

## 売買による徴利

### ——モハトラ論の生成と展開—— (6・完)

藤 田 貴 宏

#### XVII

徴利の隠蔽手段である売戻特約や同時買戻しを排除しつつ、善意で掛売後に安値で買い戻してしまった商人を念頭に、その罪を免除することが、掛売時の買い戻す意思の有無に拘った三要件説の主眼であった。それ故、仮に、売戻特約付き掛け売りや同時買戻しにのみ「モハトラ」との呼称を当てはめるとすれば、三要件説はモハトラ無効論に他ならない。二要件説の主流化によって、そのようなモハトラ論本来の厳格さは失われていく。本稿でもふれたパスカルの『プロヴァンシアル』や、モヤとドミニコ会との論争にも見て取れる通り、イエズス会の道德神学者の寛容に過ぎる態度への批判は強まる一方であり、教皇令による権威的な解決が図られることとなった。1679年3月に発せられたインノケンティウス11世（在位1676-89年）の教勅<sup>1)</sup>は、合計65に及ぶ「命題 propositiones」を列挙し、それらが「少なくとも躰きの原因となっており、実務においても危険であるとして、排斥され禁じられるべき ut minimum

---

1) 同年ローマで印刷公刊されたテキストの表題には、「少なくとも躰きの原因となっており、実務においても危険な65の命題を排斥する教皇インノケンティウス11世聖下の教勅 *Decretum Sanctissimi Domini Nostri Domini Innocentii Summi Pontificis Undecimi condemnantis sexaginta quinque propositiones ut minimum tanquam scandalosas, et in praxi perniciosas*」とある。

tamquam sacandalosas, et in praxi perniciosas, esse damnandas, et prohibendas」旨定めており、その第40命題には、「モハトラ契約は、たとえ同一人に関わり、また、予定される売戻に関する契約締結、そして、利得の意図を伴っていても許容されるContractus Mohatra licitus est, etiam respectu eiusdem personae, et cum contractu retrovenditionis praeviae inito, cum intentione lucri」とあった<sup>2)</sup>。当教勅は、イエズス会士の教説を名指しで排斥するものではないが、列挙された命題の多くはカトリック内のイエズス会批判を強く意識したものであり、「モハトラ契約」に関する第40命題もその一つといえる<sup>3)</sup>。とはいえ、この命題は、「予定される売戻に関する契約締結contractus retrovenditionis praeviae initus」を伴う買戻型モハトラさえも許容する趣旨であって、そのような見解は、イエズス会士のものも含め、ほとんど存在しない<sup>4)</sup>。

2) “上記教皇インノケンティウス11世聖下は、神より託された子羊たちの平安のために没頭され、教説の危険な放牧地を無害な放牧地から隔離するために前任者である亡きアレクサンデル7世により着手された健全な試みに倣うことを望まれ、一部は、様々な書物、学位論文、文書から抜粋され、また一部は、新たに考え出された様々な命題を、多数の神学者に吟味させ、その後、異端的不正の審問官に当たる諸枢機卿の手に委ねられた。それらの命題は入念かつ厳密に繰り返し検討され、それらの枢機卿並びに神学者等の誓願と共に聖下に奏聞された。教皇聖下は、事案の迅速な検討の後、この度、次の諸命題、すなわち、以下に列挙されるそれらの命題の何れもが、少なくとも躰きの原因となっており、実務においても危険であるとして、排斥され禁じられるべき旨定め、命じられたので、それらの命題は排斥され禁じられている。なお、聖下におかれては、当教勅によって、そこに明示されておらず、聖下に何らかの仕方では何れかの方面から提示あるいは提示されるべき諸命題を何らかの意味で是認することを意図されているわけではない。[…] 第40命題「モハトラ契約は、たとえ同一人に関わり、また、予定される売戻に関する契約締結、そして、利得の意図を伴っていても許容される」[“…]” (Decretum, 3-4/ 9.引用は1679年ローマ刊のテキストによる。)

3) 当命題が何を典拠に如何なる経緯で教勅に盛り込まれたのかは不明である。インノケンティウス11世の側近で後に枢機卿に任じられるジョヴァンニ・バッティスタ・デ・ルーカGiovanni Battista De Luca(1614-83年。1681年枢機卿)の『真理と正義の劇場Theatrum veritatis et iustitiae』(1669-77年)や『民衆の法律家Il dottor volgare』(1673年初版)にもモハトラへの言及は見当たらない。

同教勅を意識したイエズス会士の弁明書は幾つも公にされたが、ルーフェンのイエズス会学院の神学教授であったヤン・ポレンテルJan Pollenter(生没年不詳)の『インノケンティウス11世聖下により近ごろ排斥され、聖下の教勅の遙か以前からイエズス会の神学者等によって全くの一致をもって否認されている65の命題Sexaginta quinque propositiones nuper a Sanctissimo Domino Nostro Innocentio Undecimo proscriptae a Societatis Jesu Theologis diu ante Sanctissimi Domini Decretum consensu communissimo rejectae』(1689年)では、表題にも示唆されている通り、教勅において排斥された諸命題一つ一つにつき、イエズス会士の著作の関連箇所がほぼ網羅的に列挙され、彼等の教説において既に各命題が退けられていた旨論証されている。第40命題に関しても、ポレンテルは、「当命題が言及するモハトラ契約について論じる人々が我々の神学者たちの内にどれほど多いのか知り、彼等が全て、近時の聖下の教勅に先立って、当該契約を排斥していたことが分かったquotquot de contractu Mohatra, de qua haec propositio, disserentes vidi e Theologis nostris, omnes eundem clare rejecisse comperi ante nuperum Sanctissimi Domini Decretum」と弁じており、そこに列挙された論者は合計26名にのぼる<sup>5)</sup>。それらの論者は均等に13名ずつの二つの集団に分けられ、第一の集団には、列挙順に、モヤ、エスコバル、オニャーテ、ルーゴ、ディカスティーリョ、タンブリーニ、サラス、ゴードン、ルイス・デ・トーレスLuis de Torres(1662-1655年)、フランチェスコ・アミーコFrancesco Amico(1578-1651年)、アリヨサ、レッ

---

4) 本稿で検討済みの論者では、グティエレスが、「直ちに相手から自らもしくは他人を介して即時払いの安値で買い戻す旨の約定乃至主たる意図pactum vel propositum principale, ut statim ab eo emant per se vel alium viliori pretio praesenti solvendo」を伴う「モハトラMohatra」でも、「二つの契約が正当価格の範囲におさまっていたambo contractus caderent intra latitudinem iusti pretii」場合は、徴利に当たらないとしていた。しかし、この正当価格の遵守のみを要件とするモハトラ許容論が、外的法廷のみならず内的法廷をも想定しているかどうかははっきりしない(「売買による徴利(3)」VIII、318頁以下参照)。

5) Sexaginta quinque propositiones, 234-249.引用は1689年ルーフェン刊のテキストによる。

シウス、ファグンデス、第二の集団には、レベロ、メンド、カストロ・パラオ、ライマン、アーダム・タンナー Adam Tanner (1572-1632年)、ジバラン、アソル、ボオニ、ルノー、モリナ、トレド、フィリウッチ、ルイ・ド・シルデル Louis de Schildere (1606-67年) がそれぞれ含まれている。後者の集団に属する諸論者は「売り戻しについて予め交わされた約定を伴う場合だけでなく、当該約定を伴わない場合であっても、モハトラが不当であると教示していた *non tantum mohatram cum pacto praevis inito de retrovenditione, sed etiam absque eo illicitam tradiderunt*」とされ、その「教説 *doctrina*」は前者の集団よりも「より厳格である *restrictior est*」というのが二つの集団が区別された理由である<sup>6)</sup>。この区分は、二要件説と三要件説のそれに対応するものと考えられる。ポレンテルによる両集団への論者の振り分けは、二要件説をサラス、ルーゴ、オニャーテ、モヤ等の所説、三要件説をモリナ、トレド、レベロ、アソル、ライマン、ジバラン、メンド等の所説に即して辿ってきた本稿の分析結果とも概ね一致するが、幾つか相違もみられるので、以下に検討しておく。

まず、レッシウスが、サラス等と同じ集団に含まれ、二要件説支持者のように扱われている点はどうであろうか。正当価格の範囲内で為されるモハトラは正当であり得るが、売り戻しが買主に強制されてはならないとのレッシウスの所説（『正義と法』第2巻第21章考察16第130番）から、ポレンテルは、「売り戻しの約定の付加によって買主は安値で最初の売主に売却すべく強いられ、全く自由ではないから、レッシウスによれば、そのような約定を伴うモハトラは許容されず、それどころか不正であることになる *per adjectum pactum retrovenditionis, cogitur emptor minoris vendere priori venditori, nec relinquatur omnino liber: ergo juxta Lessium Mohatra cum illo pacto est illicita, imo injusta*」と推論し、第40命題との齟齬を指摘する<sup>7)</sup>。ただし、レッ

6) Sexaginta quinque propositiones, 237.

7) “〈1197.〉レッシウスもこの点を『正義と法』第2巻第21章考察16第130番で教示していた。というのも、同じような最高価格での売却と、中程度あるいは最低の価格での買戻しが不正とならない可能性がある」と直前に述べた後で、同箇所末尾において、次のように付言しているからである。すなわち、「(売主は) 彼 (つ

シウス自身は、続く箇所（第131番及び第132番）で、「最低価格で買い戻すとの約定で売却する商人mercator, qui ex composito ita vendit, ut pretio infimo redimat」の隣人愛違背と原状回復義務について論じており、<pactum>ではなく<compositum>を、買主に売り戻させる「約定」の趣旨で用いていた<sup>8)</sup>。ところが、ポレンテルによれば、この箇所で、レッシウスは、「そのような追加の約定を伴わずに為されるモハトラが無条件に許容されるわけではないとし、それが許容されない場合もしばしばあり得る旨教示しているipsam illam Mohatram, quae exercetur sine illo adjectitio pacto, negat simpliciter lititam, docet saepe illicitam esse posse」のだとされる。つまり、<compositum>は、商人の一方的な企みのような意味で捉えられているのである。しかし、正義の観点から正当価格の遵守、隣人愛の観点からの約定による売り戻しの強制の有無を論じ、正義と隣人愛の何れに反する場合にも原状回復を求めるレッシウスの整然とした論述に照らせば、<compositum>は、文字通り、当事者間の約定や申し合わせを指すと解さざるを得ない。一方で、ポレンテルのような理解は、<compositum>を「目論見dessein」と訳したアンナ<sup>9)</sup>にも見られたように、

---

まり買主)にそれ(自分に安値で売り戻すこと)を強制することはできず、完全にその意思に委ねなければならない」と。ところで、売り戻しの約定の付加によって買主は安値で最初の売主に売却すべく強いられ、全く自由ではないから、レッシウスによれば、そのような約定を伴うモハトラは許容されず、それどころか不正であることになる。というのも、それが正当であるために、彼は、約定によって買主が売戻しを強いられないことを求めているからである。更に、レッシウスはここに留まることなく、追加の約定を伴わずに為されるモハトラが無条件に許容されるわけではないとし、それが許容されない場合もしばしばあり得る旨教示している。前掲考察第131番には、「ところで、注意すべきなのは、このような契約の方式の下では、最低価格で買い戻すとの<compositum>で売却する商人が過ちを免れないということがしばしばあるという点である。なぜなら、第一に隣人愛に反する罪を犯し得るからであり…隣人愛に基づき原状回復を為すべく義務づけられ得る」とあるからであり【以上レッシウス】、彼自身が退けているこの排斥された命題を彼に帰す濫訴者たちの卑劣さを見過ごしてはいなかった。”  
(Sexaginta quinque propositiones, 236.)

8) 「売買による徴利 (2)」V注25参照。

9) XIV注28参照。

「買い戻しを意図せずに nihil de redemptione cogitans」掛け売りした後に買主から「乞われて rogatus」買い戻す商人の免責を唱えるレッシウスの主張（第132番）とも難なく調和する。＜conpositum＞の語釈の適否はともかく、「追加の約定を伴わずに為されるモハトラ Mohatram, quae exercetur sine illo adjectitio pacto」が「許容されない場合もしばしばあり得る saepe illicitam esse posse」との趣旨にレッシウス説を解する以上、ポレンテルは、レッシウスを、モリナ等と共に、第二の集団に含めるべきであった。

既に述べた通り、タンブリーニとアリョサの所説は、約定と共に商人の意思にも言及する点で通説（二要件説）への懐疑を読み取れるが、掛売直後の買い戻しを許容している点で三要件説とは相容れない。それ故、両者を第一の集団に取り込んだポレンテルの理解も不当とまではいえない<sup>10)</sup>。これに対して、同じく第一の集団に数えられたエスコバルの所説についてはどうであろうか。エスコバルは、その主著の中で、売り戻す約定付きのモハトラが許容されない根拠を、高い掛売額に低い買戻額を釣り合わせる意図に見出しており、先に公にされた聴罪便覧（『道徳哲学の書』）には、「商人が売却した相手から直ちに安値で購入する目的で売却するならば、微利を匂わせ、しばしば隣人愛に違背し得る si mercator eo fine vendat, ut statim emat minoris ab eo cui vendiderat, sapit usuram, saepeque potest contra charitatem accidere」とあった<sup>11)</sup>。ポレンテルも、エスコバル説の典拠として、これらを抜粋した上で、第40命題の典拠をエスコバル説に求める愚を指摘しているが<sup>12)</sup>、エスコバルが安値で買い戻す意図や目的に着目している点には気づかなかったようである。エスコバル説をむしろモリナ以来の厳格な立場（三要件説）に引き付けて理解する本稿との違いはここに起因する。

---

10) Sexaginta quinque propositiones, 235, n.1191; 236, n.1196.

11) XV注38及びXIV注6 参照。

12) “読者よ、隣人愛について絶えず口にする人々の中に、これほど明白な言葉で当該命題を退けているエスコバルにそれを押し付けるほど厚顔無恥な者を見出し得るとお考えか。確かに、中傷し誹謗する欲求は盲目である。しかし、炎も真理もそう長くは隠し通せない。”Sexaginta quinque propositiones, 234, n.1187.

なお、第一の集団には、コンプルテンセのイエズス会学院の神学教授であったトーレスと、ナポリやウィーンのイエズス会学院やグラーツ大学で神学を講じたアミーコも含まれている。トーレスの『トマスの神学大全第2部第2編に関する論究集の後編「正義について」Disputationum in secundam secundae divi Thomae, de iustitia tomus alter』(1621年初版)から引用されたのは、「買主に同じ物を売り戻す負担と義務が課される場合、衡平は物が安値で売却されることを求める quando emptori imponitur onus, et obligatio revendendi eandem rem, aequalitas postulat, ut res vendatur minori pretio」との一節<sup>13)</sup>である。ポレンテルによれば、「契約が正当であるためには、買い戻される際よりも高値で商品が売却されないように、最初の売却額が値下げされるべきであった ut justus sit contractus de pretio primae venditionis deducendum esset, ac proinde non pluris merx vendenda, quam redimatur」というのがこの一節の趣旨であり、「モハトラが、最初に売却されたよりも安値で商品を直ちに売り戻す旨の予め追加された同様の約定を伴い締結されるならば si Mohatra ineatur cum eodem, adjecto praevis pacto de retrovendenda illico merce minoris, quam vendita primo fuit」、同じ理屈はモハトラにも妥当するから、「トーレスの意図からすると、当該契約は不当であるばかりか、不正でもある est e mente Turriani illicitus hic contractus, imo injustus」というのである<sup>14)</sup>。しかし、引用箇所ではトーレスが論じている「売り戻しの約定を伴う売

13) Disputationum tomus alter, 763.引用は1621年リヨン刊初版による。

14) “〈1194.〉ルイシウス・トゥリアヌス『正義について』論究61第11論第3番には、「買主に同じ物を売り戻す負担と義務が課される場合、衡平は物が安値で売却されることを求める」とある。この点だけで、私には、モハトラが不当であると述べているのと同然であるように見える。それは一体何故か。購入される商品が売り戻される際よりも高値であると言えるほどに安値で売り戻すべき負担でないかどうか、まさにそれが全てであるからである。従って、契約が正当であるためには、買い戻される際よりも高値で商品が売却されないように、最初の売却額が値下げされるべきであったし、モハトラではこれに反する事態が生じている。

〈1195.〉 こういうわけで、トゥリアヌスの意図からすると、当該契約は不当であるばかりか、不正でもある。更に、あらゆる神学者の意図に徴しても不正である。というのも、彼等は、一般に、買主に課される売り戻しの約定は全て、価格とし



買emptio et venditio cum pacto de retrovendendo」とは、「売主が自ら売却した物に相当する代金を支払うことを望むならば、買主は売り戻すべく義務づけられるというように売主に有利な売り戻しの約定を伴い物が売却されるres venditur adiecto pacto in favorem venditoris; ut si voluerit dare pretium pro re, quam vendidit, emptor teneatur revendere」場合を指す<sup>15)</sup>。ここでは、代金返還と引き換えに売却物を取り戻す権利を売主に留保する趣旨で約定が交わされており、売主の都合で売り戻しを強いられる買主の負担を金銭的に考慮して「最初の売却額pretium primae venditionis」を下げるのが衡平とされているにすぎない。この「売り戻しの約定を伴う売買」が正当であるためには、売主は買主の負担分だけ安値で売却し、買い戻す際には目的物の価値に見合った価格、つまり、売却額よりも高値で買い戻す必要がある。掛売額が買戻額を上回ることを前提に双方が正当価格の範囲内か否かが問われるモハトラとの違いは歴然である。実際、トーレスは、「モハトラ」という用語はおろか、モハトラ関連の典拠にも全く言及していない。また、買い戻す約定の金銭的価値が掛売額と買戻額の均衡に与える影響について指摘したサラスの所説<sup>16)</sup>も安値買戻し自体を否定しているわけではなかった。トーレスは買い戻す権利の対価を控除する意図で安値での売却を求めているだけで、ポレンテルによるトーレス

---

で評価し得る負担であるが故に、釣り合いがとられねばならないと考えているからである。しかし、モハトラにおいては、物が買い戻される際よりも高値で売却されたという点を度外視しない限り、上に述べたような釣り合いは生じ得ないし、モハトラが、最初に売却されたよりも安値で商品を直ちに売り戻す旨の予め追加された同様の約定を伴い締結されるならば、何人もそれを否定できない。実際、トゥリアヌスは、売り戻しの約定について、私が述べた通りに考えている。

アミクス『正義について』第21論第186番においても、「売主に有利で買主に負担となる売り戻しの約定を伴う契約が許容されるのは、買主に課されるそのような負担が正当に相殺されている場合に限られる」とされている。そして、これは、先に述べたところに照らせば、アミクスの言う通りで、第40命題と相容れない。他の論者をアミクスと並べることもできたであろうが、より明白な例を我々は示しておく。”(Sexaginta quinque propositiones, 235-236.)

15) Disputatuonum tomus alter, 762.

