

翻 訳

ユスティニアヌス帝 『学説彙纂』第二十卷邦訳（二・完）

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、以上広島法学第三十三卷第四号）

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以上本号）

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（承前）

九 アフリカヌス質疑録第八卷

次の「七月」一日から浴場を賃借した者が、賃借料が支払わ

れるまで奴隷エロスを賃貸人のために質入れする旨、約束した。同人が、七月一日以前に、同じエロスを他の人のために貸付金銭の質として設定した。そこで、先の賃貸人がこの債権者を相手方としてエロスを請求する場合、法務官がかの賃貸人を保護すべきか否かについて諮問されたところ、「ユリアヌスは」これを保護すべしと解答した。実際のところ、未だ何ら賃借のために債務が負われていない時点で奴隷が質として設定されたとはいえ、すでにその時にエロスが、賃貸人の意に反して奴隷についての質権が解消され得ない状態になっていた以上、賃貸人の地位が優先すると看做されるべきだからである。

1 のみならず、条件付き債権者も、その後債権者となった者を相手方として、債務者の意に反して実現され得ない条件でない限り、保護されるべきであると、「ユリアヌスは」考えた。

2 しかし、相続人が、条件付きで供与された遺贈を原因として、自己の物を質に設定することに合意し、その後、同一の質物自体を、貸付金銭債務を原因として質に設定した後で、遺贈の条件が成就した場合でも、最初に「遺贈を原因として」質物の供与を受けた者も保護されるべきであると、「ユリアヌスは」考えた。

3 ティティアが他人の地所を、まずティティウスのために、その後マエウィウスのために質として設定した。次いで、当該質物の所有者となつて、嫁資として評価して、その夫に供与した。

ティティウスに金銭が弁済された場合、そのゆえに、マエウィウスの質権が強化されるわけではないことは、すでに決定されたことである。というのは、先の質権の消滅をもって、後の質権が強化されるのは、その物が債務者の財産中にある時に限られるからである。しかるに本件においては、夫は買主の地位にあり、それゆえ、マエウィウスに質入れされた時にも、ティティウスに弁済された時にも、妻の財産中になかったのであるから、いかなる時点でもマエウィウスの質権が強化され得るようなことはない。但し、このことは、嫁資として評価された地所を夫が善意で受領した場合、つまり、マエウィウスに質入れされていたことを夫が知らなかった場合に限られる。

十 ウルピアヌス解答録第一巻 正当に判決が下され、その執行にあたって、判決命令権者の権威により質物が徴取された場合「質が判決のために徴取された場合」、その質を認められた者の相続人は他の債権者よりも時の特権において優先することになる。

十一 ガイウス抵当方式書論單卷書

先に金銭を貸付けて抵当を受領した者は、たとえ債務者の側が他の者との間でそれ以前に、もしこの者から金銭を受領したなら質に拘束される旨合意がなされ、この者から後になって金銭を受領しようとも、質において優先する。というのは、債務者が先に「他の者との間で」合意していたとはいえ、この者から金銭を受領しないということもあり得たからである。

1 条件付き問答契約が締結され、そのために抵当が設定された。条件成就までの間に他の債権者が無条件で金銭を貸付け、同じ抵当物を受領し、その後先の問答契約の条件が成就した結果、後の債権者が優先するようになる場合、同様に言われるべきかを見てみよう。しかし、私はこの場合別のことが言われるべきであると考え。というのは、ひとたび条件が成就したときには、問答契約締結の時点ですでに無条件でなされたかのように看做されるからである。

2 借地人が、土地に持ち込まれ運び込まれそこで生まれたものを質とすべき旨を合意しながら、同人が、運び込む以前に他の者にある物を抵当の名義で拘束し、その後この物を土地に運び入れた場合、無条件で特別に抵当を受領した者が優先するのである。というのは、先の者に抵当として拘束されるのは、合意によるのではなく、後になって当該物件がその土地に運び込まれたことによるからである。

3 例えば「奴隷女から生まれる」子供のようには、将来の物について、抵当を設定する旨約定された場合、奴隷女が約定の時点で債務者の財産中にあつたかどうかが問題となる。果実に ついても、質とすべき旨が約定された場合、土地又は用益権が約定の時点で債務者に属したかが同様に問題とされる。

4 後の債権者が先の債権者とその債権の弁済する用意がある場合、先の債権者が金銭の受領を望まない場合、抵当訴権が後の債権者に属するかが問題とされるべきである。そして、先

の債権者にとって、金銭が任意に弁済されないのが自分の責任であるので、抵当訴権は不要である「それゆえ第二の債権者に属する」、と我々は主張する。

十二 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

先に抵当を受けた債権者が、その占有を取得し、他の者が抵当訴権により回収請求する場合、「もし私に前もって質又は抵当のためにその物が拘束されたのでなければ」という抗弁が先の債権者にとって有用である。またもし他の占有者に対して、第一の債権者が抵当訴権により回収請求をなし、前者が「自身にその物が抵当として拘束される旨の約定がなければ」と抗弁する場合、第一の債権者は上に述べた方法で再抗弁をなすであろう。しかしもし他の占有者を相手方として第二の債権者が訴訟を提起する場合、その請求は正当であり、抵当物件が同人に裁定附与され得るのである。とはいえ、第一の債権者が同人を相手方として訴える時には同人からその物を取り上げることにならう。

