

《資 料》

クリスティアン・フリードリヒ・グリユックの
国庫先取特権論

藤 田 貴 宏 (訳)

特権化された抵当権には法定抵当権と約定抵当権の二種が存在する。

I. 法定抵当権に当たるものとしてはまず、国庫の抵当権、その中でも、a) 租税や公課の未払いによるものが挙げられる。この法定抵当権は債務者の総資産について特権化されている⁵⁰⁾。アントニウス帝のある答勅【勅法彙纂4巻46章「公課支払のために売買が締結された場合」第1法文】には、「というのも公課という原因が優先し、当該公課のために第一順位で不払者の総財産が担保に供されるからである」、と明確に述べられている。従って、この抵当権の優先が課税対象の財産に限定される旨何人かの人々⁵¹⁾が述べているのは誤りである。ただし、物的な公課に関しては、当該公課が課されている土地が先に優先

50) [注番号は、底本とした Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 19. Theil (1817), §1094, 248-268. の原注に対応させ、注84の重複は訂正した。試訳の趣旨については拙稿「国庫の先取特権」(1) II注50を参照されたい。あらためて言うまでもないが、<Pfand (recht)>は、ラテン語の<pignus>と同様、非占有有質たる抵当を含む物的担保一般の意味で用いられており、以下でも「質(権)」、「担保(権)」、「抵当(権)」等の訳語を文脈に応じて適宜用いた。] ダベロウ『破産について』218頁以下、マイスナー『黙示の抵当権について』第99節、シュヴェッペ『破産法の体系』第70節。

51) フォン・ベルガー『法学要論』第2巻第5章命題3注解2(ハウボルト編集版第1巻547頁)、パウル・シュミットの学位論文「公課に関して訴権を有する国庫の優先権について」(1760年イェナ刊)第8節、マルブランツ『ローマ法原理』第3部第576節。しかし、これに反対するものとして、カール・フリードリヒ・ヴァルハの学位論文「公課支払のために貸し付けられた金銭について」(1781年イェナ刊)第8節、及び、同『市民法論争入門』第4部第3章第2節の2第9番797頁を参照せよ。

して担保となる⁵²⁾。その他公課が通常のものであるか特例的なものであるかは、優先権とは無関係である⁵³⁾。

b) 契約債務者の財産に対する国庫の抵当権もまた、それらの財産が国庫との契約以降に取得されたものである限りにおいて、法定抵当権である。この先取特権は、学説彙纂第49巻第14章「国庫の権利について」第28法文のウルピアヌスによる彼の『考察集』第5巻から収録された極めて明確な箇所に基づいており、そこには、「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じて到達するからである」、とある。

ここには国庫の優先権がはっきりと明確に述べられており、また、付言されている判断の根拠もまた分かり易いものではあるが、しかしそうであるが故に、この箇所の解釈者たちは際限なく多くの困難を見出ししてきた。確かに、「国庫が優先されるべき」との文言が先行する諸文言との繋がりから国庫の優先された担保権を示唆していることについては、これまでのあらゆる解釈の試みが一致しており、実際、法文の明確な文言を前にしてこの点を否定することなどそもそも不可能であろう。しかし他方で、このような国庫抵当権の優先権の根拠とは何か、そしてまた、ウルピアヌスによって提示された論拠を適切に理解するにはどうすればよいのか、については争いがある。しかもこの点をめぐってはそれこそ果てしなく多種多様な見解が存する。それらの見解がおおよそ二つのグループに分けられる。一方は国庫に対する特殊な優遇によって根拠づけ、他方は一般法の諸原則に根拠を見出している。第一の見解は、古い法学者⁵⁴⁾や新しい法学者⁵⁵⁾の多くによって支持されており、それ故、こちらを通説

52) 学説彙纂39巻4章「徴税請負人、公課、没収について」第7法文。ダベロウ『破産について』第202頁、マイスナー『黙示の抵当権について』第96節、第99節、及び、注解98も参照せよ。

