

《論 説》

定期金負担物の滅失

——学説・教皇令・実務—— (1)

藤 田 貴 宏

特定の不動産に設定され売却される定期金は、当該不動産（定期金負担物）が生み出す収益を原資として弁済される。そのため、この「物的」な定期金の売買に黙示の抵当を読み込み、定期金負担物を抵当目的物と捉える見解が唱えられた。先に「物的定期金と抵当権」と題して検討した通り¹⁾、その代表的論者ディエゴ・デ・コバルビラスDiego de Covarrubias(1512-77年)によれば、定期金売主の人的債務と定期金負担物の物的負担との間には、主たる債務と抵当に準じた主従関係が認められ、たとえ定期金負担物が失われても、主たる債務である定期金債務は存続し得るとされる。天災等によって土地が不毛となったり、建物が倒壊したりするなど、定期金負担物はその価値を失ってもなお売主自身は定期金弁済の義務を負い続けるとなれば、あくまで人的債務が定期金の核心であって、定期金負担物の確保は債権者の便宜を図る手段でしかない。それ故、定期金負担物を伴わない「人的」な定期金も許容されて然るべきだということになる。しかし、定期金負担物滅失後の定期金債務の存続、あるいは、人的定期金の許容については、依然異論も多く、それを裏付けるかのように、物的定期金のみを許容し、定期金負担物の滅失による定期金義務者の免責を明言した教皇令（1569年）も発せられた。この教皇令発布の前後から17世紀前半にかけての学説の動向を、教皇令の運用実務と共に概観することが本稿の課題である。

1) 拙稿「物的定期金と抵当権」（獨協法学第114号）のⅡ参照。

I

コバルビアスは、『教皇法、王国法、皇帝法の種々の問題解決集全三卷 Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum libri tres』(1552年初版。以下『問題解決集』と略称)の第3巻第7章第5番において、黙示の抵当を物的定期金の売買に読み込み、定期金負担物の滅失後も売主の人的債務が存続する旨主張し、この点を人的定期金が許容される論拠の一つと位置づけた。このコバルビアス説に対する最初の本格的な論駁は、ポルトガルの法律家アルバロ・バス Alvaro Vaz(1526-93年)の『永借権問題集 Quaestiones iuris emphyteutici』(1569年初版)に見ることができる。この著作は、表題の通り、直接には「永代賃借 emphyteusis」をめぐる様々な論点を包括的に検討するものであり、永代賃借と定期金の相違も論点の一つであった(問題32)。当時、現物の定期給付や定期金の趣旨で用いられていたラテン語〈ケンスス census〉は、極めて多義的な語句であったため、バスは、永代賃借との相違の解明に先立って、その語義を整理している。それによれば、〈ケンスス〉は、「資産の評価 aestimatio patrimonii」、評価を経た「資産 patrimonium」や「財産 substantia」そのもの、評価に値する資産の所有者、そして、「君主 princeps」あるいは「国庫 fiscus」に納付される「租税 tributum」といった古代ローマ以来の語義²⁾に加えて、二つの意味で用いられているとされる。その一つは、「たとえ相手方が君主よりも下位の者であっても毎年支払われるもの quod annuatim praestatur alicui etiam inferiori a principe」という意味で用いられる場合である(問題32第6番)³⁾。カノン法源上、司教区内の教会から「服属の記憶として in recognitionem subiunctionis」司教に納付されるもの⁴⁾、聖堂等の「寄進創設により ratione foundationis」いわゆる「保護権者 patronus」が受領

2) Quaestiones iuris emphyteutici, 190.v.-192.r. 引用は1569年リスボン刊初版による。

3) Quaestiones iuris emphyteutici, 192.r.-v.

4) Ex. 3, 36, 6.

するもの⁵⁾、その他、「正当な諸原因に基づいて*ex iustis causis*」支払われるものを指す<ケンスス>⁶⁾がこれに相当する⁷⁾。

これに対して、もう一つの用法によれば、<ケンスス>とは、「目的物が、誰かに対して、完全に、つまり、受領者に上級下級双方の所有権が移転するような仕方で譲渡あるいは売却され、少額の年金がかつての所有権の記念として旧所有者に留保されるような種類の契約*quaedam species contractus, quo res alicui datur, vel venditur pleno iure, hoc est, ut in accipientem transeat tam utile quam directum dominium, retenta modica pensione annua antiquo domino, in memoriam pristini domini*」、あるいは、そのような契約に基づく「支払*pensitatio*」それ自体を指すとされる(第7番)⁸⁾。パス自身は、「<ケンスス>という語をこのように私人である誰かに対して履行されるべき一定の給付と捉える理解や解釈は不当である*haec acceptio et significatio verbi census, pro certa quadam pensione quae alicui privato solvitur, impropria est*」と考えている。財産の「評価」や「租税」といった<ケンスス>の「真の語源*vera aethymologia*」や「本来的語義*genuia significatio*」からかけ離れているというのがその理由である。ただし、この不当な用語法は、各地の実務の下で一層錯

5) Ex. 3, 38, 23.

6) Ex. 3, 39.

7) <ケンスス>の語義については、コバルビアスの『問題解決集』第3巻第7章第1番やシャルル・デュ・ムーランCharles Du Moulin(1500-66年)の『パリ慣習法逐条注解第二部*Secunda pars commentariorum analyticorum in consuetudines Parisienses*』(1558年初版)第2章表題注釈第7番から第20番で既に詳細に検討されており、パスの議論の大半は、両者の成果の利用したものである。例えば、別書*Liber extra*第3巻に見られる<ケンスス>の用法に関わる一節は、デュ・ムーラン(『禁書目録*Index librorum prohibitorum*』の全著作禁止対象者であったため「当世パリ人*Modernus Parisiensis*」と名を伏せて引用されている。「物的定期金と抵当権」注63参照)の上記注釈第18番(*Secunda pars commentariorum, v.r.*)がそのまま採録されている。デュ・ムーラン及びコバルビアスによる<ケンスス>の語義分析については、拙稿「定期金の概念と類型(1)」(獨協法学第85号)35頁以下参照。

8) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 192.v.

綜した形で流布していた。その例として、バスがまず挙げているのは、「フランスにおける〈ケンスス〉census in Francia」(「サンスcens」)である。「フランス人の間や、フランス全域において、〈ケンスス〉契約と解されるのは、要するに、ある土地の下級所有権が毎年一定の永続的な地代と引き換えに移転される場合に他ならず、当該地代が〈ケンスス〉と呼ばれており、上級所有権と領主権が留保され、譲渡に際して承認礼金が義務づけられている*apud Gallos et in tota Francia aliter accipitur contractus censualis, quando, videlicet, utile dominium certi fundi transfertur sub certa annua et perpetua pensione, quae appellatur census et retinentur dominium directum, et iura dominicalia, et laudemia debentur de alienationibus*」というのである。このフランスの〈サンス(賃租)〉は、慣習法上の「領主権*iura dominicalia*」に関わる諸準則に服する点を除けば、市民法上の永代賃借による永借料とほとんど変わらず、「下級所有権*utile dominium*」のみが移転される点で、「下級上級双方の所有権*tam utile quam directum dominium*」の移転を伴う〈ケンスス〉の用法とは一致しない。

更に、バスによれば、「誰かが自ら保有する不動産の上に永続的かあるいはは期限付きで買戻特約を伴い相手方のために年金を設定し、代金を受領する場合もまた〈ケンスス〉契約と呼ばれる*etiam quando quis super re sua propria immobili pensionem annuam perpetuam, vel ad tempus cum pacto de retro, alteri constituit, pretio accepto appellatur contractus census*」とされる(第8番)⁹⁾。「スペイン*Hispania*」において「極めて頻繁に見られる*frequentissimum est*」とされるこの意味での〈ケンスス〉(〈センソ*censo*〉)こそ、本稿で扱う物的定期金に他ならない。土地所有権の移転を伴わない点で、先ほどの〈ケンスス〉とは異なるが、これら二つの〈ケンスス〉を一括して捉えるのがバスの立場である。「ある者が自らの不動産に〈センソ〉を設定した*alguno pusiere obre su heredad algun censo*」場合について定めるトコ法*Leyes de Toro*(1505年)の第68条に関して、アントニオ・ゴメス*Antonio Gómez*(1501- c.1570年)

9) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 193.r.

の『トロ法に関する卓越した講述Opus praeclarum et commentum super legibus Tauri』(1552年初版)の同条注釈第2番は、「直ちに引き渡され支払われる代金に加えて、永続的に相手方に支払われるべき一定額の地代と引き換えに、相手方から不動産を上級及び下級の所有権と共に完全に受領するrem immobilem pleno iure cum domino directo et utili ab alio recepit pro certo pretio statim dato et soluto, et insuper pro certa annua pensione in perpetuum ei praestanda」者と、「自ら保有する不動産について、有償か無償かは問わず、永続的または期限付きの<ケンスス>や何らかの年金を相手方のために設定するin re sua propria immobili aliquo pretio vel gratis constituit alteri censum et aliquam annuam pensionem in perpetuum vel ad tempus」者とを、共に、「<ケンスス>義務者censuarius」と呼んでおり¹⁰⁾、バスもこのゴメス説を引用し支持している。

しかし、<ケンスス>は、既にふれた通り、その語源に相応しい呼称とは言い難い。そこでバスは、不動産の所有権の完全移転と引き換えに旧所有者に支払われる<ケンスス>を、「土地レディトゥスredditus fundarius」、元々保有する不動産から他人に<ケンスス>を支払う約定を、「レディトゥス設定契約contractus constitutionis reddituum」とそれぞれ称する用語法を「より適切melius」であるとしている¹¹⁾。これらは、バス自身も指摘する通り、<土地定期金(土地ラント)rente foncière>と<設定定期金(設定ラント)rente constituée>を区別する「フランス人Galli」の用語法に対応する¹²⁾。既にコバル

10) Opus praeclarum, 271.v. 引用は1552年サラマンカ刊の初版による。なお、トロ法第68条については、前掲「物的定期金と抵当権」注65参照。

11) Quaestiones iuris emphyteutici, 193.r.

12) バスは、フランスにおける土地定期金と設定定期金の区別に関して、ピエール・ルビュッフィPierre Rebuffi(?-1557年)の『フランス王令注解集第二卷Secundus tomus commentarorum in constitutiones regias Gallicas』(1555年初版)で提示された合計14の相違点にも言及している。ただし、ルビュッフィは、土地定期金(土地ラント)を、上級所有権を留保した「土地領主dominus fundarius」が収受する賃租(サンス)と一括して扱っているため、設定定期金との相違として言及される点のほとんどは、定期金不払の制裁としての「罰金emenda」や土地没収、土地譲渡時の「承

biasも、「一般に他人の物の上に設定され購入される年単位の<レディトゥス>を<ケンスス>と称するのは不当であり、教会法規が用いる表現の適正な理解にもそぐわない*non proprie, nec ex recta dictionis significatione etiam, qua canones utuntur, hos annuos redditus, qui vulgo super rebus alienis constituti emuntur, census appellari*」と述べて¹³⁾、一貫して<レディトゥス redditus>を用いていた。一方、バスの態度は、コバルディアスほど徹底しておらず、「カノン法学者に共通の言い回し*communis modus loquendi canonistarum*」や「スペインの用語法*Hyspaniae locutio*」に対しても一定の理解を示している。「レディトゥス設定契約」の有効性の根拠となるべき「教会法規*canones*」において、<ケンスス>が、<レディトゥス>とは特に区別されずに用いられていることが、そのような妥協的態度の主たる要因であった。

いわゆる普通追加教皇令集*Extravagantes communes*の第3巻第5章に「売買について*De emptione et venditione*」との表題で収録された二つの教皇令、すなわち、マルティヌス5世がトリニア、リユーベック、オルミュッツの各司教に宛てた教勅(1425年6月)、及び、カリクストゥス3世がマクデブルク、ニュルンベルク、ハルバーシュタットの各司教並びに聖堂参事会長に宛てた教勅(1455年5月)は、司教や世俗領主等によって、「聖職禄*praebenda*」等の名目で「年単位の<ケンスス>*annui census*」が「都市及び司教区*civitas et dioecesis*」(前者の教勅ではプレスラウ*Vratislaviensis*、後者の教勅ではメルゼ

認礼金*laudemia*」の有無といったように賃租との区別に関わるものにすぎない。また、「定期金義務者は、上級所有権も譲り受け済みで目的物について自由に処分できるため、目的物の領主に無断で売却しても、それを没収されることはない*censuarius vendens rem irrequisito domino non privatur illa re quia postquam translatum est etiam directum dominium in eum, libere potest de re sua disponere*」(*Secundus tomus commentarorum*, 422.引用は1555年リヨン刊初版による)といった一節は、確かに、賃租ではなく土地定期金に当てはまるが、定期金権利者に無断で定期金負担物を売却できるという点では、設定定期金における定期金義務者も同じであり、両定期金の相違点とは言えない。

13) *Variae resolutiones*, 196.r. 引用は1552年サラマンカ刊の初版による。

ブルクMersburgensis)の人々に売却され支払われてきた「慣習*consuetudo*」をめぐり争われた事案について発せられた。そこでは、「この種の売買契約*contractus emptionis et venditionis huiusmodi*」が「正当で普通法に合致する*licitos, et iuri communi conformes*」ことが確認され、「当該<ケンスス>の売主がその弁済へと教皇の權威に基づき義務づけられる*ipsorum censuum venditores ad illorum solutiones obligari auctoritate Apostolica*」とされている¹⁴⁾。これらの教皇令には、「ポーランドの貨幣で一プラハマルク乃至グロッシェンかそれ以上の年単位の<ケンスス>を売却した*vendidit annuos census unius vel plurium marcarum aut grossorum Pragensium nummi polomaei*」との一節、あるいは、「当地で流通している貨幣でマルク、フローリン、グロッシェンによる年単位の<レディトゥス>あるいは<ケンスス>を売却した*annuos marcarum, florenorum seu grossorum monetae in partibus illis currentis, redditus seu census vendentes*」との一節が見られ、バスも指摘する通り(第9番)¹⁵⁾、「金銭で弁済が為されるとの条件付きで*ea adiecta conditione, ut in pecunia solutio fiat*」の<ケンスス>乃至<レディトゥス>の売買が想定されているのは明らかである。この教皇令の用語法に倣い、主として有償で取得され金銭で弁済される定期給付という趣旨で、<ケンスス>と<レディトゥス>を互換的に用いる論者が、バスを含めて、むしろ多数派であった。本稿もこれに倣い、両概念を区別せず、「定期金」を訳語として用いることにする。

II

バスのコバルビアス説批判は、上記二つの追加教皇令*extravagantes*を最大限尊重し、その趣旨に依拠する形で展開される(第10番前段)¹⁶⁾。まず、論じら

14) *Extravagantes tum viginti Ioannis Papae XXII tum communes*, 278-282. 引用は1582年ローマ刊のテキストによる。これら二つの追加教皇令*extravagantes*の訳語は本稿末尾の「<付録資料>定期金売買に関する教皇令」参照。

15) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 193.v.

16) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 194.r.-v.

れているのは人的定期金の設定乃至売買の可否である。コバルピアスは、「特定の土地や物の上に*super certis fundis, aut rebus*」設定される物的定期金の売買のみを許容する見解が多数説であることを認めつつも、「年単位の定期給付は、たとえそれが金銭で弁済され、買戻特約付きであっても、人的債務としてのみ設定可能*annuum reditum etiam pecunia solvendum, etiam cum pacto redimendi, constitui posse solum obligatione personali*」であり、そのような人的定期金を購入しても「*微利usurae*」には当たらないとする少数説に与していた（『問題解決集』第3巻第7章第5番）¹⁷⁾。これに対して、バスは、「コワッルウィアス氏が擁護している反対説は、危険であり、前述の追加教皇令におけるカノン法の許容内容に照らし排斥されるべきものと解される*tanquam periculosa et a permissione iuris canonici in praedictis extravagantis deserenda videtur contraria, quam defendit dominus Covarruvias*」と述べている。人的定期金を否定する多数説の強力な後ろ盾となっていた二つの追加教皇令について、「契約締結の一般的慣行*communis usus contrahendi*」に言及しているにすぎないと見なし¹⁸⁾、物的定期金を想定した文言に法的な拘束力を認めなかったコバルピアスとは対照的に、定期金売買の対象を物的定期金に限定する法源として両教皇令を捉えるのがバスの立場である。両教皇令には、例えば、「自らの財産、領地、町、土地、農地、土地、建物、世襲財産の上に*super bonis suis, dominiis, oppidis, teris, agris, praediis, domibus, et haereditatibus*」、あるいは、「当該契約中には、その場合、年定期金の弁済のために永続的に負担を課される財産が明示される*bonis in ipso contractu tunc expressis, propius census annui exsolutione in perpetuum obligatis*」、あるいは、「負担を課された保有地や財産が完全に滅失し破壊され*possessionibus et bonis obligatis penitus interemptis seu destructis*」、といった一節が見出される。これらの文言によって、追加教皇令は、「常に繰り返し、土地や建物、世襲財産について定期金が約束される点にとりわけ注意を促しており、理由なくそうしたとは信

17) *Variae resolutiones*, 198.r. コバルピアスが依拠した少数説の典拠については「物的定期金と抵当権」I参照。

18) *Variae resolutiones*, 199.r.

じがたいinter alia, illud semel, et iterum commemorant, quod super praediis, domibus, hereditatibus, reddiutus promissi sint, quod non temere factum credendum est」し、「単に人的な債務にふさわしからぬin solam personalem obligationem non cadunt」それらの文言こそ「尊重されねばならない expendenda sunt」というわけである。

また、バスは、人的定期金の許容によって「微利行為の余地が極めて広範に及ぶことになるlatissimus pateat campus usuris contrahendis」とも指摘する(第10番中段)¹⁹⁾。バスが危惧しているのは、「高利貸しが、金銭を渡し、誰かから年定期金を購入したと言い張って、ただ合意の名称を変えるだけで、微利行為の汚名をたやすく回避するfacile faeneratores data paecunia, se emere ab aliquo annum censum paecuniarum dicent, et usurariae labis notam fugient, solo nomine conventionis mutato」という事態である。同様の危惧は、既に、マルティン・デ・アスピルクエタMartín de Azpilcueta(1492-1586年)が、『微利注解Comentario resolutorio de usuras』(1556年初版)の中で表明しており、バスもこれを参照している。アスピルクエタは、もし人的定期金を許せば、「利息付きで人的債務を負うように自らの人格について同じだけの定期金を設定し、質や保証も伴わず利息付きで貸し付けるように人的な定期金を購入するのが 当たり前になるcomunmente quien obliga su persona a la usura, tambien constituyra censo de otro tanto sobre su persona: y quien presta a usura sin prendas y fianças tambien comunmente comprata censo personal」として、人的定期金を認めない「通説la comum opinion」を支持した²⁰⁾。生地に因んで「ナ

19) Quaestiones iuris emphyteutici, 194.v.

20) Comentario resolutorio, 46, n.97. 引用は1556年サラマンカ刊初版による。同書は、教令集第2部事例14問題3の第1節(「汝が人に微利を為すならば、つまり、汝の金銭を貸し与え、貸し与えたものよりも多くのものをその者から受領することを期待し、また金銭だけではなく、小麦、葡萄酒、オリブ油その他何であれ、与えたものよりも多くのものを受領することを期待するならば、汝は微利者であり、この点において、非難されるべきであり、褒められるべきではない。Si foeneraveris homini, id est, mutuum pecuniam tuam dederis, a quo aliquid plus, quam dedisti,

バラの博士doctor Navarrus」と呼ばれたアスピルクエタは、ポルトガル国王によってコインブラ大学に招聘されるまで、サラマンカ大学で教えており、コバルビアスの師の一人であったが、人的定期金の売買の可否について、師弟の見解は分かれたことになる。

更に、人的定期金に対する裁判実務の消極的態度にもバスは言及しており、「一定額の金銭と引換えに年定期金を誰かから、その人的な債務のみで満足して購入するような合意が法院に持ち込まれるならば、間違いなく、徴利行為と判示されるであろう*si in Senatu talis conventio proponatur, qua pro certa quantitate paecuniae emit quis census annum paecuniarum ab aliquo, sola ipsius obligatione personali contentus: dubio procul usuarius eese contractus iudicabitur*」と指摘する(第10番後段)²¹⁾。徴利は魂の救いを直接左右する問題であり、そのような「魂の危機*animae paericulum*」を、定期金売買という隠れ蓑で言い包める「解釈者等の精妙さ*subtilitas interpretum*」が「法廷forum」で通用することはないというのである。バスは、この主張の典拠として、アンドレーア・アルチャートAndrèa Alciato(1492-1550年)の『解答集*Responsa*』(1561年初版)所収の助言を援用している。実際、アルチャートは、定期金売買の契約が「徴利的*foeneratitius*」か否かについて、「魂にとって重大事であるから、文言の皮相ではなくその帰結に注意を向けるべきである*concernente animam, attendimus effectum, non corticem veborum*」と述べていた(助言3第6番)²²⁾。しかし、バス自身も気づいているように、アルチャー

expectes accipere, non pecuniam solam, sed aliquid plus, quam dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quodlibet aliud, si plus, quam dedisti, expectas accipere, foenerator es, et in hoc improbandus, non laudandus.」*Decretum Gratiani*, 1397-1400. 引用は1582年ローマ刊のテキストによる)への注釈として著されている。このカノン法文は、シャルトルのイヴォIvo Carnutensisの『教令集*Decretum*』第13巻第17章から採録され、出典のアウグスティヌスの詩篇第36章注釈についてはペトルス・ロンバルドゥスの『命題集*Sententiae*』第3巻区別37でも言及されている。アスピルクエタの人的定期金否定論の詳細は後述Ⅱ参照。

21) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 194.v.

