

翻 訳

ユステイニアヌス帝

『学説彙纂』第二十卷邦訳（一）

吉原達也 訳

第一章 質及び抵当並びにその締結方法及びそれらのための約定について

第二章 如何なる場合に質又は抵当が黙示的に締結されるか

第三章 質又は抵当として与えられたどのようなものが拘束されないか

第四章 誰が質又は抵当において優先権を有するか、及び、最初の債権者の地位に代わる者について（第八法文まで、以上本号）

第五章 質物及び抵当物の売却について

第六章 如何なる方法で質又は抵当が消滅するか

第一章 質及び抵当並びにその締結方法及びそれらのための約定について

一 パビニアヌス解答録第十一卷

一般的合意は、現在の財産又は将来の取得物について認めら

れる。これに対して、特に質設定者に負われていなかった他人の物について合意がなされた場合、その後債務者がその所有権を取得した場合でも、他人の物であることにつき悪意の債権者に準訴権を認めるのはむしろ困難といふべきであるが、同人が占有する場合には、むしろ留保権が与えられるべきであろう。

1 奴隷が質に設定された場合、その特有財産について特別な合意がなされない限り、債権者がこれを売却することはできない。この場合、奴隷が主人のためにその特有財産をいつ取得したかは関わりがない。

2 地所に質設定するにあたり、果実もまた質に属する旨、明示的に合意された。善意の買主「占有者」が果実を消費したとしても、準セルウィウス訴権「抵当訴権」によつて、「質債権者に」返還することを強制されることはない。たしかに、質権の問題は所有権とは区別されるので「質債権者が質の返還を請求しても善意占有者の使用取得による所有権に対抗することにはならないので」、善意の占有者が使用取得しようとも質の原因は消滅しないというのが通説であるが、一度も債務者に帰属しなかつた果実については事情が異なるからである。

3 約定により、期日までに利息が弁済されない時、抵当物の果実が法定利息の限度で、利息に充当される旨、取り決められた。たとえあらかじめ低率の利息が問答契約により約束されたとしても、かかる約定が無効でないというのが通説である。というのは、期日までに低率の利息が弁済されなければ、高率

の法定利息が問答契約により合意さえ得たからである。

4 妻が夫に嫁資として持参した地所を、夫が質に設定した。離婚後、妻が自分の地所の占有を回復するとともに、同一の土地を夫の債務のために質に設定した。この場合、妻により約束された質が及ぶのは、地所の修繕により夫に負った金銭についてだけであるのが正しい。つまり、夫がその地所から収取した果実より高額を出捐した場合である。実際その分について、妻は固有の事務をなしたのであって、他人の事務を引き受けたのではないと見られるからである。

二 パビニアヌス解答録第三卷

保証人「信命人」が、債権者から質物又は抵当物の提供を受け、金額を弁済した場合、保証人「信命人」が債務者を相手方として委任訴訟を提起する場合又は債務者から訴えられる場合、債権者の例に倣って、保証人「信命人」側の過失もまた評価されるを要する。それ以外には、保証人「信命人」は、質設定について提起された訴訟によって、訴追されない。

三 パビニアヌス質疑録第二十卷

もし債務者が「質設定後占有を失った」所有物を回収請求したにもかかわらず、所有権「自己のものであること」を証明できずに、敗訴した場合でも、債権者は、質が締結された時点で、当該物件が債務者の財産中にあること「所有権」を証明する場合には、「占有者を相手方として」セルウィウス訴権を保持すべきである。債務者が、相続請求で敗訴した場合でも、セル

ウィウス訴権の審判人は、相続財産についての判決を無視して、質の原因「質が有効に締結されたか否か」を吟味すべきであろう。確かに、遺贈と「遺言による奴隷」解放について、「指定相続人との訴訟で」法定相続人の相続請求に有利な判決がなされたときは、事情は別である。しかし、遺贈は、実際に遺言が有効であると確定している限りでしか、有効であり得ないので、債権者が受遺者たちとあらゆる点で一致するとは限らない。これに対して、質が有効に設定されても、債務者「質設定者」による訴訟がうまくいかないこともあり得る。

1 不正のために審判人手続において敗訴した者が、請求していた物をその後質に設定した。債権者は質設定者が有するより以上のものは有し得ない。したがって、たとえ「先決訴訟の」勝訴者が固有の訴権を行使し得ないとしても、債権者は「勝訴者の」既判抗弁により排除されるであろう。というのは、何を債権者が有しなかったかということではなく、質に設定されたその物について何を債務者が有していたかということが考慮されるべきだからである。

四 ガイウス抵当訴訟方式書論単巻書

ある人が、彼の物を何らかの債務関係のために抵当として設定する旨約定するとき、抵当は合意約束によって締結される。合意によって締結される諸債務関係の場合と同様、いかなる言葉でなされるかは事柄に関係しない。そして、それ故文書なしに抵当が設定された旨約定がなされても、そのことが証明可能

な場合には、約定された物は抵当に拘束されるであろう。実際、文書については、文書によって証明がより容易となるといふことである。そして文書なしに行われたことも、それが証明される限り、有効である。そのことは、婚姻が、たとい文書において証明がなされなくても有効であるのと同様である。

