

《論 説》

物的定期金と抵当権

——コバルビアス説の典拠分析——

藤 田 貴 宏

中近世のヨーロッパでは、周知の通り、教会によって禁じられた利息付消費貸借に代替する金融乃至投資の手段として定期金の売買が広く行われた。中でも、特定の不動産に定期金の設定を受け、その収益徴収権を購入する形式は、不動産保有者の変動や資力に左右されない弁済の確実さ故に好んで利用され、定期金弁済の引当てとなる財産の特定に徴利行為の抑止を期待するカトリック教会からも推奨される。本稿では、この種の定期金の法的性質を探る素材の一つとして、ディエゴ・デ・コバルビアス・イ・レイバDiego de Covarrubias y Leyva(1512-77年)の見解を取り上げ、その典拠分析を試みることにしたい。

I

16世紀半ば、サラマンカ大学のカノン法教授を経てグラナダ高等法院Real Chancillería de Granada(タホ川以南のスペイン王国南部を管轄)の聴訴官oidorを務めていたコバルビアスが、『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 libritres』(1552年初版。以下『問題解決集』と略称)を公にした。その第3巻第7章「年賦給付について、それは購入を権原として金銭で設定可能なのかDe annuis redditibus, an hi possint titulo emptionis in pecunia constitui?」の中で、コバルビアスは、「金銭で支払われるべき年賦給付の購入annui redditus pecunia solvendi emptio」が「徴利行為usura」に当たらず許容される旨詳細に論証した後、「この定期金は必ず特定の土地や物の上に設定されねばならないのか

an necessario hi reditus sint constituendi super certis fundis, aut rebus] との問いについて検討している(第5番)。定期金が「何らかの財産や物 bona aut res aliquot」ではなく「売主の人格 persona vendentis」に設定される場合、そのような契約を「不法 illicitus」とみなす「通説 communis omnium sententia」には与せず、定期金は「人的債務の負担だけで、財産や物による包括的不確定的あるいは特定の確定的な引当てや抵当を伴うことなく、設定できる constitui posse solum obligatione personali: absque generali, incerta, speciali, vel certa bonorum, vel rerum assignation, et hypotheca」と解するのがコバルピアスの立場であった¹⁾。その論証に先立って強調されている通り、コバルピアス自身が、この人的な定期金を許容する議論の「最初の主張者 primus author」であったわけではなく、三名の先達の著作が援用されている。

まず引用されているのは、創立間もないテュービンゲン大学で神学教授を務めたコンラート・ズメンハルト Konrad Summenhart(?-1502年)による『契約に関する七部作 Septipertitum opus de contractibus』(1500年初版。以下『契約論』と略称)²⁾の第4論考の問題74と問題75である。問題74では、「個々の人間あるいはまた人間の集団は、それ自身、つまり、各人格について、有用物の定期給付を他人のために設定できるのか utrum liceat alicui homini singulari et etiam communitati hominum in se vel sua persona constituere alteri redditum alicuius rei utilis」が検討されている。「何人も、他人によって隷属状態に置かれ、あるいは、自ら隷属状態に入るとは許されない nullus potest licite in servitutem redigi ab alio vel seipsum in servitutem redigere」といった主張が、「万人に自由を認めるべき旨定める自然法 ius naturale quod disponit debere esse unam libertatem in omnibus」に照らして、それ自体正当である

1) *Variae resolutiones*, 198.r. 引用は1552年サラマンカ刊の初版による。

2) なお、この著作は、初版と同じく、帝国都市ハーゲナウ Hagenau(アグノー Hagenau)で1515年に再度印刷された後、1580年には、ヴェネツィアで、『合法及び不法な契約に関する論考 *Tractatus de contractibus licitis et illicitis*』との表題で再刊されている。二つのハーゲナウ版には頁(葉)数の印刷はなく、引用に当たっては、初版テキストに依拠しつつ、便宜的にヴェネツィア版の対応頁数を示すことにする。

ことは、ズメンハルトも認める³⁾。しかし、この理屈は、「有用物の定期給付 *redditus rei utilis*」を「人 *persona*」に設定することの妨げにはならず、実際にも、「人が、他人、教会、修道院に対して、例えば、農地を耕し、種をまき、葡萄を搾汁するといった労働へと自らの人格を義務づけ、労働から生まれる利益や便宜を提供できる *aliquis potest personam suam alteri homini, ecclesiae vel monasterio obligare ad laborandum laboribus natis importare utilitates et commoditates, ut sunt arare, seminare agros, fodere vineas, et huiusmodi*」ことに何ら疑念の余地はないとされる。「もし私があなたに対してそのような労務を義務付けられているならば、あなたは私から労務を求め、それらの労務から生じる便益を収受する権利を有する *si sum tibi obligatus ad illos labores, tu habes ius exigendi a me illos labores et percipiendi utilitates natas provenire ex illis laboribus*」のであり、その「有益な労務 *labores fructiferi*」は「有用物 *res utilis*」の一種に他ならないというわけである⁴⁾。加えて、続く問題75において、「設定者の物か人格への定期給付の設定 *constitutio redditus percipiendi de re vel persona constituentis*」は、定期給付の目的物が「有用物や収穫物 *res utilis seu fructus*」ではなく「金銭 *pecunia*」であるとしても、「無効とはならない *non depravatur*」と論じる⁵⁾。ズメンハルトの立場からすれば、確かに、物的負担の全く伴わない人的な定期金も許されることになるだろう。

人的定期金許容論の二つ目の典拠としてコバルビアスが挙げているのは、パリ高等法院の弁護士であったシャルル・デュ・ムーラン *Charles du Moulin* (1500-66年) による『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 comerciorum, et usurarum, redituumque pecunia constituorum, et monetarum*』(1546年初版。以下『取引論』と略称) の第22番である。デュ・ムーランは、同箇所末尾⁶⁾ において、「弁済原資として十分

3) *Tractatus de contractibus*, 337.

4) *Tractatus de contractibus*, 339.

5) *Tractatus de contractibus*, 341-343.

6) “従って、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容されるならば、(既に退け

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 *reditus ad hoc noviter constituti, super certis praediis, ad hoc sufficientibus et specialiter hypothecatis* はもちろん、「総財産の抵当 *generalis bonorum hypotheca*」を伴う定期金や、「貧しい債務者の信用以外に抵当その他の担保を伴わない *absque ulla hypotheca, vel alia cautione, quam nuda fide pauperis debitoris*」定期金の購入も、その代価が正当である限り、「徴利行為 *usura*」に当たらず有効とみなしている。定期金が売主の総財産上に明示的に設定され、そこに多くの不動産が含まれるならば⁷⁾、特定の土地を原資として定期金が設定される場合よりも強力な担保を買主は確保できる。その一方で、定期金弁済の引当てとなり得る「不動産 *res immobilis*」を全く保有しない者から購入される定期金は、売主の「人的債務 *personalis obligatio*」のみを生じさせ、そのような貧しき者から取って定期金を「正当な代価で *iusto precio*」購入する者は、「それだけ大きな好意と寛大さを示している *tantoque maiorem gratiam et*

た僅かな人々を除く全ての人々が考えている通り) 総財産の抵当を伴い購入することももちろん正当である。それどころか、貧しい債務者の信用以外に抵当その他の担保を伴わない場合もそうであり、債権者はそれだけ大きな好意と寛大さを示していることになるし、ともかくそれは彼自身の権利であり権能に属する。前記第20番がその論拠となる。また、次のように主張するのに論拠や意義など不要なほどそれは自明である。すなわち、定期金が、抵当権や保証その他の担保を伴うことなく、ただ、債権者が信用を与えた債務者の人的債務にのみ存するとしても、それで契約が無効となったり、徴利を惹起したりすることはなく、徴利行為の疑念や懸念は全て取り除かれるのである。これは全く明白で、そのように主張するのに根拠や理由は不要なほどである。実際、債務者に有利でその負担を軽減し、債権者に不利となる事柄は何であれ、徴利の疑念と懸念を取り除き軽減する。従って、ここで特定のせよ包括的にせよ不動産の抵当を求めるのは無益であり本末転倒である。というのも、それは、定期金の本質にも正当性にも関わりはなく、債権者のための担保となるにすぎないからである。”(Tractatus comerciorum, 9. 引用は1546年パリ刊初版による。)

- 7) 定期金売買にいわゆる「包括的負担 *generale obligation*」の条項が含まれる場合がこれにあたる。公正証書によって締結された契約一般に黙示に包括的抵当を読み込む実務慣行に従い、定期金売主の現在及び将来の総財産上に黙示の抵当が生じる場合まで、デュ・ムーランが想定していたかどうかは定かではない。後注29参照。

liberalitatem exercet」と言える。「特定の抵当specialis hypotheca」にせよ「包括的抵当generalis hypotheca」にせよ⁸⁾、それ自体は、あくまで「債権者のための担保securitas creditoris」であって、「定期金の本質にも正当化にも関わりはないnon respicit substantiam nec iustificationem reditus」から、物的負担を伴わない定期金の設定も許容されるというのがデュ・ムーランの見立てである。

コバルビアスは、人的な定期金を許容する三人目の論者を同胞の「スペイン人Hispani」の内に見出している。引用されたのは、コンプルテンセ大学の神学教授であったホアン・デ・メディナJuan de Medina(1489-1545年)の『原状回復及び契約に関する書Codex de restitutione et contractibus』(1546年初版)の「定期金の設定についてDe censibus quo ad eorum institutionem」の一節⁹⁾である。そこでは、「自由人persona libera」の質入れを禁じるカノン法文¹⁰⁾や他人への隷属を禁ずる「自然法ius naturae」等に依拠して「人的定期金census

-
- 8) 定期金自体の「本質substantia」や人的な定期金の可否を論じる文脈では、「特定の抵当」とは、特定不動産上に定期金が設定された場合に生じる物的負担、「包括的抵当」とは、いわゆる「包括的負担」条項を用いるなどして、不動産を含む総財産上に定期金が設定された場合に生じる物的負担をそれぞれ指すことになろう。定期金売買によって、当初、売主に人的債務しか生じなかったとしても、売買契約にいわゆる「包括的負担」条項が含まれていたならば、その後、売主が不動産を獲得すると、当該不動産は売主の責任財産の一端として定期金弁済の引当てとなる。逆に、既存の定期金債務を担保するために、特定の不動産に抵当権が設定される場合も勿論あり得るし、債権者から見れば、それは「包括的抵当」の回避手段としても有益である。そのような特定抵当権の設定は、特定の不動産に定期金自体が設定された結果生じる「特定の抵当」と区別できるのか、できるとすれば、両者に如何なる相違が存するのか。本稿の関心もまさにこの点に向けられている。
- 9) Codex de restitutione, clxv.r. 引用は1546年アルカラ・デ・エナーレス刊の初版による。
- 10) 「法文によれば、たとえ債務の引当てとなり得る財産がなくても、自由人は債務のために義務づけられることはない」とされるlex habet, ut homo liber pro debito non teneatur: et si res defuerint, quae possunt pro debito addici」(X.3, 21,2.)。以下カノン法源の引用は1582年ローマ刊のテキストによる。

personalis」を許容しない見解への論駁が試みられている。メディナによれば、「人は、自らの人格に定期金を設定でき、他に財産を有するか否かにかかわらず、労働する能力や何かを得る努力乃至技術を欠いていない限り、定期金の弁済のために自らを義務づけることができるhomo potest, in sua persona censum instituere: et se ad solutionem pensionis obligare, sive alia bona habeat, sive non, modo talis sit, cui nec vires ad laborandum, nec industria, aut ars, ad aliquid ac acquirendum desit」とされ、先に見たズメンハルトと同様、人的定期金が許容される主たる理由は労務の定期給付の可能性に求められている。また、「貧しい者nuda persona」への定期金設定という場面が想定されている点では、デュ・ムーランの議論とも類似する。

先行するこれらの人的定期金許容論に与した上で、コバルピナス自身はその論拠を四つ提示している（『問題解決集』第3巻第7章第5番後段）。その内、「何人も金銭で支払われる年賦給付を人的債務として無償で他人に約束できるのは自明である」から、「同じことを金銭と引き換えに為し得るはずであるconstat, posse quempiam gratis personali obligatione promittere alteri annuam pensionem pecunia solvendam」とする第二の論拠は、人的定期金の「購入emptio」が微利行為に当たるか否かを問う議論全体の枠組み自体からみれば、外在的副次的な印象を拭えない。また、「金銭を対価として自らの労務を貸与できるpotest locare ob mercedem pecuniae operas suas」という第三の論拠は、ズメンハルトやメディナによって既に提示されていたものである。これに対して、残り二つの論拠は、いずれも、特定の不動産に定期金が設定された場合の物的負担と人的債務の関係に着目している¹¹⁾。コバルピナスがまず指摘す

11) なお、コバルピナスは、人的定期金の許容性について四つの論拠を示した後、法学的論証の流れに従い、以下の通り、四つの異論を想定して反駁を試みており（第6番後段）、その一つ目には、「貧しい者」への便宜提供として人的定期金を捉えるデュ・ムーラン説が取り込まれている（「以上から、年定期金を設定するには、特定の財産に設定されることも、不特定の財産に設定されることも要しないのは明らかである。人的債務のみを想定して設定することも可能であるとはいえ、定期金が特定の財産や物に設定されることを望まない買主は確かに少ない。それ故、財産の引

るのは、「年定期金の購入は、売主が財産滅失後も定期金弁済の義務を負い続ける旨の条件乃至約款付きで行うことができ、実務においても、多くの場合、そのように取り扱われているemptio annuorum reddituum possit ea conditione, et lege fieri: quod etiam peremptis bonis, nihilominus maneat venditor obligatus ad pensionis solutionem: idque in praxi plaerunque tractatur」という点である(第一の論拠)¹²⁾。例えば、戦乱の中で占拠奪取されたり、天災によって荒廃し不毛となったりして、定期金を負担する土地が失われた場合に、設定時の特約に基づき、定期金売主の人的債務を存続させ得るのであれば、物的負

当や指定は、定期金を売却し設定する債務者の便宜のためではなく、むしろ債権者、つまり、定期金購入者の利益のために為されるのは明らかである。また、この契約は、困窮と窮乏故に債権者とそのように契約を結ばざるを得ない売主にとってより容易で負担が少なければ少ないほど正当であるから、物や財産を特に引当てとして定期金売買が為されるのに劣らず、物や財産の引当てを伴わずにこれらの定期金を設定することも許されるのは明らかであり、カロルス・モリナエウスが『契約論』第22番でその旨述べている”(Variarum resolutiones, 199.r.)。

- 12) “なぜなら、第一に、一定の財産上に定期金が設定され、それらの財産が滅失してもなお売主は定期金を弁済する義務を負うという仕方、年定期金の設定、そして、定期金に関わる契約乃至合意を、正当かつ適法に為し得るのは明らかだからである。引当てとされた財産や物が滅失してしまえば、当該義務は、人的債務に他ならず、それ以外のものではあり得ない。とすれば、当該定期金は人にもみ設定できることになろう。この論証のために引き合いに出した点は、ローマ教皇による二つの教勅の中で証明済みである。すなわち、最初の教勅の「ただし特別に云々」の一節と、二つ目の教勅の「しかし同じ購入者等が云々」の一節において、立法者は、定期金が設定された財産が滅失しても、売主が、年定期金の徴収権の対価として支払われた代金、つまり、元本の弁済を、買戻特約付きの場合でさえ、強いられることはないが、年定期金への義務づけは消滅せずに存続し得ると考えている。一方、財産や物の滅失によって年定期金弁済の義務もまた消滅し、仮にローマ教皇等が、元本返還の義務について特に答えているのと同様の仕方、明確にその旨述べていたとしても、年定期金の購入は、売主が財産滅失後も定期金弁済の義務を負い続ける旨の条件乃至約款付きで行うことができ、実務においても、多くの場合、そのように取り扱われている。”(Variarum resolutiones, 198.r.-v.)

