

## 《論 説》

## 法定抵当権から先取特権へ ——17世紀における物的担保の概念——（2）

藤 田 貴 宏

### Ⅲ.

抵当権に伴う物的優先権に着目する動向は、ローマ法そのものに「法律としての権威 *autorité de loi*」を認めないフランス慣習法学にも見出される。いわゆる「フランス共通法 *le droit commun de la France*」<sup>1)</sup>を称揚する慣習法学は、17世紀後半の一連の司法改革、とりわけ、大学法学部における市民法教育の再開乃至活性化と相前後して、そのローマ法重視の態度を確立するに至り、そこでは、諸慣習法や王令の解釈適用に関わる実務的要請を十分に踏まえた実践的かつ批判的な利用援用が企図された。「特権化された抵当権 *hypothèque privilégiée*」を物的担保法の中核に据える説明方法も、そのような裁判実務とローマ法との不断の対話の中で確立されたのである。そこでここでは、パリ高等法院の弁護士を経てランス大学のカノン・市民両法並びにフランス法の欽定講座教授を務めたクロード・ド・フェリエール *Claude de Ferrière* (1639-1715年)の『学説彙纂法学 *La jurisprudence du Digeste*」<sup>2)</sup> (1677年初版)及び『新慣習法提要 *Nouvelle institution coutumière*」<sup>3)</sup> (1692/1702年初版)を手掛かり

1) 拙稿「フランス慣習法学とローマ法」獨協法学第78/79号参照。

2) 正式な表題は『諸王令、フランスの諸慣習法、諸最高裁判所の判決と照合された学説彙纂の法学、そこでは、ローマ法と慣習法のあらゆる種類の問題が、成文法の諸地方とフランス慣習法地域の慣行に即して論じられる』。

3) 正式な表題は『フランスのあらゆる諸慣習法の規定、並びに、諸法院判決によつ

に、抵当債権者の優先順位に関わるフランス法の実相を確認しておくことにしたい。というのも、前者は、フェリエールが著した一連のいわゆる査閲文献の一つであり、学説彙纂の編別、つまり、先に見た現代的慣用と容易に比較可能な枠組みで議論されているという点において、本稿にとってもきわめて好都合であるし、後者は、成文法地域をも含む包括的な視野の下に「フランス共通法」を条文形式で体系化していて、17世紀後半におけるフランス法（学）の到達点を概観できるからである。

法学提要に倣った体系構成を採用する『提要』は、その第4書「訴権について Des actions」の冒頭<sup>4)</sup>、「法学の第三の対象である訴権 le troisième objet de

て確立された慣行に裏付けられた全慣習法の諸準則を収める新慣習法提要』。

- 4) “第1条：法学の第三の対象である訴権とは、我々に対して義務づけられ、あるいは、帰属しているものを裁判を通じて訴求する権利である。

法学提要4巻6章「訴権について」前書。

第2条：訴権の主要な区分は、成文法及び我々の法学によれば、人的訴権、物的訴権、並びに、混合訴権からなり（a）、占有訴権が、フランスの慣行に従い、訴権の第四の種類となる。

a. 法学提要4巻6章第1及び第20節。

第3条：人的訴権とは、何らかの物を我々に与えるべく義務づけられている者、あるいは、我々の利便のために何らかの行為へと義務づけられている者を裁判に訴える訴権である。

法学提要4巻6章第1節。後述第3章「人的訴権」を参照せよ。

第4条：物的訴権とは、我々に帰属する物を占有している者を裁判官の面前で訴え、この者が当該物を我々に返還すべき旨の有責判決を受けるよう求める訴権である」

法学提要4巻6章第1節、学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第9法文、同44巻7章「債務及び訴権について」第25法文。従って、本訴権を行使するためには、二つの要件、すなわち、原告側の物の所有権、被告側の物の占有が求められる。

本訴権が物的訴権と称されるのは、人に関わるのではなく、誰の手に移転し引き渡されたにせよそこに存する物に関わるからである。

第5条：混合訴権とは一部が人的で一部が物的であるような訴権であり、[ローマ]法上、三つ、すなわち、共同相続人間の遺産分割訴権（a）、共同所有者間の共有物分割訴権（b）、境界画定訴権（c）、が存在し、抵当訴権（d）、及び、親族買戻訴権（e）も、フランスの慣行によれば、混合訴権である。

a. 「アクティオー・ファミリアエ・エルキスクンダエ」と呼ばれた【法学提要4

la Jurisprudence」を、「何らかの物を我々に与えるべく義務づけられている者、あるいは、我々の利便のために何らかの行為へと義務づけられている者を訴える訴権 l'Action par laquelle nous poursuivons en justice celui qui est obligé à nous donner quelque chose, ou qui s'est obligé à quelque fait pour nôtre utilité」

卷6章第20節】。この訴権は、相続人がこの訴権によって相続財産の分割と自己が相続人となる部分の裁定付与を求める点において物的であり、共同相続人らが相互に義務づけられる人的な債務関係に照らせば人的であり、後者は、法律家たちが、「利得、損害、費用の償還」と呼ぶ三つの原因によってもたらされ、これらの原因は「共有を分割する」訴権においても当てはまる【学説彙纂10巻2章及び勅法彙纂3巻36章「遺産分割訴権について」全体、学説彙纂10巻3章及び勅法彙纂3巻37章「共有物分割訴権について」全体】。

b. 「アクティオー・コムニ・ディウイドゥンドー」と呼ばれた【法学提要4巻6章第20節】。

c. 「アクティオー・フィニウム・レグンドールム」と呼ばれた【法学提要4巻6章第20節】。この訴権は、原告がその地所と被告の地所との間において境界が確定されることを求める点において物的であり、もし被告が原告の地所の一部を侵害している場合には、その地所を損害及び利息とともに自己に返還されるべく求めることができ、当該訴権の人的性質はこの点に存する。

d. 後述第1章を参照せよ。

e. 後述第2章「取戻について」第5部を参照せよ。

第6条：占有訴権は人的でも物的でもない特異な種類の訴権である。

我々が占有訴権と呼んでいる訴権はローマ人の下では「特示命令」と呼ばれ、法務官が占有に関して何らかの事を命じたり禁じたりするする方式であったが【インテルディクトゥムとは、文字通り、訴訟当事者間において命じられたこと、にあたる】、その後、それらの諸方式は、特別な訴権へと変更され【法学提要4巻15章「特示命令について」前書】、我々もまたそのようなものとしてこれらの訴権を捉えている。

これらの訴権には、人的訴権の如何なる発生原因にも由来しないという点に鑑みれば、人的性質は見出されないし、これらの訴権の一つで訴える者は自らが、当該訴権を以て訴求しているその物の所有者であることを証明すべく義務づけられることはないので、物的訴権に相応しいところも全くない。

私の意図は慣習法に関わる諸訴権をその順序に拘ることなくここに論じることにあるので、この最終巻を五つの章に分けることにする。

第1章は抵当権と抵当訴権について。

第2章は親族買戻と買戻訴権について。

第3章は人的訴権について。

第4章は、人的訴権の帰結である命令、差押、執行、家財差押について。

である「人的訴権 *Action personnelle*」、「我々に帰属する物を占有している者を裁判官の面前で訴え、この者が当該物を我々に返還すべき旨の有責判決を受けるよう求める訴権 *l'Action par laquelle nous poursuivons pardevant le Juge celui qui possede une chose qui nous appartient, à ce qu'il soit condamné de nous la restituer*」である「物的訴権 *Action réelle*」、両者の特徴を兼ね備えた「混合訴権 *Action mixte*」という法学提要における訴権の三区分を踏襲しているが、種々の契約や不法行為に基づく訴権や所有者の所有物取戻訴権については、法学の第二の対象、つまり、「物」として既に検討済みであるため、「人的訴権の帰結 *suites de l'action personnelle*」である「命令、差押、執行、家財差押 *Arêts, Saisies, Executions et Gageries*」や、「人的でも物的でもない特異な種類の訴権 *une espèce d'action particulière qui n'est ni personnelle ni réelle*」である「占有訴権 *Action possessoire*」の他は、叙述の大半が混合訴権に割り当てられている。しかも、そこで取り上げられているのは、「遺産分割訴権 *action de partage d'une succession: actio familiae erciscundae*」、「共有物分割訴権 *action de partage d'une chose commune: actio communi dividundo*」、「境界確定訴権 *action de bornage: actio finium regundorum*」といったローマ法上のそれではなく、「フランスの慣行 *l'usage de la France*」上、混合訴権として位置づけられている二つの訴権、すなわち、「抵当権 *hypothèque*」に基づく「抵当訴権 *action hypothécaire*」と「親族取戻 *retrait lignager*」による「取戻訴権 *action du retrait lignager*」であって、中でも前者の抵当権に多くの紙数が費やされている。「抵当権が成文法の問題であるにもかかわらず、私がかこれを第三巻の主要部分に据えたのは、我々の諸慣習法が成文法とは相当に異なっているからである。また、裁判実務においてこれ以上に頻繁に用いられるものはないので、

---

第5章は占有訴権について。

抵当権が成文法の問題であるにもかかわらず、私がかこれを第三巻の主要部分に据えたのは、我々の諸慣習法が成文法とは相当に異なっているからである。また、裁判実務においてこれ以上に頻繁に用いられるものはないので、私は、市民法の規定とともに、我々の諸慣習法がそこから離れている点に注意を払いつつ、この抵当権を十分に詳細に論じた。”(Nouvelle Institution, tome III, 1-4. 引用は1702年パリ刊初版による)

私は、市民法の規定とともに、我々の諸慣習法がそこから離れている点に注意を払いつつ、この抵当権を十分に詳細に論じた *quoique l'Hypothèque soit une matière de Droit écrit, néanmoins j'en ai fait la principal partie de ce troisième Volume, par la raison que nos Coutumes y ont derogé considerablement ; et d'autant que rien n'est d'un usage plus frequent dans la pratique judiciaire, je l'ai traitée assez amplement, en observant la disposition du Droit Civil ; et en ce que nos Coutumes y ont derogé* とフェリエール自身が付言する通り、その意図するところは明らかである。「諸慣習法 *Coutumes*」との関係で「成文法 *Droit écrit*」と呼ばれしばしば「法 *Droit*」とも略称されるローマ法との相違を意識しつつ法院実務を介して生成される「フランス共通法」の象徴として、ここでは抵当権が論じられているのである。「抵当権並びに抵当訴権について *Des Hypothèques, et de l'Action hypothécaire*」と題された第4書第1章は、更に、第1部「質権あるいは抵当権一般、及び、その種類について *Du Gage ou l'Hypothèque en général, et de ses especes*」、第2部「自らの財産に物的負担を課し得る者、並びに、抵当に供され得る物について *De ceux qui peuvent obliger leurs biens, et des choses qui peuvent être hypothéqués*」、第3部「債権者間での優先権について *De la preference entre les Créanciers*」、第4部「抵当訴権について *De l'Action hypothécaire*」、第5部「抵当権の消滅事由について *Des moyens par lesquels l'Hypothèque prend fin*」、第6部「抵当財産の売却と差押解除請求、並びに、命令による裁定付与について *De la Vente et distraction des biens hypothéquez, et des Adjudications par decret*」、に区分されており、「特権化された抵当権」、つまり、抵当債権者の先取特権に関わる内容は第3部に含まれる。

この第3部では、「動産上の先取特権 *Des privileges sur meubles*」と「不動産上の先取特権 *Du privilege sur les Immeubles*」の後に「先取特権のない抵当債権者の優劣 *De la Preference entre les Créanciers Hypothécaires non privilegiez*」が扱われており、抵当権そのものではなく、時的先行性を覆す黙示あるいは明示の先取特権の有無と内容が、抵当債権者の順位の問題の中心に位置づけられているのは明らかである。そしてこのような叙述のあり方は『法学』に

も見て取れる。というのも、同書第20巻第2章「黙示の抵当権について De l'Hypothèque tacite」<sup>5)</sup>では、ローマ法上の法定抵当権と物的先取特権が特に区別されることなく雑然と列挙される一方で、フランスにおける「黙示の抵当権 hypothèque tacite」の説明は先取特権に関わらない事柄に意識的に限定され

5) “<1. 黙示の抵当権は何に由来するのか。> 黙示の抵当権とは、法律の規定や趣旨から生じる抵当権であり、当事者の行為や合意を要することなく、以下に見るような特別な優遇や特権、あるいは、債権者という人への配慮、あるいは、債権の原因によって付与される。

<2. 契約相手の財産上の国庫の抵当権。> I. 国庫と契約した者、あるいは、国庫の財産を運用し管理する者たちの総財産上に、国庫は黙示の抵当権を有する【勅法彙纂本章 [8巻14章]「如何なる場合に質は黙示に成立するのか」第1、第2、第3法文、同7巻73章「国庫の先取特権について」第1法文】。ただし、国庫が債務者の権利を承継し、その債務者自身に債務者がいる場合には、国庫は自己の債務者がその債務者の財産上に有していた以上の優先権を得ることはない。というのも、このような場合、国庫は自らが承継した個人の権利を行使しているのであって、国庫自身の先取特権を行使しているわけではないからである【後述学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第6法文】。

<3. 賃借人の財産上に生じる所有者の先取特権。> II. 所有者は、賃借人に帰属する全ての動産、あるいは、賃貸家屋に存する他人の動産上に、家賃の支払や、賃借人の負担すべき修繕のために、特定のな抵当権を有する【学説彙纂本章 [20巻2章]「如何なる場合に質乃至抵当は黙示に成立するのか」第2法文】。田園地帯の地所や農場については同じことは当てはまらず、そこに存する小作人の動産がその地代の担保として地主のために特定の抵当に供されるのは、そのような抵当権に関する明示の合意を伴う場合にだけである。このような相違の根拠は、所有者は自ら差し押さえ可能な当該地所の作物によって弁済を受けることができ、この作物について所有者は小作人の他の全ての債権者に対して優先するが、不毛でそれ自身からは何も産出しない都市の家屋にそのような担保は見出し得ないという点にある【学説彙纂本章第4及び第7法文、勅法彙纂本章第7法文、同4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」第5法文】。

家屋に持ち込まれた物が家賃の支払のために担保に供されるのだとしても、それは、当該物が移動される先がどこであっても当該担保乃至抵当権の追及を受けるということではない。というのも、それらの物を処分することもできるし、当該家屋で養っていた奴隷を解放することもできるからである【学説彙纂本章第6法文】。ただし、この抵当権はそれらの物が当該家屋において占有されている限りにおいて効力が及ぶ。なぜなら、もしそうでなければ、所有者は、物の移動によって、それに行使し得たはずの抵当権や優先権を失うことになるからである。

<4. 家屋の修繕に関する石工の抵当権。> III. 石工は、自らが築造した家屋の価

ていて、それが、第4章「債権者の優先権、並びに、旧債権者の権利の承継について De la preference des Creanciers, et de la subrogation aux droits des plus anciens」での先取特権をめぐる議論を際立たせる効果をもたらしているからである。ただしこれは、フランスにおける抵当権成立の実態を承けたものによ

額上に特定の抵当権を有する。というのも、石工は家屋の築造や修繕について当該価額の債権を有しているからである。家屋を建築しあるいは修繕するために金銭を貸し付けた者についても、金銭が建築のために貸し付けられた旨契約中に明示に記載される限り、同様である【学説彙纂本章第1法文、後述学説彙纂第42巻6章「債権者の先取特権について」第8【第5章第24】法文1節】。

〈5. 後見人の財産上に生じる未成熟被後見人の抵当権。〉Ⅳ. 未成熟乃至未成年の被後見人は、彼らの後見人や保佐人の財産上に、後見や保佐の開始日以降の精算額のために抵当権を有し【勅法彙纂本章第6法文、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、後述学説彙纂46巻6章「未成熟者乃至若年者の財産は保持されるべきこと」第12法文】、また、彼らの母が清算前に再婚した場合には、継父の財産上にも抵当権を取得する【勅法彙纂本章第6法文、同5巻35章「母が後見の職務を担い得るのは如何なる場合か」第2法文】。

〈6. 夫の財産上の妻の抵当権。〉Ⅴ. 妻は、婚姻財産上の合意に関して、婚姻日以降の夫の財産上に抵当権を取得する【勅法彙纂5巻13章「妻の財産訴権と問答契約訴権の統合について」第1法文1節】。

〈7. 自らの将来帰属財産のために父の財産上に生じる子の抵当権。〉Ⅵ. 子は、父の財産上に、父の管理する母の財産および将来帰属財産のために抵当権を有する【勅法彙纂5巻9章「再婚について」第8法文】。

〈8. 都市の事務を担当する者の財産上に生じる都市の抵当権。〉Ⅶ. 都市はその事務を担う者たちの財産上に抵当権を有する【勅法彙纂11巻36章「如何なる順番で誰が契約すべきか」第1法文】。

〈9. 死亡者の財産上に生じる受贈者の抵当権。〉Ⅷ. 受贈者は、死亡者の財産上に、遺贈の履行のために抵当権を有する【勅法彙纂6巻43章「遺贈物及び信託遺贈物の共有について」第1法文】。

黙示の抵当権に関する本章で以上に述べたところはフランスにおいても同様に妥当している。本章では以下の点だけ見ておく。

〈10. 相互の保証のために生じる共同相続持分の抵当権。〉Ⅰ. 共同相続持分は他の持分保証のために抵当に供され、ルエ元評定官とプロドーによる『法院判決集』Hの項第2章で報じられている1587年と1616年の法院判決では、第三取得者に対する抵当訴権も認められた。

Ⅱ. 妻は婚姻財産上の合意に関して婚姻日を基準に配当に与らねばならず、この点は法院判決によって承認された準則となっている。妻が夫との関係で如何なる金額について支払われるべきかについてはパリ慣習法第237条への私の注釈を参照せよ。

ぎない。フランスの慣行上、公正証書による契約に伴って債務者の総財産上に当然に抵当権が成立するとされているために、実務上問題となるのは、抵当権ではなく先取特権の有無とその順位なのである。フェリエール自身、抵当権をめぐる議論において、ローマ法による抵当権の概念規定をふまえつつ（『法学』第20章第1章「質及び抵当について、如何にしてそれらは成立するのか、それらに挿入される諸条項について Des Gages et hypotheques, et comment elles se constituent, et des clauses qui y sont inserées」第1番から第15番<sup>6)</sup>、『提要』第4書第1章第1部第1条及び第2条<sup>7)</sup>）、フランスにおける公証契

〈11. 用益権者の財産上に目的物の不正利用や損害について生じる所有者の抵当権。〉Ⅲ. 所有者は、使用収益中の修理や用益権者によって為された不正使用について、用益権の遺贈の承諾日、あるいは、贈与契約に内在する黙示の合意によって共有者間で為された用益権の相互贈与の契約日以降、共有者の義務の一つとして、黙示の抵当権を有しており、遺族の財産は、相互受贈者が用益権によって利用した財産の回復のために、相互贈与の日から黙示に抵当に供されることになる。パリ慣習法第280条へのトロンソンの注釈において引用された、我々の慣習法に関する1602年12月7日及び1625年12月11日の法院判決でその旨判示されている。”(Jurisprudence, 452-454. 引用は1688年パリ刊第二版による。)

6) “この第20巻と続く二つの巻は、上に説明した諸契約の偶素及び付属乃至従属事項、すなわち、質、按察官によって導入された訴権、利息、証明を扱う。

本章には、その表題から察せられるとおり、三つの部分が含まれている。第一部は、質及び抵当一般、第二部は、それらが設定される諸方式、そして第三部は、質を設定する契約に通常挿入される諸条項、である。

〈1. 質と抵当は如何なる点において異なるのか。〉第一部について気付かされるのは、質と抵当が法の下でしばしば同じものとみなされ、同じ意味で受け取られているという点である【本章第5法文1節】。

しかしながら、質が動産の引渡によってのみ設定されるのに対して、抵当が当事者の合意のみによって設定され、当該合意により不動産は、債務の担保のために債権者に対して義務づけられ提供されるけれども、依然として債務者の占有に留まるといふ点において、両者は異なっている。

以上から導かれるのは、質権は、抵当権のように債務者のために消滅時効にかかわることは決してないという点である。他方、抵当権は、抵当不動産の第三取得者のためのみならず、債務者のためにも、四十年の経過によって消滅時効にかかる。

〈2. 質とは何か、及び、その種類。〉質とは、債務者がその債務の担保のために債権者に提供され義務づけられた物への債権者の権利である。また、質は、当事者間に行われる契約や取引行為【上述学説彙纂2巻14章「合意について」第1法文4



約と抵当権成立の表裏一体の関係を真っ先に強調している(『法学』同第16番から第32番<sup>8)</sup>、『提要』同第1節「合意による抵当権について De l'Hypothèque conventionnelle」<sup>9)</sup>第5条から第8条)。確かに、公証契約に必然的に付随する「合意による抵当権 hypothèque conventionnelle」乃至「明示の抵当権 hy-

節】、あるいは、既に義務づけられている物【後述同20巻5章「質物及び抵当物の売却について」全体】という意味でも用いられる。

質は明示であるか黙示であるかの何れかである。後者については次の章で扱われる。明示の質とは、対話者間や、更には隔地者間において、ある物が質入れされあるいは抵当に供される場合である。

〈3. 合意による質、及び、その種類。〉この質権乃至抵当権設定にはまず、当事者の合意に由来するものがあり、そのために約定の質権乃至抵当権設定と呼ばれ【勅法彙纂8巻21章「法務官付与の質について」第2法文】、総財産に関するものと特定財産に関するものに区別される。前者は、ある人のあらゆる任意の財産一般についての質権乃至抵当権設定であり、後者は、ある債務の担保のために特別に提供された土地乃至不動産についての抵当権設定である。また、質権乃至抵当権設定は、法律に基づく場合があり、法定の質権乃至抵当権設定と呼ばれる。例えば、借家人によって家屋に持ち込まれた動産が、当事者間に如何なる合意もないにもかかわらず、義務づけられることによって、当該家屋の家主のために家賃の担保として用いられる場合がそうである。

〈4. 法務官付与の質と審判人付与の質。〉質は、更に、法務官付与の質と審判人付与の質に区分される。前者は、法務官の告示に由来するものであり、債権者による担保のための債務者の財産の差押によって成立する。これについては、後に、第42巻第4章「如何なる原因に基づいて占有付与が為されるべきか」において扱われる。後者は、執行官乃至廷吏によって行われる判決や決定の執行のための、債務者の財産に対する審判人の命令によって成立する【後述42巻1章「判決について」第15法文、勅法彙纂8巻22章「訴訟において判決の担保が徴収されるべき場合」第2法文】。

〈5. 質入れを行うことができるのは如何なる者か。〉自らの財産を自らの意思に従って管理運用し処分できる者が、それらの財産を質入れしたり抵当に供することができ、従ってそのような契約を結ぶことができる。そのような者としては、真の所有権者に加えて、所有権者と見なし得る者、例えば、永借権者、組合における持分について義務を負う組合員、用益権があるいは土地の単なる使用権を何らかの債務のために抵当に供することができる用益権者がいる【本章第11法文2節、後述学説彙纂20巻6章「質権あるいは抵当権は如何なる仕方で消滅するか」第7法文4節】。

質権は、我々のために、我々自身によってのみならず、例えば、意のままになる他人や、それではなくても、我々に対して負担されているものの担保のために設定されることになる質権の委託や追認を通じて、他人によっても設定される【本章第28法文及び第21法文】。

potheque expresse」は、当事者意思の推定や政策的な配慮に基づく本来の意味での「法定抵当権 hypothecque legale」乃至「黙示の抵当権 hypothecque tacite」とは別物であり、『提要』においても、後者は節を改めて列挙されている（第2節「法定乃至黙示の抵当権について De l'Hypothecque legale ou tacite」）

〈6. 質権に基づく訴権。〉合意に基づく質権二つを訴権を生じさせる。一つは、「質訴権」と呼ばれ訴権で、物の引渡という形式をとる質から生じる市民法上の人的訴権であり、これについては前述学説彙纂第13巻第7章「質訴権及び質反対訴権について」において既に論じられた。

もう一つは、「セルウィウス訴権乃至抵当訴権」と呼ばれ、法務官によって導入されたものであり、義務づけられた物の引渡無しに当事者の合意のみに由来する。本章及び続く五つの章で扱われるのはこちらの訴権である。

〈7. 抵当訴権とは何か。〉抵当訴権とは、債権者のために債務者が担保に供し義務を負う物の占有を、債権者が、あらゆる占有者に対して追及することによって、債権者の利益のために抵当権が設定された後に債務者によって如何なる譲渡が為されたとしても、その物が事後的に売却され、その代価によって債務が完全に弁済される、という権利であり【法学提要4巻6章「訴権について」第7節、勅法彙纂8巻14章「質について」第14及び24法文】、しかも、勅法彙纂の法によれば、主たる債務者に対して検索を行う必要もない。ただし、新しい法によれば、債権者は、債務者及び保証人に対して検索を行わない限り、自らに対する債務のために抵当に供された不動産の第三取得者に対して追及することはできない【勅法彙纂前掲第24法文への新勅法抜粋引用文】。この点は、諸博士大多数に共通する見解によれば、特定財産の抵当についても同じように解されるべきものとされている。

ところで、不動産の第三取得者が、自らが取得した不動産について債権者が如何なる抵当権も有しておらず、とりわけ、抵当権設定時に当該不動産が債務者の財産に属していなかった旨主張する場合、当該不動産がやはり債務者の占有に属していたことの証明は、訴えを提起する債権者の負担となる【本章第15法文、及び、後述学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第52法文】。

〈8. 抵当権の効力。〉抵当権の効力とは、自らの債務者の財産を、一般的に特定することなく、抵当に供された者が、「時において先んずる者は権利において優先する」という準則に従い、抵当権設定より後に現れた同じ債務者の他の全ての債権者に対して優先し【勅法彙纂8巻17章「質において誰が優先する解されるべきか」第6法文】、彼らのために特に抵当に供された財産についても、たとえ債務者の残りの財産が自らを満足させるに十分な場合を含めて、同じように彼らに優先する、というものである。

〈9. 債務者は債権者の権利を侵害してはならない。〉以上のことから、抵当権は、債権者のために抵当目的物について物的な義務を生じさせ、その結果、債務者は、例えば、当該目的物を売却贈与したり、別の者のために抵当に供したりするなど

第9条から第26条<sup>10)</sup>)。しかし、何れの抵当権もそれ自体としては時的先行性に従って順位付けられるにすぎないのであるから、以下にフェリエールの議論を敷衍するにあたって、そのような単純な抵当権ではなく、「特権化された抵当権」、つまり、物的な先取特権の成否と順位に着目する必要がある。

の仕方では債権者の権利を侵害してはならない。というのも、抵当権によって、「物を追及する物への権利が取得される」のであって、当該権利が帰属する者の行為や同意なくして覆されることはあり得ないからである。ただし、消滅時効の進行と完了が第三占有者によって主張される場合はこの限りではない。というのも、この場合、債権者は、自己に対する債務のために抵当に供された不動産の第三取得者を放置し、抵当権を主張して当該不動産を追及しなかった以上、その権利の喪失について同意したものと推定されるからである。