16) 「売買による徴利 (3)」IX、329頁参照。



説引用を、「トーレスの意図mens Turriani」のモハトラ論への応用と解するのは困難である。同様の難点は、アミーコの『今日のイエズス会の教育方法に即した神学講義の第五巻「法と正義について」Cursus theologici iuxta scholasticam huius temporis societatis Iesu methodum tomus quintus de iure et iustitia』

(1642年初版)からの引用にも当てはまる。その箇所には、「売主に有利で買主に負担となる売り戻しの約定を伴い契約が許容されるのは、買主によって収受される果実が元本に算入されないならば、買主に課されるそのような負担が正当に相殺されている場合に限られるlicitus est contractus cum pacto de retrovendendo in favorem venditoris, et gravamen emptoris, fructibus ab emptore perceptis in sortem non computatis, modo tale gravamen emptori impositum iuste compensetur」とあるが<sup>17)</sup>、ポレンテルは引用に当たって、モハトラとは明らかに相容れない部分(「買主によって収受される果実が元本に算入されないならばfructibus ab emptore perceptis in sortem non computatis」)を略している<sup>18)</sup>。モハトラ論の典拠としての不適切さは、ポレンテル自身にも認識されていたようである。

第二の集団に含まれる論者では、ボオニとカストロ・パラオの扱いが本稿とは異なっている。ポレンテルが、ボオニを、モリナからメンドに至る三要件説支持者の系譜に加える根拠として引用しているのは、「(売主が、最高価格で売却された商品を最低価格で買い戻すことで)他人より自分か優先されることを望み、そうするように買い手を強制したならば、そのような約定は不正となろうsi (venditor)se praeferri vellet alteri (in redimendo infimo pretio merces venditas summo)et ad id eumentem cogeret, esset ejusdem pactio injusta」との一節である<sup>19)</sup>。既に見た通り<sup>20)</sup>、ボオニ説によれば、商人一般に見られる「利得の意図lucri intentio」自体は是認されるが、「徴利の意図intentio usuraria」

17) Cursus theologici tomus quintus, 356.引用は1642年ドゥエ刊初版による。

18) 前注14参照。

19) Sexaginta quinque propositiones, 238, n.1205. 括弧内はポレンテルによる補充。

ボオニ説の典拠は「売買による徴利 (4)」XIII注64参照。

20) 「売買による徴利 (4)」XIII、231頁以下参照。

との区別は不分明のままであり、ポレンテルが参照した上記一節に見て取れるように、「約定pactio」によって買主が安値売り戻しを強いられる場合に、「利得の意図」がそのように「約定」に表示されることで、「徴利の意図」として顕在化すると解されている。逆に言えば、買い戻す約定を伴わず、利得の意思が商人の内心に留まる場合には、モハトラは許容されることになる。ボオニ説は、やはり第一の集団（二要件説支持者）に数え入れられるべきであった。カストロ・パラオ説からポレンテルが抜粋しているのは、「買主が購入物を安値の現金払いであなたに売り戻すべきとの約定の下にあなたが掛け売りする *vendas credito sub pacto ut pecunia numerata viliori pretio emptor rem emptam tibi revendat*」ならば、「あなたは買主に売り戻しを強制しており、直ちに解消される以上、それは道徳的に見て売買ではなく、隠蔽された貸付けと見なされるべきであるから、消費貸借から利得を得ていると解される *videris emptorem ad revendendum cogere, et lucrum ex mutuo comparare, cum illa non sit moraliter censenda venditio, ut pote in continenti resolvenda, sed palliata mutuatio*」との一節である<sup>21)</sup>。カストロ・パラオがここで二要件説を念頭に置いていることは、続く箇所でも、「売り戻す約定がなければ、あなたが、正当価格の範囲内において、後から安値の現金払いで買い戻すよりも高値で物を掛け売りするとしても、不正義は存しないと解される *secluso pacto revendendi nulla videtur iniustitia, si rem intra latitudinem iusti pretii carius*

21) “〈1201.〉カストロパラオ『正義と法について』「交換的正義について」第32[→31] 論考討論5 第33項「モハトラについて」第3番には、「そして確かに、買主が購入物を安値の現金払いであなたに売り戻すべきとの約定の下にあなたに掛け売りするならば、すぐ後に言及される諸博士のほとんど全ては、この売買が許容されないという点で一致する」とある。続いて、カストロパラオは、事例に多少手を加えて、売却と購入が正当価格で為されると想定した後、自然法の下でこの種の約定が許容されないわけではないことを裏付けるように見える諸論拠を列挙するが、自身は、次のように述べて、当該約定を不当なものとして退けている。すなわち、「しかしながら、以上の点は認められない。なぜなら、あなたは買主に売り戻しを強制しており、直ちに解消される以上、それは道徳的に見て売買ではなく、隠蔽された貸付けと見なされるべきであるから、消費貸借から利得を得ていると解される」、と。”(Sexaginta quinque propositiones, 237.)

ad creditum vendas, quam postea viliori pretio numerata pecunia redimis」<sup>22)</sup>と述べていることから明らかであろう。実際、カストロ・パラオ説は、二要件説に三要件説を対置し、後者を退けるサラス説の祖述にすぎなかった<sup>23)</sup>。そのカストロ・パラオ説を第二の集団（三要件説支持者）に加えるポレンテルの理解に説得力はない。

ポレンテルが第二の集団に掲げた論者の内、本稿で未言及のタンナーとシルデルについても典拠を確認しておく。インゴルシュタット大学の神学教授を務めたタンナーの『神学教程第三卷Theologiae scholasticae tomus tertius』（1627年初版）からは、「弁済の先送り故に商品を最高価格で売却し、直ちにあらためて現金払いの安値で買い戻すことは、たとえ正当価格の範囲内で為されたとしても、罪の外観を呈し、道徳的に売主は過ちをほとんど免れない上、最初の売主が相手方に売り戻しを強いるならば、不正義さえ伴うob dilationem solutionis, solutionis, vendere merces magno pretio, easque statim denuo parata pecunia viliori pretio reemere; esto id fiat intra latitudinem iusti pretii, supeciem mali habet, er moraliter vix unquam caret culpa venditoris; imo etiam iniustitiam continet, si primus venditor cogat alterum ad revendendum」との一節（論究4「正義と法についてDe iustitia et iure」問題7「正義に適う様々な契約についてDe variis contractibus iustitiae」疑問2「価格及び売却物その他の事情の観点からの売買の正義についてDe iustitia emptionis ac venditionis, tam ex parte pretii, quam rei venditae, et altarum circumstantiarum」第52番）<sup>24)</sup>を引かれている。ポレンテルは、「予め交わされる売り戻しの約定に言及がないnulla est mentio pacti retrovenditionis prae initii」との理由で、タンナーを三要件説を捉えているようであるが<sup>25)</sup>、「最初の

---

22) Operis moralis de virtutibus et vitiis contrariis, pars septima de iustitia et iure, 441.

23) 「売買による徴利(4)」XIII、238頁以下参照。

24) Theologiae scholasticae tomus tertius, 1155.引用は1627年インゴルシュタット刊初版による。

25) Sexaginta quinque propositiones, 238, n.1203.

売主が相手方に売り戻しを強いる *primus venditor cogat alterum ad revendendum*」という表現には、売主が「直ちに *statim*」買い戻す場面が想定されている以上、「予め交わされる売り戻しの約定 *pactum retrovenditionis praevis initi*」が当然含意されるはずである。タンナーは、続く箇所では、「最初の売主は、そのような付加された負担によって買主を苦しめる以上、価格を上げるのではなく、むしろ下げねばならない *eo ipso, quod primus venditor gravat emptorem, adiuncto illo onere, debet potius minuire pretium, non augere*」とも述べており、「付加された負担 *adiunctum onus*」も約定の存在を示唆する。直前の箇所（第51番）には、前述のトーレスやアミーコも論じていた売主の買戻権留保の約定について、「売主の利益のため新たな負担で買主が苦しめられ、その負担は価格の減額によって補われねばならない *in gratiam venditoris novo onere oneratur emptor; quod remissione pretii compensandum*」とあり<sup>26)</sup>、モハトラに相当する取引との区別が明確ではないが、少なくともタンナー説を三要件説に加える積極的な理由は見当たらない。次に、ポレンテルと同じく、ルーフェンのイエズス会学院の神学教授を務めたシルデルの所説はどうであろうか。ポレンテルが示す典拠によれば、シルデルは、「買主が同じ商品を直ちに現金払いの安値で自分に売り戻すとの約定を伴って、売主が商品を最高価格で掛け売りするのは不正である *Venditor injuste vendit credito mercem pretio summo, cum pacto ut emptor eandem mox sibi revendat pretio infimo pecunia parata*」とし、「売主が商品を売主ではなく第三の誰かに転売せねばならないとしても *licet emptor eam revendere non debeat venditori, sed alicui tertio*」それは変わらない旨述べているとされる<sup>27)</sup>。引用元は「印刷に回された

26) *Theologiae scholasticae tomus tertius*, 1154. なお、トーレス、アミーコ、タンナーの何れも、売主の買戻権留保に関連して、レビ記の第25章25-32行以下にみえる「掟」に基づく土地や家屋の買い戻しを参照させている。

27) “〈1210.〉 約定については、ルドウィクス・デ・スキルデレが、印刷に回された法と正義に関する著作に所収の売戻特約論の一節「如何なる場合に売戻特約は不正か」第4命題注釈で次のように言及している。すなわち、「派生的命題。買主が同じ商品を直ちに現金払いの安値で自分に売り戻すとの約定を伴って、売主が商品を最高価格で掛け売りするのは不正である。というのも、〔約定によって〕危険

法と正義に関する著作opus de jure et justitia ad praelum destinatum」とされるが、この著作は結局公刊されなかった<sup>28)</sup>。「約定pactum」が売主自身への売り戻しを義務づけていない点が、シルデルを第二の集団に振り分けた根拠のようであるが、売主が掛売時に「第三の誰かaliquis tertius」への転売を義務づけ、買い戻しを隠蔽するために予め手配された者が第三者として想定されていた可能性が高い。シルデルは、第三者を介した間接的な買い戻しにも目配りして議論しているにすぎず、「約定」による売り戻しの強制に着目する点では、第一の集団の諸論者と変わらない。

## XVIII

17世紀半ば以降、ドミニコ会を皮切りにカトリックの大勢がいわゆる蓋然説に距離を置く中、唯一、道徳神学上の教説の基盤として蓋然説を堅持し続けていたイエズス会の諸論者に対して、その道徳的寛容に対する非難中傷が執拗に繰り返される。パスカルの『プロヴァンシアル』やバロンのモヤ批判もそのような時流の一こまであった。インノケンティウス11世の前記教勅は、蓋然説に関わる命題をその冒頭に列挙することで、蓋然説に対する消極的な態度を明確

---

や利害関係が取り除かれてしまえば、掛売金額は現金の場合と同額に評価されるからである」と。そして、この点は、「売主が商品を売主ではなく第三の誰かに転売せねばならないとしても」当てはまるとされる。”(Sexaginta quinque propositiones, 239.)

28) 没後20年以上経過していたシルデルの遺著の印刷公刊に向けてポレンテル自身が尽力した可能性もある。なお、シルデルの聴罪手引書『良心育成の諸原理に関する、自然法と神法、並びに、人定法、カノン法、市民法に裏付けられた論考六篇De principiis conscientiae formandae tractatus sex tum in iure naturae ac Divino, tum in humano, canonico ac civili fundati』(1664年初版)の第四論考「法をめぐる疑念、あるいは、交換的正義に関わる迷いに際しての良心の育成についてDe dubio circa ius sive de conscientia formanda in dubio circa materiam iustitiae commutativae」でも簡略ながら消費貸借や売買について論じられていたが(アントウェルペン刊初版442頁から450頁)、「売り戻しの約定」やモハトラへの言及はなかった。

にしている。イエズス会の内部においても、より蓋然性の高い権威を優先させる立場（厳格蓋然説）に与する者が少数ながら現れる。その一人でサラマンカ大学の神学教授であったティルソ・ゴンサレス・デ・サンターリャ Tirso González de Santalla(1624-1705年) が、1687年、第13代イエズス会総長に選出され、インノケンティウス11世に認可された。そのサンターリャの『道德神学の基礎 *Fundamentum theologiae moralis*』<sup>29)</sup> (1694年初版) が、「蓋然的な見解の正しい用法 *rectus usus opinionum probabilium*」の提示を企図し、教皇の裁可の下に出版される頃には、あれほど活況を呈したイエズス会士による道德神学の著述はすっかり影を潜め、それと共にモハトラ論もまた彼等の手を離れる。その一方で、モハトラ論は、同時代の法学説によって批判的に受容され、その痕跡を留めることとなった。その一例として、カスパー・ツィーグラー Kaspar Ziegler(1621-1690年) とザムエル・シュトリューク Samuel Stryk (1640-1710年) の所説を取り上げ、モハトラ論の終着点を確認し、本稿を閉じることにしたい。

ザクセン選帝侯領のヴィッテンベルク大学の法学正教授で宗教法院 Consistorium の判事も兼務していたツィーグラーの指導の下に討論に付され出

---

29) ローマ刊初版の表題頁には、「道德神学の基礎、すなわち、蓋然的な見解の正しい用法に関する神学的論考。当論考において提示されるのは、誰かが律法に抗して自由を支持する蓋然の見解に適正に与し得るには、真理の入念な吟味が神を冒瀆しない誠実な欲求に基づき企てられた後、当該見解が、理性と権威に照らして、唯一もっともらしく、あるいは、反対の見解よりも明らかにもっともらしく、自由に抗して律法を支持しているようにその者自身にみえること、そしてまた、それ故、率直かつ確固として揺らぐことのない判断の下に真理であるとその者自ら解することが絶対に必要であり、かつ、それで十分であるという点である。 *Fundamentum theologiae moralis, id est tractatus theologicus de recto usu opinionum probabilium; in quo ostenditur, ut quis licite possit sequi opinionem probabilem faventem libertati adversus legem, omnino necessarium esse, et sufficere, quod post diligentem veritatis inquisitionem, ex sincero desiderio non offendendi Deum susceptam, opinio illa ipsi appareat, attenta ratione, et auctoritate, vel unice verisimilis, vel manifeste verisimilior quam opposita, stans pro lege adversus libertatem; ac idcirco ab ipso judicetur vera iudicio absoluto, firmo, et non fulctuante.*」、とある。

版された『モハトラ契約論Dissertatio de Mohatra contractu』(1663年初版)<sup>30)</sup>は、カトリック圏外の法学説によるモハトラ論の受容例として一際目を引く。ただし、同書の前段(第1番から第28番まで)<sup>31)</sup>は、「そもそも徴利は許容されるいは甘受されねばならないのかutrum omnino ferri aut tolerari debeant usurae」という「前提的探究praejudicialis disquisitio」に費やされており<sup>32)</sup>、モハトラについて論じられるはずの後段も、イエズス会士等が「決疑論者Casuista」として依拠し駆使する「蓋然説doctrina probabilitatis」や「意図統御法methodus dirigendae intentionis」一般へ批判(第31番及び第32番)<sup>33)</sup>の他、その大半は正当価格をめぐる一般論に充てられている(第35番から第59番)<sup>34)</sup>。

---

30) 本書は、大学法学部の一討論であり、討論答弁者はホルシュタイン公領イツェー出身のハインリッヒ・ゲオルクHeinrich Georgであるが、本稿では討論指導者ツィーグラの著作として扱う。また、本書は、その後も、版を重ね(1663年、1672年ヴィッテンベルク刊、1747年イエナ刊)、ツィーグラの死後、ヴィッテンベルクの学説彙纂担当教授であったゲオルク・バイヤーGeorg Beyer(1665-1714年)の手で編集公刊された『討論選集Disceptationes selectae』(1712年ライプチヒ刊)にも収録されている。本稿での引用に当たっては、1663年初版のテキストに従うが、同版には頁数が付されていないため、引用の便宜上、『討論選集』収録テキストの対応頁を示すことにする。

31) Disceptationes selectae, 828-846.

32) 前段の徴利論の末尾には、「こういうわけで、私は、徴利が許されていただけでなく、ユスティニアヌスの法によって、もちろん所定のは範囲に留まる限りにおいてではあったが、是認されてさえいと述べたのである。そして、徴利一般について、それがどの程度許容されるべきかは、以上に述べてきた通りであり、これらは、以下において我々が成功裏に論を進め、当該取引全体について入念に論じ得るために、冗長ながらここに提示する必要がある。Dixerim ergo non permissas tantum, sed approbatas etiam jure Justiniano fuisse usuras, ut tamen intra modum constitutum continerentur. Et hactenus scilicet in genere de usuris, quatenus licitae sint, diximus, quae quidem prolixius hic exponere necesse fuit, ut feliciores in sequentibus facere possimus progressus, et de toto hoc negocio accuratius disquiri queat」とあり(Disceptationes selectae, 846.)、徴利一般を罪とみなす道德神学との議論枠組みの違いは明白である。

33) Disceptationes selectae, 848-851.

34) Disceptationes selectae, 854-873.