1 占有者が抵当物件を「第一の債権者の抵当訴権によって」返還しなかったので、上述の方法で有責判決を受け、訴訟評価額を支払った場合、その結果、金銭が第一の債権者に弁済されたのと同様に第二の債権者にも拘束されるか否かが問題とされる。そして、そのことがまさしく認められるべきである、と私は考える。

2 抵当なしに金銭を貸し付けた第一の債権者が、両方を

った第二の債権者の後で、自ら抵当を受けた場合、抵当において後順位であることは疑いない。それゆえ、抵当について期限付きで約定された場合、たとえ期限以前に他の債権者との間で無条件で同一物について約定がなされたとしても、前者が優先することは疑いないことである。

3 もし同一人が二度、つまり第二の債権者の前と、彼の後で金銭を貸し付けた場合、最初の金銭については第二の債権者に優先し、後の金銭については第三順位である。

4 債務者が君と抵当について合意し、その後同人が他の者との間で君の同意の上で合意した場合、第二の債権者が優先するであろう。ところで、金銭が第二の債権者に弁済された場合、再び君に拘束されるか否かは正当に問題とされる。債務者と君「第一の債権者」との間で約定されたことは何か、つまり第一の債権者が、他の者に抵当が拘束されることに同意したのは、抵当から完全に離れるようか、あるいは、順位が維持され、第一の債権者が第二順位に置かれるようか、という事実問題が取り扱われるべきである。

5 パピニアヌスは第十一巻において次のように解答した。もし第一の債権者が更改の後、同一の質を他の質物とともに受領した場合、同人は自己の順位を継承する。しかし第二の債権者が金銭を提供しない場合、第一の債権者は質物を売却できるが、最初の貸付金銭のみを受け取るにすぎず、その後には貸し付けた金銭には及ばないし、以前の貸付金銭からの剰余分はこ

れを第二の債権者に返還するものとする。

6 「第二の債権者が第一の債権者に提供した場合」第二の債権者に、債務者の意に反してさえ、自己の債権、第一の債権者の債権、自己の利息並びに第一の債権者に弁済した利息について、物が拘束されると言われるべきである。しかし、同人は、第一の債権者に弁済した利息の利息を「債務者に」請求することはできない。というのは、彼は他人の事務をなしたのではなく、むしろ自己の事務をなしたからである。このようにパピニアヌスは解答録第三巻において記しており、そして、この見解は正しい。

7 第二の債権者が無条件で抵当について合意した場合、第一の債権者とこの者から購入した者を除くすべての占有者から抵当物を取り上げることができるであろう。

8 消費貸借によりティティウスより金銭を借りた者がティティウスとの間で、ティティウスのために借主たる者の地所が質または抵当となるべき旨約束した。次いでマエウィウスから金銭を消費貸借で借り、これとの間で、「当該地所がティティウスのために拘束されるのを止めるならば、彼「マエウィウス」に拘束されるべし」と約定した。その後、君がティティウスに弁済するようにと、誰か第三の者が消費貸借金銭を君に与え、君との間で「同一の地所が彼「第三の者」のために質又は抵当となるべく、彼「ティティウス」の地位に代わるべき旨を約定する。この場合、中間の債権者「マエウィウス」は、ティティ

ウスに金銭が支払われた場合に、条件が成就される旨を約定したので、第三の債権者に優先し、第三の債権者が自己の怠慢について訴えるべきであろうか。しかしこの場合にも第三の債権者が第二の債権者に優先すべきである。

9 第三の債権者が、第一の債権者に金銭を弁済した場合に別の質物について第一の債権者を継承する目的で、彼に属する質物が売却されるのを許す場合、彼が継承するであろうということを書いている。そして、第二の債権者は一般的に第一の債権者に支払い、彼の地位に代わるという以外には彼の権利を有しない。

10 第一の債権者に抵当が設定されたが、抵当物売却について何ら合意されなかったところ、第二の債権者が抵当物売却について合意した場合、第一の債権者が第二の債権者に優先するというのがより正しい。というのは、質についても、第一の債権者が質について合意した場合には、その物が第二の債権者に引渡されようとも、第一の債権者が優先するというのが確定のことだからである。

十三 パウルス プラウティウス註解第五巻

私が君に借家を売却し、次のように約定した。即ち、一年目の借家料が私に、二年目からの分は君に帰属することとし、借家人が設定した質に対する権利は双方に従うこととする、と。ネルウアとプロクルスは曰く、質物が双方の借家料に満たないときには、質全部の権利はまず私に帰属する、というのは、質

全部から金額が割合に応じて共同となるとは明示されていないからである、と。もし残余があれば、それは君のものである。パウルス曰く、それは事実の問題であるが、質関係は借家料の弁済順によるといのが両当事者の意思であったというのが最も真実らしい、と。