〈10. 質入れは如何にして行われるのか。〉第二部に関して言えば、質入れは、まず、明示もしくは黙示の合意のみによって、無条件に、あるいは、一定の期限付きで、あるいは、条件付きで行われる。この点は、抵当にも質にも当てはまる。また、質入れは、物の引渡によっても行われ、これは質にのみ当てはまる【本章第5法文及び第13法文5節、後述学説彙纂20巻4章「質あるいは抵当において優先すると解されるべきなのは誰か」第12法文2節】。

〈11. 抵当は如何にして設定されるのか。〉抵当は総財産かあるいは特定の財産について設定される。前者は、債務者のあらゆる財産をそれが何であれ一般的に、つまり、現存するものも今後取得するであろうものも何ら特定すること無しに、担保に供し義務づけるものである。これに対して、後者は、契約によって特に明示され指定された一定の財産のみを義務づけ担保とするものである【本章第29及び15法文】。

抵当は、書面によっても書面によらなくても設定されるが、その効力を発生させるのは、債務者の同意によってその財産が抵当に供され義務づけられていることが証明された場合に限られる。

〈12. 何のために抵当は設定されるのか。〉合意に基づく抵当が設定されるのは、当事者間で現に契約され、あるいは、既に契約され、あるいは、契約されるはずの債務の担保のためである。というのも、自己のために発生した債務の担保を求めることを妨げる理由は何もないからである。また、それらの債務が何に基づくのか、すなわち、消費貸借、売買、賃貸借、事務委託、その他の契約の何れに基づくのか、そしてそれが無条件、期限付き、条件付きの何れなのかは重要ではない。更に、自らの財産を抵当に供する者が、自分自身の債務のために抵当に供するのか、あるいは、他人の債務のために抵当に供するのことも重要ではない。他人の債務のために自己の財産に負担を課すことができるとしても何ら不都合はないからである【本章第5法文2節】。

〈13. 同じ財産について複数の者のために連帯して負担を課すことができる。〉同じ財産について複数の者のために連帯して負担を課すこともでき、この場合、彼らは財産全体について連帯して抵当の名目で債務者を訴えることができる【本書第10法

『法学』第20巻第4章は、学説彙纂同巻同章に対応する内容を簡潔に整理<sup>11)</sup>した上で、「<時において先ずる者は権利において優先する>という準則がフランスにおいて通用している *la regle qui prior est tempore, potior est jure a lieu en France*」ことを確認している。そしてこのことは同時に、その例外、

文】。

<14. 収益特約とは何か。> 本章の第三部は、抵当権設定時に付される特約乃至約款であり、当該契約において他に比べてより頻繁に付加される特約乃至約款が二つある。

一つは収益特約であり、これによって、債務者は、債権者が貸し付けている金銭の利息に代えて、その金銭を債権者に完済するに至るまで、抵当に供した不動産を債権者が収益することに同意する【前述学説彙纂13巻7章第7法文1節、第11法文1節、勅法彙纂4巻24章「質訴権について」第1及び2法文】。というのも、このような明示の合意がなければ、抵当不動産から債権者が取戻す果実は元本に充当され、その結果、果実は債務を償却し、元本に達したならば、物的及び人的な義務を消滅させることになる【勅法彙纂8巻27章「質物の売却について」第1法文】。

<15. 「流質特約」と呼ばれる特約は如何なるものか、そしてそれは正当か否か。> もう一つの特約は「流質特約」と呼ばれ、当該特約が為されるのは、もし債務者が債権者から借りているものを一定の期限に弁済しなかった場合、債務者が債権者に担保として供している物が買戻しの余地なく債権者の元に留まる旨、当事者間で合意された場合である【勅法彙纂2巻3章「合意について」第1法文、本章第16法文9節】。

このような特約は、上述学説彙纂18巻3章「不払解除約款」で述べたとおり、売買においては許されるが、この契約では極めて不当であるので、許されるべきではない【勅法彙纂8巻34章「質に関する特約について、及び、質における流質約款の廃止について」第3法文】。

このような区別の理由は、当該約款が売買契約に挿入された場合、当事者は契約を締結する以前と同じ状態へと回復される以上、買主が訴える理由はなく、売買目的物の所有権は売主の人格の元に留まるのに対して、当該特約が、担保提供契約に付加されるならば、債務者の財産の所有権を債権者の人格へと移転させ、通常、莫大で耐え難い損害をもたらし、取引の必要から、取るに足りない額のために多大な財産を抵当に供することを余儀なくさせられるからである。”(Jurisprudence, I, 436-441.)

7) “第1条「質権は抵当権よりも古く、ローマ人の下ではその成立形態が異なっており、他に幾つもの点において両者は異なっているけれども、その後、両者は一般に同じものを意味するものとして解されてきた (a) ]

a. 質権と抵当権は債権者の債権を担保するという同じ目的のために取り入れられた。それはまず質によって始められ、債務者はこの質に基づき自己の債務の担保のために当該債務を弁済するまで債権者に動産を与え引き渡したのであり、その結果、質は「物の引渡によって」成立する契約となった【法学提要3巻14章「要物契約は如何

すなわち、「当準則 *cette regle*」が、単なる「*抵当債権者 creanciers hypotequaires*」の優先順位を左右するに留まり、「何らかの特殊な先取特権により、他の者に対して、たとえそれが抵当権について先行する者であっても、優先するような人々との関係では妥当しない *n'a pas lieu à l'égard de ceux qui par*

なる仕方で締結されるのか」第4節】。

その後、不動産も質に供する慣行が生まれた。すなわち、債務者からその債権者へ土地その他の不動産の占有を移転する慣行である。それ故、我々が「ローマ」法において「質」と呼んでいる質契約は動産と不動産双方について締結されるようになった。

しかし、債務者が彼らの地所の占有を債権者に譲り渡すことを拒絶するということがしばしば起こったため、債権者たちはそれらの地所の抵当、つまり、合意のみによる負担で満足するようになった。ただし、そのような合意には、ローマ法上、「単なる合意は市民法上の債務や訴権を生じない」との理由から、義務づける効力はなかった。そこで衡平は、通常の法の厳格さに抗して、「合意することで自らの利益を図った」債権者の利害に應えることを望んだ。すなわち、法務官のセルウィウスは、小作人によって農場に運び入れられ持ち込まれた動産が小作料や質祖の担保に当てられ義務づけられるという趣旨で小作人と地主との間で為された抵当の合意の効力を認めたのである【法学提要4巻6章「訴権について」第7節、学説彙纂2巻14章「合意について」第17法文2節】。その後、このような抵当の承認は、義務づけられる物が動産であるか不動産であるか、あるいは、債権者に引き渡されその占有に委ねられるか否かにかかわらず、「質及び抵当のあらゆる場合に」拡張された。この合意は、常に、法務官法上の債務と、準セルウィウス訴権乃至抵当訴権と呼ばれる訴権を発生させた【前掲法学提要4巻6章7節】。「質権」と「抵当権」という語句が、そのような債務や訴権、そしてまた、債権者の権利に関して、同じ意味に同じ事柄として解されたのは以上のような経緯による。つまり、「*抵当訴権*」にかんする限り、質と抵当との間には全く差異はない。つまり、債務の担保として義務づけるべく債権者と債務者との間で合意が為される物が何であるかは全く重要ではなく、そのような物はこれら二つの何れの名称によっても含意される。しかし、他の諸点では相異なっている。すなわち、質という名称によって含意されると解されるのは、本来、同時に債権者に引き渡される物であり、それが動産である場合にはほとんどそうであるのに対して、*抵当*という名称によって本来的に含意されると解されるのは、引渡無しに合意のみによって義務づけられる物である。学説彙纂20巻1章「質及び抵当について」第5法文第1節には、「質と抵当ではただ単に用語の響きが異なるにすぎない」、とある。また、同第13巻第7章「質訴権及び質反対訴権について」第9法文第2節も同様の相違を定めており、そこには、成立形態に関連して、「本来、債権者に移転するものだけを質と呼び、占有さえも債権者に移転しない場合には、*抵当と呼ぶ*」、とある。

このように、質権と抵当権が成立する形態は互いに大きな違いがある。質権は、

quelque privilege special sont preferez aux autres, quoy qu'anterieurs en hypothèque」という論理もまた、「フランスにおいて通用している a lieu en France」ことを意味する。章の末尾において弁済による代位を通じた先行債権者の抵当権の承継についても言及されているが<sup>12)</sup>、叙述の中心を占めてい

「物によって締結される」契約、つまり、質入れされる物の引渡によって締結される契約により成立する【法学提要3巻14章第4節】。一方、抵当権は単なる合意によって成立する。それは、キュジャスが『学説彙纂パラタイトラ』20巻1章注釈で述べるところによれば、質とは「本来、何らかの物を債務弁済の保証として債権者に引き渡す契約であり、抵当とは、名誉法上、債務の代わりに何かが債務者に義務づけられる裸の合意であるので、質は物によって締結され、抵当は合意のみによって締結される」、からである。

第二に、質に基づく債務は市民法上の債務であるのに対して【学説彙纂2巻14章第1法文5節】、抵当に基づく債務は法務官法上の債務である【同第7法文2節】。

第三に、質物は債権者に引き渡され、抵当物は債務者の占有に留まる【学説彙纂13巻7章「質訴権及び質反対訴権について」第9法文2節、前掲法学提要4巻6章7節】。

第四に、債権者は、自己のために義務づけられ抵当に供された物の第三取得者や占有者を抵当訴権で訴える前に、主たる債務者を検索せねばならないが【新勅法第4勅法】、質についてはそうではない。

第2条「抵当権には、[ローマ]法上の抵当権には、合意に基づく抵当権、法律上乃至市民法上の抵当権、法務官質と呼ばれる法務官法上の抵当権、裁判質と呼ばれる裁判に基づく抵当権の四種類が存する」(Nouvelle Institution, III, 5-7.)

- 8) 「く16. 我々の慣行上、質と抵当は異なるか否か。フランスにおいて、本来、質と呼ばれるのは、金銭を借りた者が、その債務の担保として、動産を債権者の手に委ねる契約であり、抵当とは、債務者の不動産に債権者が貸し付けたものの担保としての負担を課し抵当に供する義務である。従って、既に述べた通り、動産は抵当とは無関係であり、かつ、不動産が質入れされることはない以上、これら二つは同じものと解されていない。

く17. 包括的抵当と特定の抵当は区別されるのか、区別されるとすれば如何なる点においてか。抵当は、既に述べたとおり、明示のものと黙示のもの、及び、総財産に関するものと特定財産に関するものにそれぞれ区別される。

フランスの一般的慣行によれば、包括的抵当と特定の財産の抵当との間に如何なる差異も存しない。なぜなら、何らかの不動産に抵当権を設定するあらゆる契約において、「特定の抵当権は包括的抵当権によって害されず、包括的抵当権は特定の抵当権によって害されず」との条項が挿入されており、債権者が債務者の土地乃至不動産上に特定の抵当権の設定を受ける契約や、債務者の総財産上に包括的抵当権の設定を受ける契約中にたとえそのような条項が欠けていたとしても、当該債権者は、彼に対し

るのは先行抵当権者に優先し得る先取特権者の列挙解説であり、その特徴は何よりも、「先取特権 privilege」が債務者の「不動産 les immeubles」に及ぶ場合と、「動産 les meubles」に及ぶ場合とが截然と区別されるところに存する。

【提要】第4書第1章第3部「債権者間での優先権について」においても、時

て包括的に担保に供された不動産への権利を他の債権者と同様に取得し、また逆に、特定の担保に供された不動産への権利を他の債権者以上に取得することはないからである。ただし、これらの他の債権者ととも売却を行い、「時の順位に応じて」、債務者に帰属する上記不動産その他の代価から弁済を受けることになる。というのも、抵当債権者の間では、「時において先んずる者が権利において優位する」【勅法彙纂8巻17章第2法文】からである。ただし、下記に述べるとおり、特別な優先権による場合はこの限りではない。

〈18. 検索は行われるのか、行われるとすればそれは如何なる場合か。〉従って、債権者との関係では、当該条項が欠けていても、債権者間の優先順位について一般抵当権と特定抵当権に違いはなく、違いがあるのは、債権者と抵当不動産の第三取得者との関係での検索に関してだけである。というのも、債権者の為に特に抵当に供された不動産を債務者が売却し処分した場合、当該債権者は、債務者のその他の不動産にかかっていく前に当該不動産について検索を行う義務があるからであり、この点は、ル・メストル氏の『競売論』に引用されている多くの判決において判示されているとおりである。しかし、このような検索は債務者やその債権者との関係では不要である。なぜなら、債務者の総財産について一般的に抵当権の設定を受けているにせよ、債務者に属する何らかの不動産について特に抵当権の設定を受けているにせよ、債権者は、それらの不動産が債務者の手元にある限り、それが何であれ、債務者に帰属している限りは、不動産の売却について追及することができるからである。

これに対して、ルエ氏『高等法院判決集』Hの項第9章やプギエ氏『法院判決集』Dの項第6番で扱われている諸判決の勅法彙纂第8巻第14章第24法文への新勅法抜粋引用文に即した見解にあるとおり、特に抵当に供された不動産の買主は、当該不動産に特定抵当権を有している債権者によって抵当権に基づく追及を受けた場合、当該不動産にかかってくる前に、依然債務者の占有に属している他の不動産に対する検索を求めることができる。

なお、我々の[パリ]慣習法はその第101条における特別な法によってこの検索を求めているが、この規定は他の大部分の慣習法と一致しない。これらの慣習法は、ルエ氏『判決集』Dの項第49章に引用された1606年1月21日の判決や、当該箇所ではプロドーが指摘する他の幾つかの判決によって判示されているとおり、王国外に存する債務者の財産に対する場合を除いて、当該検索を求めている。

検索は対物的であり、それ故、不動産が存する地域の慣習法によって規律される。

〈19. 不動産貸貸人は自らに対して抵当に供された物の賃貸借を存続させねばならない。〉ところで、特定抵当権は次のような特殊性を有している。すなわち、1558年

的先行性において決せられる「先取特権のない抵当債権者の優劣 la preference entre les créanciers hypothécaires non privilégiés」(第3節)に先立ち、「動産上の先取特権 privilèges sur les meubles」(第1節)と「不動産上の先取特権 privilèges sur les immeubles」(第2節)とが順次列挙されており、「優先権

1月10日の判決によって判示されたとおり、小作地の買主は、小作人が契約によって当該土地に特定抵当権を保持している場合には、前主によって定められた期間、賃貸借を存続させねばならない。というのも、もしそうでなければ、小作人が地主の財産に一般抵当権を有していない限り、当該土地の所有者や賃貸人に対する利害関係や損害賠償の請求は可能であるが、第三取得者は当該土地を追奪し小作人を追い立てることができるからである。ルエ氏『判決集』Lの項第4章へのプロドローの注釈を参照せよ。

<20. 合意による抵当権は如何にして設定されるか。> 当事者の合意に由来する明示的な抵当権が如何にして設定されるか、そしてまた、それは如何なる期日に設定されたことになるのか、を見ておく必要がある。抵当権の設定は、

1) 事前日付による欺罔を防止するため、公証人の面前で取り交わされた公正証書によって行われ、本章第34法文及び第34法文1節に反して、私署証書によっては行われない。

<21. 外国の公証人の下で締結される契約によって抵当権は設定されるか。> 外国の公証人の下で認証された義務は除かれ、ルイ13世の王令第131条によれば、そのような義務によって王国内に所在する不動産上に抵当権が設定されることはないとされる。この点は、ルエ氏『判決集』Hの項第15章でプロドローが挙げている1617年、1621年、1623年の判決によって既に判示されていた。

抵当権を設定する契約は、裁判所において宣誓を行った公職者の面前で取り交わされ、国王や諸侯によって選任され公正証書に関する裁判と法を委ねられた吏員の所管となるべきであるというのが、その理由である。

<22. 婚姻の契約による場合はどうか。> ショパンとラベの主張するところによれば、王国外で締結された婚姻の契約は嫁資及び寡婦分に関する法定抵当権を生じさせるとされ、彼らはその見解を二つの判決、すなわち、1598年8月8日の判決と1601年8月3日の判決によって裏付けている。しかし、モンロンによってその『赤服法院判決集』で第136判決として既に報告されている1617年9月7日の判決は反対の判断を下している。

<23. 教会の封印の下に締結された契約によって抵当権は設定されるか。> 第二に例外としなければならないのは、教会の封印の下に締結された契約であって、これによって抵当権が生じることはない。ルエ氏『判決集』Hの項第15章へのプロドローの注釈において引用されている1534年3月24日の判決がそのように判示している。

教会裁判権は世俗事項について如何なる管轄も権限を有しておらず、また、抵当権はローマ法の場合のように当事者の合意だけでは設定されず、契約当事者の一致と同



preference」の主体である「債権者 créanciers」一般と「抵当債権者 hypothécaires」、優先権の根拠である「先取特権 un privilegesspecial」と「一般法 le droit commun」という二つの区分を組み合わせによる一層明確な整理が企図されている<sup>13)</sup>。Ⅳ及びⅤで詳論するとおり、フランスでは動産抵当権が原則と

---

意により、国王の権威の下に、国王の役人の手を介して設定されるというのが、その理由である。

〈24. 管轄外の公証人の面前で締結された場合はどうか。〉第三に例外とされているのは、管轄外の公証人を介して成立した債務関係である。なぜなら、公証人はその管轄外では私人にすぎず、如何なる役割もその職務を果たす権限も有さないと考えられているからである。

第四に、領主の公証人を介して当該領地に居住していない者の間に成立した債務関係も、抵当権を発生させない旨、フレーヌによって報告されている1647年2月9日の判決、及び、『裁判時報』第2巻に報告されている1660年7月10日の判決によって判示されている。

後者の判決によって、高等法院は、各領主の公証人に対して、今後、公証事務の管轄内に居住していない者の間の行為を認証することを、無効の制裁を以て禁じた。

ただし、その後、『裁判時報』で伝えられている1672年7月14日の判決によれば、[パリ高等法院の]第五審尋部において、下級公証人の下でその管轄内において認証された貸金債務が、そこにかつて居住していた者の利益のために、他の場所に居住する債務者の財産上に抵当権を発生させる旨判示されている。

国王の公証人は、その管轄内において、領地及び裁判管轄内に居住していない者の間のあらゆる行為、契約、債務関係について認証することができる。この点については、私の『パリ慣習法注釈』第[107]条注釈を参照されたい。

〈25. 私署による証書や約束は如何なる場合に抵当権を成立させるか。〉2) 教会以外の公証人、あるいは、世俗の判事の面前で認証を受けた私署による証書や約束は、認証の期日から抵当権を発生させ、また、債務者が当該認証に対して異議を申し立てたり、フランソワ I 世の1539年の王令第92条や我々の慣習法第107条に基づき欠席敗訴判決を受けた場合には、認証されるべしとの判決の期日より抵当権を発生させる。ルエ氏『判決集』Hの項第4章で言及されている1588年2月17日の判決でのそのように判示されている。

更に、判決について上訴があり、当該判決が最高法院判決によって確認された場合には、1566年のムーランの王示により、当該判決の期日に抵当権が発生し、判決が確認された最高法院判決の期日に発生するわけではない。

教会裁判所の判事の面前で認証された私署証書は、ルエ氏『判決集』Hの項第15章へのプロドローの注釈で言及されている幾つもの判決によって判示されているとおり、抵当権を発生させない。

〈26. 相続人によって承認された約束は死亡者の財産上に抵当権を発生させる

して認められていないため、動産上の優先権は成文慣習法等に例外的に規定された「先取特権」に基づく他ないが、不動産上の優先権には、公証契約に付随して取得される「一般法」上の抵当権と、明示あるいは黙示の「先取特権」を備えた抵当権とが存することになる。抵当債権者は、「一般法」上、「それぞれ

か。> 債務者の存命中にはなく、死亡後にその相続人によって承認されたにすぎない証書や約束が、死亡者の財産上に抵当権を成立させることはない。従って、相続人や、死亡者の財産の取得者が、財産全体について抵当権に基づいて請求を受けることはなく、自らが相続人となった相続分乃至負担分についてのみ請求を受けることになる。そのような証書が承認された時点において、財産は死亡者ではなくその相続人に帰属しているというのがその理由であり、ル・プレートル氏『判決集』第2集第68章に言及されている判決においてもそのように判示されている。

シャロンダは反対の見解であるが、そのような見解は我々の慣行に反している。それ故、1577年6月の判決によって判示されたとおり、債権者は、死亡者の相続人によって承認された証書に基づいて、相続人に引き渡された土地に対して配当手続を求めることになる。

<27. 判決は抵当権を成立させるか、成立させるとすれば如何なる期日からか。> 3) 判決や審決は、上述ムーランの王令第53条に従って最高法院判決によって確認されたならば、先の判決の期日より敗訴者の財産上に抵当権を成立させる。この点は、抵当権設定契約を求めている各地方や慣習法においても同様に当てはまる。というのも、判決が下された以上、それを疑う理由はないので、抵当権設定契約は必要はないからである。

<28. 契約に定められた違約金が抵当権を成立させるのはいつか。> 4) 約束された事柄を履行し実行しない場合のために契約に定められた違約金は、それが如何に長い期間の経過後に裁定付与されたとしても、債務成立の日に抵当権を成立させる旨、ル・プレートル氏『判決集』第1集第63章で言及されている1608年8月13日の判決で判示されている。

そのような違約金は、「契約の本性に由来し、行為に取って代わる」が故に、契約締結日に既に義務づけられるのであって、「裁判官の職務に」由来するにすぎない違約金のように法廷における請求日に初めて義務づけられるというわけではない、というのがその理由である。トゥールーズの高等法院は異なる立場を採り、裁定付与及び有責判決の日に抵当権を成立させている【メナール『問題集』第7巻第70章】。

<29. 違約金に関する抵当権はいつ成立するのか。> 違約金に関する抵当権は、ルエ氏『判決集』Dの項第42章へのプロドーの注釈が言及する諸判決において判示されているとおり、契約や債務の成立日に成立するのであるから、違約金は債務成立日に抵当権を付されることになる。

メナール氏の『問題集』第2巻第32及び33章やドリーヴが『問題集』第3巻第25章が言及する諸判決において判示されているとおり、以上とは異なる立場がトゥールー

の抵当権の成立時や日付に従って相互に優先する sont preferez les uns aux autres selon le tems, et la datte de leurs hypotheques」にすぎず、このような時の先行性をも覆し得る優先権は、抵当権そのものではなく「先取特権」によって初めてもたらされるのである。

ズの高等法院において遵守されており、成文法地域の他の諸高等法院も同様の判断を下して、債務によって弁済を義務づけられている金額の違約金については、元本金額についての弁済順位の決定後に初めて、債権者を抵当権者とみなしている。

〈30. 未成年者によって創出され成年時に追認された債務に関する抵当権はいつ成立するのか。〉5)『裁判時報』第5巻に報じられている1667年7月23日[パリ高等法院]大法院判決において、親権解放された20才の未成年者が金銭を借り入れ、許可を得ることなく弁済約束の契約を締結したが、完全な成年に達した後に、公証人の下で認証を受けた証書によって当該弁済約束の契約を追認した場合には、債権者の抵当権は当該契約時より成立するものとされた。

未成年者は、保佐人の助力無しには有効に債務を負担することはできず、「若者の危うさ故の」過剰な損害に際しては原状回復を請求できるのである以上、未成年者によって追認された債務は債務の成立日より抵当権をもたらすというのが、その理由である。

〈31. 徴税請負人の財産に対する国王の抵当権はいつ成立するか。〉6)『裁判時報』第2巻に報じられている1658年6月13日及び1665年7月の判決で判示されたとおり、国王は、徴税請負人と契約した日から、彼らの財産上に抵当権を取得する。

〈32. 犯罪に対する罰金有責判決はいつ抵当権を成立させるか。〉7) 犯罪や不法行為の償いに関する罰金有責判決は、大逆罪、公金横領、貨幣偽造そのような重罪であるならば、それが犯された日に抵当権を成立させるが、軽微な犯罪や重大な結果をもたらさない犯罪の場合には、有責判決言渡の日に初めて抵当権は成立する。

このような区別はフランスの多くの博士たちによって承認されてはいるが、高等法院の諸判断に基づくものではないので、これを確実な準則として受け入れる必要はなく、むしろ逆に、この区別を認めることなく、抵当権は有責判決の日に生じるものと私は考える。というのも、この場合に抵当権を成立させる判決言渡が不法行為日への遡及効を有すべき如何なる理由もないし、犯罪の訴追がそれが犯された後19年を経て為され得ることに照らせば、そのような遡及効は馬鹿げてさえないし、また、有責判決言渡が犯罪時からの抵当権をもたらすとすると、場合によっては有責判決の15年や16年前に罪を犯した者と善意で契約を締結した債権者の利益を害することにもなるからである。”(Jurisprudence, I, 441-447.)