五 マルキアヌス抵当訴訟方式書註解単巻書

物があらゆる債務関係のために抵当に設定され得るといふことを知るべきである。即ち、消費貸借金銭、又は嫁資が与えられようと、売買、質約、委任が締結されようと、且つ、債務関係が単純又は期限付き、条件付きであろうと、また、契約と同時にであろうと、さらにそれに先行しようを問わない。また将来の債務関係のためにも設定され得る。更に、全額の支払いのためだけでなく、その一部の支払いについてであろうと、また、市民法上の債務関係のため、又は名譽法、又はたんに自然法上の債務関係のためであろうとを問わない。しかし条件付き債務関係においては条件が成就するのでなければ拘束されることはない。

1 質と抵当とは、たんに名称の響きを異にするにすぎない。

2 人は、自己の債務であろうと、他人の債務であろうと、抵当を設定することができる。

六 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

ある人が有した財産又は将来有すべき財産の一般的担保の中

に、誰であろうと、とくに担保を設定しよはずがなと思われれるものは包含されないであろう。例えば、家具、同様に衣服は債務者に残されるべきである。また、奴隷の中で、彼が決して質に置こうはずのないほどに使用される者。さらに、彼にとつて極めて不可欠である家僕又は彼の寵愛を受けている家僕についても同じである。

七 パウルス告示註解第六十八卷

又は、日常用いられているものについては、セルウィウス訴権は及ばない。

八 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

要するに、側妻、自然児「私生児」、妾の子、並びに他のこれに類似する家僕も、一般的担保には含まれない。

九 ガイウス属州告示註解第九卷

しかし、契約締結の時点で財産中に所持していた物についても同様のこと遵守されるべきである。

10 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

もし債務者が所有物を、双方に対して、全部について質入れするといふ如く、同時に二人に質として担保を設定した場合、二人はそれぞれ全部につき、第三者を相手方として、セルウィウス訴権を用いる。ところで、二人の間で問題が生じる場合、占有者の側が有利な状態にある。ただし、占有者は、「私にその物がまた質に置かれるべきことが合意されなかつた場合に

は」という抗弁が付与されるであろうからである。しかし等分に質に置かれることが約定された場合には、彼らの間で、また第三者に対しても、それによって等分の占有をそれぞれ把握する準訴権が付与される。

十一 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

もしある都市の財産を適法に管理する者がその都市のために消費貸借による金銭を受領する場合、その都市に属する財産を担保に設定することができる。

1 もし収益質契約「果実と利息を相殺する特約」がなされ、土地または建物にある者が入り込む場合、彼が金銭が支払われるまで、或いは質貸借により、或いは自身の徴収により、自身の居住により、利息の代わりに果実を收取することによって、質によって占有を保持する。それゆえ、もし彼が占有を喪失した場合、事実訴権を用いるのが常である。

2 用益権に、質又は抵当が設定されるかどうかが問題とされた。所有者が合意したと、用益権だけを有する者が合意したとを問わない。パピニアヌスは、解答録第十一巻において、債権者が保護されるべきであると記しており、もし所有者が債権者を相手方として、「余の意に反して、同人には用益する権利はない」と言って訴訟を提起する場合、法務官は、「もし債権者と、用益権者との間で用益権に質権を設定する旨を約定していなかったならば」という抗弁をもって、債権者を保護するであろう。というのは、法務官が用益権の買主を保護するのであ

れば、何ゆえ法務官は債権者をも保護しないことがあるのか。同じ理由で、債務者にも抗弁が對抗されるであろう。

3 建物役権は質として設定できない。それゆえ、建物役権は、抵当となるべく約定することもできない。

十二 パウルス告示註解第六十八巻

道路権、「人の」通行権、駄獣荷車通行権、引水権について、質の約定が有効か否か考察されるべきである。ポンポニウスは、例えば、金銭が支払われない限り、債権者がそれらの役権を用いるべし（即ち、その者が隣地を有する場合）とか、確定期限内に金銭が支払われないならば、それらの役権を隣人に売却するも可なりという約定がなされる如し。かかる見解は約定締結者たちの便宜の故に、承認されるべきである。

十三 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

畜群に質が設定された場合、その後繁殖したものにも質権は及ぶ。しかし、もし最初の頭数が死亡して、群れのすべてが更新されたとしても、質権は及ぶであろう。

1 候補自由人にも抵当権は設定され得るであろう。ただし、条件が成就した場合には、質権が消滅することがある。

2 質物が質として受領され得ること「転質」は広く認められていることであるので、双方の金銭債務が負われている限りにおいて、質権は第二債権者「転質権者」に拘束され、この者に抗弁と準訴権が与えられよう。「質物の」所有者が金銭を弁済した場合には、質権もまた消滅する。ここでさらに、「債務

者から原質権者に」金銭が弁済されたことにより、第二債権者に準訴権が与えられるべきかどうか疑問となり得る。実際、「質」物が弁済された場合は、どうか。この場合、ポンポニウスが告示註解第七巻において記すことが正しい。即ち、金銭債権者が、その債権を質に設定した場合、「第二」債権者は、金銭の受領分を減じて質を保持することになる。しかし、債権者が物自体を弁済した場合、それは質物の代わりに第二債権者のもとにあろうであろう。

3 地上権建物についても、債権者は、それが抵当について合意約束がなされているものであれ、占有が移転されて、その後喪失しているのであれ、いかなる占有者に対しても、適法に訴権を行使し得る。地上権者は、土地自体がなくても、その権利を質に設定できる。かかる場合、抵当について単なる合意約束があるにすぎぬのであれ、占有を引き渡された上で、それを喪失したのであれ、債権者は占有者の誰に対しても抵当訴権を行使することができる。