十四 所有者でない者が二人の者に同一物を別の時点で質入れた場合、先の者が優先する。但しともに所有者でなかった者から我々が質を受け取った場合には占有者が優先する。

十五 パウルス告示註解第六十八巻

他人の土地上の建物「地上権」も質として設定されうる。但し、借地料が支払われない場合には土地所有者が優先することとなる。

十六 パウルス質疑録第三巻

クラウディウス・フェリクスが同じ土地を、三人の債権者つまり、最初にエウテュキアナ「女性」、次にトゥルボ、三番目に他の債権者のために質として設定した。エウテュキアナが「訴訟を提起され」自己の権利について証明し、裁判官の下で敗訴し、控訴しなかった。トゥルボは他の裁判官の下に第三の債権者に敗訴して控訴した。第三の債権者が第一の債権者に「対して勝訴したことにより」トゥルボにも勝訴すべきであるか、又は彼女「第一の債権者」が除外されることによって、トゥルボが第三の債権者に優先すべきかどうか問題となった。確かに第三の債権者が最初に自己の金銭で「第一の債権者に」

弁済した時には、彼が先順位者に支払ったその額について彼の地位に当てられることは明瞭である。それ故、この場合にも第三の債権者が「第二の債権者に」優先すべきであると主張する人々が二三ある。私はこの見解を正しくないと考える。仮に、最初の債権者が第三の債権者に対して訴えを提起し、そして抗弁により、又は他のある方法により第三の債権者に敗訴した場合を考えてみよう。いったい、第二番目に貸金を与えたトゥルボに対して、第一の債権者に勝訴した第三の債権者が既判判決の抗弁を用いることができるであろうか。又は、逆に第一の女性債権者が第三の債権者に敗訴した第一の訴訟の後に、第二の債権者が第三の債権者に勝訴した場合に第一の女性債権者に対して、既判判決の抗弁を用いることができるであろうか。私は既判判決の抗弁を用いることができないと考える。それ故、第三の債権者は彼が排除した者の地位に入らない。そして第二者の間の既判判決は他人にも損害も利益も与えることはない。むしろ、「第二の債権者は」第一の判決のいかなる影響も留保することなく、彼の全権利を他の債権者に対して留めるべきである。

十七 パウルス解答録第六巻

債務者から他人への質付き地所を購入した者「第三債権者」は、代価からの金銭が先の債権者に支払われる限りで、保護されるべきである。

十八 スカエウオラ解答録第一巻

ルキウス・テイティウスが利息付消費貸借金銭を与えて質を受領した。マエウイウスが同一の債務者に同一の質物の下に金銭を与えた。そこでテイティウスは、元金及びマエウイウスによる貸付以前に生じていた利息だけでなく、その後が生じた利息分についても優先するか否かが問題とされた。ルキウス・テイティウスは貸付債権の全額について優先すると解答された。

十九 スカエウオラ解答録第五卷

婦女が嫁資として夫に質付き地所を持参し、遺言によって夫並びに彼から生まれた子供及び同様に他の者から生まれた者を相続人に指定した。債権者は、これらの相続人たちが返済能力を有するにもかかわらず、当該地所に対する抵当訴権を行使した。そこで、正当な占有者が債権者に提供した「支払った」場合、債権の権利「抵当訴権」を「占有者に」譲渡することを強制されるべきか否かが問題とされたが、「占有者の」要求は不正ではないと見られる得る、と私は解答した。

二十 トリュフォヌス討議録第八卷

君が最初に「債務者に貸金を与えて」契約を締結した後、君が別の金銭を貸し付ける以前に、同じ債務者にセイユスが五十金を貸し付け、君のために質が設定された物の剰余分を債務者は質として設定した。その後、君が同じ債務者に四十金ほどを貸し付けたとする。そこで問題は、君が最初に貸し付けた額に質として設定された物の剰余部分が、セイユスの五十金に及ぶのかそれとも君の四十金についてであるか、ということである。

セイユスが最初の貸付金額を君に提供するつもりであったとしよう。その場合、質の剰余分についてはセイユスが優先する、それゆえ、もし彼が最初の貸金と利息額を提供した場合には、最初の債権者は同じ債務者に対する後続の貸金に関して後順位となるというのが首尾一貫していると、私は語った。

二十一 スカエウオラ法学大全第二十七卷

テイティウスがセシアに、後見に基づき有責判決を受けた金額のために現在と将来の全財産を質に設定した。その後国庫から消費貸借で金銭を借り、そのために全所有物を質に設定した。そして、セシアに債務の一部を返済し、更改により残額を同女に約束した。その質の設定において、先に質について合意されたのと同じとされた。そこで次のことが問題となった。即ち、セシアが国庫に優先するのは、テイティウスが最初の質設定の時点で有していた財産についてか、同様に最初の質設定以後に取得した財産についても、自己の債務が満額に至るまで及ぶか否か。セシアが優先してはならないという理由は何もない、と彼は解答した。

1 債権者が大理石取引商に貸金を与え、大理石を質に取ったが、この債権者からの貸金が質に設定された大理石の購入代価として、売主に支払われた。この債務者は国家の倉庫を賃借していたが、数年間にわたる賃借料未払いのために、徴収管理人が職務に基づき大理石を売却することになった。そこで、債権者は質権に基づいて大理石を保有し得るかどうかが問題とさ

