contraxerit quis cum privato, deinde cum fisco, qui ipso iure generalem hypothecam habet, in rebus quaesitis post obligationem fisci, cum hypotheca incipiat a tempore adquisitionis, et in eo tempore concurrat fiscus cum privato, in concursu ipso praevertisse fiscum, qui distinctis hypothecae temporibus priorem non praevertisset*」、ということになる。後続の抵当債権者である国庫は抵当権成立時の債務者の財産については時的先行性の準則に従って先行の抵当債権者に劣

後するが、その後に債務者が新たに取得した財産については両債権者が同時に抵当権を取得するので時的先行性の準則は妥当せず、しかも、そのような債権者の競合 *concursum creditorum*、つまり、債権者平等を建前とする債務者の破産手続に際して、先行する抵当債権者にも優先し得る物的な先取特権が国庫に付与されていたのである。それでは第21法文との整合性は如何にして図られるのであろうか。第21法文においても、第28法文と同様、約定抵当権を有するセイアという「私人 *privatus*」と法定抵当権を有する「国庫 *fiscus*」が「国庫の担保成立以降に取得された財産 *res quaesitae post obligationem fisci*」について「競合する *concurrit*」ことに変わりはない。にもかかわらず、「債務者が私人との最初の担保約定の時点で有していた物 *res quae debitor habuit tempore prioris obligationis contractae cum privato*」のみならず「最初の担保成立以降に取得した物 *res quae post priorem obligationem adquisivit*」についても「私人が優先する *privatum praferri*」という趣旨の第21法文によれば、時間的の前後関係から見て後者に含まれる「国庫の担保成立以降に取得された財産」上の優劣についても、「私人」が「国庫」に優先することとなって、第28法文に明らかに矛盾する。そこで、キュジャスは、第21法文の言う「最初の担保成立以後にティティウスが取得した財産 *res, quas Titius post priorem obligationem adquisiit*」から、ティティウスが国庫に債務を負担し抵当権が成立した時点以降に取得された財産を除外し、「国庫の担保成立以降に取得された財産」については、第28法文の通り、国庫が私人セイアに優先するとの解釈を提示している。要するに、第21法文は、「最初の担保成立後、国庫と契約する前に取得された財産 *res quaesitae post priorem obligationem, antequam cum fisco contraheretur*」に限って妥当するというのである。

ところで、このような第21法文の文言の制限的解釈は、「アックルシウスの第二の解釈 *Accursii secunda interpretatio*」とキュジャス自身呼んでいる通り、標準注釈で既に示されていた三つの解釈の一つであった。キュジャスは、テキストを修正するのでも新たな論拠を付加するのでもなく、標準注釈が既に用意していた選択肢の一つを「極めて明解な解釈 *interpretatio valde perspicua*」として是認し敷衍しているにすぎない。それらの解釈は、第21法文の

文言<優先されるべき *praeferenda*>への注釈<sup>10)</sup>と、第28法文の文言<解答した *respondisse*>への注釈<sup>11)</sup>の双方に見ることができる。両注釈がそれぞれ提示する三つの解釈の初めの二つは明らかに一致しており、さしあたりここでは両法文の整合性のみを論じた前者の注釈に従ってそれら二つの解釈を敷衍しておくことにする。アックルシウス Accursius (1183?-1263年)は、まず、セイアが国庫に対して「優先されるべき」とされる「理由 *ratio*」について、アエリウス・マルキアヌス Aelius Marcianus の『抵当訴権方式書注解 *Ad formulam hypothecarium*』に引用されたパピニアヌスの『解答集 *Responsa*』第11巻の一

10) “これは、本章第13法文前書[=第12法文5節]にあるのと同様に、セイアが自らの地位を承継したという理由による。しかし、これは反対の趣旨である学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文にあるように、セイアはティティウスが国庫との債務関係成立以前に有していたものについて優先するにすぎないようにも見える。解答：[1.] 本法文では先行する債権者は二重の先取特権、すなわち、後見並びに時的先行という先取特権を有しているのに対して、上記箇所では、時的先行の先取特権を有するに留まる。2. あるいは、セイアは、ティティウスが第一の担保成立以後、第二の担保成立以前に取得した物について優先するのに対して、ティティウスが国庫との契約後に取得した物については国庫が優先するのであり、上記箇所では、後者のように契約後に取得された物について言及されている、とも解すべし。3. あるいは、上記箇所で注記されている通りに解すべし。…” (Glossa, ad D.20, 4, 21, pr. <*praeferenda*>. 引用は1627年リヨン刊のテキストによる。)

11) “私人が先に包括的抵当権を取得し、その後国庫が同様に包括的抵当権を取得した場合、当法文にあるとおり、後得財産については国庫が優先される。ところでこれと対立するのが前述第20巻第4章「質及び抵当において優先されるべきなのは誰か」第21法文の「解答した云々」の一節であり、そこには、後得財産についても先行する私人が優先するとされている。解答：第21法文では、先行する私人が二重の先取特権、すなわち、後見並びに時的先行の先取特権を有しているのに対して、当法文では、時的先行の先取特権を有するに留まる。2. あるいは、第21法文を当法文に即して、先行者は、後得財産について、つまり、国庫と契約が締結される時点までは優先するが、その後は優先しない、と解する。3. あるいは第三に、当法文では、私人は私と契約する前に国庫と契約した、とも解されよう。そして、これに従えば、後得財産について述べているところに<もまた *etiam*>を補って読むべきである。すなわち、既得財産についても同じであるが、後得財産についてより問題となったのである。…” (Glossa, ad D.49, 14, 28. <*respondisse*>. 引用は1612年ジュネーヴ刊のテキストによる。)

節<sup>12)</sup>とこれに対するマルキアヌスの補説から成る同じ第20巻第4章の法文(流布版第13法文前書<sup>13)</sup>=ゴドフロワ版第12法文第5節)に依拠しつつ、セイアが更改時の抵当権の約定によって「自らの地位を承継した *in locum suum successit*」からであるとしている。そのような理解を前提とすれば、第21法文においてセイアは、「現在所有する財産並びに将来取得するであろう財産の全て *omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset*」に及ぶ当初の包括的抵当権を更改時の約定によって自ら承継するが故に、「最初の担保成立時にティティウスが有していた財産」のみならず「最初の担保成立以後にティティウスが取得した財産」についても国庫に「優先されるべき」であることになる。ところが、先行抵当債権者たる私人に優先する物的な先取特権を国庫に認めた第28法文に照らすと、第21法文の無制限な言い回しにもかかわらず、「セイアはティティウスが国庫との債務関係成立以前に有していたものについて優先するにすぎないように見える *videtur quod tantum in eis sit prior, quae ante obligationem cum fisco factam habuit*」というのがアックルシウスの提起する問題である。つまり、ここでは、第28法文に示された国庫の先取特権は当然視され、第21法文をこの先取特権の存在と如何に整合的に理解するかが問題なのであって、キュジャスを含めて多くの論者がこの標準注釈以来の分析視角を引き継いでいる。これに対して、第21法文を基準に第28法文に修正を加えたフォルニエの立場は、後にふれるように標準注釈を継承する側面はあったとはいえ、同時代的には少数派であったと言える。アックルシウスが、上記問題の「解決案 *solutio*」として、〈あるいは…とも解すべし *vel dic*〉との表現で併記した解釈

12) “ある債権者が質を受け入れ、その質を第二の合意によって第二債権者が受け入れたが、その後に行われた更改に際して先の債権者が従前のものに更に質物を追加した。この場合、あたかも自らの地位を承継したかのように第一債権者のために時による優先順位が保持されるものとされた。” (D. 20, 4, 3, pr.)

13) “パピニアヌスは、その『解答集』の第11巻において、第一債権者がその後更改を為して同一の質を別の質とともに受け入れた場合、第一債権者は自らの地位を承継することになると解答している。ただし、第二債権者が〔更改以前の〕貸付金の弁済を申し出ない限り、第一債権者が質物を売却して支払を求められるのは、最初の貸付金に限られ、後に〔更改に際して〕貸し付けた金銭はそこに含まれず、旧債権額を越えて受領したものは第二債権者に償還されねばならない。”

の一つ目によれば、先行する抵当債権者は、第21法文では「時的先行の先取特権 *privilegium temporis*」に加えて「後見による先取特権 *privilegium tutelae*」を有しており、この「二重の先取特権 *duplex privilegium*」故に国庫にも優先したが、第28法文では「時的先行の先取特権を有するにすぎなかった *erat privilegiata privilegio temporis tantum*」ため国庫に劣後したのだとされる。これに対して、二つ目の解釈では、先の問題提起をそのまま受ける形で、セイアは、「ティティウスが第一の担保成立以後、第二の担保成立以前に取得した物について優先するのに対して、ティティウスが国庫との契約後に取得した物については国庫が優先する *est praeferenda in his rebus, quas acquisivit Titius post priorem obligationem, et ante obligationem secundam, sed in his rebus, quas postquam contraxit cum fisco, acquisivit, praeferendus est fiscus*」というのが第21法文の趣旨とされ、「国庫との契約後に取得した物 *res, quas postquam contraxit cum fisco*」について国庫を先行する私人に優先させる第28法文との矛盾が回避されている。

この第二の解決案に対するキュジャスの支持は、中世ローマ法学の単なる継承ではなく、同時にその主たる潮流への批判をも含意していた。というのも、15世紀以降、標準注釈以上に学識法曹のローマ法理解の根幹を規定してきたバルトルス・デ・サクソフェラート Bartolus de Saxoferrato (1313-1357年) による注釈は、アックルシウスの第二の解釈ではなく第一の解釈に与していたからである。まず第21法文(流布版では第22法文)へのバルトルスの注釈<sup>14)</sup>では、

14) “<TITIVS>同等の原因の下では、時において先んずる者が、双方の担保成立後に取得されたものについても、権利において優先する。これに對置されているのが学説彙纂49卷14章「国庫の権利について」第28法文であり、そこでは、国庫が優先されるべきものとされている。解答：当第21法文は正当である。というのも、国庫は、先取特権を有しない他の債権者とは自らの先取特権によって競合するとしても、上記の財産については全く逆の仕方では競合しているからである。それどころか、先取特権を有する他の債権者と競合している場合には、たとえ国庫と競合しようとも、先行者が優先し、後得財産についても優遇されるのである。当第21法文はこの事案であり、従ってまた、当時案は本章第7法文第1節で扱われている問題、すなわち、包括的抵当権を有する二人の私人の間では先行者が後得財産について優先するという点に関わっている。この点は同法文への注釈でふれたが、上記第28法文への注釈で更に詳しく論じ

「同等の原因の下では、時において先んずる者が、双方の担保成立後に取得されたものについても、権利において優先する *in pari causa qui prior est tempore, potior est in iure, etiam in quaesitis post utriusque obligationem*」という同法文の要旨が提示された上で、後続者であるにもかかわらず国庫を優先させる第28法文との整合性について言及されている。ただしそれは、両法文の整合性そのものを肯定し論証するものではなく、第21法文が「正当である *est vera*」旨主張しているにすぎない。バルトルスは、セイアと国庫が共に先取特権者であることを前提に、「先取特権を有する他の債権者と競合している場合には、たとえ国庫と競合しようとも、先行者が優先し、後得財産についても優遇される *quotiens concurrat cum alio creditore privilegiato, sicut fiscus, tunc primus est potior, et praefertur etiam in postea quaesitis*」とし、共に先取特権を有する抵当債権者間の優劣の判断においてその一方が国庫であることに特別な意味がないと解する立場から、第21法文の事案を、「包括的抵当権を有する二人の私人の間では先行者が後得財産について優先する *inter duos privatos, qui habent hypothecam generalem, primus est potior in postea quaesitis*」との論理の妥当事例の一つとして位置づけたのである。しかし、それ以上の議論は、標準注釈の解決案への評価を含めて、第28法文への注釈<sup>15)</sup>に委ねられている。「たとえ

---

たところである。」(In ius universum civile commentaria, I, 824. 引用は1562年パーゼル刊のテキストによる。)

- 15) “<SI IS QUI>たとえ私人が時において先行する包括的抵当権を有しているとしても、国庫は自らの担保成立後に取得された財産について優先する。これに対置されるのが学説彙纂第20巻第4巻「質乃至抵当において優先されるべきは誰か」第21法文であり、そこでは、後得財産について先行者が優先されている。解決案は複数存する。第一の解決案によれば、第21法文では先行者が二重の先取特権、すなわち、後見並びに時的先行による先取特権を有しているのに対して、当法文においては時的先行の先取特権を有するに留まるとされる。オールドラドゥスはこの解決案を退けている。第21法文において、先に存していた後見による先取特権は、その後には為された自発的な更改によって消滅したものと解される【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】、というのがその理由である。しかしながら、この第29法文への注釈で述べた通り、この反論は不当である。また、第21法文を当法文に則って解釈し、先行者が後得財産について優先するのは国庫との契約が締結されるまでとする人々もいる。しかしこの解決案も満足できるものではない。というのも、第21法文のテクス

私人が時において先行する包括的抵当権を有しているとしても、国庫は自らの担保成立後に取得された財産について優先する *licet parivatus habeat hypothecam generalem anteriorem in tempore, tamen fiscus praefertur in bonis post suam obligationem quaesitis*」との第28法文の要約に続けて、第21法文との矛盾を取り上げたバルトルスは、「解決案は複数存する *plures sunt solutiones*」と述べ、それらを逐一検討している。その内、バルトルスが与しているのが、アックルシウスによる第一の解決案、すなわち、第21法文では「先行者が二重

---

トは、取得財産に関し、先行債権者がその債権の全てについて弁済を受けるまで、と述べているからである。第三に、当法文において、私と契約する以前に国庫と契約したと主張する人々もいる。そしてこれに従えば、当法文で後得財産について述べられているところを <etiam もまた>を補って読むべきであろう。つまり、既得財産についても同じであるということである。なお、当法文末尾のテキストも以上の解決案にとって好都合であるようにも見える。そこには、「というのも国庫は質の原因に先んずる」とあり、それによって国庫が先に契約したことを示唆しているというのである。しかし、これは、国庫の先取特権を示そうとした当法文の趣旨に反する。他方、当法文は、「というのも国庫は質の原因に先んずる」と述べるからといって妨げとなるわけではない。というのも、私の理解では、ここに言う「先んずる」が、過去時制ではなく現在時制である以上、国庫が自らの先取特権故に質の原因に先んずるのであり、それ故ここでは時ではなく先取特権による優先が生じているものと解されるからである。また別の人々の主張によれば、そしてそれは標準注釈には見出されない主張ではあるが、対立する第21法文においては、一般法について言及されているだけで、国庫の先取特権は顧慮されていないのに対して、当法文では逆に、特別法について言及されているのだとされる。私の考えでは、対立法文においても〔国庫の〕先取特権が扱われているのであり、ただ、私人が別の先取特権、つまり、後見による先取特権を有していたために、私人が国庫と同等の地位にあり、双方が先取特権を有している以上、当然、[時において先行する]私人が後得財産について先行するのである。第21法文ではそのように述べられている。これに対して、当法文では、私人は、時における先行を除けば、何も先取特権を有しておらず、それ故、当法文にある通り、後得財産については時における先行を国庫に対し主張し得ないのであって、当法文への標準注釈において提示された第一の解決案が正当であり、勅法彙纂10巻1章「国庫の権利について」第1法文並びに当法文が以上の論拠となる。また、第21法文において後見による先取特権が更改によって消滅する旨オールドラドゥスが主張していることも妨げにはならない。なぜなら、学説彙纂46巻2章第29法文にあり、同法文への注釈が私が述べた通り、自発的更改はその旨約定されなければ先取特権を消滅させることはないからである。…」(In ius universum civile commentaria, III, 974.)