担を伴わない人的定期金が、結果として許容されたことになる。

この第一の論拠を補う意図で、コバルビアスは二つの教皇令を引用している。一つは、「プレスラウ市及び同司教区 *civitas et diocesis Vratislaviensis*」からの訴えを契機に発せられた教皇マルティヌス5世(在位1417-31年)の教勅(1425年)¹³⁾である。それによれば、同司教区では、「年定期金の全てあるいは一部を、買主から受領した金額と引き換えに、望むまいつでも、誰かの要求、異議申立、あるいは、同意を要することなく任意に、償却し買い戻すことができ、以後、当該定期金の弁済を免ぜられるという権能及び恩恵が、当該契約の中で明示的に売主等に対し付与されるのが常とされる *semper in ipsis contractibus expresse ipsis venditoribus data fuit facultas atque gratia, quod ipsum annuum census in toto vel in parte pro eadem summa denariorum, quam ab ipsis emptoribus receperunt, quandocumque vellent, libere absque alicuius requisitione, contradictione, vel assensu possent extinguere et redimere, ac se ab ipsis census solutione extunc penitus liberare*」一方、「この種の定期金の売主が、負担を課せられた保有地や財産が失われ破壊された場合にまで、意に反してそれを為すことを買主によって強いられ義務づけられることは決してない *ad hoc huiusmodi census venditores inviti nequaquam per emptores arctari vel adstringi valerent, etiam ipsis possessionibus et bonis obligatis penitus interemptis seu destructis*」とされる。教勅は、「聖俗の人や団体 *persona ecclesiastica, aut saeculare collegium*」が「土地 *praedia*」や「建物 *domus*」等について締結するこのような「買戻条件付きの年定期金の売買契約 *contractus emptionis et venditionis annui census cum conditione revenditionis*」を「正当で普通法に適合する *licitos, et iuri communi conformes*」ものと教示している。そして、この判断をほぼそのまま踏襲したのが、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等に宛てた教皇カリクストゥス3世(在位1455-58年)の教勅(1455年)¹⁴⁾である。

13) *Extravagantes communes*, 3, 5, 1.

14) *Extravagantes communes*, 3, 5, 2.

この教勅で再度確認されている通り、代金を返還すれば売主は定期金債務を免れる旨の「附款*adiectum*」があるからといって、買主側からの代金返還の請求が認められるわけではない。「買主は、財産、建物、土地、農地、保有地、世襲財産が時を経るうちにあらゆる種類の破壊と荒廃に晒され無に帰したとしても、訴えて代金を取り戻すことはできない*ementes, etiamsi bona, domus, terrae, agri, possessions, et hereditates huiusmodi processu temporis ad omnimodae destructionis sive desolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent*」のである¹⁵⁾。

コバルビアスがこれら二つの教勅から引用する箇所は、何れも定期金負担物の滅失時の代金返還請求を否定するものにすぎない。しかし、買主による代金の取戻しが認められなければ、定期金売買は依然有効で、弁済の原資を失った後も、定期金債務が売主の人的債務として存続すると解する余地もある。その限りで、両教勅は、物的負担を伴わない定期金を肯定する間接的な論拠となり得るというのが、両教勅を引用した趣旨であろう。もちろん、目的物滅失後の定期金債務の帰趨について直接の言及がない以上は、債務消滅を導く解釈も成り立つ。そこで、教勅が、「元本返還の義務*obligatio reddendi sortem*」の不発生だけでなく、「年定期金弁済の義務*obligatio solvendi annum reditum*」の消滅についても「明確に*expressim*」述べていたと仮定してもなお、定期金設定時の「条件*conditio*」や「約款*lex*」によって、人的債務としての定期金の存続を担保できるとコバルビアスは考えたわけである。

15) なお、何れの教勅も特定の不動産に定期金が設定される事案が前提とされているため、読み方によっては、物的負担を伴わない定期金売買、つまり、人的定期金を一切禁じる趣旨に解される余地もある。しかし、コバルビアスは、両教勅とも、「契約締結の一般的慣行に従った当該契約について言及している*mentio fit horum contractuum iuxta communem usum contrahendi*」にすぎず、人的定期金を積極的に排除する意図はないと解釈している (*Variae resolutiones*, 199.r.)。この指摘は、人的定期金否定論に対する二つ目の反駁に当たる。前注11参照。

II

以上の議論では、物的負担を全く伴わない定期金の設定が許されるか否かとの問いが、いつの間にか、定期金負担物喪失後に定期金債務が存続し得るか否かとの問いに置き換えられている。本稿が着目するのも、人的定期金設定の可否それ自体ではなく、物的定期金における人的債務の位置づけをめぐるコバルビアスの理解である。この点との関連で、コバルビアスは、教皇令の解釈、定期金設定時の特約とその慣行化に加え、更にもう一つ、物的定期金の本質理解に関わる独特の議論を展開している（人的定期金許容の論拠としては四つ目）¹⁶⁾。それによると、定期金売買では、「年定期金の優先弁済に向けられた債

16) “第四に、我々が論じている契約を丹念に検討してみると、当該契約から次のような点を引き出すことができる。すなわち、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目的物そのものは、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、特定された目的物が質や抵当の法に従い付け加わっているのであり【周知の学説彙纂33巻1章「年金の遺贈及び信託遺贈について」第9法文、バルトルスの同法文注釈。この注釈については、『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」注解』第18節第10注釈第7番[1554年増補版では第8番]で言及した】、目的物そのものが滅失し消失しても、年定期金弁済の人的債務は依然存続するのである【最良の典拠は、学説彙纂12巻1章「確定物が訴求される場合の貸与物、及び、その返還請求訴権について」第28法文並びに、勅法彙纂4巻10章「債務関係と訴権について」第10法文と同法文の標準注釈、バルトルス、バルドゥスの同法文注釈である。】。そして実際、質物が滅失しても、債務者は債務を弁済すべく義務づけられるというのが質や抵当の本性であり、この点は自明の法に属する。それ故、この年定期金が、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につき設定された場合、目的物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を弁済する人的債務は存続するものと黙示に解釈され、この点を、カロルス・モリナエウスが『パリ慣習法注解』第1章第11条注釈第15番で以上の趣旨で論じている。彼は、その箇所、定期金が特定の土地に限定して設定されているため、設定者とその相続人等が、目的物故に、それを保持する限りにおいて、当該定期金の弁済と

務が人的である *obligationem ad solutionem annui redditus praecipuam, esse personalem*」一方、「定期金が設定された土地や目的物そのものは、より確実に安全な弁済のために付従的に添えられている *fundum autem, vel rem ipsam, super qua redditus constituitur, accessorie adponi pro certiori, et saniori solutione*」にすぎないので、「目的物そのものが滅失し消失しても、年定期金弁済の人的債務は依然存続する *ipsa re perempta, et extincta adhuc manet obligatio personalis ad annui redditus solutionem*」とされる。人的定期金許容論の典拠の一つとして引用されていたズメンハルトの『契約論』の問題74でも、物的定期金の設定者が同時に人的債務を負うことは当然視されていたが¹⁷⁾、物的物喪失後の人的債務の存続自体を主張していたわけではない。これに対して、コバルピアスは、物的定期金の設定者の人的債務と設定不動産の物的負担との間に主従関係を認め、この物的負担の付従性について、「特定された目的物が質や抵当の法に従い付け加わっている *rem ipsam specialiter nominatam: iure pignoris, et hypothecae accedere*」と説明している¹⁸⁾。

存続につき義務づけられる場合はこの限りではないと述べている。というのも、その場合、目的物が滅失すれば、定期金自体も消滅し、人的債務も存在しないからである。この点は全くその通りで、当論考でも常に考慮されねばならない。”(Variae resolutiones, 198.v.)

17) “たとえここで物が債務を負担しているとしても、だからといって、人が債務を負担しないというわけではない。なぜなら、物の上に定期給付の設定を受けた者は、定期給付の弁済について設定者本人に裁判所で訴求することが可能であり、人自身が債務を負担していなければ、それは不可能といえるからである。従って、もし人が自由であることや義務付け不能であることが人への定期給付設定の妨げとなるならば、物への定期給付の設定自体も妨げられることになる。”(Tractatus de contractibus, 339.)

18) 後に、コバルピアスは、この箇所に、「その結果、ここでは人的である債務が主たる債務であって従たる債務ではないと解される *inde fit, ut principalis obligatio, quae personalis est, hic consideretur, non accessoria*」と書き加えている(引用は1571年ヴェネツィア版著作集では256頁右欄のテキストによる)。『問題解決集』の増補については後述Ⅳ参照。

物的定期金の設定に「質pignus」乃至「抵当hypotheca」を読み込むにあたってコバルピアスが引用したのは、「家父が、被解放者のために、毎年与えられる遺贈の質となるよう望んだ土地は、信託遺贈に基づき、目的物の保存のため、正当に訴求され得るfundus, quem pater familias libertis legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit, ex causa fideicommissi rei servandae gratia recte petetur.」とした法文¹⁹⁾と、バルトルスによるその注釈である。「遺言者が<当該土地の上に毎年100を遺贈する>と表明する場合、これによって当該土地を明示的に抵当に供することになるのかquid si testator dicit, Lego centum annua super illo fundo: utrum ex hoc videatur illum fundm expresse obligare」との問いに、バルトルスは「然りsic」と答え、「<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, Obligo illum fundum」と述べている²⁰⁾。法文の想定するような質入れの意思表示がなくても、「土地fundus」の収益の年賦給付の意思表示に「土地」自体の質入れが当然伴うとのバルトルスの解釈では、遺贈だけではなく「組合契約contractus societatis」における出資の約束も想定されており、これを更に物的定期金の「売買」に応用する余地はあろう。コバルピアスは、『問題解決集』に先立って公にしていた『グレゴリウス9世教皇令集第3巻第26章「遺言について」注解In Gregorii noni titulum de testamentis commentarii』（1547年初版）の第18節注釈の中で既にこのバルトルス説に言及していて、「抵当を明白に裏付ける契約者や遺言者の文言verba ipsius contrahentis, aut legantis, quae hypotheca apertissime demonstrant」を重視していた²¹⁾。それによれば、<土地の上にsuper fundo>ではなく<土地からex fundo>一定の年賦金を約束しあるいは遺贈する文言では、「質が設定されたとは見なされないnon videtur pignus constitutum」とさ

19) D. 33, 1, 9.

20) In secundam partem Infortiati commentaria, 197-198. 引用は1588年バーゼル刊のテキストによる。

21) In Gregorii noni titulum de testamentis commentarii, 108.v-109.r. 引用は1554年サラマンカ刊増補版のテキストによる。

れる。物的定期金は「土地の上に」設定されるが故に、当該土地上に黙示に生じる抵当によって担保されるわけである。

一方、定期金負担地が失われても「年定期金弁済の人的債務は依然存続する *adhuc manet obligatio personalis ad annui reditus solutionem*」という点については、その「最良の典拠 *optimus textus*」として二つの法文²²⁾ が引用されている。それらは何れも、質乃至抵当が不足し十分な債権回収が図れない場合を想定し、未回収の債権残額について「取立て *exactio*」や「人的訴権 *personalis actio*」の行使を認めるものである。加えて、コバルピアスは、両法文の連関を指摘した標準注釈²³⁾、そして、「抵当訴権 *actio hypothecaria*」行使後の「人的訴権 *actio personalis*」の存続を法文から読み取るバルトルス²⁴⁾ やバルドゥス²⁵⁾ の注釈も参照している。「抵当訴権」行使後に債権が残存する場合と同様、抵当目的物が失われた場合にもまた、「債務者は債務を弁済すべく義務づけられる *decitor ipse teneatur aes alienum solvere*」ことが「質や抵当の本性 *natura pignoris et hypothecae*」であり「自明の法に属する *apertissimi iuris*」

22) 「十分な質物を受領していない債権者は、質物で担保されない分の債務の取立権限を失わない *Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit*」(D. 12, 1, 28.)、「質が選択されても債務者に対する人的訴権は失われることはなく、代価について回収できた分を債務額から控除したその残額のためになお存続する *Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur: sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra*」(C. 4, 10, 10.)。

23) *Ad C. 4, 10, 10, <integra>*, 460, p. 引用は1551年リヨン刊のテキストによる。

24) “抵当訴権の選択によって人的訴権は失われない *per electionem hypothecariae, non perditur personalis*”(In *primam partem Codicis Commentaria*, 396. 引用は1588年バーゼル刊のテキストによる。)