れた。前述の事情に従えば、それは可能である、と彼は解答した。

第五章 質物及び抵当物の売却について

一 パピニアヌス質疑録第二十六卷

ある債権者が地所を質として受領した後、他の債権者が同じ債務者の全財産について質の約束を結んだ。その後、第一の債権者自身も同様に他の契約又は同一の契約のために債務者の全財産について質の約束をした。第一の債権者は、第二の債権者が返済されるまでは、「特別に質に設定された地所以外の」他の財産を質の権原に基づいて売却することはできない。しかしもし第一の債権者がそうした場合、第二の債権者には、自分の質物を取り戻すために、第一の債権者を相手方とする対人訴訟も帰属しないし、準訴権も与えられるべきではない。「第一の債権者が売却し得た」動産について窃盗訴権も成立しないであろう。というのは、第一の債権者がたんに順位の錯誤によって自己の原因を追及したにすぎないと見られるからである。第二の債権者は、窃盗によって彼の許になかった占有を喪失したわけではなかったのであるから尚更のことである。第二の債権者は提示訴権も提起できないであろう。というのは、第一の債権者は現に占有しているのではなく、悪意によって占有を中断した訳でもないからである。要するに、第二の債権者は現在の占有

者たちに訴訟を提起すべきであるということである。

二 パピニアヌス解答録第二卷

保証人「信命人」が、主債務者の債権者から請求された審判人の職権により、債権者ために質入れされた地所の買取権を取得した。それにもかかわらず、その後同じ質物の下に契約をした第二の債権者は、保証人「信命人」が弁済した金銭とその期間の利息を提供すれば、質物を取り戻すことができよう。というのは、この種の売却は、保証人「信命人」に質物「の占有」を移転するために法の必然によってなされるのが通常だからである。

三 パピニアヌス解答録第三卷

第一の債権者が質物を約束に基づいて売却する時、第二の債権者は金銭提供の権利「返済による先順位の代位」を留保しない。

1 しかしもし債務者が、「第一の」債権者の同意を要求せずに質物を売却し、その代価を第一の債権者に弁済した場合、他の「第二の」債権者はその期間の利息を含めて、第一の債権者に支払われた売却代金を買主に提供すること「によって質物を取り戻すこと」ができよう。というのは、債務者が「第一の債権者に支払うために」設定された質物を売却するか、新たに質に設定するかは「第二の債権者にとって」どちらでもよいことだからである。

四 パピニアヌス解答録第十一卷

金銭の弁済期日が約定により延期された場合、「期日到来」以前には質物売却権は行使されない旨、合意されたものと見られる。

五 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

第二債権者が、第一債権者に金銭を提供して、これに代位するに至った時は、「第一債権者に」支払われた金銭と「自己の」貸付金銭について、「質物を」正当に売却することができる。

1 第二債権者又は保証人「信命人」が金銭を支払って「第一債権者に設定された」質物を買ひ受けた場合、購入権原により当該質物を彼らが保持するとしても、債務者は、彼らが支払った金銭を提供して質物を取り戻すことができる。

六 モデステイヌス法範第八巻

第二債権者が第一債権者より質物を買ひ取った時、金銭の供与は所有権取得ではなく自己の質権を保全するためであったと解されるが故に、質物は同人に債務者より提示され得る。

七 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

債権者が、「買主に」金銭を返還して自らに質物を取り戻すことができる旨を約定して、質物又は抵当物を売却した場合、債務者が金銭返還の用意がある時に、債務者は買主から質物を取り戻すことができるか？ そして、ユリアヌスは法学大全第十一巻において、確かに質物は正当に売却できるが、債権者が「買主に対して先の約定に基づく」何らかの訴権を有する場合には、債務者は、それらを譲渡するように債権者を相手方とし

て訴訟を提起し得る、と記している。ユリアヌスが質について記していることは、抵当についてもあてはまる。

1 抵当物が売却された場合、債務者が金銭を支払って当該抵当物を取り戻すことができるか否かを検証しよう。確かに確定期限内に債務者により金銭が支払われた場合、購入「売却」は無効となることを約定して抵当物の売却がなされた場合、その期間内に金銭が支払われれば、債務者は抵当物を取り戻すことができる。しかし、その期間が経過した場合或いは抵当物売却にかかる約定が付されなかった場合には、売却は無効とされ得ない。但し、債務者が二十五歳未満であるか、被後見人であるか、公務のために不在であるか、その他告示により救済されるべき諸原因の一に該当する場合はこの限りではない。

2 債権者により、債務者に抵当物又は質物売却を禁ずる旨の約定がなされた場合、その権利関係はいかなるものか、つまり、法に反して挿入されたものとしてかかる約定が無効であるが故に、債務者は質物を売却することができるか否かが問題とされる。そして、かかる約定に反した質物売却が無効であることは確実である。

八 モデステイヌス法範第四巻

債権者は自らに設定された質物の中からどれを売却して自らの満足を得たいかは、同人の判断に委ねられる。

九 パウルス質疑録第三巻

債権者が質物の買主から代価を得られなかった場合、債務者

は免除されるかどうかが問題とされた。私が考えるに、債権者にいかなる過失の責も帰し得ない場合には、債務者は拘束を免れない。というのは、金銭が徴収されない限り、強制的になされた売却が債務者を免除することはないからである。

1 ポンポニウスは講義録第二巻に以下のように記している。即ち、質設定の際に、質物売却が債権額に満たない場合、債務者は残余を返還すべしと通常附加されるものは不要である。というのは、たとえそのように附加されていなくても、法上当然にそのように考えられるからである、と。

十 パウルス解答録第六卷

質の法に基づいて質物を購入した者は、当該質物追奪の責任を売主に負わすことはできないとしても、「例えば質に設定された」土地を売却した債権者は、同一物について別の原因に基づいて対抗することはできない。