22) *Responsa*, 8.v. 引用は1561年リヨン刊初版による。

トの助言では、特定の不動産について定期金が売却された事案、つまり、物的定期金の売買が徴利的である旨解答されており、人的定期金はともかく物的定期金についてはその有効性を認めていた通説及び前述の二つの追加教皇令に矛盾する。

通説を支える権威として繰り返し参照されていた教皇インノケンティウス4世(在位1243-54年)の見解によれば、「小麦や葡萄酒その他これに類する定期給付 *aliquem redditum grani vel vini vel alium consimilem*」を購入する契約は確かに「適法 *licitus*」とされている。しかし、そこで想定されているのは、「契約以前に既に設定されていた定期給付を購入する *emit redditum constitutum ante contractum*」場合であって、しかも、そのような売買が適法であるのは、「年単位の定期給付が、それだけの代金で土地を購入した場合に得られたか得ることのできたであろう収益を超えない *reditus annuus non excedat redditum quem haberet vel habere posset si terram de tanta pecunia emisset*」場合のみである(別書第5巻第19章「徴利について *De usuris*」第6節注釈)²³⁾。助言事案の定期金は「新規に *de novo*」設定されたもので、定期金負担物の価値は「代金の4倍にも及ぶ *etiam de quadruplo valore*」ため、このインノケンティウスの見解に与する通説によっても是認されないというのがアルチャートの主張である(助言3第13番)²⁴⁾。

また、アルチャートは、15世紀のマルティヌス5世とカリクストゥス3世の追加教皇令について、「既に成文化され、しかも高位聖職者や敬虔な信仰を有する人々によって遵守されている慣習法 *consuetudo praescripta, etiam per praelatos, et timoratae conscientiae homines observata*」に言及しているにすぎないと解している(同)。聖職禄等が定期金として設定されているような場合、「買主は容易に不法が推定されるような個人ではなかった *emptores non*

23) *Apparatus toto orbe celebrandus, super quinque libris Decretalium et super Decretalium per eum editis*, 196.v. 引用は1548年リヨン刊のテキストによる。このインノケンティウスの注釈については拙稿「消費貸借における擬制と定期金売買」(獨協法学第88号)のⅢ参照。

24) *Responsa*, 9.r.

erant particulares personae, in quibus facilius delictum praesumitur」から、「微利の疑念は生じない cessat suscipio foenoris」が、この種の「地域法ius locale」が許容されたからと言って、助言事案のような私人間の定期金売買にも広く通用するような「一般法ius generale」が認められたことにはならないというのである。二つの追加教皇令との矛盾を回避する論法は、前述のコバルピアスのそれと似ているが、物的定期金の売買さえ微利行為とみなす結論はコバルピアス説の対極にあると言える。物的定期金の買主が取得するのは、「売主に年金を弁済すべく強いる人的な権利ius personale, per quod poterit cogere venditorem ad praestandam sibi annuam pensionem」であって、定期金負担物は「抵当hypotheca」として「人的権利に付け加わったiuri personali accessit」にすぎないと解するアルチャートからすれば（同第4番）、そのような物的定期金の売買は、結局、抵当を伴う金銭消費貸借でしかなく、微利が疑われて然るべき契約であった。これに対して、追加教皇令を尊重し、それらに定期金売買の「一般法」を見出すバスは、物的定期金を許容する通説に与して、微利の疑念が人的定期金にのみ及ぶと考えているのである。

バスは、以上のように人的定期金許容論を退ける一方で、物的定期金が設定される物の範囲については柔軟な立場を採っている（問題32第11番）²⁵⁾。それによれば、「定期金の購入や設定redituum emptio et constitutio」は、特定の不動産のみならず、「相手方の現に有する限りの財産、あるいは、現在及び将来の財産全ての上に super omnibus alicuius praesentibus tantum, seu praesentibus et futuris」も可能とされる。コバルピアスのような人的定期金許容論者からすれば、定期金の売主がその総財産を以て責任を負うこの包括的な物的定期金に敢えて異を唱える必要はない。実際、包括的な物的定期金を許容する論者としてバスが言及するコンラート・ズメンハルト Konrad Summenhart (?-1502年) やデュ・ムーランは、何れもコバルピアスによって人的定期金許容論の先達と見なされていた。まず、ズメンハルトの『契約に関する七部作 Septipertitum opus de contractibus』（1500年初版）では、「不確定な

25) Quaestiones iuris emphyteutici, 194.v.-195.r.

ままただ包括的に表示された財産や権利について定期金が設定される *redditus constituitur in bonis et iuribus incerti, et solum in genere expraessis*』としても、「財産が特定されている場合と同様に、売買目的物、代金、合意が何れも存する *aeque reperitur merx, et precium, et consensus: sicut si bona specificarentur*」以上、徴利の罪を犯したことになることとされる（第4論考問題83結論13）²⁶⁾。

また、デュ・ムーランの『取引、利息、金銭により設定された定期給付、並びに、貨幣に関する論考 *Tractatus commerciorum, et usurarum, redituumque pecunia constituorum, et monetarum*』（1546年初版。以下『取引論』と略称）では、「定期金は特定の土地の上に売却され設定される必要はなく、財産が十分なもので、それらが抵当に服する旨言明され、抵当として十分かつ相応しいものである限り、包括的な仕方では財産上に設定できる *non requiritur reditum vendi et constitutum super certo praedio, sed possit constitui generaliter super bonis dummodo sufficient, et ad bona hypothecata fiat relatio, et sufficiens et idonea sit hypotheca*」としたジョヴァンニ・ダ・レニャーノ *Giovanni da Legnano*(?-1383年)の見解が紹介され、デュ・ムーラン自身も、「弁済原資として十分であり特定の抵当に供される一定の土地の上に新たに設定される定期金を、正当な代価で購入することが許されるのであれば、総財産の抵当を伴い購入することも当然許される *si licitum est iusto precio emere reditus ad hoc noviter constitutos, super certis praediis, ad hoc sufficientibus et specialiter hypothecatis multo magis licitum est emere sub generali bonorum hypotheca*」と述べている（第22番）²⁷⁾。パスは、同旨の典拠として、ロレンツォ・リドルフィ *Lorenzo Ridolfi*(1362-1443年)の『利息論 *De usuris*』（15世紀初頭

26) *Tractatus de contractibus*, 425. 引用は1580年ヴェネツィア刊のテキストによる。
なお、「物的定期金と抵当権」Iの注2も参照。

27) *Tractatus commerciorum*, 9. 引用は1546年パリ刊初版による。パス自身は、デュ・ムーランの名を伏せ（前注7参照）、典拠も明示していないが、「ヨアンネス・デ・リグナノに從う当世パリ人 *Modernus Parisiensis post Ioannem Lygnia [→de Lignano]*」とあるので、この箇所が参照されているのは確実である。

著述、1490年印刷)にも言及しているが、これらは全て、デュ・ムーランやコバルビアスが人的定期金を許容する立場を表明するに先立って整理していた議論²⁸⁾を部分的に利用したものにはすぎない。バスは、ズメンハルトやデュ・ムーラン、そして、彼等に与するコバルビアスとは異なり、人的定期金を許容する一歩手前で踏み留まったことになる。

そこで問題となるのは、包括的な物的定期金の売買が追加教皇令に反しないかどうかである。バスは、定期金の設定や売却の対象を特定の不動産に限定する趣旨に追加教皇令を解釈する論者として、バルトロメ・カランサBartolomé Carranza(1503-76年)、アスピルクエタ、そして、バルテルミ・ド・シャスヌーBarthélemy de Chasseneuz(1480-1541年)の三人に言及している。『諸公会議並びに歴代教皇要覽Summa conciliorum et Pontificum』(1546年初版。以下『要覽』と略称)の中で「年定期金が適法に購入され売却されるための条件 *conditiones, quibus annui census licite emi possunt, et vendi*」を六つ列挙したカランサによれば、「売主は、自らが売却し相手方が購入する何らかの物、例えば、建物や農地その他を表示し明記する必要がある *oportet quod vendens designet, et exprimat rem aliquam, quam vendat, et alius emat, puta domum,*

28) なお、デュ・ムーランは、包括的な物的定期金の許容する典拠の一つとして、フィリップ・メランヒトンPhilipp Melanchthon(1497-1560年)の『道徳哲学摘要Philosophiae moralis epitome』(1538年初版)にも言及している。同書の契約論(「契約について *De contractibus*」)で「定期金を買戻し特約付きで購入される周知の契約は許容されるのか、それとも、徴利となるのか *an usitatus contractus, in quo emitur reditus cum revedendi sit licitus, aut sit usurarius*」を詳細に吟味した箇所には、例えば、「総財産は、割合的に負担に服し、定期金を購入した者が割合的に危険を負担する限り、あたかも特定の物体のように見なされ得る *universa bona possunt se habere tanquam certum corpus, modo ut onerentur pro propotione, et qui accipit reditum sustineat periculum pro propotione*」との一節が見出される(Epitome, 138.)。当然ながら、コバルビアス(Variae resolutiones, 198.r.)もバスも、デュ・ムーランによるメランヒトン引用をそのまま踏襲する危険は冒していない(ルター派の指導者メランヒトンも当然ながら『禁書目録』の全著作禁止対象者の一人であった)。

aut agros et cetera」(第一の条件)とされた²⁹⁾。また、アスピルクエタも『微利注解』の中で、追加教皇令の下で許容されるのは、あくまで「特定の物について sobre alguna cosa cierta」設定される「物的定期金 censo real」に限られる旨注意を促している³⁰⁾。更に、シャスヌーの『世界の偉大なるものの総覧 Catalogus gloriae mundi』(1529年初版)では、「契約自体の中で明示的に売主の特定の財産について定期金弁済の負担が課される *expresse in ipso contractu sunt certa bona venditorum obligata pro solutione reddituum*」ことを定期金売買の有効要件とする立場が追加教皇令の解釈として提示され(第12部考察99末尾)³¹⁾、その解釈は、『ブルゴーニュ公領慣習法注解 *Commentaria in consuetudines Ducatus Burgundiae*』(1517年初版)の増補版(1543年)に取り込まれた(第11章「賃租について *Des censes*」第6条の文言「何らかの財産 *d'aulcune chose*」注釈の追記³²⁾)。

このような追加教皇令の理解に対して、バスは、「定期金の設定乃至購入が一つの物の上に為されようが、総財産の上に為されようが権利の本質に関わるとは考えられない *quoad iuris substatiā non arbitror referre, an super una re, vel super omnibus rebus, constitutio seu venditio certorum reddituum fiat*」と

29) *Summa conciliorum*, 377.r. 引用は1546年ヴェネツィア刊初版による。

30) *Comentario resolutorio*, 47.

31) *Catalogus gloriae mundi*, 327.v. 引用は1546年リヨン刊のテキストによる。

32) *Commentaria*, 360.v. 引用は1543年リヨン刊のテキストによる。注釈対象となっている条文自体は賃租や土地定期金に関するものであるが(「物的定期金と抵当権」Ⅱ参照)、増補された追記 *additio* には、傍論として、追加教皇令を引用しつつ、「契約中に特定されていない総財産を包括的に指示する年定期金の設定もしくは購入は、望ましくもないし法的に是認されることもないが、年定期金購入の契約中に、定期金の担保に供され、あるいは、その弁済の負担を課される特定の財産が明示されている場合には、望ましく法的にも是認される *constitutio seu emptio annui redditus assignata generaliter super omnibus bonis non specificatis aliquibus in contractu non videtur bona nec de iure approbata: sed tamen in casu in quo certa bona sunt expressa in contractu emptionis annui redditus pro securitate illius affectata seu pro solutione obligata*」とある。

し、「教皇の立法 Pontificiae constitutiones」も「この点を区別していない in hoc non distinguant」と主張する。「権利の本質 iuris substantia」をめぐるバスの指摘は、「売買目的物 merx」、「代金 precium」、「合意 consensus」といった「契約の要素 substantialia contractus」が「そこに等しく見出される aequae ibi reperiuntur」が故に、「類に照らしなお許容される ex genere manet licitus」としたズメンハルトの主張³³⁾から着想を得たものであろう。また、物的定期金の売買の目的物は、インノケンティウス以来、広く認知されている通り、そこから受領される定期給付であるから、定期金負担物そのものが特定される必要はないと解する余地もあり、バスは、恐らくそのような意図から、「定期金設定時に設定対象の目的物それ自体が売却されると考える人々は誤っていると解される falli videntur qui in constitutione census, vendi rem ipsam super qua constituitur existimant」と述べているのである。

バスは、同じ箇所（問題32第11番）で、「普通一般の契約の担保として現在及び将来の総財産を抵当に供することが許されている pro cuiuslibet modici contractus securitate omnia bona hypothecare, praesentia et futura licet」³⁴⁾以

33) Tractatus de contractibus, 425.

34) バスが引用する法文 (C.8.17.9.) では、「如何なる契約の証書の中であれ、＜私に属する物の担保と危険において＞やくそれらの物への執行によってあなたが満足を得られるべく私は約束する」といった文言を誰かが挿入した場合、それらの文言は、債務者が現に有する財産のみならず将来の財産にも及ぶ抵当をもたらすに十分である Si quis in cuiuscumque contractus instrumento ea verba posuerit: *fide et periculo rerum ad me pertinentium vel per earum exactionem satisfieri tibi permitto, sufficere ea verba ad rerum tam earum quas in praesenti debitor habet quam futurarum hypothecam*』とされ、「このような包括的抵当については、更に、契約締結者の意思が尊重されるべく、たとえ債務者が＜現在並びに将来の＞と付け加えることなく、＜彼の物＞を抵当に供すると述べたとしても、包括的抵当権が将来の物にも及ぶものと朕は定める super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut et, si *res suas* supponere debitor dixerit, non adiecto *tam praesentes quam futuras*, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur」』と付言されている。

上、「総財産上に物的な定期金の権利を設定しても非難されるべきではないnec improbatum sit constituere ius census realis super rebus omnibus」とも指摘する。しかし、これは、あくまで「総財産omnia bona」にのみ着目した緩やかな類比にすぎず、バスは、物的定期金一般を抵当と見なしたり、前者に後者を読み込んだりすることには強く反対している(第13番)³⁵⁾。バスによれば、定期金負担物が「抵当hypotheca」のように見えるのは、「その物の上に何等かの物的権利が売却され設定されたius quodam reale super re ipsa venditum, aut constitutum」からであって、「約束された定期金の担保のために物が抵当に供されているのではなく、定期金とそのような物的負担が目的物自体にいわば役権として課されているpro secutitate census promissi res sit hypothecata, sed ut census et onus illud reale sit ipsi rei impositum tanquam servitus quaedam」のだとされる。それ故、定期金負担物が定期金売主から第三者の手に渡った場合も、「物は、抵当目的物としてではなく、土地の上に設定された権利、土地に課せられた負担として追及されるnon sequitur rem tanquam hypothecam, sed tanquam ius quoddam super praedio constitutum, atque onus ipsi impositum」ことになる。

定期金売買に抵当を読み込む過ちを犯している論者の代表格とバスが見なしているのは、デュ・ムーランのようである。バスによれば、デュ・ムーラン等は、「特定の物に負担が課され、特定の物の上に何か徴収する権利を約束した場合には、その都度、そのような給付のために物が抵当に供されたとみなされるquoties aliquod onus apponitur super certa re, aut paciscut quis de percipiendo aliquo iure super ea, eo ipso censeatur pro illa praestatione hypothecata」との一般論を立てているとされる。ただし、デュ・ムーランは、

35) Quaestiones iuris emphyteutici, 195.r.v.「私の総財産の上に年定期金を設定することと、特定の物の上に年定期金を設定した上で、残り全財産を抵当に供することとは別であるaliud esse annum censum super meis omnibus rebus constituere, seu vendere, aliud super re certa, et reliqua omnia bona pro eodem censu hypothecare」との指摘にも(第13番末尾)、物的定期金と抵当を区別するバスの立場は明確に示されている。

例によって、「当世パリ人modernus Parisiensis」として名を伏せて引用されている上、具体的な典拠も明示されていない。例えば、包括的な物的定期金を是認した前記『利息論』の一節には、その前提として、確かに、「弁済原資として十分であり特定の抵当に供される一定の土地の上に新たに設定される定期金を、正当な代価で購入することが許される*licitum est iusto precio emere reditus ad hoc noviter constitutos, super certis praediis, ad hoc sufficientibus et specialiter hypothecatis super certis praediis, ad hoc sufficientibus et specialiter hypothecatis*」とあって、定期金負担地を抵当の一種と見なしているようであるが、そのような理解を裏付ける典拠の引用は欠けていた。他方、バスは、デュ・ムーランが依拠したとする多数の典拠を列挙しているので、デュ・ムーランの別の著述が参照したはずである。それを突き止めるためにも、一体どのような典拠が引用されているのか確認しておきたい。

まず、遺言で禁じられた「居宅*aedes*」の処分に賃貸は含まれないとする法文³⁶⁾で例示された遺言の文言に、「私の相続人等によって私の居宅が売却されることも、彼等が当該居宅の上に貸付を受けることも望まない*volo meas aedes non vendi ab heredibus meis, neque foenerari super eas*」とあることが論拠になるとされる。〈当該居宅の上に貸付を受ける*foenerari super eas*〉との表現には、居宅を「抵当に供すること*obligare*」も含意されるというわけである。バスはそのような文言解釈の裏付けとして、バルトルス・デ・サクソフェラートBartolus de Saxoferrato(1313/14-1357年)、バルドゥス・デ・ウバルディスBaldus de Ubaldis(1327-1400年)、パウルス・デ・カストロPaulus de Castro(1360/62-1441年)等の同法文注釈の参照も指示している。続いて援用されるのは、「毎年与えられる遺贈の質になるように望んだ土地*fundus, quem nomine legatorum, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit*」に関する法文³⁷⁾との関連で、「〈当該土地の上に遺贈する〉と言えば〈当該土地を抵当に供する〉と言うも同然である*tantum est dicere, lego super illo fundo: quantum,*

36) D.31,88,15. 流布版ではD.31,91,1.

