

《資 料》

現代的慣用における抵当権者の順位¹⁾

藤 田 貴 宏 (記)

ブルンネマン『勅法彙纂注解』
第1法文²⁾について

第二債権者は第一債権者に弁済すれば自らのために質権を確保でき、第一債権者の地位を承継することができる【前述第14章「質及び抵当について」第22

1) 以下は、ヨーハン・ブルンネマン Johann Brunnemann (1608-1672年) の『ユステニアヌスの勅法彙纂全12巻への注解。これによって、個々の法文並びに新勅法引用要約文が簡潔簡便に解明され、大学や法廷において頻繁に提起される諸問題が解決され、解釈者たちによってしばしば定立される諸原則が吟味され、その他法文そのものの注目すべき諸点が示され、本来ならば詳細な分析に相応しい事柄が便覧におけるごとく教示される。両法の法廷において役立つことこの上ない不可欠の理論的かつ実務的な著作。Commentarius in duodecim libros Codicis Iustiniani; quo singulae leges et authenticae breviter et succincte explicantur, quaestiones in academiis et foro frequentatae resoluntur, axiomata ab interpretibus subinde proposita examinantur, et alia ex ipsis textibus notabilia eruuntur, quaeque alias ad analasin pertinent, per compendium quasi traduntur. Opus theoretico-practicum utrique foro perutile ac necessarium.』1669年リヨン刊「最新版 Editio novissima [=第2版]」第8巻第18章注釈487-490頁、ザムエル・シュトリューク Samuel Stryk (1640-1710年) の『フリートリヒ王大学での公開討論から編集された、学説彙纂第13巻から第22巻までの現代的慣用の続巻第二 Continuatio altera usus moderni Pandectarum, a libro XIII. usque ad XXII. in Academia Fridericiana publicis disputationibus proposita.』1710年ハレ刊初版第20巻第4章注釈656-660頁、ヨハネス・フート Johannes Voet (1647-1713年) の『学説彙纂注解。本注解では、ローマ法の諸原理と著名な論争に加えて、現代法や裁判実務上の重要問題もまた考究される。Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac con-

法文参照】。しかし、「第一債権者が金銭の受領を拒む場合はどうなるのか」。解答：履行の提供や金銭の封印という手段が用意されており【前述第14章第20法文】、これが為されない場合、第一債権者が時において先んずるが故に優先され【本章第8法文】、第二債権者には質物の売却権がない【同第8法文】。他

trouersias illustriores jus etiam hodiernum, et praecipuae fori quaestiones excutiuntur.』第1部1698年レイデン刊初版第20巻第4章注釈第16番から第30番899-904頁（ただし第28番以下は要約のみ）の試訳である。内容については『法定抵当権から先取特権へ（1）』のIIを参照されたい。なお、プルネマンの注釈に付した法文訳は、1720年ライプチヒ刊の『ローマ市民法大全、ここでは、法学提要、フィレンツェ写本に即して校訂済みの学説彙纂、勅法彙纂、並びに、新勅法、これはユスティニアヌス帝の勅法のみならず、レオ帝その他諸皇帝の新たな勅法を含み、更には、使徒教令集、封建法書、十二表法その他のユスティニアヌス帝以前の法学に属する文書が、それぞれ最良の版から編集され、収録されている。これらには、シーモン・ファン・レーウェンが自らの編集版に収録したディオニシウス・ゴトフレドゥスの全注釈、及び、他の卓越した諸法律家の注釈が付され、章並びに法文の索引が修正された上で便利な箇所へ挿入され、冒頭には、独特の方法で各法文の成立時を表示する「ローマ市民法の歴史と年代」が配置されている。この上なく神聖かつ強大なる君主であり領主であられるローマ皇帝（他敬称略）カロルス六世陛下により所望された最新版。Corpus iuris civilis Romani, in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata, Codex item et Novellae, nec non Justiniani edicta, Leonis et aliorum Imperatorum Novellae, Canones Apostolorum, Feudorum Libri, Leges XII. Tab. et alia ad jurisprudentiam antejustinianeam pertinentia scripta, cum optimis quibusque editionibus collata, exhibentur. Cum notis integris Dionysii Gothofredi, quibus et aliae aliorum Jctorum celeberrimum, quas editioni suae Simon van Leeuwen inseruit, accesserunt. Additi quoque locis convenientibus indices titulorum ac legum emendatissimi. Praemissa Historia et Chronologia juris civilis Romani, quae singulari methodo legum latarum tempus designat. Editio novissima Sacratissimo ac Invictissimo Principi ac Domino Dn. Carolo VI. Rom. Imperatori Augustissimo et c. et c. et c. dicata.』収録の「この上なく神聖なる君主ユスティニアヌス帝（他敬称略）による勅法彙纂、すなわち、[皇帝の諸勅法の]再述全12巻 Domini Justiniani sacratissimi principis praemissis praemittendis Augusti Codicis, repetitae praelectionis [constitutionum Imperialium] libri XII.』351-353頁に依拠した。

2) “皇帝セウエルス及びアントニヌスがセクンドゥスに。二番目に質物を受領する者は、第一の債権者に債務額を弁済するか、また、弁済の提供をしてもその債権者が受領しようとしない場合には、その債務額を封印の上供託し、自らの利用に供さないことで、自己の権利を確保できる。ラテラヌスとルフィヌスの執政年（197年）の1月31日に。”

方、第一債権者が第二債権者に対して債務の代位弁済を強いられるわけではなく、逆にそれは、第二債権者が第一債権者に債務を代位弁済する場合である。従ってここでは代位弁済権と称すべきであり、第二抵当債権者がこの権利を有し自らの質権を確保する。つまり、第二債権者は、第一債権者に債務を代位弁済し、担保に供された物を第一債権者の拘束から解放し、自らのために質権を確保するのである。以上の内容について詳細に論じているのは、ネグザンティウス『質抵当論』第5部全体、モロティウス『判決集』に追補された代位弁済権にかんする小さな論考、マンティカ枢機卿『黙示合意論』第11巻第28章である。この問題についてそれぞれ適切な箇所ですく詳しく扱う。

第2法文³⁾について

抵当権者は無担保債権者や先取特権者に優先する【本章第8法文】。一方、抵当権者の間において時により優先するのは、単に債権者であるだけでなく先に抵当権を取得した者である【学説彙纂20巻4章第11法文前書及び第1法文、同第12法文2及び3節】。この場合、合意による質であるか、裁判質であるか、当第2法文のように法務官質であるかは問わない。例えば次のような事例がそれにあたる。すなわち、遺言者が、アジアから船が帰還したならばとの条件で私に土地を遺贈して死亡し、私が相続人に対して遺贈に基づいて履行するように求めたところ、相続人がこれを拒み、私が占有を付与された結果、法務官質が成立した【勅法彙纂前述6巻54章「遺贈乃至信託遺贈保持のため占有付与、並びに、担保提供義務」第3及び第5法文】。その後、あなたが、債務に基づき相続人を訴え勝訴し、判決に基づき占有を付与された結果、裁判質を

3) “皇帝アントニヌスがクレストゥスその他に。信託遺贈について判決を下した法務官の命令によって、汝が、条件付信託遺贈の保持のために相続財産の土地の占有を、汝の相手方が判決を根拠に判決を執行する者の命令で同じ土地の質権を取得するより前に、付与された場合、汝は時によって優先する。なぜなら、当事者双方が質権について争っている場合、時において先んずる者が権利において優先するからである。両アスベルの執政年(212年)の5月11日に。”

取得した。そこで、「私があなたに優先するか否か」という点が問題となる。この点、私は優先しないようにも見える。なぜなら、勅法彙纂前述6巻30章「熟慮権、並びに、相続の承認乃至取得について」第22法文5節によれば、債権者は受贈者に履行されたものを取り戻すことができるし、私に対する債務が条件付きでもあるからである。しかし、私が優先されることを認めるべきである。というのも、債務が条件付きであっても、後続者であるあなたによって私から期待が奪われるべきではなく、条件が成就すればその効果は債務発生時に遡及するからである。そもそも上記第5節は、[遺言者の]能力以上の何か遺贈され、それ故、如何なる債権も得ていない受贈者にかかっている。つまり、遺贈は負債を差し引いた上でのみ履行されるのである。

第3法文⁴⁾について

もう一つの例が第3法文に示されている。シルウィアヌスの父がソシアヌスと契約したが質を得なかった。その後、公共体が同じソシアヌスと契約しやはり質を得なかったが、ソシアヌスの死後、公共体は、その相続人を訴え、相続人が敗訴したため、判決に基づき全ての物の占有を付与され、質権を取得した。問題となるのは、「公共体はシルウィアヌスやその父に優先されるべきかどうか」である。この点肯定するのが適切である。なぜなら、シルウィアヌスの父がたとえ先に契約したとしても、公共体に先に質権が成立しているからである。つまりこれは、学説彙纂20巻4章第11法文1節による。ところが、学説彙纂36巻4章「遺贈乃至信託遺贈の保持のために占有が許されること」第5法文2節や同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

4) “同皇帝がシルウィアヌスに。ヘリオポリス市民公共体が判決の効果として相続人並びに受贈者の物の占有を付与されたと汝が述べている以上、たとえ汝の父がソシアヌスと契約したとしても、人的訴権によって彼を義務づけたのであれば、質権については公共体が優先し、判決の保持のために命令する者の権威によって質権を取得するものと汝は解すべきである。ラエトゥス第二執政年でケレアリスの執政年(215年)の12月9日に。”

12法文はこれに反するよう見え、そこでは、債権者の一人に付与された占有は他の債権者の利益となり、全債権者が配当に加入すると解すべきとされている。しかし、これに対しては次のように答えることができる。すなわち、それは、何者かが占有を付与されたところ潜在的当事者がいてしかも最初に〔法務官の〕占有命令を受けていた場合にかんするものと解すべきである一方、当第3法文で占有を付与された公共体は、判決によるものであるので、唯一質権を有していることになる。とはいえ、上記第12法文はそれでもなお先の第2法文の規定に反するよう見える。つまり、そこで扱われているのも法務官質であり、それ故、自らのためのみならず他債権者のためにも占有すべきは必ずである。しかし、これに対しては次のように答えることができる。すなわち、前掲学説彙纂36巻4章第5法文2節に照らせば、他債権者ではなく自己のために占有できるというのは、遺贈に基づく占有付与に特有の点なのである。ただし、複数の受贈者がいる場合には、その権原は同一であるので、同順位で配当に与ることになり、受贈者と債権者が競合する場合には、権原が異なるので、時的先行性に着目される【上記第5法文2節への標準注釈】。