モハトラそれ自体が論じられているのは、モハトラに類する他の様々な呼称を紹介し、モハトラの具体例を提示する後段冒頭部分(第29番と第30番)<sup>35)</sup>、イエ

35) “(29.) それではいよいよモハトラと呼ばれる契約に目を向け、法と正義の諸準則に従い、この契約にどれだけのことが認められるべきか簡明に見極めることにしたい。ところで、モハトラとはスペイン語の名称であり、これを、ラウレンティウス・フランキオシーニは、『辞典』において、イタリア語で、「仮装された購入であり、商人が然るべき額よりも高値で売却し、同じ物を安値で買い戻す他人を用意しておく場合がこれに当たり、そのような者を我々は一般にスクロッキオと呼んでいる」と説明している。更に、彼は、このスクロッキオという語を、「物を掛け買った後に、その物を売却し、自ら負担するよりも少ない金銭を得る者」と説明している。また、この契約には別の名称もあり、シグスムンドゥス・スカッキアが『商取引論』第1部問題1第566番がそれらを取りまとめている。すなわち、彼が言うには、この種の取引は、一般に、「ストッキ」(我々の下で商人に用いられている「シュテッヘン」はこれに由来するかもしれない)、「ストッコリ」、「パロッコリ」、「ロムピコッリ」、「リトランゴリエ」、「チヴァンツェ」と呼ばれているとされ、これらの独特の用語はイタリア人の間で、多くの場合、微利や不当な種類の利得を指している。それ故、『クルスカ学会辞典』の「パロッコロ」の項には、「フランコ・サッケッティ『説話三百篇』第32話]。<時の賜物、報償、利害関係、為替、もうけ、パロッコロ、リトランゴロその他様々な言葉で微利に洗礼を施した>」とある。ただし、スカッキアはこれらの用語を粗野であるとしており、我々が微利者を不格好な俗語で「キッパー」や「ヴィッパー」と通常呼んでいるのもこれと同じである。以上から、モハトラとは要物契約であり、誰かが物を高値で掛け買いし、同じ物を直ちに現金払いで売り戻す契約であることが分かり、彼は、その金銭を消費貸借によって得られなかったので、そのような覆いに隠れて受領するのである。

(30.) 一般には次のように例示されている。すなわち、モハトラとは、20フェリペ金貨を必要とする者が、商人から、布地を、一年後に弁済されるべき代金30フェリペ金貨で購入し、その後直ちに、同じ商人に、20フェリペ金貨の現金払いで売り戻す場合をいう。あるいは、アントニウス・デ・エスコバリウスが『道徳神学の書』で説明する通り、俗に言うモハトラ契約とは、金銭を必要とする者が、商人から商品を最高価格で掛け買いし、直ちに、現金払いの最低価格で彼に売り戻す場合である。例えば、ティティウスが、金100を必要としているけれども、儲けもないのに自己の財産から金銭を失うことなど誰も望まないため、それを消費貸借によって借り受けられる相手を見つけれず、商人ガイウスを訪ね、彼のところで布地が売りに出されているを見つけて購入を申し出て、手持ちの金銭で代価を支払えないので、掛け売りを求めたところ、商人は、後払いを理由に、100アウ

ズ会士のモハトラ擁護論の紹介(第33番及び第34番)、そして、結論部分(第60番から第66番)の分量にして著述全体の5分の1程度にすぎない。ツィーグラーは、「モハトラMohatra」を、物の往復的な引渡を伴う一種の「要物契約 *contractus realis*」と捉え、「誰かが物を高値で掛け買いし、同じ物を直ちに現金払いで売り戻す契約 *contractus, quo aliquis rem carius emit pecunia credita, et eandem eidem mox vilius revendit pecunia numerata*」と定義した上で(第29番)、同契約の「擁護者 *defensores*」であるイエズス会の諸論者の見解を要約している(第33番)<sup>36)</sup>。その要約は、イエズス会士の蓋然説や決疑論一般への

---

レウスの価値のある布地を120アウレウスで売却し、1年経過後に支払が為されるべき旨の特約を付したとしよう。ティティウスは、当該契約を締結後、購入済みの布地を直ちに同じ商人ガイウスに、購入額より安い100アウレウスで売り戻し、しかも、遅滞なく彼に同アウレウスが支払われた。この場合、掛売代金は利息付きであると言う人などいるだろうか。この場合、元本を超えて何らかの利得が期待されるいは意図されていると考える人などいるだろうか。何れの場合にも売買契約が締結されており、徴利を伴う消費貸借、つまり、不正な契約はどこにも見当たらない。全く見事な工夫であり、百頭の牛の供犠にも値しよう。その弁護人や擁護者について見ておきたい。”(*Disceptationes selectae*, 847-848.)

36) “〈31.〉そのような契約の仕方の起源や由来は明らかではない。始まりが商取引の内に存していたことは信じるに足るが、必ずしもそのような複雑な利益取得や金銭収受の意図を伴っていたわけではなく、むしろ、その受領した利息を何らかの口実の下に保持する目的である高利貸しによって利用されたか、あるいは、ある天才的な道德学者や決疑論者によって考案されたかのどちらかであると解するのがより正しく、後者は、事例を自在に挙げて良心を導くことができたので、当該事例についても、儲かる取引に相応しい努力を払ったのだから保持できる旨弁じたわけである。一旦、決疑論者の工房にこの種の商取引が届いてしまった後、これに言及しない者は今日見当たらないし、自らや他の決疑論者等の才能に一層相応しいように見えるが故に何かを付け加えなかったり取り除かない者もない。今や我々は彼等と事を構えていることを忘れてはいけないし、何よりもまず知っておくべきなのは、今日、イエズス会士たちが良俗の教説をほとんど独占的に引き受け牛耳り、確かに、この種の事柄について他の誰よりも洞察力を有するように見えるという点であろう。[以下略]

〈33.〉ところで、彼等は、我々がここで論じている契約の代弁者、擁護者でもあるが、彼等が、世間で、神や人間に対してこの種の虚言や冗談をもてあそぶ以上のものとは見なされていないのは全く確かである。とはいえ、我々は、彼等が

消極的評価を前提に示されており、結論先取りの印象を免れない。ツィーグラーがイエズス会批判の典拠として繰り返し依拠しているのは、パスカルが「モン

正義の模範に従いつつ何か不道徳で不当なことを考案していると捉えられたりしないように、モハトラ契約について如何なる準則を定めたのか見ておきたい。モンタルティウスが第八書簡で伝えるところでは、エスコバリウスは次のように述べている。すなわち、「以下の点が充足される限り、当該契約は正当である。まず、明示の約定も黙示の約定も付されないこと、そして、商品の売却される価格が最高価格を上回らず、売り戻される際にも最低価格を下回らないこと、である。モリナは、更に、最低価格で買い戻す意図で商品が売却されていないことも求めている。一方、サラスは、この点が妨げにならない旨述べている。元本を超えるものが、約定されておらず、消費貸借の対価あるいは債務として期待もされていない場合、主として差益が意図されているにせよ、徴利は存しないというのがその理由である。加えて、レッシウスが『正義と法』第2巻第21章考察16において述べるところによれば、最低価格で買い戻すとの約定に基づき売却する者は、容易に消費貸借を為し得るにもかかわらず、哀れな人に、その多大な負担の下、彼の必要としてない商品の購入を強いる点において、隣人愛に反する罪を犯し得るのだとしても、原状回復を義務づけられることはない」とされるが、彼が言うには、これは、正義に基づき義務づけられることはないという趣旨に解されるべきで、相手方がもし困窮しているような場合に隣人愛に基づき義務づけられるということはあり得るし、相手方に困窮が見られないならば、隣人愛も正義もその者を義務づけないから、原状回復が義務づけられることはない」とされる。イエズス会士パウルス・ライマヌスも、『道徳神学』第3巻第4論考第16章第16番において、結局そのように論証しており、「商人が善意で徴利の意図なく、最高価格、例えば108で布地を売却し、誰でも望む相手にそれを転売する買主の自由を認めていたところ、買主が商人自身に安値、例えば金100で買い戻すよう求めてきた場合、当該契約は徴利の責めを免れる」と考えている。彼が言うには、「実際、借主が貸主との間で別個の買戻しの契約を、自発的に自身あるいは双方の利益のために締結するのか、それとも、自身に貸し付けられているものについて貸主に強いられて望まずに関与させられた者との間でそれを締結するのかが、非常に重要だ」とされる。彼はその箇所で続けて次のように述べる。「ただし、この厄介なものには別の正当な口実も存し得る。例えば、商人が、金1000から毎年100の利益を費用以外に得ることになると勘繰られる場合、借主との間で以下のように約定される必要がある。すなわち、＜あなたが期限に私に生じる逸失利益を償う用意があるか、あるいは、あなたが望むならば、そのような償還に代えて、今私から布地を高値で購入し、そのように購入する負担が、償う負担と同等になるとの条件で、私はあなたに金2000を貸し付ける＞と」。(Disceptationes selectae, 848-849/ 851-852.)

タルト」の偽名で出版し、ニコルによってやはり「ヴェンドロック」の偽名でラテン語で翻訳された『プロヴァンシアル』であった<sup>37)</sup>。モハトラに関しても、このラテン語版『プロヴァンシアル』の第八書簡の記述<sup>38)</sup>から、エスコバル、モリナ、サラス、レッシウスの所説を列挙した箇所がそのまま引き写されている。ライマン説<sup>39)</sup>の抜粋がこれに追加されているが、これらの見解をツィーグラ―自ら分析し整理する様子は全く見られない。

ただし、「このモハトラという方式自体、それを望んでも企ててもいない契約当事者にとって好都合となることもあり得る *etiam ipse hic mohatrae modus placere potest contrahentibus non intendentibus nec cogitantibus*」とされ、その場合、二つの売買が存するにすぎず、「それぞれ異なる価格が定められ、

---

37) ツィーグラ―は、数年前に出版されたばかりの『プロヴァンシアル』の著者モンタルティウスと訳者ヴェンドロックの存在を疑っている様子はない。一方、フランスでは、遅くとも17世紀末までには、『プロヴァンシアル』の真の著者と訳者が誰なのか、ジャンセニストの仲間内や一部の事情通を越えて広く知られるようになる。フランソワーズ＝マルグリット・ド・ジョンクー Françoise-Marguerite de Joncoux (1668-1715年) が匿名でニコルによる序文と注記を仏訳した版 (1699年初版) の第1巻の「まえがき *avertissement*」末尾には、「最後をお願いすべきなのは、ウェンドロックがこの作品を著した時にドイツにいたということ、そして、これらの論争がフランスで最も激しかったまさにその時期に、同郷人の教導のために著述するドイツの神学者であるかのように常にその中で述べているという点を決して忘れてはならないという点です。Le dernier avis est de ne point oublier que Wendrock étoit en Allmagne quand il composa cet Ouvrage, et qu'il y parle toujours comme s'il étoit un Theologien Allemand qui écrit pour l'instruction de ses compatriotes dans le tems même que ces disputes faisoient le plus de bruit en France.」(\*iii.v.) とあったが、新版 (1712年) では、これに続けて、「このお願いが一層必要となるのは、パスカル氏がモンタルトと名の陰に隠れたのと同様、ウェンドロックがこの名前に隠れた著名なニコル氏であることを知らない人はほとんどいないからです。Cet avis est d'autant plus nécessaire qu'il y a peu de personnes qui ne soient prevenues que Wendrock est le celebre M. NICOLE, qui se cacha sous ce nom, comme M. PASCAL s'étoit caché sous celui de Montalte.」(\*6.) との一文が追加されている。

38) XIV注30参照。

39) 「売買による徴利 (2)」V注40参照。

それ自体に何か瑕疵が存するというわけでもなく、正にそれ故にむしろ、取引は有効であるべきで、それ以外の仕方ではそもそも成立し得ない

diversa constituentur precia, id tantum abest, ut vitium aliquod in se contineat, ut potius per hoc ipsum negociatio susutineatur, nec aliter consistere possit

」(第34番)<sup>40)</sup>と述べられている点に注意する必要があるだろう。そこでは、丁度品薄に

40) “(34.) 以上の他にも、当該契約を特徴づけるのに資すると思われる点が存する。それは確かに巧妙なやり方、諸法文にも諸原則にも決して反することのない取引であり、商品が購入された額よりも安い価格で売却されることは日常茶飯事である。商品を購入することは何か罪に値するだろうか。それらの商品を売り戻すことが罪だろうか。というのも、それぞれ異なる価格が定められ、それ自体に何か瑕疵が存するというわけでもなく、正にそれ故にむしろ、取引は有効であるべきで、それ以外の仕方ではそもそも成立し得ないからである。しかも、購入先である者に商品が売り戻されているという点も非難できない。なぜなら、売り戻しの約定は法により是認されているし、買主には、売り戻す相手方を一人の特定の者に限定する自由が保障されているからである【学説彙纂18巻1章「売買締結について」第75法文】。また更に、一方の売買では代価について後払いとなっているのに、もう一つの売買では用意された金銭が支払われているという点も非難できない。なぜなら、二つの異なる売買が締結され、各売買はそれぞれの合意によって定められているからである。そしてまた、買主と売主の関係は二つ存しており、それらの基礎や基礎づける理由が混同されてはならないからでもある。以上からすれば、代金について信用を与えた商人、商品を現金で購入する商人が、何か不法を為すことになるだろうか。信用の供与故に高く売り、現金払いで安く買うことももちろん非難されるべきではない。というのも、遅れて払う者はより少なく払うのであるから【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第12法文】、弁済の遅延と遅滞故に現在の価格で評価された物に何かが付加されることは不当ではないことになる。また、このような売買の組み合わせも奇怪とは解されない。なぜなら、先に述べた通り、売り戻しの約定は非日常的とは言えないという点に加え、このモハトラという方式自体が、それを望んでも企ててもいない契約当事者にとって好都合となることもあり得るのであり、そこには全く瑕疵が存し得ないのは明白であるから。例えば、ティティウスが今日希少となっている何らかの商品を金貨100で購入し、代金は一年にわたって彼に貸し付けられた後、六、七日経て大量の同じ商品がもたらされ、今や半額で安く売りに出されているとしよう。この場合、ティティウスはどうすべきであろうか。売主ガイウスを訪ねて、購入済みの商品の売却によって見込んだ利益をだまし取られただけではなく、所定の代金の半額について損害を被った旨叫ぶ。ガイウスは、ティティウスを哀れんで、最高の法によつ



なっていた商品を高値で掛け買いしたところ、間もなく当該商品が市場に大量にもたらされて価格が下がってしまい、別の商品を仕入れる資金を調達できる当てもない買主が、売主との間で先に掛け買いした商品を安値現金払いで売り戻すことで仕入れ資金を調達するという具体例が示されている。購入した商品を売主当人に売り戻す約定、高値掛け売りや即時払い故の安値購入に関してローマ法源が参照されているが<sup>41)</sup>、イエズス会士のモハトラ論の要約に直接

でもそうする義務はないものの、金貨70で商品を自ら取り戻す旨約束した。そこでティティウスは金貨30だけなお支払う義務を負ったが、自分の資産状況の改善を望み、新しい種類の商品を店に仕入れるために融資してくれる人を見出せなかったので、ガイウスに金銭の用立てを求め、両者は次のように合意する。すなわち、ガイウスが自分の商品を、直ちに支払われるべき代価金貨60で引き取り、ティティウスは最初の契約で負担した100を一年経過後に支払うというものである。ここに何か不当なことがあるだろうか。ガイウスは、先に自らが正当に高く売却した商品を、今度は正当に買い戻している。ティティウスは、今多額の代価を受領でき、そしてまた、その代価が現金で支払われるという点で利益を享受し、それによって自らの事業について決して僅かと言えない発展を期待しているのは自明である。ところで、以上の理由から、ガイウスもティティウスもモハトラ契約を望んではないが、実際にはそれが両者によって締結されたことになる。そうとは知らない者や意図しない者によって締結されたそのような契約が瑕疵を免れているからには、確かに、予めの魂の方向付けと意思決定(プロアイレシス)から瑕疵がもたらされることは決してない。そして、以上の点は、当契約を擁護するためにいつでも主張可能である。”(Disceptationes selectae, 852-854.)

- 41) 売却物の賃借権や買戻権を売主に留保する旨の約定を有効とするモハトラとは無縁の法文(「一定額の賃料で借り受けるとか、もし売却するならば他人ではなく自分に売り渡すべきとか、これに類する事柄について約定される限りにおいて、土地を売却した者は、彼等が約定した事柄の履行を求めて、売買に基づき訴権を行使し得るであろう。Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.」D.18,1,75.)に加え、「遅れて払う者はより少なく払う。というのも、時の分だけ少なく支払われるからである。Minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur.」との法文(D.50,16,12,1.)も参照されている。当法文は、ドニ・ゴドフロワDenis Godefroy(1549-1622年)の注釈(「遅れて債務を弁済する者は、遅延利息も支払わなければ、債務額そのものの提供によっては免責されない。前述22巻1章「利息について」第31法文。Tardius offerens debitum, non liberatur ipsius debiti

続く仕方で展開されるこの議論は、モリナやレッシウス等が売主の意図に着目して例外的に許容したモハトラ、すなわち、買い戻す意図なく掛け売りした商品を事後に買主に乞われて安値で買い戻す場面と符合する。売主も買主も「モハトラ契約」を望んだわけではないけれども、「実際には両者によって締結されたことになる *revera ab ipsis celebratus est*」とし、「そうとは知らない者や意図しない者によって締結されたそのような契約 *contractus talis ab imprudente et non cogitante initus*」においては、「予めの魂の方向付けと意思決定（プロアイレシス）から瑕疵がもたらされることは決してない *vitium certe non concipiet ex praevia animi desitinatione et προαιρεσει*」との指摘は、イエズス会士の著作からの引用が全く見当たらないとはいえ、直前に言及されたモリナやレッシウスを含む三要件説支持者の所説の焼き直しにすぎないのは明らかである。「以上の点は当契約を擁護するためにいつでも主張可能である *ista pro defendendo hoc contractu utcunque disputari possunt*」との言葉に見て取れるように、善意掛売後の安値買い戻しに限ってモハトラを許容する三要件説にはツィーグラールも賛意を示していることになる。

『モハトラ契約論』の末尾では、まず、直前に展開された正当価格論が、モハトラにおける高値掛け売りに適用されている（第60番）<sup>42)</sup>。ツィーグラールも、

---

*praestatione, nisi praestet quoque usuras morae. l. 31. supra de usuris.*」[*Corpus iuris civilis*, I, 1925, n.l.]引用は1628年パリ刊のテキストによる）にもある通り、「遅延利息 *usurae morae*」に関わるものである。次に述べるように、ツィーグラール自身、モハトラにおける高値掛け売りを「遅延利息」の論理で正当化することには消極的である。

- 42) “〈60.〉そこで最後に、モハトラ契約について判断を下す今必要なのは、これまで述べてきた点を適用することである。最初の売買に関する限り、道徳神学の教皇方の諸論者は、それが正義の範囲内に留まる限り、自らの商品を厳しい価格あるいは最高価格で売却する者を非難しようとはしない【マルティヌス・アブ・アスピルクエタ・ナワッルス『手引』第3巻第23章第91番】。私は、商品と価格の正確な均衡を識別し得ない人間の無力を考慮し、ある程度の幅を先に容認したが、それは正しい良心の命令によって制約されねばならない旨付言しておいた。そのような命令は、「汝に対して為されることを望まないことを他人に為すべからず。その逆も真なり〔為されることを望むことを為すべし〕。」との自然法の準則からもたらされる。それ故、場所、時、費用、労力といったあらゆる事情、買主その



「商品と価格の正確な均衡を識別し得ない人間の無力 *imbecillitas humana, quae exactam proportionem mercis et precii definere nequit*」に照らして、正当価格に「ある程度の幅 *aliqua latitudo*」が存することを認めており、そのような正当価格の範囲は、「汝に対して為されることを望まないことを他人に為すべからず *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*」との「自然法の準則 *regula juris naturalis*」に基づいた「正しい良心の命令 *dictamen rectae conscientiae*」による制約を受けるとされる。つまり、売主は、「場所、時、費用、労力といったあらゆる事情、買主その他の人々の立場 *circumstantiae omnes loci, temporis, impensarum, laborum, conditio emptoris et ceterorum*」を考慮した上で、「自らによって売りに出されている物の価格をどの程度に定めるべきか、そして、自らが買主の立場であったならば、そのような価格を受け入れ支払おうとするか *quatenus determinandum sit precium rei a se venum expositae, et num si ipse emptoris loco emptoris esset, precium tale decernere aut dare velit*」吟味し、売却価格を定めるべきであるというのである。高値掛け売りにおいては、「弁済の遅延 *dilatatio solutionis*」による「利害関係 *quod interest*」の発生が価格の正当性を裏付ける「事情 *circumstantia*」として古くより容認されていた。問題は、この理屈がモハトラにおける高値掛け売りにも妥当するか否かである。この点、ツィーグラーは、モハトラにおける売主が、掛売と同時に買い戻す契約を締結し、「安値とはいえ代金を自らの財

---

他の人々の立場を考慮した上、売主は、自らによって売りに出されている物の価格をどの程度に定めるべきか、そして、自らが買主の立場であったならば、そのような価格を受け入れ支払おうとするか、吟味すべきである。以上からすれば、自らの物を最高価格で売却する者に罪はないと単純には主張し得ないことになる。またしかし、そのような売却が弁済の遅延を伴い為されるが故に、利害関係を考慮すれば、反対の証明の余地を残した上で、より高い価格を定めることも可能である旨、私は先に述べておいた。従って、事案がそれだけの利害関係が生じなかったことを示しているならば、要約されたものを超えて何かが生じることは決してない。そして、この場合、掛売債権の不履行からどれほどの利害関係が生じるというのか。第二の売買締結後に、安値とはいえ代金を自らの財産から支払い、商品が自身の下に温存されている以上、利害関係が生じないように売主自らそうしているのであるから。”(*Disceptationes selectae*, 873-874.)