十一 スカエウオラ解答録第一卷

相続財産分割の仲裁人が、相続財産の有体物を分割し、共通の債務者に対する諸債権も別々に各人に総額について配分指定した。そこで、各債務者が支払わない場合、全額について各相続人は質物を売却することができるかが問題とされた。それは可能であると、私は解答した。

十二 トリユフォヌス討議録第八卷

パビニアヌスの作成した文書に基づき、債権者は債務者から質物を購入できる旨、皇帝によって指令された。というのは、

質物は債務者の所有権に留まっているからである。

1 他人の物に設定された質を売却して債権者が代価を得た場合、債務者が「債権者による」貸付金銭の対人訴訟を免れるか否かを検討しよう。このことは、追奪責任を負わないという「買主との」約定のもとで債権者が当該質物を売却した場合に肯定されよう。というのは、契約であれその他の原因によるのであれ、何らかの債務が存在する場合、それを契機に支払われた代価は債権者の利益となるよりも債務者の有利となるのがより衡平に適っているからである。確かに債務者は債権者に対しては訴訟を免れる。しかし、もし質物の追奪がなければ所有者に対して、追奪後であれば買主に対して、他人の排除によって自己が利得をなすことのないように、債務者は準訴権に拘束される。というのは、債権者が占有者に請求して債務額「の利息」を越えた果実を取得した場合、同人は債務額だけを差し引いて全部を返還すべきであるからである。また、審判人の不正により、債権者が、債務者の所有に属さなかった質物を、あたかも自らに質入れされていたものとして獲得した時にも、債務が弁済された場合、当該の物が債務者に返還されるを要するか否かが問題となる。我がスカエウオラは返還されるべきことを是認した。代価がいかなる場合にも自らのもとに留まるであろう旨を確約して、質物を売却したのでなければ、債権者は返還義務を負わなければならない。私が考えるに、差し当たり確かに何ら債務者に請求され得ないが、しかし訴訟免除されたか

否かは未確定な状態にある。買主訴権によって訴えられた債権者が「買主に」提供した場合、同人は債務者に対して債務を追及することができる。というのは、債務者が免除されていないかっただけのことだからである。

十三 パウルス裁決録第一卷

債権者は、自己の権利に基づいて質物を売却する場合、自己の権利を譲渡するべきであり、もし占有している場合には、いづれにせよ、占有を引渡さなければならぬ。

十四 スカエウオラ法学大全第六卷

相続人たちの間で相続財産分割の仲裁人が、有体相続財産を分割し、共通の債務者たちに対する別々の債権を別々に各人に全額について配分指定した。相続人たちの各人は、支払いを指示された債務者が支払わないとき、全額についてその債権の下に設定された質物を売却し得るか否かが問題とされた。それは可能であると、彼は解答した。

第六章 如何なる方法で質又は抵当が消滅するか

一 パピニアヌス解答録第十一卷

債務者の不在中友人がその事務を管理していたところ、友人は買取によらず、自分の金銭で質を解消した。その場合、元の権利が所有者のために回復されると見られる。それ故、事務管理人は、準セルウィウス訴権が自らに与えられるよう申し立て

ることは許されないであろう。しかし、同人が占有する場合に
は、悪意の抗弁により保護されるであろう。

1 ある人が地所を売却した。買主が代金の一部を支払った後、「残額について」売却された地所を質として設定した。その後、売主は買主宛てに書簡を送って残余の代金を贈与した。売主の死亡後、その贈与が何らかの理由で無効であることが判明した時、国庫が売主を代位して質権に基づいて地所を請求することできないことは自明のことである。売主の質約束は最初の贈与意思によって解消したことは確定のことである。というのは、金銭の贈与を無効とした法律は質権免除には適用されないからである。

2 不在者の訴訟代理人が判決履行の担保を提供した。その後訴訟が本人に移された場合、訴訟代理人が判決債務のために立てた保証人たちも、彼らが設定した質も拘束されないであろう。

二 ガイウス属州告示註解第九卷

債権者がセルウィウス訴権によって質を占有者に請求し、占有者が訴訟評価額を提供した。債務者が占有者に所有権回収請求する場合、前もって同人に債務額を提供するのなければ、かかる請求は認められない。

三 ウルピアナス討議録第八卷

確定期限内により有利な条件が提供されなければ「売買契約は解消されない」という条件である物が売却され、引渡された。

買主は、有利な条件が提供される前に、当該物件に質を設定した。マルケッルスは法字大全第五卷において曰く、より有利な条件が申し出られた場合には質権は消滅する、と。たとえかかる条件で物が売却された場合であっても、買主の気に入らなければ、質権は解消しない、と彼は考える。

四 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

全財産を質に設定した債務者が、購入した奴隷を「瑕疵の故に売主」返却した場合、「この奴隷について債権者の」セルウィウス訴権は成立しないか否か。訴権は成立するというのが多数説である。但し、債権者の意思でそうなった場合はこの限りではない。