- 9) “第3条：合意による抵当権は、法によれば、当事者の合意だけで成立し、一般財産上の抵当権と特定財産上の抵当権に区分される。前者は、抵当権の効力の及び得る現在並びに将来のあらゆる財産を一般的に包括し、後者は、明記され表明された財産のみを包括する。

債務者の不動産に関して先行抵当権者に優先し得る先取特権者として『法学』で列挙されているのは、順に、債権者の一人として「競売の実行 la poursuite des criées」その他の「裁判費用 frais de Justice」を支出した者、「葬儀費用 frais funéraires」の出捐者や死亡に繋がる疾患の治療に関わった「医者、理

第4条：特定財産上の特定抵当権が債務者の他の全ての財産上の一般抵当権と組み合わされている場合には、債権者は特定抵当権を行使する義務がある。

第5条：合意による抵当権は、フランスでは、公証人の下で締結された契約によってのみ成立する。しかも、そのようにして締結された有効に為された契約は全て、たとえ財産の抵当や義務づけについて全く言及されておらず、あるいはまた、債権者の不在時に締結されても公証人によって記載されれば、債務者の現在及び将来の全財産上に抵当権を発生させる。

第6条：ただし、国王公証人もしくは下級公証人によって管轄地外で締結された契約、域外に居住する人々の間で下級公証人を介して締結された契約、他地方の公証人によって締結された契約、司教区の公証人によって締結された契約、はこの限りではない。

第7条：ノルマンディでは、契約が公証人の下で締結されるだけでは足りず、更に当該契約が監査される必要がある。

第8条：抵当権は、それが如何なるものであれ、〈無条件〉、あるいは、〈期限付きで〉、あるいは、〈条件付きで〉発生した何らかの債務のために、抵当権が担保する物の全部あるいは一部が引き渡される前に成立し、また、抵当権が債務の発生に先んじる場合もある。”(Nouvelle Institution, III, 8-14. ただし注は省略した。)

10) “第9条：黙示の抵当権とは、特定の人や事件のための先取特権として、当事者の黙示の合意、もしくは、法律の規定から生じる抵当権である。

第10条：1. 国庫の抵当権は、租税その他国庫に帰属する諸権利や、国家が締結する契約のために存する。

第11条：この抵当権は、罰金その他の刑事罰や、国庫が承継した者の契約に関しては、機能しない。

第12条：2. 夫に属する嫁資の抵当権は、嫁資を約束した者の財産上に、その支払いを受けるために存し、また、妻やその相続人にとっては、夫が未成年である場合も含めて夫の財産上に、その返還のために存する。

第13条：妻の抵当権は、その生活費用のために、夫の財産上に存する。

第14条：3. 未成熟者や未成年者の抵当権は、後見人や保佐人の財産上に、たとえ事務を執行しなかった場合であっても存し、浪費者や錯乱者の抵当権は保佐人の財産上に、未成熟者の抵当権は補充後見人の財産上に、それぞれ存する。

第15条：他方、後見人や保佐人は、未成熟者や、保佐に付されている者のために、出捐したものの償還のために同様の抵当権を取得することはない。

第16条：抵当権設定契約を要する諸地方においては、設定契約が無くても、未成年

髮兼外科医、薬剤師 Medecins, Chirurgiens et Apotiquaires]、「不動産を売却した者 celui qui a vendu un immeuble」]、「家屋や地所の取得のために金銭を貸し付けた者 celui qui a presté de l'argent pour l'acquisition d'une maison ou heritage」]、「官職の購入のために金銭を貸し付けた者 celui qui a presté de l'argent

者には、その後見人や保佐人の財産上に抵当権が付与される。

第17条：4. 子の抵当権は、再婚した父や母が先に死亡した場合にその財産上に、初婚における子に留保すべき婚姻上の利益の担保のために存する。

第18条：5. 子の抵当権は、保護監督者の財産上に、使用収益権の濫用に際して存する。

第19条：6. 後見事務に関して清算する前に再婚した母親の子の抵当権は、継父の財産上に存する。

第20条：7. 男子の利益のため、あるいは、長子の利益のために、一定額の金銭と引き換えに、自らの生じる父方や母方の相続権を放棄した女子あるいは次子は、父や母の死亡日におけるその金銭の支払いの担保のために、抵当権の約定が無くても、黙示の抵当権を取得する。

第21条：8. 高位聖職者や聖職禄受領者の財産上の教会の抵当権は、不適切な聖務執行や、自らの教会あるいは聖職禄に帰属する財産の回復のために存する。9. 救護院や都市についての同様の抵当権が、その事務執行者の財産上に存する。

第22条：10. 補充指定者の抵当権は、原状回復の義務を負う相続人の財産上に、当該財産上に相続人によって惹起された損害のために、その請求の日より存する。

第23条：11. 遺贈による抵当権は遺言者の財産上に存する。

第24条：市民法によれば、共同相続持分は、明示の約定が無ければ、相互に保証のために抵当に供されることはない。

第25条：12. しかし、このような場合、フランスでは、慣行により、黙示の抵当権を導入し、共有債務を弁済すべく義務づけられていたり、あるいは、共同相続持分について追奪された共同相続人は、他の共同相続人たちの持分に属する相続財産の第三取得者に対して、自らが他の共同相続人のために弁済した債務の部分が求償されるように、抵当権を主張できる。

第26条：13. 建築されあるいは改築された家屋上に存する石工その他の職人の先取特権、14. 賃借人の動産上に存する所有者の先取特権、そして、15. 官吏の汚職のための役所上に存する先取特権は、衡平によって導入された黙示の抵当権である。”

(Nouvelle Institution, III, 15-23. ただし注は省略した。)

- 11) “債権者は、債務者の財産上の担保権乃至抵当権によって、債務の履行を受けるためにそれらの財産を追及し売却させることができるが、債務者の財産が全ての抵当債権者を満足させるには不十分であるが故に、それらの債権者の中で優先権をめぐって争いが起こり、債務者の財産からの配当に与り有利な配当順位を得ることを各債権者が求めることがしばしばある。これが本章で扱われる事柄である。

pour l'achat d'un Office]、「死亡者の債権者 creancier d'un défunt」等である<sup>14)</sup>。一方、『提要』では、「裁判費用 frais de justice」の支出者、「家屋、地所、官職、定期金の取得のために貸し付けた者 celui qui a presté pour l'acquisition d'une maison, d'un heritage, d'un Office ou d'une Rente]、「自己の地所その

〈1. 時の先行は抵当債権者に優先権を与える〉債務者の財産をめぐる抵当債権者の優先権にかんしては、次のような一般的準則が遵守されねばならない。それはすなわち、債務者の財産上に最も古い抵当権を有する者であれば誰でも他の全ての者に優先し【本章第8及び第10法文、勅法彙纂8巻18[17]章「質において優先すると解されるのは誰か」第2法文、同4巻28章「マケドニウス元老院議決について」第4法文】、最も古い債権者が包括的抵当権を有するに留まり、後続債権者が特定の抵当権を有する場合であってもそうである【本章第2法文、勅法彙纂8巻18章第6及び第8法文】。ただし、最も古い債権者が、債務者の総財産上の包括的抵当権以外に、一定の土地上に特定の抵当権をも有している場合はこの限りではない。というのも、この場合、債権者は、特定の抵当権を確保している地所の代価によって完全な債務の履行を受けることができるので、彼が包括的抵当権を有する他の地所に最古の債権者としての権利の行使を、後に続く債権者の犠牲の下に主張するのは無意味であるから【勅法彙纂8巻14[13]巻「質について」第2法文】。

〈2. この準則は無担保債権者間において妥当するのか〉この準則は、抵当債権者、つまり、債務者の財産上に抵当権を有する者の間でのみ妥当する。従って、その優先権は、抵当権が設定された貸付や契約を行った日ではなく、抵当権成立の日から存することになり、例えば、二人の者がティティウスに金銭を貸し付け、先に貸し付けた者がティティウスの財産に抵当権の設定を受けていない場合には、優先権を発生させるのは抵当権である以上、後に貸し付けた者が先に貸し付けた者に優先する【本書第12法文12節】。

〈3. この優先権は国庫との関係で妥当するかどうか〉この優先権は、個々人だけではなく、国庫や公共体との関係でも遵守される【本章第8及び第21法文、勅法彙纂8巻18章第4法文】。なぜなら、後続債権者の先取特権は、抵当権において先んじている債権者の先行権を覆すことはないからである。

〈4. 抵当権は文書によって設定されるのか〉当準則は、公正証書によって設定された抵当権を有する者にかんするものと解されねばならない。というのも、私署証書による抵当権を有するに留まる者は、公的で真正な書面に裏付けられた抵当権を有する他の後続債権者には優先せず、もしそうでなければ極めて容易に犯されるであろう詐害行為が防止されているからである。ただし、そのような私的文書であっても、信用に値する三人の証人の署名があれば、公正証書の場合と変わらない効力を有する【勅法彙纂8巻18章第11法文】。

〈5. 当準則は先取特権を付与された債権者に対しても通用するかどうか〉「時において先んずる者は権利において優先する」という準則は、抵当債権者と、抵当権に

他の不動産を売却した者 celui qui a vendu son heritage ou autres immeubles」、家屋の建築や修繕に従事した「建築請負人、石工その他の職人 L'Entrepreneur ou le Maçon et les autres Ouvriers」、家屋の建築や修繕のために金銭を貸し付けた者 celui qui a presté ses deniers pour bâtir ou retablir une maison」、貢租

かんして先んじている債権者をも含めた全ての債権者に対する優先権をもたらすような何らかの先取特権に依拠する者との間では妥当しない。〈6. 先取特権を有する債権者〉以下のような者がそのような者にあたる。

〈7. 物の取得のために貸し付けた者の先取特権〉Ⅰ. 何らかの物の取得のために金銭を貸し付け、なおかつ、その物について特権化された抵当権を確保した者【勅法彙纂8巻18章第7法文】。

〈8. 修繕のために貸し付けた者の先取特権〉Ⅱ. 例えば家屋のような物の修繕のために貸し付けた者は、明示の合意によって当該物について先取特権を確保しさえすれば、そのような者にあたる【本章第5及び第6法文、勅法彙纂上掲第7法文、同8巻14章第17法文】。

〈9. 嫁資や夫婦財産契約のために夫の財産上に存する妻の優先権〉Ⅲ. 妻は、嫁資として引き渡された金銭のために、夫の財産について、全ての債権者、つまり、抵当権において先行しなおかつ最初に動産を差し押さえた債権者にさえも優先する【勅法彙纂8巻18章第12法文末尾】。というのも、妻の嫁資が夫の不品行によって失われるのを防ぐことが公益に適うからである【後述24巻3章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるのか」第1法文】。この妻の先取特権が、明示の抵当権を有する者の権利に対しても妻を優先させるのか、それとも、黙示の抵当権を有する者との関係でのみそうなるのか、についてはかなり争いがある。

最も支持されているのは、妻が当該先取特権によって、夫の財産上に明示の抵当権を有する者を含めた全ての債権者に優先すると考える人々の見解である。

反対の見解にも理由がないわけではなく、勅法彙纂上掲第12法文へのキュジャースの注釈、後述24巻3章第1法文へのバルボサの注釈第6部第4番、その他幾人かによって支持されている。

〈10. 葬儀費用のための優先権〉Ⅳ. 葬儀費用の債権者もそうであり、全ての抵当債権者に対して、彼らが如何なる先取特権を有する場合であっても、優先する【上述11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀の仕方について」第14法文1節、後述35巻2章「ファルキディウス法について」第1法文末尾、勅法彙纂6巻30章「熟慮権、並びに、相続の承認乃至承継について」第22法文9節】。

〈11. 無担保債権者は競売代金配当に与る〉当準則は無担保債権者の間には妥当せず、彼らは等しい権利を有するので、債務者の財産が彼らを満足させるに十分ではない場合には、債務者の破産に憂き目に会って、僅かな額の配当を得ることになる【後述42巻6章「債権者の先取特権について」第32法文】。ただし、その内に幾人か先取特権を有する者がある場合にはこの限りではない。というのも、そのような場合、彼

徴収者たる領主 Seigneur Censier]、「不動産賃貸借に基づく地代の債権者 Créancier de la rente de bail d'heritage」等が挙げられ、更に、家屋建築費の貸付者が、当該家屋の評価額に限っては、地代債権者にも優先することや、「供託金保管人 Receveurs des Consignations」等に金銭を供託した者、競売や執行に

らは平等は配当の適用外であるから。

〈12. 土地の所有者は建物築造のために貸し付けた者に優先するのか〉 V. 土地の所有者、あるいは、土地について抵当権の設定を受けている者は、そこに家屋を建築するために金銭を貸し付けた者に優先する。なぜなら、「建物は土地に従う」からである【法学提要2巻1章「物の区分並びに性質について」第29節、前述同名1巻8章】第7法文10節、前述6巻1章「所有物取戻請求訴権について」第23法文6及び7節、勅法彙纂同名3巻32章第2法文、後述43巻18章「地上権について」第2法文】。

しかしながら、後述第42巻第6章「債権者の先取特権について」第34法文や新勅法第97勅法「嫁資並びに婚姻前贈与の衡平について」第3節、本章第5法文に従えば、家屋を建築する者が、その代価について、建築がなされる土地の持ち主である者に優先されねばならないように見える。上記第97勅法第3節で皇帝「ユスティニアヌス」は、大型船や家屋を購入するため、あるいは、その修復を注文するために金銭を貸し付けた者が先行するあらゆる債権者に優先する旨のべている。

それでもなお、上記本章第5法文へのアックルシウスの注釈に従い、これらの法文が家屋において為される修繕に関わるものであって、債務者には帰属しない土地上で全体として建築される家屋とは無関係であると解するのが当を得ている。つまり、家屋の修繕の注文を受けられるように金銭を貸し付けた者は、その金額について、土地の所有者に優先するのである。というのも、修繕は新たな建物築造よりも有益であり、家屋の所有者はその維持や修繕を義務づけられてはいても【上述1巻18章「統治担当者の職務について」第7法文】、それを建て直す義務までではないからである。

これまで述べたのは、債権者の優先権にかんする本章の前半部分についてであり、次に、旧債権者の地位への債権者の代位に関わる後半部分に論を進める必要がある。

〈13. 債権者は如何なる場合に、旧債権者の諸権限や抵当権に代位することができるのか〉例えば、ある者が、先順位の債権者の債権から解放されるために債務者に金銭を貸し付け、この債権者との間でその地位を代位について特約を結んだならば、これによって、債務者に貸し付けられるかもしれない金額ではなく、先順位の債権者が返済を受けるはずだった金額の範囲で先順位の債権者の権利を代位する。というのも、後続の債権者たちを害してはならないし、先順位の者が得られたかもしれない以上の権利をそこから得ることはできないからである【本章第12法文8節】。このような代位によって次順位の債権者に優先することはできるが、明示の合意がなければ代位は生じない【同第8節】。(Jurisprudence, 459-462. 引用は1688年パリ刊第二版による)

12) “〈38. 債権者による他の債権者の諸権利の代位は如何なる場合に生じるのか〉代



際して「執行官 Huissiers」や「執達吏 Sergens」に金銭を支払った者が、各官職の売主や購入費貸付者との関係で優先することにも言及がある<sup>15)</sup>。一見して明らかなおと、『法学』では死亡した債務者の不動産にも及ぶと解されていた葬儀屋、医者、薬剤師等の先取特権が『提要』では取り上げられていない。

位に関して以下に論じるとおり、ある者の先順位債権者の諸権利に代位すると主張する者は、部外者であるか、債権者の一人であるかの何れかである。

部外者、つまり、債権者ではない者は、三つの仕方で、旧債権者の抵当権を受け継ぐ。

第一の仕方は、部外者が、債務者から債権者に弁済されるべきものを債権者に弁済したときであり、この場合、債権者の諸権利に代位するためには、部外者が債権者から譲渡を受けることが必要であり、そうでなければ債権者の抵当権を利用することはできない。また、後述46巻3章「弁済並びに免除について」第76法文へのアックルシウスの注釈での区分によれば、債務者の方で弁済が為される場合には、当該代位は「適時に」つまり「弁済期限」に行われねばならないが、自らの金銭で支払う者のように弁済者自身の方で弁済が為された場合には、「期限後に」も代位可能であるとされる。

第二の仕方は、債権者ではない者が、当該債権者の諸権利に代位する旨の合意や特約を備えた上で、旧債権者への弁済するための金銭を債務者に貸し付けたときであり、この場合、ルエ氏『法院判決集』Cの項第38章でプロドーが言及する大審部で下された1605年1月15日の法院判決で判示されているとおり、他の全ての者に優先する。

債務者が新たな債務を負うわけではなく、旧債権者への債務が別の人へと移転するだけであるので、他の債権者たちが被害を被ることはないというのがその理由である。

〈39. 売主の債権者に返済するために、地所購入の代金を用いた者は、当然にそれらの債権者に権利に代位するのか〉上記の点〔特約という要件〕は、複数の債権者のために抵当に供されている地所を、売主の領収証の下に代価を彼らに支払うという条件で、購入する者には当てはまらない。なぜなら、この場合、購入者が、代位特約や譲渡の欠如にもかかわらず、当然に債権者たちの地位や抵当権に代位することは、勅法彙纂8巻19〔18〕章「先順位債権者の地位を承継する者について」第3法文にあるとおりであるし、ルエ氏『法院判決集』前掲箇所でもプロドーが言及する1622年及び1644年の両法院判決においてもそのように判示されているからである。

第三の仕方は、例えば担保提供や連帯債務を理由とする場合のように、裁判官の判決によって部外者が先順位債権者に弁済するときであり、この場合、部外者は債権者と同一の抵当権に代位する。

自らの金銭で先順位債権者に弁済する次順位債権者は、彼が行った弁済に鑑み、「法の黙示の趣旨により」抵当権の代位特約が無くても、先順位債権者の地位を承継

これはⅣでみるとおり、法院判決や学説において議論のあった論点であり、死亡者の動産に先取特権の効力を限定する方向へ改説されたものと思われる。他にも幾つか食い違いはあるものの、裁判費用の負担者、官職や土地定期金を含む不動産一般の売主や購入費貸付者、家屋建築費乃至修繕費の貸付者といった

する。これは、ドリーヴ『法院判決集』第4巻第14章で言及される1628年8月1日の法院判決により、勅法彙纂8巻14[15]章「質について」第22法文、同18章第1法文、同19章第4法文に照らして、トゥールーズ高等法院で判示されたとおりである。

譲渡と代位特約については、パリ慣習法第108条について述べたところを参照されたい。”(Jurisprudence, 466-467.)

- 13) “支払不能となった債務者の債権者の間での優先権は、特殊な先取特権かあるいは一般法に基づいている。動産上の優先権は、共通法上、全ての債権者はそれが誰であれ債務者の動産に関して平等である点に鑑みれば、何らかの先取特権に基づいていることになり、不動産に関しては、債権者の中である者が他の者より優先されるような先取特権が存する一方、先取特権の付与されていない他の抵当債権者については、一般法上、それぞれの抵当権の成立時や日付に従って他の者に優先することになるのは、本章の最初の三節において論じる通りである。”(Nouvelle Institution, 50-51.)
- 14) “本章において説明してきた、「時において先んずる者は権利において優先する」との準則はフランスにおいても通用しており、より早い時期の抵当債権者が債務者の不動産について他の抵当債権者に優先する。

この準則は、何らかの特殊な先取特権により、債務者の不動産に関して、たとえそれが抵当権について先行する者であっても、他の者に優先する人々との関係では、妥当しない。そのような人々は以下の通り。

〈14. 裁判費用は全ての債権者に優先する〉Ⅰ. 競売の実行のための費用のように債権者が債務者との関係で支出する裁判費用について弁済を受けるべき者。

〈15. 葬儀費用、医者、理髪兼外科医、薬剤師の先取特権〉Ⅱ. 葬儀費用の債権者。これについては第11巻第7章「宗教物、葬儀費用、並びに、葬儀の仕方について」で既に述べたとおりである。

医者、理髪兼外科医、薬剤師は、直近の病気の際の診療代や患者に処方された薬について、葬儀費用に準じるが、それ以前の病気に際して処方された薬についてはそうではなく、これについて彼らが先取特権を有することはない。[パリ高等法院] 第五審尋部の諸判決の中で援用されている1611年3月7日の法院判決でそのように判示されている。

〈16. 不動産を売却した者の自らに支払われるべき代金にかんする優先権〉Ⅲ. 不動産を売却した者は、ルエ氏の『パリ高等法院判決集』Hの項第21章でプロドーによって言及されている従来の法院判決において判示されていたように、特権化された抵当権を自らに留保していなくても、売買代金について優先する。このような場合に売主が前述の特約無しに先取特権を取得する旨判示したのは最新の法院判決である。

ところが主要な先取特権者として想定されているのは明らかであり、この内、自身が抵当債権者であるか否かは問題とならない裁判費用の負担者を除いた後二者が、公証人を介した不動産取引において黙示乃至明示に「特権化された抵当権」を取得する者に当たることになる。『提要』での議論の方がより網羅的

この点は、メナールによって報じられた諸法院判決において判示されているとおり、トゥールーズの高等法院においても、ローマ法の厳格さに抗して、同様に遵守されている。ローマ法は、このような場合、他の債権者に対する如何なる先取特権も優先権も伴うことのない人的訴権を売主に与えるにすぎない。

『法廷時報』で報じられているパリ高等法院第二審尋部の1673年6月1日〔正しくは1672年5月9日：『提要』第104条注a参照〕の法院判決では、地所の売主は、代金の一部しか受領しておらず、残額について特定の特権化された抵当権を自らに留保している場合に、買主が当該地所の売却によって得られた利益について、直接、第三取得者に対し訴求でき、前もって買主の財産を検索する義務はない旨、判示された。

〈17. 地所の購入のために金銭を貸し付けた者の優先権〉Ⅳ. 家屋や地所の取得のために金銭を貸し付けた者は、それらの家屋や地所の代価について、抵当権に関して先んずる他の抵当債権者に優先するが、それは、取得契約の中で、当該地所が某の金銭によって購入された旨記載され、当該取得代金の受領者が差し入れた領収証に、当該代金の支払いがこの目的のために某から借り受けた金銭によって為された旨明示された場合に限られる。これ以外においては、たとえ当該地所の敷地部分が某債権者の金銭によって購入されたように見えてとしても、その点について何も言及されていないければ、この債権者は当該地所について特権化された抵当権を取得することはない。これは、ルエ氏の『高等法院判決集』Hの項第21章に扱われている1592年と1606年の判決において判示されたとおりである。

家屋を建築したり家屋の修繕を行った石工が、他のあらゆる債権者に優先し、医者、理髪兼外科医、薬剤師にさえ優先するという点は、1591年7月23日の法院判決で判示されたとおりである。

〈18. 官職の購入のために貸し付けた者の優先権〉同様に、官職の購入のために金銭を貸し付けた者は、たとえ官職売却による金銭が配当される場合においても、他のあらゆる債権者に優先する。

〈19. 供託金の債権者は、破産した裁判所書記官職の代価の債権者に優先するかどうか〉ただし、破産した裁判所書記官の下に供託されていた金銭について、その債権者は、当該書記官職の代価の債権者に優先する旨、『法廷時報』に報じられているパリ高等法院の第四審尋部1671年8月7日判決に判示された。

〈20. 死亡者の債権者は相続人の債権者に優先するかどうか〉Ⅴ. ル・プレートル氏の『重要法院判決集』に言及されている赤服法廷判決によれば、死亡者の債権者は、貸付金が死亡者の地所に由来する限り、相続人の債権者に優先するとされる。

かつ詳細なのは確かであるが、『法学』においても、先取特権者間の優劣について、「裁判所書記官 Greffier」への供託者が当該官職の売主や購入費貸付者に優先する点や、建築費貸付者が建物の代価分について土地定期金債権者に優先する点は指摘されている。また、先取特権者として優遇される理由に照らせ

〈21. 土地の賃貸人は建物築造のために貸し付けた債権者に優先するのか〉デュ・フレーヌが『裁判時報』第1巻で報じている1655年1月15日の法院判決では、土地が建築目的で定期金に供されていても、建物築造のために金銭を貸し付けた債権者の利益のために、建物の評価額について売却が行われねばならない旨判示されており、これは、学説彙纂第42巻第6章第26及び第34法文を踏まえたものであって、その箇所では法律家〔パウルス及びマルキアヌス〕は「船舶の製造、購入、艤装のために何らかの仕方です貸し付けた場合には先取特権を取得する」と述べている。”(Jurisprudence, 462-463.)

15) “第99条：債務者の支払不能に際して、その不動産の公的競売による売却金について債権者たちが従う配当順序を知るためには、三種類の債権者、すなわち、無担保債権者 (a)、抵当債権者 (b)、先取特権者 (c) を区別せねばならない。

a. これは債務者に対して抵当権を伴うことなく人的訴権のみを有する債権者であり、人的債権者や動産債権者とも呼ばれる。

b. これは明示あるいは黙示の抵当権を有する債権者である。

c. 不動産上の先取特権は法律の規定に基づいている。というのも、他の債権者を書してまで自己のためにそのような先取特権を得ることはできないからである。

第100条：単純な無担保債権者は互いに平等であり、最も先行する者であっても他の者に対する優先権はなく、動産と同様に不動産についても僅かな額で按分配当に与ることになる (a)。

a. 勅法彙纂7巻72章「審判人の権威による財産の占有と売却、並びに、財産分離について」第6法文。

第101条：抵当権は時によって、先取特権あるいは特権化された債権は原因によって、それぞれ順位付けられる (a)。

a. 「先取特権は時ではなく原因に基づき評価される」学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第17法文。先取特権を有していない抵当債権者の間では、日付において先んじている者が後続の抵当権を有する他の者に優先して弁済を受けるが【勅法彙纂8巻18章「質において優先されると解されるのは誰か」第2法文】、先取特権を有する抵当債権者にかんしては、その債権の時ではなく原因が考慮されるので、原因がより優遇されている者が優先することになる。

第102条：1. 裁判費用は全ての債権者に対して優先される (a)。2. 家屋、地所、官職、定期金の取得のために貸し付けた者は、目的物上に特権化された抵当権の特約を備えることで、その物について購入者の他の全ての債権者に優先する (b)。

a. 前述第74条を参照せよ。

ば、『提要』では区別されているように見える建築や修繕を請け負った職人等と費用貸付者との相違も相対的なものにすぎない。実際、職人等の先取特権の論拠とされているのは、船舶の機装や修理のために貸し付けた者が先行抵当権者に優先するという文脈において、「この者の金銭によって質物全体の価値が

b. 勅法彙纂8巻14章「質について」第2法文、及び、同18章第7法文による。後者の法文には、「同じ質が複数の債権者に別々の時に供された場合に先行する者が優先するとしても、自らの金銭によって不動産が取得されたことが証明され、当該不動産が自らに特定の質入れされる旨明確に合意されている者は、法の權威の下、全ての者に優位する旨宣言される」、とある。

第103条：自己の地所その他の不動産を、代金あるいは残余代金のために特権化された抵当権の特約無しに売却した者は、厳格に解せば先取特権を有しないが(a)、慣行はこれに反対である(b)。

a. 古い法院判決[、すなわち、ルエ氏『重要法院判決集』Hの項第21章への注解でプロドーが言及している1608年5月14日並びに1621年8月26日の法院判決：(訳者注)この部分は注釈bの冒頭に置かれているが明らかに誤植なのでここに挿入する]は、この点についてそのように判示していた。売買によって売主は不動産の所有権を移転するので、買主に対しては、代金あるいは残余代金の支払について「売買」に基づく人的訴権を、勅法彙纂8巻18章第7法文【「債権者が金銭の貸付を証明しその旨合意されている場合に】】や同8巻14章第17法文にあるとおり、契約日以降の単純な抵当権を伴って行使できるにすぎないというのがその理由であり、実際、私の財産の中から購入されたものがもはや私には帰属しないこと、そしてまた、私は明示の特約によってのみ先取特権を得ること、は明らかである。つまり、「債権者は、不動産の購入のために特約無しに金銭を貸し付けるならば、人的債権者間における先取特権を取得し、特約があれば抵当債権者間における先取特権を取得する」のである。というのも、特定の特権化された抵当権を取得するためには、このような場合、契約かあるいは目的物の引渡に「直接」挿入された明示の合意乃至条項に裏付けられることを要し、それ故、「当該先取特権の原因があって」初めて目的物が引き渡されたと確実に言えなければならないからである。

b. プギエ『高等法院判決集』Hの項第12章において二つの法院判決、一つは1628年4月30日判決、もう一つは次の年の9月8日判決、を挙げており、その述べるところによれば、新たな法理に鑑み、予め定められた期限に支払われるべき所定の代金と引き換えに地所を売却した者は、代金支払がない場合、特約乃至合意がなくても目的物上に黙示の抵当権、並びに、先取特権を取得すると判示された。これは、「目的物は、抵当権ではなく所有権の故に売主によって取り戻される」という点に基づいている。すなわち、売却された動産や商品が売主に代金が支払われるまでは、売主はそのような条件の下に売却したと推定される以上、買主に帰属することはないのだとすれば、不動産の所有権もまた、代金全額を支払って初めて取得者に移転すると言うべき

保たれた *hujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam*」とする法文<sup>16)</sup>である。

論拠に関して言えば、両書とも、今挙げた例のごとく時に相当の柔軟さをもって参照されるローマ法文に加えて、あるいはそれ以上に、法院判決を議論

であり、この点について何も不当なところはないので、取得者の債権者が異議を申し立てることはできない。逆に、売却されあるいは定期金と引き換えに委ねられた地所について売主のための抵当権の特約を挿入し忘れた公証人の懈怠が、衡平と契約上の信義によって補われるべき権利を売主に失わせてしまうのは不当である。