4 債権者が債務者に対して勝訴したとしても、設定された抵当は存続する。というのは、抵当訴権は、金銭が弁済されるか、訴訟履行の保証がなされるという条件と結びついている。つまり、それらが履行されない限り、抵当訴権は存続するからである。また、もし金銭が弁済された場合、私が弁護人「代訟人」を相手方として対人訴訟を提起する場合、その者が私に判決履行の保証を設定し敗訴しようとも、設定された抵当が存続

するのが衡平だからである。まして、対人訴訟が、被告自身、信命人、あるいは両者を相手方として提起された場合、たとえこれらの者が敗訴しても、設定された抵当が存続するのはいうまでもないことである。判決訴権を得たからといって、債権者に判決履行の保証がなされたとはみなされない。

5 もし条件付き債務のために抵当が設定された場合、条件成就以前には、いかなる債務も存在しないので、その間、訴訟は適法に提起されないといわれるべきである。これに対して、条件付き債務の条件が成就した場合には、訴訟を提起することが許されよう。しかし、もし債務が無条件で、抵当が条件付きである場合、条件が成就する以前に、抵当訴訟が提起される場合、たしかに金銭が弁済されていないとはいえ、抵当物件が「所持者から」取り上げられるのは不衡平である。それゆえ、この場合、審判人の判断により、「もし条件が成就するもなお金銭が弁済されない場合、そのまま現存する場合には、抵当物件を返還する」という担保問答契約が挿入されるべきである。

6 利息のために抵当が設定された場合にも、利息は弁済されなければならない。罰金についても同様であると我々はいう。

十四 ウルピアヌス告示註解第七十三巻

賃貸料の期日が未到来の場合、中間の時点で質の実行が許されるかどうか問題とされた。そして、質物引渡の訴訟は、私の利益であるがゆえに、認められるべきである、と私は考える。

そして、そのようにケルススも記している。

1 自然債務が成立するような場合は、質は存続するというのが決まりである。

十五 ガイウス抵当方式書論単巻書

いまだ存在しないが、将来において存在するであろうもの抵当を設定することができる。例えば、付着した果実、女奴隷の子、家畜の仔、将来生ずるであろうものに、抵当を設定される。そして、土地所有者がその用益や将来生ずるであろうものについて合意したのであれ、用益権者が合意したのであれ、そのことは遵守されるべきである。そのようにユリアヌスは記している。

1 約定の時点で物が債務者の財産中に存したことにつき債権者に証明義務があるといわれるのは、個別に為された約定に関わり、日常的に担保文言に挿入されるのがつねであるような約定には及ばない。例えば、抵当のために個別に供された物のほかに、債務者が現在所持した爾後取得すべき他の財産にも、個別に抵当が設定されたかのように、債務者が責を負うというごときである。

2 すでに自己の物に抵当を設定した上で、第二債権者にも抵当を設定する者は、何度も同じ物に抵当を設定する者が通常蒙る危険を避けるために、「以下のことを」前もって述べておくのが常である。例えば、ルキウス・ティティウス以外の者にその物に抵当が設定されていない旨、最初の債務を越える分に

ついでだけその物に質又は抵当が設定された旨、或いは、第一の債務をその物が免れたときには全額についてとなる旨についてである。このことについて、そのようなものは、全額についても明示的な合意が必要か、それとも、超過分についてだけ抵当となるという合意があれば足りるかが、考慮されるべきである。そして、最初の債権者から免除されたときに物全体が合意に含まれると見られるのか、依然として部分についてだけであるのか。前者がよりふさわしい。

十六 マルキアヌス抵当方式註解単巻書

もし抵当土地が、その後寄洲により拡大したときは、抵当権はすべてに及ぶであろう。

1 もし所有者が知らずして、その所有物に抵当が設定され、その後所有者が追認した場合、追認すること自体、所有者の意思によれば追認は抵当が合意された時点にまで遡るといわれるべきである。通常、質を設定しうる者たちの意思のみが保護されるであろう。

2 もし抵当物がその後形を変えても、同様に、抵当訴権は成立する。例えば、抵当家屋について、庭園が造作された場合である。抵当土地に家屋が建築された場合も、抵当土地にその後葡萄畑が作られた場合もまた同様である。

3 質物回収訴訟において、被告が訴訟の客体たる物を占有するか否かが問題となる。もし被告が占有しない場合、悪意により占有を喪失したのでない場合には、同人は免訴されるべき

である。被告が占有する場合と、金銭を弁済し又は当該の物を返還する場合には、同様に免訴されるべきである。これらはいずれも為さぬ時は、有責判決を言渡されよう。しかし、もし被告が返還を欲するもそれを得ない場合（例えば物が無く遠方に又は属州にある時）は、担保を設定して、事情が説明されるのが常である。というのは、もし自らが返還するであろうことを担保する場合は、免訴されるからである。これに反して悪意により占有を喪失するとき、しかし最善の努力によっても物自体の返還をなし得ないときは、他の諸種の対物訴訟における同様に、原告が訴訟物について宣誓した額について責あるものとを判決されよう。ただし、被告が債務額について有責と判決されるとすれば、対人訴訟によっても同じ結果が得られるのに、対物訴訟が何の利益とならうか。

4 時として、果実についてもまた審判人は裁定して、訴訟が開始された時点からの果実についてもまた有責判決がなされよう。土地が債務額以下の時はどうか。それ以前の果実については何ごとも言渡され得ない。但し、果実が現存しかつ物が十分でないときはこの限りではない。