第4法文⁵⁾について

ところで、先に私人に質権が成立し、その後国庫乃至公共体に質権が成立する場合かどうか問題となる。答えは上述と変わらない。つまり、私人は、時において先んずる限り、当法文によれば、公共体や国家に対しても権利において優先するのである。ただし、この点は、学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文に基づき制限されている。すなわち、国庫との契約締結後に取得した財産にかんしては国庫が先行する債権者たちに優先されるのである。カルプゾウィウス『裁判法学』第1部勅法28定義103、同『選帝侯法解答集』第4

5) “同皇帝がワールスに。公共体に担保提供される前に汝が質として土地を受領したならば、汝は時において先んじているが故に権利において優先する。皇帝アントニヌスの第四執政年でバルビヌスの執政年(213年)の10月11日に。”

巻解答13、学説彙纂24巻3章「婚姻解消時に嫁資の返還は如何なる仕方であらば請求されるべきか」第1法文2節へのペトルス・バルボサの注釈第16番を参照せよ。

第5法文⁶⁾について

先行する債権者は後続の債権者に債務を代位弁済する義務はないが、後続の債権者は、質を先行債権者から解放しようとするならば、先行債権者に代位弁済する必要がある。その理由は、第一債権者が時において第二債権者に先んじているからであり、学説彙纂20巻4章第3法文1節によれば、質物を第一債権者自身が占有しているか、第三者が占有しているかは問わない【ネグザンティウス前掲書第5部第3章第19番、マンティカ前掲箇所第19番、モロティウス前掲箇所第15番】。他方、第二債権者が質物を占有している場合には、もしその占有を保持しようとするならば、第二債権者は代位弁済すべきである【マンティカ枢機脚前掲箇所第28章第18番】。

第6法文⁷⁾について

ここでは、「先に私に全財産について包括的な担保提供がなされ、続いて、土地があなたのために特定の担保提供された場合、私は包括的抵当権故にあなたに優先するかどうか」が問われている。この点は肯定的に解されている。

6) “皇帝アレクサンデルがセプティムスに。確かに、先に質を取得した債権者は、後に質を取得した汝に対して債務を代位弁済すべく強いられることはないが、汝が先の債権者に債務を全て弁済するならば、汝の質故に確保できる。マクシムスの執政年でパテルヌスの第二執政年(233年)の4月29日に。”

7) “皇帝ワレリアヌス及びガリエヌスがフィロクセヌスに。財産が包括的に担保に供され、その後、物が他の者のために特定の質入れされた場合、先に契約した債権者が包括的担保の故に優先する以上、汝がその者から包括的担保を取得したならば、後に貸付をした者によって汝が妨げられるいわれはない。セクラリスの第二執政年でドナトゥスの執政年(260年)の5月14日に。”

というのも、包括的抵当には特定の抵当が含まれるからである。ただし、上記第14章第2法文の説明を参照せよ。

第7法文⁸⁾について

第4法文に見出される〈時において先んじる者は権利において優先する〉との準則には幾つかの制約がある。すなわち、1) 原因の故に、2) 第一債権者の不当な行為のために、3) 原因並びに人の故に、4) 抵当権が設定された証書の故に、後続者が優先される場合があるのである。当法文に見出されるのは一つ目の例外にあたる。質入れされた物の修復や維持のために貸し付けた後続者は、その貸付金は質物全体のために役立つが故に、優先するが【学説彙纂20巻4章第5及び第6法文】、原因故に優先する後続者はこの者に限られない。その貸付金によって質物が調達され購入された後続者もまた、物の調達に際して明示の抵当権が設定される場合には、優先される。確かに、私が何らかの物が購入されるべく貸し付けただけでは、抵当権も優先権も有することはない【前掲勅法彙纂8巻14章第17法文】。しかし、同時に明示的に抵当権の設定を受けたならば、私は、特殊な先取特権に基づいて、先行する全ての抵当権者に優先する【当法文、新勅法第97勅法第3章、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察12第4番、カルプゾウィウス『ローマ＝ザクセン裁判法学』第1巻勅法28定義107、コワッルウィアス『実務解決集』第1巻第7章第2番、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法ザクセン法問題集』第3部問題15第5番、コッペニウス『法律問題解明集』判決28第45番、ラウクバリウス『問題集』第1部問題5第6番、リクテリウス『先取特権論』討論7第4節、ベルリキウス『実務解決集』第1部結論65第144番以下、ネグザンティウス『質抵当論』第1部第4

8) “皇帝ディオクレティアヌス及びマクシムスが執政官ユリアヌスに。同じ質が複数の債権者に別々の時に提供された場合に先の者が優先するとしても、自らの金銭によって不動産が調達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、法の權威の下に、全ての者に対して優位する旨宣言される。両皇帝の執政年の1月15日に署名。”

節第163番】。実際にも、そのような判決が日々下されている。

第7法文の新勅法引用要約文⁹⁾について

準則の別の例外がここに含まれている。例えば、後続債権者が、抵当物を占有している先行債権者から抵当物の回復を求める場合、先行債権者は、最初に自分に物が担保として提供された旨直ちに主張できたはずである。ところが、彼は、その物が債務者の財産に属しておらず、それ故、債務者によって担保に供せられることはあり得ない【学説彙纂20巻1章「質並びに抵当について」第15法文1節】旨虚言を弄している。しかも、後の債権者がその物が債務者の財産に属することを証明すると、追いつめられその虚言を暴露された先の債権者は、その物が最初に自分に担保として提供されたと主張する。しかしながら、新勅法第18勅法第10章によれば、まず質物の占有を返還しない限り、このような主張を認める必要はないとされる。私も賛成である。理由は二つ、すなわち、1) 虚言を弄し、2) 相手方に証明責任を押しつけているからである【当法文へのシカルドゥスの注釈第7番】。なお、この点は、新たな訴状や裁判手続無しに、裁判官への異議申立によって主張できる【学説彙纂11巻1章「法廷における質問について」表題への標準注釈、当法文へのシカルドゥスの注釈第2番、クークス『占有関連通達論』第219番】。ただし、先の債権者が自らの権利を証明した場合には、質物をその先行者に返還すべきである。結局、後の債権者は、一時的に、先の債権者に優先するにすぎない。なお虚言に対する刑罰に注意せよ。学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第80法文参照。

9) “公撰集第3集第5章、新勅法第18勅法第10章において。質物の占有者が、質物が訴求者の主張する者に帰属することを否認する場合、つまり、訴求者が、物を保持する正当な意図に依拠し、抵当権やこの者に認められた他の原因に基づいて、そのような原因をかき乱す者、すなわち、自らの権利が予定するよりも早く占有を移転させる者に自らが優位する旨主張する場合、もまた同じである。”

第8法文¹⁰⁾について

この法文には先の準則が見出され、先に物を担保として提供されていた者とはたとえ貸付そのものは後であっても優先するとされているが、ここでは更に、第二債権者は第一債権者が満足を得るまでは質物の売却権を取得しないとある。というのも、後の者が売却してしまうならば、その者は、先に権利を得ていた第一債権者の犠牲の下に売却を行うことになるからである。当法文への標準注釈は、第一債権者に対する制約を列挙しており、それは、[被相続人の債権者のための] 財産分離権に基づく場合か、あるいは、葬儀費用、従僕の報酬、租税、嫁資、国庫、物の維持のため為された貸付、物の購入のために特定の質入れとともに為された貸付、裁判質、その他同種のもののように特殊な先取特権に基づく場合であり、これらについてはそれぞれの箇所を参照せよ。

第9法文¹¹⁾について

抵当権を有する債権者は、単なる無担保債権者のみならず、人的な先取特権を有する無担保債権者にも優先する。そもそも先取特権には二種類あり、あるものは物的であり抵当権と結びついている。第7法文の説明で私はそのような先取特権を二つ挙げた。もう一つは人的なもので人的訴権に付帯している。例えば、寄託者は寄託物が滅失した場合に人的な先取特権を行使でき【学説彙纂42巻5章「審判人の権威に基づく物の占有並びに売却について」第24法文2

10) “同両皇帝が執政官ファブリキウスに。異なる時期に同じ物について二人の者のために質権の負担が課された場合、金銭の消費貸借に際して質物を受領した者が優先されるのは確実かつ明白な法であり、優先する債権者に対して負われている債務額が弁済されない限り、第二債権者が当該質物の売却権を行使することもできない。両皇帝の執政年の4月30日にヘラクレイアにて署名。”

11) “同両皇帝が執政官アスクレビオドトウスに。質物を受領した者が、対物訴権を有するが故に、人的訴権を付与される全ての先取特権に対して優先することは明らかである。その執政年(294年)の12月2日に記される。”

節】、物の購入のために明示の質を設定することなく貸し付けた者も人的な先取特権を有する【同第34法文】。しかし、そのような人的先取特権を享受する者たちに、全ての抵当権者は優先するのである【カルプゾウィウス『裁判法学』第1部勅法28定義149】。抵当権者が、二つの権利、すなわち一方で人に対する権利、もう一方で物に対する権利を有しているのに対して、人的な先取特権者は人に対してのみ権利を有しているからである【モリーナ『正義と法について』第2巻定義536第33番、ファゲンデス『正義と契約について』第7巻第3章第7番】。ただし、葬儀を原因とする先取特権だけは例外である【学説彙纂11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀方式について」第45法文、ファゲンデス前掲箇所第8番】。

第10法文¹²⁾について

嫁資を受領した夫が自分の地所を妻に質入れし引き渡した後、他の債権者たちに対しても質入れした。夫の死亡後、後続の債権者たちは、寡婦に対して、自分たちに弁済するかあるいは不動産で償うよう訴えることは果たして可能か。皇帝は彼らが抵当債権者であるか無担保債権者であるかで区別している。というも、前者である場合には、確かに、第一債権者である寡婦に対しては、[夫の]債務を代位弁済することで自らの質権を確実にしない限り、訴求することはできない。後者の場合には、寡婦を決して訴えることはできず、債務を弁済してもやはり不可能である。なぜなら、寡婦は、相続人とならない限り、物的訴権によっても、人的訴権によっても、彼ら債権者に義務づけられてはいないからである。ところで、当法文は婚姻解消時について述べているが、バルトルス、キーヌス、サリケトは当法文への注釈において、婚姻存続時には

12) “同両皇帝が執政官ポリペウカに。夫がその受け取った嫁資のために汝に対して物を質入れした場合、夫の死亡時、夫がその同じ物を質入れしていた人々は [夫の] 債務を代位弁済しない限り決して物を追及できない。一方、無担保債権者は、債務者を相続したと証明されていない人々を、対物的にも对人的にも、決して訴えることはできないのは明らかである。両皇帝の執政年(294年)の12月5日に。”