の先取特権、すなわち、後見並びに時的先行による先取特権を有していた *prior privilegium duplex habebat, scilicet tutelae et temporis*」ため国庫に優先したのに対して、第28法文では先行する私人が「時的先行の先取特権を有したに留まる *privilegium habebat temporis tantum*」が故に国庫に劣後したという解釈である。オルドラドゥス・デ・ポンテ *Oldradus de Ponte* (?-1335? 年) による「第21法文において、先に存していた後見による先取特権は、その後に行われた自発的な更改によって消滅したものと解される *ibi privilegium praeexistentis tutelae propter novationem voluntariam quae ibi fuit subsequuta, videbatur extinctum*」との主張についても、「自発的更改はその旨約定されなければ先取特権を消滅させることはない *novatio voluntaria non tollit privilegium, nisi hoc specialiter sit actum*」として、「当法文への標準注釈において提示された第一の解決案が正当である *est vera prima solutio posita hic in glossa*」とバルトルスは結論づけている。一方、「第21法文を当法文に則って解釈し、先行者が後得財産について優先するのは国庫との契約が締結されるまでとする *intelligunt illam secundum istam, ut prior praeferatur in postea quaesitis, usque ad tempus quo cum fisco contractum est*」人々、つまり、アックルシウスの第二の解釈に与する人々に対しては、「第21法文のテキストは、取得財産に関し、先行債権者がその債権の全てについて弁済を受けるまで、と述べている」と指摘し、これを退けている。ところで、セアがその「二重の先取特権 *privilegium duplex*」故に国庫に優先するという解釈は、先に第21法文注釈で依拠された「包括的抵当権を有する二人の私人の間では先行者が後得財産について優先する」という論理、つまり、同等の先取特権者間での時的先行性準則への回帰とも整合する。というのも、「後見による先取特権」であるセアの黙示の包括的抵当権と国庫のそれとは同等であるが故に前者の「時による先取特権」が両者の優劣を決したというのが「二重の先取特権」説による第21法文解釈に他ならないからである。「二重の先取特権」という概念を使うにせよ使わないにせよ、バルトルスの第21法文の解釈の核心は、「その債権全てが弁済されるまで *donec universum debitum suum consequatur*」という同法文の文言を重視し、セアの優先権に時的制限を一切設けないところに存する。更に言えば、同等の



先取特権者間での時的先行性準則への回帰という論理自体も、学説彙纂第20巻第4章第2法文<sup>16)</sup>と同章第7法文第1節<sup>17)</sup>という別の二法文の矛盾解消から、後者の注釈<sup>18)</sup>においてはっきりと第21法文に関連づける形で導き出されている

- 16) “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することができるとしても、優先する。ただし、包括的に[「特定の specialiter」]と読み替えたり否定辞<non>を挿入したりするテキスト修正案(例えばキュジャス『考察と修正』第11巻第32章 *Observationes*, 273、19世紀後半以降のものについては *Levy/Rabel, Index interpolationum*, I [1929], 391参照)が存するがここでは立ち入らない]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が最初の担保に付されていた場合には、更なる特約がない限り、第二債権者はそれ以降に得た質について優先するどころかむしろ単独の権利者となる。”(D.20, 4, 2. *Papirianus* 8, *Quaestiones*.)
- 17) “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、ある土地が私の所有に帰したならばとの条件で当該土地を特定の担保に供し、その後当該土地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とマルケッルスは考えている。実際、債務者が自己の金銭によって代金を支払ったということはそれほど重要ではない。というのも、物が質で担保された貸付金によって購入されたとしても、貸付金が質で担保されていたという理由だけで当該物が質入れされるわけではないからである。”(D.20, 4, 7, 1. *Ulpianus*, 3, *Disputationes*.)
- 18) “<SI TIBIS>二人の者に同時に物が条件付で担保に供され、当該条件が同時に成就した場合、両者は質において競合する。これと対置されているのは本章第2法文である。この点への配慮の下、本節については二つの見解が存する。一つは、双方の合意が同時に一度に行われたので、当節に疑問の余地はなく真であるという見解。もう一つは、最初の合意の後に時を経てティティウスのために合意が為されたが、上記第2法文は妨げとならない、との見解である。その理由は、第2法文では、双方の担保成立時に既に物が債務者の財産中に存していたのに対して、本節ではそうではなく、事後に債務者の財産に物が加わり、その時点において、双方が債権者となり、それ故、双方が同等の原因の下にあるからであると、本節への標準注釈にはある。これに対して、ヤコプス・デ・アレナは反論しており、この反論は適切である。なぜなら、そのような事案は本章第21法文に見出されるからである。同法文への注釈でその旨言及するつもりであるし、勅法彙纂5巻9章「再婚について」第6法文9節、並びに、同5巻12章「嫁資の権利について」第30法文への注釈でもふれる。この点はキヌスも勅法彙纂8巻18章「質において優先されるべきは誰か」第7法文への注釈で扱っており、標準注釈は学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文で詳しく論じ、私も同法文への注釈で詳しく述べたところである。”(*In ius universum civile commentaria*, I, 821.)

ものであった。すなわち、包括的抵当権の設定を受けた債権者と、債務者によるある土地の取得を条件に当該土地に抵当権の設定を受けた債権者とが、条件成就によって当該土地について競合し同順位に立つとの当第1節の帰結は、包括的抵当権と条件付特定の抵当権の約定が前後したと解する同節の標準注釈を退け、ヤコブス・デ・アレナ Jacobus de Arena に倣って約定が同時であったと解さなければ、第21法文に矛盾するというのである。バルトルスが退けた一世紀前の「アックルシウスの第二の解釈」に対して、その二世紀の後にキュジャスが与えた「極めて明解な解釈」という評価の学説史上の意味合いは、このように相互に関連し合う標準注釈以来の矛盾解消の営為の網の目の中で初めて了解されるのである。

「二重の先取特権」を根拠に私人を国庫に無制限に優先させる第一の解釈、国庫との契約時を基準に債務者の後得財産に対する国庫の先取特権と時的先行性の準則との妥当範囲の振り分けを図る第二の解釈に続けて、アックルシウスは別の解釈の可能性も提示していた。まず、第21法文の注釈には「上記箇所て注記されている通りに解すべし *dic ut ibi notatur*」とあり、ここに言う<ibi>が第28法文を指すのは、第21法文を指す<hic>と対照する文脈上明らかであるから、第三の解釈の具体的内容については第28法文の該当箇所を参照しなければならない。その第28法文注釈での第三の解釈では、同法文を債務者が「私と契約する前に国庫と契約とした *cum fisco contraxit antequam mecum*」という趣旨に解し、「後得財産について述べているところに<もまた *etiam*>を補って読むべし *quod dicit, in postea quaesitis: subaudi, etiam*」とされ<sup>19)</sup>、時的先行性準則に則って第21法文に同法文を合わせる矛盾の解決案が示されている。16世紀においてはユーグ・ドノー Hugue Doneau (1527-1591年)をこの解決案の支持者としてあげることができる。ドノーの著述は、その主著『市民法注解 *Commentarii de jure civili*』(1589-96年初版)がそうであるように、キュジャスの『考察と修正』のようなテキスト批判を主眼とした考証ではなく、ローマ法源を、その編別や法文の順序にはこだわらずに、一定の方法=体系

19) 注11参照。

methodus の下に一括して論じるものである。ここで参照する『質並びに抵当についての論考 Tractatus de pignoribus et hypothecis』(1558年初版)においても、「我々が債務として負っているものについて債権者のために十分な保証を与える際に通常用いられる二種類の担保 duo cautionum genera quibus, pro eo quod debemus, creditoribus nostris idonee caveri solet」の内、「何らかの債務を負担している者のために、同一のものを言葉で約束し自らの信義によって請け合うことで、他人の債務について責任を負う参加諾約者 adpromissores, qui pro eo qui aliquid debet, idem promittunt et fide sua esse jubent verbis, eoque modo se pro aliena obligatione reos faciunt」たる「保証人 fidejussores」ではなく、「債務のために担保に供される物全般 res omnis pro debito obligata」としての「質 pignus」、つまり、物的担保一般について、その諸論点の解明と関連法文の解釈が企図され、それらは、第一に、「質は如何にして如何なる場合に成立するのか quomodo id, ubi constituatur」、第二に、「債権者の権利 jus creditoris」、第三に、「同一の物が複数人に質入れされた場合の債権者間の優劣について si plures erunt quibus eadem res pignori data sit, de creditorum inter ipsos praerogativa」、第四に、「質は如何なる仕方で消滅するのか quibus modis pignus solvatur」、の「順序 ordo」で試みられている<sup>20)</sup>。第21法文と第28法文に対するドノーの解釈は、このような体系的枠組みの下、第三の項目に対応する

20) “Ⅰ. 我々が債務として負っているものについて債権者のために十分な保証を与える際に通常用いられる担保には二種類ある。それは、債務負担者、つまり、保証人によって保証される場合と、質によって保証される場合である【学説彙纂37巻6章「財産持戻について」第1法文9節、同40巻5章「自由の信託遺贈について」第4法文8節】。保証人と呼ばれるのは、何らかの債務を負担している者のために、同一のものを言葉で約束し自らの信義によって請け合うことで、他人の債務について責任を負う参加諾約者である【法学提要3巻20章「保証人について」前書】。これに対して、質とは、債務のために担保に供される物全般である【法学提要4巻6章「訴権について」第7節】。保証人については別の機会に取り上げることとし、ここでは質について論じる。質に関しては、質が創出されその保持のために法が定められている目的に、我々がこれから探究する法の趣旨が適合している以上、そもそも如何なる事情から質というものが生まれたのか知っておくことは有益である。というのも、それによって初めて、この考察全体において何を重点的に探究すべきなのか、そしてまた、

第12章「質において誰が優先されるべきか Qui potiores in pignore habeantur」の中で提示されているのである<sup>21)</sup>。同章の冒頭、抵当債権者間の優劣を規定する時的先行性の準則の射程について、ドノーは、先行する明示の特定の抵当権を有する「公共体 res publica」が、同一の債務者との契約によって黙示の包括

法の趣旨に適合するのは何か、が分かるからである。その一つ一つを最初に提示した上で、それらを質という主題全体について慎重に探究することにしたい。

Ⅱ. 質が担保として債権者に提供されるのは、当該物によって債務の返済をより確実にするためであるのは明らかである【法学提要3巻14章「要物契約は如何にして締結されるか」第4節】。

Ⅲ. このような担保、つまり、質による安全は、大きく二つの事柄から成り立っている。一つは、金銭が弁済されるまで担保目的物を保持することが債権者に許されるという点である。従ってまた、そのような物として把握し頼りにするものを保持する限り、債権が失われることはない。もう一つは、最終的には質物を売却することで債権者は満足を得られるという点である。つまり、担保目的物を弁済として保持することはできない。そうでなければ、物は質としてではなく弁済として提供されたことになってしまう。以上二点の何れをも実現するために法務官によって法が定立された。すなわち、質物を占有する者に対してそれが誰であれ質を理由に追及する訴権が債権者に付与され、占有者は質物を返還すべく義務づけられるが、占有者には留置権が認められることも多い。また、質物が売却され、それが質の合意に反しないで為された場合には、法務官は、質物が債務者自身によって売り立てられた場合と同様に、売却を有効と認める。ところで、同じ物について異なる時に質入れを受けた複数の債権者がいる場合には、当然それぞれの権利について、つまり、誰が質物について優先すべきなのか、互いに争うことになる。以上が、物が質権の目的物として債権者に供された場合の状況である。

Ⅳ. そこで、これらの点について順序立てて論じることになる。質については、まず、それが如何にして如何なる場合に成立するのかが論じられ、その際、その種類も説明される。というのも、最初に質であるかどうか問うのが自然に適っているからである。続いて、質が成立した場合に、ここから必然的に生じる債権者の権利について論じられる。第三に、同じ物を質として供された物が複数いる場合の債権者間の優先権について、である。そして最後に付け加えられる箇所では、質が如何なる仕方で消滅するのかに言及される。なぜなら、当然この権利も、他の権利と同じく、消滅しない間だけ存立するからであり、これは全ての事物について確実に当てはまる事柄である。学説彙纂では、以上とほとんど同じ数の章によって、これらの事柄の説明が為されている。”(Opera omnia, VI, 939-940. 引用は1846年フィレンツェ刊のテキストによる。)

- 21) “Ⅷ. 如何なる種類の質が受け入れられたかとは無関係に先んずる者が後続者に優先するのと同じく、後続者として契約した者が誰であるかもまた重要ではなく、一般

的抵当権を有する「国庫 *fiscus*」に優先する理由として、同様の事案では「私人 *privati*」でさえ国庫に優先するという点を挙げる法文<sup>22)</sup>に依拠しつつ、「如何なる種類の質が受け入れられたかとは無関係に先んずる者が後続者に優先するのと同じく、後続者として契約した者が誰であるかもまた重要ではなく、一

的に、時において先んじた者が権利において優先する。従って、国庫との関係でもまた、先に国庫の債務者と契約した者が、たとえそれが私人であっても、優先する【本章〔学説彙纂20巻4章〕第8法文】。そしてまたそのように、総財産を包括的に担保として得た私人が、最初の担保の約定時に債務者が有していた物だけでなく、最初の担保成立以後に債務者が取得した物についても、あらゆる後続者に優先するのだとすれば、同様の事案の下での国庫に対してもやはり私人が優先するということは、本章第21法文前書においてスカエウォラが明確に述べている通りである。確かに、国庫との契約締結以前に債務者によって既に取得されていた物について私人が国庫に優先することに異論はなかった。しかし、国庫との契約締結以降に取得された物についてもそうであるかどうかは問題となり得た。なぜなら、国庫は、それらが私人のために担保に供されるよりも前、つまり、それらの物が未だ債務者に取得されていないうちに現れたのである以上、私人に優先したはずであるから。これに対して、スカエウォラは、将来の財産について包括的に担保を得た私人がそれ以降に取得された財産全てについて国庫に優先する旨ははっきりと定めることで、上記の疑念を解消し、しかも、誰にも疑念の余地を与えないように、その債権が完全に弁済されるまでは私人が優先されるべきである旨特に付け加えたのである。

IX. そこで当然ながら、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が、「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、その後に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、国庫は質の原因に先んずるからである」、と述べている点に矛盾すると思われる向きもあろう。その場合、「国庫と契約した」という文言は、現に有しあるいは将来取得するであろうものを私に対して担保に供した後に国庫と契約したという趣旨に解されているのは明らかである。そこで人々は、その財産が最初の担保成立以後でなおかつ国庫との契約締結以前に債務者によって取得されたものである場合には確かに、スカエウォラの見解通り最初の債権者が国庫に優先するというような区別に助けを求めている。これに対して、国庫との契約締結以降に何かが取得されたのであれば、それについては、国庫が、その取得、従ってまた質の原因に先んずるが故に、たとえ後に契約した場合であっても優先するというのである。このような区別は先のスカエウォラの解答によって反駁されるのは明らかである。というのも、スカエウォラは、第一債権者が、その後に取得されたもの全てについて、その債権が全て弁済されるまでの間、優先される旨述べているからである。スカエウォラの事例において第一債権者セシアが国庫に優先するのは、金銭支払が義務

般的に、時において先んじた者が権利において優先する *ut nihil refert quod genus pignoris prius acceptum sit, ut qui praevenit posterioribus praeferatur, ita qui sint qui posteriores contraxerunt, nihil retulerit; sed generaliter jure potior erit qui prior tempore fuerit*」、との命題を掲げている。しかし、このように、