1 債権者が質物売却にあたって、債務者による当該物件の交換、贈与、嫁資設定につき合意した場合、質権が解消されるといわれるべきである。但し、自己の質権を留保して売却その他につき合意した場合はこの限りではない。というのは、多くの者は合意にあたって自己の質権を留保するのがつねだからである。しかし債権者自身が売却するにあたって、質によって充足されない限り質権を放棄しないという条件で売買契約した場合、同人に対していかなる抗弁も対抗されないといわれよう。しかし、たとえ質物売却に同意していなかったとしても、売却を承認した場合には、同様のこととは認められよう。

2 特定して設定された質物の売却が無効となる場合、例えば何らかの法的理由により売却できない場合のような合意がな

された限りで、かかる事態が債権者に損害を与えてもよいかということは興味深い問題である。そのような場合であっても、質権は有効であるといわれよう。

五 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

債権者が抵当を放棄するか、金銭を訴求しない旨の約束をなす場合には、抵当権は消滅する。但し、「債務者」本人に訴求しない旨の合意がなされたとき主張される場合はこの限りではない。そのようになった時、第三者が「その後」抵当物を占有するような場合はどうなるのか。かかる合意は永久的な抗弁権を生み出すので、この場合にも同様に、抵当も放棄されたと言われ得る。

1 債権者が一年間金銭を請求しない旨を約束する場合、抵当についても同じことを約束したと解される。

2 抵当の代わりに保証人「信命人」を立てる旨の合意により、保証人が立てられた場合、保証がなされたものと見られるであろう結果、抵当権は消滅することになる。しかし、債権者が自分の債権を売却して金銭を受領した場合には事情が異なる。その場合、全債権はそのまま存続するが、それは、かかる金銭の受領が、弁済としてではなく、代金の代わりと看做されるからである。

3 当該物件が抵当に拘束されない旨の宣誓が申し出られえられ場合にも、債権者は弁済されたものと解される。

六 ウルピアヌス告示註解第七十三卷

同様に、債務が弁済されたのであれ、そのために保証がなされたのであれ、かかる場合にも質権は解消される。しかし期間の経過によって質が終了した場合も、また何らかの事由により質の拘束が終了した場合も、同様であると言うべきであろう。

1 債務の弁済を提示した者は、質権を免除したと見られてよい。弁済ではなく保証設定を提示した者については、事情は異なる。つまり、債権者が弁済の代わりに保証設定を承認した場合には自己に責任を帰すべきであるので、保証設定は「債権者に」有利となるが、債権者が保証設定を承認せず弁済を望む場合には、何らの負担が課せられるべきではない。

2 ところで、保証設定について、確定金銭の債権者に保証設定される場合、同人は質物を放棄すべしと主張するアティリキヌスの意見を我々は採用しない。

七 ガイウス抵当方式書註解単巻書

債権者が売却に同意した場合は、抵当権は解消される。しかし被後見人について、かかる合意は、助成者たる後見人の立会のもとに本人が合意したか、後見人自身が本人に代わって合意したかでなければ、つまり、審判人が、そのことにより本人のために何らかの利益又は満足となると評価した場合でなければ、有効とは看做されるべきではない。

1 総財産の管理人又は有効に弁済を受領しその任を命じられた執事たる奴隷が「売却について」合意した場合、これらの者の合意が拘束力を有するかを検討してみよう。この場合、特

別にこのことが彼らに委任されたのでなければ、効力を持ち得ないと言われよう。

2 しかし債権者と債務者の管理人との間で、その物が質に拘束されない旨の合意がなされた時、かかる合意は悪意の抗弁により債務者に有利となると言われよう。ところで、債務者の奴隷と間で合意された時には、債務者は合意の抗弁自体を合意した債権者に対抗できる。

3 質物の半分を不分割で譲渡することについて合意がなされた場合、売却されたものが確定物である場合、債権者の抗弁も妨げとならず、残余の半分について初めから訴求されるを要すると言われ得る。

4 ある者が共有物の持分を不分割で抵当に設定し、共有者との間で分割がなされた場合、丁度質設定者に帰属する部分が債権者に拘束されたのでなく、両者の持分が不分割ままで半分ずつ拘束されたままになろう。

八 マルキアヌス抵当方式書註解単巻書

「質の設定された」有体物が消失した場合と同様、用益権の消滅によって質又は抵当権も消滅する。

1 債権者は当該物件を質又は抵当に設定しない旨の約定をなすことができる。それゆえ、債務者の相続人にそのことを約定した場合、トレベリウス元老院議決により相続財産を返還された者「信託受遺者」にもかかる約定は有利となる。

2 債務者側の訴訟代理人が かかる約束が債権者にとって

不利となることは疑うべくもないと、私は考える。債権者側の訴訟代理人が、抵当訴権を行使しない旨を約定した場合も又同様である。かかる場合本抗弁が訴訟の本人にとつて不利となると言われるのが正しい、と私は考える。

3 土地を不分割のまま「観念的に」半分について質を免除する旨の約定がなされた場合、当該土地のどの「現実の」部分が任意の占有者に「債権者によつて」請求されようとも、土地の半分を請求され得ない。

4 複数の債務者によつて不分割で抵当に設定された土地について、債権者と債務者の一人と間で、抵当を免除する旨の約定がなされた。その後債権者はこの「約定した」債務者に請求した。かかる場合、たとえかかる約定を結んだ当該の債務者が単独で土地全体を占有していようとも、不分割のまま部分について合意がなされたのにすぎないので、債務者は土地全体について債権者の請求を拒絶できない。