53) ヴァルハ『市民法論争入門』前掲箇所第8番796頁を参照せよ。

54) ジャック・キュジャス『考察と修正』第10巻第22章、ヨハン・ヤーコプ・ヴィッ

を呼ぶことができる。第二の見解の支持者の間では更に考えが分かれている。一部の⁵⁶⁾は国庫の優先権の根拠が法定抵当権の特殊な性質に存すると考えており、それによれば、法定抵当権が約定担保権と異なるのは、前者が<将来の物>との関係でも債務発生時に成立するのに対して、後者は当該物の取得時に初めて効力を発揮するという点においてであるとされる。ウルピアヌスの提示する根拠、すなわち、「というのも国庫は質の原因に先んずるからである」という箇所もまた以上の点から説明がつくことになる。なぜなら、担保約定では確かに先行する包括的抵当権者の約定担保権がそれ以降に債務者によって取得された物に妥当し効力を及ぼすに至った時には、債務者が<国庫の質の原因>つまり<黙示の質入れ>を伴う形でしか当該物を取得し得ない以上、国庫は既にその物に抵当権を有していることになるからである。国庫が、自らが後続債権者であるにもかかわらず、物の取得の瞬間に初めて効力を及ぼすような約定担保権を有する先行債権者に優先するのは以上のような理由による。従っ

センバツハ『学説彙纂演習』第2部討論39第10定理460頁以下、ベネディクト・カルプツォフ『選帝侯法解答集』第4巻第2章解答14第4番以下、ジャン・ド・ラコスト『市民法講解』前掲箇所11頁、ベレグリノ『国庫先取特権法』第6巻第6章第15番、ユルリク・ヒューベル『市民法講解』学説彙纂本章注釈第15番末尾〔第20巻第4章注釈第16番末尾〕、その他の人々。

- 55) ヤン・ウォルベルス『十の考察』第3章16頁以下、ヨハン・ハインリッヒ・クリストフ・エアクスレーベン『質抵当法原理』第220及び第221節、ホーフアッカー『ローマ=ゲルマン市民法原理』第2巻第1211節末尾、ダペロウ『破産について』204頁以下、マルブランツ『ローマ法原理』第3部第576節第8番、マイスナー『黙示の抵当権について』100頁以下、フォン・グメリーン『債権者の順位』第98節、フーフェラント『市民法教科書』第2巻第1375及び第1376節、シュヴェツェッペ『破産法体系』第70節、その他の人々。なお、当該主題そのものに関する諸論文においても、アウグスト・フリードリヒ・ショットを討論指導者としたヨハン・フリードリヒ・ケムペの学位論文『契約以後に債務者によって取得された財産に対する国庫の優先的抵当権の真の根拠について』(1772年ライブチヒ刊)や、アウグスト・フェルディナント・フラーブッシュの『契約相手の財産で契約以後に取得されたものに対する国庫先取特権の学説論駁。学説彙纂20巻4章第21法文と同49巻14章第28法文について』によってこの見解が擁護されている。
- 56) フランソワ・コナン『市民法注解』第4巻第17章313頁b以下、アントワーヌ・ファーヴル『市民法推測集』第2巻第10章。

てまた、このような点は国庫の先取特権とは言えず、法定抵当権を付与される者であれば誰でも、契約後に取得された財産については、約定を通じて抵当権を設定させた者に優先されるということになる。しかし、ここで法定抵当権一般と約定抵当権との間に見出された相違は諸法文において根拠付けられているわけではない。それどころかヴィッセンバッハが次のように述べているのが正しい。すなわち、「ところがしかし、法律は、合意による総財産上の包括的抵当権についてもまた、事後に債務者が取得するものは何であれ、合意された質の負担の下でのみ債務者の所有に帰するということを認めている」⁵⁷⁾、と。

他の一群の人々は、質権が将来の財産との関係では現実の取得を待って初めて効力を及ぼすとの命題が私人にのみ妥当し、国庫には妥当せず、国庫の抵当権は、債務者に財産取得の権利が生じたその時点で抵当権が効力を発揮すると言われている点に、根拠を求めている。学説彙纂第49巻第14章第45法文に従えば、債務者にとって本来取得可能であったのに＜国庫への詐害行為＞として取得しなかった財産を取り戻す権利が国庫に存する、というところから上記の根拠は導かれている。そうすると、国庫との関係では財産の取得は可能事項ではなく、それ故、本章〔学説彙纂20巻4章「質及び抵当において誰が優先されるべきか」〕第9法文第1節に従い、条件成就は質権成立時にまで遡ることになる。私人の抵当債権者においては事情が全く異なる。つまり、財産取得の権利を得た債務者にその財産の取得を強制する権利は、私人の抵当債権者にはないのである。従ってここでは、可能条件の場合と同様、条件成就としての現実の取得時に初めて質権が効力を発する。これに対して、国庫はその抵当権によって財産取得に先んじている。つまり、国庫は「時において先んじ権利において優先する」ことになり、ウルピアヌスによって示された根拠もそのように解される。これは元々フーフエラントの見解であったが⁵⁸⁾、『パンデクテン』において彼は再びこの見解を放棄し、そこでは、国庫の優先権を、通説と同じく、