---

づけられた原因の優遇の故とあるいは考えられるかもしれない。というのも、債務者ティティウスは後見を理由にセイアへの有責判決を受けたからである。しかしながら、当該金銭は後見ではなく裁判を原因に支払いを義務づけられたものであるし、そのような原因に如何なる優遇も存しておらず、セイアのために質が成立したわけではないとすれば、質の約定によってセイアが優遇を得ることもない。結局のところ、スカエウォラは、セイアが国庫に優先する理由を上記のような原因によって金銭支払が義務づけられた点に求めているのではなく、セイアは、先に抵当権の設定を受け、その後、更改が為された際に約定によって当該抵当権を継承したが故に優先するというのである。しかしだからといって、ここに矛盾が存するわけではない。というのも、ウルピアヌスの解答において、＜契約した＞という文言は未来ではなく過去時制であるので、ここでは、現に有しているものや将来取得するであろうものを私に対して担保に供した者が国庫と契約していた、つまり、有していたものを私に対して担保に供したよりも以前に契約した、という意味になるからであり、そのような場合について、ウルピアヌスは、既に我々が私人について述べたところ、すなわち、国庫に対して総財産が包括的に担保に供された場合には、その後に取得された物についてもまた、たとえ私人がそれらの物の担保としての占有に先んじたとしても、質の原因に先んじたのは国庫なのであるから、同じ仕方で総財産上に担保を得た全ての後継者に国庫は優先する、という点を確認しているのである。従って、ウルピアヌスは国庫が私人の権利を行使している旨主張していることになる。しかも、法律家の依拠する論拠、とりわけ、当該見解が勅法になっていると述べている点は、上記文言がこうに解されるべき論拠を明確に示している。その論拠とは、すなわち、国庫が質の原因に先んじている、というものである。質の原因に先んずるというのは、例えば質の取得において時間的に先行するというように【勅法彙纂8巻18章「質において誰が優先されるべきか」第2法文】、先に質の原因を得たということに他ならない。他方、債務者が後に国庫と契約したと想定するならば、両者が質について競合したと解することさえあるいは可能かも知れない。なぜなら、将来の物は最初の債権者にも国庫にも同一の条件で質入れされているからであり、最初の債権者に対して将来の財産が既に前もって担保に供されていた以上、国庫が最初の債権者に優先するなどとは冗談でもない限り言い得ないのである。しかも、勅法にその旨定められているとウルピアヌスが述べている以上、当然、次のような法が国庫に関するアントニウス帝の答勅によって定められたということになる。すなわち、国庫は、債務者が先んじてまさに国庫と契約したという原因において、パピニアヌスが依拠する理由、つまり、国庫が質の原因に先んずるとの理由から、優先する、と。[国庫に関するアントニウス帝の] 答勅

先行する約定抵当権が特定のであろうと包括的であろうと、後続の抵当債権者が私人であろうと国庫であろうと、先行者がその時的先行性故に後続者に優先するのだとしても、「将来の財産について包括的に担保を得た私人がそれ以降に取得された財産全てについて国庫に優先する *privatum cui generaliter bona*

も実際に存在する【勅法彙纂7巻73章「国庫の先取特権について」第1〔2?〕法文】。従って、ウルピアヌスはその旨定められていることを知るきっかけとなった勅法が実際に存在しているのか、あるいは、国庫が先に契約しているのでそのような法や理由がここでは適用されているにすぎないのか、の何れかであるように思われる。しかしもし、国庫と先に契約が締結されたという理由だけで国庫が第二債権者に優先すると解されるのだとすると、先行者だからといってなぜそうなるのか疑問が生じないだろうか。同じ疑問は私人の場合にも当てはまる。すなわち、国庫に対して債務者の総財産が包括的に質入れされ、第二債権者に対しても明示の合意の下にそのような質入れが為され、要するに、両者が同じ条件下にある場合に、何らかのものがその後債務者によって取得されたならば、そのように双方の質入れの後に何かが取得された場合に、国庫と私人がそのようなものについて競合するのか、それとも、何れから相手方に優先されるのか、問われるのである。何らかの明示の合意によるのではなく黙示に債務者の財産を担保として得る国庫の方が遥かに正当であるのは確かである。また、私人においてそうであるように、先に契約を締結した国庫の場合にも、ウルピアヌスは、競合するのではなく、国庫が優先すると主張している。従って、その理由は、この場合にも国庫が質の原因に先んずるというものである。従って、ウルピアヌスが後得財産について国庫が優先すると述べているその同じ考えによって、既に取得された他の全ての財産についても一層当然に国庫が優先されることになる。国庫が後得財産についてのみ優先し、国庫との契約以前に取得された他の財産については優先しないというのがウルピアヌスの主張しようとしている点であるならば確かに話は別であるが、だからといって、国庫以外の誰かが先に契約し、そのためにこの者が既得財産について優先されると我々は想定すべきであろうか。そのように私人と先に契約が締結されたとする論拠は全く見当たらない。以上からすると、国庫が先に契約したまさにそのような場合に、ウルピアヌスが後得財産についてのみ言及しているのは、双方の担保成立以後に取得された物についてだけ疑いの余地があったから、ということになる。というのも、そのような後得財産の担保としての占有について第二債権者が先行したが故に、第二債権者が、後続者であるにもかかわらず、その物については質の原因に先んじたと解される可能性があったからである。”(Opera omnia, VI, 1019-1022.)

- 22) “公共体が特定の質を受け入れた場合、債務者がそれ以降に国庫に債務を負担したのであれば、公共体が国庫に優先すると解されるべきである。なぜなら、そのような場合には私人でさえ国庫に優先するからである。”(D.20, 4, 8. Ulpianus, 7, Disputationes.)

futura obligata sunt, in iis omnibus quae postea acquisita essent, fisco esse potiorum」とまで言えるかどうか依然疑念が残る。なぜなら、同じく「将来の財産 bona futura」に及ぶ国庫の包括的抵当権の黙示性に照らせば、「国庫はそれらの財産が私人のために担保に供されるよりも前、つまり、それらが未だ債務者に取得されていないうちに現れた fiscus ante venisset quam ea privato obligata essent, utpote nondum debitori quaesita」ことになって、例えば特定の将来財産について条件付で抵当権の設定を既に受けていたような私人との関係では、時的先行性の帰結として「私人に優先する ei anteponi」とも解し得るからである。第21法文のスカエウォラの解答の意義は、このような疑念に抗して、債務者の後得財産についても上記命題が貫徹されることを確認したところに存する。つまり、「総財産を包括的に担保として得た私人 privatus cui generaliter omnia bona obligata sunt」は、「最初の担保の約定時に債務者が有していた物 res quas, tempore prioris obligationis contractae, debitor habuit」のみならず、「最初の担保成立以後に債務者が取得した物 res quas post priorem obligationem acquisivit」一般についても、「他のあらゆる後続者 omnes alii sequentes」に優先し、この理は、契約相手の総財産上に黙示の包括的抵当権を取得する国庫との関係でも、「国庫との契約締結以前に債務者によって既に取得されていたもの ea quae debitori quaesita erant, ante quam cum fisco contraheretur」と「国庫との契約締結以降に取得されたもの quae postea acquisita essent quam cum fisco contractum est」の区別無く妥当したのである。

以上のような第21法文の位置づけを前提にドノーは第28法文との矛盾解消に論を進めている。そこでまず言及されているのは、第28法文の<国庫と契約した cum fisco contraxerit>という文言を、「現に有しあるいは将来取得するであろうものを私に対して担保に供した後に国庫と契約した cum fisco contraxerit, posteaquam mihi obligaverat quae haberet, essetve habiturus」という趣旨に解し、同法文での国庫の優先を時的先行性準則を覆す先取特権によるものと捉える立場からの二つの解決案である。一つは、「財産が最初の担保成立以後でなおかつ国庫との契約締結以前に債務者によって取得された bona debitori quaesita essent post priorem obligationem, verumtamen antequam cum fisco contra-



heretur」場合と、「国庫との契約締結以降に何かが取得された *quid postea acquisitum tum est quam cum fisco contractum est*」場合とを区別し、前者については、「スカエウォラの見解通り最初の債権者が国庫に優先する *prior creditor fisco praefertur ex Scaevolae sententia*」けれども、後者については、「国庫が、その取得、従ってまた質の原因に先んずるが故に、たとえ後に契約した場合であっても優先する *fiscus quanvis postea contraxerit, potior est, quia in eo acquisitionem ejus praevenit, et ideo etiam pignoris caussam*」と解するものであり、もう一つは、「債務者ティティウスが後見を理由にセイアへの有責判決を受けた *ex tutela Titius debitor Seiae condemnatus erat*」点に着目して、国庫に対するセイアの優先の理由を「金銭支払が義務づけられた原因の優遇 *favor caussae ex qua pecunia debebatur*」に見出すものである。ドノーは、一つ目の解決案による時的区分が、セイアの無制限の優先を示唆する第21法文の文言（「セイアは、その債権全てが弁済されるまで、最初の担保成立時にティティウスが有していた財産、更には、最初の担保成立以降にティティウスが取得した財産について、国庫に優先する *Seja praeferenda est fisico et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur*」）に矛盾する点、そしてまた、「金銭は後見ではなく裁判を原因に支払いを義務づけられたものである *pecunia illa debebatur ex causa tutelae, sed judicati*」以上、二つ目の解決案の言うような「原因の優遇 *favor caussae*」も存しない点をそれぞれ指摘して、何れも退けている。ドノーは標準注釈を一切引用してはいないが、ここで論駁された二つの見解が、後にキュジャスが与ることになるアックルシウスの第二の解決案と、バルトルスの支持を得て当時も依然通説であったと考えられる同じくアックルシウスの第一の解決案に相当することは明らかである。ドノー自身の第21法文解釈は、既に見た通り、「総財産を包括的に担保として得た私人 *privatus cui generaliter omnia bona obligata sunt*」が、同じ包括的抵当権を黙示に取得する国庫との関係でも時的先行性による優先権を無制限に保持し得るというものであって、同法文に関しては、そのような優先権と更改を伴った法文の事案との整合性への配慮から、「セイアは、先

に抵当権の設定を受け、その後、更改が為された際に約定によって当該抵当権を継承したが故に優先する *Seja praefertur fisco, quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, novatione facta, conventionione successisset*」と付言されるに留まる。第28法文との矛盾解消は、第21法文ではなくむしろ第28法文それ自体の解釈によってもたらされるというのがドノーの立場である。それによれば、まず、第28法文の「ウルピアヌスの解答 *responsum Ulpiani*」において、「＜契約した＞という文言は未来ではなく過去時制であるので、ここでは、現に有しているものや将来取得するであろうものを私に対して担保に供した者が既に国庫と契約していたという意味になる *verbum illud contraxerit non futuri temporis est, sed praeteriti; ut sit sensus: Si qui mihi obligaverat quae haberet habiturusve esset, cum fisco contraxerit*」とされる。「この点は勅法にもなっている *quod et constitutum est*」とのウルピアヌスの言葉通り、勅法彙纂には同趣旨と思しきカラカラ帝の勅法<sup>23)</sup>の存在も確認できるという。しかし、本稿にとって重要なのは、そのようなドノーの第28法文解釈と、債務者が「私と契約する前に国庫と契約した *cum fisco contraxit antequam mecum*」と解したアックルシウスの第三の解釈との一致である。その直前に指摘されている通り、第21法文においては、時的先行者としての優先権が更改に際しての約定によって更新されており、また、第28法文においては、国庫の契約による黙示の包括的抵当権取得が私人への包括的抵当の設定にそもそも先行していた以上、第28法文の国庫は、更改時に抵当権も更新した第21法文のセイアと同じく、その時的先行性故に後続者に優先したのであって、両法文に矛盾はないというのである。ただし、『論考』の体系的な物的担保論としての性格上当然のことではあるが、ドノーの議論の主眼は、このような矛盾解消の試みそれ自体ではなく、

23) “皇帝アントニウスがワレリアーナへ。汝の前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、前夫の物が汝のために担保に供されるよりも先に前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、前夫の財産上の担保成立以降に前夫が朕の勘定方に対して債務を負担した場合には、国庫の先取特権が前夫の財産について及ぶことはない。敬称略アントニウス帝の第四執政年で執政官バルビヌスの執政年10月19日に。”(C. 7, 73, 2. [213]. ただしこの法文は、第28法文とは違って、債務者の後得財産について言及しているわけではない)。

そこでの法文解釈を自らの「方法 *methodus*」の中に的確に位置づけることにあった。ドノーによる両法文の解釈は、最初に見た通り、「如何なる種類の質が受け入れられたかとは無関係に先んずる者が後続者に優先するのと同じく、後続者として契約した者が誰であるかもまた重要ではなく、一般的に、時において先んじた者が権利において優先する *ut nihil refert quod genus pignoris prius acceptum sit, ut qui praevenit posterioribus praeferatur, ita qui sint qui posteriores contraxerunt, nihil retulerit; sed generaliter jure potior erit qui prior tempore fuerit*」という命題の敷衍展開として提示されている。この点に鑑みれば、先行者が明示の包括的抵当権を有する私人で後続者が黙示の包括的抵当権を有する国庫である場合に当該命題が無制限に妥当することを認めているのが第21法文であるのに対して、先行者と後続者とが入れ替わり国庫が私人に先行する場合にも当該命題を妥当させるのが第28法文ということになる。「ウルピアヌスは、既に我々が述べたところ、すなわち、国庫に対して総財産が包括的に担保に供された場合には、その後に取得された物についてもまた、たとえ私人がそれらの担保物の占有に先んじたとしても、質の原因に先んじたのは国庫なのであるから、同じ仕方で総財産上に担保を得た全ての後続者に国庫は優先する、という点を確認している *Ulpianus id confirmat quod de privato ante diximus, ut si fisco bona omnia generaliter obligari coeperint, is omnibus sequentibus praeferatur, quibus omnia bona eodem modo obligata sunt, etiam in iis rebus, quae postea quaesitae sunt, quia fiscus pignoris caussam praevenit, tametsi privatus rerum acquisitionem praevenit*」との一見迂遠な説明は、まさにこの両法文における同一命題の妥当を、後続抵当債権者による「担保としての占有 *acquisitio*」をも想定しつつ主張するものに他ならない。国庫と私人が共に債務者の後得財産に及ぶ包括的抵当権を有する点に鑑みれば、後続者の抵当成立以降の後得財産については両者が優劣関係に立つことはなく、むしろ同順位で「競合する *concurrere*」のではないかと疑念を退ける際に、ドノーは、「何らかの明示の合意によるのではなく黙示に債務者の財産を担保として得る国庫の方が遥かに正当であるのは確かである *quidem multo justius in fisco, cui tacite bona debitoris obligantur, non manifesta aliqua conventionione*」と述べて、国

庫の包括的抵当権の黙示性にも注意を払っているが、それ以上の議論は見られない。いずれにせよ、第28法文における国庫の優先の理由を時的先行性以外に求めることは、時的先行性準則の枠内で両法文を整合的に解釈しようとするドノー自身の「体系」を越え出ることになる。ドノーによる両法文の解釈はその意味で体系的なのである。とはいえ、少なくとも両法文の矛盾解消という次元では、ドノーが、キュジャスと同様に、標準注釈において用意された解決案を検討吟味しその何れかに与するという矛盾解消の伝統的枠組みに忠実な仕方では議論しているのは確かである。逆に、キュジャスが退けたフォルニエの解釈も、テキストの修正にまで踏み込んだ点に違いはあるとはいえ、第28法文における先行債権者を私人ではなく国庫とみなす点ではその目指す方向性はドノーと同じであって、共に標準注釈の第三の解決案の系譜に属していることになる。

しかしその後、ドノーやキュジャスに少し遅れて、標準注釈の諸解釈から離れた独自の解決案が、アントワヌ・ファーヴル Antoine Favre (1557-1624年)によって提示された。「学説彙纂第49巻第14章〈国庫の権利について〉第28法文と同第20巻第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法文との調和 Conciliatio l. 28. D. de iure fisci cum l. ultima D. qui potiores in pignore habeantur」と題された『市民法推測集 Coniecturae iuris civilis』第2巻(1581年初版)第10章<sup>24)</sup>において、ファーヴルはまず、「時におい

24) “現在有するもの並びに将来取得するであろうものを私に対して担保に供した者が国庫と契約した場合に、ウルピアヌスとパピニアヌスは、学説彙纂49巻14章第28法文において、以後取得されたものについては、国庫が、質の原因に先んずるが故に、優先する旨解答しており、誰もが、同20巻4章第21法文前書を当法文に対置している。そこでは、スカエウオラが、一見同じ事案において、先に契約した者が国庫に優先すべき旨解答している。そして、法の準則上は、確かに、時ににおいて先んずる者が、権利において、つまり、質権行使において優先することになっている。しかしながら、先に契約した者が常に時ににおいて先んずると解されるわけではなく、そのように解されるのは先に担保物を取得した者だけである。というのも、例えば、将来の物が二人の者に異なる時点で担保として供される場合のように、異なる時点で契約した者たちが同時に担保を取得するということも生じ得るからであり、そのような場合、両者は質について競合するとされている【同章第7法文1節】。この点があてはまるのは双方の債権者に同じ原因つまり同程度の優遇が存する場合である。これに対して、一方