産から支払い、商品が自身の下に温存されている*precium ipse licet vilius ex facultatibus suis erogat, salva sibi merce*」以上、掛売代金について「弁済の遅延」による損害を被っていると言い難いとして、ここでの高値掛け売りの正当性に疑問を呈している。モハトラに関する限り、「自らの物を最高価格で売却する者に罪はないと単純には主張し得ない*simpliciter asserere non licet, non peccare eum, qui summo precio merces suas vendit*」というわけである。この指摘は、モハトラにおける高値掛け売りにも正当価格の範囲をそのまま当てはめ許容する「道德神学の教皇方の諸論者*theologiae moralis interpretes Pontificii*」への批判でもあった。典拠として参照されているのはアスピルクエタ説（『手引』第23章第91番）のみであるが、モハトラの許容要件の一つとして正当価格の遵守を例外なく掲げる既存のモハトラ論全体に及ぶ批判といえる。正当価格論の適用を疑問視する自らの立場を裏付ける傍証として、ツィーグラーは、多くの論者が想定する「モハトラ契約の端緒*initium contractus Mohatrae*」にも着目している（第61番）<sup>43)</sup>。モハトラを論する「道德神学者*Moralistae*」の多くが、求められた金銭の貸付けを拒む代わりに商品を掛け売りする場面を想定しており、そのような「モハトラ契約の端緒」それ自体に、

---

43) “〈61.〉ところで、前述の取引の場面が、多くの場合、道德神学者によって以下のように定式化されていることに注目すべきである。すなわち、何者が商人から金銭の消費貸借を求め、商人が金銭は持ち合わせていないが、商品は持っている」と答え、それをその者に掛け売りしようとする云々、と。ところで、このような契約の端緒を徴利的と見なしているのがドミニクス・ソトであり、『正義と法』第6巻問題1第2節には、「同じ理由から、商人は、たとえ正当価格で売却するとしても、借主が実際には商品を必要としておらず、借入のために購入を強いられる以上、借主が貸付金の全てまたは一部を商品で受領する義務の下に徴利のしるしを免れて、貸し付けることもできない。なぜなら、そのような購入の義務は金銭に換算できるからである。それどころか、そこから商人に利得がもたらされている。というのも、商品の価値がどれほど大きいとしても、商人は、売却してしかるべきであったよりも多くの量を売却するからである云々」、とある。これでも、モハトラ契約の端緒がまだ十分に明確ではないというのであろうか。その連関や仕組み全体について如何に解すべきというのであろうか。”(*Disceptationes selectae*, 874.)

「徴利のしるしnotamen usurae」を免れようとする売主の思惑が見て取れるというのである。ただし、ここで典拠として引き写されているソト説<sup>44)</sup>は、転売可能な「商品merces」の掛け売りの徴利性を指摘するものにすぎず、売主自身が安値で買い戻す場面が想定されていたわけではない。例えば、モリナは、正当価格論に基づきソト説を退ける一方で、「商人が、同じ商品を現金払いの安値で相手から買い戻す意思で、そのように掛け売りするならば、隠れた徴利の罪を犯すsi mercator illas ita credito vendat, animo iterum pecunia numerata easdem viliori pretio ap illo emendi, committere usuram palliatam」と主張し、安値で買い戻す「意思animus」の有無に着目するモハトラ論の独自性を析出していた<sup>45)</sup>。ツィーグラールは、イエズス会批判に拘るあまり、的確な典拠を提示できなかったことになる。

次に論じられているのは、モハトラ契約の中核ともいうべき売主による買い戻しの是非である(第62番)<sup>46)</sup>。ここでもツィーグラールは、三要件説に親和的な

---

44) 「売買による徴利(2)」IV注2参照。

45) 「売買による徴利(2)」IV、167頁以下参照

46) “〈62.〉売り戻しについて、道徳神学者等が如何なる理由でそれを正当と見なし、または先に検討した。ある人々は、それを意図することは許されない旨主張し、またある人々は、それを意図することは可能でも、最低価格を下回る場合には許されない旨主張し、またある人々は、それが害をもたらさない旨主張している。高値で売却したものを安値で買い戻そうという意図を最初から抱く者が重大な罪を犯し、それ故、当該取引は略奪行為の類として大いに忌避されるべきであると、ディダクス・コワッルウィアスが『問題解決集』第2巻第3章第6番末尾で述べているのは不当ではないけれども、自らの商品を、安く買い戻す意図なく、高値で掛け売りしたが、直ちに同じ商品を安値現金払いで買い戻す者もやはり免責され得ない。もちろん、誰もが自らの物の管理者であり支配者であるから、自らによって高く購入された物を安い価格で売り戻すことを禁じられ得ないし、そのような契約、あるいは、その物を自ら安い価格で購入する買主その人を非難することはできず、非難されるべきは、先にその物を売主に高く売ったところの買主である。それ故、我々は、そのような商人が、商品の第二の購入における他の商人よりも、不利な立場に置かれねばならない理由が明らかではない旨、『神学大全第2巻第2部注解』第8討論第77問で主張するビリップス・デ・サンクティッシマ・トリニターテには与しかねる。確かに、この上なく重要なのは、あなたがそもそも誰につい

立場にもかかわらず、イエズス会士のモハトラ論の援用を徹底して避けている。最初に参照されるのは、高値で掛け売りした商品を直ちに安値で買い戻す取引を「略奪行為の類*latrocinii genus*」として非難したコバルビアス説である。

て論じているのかである。そして、多くの人々に流通する場合よりも、自身に戻ってくる場合の方が、不当な契約を締結しやすいということはある。最初に売った者自身も、買主によって求められていることについて無知ということはない。というのも、予め自らによって売却された商品を安い価格で買い戻すとすれば、それによって、何か別の事情が生じないかぎり、その売主が必要としているのは、使用したり収益を得るための商品ではなく、現金であると考えたはずである。要するに、為されていること全てを結び付けるならば、その意図からして売買ではなく消費貸借が存すること、そして、消費貸借が締結され得なかったがために売買が締結されたことは明白である。少なくとも、そのように購入する者が為しているのは当該約定によって金銭を受け取る以外の何ものでもない。それ故、この点をよく知りつつ、買い戻す意図をもって売却するならば、すでにその意図自体において、あらゆるカノン法学者によって忌避される微利を犯す者となる。他方、遅れて買主の目的に気づくとしても、その場合、買主が買い戻されるべく商品を提供する時に気づき、買い戻すのであるから、疑いなく微利の罪を犯している。つまり、自らの金銭が貸付金としてその人に受領されることを望みつつ行為しているのである。この点をナバラの人マルティヌス・アプ・アスピルクエタも、前掲箇所のように述べて認めている。すなわち、「たとえ正当な価格であっても売却した価格よりも安値で再度購入することは好ましくなく、あくどい商人や隠れた微利者と見なされないようにすべきであり、当然予測できるそのような不名誉の危険に身を曝せば罪を犯したことになろう」、と。しかし他方で、アンドレアス・ウィクトレックス『枢機卿フランキスクス・トレトゥスの司祭教本への注記集』第5巻第31章は、以上の点を商人にのみ制限している。あたかも、商人等にとって不名誉なことが、他の人々にとっては誠実なことであり得る言いたげである。しかし、売買においては、商人に相応しくないことは他の人々に一層相応しくないという立場がむしろ取られるべきである。というのも、商人等には、その不断の取引の故に、より多くのことが許容されねばならないからである。消費貸借の締結に関する交渉が先行していた場合には、フランキスクス・ゾアネットゥス『売買論』第62番にある通り、なおさら強く、その後に当事者が締結する契約は微利的であると推論でき、売り戻しの約定がある場合は特にそうである。以上の点、及び、価格の安さから、欺罔の大きな疑惑が生じる旨、同じゾアネットゥスの前掲書第46番以下、ヨハンネス・ウィンケントゥス・ホンデディウス『助言集』第2巻助言33が述べている。”(Disceptationes selectae, 874-876.)

ツィーグラーによれば、コバルビアスは、「高値で売却したものを安値で買い戻そうという意図を最初から抱く者*ille, qui ab initio eam fovet intentionem, ut vilius redimere velit, quod carius vendidit*」の罪の重大さを指摘しているとされるが、コバルビアス自身に、そのような「意図*intentione*」の有無に拘る姿勢は見られず、三要件説に引き付けた不正確な典拠引用と評さざるを得ない。また、ツィーグラーは、「自らの商品を、安く買い戻す意図なく、高値で掛け売りしたが、直ちに同じ商品を安値現金払いで買い戻す者もやはり免責され得ない*non tamen excusari potest, qui merces suas credita pecunia carius vendit, absque intentione vilius reemendi, mox vero in parata pecunia easdem reemit precio viliori*」と述べており、売主の「意図」を重視する立場をも放棄したかのようにも見える。しかし、この指摘の主眼は、購入物の「支配者*moderator*」である買主に自由な処分権限が当然認められるとしても、それだけでは、売主が「直ちに*mox*」買い戻すことに潜む微利性を覆し得ないという点にある。買主の自発的な処分であれば、売主自身が購入するにあたって他の買い手よりも「不利な立場*deterior conditio*」に置かれるべきではないといった論拠<sup>47)</sup>も、この掛売直後に買い戻す場面には通用しないというのである。

- 47) この論拠は、本稿でも見てきた通り、イエズス会士を含む多くのモハトラ論者が指摘してきた点であるが、ツィーグラーがここで引用しているのは、カルメル会士フィリップ・ド・ラ・トレ・サント・トリニテ*Philippe de la Très Sainte Trinité* (1603-71年) による『神学討論集*Disputationes theologicae*』第三巻 (1653年初版) の第2論考「正義の徳、あるいは、法及び正義について*De virtute iustitiae, sive de iure et iustitia*」討論8「交換的正義に反するその他の過ちや罪について*De aliis vitiis et peccatis, oppositis iustitiae commutativae*」第77問「売買における欺罔について*De fraudulentia emptionis et venditionis*」の一節である (*Disputationes theologicae*, III, 451. 以下の引用は1653年リヨン刊初版による)。そこでは、トマスの『神学大全』第2部第2編第77問第4項「取引によって何かを購入する場合よりも高値で売却することは許容されるべきか*Utrum liceat, negotiando, aliquid carius vendere quam emere*」に関わる問題点のひとつとして、「同じ物の異なる価格による往復的な売却と購入は許容されるべきか*utrum venditiones et emptiones reciprocae eiusdem rei diverso pretio sint licitae*」が論じられていた。「誰かが商人に金銭の貸付けを求めたところ、その商人は、手元に金銭がないと述べて、商品を提供し、それらを正当価格の最高額で売却するが、

掛売後「直ちに」買い戻す売主は、「使用したり収益を得るための商品*merces sive ad usum sive ad lucrum faciendum*」の「売買*emptio et venditio*」ではなく「現金*pecunia numerata*」の「消費貸借*mutuum*」を求める「買主の目的*propositum emptoris*」に遅かれ早かれ気づいているはずであり、にもかかわらず敢えて安値で買い戻すとすれば、それは「自らの金銭が貸付金としてその人に受領されることを望みつつ行為している*volens agit, ut pecunia sua ab isto homine foenori accipiatur*」ことになり、「疑いなく徴利の罪を犯している*faenoris crimen haud dubie contrahit*」というのである。ここで同旨の典拠として参照されるのも、アスピルクエタ説のみであり<sup>48)</sup>、イエズス会士の三要件

---

後に、如何なる欺罔も悪意もなく善意で、同人から正当価格の最低額で買い戻す*petit quis a mercatore pecuniam mutuo, ille dicens se non habere pecuniam, offert merces quas vendit summo iusti pretii, sed postea ab eodem redimit infimo iusti pretii, absque ulla fraude et dolo, sed bona fide*」という事例の下、「正当価格に基づき為されている以上、たとえ同一人との往復的な売買であっても、許容される*esse licitas dummodo fiant iusto pretio, etiam ab eodem*」というのがこのカルメル会士の結論であり、その理由として、正当価格の遵守と並んで、「最初に善意で売却し、それらの買戻しを全く意図していなかったならば、前述の商品の第二の購入に際して、その商人が他の人々よりも不利な立場に置かれるべき理由は、どこにも見当たらない*aliunde non habetur cur mercator ille debeat esse deterioris conditionis quam alii in secunda emptione dictarum mercium, si primo vendiderit bona fide, nihil cogitans de redemptione earum*」と指摘されている。ツィーグラールが参照したのはこの箇所であろう。しかし、「最初に善意で売却し、それらの買戻しを全く意図していなかったならば*si primo vendiderit bona fide, nihil cogitans de redemptione earum*」とあることから明らかなように、カルメル会士の念頭にあったのは、ツィーグラールが論じているような「安く買い戻す意図*intentio vilis reemendi*」に基づいて為される掛売直後の買い戻しではない。カルメル会士は、更に、「この種の商品を多大な損失の下に購入すべく困窮する人を強いるならば、隣人愛に背き、それどころか、躰きに関しても罪を犯すということもあり得る*potest fieri, quod peccet contra charitatem, cogendo miserum hominem ad emendas huiusmodi merces cum magno sui detrimento; imo etiam et ratione scandali*」とも付言しており、その所説は、末尾に引用されたレッシウス説（『正義と法』第2巻第21章考察16）の簡潔かつ的確な要約といえる。ツィーグラールは、カルメル会士の著作を介して、レッシウス説を援用支持したことになる。

48) 引用された箇所は、「直ちに」買い戻すことによる躰きへの危惧が表明された



説は一顧だにされない。

なお、ここでは、「安く買い戻す意図*intentio vilius reemendi*」故に徴利の罪に問われる者を「商人*mercator*」に限定すべきとの見解の当否についても言及されている(第62番末尾)。そのような制限的立場の典拠として参照されているのは、パードヴァの司祭であったアンドレーア・ヴィットレリ Andrea Vittorelli(?-1653年)が『枢機卿フランシスクス・トレトゥスの司祭教本への注記集*Annotationes ad instructionem sacerdotum Francisci Toreti Cardinalis*』(1604年初版)の中でトレド説<sup>49)</sup>に付した注記である(第5巻第31章の注記<sup>50)</sup>)。ヴィットレリの注記の趣旨は、「消費貸借が売却と購入双方によって隠蔽される*occultatur mutuum sub emptione et venditione simul*」場面において「商人等が自身に売却すべく買い手を義務づけている*mercatores obligant eumentem, ut ipsis vendat*」と指摘したトレドを受けて、トレド説を二要件説と捉える一方<sup>51)</sup>、モハトラに躰きと不名誉への危惧を表明したアスピルクエタ説に拠りつつ、二要件説の適用対象から「商人」を外すものであった。

---

箇所(『手引』第23章第91番に示された二つ目の指針)であるが、「安く買い戻す意図」を論じる文脈では、むしろ、モリナが援用した箇所(同第17章第97節)が参照されるべきであった。

49) 「売買における徴利(3)」注1参照。

50) “「売却と購入双方によって云々」メルカトゥス『契約要論』第2巻第23[→21]章、ガルシア『契約論』第1巻第22章、ナバラの人『手引』第23章第91番、ロベス『取引の手引』第1巻第34章、『数珠』第2部第8章第10番、メディナ『手引』第14章、シルウェステル『要覧』「徴利2」問題4を参照。

ただし、何らの約定を伴わず、弁済先送り故に最高価格で物を売却したならば、同じ物を現金払いの最低価格で購入でき、徴利となることも、不正を為すことにもならなかったはずである。とはいえ、他の人々を躰かせたり、不名誉の危険に身をさらすことのないように、商人がそれを為すべきではない【ナバラの人とシルウェステルの前掲箇所】。”(Annotationes, 68.r. 引用は1604年ヴェネツィア刊初版による。)

51) ただし、消費貸借による「精神的徴利*usura mentalis*」を肯定するトレド説は、往復的な売買によって隠蔽される消費貸借、つまり、モハトラについても、二要件説ではなく、むしろ、三要件説に属すると解されるべきである(「売買による徴利(3)」VII、305頁以下参照)。



このヴィットレリ説は、ツィーグラーが直前で参照したアスピルクエタ説を典拠とするものであるとはいえ、売主の「安く買い戻す意図」が徴利の罪をもたらすと解するツィーグラー自身の立場とは直接の関わりはない。このヴィットレリ説に抗する形で、モハトラを為す売主全てが徴利の罪に問われるべきとの立場に与したツィーグラーは、売買一般について、「消費貸借の締結に関する交渉が先行していた場合には、なおさら強く、その後に当事者が締結する契約は徴利的であると推論でき、売り戻しの約定がある場合は特にそうである *quod si praeceperint tractatus de mutuo contrahendo, fortius inde colligere licet, contractum istum, quem postea ineunt partes, esse usurarium, praesertim si pactum de revendendo intervenerit*」とも述べている。前述の「モハトラ契約の端緒」を想起させるこの指摘は、「売り戻しの約定 *pactum de revendendo*」を売主側の「安く買い戻す意図」の表出を捉える趣旨とも解し得よう。

しかし、ここで参照されているフランチェスコ・ジョヴァネッティ Francesco Giovanetti(1510-86年)の『勅法彙纂第4巻第54章「買主と売主の間で交わされた特約について」第2法文注解 *Repetitio in legem secundam Codicis de pactis inter emptorem et venditorem*』(1556年初版)は、表題通り、売主に買戻権を留保する約定について定めたローマ法文<sup>52)</sup>の注釈書にすぎない。引用された箇所(第62番)において、ジョヴァネッティは、「売り戻す約

---

52) 「汝の親らが、彼等自身やその相続人等がいつでもあるいは所定の期限内に買主に代金を提供すれば、返還されるとの約定で、土地を売却し、汝が上記条件を満たす用意を整えているのに対し、買主の相続人がこれに従わない場合、契約上の信義が遵守されるべく、約定に基づき代価が提供された後に土地から相手方にもたらされたものも考慮の上、前書訴権あるいは売主訴権が汝に付与されよう。  
*Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.*」(C.4,54,2.)