5 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書 債権者がいかなる方法によって彼に裁決された抵当物を所持することになるかが問題とされる。当該抵当物について所有権回収請求をなすことはできないが、抵当訴権を提起できるので、もし判決既定の抗弁が占有者から対抗された場合、「私の有利に裁決されな

ったならば」ということを再抗弁するものとする。

6 債務者が、質を引渡さないために、元本と利息の計算が達する以上について有責判決された場合、債務者が債務額だけを弁済した場合、抵当は解除されるか否か。私は法の厳格さと判決の権威という点で同意しない。というのは、事件は有責判決に移り、そのことにより金銭債務が生じると見られるからである。実際に負うている債務額だけを支払うことにより、抵当を解除することがより人間的である。

7 他人の物は、それが債務者のものとなる場合という条件付きで抵当に設定され得る。

8 二人が同時に抵当について合意する場合、各人が 債権額に応分か、半分ずつかが問題とされる。債権額に応じて抵当が拘束されるということがよりふさわしい。しかしもし二人が占有者と争う場合にはいかなる方法によるのか。各人が持ち分についてか、あなたも両者に全額について物が抵当に設定されたかのように、全額についてか。もし同日に別々に両者に抵当が設定された場合には持ち分についてであると言われるべきである。しかし同時に双方に抵当が設定され、そのようになされたのであれば、二人が正当に全部について訴えるが、もしそうでなければ、各人は持ち分に依りて訴えることになる。

9 確定期間内に金銭が弁済されなかった場合、債権者が、売主の権利により占有しその時の正当価格によって評価されるべしとの約定のもとに、質又は抵当は設定され得る。実際、かか

る場合、一種の条件付売買が成立すると見られるからである。そしてそのように神皇セウエルズとアントニヌスは制定した。

十七 ウルピアヌス告示註解第十五卷

質の実行は債権者のために対物訴訟を成立させる。

十八 パウルス告示註解第十九卷

もし、所有権を有しなかったので、プブリキウス訴権を行使し得た者から私が質として受領した場合、法務官は、プブリキウス訴権により債務者を保護する如く、セルウィウス訴権により私を保護する。

十九 ウルピアヌス告示註解第二十一卷

質として数個の物を受領した者は、債務の全額が返還されないのでない限り、一個を解除するように強制されない。

二十 ウルピアヌス告示註解第六十三卷

建物修繕のために金銭を貸し付けた者が、家賃から、質権により、その債権を回収する旨、約定された場合、その者は、債務者が債権者に質として設定した証書に基づき、質借人を相手方とする準訴権をも獲得するであろう。

二十一 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

私の委託事務管理人と質借人との間でなされた質についての合意につき、私が追認するか又はそのことを委任した場合には、私と私の質借人との間で合意がなされたものと見られる。

1 もし債務者が、非所有者より善意で購入し質に設定した奴隷を所持している場合、債権者は債務者を相手方としてセル

ウィウス訴権を主張できる。もし債務者を相手方として債権者が訴える場合、債務者の抗弁「当該物件につき所有者でないの

で質は無効という」を悪意の再抗弁により排除する。そしてそのようにユリアヌスは主張し、そしてその見解は正当である。

2 有利不利を問わず、偶然に質に添加するものは何であれ、債務者に帰属する。

3 もし質設定された物が返還されない場合、占有者を相手方として訴訟物評価なされるべきであろう。しかし、債務者自身を相手方とする場合と、誰であれ占有者を相手方とする場合とは事情が異なる。というのは、債務者を相手方とする場合には、債権者の利益は債権額を超えないので、それ以上に及び得ないが、他の占有者を相手方としては、債権額を越えた分についても及ぶが、債権者は質訴権により債務者に返還することを要する。

二十二 モデステイヌス類別録第七卷

もしティティウスが、私の物を私が見知らない間に自分の債権者に質として設定し、私が彼の相続人となった場合、たしかに後発事情によつて質は直接には有効とならないが、しかし準質訴権が債権者に与えられるであろう。

二十三 モデステイヌス法範録第三卷

債権者は、自らに質として設定された地所を質を原因として正当に賃貸できるであろう。

1 質の設定は隔地者間においてさえも適法に契約によつて締

結される。

二十四 モデステイヌス法範録第五卷

ある者が買うことを禁じられていた地域において、同一物を質として受け取ることは禁じられない。

二十五 モデステイヌス法範録第八卷

質契約が瑕疵を以て又は又は無効に締結されたとき、いかなる留置も成立しない。債権者の財産が国庫に帰属する場合もまた同じ。

二十六 モデステイヌス解答録第四卷

保証人「信命人」が、弁済以前に質物自体の占有を取得し、それによつて債権者に支払うであろう旨、裁判所より承認されたが、実際には支払わなかつた。債務者の相続人が債権者に弁済する用意があるとき、保証人「信命人」が質物の返還を命じられるべきであるかを私は問う。モデステイヌスは、そのように命じられるべきであると解答した。

1 父が、父権免除された息子セイユスに対して、好意から、債権者セプティキウスから消費貸借で金銭を借りたので、息子が自筆で債務証書を作成するよう申し渡した。息子セイユスが死亡した父の相続財産を放棄した場合、同人が他の財産と並んで、この家屋をも適法に占有し得るか、つまり、セイユスが自身の印章によつても他の証書によつても父に同意したわけではないので、たんに父の委任により自筆で債務証書を作成したこ

とだけをもつて、債権者はこれを妨げることができるか、が問題とされた。この問題について、モデステイヌスは以下のように回答した。セイユスが自筆により自己の家屋を質に設定する旨記したのであれば、同意により彼が拘束されることは明らかである、と。