57) 前掲箇所461頁。

58) 『国庫抵当権論、特に、契約以後に取得された財産上のものについて』1771年イェーナ刊（『小論集』第10論文）

契約後に取得された債務者の財産との関係において国庫の抵当権に付与される先取特権から導出しているように見える。それ故、この見解がこれほど多くの法学者⁵⁹⁾の支持を得ていなければ、私もこれ以上は言及しないところである。実際にまた、この見解が如何に根拠に乏しく、また、そこでの推論が如何に不当であるかも、既に他の人々によって十二分に明らかにされている⁶⁰⁾。更には例えば、ヘルフェルトの論証全体の行き着くところは、結局、ショット⁶¹⁾が全く適切に指摘しているように、国庫の特殊な権利に他ならない。それ故、ヘルフェルト自身、この言葉遊びにを止めるために、その後『パンデクテン』では通説に従ったのである。第三の人々は、第28法文において国庫に付与されている優先的地位の根拠を単純な時的先行性に見出し得ると考えている。つまり、この箇所では、国庫が先行する担保権を有していたため「優先する」のは一般原則上当然であった事例が言及されているというのである。というのも、ウルピアヌスによって示された、「なぜなら国庫は質の原因に先んじる」との判断理由もまたこの点を示唆しているからであり、このような判断理由は時点先行性によってしか上手く説明がつかない。以上のような説明は、とりわけ勅法彙纂第7巻第73章「国庫の先取特権について」第2法文によって全く疑念の余地のないものになる。アントニウス(カラカラ)帝によって発せられた当該勅法は、カラカラ帝の治世に生きたウルピアヌスが「この点は勅法にもなっている」との文言で依拠した勅法とまさに同じものであったはずというのがその理由である。実際、この勅法では、「嫁資を原因に汝の夫が何らかのものについ

59) ヨハン・ベルンハルト・クリスティアン・アイヒマン『国庫と契約を締結した者の財産上の国庫抵当権に関する論文。ここには、ショット教授の指導の下に帝室顧問官ヘルフェルト氏に抗して擁護された討論において提示した見解が再録されている』1773年フランクフルト並びにライプチヒ刊四折判、更に、同『同論文解説。ここにはショット教授によって提起された同人への疑念が再録されている』1774年同所刊四折判、カール・フリードリヒ・ヴァルハ『市民法論争入門』1791年刊第三版802頁以下注解。

60) ウンターホルツナー『法学論集』第二論文第8節71頁以下、及び、ゲスターディンク『質権論』第31節216頁以下を参照せよ。

61) 『法学批判考証集』第52。

て汝に対する有責の判決を受けたとしても、夫の物が汝に対して担保に供される前に夫が国庫と契約した場合には、国庫の権利は汝の原因に先んじる。一方、夫の財産の担保成立以降に、余の事柄について夫が債務を負担したのならば、国庫の先取特権が夫の財産に及ぶことはない」とはっきりと述べられている。ここから、ウルピアヌスが答勅の文言をも再現していること、そしてまた、国庫には契約に基づく債権に関して時による優先以外に如何なる先取特権も存しないこと、が明らかとなる。従って、「契約した」という文言は未来ではなく過去に関わるものとして解されるべきであって、この一節の趣旨は、「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教している者が、既に国家と契約していた場合」ということになる。このような説明は、かつてアックルシウス⁶²⁾が他の二つの説明と並べて論点として指摘していた。しかし、この説明を初めて根拠付けようとしたのはユーク・ドノー⁶³⁾とヘラルト・ノート⁶⁴⁾であった。更に、ギョーム・フォルニエ⁶⁵⁾は、通説が誤った読みから生み出されたにすぎないと考えた。写字者が<cum>の重複を見落としたりというのがその理由である。それ故この箇所は、「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、その時国庫と契約していた場合」と読まれるべきであり、そうすれば全ての困難は解消されるというのである。このような修正についてキュジャス⁶⁶⁾が不当かつ不要であると非難したのは確かに正しいけれども、先の説明自体はその後も多くの法学者⁶⁷⁾の