て先んずる者が、権利、つまり、質権行使において優先する *qui prior est tempore, iure quoque potior sit, et in pignoris persecutione praeferatur*』という「法の準則 *iuris regula*」の意義の確認から議論を始めている。当準則において「時において先んずると解される *tempore prior intelligitur*」のは、「先に契約

が黙示の抵当権の利益を享受している場合には、その者は他方と単に競合しているのではなく、むしろ時において先行しているものと解される。なぜなら、その者は契約することそれ自体によって抵当権を取得するのに対して、他方は抵当権を後発させる契約が完了され完成されることで抵当権を取得する他ないからである。前掲第28法文に見出されるのはこのような見解及び理由づけである。当法文では、明示の抵当権を有する私人と先に契約した者が、その後、国庫と契約したと想定されており、国庫には法律上の特権として全ての債務者の財産上に黙示の抵当権が成立するのであるから【同章第46法文3節】、二つの担保成立以後に取得された財産について国庫が優先しても何ら驚くべきことはない。つまりそれは、アックルシウス〔バルトルス?〕が主張するような先取特権ではなく、一般法に基づくものであり、既に述べたとおり、一般法上、質の成立において時間的に先んじているその人が質権の行使においても優先するのである。それでは、債権者双方に同じ原因つまり同等の優遇が存する場合、とりわけ、双方が法律に基づいて債務者の財産に黙示の抵当権を有する場合はどうであろうか。もちろんこの場合は、どちらも黙示の抵当権という特権を有していない場合と異なるところがないと解すべきである。つまり、このような事案では、既に述べたとおり、双方が質について競合し、先に契約した者が後の者に優先されることはないのである【前掲20巻4章第7法文1節】。そのような事情故に、ある者が二人の未成熟被後見人から別々の時に金銭を借り受け、彼らの金銭によって何らかの物を購入した場合、一方の未成熟者が他方に質について優先するとはされていない。というのも、たとえ別々の時に契約したとしても、双方は、同時に、つまり、彼らの金銭によって物が購入された時に、先取特権を取得するからである【同法文前書】。以上のとおりであるから、バルトルスが前掲20巻4章第21法文への注釈において、セイヤが国庫に優先するのは、セイヤが二重の先取特権、すなわち、時による先取特権と後見による先取特権とを有しているとの理由によると考えているのは不当である。というのも、時による先取特権は担保成立以後に取得された物については無効であるし、後見に鑑みて法律によって付与される黙示の抵当権も【勅法彙纂5巻37章「後見人及び保佐人の事務について」第20法文、同5巻13章「妻の財産訴権の問答契約訴権への融合について」第1法文1節】、国庫に付与される黙示の抵当権より優遇され優先するほどではないからである。それどころか、そのような国庫のより優遇された抵当権の存在は、学説彙纂48巻10章「偽証に関するコルネリウス法及びリボー元老院議決について」第1法文9節から明らかである。この法文で、マルキアヌスは、神皇セウェルス帝並びにアントニヌス帝の勅法に依拠して、職務の清算前に国庫と契約した後見人や保佐人に偽証罪が科される旨述べている。この勅法の趣旨とは、未成熟被後

した者 *ille qui prius contraxit*」ではなくむしろ「先に担保物を取得した者 *is qui prius rem obligatam habuit*」と解さねばならない。というのも、例えば、「将来の物が二人の者に異なる時点に担保として供された *duobus futurae res diversis temporibus obligatae sunt*」ような場合、「将来の物 *futurae res*」、つま

---

見人が黙示の抵当権を有するとしても、その後見人や保佐人に対して後見や保佐の清算前に国庫との契約が仮に許されたならば、国庫がその黙示の抵当権によって優先するという、未成熟後見人の優遇の特殊性に他ならない。つまり、国庫の利益のためにそのような勅法が定められたと解する限り、後見人や保佐人が国庫と契約することを禁じるだけでなく、そのように定められているわけでは決してないといえ、彼らの総財産が国庫のために担保として提供されることもまた必要であったはずである。それ故、第21法文においてセアがなぜ国庫に優先するのか問われるとしても、その理由をセアが後見人の財産上に有する黙示の抵当権から引き出すことはできない。なぜなら、互いに先取特権に依拠して争うのならば、国庫がセアに優先したはずであるから。しかし逆に、なぜ国庫がセアに優先しないのか問われるならば、後見人の総財産が明示的に担保に供されている以上、この問いに答えるのは容易ではない。というのも、上記のような理解からすれば、担保成立時に既に取得されていた財産について国庫に優先することになるのは確かだとしても【学説彙纂20巻4章第21法文3節及び同章第8法文】、担保成立以後に取得された財産についても同じように解することは、第28法文に述べられているとおり、できないからである。そして、一般的に言えば、そのような理解を、先に契約した者が黙示の抵当権という利益を得ていない場合に限定する必要はないと思われる。なぜなら、たとえそのような利益を得ている場合であっても、国庫の黙示の抵当権の帰結として、常に、国庫が質の原因に先んじたと解されるからである【前掲学説彙纂48巻10章第1法文9節、同42巻5章「審判人の権威による物の占有並びに売却について」第34法文】。それ故、第21法文において何故スカエウォラは、担保成立時に既に取得されていた財産だけでなく（こちらについては疑念の余地はない）、後見人が最初の担保成立以後に取得したそれ以外の財産全てについても、セアが国庫に優先する旨解答したのか、別の理由が探究される必要がある。アックルシウスは次のようにスカエウォラの意図を解釈しており、大半の人々がこのアックルシウスの見解に賛同している。すなわち、セアは、担保成立以後に取得された全ての財産について国庫に優先するが、それは国庫との契約までである、と。このような解釈がスカエウォラの言葉あるいはまた典雅さに相応しいということであれば、確かにこれ以上に明白簡明な解釈をひねり出すことはできないであろう。しかしよく考えてみれば、スカエウォラが何か別のこと、よりもっともらしく精確なことを解答しているのではないかと疑問には思わないであろうか。もしそうでなければ、スカエウォラは、後見人が最初の担保成立時に有していた物についてだけ解答し、最初の担保成立以後に後見人が取得した財産については解答しなかったはずである。というのも、担保成立時に既に取得されていた物と、それ以後に国庫との契約

り、契約成立後に債務者が取得する物には、その取得時に始めて抵当権の効力が及ぶことになる以上、「異なる時点で契約した者たちが同時に担保を取得するということが生じ得る *potest contingere, ut qui diversis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirant*」からである。こ

締結までに取得される物とを別々に考慮する必要はないからである。従って、より適切には、国庫の担保成立以後に取得された財産についてもセイアは国庫に優先するが、更改とそれによる第二の担保成立以後に取得された財産についてはセイアが国庫に優先することはない、というのがスカエウォラの見解であったと解することができる。というのも何れの場合にも十分な根拠があるからである。すなわち、最初の担保成立以後、更改に至るまでに取得された財産について優先するとされるのは、更改の効果として、最初の担保成立に際して将来の財産と想定されたものが、現存財産、つまり、当時既に取得されていた財産として確定するからなのである。それ故、最初の担保成立時に既に取得されていたものについては、全てについてセイアが国庫に優先するのは当然であると解されねばならない。実際、それまで国庫に優先していた同じものについて国庫に劣後させるという仕方では更改がセイアを害するとも解し得ない。というのも、学説彙纂46巻2章「更改及び取立委任について」第1法文を論拠とすれば、後に更改によって同じ質を受領した先行債権者が自らの地位を承継し時的による優先順位を保つことは自明の理であるから【学説彙纂20巻4章第3法文前書及び第12法文5節】。しかし、更改後に取得されたものについては、パピニアヌスとウルピヤヌスの見解が妥当し、国庫が黙示の抵当権に基づき質の原因に先んじると解される。私のみるところ、これこそスカエウォラの述べていることであり、最初の担保成立以後に取得された物についてもセイアは国庫に優先するが、第二の担保成立以後、つまり、更改後に取得された物については優先しない。なぜなら、第二の担保とは、国庫との間に成立するものではなく、第一の担保の相手方でもあるセイアとの間に成立するものと解さねばならないからである。もし誰かが我々の見解に反駁して、想定されている事案では更改が国庫への詐欺行為として為されたと見なされ、もし更改が為されなかったならば、国庫の担保成立以後に取得されたもの全てについて国庫はセイアに優先したはずであった、と主張するでしょう。これに対して私は、自らのものが失われないように、あるいはまた、自らに保証された質権の実効性が国庫との間で為された後発の債務負担によって失われないように用心する者は詐欺行為を働くことにはならない、と答えるであろう【論拠として学説彙纂20巻2章「相続財産の取得あるいは喪失について」第42法文、同29巻4章「無遺言その他の仕方でも遺産を占有した場合」第27法文1節、同15巻1章「特有財産について」第21法文】。国庫の担保成立後に貸し付けられた金銭については、当然ながら、セイアが優先することはない。というのも、国庫や先行債権者たちを詐欺することなしにそのようなことは為し得ないからである【学説彙纂20巻4章第12法文5節】。(Coniecturae, 35-36. 引用は1609年ジュネーヴ刊のテキストによる。)

ここでファールが典拠として引用するのは、第28法文と同じくウルピアヌスの『討論集』第3巻から収録された法文<sup>25)</sup>であり、そこには、「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、ある土地が私の所有に帰したならばとの条件で当該土地を特定の担保に供し、その後当該土地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とマルケッルスは考えている *si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem in pignore*」とある。この法文は、例えばバルトルスが第21法文との整合性を意識しつつ「二人の者に同時に物が条件付で担保に供され、当該条件が同時に成就した場合、両者は質において競合する *si duobus res simul obligatur sub conditione, quae simul extitit, ambo concurrunt in pignore*」と要約していた<sup>26)</sup>ところからも察せられる通り、ファールの言うような「異なる時点で契約した者 *qui diversis temporibus contaxerunt*」に関わる法文とは必ずしも言えない。しかしその一方で、当該法文では、「両債権者は質において競合する *concurrere utrumque creditorem in pignore*」という帰結が、契約に伴う担保設定そのものではなくあくまで条件成就による抵当権の効力発生の同時性から導かれており、ファールもまさにこの点に着目して当法文を援用したものと解される。更に、このように抵当権の設定ではなく効力発生の先後によってその優劣を確定させる当該準則が妥当するのは、「双方の債権者に同じ原因つまり同程度の優遇が存する *eadem utriusque creditoris causa, idemque favor est*」場合に限られ、「一方が黙示の抵当権の利益を享受している場合には、その者は他方と単に競合しているのではなく、むしろ時において先行すると解される *si alter tacitae hypothecae beneficium habeat, non solum alteri concurret, sed etiam tempore potior esse intelligitur*」というのがファールの理解である。つまり、黙示の抵当権を付与される者は、債務者の後得財産についても、「契約するということそれ自体によって抵当権を

25) D. 20, 4, 7, 1. (注17参照)

26) 注18参照。



取得する *eo ipso quod contrahit, hypothecam habet*」ので、「抵当権を後発させる契約が完了され完成されることで初めて抵当権を取得する *eam sibi acquirit, finito perfectoque contractu cuius ea accessoria est*」者との関係では当然先行するところとなり、準則通りに優先するというのである。そして、ファーヴルは第28法文における国庫の優先をまさにそのようなものとして解釈する。なぜなら、「国庫は常に質権を有する *fiscus semper habet ius pignoris*」<sup>27)</sup>との原則の下、「国庫には法律上の特権として全ての債務者の財産上に黙示の抵当権が成立する *fisco legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hypotheca constituitur*」と解される以上、当該法文のように「明示の抵当権を有する私人と先に契約した者が、その後、国庫と契約したと想定される *is qui prius cum privato expressam hypothecam habente contraxerat, postea cum fisco contraxisse proponitur*」場合にも、「契約完成 *contractus perfectus*」(債務者の財産取得による条件成就)が抵当権取得の前提とされる約定抵当権者とは異なり、国庫は「契約することそれ自体によって *eo ipso quod contrahit*」債務者の財産一般について抵当権を取得したものと見なされるからである。国庫は、自己の契約の順位自体は後であっても、その際に債務者の後得財産にも当然に及ぶものとして成立する包括的抵当権の黙示性に鑑み、後得財産に関する限りは先行者としての地位が保障される。それ故、第28法文にある通り、「二つの担保成立以降に取得された財産について優先しても何ら驚くべきことはない *mirum non est si in bonis post utramque obligationem quaesitis praeferatur*」のである。時的先行性の準則を敷衍展開する以上のような議論が、第21法文と第28法文の「調和 *conciliatio*」という主題との関連において真っ先に展開された理由もここから明らかとなる。第28法文が国庫を優先させたのは、「一般法上、質の成立において時間的に先んじているその人が質権の行使においても優先する *iure communi qui tempore prior est in pignoris constitutione, idem in pignoris persecutione potior quoque est*」という時的先行性の準則にまさに則った帰結であって、そのような「一般法 *ius commune*」を覆す「先取特権 *privilegium*」によるも

27) D. 49, 14, 46, 3. (注6参照)

のではない。なおここで、ファーヴルは、後得財産上の国庫の優先が「アックルシウスが主張するような先取特権ではなく、一般法に基づく *non ex privilegio, quod Accursius tentat, sed ex iure communi*」のものであると述べていて、第28法文の標準注釈への批判を示唆しているが、ここで念頭に置かれていたのは、アックルシウスの見解そのものではなく、むしろ、それに関連してバルトルスが主張していた点と考えられる。第28法文の標準注釈でアックルシウスが列举した第21法文との矛盾の解決案の内、第三のもの、すなわち、国庫の契約自体が実は私人のそれよりも先行していたとの解釈を支える論拠として、「国庫は質の原因に先んずる *praevenit causam pignoris fiscus*」という第28法文の文言を指示する議論（論者や典拠は示されていない）に対するバルトルスの批判がそれである。つまり、そのような議論は「先んずる *praevenit*」という動詞が「過去時制 *praeteritum tempus*」ではなく「現在時制 *praesens tempus*」であることと矛盾するので、やはり国庫は契約の時的先行故ではなく「先取特権故に質の原因に先んずる *privilegio praevenit causam pignoris*」とのバルトルスの主張に対して、上述の如く、契約そのものではなく抵当権の成立の前後による優先基準として時的先行性準則を位置づけるファーヴルは、黙示の包括的抵当権における将来財産への効力発生の特异性を盾にバルトルスの主張を退けた形になるのである。ただし、バルトルスの主張も、後述のようなく先取特権 *privilegium*> という概念の多義性に鑑みれば、黙示の包括的抵当権を有する第二債権者を債務者の後得財産について時的先行者と位置づける趣旨に解する余地もある。実際、フランソワ・コナン François Connan (1508-1551年) がそのような方向でバルトルスの第28法文解釈を支持しているようであり（『市民法注解 *Commenntarii iuris civilis*」[1553年初版] 第17章第7番）、ファーヴルとの違いはの場合単なる用語法の相違に帰着する（Ⅱ参照）。いずれにせよ、第28法文における国庫の優先という帰結が「一般法」上の時的先行性の準則によるものであったとするならば、国庫の先取特権を前提に第21法文との整合性を論ずる標準注釈以来の問題設定それ自体が不当であり、そもそも両法文を矛盾法文として対置する必要はなかったことになる。このように考えるファーヴルに残された問題は第21法文それ自体の解明である。

ファーヴルは、第21法文についても、時的先行性の準則に関する上記考察を当てはめるところから議論を始めている。第28法文において国庫が私人に優先したのは抵当権の黙示性の故であるが、「債権者双方が法律に基づいて債務者の財産に黙示の抵当権を有する *uterque creditor ex lege in debitoris bonis tacitam hypothecam habet*」場合には、「何れの債権者にも同じ原因つまり同等の優遇が存する *utriusque creditoris eadem causa, idemque favor est*」ことになり、別様に扱われることになる。その典拠として援用されるのが、債務者の後得財産について約定抵当権者を競合させるウルピウス・マルケッルス *Ulpus Marcellus* の見解を引用した前記ウルピアヌスの法文の前書に相当する箇所である。そこには、「二人の未成熟被後見人の金銭によって物が購入された場合、両者は質について当該物の代価として支払われた額に案分比例して競合する *si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae*」とあり<sup>28)</sup>、共に債務者の購入物上に黙示の特定の抵当権を有する「二人の未成熟被後見人 *duo pupilli*」が「競合する *concurrere*」とされている。つまり、「債権者双方が法律に基づいて債務者の財産に黙示の抵当権を有する」場合も、前述の同法文第1節の事案のように「どちらにも黙示の抵当権という特権が存しない *neuter tacitae hypothecae privilegium habet*」場合と同様、抵当債権者の競合を帰結するのである。ところで、「未成熟被後見人 *pupillus*」が債務者の購入物上に取得する特定の抵当権は、後にコンスタンティヌス帝が認める後見人の総財産上の包括的抵当権と同じく、後見という原因に鑑み法律上付与された黙示の抵当権の一種ではあるが、むしろその特徴は物的な先取特権を伴うという点にある。というのも、上記前書の冒頭には、時的先行性の準則を覆すような先取特権を、船舶の艀装や修理、船員の食料調達等のために貸し付け船舶上に抵当権を取得した債権者に認める直前の二つの法文<sup>29)</sup>を承ける形で、「未成熟被後見人の金銭によって物が購入された場合もまた同様である *idemque est, si ex*

28) D. 20, 4, 7, pr. *Ulpianus*, 3, *Disputationes*.