25) “抵当訴権が選択されても債務者に対する人的訴権は失われず、質によって満足が得られない範囲において当初の訴権が存続する *electa hypothecaria non tollitur personalis adversus debitorem, et quatenus ex pignoribus non est satisfactum remanet action prima*”(In *quartum et quintum Codicis libros commetaria*, 21.r. 引用は1599年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

est」というのがコバルビアスの理解である。問題は、質乃至抵当それ自体の理解としては自明の点が、物的定期金における定期金負担物喪失後の人的債務の存続というコバルビアス自身の主張の裏付けとなり得るかどうかであろう。この点、コバルビアスは、「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を弁済する人的債務は存続するものと黙示に解釈される ubi hic annus 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」とし、人的債務存続条項の黙示化を主張している。これは、定期金設定物を抵当目的物とみなすことができれば、目的物喪失時の定期金債務の存続も特約なしに「抵当の法に従い iure hypothecae」当然に導かれるとの趣旨と解される。しかし、これまで引用された典拠には、物的定期金と抵当とを直接結び付けるものはない。これを論拠不足と感じたのか、コバルビアスは、定期金債務存続の黙示化に関連して、デュ・ムーランの『パリ慣習法注解第一部 Prima pars commentariorum in consuetudines Parisienses』（1539年。以下『パリ慣習法注解』と略称）第1章第11条注釈を引用している。

パリ慣習法（1510年成文化）の第1章「封に関わる事項について De matiere feodal」第11条²⁶⁾は、「長男子 le fils aîné」に優先承継されるべき「主たる城館

26) 「同じく、父母からの相続によって二人以上の子等に帰属する封に、主たる城館が存せず、耕作地のみが含まれる場合、長男子は、自ら望んで選択した場所に存する一アルパンの土地を、城館に代えて優先的に取得する。Item quand en un fief appartenant à deux ou plusieurs enfans par la succession de leur pere ou mere n'ya point de manoir principal et n'ya que terres labourables, le fils aîné peut auoir un arpent de terre en tel lieu qu'il voudra eslire par preciput au lieu dudit manoir.」(Le grand coutumier general, I, i.v. 引用は1567年パリ刊のテキストによる。)

le principal manoir」(同第8条²⁷⁾)が授封財産に含まれない場合、城館に代えて、授封地の内から任意に選択した「一アルパンの土地un arpent de terre」の保有を認めるものである。デュ・ムーランは、この第11条の注釈の一節(第15番²⁸⁾)において、「長男子」が優先承継すべき授封財産に定期金が設定されている場面を想定して、「抵当hypotheca」と「人的債務obligatio personalis」の関係に言及している。その前段には、「主たる城館principalis mansio」や、その代替物である「授封地praedium feudale」そのものに定期金が設定されている場合、それを優先承継する「長男子primogenitus」が、「目的物に関して

-
- 27) 「長男子は、その長子権に基づき、主たる城館と柵をめぐらせた庭園を封として保有する。庭園が存しない場合、一アルパンの土地あるいは家禽の一群を城館と共に封として保有する。Le fils aîné prend pour son droit d'ainéesse le principal manoir avec le jardin selon sa clôture tenuë en fief. Et s'il n'ya point de jardin, un arpent de terre ou le vol d'un chappon tenu en fief au joignant de ladite maison.」(Le grand coustumier general, I, i.r.)
- 28) “定期金が、授封地、あるいは、屋敷そのもの、つまり、主たる城館に設定されているだけで、残りの財産は担保乃至抵当に供されていない場合はどうであろうか。この点、以下のように区別すべきである。まず、定期金が、授封地について、当該地所に限定して設定された結果、設定者やその相続人等が、目的物に関してのみ、それを保有する限りにおいて、当該定期金の弁済と存続につき義務づけられる場合である。これは、完全保有地の場合について、後述第70条で説明した点である。上記の場合、長男子は、相続分ではなく、抵当地に有する持分に応じて義務づけられ、その限りにおいて、共同相続人等は免責されねばならない。従って、優先権に基づき選択した城館にのみ定期金が設定されている場合、長男子だけが当該義務を負担し、彼の共同相続人は何も分担する必要はない。これに対して、定期金が、設定者によって、自身とその相続人等について、いわば無限定に設定された後、封、あるいは、その城館のみが抵当に供されたならば、疑わしい場合、債務は、抵当目的物に限定されることなく、その性質の示す通り、人的なものと解される。ただし、抵当権は、債権者のより大きな安全のために付従的に設定されるものと解され、主たるものが検索され、定期金は、相続人等から、その相続分に応じて、履行されねばならない【学説彙纂12巻1章第28法文が論拠となる】。”(Prima pars commentariorum, cxliiii.r. 引用は1539年パリ刊初版による。)

ratione rei]、それを保有する限りで定期金の弁済を義務づけられるとある。ここでデュ・ムーランの念頭にあるのは、パリ慣習法第5章「人的訴権と抵当訴権についてDes actions personnels et hypothecques」第70条²⁹⁾への言及からも明らかのように、相続や譲渡によって定期金負担物を承継保有する者の「人的債務」である。パリ慣習法によれば、定期金負担物の「所持人や所有者les detenteurs et propriétaires」は、同時に、その「人的債務」の担保として、競売のために定期金負担物を委付することを「抵当的にhypothecquairement」義務づけられる(同第71条)³⁰⁾。定期金³¹⁾が設定された「授封地」は、その弁

29) 「パリのプレヴォ区及び副伯領の一般慣習法によれば、賃租、定期金、その他の物的で年払いの負担を課され徴収されるべき何らかの不動産の所持人及び所有者は、義務を負う相手方に対して当該負担を弁済し履行し、また、当該不動産あるいはその一部の所持人や所有者である期間に生じた未払金を弁済し履行すべく、人的に義務づけられる。Par la coutume generale de ladite preuosté et vicomté de Paris, les detenteurs et propriétaires d'aucuns heritages chargez et redeuables d'aucuns sens, rentes ou autres charges reelles et annuelles, sont tenus personnellement, de payer et acquiter icelles charges à celuy ou ceux à qui deus sont, et les arrerages escheus de leur temps, tant et si longuement, que d'iceux heritages, ou de partie et portion d'iceux, ils seront detenteurs et propriétaires.」(Le grand coustumier general, I, iii. r.)。なお、第11条注釈には、「後述第70条で説明したdeclaravi infra articulo 70.」とあるが、周知のように、デュ・ムーランによって実際に公にされたパリ慣習法の注釈は、自ら編集した『慣習法総覧Le grand coustumier general』第1巻所収の条文に付された簡略な欄外注を除けば、冒頭の二章分(第63条まで)のみである。

30) 「同じく、定期金その他何らかの物的で年払いの負担を課され、あるいは、その抵当に供されている不動産の所持人及び所有者は、当該定期金その他の物的で年払いの負担を、それについて生じた未払金と共に、弁済すべく抵当的に義務づけられ、少なくとも、競売が公告の上で実施され、定期金の負担と既に生じている未払金の支払を条件に、裁判所命令により最高価格入札者へと売却され引き渡されるべく、当該不動産を委付する義務を負う。Item les detenteurs et propriétaires d'aucuns heritages, obligez ou hypothecquez à aucunes rentes ou autres charges reelles et annuelles, sont tenus hypothecquairement à payer icelles rentes et autres charges reelles et annuelles, avecques les arrerages qui en sont deus: A tout le moins sont

済を確保する「抵当地fundus hypothecatus」と見なされるわけである。従って、「主たる城館」であれ、それに代わる「授封地」であれ、「長男子」の優先承継の対象となる授封財産に定期金が設定されていたならば、「長男子だけが当該義務を負担し、彼の共同相続人は何も分担する必要はないprimogenitus solus tenebitur illud onus subire, nec cohaeredes sui tenebuntur in aliquo contribuere」ことになる。

tenus à iceux heritages delaiffier pour estre criez, subhastez, vendus et delivrez par decret à l'acheteur plus offrant et dernier encherisseur, à la charge de la rente, et pour le payement des arrerages qui en sont deus.」(Du Moulin, Le grand coutumier general, I, iii.r.)。

- 31) 第71条には、「定期金の負担と既に生じている未払金の支払を条件にà la charge de la rente, et pour le payement des arrerages qui en sont deus」とあって、競売による買受人が新たな定期金債務者となる。バリ慣習法が想定する「定期金rentes」とは、元来、地代徴収権を自らに留保して目的物を売却し引き渡した者が、買主や第三取得者、あるいは、その相続人等から受領すべき「土地定期金rente fonciere」であった。一方、デュ・ムーラン自身が論じているのは、不動産保有者から収益徴収権のみを購入した者が受領するいわゆる「設定定期金rente constituée」である。しかし、元来、設定定期金は、自ら調達した不動産を収益徴収権の留保の上で売却する土地定期金の手間を省き、不動産保有者から直接その収益権を買い取るというより簡便な形式として考案されたもので、両者の相違は、売買時に定期金負担地の所有権移転を伴うか否かの相対的なものにすぎず(定期金権利者となるのは、土地定期金であれば売主、設定定期金であれば買主)、定期金弁済の確保自体は双方に共通する課題であった。ただ、当初は、土地定期金と同じく世襲的永続的なものが多数を占めた設定定期金にも、相続人への承継を認めない終身のものや、存続期間を限定したものが現れ、また何より、買戻特約が広く用いられるようになって(設定定期金の売主による買戻し=売買代金の返還は実質的に融資元本の弁済に相当する)、金融手段としての性格(それ自体の是非が問われつつ)が顕著となっていった。そのような過渡期にバリ慣習法は成文化され運用されていたことになる。デュ・ムーランの幻の第5章注釈も恐らく、土地定期金に準じて設定定期金を論じたものであったはずである(このような論法は、後に見る通り、慣習法地域と成文法地域の区別なく流布していた)。その後、バリ慣習法の改定(1580年)の際、旧70条は新第99条でほぼそのまま踏襲されたのに対して、旧第71条に対応する新第101条は、設定定期金を中心とした文言

に書き換えられた(「定期金その他何らかの物的または年払いの負担を課され、あるいは、その抵当に供されている不動産の所持人及び所有者は、当該定期金その他の物的で年払いの負担を、それについて生じた未払金と共に、弁済すべく抵当的に義務づけられ、既に生じている未払金を支払わない場合には、異議申立ての余地なく、差押えを経て裁判所命令で最高価格入札者に競落されるべく当該不動産を委付する義務を最低限負っており、その場合、定期金が土地定期金であるならば、土地は定期金を負担する条件で競落されねばならない。Les detempteurs et proprietaires d' aucuns heritages obligez ou hypothequez à aucunes rentes ou autres charges réelles ou annuelles, sont tenus hypothequairement icelles payer avec les arrerages qui en sont deuz, à tout le moins sont tenus iceux heritages delaiiffer pour estre saisis et adjugez par decret au plus offrant et dernier encherisseur à faute de payement des arrerages qui en sont deuz, sans qu'il soit besoing de discussion, et si la rente est fonciere, doit estre l'heritage adjugé à la charge de la rente.」Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, III, 38.)。また、古くより履行確保の目的で契約一般に挿入されてきたいわゆる「包括的負担 generale obligation」条項を用いて、目的不動産を特定せず総財産上に定期金が設定されている場合には(公正証書による契約一般に包括的抵当が黙示に伴うとする実務慣行も定着しつつあった)、売主(定期金設定者)だけでなく、売主の総財産に含まれる不動産を個々に譲り受け承継する者もまた、定期金負担物の「所持人 detempteurs」と見なされ、「人的 personnellement」かつ「抵当的 hypothequairement」に未払定期金の弁済を義務づけられることになった。改定パリ慣習法で新設された第100条には、「なお、<課され徴収されるべき>には、当該不動産に特定して負担が課されている場合、あるいは、特定を伴わない包括的負担が存する場合、あるいは、特定の負担は包括的負担を破らず、包括的負担は特定の負担を破らないとの条項が存する場合が含意される。これらの場合、所持人は前記未払金について人的に義務づけられる。Et s'entendent chargez et redevables, quand lesdits heritages sont specialement obligez, ou qu'il y a generale obligation sans specialité, ou qu'il y a clause que la speciale ne deroge à la generale, ne la generale à la speciale. Esquels cas le detempteur est tenu personnellement desdits arrerages」(Nouveau coutumier general, III, 38.)とあり、本条によって人的に義務を負う者は全て、続く第101条によって抵当委付を義務づけられたわけである。設定定期金における特定の負担と包括的負担の並存そのものは、例えば、「譲渡税 ventes」に関わる旧第60条(Nouveau coutumier general, III, 4, 1557年のパリ高等法院判決により廃された四つの条文の一つ)でも既に想定されており、デュ・ムー

これに対して、同じ一節の後段には、「疑わしい場合、債務は、抵当目的物に限定されることなく、その性質の示す通り、人的なものとなるin dubio obligatio non iudicetur ad rem hypothecatam limitata, sed personalis, prout eius natura portendit」とあり、「抵当権は、債権者のより大きな安全のために付従的に設定されるものと解されるhypotheca iudicetur accessorie adposita, ad maiorem securitatem creditoris」との指摘と共に、コバルビアスも引用した担保不足時の債権取立てを認める法文³²⁾も引用されている。それでは、定期金負担物を保有する限りで定期金弁済の「人的債務」を負うとする前段に対して、逆に、「人的債務」は抵当目的物に限定されないとする後段はどのような関係に立つのであろうか。後段部分でデュ・ムーランが想定しているのは、「定期金が、設定者によって、自身とその相続人等について、いわば無限定に設定され、その後、封、あるいは、その城館のみが抵当に供されたreditus fuit a constituent super se, et heredibus suis, vel simpliciter constitutes: deinde solum feudum, vel sola eius mansion hypothecata」場合である。先に見た通り、デュ・ムーランは、人的定期金許容論者の一人であり、有効に設定済みの人的定期金の弁済を担保するため、事後的に特定の授封財産に抵当権が設定された場合の「人的債務」の扱いがここでは問題とされているにすぎない。ところが、コバルビアスは、「設定者やその相続人等は、目的物に関してのみ、それを保有する限りにおいて、当該定期金の弁済と存続につき義務づけられるconstituens, et eius heredes, non tenentur ad solvendum et continuandum illum reditum, nisi ratione rei, et quandiu illam possident」や、「疑わしい場合、債務は、抵当目的物に限定されないと解されるin dubio obligatio non iudicetur ad rem hypothecatam limitata」といった言い回しを引き合いに、デュ・ムーランがあたかも目的物喪失時の「人的債務」の帰趨について論じているかのよう解釈している。物的定期金と、明示の特定の抵当を伴う人的定期金の対比

ランも、旧第11条注釈第12番で、そのような並存が「至る所で一般化しているpassim usitatum est」と述べている(Prima pars commentariorum, cxliii.v.)。

32) D. 12, 1, 28.