62) 学説彙纂49巻14章第28法文への標準注釈。

63) 『質並びに抵当に関する論考』第12章第9番。

64) 『学説彙纂注解』第20巻第1章「質並びに抵当について」の<次に注意すべきは云々>の一節、447頁。

65) 『判別集』第2巻第24章(エフェラルト・オット『ローマ法学宝典』第2巻74頁)。なお、フォルニエによる修正には、フォッペ・ファン・エーゼマ『市民法論集』第1巻第4章(ヘラルト・メールマン『市民法カノン法新宝典』第6巻807頁)が賛同した。

66) 『考察と修正』第10巻考察22。

67) ダーフィット・カッペレン・ヒュンテュム『ローマ元首の答勅についての討論』第10節(ヘラルト・ウルリフス『ネーデルラントの諸大学で受理された学位論文選集』第2巻第3論文311頁)、ザムエル・フォン・コクツェーイ『市民法論争集』本章第7

支持を得るところとなった。その中でも、この説明を裏付けることに最も力を注いだのがヴェストファル⁶⁸⁾である。ヴェストファルは言う。確かに、法文の文言を少し読むと、ラテン語を幾らかでも解する者であれば誰も通説的な説明が思い浮かぶはずである。しかしながら、この法文についてももう少し考えてみると、解決不能な困難に直面することになる。まず、1) 当法文の最後の文言はそのような説明と一致しない。なぜなら、「というのも国庫は質の原因に先んじるから」という文言は、これを特権的優先と解し得る余地など全くなく、時的先行を示唆するにすぎないからである。次に、2) 契約後に取得された債務者の財産についてだけ国庫が優先権を有すべきとされるのは一体何故か、納得の行く根拠は何も見出せない。他方、当法文を時的先行性によって説明するとしても、契約後に債務者が取得した財産について国庫がそもそも担保権を有するのかという疑念が生じる。というのも、この当時、単なる包括的抵当権は、特約がない限り、将来の財産には及ばなかったからである。ところが、ここでは、国庫に有利な仕方では判断されている。従って、3) 自らの債権のために先行する明示の抵当権を有し、なおかつ、現在及び将来の全ての財産について明示に請け合わせた者が、それにもかかわらず、後得財産について、後続の君主の債権を前に指をくわえて見ていなければならないというのは全く不公平であることに気付くであろう。加えて、4) 通説的な説明では、学説彙纂第20巻第4巻「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、すなわち、債務者が債務負担当初に有していた財産のみならずそれ以降に取得した財産を含めた全ての財産に関して国庫に優先する地位を先行抵当債権者に認める法文との矛盾が解消できない。他方、ヴェストファルの説明に拠れば両法文は完全に整合する。ただし、「この点は勅法にもなっている」という〔第28法文の〕文言については今少し吟味する必要がある。つまり、国庫の抵当成立以降に取得された財産について先行抵当債権者に優先する地位を国庫に

問を参照せよ。

68) 『質権法』第164節注182、242頁以下、及び、同『君主の契約に基づく債権には黙示の抵当権は付与されても特権化された抵当権は付与されないという見解の法的裏付け』1778年ハレ刊四折判。