29) D. 20, 4, 5. *Ulpianus*, 3, *Disputationes*; D. 20, 4, 6. *Ulpianus*, 73, *Ad edictum*.

nummis pupilli fuerit res comparata」と言明されているからである。以上のようなファールズの議論は、第21法文の解明の端緒を開くものであり、さしあたり、「セΙΑが国庫に優先するのは、セΙΑが二重の先取特権、すなわち、時による先取特権と後見による先取特権とを有していたとの理由による Seiam fisco ob eam causam praeferri, quod duplex privilegium haberet, temporis scilicet, et tutelae」とするバルトルスの説への批判として提示されている。バルトルスの言う「二重の先取特権 duplex privilegium」の一端を構成する「後見による先取特権 privilegium tutelae」を、未成熟被後見人であったセΙΑのために後見人の総財産上に黙示に成立する包括的抵当権と解した上で、これと、国庫が貸付時にやはり取得する黙示の包括抵当権との関係を、二人の未成熟被後見人がその貸付金による購入物上にそれぞれ取得する黙示の特定の抵当権の關係に類しようというのである。「双方の債権者に同じ原因つまり同等の優遇が存する」場合には、それが単なる黙示の抵当権であれ物的な先取特権であれ、両債権者は、共にそのような広い意味での特権を有しない場合と同様、互いに競合し按分配当を受けるに留まる。そもそも<先取特権 privilegium>は、「一般法」から外れた「特権」という最広義の意味を筆頭に、債権担保という次元に限っても、その文脈に応じて、配当順序に関わる人的あるいは物的な先取特権だけではなく、各種の法定抵当権、更には、前記バルトルスの見解にもある通り、「時による先取特権 privilegium temporis」、つまり、時的先行性準則による優先的地位をも含み得る多義的な概念として用いられている。そして、セΙΑの「二重の先取特権」のもう一方にあたる「時による先取特権」が担保成立時の既得財産にのみ及び「担保成立以後に取得された物については無効である in rebus post obligationem quaesitis nullum est」のは自明であり、債務者の後得財産については、原因乃至優遇の同等性故に、セΙΑと国庫それぞれの黙示の抵当権が競合するのだとすれば、「二重の先取特権」はセΙΑが国庫に優先する理由とはなり得ないのである。しかも、ファールズはここで、セΙΑが国庫と競合するどころか劣後する可能性さえ指摘している。その論拠となっているのは、セプティミウス・セウェルス及びアントニヌスの両帝の勅法によって、「後見人や保佐人、あるいはまた、それらの職務を退きながら後

見乃至保佐を清算していない者は国庫と契約できない *tutores et curatores, et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem, cum fisco contrahere non possunt*」旨定められている点をふまえ、アエリウス・マルキアヌス Aelius Marcianus が、「この法律に反して国庫管理者を欺むく者がいるならば、その者は偽証を犯した場合と同様に処罰されるべきである *si quis adversus hanc Legem profectus* [*→praefectis*]<sup>30)</sup>, *aerario obrepserit, ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset*」と述べている法文<sup>31)</sup>である。ファーヴルはこの勅法の趣旨として更に、「未成熟被後見人が黙示の抵当権を有するとしても、その後見人や保佐人に対して後見や保佐の清算前に国庫との契約が仮に許されたならば、国庫がその黙示の抵当権によって優先するという、未成熟被後見人の優遇の特殊性 *sigularis pupillorum favor, quibus licet tacitam hypothecam habentibus, fiscus tamen ex tacita praeferreretur, si eorum tutoribus et curatoribus ante restitutam tutelam vel curam cum fisco contrahere permitteretur*」を読み込もうというのである。もしそのように解されるとすれば、国庫の黙示の抵当権が、同じく後見人の総財産上に生じ得る未成熟被後見人の黙示の抵当権との関係では少なくとも優先されるべきであり、それ故、第21法文においても、セイアが国庫に優先するその「理由 *ratio*」を「セイアが後見人の財産上に有していた黙示の抵当権 *tacita hypotheca quam in tutoris bonis Seia habebat*」から引き出すことはできないのはもちろんであるし、バルトルスが考えたように両者が「互いに先取特権に依拠して争った *mutuis privilegiis inter se certabant*」ののだとしても、当法文での結論とは逆に「国庫がセイアに優先した *fiscus ei praeferreretur*」はずなのである。

ここまでのファーヴルの議論では、「二重の先取特権」を論拠とするバルトルスの見解に対する執拗な論難にもかかわらず、「後見による先取特権」の存

30) 1529年初版のハロアンダー版（ここでは1551年リヨン刊のテキストを参照：Pandectarum iuris civilis pars septima et ultima, 472.）や1583年初版のゴドフロワ版（Corpus iuris civilis Romani, 943, n.33.）が＜profectus＞を流布版に従い＜praefectis＞と読んでいるのに倣う。

31) D. 48, 10, 1, 9. Marcianus, 14, Institutiones.

在、すなわち、セΙΑが後見人の総財産上に黙示の抵当権を取得すること自体は疑われていない。しかし、ファーヴルが、コンスタンティヌス帝による未成熟被後見人の包括的抵当権の黙示化と第21法文のスカエウォラの見解の年代的前後関係を意識しないはずはなく、ここではむしろ、そのような人文主義的考証に敢えて立ち入らずに、法文間の論理的整合性のみをいわばドグマティックに論ずる内在的な批判が試みられたと解するべきであろう。実際、ファーヴルは、バルトルス論駁の直後、「しかし逆になぜ国家がセΙΑに優先しないのかと問われるならば、後見人の総財産が明示的に担保に供されていた以上、この問いに答えるのは容易ではなかろう *sed et, si quaeratur cur ei fiscus non praeferatur, commode responderi non poterit, quoniam omnia tutoris bona expresse obligata habebat*」と述べて、セΙΑの包括的抵当権が特約に基づいた明示のものであるとの前提で議論を仕切りなおしている。先行債権者が、その抵当権取得時に債務者に属していた財産に関する限り、後続の抵当債権者がたとえ黙示の包括的抵当権を有する国庫であっても、時的先行性の準則に従い優先するという点は、ファーヴルの引用の通り、法文上も明らかである。ここで問題となっている第21法文前書に続く第1節<sup>32)</sup>では、「大理石商人 *negotiator marmorum*」に石材購入費を貸し付けるとともに特約によって債務者の購入した石材上に特定の抵当権を取得した債権者が、「石材置き場 *horrea*」の賃貸人である「皇帝 *Caesar*」の石材売却の申立てに抗して抵当目的物たる石材の占有を求め得る旨解答されており、ここでは貸付金による石材購入時の私人の特定の抵当権の効力発生が保管場所賃貸時の国庫の黙示の包括的抵当権成立に先行したとの前提の下、スカエウォラ自身も、先行する約定抵当債権者が準則通りに国庫に優先する点を認めていたと解し得る。またこの点は、ウルピアヌス

32) “債権者が大理石商人に対して石材を質に貸し付け、売主が大理石の代金を債権者の貸付金から受領した。一方、その同じ商人は皇帝の石材置き場の借主でもあり、その賃料を数年に渡って不払いであったため、取立を委ねられた皇帝代官が石材の売却へとその職権を及ぼした。そこで問題となったのは、債権者が質権に基づいて当該石材を取り戻せるか否かである。スカエウォラは上記のような事情に照らして可能と解答した。”

の『討論集』(ただし第3巻ではなく第7巻)から収録された「公共体が特定の質を取得した場合、債務者がその後に国庫に債務を負担するとしても、私人でさえ国庫に優先するのであるから、公共体が国庫に優先されると解すべきである *si pignus specialiter Respublica acceperit, dicendum est, praeferrī eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferruntur*」との法文に一層はつきりと見て取れる。しかし、肝心の論点、すなわち、第21法文のセイアのように明示の包括的抵当権を有する先行債権者が「担保成立時に既に取得されていた財産 *bona iam obligationis tempore quaesita*」のみならず「担保成立以後に取得された財産 *bona quae post obligationem acquisita*」についても同じように国庫に優先し得るか否かについては、既に見たように、国庫の包括的抵当権の黙示性故にこれを否定したというのがファーヴルによる第28法文の解釈である。ただし、ここで論じられているのは、第21法文におけるセイアの国庫に対する優先と、第28法文における国庫の私人に対する優先との整合性ではない。というのも、ファーヴルは、先にバルトルス論駁の際に参照された職務清算前の後見人等と国庫との契約を偽証とみなす法文<sup>33)</sup>と、船舶製造費や購入費等の貸付者の先取特権でさえ国庫のそれには劣後する旨の法文<sup>34)</sup>とを論拠に、「国庫の黙示の抵当権の帰結として、常に、国庫が質の原因に優先したと解される *tacita fisci hypotheca semper efficit ut causam pignoris fiscus praevenisse intelligatur*」との前提で第21法文の解明を試みているからである。つまり、「先に契約した者が黙示の抵当権という利益を得ていない場合 *casus quo is prius contraxit tacitae hypothecae beneficium non habuit*」に限定されないより広範な射程を伴った国庫の優先権がここでは想定されているのである。確かに、抵当権の黙示性による国庫の優先は第21法文の趣旨と相容れないが、たとえセイアの抵当権が国庫と同じく黙示のものであったとしても、先行債権者の「質の原因 *causa pignoris*」に常に優先し得る物的な先取特権故に本来は国庫が優先するはずであった以上、第21法文の解明にあたっては、国庫

33) D. 48, 10, 1, 9. Marcianus, 14, Institutiones.

34) D. 42, 5, 34. Marcianus, 5, Regulae.

の黙示の抵当権ではなくむしろその物的な先取特権との整合性こそ問われねばならない。従って、第21法文において「何故スカエウォラは、担保成立時に既に取得されていた財産だけでなく、後見人が最初の担保成立以後に取得したそれ以外の財産全てについても、セイアが国庫に優先する旨解答したのか *cur Seiam fisco praeferrī Scaevola responderit, non tantum in bonis iam obligationis tempore quaesitis, sed etiam in aliis omnibus quae post priorem obligationem tutor acquisivit*」、この国庫の先取特権をも考慮に入れた「別の理由 *alia ratio*」が探究される必要がある。第28法文での国庫の優先はその包括的抵当権の黙示性と時的先行性の準則で説明がついたのに対して、第21法文における私人セイアの優先についてはそうはいかないというのである。

そこでまず言及批判されているのが、「セイアは、担保成立以後に取得された全ての財産について国庫に優先するが、それは国庫との契約までである *Seia fisco praefertur, in iis omnibus quae post priorem obligationem acquisita sunt, prius tamen quam cum fisco contraheretur*」とした「アックルシウスの見解 *Accursii sententia*」である。アックルシウスによる第一の解決案をこれに与したバルトルスの見解としてアックルシウスの名を挙げることなく論じたファーヴルが、ここでは一転、「アックルシウスの見解」と明示した上でその第二の解決案を取り上げている。このような恣意的な論及態様は、『考察と修正』でのキュジャスのそれと軌を一にする。「大半の人々がこのアックルシウスの見解に賛同している *Accursii sententiam plerique probarunt*」と述べるだけで、キュジャスの名は一切挙げられてはいないけれども、「このような解釈がスカエウォラの言葉あるいは典雅さに相応しいということであれば、確かにこれ以上に明白簡明な解釈をひねり出すことはできないであろう。しかしよく考えてみれば、スカエウォラが何か別のこと、よりもっともらしく精確なことを解答しているのではないかと疑問には思わないであろうか *qua interpretatione si Scaevolae verbis, et elegantiae conveniens esset, alia profecto facilius, et accomodatio excogitari non posset. Sed si recte inspicias, non dubitabis aliud quiddam respondisse Scaevolam, quod et probabilius sit, et elegantius*」といった皮肉めいた言い回し、精確な思惟を洗練された文体で表現する「典雅さ ele-



gantia」という人文主義的理想を盾に取った論評が、第二の解決案を「極めて明解な解釈」と評したキュジャスその人に向けられていることは当時誰の目にも明らかであったはずである。『推測集』を始めとするファールルの考証的性格の強い諸著作が、ファールル自身例えば「あらゆる法の最も鋭敏で才気溢れる解釈者ヤコブス・クヤキウス *acutissimus et ingeniosissimus iurium omnium* interpret *Iacobus Cuiacius*」<sup>35)</sup>と呼んで最大限の敬意を払うキュジャスを批判的に乗り越えようとする学問的野心の下に著されたことは周知の通りであり、ここにもそれがはっきりと現れていると言える。「アックルシウスの見解」をただ敷衍する形に留めたのも、キュジャスには相応しからぬものとして敢えてその名を挙げなかったのではなからうか。ファールルの指摘するその「アックルシウスの見解」の難点とは、「国庫と契約が締結された *cum fisco contrahebatur*」時、つまり、セイアの後見人であった債務者ティティウスが国庫から金銭を借り入れた時点をセイア優先の時的限界とすること、換言すれば、「担保成立時に既に取得されていた物と、それ以後に国庫との契約締結までに取得される物とを別々に考慮すること *aliam rationem esse rerum iam obligationis tempore acquisitarum, et earum quae postea acquisitae sunt, prius tamen quam cum fisco contraheretur*」の無意味さである。ではなぜこのような区別に意味がないというのか、その説明はファールル自身の時的区分論の提示を通じて為されている。ファールルによれば、「国庫の担保成立以後に取得された財産についてもセイアは国庫に優先するが、更改とそれによる第二の担保成立以後に取得された財産についてはセイアが国庫に優先することはない *in iis quoque bonis, quae post fisci obligationem acquisita sunt, Seia fisco praeferatur, hactenus tamen ut in iis quae post factam novationem, et secundam obligationem acquisita sunt, non praefertur*」、というのがスカエウォラの意図するところであったとされる。まず、「最初の担保成立以後、更改に至るまでに取得された財産 *ea bona quae post priorem obligationem, ante novationem acquisita sunt*」についてセイアが国庫に優先するのは、「更改の効果として、最初の担

35) *Coniecturae*, 108.