2 ルキウス・ティティウスが地所と当時地所にあつた奴隷を担保に設定した。彼の相続人たちは、相互に地所を分割し、死亡した者に代わりに別の奴隷を補充した。その後、債権者は当該地所を奴隷とともに売却した。抵当中の地所に住む奴隷自体買主は正当に所有権回収することができるかどうかが問題とされる。モデステイヌスは次のように解答した。当該の奴隷自体が質に設定されず、質に設定された女奴隷から生まれたのであれば、決して債権者に拘束されることはない、と。

二十七 マルケルス法学大全第五卷

ある者が質に設定した奴隷をきわめて軽微な罪で鎖に繋ぎ、間もなく解き放つた。同人が債務を弁済しなかつたので、債権者は質設定時より低価で奴隷を売却した。その場合、自分の貸金債権の訴権では不足分を訴求するのに不十分であるので、他の訴権が債権者に債務者を相手方として認められるべきであるか否か？ 奴隷を殺害したり、失明させた場合なら、どうなるであろうか？ もし債務者が当該奴隷を殺害した場合には、同人は提示訴権により拘束される。失明させた場合、不具にした鎖に繋いだりして質の実行を不可能ならしめたことにつき、

債権者の利益となる額について、いわば不法損害訴権「アクワイリス法訴権」の如き訴権を付与するであろう。ところで、債権者がたまたま敗訴したために貸金の訴が成立しない場合を想定しよう。この場合も、私は事件が法務官の注意と援助に値しないとは考えない。ウルピアヌスは次のように記している。もし債務者が、債権者に損害を与えるべく、奴隷を縛った場合は、同人は拘束されるが、これに反して、奴隷がそうするに値する場合には、拘束されないであろう、と。

二十八 パウルス質疑録第三卷

条件付き遺贈につき、家子のために家父が相続人よりその固有物を質として受領し、父の死後又は家子が家長権免除された後に遺贈の条件が成就した場合、家子のために遺贈の債務が開始したとはいえ、父はもはや質物回収請求をなすことはできず、家子も、今遺贈について訴権を持ち始めたとしても、質については元々いかなる権利も持ち得ない以上、質物回収請求をなすことができない。相続人が保証人「信命人」を置いた場合も同様である。

二十九 パウルス解答録第五卷

パウルスは、質の設定にはたしかに一般的な約定だけで十分であるが、故人の財産に属さず、その後彼の相続人より他の原因に基づいて取得されたものは、遺言者の債権者により回収請求され得ない、と解答した。

1 女奴隷が質に設定された場合、その女奴隷から生まれた

奴隷もまた適法に所持されるべきである。しかし、質に設定された女奴隷から生まれた子も同様に質に拘束されると言ったことが妥当するのは、これらの子について特約のあるなしかかわらず、彼らの所有権が質権設定者又はその相続人に属する限りのことであつて、もし女奴隷が他人の所有権に属する場合には、その子が質に拘束されることはないであろう。

2 質に設定された家屋が焼失し、その敷地をルキウス・ティウスが購入して建築した。その場合に質の権利がどうなるかが問題とされた。パウルスは以下のように解答した。質の追及は存続し、それゆえ土地の権利は地上物に従うと見られる。善意の占有者は、建築に支払われた費用のうち、当該物件の価値が高まった分を債権者から受け取らない限り、債権者に建物を返還するよう強制されるべきではない、と。

3 もし奴隷が、主人が事情を知り、その同意の上で、主人の全財産が質に設定される旨約定した場合、担保契約を締結した本人もまた質の権利によつて拘束されるであろう。

三十 パウルス解答録第六卷

売買された債権の質の危険は買主に属する。但し、その物件が質に設定されたことを証明された場合に限られる。

三十一 スカエウォラ解答録第一卷

永借地について、確定期限までに借地料が支払われなかった場合、その土地が所有者に復帰する旨、約定された。その後、当該土地が占有者により質に設定された。この質の設定が正当

か否かが問題とされた。もし金銭が支払われていたならば、質は成立する、と解答された。

1 同様に、もし債務者「借地人」も「借地人の」債権者も借地料の支払いに遅滞したゆえに、当該土地が約定に従い所有者のものとなる旨判決がなされた場合、「所有者か質権者か」いずれが優先権を有するかが問題とされた。経緯の示す通り、もし借地料が支払われず、所有者が自らの権利を行使した場合には、質権もまた消滅したと、解答された。

三十二 スカエウオラ解答録第五卷

債務者により、質に設定された地所に、配置され持ち込まれ運び込まれ、そこで生まれ又は調達されたものは何であれ質に属する旨の約定がなされた。ところで、それらの地所の一部には誰も借地人がいなかったため、債務者は、その地所を自己の耕作管理人たる奴隷に引渡し、これに耕作に必要な奴隷たちを与えた。そこで、管理人たるステイクスも耕作用に派遣された他の奴隷もステイクスの補助管理奴隷も質に拘束されるべきかどうか問題とされた。一時的にまかされたのではなく、当該地所に永久にあるようにという意思で、所有者により配置された者たちだけが質に拘束される、と解答された。

三十三 トリュフォヌス討論集第八卷

債務者が、君「債権者」又はティティウス「弁済受領者」に弁済する旨約定した場合、同人は確かにティティウスに「非債として」弁済として返還を請求できないが、ティティウスに設