付与するような勅法はそもそも存在していなかったはずだというのである。もしこの点について明確な法令があったのであれば、少なくとも問題提起に疑念が生じることはなかったであろう。実際そのような法令が存在したことは、第28法文がウルピアヌスの『考察集』から収録されているところから明らかとされる。というのも、『討論集』では、公的な場所において判事の立場で法学者が論じた問題が扱われているからである。それ故、問題への解答は勅法に基づいた推論によらねばならず、その勅法とはここではアントニウス・カラカラ帝のそれ、つまり、勅法彙纂第7巻第73章「国庫の先取特権について」第2法文以外にはあり得ない。しかし、この法令によれば、国庫に黙示の抵当権はあるが、特権化された抵当権はない。第28法文において国庫に認められている優先権には、それ故、国庫が先行する抵当権を有していたということ以外にその根拠は見出し得ない。この点は上に引用した第2法文からも全く以て明らかである。というのも、同法文には、「国庫の権利は汝の原因に優先する」という第28法文に見えるものと同様の文言が出てくるからである。第2法文が時において先行する限りにおいて国庫の債権を他の抵当権に優先させている以上、そのような時による優先権を、国庫の抵当権それ自体は通常の意味での黙示の抵当権ではあるけれども、国庫の一般的優遇という観点から、債務者の将来の取得物にまで拡張できるとウルピアヌスは考えたに違いないというのである。以上の諸点をふまえるならば、第28法文が単に時による優先権に関するものにすぎないとの説明の方が、同法文が国庫の先取特権に関わるとの通説の説明よりも遥かに自然であることは否定できない、そのようにヴェストファルは言う。

しかしながら、これらの論拠が極めて皮相なものであるだけに、この説明に対しては、語義との不一致という重大な疑義が生じることになる。つまり、<obligaverat 担保に供した>という「過去完了形」が、文法上、既に起こっている事象として理解する他ない以上、構文に明らかな無理を強いること無しには、国庫の抵当権が時において先んじ得たなどと想定することはできないのである。このことはショットを始め近時の法学者全てが指摘するところであり、また、フォルニエによって提案されたテキスト修正によっても、困難が解消されるどころか、修正によって崩された構文を補うために更なる修正が必要とな

らざるを得なかったことも周知の通りである⁶⁹⁾。これに対するヴェストファルの反論⁷⁰⁾は満足の行くものではない。実際、ウルピアヌスに戸惑いがあったとはその表現が極めて精確であるが故に考えられず、そもそもウルピアヌスは、特権化された抵当権を契約故に取得することのない国庫が先行する権利を得ているような事例を指示するものとして当該表現が理解されるべきであるという点について全く疑いを抱いていないし、それどころか、論拠の付加によって、当法文の事案において何れの債権者が先に言及されているかは重要ではない旨表明したことになる、とヴェストファルが主張する時、これに賛同できる者などいるであろうか。事実の正確な提示が国庫の抵当権の優先根拠を左右するという意味で非常に大事なこの場面で、事案の叙述上、ウルピアヌスが債権者の言及順序を重視しなかったなどどうして言えるのだろうか。またウルピアヌスが常に優美な表現を用いたわけではなかったとしても、バインケルスフク⁷¹⁾が言うように、「アレクサンデル・セウエルス帝の時代に行われていた仕方に則ってラテン語で」書いたのは確かである。従って、エフェラルト・オット⁷²⁾が正当にも「教授と論述の見事な能力」との称賛を与えたウルピアヌスその人に先のような文法上の誤りを押しつけることなどどうしてできようか。更に、ウルピアヌスはここでパピニアヌスの解答に依拠してさえている。つまり、パピニアヌスの解答から事例を取り出し、パピニアヌスの判断に法的根拠を裏付けただけなのである。従ってまた、非難はウルピアヌスだけでなくパピニアヌスにも及ぶことになろう。しかし、パピニアヌスの表現の精確さと典雅さを知らない者などいるであろうか⁷³⁾。「先んじる」との表現が時的な先行を示唆する以上、法文の論拠は国庫が時において後続する抵当権を有するような事例には相応しくない、との異論は、抵当権が「将来の財産」に及ぶのは債務者がそれを取得した時からであるという原則から出発すれば解消される。当法文ではそ