37) D.33,1,9.

obligo illum fundum」と指摘し、遺贈への抵当の読み込みを肯定したバルトルス³⁸⁾や、これに与するランチェロッティ・デーチョLancellotti Decio(?-1503年)の注釈である。更に、贈与の証書に含まれる「建物の上にsuper domum」という文言により「質乃至抵当による担保が表示されているdenotatur obligatio pignoris, seu hypothecae」と指摘し、上記二つの法文やバルトルス等の注釈を引用するアレクサンデル・デ・タルタグニスAlexander de Tartagnis(1424?-1477年)の助言(『助言解答集Consilia』第6巻助言156第3番)³⁹⁾が参照されている。典拠中には他に、マッテオ・ダッフリトMatteo D'Afflitto(1448?-1528?年)の『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones sacri consilii Neapolitani』(1509年初版)の判決162第6番⁴⁰⁾や、アルチャートの『語句の意味について全四巻De verborum significatione libri quatuor』(1530年初版)から学説彙纂第50巻第16章第238法文第2節注釈⁴¹⁾も見えるが、これらも同様の趣旨でバルトルス説に

- 38) バルトルスのD.33.1.9.注釈については「物的定期金と抵当権」118頁参照。なお、バルトルスは同注釈の末尾で自身のD.31.88.15.注釈を参照させている。
- 39) Consilia, 89.v. 引用は1610年ヴェネツィア刊のテキストによる。
- 40) Decisiones, 287.「嫁資遺贈の黙示の負担により父の財産から娘のために義務づけられた次子受益分paragium debitum filiae in bonis patris per tacitam obligationem dotis legatae」に関する事案において、「<の上にsuper>という文言が抵当をもたらすistud verbum super, importat obligationem」とのバルトルス説が参照されている。引用は1552年リヨン刊のテキストによる。
- 41) De verborum significatione, 262. 注釈末尾に、バルトルスのD.33.1.9.注釈を引きつつ、「ある土地の上に10モディウスの穀物を約束したならば、当該文言により抵当が締結されたときみなすのが通説であるreceptum est, si quis promiserit decem modios frumenti super tali fundo, videri huiusmodi verbis contractum esse hypothecam」、とある(引用は1542年リヨン刊のテキストによる)。なお、アルチャートは、前述の助言3の第4番においても、「抵当hypotheca」に言及しているが(「従って、そのような契約によって買主が取得するのは、売主に対して年金を弁済すべく強いることのできる人的権利であって、上記財産の抵当がこの人的権利に付け加わるのである。以上に述べたところから明らかな通り、どうしてここに売買が存し得るのか私には分からない。Ex quo sequitur per talem contractum, ius personale acquisitum esse emptori, per quod poterit cogere venditorem ad praestandam sibi annuam

依拠したものである。

以上の諸典拠では、遺贈や贈与等に抵当を読み込むものにすぎず、〈ケンスス〉にせよ〈レディトゥス〉にせよ定期金の設定や売買には全く言及はない。その一方で、典拠中には、聖職者や修道院の生計維持等を目的とする教会財産収益（いわゆる「教会配当財産mensa」）からの支給が当然に抵当を伴う旨説くものも含まれている。まず、その一つ、ルドヴィーコ・ロマーノ・ポンターノ Ludovico Romano Pontano(1409-1439年)の助言には、「教勅Bulla」によって「当該支給が教会配当財産である収益の上に定められている haec pensio assignata est super redditibus mensae」事案について、「〈の上に〉という言明dictio super」が「支給を担わせられた者に属する特定の物の抵当をもたらしたcertae rei eius cui adiungitur hypothecam induxit」とあり、「〈あなたは私に対しある土地の上に100を貸与する〉と言えば、私は当該土地を質入れしたとみなされる si dixerim mutuas mihi centum super tali fundo illum fundum censeor pignorasse」との例示と共に、前述の二つの法文とバルトルスの注釈も引用されている（『助言集Consilia』助言388第2番）⁴²⁾。また、ジローラモ・ジガンテ Girolamo Gigante(1480-1560年)の『教会財産支給論 Tractatus de pensionibus ecclesiasticis』（1542年初版）では、「何らかの聖職禄もしくは教会配当財産の収益、収入、収穫の上に年単位の支給が留保されている者は自らに支給されるべきものために当該聖職禄の収益を抵当と見なし得るのか utrum is cui est reservata annua pensio super fructibus, redditibus, et proventibus alicuius beneficii vel mensae habeat fructus illius beneficii hypothecatos pro pensione sibi solvenda」という問いについて、上記ロマーノの助言を引きつつ抵当の成立を肯定しており、その論拠の最初に挙げられてい

pensionione, cui iuri personali accessit hypotheca dictorum bonorum. Quo praesupposito pro constanti, non video quo modo, hic possit esse emptio, et venditio.」(Responsa, 8.v.)、これは物的定期金の売買を、抵当付きの金銭消費貸借にすぎないとして、その効力を否定する趣旨であるから、黙示の抵当を肯定する典拠とはなり得ない。

42) Consilia, 167.v. 引用は1565年リヨン刊のテキストによる。

るのは、「<の上に>という言明dictio super」に関する法文とバルトルス説であった(問題51第1番)⁴³⁾。

バスが、デュ・ムーラン説と共に列挙した典拠の中で最も成立時期の古いものは、ジャン・フォールJean Faure(c.1270-c.1340年)⁴⁴⁾の『法学提要注解In Institutiones commentarii』からの引用である。引用箇所(第4巻第6章「訴権についてDe actionibus」第7節注釈第34番⁴⁵⁾)では、「<私はその土地の上に10の年単位収穫物を遺贈し、あるいは、その粉ひき小屋の上に1セクスタリウスの穀物を遺贈する>との文言talía verba: lego decem annua vel sextarium frumenti super tali fundo: vel super tali molendino」が用いられる限り、「約定無しに抵当が締結されるnuda cautione: contrahitur hypotheca」とされ、その際、「<物の上に>遺贈されたのか、<物から>遺贈されたのか、区別すべしdistingue: nam si legatum sit super re: vel ex re」と付言されている。フォールによれば、<物の上にsuper re>と<物からex re>の文言は、「生存者間inter vivos」の贈与においても同様に区別されるべきで、「私が何らかの年単位収穫物を約束し、ある土地の上にそれを指定したならば、当該土地を抵当に供するのが契約当事者の意思と解されるsi promitterem aliquod annum: et assignarem super fundo tali: tunc videtur fuisse mens contrahentium. Velle

43) Tractatus, 66.v. 引用は1542年ヴェネツィア刊初版による。

44) フランス中西部アンゲレームの弁護士で、ラ・ロシュフェーコー男爵領のセネシャルsénéchalも務めたとされるフォールについては、Römisches Recht im Mittelalter, II, 581-593; Weidenfeld, FAURE (Fabri) Jean, in: Dictionnaire historique des juristes français (2007), 321-322. 参照。

45) In Institutiones commentarii, 131.v.-132.r. 引用は1547年リヨン刊のテキストによる。本書は、法学提要の序文の前書注釈で、教皇位がヨハネス22世からベネディクトゥス12世に受け継がれた旨の記載があることから(「カオール出身のヨハネスが教皇であったこと、あるいは、彼の後はベネディクトゥスが教皇であることIohannem natione Cateranensi papam fuisse, vel Benedictum post eum」)In Institutiones commentarii, 4r., n.4.)、ヨハネス22世の没年(1334年)以降、フォール最晩年の著述と推定されている。さしあたり、Lange/ Kriechbaum, Römisches Recht im Mittelalter, Band II, Die Kommentatoren (2007), 583/ 592. 参照。

ipsum fundum obligare」が、「その土地から収受されるべきブドウや穀物を約束する場合quando promittit vnum, vel bladum percipiendum ex illo fundo」はそうではないとされる。「<その土地から>、あるいは、<その土地について>10モディウスを約束するという文言は抵当をもたらさないhaec verba non important obligationem: videlicet promitto decem modios ex tali fundo: vel de tali fundo」というのである。以上のような文言の相違をめぐるフォールの見解が、バルトルス以降の論者に継承されて通説化することになった⁴⁶⁾。

ところで、前記アレクサンデルの助言については、デュ・ムーランが付した補注⁴⁷⁾も引用されており、これが、バスが実際に参照したデュ・ムーランの著述を同定する直接の手掛かりとなる。この補注は典拠を追加するものにすぎないが、そこには、既にふれたランチェロツェティの法文注釈とダッフリトの判決考察の他、ギイ・パープGuy Pape(?-1477年)の『グルノーブルのドーフィネ高等法院判決集Decisiones parlamenti Delphinalis Gratinopolitanae』(1490年初版)の問題432⁴⁸⁾と並んで、デュ・ムーラン自身の『パリ慣習法詳解第2部

46) 「その土地から10モディウスが約束された場合は異なる。つまり、そこからは人的債務しか生じないからであるquod si decem modii de tali fundo promissi sint, aluid est: sola enim personalis obligatio inde nascitur」と述べるアルチャートも(De verborum significatione, 262.)、欄外にはバルトルスのD.33,1,9.注釈しか引用していないが、フォールの注釈を参照した可能性が高い。

47) Consilia, 90.r., b.

48) 同第17番では、「何らかの支払が、ある土地の上に、契約における当事者の合意によって課されるか。あるいは、遺贈される場合、当該土地は抵当に供されるとみなされるべきかsi aliqua pensio imponatur ex conventionione partium in aliquo contractu, vel legatur super aliquo fundo: an ipse fundus censeatur hypothecatus?」との問いについて、バルトルスの注釈(ただし前述のD.33,1,9.ではなく、「自らの土地について10万モディウスの小麦を毎年給付する旨約束したpromisit de fundo suo centum milia modiorum frumenti annua praestare」後に土地を譲渡した場合に、土地の譲受人について給付義務を否定したD.18,1,81,1=流布版D.18,1,88,1.の注釈であり、そこには「人的債務は土地の保有者には及ばないobligatio personalis non sequitur fundi possessorem」とあるにすぎない。In secundam partem Digesti veteris Commentaria,

Secunda pars commentariorum analyticorum in consuetudines Parisienses』(1558年初版)から、第2章「賃租権並びに領主権についてDe censive et droits seigneuriaux」第52条⁴⁹⁾の第2注釈が引用されている。その第19番において、「なぜなら、何らかの負担が特定の物の上に課され、あるいは、物の上に何らかの収益権が合意された場合、物はそれによって当該給付のために抵当に供されたと見なされるからであるquia quoties aliquod onus apponitur super certa re vel paciscitur de percipiendo aliquo iure super ea, eo ipso censetur pro illa praestatione hypothecata」との一節と共に列挙された典拠は、順序も含めてバスが挙げたものと完全に一致する⁵⁰⁾。バスが紹介するデュ・ムーラン説はパリ慣習法の注釈で提示されたものであった。それでは、「なぜならquia」で始まる上記一節は如何なる主張の理由となっているのであろうか。直前の第18番で、デュ・ムーランは、「授封物や賃租物は上級所有権のために抵当に供されるのかutrum res feudalis vel censualis sit hypothecata domino directo pro iuribus et commodis feudalibus aut censualibus?」との問いについて、肯定的に答えた上で、更に、「物の上に課された一定の定期金や納付金の給付乃至収受と引き換えに、上級所有権その他の権利さえ留保せずに完全に譲渡された物についても一般に同じであるidem generaliter in omni re concessa

368.) 等が参照される一方で、「支払が一定期間に限って課された場合には物が抵当になるとは解されないquando pensio imponeretur ad certum tempus, non censetur obligata res」が、「永続的に課される場合には、物は抵当に供され、如何なる保有者も義務づけられるsi imponatur in perpetuum, tunc res est hypothecata, et quilibet possessor tenetur」とのパープ自身の理解が提示されている(Decisiones Gratinopolitanae, 541. 引用は1554年リヨン刊のテキストによる)。

49) 「同じく、賃租領主は、彼に対して何らかの賃租乃至地代を負担する不動産に生じている果実の上に、弁済されるべき未払金のために処分禁止や差押えによる執行を為し、あるいは、為さしめることができる。Item un seigneur censier peut proceder ou faire proceder par voye d'arrest ou brandon sur les fruits pendans en l'heritage luy redevuable d'aucuns sens ou fond de terre pour les arrerages qui luy sont deus.」(Le grand coustumier, I, ii.v.)

50) Secunda pars commentariorum, lv.v. 引用は1558年パリ刊初版による。

ad certum reditum aut vectigal super eadem re praestandum vel percipiendum, etiam si non sit retentum dominium directum, vel aliud ius」と述べている⁵¹⁾。つまり、先ほどの一節は、封や賃租だけではなく、土地定期金においても、土地保有者の義務履行担保のために当該土地が抵当に供されるとの一般原則を提示するものであり、既にみた諸典拠はこの原則を裏付けるものとして引用されたわけである。

肝心の物的定期金の設定や売買についてここでは言及されていないが、少し先には、「特別に指示された土地上の定期金の贈与や売却の形式から明らかなように、契約の形式上、当事者が、特定の土地への賦課と特別の指定により合意された定期金を限定し指示する意思がはっきりしているex forma contractus appareat partes voluisse reditum conventum limitare et assignare per modum taxationis et specialis assignationis super certo fundo, prout satis ex forma donationis vel venditionis certi reditus super certo fundo specialiter nominato」場合について、「定期金が永続的であろうと期間付きであろうと、〈土地から〉と言われようが、〈土地の上に〉と言われようが、当該土地上に特定のでおかつ慣習法に基づく抵当がもたらされるのは確かであるcertum est super eo inductam esse hypothecam etiam specialem, etiam ad effectus consuetudinum, sive reditus sit perpetuus, sive temporalis, sive dictum sit ex fundo vel super fundo」、とある(第24番)⁵²⁾。ここでは、売買等の契約による物的定期金の設定が当然に抵当をもたらし旨主張されており、前述の一般原則の射程に物的定期金を含めるデュ・ムーランの意図は明らかである。恐らくバスはこの箇所を読んだ上で、物的定期金の売買に抵当を読み込む論者の代表にデュ・ムーランを据えたのであろう。ただし、デュ・ムーランは、「文言の単なる相違nuda verborum differentia」よりも「契約当事者の蓋然的な意思mens verisimilis contrahentium」を尊重する立場から、フォールやバルトルスからアルチャートに至るまで継承されてきた〈土地の上にsuper fundo〉と

51) Secunda pars commentariorum, lv.v.

52) Secunda pars commentariorum, lvi.v.

いう文言に着目する見解を退けている上⁵³⁾、ここに言う「*hypothecca*」が「慣習法*consuetudines*」に基づくものである旨明言している。デュ・ムーラン説はあくまでパリ慣習法(1510年成文化)の通用を前提としたものなのである⁵⁴⁾。

パリ慣習法では、土地定期金を念頭に、定期金負担地の保有者一般に対して、定期金弁済を「人的に*personnellement*」義務づけると共に(第70条)、弁済不能時には競売のための保有地の委付も「*hypotheccairement*」義務づけており(第71条)、この規定が、特定不動産に設定された物的定期金にも準用されていた⁵⁵⁾。このような慣習法上の「*hypothecca*」とローマ法上の本来の*hypotheca*との間には当然ながら様々の齟齬が生じる。その一つが元々の定期金義務者つまり定期金の売主に対する人的検索の要否である。本来の*hypotheca*であれば、ロー

53) バスも、傍論ながら、通説を退けてデュ・ムーランに与し、「土地が評価と特定によって表示される場合には*hypothecca*がもたらされ、*in re*や*in loco*について」と言われようが、*in re*や*in loco*と言われようが、区別される必要はない*si fundus sit expressus per modum taxationis, etspecialis limitationis, tunc induca*」と述べている(第17番末尾*Quaestiones iuris emphyteutici*, 197.v.)。ここで想定されているのは、「10かご分の収穫穀物を約束する*promitto decem corbes frumenti annuos*」というようにフォール以来想定されてきた「年単位収穫物*annua*」の生存者間贈与の事例であって、物的定期金の売買について*hypothecca*発生を否定する議論と矛盾するわけではない。

54) 「契約が公証人の面前で締結された場合、通常挿入される包括的*hypothecca*の条項がここに含まれるが、他に何か定めのない限り、特定の*hypothecca*が、後に第59条、第60条、第70条、第191条の注釈で述べる効力を特に伴い生じることはない*si contractus factus est coram notario inest clausula generalis hypothecae consueta apponi: sed nisi aliud concurrat non sequitur esse specialem hypotheccam maxime ad effectus de quibus infra §. 59. 60. 70. 191.*」(第26番*Secunda pars commentariorum*, lvi.v.)との指摘にも、特定の土地に設定される定期金に伴う「*hypothecca*」を慣習法上の問題として捉えるデュ・ムーランの立場が見て取れる。なお、その後、1580年のパリ慣習法の改定により、総財産上に設定される定期金にも当然に慣習法上の「*hypothecca*」の効力が付与されることとなった。「物的定期金と*hypothecca*」IIの注31参照。

55) 「物的*hypothecca*と*hypothecca*」II注31参照。

マ法源上⁵⁶⁾、債務者への訴求が抵当目的物の第三保有者に対する抵当訴権の行使に先行する必要があるが、物的定期金に伴う慣習法上の「抵当」では、定期金負担物の第三保有者自身が人的債務を負っているので、定期金売主へのそのような人的検索は不要となる。しかし、慣習法による裏付けのないまま、物的定期金の売買に抵当を読み込んでしまえば、ローマ法の枠内で人的検索が否定されるのはなぜか説明するという袋小路に陥るはずである。にもかかわらず、「年定期金を弁済する人的債務に付加されると我々が考えるこの抵当は、他の質や抵当に関わる諸法文に服さない *haec hypotheca, quam huic obligationi personali de annuo redditu, appositam esse censemus, non omnino sequitur leges aliorum pignorum, et hypothecarum*」と主張したのがコバルビアスであった(『問題解決集』第3巻第7章第6番)⁵⁷⁾。コバルビアスによれば、「年定期金の優先弁済に向けられた債務が人的であるのに対して、定期金が設定された土地や物そのものは、より確実に安全な弁済のために付従的に添えられており、要するに、特別に指示された物が質や抵当の法に従い付け加わっている *obligationem ad solutionem annui redditus precipuam, esse personalem: fundum autem, vel rem ipsam, super qua redditus constituitur, accessorie adponi pro certiori, et saniori solutione: et id eo rem ipsam specialiter nominatam: iure pignoris, et hypothecae accedere*」のだとされる(同第5番)⁵⁸⁾。コバルビアスが、定期金負担物を「抵当」と見なすにあたって援用したのは、<土地の上に>という文言をめぐるバルトルスの前述の法文注釈のみであり、そのようなローマ法的思考の延長上で、人的検索を排除するのはやはり無理がある。バスが、人的定期金の可否に続いて、コバルビアス説を名指して退けているのもまさにこの点であった(問題32第14番)⁵⁹⁾。バスが要約するように、「定期金が設定された土地の第三保有者 *tertius possessor praedii super quo census est constitutus*」は、「定期金を弁済すべく義務づけられるだけで

56) C. 8, 14, 24, authentica, Hoc si. 「物的定期金と抵当権」Ⅱの注34参照。

57) *Variae Resolutiines*, 198.v.-199.r. 「物的定期金と抵当権」Ⅱの注33参照。

58) *Variae Resolutiines*, 198.v. 「物的定期金と抵当権」Ⅱの注16参照。

59) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 195.v.

なく、定期金権利者に対して承認による新権原をもたらす義務も負う *non solum teneatur census solvere, sed et novum titulum recognitionis domino census facere*」が故に、「先に売主つまり定期金設定者の検索を経ずとも、直接に弁済の訴求を受ける *debet conveniri ad eius solutionem, non praemissa excussione venditoris, seu constitutoris census*」というのがコバルビアスの主張である。定期金負担地の譲受人に義務づけられる「承認 *recognito*」を介して、「定期金権利者 *dominus census*」が「新権原 *novus titulus*」を取得し、第三保有者に対して定期金の弁済を直接訴求できるという議論は、パープが紹介する高等法院の実務やシャスヌーによるブルゴーニュ慣習法注釈から取り出されている⁶⁰⁾。コバルビアスは、これが「フランスの慣習法 *consuetudo Galliae*」ではなく「普通法 *ius commune*」上の議論として「スペイン人 *Hispani*」にも通用する旨強弁したが⁶¹⁾、バスから見れば、定期金負担地を抵当と見なすこと自体誤りであり、「年定期金の抵当について特別な法を引き出す理由などない *non est cur ius singulare inducamus in hipoteca annui redditus*」のである。一方、パリ慣習法という拠り所があったデュ・ムーランにはこの批判は通用しない。ローマ法の原則と相容れない「非正規の抵当 *hypotheca irregularis*」を想定してまで物的定期金に抵当を読み込むことに反対するバスの議論は、専らコバルビアスに向けられたものと解される。

それでは、そもそもなぜコバルビアスは定期金負担物を抵当と見なすべき旨主張したのであろうか。それは、「物そのものが失われ消滅したとしても、人的債務は年定期金弁済のために依然存続する *etiam ipsa re perempta, et extincta adhuc manet obligatio personalis ad annui redditus solutionem*」という点を、抵当目的物とそれによって担保されるべき人的債務の係りに類比して説明するためであった。抵当訴権行使後になお未履行の債務が残る場合のみならず、抵当目的物が失われた場合にも、「質や抵当の本性 *natura pignoris et hypothecae*」上、「債務者自身は債務を弁済すべく義務づけられる *debitor ipse*

60) 「物的抵当権と抵当権」II参照。

61) *Variae Resolutiines*, 198.v.

teneatur aes alienum solvere」から、定期金負担物を抵当と見なすことができれば、「年定期金が、売買を権原として、買主ではなく売主で定期金設定者である者に属する物や土地の上に設定された場合、目的物の滅失時に人的債務が存続する旨明示されていなくても、滅失した物に設定された年定期金の弁済のため人的債務は存続するものと黙示に解されるubi hic annuus reditus titulo emptionis, et venditionis constituatur super re vel fundo, qui non est ementis, sed vendentis, et reditum constituentis: quamvis minime expressum fuerit, quod perempta re, maneat obligatio personalis salva, nihilominus tacite id intelligendum est, salvaque manet obligatio personalis ad solutionem annui reditus super re perempta constituti」というのである⁶²⁾。この見解は、人的定期金許容論の論拠の一つとして唱えられているため、物的定期金に抵当を読み込むこと自体の当否はもちろんのこと、バスのように追加教皇令を盾に人的定期金を否定する論者から見ても、一層看過できないものであった。