が、驚くべきことに、特定の抵当を黙示に伴う物的定期金をめぐる二つの場面、すなわち、特約に基づく目的物喪失時の人的債務消滅と、特約のない場合の抵当目的物喪失時の人的債務存続の対比へと読み替えられているのである。

以上のようなデュ・ムーラン説援用それ自体の当否はともかく、物的定期金に黙示的に付従するとされる抵当の特殊性は、コバルピアス自身、強く意識しており、「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抵当は、他の質や抵当に関わる諸法文に服さないhypotheca, quam obligationi personali de solvendo annuo redditu, appositam esse censemus, non omnino sequitur leges aliorum pignorum, et hypothecarum」とされる³³⁾。通常の抵当であれば、抵当目的物の保有者は、債権者からの訴求に対して、いわゆる人的検索の抗弁

33) “ところで、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抵当は、他の質や抵当に関わる諸法文に服さない。すなわち、他の場合であれば、契約者でもなく契約者の相続人でもない第三保有者で抵当権により訴求された者に、未検索の抗弁が許されているとしても【勅法彙纂8巻14章「質及び抵当について」第24法文の公撰集引用要約文その他類似法文】、年定期金が設定された地所の保有者は、たとえ検索がなくても弁済を訴求され得るのである。なぜなら、何らかの地所への定期金の設定は、他のあらゆる抵当に優越する抵当をもたらすからである。この効力によって、先行する債権者が害されることはない。というのも、土地自体にいわば土地自身の負担として何らかの権利が設定され、その権利が土地の保有者にそれが誰であれ移転すると解されるので、特定承継人を含め土地を占有する者は誰であれ当該定期金の弁済を強いられ、しかもその前提として、目的物から年定期金を徴収する権利の所有者として買主を承認する義務をあらためて負うからである。以上については、特に、ガイド・パバエ『グルノーブル高等法院判決集』問題42及び576、カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第11章第6条注釈第2番及び第16番が注記している。彼らはこの見解を普通法ではなくむしろフランスの慣習法に関連付けているが、年定期金が何らかの土地に、当該土地に付随する物的役権であるかのように、設定される場合にも同じことを予め述べている。スペイン人の下でも、至る所で同様の仕方設定されている。土地の保有者に定期金を訴求するのに検索を不要である旨我々が述べたのと同じ根拠に基づき、カッサネウスもその旨指摘している【前掲『ブルゴーニュ慣習法注解』第11章第6条注釈及び第5章第2条第33番】。”(Variae resolutiones, 198.v.)

exceptio excussionis personalisを提起できるところ³⁴⁾、「何らかの地所への定期金の設定は、他のあらゆる抵当に優越する抵当をもたらす *reditus constitutio super aliquo praedio hypothecam inducit, fortio rem omnibus aliis*」ので、「年定期金が設定された地所の所有者は、たとえ未検索で検索が先行せずとも弁済を訴求され得る *possessor praedii, super quo annus reditus fuerit constitutus, conveniri poterit ad eius solutionem, etiam nulla facta, nec praemissa excussione*」というのである。それでは、物的定期金の設定が、人的検索の抗弁を許さない強力な抵当をもたらすのは一体なぜなのか。この点、コバルピアスは、「土地自体にいわば土地自身の負担として何らかの権利が設定され、その権利が土地の所有者にそれが誰であれ移転すると解されるので、特定承継人を含め土地を占有する者は誰であれ当該定期金の弁済を強いられ、しかもその前提として、目的物から年定期金を徴収する権利の所有者として買主を承認する義務をあらためて負う *cum videatur ius quoddam super ipso fundo constitui, tanquam onus ipsius fundi: quod transeat in quencunque eius possessorem: et ideo quilibet etiam singularis successor, qui fundum possideat, cogendus erit*

34) この点に関わる「質や抵当に関わる法文 *leges pignorum, et hypothecarum*」として、コバルピアスが明示的に引用しているのは、勅法彙纂第8巻第14章「質及び抵当について」第24法文（「質権を実行せずに人的訴権で債務者等を訴求すべく債権者に強いることはできない。 *Persecutione pignoris ommissa debitores actione personali convenire, creditor urgeri non potest.*」）に関連付けられた公撰集引用要約文 *Authentica* である。そこには、「これは債務者が質物を占有する場合であり、別の者が占有するならば、債務者や保証人が人的に訴求されるまでは、抵当による訴求は禁じられる。また、債務者の抵当物から満足を得られない場合に初めて、保証人の抵当物が、もしそれが存するならば、訴求される。以上の法は相続人等にも妥当する。 *Hoc si debitor possideat alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecae, si quae sunt, petantur: quod ius et in haeredibus locum habet.*」とあり（*Codicis libri novem priores*, 1248. 引用は1551年リヨン刊のテキストによる）、人的検索の抗弁に関わる前段を含め、公撰集第1巻第4章第2節（＝新勅法第4勅法第2章）に由来する。

hunc reditum solvere, ac denuo praemissa obligatione emptorem ipsum recognoscere, ut dominum illius iuris percipiendi annum reditum ex ea re」のだと指摘する。つまり、定期負担地の「承継人successor」が、その都度、定期金の「買主emptor」を収益徴収権者として承認し、自ら定期金債務者の地位に立つからこそ、定期金設定者あるいはその相続人等への人的検索を盾に、買主からの弁済請求を退けることはできないというわけである。

定期金負担地の承継人に対する請求の前提として求められる承認手続について、コバルピアスは、再び「フランスの慣習法consuetudo Galliae」に関わる文献を二点引用している。一つは、ギイ・パープGuy Pape(?-1477年)による『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。以下『ドーフィネ高等法院判決集』と略称)である。パープは、ドーフィネ高等法院Parlement de Dauphinéが、王太子ルイ(後のルイ11世)によって旧来のドーフィネ顧問会Conseil Delphinalから改組され、1453年に国王シャルル7世の承認を得た時期に評定官を務めていた。

『ドーフィネ高等法院判決集』は、同高等法院の実務を個々の問題単位で紹介考察するもので、コバルピアスが参照しているのは問題42と問題576である。フランス王国の南東部に位置するドーフィネ(正式な王国併合は1457年)は、いわゆる成文法地域に属し、ローマ「法ius」が通用しているが、問題42³⁵⁾では、

35) “法によれば、私人の定期金について人的訴権が土地の保有者に及ぶことはないとしても【学説彙纂36巻1章「トレベリウス元老院決議について」第1法文16節】、君主の定期金つまり租税についてはこの限りではない【学説彙纂39巻4章「徴税請負人、納税、資産没収について」第7法文、勅法彙纂4巻47章「資産登録その他がない限り土地は取得できないこと】】。ただし、当高等法院の慣例に基づいて、定期金〔possessioをpensioと読む〕が課され設定された物の第三保有者で未だ承認していない者は、たとえ私人に対してであっても年定期金を承認し弁済すべく義務づけられる旨判示されたのを私は知っている。ドーフィネの國務卿ペトルス・デ・ボリアクスの代理人等によってそのように判事されたのは1454年のことであった。事案は、グルノーブル市民フェナリウス氏を原告、ヴァランス市民グアリヌス・デ・サリエンテを被告とし、質、すなわち、モンキュゼルのアントニウスの財産から受領されるべく被告が設定した定期金に関わるものである。財産所在地のサヴォア公国でも、

土地の保有者に対する人的訴権の行使に関して、「高等法院の慣例 *stylus curiae parlamenti*」がローマ法に対置されている。すなわち、ローマ法では、「君主の定期金 *census principis*」に相当する「租税 *tributum*」は別として、「私人の定期金について人的訴権が土地の保有者に及ぶことはない *actio personarum pro censu privati non sequatur fndi possessorem*」のに対して³⁶⁾、ドーフィネ高等法院では、「物の第三保有者で未だ承認していない者は、たとえ私人に対してであっても年定期金を承認し弁済すべく義務づけられる旨判示された *determinari, quod tertius possessor rei, qui nunquam recognovit, teneatur pensionem annuam etiam privato recognoscere et solvere*」というのである。紹介された1454年の判決では、弁済の引当てとなる財産が「質 *pignus*」と称されており、これを定期金負担地の趣旨で捉えるならば、定期金負担地の承継人による承認と弁済の義務を主張するコバルビアスにとって、確かに格好の典拠といえよう。もう一つ引用されている問題576では、「人的訴権は土地やその保有者には及ばない *actio personalis non sequitur fundum seu*

その最新の法令集に従えば、同第2巻の「国家について」の章にある通り、同様に解される。確かに、このサヴォア公国の法令は、永借権に倣って、賃租つまり貢納金について定めるものであるのに対して、ここで問題となっているのは年定期金である。しかし、周知の法により、双方に同じ論拠が妥当するのであれば、同じ法が定められねばならない。それ故、当高等法院も、年賃租が義務づけられている永借物についても同じ立場を維持している。つまり、同じ保有者らに対して、彼らが他の承認者等の相続人ではなくても、弁済について有責判決を下すのが当法廷の慣例である。私は、当法廷において、1452年12月22日にその旨判示されたのを知っている。[以下略]”(Decisiones Gratianopolitanae, 27.r. 引用は1550年リヨン刊のテキストによる。)

- 36) パープの引用法文に即して敷衍すれば、抵当に供された土地が債務者以外の手に渡ると「債務に関する人的訴権が土地に及ぶことはない *neque aeris alieni personalis actio fundum sequitur*」(D.36,1,1,16.)が、ただ「租税 *vectigal*」に関しては、「人ではなく土地そのものが訴求され、その保有者は過去の租税をも納付せねばならない *ipsa praedia, non personas conveniri et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere*」(D.38,4,7,pr.)ということになる。

fundi possessorem」から³⁷⁾、「私人間で土地に年定期金が課され設定されても、以後、その土地の第三保有者が定期金について人的訴権で訴求されることはない*si annua pensio super aliquo fundo inter aliquos privatos imponatur, et constituatur, postea tertius possessor talis fundi non poterit tali actione personali, pro dicta pensione conveniri*」とのローマ法に基づく原則論を繰り返した後(第1番冒頭³⁸⁾)、「第三保有者に対して人的訴権が行使される*agitur actione personali contra tertium possessorem*」例外的場面の一つとして、「土地に年定期金が課され、第三保有者に対して承認を求めることができる*annua pensio imponitur super fundo, quo casu agi potest confessoria contra tertium possessorem*」場合が挙げられ、問題42の参照が指示されている(第2番³⁹⁾)。

コバルピアスが引用するもう一つの文献は、オータンのバイイ区の国王弁護士*advocatus regii Heduensis*であったバルテルミ・ド・シャスヌー*Barthélemy de Chasseneuz*(1480-1541年。後にエクサンプロヴァンス高等法院の部長評定官)による『主としてブルゴーニュ公領慣習法を対象としフランスのほぼ全域の慣習法も考慮した注解集*Commenaria in consuetudines Ducatus Burgundiae principaliter et totius fere Galliae*』(1517年初版。以下『ブルゴーニュ慣習法注解』と略称)である。フランス国王シャルル7世が王国各地の慣習法の成文化を命じたのに刺激を受けて(1454年モンティ＝レ＝トゥールの王令)、ブルゴーニュ公フィリップ善良公の下で1459年に成文化された「ブルゴーニュ地方及び公領の慣習法*Les coutumes du pays et duché de Bourgogne*」(以下ブルゴーニュ慣習法と略称)⁴⁰⁾の第11章「賃租について*Des censes*」第6条には、

37) 引用法文も問題42と同じ(D.36.1.1.16.)。

38) *Decisiones Gratianopolitanae*, 332.v.

39) “(2. 例外。) 以上に述べたところから、人的訴権が土地の保有者に及ぶのは、第一に、扶養料として土地に年定期金が課された場合、第二に、死者を記念する年定期金、第三に、十分の一税、第四に、寄進、第五に、君主による課税についてである。更にもう一つ、第三保有者に対して人的訴権が行使されるのは、土地に年定期金が課され、第三保有者に対して承認を求めることができる場合であり、この点は前述問題42の末尾で詳しく論じた通りである。”(*Decisiones Gratianopolitanae*, 333.r.)

「賃租領主あるいは定期金権利者は何らかの財産を指定することができる。そして、この指定と引き換えに、賃租や定期金について彼に支払われるべき未払金のために訴権を取得する。彼が望む限り、当該財産の第三保有者との関係では、主たる債務者やその相続人に対する人的訴権の行使を義務づけられることはないLe seigneur censier ou rentier d'aucune chose peult adresser. Et a son action pour les arrerages a luy deubz de la cense ou rente contre l'assignal. Et contre le tenementier d'icelluy, sans ce qu'il soit tenu de discuter l'action personnelle contre le principal oblige, ou ses hoirs, s'il ne luy plaist.」、とあった。シャスヌーは、「賃租領主seigneur censier」や「定期金権利者rentier」が財産の「指定assignal」によって取得する「訴権action」を、「物的な抵当訴権actio hypothecaria realis」と捉え、その行使の効果を、「裁判官の命令decretum iudicis」による「最高額入札者ultimus appretiator」への売却の手段として敷衍している（文言<この指定と引換えにcontre l'assignal>注釈冒頭⁴¹⁾。そして、そのすぐ後には、訴権の「物的なrealis」性質について、「ブ

40) デュ・ムーラン編集の『慣習法総覧Le grand coustumier general』(1567年)第1巻に収録されたブルゴーニュ慣習法の冒頭補注には、「同地方の三部会により、フィリップ善良公の權威の下、1459年8月に編纂され決議された。同公は、三つの高等法院、すなわち、ディジョンに存する公領の高等法院、ドルに存するフランシュコンテの高等法院、そして、サン＝ローランに存する第三の高等法院を有していた。そして、1453年に初めて王国の諸慣習法の成文化を命じたフランス国王シャルル7世を倣い、同公も、その三年後、ブルゴーニュ公領において同じことを企て取り掛かり、それはおよそ三年をかけて1459年に成し遂げられた。ブルゴーニュのフランシュコンテ〔自由伯領〕にも同じものが作られている」、とある(Le grand coustumier general, I, cccxcix.v.)。なお、ブルゴーニュ公領の正式な王国併合は1482年。

41) “<この指定と引き換えに>：ここで意図されているのは、わか祖國ブルゴーニュの特に大法官法廷において多用されている物的な抵当訴権である。というのも、多くの場合、定期金の負担付きの不動産は、義務づけられた未払金のために為された競売によってまず売却され、裁判官の命令を得て最高額入札者に引き渡され付与され、その際、命令書には、既に生じている未払金を弁済し、訴訟係属中の分につい

ルゴーニュの慣習法と実務慣行によれば、一般に行われているように、確定物が定期金のために指定され負担を課されると、定期金は物における権利をもたらし、物に付着するので、物と土地の保有者にまで及ぶ*de consuetudine et usu Burgundiae si sit certa res assignata sive obligata pro redditu, ut communiter fit, creat ius in re, et adhaeret rei; adeo quod sequitur rem et fundi possessorem*」との説明が見える(同注釈第2番)⁴²⁾。また、「第三保有者*le tenementier*」への訴権行使に関して、「賃租領主は、第三保有者に、賃租徴収に関する承認と、従前の取引乃至債務の更新を為すよう強いることができるのか*an dominus census possit cogere tenementarium ut eidem faciat recognitionem de censu faciundo et renovationem primi tractatus seu primae obligationis*」との問いが提起され、シャスヌーは、そのような「承認*recognitio*」乃至「更新*renovatio*」の義務づけを肯定している(文言<第三保有者との関係では*contre le tenementier*>注釈第16番以下)⁴³⁾。「賃租領主」と「定期金権利者」を双方に言及する本条の適用に関する限り、「賃租*census*」と「定期金*rente: redditus*」の相違⁴⁴⁾に拘る必要はないので、定期金負

ては将来弁済すべき旨記載されるからである。”(Commentaria, 360.v. 引用は慣習法の条文も含め1543年リヨン刊のテキストによる。)

42) Commentaria, 360.v.