保成立に際して将来の財産と想定されたものが、現存財産、つまり、当時既に取得されていた財産として確定する *novationis potestate factum est, ut quae priori obligatione futura bona dicantur, ea facta sint praesentia, quae scilicet eo tempore iam acquisita sunt*」からである。単なる更改であれば「旧債務を消滅させるべく新債務が発生する *ita nova obligatio constituitur, ut prior perimatur*」<sup>36)</sup>と同時に旧債権の担保も消滅する。しかし、更改による新債務の負担に際しても「同様に質入れについて同意した *similiter de pignore convenit*」との第21法文の事案の下では、第一債権者が第二債権者出現後の更改に際して従前の抵当権を更新した類似の事案について「あたかも自らの地位を承継したかのように第一債権者のために時による優先順位が保持される *superioris temporis ordinem manere primo creditori, tanquam in suum locum succedenti*」としたパピニアヌスの解答<sup>37)</sup>にも明らかな通り、「後に更改を為した際に同じ質を受領した先行債権者が自らの地位を承継し時による優先順位を保つことは自明の理である *certi juris est priorem creditorem qui postea novatione facta eadem pignora accepit, sibi in suum locum succedere, et superioris temporis ordinem retinere*」。要するに、債務者ティティウスの「現存財産 *praesentia*」に対する先行抵当債権者セイアの「時による先取特権 *privilegium temporis*」の時的限界が更改時の合意によって延長され、「時による優先順位 *superioris temporis ordo*」が保持されるのである。これに対して、「更改が為された後に取得されたもの *ea bona quae post novationem acquisita sunt*」については、第28法文における「パピニアヌスとウルピアヌスの見解 *Papiniani, et Ulpiani sententia*」が妥当し、「国庫が黙示の抵当権に基づき質の原因に優先すると解されるべきである *fiscus iure tacitae hypothecae causam pignoris praevenisse censeatur*」。このようなファールズの解釈は、第21法文には明示されていないセイアの優先権の時的限界を読み込もうとする限りでは、アックルシウスの第二の解決案あ

36) D. 46, 2, 1, pr. Ulpianus, 46, Ad Sabinum.

37) D. 20, 4, 3, pr. Papinianus, 3, Responsa., D. 20, 4, 12, 5. Maricianus, Ad formulam hypothecariam. (注12及び13参照)。

るいはそれを支持するキュジャスの解釈と同じ方向性を有しているが、更改に着目する点において独自性を有している。既に見た通り、更改時の抵当権の更新によって第一債権者が「自己の地位 *suus locus*」を承継する点は、アックルシウス自身、第21法文注釈の冒頭で同じパピニアヌスの解答を引用しつつ指摘していたところであり、ファーヴルはこの解答を最大限に生かしたものと解される。キュジャスが更改に拘ることなく時的先行性準則の単純な適用事例と解してセイアの優先権の時的限界を定めたのに対して、ファーヴルは更改時の抵当権更新による準則の拡張適用という「よりもっともらしく精確なこと *quod et probabilius est, et elegantius*」がここで解答されていると考えたのである。

「もしそうでなければ、スカエウォラは、後見人が最初の担保成立時に有していた物についてだけ解答し、最初の担保成立以後に後見人が取得した財産についてまで解答しなかったはずである *alloqui de illis tantum rebus respondisset quas tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam de iis quas post priorem obligationem acquisivit*」とのファーヴルの言葉は、もしセイアの約定抵当権が国庫の法定抵当権よりも早く成立したという点だけが重要で更改時の抵当権の更新という事情が抵当権の優劣に無関係であったならば、当件事はそもそも法律家の解答を要するほど錯綜したものではないという一種の皮肉であろう。以上のような第21法文をめぐるファーヴルの議論は、結局、同法文への標準注釈に提示された諸解釈の批判吟味の上に展開されていることになる。しかもその論法は、例えばウルピアヌスの『討論集』第3巻のテキストの一体性が意識されているなど、人文主義法学者特有の姿勢も垣間見られるとはいえ、『考察と修正』でのキュジャスの主張と同じく、標準注釈以来の矛盾解消論の枠内に留まり、各法文のテキストの層や真正さを問う文献学的考証に属するものでは決してない。「更改が国庫への詐欺行為として為されたと見なされる *novationem in fraudem fisci factam videri*」との反論を想定した上で、「自らのものが失われないように、あるいはまた、自らに保証された質権の実効性が国庫との間で為された後発の債務負担によって失われないように用心する者は詐欺行為を働くことにはならない *in fraudem non facere eum qui sibi prospicit ne suum perdat, neve pignorum quibus sibi cautum erat persecutionem amittat propter obli-*

gationem posteriorem cum fisco contractam」とこれに退け、逆に、「国庫の担保成立以後に貸し付けられた金銭 pecunia post fisci obligationem credita」を被担保債権に加えることは「国庫や先行債権者たちへの詐害行為 fisci et priorum creditorum fraus」になるから許されないといった、ファールによる自説の補足も専らドグマーティッシュな観点から為されている。

キュジャスとこれに対抗するファールの見解は、その後、『市民法大全』に付されたドニ・ゴドフロワの「注解 nota; commentaria」を介して一層広く知られるところとなる。ゴドフロワの注解付き『市民法大全』は、1583年刊の初版以降、ドニの死後、息子ジャック・ゴドフロワ Jacques Godefroy (1587-1652年)の手で遺稿から編集された第五版に至るまで改訂増補が繰り返され、その後更に、シーモン・ファン・レーウエン Simon van Leeuwen (1626-1682年)の編集でアムステルダムのエルゼヴィール Elzevir 社から上記第五版のゴドフロワの注釈にファン・レーウエン自身とアントーン・アンセルモ Antoon Anselmo (1589-1668年)の注解を追加して刊行された版が人気を博し、フランクフルト・アム・マイン、ライプチヒ、バーゼル等において18世紀後半まで版を重ねた。一方、ゴドフロワは、自らの注解を加えた『市民法大全』に並行して、標準注釈付きの『市民法大全』も編集公刊している。こちらは、校訂済みテキストを、学説彙纂旧編、同補充編、同新編、勅法彙纂前半九卷、諸卷(法学提要、勅法彙纂後半三卷、公撰集、封建法書等から構成)の全五編から成る流布版テキストの編別に組み直した上で、標準注釈の全テキスト、バルトルス等による法文要旨、アントワーヌ・ル・コント Antoine Le Conte (1517-1577年)の『市民法読解余滴』(1555/59年初版)やキュジャスの『考察と修正』等の摘要、更には、標準注釈へのゴドフロワ自身の補注等を、該当箇所に付加配置したものである。この標準注釈付き『市民法大全』もまた、1589年刊の初版以来、1627年に至るまでリヨンやジュネーヴで繰り返し印刷されている<sup>38)</sup>。いわゆるゴドフロワ版テキストが、校訂テキストのみの版(1589年初

38) 以上の各種ゴドフロワ版の書誌については、Spangenberg, Einleitung in das Römisch = Justinianeische Rechtsbuch (1817), 839-845.、ヨアンネス・フェフス Joannes Fehus

版) 以外に、これら二つの相異なる形態の注釈を付して公刊されるにあたっては、ゴドフロワがカルヴァン主義者であったことに起因する諸事情はひとまず措くとしても、それぞれの出版地に示唆される通り、当該テキストに対する需要、つまり、市場の違いが意識されていた可能性がある。流布版の編別を維持し標準注釈を温存したより保守的な版と言える標準注釈付き『市民法大全』が、フランス王国の成文法地域、神聖ローマ帝国のカトリック諸領邦、アルプス以南向けであったとするならば、ゴドフロワ自身の「注解」を付した版は、主としてネーデルラントや帝国プロテスタント諸領邦での受容が見込まれていたのではないのか。いずれにせよ、ゴドフロワの「注解」、とりわけ、既存の考証文献を引用整理する類の「注解」が、その一種の索引的な機能を通じて人文主義法学の成果を総括し周知する役割を担ったのは確かである<sup>39)</sup>。

第21法文前書に対してゴドフロワは三つの注解を加えている。まず、<後見に基づいて *ex tutela*> という文言に付された注解には、「未成熟被後見人は時による先取特権を有するが故に後に契約した国庫に優先する *pupilla tempore privilegiata praefertur fisco postea contrahenti*」<sup>40)</sup>とある。ここでは、「未成熟被後見人」であったセイアの抵当権が国庫のそれに優先するとすれば、それは「後見」に鑑みた優遇などではなく、セイアが国庫よりも先にティティウスと契約し包括的抵当権の設定を受けたという時的先行性に基づく他ないことが確認されているものと解される。つまり、アックルシウスの第一の解決案からバルトルスへと継承された「二重の先取特権」論が暗黙の内に退けられているのである。続く二つ目の注解では、「更には最初の担保成立以後に取得した財産について」の<更には *item*>に関連づける形で、「第一債権者は、第二の担保成立後に債務者が取得した財産についても第二債権者に優先する *primus creditor praefertur secundo, etiam in bonis post secundam obligationem quaesitis*

---

編集のリヨン版(1627年)については Troje, *Graeca leguntur* (1971), 151–182、をそれぞれ参照。

39) ゴドフロワの「注解」の意義については、Troje, *Graeca leguntur*, 183–190、を参照。

40) *Corpus iuris civilis*, 405, n.11.

debitori」<sup>41)</sup>と述べられており、直前の注解で言及された「時による先取特権」が後続の抵当債権者の出現後に債務者の取得する財産についても原則として維持される点が、「第一債権者」と「第二債権者」の優劣に関わる一般論として提示されている。他方、当法文の事案のように「第二債権者」が「国庫」である場合の扱いについて正面から論じているのが、法文末尾の「セイアが優先されるべきではない理由は何もない」という二重否定文の一部、すなわち、「優先されるべきではない non sit praeferenda」の＜ない non＞に付された第三の注解<sup>42)</sup>である。ゴドフロワの注解には文頭に＜然るに imo＞を置いた独特の言い回しが散見されるが（後述Ⅲ参照）、本注解もその一つであり、その冒頭、「学説彙纂第49巻第14章＜国庫の権利について＞第28法文 l. 28. π. de jure fisci」を引用しつつ、「然るに後得財産について未成熟被後見人が優先されることはない imo non est praeferenda in postea acquisitis」と、注釈対象である第21法文での帰結が否定されている。本注解が二重否定において否定される側の否定辞に付されているのはそのためであり、第21法文と第28法文の矛盾という論点がここで提示されると共に、その解決案として、先にみたフォルニエ、キュジャス、ファーヴルの見解が挙げられているのである。

上記冒頭部分に直接続く、「フォルネリウス『判別集』第2巻判別24はどのように考えている quod sentit Fornerius 2. select. 24.」という箇所は、一見分かりにくい、フォルニエが第21法文と第28法文との矛盾を肯定し、時的先行性の準則に沿った仕方で後者の法文に修正を加えた点を指摘するものである

41) Corpus iuris civilis, 405, n.12.

42) “然るに後得財産について未成熟被後見人が優先されることはない【学説彙纂49巻14章第28法文】、フォルネリウス『判別集』第2巻判別24はどのように考えている。これに対して、クヤキウス『考察と修正』第10巻考察22はアックルシウスの第二の見解に与しており、両法文は相互に矛盾しないとしている。すなわち、当法文が最初の担保成立から国庫との契約が締結されるまでの間に取得されたものについて述べているのに対し、上記第28法文は、先行と後続双方の担保成立の後、つまり、国庫の担保成立以後に取得された物に述べている旨クヤキウスは主張するのである。当法文の矛盾解消についてはファベル『推測集』第2巻推測10を参照せよ。” (Corpus iuris civilis, 405, n.13.)

う。「これに対して、クヤキウス『考察と修正』第10巻考察22はアックルシウスの第二の見解に与しており、両法文は相互に矛盾しないとしている *sed Cujac. 10. obs. 22. secundam Accursii opinionem tuetur, negatque eas leges inter se pugnare*」という次の文との繋がりからもそのように解される。続いて、「当法文が最初の担保成立から国庫との契約が締結されるまでの間に取得されたものについて述べているのに対し、上記第28法文は、先行と後続双方の担保成立の後、つまり、国庫の担保成立以後に取得された物について述べている旨クヤキウスは主張するのである *hanc legem loqui ait de quaesitis post priorem obligationem antequam cum fisco contraheretur. d. l. 28. de rebus quaesitis post priorem posterioremque obligationem, id est, post obligationem fisci*」という具合にキュジャスの見解が要約され、最後に、ファーヴルの見解の典拠のみが指示されたところで注解は終わっている（「当法文の矛盾解消についてはファベル『推測集』第2巻推測10を参照せよ *conciliationem huius legis v. apud Ant. Fab. Conject. 10.*」）。このような既存の諸学説の要約や典拠の指示から成る記述には、ゴドフロワ自身の見解が積極的に示されているわけではないが、引用学説への賛否という形でその立場を推測することは可能である。前述の通り、フォルニエ、キュジャス、ファーヴルは何れも、第21法文におけるセイアの国庫に対する優先を時的先行性の準則によると解する点では一致しており、ゴドフロワもまたこの立場であることは直前の二つの注解から明らかである。また、時的先行性による理解を貫徹させるために第28法文に修正を加えたフォルニエに対して、キュジャスとファーヴルは、セイアの「時による先取特権」に時的制限を加えることで両法文の矛盾を解決する方向では一致している。ゴドフロワが、キュジャスやファーヴルと同じく、現行テキストのままでも両法文の間に矛盾はなく、セイアの優先権の時的制限によって国庫の先取特権との関係は説明可能と考えていることも、<imo 然るに>で始まる矛盾法文の引用がむしろ法文間矛盾の否定を含意するというゴドフロワ独特の論法（後述Ⅲ参照）に照らせば明らかであるし、フォルニエの次にその法文修正を退けたキュジャスの見解を引用しているところからもそのようなゴドフロワの観方は看取できる。更に、第28法文へのゴドフロワの注解もこのような見通しを裏付けている。と

いうのも、フォルニエが修正を加えた同法文の文言<国庫と cum fisco>に付された注解には、「フォルネリウス『判別集』第2巻判別24はクヤキウス『考察と修正』第10巻考察22によって反駁されている Fornerius 2. *select.* 24. *reprehensus a Cujac. 10. obs. 22.*」<sup>43)</sup>とあり、同じく文言<その後に postea>に付された注解には、「国庫の有している特権化された黙示の抵当権とは、国庫と債務関係が結ばれた後に債務者によって取得された財産について国庫が先行債権者に優先するというものである *tacitam hypothecam privilegiatam fiscus hanc habet, ut praefertur creditori anteriori in bonis quaesitis per debitorem post obligationem contractam cum fisco*」<sup>44)</sup>とあるからである。つまりここでは、第21法文への注解では言及されていなかった法文修正の要否と国庫先取特権との効力という二つの論点が提示され、国庫の有する「特権化された黙示の抵当権 *tacita hypotheca privilegiata*」が、第28法文の現行テキスト通り、先行する私人の明示の包括的抵当権の「時による先取特権」を覆す可能性が認められているものと解されるのである。それでは、ゴドフロワは、キュジャスに倣って、「国庫と債務関係が結ばれた後に債務者によって取得された財産について国庫が先行債権者に優先する *praefertur creditori anteriori in bonis quaesitis per debitorem post obligationem contractam cum fisco*」という国庫先取特権の効力そのままに、「国庫との債務関係締結 *obligatio contractata cum fisco*」の時点、第21法文におけるセイアの「時による先取特権」の時的限界と見なしているののだろうか。おそらくそうではない。「当法文の矛盾解消 *conciliatio huius legis*」についてファーヴルの『推測集』を参照せよとの指示は、キュジャスではなくファーヴルに与するゴドフロワの立場を、参照指示の簡潔さ故にむしろ一層強く印象づけている。ただし、ゴドフロワの注解の簡潔さは同時にファーヴル説の微妙なニュアンスを伝える妨げにもなっている。なぜなら、既存の黙示の抵当権にさえ優先する国庫の先取特権を認めつつも、私人の明示の抵当権が先行するに留まる第28法文の事案での国庫の優先についてはこれを国庫の抵

43) *Corpus iuris civilis*, 973, n. 11.

44) *Corpus iuris civilis*, 973, n. 12.