69) ウンターホルツナーの『法学論集』84頁を参照せよ。

70) 『自説の法学的補強』第18節を参照せよ。

71) 『ローマ法考察集』第8巻第15章。

72) 『パピニアヌス』第13章第7節459頁。

73) 『パピニアヌス』第6章第5節99頁以下を参照せよ。

のような原則について国庫の利益のために例外が設けられているのである。というのも、「後得財産について」国庫が先行の抵当債権者に対する優先権を有するのだとすれば、そのような先取特権に鑑み、[債務者による]物の取得以前に既に国庫が担保権を取得していたと見なされていることになるからである。「国庫が質の原因に先んじる」とウルピアヌスが言うとき、それは、国庫が、自らの先取特権によって、担保権の効力発生を左右する物の取得に先んじたという趣旨に他ならない⁷⁴⁾。これに対して、そのような優先権は、これを認める大きなきっかけとなったはずの勅法彙纂第7巻第73章第2法文においてさえどこにも言及されていない、との異論の方が一層重大である。なぜなら、この第2法文では、国庫の抵当権が先行していたか否かが問題とされているにすぎないからである。にもかかわらずウルピアヌスが依拠しているのはこの勅法に違いないとされる。「国庫の権利は汝の原因に先んじる」という文言が共通しているというのがその理由である。しかしながら、「この点は勅法にもなっている」という[第28法文の]文言で示唆されているのがこの第2法文であるという主張自体にそもそも多くの疑問が残されている。ここでウルピアヌスが提示している法準則はパピニアヌスの解答から取り出されたものである。アントニウス帝による弟ゲタ殺害の正当化を拒んだため212年に同帝から死を命じられたパピニアヌス⁷⁵⁾が、213年⁷⁶⁾になってから発せられる勅法を知っていたということはある得ない。また、ウルピアヌスが当該勅法を知っていたのだとしても、その内容から、当該勅法が第28法文で述べられているような事案には関わりがないことが分かる。というのも、当該勅法では、債務者が国庫との契約締結以降に取得した財産が問題となっているのではなく、債務者の妻が自らの嫁資返還請求権に基づいて国庫との間で優先順位一般を争っているからであ

74) フリードリヒ・ハインリッヒ・ザトーア『質の優劣に関する学位論文』(1772年エアフルト刊)第12節を参照せよ。

75) エフェラルト・オット『パピニアヌス』第16章第2節611頁を参照せよ。

76) 市民法大全の一般的な諸版、更には、ゲッティンゲン版においてもまた、214年とされている。しかし、『執政官一覽』は213年としており、この年は、マルクス・アウレリウス・アントニウス帝執政四年目、執政官デキムス・カエリウス・バルビヌス執政二年目に当たった。ペトルス・レーラント『執政官一覽』124頁末尾を参照せよ。

る。国庫は、契約に基づく債権について、債務者が既に取得している財産上に確かに法定抵当権を取得しているが、それは優先権を伴わない単純な抵当権にすぎず、それ故、皇帝も、債権者同士の優劣をその担保権の時的先行性に即して決定することができた。勅法彙纂に含まれる答勅の解釈に当たっては、前提とされている事案は詳細に示されていない限り、可能な限り学説彙纂の法と関連づけこれに即して解釈されねばならないというのが鉄則である⁷⁷⁾。更に言えば、この答勅の当時はまだ、パピニアヌスが国庫に認めたような優先権は自明の事柄ではなかったようにも思われる。なぜなら、ウルピアニヌスがこの点を『討論集』の中で扱っているからである。もし当時既に明確な勅法が存在していたならば、ウルピアニヌスがわざわざパピニアヌスの解答に依拠する必要があったであろうか。文言全体の繋がりからすれば、むしろ、パピニアヌスは法律が存在しないまま国庫優遇の命題を立て、その後、漸く法律になったように見えまいであろうか。しかしまた、ウルピアニヌスが既存の法律上の命令にただついでに言及しただけというのもおかしな話ではないだろうか。要するに、一般的に妥当している法律などはなく、ウルピアニヌスがここで想起しているような皇帝の勅裁や答勅か何かが存在しただけで、そのような勅法は当時未だ一般に自明の権威を有していなかったものであり、それ故にまた、ローマの法学者たちもそのような勅法についてはただ片手間にふれるだけで、時には異論を呈することさえあったのである⁷⁸⁾。より確実な勅法が我々のローマ法典の中に見出されるわけでもなく、実際、ユスティニアヌスとその法学提要で拠り所とした勅法の中にされ失われたものが多くある以上⁷⁹⁾、今ところ我々は、他の勅法を持ち出すことなく、ウルピアニヌスによる断片で満足せねばならない。

それだけに、第28法文に関して最近現れた二つの解釈の試みを見過ごすわけ

77) ティボー『ローマ法の論理的解釈の理論』38頁を参照せよ。

78) カール・フリードリヒ・ツェベルニク『百人法院判事によって下された判決の権威についての研究』第20節(シッカマ『百人法定判決論』付録381頁)、並びに、ヨハン・ゴットフリート・ザメト『法解釈学』第3章第8節170頁以下を参照せよ。