43) Commentaria, 362.r.

44) 「賃租」と「定期金」の違いについて、シャスヌーは、同じ注釈で次のように述べている(文言<この指定と引換えに>注釈第5番)。すなわち、「定期金は賃租ほど多くの効果をもたらさない。というのも、本章第1条の注釈で既に述べた通り、定期金を有する者が上級所有者と呼ばれることはなく、承認礼金や留置権その他、賃租領主が有する諸特権を享受することはないからである。賃租上に賃租を課することはできないが、定期金上に定期金を課すことは可能である*reditus non importat quantum census: quia habens redditum non dicitur dominus directus, nec habet laudemium, retentionem, nec alia privilegia quam habet dominus census: ut supra eodem titulo dixi in articulo primo. Et licet census supra censum non possit imponi: tamen redditus supra redditum imponi potest*」と(Commentaria, 361.r.)。ここで言及されている第11章第1注釈については、拙稿「定期金の概念と類型(2)」(獨協法学

担地の「第三保有者le tenementier」にも「承認」や「更新」が求められることになる。

コバルビアスは、シャスヌーの『ブルゴーニュ慣習法注解』から、定期金負担地の承継人の承認義務の典拠として、以上の二箇所に加え、更にもう一箇所引用している。参照されたのは、同慣習法第5章「買戻条件付きで売却される定期金とその履行について Des rentes vendues a reachat et executions dicelles」第2条への注釈の一節である。先ほどの第11章第6条が、パリ慣習法第5章第70条と同様、元来、土地定期金を想定した規定であったのに対して、第5章は、表題からも明らかな通り、純然たる定期金債権の売買を対象としている。その第2条には、「債権者は、債務全体について、主たる債務者が保証人の何れかを、その望むままに訴求できる。Le creancier peut poursuivre son principal obligé, ou son pleige, pour tout son debt, lequel qu'y veult choisir.」とあり、文言上は、ローマ法⁴⁵⁾に抗して、「保証人fideiussor」について「主た

第86号) 82頁以下参照。デュ・ムーランも、『パリ慣習法の分析的注解第2部 Secunda pars commentariorum analyticorum in consuetudines Parisienses』(1558年初版)の同慣習法第2章「賃租地及び領主権について De censive et droicts seigneurialt」第51条第1注釈(前掲拙稿77頁以下参照)の中で、ほぼ同様の理解を提示しつつ、第2章の諸規定の適用対象を「賃租」に限定しており、「ブルゴーニュやオーヴェルニュの慣習法のように、設定された負担や定期金、それ故また、それらの承認についても雑然と定める慣習法も存する quaedam consuetudines permixtum loquuntur etiam de oneribus et redditibus impositiis ut consequenter de eorum recognitionibus ut Burgundica et Auernensis」との指摘も見られるが(Secunda pars commentariorum, xiiii.r.)、同第5章所定の「人的訴権」や「抵当訴権」に関する限り(前注29及び30参照)、「賃租、定期金、その他の物的で年払いの負担を課され徴収されるべき何らかの不動産aucuns heritages chargez et redeuables d'aucuns sens, rentes ou autres charges reelles et annuelles」が想定されている以上、ブルゴーニュ慣習法での扱いと変わらない。

- 45) シャスヌーが引用する勅法彙纂第8巻第41章「保証人及び融資委託者について」第3法文の公撰集引用要約文(公撰集第1集第4章第1節及び第2節=新勅法第4勅法第1章及び第2章)には、「ただし、債務者と保証人の双方が存する場合、債務の全額にせよ一部にせよ、債務者が無資力と判明した後に初めて保証人への訴求が

る債務者への検索*excussio contra principalem debitorem*」の利益を否定したものにすぎない。しかし、シャスヌーは、「債権者のより確実な担保*maior securitas creditoris*」であるという点で「保証人の場合と同じ理由が抵当目的物の第三保有者にも当てはまる*est eadem ratio in possessore extraneo rerum hypothecatarum quod in fideiussore*」から、「保証人について修正を加える新法は抵当物の第三保有者にも拡張して適用されねばならない*lex nova corrigens in fideiussore debet extendi ad extraneum possessorem rerum hypothecatarum*」と主張し（文言<主たる債務者*son principal oblige*>注釈第30番後段⁴⁶⁾）、定期金債務の担保として供された目的物の「第三保有者*extraneus possessor*」についても、本条により、検索の利益を認めていない。その上で、「理由の同一性により法の修正が生じ得る*ex identitate rationis correctio iuris fieri posset*」との主張に対する異論をやり過ぎようと、シャスヌーは、「この国には、<賃租について>の章の第6条にある通り、債権者はその年定期金のために、主たる債務者への検索を経なくても、任意に第三保有者を訴えられると定める慣習法が存するので、我々にそのような議論は不要である*cum in hac patria habemus consuetudinem quae disponit quod creditor pro reditu annuo potest ad sui voluntatem agere contra tenementarium, non excusso etiam debitore principali: ut in titulo De censibus, articulo sexto, non*

許される。他方、債務者が不在の場合には、現に存する保証人に対して正当に訴求できるが、裁判官は、保証人の求めに応じて、債務者が先に訴求されるべき期間を設定し、保証人はあくまで補充的な立場に留まる。というのも、期間経過後に保証人が弁済を強いられても、契約や保証の種別にかかわらず、債権者から保証人に債権が移転するからである。*Praesente tamen utroque non permittitur intercessorem conveniri prius, quam reus inventus est minus idoneus, sive in totum sive in partem. Absente autem reo, praesens intercessor iure quidem convenitur, ipso tamen desiderante iudex definit tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, censis sibi a creditore actionibus absque distinctione contractus sive intercessionis.*』とある（*Codicis libri novem priores, 1298-1299.*）。なお前注34も参照。

46) *Commentaria, 207.v.*

est necessaria haec disputatio quo ad nos in hac patria]とも付言している(第33番)⁴⁷⁾。つまり、「主たる債務者への検索」の利益の排除を「抵当目的物の第三保有者 *possessor extraneo rerum hypothecatarum*」にまで拡張する第5章第2条の解釈を、賃租や土地定期金に関わる前述の第11章第6条によって補強しているわけである。シャスヌーは、「抵当目的物の第三保有者」に対する訴権行使に関する限り、定期金購入者と土地定期金の「定期金権利者」とを区別していないことになる。コバルビアスによって引用されたのもまさにこの箇所であった。コバルビアスは、定期金負担地の第三保有者が「承認」乃至「更新」の義務を負っている相手、つまり、「定期金権利者」に、物的定期金の購入者も当然含まれると考えたのであろう。この第5章第2条注釈には、先に触れたパープの『ドーフィネ高等法院判決集』の問題42の引用も見られ(第34番末尾)⁴⁸⁾、コバルビアスが「承認」に関して挙示した諸典拠相互の連関も確認できる。定期金の買主が、定期金設定者への検索を経ることなく、定期金負担地の第三保有者に自らの地位を承認させ訴求できるとのコバルビアスの主張は、それを「人的訴権」の例外的な対第三者行使(パープ)と捉えるにせよ、「物

47) *Commentaria*, 208.r.

48) *Commentaria*, 208.r. 問題42の後段において、パープは、隣接するサヴォア公国の法令を手掛かりに、ローマ法上の「永代賃借 *emphyteusis*」について別に論じており、「永借物 *res emphyteuticae*」の第三保有者に「定期金 *census*」の支払を命じた1442年の旧ドーフィネ顧問会時代の判決にも言及している (*Decisiones Gratianopolitanae*, 27.r.)。その際、「双方に同じ論拠が妥当するのであれば、同じ法が定められねばならない *eadem est ratio in utroque casu: ergo idem ius statui debet*」との常套論拠を引きつつ、第三保有者への「人的訴権」の行使に関して、永代賃借と土地定期金は区別されていない。デュ・ムーランやシャスヌーの注解がそうであるように、慣習法学では、一般に、慣習法上の「賃租 *cens: census*」が、上級所有権 *dominium directum* を残し下級所有権 *dominium utile* のみが移転されるという点で(逆に土地定期金では収益徴収権のみが留保され所有権は完全に移転する)、ローマ法上の永代賃借に類比されるが(前掲拙稿「定期金の概念と類型(2)」74頁以下参照)、成文法地域に属するドーフィネでは、パープの論述を見る限り、永代賃借と「賃租」の間に明確な概念区分はそもそもなかったようである。

的な抵当訴権」(シャスヌー)と捉えるにせよ、成文法地域の「高等法院の慣例」を含んだ広い意味での「フランスの慣習法」の助けを得て論証されているのである。

III

Iで見た通り、コバルビアスの議論の本来の意図は、物的負担を伴わない人的定期金の売買の有効性を論証することにある。その論拠の一端として、定期金の物的負担を抵当と捉え、人的債務との間に主従関係を措定した。定期金売主の負う人的債務が主たる債務であるから、特定の不動産が定期金弁済の原資とされるか否か、つまり、物的負担の有無は、定期金売買の有効性を左右しないというわけである。その一方で、定期金弁済の人的債務に付従する抵当は、定期金負担物の第三保有者に人的検索の利益を許さないという点で特殊であるとされる。つまり、物的定期金の売買時に黙示に生じる抵当は、人的債務に付従しつつも、補充性を欠くというのである。ローマ法(「皇帝法ius Caesareum」)上の抵当理解とは相容れないこの主張の拠り所となったのは、隣国フランスの議論であった。それによれば、定期金負担地の第三保有者は、定期金権利者の地位を承認する義務を負い、その承認故に、定期金の弁済を人的に訴求され、設定者を含む従前の保有者等による未履行分も含めた未払金について「抵当的にhypothecairement」訴求される立場に置かれる。例えばブルゴーニュ慣習法第11章第6条において、定期金権利者が「主たる債務者やその相続人に対する人的訴権の行使を義務づけられることはないsans ce qu'il soit tenu de discuter l'action personnelle contre le principal obligé, ou ses hoirs」とあるのは、シャスヌーの注釈にあった通り、「第三保有者le tenementier」に自らの地位を承認させれば、以後、「第三保有者」を新たな定期金債務者と見なし、その保有する定期金負担地について「物的な抵当訴権 actio hypothecaria realis」を行使できるという趣旨である。この場合、「第三保有者」自身もまた定期金の「主たる債務者le principal obligé」であるから、同第5章第2条の注釈でシャスヌーが想定したような「主たる債務者debitor

principalis] と「抵当目的物の第三保有者 *possessor extraneo rerum hypothecatarum*」の分離はそもそも生じておらず、同条による検索利益の排除との関係で第11章第6条を引き合いに出すこと自体、定期金負担地の「第三保有者」に対する訴求を正当化する便宜的手段でしかなかった。物的定期金の売主(設定者)やその相続人等から定期金負担地を取得した特定承継人は、定期金の買主の地位を承認する義務を負い、承認すれば、新たな定期金債務者となる。人的検索の利益を排除する議論が文字通り当てはまるとすれば、それは、既存の人的定期金の弁済担保のために特定抵当権があらためて設定された後に、当該抵当目的物が他人に譲渡されたような場面であろう。抵当目的物の譲渡後もなお人的定期金の売主のみが「主たる債務者」であり続けるからこそ、「抵当目的物の第三保有者」の人的検索の利益を論じる余地も生じるのである。

しかし、物的定期金における人的債務と物的負担の主従関係に人的定期金の有効性の論拠を見出すことに固執するコバルビアスは、「年定期金の買主が、もしそれを望むのであれば、土地の第三保有者を無視し、設定者本人やその相続人に対して、彼等が定期金の設定された物を保有していないとしても、年定期金を訴求することさえ可能である *posse annui redditus emptorem si voluerit, omisso tertio fundi possessore agere ad annum redditum adversus ipsum constituentem, vel eius haeredes, et si ipsi non possideant rem super qua redditus fuerit constitutus*」と主張する⁴⁹⁾。この主張が設定者自身の未払金にの

49) “ここから更に導かれるのは、年定期金の買主が、もし望むのであれば、土地の第三保有者を無視し、設定者本人やその相続人に対して、彼等が定期金の設定された物を保有していないとしても、年定期金を訴求することさえ可能であり、この点は、法、慣習、そして、契約自体の約定からも公然明白である。ところで、このようなことが可能となるのは、そのような定期金が主として人的訴権に基づいていることを我々が認め、それが正しい場合に限られる。ただし、この見解が定期金を売却し設定した者やその相続人等には妥当するとしても、第三保有者で当該保有故に債権者を承認し新権原を付与すべく強いられた者については同じではない。というのも、彼は、当該目的物の保有者である限りにおいて、定期金の弁済の義務を負うに留まるからである。目的物が債権者を承認した保有者の詐害によらずに他人に移転すると、前保有者が定期金の弁済を訴求されることはあり得ない。なぜなら、承認、人