定された質は弁済以前であれば返還請求できる。

三十四 スカエウオラ法学大全第二十七卷

店舗を債務者が債権者のために質に設定した場合、そのことにより、「店舗が単なる仮小屋のため」何ら質の効果も生じなかったか、それとも店舗という名称のもとに、当該店舗中に存在した商品が質に拘束されたと見られるか否かが問題とされた。また、もし債権者が時を経てこれらの商品を売却し、そして他の商品を買求めて、それを店舗に持ち込んだ上で、死亡した場合、商品の種類が変更され、他人の物が持ち込まれた時、そこに見出される全商品を債権者は抵当訴権で以て請求しうるかどうか。解答は次の通りである。債務者の死亡の時に店舗に見出されたものが質に拘束されたと看做される、と。

1 次の書簡が出された時、同様のことが問題となった。即ち「貴方から五百デナリウスを貸し付けられた際、私は貴方が保証人を求めないで、私から抵当を取ることを懇願した。それはまったく私の店舗も奴隷も貴方以外の誰にも質に設定されないことを貴方が知っており、かつ誠実な人として信じたからである」。質契約が締結されたとするか、又は反対に確定日付が欠けているから、この書簡は無効であるかどうか。解答は次の通りである。質物について合意がなされたとき確定日付が付加されず、又は書簡が封印されていないかつという理由では質は拘束を中止しない、と。

2 債権者が債務者から現在有する財産と将来有するであら

う財産を問わず何であれすべてを、質として受領した。そこで、同一の債務者が他の者から貸金を受け取ったその貨幣が彼の財産に属するから、債権者に質として拘束されるに至るかどうかが問題とされた。解答は拘束されるに至る、という。

三十五 パウルス抄録伝ラベオー論点集

「質契約の」約定により君「債権者」に売却権を認められた家屋が焼失し、その後債務者が建て替えた場合、君は新しい家屋に同様の権利を有する。

第二章 如何なる場合に質又は抵当が黙示的に締結されるか

一 パピニアヌス解答録第十卷

マルクス帝治下制定された元老院議決によって、修繕されるべき建物の再建のために金銭を貸付けた債権者のために、当該建物に設定された質は、所有者の委任により工事請負人に金銭を支払った者にも及ぶであろう。

二 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

ポンポニウスは雑録第四十巻において以下のように記している。たんに家賃についてだけでなく、借家人が自己の過失により当該住居を毀損した場合にも、借家人を相手方として賃貸権が成立し、当該住居に運び込まれたものも質として拘束されるであろう、と。

三 ウルピアナス告示註解第七十三卷

もし倉庫、宿屋又は敷地が賃貸された場合、持ち込まれたものについても、質に関して黙示の合意が成立すると、ネラティウスは考える。そして、この見解は正しい。

四 ネルウァ備忘録第一卷

建物用地に持ち込まれたものは、あたかも黙示的に合意がなされたかのように、質に設定されたものと看做されるべしという法を我々は用いる。農業用地についてはこれと反対のことが守られるべきである。

1 建物と一体となっていない厩舎は、いずれの用地に属すると看做されるべきか疑問となろう。実際、厩舎が他の建物と分離されている場合には、建物土地でないことは疑いない。しかし、以上のような黙示の質権の事案に関しては、建物用地とは異なる。

五 マルキアヌス抵当権方式書註解単巻書

ポンポニウスは雑録第十三巻において以下のように記す。借家人が無償の居住権を私に提供した場合、私の持ち込んだものは、借家の所有者のために質として拘束されない、と。

1 同じく、質は、所有者の意思により、債務の一部分だけに、設定されうると、見られるべきである、とポンポニウスは言う。

2 保証人「信命人」が自らの物を被保証債務者のために質として設定した場合、その保証「信命」は、いわば自らの物が

質として拘束される旨の委任を含むと理解されるのが至当である。保証がなされたのちに、保証人の物が抵当に設定された場合には、その物は拘束されることはないであろう。

六 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

建物用地について、その後に取り込まれたものも質として拘束される旨、あたかも特別に合意されたのと同様に、黙示の合意があつた看做されるのがつねであるとしても、しかし、この種の質は解放奴隷には障害にならないとはポンポニウスも認めるところであり、その理由として、居住のために質債務は解放の障害とならないからだ、という。

七 ポンポニウス雑録第十三卷

農業用地に関しては、そこで生じる果実は、明示的に約定されなくても、賃借地の所有者に黙示的に質に置かれたと看做されている。

1 持ち込まれたものすべてではなく、そこにあるべく持ち込まれたものだけが質としてあるかどうかが考察されるべきである。そして後者の見解がよりふさわしい。

八 パウルス断案録第二卷

無利子の金銭債務について、債権者は、質物の果実から、法定利息分を取得し得る。

九 パウルス首都警備隊長官職務論單卷書

借家料のための「黙示的な」債務と、合意に基づく明示的に質設定されたものとの違いがある。というのは、後者の場合、

我々は質に設定された奴隷を解放することができないが、我々が現に居住する場合に、奴隷を解放できるからである。この場合借家料について差押えられる以前に限られる。それ以後は、質のために留保された奴隷を我々は最早解放でしないであろう。法学者ネルウアは、借家料のために留置された奴隷が窓から解放され得ると主張したために、失笑を買った。

十 スカエウオラ法学大全第六卷

後見人の相続人が被後見人の相続人と交わした和解に基づき、債務の大部分を弁済するとした上で、残額について質を設定した。そこで、元の契約について正当に質が設定されたかが問題となった。以上の事情に従えば、「全額について」質が拘束されたと解答された。