既にみた通り、バスは、定期金負担物を抵当を見なすコバルビアス説には与しない。物的定期金は、「役権servitus」類似の「物的権利ius reale」として設定され売却されると解するバスの立場からすれば、誰かが定期金購入者に対して弁済の義務を負うのは、定期金負担物を保有するからに他ならない。同様にまた、「物的権利」は「物自体と共に終了する運命にあるcum re ipsa finiri oportet」し、「特定の物に関する人的な権利や義務ius atque obligatio personalis respectu certae rei」は「目的物が失われれば消滅するtollitur perempta re」から、「年定期金が設定された財産が失われれば、当該年定期金を弁済する義務も消滅するperemptis bonis, super quibus fuit annuus census constitutus, perempta sit quoque obligatio illius annui census solvendi」はずである(問題32第16番)⁶³⁾。定期金負担物の滅失が定期金債務の消滅をもたらす旨主張するにあたってバスがまず援用するのは、目的物滅失を理由とする免責に言及した諸法文である。それらは、永借物の滅失について「永借人

62) *Variae Resolutiines*, 198.v

63) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 196.r.

emphyteuticarius」が^{s64)}、遺贈物の滅失について「相続人heres」が^{s65)}、注文者が引き渡した物の滅失について「請負人conductor」が^{s66)}それぞれ免責される旨の法文であり、目的物滅失によって「特定の物に関する人的義務obligatio personalis respectu certae rei」を免ぜられる「永借人」、「相続人」、「請負人」に、定期金負担物の保有者の立場を類比する趣旨の引用であろう。加えて、パスは、ゴメスの『普通市民法及び王国市民法の注解並びに種々の問題解決集第2巻「契約について」Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis,

- 64) 「永代賃借によって与えられた物自体をすっかり滅失させるような著しい災害が生じた場合、もはや何も残されていない永借人ではなく、運命によって生じた事態を当該契約が交わされていなくても被ることになったであろう所有者に、それを負担させるべきであるsi quidem tanta emerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur」(C.4,66,1.)
- 65) 「スティクスを二人に対して与える義務を負う相続人がその内の一人に与え、もう一人から異議を申し立てられる前にスティクスが死んだ場合、相続人は、彼自身によって何も引き起こされたとは解されないで、義務を負うことはないsi alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur」(D.30,36,3.)
- 66) 「サウフェイウスの船に多数の者が小麦を積み込んだが、サウフェイウスはその内の一人に小麦を返還し、船が沈んだin navem Saufei complures frumentum confuderant, saufeiis uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat」との事例について、「積荷onus」である「小麦frumentum」は「同種のもので返還され得るように引き渡されたita datum esset, ut in simili re solvi possit」と言えるから、「積荷」の「請負人conductor」に当たる「船主nauta」は、「過失の存する限り義務を負うが、誰かに最初に返還する必要がある以上、その者を他の者よりも優遇する結果になろうとも、小麦の一部を一人に返還したことは決して過失には当たらないculpam dumtaxat debere neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum」とした法文(D.19,2,31.)

communis et Regii tomus secundus de contractibus』(1562年初版)の第15章「役権についてDe servitutibus」で同じ法文が言及された箇所(第22番)の参照も指示している⁶⁷⁾。

更に、バスは、前述の二つの追加教皇令も、定期金負担物の滅失による定期金消滅を裏付ける典拠と位置づけている。マルティヌス5世の教皇令において参照されているのは、「ただし、この種の定期金の売主が、その意に反して、買主によりこれを強いられたり義務づけられたりすることは、負担を課されている保有地や財産が完全に失われ、あるいは、破壊されたとしても、決して認められないsed ad hoc huiusmodi census venditores inviti nequaquam per emptores arctari vel adstrngi valerent, etiam ipsis possessionibus et bonis obligatis penitus interemptis seu destructis」⁶⁸⁾との一節である。ここに言う「これhoc」とは、定期金の「売主等venditores」が「年定期金の全てあるいは一部を、買主から受領していたのと同額の金銭と引き換えに、償却し買い戻す

67) ただし、ゴメスは、いわゆる「地役権servitus rustica」や「建物役権servitus urbana」のように「物から物に対して負担される純粋に物的な役権servitus mere realis, quae debetur a re rei」について論じるに先立ち、「物的に設定された役権それ自体ipsa servitus realiter constituta」とは区別されるべき「役権設定のための約束、債務、並びに、訴権promissio, obligatio et actio personalis ad servitutum constituendam」に言及した際に(第20番から第22番)、これら三つの法文を援用しているにすぎない。実際、援用に先立つ箇所(第22番冒頭)には、「物に起因し物に関して発生した人的な訴権や義務が、その物の特定承継人に移転しないのだとしても[直前の第21番の結論]、それに起因しそれに関して生み出された物それ自体が失われれば、人的な訴権や義務そのものもまた当然に消滅し終了し、債務者は免責され続けるlicet actio vel obligatio personalis etiam causata, et emanata respectu rei non transeat ad particularem successorem eius, tamen perempta et extincta ipsa re cuius occasione vel respectu fuit causata, et producta bene extinguatur et finitur ipsamet obligatio et actio personalis et debitor remanet liberatus」とある(De contractibus, 117. 引用は1562年サラマンカ刊初版による)。バスによる引用が適切であるためには、役務負担不動産(承役不動産)の滅失による保有者の免責について論じられていなければならないはずである。

68) Extravagantes tum viginti Ioannis Papae XXII tum communes, 279.

annum censum in toto vel in parte pro eadem summa denariorum, quam ab ipsis emptoribus receperunt, extinguere et redimere」ことを指す。直前の一節にある通り、この売主による定期金の買戻しは、「いつでも望む時に自由に、誰かの請求、異議、あるいは、同意を伴うことなく *quandocumque vellent libere absque alicuius requisitione, cotradictione, vel assensu*」為し得る売主の「権能と恩恵 *facultas atque gratia*」として契約上認められているものである。買主の方から、定期金負担物の滅失を理由に、売主に対して、定期金の買戻し、つまり、定期金代金の返還を強制することはできないというのが上記一節の趣旨である。カリクストゥス3世の教皇令からも、同じく、売主の買戻権に言及した直後に、「これに対して、買主等は、たとえこの種の財産、建物、地所、農地、保有地、世襲財産が時の経過の中で様々な形で破壊や荒廃に至ったとしても、異議を申し立てて当該代金の返還を求めることさえできない *sed iidem ementes etiam si bona, domus, terrae, agri, possessiones, et haereditates huiusmodi processu temporis ad omnimodae destructionis sive desolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent*」⁶⁹⁾とした一節が引用されている。

確かに、これらの箇所では、定期金負担物が失われた際の定期金債務自体の帰趨ではなく、買戻し(代価の返還)の要否について言及されているにすぎない。しかし、バスによれば、両教皇令は、「契約が継続的な取引を扱い、金銭が類として滅失することのないものであったため、特に疑念のある事案として、物が失われれば、年定期金と引き換えに与えられた元本を返還する義務は消滅する旨定めている *peremptam esse obligationem reddendi sortem datam pro annuo reddito, re perempta statuunt, ut pote casum maioris dubii, quia contractus habebattractum successivum, et pecunia, ut pote genus, non erat perempta*」のだとされる。換言すれば、「物が失われた場合に毎年の弁済の義務を負わなくなるという点には何ら疑問はなかった *quod non teneretur ad annuam solutionem, re perempta, id absque dubio erat*」というわけである。

69) Extravagantes tum viginti Ioannis Papae XXII tum communes, 281.

この一種の勿論解釈は、バスが引用する通り、アスピルクエタが既に『微利注解』の中で提示していたものであった(アスピルクエタの議論の詳細はⅢ参照)。バスは、この箇所、人的定期金の許容、物的定期金への抵当の読み込みに続き、定期金負担物の滅失後もなお定期金債務を存続させるコバルビアス説を名指しで退けている⁷⁰⁾。コバルビアスは、人的検索を要しない特殊な抵当と言いつつ、定期金負担物滅失後の債務の存続に関しては都合よく「抵当の本性 *natura hypothecae*」に立ち戻っており、その主張に一貫性を欠く。バスは、これを抵当に拘るが故の誤謬と見なし、物的定期金を役権類似の「物的権利」と捉える立場から、定期金負担物滅失時の弁済義務の消滅を主張したのである。ただし、この役権類比論は、バスが定期金売買の「一般法」として尊重した追加教皇令との整合性という点では十分とはいえなかった。というのも、物的定期金を抵当ではなく役権に準えるような議論が追加教皇令に見出されるわけではないからである。そこで、バスは、定期金負担物滅失時の買戻し強制を禁じた追加教皇令の規定の解釈を通じて、法源内在的に定期金債務の消滅を導いた。人的定期金を否定し、定期金負担物滅失による債務消滅を認める立場は、抵当か役権かという議論から離れて、追加教皇令それ自体の解釈として提示されたのである。

Ⅲ

その後、コインブラ大学の市民法筆頭教授 *in Conimbricensi Academia iuris civilis professor primarius* を経て、ポルトガル王国(1580年以降スペイン王国と同君連合)の国王最高法院の顧問評定官 *in suprema curia Regis senator* となったバスは、『永借権問題集』の第二版(1591年)を公刊する。この第二版には、20年以上前に著された初版のテキストの各所に多くの典拠が追加された。人的定期金の売買を微利を見なし、マルティヌス5世とカリクストゥス3世による追加教皇令に依拠して物的定期金の売買のみを許容すべき旨論じた箇所

70) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 196.r.

(問題32第8番)の末尾には、既に初版に見られたカランサとアスピルクエタへの言及の後に、新たな典拠が二つ補われている⁷¹⁾。一つは、ペドロ・ヌニェス・アベンダーニョ Pedro Nuñez Avendaño(c.1500-?年)の『四十の解答集 *Quadráginta responsa*』(1576年初版)所収の解答12であり、その一節に、「マルティヌスとカリクストゥスの追加教皇令では、その趣旨からすれば、買戻し可能な定期金が設定された財産が供し得るのは売却されただけの年定期金であり、そうでなければ契約は徴利となると考えられている *est in consideratione attentamente extravagantium Martini et Calixti, quod bona ipsa in quibus census redimibilis constituitur, possint redditum annuum tantum dare, quantum venditus fuit, alias esset contractus usurarius*」とある(第3番)⁷²⁾。ここで、アベンダーニョは、人的定期金や包括的な物的定期金の設定を徴利行為とみなしたシャスヌーの見解に倣った旨述べてはいるが、「定期金の売却もしくは<買戻し可能な>定期金の設定において当事者間で為されるのは、所有権や保有権の売却ではなく、指定された物の収益や果実から支払われる定期金の設定にすぎない *in venditione sive in positione census al quitar, non agitur inter partes de venditiones proprietatis vel possessionis, sed solummodo de constitutione census ex redditibus vel fructibus rei accusatae*」との直前の一節に照らす限り、人的定期金の可否を論じているわけではなく、売買の目的物が定期金負担物ではなく「年定期金 *redditus annuus*」それ自体であることを強調する趣旨と解される。また、その延長線上で定期金負担物を質や抵当に類比している点⁷³⁾もバスとは相容れない。

71) *Quaestiones iuris emphyteutici, secunda editio, 167.v.*

72) *Quadráginta responsa, 22.v.* 引用は1576年サラマンカ刊の初版による。

73) 例えば、「物やその一部ではなく、買戻可能な定期金が売却される *res ipsa neque pars eius non venditur sed redditus redimibilis*」から、「この契約類型は、物の処分ではなく、弁済担保のための何らかの質にあたる *istud genus cotractus non est alienatio rei, sed quaedam pignoratio pro securitate pesionis*」(第4番 *Quadráginta responsa, 22.v.*)とか、「特定の抵当を有する者についても、彼は物の所有者でも保有者でもないから、同様である *et idem est in habente specialem hypothecam, quia*

これに対して、『永借権問題集』第二版でもう一つ補充された典拠は、15世紀の上記二つの追加教皇令の権威を再確認し、その内容を拡充するために新たに発せられた教皇令であった。「年定期金を創出し、処分し、買い戻す契約に関する改革 *Reformatio contractuum de annuis censibus creandis, alienandis, redimendis*」と称される教皇ピウス5世（在位1566-72年）の教勅⁷⁴⁾がそれである。この教皇令の発布は、バスの『永借権問題集』の初版公刊と同じ1569年の2月であったが、第二版において漸く反映された。この教勅が、15世紀の追加教皇令を意識したものであることは、「余の前任者等によって加えられた制約内に収まらず、それどころか、一層悪いことに、全く反対の特約によって、燃えさかる貪欲さと、神の法に対するあからさまな侮蔑をひけらかすような定期金契約がこれまで締結され、今なお日々交わされている *innumeros celebratos fuisse, et in dies celebrari censuum contractus, qui nedum non continentur intra limites a nostris Antecessoribus eisdem contractibus statutos, verumetiam, quod deterius est, contrariis omnino pactionibus, propter ardentem avaritiae stimulum, legum etiam divinarum manifestum contemptum praeseferunt*」との序文の一節からも明らかである。

定期金売買への規制の再強化を目指して当教勅に定められた内容は多岐にわたるが、冒頭、「当該立法により、余は、年定期金乃至年金が、不動産か、あるいは、収益を生じるその性質故に不動産とみなされるもので、その範囲が明確に表示されたものについてのみ創設され設定可能であるものと定める *hac nostra constitutione statuimus, census seu annum redditum creari, constitutive nullo modo posse, nisi in re immobili, aut quae pro immobili, aut quae pro immobili habeatur, de sui natura fructifera, et quae nominatim certis finibus designata sit*」とあって（第1条）、特定の不動産に設定される定期金のみが

neque dominus, neque possessor rei est」(第7番 *Quadragesima responsa, 24.v.*) といった指摘が見られる。

74) *Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio*, IV, iii, 52-53. 引用は、付記する条数も含めて、1746年ローマ刊のテキストによる。全体の試訳は本稿末尾の「<付録資料>定期金売買に関する教皇令」参照。

売買対象となり得る点が明言されている。つまり、人的定期金はもちろん、総財産上に設定される包括的な物的定期金も許容されていない⁷⁵⁾。定期金の特定不動産上の設定は、定期金売買が有効に成立する要件の筆頭に位置付けられており、続く要件として、「実際に現金によって、証人等と公証人の立会の下、証書作成よりも先にではなく、その最中に、適正な代金全額が受領される *vere in pecunia numerata, praesentibus testibus, ac notario, et in actu celebrationis instrumenti, non autem prius, recepto integro justoque pretio*」ことが求められている(第2条)。

定期金負担物の特定と表示、公証人による証書作成と証人の立会、証書作成と同時の適正代金の授受といった主に締結方式に関わる要件に加えて、定期金売買には内容面でも幾つもの制約が課されている。具体的に禁じられているのは、売主に定期金の「前払い *solutiones anticipatae*」を強いる特約(第3条)、「偶然の事変 *casus fortuiti*」について何らかの義務を当事者に負わせる特約(第4条)、「定期金負担物の処分権能をはく奪したり制限したりする特約 *pactum auferans, aut restringens facultatem alienandi rem censui suppositam*」(第5条)、定期金債務の不履行時に「遅延損害金 *interesse lucri cessantis*」や「費用 *expensae*」の支払、定期金負担物の放棄等を強いる特約(第7条)である。更に、契約存続中に、買主側の利益のために、定期金の増額や、定期金負担物の追加を求めたり(第8条)、既存の定期金債務について保証人を立てたりする新たな契約の締結も禁じられた(第9条)。定期金の対価として「一旦定められた代価 *pretium semel constitutum*」それ自体を、「時の経過や当事者の事情その他の出来事故に *ob temporum aut conrahentium qualitatem, seu aliud accidens*」減額しあるいは増額することも許されていない(第15条)。

定期金の消滅に関しては、「代価同額と引き換えに消滅し得る *posse pro eodem pretio extingui*」とされる他、「目的物の全部または一部が失われたり

75) 包括的な物的定期金の設定を認めない教勅は、バスの主張と相容れないことになるが、『永借権問題集』の第二版では、特にこの点には言及されず、叙述は初版時のままととなっている(Quaestiones iuris emphyteutici, secunda editio, 168.v.)。

不毛となったりした場合、それに応じて失われる*re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum vel pro parte affecta, ad ratam perire*」とも明言されている(第10条)。15世紀の二つの追加教皇令で既に言及されていた定期金売主の買戻権に加えて、定期金負担物滅失による定期金の消滅についても明示的に規定されたわけである。定期金の買戻しは、あくまで売主の意思に委ねられるものであり、買主側から不履行等を理由に「定期金の代価*pretium census*」を取り戻すことは特約によっても許されない(第12条)。この点も、先行する追加教皇令で明言されていたが、ピウス5世の教勅では、買戻権を行使する売主に、買主に対する「通知*denuncia*」を求めており、「通知」後二か月以内に売主が代価を返還しなければ、買主は売主の意に反してでも代価の返還を求めることができ、逆に、そのような返還の請求をしないまま「通知」から一年経過してしまうと、返還請求権は失われ、定期金自体が消滅する旨定められている(第11条)。買戻しは当事者自身の行為を介した定期金の消滅事由であり、それ故、当事者間の関係の早期清算を促すために立ち入った規定が置かれたのである。これに対して、定期金負担物の滅失は、「偶然の事変」の一つであり、例えば、定期金負担物の滅失にもかかわらず売主の定期金債務を存続させる旨の特約は、第4条にある通り許されない。また、定期金債務の不履行時の「違約罰*poena*」としてではなく、定期金負担物の滅失のような「その他の理由*alia causa*」から、買主に代価の取戻しを認める特約も、第12条により、やはり無効である。加えて、第10条は、定期金負担物の滅失が定期金の消滅事由となる旨はつきり定めることで、定期金負担物が失われた際に当事者間に生じ得る疑念を徹底して排除したと言える。

ピウス5世は、以上のような準則に反して締結される定期金売買の契約を「徴利的*foeneratus*」とみなし、当事者間で授受される金銭の国庫への没収を命じた(第13条)。教勅の適用対象は、公布後に締結された契約に限定されるが(第16条)、新規に創設される定期金だけではなく、既存の定期金の売買にも及ぶとされる(第14条)。また、「永久に有効な追加教皇令の中に登録される*inter constitutiones extravagantes perpetuo*」(第18条)とあるように、教勅は、教皇国家を超えて、広くキリスト教徒に向けて発せられたものであった。実際、

近隣地域の定期金実務にも相当の影響を及ぼしたようであり、教勅公布の翌年には、「シチリア王国の港湾徴税長官Regni Siciliae Magister Portulanus」からの照会に答える形で、「当教勅について申し立てられた幾つかの疑念の解明 *declarationes dubitationum desuper exortarum*」と称される補充的な教勅(1570年)⁷⁶⁾も発せられている。

その補充的な教勅で解明されている疑問点は四点である。第一に、定期金負担物の滅失と同視されている農耕地の不毛化の趣旨について、「不毛となった財産とは、永久に全てもしくは一部が不毛となった財産のことであって、普通法に別段の定めがない限り、悪天候その他の原因で一二年あるいは数年にわたって収穫がなかった財産とは解すべきではない *rem infructuosam, quae tota vel ex parte infructuosa perpetuo redditur, non autem ex qua fructus uno, duobus, pluribusve annis, sive tempestate, sive alio cau non perveniunt, salva alias juris communis dispositione intelligi debere*」とされている(第6条)。第二に、定期金債務者の履行遅滞時に「遅延損害金」と並んで徴収を禁じられた「費用」について、「契約当事者の間でのみ交わされた特約や合意、定期金の証書によって特に定められ收受されることが約束された費用の徴収が禁じられるのであって、普通法の規定により償還されるべき費用や、裁判官の命令で認められた費用の徴収は禁じられない *exactionem illarum expensarum prohiberi, quae ex pacto vel conventionem tatum inter contrahentes initia, et instrumento census specialiter appositae refici promittuntur, non autem eae, quae ex dicti juris dispositione repetendae veniunt, et mandato iudicis adjudicantur*」とされた(第7条)。第三に、定期金負担物や保証人の追加を禁じた点については、「定期金負担地の追奪に備えて保証人が付され、別の財産が抵当に供されること *fidejussores dari, aliave bona hypothecari pro praedii censu gravati evictione*」は許されるとし、あわせて、「土地が他人の手に渡ったり、第三者が保証人として加わったりした *praedium in alium devenerit, aut*

76) *Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio*, IV, iii, 54. 試訳は本稿末尾の「<付録資料>定期金売買に関する教皇令」参照。

aliquis tertius fidejussor intercesserit」場合に、定期金や上記費用の弁済のため「第三保有者やその財産が義務づけられる tertium possessorem, vel ejus bona obligari」ことも認められている（第8条）。第四に、公正証書作成時の代価の授受という要件について、「嫁資dos」として定期金が設定される場合には当該要件は不要であること（第9条）、そしてまた、定期金売買であっても、多額の現金の運搬に危険や支障が存する場合には、「代価全額分に相当する銀行の預り証または手形apoca, sive cedula bancaria idonea integri pretii」の交付も許容されること（第10条）が、それぞれ確認されている。