み関わるのであれば、定期金負担物の譲渡自体が既発生未履行の定期金債務の免責を招来するわけではないから、当然の事理と言えるが、譲渡後に生じる定期金についてはもはや義務づけられていない以上、物的定期金における人的定期金と物的負担の主従関係という議論の前提そのものが崩れてしまう。他方、もし「定期金の設定された物 *res super qua reditus fuerit constitutus*」が他人の手に渡っても「設定者 本人やその相続人 *ipse constituens, vel eius haeredes*」が将来にわたって「主たる債務者」として定期金債務を負い続けるということになれば、弁済の原資を予め特定した利点が失われ、物的定期金という仕組み自体の存在意義を否定することにもなりかねない。そこで、コバルビアスは、上記主張の射程を限定し、異論に対して予防線を張っている。すなわち、「この見解が定期金を売却し設定した者やその相続人等には妥当するとしても、第三保有者で当該保有故に債権者を承認し新権原を付与すべく強いられた者については同じではない *et si haec sententia vera sit in eo, qui reditum vendidit, et constituit, et in eius haeredibus: in eo tamen, qui tertius possessor est, et ratione huius possessionis coactus fuerit recognoscere ipsum*

的債務、そして、新権原は、それまで彼が保有故に義務づけられていた以上の影響を債務の本質に関して承認者自身にもたらすことはないからである。つまり、そのような人的債務は、保有や保有物の付着する負担の強制に基づくが故に、その強制自体が求める範囲でのみ是認されねばならない。なぜなら、新たな処分を為した者の意思に基づきそうなるのではなく、結果として承認者に対する執行権を付与されるからであり、その論証はカロルス・モリナエウス『パリ慣習法注解』第11条第19番に依拠できる。私は彼の見解が正しいと考える。ただし、承認の証書に明示的に別段の定めが存することが証明されるならば、契約者の意思に基づき定められた以上、それが遵守されるべきであろう。とはいえ、定期金債務者から権利を取得する第三保有者に対して即時の執行権が及ぶのは、弁済のために特定された財産についてであるという点は尊重に値する。頻繁に見られる通り契約中に当該財産の処分禁止特約が挿入されている場合がそうである。この点は、ロデリクス・スアレスによる学説彙纂42巻1章「既判事項、判決効、中間判決について」第56法文講解の王国法解説「第八の拡張」の後に付された補論から引き出される。”(Variae resolutiones, 198.v.-199.r.)

creditorum, titulumque novum eidem facere, non idem erit」というのである。こう考えるならば、定期金負担地が設定者やその相続人の手から一旦離れて以降、譲渡の度に定期金の買主を承認すべき者同士の関係では、確かに「前保有者が定期金の弁済を訴求されることはあり得ないnon poterit prior possessor ad solutinem reditus conveniri」ことになる。コバルビアスによれば、定期金負担地の譲受人が負うべき「人的債務personalis obligatio」は、「保有や保有物の付着する負担の強制に基づくが故に、その強制自体が求める範囲でのみ是認されねばならないex necessitas possessionis, et oneris adhaerentis, rei possessae, et ideo est intelligenda solum in quantum necessitas ipsa postulat」のであり、譲受人の「承認recognitio」や、それによって定期金の買主にもたらされる「新権原titulus novus」は、「それまで前保有者が保有故に義務づけられていた以上の影響を債務の本質に関して承認者自身にもたらすことはないnon plus afficit quo ad substantiam obligationis ipsum recognoscentem, quam is antea virtute possessionis tenebat」とされる。しかし、定期金負担地の「保有故にvirtute possessionis」義務づけられるという理屈が、なぜ、定期金の設定者やその相続人から第三者への最初の譲渡時に認められないのか、その説明は見当たらない。その代わり、コバルビアスは、定期金の買主を「承認」し「新権原」を付与した定期金負担地の譲受人が、「当該目的物の保有者である限りにおいて、定期金の弁済の義務を負うに留まるtantum erit obligatus reditum solvere, dum fuerit eiusdem rei possessor」という点を論証した文献として、再びデュ・ムーランの『パリ慣習法注解』第1章第11条注釈を参照している。

コバルビアスが先に引用していた同注釈の第15番では、定期金設定済みの授封地が相続される場合と、既存の人的定期金を担保するために授封地に抵当権が設定された後に相続が生じる場合とが対置され、前者においては、授封地を優先的に承継する長男子のみが定期金について義務を負い、後者においては、長男子を含む相続人全員が定期金について義務を負うとされていた。その一方で、デュ・ムーランは、更に、「封臣が定期金を設定し、当該定期金のために封を特定して抵当に供した後、当該封を、定期金を負担する条件で購入するティティウスに売却し引き渡し、次いで、ティティウスが複数の子等を残して亡く

なったvasallus consituit reditum, pro quo specialiter hypothecavit feudum, quod postea vendit, et tradit Titio, ementi ad onus dicti reditus: deinde Titius moritur relictis pluribus filiis」という場面についても、定期金の弁済義務の帰趨を論じている(第17番から第19番⁵⁰⁾)。それによれば、「普通法上、ティティウスは、当該定期金について債権者へと義務づけられることはないので、真正かつ本来的な人的債務を相続人等に承継させることはなく、抵当的かつ物的に負担を課されていたにすぎない*de iure communi*, Titius non erat obligatus creditori ad dictum reditum: et sic nullam veram et propriam personalem obligationem transmisit ad haeredes, sed solum erat obligatus hypothecarie et realiter」とされ、また、「そのような物的な負担は、目的物それ自体に付従し、それを保有する限りにおいて人に作用する*quae realis obligatio, rem ipsam sequitur et afficit, et non personam, nisi quandiu possidet*」から、ティティウスのように抵当目的物となった授封地を購入した場合には、その相続人の内、当該授封地を優先して承継し保有する長男子についてのみ、人的債務を伴わない物的負担が生じることになる。抵当目的物の購入者が定期金債務を負担する旨の売買時の特約は、売買の当事者ではない定期金債権者にその効力を及ぼすことはなく、抵当目的物の購入者が定期金債権者に人的に義務づけられるわけではない。問題となるのは、「定期金を課され徴収されるべき何らかの不動産の所持人及び所有者*les detenteurs et proprietaires d'aucuns heritages chargez et redeuables d'aucuns rentes*」が「人的に義務づけられる*sont tenus personnellement*」と定めるパリ慣習法第70条⁵¹⁾との整合性である。次条第71条⁵²⁾が、定期金負担地の保有者を「*抵当的にhypothecquairement*」も義務づけ、保有者が委付した目的物について裁判所の売却命令を得た買受人に新たに定期金債務を負わせている点に照らせば、第70条は、本来、土地定期金を想定していたものと考えられる。しかし、デュ・ムーランは、「地所に限定して設定さ

50) Prima pars commentariorum, cxliiii.r.-v.

51) 前注29参照。

52) 前注30参照。

れた定期金*reditus limitatim constitutus ad praedium*」、つまり、物的定期金への本条適用を当然視した上、本事例のように「単純に人や相続人等について設定された後に抵当権が付加された定期金*reditus constitutus simpliciter, sive super persona et haeredibus: deinde adiecta hypotheca*」にも適用可能と解している。

仮にそうであるとしても、「普通法*ius commune*」では定期金債権者に対して人的債務を負うはずのない定期金負担物や抵当目的物の譲受人が、「慣習法*consuetudo*」上、「人的に義務づけられている*personaliter obligatus est*」という点は如何に説明されるのであろうか。デュ・ムーランによれば、パリ慣習法所定の人的債務は、「本来のものではなく、慣習法の規定によって、逸脱不可能な一定の方式と条件の下で許容され導入されたもの*non est nativa, sed dativa, a lege consuetudinaria introducta, sub certis modis et limitationibus, quas non potest egredi*」で、「慣習法に明記された内容以上に作用することはない*nihil operatur ultra id quod a consuetudine exprimitur, unde*」とされる(第18番前段)⁵³⁾。パリ慣習法第70条により「人的に義務づけられる*sont tenus personnellement*」のは定期金負担物の「所持人及び所有者*les detenteurs et proprietaires*」だけであるから、その人的債務が「保有者の相続人にまで(つまり将来に渡って)及ぶことはなく、相続人等を相続人であるが故に義務づけることもなく、それが誰であれ、ただ保有する限りでの第三保有者として義務づける*non descendit (pro futuro scilicet tempore) in haeredes possessoris, nec eos ullmodo astringit, tanquam haeredes, sed solum tanquam extraneos quoscumque possessores, si et quamdiu possident*」にすぎない。そのような債務は、「あらゆる人的債務に備わる本性*natura omnium obligationum personalium*」に反し、「慣習法の規定*lex consuetudinaria*」に左右される「偶然的な*accidentalis*」ものであって、「本来的かつ単純に人的であるとはいえない*nec est proprie et simpliciter personalis*」し、それどころか、「主として物的である*principaliter realis est*」ということになる。上記事例で言えば、ティ

53) *Prima pars commentariorum, cxliiii.v.*

ティウスは抵当目的物を購入し保有するが故に義務づけられ、その長男子は、相続人であるからではなく、抵当目的物を優先承継し保有するが故に義務づけられるというわけである。

以上の結論の射程について、デュ・ムーランは二つの点を指摘している。一つは、「ただ保有する限りでの第三保有者として義務づける *astringit solum tanquam extraneos possessores, si et quamdiu possident*」という慣習法上の人的債務の「物的 *realis*」な性質は、「当該定期金を買戻可能か否か *sive ille reditus sit redimibilis sive non*」、「定期金設定時に封と共に設定者の残りの財産にも包括的負担が課されたか否か *sive una cum feudo reliqua bona constituentis, tempore creationis reditus, fuerint generaliter obligata sive non*」、あるいはまた、「封とは別の何らかの財産が同等の主要な担保として特定指定され封と共に抵当に供されたか否か *sive quaedam alia bona, fuerint aequae principaliter, specialiter, et nominatim hypothecata cum dicto feudo, sive non*」とも無関係に妥当するという点である(第18番後段)⁵⁴⁾。このデュ・ムーランの理解によれば、定期金負担物そのものを保有する者はもちろん、定期金債務を担保する抵当目的物の保有者もまた、定期金設定者が買戻によって債務を償却できるかどうか、目的物が「包括的負担 *generale obligation*」条項を含む契約で定期金を設定した者に属していたかどうか、目的物と共に特定抵当権が設定された財産が存するかどうかにより左右されることなく、パリ慣習法第70条により、定期金債権者に対して「人的に義務づけられる」ことになる。その一方で、上記事例のティティウスのような抵当目的物の譲受人が、定期金債権者に対して「承認 *recognitio*」を為し、それによって定期金債権者が「新権原 *titulus novus*」を得ることは、慣習法上の「人的債務 *obligatio personalis*」が実は「物的」であるとの結論と相容れないのではないか。デュ・ムーランが自らの結論の射程について二つ目に指摘した点は、この疑念に答えるものであり、コバルビアスが引用したのもこの箇所である。

デュ・ムーランによれば、抵当目的物の譲受人による「承認」と定期金債権

54) *Prima pars commentariorum, cxliiii.v.*

者の「新権原」の取得は、新たな「定期金の要約と諾約*stipulatio et promissio reditus*」のように見えるが、「債務の本質上、ティティウスその他誰であれ、同様に承認を為す者に、慣習法と保有の効力として従来認められていたものを超えることなく、それと同じく義務を課し作用する*non plus, nec magis obligat vel afficit, in substantia obligationis ipsum Titium, aut quemvis alium similiter recognoscentem, quam prius virtute consuetudinis, et possessionis tenebatur*」とされる(第19番)⁵⁵⁾。そもそも、「承認」は慣習法による「強制*necessitas*」であって、そこには、「新たな処分を為し義務を生じさせる意思は何ら関わりをもたず、債務が既に定まり存続していることを承認し表明する意思だけが介在している*nec interponitur animo faciendae novae dispositionis, vel obligationis, sed solum animo recognoscendi, et declarandi obligationem iam dispositam, et subsistentem*」ので、「承認」によって生じる「新権原」は、定期金債権者自身の「処分としての権原*titulus dispositorius*」とは言えず、「宣言あるいは証明としての権原*titulus declaratorius seu probatorius*」に留まるというのである。「証明のための公的な文書*scriptura authentica in forma probans*」と「証明力を備えた世俗の権威の印章*sigillum seculare authenticum habens vim guarantee*」を備えた「新権原」は、「債務の本質*substantia obligationis*」には何ら変更を加えることなく、「外在的で偶然の何か*quaedam extrinseca et accidentalia*」、すなわち、既存の債務の「証明*probatio*」と抵当目的物に対する「執行力*vis executiva*」を「新規に*de novo*」もたらずにすぎない。デュ・ムーランは、パリ慣習法第70条の定める不動産保有者の人的債務が人的債務の「本性*natura*」に反した「物的な」債務であり、不動産の譲受人による「承認」や定期金債権者の「新権原」の取得もこのような慣習法上の「人的債務」の特殊性に何ら影響しないと解しているのである。デュ・ムーランは、あくまで第70条の射程に関して、人的定期金を担保する抵当目的物の譲受人を、物的定期金における定期金負担物の譲受人と同視しているにすぎない。定期金の売主やその相続人が、定期金負担物を他人に譲渡した後もなお、抵当目的物

55) *Prima pars commentariorum, cxliiii.v.*

譲渡後の主たる債務者に準じて、定期金の弁済を義務づけられるとのコバルピアス自身の主張の裏付けを、この第70条解釈に求めることはもちろん不可能である。

コバルピアスは、定期金負担地の譲受人による「承認」が「債務の本質」に変動をもたらさない旨のデュ・ムーラン説に賛同する一方で、「承認の証書に明示的に別段の定めが存することが証明される場合はこの限りではなく、契約者の意思に基づき定められた以上、それが遵守されるべきであろう nisi aliud expressim instrumento recognitionis probetur: siquidem id obdervandum erit: cum voluntate contrahentis adscriptum fuerit」とも指摘し、「承認の証書 instrumentum recognitionis」による債務内容の変更の可能性を排除していない。しかし、これはあくまで例外であって、コバルピアスの関心は、むしろ、「承認」によって「新権原」を得た定期金債権者の「即時の執行権 ius exequutionis paratae」の対象となる財産の範囲に向かっている。「定期金債務者から権利を取得する第三保有者に対して即時の執行権が及ぶのは、弁済のために特定された財産についてであるという点は尊重に値する illud erit observatione dignum, quod adversus tertium possessorem habentem ius a debitore annui reditus habet locum ius exequutionis paratae quo ad ipsa bona specialiter pro solutione constituta」とのコバルピアスの指摘からすれば、定期金設定者が定期金負担物の譲渡後にも仮に債務を負うにせよ、少なくとも「即時の執行権」は、譲受人に対してその保有する定期金負担地に行使されねばならないことになる。この点の典拠として、コバルピアスは、ロドリゴ・スアレス Rodrigo Suarez (生没年不詳) の『この上なく精密かつ真に実用的な講解 Subtilissima necnon valde practicabilis lectura』(1536年初版)⁵⁶⁾ 所収の学説彙纂第42巻第1章第56法文講解を援用している。同講解の後半は、カスティリヤ国王エンリケ Enrique 4 世 (1454-74年在位) が債務者一般に対する執行手続きにつき「セビリア大司教区 Arçobispado de Sevilla」の人々に宛てて発した1458