如何に解すべきか、つまり、「債権者たちは妻に嫁資を代位弁済することで自分たちの質権を確実にすることができるか」を論じている。この点私は、妻が質物を占有しているのか、それとも、債権者が占有しているのかで区別すべきものとする。第一の場合には、バルトルスやサリケトとともに、嫁資返還請求訴権が未だ発生していない以上、嫁資の代位弁済を受けることはできないが、既に嫁資返還請求権についてサリケトに反対して論じた法文の事案においては、夫は支払不能に陥っており、既に嫁資返還請求訴権が発生しているので、ネグザンティウス『質抵当論』第6部第2章第4番の所論のとおり、嫁資の代位弁済は可能である。第二の事例においては、約定による抵当物の占有者ならば誰でも嫁資を代位弁済でき、たとえその者が債権者でなくとも、初めから嫁資を代位弁済できる。それはとりわけ、次のような事態、つまり、夫が支払能力に陥らないように振る舞うという事態がほとんど生じ得ないからである。モロティウス『代位弁済権論』第9番を参照せよ。また、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察92やカケラヌス『判決集』判決135も上記の人々を引用している。

第11法文¹³⁾について

証書によってもまた、後の債権者が先の債権者に優先する場合があること

13) “皇帝レオが近衛長官エリュトリウスに。ある人々によって秘密裡に作られることが多く、しかも友人の仲介で、互譲乃至和解のためあるいは投資乃至組合結成のため、その他如何なる原因もしくは契約によって作成され、ギリシャ風に<私署証書(イディオキラ)>と呼ばれる、要するに、それら一通り全てが契約当事者や記録人その他誰かの手によって書かれ、しかもそれらの者の署名の入った書面は、証人の立会の有無にかかわらず、あるいはまた、一般に書付と呼ばれる条件付のものであるにせよないにせよ、公的に書かれたものに準じて、人的な訴権が行使される際に効力を保持するものとする。しかし、そのような証書に基づき質権あるいは抵当権の実行を主張する者がある場合には、公的に作成された証書に依拠する者を、たとえそれらの証書に劣後する日付が書かれていたとしても、優先させる。ただし、正しく健全な考えの三人以上の人々の署名が上述の私署証書に含まれている場合は別である。なぜなら、この場合、証書は公的に作成されたものに準じて扱われるからである。マルキアヌスとゼノーの執政年(469年)の7月1日にコンスタンティノポリスにて記される。”

は、第7法文への注釈の中で既に述べた。ここではその例として以下のような場合が想定されている。それはすなわち、ティティウスが、あなたのためにある原因に基づいて（というのも義務負担の原因が加わらなければ義務の証書は無効であるから【学説彙纂22巻3章「証明並びに推定について」第25法文】）、自らの地所に抵当権を設定し、その後、同じ地所を、公的証書、すなわち、公証人によって作成された証書か裁判所の職務として作成された証書によって、私に担保として提供する場合であり、「我々の内何れが優先するのか」が問題となる。まず、我々の行使するが人的訴権なのか物的訴権なのかで区別される。なぜなら、我々の双方が人的訴権を行使するならば、何れも義務の履行を求めることができる。それ故、我々は同じ物をめぐって競合することはなく、誰が優先するのかを問う必要もなく、結果として、全てが債務者によって書かれたものにせよ、単に署名されたものにせよ、私的証書が債務者に対して完全な証明力を有する。従って、私的証書は、当事者の署名さえあれば、たとえ証人の立会がなくとも、債務者その人に対して行使される人的訴権に関する限り、公的文書としての効力を有する【ガブリエリウス『通説集』第1巻「証明について」結論9】。これに対して、我々が物的訴権を行使し、破産に際して例えば、あなたが私的証書に基づいて土地を訴求し、私が公的証書に基づいて同じ土地を請求する場合、私が優先する。その理由は、債務者が債権者を欺いて容易に私的証書を捏造したり、日付を早めることができるからである【アントニウス・ガブリエリウス前掲箇所結論10第2番、ティラクエルス『取戻権論』第1章注釈7第43番以下】。ティラクエルスの文章では、「私的証書であっても三人の証人の署名がある場合は除く」との制限が加えられており、ガブリエリウス前掲箇所結論11もこれと一致する。ただし、そのような証書は、認証の形式にせよ協定の形式にせよ、証人の筆跡と署名から成り、更に、当事者もまた署名し証人も適格な者である必要がある【ネグサンティウス『抵当論論』第2部第5章第47番、マンティカ『黙示合意論』第11巻第24章第9番以下、コワッルウィアス『実務問題集』第22章第5番】。本法文の規定は動産についても妥当する【ケムニティウス氏『優先権論』命題212、カルプゾウィウス『ローマ=ザクセン法学』第1部第28勅法定義122、ネグサンティウス前掲箇

所、パウテルス前掲書第2巻第18章】。なお、この場合、抵当権設定の証書に裁判官の署名は無いが公の印章を備えている場合には、ティラクエルス前掲箇所注釈9第159番、学説彙纂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33法文へのペトルス・バルボサの注釈第142、マスカルドゥス『通説解決集』解決1309第1番、ベルリキウス『黄金判決集』判決54に従い、これで不足はないと私は考えるし、そのような判決が下されたのも知っている。更に、諸博士は、先行する書面の真正さや時期について、署名してない二人の証人の保管によって明らかとなる場合、当該抵当権は公的書面に優先すると考えている【マンティカ前掲箇所第5番以下】。というのも、当法文は詐害行為の推定や予測を根拠とするものであるが、このような場合、詐害行為の恐れはないからである。

第11法文新勅法引用要約文¹⁴⁾について

先の法文には私的な証書であっても債務者に対して効力を有する旨規定されており、旧法によれば、債務者が、自らの手で書きあるいは署名した旨認めるならば、自らの証書について責任を問われるのは確かである【学説彙纂22巻3章「証明並びに推定について」第25法文4節】。一方、もしそれを否認するならば、当該証書は、筆跡の照合か、あるいは、三人の証人の自筆で証明されたか債務者によって公に作成された別の書面によって確認される必要がある【上

14) “公撰集第6集第2章第3節、新勅法第73勅法第1及び第2章において。慎重に寄託しようとする場合には、受託者の証書を信用するだけでなく、適格で信頼に値する三人以上の証人を集めるべきである。ところで、消費貸借や他の何らかの契約の証書を作成したが、その証書を公にすることを望まなかった場合、消費貸借証書に署名があるだけでは信用には値しないが、加えて信用に値する三人の証人の立会がある場合はこの限りではなく、彼らの立会いで書面が作成された以上、それらの証人が立ち会い自署によって証明したか、あるいは、証言に来たのかは問わない。つまり、何れの場合もその証書は同じ証拠力を有する。しかし、寄託する者、貸し付ける者、その他契約を締結する者が契約相手の文言だけで満足するならば、その文言では証明に不十分であることを心得るべきである。”

述4巻21章「証拠の信用度、証拠の喪失について」第20法文】。しかし、この点を皇帝は次のように変更した。すなわち、証書の作成にあたって三人の証人が立ち会わなかった場合、筆跡の照合は疑わしいものとして退けられる。しかし、証書作成時に三人の証人が立ち会った場合については、必要に応じて（つまり、自筆証書に署名した証人が亡くなってしまったような場合）、皇帝は筆跡の照合を許しており、その結果、三人の証人によって署名された証書の信用性は、三人の証人によって署名された別の証書との照合によって証明され得る。つまり、皇帝は、債権者に常に三人の証人を用意することを勧めているのである【リッテルスフシウス『新勅法注解』第9部第25章第1番を参照せよ】。

第12法文¹⁵⁾、同新勅法引用要約文第一¹⁶⁾、同第二¹⁷⁾について

妻は、嫁資について問答契約に基づく訴権を有していて、たとえ嫁資返還のための問答契約が挿入されていなかったとしても、上記訴権によって他の無担

15) “皇帝ユスティニアヌスがヨアンネスに。嫁資を失い先んずる債権者たちに夫の資産を取り上げられて嘆き悲しむ妻たちの度重なる直訴に悩まされている。そこで余は、旧来の法律、すなわち、妻の人的な財産訴権（余は既にこれを廃した）に大きな優先権を与え、当該訴権が、ほとんど全ての人的訴権に対する先取特権を取得し、他の債権者に、たとえ彼らが先行者であったとしても、先んずることができるようにしている法律を顧みた。ところが、それらの法律は、人的訴権について以上のように定めたものであったので、抵当権にかかわる場合には、直ちに法の厳格さを緩め、妻たちの新規の抵当権を彼女らに訴権があるにもかかわらず先行する抵当権のために軽んじてしまい、妻にとって嫁資を構成するものがほとんど全ての財産であるにもかかわらず、妻の弱い立場や、その夫が身体的にも財産的にも完全に死んでしまっているという点を考慮していない。つまり、夫たちは自らの債権者を、妻の生活や扶養のために妻自身かあるいは他の者によって与えられた妻の嫁資ではなく、夫自身の財産で満足させるよう定められるべきであった。§ 1. 以上の点に目を向け思いを致し、また、嫁資に関して妻を手助けする別の二つの勅法を定めたところでもあるので、これらを一つにまとめ、嫁資のために妻たちに既に与え、それぞれに黙示の抵当権が付随すべく認めていた問答契約訴権が、夫の全ての債権者に対する優先権を、たとえ彼らが時において先行する特権で守られている場合であっても、備えるものと定めること

保債権者に対して、たとえ彼らが人的先取特権を有しているとしても、優先する。ところで、皇帝は、勅法彙纂5巻13章「妻の財産訴権の問答契約訴権への変質、並びに、嫁資に備わる性質について」第1法文1節において、妻に抵当権をも付与していた。その上ここで皇帝は、当該抵当権に物的な先取特権も与えているので、妻は、後続する他の全ての抵当権者に優先することになる。こ