79) ヨハン・ゴットフリート・シャウムベルク『法学提要で引用され改訂版勅法彙纂で削除された古代の勅法についての注釈』1734年レムゴー刊四折判を参照せよ。

にはいかない。というのも、それらの試みはその鋭い洞察に秀でていて、多くの賛同を得ているからである。その一つはヘンネマンによる解釈である⁸⁰⁾。ヘンネマンは、ウルピアヌスによるこの箇所を、自らの現有並びに将来の財産を既に担保に供している者が国庫からある物を賃借し、その後当該物の所有権を取得したという事案に関するものとして理解しようとしている。このような解釈は、1)「それ以降に取得された物について」という文言を拠り所としており、それによれば、これらの文言は、通説的解釈の言うような債務者の後得財産一般ではなく、ある特定の物、つまり、国庫との契約の目的となった物を指しているというのである。2)「契約した」という文言がここでは「賃借した」という趣旨に解されることになるが、これは珍しいことではないとされる。「契約する」という表現は他の箇所⁸¹⁾でもこのような意味で用いられているというのである。更に、3)「というのも国庫は質の原因に先ずるから」との根拠もまた以上のような解釈に適合するという。この場合、国庫には、少なくとも当該物については、賃貸借契約上の賃料未払に鑑み優先権が認められるべきであり、その理由は、契約故に債務者の総財産上に取得される国庫の抵当権が、所有権の移転時に所有権と共に、黙示に留保された当該所有権の制約として移転してしまうという不利益が最初から内在しているからであるとされる。つまり、国庫は、担保権の原因、つまり、所有権の取得に先んじるというのである。しかしながら、このような解釈には、それが如何に考え抜かれたものであるとしても、極めて多くの謎と不自然さが含まれており、それ故、何人かの人々⁸²⁾の賛同を得ることができたのは一体何故なのか不可解なほどである。この解釈に従う場合、「それ以降に取得された物について」という文言に

80) 『学説彙纂第49巻第14章第2法文による債務者の後得財産に対する国庫の優遇された抵当権について。郵政局長ヘンネマンによる試み』1800年シュヴェリーン及びヴィスマール刊八折判。

81) 学説彙纂第48巻第10章「偽証に関するコルネリウス法、並びに、リボー元老院議決について」第1法文第9節及び第11法文。

82) ヒュプナーとティットマンによる『法学小論集成』第2巻第86論文351頁、及び、ティボー『パンデクテン法体系』第2部第657節〔第八版(1834年)では第803節〕を参照せよ。

関して、そこには全く含意されていない事柄をどれほど多く思い起こさねばならないことであろうか。「自らの物に」国庫が有する担保権について、債務者が当該物を取得する以前に、言及することなど果たして可能であろうか。当然ではあるが国庫の担保権は債務不履行故に債務者の財産に及ぶものである。国庫の物がその後当該物の債務者に手に渡ったとするならば、当該物について、移転時に初めて成立し得るような負担が既に移転の際に課されているなどどうして言えるのであろうか⁸³⁾。

「というのも国庫は質の原因に先んずるから」という文言に正当な意味を付与しようとする最新の試みはウンターホルツァー教授の手で為されている⁸⁴⁾。彼は事案を、自己の既得財産及び今後取得すべき財産を全て私に担保に供した者が、その後、その内の一つの物を国庫に譲渡した場合として捉えている。この場合、国庫が、私への担保提供以後に、売買契約締結の結果、当該物を取得したのだとすると、国庫が当該物に関して私に優先する。つまり、私は担保権を国庫に対して主張できないというのである。従って、国庫においては、所有権という法的根拠が「質の原因」すなわち抵当債権者の権利に優先していることになる。このような解釈によってもやはり国庫には一種の先取特権が付与されていると言える。というのも、ここで認められている国庫の優先は、担保権と所有権が対立する場合に「質の原因」が優先するという準則から外れているからである。しかしそれ以上にこの解釈の妨げになっているのは、ウルピアヌスが「譲渡する」という明確な表現の代わりに「契約する」という曖昧な表現を用いたとすれば、非常に不明確で正に不可解な表現を敢えて用いたということになってしまうという点である。あるいは、ウルピアヌスが権原としての契約をその後に生じる物の取得から区別しなかったのであれば、「国庫と契約した」などという曖昧な表現ではなく、より明確に、「国庫に売却した」と述べ