この内、第三の解明では、「第三保有者やその財産が義務づけられる」とあって、定期金の物的性質にも言及がある。既に見たとおり、定期金売主による定期金負担地の処分を制限することは許されないが（1569年教勅第5条）、売却される際には、「定期金権利者dominus census」つまり定期金買主の先買権が保障されていた（同第6条）。定期金買主が、売主からの通知後一か月の行使期間内に先買権を行使せずに、定期金負担物が「他人の手に渡ったin alium devenerit」場合に、定期金の物的性質が顕在化するのである。また、同じく第三の解明により、物的定期金の設定後に、「別の財産が抵当に供されること alia bona hypothecari」が許容されたが、これと、「別の物の上に新たな定期金が創設されること census novum creari super alia re」（1569年教勅第8条）との関係と如何に捉えるべきか問題となろう。仮に、物的定期金の追加設定を抵当権設定と同一視し、許容したのだとすれば、物的定期金に抵当を読み込むコバルビアスのような立場に近いようにも見える。しかし、「シチリア王国の港湾徴税長官」は、「定期金負担地の追奪や定期金自体の弁済のために保証人が用意されたり、別の財産が抵当に供されたりすること fidejussores dari, aliave bona pro praedii censu gravati evictione, et ipsius census solutione hypothecari」や、「この種の定期金が複数の相互に区別された財産上に設定されること census hujusmodi super pluribus rebus inter se divisus」の可否を照会しており（第4条）、「定期金負担地の追奪や定期金自体の弁済のために pro praedii censu gravati evictione, et ipsius census solutione」追加される保証と抵当、そして、複数不動産上の定期金設定がそれぞれ明確に区別されている。

上記説明は、この問いに答えるものであるから、定期金負担物の「追奪 evictio」に備える目的での保証と抵当のみを容認するのが教皇令の立場であって、そこに物的定期金の物的性質を抵当に類比して捉える意図は読み取れない。

以上のようなピウス5世の教皇令との関連で真っ先に参照されるべきは、アスピルクエタの著述であろう。アスピルクエタは、同じナバラ出身でトレド大司教の地位にあったカランサがスペイン王国の異端審問所に逮捕訴追された際に、弁護を担い、その後、1567年に事件が異端審問所から教皇庁に移管されると共にローマに移って、教皇ピウス5世により教皇庁内赦院Forum conscientiae Poenitentiariaeの顧問（「カノン法専門博士doctor expertus in iure canonico」）に任じられた。枢機卿就任は本国スペインの反対等もあり実現しなかったが、アスピルクエタと教皇の関係は緊密であり、『微利注解』の中でマルティヌス5世とカリクストゥス3世の両教皇令を踏まえて展開された定期金論が、後述の通り、定期金売買に関する教皇令の成立に直接的な影響を与えることとなった。次任教皇グレゴリウス13世（在位1572-85年）の徳憑を受けて公刊されたラテン語による増補版『微利注解Commentarius de usuris resolutorius』（1580年初版）⁷⁷⁾には、イタリア語訳も出版され広く読まれている。

77) この増補版の表題頁には、「微利について説明し、幾つかの告解上の疑問点の手引となる、教令集第2部事例14問題3第1節の注解。本書は、サラマンカにて1556年にスペイン語で、ナバラの博士マルティヌス・アブ・アズピルクエタによって著されたもので、彼は、当時、コインブラ大学の欽定のカノン法筆頭講座担当者であり、それ以前は、名高いサラマンカ大学において同じ地位にあった。しかしこの度、1579年に、我らがこの上なく尊いグレゴリウス13世聖下のローマ教皇庁、並びに、その内赦院にて恭順を以て仕えている同じ著者によって、ラテン語に訳され、修正され、増補されたCommentarius de usuris resolutorius aliquot dubiorum manualis confessorum in caput primum 14. q. 3. Salmanticae sermone Hispano anno M.D.LVI. compositus a Martino ab Azpilcueta Doctore Navarro, tunc cathedrario primae functionis Sacrorum Canonum rude donato, seu iubilate in inclyta Conimbricensi Academia; qui antea fuerat eiusdem functionis in celeberrima Salmanticensi. Nunc autem anno M.D.LXXIX. latinitate donatus, defoecatus, et auctus ab eodem auctore in Romana Curia Sanctissimi domini nostri Gregorii XIII. Sacraeque ipsius in foro

た旧版以来の定期金論（『徴利注解』全体では最終第22項目の論点。通し番号で第69番以下）に続けて、1569年の教皇令の原文（第84番）が収録され、まとまった注解（第85番以下）も試みられている。以下、この増補版に従って、人的定期金の排除や、定期金負担物の滅失時の扱いに関わるアスピルクエタの議論を辿り敷衍しておく。

アスピルクエタは、終身定期金や期間付き定期金の購入も有効とみなしているが（第71番）⁷⁸⁾、その定期金論で主に扱われているのは、「買戻し可能な永続的定期金の購入 *emptio census perpetui redimibilis*」である。この種の定期金売買も、「売主がその意思に基づき買い戻せる *viditor redimere pro sua voluntate potest*」という理由だけで徴利の疑念を免れるわけではなく、「一定の方式と条件を伴って *cum certis modis, et conditionibus*」締結されてはじめてその有効性が是認される。15世紀の二つの追加教皇令に示されたのはまさにそのような方式と条件であった。アスピルクエタはそれらを以下の八つにまとめている（第72番）⁷⁹⁾。すなわち、第一に、「売主が定期金の設定される特定の土地を指定した *venditor certum praedium, in quo census constitueretur assignabat*」こと、第二に、「当該土地が定期金弁済のため負担に服し続け、売主自身や彼の他の財産は負担に服さない *illud solum illius solutioni obligatum remanebat, et non ipse, neque alia sua bona*」こと、第三に、「適正な代価が支払われた *pretium iustum solvebatur*」こと、第四に、「そのような代価が直ちに全額引き渡された *satim illud torum tradebatur*」こと、第五に、「売主には、彼にとって有利に思われる際に、そしてまた、その限りにおいて、全てあるいは一部を買い戻す選択肢が与えられている *venditori optio dabatur totum, aut*

conscientiae Paenitentiarie obsequiis inserviente」、とある。巻頭にはグレゴリウス13世による推奨文と、枢機卿でミラノ大司教であったカルロ・ボッロメーオ Carlo Borromeo (1538-84年) 宛て献呈文が収められている。アスピルクエタは、ピウス5世と、当時内教院を司る聴罪司祭長 *Paenitentiaris Maior* を兼任していたボッロメーオの支持を得て、内教院の顧問に着任した。

78) *Commentarius*, 24.v. 引用は1580年ローマ刊のテキストによる。

79) *Commentarius*, 24v.-25r.

partem, quando, et quomodo melius sibi videretur redimendi」こと、第六に、「売主は定期金の買戻しを義務づけられていない *venditor ad redimendum censum non obligabatur*」こと、第七に、「上記土地が失われれば、定期金も失われる *praedicto praedio pereunte, census periret*」こと、第八に、「定期金の設定された土地がもたらすのは、売却された定期金に相当する分だけである *praedium, in quo census constituebatur redderet saltem tantum, quantum census venditus valeret*」こと、である。「ここサラマンカ大学にて上記追加教皇令を講じる中でかなり以前からこれらの諸条件を導出してきた *quas condiciones iamdiu in hac Salmaticensi Academia praedicta extravagantia praelegendo, nos collegimus*」とあるように、『徴利注解』の定期金論の原型はアスピルクエタがサラマンカでカノン法を講じていた時期（1538年にコインブラ大学に移る以前）に遡る。また、アスピルクエタによれば、カランサが、トレド大司教就任前、バリャドリッドのサン＝グレゴリオ学院 *Colegio de San Gregorio* の神学教授在任時に著した『要覧』（1546年）の中で、「年定期金が適法に購入され売却されるための条件 *condiciones, quibus annui census licite emi possunt, et vendi*」として列挙した六つは、アスピルクエタの講義で教示されていたものを「縮約した *redegit*」のだとされる。自らの主張に連なるこのカランサ説にふれつつ、「同郷の士 *conterraneus*」カランサを「この上なく高名な博士 *celeberrimus doctor*」にして「ドミニコ会士最高の誉れ *magnum Dominicanorum decus*」と称えるアスピルクエタの叙述は、カランサ没後に公刊されたラテン語増補版の『徴利注解』でもそのまま維持されている⁸⁰⁾。

カランサが挙げた第一の条件⁸¹⁾は、定期金弁済の負担に服すべき不動産を定

80) 『徴利注解』初版では第79番で八つの有効条件が提示され、カランサ説について言及されていた (*Comentario resolutorio*, 40.)。

81) “第一の条件。売主は、売却し相手方が購入する何らかの物、例えば建物や農地などを指定し明示しなければならない。そして、その指定された物の売買が為されねばならず、そのような物だけが上記定期金の弁済のために負担に服するべきであって、売主の他の財産は負担に服さない。もし他の全ての財産が売主の人格と共に(我々の下で見受けられるように)義務づけられるとすると、売買は全く台無しとなって、

期金の売主が「指定し明示する designet et exprimat」ことである。カランサは、この第一の条件について、「もし他の全ての財産が売主の人格と共に義務づけられるとすると、売買は全く台無しとなって、質入れが存することになり、徴利的な契約が締結されることになる si universa alia bona cum persona vendente obligantur iam destruitur emptio et venditio, et est oppignoratio, et fit contractus usurarius」と敷衍し、包括的な物的定期金や人的定期金の売買の徴利的性格をはっきり指摘している。ここでは、アスピルクエタの挙げる条件の一つ目（定期金負担物の指定）と二つ目（人的定期金や包括的な物的定期金の排除）が一括されていることになる。また、「正当かつ相応の代価によって年定期金が購入され、契約締結時にその全額が支払われねばならない iusto et competenti pretio ematur annuus census; et quo tempore celebratur contractus integraliter numeretur pecunia」という第二の条件には、アスピルクエタの挙げた三つ目（正当な代価）と四つ目（契約時の支払）の条件が含まれる。続く二つの条件、すなわち、売主の買戻権の留保⁸²⁾と、買戻義務の否定⁸³⁾は、それぞれアスピルクエタが挙げる五つ目と六つ目の条件と一致する。更に、定期金負担物から収受可能な果実を超える定期金の購入を認めない第六の条件⁸⁴⁾は、アスピルクエタが八つ目に挙げた条件であった。

質入れが存することになり、徴利的な契約が締結されることになる。”(Summa conciliorum, 377.r.)

- 82) “第三の条件として、同じ契約の中で、当該年定期金の全てあるいは一部を、買主から受領した同額の金銭と引き換えに、いつでも望む時に、自由に（誰かの要求や異議なしに）消滅させあるいは買い戻し、それ以後、定期金の弁済を完全に免れる権能が売主に付与されねばならないこと。”(Summa conciliorum, 377r.-v.)
- 83) “第四の条件として、年定期金の買戻しを売主がその意に反して義務づけられることは決してなく、定期金を弁済するのか、現金で定期金の全てまたは一部を買い戻すのかは売主の自由であること。”(Summa conciliorum, 377.v.)
- 84) “第六の条件として、定期金のために負担を課される物は、売買可能で収益をもたらすものでなければならず、そのような物の負担の下に弁済される定期金は、当該物から物の所有者が通常収受し、あるいは、収受可能な果実の価値を超えるべきではないこと。というのも、もし定期金に売却物の果実よりも多くが含まれているな

以上に対して、「財産そのもの（定期金の弁済のために負担を課され、それらについて購入が為された建物、農地、その他保有地）が時の経過とともに完全に破壊され、悉く失われるような事態が生じてしまった場合、購入者は、それらの財産のために与えた金銭そのものの返還をもはや求めることはできない *si contingat aliquando bona ipsa (domus, agros, aut possessiones alias, quae obligata sunt ad solutionem census, et quorum facta est emptio) processu temporis omnino destrui, et penitus interire, eementes, pecuniam ipsam quam dederunt pro praedictis bonis repetere amplius nequamque valebunt*」とする第五の条件は、アスピルクエタが七つ目に挙げた条件とは合致しない。というのも、カランサは、定期金負担物の滅失時における売主の代価返還義務を否定しているだけで、アスピルクエタのように、「定期金*census*」それ自体も「失われる*periret*」とまでは述べていないからである。追加教皇令に明示されていたのは、既に見た通り、定期金負担物滅失時の代価返還義務の否定であるから、カランサの要件の方が教皇令に忠実であることになる。ところが、カランサの『要覧』が公にされた数年後、サラマンカ大学の神学教授であったドミンゴ・デ・ソトDomingo de Soto(1495-1560年)は、その『正義と法について*De iustitia et iure*』（1553/4年初版）の中で、「定期金が設定された物が失われた場合、それ以後、売主は定期金の弁済を強いられることはない*si res super quibus constitutus est census perierint, venditor cogi deinceps nequeat ad solvendum censum*」というのがカランサの「第五の条件*quinta conditio*」であると、追加教皇令との齟齬を指摘しカランサを批判した⁸⁵⁾。カランサによれば、代価返還義務が否定されるのは、「購入物の滅失が買主の負担に帰すからであり、そうでなければ、真の売買ではなく、微利的な契約となってしまう *ementis periculo debet perire res empti: alioquin non fuit vera emptio et venditio, sed contractus usurarius*」とされ、この買主の危険負担という論拠

らば、購入は全く台無しで、微利が隠蔽され、買主は自らの金銭の質として物を受領することになるからである。”(Summa conciliorum, 377.v.)

85) *De iustitia et iure*, 570.引用は1556年サラマンカ刊のテキストによる。なお「物的定期金と抵当権」IVの注69参照。

から、代価返還義務のみならず定期金自体の弁済義務の否定をも「第五の条件」に読み込むことは不可能とまでは言えない。しかし、カランサが明言する代価返還義務の否定について全く言及しないソトの批判はやはり不自然である。この点、カランサ説がサラマンカでのアスピルクエタの講義に由来することをソトが知っていたとすれば、ソトの批判は実はアスピルクエタに向けられたものであったとも考えられる。実際、アスピルクエタは、カランサの六つの条件にふれた直後に、ソトによる「第五の条件」批判に言及し、これに論駁を加えている。ソトの主張を自身に対する批判として受け取ったのである。

アスピルクエタが要約している通り（増補版『微利注解』第73番⁸⁶⁾、ソトは、「追加教皇令の文言からして、定期金を負担する土地が失われた場合、売主から定期金を徴収できないわけではなく、定期金と引き換えに支払われた代価を請求できなくなるにすぎない*contextum illarum extravagantium non hebere, quod census non possit a venditoribus exigi, si praedium censui addictum periret; sed solum habere pretium pro censu datum exigi non posse*」と解している。「仮に立法者が定期金も徴収できないと考えていたならば、その点についても明言したにちがいない*si auctores earum sensissent, quod nec census exigi poterat, etiam id expressissent*」というわけである。このような主張が、先に見た八つの有効条件の内の第7の条件への批判に相当することは明らかであるが、アスピルクエタは、同時に、売主指定の不動産だけが定期金の負担に服する旨の第2の条件との関連も意識している。定期金の設定が特定の不動産上のみ許されるのだとすれば、その滅失は定期金自体の存続を左右するはずで、二つの条件は表裏一体の関係にあるというのがアスピルクエタの見立てである。これに対して、ソトは、追加教皇令に定期金の徴収不能について言及がない点を逆手にとって、教皇等は「人的定期金もまた適法であることを示唆した*insinuarunt licitos quoque esse etiam personales census*」と主張し⁸⁷⁾、定期金負担物滅失後の定期金債務の存続を人的定期金許容の論拠に据えていた。ア

86) Commentarius, 25.r. 初版では第80番 (Comentario resolutorio, 41.)。

87) De iustitia et iure, 570. 引用は1556年サラマンカ刊のテキストによる。

スピルクエタによる論駁は、定期金負担物滅失時の定期金債務の帰趨というより具体的な問題の下で、人的定期金許容論自体の誤謬を明らかにする意図も有していたことになる。

指定された不動産のみが定期金を負担するとの前提(第2の条件)の下では、「定期金が付着する土地が失われれば、支えの石が失われて寄りかかる壁が倒れるように、定期金そのものも消滅する*sicut sublato cemento paries ei nitens corrui: sic pereunte praedio cui census inhaeret, ipse quoque census perit*」のは当然の事理と言える。従って、定期金の売却後、「定期金が土地の滅失により消滅した*census pereuntibus praediis perirent*」のであれば、追加教皇令の解釈上、残された問題は、「代価を受領した者がその返還へと義務づけられていたのかどうか*an qui pretia receperissent ad eorum restitutionem tenerentur*」だけである。追加教皇令が、定期金債務の消滅に言及しなかったのは、それを認めなかったからではなく、消滅を当然視していたからにすぎない。これに対して、定期金売主による代価の返還の要否は、定期金負担物の滅失だけでは決することはできない。そこで、追加教皇令は、代価返還を不要とする解答を明示することで、紛争の芽を摘もうとしたというのがアスピルクエタの理解である(第74番⁸⁸⁾)。それでは、なぜアスピルクエタは、カランサのように、定期金負担物滅失時の代価返還義務の否定を定期金売買の有効条件の一つに据えなかったのであろうか。それは、追加教皇令の文言上、「そもそも土地が失われなかったとしても、代価受領者は、代価の返還を義務づけられることも、定期金の買戻しを強いられることもなかった*quamvis illa non periissent, non tenebantur illi ad restituenda pretia, nec ad redimendum census*」からである。「売主は定期金の買戻しを義務づけられていない」との第6の条件は、定期金負担物が滅失した場合にも妥当する。それ故、アスピルクエタは、追加教皇令が当然の前提としていたはずの定期金自体の消滅を第7の条件として明示したのである。

ところで、カランサは、売買における買主危険負担の原則に依拠して、定期

88) *Commentarius*, 25.r.

金負担物滅失時の代価返還義務の否定を導いていた。アスピルクエタがそのような論拠を避けているのは、定期金売買を、定期金負担物そのものの売買であるかのように捉えるカランサの理解にアスピルクエタが与していないからである。仮に「定期金の売主が土地もまた売却した*vendens census venderet etiam praedium*」と捉えてしまうと、「定期金は売主ではなく買主の土地の上に設定された*census constitueretur super praedio ementis, et non vendentis*」ことになり、定期金の売買そのものが成り立たない。例えば、カランサは、定期金売買の「第一の条件」として、「売主は、売却し相手方が購入する何らかの物、例えば建物や農地などを指定し明示する*vendens designet, et exprimat rem aliquam, quam vendat, et alius emat*」と述べていた。アスピルクエタは、これを、「売主は、その上に定期金を設定し、相手方がそこに設定された定期金を購入するところの何らかの物を指定しなければならない*vendens debet designare rem aliquam super qua imponat census, et alius emat illum illi rei impositum*」との「趣旨*mens*」であったと解している(第75番)⁸⁹⁾。そのため、定期金負担物滅失時の代価返還義務の否定(第五の条件)との関係でも、「購入物の滅失は買主の負担に帰す*ementis periculo debet perire res empta*」というカランサ本人の提示する論拠の有効性には疑問がある。だからこそ、アスピルクエタは、定期金負担物滅失時の代価返還義務の否定について、物的定期金の売買に伴う特有の問題に対する立法的解決という性格を強調したのであろう。

以上のような議論の前提となっている第2の条件が、「買戻し可能な永続的定期金の購入」にとって「必須である*necessaria*」とされる理由をアスピルクエタは三つ挙げている(第76番及び第77番)⁹⁰⁾。一つ目は、追加教皇令が種々の

89) *Commentarius*, 25.v.

90) “〈76.〉第二の条件、すなわち、その上に定期金が設定される物だけが定期金のために負担を負うという条件も必須と解される。というのも、まず、前述の追加教皇令が、先に第六番目に述べた通り [第72番]、そのような趣旨であったからである。また、もし売主の人格と彼の他の財産が定期金の弁済のために義務づけられ続けるとすると、それは、我々が扱っている物的定期金の購入ではなく、今は論じていな

不動産の上に設定される定期金についてのみ定めているという事実である。教皇令それ自体の存在と権威が、ここでも尊重されていることになる。二つ目の理由として、仮に「売主の人格と彼の他の財産が定期金の弁済のために義務づけられ続ける *persona venditoris census, et alia bona ipsius ad eius solutionem obligata manerent*」ということになれば、「引渡後に滅失する購入物は売主ではなく買主において失われる *res empta periens post traditionem emptori pereat, et non venditori*」という「売買の本性 *natura venditionis et emptionis*」に反するという点が指定される。その場合、定期金の購入は、「質の設定 *constitutio pignoris*」と変わらず、「隠蔽された微利 *usura palliata*」に当たるといのである。アスピルクエタは、ここで、定期金負担物を「売却物 *res vendita*」と同視したカランサと同じ誤謬に陥っているわけではない。売却され購入される目的物はあくまで「定期金 *census*」そのものであり、定期金売却後に生じた定期金負担物の滅失が必然的に定期金自体の消滅を導くとの理解が、目的物引渡後の買主の危険負担という自明の論理に準え提示されているの

い人的定期金の購入に当たるからである。これは、質の設定、受領した代価と定期金の弁済の担保であり、隠蔽された微利となろう。なぜなら、売主自身やその財産が売却物の永続的な担保のために義務を負うというのでは、売買の本性に反するからである。本来、引渡後に滅失する購入物は、売主ではなく買主において失われるはずである【学説彙纂18巻6章及び勅法彙纂4巻48章「売却物の危険及び利益について」全体】。〈77.〉更に、[上記第二の条件が必須と解されるのは、] 売主が、法の下で追奪を理由に義務づけられるが故に【学説彙纂21巻2章「追奪及び二倍額の問答契約について」、勅法彙纂8巻45章「追奪について」全体、別書3巻17章「売買について」第7節】、定期金を課された土地が売主自身のものであり、当該土地に定期金を課し得ることの担保のために自身を義務づけ自らのものを供するのが適法であり得るとしても、そうであるからと言って、当該土地に設定された定期金の弁済について、たとえ土地が滅失しても義務を負うことにはならず、そのようなことは不当である。すなわち、土地の売主が土地の追奪について担保を提供すべき義務を負うのは確かだとしても、たとえ土地が滅失しても土地の収益を弁済することについて担保を提供すべき義務はないのである。実際、そのようなことは不当であり、神法並びに人法のあらゆる理屈に反する。”(Commentarius, 25.v.-26.r.)