にする。実際、妻の財産が人的訴権について(先に述べたような)先取特権を享受していたからといって、抵当権についてこのような恩恵を、たとえ嫁資にあたる物が、それによって別の物が購入されもはや残っておらず、あるいは、何らかの仕方で散逸したり費消されたりしたとしても、そのような物が実際に夫の側に引き渡されたのであれば、どうして妻に認めないでおられようか。余の法律によって多くの特権が創出される理由となってきた夫に対して示す従順さ、出産に伴う危険、子供たちの養育に照らせば、妻たちに同情しない者など一体いるであろうか。それ故、古い時代に確かに着手されたが成功するに至らなかった事柄を、余は詳細な規定にまとめ、子供がいるにせよさしあたりいないにせよ、あるいはまた、生まれた子供を失ったにせよ、妻にはこの先取特権を認めることにする。当然ながら、継母との関係における前の婚姻の子等は除外される。この者たちの母親の嫁資のためには、父親の財産やその債権者に対する抵当権を付与し、しかも現在では同じ様な優先権も確保して、後妻に与えられているものを先妻について否定することなく、これらに子の権利が、依然母親が生きているかのように、保持されるようにしている。なぜなら、同じ財産によって担われている二つの嫁資については、時に基づく優先権が依然通用することを余は望むからである。§2. ところで、以上の点は嫁資についてのみ定めるものであって、婚姻前の贈与についてはこの限りではなく、婚姻前の贈与は時に服し、債権者の間では時による順位を得るものと定める。というのも、余は、妻の利得の手助けをしているのではなく、妻に不利益が生じたりその財産がだまし取られたりしないように配慮しているのであるから。§3. この法律は今後において妥当するものとし、過去に遡及させることはしない。ランパディウスとオレステスの執政年終了後(531年)の11月27日にコンスタンティノポリスにて記される。”

- 16) “公撰集第7集第9章第8節、新勅法第97勅法第3章において。自らの金銭で物が購入されたり修理されたりした者のように、人的な先取特権によって保護されている者に対しても、当該権利を行使できる。ただし、官職購入に際して夫に書面を通じて貸し付けた者のように、新たな勅法によって除外された者はこの限りではない。”
- 17) “公撰集第7集第3章第5節、新勅法第91勅法第1章において。何か[再婚時の]嫁資物に由来する限り、それは対物訴権を有する妻かあるいはその子等に留保されるべきである。そうでない場合には、新旧の妻が生きているにせよ亡くなったにせよ、片方だけが存命であるにせよ、必ず前妻かその子の誰かが優先する。新たな勅法によってこのように定められたのは明らかである。”

の新たな勅法の趣旨は、当勅法の前書、並びに、第1節中の、「なぜなら、妻たちを、その夫に示した従順さ、出産の苦しみ、子供たちの養育に鑑み憐れまない者などいるであろうか」以下の行に示されている。しかも、この先取特権は次の三つの点で拡張されている。Ⅰ. 嫁資が残っておらず費消されてしまっても、夫の全財産について優先する【当法文第1節「たとえ嫁資が云々」の行】。Ⅱ. 時による優先権のみならず物的な先取特権を有している抵当権者にも優先し、例えば、抵当権者の金銭によって物が修復された場合がこれにあたる【新勅法第97勅法3章、当法文新勅法抜粋引用文第一】。Ⅲ. 更に、この点は、母の嫁資を返還請求する子等にも拡張される【当法文第1節「除外されるのは云々」の行、新勅法第91勅法前書】。ただし他の相続人に対しては優先しない【上記第91勅法、カルプゾウィウス『裁判法学』第3部勅法26定義12末尾】。また、このような先取特権は、嫁資以外の財産には与えられず【カルプゾウィウス『裁判法学』第1部勅法18定義86】、ましてや、[夫からの]婚姻前の贈与については論外である。というのも、皇帝は妻たちの利得に手を貸そうとしているわけではないからである【当法文第2節】。他方、当該先取特権は、

1. 嫁資の存在が夫によって申告されただけではなく現実に引き渡され、それが証明可能な場合に限られる【当法文第1節「とはいえ物そのもの云々」の行】。ただし、他の債権者たちが債務者の申告だけに依拠する場合はこの限りではない【論拠となるのは学説彙纂23巻3章「嫁資の権利について」第70法文。法学提要4巻6章「訴権について」第29節へのヤーソンの注釈第91番、ザシウスの注釈第28番、バルドゥイヌス『嫁資の新勅法』第10章第16番、ネグザンティウス『質抵当論』第4部第2章第76番、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察81第5番、ミュンシンゲリウス『個別考察集』第1集考察61、マティアス・コレリウス『執行手続論』第3部第1章第114番、コッペニウス『問題解明集』判決28第31番、コワルウィアス『問題解決集』第1巻第7章第6番、カルプゾウィウス『裁判法学』第1部勅法28定義76、ベルリキウス『実務結論集』結論65第51番】。実際、妻と他の債権者たちとの間に著しい差異が存することを何人も否定しないであろう。なぜなら、夫は、他人を詐害するために嫁資の額面を申告することがしばしばあるからであり、この点を他の債権者が危

惧する可能性があるので、妻乃至寡婦に追加的な宣誓が課されている。また、嫁資の約束の遙か以前に夫の申告が為された場合にも、妻は夫の申告に依拠〔して先取特権を取得〕できる【コワッルウィアス『問題解決集第1巻解決7第6番、カルプゾウィウス前掲箇所定義78、ベルリキウス『実務結論集』結論65第60番】。更に、妻以外の者、つまり、嫁資の提供を義務づけられていない者から〔の受領〕との申告が為される場合も同様である【バルドゥイヌス前掲書第10章第14番、コワッルウィアス前掲箇所、カルプゾウィウス前掲箇所定義79】。2. 前婚から生まれた子等が競合する場合も妻は優先されない。つまり、彼らとその母の嫁資の返還を請求する場合、彼らは、自らの嫁資を返還を求める二番目の妻に優先するのである【当法文第1節「除外されるのは云々」の行、カルプゾウィウス前掲箇所定義97】。カルプゾウィウスにおいては、法定相続のみが言及されており、それはザクセンの裁判慣行によるものである。一方、我々の下では、前妻の子等は嫁資の半分については他の債権者に優先し、債権者たちのために責任財産に加えられる。その理由は、先取特権者である子は先取特権者である継母に対して普通法に依拠しても、それは当法文新勅法抜粋引用文第二によって更に制約を受けるからである。すなわちそこでは、家産の内、どの財産が継母のものが明らかである場合、そのような継母の財産は何よりもまずその所有者に返還されるべし、とある。つまり、何らかの物の所有者はあらゆる債権者に優先されるのである【学説彙纂15巻1章「特有財産について」第38法文前書、同12巻1章「確定物訴求時の貸与物、並びに、確定物の不当利得返還訴権について」第31法文1節、カルプゾウィウス前掲箇所定義97末尾】。3. 先行する債権者が任官のために特に貸し付けた場合、この債権者は妻乃至寡婦に優先する【当法文新勅法抜粋引用文第一。前述第14章第27法文並びに同法文新勅法抜粋引用文も参照せよ】。更に、4. 債権者が後続する明示の抵当権を有している場合も、妻は優先しない。そのような債権者が慣習法に基づき妻に優先する場合も確かにある。しかし、我々の下、すなわち、選帝侯ブランデンブルク辺境伯領においては、たとえ先行する明示の抵当権を有する債権者に対しても嫁資は優先されることはよく知られている。最後に注意しなければならないのは、以上に述べたことは、当法文第2節によれば、嫁

資のみを対象としているけれども、嫁資以外の妻の特有財産が抵当権を取得しないということにはならない。なぜなら、それらの特有財産には優先権がなく、そのような嫁資との相違を何人も無視できないからである。そこで、勅法彙纂5巻12章「嫁資の権利について」第29法文及び同5巻14章「嫁資、婚姻前の贈与、嫁資外財産にかんする合意について」第11法文に照らして、嫁資以外の特有財産も抵当権を伴うとされる【コワツルウィアス『問題解決集』第1巻第7章第7番、ファゲンデス『正義並びに契約について』第7巻第4章第11番、カルプゾウィウス『裁判法学』第2部勅法24定義3、ベルリキウス『実務結論集』第1部結論67第4番、リクテリウス『先取特権論』討論6の169頁】。ただし、婚姻のための贈与については、「抵当権を取得するかどうか」疑わしい。というのも、婚姻のための贈与にたいしては当法文第2節において明示的に優先権が否定されているからである。皇帝は利得のために妻を保護するわけではないという理由による。しかし、当該贈与にも抵当権が付与されることは、第2節の「債権者間ではそれぞれの時の順序が妥当する」との一節から裏付けられる。というのも、もし抵当権を有していなければ、「時において先んじる者が権利において優先する」との準則は適用され得なかつたはずであるから。つまり、この準則は抵当権者にのみ当てはまるのである。加えて、この抵当権は、勅法彙纂6巻61章「家父権服従卑属が婚姻その他によって取得した財産、並びに、その管理について」第2法文、別書3巻21章「質権その他の担保について」第5節とパノルミタヌスの同節への注釈によっても根拠づけられる【コワツルウィアス前掲箇所第2番、ファゲンデス前掲箇所第4章第12番、カルプゾウィウス『裁判法学』第1部勅法28定義19末尾並びに第2部勅法24定義6、ベルリキウス前掲書結論71、リクテリウス氏前掲諸討論6例外3の172頁】。

シュトリューク『学説彙纂の現代的慣用』

§ 1. この章では、市民法にも裁判実務にも多くの点で合致する二つの準則が特に検討されねばならない。第一の準則とは、「公的抵当権と私的抵当権が

競合する場合には常に、公的抵当権が私的抵当権に優先される」【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11法文】のであり、たとえ私的抵当権が時において先んじ、公的抵当権が時において後であるとしても、そうである【同第11法文】。私的証書においては債務者が期日を早めるのは容易であるため、債権者詐害の目的でそのような証書を捏造することが可能であるが、公的証書についてそのようなことは起り得ず、それ故、公的証拠が私的証拠に優位するというはその理由とされている。アントニウス・ガブリエリウス『通説集』「証明について」結論10第2番、ティラクエルス『取戻権論』第1章注釈7第43番以下、ブルネマヌス『勅法彙纂注解』第8巻第17章第11法文注釈を参照せよ。ただし、マグデブルク法によれば、「動産」に関して、約定の抵当権は他の後続の抵当権に例外なく優先されている。マグデブルク大公領裁判手続規則第3部第49章第47及び48条には、「可動資産、動産、売掛債権、そしてまた、裁判所の許可無しに有効に質入れ可能な諸権利についてもこの点は当てはまるものとする。更に、先行する約定の抵当権は、後続の裁判質、動産その他同種の物に関する差押えや命令に優先されるものとする」、とある。