5 家子及び奴隷が特有財産として抵当付きで受け取り自由な管理権を有する物について質の免除をなす旨の約定をなすことができるか否か、つまり、彼らが「特有財産を」贈与できないの同様に、質を免除する旨の約定をなさないか否かを検討しよう。彼らが、かかる約定の代わりに、あたかも売却がなされたかのように、代価を受領するような場合には、かかる質免除の約定は認めてもよいと言われよう。

6 債権者の同意に基づき「抵当付き」土地が譲渡「売却」

された場合、やはり売却が行われた以上、債権者がなお土地「の抵当権」を主張するのは厚顔の類である。とはいえ、売却がなされなければ、債権者が売却に同意したという理由だけでは、債権者の請求を拒絶することはできない。

7 「債権者が抵当訴権を行使するにあたって」債務者自身が当該土地を占有する場合には、特別に抵当に設定された土地が債権者の同意に基づき売却されたかどうかという問題は不要である。但し、可能性として、債務者が債権者の同意に基づいて売却した後、善意で同じ買主又はその他相続により所有権を得た者から買戻した場合、或いは債務者自身が買主の相続人となったような場合はこの限りではない。しかし金銭が弁済されなかった時、現在「抵当訴権の提訴」の時点に関わる悪意が疑われるので、債権者は「債権者の同意に基づいて売却された」という抗弁に対して「悪意の再抗弁を対抗することができる。

8 債務者ティティウスが「当該抵当物件を」彼の債権者の同意を得てマエウィウス又はマエウィウスが購入した売主に売却した。その後マエウィウスがティティウスの相続人となり、債権者がマエウィウスに「当該物件の引渡を」請求した場合、権利関係がどうなるかを検討しよう。相続権によつてではなく他の方法によつて物を取得した者「マエウィウス」から当該物件を債権者に取り戻させるのは衡平ではない。しかし、債権者に占有者から金銭を受け取らせないようにティティウスの悪意が介在する場合には、債権者の請求を認めないのは不衡平の極

みである、と言えよう。

9 マエウイウスが未だ弁済を受けていない他人のために件の土地に抵当を設定した。この者がその土地を占有している場合、「債権者の同意を得て売却されたのでなければ」という抗弁はきわめて衡平である。たとえ弁済しない債務者の悪意が介在しようとも、質を受領した第二債権者が優先する。

10 債務者が債権者に対して弁済を容易にするために、質物売却の許諾を求めた場合、売却物の代価によって債務の全額が債権者に弁済されるためには、前もって将来の買主から担保を受領することがより確実である。

11 「売却」という言葉は広く解すべきである。例えば債権者が抵当物の遺贈を承認したということは、売却を承認したことになる。また、遺贈取得が放棄された場合には、質が回復するというように解されよう。

12 債務者が「債権者の同意を得て」売却した質物を「買主に」引渡さなかった場合、債権者は、なお当該物件が債務者の財産中にあるとして「訴権の行使を」拒絶されないか、或いは、買主訴権によつて売主たる債務者は拘束されるので、質は消滅することになるのか？ この場合、後者が多数説である。では、売主が代金を取得せず買主が支払いの用意をしていない場合はどうか？ この場合も同様のことが言われ得る。

13 債権者が質物売却に同意したにもかかわらず債務者が贈与した場合、受贈者は債権者に抗弁を対抗できるか？ それと

もむしろ、売却による代価の受領が自分にとって有利となるというつもりで債権者が売却に同意したかどうかという事実問題になるのか？ この場合、同意は債権者を害することはないであろう。また、債務者が質物を嫁資に設定したのであれば、この場合には、婚姻の義務の故に「嫁資の設定は」まさしく売却したと見られる。反対に、債権者が贈与を承認し債務者が売却した場合には、債権者は排除される。但し、債権者が贈与を承認したのが、受贈者が債務者の友人であったことによると主張される場合はこの限りではない。

14 債権者が十金での売却に同意し、債務者が五金で売却した場合、債権者は排除されないと言われよう。反対に債権者の同意した額以上で債務者が売却した場合、正当な売却として問題にならないであろう。

15 債権者の承知の上で、債務者が質物を売却したとしても、質権がいづれにせよ自己に留まることを承知して売却を許容したにすぎない時には、債権者は売却に同意したとは見られない。しかし債権者が売買契約書に署名した場合には同意したものと見られる。但し、欺罔によるものが明白な場合はこの限りではない。署名なしに同意した場合も同様のことが守られなければならない。

16 債務者に売却の同意が与えられその相続人が売却した場合、債権者がどう理解したかは事実問題にすぎない。正当に売却されたと言われるべきである。というのは、かかる些細な事

柄は審判人の認めるところではないからである。

17 債務者が売却の同意後占有を中断し、新占有者が売却した場合、債権者が債務者本人に同意したとして、質権はなお存続するか？ これは多数説である。債権者が抵当を設定した債務者でなく新占有者による売却に同意したのであれば、債権者には「売却に同意したという」抗弁が妨げとなると言われるべきだからである。