56) 本稿では『注解集 Commentarii』の表題で1556年にサラマンカで公刊されたテキストに依拠する。

年の「勅諭pregmatica sancion」⁵⁷⁾の注釈(「王国法の解明Declaratio legis Regni」)であり、コバルビアスが引用したのもその一部である。この勅諭には、「真正で確実な債務証券toros recaudos ciertos de obligaciones」を提示する者は、「誰に対しても、その負っている債務について、弁済期が到来している限り、執行の承認と命令を得ることができる tengan contra cualesquier personas de las deudas que les deuieren: que las cumplades, y lleguedes a execucion, seyendo passados los plazos de las pagas」との一節が見える⁵⁸⁾。スアレスによれば、「債務証券instrumentum debiti」に基づく「即時の執行 executio parata」が可能なのは「債務者あるいはその相続人debitor vel eius heres」に対してだけであって、たとえ証書中に執行対象の「財産bienes」が指定されていたとしても、その「特定承継人singularis successor」つまり「債務者の財産を抵当として保有する者possidens bona debitoris hypotheca」に対しては、「通常の手続による訴えが提起されるべきである via ordinaria

57) その後、同王国を共同統治した「カトリック両王Reyes Católicos」フェルナンド Fernando 5世とイザベルIsabel 1世の下で1494年に編纂されたカスティリヤ王令集 Ordenanzas Reales de Castilla(いわゆる「モンタルボ王令 Ordenamiento de Montalvo」)の第3巻第8章「抗弁及び防御について De las excepciones y defensiones」第4条として、文言修正の上、両王の勅令として収録されている。スアレスは講解の著述を1497年に終えており(Commentarii, 404)、その念頭にあったのは、講解中に全文引用させたエンリケ王の勅諭そのものではなく、むしろ、王令集に収録された条文であったはずである。なお、以下で引用する勅諭の一節は、王令集では、「これらの者は、誰に対してであれ、それがキリスト教徒か、ユダヤ人か、モーロ人かを問わず、その負っている如何なる債務についても、弁済期が到来している限り、債務の執行に関する裁判所の決定、つまり、その承認と命令を得ることができる ellos tengan contra cualesquier personas assi christiatios como judios: o moros o cualesquier deudas que les fueren deuidas que las dichas justicias las cumplan y lleuen a deuida execucion seyendo passados los plazos delas pagas」となっている(Ordenanzas Reales de Castilla, xliiii.v. 引用は1549年トレド刊のテキストによる)。

58) Commentarii, 267.

conveniendus est」というのがこの一節の趣旨とされる⁵⁹⁾。当勅諭が許容する「即時の執行」は、証書によって証明された「人的債務obligatio personalis」に関するもので、「人的債務」自体は、「特定承継人にも土地の保有者にも及ばない non sequitur singularem successorem, nec fundi possessorem」というのがその理由である。

ただし、スアレスは、「執行認諾契約に基づく執行権は第三保有者に対して行使できないius exequendi ex contractu executorio non competere contra tertium possessorem」との結論に例外を認めている⁶⁰⁾。すなわち、「債務証書の中で、債務者が、自らの財産に負担を課し、ある物を抵当に供した上で、当該目的物を売却せず処分しない旨約束していたin instrumento debiti, in quo debitor obligavit bona sua vel hypothecavit aliquam rem promississet debitor dictam rem non vendere, nec alienare」場合がそうであり、「この場合、違反して為された売買は無効であり、証書が特定承継人に対しても即時の執行を生じさせることがその唯一の救済となるtunc venditio in contrarium facta non valet, et hoc erit singulare remedium ad hoc: ut instrumentum habeat executionem paratam etiam contra successorem particularem」というのである。コバルビアスは、定期金債権者が定期金負担物の譲受人から得た「新権原」に基づいて為す「即時の執行」を、「契約中に当該財産の処分禁止特約が挿入されているin contractu fuerit appositum pactum de non alienandis illis rebus」場合の特定承継人に対する「即時の執行」に類比する意図でスアレス説を引用したものと解される。確かに、物的定期金の売買に際して公証人等の手で作成される「債務証書」にも、他の契約の場合と同じく、「処分禁止特約 pactum de non alienandis」が挿入され得る。しかし、そのような特約に反する定期金負担物の譲渡によって不利益を受ける定期金の買主を、譲受人保有の目的物に対する「即時の執行」で救済することは、譲受人が定期金負担地の「保有故にvirtute possessionis」義務づけられるとの主張の論拠にはなり得ない。

59) Commentarii, 270; 288.

60) Commentarii, 290.

なぜなら、この場合、「即時の執行」の直接の根拠となっているのは、定期金売買の当事者間の特約などではなく、定期金の買主が譲受人から取得する「新権原」だからである。譲渡禁止特約付きで物的定期金を購入した者は、定期金負担物の譲受人から「承認」と「新権原」を得るまでもなく、特約違反を理由に「即時の執行」を申し立てる便宜を享受できよう。ただし、それは、「承認」を為した譲受人が負う債務の「物的」な性質自体とは無縁の「救済remedium」でしかないのである。

IV

コバルビアスは、グラナダ高等法院の聴訴官を経て、1560年にシウダ・ロドリゴ司教episcopus Ciuitatensis: Obispo de Ciudad Rodrigo、続いて1564年にはセゴビア司教episcopus Segoviensis: Obispo de Segoviaに叙任され、1572年以降は、国王最高顧問会Regis summum praetorium(カステリヤ顧問会Consejo de Castilla)にも属し、1574年に同顧問会の長官praefectus: Presidenteに就任する。その間、『問題解決集』は、「補遺Appendix」と銘打った第四巻の公刊(1561年)を経て、四巻構成で版を重ね、あるいは、著作集に収録される際に数度に渡って増補され、自身の主張を裏付ける典拠も追加された。本稿で検討してきた箇所では、人的定期金許容論者の著述の追加が目につく。以下、ヴェネツィアのジローラモ・スコートGirolamo Scoto(?-1572年)の工房で印刷された著作集(1571年)⁶¹⁾の「第2巻Tomus secundus」、ジローラモの死後、甥のメルキオーレMelchiorreによって印刷された『著作全集Opera omnia』(1581年)の第2巻、そして、『著作全集』をサラマンカで三度(1576/77/78年)手がけたドミンゴ・デ・ポルトナリスDomingo de Portnariis(1546-85年)の工房がサラゴサの支店で再度出版した『著作全集』(1583年)の第1巻⁶²⁾に

61) この1571年版には『著作全集』の表題が付されていないが、1581年版『著作全集』と編別は同じである。

62) 16世紀スペイン国内で出版されたコバルビアスの著作リストとして、Wilkinson, Iberian Books (2010), 154-156, n.4107-n.4150.参照。

それぞれ収められた三つのテキストに即して、追加された典拠を確認しておく⁶³⁾。

最初に追加された典拠は、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) の『正義と法について De iustitia et iure』(1553/4年初版。以下『正義と法』と略称) の第6巻問題5「定期金に

63) これらの三つの版の増補部分を示すと以下の通り(下線部分)。“以上の見解に一致して与する様子が極めて頻繁に見受けられるが、私は、金銭によって弁済されるべき定期給付で、しかも買戻の特約付きであっても、人的債務のみで設定可能であって、財産や物による包括的で一般的あるいは特定の確定的な引当や抵当は不要であるというのがより正しいと考える。しかも、私がこの意見乃至見解の最初の主張者であるわけではない。実際、我々よりも先に、コンラルドゥス『契約論』問題74及び75が多く論拠でこれを証明しているし、同問題83結論13、カロルス・モリナエウス『取引論』第22番もそうであり、スペイン人では卓越した学識者ヨアンネス・ア・メディナがあり、その『原状回復論』「定期金について」第5欄には、彼等の中で最も詳細で、この結論の最も入念な論証が見出される。それでも、この結論が正しいことは簡潔に示されるべきであろう。【1571年版増補部分：この著作の最初の出版の後、ドミニクス・デ・ソトの『正義と法』第6巻問題5第1節が公然とこの結論を擁護している。】【1581年版増補部分：更に、ヨアンニス・マイオルの『命題集第4巻注解』区分15問題44。】【1583年版増補部分：そして、オトマヌスの『利息論』第2巻第14章も、傍論とはいえ、当結論を正しいと解している。】”(Opera omnia, I, 751. 引用は1583年サラゴサ刊のテキストに従い、1571年と1581年の両ヴェネツィア版での増補箇所も合わせて明示した。)

なお、デュ・ムーラン(カロルス・モリナエウス Carolus Molinaeus)は、教皇パウルス4世による『著者書籍目録 Index auctorum et librorum』(1559年)の「全著作禁止対象者 auctores quorum libri et scripta omnia prohibetur」の一人に数えられ(1559年ローマ版第6葉表)、その改定版に相当する教皇ピウス4世による『禁書目録 Index librorum prohibitorum』(1564年)でも「第一級著者群 auctores primae classis」に掲載され引き続き同様の扱いを受けていたが(1564年ローマ版28頁、ヴェネツィア版第12葉裏)、教皇領外での実効性の度合いにはカトリック圏内でも時代場所に応じて差があり、ここで取り上げた三つの版の内、デュ・ムーランの名を伏せているのは、1581年ヴェネツィア版のみである(デュ・ムーランの著作の主要な出版地に因み、「リヨン人 Lugdunensis」と表記されている)。

ついてDe censibus」第1節「定期金の売買は徴利行為に当たるかUtrum censuum emptio ac venditio sit usuraria」である⁶⁴⁾。問いに答えるに先立って、ソトは、「定期金census」を、「留保定期金census reservativus」(「ある者が毎年何らかの部分を受領する権利を自らに留保した上で自らの物を相手方に譲渡するquis vel rem suam alteri confert reservato sibi iure quotannis recipiendi partem quampiam」場合)と、「証書定期金」(「ある者が、自らの財産とその用益を留保した上で、月あるいは年単位で弁済の義務を負う一定金額を相手方に証書上約束するquis retentis suis bonis eorumque usu consignat alteri certam pensionem, quam obligatur singulis mensibus aut annis solvere」場合)とに二分し、徴利の疑念が生じ得る後者については、ズメンハルトの『契約論』問題72で示された区分を踏襲している⁶⁵⁾。その上で、ソトは、コバルビアスも

64) Tomus secundus, 256.

65) De iustitia et iure, 566. 引用は1556年サラマンカ刊のテキストによる。列挙されているのは、順に、「物的定期金census realis」か「人的定期金census personalis」か、「収穫物の定期給付census fructuarius」か「金銭の定期給付census pecuniarius」か、弁済の量や金額が定まった「確定的な定期金census certus」か収益中の割合のみが定まった「不確定な定期金census incertus」か、負担の世襲が予定された「永続的な定期金census perpetuus」か「期間付きの定期金census temporalis」か、その期間は「確定的certum」か「終身定期金vitalitium」のように「不確定incertum」か、そして、「買戻し可能な定期金census redimibilis」か「買戻し不能な定期金census irredimibilis」かの合計六つの区分である。ソトが参照したズメンハルトの『契約論』問題72でも、確かに同じ「六つの区分sex divisiones」が列挙されているが、収穫物等の現物の定期給付を想定した「確定的な定期給付certus redditus」と「不確定的な定期給付incertus redditus」の区分が最初に挙がり、二つ目に、労務による「人的定期給付redditus personalis」と収穫物による「土地定期給付redditus praedialis」の区別、三つ目に、「収穫物の定期給付redditus fructuarius」と「金銭の定期給付redditus pecuniarius」の区別が続いている(Tractatus de contractibus, 326.)。ソトは、人的定期金(金銭による「人的定期給付」)の売買の可否という論点に合わせて、ズメンハルトによる区分の順序を入れ替えているようである。なお、ソトは、物的定期金(金銭による「土地定期給付」)それ自体の有効性を裏付けるものとして、教皇マルティヌス5世やカリクストゥス3世の教勅の他、カトリック両王の下で編纂

援用した『契約論』の問題74と問題75を引きつつ、「何人も売主がその人格上に設定する定期金を正当に購入し得る*iuste quisque emere potest personalem census: ut pote quem venditor supra suam constituat personam*」(「第四の結論*quarta conclusio*」)と述べており⁶⁶⁾、人的定期金許容論の典拠として申し分ないものと言えよう。

ソトによれば、人的定期金の売買に対する疑念は二つの点に集約される。一つ目は、売買であれば「買主は購入物の所有者となる以上その危険も負担すべきである*emptor cum dominus fiat rei emptae, debet eius subire periculum*」ところ、もし売主の人格に定期金を設定し得るとすれば、「物が失われてもなお売主は義務づけられたままとなる*interemptis etiam rebus, semper maneret venditor obligatus*」ので、「買主は如何なる危険も負担してない*nulli emptor subesset periculo*」という点、二つ目は、定期金負担物が失われてもなお売主が弁済を義務づけられるということになれば、物的担保を伴った「消費貸借*mutuum*」と何ら変わらないという点である⁶⁷⁾。まず、人的定期金の買主は、「物が滅失しても売主に対して定期金の買戻しを強制できないとの危難にさらされる*huic subiicitur discrimini quod etsi res perierit nunquam potest venditorem cogere redimere census*」上、「売主が定期金を弁済できないほど困窮してしまうという危険*hoc periculum, quod venditor ad pauperiem redactus solvere*

された後にイザベル1世を継いだファナJuana 1世の名で公布されるトロ法*Leyes de Toro*(1505年)の第68条も援用している(De iustitia et iure, 567.)。同条前段には、「ある者が自らの不動産に、所定の期限に支払わなければ没収されるとの条件で定期金を設定した場合、当該契約は遵守されるべきである*si alguno pusiere obre su heredad algun censo con condicion que sino pagare a ciertos plazos que caya la heredad en commissio que se guarde el contrato*」とある(引用は1552年セビリア刊のテキストによる)。サラマンカ大学で市民法を講じていたアントニオ・ゴメス Antonio Gómez(生没年不詳)による『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。

66) De iustitia et iure, 568.