83) 以上のような疑念は、ダンツ、グメリーン、タフィンガー編集『最新法学文献裁判実務批評』第2巻639頁、及び、カール・アウグスト・ドミニク・ウンターホルツナー『法学論文集』1810年ミュンヘン刊85頁以下、において既にヘンネマンの解釈に投げかけられている。

84) 前掲『法学論文集』第2論文「学説彙纂第49巻第14章第28法文の解明試論」。

たのではないだろうか。そうであるならば、「それ以降に取得された物について」という文言を「国庫によって取得された物」というように限定するのは明らかに恣意的ではないだろうか。しかし、既に述べたパピニアヌスの精確さを信頼する限り、ここで仮に国庫による財産取得が問題となっていて解答が国庫の先取特権に関するものであるならば、彼は解答を著そうとする事案についてもっと明確に述べたはずである。国庫の財産取得というのはこの箇所全体を見ても全く関わりのない発想と言える。文言全体の繋がりからすればむしろ、「それ以降に取得された物について」という文言はその前の「将来取得するであろう」という文言を受けており、それ故、債務者による財産取得に関するものとしてしか理解できない。このような次第であるから、当法文の結語部分の解釈もやはり極めて恣意的なものとなる。実際、所有者の法的根拠が「質の原因」に先んじるなどどこに書かれているというのであろうか。もしそうであるならば、「先んじる」という語を完了時制と現在時制の何れと捉えるにせよ、「国庫の所有権が質の原因に先んじるから」とあるべきであろう。この結語部分を全体との繋がりからより自然に国庫の優遇された担保権として理解してはならない理由はあるだろうか。いずれにせよ、学説彙纂第20巻第4章第21法文との矛盾故にこれ以上当惑する必要はない。なぜなら、既に述べた通り⁸⁵⁾、スカエウォラの時代、国庫はその契約に基づく債権について未だ法定の抵当権さえを有しておらず、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からである。また、第28法文で国庫に付与されている優先権が一般的な法準則で説明できるものではなく、実際に国庫の先取特権に基づくものであるという点ももはや疑いない。というのも、もしそうであるならば、「国庫の権利について」という学説彙纂の表題にこの法文の居場所が与えられることはなかったはずであるから。加えて、ウルピアヌスが、第28法文が取り出された『討論集』第3巻において、幾つかの抵当債権者の優先権を論じていることは、同じく『討論集』第3巻から収録された学説彙纂第20巻第4章第5法文及

85) 本書第18巻第1078節注45の215頁、第19巻第1088節67頁及び第1093節236頁以下を参照せよ。

び第7法文から明らかである。

法学者の多くは筆頭百人隊長の債権者との関係でも国庫に先取特権を認めようとしているが、別の箇所ですでに詳しく論じた通り⁸⁶⁾、そのような主張に全く根拠はない。特別な理由から国庫が筆頭百人隊長の妻に優先するというだけである⁸⁷⁾。また、マイスナー⁸⁸⁾に同調して、国庫が筆頭百人隊長の総財産上に黙示の抵当権を取得し、筆頭百人隊長の着任以降に取得された財産については優先権が付与される旨主張することはやはりできない。国庫財産の管理者全てが契約上の債務者に数えられたはずとの論拠については、別の箇所⁸⁹⁾ですでに反駁済みである。もっとも既にピュッター⁹⁰⁾が指摘している通り、テオドシウス法典第8巻第4章「歩兵大隊について」第6法文にあるように、「駐留地における兵士への糧食補給を正式に任じられた」か、あるいはその後にあるように、「慣例上引き受けられた軍隊の全糧食を駐留地に補給した」とされるローマの筆頭百人隊長⁹¹⁾には全く独特の特徴があり、彼らについて扱うローマ法の法令は今日の軍士官や補給担当官乃至主計将校には上手く適用できない。

86) 本書第19巻第1088節73頁以下を参照せよ。

87) テイボー『パンデクテン法体系』第2巻第657節を参照せよ。

88) 『黙示の抵当権について』第107節。

89) 本書第19巻第1088節71頁以下を参照せよ。

90) 『判決選集』第4巻第2部判決395第29番427頁。

91) 本書第19巻第1088節注87の73頁以下を参照せよ。