である。三つ目の理由として、定期金負担物の滅失と「追奪evictio」の区別にも言及されている。定期金の売主も、売主である以上、追奪に備えて、「定期金を課された土地が売主自身のものであり、当該土地に定期金を課し得ることの担保のために自身を義務づけ自らのものを供するse, suaque obligare, ad assecurandum, quod praedium super quo imponitur census, est suum, et potest super illo imponere illum censum」よう求められる。しかし、そのような追奪担保責任が「法によりiure」売主に課されているからといって、「土地が滅失しても土地の収益を弁済することについて担保を提供すべき義務はない non tenetur praestare cautionem de solvendis fructibus eius, quamvis illud pereat」。物的定期金の売主が自身の「人格persona」を義務づけ、「他の財産 alia bona」を供しなければならぬとすれば、それは定期金負担物が第三者の追奪によって失われた場合に限られるのである。これら三つの論拠にも、第2の条件と第7の条件の一体性が見て取れる。アスピルクエタ自身、「定期金負担物が滅失すれば定期金も消滅するとの第7の条件は、第2の条件から導出され、第2の条件を介して、必須であることが証明される septima, scilicet, quod perempta re censuaria periit census ex secunda sequitur, et per eam probatur esse necessaria」と述べている⁹¹⁾。

前述の通り、定期金負担物の滅失後も定期金は消滅せず徴収可能であるとのソトの主張は、カランサではなく、アスピルクエタによる追加教皇令の解釈を批判するものであった可能性が高い。その後『微利注解』の中で漸く八つの条件を公にしたアスピルクエタが意図したのは、定期金負担物滅失後の定期金債務の存続を主張する「人々algunos: aliqui」一般に対する反駁であった⁹²⁾。ソトはそれらの人々の代表として名指しされたにすぎない。バスによって批判されたコバルピアスは、ソトに先んじて、定期金負担物滅失後の定期金債務の存続を主張していた。定期金の存続を人的定期金許容の論拠の一つと位置づける点もソトと同じである。実際、コバルピアスは、『問題解決集』の増補に際して、

91) Commentarius, 26.v.

92) Comentario resolutorio, 41; Commentarius, 25.r.

ソト説を人的定期金許容論の典拠に追加している⁹³⁾。アスピルクエタは、同郷のカランサの擁護を兼ねて特にソトに批判の矛先を向けたが、反駁の内容自体はコバルピアスにもそのまま妥当する。コバルピアスやソトによる人的定期金許容論の前に、マルティヌス5世とカリクストゥス3世の追加教皇令を盾としたアスピルクエタ、カランサ、バス等の人的定期金否定論が立ちはだかったのである。中でも、アスピルクエタは、人的定期金だけではなく包括的な物的定期金についてもその有効性を否定し、なおかつ、定期金負担物減失時の定期金消滅を、定期金売買の有効条件の一つとして明示することで、バスやカランサ以上に、定期金売買が有効に成立し存続し得る場面を限定した。そのアスピルクエタ説を忠実に反映する形で発せられたのがピウス5世の教勅であった。

アスピルクエタは、人的定期金否定論の正しさを詳細に論証することで『微利注解』を締めくくっていたが(初版第90番から第100番)⁹⁴⁾、増補版ではそこに、ソトと並ぶ当代の人的定期金許容論者としてコバルピアスを名を新たに明示し⁹⁵⁾、否定論を裏付けるピウス5世の教皇令に誇らしげに言及している(増補版第81番から第83番)⁹⁶⁾。アスピルクエタが挙げる人的定期金否定の論拠は九

93) 「物的定期金と抵当権」IV参照。

94) Comentario resolutorio, 44-47.

95) 逆に、人的定期金許容論者の先達として初版(第90番)で言及されていたデュ・ムーランの『取引論』第22番の引用(及びデュ・ムーランが同箇所参照したメラントト説)が削除され、ズメンハルトの『契約論』のみが典拠として残されている。

96) “<81.>第11に、以上の諸点から、前述のソトゥスが『正義と法について』第6巻問題5第1節で主張し、コワッルウィアスが『問題解決集』第3巻第7章で述べていること、すなわち、自らの人格の上に、何らか財産の指定を伴わずに、定期金を設定することが許容されるという点は、支持され得ないということになる。同じことはコンラルドゥスが『契約論』の問題74と問題75の中で述べていた。彼等に反対する論拠となるのは、第一に、先の推論とその論拠全てである。第二に、ソトゥスが述べるのと反対の点を、インノケンティウス、ホスティエンシス、ヨアンネス・アンドレアエ、アンカラヌス、アントニウス[・デ・ブトリオ]、枢機卿[ザバレラ]、パノルミタヌス、ヨアンネス・デ・アナニアの別書5巻19巻「微利について」第6節注釈、パノルミタヌスの『論究集』論究5、アンゲルス[・デ・アレティオ]の『要

論』「徴利」第78節、バルトロマエウス・カッサネウス『偉大なるものの総覧』第12部99、ラウレンティウス・デ・ロドルピスの教令集第2部事例14問題1第2節注釈 [『徴利論』]、聖アントニウス『祝日説教集』第2部第1章第8説教、その他ほとんど全ての人々が支持している。第三に、ローマ人の国家が知らなかった新しい仕組みであって、キリスト教国家となった後に利用され、現在、何らかの土地に設定されているような場合とは異なり、定期給付や支給が自由な人格に設定されることは許容されなかった。それ故、見知らぬ新しいものは、悪しき例として、退けられるべきである【別書1巻4章「慣習について」第10節、教令集第1部区別11第11節】。第四に、同じローマ人の国家の法律には、自由人が質入れされることはないと定められている【別書3巻21章「質その他の担保について」第2節、勅法彙纂4巻10章「債務関係と訴権について」第12法文、同8巻17章「質入れ可能な物と不可能な物、及び、質の締結方法について」第2法文】。また、質権と呼ばれる物的権利が設定されるとしても、質物を受領する債権者は人格的違約罰を求め得るわけでもない【前掲第12法文の公撰集引用要約文、公撰集9巻17章第7節】。また、定期金の権利が、質権よりも大きな負担であることは確実である。というのも、質によって債務者が与えるのは債務の担保にすぎないが、定期金では、学説彙纂20巻1章「質及び抵当について」第1法文と別書5巻19章「徴利について」第2節、そして、同3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節との組み合わせから導かれる通りであり、だからこそ、金銭を有する者は、質と引き換えに金銭を渡すのではなく、好んで定期金を購入するのである。第五に、確かに、ヘブライ人の国家の法律つまり旧約によれば、聖書に述べられている通り【レビ記第25章、列王記下巻第4章】、債務者が自身や自らの子等を、トマスの『神学大全』第2部前篇第105問第4節にあるようにそれは真の奴隷では全くないとはいえ、いわば奴隷として供することができたとされ、また、ローマで十二表法が制定された時代、ブダエウス『学説彙纂注解』「債務者拘束の猶予期限」注釈、その他の人々が説明する通り、ローマ人の国家はまだ粗野で、人間味や品性を欠いていたため、弁済できなかった債務者は猶予期間を経過すると債権者に奴隷として身を委ねたのだとしても、ティトゥス・リウィウスが『ローマ建国史』第1巻に述べるように、そのような過酷さから多くの害悪と大きな危険がローマ人の国家に生じたため、同第7巻にある通り、利息付きの貸し付けが禁じられた。また、同第8巻によれば、ある債権者が期限を徒過した債務者に加えた残酷さと卑劣さ故に、元老院は、全ての債務者を身体的拘束から解放し、債務者の身体ではなく財産を確保できる旨定めたとされる。更に、人々がその便宜のために自らの人格に質を設定することを思いつき、互いに利息付きで貸し与え、利息のために自らに負担を

課しているのを見たソロンは、プルタルコスが『利息を回避すべきことについて』[『モラリア』第57論]で伝える通り、何人も貸付を得るために自らの身体を質入れできない旨定めたのであるから、定期金についてもそのように設定されてはならないと定めたのではないか。というのも、既に指摘した通り、定期金は質よりも重い負担なのであるから。第六に、人格にのみ定期金を設定する権能を説くことは、我々自身を巨大な害悪の源泉である古代の過酷さへと立ち戻らせることになる。(82.)第七に、仮に、人が自らを売却したり、誰かに期限付きあるいは永続的な仕方であ奴隷として身を委ねたりすることが可能であり、それが自然法や神法に下で許され、人法によっても禁じられていないと解するとしても、依然自由であるままの自分に定期金の権利を設定することは許されない。なぜなら、正しき人法は、自由な人格に質権を設定することを禁じており、人格は依然自由であるから、質よりも負担の大きな定期金の権利もまたそういえるからである。問われた立法者が、定期金について、質と同様に答えるであろうことに何ら疑念の余地はないから、学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文1節とその見事な標準注釈からすれば、以上のように解されるべきである。第八に、反対者の諸論拠が示したところによれば、他の財産を指定することなく人格の上のみこの永続的な定期金を設定することは神の御前ならば許容されるが、人々の間では徴利の隠蔽のために設定されたものと見なされるのだとされる。買戻権の特約を伴う土地の購入が、たとえ許されるのだとしても、しばしば徴利と見なされていること【別書3巻21章第7節及び第4節】、幾人かの極めて権威のある博士が新規の定期金購入を、それが永続的で、土地の上に人格の負担なく設定されるとしてもなお徴利と見なされるべきであると解していること、他の多くの人々が、買戻し可能な定期金を、そのような推定を回避するために前述の八つの条件を満たして為されている場合でも、徴利と判定されるべきであると考えていること、そしてまた、前述の諸条件を伴えば定期金が正当であるとの解決が、二人の至高の教皇によって、追加教皇令集第3巻第5章「売買について」第1節及び第2節で示されたという点に大いに疑念があること、これらを仮に認めるとしても、人格にのみ買戻権付きで設定される定期金を徴利ではないと敢えて主張する者などいるであろうか。第九に、反対説は、無利子の貸付を求める道を遮断しているため、金銭に窮する者は他人に無利子の消費貸借を求めることさえ恥じており、彼が求める金銭について正当な定期金を設定し、消費貸借ではなく購入によってその金銭を受領するという仕方であ彼求めに答えられるとされ、定期金の弁済のために人格が義務づけられるのと同じく、人格の上に定期金を設定するのも容易なのだとされる。そうして、反対説は愛徳の扉を閉じ、強欲に門戸を開いている。つまり、

つに及ぶ。物的定期金の売買について八つの有効条件を提示した自らの主張(第一の論拠)と、人的定期金を否定する圧倒的多数の論者の権威(第二の論拠)に加えて、定期金がローマ法に見られない「新しい仕組み*inventio nova*」であり警戒を要すること(第三の論拠)、そして、そのローマ法が「自由人*liber homo*」の質入を禁じており⁹⁷⁾、定期金が「債務の担保*debiti securitas*」にす

代価と引き換えに定期金を引き渡し、隠蔽された徴利の扉を開くことを選ぶので、無償で借りる者などほとんどいないのである。

(83.) 私は、スペイン語版のこの箇所で、反対説から他にも多くの不都合が引き出されることを示した。それ故、反対説は、キリスト教国において拒絶され、誰の賛同も得ていない。つまり、そのような不都合の故に、スペインの世俗のとりわけ最上級審において、そしてまた、教会の裁判所においても、この種の人的な定期金が、真に、あるいは、推定上、徴利的である旨判示されているのを私は知っている。私は、これらの不都合全てに代えて、反対説を退ける追加教皇令を据える。それは、天寿を全うされたピウス5世が、聖都に私を呼び寄せられた後に、以上の第22項目で私がかつて述べた点に十分に耳を傾け、それらを考慮した上で、極めて学識豊かで優れた博士で、[聖寵並びに正義の] 両署名事案上奏官であったポルトガル人コルネユス、別名、コルネリウス氏(彼はかつて私の熱心な聴講者であった)の上申を受けて、発せられたものであった。それ故、彼の叡智に満ちた功績を私もその場で大いに喜んだ。聖都でこの上ない賞賛を受けるに値し、栄光に満ちた最高の王キリストによって永遠の恵みを受けられたものと心より思われる彼を、我々は大きな悲しみと敬虔な嘆きをもってこの聖都に埋葬した。”(Commentarius, 27.r.-28.r.)

97) 自由人の質入を禁じた「ローマ人の国家の法律*Reipublicae Romanae leges*」として、「法は自由人が債務故に債権者に奴隷として奉仕すべく強いられることを許さない*ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur*」(C.4,10,12.)、及び、「質が合意によって締結可能であるのは明白であるから、自らの農地の購入を質入した者は、当該農地それ自体を担保に供する意図であったに違いない*cum constet pignus consensu contrahi, non dubitamus eum, qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse*」(C.8,17,2.)との二つのローマ法文だけではなく、これらローマ法文を前提に、「法文には、たとえ債務のために供し得る物がなくても、自由人が債務のために拘束されてはならないとある*Lex habet, ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici*」とした周知のカノン法文(X.3,21,2.)も引用されている。

ぎない「質pignus」よりも債務者にとって大きな負担となる以上、「人格の上
 にのみsuper sola persona」設定される定期金が許されないのは当然であるこ
 と（第四の論拠）がまず指摘されている。続いて、旧約聖書や十二表法に見ら
 れる債務者に対する粗野で過酷な「身体的拘束obligatio corporum」は早い段
 階で廃されており（第五の論拠）、今となって人的定期金を容認すれば、「我々
 自身を巨大な害悪の源泉である古代の過酷さへと立ち戻らせることになるnos
 ipsosad illam duritiam antiquam magonorum malorum fontem reducere」と
 の危惧も表明される（第六の論拠）。この点、仮に、「人が自らを売却したり、
 誰かに奴隷として身を委ねたりすることse vendere, aut se alicui in servum
 tradere」が「自然法や神法に下で許され、人法によっても禁じられていない
 licitum sit, secundum ius naturale, et divinum, et prohibitum humano」のだと
 しても、「依然自由であるままの自分に定期金の権利を設定することin se
 manente libero ius census constituere」が許されるわけではない（第七の論拠）。
 更に、「神の御前coram Deo」ならば人的定期金は「徴利usura」に当たらず許
 容されるとの主張も、「人々の間でapud homines」設定される人的定期金には
 当てはまらない（第八の論拠）。他方、そのような「徴利」の疑念を回避すべく、
 人的定期金の売買が、消費貸借の代替手段と位置づけられてしまうと、「金銭
 に窮する者pecunia egens」は、「無利子の消費貸借mutuum gratuitum」の利
 用さえ躊躇し「恥じるerubescet」ようになり、「代価と引き換えに定期金を引
 き渡し、隠蔽された徴利の扉を開くことを選ぶmallent in pretium census
 tradere, ostiumque usuris palliatu aperire」。人的定期金許容論は、「愛徳の扉
 を閉じ、強欲に門戸を開いているianuam caritatis claudit, et cupiditati aperit」
 というわけである（第九の論拠）。

アスピルクエタは、人的定期金の有効性について消極的な実務が地元スペ
 インの裁判実務に広く浸透している点も指摘した後、人的定期金許容論のもたら
 す「不都合inconvenientia」を一気に解消する切り札としてピウス5世の教皇
 令に言及する。「ピウス5世が、聖都に私を呼び寄せられた後に、以上の第22
 項目で私がはっきり述べた点に十分に耳を傾け、それらを考慮した上で発せら
 れたPius quintus post nostrum in urbem appulsum edidit, auditis satis, et

perpensis, quae nos in hoc 22. notabiliter scripsimus」とのアスピルクエタの言葉にはっきり示されている通り、当教皇令は、マルティヌス5世とカリクストゥス3世の追加教皇令から引き出された八つの条件を中核とする『徴利注解』の定期金論を踏まえて制定されたものであった。教皇令發布をピウス5世に上申したのは、教皇庁尚書院で聖寵*gratia*並びに正義*iustitia*に関わる請願事件を扱い、教皇の署名を得るべく教勅文の起案にあたるいわゆる「両署名事案上奏官 *utriusque signaturae referendarius*」の一人であったとされ、しかも、彼は、ポルトガル人でアスピルクエタの元教え子であったとされる。以上のような経緯を踏まえるならば、『徴利注解』の定期金論は、ピウス5世の教皇令の立法理由に匹敵するものとして読むことができよう。

IV

『徴利注解』増補版では、初版以来の定期金論に続けて、「定期金設定に関するピウス5世の追加教皇令 *extravagans Pii quinti super censuum constitutione*」の全文が掲げられ、「18の注釈 *decem et octo glossae*」と「50の問題 *quingenta quaestiones*」から成る注解が追加された。それらの内、以下では、アスピルクエタの言う第1及び第2の条件（指定の不動産のみ定期金を負担）、そして、第7の条件（定期金負担物が失われれば定期金も消滅）に直接関わるものについて、その内容を確認しておきたい。まず、「不動産か、あるいは、収益を生じる性質故に不動産とみなされるもので、その範囲が明確に表示されたもの *res immobilis, aut quae pro immobili, aut quae pro immobili habeatur, de sui natura fructifera, et quae nominatim certis finibus designata sit*」の上のみ定期金を設定し得るとした教皇令の第1条に関わる「第二注釈 *glossa secunda*」では、「その範囲が明確に表示されたもの *quae nominatim certis finibus designata sit*」という文言から、包括的な物的定期金の否定が導かれている。「特定の土地について争いなくその範囲が表示されないまま、誰かが自己の財産の上に包括的に設定したり、その総財産の上に一般的に設定したりする定期金も無効となる *non valere censum, quem quis ponit generaliter*

super bonis suis, nec universaliter super omnibus bonis suis, nullo certo praedio cum suis limitibus sine confrontationibus designato」というわけである(第86番)⁹⁸⁾。更に、定期金が、「指定の物だけではなく、設定者の別の財産全てにも設定されたconstituebatur non solum in re designata, etiam in omnibus aliis bonis constituens」場合にも、やはり無効とされる。その際、論拠とされているのは、定期金負担物が失われれば定期金も消滅するという点、つまり、アスピルクエタの言う第7の条件が、第10条として明文化された点であった。定期金売主の特定の不動産と同時に残る総財産の上にも定期金を設定することを許してしまえば、「他の物も失われぬ限り失われたことにならないnon periret, donec alia quoque perirent」ため、この第10条が骨抜きとなる恐れがある。アスピルクエタによれば、この第10条に明示された定期金負担物の減失による定期金消滅という事理こそ、「物が明確な範囲で表示されるべき旨定めることへとピウス5世を促した要因ratio, qua Pius Quintus fuit motus ad statuendum debere, rem esse certis finibus designatam」であったとされる。

同じ論点は、「問題46 quaestio quadragesima sexta」において再度論じられている。それによれば、「範囲が表示された一つの不動産una res immobilis et suis limitibus designata」だけでなく「他の全ての動産及び不動産aliae omnes res mobiles et immobiles」にも「範囲が指定されることなく包括的にgeneraliter non desinatae」設定された定期金の効力について争う事案が、実際に「教皇庁控訴院Rotae Praetorium」に持ち込まれたようである。その際、内教院の顧問であったアスピルクエタにも所見が求められたため、当該定期金は無効である旨述べたとされる(第129番)⁹⁹⁾。問題となった定期金は、教皇令

98) Commentarius, 30.r.-v.