定に価格の安さが伴うとしても、正当な評価額の半額を満たす限りは、取消の救済は認められない*cum pacto de retrovendendo est exiguitas precii, quae tamen implet dimidiam partem iustae aestimationis, ita quod non est locus remedio rescissorio*」としつつ、「当初、売主が買主に金銭の貸付けを求め、買主が貸し付けに同意したこと、つまり、消費貸借締結をめぐる交渉が先行し、売買の契約がその直後に続いたことが証明されるような場合、そのような先行する交渉から契約が仮装されていると推定する*tum vel probatur, initio venditorem pecuniam mutuam ab emptore petiisse, et emptorem se mutuo daturum assensisse, sicque tractatum de mutuo contrahendo precessisse, et contractum emptionis et venditionis ilico subsequutum fuisse: ex illo praecedenti tractatu praesumam contractum esse simulatum*」と述べている<sup>53)</sup>。ここで金銭調達を企てているのは買主ではなく売主であり、「売り戻す約定*pactum de retrovendendo*」も、売却額より高値での買い戻しを売主に強いる趣旨であって、モハトラとは何ら関わりはない。更に、ツィーグラーは、売戻時の「価格の安さ*modicitas precii*」が「欺罔の大きな疑惑*magna fraudis suspicio*」をもたらすとも付言しているが、その際、ジョヴァネッティの著書と共に引用されたのは、ジョヴァンニ・ヴィンチェンツォ・オンデデイ Giovanni Vincenzo Ondedei(?-1603年)の『助言解答集第二巻*Consiliorum sive responsorum volumen secundum*』(1600年初版)の助言33であり、そこで論じられているのも、やはり、買戻価格の安さなどではなく、買戻権留保の約定に伴った売却時の「価格の安さ*modicitas pretii*」であった<sup>54)</sup>。ツィーグラー

53) Repetito, xv.r.引用は1561年インゴルシュタット刊初版による。ジョヴァネッティは、ボローニャ出身で、本書公刊当時、インゴルシュタット大学の「法学筆頭正教授*ordinarius legum professor primarius*」であった。ジョヴァネッティ(ゾアネッティZoanetti)については、Wolff, *Geschichte der Ingolstädter Juristenfakultät* (1973), 125 f.参照。

54) *Consilia*, II, 176-177.引用は1616年ヴェネツィア刊のテキストによる(初版は1600年)。オンデデイは、「ペルージャの弁護士、法助言者*in civitate Perusiae advocatus et coconsultor*」であったが、本書は、『法的断案鑑定集第二巻*Decisivarum conclusionum sive consultationum iuridicarum volumen*

は、イエズス会士のモハトラ論を忌避するあまり、適切な典拠を挙示できない皮肉な状況に陥っているのである。

そのツィーグラーも、売主による原状回復の要否についてふれた箇所（第63番）<sup>55)</sup>で一度だけイエズス会士の名を挙げている。「そのような契約は確かに正義の掟には反せず、ただ隣人愛の掟にのみ反し、そのように契約を締結する者は確かに罪を犯すが、しかし、原状回復を義務づけられることはないとの見解に与する者も多い *plurimi sunt in ea sententia, non pugnare quidem talem contractum cum lege justitiae, sed tantum cum lege charitatis, et peccare quidem taliter contrahentem, sed ad restitutionem non teneri*」として、アスピルクエタ説と共に、レッシウス説を引用したのである。「そのような契約 *talis contractus*」とは、正当価格の範囲内で掛け売りし買い戻す契約を指す。安値で買い戻す売主は、「隣人愛の掟 *lex charitatis*」に反し得るとしても、正当価格を遵守している以上、「正義の掟 *lex justitiae*」には反していないから、原状回復を為す必要はないとするこの「見解 *sententia*」にツィーグラーは激しく反発している。「道徳神学者等 *Moralistae*」が「良心の法廷 *conscientiae*

---

*secundum*』との表題で、既に1601年にフランクフルト・アム・マインでも公開されている。

- 55) “〈63.〉一方、そのような契約は確かに正義の掟には反せず、ただ隣人愛の掟にのみ反し、そのように契約を締結する者は確かに罪を犯すが、しかし、原状回復を義務づけられることはないとの見解に与する者も多い【レッシウス『正義と法』第2巻第21章第16論、アスピルクエタ前掲箇所】。しかし、私は、道徳のあり方においてどうして正義が隣人愛に對置され得るのか全く分からない。というのも、とにかく必要なのは、正義がここで、裁判官の下での外的法廷で遵守される正義としてのみならず、内的に解されることであるから。そして、そのような内的正義は、隣人愛が服する諸法則に服する。というのも、隣人愛が禁じる事柄を、正義もまた禁じ、その上、隣人愛に反する事柄は何であれ正しいとはいえないからである。双方とも自然に共通の掟、すなわち、「汝にしてほしくないことを他人に為すべからず」によって律せられる。もしこれに反する何かを為すならば、正義と隣人愛に反することになる。それ故、内的法廷においてこれら二つが一体どうすれば對置されあるいは區別され得るのか私には分からない。しかし、道徳神学者等や、彼等が良心の法廷に割り振る事案にとっては、これが日常茶飯事なのである。”(*Disceptationes selectae*, 876.)

tribunal」を想定して議論しているのは明白であり、そのような次元での「内的正義*justitia interna*」が「隣人愛*charitas*」に對置される理由は全くなく、双方とも、「汝にしてほしくないことを他人に為すべからず*quid tibi non vis fieri, alteri ne feceris*」との「自然に共通の掟*commune naturae praeceptum*」に服するというのである。この主張自体は、先に見たツィーグラの正当価格論の繰り返しにすぎず、問題は、むしろ、アスピルクエタ説とレッシウス説を同視するかのようなその典拠引用にある。本稿で既に検討した通り、正義に反しなければ原状回復を不要としたアスピルクエタに抗して、レッシウスは、安値で買い戻す約定で掛け売りする者について、たとえ正当価格を遵守しても、隣人愛違背故に原状回復を義務づけられる余地を認めていた。ツィーグラは、自説の典拠とし得るはずのレッシウス説を、アスピルクエタ説と共に退けてしまったことになる。

以上のように疑問の残る典拠引用にもかかわらず、ツィーグラのモハトラ論の内実は、「安く買い戻す意図」に着目する点では三要件説と変わらない。確かに、ツィーグラは、三要件説がモハトラの例外的許容例とみなした善意掛売後の安値買戻し(第34番)を、「この事例はモハトラ契約を示すものではない*exemplum istud Mohatram contractum non exprimit*」と断ずると共に(第64番)<sup>56)</sup>、高値掛け買いした者から第三者への安値転売<sup>57)</sup>をもモハトラの範疇

---

56) “(64.) 当該契約の擁護のために前述第34節で援用された諸点は、あれこれの部分ではなく、組み合わされた取引全体そのものを一組のものとして捉えるならば、容易に覆る。というのも、道徳的な事柄は細かく分解されるような仕方では評価されてはならず、各部分について下される判断は全体についても維持されるべきで、それどころかあらゆる付帯事情と共にそれらの事柄を考察せねばならず、そうして、最後に、それらの事柄の善悪について判断するのが適切である。ウィルヘルムス・ウェンドロキウスが、ルドウィクス・モンタルトゥスの第8書簡への注記3の中で述べるには、「他人の商品を購入することが何か罪に当たるのか。そのように道徳の問題が吟味されるべきで、あらゆる状況を考慮する必要はないというのか。そのような仕方では、手で他人の物をふれるのは罪に当たるのか問うことになる。手を閉じること、その後逃げ去ること、それぞれが罪に当たるのか、と。これらの行為を切り離せば、一つ一つには罪がないが、結びつけるならば、そこから盗みが生まれる。同様に、商品を売却することも購入することも罪深くはな

から排除して(第66番)<sup>58)</sup>、モハトラ無効論者を名乗っている。しかし、その説

いが、これら二つを結び付け、若者に金100を提供し、彼によって金150の負債が負われるのだとすれば、商人によって利息付きで金銭が貸し付けられ、若者によって利息付きで借り入れられたということは明白である」。しかしながら、先に援用された事例は、偶然に為す事柄に基づいて物事の本質を探究しようとするものではない限り、モハトラ契約を基礎づけるには至らない。というのも、ティティウスは、安く売するという目的で商品を購入しているのではないし、ましてや、隠蔽された消費貸借を締結するために購入しているのでもない。ガイウスは、従って、そこからもうけるために安く買うのではなく、前の買主の損害を部分的に補うために買っているのであって、モハトラのために購入する者がそのような目的を有しないのは自明である。それ故、この事例はモハトラ契約を示すものではない。”(Disceptationes selectae, 876-877.)

57) ツィーグラールは、スカッチャ説(実際にはスカッチャが依拠したサロン説)を典拠に、この転売型モハトラのスペイン語の呼称「バラッタbaratta」(バラータ)に言及した上で、イタリアにおいて裁判官や官吏の汚職、収賄が「バラタリabarataria」と称されていることの由来をこの「バラッタ」に求めている。ただし、「バラタリabarataria」に関してツィーグラールが引用したジャコモ・メノッキオGiacomo Menochio(1532-1607年)の『裁判官の判断の諸問題並びに諸事例についてDe arbitrariis iudicum questionibus et causis』(1569年初版)の事例342第18番(「裁判官は、何かを受領して判決を出したり出さなかったりすると、汚いもののために判決を下したと言われ、我々の言い方ではバラタリabaratariaを犯したとされるiudex per sordes dicitur iudicasse, et(ut nostri dicunt)baratarium commisisse, cum aliquid accipit, ut sententiam proferat, vel non proferat」322.r.引用は1569年ヴェネツィア刊初版による)も、ティベリオ・デチャーニTiberio Deciani(1509-82年)の『犯罪論Tractatus criminalis』第二卷(1590年初版)の第8書第33章第9番(「前の世代の我々の法律家たちはこの犯罪を卑俗な用語でバラタリabaratariaとも称していたが、これは、正義を金銭に代えるように交換することを俗語でバラッタを為すと言われるところに由来するBarattariam quoque hoc crimen appellabant superiorum seculorum Jurisconsulti nostri, barbaro quidem vocabulo, inde ducto, quod vulgari sermone Brattare, sit commutare, quasi quod iustitia cum pecunia commutetur」238.v.引用は1590年ヴェネツィア刊初版による)も、転売型モハトラや安値転売との関連について言及しているわけではない。

58) “〈66.〉以上の通り、誰かが同じ売主に同じ物をより安い価格で売り戻す場合、確かにモハトラ契約と見なされる。これに対して、商人から後払いで商品を購入し、それを直ちに同じ商人ではなく別の者に転売する場合、イタリア語で<バラコッタ>、スペイン語で<バラータ>と呼ばれる【スカッキア前掲書第567番】。確かに、

くところは三要件説と実質的に変わらず、イエズス会士のモハトラ論の成果に多くを負っているのは明らかであろう。にもかかわらず、ツィーグラーは、モハトラ類似の取引を「陸上の海賊行為*piratica terrestris*」と評して排斥した一世紀以上前のデュ・ムーラン説を長々と引き写し、モハトラを禁じる「カステイーリャの諸法令*leges Castellae*」に言及するのにイタリア人のスカッチャの所説に依拠するなど(第65番)<sup>59)</sup>、最後まで、道徳神学者、とりわけ、イエズス会士によるモハトラ論への貢献を認めようとはしない。三要件説を受容しローマ都市法との調和を図った半世紀前の法実務家スカッチャの議論と比べても、ツィーグラーのモハトラ論は物足りない。パスカルの『プロヴァンシアル』に象徴される17世紀半ば以降のイエズス会批判の動きはモハトラ論の受容にも大きな歪みをもたらしたようである。

---

スペイン人は、商品に安い価格をつける場合、＜商品をバラータする＞と言う。イタリア語では、「商品を転売すること、あるいはむしろ、より安い価格で売ること」とされる【ラウレンティウス・フランキオシヌス『辞典』】。スカッキア前掲箇所はこの契約は不正とは言えないとしている。まさに、この契約は、もはや一つの契約ではなく、最初のモハトラ契約のように循環しているわけでもなく、複数の人々へと既に及んでおり、これによって、契約自体が増えているからである。ただし、これは、最高価格での物の売却が許されることを前提としている点で再度批判されることとなり、この点については既に検討した。この＜バラータを為す＞という用語が由来となって、あたかも金銭と正義を交換し取り換えるようなものとして汚職つまり＜バラタリア＞の罪がある人々に科せられている【ティベリウス・デキアヌス『犯罪論』第8書第33章第9番、ヤコブス・メノキウス『裁判官判断論』第342例第18番】。しかし、それは論究対象とは別である。我々は以上で終えることとし、不滅の神に永遠の感謝を捧げる。”(Disceptationes selectae, 878.)

- 59) “〈65〉ここでカロルス・モリナエウスの『利息論』第14章の見解を付け加える。彼が言うには、「とりわけ、次のような忌まわしい商人たちに対して裁判官等は立ち向かうことができる〔以下中略箇所については「売買による徴利(1)」II注53参照〕。他人の不幸と災難を自らの不品行への近道として利用する者たちは、難破船から放り出された人々を略奪する野蛮人と変わらず、全人類の敵に他ならない」。以上モリナエウス。そういうわけで、正当にも、カステイーリャの法令によれば、当該契約が、資格喪失と1万アス没収の刑罰の下に、完全に禁じられているのは、シギスムンドゥス・スカッキアが『商取引論』第1章問題1第566番で述べる通りである。”(Disceptationes selectae, 877-878.)



ヴィッテンベルクでツィーグラの教えを受けたザムエル・シュトリューク Samuel Stryk(1640-1710年) もその著作の中で繰り返しモハトラを取り上げている。シュトリュークは、ヴィッテンベルクに続いてブランデンブルク選帝侯領のフランクフルト・アン・デア・オーダーの大学で学び、ネーデルラント遊学を経て、フランクフルトで両法博士号を取得、各講座の教授を経て、1682年には法学部筆頭教授に就任する。そのシュトリュークが自ら指導した討論を素材に著した『フランクフルト・アン・デア・オーダー大学での諸契約に欠かせない心得に関する講義Praelectiones Viadrinae de cautelis contractuum necessariis』(1684年初版。以下『契約心得』と略称)に、まず、モハトラに関するまとまった記述を見出すことができる(第2部「諸有名契約において遵守されるべき心得についてDe cautelis in contractibus nominatis observandis」第1章「消費貸借についてDe mutuo」第31節<sup>60)</sup>)。ここでシュトリュークは、

60) “微利を隠すのに用いられ得る手法は無数に存しており【この点についてはラエリウス・ゼッキウス [レリオ・ゼッキLelio Zecchi(1532-1610年)] 『微利論』[1594年初版] 第6章及び第14章参照]、カノン法学者等は、微利を彼等の法の下で端的に禁じられるべきと見なしていたため、それらの手法を見極めることを必須と解していたけれども、排斥されたそれらの秘訣をここに列挙するのは適切ではない。というのも、我々の視野に入るのは、法に違背することのない事柄のみであるから。とはいえ、その内の僅か三つ、すなわち、モハトラ契約、モンテ・ディ・ピエタ、終身用益権の設定契約を取り上げたとしても、異論はないであろう。モハトラ契約に関して言えば、この用語は異教徒のものであり、それ故また、この契約もキリスト教徒よりも異教徒に相応しい。その言葉の起源はスペイン人に負うとされ、その意味は売却の仮装と同じものと主張されている。というのも、モハトラ契約とは、誰かが金銭を必要としている者にある商品を高値で掛け売りし、相手はそれを直ちに安値で売却すべく義務づけられ、それによって金銭を調達するというものであるから【ワレルス『両法廷相違集』「商取引」相違2の595頁】。例えば、あなたが30ターラーの貸付けを求めているところ、商人は、それでは大した利益を期待できないと考え、売却して金銭を調達できるような商品の掛け売りを持ち掛け、商品の価格を50ターラーと定めるが、商品の受領者が売却しても30ターラーしか手にできず、それは恐らく、実際にもそれ以上の価値がないからである。この場合、現実には30ターラーが貸し付けられ、商人は20ターラーの利得を得るが、それが微利の不正を匂わせることに気づかない者などいるだろうか【以上の点について見事に論じているのが、モンタルティウス『プロヴァンシアル』第8書簡



「徴利を隠すのに用いられ得る手法 *modi quibus palliare usuras soleant*」の一つとして「モハトラ契約 *contractus Mohatra*」を取り上げ、「誰かが金銭を必要としている者にある商品を高値で掛け売りし、相手はそれを直ちに安値で売却すべく義務づけられ、それによって金銭を調達する *quis pecunia indigenti certas merces cariori pretio credit, quas ille mox vilius vendere tenetur, quo pecuniam consequatur*」場合がこれに当たるとしている。ただし、「あなたが30ターラーの貸付けを求めているところ、商人は、それでは大した利益を期待できないと考え、売却して金銭を調達できるような商品の掛け売りを持ち掛け、商品の価格を50ターラーと定めるが、商品の受領者が売却しても30ターラーしか手にできず、それは恐らく、実際にもそれ以上の価値がないからである *desideras triginta thaleros mutuo, ex quo cum leve lucrum sibi obventurum sentiat mercator, offert ipsi merces fide habita, quas vendere possit et pecuniam inde redigere; mercium pretium constituit quinquaginta thaleros, quas venditurus accipiens, non nisi triginta recipere potest, forte quod nec revera majoris aestimationis sint*」との例示からすると、「モハトラ契約」としてその念頭にあったのは専ら転売用商品の高値掛け売りのようである。

典拠としては、「モハトラ契約」の定義について、カルトジオ会士でマヨルカ島バルデモサの修道院で教会法を講じたフワン・バレロ Juan Valero (1550-1625年) の手になる『両法廷すなわち法律と良心の法廷の相違集 *Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet, et conscientiae*』(1616年初版。以下『相違集』と略称)、当該契約が「徴利の不正を匂わせる *usurariam pravitatem sapere*」ことについて、『プロヴァンシアル』第8書簡とレベロ説、そして、「当該契約が国家によって排斥されるべきである *relegandum esse*

---

196頁、レベッルス『正義の諸義務論』第2部第9巻問題7第7番である】。それ故、当該契約は国家によって排斥されるべきである旨、アンドレアス・ア・マートレ・デーが『道徳神学』第14論考第2章第7項第68番で適切にも教示している。更に、傑出した法律家カスパルス・ジゲレルス氏が、『モハトラ論』の中で、この上なく詳細かつ学識豊かにこの問題を論究した。”(Praelectiones Viadrinae, 131-132引用は1684年フランクフルト・アン・デア・オーダー刊初版による。)

hunc contractum e republica」という点について、カルメル会士でサラマンカのサン・エリアス学院の筆頭講師を経て同修道会のカステイーリャ管区長となったアンドレス・デ・ラ・マドレ・デ・ディオスAndrés de la Madre de Dios(1622?-74年)による『道徳神学教程Cursus theologiae moralis』(1670年初版)が、それぞれ引用され、最後に、師ツィーグラーの『モハトラ契約論』の参照が指示されている。まず、モハトラに言及する膨大な文献の中から敢えてバレロの『相違集』が参照されたのは、同書の再刊(1678年)がフランクフルト・アン・デア・オーダーの書籍商イエレミーアス・シュライJeremias Schrey(1645-99年)の手で企てられ、シュトリュークがそれに関与し、読者宛ての序言<sup>61)</sup>まで寄稿していたという事情があったからであろう<sup>62)</sup>。『相違集』か