当権の黙示性と時的先行性の準則の帰結とみなすのがファーヴルの立場であったからである。両法文の矛盾解消を論じるにあたって、キュジャス説のみならずファーヴル説をも、先行する包括的抵当権と国庫の先取特権との対立という些か単純化された構図で捉えるその後の傾向に、ゴドフロワは先鞭をつける結果となったのである。

## II

キュジャスやファーヴルのようにテキスト批判を主眼とする考証的著述の中で法文間の矛盾解消という伝統的課題に引き続き取り組む者がいる一方、これらの後を追うように、「著しい矛盾集（エナンティオパナ：矛盾法文集）Εναντιοφανα」といった表題で論述対象を矛盾解消に特化する著作がやはり16世紀末から幾つか現れ、次世紀を通じてよく読まれたようである。例えば、亡命先ジュネーヴのアカデミー Académie（ヘルボルン等に存した帝国カルヴァン派領邦の「高等学院 Hochschule」と同様、学芸学部及び専門三学部を備え実態は大学に相当するが学位授与と特権を欠いた高等教育機関）で一時ドニ・ゴドフロワの同僚となり、その後プファルツ選帝侯領のハイデルベルク大学に移っていたジュリオ・パーチェ Giulio Pace（1550-1635年）の『著しい矛盾、別名、矛盾無く関連づけられた法文七百選 Εναντιοφανων, seu legum conciliatarum centuriae septem』（1586年刊『同三百選 centuriae tres』及び1588年刊『同六百選 centuriae sex』を経て1589年初版）がそうである。第21法文と第28法文の矛盾については同書第5集第29番<sup>45)</sup>で論じられている。同書の叙述

45) “自らの総財産を誰かのために包括的に担保に供した者がその後に国庫（国庫は自らの契約によって直ちに黙示の抵当権を取得する【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第46法文第3節】。）と契約した場合、国庫との契約締結後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どちらなのか、が問われる。答えは、国庫が優先される【学説彙纂49巻14章第28法文】、である。これには、先行債権者は後続債権者である国庫に優先する【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21法文】、との異論がある。解答：国庫は、先取特権を有していない先行債権者には優先する。しかし、当該第21法文の事案において先行債権は特権化

形式は、「問う quaero」、「答える respondeo」、「反論する oppono」という一人称による一連の自問自答によって相互に矛盾が疑われる法文を提示し、「解答 solutio」の語によって矛盾解消の議論を始めるというイタリア学風に則った伝統的なスコラ学的論証である。この第29番においても、「自らの総財産を誰か

されている。なぜなら、当該債権は後見から生じたものである以上、国庫の債権に対しても優先されるからである。質をめぐり時において先行する者が先取特権に有する者に劣後するのは確かだとしても、時に先取特権を加えた効力が先取特権単独の効力よりも強い。従ってこの場合、第21法文の「最初の担保成立以降に取得した物について」という文言を、国庫の担保成立の前後を問わず取得された物という趣旨に一般的に捉えていることになる。以上の点は、より適切に理解されるならば、当法文の趣旨を簡潔に解明するのに無益ではなからう。ティティウスは、現在及び将来の総財産上の包括的抵当権を三度負担している。第一に、後見及び有責判決という原因によってセシアに対して負担しており、要するに、後見に関わる裁判によってセシアに対する有責判決を受けたのである。続いて、消費貸借を原因に国庫に対して負担している。そして第三に、先の同じセシアに対して、更改と問答契約を原因に負担している。というのも、債務の一部を彼女に弁済した上で、残余額の支払を更改によって従前と同じく総財産上の担保の下に約束したからである。というわけで、質についての問いに際しては、セシアと国庫何れが優先すべきかが問われているのであるから、ティティウスが第一の抵当成立時に有していた物、それ以降第二の抵当成立時までの間に取得した物、第二の抵当成立以降第三の抵当成立時までには取得した物、第三の抵当成立以降に取得した物、がそれぞれ考慮の対象となり得る。最初に既に有していた物、並びに、第二の抵当成立前、つまり、国庫と契約する以前に取得した物については、セシアが国庫に優先するのに疑念の余地はない。問題となるのはその以後に取得された物についてである。そして、スカエウォラはそれらの物についてもまたセシアが優先すると述べている。ただしそれは第三の抵当成立以前に取得された物である場合に限られる。なぜなら、最も近くそれ以後に取得された物については国庫が優先するからである。そのような違いに根拠があるのは、第三の抵当成立以前に債務者が取得したものは何であれ、セシアには第一の抵当によって、国庫には第二の抵当によって、それぞれ担保に供されるからである。その結果、セシアは、先に既に述べた通り、時において先んずるとともに先取特権を有しているが故に、国庫に優先するのである。セシアが債務を更改したという点は以上の妨げにはならない。なぜなら、セシアは依然として優先し、時による優先順位をあたかも自らの地位を承継したかのように保持しているからである【学説彙纂20巻4章第3法文前書及び同第12法文5節】。これに対して、第三の担保成立以後に取得された物については別の理屈があてはまる。つまり、それらの物は、第一の担保が更改され消滅した後に取得されたものである以上、第一の担保に加わったのでは決してなく、第二及び第三の担保に加わっていることになる。それ故、国庫が、第二の担保に鑑み、第三の担保に依拠するセシアに優先するの

のために包括的に担保に供した者がその後に国庫と契約した *is cuius omnia bona generaliter sunt alicui obligata, cum fisco postea contraxit* 場合に「国庫との契約締結後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どちらなのか *uter praeferatur in bonis post contractum cum fisco celebratum a debitore quaesitis*」と問い、第28法文を典拠に「国庫が優先される *fiscum praeferri*」と答え、第21法文を典拠に「先行債権者が後続債権者である国庫に優先する *prior creditor est potior fisco*」と反論することで、両法文の矛盾が提示されている。パーチェによる「解答」とは、国庫が「自らの契約によって直ちに黙示の抵当権を取得する *ex suo contractu semper habet tacitam hypothecam*」という前提の下、「国庫との契約締結後に債務者によって取得された財産 *bona post contractum cum fisco celebratum a debitore quaesita*」について、「先取特権を有していない先行債権者 *prior creditor non privilegiatus*」の約定抵当権に国庫の法定抵当権を優先させたのが第28法文であり、にもかかわらず第21法文が先行債権者セイアを債務者ティティウスの後得財産についても国庫に優先させているのは、「先行債権が特権化されていた *prior obligatio erat privilegiata*」ためであるから両法文は矛盾しないというものである。セイアのティティウスに対する債権並びにそれを担保する包括抵当権は「後見 *tutela*」に由来するが故に特権化され、「質をめぐり時において先行する者が先取特権に有する者に劣後するのは確かだとしても、時に先取特権を加えた効力が先取特権単独の効力よりも強い *etsi qui in pignore est prior tempore, cedit habenti privilegium: tamen maior est vis temporis et privilegii, quam solius privilegii*」との主張は、引用こそされていないが、アックルシウスの第一の解決案を引き継いだバルトル

---

は何も驚くべきことではない。「ティティウスが最初の担保成立時に有していた物、更には、最初の担保成立以後に取得した物について」セイアが国庫に優先するとスカエウォラが述べた時に意図していたのは以上のような点である。ここでは、最初の担保成立及び後続の担保成立は、私が第一の抵当と第三の抵当と先と呼んだものとして理解される。というのも、セイアに関係するのはこれら二つの債務だけであり、中間の時点で成立した債務は国庫に関わるからである。”(ENANTIOΦANA, 370-372. 引用は1606年リヨン刊第四版による。)

ス説、つまり、「二重の先取特権」論に他ならない。また、債務者の後得財産に対する国庫の法定抵当権の優先効を「先取特権 *privilegium*」と呼んでいるところもバルトルスの第28法文注釈と一致する。しかし、時的先行性の準則を覆す国庫の黙示の包括的抵当権という「先取特権」と、そのような準則の例外を更に覆す先行抵当債権者の「二重の先取特権」とを対置するこの議論は解答の大枠にすぎない。というのも、パーチェの解答の核心部分は、第21法文におけるセイアの「二重の先取特権」の効力に時的制限を加える議論として展開されているからである。

パーチェは、「ティティウスが、現在及び将来の総財産上の包括的抵当権を三度負担している *Titius ter obligatus est cum generali omnium praesentium et futurorum bonorum hypotheca*」点を踏まえて、抵当目的物となるティティウスの財産を、「第一の抵当成立時に有していた物 *res quas habuit tempore primae hypothecae*」、「それ以降第二の抵当成立時までの間に取得した物 *res quas postea acquisivit ante secundam hypothecam*」、「第二の抵当成立以降第三の抵当成立時まで取得した物 *res quas acquisivit post secundam hypothecam ante tertiam hypothecam*」、「第三の抵当成立以降に取得した物 *res quas acquisivit post tertiam hypothecam*」というように四つに区分し、それぞれについて「セイアと国庫何れが優先すべきか *utrum Seia, an fiscus sit potior*」を吟味する論法を採っている。まず、前二者、すなわち、セイアが「後見及び有責判決を原因に *ex causa tutelae et condemnationis*」債権と黙示の抵当権（「後見」による「先取特権」）を取得した時点でのティティウスの総財産、並びに、その後国庫が「消費貸借を原因に *ex causa mutui*」同じく債権及び黙示の抵当権を取得した時点までにティティウスが新たに取得した財産については、時的先行性の準則通り「セイアが国庫に優先することに疑念の余地はない *certum est Seiam praeferrī fisco*」。従って、両者の優劣が問題となるのは、後二者、すなわち、国庫の包括的抵当権の成立時以降、セイアが「更改と問答契約を原因に *ex causa novationis et stipulationis*」新たな債権と明示の包括的抵当権を取得した時点まで、及び、それ以後にティティウスがそれぞれ取得した財産についてである。この内、更改時までに取得された財産については、更改時の「問答契約

stipulatio」によって「時による優先順位をあたかも自らの地位を承継したかのように保持している *retinet superioris temporis ordinem tamquam in suum locum succedens*」セΙΑが、依然として国庫に優先することになる。これに対して、更改以後に取得された物については、逆に、国庫が「時による優先順位 *superioris temporis ordo*」に従ってセΙΑに優先することになる。というのも、それらの物は、「第一の担保が更改され消滅した後に取得されたものである以上、第一の担保に加わったのでは決してなく、第二及び第三の担保に加わることになる *numquam accesserunt primae obligationi, cum post eam novatam et extinctam sint acquisitae, sed accedunt obligationi secundae, et tertiae*」からである。「自らの地位の承継したかのように *tamquam in suum locum succedens*」というのは、国庫の包括的抵当権成立以後も更改による旧債権消滅までは自らの「時による優先順位」を保持し得る点を後続債権者が先行債権者の地位を承継することとの類比によって説明する理屈であって、新債権成立以後の債務者の後得財産については、更改時に新債権を被担保債権として約定された抵当権の効力が及ぶにすぎず、国庫の抵当権が当該約定抵当権に先行するのは自明である。それ故、「国庫が、第二の担保に鑑み、第三の担保に依拠するセΙΑに優先するのは何も驚くべきことではない *non est mirum, si fiscus ratione secundae obligationis praefertur Seiae venienti ex tertia obligatione*」というのである。以上のようなパーチェの解決案は、結局のところ、セΙΑの優先権を無制限と捉えた「二重の先取特権」論によるものではなく、更改をセΙΑの優先権の時的限界とみなしたファーヴル説に酷似している。確かに、「二重の先取特権」という解決の大枠に規定された結果、セΙΑの包括的抵当権の黙示性が「後見」による「先取特権」の名の下に前提視されている点、及び、先行債権者の包括的抵当権が黙示のものである場合にも後得財産について後続債権者たる国庫を優先させる物的な先取特権と、明示の包括的抵当権との関係でのみ優先される単なる黙示の抵当権とが区別されていないという点では、パーチェの議論にファーヴルほどの周到さは見られないし、そもそもファーヴルの見解としてその典拠が明示されているわけでもない。しかしその一方で、パーチェ説は、伝統的な叙述形式の遵守や実務の権威バルトルス説との見せかけの接合と

相まって、標準注釈によって用意された解釈からの脱却を図ったファール説を不正確ながらも簡略な仕方でも周知することに寄与したのである。

パーチェの『矛盾七百選』は、先行する『三百選』や『六百選』と同様、帝室裁判所の所在地シュパイヤーで公刊されたが、16世紀末の十年足らずの間に同地で数版を重ねている(1596年に第三版)ところからすると、帝室裁判所実務に関わる学識法曹を中心に好評を博したようであり、その後17世紀に入るとリヨンでも繰り返し出版され(1606年刊第四版以降)、ヨーロッパ規模で流布するに至る。このような『矛盾七百選』の成功が多くの模倣者を生み出したのは当然であり、その最も早くしかも表題まで似せた例として目を引くのが、開学間もないレイデン大学で教えたエフェラルト・ブロンホルスト Everard Bronchorst (1554-1627年) の『学説彙纂の順序に配置された著しい矛盾とその解消例二百選 *Εναντιοφάνων centuriae duae et conciliationes eorundem iuxta seriem Pandectarum dispositae*』(1595年初版、1598年増補版『同四百選 *centuriae quatuor*』、1602年『同雑録二百選 *centuriae duae miscellaneorum*』追加、1621年合冊版『同六百選 *centuriae sex*』)である。第21法文と第28法文の矛盾は、本書においても、第2集立論<sup>74)</sup>において、「先行する包括的抵当権を有

46) “包括的抵当権は現存する財産だけではなく将来の財産にも及ぶため【勅法彙纂8巻17章「如何なる物が質入れ可能あるいは不可能なのか」第9法文】、第二の担保成立以降に増加した財産についても先行債権者が優先するのかが問題となる。この点、先行する包括的抵当権を有する者がその後取得された財産についても優先されると考える方が正しい【学説彙纂20巻4章第21法文】。従って、ティティウスが先に私に対してその総財産を包括的に担保に提供し、その後あなたにも包括的に担保に提供した場合、双方の契約の後にティティウスによって取得されたものについて私が優先することになる。そしてこの点は法の一般準則に正に則ったものである。というのも、時において先んじる者が権利においても優先し、それ故、質権の行使においても優先するのは確かであるから【同章第2法文及び第12法文】。

しかし、このような立論は学説彙纂49巻14章第28法文に大いに矛盾する。当法文で述べられるところによれば、総財産上の包括的抵当権の特約の下に私人と先に契約していた債権者が、後から契約した国庫に優先するのではなく、国庫が、時において劣後しているにもかかわらず、それ以後に取得された財産については優先する、とされている。このような法文は先の第21法文と真っ向から対立する。この矛盾に対する解答は様々である。クヤキウス『考察と修正』第10巻第22章は次のように答えている。

する者は、後発の包括的抵当権を有する債権者に対し、双方の抵当成立以後に取得された財産について優先すべきこと *qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriorem generalem hypothecam habenti, in bonis post utramque obligationem quaesitis praefertur*」との表題で扱われている。ブロンホル

すなわち、時において先んじる債権者は、最初の抵当成立時に債務者に帰属していた財産、並びに、最初の抵当成立以降、国庫との契約締結までに取得された財産について、国庫に優先するが、国庫の担保成立以後に取得された財産については、先行債権者が優先することはなく、それらについて国庫が後続者であるにもかかわらず優先する、と。私から見てより正しいと思われるのはバルトルス及びコナヌスによる調和である。すなわち、国庫の特殊な先取特権について、国庫はたとえ後続債権者であっても、双方の担保成立以降に取得された財産については優先するというように解釈される、と。このようなことが起こるのは、法律の権威が認めた理由や条件を伴った後得財産が最初の債権者のために担保に供されるとの理由による。ところで、法文が定めるところによれば、国庫と契約した者の財産は現存のものも将来のものも国庫に対して黙示に担保に供されるとされる【学説彙纂49巻14章第46法文3節、勅法彙纂7巻73章「国庫の先取特権について」第3法文】。従って、そのような性質を備えた財産が、つまり、国庫のために担保に供された状態で、先行債権者にもたらされることになる。それ故、国庫の担保がそれらの財産について優先し先行するとしても何ら驚くべきことではない。というのも、国庫の債務者が取得した財産は全て国庫のために黙示に質入れされているからである。このように取得された財産が黙示の質の負担の下に先行債権者へともたらされるのは、何らかの物が債務者に帰属するまさにその時に将来の財産の担保が成立する【学説彙纂20巻4章第7法文1節】からである。第28法文へのバルトルスの注釈、及び、コナヌス『市民法注解』第4巻第17章がそのように主張している。この点を異なる仕方でも説明するアントニウス・ファベル『推測集』第2巻第10章も参照せよ。