67) De iustitia et iure, 567.

non possit census」にも悩まされるから、第一の疑念は当たらないとされる。また、第二の疑念に関しては、「誰かが自己の財産の上に定期金を売却すると、人が義務づけられたまま、当該財産は質や抵当の形態や外観を備える *dum quis census super suis bonis vendit, manente nihilo minus obligata persona, bona illa formam inducere atque effigiem pignoris et hypothecae*」ことを正面から認めるのがソトの立場である⁶⁸⁾。消費貸借では、「金銭 *pecunia*」という「消費物 *res consumptibilis*」の「利用 *usus*」の対価として貸主が何かを利得し得るために徴利の疑念が生じるが、「人的定期金は、金銭の用益の上に設定されるものではなく、支払を人に請求し受領する権利である *personalis census non constituitur super usum pecuniae: sed est ius petendi, recipiendique a persona talem pensionem*」から、その心配はない。それ故、物的定期金中に物的負担と人的債務の並存を認め、「質や抵当 *pignus et hypotheca*」に相当する定期金負担物の喪失後もなお売主の債務を人的定期金として存続させることに何ら問題はないというのである。人的定期金それ自体の有効性だけでなく、物的定期金における定期金負担物喪失後の人的債務の存続も合わせて肯定するソトの所説は、コバルピアスにとって極めて好都合であった。

ソトは、その人的定期金許容論を、教皇マルティヌス5世とカリクストゥス3世の両教勅との整合性を論じることで締めくくっている。スペイン国王カルロス1世(神聖ローマ皇帝カール5世)によってソトと共にトリエント公会議に派遣されたバルトロメ・カランサ・デ・ミランダ *Bartolomé Carranza de Miranda* (1503-76年。ソトと同じくドミニコ会士でバリアドリッドのサン＝グレゴリオ学院 *Colegio de San Gregorio* の神学教授、後にトレド大司教) は、その『諸公会議並びに歴代教皇要覧 *Summa conciliorum et Pontificum*』(1546年初版)の中で、両教勅から「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*」を六つ導き出していた。ソトの議論はこれに逐一論駁する形式を採っている。その内、注目されるのは、「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

68) *De iustitia et iure*, 569.

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*」との「第五の条件*quinta conditio*」⁶⁹⁾に対するソトの反論である。それによれば、「教勅の条項は、財産が失われても売主は買戻しを強制されない旨定めている*Bullae clausula id solum cavetur ne pereuntibus bonis cogantur venditores censum redimere*」にすぎず、「定期金の弁済を強いることを禁じているわけでは全くない*haud prohibetur quin possint cogi pensionem solvere*」とされる。「教皇等は、この点について黙しているから、人的定期金もまた適法であることを示唆している*cum hoc Pontifices tacuerint, insinuarunt licitos quoque esse etiam personales census*」というわけである。この論法は、Iでふれたコバルピナスによる両教勅の扱いとよく似ている。ソトがコバルピナスの『問題解決集』を読んでいたかどうかは、引用もなく不明であるが、定期金負担物喪失時の人的債務の帰趨を人的定期金の有効性と関連付ける議論がほぼ同時期に現れたことになる。

ソトの『正義と法』に続いてコバルピナスが追加した典拠は、パリ大学のモンテギユ学寮*Collège de Montaigu*で神学を講じていたジョン・メイジャー John Major (1467-1550年) の『命題集第4巻論究*In quartum Sententiarum quaestiones*』(1516年増補版)である⁷⁰⁾。ただし、参照された区分15注解の問題44⁷¹⁾の大半は、「扶養定期給付*vitalitium*」の売買の有効性を論証するのに

69) テキストには「買主*emptor*」とあるが、文脈上、「売主*venditor*」の誤植と解される。ただし、実際にカランサ自身が「第五の条件」として述べる内容は、「財産そのもの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、購入者は当該財産のために与えた金銭の返還をもはや求めることはできない*si contingat aliquando bona ipsa processu temporis omnino destrui, et penitus interire, ementes, pecuniam ipsam quam dederunt pro praedictis bonis repetere amplius nequaquam valebunt*」というものであって (Summa conciliorum, 377.v. 引用は1546年ヴェネツィア刊の初版による)、教勅の文言に忠実に、定期金負担物喪失時の買戻しの強制を否定するものにすぎない。ソトの議論は少なくともカランサ批判としては筋違いということになる。

70) Opera omnia, II, 268.

充てられており、人的定期金については、その末尾で、「人々の収入から十分の一税が徴収されるように、定期金は人に設定できる *redditus pecuniarius in persona constitui possit, quemadmodum capitur decima personalis de lucro hominis*」と付言されるに留まっている⁷¹⁾。メイジャー自身は、人的定期金は「まれで無益である *est rarus et inutilis*」として、考察の対象から外しているが、コバルビアスはメイジャーのわずかな言及を見逃さなかったようである。

人定定期金許容論の典拠として最後に付け加えられたのは、フランソワ・オットマン François Hotman (1534-90年) の『利息について *De usuris*』(1551年初版)の一節である。カルヴァンの庇護を得てジュネーヴに滞在していた際に著された本書は、「徴利行為 *foeneratio*」が例外的に許容される諸条件を様々な契約類型ごとに検討したもので、本書末尾の第2巻第4章では、「収益質 *antichresis*」に続いて、「定期金の購入 *emptio redituum*」についても論じられている。オットマンは、買主が代金と引き換えに「特定の土地から毎年30モディウスの収穫物あるいはその代価を受領する *ex certo fundo triginta modicos annuos frumenti aut eorum pretium acciperet*」という例を挙げていて⁷²⁾、典型的な物的定期金の売買が想定されていることが分かる。当該契約が「消費貸借 *mutuum*」に当たらない点を確認した後、オットマンは、「当該契約における土地の危険は、土地が失われ、あるいは、荒廃してしまえば、定期金もまた失われたり減額されたりするというように、買主の負担となるのか *utrum fundi n contractu nuncupati periculum, ita ad emptorem pertineat, ut si vel pereat, vel imminuatur, reditus quoque perire vel minui oporteat*」との問いを提起している。売買である以上、定期金負担地喪失の危険は、当然、買主の負担となるはずであり、「多くの学識ある人々 *nonnulli et ii eruditi*」も、「我々のよく知るこの定期金の購入は、常に特定の土地に帰されるべきものであって、もし債務者の人格のみが義務づけられ、要するに、債務が物ではなく人に関わるが故

71) 1508年版の区分15注解は問題34までで定期金を論じた箇所は見当たらない。

72) *In quantum Sententiarum quaestiones, cxix.r.* 引用は1516年パリ刊のテキストによる。

73) *De usuris, 157.* 引用は1551年リヨン刊初版による。

に、購入者の定期金が常に確実で危険を免れ存続するとすれば、無効となる *hanc nostram usitatam reddituum emptionem semper in certum fundum referendam esse, ac vitari si sola debitoris persona obligatur: id est, si ad personam, non ad rem obligatio pertineat: propterea quod semper certus certus et extra periculum positus emptoris redditus existeret*』と解しているとされる⁷⁴⁾。

しかし、オットマン自身はこの見解に与していない。物的定期金の売買においては、売主の「人格*persona*」が「毎年与え為すことを義務づけられている *quotannis dare facere tenetur*」のであって、「買主自らが果実を収受できるわけではない *neque emptor per se ipse potest fructus percipere*」から、「定期金の権利は人格に存する *reditus ius est in persona*』と言えるというのである⁷⁵⁾。定期金の売主が「人的債務 *personalis obligatio*」を負っている以上、定期金負担地の喪失は定期金自体の存続に影響せず、「質として債権者に供された物 *res quae pignori datae sunt*」が失われた場合と同様、「債権者の権利 *ius creditoris*」は存続する。定期金を特定の物に設定することは「債権者の利益と便宜 *creditorum commodum utilitasque*」のためにすぎず、「他に抵当も担保もなく債務者の信用のみを当てにすることも禁じられてはいない *ne solam debitoris fidem alia nulla hypotheca et cautione adhibita sequantur non interdicitur*」⁷⁶⁾から、「定期金が常に特定の明示された土地に設定される必要はなく、たとえそのように設定されたところで、危険が買主の負担に帰するわけでもない *neque necessarium esse, ut in certum semper et expressum fundum redditus constituatur: neque si forte constitutussit, periculum ad emptorem pertinere*』というのがオットマンの結論である⁷⁷⁾。物的定期金が「徴利行為」に当たらないことを論証する過程での傍論とはいえ、定期金負担地を「質 *pignus*」乃至「抵当 *hypotheca*」と同視し、定期金の本質を売主の「人的債務」

74) De usuris 158-159.

75) De usuris, 161.

76) 文脈上、<non>を挿入して読む。

77) De usuris, 162.

に求めるオットマンの議論は、コバルピアスが、『問題解決集』の初版以来、人的定期金許容論の典拠として掲げていたデュ・ムーランの『取引論』第22番（I参照）の議論とよく似ている。その上、定期金負担物喪失後の「人的債務」の存続を明言している点で、オットマン説は、ソト説と同様、コバルピアスにとって一層都合のよい典拠であった。

オットマンの『利息論』を人的定期金許容論の典拠に追加したサラゴサ版『著作全集』では、定期金負担物の特定承継人について人的検索の利益を否定した箇所（II参照）にも、既にふれたパープの『ドーフィネ高等法院判決集』とシャスヌーの『ブルゴーニュ慣習法注解』とは別の新たな典拠が補充されている⁷⁸⁾。追加されたのは、ボルドー高等法院で部長評定官を務めたニコラ・ボイエNicolas Bohier(1469-1539年)による『ボルドーの神聖なる顧問会、別名、王国の高等法院にてかつて審理され下された黄金のごとき判決集Aureae decisiones in sacro Burdealensium senatu, seu regio parlamento olim discussae ac promulgatae』第2部（1544年初版）の問題295第17番である。この箇所ではボイエは、「抵当に基づく*virtute hypothecae*」訴求について、二つの場面を区別している。まず、「債務が一度に弁済されるべきで、当該債務に抵当が付いている*debitum est pro una vice solvendum, et in eo inest hypotheca*」場合、「人的債務が主たる債務である*personalis obligatio est principalis*」から、「目的物の保持者が追及されるよりも先に主たる債務者が訴求されねばならない*prius conveniendi sunt principales debitores, quam perveniatur ad rei detentores*」し、「そのような抵当に基づき差押えや競売の公告及び実施を申し立てられるのは債務者が検索された場合に限られる*virtute talis hypothecae non proceditur ad saisinam nec ad cridas et subhastationes*,

78) パープとシャスヌーの見解にふれた箇所（前注33）の後に次の一節が挿入された。
 “通常の法の下では、毎年繰り返して発生することのない債務のために物に負担が課された場合、抵当訴権は人的訴権に付従するとはいえ、この特定の土地上の年定期金設定では、抵当訴権が主たる訴権と見なされねばならない。この点を的確に説明しているのはポエリウスの『ボルドー高等法院判決集』の判決295第16 [→17] 番である。”
 (Opera omnia, I, 753.)

nisi excussis debitoribus」。これに対して、「永続する抵当*hypothecae perpetuo duraturae*」においては、「この抵当自体が主であって。人的債務は従であるから、抵当に基づく競売の公告及び実施は執行手続によって申し立てられる *ipsa est principalis, et personalis obligatio est accessoria, ut in istis proceditur ad credas et subhastationes virtute illius hypothecae per modum executionis*」というのである⁷⁹⁾。この箇所では、財産保有者が署名し債権者に差し入れる「責任認諾書 *comptus finalis*」の効力として、「特定の担保に供されたわけではない財産への即時の執行 *executio contra bona et specialiter non obligata parata*」が認められるか否か⁸⁰⁾を検討する過程で、抵当に基づく執行との類比が図られている。「永続する抵当」の内実は必ずしも明らかではないが、繰り返し発生し弁済されるべき債務が特定の財産によって担保される場面が想定されているようであり、コバルビアスのように、ここに「特定の土地の年定期金設定 *redituus annorum constitutio super certis praediis*」を読み込むことも確かに可能であろう。その限りで、ボイエの所論も、物的定期金における「抵当訴権 *actio hypothecaria*」の行使について、「目的物の保持者 *rei detentores*」の人的検索の利益を排し、「即時の執行 *executio parata*」を容認する典拠となるとコバルビアスは考えたようである。

定期金負担物を特殊な「抵当」と捉えるコバルビアスの見解によれば、定期金の売主の債務は、定期金負担物の喪失や譲渡の後もお存続し、定期金負担物の第三保有者は、人的検索の利益を有さず、定期金債権者からの即時の執行に服すべきものとされている。主にフランスの慣習法学や高等法院実務がコバルビアスの着想源となったようであるが、援用の手法は、本稿で見てきた通り、個々の典拠の内容や文脈に必ずしも忠実とはいえない。『問題解決集』の公刊後、1569年に発布された教皇ピウス5世(在位1566-72年)の教勅「年定期金の創設、譲渡、買戻に関する契約の改革 *Reformatio contractuum de annuis censibus creandis, alienandis, et redimendis*」では、定期金の設定対象は特定不動産に

79) Aureae decisiones, II, 152.r.

80) Aureae decisiones, II, 149.v.

限定され(人的定期金の否定)⁸¹⁾、定期金負担物の喪失もしくは荒廃に応じた定期金の消滅が命じられていた⁸²⁾。著書の増補改訂の機会を持ちながら、コバルビアスが自らの見解と相容れないピウス5世の教勅に言及することはなかったが、コバルビアス説に対しては、当教勅を契機に多くの異論が現れる。それらの異論については、教皇庁控訴院Rota Romanaにおける教勅の解釈運用と共に、稿を改めて検討することにした。

(完)

81) 「当法令により、定期金乃至年金を創設し設定できるのは、不動産か、あるいは、収益をもたらす性質故に不動産とみなされるものの何れかで、しかも、一定の範囲内に特定されたものに限られると、余は定める。Hac igitur nostra constitutione statuimus, censum seu annum redditum creari, constituive nullo modo posse, nisi in re immobili, aut quae pro immobili habeatur, de sui natura fructifera, et quae nominatim certis finibus designata sit.」(Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio, IV, 3, 52. 引用は1746年ローマ刊のテキストによる。)

82) 「最後に、将来のために創設された定期金は全て、目的物の全てあるいは一部が失われたり、不毛となったりした場合、それに応じて消滅するのみならず、その代価と引換えに償却され得るものと、余は定める。Postremo census omnes in futurum creandos, non solum re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum vel pro parte affecta, volumus ad ratam perire, sed etiam posse pro eodem pretio extingui.」(Bullarum collectio, IV, 3, 53.)