第三章 質又は抵当として与えられたものよう

なものが拘束されえないか

一 マルキアヌス抵当方式註解單卷書

被後見人は後見人助成なしに抵当を設定することはできない。

1 家子又は奴隷が、他人のために自己の特有財産に属する物を質に設定した場合、たとえ彼らが自由に自己の特有財産を管理することができようとも、その物は質に拘束されないと言われるべきである。そのことは、贈与することが彼らに許され

ないのと同様である。実際彼らはいつでも自由に管理できるわけではないからである。しかし、どこまで彼らが特有財産を管理することができるかは事実の問題である。

2 取引能力がないために購入できない物を質権に基づいて受領することはできない。このことは、神皇ヒウスがクラウディウス・サトゥルニウスに指示したところである。では、ある者が係争物を質として受領した場合はどうか、抗弁によって排除されるべきか否か？ オクタウエヌスは質の場合にも抗弁が成立すると考えた。この点で、スカエウオラは、雑録第三巻において、動産について抗弁が成立すると主張するところである。

二 ガイウス抵当方式書論單巻書

加入保証した婦女のために、或いは「マケドー」元老院議決に反して貸金を受領した家子のために、他の者が抵当を設定した場合、彼らが救済されるべきかが問題となる。婦女のために自己の物を抵当に設定した者についても、この婦女の保証人「信命人」に同一の抗弁「ウェツレイウス元老院議決抗弁」が付与されるように、同人に救済が与えられるとは言うまでもないことである。しかし、家子のために抵当を設定した者についても、その保証人「信命人」に適用されると同様のことが言われるべきであろう。

三 パウルス質疑録第三巻

アリストがネラティウス・プリスクス宛てに以下のように記

した。「債務者と第三者（新債権者）との間で」前債権者が「第三者によつて」弁済されるべき旨、約定されたとはいへ、同一物につき質に設定されたる旨特段の約定がなされざる限り、新債権者は質権を継承できない。自ら質について何ら約定せざりし者は前債権者の地位を継承しないからである。かかる場合には、質物の買主が優先することになる。前債権者が質物売却について債務者との間で合意していたところ、新債権者が質物売却権について取り決めなかったのが、忘却ではなく、売却できない旨取り交わされたためであった時、新債権者が質物売却を許されるまで前債権者の権利が新債権者に移ると言われ得るかどうかを見てみよう。実際、しばしばある者は本人の持たざるものも第三者を通じて持ちうるからである。

四 パウルス解答録第五巻

ティティウスが消費貸借金をマエウィウスから受領することを欲し、同人に何らかの物を抵当の名目で与えることを意図した。次いで、これらの物のうちの何かを売却した後、金銭を受領した。そこで問題。以前に売却された物が債権者に拘束されるべきかどうか。彼は以下のように解答した。担保設定後金銭を受領するか否かは債務者の権利に属するので、金銭が支払われた時点で質の債務が約束された見られるので、金銭支払いの時点で債務者が財産中に持っていた物が斟酌されるべきである、と。

五 パウルス断案録第五巻

債権者が、家子であることを知りながらその父から質として受領した場合は、流刑に処せられる。

第四章 誰が質又は抵当において優先権を有するか、及び、最初の債権者の地位に代

わる者について

一 パピニアヌス質疑録第八卷

婦女のために嫁資を約束した者が、将来の返還について質又は抵当を受領した。その後一部分について支払いがあった後、夫が同一物を第三者に質として設定した。その後まもなく残額の支払いがなされた。その場合、質はどうなるのか。嫁資を約束した者が約束に基づいて全額の履行を強制される時、支払いの時点ではなく、嫁資の約束がなされた日が考慮されるべきである。というのは、「一部を支払った後は最早」残額の引渡を拒絶することできないと言われるべきであり、もしそうであれば婦女が嫁資を供与されなかつたと見られることになるからである。

1 確定期限までに支払うべき額について質を受領した者が、万一支払い前に当該物が第三者に質として設定された場合には、事情は別である。

二 パピニアヌス解答録第三卷

ある者が一般的に債務者の財産を質として受領し、その後他

の者が当該財産から地所を与えられる場合、前者は、たとえばが残余の財産から自己の金銭を取り戻し得るとしても、後者に優先する。またもし第一の債権者が、一般的受領した物から金銭が充足され得なかつた場合初めて他の財産が質とされる旨約定していた場合、この第二の約定が成立しないならば、第二の債権者はその後に設定された質について第一の債権者に優先するといふより単独の質権者となるであろう。

三 パピニアヌス解答録第十一卷

債権者が質として受領していた物を、第二の約定により第二の債権者が受領した後、「債務者が第一債権者から新たに貸金を受けて」債務が更改され、第一債権者が以前の質に新たな質を附加した。この場合、第一債権者は、あたかも元の地位を回復する如く、以前の順位を保持するというのが通説である。

1 テイティウスが「ある地所の購入することを財産管理人に」委任し、その委任に基づいて地所「の購入費用について債務」を負っている。テイティウスは、占有が引渡される以前に当該地所に質を設定し、引渡後にさらに同じ地所に他の者のために質を設定した。もし第二債権者が財産管理人に「土地購入費用にあたる」代価を支払っていない場合、第一債権者「財産管理人」が優先することは言うまでもないことである。この場合、第一債権者「財産管理人」が支払った全額と利子について優先することは、明らかであろう。但し、第一債権者が第二債権者に金銭を提供した場合はこの限りではない。という