18 一年以内又は二年以内に売却することを債権者が同意した場合、この期間の経過後に売却された場合は、債権者の質権は消滅しない。

19 抵当訴権を提起した債権者が占有者より訴訟評価額を取得し、さらに債務者に債務額を請求する場合、悪意の抗弁が同人にとって障害とならう、私は考える。

九 モデステイヌス解答録第四卷

テイテイウスがセンプロニウスに土地を質として設定した。その後、同一の土地をガイウス・セイユスに質として設定した。かかる状況のもとで、同じテイテイウスが、センプロニウスとガイウス・セイユスに、テイテイウスが以前にこれらの債権者のそれぞれに全額について質を設定していた土地を一括して売却した。そこで、売却がなされたことよって質権が消滅し、それ故双方の間で購入に基づく権利「買主訴権」だけが存続することになるのか、を私は問う。モデステイヌスはつぎのように解答した。即ち、所有権は件の者たち「センプロニウスとガ

イウス・セイユス」に購入に基づく権利により帰属する、というのは相互に売却の同意を与えたと期待されるので、相互に抵当訴権を持ち合うということはないからである、と。

1 テイテイウスがセイユスに金銭を貸し付け、ある土地を質に取った。当該土地は以前にある都市に質として設定されていたので、第二債権者はその都市に当該金銭を弁済した。そこへ、マエウイウスが登場して、その都市より前に当該土地が自分に質として設定されていたと主張した。ところが、マエウイウスはセイユスが当該都市との間で当該土地が他の如何なる者にも質として拘束されていないことを保証するという内容の担保証書の作成に立会い署名していたことが明らかとなった。そこで、何らかの対物訴権がマエウイウスに帰属し得るものか、を私は問う。モデステイヌスは、件の者「マエウイウス」が当該都市との証書で同意していたのであるから、同人は質についていかなることも主張できない、と解答した。

十 パウルス質疑録第三卷

債権者の同意を得て債務者が質を売却し、その後、同人と買主との間で売却が取消された。その場合、債権者は質物について完全な権利を有するであろう。というのは、債務者にも債権者にも元の権利が回復するからであり、債権者が質を全面的に免除したわけではなく、免除したのは買主が質物を留保し売主に返還しない場合についてすぎないからである。それゆえ、売主が「買主からの」訴訟を受けて、「物の引渡について」免訴

された場合又は引渡さなかったために現在の利益額「損害賠償」について有責判決を受けた場合も、債権者は完全な質権を有すると言われるべきである。実際、たとえ債権者の同意を得ずに質物が売却された場合であっても同様のことになろう。

1 債権者が質物を売却し、その後売却が取消された場合又は「質物たる」奴隷が「瑕疵ゆえに」返還された場合にも、債権者は所有権を回復する。これは他人の物の売却を認められたすべての者の場合と同様である。つまり、これらの者が所有権を移転したが故に、買主から権利を取り戻したというのではなく、売却の取消によって物は原状に復したからである。

十一 パウルス解答録第四卷

ルキウス・ティティウスが彼の妻ガイア・セシアの債務者として、ある地所を質又は抵当に設定していた。その後、同人は当該地所を妻との共通の娘セシア・セプティキアの名でその将来の夫センプロニウスのために嫁資として設定した。

1 その後ルキウス・ティティウスが死亡し、娘セプティキアが父の相続財産を放棄した。彼女の母は抵当訴権を行使し得るか否か、を私は問う。パウルスは以下のように解答した。即ち、ガイア・セシアは、かつて共通の娘のために当該地所を嫁資として設定することに夫に同意し、当該地所は共通の娘の名で嫁資として与えられているので、同女は当該地所の質債権を免除したものと見られるので、对人的債権が存続したとしても、父の相続財産を放棄した娘を相手方として訴権は付与されるべ

きではない、と。

十二 パウルス解答録第五卷

パウルスは以下のように解答した。即ち、先順位の債権者センプロニウスは、同人が有する質物につき、債務者が第三の債権者に質として設定することに同意した場合、自らの質権を免除したものと見られるが、第三の債権者が同人の順位を継承したわけではなく、それゆえ、中間の債権者の状態は改善されることになる、と。都市が三番目に債権を有する場合も同様のことが守られるべきである。

1 債権者が質権に基づき物を請求する場合、どのようにしてあれ占有者が債務を提供する場合には、物の回収請求をなし得ないがつねである。質の弁済によって債権者の請求権は消滅するので、占有者の権利を問題にすることを要しないからである。

十三 トリユフォヌス討論集第八卷

債権者が求めて、債務者が質を与えるを要しない旨宣誓した場合には、質は免除される。というのは、判決によって免訴されたのと同様と看做されるからである。つまり、審判人によって債務者が免訴された場合、それが不正によってなされた時にも、質は免除されるからある。

十四 ラベオ・ヤウォレヌス抜粋遺稿集第五卷

君と借地人との間で、借地料が君に支払われるか又は保証設定がなされるまで、持ち込まれ運び込まれたものが質となる旨

の約定がなされた。その後、君が借地料の名目で保証人「信命人」を借地人から受領した。この場合、君に保証設定がなされたと見られるので、持ち込まれたものは最早質とはならない、と私は考へる。

十五 スカエウオラ法学大全第六卷

ある地所を質として受領した最初の債権者と、同じ土地の一部を質として与えられた後の債権者の相続財産が同一のものとなった。そして債務者は、あとの債権者からの借金を提供した。この問題についての解答は以下であった。即ち、目下の債権者はこれを受け取らなければならないが、最初の契約に基づく質権はそのまま留保する、と。

（完）