99) “第46番目の問いとは、1570年にローマにおいて、その範囲が指定された不動産の上だけではなく、同時に、他の全ての動産及び不動産の上にも範囲が指定されることなく包括的に設定された定期金が、正当に設定されたといえるかどうかである。私は次の通り答える。すなわち、この問いが名高き教皇庁控訴院に提起され、数日後に私の下に送付されてきたのに対して、私は否と解答した、と。これは、まず、ある学識豊かな訴訟弁護人の説得による。また、その定期金は、1568年にまさにこ

発布の二年後の1570年にローマで設定されたもので教皇令の適用そのものについて疑念の余地はなく、また、先の「第二注釈」にあったように、第10条（第7の条件）の潜脱を許さないためにこの種の定期金の効力を否定するのがアスピルクエタによる第1条の解釈であった。加えて、ここでは、『徴利注解』初版から引き継がれ、増補版においても、自身の出身地スペインの有力論客であったソトとコバルビアスへの批判として提示された人的定期金否定論が論拠として補われている。「定期金を総財産の上に包括的に設定すること *constituere censum super omnibus bonis generaliter*」は、同時に特定の不動産の指定を伴うか否かに関わらず、定期金の弁済について無限の負担を売主に課すことになるから、「人格の上に定期金を設定すること *constituere illum super persona*」と実質的に変わらず、「結果的に当追加教皇令の意図を削ぐことになる *est effectu, enervare mentem huius extravagantis*」というのである。

アスピルクエタが前世紀のマルティヌス5世とカリクストゥス3世の追加教皇令から解釈によって導出した定期金売買の第7の条件は、ピウス5世の教皇令において、「物の全部または一部が失われたり不毛となったりした *re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum vel pro parte affecta*」場合に定期金も「それに応じて失われる *ad ratam perire*」とした第10条の一節に明文化された。ここに言う定期金負担物の滅失や不毛化は、「偶然の事変 *casus fortuiti*」であり、定期金売買の「本性 *natura*」上、売主に免責をもたらす。

の都市ローマで公布された当該追加教皇令に従い、1570年、つまり、教皇令公布から二年後にそのローマで設定されたものである。更に、この『徴利注解』に追加した注解の第二注釈の中で、数か月前に、既にこの問いについて簡潔に答えていた。加えて、この『徴利注解』第22項目の第90番 [増補版第81番] で、先に引用したソトゥスとコワッルウィアスに抗して、定期金を人格の上のみ設定することはできないというのが通説であると既に十分に証明したし、(既に指摘した通り、スペインではこの見解に従って判決が下されていて、) 総財産の上に包括的に定期金を設定したり、ある物を指定しつつ残り全ての財産の上に包括的に定期金を設定したりすることも、人格の上に定期金を設定することとは反対のように見えるが、よく事態を見極めるならば、当追加教皇令の意図を削ぐことになる。”(Commentarius, 46.v.)

この「契約の本性*natura contractus*」に依拠した論証は、既にみた通り、第2の条件との関連でも、目的物引渡後の買主危険負担の応用や、定期金負担物の追奪と滅失の区別として具体的に提示されていた(第76番及び第77番)¹⁰⁰⁾。また、第4条によれば、そのような定期金売買の「本性」を無視し、「偶然の事変について直接あるいは間接に義務を負わせる合意*conventiones directe aut indirecte obligantes ad casus fortuitos*」は無効とされている。そこで、アスピルクエタは、「特定のな抗弁放棄*specialis renunciatio*」を広く許容する普通法の準則¹⁰¹⁾が、少なくとも定期金売買に関する「偶然の事変の抗弁*exceptio casus fortuiti*」に関する限り、通用しない旨指摘している(「第五の注釈*glossa quinta*」第90番)¹⁰²⁾。この点、「定期金の代価*pretium census*」の返還を売主に

100) 前注90参照。

101) 法源として引用されているのは、「法廷出頭の約束が破られれば抗弁を提起しない旨の合意は可能 *an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiciatur*」との問いについて、「約束者によって自発的に放棄される抗弁理由が特定の明示されているならば、そのような合意は有効である *conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est*」と答える法文(D.2,11,4.4.)である。

102) “第五の注釈。これは、定期金設定のために求められる別の条件、つまり、第11の条件にあたる。すなわち、偶然の事変の抗弁は、契約の本性に合致するものである限り、排除されてはならないという点がそれである。従って、偶然の事変に関する抗弁放棄が、学説彙纂2巻11章「法廷出頭の担保問答契約に違反した場合」第4法文4節の準則に反して無効となる場合に注意すべきである。というのも、一般的な理解によれば、この法文の示す通り、包括的な抗弁放棄が偶然の事変を対象から除外する者の妨げとならないまでも、特定のな抗弁放棄はその者を害するとされ、それどころか、第六書1巻19章「訴訟代理人について」第4節を論拠に、他の抗弁が特定の放棄されていれば、それと類似の場合に関して、包括的な抗弁放棄が妥当するとされているからである。あらゆる君主がその国において同様の立法を為し、他の抗弁事案についてもそうすることを切に願う。というのも、極めて多くの人々が、ある時は無知、ある時は無思慮、ある時は何かを得る欲求、そして、そうしなければ何かを拒まれるかもしれないという恐れのために、法や、教皇庁会計院の債務証書の形式に沿った公証人の書式から極めて逸脱した抗弁放棄を行い(それは聖なる

義務づける「特約pacta」一般を認めない第12条は、「偶然の事変に関する抗弁放棄renunciatio casuum fortuitorum」の一例を禁じたものといえる。一方、定期金負担物滅失時にも売主の定期金債務を存続させる旨の「特約」については、より射程の広い第4条から、その無効が導かれることになろう。

『徴利注解』増補版では、ピウス5世の教皇令を受けて、初版の定期金論で提示された八つの定期金売買の有効条件に、更に七つの条件が付け加えられた。「偶然の事変の抗弁は、契約の本性に合致するものである限り、排除されてはならないne derogetur ulli exceptioni casus fortuiti, nisi ei, qui naturae contractus conveniat」という第4条由来の命題は、その内の一つに当たる(第11の条件)。他に、第三の注釈(第88番)¹⁰³⁾で第2条に基づき提示される第9の条件と第10の条件(「定期金の代価は、現金で、なおかつ、当該現金が実際に引き渡されるのを見届けるべき公証人と証人等の面前で、支払われるpretium census solvatur in pecunia numerata; et coram noario, et testibus, qui videant illam realiter tradi」)、第六の注釈(第91番)¹⁰⁴⁾で第5条に基づき提示される第12の条件(「設定者は定期金負担物を処分しない義務を負わないconstituens, non se obliget, ad non alienandum rem censui subiectam」)、第七の注釈(第92番)¹⁰⁵⁾で第6条に基づき提示される第13の条件(「定期金の買主ementes census」は「定期金負担物の購入にあたって他の人々に優先するpraeferantur aliis in emptione rei censuriae」)、第十の注釈(第94番)¹⁰⁶⁾で第15条に基づき提示される第14の条件(「既に弁済期が到来し債務として負担されている定期金、あるいは、今後履行期が到来すべき定期金のためpro censibus iam decursis, et debitis, vel decurrendis」の「創出済み定期金census antea positus」の増額や「新たな定

教令、及び、法文からかけ離れている)、その後、この放棄によって、自らを維持する糧としてきた財産全てを失い、浪費し、手放すか、あるいは、牢に繋がれて名誉を失っているからである。”(Commentarius, 31.r.v.)

103) Commentarius, 30.v.

104) Commentarius, 31.v.

105) Commentarius, 31.v.

106) Commentarius, 32.v.

期金*census novus*」の設定は許されない)、第十一の注釈(第95番)¹⁰⁷⁾で教皇令全体の趣旨に基づき提示された第15の条件(「設定者は、法によれば義務づけられることのないはずの負担を、定期金の弁済以外に義務づけられることはない*constituens non se obliget ad subeunda alia onera, quae alias iure subire non debet, praeter quam ad solvendum censum*」)が、それぞれ追加されている。永続的な定期金¹⁰⁸⁾の売買には、ピウス5世の教皇令の下、その締結方式と内容面で、従来の水準をはるかに超える制約が課されたのである。これらの新たな制約は、教皇令に明記されている通り(第16条)、「当該教勅以前に特定の物の上に創出された定期金*census ante hanc constitutionem creatus*」には及ばないが、マルティヌス5世とカリクストゥス3世の追加教皇令から導かれた八つの条件は別である。それ故、ピウス5世の教皇令発布以前に設定され売却された定期金であっても、定期金負担物が失われれば、第7の条件にある通り当然に消滅する。逆に、定期金負担物が残っている限り、設定者が保有する他の不動産が失われても、定期金の存続に影響はない。また、「特定され表示された物*certae definitaeque res*」と同時に「売主の総資産*omnes vendentis facultates*」の上にも定期金が設定された場合も同様であり、後者の一部が失われたからといって、包括的な物的定期金の売買が第1及び第2の条件に反する以上、当該定期金がピウス5世の教皇令発布以前に設定されたものであっても、定期金の一部消滅は生じない(「問題19 *quaestio decima nona*」及び「問題20 *quaestio vigesima*」第115番)¹⁰⁹⁾。

107) *Commentarius*, 32.v.

108) なお、アスピルクエタの「第十八の注釈」(第98番末尾)によれば、ピウス5世の教皇令は、「買戻可能な定期金*census redimibiles*」だけではなく「買戻不能な定期金*census irredimibiles*」にも適用され得るとされているので(*Commentarius*, 34.r.)、その意味でも定期金売買の規制は強まったことになる。このアスピルクエタの解釈を前提にすれば、第10条の末尾で、売主の買戻しの「権能*facultas*」をはく奪する「特約*pactum*」の効力が否定されているのは、あくまで「買戻可能な定期金」について何らかの条件を付けて買戻権を奪う場合を想定したものであって、「買戻不能な定期金」一般を排除する趣旨ではないことになる。

109) *Commentarius*, 42.r.

それでは、定期金負担物が、滅失したわけでも、第三者の追奪を受けたわけでもなく、他人に譲渡された場合はどうであろうか。ピウス5世の教皇令によって、定期金負担物の処分を禁ずる特約の無効が宣言されたため、「定期金の売主が、定期金負担物を売却し処分することで定期金弁済の義務を免れるかどうか *an venditor census desinat esse obligatus ad solvendum illum vendendo, et distrahendo rem censui subiectam ?*」という問いは、一層の重要性を帯びることとなった。アスピルクエタも、定期金負担物の滅失に関わる諸問題に先立って、この問いに「然り *sic*」と答え、定期金負担物の譲渡による免責を認めている（「問題22 *quaestio vigesima secunda*」第116番¹¹⁰⁾。「物的負担は物そのものと共に移転する *onus reale transit cum ipsa re*」という論拠に示されている通り¹¹¹⁾、この場合、定期金それ自体が消滅するわけではなく、定期金負担物の譲受人が新たな「定期金義務者 *censuarius*」として定期金弁済の義務を負うことになる。逆に、定期金負担物を譲渡した設定者が免責される点については、

110) “第22番目の問いとは、定期金の売主が、定期金負担物を売却し処分することで定期金弁済の義務を免れるかどうかである。この点、私は、定期金義務者を求めて定期金負担物を売却する限り、然りと答える。というのも、物的負担は物そのものと共に移転するからである【別書3巻21章「質その他の担保について」第5節】。また、原因が欠ければ効果も失われるのであり【同2巻28章「上訴について」第60節】、定期金債務者が定期金を弁済する義務を負う原因は、彼が、その上に定期金を設定した物において有する所有もしくは占有であり、そのような原因は、当該物の売却と引渡によって失われる【学説彙纂18巻6章「売却物の危険及び利益について」全体】。更に、前記第22項目において詳しく示されたように、定期金は人格の上に設定されていないし、そもそも設定され得ない。”(Commentarius, 42.v.)

111) ここでアスピルクエタは、嫁資の返還に関して、「夫の財産もまた嫁資のために黙示に担保に供され、その負担と共に、それが誰であれ、その保有者へと移転する *etiam bona viri mulieri sint pro dote tacite obligata, et cum suo onere transierint ad quemlibet possidentem*」と述べた法文(X.3.21.5.)を引用している。定期金の売主は定期金負担物の譲渡によって定期金弁済の義務を免れるというのがアスピルクエタの理解であるから、当法文はあくまで物的負担の性質一般を示すものとして引用されたのであって、コバルビアスのように定期金売買に抵当を読み込む意図をそこに読み取る必要はない。

まず、「原因が欠ければ効果も失われる*cessante causa cessat effectus*」という常套論拠*locus communis*¹¹²⁾が援用されている。「定期金債務者が定期金を弁済する義務を負う原因は、彼が、その上に定期金を設定した物において有する所有もしくは占有であり、そのような原因は、当該物の売却と引渡によって失われる*causa cur debitor census tenetur solvere illum, est dominium vel possessio quod, vel quam habet in re super qua constituit census, et disinit illa habere per venditionem et traditionem eius*」というわけである。注目されるのは、人的定期金否定論もまた、定期金負担物譲渡による設定者免責の論拠とされている点であろう。コバルビアスは、定期金負担物を譲渡した設定者が、抵当目的物を譲渡した債務者のごとく、依然債務を負い続ける旨主張して、人的定期金許容論の論証を企てた。アスピルクエタの議論は、コバルビアスを名指しこそしていないが、定期金負担物の譲渡と共に移転する「物的負担*onus reale*」としての定期金の性質を確認することで、コバルビアス説を退けたものと解し得る。

ピウス5世の教皇令の第10条は、定期金を負担する農耕地等が「不毛となった*infructuosa affecta*」場合についても、「失われた*perempta*」場合に準じて、定期金の消滅を認めている。この土地の不毛化に関して、アスピルクエタが取り上げている論点は、「定期金負担物が、設定および売却時にもたらしていたほどに収益をもたらさなくなったという事情だけで、一部不毛となるのかどうか*an res censui supposita desinat esse in parte frugifera eo solo, quod non reddit tantum, quantum tempore constitutionis, et venditionis eius reddebat?*」

112) 直接の典拠として引用されているのは、この常套論拠を冒頭に掲げ、中間判決に対する上訴理由が失われれば、原審裁判官による審理継続も可能とするカノン法文(X.2,28,60)であるが、当然ながらその応用範囲は広く、例えば、トマス・アクィナスの『神学大全*Summa Theologiae*』の一節でも(1,96,3,3)、「原罪以前の無垢の状態において全人類は平等であった*homines in statu innocentiae omnes fuissent aequales*」という主張の論拠の一つと位置づけられている(「原罪以前の無垢の状態*status innocentiae*」では「不平等の原因*causa inaequalitatis*」が欠けるから人類は平等である)。

と、「多年にわたる土地の不毛故に定期金が消滅するかどうかan propter steritatem fundi multorum annorum extingatur census?」の二つである（「問題23 quaestio vigesimatertia」と「問題24 quaestio vigesimaquarta」第117番）¹¹³⁾。アスピルクエタの解答は何れも「否non」であり、これらの場合、第10条の不毛化の要件を満たさず、定期金債務者が一部あるいは全部の免責を得ることはないとされる。何れの場合も、定期金負担物それ自体は失われておらず、収益の減少や長期の不作を土地自体の一部乃至全部の滅失と同視するような法源も見当たらないから、定期金債務の免責を安易に認めるべきではないというのがアスピルクエタの考えのようである。その結果、減収や不作に見舞われた定期金債務者が免責を得ようとすれば、定期金の買戻しや定期金負担物の譲渡を要することになるが、アスピルクエタは、他に、「当該定期金を負担する土地を放棄することで、放棄された土地と引き換えに定期金弁済の負担を免れる *relinquendo praedium illud censui subiectum pro derelicto liberatur ab onere illum solvendi*」余地も認めている¹¹⁴⁾。ピウス5世が1570年にシチリア王国の港湾徴税長官の照会に答えて発布した教皇令の第6条では、「不毛となった財産とは、永久に全てもしくは一部が不毛となった財産のことであって、悪天候その他の原因で一二年あるいは数年にわたって収穫がなかった財産と解すべきではない *rem infructuosam, quae tota vel ex parte infructuosa perpetuo redditur, non autem ex qua fructus uno, duobus, pluribusve annis, sive tempestate, sive alio casu perveniunt*」とされていた。アスピルクエタはこの補充的教皇令に言及してはいないが、滅失に匹敵するような永続的な不毛化のみを定期金の消滅理由とみなす点で、両者の第10条解釈は一致する。

また、アスピルクエタは、「定期金の設定を受けた粉ひき小屋 *molendinum super quo est constitutus census*」が「解体された *destrueretur*」場面を想定して、第10条の適用の可否を論じている（「問題25 quaestio vigesimaquinta」

113) *Commentarius*, 42.v.

114) 代価の返還同様、定期金債務者の自発的な放棄のみが許容されるとの趣旨であって、合意に基づく違約罰としての買主からの放棄請求は、第7条で明示的に禁じられている。

第118番)¹¹⁵⁾。そこで問われているのは、解体された小屋の建材を用いて新たな「粉ひき小屋molendinum」が築造された場合、定期金債務者は免責されるのか、それとも、再築された粉ひき小屋が定期金の負担に服するののかという点である。この点、アスピルクエタは、解体された「船navis」や「建物aedes」と、その材料を再利用して新たに作られた「船」や「建物」とを別物とみなす法文¹¹⁶⁾を根拠に、新旧の粉ひき小屋の同一性を否定することで、定期金債務の存続を否定している。また、「川の流れが変わったaqua mutaverat cursum」等事情から別の土地に再築された場合には、「建築されたものは全て土地に服する omne quod inaedificatur solo cedit」との準則¹¹⁷⁾に従い、粉ひき小屋の保有者

115) “(118.) 第25番目の問いとは、定期金の設定を受けた粉ひき小屋が、川の流れが変わったり、古い小屋の建材から別の小屋を建てたりするために所有者によって解体された場合に、第二の粉ひき小屋によって定期金が負担されるのかどうかである。この点、第二の粉ひき小屋は定期金の負担に服しないと解答する。というのも、第二の小屋は定期金を課されておらず、最初的小屋とは別物であるのは明白であるから。また、完全に破壊された別の船の材料から建造された船は、最初の船とは別物とされている【学説彙纂45巻1章「言語による債務間関係について」第83法文5節の「また船が云々」の一節】。更に、建物が、更地になるまで取り壊されたならば、同じ建材で同じ場所に再築されたとしても、別の建物と解される【学説彙纂7巻4章「用益権や使用権は如何なる仕方であられるのか」第10法文1節、前掲同45巻1章第83法文5節】。加えて、別の場所で解体された建物の材料を用いて、ある場所に築造された建物は、前の建物とは異なるだけではなく、しばしば別の所有者に属することになると、法学提要2巻1章「物の区分について」第29節からは導かれる。もう一つ言えるのは、定期金義務者が、粉ひき小屋を解体したことによって、当該小屋に定期金を設定した相手に対して、悪意の訴権その他によって義務づけられ【この点に相応しい学説彙纂7巻4章第5法文の一節〔3節〕とその標準注釈、別書5巻36章「インユーリア及び不法侵害について」第9節及び同標準注釈】、少なくとも、定期金と引換えに受領していた代価を返還するか、あるいは、新たな粉ひき小屋か自己の別の不動産の上に定期金を設定することを強いられるという点である。”
(Commentarius, 42.v.)

116) D. 7, 4, 10, 1; 45, 1, 83, 5.

117) Inst. 2, 1, 29.