先行債権者は後得財産についても国庫に優先するとされる前掲第21法文は、確かに、以上のような解決に著しく矛盾する。解答は以下のとおり。当法文では、先行債権者に後見による先取特権があり、双方が同等に先取特権を有しているのだから、先行債権者は国庫と同等の立場にあり、それ故、後得財産については国庫に優先して然るべきである、と。というのも、質において同等の先取特権が存する場合には、その内の先行者が優先するからである。先に契約はしたけれども先取特権を有していない債権者についてはこの限りではなく、そのような者は後得財産について国庫に優先することはできない。

次に、同章第8法文もまた妨げとなる。すなわち、当法文では、私人が国庫よりも先に契約し抵当権を取得した場合、私人債権者に時において劣後する国庫は質について先行者に優先することはない、とされている。解答は次のとおり。最初の抵当成立時に取得されていた財産については、時において先行する私人債権者が優先するが、

ストの矛盾法文集も、表題に対応する法文の解釈を「立論 *assertio*」として最初に提示し、続いて、この立論に整合しない別の法文の解釈を、＜対置される *opponitur*＞、＜対立する *obiicitur*＞、＜妨げとなる *obstat*＞といった表現で整然と列挙紹介して矛盾の疑念を表明した後に、＜以下の通り解答する *Resp[ondeo]*＞との文言で解決案を論ずるというようにイタリア学風に則った定型的な叙述形式を遵守していて、キュジャスの『考察と修正』やファーヴルの『推測集』といった実務家にとっては時に煩瑣に過ぎる考証文献よりも広範な読者層を期待できるものであったし、実際にも17世紀前半を中心にレイデンやハノーファーで版を重ねた（16世紀末の数年だけで三版）<sup>47)</sup>。立論74では、「包括的抵当権 *generalis hypotheca*」の効力をめぐって、「第二の担保成立以降に増加した財産についても先行債権者が優先するかどうか *an in iis bonis, quae post secundam obligationem accesserunt, prior creditor praeferatur*」が問われ、第21法文を典拠に、「先行する包括的抵当権を有する者がその後取得された財産についても優先されると考える方が正しい *verius, est, praeponendum esse eum qui priorem hypothecam habuit, etiam in bonis postea quaesitis*」旨立論されている。共に「包括抵当権」を有する債権者間の優劣は、「時において先んじる者が権利においても優先すべし *qui prior est tempore, potior quoque sit iure*」との「法の一般準則 *generalis iuris regula*」によって決されるというのがその趣旨である。しかし、まさにそのように債権者が共に包括的抵当権を有する場合に第二債権者たる国庫を優先させる第28法文はこの立論に矛盾する。ブロンホルストは、「この矛盾に対する解答は様々である *variae sunt ad hanc antinomiam responsiones*」と既存の錯綜した議論を意識した上でまずキュジャス説に言及しているが、自らはこれには与しない。「私から見てより正しいと思われるのはバルトルス及びコナヌスによる調和である *mihi verior*

---

後の抵当成立以後に取得された財産については、時において劣後する国庫が優先するのである。”（*ENANTIOΦΑΝΑ*, 334-337. 引用は1607年ハノーファー刊『四百選』のテキストによる。）

47) 本書の書誌については Ahsmann/ Feenstra, *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse universiteit tot 1811* (1984), 68-72. を参照。



videtur Bartoli et Connani conciliatio」というのである。ここでブロンホルストが依拠しているのは、バルトルスが第28法文の注釈の中で示唆し、その後、フランソワ・コナンがその『市民法注解』の中で継承展開した理解、すなわち、国庫の包括的抵当権の黙示性を「国庫の特殊な先取特権 *specialis privilegium fisci*」として把握する見解に他ならない。そのように「国庫の債務者が取得した財産が全て国庫のために黙示に質入れされる *omnia quae quaerit debitor fisci, tacite oppignorata sunt fisco*」という点から、「国庫は、たとえ後続債権者であっても、双方の抵当成立以降に取得された財産について優先する *fiscus licet posterior sit creditor, tamen in bonis post utranque obligationem quaesitis est postior*」との帰結を導く決め手としてブロンホルストが引用しているのは、同時に約定された包括的抵当権を有する債権者と条件付の特定の抵当権を有する債権者とが条件成就によって同順位に立つとした学説彙纂第20巻第4章第7法文第1節<sup>48)</sup>である。同法文の事案のように債務者の後得財産（「将来の財産 *futura bona*」）に及ぶ抵当権が約定された場合には、「何らかの物が債務者に帰属するまさにその時に将来の財産の担保が成立する *obligatio futurorum bonorum tum demum convalescit, cum quaeque res incipit esse debitoris*」ので、約定の順序がそのまま抵当債権者者の優劣を規定するが、第28法文の事案のように後続債権者が黙示の包括的抵当権を有する場合には、「取得された財産が黙示の質の負担の下に先行債権者へともたらされる *cum taciti pignoris vinculo quaesita bona prioribus creditoribus tenentur*」ことになる。つまり、個々の後得財産は、債務者にへの帰属時に約定抵当権の効力が及ぶに先立って既に国庫のために抵当に供されていたと見なされるのである。バルトルスとは異なり、「国庫は質の原因に先んずる *praevenit causam pignoris fisci*」という第28法文の文言への言及はないが、ブロンホルストが以上のような黙示の包括的抵当権と約定のそれとの相違を以て「国庫の特殊な先取特権」と呼んでいるのは明らかである。ただし、この議論は本来、第28法文そのものの解釈論であって、第21法文との「調和 *conciliatio*」として提示されたものではない上、この議論

48) 注17参照。

だけで「先行債権者は後得財産についても国庫に優先する *prior creditor etiam in bonis postea quaesitis praefertur fisco*」という第21法文の帰結との矛盾を解消しようとするれば、先行債権者の優先に時的制限を加えるキュジャスの第21法文解釈を退けるどころかこれを裏付けることにもなりかねない。そこでブロンホルストは再度第21法文に立ち返る形で第28法文との矛盾を回避しようとしている。

先の立論に際してブロンホルストは、「先行する包括的抵当権を有する者がその後取得された財産についても優先される *praeposendum esse eum qui priorem hypothecam habuit, etiam in bonis postea quaesitis*」という意味での時的先行性準則の貫徹を第21法文に見出していた。この時的先行性準則の貫徹という解釈を、第28法文における「国庫の特殊な先取特権」と整合させることがここでは求められていることになる。この点、第21法文では「先行債権者に後見による先取特権があり、双方が同等に先取特権を有していたのであるから、先行債権者は国庫と同等の立場にあり、それ故、後得財産については国庫に優先して然るべきであった *prior creditor habebat privilegium tutelae, et sic cum fisco paris erat conditionis, quia uterque pariter erat privilegiatus, unde merito fisco praefertur in postea quaesitis*」、というのがブロンホルストの解答である。つまり、第21法文の事案で「先行債権者 *prior creditor*」セイアが有する包括的抵当権は、第28法文の事案の「私人 *privatus*」のそのように約定のものではなく、「後見による先取特権 *privilegium tutelae*」として黙示に成立するものであるので、「先行債権者は国庫と同等の立場にあった *prior creditor cum fisco paris erat conditionis*」ことになり、そのように「質において同等の先取特権が存する *sunt paria privilegia in pignoribus*」場合には、「その内の先行者が優先する *antiquius eorum praefertur*」というのである。これに対して、第28法文の「私人」のように「先に契約はしたけれども先取特権を有していない債権者 *creditor non privilegiatus, qui prius contraxit*」についてはこの限りではなく、「国庫の特殊な先取特権」が後に成立してしまうと、「そのような者は後得財産について国庫に優先することはできない *hic fisco non praefertur in bonis post quaesitis*」。先取特権の同等性から時的先行性準則へと回帰というこの第

21法文解釈は、ブロンホルスト独自のものではなく、Iで既に見た通り、前記第7法文第1節の注釈においてバルトルスが第21法文との整合性を意識して提示したものであり、しかも、いわゆる「二重の先取特権」論による矛盾解消と表裏一体の関係にある。ブロンホルストはこの肝心な箇所でアックルシウスやバルトルスの名を挙げてはいないが、その説くところは、アックルシウスの第一の解決案からバルトルスへと継承された「二重の先取特権」論の系譜に連なる。そもそもこの学説上の系譜は、標準注釈とバルトルスという二大権威が一致するその重み故に、キュジャスやファーヴルによる異論が登場した16世紀後半においても未だ通説 *opinio communis* の地位にあった。例えば、物的担保の基本文献として17世紀後半に至るまで法廷実務に対して絶大な影響を誇ったアントニオ・ネグサンティオ・デ・ファーノ Antonio Negusanzio de Fano (1465-1528年) の『質及び抵当に関する論考 *Tractatus de pignoribus et hypothecis*』(1549年初版)が、他説には一切言及することなく、「標準注釈 *glossa*」の「第一の解決案 *prima solutio*」とこれに従うバルトルス説のみを紹介敷衍する様子は、当時の学説状況を象徴している。「国庫との契約以後に債務者によって取得された財産については国庫が先行債権者に優先する。ただし先行債権者が未成熟被後見人のような先取特権者であった場合にはこの限りではない *Fiscus praefertur anteriori creditori in bonis quaesitis per debitorem post contractum fisci, praeterquam si anterior esset privilegiatus ut pupillus*」との要約が付された同書第5部第2節第42番<sup>49)</sup>では、「第一債権者が、第二債権者への担保

49) “…以上の通り、第一債権者が、第二債権者への担保提供以降に債務者によって取得された財産についてもまた、第二債権者に優先するという先の結論は依然維持される。〈42.〉しかし、当該結論は国庫には当てはまらない。なぜなら、学説彙纂49卷14章「国庫の権利について」第28法文にある通り、国庫との契約締結以降に債務者によって取得された財産については、国庫の先取特権故に、第二債権者が第一債権者に優先するからである。ただし、契約締結以前に取得された財産については、上記第28法文への標準注釈やバルトルスの注釈にある通り、第一債権者の有するのが包括的抵当権と特定の抵当権の何れであっても、第一債権者が国庫に優先する。また、同じことは、第一の担保が明示であろうと黙示であろうと当てはまる。というのも、勅法彙纂4卷53章「他人物を保管する者にも自己の物の処分は禁じられないこと」第1法文、及び、バルトルスの上記第28法文注解にある通り、債権者は当該担保故に国庫に

提供以降に債務者によって取得された財産についてもまた、第二債権者に優先する *prior creditor praeferrī debet secundo, etiam in bonis quaesitis per debitorem post obligationem factam secundo*」という時的先行性準則の「帰結 *conclusio*」が「国庫の先取特権 *privilegium fisci*」との関係では妥当しないと論じられると共に、「国庫との契約締結以降に取得された財産について先行債権者に優先する *praefertur primo creditori in bonis quaesitis post obligationem, cum fisco contractam*」というこの時的先行性の例外そのものもまた「先行債権者が時的先行性以外に何も先取特権を有していない場合にのみ妥当する *procedit, quando primus creditor non habet aliud privilegium quam prioritatem temporis*」とされて、「二重の先取特権」がその論拠として掲げられている。これをブロンホルストのように、先取特権の同等性に鑑みた時的先行性準則への回帰と説明しても、それは用語法の違いに過ぎず、そのような説明自体もバルトルスによって用意されたものであった。ブロンホルストの議論は、バルトルス説がキュジャス説やファーヴル説の登場以後も依然として根強い支持を得ていたことの証左とも言えるのである。

---

優先するからである。にもかかわらず、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8法文への標準注釈はこれと反対の主張しており、その後、バルトルスの上記第28法文に続いて、ディヌスの学説彙纂42巻第6章「債権者の先取特権について」第17法文〔5章第32法文〕注釈及び第六書「法準則について」第54準則注釈が不当にもそのように解しており、更には、アレクサンデル・タルタグヌスの『助言集』第6巻助言53第4番も同旨である。ところでここでは次のように付言されるべきであろう。すなわち、国庫について先に述べたところ、すなわち、国庫との契約締結以降に取得された財産について国庫が先行債権者に優先するという点は、先行債権者が時的先行性以外に何も先取特権を有していない場合にのみ妥当する、と。これに対して、債権者が時的先行性以外に先取特権を有していた場合、例えば、後見を原因とする債権者であったような場合には、二重の先取特権、つまり、時的先行性並びに後見の先取特権の故に、国庫の担保成立以後に取得された財産についても私人が国庫に優先する。論拠となるテキストは学説彙纂20巻4章第21法文前書に見出され、当法文への標準注釈の第一の解決案がそのように当該テキストを理解しており、バルトルスの当法文注釈がこれに従っている。更に、上記第28法文への標準注釈、及び、バルトルスの第28法文注釈中の第21法文に関わる第一異論も同旨である。”(Tractatus, 461. 引用は1656年ケルン刊第四版による)

しかしその一方で、広い意味での現代的慣用、つまり、ローマ法の実用化と固有法の体系化との学理的関連づけが進行する17世紀へと議論が手渡されようとするこの時期、第21法文と第28法文の矛盾解消をめぐる学説の布置状況がキュジャスやファーヴルの所論を境に大きく変化したこともまた確かである。「アックルシウスの第二の解釈」とこれを支持したキュジャス説はその後しばらくは見るべき支持者を得ることはなく、ドノーが与した第三の解釈も同様であったのに対して、ファーヴル説がゴドフロワの注解やパーチェの矛盾法文集を介して短期間の内に有力となり、依然影響力を保持していたバルトルス説に対峙するに至っていた。法文間矛盾論という議論枠組みを受け継ぐ一方、標準注釈によって用意された三つの解決の選択肢は事実上一つに絞られた上で17世紀を迎えたのである<sup>50)</sup>。パーチェやブロンホルストの矛盾法文集は、このよう

50) 諸学説の布置状況の変化や相互の影響関係を因果的系列に擬して動態的に再構成し叙述する学説史 Dogmengeschichte は、そのような歴史的な意味連関を捨象して諸学説を現行法の問題解決の選択肢として妥当論的に扱うドグマティク Dogmatik と混同されてはならない(この区別はしかし学的営為を存立させている窮極の価値乃至理念 Idee の共有まで否定するわけではない)。例えば、クリスティアン・フリードリヒ・グリュック Christian Friedrich Glück (1755-1831年)の『パンデクテン詳解 Ausführliche Erläuterung de Pandecten』(1790-1896年)の叙述は、同時代を中心としつつも標準注釈以降の古い諸学説まで広く射程に収め、その後の歴史法学の席卷によって半ば意図的に忘却されることになる学説の蓄積、とりわけ18世紀後半から19世紀初頭にかけてのそれについて貴重な情報を我々にもたらしてはくれるけれども、本稿で取り上げた第21法文と第28法文に関わる箇所(第19巻[1817年]第1094節。試訳は「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」参照)を見る限り、グリュックの主眼は、第28法文における国庫の優先を先取特権として解釈する当時の「通説 gemeine Meinung」を支持し、時的先行者を優先させる「一般法の諸準則 Grundsätze des gemeinen Rechts」の帰結としてこれを解釈する「近時の法学者たち neuere Rechtsgelehrten」の見解を、第28法文標準注釈の第三の解決案の系譜に属する異説(エルンスト・クリスティアン・ヴェストファル Ernst Christian Westphal [1737-1792年]の説)のみならず、珍説奇説の類(クリスティアン・ウルリッヒ・ルートヴィヒ・ヘンネマン Christian Ulrich Ludwig Hennemann [1747-1806年]やカール・アウグスト・ドミニクス・ウンターホルツナー Karl August Dominikus Unterholzner [1787-1838年]の説)も含めて吟味論駁するところにあったと考えられる。これらの議論の詳細さに比べ、特に17世紀以前の「昔の法学者たち ältere Rechtsgelehrten」の学説の引用言及が簡略で断片的であることは、本稿での学説史的叙述と比較するま

な標準注釈以来の学説史的な連続面と非連続面をまさに体现するものとして、伝統的な議論枠組みの中で既存の学説のふり分けの役割を果たしたことになる。

(未完)

---

でもなく明らかであるが、これもグリュックの実践的妥当論的関心に鑑みれば当然の事理なのである。