§ 2. もう一つの準則とは、「複数の抵当権が同じ種類の物である場合」、つまり、全てが公的抵当権であるか、あるいはまた、全てが私益上の抵当権である場合には、「先行する抵当権が後続の抵当権に優先する」、というものである【学説彙纂20巻4章「質あるいは抵当において優先されるのは誰か」第12法文10節】。(1) この準則は、後続の債権者が二人の者のために義務づけられた抵当物を占有している場合であっても、拡張適用される。確かに、別の箇所では、占有の原因において同等である場合には占有の状況が重要であると言われているけれども、ここではそもそも同等の原因は存しない。というのも、第一の債権者のために当該物を既に義務づけた後で、第二の債権者のために第一債権者の犠牲の下に同じ物を質入れする権利は債務者にはなく、勅法彙纂第3巻第32章「所有物取戻請求訴権について」第15法文が抵当権に適用されることはないからである【ネグサンティウス『質並びに抵当についての論考』第5部第2章第5番、ケッペニウス『法学問題解明集』解決28第8番、ブルネマヌス

『破産手続論』第5章第57節】。ただし、「質入れが二人の非所有者によって為された場合には」【学説彙纂20巻4章第14法文】、占有者を、後続者であるにもかかわらず、先行する債権者に優先させることは可能である。なぜなら、この場合、何れの者も、「真正な所有者」から者の質入れを受けた人々に対して優先し得ないとはいえ、双方について同等の原因が存するからである。ブルネマヌス『学説彙纂注解』20巻4章第14法文注解の「同一の者」への私の注記を参照せよ。(2)先に提示した準則については、更に、先行者が一般抵当権を、後続者が特定抵当権を、それぞれ有している場合にも通用すべく拡張されることは、学説彙纂20巻4章第2法文の文言上明らかである。また、裁判に際しても、時的先行性が重視されている【学説彙纂46巻4章「弁済受領問答契約について」第16法文7節末尾への標準注釈、別書1巻3章「答書について」第14節へのフェリヌスの注釈第5番、デキウス『助言集』助言689第2番以下、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察25第3番、ウィッセンバキウス『学説彙纂演習』第1部討論39第4番】。時期が明らかでない場合、あるいはまた、複数の抵当権が同じ日に成立したことが判明した場合には、債権者は債権額に比例して同順位に立つ。ブルネマヌス『破産手続論』第5章第57節の語句「時」への注記を参照されたい。加えて、マグデブルク裁判手続規則第3部第49章第43及び44条も同趣旨であり、同規則の第42条では、黙示の抵当権に基づく者にせよ、明示の抵当権に基づく者にせよ、先行性にかんして相違はないと定められており、これは普通法にも合致する。ところで、今日の慣行上、多くの地域において、商人間では、たとえ後続の債権者であっても質物を占有する者が優先されるという点にも注意すべきであり【スカッキア『商取引論』第2章注釈5第438番、ラウテルバキウス『法学要論』第20巻第4章末尾】、この点はハンブルクヤリューベックの都市条例に採用された。ラウテルバキウス『法学要論』同箇所の語句「占有者が優先する」への私の注記を参照せよ。これは「所持質」と呼ばれる【メイウス『リューベック法論』第3巻第4章第5条第32番】。

§3. 更に以下の点についても付言しておく必要がある。すなわち、債務者自身が債権者に手形を振り出しそこに<財産の抵当の下に>という条項を挿入

した場合に、その債権者は質にかんして優先すべきかどうか、である。普通法によれば、そのような条項に物権的効果を否定し得るような理由は私には見当たらないように思われ、とりわけ動産にかんしてはそうである。というのも、大半の地域において、不動産の負担設定は法廷を介して為されるべく義務づけられている上、そもそも債務者と債権者の合意が存しており、市民法では、抵当権を有効に設定するためにそのような合意以外に何も要求されていないからである。一方、この点について各地の諸法律は多様である。例えば、マグデブルク手形条例の第33条には、「同様にまた、裁判上の担保は、それがマグデブルクのラント規則やラント法に従って設定された場合、破産に際して優先する。そこで、余は、〈財産の抵当の下に〉との条項を含む手形が、余の手形条例に従い、破産において他の手形に優先し優越することなく、(たとえそれらが他の点において通常の手形の形式を満たしているとしても)他の全ての手形や、証書上の債務と同じ権利を有すべきものと考えその旨命ずる」、と定められている。同様の規定は、1709年3月18日のブランデンブルク辺境伯領手形法第37条にも見出されるが、そこでは、立法者たる陛下が、そのようなく財産の抵当の下に〉との条項を含む手形に、無担保の証書債権者に対する人的な先取特権を付与されたので、そのような手形はあらゆる無担保債権者に優先するところとなった。

§ 4. 統治者から偶々付与された抵当権が利息にも及ぶという点も注意せねばならない。この場合、利息は、破産に際して、元本と同じ優先権を享受し、元本と同時に支払われねばならず【リクテル『先取特権論』第7章第28番、カルプゾウィウス『ローマ=ザクセン裁判法学』第1部第28条定義160】、この点は辺境伯領においても遵守されている【ブルクマニウス『助言集』第2巻助言17第44番、コッペニウス『法律問題解決集』判決28第11番、ブルンネマヌス『破産論』第5章第57節】。確かに、ザクセンのこれと異なることが定められており、そこには、利息は、破産時において、全ての債権者がその元本につき満足を得た場合にのみ、弁済されるとある【カルプゾウィウス前掲箇所第161番】。しかし、この点は、(1.) 教会や学校その他の敬虔財団【カルプゾウィウス『選帝侯領判決集』判決8及びフィリピウス『法実務考察集』考察8によれ

ば、これらに対しては利息と元本が同時に支払われねばならないとされる】、(2.) 未成熟被後見人に対する債務【カルプゾウィウス『ザクセン判決集』判決9】、(3.) 封主及びその親族の同意を得た封上の債務【『ザクセン判決集』判決10】、についてそれぞれ除外され、また、(4.) 利息以外の場合は除外されるので、証明可能でさえあれば、被った損害の賠償のために利害関係が訴求できるし【『ローマ=ザクセン法学』前掲箇所第164番】、更に、(5.) 売買目的物の残余代金の遅延利息についても妥当しない【『ローマ=ザクセン法学』前掲箇所第167番、そこでは次番以降に多くの例外が付け加えられている】。更に独特なのは、ブランデンブルク辺境伯領において、1653年のラント等族会議最終決定に従い、破産に陥いると直ちに利息の発生が停止されるという点であり、その趣旨は、破産宣告の遅延中に先順位債権者の利息がかさんで、後順位債権者の元本請求のあてとなるものが失われてしまうことのないようにするためである。そうでない場合には利息の発生が停止されることはない。

フート『学説彙纂注解』

〈16. 抵当債権者は無担保債権者に優越する。ただし、債務者の物の売却や競売公告その他これらに類すること、遺産目録の作成、死亡者の葬儀のために貸し付けた者はこの限りではない。抵当債権者が先取特権者である場合とそうではない場合、あるいは、より弱い先取特権者である場合、同等の先取特権者である場合は、それぞれ如何なる法が妥当するのか。〉ところで、真正な債権者をめぐっては、抵当権者が質権の負担の下に存する物について無担保債権者に優先するのは一般に明らかであるが【勅法彙纂8巻18章第9法文】、例えば、物の競売公告、売却、引渡のために貸し付けたような場合はその限りではなく、無担保債権者は、抵当権者に、たとえそれが先取特権によって保護された抵当権者であっても優先されるので、財産を委託された管理人や執行義務者が物の保存のために為したことの費用、あるいは、債権者の一人が差押命令の発令のために善意で支出した費用は償還されねばならず、後者については、この者の関与に別の債権者が異議を申し立てたという事情が存するとしても、や

はり償還される必要がある【論拠として学説彙纂16卷3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第8法文末尾、同35卷2章「ファルキディウス法について」第72法文。また、ファン・アルフェンス『パベガーイ』第1部第30章の手元の版では478頁第3番、クリスティネウス『メヘレン法注解』第13章第15条注解、アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第19章第1番も参照せよ】。これらに準じるのが、遺産目録の作成や遺言の探索その他必要な事柄にかんして、目録作成の利益享受に寄与した者が支出した費用である【勅法彙纂6卷30章「熟考権、並びに、相続の承認乃至取得について」第22法文9節】。また、葬儀のために貸し付けた者にも、たとえこの者に全く抵当権が与えられていないにもかかわらず、同様の先取特権が付与されていたことは、本書第11巻第7章「宗教的事項、葬儀の費用、並びに、葬儀の方式について」において既に詳しく論じた。抵当権者間においては、時ではなく原因が考慮されることで、先取特権を有する者が有しない者に、より強い先取特権を有する者がより弱い先取特権を有する者に、それぞれ優先する。複数の抵当権者が同一の先取特権を享受している場合には、先取特権者は同等の先取特権者に対して自らの特権を行使することはできず、時において先んずる者が権利において優先する【勅法彙纂8卷17章第12法文1節、新勅法第97勅法第3章】。というのも、同等の先取特権者は互いに当該特権を行使できず、互いにその地位は先取特権を欠いた抵当債権者のそれと何ら変わらない結果、時において先んずる者が抵当における権利についても優先すべきことになるからである【論拠として勅法彙纂8卷17章第2法文、学説彙纂20卷4章第10及び11法文、勅法彙纂6卷61章「家父権に服する子が婚姻その他によって取得する財産、並びに、その管理について」第6法文4節】。なお、学説彙纂42卷5章「裁判官の権威による財産の占有あるいは売却について」第32法文に見えるパウルの見解は以上に矛盾しない。なぜなら、当該法文は、同一の権原あるいは同順位の先取特権によって保護される無担保債権者にかかわるからであり、これらの者の間では、同じ権原に基づいて先取特権を有する複数の無担保債権者が互いに当該特権を行使できないからといって、時を考慮することはできず、その結果、彼らの間では特権が失われて、いわば単純な無担保債権者として見なされ、たとえ時が

異なっている、そのような単純な無担保債権者の間には競合が生じることになる【学説彙纂16巻3章第7法文3節】。

〈17. 多くの場合、特定の物に対して先取特権とともに特別の抵当権を有する者が、全財産に対する抵当権を付与される者に優先する。優先関係は如何なる順序で説明するのが最も適切であるのか。〉先取特権を有する抵当債権者の順位にかんしては、あらゆる点をつぶさに吟味した結果、私としては、特定の物についてのみ先取特権をともなった抵当権を取得している者と、反対に、債務者の総財産について抵当権並びに先取特権を有している者とは異なると解すべきであり、たとえ常にはないにせよ、少なくともほとんどの場合、個物について先取特権を伴う抵当権を有する者が、当該物の売り立て金について、債務者の総財産上に先取特権による優先権を備えた抵当権を有している他の者に対して優先するものと考え。債権者たちが迷い込むこのような迷宮と、この問題にかんする法律家たちの回りくどく歯切れの悪い言説から上手く逃れるには次のようにする他ないと私は考えた。すなわち、まず最初に、特定の物について先取特権を伴う抵当権を与えられている者を列挙し、同時にまた、そのような事態が生じ得る限りにおいて、同じ物について相異なる原因から特別の抵当権と先取特権を有する者たちが競合する場合に如何なる法が妥当するのか明らかにかんすることにしたのである。