このような法的慣行がトゥールーズ高等法院でも承認されていることは、ドリーヴ氏が『問題集』第4巻第20章で知らせている通りである。

第104条：地所の売主が、代金あるいは残余代金について特定の特権化された抵当権を約定した場合、第三取得者に対してその売主への検索無しに追及することができる(a)。

a. これは、最初の買主が特約され留保された特定の抵当権により代金の現実かつ全額の支払までは地所の所有権を留保したとみなされ、それ故、当該地所を取り戻し得るとの理由による。そしてこれは、学説彙纂14巻4章第5法文17節に関するキュジャスの見解でもある。「つまり、買主が所有者となるには代金を支払う他ないと解すべきである。このような事態の利点は、その間、買主が使用取得することはなく、逆に売主は、依然として所有者であるので、売却物を取り戻し得るという点に存する」、のである。グロー氏の報告に基づく第二審尋部の1672年5月9日の法院判決においても同趣旨に判示され、売主は検索を免除された。

第105条：建築請負人、石工その他の職人は建築あるいは修繕された家屋上に先取特権を有し、当該先取特権を取得するに当たって特約は不要である(a)。

a. 学説彙纂20巻2章「如何なる原因によって質乃至抵当は黙示に締結されるのか」第1法文、同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5法文。なぜなら、このような者は、「物が債務者の財産に存することで、質物の価値が保持されて他の債権者たちのためになる」ようにしているからである【同第6法文】。

第106条：他方、家屋の建築や修繕のために金銭を貸し付けた者に対しては、用途について明示の特約がない限り、同様の先取特権が与えられることはないが(a)、先取特権を取得するために建築仕様書について公証人の認証を要するわけではない(b)。

a. 勅法彙纂8巻14章第17法文においてディオクレティアヌスとマクシミアヌス両帝が述べるところよれば、「汝の兄弟が汝から消費貸借として受領した金銭によって不動産が取得されたとしても、特定のあるいは包括的に当該不動産を担保に取っていない限り、汝の金銭による支払が質の責任をもたらずわけではない。無論、人的訴権によって総督の下に債権を訴え出することは妨げない」、とされており、この点は、同

の裏付けとして頻繁に引用している。フェリエールによる判決引用の大半は、パリ高等法院の第五審尋部評定官ジョルジュ・ルエ Georges Louet (1540? - 1608年) による『パリ高等法院で下された重要な法院判決の集成 Recueil d'aucuns notables arrêts donnez en la cour de parlement de Paris』(1602年初版)

じ両帝による勅法彙纂8巻18章第7法文においても承認されている。譲渡、移転、代位に関する後述第4及び第5節を参照せよ。

家屋を建築あるいは修復した職人に報酬を支払うため、あるいは、誰かのために何かを購入するために、自己の金銭を用いられた費やされた未成熟被後見人は、学説彙纂27巻9章第3法文前書及び勅法彙纂7巻8章第6法文によれば、特約無しに当該物に特別な先取特権を有するとされる。しかし、未成熟被後見人にとって有利なこの規定はフランスでは通用しておらず、彼らの金銭の費消は、このような仕方での費消が為されたとしても、後見人の人的責任に帰されることになる。

b. 『法廷時報』第6部で報じられている1678年2月25日においてそのように判示された。建築工事のために貸し付けた者に対して特定の抵当権を付与するのに建築仕様書を要するというになると、債務者は建築の計画についてもはや拡張あるいは変更することができない上に、建築仕様書が作成されなければそもそも貸付がされないということにもなりかねない、というのがその理由である。

第107条：貢租徴収者たる領主の権利は、家屋の建築や修繕に用いられた貸付金の債権者の権利に優越し(a)、不動産貸借に基づく地代の債権者もまた、家屋建築のために貸し付けた者に対して、土地の価額の限度で優先する(b)。

a. 「他人の土地上に設けられた地上物は質入れ可能であるが、それは、地代が支払われない場合には土地所有者に優先権が存するという条件においてである」【学説彙纂20巻4章第15法文】。というのも、「他人の土地上の築造されたものは土地に服する」【同20巻1章第29法文】からである。プギエ『法院判決集』Sの項第12章に報じられている1626年の法院判決においてそのように判示された。

b. モルナク『考察集』学説彙纂20巻4章第5法文注解で言及されている1604年7月8日の法院判決においてそのように判示されている。なお、『裁判時報』第3巻で報じられている1676年2月15日の別の法院判決では、労務受領書を有する債権者は家屋の建築のために貸し付けた債権者と同順位で配当に受けるべき旨判示された。

第108条：官職の売主、続いて、当該官職の取得のために貸し付けた者は、先取特権を取得し、他の全ての者に対して優先するが、供託金保管人の官職はその限りではなく、保管人の下に金銭を供託した者は、供託された金銭のために、当該官職について優先する(a)。

第109条：執行官乃至執達吏の官職もまた、全ての者に対する先取特権あるいは優先権によって、彼らが競売や執行によって金銭を受領した人々のために特別に担保に供される(b)。

a. 供託金保管人の職務が申出を受けた供託金を受領することに存するからであ

並びに同判決集に同法院弁護士ジュリアン・ブロードー Julien Brodeau (1585-1653年) が付した補注、同法院弁護士アントワーン・モルナク Antoine Mor-nac (1554-1619?年) による『学説彙纂前半全24巻への考察 Observaciones in XXIV priores libros Digestorum』(1616年初版)、同法院評定官ジャン・ブギエ

る。つまりそれは、他の全ての私的債務に優越する公的寄託なのである。というのも、この公的寄託は強制的に締結されるのに対して、私的な債務は随意に強制されることなく締結されるからである。また、ローマ人に寄託された金銭の債権者は彼らの総財産上に先取特権を取得した【学説彙纂16巻3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第1法文47節】。「当該先取特権は、寄託された金銭の中で両替商の財産中に現存する分に限ってではなく、欺罔者の全資産上に行使され、この点は、両替商の利用が不可避であることに鑑み、公益上認められている」【同章第8法文】。法院判決においてもそのように判示されている。『法廷時報』第5部初版の30頁を参照せよ。

b. 債務者の弁済金、並びに、彼らの行った競売の納入金を受領することが彼らの職務の主要部分であり、それ故また、官職は任官者の汚職行為の担保となる、という理由による。同じく『法廷時報』前掲箇所を参照せよ。

第110条：裁判所書記官の下に供託された金銭との関係で〔官職の売主や当該官職の取得のために貸し付けた者が優先するかどうか〕は検討の余地がある。

『法廷時報』前掲箇所では報じられている1671年8月7日の第四審尋部の下した法院判決では、これを肯定する旨判示される一方、同箇所では言及されているような反対の法院判決もある。ただし、裁判所によって命じられた義務的で強制的な供託のような場合には、理由の同等性が存しているように思われる。

第111条：官職購入のために貸し付けられた金銭によって購入された官職上に先取特権を取得するためには、債務者が、公証人の面前で、当該金銭を某から当該官職の購入のために借り受けた旨承認すれば十分であり (a)、ある個人によって公職が売却された場合には、その購入者は支払いに際して、支払うことで売主の地位を代位する旨表明する必要がある。

a. 臨時歳入部財務官から受領した領収証においては、そのような類の言明は許されないからである。

第112条：同一の権原に基づく先取特権は、時的先行性を顧慮することなく競合するが (a)、先妻の嫁資はこの限りではなく、先妻の嫁資は、先妻並びに先婚からの子の優遇のために、後妻の嫁資に優先する (b)。

a. 「先取特権は時ではなく原因に基づき判定され、同一の権原に基づく場合には、たとえそれらに成立時に違いがあっても、競合する」【学説彙纂42巻6章第17法文】。例えば、銀行の債権者にあたる者が、銀行に預けられた金銭に関して、たとえ預金が異なる時点で為されたとしても、ローマ人の下では按分配当に与ることとなった【同16巻3章第7法文2節末尾】のは、互いに先取特権を行使できないので、按分配当に与らざるを得ず、「相互に牽制し合う」からであった。



Jean Bouguier (?-1639年)による『法及び慣習の様々な問題について判断を下した法院判決 Arrests de la cour decisifs de diverses questions, tant de droit que de coutume』(1622年初版)、同法院弁護士ジャック・ド・モンترون Jacques de Montholon (?-1622年)による『赤服法廷において言い渡された法院判決 Arrest de la cour prononcez en robes rouges』(1622年初版)、同法院第五審尋部評定官クロード・ル・プレートル Claude le Prestre (1611-1694年)による『高等法院の諸判決によって解決された重要な法律問題 Quaestions notables de droit décidées par plusieurs arrests de la cour de Parlement』(1645年初版)、同法院弁護士ジャン・デュ・フレヌ Jean Du Fresne (?-1675年)による『高等法院主要裁判時報 Journal des principales audiences du Parlement』第1巻、同法院弁護士フランソワ・ジャメ・ド・ラ・ゲシエール François Jamet de La Guessière (生没年不詳)による同第2巻及び第3巻、同法院弁護士クロード・ブロンドー Claude Blondeau (?-1690年)並びにガブリエル・ゲレ Gabriel Guéret (1641-1680年)による『法廷時報 Journal de Palais』(1672年初版)等に収録された16世紀末以降のバリ高等法院の諸判決であり、また、成文法地域の実務に言及する際には、トゥールーズ高等法院評定官ジェロー・ド・メナール Géraud de Maynard (1537-1607年)による『最上級審トゥールーズ高等法院の記憶さるべき判決によって判断解決された成文法の重要かつ特殊な諸問題 Notables et singulières questions de droit escrit, décidées et jugées par arrestsmémorables de la cour souveraines du Parlement de Tholose』(1603/8年初版)や、同法院評定官シモン・ドリーヴ・デュ・メニル Simon d'Olive du Mesnil (1584-1647年)による『法の重要問題集 Quaestions notables de droit』(1638年初版)等に従って、トゥールーズ高等法院の判決が適宜援用されている。要するにここでは、高等法院の実務に体现された「フランス共通法」が、

b. 勅法彙纂8巻18章第12法文。後妻の嫁資も先妻の嫁資と同様の先取特権を有するとしても、それは先妻や先妻との婚姻から生まれた子等に反するものではなく、彼らの立場がより優遇されるとの理由による。「同一の資産によって担保されている二つの嫁資については、時に即した優先権を維持するものとする」【上記第12法文】。

(Nouvelle Institution, 78-86.)

16) D. 20, 4, 6, pr.

個々の先取特権の成否や相互の優劣関係を読み取り正当化する主要な源泉となっているのである。

ただし、当時の判決一般がそうであるように、法院判決の言渡時に判断理由は付されず、判決記録の公開も禁じられており、「法院判決においてそのように判示されている *ainsi jugé par Arrest*」とフェリエールが述べる場合であっても、実際に参照されているのは、個々の事件での高等法院弁護士 *avocat au Parlement* の弁論や国王代訟官長代理 *avocat général* の意見陳述における諸論拠、あるいは、それらをふまえて挿入付加される判決集編著者 *arrétiste* の考察に他ならず、法院判決の援用によって裏付けられた主張が判決そのものではなく敗訴側の弁論に対応することさえま見られる。出版年が四半世紀ほど相前後する『法学』と『提要』双方に同一の法院判決について相互に矛盾する引用が見られる場合があることに鑑みれば、それは、判決年月日等の誤記といった単なる引用の不備などではなく、半ば意図的なものであると考えるのが自然であろう。つまり、特定の法院判決の引用という形で、そこでの当事者の主張論証にも目が向けられているのである。実際、主に訴訟の手續や管轄等に関わる法規的法院判決 *arrêt de régleme*nt を除けば、国王他諸賢の臨席を伴う厳格な儀式性故に事実上の権威を伴ったいわゆる「赤服法廷判決 *arrêt en robes rouges*」も含めて、法院判決の結論部分が先例性を伴って一人歩きすることはなかったし、判決集の編著者である高等法院の評定官や弁護士の意図するところも、判決記録をそのまま公開することが不可能である以上、単なる事実の報告ではあり得ず、多くの「法廷弁論集 *Plaidoyez*」なるものがこれらの判決集と共に高等法院における審理の実相を伝えるものとして公刊され流布していた<sup>17)</sup>。このような状況の下で、フェリエール自身もまた、高等法院における審理とそれをめぐる実務家の省察から適宜取舍選択し、内に矛盾対立を孕ん

17) 高等法院の手續や「法院判決集」の意義については、さしあたり、Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines a 1815*, tome II. (1929), 506-530.; Olivier-Martin, *Histoire du droit français du origines à la Révolution* (1948), 528-552.; Barbiche, *Les institutions de monarchie française à l'époque moderne*, 2.ed. (2001), 335-358.; Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), 314-338.; Walter, *Frankreich*, in: Coing, *Handbuch*, II, 2, 1223-1263. を参照。

だその全体から実務慣行の方向性を読み取っているのである。

例えば、金銭供託者の先取特権が裁判所書記官職の売主のそれに優先する点については、『法学』(第19番)がこれを肯定する法院判決として、『提要』(110条)がこれを否定する判決として、何れも、『法廷時報』(フェリエールが引用する1692年刊12折判初版では第5部、本稿で参照する1713年刊フォリオ大判第三版では第1巻)に「債権者は、支払不能に陥った裁判所書記官の手元に供託された金銭について、当該官職の代金の債権者に優先されるべきか *Si les Créanciers pour deniers consignez entre les mains d'un Greffier devenu insolvable, doivent estre preferez aux Créanciers du prix de sa Charge*」との表題で収録された1671年8月7日のパリ高等法院第四審尋部判決<sup>18)</sup>を援用している。事案は、ドニ・ボージェ *Denis Baugé* という名の同法院第一審尋部の書記官 *Greffier* が破産しその財産の一部である当該書記官職が売却されたところ、この売却代金の配当をめぐる、別の法院判決に基づいてボージェに金銭を供託した者が、当書記官職取得にあたってボージェにその購入資金を貸し付けた者を相手取って自らの優先権を主張したものであった。つまり、ここでは、当時のいわゆる売官制の下、不動産の一種と位置づけられていた官職の売却代金の配当という次元において、先取特権の有無乃至優劣が争われたのである。原告である供託金債権者側は、自らの先取特権を裏付ける論拠として、「供託を命じた判決の權威 *l'autorité des Sentences qui ont ordonné les consignations*」、  
「供託金を受領した官吏の資格 *la qualité de l'Officier qui les a receuës*」、  
「公共の利益 *l'intérêt du public*」を提示している。

まず、当該供託は、「原告等が服すべき高等法院審尋部の対審判決に基づいて *en vertu de Sentences contradictoires des Requestes du Palais, ausquelles les demandeurs ont esté contraints d'obeir*」為されたのであるから、「原告等は<司法官の指示で>彼と契約したことになる *ils ont contracté avec luy aauthore Praetore*」。これに対して、被告等は「自発的に *de leur propre mouvement*」ボージェに貸し付けたにすぎない。「不動産の売却に由来する金銭については

18) 全文の試訳は「法院判決における<特権化された抵当権>」獨協法学第81号参照。

供託金保管人の手に預けるのが通常である il est vray qu'à l'égard des deniers provenans de la vente des immeubles, on a accoutumé de les consigner entre les mains des Receveurs des Consignations」のは確かだが、「供託金保管人 Receveurs des Consignations」の設置を定めたアンリ三世の王示(1578年パリ発令)が高等法院で認証登録(1580年7月26日)されるにあたって、「当該保管人への現金供託と判事自身が指名する別の者への現金供託の何れを命ずるかは判事の裁量に委ねられる demeurant en la liberté des Juges d'ordonner de la consignation des deniers mobilières entre les mains desdits Receveurs, ou de telles autres personnes que lesdits Juges aviseront」趣旨の修正が加えられており<sup>19)</sup>、裁判官は書記官を受託者として選任する権限を留保していると言える。そうであるとすれば、「裁判官の正当な権威の下に命じられた供託 les consignations ordonnées par l'autorité légitime du Juge」が、「裁判所や裁判所の指定した者を信頼する qui se fie à la Justice et à celui qu'elle a établi」供託者のために、「供託金 consignations」の取戻について何らかの手だてを用意するのは当然であり、この場合、受託者である裁判所書記官の「官職 la charge」を「供託金について責任を負う特定の質物 le gage special qui en doit répondre」とする「特殊な先取特権 un privilege particulier」がその機能を果たすというのである。

次に、そもそも裁判所書記官という「資格 la qualité」それ自体がこのよう

19) “…また、当保管人は、供託金を保証するために、当地の裁判官に担保を提供すべく義務づけられるものとする。すなわち、朕の枢密顧問会及び大顧問会、高等法院の保管人についてはこれら及びその構成員のために一万五千リーヴルを、上座裁判所のために選任された保管人はその半額を、朕の他の下級裁判所のために選任された保管人は、朕の裁判官の裁量により、上記半額かあるいは適切かつ合理的な他の金額を、それぞれ提供するものとする。なお、朕は、被告に対しても同種の罰則の下に命じて、何らかの供託や寄託や納付が朕の保管人以外の下に為されることを許し認めることのないようにするか否かは判事の思慮と裁量に委ねるが、朕の臣民が自発的にせよその他如何なる仕方にせよ保管人以外の者に供託すれば誰であれ当該金銭は没収とする。” (Guenois, La grande conference des Ordonnances et Edicts Royaux, tome II [1636], livre X, title XVI, 426; Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises, tome XIV, 2. partie [1829], 347.)

な先取特権を供託人に付与する十分な理由となるというのが原告側の主張であり、そこでは、シャルル・ロワゾー Charles Loyseau (1564-1627年) の『官職法論 Du Droict des Offices』(1610年初版) 第2巻第6章<sup>20)</sup>が援用されている。ロワゾーによれば、「フランスでは元来、当事者の利益のため、それが彼らに

20) “<22. 供託は公共の場所に為された。> 公的文書や書面の保管に関しては以上の通り。裁判によって寄託される金銭その他の財産の保管に関しては以下の点に注意すべきである。アテネの人々は、ピュデがその注釈の中で教示する通り、裁判による寄託について極めて丁重であったために、国庫あるいは<グリユタネイオン>と呼ばれた法廷に寄託し、それ故、そのように寄託されたものを<グリユタネイア>と呼んでいた。また、ローマの人々は、この点に敬虔さを強く示して、神殿に寄託していた【勅法彙纂4巻32章「利息について」第19法文、学説彙纂4巻4章「二十五歳未満成熟者について」第7法文2節】。この点は、ティラコーが『合意取戻論』第4節第12番において他の幾つもの引用によって証明している。その箇所ではまた、ローマの人々が、彼らの財産、すなわち、<アエラリウム>と呼ばれる国庫をサトゥルヌスの神殿に設け、神の加護を願ったという点も明らかにされている。というのも、キケロの『法律について』第2巻には、「神聖具を奪った者のみならず神殿に預けられたものを奪った者もまた聖物窃盗者とみなされる」とあり、ワッローの『ラテン語について』第2巻では裁判による寄託が<聖事(サクラメントム)>と呼ばれているからである。

<23. なぜ供託と呼ばれるのか。> このようにギリシャ人もローマ人も、公的寄託を行う相手や場所を選択できなかった。更に、彼らは、そこに供託すべき金銭を取引勘定で提供したわけではなく、それらの金銭を封入して、つまり、それらを袋に封印封緘した。というのも、我々の言う供託が寄託に前置されていたので【勅法彙纂4巻32章第6及び第19法文、同4巻31章「相殺について」第11法文、学説彙纂17巻1章「委任訴権及び委任反対訴権について」第56法文1節、同22巻1章「利息について」第7法文、勅法彙纂8巻18章「質において誰が優先されるべきか」第1法文、学説彙纂18巻3章「代金不払解除約款について」第8法文】、寄託された金銭をその後取り戻そうとする者は取引勘定によって取り戻すのではなく、完全に封印封緘された袋がその者に渡されねばならなかった【学説彙纂16巻3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第1法文34節】。<24. 供託者は同一物を取り戻す必要がある。> フランスにおいてはこのようなやり方が踏襲されていないとしても、裁判による寄託を供託と呼ぶことによって我々はその名称を維持している。確かに、供託金は封緘された袋ではなく取引勘定によって預けられる方が通常ではある。しかし、私的寄託において、寄託者乃至供託者は常に同じもの及び同じ金銭を取り戻すものとされているという点で、我々はローマに従い、それ以上にまた理性に従っている。すなわちこれは、偶然の滅失や自然内発的な劣化が寄託物に生じたとしても、寄託者の負担にはならず、逆に増価が生じたとしても寄託者の利益にはならないということである。ただし、「消

とって好都合であるとの配慮から、供託や公的寄託の場所について選択を許していた en France on laissoit anciennement le choix du lieu de la consignation ou déposition publique aux parties intéressées, pourveu qu'elles en convissent」が、「当事者が供託先について合意できないという事態がしばしば生じた il ar-

費貸借」ではこの反対であり、「同一物ではなく同一量を返還すべし」とされ、貨幣の増価に関する近時の王示においても踏襲されている通りである。

〈25. 供託は古くは裁判所書記官に為されていた。〉ところでフランスでは、古くは、供託あるいは公的寄託の場所の選択を、供託金への権利を主張する当事者に、彼らがこの点について一致する限りにおいて、委ねていた。しかし、当事者が折り合うことができないという事態がしばしば生じたため、当事者不一致の場合に供託を為すべき確定的で義務的な場所が存在する必要があった。そして、(供託金保管人の設置前までは)そのような場所が、供託を命じた裁判官の書記局以外になかったのは、幾つも王令、とりわけ、競売に関する王令第27条に規定されている通りである。〈26. 法廷乃至裁判における供託。〉これは、我々の諸慣習法の言う「法廷における供託」、「法廷の下での供託」、「裁判における供託」であり、また、学説彙纂48巻2章「告発及び起訴について」第8法文には「裁判所記録に寄託する」とあり、同2巻8章「担保提供を強制されるのは誰か」第7法文末尾には「吏員の下に」とある。というのも、書記局とは、我々にとって、法が<アルケイオン>つまり官職者乃至官吏の職場、あるいは、<デモーション・オイケーマ>つまり官公庁に他ならず、公文書だけではなく、他の全ての裁判関連物も可能な限りそこに保管されるべきなのである。

〈27. 供託は裁判官の下に為されてはならない。〉それ故、領主の所領が全てそうであるように供託金保管人が存在しない場所では、幾つかの下級裁判所でも行われているように、供託は官公庁としての書記局に為される必要があり、裁判官の手に委ねられてはならない。これは学説彙纂1巻18章「統治者の職務について」第16法文末尾の<預けられる>への標準注釈にある通りである。裁判官にとって誠に不名誉でみっともない上に、当事者にとって極めて危険なのは、一般に裁判官が手元不如意であることが多く支払不能の状態にあることもしばしばであるという点であり、貧しく生活の苦しい実務家であることが普通の村判事に関しては少なくともそうである。

〈28. 領主は自らの書記局に為された供託について責任を負う。〉これに対して、領主裁判所の書記局に供託を為すことは国王裁判所の書記局に為すのと同様に全く危険はない。というのも、書記官への検索の後に領主が供託について責任を負うものと私は解するからであり、これは次章で述べるように小作人の行為について地主が責任を負うのと変わらない。つまり、領地が裁判所の官職の如く優先権をもって引き当てとなるのである。なぜなら、領主は自らの裁判について完全な安全を確保すべきであり、如何なる欺罔もあってはならず、「法が生まれるべき場所から不正を生じさせてはならない」からである。

〈29. 供託は裁判所書記官の職務に属し、例外的な職務代行には当たらない。〉同

rive souvent qu'elles ne s'en peuvent accorder」ために、諸王令によって、「裁判所書記局 le Greffe du Juge」がそのような場合に「供託を為すべき確定的かつ義務的な場所 un lieu certain et necessaire pour faire les consignations」として定められたとされる。そして、このような経緯からすれば、「裁判に関するあ

じく私の考えでは、特別な保管人でもない限り、供託金の保管は裁判所書記官職の眞の属性であって、例外的な職務代行でも権限外行為でもない。というのも、実際のところ書記官の職務には二つの部分があり、一つは私が直前の章で論じた裁判文書の謄本作成であり、もう一つは、ここで私が論じているもの、つまり、官公庁として、公文書のみならず書記局に通常保管されるもの全てを管理することである。カッシオドルスが「書記の職務は、万人の権利が書記の入念さによって守られている以上、あらゆる者の安全に関わるものである」と述べているのは以上の点に他ならない。その少し後の箇所には、「書記の書棚はあらゆる者の運命であり、更に言えば、万人の避難所であって、そこにこそこの世の安全が見出される」、ともある。

〈30. 従って書記官職は供託金のために優先権をもって担保に供される。〉以上から導かれるのは、書記官職が、他の全ての債権及び抵当権に対する優先権をもって、供託金のために担保に供されるという点である。そして実際、書記官職が相続財産とされた1580年の王示の序言には、書記官が保管する供託金その他の物が当該相続財産によって一層の担保を得ることを目的とする旨定められている。

〈31. 親任官や執達吏の官職はそうではない。〉勿論私は、パリのシャトレ裁判所の親任官や高等法院の執達吏について反対の判断が下されていることも承知している。そのような判断が下されたのは、実際、供託あるいは裁判による寄託は、書記官の職務の場合のように彼らの職務に本来的かつ必然的には関わっておらず、彼らにとってはむしろ特殊で例外的な職務代行にすぎないからである。

〈32. 書記官の財産上に抵当権が成立するのは供託日以降である。〉ただし、書記官は、他人の財産を保管することが主要な職務であり、なおかつ、その受領に際して「国庫による損失補償を黙示乃至明示に約束するものとされている」ような会計的官職者ではない以上、書記官就任日から彼の官職以外の財産上に供託金のために黙示の抵当権が成立するとは私は考えない。会計的官職者やその保証人の財産は就任日から全ての職務執行について抵当に供され、それ以降この者は自己の官職について、職務執行から三十年が経過していない限り、責任を負うことになり、これは、後見人や保佐人の財産が、その選任日から、選任に基づきその後行った全ての事務執行に関して黙示に担保に供されるのと同じである。これに対して、書記官が官職以外の財産を抵当に供するのは各々の供託日以降にすぎないと私は解するのである。

〈33. 執行官の財産上に抵当権が成立するのも執行日以降である。〉更に言えば、王令によって、執行官は、その就任以降、関係する当事者のための担保として保証人を立てるべく義務づけられているのは確かだが、実際に行われているのはそうではなく、執行官に債務履行を委ねた者等は、執行官着任日、すなわち、彼らが債務者であ

らゆる寄託物を受領すること de recevoir tous le dépôts de Justice」は、上記供託金保管人の設置以前から、「裁判所書記官の真正かつ本来的な任務 la vraie et ancienne charge des Greffiers」であったことになり、そこから、「裁判所書記官の官職が他の全ての債権及び抵当権に対する優先権をもって担保に供される

---

ると宣明された日から執行官の財産上に抵当権を取得することになっており、そうだとすれば、執行官の保証人も、執行命令日以降に、当該命令によって定められた学の限度において責任を負うにすぎないというのが正しい。