のは、債務者が別に金銭を弁済した場合には、第一債権者が優先すべきだからである。

2 二人の兄弟間で等分の土地分割がなされた後、兄弟の一方が、不分割で質に設定された土地の一部を彼の債権者に免除させたなかった場合には、当該部分の分割により半分を他の兄弟が売却する旨の合意がなされた。この場合、質が締結されたと看做されると私は考えた。最初の債権者は、第二の債権者「他の兄弟」に優先しない、第二の質は、兄弟が自分の持ち分を越えて共有者たる兄弟の同意なしに、質に拘束できなかった部分に向けられたと見られたからである。

四 ポンボニウス・サビヌス市民法註解第三十五卷

債務者が、第一の債権者から質を請け出す前に、同一物を、貸金債務のために他「の債権者」に質として設定し、両債権者に債務を弁済する以前に、別の物を第一債権者に売却し、売却物の代価で相殺した。その場合、第一債権者に金銭が弁済されたかのように看做されるべきである、と言われよう。というのは、弁済したか相殺したかは区別がないからである。それゆえ、第二債権者の地位が優先する。

五 ウルピアヌス質疑録第三卷

後の債権者が先の債権者に優先することがある。例えば、後の債権者が貸し付けた金銭が当該物の保存ために出捐された場合、即ち、船舶が抵当に拘束され、その艀装又は修理のために私が金銭を貸し付けた場合である。

六 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

というのは、後の債権者の金銭が質物全部の状態を保全したからである。このことは、安全な航海に不可欠な船員の食糧について金銭が貸し付けられた場合にも認められよう。

1 同様に、もしある者が自らに質として設定された商品について、その保全のためであれ、船賃の支払いのためであれ、金銭を貸し付けた場合、たとえ彼が後の債権者であるとはいえ、優先することになろう。というのは、船賃自体も優先するからである。

2 「質の設定された物のための」倉庫、敷地又は車輛・駄獣の賃借料を貸し付けた者にも同様のことが言われよう。というのは、この者も優先することになろうからである。

七 ウルピアヌス質疑録第三卷

「後見人がその債権者のために質を設定していた他人の」物が被後見人の金銭によって購入された場合も同様であ「り、後の債権者である被後見人が前の債権者に優先する」。それゆえ、二人の被後見人の金銭によって当該物が購入された場合、双方は、その物の代価に出捐された割合に応じて質権を有する。またもし当該物が各被後見人の金銭により全体について購入されたのでない場合には、それぞれの債権者、つまり、先の債権者と、その金銭で物が購入された当の者「被後見人」との間で競合することになろう。

1 私が現在及び将来の私の財産を一般的に君のために質と

して設定した。ティティウスには特に私の所有となった場合にはという条件付きである土地を質として設定した。その後その土地の所有権を私が取得するに至った。この場合、マルケッルスは、いずれの債権者も質について競合すると考える。実際、債務者が自分の金銭を質に設定したことは重要ではないからである。というのは、質に設定された金銭によって購入された物が質に設定されたわけではなく、単に金銭が質に設定されていただけのことだからである。

八 ウルピアナス質疑録第七卷

ある都市が特別に質を受領した場合、その後には債務者「の財産」が国庫に「質として」拘束された場合、都市は国庫に優先すべしと言われるべきである。というのは、かかる場合には私人であつてもまた優先するからである。

(未完)

〈訳者註記〉

本稿は、ユスティニアヌス帝『学説彙纂』のうち、質権及び抵当権に関する第二十卷の邦訳である。本邦訳は、十数年以前、J. J. Bachofen, *Römische Pfandrecht*, Basel (Schweizhaus) 1847を講読した際の参考のために作成したノートに遡る。その後、二〇〇二年三月に京都大学で開催されたローマ法研究会を契機に、『学説彙纂』邦訳の共同作業がスタートした際、第二十卷の邦訳を分担することとなり、その草稿を準備していた。二〇〇四年になって、諸般の事情か

ら共同作業が中断されることとなったため、全体の草稿を作成し終えた時点で、個人的な作業も中断したまま今日に至った。この間の共同邦訳の経緯については、京都大学ローマ法研究会(代表・林信夫教授)『学説彙纂第五〇卷第一一章邦訳(一)』のはしがき(『法学論叢』第一六三卷第六号(二〇〇八年、一六八一—一六九頁)を参照)いただきたい。本稿は、すでに草稿作成時からかなりの時間を経過しており、内容的にも検討すべき課題は残されたままであるが、よりよき邦訳をめざすべく、この機会に、このような形で本誌に掲載することにより、大方のご批判をお願い申し上げる次第である。

訳文中、「」は原則として、原文において省略されている、または理解のために必要と判断される場合の補いを示す。

邦訳にあたり、Th. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, 2 Bde, Berlin 1868/70に準拠し、以下の諸訳を適宜参照した。

C.E.Otto / B.Schilling / C.F.F.Sintenis (Hrsg.), *Das Corpus Iuris Civilis in Deutsche Übersetzung von einem Vereine Rechtsgelehrter*, 4 Bde., Leipzig 1830-32

O.Behrends / R.Knittel (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis : Text und Übersetzung*, Bd. II, — Heidelberg 1995 —.

H. Hulot / J. F. Berthelot / P. A. Tissot / A. Béteanger, *Corps de droit civil romain en latin et en français*, 7 vols., Paris 1803-11.

A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, 4 vols., Philadelphia 1985.

京都大学西洋法史研究会訳「ユスティニアヌス帝学説彙纂第二〇卷邦訳(一)」(『三』『法学論叢』第六十三卷六号、第六十四卷一、二号(昭和三十三年))。