〈18. 官職購入のために、文書化された質の合意を伴って貸し付けた者は全ての者に優先する。この点は、売官購入のために貸し付けた者について今日もなお当てはまるかどうか。売却物が質入れされるとの合意を伴って、物の購入のために貸し付けた者はそのような権利を有するのか。代価の保証を得て不動産を売却した者はどうか、売却物が残代金のために担保に供されるのは、正式な引渡証書によるのか、それとも、事後的な証書によるのか。〉個物に抵当権を有する抵当債権者間で最高の先取特権を有するのは、ローマ法によれば、官職について全ての者に優先する旨の文書化された合意を備えた上で、官職購入のために貸し付けた者であり、そのような者は、嫁資の返還を請求する妻にさえ優先する【新勅令第97勅令第4章】。というのも、夫の地位につき従う妻にとっても、官職の荣誉と報酬は利益となるからである【学説彙纂1巻9章「元

老院議員について」第8及び第12法文】。またそれ故に、他の場合であれば夫婦間の贈与は禁じられているにもかかわらず、妻は地位の獲得のためであれば夫に正当に贈与できる【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第40法文以下】。今日ある地域において売却可能となっている相当数の官位についても、それらの官位の購入のために、文書化された質についての明示の合意を伴い（なおかつ、我々の慣行上、四十分の一税をその地の法律に則って支払って）、金銭を貸し付けた場合に当てはまるかは明らかではない。否定説に与するのはアントニウス・マッタエウスである。そのような官位は古代ローマ人の官職とは異なり、そのような公職の売買は卑しく良俗に反している上、何より、官職の質入れにかんする新しい諸勅法はその拡張を認めていないというのがその理由とされる【『競売手続論』第1巻第19章】。しかし、単なる黙認ではなく、明確な法律や条令によって、何らかの官位の売買が認められ、いわば世襲財産化されているのだとすれば、別の物の購入のために、質の明示の合意を伴い、不動産についてはその地の法律に則って正式に作成され、不動産の引渡証書に添付された合意を伴って貸し付けた者が、法あるいは慣行上、享受する優先権を、上記の官位の購入のために貸し付けた者だけが享受できないという理由は見当たらない。実際、これらの者が、ローマ法上、明示にせよ黙示にせよ先行する包括的抵当権を有する買主の他の抵当債権者に対する優先権を有し、なおかつ、嫁資の返還請求にかかわる妻と同順位の権利を有していたことは、新勅法第97勅法第3章や勅法彙纂8巻18章第7法文から明らかである【カルプゾウィウス『裁判法学』第1部第28条定義107】。ただし、買主に代わって売主に代金を支払った者に、目的物の正式な引渡の後になってようやく、購入物について質権が設定されたような場合はこの限りではない。というのも、この場合、所有権は負担が課されることなく買主に移転するので、合意や法律に基づいた先行する包括的抵当権を有する他の債権者にとっても所有権取得時に直ちに質権が成立し、またここで、買主が所有権を、あるいは、債権者が抵当権を取得するのも、単に他人が買主に代金を貸し付けたからではなく、むしろ、売主の正式な引渡によるのであるから、そのような抵当権者たちは、いわゆる時において先んずるが故に権利において優先する者として、貸付金の担保

として引渡後に購入物上に特定の質入れを受けた者に優先するからである。これは、先行する包括的抵当権が市民法の法則の従い後続の特定の抵当権に優先する場面にすぎない【論拠となるのは勅法彙纂8巻14章第17法文、並びに、同18章第7法文の「直ちに」の文言である。サンデ『フリースラント最高法院判決集』第3巻第12章定義6、カルプゾウィウス『裁判法学』第1部第28条定義108】。一方、売主自身が不動産を売却し代金の保証を得てその地の法律に従い正式に買主に引き渡した場合にも、真正な引渡証書の中で当該購入物が残余代金のために売主に正式に担保に供されたならば、法律や合意に基づいて購入以前に包括的抵当権を取得している買主の債権者等に優先されるべきである。言ってみれば、法律は、所有権を買主に移転させることで、買主による所有権取得によって質権が生じたかもしれない全ての者に対して、(質権に基づき留置可能であったはずの【学説彙纂19巻1章「買主訴権並びに売主訴権について」第13法文8節】)当該購入物について優先させることまさに望んでいるのである【学説彙纂27巻9章「後見や保佐に服する者の財産は命令無しに処分されたり担保に供されてはならないこと」第2法文、勅法彙纂4巻54章「買主と売主の間で定められた合意について」第9法文末尾、同2巻3章「合意について」第10法文】。そうではなく、抵当権が引渡後に設定された場合には、売主は、残余代金について、抵当権設定の時に基づく優先権を、ただ後続者に対して主張できるに留まり、先行する特定の抵当権を有する者や、特定の抵当権と同順位の包括的抵当権を有する者に優先することはできない【論拠となるのは勅法彙纂8巻18章第7法文。サンデ『最高法院判例集』第3巻第12章定義16の半ば当たり、ネグザンティウス『質抵当論』第4部第33番以下、アンドレアス・ガイル『個別考察集』第2巻考察12第4番、グロティウス『ホラント法学入門』第2巻第48章第49番、アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第19章第69及び70番】。

〈19. 家屋や船舶の修復のために貸し付けた者は船舶や家屋に抵当権を伴った先取特権を有する。不動産の賃貸人もそこに持ち込まれ搬入保管されているものについて同様の先取特権を有する。上級所有者その他これに類する者も貢租、地代、定期金のために同様の先取特権を有する。畦で囲われた土地の耕

作者集団も個々の土地について畦や製粉所の費用のために同様の先取特権を有する。他の人々。〉他に先取特権を伴う抵当権を有する者には、建物の修繕のために貸し付ける者や、我々の慣行上もそうであるように、船舶の修理に貸し付ける者がおり、その権利は、修復された建物や船舶それ自体に存するのであって、所有者の他の財産には存しない。この点について詳しくは前述第2章「如何なる場合に質や抵当は黙示に締結されるか」第28及第29番を参照されたい。更に、賃貸不動産の所有者も、そこに持ち込まれ搬入されたものについて、それらを封印し保管している場合には同様の権利を有する【第2章第3番2】。法律あるいは慣行上、個々の者に抵当権や留置権を有する者一般については第28、30、31番の参照を指示するに留めることとする。最後に、個々の物について法律や慣行によって担保を取得し、あるいは、留置権に基づき支出した費用の返還前に物を返還する必要がないという点において、他の無担保債権者のみならず、合意によるか法律によるか包括的であるか特定のものを問わず先行する抵当権を備えた抵当債権者に対しても優先する特殊な人々も(本章の次節以降に述べるような僅かな例外はあるにせよ)いる。例えば、上級所有権者は永借地について貢租や地代のために、旧所有者は定期金不動産について定期金のために、売主は売却され引き渡された不動産について残余代金のために担保に供される旨の正式な条項を伴う場合に、畦で囲まれた土地の耕作者集団は個々の土地について按分して、畦、製粉用水車、用水路等の修繕費のために、それぞれ優先する。第2章に列挙された人々についても同様に解すべきである。

〈20. 家屋や船舶の購入の為に貸し付けた者や、正式な質入れの合意をもって売却不動産の代金について争う者と、後にそれらの物の修復のために貸し付けた者とが競合する場合には、如何なる法が妥当するのか。家屋や船舶の修復のために先に貸し付けた者と後に貸し付けた者がいる場合にはどうか。地代や貢租等のために優先する上級所有権者と、畦や製粉所の修復のために貸し付けた者が競合する場合はどうか。〉ところで、船舶や建物の購入のために、購入された建物や船舶が質入れされる旨の正式な明示の合意を備えた上で、貸し付けた者、あるいは、自ら売却した家屋の代金について、同様の正式な質入れの

合意を引渡時に付加することで担保を得た者と、購入された家屋や船舶の修理のためにその後貸し付けた者とが争う場合には、当該船舶もしくは家屋について優先するのは、たとえ時において後続する者であっても、その修理や保存に貸し付けた者である。なぜなら、彼らの金銭が先行する債権者のために質物全体の価値を維持しているからである【本章第5及び第6法文】。また、修理のためにある者が先に貸し付け他の者が後に貸し付けた場合、争う理由が無い限り、先に貸し付けた者よりもむしろ後に貸し付けた者が優先される必要がある。というのも、先行する修理によって既に法律によって担保に供されている質物全体の価値が、後続の貸付によって維持されたことは確かだから【論拠となるのは本章第5及び第6法文】。従って、<船の修理のために(オプ・ボーデメレイエ)>船長に貸し付けた者たちの間では、ホラントの古くからの慣習によれば、後続の貸付が先行する貸付に優先する旨、『ホラント法律家助言集』第2巻第3部助言56の著者やローセボーム『アムステルダム慣習法』第52章第9条は述べている。ただし、同じ場所で、複数の者が、連続する八日あるいは十日以内に船長に貸し付けた場合には、それらの者は船の価額について同順位で按分して競合する旨ローセボーム前掲書第52章第10条は証言している。同様に、相異なる時期に同じ家屋の修復のために貸し付けた者たちの間でも、全員が同じ原因つまり物の保存のために貸し付けたものとして、競合が生じるべき旨判示されたことをネオスタディウス『ホラント裁判所判決集』判決35が報じている。しかも、畦、製粉所、用水路等の修復のために貸し付けた者と、上級所有権者が貢祖や地代をめぐって争う場合にも、修理のために貸し付け、我々の慣行上、法定抵当権を取得する者が上級所有権者に優先することになる。というのは、ここでもやはり、この者の貸し付けによって、貢祖や地代の請求権の根拠となる上級所有権者の原因そのものが保存されたとと言えるからである。

<21. 妻、許嫁、推定上の妻は、夫の全財産について嫁資及びその増価分のために先取特権付きの抵当権を有する。嫁資以外の妻の固有財産についてはどうか。婚約手付についてはどうか。慣行上はどうか。> 個々の物の特権化された質権については以上のとおりである。次に、債務者の全財産につい