〈34. 二つの王令の説明〉。裁判所書記官に話を戻すならば、私の見るところ、1548年の王令第34条と1535年の王令第18章第6条を理解することが必要と思われる。それらには、書記官が供託され寄託された財産の保管に関わる単純な受寄者として供託に責任を負うにすぎない旨規定されており、管見によればこれは要するに、会計的官職としてではなく、という趣旨であると考えられ、それ故、彼らの官職上に抵当権が成立するのは各供託日からであって官職取得日からではないことになる。〈35. 書記官は供託金についてどの程度の責任を負うのか。〉ただし、彼ら書記官は身体をもって無制限に責任を負い、この点は裁判に関わる財産の受寄者全般に当てはまるのは明白であり、寄託の違背は窃盗である以上、単純な受寄者に準じて扱われるべきと解する人々も多い。実際、書記官に対する身体的な強制が無ければ、彼らに勝つことは全く容易ではなく、狼の下で羊を囲うようなものである。正義の神殿に預けられるものについてであればこそ尚更、保証は完全で徴収は極めて迅速でなければならないであろう。

〈36. 供託金保管人はどの程度の責任を負うのか。〉他方、官職名としての供託金保管人、同じくその保証人については、後見人やあらゆる会計的官職者がその預り金の残額についてそうであるように、その就任日から、その後何時であろうと受領した全ての供託金について、抵当権が及ぶことに全く疑念の余地はないと私は考える。というのも、何れの者にせよ、公的權威の下に他人の財産を管理することがその主要な職務に当たるからである。それ故、先取特権の存する債務から決して免れることのないそのような人々と契約する際にはよく注意せねばならない。その就任時からの抵当権を有するといっても、その担保価値については、在任期間を通じて日々新たに成立し得るものであるから、把握しようがないのである。

〈37. あらゆる官職者は供託金についてどの程度の責任を負うのか。〉結局、裁判に関する財産の供託受領者あるいは受寄者は全て身体的に無制限に責任を負う。供託金保管人についてはその就任時から総財産上に抵当権が及び、裁判所書記官については各供託日から官職以外の財産上に抵当権が及ぶが、その官職は全ての供託のために先取特権をもって担保に供される。以上の点は、最上級審の執達吏職やシャトレ裁判所の親任官職には当てはまらず、供託金を受領した裁判官の官職にも妥当しない。”

(Du droit des Offices, 226-228. 引用は1613年パリ刊第二版による。)



l'Office du Greffe est affecté aux consignations par préférence à toutes autres dettes et hypothèques」のは当然であるとロワゾーは結論づけているのである。原告側は、このようなロワゾーの見解に全面的に依拠する形で、裁判官によって受託者に選任された書記官への供託が「共通法への自然な回帰 un retour naturel au droit commun」であり、自己の先取特権の正当性がこのフランス元来の慣行に由来する旨訴えている。

更に、「公益への配慮 la consideration de l'intérêt public」という観点から、「官職 Office」一般について、「国家を信用し官職者と契約した人々の先取特権として当該官職が抵当に供される il est hypothéqué par privilège à ceux qui ont suivi la foi publique et contracté avec l'Officier」こと、つまり、「官職の遂行に関わる債権者が当該官職の価額について他の全ての債権者に優先する les Créanciers pour le fait et exercice de l'Office sont préférés sur le prix de l'Office à tous autres Créanciers」ことが望ましい。というのも、「そのように官職者と契約することは、すなわち、国家と契約することであり、このような公共の利益は自らの意思で私人を信用する人々の利益に優越する contracter ainsi avec l'Officier, c'est contracter avec le public, et cet intérêt public prévaut toujours sur l'intérêt de ceux qui ont volontairement suivi la foi des particuliers」からである。本事案で言えば、「ボージェの下に供託すべく有責判決を受けた人々 ceux qui ont été condamnés de consigner entre les mains de Baugé」、すなわち、原告等は、「ボージェという人ではなくむしろ彼の官職と契約し、そうすることで、ボージェという人ではなく国家を信用したということを示した ont contracté plutôt avec son Office, qu'avec sa personne, et pour montrer qu'ils n'ont pas suivi sa foi particulière, mais la foi publique」と言える。これに対して、「官職取得のために金銭を貸し付ける人々 ceux qui ont prêté leurs deniers pour l'acquisition de l'Office」、すなわち、「ボージェという人 sa personne」を信用して融資した被告等は、任官後の破産を含めて「当該官職に生じ得る全ての偶発事を想定しておくべきであった ont dû savoir tous les accidents auxquels il étoit sujet」。国家を信用して官職者に金銭等を預ける者の権利を先取特権の付与によって保証することは、「執行官 sergent」、「執達吏 huissier」、「公証人

notaire」等に関する同趣旨の法院判決からも明らかなように、実務の趨勢でもある。原告側はおおよそ以上のような諸論拠に基づいて、「債務者の官職の代価の配分において他の全ての債権者に優先して弁済を受けるべきは自分たちであり、そうであっても債務者の他の財産に対する彼らの債権や抵当権に不利益をもたらすことはない ils devoient estre payez par préférence à tous les autres Créanciers dans la distribution du prix de la charge de leur débiteur, sans préjudice de leurs dûs et hypothèquea sur les autres biens」旨主張した。

他方、被告側も、ポージェが締結した二つの契約の効果として、官職購入費の貸付者としての優先権の存在を主張している。すなわち、ポージェが原告等から借り入れた金銭で裁判所書記官職を購入した場合、原告等との間では、「借入 l'emprunt」、「借入金の用途指示 la destination d'employ」、「代位の特約 la stipulation de subrogation」からなる「第一の契約 le premier Contract」を、官職の売主との間では、「代金支払 le payement」、「借入金である旨の明示 la declaration d'employ」、「売主の権利の代位承継 la subrogation aux droits du vendeur」からなる「第二の契約 le second Contract」を、それぞれ締結したことになり、その結果、「単純な抵当権 hypothèque simple」に加えて、「抵当権による先取特権 privilege d'hypothèque」と「所有権による先取特権 privilege de propriété」が原告等に成立するというのである。この内、単純な抵当権は「時による優先権 avantage du temps」にすぎず、「金銭を貸し付けた者がそのような抵当権を有するに留まるならば、他の抵当債権者との間で契約締結日に応じて順位付けられるだけである si celui qui a presté ses deniers n'avoit que cette hypothèque seule, il ne seroit colloqué que du jour de la datte de son Contract avec les autres Créanciers hypothéquaires)。しかし、被告等は、「特権化された抵当権 hypothèque privilégiée」とも呼ばれる抵当権による先取特権を、「第一の契約によって特約され、第二契約中の明示によって実現される借入金の利用の故に à cause de l'employ stipulé par le premier Contract, executé par la declaration du second」当該官職上に有している。このような先取特権は、ローマ法上、例えば、船舶の建造費や購入費の貸付者に付与されているものと同じであり<sup>21)</sup>、商品の売主の先取特権が、当該商品の保管場所を買主に賃

貸している国庫のそれに優先する<sup>22)</sup>といったように、その優劣は「時ではなく原因によって non ex tempore, sed ex causa」<sup>23)</sup>判定される。実際、「フランスの法律 *loix de France*」上も、「同様の先取特権 *ce mesme privilege*」が認められ、不動産の売主や購入費貸付者が、当該不動産上に先取特権を有する国王に優先する場合がある(1669年8月13日サン＝ジェルマン＝アン＝レー発令のルイXIV世の王示第4条<sup>24)</sup>)。更に、被告等は、「第一契約によって約束され第二契約によって承認された代位の結果として *en consequence de la subrogation promise par le premier Contract, et accordée par le second*」、所有権による先取特権を有している。つまり、「代金について満足を得ない限り持ち主であることをやめないとの黙示の条件の下に *avec cette condition tacite de ne point cesser d'en estre le maistre, qu'il n'ait esté satisfait du prix*」ボージェに譲渡された裁判所書記官職の売主の「所有者としての権利 *droit de propriétaire*」を被告等が承継するのである。「所有者としての権利」という表現は、「所有物取戻訴権 *rei vindicatio*」を意識したものであり、「物の所有者は全ての債権者に対して彼らが如何なる先取特権を有していても優先し、従って、所有物取戻訴権はあらゆる人的訴権及び抵当訴権に優越する *Dominus rei praefertur omnibus creditoribus quantumcumque privilegiatis; et sic rei vindicatio omnes actiones personales et hypothecarias superat*」とのドニ・ゴドフロワ Denis Godefroy (1587-1652年)の言葉<sup>25)</sup>の引用からもそれは明らかである。「所有物取戻訴権」とい

21) D. 42, 5, 26.

22) D. 20, 4, 21, 1.

23) D. 42, 5, 32.

24) “第4条：国庫の取引以前に取得された不動産上に、朕は、会計的官職の辞令交付日、あるいは、朕の地所の賃貸その他の取り決めや業務委託の日から抵当権を取得する。ただし、非会計的官職及び会計的官職上は、その売主や前条の如く貸付金の利用を証明した者に次いで、朕に対して当該官職者が官職故に義務づけられるわけではなく、朕は売却金の残額について他の債権者とともに、たとえそれが朕の名での異議申立がないにもかかわらず辞令の御璽に異議を申し立てるような債権者であっても、配当に与るものとする。”(Isambert, Recueil, tome 18 [1829], 330.)

25) *Corpus juris civilis*, I, 807, ad D. 42, 5, 24, 2. n. 55. 本稿で参照したのは1720年ライプチヒ刊のテキストである。

う最も強力な訴権を行使し得る所有者は、目的物の売却に際しても当然最上位の先取特権者として配当に与ることになる。しかも、パリ慣習法が、動産抵当権を原則として認めない中で(第170条「動産は債務者の占有から離れると抵当権の追及を受けない Meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur」)、その例外の一つとして、「動産 une chose mobilière」の売主に特権化された抵当権を付与している点に鑑みれば(第176条及び第177条<sup>26)</sup>)、不動産の一種である「官職 une charge」の「転売とその代価の配当 la revente et distribution du prix」に際しては、その「売主 vendeur」や「代位権限を有する代価の債権者 créancier du prix avec subrogation」が「一層強い理由で à plus forte raison」優先されて然るべきである。

自らの先取特権の存在を以上のように論証した被告側は、続いて、供託金債権者にすぎない原告等にはそもそも先取特権が存しない旨主張する。先取特権の根拠は「合意 convention」と「法律 loi」の何れかであるが、まず「合意」について言えば、「原告等は何も合意していないし、たとえ合意していたとしても、先行債権者によって取得された諸権利を弱める権能は債務者になく、そのような合意は原告等にとって無益である les Demandeurs n'en point : et quand ils l'auroient, elle leur seroit inutile, puisqu'il n'est pas au pouvoir d'un débiteur de diminuer le droit acquis à ses créanciers antérieurs」。また、供託金債権者を優遇する「法律」も存在しない。確かに、「支払不能に陥った両替商 Banquier qui avoit fait faillite」の寄託者を含む債権者間の優劣について述べたウルピアヌスによる法文<sup>27)</sup>には、「金員が残されているならば、それらは寄託者によって取り戻されることは可能であり、取り戻す者は先取特権に優先すると私は考える si nummi extant, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum

26) 第176条「何らかの動産を履行日乃至期限を設けることなく直ちに支払を受けることを期待して売却した者は、売却した代価の弁済を得るために、当該動産が如何なる場所に移動されようとも追及することができる。」

第177条「また、期限が設けられているとしても、当該動産が債務者の下で他の債権者によって差し押さえられた場合には、売却者はその〔換価目的の〕売却を妨げ、当該動産について他の債権者に優先することができる。」

27) D. 42, 5, 24, 2.

eum qui vindicat ante privilegia」とあり、「パリ慣習法もその第182条において、<寄託物が原状のままである場合には寄託物の内容に配当が及ぶことはない>と定めている la Coutume de Paris dans l'Article 182. dit, que la contribution n'a point lieu en matiere de déposit, si le dépost se trouve en nature」。しかし、これはあくまで寄託物が「原状のまま en nature」残されている場合であって、費消等により失われてしまったならば、供託者は所有者としてもはやそれを取り戻し得ない以上、ウルピアヌスも述べるとおり、先取特権を有する他の全ての債権者に劣後することになる。先に引用されたゴドフロワの言葉は目的物の現存を前提とした当法文への注釈であって、現存する官職の売主に代位した被告等にとって有利な当注釈も、ボージェの破産によって取り戻すべき供託金そのものがもはや存在しない原告等にとっては不利に働くことになる。いずれにせよ、原告等は、ボージェに対して、ローマ法上「寄託訴権 *actio depositi*」や「引受訴権 *actio de recepto*」と呼ばれている「人的訴権 *action personnelle*」と、ボージェの総財産に対する「抵当訴権 *action hypothequaire*」とを行使し得るに留まり、破産に際しては時的先行性の基準に従った配当に与るだけで、書記官職という特定の財産上に先取特権を取得する余地はないのである。

供託者の先取特権の不存在という被告側の抗弁は、原告側の提示する三つの論拠に逐一反駁する形でも論証されている。まず、判決によって裁判所書記官への供託が命じられたとしても、「当事者の一方が書記官の保管人任命について上訴し、供託金の通常の保管人や、信用十分な公証人あるいは商人のところに供託することを申し出ることは可能であって、裁判においてこれを拒むことはできない *une Partie peut appeller de la nomination du Greffier, et offrir de consigner entre les mains du Receveur ordinaire des Consignations, d'un Notaire, ou d'un Marchand notoirement solvables ; cela ne luy peut pas être refusé en Justice*」以上、「最上級審の裁判官の命令 *Ordonnances des premiers Juges*」についてさえ、「自発的な契約以上の拘束力をもたない *ont moins de force que un Contrat volontaire*」のは明らかであり、原告等が先取特権の論拠として指摘するような「判決の権威 *l'autorité des Sentences*」による供託の強制はそもそも

存しない。次に、「供託金を受領した官職者の資格 la qualité de l'Officier qui les consignations receuës」という論拠については、供託金の受領が原告等の主張するような裁判所書記官職の「真正かつ本来的な任務 la véritable et essentielle fonction」と言えるのかどうか、より厳密に吟味される必要がある。「官職の真正かつ本来的な任務 la véritable et essentielle fonction d'une Charge」の指標として、被告側は、当該官職の「任務 fonction」であると主張されている事柄について、「それが当該官職にとって固有のものであるかどうか si c'est propre à la Charge」、「義務的な任務かどうか si c'est une fonction nécessaire」、そしてまた、「そのような任務が王示あるいは王宣によって官職に課せられたものかどうか si cette fonction est attribuée à la charge par Edit ou Declaration」の三つ観点から論じている。裁判所書記官に「固有の propre」任務とは、「裁判官の下で判決を筆記し、記録し、交付すること d'écrire sous le Juge les prononciations, d'en faire registres et de les délivrer」であって、原告側も援用する1580年の王示によって供託金保管人職が設置された後は、供託金受領が書記官にとって「例外的な職務執行 commissions extraordinaires」にすぎないことは明らかとなったし、保管人職設置以前についても、書記官への供託を禁じあるいは無効とする王令や慣習法が存在していた。また、同じく原告側の援用するロワゾー自身、ルイXII世の司法改革王令（1498年3月プロワ発令・1499年6月13日パリ高等法院修正付き登録）の「寄託を担うことを欲する有力市民が見出されない場合に初めて、書記官が単なる受寄者として義務づけられるに留まる qu'arrivant le cas qu'il ne se trouve point de notables Bourgeois qui se veuillent charger des dépôts, les Greffiers ne seront tenus que comme simples dépositaires」との一節<sup>28)</sup>を取り上げ、そこに見える文言<単なる受寄者として

28) “同じくまた、朕の諸高等法院、バイイ区、セネシャル区その他の我が王国の裁判管轄地の諸法廷の書記官、及び、その他如何なる受任官も、自ら受領した供託金について給与を得ることはなく、仮に法廷における供託金や預託金の保管者が破産した場合には、供託された金銭は、当事者の同意の下に選任された当地の善き市民の手に可能な限り委ねられるが、それがかなわない場合には、上記書記官の手に留められ、その場合、書記官は供託されたあるいは寄託された当該財産の保管について単なる受寄者として責任を負うにすぎないものとする。” (Isambert, Recueil, tome 11 [1827], 362-

comme simples dépositaires>を「会計的な官職者としてではなく non pas comme officier comptable」という趣旨に解している<sup>29)</sup>。原告側の主張する通り、上記1580年の王示を認証する際に高等法院が保管人以外の者を供託金受領者として選任する権限を裁判官に留保したのは確かであり、その後、供託者保護のために保管人職上の先取特権を求めたアンリIV世の王示の認証に際してもそのような留保は繰り返されている。しかし、それは、「市民でも官職者でも商人でも望ましい別の者を選任するのは全くの自由である la liberté est toute entiere de choisir telle autre personne que l'on voudra, Bourgeois, ou Officier, ou Marchand」という趣旨であって、偶々書記官が選任されたとしても、「市民 bourgeois」や「商人 marchand」と同じく受寄者一般の資格で義務乃至責任を負うに過ぎない。しかも、「不動産に由来しない金員の受寄者全てに対して受領を報告することを義務づける oblige tous dépositaires, de sommes non provenans d'immeubles, de rapporter à la recette」旨のルイXIV世の王宣(1648年)も含めて、関連する王示や王宣が供託金の受領権限者として「書記官 Greffiers」を明示しているわけではない。「王示や王宣によって書記官にそのような特別の権限を付与することができるのは国王だけである il n'appartenoit qu'au Roy de leur faire cette attribution particulier par Edit ou Déclaration」以上、供託金の受領は書記官の「権限 attribution」ではなく、従ってまた、「真正かつ本来的な任務」でもないのである。このように裁判所書記官が供託金受領権限者ではなく、供託金保管人という「権限者 un titulaire」が他に存するのだとすれば、「公共の利益 l'interest public」への配慮もまた原告側の先取特権の論拠とはなり得ない。なぜなら、公証契約を通じてもたらされる「契約の公信力 la foy publique des Contrats」や「その締結日に応じた時的な先取特権 le privilege du temps de leur datte」のみならず、「国有官職上の特権化された抵当権 l'hypothèque privilégiée sur une charge domaniale」、更には、「あらゆる官職者の信用 le credit de tous les Officiers」にも訴える原告側の理屈は、この場合、

---

363.)

29) 注20第35番参照。ただしロワゾー自身が1498年の王令に言及しているわけではない。

「権限者」ではない書記官には当てはまらないからである。「法院判決の法理 Jurisprudence des Arrests」、つまり、高等法院の実務に目を向けても、書記官職の売却金の配当に際して供託者を単純抵当権者として扱う先例が存在しており、中でも、「第三審尋部書記局の吏員職の売却による金銭の配当 la distribution des deniers d'une charge de Commis au Greffe de la troisième Chambre des Enquestes」につき、「文書偽造の罰金に関する強制的な寄託 un déposit nécessaire d'une amende pour une inscription en faux」の債権者を「官職の代価の債権者 Créanciers du prix de la charge」に劣後させた1658年4月16日の「ポリアック判決 l'Arrest de Poliac」が、本件にとっても決定的な意味合いを有している。これに対して、原告側が援用する執行官や公証人等に関する法院判決では、「それぞれに特有の職務の遂行 l'exercice particulier de leur Office」における「違背 délit」が問題となっており、本件のような「例外的な職務代行における違背 délit dans une commission extraordinaire」に対する先例にはならない。

パリ高等法院第四審尋部は、以上のような被告側の抗弁を受け入れ、「ボージェの官職の売却に由来する金銭については、当該官職購入のために金銭を貸し付けた債権者が、貸付金の使用と売主への代位を証明すれば、他のあらゆる債権者に優先して弁済を受けるべきこと sur les deniers provenans de la vente de la Charge dudit Baugé, les Creanciers qui ont presté les deniers pour l'achat d'icelle, seront payez par preference à tous autres Creanciers, en justifiant l'employ et subrogation」、そして、「ボージェの残余資産については、彼に下に納められた供託金の債権者と他の抵当債権者とがその抵当権及び債権の順序に従って配当を受けるべきこと sur le surplus des biens dudit Baugé, seront tant les Creanciers des consignations qui ont esté mises entre ses mains, que les autres Creanciers hypothécaires colloquez suivant l'ordre de leurs hypothèques et creance」、をそれぞれ命じた。『法学』において、フェリエールは、不動産購入費の貸付者が当該貸付金の担保として当該不動産上に特権化された抵当権を取得し、この先取特権故に不動産の売却代金について他の抵当債権者に優先して配当に与る場合を説明する際、「家屋や地所の取得のために金銭を貸し付



けた者 *celuy qui a presté de l'argent pour l'acquisition d'une maison ou heritage*」(第17番)と、「官職の購入のために金銭を貸し付けた者 *celuy qui a presté de l'argent pour l'achat d'un Office*」(第18番)とがそのような先取特権者に当たる旨論じたのに続けて、まさに本判決に依拠する形で、後者の官職購入費の貸付者が例外的に劣後する相手として「供託金の債権者 *creanciers pour deniers consignez*」を位置づけている(第19番)<sup>30)</sup>。すなわち、「破産した裁判所書記官の下に供託されていた金銭の債権者は、当該書記官職の代価の債権者に優先する旨、『法廷時報』に報じられているパリ高等法院第四審尋部1671年8月7日判決に判示された *il a esté jugé que les creanciers pour deniers consignez entre les mains d'un Greffier devenu insolvable, doivent estre preferez aux creanciers du prix de sa Charge, par Arrest du Parlement de Paris du 7. Aoust 1671. de la quatrième des Enquestes, rapporté dans le Journal du Palais*」、というのである。しかし、本判決が供託者の先取特権を認めず官職購入費の貸付者を優先させたことは一見して明らかであり、「判示された *il a esté jugé*」という表現を文字通り受け取るならば、フェリエールの引用は誤りという他ない。一方、四半世紀後に公にされた『提要』では、「官職の売主、更には、当該官職の取得のために貸し付けた者は先取特権を取得し他の全ての者に対して優先する *le Vendeur de l'Office, et après lui celui qui a presté pour l'acquisition d'iceui, a privilegem et est preferé à tous autres*」(第108条)との原則に、二つの例外、すなわち、「供託金保管人の官職はその限りではなく、保管人の下に金銭を供託した者は、供託された金銭のために、当該官職について優先する *excepté les Offices des Receveurs des Consignations, sur lesquels ceux qui ont consigné leurs deniers entre leurs mains, sont preferez, pour les deniers consignez*」(同条)との命題、並びに、「執行官乃至執達吏の官職もまた、全ての者に対する先取特権あるいは優先権によって、彼らが競売や執行に際して金銭を受領した人々のために特別に担保に供される *les Offices d'Huissiers et Ser-*

30) 本稿の引用(注14参照)は1688年刊の第二版に基づく。1677年刊の初版ではローマ法とフランス法が各章別立てで記述されていたが、第二版ではこれが一括され新たに「梗概 *sommaire*」が付されている。ただし表現や内容にはほとんど相違はない。

gens sont aussi spécialement affectez, par privilege et preference à tous autres, à ceux dont ils ont reçu les deniers par ventes et executions」(109条)との命題がそれぞれ対置される文脈で、「裁判所書記官の下に供託された金銭との関係では検討の余地がある quant aux deniers consignez entre les mains des Greffiers, c'est une question」(110条)と述べられている。つまり、裁判手続上、書記官に金銭を供託した者が、供託金保管人、執行官、執達吏に預けた者と同様の先取特権を取得し、官職の売主や購入費貸付者に優先して官職売却金から配当を受けるべきか否かは、フランス法上、依然として未解決の問題と解されているのである。この第110条に付された注では、第109条の注で既に参照された1672年刊「初版 la premiere édition」の『法廷時報』第5部 la cinquième partie du Journal du Palais」を再び引用して、「前掲箇所では報じられている1671年8月7日の第四審尋部の下した法院判決では、これを肯定する旨判示される一方、同箇所で言及されているような反対の法院判決もある par Arrest donné en la quatrième Chambre des Enquestes le 7. Aoust 1671. rapporté loco citato, il a esté jugé pour l'affirmative, mais il y a des Arrests contraires qui y sont remarquez」と指摘されており、「検討の余地あり c'est une question」との評価は高等法院の実務の分裂に由来することがわかる。そこに言う「肯定する pour l'affirmative」という表現は、第108条から連なる文脈に照らせば、原則通りに官職の売主や購入費貸付者が優先するとの趣旨に解され、その意味では、上記1671年判決が、この事案で被告側がブギエの『法院判決集』から引用した1607年12月15日のパリ高等法院大審部判決等の「反対の法院判決 Arrests contraires」と対置される形で、正確に引用されていることになる。しかし、これに続く一節、すなわち、「ただし、裁判所によって命じられた義務的で強制的な供託のような場合には、理由の同等性が存しているように思われる cependant il semble qu'il y ait parité de raison, sçavoir la consignation necessaire et contrainte, qui est ordonnée par Justice」との控え目な言葉には、書記官職上にも供託者の先取特権を認めて官職の売主や購入費貸付者のそれに優先させるフェリエール自身の立場が示唆されており、当該論点に関する著者の考えそのものは『提要』においても何ら変更はなかったことになる。しかも、「裁判所

によって命じられた義務的で強制的な供託 *la consignation necessaire et contrainte, qui est ordonnée par Justice*」に限定して、書記官職上に先取特権を認めることを、執行官や執達吏への寄託の場合との「理由の同等性 *parité de raison*」というトピカ的論拠によって裏付ける論法は、既にみたとおり、1671年判決の事案における原告側のそれに符合する。このようにフェリエールの立場が『法廷時報』に報じられた原告側の弁論に示唆を得たものであるとすれば、『法学』における不正確な判決引用も、判決そのものではなく、『法廷時報』に再現された原告側の弁論の参照を求めるため半ば意図的に為されたとの理解も可能である。そのような場合、本院判決の引用は、判決の権威の無批判な援用などではなく、当事者等が提示している実質的な論拠の批判吟味を経た論者自身の論証作業を簡便に表示するための手段として機能しているのである。

法院判決の結論に整合する引用であってもこの点に変わりはなく、この場合には、勝訴側の弁論が参照されることになる。不動産先取特権者間の優劣に関わる特殊事例として、『法学』では、今ふれた裁判所書記官職上の先取特権の他に、土地定期金債権者に対する建築費貸付者の優位が扱われているが(第21番)、そこでの法院判決の引用はまさにそのような例として理解できる。引用されているのは、『裁判時報』第1巻第8部第6章に、「そこに建物を築造するために定期金に供された土地が定期金債権者の申立てに基づき差し押さえられた場合、売却は、建物築造のために金銭を貸し付けた債権者の利益のために建物の評価額分について為されるべきか、それとも、建物評価分の売却を為さずに、土地の定期金債権者が不動産全体について優先され最初に弁済を受けるべきか *Si une Place baillée à rente pour y bastir estant saisie à la requeste du bailleur, distraction doit faite de la prisée des bastimens au profit des creanciers, qui ont presté leurs deniers pour la bastir ; ou si le bailleur du fonds sera preferé et premier payé sur tout l'heritage, sans distraction de la prisée desdits bastimens*」との表題で収録された1655年1月15日のパリ高等法院(審理部不明)の判決<sup>31)</sup>であり、事案は次のようなものである。自己の土地に「総額4000リ-