自体が変わる可能性があるとして、この点も定期金の消滅を導く論拠とされる。このように、粉ひき小屋の解体に第10条が適用され、定期金負担物の滅失の一場面として定期金が消滅するとしても、粉ひき小屋の「所有者dominus」である定期金債務者自身がその滅失を惹起したからには、何らかの責任が問われて然るべきとも解される。この点、粉ひき小屋を解体し再築した売主は、定期金の買主に対して、「少なくとも、定期金と引換えに受領していた代価を返還するか、あるいは、新たな粉ひき小屋や自己の別の不動産の上に定期金を設定することを強いられるaut ad minus coetur reddere pretium, quod pro censu accepit, aut constituere illum super novum molendinum, vel aliam rem suam immobilem」とするのがアスピルクエタの見解である。このような代価返還や定期金再設定の義務は、定期金売買時の特約に基づくものではなく、普通法上の「悪意の訴権actio de dolo」等に基づき課されるものであって¹¹⁸⁾、「違約罰poena」としての代価返還さえ禁じていたピウス5世の教皇令第12条とも抵触しない。アスピルクエタは、新たな教皇令との整合性に配慮しつつ、普通法に基づく利害調整を図ったのである。

(未完)

<付録資料>定期金売買に関する教皇令

マルティヌス5世から尊敬すべき兄弟トリーア、リユーベック並びにオル

118) 「この点に相応しい一節textum in hoc aptum」として引用された法文(D.7, 4, 5, 3.)には、「敷地の用益権が遺贈され、当該敷地に建物が築造された場合、目的物が変わり、用益権が消滅するのは明らかである。敷地の所有者がそれを行ったのであれば、当然、遺言、あるいは、悪意に基づき義務を負うことになる。Si areae ususfructus sit legatus, et in ea aedificium sit positum: rem mutari, et ita usumfructum extinguere constat. Plane si proprietarius hoc fecit: ex testamento, vel de dolo tenebitur.」とある。なお、ここでは既存の建物ではなく「敷地area」に用益権が設定されており、定期金負担物である建物の解体と再築の事例に類比可能かどうか疑問がないわけではない。また、アスピルクエタは、「悪意の訴権」ではなくむしろ「特示命令interdictum」による解決を推奨した同法文の標準注釈(1551年リヨン刊の『学説彙纂旧篇Digestum vetus』では610頁のk)も合わせて引用している。

ミュッツ [Almicensis→Olmucensis] の各司教へ。

全教会の指導について、不相応ではあるが、主の導きにより司る余は、不斷の配慮に压せられ、余に託された職務に照らし、(余の高齢の許す限り) どの信徒の平安と平穩にも心を砕き、信徒等の間に日々生じる疑念は、それが訴訟と言う回り道や躓きのぬかるみをもたらすことのないように、余の手助けによって解明されている。

ところで、ブレスラウの都市と司教区の親愛なる聖職者、貴族、居留者、居住者一同の訴えが余の下に持ち込まれ、そこには、百年前後にわたり、人々の反対の記憶が存在しないほど長い間、当都市と司教区、並びに、隣接する諸地域において、ある道理にかなった慣習が遵守され、教示され、利用者たちの慣行によって是認され、人々の共同の利益のために導入されている、とある。その慣行に従い、君侯、男爵、騎士、市民や近隣地域の住民は、今や慣行が無効であると主張するのが彼等にとって有利となったようではあるが、聖俗の人、団体、法人、町、都市に対し、自らの財産、領地、町、土地、農地、土地、建物、世襲財産について、ポーランドの貨幣で一ブラハマルク乃至グロッシェン相当かそれ以上の年定期金を売却するのが常であったし、実際に売却してきた。そして、年定期金の任意のマルクと引き換えに、10、11、13、14マルクかそらが期間に応じて、契約当事者間の合意に従い支払われるのが通例である。それらは売主に対して全額現金で支払われるものとされ、契約中には、その場合、年定期金の弁済のために永続的に負担を課される財産が明示される。そして、その契約では、常に、当該年定期金の全てあるいは一部を、買主から受領していたのと同額の金銭と引き換えに、いつでも望む時に自由に、誰かの請求、異議、あるいは、同意を伴うことなく、償却し買い戻し、当該定期金の弁済をその後完全に免ぜられる権能と恩恵が売主に明示的に与えられる。ただし、この種の定期金の売主が、その意に反して、買主によりこれを強いられたり義務づけられたすることは、負担を課されている保有地や財産が完全に失われ、あるいは、破壊されたとしても、決して認められない。その時々ブレスラウ司教やその役人、あるいは、この種の定期金が設定された各土地の世俗の領主によるそのような売買契約は、正当で共同の利益に大いに資するものとして等しく

許容され是認されてきた。更に、この種の定期金上には、二千以上に及ぶ多くの教会の歳費、司教区評議員会員禄、聖堂参事会員禄、聖職禄、顕職禄、給費、公職禄、代行禄、祭壇管理費が、上記担保となる財産をその領地を含む世俗領主等の明示的な同意と意思に基づき、設定、贈与、抛出され、彼等の世俗領主の印章付きの正式な文書で確認されていることが知られている。更にまた、当該定期金の売主は、当該定期金の弁済について、各地の司教の教会法上の処罰や懲戒に自ら進んで服するとともに、中には、期限の徒過により、訴えられ執行される者もある。ところが、そのような売主の中には、非常によこしまになって、他人の金銭で富を得ようと望み、これまで彼等によって自発的に異議なく支払われてきたこの種の定期金について、聖俗の買主に支払うことに異議を唱えて拒み、この種の売買契約が微利行為に当たり不法であったし現にそうである旨強弁する者がいる。つまり、これら聖俗の買主等は、司教区評議員会員禄、聖堂参事会員禄、聖職禄、顕職禄、給費、公職禄、代行禄、祭壇管理費といった歳費を、この種の年定期金の受領によって収奪しており、収奪を続けることで、彼らの魂は危険にさらされ、買主自らに危害、損害、面倒をもたらしているというのである。また、この売買契約が正当であるかどうかについても、かなりの人々が判断をためらっている。そういうわけで、彼等買主のため、聖職者、貴族、プレスラウの都市や司教区に居留し居住する人々が、余に対して、この種の契約が正当不当何れに解されるべきか宣言するよう請願があり、その後、教皇の恵みに基づき、余は、既に彼等に有利な判断を下すべく決断した。

そういうわけで、この種の請願を余は是とする。なぜなら、この種の案件を専門家等の助言を得て検討するよう委ねている、サン・マルコ大聖堂の名義司祭の枢機卿で余の愛すべき子グイエルムス〔ギョーム・フィラストル Guillaume Fillastre(1348-1428年)〕の報告から、この種の契約が適法であり、諸博士の判断に照らして正当であることを余は確認したからである。そこで、そのようなあいまいさへの疑念を予め取り除くべく、余は、上記契約が正当であり、普通法に合致すること、そして、当該定期金の売主は、(異議申立ての抵抗は退けられ)その弁済へと教皇の権威に基づき義務づけられるということ、以上の通り確実な知見に基づき宣言する。前述の諸異論はこの妨げとはな

らない。従って、何人もこの余の宣言文を犯すことも、無謀にこれに反論することも許されない。にもかかわらず、敢えてそう企てる者がいたならば、全能の神と善き使徒ペテロ並びにパウロの義憤をその身に被るであろう。

余の上記の言葉が然るべき効果を得ることを望む余は、汝ら兄弟に教皇書簡を介して、汝等がそれぞれに前記の買主等に有益な支援策を講じ、役立つと思われる場合には、余の言葉を余の権威の下に正式に公示し、同じく余の権威に基づいて、買主や彼等を代理する法廷弁護士等に対して、定期金の売主つまり債務者から、彼等の間に交わされた契約や合意の形式と内容に従い、十分かつ然るべき満足がもたらされるよう配慮することを命じるものとし、異議を申し立てる者等については、教会による懲戒、上訴の先送りを以てこれを抑止する。誰かに対して一般的あるいは個別に教皇座から、聖務禁止、聖務停止、破門を被らない特権が付与されていても、余が、教皇書簡を以て、この種の特権に十分かつ明白な仕方ですべて逐語的に言及しない限り、妨げとはならない。ローマの教皇座にて、余の教皇在位8年目の6月10日記す。

カリクストゥス3世からマクデブルク、ニュルンベルク、ハルバーシュタットの各司教並びに聖堂参事会長へ。

全教会の指導について、不相応ではあるが、主の導きにより司る余は、不断の配慮に圧せられ、余に託された職務に照らし、(余の高齢の許す限り)どの信徒の平安と平穩にも心を砕き、信徒等の間に日々生じる疑念は(そこから訴訟と言う回り道や躓きもたらされることのないように)、余の宣言という然るべき手助けによって和らげられている。

ところで、余の尊敬すべき兄弟、メルゼブルク司教ヨアンネス [ヨーハン2世。在位1431-63年]と、愛すべき子等、メルゼブルクの都市と司教区の全聖職者のために最近余に寄せられた請願によれば、反対の記憶が非常に長い間みられない限りで、ドイツの多くの地域において、人々の共通の利益のため、同地域の居留者や居住者の間で、次のような慣習が生じ、また、従来遵守されていたものが適法に命じられ、利用者の慣行や、裁判権者の許可、そして多くの明示的な認可によって是認されてきたとされる。それはすなわち、それらの居

住者や居留者、あるいは、その身分や特権に応じてその利益に与るように見える人々が、彼らの財産、領地、農地、土地、保有地、世襲財産上に、当地で流通している貨幣でマルク、フローリン、グロッシェンによる年金あるいは年定期金を売却し、当該年金や定期金を購入した者から、それぞれマルク、フローリン、グロッシェンで、その時点の貨幣の質に応じて現金で支払われる一定額の正当な代価を、売主と買主の間でこれら定期金について定めたところに従い、受領するのが通常で、その際、上記領地、地所、農地、土地、保有地、世襲財産から当該契約で明示されたものを、売主〔買主?〕の利益のため、年金や定期金の弁済の担保として供するというものである。加えて、それらの売主は、彼等によって受領された金銭を、上記買主に、全部または一部を返還すると、それに従って、返還された金銭に関わる年金乃至定期金の弁済を完全に免れ免責される。これに対して、買主等は、たとえこの種の財産、建物、地所、農地、保有地、世襲財産が時の経過の中であらゆる破壊や荒廃により不毛になったとしても、当該金銭の返還を求めることはできない。とはいえ、以上のような契約がそもそも正当と解されるべきか、躊躇し懸念を抱く人々もいる。

その結果、少なくない人々が、それらの契約が徴利行為に当たると主張し、当該契約によって義務づけられるこの種の年金や定期金を弁済しない機会を狙っている。そのように購入される定期金や年金には、多くの教会、修道院、施療院、都市や司教区並びに前記地域の聖職禄、更には、神自身の介在により多くの場合に教会によって管理されているあらゆる日常的な配当もまた含まれることになる旨申し立てる前述の司教や聖職者等のため、ここ教皇座にて解決の宣言を發し、父の愛を以て対処すべく、恭しくも余に対して請願が為されたわけである。

そこで、余は、この種の請願を重視する者として、マルティヌス5世の喜ばしき思い出と共に託された余の先達による吟味と解明を強く心に刻み、その跡を辿り、これらに関するあらゆる疑念を解消するため、上記契約が正当であり、普通法に合致し、売主は、契約の内容に従い（異議申立ての抵抗は退けられ）、定期金や年金の弁済へと教皇の權威に基づき有効に義務づけられるものと、宣言する。従って、何人もこの余の宣言文を犯すことも、無謀にこれに反論する

ことも許されない。にもかかわらず、敢えてそう企てる者がいたならば、全能の神と善き使徒ペテロ並びにパウロの義憤をその身に被るであろう。ローマにて、主の受肉より1455年、余の教皇在位1年目の5月6日記す。

余の上記の言葉が然るべき効果を得ることを望む余は、汝ら兄弟に教皇書簡を介して、汝等、そしてまた、首席司祭、聖堂参事会長、修道総会、その他聖職受領者がそれぞれに有益な支援策を講じ、(役立つと思われる場合には)余の言葉を余の権威の下に正式に公示し、同じく余の権威に基づいて、買主や彼等を代理する法廷弁護士等に対して、年金や定期金の売主つまり債務者から、彼等の間に交わされた契約や合意の形式と内容に従い、十分かつ然るべき満足がもたらされるよう配慮することを命じるものとし、異議を申し立てる者等については、教会による懲戒、上訴の先送りを以てこれを抑止する。誰かに対して一般的あるいは個別に、教皇座から、聖務禁止、聖務停止、破門を被らない特権が付与されていても、余が、教皇書簡を以て、この種の特権に十分かつ明白な仕方です語的に言及しない限り、妨げとはならない。上に同じく記す。

神のしもべ等の中のしもべ、司教ピウスが、事柄の永続的記憶を期して。

教皇の責務を担う余の知るところでは、余の前任者等によって加えられた制約内に収まらず、それどころか、一層悪いことに、全く反対の特約によって、燃えさかる貪欲さと、神の法に対するあからさまな侮蔑をひけらかすような定期金契約がこれまで締結され、今なお日々交わされており、責務として魂の平安に配慮し、敬虔なる精神の求めに応えている余としては、これほど深刻な病と致命的な毒から決別し、良薬を以てこれを治療をしないではいられなかった。

第1条：そういうわけで、当該立法により、余は、年定期金乃至年金が、不動産か、あるいは、収益を生じる性質故に不動産とみなされるもので、その範囲が明確に表示されたものについてのみ創設され設定可能であるものと定める。

第2条：しかも、それは、実際に現金によって、証人等と公証人の立会の下、証書作成よりも先にではなく、その最中に、適正な代金全額が受領される場合に限られる。

第3条：一般に先払いと呼ばれる弁済を為すこと、あるいは、その旨合意す

ることを余は禁じる。

第4条：別の場合であれば、契約の本性上、義務を負わないはずの偶然の事変において直接あるいは間接に義務を負わせるような合意は絶対に無効とする。

第5条：定期金負担物の処分権能をはく奪したり制限したりする合意も同様に無効とする。なぜなら、財産は、常に自由に、承認礼金、50分の1その他の割合や物による税を伴うことなく、生存者間でも終意においても処分できるものと余は考えるからである。

第6条：ただし、売却されるべき場合には、定期金権利者が他の誰よりも優先されるべきで、彼に売却の条件を知らせ、一か月待つべきものとする。

第7条：遅滞した定期金義務者に対して、遅延損害金、あるいは、手数料、一定額の費用、料金、あるいは、債権者の宣誓を経て支払われるべき料金や費用の支払うこと、定期金負担物やその一部の放棄すること、同じ契約や別の手段で取得した何等かの権利を喪失すること、何等かの違約罰に服することを義務づける内容の合意は全て不当であり無効である。

第8条：それどころか、同一人や彼によって当期、過去、将来の定期金の受領者とされた者の利益のため、定期金を増額したり、同一の物や別の物の上に新たな定期金を創設したりすることも一切禁じる。

第9条：同じく、他の場合であれば、法や契約の本性上、当てにされることのない者に負担の弁済を課す内容の契約も無効とする。

第10条：最後に、将来のために創設された定期金は全て、目的物の全部または一部が失われたり不毛となったりした場合、それに応じて失われるのみならず、代価と引き換えに消滅し得るものと余は定める。百年かそれ以上の思い出せないほどに長い期間を経過している旨の抗弁も無益である。また、直接間接にそのような権能をはく奪する合意も、それが如何なる文言や条項で定められているにせよ、無益である。

第11条：ただし、代価の引渡によって定期金が消滅すべき場合、代価を引き渡すべき相手に対して二か月前にその旨通知するものとし、通知後であれば相手の意に反しても一年以内に代価を取り戻せるものとする。消滅を望む者が代価を二か月の間に支払わず、一年以内に意に反して代価の返還を請求されるこ

ともなかった場合であっても、定期金は消滅するものとするが、予めの通知は、今述べた事情にかかわらず常に必要である。この点は、何度も繰り返し通知されたが代価の引渡が実現されなかった場合にも遵守されるべく余は命じる。

第12条：定期金の代価を、上記の場合以外に、相手方の意に反して、違約罰として、あるいは、その他の理由に基づき、取り戻せる旨の特約は絶対に禁じる。

第13条：今後別の方式で締結される契約は微利と余はみなす。従ってまた、それらの契約があったとしても、余の命令に反して明示もしくは黙示に与えられ、免除され、放棄されるものは何であれ、国庫によって取り戻され得るものとする。

第14条：しかも、安全をもたらすこの教勅は、定期金を新規に創設する場合だけでなく、教勅の公布後に創設されたものであれば、創設済みのものを譲渡する場合にも、永久かつ徹底して遵守されるものとする。

第15条：余はまた、一旦定められた定期金の代価を、時の経過や当事者の事情その他の出来事によって、減額したり増額したりすることは最後まで決してできないものと宣言する。

第16条：この法律の効力を既に締結された契約にまで及ぼすことはしないが、別の方式で定期金が発生している契約は全て、神の下、各契約が善き信仰の審査に服し、魂の平安を顧みるよう強く求める。

第17条：如何なる教皇の勅令や命令、法令、慣習が存しようとして、また、特許状や書状があつて、たとえそれらが余に先立つ歴代のローマ教皇や余自身によるもので、どのような内容と形式で、如何なる条件が付されていても、廃止の廃止であろうと、積極的な命令であろうと、理由が何であろうと、普遍的な法律の方式であろうと、別の文書か何かで、大学、集団、団体、修道会、都市や地域のために許可され是認され更新されたものでであろうと、それら全体あるいは個々に明示する内容が、直接もしくは間接に、その全体あるいは一部において、当立法に反する限り、他にどのような反対の事項が含まれていても、余はそれらを特定して明確に廃止する。

第18条：更に、余は、以上の点が教皇庁尚書院とカンポ・デ・フィオーリで

公布され、永久に有効な追加教皇令の中に登録されることを望む。

第19条：また、当教勅を個々の地域に伝達するのは困難であるから、公証人の署名と高位聖職者の印章を伴ったその写しによって、たとえそれが印刷されたものでも、それが提示され表示されたならば、当教勅によってもたらされたであろう効力と全く同一の効力が常に生じるものと余は宣言する。

第20条：以上の通りであるから、何人も、余が禁じ、無効とし、定め、命じ、促し、廃し、宣言し、望むところのこの一葉の教勅を犯し、不遜な試みでこれに違反してはならない。にもかかわらず、何者かがそれを為そうと企てるならば、全能の神とその使徒ペトロ及びパウロの怒りを被ることになろう。

ローマのサンピエトロ大聖堂にて、主の受肉により1569年目、余の教皇在任4年目の2月14日記す。

続いて、当教勅について申し立てられた幾つかの疑念の解明。

教皇ピウス5世が、事柄の永続的記憶を期して。

教皇座は最大限の注意を払って全てを明確に公にするよう努めてはいるが、その入念な意図が新たな理解を得られるための配慮が十分とは言いがたいため、その複雑さのために多くの人々に疑念が生じている。

第1条：先に余は、定期金の創設に関する教勅によって、特に、将来創設される全ての定期金について、目的物の全てまたは一部が失われ、あるいは、全て〔または一部〕が不毛となれば、それに応じて失われ、更には、同一の代価と引換えに消滅させることもできる旨定めた。そして、遅滞した定期金義務者に対して、遅延損害金、あるいは、債権者の宣誓を経て支払われるべき手数料乃至料金、費用を支払うこと、定期金負担物やその一部を放棄すること、同じ契約や別的手段で取得した何等かの権利を喪失すること、何等かの違約罰に服することを義務づける内容の合意は全て無効であり不当であるとした。しかも、定期金つまり年金は、不動産か、あるいは、収益を生む性質故に不動産と見なされるもののみ、その範囲を明確に表示し、定期金そのものが、実際に現金で、公証人や証人の立会い下で証書の作成に先立ってではなく証書の作成時に、正当な代価全額において受領される仕方でのみ、創設され設定されるものとし

た。

第2条：その後、シチリア王国の港湾徴税長官でこの問題に関して余に差し向けられた愛しい息子オクタウィウス・スピーノラより、シチリア王国で生じた疑念につき以下の通り問い合わせを受けた。まず、上記財産の不毛は年単位のものか、それ以外の期間にわたるものか、何れに解すべきか。

第3条：また、合意その他の無効によって、遅滞者を訴え、あるいは、徴収者を遅滞者のもとに派遣し、その他裁判官の命令に服するのに必要な費用を回収し償還させる権利まで奪われるのか。

第4条：更に、それらの費用や定期金を徴収するに際して第三保有者が請求されること、あるいは、定期金負担地の追奪や定期金自体の弁済のために保証人が用意されたり、別の財産が抵当に供されたりすること、更には、この種の定期金が複数の相互に区別された財産上に設定されることは、許されるのか。

第5条：最後に、現金について述べられている点は、嫁資の割り当てとして定期金が創出される際にも禁じられるのか。

第6条：余は、これらの難点を、余の力の許す限り、取り除こうと望んでおり、以下の通り宣言する。まず、不毛となった財産とは、永久に全てもしくは一部が不毛となった財産のことであって、悪天候その他の原因で一二年あるいは数年にわたって収穫がなかった財産と解すべきではない。ただし、普通法上に別に規定が存する場合はこの限りではない。

第7条：また、契約当事者の間でのみ交わされた特約や合意、定期金の証書によって特に定められ收受されることが約束された費用の徴収が禁じられるのであって、普通法の規定により償還されるべき費用や、裁判官の命令で認められた費用の徴収は禁じられない。

第8条：更に、定期金負担地の追奪に備えて保証人が付され、別の財産が抵当に供されること、あるいは、土地が他人の手に渡ったり、第三者が保証人として加わったりした場合に、第三保有者やその財産が義務づけられることを余は決して禁じていない。これらは、追奪の故に認められるのであって、違約罰の支払いとして認められるわけではないと余は解する。

第9条：最後に、嫁資の割り当ての場合、定期金の創設や設定が上記の通り

公証人及び証人の面前の現実の支払の下に為されるべき点は適用されない。この場合、定期金は、金銭が引き渡されなくても創設可能であると余は宣言する。

第10条：加えて、同王国における金銭の移動から頻繁に生じる危険に対応するため、余は、定期金の創設時に、金銭を容易に引き渡せない場合、それに代えて、買主は代価全額分に相当する銀行の預り証または手形を、購入時に売主に提示すべきものとする。

第11条：嫁資の場合も、その他教勅に含まれその趣旨に合致する全てについても、前述の余の教勅に基づく。

第12条：更に余は、以上の内容の写しが、それがたとえ印刷されたものであっても、公証人の手か、あるいは、高位聖職者やその尚書局の印章を伴い署名されているならば、裁判においても裁判外でも、提示され表示されさえすれば、現にある場合と全く同一の効力を有するものとする。

ローマのサンピエトロ大聖堂にて、漁師の指輪の下、1570年、余の教皇在位5年目の6月10日記す。