て、先取特権を伴った包括的抵当権を有する者もいる。ローマ法上、例えば、妻は、嫁資や増価日以降のその増価分の取り戻しのため、他人に先立って取り立てる先取特権を伴う抵当権を付与された結果、官職購入のためにその質入れを文書化した明示の合意とともに貸し付けた者にのみ劣後し、物の購入のために質入れの明示の合意とともに金銭を供与した者と同順位の権利を有することになった【新勅令第97勅法第3及び第4章】。そしてこの点は許嫁や推定上の妻にも拡張されるべきものとされた【論拠となるのは学説彙纂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17法文1節、同23巻3章「嫁資の権利について」第74法文、同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べきか」第22法文13節】。また、妻以外の相続人には抵当権は与えられても、抵当権者間において優先する先取特権は与えられていない【法学提要4巻6章「訴権について」第29節】。しかし、当該婚姻から生まれた子等は同様に優先権を有しており、彼らの母が依然生きていて訴えた場合には、時の優先権に基づき、彼らの継母にさえ優先される。ただし、継母が嫁資として与えた物が夫の財産中に残っている場合はこの限りではない【勅法彙纂8巻18章第12法文1節末尾と勅法彙纂5巻12章「嫁資の権利について」第30法文との連関、新勅令第91勅法第1章。ネグサンティウス『質抵当論』第4部第2章第96番、グデリヌス『最新法論』第4巻第18章、ソメレン氏『継母の権利について』第8章代6番末尾】。嫁資以外の固有財産のためにも、法律に基づく抵当権が付与された一方、夫にも、約束された贈与や婚姻故の贈与の履行請求のために、そのような抵当権が付与されたことは第2章第20番で論じたが、他人に先立って取り立てる先取特権はこれらの場合認められないのは、とりわけサンデ『フリースラント最高法院判決集』第3巻第12章判決3が述べるとおり、明らかである。これに対して、妻の嫁資にかんする優先権が我々の慣行上どの程度残存しているのかは第2章第20番で既にふれた。なお、妻が嫁資にかんする優先権を有する場合には、更に、当該優先権によって婚約手付(トロウ・ベニング)が放棄される旨、フリースラントでは判示されている【サンデ『判決集』第2巻第2章第8番】。

〈22. 筆頭隊長責任に基づき訴求する国庫や、租税のために市民の総財産に

ついて訴求する国庫は妻に劣後するのか。筆頭隊長を原因とする権利は、軍営地における俸給を負担し兵士に支給する者にも拡張されるのか。筆頭隊長責任に基づく訴求する国庫にも、筆頭隊長の責任を負った者の総財産上に先取特権を伴う抵当権が付与され【勅法彙纂4巻9章「法律、原因欠如、並びに、不正原因に基づく不当利得返還請求訴権について」第1法文、同12巻62章「筆頭隊長について」第3法文】、また更に、市民の財産上に租税のために国庫に先取特権を伴う抵当権が付与され（国家の活力は租税に左右される旨ウルピアヌスは述べている【学説彙纂48巻18章「拷問について」第1法文20節】）、租税のために負担が課されている不動産については当然ではあるが、人的物的問わず課されている租税の支払いが滞っている者の総財産上についても付与されるのがローマ法の立場であった【勅法彙纂4巻46章「租税納付のために売却が行われる場合」第1法文、同8巻16章「質乃至抵当が如何なる原因によって黙示に締結されるのか」第1法文】。確かにかつては国庫がこれらの原因に基づいて嫁資の返還を請求する妻にも優先し、しかも、妻の嫁資そのものが（嫁資以外の固有財産はそうではなく、この点については勅法彙纂7巻73章「国庫の先取特権について」第1法文）、夫やその指定相続人の総財産が検索された後に副次的に国庫のために義務づけられていた。その理由は、ユスティニアヌス以前の時代、妻たちは嫁資のための法律に基づく抵当権を有しておらず、ただ無担保債権者間における優先権を有するにすぎなかったからである。しかし、その後、ユスティニアヌスによって、抵当権、並びに、抵当権者間での優先権が付与され、唯一つの場合、すなわち、官職購入のために正式な質入れの合意とともに貸し付けた者にもみ妻は劣後する者とされる【新勅法第97勅法第4章、法学提要4巻6章第29節】という仕方、嫁資の権利が強化されたので、結局、現存する嫁資物の取り戻しにかんしては全ての債権者が妻に劣後することになり【勅法彙纂5巻12章第30法文】、国庫でさえも嫁資の返還を求める妻に劣後するところとなった。ところで、筆頭隊長の責任とは、かつて筆頭百人隊長に兵士に配給すべく委ねられていた従軍報酬の責任である【勅法彙纂12巻57章「司令官、副官、筆頭百人隊長の各服属大隊について」第3法文へのクヤキウスの注釈。カルウィヌス『法学辞典』の〈筆頭隊長〉の項も参照せよ】。ただ

し、その後、他の筆頭隊長責任が生じた。例えば、属州要衝に配置された兵士への配給を任せられ引き受けた全糧食を各要衝に送り届けた属州指揮官の公的責任がそうである【勅法彙纂12巻57章第3法文、テオドシウス法典8巻4章第6法文。この責任についてはヤコブス・ゴトフレドゥス『テオドシウス法典注解』第2巻第7巻表題注釈260頁以下を参照せよ】。注釈家たち、中でも、ベレジウス『勅法彙纂注解』12巻63章「筆頭隊長について」注釈第7番がそうであるように、筆頭隊長責任に基づく義務について上に述べた点を、軍営地における俸給を負担し兵士に支給する者たちにも拡張することに理由がないわけではない。

<23. 我々の慣行上、国庫は租税や貢納のためにこのような権利を有し得るか。>しかし、今日なお、国庫が、租税や公的負担にかんして、国庫の窮状を軽減するために以上のような権利を享受し得るのか、それとも、一債権者として位置づけられるのかは、判断が難しい。例えば、売却時の40分の1税、相続財産20分の1税、物的世襲財産100分の1もしくは200分の1税といった種々の不動産税(フェアボンディング)のように、人ではなく不動産その他の物に賦課される物的負担にかんして言えば、そのような税金が課されている物そのものについて、ローマ法と同じく、国庫が優先権を有することにほとんど疑問の余地はない。100分の1税と200分の1税については、1673年6月15日のホラント州条例【ホラント州法令集第3巻1055頁第2巻半ば】、並びに、これを繰り返した同年10月8日と12月22日の条例【同1061頁第1欄】から全くそれは明らかである。不動産税にかんする裁判所の判断は『ホラント法律家助言集』第1巻第3部参考判決24頁末尾及び25頁後半部分に見出される。以前は、不動産の売却や質入れ時の40分の1税を国庫に支払うことについて疑念が存していたり、上記参考判決には、売却前に抵当権の設定を受けた抵当債権者は、売却された代金について優先するとの判断も見えるけれども、実際には、40分の1税並びに20分の1税にかんする1671年4月16日の布告第28条及び第32条【同1010頁及び1011頁】に従い、40分の1税の納付について合意した後でなければ、今日、不動産の処分や担保設定は有効とならず、所在地法による正式な引渡や質入れも許されていないのであるから、このような問題が生じるのは稀になって

いる。人頭税(ホーフト・ヘルト)、家族税(ファミリー・ヘルト)、100ペニングその他の人的な地区民税(クウォルサティーン)、人的消費税等のような人的な税金にかんしては、これらを負担する者たちの財産について如何なる抵当権も国庫には生ぜず、ただ無担保債権者間において優先権を有するに留まるとのユトレヒト州における扱いが、ユトレヒト州の布告を引用の下、アントニウス・マタエウスによって明らかにされている【『競売手続論』第1巻第19章第16番】。しかし、ホラント州では、税金一般のために未納付者について国庫に抵当権と優先権を付与したローマ法がいまだ廃されていないことは第2章第8番で述べたところから明らかである。確かに現在では、輸入や輸出予定の物品にかんする税金は出国あるいは入国前に支払われるべきとになっているので、優先権について論じるのは無益ではあるけれども、その他の場合においては、各地の日常の実務や裁判から、これほどに大量かつ多様な租税について確実な準則を提示し得るようになったので、租税の個々の種類について上記の権利を享受できている【カルプゾウィウス『裁判法学』第1部第28条定義48、ベルリキウス『実務結論集』第1部結論64第106及び第107番】。

〈24. 契約に基づいて訴求する場合に国庫が先取特権を伴う抵当権を有するのは債務者のどの財産についてか。〉ローマ法上、国庫がその契約した相手である者の契約前に取得していた財産に抵当権を取得するのは確かであるが、抵当権者間における優先権を有することはない。一方、国庫との契約締結後に取得されたものについては、ローマ法によって合意あるいは法律に基づく先行の包括的抵当権を取得した他の人々にも優先することは明らかである。つまり、それら事後的に取得されたものについては、国庫が質の原因において他の者に優越したと解され【学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第28法文、ネグザンティウス『質抵当権』第2部第4章第113番、アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第19章第81、第83、第84番】、徴税請負人に収税を委託する場合でも、その他の契約の場合でもそれは同じである【マッタエウス前掲箇所第14番】。本章第21法文前書も以上の妨げにはならない。確かに、アントニウス・マッタエウス前掲箇所第81、第82、第83番は、多くの人々の解答に反駁した上で、古代の法律家の間の見解の不一致に原因を求める他ないと主張

しているけれども、上記第21法文においてセイアは、先行するセイアに対する担保提供の確かに後ではあるがしかし、国庫との契約が結ばれる前に取得された財産について、国庫に優先されていると解し得ない理由はないように私は思われる。つまり、ティトゥスが、後見事務にかんしてセイアに責任を負う金額につき自己の現在及び将来の財産を担保に供し、その後、同じティトゥスが国庫から金銭を借り受け、国庫にその財産を担保に供していたところ、セイアへの債務の一部を弁済し、セイアに対する残りの債務について、質を更新する合意を伴い、更改が為された、そのような場合に、「セイアは、ティトゥスが最初の担保提供時に有していた物と同様、最初の担保提供後に取得した物についても、国庫に優先し、それ故、その債権全額を回収できるのか」問われ、「セイアが優先されない理由は見出されない」と解答されているのである。全く当然である。というのも、そこには、国庫との契約締結後にはなく、「最初の担保提供後に」財産が取得されたと書かれており、このような文言は、何ら曖昧なところはなく、当該財産が国庫との契約締結前に取得されたことを意味していた。もし仮に、「最初の担保提供後に取得された」財産だけではなく、[国庫との]第二の契約以後も含めて取得されたあらゆる財産について一般的に問いが立てられていたとしても、スカエウォラは、同じように簡単かつ僅かな言葉で問いに答え、そこに表現されたように、「その問いについてセイアが優先されない理由は見出されない」と述べるであろう。