---

61) 本稿末尾の付属資料「バレロ『両法廷すなわち法律と良心の法廷の相違集』フランクフルト・アン・デア・オーダー版に付されたシュトリュークの読者宛て序文」参照。

62) この序言には再刊の経緯について次のように述べられている。「これらの者〔外法的法廷と内定法廷の相違を公に知らしめようと努めた諸博士〕の中で正に筆頭の地位に置かれるべきなのが本書の著者ヨハネネス・ウェアルスである。というのも、この著者は、無数の巻数を費やし他の道徳神学者やスコラ学者等によって良心について教示されている事柄を要約し、アルファベット順で、天上と地上の法廷の注意すべき相違を一望の下に教示しようとしたからである。その著書はこれまでドイツでは稀覯本であり、高額の代金と引き換えでなければ手に入らなかった。しかし、その有用性は多くの人々によく知られていたので、我々地元の書籍商で学術界の援助にこの上なく尽力しているイエレミアス・シュライ氏に、同書を新たな一層明瞭な活字で、そしてもちろんより便利な判型で公刊しようとの希望が生じた。その一方で、氏は、企てに取り掛かる前に、この仕事が学術研究にとって有益と考えるか、無益と考えるか、私の所見を求めた。Inter hos vero primo fere loco collocandus est praesens autor Johannes Valerus, quippe qui illa, quae prolixis voluminibus ab aliis moralium doctoribus ac scholasticis circa conscientiam hinc inde tractata, in compendium regidere, ac per alphabeti seriem lectori unico obtutu tribunalium soli et poli differentias conspiciendas tradere voluit. Rarior hactenus in Germania fuit liber ille, et non nisi magno comparandus pretio. Cum tamen eius utilitas ob haud paucis prudentissime adversa, incessit cupido bibliopolam nostrum Jeremias Schrey virum de promovenda re literaria meritissimum, eundem librum typis novis, iisdemque

magis distinctis et quidem in commodiori forma publico exhibendi. Antequam vero manum admooveret operi, meum quaecunque exegit arbitrium, an utilem studiis an inutilem judicarem opellam.」(Differentiae, b2.v. 引用は1678年フランクフルト・アン・デア・オーダー刊のテキストによる)。シュトリュークがシュライの求めに応じて示した「所見arbitrium」の内容は序文から読み取ることができる。そこでは、パレロの著書が「我々の法学にとって一見して有害である上、福音主義者の土地で擁護者を見出すのに相応しくないinjurius primo obtutu in jurisprudentiam nostram, ac postea indignus qui in Evangelicorum terris reperiret patronos」(Differentiae, b3.r.)との観方がさしあたり示され、それらの懸念を覆す議論を通じて、同書の再刊への賛同が表明されている。まず、「大選帝侯」フリードリヒ・ヴィルヘルム(在位1640-88年)の下で改革派(カルヴァン派)に属していたブランデンブルク辺境伯領において、カトリックの一修道士が著した道徳神学書を出版することに対する危惧に関しては、同時代の道徳神学者等に蔓延する「蓋然性論probabilitatis doctrina」の弊害が強調される一方で、パレロについては、「蓋然性という前述の考えの魔力に屈して、良心の法廷で何でも正しいと言い張る多くの人々の一人ではなく、健全な見解に与し、珍奇ではなく多くの人々に是認されている見解に従っているnec ex illorum numero est, qui probabilitatis praeconcepta opinione fascinati, unumquodvis in conscientiae foro justum esse dicunt; sed sanas sectatur sententias, easque non singulares, sed plerisque probatas」(Differentiae, [b4.]r.)として、むしろ好意的な評価を下している。シュトリュークによれば、「反対の信仰に身を捧げている論者等を是認する書物全てを排除し、あるいは、少なくとも削除訂正すべきと考えるほど(それらの書物に見出される我々の側の著作はきっとそのような断罪の憂き目にあうであろうが)、我々の側に信仰への不安があるわけではなく、それらの書物からは、別の場合には反対のことが生じることに慣れているとはいえ、真理のより明るい輝きが我々に届き、そしてまた、如何なるときも損なわれることのない真理の栄光が我々に立ち現れることもあるnec ea nobis nostrae religionis diffidentia est, ut tollendos omnes vel purgandos ad minimum existimemus libros(quae quidem nostratum scripta apud illos experiuntur damnata fata)qui adversae religionis addictos agnoscunt authores, sed ex illis, quod alias in contrariis oppositis fieri suevit, major nobis accedit lux, et ubique illaesus emergit splendor veritatis」

(Differentiae, [b4.]r.)というのである。また、道徳神学の教説が「我々の法学 jurisprudentia nostra」を惑わせ、「正義justitia」をめぐる「外的法廷forum exterius」と「良心の法廷forum conscientiae」の間に矛盾対立がもたらされる恐れについては、三つの場面に分けて、論じられている。まず、「神法や自然法によって定められておらず、人定法の規定に委ねられている全ての事柄negotia universa, quae jure divino ac naturae non determinata, sed dispositioni legis humanae

relicta」に関しては、「二つの法廷が対立するのではなく、外的法廷において立法者が認めているのと同じことが、何らかの道徳的必然性に基づき良心をも義務づけ、良心の法廷においても同様の判断を得ることになろう non duplex occurrit forum, sed idem quod in exteriori foro placuit legislatori, necessitate quadam morali obligabit quoque conscientiam, inque ejus foro aequale merebitur decusum」とされる (Differentiae, c.r.)。これに対して、「その道徳性を人定法の追加以前に獲得している諸行為、あるいは、神法や自然法によって命令され禁じられている事柄 actus ulli, qui moralitatem suam citra accessionem humanae legis habent, dum vel a divino vel naturae jure praecepta aut prohibita」は、「人定法 lex humana」と、「神法 jus divinum」や「自然法 jus naturae」との間の矛盾を考慮する必要がないので、「正義」をめぐる「外的法廷」と「良心の法廷」が対立する余地はやはりない (Differentiae, c2.r.)。これらの二つの場面とは異なり、「君主の考えが法律によって明示されただけで、行為する単純な義務を市民等に免じ、反対に行為する自由を禁じてはいない nudum legislatoris placitum lege expressum sit, a mera necessitate agendi cives absolvens, et libertatem contrarium agendi non prohibens」場合は、「それによって良心に束縛は生じない nullum inde in conscientia vinculum」ように見える。しかし、「世俗の立法者は、良心が正しいと述べる場所と同じことを不正であると定めたわけではなく、国家の不利益と訴訟の回避のために、その行為に助力しないだけで、その内的正義と本性乃至道徳性に委ねている dem injustum non statuit legilator civilis, quod justum esse dictitat conscientia, sed ob reipublicae incommoda et evitanadas lites, eidem negotio tantum non affistit, idem internae suae justitiae ac naturalitati, vel moralitati potius relinquendo」にすぎない (Differentiae, c.v.)。シュトリュークによれば、「我々の法 jus nostrum」、つまり、ローマ法は、「何れの市民にも善き行いを期待し、それを為すべく王権の手で常に強いるわけではないとはいえ、多くの場面で自らそのように立ち振るまう自由な裁量の余地を残している bene de quovis civium praesumit; hinc agendi arbitrium in multis ipsi relinquit liberum, licet non manu regia eundem semper, ut id faciat, compellat」し、「良心に反する何かを犯さないように、自らに残された自由を行使する者を称えている laudat illum, qui libertate sibi relicta ita utitur, ne conscientiae adversum quid committat」とされる (Differentiae, c3.r.)。結局、君主の命令や禁止に服するにせよ、神法や自然法に従うにせよ、市民法の下で許容される自由を行使するにせよ、「あらゆる行為においてまずは良心を吟味し、その上で、この良心を、堅固な支えとなる城壁として、裁判官の下で自らの権利を追求する試み labor, in omni negotio prius excutere conscientiam, et hac, tanquam aheneo suffragante muro, demum apud judicem jus suum persequi」こそ有益であり、「正義」の実現にとって不可欠である。それ故、「過ちに満ち自分自身を氣遣う魂を世俗の法廷から家に

ら引用された一節(「商取引negotiatio」の「相違二Differentia secunda」<sup>63)</sup>)では、善意掛売後に、転売に難渋する買主から買い戻す場面が想定されており、「外的法廷forum exterius」では「内々にprivatim」買い戻しても許されるが、「良心の法廷forum conscientiae」では「物が公然と売却に供されない限り躓きを免れないnisi res publicae venditioni exponatur, non caret scrupulo」とされ、金銭の貸付けを拒んだ上で商品を掛け売りし「直ちにstatim」買い戻す「モハトラmohatra」は何れの法廷でも許されないとの主張が、マッツォリーニ、メルカド、アスピルクエタ、レベロの所説を典拠に手際よく提示されている。こ

---

持ち帰ったり、正義の盾の下で無知な相手を欺いたりすることなく、全ての行為において聖なる良心の法廷を畏怖するよう、その著作によって読者を手引する人々はその労力と油を決して無駄にすることはないomnino nec operam nec oleum perdunt, qui scriptis suis lectorem manu quasi eo deducunt, ne animum culpa plenum semetque timentem ex terreno domum reportet iudicio, aut sub iustitiae clypelo incautos fallat adversarios, sed in negotiis omnibus sanctum conscientiae tribunal veneretur」。シュトリュークは、「本書の著者autor prasens」、つまり、バレロが、「十分に簡潔にそして力強くそれを成し遂げているfecit hoc succincte satis et nervose」とし、「そう呼ばれて自惚れている道德神学者等の他の無数の著作に先んじて、法の崇拜者に特に読まれ推奨されるべきであるpare aliis vastissimis moralistarum, ut vocari amant, voluminibus iurium cultori praecipue legendus ac commendandus」と結論づけている(Differentiae, c3r.v.)。

63) “〈1.〉代金を得る必要故に直ちに転売しようとしている者に、誠実な意思で自分の商品を売却する商人が、他に買い手が現れないために、内々にそれらの商品を買戻しても、外的法廷では許され、そのような契約は排斥されることはなく、シルウェステル『要覧』『徴利2』第4番、メルカドゥス『取引要論』第2巻第21章、ナバラの人『手引』第23章第91番によれば、たとえ厳しい価格であっても正当価格で買い戻す限りはそうだとされる。

〈2.〉良心の法廷では、物が公然と売却に供されない限り、メルカドゥスの『分析と解明』第1論最終章の「バラータについて」70頁によれば、躓きを免れないとされており、この点については、後述「徴利」の項の相違14も参照されたい。従って、商人が金銭を必要とする者に貸し付けようとせず、商品を提示して掛け売りし、直ちにそれらの商品を買戻す場合、モハトラと呼ばれ、それらが意図的に為される限り、決して許容されないと心得よ。それ故また、レベッルス『諸義務論』第2部第9巻問題7第7番が伝える通り、それは外的法廷においても刑罰をもって禁じられている。”(Differentiae, 595.)

のバレロ説を参照しながら、買い戻しそのものに一切言及しないシュトリュークの叙述は奇異というほかない。

デ・ディオスの『道徳神学教程』からの引用されたのは、第14論考「諸契約についてDe contractibus」第2章「売買契約についてDe contractu emptionis et venditionis」の第7項<sup>64)</sup>であり、そこでは、「一般にモアトラやバラータと称される同じ物の異なる価格による往復的売買は許容されるべきかUtrum venditiones et venditiones reciprocae eiusdem rei diverso pretio, quae vulgo Moatrae vel Baratae dicuntur, sint licitae?」との表題で、二要件説に沿った通説的議論がイエズス会士等の所説を主たる典拠に展開されている<sup>65)</sup>。掛売後「直ちにstatim」買い戻すとしても、「欺罔もなく、明示乃至黙示の売り戻しの約定も伴わずに為され、売却時の最高価格にせよ、購入時の最低価格にせよ、正当価格から離れていない限り、このような契約は許容されるlicitum esse talem contractum, si fiat absque fraude vel pacto explicito, vel implicito de retrovendendo, si non excedatur iustum pretium, vel supremum in vendendo, vel infimum in emendo」というのである(第70番)。しかし、シュトリュークが参照したのは、「このような契約は確かに国家によって徹底して排斥される必要があったcerte relegandus esset omnino talis contractus a republica」との一節(第68番)にすぎず、デ・ディオスによって要約されたモハトラ論を自らの叙述に生かしているとは言い難い。残る『プロヴァンシアル』の第八書簡<sup>66)</sup>、レベロ説、ツィーグラの著作も、買戻型モハトラの是非を論じている

64) Cursus theologiae moralis, 414-415.引用は1670年リヨン刊初版による。

65) デ・ディオスが列举する典拠には、トレド、レッシウス、サラス、ルノー、カストロ・パラオ等イエズス会士の他に、ナバラ(「売買による徴利(2)」V注33参照)、ボナチーナ(「同(4)」XI注19参照)、ビリャロボス(「同(5)」XIV224頁以下参照)の各所説が含まれるが、デ・ディオス自身、「通説であるest communis」と断じる二要件説に相当するのは、この内、サラス説とカストロ・パラオ説のみである。「正当価格の範囲内intra latitudinem iusti pericii」での高値掛け売りや自発的な安売りが正当であり、「最初の売主primus venditor」自身が「第二の売却secunda venditio」の相手となり得ない理由もなく、そのような転売相手を探す手間から解放される「売戻人revendens」にとってむしろ有益であるとのデ・ディオスの論証は、両者の二要件説を忠実に継承するものといえる。



のは一見して明らかであり、シュトリューク議論は、これら雑多な文献の間でさえ共有されていたモハトラ論の水準から見ても不満の残るものであった。

その後、シュトリュークは、旧師ツィーグラールの後任としてザクセン選帝侯領のヴィッテンベルク大学に移り(1690年)、ブランデンブルク選帝侯領でのハレ大学創立(1692年)を機に法学部筆頭教授に就任する。新任地での討論を素材に出版された『学説彙纂の現代的慣用の続編第二Continuatio altera usus moderni Pandectarum』(1710年初版。以下『現代的慣用』と略称)の中で、シュトリュークは再度モハトラに言及している(第22巻第1章「利息、果実、機会利益、あらゆる附合、履行遅滞についてDe usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora」第21節<sup>67)</sup>)。そこでは、帝国ポリツァイ条例

---

66) シュトリュークは、バレロの『相違集』に付した序言の中でも、ラテン語訳『プロヴァンシアル』や「ザルツブルクの神学者ヴィルヘルム・ヴェンドロック Wilhelm Wendrock theologus Salisburgensis」の注記に見える蓋然説批判に好意的に言及していた。本稿末尾の付録資料参照。

67) “〔徴利的契約の〕第二の形態は、「幾らかの穀物、馬、布地か何かの商品を、金銭に代えて、売買の方式で、なおかつ、その品物が通常有し得る価値よりもかなり高値で提供し、周知のごとく著しく大きな徴利を為す場合」【前掲1577年のポリツァイ改定条例第17章第2条】である。これらの文言によって示されているのは、スペイン人がモハトラと称している忌まわしい商取引の類型であると思われる。この類型について、コワッルウィアスは『問題解決集』第2巻第3章第6番末尾で次のように述べている。すなわち、「商人等が用いる略奪行為の類はもちろん徹底して忌避され正当な刑罰が科されねばならず、それというのも、彼等は、金銭を必要とする者や何らかの窮状に苦しんでいる者に、商品を、それが有する価値よりも高値で掛け売りし、自らか、あるいは、他人を介して、売却した相手方から、それらの商品を、直ちに現金で支払われるが故に安値で再び購入するからである」と。なお、シグスムンドゥス・スカッキアの『商取引論』第1章問題1第566番も参照されたい。この種の商取引はイエズス会士等によって考案されたとジグレルスが『モハトラ論』第31節以下で主張しており、それが彼等によってどのように擁護されているかについても論じられている。確かに、別の場合であれば、自分の物を安値で売却することや高値で購入することは何人にも禁じられてはおらず、それどころか、意図して高値で購入したならば莫大損害を申し立てることは決してできないが【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文、勅法彙纂4巻44章「売買の取消について」第8法文】、ここでは、契約当事者の当初の意図

(1530年「善きポリツァイの規律と改定Ordnung und Reformation guter Policei」、1548年再改定、1577年再々改定)で無効とされた「徴利的契約 wucherlich Contract」の一つとして、金銭消費貸借の代替としての商品の高値掛け売り<sup>68)</sup>が取り上げられ、「スペイン人がモハトラと称している忌まわしい商取引の類型 nefandum illud genus commercii, quod Hispani Mohatra vocant」と同視されている。ただし、条例が規制しようとしているのは、旧著『契約心得』でも想定されていた転売用商品の高値掛け売りによる徴利にすぎないから、売主による安値買い戻しとして専ら認知されるようになっていた「モハトラ」との齟齬はやはり否めない。また、せっかく抜粋引用されたコバルビアス説<sup>69)</sup>の一節も、買戻型モハトラそれ自体を論じる方向に議論を導くことはなかった。続く箇所では、シュトリュークは、「別の場合であれば、自分の物を安値で売却することや高値で購入することは何人にも禁じられていない alias nemini prohibitum sit, viliori pretio res suas vendere, et cariori emere)し、「意図して高値で購入したならば莫大損害を申し立てることは決してできない ne quidem laesionem allegare possit, si scienter carius emerit」と述べて、売買一般に関する原則を確認した後、「モハトラ」に関して、「ここでは、契約当事

が、購入し売却することではなく、消費貸借の締結にあり、徴利の不正を隠蔽するために当該取引が仕組まれたにすぎないから、脱法を企てたものとして当然排斥されるべきである【ホノラトゥス・レオタルドゥス『徴利論』問題25 [→24] 第26 [→25] 番、カロルス・モリナエウス『利息論』第14番】。実際、契約が最初に消費貸借から始まっている場合には徴利的と推定されるという点は、諸論考から導くことができる【アンブロシウス・デ・ウィグナテ『徴利論』第2章第103番、ゾアネットゥス『売買論』第62番】。確かに、アンドレアス・ウィクトレリウスの『フランキスクス・トレトゥスの司教教本への注記集』第5巻第31章注記は、この種の取引が商人に対してのみ禁じられる旨主張しているが、ジグレリウスの前掲書第62節は、商人にとって不名誉な事柄が他の人々にとって名誉とはなり得ない旨適切にも反論しており、加えて、カステイーリヤの諸法令では、この契約は全て、資格のはく奪と5千ドゥボンディウスの罰金をもって禁じられている【スカッキア『商取引論』第1章第566番】”(Continuatio altera usus moderni Pandectarum, 引用は1710年ハレ刊初版による。)