31) 全文の試訳は「法院判決における〈特権化された抵当権〉」獨協法学第81号参照。

ブルで償還可能な年200リーヴルの定期金 200.l. de rente par chacun an, remboursable de la somme de 4000.l.] を設定して「家屋 une maison」の建築資金の融資を受けた者が、資金不足を補うために別の者から1800リーヴルを借り入れた上で家屋を建築した。その後、定期金債権者は、定期金債務の不履行を理由に当該家屋を差し押さえた上で、他の債権者との「取り決め traité」で「競売命令費用 frais d'un decret」の負担回避と引き換えに自らの優先的地位を認めさせ、これを認めようとしらない上記建築費貸付者にも当該「取り決め」の効力を及ぼす旨のパリのシャトレ裁判所 Châtelet de Paris の命令を得たところ、建築費貸付者がこれを不服として高等法院に上訴し自らの先取特権の優位を主張したのである。

この事案の特徴は、先の官職上の先取特権のような黙示の先取特権ではなく、明示の先取特権が主張されている点に存する。しかもそれは、借主との「特約 stipulation」を通じて、「資材を調達し家屋を築造した職人等 Ouvriers qui avoient fourny les materiaux et basty la maison」に代位し彼らの黙示の先取特権を承継する形をとるものである。すなわち、上訴人による建築費貸付には、「貸付の存続期間中、当該家屋が貸付金の弁済のために特定の担保とされ抵当に供される旨の明確な特約が伴っていて、借主は、貸主が職人等の抵当権及び先取特権に代位できるように、職人等から受領する領収書に当該金銭が貸主の金銭である旨明記すべく義務づけられ、領収書にそのような表示がある場合には、借主自身の費用負担で同一の公証人によって照合を受けたその写しを貸主に提出するものとされていた avec stipulation precise que la maison luy seroit specialement affectée et hypothéquée au payement de sa rente, cours et continuation d'icelle, à l'effet dequoy le preneur s'est obligé de declarer par les quittances qu'il tireroit de Ouvriers, que c'estoit de ses deniers, afin qu'il demeurast subrogé au droit et privilege d'hypothèque desdits Ouvriers, et que desdites quittances contenans ladite declaration, il luy en fourniroit coppies collationnées par les mesmes Notaires à ses frais et dépens」のである。上訴人側の弁論も、建築費貸付者として黙示に先取特権を取得し得る可能性ではなく、「職人等に對して行った支払の領収書にそれが自らの貸付金である旨明確に表示した par

les quittances des paymens qui leur avoient esté faits, il estoit fait mention expresse que c'estoit de ses deniers」という点、及び、「そのことによって、職人等が家屋に有していた特定の特権化された抵当権を承継した moyenant ce ils l'avoient subrogé aux droits d'hypothèque speciale et privilégiée, qu'ils avoient sur la maison」という点を強調している。

ところで、このような「特権化された抵当権 *hypothèque privilégiée*」が「建物の評価額について土地の貸主にさえ優先するという性質を有する est de cette qualité, qu'elle preferable mesme au bailleur du fonds, jusques à la concurrence de la prisee desdits bastimens」ことについては、「船の建造や艀装あるいはまた購入のために貸し付けた者 *qui in navem extruendam vel instruendam credit vel etiam emendam*」や「家屋建築の再開のために貸し付けた金銭を引き渡した者 *qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutam dedit*」との類比関係を前提に、これらの者に先取特権や黙示の抵当権を付与するローマ法源<sup>32)</sup>が援用され、併せて、法定抵当権が本来対人的な先取特権に対物的な性質をもたらす補完的連関をそれらの法文に読み込むことで、この種の先取特権が、ローマ法上も、単に人的なものではなく物的なもの、つまり、「特権化された抵当権」に相当した旨主張されている。ここでは、家屋上の先取特権の物的性質を裏付けるいわば補充的論拠としてローマ法が利用されてはいるが、資材を提供して建築に従事した職人と建築費の貸付者との区別、あるいは、先取特権が黙示であるか明示であるかの違い等は度外視されている。他にも、「自らの金銭が先取特権を有する債権者の手に渡った債権者 *creditores, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit*」について言及するローマ法文<sup>33)</sup>も挙げられており、この法文は、代位特約による先取特権の承継という理論構成とはさしあたり無関係な仕方であるとはいえ、金銭が「劣後債権者 *inferiores*」である貸付者から既存の「先取特権者 *privilegiarii*」に「直接 *statim*」移転する場合のみならず、「債務者を介して *per debitoris personam*」移転する場

32) D. 42, 5, 26 / 34 ; 20, 2, 1 : 20, 4, 5.

33) D, 42, 5, 24, 3.

合についても、金銭貸付者の先取特権の成立を認めていて、借主から職人等への工事代金の支払を前提に自らの先取特権を主張している上訴人にとっても有利に働くことになる。

加えて更に、上訴人の貸付金によって築造された建物を含めた不動産全体の価額について優先するとの被上訴人側の主張には、衡平あるいは自然法の観点からみて、そもそも「根拠も説得力もない *il n'y avoit propos ny apparence*」と上訴人側は訴える。ここでは、「建物は土地に服する *aedificum solo cedit*」という原則、つまり、「建築物や修復部分 *les bastimens ou meliorations*」が「所在地の敷地と分かち難く結合している *inseparablement attachez au fonds d'un place*」こと自体は認めつつも、「妻の嫁資によって家屋を建てたり大規模な修繕や増築を行った夫に、それらの建築物の評価額の半額を、共有後得財産として裁定付与する *adjugeoient aux maris qui ont basty des maisons sur les fonds dotaux de leurs femmes, ou fait des meliorations et augmentations notables, la moitié de la prisée de ces bastimens comme conquests de la communauté*」法院判決や、「何人も他人の損失の下に利益を得てはならない *neminem locupletari cum aliena jactura*」<sup>34)</sup>との「法の周知の準則 *la regle vulgaire du Droit*」を引き合いに、家屋建築費の貸付者と土地定期金の債権者の間の利害調整の観点から、例外的な扱いが正当化されている。「建築物や修復部分が鑑定評価を介して敷地とは別の一種の不動産を構成している *par le moyen de l'estimation de composer une espece d'immeuble separé du fonds*」と考えるならば、「他人の敷地において善意で建築に従事した者の権利 *le droit de celui qui a basty de bonne-foy sur le fonds d'autrui*」や「当該建築のために金銭を貸し付けた者の同様に善意に基づく特権化された抵当権 *l'hypothèque privilégiée pareillement de bonne-foy de celui qui a presté ses deniers pour y bastir*」を「成立させ区別する *establir et distinguer*」ことは可能であるし、そう解することがむしろ「自然に照らして衡平に適う *natura aequum est*」というのである。

以上のように、代位の特約、ローマ法、衡平といった論拠によって自らの先

34) D. 12, 6, 14.

取特権の優位を主張する上訴人に対して、被上訴人側の抗弁は、「建物は土地に従う」という原則が本件においてもそのまま妥当する点を、専らローマ法に依拠して論証する形で展開されている。ここで主要な論拠となっているのは不動産の附合に関する法学提要の一節<sup>35)</sup>であり、その前段部分にはまず、「ある者が他人の土地に自己の材料を用いて家屋を建てた場合、その建物は土地の所有者に帰属し、その場合、材料の所有者は、他人の土地に建築するという事を知らなかったという場合でもない限り、自らの意思で当該材料が処分されたものと見なされるので、その所有権を失う *cum quis in alieno solo ex sua materia domum aedificat, illius fit domus, cujus et solum, et hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, cum voluntate eius videatur alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare*」、とある。ここでの土地所有者を、本件の被上訴人である土地定期金債権者に、「材料の所有者 *materiae dominus*」を、建築資金の借主や、職人等の地位を承継した上訴人に、それぞれ類比するならば、上訴人の先取特権の有無は、「材料の所有者」の所有物取戻訴権と同様、「他人の土地に建築すること」、本件で言えば、被上訴人のために定期金が設定されている土地に建築されることを借主あるいは上訴人自身が知っていたか否かによって左右されることになる。そもそも家屋の建築費の調達を意図し建築の義務まで負う形で被上訴人に土地定期金を設定した者がこの点について善意であるとは考えられないし、「資材の購入のために金銭を貸し付けた者 *ceux qui ont presté leurs deniers pour acheter les matériaux*」、つまり、上訴人も、「自らが契約する相手方の地位や、その者に貸し付けた金銭で建築されるべき不動産の状況について然るべく知らされていたものと推定され、たとえ知らされていなかったとしても、<他人と契約する者は契約相手の状況について不知ではなくあるいは不知であってはならない><sup>36)</sup>以上、悪意を免れ得ないのは全く明らかである *estant presumez s'estre deuément informez de la qualité de celui avec qui ils ont contracté, et de la condition de l'heritage, pour lequel*

35) Inst. 2, 1, 30.ここではフェリエール自身による若干不正確な引用に従う。

36) D. 50, 17, 19.

bastir ils luy ont leurs deniers, ou si ils ne l'ont fait, ils ne peuvent s'excuser d'une mauvaise foy toute évidente, puis que *qui cum alio contrahit vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus quo contrahit*。しかも、「土地が他人のものであることを知る者は、他人のものであると知っている土地に無謀にも建物を建てたが故に、その過失の責めを負い得る *scienti alienum solum esse potest objici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo quod intelligebat alienum esse*」という上記法学提要の一節の末尾部分に照らせば、上訴人のような建築資材購入費の貸付者について、「当該土地がその価額に相当する定期金の負担付きで借主に帰属しているにすぎないことを知りつつ、その土地に建築するために彼らが金銭を貸し付けたのは無謀であり思慮を欠いていた *temerairement et mal à propos, ils ont presté leurs deniers pour bastir en un fonds qu'ils sçavoient n'appartenir au preneur qu'à la charge de la rente qui estoit le prix d'icelle*」とさえ指摘し得る。更に、「そうとは知らず他人の土地を購入した *fundum alienum imprudens emit*」善意取得者に対して所有物取戻訴権を行使するためには「少なくとも土地の価値が高まった分について償還すべきである *reddat impensam, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est*」とする法文<sup>37)</sup>も、「修繕や増築部分について為された売却がそれらを行ったりそれらの為に金銭を提供したりした者の利益となる *distraktion faite des meliorations ou argmentations au profit de ceux qui les ont faites, ou en ont fourny les deniers*」前提としてそれらの者の善意を要求する論拠となり得る。以上のように、被上訴人側は、「敷地及び地所 *le fonds et la place*」の「定期金債権者 *baillieur à rente*」、つまり、土地定期金という土地に付着した物的権利の主体としての立場を所有者のそれに類比し、建築物の敷地への附合という原則論を貫くことで、「現在あるがままの状態」で当該土地上に他のあらゆる者に優先する特定のな抵当権 *hypothèque speciale et preferable à tous autres sur icelle, en l'estat qu'elle se trouvoit à present*」を有する旨主張しているのである。

ただし、ローマ法を自在に駆使した被上訴人側の抗弁も上訴人側の主張全体

37) D. 6, 1, 38.



に及ぶものではない。「上訴人は家屋の敷地に対する被上訴人の先取特権や特権化された抵当権を否定しようとするものではなく、被上訴人の立場が家屋建築以前のまま変わらない l'appellant n'envoie pas à l'intimé son privilege et son hypothèque privilégiée sur le fonds de la maison, et en l'estat qu'il estoit auparavant les bastimens」にもかかわらず、新たに建築された家屋についてまで被上訴人が優先するのは衡平ではないという上訴人側の主張への反論としては確かに鮮やかではあるが、上訴人側の主たる論拠である代位の特約そのものの有効性については何も言及されていないのである。国王代訟官長代理ドニ・タロン Denis Talon (1628-1698年) の意見陳述はまさにこの点をついたものとなっている。というのも、タロンは、「問題となっているのは<抵当権>ではなく<原因が重視される>先取特権にすぎず、実際、上訴人は、職人等に支払った金銭の領収書を提出することで、当該建物上に先取特権を得ているとの理由から、上訴人に与した ayant adhérent avec l'appellant, sous prétexte qu'il n'estoit question que de privileges, in quibus causa attenditur, non hypotheca, et que l'appellant estoit privilégié sur les bastimens, quis qu'il rapportoit les quittances des payemens faits aux ouvriers de ses deniers」からである。『裁判時報』の編者デュ・フレーヌによれば、高等法院はこのタロンの意見をふまえて上訴人勝訴の判決を下したとされる。それでは、「デュ・フレーヌが報じている1655年1月15日の法院判決では、土地が建築目的で定期金に供されていても、建物築造のために金銭を貸し付けた債権者の利益のために、建物の評価額について売却が行われねばならない旨判示されている par Arrest du 15. Janvier 1655. rapporté par du Fresne, il a esté jugé, qu'une place ayant esté donnée à rente pour y bâtir, distraction devoit estre faire de la prisee des bâtimens, au profit des creanciers qui leurs deniers pour la bâtir」(『法学』第21番)と述べて、本判決を結論通りにその限りでは正確に援用するフェリエールもまた代位の特約を重視しているのであろうか。決してそうではない。なぜなら、続くフェリエールの解説には、「これは学説彙纂第42巻第6章第26及び第34法文を踏まえたものであって、その箇所では法律家は<船舶の製造、購入、艀装のために何らかの仕方で貸し付けた場合には先取特権を取得する>と述べている juxta leg. qui in navem

26. et leg. quod quis 34. de privileg. creditor. ubi. I. C. quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae causa, vel quoquomodo crederit, habet privilegium」とあるだけで、特約については一切触れてはいないからである。附合による土地所有者の優位などではなく、あくまで抵当債権者間の優先順位の問題として、先取特権の「原因 causa」に目が向けられているのは確かであるが、上訴人側の弁論では補充的に援用されていたにすぎないローマ法文のみを掲げることで、より簡明な理論構成が示唆されているようにも見える。職人等（「家屋の建築や修繕を行う石工 le Maçon qui bâty, ou fait des reparations dans une maison」第17番末尾）の先取特権を建築費貸付者が代位の特約に基づいて承継するのではなく、例えば、建築費貸付者自身が、ローマ法上の船舶建造費貸付者がそうであるように、その貸付の目的故に先取特権を取得するものと解されているのではないのか。そうであるとするならば、フェリエールによる法文引用は、実際には、本件上訴人側の弁論の取捨選択の帰結であることになる。また、上訴人側は、上記法文において問題となっている人的な先取特権と、法定抵当権と結びついた物的な先取特権との相違について配慮を示していたが、フェリエールはこの点にもふれていない。公証契約が当然に抵当権を成立させるフランス法を前提に抵当債権者の優劣の問題として先取特権を論じるというここでの文脈では、先取特権の物的効力は当然視され、引用法文のローマ法上の位置は度外視されるということなのか。

更に、『法学』での簡潔に過ぎる叙述からは、フェリエールが、建築費貸付者の先取特権を、船舶建造費貸付者のそれを同様に、黙示のものと見なしているのか否かもはっきりしない。これに対して、後の『提要』では、職人の先取特権と建築費貸付者のそれをまさに対置する仕方で、自覚的にこの論点が扱われている。そこではまず、「建築請負人、石工その他の職人は建築あるいは修繕された家屋上に先取特権を有し、当該先取特権を取得するに当たって特約は不要である l'Entrepreneur ou le Maçon et les autres Ouvriers, ont privilege sur la Maison bâtie ou retablie, sans que pour l'acquérir il soit besoin de stipulation」（第105条）とされていて、同条の注では、家屋建築費の貸付者に黙示の抵当権を付与する法文<sup>38)</sup>、後発抵当権者でも先行抵当権者に例外的に優先する例と

して船舶の艤装費用や修理費用の貸付者を挙げる法文<sup>39)</sup>、そのような例外的扱いを担保目的物の保持という観点から理由づける法文<sup>40)</sup>がそれぞれ援用されている。この内、前二者の法文は上記1655年判決の事案で上诉人側が援用したものである。ただしここでは、あくまで職人等の先取特権の黙示性の論拠として参照されているにすぎない。問題の建築費貸付者の先取特権については、「家屋の建築や修繕のために金銭を貸し付けた者に対しては、用途についての明示の特約がない限り、同様の先取特権が与えられることはない *le même privilege n'est pas accordé à celui qui a presté ses deniers pour bâtir ou retablir une maison, sans une stipulation expresse d'emploi*」(第106条)とされており、職人等の場合とは逆に先取特権の黙示性が否定されている。その注では、家屋建築費ではなく不動産購入費の貸付者の特定の抵当権及び先取特権の要件としてその旨の特約を求めるディオクレティアヌスとマクシミアヌス両帝の勅法<sup>41)</sup>が援用された上、未成熟被後見人の金銭で後見人が建物を建築修繕したり不動産を購入したりした場合に前者の後者に対する財産返還請求権を担保する特定の抵当権と先取特権を黙示に認める法文<sup>42)</sup>については、「未成熟被後見人にとって有利なこの規定はフランスでは通用していない *cette disposition favorable aux pupilles n'aurait pas lieu en France*」と付言されており、特約を重視するフェリエールの立場は明らかである。本条に言う「用途についての明示の特約 *une stipulation expresse d'emploi*」は、裁判所書記官職上の先取特権に関する先の1672年判決で被告側が主張し、フェリエールも『提要』において定式化している官職売主に代位するための一連の手續(第111条)に対応するものに他ならない。第106条は建築費貸付者の先取特権の明示性一般を提示する留まるので、敷地の定期金債権者に対する優位という特殊問題に関わる1655年判決は引用されていないが、『法学』と『提要』の間の論調の相違は、前者において唯

---

38) D. 20, 2, 1.

39) D. 20, 4, 5.

40) D. 20, 4, 6.

41) C. 8, 14, 17; 8, 18, 7.

42) D. 27, 9, 3, pr.; C. 7, 8, 6.

一援用された船舶建造費貸付者に関する法文が後者に見当たらないところに象徴的に示されている。

ところで、ローマ法上、不動産の売主や購入費貸付者と、修繕費貸付者とが区別され、後者にのみ黙示の抵当権及び先取特権が認められることは既にIでみた通りであるが、以上のフェリエールの議論からも見て取れるように、当時のフランス法では、家屋建築費や修繕費の貸付者の先取特権取得にも特約を求めることで購入費貸付者との差異が相対化されるに至っている。しかしその一方で、不動産上の黙示の先取特権が、裁判費用の支出者や不動産工事に従事した職人等にも限定されているわけでもない。特に不動産売主の先取特権については、17世紀前半の法院実務の展開により黙示化の方向が既に確立されていた。フェリエールも、幾つかの判決集を参照することでこの展開を自らの叙述に取り込んでいる。まず、ローマ法と同様に売主の目的不動産上の優先権確立に特約を求める旧来の法院実務に関しては、『法学』と『提要』何れにおいても、ルエの『法院判決集』Hの項第21章<sup>43)</sup>に付されたブロードーの補注<sup>44)</sup>が参照

---

43) “部長判事ル・クレル氏は、1583年に、二千エキュで、ジェルボーに対する五千リーヴルの定期金を取得し、当該契約の中で、ジェルボーは、オセールの裁判所書記官職を購入するためにこの契約が為された旨明記している。ジェルボーが書記官職を購入する5日前、定期金設定契約から11日目に代金が支払われており、定期金設定契約上の代価計算から、書記官職の代金支払の受領証に照らしても、当該代価が支払われたものと推定され、実際に書記官職は辞令をもって売却されている。部長判事ル・クレル氏は、「彼の金銭によってものが購入されたが故に」、つまり、当該定期金がなければ当該書記官職はジェルボーの「財産」には属さなかったのであるから、第一順位での配当を求めており、これは、「船の修理のために金銭が貸し付けられた場合に債権者が優先され」【学説彙纂20巻4章「質乃至抵当において優先されるべきなのは誰か」第5法文】、あるいは、「家屋の修繕のために貸し付けられた場合に先取特権を取得する」のと全く同じであり、学説彙纂20巻1章「質及び抵当について」第29法文2節によれば、少なくとも「地所の価値が増加した分について」、そのようにいえる。その理由となるのは、当該契約に挿入された当該条項に何らかの効力が存すべきである点、その後起こったこと、すなわち、貸付金の利用が、当事者の意思を証明している点、公撰集第96勅法「嫁資の平等」によれば、「不動産購入のために金銭が貸し付けられたこと」で債権者にとっては十分であり、より正確には、学説彙纂14巻1章「船主訴権について」第7法文前書にあるとおり、「船舶の修理のために」金銭を貸し付けた債権者にとっては、「金銭が貸し付けられたときに船が修理を要する

されている。この第21章では、「債権者の金銭によって地所が取得された場合、抵当権は特権化されるのか *si l'hypothèque est privilégiée, quand l'heritage est acquis des deniers d'un creancier*」との表題で、不動産購入費の貸付者の先取特権取得に特約を求める法院実務が論じられており、ブロードーはこの購入費

状態にありさえすれば] 十分である以上、別途合意は不要である点、たとえ合意が要求されるとしても、定期金設定契約の中でそれが書記官職購入に用いるためである旨明示されていれば事足りる点、である。諸法廷にこの問題が提起された際、以上に反する判断が下されたが、それは、勅法彙纂8巻18章「質において優先されるのは誰か」第7法文の説示のとおり、目的物が債権者のために担保に供される旨の債権者の要約が必要とされ、同14章「質について」第3法文も同趣旨であり、上記公撰集の勅法が「金銭の貸与」のみを要求しているのは「嫁資」における特殊事情にすぎず、また、「私の金銭で物が購入された場合」、世俗法の下では特約のない限り先取特権は存しないという上記学説彙纂20巻4章第5法文へのバルトルスの注釈が、法廷では遵守されているからである。すなわち、「私の金銭によって購入されたからといってそれは私のものにはならず、もし債権者が不動産の購入のために特約無しに金銭を貸し付けるならば、人的債権者間における先取特権を取得し、特約があれば抵当債権者間における先取特権を取得する」のである。というのも、物的権利、つまり、抵当権について先行する債権者との関係でそのような優先権を有する特定の抵当権を取得するためには、「目的物の引渡そのもの、売買の契約そのものに際して合意がなされる」こと、従ってまた、「そのような先取特権の原因がなければ目的物が債務者に帰属することもその財産を構成することもなかった」と言えること、が必要であり、抵当権を取得し得ない状況について論じるにすぎない『競売論』で部長判事ル・メートル氏が述べている点に惑わされてはならず、そうである以上、予め権利を有している債権者の抵当権が侵害されてはならないからである。

同じ問題がトゥールにおいて、高等法院が当地に存していた1592年に、自由保有地に関する事件において、報告官スカロン氏と対立判事ロバン氏の意見対立を受け、ド・フルリ氏の報告の下、大審部にて次のように判示された。すなわち、「抵当債権者の間で」先取特権を取得するためには、勅法彙纂8巻18章第7法文、及び、学説彙纂20巻4章第5法文に関して、「単なる言及は何ももたらさず、抵当権は合意による」とのバルトルスの見解にあるとおり、特約を要し、「人的な債権者の間では」、学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第19 [第5章第34] 法文への標準注釈に従い、「要しない」、と。第五審尋部の報告官ル・プレートル氏は勅法彙纂8巻18章第1法文に依拠して、「債権者が質入れを受けるという特約の下に金銭を貸し付ける」ことを要するとしている。つまり、この優先弁済にかんする特権を債権者が取得するためには、地所の購入のために金銭を貸し付けただけで足りず、その際に自己の金銭によって地所が購入されることに言及し、購入の契約が誠実に為されることが求められる。デュ・ムーランの『利息契約論』問題37第276番を参照せよ。より慎重な

貸付者の先取特権に類比する仕方不動産売主の先取特権に関する法院判決を紹介しているのである。同章のルエの議論は、「裁判所書記官職購入 l'acquisition des Greffes」の目的で定期金が設定される場合の購入費貸付者たる定期金債権者の先取特権取得に用途の明記という形での特約が要求される旨の考察に

者は、「自らの金銭で物が購入される」旨明示するだけでは満足せず、抵当権と先取特権を特約し、当該抵当権が「法律」ではなくむしろ「合意」に由来することに依拠するであろうし、実際それが最も安全である。私も、ラフマ、ギャマンその他の間での訴訟において、ル・プレートル氏の報告の下、1605年に以上のとおり判示した。

1606年7月19日に、デュ・フーレイ氏とシュブレ家との間の訴訟において、クルタン氏の報告の下、大審部において次の通り判示されている。すなわち、強制推定により、契約書と領収書の日付の近さから「嫁資である金銭によって地所が購入された」ようにみえるにもかかわらず、取得契約にその旨の表明がない「ことから」、学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第54法文とは異なる勅法彙纂5巻12章「嫁資の権利について」第12法文に従い、「地所は嫁資には属さない」と判示された。つまり、妻の意思に基づいてその金銭による購入が為されることが求められたのである。第12法文の冒頭はこの点を十分に示している。そして、法院判決上、「そのような妻の意思」は「妻の意思表明」や「妻の同意」と解釈されており、そのような表明がなければ、「嫁資の金銭によって地所が購入された」ことが証明されたとしても、「地所が嫁資に属する」とは解されない。”(Recueil, 412-413. 引用は1627年パリ刊第八版による)

44) “その金銭によって物が購入されたり修繕された債権者は人的債権者であるか抵当債権者であるかは問わず先行する全ての債権者に優先する”。この点は、著者によって引用された諸法文の他、学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第53法文2節、同42巻6章「債権者の先取特権について」第9〔第5章第24〕法文1節、第11法文、第19法文、同42巻3章「財産委付について」第1法文への標準注釈、同20巻1章「質及び抵当について」第1法文、同27巻9章「後見あるいは保佐に委ねられている物は命令なければ譲渡あるいは交換できないこと」第3法文前書、新勅法第136勅法第3章、同第53勅法第5章、並びに、勅法彙纂8巻18章第12法文への新勅法引用要約文第一の典拠である第97勅法第3及び第4章、において述べられている。この先取特権は、アックルシウスとバルトルスが、学説彙纂20巻4章第5法文への注釈において、アーツに従い、注釈者ヨハネスに反論しているとおりに、明示の抵当権を有する者に対しても同様に妥当し、彼らの見解は、部長判事セギエ氏によって、1577年4月2日、復活祭前の水曜日に下された法院判決において支持された。この法院判決において高等法院が判示したところによれば、モントルイユ・シュル・ル・ボワの町に存し今回差し押さえられ競売に付された家屋について、それが以前修繕されるに際して用いられた金銭の債権者は、家屋の賃貸人に対して、この者がセギエ氏の近親者であったにもかかわらず、たとえこの賃貸人が先行の古くからの債権者で当該家屋上に明示の抵当権を有し、「地代が支払われなければ土地所有者としての立場が優先するのは

始まり、そのような購入費貸付者の先取特権の明示性を官職のみならず「地所 une terre: fundus」に関しても肯定する法院判決が数件言及されている。ただし、何れの判決も、いわゆる報告官 rapporteur による書面審理を経たものであるためか、事案や当事者の主張の詳細は省略され判決を支える論拠が示され