〈25. 国庫のこの権利は慣行上今なおどの程度行使可能であるのか。未成熟被後見人、都市、教会、国庫は、後見人や官吏の財産に抵当権を有してはいるが、先取特権はない。〉ところで、今日、ローマ法上のこのような規定は、先行する約定の包括的抵当権が後続する約定の特定の抵当権や法定の包括的抵当権に劣後し、更には、国庫が、国庫との契約締結前に取得された財産、あるいは一般的に、私人の債権者に対して合意により先に担保に供されていた財産についてさえ優先するとされている諸地域では、何ら疑念を生じさせないであろうし、また、先行する法定の包括的抵当権、あるいは、約定の特定の抵当権を有する他の者と国庫が競合する場合には、依然として極めて大きな利点と実益を有しているので、包括的抵当権にかんする上述のローマ法の規定が、優先権

について約定の特定の抵当権にも等しくあてはめられ、あるいはまた、(アムステルダム市やユトレヒト教区においてその裁判管轄下に存する財産につきそうであるように) 幾つかの地域で今でもなお保持されている。従って、後見事務のため未成熟被後見人が、後見人の財産について、契約に基づき訴える国庫と競合する場合、後見開始が国庫の契約より先であっても、契約後に取得された財産について国庫が未成熟被後見人に優先すると解されることとなった。もちろんここで注意しなければならないのは、未成熟被後見人、未成年被保佐人、都市、教会、孤児その他には、それどころか国庫自身にも、ローマ法乃至慣行上、後見人、保佐人、官吏の財産について確かに法定抵当権が付与され、第2章第8番で述べたところからもそれは明白ではあるけれども、時ではなく原因に則って評価されるような抵当権者間における先取特権は、市民法上付与されていないし、我々の慣行や法令上も導入されてはいないという点である。実際、市民法上、国庫に与えられているのが抵当権者間の時に基づく優先権だけであることは、本章第8法文、学説彙纂49巻14章「国庫の権利について」第22法文1節、勅法彙纂7巻73章「国庫の先取特権について」第2法文から明らかであり、契約後に取得された契約相手の財産について特別法により優先するという点からしても、同第28法文に基づき先に述べたとおり、そのような例外が例外ではない場合の準則を裏付けていることになる。そのような権利が国庫に存していて、未成熟被後見人の境遇も国庫よりは重視されず、要するに、契約相手の財産に法定抵当権を有していない者は国庫よりもその優遇の程度が低いのであるから、後見引受の前後を問わず後見人が取得した財産にかんしては原因ではなく時に基づく優先権を被後見人は有するに留まるというのが一貫している。未成熟被後見人その他の人々に学説彙纂でしばしば「先取特権」が付与されているとしても【42巻5章第19法文1節及び第20法文以下】、それは古い法に属しており、それによれば未成熟被後見人は法定抵当権ではなく無担保債権者間における先取特権を有するすぎないことは、第2章第19番で詳しく論じたとおりである。この先取特権に諸君主のその後の勅法が法定抵当権を付加したというよりもむしろ、先取特権に代えて法定抵当権がもたらされたに留まる。それ故、未成熟被後見人は、かつて、抵当権者に、それがたとえ後続者で

あっても劣後する他なかったが、後の法では、それらの抵当権者と競合し、時による優先権を主張できるようになった。また、国庫に先取特権が付与されているように見える点も【勅法彙纂7巻73章第2法文、学説彙纂42巻5章第34法文】、誰かの妨げにはならない。実際、この第2法文において、先取特権として表現されているのが、先取特権という形で法律が国庫に付与した抵当権に他ならないことは、法文の文言そのものから自明である。また、上記第34法文において先取特権が付与されているのも、国庫ではなく、船舶の製造や整備のために貸し付けた者であって、「国庫に劣後する先取特権を有する」と称される者とは、国庫の後に現れる者という趣旨である。というのも、国庫が抵当権を有しているのに対して、船舶のために貸し付けた者は抵当権を有しておらず、ただ抵当権者がいない場合に、無担保債権者間で優先権を有するに留まるからである。このような見解に与しているのは、クヤキウス『勅法彙纂パラタイトラ』7巻73章注釈、本章第28法文へのコスタリウスの注釈、アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第19章第42、第43、第44番である。

〈26. 法令によって先取特権を有するある者や先取特権のある原因が挙げられている場合、それらの者や原因が指示されているその順序に絶対に従うべきか否か、そしてまた、そこに指示されていない者は、たとえ市民法上は先取特権者であっても、先取特権を欠く者と解されるべきか否か。〉法令によって先取特権者やその原因が列挙されている場合であっても、そこに列挙された順序そのままに優先すると解するべきではないし、そこに挙げられていない者であっても、普通法によって先取特権者であることが明白であるならば、先取特権や優先権を欠くと考える必要もない。ただし、利害状況や法令の文言から異なる趣旨が読みとれる場合はこの限りではない。そうでなければむしろ、そのような者の例として言及されているにすぎず、それどころか、立法者による普通法廃止が明らかではない限りは、立法者自身が普通法の規定に調和することを意図しているものと推定すべきである【アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第19、第33、第34番。カルプゾウィウス『裁判法学』第1部第28条定義12も参照せよ】。

〈27. 無特権の抵当権者においては、質物についてか付合物についてか、主

たる債務のためか利息のためか、あるいはまた、合意の中に盛り込まれた違約金のためかを問わず、たとえそれらのために質入れが為されているとしても、時において先んじる者が権利において優先し、質物のために支出された必要費についても同じである。利息をめぐる慣行上どうなっているのか。他方、単なる抵当債権者の間では、時において先んじる者が権利において優先し【勅法彙纂8巻18章第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、本章第2法文、第12法文10節】、同時に担保の負担が課されたと解される限りは【第1章第3、第4、第5番】、担保に供された主物だけではなく、その従物においてもそうである。また、利息についても質権が設定された場合には、他人に対する第二の担保提供後のみ先行する債務に属する利息の履行期が到来するとしても、元本のみならず利息について、時において先んじる者が権利において優先する【本章第3法文1節及び第18法文と、学説彙纂13巻7章「質訴権並びに質反対訴権について」第11法文3節、同20巻1章「質及び抵当、その締結方法、並びに、特約について」第13法文6節との組み合わせ】。主たる債務に違約金の特約が付され、それが適正な利息に越えるものではなく、しかも当該違約金について明示に質入れが為されている場合にも、違約金にかんしても時にもとづく優先権は付与された【学説彙纂20巻1章第13法文6節】。更に、必要に迫られて債権者が質物のために支出した費用についても、それらの費用が債務総額の内に算入され、債権者が質物として受領したものについて保管手段の費用やその他必要な保全措置を負担する旨定められていたり【勅法彙纂8巻14章「質について」第6法文】、質物の保持のための必要から費用が支出された場合には【学説彙纂13巻7章第8、第25法文、勅法彙纂4巻24章「質訴権について」第7法文末尾】、同じである。しかし、利息にかんする我々の慣行の下では、全期間についてではなく三年間に限って優先権が付与され、残りの期間については、単なる無担保債権者と競合するに留まるとされている。これは、そのような制約がない場合に先行の債権者が後続債権者を害するほど利息の取り立てに無頓着となり、その結果、後続債権者からその取り分が日々失われ、質権が結局無に帰してしまうというようなことのないようにするためである。ただし、質権設定前に既に履行期が到来している

ような過去の利息について正式に質権が設定される場合はこの限りではない【フルネウエーヘン『廃止法文論』本章第18法文注釈、アントニウス・マッタエウス『競売手続論』第1巻第21章第11番】。なお、残余代金の遅延利息【モレルス『学期討論集』第1巻第28章】や、保証人が元本とともに弁済する利息【マエウイウス『リユーベック法注解』第3巻第1章第12条第82番】も例外とする人々が相当いる。しかし、これには根拠がない。というのも、保証人は、自らが弁済した利息の求償のために、弁済した相手、何らかの意味でその地位を取って代わる相手よりも大きな権利を有することはできないし、売主は、保証を得た代金について、貸付に至ったと解されるので、代金はそれ自体としてはもはや義務づけられてはいないからである【論拠となるのは学説彙纂14巻4章「分配訴権について」第5法文18節】。とはいえ、アムステルダムの人々は、一年半分の利息についてのみ債権者は質物上に優先権を有する【『アムステルダム条例集』第3巻第23章第6番280頁第2欄】。リユーベックの人々もまた一年分の利息についてのみ元本と共に優先権を有している旨、マエウイウス『リユーベック法注解』第3巻第1章第12条第79及び第80番が述べている。三年ではなく法令に定められたそれよりも短い期間の利息についてしか優先権を得られないが故に、それらの利息について更改が為された場合にはどうかと言えば、利息について特約が付されたたり、元本同様に担保証書に記入されたりした場合にのみ優先権を取得する。というのも、明示的に更新されない限り、更改によって質権は消滅するからである【学説彙纂13巻7章第11法文1節、同46巻2章「更改並びに当事者変更について」第18法文】。

〈28. 時において先んじる者が権利において優先するとの準則は、明示の質権、黙示の質権、裁判上の質権の何れについても、同じ種類の抵当債権者か異なる種類の抵当債権者であろうと、妥当する。法務官による質権についても当該準則が妥当するのか、妥当するとすればどの程度か。包括的抵当権については妥当するのか、妥当するとすればどの程度か。一方が包括的抵当権を有し他方が特定の抵当権を有している場合には、ローマ法と慣行それぞれにおいてどうなるのか。〉

〈29. 優先権は日にちだけではなく時間によっても判定される必要がある。

同じ物が二人の者のために同時に担保提供された場合はどうか。同じ日に別々に二人の者に担保提供されたが、双方あるいは一方の担保に時間が明示されていない場合はどうか。賃貸家屋を売却した者が、一年目の賃料は売主に留保し、二年目以降の賃料は買主に譲渡した場合、借家人から設定を受けた質権は何れの者に帰属するのか。今日、二つの不動産抵当権が同じ日に公的証書によって設定された場合はどうなるのか。>

<30. 抵当権が一方の者には条件付で設定され、次いで当該条件が未成就の間に、同じ物がもう一方の者に無条件で担保として提供された場合、優先権について如何なる法が妥当するのか。条件付債務のために無条件で抵当権が設定され、条件未成就の間に、同じ物が他の者に無条件で担保提供された場合はどうか、区別と事例に即して説明される。不確定な額で今後も生じる債務のために質の負担が課された場合はどうか。>