68) 「売買による徴利 (1)」II、244頁以下参照。

69) 「売買による徴利 (1)」I、237頁以下参照。

者の当初の意図が、売却し購入することではなく、消費貸借の締結にあり、徴利の不正を隠蔽するために当該取引が仕組まれたにすぎないから、脱法を企てたものとして当然排斥されるべきである *quia hic primaria intentio contrahentium non fuit, emere et vendere, sed mutuum celebrare, et ad palliandam usurariam pravitatem tantum hoc negotium subornatum est, merito reprobari debet, tanquam in fraudem legis excogitatum*」と断じるのみである。商品の高値掛け売りを徴利の隠蔽として条例に基づき全て排斥する立場からすれば、後続する転売と買い戻しの区別は確かに不要であろうし、帝国内法の解釈としても問題はない。しかし、上記条例が発せられた後、16世紀後半になってようやく論じられるようになったモハトラを引き合いに出す手法が、議論をかえって分かりにくくしてしまった。逆に言えば、モハトラは、条例所定の「徴利的契約」と同一視されたために、それ自体として論じられる機会を再び失ったのである。

『現代的慣用』では典拠がほぼ一新されており、バレロとデ・ディオスの著作はもはや参照されておらず、『プロヴァンシアル』第八書簡やレベロ説の引用も消えている。ツィーグラーの『モハトラ契約論』は、逆に、相当読み込まれたようであり、モハトラがイエズス会士によって考案され擁護されている点とモハトラ禁止が商人以外にも及ぶ点の典拠としてツィーグラー説が参照される他、スカッチャ、デュ・ムーラン、ヴィットレリ、ジョヴァネッティの所説の引用も『モハトラ契約論』からの孫引きと解される。シュトリュークは、これらの諸典拠に加えて、サヴォイア公国のニースで司法長官を務めたオノラート・レオタルディ *Onorato Leotardi* (オノレ・レオタル *Honoré Léotard* : ?-1660年) の『徴利並びに規制されるべき徴利的な諸契約に関する一書 *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*』(1649年初版)の一節(問題24「売主や買主の徴利について *De vendentium et ementium usuris*」第25番<sup>70)</sup>)も参照しており、先にふれたコバルビアス説の抜

70) “〈25.〉ところで、とりわけ忌まわしいのは、シギスムンドゥスが前掲『商取引論』問題1第566番で書いている通り、スペイン人が「モハトラ」、フランス人が「売却と売り戻し」、イタリア人が「ストッキ」、「ビストッキ」、「ロンピコッリ」、「チ

ヴァンツェ」などと称している商取引の形態である。それらはむしろ怒りの女神や悪魔たちに相応しい名称であるとヨアンネス・バプティスタ・ループスが前掲『徴利論』第5節第23〔→25〕番で述べている。この商取引の形態を激しく非難しているのがコワッルウィアスの前掲『問題解決集』第2巻第3章第6番末尾である。この欺罔行為が如何なる仕方が為されるのか説明されているので、彼の言葉を引用すべきものと考ええる。そこには、「商人等が用いる略奪行為の類はもちろん徹底して忌避され正当な刑罰が科されねばならず、それというのも、彼等は、金銭を必要とする者や何らかの窮状に苦しんでいる者に、商品を、それが有する価値よりも高値で掛け売りし、自らか、あるいは、他人を介して、売却した相手方から、それらの商品を、直ちに現金で支払われるが故に安値で再び購入するからである」とある。そういうわけで適切にもこの種の商取引を排斥しているのが、ヤコブス・デ・グラッフィス『良心事案決疑集』第1部第2巻第115〔→109〕章第19〔→4〕番、イグナティウス・サルセドによるディアス『カノン法刑事実務』第91〔→88〕章補注「注意すべきは云々」、マネンティウス『永代小作契約論』問題2第28番、シギスムンドゥス前掲箇所、ウゴリヌス前掲『徴利論』第39章第7節第1番であり、フランキスクス・グリマウドゥス『徴利並びに質契約論』第3巻第7章〔第2番〕は、この種の商人を人間社会の抑圧者と呼び、また、ヨアンネス・ベネディクトゥス『第七戒論』第3巻第9章によれば、これらの契約において徴利者は、一方で商品を然るべき価格よりも高値で売却し、他方で不正な価格で買い戻すことで、困窮し消費貸借を求める人の喉元を二本のナイフで切りつけ、あるいは、二本の輪縄でその人を窒息させているとされる。更に、この種の徴利はある人々から海賊的で野蛮であると評され、とりわけカロルス・ボッロマエウス師によって『司教区会議決議録』第2部末尾で非難され、枢機卿アントニウス・デ・グランウェラがナポリ王国を統括していた1577〔→1578〕年に発せられた布告も同旨であり、この布告はカロルス・タピア『ナポリ王国法』第4巻第6章に収録されている。

〈26.〉また、以上と同じ立場と見なされるべきは、逆に現金払いで購入し、その後直ちに同じ相手に弁済を先送りして売り戻す者たちである。というのも、この場合、一瞬しか存続しない購入が、擬制的で仮想的なものと推定されるからであり、その旨、学説彙纂40巻1章「奴隷解放について」第4法文2節が示唆し、メノキウス『推定論』第3巻第122章第112番やマネンティウス前掲『永代小作契約論』問題1第16番及び第42番が教示しており、特に、ウゴリヌス前掲『徴利論』第39章第1節によれば、それは、債権者が教令を欺いて既に支払った以上のものを受領するために売買が仮装されているからだとされる。〈27.〉それ故、それが為される度、債務者は、商人や仲介者から現金で受領しただけを弁済し返還すべく義務づけられるであろう。なぜなら、商人がそれだけの金銭を彼に貸し付けたのと何ら変わらないからである。その旨指摘しているのが、アンゲルス『要覧』「徴利」第60番、ウィルギニウス・デ・ボッカティイス前掲『差押命令論』第18章]

粹はこの箇所に掲げられたものをそのまま引き写していることが分かる<sup>71)</sup>。ト

第189番、ガルシア『契約論』第22章第5番、ルドウィクス・ロベス『契約論』第34章の「同様にまた云々」の段、レギナルドゥス『悔悛の法廷実務』第25巻第17章、ウゴリヌス前掲『徴利論』第39章第7節第1番であり、トマス・メルカトゥス『分析と解明』[第1論]「商人の取引」最終章第1[→4]番は、このストックの一種を悪辣と称している。そして、我々も、実際に与えられ受領されたものを超えて要物契約から債務は生じ得ない旨繰り返し述べておいた【勅法彙纂4巻30章第9法文、同8巻33章第2法文】。

〈28.〉そして、この同じ物の往復的な売買が、レッシウス前掲『正義と法』考察16第170番、トレトゥス『要覧』第5巻第31章第3番、その他サラス『契約論考集』「売買論」疑問37第2番に見える他の神学者たち、ヤコブス・デ・グラッフィス前掲『決疑集』第2巻第109章第4番、グティエレス前掲『カノン法問題集』第39章末尾が教示するように、時には、すなわち、欺罔を伴わず締結され、正当価格の範囲内で、黙示にせよ明示にせよ約定を介さずに成立する場合に、許され得るのだとしても、私は、ウィルギニウス前掲箇所が指摘するローマで、また、ガルシア前掲書第22章が指摘するカステーリャ王国で、その旨定められているように、この種の商取引は国家によって禁じられているものと考え。というのも、貪欲が節度を保つということはほとんどなく、他人の不幸につけ込んで、困窮に迫れた貧しき人々に、品質劣悪で欠陥のある商品や物品を最高価格で手にし、直ちに同じ相手か別の者に安値で処分することを余儀なくさせるからである。”  
(Liber singularis, 150-151.引用は1649年リヨン刊初版による。)

71) シュトリュークが典拠として明示する第26番は、買戻型モハトラとは逆に商人等が「現金払いで購入し、その後直ちに同じ相手に弁済を先送りして売り戻す *emunt praesenti pecunia, et deinde statim iisdem revendunt maiori pretio data dilatione ad solvendum*」場合に、「一瞬しか存続しない購入が、擬制的で仮想的なものと推定される *emptio, quae momento durat, fictitia, et imaginaria praesumitur*」とあるだけであり、実際には、コバルビアス説の抜粋を含む第25番が参照されたものと解される。レオタルディによれば、高値で掛け買いし安値で売り戻す者は、金銭消費貸借の借主と同じく、売戻代金として実際に手にした額を弁済すれば足りるとされ(第27番)、更には、「神学者たち *theologi*」の二要件説、ローマやカステーリャの立法例も言及されている(第28番)。にもかかわらず、シュトリュークが、これらレオタルディの知見を自らの叙述に上手く取り込めなかったのは、「同じ物の往復的な売買 *reciprocae eiusdem rei venditiones, et emptiones*」という事例が議論の前提として両者に共有されていないからであろう。

レオタルディは、スカッチャ、コバルビアス、ルーピ(「売買による徴利(1)」II注49)、サルセド(同III注54)、カルレッティ、ボッカッチ、ガルシア、グラッフィ、

グティエレスの各所説に加え、イエズス会の論者も、ルノーの他、サラスを介して、レッシウスとトレドの所説を引用している。また、メルカド説については、「バラータbarata」を「ストックistocchi」と訳した翻訳者不詳のイタリア語版『分析と解明』（1591年プレーシャ刊）が参照されたようである。他方、レオタルディが引用するモハトラ関連の典拠には、本稿で未言及の文献も含まれており、その内、レオタルディと同じく法律家の手になるものは以下の四点である。まず、マントヴァの法律家チェーザレ・マネンティCesare Manenti(生没年不詳)の『金銭で設定され創出された永代小作契約の法に関する著作De iure contractus livellarii pecunia constituti et creati opus』（1602年初版）からの引用箇所（問題2第28番）によれば、「売主のもとに物が見出される場合に法が不正を推定するlex suspicatur fraudem, ubi res penes vendentem reperitur」という点は、「後払いで売却した後に、同じ相手から、今度は現金払いの安値で買い戻す者においては自明であり、それは欲得ずくで徴利的であって、ストックスやビスストックスと称されているpatet in illo ,qui vendit ad tempus, et postmodum reemit ab ipso minori pretio tunc numerato, quod est pro libitum, et usurarium, et dicitur stoccus, et bistoccus」とされている（De iure contractus livellarii, 120.引用は1602年カザーレ・モンフェッラート刊初版による）。次に、モンテスクードの法律家バルトロメーオ・ウゴリーニBartolomeo Ugolini(生没年不詳)の『徴利に関する論考Tractatus de usuris』（1604年初版）からの引用箇所（第39章第7節）では、コバルピナス等の所説に倣って、安値売り戻しの約定を伴う高値掛け売りが徴利と断じられる一方で、主にマッツォリーニ説に拠りつつ、徴利を免れる余地も認められており、三要件説の一例としても注目される（「正当価格で売却し、約定も交わされておらず、そのような意図でも売却していなかった場合は、徴利は犯されていないusura non committatur, ubi iusto pretio vendidit, si pactum nullum intervenit, nec hoc animo vendidit」Tractatus, 258.引用は1604年ヴェネツィア刊初版による）。また、「アンジェ上座裁判所の国王弁護士Advocat du Roy au siege presidial à Angers」であったフランソワ・グリモーデFrançois Grimaudet(1520-80年)の『徴利並びに質契約の法釈義Paraphrase des droicts des usures et contracts pignoratifs』（1577年初版）からの引用箇所（第3巻第7章）には、「彼等は、財産を有していたり手に入れる見込みはあるが現金を欠いて困窮している人々を待ち受け、彼等に商品を高値の後払いで売却し、直ちにそれらの商品を安値で買い戻す。一般に、この種の欺罔行為は、商品の売却と損切り売り戻しと呼ばれる。そのような商人等は、盗人であるばかりか追いはぎでもあり、身体刑、元本の喪失、そして、高額のコストによって処罰されねばならない。パリやリヨンその他の王国の諸都市にしばしばみられるそのような人間社会の抑圧者の処罰は当局の権限である。Ils espient les hommes neccessiteux qui ont des biens ou sont en esperances d'en avoir, qui cherchent deniers. Ils leurs vendent ou font



vendre marchandises à haut pris, et à terme: lesquelles incontinent ils font racheter à vil pris: vulgairement ceste forme de tromperie est ditte vente et revente de marchandise à perte de finance. Tels marchans ne font seulement larrons, mais voleurs, qui doivent estre punis corporellement, et de la perte du sort principal, et en amendes extraordinaires. Il depend de l'autorité du magistre de chastier tels oppresseurs de la société humaine, qui sont frequens és villes de Paris, Lion et autres villes de ce Royaume.」(第2番)とある(Paraphrase, 391.引用は1577年パリ刊初版による)。更に、レオタルディは、スペイン統治下のナポリ王国の最上級審に相当する神聖王国顧問会Sacro regio consilioの評定官であったカルロ・タピアCarlo Tapia(1565-1644年)の手になる『ナポリ王国法Jus Regni Neapolitani』第3部(1611年)も参照している。本書第4巻第6章「不法な諸契約についてDe contractibus illicitis」には、ナポリ副王であった枢機卿アントニオ・グランベラAntonio Granvela(アントワヌ・ペルノー・ド・グランヴェルAntoine Perrenot de Granvelle: 1517-86年)の主宰する「王国枢密顧問会Regio Collateral Conseiglio」が1578年7月に発した勅諭Pragmatica(「布告Bando」)からの抜粋が収録されており、レオタルディは、これをモハトラに関わる立法例として引用したのである。この布告抜粋は、禁じられ罰せられるべき取引について、掛け売りされた「動産や宝石その他同種のものbeni mobili, gioie, ò altre cose simili」が「後で買主によって同じ売主や他の者に安値で再び売却されるpoi per esso compratore se rivendono al medesimo venditore, ò altra persona di manco prezzo」と、「このような仕方では、金銭が支払われ、後払い故に利息が支払われたのと同じ結果が間接的に生じるin questa modo per via indiretta nasce il medesimo effetto, come se li pagassero denari, e per la dilatione del tempo si pagasse usura」と述べており、タピアの「注記annotationes」には、マツォリーニ説(「売買による徴利(1)」III注73参照)を典拠に、「この種の契約はストックリやバロッコリと称されているhaec species contractus vocatur stocholi, et barocholi」とある(Jus Regni Neapolitani, III, 43.引用は1611年ナポリ刊初版による)。なお、レオタルディは、「この類の徴利hoc usurae genus」が、ナポリ王国の布告と並んで、ミラノ大司教カルロ・ボッロメオCarlo Borromeo(1538-84年)によっても「非難されているdamnatum est」と指摘している。引用された『ミラノ司教区会議決議録Acta synodalia diocesana ecclesiae Mediolanensis』第二部(1603年初版)の末尾に収録された「ミラノの都市および司教区の人々に宛てた諸心得覚書Libretto de i ricordi, al populo della Città, e Diocese di Milano」(1577年12月20日付)の「親方、工房主、並びに、その使用人、徒弟らのための心得Ricordi per li mastri, e capi di botteghe, e loro ministri, e garzoni」には、確かに、「ストックキを為すべからずnon facciano stocchi」とあるが(Acta synodalia, II, 987.引用は1603年ブリクセン刊初版による)、それが如何なる取引なのか具体的な

リーノ(キエーリ、サルヴァーティ)大学の法学教授であったアンブロージョ・ヴィニャーティ Ambrogio Vignati(?-1468年)の『徴利についてDe usuris』(『汎法論集』第七巻に収録)も新たに引用されているが、これは、ジョヴァネッティ説と同趣旨の典拠として、「契約が消費貸借から始まると徴利的と推定される quando contractus incepit a mutuo praesumitur usurarius」との一節<sup>72)</sup>が参照されただけで、モハトラ論それ自体とは関わりはない。道徳神学色を排して法学説の引用に徹しようとする姿勢はツィーグラー以上に徹底されているといえる。その反面、前述の通り、帝国ポリツァイ条例の高値掛け売り規制がモハトラ禁止と同視されてしまい、肝心の安値買戻しの是非や許容要件については、『契約心得』におけると同様、論じられていない。一世紀以上にわたって蓄積された道徳神学上のモハトラ論は、その展開をけん引したイエズス会士等の教説を含め、もはや顧みられることはなかった。

(完)

---

説明は見当たらない。

72) Tractatus iuris universi VII, 58.r.

<付録資料>バレロ『両法廷すなわち法律と良心の法廷の相違集』

フランクフルト・アン・デア・オーダー版に付された

シュトリュークの読者宛て序文

親愛なる読者に、皇帝の宮中伯にして、ブランデンブルクの大学の学説彙纂担当教授サムエル・ストリュキウス両法博士がご挨拶申し上げる。

良心は神聖な事柄であり、良心の法廷は人間一人一人にとって畏怖されるべきものである。それ故、人間が、際限のない放縦へと墮落したり、目撃者がいないからといって罪を犯しても罰せられないと思い込んだりしないように、この内面の法廷に出頭することは至高の造り主の嘉するところであった。というのも、至高の造り主は、当法廷において、人間をその者自身の告発者と裁判官に据えたからである。当法廷を免れることは何人にも許されない。国王も臣民同様にこの裁判官を等しく尊重する。良心それ自体が自身にとって無数の証人となるから、罪びとを罰するためにどこかに立証を求める必要はない。ここで発せられる命令は、ただ一つ祈願（すなわち、当裁判所の峻厳な設置者である全能の神に誠心誠意捧げられる哀願）による恩恵を除けば、法の救済の猶予を許さない。また同様に、当法廷では執行もまた困難ではなく、実際、判決が下されたその瞬間に、執行が可能になる。というのも、過ちが明らかとなった人間を、魂の底知れぬ不安と永続的な苦痛へと直ちに追込み、それらは拷問具のようにその者を責め苛むからである。そうして、罪びとや悪人の意識は自らの死刑執行人を感じ取る。良心は一つながらにして裁判官でありかつ執行人なのである。そのような執拗この上ない魂への責め苦にこれ以上疲弊させられるぐらいならば、死すら喜んで受け入れようとした人々の例もないわけではない。しかし、他の場合であれば、敬虔さが死体への冒瀆を許さないから、死によって罰は絶えるところ、この場合には、死後も判決は通用し、その命ずるところの永久の業火を執行者に任ずる。それどころか、この地獄の業火の中で良心の痛みが一層強まると信じられているのもっともなことである。更に、自らの良心によって罰せられる者にとっては助言も無益である。なぜなら、法務官の告示にせよ、たとえそれらが絶対の権能から発せられた君主の命令にせよ、法律家の無数の解答にせよ、彼を罪から解放しないであろうから。良心が告発す