確かである」【学説彙纂20巻4章第15法文】としても、優先するとされた。ところで、この先取特権は、無制限ではなく、「債権者の金銭によって購入され、修繕され、支払われただけの額」に限って効力を有する【学説彙纂20巻4章第7法文前書。そこには、「両者は、物の代価として費やされた分に応じて共に質権を有する」とある。同24巻1章「夫婦間贈与について」第56法文末尾も論拠となる】。同様に、「貸付金によって購入された物であっても、黙示の権利として債権者に担保に供されるのではなく、特定の乃至包括的な合意が要求される」こと【新勅法第136勅法第2章へのキュジャース注釈末尾。法文としては、勅法彙纂8巻18章第7法文及び同法文の文言「合意される」への標準注釈、学説彙纂20巻1章第17法文、同14巻4章「分配訴権について」第5法文17節及び同節標準注釈、並びに、学説彙纂前述42巻6章第11法文が手掛かりとなる。ル・メートル氏の『競売論』最終章第4番末尾、ロワゾー『官職論』第3巻第8章第31番以下、フランキスクス・ステファヌス『取得高等法院判決集』判決68第3番】は確実である解するべきであり、そしてまた、取得契約が誠実に締結されたことに加えて、貸付金が代金あるいはその一部の支払いに用いられること、取得が命令によって為される場合には、債務負担や定期金設定契約に際して表明されていた点が実行実現され効力を発しているのだと分かるように、買受納入金受領者の受取証にはっきり言及されていることが、著者の報じている諸法院判決において判示されたとおり【更には学説彙纂42巻6章第11法文末尾、ロワゾー前掲書第8章第44、第38、第39番を付け加えることができる】、必要である。なお、同じ理由から、「代金未受領で」自己の土地を売却した者は、明示にその旨記載しない限り、当該土地上に如何なる優先権も取得することはなく、そのような記載が欠ける場合、自己の物が無条件の単純な売買を通じてそれまで有していた所有権から完全に離れたのであるから、この者が特権化された黙示の抵当権を有するとは言えず、それ故、この者は、代金について訴権及び抵当権を有する一般債権者にすぎず、買主の誓約を異議を留めずに受け入れた以上、それは特権化された抵当権ではあり得ない旨、王示部において、部長判事ド・トゥー氏が1608年5月14日水曜日に、法廷弁護士ジェルマン、モゲン、メニャン、国王弁護士ル・ブレ氏、訴訟当事者シャルロット・ド・ナッソー夫人、ド・トリムイユ夫人、すなわち、それぞれの子ジャック・ボワソー、アダン・ジュソームの代理人及び財産管理権者たる両者、その他利害関係人の、エギヨン島の地所及び男爵位に関する事件について判示した。同じ王示部において、ヴィルトレイ氏の報告の下、1621年8月26日に下された別の法院判決は、1618年4月11日にムノン、ジュスランドその他利害関係人を訴訟当事者とするソミュールのセネシャルによるピリーの地所の債権者配当順位の判決を是認するものであった。これは、法学提要

ているにすぎない。最初に挙げられているのは1592年(年月日不明)の大審部判決であり、そこでは、先取特権の明示性を裏付ける論拠として、二重抵当における購入費貸付者の明示の抵当権、及び、船舶購入費の貸付者の抵当権について、それぞれ時的先行性を覆す効力を認めた法文<sup>45)</sup>と、「もし債権者が不動産の購入のために特約無しに金銭を貸し付けるならば、人的債権者間における先取特権を取得し、特約があれば抵当債権者間における先取特権を取得する *si mutuavit pecuniam creditor ut praedia comparentur, sed sine stipulatione habet privilegium inter personales; si cum stipulatione, habet privilegium inter hypothecarios*」旨のバルトルスによる後者の法文への注釈<sup>46)</sup>が参照されたよう

---

2巻1章「物の区分について」第41節へのヨアンネス・ファベルの注釈第2番、モルナック『考察集』学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文17節への考察、ロワゾー『官職論』第3巻第8章第46番以下、ド・モンロン『法院判決集』判決51の見解でもある。この点について援用されるのは、学説彙纂27巻9章「後見あるいは保佐の下にある者の物は命令無ければ譲渡乃至交換され得ないこと」第1法文4節であり、そこでは、合意は、「代金が支払われるまで不動産は売主のために質入れされた」旨解されている。法律家〔ウルピアヌス〕が「質は無効である」と述べている点にかんしては、その理由は、地所の取得は許されても取得した地所の質入れは許されない未成熟者に言及しているからであるとされる。次の法文〔第2法文〕がその冒頭、「所有者によって質が取得され、最初から担保が付されている場合」と述べている点にかんしては、法律家が直前の法文の第4節で提起した異議であって、提起された問いに対する判断乃至解決ではない。確かに、メナール氏の『成文法問題集』第1巻第12部第45章やフランキスクス・ステファヌスの前掲『法院判決集』判決68は、学説彙纂18巻4章第22法文、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権」第13法文8節【そこには「というも売主は自ら売却した物を質物のように留置できるから」、とある】に依拠して反対に解しているけれども、それらの法文は、「目的物引渡あるいは代金支払の誓約の後」における代金上の抵当権ではなく、引渡前の留置権について「質権に準じて」言及しているにすぎない。商品その他の動産についてはこの限りではない【ステファヌス前掲箇所第19番】。(Recueil, 413-414.)

45) C. 8, 18, 7; D. 20, 4, 5.

46) 第5法文「例えば後続者が貸し付けたものが目的物の維持のために支出された場合のように、後発者が先行者に優位することも時々ある。船舶が担保に供された後、私はその繕装あるいは修理のために貸し付けたような場合もそうである。」

注釈「<3.> 先行者が特約をもって目的物に担保を得ている場合にも当法文で述べられている点が当てはまるのかどうか問題となる。ヨアンネスがこれを否定し、アー



である。加えて、自ら評定官として関わった第五審尋部の1605年の同趣旨の判決を挙げつつ、「より慎重な者は、＜自らの金銭で物が購入される＞旨明示するだけでは満足せず、抵当権と先取特権を特約し、当該抵当権が＜法律＞ではなくむしろ＜合意＞に由来することに依拠するであろうし、実際それが最も安全である *les plus advises ne se contentent de monstrier que ex eorum pecenia empti* ; mais stipulent l'hypotheque et le privilege, se fondans sur ce que cette hypotheque ne vient tant à *lege, quam à conventiome*, et que c'est le plus seur」とのルエ自身の理解も示されている。他に、「嫁資である金銭によって

---

ゾが反対でこちらが適切であることは、標準注釈その他において述べられている。  
 〈4〉次に、卓越せる標準注釈について述べる。まず第一に、目的物の維持のために金銭を貸し付けた者はどれだけの先取特権を取得し得るのか、が問題となる。標準注釈は三つ挙げる。まず、この者は人的な先取特権によって他の者に優先する。また、黙示の質権を取得する。更には、そのような黙示の先取特権によって、明示の先取特権を有する先行者にも優先する、とされ、以上は正しい。〈5〉第二に、ある者が目的物の購入のために金銭を貸し付けた場合はどうなのかが問題となる。標準注釈によれば、そのような者は、未成熟被後見人の場合を除いて【学説彙纂本章第21法文】、黙示の抵当権を取得することないが【勅法彙纂8巻14章「質について」第17法文】、その旨合意されている場合は別である【勅法彙纂8巻18章「質において誰が優先されるべきか」第7法文】、とされる。しかしながら、この点には若干の疑念があるので、以下のように述べておく。まず、ある者が物の購入のためである旨表示することなく単に金銭を貸し付け、その金銭によって物が購入された場合には、その者は人的訴権についても抵当訴権についても先取特権を有することはない【学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文17節】。次に、物の購入のために金銭を貸し付けたが、当該物を自己のために担保に供する旨の明示の合意がない場合には、人的訴権については先取特権を有するが、抵当訴権については有しない【学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第19法文 [=第5章第34法文]】。更に、物の購入のために金銭を貸し付け、なおかつ、自らのために担保に供される旨の明示の合意を備えている場合には、人的訴権について先取特権を有する上に、黙示の抵当権を取得し、先行者に優先する【勅法彙纂8巻18章第7法文】。ただし、嫁資故に質において優先する妻はこの限りではない【公撰集7集9章第8節、なお、同節への標準注釈にあるとおり、勅法彙纂8巻18章第12法文への公撰集引用要約文第一が異なる内容を定めているとしても以上の通り解すべきであるし、同第12法文前書への標準注釈も同趣旨と解される】。なお、家屋や船舶の建造のために貸し付けた者はどうかと問うならば、船舶の購入のために貸し付けた者について既に述べたところと同じである。”(In *ius univsum civile commentaria*, I, 820. 引用は1562年パーゼル刊のテキストによる)

地所が購入された *ex pecunia dotalis fundum comparatum*」場合にも購入時にその旨の「表明 *declaration*」を求める1606年7月19日の大審部判決も挙げられているが、フェリエールが参照しているのは上記1592年及び1605年の判決の解説に付されたプロドローの補注である。

この補注でプロドローは三つの論点にふれている。一つ目は不動産に関わる金銭貸付者一般の先取特権の有無及び優劣である。ここでは、官職や地所等の不動産全般を念頭に、「その金銭によって物が購入されたり修繕された債権者は人的債権者であるか抵当債権者であるかは問わず先行する全ての債権者に優先する *creditor cuius pecunia res est emptā vel refectā praefertur omnibus creditoribus anterioribus, tam personalibus quam hypothecariis*」との命題が提示された上で、「著者 *l'Auther*」つまりルエの引用に付け加える形で多数のローマ法文が列挙されると同時に、16世紀後半の比較的古い法院判決が紹介されている。1577年4月2日付けのこの判決は、地代不払を理由に差し押さえられ競売に付された家屋の代価の配当をめぐる、たとえ先行債権者である「家屋の賃貸人 *bailleur de la maison*」が当該家屋上に「明示の抵当権 *hypothèque expresse*」を備えている場合であっても<sup>47)</sup>、「家屋が修繕された際に用いられた金銭の債権者 *le créancier, des derniers duquel une maison avoit esté réparée*」が優先する旨判示したとされ、金銭貸付者の不動産上の先取特権それ自体とその優越的地位が早い時期に実務上確立していたことが見て取れる。なお事案は、修繕費貸付者に関するものであるが、これを購入費貸付者と区別する趣旨ではないことは、「当該先取特権 *ce privilège*」について、「無制限ではなく債権者の金銭によって購入され、修繕され、支払われただけの額」に限って効力を有する *n'a lieu indéfiniment, mais seulement in quantum ex creditoris pecunia comparatum, refectum, vel solutum est*」と付言されているところからも看取できる。そして、このような金銭貸付者の先取特権が、修繕費貸付者についてローマ法が認めたような黙示のものなのか、それとも事前の合意に基づく明示

47) このような法院判決の判断の論拠としてプロドローはルエが言及したパルトルスの注釈を挙げている（注46の第3番参照）。

のものであるか、が続く二つ目の論点となっている。「著者」であるルエが本章で扱っているのはこの論点に他ならない。ここでも論点に答える簡潔な命題が最初に掲げられている。「貸付金によって購入された物であっても、黙示の権利として債権者に担保に供されるのではなく、特定のあるいは包括的な合意が要求される *res etiam ex pecunia credita comparata, creditori non est tacito iure obligata, sed specialis vel generalis conventio exigitur*」というその命題は、ジャック・キュジャス Jacques Cujas (1522-1590年) の『ユスティニアヌス帝新勅法集の解説 *Novellarum constitutionum Imperatoris Justiniani expositio*』(1570年初版) の第136勅法「両替商の契約について *Περι αργυροπρακτικων συναλλαγματων*: *De argentariorum contractibus*」第2章の注解<sup>48)</sup>から直接引

48) “この新勅法の第2章は勅法彙纂8巻14章「質について」第27法文に関連する。当法文によれば、両替商が金銭を借り受け、その契約の後に、それらの金銭を用いて、売買可能な官職を、自分自身、あるいは、家子、あるいは、近親者のために購入した場合、貸付金によって購入したと推定されるが故に、当該官職は債権者のために抵当権の負担を課される。この新勅法によれば、丁度逆に、両替商が誰かに金銭を貸し付け、この者がその後、自分自身、あるいは、家子、あるいは、近親者のために官職を購入した場合には、当該官職は両替商のために担保に供される。この新勅法では近親者について言及されていないが、[[抄録]編者]ユリアヌスは前掲第27法文に依拠して巧みに近親者を付け加えている。貸付後に債務者が近親者以外の者のために官職を購入した場合にはこのような推定はなされない。というのも、債権者が自らの金銭つまり自らが貸し付けた金銭によって購入されたことを証明しない限り、貸付金で購入されたようには見えないからである。先の場合には、法律上の推定が味方するので、債権者がこのような証明を強いられることはなく、逆に、官職を取得した者によって当該官職が貸付金で購入されなかったことを証明する必要がある。官職が抵当に供される点は既に述べた。それでは、黙示に抵当に供されることなく合意によって抵当に供される必要があるのは如何なる物であろうか。両替商や証人の取引慣行によれば、貸付金で購入された物である限り、質入れされると解されている【学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第122法文1節、同20巻1章「質あるいは抵当について」第34法文】。前掲第27法文はこの点を述べたものである。つまり、通常付与される抵当権に関するものである。これ以外の場合には、貸付金によって購入された物は、債権者のために黙示の権利として抵当に供されることはなく、特定のあるいは包括的な合意が要求されている【勅法彙纂8巻18章「質において誰が優先すると解すべきか」第7法文、同8巻14章第17法文、学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文17節】。”(Opera, III, 619-620. 引用は1609年ジュネーヴ刊『法について著され公刊が意図された著作の集成 *Opera, quae de iure fecit, et edi voluit*』による。)

用されたものであり、ブロードーは、他にも関連するローマ法文と文献を幾つか追加して援用しつつ、ルエが言及する法院判決の判旨を敷衍している。購入費貸付者が不動産上に先取特権を得るためには、担保設定の「合意 *conventio*」のみならず、「取得契約 *contract d'acquisition*」つまり不動産の購入が「誠実に *face foy*」締結されたことや「貸付金が代金あるいはその一部の支払いに用いられた *les deniers prestez ont esté employez au payement du prix, ou de partie d'iceluy*」ことが必要であり、「取得が命令によって為される *l'acquisition se fait par decret*」場合には、「債務負担や定期金設定契約に際して表明されていた点が実行実現され効力を発しているのだと分かるように、買受納入金受領者の受取証にはっきりその旨言及されていること *la quittance de Receveur des consignations en face mention, à fin que l'on voye que ce qui estoit déclaré par l'obligation ou par le contract de constitution de rente, a esté executé, consommé et reduit à effect*」が求められる、というのがブロードーの理解である。

フェリエールが参照する不動産売主の先取特権をめぐる議論は三つ目の論点にあたる。ただしここには命題ではなく法院判決が直ちに引用されている。というのも、高等法院が当該先取特権の黙示性を認めないのは、先の購入費貸付者の場合と「同じ理由による *par la mesme raison*」からである。具体的には、「<代金未受領で>自己の土地を売却した者は、明示にその旨記載しない限り、当該土地上に如何なる優先権も取得することはなく、そのような記載が欠ける場合、自己の物が無条件の単純な売買を通じてそれまで有していた所有権から完全に離れたのであるから、この者が特権化された黙示の抵当権を有するとは言えず、それ故、この者は、代金について訴権及び抵当権を有する一般債権者にすぎず、買主の誓約を異議を留めずに受け入れた以上、それは特権化された抵当権ではあり得ない *celuy qui a vendu sa terre sine praesenti pecunia, ne peut pretendre aucune preference sur icelle, s'il ne l'a expressément stipulé ; cessant laquelle stipulation, il ne peut dire qu'il ait une hupotheque tacite privilegiée, comme estant sa chose, s'estant par le moyen de la vente qui est pure et simple. Démis de tout le droict de propriété, qu'il avoit en icelle : il n'est plus que simple creancier, qui a une action et hypotheque pour son prix, nullement privi-*

legiée, ayant entierement suiviy la foy de l'acheteur」旨判示したとされる1608年5月14日の王示部判決、並びに、同じく王示部 Chambre de l'Edit による1621年8月26日の判決が掲げられ、同じ立場の論者として、ジャン・フォール Jean Faure (1275?-1340年)、モルナック、ロワゾー、ド・モンロンが挙げられている。更に、不動産売主のための質入れの合意が「無効である non valere」とする法文<sup>49)</sup>について、「地所の質入れ d'obliger l'heritage」そのものが許されていない「未成熟後見人 mineur」が買主となっている特殊な場合である点、「売主は自ら売却した物を質物のように留置できる venditor quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit」との法文等<sup>50)</sup>について、「<目的物引渡あるいは代金支払の誓約の後>における代金上の抵当権ではなく、引渡前の留置権について<質権に準じて>言及しているにすぎない ne parlent point de l'hypothèque pour le prix *post traditionem aut fidem habitande pretio*, mais seulement du droit de retention avant la tradition *quasi iure pignoris*」点、「商品その他の動産 *marchandises, et autres choses mobilières*」の売主については黙示の先取特権が成立し得る点、がそれぞれ注意的に補足されてプロドールの注解は終わっている。フェリエールの『法学』(第16番)と『提要』(第103条注釈 a)で「従来の法院判決」や「古い法院判決」と呼ばれているものが上記二件の王示部判決であるのは確かであるが、プロドールの影響としてはむしろ、不動産の購入費貸付者の先取特権と売主のそれとを関連づける論法に注目すべきである。というのも、『法学』では、順序は逆だが、裁判費用負担者(第14番)、葬儀費用負担者(第15番)に続く不動産上の先取特権者の第三番目として、「不動産を売却した者」(第16番)、第四番目として、「家屋や地所の取得のために金銭を貸し付けた者 *celuy qui a presté de l'argent pour l'acquisition d'une maison ou heritage*」(第17番)や「官職の購入のために金銭を貸し付けた者 *celuy qui a presté de l'argent pour l'achat d'un Office*」(第18番)が挙げられているし、『提要』では、まさにプロドールと同じ順序で、「家屋、地所、

49) D. 27, 9, 1, 4.

50) D. 19, 1, 13, 8 ; D. 18, 4, 22.

官職、定期金の取得のために貸し付けた者は、目的物上に特権化された抵当権の特約を備えることで、その物について購入者の他の全ての債権者に優先する *Celui qui a presté pour l'acquisition d'une maison, d'un heritage, d'un Office ou d'une Rente, avec stipulation d'hypothèque privilégiée sur la chose, est préféré sur icelle à tous autres Créanciers de l'acquéreur*」(第102条後段) という命題の直後に、「自己の地所その他の不動産を、代金もしくは残余代金について特権化された抵当権の特約無しに売却した者は、厳格に解せば先取特権を有しない *celui qui a vendu son heritage ou autres immeubles sans stipulation d'une hypothèque privilégiée pour le prix ou le restant du prix, n'a point de privilege dans la rigueur*」(第103条) と述べられているからである。その上、叙述の内容の面では、プロドールの注解のみならずルエの解説そのものの影響も大きいように思われる。例えば、購入費貸付者に先取特権が認められるのは「取得契約の中で、当該地所が某の金銭によって購入された旨記載され、当該取得代金の受領者が差し入れた領収証に、当該代金の支払いがこの目的のために某から借り受けた金銭によって為された旨明示された場合に限られる *pourveu qu'il soit fait mention dans le Contrat d'acquisition, que l'heritage a été acquis des deniers d'un tel ; et que dans la quittance que tirera l'acquéreur du prix de son acquisition, il soit spécifié que le paiement en a été fait des deniers empruntez d'une tel pour cet effet*」(『法学』第17番) といった記述は、そこに引用されている通り、既にみたルエの解説の引き写しである。また、不動産売主は「厳格に解せば先取特権を有しない *n'a point de privilege dans la rigueur*」という部分に付された注釈(『提要』第103条注 a) には、「債権者は、不動産の購入のために特約無しに金銭を貸し付けるならば、人的債権者間における先取特権を取得し、特約があれば抵当債権者間における先取特権を取得する *si mutuaverit pecuniam Creditor ut praedia comparentur, sed sine stipulatione, habet privilegium inter personales ; si cum stipulatione, habet privilegium inter hypothecarios*」という一節が、典拠を示さないままに引用されているが、これはルエによって引用敷衍されたバルトルスの見解のいわば孫引きに他ならない。

とはいえ、ルエやプロドールが伝える以上のような旧来の法院実務が変更さ

れ、不動産売主の先取特権の黙示性が承認されたという点にこそフェリエールの議論の核心が存するのは確かである。そのような法院実務の展開は、『法学』(第16番)では、「従来の法院判決 les derniers Arrests」に「最新の法院判決 les nouveaux Arrests」を対置する仕方で、「不動産を売却した者 celui qui a vendu un immeuble」は「特権化された抵当権 une hypothèque privilégiée」を自らに留保する「特約 stipulation」が無くても「先取特権 privilege」を取得し「買戻金について優先する est préféré sur le prix de la vente」と敷衍され、『提要』(第103条)では、特約のない不動産売主は「厳格に解せば先取特権は有しないが、慣行はこれに反対である n'a point de privilege dans la rigueur, mais l'usage est contraire」と表現されている。『法学』は「最新の法院判決」の典拠を示していないが、『提要』は、ブギエの『法院判決集』に依拠して、1628年4月30日と1629年9月8日の判決を引用しており(第103条注b)、フェリエールの言う法院実務の変化は1620年代に生じたことになる。「新たな法理に鑑み、予め定められた期限に支払われるべき所定の代金と引き換えに地所を売却した者は、代金支払がない場合、特約乃至合意がなくても目的物上に黙示の抵当権並びに先取特権を取得する旨判示された par une nouvelle Jurisprudence, il a été arrêté que celui qui a vendu un héritage moyennant un certain prix à payer dans certain tems prefix, faute de paiement, a une hypothèque tacite sur la chose sans stipulation ou convention, et un privilège」とブギエが伝えているそれら両判決の論拠をフェリエールは次のように敷衍する。すなわち、「売却された動産や商品が、売主にその代金が支払われるまでは、売主がそのような条件の下に売却したと推定される以上、買主に帰属することはないのだとすれば、不動産の所有権もまた、代金全額を支払って初めて取得者に移転すると言うべきであり、この点について何も不当なところはないので、取得者の債権者が異議を申し立てることはできない si le meuble ou la Marchandise vendue n'est pas censée appartenir à l'acheteur, qu'après en avoir payé le prix au vendeur qui est présumé ne l'avoir vendue qu'à cette condition, il faut dire aussi que le droit de propriété des immeubles ne passe incommutablement en la personne des acquereurs que quand ils en ont payé le prix entier ; et en cela il n'y a

point d'injustice, et les Créanciers d'un acquereur ne peuvent pas s'en plaindre]、と。ただし、不動産の売主が、動産の売主と同様に、所有権の留保者と推定されることによって、代金完済に至るまで行使し得る所有物取戻訴権と、目的物の競売乃至売却後の代価の配当において優先する先取特権とは、当然ながら同じものではない。売主一般に所有物取戻訴権が黙示に留保されるのと同じ論理、つまり、「衡平と契約上の信義によって補われるべき権利 un droit que l'équité et la bonne foi des Contrats doivent suppléer」として、先取特権が黙示に付与されるのであるから、特約の欠如を理由に「取得者の債権者が異議を申し立てることはできない les Créanciers d'un acquereur ne peuvent pas s'en plaindre」し、「売主のために抵当権の特約を挿入し忘れた公証人の懈怠 l'ignorance d'un Notaire qui auroit omis de mettre dans le Contrat la stipulation d'hypothèque pour le vendeur」も問題とならないというのである。裁判所書記官職上の先取特権をめぐる前記1672年判決の事案で、被告側が官職売主への代位を前提に主張している「所有権による先取特権 *privilege de propriété*」もまさにそのようなものであった。

この不動産売主の先取特権の黙示性という論点に関してもう一つ注目すべきなのは、フランス共通法論者のフェリエールらしく成文法地域の動向への目配りが為されている点である。慣習法地域の慣行についてパリ高等法院の判決を参照したように、フェリエールは、成文法地域で最も古く管轄域も広範なトゥールーズ高等法院の実務に照らして当地域の慣行を論じている。「ローマ法 *Droit Romain*」、つまり、成文法が「このような場合、他の債権者に対する如何なる先取特権も優先権も伴うことのない人的訴権を売主に与えるにすぎない *ne donne en ce cas au vendeur qu'une action personnelle qui n'emporte aucun privilege ny preference aux autres creanciers*」にもかかわらず、「トゥールーズの高等法院 *Parlement de Thoulouse*」は「ローマ法の厳格さに抗して *contre la rigueur du Droit Romain*」パリ高等法院と同様に解し(『法学』第16番)、パリ高等法院において確立された「新たな法理 *nouvelle Jurisprudence*」が「トゥールーズ高等法院でも承認されている *s'observe aussi au Parlement de Tholoze*」(『提要』第103条注b末尾)というのである。『法学』と『提要』何れにおい



でも特定の判決ではなく、前者ではメナールの『成文法の重要かつ特殊な問題集』、後者ではドリーヴの『法の重要問題集』がそれぞれ参照されている。これらの『問題集』は、『裁判時報』や『法廷時報』のように特定の判決の紹介を企図する再現型の判決集ではなく、ルエの『法院判決集』を含む旧来の判決集と同様、複数の判決を素材として論点を吟味解説する考察型の判決集にあたる。ここでは、ドリーヴの『問題集』を例に、成文法文献とそれらを援用するフェリエールの叙述とを照らし合わせることによって「フランス共通法」の試みの実相を今一度確かめておくことにしたい。

フェリエールが引用しているのは、「売主は売却物について他の債権者に優先するか否か、並びに、この点に関わる動産と不動産の相違について *Si le vendeur est preferable aux autres creanciers sur les choses vendues, et de la difference en ce point des meubles d'avec les immeubles*」との表題が付された『問題集』第4巻第10章<sup>51)</sup>である。ドリーヴの考察はまずローマ法の下での売

---

51) “売買が、目的物と代価について一致するに至った当事者の無条件の合意によって締結された。しかし、取得しようとするものの持ち主になるのは契約ではなく引渡によってである以上(1)、買主が売買目的物の所有権を取得することはないし、目的物が買主に提供されたとしても、そのような提供だけでは未だ十分ではなく、更に、売主が支払を受けることか、さもなければ担保の提供を受けることが必要であり、もちろん買主の約束で満足することも可能である(2)。そうやって初めて、買主は売買目的物の完全な所有者になり、売主は売買代金の支払を得るためにもはや目的物の取戻を求めることはできず、弁済を求める人的訴権を付与されるに留まる(3)。「というも、保証によるにせよ、担保提供によるにせよ、信用の供与によって代金を貸し付けたと解されるからである」。この準則には、我々の法の下、二つの例外が存する。第一の例外は国庫のためのものであり、これによれば、国庫に属するものはその売買代金が完済されない限り売主の所有に帰することはない(4)。もう一つの例外は銀行家のためのものであり、これによれば、これらの人々が売主となる場合、法律家[ガイウス]が言うとおりに(5)、「彼らの職務や事務は公益に関わっているが故に」、法は彼らを相当に優遇しているし、銀行家が指輪や宝石を売却した場合、ユスティニアヌスの新勅法の一つによれば(6)、たとえ買主に信用を与えていたとしても、買主による現実の弁済があるまでは、「装身具を取り戻す権利を有する」とされている。これらの二つの場合を除けば、買主の約束を信用した売主は、ローマ法上、売買代金の弁済を求める人的訴権を有するだけである。しかし、我々の高等法院は、売主が目的物と代金の何れをも奪われてしまうということを許さない自然的衡平に従

買当事者間の所有権移転の原則と例外を確認するところから始まっている。「売買が目的物と代価について一致するに至った当事者の無条件の合意によって締結された *la vente est parfaite par le nud et simple consentement sed parties qui ont demeuré d'accord de la chose et du prix*」場合、「買主 *acheteur*」が

い、一般に他の財産よりも重要な不動産に関して売主が担保を得て然るべきであると考へ、そのために、幾つもの契約について抵当権やその黙示の間答契約を導入したローマの皇帝たちに倣い、不動産売買においては容仮占有条項が黙示に読み込まれることにした。この点については、1608年9月13日に赤服法廷において言い渡された、ジャン・フレッシとジャンヌ・ド・カスティヨンの間の訴訟に関する一般的法院判決が存在する。確かに、この法院判決は、「その旨合意がなければ売主から仮の占有が引き渡された」とは推定しないローマ法(7)に反しているが、それでもなお、古代の法律学の諸原則に相応しいものと言える。というのも、我々の下では不動産売買において売主が代金支払の確保のために容仮占有を留保する習慣があり、我々の諸法文では「慣行に属する事柄は契約に含意されると解されている」(8)という点に鑑みれば、法の理性は「法の黙示の趣旨に基づいて」そのように補充するよう我々に勤めるからである。そして、この点において、我々はパリの高等法院における判断とは全く異なる判断を下していることになる。ルエの『法院判決集』の注釈者[プロドロー]が証言しているとおおり(9)、パリの高等法院の諸判決では、自己の土地を「代金の受領なく」売却した者は一般債権者とみなされ、代金に関する人的訴権を有するに留まり、如何なる先取特権も付与されていない。しかしながら、我々の高等法院が不動産の売買契約にそれが欠けている場合に常に補充している容仮占有条項の効力によって、売主は、売却された財産上に特定の特権化された抵当権を有し、これによって、それらの財産が誰の下にあらうとも追及できる権利を取得し、また、それらの財産が依然として売主に帰属している以上、買主の総財産の売却という混乱からそれらを控除する権限も取得する。その場合、それらの財産は別立てでの売却のために算入され取り置かれて、売却に由来する金銭はそれらの財産について債権を有する者に弁済され、他の債権者は、たとえ先行者であったり先取特権者であったとしても、この者だけが完全な満足を得るべきでは旨異議を申し立てることはできない。不動産売買については以上のとおおりである。これに対して、動産の売買に関しては、法も我々の高等法院も容仮占有条項を一切補充していない。なぜなら、そもそも動産の占有は一時的で仮のものであるので、もしこれらの契約に当該条項が黙示に含まれるということになると商取引が混乱するからである。一方で、この点について、何らかの救済により売主への補償に備えるべきか、代金の支払のために、売主が、買主の約束に満足して掛け売した動産の売却に由来する金銭について何らかの優先権を主張し得るかどうか、は検討に値する。この問題は、1628年9月12日にヴリエ対アンドレの訴訟において賛否分かれて議論された。ヴリエはある商品をジュンカに掛け売りし、ジュンカは公証契約によってその合意済みの代価を一定期間内に支払うべく義務づけ

「売買目的物の所有権 la propriété de la chose vendue」を取得するためには、そのような「合意 consentement」に加えて、ローマ法上、「目的物 chose」の「引渡 tradition」と「代価 prix」の「支払 payment」とが求められ、後者は担保の提供や「買主の約束 la parole de l'acheteur」によっても代替可能であ

られていた。その後、同じくジュンカは、トゥールーズ市民であるフランソワ・アンドレから別の商品を購入し、アンドレもまた一月以内に支払われるべく定められた代金の公的担保を得ていたところ、当該商品が引き渡され搬入され、ジュンカの先行債権者であるヴリエが自己の契約に基づき債権の弁済のために差し押さえた。これに対してアンドレが異議を申し立て、当該商品の売却に由来する金銭についてヴリエに優先されるべき旨主張した。この異議申立の判断をめぐり、判事等の見解は大審部において二分した。差し押さえられた商品の売却を命じることについては全員が一致していたが、一方の判事等は、アンドレにその売却した不動産上に先取特権者として優先権を与えるべき旨主張したのに対して、他方の判事等は、先行債権者であり最初の差押債権者でもあるヴリエに優先権を認めるべき旨主張した。意見対立は前者に傾き、商品の売却代金についてアンドレの優先権を認める結果となった。当裁判の報告官はド・ラ・フォン氏で、対立判事はアグレ氏であった。法院判決によって判示された点の裏付けにあたって着目すべきなのは、法によれば、動産であれ不動産であれ何らかの物の売主が買主の口約束に満足して当該物を引き渡してしまえば、代金支払のために売却物上に抵当権を取得することはその旨特約しておかない限りあり得ない、という点である。確かに、引渡前であれば、ある箇所でウルピアヌスの言うように「質の代わりに」、あるいは、別の者が言うように「質に準じて」、売却物を売主の満足のために留保する権利は存在する (10)。表現がこのように特異なのは、留保された物は真正な質物ではなく、自らの担保としてそれを留保する売主の所有権に依然として服しているが故に「質に準じあるいは質の代わりに」なるからである。しかし、売主が商品を引き渡し移転した後は、留保や条件付でない限りその支配を離れたものについて黙示の抵当権を主張することは一切できない。この点は、我々の法において次のように言われているところから明かに見て取れる (11)。すなわち、占有者から土地を購入した未成熟者が代金の完済までそれらの土地を抵当に供することになった場合、そのような抵当権は無効であるとされるが、もしその抵当権が法定かつ黙示のものであるならばそうはならなかったはずである。また、我々の語法文において次の通り定められているところからもこの点は裏付けられる (12)。すなわち、国庫は売買代金について弁済を受けるまで売却物上に抵当権を有するとされているが、ここから、私人はその行った売買についてそのような優先的地位を有していないということになる。ユスティニアヌスが新勅法の一つにおいて (13)、銀行家は売却した指輪の代金の弁済について「抵当権を有することはない」、と定めている点もここに付け加えることができる。抵当権が法律の効果や恩恵である場合がこれほど多く存在する一方で、売主にそれを付与する法律は存在しない。ローマ法については以上のとおりで

る。従って、売主が「買主の約束」に満足して代金未払いのまま目的物を引き渡す場合、「買主は売買目的物の完全な所有者となる l'acheteur est maistre absolu de la chose vendue」一方、「売主は売買代金の支払を得るためにもはや目的物の取戻を求めることはできず、弁済を求める人的訴権を付与されるに留ま

---

ある。これに対して、契約が公の手で認証されるフランスにおいては、公証人や証人の面前で書面によって締結された契約が存する以上、売主が売却物について買主のその他の財産と同じく抵当権を保持し続けることに何ら疑念の余地はない。というのも、抵当権は公証され認証された証書の帰結であり付属物であるから。ところで、法の下で売主が売却物上に黙示の抵当権を有することはないとしても、「無担保債権者の間では」売主が優先権を有すると考える人々が相当おり(14)、彼らはその際、「船舶の売却に基づいて訴求する者」に先取特権を付与する法文に依拠している(15)。しかし、これが船舶の売買に特有の事柄であることに気付かない者などいるであろうか。法律家[ウルピアヌス]が述べているとおり(16)、航海への考慮、つまり、「航海の必要から」、一般法とは異なる事柄が幾つも導入されたのである。その証拠に、ウルピアヌスの著作断片中に、ラテン人は船舶を製造し機装することでローマ市民権を得られた旨の記述がみられる。従って、市民法大全中に、国庫を除いて売主のための黙示の抵当権は存在せず、同様に、船舶の売買が問題となる場合を除いて、売主のために定められた先取特権も存在しないのは明らかである。それどころか、我々の諸法文が、売主を、一切の優先権を欠いた単純債権者の一人にすぎないと考えていることも見て取れる。実際、法律家[ウルピアヌス]は、「しかしもし私が私の商品を引き渡してそれが未だ残っているのであれば、私が分配に与ることは不当ではないと考えられ、私とその商品に対して債権を有していることが確かであれば、分配は為されるであろう」、と述べている(17)。にもかかわらず、黙示の容仮占有特約によって不動産売買における売主を救済する方向に高等法院を促したのと同じ平衡は、動産売買においても売主のために何らかの救済を求めて正義に訴えるように思われ、それは優先権としての先取特権以外にはあり得ない。以上の第一の論証は法の厳格さとパリ高等法院の諸判決に対抗するものである。他方、第二の論証は、法によるものではなく、パリ慣習法[177条]、並びに、パリに存する権威ある法廷の諸判決に即したものである。パリ慣習法の定めるところによれば、売主が買主に対して支払期限を定めた場合であっても、売主は売却物についてそれが債務者の下に存する限り他の債権者に優先するとされている。先例の編集者たちによって報じられている諸法院判決も同様の判断を下している(18)。最新のパリの王令が売主を他の債権者よりも優遇していることも我々は知っている。というのも、当王令は貴族の武具や馬の差押えをそれらを売買した者を除く全ての債権者たちに禁じているからである。以上のような考慮に基づいて、動産の売主に有利な仕方では先取特権を拡張した上記法院判決が下されたのであり、高等法院は買主の詐害行為の場合に限ってこの先取特権を売主に認めた(19)。「このようにして法は日々増大し、よりよいものへと形成されるのである」。

る le vendeur ne la peut vendiquer pour se payer de pris de la vente, ne luy restant qua l'action personnelle pour poursuivre son payement」ことになる。「このような原則 cette regle」の「例外 exceptions」、つまり、代金未払いのまま目的物を引き渡しても代金完済までは所有権を失わず代金確保のために所有物

ただし、動産が、たとえその所持人が変わらなくとも、もはや原状のままではない場合、例えば、売主が優先権を主張している商品が債務者の店の他の商品と混ざり合っているために容易には区別できず、迂遠かつ困難な確認を要する場合には、そのような過度の検索や分離の作業によって商取引一般を混乱させ、証明の迂遠さと困難さ故に商品の価格が下落し債権者全員の不利益となる以上、高等法院は法に与して、債権者等の利益のため、それぞれの抵当権の順位と性質に従い、全商品の一括売却を命じている。パリの商人であるクロード・ヴィヴィアン及びペランギエ・ヴェルダンを請願上訴人とし、ド・ニシュロン未亡人であるジャンヌ・バルビエールを被上訴人とする訴訟において、請願部の判断を変更するにあたり、1633年2月26日土曜日にその旨、意見対立が第二意見から第一意見に傾いた後、判示され、ルスギエ氏が報告官、ドールリヴ氏が対立判事であった。

1：勅法彙纂2巻3章「合意について」第20法文。

2：法学提要2巻1章「物の区分について」第41節、学説彙纂18巻1章「売買の締結、買主売主間の特約、並びに、不可売却物について」第19及び第53法文、同40巻12章「自由訴訟について」第38法文2節。更に、ワッロー『農事論』第11巻第11章の「売却された家畜の群れは代価が支払われない限り所有者を変えない」という箇所。

3：勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第12法文、同4巻54章「買主売主間の特約について」第3法文。

4：学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第5法文11節。

5：学説彙纂2巻13章「訴訟開陳について」第10法文1節。

6：新勅法第136勅法第3章。この法文の次の一節に注意すべきである。すなわち、「銀細工師が何か首飾りのようなものを婦女に売却したが、未だその代価を受領していない場合、それらのものを自己のものとして取り戻す旨主張できる」。

7：学説彙纂43巻26章「容仮占有について」第20法文、勅法彙纂4巻54章第3法文。

8：信義上、契約に挿入されるのが通常であるような事柄は挿入されたものとみなされる【学説彙纂21巻1章「按察官告示、解除、減額訴権について」第31法文20節】。

9：ルエ『重要法院判決集』Hの項第21章へのブロードー注解。

10：学説彙纂18巻4章「相続財産の売却あるいは訴権の売却」第22法文、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第13法文8節、同21巻1章第31法文23節。

11：学説彙纂27巻9章「後見乃至保佐に服する者の財産は命令無しに処分あるいは質入れできないことについて」第1法文4節。

12：同章第2法文。「ところで国庫から購入した場合に、質権が留保されることに何ら疑念の余地はない」という当法文の文言に注意すべきである。そしてまた、この

取戻訴権を行使し得るのは、「国庫 Fisc」あるいは「両替商 Banquiers」が売主の場合に限られる。ドリーヴは典拠となる法文を引用しつつローマ法の立場を以上のようにまとめた上で、1608年9月13日の赤服法廷判決におけるトゥールーズ高等法院の判断をローマ法の厳格さに対置している。すなわち、「我々の高等法院は、売主が目的物と代金の何れをも奪われてしまうということを許さない自然的衡平に従い、一般に他の財産よりも重要な不動産に関して売主が

点は、勅法彙纂8巻15巻「如何なる場合に質は黙示に締結されるのか」第2法文で定立されている一般準則、国庫と契約した者の財産は特別に取得しなくても質として負担に供されるという準則に従うものである。

13：新勅法第136勅法第3章。

14：ロワゾー『官職論』第3巻第8章第15、46、47番。

15：学説彙纂42巻5章「審判人の権威による物の占有あるいは売却について」第34法文。この第34法文において、マルキアヌスは、船舶の売却を理由に訴える者は国庫の後に先取特権を有する旨述べている。なお、ユスティニアヌスの新勅法第53勅法第5章や同第97勅法第4章において官職の購入について述べられている点は、官職の売主ではなく、官職購入のために金銭を貸し付けた債権者に当てはまる。実際、航海は古代の人々の間で極めて重要視されていたため、詩人たちは、アルゴ船が波間の一漕ぎで天上に達し星群になったと想像した。例えば、「かの名高いアルゴ船は一漕ぎで天上に上った。完全なる道具は激しい嵐の中でも任務を果たし、女神となって神々を助ける」とマニリウスは『天体譜』第1巻において優雅に述べている。

16：学説彙纂14巻1章「船主訴権について」第1法文。

17：学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文18節。

18：ルエ『重要法院判決集』Pの項第19章。

19：メナール『成文法問題集』第2巻第45及び第46章。

追記：所定の代金の支払に関する売主の優先権をめぐる以上のような問いは、代金完済までは売買が成立しなかったギリシャ人の下では無用である。ここから、「ギリシャ的信義（すなわち現金払い）で購入する」という格言が生まれた。プラウトゥス『驢馬物語』[I, 3, 46.]には、「昼、水、太陽、夜、これらを銀貨で買うことはない。他に役に立つものはギリシャ的信義で買われる」、とある。このようなギリシャ人の制度についてそれが如何なるものであったのかプラトンが法律篇第11巻 [915, D-E.] で次のように簡潔に説明している。すなわち、「売り買いによって交換されるものは何であれ、市場の所定の場所で物とその代価を相互に直ちに引き渡し受領することによって交換されるべきであり、他の場所でこれ以外の仕方では交換されてはならない。期限付きで買ったり売ったりすることもできない。もし別の仕方、別の場所で交換が行われた場合、その交換について法律に則った訴訟は為し得ない」と。(Quaestions, 349-353. 引用は1657年リヨン刊『著作集 Les Oeuvres』所収のテキストによる。)

担保を得て然るべきであると考え、そのために、幾つもの契約について黙示の抵当権や問答契約を導入したローマの皇帝たちに倣い、不動産売買においては容仮占有条項が黙示に読み込まれることにした *notre Parlement, suivant l'équité naturelle, qui ne souffre point que le vendeur demeure privé et de la chose et du prix, a estimé qu'il estoit digne de sa prudence de pourvoir à sa seureté pour le regard des choses immobilières, qui sont ordinairement de plus grande importance que les autres, et pour cet effet à l'exemple des Empereurs Romains, qui en plusiurs contracts ont introduit des hypotheques et des stipulations tacites, a voulu qu'en la vente des immeubles la clause de precaire fut toujours sous-entendu*』というのである。例外的扱いの根拠を専ら公益に求めているローマ法に対して、成文法実務は、「自然的衡平 *l'équité naturelle*」と、「不動産 *choses immobilières*」の財産としての重要性と鑑み、「不動産売買 *vente des immeubles*」一般について売主を保護する立場を明らかにした。これは、未成熟被後見人や妻のために「黙示の抵当権や問答契約 *des hypotheques et des stipulations tacites*」を認めて実務の要請に応えた「ローマの皇帝たち *Empereurs Romains*」を範とするものではあるが、売主の優先的地位については、そのような法定乃至黙示の抵当権の付与ではなく、「容仮占有条項 *la clause de precaire*」の黙示化を介した所有権移転そのものの否定によって確保される。とはいえ、「我々の下では不動産売買において売主が代金支払の確保のために容仮占有を留保する習慣がある *les vendeurs ayant de coutume parmy nous de se reserver le precaire en la vente sed immeubles pour l'assurance de leur payement*」との認識に基づいたこの解決は、「法の黙示の趣旨 *tacitus iuris intellectus*」に着目し「慣行に属する事柄は契約に含意される *quae moris sunt in contractibus inesse intelliguntur*」と解する「誠意訴権 *actio bonae fidei*」乃至「誠意訴訟 *bonae fidei iudicium*」の一般論の次元で捉えるならば、「古代の法律学の諸原則に相応しいもの *chose convenable aux maximes de l'ancienne Jurisprudence*」であって、ドリーヴの引用する法文<sup>52)</sup>

---

52) D. 21, 1, 31, 20.

にも示される通り、ローマ法の立場に矛盾するわけではない。その一方で、「自己の土地を<代金の受領なく>売却した者は一般債権者とみなされ、代金に関する人的訴権を有するに留まる *celui qui a vendu sa terre sine prasenti pecunia, n'est considéré que comme un simple créancier, et n'a que l'action personnelle pour le prix*」とする「パリ高等法院 *Parlement de Paris*」の「諸判決 *les Arrests*」とは「全く異なる判断を我々は下している *nous jugeons tout autrement*」ことにドリーヴは注意を促している。ここで実際に参照されているのは、ルエの『法院判決集』の補注でプロドーが言及している前記1608年と1621年の王示部判決であるので、トゥールーズ高等法院はパリ高等法院が1620年代末に判断を変更する以前に既に不動産売主の優先権の黙示性を認めていたことになる。パリの法院実務の変化にふれた後に、「この点はトゥールーズの高等法院においてもローマ法の厳格さに抗して同様に遵守されている *ce qui est ainsi observé au Parlement de Thoulouse contre la rigueur du Droit Romain*」(『法学』第16番)、あるいは、「このような法理はトゥールーズ高等法院でも承認されている *cette Jurisprudence s'observe aussi au Parlement de Tholozé*」(『提要』第103条注b)と付け加えるだけのフェリエールの叙述からはこのような両高等法院における実務の展開の時間的な前後関係は読みとれない。ただし、『問題集』(1638年初版)以前に既に出版されていたブギエの『法院判決集』(1629年あるいは1634年版)に収録され、フェリエールが依拠した前記1628年乃至1629年のパリ高等法院の判決をドリーヴが参照していたならば、その考察は、不動産売主の所有者としての地位に着目するその論法を含めて、フェリエールとほぼ同じ内容になっていたはずである。いずれにせよ、法院判決の知識が種々の判決集の系統性や一貫性を欠いた断片的な情報に左右され、しかも、各高等法院がそれぞれ最上級審として並存する仕組みの下では、個々の法院判決の間の前後関係よりもむしろ、各論者が手元にある素材から何を実務の方向性として読み取ったのかに着目すべきであろう。

確かに、代金支払までは所有権移転を認めない原則の典拠としてワッローを、現金払い購入を意味する「ギリシャ的信義で購入す *Graeca mercari fidei*」という慣用語の典拠としてプラウトゥスとプラトンを援用するといったような



人文主義的嗜好はフェリエールには欠けており、しかもそのような嗜好が単なる術学的趣味に留まることなく、フェリエールにも見られるようなローマ法文の文脈を離れた自由な援用の批判に及ぶこともある。ドリーヴの考察の後半部分では、動産売買についても、「同様の衡平 *le mesme equité*」に照らして売主の保護する法院実務（ただしこの場合は「黙示の容仮占有特約 *la stipulation tacite du precaire*」ではなく売却物上の「先取特権 *le privilege de la preference*」の付与）がローマ法の「厳格さ *la rigueur*」に対置され（動産上の先取特権については後述Ⅳ参照）、パリ慣習法、パリ高等法院の判決、王令が追加的な論拠として参照されているが、「船舶の売買 *vente des navires*」の特殊性を弁えない法文理解への批判が、そのような考察のいわば傍論の形で展開されている。ここに言う動産売主の目的物上の先取特権は、当然ながら、抵当債権者間においても妥当する特権化された抵当権の趣旨であり、「公証され認証された証書の帰結であり付属物 *une suite, et une dependance des instrumens authentiques et garentigiez*」である抵当権それ自体の存在は当然視される。つまり、「契約が公の手で認証されるフランスにおいては、公証人や証人の面前で書面によって締結された契約が存する以上、売主が売却物について買主のその他の財産と同じく抵当権を保持し続けることに何ら疑念の余地はない *en France où les contracts sont retenus par main publique, il n'y a point de doute que l'hypothèque ne demeure acquise au vendeur sur le chose vendue, comme sur le reste des biens de l'acquéreur, lors qu'il y a contract redigé par escrit par devant Notaire, et tesmoins*」のである。これに対して、ローマ法上、売買のみによって黙示に抵当権を取得できる売主は、前述のように代金完済まで黙示に所有権をも留保できる<sup>53)</sup>国庫だけであって<sup>54)</sup>、黙示に所有権を留保して目的物が原状のままである限り所有物取戻訴権を行使し得た両替商乃至銀行家でさえ抵当権については黙示に取得し得ない<sup>55)</sup>。にもかかわらず、ドリーヴが言うには、「<無担保債権者間では>売主が優先権を有すると考える人々が相当いる

---

53) D. 49, 14, 5, 11.

54) D. 27, 9, 2.

55) Nov. 136, 3.

plusieurs estiment que le vendeur a preference *inter chirographarios creditores*」とされる。そのような売主の黙示の人的先取特権の典拠として引用されるのが、「船舶の売却故に訴求できるもの *quod quis ob navem venditam petat*」は「国庫に次ぐ先取特権を伴う *habet privilegium post fiscum*」とするマルキアヌスの法文<sup>56)</sup>である。この点、ドリーヴは、船舶の売主に対する黙示の先取特権の付与を「船舶の売買に特有の事柄 *un cas particulier concernant vente de navires*」と解すべきであると主張し、その論拠として、ローマ人にとっての船舶一般の重要性が指摘され、具体的な典拠としては、「航海の必要から船長と契約する際に彼ら船長の置かれた状況や人物について不明であることがある *interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus*」という理由から「船主 *exercitor*」に課された特別な責任に言及するウルピアヌスの法文<sup>57)</sup>、更には、同じウルピアヌスのいわゆる著作断章 *Tituli ex corpore* の第3章「ラテン人について *De Latinis*」から「船舶と引き換えにラテン人はローマ市民権を取得する *nave Latinus civitatem Romanam accipit*」<sup>58)</sup>という一節が参照援用されている。もちろん、このような議論はドリーヴ独自のものではない。同節へのドニ・ゴドフロワの注釈は、この「ローマ市民権 *civitas Romana*」の取得について「船舶建造者に対する特権の付与は驚くべき事ではない *non est mirum privilegia dari navium aedificatoribus*」と評し、上記ウルピアヌスの法文を引用しつつ、「船舶の管理は国家にとって最重要の管理事項に属する *navis exercitio ad summam reipublicae pertinet*」旨理由づけており、ドリーヴは断章のテキストを含めてゴドフロワ版を参照した可能性が高い。当時ユリウス・カエサル・スカリゲル *Julius Caesar Scaliger* (1484-1558年) の注釈等によって流布していたマルクス・マニリウス *Marcus Manilius* の『天体譜 *Astronomica*』から「アルゴー船 *le navire Argo*」を讚える詩句まで引用して、マルキアヌスの上記法文の特例性を強調するドリーヴの議論の矛先は、直接には、パリ慣習法第177条とこのマルキア

56) D. 42, 5, 34.

57) D. 14, 1, 1.

58) *Corpus iuris civilis*, II, 766, n. 39.

ヌスの法文とに依拠して「売主 *vendeur*」一般の「人的先取特権 *privilege personnel*」を主張するロワゾーの見解<sup>59)</sup>に向けられているようではあるが、そもそも「船舶の建造、購入、艤装、整備のために何らかの仕方で貸し付けた *quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae caisa vel quo modo crediderit*」場合と「船舶の売却故に訴求する *quis ob navem venditam petat*」場合とを区別しないマルキアヌスの法文を、既に見たように、建物築造費の貸付者の先取特権、しかも物的なその論拠として何の説明もなく援用

59) “<sup>15</sup> 売主は目的物について先取特権を有する。そこで次に如何なる債権者が官職上に先取特権を有するのか説明することにする。まず、官職を売却した者がその代金について優先するのは疑いない。というも、この点はローマ法において軍務官職を中心に承認されているからである【新勅法第53、第97、第136勅法】。また、一般にフランスにおいても、[ローマ]法の場合と同様、学説彙纂42巻5章「審判人の權威による物の占有及び売却について」第34法文や、1588年復活祭の法院盛式判決によって他の諸慣習法へと拡張適用されたパリ慣習法第177条に従い、売主が自分から購入された物について優先するとされているのも周知の通りである。…

〈46. 官職の売主は先取特権を有するのか。〉以上が官職の購入のために貸し付けた者についてであり、次に官職を売却した者について述べる。売主もまた同じ様な場合に先取特権が与えられるべきであり、1585年3月8日の法院判決でその旨判示されたとシャロンダが述べている通りである。確かに、[ローマ]法は、シャロンダが学説彙纂15巻3章「転用物訴権について」第16法文を引用する通り、「引渡、並びに、代金についての信用供与の後には」売主に目的物の代金のための抵当権を与えておらず、引渡前に、学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第13法文8節が述べるように、「質権に準じて」留置権を認めるにすぎない。同18巻4章「相続財産及び訴権の売買について」第22法文もそのような趣旨に解さねばならない。

〈47. それは如何なる先取特権か。〉とはいえ、売主が目的物上にその代金のための人的な先取特権を有するのは確かである【学説彙纂42巻6章「債権者の先取特権について」第19法文【第5章第34法文】】。反対の趣旨の学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文17節も、それが「分配訴権」に特有の事例と言える以上、妨げにはならない。また何よりも、フランスにおいて、この先取特権は、先に差し押さえた者に対してさえも【売主を】優先させるパリ慣習法第177条を介して、極めて好意的に保持されている。従って、この優先権については、物の購入のために貸し付けた者について要求されていたように、売主によって明示的に約定される必要もない。というのも、法律も慣習法もそれを求めていないし、売買が行われて代金の支払が為されないとしても、売主の意図は十分に正当であると言えるからである。” (Du droit du Offices, 354/ 357-358.)

するフェリエールもまた同様の批判を免れない。しかしその一方で、ドリーヴの考察の主眼が、パリ高等法院の判決やローマ法との緊張関係を保ちつつ展開される成文法地方の法院実務の内実を提示することに存するのは明らかである。その目指すところは、フェリエールが、諸慣習法や王令、そして何よりもパリ高等法院の実務を中核に、ローマ法や成文法実務をも見据えて具体化しようとしたフランス共通法の理念にまさに呼応するのである。

(未完)