るならば、彼は全ての手を離れて、神の罰にその身が捧げられることになる。実際、良心の「主たる罰とは、罪びとが自分という審判人から放免されないこと。たとえ法務官の不正な鼻屑で評決に勝利しようとも」[Juvenalis, Saturae, 2-4.]。以上の通りであるとすれば、あらゆる行動において評判のみならず良心が考慮されると公言し、それ故、自らの行為全てを良心の法廷に持ち込み吟味する者たちは、その仕事を大過なくやり遂げていると信ずべきである。それというのも、本当に大事なものは、あなたが誰に見えるかではなく、あなたが誰かであり、同様にまた、あなたが何を行うかではなく、如何なる良心で行うかが重要なのであるから。そして、これは、生活一般においてはもちろん、特に裁判においてこそ厳粛に尊重されねばならない。裁判は確かに、神にも由来する権威によって設けられているので、各人は、自らに義務づけられた事柄を、良心の犠牲を伴わずに遂行する。それ故、ここで事件は、聖なる神の面前で扱われるかのように、当事者のために審理されるべき旨、ユスティニアヌスはある箇所では敬虔にも命じている。しかし、人間はそこから不正の機会を頻繁に得るし、だからこそ法が生まれねばならなかったのであって、人間の思慮のみでは、狡猾な精神による多くの策略に立ち向かい得ないが故に、次のような重大な戒めがもたらされる。すなわち、「予め良心の法廷において正しく陳述し、自らの事案を弁護し、判決を下した者でなければ、何人も裁判官の法廷に出向いてはならない」。なぜなら、最初に良心の法廷で審理されない事案は、人間の裁判官への無謀な働きかけによって、良心の命令の下では通用し得なかったことを彼から勝ち取ろうと駆り立てるであろうから。各人がその意図するものを法や正義に反して手に入れようとする限り、実際、この悪癖につける薬はないので、手に入れたものが、その意図や所有欲を満たしていればよく、略奪品か否か（というのも、良心に反して手に入れることは略奪の罪の埒外ではないから）には全く無頓着になる。確かに、幾人かの諸博士は、敬虔で賞賛されるべき努力によって、外的法廷と内的法廷の相違を公に教示しようと企てており、それによって、それまで気付かれることなく眠り込んでいた良心の汚点は、まるで鏡を見るように、一目で容易に確かめられ、罪を犯す者の悪意が妨げとならない限り、矯正され得よう。

これらの者の中で正に筆頭の地位に置かれるべきなのが本書の著者ヨハネス・ウェアルスである。というのも、この著者は、無数の巻数を費やし他の道德神学者やスコラ学者等によって良心について教示されている事柄を要約し、アルファベット順で、天上と地上の法廷の注意すべき相違を一望の下に教示しようとしたからである。その著書はこれまでドイツでは稀覯本であり、高額の代金と引き換えでなければ手に入らなかった。しかし、その有用性は多くの人々によく知られていたのも、我々地元の書籍商で学術界の援助にこの上なく尽力しているイエレミアス・シュライ氏に、同書を新たな一層明瞭な活字で、そしてもちろんより便利な判型で公刊しようとの希望が生じた。その一方で、氏は、企てに取り掛かる前に、この仕事が学術研究にとって有益と考えるか、無益と考えるか、私の所見を求めた。確かに、年齢や揺るぎない知見によって秀で、より洗練された判断でこの仕事を引き受けたであろう別の判定者を氏が選ぶように勧めたほうがよかったかもしれない。しかし、氏が私の見解を求めたとき、私は、氏の希望をなおざりにしようとはせず、それどころか、本書について私の考えるところを遠慮せず述べた。すなわち、本書は、我々の法学にとって一見して有害である上、福音主義者の土地で擁護者を見出すのに相応しくないように思われる、と。

後者について言えば、歴代教皇の道德神学がその背景に何を有しているのか周知のことであり、それによって良心の放棄が生じている。多くの仮説は、十分に有効な論拠に基づいておらず、それどころか、ほとんど誤っているといってもよい論拠に基づいている。繰り返し教え込まれる第一のものは、大罪と小罪の違いであり、これを補うのが、個々の罪を成り立たせる義務、そして最後に、罪の違いに応じて様々な告解に臨む者たちに課される務めの実践がそれに続く。更に、原罪が真に罪であることが分かっていないため、内面の衝動を最初に発端の衝動と呼び、それらの衝動を汚名なしに放免し、良心がそれらによって汚されることはない主張することで、そこから無数の帰結がもたらされている。そのような人々にとって、十分に確実な原理は存在せず、如何なる場合も、聖書に立ち戻ることはまれで、他の諸博士の意見や権威に頼ることが極めて多い。実際、たった一人の神学者によって擁護された見解でも蓋然的である

と信じている。他方、彼等からすれば、その蓋然的なるものが、良心の法廷でもまた正しくあるいは許容される。私が嘘をついていると思われぬように、彼等の中で道徳の分野で著名な博士の見解を紹介しておく。それはトマス・ウルタド [Thomás Hurtado (1589-1659)] の見解で、彼は『道徳問題解決論考集 Tractatus varii resolutionum moralium』論考10第3章[への補遺第33番]で、「たとえ一人の博士であっても、思慮と知識において秀で、その見解を裏付けているならば、私が何か主張を提示するための外的な原理として十分であり得るし、その主張の論拠が別様に解明されていようとも、ここで今それを実践することが許される」と結論づけている。彼等は、このような蓋然性に留まることなく、あなたは驚くであろうが、あなたがより蓋然的な反対意見をたとえ信じていても、蓋然的な意見に与するならば、あなたの良心は汚されないと解している。このような奇怪な意見は、今からほんの数年前にパルマの神学者フランキスクス・ボルダヌス [Francesco Bordonì (1595-1671)] によって公にされた『より蓋然的な見解との競合する蓋然的見解の砦 Propugnaculum opinionis probabilis in concursu probabilioris』との表題の論考全体を以て擁護されている。確かに、そのようにして良心が如何に軽率で思慮を欠いた仕方であっているのか、ローマカトリックの人々の間でさえ、決して少なくない人々が指摘しており、中でも傾聴に値するのが、ルドウィクス・モンタルティウスの『イエズス会士の道徳論と政論に関する田舎宛て書簡集』である。蓋然性というこの不毛な母親からは、ラウレンティウス・ア・ドリプト [Lorenz von Dript (1633-86)] が洒落た小著『改革者の神学的政治的な反十戒 Antidecalogus theologico-politicus reformatus』で開陳したような不幸なものしか、子として生まれなかった。なぜなら、人間の気質が不一致に至りがちで、各人が自分自身をたのむのは自然である以上、道徳神学の諸博士からは極めて多様な諸見解がもたらされ、その結果、良心をめぐり、いつかどこかで擁護者に出会えないような問いはほとんど生じないようになる。このような擁護者の権威から得られるあなたの良心の砦はいかに平和然としていることか。このような理由から、ザルツブルクの神学者ヴィルヘルム・ヴェンドロックは、モンタルティウスの第五書簡への補注第3部第5節で、「蓋然説全体の中でこの上



なく有害なのは、完全な不信心への極めて広い入口を開いたことである」と指摘している。この同じ著者は、続く箇所で、蓋然の見解のあらゆる効能を長々と取り上げると同時に、それらの効能を徹底的に排斥している。

とはいえ、本書の著者がこの地での再度の出版に相応しくないと解されるべき理由として、以上の点で十分であると私は考えたわけではない。というのも、この著者は、蓋然性という前述の考えの魔力に屈して、良心の法廷で何でも正しいと言い張る多くの人々の一人ではなく、健全な見解に与し、珍奇ではなく多くの人々に是認されている見解に従っているからである。一方、彼の信仰上の諸前提から本書に書き添えている点も、注意深い読者を含め、安んじて読み飛ばせないような障害ではない。なぜなら、反対の信仰に身を捧げている論者等を是認する書物全てを排除し、あるいは、少なくとも削除訂正すべきと考えるほど（それらの書物に見出される我々の側の著作はきっとそのような断罪の憂き目にあうであろうが）、我々の側に信仰への不安があるわけではなく、それらの書物からは、別の場合には反対のことが生じることに慣れているとはいえ、真理のより明るい輝きが我々に届き、そしてまた、如何なるときも損なわれることのない真理の栄光が我々に立ち現れることもあるからである。

私に残された仕事は、この再刊の一つ目の障害を同じように取り除くことである。再刊が訴訟当事者等の良心にまで非難が及ぶような法の運用を裁判官等に推奨するとすれば、確かにそれによって我々の法学が非難されるように見えた。もちろんキリスト教国家において正義は一つでなければならず、それは神の意思に由来するのであり、逆に、そのような正義に当たらないものは徹底して排除されるべきものとも思われた。言うまでもないことだが、もし外的法廷で正しいことが良心の法廷において不正ということになれば、法律家等と並んで多くの神学者も与する「市民法は良心の下に拘束する」との主張は虚偽となろう。決してそうではなく、我々の法の敬虔さが不変であること、その良心との結びつき、そしてまた、それにもかかわらず、外的法廷と内的法廷の相違が一定の仕方です容されねばならないことを、簡潔に我々の法のため以下に示すことにしたい。

抽象的に良心の法廷について問われるならば、市民法による定めへの顧慮を

欠いても確かに問題はない。この場合、市民法によって定められたのとは別の事柄が良心において正しいとされ得ることを否定する者はなかろう。なぜなら、それが神の命ずるところに反しない限り、理性の簡明かつ単純な命令が尊重されるべきであり、何かがその命令に合致するならば、それが良心において正しいことに疑問の余地はないからである。また他方で、市民的権能を介して反対行為の禁止を伴う規定がその行為に適用されるならば、それは良心において正しいけれども、外的法廷では、君主によって定められた法律に照らして、その反対が正しいとあなたは主張することだろう。しかし、具体的にローマ市民の良心を同じ行為について吟味しようとすれば、「ローマ市民は法律より前に良心において罪を犯していないが、当該事実に関する立法後には、良心において罪を犯している」と言わざるを得ない。相異なる正義が生じるように見えるのは、ある時代にはそれが正しく、別の時代には正しくないからである。実際、裁判所で審理されることになる行為全てに永続的な道德性が備わっているわけではない。というのも、市民的な行為は、ほとんど全て、命令者の恣意に左右されるからである。もしこの点に留まるならば、行為の正当性は、外的法廷ではなく、内的法廷においてのみ引き出されねばならないことになる。これらの行為について私は敢えて、「君主の望むところが、この世の裁判と並んで良心の裁判においても法律の効力を有する」と言おう。使徒〔パウロ〕が我々に良心故の君主に対する恭順を課している以上〔*Epistula ad Romanos*, 13,1.〕、君主の命令が良心を縛ることを誰が否定するであろうか。しかも、これらは全て、人定法ではなくむしろ神法の力に基づいており、この力が、人定法に不可侵の重みと權威を付け加えている。従って、神法や自然法によって定められておらず、人定法の規定に委ねられている全ての事柄に関しては、二つの法廷が対立するのではなく、外的法廷において立法者が認めているのと同じことが、何らかの道德的必然性に基づき良心をも義務づけ、良心の法廷においても同様の判断を得ることになろう。

以上の通りであるとすれば、一層望ましいのは君主の明示的な命令や禁止である。というのも、そこから君主の真剣な意思が明らかとなり、それは直ちに臣民等に服従の義務を課し、そのような強力な結び付き故に臣民等の良心をも

縛るからである。これに対して、君主の考えが法律によって明示されただけで、行為する単純な義務を市民等に免じ、反対に行為する自由を禁じてはいない場合、外的法廷においては、そのような法律を遵守せずとも行為が無効とされることはないという事態しか生じ得ないから、それによって良心に束縛は生じない。そして、このようにして両法廷の相違が生じるように見えるが、それは真の相違ではなく外面上の相違にすぎない。なぜなら、世俗の立法者は、良心が正しいと述べるところと同じことを不正であると定めたのではなく、国家の不利益と訴訟の回避のために、その行為に助力しないだけで、その内的正義と本性乃至道徳性に委ねているからである。この事情を説明するには以下の二つの例で十分であろう。まず、ローマ法は裸の合意から訴権を発生を認めなかったが、だからといって、合意の順守を不正とみなしていたわけでは決してなく、それどころか、そこに潜んでいる自然債務を是認し、合意された債務の相殺を許し、弁済されたものの返還請求を許さなかった。次に、方式不足の終意処分を為す者は訴権を生じさせられないと我々の法に定められているけれども、良心は反対のことを求め、大半の人々にとってそれが望ましい。そして、我々の法も良心の求めを退けず、そこに記された通りに、死亡者の意思に基づき相続人や受遺者に報いることを決して禁じてはいない。何れの場合も、ただその執行を拒んでいるだけで、それは、国家における不正を阻止し、当事者が、法によって予め定められたところにより、自分の財産の所有権を移転したり、最後の言葉を、自由な筆によるとはいえ、予め定められた確実で疑念の生じない方式によって表明できるようにするためであった。従って、両法廷において、執行は一つではなくても、正義は一つである。それ故また、この執行に関する限り、両法廷の区別は残存する。

その道徳性を人定法の追加以前に獲得する諸行為、あるいは、神法や自然法から命令され禁じられている事柄に関しては、外的法廷において別の正義が認められるのかとの問いは無益で不敬であろう。というのも、この種の行為は人定法の対象ではないので、それらの行為に別の正義が持ち込まれることはあり得ないからである。もし実際に、神の命令に反して、市民の過ちも伴わず、君主がキリスト教徒ならばそのようなことは決して想定され得ないとはいえ、何

かを定めたならば、その事実は残されても、人定法に権威を付与する神の法は  
この場合徹底して抵抗するはずであるから、事実には如何なる意味も伴わない。  
それ故、外的法廷と内的法廷の真正な違いは、国家の法律の許しに基づきあれ  
これと行為することの不可罰性の内にそれを探さない限り、やはり欠けている  
ことになる。しかし、そのような許容が、法律を作るわけではないし、まして  
や、市民法に従っていないその行為を正当とみなすこともない。何らかの許容  
事項や立法全体が過ちであるという点から、妻と自由に離縁する権利をユダヤ  
の人々に認めたことでモーゼ [Liber Deuteronomii, 24, 1.] が同じく非難され  
るべきであったのだとしても、それが良心に反することは後に救世主が教示し  
ている [Evangelium secundum Matthaeum, 19, 7-9.]。

以上から後に残されているのは、裁判において判定されるべき行為への成文  
法の適用をめぐる相違である。しかも、ここでは、両法廷のめぐる周知の区別  
がひとときわ目につく。それは、予め定めた全ての場面に上手く当てはまり、良  
心ともぴたりと調和している我々の法の落ち度ではなく、訴訟当事者の心の奥  
底の考えを探索できる裁判官の欠如に由来する。そもそも、裁判官は、事件の  
審理に、人間の賢慮で努力できる範囲で臨むならば、神法と人定法何れの下で  
も許される。むしろそうであるからこそ、他人を放免する裁判官は、たとえ良  
心が損なわれて放免された者が裁判から立ち去るとしても、良心において安ん  
じていられる。確かに、裁判官は内面や隠された事項を判断できないし、教会  
自身もまたそうであるが、神は、見過ごされ追及され得ない事柄を自らの判断  
に留保したと考えられ、さしあたり罪びとを良心の法廷に委ねているのである。  
ごく簡単な例を用いてこれを証明しよう。未成年者に金銭を貸し付けた者が、  
その金銭が未成年者の利益となることを証明できないならば、外的法廷では、  
証明の欠如故に何も得ることはない。他方、その未成年者がそこから何らかの  
便益を得たと感じていたならば、免責されることで良心を損なうことになろう。  
弁済によって父の債権を自らの下に得て保持する者が、弁済を知らない息子を  
あらためて訴えたならば、勝訴するであろうが、良心を損なうであろう。顧客  
に良心に反するような過酷な行為を教示し、彼等に不正な勝訴をもたらす弁護  
士等についても同様である。以上から明らかな通り、外的法廷において足りな

いのは、正義でも法でもなく、証明なのであり、法律家〔パウルス〕も学説彙纂第26巻第2章「遺言後見について」第30法文において同じように指摘している。また、訴権を与えない場合に常に我々の法が不正であると非難されるべきいわれもない。なぜなら、我々の法は、何れの市民にも善き行いを期待し、それを為すべく王権の手で常に強いるわけではないにせよ、多くの場面で自らそのように立ち振るまう自由な裁量の余地を残しているからである。それどころか、我々の法は、良心に反する何かを犯さないように、自らに残された自由を行使する者を称えているからである。その見事な例が学説彙纂第18巻第6章「売却物の危険と便益について」第1法文第3節に見出され、ゴトフレドゥス〔Denis Godefroy (1549-1622)〕はこの法文に次のように注記している。すなわち、「法律家〔ウルピアヌス〕のこの助言は私の見るところ非常に入念なもので、これを思い起こすたび、法律家と善き人の間に全く違いはなく、要するに、衡平と善へと立ち返る限り、我々法の専門家の職務こそ天国に至る最も確実な道であると全く大胆にも言いたくもなる」と。仮にそのように言われるならば、それは、衡平の法廷を支える良心に法を適合させ、それらに国家の幸福と安全が結び付けられるようにするためである。良心と調和しない我々の法の正義のためにも多くの点が明らかにされて然るべきであったが、紙面の少なさが私にそれを禁じている。それを望まれる方は、メウィウス〔David Mevius (1609-70)〕氏の『万民共通の法学への導入Prodromus jurisprudentiae gentium communis』考察3、6、7を参照されたい。逆に、市民法に由来する良心の戒めそのものについては、サンデルソニウス〔Robert Sanderson (1587-1663)〕の『良心の義務に関する論考Tractatus de obligatione conscientiae』を参照するとよい。

以上から、あらゆる行為においてまずは良心を吟味し、その上で、この良心を、堅固な支えとなる城壁として、裁判官の下で自らの権利を追求する試みがどれだけ有益で必要であるか、自ずと明らかとなる。この点が人間によって企てられる悪行故にしばしば軽んじられることがあるとしても、過ちに満ち自分自身を氣遣う魂を世俗の法廷から家に持ち帰ったり、正義の盾の下で無知な相手を欺いたりすることなく、全ての行為において聖なる良心の法廷を畏怖させ

るべく、その著作によって読者を手引する人々はその労力と油を決して無駄にすることはない。本書の著者は十分に簡潔にそして力強くそれを成し遂げており、それ故、そう呼ばれて自惚れている道德神学者等の他の無数の著作に先んじて、法の崇拜者に特に読まれ推奨されるべきである。これを読むにあたって、あなたが、健全であると同時に敬虔な心を抱き、もう一つの目で、神の御心、この上なく確実な良心の規範に常に向き合ったならば、あなたの良心や努力はもとより、諸法廷や公共善全てのために、極めて望ましい仕方でも寄与するであろうことに疑念の余地はない。この努力はあなたにとって望ましくないはずはなく、もしそうでなければ、助言者たる使徒〔パウロ〕の言う良心の証からもたらされる誇り〔Epistula secunda ad Corinthios, 1, 12.〕も望ましくないことになる。あなたへの評価は、良心に傷がなければ、損なわれずに保たれるであろう。しかし、良心が損なわれるならば、悪しき手段で得た名声の忌まわしい果実が一体何になるというのか。もし良心に従って生きることを不注意な民衆が不名誉と考えたとしても、善き人々は、たとえわずかしきいなくても、同じようには考えないであろうし、事物の最高の裁き手もまたそうであろう。この裁き手の意に沿うならば、この世に歓迎されなくても害はない。ご機嫌よう。フランクフルト・アン・デア・オーダーにて、贖われたこの世の1678年2月6日記す。

【付記】 本稿は2023年度特別研究休暇による研究成果である。